جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوب جديد في تحليل أبحاث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها بمنهجية موضوعية

الجزء الثاني عشر

تحقيق
مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي



جـواهر الكـلام

في

ثـوبه الجـديد

سر شناسه	: صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر ۱۲۰۰؟ ـ ۱۲٦٦ق. شارح.
عنوان قراردادی	: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح
عنوان و نام پدیدآور	: جواهر الکلام في ثوبه الجدید: اسلوب جدید في تحلیل ابحاث کتاب (جواهر الکلام) وعرضها بمنهجیه موضوعیه/ [محمد حسن بن باقر صاحب جواهر]؛ تحقیق مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی طبقا لمذهب اهل البیت علیهم‌السلام.
مشخصات نشر	: قم: دائره معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت(ع)، ۱٤۳۱ق. = ۲۰۱۰م. = ۱۳۸۹ ـ
مشخصات ظاهری	: ج.
شابک	: دوره: 964-8360-86-3
شابک	: ج. ۱۲: 978-964-2730-81-0
یادداشت	: عربی.
یادداشت	: ج. ۱۲ (چاپ اول: ۱٤۳۱ق. = ۲۰۱۰م. = ۱۳۸۹) (فیپا).
یادداشت	: کتاب حاضر شرحی است بر شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، از محقق حلی.
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ق. شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ـ نقد وتفسیر.
موضوع	: فقه جعفری.
شناسه افزوده	: محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦۷٦ ـ ٦۰۲ق. شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، شرح
شناسه افزوده	: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی
رده بندی کنگره	: ۱۳۷۹ ٤۰۲۱٦ش۳م/BP۱۸۲
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳٤۲
شماره کتابخانه ملی	: ٦۸۱۳ ـ ۸۰م

جمیع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هویة الکتاب

الکتاب :	جواهر الکلام في ثوبه الجدید
الناشر :	مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي
الطبعة الاولی :	۱٤۳۱ هـ ـ ۲۰۱۰م
المطبعة :	بهمن
الکمیة :	۱۰۰۰ نسخة

ISBN 964-8360-86-3 (Vol.set)
ISBN 978-964-2730-81-0 (Vol.12)

دائرة معارف الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم‌السلام

ص . ب ۳۷۹٦ / ۳۷۱۸۵ ـ ☎ ۷۷۳۹۹۹۹

الجمهوریة الاسلامیة الایرانیة ـ قم المقدسة

وکلاء التوزیع :

- لبنان ـ بیروت ـ حارة حریك ـ بنایة البنك اللبناني السویسري ـ مرکز الغدیر للدراسات والنشر والتوزیع
  هاتف: ۹٦۱۱۵۵۸۲۱۵ + نقال: ۹٦۱۳٦٤٤٦٦۲ + تلفاکس: ۹٦۱۱۵۵۲۲٦۲ +
- العراق ـ النجف الأشرف ـ دار الغدیر للطباعة والنشر. تلفون: ۹٦٤۳۳۷۳۵٦۳ +



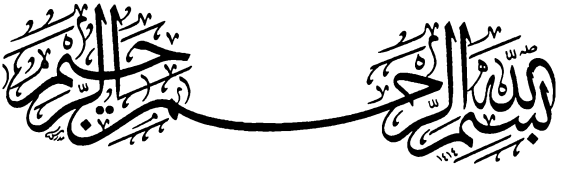
جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوبٌ جديدٌ في تحليل أبحاث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها بمنهجيّةٍ موضوعيّةٍ

الجزء الثاني عشر

تحقيق
مؤسّسة دائرة معارف الفقه الإسلامي


بسم الله الرحمن الرحيم

(الفصل الثالث) ممّا بنى عليه كتاب التجارة : (في الخيار)

الّذي هو بمعنى الخيرة أي المشيئة في ترجيح أحد الطرفين .

إلاّ أن المراد به هنا ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدّة معلومة .

ولا ريب في ثبوته في الجملة .

بل هو كالضروري ، وإن كان الأصل في البيع اللزوم أي بناؤه عليه لا على الجواز وإن ثبت في بعض أفراده [١] .

[أقسام الخيارات] :

(والنظر في اقسامه وأحكامه) :

(أمّا أقسامه فـ) قد ذكر المصنّف هنا منها **(خمسة) : [٢] .**

[خيار المجلس] :

(الأوّل : خيار المجلس) :

أي عدم التفرق حقيقة عرفية أو تجوّزاً في بعض أفراد الحقيقة [٣] .

---

[١] **وفي جامع المقاصد : « أو أنّ الأرجح فيه ذلك نظراً إلى أنّ أكثر أفراده عليه »**[١] . ومراده أنّ الأصل حينئذٍ بمعنى الراجح ، كما أنّ مرجع الأوّل إلى ما يناسب المعنى اللغوي . ويمكن كونه [= الأصل] بمعنى القاعدة .

أمّا الاستصحاب فبعيد إلاّ بتكلّف ، نعم هو دليله ، مضافاً إلى الآية[٢] في وجه ، وظاهر النصوص[٣] .

[٢] **وآخر سبعة**[٤] **، وثالث ثمانية**[٥] **، ورابع أربعة عشر**[٦] . وليس ذلك خلافاً ، وانما هو مجرد جمع واستقصاء فالأمر فيه سهل .

[٣] لعدم اعتبار محلّ الجلوس في هذا الخيار ، بل ولامكان العقد في شيء من النصوص والفتاوى .

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٢٨٢ .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٥ ، ١٦ ، ب ١ ، ٦ من الخيار .

(٤) القواعد ٢ : ٦٤ .

(٥) الوسيلة : ٢٣٧ .

(٦) اللمعة : ١١٨ .

(ف) حينئذٍ (اذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيع و) كان (لكلٍّ من المتبايعين خيار الفسخ ماداما في المجلس) أي لم يتفرقا [١].

و[يثبت الخيار] [٢] لكلّ من المالكين ومن في حكمهما والوكيلين والمختلفين [٣].

فثبوته حينئذٍ للوكيلين من الشرع [٤]. [وأمّا ثبوته للمالكين الموكّلين ففيه بحث].

---

[١] ١ ـ إجماعاً منّا بقسميه.

٢ ـ ونصوصاً مستفيضة أو متواترة منها:

أ ـ قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم وصحيح زرارة عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «البيّعان بالخيار حتى يفترقا»[١].

ب ـ وقوله عليه السلام في صحيح الفضيل لما قال له ما الشرط في غير الحيوان: «البيّعان بالخيار مالم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٢].

جـ ـ وفي صحيح الحلبي: «أيّما رجل اشترى [من رجل] بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»[٣].

د ـ وفي صحيح عمر بن يزيد: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجران صدقا بورك لهما، وإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار مالم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول ربّ السلعة، أو يتتاركا»[٤].

هـ ـ إلى غير ذلك من النصوص التي لا بأس بدعوى تواترها.

فما في خبر غياث عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام: قال: «قال [عليّ عليه السلام]: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»[٥] مطرح أو محمول:

١ ـ على اشتراط السقوط.

٢ ـ أو على إرادة حصول الملك.

٣ ـ أو على الافتراق البعيد.

٤ ـ أو غير ذلك. والأجود حمله على التقية من أبي حنيفة وأتباعه[٦] في هذه الفتوى الملعونة، التي أقدم فيها على خلاف رسول الله صلى الله عليه وآله على علم منه، ولذا عدّت في مطاعنه.

[٢] [إذ] إطلاق النصّ والفتوى شامل [لهؤلاء].

[٣] **بل في الرياض: ثبوته للمتبايعين سواء كان العقد لهما أو لغيرهما أو على التفريق على بعض الوجوه بالإجماع القطعي والمستفيض الحكاية**[٧]. وإن كان فيه نوع مناقشة إلاّ أنّ الوجه في ذلك واضح للصدق، سواء قلنا بأنّ البيع هو الصيغة، أو النقل، أو الانتقال، فالبائعان المتلبسان بالصيغة أو الناقلان أو موجدا سبب الانتقال والكلّ صادق على الكلّ.

[٤] باعتبار الصدق المزبور والتبعيّة، كما صرّح به في الحدائق[٨]، لا من نصّ الموكل وإذنه فيه.

---

(١) الوسائل ١٨: ٥، ب ١ من الخيار، ح ١، ٢.
(٢) المصدر السابق: ٦، ح ٣.
(٣) المصدر السابق: ح ٤.
(٤) المصدر السابق: ٧، ح ٦، وفيه: «فإذا» بدل «وإذا».
(٥) المصدر السابق: ح ٧.
(٦) بدائع الصنائع ٥: ١٣٤.
(٧) الرياض ٨: ١٧٧.
(٨) الحدائق ١٩: ٧.

. . . . . .

بل قد يتوقّف في ثبوته لهما مع حضورهما معهما ؛ لعدم الصدق إلاّ توسعاً ، ولذا يقال عند التحقيق : ما باعا وإنما باع وكيلهما ، بل مال إليه في الحدائق[١] .

اللّهم إلاّ أن يدّعى ثبوت الخيار لهما باعتبار كونه حقاً متعلّقاً في مالهما فيتبعه في الانتقال إليهما ، إلاّ أنّ ذلك لا ينافي ثبوته للوكيلين مع ذلك ، ومال إليه في المسالك والمحكي عن التذكرة[٢] ، بل لعلّ مدته حينئذٍ افتراق الوكيلين لا افتراقهما الّذي لم يجعل غاية في شيء من النصوص بعد فرض كونهما غير بيّعين . وليس هذا اختلافاً بين الضمير ومرجعه ؛ إذ ليس ثبوت الخيار لهما من الخبر[٣] المزبور كي يرد ذلك ، بل لما قلناه ، وهو يقتضي فرعيّته على ما للوكيلين فيتبعه حينئذٍ ، فتأمل ، هذا .

ولكن في المسالك بعد اعترافه أنّ إطلاق المتن يقتضي التعميم المزبور ، وأنّ العرف يشهد على الصدق المذكور في الوكيلين ، قال : « لكن الحكم في المالكين واضح ، وأمّا الوكيلان فإن لم ينصّ لهما الموكّل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفي الحكم عنهما ، وإن وكّلهما فيه ، فإن كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لا يملكه الموكّل هل يصح بوجه حينئذٍ أم لا ؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله ، فإن لم نجوّزه لم يكن لهما ذلك أيضاً ، وإن جوّزناه ، أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار مالم يفترقا ، عملاً بإطلاق الخبر[٤] . وهل يثبت مع ذلك للموكّلين إذا حضرا المجلس ؟ قيل : نعم ؛ لأنّ الخيار لهما بالأصالة ، ولأنّهما بيّعان عرفاً ؛ إذ يصدق على البائع عرفاً أنّه باع متاعه إذا كان قد وكّل في بيعه وباعه الوكيل وكذا المشتري ، ويحتمل العدم ؛ لأنّهما ليسا بائعين بمعنى موقعي الصيغة ولا ناقلين للملك وإنّما أوقعها ونقله الوكيلان ، ويحتمل أن لا يكون الخيار إلاّ لهما ؛ لأنّهما المالكان حقيقة المستحقّان للخيار ؛ إذ الأصل في الوكيلين أن لا يستحقّا خياراً ، ولا يتناولهما الخبر ، ثمّ على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرّق الوكيلين أم المالكين أم الجميع كلّ محتمل ، ويشكل بسبب ضمير « تفرّقا » في بعض الموارد ، ومن ثمّ قيل : إنّ المراد بهما المالكان والضمير لهما ، ودخول الوكيلين في الحكم بأمرٍ خارج ، والوجه ثبوته لكلّ واحدٍ منهما واعتبار تفرّق كلّ في خيار نفسه لا في خيار الآخر ، والمسالة من المشكلات »[٥] .

وكأنّه أشار بقوله أخيراً : قيل إلى ما في جامع المقاصد في مسألة ثبوت الخيار مع اتحاد الموجب والقابل ، قال : « والّذي يجب أن يحقق في معنى الحديث أنّ « البيّعين » إن أُريد بهما : العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكّلين ، وإن أُريد بهما : مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أوّل الحديث [آخره] ، إلاّ إذا كان المالكان هما العاقدين ؛ لأنّ قوله : « مالم يفترقا » لا يصدق في المالكين إذا كان العاقد غيرهما ؛ لأنّه يصير معناه حينئذٍ البيّعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان ، وهو غير ظاهر ، إلاّ أن يدّعى وجود القرينة الدالّة على مرجع هذا الضمير ، وهي ذكر الافتراق المقتضي لسبق الاجتماع للعقد ، أو يقال : إنّ الحديث دالّ على حكم المالكين المتعاقدين ؛ لانّه الغالب ، وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاهما يستفاد من أمر خارج »[٦] .

قلت : قد يصعب إقامة دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم إرادتهما من لفظ الحديث .

---

(١) الحدائق ١٩ : ١٢ .
(٢) المسالك ٣ : ١٩٥ . التذكرة ١١ : ٣١ .
(٣) الوسائل ١٨ : ٥ ، ب ١ من الخيار ، ح ١ ، ٢ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٥ ، ب ١ من الخيار ح ١ ، ٢ .
(٥) المسالك ٣ : ١٩٤ ـ ١٩٥ .
(٦) جامع المقاصد ٤ : ٢٨٦ .

ولذا قال في الحدائق[١] ما سمعت، ومقتضاه أن لا يحتاج معه إلى نصّ الموكّل، بل لا عبرة بمنعه في وجه، ولا يخفى عليك ما في قوله[٢]: «وإن جوّزناه... الى آخره». ضرورة أنّه إذا كان مستند خيارهما التوكيل لا لفظ الحديث لم يتّجه تأجيله بالافتراق، الّذي هو أجل للخيار الشرعي الثابت للبيّعين، ولا فرق بين توكيلهما وتوكيل أجنبي. اللهمّ إلاّ أن يدعى كون المراد: أنّ البيّعين بالخيار ولو من إذن الموكّل مالم يفترقا وهو كما ترى، وما تسمعه في آخر المبحث.

ومن الغريب قوله: «وهل يثبت مع ذلك... إلى آخره» إذا كان المراد باسم الإشارة ما ذكره من صورتي ثبوت الخيار لهما، تجويز التوكيل قبل العقد أو فرض وقوعه بعده؛ إذ لا وجه حينئذٍ لاحتمال عدم الخيار لهما بعد أن كان التوكيل فيه مقتضياً لثبوته لهما، والوكالة في شيء لا تزيل تسلّط الموكّل.

وكذا لا وجه لعدم الخيار للوكيلين مع فرض أنّهما قد وكّلا فيه، بل لا وجه لجميع ما ذكره بعد ذلك.

ويمكن أن يريد باسم الإشارة ما ذكره أوّلاً من اقتضاء الإطلاق ثبوته للوكيلين، ويكون الاحتمالات حينئذٍ لحال اجتماع حضور المالكين معهما خاصة، لا إذا لم يجتمعا، فإنّ الخيار للوكيلين حينئذٍ على مقتضى الإطلاق المزبور.

أو يقال: إنّ المراد ثبوت الخيار لهما من حيث حضورهما، مضافاً إلى ثبوته لهما من جهة عقد الوكيلين، فيكون لهما الخيار من جهتين إحداهما من حيث اجتماع الوكيلين، ويبطله تفرّقهما، والثانية من جهة حضورهما [المالكين]، ويبطله تفرّقهما دون الوكيلين. بل الظاهر أنّ مراده ذلك وإن كان فيه مافيه. ولا يخفى عليك أيضاً ما في قوله: «ثمّ... إلى آخره»، كقوله: «والوجه» مع ما سلف.

وبالجملة كلامه أشكل من المسألة، هذا كلّه.

ولكن الإنصاف - إن لم يكن إجماع - عدم ثبوته للوكيلين إلاّ بالتوكيل فيه لا أصالة، والخبر حينئذٍ إنّما هو في البيّعين الموجب اجتماعهما فيه في مجلس العقد للخيار وتفرّقهما سقوطه، وثبوته للمالكين في عقد الوكيلين إنّما هو لما دلّ من تنزيل عبارة الوكيل منزلة عبارة الموكّل، المقتضي ثبوت الخيار للموكّلين إجراء لحكم عقدهما على العقد من وكيلهما بالتنزيل المزبور، ولكن يسقطه تفرّق الوكيلين باعتبار ظهور دليل الخيار في اعتبار دوام مجلس العقد، سواء كان منهما أو من وكيلهما. [إذن] ومع تفرّق الوكيلين لم يثبت الخيار باعتبار فوات مجلس العقد الّذي لا دليل على تنزيل مجلس الموكّل منزلته كي يكون المدار عليه لا على مجلس عقد الوكيلين، فإنّ عمومات الوكالة لا تقتضي ذلك. وحينئذٍ فلا اختلاف في مرجع الضمير في «البيعين» بعد أن كان مورده غير الوكيلين، وإنما ثبت الخيار للموكّلين في بيعهما من الطريق الّذي ذكرنا لا من الخبر.

أو يقال: إن المراد بكون البيّعين بالخيار كونهما مع الخيار، وإن كان ثبوته لمن له العقد، بل لو أُريد كونه لهما كان نحو قولهم: الخيار في الحيوان للمشتري مثلاً الشامل للوكيل، مع أنّ من المعلوم كونه للموكّل دونه، كما هو واضح.

وحينئذٍ فلا يكون اختلاف بين الضمير ومرجعه، وعلى تقديره فهو للقرينة. ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما سمعته من كلام جامع المقاصد، فلاحظ وتأمّل وتدبّر، فإن ذلك هو التحقيق، الّذي لا ينبغي المحيص عنه في المسألة.

---

(١) الحدائق ١٩: ٧.

(٢) أي قول الشهيد في المسالك.

وحاصله ثبوته للمالكين في عقد الوكيلين حضرا معهما أو لم يحضرا، ويسقطه تفرّق الوكيلين.

نعم لو كانا وكيلين على مجرّد إجراء الصيغة وقلنا بصحته، وكان الأصيلان حاضرين أمكن كون المدار على تفرّقهما دون الوكيلين؛ لصدق «البيّعين» عليهما دونهما.

ويحتمل كونه كالأوّل؛ لكون الوكالة فيه مشتملة أيضاً على إنشاء النقل وقصده، فهما كالمستقلّين من هذه الجهة.

وأمّا الوليّان فالخيار للمولّى عليه أيضاً، ولكن للوليين النظر فيه؛ لعموم الولاية. وكيف كان فالفضوليّان غير بائعين بناءً على ماهو التحقيق من أنّه النقل، سواء قلنا بأنّ الإجازة كاشفة أو ناقلة، فلا خيار في عقدهما حينئذٍ.

نعم قد يحتمل خصوصاً على النقل دوران ثبوته على مجلس الإجازة إذا فرض اجتماعهما فيه.

ويحتمل سقوط الخيار هنا من أصله، ويحتمل كونهما كالوكيلين؛ لأنّهما ناقلان أيضاً وإن كان مشروطاً بالرضا، ولا يخلو من قوّة.

(و) على كلّ حال فـ(**لو ضرب بينهما حائل**) أو حفر نهر لا يتخطّى أو نحو ذلك مع بقائهما على حال العقد (**لم يبطل الخيار**) قطعاً؛ لعدم صدق التفرّق به، سواء كان غليظاً أو رقيقاً ثوباً أو جداراً من طين أو جصّ [١].

[الإكراه على التفرّق]:

(**وكذا**) لم يبطل (**لو أكرها**) معاً (**على التفرّق**) باختيارهما أم لا [٢].

---

[١] **بلا خلاف أجده بيننا، بل وبين غيرنا، عدا ما في التذكرة عن الشافعية في الأخير قولان، أصحّهما عدم السقوط، قال: «وألحقه الجويني بما إذا حمل أحدهما وأخرج»**[(١)]. لكن في المسالك: «أنّه نبّه المصنّف بما ذكره على خلاف بعض العامّة حيث أبطله»[(٢)]. ولعلّه يريد ما سمعت، والأمر سهل.

[٢] **بلا خلاف أجده، بل في الغنية وعن تعليق الشرائع الإجماع عليه**[(٣)]:

١ ـ للاصل.

٢ ـ بعد تبادر الاختيار من النصوص، ولذا يصح في التحقيق أن يقال: لم يفترقا ولكن فرّقا، معتضداً:

١ ـ بأنّه شرّع للإرفاق المفقود مع الاجبار.

٢ ـ وبما في صحيح الفضيل السابق[(٤)] من الإشعار، بل لو أُريد منه بعد الرضا منهما بالافتراق كان نصاً في المطلوب (و) بغير ذلك.

فما عساه يظهر من بعض متأخّري المتأخرين[(٥)] **من نوع توقّف فيه**، في غير محله، سيما إذا كان الإكراه رافعاً للاختيار من رأسه.

---

(١) التذكرة ١١: ٢٤ ـ ٢٥.
(٢) المسالك ٣: ١٩٥.
(٣) الغنية: ٢١٧. ونقله عن تعليق الشرائع في مصابيح الأحكام: ٥٧٠ (مخطوط).
(٤) الوسائل ١٨: ٦، ب ١ من الخيار ح ٣.
(٥) مجمع الفائدة ٨: ٣٨٨.

نعم قد اشترط [١] بما إذا (**لم يتمكّنا**) مع ذلك (**من التخاير**) أي اختيار الفسخ أو العمل على مقتضى الخيار بأن سدّ أفواههما أو هدّدا عليه [٢]. [الصحيح أنّه لا يشترط ذلك].

ولو أُكره أحدهما على المفارقة فإن أُكره الآخر على المكث كانا معاً مكرهين.

وإلاّ فـ [ـالظاهر] [٣] البطلان [أي الخيار] فيه حتى في حقّ المكره.

ومثله لو حبس أحدهما وفارقه الآخر اختياراً [٤].

والمدار في السقوط التفرّق المستند إلى اختيارهما معاً [٥].

---

[١] **[كما اشترطه] جماعة.**

[٢] **بل صرّح في الروضة وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما منه ولم يختارا وإن أُكرها على التفرّق**[١].

وفيه: أنّ ترك اختيار الفسخ مع التمكّن منه بعد الإكراه على الافتراق الّذي نزّله الشارع منه منزلة العدم بالنسبة إلى الإسقاط كالسكوت في المجلس ـ لا دلالة فيه عليه ـ ولا وضع شرعاً له، كما هو واضح.

[٣] **[كما] قد يظهر من تعليق عدم البطلان في المتن والمحكي عن الشيخ**[٢] **وغيرهما على إكراههما معاً.**

[٤] ولعلّه لما تعرف من سقوطه في حال الاختيار بتخطّي أحدهما عن الآخر، وهو موجود في الفرض، فلا يقدح إكراه الثاني. وفيه صدق المفارقة باختيارهما معاً في الأوّل، وإن كان المتخطّي واحداً والآخر اختار المكث على المصاحبة، كما أنّ الأوّل اختار التخطّي على المكث مع صاحبه، بخلاف ما نحن فيه الّذي يمكن لولا الإكراه لجلس معه في الأوّل وصاحبه في الثاني.

[٥] ١ ـ لأنّه المتبادر من النصوص، حتى صحيح فضيل السابق[٣].

٢ ـ و[لأنّه] الموافق لأصالة بقاء الخيار.

٣ ـ بل قيل: إنه مقتضى إجماع الغنية[٤] المعتضد بفتوى جماعة منهم الشهيد الثاني والمحقق الثاني في الروضة وجامع المقاصد[٥]، بل لم أقف على الفتوى صريحاً في الاكتفاء بذلك **فيما عدا القواعد، قال: «ولو حمل أحدهما ومنع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال، أمّا الثابت فإن منع من التخاير أو المصاحبة لم يسقط، وإلاّ فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأوّل»**[٦].

وفيه: ١ ـ مع منافاة إشكاله هنا لما جزم به قبل ذلك من بقاء الخيار لو أُكرها على التفرّق. ٢ ـ بل و[منافاته] لما جزم به أيضاً في الثابت؛ لأنّ التفرق إن كان صادقاً سقط خيارهما معاً، وإن انتفى أوشك فيه فهو كذلك فيهما. ٣ ـ أنّك قد عرفت عدم السقوط فيهما في الأخير فضلاً عن سابقه؛ لعدم تحقق التفرّق المستند إلى اختيارهما معاً، وهو المدار كما عرفت. ومنه يعلم ضعف احتمال بقاء خيار المكره خاصة، وإن كان هو أقوى مما استقربه، بل هو ظاهره أو صريحه في التذكرة[٧]، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) الروضة ٣: ٤٤٩.
(٢) المبسوط ٢: ٨٤.
(٣) الوسائل ١٨: ٦، ب ١ من الخيار، ح ٣.
(٤) الغنية: ٢١٧.
(٥) الروضة ٣: ٤٤٩. جامع المقاصد ٤: ٢٨٩.
(٦) القواعد ٢: ٦٥.
(٧) التذكرة ١١: ٢٨.

[فورية الخيار بعد زوال الإكراه وعدمها]:

ولو زال الإكراه ففي فوريّة الخيار وتراخيه إلى حصول الافتراق قولان: أقواهما الثاني [١]. ولو زال الإكراه وهو مارّ [٢]، [فلا وجه لسقوط الخيار عنه، ولا يجب عليه بعد زوال الإكراه تحرّي الأقصر لو أراد العود]. ولا تضرّ مفارقته مجلس الزوال له. فمن التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك الحال في كثير من الفروع المتصوّرة في المقام.

[حكم التنادي بالبيع في السفينة]:

منها: ما لو تناديا بالبيع في سفينتين مثلاً ففرّقتهما الريح التي لا يتمكّنان من الاصطحاب معها فإنّ الظاهر [٣] عدم السقوط أيضاً كالإكراه [٤].

[اشتراط سقوط الخيار]:

(و) كذا (**يسقط**) الخيار (**باشتراط سقوطه**) منهما أو من أحدهما [٥].

---

[١] ١ ـ للأصل. ٢ ـ ولأنّ خيار المجلس موضوع على التراخي وهذا منه أو بدل عنه. ٣ ـ بل إن لم يقم إجماع، على أنّ غاية الافتراق بعد الزوال أمكن القول ببقائه مطلقاً في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار حينئذٍ ثابتاً بقوله: «البيّعان بالخيار ... إلى آخره»[١]، ولم تحصل الغاية حال إمكانها وبعد الإكراه لم يبق لها مصداق، فتأمّل جيّداً.

[٢] **ففي التذكرة: انقطع خياره ببقائه سائراً، قال: «وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان، وإن لم يطل ففيه احتمال عند الجويني»**[٢]. قلت: لا ريب في ضعفه؛ لعدم الدليل على الوجوب في الفرض، كما أنّه لا دليل على تحرّي الأقصر لو أراد العود.

[٣] **كما في جامع المقاصد**[٣].

[٤] **بل قال: «لو دهشا فلم يختارا حينئذٍ ففي السقوط نظر»**[٤]، **والله أعلم.**

[٥] **بلا خلاف أجده فيه، بل في الغنية الإجماع عليه**[٥]: ١ ـ لأصالة اللزوم مع الشكّ في تناول الأدلّة له. ٢ ـ وعموم الأمر بالوفاء بالعقود[٦]. ٣ ـ وصحيح: «المؤمنون عند شروطهم»[٧] الذي هو أرجح مما دل على الخيار من وجوه فيحكم عليه وإن كان التعارض من وجه، وليس الخيار من مقتضى العقد، بل هو مقتضى إطلاقه، بل قد يقال: إنّه ليس من مقتضياته أصلاً، بل هو حكم شرعي ثبت للعاقدين. على أنّه أولى من اشتراط الخيار في العقد. والمراد من المتن وغيره مما عدّ فيه ذلك أحد الأمور الأربعة المسقطة للخيار سقوطه بنفس الشرط لا اشتراط الإسقاط الذي يحصل بأحد مسقطاته؛ إذ ليس هو حينئذٍ إسقاطاً بالشرط، بل أقصاه استحقاق الإسقاط عليه، فإن لم يف له به تسلّط على الخيار كباقي الشرائط، وليس ممّا نحن فيه، كما أنّ اشتراطه بالمعنى الذي ذكرناه أوّلاً لا يرجع إلى نفي استحقاق ثبوت الخيار شرعاً كي يكون باطلاً، بل مرجعه إلى إيجاب اختيار لزوم العقد عليه، فمع قبوله كذلك لا بأس به وعدم حصوله إلّا بعد تمام العقد لا ينافي اشتراط سقوطه عند حصول سببه. فما عن بعض الشافعيّة من عدم صحّة هذا الشرط كخيار الشفعة[٨] لا ريب في بطلانه.

---

(١) الوسائل ١٨: ٥ ـ ٦، ب ١ من الخيار، ح ١ ـ ٣.
(٢)(٥) التذكرة ١١: ٢٩. الغنية: ٢١٧.
(٣)(٤) جامع المقاصد ٤: ٢٨٩.
(٦) المائدة: ١.
(٧) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.
(٨) المغني (لابن قدامة) ٤: ١٠ ـ ١١.

كلّ ذلك مع الشرط (**في العقد**)، أمّا قبله فلا يلزم كغيره من الشروط الخارجيّة [١].

[سقوط الخيار بالمفارقة]:

(و) كذا يسقط الخيار (**بمفارقة كلّ منهما صاحبه**) [٢]. وتحصل ببعد أحدهما عن صاحبه (**ولو بخطوة**) [٣].

---

[١] للأصل، بعد القطع بعدم إرادته من قوله: «المؤمنون عند شروطهم»؛ لأنّ المراد منه ما يلتزمونه بالملزم الشرعي، وإلّا لوجب الوفاء بكلّ كلام يقع بينهم من الوعد وغيره، وهو معلوم البطلان. قيل[١]: وإليه أومأ في جملة من النصوص[٢] في النكاح التي هي بفحواها أو عمومها شاهدة على المقام أيضاً. **خلافاً لظاهر المحكي عن الخلاف والجواهر**[٣] **فأوجبه به**، وهو ممكن التنزيل على صورة بناء العقد عليه، لا ما إذا وقع سابقاً من دون بناء. ومن الغريب ما **في الرياض من أنّ قول الشيخ غير بعيد لولا نصوص النكاح**[٤]؛ للشكّ في شمول دليل الخيار؛ إذ فيه: أنّه لا شكّ بعد القطع بصدق «البيّعين» عليهما، والدليل غير منحصر في المتيقّن، كما هو واضح، والله أعلم.

[٢] **إجماعاً بقسميه** ونصوصاً مستفيضة أو متواترة[٥].

[٣] **بلا خلاف يعتدّ به أجده فيه**؛ لعدم تحديدها بالشرع فيكتفى بمسمّاها المتحقق بالخطوة قطعاً، بل هي في كلامهم مثال لمطلق البعد بينهما زائداً على ما كان حال العقد. ولا ينافي ذلك صحيح «الخُطى»[٦] الّذي لا يأبى حصوله بما دونها، بل قد يستفاد منه إرادة المعنى اللغوي بالافتراق، بناءً على أنّ له معنى عرفيّاً لا يتحقق بالخطوة ونحوها، بل في الرياض: «لولا المعتبرة المستفيضة التي منها الصحيح المزبور[٧] لأشكل إثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة بإطلاق مفهوم نصوص الافتراق؛ لاختصاصها بحكم التبادر بالافتراق المعتدّ به الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً وعادة»[٨]. وإن كان قد يناقش فيه: ١ ـ بمنع عدم الصدق عليه عند التحقيق لا التوسّع المبني على تنزيل القليل منزلة العدم، بل الشكّ كاف لأصالة عدم النقل إلى معنى جديد. ٢ ـ وبأنّه لا تعرّض في المعتبرة للخطوة؛ إذ في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إنّ أباه اشترى أرضاً يقال لها: العريض فلمّا استوجبها قام فمضى فقال له: يا أبه لِمَ عجلت؟ فأجابه بأنّي أردت أن يجب البيع»[٩]. ونحوه غيره، ولا دلالة فيه على أنّه كان خطوة أو أكثر ولا إطلاق فيه. نعم في صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام: «بايعت رجلاً فلمّا بايعته قمت فمشيت خطاً ثمّ رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا»[١٠]. وهو مع أنّه ليس فيه خطوة، حكاية فعل لا إطلاق فيه ولم يعلم حاله، فالعمدة حينئذٍ ما ذكرنا، معتضداً بفتوى الأصحاب، وببعض ما يستفاد منه المراد بـ«المجلس» من نصوص الصرف[١١]، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) (٤) الرياض ٨: ١٧٩.
(٢) انظر الوسائل ٢١: ٦٩، ب٣٣ من المتعة، و٢٧٥، ب٢٠ من المهور.
(٣) الخلاف ٣: ٢١. جواهر الفقه: ٥٤.
(٥) انظر الوسائل ١٨: ٨، ب٢ من الخيار.
(٦) المصدر السابق: ح٣.
(٧) المصدر السابق: ح٣.
(٨) الرياض ٨: ١٨٠.
(٩) الوسائل ١٨: ٨، ب٢ من الخيار ح١، مع اختلاف.
(١٠) المصدر السابق: ح٣.
(١١) انظر الوسائل ١٨: ١٦٧، ب٢ من الصرف.

وعلى كلّ حال فـ[ـالظاهر][١] عدم اعتبار قصد الإسقاط بالافتراق.

فلا فرق فيه بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين، ولا بين الناسيين للبيع أو الخيار وغيرهما، ولا بين الافتراق له أو لغرض آخر[٢].

و[المختار][٣] أنّه لا يعتبر دلالته عرفاً على الرضا[٤].

نعم[المختار][٥] حصول افتراقهما بما ذكرناه من انتقال الواحد، ولا يشترط ذلك منهما، كما أوضحناه فيما تقدّم.

وكذا لا فرق[٦] بين قرب المكانين وبعدهما حتّى لو تساويا من مكان بعيد اعتبر التفرّق من مكانهما لسقوط الخيار[٧].

أمّا إذا لم يحصل مسمّاه كما لو مشيا مصطحبين أو تقاربا أو نحو ذلك لم يسقط الخيار.

ولو هرب أحدهما ففارق الآخر ولو بخطوة اختياراً، عالمين أو جاهلين أو مختلفين فـ[ـقد قيل بالسقوط][٨].

وهو لا يخلو من نظر إذا لم يحصل صدق التفرق باختيارهما، والله أعلم.

[سقوط الخيار بالتخاير]:

(و) كذا يسقط الخيار في العقد (**بإيجابهما إيّاه أو أحدهما ورضا الآخر**) وهو المسمّى بالتخاير، وصورته أن يقولا اخترنا العقد أو ألزمناه أو أسقطنا الخيار أو نحو ذلك ممّا يدلّ على اختيار لزوم العقد والرضا به، ولا

---

[١] [كما هو] ظاهر النصّ والفتوى.

[٢] وفعل الباقر عليه السلام[(١)] لا يقتضي حصر الإسقاط به. **فما عساه يتوهّم من عبارة الحدائق[(٢)] من اعتبار ذلك**، في غير محلّه.

[٣] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٤] وإن كان قد يتوهّم من صحيح الفضيل[(٣)].

[٥] [كما هو] صريح الصحاح المزبورة.

[٦] **عندنا**.

[٧] **وعن بعض[(٤)] العامّة إسقاطه لمقارنة المسقط**. ولا ريب في سقوطه.

[٨] [كما] **في القواعد وجامع المقاصد[(٥)] السقوط أيضاً، بل في الأخير: «وإن فعل ذلك حيلة في لزوم العقد»**.

---

(١) الوسائل ١٨: ٨، ب٢ من الخيار، ح٣.

(٢) الحدائق ١٩: ١١.

(٣) الوسائل ١٨: ٦، ب١ من الخيار، ح٣.

(٤) المجموع ٩: ١٨١.

(٥) القواعد ٢: ٦٥. جامع المقاصد ٤: ٢٨٤.

يختصّ به ، بل كلّ ما دلّ على الرضا فهو كاف . ولذا لزم بالإيجاب من أحدهما مع رضا الآخر [١].

(ولو التزم أحدهما) به (سقط خياره) [٢] (دون صاحبه) [٣].

---

[١] وعلى كلّ حال فالسقوط بذلك ممّا **لا خلاف فيه ، بل في الغنية والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه**(١).

بل ولا إشكال ؛ ضرورة معلومية كون الخيار مما يسقط بالإسقاط .

وإنّ المدار في لزوم العقد على ما يدلّ على الرضا من الأفعال فضلاً عن الأقوال ، كما أومأ إليه في صحيح الفضيل(٢) وبعض نصوص خيار الحيوان(٣) وغيره .

ولما قيل : من أنّ فسخ اللازم بالتقايل يقتضي لزوم الجائز بالتخاير(٤) .

ولأنّه [= الخيار] سقط بالافتراق ؛ لدلالته على الرضا ، والتخاير صريح فيه .

وإن كان فيه نوع تأمّل . وفحوى خبر السكوني عن الصادق عليه السلام : « أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً شرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه فقال : ليشهد أنّه قد رضيه أو استوجبه ، ثمّ ليبعه إن شاء فإن أقام في السوق ولم يبع فقد وجب عليه »(٥) . ونحوه خبر الحلبي(٦) والشحّام(٧) .

لكن في الحدائق ولقائل أن يقول : إنّ ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم ، وأقصاه التأكيد ، ونصوص الخيار مطلقاً شاملة للعقد المؤكّد وغيره ؛ ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار ، إلّا أن يقال : إنّ هذه الألفاظ في قوّة اشتراط سقوط الخيار فيرجع إليه(٨) . وهو من غرائب الكلام ؛ إذ الفرق بينه وبين الشرط في متن العقد واضح . كوضوح أنّ المراد به ما دلّ على إسقاط الخيار ، لا ما دلّ على أصل وقوع العقد الذي مقتضاه اللزوم .

[٢] لما عرفت .

[٣] ١ ـ لأصالة بقائه .

٢ ـ وعدم ارتباط أحدهما بالآخر .

٣ ـ وكونهما بالتفرّق كذلك ، بناءً على ما قلناه لا يقتضي مساواة غيره له ، كما هو واضح .

٤ ـ والتثنية في ثبوت الخيار لهما بعد معلوميّة إرادة ثبوته لكلّ منهما ، كما أومأ إليه في صحيح الفضيل(٩) المتضمّن رضاهما معاً ، لا يقتضي الارتباط .

---

(١) الغنية : ٢١٧ . التذكرة ١١ : ٢٢ . الخلاف ٣ : ١١ ، ٢١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٦ ، ب ١ من الخيار ، ح ٣ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٥ ، ٣١ ، ب ١ ، ٤ من الخيار .

(٤) مفتاح الكرامة ٤ : ٥٤٤ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢٥ ، ب ١٢ من الخيار ، ح ١ ، وفيه : « فاستوجبه » بدل « أو استوجبه » .

(٦) المصدر السابق : ح ٢ .

(٧) الوسائل ١٨ : ٢٦ ، ب ١٢ من الخيار ، ذيل الحديث ٢ .

(٨) الحدائق ١٩ : ٨ .

(٩) الوسائل ١٨ : ٦ ، ب ١ من الخيار ، ح ٣ .

(**ولو خيّر**) أحدهما الآخر بأن قال لـ(ـه): اختر (**فسكت فخيار الساكت باقٍ**) [١].

نعم لو اقترن بما يدلّ عليه سقط كما ستعرف (**وكذا**) خيار (**الآخر**) [٢]. (**وقيل فيه**) [٣]: (**يسقط**) [٤] (**والأوّل أشبه**) [٥]

١ ـ ولو قصد سقط خياره [٦] وإن سكت المخيّر بالفتح.

٢ ـ كما أنّه لا يسقط وإن أمضى المأمور إذا كان القصد الاستكشاف.

٣ ـ أمّا إذا قصد التفويض سقط مع الإمضاء دون السكوت [٧].

---

[١] ١ ـ **إجماعاً**.

٢ ـ للأصل.

٣ ـ وإطلاق الأدلّة.

٤ ـ والسكوت أعمّ من الرضا.

[٢] لأنّ أمره بالخيار لخصوص المأمور أو لهما معاً لا يدلّ على إسقاط خيار نفسه بإحدى الدلالات.

[٣] **ولكن لم نعرف القائل وإن نسب[١] إلى الشيخ إلّا أنّ المحكي عن مبسوطه وخلافه[٢] خلاف الحكاية.**

[٤] للنبوي: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقل لصاحبه: اختر»[٣].

[٥] لما عرفت، وعدم ثبوت هذه الزيادة [أي: «أو يقل لصاحبه اختر»] من طرقنا، مع أنّ مقتضاها سقوط خيارهما معاً [لا خصوص خيار القائل]، ولعلّه لذا حملها في المختلف[٤] على ما إذا خيّره فاختار اللزوم.

لكن في الحدائق: «إنّ فيه ما لا يخفى؛ لأنّ محلّ الكلام إنّما هو المخيّر بصيغة اسم الفاعل وأنّ تخييره لصاحبه يدلّ على اختياره الإمساك، وظاهر كلامه أنّ الذي اختار إنّما هو المخيّر بصيغة اسم المفعول، وهو ليس محلّ البحث»[٥]. وفيه: **أنّه صرّح الشيخ وابن زهرة والعلاّمة والشهيد[٦] وغيرهم على ما حكي عن البعض بأنّه لو قال أحدهما لصاحبه: اختر فاختار الإمضاء بطل الخياران**، أمّا لو سكت فهو ما نحن فيه، بل قد استدلّ بعض[٧] الأساطين للسقوط بأنّه ملك صاحبه ما ملكه من الخيار وإن كان فيه منع دلالة التخيير على التمليك.

[٦] **كما صرّح به في التذكرة[٨].**

[٧] **قيل: وهو الظاهر من التخيير.** ولذا فرّقوا بين السكوت والإمضاء[٩].

ولو سلّم عدم الظهور فهو أعمّ من التمليك قطعاً، فلا يحكم بالسقوط بمجرّده.

---

(١) نسبه إليه في جامع المقاصد ٤: ٢٨٥.
(٢) المبسوط ٢: ٨٢ـ ٨٣. الخلاف ٣: ٢١.
(٣) المستدرك ١٣: ٢٩٩، ب٢ من الخيار، ح٣، وفيه: «أو يقول أحدهما» بدل «يقل».
(٤) المختلف ٥: ٦٢.
(٥) الحدائق ١٩: ٩.
(٦) المبسوط ٢: ٨٢ـ ٨٣. الغنية: ٢١٧. التذكرة ١١: ٣٢. الدروس ٣: ٢٦٥ـ ٢٦٦.
(٧)(٩) مصابيح الأحكام: ٥٧٠ (مخطوط).
(٨) التذكرة ١١: ٣٢.

ولو صرّح بالمتعلّق ، فان قال : اختر الإمضاء فالحكم كما لو أطلق ، ولو قال : اختر الفسخ فخيار الآخر باق وإن أمضى المخيّر [١].

ثمّ إنّه قد [يقال] [٢] بعدم سقوط الخيار بالتصرّف . لكن [المختار] [٣] سقوط خيار المشتري بالتصرّف في المبيع [٤].

و[المختار] [٥] سقوط خيار البائع لو تصرّف بالثمن المعيّن [٦] [للدلالة على الرضا بالبيع].

أمّا ما ذكروه فيما لو انعكس الأمر فتصرّف البائع في المبيع أو المشتري في الثمن من أنّه يكون فسخاً ، ويبطل

---

[١] **وظاهر الدروس سقوطه**(١) ، وهو بعيد .

[٢] [كما] يظهر من اقتصار المصنّف وغيره على ما ذكر من المسقطات عدم سقوطه بغير ذلك حتى التصرف ، بل هو كالصريح منه فيما يأتي ، **بل قصره في الغنية والمحكي عن المبسوط وابني سعيد وادريس في موضع من السرائر على التفرّق والتخاير**(٢) ، **بل عن جماعة قصره على الأوّل .**

[٣] [كما] **صرّح جماعة من المتأخّرين ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه بينهم كما اعترف به بعض الأساطين**(٣) .

[٤] **بل حكاه بعضهم عن خلاف الشيخ والكافي والجواهر والسرائر**(٤) **أيضاً .**

بل عن الأوّل : أنّه نقل إجماع الفرقة على أنّ المشتري متى تصرّف في المبيع سقط خياره .

قال : وورد الأخبار به عنهم عليهم السلام مشيراً بذلك إلى ما أورده في كتاب الحديث .

إلّا أنّه لم نجد ما يدلّ على إبطال التصرّف لمطلق الخيار بعد الإجماع المزبور ، المؤيّد بتخصيص الأصحاب خيار الغبن بالبقاء مع التصرّف من بين الخيارات ، مع احتمال إرادتهم فيه أيضاً ما قبل ظهور الغبن وثبوت الخيار .

فلا تخصيص حينئذٍ لذلك ، إلّا ما قيل(٥) من التعليل بالرضا المستفاد :

١ ـ من صحيح الفضيل السابق(٦) .

٢ ـ وصحيح ابن رئاب في خيار الحيوان ، وفيه : « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة [الأيام] فذلك رضا منه فلا شرط له »(٧) .

[٥] [كما] منه يظهر الوجه في [ذلك] .

[٦] للاشتراك بالعلّة وهي الدلالة على الرضا بالبيع .

---

(١) الدروس ٣ : ٢٦٦ .

(٢) الغنية : ٢١٧ . المبسوط ٢ : ٨٢ . الجامع للشرائع : ٢٤٧ . السرائر ٢ : ٢٤٦ .

(٣) اعترف به بحر العلوم في المصابيح : ٥٧١ (مخطوط) .

(٤) الخلاف ٣ : ٢٣ ـ ٢٤ . الكافي : ٣٥٣ . جواهر الفقه : ٥٥ . السرائر ٢ : ٢٤٧ .

(٥) مفتاح الكرامة ٤ : ٥٤٧ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٦ ، ب ١ من الخيار ، ح ٣ .

(٧) الوسائل ١٨ : ١٣ ، ب ٤ من الخيار ، ح ١ ، وليس فيه : « له » .

به الخياران [١] [فهو كذلك إن تم الإجماع فيه].

وعلى كلّ حال فهل المدار على حصول الدالّ على الرضا باللزوم أو الفسخ أو يكفي حصول ذلك في النفس وإن لم يصدر منه ما يدلّ عليه فيحرم عليه فيما بينه وبين ربّه العمل على خلاف ما وقع فيها ؟

[الظاهر] [٢] الأوّل [٣].

وكذا لا خيار للبائع والمشتري في شراء من ينعتق على المشتري [٤].

نعم لو تصرّف المشتري فيه بالعتق اختياراً سقط حقه قطعاً، بناءً على ما عرفت.

---

[١] **بل في الغنية نفي الخلاف عنه**[١]، فلا أجد له دليلاً سوى دعوى دلالة التصرّف عليه، ولا ريب فيه إن تمّت الدلالة ولو بمعونة قرينة، وإلاّ فهو محلّ مناقشة، كما في الرياض: « لمنع الدلالة مع أعمّية التصرّف من الفسخ وغيره، فيحتمل السهو والغفلة، فإن تمّ إجماع على الإطلاق، وإلّا فالمسألة محلّ ريبة؛ لأصالة بقاء صحّة المعاملة والخيار فيها »[٢]. قلت: بل إن لم يتمّ إجماع على الأوّل، أي اللزوم بالتصرّف كان محلّاً للنظر؛ إذ دعوى دلالته [= التصرّف] عليه عرفاً مطلقاً محلّ منع، خصوصاً وقد يصدر منه التصرّف مع الغفلة عن البيع أو الخيار أو نحو ذلك. نعم يمكن دعوى وضع ذلك للدلالة شرعاً وتعميمه لما نحن فيه، إلّا أنّه إن لم يحصل إجماع كما ترى، بل قد يناقش في الدالّ منه عرفاً إذا لم تكن دلالته رافعة لاحتمال عدم إرادة الفسخ، بناءً على اعتبار خصوص الظاهر من الأقوال في أمثال ذلك لا الأعم منها والأفعال.

[٢] **[كما هو] ظاهر الأصحاب.**

[٣] ويؤيّده الاستصحاب، وقد يظهر من بعض النصوص[٣] الثاني والله أعلم.

[٤] **كما صرّح به جماعة، بل في الحدائق: أنّه المشهور**[٤]:

١ ـ لدخوله في ملك المشتري بنفس العقد، فينعتق بمجرّد الملك، والعتق لا يقع متزلزلاً والحرّ لا يعود رقاً.

٢ ـ وفي الصحيح: فيمن ينعتق من الرجال والنساء أنّهم إذا ملكوا اعتقوا، وإنّهن إذا ملكن اعتقن[٥].

٣ ـ بل في كثير من النصوص والعبارات نفي الملك، وحقيقة النفي وأقرب مجازاته ينفيان الخيار. نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده؛ إذ لا مانع فيه، وهو خلاف التحقيق كما ستعرف. **واحتمل في الدروس**[٦] **ثبوته للبائع لسبق تعلّق حقّه فيقف العتق على التفرّق أو يثبت الخيار في القيمة دون العين جمعاً بين الحقين وتنزيلاً لها منزلة التلف الذي لا يمنع الخيار، بل في الحدائق**[٧] **التوقّف في سقوط خيار المشتري، فضلاً عن البائع**؛ لأنّ التعارض بين ما دلّ على العتق وعلى الخيار تعارض العموم من وجه ولا ترجيح. ولا ريب في بعد الجميع، خصوصاً مع علم البائع. ودعوى تقدّم حقه ممنوعة، فإنّ الخيار بعد الملك كالعتق، وهو مبني على التغليب، وأدلّته أنص على هذا المورد من أدلّة الخيار، ومعتضدة بالشهرة، فيترجّح عليها وتخصّص بها، والقيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها دون المبدل.

---

(١) الغنية: ٢١٩.
(٢) الرياض ٨: ١٨٠.
(٣) الوسائل ١٨: ١٥، ب ٥ من الخيار، ح ٤.
(٤) الحدائق ١٩: ١٦.
(٥) الوسائل ١٨: ٢٤٧، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ١.
(٦) الدروس ٣: ٢٦٦.
(٧) الحدائق ١٩: ١٧ ـ ١٨.

أمّا البائع فالظاهر بقاء خياره لسبق حقه، إلّا أنّه يقوى في خصوص العتق الانتقال إلى القيمة [١].

ولو اشترى العبد نفسه بناءً على جوازه كالكتابة فكالانعتاق [٢]. و[قد قيل] [٣] [أنّ مثلهما لو كان المبيع جمداً في زمان الحرّ، وإلّا أن يقال: التلف لا يسقط الخيار] قلت: وهو كذلك، والله أعلم.

[خيار المجلس للعاقد عن الاثنين]:

(ولو كان العاقد واحداً عن اثنين) هو أحدهما أو غيرهما (كالأب أو الجدّ) أو الوصي لطفلين (كان الخيار ثابتاً ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول) [٤].

[ولكن يثبت الخيار للعاقد الواحد عن اثنين باعتبارين، باعتبار أنّه بائع وباعتبار أنّه مشترٍ].

---

[١] لما عرفت من عدم التزلزل فيه، ودعوى عدم عود الحرّ رقّاً؛ اللهمّ إلّا أن يدّعى توقّف نفوذ العتق على انقضاء خيار البائع، وهو منافٍ لإطلاق ما دلّ على حصوله بإجراء الصيغة على الملك. **لكن في المسالك الإشكال في صحّة سائر تصرّفات المشتري الناقلة مع خيار البائع**[١]. وربّما يأتي للمسألة تتمة في المباحث الآتية إن شاء الله.

[٢] [كما هو] عند الفاضل[٢].

[٣] [كما] في جامع المقاصد: **«أنّ مثلهما لو كان المبيع جمداً في زمان الحرّ؛ لأنه يذوب شيئاً فشيئاً، إلّا أن يقال: التلف لا يسقط الخيار»**[٣].

[٤] لم نعرف قائله قبل المصنّف. **نعم صرّح بالخيار في الفرض جماعة من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا، وإن حكى الفاضل قولاً بالسقوط**[٤]. **إلّا أنّ الظاهر كما اعترف به بعض**[٥] **الأساطين كونه من العامة. نعم احتمله بعض**[٦] **أصحابنا أو مال إليه، بل في الحدائق: «أنّه الاقرب»**[٧]: ١ ـ لقاعدة اللزوم. ٢ ـ والشكّ في ثبوت الخيار في الفرض إن لم يكن ظاهر الأدلّة خلافه. وفيه: أنّه يمكن أن يكون دليله ـ بعد الإجماع في الغنية[٨] على دخول خيار المجلس [في] كلّ بيع معتضداً بالشهرة العظيمة في المقام، وظاهر الأصحاب في بيان محلّه ـ التنقيح؛ لأنّ المقتضي له [= للخيار] في التعدّد هو البيع، وقد وجد في الواحد. والنص وإن كان ظاهره التعدد إلّا أنّه بوروده مورد الغالب وظهور إرادة قصد التنصيص به على الاشتراك والتوطئة لذكر التفرّق يضعف إرادة اعتبار ذلك [= التعدّد] في الخيار، ولو أثّر فيه لأثّر في غيره [= في غير الخيار] ممّا ابتنى عليه، فيسقط مع الاتحاد أكثر الأحكام، وهو معلوم العدم، فيكون الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله: «البيّعان»[٩] هو ثبوته لهما من حيث هما بيّعان، ويرجع بعد إسقاط التثنية من الحيثيّة؛ لكونها في قوّة التكرار بالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو بائع، والمشتري من حيث هو كذلك، والعاقد الواحد بائع ومشترٍ، فيثبت له الخيار بالاعتبارين. ولاينافي ذلك قوله: «ما لم يفترقا»[١٠] إذا كان المراد من النفي حقيقته التي هي السلب المطلق، فلا فرق بين المتعدّد والمتحد، بل لو أُريد منه الملكة أي عدم

---

(١) المسالك ٣: ١٩٧.
(٢) التذكرة ١١: ١١.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.
(٤) القواعد ٢: ٦٥.
(٥) مصابيح الأحكام: ٥٦٩ (مخطوط).
(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٩.
(٧) الحدائق ١٩: ١٣.
(٨) الغنية: ٢١٧ ـ ٢١٨.
(٩) الوسائل ١٨: ٥ ـ ٦، ب ١ من الخيار، ح ١ ـ ٣.
(١٠) المصدر السابق.

. . . . . .

الافتراق عمّن شأنه ذلك. أمكن حينئذٍ القول بأنّه لا يقتضي تخصيص مورد الخيار به، بل أقصاه السقوط بذلك فيما يحصل به [= بالتفرّق] من أفراده. فلا ينافي ما دلّ بإطلاقه على ثبوت الخيار للبائع مثلاً من الخبر المزبور بعد ما ذكرناه فيه وغيره، كقول الرضا عليه السلام في خبر ابن أسباط: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا»[١]. أي الخيار ثابت في غير الحيوان إلى أن يفترقا إن كان لطرفيه عاقدان، بل قيل[٢]: إنّه قد يتمسّك للمطلق بعموم النص بدعوى إرادة الحقيقة من النفي والحمل للتثنية على عموم المجاز، كما ينبّه عليه سوق النصوص والاقتران بخيار الحيوان في أكثرها، والعموم فيه معلوم بالنصوص:

١ ـ منها صحيح الفضيل[٣] المتقدم سابقاً.

٢ ـ وفي الصحيح: ما الشرط في الحيوان؟ فقال: «ثلاثة أيّام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٤] الذي هو مع تضمنه لما ذكرنا عم المتحد سؤالاً، فينبغي أن يعمه جواباً وتعليلاً، ينشأ من التنبيه على علّة السقوط بالافتراق، فيعمه حكماً. كلّ ذلك مضافاً إلى:

١ ـ معلومية بدليّة المتحد عن الاثنين في سائر الأحكام الثابتة للمتبايعين.

٢ ـ وإلى استبعاد ثبوته لو وكّل الولي عن أحد الطفلين ثمّ عقد معه؛ إذ دعوى السقوط فيه أيضاً كما ترى، فلا مناص بعد ذلك بل بعضه عما عليه الأصحاب [من ثبوت الخيار له باعتبارين].

كما أنّه لا مناص بعد القول بثبوته عن القول بعدم سقوطه في التأخّر عن مجلس العقد:

١ ـ للاستصحاب.

٢ ـ وعدم ما يدلّ على تنزيله منزلة افتراقهما، كما هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يظهر فيه خلاف بينهم. **نعم عن المبسوط[٥] كالمتن حكايته واحتمله العلّامة[٦]، ويحتمله عبارة الدروس[٧] على بعد، وعن الصيمري[٨] اعتماده.** نظراً إلى أنّ خيار المجلس يسقط بمفارقته من غير اصطحاب ولا مصاحبة بين الشخص ونفسه.

وفيه: أنّ افتراقهما أيضاً مستحيل، والمسقط هو الافتراق. وربما انتصر له:

١ ـ بلزوم الضرر.

٢ ـ ومخالفة الفرع للأصل.

٣ ـ وبإطلاق ما دلّ على جواز بيع الوكيل ماله من موكّله، ومال موكّله من نفسه، ولو دام الخيار مع الاتحاد وجب التفصيل. و[أمّا] الضرر يندفع بالاشتراط والفسخ، والمخالفة مقلوبة؛ ضرورة عدم اللزوم بمفارقة المجلس خاصة في المتبائعين، بل لابدّ من افتراق البدنين. وتصرّف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقاً، فإن وجدت مع استمرار الخيار، وإلّا بطل لهذا الاعتبار.

---

(١) الوسائل ١٨: ٦، ب ١ من الخيار، ح ٥.
(٢) قاله بحر العلوم في المصابيح: ٥٦٩ (مخطوط).
(٣) الوسائل ١٨: ٦، ب ١ من الخيار ح ٣.
(٤) الاستبصار ٣: ٧٢، ح ٢٤٠. أورد صدره في الوسائل ١٨: ١١، ب ٣ من الخيار، ح ٥، وذيله في ٦، ب ١، ح ٣.
(٥) المبسوط ٢: ٧٨.
(٦) المختلف ٥: ٦٤.
(٧) الدروس ٣: ٢٦٧.
(٨) غاية المرام ٢: ٣٥.

[ولا يسقط بتأخّره عن المجلس الّذي عقد فيه]، هذا.

[وأمّا مسقطيّة التصرّف] [١] [فالظاهر أنّه لا يحصل به إلاّ مع قصده عن أحدهما].

ولو جاء مصطحبين فقال أحدهما: تفرّقنا ولزم البيع وأنكر الآخر، فعلى المدّعي البيّنة، إن لم يطل الوقت [٢]، بل وإن طال [٣].

ويحتمل العكس [٤].

ولو اتفقا على التفرّق، واختلفا في الفسخ، فالقول قول منكره بيمينه [٥].

ولو قال أحدهما: تفرّقنا قبل الفسخ وقال الآخر: فسخنا قبل التفرق احتمل تقديم الأوّل [٦]، وتقديم الثاني [٧] [فيستصحب الخيار حتى يتحقق الافتراق].

[خيار الحيوان]:

القسم (الثاني: خيار الحيوان) [٨].

---

[١] ولعلّ اقتصار المصنّف على هذين المسقطين [الاسقاط والايجاب بعد العقد] لعدم ذكره التصرّف.

أمّا غيره ممن ذكره ولم يذكره هنا، فمقتضاه أنّه لا يحصل به في المقام، باعتبار اشتراك المتصرّف إلّا أن يضم إليه قصد التصرّف عن أحدهما.

[٢] للأصل.

[٣] ترجيحاً له على الظاهر.

[٤] **بل قوّاه في جامع المقاصد**، نظراً إلى شدّة استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مدّة طويلة، مع كون الاصطحاب منسوباً إليهما معاً، حتى لو أراد أحدهما المفارقة احتيج في منعه إلى الالتزام والقبض، وذلك من الأُمور النادرة، قال: **« ولكن هذا الظاهر يتفاوت قوّة وضعفاً بإفراط طول المدّة وعدمه »**[1].

قلت: هو [= الظاهر] إن لم يصل في القوّة إلى صلاحية قطع الأصل، يشكل تقديمه عليه.

[٥] **و في القواعد احتمال تقديم مدعيه؛ لأنه أعرف بنيّته**[2].

وهو كما ترى، ولعلّه يريد ما لو اختلفا في فعل مدّعي الفسخ، مع أنّ ظاهر جامع المقاصد[3] تقديم قول المنكر فيه.

[٦] لأصالة بقاء العقد.

[٧] ١ ـ لأنّه يوافقه عليه، ويدعي فساده. ٢ ـ والأصل صحّته؛ لأنّ الفسخ فعله.

وأصالة تأخّر كلّ منهما عن الآخر مع جهل التاريخ يقتضي الاقتران، وهو ـ مع أنّه خلاف الظاهر، بل والأصل كما حُقق في محلّه، ولذا لم يعتبره أحد من الأصحاب ـ يقتضي ترجيح الأخير؛ لاستصحاب الخيار حتى يتحقّق الافتراق، فتأمّل، والله أعلم.

[٨] الذي هو في الجملة إجماعي، بل ضروري عند علماء المذهب.

---

(١)(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٩٠.

(٢) القواعد ٢: ٦٦.

(**والشرط فيه**) أي الخيار في الحيوان (**كلّه**) انسيّه وغيره (**ثلاثة أيّام**) [١].

وكيف كان فهذا الخيار (**للمشتري خاصّة دون البائع على الأظهر**) [٢].

---

[١] **على المشهور بين الأصحاب شهرةً عظيمةً، بل في ظاهر الانتصار والتذكرة والمحكي عن الخلاف والتحرير[١] وصريح السرائر الإجماع عليه[٢]:**

١ ـ لإطلاق النصوص، بل العموم في بعض الصحاح منها.

٢ ـ وخصوص صحيح ابن رئاب[٣].

٣ ـ وغيره مما تسمعه. **خلافاً للحلبيّين[٤] على ما حكي عن أبي الصلاح منهما، وربّما يوافقهما ظاهر الشيخين[٥] والمحكي عن الديلمي[٦]، حيث حكموا بضمان البائع مدّة الاستبراء، وليس إلّا لأنّها مدّة الخيار المضمون ما يحدث فيها على البائع؛ لأنّه لا خيار له، والحمل على عدم القبض بعيد، بل المفروض في المقنعة والنهاية وضع المشتري إياها عند غيره وهو قبض وإيداع، بل فيهما والوسيلة ومحكيّ المراسم والجامع أنّ نفقة تلك المدّة على البائع[٧]، قيل: وهو يؤذن بذلك [= بثبوت الخيار مدّة الاستبراء]، وإلّا لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضائها[٨].** قلت: يمكن القول بالضمان والنفقة مع انقضاء مدّة الخيار؛ للأدلّة، كما هو مقتضى الجمع بين إطلاقهم الثلاثة في خيار الحيوان وذكرهم ذلك. وعلى كلّ حال فلا نعرف له مستنداً صالحاً؛ لمعارضة إطلاق الأدلّة وعمومها فضلاً عن خصوصها؛ إذ إجماع الغنية[٩] ـ بعد معارضته بمثله ورجحانه عليه من وجوه ـ غير صالح لذلك قطعاً، كما هو واضح.

[٢] **الأشهر فتوى وروايةً، بل المشهور شهرة عظيمة فيها، بل في الغنية وظاهر الدروس أو صريحها الإجماع عليه[١٠]. بل لا أجد فيه خلافاً إلّا من المرتضى في انتصاره[١١] والمحكي عن ابن طاووس[١٢]. بل لم نعرف النسبة إلّا لأوّلهما:**

١ ـ لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية[١٣] والرواية.

٢ ـ وخصوص صحيح ابن رئاب المروي عن قرب الإسناد: سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو البائع أو لهما كليهما؟ فقال: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء، قلت له: أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس، فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر فيها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته»[١٤] الحديث.

---

(١) الانتصار: ٤٣٣. التذكرة ١١: ٣٤. الخلاف ٣: ١٢. التحرير ٢: ٢٨٥.

(٢) السرائر ٢: ٢٤٤، ٢٨٠.

(٣) الوسائل ١٨: ١٣، ب ٤ من الخيار، ح ١.

(٤) الكافي: ٣٥٣. الغنية: ٢١٩.

(٥) المقنعة: ٥٩٢ ـ ٥٩٣. النهاية: ٤٠٩ ـ ٤١٠.

(٦) المراسم: ١٧٣.

(٧) انظر المقنعة: ٥٩٢ ـ ٥٩٣. النهاية: ٤٠٨ ـ ٤٠٩. الوسيلة: ٢٤٨. المراسم: ١٧٣. الجامع للشرائع: ٢٦٢.

(٨) مفتاح الكرامة ٤: ٥٥٨.

(٩) الغنية: ٢١٩.

(١٠) الغنية: ٢١٩. الدروس ٣: ٢٧٢.

(١١) الانتصار: ٤٣٣.

(١٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٥٥٦.

(١٣) المائدة: ١.

(١٤) قرب الإسناد: ١٦٧، ح ٦١١. أورد صدره في الوسائل ١٨: ١٢، ب ٣ من الخيار ح ٩، وذيله في ١٤، ب ٤، ح ٣.

٣ ـ بل وصحيح الفضيل قال للصادق عليه السلام : ما الشرط في الحيوان ؟ فقال : « ثلاثة أيّام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ فقال « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »[١] الحديث ، الذي يقرب منه في الصراحة بالعدول بالجواب في غير الحيوان والاقتران بـ« اللام » المفيدة للاختصاص ، وظهور إرادة القيد من الوقوع في بيان السؤال فهو بمنزلة ما يذكر في الحدود ، والحصر بتعريف المبتدأ ، بناءً على أنّ « للمشتري » خبراً أو كالخبر بالنسبة إلى ذلك .

٤ ـ ونحو خبر ابن أسباط : سمع الرضا عليه السلام يقول : « الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا »[٢] وإن لم يجتمع فيه جميع ما ذكرنا .

٥ ـ كصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها إن شرط فيها أو لم يشترط »[٣] .

٦ ـ وصحيح ابن رئاب عن الصادق عليه السلام « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط فيها أو لم يشترط ، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه ، فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : « إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء »[٤] .

٧ ـ وسمع الحسن بن عليّ بن فضّال في الموثق أبا الحسن عليّ بن موسى الرضا عليه السلام يقول : « صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام »[٥] . فمن الغريب ما في المسالك من الاقتصار في الاستدلال له على صحيح الحلبي[٦] ، وقال « أنّه لا يدلّ على نفيه عن البائع إلّا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف ، فالقول بما عليه المرتضى في غاية القوّة إن لم يثبت الإجماع على خلافه »[٧] . وتبعه في هذا الميل الكاشاني[٨] . وهو كما ترى ، مع أنّه لم نقف له على دليل :

١ ـ سوى ما ادّعاه من الإجماع الموهون بالتتبّع لفتاوى من تقدمه كالمفيد والصدوقين[٩] ومن تأخّر عنه المعارض بمثله صريحاً وظاهراً .

٢ ـ وسوى صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : « المتبائعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »[١٠] .

٣ ـ وصحيحه الآخر عنه أيضاً قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة

---

(١) أورد صدره في الوسائل ١٨ : ١١ ، ب ٣ من الخيار ، ح ٥ ، وذيله في ٦ ، ب ١ ، ح ٣ .
(٢) المصدر السابق : ٦ ، ح ٥ .
(٣)(٦) الوسائل ١٨ : ١٠ ، ب ٣ من الخيار ح ١ ، وفيه : « إن شرط » بدل « إن شرط فيها » .
(٤) الوسائل ١٨ : ١٣ ، ب ٤ من الخيار ، ح ١ ، وفيه : « اشترط أم » بدل « اشترط فيها أو » .
(٥) الوسائل ١٨ : ١٠ ، ب ٣ من الخيار ، ح ٢ ، وفيه : « بثلاثة » بدل « ثلاثة » .
(٧) المسالك ٣ : ١٩٩ ، ٢٠٠ .
(٨) المفاتيح ٣ : ٦٨ ـ ٦٩ .
(٩) المقنعة : ٥٩٢ ، ٥٩٩ . المقنع : ٣٦٥ . ونقله عن عليّ بن بابويه في كشف الرموز ١ : ٤٥٧ .
(١٠) الوسائل ١٨ : ١٠ ، ب ٣ من الخيار ، ح ٣ .

أيام »[١].

٤ ـ كصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام[٢]. مع أنّ المراد بـ« صاحب الحيوان » في الأخيرين المشتري بقرينة موثّق ابن فضال[٣] الذي هو إن أُريد منه بيان الموضوع أو التخصيص في الحكم كان كافياً في المطلوب ونافياً لأصل الدلالة فيهما على الأوّل، الّذي يمكن دعوى أنّه المنساق المتبادر؛ إذ هو الصاحب فعلاً. على أنّه لو أُريد به الأعم ثبت لكلّ منهما الخيار، متى كان [الحيوان] أحد العوضين، وهو ممّا لم يقل به أحد؛ لأنّ من صوره كون الثمن للدار مثلاً حيواناً ولا خيار فيها للمشتري قطعاً، كما أنّ العدول في الجواب فيهما صريح أو كالصريح في إرادة أحدهما من الصاحب، وتخصيصه بالبائع فيما إذا كان المبيع حيواناً ممّا لم يقل به أحد، فوجب إرادة المشتري منه. فانحصر الدليل في الصحيح الأوّل[٤] القاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه. بل ربّما احتمل فيه بقرينة اتّحاد الراوي والمروي عنه للصحيح[٥] الذي بعده، أنّه نقل من الراوي بالمعنى بزعم الموافقة. واحتمل فيه أيضاً إرادة الخيار لمجموعهما الصادق بالمشتري خاصّة أو أنّ الخيار للمشتري وعلى البائع فهو لهما أو نحو ذلك من الاحتمالات البعيدة التي لا بأس بها بعد القصور عن المعارضة، وأنّها أولى من الطرح.

نعم احتمل الفاضل[٦] تنزيله على ما إذا كان كلّ من الثمن والمثمن حيواناً، وكأنّه علّق قوله « في الحيوان » فيه بالمبتدأ، وهو مبنيّ على ثبوت الخيار لهما في هذه الصورة. وعدّه في جامع المقاصد ثالث الأقوال، ونفى عنه البعد لما فيه من الجمع[٧]، بل عن جماعة منهم الصيمري[٨] اختياره؛ لذلك، ولاتّحاد وجه الحكمة في ثبوت هذا الخيار للمشتري وهي خفاء حال الحيوان المحتاج إلى ضرب هذه المدّة. وفيه: ١ ـ بعد اعتبار التكافؤ في الجمع. ٢ ـ إنّه لا شاهد عليه في اللفظ ولا من خارج. ٣ ـ وقاعدة أولويته من الطرح غير ثابتة، كما تحرّر في الأُصول. ٤ ـ والحكمة ما لم يكن منصوص علّة أو تنقيح مناط لا يجوز اطّرادها عندنا، ومن ذلك كلّه يظهر لك ضعف ما احتمله الفاضل أيضاً من ثبوته لذي الحيوان مطلقاً، فيشتركان فيه مع كون العوضين حيوانين، ويختص به المشتري في بيع الحيوان بغيره، ويختص به البائع في بيع غيره به. وإن مال إليه أو توقّف فيه في الرياض[٩]، وقوّاه في الروضة[١٠]، واختاره؛ في المسالك ومجمع البرهان والحدائق[١١] وعن غيرها. إلّا أنّه لا مستند له سوى الصحيح[١٢] المزبور بعد التنزيل المذكور، وإطلاق « صاحب الحيوان » في الصحيحين[١٣] بناءً على إرادة المنتقل إليه منه لا ما كان صاحبه، والاشتراك في وجه الحكمة. وفي الجميع ما عرفت، خصوصاً بعد غلبة كون الحيوان مقابلاً بغيره، فصاحبه المشتري، سيّما ولا عموم معتدّ به في هذه الإضافة؛ إذ ليست من إضافة المصدر، فتأمّل جيّداً.

---

(١)(٥) الوسائل ١٨: ٥، ب ١ من الخيار، ح ١.
(٢) الوسائل ١٨: ١١، ب ٣ من الخيار ح ٦.
(٣) المصدر السابق: ١٠، ح ٢.
(٤) الوسائل ١٨: ١٠، ب ٣ من الخيار، ح ٣.
(٦) المختلف ٥: ٦٥.
(٧) جامع المقاصد ٤: ٢٩١.
(٨) غاية المرام ٢: ٣٥ـ ٣٦.
(٩) الرياض ٨: ١٨٤.
(١٠) الروضة ٣: ٤٥٠.
(١١) المسالك ٣: ٢٠٠. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٩٢. الحدائق ١٩: ٢٥ـ ٢٦.
(١٢) الوسائل ١٨: ١٠، ب ٣ من الخيار، ح ٣.
(١٣) المصدر السابق: ١٠، ١١، ح ٢، ٦.

ثمّ إنّ ابتداء الخيار من تمام العقد [١] لا من حين التفرّق [٢].

والبحث في ثبوته للوكيل نحو ما سمعته في خيار المجلس.

لكنّ من المعلوم هنا اختصاصه بالمالك ومن يوكّله فيه.

كما أنّ من المعلوم ابتدائه في الفضولي من حين الإجازة بناءً على النقل، أمّا على الكشف فإن كانت بعد الثلاثة سقط، وإلّا ثبت فيما بقي منها، والله أعلم. (و) كيف كان فـ(يسقط):

[مسقطات خيار الحيوان]:

١ ـ (باشتراط سقوطه في العقد).

٢ ـ (وبالتزامه بعده) [٣].

٣ ـ (وبإحداثه فيه حدثاً كوطء الأمة وقطع الثوب).

٤ ـ (وبتصرّفه فيه سواء كان تصرّفاً لازماً كالبيع أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصيّة) [٤].

---

[١] **كما صرّح به جماعة، وهو ظاهر الباقين.**

[٢] لتبادر الاتصال من النصوص[١]، وأنّه كخيار المجلس، بل هو متعيّن الإرادة في كثير منها؛ لعدم سبق غيره، وبه ينقطع الاستصحاب. والتأسيس مع أنّه خلاف وضع العقد غير لازم. والخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار، فلا يجتمع المثلان وفائدته البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الآخر، فلا يتداخل السببان، والأسباب الشرعية معرّفات لا مؤثّرات، فلا استحالة في اجتماعهما، كما اجتمعت في المجلس والعيب وخيار الرؤية باعتراف الخصم. والبيع يتم بالإيجاب والقبول على الأصح، فلا يمتنع الخيار قبل التفرّق. وارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضي اللزوم مطلقاً، بل اللزوم اللازم من رفعه، فيصح تعلّقه بالجائز. ولو قيل بالسببية في المجموع دون الجميع اندفع أكثر ذلك، إلّا أنّه خلاف الظاهر نصاً وفتوى، ويلزمه سقوط الأثر بالكلّية، مع استمرار المجلس طول المدّة. وهو بعيد، كما أنّ احتمال سقوط خيار المجلس في الحيوان؛ لظهور بعض النصوص الجامعة بينهما في اختلاف موضوعهما بعيد أيضاً؛ لظهور الفتاوى وجملة من النصوص في خلافه ويلزمه عدم الخيار بعد الثلاثة لو زاد المجلس عليها.

[٣] لما تقدم في خيار المجلس.

[٤] ١ ـ لصحيحي ابن رئاب السابقين[٢].

٢ ـ ومكاتبة الصفار إلى أبي محمّد عليه السلام : في الرجل اشترى من رجل دابّة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها؟ فوقّع عليه السلام : « إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله »[٣].

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٠، ب ٣ من الخيار.

(٢) الوسائل ١٨: ١٣، ١٤، ب ٤ من الخيار، ح ١، ٣.

(٣) المصدر السابق: ١٣، ح ٢.

و[المختار] [١] أنّه لا فرق بين الناقل وغيره [٢].

---

[١] [كما] صرّح جماعة، بل لا خلاف فيه يعرف بينهم.

[٢] لصدق اسم الحدث، وذكر بعض أفراد العام أو المطلق للتمثيل لا يقضي بالتخصيص والتقييد لهما، سيما إذا كان في كلام السائل كالمكاتبة.

والمناقشة بظهور صحيحي ابن رئاب[١] في اختصاص الحدث بما لا يشمل التصرّف الناقل؛ إذ المثال إنّما هو لما ماثله ضعيفة؛ ضرورة أنّ ذلك وإن لم يكن من صنف المذكور، ولكنّه أولى قطعاً.

نعم قد يظهر من بعض النصوص الآتية في خيار الشرط[٢] عدم دلالة مثل ذلك [= التصرّف الناقل] على الرضا، ولذا اشترط على المتصرّف الذي له الخيار ان يستوجب البيع أوّلاً.

لكن لم أجد عاملاً بها فهي بالنسبة إلى ذلك شاذّة.

وعلى كلّ حال فقد قيل: إنّ الظاهر من صحيح الرضا[٣] الذي هو كالتعليل كون المناط حصول الرضا بسببه؛ فلو علم انتفاؤه وإن قصده بالحدث اختباره أو غيره بقي خياره[٤]. ولعلّه لذا قيّده بعض الأفاضل[٥] بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه ويؤيّده:

١ ـ الأصل.

٢ ـ والإطلاقات.

٣ ـ وبعض النصوص، كالخبرين أحدهما الصحيح عن رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثمّ ردّها، قال: «إن كان [في] تلك الثلاثة أيام شرب لبنها، ردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»[٦].

لكن عن بعضهم[٧] سقوط الخيار به أيضاً، بل مال إليه في المسالك[٨].

ولعلّه:

١ ـ للإطلاق.

٢ ـ وإرادة التنزيل منزلة الرضا في السقوط شرعاً لا أنّه كاشف عنه.

وإلّا لم يتمّ في مشكوك الحال فضلاً عن معلوم العدم.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الشرع كاشف عن العرف فيتبع فيما لم يعلم عدمه، بل ذلك هو الموافق لأصلي الخيار واللزوم، وستسمع إن شاء الله تمام البحث فيه في الأحكام.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٣، ١٤، ب ٤ من الخيار ح ١، ٣.
(٢) الوسائل ١٨: ٢٥، ب ١٢ من الخيار، ح ١، ٢.
(٣) الوسائل ١٨: ١٣، ب ٤ من الخيار، ح ١.
(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٥٥٩.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩١. الرياض ٨: ١٨٦.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٦، ب ١٣ من الخيار، ح ١، وفيه: «يشرب» بدل «شرب».
(٧) الحدائق ١٩: ٢٩.
(٨) المسالك ٣: ٢٠١.

٥ ـ ويسقط أيضاً بانقضاء المدّة وهي ثلاثة أيام كما عرفت [١].

[والظاهر دخول الليلتان وغيرهما في مصداق مضيّ ثلاثة أيّام].

بل الظاهر دخول المنكسر من اليوم كذلك أيضاً.

فإذا وقع العقد مثلاً ظهر يوم الخميس، فالخيار متصل إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ولا يكون ذلك إلّا بانتهاء يوم الأحد وهو غروب الشمس منه، ولو وقع في أوّل ليلة الخميس مثلاً فالخيار فيه إلى مضي الثلاثة، فتدخل الليلة في الحكم لا في اسم اليوم [٢].

نعم لا إشكال في ثبوت مشروعية التلفيق في الجملة [٣].

[عدم سقوط خيار الحيوان بالتبرّي من العيوب]:

ولا يسقط هذا الخيار بالتبرّي من العيوب وإن كان الحكمة في شرعه خفاء العيب غالباً، إلّا أنّه لا يجب انعكاسها.

---

[١] قال بعض الأفاضل: بلياليها تحقيقاً؛ لأنّه الأصل في التحديد، والظاهر دخول الليلتين أصالة، فتدخل الثالثة، وإلّا اختلف معنى الآحاد في استعمال واحد[(١)].

وفيه نظر؛ لأنّ الظاهر دخول الليلتين المتوسطتين في الحكم دون الاسم؛ إذ ليس اليوم لغةً وشرعاً وعرفاً إلّا البياض المقابل لليل، إلّا أنّه لما فهم اتّصال الخيار بالعقد في جميع أزمنة وقوعه ليلاً أو نهاراً إلى أن تحقق مصداق مضي ثلاثة أيام، دخل الليلتان وغيرهما.

[٢] بل هذا كاد يكون صريح قوله عليه السلام في صحيح ابن رئاب: «فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع»[(٢)]؛ إذ مفهومه أنّ العقد على الخيار إن لم تمض، فالمنكسر في النهار والليل حينئذٍ داخلان في حكم البقاء على الخيار إلى حصول الغاية، لا في مفهوم الأيام المنافي للغة والشرع والعرف، كدعوى صدق اليوم على الملفّق من يوم آخر أو من الليل المنافية للثلاثة أيضاً.

وحينئذٍ فالخيار في الزيادة على الأيّام الثلاثة مستفاد من دليل الخيار بالتقريب الذي ذكرناه، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع في كثير من المقامات لم أجد من تنبّه له، مع أنّه بالتأمّل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله تعالى اعتدال الذهن.

[٣] ضرورة أنّ الكسر كما يكون في الأيام يكون في الشهور والسنين، وفي غير واحد من النصوص في قوله تعالى: ﴿ بَرَاءَةٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ ﴾ إلى قوله: ﴿ فَسِيحُوا فِي الأَرضِ أَربَعَةَ أَشهُرٍ ﴾[(٣)] قال: «فهذه أشهر السياحة عشرون من ذي الحجّة والمحرّم وصفر وشهر ربيع الأوّل وعشر من ربيع الآخر»[(٤)].

وهو كالصريح في التلفيق في الأشهر.

بل وأنّه يجبر الأوّلين من الآخر، وأنّ ذلك كلّه مصداق أربعة أشهر، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) مصابيح الأحكام: ٥٧٣ (مخطوط).

(٢) الوسائل ١٨: ١٢، ب٣ من الخيار، ح٩، وفيه: «الشراء» بدل «البيع».

(٣) البراءة: ١، ٢.

(٤) الكافي ٤: ٢٩٠، ح٣، مع اختلاف.

ويعمّ هذا الخيار كلّ حيوان الصامت والناطق ممّن لا ينعتق عليه على ما سمعته في خيار المجلس.

وفي اشتراط استقرار الحياة في صحّة البيع وثبوت الخيار وجهان، أشبههما العدم.

ويثبت في حيوان البحر وإن أُخرج من الماء، واشترطنا إمكان البقاء لإمكان عوده إلى ما يعيش فيه.

فلو تركه المشتري على الجدد حتّى مات فلا ضمان على البائع، لأنّه هو الذي أتلفه، والله أعلم.

[شرط الخيار]:

القسم (**الثالث: خيار الشرط**) [١]:

(**و**) حينئذٍ فـ(**هو**) [٢] (**بحسب ما يشترطانه أو أحدهما**) لا يتقدّر بمدّة مخصوصة [٣].

ولا يعتبر فيها الاتصال بالعقد [٤]. ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب [أي كون المدّة أياماً متفرّقة] [٥].

ولو شرط الخيار شهراً يوماً ويوماً لا صحّ بناء على إرادة خمسة عشر من الشهر العددي [٦].

ومع التصريح بذلك لا إشكال في الصحة، واليوم المتّصل بالعقد أوّل الأيام، فظهر أنّ المدار على الشرط.

(**لكن يجب أن يكون**) ما يشترطانه من مدّة الخيار (**مدّة مضبوطة و**) لذا (**لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاجّ**) ونحوه [٧].

---

[١] ١ ـ بالضرورة بين علماء المذهب.

٢ ـ والكتاب والسنّة عموماً، وخصوصاً في بعض أفراده، ولا يقدح منافاته لمقتضى إطلاق العقد كما في كلّ شرط. ودعوى أنّ اللزوم من مقتضياته [= العقد] لا مقتضى إطلاقه، يدفعها مشروعيّته بأسبابه. ولو أنّه كذلك لم يشرع [الشرط] أصلاً كالملك بالنسبة إلى البيع، كما هو واضح.

[٢] **عندنا.**

[٣] **خلافاً للشافعي وأبي حنيفة فلم يجوّزا اشتراط أزيد من ثلاثة**[١].

[٤] **كما هو صريح بعض**[٢] **وظاهر إطلاق آخرين**؛ للعموم. **خلافاً لما عن بعض**[٣] **العامّة فمنعه، واحتمله الفاضل**[٤] **تفادياً من انقلاب اللازم جائزاً**. وفيه: أنّه جائز وواقع في خيار التأخير وغيره.

[٥] لعموم المقتضي، **لكن في المسالك**[٥] **احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال.**

ولعلّه لاستظهار الاتحاد من الإطلاق. وفيه منع واضح.

[٦] كما عساه المنساق من العبارة [أي عبارة شارط الخيار شهراً يوماً ويوماً لا].

[٧] **قولاً واحداً**؛ للغرر حتى في الثمن؛ لأنّ له قسطاً منه فيدخل فيما نهى النبيّ صلى الله عليه وآله[٦]، فاشتراطه مخالف للسنّة، و[مخالف لـ] ـما دلّ على وجوب اتباعها من الكتاب[٧]، على أنّ مشروعية العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره.

---

(١) المغني (لابن قدامة) ٤: ٩٦.
(٢) المسالك ٣: ٢٠١.
(٣) المجموع ٩: ١٩١.
(٤) القواعد ٢: ٧١.
(٥) المسالك ٣: ٢٠١.
(٦) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣.
(٧) الوسائل ١٨: ١٦ ـ ١٧، ب ٦ من الخيار، ح ١ ـ ٥.

(**ولو شرط كذلك بطل البيع**) أيضاً لا الشرط خاصّة. كما ستسمعه فيما يأتي إن شاء الله تعالى محرّراً.

أمّا لو أطلق اشتراط الخيار من غير ذكر مدّة أصلاً فـ[ـقد قيل][١] [بـ]ـالصحة والانصراف إلى الثلاثة[٢]. وهو لا يخلو من قوّة.

---

[١] [كما هو] المشهور بين المتقدمين.

[٢] **بل في الانتصار والغنية ومحكيّ الجواهر والخلاف الإجماع عليه[١]، بل في الأخير نسبته إلى أخبار الفرقة أيضاً**، وإن كنّا لم نقف على شيء منها فيما وصل إلينا من النصوص سوى: ١ ـ ما قيل[٢] من فحوى قوله عليه السلام في الصحيح السابق: «الشرط في الحيوان ثلاثة المشتري اشترط أو لم يشترط»[٣] فإنّه يدلّ بالفحوى على أنّ الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار، لا اشتراطها؛ لعدم اختصاصه بها؛ إذ ضرورة صحّة اشتراط أيّ عدد، فالمختص بها [= بالثلاثة] حينئذٍ إطلاق اشتراط الخيار. وفيه ما فيه. والنبويّين: «الخيار ثلاث»، قال: «قل لا خلابة ولك الخيار ثلاثاً»[٤]. وهما ـ مع أنّهما من غير طرقنا ـ لا دلالة فيهما؛ لما في التذكرة من أنّ قول لا خلابة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً، فإطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح[٥] [باشتراط الخيار ثلاثاً]. إلّا أنّ إرسال الشيخ الأخبار المزبورة لا تقصر عن المراسيل في كتب الحديث، التي من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام، فعدم الوجود فيها غير دالّ على العدم.

فهي حينئذٍ مع الإجماعات المزبورة كافية في إثبات المطلوب، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخّرين فضلاً عن غيرهم؛ **إذ لم نعرف مصرّحاً بالبطلان بعد الشيخ في أحد قوليه إلّا الفاضل وثاني الشهيدين والصيمري[٦] فيما حكي عنه. نعم نسب إلى المرتضى وظاهر الديلمي[٧]**، والمعلوم من الأوّل خلافه، وعبارة المتن كاللمعة والنافع والوسيلة ومحكي التحرير[٨] لا دلالة فيها؛ لأنّ اشتراط التعيين في المدة غير اشتراط المدّة المعينة، ولذا لم يشر في شيء منها إلى الخلاف، مع أنّ الغالب في بعضها الإشارة إلى شواذّ الأقوال فضلاً عن مثل هذا. فمن الغريب ما في بعض المصنّفات من حكاية القول المزبور على وجه يكون به من الشواذّ، على أنّه ليس في الأدلّة ما ينافيه؛ إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان، كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحّة العقد مع الجهل به أو بمدّته من الزمان. ومن ذلك يعلم ما في دعوى أولويته بالمنع من ذي المدّة الغير المعينة. كالتعليل بأنّه لو صحّ، فإمّا أن يدوم الخيار وهو باطل بالإجماع، أو يخص من غير مخصّص؛ إذ قد عرفت أنّ التخصيص بالثلاثة إمّا لانصراف الإطلاق عرفاً، لكونها أقل مدّة يتروّى بها في مثله والشرع كاشف، أو لتعيين الشارع، والشرط سبب لا مناط كالوصايا المبهمة. ولذلك كلّه **مال إليه [= عدم البطلان] في الدروس[٩]، بل جزم به العلّامة الطباطبائي في مصابيحه[١٠]**.

---

(١) الانتصار: ٤٣٨ ـ ٤٣٩. الغنية: ٢١٩. جواهر الفقه: ٥٤. الخلاف ٣: ٢٠.

(٢) مصابيح الأحكام: ٥٧٧ (مخطوط).

(٣) الوسائل ١٨: ١٠، ب٣ من الخيار، ح١ مع اختلاف.

(٤) انظر سنن البيهقي ٥: ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(٥) التذكرة ١١: ٣٩.

(٦) اختاره الشيخ في المبسوط ٢: ٨٣. المختلف ٥: ٦٦. المسالك ٣: ٢٠١. تلخيص الخلاف ٢: ١٢.

(٧) نقله عن السيد المرتضى في المختلف ٥: ٦٦. المراسم: ١٧٢.

(٨) اللمعة: ١١٨. المختصر النافع: ١٤٥. الوسيلة: ٢٣٨. التحرير ٢: ٢٨٦.

(٩) الدروس ٣: ٢٦٩.

(١٠) مصابيح الأحكام: ١٣٢ (مخطوط).

(و) كيف كان فـ(**لكلّ منهما أن يشترط الخيار لنفسه**) في الكلّ والبعض المعيّن (**ولأجنبي**) متحداً أو متعدّداً مع التعيين، وإلّا لم يجز [١]، كالتعيين في المخيّر فيه، فلا يكفي في شيء منهما أحدهما ونحوه.

(**وله مع الأجنبي**) كذلك [٢]. لكن إن اتحد ذو الخيار فالأمر إليه، وإلّا قدّم الفاسخ ولو أجنبياً [٣]. واشتراط الخيار للأجنبي خاصة تحكيم لا توكيل وليس له الفسخ دونه، إلّا أنّ الظاهر وجوب اعتماد المصلحة؛ لأنّه أمين، فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ [٤] [بل قد يقال: باحتمال مراعاة الأصلح، بناءً على ااعتباره في الوكالة]. كما أنّه يعتبر فيه [= الأجنبي] أيضاً غير ذلك مما يعتبر فيها [= الوكالة] من البلوغ والعقل ونحوهما.

(و) كذا (**يجوز**) لكلّ منهما (**اشتراط المؤامرة**) أي الاستئمار [٥].

فيلزم العقد بامضاء المستأمر وسكوته إذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره [٦].

أمّا لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه [= المشترط] امتثال أمره [= المستأمر] به [= الفسخ] قطعاً. نعم له [= للمشترط] العمل به على ما هو مقتضى الشرط، وليس له الفسخ قبل أمره به؛ لعدم حصول الشرط [٧].

---

[١] للغرر.

[٢] **بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه**؛ للعموم.

[٣] لعدم معارضة اختيار اللزوم له، كما هو واضح.

فما في الوسيلة من أنّ الخيار إن كان لهما واجتمعا على فسخ وإمضاء نفذ، وان لم يجتمعا بطل، وإن كان لغيرهما ورضي نفذ البيع فإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء[١] لا وجه له. **كما أنّ ما في الدروس من أنّه يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه ومعهما أو مع أحدهما ولو خولف أمكن اعتبار فعله وإلّا لم يكن لذكره فائدة**[٢] في غير محلّه، بل ينبغي الجزم بتقديم الفاسخ ولو الأجنبي، كما ذكرناه.

[٤] بل قد يقال: إن المنساق عرفاً من مثل ذلك ما يشبه التوكيل، فيمكن احتمال مراعاة الأصلح لذلك بناءً على اعتباره فيها.

[٥] **بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه**؛ للعموم. **خلافاً للشافعي**[٣] **في أحد قوليه**.

[٦] لانتفاء المشروط حينئذٍ بانتفاء شرطه، والأصل في العقد اللزوم.

[٧] **فما عن التحرير**[٤] **ـ كما عن أحد قولي الشافعية**[٥] **ـ من جواز الردّ من غير أن يستأمر؛ لأنه ذكر الاستئمار احتياطاً**، وهو واضح البطلان، بل عن الأوّل[٦] التصريح فيه بعد ذلك بالمنع من الردّ قبله، ولذا حمله بعض[٧] الأفاضل على ما إذا حصل الأمر بالفسخ قبل الاستئمار. فإنّ الأقوى فيه ذلك: نظراً إلى حصول الغرض من الاستئمار **خلافاً لظاهر المبسوط والخلاف والتذكرة وكنز الفوائد وتعليق الإرشاد والمسالك**[٨] **على ما حكي عن بعضها، فينتفي [جواز الردّ] لانتفاء الشرط**. لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتّب الأمر على الاستئمار، ولا بأس به.

---

(١) (٢) الوسيلة: ٢٣٨. الدروس ٣: ٢٦٨.
(٣) (٥) المجموع ٩: ١٧٩.
(٤) التحرير ٢: ٢٨٨.
(٦) (٧) مصابيح الأحكام: ١٤٠ (مخطوط).
(٨) المبسوط ٢: ٨٦. الخلاف ٣: ٣٧. التذكرة ١١: ٥٦. نقله عن كنز الفوائد في مصابيح الأحكام: ٥٨٢ (مخطوط). حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٩٢. المسالك ٣: ٢٠٢.

ولابد من ضبط مدة الاستئمار [١].

ولا يشترط تعيين المستأمر [٢].

بخلاف الخيار للأجنبي [٣].

فيصح إناطة الأوّل بأمر أحد الرجلين دون الثاني، ومع الاختلاف يقدّم الفاسخ، وفي المتّحد إذا اختلف رأيه في المدّة:

١ ـ يحتمل ذلك [تقديم الفسخ] مطلقاً.

٢ ـ أو بشرط التأخر.

٣ ـ والأخذ بالمقدّم مطلقاً [سواء كان فسخاً أو إمضاء].

٤ ـ والمؤخّر كذلك [٤].

هذا كله بناءً على معلوميّة إرادة ما عرفت من اشتراط الاستئمار.

أمّا إذا أُريد منه غير ذلك من المشاورة وإجالة الرأي معه لا اتباع أمره أو نحو ذلك اتبع عملاً بالشرط.

ولعلّ إطلاق اشتراط الاستئمار ظاهر في [اتباع أمره] [٥].

والأمر سهل بعد وضوح المأخذ؛ لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص.

فالمرجع في المراد منها إلى ما يرجع إليه في غيرها من العرف واللغة، بل استقصاء البحث فيها ليس من وظائف الفقيه.

[تعيّن المدة في شرط الخيار]:

(و) كذا يجوز **(اشتراط)** الخيار **(مدة)** معينة لا مجهولة ولا مطلقة، بل إطلاق الخيار هنا لا ينصرف إلى الثلاثة، كما سمعته في المؤامرة.

نعم لا يعتبر فيها الاتصال وإن انصرفت إليه عند الإطلاق.

---

[١] **كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين**، تحرّزاً من الغرر. **خلافاً للمحكي عن المبسوط والخلاف وأحد قولي الشافعي[1]، فيثبت على التأبيد مع انتفاء التحديد**، وهو كما ترى.

ولا ينصرف الإطلاق هنا إلى الثلاثة التي خيارها متصل بالعقد، بخلاف خيار المؤامرة الذي لا يحصل إلاّ بعد الأمر. وصرف إطلاق الخيار إليها لا يقتضي كونها [= الثلاثة] ظرفاً لشرائط الخيار قطعاً؛ إذ لا تزيد على خيار الحيوان.

[٢] لعدم الغرر فيه.

[٣] وبذلك ـ وعدم الخيار للمستأمر بالفتح وإنّما له الأمر به ـ افترقت المؤامرة عن اشتراط الخيار للأجنبي.

[٤] **وقد اختار بعض[2] الأساطين الثاني.**

[٥] **[كـ]ما ذكره الأصحاب.**

---

(١) المبسوط ٢: ٨٦. الخلاف ٣: ٣٧. المجموع ٩: ١٩٧. (٢) مصابيح الأحكام: ٥٨٣ (مخطوط).

وإن كان الخيار فيها بشرط أن (**يرد البائع فيها**) بـ(**ـالثمن إذا شاء، ويرتجع**) بـ(**ـالمبيع**) إن شاء مطلقاً أو موزعاً عليها نجوماً متساوية أو مختلفة مع اشتراط الخيار بنسبة الردّ وبدونه.

وإن كان إذا أُطلق توقّف على ردّ الجميع [١].

ونحوه اشتراط المشتري ردّ الثمن بردّ المبيع في مدّة معلومة [٢]

فلكلّ منهما حينئذٍ ذلك.

اتحدت المدّة أو اختلفت.

كما أنّ لكلّ منهما اشتراط الرجوع في الكلّ بردّ الكلّ أو البعض، وفي البعض بردّ البعض الخاص وما دونه، ولو اشترط الكلّ أو أطلق الردّ لم يتخيّر بردّ البعض وإن قل الباقي. ولو اشترط البعض تخيّر بردّه كملاً دون البعض منه، واللزوم من أحدهما لا ينافيه الجواز للآخر. لكن [الظاهر] [٣] عدم احتياج الانفساخ إلى أزيد من

---

[١] ١ ـ **إجماعاً في أصل المسألة بقسميه.**

٢ ـ ونصوصاً عموماً وخصوصاً فيه الصحيح وغيره.

ولا يقدح لفظ الوعد في سؤال الأول بعد أن كان الجواب « أرى أنّه لك إن لم يفعل » أي يرد الثمن، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه:

أ ـ قال فيه: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا نخالط أُناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم فنربح عليهم العشرة باثني عشر أو العشرة بثلاثة عشر ونوجب ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، فيكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك الذي فيه الفضل الذي أخذ منّا بشراء وقد باع وقبض الثمن منه فبعده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟

فقال: « أرى أنّه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّه عليه »[1].

ب ـ وفي موثّق إسحاق بن عمار: حدثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده فقال له: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّها عليّ؟

قال: « لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه، قلت: فإنّها كانت فيها نخل كثير فأخذ الغلّة لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى لو احترقت كانت من ماله »[2].

إلى غير ذلك من النصوص.

[٢] لعموم المقتضي.

[٣] [كما] قد يظهر من النصوص وجملة من العبارات.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٨، ب٧ من الخيار، ح ١، مع اختلاف.

(٢) الوسائل ١٨: ١٩، ب٨ من الخيار، ح ١، مع اختلاف.

الردّ [١]. [وبه ينقطع البيع].

وعلى كلّ حال فالظاهر أنّه لا فرق في الاحتياج إلى الفسخ بين القول بانتقال المبيع بنفس العقد، والقول بانتقاله بمضي الخيار معه، بناءً على شمول كلامهم لمثل هذا الخيار المسبوق باللزوم [٢].

---

[١] وهو إمّا لأنّه المشروط، أو لأنّ به [= بالرد] يحصل اختيار الفسخ، وفي الأوّل أنّ القدرة إنّما تتعلّق بالفسخ دون الانفساخ، فلا يصلح اشتراطه إلّا بواسطته.

اللهمّ إلّا أن يستند في الجواز إلى:

١ ـ ظاهر صحيح سعيد بن يسار[١].

٢ ـ وخبر معاوية بن ميسرة[٢].

٣ ـ وموثّق إسحاق[٣].

٤ ـ مؤيّداً بعموم «المؤمنون عند شروطهم»[٤] القاضي بصحة مالم يعلم فساده من الشرائط، وأنّ الشرط بنفسه من المؤثّرات لذلك ونحوه مما يؤثّر غيره، إلّا أن يعلم العدم كالنكاح والطلاق ونحوهما، بل هو لا يزيد على اشتراط انتقال عين مخصوصة من غير ناقل عداه. نعم هو مبني على أنّ المشروط هو الانفساخ لا الخيار، كما هو ظاهر أكثر الأصحاب؛ إذ هذا القسم المسمى عندهم ببيع الشرط، وهو عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد الردّ ـ فالّذي يحصل به حينئذٍ التسلّط على الفسخ لا الانفساخ، نعم قد يقال: بعد معلومية عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص، بل يكفي فيه كلّ ما دلّ عليه من فعل أو قول ـ أنّه [= الردّ] دالّ عليه [= الانفساخ] ويحصل به والغالب دلالته عليه فيحصل به الفسخ، وعلى هذا ينزّل إطلاق النصوص وبعض[٥] الفتاوى. وفيه: منع دلالته عليه، وإنّما هو دالّ على إرادة الفسخ والعزم عليه لا إنشاء الفسخ به. خصوصاً إذا حصل الردّ تدريجاً، والذي يؤثّر الفسخ الثاني لا الأوّل. ومن هنا صرح بعضهم[٦] بعدم انقطاع البيع بمجرد ردّ الثمن، بل قيل: إنه ظاهر كلام الباقين[٧]. وإطلاق النصوص وبعض الفتاوى يمكن تنزيله على الغالب من تعقيب الردّ بالفسخ لا على ذلك [= مجرد الرد]. إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّه عن النظر بعد؛ إذ من المحتمل كون المراد من اشتراط الخيار بالردّ أنّ له الفسخ في هذه المدّة بهذا الطريق منه، وإلّا كان ابتداء الخيار مجهولاً، فيكفي حينئذٍ في حصول الفسخ نفس الردّ، فتأمّل جيّداً.

[٢] إذ العقد عندهم وإن لم يكن ناقلاً من حينه، إلّا أنّه يفيد الملك إذا انقضى زمن الخيار، فمع عدم فسخه لا يستقرّ ملك ذي الخيار عليه، فهو لابدّ منه على القولين وإن افترقا بكونه على الأوّل لعود الملك، وعلى الثاني لاستقراره.

نعم قد يتوقف في اندراج هذا الخيار في كلامهم بمسبوقيته باللزوم.

وانتقاله ـ بمجرد جهة الردّ عن المشتري إلى البائع وإن لم يحصل به الفسخ، وإنّما حصل به الخيار خاصة من غير ناقل شرعي ـ لا يخلو من إشكال.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٨، ب٧ من الخيار، ح ١.
(٢) الوسائل ١٨: ٢٠، ب٨ من الخيار، ح ٣.
(٣) تقدّم في ص ٣١.
(٤) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.
(٥) انظر الرياض ٨: ١٨٩.
(٦) جامع المقاصد ٤: ٢٩٢.
(٧) مصابيح الأحكام: ٥٨١ (مخطوط).

ومن هنا أمكن أن يقال: بأنّ النماء هنا للمشتري إلى حين الفسخ مطلقاً على القولين [١].

وكما أنّ النماء له فالتلف منه [٢].

بل هو كذلك وإن كان بعد الردّ إلاّ أنّه مضمون عليه؛ لأنّه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذٍ الفسخ ثمّ الرجوع عليه بالمثل أو القيمة.

بخلاف التلف قبل الردّ الذي هو ليس زمان خيار، كي يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ، بل المتجه فيه سقوط الخيار.

إلاّ أن يشترط عليه الرجوع به عيناً أو قيمة، فيلزم بناء على صحّة هذا الشرط، وبدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفاً ناقلاً، فضلاً عن التلف السماوي [٣].

وكيف كان فمورد النص نماء المبيع وتلفه إذا كان الخيار للبائع.

لكن يعلم منه حكم نماء الثمن وتلفه في هذه الصورة، وحكم نماء العوضين وتلفهما إذا كان للمشتري.

[سقوط خيار شرط الردّ]:

ويسقط هذا الخيار بانقضاء المدة ولمّا يحصل الردّ والإيجاب من ذي الخيار والتصرف والإذن فيه، كما في مطلق خيار الشرط على ما ستعرف إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنّف فانّه نوع منه، وإنّما يغايره في زيادة قيد الردّ فلا يخالفه إلّا فيما يقتضيه القيد.

وقد يستظهر عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف [٤].

---

[١] لأنّه ملكه. والتزام عوده إلى البائع بالخيار على الثاني وعدم انتقال خصوص النماء للمشتري ما بين الردّ إلى حين الفسخ وان لم ينتقل الأصل إلى البائع إلّا به كما ترى.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه**؛ للصحيح(١) والموثق(٢).

[٣] للاصل، وظاهر الصحيح والموثق(٣).

[٤] ١ ـ لأنّ المدار عليه في هذا الخيار.

٢ ـ ولأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن والمشتري بالمبيع، فلو سقط به سقطت الفائدة في وضعه.

٣ ـ وللموثق المفروض(٤) في بيع الدار؛ لاحتياج البائع إلى الثمن المصرّح فيه بكون الغلّة للمشتري. وردّ بأنّه ـ مع مخالفته لإطلاق النصوص السقوط بالتصرّف؛ لأنّ المدار عليه ـ أنّ التصرّف المسقط ما كان في زمن الخيار، وهو لا يحصل هنا إلاّ بعد الردّ. ولا ينافي شيء مما ذكر لزومه [= العقد] به [= التصرف] بعده [= الردّ]؛ لأنّ ذلك زمنه لا قبله وإن كان قادراً على إيجاد سببه [= الخيار] فيه؛ إذ المدار على الفعل لا القوة. على أنّها لا تتم فيما اشترط فيه الردّ في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٨، ب٧ من الخيار، ح ١.

(٢) الوسائل ١٨: ١٩، ب٨ من الخيار، ح ١.

(٣) (٤) الوسائل ١٨: ١٩، ب٨ من الخيار، ح ١، وذيله.

ولا فرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشتري مثلاً وبين كونه مثله أو قيمته [١].

وقد يحتمل في الأخيرين العدم [٢]. إلاّ أنّ الأوّل أقوى [٣].

ثمّ إن المعتبر في رد المبيع رد العين مع الإطلاق، بخلاف الثمن الذي مبنى هذا النوع على التصرف فيه غالباً، فيكفي فيه المثل. بل قد يحتمل ذلك في المبيع إذا كان مثلياً لصدق الردّ عرفاً، ولا اعتبار بالقيمة في ذوات الامثال. نعم قد يحتمل الاكتفاء بها مطلقاً في خصوص الثمن، لكن يقوى اعتبار ردّ العين نفسها، إلاّ أن تقوم قرينة معتبرة على إرادة الأعم فتتبع، هذا [٤]. فالتحقيق حينئذٍ الاقتصار في خيار الردّ على النصوص وما يمكن إلحاقه بما فيها.

وأمّا خيار المؤامرة فلم نجد فيه نصّاً بالخصوص، فإن كان إجماعاً فذاك، وإلاّ أشكل بما ذكرناه، إلاّ إذا فرض على وجه لا تعليق فيه، والله أعلم.

[خيار الغبن]:

القسم (**الرابع خيار الغبن**): [وهو ثابت] [٥].

---

[١] ١ ـ لصدق الردّ. ٢ ـ ودلالة التصرف فيه بعده [= الرد] على الالتزام شرعاً أو عرفاً على الوجهين السابقين.

[٢] لعدم صدق التصرف فيه؛ ضرورة تغاير البدل للأصل.

[٣] هذا، ولكن قد يناقش في دعوى أن زمن الخيار بعد الردّ:

١ ـ باقتضائها جهالة الابتداء حينئذٍ أوّلاً.

٢ ـ وبصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفاً ثانياً.

٣ ـ وبمنافاتها لما تسمعه منهم في غير مرة من جعل هذه المدة زمن خيار ثالثاً.

منها: ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بعد انقضاء الخيار بهذه النصوص[1] المصرحة بأنّ المبيع ملك المشتري والثمن ملك البائع قبل انقضاء مدة الخيار، فلولا أنّها مدّة خيار ما اتجه لهم ذلك إلاّ على تكلّف بعيد، فلاحظ وتأمّل.

[٤] واعلم أنّ جميع ما ذكرناه في خيار المؤامرة والخيار بردّ الثمن جرياً على ما ذكره الأصحاب، وظاهرهم أنّها على مقتضى العمومات، بل هو صريح غير واحد منهم، بل هو مقتضى ما ذكروه من التعدي عن محلّ النص في الخيار بردّ الثمن. لكن قد يشكل ذلك بأنّهما [= خيار المؤامرة والخيار برد الثمن] معاً من التعليق الممنوع في البيع ونحوه، من غير فرق فيه بين كونه في نفس العقد وبين كونه في متعلّق العقد كالشرط ونحوه، فلو باع واشترط شرطاً مثلاً قد علّقه على مجيء زيد في مدّة معينة مثلاً لم يجز، بلا خلاف أجده فيه. والفرق بينه وبين تعليق الخيار على رد الثمن أو على أمر زيد به غير واضح. والتعبير بعبارة « لا تعليق فيها في اللفظ » لا يرفع التعليق في المعنى، فإنّ اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجيء زيد في مدّة معيّنة مثلاً.

[٥] **بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له، عدا ما يحكى عن المصنّف من إنكاره في حلقة درسه، والموجود في**

---

(١) انظر الوسائل ١١٨: ١٩، ب ٨ من الخيار.

. . . . . .

كتابه خلاف هذه الحكاية. واستظهره [= الانكار] في الدروس[١] من كلام الإسكافي؛ لأنّ البيع مبنيّ على المغالبة. ولا ريب في ضعفه، بل في التذكرة نسبته [ثبوت الخيار] إلى علمائنا[٢]، وفي الغنية الإجماع عليه[٣]:

١ ـ وهو بعد التتبّع الحجّة.

٢ ـ مضافاً إلى ما قيل[٤]: من النهي عن أكل مال الغير: إلّا أن تكون تجارة عن تراض في الكتاب[٥] والسنّة[٦].

٣ ـ والنصوص: أ ـ «غبن المسترسل سحت»[٧] كما في أحدها. ب ـ و«المؤمن»[٨] في آخر. جـ ـ وفي ثالث: «لا يغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحلّ»[٩]. د ـ وما ورد من النهي[١٠] عن تلقّي الركبان وأنّهم مخيّرون إذا غبنوا. هـ ـ وخبر الضرار[١١]. وفي الجميع نظر:

١ ـ ضرورة حصول التراضي، وإلّا كانت المعاملة باطلة، لا أنّ فيها الخيار. وعدمه على تقدير العلم لو سلّم لا ينافي الرضا الفعلي الذي عليه المدار، وإن كان الداعي له الجهل. والمراد من النصوص المزبورة كراهة خدع المؤمن المطمئن إليك الواثق وزيادة الربح عليه، وعن مجمع البحرين: «الاسترسال: الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث»[١٢] إلى آخره.

٢ ـ على أنّ مقتضى الحكم بأنّه «سحت» البطلان لا الخيار، كما أنّ مقتضى عدم الحلّ الإثم. بل ما ثبت من الخيار عند الأصحاب أعم مما فيه الغبن، بمعنى الخدع.

٣ ـ وخبر الركبان لم نقف عليه في كتب الأُصول، بل في الحدائق: «ولا في كتب الفروع»[١٣]، وإن كان فيه أنّه يكفي إرسالهم له، بل لعلّه أقوى من ذكر المتن، وفي الغنية: «نهى عليه السلام عن تلقّي الركبان، وقال [عليه السلام]: فإن تلقّى متلقٍّ فصاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق»[١٤].

٤ ـ وحديث الضرار[١٥] مع قطع النظر عن كلام الأصحاب لا يشخّص الخيار، بل لا يقتضي إلّا الإثم إن أُريد منه النهي. نعم قد يستفاد منه المطلوب إذا أُريد منه عدم مشروعية ما فيه ضرر: ١ ـ مضافاً إلى أصالة صحّة البيع وحلّيته. ٢ ـ وجبر كثير من محال الضرر بالخيار وفتوى الأصحاب. ٣ ـ وأنّ الخيار وجه جمع بين الحقّين، ورافع للضرر من الجانبين، بخلاف الإلزام بالأرش ونحوه، والأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع المزبور.

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٥.
(٢) التذكرة ١١: ٦٨.
(٣) الغنية: ٢٢٤.
(٤) الرياض ٨: ١٩٠ ـ ١٩١.
(٥) النساء: ٢٩.
(٦) الوسائل ١٧: ٣٦٧، ب ٢٠ من عقد البيع، ح ١، ٣، و١٨: ٣٠٨، ب ١١ من السلف، ح ١١.
(٧) الوسائل ١٨: ٣١ ب ١٧ من الخيار، ح ١.
(٨) المصدر السابق: ٣٢، ح ٢ وفيه: «غبن المؤمن حرام».
(٩) الوسائل ١٧: ٣٨٥، ب ٢ من آداب التجارة، ح ٧.
(١٠) الوسائل ١٧: ٤٤٢ ـ ٤٤٣، ب ٣٦ من آداب التجارة. المستدرك ١٣: ٢٨١، ب ٢٩ من آداب التجارة، ح ٣، ٤.
(١١) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ ـ ٥.
(١٢) مجمع البحرين ٢: ٧٠٠.
(١٣) (١٤) الحدائق ١٩: ٤١. الغنية: ٢١٦.
(١٥) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ ـ ٥.

[اشتراط الجهل بالقيمة في خيار الغبن]:

نعم يشترط فيه أمران: أحدهما: جهل المغبون القيمة وقت العقد [١].

فمع العلم والإقدام لا خيار قطعاً، كحدوث الزيادة والنقيصة بعده [٢].

[ولو أدخل الضرر على نفسه بأن كان متمكّناً من المعرفة فلا خيار له]، كمن أقدم على البيع بالمسمى، وإن فرض مساواته أضعافه فإنّ الظاهر عدم الاعتبار بجهله، والأصل اللزوم، فتأمّل.

ومن الجاهل: الناسي كحدوث القيمة للمبيع ولما يعلم بها.

ويقبل قوله في الجهل مع إمكانه في حقه [٣].

[ولو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله].

أمّا النسيان فقد يقوى عدم قبوله بقوله.

الثاني: الزيادة والنقيصة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادةً، فلا يقدح التفاوت اليسير.

والمرجع في ذلك ـ بعد أن لم يكن له مقدر في الشرع ـ إلى العرف وهو مختلف بالنسبة إلى المكان والزمان ونحوهما.

ولو اختلفا في القيمة وقت العقد فعلى مدّعي الغبن البيّنة [٤].

---

[١] **بلا خلاف**؛ ضرورة تسلط الناس على أموالهم[١]، فله أن يُقدِم على بيع ما يساوي مئة بواحد.

[٢] **وفي التذكرة والمسالك الإجماع عليه**[٢]، **بل في الثاني منهما وغيره التصريح بعدم الفرق [في الجاهل] بين من تمكّن من المعرفة ولو بالتوقيف وغيره**[٣].

لكن قد يشكل الأوّل [من تمكن من المعرفة] إن لم يكن إجماعاً بأنّه هو أدخل الضرر على نفسه فلا خيار له.

[٣] **كما في جامع المقاصد والمسالك**[٤]:

١ ـ لأصالة عدم العلم.

٢ ـ ولأنّه مما يخفى ولا يعلم إلّا من قبله، **واحتمل في الثاني العدم**؛ لأصالة لزوم العقد فيستصحب إلى ثبوت المزيل، وأشكله بأنّه ربّما تعذّر إقامة البيّنة ولم يتمكّن الخصم من معرفة الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين، ثم قال: كالأوّل.

نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمطان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله[٥]، وهو كذلك.

[٤] لأصالة اللزوم.

---

(١) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

(٢) التذكرة ١١: ٦٩. المسالك ٣: ٢٠٣.

(٣) المسالك ٣: ٢٠٣.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٢٩٤. المسالك ٣: ٢٠٤.

(٥) المسالك ٣: ٢٠٤.

والظاهر ثبوت خيار الغبن من أوّل العقد لا حين ظهوره، فلو أسقطه حاله سقط وإن لم يكن عالماً به، كما أنّ الظاهر كونه على التراخي مالم يحصل ضرر على الآخر [١].

[وهذا الخيار كما يثبت للمشتري يثبت للبائع، ولذا قال المصنف:] (**من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة**) مثلاً (**وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به**) في مثل هذا البيع والزمان والمكان (**كان له فسخ العقد إذا شاء**) [٢].

بل لو فرض تصوّر الغبن فيهما كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد وكان كلّ منهما بثمن معيّن في أحدهما الغبن على البائع وفي الآخر على المشتري ثبت الخيار لهما معاً [٣].

[عدم سقوط خيار الغبن بالتصرّف]:

(**ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف**) السابق على ظهور الغبن (**إذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من ردّه كالاستيلاد في الأمة والعتق**) [٤].

---

[١] للأصل.

خلافاً لبعضهم منهم ثاني المحققين والشهيدان[١]، مع أنّ الأخير منهما قد استوجه الأوّل في بحث تلقّي الركبان بعد أن حكاه عن المصنّف[٢].

وكيف كان فلعلّ الفور [في خيار الغبن ثابت]:

١ ـ اقتصاراً على موضع اليقين.

٢ ـ ولاقتضاء التراخي الإضرار بالمردود عليه؛ لتغيّر السعر بتغيّر الزمان.

٣ ـ ولأنّ قوله تعالى: ﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾[٣] ونحوه مما يقتضي اللزوم، كما أنّه عام في الأفراد كذلك في الأوقات وإلّا لخلا عن الفائدة، فلا يتصور حينئذٍ استصحاب في الخارج؛ لبقاء غيره على مقتضى العام، والأصل عدم تخصيصه.

وفيه:

١ ـ عدم انحصار الحكم الشرعي في اليقين.

٢ ـ وقد عرفت تقييده بعدم الضرر.

٣ ـ والآية وغيرها مطلقة بالنسبة إلى الزمان لا عامة، فلا تنافي الاستصحاب.

ومن ذلك كلّه ظهر لك **المراد من قول المصنّف: [من اشترى شيئاً ...]**.

[٢] ودليله أنّه كما يثبت للمشتري يثبت للبائع؛ لاتحاد الدليل.

[٣] هذا وربّما استفيد من التعليق على المشيئة في المتن أنّه على التراخي، وقد عرفت الحال فيه، والله أعلم.

[٤] **كما في القواعد[٤] وغيرها.**

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٩٧، ٣٨. المسالك ٣: ٢٠٤.
(٢) المسالك ٣: ١٩٠.
(٣) المائدة: ١.
(٤) القواعد ٢: ٦٧.

من غير فرق بين البائع والمشتري [١].

وحينئذٍ فالمراد عدم سقوط هذا الخيار مطلقاً بالتصرّف إلّا الناقل أو المانع من الردّ.

كما أنّ الظاهر إرادة التصرّف من ذي الخيار؛ ضرورة عدم السقوط بالتصرّف من غيره وإن كان ناقلاً [٢].

---

[١] وإن كان المصنّف لم يذكر الخيار إلّا للثاني، إلّا أنّ الظاهر إرادته المثال؛ ضرورة عدم اختصاصه بالمشتري، بل خبر تلقي الركبان[١] في البائع، مضافاً إلى الاشتراك بحديث الضرار[٢] وغيره.

[٢] للاستصحاب، وحديث الضرر وغيره. واحتمال عدم الفرق ـ فيبطل الخيار وإن كان النقل من غير ذي الخيار لتعلّقه بالعين فيفوت بانتقالها ـ لا ينبغي صدوره ممن له أدنى خبرة بالنصوص والفتاوى.

نعم ظاهرهم عدم الفرق فيما ذكرنا بين البائع والمشتري، كما هو مقتضى الدليل.

لكن في اللمعة: «ولا يسقط بالتصرّف إلاّ أن يكون المغبون المشتري وقد أخرجه عن ملكه».

ثمّ قال: «وفيه نظر؛ للضرر مع الجهل بالغبن، فيمكن الفسخ وإلزامه بالقيمة أو المثل، وكذا لو تلفت العين أو استولد الأمة»[٣]. وظاهره بل كاد يكون صريح الروضة[٤] في أوّل كلامه عدم سقوط خيار البائع لو كان هو المغبون وقد تصرّف فيه تصرّفاً مخرجاً. وهو كما ترى لا نعرف له وجهاً، ولا دليلاً، بل ولا موافقاً.

نعم في جامع المقاصد: «لو تصرّف البائع في الثمن فهل يسقط خياره أم لا؟ وهل يفرّق بين التصرّف المخرج عن الملك وغيره؟ لا أعلم في ذلك تصريحاً»[٥]. لكن في عبارة التذكرة ما يقتضي عموم سقوط الخيار هنا بالتصرّف إذا كان مخرجاً عن الملك، فإنّه قال: «ولا يسقط هذا الخيار بتصرّف المغبون؛ للاستصحاب، إلاّ أن يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبهه؛ لعدم التمكّن من استدراكه»[٦]. هذا لفظه، وهو شامل لما قلناه مع احتمال أن يريد به تصرّف المشتري خاصة إذا كان هو المغبون، لكن ما استدلّ به بعينه قائم فيما ذكرناه.

قلت: لا ينبغي التأمّل في عدم الفرق، كما هو مقتضى إطلاق القواعد[٧] وغيرها والأدلّة وصريح الروضة[٨] في آخرها والمسالك[٩] وغيرها، بل الظاهر ضعف ما ذكره من النظر، الذي قد اعترف في الروضة بأنّه لم يقف على قائل[١٠] به؛ لأصالة اللزوم في العقد؛ ولأنّ المعلوم من ثبوت الخيار ما دامت العين على ملكه وقيام قيمتها مقامها في ذلك مع التصرّف فيه محتاج إلى الدليل.

وفرق واضح بين المقام وبين الانتقال إلى القيمة لو كان المتصرّف غير ذي الخيار الذي هو تصرّف في حقّ غيره، فيتّجه الانتقال إلى القيمة، بخلاف المقام الذي كان التصرّف فيه من ذي الحقّ، فسقوطه في الحقيقة مستند إلى فعله، بخلاف الأوّل الذي مبناه معلومية عدم سقوط حقّ شخص بتصرّف آخر. فإطلاق الأصحاب حينئذٍ عدم السقوط بالتصرّف إلاّ المخرج منه في محلّه، فتأمّل جيّداً.

---

(١) المستدرك ١٣: ٢٨١، ب ٢٩ من آداب التجارة، ح ٣، ٤.
(٢) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ ـ ٥.
(٣) اللمعة: ١١٩.
(٤) الروضة ٣: ٤٦٥.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩٥ ـ ٢٩٦.
(٦) التذكرة ١١: ٧١.
(٧) القواعد ٢: ٦٧.
(٨)(١٠) الروضة ٣: ٤٦٦.
(٩) المسالك ٣: ٢٠٥.

وحاصل البحث في المسألة وفروعها أنّ التصرّف مع ثبوت الغبن إمّا أن يكون في المبيع المغبون فيه أو في ثمنه أو فيهما.

ثمّ إمّا أن يخرج عن الملك أو يمنع من الردّ مانع كالاستيلاد أو يرد على المنفعة خاصة كالإجارة، أو يوجب تغيّر العين بالزيادة العينية كغرس الأرض، أو الحكمية كقصارة الثوب أو المشوبة كصبغة، أو النقصان بعيب ونحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوي أو الأجود أو الأردأ، أو بغيرها أو بهما على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابوناً أو لا يوجب شيئاً من ذلك.

ثمّ إمّا أن يزول المانع من الردّ قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده أو لا يزول، والمغبون إمّا البائع أو المشتري أوهما.

فهذه أكثر أقسام المسألة ومضروبها يزيد على مئتي مسألة وهي مما يعمّ بها البلوى وحكمها غير مستوفى في كلامهم.

وجملة الكلام فيه: أنّ المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرّف المشتري مطلقاً، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغيّر تغيّراً توجب زيادة القيمة، ولا يمنع من ردّها أخذها لعودها إلى ملكه بالفسخ.

بل وكذا إن وجدها متغيّرة بصفة محضة كالطحن والقصارة ونحوهما [١]. [ولا يستحق المشتري أُجرة عمله على البائع].

نعم إن كان التغيّر صفة من جهة وعيناً من أُخرى كالصبغ صار شريكاً بنسبته إذا فرض زيادته بذلك، مع احتماله مطلقاً.

ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالغرس أُخذ المبيع وتخيّر بين القلع بالأرش والإبقاء بالأُجرة [٢].

ولو رضي ببقائه بها واختار المشتري قلعه فالظاهر أنّه لا أرش له، بل كان عليه تسويته.

ولو كان زرعاً وجب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالأُجرة، وليس له القلع بالأرش؛ لأنّ له أمداً ينتظر.

---

[١] **لكن في المسالك: «في استحقاق المشتري أُجرة عمله وجه قوي»[١]. وفي الروضة الجزم به، بل قال فيها: «و إن زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة القيمة»[٢].**

وفيه:

إنّ العمل قد وقع في ملكه فلا يستحقّ به عوضاً، وزيادة القيمة إنّما كانت بصفة راجعة إلى المال بنفسه، وإن كانت بعمله فلا يستحق بها شركة.

فمن الغريب جزمه بذلك، خصوصاً بعد رجوعه بأُجرة العمل، كما هو واضح.

[٢] لأنّه مقتضى الجمع بين الحقين؛ إذ الوضع كان بحق.

---

(١) المسالك ٣: ٢٠٥.

(٢) الروضة ٣: ٤٦٨.

وإن وجدها ناقصة [١] [يرجع بالقيمة إن كان النقصان بفعل الله أو بفعله] [٢]، وإن وجدها ممتزجة بغيرها [٣].

[فالأقوى كونه شريكاً بنسبة القيمة بلا فرق بين مزجه بالأجود أو بالأردأ، لكن على معنى الشركة في الثمن لا العين] [٤].

---

[١] **ففي الروضة: « أخذها مجاناً كذلك إن شاء »**(١).

وفي المسالك: « إن لم يكن النقص بفعل المشتري ... وإن كان بفعله فالظاهر أنّه كذلك ـ أي يأخذها مجاناً ولا شيء له ـ؛ لأنّه تصرّف في ملكه تصرّفاً مأذوناً فيه فلا يتعقبه ضمان »(٢).

وفيه: أن النقصان بفعل الله أو بفعله كتلف العين وإتلافها، فكما أنّه لو فسخ ووجدها تالفة أو متلفة يرجع بالقيمة، فكذا هنا.

[٢] واحتمال سقوط الخيار هنا مناف لاستصحابه، والعين كالمضمونة في يد من لا خيار له لذي الخيار، نحو العكس الذي ستسمع التصريح من الروضة(٣) بضمانها كلّاً وبعضاً وإن كان من قبل الله تعالى، وإن كان فيه مافيه.

[٣] **ففي الروضة والمسالك: « أنّه إن كان بمساوٍ أو أردأ أو صار شريكاً إن شاء، وإن كان بأجود ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أوجه »**(٤)، **وفي ثانيهما: أنّ الثالث لا يخلو عن قوة**؛ لبقاء ماله وأصالة بقاء خياره(٥).

وفيه: مضافاً إلى:

١ ـ عدم ذكر الأرش إذا فرض النقص بالمزج بالأردأ.

٢ ـ وعدم تقييد الشركة بنسبة القيمة.

٣ ـ إنّ الثاني هو الأقوى، وأنّه لا فرق بينه وبين المزج بالأردأ، لكن على معنى الشركة في الثمن لا العين.

[٤] ١ ـ للزوم الربا في الربوي، بناءً على عمومه لكلّ معاوضة.

٢ ـ ولعدم المعاملة بينهما والامتزاج أعمّ من ذلك، كما هو واضح. وكأنّ الأوّل مبنيّ على سقوط الخيار بالتلف ولو كان من فعله [= المشتري].

وهو غريب. ومنه يعلم ما في قوله فيهما أيضاً متصلاً: « ولو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميّز فكالمعدومة »(٦).

إن أراد بذلك سقوط الخيار.

فتأمّل جيداً فإنّه يمكن إرادته سقوط الخيار في العين على معنى الانتقال إلى المثل أو القيمة.

---

(١) الروضة ٣: ٤٦٩.

(٢) المسالك ٣: ٢٠٥.

(٣) انظر: ص٤٣.

(٤)(٦) الروضة ٣: ٤٧٠. المسالك ٣: ٢٠٦.

(٥) المسالك ٣: ٢٠٦.

[ولو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميّز لا يسقط الخيار بل يرجع بالمثل أو القيمة].

وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع ونحوه [١] [فالرجوع بالمثل أو القيمة لا يخلو من قوّة، إلّا أنّه يحتمل فيه وجوه أُخر أيضاً].

منها: البطلان، نظراً إلى أنّ حقّ الخيار كحق الرهانة لا يصح معه التصرّف إلّا بالإذن.

ومنها: الصحة: لكن متزلزلة كالأصل؛ لعدم زيادة الفرع عليه، وفيه قوّة أيضاً.

ومنها: التفصيل بين العتق ونحوه وغيره فينفذ في الأوّل وينتقل إلى المثل والقيمة دون غيره، ولتحرير ذلك محلّ آخر.

كما أنّ [القول بأنّه] [٣] يرجع بالمثل أو القيمة لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولدة.

يحتمل أيضاً احتمالاً آخر تقدّم في بيع أُمّ الولد، وهو أنّه تنقل إليه لسبق حقّه على الاستيلاد فلا يؤثّر منعاً.

وكيف كان فإذا استمرّ المانع استمرّ السقوط [٣].

[فالمدار على حال الفسخ الذي به يتشخّص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمة فلو رجعت العين أو زال المانع قبله اتجه الرجوع بالعين].

[فلو رجعت العين أو مات الولد قبل الحكم بالعوض اتجه أخذ العين، مع احتمال رجوع العين، في الاستيلاد دون غيره].

---

[١] **ففي الروضة والمسالك وغيرهما: رجع بالمثل أو القيمة**[(١)].

ولعلّه للجمع بين ما يقتضي بقاء الخيار وعموم ما دل على صحّة العقد ولزومه[(٢)].

وهذا وإن لم يذكروا غيره في المقام بل لا يخلو عن قوة، إلّا أنّه يمكن أن يتحصّل من كلامهم في غيره ـ وهو بيع من لا خيار له ـ أنّ فيه وجوهاً أُخر أيضاً.

[٢] [كـ] ـما فيهما [= الروضة والمسالك] **أيضاً**[(٣)] **من أنّه كذلك [يرجع بذلك].**

[٣] **وفي الروضة: «وإن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم؛ لبطلان حقه بالخروج فلا يعود.**

ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه إلى العين وجهان، من بطلان حقه من العين، وكون العوض للحيلولة وقد زالت»[(٤)].

وفيه: أوّلاً أنّه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتّب عليه ما ذكره، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخّص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمة. فلو رجعت العين أو زال المانع قبله اتجه فيه ما ذكره. مع احتمال الفرق بين الاستيلاد وغيره، فيرجع العين فيه دون المبيع ونحوه.

---

(١)(٣) الروضة ٣: ٤٧٠، المسالك ٣: ٢٠٦.

(٢) البقرة: ٢٧٥، والمائدة: ١.

(٤) الروضة ٣: ٤٧٠ـ ٤٧١.

نعم يمكن الحاق فسخ البيع بالإقالة به لا ما إذا تملّكه جديداً بسبب آخر.

ومن ذلك يعلم الحال فيما لو رجعت أو زال المانع بعده [= بعد التملك الجديد]، ولعلّ الأقوى عدم الرجوع بالعين إذا فرض عودها إلى الملك بسبب آخر، وفسخ الخيار إنمّا يقتضي إبطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقاً، فتأمّل جيّداً.

وإن وجد العين منتقلة بخيار [١] [فله الفسخ والرجوع إلى القيمة، ولا يمكنه الإلزام بفسخ البيع الثاني].

وإن وجدها منقولة المنافع فـ [ـإنّه] [٢] جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدّة ويصير ملكه من حينه، وليس له فسخ الإجارة وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في ملك المنفعة المنقولة من حمل وثمرة واستخدام وعتق ونحوها.

وعلى كلّ حال فليس له عوض المنفعة التي استوفاها المالك بالإجارة، كما أنّ الظاهر وجوب ردّ العوض لو فسخ قبل انقضاء المدة [٣].

ولو كان النقل جائزاً كالسكنى المطلقة [٤] [ففي جواز فسخه إشكال].

اللهمّ إلاّ أن يكون مدار فسخ السكنى على من انتقل إليه الملك.

هذا كلّه إن لم يكن التصرّف في الثمن تصرّفاً مخرجاً أو مانعاً من الردّ، وإلّا سقط خياره [٥].

---

[١] **ففي الروضة والمسالك أيضاً: «ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تعذّر فسخه المغبون»**[١].

وفيه:

إنّه لا دليل على شيء من ذلك، بل مقتضى كون الفسخ بالخيار إبطال المعاوضة الأُولى ورجوع كلّ عوض إلى صاحبه إن كان موجوداً.

وإلاّ فبدله الانتقال إلى القيمة وعدم الإلزام بالفسخ هنا؛ ضرورة أنّه حال الفسخ ينبغي انتقال شيء إليه في مقابلة ما ردّه من العوض وليس إلاّ القيمة، لا الإلزام بفسخ البيع.

ولعلّه لذا أطلق المصنّف وغيره: السقوط بالتصرّف المخرج، فتأمّل جيّداً.

[٢] **[كما] في الروضة والمسالك**[٢] **[ذلك]**.

[٣] لعود الملك إليه بالفسخ **واحتمال العدم ـ كما في المسالك ـ لعدم التمكّن من الانتفاع التامّ**[٣] ضعيف.

[٤] **ففي الروضة له الفسخ**[٤].

وفيه إشكال، خصوصاً بناءً على عدم جواز فسخ الإجارة الجائزة باشتراط خيار له.

[٥] كما عرفت والنظر السابق الذي عرفته وعرفت ما فيه آتٍ هنا.

---

(١) الروضة ٣: ٤٧١. المسالك ٣: ٢٠٦.

(٢) الروضة ٣: ٤٧١. المسالك ٣: ٢٠٦.

(٣) المسالك ٣: ٢٠٦.

(٤) الروضة ٣: ٤٧١.

والظاهر أنّ الإتلاف أقوى من التصرّف في الإسقاط هنا [١]، بل لعلّه كذلك أيضاً بالتلف بآفة وعدم التقصير لا ينافي السقوط [٢].

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرّف البائع بالثمن مطلقاً.

بل يفسخ ويرجع بالمثل أو القيمة على نحو ما عرفت إذا لم يكن تصرف في المثمن بما يسقط خياره ولو إتلافاً [٣].

---

[١] **كما اعترف به في جامع المقاصد:**

قال: « أمّا لو تلف بنفسه ففي سقوط الخيار تردّد، ينشأ من عدم التمكّن من ردّ العين، ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه »[(١)].

ومقتضى ما تسمعه من الروضة الجزم بعدم السقوط، بل ظاهره ذلك مع الإتلاف أيضاً، وأنّه يردّ المثل والقيمة حينئذٍ.

ولكنّه كما ترى؛ ضرورة أنّ الوجه في السقوط بالتصرّف المخرج عن الملك ليس إلّا لتعذّر الردّ الذي هو الأصل في اقتضاء الفسخ، لا للدلالة على الرضا، وإلّا لم يفرّق بين سائر التصرّفات، ولا ريب في أنّه [= الاتلاف] أقوى، تعذراً من التصرّف.

[٢] لتعذّر الردّ الذي هو مقتضى الفسخ بالخيار وإن خرج منه تصرّف غير المغبون ولو بإتلاف؛ للإجماع على عدم سقوط خيار المغبون بذلك، هذا.

وكأنّ ردّ القيمة أو المثل مبني على عدم اندراج ما نحن فيه فيما ذكروه من قاعدة « التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له »، وإلّا كان المتّجه عدم ردّ المثل أو القيمة، والانفساخ من غير حاجة إلى بقاء الخيار.

[٣] لكن في الروضة: « أنّه إن تصرّف فيما غبن فيه فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم ولا مانع من الردّ ولا منقص للعين فله ردّها، وفي الناقل والمانع ما تقدم، ولو كان قد زادها فأولى بجوازه أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجهان، وظاهر كلامهم أنّه غير مانع.

لكن إن كان النقص من قبله ردّها مع الأرش، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنّه كذلك، كما لو تلفت، وكذا لو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البائع بالأُجرة، وفي خلطه بالأردأ الأرش، وبالأجود إن بذله له بنسبة فقد الصفة، وإلّا فإشكال »[(٢)].

وفيه:

إنّ بعضه لا يجامع ما تقدّم فيما إذا كان المغبون البائع ونحوه ماوقع له في المسالك[(٣)] أيضاً، فلاحظ وتأمّل؛ ليتضح لك الحال في ذلك، وفي صورة اجتماعهما وفي كثير من الفروع المتصوّرة هنا التي لا تخص المقام في الحقيقة، والله أعلم.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٩٧.

(٢) الروضة ٣: ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

(٣) المسالك ٣: ٢٠٧.

(و) كيف كان فـ(**لا يثبت به**) أي الغبن (**أرش**) مطلقاً قبل التصرّف وبعده [١].

[خيار التأخير]:

القسم (**الخامس : خيار التأخير**) أي (**من باع ولم يقبض الثمن ولا سلّم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن**) ولو ساعة ولا تأخير قبض المثمن (**فالمبيع لازم ثلاثة أيام ، فإن جاء المشتري بالثمن**) فيها استحقّ (**وإلّا كان البائع أولى بالمبيع**) منه انشاء الفسخ [٢].

---

[١] ١ ـ للأصل .

٢ ـ وحرمة القياس على المعيب .

٣ ـ ومحكي الإجماع ، بل محصّله .

نعم استشكل الفاضل[١] في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت ، من انتفاء الضرر الموجب للخيار ، ومن ثبوته فلا يزول إلّا بدليل .

بل جزم بالأوّل في الحدائق[٢] ، وهو غير ثبوت الأرش الذي سمعت الإجماع عليه .

وقد يناقش في الثاني بأنّه مصادرة ؛ إذ الكلام في ثبوته مع البذل ، وقد يفرض مقارنته للعقد .

كما أنّه قد يناقش في الأوّل :

١ ـ بعدم انحصار الدليل بحديث الضرار[٣] .

٢ ـ على أنّ الظاهر منه إرادة عدم مشروعيّة مافيه ضرر ، إلّا أنّه لمّا لم يكن معلوماً لنا هنا بالخصوص ؛ لتكثّر تصوّر ما يندفع به الضرر ، قوّى في الظن مشروعيته على الخيار :

١ ـ للإجماع .

٢ ـ ولأنّه المعلوم من جبر الشارع ضرر العقود بالخيار .

٣ ـ والجامع بين الحقين .

٤ ـ وغير ذلك مما لا يخفى .

لا أنّ المراد تكليف الضارّ بدفع ما وقع منه من الضرر ، كي يتخيّر فيما يدفعه من بذل التفاوت أو التسليط على الفسخ .

لكن روى الحلبي : أنّه سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة ؟ قال : « لا يصلح له أن يأخذه ، فإن جهل وأخذه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد »[٤] . فتأمّل جيّداً .

[٢] بلا خلاف محقق معتد به أجده فيه ، بل حكي الإجماع عليه ، مستفيضاً أو متواتراً .

أ ـ وقال زرارة للباقر عليه السلام في الصحيح : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثمّ يدعه عنده فيقول : حتى آتيك بثمنه ، فقال :

---

(١) القواعد ٢ : ٦٧ .

(٢) الحدائق ١٩ : ٤٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٧١ ، ب ١٧ من أحكام العقود ، ح ١ ، مع اختلاف .

. . . . . .

« إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام ، وإلّا فلا بيع له »[١].

ب ـ وسأل علي بن يقطين أبا الحسن عليه السلام في الصحيح : عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ؟ فقال : « [فإنّ] الأجل بينهما ثلاثة أيام ، فان جاء قبض بيعه ، وإلّا فلا بيع بينهما »[٢].

جـ ـ وقال العبد الصالح عليه السلام في موثّق ابن عمار : « من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له »[٣].

د ـ وقال عبدالرحمن بن الحجاج : اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثمّ احتبست أياماً ثمّ جئت إلى صاحب المحمل لآخذه ، فقال : قد بعته ، فضحكت ثمّ قلت : لا والله لا أدعك أو أُقاضيك ، فقال لي : ترضى بأبي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم فأتيناه وقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : بقول من تريد أن أقضي بينكما ؟ أبقول صاحبك أو غيره ؟ قال : قلت : بقول صاحبي ، فقال : سمعته يقول : « من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ، وإلّا فلا بيع له »[٤].

لكن قد يوهم ظاهر هذه النصوص خصوصاً صحيح ابن يقطين منها الانفساخ قهراً ، الذي هو أقرب إلى نفي الحقيقة من نفي اللزوم.

وبلفظها عبّر الصدوق[٥] ، بل ترك الاسكافي[٦] الظرف منها ، بل في المبسوط : « روى أصحابنا أنّه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم وقال للبائع : أجيئك بالثمن ومضى ، فإن جاء في مدّة الثلاث كان البيع له ، وإن لم يجيء في هذه المدّة بطل البيع »[٧].

إلاّ أنّه يمكن إرادته بطلان اللزوم بقرينة كلامه في غيره من كتبه ، خصوصاً الخلاف[٨] الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرقة وأخبارهم.

كما أنّه يمكن إرادة ذلك من النصوص ولو بمعونة الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر وأصالة الصحة ، وعدم المبطل ، وغير ذلك.

على أنّه هو المناسب للإرفاق للبائع ؛ إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة ، بل قد يدّعى انصراف الإطلاق إليه ولو بقرينة المقابلة في الشرطية ، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبائع واللزوم قابل للتبعيض ، بخلاف الصحة.

ولا ينافيه صحيح ابن يقطين ؛ لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبائع منهما.

فمن الغريب بعد ذلك كلّه جزم المحدّث البحراني[٩] بالانفساخ.

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢١ ، ب ٩ من الخيار ، ح ١ ، وفيه : « قال » بدل « فقال ».

(٢) المصدر السابق : ٢٢ ، ح ٣ وليس فيه : « جاء ».

(٣) المصدر السابق : ح ٤.

(٤) المصدر السابق : ح ٢.

(٥) انظر المقنع : ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

(٦) انظر كلامه في المختلف ٥ : ٧٠.

(٧) المبسوط ٢ : ٨٧.

(٨) الخلاف ٣ : ٢٠.

(٩) الحدائق ١٩ : ٤٨.

وعلى كلّ حال فشرطه عدم قبض الثمن ، وعدم إقباض المبيع ، والحلول فيهما [١] ، فلو وجدا أو أحدهما فلا خيار وإن أبقاه عند صاحبه [٢] . وعلى كلّ حال فلو انتفى القبض منهما ولو للبعض فالخيار باقٍ في الكلّ [٣] .

وكذا لو قبض فبانَ مستحقّاً كلّاً أو بعضاً ؛ لأنّه كعدم القبض ، بخلاف قبض المعيب فإنّه صحيح ، ويسقط به خيار البائع [٤] .

---

[١] ١ ـ **إجماعاً بقسميه** . ٢ ـ وفي الغنية نسبته إلى رواية أصحابنا[١] . ولولا ذلك [= الإجماع] لأمكن المناقشة في اشتراط الثاني [أي إقباض المبيع] ؛ لإطلاق الموثق[٢] وغيره الذي لا يقيّده ما في سؤال صحيح ابن يقطين[٣] . بل قد يظهر من سؤال صحيح زرارة[٤] إقباض المبيع وتركه عند البائع . وقد اعترف بعض الأفاضل بعدم ظهور النصوص في الشرط المزبور ، بل ظاهرها خلافه ، لكن قال : « لعلّ استناد الأصحاب إليها مبني على كون القبض عندهم في نحو المتاع النقل لا مجرّد قبض اليد »[٥] . وفيه : أنّ ذلك مذهب جمع منهم . والظاهر اتّفاقهم هنا على الشرط المزبور . ولكن الامر سهل بعد الإجماع المذكور .

[٢] **خلافاً للمحكي عن الشيخ من أنّ للبائع الفسخ متى تعذّر الثمن[٦] ، وقوّاه في الدروس[٧] ، ولم يستبعده في المسالك[٨]** .

وهو مع أنّه غير ما نحن فيه من خصوص هذا الخيار ضعيف ؛ لأنّه هو أدخل الضرر على نفسه بتسليم المبيع ؛ ولأنّ فائدة الفسخ التسلّط على العين ، فإن تمكّن منها أخذها مقاصّة كغيرها ، وإلّا فلا فائدة له .

[٣] **بلا خلاف** ، وفي خبر ابن الحجاج[٩] دلالة عليه .

[٤] **قيل : « ويكفي في الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه إذن البائع ، كما صرّح به جماعة ، ولوّح إليه آخرون ؛ لأنّ قبض الثمن من فعل البائع ، كإقباض المبيع فيسقط حقه بهما ، وقبض المشتري ليس فعلاً له ، فلا يسقط حقه بفعل غيره »**[١٠] . وهو جيّد لو أنّ السقوط بالقبض المأذون فيه لدلالته على إسقاط الحقّ ، أمّا إذا لم يكن لذلك بل لتغيّر الصورة الثابت فيها الخيار فيبقى على أصل اللزوم ، ففيه : أنّ النصوص أدلّ هنا على كون القبض للثمن بالإذن فيها على غيره ، بل لا دلالة فيها على المثمن ، كما عرفت . اللّهم إلّا أن يقال : إنّ النصوص لا دلالة في شيء منها على اعتبار شيء منها ؛ إذ جاء ونحوه جارٍ مجرى الغالب في دفع الثمن إلى المالك ، لا أنّ المراد منه الشرطيّة ، بل العمدة الإجماع ، وهو ثابت في الإقباض ، كما عرفت دون قبض الثمن ، بل قد يُدّعى تحقّقه في عدم اعتباره ؛ لإطلاقهم القبض فيه والإقباض في المثمن . أو يقال : إنّ الإذن معتبرة في إقباض المبيع دون الثمن ، كما يظهر من بعض كلماتهم في باب القبض ، وإن كان فيه ما فيه .

لكن مع ذلك كلّه أطلق في الروضة[١١] وغيرها اعتبار الإذن في القبض . وقد ينزّل على إرادة الإقباض فتأمّل .

---

(١) الغنية : ٢١٩ .
(٢) (٣) (٩) تقدّم في ص ٤٥ .
(٤) تقدّم في ص ٤٤ .
(٥) (١٠) مفتاح الكرامة ٤ : ٥٧٨ .
(٦) المبسوط ٢ : ١٤٨ .
(٧) الدروس ٣ : ٢٧٤ .
(٨) المسالك ٣ : ٢٠٩ .
(١١) الروضة ٣ : ٤٥٨ .

[قيل : ويشترط الاذن في القبض والاقباض].

[ولكن الظاهر اشتراط الإذن في إقباض المبيع دون قبض الثمن فتأمّل].

نعم لو أجاز البائع لزم [١]

ولو مكّنه منه فـ [قد قيل :] [٢] [بـ] سقوط الخيار.

وهو جيّد ، بناءً على أنّه التخلية .

وإلّا فالأشبه البقاء وإن أسقطنا الضمان به [٣].

ولو شرطا التأجيل في البعض فأخّر الباقي فالأقرب السقوط [٤].

بل [قيل] [٥] [بـ] ـاشتراط خلوّ الثلاثة عن الخيار للبائع [٦].

---

[١] **خلافاً للمحكي عن الشيخ[١] ؛ لعدم الإقباض.**

وهو ضعيف .

[٢] **[كما] عن التحرير[٢].**

[٣] لمنع عموم البدلية .

فالأصل بقاء الحقّ .

وأمّا الحلول فمستنده :

١ ـ بعد الإجماع .

٢ ـ الأصل السالم عن معارضته المنساق من النصوص .

٣ ـ مؤيّداً بأنّ الواجب مع الشرط مراعاة الأجل طال أو قصُر ، فلا يتقدّر بالثلاثة .

وإثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى والدليل .

[٤] **وفاقاً للفاضل والمحكي عن ولده[٣] وغيره :**

١ ـ للأصل أيضاً السالم عن معارضة النصوص .

٢ ـ بعدما عرفت من ظهور سياقها في حلول الجميع .

٣ ـ مؤيّداً بأنّه ساقط في المؤجّل بالشرط ، فيسقط في الكلّ لئلّا يثبت التبعيض .

٤ ـ والعمدة ما عرفت .

[٥] **[كما] عن التحرير[٤].**

[٦] **كالحلّي[٥] في خصوص الشرط منه.**

---

(١) حكاه في الدروس ٣ : ٢٧٣ .

(٢)(٤) التحرير ٢ : ٢٨٩ .

(٣) القواعد ٢ : ٦٧ . الايضاح ١ : ٤٨٦ .

(٥) السرائر ٢ : ٢٧٧ .

ولا بأس به بعد استثناء خيار المجلس لو قلنا بأنّ مبدأها من حين العقد [١]. [أمّا المشتري] فلا مانع من خياره بوجود أسبابه [٢].

ولا يشترط كون الثمن معيّناً قطعاً، أمّا المبيع فـ[ـلا يشترط التعيين فيه أيضاً] [٣].

و[قيل] [٤] [بـ] ـاشتراط التغاير بين البائع والمشتري بالذات في هذا الخيار [٥]. [ويمكن ثبوت ما في خيار المجلس في المقام].

---

[١] للأصل المزبور المؤيّد باندفاع ضرر التأخير، وظهور النصوص والفتاوى على سبق اللزوم ثلاثاً، فينتفي الخيار مطلقاً.

قيل: « وليس المراد به نفي الخيار المخصوص؛ لأنّ الثابت بالتأخير أصل الخيار، والحكم لا يتقيّد بالسبب »[١]، وإن كان في الأخير ما فيه، كالمحكي عنهما أيضاً من اشتراط خلوها [= الثلاثة] عنه [= الخيار] مطلقاً، أو خصوص الشرط للمشتري أيضاً؛ للأصل أيضاً، ولأنّ شرط الخيار في قوّة اشتراط التأخير، وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع؛ ضرورة منافاته لإطلاق الأدلّة. واللزوم ـ المفهوم من النص والفتوى في الثلاثة ـ إنّما هو للبائع دون المشتري.

[٢] بل مقتضى كلام الفاضل[٢] عدم هذا الخيار في الحيوان مطلقاً. وهو منافٍ لعموم الأدلة التي منها يعلم فساد ما عن الحلي[٣] أيضاً؛ لعدم الفرق بين الأصلي والمشترط.

وفي الدروس: يحتمل ثبوت الخيار مطلقاً، فلو اشترط المشتري فسخ البائع بعد الثلاثة، ولو شرطاه وخرج الخيار فكذلك[٤]. وفيه:

١ ـ مضافاً إلى ما عرفت من سقوطه في اشتراط الخيار للبائع.

٢ ـ إنّه يلزمه تأخير الثلاثة عن محلّها المستفاد من النص والفتوى.

[٣] [لكن عن] أبي العباس والصيمري وظاهر المبسوط والمراسم والوسيلة والتحرير[٥] **ذلك [= لزوم التعيين]، وفي الانتصار وعن الخلاف اشتراط تعيينهما**[٦]. لكن الظاهر إرادة الاحتراز به عن النسيئة ونحوها.

بل هو محتمل الكتب المزبورة، فينحصر القول حينئذٍ بالأوّلين، خلافاً لإطلاق الأكثر وصريح المحكي عن القاضي، بل عنه الاحتجاج له بالإجماع[٧].

فهو ـ مع إطلاق معقد غيره وعموم النصوص ـ الحجّة في الخروج عن الأصل وتغيّر الصورة وانتفاء العلّة ممنوعان.

[٤] [كما] يظهر من بعض[٨] **الأساطين.**

[٥] ولعلّه لأنّه هو المستفاد من النصوص، فيبقى غيره [= غير المتغاير بالذات] على أصل اللزوم. لكن يمكن أن يستفاد مما سمعته في مثل ذلك في خيار المجلس ثبوته في المقام، وفرض تصوّره واضح.

---

(١) (٨) مفتاح الكرامة ٤: ٥٨٠.
(٢) التحرير ٢: ٢٨٩.
(٣) السرائر ٢: ٢٧٧.
(٤) الدروس ٣: ٢٧٤.
(٥) المهذب البارع ٢: ٣٨٢. غاية المرام ٢: ٣٩. المبسوط ٢: ٨٧. المراسم: ١٧٢. الوسيلة: ٢٣٩. التحرير ٢: ٢٨٩.
(٦) الانتصار: ٤٣٧. الخلاف ٣: ٢٠.
(٧) جواهر الفقه: ٥٤.

إلّا أنّه يقوى في النفس الأوّل هنا، ويعرف البحث في الوكيل، ونحوه مما تقدم سابقاً، فلاحظ وتأمل.

ثمّ إنّ [الظاهر] [١] اختصاص هذا الخيار بالبيع والبائع [٢].

ولا فرق في اعتبار الثلاثة في هذا الخيار [٣] بين الحيوان وغيره وبالإنسي من الأوّل وغيره.

إلّا ما ينعتق على المشتري فإنّ الظاهر سقوط الخيار فيه وتتعيّن المطالبة بالثمن [٤].

وكيف كان فلا فرق في تقدير المدّة المزبورة بين أفراد المبيع [٥].

---

[١] [كما هو] ظاهر النص والفتوى.

[٢] كما هو مقتضى الأصل، **بل نفى بعض[١] الأساطين الخلاف في الأوّل [أي اختصاصه بالبيع]، وحكى الإجماع في الثاني [أي اختصاصه بالبائع]، الذي نصّ عليه المفيد والمرتضى[٢] حاكياً ثانيهما الإجماع عليه أيضاً.**

وعن الدروس أنّه استشعر الخيار له من عدم حكمهم باجباره على النقد.

لكن فيما حضرني من نسختها: «لا خيار للمشتري بعد الثلاثة ولا فيها في ظاهر كلامهم، مع أنّه يلوح منه جواز تأخير الثمن إذ لم يحكموا باجباره على النقد»[٣].

قلت: لعلّ وجهه احتباس المبيع والرضا بالتأخير، كما هو الظاهر.

[٣] [كما] في النصوص السابقة[٤] والفتاوى.

[٤] لما سمعته في خيار المجلس.

وليس هو كالتلف والتصرّف الذي لا يسقط الخيار، بل يفسخ وينتقل حقّه للمثل والقيمة؛ ضرورة كون التعارض في الأدلّة في نحو الفرض في أصل ثبوت الخيار، فمع فرض ترجيح أدلّة الانعتاق يرتفع أصل الخيار، ولا وجه للانتقال إلى المثل أو القيمة؛ إذ هو [= الانتقال] فرع الاستحقاق.

[٥] **خلافاً للصدوق حيث قدّر المدّة في الأمة بشهر[٥]**؛ للخبر: فيمن اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن [فقال:] «إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلّا فلا بيع له»[٦]، الذي رماه في الدروس بالندرة[٧]، وفي المختلف بالقدح بالسند[٨].

وإن كان فيه ما فيه، وعن الاستبصار احتمال حمله على الندب[٩].

ولا يخفى أنّ الخبر واضح الدلالة، نقي السند، مؤيّد بأصل اللزوم، إلّا أنّ شذوذه ـ وغرابة اختصاص الأمة بهذا الحكم، ولزوم الضرر بطول المدّة ـ يمنع من تخصيص تلك العمومات به.

فالعمل على المشهور. وحمله على بيان منتهى الصبر طريق الجمع.

---

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٥٨١.
(٢) المقنعة: ٥٩٢. الانتصار: ٤٣٧.
(٣) الدروس ٣: ٢٧٣.
(٤) انظر الوسائل ١٨: ٢١، ب ٩ من الخيار.
(٥) الفقيه ٣: ٢٠٣. المقنع: ٣٦٥.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٣، ب ٩ من الخيار، ح ٦.
(٧) الدروس ٣: ٢٧٤.
(٨) المختلف ٥: ٧٠.
(٩) الاستبصار ٣: ٧٨، ذيل الحديث ٢٦١.

وكيف كان فقد قيل[١]: إنّ مبدأ المدّة من حين التفرّق [١]، فهو حينئذٍ من الافتراق وإن اشترط في العقد سقوط خيار المجلس [٢]، [والمتجه كون الابتداء من حين العقد مع اشتراط السقوط] هذا.

ولكن قد يقال: إنّ [الظاهر] [٣] كونه من حين البيع [٤].

وفي فورية هذا الخيار وتراخيه ما عرفت سابقاً، بل القول بالثاني هنا أولى [٥]، بل لا يسقط بالمطالبة بالثمن بعد الثلاثة [٦]. أمّا لو فرض ذلك ولو لقرينة اتجه السقوط، كما في غيره من الخيارات [٧].

---

[١] **وأنّه ظاهر الشيخين والسيدين والقاضي والديلمي والحلّي والعلّامة في المختلف والتحرير**[٢]:

١ ـ لما عرفت من ظهور النص والفتوى في لزوم البيع في تمام المدّة، ولو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس، فينتفي اللزوم في المجموع، بل الجميع في بعض الصور.

٢ ـ بل لعلّ المتبادر من قوله عليه السلام: «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام»[٣] مجيئه من وقت المفارقة؛ إذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع إلّا إذا أُريد به مجرّد دفع الثمن. وهو خلاف الظاهر.

[٢] لعموم المقتضي.

نعم بناءً على أنّ المنساق ما ذكرناه أوّلاً اتجه حينئذٍ كون الابتداء من حين العقد مع اشتراط السقوط؛ لانتفاء المانع حينئذٍ.

[٣] [كما هو] المنساق من النص والفتوى.

[٤] وخيار المجلس بعد ندرة طوله غير قادح في إرادة اللزوم في أكثر الثلاثة، على أنّ المراد اللزوم من حيث التأخير، لا من كلّ وجه، فتأمّل.

[٥] **وعن الشهيد في قواعده**[٤] **التصريح به، كما أنّه ظاهر التذكرة**[٥]؛ لإطلاق الأدلّة، بل لم أجد قائلاً بالأوّل هنا وإن كان محتملاً؛ نظراً إلى تعليل الفورية في غيره بالاقتصار على المتيقن فيما خالف أصل اللزوم.

نعم تردّد المحقّق الكركي في الفورية هنا مع جزمه بها في خيار الغبن والرؤية[٦].

وكأنّ منشأه احتمال كون المقتضي هنا إطلاق الأدلّة، لا الاستصحاب ونحوه.

[٦] لأعميتها من الدلالة على الرضا بلزوم العقد.

[٧] وقد سمعت في خيار المجلس والحيوان ما يومئ إليه من النصوص[٧].

والاستصحاب ـ بعد صدور الدالّ على الالتزام ـ لا وجه له؛ إذ احتمال عدم سقوط هذا الخيار بنحو ذلك كما ترى، ولعلّه على ذلك [=الرضا بلزوم العقد] **يحمل ما عن ظاهر المشايخ والديلمي والحلّي من السقوط بالمطالبة**[٨].

---

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٥٨٠.

(٢) المقنعة: ٥٩٢. المبسوط ٢: ٨٧. الانتصار: ٤٣٧. الغنية: ٢١٩. جواهر الفقه: ٥٤. المراسم: ١٧٢. السرائر ٢: ٢٧٧. المختلف ٥: ٦٨. التحرير ٢: ٢٨٩.

(٣) الوسائل ١٨: ٢١، ب٩ من الخيار، ح١.

(٤) القواعد والفوائد ٢: ٢٤٨.

(٥) التذكرة ١١: ٧١، ٧٤.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٢٩٨، ٣٠٢.

(٧) انظر الوسائل ١٨: ٨، ب٢، ٣ من الخيار.

(٨) المقنعة: ٥٩٢. الانتصار: ٤٣٧. الخلاف ٣: ٢٠. المراسم: ١٧٢. السرائر ٢: ٢٧٧.

وكذا يسقط باشتراط السقوط [١].

و[كذا] بالإسقاط بعد الثلاثة أيضاً [٢].

أمّا لو أسقطه فيها فـ[يحتمل أنّه] [٣] لا يسقط [٤]، وقد يحتمل السقوط [٥].

ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ [٦] [وقيل : لم يسوّغ له الفسخ فيسقط].

والأقوى الأوّل.

[تلف المبيع في الثلاثة]:

(و) كيف كان فـ**(لو تلف)** المبيع **(كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على الأشبه)** [٧].

٢٢ = ٥٧

---

[١] **كما عن الشهيد[١] وغيره النص عليه**، عملاً بالشرط.

[٢] كما هو شأن الحقوق.

[٣] **[كما] قد قال [به] بعض[٢] الأساطين.**

[٤] لعدم ثبوت الحقّ.

[٥] باعتبار حصول سبب الاستحقاق وهو العقد.

[٦] ١ ـ للاستصحاب.

٢ ـ وإطلاق الأدلّة. ولم يثبت كون العلّة فيه الضرر فيثبت ويزول بزواله، مع أنّ البذل بعدها، قد لا يدفعه في بعض الأحوال. **خلافاً للفاضل فلم يسوّغ له الفسخ[٣].**

[٧] **بل لا خلاف فيه في الثاني.**

١ ـ بل حكي الإجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه.

٢ ـ لقاعده «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، المعلومة بالنص[٤] والإجماع.

٣ ـ والخبر: في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجب له غير أنّه ترك المتاع ولم يقبضه وقال: آتيك غداً فسرق المتاع من مال من يكون؟ فقال: «من صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ إليه ماله»[٥]. وقاعدة «التلف في مدّة الخيار ممّن لا خيار له» لا تشمل المقام، ولو لأنّها مخصوصة بما بعد القبض. **ووفاقاً للمتأخّرين في الأوّل، بل عن الخلاف الإجماع عليه[٦].** وهو الحجّة بعد الخبرين[٧].

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٨١.

(٣) التذكرة ١١: ٧٣ ـ ٧٤.

(٤) المستدرك ١٣: ٣٠٣، ب ٩ من الخيار، ح ١.

(٥) الوسائل ١٨: ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.

(٦) الخلاف ٣: ٢٠. وفيه: «كان من مال المبتاع».

(٧) راجع الوسائل ١٨: ١٩، ب ٨ من الخيار، ح ١، ب ١٠ منه، ح ١.

. . . . . .

خلافاً للمفيد والسيّدين والمحكي عن سلّار فمن المشتري[١]، وربّما مال إليه الشهيد في المحكي عن نكته[٢]، بل في الانتصار والغنية الإجماع عليه[٣]:

١ ـ لأنّه ملكه ولا تقصير من البائع؛ إذ لا طريق له إلى الفسخ، وبه افترق عن التلف بعدها.

٢ ـ ولأنّ النماء له فالضمان عليه. كما يستفاد من بعض نصوص خيار الشرط[٤]. والنقض بالتلف بما بعد الثلاث مدفوع بالإجماع ثمة دون المسألة. إلّا أنّ ذلك كلّه كما ترى، بعد الخبرين المزبورين[٥] المعتضدين بفتوى المتأخّرين، وبعض من تقدّمهم، الموهون بها الإجماعان المذكوران.

وفي الوسيلة: «أنّه من ضمان البائع وإن كان بغير تفريط، إلّا أن يكون عرض التسليم ولم يتسلّم المبتاع، فإن تلف بتفريطه كان من ضمانه على كلّ حال»[٦]، ونفى عنه البأس في المختلف بعد تخصيص الدعوى بالثلاث، قال: «وكلام أبي الصلاح يدلّ عليه، فإنّه قال: فإن كان تأخيره من قبل المبتاع فهلاكه ونقصه من ماله»[٧].

قلت: لا يخفى ما فيه، بناءً على عدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور، ولم يثبت ارتفاع الضمان به وإن لم يسمّ قبضاً، والمنقول عن الحلّي[٨] موافقة المفيد، وعبارة الوسيلة مطلقة في الثلاث وغيرها. على أنّ الظاهر كون مبناها تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان، وهو يقتضي ضمان المشتري مع حصوله مطلقاً، فلا وجه للتخصيص.

بل نقل الضمان من البائع بالتمكين المزبور مذهب الشيخ[٩] وجماعة، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه[١٠].

وحينئذٍ فيشكل إطلاق القول بضمان البائع في الثلاثة، كما هو المشهور، وفيما بعدها من الجميع إن ثبت الإجماع، ومن خصوص القائل إن لم يثبت.

ولا يندفع إلّا باشتراط عدم التمكين في أصل الخيار كما عن التحرير[١١]، أو تخصيص محلّ النزاع بما إذا انتفى كما عن السرائر[١٢]، فيكون ما في الوسيلة موافقاً للمشهور، لا أنّه قول ثالث، كما وقع من غير واحد، والله أعلم.

---

(١) المقنعة: ٥٩٢. الانتصار: ٤٣٧. المراسم: ١٧٢.

(٢) غاية المراد ٢: ١٠١.

(٣) الانتصار: ٤٣٧. الغنية: ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٠، ب٨ من الخيار، ح٣، و٢٣ ـ ٢٤، ب١٠، ح١.

(٥) راجع الوسائل ١٨: ١٩، ب٨ من الخيار، ح١، و٢٣ ـ ٢٤، ب١٠، ح١.

(٦) الوسيلة: ٢٣٩.

(٧) المختلف ٥: ٦٩.

(٨) (١٢) السرائر ٢: ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

(٩) النهاية: ٣٨٨.

(١٠) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٥٨٢، ولكن لم نعثر عليه في الخلاف.

(١١) التحرير ٢: ٢٨٩.

هذا كلّه فيما لا يفسده البقاء.

[ترك المشتري ما يفسد من يومه عند البائع]:

(و) أمّا (**إن اشترى ما يفسد من يومه**) وقد تركه عند البائع حتى يأتيه بالثمن (**ف**) قد روى محمد بن أبي حمزة مرسلاً عن الصادق وأبي الحسن عليهما السلام أنّه (**إن جاء بالثمن**) فيما بينه وبين الليل - أي (**قبل الليل، وإلّا فلا بيع له**[1]) [1].

---

[1] ولا يقدح إرساله بعد اعتضاده بما في ذيل مرسل ابن رباط عن الصادق عليه السلام - على ما في الفقيه -: «والعهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل»[2]. وإن احتمل[3] أنّه من كلام الصدوق، بل لعلّه الظاهر، وانجباره بعمل الأصحاب وموافقة الاعتبار وحديث الضرار[4].

نعم اختلفت عباراتهم في تأدية المراد بعد اشتراكها في التحديد بالليل ففي جملة نحو ما في المتن من الامتداد إليه[5] من دون تعرّض للمبدأ، وفي أُخرى تقدير المدّة بيوم[6]، وفي ثالثة جعل الخيار إلى الليل[7]. إلّا أنّه منافٍ لما في النص وأكثر العبارات من أنّه [= الليل] مبدؤه لامنتهاه، فيجب ردّه إليه وإن بعد، والأمر سهل بعد وضوح المراد.

نعم قد يشكل الحديث والفتاوى بأنّ الغرض من الخيار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع، وإذا كان مما يفسد ليومه كما هو المفروض وجب أن يكون الخيار قبل الليل:

١ - ليتأتّى للبائع فسخه.

٢ - ودفع الضرر عن نفسه.

٣ - وبأنّ البيع يقع في طرفي النهار، وفي الأثناء، وقد يقع في الليل أيضاً. والتحديد بالنهار كلّاً أو بعضاً لا يطّرد في الجميع. والحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النصّ والفتوى، ولا يتأتّى معه الغرض المطلوب في الأكثر.

ومن هنا حمل الشهيد في الدروس النص على ما يفسده المبيت[8]، نظراً إلى الغالب في نحو الخضر والفواكه واللحوم والألبان.

وإلى شيوع استعمال اليوم فيما يشمل الليل، فيثبت الخيار حينئذٍ فيما هو كذلك، وقد بيع في النهار عند انقضائه ودخول الليل، وردّ ما سواه إلى ما يقتضيه الأصل، وحديث الضرار[9] ودلالة الإيماء.

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٤، ب ١١ من الخيار، ح ١.
(٢) الفقيه ٣: ٢٠٣، ح ٣٧٦٧. الوسائل ١٨: ٢٥، ب ١١ من الخيار ح ٢.
(٣) احتمله في مفتاح الكرامة ٤: ٥٨٣.
(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ - ٥.
(٥) القواعد ٢: ٦٧. التذكرة ١١: ٧٢.
(٦) مثل السرائر ٢: ٢٨٢. التبصرة: ٩٠.
(٧) التحرير ٢: ٢٩٠.
(٨) الدروس ٣: ٢٧٤.
(٩) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ - ٥.

و[القول بثبوت الخيار في الليل]، هو جيّد جدّاً [١].

ومقتضاه ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساده مطلقاً، فلو كان ممّا يتسرّع إليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل، ولو كان ممّا لا يفسد في يوم، تربّص به البائع إلى خوف فساده، فيتخيّر حينئذٍ وإن مضى عليه يومان وأكثر [٢].

وقد يحتمل فيه وفي غيره ملاحظة النسبة لما يفسده المبيت فيفسخ مع بقاء زمان لعدم الفساد كزمانه، فتأمّل.

ويكفي في الفساد تغيّر العين ونقص الوصف وإن لم يبلغ حدّ التلف [٣].

وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد؟ [يحتمل ذلك] [٤].

وهو قويّ، وإن احتمل العدم أيضاً [٥].

ثمّ إنّ الظاهر إتحاد البحث في تلفه كذي الثلاث لاتحاد الطريق [٦].

كما أنّ الظاهر [٧] كون هذا الخيار من جملة أفراد خيار التأخير، فيشترط فيه ما يشترط فيه من الأمور الثلاثة.

ويجري فيه أيضاً كثير من الفروع السابقة، والله أعلم.

هذا تمام الكلام في الخيارات الخمسة:

---

[١] وارتضاه المحقّق الكركي[١]، ومال إليه الشهيد الثاني[٢] وغيره.

[٢] واحتمل العلّامة في هذا انتظار الليل[٣]؛ لورود التحديد به شرعاً.

ويضعّف بما عرفت، وبأنّ مورد النصّ الفاسد ليومه، وليس هذا منه، فيستمرّ فيه اللزوم إلى خوف الفساد، بمقتضى الأصل السالم عن المعارض.

[٣] كما في الدروس وجامع المقاصد وظاهر المسالك[٤].

[٤] [كما] احتمله الشهيد[٥]؛ للزوم الضرر بنقص السعر.

[٥] اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن.

[٦] وهو صريح الغنية[٦] أو كصريحها مدعياً عليه الإجماع، وربّما احتمل كونه [= التلف] من البائع هنا مطلقاً عند غير من صرّح من المفصّلين أيضاً؛ لإقدامه على التأخير فيما هو مظنّة التلف.

[٧] [كما هو ظاهر] الماتن وغيره، بل عن جماعة التصريح به، بل في الغنية الإجماع عليه[٧].

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٩٩.

(٢) الروضة ٣: ٤٥٩.

(٣) التذكرة ١١: ٧٢.

(٤) الدروس ٣: ٢٧٥. جامع المقاصد ٤: ٣٠٠. المسالك ٣: ٢١٠.

(٥) الدروس ٣: ٢٧٥.

(٦)(٧) الغنية: ٢١٩ـ ٢٢٠.

[أحكام الخيار]:

(و) أمّا (**خيار العيب**) فـ(ـيأتي) البحث فيه (**في بابه إن شاء الله تعالى**) لكثرة فروعه.

(**وأمّا أحكامه**) أي الخيار (**فتشتمل على مسائل**):

(**الأُولى**): [١] أنّ (**خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع**) [٢].

(و) أمّا (**خيار الشرط**) فيثبت في كلّ بيع لا يستعقب العتق، سلماً كان أو صرفاً أو غيرهما [٣].

---

[١] [كما هو] المشهور.

[٢] **بل في الغنية ومحكي الخلاف الإجماع عليه**[١]؛ للأصل السالم عن المعارض. **خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي والحلّي فاثبتوه في نحو الوديعة والعارية والقراض والوكالة والجعالة**[٢]. وهو ضعيف؛ لما عرفت، مؤيّداً: بأنّ الخيار فيها عامّ أيضاً لا يقبل السقوط، فلا تأثير للمجلس، إلّا أن يقصد منع التصرّف فيه معه، **كما احتمله في الدروس**[٣]، ولا دليل عليه. ولا يصحّ في الوديعة لامتناعه فيها مطلقاً، بل ولا في غيرها؛ لوجود الإذن المسوّغ كذلك. **ومنع في المختلف**[٤] **إجماع الخلاف**؛ لأنّ ثبوت الخيار مطلقاً يستلزم ثبوته في المجلس. وفيه: أنّ الممنوع خيار المجلس دون الخيار فيه، فإن أراد الثاني كان النزاع لفظياً. وكيف كان فلا دليل على ثبوت حقّ فيها مغاير لحق الجواز الثابت بأصل الشرع.

[٣] لعموم المقتضي، **خلافاً للفاضل في موضع من التذكرة**[٥] **فيهما** [= السلم والصرف]، **وللغنية ومحكي المبسوط والخلاف والسرائر في الثاني**[٦] [**أي الصرف**]؛ لاقتضاء اعتبار القبض في المجلس فيهما الافتراق بلا علقة، واشتراط الخيار علقة. وهو كما ترى. ودعوى الإجماع من الثلاثة على الثاني ـ التي منعها غير واحد من الأصحاب ـ على مدعيها، **بل في المسالك: «أطبق المتأخّرون على منعها»**[٧] [= منع الإجماع]، مؤيّداً ذلك بأنّ من عدا المدّعي ممن تقدّم عليه، أو تأخّر عنه بين مطلق ثبوته في البيع وبين مصرّح به. **بل في موضع آخر من التذكرة**[٨] **التصريح بثبوته**، لكن على إشكال. **نعم قد يظهر من اقتصار الدروس على حكاية الشيخ الإجماع ومنعه من الفاضل**[٩] **نوع توقّف فيه، بل في التحرير والقواعد في ثبوته إشكال**[١٠]. إلّا أنّ ذلك لا يقدح في دعوى منع الإجماع، خصوصاً مع شهرة الصحيح[١١] المثبت بعمومه الخيار بين الفقهاء والمحدثين، وقد رواه أئمة الحديث والأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السلام، ولا رادّ له ولا معارض له يخصصه. بل لعلّ مبنى الإجماع المدعى على اشتراط القبض الذي ظنّ المدعي منافاته لاشتراط الخيار، فيكفي في رفعه حينئذٍ وضوح عدم التنافي.

---

(١) الغنية: ٢٢٠. الخلاف ٣: ٧ ـ ٨.
(٢) المبسوط ٢: ٨٢. المهذب ١: ٣٥٦. السرائر ٢: ٢٤٦.
(٣)(٩) الدروس ٣: ٢٦٨.
(٤) المختلف ٥: ٧٣.
(٥) التذكرة ١١: ١٣.
(٦) الغنية: ٢٢٠. المبسوط ٢: ٧٩. الخلاف ٣: ١٢. السرائر ٢: ٢٤٤.
(٧) المسالك ٣: ٢١٢.
(٨) التذكرة ١١: ٦٣.
(١٠) التحرير ٢: ٢٩٣، وفيه: «وعندي فيه نظر». القواعد ٢: ٦٧(١١) وهو صحيح ابن سنان انظر الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار، ح٢.

وكذا (**يثبت في كلّ عقد**) لازم معاوضة كان أولا (**عدا النكاح والوقف**) [١]، أمّا اشتراطه في الصداق فلا بأس به [٢].

وفي المتعة إشكال إن لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الإجماع [٣].

ومنه [= ممّا تقدم] ينقدح النظر في إلحاق العمرى والحبس وما في معناهما به [٤].

---

[١] **بلا خلاف أجده في المستثنى منه، إلّا في الضمان من الفاضل[١] في أحد قوليه.**

والصلح مطلقاً من المحكي عن المبسوط والخلاف[٢].

وخصوص ما يفيد منه فائدة الإبراء من الكركي[٣]، تبعاً للفاضل في التحرير[٤].

وخصوص الصلح عن المجهول والدعوى الغير الثابتة بالإقرار من المحكي عن الصيمري[٥].

والكلّ شاذّ ضعيف؛ لعموم المقتضي، وعدم ثبوت أنّ ما في الذمة إذا انتقل لا يعود، بل هو ينتقض بجملة من المقامات.

وكذا دعوى إسقاط الحقّ، أو أنّ الصلح لا يقبل الخيار، فإنّ ذلك كلّه لا مانع من حصوله على جهة التزلزل.

وبلا خلاف أيضاً في الأوّل من المستثنى، بل في جامع المقاصد والمسالك والمحكي عن الخلاف والمبسوط والسرائر الإجماع عليه[٦].

وهو الحجة بعد تأيّده بمشاكلته العبادة، وابتنائه على الاحتياط التامّ وسبق التروّي فيه وتوقّفه على رافع مخصوص فلا يرتفع بغيره.

[٢] **كما صرّح به الفاضل والكركي[٧]**؛ للعموم.

[٣] **وعلى المشهور في الثاني، بل في المسالك: أنّه موضع وفاق[٨].** وهو الحجة.

وإن كان فيه أنّه نبّه في الدروس[٩] وغيرها على أنّه موضع خلاف.

نعم هو لا يقدح في الإجماع الكاشف، فإن تمّ كان هو الحجة، وإلّا كان للنظر فيه مجال.

وإن كان قد عُلل:

١ ـ باشتراط القربة فيه، وهو منافٍ لاشتراط الخيار.

٢ ـ وبأنّه فك لا إلى عوض، فلا يقبله كالعتق.

لكن فيهما معاً منع.

[٤] **[كما ألحقها] في جامع المقاصد[١٠]**؛ للاشتراك في المعنى المذكور.

---

(١) التذكرة ١٤: ٢٨٥.
(٢) المبسوط ٢: ٨٠. الخلاف ٣: ١٢.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٤) التحرير ٢: ٢٩٣.
(٥) تلخيص الخلاف ٢: ٧.
(٦) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣. المسالك ٣: ٢١٢، وفيه: «محلّ وفاق». الخلاف ٣: ١٦. المبسوط ٢: ٨١. السرائر ٢: ٢٤٦.
(٧) التذكرة ١١: ٦٦. جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.
(٨) المسالك ٣: ٢١٢.
(٩) الدروس ٣: ٢٦٨.
(١٠) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

بل وينقدح أيضاً في عدم دخوله في الهبة قربة إلى الله تعالى [١]، والحكم بجواز الدخول في اللازمة منها للعوض أو القربة [٢].

فتحصّل من جميع ذلك أنّه لا يثبت في النكاح والوقف خاصة من العقود.

[شرط الخيار في الايقاعات]:

(**وكذا**) لا يثبت في (**الإبراء والطلاق**) وفي الإقالة ما ستعرف (**والعتق**) من الإيقاعات (**إلّا على رواية**[١]

---

[١] **مع أنّه قال في التذكرة: « وأمّا الهبة فإن كانت لأجنبي غير معوّض عنها ولا قصد بها القربة ولا تصرّف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختل أحد القيود لزمت، وهل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك »**[٢].

وظاهره تناولها، خصوصاً **وقد نفى البأس عما ذهب إليه الشافعي من عدم دخوله في الوكالة والقراض والشركة والوديعة والجعالة، قال: « لأنّها عقود جائزة لكلّ منهما فسخها سواء كان هناك شرط خيار أو لا »**[٣].

فحمل كلامه هنا على الهبة الجائزة لا يخلو من منافاة له، فالأولى بناء دخوله [= خيار الشرط] في ذات القربة على التنافي بينهما وعدمه.

[٢] كما هو مقتضى تعميم المصنّف وغيره؛ للعموم، وبناؤه في غير ذلك على دخوله في العقود الجائزة وعدمه.

فعن الشيخ والقاضي والحلّي[٤] **دخوله فيما سمعته عن الشافعي**[٥]، استناداً إلى العموم المقتضي اطّراده في كلّ عقد جائز، **ويقتضيه إطلاق المتن والغنية والإرشاد**[٦] **والقواعد والدروس**[٧]، **ومنعه العلامة في المختلف والتحرير**[٨] **والكركي والشهيد الثاني**[٩]، **وقد سمعت نفي البأس عنه في التذكرة**؛ لعدم تأثير الشرط في الجائز بالأصل، ويضعّف بعدم اشتراط التأثير في الشروط، فإن منها ما يؤكّد مقتضى العقد، فإن أُريد خصوص المؤثر هنا عاد النزاع إلى اللفظ، على أنّه قد يؤثر فيما لو لزم الجائز كالهبة بالتصرّف مثلاً فان له الفسخ حينئذٍ بالشرط، وكذا المعاطاة لو كان التصرّف من ذي الخيار. فتأمل، هذا.

وقد علم ممّا ذكر حكم الشرط فيما اختلف في لزومه وجوازه كالسبق والرماية أو يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن، **واستشكل في التحرير**[١٠] **جوازه من الراهن** وإن لزم العقد من جهته؛ لأنّ الرهن وثيقة الدين والخيار ينافي الاستيثاق. وردّ بمنع المنافاة، فإنّ الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط.

---

(١) انظر الوسائل ٢٣: ٢٧، ب ١٢ من العتق.
(٢) التذكرة ١١: ٦٦.
(٣) التذكرة ١١: ٦٥.
(٤) المبسوط ٢: ٨٢. المهذب ١: ٣٥٦. السرائر ٢: ٢٤٦.
(٥) المجموع ٩: ١٧٥.
(٦) الغنية: ٢٢٠. الإرشاد ١: ٣٧٥.
(٧) القواعد: ٦٨. الدروس ٣: ٢٦٨.
(٨) المختلف ٥: ٧٣. التحرير ٢: ٢٩٤.
(٩) جامع المقاصد ٤: ٣٠٤. المسالك ٣: ٢١٢.
(١٠) التحرير ٢: ٢٩٣.

شاذّة) [١]. وقد يلحق بالطلاق الإقالة بناءً على عدم تعقّل العود بعد الفسخ من غير سببه، وفيه بحث [٢]، كالبحث في إلحاق الكتابة المطلقة به [٣].

أمّا المشروطة فـ[لقد قيل] [٤] [بدخوله بالنسبة للمولى. وفي العبد قولان].

نعم قد يلحق بالطلاق الخلع والمباراة. و[قد قيل بثبوت الخيار في القسمة] [٥].وفيه بحث أيضاً.

ثمّ إن الظاهر دخول خيار الشرط بجميع أقسامه كخيار المؤامرة ورد الثمن ونحوهما، لكن فيما يتصوّر فيه ذلك كعقود المعاوضة [٦]. وأمّا الغبن فثبوته في سائر عقود المعاوضة [٧] متجه.

---

[١] لا يلتفت إليها، كالقول بها بعد الإجماع في المحكي عن المبسوط[١] على الأخيرين، وفي المسالك[٢] على الأوّلين. وعن الحلي[٣] نفي الخلاف في الثالث الذي ينافي اشتراط الخيار فيه اعتبار القربة أيضاً بناءً على المنافاة. كما أنّه ينافيه [= القول بالثبوت] في الثلاثة أنّها من الإيقاعات لا العقود، ولذا احتج - في المحكي عن السرائر[٤] - على عدمه في الثاني [أي الطلاق] بخروجه عن العقود، ومقتضاه اطّراد الحكم في الجميع، وعدم اختصاصه بالثلاثة، كما يوهمه الاقتصار في المتن وغيره عليها. ولعلّها كذلك؛ لابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرّد الصيغة، فلا يدخله الخيار، والمفهوم من الشرط ماكان بين اثنين، كما ينبّه عليه الصحيح: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز على الذي اشترط عليه»[٥]، فلا يتأتى في الإيقاع المتقوّم بالواحد.

[٢] سيّما بعد إطلاقهم دخوله في العقود، بناءً على أنّها منها، وسيما بعد حكمهم في الشفعة بقابلية الإقالة للفسخ.

[٣] [كما]في التحرير وعن التذكرة[٦]. وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني من نسختها. ودعوى أنّ الحرّ لا يعود رقاً لا دليل عليها على الإطلاق، بحيث يشمل الحرية المتزلزلة كما في جملة من المقامات المذكورة في كتاب العتق وغيره. وحينئذٍ فتتفرّع على ذلك فروع جليلة لاتخفى بأدنى تأمّل.

منها: حكم المال الحاصل له في زمن الحرية إذا عاد إلى الرقية.

[٤] [كما] في جامع المقاصد: دخوله بالنسبة للمولى، قال: «وفي العبد قولان، اختار الشيخ، والعدم المصنّف في التحرير»[٧].

[٥] [كما] في التذكرة وجامع المقاصد: دخوله في القسمة سواء كان فيها رد أو لا[٨].

[٦] للعموم المقتضي عدم الفرق فيه بين البيع وغيره، واحتمال قصرهما على البيع - للدليل، وإلّا فلا يجوز للجهالة - ضعيف جدّاً، كما هو واضح.

[٧] بناءً على أنّ مدركه حديث الضرار[٩].

---

(١) المبسوط ٢: ٨١.
(٢) المسالك ٣: ٢١٢، وفيه: «محلّ وفاق».
(٣)(٤) السرائر ٢: ٢٤٦.
(٥) الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار، ح١.
(٦) التحرير ٢: ٢٩٤. التذكرة ١١: ٦٨. وحكا عنه في جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٧) جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٨) التذكرة ١١: ٦٧. جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٩) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣- ٥.

[التصرف يسقط في خيار الشرط]:

المسألة (الثانية: التصرّف) من المشتري في المبيع (يسقط خيار الشرط) له (كما يسقط خيار الثلاثة) [١].

---

[١] بلا خلاف معتدٍ به أجده فيه، بل في الغنية وجامع المقاصد ومحكي الخلاف وكنز الفوائد الإجماع عليه[١]:

١ ـ وهو [=الاجماع المنقول] بعد شهادة التتبّع له الحجة.

٢ ـ مضافاً إلى:

أ ـ ما عن الشيخ والقاضي[٢] من ورود الأخبار[٣] من طريق الأصحاب بذلك محتجين بها عليه، وكفى بهما ناقلين.

ب ـ وإلى دعوى الأولوية، فإنّه متى سقط به الخيار الأصلي كالحيوان، فالشرط أولى وإن كان فيها ما فيها.

كدعوى العموم من العلّة المنصوصة في الصحيح[٤] في خيار الحيوان؛ ضرورة أنّ الفاء فيه رابطة لا تعليلية.

نعم بعد تعذّر إرادة الحقيقة من الحمل فيه، وجب حمله على إرادة دلالته على الرضا، وحينئذٍ لا تفاوت بين الحيوان وغيره؛ ضرورة اعتبار ما دلّ عليه من الأفعال والأقوال.

والمناقشة فيما لم يصل إلى حدّ العلم في الأوّل، يدفعها حينئذٍ هذا الصحيح وغيره، واحتمال قصره على خصوص الحيوان كما ترى، وعلى ذلك عوّل من قيّد السقوط بالتصرّف بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه فيما علم عدم إرادة الالتزام به، بل المتجه حينئذٍ أنّ ماكان ظاهره ذلك كذلك أيضاً، بل ينبغي عدم السقوط بالمشكوك فيه.

ومن هنا وقع خبط في كلام بعض المتأخّرين، وربّما مال بعض متأخّريهم إلى دعوى ما سمعته في الحيوان من أصالة الدلالة في التصرّف حتى يعلم العدم، جمعاً بين ما دلّ على السقوط[٥] به، وبين خبر الأمداد[٦] ونحوه مما يقضي بعدم السقوط به. إلّا أنّ الجميع كما ترى منافٍ؛ لإطلاق الفتاوى، ومعقد بعض الإجماعات السابقة.

وما ذكروه في مسقطات الخيار من عدّ التصرّف قسماً آخر مقابلاً للرضا.

وليس في قوله عليه السلام: «فذلك رضا منه»[٧] ظهور في أنّ السقوط بالتصرّف للدلالة، خصوصاً مع ملاحظة كون الفاء فيه رابطة للشرط لا تعليلية.

وأنّ بيان الدلالة ليس وظيفة الشارع؛ لاختلافه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، فيمكن إرادة قيامه مقام الرضا في الإسقاط.

بل يمكن دعوى أنّه المنساق من أمثاله أو إرادة أنّه بعد إقدامه على المسقط شرعاً وفعله فهو رضا منه بالالتزام إذاكان عالماً بأنّه مسقط متنبه له، وكأنّ الإطلاق لغلبة العلم بالحكم الشرعي، وعدم معذورية الجاهل، وندرة الغفلة والسهو.

---

(١) الغنية: ٢١٩، وفيه: بلا خلاف. جامع المقاصد ٤: ٣٠٤. وحكا عن الأخيرين في مصابيح الأحكام: ٥٧٨ (مخطوط).

(٢) الخلاف ٣: ٢٣. جواهر الفقه: ٥٥.

(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٣، ب ٤ من الخيار.

(٤) المصدر السابق: ح ١.

(٥) الوسائل ١٨: ١٣، ب ٤ من الخيار.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٦، ب ١٣ من الخيار، ح ١.

(٧) الوسائل ١٨: ١٣، ب ٤ من الخيار.

[بل] القول بأنّه مسقط تعبّداً مطلقاً لا يخلو من قوّة [١]، وحينئذٍ لا ينبغي التوقّف فيه هنا، بل ولا في سقوط خيار البائع بالتصرّف في الثمن [٢].

والمدار حينئذٍ على صدق الحدث فيه ناقلاً كان أو غير ناقل.

نعم قد يتوقّف في الحدث فيه خطأ بل أو غفلة أو نسياناً أنّ فيه الخيار، أو لظنّ أنّه الخالي منه [٣].

ولكن لا يخفى عليك الفرق عرفاً بين الحدث خطأ وبين الغفلة والنسيان، فهو من ذي الخيار مسقط لخياره، من غير فرق بين الاختبار وغيره [٤].

---

[١] **وتعديته لغير الحيوان بالإجماع المحكي عن الخلاف[١] إن لم يكن المحصّل**، وظهور عدم إرادة خصوص المورد في الصحيح[٢] وغيره.

[٢] **كما صرّح به جماعة وعلم من رأي الباقين**؛ لذلك، ولعدم الفرق بين العوضين.

وخبر أبي الجارود[٣] ـ القاضي بعدم سقوط خيار البائع في التصرّف بالثمن في خيار الردّ محمول على ما عرفت سابقاً من كون التصرّف فيه قبل تحقّق الخيار؛ لأنّه إنّما يحصل بعد الردّ، كما عرفته سابقاً.

[٣] من صدق اسم الحدث فيه.

ومن أنّ المنساق من قوله: «أحدث فيه حدثاً»[٤] قصد الإحداث فيه، خصوصاً بعد أن لم يكن عمومه لغوياً.

وقد يؤيّده في الجملة عدم سقوط خيار الغبن بالتصرّف غير الناقل إذا لم يعلم بالغبن.

[٤] وخبر ردّ الأمداد مع الشاة[٥] ـ القاضي بعدم سقوط الخيار بالحلب ـ مع الطعن في سنده وشذوذه وعدم ظهوره في الردّ بالخيار، بل قد يظهر منه عدمه ومنافاته لما دلّ على أنّ النماء في زمن الخيار للمشتري، يمكن القول بأنّ استخراج الحليب الذي هو ملكه ليس إحداثاً فيها.

كما أنّ اشتراط بيع ما فيه الخيار بالإيجاب قبل البيع في خبري الحلبي[٦] والسكوني[٧] الآتيين من الشواذ التي لم يعمل بهما أحد فيما أعلم.

ومن ذلك كلّه يظهر لك ما في جامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والرياض[١٠] وغيرها، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) انظر الخلاف ٣: ٢٣، ولم يصرّح بالإجماع. ونقله عنه في مصابيح الاحكام: ٥٧٨ (مخطوط).
(٢) تقدّم في ص٥٩.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٠، ب٨ من الخيار، ح٣.
(٤) انظر الوسائل ١٨: ١٣، ب٤ من الخيار، ح١، ٢.
(٥) راجع الوسائل ١٨: ٢٦، ب١٣ من الخيار، ح١.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٥، ب١٢ من الخيار، ح٢.
(٧) المصدر السابق: ح١.
(٨) جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.
(٩) المسالك ٣: ٢٠١، ٢١٢ ـ ٢١٣.
(١٠) الرياض ٨: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

نعم قد يتوقّف في [الفسخ] [١] بتصرّف كلّ منهما فيما انتقل عنه إذا لم يكن دالاً على إرادة الفسخ فضلاً عما علم منه عدم الدلالة أو كان ظاهراً [٢].

لكن في فساد التصرّف لو كان بيعاً ونحوه وصحته وجهان، بل قولان [٣].

---

[١] [كـ]ـما ذكره غير واحد، بل نسبه بعض[١] **الأساطين إلى الأصحاب**، مشعراً بدعوى الإجماع عليه، **بل في الغنية نفي الخلاف عنه**[٢] من الفسخ [بذلك].

[٢] لعدم الدليل إن لم يكن إجماعاً على إلحاقه بالتصرّف الملزم، بناءً على السقوط به تعبّداً.

ودعوى الدلالة عليه ـ كدلالته في المنتقل إليه على الإمضاء ـ يدفعها ما عرفت من عدم دوران السقوط في المقيس عليه على الدلالة.

وليس في الأدلّة ما يقتضي التعبّد هنا، بل ليس فيها ما يقضي باعتبار غير مقطوع الدلالة عليه من الأفعال، إلّا فحوى ما دلّ عليه في الإمضاء.

ويمكن منعها إن لم ترجع إلى التنقيح ومنعه؛ لعدم المنقّح إن لم يكن إجماعاً، كما هو مفروض المسألة، وأمّا الاستدلال عليه، بأنّ هذا التصرّف لو لم يكن فسخاً لكان ممنوعاً منه شرعاً لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد، والأصل في تصرّفات المسلمين وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسخاً، كما ترى؛ ضرورة عدم انحصار وجه الصحّة في ذلك، ولا يتمّ في إجراء العقد خاصّة عليها، وكون الفضولي على خلاف الأصل لا ينافي قدحه في الدلالة، على أنّ المراد الفسخ به تعبّداً كالإمضاء، فلا تنتقح دلالته على إرادة عدم الفسخ به.

نعم لا بأس بذكر هذه الأُمور مؤيّدة بعد دعوى الإجماع على الفسخ بكلّ مالو وقع في المنتقل إليه كان إجازة، ويكون هو العمدة حينئذٍ.

[٣] ينشآن، من حصول الملك به، فلا يحصل شرط الصحّة الذي هو سبق الملك.

ومن أنّ الفسخ يحصل بالقصد المقارن للتصرّف فيتقدّم ويحصل الشرط، **وهو الذي اختاره الكركي**[٣]، وعليه فرّع جواز والوطء له.

وفيه:

إنّه حصل بالقصد لا بالفعل، كما هو المفروض، بل لابدّ من الالتزام في البيع ونحوه، كون وقوع تمام الصيغة الذي يحصل به مسمّى التصرّف شرطاً كاشفاً عن حصول الانفساخ قبله آناً ما؛ وهذا وان ارتكبناه في غير المقام، إلّا أنّه لمكان الدليل المخصوص الدالّ على الصحة، والحصر طريق الجمع بينه وبين ما دلّ على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدّم الذاتي، بخلاف المقام الذي لا يتوقّف الحكم بالفسخ على صحّة التصرّف، بل يكفي ولو كان فاسداً أي لم يترتّب عليه أثره.

---

(١) نسبه في مصابيح الأحكام: ٥٧٩ (مخطوط).

(٢) الغنية: ٢١٩.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٩ـ ٣١٠.

هذا إذا كان التصرّف بالبيع ونحوه. أمّا إذا كان بالانتفاع كاللمس والتقبيل والوطء ونحوها فيمكن القول بحصول الفسخ بها، وأنّه مقارن للدخول في الملك من غير إثم [١].

بل يمكن القول به في البيع ونحوه، بناءً على منع اعتبار سبق الملك فيه ونحوه [٢]، فيترتّب حينئذٍ على التصرّف الفسخ، المقتضي لعود الملك للفاسخ، المقتضي لانتقاله عنه إلى المشتري، المقتضي للانعتاق لو فرض كونه أباً له [٣].

(**ولو كان الخيار لهما وتصرّف أحدهما**) فيما انتقل إليه من المبيع أو الثمن (**سقط خياره**) بائعاً كان أو مشترياً، وسواء كان التصرّف جائزاً كالانتفاع بغير الوطء، أو غيره كالوطء ونحوه [٤].

نعم قد يتوقّف في صدق الإحداث بالبيع ونحوه، بناءً على عدم نفوذه على الخيار للآخر.

---

[١] تحكيماً لما دلّ على أنّ له الفسخ بأيّ فاسخ، يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دل على حرمة التصرّف في مال الغير[١]، بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرّف، خصوصاً مع خفاء اندراج هذا الفرد، فزمان الفسخ حينئذٍ والدخول في الملك واللمس واحد، ولا بأس به، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع.

وربّما ظهر من الدروس[٢] التردد في الجواز، بل صريح التحرير[٣] الحرمة. وهو ضعيف؛ لما عرفت.

[٢] لعدم الدليل، بل مقتضى إطلاق الأدلّة خلافه.

وقوله عليه السلام: «لا بيع إلّا في ملك»[٤] لا يقتضي أزيد من اعتبار أصل الملك في البيع على وجه يشمل المقارن في مثل الفرض لا أقلّ من الشكّ.

وقد عرفت أنّ مقتضى الإطلاق الصحّة في مثل الفرض الذي هو من باب ترتّب المعلولات الغير المتنافيه بعللها، وإن كانت العلّة في وجود الجميع واحدة.

[٣] وربّما يؤيّده [= عدم اعتبار سبق الملك] ما ذكروه في الوكالة من حصول عقدها بالقبول فعلاً من الوكيل، بأن يفعل ما وكّل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما، فإنّ الوكالة والبيع حصلا بعلّة واحدة. والظاهر عدم زيادة اعتبار الملك في مضيّ البيع على اعتبار الوكالة فيه، فإنّ بيع الوكيل والمالك سواءٌ في ذلك. وبالجملة لا مانع من تسلسل العلل المترتّب على كلّ منها معلولها وإن اتّحد العلّة الأُولى معها. نعم لا يعقل حصول المعلولات المتنافية لعلّة واحدة، كما هو واضح. ومما يؤكّد المقام ظهور إرادة القائل: بكون البيع فعلاً فاسخاً الصحيح منه لا الفاسد الذي يكون فسخه من الدلالة على إرادته، لا أنّه فسخ بالتصرّف، بل هو صريح استدلالهم على الفسخ بأصالة الصحّة في العقد، والله العالم.

[٤] إذ لا تلازم بين حصول الالتزام وحلّية التصرّف؛ إذ لا ريب في صدق اسم الإحداث في العين وإن كان حراماً؛ لأنّ الإثم حكم شرعي لا مدخلية له في صدق الاسم، **كما صرّح به في الدروس[٥]**.

---

(١) الوسائل ٥: ١٢٠، ب٣ من مكان المصلّي، ح ٣١.
(٢) الدروس ٣: ٢٧١ ـ ٣٧٢.
(٣) التحرير ٢: ٢٩٦.
(٤) المستدرك ١٣: ٢٣٠، ب١ من عقد البيع، ح ٣، ٤. الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب٢ من عقد البيع وشروطه، ح ١.
(٥) الدروس ٣: ٢٧١.

بل لعلّ صدق عدم الإحداث عليه أولى [١].

ولكن التحقيق الجواز في الجمع ، من غير فرق بين العتق وغيره [٢].

[الأقوى رجوع ذي الخيار بالمثل أو القيمة على الآخر لو كان تصرف بالبيع فيكون نافذاً ، وليس فيه إبطالاً لحق صاحبه] [٣] ، [فالفسخ يفيد انتقال المثل أو القيمة إليه كما لو تلف].

ولا فرق بين الوطء وغيره من الانتفاعات [٤]. كما أنّه لا فرق بين العتق وغيره [٥].

---

[١] خصوصاً بعد تفسير الإحداث في الصحيح[١] بمثل التقبيل واللمس . واحتمال كون التهيؤ للصحة ولو بالإجازة إحداثاً بعيد .

[٢] ١ ـ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم[٢] . ولم يثبت مانعية تعلّق حقّ الخيار .

٢ ـ وليس فيه إبطال لحق صاحبه ؛ لانتقاله إلى القيمة حينئذٍ أو المثل ، أو أنّ له التسلّط على فسخ العقد الآخر على اختلاف الوجهين أو القولين ، اللذين أقواهما الأوّل .

[٣] ١ ـ لإطلاق ما دلّ على اللزوم .

٢ ـ وانقطاع الملك الحاصل له بالعقد الأوّل بما وقع له من العقد الثاني ، فيقع الفسخ من ذي الخيار على ماليس بملك له ، إلّا أنّه لمّا كان الحقّ متعلّقاً بالعقد الذي وقع على العين التي نقلها الشارع إلى القيمة أو المثل فالفسخ يفيد انتقالها إليه كما لو تلف .

[٤] **كما هو ظاهر المحكي عن المبسوط وصريح التحرير**[٣] .

واحتمال الحبل ـ فتكون أُمّ ولد فيمتنع ردّ عينها بعد تسليم امتناع الردّ به كما هو الأصح ـ غير صالح ؛ لتخصيص ما دلّ على تسلّط الناس على أموالهم ؛ وإلّا لامتنع الانتفاع بها في غيره ؛ لاحتمال التلف به أيضاً .

[٥] وبناؤه على التغليب غير صالح للفرق هنا بعد ما عرفت .

ومن ذلك كلّه ظهر لك ما **في كلام الفاضل في القواعد**[٤] **فإنّه جزم بعدم نفوذ بيع المشتري ووقفه وهبته إذا كان الخيار لهما أو للبائع إلّا بإذن البائع ، واستشكل فيه في العتق ، وجزم بجواز الوطء له كباقي وجوه الانتفاع تارة ، وتردّد فيه بالخصوص من بينها أُخرى ، بل والشهيد في الدروس**[٥] **، حيث أطلق التردّد في جواز تصرّف المشتري إذا كان الخيار مختصاً بالبائع ، وفي تصرّفه أيضاً والبائع مع اشتراك الخيار بينهما** ؛ إذ لا إشكال في جواز تصرّف المشتري إذا لم يكن وطئاً ولا ناقلاً .

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت [من الجواز في جميع] ، ويؤيّده في الجملة ما سلف لهم في الغبن من صحّة التصرّف ، وانتقال ذي الخيار إلى المثل أو القيمة .

واحتمال الفرق ـ بفرض كلامهم هناك في التصرّف مع الجهل بالخيار ـ غير مجدٍ ؛ لأنّ الظاهر تعلّق الخيار فيه حال العقد وإن لم يكن معلوماً . فلو كان حقّ الخيار مانعاً أبطل التصرّف وإن كان المتصرّف جاهلاً ، وهو واضح .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ ، ب ٤ من الخيار ، ح ١ .
(٢) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح ٧ .
(٣) المبسوط ٢ : ٨٣ . التحرير ٢ : ٢٩٥ .
(٤) القواعد ٢ : ٧٠ ـ ٧١ .
(٥) الدروس ٣ : ٧١ .

ثمّ إنّه على كلّ حال يسقط خيار المشتري بالوطء وإن أثم [١].

ولو فسخ البائع بعد الاستيلاء انتقل إلى القيمة [٢].

ولا فرق فيما ذكرنا بين اشتراك الخيار بينهما واختصاصه بأحدهما، فللبائع التصرّف في ثمنه، وإن كان الخيار مختصاً بالمشتري كالعكس، ولو تصرّف كلّ منهما أو أحدهما فيما انتقل عنه كان فسخاً [٣].

ولو كان الخيار لأحدهما ونقلهما معاً دفعة ببيعٍ ونحوه بطل [٤]، والظاهر البقاء على أصل الخيار [٥].

ولو كان التصرف فيهما من غير ذي الخيار وقف على الإجازة بناءً على جريانها في نحو حقّ الخيار ومع حصولها لهما معاً يسقط الخيار. وله [= ذي الخيار] ـ على إشكال ـ إبطال التصرّف في المنتقل إليه وإجازة الآخر مع إبقاء حقّ الخيار والرجوع بالقيمة حينئذٍ، وليس له إبقاؤه مع إجازة التصرّف في ماله.

ولو كان الخيار مشتركاً بينهما فتصرّف المشتري مثلاً فيهما [٦] فالأقوى اتحاد الحكم فيها مع الأولى، والله أعالم.

(**ولو أذن أحدهما**) بالتصرّف فيما انتقل إليه (**وتصرّف الآخر**) فيما انتقل إليه أيضاً [قال المصنّف :] (**سقط خيارهما**) [٧].

[والصحيح هو سقوط خيار المتصرّف، وأمّا خيار الآذن فكذلك لو تصرّف المأذون، وأمّا لو لم يتصرّف فيه فعدم سقوطه لا يخلو من قوّة].

---

[١] كما عرفت.

[٢] **عندنا، وعن الشيخ والقاضي: إنّه يرجع بقيمة الولد والعقر**[١].

وهو جيّد، بناءً على عدم الانتقال إلّا بعد انقضاء الخيار وكان الوطء شبهة، لكن ستعرف ما في المبنى عليه.

[٣] كما عرفت.

[٤] للتدافع بين الفاسخ والملزم من الشخص الواحد.

[٥] واحتمال تقديم الأوّل أو الثاني هنا ضعيفان، وإن جزم بالأوّل في التحرير[٢].

[٦] **ففي القواعد: صحّ ما تضمن الفسخ من التصرّف، بخلاف الآخر الذي فيه إبطال حقّ البائع**[٣].

وفيه:

أوّلاً: أنّه لا يتم على المختار.

وثانياً: أنّه وإن كان باطلاً بناءً على منع حقّ خيار البائع، إلّا أنّه يحصل به الالتزام وسقوط الخيار، كما صرّح به في التحرير وجامع المقاصد[٤] في غير المقام، فيتدافع حينئذٍ مع ما يقتضي الفسخ المتوقّف صحته على عدم الالتزام.

[٧] **قال في الشرح: « أمّا خيار المتصرّف فواضح، وأمّا الآذن فوجه سقوط خياره دلالة الإذن على الرضا، فيكون**

---

(١) المبسوط ٢: ٨٣. المهذب ١: ٣٥٨.

(٢) التحرير ٢: ٢٩٧.

(٣) القواعد ٢: ٧٠.

(٤) انظر التحرير ٢: ٢٩٥، ٢٩٧. جامع المقاصد ٤: ٣١٤، ٣١٦.

. . . . . .

التزاماً من البائع بالبيع، وأمّا من المشتري؛ فلأنّ تصرّف البائع يبطل البيع، فلا يبقى لخيار المشتري أثر، ولو لم يتصرّف المأذون لم يبطل خياره، وفي بطلان خيار الآذن نظر، من دلالته على الرضا المزيل لحقه، ومن عدم منافاة الرضا بزوال الخيار؛ لأنّ غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده، وهي لا تقتضي الزوال بالفعل، وأطلق جماعة كونه مبطلاً، وعدم البطلان أوضح، ولو كان التصرّف غير ناقل للملك ففي إبطاله لخيار الآذن نظر؛ لعين ما ذكر»[1].

وفيه:

١ ـ بعد تسليم إرادة كون التصرّف والإذن في المبيع من كلّ منهما من العبارة وما ضاهاها.

٢ ـ إنّ الإذن فيما إذا كان المتصرّف البائع لا مدخلية لها؛ ضرورة استناد الفسخ حينئذٍ إلى تصرّف البائع، أذن له المشتري أو لم يأذن.

أمّا الثاني فواضح، كالأوّل مع فعل المأذون، بل لعلّه كذلك وإن لم يفعل؛ لدلالة الإذن بفعل الملزم على إرادة الالتزام وإسقاط الخيار، بل لعلّ نفس الإذن بالتصرّف من الإحداث فيه.

ويحتمل العدم؛ لمنع الدلالة في الأوّل؛ للفرق بين إنشاء الالتزام وبين إرادة ما يحصل به الالتزام وصحة السلب في الثاني.

وكأنّه لا يخلو من قوّة، خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الخيار.

وفي تعليق الإرشاد: «واعلم أنّ مجرّد الإذن في هذه التصرّفات من دون فعل لا يكون إجازة ولا فسخاً، كما هو مصرّح به في كلامهم»[2].

قلت: ومن ذلك ينقدح الإشكال في الالتزام بالعرض على البيع؛ إذ هو أعم من إنشاء الالتزام؛ لإمكان حصوله مع التردد في الفسخ والإجازة.

ودعوى الظهور في الالتزام ممنوعة.

على أنّه ـ بعد التسليم ـ مبنيّ على حجيّة ظواهر الأفعال في مثل ذلك، وإن كان قد يؤيّد القول بها هنا الإجماع على سقوطه بالتصرّف الذي هو غير قاطع، لكنّه لا يتم بناءً على أنّ السقوط به تعبدي، لا من حيث الدلالة، كما سمعت قوله فيما تقدّم.

نعم يمكن الاستدلال على الالتزام بالعرض بخبر السكوني: فيمن اشترى ثوباً بشرط [إلى نصف النهار] فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: «فليشهد أنّه قد رضيه واستوجبه، ثمّ ليبعه إن شاء، فإن أقامه بالسوق ولم يبعه فقد وجب عليه البيع»[3].

١ ـ وهو مع اشتماله على مالا يقول به: من اشتراط بيع ذي الخيار بالاستيجاب قبل البيع.

٢ ـ يمكن منع دلالته؛ لاحتمال إرادة إقامة المستوجب في السوق منه، فيكون حاصله أنّه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه، ومتى قام الاحتمال بطل الاستدلال، بعد منع الظهور، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) المسالك ٣: ٢١٣.

(٢) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٩٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٥، ب ١٢ من الخيار، ح ١.

[وأمّا العرض على البيع ففيه إشكال]. ثمّ لا يخفى عليك أنّ ذلك كلّه يجري في الإذن بما يقتضي الفسخ والعرض الّذي يقتضيه أيضاً. ولو أذن أحدهما للآخر في نقل ما انتقل إليه ـ بناءً على عدم الجواز مع تعلّق حقّ الخيار وفعل المأذون ـ سقط خيار المتصرّف قطعاً. وأمّا الآذن فـ[ـالمختار] [١] السقوط أيضاً [٢].

[وأمّا إذا لم يبع ففي كون مجرّد الإذن إجازة، إشكال] [٣].

[وأمّا لو كان أذن في التصرفات غير الناقلة فلا يسقط خياره].

وينبغي أن يلحق به [= الإذن في التصرف الناقل] الإذن بالوطء المتعقّب للاستيلاد، بل كلّ تصرّف يمنع من الردّ. وفي إلحاق الإذن في النقل المتزلزل كالبيع بالخيار والهبة إشكال [٤].

---

[١] [كما] قد جزم الكركي وثاني الشهيدين[١] وغيرهما بـ[ـذلك].

[٣] بل قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه[٢]. وعلله في الجامع بعدم إمكان فسخ العقد الواقع باذنه[٣].

[٣] [كما] قال [في الجامع]: «أمّا إذا لم يبع ففي كون مجرّد الإذن إجازة إشكال، ومثله الإذن في سائر التصرّفات الغير الناقلة للملك»[٤]. قلت: يظهر وجه الإشكال في الأوّل ممّا ذكرناه أوّلاً؛ لأنّ مرجعه إلى أنّ الإذن في الملزم ملزم أولا، وقد سمعت الكلام فيه، إلّا أنّه غير جارٍ فيما ذكره من التصرّفات الغير الناقلة، التي هي إذا وقعت إنّما تلزم بالنسبة إلى المتصرّف، فالإذن فيه لا يستفاد منه التزام الآذن بوجه من الوجوه، إلّا إذا كان المراد من الإذن رفع ما حصل بسببه المنع أي الخيار، وحينئذٍ لا ينبغي التوقّف في السقوط وإن لم يفعل المأذون، إلّا أنّ في دلالة الإذن بالتصرّف ـ خصوصاً إذا كان خاصاً على ذلك ـ منعاً واضحاً.

اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ حجر الخيار لا يرتفع شرعاً مع بقائه، فالإذن في أيّ تصرّف تستلزم رفعه، وهو أوضح منعاً. وكأنّ الوجه في الالتزام بالإذن بالتصرّف الناقل مع وقوعه أنّ حقّ الخيار متعلّق بالعين، وهو الذي أذن في نقلها، والأصل براءة الذمة من الانتقال إلى المثل أو القيمة.

[٤] قد يظهر من التذكرة[٥] الأوّل وأنّه متفق عليه بيننا. ومن ذلك كلّه يظهر لك مافي جامع المقاصد والمسالك[٦] وغيرهما، فلاحظ وتأمّل. كما أنّ منه يظهر وجه النظر فيما ذكره العلّامة الطباطبائي في مصابيحه من وجوه، قال: «وكما يسقط الخيار بالتصرّف فكذا بالإذن فيه، كما في الشرائع والتذكرة والقواعد والإرشاد والتنقيح؛ لدلالته على الالتزام في المنقول عنه والفسخ في المنقول إليه، فإن تصرّف المأذون سقط خيارهما، وإلّا فخيار الآذن، واستشكله المحقق الكركي والشهيد الثاني وغيرهما؛ لعدم ظهور الدلالة، ولأنّ التمكّن من الإزالة غير الزوال بالفعل، ويضعّف بأنّ مقتضى الإذن رفع الحجر من قبل الآذن، ولا مانع غير الخيار فيرتفع بالإذن، ولا يتوقّف على وجود التصرّف، وإلّا لكان السقوط بالتصرّف المأذون فيه دون الإذن، كما اعترفوا به، فإنّ الآذن لم يوجد منه سوى الإذن، فإن لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرّف الذي هو فعل غيره»[٧]. فتأمّل جيّداً.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٣١١. المسالك ٢١٣.

(٢)(٥) التذكرة ١١: ١٧٥.

(٣)(٤) جامع المقاصد ٤: ٣١١.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٣١١. المسالك ٣: ٢١٣.

(٧) مصابيح الأحكام: ٥٧٩. (مخطوط).

والظاهر أنّ التصرّف من المتعاقدين لا يسقط خيار الأجنبي، بل ولا خيار المؤامرة قبل الأمر بالفسخ [١].

ولاخيار تأخير الثمن قبل الثلاثة إذا فرض إمكانه قبل القبض على إشكال.

[إرث الخيار]:

المسألة (**الثالثة: إذا مات من له الخيار انتقل إلى الوارث من أيّ أنواع الخيّار كان**) [٢].

نعم [القول] [٣] [بـ]ـأنّه: لو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر وامتداده إلى أن يتفرّق الميت ومبايعه كان وجهاً جيّداً، بناءً على اعتبار الميت حال حضور الوارث في المجلس.

---

[١] للأصل.

[٢] **بلا خلاف معتدٍّ به، بل ظاهرهم الإجماع، بل عن بعضهم[١] دعواه صريحاً**؛ للنبوي المنجبر بالعمل: «ما ترك ميت من حقّ فهو لوارثه»[٢]، المؤيّد بعموم غيره كتاباً[٣] وسنةً.

وما في القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت فيما لو مات أحدهما؛ لأولوية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس[٤].

ليس خلافاً في المسألة عند التأمّل، على أنّه في غاية الضعف؛ ضرورة إرادة التباعد بالمكان الظاهر في الجسم من الافتراق، لا في الروح التي لم يعلم مفارقتها للمجلس، فلا ريب حينئذٍ في انتقاله إلى الوارث.

نعم في القواعد: «إن كان الوارث حاضراً في المجلس امتد الخيار مادام الميت والآخر في المجلس، وإن كان غائباً امتد إلى أن يصل إليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت، وهل يمتد بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر؟ نظر»[٥].

وفيه:

١ ـ إنّه إذا سقط اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار لانتفاء متعلّقه، وهو عدم تفرّق المتبائعين، بل الحكم ببقائه دعوى لامستند لها.

٢ ـ وأبعد من ذلك امتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر الذي هو ليس مجلس البيع، خصوصاً مع تعدد الوارث القاضي بمراعاة مجلس كلّ واحد منهم، بل إمّا أن يجعل على الفور، أو على التراخي. ومن ذلك يعلم ما **في المسالك قال: «ولو كان الوارث غائباً عن المجلس ففي ثبوته له حين بلوغه الخبر فورياً أو امتداده بامتداد مجلس الخبر أو سقوط الخيار بالنسبة إلى الميت أوجه»[٦].**

[٣] [كـ]ـما فيها [= المسالك[٧]] أيضاً من [أنه ذلك].

---

(١) الرياض ٨: ٢٠٢.

(٢) لم نعثر عليه في المجاميع الحديثية نعم ورد «ومن ترك مالاً فللوارث» انظر الوسائل ٢٦: ٢٥١، ب٣ من ولاء ضمان الجريرة، ح١٤.

(٣) البقرة: ١٨٠. النساء: ٧.

(٤)(٥) القواعد ٢: ٦٥.

(٦)(٧) المسالك ٣: ٢١٤.

وأقرب من ذلك كلّه [١] ثبوته للوارث مطلقاً [٢]، فلا حاجة حينئذٍ إلى اعتبار تفرّق الوارث، وأنّه على تقديره لو فارق أحد الورثة لم يؤثّر [٣].

مع احتماله أيضاً [٤].

فافتراقه [= افتراق كل واحد منهم] يؤثّر في سقوط خياره.

إلّا أنّه لو فسخ الآخر مضى عليه، كما لو تعدد ذو الخيار، ولا ينزّل على حصّته [٥].

ومن ذلك يتضح لك الحال في كلّ خيار ورثه متعدّدون، وأنّه يقدّم الفاسخ منهم على الملزم [٦].

ثمّ لا يخفى أنّه لا فرق في ارث الخيار بين حصوله فعلاً للميت وبين حصول سببه، فينتقل خيار التأخير وإن مات البائع في الثلاثة كخيار ردّ الثمن، وخيار الشرط بعد شهر مثلاً، ونحو ذلك؛ إذ هو حقّ أيضاً ينتقل بالإرث، كخيار المؤامرة، فإذا مات المستأمر ـ بالكسر ـ انتقل حقّه لورثته، أمّا المستأمر ـ بالفتح ـ فالظاهر عدمه [٧].

بل لا يبعد ذلك [= عدم الانتقال] في المشترط له الخيار إذا كان الشرط على جهة المباشرة، فاذا مات لم ينتقل لورثته [٨].

---

[١] وإن لم أجد من ذكره.

[٢] للأصل، بعد تعذّر حصول الافتراق الاختياري بين البيّعين، كما عرفته مفصّلاً فيما لو أكره أحدهما على الافتراق، وأنّه لا يسقط خيار المكره والآخر أيضاً وإن فارقه اختياراً، فلاحظ وتأمّل.

[٣] لعدم صدق افتراق المتبائعين، نظراً إلى قيام الجميع مقام الموروث.

[٤] نظراً إلى ثبوت الخيار لكلّ من الوارث على جهة الاستقلال.

[٥] لعدم إشاعة حقّ الخيار في العين، ولذا لم يجز للمورّث أن يفسخ في البعض، وليس للوارث إلّا ماكان للمورّث.

[٦] لأنّه لمّا علم عدم قابلية الخيار للتوزيع في نفسه ـ ضرورة عدم معقولية نصف الخيار وربعه مثلاً، وعدم تبعيّته أيضاً قسمة العين؛ لما عرفت من عدم الإشاعة، وكان يمكن إبقاء النبوي[1] وغيره ممّا دلّ على انتقال الحقّ لكلّ واحد من ورثته على ظاهره لتعقّل تعدّد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لابدّ من تنزيل نحو ذلك فيه على إرادة الاشتراك؛ لعدم تعدّد الملّاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محلّ البحث ـ اتّجه القول بثبوته حينئذٍ لكلّ واحد منهم، وأنّه يقدّم الفاسخ منهم على الملزم كذوي الخيار، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق.

[٧] لظهور إرادة المباشرة من اشتراط استئماره، ولأنّه لاحق له عند التأمّل؛ إذ لزوم العقد عند أمره بالالتزام لأصالة اللزوم في العقد، ولا يجب اتباع أمره بالفسخ وإن كان للمستأمر ـ بالكسر ـ الفسخ عنده، إلّا أنّ ذلك يقضي بكونه حقاً له لا للمستأمر بالفتح، كما هو واضح.

[٨] لسقوط الحقّ بعد فرض اشتراطها بموته، وليس ذا شرطاً لعدم الإرث كي يكون باطلاً، بل يمكن ردّ اشتراط عدم الإرث إليه في بعض الأحوال فيصح.

---

(١) تقدّم في ص٦٧.

أمّا اشتراط الخيار للأجنبي لا على جهة المباشرة فقد يقوى انتقاله أيضاً إلى وارثه [١]. و[المختار] [٢] قوّة القول بارث الزوجة غير ذات الولد للخيار فيما إذا اشترى أرضاً وله الخيار أو باعها كذلك [٣].

(**ولو جنّ**) ذو الخيار (**قام وليّه مقامه**) كما في غيره من أمواله وحقوقه ويجري في خيار المجلس ما يقرب ممّا سمعته في الموت [٤].

(و) على كلّ حال فـ(**لو زال العذر لم ينقض تصرّف الولي**) الجامع لشرائط الصحّة التي منها مراعاة الغبطة والمصلحة أو عدم المفسدة على ماهو محرّر في محلّه (**ولو كان الميت**) الذي له الخيار (**مملوكاً مأذوناً ثبت الخيار لمولاه**) إذا كان البيع أو الشراء للمولى [٥]. أمّا لو فرض ثبوته للعبد نفسه ـ كما لو اشترط مثلاً ـ فالأقرب عدم انتقاله للمولى كما سمعته في الأجنبي ، ولو كان ذلك في ماله . ولو كان البيع لأجنبي وشرط الخيار للعبد [٦]، [فلا يبعد انتقاله للمولى حال الحياة فضلاً عن الموت].

---

[١] لإطلاق النص والفتوى . **وبه صرّح الفاضل في التحرير**(١) ، **خلافاً له في القواعد**(٢) . ودعوى أنّه إنّما يورث تبعاً للمال لا شاهد عليها ، بل يكفي فيه تعلّقه بالمال كالشفعة ، بل قد يورث مالا تعلّق له بالمال ، كحق القذف ، ويقرب منه حقّ القصاص .

[٢] [كما] من ذلك يظهر لك [ذلك].

[٣] **وإن استشكل في أحدهما الفاضل في القواعد**(٣) على أنّ حقّ الخيار في الثاني منهما قد تعلّق بالثمن الذي انتقل إليها بالإرث فيتبعه الخيار وإن كان لو فسخت حرمت ، إلّا أنّ ذلك لم يثبت ما نعيته من الإرث ، كعدم ثبوت اشتراط إرثه بالتبعية لعين ، فلها أن تفسخ في الأوّل أيضاً وترث من الثمن ، والله أعلم بحقيقة الحال .

[٤] **وفي المسالك : « ومثله مالوخرس ولم يمكنه الإشارة المفهمة ، وإلّا اعتبرت إشارته كاللفظ »**(٤) .

[٥] إذ ذلك له قبل موته ؛ضرورة تبعيّته للمال .

[٦] **ففي التحرير هو للمولى أيضاً على إشكال**(٥) . قلت : لعلّه من عدم الدليل على ثبوت كلّ ما للعبد حتى الفرض للمولى . وفيه : أنّ الآية(٦) وغيرها ممّا استدلّ به على ذلك يشمل الأموال والحقوق ، فلا يبعد حينئذٍ انتقاله للمولى حال الحياة ، فضلاً عن الموت ، بل لعلّ ذلك هو المدار في الانتقال بالموت . ومنه حينئذٍ يظهر أنّه لا مدخلية للموت في ذلك : ١ ـ **إذ في مصابيح العلّامة الطباطبائي الإجماع على أنّ الحرّ لا يرث العبد**(٧) . ٢ ـ وفي الصحيح المروي بطرق متعددة عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام : أنّه « لا يتوارث الحرّ والعبد »(٨) . كما أنّ منه يظهر ما **في القواعد أيضاً قال : « ولو كان الميت مملوكاً مأذوناً فالخيار لمولاه ، ولو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار ، ولو كان لأجنبي لم يملك مولاه ، ولا يتوقّف على رضاه إذا لم يمنع حقّ المولى ، ولو مات لم ينتقل إلى مولاه »**(٩) . فتأمّل ، والله أعلم .

---

(١) التحرير ٢ : ٢٩٤.
(٢)(٩) القواعد ٨ : ٦٨، ٦٩.
(٣) القواعد ٢ : ٦٨.
(٤) المسالك ٣ : ٢١٥.
(٥) التحرير ٢ : ٢٩٤.
(٦) النحل : ٧٥.
(٧) مصابيح الأحكام : ٥٨٤ (مخطوط).
(٨) الوسائل ٢٦ : ٤٣، ٤٤، ب١٦ من موانع الإرث ، ح ١، ٢، ٤، ٥.

[المبيع يملك بالعقد لا بانقضاء الخيار]:

المسألة (الرابعة): [١] أنّ (المبيع يملك) ـه المشتري في زمن الخيار (بالعقد) [٢].

(وقيل) [٣]: (به وبانقضاء) مدة (الخيار) مع عدم الفسخ [٤].

---

[١] [كما هو] المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل في التذكرة الإجماع[١] على [ذلك].

[٢] كالمحكي عن ابن إدريس نسبته إلى الأصحاب[٢]، مشعراً بدعوى الإجماع عليه. ويؤيّده تعريف الفقهاء البيع: بنقل الملك أو انتقاله أو الإيجاب والقبول الناقلين للملك، واتفاقهم على كونه من الأسباب المملّكة، وثبوت الخيار الظاهر في التملّك وجواز التصرّف بالمستلزم له.

[٣] والقائل ابن الجنيد في المحكي عن ظاهره[٣] وابن سعيد في جامعه[٤].

[٤] وجعل الشيخ الافتراق في كتابي الأخبار شرطاً في استباحة الملك[٥]، بل صرّح في الاستبصار منهما باشتراطه في صحّة العقد[٦]. وكلامه في النهاية[٧] لا يأبى التنزيل على المشهور كالمقنعة[٨]، بل عن الشهيد[٩] احتماله أيضاً في كلامه في الخلاف. إلّا أنّه بعيد.

قال فيه: «العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقاً فإنّه يلزم بالافتراق بالأبدان، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو البائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع بنفس العقد، لكنّه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأوّل»[١٠]. وذكر اللزوم أوّلاً، ومعروفية بقاء الملك بلا مالك لأبي حنيفة ومالك[١١] لا يقتضي بارادة اللزوم من الملك المستلزمة لبطلان التفصيل حينئذٍ.

نعم كلامه في بيع المبسوط[١٢] لا يأبى التنزيل عليه، بل ما ذكره في كتاب الفلس منه ظاهر في ذلك إن لم يكن صريحاً[١٣]. وسلّار وإن كان قد جعل تفرّق المتبائعين شرطاً، لكنّه قال: «ولو تقابضا ولم يفترقا بالأبدان كان البيع موقوفاً»[١٤]. كما أنّ أبا الصلاح نصّ في المحكي عنه على أنّه شرط في الصحة. ثمّ قال: «واعتبرنا الافتراق بالأبدان؛ لتوقّف مضيّه عليه»[١٥].

وكيف كان فالذي تحصّل من كلام الأصحاب أقوال ثلاثة: ١ ـ المشهور. ٢ ـ والتوقّف على انقضاء الخيار. ٣ ـ والتفصيل بين خيار المشتري وحده، وغيره فيخرج عن ملك البائع في الأوّل دون غيره.

---

(١) التذكرة ١١: ١٥٥.
(٢) السرائر ٢: ٢٤٨.
(٣) استظهره نقله في الدروس ٣: ٢٧٠.
(٤) الجامع للشرائع: ٢٤٨.
(٥) الاستبصار ٣: ٧٣، ذيل الحديث ٢٤٢. التهذيب ٧: ٢١، ذيل الحديث ٨٧.
(٦) الاستبصار ٣: ٧٣، ذيل الحديث ٢٤٢.
(٧) النهاية: ٣٨٥.
(٨) المقنعة: ٥٩١.
(٩) انظر الدروس ٣: ٢٧٠.
(١٠) الخلاف ٣: ٢٢.
(١١) المغني (لابن قدامة) ٤: ٢٧.
(١٢) المبسوط ٢: ٨٣، ٨٤.
(١٣) المبسوط ٢: ٢٦٦.
(١٤) المراسم: ١٧٢.
(١٥) الكافي: ٣٥٢.

(و) لاريب في أنّ (الأوّل أظهر) وأصح [١].

---

[١] ١ ـ لصدق التجارة عن تراض قبله.

٢ ـ وعدم معقولية غير ترتّب الأثر: من التحليل للبيع الصادق عليه قبل انقضاء الخيار قطعاً.

٣ ـ ولأنّ المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه بينهما انتقال كلّ من الثمن والمثمن حال العقد، فهذه المعاملة إمّا صحيحة كذلك عند الشارع ويثبت المطلوب، أو باطلة من أصلها، لا أنّها صحيحة على غير ما قصداه وتراضيا عليه. وإثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكّد ذلك لا ينافيه، فالمقتضي للملك حينئذٍ موجود والمانع منه مفقود.

وموثّق إسحاق بن عمّار[١] وخبر معاوية بن ميسرة[٢] المتقدّمين في خيار تأخير الثمن المصرّحين بكون المبيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع في السنة التي اشترط فيها الردّ بردّ الثمن، بناءً على أنّ ذلك مدّة الخيار، وقد عرفت الحال فيه سابقاً.

ويمكن تنزيلهما على إرادة اشتراط سلطنة الفسخ بالطريق المخصوص الذي هو ردّ الثمن، فيكون حينئذٍ ذلك كلّه مدّة خيار، ولا يحتاج إلى فسخ زائد على الردّ، كما هو ظاهرهما.

إلّا أنّه ينافيه ما ذكرناه سابقاً، فلاحظ وتأمّل.

وموثّق غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام[٣]: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»[٤].

وموافقة ذيله للتقية غير مانع من الاستدلال بإطلاقه [= على حصول الملك بالعقد].

وخبر عقبة بن خالد[٥] المتقدّم في خيار تأخير الثمن.

وصحيح بشار بن يسار: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع ويشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: «نعم لا بأس به.

قلت: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»[٦].

وحسنة الحسين بن منذر قال للصادق عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع من أجله ثمّ أبيعه إيّاه ثمّ أشتريه مكاني، فقال: «إذا كان له الخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت أيضاً بالخيار، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر فلا بأس»[٧].

وصحيح محمد بن مسلم: سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: «ليس به بأس، إنّما تشتريه منه بعدما يملكه»[٨].

---

(١) الوسائل ١٨: ١٩، ب٨ من الخيار، ح١.

(٢) المصدر السابق: ٢٠، ح٣.

(٣) في المصدر بعدها: «قال: قال عليّ عليه السلام».

(٤) الوسائل ١٨: ٧، ب١ من الخيار، ح٧.

(٥) راجع الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤، ب١٠ من الخيار، ح١.

(٦) الوسائل ١٨: ٤١، ب٥ من أحكام العقود، ح٣.

(٧) المصدر السابق: ٤١ ـ ٤٢، ح٤.

(٨) الوسائل ١٨: ٥١، ب٨ من أحكام العقود، ح٨.

وصحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام : في رجل أمر رجلاً أن يشتري له متاعاً فيشتريه منه ، قال : « لا بأس بذلك ، إنّما البيع بعد ما يشتريه »[١] .

والنصوص المتضمنة لكون مال العبد للمشتري مطلقاً[٢] ، أو مع الشرط وعلم البائع من دون تقييد بانقضاء الخيار . والنبوي : « الخراج بالضمان »[٣] الذي معناه أنّ الربح في مقابلة الخسران ، فإنّ الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع ، والمراد أنّها للمشتري ، كما أنّ الضرر الحاصل بالتلف عليه فهو دالّ على المطلوب ، وإن كان مورد الحديث خيار العيب ، والحكم ثابت فيه بلا خلاف ، كما قيل[٤] .

بل لا يبعد أن يكون الخلاف في خصوص خيار الحيوان والمجلس والشرط الذي لم يسبق بلزوم العقد .

وأمّا هو فقد عرفت الحال فيه سابقاً .

كلّ ذلك [= الأدلة التي ذكرناها للقول بحصول الملك بالعقد] مع عدم دليل معتبر للمخالف خصوصاً التفصيل ، عدا دعوى قصور العقد فلا يفيد الملك ، وهو كما ترى .

نعم قد يستدلّ له :

١ ـ بصحيح ابن سنان : سأل أبا عبدالله عن الرجل يشتري الدابة أو العبد يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟

فقال : « على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع أو لم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أيّام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع »[٥] .

٢ ـ وخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون الضمان ؟

فقال : « ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه »[٦] .

٣ ـ ومرسلة ابن رباط عن الصادق عليه السلام : « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع »[٧] .

إلّا أنّها لا تصلح لمعارضة الروايات المتقدّمة ؛ لرجحانها بالكثرة ، والمطابقة للأُصول ، والإجماع المنقول ، وظاهر الكتاب ، والشهرة بين الأصحاب ، ومخالفة أكثر الجمهور . فتعيّن التأويل في هذه ، بحمل الصيرورة فيها على اللزوم ، جمعاً بين الأخبار .

---

(١) المصدر السابق : ٥٠ ، ح٦ .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ٢٥٢ ، ب٧ من بيع الحيوان .

(٣) المستدرك ١٣ : ٣٠٢ ، ب٧ من الخيار ، ح٣ .

(٤) مصابيح الأحكام : ٥٦٧ (مخطوط) .

(٥) التهذيب ٧ : ٢٤ ، ح١٠٣ . أورد صدره في الوسائل ١٨ : ١٤ ، ب٥ من الخيار ، ح٢ ، ووسطه في ١٥ ، ح٣ ، وذيله في ٢٠ ، ب٨ ، ح٢ .

(٦) الوسائل ١٨ : ١٤ ، ب٥ من الخيار ، ح١ .

(٧) المصدر السابق : ح٥ ، وفيه : « قبل » بدل « حدث قبل » .

وأمّا ضمان البائع [١] [فهو الثابت بالدليل] في صورة اختصاص المشتري بالخيار كضمان البائع المبيع قبل القبض.

و[المختار] [٢] أنّه (**لو**[١] **تجدّد له**) أي المبيع (**نماء**) بين العقد وانقضاء الخيار (**كان للمشتري**) لأنّه نماء ملكه.

(**و**) حينئذٍ فـ(**لو فسخ**) المشتري (**العقد**) مثلاً (**رجع على البائع بالثمن ولم يرجع البائع**) عليه (**بالنماء**) الذي هو له على المختار.

نعم هو للبائع على القول الآخر إن فسخ، بل وإن لم يفسخ، بناءً على الملك من حين الانقضاء [٣].

وعلى كلّ حال فهذا من فائدة الخلاف في المسألة، كالأخذ بالشفعة وابتياع الزوجة، وبيع من ينعتق على المشتري وجريان المبيع في حول الزكاة، إن كان زكويّاً، وغير ذلك. والثمن في ذلك كلّه كالمبيع [٤].

[تلف المبيع قبل قبضه]:

المسالة (**الخامسة: إذا تلف المبيع**) الشخصي (**قبل قبضه**) بآفة سماوية في غير الثلاثة في تأخير الثمن (**فهو من مال بائعه**) [٥].

إذا لم يكن بامتناع من المشتري أو برضاً منه بالبقاء في يد البائع بعد تمكينه منه وعرضه عليه [٦].

أمّا التلف في الثلاثة فقد عرفت البحث فيه سابقاً، وأنّ الأقوى فيه ذلك.

---

[١] فهو وإن كان على خلاف الأصل، إلّا أنّه قد ثبت بالدليل.

[٢] [كما] قد ظهر لك من ذلك كلّه.

[٣] **كما هو ظاهر القول المحكي في المتن وغيره. أمّا على احتمال إرادة الكشف في كلام الشيخ**[٢] **فهو للمشتري أيضاً، واحتمله الشهيد**[٣] **في كلام الشيخ في الخلاف.** ولعلّه أخذه من قوله بالعقد الأوّل[٤]. ويمكن إرادة حصوله به بحمل السببية على الناقصة. وحينئذٍ يشكل تبعية النماء فيما إذا كان الخيار للمشتري خاصّة على كلام الشيخ؛ لعدم ملكية الأصل عنده لأحد المتعاقدين، ولعلّه يلتزم دخوله في ملك المشتري إن لم يفسخ، والبائع إن فسخ كالأصل.

[٤] **إجماعاً محكيّاً إن لم يكن محصّلاً؛** لاستحالة انتقال أحد العوضين دون الآخر. لخروجه عن حقيقة المعاوضة، واستلزامه الجمع بين العوض والمعوض، والله أعلم.

[٥] **اجماعاً بقسميه.**

[٦] للنبوي المنجبر بعمل الأصحاب كافّة: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»[٥]. المعتضد مع ذلك بخبر عقبة بن خالد المتقدّم[٦] في خيار تأخير الثمن.

---

(١) في الشرائع: «فلو».

(٢) (٤) انظر الخلاف ٣: ٢٢.

(٣) الدروس ٣: ٢٧٠.

(٥) المستدرك ١٣: ٣٠٣، ب ٩ من الخيار، ح ١.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.

كما أنّ الظاهر كونه من مال المشتري إذا كان عدم القبض لامتناع منه [١].

بل قد يقال : بذلك أيضاً فيما إذا كان التأخير بالتماس منه بعد العرض عليه والتمكين منه [٢].

[لكنه مشكل] فالقول بالضمان لا يخلو من قوّة إن لم يكن إجماعاً ولم نقل بأنّ مثله قبض .

نعم يمكن دعوى انسياق التلف بالآفة السماوية ، فلو أتلفه أجنبي لم يضمنه البائع واستحقّ المشتري عليه المثل أو القيمة [٣].

بل لعلّه كذلك إن أتلفه البائع أيضاً [٤].

ولو أتلفه المشتري فالظاهر أنّه بمنزلة القبض [٥]، فينفسخ العقد ويرجع البائع عليه بالمثل أو القيمة ، وستسمع لهذا البحث تتمّة إن شاء الله تعالى في باب القبض وفي باب بيع الثمار .

بل قد يقال : إنّ الإنصاف شمول النبوي لجميع صور التلف بآفة أو بغيرها .

إلّا أن يكون إجماع على البعض ، أو شهرة عليه بحيث يضعّف الظنّ بإرادته منه .

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه** ؛ للأصل السالم عن معارضة القاعدة المزبورة بعد انصرافها إلى غيره .

[٢] **وفاقاً لجماعة** ، إمّا لأنّ مثله يسمّى قبضاً ، أو لأنّ المراد من النبوي غيره .

بل في الغنية والمحكي عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه[١] ، لكن دعوى صدق اسم القبض بذلك فيما لا يكفي فيه التخلية ممنوعة .

كمنع قيام ذلك مقام القبض الرافع للضمان ، الذي هو مقتضى الاستصحاب مطلقاً أو في بعض الأحوال .

وخبر عقبة[٢] الظاهر في أنّ المشتري هو الذي تركه في يد البائع .

[٣] **وقيل : بالتخيير بين ذلك والفسخ والرجوع بالثمن**[٣] ، **بل هو المشهور بينهم ، بل لا خلاف أجده بينهم .**

لكن لا دليل عليه ، بل لعلّ مقتضى الدليل خلافه .

[٤] لأصالة اللزوم .

لكن قد يظهر من خبر عقبة بن خالد[٤] أنّه من ضمان البائع مطلقاً حتى يقبضه المشتري ، إلّا أنّه محتاج إلى الجابر في تخصيص القاعدة ؛ لتعبير أكثر الأصحاب أو جميعهم بمضمون النبوي[٥] . ويمكن حمل « السرقة » في خبر عقبة على الآفة السماوية ، باعتبار عدم تعيّن من يرجع إليه بالمثل أو القيمة .

[٥] **ونظر فيه في الرياض**[٦] .

ولعلّه لظهور خبر عقبة فيما عرفت .

---

(١) الغنية : ٢٢١ . الخلاف ٣ : ٢٠ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣ ـ ٢٤ ، ب ١٠ من الخيار ، ح ١ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٥٩٧ .

(٤) تقدّم في ص ٧١ .

(٥) تقدّم في ص ٧٢ .

(٦) الرياض ٨ : ٢٠٧ .

وكيف كان فالنماء بعد العقد قبل التلف للمشتري [١].

ثمّ إنّ [الظاهر] [٢] كون تلف الثمن من البائع [٣].

وتلف بعض المبيع من مال بائعه كتلف الجميع ، والظاهر ثبوت الخيار في الباقي لتبعّض الصفقة . ولو كان المبيع كلّياً وتصوّر تشخّصه بغير القبض لحقه الحكم مع صدق اسم المبيع عليه .

ولو كان كلّياً من جهة شخصياً من أُخرى كصاع من صبرة وقد تلفت أجمع فهو كالشخصي ، والله أعلم .

(**وإن**) كان قد (**تلف**) المبيع (**بعد قبضه**) بآفة أو بغيرها (**وبعد انقضاء**) مدّة (**الخيار فهو من مال المشتري**) [٤]. ويرجع على من له الرجوع عليه بالمثل أو القيمة .

(**وإن كان**) تلفه بعد القبض بآفة (**في زمن الخيار من غير تفريط**) من المشتري (**وكان الخيار للبائع**) خاصّة (**فالتلف من**) مال (**المشتري**) أيضاً [٥].

---

[١] **كما في المسالك**[١] **وغيرها .**

بل قيل : إنّه يظهر منه دعوى الوفاق عليه[٢] ؛ لأنّه نماء ملكه ، فالقاعدة واستصحاب الحالة السابقة يقضيان بأنّ الفسخ من حينه ، فاحتمال كون الفسخ من الأصل ، **كما عن التذكرة**[٣] **حكايته** ، ضعيف . لكن في الرياض : « أنّه ينافي الفسخ من حينه ظاهر النص وفتوى الجماعة ، فيحتاج إلى تقدير دخوله في ملك البائع آناً مّا ويكون التلف كاشفاً ، مثل دخول الدية في ملك الميت ، والعبد المأمور بعتقه في ملك المعتق عنه »[٤] . قلت : قد لا يحتاج إلى هذا التقدير ويكون المراد من النص والفتوى أنّ حكم هذا التالف حكم ما لو كان مالاً للبائع أي لا يستحق بالعقد ثمناً على المشتري . بمعنى أنّه يبطل أثر العقد بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان قد تلف وهو على ملك المشتري ، وأقصاه تحكيم النبوي المنجبر بعمل الأصحاب على غيره ممّا يقتضي خلافه ، وكان مقصود المقدّر مراعاة رجحان الجمع على الطرح ، والأمر سهل .

[٢] [كما هو] مقتضى الأصل بعد اختصاص النصّ والفتوى بالمبيع .

[٣] **لكن عن ظاهر بعض الأصحاب إلحاقه بالأوّل** ، مشعراً بدعوى الوفاق عليه ، وعلى إرادته من المبيع ، وإرادة المشتري من البائع ، إلتفاتاً إلى صدقهما عليهما لغة[٥] . وفي الرياض : « إن تمّا وإلّا فالمسألة محلّ إشكال ، لكن ظاهر الخبر الثاني ـ أي خبر عقبة[٦] ـ العموم فلا بأس به »[٧] . قلت : لا إجماع قطعاً ، وإرادته من النبوي كما ترى ، وخبر عقبة إنّما يدلّ بعد القبض . ويمكن حمله على كون الثمن كلّياً ، كما هو الغالب ، والضمان فيه أعم من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع ، على أنّه لا جابر له بالنسبة إلى ذلك ، فتأمّل جيّداً .

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٥] لأنّه ملكه على المختار ، وللنصوص[٨] السابقة في بحث خيار ردّ الثمن ، بناءً على أنّها من مدّة الخيار .

---

(١) المسالك ٣ : ٢١٦ .
(٢) الرياض ٨ : ٢٠٨ .
(٣) التذكرة ١١ : ١٥٧ ـ ١٥٨ .
(٤)(٥)(٧) الرياض ٨ : ٢٠٨ .
(٦) تقدّم في ص ٧١ .
(٨) انظر الوسائل ١٨ : ١٩ ، ب ٨ من الخيار .

(وإن كان الخيار للمشتري) خاصة (فالتلف من) مال (البائع) [١].

[ويقتصر في ذلك على خيار الحيوان والشرط].

فيحكم حينئذٍ بانفساخ العقد فيها ورجوع الثمن إلى المشتري كالتلف قبل القبض.

نعم لا فرق فيها بين كون الخيار للمشتري خاصة أو له مع الأجنبي من طرفه [٢]، [فالوجه أنّ التلف ليس من البائع].

---

[١] ١ ـ إجماعاً بقسميه.

٢ ـ للنصوص المتقدّمة[١] في دليل القائل بعدم الملك حتى ينقضي الخيار.

٣ ـ والصحيح منها صريح في خيار الشرط[٢] والحيوان[٣]، ولعلّهما المرادان من المتن وغيره، بقرينة ذكر المدّة والزمن ونحوهما؛ لعدم ضبط مدّة معلومة لغيرهما من الخيارات، كما أشار إليه العلّامة الطباطبائي في مصابيحه[٤] في خيار تأخير الثمن، حتى خيار المجلس، على أنّ الخيار فيه لهما معاً، وستعرف أنّ الحكم على القواعد مع اشتراك الخيار. فلا ريب في عدم إرادة غيرهما من المتن ونحوه، سيّما على القول بالفورية في كثير منها، فيقتصر فيما خالف الضوابط كالصورة الأخيرة عليهما خاصة.

[٢] **كما صرّح به غير واحد، بل كأنّه إجماع، عملاً بالإطلاق، بل قد يظهر من تعليق الإرشاد أنّ الخيار للأجنبي من طرف المشتري كخياره، ومقتضاه أنّ التلف من البائع أيضاً لو كان للأجنبي من طرفه خاصّة[٥].**

وفيه: أنّه:

١ ـ بعد البناء على أنّه [= الخيار للأجنبي] تحكيم لا توكيل.

٢ ـ لا يشمله الصحيح المزبور، فيشكل الحكم المذكور المخالف للقواعد من وجوه فيه، بل إن لم ينعقد إجماع على إلحاق خيار الأجنبي معه [= مع المشتري] بخياره خاصة كان المتّجه حينئذٍ الاقتصار على المتيقن من الصحيح.

وهو ما إذا كان الخيار للمشتري خاصّة، سيّما مع عدم سوق إطلاقه لتناول مثل الفرض الذي ليس له في النصوص أثر بالخصوص، وإنّما سوّغه الأصحاب؛ لعموم دليل جواز الشرط، وإلّا لشمل الإطلاق المزبور ما إذا كان الخيار للبائع معه أيضاً، مع أنّه لا خلاف بينهم على ما قيل[٦] في كون تلف المبيع فيه من المشتري وأنّ الثمن من البائع، كما هو مقتضى القواعد، بناءً على الملك بالعقد، بل لم يذكر أحد منهم كون التلف فيه من البائع فيه احتمالاً، مع أنّه أولى بتناول الإطلاق المزبور، فالوجه الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن من النص والفتوى.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٩، ب ٨ من الخيار.

(٢) المصدر السابق: ح ١.

(٣) التهذيب ٧: ٢٤، ح ١٠٣. الوسائل ١٨: ١٥، ب ٥ من الخيار ح ٣. و ٢٠، ب ٨، ح ٢.

(٤) مصابيح الأحكام: ٥٧٨ (مخطوط).

(٥) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٩٨.

(٦) الرياض ٨: ٢٠٩.

نعم لا بأس بضم الأجنبي في الصورة الأُولى التي كون تلف المبيع فيها من المشتري على القواعد، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك أنّ المراد [١] بكون التلف من البائع في الصورة الأخيرة انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري نحو التلف قبل القبض، ويقابله ما فيها من كون التلف من المشتري في الصورة الأُولى أي لا ينفسخ العقد بذلك، بل يكون التالف من مال المشتري.

نعم لا ينافي ذلك بقاء الخيار للبائع فيها [٢].

فله الفسخ حينئذٍ والمطالبة بالمثل أو القيمة [٣].

بل لو تلف الثمن بالآفة في يد البائع لم يسقط خياره، فله الفسخ أيضاً مع ردّ المثل أو القيمة والمطالبة بالمبيع أو بدله كما هو واضح [٤].

---

[١] [مما] في المتن وغيره، بل والنص.

[٢] **كما صرّح به جماعة منهم الفاضل والكركي[١]، بل لا خلاف أجده فيه:**

١ ـ للأصل.

٢ ـ وعدم ثبوت اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه.

[٣] لأنّ يد المشتري يد ضمان بالثمن لا مجّاناً، وكون التلف بالآفة لا ينافي الاستحقاق بالفسخ الجديد المقتضي رجوع كلّ عوض بعينه أو بدله إلى صاحبه.

[٤] وإن تقدم في الغبن ما عساه يتوهّم منه المنافاة لذلك، إلّا أنّ العمدة الإجماع هناك ظاهراً.

وقول الأصحاب ـ: إن تلف المبيع في زمان الخيار ممّن لا خيار له، بعد تنزيله على خيار الشرط والحيوان ـ لا ينافي شيئاً ممّا ذكرناه، والدليل عليه واضح؛ إذ مع فرض أنّ الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البائع؛ للنصوص السابقة[٢] الدالة بصريحها على ذلك.

والمراد به **كما صرّح به في جامع المقاصد[٣] انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض**؛ لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول بالملك بالعقد.

فما عساه يظهر ممّا ستسمعه من الدروس[٤] من الفرق بينهما في ذلك فيبطل في التلف قبل القبض دون محلّ البحث، واضح الضعف، ومع فرض أنّ الخيار للبائع خاصة كان التلف من المشتري، أي لا ينفسخ العقد، كما هو مقتضى القواعد؛ لأنّه ملكه وقد تلف في يده.

إلّا أنه يبقى مع ذلك خيار البائع على حسب ما ذكرناه.

---

(١) التحرير ٢: ٢٩٥. جامع المقاصد ٤: ٣٠٩.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ١٤، ب ٥ من الخيار.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٨.

(٤) سيأتي في ص ٨٠.

ومن ذلك يظهر لك خطأ بعض الأعلام الناشئ من الوهم في المراد من قاعدة : « التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له » ، وأنّها أعم من الثمن والمثمن ، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما .

قال : « ولو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الإلهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع فالتالف ممّن لا خيار له بلا خلاف أجده ؛ لما مرّ في كلّ من خياري الشرط والحيوان من المعتبرة المستفيضة[١] وأخصّيتها من المدّعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ، مع أنّ هذا الحكم غير محتاج إلى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنّة على حدة في بعض صور المسألة . وهو على المشهور ما إذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبائع وبالعكس ؛ لكون المتلف مال من لا خيار له ، المنتقل إليه بمجرّد العقد ، فيكون الحكم في الصورتين موافقاً للقاعدة ، مع تأيّد أوّلهما بأخبار خيار الشرط[٢] . وإنّما المحتاج إلى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشتري وبالعكس ؛ لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدّمة جدّاً ، ولا إشكال فيه أصلاً بعد قيام النص والفتوى بإثباته فيهما ، فيكون كلّ منهما بهما عن القاعدة مستثنى »[٣] .

وهو من غرائب الكلام ؛ ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن ، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة[٤] .

من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن إن تلف الثمن من البائع ، وأنّه ملكه وإن كان الخيار له .

فمن العجيب دعوى أنّ النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصة ، ومقتضاه الانفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصة ، الذي قد عرفت أنّه مدلول النص والفتاوى .

وأغرب من ذلك كلّه إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن .

هذا كلّه على المختار من الملك بالعقد .

أمّا على القول الآخر فالصورة المخالفة عندنا للضوابط التي دلّت عليها النصوص في الحيوان والشرط موافقة للضوابط ؛ لعدم انتقال المبيع حينئذٍ إلى المشتري ، فتلفه حينئذٍ من البائع وإن كان الخيار للمشتري ، بل هو كذلك وإن كان الخيار للبائع ، ولم يعلم منهم أنّه على هذا التقدير من المشتري كي يحتاج إلى دليل خاص من إجماع أو غيره ، كما أنّه لم يعلم منهم كون تلف الثمن من البائع إذا كان الخيار للمشتري خاصة ليحتاجوا فيه إلى الدليل الخاص ؛ إذ لعلّه عندهم من المشتري ، كما هو مقتضى قاعدتهم .

ومن العجيب ما وقع في الرياض هنا من الخبط والخلط الناشئ من توهّم عموم قاعدة المزبورة ، مع أنّا لم نجدها في شيء من كتب المتقدّمين ولا الأساطين من المتأخّرين .

بل هم بين مصرّح في خصوص خيار الحيوان والشرط للمشتري إن تلف المبيع من البائع كما هو مضمون النصوص ، وبين من زاد على ذلك بأنّه من المشتري إذا كان الخيار للبائع ، كما هو مقتضى القواعد ، بناءً على الملك بالعقد ، فلاحظ وتأمّل لتعرف حقيقة الحال .

---

(١) انظر الوسائل ١٨ : ١٤ ، ١٩ ، ب ٥ ، ٨ من الخيار .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ١٩ ، ب ٨ من الخيار .

(٣) الرياض ٨ : ٢٠٨ ـ ٢٠٩ .

(٤) راجع الوسائل ١٨ : ٢٠ ، ب ٨ من الخيار ، ح ٣ .

و[كيف كان فالمختار] [١] أنّه لا يسقط الخيار مطلقاً بعد القبض في التلف بالآفة في غير الصورة المنصوصة، بل يفسخ ويرجع العين أو البدل، كما أنّه يرجع بذلك.

أمّا الإتلاف فإن كان ممّن له الخيار لما هو ملكه فهو مسقط لخياره خاصة دون خيار الآخر.

وإن كان لغير ملكه المنتقل إليه فهو فسخ للعقد، ويسقط خيار الآخر حينئذٍ بالانفساخ.

وإن كان ممّن ليس له الخيار فلا يسقط خيار من له الخيار مطلقاً، بل له الفسخ والرجوع بالمثل أو القيمة.

وهل يتعيّن حقه في ذمّة المتلف دون من كانت في يده العين، أو له الرجوع عليه، أو يتعيّن وهو يرجع على المتلف؟ وجوه:

أصحّها الأوّل [٢].

ولا فرق في ذلك بين سائر أقسام الخيار [٣].

والتحقيق [٤] أنّه لا انفساخ إلّا في صورتين:

---

[١] [إذ] قد ظهر مما ذكرنا [ذلك].

[٢] لأنّ فسخ العقد يقتضي عود ملك العين أو بدلها، فهي كما لو كانت العين في يد شخص آخر غير من انتقلت إليه، فإنّ الظاهر عدم تكليفه بتحصيلها منه مع الفسخ، مع احتماله، فتأمّل جيّداً.

[٣] **لكن في القواعد في باب المرابحة: أنّ في سقوط خيار المشتري فيما لو أكذبه بالإخبار برأس المال مع التلف نظر**[1].

وفي جامع المقاصد: «وفي بقاء خيار الغبن بعد التلف تردّد، سواء كان التلف من البائع، أم من أجنبي، أم بآفة، إلّا أن يكون بالآفة قبل القبض فإنّه من ضمان البائع وعلى إطلاق كثير منهم ينبغي أن يكون بعد القبض كذلك؛ لاختصاص الخيار بالمشتري فينفسخ العقد في الموضعين، إلّا أنّ التردّد فيما سبق له في المرابحة ينافي الحكم بانفساخ العقد؛ لأنّه من المشتري أيضاً»[2].

قلت:

لا ريب في ضعف التردّد المزبور المبني على احتمال تعلّق حقّ الخيار بالعين خاصة، وهو واضح الضعف، بل يمكن القطع بعدمه، بملاحظة كلام معظم الأصحاب.

كما أنّه لا ريب في عدم إرادة خيار الغبن ونحوه من إطلاق الأكثر: كون التلف في يد المشتري إذا كان الخيار له من البائع؛ لما عرفت من أنّه لا دليل عليه، وانّما خاص بالشرط والحيوان، فتأمّل جيّداً، فانّه قد وقع خبط في المقام لجملة من الأعلام في عدّة من الأمور.

[٤] [كـ]ـما عرفت من[أنّه ذلك].

---

(١) القواعد ٢: ٥٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣١٨.

إحداهما التلف للمبيع قبل القبض.

والأخرى بعده إذا كان الخيار للمشتري في الحيوان والشرط خاصة، ولا ينفسخ في غيرهما.

نعم يبقى الخيار لصاحبه على حسب ما سمعته [١].

(فرعان):

[ثبوت خيار الشرط قبل التصرف]:

(الأوّل): [قيل:] [٢] إنّ (خيار الشرط يثبت من حين التفرّق) [٣].

(وقيل: من حين العقد، وهو أشبه[١]) [٤].

بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرّق [٥] نحو ما لو صرّح به [٦].

[ويصح مع قصد الاتصال أو مع التصريح به].

---

[١] **وقد يظهر من الدروس الخلاف في الصورة الثانية وأنّ الحكم فيها بقاء الخيار كغيرها، قال: «لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص المشتري بالخيار، فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجع بالثمن وغرم البدل في صورة ضمانه، ولو أوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثّر في تضمين البائع المثل أو القيمة، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر»**[٢]. وهو غريب. وأغرب منه احتماله أخيراً عدم الرجوع بالمثل أو القيمة لو أوجب العقد ولم يفسخه، فيكون معنى كونه من مال البائع عنده فيما لو فسخ خاصة، فإنّه يرجع بالثمن حينئذٍ ويذهب المبيع من البائع، ولم أجد شيئاً من ذلك لغيره، وإن كان قد يؤيّده استصحاب بقاء العقد ونحوه، والتحقيق ماقلناه، والله أعلم.

[٢] **[كما] قال الشيخ في المحكي عن مبسوطه[٣] وخلافه[٤] وإبنا زهرة[٥] وادريس[٦] على ما حكي عن الثاني منهما.**

[٣] لنحو ما سمعته في خيار الحيوان.

[٤] **وأشهر، بل هو المشهور؛** لنحو ما سمعته هناك أيضاً، ونزيد هنا أنّ البحث في المقام راجع إلى قصد المشترط، وما يظهر من عبارته، ولا ريب في انسياق الاتّصال منها، كما في غير المقام، ممّا يذكر فيه أحد المتعاقدين مدة.

[٥] للجهالة.

[٦] **بل ربّما حكي عن الشيخ[٧] الاعتراف به.**

---

(١) في الشرائع الأشبه.
(٢) الدروس ٣: ٢٧١.
(٣) المبسوط ٢: ٨٥.
(٤) الخلاف ٣: ٣٣.
(٥) الغنية: ٢٢٠.
(٦) السرائر ٢: ٢٤٧.
(٧) لم نعثر عليه.

. . . . . .

كما أنّه والحلّي اعترفا في المحكي[١] عنهما بالصحة مع التصريح بالاتصال.

بل في التذكرة: «صحّ عندنا»[٢].

خلافاً لبعض العامة[٣].

وبه تسقط حججهم القاضية بالامتناع؛ إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط إلى الجواز [أي لو قصد الاتصال].

بل قد يشكل تصوّر أصل نزاعهم في المسألة؛ لما عرفت من الصحّة مع قصد الاتصال، والبطلان مع قصد التفرّق.

اللهمّ إلّا أن يفرض خلوّه عن القصد الخاص، ويكون الابتداء من حين التفرّق شرعياً حينئذٍ، نحو ما قيل في خيار الحيوان، لا أنّه من قصد المتعاقدين وإن كان المنع عليه مع هذا الفرض واضحاً أيضاً؛ لعدم الدليل الصالح لإثبات ذلك، بل ما ذكروه من الأدلّة ظاهر في عدم بناء المسألة على الفرض المزبور.

كما أنّه ظاهر في اقتضاء التأخير بعد الثلاثة في خيار الحيوان.

وهو بعيد من قصد المتعاقدين، بل صحيح ابن سنان[٤] السابق شاهد على خلافه، بناءً على ظهوره في دخول ما شرطه من اليوم واليومين في الثلاثة.

وأظهر منه خبر عبدالرحمن[٥].

بل منهما يعلم، بناءً على ذلك فساد ما وقع من بعض الأعلام من أنّه يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار وتساوي المدّتين أو قصور مدّة الشرط، بل لعلّ الظاهر التأخّر، عملاً بشاهد الحال، أمّا لو زاد الشرط احتمل التأخّر مطلقاً والاتصال كذلك والتفصيل بمقتضى العرف فيتأخّر في مثل الأربعة والخمسة، ويتصل في نحو الشهر والسنة، ولا بأس به. وفيه منع اقتضاء العرف ذلك.

ثمّ قال: «ولو أطلق الخيار فالقول في الثلاثة كالمدة المشترطة، والصحيح الشاهد بصحته يشهد باتصاله»[٦].

قلت:

كأنّه أراد الصحيح المتقدم[٧] سابقاً في البحث عما لو اشترط الخيار وأطلق.

ومنه يعلم حينئذٍ زيادة تأييد لما قلناه من ظهور الاتصال ولو كانت المدّة المشترطة مساوية للمدّة المضروبة من الشارع، فتأمل جيداً، والله أعلم.

---

(١) المبسوط ٢: ٨٥. السرائر ٢: ٢٤٧.

(٢) التذكرة ١١: ٤٩.

(٣) المجموع ٩: ١٩١.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤، ح١٠٣. الوسائل ١٨: ١٥، ب٥ من الخيار، ح٣، و٢٠، ب٨، ح٢.

(٥) الوسائل ١٨: ١٤، ب٥ من الخيار ح١.

(٦) مصابيح الأحكام: ٥٧٨ (مخطوط).

(٧) الوسائل ١٨: ١٩، ٢٠، ب٨ من الخيار، ح١، ٣.

[الجهالة فيما اشترط فيه الخيار]:

(الثاني): لا إشكال [١] في أنّه (إذا اشترى شيئين وشرط الخيار) له أو لغيره (في أحدهما على التعيين صحّ) فله الفسخ فيه حينئذٍ وليس للبائع ذلك بالتبعض الذي قد أقدم عليه.

(و) أنّه (إن أبهم بطل) [٢] كالإبهام فيمن له الخيار، كما هو واضح، والله أعلم.

(ويلحق بذلك).

[خيار الرؤية]:

(خيار الرؤية) [٣] (و) لكن (هو) لا يثبت إلّا في (بيع الأعيان) الشخصية (من غير مشاهدة) رافعة للغرر والجهالة، فإنّه لا ريب في صحّة البيع كذلك [٤]، وإن كان (يفتقر[١] ذلك) حينئذٍ (إلى):

١ ـ (ذكر الجنس ونريد به هنا) النوع المصطلح [٥] أي (اللفظ الدالّ على القدر الذي تشترك فيه أفراد الحقيقة) النوعية (كالحنطة مثلاً أو الأرز أو الإبريسم) لا الجنس المصطلح.

٢ ـ (وإلى ذكر الوصف، وهو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس كالصرابة في الحنطة) أي خلوّها من الخليط (أو الحدارة أو الدقة) مقابلة للحدارة.

(ويجب أن يذكر كلّ وصف تثبت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه) وهو مختلف ولا يلزم الاستقصاء [٦].

وإلّا بطل [٧].

---

[١] [كما] لا خلاف [فيه].

[٢] للغرر.

[٣] إذ هو قسم من أقسام الخيار.

[٤] نصاً وفتوىً، بل الإجماع بقسميه عليه.

وما في مرسل عبدالأعلى عن أبي جعفر عليه السلام: «أنّه كره شراء ما لم يره»[٢] لابد من حمله ـ بعد إرادة الحرمة من الكراهة فيه ـ على عدم الوصف مع ذلك، أو على مالا يمكن رفع جهالته به كبعض اللئالي، أو غير ذلك؛ ضرورة أنّ ما نحن فيه أولى بالصحة من السلم.

[٥] كما في المسالك[٣].

[٦] بل قيل: إنّه ربّما يكون مخلّا في بعض الأحوال[٤].

[٧] إجماعاً بقسميه؛ للنواهي عن بيع الغرر[٥] والجهالة المقتضية للفساد، كما هو معلوم في محلّه.

---

(١) في الشرائع: «فيفتقر».

(٢) الوسائل ١٨: ٣٣، ب١٨ من الخيار، ح٢.

(٣) المسالك ٣: ٢١٩.

(٤) شرح القواعد (كاشف الغطاء) ٢: ٢٨٠.

(٥) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب٤٠ من آداب التجارة، ح٣.

نعم لا يبعد جوازه بعد الإناطة بالوصف وإن لم يوثّق بوجوده [١]، فالأولى الاناطة بما عرفت من أنّه لا بد من ذكر كلّ وصف تتفاوت الرغبة بثبوته، وانتفائه؛ وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضاً، وإن كان لا يتوقّف صحّة البيع عليه.

(و) على كلّ حال فـ(**يبطل العقد مع الإخلال بذينك الشرطين أو أحدهما**) أي الجنس والوصف مالم تكن رؤية قديمة يستغنى بها عن الذكر، وإن كان حكم الخيار ثابتاً أيضاً مع البيع على تلك الرؤية، فاتفق أنّه قد تغيّر بزيادة أو نقصان أو بهما من جهتين.

(و) لا ريب في أنّه (**يصح مع ذكرهما، سواء كان البائع رآه دون المشتري، أو بالعكس أو لم يرياه جميعاً بأن وصفه لهما ثالث**).

لكن قد يتوقّف في البطلان مع رؤية المشتري له، وجهل البائع به [٢].

وإن كان الأصح البطلان [٣].

وعلى كلّ حال فلا إشكال في أنّه يثبت له الخيار أيضاً مع ذكر الوصف، واناطة البيع به.

وكيف كان (**فإن كان المبيع على ما ذكر فالبيع لازم**) [٤].

(**وإلّا كان المشتري**) خاصة (**بالخيار بين فسخ البيع وبين التزامه**) إذا كان ناقصاً عن الوصف إن اختص البائع بالرؤية دونه.

(و) بالعكس (**إن كان المشتري رآه دون البائع كان الخيار للبائع**) دونه مع الزيادة في الوصف إذا فرض ملاحظة عدمها وإلّا فلا خيار [٥].

(**وإن لم يكونا رأياه كان الخيار لكلّ واحد منهما**) إذا كان ناقصاً من جهة زائداً من أُخرى، كما لو وصف بهما الثوب بأنّ طوله عشرون ذراعاً وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولاً في عرض ذراع ونصف مثلاً، أو العبد بأنّه كاتب

---

[١] لارتفاعه [=الغرر] به على كلّ حال، وجبر الخلاف بالخيار. **وضبط ذلك بعضهم بما صحّ فيه السلم**[1]، **بل قيل**[2]: **ربّما أُدعي الإجماع على اشتراط جميع شروط السلم.**

وفيه: أنّ الجهل في الموجود قد يرتفع عرفاً بمالا يرتفع في المعدوم، وربّما أفضى فيه إلى عزّة الوجود، فيبطل لذلك.

بخلاف ما نحن فيه المرتفع عنه هذا المحذور بوجوده.

[٢] للأصل، بعد تنزيل أدلّة الغرر على مالا تشمل ذلك، فإن لم يقم إجماع عليه، فلننظر فيه مجال.

[٣] لعموم ما دلّ على اعتبار المعلومية في البائع والمشتري[3].

[٤] كتاباً وسنّة، **وإجماعاً بقسميه.**

[٥] للأصل.

---

(١) انظر التذكرة ١٠: ٥٩ ـ ٦٠.

(٢) شرح القواعد (كاشف الغطاء) ٢: ٢٨١.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٣٥٤، ب١٢ من عقد البيع وشروطه.

خاصة فظهر خيّاطاً خاصة [١]. [إذن] فتعين كون التحقيق الخيار [مع ظهور خلاف الوصف] [٢].

[خيار تخلف الوصف]:

(و) [المختار] [٣] أنّه (**لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها**) أي باقيها (**ثبت له الخيار فيها أجمع إذا لم تكن على الوصف**) [٤].

---

[١] **بلا خلاف في المشتري، كما في الرياض ومحكي مجمع البرهان[١]، بل في الحدائق: أنّه موضع وفاق فيهما[٢]. وفي شرح شيخنا[٣] المعتبر الإجماع بقسميه عليهما.** لكن قد يناقش في ذلك:

أوّلاً: بأنّه قد يظهر من إطلاق جماعة كالمصنّف وغيره تخيّر المشتري حتى مع الزيادة، بل قيل: إنّه كصريح إيضاح النافع[٤]. وإن كان هو في غاية الضعف؛ لعدم ما يصلح حينئذٍ لقطع ما دلّ على اللزوم من الكتاب والسنّة. إلّا ما عساه يتوهّم من إطلاق الخبر الآتي، الذي يقطع بعدم إرادة مثل ذلك منه. وكذا الكلام في العكس. ونحو ذلك الوصف بغير المقصود الذي لم يرد منه القيدية، فظهر الخلاف [أي خلاف الوصف] كالبسط في الشعر، فبانت الجعودة أو الجهل فبانت المعرفة، فيتخيّر البائع دون المشتري، مع فرض إرادة القيديّة من ذلك، لا ما يتعارف من إرادة البراءة من الالتزام بها.

وثانياً: بما في المقنعة والنهاية[٥] من البطلان مع ظهور خلاف الوصف لا الخيار، كالمحكي عن المراسم[٦] في خصوص الأعدال المحزومة [أي الأحمال المشدودة بالحزام]، وعن الأردبيلي[٧] التأمّل فيه. وإن كان هو ضعيفاً كالأوّل أيضاً؛ ضرورة ابتنائه على عدم الفرق بين وصف المعيّن والوصف المعيّن وبين الذاتي والعرضي. وأضعف منه ما **عن ابن إدريس من تخيير المشتري بين الردّ والأخذ بالأرش[٨]**؛ لعدم الدليل عليه فيما لم يعدّ فقده عيباً.

[٢] ١ ـ لحديث نفي الضرار[٩].

٢ ـ وللصحيح: عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلمّا أن نقد المال وصار إلى الضيعة فقلبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال عليه السلام: «لو أنّه قلب منها أو نظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثمّ بقي قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية»[١٠].

[٣] [كما] منه يعلم الوجه فيما ذكره غير واحد من الأصحاب من [أنّه ذلك].

[٤] إذ الظاهر إرادة المجموع من اسم الإشارة في الصحيح لاخصوص من لم يرها الذي يحصل التضرّر فيه، بتبعّض الصفقة على البائع، مع احتماله وانجباره بثبوت الخيار له بذلك. لكن عن بعضهم[١١] الإجماع على الأوّل. ولا بأس به، بل لا ينافيه لو جعل اسم الإشارة لخصوص غير المرئي؛ إذ أقصاه ثبوت الخيار فيه، الذي هو أعم من الاقتصار على فسخه خاصة، فتأمل.

---

(١) الرياض ٨: ١٩٩. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٠.
(٢) الحدائق ١٩: ٥٦، ٥٨.
(٣) شرح القواعد (كاشف الغطاء) ٢: ٢٨٢.
(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٥٨٥.
(٥) المقنعة: ٥٩٤. النهاية: ٣٩١، ٣٩٧.
(٦) المراسم: ١٨٠.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٨٢.
(٨) السرائر ٢: ٢٤٢.
(٩) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار ح٣ـ ٥.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢٨ ب ١٥ من الخيار، ح ١، مع اختلاف.
(١١) انظر الرياض ٨: ٢١٠.

وفي فورية هذا الخيار وتراخيه وجهان، بل قولان [١] [المختار هو التراخي].

[و] على الفورية لو أخّر لعذر من حصول مانع أو نسيان للعقد أو للصفة السابقة أو عدم ظهور اللاحقة أو زعم صدور الفسخ منه، أو جهل بحكم الخيار [٢] [فيه إشكال].

ولا ريب في صحّة إسقاط هذا الخيار بعد تحققه كما في غيره من الحقوق، بل وبعد العقد قبل التحقق [٣].

وقد يقال: بأنّه إن صادف المخالفة في الواقع أثّر [٤]، وإلّا كان العقد لازماً بدونه [= الاسقاط] [٥].

وحينئذٍ فلا ريب في صحّة اشتراط سقوطه بالعقد كخيار المجلس ونحوه.

بل لا يبعد ذلك وإن قلنا بعدم ثبوته إلّا بعد ظهور المخالفة [٦].

نعم قد يقال: بعدم صحّة اشتراط الإسقاط فيما لو اشترى مثلاً مع عدم الاطمئنان بالوصف، فإنّ ثبوت الخيار

---

[١] **أشهرهما الأوّل، بل ربّما اسند إلى ظاهر الأصحاب:**

١ ـ للأصل.

٢ ـ ولزوم الضرر لولاه. والاستصحاب لا يحكّم على العموم الزماني، المستفاد من لزوم العقد.

إلّا أنّك قد عرفت المناقشة في جميع ذلك، ممّا مرّ من نظير المسألة، على أنّ إطلاق النص في المقام كافٍ.

اللهمّ إلّا أنّ ينكر ظهوره في إرادة الإطلاق المفيد في المقام. والضرر مندفع بأنّه يلزم بالاختيار حينئذٍ معه.

[٢] **ففي شرح الأُستاذ بقي خياره، قال: «وجهل حكم الفورية ليس بعذر»**[(١)]. وفيه:

١ ـ بعد الإغضاء عن وجه الفرق بين حكم الخيار والفورية.

٢ ـ إنّه قد يشكل عدم السقوط في بعض ما ذكره أو جميعه، بناءً على التوقيت في الفورية.

كما هو الظاهر من القائل بها هنا وإن قال بغيره في نحو الأوامر؛ لوضوح الفرق بين المقامين، فتأمّل جيّداً.

[٣] **خلافاً للمحكي عن التذكرة**[(٢)] **وغيرها**؛ للاكتفاء في صحّة الإسقاط بوجود السبب، فإنّه حقّ أيضاً يسقط بالإسقاط.

[٤] لعدم اعتبار العلم بذلك قطعاً.

[٥] ودعوى أنّ الحقّ لا يثبت إلّا بظهور المخالفة لا بوجودها في نفس الأمر يمكن منعها، كما سمعت نحوه في خيار الغبن.

[٦] **خلافاً لجماعة منهم الكركي فإنّه ـ بعد أن استظهر الصحّة في غيره حتى الغبن والتأخير ـ قال: «فإن شرط رفعه بطل الشرط والعقد؛ للزوم الغرر؛ لأنّ الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان غير مرئي ولا موصوف»**[(٣)].

وإليه يرجع ما في الدروس من التعليل بالغرر، لكن قال: «وكذا خيار الغبن»[(٤)] **ثمّ احتمل الفرق بينهما.**

قلت: يمكن منع عدم صدق التوصيف معه، وليس لثبوت الخيار مدخل في رفع الغرر، وإنّما الذي رفعه نفس الوصف؛ ضرورة عدم كون المدار على مطابقة الواقع؛ إذ قد تخطي المشاهدة، بل المدار على صدق الإقدام على معلوم غير مجهول.

---

(١) شرح القواعد (كاشف الغطاء) ٢: ٢٨٥.
(٢) التذكرة ١٠: ٥٩.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.
(٤) الدروس ٣: ٢٧٦.

فيه له دخل في رفع الغرر الذي هو الخطر، مع أنّ الأقوى الصحّة فيه أيضاً [١].

ولا يسقط الخيار بالإبدال قطعاً ولابذل التفاوت.

ولو شرط الأوّل في العقد إن ظهر الخلاف فسد [٢].

والظاهر أنّ شرط الثاني كذلك.

وسقوطه بالتصرّف قبل العلم به، نحو ما سمعته في الغبن، وبعده يسقط إن دلّ على الرضا، وإلّا فلا، حتى في الناقل والمتلف منه، إلّا على احتمال ذكرناه في خيار الغبن.

ولو اشترى ما على صفة نسّاج على أن ينسج الباقي مثله بطل [٣]، ويمكن الصحة [٤].

نعم يمكن القول ببطلان البيع فيه وثبوت الشركة في القيمة بالنسبة.

كما أنّه يمكن القول بالخيار للتبعّض، أو لأنّ ذلك من الشرط أو الوصف في المرئي أيضاً.

وكيف كان فلا يقصر ذلك عن بيع مافي البيت الذي قد رأى أُنموذجاً منه مع إدخال الأنموذج معه في البيع.

بل قد يقال بالصحة فيه وإن لم يدخله معه؛ لأنّه لا يقصر عن الوصف في رفع الجهالة [٥].

والظاهر ثبوت خيار الرؤية في غير البيع ممّا يعتبر فيه المشاهدة أو الوصف كالإجارة ونحوها [٦].

بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح [٧].

---

[١] لصدق تعلّق البيع بمعلوم غير مجهول. ولو أنّ الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحّة ثبوت الخيار، وإلّا لصح مافيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، وهو معلوم العدم.

وإقدامه على الرضا بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال للغرر عليه من قبله.

[٢] **كما في الدروس**[١]؛ للجهالة والغرر.

[٣] [كما] في الأشهر.

[٤] **وفاقاً للمختلف**[٢]؛ للأصل، وعدم ثبوت بطلان البيع المتّحد المتعلّق بشخصي وكلّي في الذمة، بعد فرض ضبطه بالوصف. ودعوى عدم الضبط بذلك ممنوعة، على أنّ الفرض حصول الضبط. وثبوت خيار الرؤية في غير المنسوج دون ماشاهده بعد التسليم غير مانع، على أنّ الظاهر منع الخيار من هذه الجهة وإن قلنا بثبوته بناءً على الصحّة من حيث فوات الشرط.

والظاهر أنّ ذا ليس من الكلّي الذي يجب فيه الإبدال.

[٥] **خلافاً لأوّل الشهيدين وثاني المحقّقين**[٣]، **واستشكل فيه الفاضل في القواعد**[٤].

[٦] لأنّ العمدة فيه حديث الضرار[٥].

[٧] تنزيلاً للخيار في خلاف الوصف في المعيّن منزلة الابدال في الوصف المعيّن، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.
(٢) المختلف ٥: ٧٣.
(٣) الدروس ٣: ١٩٩. جامع المقاصد ٤: ١١٤.
(٤) القواعد ٢: ٢٦.
(٥) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.

(الفصل الرابع : في أحكام العقود)

(والنظر في أُمور ستة) :

[النقد] :

(**الأوّل : في النقد**) أي الحالّ باعتباركونه منقوداً ولو بالقوّة ، (**و**) يقابله (**النسيئة**) التي هي اسم مصدر بمعنى التأخير ، يقال : أنسأت الشيء إنساءً . وينقسم البيع باعتبار وجودهما في كلّ من الثمن والمثمن والتفريق إلى أربعة أقسام : فالأوّل : النقد . والثاني : الكالي بالكالي ، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة ؛ لمراقبة كلّ من الغريمين صاحبه لأجل دينه . ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن النسيئة وبالعكس السلف ، وكلّها صحيحة عدا الثاني [١] .

وكيف كان فـ(**من ابتاع متاعاً مطلقاً**) من دون تقييد بالتأجيل للثمن وخلافه (**أو اشترط**) عليه (**التعجيل**) منه (**كان الثمن حالاً**) وكذا المثمن [٢] . و [ما يقال] [٣] من أنّ اشتراط التعجيل مؤكّد [٤] . [فيه إشكال] .

---

[١] فقد ورد النهي عنه بلفظ « بيع الدين بالدين »[(١)] ، وانعقد الإجماع بقسميه على فساده ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في محلّه .

[٢] أمّا الإطلاق : ١ ـ فللانصراف عرفاً . ٢ ـ وقال الصادق عليه السلام في الموثّق : في رجل اشترى جارية بثمن مسمّى ثمّ افترقا : « وجب البيع والثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد »[(٢)] .

[٣] [كما] منه يعلم حينئذٍ **ما ذكره بعضهم**[(٣)] **وغيره** .

[٤] **بل في الروضة : أنّه المشهور**[(٤)] . **وفي الدروس : « وأفاد التسلّط على الفسخ إذا عيّن زمان النقد فأخل المشتري به »**[(٥)] **مثلاً ، واحتمل في المسالك قوياً ذلك مع الإطلاق أيضاً**[(٦)] . **وفي الروضة : « لو قيل : بثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً لو أخلّ به عن أوّل وقته كان حسناً »**[(٧)] . قلت : قد يمنع أوّلاً : التأكيد ، بناءً على أنّ الإطلاق يفيد استحقاق المطالبة في كلّ وقت ، كما هو مقتضى الحلول في كلّ دين ، أمّا وجوب الدفع فعلى المطالبة فعلاً ، وحينئذٍ فاشتراط التعجيل يفيد وجوب الدفع بدونها ، فهو أمر غير ما يقتضيه العقد . اللهمّ إلّا أن يمنع ذلك ويقال : باقتضاء العقد التقابض من دون مطالبة ، كما تعرفه إن شاء الله في النظر الثالث . وثانياً : قد يناقش في صحّة الشرط باعتبار تعدد أفراد التعجيل واختلافها ، فلا يصح مع الشرط عدم التعيين للجهالة . وعلى تقدير الصحة ، فدعوى التسلّط على الخيار بالإخلال به في أوّل وقته يمكن منعها ؛ لعدم صدق الإخلال بالشرط حتى تنتفي سائر الأفراد ، نحو التكليف بالمطلق . وثالثاً : لابدّ من تقييد الخيار بعدم إمكان الإجبار ، كما في المسالك[(٨)] وإلّا أُجبر على الوفاء به .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٧ ، ب ١٥ من الدين والقرض ، ح ١ .
(٢) الوسائل ١٨ : ٣٦ ، ب ١ من أحكام العقود ، ح ٢ .
(٣)(٦)(٨) المسالك ٣ : ٢٢٣ .
(٤)(٧) الروضة ٣ : ٥١٣ .
(٥) الدروس ٣ : ٢٠٢ .

[فعلى تقدير صحّة الشرط يمكن منع التسليط على الخيار بالاخلال به].

وقد يحتمل الإطلاق كما ستسمع البحث في ذلك وفي أصل ثبوت الخيار في الشرط في محلّه . نعم لو قال : إن لم تعجله في كذا فلي الخيار صحّ [١]. [أمّا إذا قال بعتك على أن تنقدني الثمن بعد شهر وإلّا فلا بيع بيننا].

[فـ] ـحينئذٍ لا ينبغي الإشكال في بطلان الشرط [٢] مع فساد العقد ، كما أنّه لا إشكال في فساد العقد مع بطلان الشرط ، بناءً على أنّ بطلانه يقتضي بطلان العقد ، والله أعلم .

(و) أمّا (**إن اشترط التأجيل للثمن**[١]) جميعه أو بعضه ولو نجوماً متعددة (**صحّ**) [٣].

وهو المسمى بالنسيئة ، من غير فرق بين طول المدّة وقصرها [٤].

---

[١] **كما في القواعد**[٢] ؛ لما عرفته من اشتراطه برد الثمن . **بل في التحرير في أحكام الخيار : « إذا قال : بعتك على أن تنقدني الثمن بعد شهر وإلّا فلا بيع بيننا صحّ البيع »**[٣] . **وفي القواعد : « وفي صحة ، البيع نظر ، فإن قلنا بـه بـطل الشرط على إشكال »**[٤] . **وفي جامع المقاصد كما عن الايضاح : الأصح بطلان الشرط والعقد ؛** للتعليق على المجهول ، وامتناع اقتضاء صحّة الشيء بطلانه ، فهو شرط منافٍ لمقتضى صحّة العقد ؛ لأنه يقتضي ارتفاعه بعد وقوعه ، وفرق واضح بينه وبين الخيار ؛ لإمكان انفكاك اللزوم عن الصحة ، ويمتنع انفكاك الصحّة عن نفسها ، ويمكن الصحّة للعموم ؛ ولأنّه يجري مجرى الخيار ؛ لأنّ دفع المشتري الثمن وعدمه من أفعال المشتري الاختيارية ، فهو تخيير له في فعل الممضي والفاسخ[٥] ، لكنّه كما ترى .

[٢] ضرورة عدم صحته .

[٣] ١ ـ **إجماعاً بقسميه** . ٢ ـ ونصوصاً عموماً وخصوصاً[٦] في البعض .

[٤] **خلافاً للاسكافي**[٧] **فمنع فيما حكي عنه أكثر من ثلاث سنين في السلف وغيره** . وهو مع مخالفته للأدلّة لا شاهد له . نعم قال : أحمد بن محمّد لأبي الحسن عليه السلام : إنّي أُريد الخروج إلى بعض الجبال ـ إلى أن قال : ـ إنّا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال : « بعهم بتأخير سنة ، فقلت : بتأخير سنتين ؟ قال : نعم قلت : ثلاث ؟ قال : لا »[٨] . وهو غير ما سمعته منه . **اللهمّ إلّا أن** يريد ثلاث فصاعداً ، كما عساه يومئ إليه المروي عن قرب الاسناد عن أحمد أيضاً ، قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إنّ هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق ، فقال : « إذا أردت الخروج فاخرج فإنّها سنة مضطربة ، وليس للناس بدّ من معاشهم ، فلا تدع الطلب ، فقلت : إنّهم قوم ملاء ، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة ، قال : بعهم ، قلت : سنتين ؟ قال : بعهم ، قلت : ثلاث ، قال : لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين »[٩] . بناءً على إرادة المنع من بيعه ثلاثاً بذلك . إلّا أنّهما كما ترى : ١ ـ مع قصورهما عن المعارضة من وجوه . ٢ ـ يمكن حملهما ـ بل لعلّه الظاهر ـ على إرادة الإرشاد بذلك وبذل النصيحة ، لا النهي المترتّب عليه الإثم أو الفساد ، كما هو واضح .

---

(١) في الشرائع : « تأجيل الثمن » .
(٢) القواعد ٢ : ٤٣ .
(٣) التحرير ٢ : ٢٩٨ .
(٤) القواعد ٢ : ٤٣ .
(٥) جامع المقاصد ٤ : ٢٠٥ . الايضاح ١ : ٤٥٦ ـ ٤٥٧ .
(٦) انظر الوسائل ١٨ : ٣٥ ، ب ١ من أحكام العقود .
(٧) نقله في المختلف ٥ : ١٣٦ .
(٨) الوسائل ١٨ : ٣٥ ، ب ١ من أحكام العقود ، ح ١ .
(٩) قرب الإسناد : ٣٧٢ ، ح ١٣٢٦ . الوسائل ١٨ : ٣٦ ، ب ١ من أحكام العقود ح ٣ .

فلا ريب في الجواز حينئذٍ، بل لا يبعد جواز ذكر المدّة التي يعلم المتعاقدان عدم إدراكها عادةً، كالتأخير إلى ألف سنة مثلاً [١].

[ولو مات صاحب الدين قام الوارث مقامه].

[والظاهر عدم تسلّط الوارث للمشتري بموته على الخيار وإن فرض حلول الدين به] [٢].

(و) كيف كان فـ(**لابد أن يكون مدة الأجل**) المضروبة للثمن أو المثمن أو لهما (**معيّنة لا يتطرّق إليها احتمال الزيادة والنقيصة**) [٣].

[اشتراط تعيين الأجل]:

فـ(**لو اشترط التأجيل**) حينئذٍ (**ولم يعيّن أجلاً أو عيّن أجلاً مجهولاً كقدوم الحاجّ**) ونحوه ممّا هو محتمل للزيادة والنقيصة (**كان البيع باطلاً**) قطعاً، بل ربّما أدّى ذلك إلى الجهالة في الثمن [٤].

بل [الظاهر] [٥] اعتبار معرفة المتعاقدين تعيين المدّة.

فلو أجّل بالنيروز والمهرجان الذي هو عيد الفرس والفصح عيد النصارى والفطير عيد اليهود، بناءً على أنّه يوم معيّن مضبوط عندهم ولم يعلمه المتعاقدان أو أحدهما لم يصحّ أيضاً [٦].

---

[١] **وإن نظر فيه في الدروس أوّلاً ثمّ استقرب الجواز بعده**[١]؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

والحلول بموت من عليه الدين غير مانع؛ إذ هو بعد أن كان حكماً شرعيّاً لا يورث جهالة، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى أن يموت. وعدم انتفاع صاحب الدين به مدفوع بقيام الوارث مقامه، بل الظاهر عدم تسلّط الوارث للمشتري بذلك على الخيار.

[٢] **وإن احتمله في المسالك تبعاً للتذكرة**[٢]؛ لأصالة اللزوم، مع عدم التقصير من البائع في فوات الأجل الذي له قسط من الثمن، فهو كفوات المدّة المحتملة بالموت. وإن كان قد يقال بجريان الاحتمال فيه، إلّا أنّه ضعيف جدّاً.

نعم قد يقال في محلّ البحث: إنّه إن لم يتسلّط بذلك على الخيار، أو ينقص من الثمن بنسبة ما فات من الأجل كان اشتراطه ممّن عليه الدين لا فائدة به، بل هو كالسفه؛ إذ الفرض حلوله بالموت، فتأمّل جيّداً.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه**، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، (و) أنّ المسامحات العرفيّة في بعض الأفراد لا عبرة بها.

[٤] لأنّ الأجل له قسط منه.

[٥] **[كما] يظهر من الدروس**[٣]**، وغيرها.**

[٦] للجهالة أيضاً.

وقد يناقش فيه باحتمال الاكتفاء فيه بانضباطه في نفسه كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق فله شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص وإن لم يعرف مقدارها. إلّا أنّ للنظر فيه مجالاً.

وربّما ظهر من التذكرة[٤] **الاكتفاء به.**

---

(١) الدروس ٣: ٢٠٤.
(٢) المسالك ٣: ٢٢٣. ولم نعثر عليه في التذكرة.
(٣) الدروس ٣: ٢٠٢.
(٤) التذكرة ١١: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

ولو أجّل بالمشترك بين أمرين ـ أو أُمور كالنفر من منى أو ربيع أو جمادي ـ بطل [١].

[لكن مع الانصراف إلى أوّلهما كانت الصحّة متجه] [٢].

نعم [قد قيل :] [٣] [لو قال : إلى الجمعة حمل على الأقرب في الجمع ، وكذا في غيره من الأيّام]. ولعلّه كذلك.

أمّا المكسّر من أيّام الأسبوع فقد يمنع فهم العرف منه الأوّل ، بخلاف المتواطئ من أسماء الشهور كرجب وشعبان ، فإنّه لاريب في فهم شهر سنة العقد منه فجعل المعيار العرف هو المتجه ، والله أعلم.

[البيع بثمن حال أو بأزيد إلى أجل]:

(ولو باع بثمن حال وبأزيد منه إلى أجل) بأن قال : بعتك هذا بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهرين **(قيل)**[٤]:

---

[١] **كما نصّ عليه غير واحد ؛** للجهالة.

لكن في اللمعة « قيل : يصح ، ويحمل على الأوّل »(١). ولم نظفر بقائله.

وعلّله في الروضة ـ بعد أن ساوى في الحكم بينه وبين التأجيل بيوم من الاسبوع ـ بأنّه علّقه على اسم معيّن وهو يتحقّق بالأوّل.

قال : « لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ؛ ليتوجّه قصدهما إلى أجل مضبوط ، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به ، ومع القصد لا إشكال في الصحّة وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه ، ويحتمل الاكتفاء في الصحّة بما يقتضيه الشرع في ذلك ، قصداه أم لا ، نظراً إلى كون الأجل الذي عيّناه مضبوطاً في نفسه شرعاً ، وإطلاق اللفظ منزّل على الحقيقة الشرعية »(٢).

وفيه :

أوّلاً : أنّه من الواضح عدم حمل اللفظ من غير الشارع وأتباعه في الاستعمال على الحقيقة الشرعية . وتخصيص محلّ البحث بما إذا قصد المتعاملان ما يراد من الإطلاق عند الشارع ـ بعد فرض علمهما أنّه منصرف عنده إلى زمان معيّن وعدمه ـ موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك ، والظاهر عدمه ؛ لوضوح الجهالة فيه .

وثانياً : أنّه لا حقيقة شرعية في المقام ؛ ضرورة أنّ الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى أوّلهما فليس إلّا لاقتضاء العرف فيه ذلك . وحينئذٍ فمع الانصراف عرفاً متجه .

[٢] **كما اعترف به في التذكرة.**

[٣] **[كما] قال فيها : « لو قال إلى الجمعة حمل على الأقرب في الجمع ، وكذا في غيره من الأيّام ، قضية للعرف المتداول بين الناس ، بخلاف جمادي وربيع »**(٣).

[٤] **والقائل الشيخ في المبسوط والحلّي في السرائر**(٤):

---

(١) اللمعة : ١٢١.

(٢) الروضة ٣ : ٥١٤.

(٣) التذكرة ١١ : ٢٧١.

(٤) المبسوط ٢ : ١٥٩. السرائر ٢ : ٢٨٧.

(يبطل) [١].

(و) لكن (المروي) عن عليّ عليه السلام [٢] (أنّه يكون للبائع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين) [٣].

---

[١] وتبعهما الفخر وأبو العباس والمقداد والآبي والفاضل والشهيدان في اللمعة والروضة[١] وجماعة من متأخّري المتأخّرين.

١ ـ للغرر والإبهام الناشئ من الترديد القاضي بعدم وقوع الملك حال العقد على أحدهما بالخصوص، وهو منافٍ لمقتضى سببية العقد وإنشائيته.

٢ ـ وللنهي « عن البيعين في بيع واحد »[٢] المفسّر[٣] بذلك أو بما يشمله.

٣ ـ وذيل خبر محمّد بن قيس الآتي.

[٢] بطريق حسن، بابراهيم بن هاشم عن محمد بن قيس الثقة بقرينة عاصم بن حميد عن أبي جعفر عليه السلام.

[٣] قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من باع سلعته فقال: إنّ ثمنها كذا وكذا يداً بيد، وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت وجعل صفقتها واحدة، فليس له إلّا أقلّهما، وإن كانت نظرة »[٤]. وزاد في الكافي قال: وقال عليه السلام: « من ساوم بثمنين أحدهما عاجل والآخر نظرة فليسمّ أحدهما قبل الصفقة »[٥]. والمناقشة بأنّ غايتها الدلالة على وقوع الإيجاب بها خاصة ـ وبأنّ الذي فهما الجماعة كما ستعرف ترتّب الحكم المذكور فيها على فساد المعاملة، وبمنافاة الزيادة المزبورة لها، بناءً على أنّ الظاهر منها عدم جواز الترديد، بل لابدّ من تعيين أحدهما قبل العقد وإيقاعه عليه، لا تعيين مقدار الثمنين، أي الثمن والأجل ـ مدفوعة بظهورها في إرادة تمام البيع، لا إيجابه خاصة. ومنع ترتّب الحكم فيها على الفساد كما ستعرف، وعدم انحصار الجمع بين الصدر والزيادة بذلك، على أنّه لم يعلم كونها رواية واحدة.

وفي خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: « أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجلٍ باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين يقول: ليس له إلّا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة »[٦]. وظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما في الجملة.

ففي المقنعة: « لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقولهم: المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر وباثنين إلى شهرين، فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقلّ الثمنين في آخر الأجلين »[٧]. وفي المحكي عن ناصريات المرتضى « المكروه أن يبيع الشيء بثمنين، بقليل إن كان الثمن نقداً وبأكثر منه نسيئة »[٨].

---

(١) الايضاح ١: ٤٥٥. المقتصر: ١٧١. التنقيح ٢: ٥٣. كشف الرموز ١: ٤٦٣. القواعد ٢: ٤٣. اللمعة: ١٢١. الروضة: ٥١٤.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٨، ب ٢ من أحكام العقود، ح ٤، ٥.

(٣) كما يأتي في الصحفة الآتية.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٧، ب ٢ من أحكام العقود، ح ١، وفيه: « سلعة » بدل « سلعته ».

(٥) الكافي ٥: ٢٠٦، ح ١. الوسائل ١٨: ٣٧، ب ٢ من أحكام العقود، ح ١.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٧، ب ٢ من أحكام العقود، ح ٢.

(٧) المقنعة: ٥٩٥.

(٨) الناصريات: ٣٦٥.

وعن الاسكافي روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لا تحلّ صفقتان في واحدة»[١]. وذلك أن تقول: إن كان بالنقد فبكذا وإن كان بالنسيئة فبكذا وكذا، ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم أختر للمشتري أن يقوم على ذلك، فإن فعل واستهلكت السلعة لم يكن للبائع إلّا أقلّ الثمنين؛ لإجازته البيع به، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقلّ إلى المدّة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفر من غير زيادة على الثمن الأقلّ»[٢].

وفي النهاية: «فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين مختلفين، بأن يقول: ثمن هذا المتاع كذا عاجلاً؛ وكذا آجلاً ثمّ أمضى البيع كان له أقلّ الثمنين وأبعد الأجلين»[٣].

وعن القاضي: «من باع شيئاً بأجلين على التخيير مثل أن يقول: بعتك هذا بدينار أو بدرهم عاجلاً أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيّعان ذلك بينهما كان للبائع أقلّ الثمنين في آخر الأجلين»[٤]. وفي موضع من الغنية: «وللجهالة بالثمن والأجل أيضاً نهي عن بيعتين في بيعة نحو أن يقول: بعتك كذا بدينار إلى شهر، وبدينارين إلى ثلاثة أشهر فيقول المشتري: قد قبلت به»[٥]. وفي [موضع] آخر [من الغنية]: «وقد قدّمنا أنّ تعلّق البيع بأجلين وثمنين كقوله: بعت إلى مدّة كذا بكذا، وإلى ما زاد عليها بكذا يفسده، فإن تراضيا بانفاذه كان للبائع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين، بدليل إجماع الطائفة»[٦]. وعن صاحب البشرى أنّه قال: «لو عملنا برواية السكوني[٧] كان قريباً»[٨].

وعن الراوندي: «أنّ على المشتري الثمن الأقلّ في الأجل الأوّل؛ لأنّه رضى بالأقلّ في الزمن الأقلّ، فإن لم يؤدّ المشتري فليس له في ذمّته إلّا الأقلّ سواء أدّاه عاجلاً أو آجلاً»[٩].

وكأنّه يرجع إلى ما تسمعه من المختلف، أو مافي الدروس، فإنّه بعد أن ذكر الخلاف في الصورتين، قال: «والأقرب الصحّة ولزوم الأقلّ، ويكون التأخير جائزاً من جهة المشتري لازماً من طرف البائع لرضائه بالأقلّ فالزيادة رباً، ولأجلها ورد النهي وهو غير مانع من صحّة البيع»[١٠].

وكأنّه أخذه مما احتمله الفاضل في المختلف جواباً عما يقال: من أنّ وجوب الأقلّ إلى الأبعد ليس تجارةً عن تراض، قال «ويمكن أن يقال: إنّه رضي بالأقلّ فليس له الأكثر في البعيد، وإلّا لزم الربا؛ إذ تبقى الزيادة في مقابلة تأخير الثمن لا غير، فإن صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقلّ»[١١].

لكنّه لا إلزام فيه للبائع بالأجل البعيد، كما سمعته من الدروس، الذي هو واضح الضعف؛ إذ الأجل قد وقع في مقابلة الزيادة الفاسدة، فلا يلتزم به البائع. فلا ريب في أنّ ما ذكره في المختلف أولى منه.

---

(١) المستدرك ١٣: ٣١٣، ب٢ من أحكام العقود، ح٢.
(٢) نقله في المختلف ٥: ١٢٢.
(٣) النهاية: ٣٨٧ ـ ٣٨٨.
(٤) نقله في المختلف ٥: ١٢٣.
(٥) الغنية: ٢١٣.
(٦) الغنية: ٢٣٠.
(٧) تقدّم في ص ٩١.
(٨) (٩) نقله في كشف الرموز ١: ٤٦٣.
(١٠) الدروس ٣: ٢٠٣.
(١١) المختلف ٥: ١٢٥.

[ولا ريب في أنّ الأولى القول بصحة البيع وللبائع الأقلّ بلا إلزام له على أبعد الأجلين ، لكن لو صبر إليه لم يكن له الأكثر ، بل نفس الأقلّ] .

بل يمكن تنزيل الخبرين[١] المزبورين حتى الثاني منهما عليه ، بمعنى : كان على المشتري في آخر الأجلين أقلّ الثمنين ، لا أنّ له إلزام البائع بذلك ؛ ضرورة كون الثمن فيه الأقلّ بلا أجل على هذا التقدير ، وأنّ الزيادة في مقابلة التأخير إلى المدّة قد وقعت على نحو الشرطية ، فتختصّ حينئذٍ هي مع الأجل بالنهي والفساد ، كما ذهب إليه أبو حنيفة[٢] في أصل بيع الربا ، وإن كان هو واضح الضعف ، مع عدم تشخيص الثمن .

أمّا معه فإن لم يذكر شرطاً في العقد فلا ريب في الصحة ، وإن ذكر فيه ـ كما هو في محلّ البحث ـ أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرط دون العقد لهذه النصوص وإن قلنا بفسادهما معاً في غيره ، وتقلّ مخالفتهما [= الخبرين] حينئذٍ للقواعد . وربّما احتمل تنزيلهما على ما لا ريب في صحته من ذكر الزيادة بعد العقد .

إلّا أنّه بعيد عن ظاهر الخبرين[٣] .

فما ذكرناه أولى حينئذٍ ، بل يمكن حمل عبارة المقنعة[٤] وما ضاهاها عليه ، بل وعبارة النهاية[٥] ، وبه يجمع بين هذين الخبرين وبين ما دلّ على النهي عن البيعين في بيع .

كموثّق عمّار عن الصادق عليه السلام في حديث : « أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعث رجلاً إلى أهل مكّة ، وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع »[٦] .

وقال هو أيضاً في خبر سليمان بن صالح : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن بيع ما ليس عندك »[٧] الحديث .

وفي خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام ـ في مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم ـ قال : « ونهى عن بيعين في بيع »[٨] ، بناءً على أنّ المراد منه ذلك ، أو ما يشمله بحمل النهي على حرمة الشرط وقبوله لا على ما يقتضي فساد العقد ، بل قد يؤيّد ذلك أنّه مقتضى الجمع بين ذيل خبر محمد بن قيس[٩] الذي زاده في الكافي وصدره .

وأمّا طرح الخبرين ـ مع اعتبار سند الأوّل منهما ؛ لأنّه حسن كالصحيح ، بل هو صحيح ، بناءً على المختار من الظنون الاجتهادية ، والعمل بهما معاً ممّن عرفت ـ فغير لائق بصناعة الفقه ، خصوصاً مع قلّة مخالفتهما للقواعد على ما سمعت ، بل لعلّهما

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ ، ٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٦١ .
(٣) الوسائل ١٨ : ٣٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ ، ٢ .
(٤) المقنعة : ٥٩٥ .
(٥) النهاية : ٣٨٧ ـ ٣٨٨ .
(٦) الوسائل ١٨ : ٣٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ٣ .
(٧) المصدر السابق : ٣٨ ، ح ٤ .
(٨) المصدر السابق : ح ٥ .
(٩) الكافي ٥ : ٢٠٦ ، ح ١ . الوسائل ١٨ : ٣٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ .

لا يخالفان شيئاً، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط، فتأمل.

ويحتمل الجمع بالحرمة مع الصحة، كما أومأ إليه الحرّ في وسائله[١]، وربّما تقبله عبارة المقنعة وما شابهها وإن كان فيه ما فيه، إلّا أنّه أولى مما في الرياض قطعاً، فإنّه بعد أن جزم بالفساد ـ واقتصر على خبر السكوني[٢] وأورد عليه بوجوه: منها ضعف السند وعدم المكافأة وشذوذ القائل به، وهو الطوسي في نهايته، مع رجوعه عنها في مبسوطه ـ قال: «ثمّ على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد فيرجع مع تلف المبيع إلى المثل أو القيمة أم لا؟ بل يرجع البائع معه إلى ما في هذه الرواية من أقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين؟ قولان، أشهرهما بين المتأخّرين الأوّل، عملاً بالأصل في البيع الفاسد، وبين المتقدّمين المتقدّم ذكر جمع منهم كالمفيد والمرتضى والاسكافي والقاضي وابن زهرة في الغنية مدّعياً عليه الإجماع الثاني، ولعلّه لصحيح محمد بن قيس[٣]، ولا بأس به لاعتضاد صحّة سنده بمصير كثير من القدماء إلى العمل به»[٤].

إذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بل لم نعرف أحداً ممّن تقدّم عليه عنون هذا الخلاف، كما أنّه ليس في شيء من الخبرين الإشارة إلى تخصيص الحكم بتلف السلعة، مع أنّ مخالفتهما للقواعد أشدّ حينئذٍ ممّا فرّ منه.

ومن العجيب نقله عن الجماعة ما عرفت، مع أنّه ليس في كلام أحد منهم عدا الإسكافي الإيماء إلى تخصيص الحكم بالتلف، بل لعلّ ظاهر قول الاسكافي: «لم أختر» الصحّة على التقديرين، وأنّه يكره للمشتري القيام على هذا البيع نحو ما سمعته عن المرتضى، بناءً على إرادة المعنى المصطلح من الكراهة في كلامه.

وكيف كان فمن ذلك كلّه ظهر لك ضعف ما استدلّ به للبطلان، بناءً على تنزيل القول بالصحة على ما عرفت؛ إذ لا غرر فيه ولا جهالة بعد تعيين ثمنه وأنّ الزيادة وقعت في مقابلة التأخير على جهة الشرطية فتفسد.

بل عن الأردبيلي إنكار اندراج مثل ذلك في الغرر والجهالة، المنفيّين بالشرع على تقدير كونهما ثمنين، فضلاً عن الثمن والشرط، قال: «لأنّ الاختيار إليه، وعلى كلّ من التقديرين فالثمن معلوم»[٥].

وربّما يؤيّده الحكم بالصحّة من غير واحد، فيما لو قال للخيّاط: خطّ هذا الثوب اليوم أو فارسيّاً بدرهم وبأقلّ منه أو أكثر إن خطته في غد أو روميّاً مع اشتراك الإجارة والبيع في اعتبار عدم الغرر والجهالة.

لكن قد يمنع الصحّة فيها أيضاً، أو يلتزم تصحيح ذلك على أنّه جعالة لا إجارة؛ لعدم اعتبار المعلوميّة فيها.

أو يفرّق بين الإجارة والبيع، بأنّ العمل الذي يستحق به الأُجرة لا يمكن وقوعه إلّا على أحد الصفتين، فتعيّن الأُجرة المسمّاة عوضاً له، فلا يقتضي التنازع، بخلاف البيع.

إلّا أنّ الجميع كما ترى.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٣٨، ب٢ من أحكام العقود، ذيل الحديث ٥.

(٢) تقدّم في ص ٩١.

(٣) تقدّم في ص ٩٣.

(٤) الرياض ٨: ٢١٥.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٢٩.

نعم قد يقال: إنّه وإن كان لاجهالة في صفة الثمن، ولكنّها متحققة في أصل الثمنيّة [١].

ولا فرق في ذلك بين البيع والإجارة وغيرهما من عقود المعاوضة.

و[الظاهر] [٢] أنّ محلّ النزاع فيما لو قبله المشتري على تخيير البائع آت [٣].

فحينئذٍ على القول بالصحة إن اختار الزم باختياره، ولو قبله على الترديد ولم يعيّن كان عليه أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين [٤]. واحتمال أنّ ذلك عليه وإن اختار [٥] ممكن [٦]، فلا أثر لاختياره حينئذٍ، بل ولا للبائع مطالبته بالاختيار [٧].

أمّا لو قال: قبلته نقداً أو نسيئة فخارج عن محلّ النزاع، ويحتمل فيه الصحة [٨]، ويحتمل البطلان [٩].

والأوّل لا يخلو من قوّة، بناءً على عدم منع مثل هذه الجهالة، وإلّا فالثاني أقوى.

وكذا يخرج عن محلّ النزاع لو قبله على جهة التخيير للبائع، وإن كان هو واضح البطلان أيضاً [١٠]. [والمتجه بناءً على العمل بالخبرين الجمود].

(و) لذا قال المصنّف: **(لو باع كذلك إلى وقتين متأخّرين كان باطلاً)** [١١].

---

[١] بمعنى: أنّه لم يعلم بعد قبول المشتري ذلك ما صار ثمناً للجميع، وهو مناف لسببية العقد أيضاً، لا أقلّ من الشكّ في تأثيره على هذا الحال. ودعوى تعيينه حينئذٍ باختيار المشتري ينافي إنشائية العقد، وسببيته المقتضية ترتّب الأثر عليه بالفراغ منه. ودعوى الكشف حينئذٍ ـ مع أنّه لا شاهد عليها ـ لا تجدي في رفع الجهالة حين العقد.

[٢] [كما] من ذلك يظهر [ذلك].

[٣] كما هو ظاهر الإيجاب، وظاهر قوله: «خذه بأيّهما شئت» في صحيح محمد بن قيس[١].

[٤] للخبرين.

[٥] عملاً بإطلاقهما.

[٦] لأنّه بتمام العقد صار حكمه شرعاً ذلك.

[٧] ومنه يعلم شدّة مخالفة الخبرين للقواعد على هذا التقدير.

[٨] لوجود المقتضي من الإطلاقات وغيرها، وارتفاع المانع.

[٩] للشكّ في تأثير نحو هذا الإيجاب، الذي لم يجزم موجبه بأحدهما بالخصوص.

[١٠] والغرض من ذلك كلّه أنّ المتجه ـ بناءً على العمل بالخبرين المزبورين ـ الجمود؛ لعدم المنقّح من إجماع وغيره.

[١١] **جازماً به غير مظهر للتردّد فيه كالأوّل، بل في التحرير: «بطل قولاً واحداً»**[٢].

فمن الغريب ما في الرياض[٣] من أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم صحّة وبطلاناً بين الصورتين وإن أشكله هو ـ إن لم يكن إجماعاً ـ بأنّ البطلان في الثانية أقوى؛ لفقد المعارض فيه؛ لاختصاص النص مطلقاً بالصورة الأُولى.

---

(١) تقدّم في ص٩٣.

(٢) التحرير ٢: ٣٢٣.

(٣) الرياض ٨: ٢١٦.

قلت: لا ريب في قوّة البطلان في الثانية بناءً عليه في الأولى [١].

نعم، يتجه الفرق بينهما باحتمال الصحّة في الأولى دونها [٢].

[الشراء نسيئة وبيعه بأقل من البائع نقداً (بيع العينة)]:

(**وإذا**) باع شيئاً شخصياً طعاماً أو غيره و(**اشترط تأخير الثمن إلى أجل**) معلوم (**ثمّ ابتاعه البائع**) أو غيره من المشتري بعد قبضه (**قبل حلول الأجل جاز بزيادة كان**) على الثمن الأوّل (**أو نقصان**)[١] أو مساواة، بالجنس أو بغيره (**حالاً ومؤجلاً**) بما يساوي الأجل الأوّل أو يزيد عليه أو ينقص عنه [٣].

---

[١] ضرورة أولويّتها بذلك.

[٢] للخبرين[٢] المزبورين.

اللهمّ إلّا أن يدّعى التنقيح، ودونه خرط القتاد، بعد ما سمعت، وإن كان هو مقتضى ما سمعته من عبارة المقنعة وإجماع الغنية[٣]، والله أعلم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في الرياض[٤] والمحكي عن مجمع البرهان[٥]**، بل في الأخير كان دليله الإجماع.

نعم في مفتاح الكرامة خاصة عن المراسم: إن باع ما ابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل فبيعه باطل، معترفاً بأنّه لم يجد أحداً نقل عنها الخلاف قبله[٦].

قلت:

قد يريد السلف أو الأعمّ منه ومن غيره لا ما نحن فيه، بل لعلّه الظاهر منه.

وعلى كلّ حال فلا ريب في الحكم المزبور:

١ ـ لإطلاق الأدلّة وعمومها.

٢ ـ وخصوص خبر عليّ بن جعفر[٧]، المروي عن كتاب مسائله، قال: سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل ثمّ اشتراه بخمسة دراهم نقداً أيحلّ؟ قال: «إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»[٨].

كاطلاق خبره المروي عن قرب الإسناد[٩]، المحذوف فيه لفظ «الأجل والنقد».

وصحيح بشار: سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: «نعم لا بأس

---

(١) في الشرائع: «بنقصان».

(٢) الوسائل ١٨: ٣٧، ب٢ من أحكام العقود، ح١، ٢.

(٣) تقدما في ص ٩١ ـ ٩٢.

(٤) الرياض ٨: ٢١٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٣٠.

(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٤٣٢. انظر المراسم: ١٧٤.

(٧) مسائل علي بن جعفر: ١٢٧، ح١٠٠.

(٨) الوسائل ١٨: ٤٣، ب٥ من أحكام العقود، ذيل الحديث ٦، مع اختلاف.

(٩) قرب الإسناد: ٢٦٧، ح١٠٦٢. الوسائل ١٨: ٤٢، ب٥ من أحكام العقود، ح٦.

. . . . . .

به »، فقلت له: اشتري متاعي؟ فقال: « ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك »[١].

وخبر الحسين بن منذر قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيء الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع من أجله ثمّ أبيعه إيّاه ثمّ أشتريه منه مكاني، فقال: « إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتر، فلا بأس »، قلت: فإنّ أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، فقال: « إنّما هذا تقديم وتأخير فلا بأس به »[٢].

بناءً على أنّ العينة شراء ما باعه نسيئة، كما حكاه عن بعضهم في الدروس.

لكن فيها قبل ذلك: « أنّها لغةً وعرفاً شراء العين نسيئة، فإن حلّ الأجل فاشترى منه عيناً أُخرى نسيئة ثمّ باعها وقضاه الثمن الأوّل كان جائزاً، وتكون عينة على عينة »[٣].

وعليه أيضاً يتمّ الاستدلال؛ ضرورة عدم اعتبار كون بيع القضاء على غير البائع فيها.

نعم عن ابن إدريس: أنّ اشتقاقها من العين وهو النقد، وفسّرها بشراء عين نسيئة لمن له عليه دين ثمّ يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضي الدين الأوّل[٤] تخرج عمّا نحن فيه.

مع احتمال عدم اعتبار كون العين من غير البائع، وحينئذٍ يتمّ الاستدلال عليه أيضاً ولو بالإطلاق، على أنّ المحكي عنه في الدروس: أنّه فسّرها بشراء عين نسيئة ممّن له عليه دين ثمّ يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضي الدين الأوّل[٥]، فيكون حينئذٍ ممّا نحن فيه.

إلى غير ذلك مما لا حاجة إليه، بعد ما عرفت من عدم الإشكال في المقام.

وخبر منصور بن حازم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب ليبتاع منه شيئاً؟ فقال: « لا يبعه نسيئاً، وأمّا نقداً فليبعه بما شاء »[٦] يمكن أن يكون المراد منه أنّ الطالب أراد شراء المطلوب ممّا له عليه من الطعام فعلاً بعد حلوله، فقال: لا يبعه عليه نسيئة؛ لأنّه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه، أمّا نقداً فلا بأس.

ولعلّ « شيئاً » فيه مصحّف « نسيئاً »، وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه، فتأمّل جيّداً. وفي الرياض أنّه مجمل محتمل الحمل على الكراهة، جمعاً بينه وبين غيره، مع عدم مكافأته قطعاً[٧].

---

(١) الوسائل ١٨: ٤١، ب ٥ من أحكام العقود، ح ٣، وفيه: «بنساء» بدل «نسيئاً».
(٢) المصدر السابق: ٤١ ـ ٤٢، ح ٤، مع اختلاف.
(٣) الدروس ٣: ٢٠٤.
(٤) السرائر ٢: ٢٠٥.
(٥) الدروس ٣: ٢٠٥.
(٦) الوسائل ١٨: ٤٥، ب ٦ من أحكام العقود، ح ٨، مع اختلاف.
(٧) الرياض ٨: ٢١٧.

وعلى كلّ حال فلا ينبغي التوقّف في شيء من شقوق المسألة . نعم [الظاهر] [١] أنّ ذلك جائز (**إذا لم يكن شرط**) البائع الأوّل على المشتري (**ذلك في حال بيعه**) عليه [٢].

---

[١] [كما] يستفاد من خبر ابن المنذر[١] وخبري علي بن جعفر[٢].

[٢] ولذا نصّ على اشتراط ذلك في الجواز جماعة ، بل نسبه في الرياض إلى الأصحاب ، وأنّه لاخلاف فيه[٣]. وفي المحكي عن الكفاية لا أعلم خلافاً بينهم في البطلان عند الشرط[٤]. والمفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه[٥]. **قلت : قد يظهر الخلاف من إطلاق الجواز في المقنعة والنهاية ومحكي السرائر[٦] ، بل قد يظهر من جامع المقاصد والمسالك[٧] وغيرهما عدم اعتباره ؛ لاقتصارهم على الاستدلال له بما في التذكرة[٨] من الدور** ، وبأنّه لم يقصد النقل معه وإفساده بما لامزيد عليه . وهو كذلك سواء قرّر الدور بأنّ انتقاله إلى المالك موقوف على حصول الشرط ، وحصوله موقوف على انتقال الملك ، أو بأنّ بيعه له يتوقّف على ملكيّته له المتوقّفة على بيعه . وعلى كلّ حال فيه : أنّ المتوقّف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال . وتوقّف تملّك البائع على تملّك المشترى لا يستلزم توقّف تملّك المشتري على تملّك البائع ، كما هو واضح . وإلّا لما صحّ في باقي الشرائط من العتق ونحوه ، خصوصاً شرط بيعه للغير الصحيح إجماعاً محكيّاً إن لم يكن محصّلاً ، على أنّ تملك المشتري ـ فيما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل ـ قبل الأجل واضح . واشتراط البيع يؤكّد قصد النقل إلى المشتري ، لا أنّه ينافيه ، وإلّا لنافاه إذا كان من قصدهما ذلك وإن لم يشترطا ، مع أنّ العقود تتبع القصود ، والاتفاق كما في الروضة[٩] وغيرها على الصحة ، وما هو إلّا لأنّ قصد ردّه بعد ملك المشتري له غير منافٍ لقصد البيع بوجه . وإنّما المانع عدم القصد إلى ملك المشتري أصلاً بحيث لا يترتّب عليه حكم الملك . وهو غير مانحن فيه ، كما أنّ احتمال كون الدور لو كان الشرط ملكه للبائع بالثمن المعيّن بهذا العقد مناف للمفروض في كلامهم . على أنّه قد يقال : بصحته وترتّب ملك البائع على ملك المشتري آناما ، نحو اعتق عبدك عنّي ، بمعنى الترتّب الذاتي لا الزماني ، فانحصر الدليل حينئذٍ في النصوص المزبورة . لكن قد يناقش فيها بالطعن في السند وكون المفهوم فيها البأس الذي قد يمنع استفادة الحرمة منه عرفاً فضلاً عن الفساد ، مضافاً إلى اشتمال خبر ابن منذر منها على اعتبار عدم اشتراط المشتري على البائع ذلك أيضاً ، ولم نعرف قائلاً به . بل قد يستفاد منه لزوم الشرط لو شرط وأنّ به يرتفع الخيار للبائع أو المشتري ، وإن كان يحرم البيع الثاني ، أو هو والبيع الأوّل بالشرط . ويكون الحاصل حينئذٍ حرمة الاشتراط ، وإن كان لو فعل التزم به ، وهو غير اشتراط المحرّم الّذي يفسد ويفسد العقد على قول ، فتأمّل . على أنّ ظاهر خبر علي بن جعفر اشتراط البيع بنقيصة ، بل لعلّه المراد من خبر ابن منذر ، فالتعدية إلى المساوي والزائد تحتاج إلى دليل ، وثبوت إجماع معتدّ به هنا على عدم الفصل محلّ منع ؛ إذ لم يحك عن أحد التعرّض لأصل الشرط المزبور قبل المصنّف إلّا عن المبسوط خاصة في باب المرابحة[١٠]. ولعلّه لذلك وغيره أومأ أوّل الشهيدين إلى التردّد في ذلك في المحكي عنه في غاية المراد بقوله : « إن كان في المسألة إجماع فلا بحث »[١١].

---

(١) (٢) تقدّم في ص٩٧، ٩٦.
(٣) (٤) الرياض ٨: ٢١٧. كفاية الأحكام ١: ٤٨١.
(٥) المفاتيح ٣: ٦٦.
(٦) المقنعة: ٥٩٦. النهاية: ٣٨٨. السرائر ٢: ٢٨٩.
(٧) جامع المقاصد ٤: ٢٠٤. المسالك ٣: ٢٢٤ ـ ٢٢٥.
(٨) التذكرة ١١: ٢٥٣ ـ ٢٥٤.
(٩) الروضة ٣: ٥١٩.
(١٠) المبسوط ٢: ١٤٢.
(١١) غاية المراد ٢: ٧٨.

ثمّ لا يخفى أنّ المتجه بناءً على العمل بالنصوص[١] المزبورة الجمود عليها، فلا يتعدّى لغير البيع من العقود ولا له إذا كان الثمن عيناً في وجه أو كان الشرط بيعه من غير البائع أو نقله إليه بغير البيع ولا لاشتراطه في عقد آخر ونحو ذلك [١].

[صحة البيع على البائع بأقل أو أكثر بعد حلول الأجل]:

(و) كيف كان فـ(ـإن حلّ الأجل) ولم يقبض الثمن (فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة) ولا نقيصة (جاز) [٢].

(وكذا إن ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالاً أو مؤجّلاً) [٣].

(و) أمّا (إن ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة) فـ(ـفيه روايتان) أشبههما.

و(أشهرهما) [٤] (الجواز) [٥].

---

[١] ممّا لا دلالة فيها عليه كي يتّجه تخصيص عموم أدلّة الشرط[٢] بها.

ودعوى التنقيح مع عدم المنقّح كما ترى، بل لولا مخافة المخالفة لإجماع الأصحاب لأمكن حمل هذه النصوص على الإثم بالاشتراط كما عرفت.

أو على إرادة الكراهة مع شرط البيع بنقيصة؛ لأنّه كالحيلة في تبريته الدراهم أو غير ذلك، والله أعلم.

[٢] **بلا خلاف.**

[٣] ١ ـ للأصل.

٢ ـ وإطلاق الأدلّة السابقة.

٣ ـ وإطلاق خصوص صحيح منصور بن حازم قال للصادق عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه وأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي فرضي، قال: «لا بأس بذلك»[٣].

وموثّق يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة أو صحيحهما: سألا أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بمئة درهم إلى أجل فلمّا بلغ ذلك الأجل تقاضاه فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً، فقال: «لا بأس به، فإنّما له دراهم يأخذ بها ما شاء»[٤]. إلى غير ذلك.

[٤] ما سمعته من روايات [الجواز].

[٥] **بل لم أجد من عمل برواية المنع غير الشيخ في النهاية بالنقيصة[٥]، وفي التهذيبين بالزيادة[٦].**

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٤٠، ب٥ من أحكام العقود.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٠، ب٥ من أحكام العقود، ح١.

(٤) الكافي ٥: ١٨٦، ح٨. الوسائل ١٨: ٣٠٧، ب١١ من السلف، ح١٠ وذيله.

(٥) النهاية: ٣٨٨.

(٦) التهذيب ٧: ٣٣، ذيل الحديث ١٣٧، وفيه: «حمل النهي على من يأخذ أكثر أو أقلّ». الاستبصار ٣: ٧٧، ذيل الحديث ٢٥٥.

وهي :

١ ـ خبر خالد بن الحجّاج : سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى فلمّا جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال : ليس عندي ولكن عندي طعام فاشتره منّي ؟

فقال : « لا تشتره منه فإنّه لا خير فيه »[١] .

وخبر عبدالصمد بن بشير قال : سأل الصادق عليه السلام أيضاً محمد بن القاسم الحنّاط فقال : أصلحك الله أبيع الطعام الرجل إلى أجل فأجيء وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول : ليس لك عندي دراهم ؟

قال : « خذ منه بسعر يومه ، قال : أفهم أصلحك الله إنّه طعامي الذي اشتراه منّي ، قال : لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك ، قال : أرغم الله أنفي رخّص لي ، فرددت عليه فشدّد عليّ »[٢] .

وخبر الحلبي قال : سأل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة ؟ قال : « لا يصلح له أن يأخذه ، فإن جهل وأخذه [فباعة] بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد »[٣] .

وهي جميعاً ـ كما ترى ـ غير مكافئة لغيرها من وجوه ، خصوصاً بعد الطعن في السند ، واختصاص الأوّلين بالطعام .

واحتمال الأوّل منهما : الإرشاد أو الكراهة ، كما يومئ إليه التعليل ، وعدم التصريح فيه بأنّه طعامه الذي باعه إيّاه ولا بزيادة الثمن أو نقيصة .

والثاني ـ مضافاً إلى كثير من ذلك ـ أنّ السائل لمّا طمع أن يرخّص له أخذ طعامه الذي دفعه إليه مع أنّ القيمة قد زادت ، وهو لا يستحق إلّا دراهم لم يرخّص له إلّا أن يأخذ بسعر يومه .

بل لعلّ ذلك هو الظاهر منه .

كظهور الثالث في الإقالة بالنقيصة ، المجمع على عدم جوازه ، كالزيادة بحسب الظاهر .

فلا ينبغي التوقّف حينئذٍ في الحكم المزبور في الطعام فضلاً عن غيره .

وإن حكي عن بعضهم[٤] موافقة الشيخ في الأوّل .

ولا ريب في ضعفه .

وأضعف منه ما **عن خلاف الشيخ من أنّه لا يجوز شراء طعام ممّن باعه طعاماً قبل نقد الثمن ولو غير ما باعه إيّاه بزيادة عن ثمنه ؛ لأدائه إلى بيع الطعام بطعام بزيادة**[٥] .

وفيه : أنّ العوض دراهم لاطعام .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣١٢ ، ب ١٢ من السلف ، ح ٣ .

(٢) المصدر السابق : ح ٥ .

(٣) التهذيب ٧ : ٥٦ ، ح ٢٤٢ . الوسائل ١٨ : ٧١ ، ب ١٧ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٤ : ٤٣٥ .

(٥) الخلاف ٣ : ١٠١ .

هذا كلّه إذا لم تتغيّر السلعة.

أمّا إذا تغيّرت عن حالة البيع، كالهزالة أو نسيان الصنعة أو تمزيق الثوب [١] [جاز في الجملة].

وقد بان لك من ذلك كلّه أنّ شراء المبيع المؤجّل ثمنه، إمّا أن يكون قبل حلول أجله أو بعده، وعلى التقديرين فإمّا أن يكون البائع قد اشترط شراءه في نفس العقد أو لا، وعلى كلّ تقدير فإمّا أن يشتريه بجنس الثمن وقدره أو بزيادة أو بنقيصة أو بغير جنس إمّا حالاً أو مؤجّلاً، فيكون الحاصل من ذلك [٢] أربع وعشرون صورة يظهر بأدنى تأمّل بطلان اثنتا عشرة منها والخلاف في أربع [٣].

[دفع الثمن قبل حلول الأجل]:

(ولا يجب على من اشترى مؤجّلاً أن يدفع الثمن قبل الأجل وإن طولب) [٤].

---

[١] **ففي التحرير: «جاز شراؤه [بما شاء] إجماعاً»**(١).

وإن كان لا يخلو إطلاقه من بحث في الجملة.

[٢] **كما في حاشية الكركي على الإرشاد**(٢).

[٣] **إلى أن قال [الكركي]: «وفي شرح الإرشاد للشهيد: أنّ الحاصل من ضرب صورتي اشتراط شراء المبيع في نفس العقد وعدمه في الشراء بزيادة أو نقيصة أو بمساواة الجنس الثمن أو بغير جنسه، حالاً أو مؤجّلاً، ستّة عشر، وهو غير ظاهر، بل اثنتا عشر صورة؛ لأنّ الشراء بالجنس لا يخرج عن الزيادة والنقصان والمساواة، فهي ثلاث، وبغير الجنس والحلول والتأجيل ثلاثة أُخرى، ومضروب الست في اثنين اثنتا عشرة، وإذا ضربت في صورتي الشراء قبل حلول الأجل أو بعده تبلغ أربعاً وعشرين لا اثنين وثلاثين، كما ذكره، فليتأمّل»**(٣).

قلت:

لعلّ الشهيد نظر إلى أنّ الحلول والتأجيل لكلّ من الأربعة، أي البيع بغير الجنس وبه زائداً أو ناقصاً أو مساوياً، وعليه تكون ستة عشر، فإذا ضربت في صورتي الشراء قبل حلول الأجل وبعده تبلغ اثنين وثلاثين، والأمر سهل.

نعم عن الشهيد في شرحه(٤) **المزبور واحتمال إلحاق البيع بالجنس مساوياً مؤجّلاً في صور الخلاف؛ لأنّ للأجل زيادة.**

وفيه:

إنّ العكس أقوى منه احتمالاً؛ إذ المفروض أنّ المبيع كان مؤجّلاً، فبيعه بمقدار ثمنه حالاً مخالف لثمنه، بل هو كذلك مع نقصان الأجل عن أجله أو زيادته، والله أعلم.

[٤] إجماعاً أو ضرورة.

---

(١) التحرير ٢: ٣٢٤.

(٢)(٣) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٧٢.

(٤) غاية المراد ٢: ٧٩.

[عدم وجوب القبض على البائع قبل حلول الأجل]:

(**وإن**[١] **دفعه تبرّعاً لم يجب على البائع أخذه**) وان لم يكن ضرر عليه بذلك [١].

ولكن قد يتخيّل الوجوب ، وأنّه كالدين الحالّ في ذلك [٢].

وقد يتفرّع على ذلك أنّ للمشتري إسقاط حقّ التأجيل ، كما في غيره من الحقوق [٣].

[كفاية تمكين المشتري البائع من الثمن]:

(**وإن**[٢] **حلّ**) الأجل (**فمكّنه**) المشتري (**منه**) بعد المطالبة أو قبلها (**وجب على البائع أخذه**) إذا كان مساوياً

---

[١] **بلا خلاف أجده بيننا ، بل في الرياض : « الإجماع عليه كالأوّل »**[٣] .

وفي جامع المقاصد : نسبة الخلاف فيه إلى بعض العامّة[٤] .

[٢] لأنّ فائدة التأجيل الرخصة للمشتري بالتأخير لا عدم وجوب الأخذ لو دفعه إليه قبله ، فمصلحته [= التأجيل] مختصّة به [= المشتري] ، ولذا يزداد الثمن عليه من أجله وله [= المشتري] طلب النقصان في مقابلة التعجيل وعقد البيع بلا أجل يقتضي وجوب الدفع والأخذ ، واشتراط الرخصة للأوّل لا يستلزمها للثاني ، بل الظاهر أنّ المراد من الأجل التوسعة في ذلك الزمان إلى نهاية الأجل ، أي لا يضيق إلّا في ذلك الزمان كالواجب الموسّع .

[٣] **لكن في القواعد : أنّه « لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط ، وليس لصاحبه المطالبة في الحال »**[٥] . وعلّله في جامع المقاصد : « بأنّ ذلك قد ثبت بالعقد اللازم ؛ لأنّه المفروض ، فلا يسقط بمجرّد الإسقاط ، ولأنّ في الأجل حقاً لصاحب الدين ، ولهذا لا يجب قبوله قبل الأجل ؛ أمّا لو تقايلا في الأجّل فإنّه يصحّ ، ولو نذر التأجيل فإنّه يلزم ، وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما ؛ إذ التقايل في العقد لا في النذر »[٦] . وفيه : ١ ـ إنّ ثبوته بالعقد اللازم لا يمنع من سقوطه بالإسقاط ، كاشتراط الخيار ونحوه . ٢ ـ ويمكن منع حقّية صاحب الدين فيه . ٣ ـ واتّفاق وجود مصلحة له في ذلك لا ينافي كونه من حقوق المشتري كالخيار المشروط له . ٤ ـ كما أنّه يمكن منع مشروعيّة التقايل فيه خاصّته دون أصل العقد ولو صحّ رجع إلى الإسقاط . ٥ ـ ومع فرض أنّه من حقوق المشتري خاصة لم يعتبر اتّفاق البائع معه على الإسقاط الذي هو بمنزلة الإبراء ، بل هو منه ، كما أومأ إليه هو في حاشية الإرشاد في مسألة التعجيل بالنقيصة[٧] ، بل لعلّه الظاهر من القواعد في باب السلم[٨] . وما في الرياض من أنّه نمنع استلزام انحصار فائدته في الرخصة للمشتري بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل الخالي عن المعارض من النص والإجماع لاختصاصه بغير صورة الفرض[٩] ، يدفعه : ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك ، وأنّ الشرط المزبور حقّ للمشتري خاصة فيسقط بإسقاطه كغيره من الشرائط التي له على البائع . فالعمدة حينئذٍ الإجماع المزبور ، والله أعلم .

---

(١) في الشرائع : « ولو » .
(٢) في الشرائع : « فإن » .
(٣) الرياض ٨ : ٢١٩ .
(٤) جامع المقاصد ٤ : ٢٤٩ .
(٥) القواعد ٢ : ١٠٧ .
(٦) جامع المقاصد ٥ : ٤١ .
(٧) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩ : ٣٧٤ .
(٨) القواعد ٢ : ٥٥ .
(٩) الرياض ٨ : ٢١٩ ـ ٢٢٠ .

لما في الذمّة قدراً وجنساً ووصفاً [١]. وكيف كان (**فإن امتنع**) البائع (**من أخذه ثمّ هلك من غير تفريط ولا تصرّف من المشتري كان من مال البائع على الأظهر**) [٢] مع تعذّر الحاكم [٣].

إنّما الكلام في اعتبار الحاكم [مع عدم تعذّره] [٤]. [والظاهر اعتباره].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل في الرياض الإجماع عليه**(١)، وهو الحجة بعد حديث الضرار(٢)، الشامل للمقام؛ ضرورة تحقق الضرر على المشتري ببقائه مشغول الذمة. وقد يناقش في الوجوب من حيث الدفع بارتفاع الضرر بقبض الحاكم مع الامتناع، أو بتشخص المدفوع للمشتري، بحيث يكون الضمان منه [= البائع] معه [= الامتناع]، والعقد إنّما يقتضي ملك الثمن على المشتري لا وجوب قبضه، فهو كما لو كان الثمن عيناً فإنّه لا يجب عليه القبض من حيث الدفع، بل هو - إن كان - من حيث حرمة الإتلاف. وتدفع بأنّ الثابت من الأدلّة ذلك [= وجوب الأخذ]، خصوصاً قوله تعالى: ﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾(٣). فإنّ وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع ووجوب القبول، وحينئذٍ فإذا انتفى سقط اعتباره؛ إذ هو كالدفع من المديون يجب عليه أوّلاً، فإذا امتنع جاز التقاص من ماله.

[٢] **بل لا أجد فيه خلافاً.**

[٣] لأنّ في هلاكه من المشترى ضرراً عظيماً فيكون منفيّاً بالنصّ(٤). وتعيّن الدين بالقبض ممّن له أو من يقوم مقامه - ولذا كان للمديون تغييره ما لم يقبض - إنّما هو في غير الفرض؛ ضرورة أنّ التعيين كما يتوقّف على قبض المالك يتوقّف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما في محلّ الوجوب وجب أن يسقط اعتباره، حذراً من لزوم الضرر.

[٤] **وظاهر الأصحاب قصر الحكم هنا عليه [= اعتبار الحاكم]؛ إذ لم أجد في كلام من وقفت عليه منهم ذكر غيره إلّا في الحدائق، فجعل عدول المؤمنين مرتبة أُخرى هنا**(٥). وهو موقوف على عموم ولا يتهم لمثل المقام. وفيه بحث، **بل قد يظهر من إطلاق الشيخين وابن حمزة في المقنعة والنهاية والوسيلة والمتن والنافع والمحكي عن الديلمي والقاضي وكذا التقي عدم اعتبار الحاكم في التلف من البائع**(٦). ولعلّه لعدم ثبوت ولايته [= الحاكم] في المقام، وإطلاق حديث الضرار. **خلافاً للفاضل في جملة من كتبه والشهيدين والكركي ومحكي المبسوط والسرائر**(٧). **بل ربّما قيل: إنّه المشهور فخصّوه بما إذا تعذّر الحاكم**(٨). ومقتضاه كون المقاصّة من المساوي للدين كذلك: ١ - اختصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على عدم تعيين الثمن للبائع حيث كان كلّياً إلّا بقبضه على محلّ الوفاق. ٢ - والتفاتاً إلى اندفاع الضرر عن المشتري بالدفع إلى الحاكم، فلو قصّر كان كالمفرط في المال، من حيث تمكّنه من دفعه إلى مستحقّه أو نائبه فيكون من ماله. ٣ - وإلى أنّ الحاكم كما أنّه قائم مقام الغائب يقوم مقام الممتنع عمّن يجب عليه، ولذا يأخذ الزكاة منه قهراً، ويتولّى النيّة، ويؤدّي ديونه، وما يجب عليه من نفقة ونحوها من ماله.

---

(١) الرياض ٨: ٢٢٠.
(٢) (٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ - ٥.
(٣) المائدة: ١.
(٥) (٨) الحدائق ١٩: ١٣٢.
(٦) المقنعة: ٥٩٥. النهاية: ٣٨٨. الوسيلة: ٢٥٧. المختصر النافع: ١٤٧. المراسم: ١٧٤. الكافي: ٣٥٣. وحكاه عن القاضي في الرياض ٨: ٢٢٠.
(٧) الإرشاد ١: ٣٧٠. القواعد ٢: ٥٥. التحرير ٢: ٤٣١. المختلف ٥: ١٢٨ - ١٢٩. اللمعة: ١٢١. الروضة ٣: ٥٢٠. جامع المقاصد ٤: ٢٤٨. المبسوط ٢: ١٩٠. السرائر ٢: ٢٨٨.

نعم هل يجب ذلك على الحاكم بمجرّد الامتناع أو مع تعذّر جبره على الواجب وسؤال البائع القبض ؟ قد يقوى الثاني . ومنه يعلم حينئذٍ وجوب جبر الحاكم له على ذلك كما هو وظيفته [١].

نعم يمكن القول بعدم إجباره إن لم يسأله الدافع [٢].

ثمّ إنّ من الواضح عدم وجوب الدفع إلى الحاكم بعد الامتناع بناء على اعتباره [٣].

نعم إذا أراد إبراء ذمّته من الحقّ دفعه إلى الحاكم [٤].

نعم يكون تلفه منه [= المشتري] خاصة [لو لم يدفعه إلى الحاكم]، وبناءً على التشخيص بالامتناع من غير حاجة إلى قبض الحاكم يمكن القول بوجوب دفعه إليه [٥]. والأقوى عدم الوجوب [٦].

لكن هل يبقى أمانة في يده يجب حفظها أولا ؟ [٧]، والثاني لا يخلو من وجه ، بل قوّة [٨].

---

[١] **لكن في الدروس عن ابن إدريس وجوب القبض على الحاكم ، ولا يجب عليه الإجبار على القبض أو الإبراء ، واستبعده فيها**[١] . وهو كذلك .

[٢] **كما في سلم جامع المقاصد ، قال : « لأنّ يده يدُ رضي بها المدفوع له ولم يصدر منه ما ينافيها » ، وقال فيه أيضاً : « إنّ للحاكم قبضه وإن لم يجبره على قبضه ، وأنّه لو لم يسأله الدافع لم يجب عليه قبضه ، وأنّه يجوز ذلك له وإن لم يسأله »**[٢] . وفيه بحث في الجملة يعرف ممّا ذكرنا .

[٣] لعدم تشخّص المدفوع للبائع ، بل هو باقٍ على ملك المشتري ، فله التصرّف فيه وإبقاء الحقّ في ذمّته .

[٤] إذ الظاهر الاتفاق على تشخّصه بقبضه له ، وربّما ظهر من بعض مشايخنا عدمه .

[٥] لأنّه مال مسلم محترم يتمكّن وصوله من وليه فيجب .

[٦] للأصل .

[٧] **قد يظهر من المتن والدروس**[٣] **وغيرهما الأوّل ، بل هو صريح اللمعة**[٤] .

[٨] **قال في جامع المقاصد : « إذا امتنع المالك من القبض وتعذّر الحاكم زال الضمان عن الدافع بالتعيين ، لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكون أميناً أم لا ؟ فلا يكون الحفظ واجباً عليه ، لم أجد به تصريحاً للأصحاب ، لكن قوّة التأمّل في كلامهم تشهد للثاني حيث أطلقوا نفي الضمان عنه دفعاً للضرر ، ولو وجب الحفظ الدائم لبقي الضرر المحذور وأُلزم بالضمان بالتقصير فيه ، ويتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به لكنّه أعلم بالحال ، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنده فينتفي وجوب الحفظ في الثاني ، دون الأوّل ، وإن اشتركا في عدم الضمان »**[٥] . **ونحوه في حاشية الإرشاد**[٦] **له .**

ولعلّ مراده بالاشتراك في عدم الضمان على تقدير عدم التفريط لا مطلقاً ، فلا ينافي ما تقدّم من قوله : لو وجب أُلزم بالضمان .

---

(١) (٣) الدروس ٣ : ٢٠٥ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٢٤٨ .

(٤) اللمعة : ١٢١ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٤١ .

(٦) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩ : ٣٧٣ ـ ٣٧٤ .

وعلى كلّ حال ففي جريان مثل ذلك في الحاكم لو قبضه إشكال [١].

كالإشكال في أصل ثبوت التشخيص بالامتناع مطلقاً أو مع تعذّر الحاكم على اختلاف القولين [٢].

وقد يحتمل العدم وإن كان لو تلف يكون من مال البائع على كلّ حال [٣].

(وكذا) البحث بتمامه (في طرف البائع إذا باع سلماً) [٤].

(وكذا كلّ من كان له حقّ حالّ أو مؤجّل فحلّ ثم دفعه، وامتنع صاحبه من أخذه، فإنّ تلفه من صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور) [٥].

---

[١] **لكن في المسالك في باب السلم في شرح قول المصنف -: « ولو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك » - قال: « هذا مع إمكانه، ومع تعذّره يخلّي بينه وبينه وتبرأ ذمّته وإن تلف، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض »**[1].

[٢] **وإن كان ظاهر الأصحاب ذلك، بل هو صريح جماعة منهم.**

[٣] إذ به يتحقق رفع الضرر، ويحصل الجمع بين قاعدة عدم التشخيص إلّا بقبض ذي الدين وبينه. **وربّما أومأ إليه في الدروس، قال: « ولو امتنع البائع أثم ولو هلك بعد تعيينه فمن ماله ما لم يفرط فيه المشتري أو يتعدّى للمشتري التصرّف فيه فيبقى في ذمّته »**[2]؛ ضرورة أنّ جواز تصرّف المشتري فيه مستلزم لبقاء ملكه عليه، وحينئذٍ فالنماء بين التعيين والتلف له. اللهمّ إلّا أن يقال: يمكن التزام الشهيد بأنّه ملك البائع متزلزلاً فله الرجوع فيه، فالنماء حينئذٍ له إلّا إذا أعاده المشتري إلى ملكه.

وفي الروضة: « أنّه ربّما قيل ببقائه على ملك المشتري وإن كان تلفه من البائع »[3]. ثمّ إنّه قد ينقدح بناءً على التشخيص القول بمثله فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الإشاعة بحيث يتعيّن المدفوع للشريك ولا يتلف منهما معاً. وكذا لو تسلّط الظالم بنفسه وأخذ قدر نصيب الشريك. لكن في جامع المقاصد وحاشية الإرشاد: « لم أجد تصريحاً للأصحاب بنفي ولا إثبات، مع أنّ الضرر قائم هنا »[4]، وفي الأوّل أنّ المتجه العدم، وفي الثاني أنّ الحكم مشكل.

قلت: ويؤيّده الأصل، وعدم التقصير من الشريك فلا ضرر من قبله، والله أعلم.

[٤] **لكن صرّح المصنّف هناك**[5] **بقبض الحاكم.** ولا فرق بين المقامين على الظاهر.

[٥] لاتحاد الجميع في المدرك، كما هو واضح. لكن لا يخفى أنّه قد ذكرنا ذلك كلّه موافقة لكلماتهم التي جملة منها مجرّد دعوى بلا دليل، فضلاً عن أن يصلح قاطعاً لأصالة عدم تشخّص الدين، وعدم ملك المستحق، وعدم براءة ذمّة المستحق عليه في جملة من الصور المفهومة من كلامهم. وكذا دعوى ملك المستحق لما يعيّنه المديون متزلزلاً على وجه يجوز للدافع الرجوع به. أو دعوى أنّه باقٍ على ملك الدافع ولكن التلف يكون من مال الديان.

---

(١) المسالك ٣: ٤٢٥.
(٢) الدروس ٣: ٢٠٥.
(٣) الروضة ٣: ٥٢٠.
(٤) جامع المقاصد ٥: ٤١. حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٧٣، وفيه: أنّ في الثاني مثل ما في الأوّل.
(٥) الشرائع ٢: ٦٥.

ج ٢٤ = ١١٩

نعم قد يقال: في خصوص ما لو مكّنه منه على وجه يدخل به تحت يده عرفاً وتحت سلطانه وتحت قبضته برأت ذمّة المديون وصيرورة المال ملكاً للديان [١].

وإن قال له: إنّ حقّك موجود هو في الدار ونحو ذلك ممّا هو طلب للتمكين منه لا أنّه مكّنه فعلاً فإنّ الظاهر عدم تشخّص الحقّ بذلك ولو مع تعذّر الحاكم والعدول [٢].

[لا يجوز تأخير ثمن المبيع بزيادة فيها]:

(ويجوز بيع المتاع حالاً ومؤجّلاً بزيادة عن ثمنه) ونقصان جوازاً لاخيار فيه **(إذا كان)** كلّ من البائع و**(المشتري عارفاً بقيمته)** ما لم يكن سفهاً، وإلّا بطل العقد إن كان بعد تحجير الحاكم أو قبله، بناءً على عدم الحاجة إليه في منع تصرّفه، كما أنّ للمغبون منهما الخيار مع الجهل بالقيمة [٣].

(و) كذا [المختار] [٤] أنّه **(لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من الحقوق المالية بزيادة فيها)** [٥].

سواء وقع على جهة البيع أو الصلح أو الجعالة أو غيرها.

---

[١] لأنّه قبض أو كالقبض؛ ضرورة صدق الأداء والوفاء والإعطاء ونحوها ممّا هو مستفاد من خطاب الديان، وكذا بالنسبة إلى أداء الأمانة وإيصال المغصوب وخروج المبيع عن ضمان البائع.

وربّما يشهد لذلك في الجملة ما ذكروه في غير المقام من صدق الوفاء وإيصال الحقّ إلى مستحقّه بالدسّ في المال، على وجه يدخل في قبضته وتحت سلطانه.

ويمكن تنزيل عبارة المتن ونحوها على هذه الصورة، ولذا لم يعتبروا إذن الحاكم، بخلاف غيرها من الصور التي لا يصدق معها التمكين فعلاً.

[٢] للأصل، بل الأُصول، ومشروعية المقاصّة لا تقتضي مشروعية ذلك.

نعم هنا بحث في ولاية الحاكم عنه في القبض حينئذٍ أو في حال الغيبة، وأراد المديون فراغ ذمّته وهو شيء آخر غير ما نحن فيه من تعيين من عليه الحقّ.

وبذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات، حتى ما سمعته من الكركي، فإنّه وإن كان قد حام حول الحمى فيما ذكره من مسألة وجوب الحفظ وعدمه، إلّا أنّ ظاهره الاكتفاء بتعيينه في الصورة الأُولى وإن وجب عليه الحفظ، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك**، وإن كان في عبارة المتن وغيرها من عبارات الأصحاب خلل ممّا في تأدية ذلك، إلّا أنّه سهل بعد وضوح الحال ومعلومية الحكم.

[٤] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك]**.

[٥] لأنّه ربا محرّم كتاباً[١] وسنّة[٢] وإجماعاً، فلا يجوز.

---

(١) البقرة: ٢٧٨.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ١١٧، ب ١ من الربا.

ولو اشترط في عقد آخر فسد وأفسد [١]. نعم لا بأس بجعل الزيادة المبذولة في ثمن مبيع آخر لا في مقابلها، مع اشتراط التأخير في الدين الحالّ إلى الأجل المسمّى [٢].

(و) كذا (**يجوز تعجيلها**) أي سائر الحقوق المالية المؤجّلة (**بنقصان منها**) [٣].

على جهة الصلح وهو المسمّى بالحطيطة أو الإبراء من كلّ منهما [٤].

و[المختار] [٥] جواز الصلح عن التأخير بغير الزيادة [٦].

---

[١] إذ هو لا يحلّل الحرام.

[٢] كما صرّحت به النصوص والفتاوى:

١ ـ قال محمد بن إسحاق بن عمار للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة بألف درهم تساوي مئة درهم ويؤخّر عليه المال إلى وقت، فأجابه «لا بأس [به]، قد أمرني أبي ففعلت ذلك»[١].

٢ ـ وقال لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخّرني بها وأنا أُربحك فأبيعه جبّة تقوّم عليَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال: بعشرين ألفاً وأُؤخّره بالمال، قال: «لا بأس»[٢].

٣ ـ وقال عبدالملك: سألته عن الرجل أُريد أن أُعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب منّي مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مئة درهم بألف درهم، فأقول: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أُؤخّر بثمنها وبمالي عليك بكذا وكذا شهراً، فقال: «لا بأس»[٣].

٤ ـ إلى غير ذلك ممّا هو صريح في الجواز على الوجه المزبور وظاهر في عدمه مع جعل الزيادة في مقابل التأخير. ولا يقدح في ذلك كونها حيلة للتخلّص من الربا، بعد أن وردت بها النصوص وأفتى به الأصحاب، بل هي على مقتضى الضوابط الشرعيّة ونعم الحيلة ما يفرّ بها من الباطل إلى الحقّ.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه.**

[٤] ويدلّ عليه: ١ ـ مضافاً إلى الأصل. ٢ ـ مرسل أبان عن الصادق عليه السلام سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحلّ الأجل: عجّل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحلّ ذلك لواحد منهما؟ قال: «نعم»[٤].

٣ ـ وقال ابن أبي عمير: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: أنقدني كذا وكذا وأضع عنك بقيّته أو يقول: أنقدني بعضه وأمدّ لك في الأجل فيما بقي عليك؟ فقال: لا أرى به بأساً إنّه لم يزد على رأس ماله، قال الله جلّ ثناؤه: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٥]»[٦]. ٣ ـ ونحوه صحيح محمد بن مسلم[٧].

[٥] [كما] منهما [=الروايتين] يعلم [ذلك].

[٦] لعدم تحقّق الربا فيه هنا، فتأمّل جيّداً، وستسمع في باب القرض تمام البحث في هذه المسألة إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

---

(١) الوسائل ١٨: ٥٥، ب ٩ من أحكام العقود، ح ٦.
(٢) المصدر السابق: ح ٤.
(٣) المصدر السابق: ح ٥.
(٤) الوسائل ١٨: ٤٤٩، ب ٧ من الصلح، ح ٢.
(٥) البقرة: ٢٧٩.
(٦) الوسائل ١٨: ٤٤٨، ب ٧ من الصلح، ح ١، مع اختلاف.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٧٦، ب ٣٢ من الدين، ح ١.

[جواز بيع ما اشتراه نسيئة على البائع مرابحة]:

(**ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل وأراد بيعه مرابحة**) أي بالزيادة على رأس المال بما يتراضيان به، كما أنّ التولية البيع بما يساويه، والوضيعة بالأنقص، والمساومة بما يقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال، والواجب في الأوّل الإخبار بقدر الثمن وجنسه ووصفه فمع فرض أنّه مؤجّل (**فليذكر الأجل**) لأنّ له قسطاً من الثمن (**فإن باع**) حالاً أو إلى أجل دون أجله (**ولم يذكره**) صحّ البيع [١].

نعم (**كان المشتري بالخيار بين ردّه وإمساكه بما وقع عليه العقد**) [٢].

(و) لكنّ (**المروي**) هنا (**أنّه**) يصحّ البيع و(**يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع**) [٣].

---

[١] **بلا خلاف. ١ ـ بل الإجماع بقسميه عليه. ٢ ـ** للعموم، وخصوص النصوص[١]. **٣ ـ** ووجود المقتضي، مع عدم ما يصلح للمانعية سوى التدليس المزبور، الذي هو كالداعي إلى تعلّق الرضا والقصد إلى البيع المخصوص.

[٢] ١ ـ للتدليس. ٢ ـ ولفوات ما هو كالشرط أو الوصف. ٣ ـ ولحديث الضرار[٢]، المنجبر هنا بفتوى كثير، بل في تعليق الإرشاد الأكثر[٣]. **بل في الرياض: «أنّه الأشهر بين الطائفة، سيما متأخّريهم، بل ظاهرهم الاتّفاق عليه كافّة»[٤] إلّا من الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة[٥]، بل في موضع آخر منه أنّه المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً من متأخّري الطائفة، مع رجوع الشيخ في الخلاف والمبسوط[٦] عما في النهاية[٧]**، مؤيّداً ذلك كلّه بثبوته فيما هو مثله في المعنى من الكذب والخطأ بمقدار الثمن، **من غير خلاف يعرف فيه بينهم، إلّا من المحكي عن الاسكافي[٨]** فله الأخذ بحطّ الزيادة وربحها، والمبسوط[٩] حيث يظهر غلطه، وعن الخلاف[١٠] أنّه قوّاه، مع أنّه لا دلالة في كلام الاسكافي على سقوط الخيار، ولعلّه يثبته له مع ذلك.

[٣] ١ ـ ففي صحيح هشام عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يشتري المتاع إلى أجل، فقال: «ليس له أن يبيعه مرابحة إلّا إلى الأجل الذي اشتراه [إليه]، فإن باعه مرابحة ولم يخبره كان للذي اشتراه من الأجل مثل ذلك»[١١].

٢ ـ وخبر أبي محمد الوابشي الذي لا تقدح جهالته بعد أن كان الراوي عنه ابن محبوب في وجه في معقد الإجماع على تصحيح ما يصح عنه ـ قال: سمعت رجلاً يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير إلى سنة ثمّ باعه من رجل آخر مرابحة أله أن يأخذ منه ثمنه حالاً والربح؟ قال: «ليس عليه إلّا مثل الذي اشترى إن كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد، وإن لم يكن نقد شيئاً [آخر] فالمال عليه إلى الأجل الذي اشتراه [إليه]»[١٢].

٣ ـ وخبر ميسر بياع الزطي ـ الذي هو كالصحيح في الوجه المزبور؛ لأنّ في السند صفوان ـ قال لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا نشتري

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٨٢، ب٢٥ من أحكام العقود. (٢) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.
(٣) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٨٦. (٤) الرياض ٨: ٢٢٢.
(٥) النهاية: ٣٨٩. نقله عن القاضي في المختلف ٥: ١٥٩. الوسيلة: ٢٤٣.
(٦) الخلاف ٣: ١٣٥. المبسوط ٢: ١٤٢. (٧) الرياض ٨: ٢٢٣.
(٨) نقله في المختلف ٥: ١٥٦. (٩)(١٠) المبسوط ٣: ١٤٢ـ ١٤٣، الخلاف ٣: ١٣٧ـ ١٣٨.
(١١)(١٢) الوسائل ١٨: ٨٣، ب٢٥ من أحكام العقود، ح٢، ٣.

المتاع بنظرة فيجيء الرجل فيقول: بكم يقوّم عليكم فأقول: بكذا وكذا فأبيعه بربح؟ فقال: «إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك»، قال: فاسترجعت، وقلت: هلكنا[١] الحديث.

والمراد منه بقرينة الخبرين السابقين أنّه إذا باعه مرابحة ولم يذكر الأجل، لا أنّ المراد بيان وجوب الإخبار خاصة فهو واضح الدلالة كالسابقين. وأمّا السند فقد عرفت حاله في جميعها فالعمل بها متجه، خصوصاً بعد أن لم تكن مهجورة، بل عمل بها الاسكافي والشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة والمحدّث البحراني[٢] على ما حكي عن بعضهم، ومال إليه الأردبيلي أو قال به في المحكي عنه[٣]. ولم يعلم حال من لم يتعرّض لذلك منهم، كالصدوق والمفيد وأبي يعلى وعلم الهدى والراوندي على ما قيل[٤]. وعن صاحب الرموز التوقّف كالشهيد في غاية المراد[٥] وظاهر الدروس والمحقق الثاني في تعليق الإرشاد[٦]، بل قيل[٧]: إنّ التوقف ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام والتنقيح والمقتصر[٨]، والتوقّف من جهتها كالعمل بها في الخروج عن الشذوذ والهجر، بل عمل بها في المختلف في الجملة، قال ـ بعد أن ذكرها دليلاً للشيخ: ـ «والجواب أنّها محمولة على ما إذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد، فإنّه والحال هذه يكون له من الأجل مثل ما كان للبائع على إشكال»[٩].

وإن كان قد يناقش فيه بأنّه ـ مع كونه إحداث قول في المسألة ـ لا فرق في ظاهرها بين التصريح بالنقد وعدمه، بعد أن كان الإطلاق منصرفاً إليه، خصوصاً بعد ما عرفت من تصريحهم بأنّه مؤكّد، على أنّ الظاهر اتحاد محلّ النزاع في كلام الأصحاب مع مضمون النصوص.

والظاهر أنّ مراد المختلف بقوله: «باعه بمثل ما اشتراه» التصريح بتعيين الثمن، وأنّه هو الذي اشتراه به وأخفى النسيئة، لا أنّه عقد البيع كذلك؛ ضرورة بطلانه حينئذٍ فضلاً أن يكون له من الأجل مثله.

لكن في حاشية الإرشاد للكركي: «ظاهر الأخبار يقتضي ثبوت مثل الأجل؛ لكن ليس فيها تصريح بكون البائع عيّن الثمن وأهمل الأجل أو باع بمثل ما اشتراه ولم يعيّن شيئاً، والمصنّف في المختلف حمل الروايات على المعنى الثاني، وأشكله... وأكثر الأصحاب على أنّه يلزم المشتري الثمن حالاً»[١٠]. ثمّ قال: «وأقول: إذا عيّن البائع الثمن وأهمل ذكر الأجل وجرى العقد على ذلك ينبغي الجزم بالصحّة من غير أجل؛ إذ ليس في الأخبار ولا غيرها ما ينافي ذلك، غاية ما في الباب ثبوت الخيار للمشتري للتدليس فإنّ للأجل قسطاً من الثمن، وإذا باع بمثل ما اشتراه ولم يعيّن شيئاً وكان مؤجّلاً استحق مثل الأجل إن صححنا البيع، وهذه هي مدلول الروايات، لكن نحن في صحته من المتوقفين؛ لما فيه من الغرر»[١١]. وهو كما ترى، بل الخبر الثالث كالصريح في خلافه.

---

(١) المصدر السابق: ٨٢، ح ١، وفيه: «عليك» بدل «عليكم».
(٢) نقله عن الإسكافي والقاضي في المختلف ٥: ١٥٩. النهاية: ٣٨٩. الوسيلة: ٢٤٣. الحدائق ١٩: ٢٠٣ ـ ٢٠٤.
(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٧٥ ـ ٣٧٦.
(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٤٩٩.
(٥) كشف الرموز ١: ٤٦٥ ـ ٤٦٦. غاية المراد ٢: ٩١.
(٦) الدروس ٣: ٢١٩. حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٨٧.
(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٤٩٩.
(٨) شرح الإرشاد: ١٦٣ (مخطوط). التنقيح ٢: ٥٧ ـ ٥٨. المقتصر ١٧١ ـ ١٧٢.
(٩) المختلف ٥: ١٦١.
(١٠) (١١) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

وكيف كان فالعمل بالنصوص متوجّه [١]. نعم يمكن القول بثبوت الخيار مع ذلك إن لم ينعقد الإجماع على خلافه [٢].

والظاهر إرادة ثبوت مقدار أجل البائع للمشتري [٣] لا ما بقى من أجل البائع [٤].

كما أنّ الظاهر مساواة هذا الأجل للأجل المذكور في العقد في جميع الأحكام المذكورة من الحلول بالموت، وعدم وجوب القبض على البائع لو دفعه إليه المشتري قبل الحلول، ونحو ذلك.

ولا يسقط هذا الخيار بناءً عليه ببذل البائع الأجل ولا بتلف المبيع من المشتري ولا بتصرّفه فيه قبل العلم به، بل يفسخ ويردّ القيمة أو المثل نحو ما سمعته في خيار الغبن [٥]. ولو باعه وضيعة أو تولية ولم يخبره ففي تعدية المبحث المزبور قوّة كالقوّة فيما لو باعه مؤجّلاً دون الأجل الذي اشترى به. ولو باعه مؤجّلاً مرابحة بمقداره، لكن لا على أنّ رأس المال كذلك ففي تسلّط المشتري على الخيار وجه أيضاً، والله أعلم.

(النظر الثاني) من الستة :

[ما يدخل في المبيع]:

(فيما يدخل في المبيع و) [المختار] [٦] **أنّ (الضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغةً أو عرفاً)** [٧].

---

[١] سيما مع عدم شدّة مخالفتها للقواعد؛ إذ ليس إلّا اقتضاء إطلاق العقد الحلول وقد يمنع في مثل المقام المبني على البيع مرابحة، بل لو صرّح فيه بذلك بزعم أنّ رأس المال كذلك أمكن عدم الالتفات إليه.

[٢] إذ ربّما يكون مقصوده الشراء حالّاً؛ لعدم المنافاة بينها وبين ما دلّ عليه.

[٣] [كما] من النصوص المزبورة.

[٤] إذ قد يبيعه بعد حلول أجله عليه.

[٥] **وفي القواعد[1] النظر في السقوط بالأخيرين.**

وقد مرّ في الغبن وفي بحث تلف المبيع مدّة الخيار ما يعلم منه الحال هنا، فلا نعيده، فلاحظ وتأمّل.

[٦] **[كما هو] المعروف بينهم.**

[٧] **لكن قال ثاني الشهيدين منهم: المراد بالعرف ما يشمل الخاص الذي منه الشرعي، بل هو مقدّم عليهما إذا لم تتفق ثمّ العرفي ثمّ اللغوي[2]. وتبعه في الحدائق، فقال: «إنّ الأظهر أن يقال: إنّ الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية إن وجدت، وإلّا فعلى عرفهم عليهم السلام؛ لأنّه يقدّم على عرف الناس، وإلّا فعلى ماهو المتعارف في ألسن المخاطبين والمتبادر في محاوراتهم وإن اختلفت في ذلك الأصقاع والبلدان، ثمّ مع تعذر ذلك فاللغة، وربّما قدم بعضهم اللغة على العرف»[3]**. وهو من غرائب الكلام؛ إذ فيه مالا يخفى إذا أراد تقديم الشرعي على العرف الخاص للمتعاقدين؛ ضرورة تبعية عقدهما لقصدهما.

---

(١) القواعد ٢: ٥٩.

(٢) الروضة ٣: ٥٣٠.

(٣) الحدائق ١٩: ١٤٣.

[والعرف الخاص للمتعاقدين مقدم على غيرة] بل لو قصدا غيره مع الجهل به بطل ولو الشرعي.

نعم لو علماه وقصداه صحّ وإن كان غير عرفهما، من غير فرق بين الشرعي والعرفي [١].

ثمّ ينبغي أنّ يعلم أن ما يدخل في المبيع قد يكون من جهة تناول اللفظ، وقد يكون من جهة غيره [٢].

---

[١] بل وفيه أيضاً ـ فيما إذا لم يكن لهما عرف خاص، بل كان للعرف العام الشامل لهما معنى مغاير للشرعي ـ أنّ الظاهر إرادة ذلك [= العرف العام] من لفظهما، لا الحقيقة الشرعية التي يحمل عليها لفظ الشارع ومن تبعه في الاستعمال، وبعض النصوص الواردة[١] في بعض الألفاظ في النذر والوقف والوصية، مع أنّها واردة في موارد خاصة، بل قيل[٢]: إنّها في الألفاظ التي لم يعلم لها معان معيّنة في العرف واللغة، وإنّما هي مجملة أومبهمة غير متفق عليها بين الطائفة في موردها فضلاً عن غيره. والبحث في تقديم العرفية على اللغوية أو العكس إنّما هو في الاستعمال الذي لم يعلم حصوله قبل هجر اللغة أو بعده، لا في مثل المقام الذي فرض ذلك فيه نادر. وظنّي أنّ الاشتباه نشأ من ذكر هذا الترتيب في الألفاظ الواردة في خطاب الشارع، فزعموا أنّ المقام مثله. والفرق بينهما في غاية الوضوح. نعم قد يقال: بتقدم الحكم الشرعي على ماهو مقتضى العرف، كما تسمعه في دخول ثمرة النخل قبل التأبير في ملك المشتري وإن لم يكن هو على مقتضى العرف، بل وإن كان العرف على خلافه. وهو مع أنّ فيه من الإشكال ما تسمعه غير محّل البحث. لكن قد يريده الشهيد أو نحوه ممّا لا يكون به مخالفاً.

[٢] وكلام معظم الأصحاب هنا في بيان الأوّل وإن شمل بعض كلماتهم ـ ولو من حيث تعلّق البيع ـ التوابع في المبيع التي يقطع بعدم تناول لفظ المبيع لها كطريق الدار، وثياب العبد. إلّا أنّ الأمر سهل، بعد أن كان المرجع في حكم التبعيّة الشرع، أو العرف؛ إذ الفرض عدم ذكر ما يدلّ عليها في العقد الناقل، وقد لا تكون حاضرة في ذهن المتعاقدين. ودعوى أنّ الدلالة التزامية يدفعها منع اللزوم بينها وبين متعلّق البيع، مع أنّ المحكي عن قطب الدين الرازي أنّ المراد بتناول اللفظ بالدلالة المطابقية والتضمّنية لا الالتزامية، فلا يدخل الحائط لو باع السقف[٣]، واستحسنه في المسالك[٤]. **لكن في الحدائق بعد أن حكى ما سمعت عن القطب حكى عن الأردبيلي أنّ المراد بالمعاني ما يفهم منها بحسب التخاطب إرادة اللافظ ذلك مطابقاً أو تضمّناً أو إلتزاماً، ثمّ قال: «وهو الأظهر بالنظر إلى ما قدّمنا نقله عنهم من الحوالة على العرف»**[٥].

قلت: الدلالة الالتزامية المصطلحة هي الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم بواسطة اللزوم بينهما عقلاً أو عرفاً، أراده اللافظ أو لم يرده، فتعليق صيغة البيع باللفظ الدالّ على الأوّل لا يقتضي إرادة نقل الثاني قطعاً، وإن دلّ عليه أي صار سبباً لحضوره في ذهن السامع عند ذكر الدالّ على الملزوم، وبينهما بون بعيد. وفرضه لازماً للإرادة، بمعنى: أنّ قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الآخر في الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوّره، فلم يبق في مثل التوابع المزبورة إلّا التبعية شرعاً أو عرفاً لنقل ذلك المبيع، لا أنّه قصد بالعقد نقلها، وأنّه هو الذي أثّر انتقالها كالمتبوع، وحيث كان الناقل في الفرض لفظ صيغة البيع أمكن اندراجه حينئذٍ في الضابط المزبور بهذا الاعتبار، بناءً على إرادة ما يشمل ذلك من اللفظ فيه، وإلّا فهي تابعة للنقل ولو كان بالفعل، بناءً على حصوله بالمعاطاة، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق.

---

(١) المستدرك ١٤: ٤٧، ب٢ من الوقوف، ح١، ٢.
(٢) الرياض ٨: ٢٣٠، مفتاح الكرامة ٤: ٦٦٩.
(٣)(٤) المسالك ٣: ٢٢٧.
(٥) الحدائق ١٩: ١٤٥.

ثمّ إنّ الظاهر كون محلّ البحث في اللفظ الذي صار مورداً للعقد حال غفلة المتعاقدين عمّا شك في دخوله فيه، وعمّا اختلف فيه؛ إذ مع تنبههما لذلك ولم يتعرّضا للدخول والخروج، ولا كان العرف عندهما منقّحاً، يقوى بطلان البيع [١]، بخلاف ما إذا كانا غافلين واكتفيا في علم المبيع بمعظم أجزائه ولم يتنبّها لاستحضار تمامها، فانّ الصحة فيه واضحة.

ويتّجه حينئذٍ نزاعهما في دخول بعض الأشياء وخروجها، والمرافعة للحاكم، فيحكم بينهما بحسب ما يراه من الدخول والخروج ولو من جهة الشك.

وقد يقال: بالصحة في الأوّل أيضاً، بناءً على عدم قدح مثل هذه الجهالة في أمثال ذلك في الصحة، بعد أن كان معظم المراد من اللفظ معلوماً، فتأمّل جيداً.

كما أنّه يمكن القول بالبطلان فيهما.

هذا كلّه مع الجهل في أجزاء مسمّى مورد العقد.

أمّا الجهل بالتوابع فغير قادح [٢].

وكيف كان فقد تعارف [٣] البحث في ألفاظ مخصوصة لكثرة دورانها

فمنها: لفظ البستان والباغ.

(فمن باع بستاناً دخل) فيه **(الشجر)** والنخل والأرض [٤].

من غير فرق بين ما قصد منه الثمر من الشجر وغيره، بل الظاهر دخول الميت من النخل فيها إذا لم تكن مقطوعة فضلاً عن المشرف.

وكذا الشجر على إشكال فيه، والسعف اليابس في النخلة، والأغصان اليابسة في الشجرة [٥].

(و) أمّا **(الأبنية)** فلا ريب في دخول سورها **(فيه)** [٦]، وكذا غيره ممّا يعدّ من توابعها ومرافقها، ويدخل

---

[١] للجهالة؛ إذ إناطة البيع بمعنى اللفظ، مع فرض عدم معرفته لا ريب في كونه منها.

[٢] إذ قد عرفت أنّ مرجعها إلى الشرع، لا إلى ألفاظ المتعاملين، والمسألة غير منقّحة في كلام الأصحاب، وظنّ المجتهد الذي يترافعان إليه في الدخول والخروج كافٍ؛ لأنّه من ظن الموضوع، بل لا يبعد الاكتفاء به في ظن التبعيّة.

[٣] **[كما هو كذلك] بين الأصحاب.**

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٥] **لكن في القواعد: «لا يدخل الغصن اليابس، ولا السعف اليابس على إشكال، وفي ورق التوت نظر»**[1].

إلّا أنّ ضعفه واضح، والقطع عادة لا يخرجه عن الجزئية.

[٦] **كما نصّ عليه في جامع المقاصد ومحكي التذكرة**[2].

---

(١) القواعد ٢: ٨٣ـ ٨٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٧١. التذكرة ١٢: ٥٤.

في نحو إطلاق : باع فلان بستانه [١].

ولعلّ الأقوى [أي في صدق البستان على البناء] الرجوع فيه إلى العادة المختلفة باختلاف الأمكنة وأوضاع البناء وغيرهما [٢].

ولا ريب في تبعيّة المجاز [٣]، بل والشرب أيضاً [٤].

وكذا يتبعها العريش الذي يوضع عليه الغضبان إذا كان ثابتاً دائماً أو غالباً ، دون المنقول دائماً أو غالباً [٥].

وليس لفظ الكرم كالبستان قطعاً [٦].

---

[١] **ولكن في القواعد الإشكال فيه**(١).

وفي المسالك وجهان ، من ذلك ، ومن عدم دخوله في مسمّاه لغةً ، ولذا يسمّى بستاناً وإن لم يكن فيه بناء ، بخلاف ما إذا لم يكن فيه شجر ، فتنتفي دلالة المطابقة والتضمّن ، وأمّا انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازماً بحيث يلزم من تصوّره تصوّره(٢).

وفيه : أنّه يمكن كونه جزءً من الفرد المبيع ، لا من مفهوم البستان الصادق مع عدمه كصدقه مع قطع بعض الأشجار منه .

[٢] **وإليه أومأ في الدروس بقوله : « يدخل فيه ... الجدار والبناء الذي جرت العادة بكونه فيه دون غيره »**(٣).

لكن في التذكرة : « عندنا لا يدخل »(٤).

[٣] لأنّه من ضرورات الانتفاع بها .

[٤] لذلك ، **كما جزم به في الدروس وجامع المقاصد**(٥) ، **لكن في القواعد والتذكرة الإشكال فيهما**(٦) ولا وجه معتدّ به للأوّل ، بل والثاني مع الانحصار ؛ لامتناع الانتفاع المطلوب من البستان بدونه ، كما هو واضح . واحتمال كون الإشكال من حيث المفهوم ـ وان كان داخلاً بوجه آخر ـ فيه مالا يخفى .

كاحتمال كونه مع التمكّن من مجاز وشرب آخر لها .

[٥] **مع أنّ في الدروس وجهاً في الدخول**(٧) ، **وأطلق في القواعد الدخول على إشكال**(٨) ، **كاطلاقه في التذكرة : أنّ الأقرب عدم الدخول**(٩).

[٦] **خلافاً للمحكي في التذكرة عن الشافعية قال : « وليس جيّداً ، فإنّ العادة والعرف والاستعمال يقتضي عدم دخول الحائط في مسمّى الكرم ودخوله في البستان »**(١٠).

وفي المسالك : أنّ المرجع في دخول الأرض والعريش والطريق والشرب والبناء لو باعه بلفظ الكرم العرف ، فإن أفاد دخولها في مسمّاه دخل ، وإلّا فلا ، ولو أفاد دخول بعضها خاصة اختص به ، وكذا القول في باقي الأشجار الثابتة معه ، ومع الشكّ في تناول العرف لها لا تدخل(١١). **وأوضح من ذلك ما في الدروس : « ولو باعه بلفظ الكرم تناول العنب لا غير إلّا مع القرينة »**(١٢).

---

(١)(٨) القواعد ٢ : ٨١.

(٢)(١١) المسالك ٣ : ٢٢٨ ، وفيه : « النابتة » بدل « الثابتة ».

(٣)(٧)(١٢) الدروس ٣ : ٢٠٧.

(٤)(٩)(١٠) التذكرة ١٢ : ٥٤ ـ ٥٥.

(٥) الدروس ٣ : ٢٠٧. جامع المقاصد ٤ : ٣٧٢.

(٦) القواعد ٢ : ٨١. التذكرة ١٢ : ٥٥.

ومنها: الدار التي أشار إليها المصنّف بقوله: (**وكذا من باع داراً دخل فيها الأرض والأبنية الأعلى**[١] **والأسفل**) [١].

(**إلّا أن يكون الأعلى مستقلّاً بما تشهد العادة بخروجه مثل أن يكون مساكن منفردة**) لها طريق مخصوص ونحوه، كما في بعض البلدان.

والظاهر اشتراك السقف حينئذٍ بينهما [٢]. (**و**) كذا [المختار] [٣] أنّه (**تدخل الأبواب**) المنصوبة والحلق والمغالق والسلاسل والعتبات (**والأغلاق المنصوبة**) عليها (**في بيع الدار وان لم يسمّها**).

بل الظاهر دخولها فيها لا في بيعها خاصة [٤] (**وكذا الأخشاب المستدخلة في البناء**) بل (**والأوتاد المثبتة فيه، والسلّم المثبت في الأبنية على حذو الدرج**) بل والحمام المعدّ لها والحوض والخوابي المثبتة في الأرض، والحيطان، بحيث تصير من أجزائها وتوابعها [٥].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٢] وعليه يحمل إطلاق المكاتبة الصحيحة: «في رجل اشترى من رجل بيتاً في دار له بجميع حقوقه وفوقه بيت آخر هل يدخل البيت الأعلى في حقوق البيت الأسفل أم لا؟ فوقّع عليه السلام: «ليس له إلّا ما اشتراه باسمه وموضعه إن شاء الله»[٢]، مع أنّها في البيت لا في الدار.

[٣] **[إذ] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٤] **كما هوظاهر العبارة.**

[٥] **خلافاً للفاضل في التذكرة كما حكاه في المسالك، فنفى دخول السلالم المسمّرة والرفوف الموضوعة على الأوتاد من غير سمر، والأوتاد المثبتة؛ لخروجها عن إسم الدار**[٣]**، وفي أكثر كتبه كما حكاه في المسالك أيضاً الخوابي مطلقاً**[٤]، وقد يحمل على مالا تعدّ من أجزائها، **قال في التذكرة: «ما أُثبت في الدار لا على وجه الدوام والبقاء فيها كالرفوف والدنان والإجّانات المثبتة، والسلالم المسمّرة، والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران، والتحتاني من حجري الرحا، وخشب القصار، ومعجن الخباز، الأقرب عدم دخوله؛ لأنّها ليست من أجزاء الدار، وإنما أُثبتت لسهولة الإرتفاق بها كيلا يتزعزع ويتحرّك عند الاستعمال»**[٥]**. وقال في الدروس: «لا يدخل فيها مابها من آلة ولو كانت مدفونة». ثمّ بعد أن حكى عن الشيخ دخولها لأنّها كالخزائن، قال: «نعم لو كانت الخابية مثبتة في الجدران قرب دخولها»**[٦]**. وفي المسالك: «لو كان السلّم غير مثبت لم يدخل قطعاً»**[٧].

قلت: قد يناقش فيه على إطلاقه.

---

(١) في الشرائع: «والأعلى».
(٢) الوسائل ١٨: ٩١، ب ٣١ من أحكام العقود، ح ١.
(٣) التذكرة ١٢: ٥٨ ـ ٥٩. المسالك ٣: ٢٢٩.
(٤) انظر القواعد ٢: ٨١. التحرير ٢: ٣٢٨. المختلف ٥: ٢٧٥. المسالك ٣: ٢٢٩.
(٥) التذكرة ١٢: ٥٩.
(٦) الدروس ٣: ٢٠٨.
(٧) المسالك ٣: ٢٢٩.

وكيف كان فلا يدخل فيها الكنوز المذخورة، والأحجار المدفونة وما ليس بمتّصل كالفرش والستور والحبل والدلو والبكرة والقفل ونحو ذلك.

ويقوى دخول ألواح الدكاكين [١].

قلت: لا ريب في دخول الألواح التي هي أبواب لها وإن لم تكن ثابتة؛ لسهولة الارتفاق بسعة الباب، أمّا الألواح المسمّاة بالخوان في عرفنا فالظاهر عدم الدخول [٢].

(وفي دخول المفاتيح) للأغلاق المنصوبة **(تردّد، ودخولها أشبه)** [٣].

(ولا تدخل الرحى المنصوبة) قطعاً **(إلّا مع الشرط)** [٤]، ويدخل في بيع الدار المجاز.

ولو قال بحقوقها وتعدّد دخل الجميع، ولو لم يقل فـ[ـقد قيل:] [٥] إشكال [٦].

وكذا يدخل فيه البئر، بل والماء الذي فيه [٧].

(ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل) في الدار ولا **(في المبيع)** [٨].

---

[١] **كما في المسالك[١]، واستشكل فيه في القواعد[٢].**

وفي التذكرة: «أنّ الأقرب الدخول؛ لأنّها أبواب لها، فأشبه الباب المثبت، ويحتمل عدم الدخول؛ لأنّها تنقل وتحوّل فكانت كالفرش»[٣].

[٢] لأنّها من الآلات، فتأمّل جيّداً.

[٣] لأنّها من التوابع للأغلاق التي عرفت دخولها.

[٤] **خلافاً للمحكي عن المبسوط[٤].**

وضعفه واضح، وإثباتها لسهولة الانتفاع بها، لا لإدخالها في الدار.

[٥] **[قاله] في القواعد.**

[٦] **قال [في القواعد]: «فان قلنا بدخول الجميع فلا بحث، وإلّا وجب التعيين»[٥].**

[٧] **كما نصّ عليه في التذكرة[٦].**

ولا تقدح جهالته بعد أن كان من التوابع.

خلافاً للمحكي عن المبسوط[٧]، فلم يدخله؛ لأنّ له مادّة مجهولة تمنع من صحّة بيعه، فتمنع من دخوله. وتبعه القاضي كما في الدروس[٨] والله أعلم.

[٨] **بلا خلاف كما عن التنقيح[٩] الاعتراف به في بيع الأرض التي هي كالدار في ذلك.**

وفي التذكرة: «لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا»[١٠].

---

(١) المسالك ٣: ٢٢٩.

(٢)(٥) القواعد ٢: ٨٢.

(٣)(٦) التذكرة ١٢: ٥٨، ٦٠.

(٤)(٧) المبسوط ٢: ١٠٦.

(٨) المهذب ١: ٣٧٧. الدروس ٢: ٢٠٨.

(٩) التنقيح ٢: ٦٢.

(١٠) التذكرة ١٢: ٥٧.

٢٣ = ١٣٢

(فإن قال بحقوقها قيل:) [١] (يدخل) [٢]. وضعّفه المصنّف فقال: (ولا أرى هذا شيئاً، بل لو قال: وما دار عليه[١] حائطها أو ما شاكله لزم دخوله) [٣]. وعلى كلّ حال فلا ريب في ضعف الدخول [إلّا في بعض الأشجار مثل المقصود منها نزهة الدار فيكون من قبيل الدخول بالقرائن] [٤].

(وإذا[٢] استثنى نخلة) مثلاً (فله الممرّ إليها والمخرج منها ومدى جرائدها) وعروقها (من الأرض) وليس للمشتري منع شيء من ذلك [٥]. كما أنّه للبائع ذلك لو انعكس الأمر. نعم لا يدخل نفس الأرض في بيع النخل أو الشجر [٦]. لكن يستحقّ من منفعتها ما يتوقّف الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الحرث والسقي وجمع الثمرة ونحو ذلك من حقوقها [٧].

---

[١] والقائل الشيخ كما في المسالك[٣].

[٢] بل فيها: أنّه «يفهم منه الدخول وإن لم يقل بحقوقها، محتجاً بأنّه من حقوقها»[٤]. وفي الدروس عن المبسوط: دخول الشجر والنخل في بيع الدار[٥].

[٣] والذي حكاه الفاضل[٦] وغيره عن الشيخ الدخول في بيع الأرض إذا قال ذلك لا الدار، بل قيل[٧]: إنّه وافقه عليه القاضي وابن حمزة وابن زهرة[٨]. اللهمّ إلّا أن لا يفرّق بينهما.

[٤] سيّما مع كونه على خلاف الأصل. ودعوى كونه من الحقوق ممنوعة في الغالب، بل لو فرض ذلك في بعض الأشجار والزرع المقصود منها نزهة الدار وحسنها كان خارجاً عن محلّ النزاع، ويكون من قبيل الدخول بالقرائن، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق. ومكاتبة الصفار في الصحيح إلى أبي محمّد عليه السلام: في رجل اشترى من رجل أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنّه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها أيدخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقّع عليه السلام: «إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله»[٩] أوضح دلالة على العدم منها [=الدلالة] على الدخول، من حيث تعليق الدخول فيها على ذكر ما أغلق عليه بابها، الدالّ بالمفهوم على العدم، مع عدم ذكره، والمنطوق لاخلاف فيه نقلاً وتحصيلاً؛ لدلالة العرف.

[٥] لأنّه من حقوقها التابعة لها.

[٦] للأصل.

[٧] قال الصادق عليه السلام في خبر السكوني: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل باع نخلاً واستثنى نخلة، بالمدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها»[١٠]. كخبر عقبة بن خالد: عن النبيّ صلى الله عليه وآله قضى في هوائر النخل: «أن تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط آخر، فيختلفون في حقوق ذلك، فقضى أنّ لكلّ نخلة من أُولئك مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها»[١١]. ولعلّ الأصل في الخبر حريم النخل ثمّ اعتراه التصحيف.

---

(١) (٢) في الشرائع: «عليها». في الشرائع: «ولو».
(٣) (٤) المبسوط ٢: ١٠٥. المسالك ٣: ٢٣٠.
(٥) الدروس ٣: ٢٠٨. المبسوط ٢: ١٠٥.
(٦) (٧) التذكرة ١٢: ٤٣. مفتاح الكرامة ٤: ٦٧٠.
(٨) المهذب ١: ٣٧٦. الوسيلة: ٢٤٠. الغنية: ٢٣١.
(٩) الوسائل ١٨: ٩٠، ب٢٩ من أحكام العقود، ح١.
(١٠) الوسائل ١٨: ٩١، ب٣٠ من أحكام العقود ح٢.
(١١) الوسائل ٢٥: ٤٢٤، ب١٠ من إحياء الموات، ح١.

وعلى كلّ حال فالمراد واضح.

وليس أنّه يملك مقدار ذلك من الأرض، بل المراد كون ذلك من الحقوق، فليس للمالك حينئذٍ أن يثني الجرائد، أو يقطع العروق، بل ليس له العمل في الأرض بما يضرّ بالعروق، أو النخلة، أمّا إذا لم يضرّ فالظاهر جوازه [١].

(و) قد ظهر لك ممّا ذكرنا أوّلاً أنّه (**لو باع أرضاً وفيها نخل أو شجر كان الحكم كذلك**)، الذي سمعته، أي لايدخل ما لم يأت بالعبارة السابقة، ونحوها ممّا تدلّ على الشمول.

(**وكذا لو كان فيها زرع**) لم يدخل أيضاً في بيع الأرض ولو كان بذراً [٢].

(**سواء كانت له أُصول تستخلف أو لم يكن، لكن يجب تبقيته في الأرض حتى يحصد**) لأنّه أوانه الذي ينتظر.

والمراد باستخلاف الأُصول أنّه يجزّ مرّة بعد أُخرى، ويجب تبقيته حينئذٍ إلى أن تنتهي جزّاته، ويستقلع والجميع للبائع [٣].

---

[١] **وفي المسالك: «أنّ في الجواز احتمالاً وجيهاً؛ لأنّه مالك الأرض، وإنّما استحقّ مالك الشجرة ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقّف الانتفاع عليه لا الملك، فيقتصر فيه على موضع اليقين».**

ثمّ قال: «وكذا لايجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلّقاتها من الزرع تحتها والإقامة عندها زيادة على المعتاد في أمثالها، مع احتماله أيضاً»[1].

قلت:

لا وجه للاحتمال المزبور إذا لم يتوقّف عليه مصلحة النخلة. وكيف كان فلا ينبغي التأمّل فيما ذكرناه من الأحكام المزبورة.

لكن قال محمد بن الحسن الصفار: كتبت إليه في رجل باع بستاناً له فيه شجر وكرم واستثنى منها شجرة هل يمرّ إلى البستان إلى موضع شجرته التي استثناها، وكم لهذه الشجرة التي استثناها من الأرض التي حولها، بقدر أغصانها، أو بقدر موضعها، التي هي ثابتة فيه، فوقّع عليه السلام: «له من ذلك على حسب ما باع [و أمسك]، فلا يتعدّى الحقّ في ذلك إن شاء الله»[2]. ولعلّ مراده نفي الملكية، لا الاستحقاق بالمعنى الذي ذكرناه، والله أعلم.

[٢] لما عرفت.

[٣] للأصل.

لكن في الدروس عن الشيخ والقاضي: أنّه إن كان مجزوزاً فهو للمشتري، وإلّا فالجزّة الأُولى للبائع والباقي للمشتري[3]. ولا ريب في ضعفه.

---

(١) المسالك ٣: ٢٣٠.

(٢) الوسائل ١٨: ٩٠، ب ٣٠ من أحكام العقود، ح ١.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٦.

نعم لو شرطه المشتري أودلّت القرينة دخل كغيره من الزروع سنبلاً وقطناً مفتّحاً وغيره كان أو غيرهما [١].

قلت : الصحّة مطلقاً [أي سواء كان البذر تابعاً أو أصلاً ، وسواء كان البيع في السنبل والبذر والأرض في عرض واحد أو مع الشرط] لا تخلو من قوّة [٢].

ومنها : النخل والشجر ، ويدخل فيه ولو بالتبعيّة : الكبيرة والصغيرة والعروق والمجاز والشرب على حسب ما عرفته سابقاً في بيع البستان . ولا تدخل الأرض كما سمعته حينئذٍ أيضاً ، بل ولا الأفراخ المتجدّدة ، وإن كانت هي ملكاً للمشتري ، باعتبار كونها نماء ملكه .

وتظهر الثمرة في عدم وجوب إبقائها على البائع كالأُصول ، بل له الإزالة ؛ لأنّ البيع إنّما اقتضى إبقاء الشجرة وما يعدّ من أجزائها ، وليس الفروخ شيئاً منهما . نعم قد يقال : إنّ الإزالة عند صلاحيّة الأخذ وإمكان الانتفاع كما في الزرع والثمرة إذا اشتراهما [٣].

قلت : قد يحتمل وجوب بذل الأجرة [٤].

ولو شرط البقاء فلا بحث في الوجوب [٥].

---

[١] **خلافاً للمحكي عن المبسوط فلا يصحّ في السنبل والقطن ؛** للجهالة له ، مع أنّه جوّز بيع السنبل والبذر مع الأرض(١) . **وعن المختلف : إن كان البذر تابعاً دخل بالشرط ، وإن كان أصلاً بطل**(٢) .

[٢] **بل في الدروس أنّه الوجه**(٣) .

[٣] **بل في جامع المقاصد : « أنّه لا يستحق أُجرة على ذلك ؛ لأنّ البقاء إلى أوان الانتفاع من مقتضيات العقد ، وربّما أُشكل أصل الحكم ، بأنّه إن شملهما اسم الشجر وجب الإبقاء دائماً كالشجرة ، وإن لم يشمله لم يجب إبقاؤه وقتاً مّا ، كما لو نبت حب الغير في أرض آخر . وأُجيب بأنّ اسم الشجرة لا يتناوله ، فلا يجب إبقاؤه دائماً ، لكن لا يجوز إزالته حالاً ؛ لأنّه من نماء الشجرة فهو كثمرتها التي لم تدخل في مسمّاها ، لكن يجب إبقاؤها إلى أوان البلوغ عرفاً ، ثمّ تسوغ الإزالة »**(٤) .

[٤] جمعاً بين الملحقين .

[٥] **هذا ، وفي الدروس : « قيل : ولا تدخل الأفراخ إلّا بالشرط »**(٥) . وهو مشعر بتردّده .

ولعلّه نظر إلى الجزئية باعتبار حصولها من أُصول الشجر . وفيه : أنّه وإن نمت من أُصوله إلّا أنّ العرف اقتضى خروجها عن الجزئية ، وعدّها شجراً آخر .

لكن في جامع المقاصد : « هذا إذا لم يكن نابتة في نفس المغرس ، أمّا إذا نبتت فيه فإشكال »(٦) .

---

(١) المبسوط ٢ : ١٠٢ .

(٢) المختلف ٥ : ٢٧٨ .

(٣) الدروس ٣ : ٢٠٦ .

(٤)(٦) جامع المقاصد ٤ : ٣٧٦ .

(٥) الدروس ٣ : ٢٠٨ .

وكيف كان فلا ريب في استحقاقه البقاء في الأصول، ولو انقلعت سقط حقه، وليس له غرس غيرها فيه، كما أنّه ليس له الإبقاء في المغرس مثبتة [١].

بل الظاهر عدم وجوب بقاء أصلها لرجاء أن ينبت [٢].

بل الظاهر كون الحكم كذلك، وإن اشترط بقاء الأفراخ إذا لم يكن فرخ حال الموت.

نعم لو كان موجوداً وبقاء الأصل له مدخلية في بقائه اتجه حينئذٍ وجوب الإبقاء، والله أعلم.

(**ولو باع نخلاً قد أبّر ثمرها**) أي لقّح بذر طلع الفحل من النخل في طلع الإناث بعد تشقيقه (**فهو للبائع**) [٣] (**لأنّ اسم النخلة لا يتناوله، ولقول أمير المؤمنين عليه السلام**[١]) [٤] (**من باع نخلاً قد أبّره**[٢] **فثمرته للبائع إلّا أن يشترط**)[٣] المبتاع - أي (**المشتري**) - ثمّ قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله[٤] [٥].

(**و**) لكن (**يجب على المشتري تبقيته**) إلى أوان بلوغه من غير أُجرة (**نظراً إلى العرف**).

(**وكذا لو اشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتها على الأُصول نظراً إلى العادة**) [٦].

---

[١] لأنّها حطب حينئذٍ لا شجرة.

[٢] لأنّ استبقاء الأُصول إنّما كان بالتبعيّة لها وقد زالت؛ وربّما احتمل الوجوب، لوجوب إبقاء المجموع، فلا يسقط بزوال بعضه. ولا ريب في ضعفه.

[٣] ١ ـ للأصل.

٢ ـ والإجماع المحكي إن لم يكن المحصّل.

[٤] في خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام.

[٥] كقول الصادق عليه السلام في خبر يحيى بن أبي العلا: «من باع نخلاً قد لقّح فالثمرة للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك»[٥] وقال أيضاً في خبر عقبة بن خالد: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ ثمرة النخل للذي أبّرها، إلّا أن يشترط المبتاع»[٦].

فما عن ابن حمزة من أنّها للمشتري مع عدم بدوّ الصلاح[٧] شاذّ لا مستند له.

[٦] **بلا خلاف في شيء من ذلك.** بل يمكن تحصيل الإجماع عليه؛ إذ هو من مقتضيات العقد عرفاً، فكأنّه مشترط. ويأتي في باب الخيار له تتمة إن شاء الله.

---

(١) في الشرائع: «ولقوله» بدل «ولقول أمير المؤمنين».

(٢) في الشرائع: «مؤبّراً».

(٣) في الشرائع: «يشترطه».

(٤) الوسائل ١٨: ٩٣، ب ٣٢ من أحكام العقود، ح ٣.

(٥) المصدر السابق: ح ٢.

(٦) المصدر السابق: ٩٢، ح ١، وفيه: «ثمر» بدل «ثمرة».

(٧) الوسيلة: ٢٥٠.

(و) [المختار][١] أنّه **(إن باع النخل ولم يكن مؤبّراً فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب)**[٢].

[إلّا أنّه يمكن أن يقال: بأنّ المدار في الدخول وعدمه التعارف].

(و) على كلّ حال فـ**(لو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للناقل، سواء كانت مؤبّرة أو لم تكن)**[٤].

(وسواء انتقلت بعقد معاوضة كـ) ـوقوعه ثمناً لـ**(ـلإجارة و)** مهراً في **(النكاح أو بغير عوض كالهبة وشبهها)**[٥].

ولو ظنّها المشتري غير مؤبّرة، فظهرت مؤبّرة[٦] [قيل بعدم فسخه].

وهو قويّ[٧].

---

[١] [كما] من المفهوم من النصوص المزبورة علم [ذلك].

[٢] **بل في المختلف والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه**[١].

بل هو مقتضى ما تسمعه من عبارة المصنّف فضلاً عن نسبته هنا إلى الأصحاب، الظاهر في الإجماع أيضاً، **كظاهر الصيمري**[٢] **والمحكي عن المقداد**[٣]. وبه يخرج عن مقتضى الأصل. لكن قد يشكل العمل بذلك، إذا فرض كون العرف على الخروج عن المشتري، كالإشكال في الأوّل إذا فرض تعارف الدخول في ملك المشتري؛ ضرورة أنّه معه يكون كالمصرّح به. ودعوى شمول النصوص لذلك يمكن منعها، خصوصاً في الأوّل الذي دليله المفهوم.

[٤] **عند علمائنا كما في التذكرة**[٤].

[٥] **بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل ظاهر التذكرة أنّه من معقد إجماعه**[٥]؛ للأصل السالم عن معارضة النصوص والإجماعات السابقة. ودعوى التنقيح ممنوعة على مدّعيها. كدعوى أنّ النصوص السابقة إنّما كشفت عن العرف في التبعية، خصوصاً بعد ما صرّح بما ذكرنا غير واحد من الأصحاب، بل عن بعضهم الإجماع عليه[٦]. **خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي**[٧] **فعمّما الحكم.**

وعن السرائر: أنّه لا دليل لهما سوى القياس[٨].

[٦] **فعن الشيخ**[٩] **أنّ له الفسخ**؛ لفوات بعض المبيع في ظنّه.

وعن الفاضل[١٠] **عدمه**؛ لعدم العيب وتفريطه.

[٧] **لكن في الدروس: «أنّ الوجه الأوّل**؛ لأنّ فوات بعض المبيع أبلغ من العيب، ولا تفريط لأنّه بنى على الأصل»[١١]. وفيه منع الفوات، ومنع كون البناء على الأصل عذراً يسلّط على الخيار.

---

(١) المختلف ٥: ٢٠١. التذكرة ١٢: ٦٨، وفيه: «عندنا». الخلاف ٣: ٧٩.

(٢) تلخيص الخلاف ٢: ٣٥. غاية المرام ٢: ٥٤.

(٣) حكاه في الرياض ٨: ٢٣٥. انظر التنقيح ٢: ١٠٨.

(٤) التذكرة ١٢: ٧٧.

(٥) التذكرة ١٢: ٧٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٦٨٥.

(٧) المبسوط ٢: ١٠٠. المهذب ١: ٣٧٣.

(٨) السرائر ٢: ٣٦٤.

(٩) المبسوط ٢: ١٠٩.

(١٠) المختلف ٥: ٢٧٨.

(١١) الدروس ٣: ٢٠٩.

ولو ظنّ البائع التأبير فظهر خلافه [١] [فكذلك].

وعليه فلو ادعى أحدهما على صاحبه علم الحال فأنكر احتمل [٢] إحلاف المنكر ويقضي بما ظنّه، ولعلّه الظاهر، والله أعلم.

(و) كيف كان فـ(ـالأبار) الذي عليه المدار (**يحصل ولو تشقّقت من نفسها فأبّرتها اللواقح**) [٣].

(**وهو معتبر في الإناث ولا يعتبر في فحول النخل**) [٤].

فثمرتها على كلّ حال للبائع [٥].

(و) كذا (**لا**) يعتبر هو أو شبهه (**في غير النخل من أنواع الشجر؛ اقتصاراً على موضع الوفاق، فلو باع شجرة**[١] **فالثمرة للبائع على كلّ حال**) إلّا أن يكون عرف يقتضي الخروج [٦].

---

[١] **ففي الدروس: «أنّ له الفسخ إذا تصادقا على الظنّ»**[٢].

وفيه نظر يعلم ممّا عرفت.

[٢] **كما في الدروس**[٣].

[٣] لإطلاق الخبرين الأوّلين[٤]، ومعاقد الإجماعات ولا ينافيه خبر عقبة[٥]، **بل في المسالك: «أنّ العادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي يتشقّق بنفسه وينشب ريح الذكور إليه، وقد لا يؤبّر شيء ويتشقّق الكلّ بتأبّر الرياح، خصوصاً إذا كانت الذكور في ناحية الصبا فهبّ الصبا وقت التأبير»**[٦]. **ونحوه في التذكرة**[٧].

[٤] لما عرفت من أنّ مسمّاه ذلك.

[٥] للأصل السالم عن معارضة المفهوم الظاهر في الذي عادة صنفه التأبير.

[٦] للأصل السالم عن المعارض بعد حرمة القياس.

ولعلّ ما في النهاية غير منافٍ لذلك قال: «إذا باع نخلاً قد أبّر ولقّح فثمرته للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع الثمرة، فإن شرط كان على ما شرط، وكذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه»[٨]. ونحوه قال المفيد[٩].

وعن ابن إدريس: أنّه ما قصد الشيخ من ذلك إلّا أنّ الثمرة للبائع؛ لأنّه ما ذكر إلّا ما يختصّ بالبائع، ولا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلّا في النخل، فأمّا ما عداه متى باع الأُصول وفيها ثمرة فهي للبائع، إلّا أن يشترطها المشتري سواء لقّحت أو لم تلقّح[١٠]. وهو كما ذكر، وإلّا كان ضعيفاً لا شاهد عليه.

---

(١) في الشرائع: «شجراً».
(٢)(٣) الدروس ٣: ٢٠٩.
(٤) راجع الوسائل ١٨: ٩٣، ب ٢٢ من أحكام العقود، ح ٢، ٣.
(٥) تقدّم في ص: ١١٩.
(٦) المسالك ٣: ٢٣١، وفيه: «تهب ريح».
(٧) التذكرة ١٢: ٧٠.
(٨)(٩) النهاية: ٤١٥. المقنعة: ٦٠٢.
(١٠) حكاه في المختلف ٥: ٢٠٢. انظر السرائر ٢: ٣٦٢.

ثمّ إنّ المدار على التأبير فعلاً [١] لا وقته [٢].

فلو باعه النخل بعد صلاح الثمرة، لكنّها لم تكن مؤبّرة، كانت للمشتري [٣].

(و) على كلّ حال فـ(**في جميع ذلك له تبقية الثمرة حتى تبلغ أوان أخذها**) وهو مختلف كما تسمعه في الفروع.

(**وليس للمشتري إزالتها إذا كانت قد ظهرت، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز، أو لم تكن، إلّا أن يشترطها المشتري**) على البائع [٤].

(**وكذا لو**[1] **كان المقصود من الشجر ورده، فهو للبائع تفتّح أو لم يتفتّح**) بلا إشكال [٥].

---

[١] كما هو ظاهر النصوص[2] والفتاوى.

[٢] **كما عن الشافعي**[3].

[٣] للصدق، إلّا أن يكون هناك عرف يقتضي الخروج، فإنّ فيه الإشكال المزبور حينئذٍ.

[٤] فإنّ المؤمنين عند شروطهم.

[٥] **ولا خلاف أجده في شيء من ذلك.**

إلّا من المحكي عن المبسوط وبعض أتباعه، فقال: إذا باع القطن وخرج جوزه فإن كان تشقّق فالقطن للبائع، إلّا أن يشترطه المشتري، وإن لم يكن تشقّق فهو للمشتري، ثمّ قال: وما عدا النخل والقطن فعلى أقسام: أحدها: ما يكون ثمرته بارزة لا في كمام، ولا ورد كالعنب والتين وما أشبه ذلك، فإن باع أصلها فإن كانت الثمرة قد خرجت فهي للبائع، وإن لم يكن قد خرجت فهي للمشتري. الثاني: أن تخرج الثمرة في ورد، فإن باع الأصل بعد خروج وردها، فإن تناثر الورد وظهرت الثمرة فهي للبائع، وإن لم يتناثر وردها ولم يظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري. الثالث: أن تخرج في كمام كالجوز واللوز ممّا دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته فالثمرة للبائع. الرابع: ما يقصد ورده كشجر الورد والياسمين فإذا بيع الأصل، فإن كان ورده قد تفتّح فهو للبائع وإن لم يكن تفتّح فهو للمشتري[4] **ونحوه عن ابن البراج**[5]. ولم أعرف له شاهداً صالحاً لقطع الأصل في الورد والقطن.

بل ظاهر التذكرة أنّ المخالف في الثاني الشافعي.

قال فيها: «القطن ضربان: أحدهما: له ساق ويبقى سنين ويثمر كلّ سنة، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة، والثاني: ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة، وكلاهما لا يدخل الجوز الظاهر في بيع الأصل، سواء تفتّح أو لا، خلافاً للشافعي»، ثم حكى قوله في القسمين[6].

---

(١) في الشرائع: «إن».

(٢) انظر الوسائل ١٨: ٩٢، ب ٣٢ من أحكام العقود.

(٣) الأُم ٣: ٨٣.

(٤) المبسوط ٢: ١٠٢ ـ ١٠٣، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

(٥) المهذب ١: ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٦) التذكرة ١٢: ٧٥ ـ ٧٦.

والتحقيق عدم الخروج عن مقتضى الأصل إلّا في النخل كما عرفت.

بل [الظاهر] [١] أنّه لا يدخل في ملك المشتري ورد الثمار فضلاً عن الجنبذ، والله أعلم.

ومنها: القرية، والدسكرة، والضيعة في عرف أهل الشام.

ويدخل فيه دورها وساحاتها وطرقها.

وفي دخول الأشجار الثابتة وسطها إشكال [٢]، كالمزارع التي حولها فإنّه لا ريب في خروجها [٣].

ومنها: لفظ الكتاب.

ويدخل فيه أجزاؤه وجلده وخيوطه وما به من الأصول والحواشي والأوراق المثبتة فيه.

ولا يدخل فيه كيسه ولا ما به من أوراق منفردة لا تتعلّق به، إلّا إذا كان عرف يقتضيه.

وفي دخول ما يعلم به من الأوراق نظر [٤].

ومنها: لفظ الحمام.

ويدخل فيه بيوته وموقده وخزانة مائه وحياضه ومسلخه وبئره وماؤها [٥].

ومنها: لفظ العبد والأمة. ولا يبعد اقتضاء العرف دخول ثيابهما الساترة للعورة في بيعهما [٦]. ويأتي الكلام في غيرها في بيع الحيوان.

ومنها: لفظ الدابة.

ويدخل فيه النعل، دون المقود والرحل إلّا مع الشرط [٧].

ولعلّ العرف الآن على خلافه، خصوصاً في المقود.

إلى غير ذلك من الألفاظ التي لافائدة في التعرّض لتفصيلها، بعد أن كان الضابط ما سمعته أوّلاً، والله أعلم.

---

[١] [كما] في الدروس(١).

[٢] كما في القواعد(٢)، وجزم في الدروس بالخروج إلّا مع الشرط أو القرينة(٣).

[٣] بل في القواعد وإن قال بحقوقها(٤).

[٤] كما في الدروس(٥).

[٥] بل في الدروس: «أنّه لو كان ينتزع من مباح دخلت الساقية فيه، والأقرب دخول قدره المثبت فيه، ولا يدخل فيه سطله ولا أقدامه، ووقوده ومآزره، وعلى البائع تسليمه مفرغاً من الرماد وكثير الغمامة»(٦).

[٦] كما نصّ عليه في الدروس(٧).

[٧] كما في الدروس(٨).

---

(١) الدروس ٣: ٢٠٩.

(٢)(٤) القواعد ٢: ٨٢.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٧.

(٥)(٦)(٧)(٨) الدروس ٣: ٢١٠، وفيه: «اقداحه» بدل «اقدامه» و«القمامة» بدل «الغمامة».

[بيع النخل المؤبّر وغيره صفقة]:

(فروع):

(الأوّل: إذا باع) النخل (المؤبّر وغيره) صفقة (كان المؤبّر للبائع والآخر للمشتري) [١].

اتحدت البستان أو تعدّدت واتحد نوع المؤبّر أو اختلف [٢].

(وكذا لو باع المؤبّر لواحد، وغير المؤبّر لآخر)، بل لو باع نخلة واحدة أبّر بعضها دون الآخر، كان لكلّ حكمه [٣].

---

[١] بلا خلاف فيه بيننا.

[٢] خلافاً للشافعي[١].

[٣] لأنّ تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلّية، فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً.

خلافاً للتذكرة[٢] فالجميع للبائع:

١ ـ لصدق بيع نخل قد أُبّر.

٢ ـ واقتصاراً فيما خالف الأصل ـ عن دخول غير المؤبّر في ملك المشتري ـ على المتيقّن.

٣ ـ ولعسر التمييز إذا أبّر المشتري ما انتقل إليه، والمشقّة في اعتبار تأبير الجميع في بقاء الثمرة على ملك البائع. والجميع كما ترى:

١ ـ بعد ما عرفت [أي من النصوص منطوقاً ومفهوماً والعرف].

٢ ـ على أنّ صدق التأبير ليس بأولى من صدق عدم التأبير، بل يمكن منع صدق الأوّل بظهور النصوص في تأبير الجميع.

٣ ـ والاقتصار على المتيقّن لا يعارض الدليل ولو كان ظنّياً.

٤ ـ وعسر التمييز ـ مع أنّه لا يشخّص ملكية البائع ـ يمكن رفعه حينئذٍ بالصلح، كما في الدروس[٣] إذا لم يعلما قدر ما لكلّ منهما نحو ما لو كانت مؤبّرة للبائع فتجدّدت أُخرى للمشتري، **قال في القواعد: «إن لم يتميّزا فهما شريكان، فإن لم يعلما قدر ما لكلّ منهما اصطلحا، ولا فسخ؛ لإمكان التسليم، وكذا لو اشترى طعاماً فامتزج بطعام البائع قبل القبض فله الفسخ»**[٤]. ولعلّه أراد الانفساخ من قوله: «لا فسخ»، أي لا يتوهّم ذلك؛ لعدم القدرة على التسليم؛ لإمكانه ولو بتسليم الجميع، فلا ينافي حينئذٍ ما ذكره أخيراً من أنّ له الفسخ بالتعيّب بالشركة قبل القبض، فتأمّل جيّداً. فلا ريب حينئذٍ في قوّة ما ذكرناه أوّلاً. وأضعف من ذلك احتمال كون الجميع للمشتري؛ لصدق عدم التأبير، ولم أجده لأحد من أصحابنا.

نعم في جامع المقاصد[٥] أنّه ربّما ظهر من عبارة التذكرة.

وهو ـ مع ضعفه ـ يمكن منع ظهورها فيه، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) فتح العزيز (المجموع) ٩: ٥٠ ـ ٥١. الحاوي الكبير ٥: ١٦٤ ـ ١٦٥.

(٢) التذكرة ١٢: ٧٠ ـ ٧١.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٩.

(٤) القواعد ٢: ٨٤.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٣٨١.

[استحقاق المالك تبقية الثمرة على الأُصول]:

الفرع (الثاني) قد عرفت : أنّ (**تبقية الثمرة على الأُصول**) إلى بدوّ الصلاح مستحقة لمالكها مجاناً .

ولو مع الضرر اليسير للأُصول بائعاً كان أو مشترياً .

ولكن بعد أن لم يكن لها مقدر شرعاً (**يرجع**) إليه ، كان المرجع (**فيها إلى العادة في تلك الشجرة**) كما في نظائره ، خصوصاً في نحو المقام الذي مبناه حديث الضرار[١] ونحوه .

(**فما كان**) من الشجر حينئذٍ (**يخترف**) ويجتنى (**بسراً**) ينبغي أن (**يقتصر على بلوغه**) وانتهاء حلاوته .

(**وما كان لا يخترف في العادة إلّا رطباً فكذلك**) .

وما يؤخذ تمراً فإلى أن ينشف نشافاً تامّاً وهكذا .

ومع اضطراب العادة يرجع إلى الأغلب فيها ومع التساوي يحتمل الحمل على الأقلّ [١] .

و[يحتمل الحمل على] الأكثر [٢] .

و[يحتمل] وجوب التعيين [٣] .

ولو اتّفق في التبقية الضرر الكثير على مشتري الأُصول فالأقرب [٤] جواز القطع ، فله إجباره عليه [٥] .

[وأمّا في ثبوت الأرش مع الجواز نظر] .

---

[١] اقتصاراً فيما خالف أصل تسلّط المشتري على ملكه ـ ومنع غيره من الانتفاع به ـ على المتيقّن .

[٢] لثبوت أصل الحقّ ، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل .

[٣] للاختلاف المؤدّي إلى الجهالة ، وتسمع في باب الثمار تتمة لهذا إن شاء الله تعالى .

[٤] **كما في القواعد وجامع المقاصد**[٢] .

[٥] **كما عن المختلف والدروس وحواشي الشهيد**[٣] **وغيرها :**

١ ـ لوجوب التسليم مفرّغاً عليه .

٢ ـ ولنفي الضرر .

٣ ـ ولا يقدح رضاه بالعقد المقتضي للتبقية بعد تنزيله على الغالب من عدم الضرر الكثير ، بل في الأوّل النظر في دفع الأرش ؛ للأصل بعد أن كان القطع مستحقاً . **بل عن الدروس**[٤] **الجزم بعدمه له أوّلاً** . وإن كان فيه من الضعف ما لا يخفى :

١ ـ للمنع من جواز القطع بلا أرش .

٢ ـ ولعدم زوال الضرر بالضرر .

٣ ـ ولأنّه نقص دخل على مال غيره لنفعه .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ . (٢) القواعد ٢ : ٨٤ . جامع المقاصد ٤ : ٣٨٢ .

(٣) المختلف ٥ : ٢٧٧ . الدروس ٣ : ٢٠٩ . نقله عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٤ : ٦٨٩ .

(٤) الدروس ٣ : ٢٠٩ .

نعم قد يحتمل البقاء بالأرش.

والأولى مراعاة أكثرهما ضرراً، ومع التساوي والتشاح القرعة [١].

[جواز سقي الثمرة والأُصول لصاحبها]:

الفرع (**الثالث: يجوز**) الـ(**سقي**) لذي (**الثمرة**) لصلاحها [٢].

(**و**) سقي (**الأُصول**) كذلك لصاحبها.

(**فإن امتنع أحدهما**) فمنع الآخر من السقي (**أُجبر الممتنع**) [٣].

نعم لو تضرّرا معاً منعا منه.

(**فإن كان السقي يضرّ أحدهما**) بالفعل والآخر بالترك (**رجّحنا مصلحة المبتاع**) [٤].

ويحتمل البائع [٥].

وقد يحتمل، بل لعلّه الأقوى مراعاة أكثرهما ضرراً، ومع التساوي القرعة إلّا أنّه على كلّ حال ينبغي بذل الأرش للمتضرّر منهما [٦].

وكيف كان فليسق من تقدّم فيه (**لكن لا يزيد عن قدر الحاجة فإن اختلفا**) فيها (**رجعا**[1] **إلى أهل الخبرة**) كما في غير المقام.

---

[١] ومن ذلك يعلم ما **في التذكرة**[2] **من أنّه لا يجب القطع مع خوف الضرر على الأصل وإن كان كثيراً على إشكال. وما عن التحرير**[3] **من عدم الترجيح، بل عنها في موضع آخر والمبسوط وعميد الدين الجزم بعدم القطع وإن كثر الضرر**[4]**، بل ربّما احتمل في عبارة المبسوط ذلك وإن أدّى إلى تلف الأُصول.** وفيه ما لا يخفى.

[٢] لأنّه من حقوقها المستحقة له باستحقاق تبقيتها.

[٣] لعدم تسلّطه على منع تصرّف الآخر لصلاح ماله.

[٤] **كما عن الفاضل والشهيدين**[5]**، بل نسبه ثانيهما إلى الأشهر**؛ لأنّ البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه.

[٥] **كما في الدروس**[6]؛ لسبق تعلّق حقه الذي لا يزيله تسليط المشتري.

[٦] جمعاً بين الحقين. **خلافاً لظاهر المتن** وغيره من التقديم مجّاناً. وأمّا احتمال جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح ـ كما حكاه في المسالك عن بعض الأصحاب[7] وغيره عن المبسوط[8] ـ ففي غاية الضعف؛ لعدم المقتضي له، وعليه لا يسقط البحث؛ لأنّه يمكن فرض المسألة فيما لا خيار فيه من العقود أو غيرها.

---

(١) في الشرائع: «رجع».

(٢) التذكرة ١٢: ٧٧.

(٣) التحرير ٢: ٣٣٣.

(٤) التذكرة ١٠: ٣٨٣. المبسوط ٢: ١٠٧. نقله عن السيد العميد في مفتاح الكرامة ٤: ٦٨٩.

(٥) الإرشاد ١: ٣٨١. اللمعة: ١٢٢. المسالك ٣: ٢٣٦.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٦.

(٧) المسالك ٣: ٢٣٦.

(٨) المبسوط ٢: ١٠٣ ـ ١٠٤.

[ما يتبع بيع الأرض]:

الفرع (**الرابع: الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن تدخل**) عرفاً (**في بيع الأرض**)[١] (**لأنّها من أجزائها و**) لكن قال المصنّف: (**فيه تردّد**)[٢].

والأقوى عدم الفرق[٣].

نعم هو كذلك [= لا يدخل في الأرض] في الأحجار المدفونة فيها[٤].

ولكن للمشتري حينئذٍ أمره بالمبادرة بإخراجها لتفريغ ملكه، وإن لم يكن عليه ضرر في الإبقاء، ولا أُجرة له مدّة الإخراج وإن كان كثيراً[٥].

فإنّ الظاهر ثبوت الخيار له إذا لم يكن عالماً، وفات ما يعتدّ به من المنافع مدّة الإخراج أو نقصت العين، ولو بذل له الدفين لم يجب عليه القبول.

كما أنّ له الخيار في الأحجار المخلوقة فيها إذا كانت مانعة من الغرس والزرع ولم يكن عالماً بها وإن قلنا بدخولها في ملكه.

والظاهر أنّه لاخيار للبائع لو ظهر فيها صفة زائدة على وصفها، كما لو ظهرت مصنعاً أو معصرة للزيت أو العنب أو نحوهما[٦].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيهما**، ممّا عدا ثاني الشهيدين[١].

[٢] مما سمعت، ومن عدم صدق اسمها على الحجارة عرفاً، وخروج المعادن عن الحقيقة، وعدم دلالتها عليها بأحد الدلالات الثلاث. **وفي المسالك: «أنّ الأقوى دخول الحجارة، دون المعادن؛ لأنّ الحجارة من الأجزاء، بخلاف المعادن الخارجة عن الحقيقة والطبيعة»**[٢].

[٣] إذ لا ريب أنّ أرض المعدن قطعة من الأرض المخصوصة لها خصوصيّة فتدخل في بيعها. وأضعف من ذلك احتمال الخروج في الأحجار.

[٤] **كما في التذكرة**[٣] **والقواعد**[٤] **والدروس**[٥] **وغيرها**؛ لتميّزها، وكونها كالكنوز ونحوها من الأُمور المودعة فيها للنقل.

[٥] **واحتمله في التذكرة**[٦] **بعد اختيار اللزوم.**

[٦] لدخولها في ملك المشتري على كلّ حال. **خلافاً للمسالك فخيّره**[٧].

---

(١) (٢) المسالك ٣: ٢٣٦.

(٣) التذكرة ١٢: ٤٩.

(٤) القواعد ٢: ٨٠.

(٥) الدروس ٣: ٢٠٧.

(٦) التذكرة ١٢: ٥٠.

(٧) المسالك ٣: ٢٣٧.

ونحوه يأتي في المعدن، بناءً على دخوله وعدم علم البائع به [١].

[أمّا لو ظهر فيها مصنع أو صخرة عظيمة معدّة لعصر الزيتون أو العنب إذا لم يكونا مخلوقين فيها فلا يدخل في ملك المشتري].

[التسليم]:

(النظر الثالث: في التسليم).

[والمختار] [٢] أنّ (إطلاق العقد) وتجريده عن اشتراط التأخير (يقتضي وجوب تسليم المبيع والثمن) عرفاً فيتبعه الوجوب شرعاً [٣].

بل الظاهر ذلك وإن لم يطالب كلّ منهما الآخر بذلك، فلا يجوز لأحدهما التأخير إلّا برضا الآخر [٤].

نعم الظاهر [٥] وجوب التقابض معاً دفعة.

كما أنّه حصلا لهما الملك به كذلك (فإن امتنعا) معاً عنه عصيا و(أُجبرا) على التقابض كما في كلّ ممتنع عمّا وجب عليه.

(ولو[1] امتنع أحدهما أُجبر الممتنع) خاصّة [٦].

---

[١] **وبه جزم في الدروس، قال: «ويدخل المعدن على الأقرب، فلو جهله البائع تخيّر، وكذا البئر والعين وماؤهما، ولو ظهر فيها مصنع أو صخرة عظيمة معدّة لعصر الزيتون أو العنب فكذلك، وللبائع الخيار مع عدم العلم، و الحجارة المخلوقة تدخل»**[2].

قلت:

قد يمنع دخول الأخيرين في ملك المشتري إذا لم يكونا مخلوقين فيها.

وخيار البائع إذا كانا كذلك كما عرفت؛ لأنّها على الأوّل كالمدفونة التي اعترف بعدم دخولها. وعلى الثاني داخلة في بيع الأرض كيف ما كانت، بل قد يمنع الدخول في سابقيهما [= البئر والعين وماؤهما]؛ لعدم تناول اسم الأرض لهما، والغرض عدم كونهما من التوابع لها، وإلّا لم يتسلّط البائع على الخيار إذا لم يكن عالماً، كما أنّه لا تسلّط له مع فرض الدخول في الأرض ولو بالقصد الإجمالي، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٢] [كما] لا خلاف فيه [ـه].

[٣] لعموم قوله تعالى: ﴿أَوفُوا﴾[3]، وغيره.

[٤] ضرورة أنّه بتمام العقد يتمّ ملك كلّ منهما للعوض، فإبقاؤه في اليد محتاج إلى الإذن.

[٥] باعتبار كون العقد عقد معاوضة.

[٦] لاختصاصه بالعصيان.

---

(١) في الشرائع: «وإن».

(٢) الدروس ٣: ٢٠٦.

(٣) المائدة: ١.

وكان للآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقابض [١] (**وقيل**) [٢] : (**يجبر البائع أوّلاً**) إذا تمانعا [٣].

(**و**) لاريب أن (**الأوّل أشبه**) بأُصول المذهب [٤].

(**سواء كان الثمن عيناً أو ديناً**) [٥]، [بل هو الأقوى].

---

[١] كلّ ذلك لتساوي الحقّين في وجوب إيصال كلّ منهما المال إلى مالكه ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدّم .

[٢] **والقائل الشيخ في محكيّ عن خلافه ومبسوطه وابن زهرة والقاضي والحلّي[١] على ما حكي عنهما .**

[٣] **وهو أحد أقوال الشافعي[٢] :**

١ ـ لأنّ الثمن تابع للمبيع .

٢ ـ ولأنّه بتسليمه يستقرّ البيع ويتم ؛ إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع وينفسخ العقد .

[٤] **بل لا أجد فيه خلافاً بين المتأخّرين .**

[٥] ١ ـ لاستواء العقد في إفادة الملك لهما .

٢ ـ وتبعيّة الثمن للمبيع على وجه يقتضي ذلك ممنوعة كمنع اقتضاء الثاني له ، بل لعلّ ما عن أبي حنيفة ومالك والشافعي[٣] ـ من القول الآخر له ، وهو العكس ، أي يجبر المشتري على تسليم الثمن ـ أولى منه ؛ لأنّ حقه متعيّن في المبيع ، فيؤمر بدفع الثمن ليتعيّن حقّ البائع ، فإن للبائع حقاً آخر ، وهو التسلّط على الخيار بعد الثلاثة ، وقد يفوته ذلك بالقبض .

وأولى منهما معاً **القول الثالث للشافعي ، وهو لا يجبران معاً ، لكن يمنعان من التخاصم ، فإن سلّم أحدهما ما عليه أُجبر الآخر[٤]** .

وكأنّه لحظ أنّ الوجوب على كلّ منهما مشروط بعدم امتناع الآخر ، فإذا امتنعا معاً ارتفع الوجوب عنهما ، فلا عصيان من أحدهما حتى يجبرهما الحاكم .

لكن قد عرفت أنّ وجوب التقابض عليهما مطلق غير مشروط بشيء .

ولا ينافيه جواز الامتناع لأحدهما إذا عصى الآخر في عدم التقابض .

والرابع له أيضاً : أنّهما يجبران معاً[٥] . وهو المختار .

لكن أقواله الأربعة ، إذا كان الثمن في الذمّة ، فإن كان معيّنة فقولان له خاصة :

١ ـ عدم الإجبار ، وبه قال أحمد[٦] ؛ للشبهة السابقة .

٢ ـ والإجبار لهما[٧] .

وقد عرفت أنّه الأقوى على كلّ حال .

---

(١) الخلاف ٣ : ١٥١ . المبسوط ٢ : ١٤٨ . الغنية : ٢٢٩ . جواهر الفقه : ٥٨ . السرائر ٢ : ٣٠٦ .

(٢)(٤)(٥)(٧) الأم ٣ : ٨٧ . المجموع ١٣ : ٨٤، ٨٦، ٨٧ .

(٣)(٦) المغني (لابن قدامة) ٤ : ٢٧٠ .

و[المختار] [١] أنّ المراد بوجوب التسليم على كلّ منهما التقابض، وإلّا فيجوز لأحدهما الامتناع عن التسليم إن سبقه الآخر بالامتناع [٢]. [الظاهر أنّ وجوب التسليم هو مقتضى إطلاق العقد لا الطلب].

فالتأخير يحتاج إلى الإذن لا الدفع، فلاحظ وتأمّل جيّداً فيه.

وفي أنّ حقّ الحبس حيث يكون لأحدهما حقّ متعلّق بالعين فيأثم حينئذٍ بالقبض بغير إذن، وسائر تصرّفاته فيها وإن لم يضمن له قيمة المنافع للملك بالعقد، أو أنّه لا تعلّق له بالعين، بمعنى أنّ الإثم يحصل بالقهر على القبض

---

[١] [إذ] من ذلك كلّه ظهر لك [ذلك].

[٢] كما هو مقتضى المعاوضة، والمعلوم من بناء المتعاقدين، بل إطلاق العقد بالنسبة إلى ذلك كالتصريح به.

لكن عن الأردبيلي بعد أن حكى عن الأكثر أنّه إنّما يجب عليهما معاً الدفع بعد أخذ العوض، ويجوز لكلّ المنع حتى يقبض أشكله بعدم النص.

وثبوت الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كلّ واحد منهما عند طلب الآخر، وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقه، وجواز الأخذ لكلّ حقه من غير إذن الآخر؛ لأنّ ذلك هو مقتضى الملك، ومنع أحدهما حقّ الآخر وظلمه لا يجوّز الظلم للآخر ومنعه حقه[١].

واستجوده المحدّث البحراني، لكن قال: إنّ في فهم ذلك من عباراتهم في هذا المقام إشكالاً؛ إذ غاية مايفهم منها أنّ إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع والثمن، فالواجوب حينئذٍ على كلّ منهما التسليم من غير أولويّة تقديم، خلافاً للشيخ، فالغرض بيان تساويهما في وجوب التسليم ردّاً على ما سمعته من الشيخ، وأين هذا من المعنى الذي ذكره وأشكله[٢].

قلت: لا ينبغي التأمّل في أنّ المفهوم من عبارات الأصحاب أنّ لأحدهما الامتناع بعد امتناع الآخر، وأنّ بناء المعاوضة على ذلك، وهو المراد مما في الدروس من أنّ حكم العقد تقابض العوضين، إلى أنّ قال: «فإن تنازعا في التقدّم تقابضا»[٣]، ونحوها غيرها لا أنّ الوجوب على كلّ منهما مستقلّ على كلّ حال، وأنّ المالين بمنزلة الوديعتين، فليس لأحدهما الامتناع عن التسليم مع عدم إرادة المقاصّة مثلاً بعد امتناع الآخر.

ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه لإشكال الأردبيلي بعد الفهم العرفي من إطلاق العقد، وفتاوى الأصحاب بعد الإغضاء عمّا نقله عنهم ممّا حاصله يرجع إلى ما ذكرناه في القول الثالث للشافعي، وربّما حكي عن بعض الفسخ أو بعد إلخ، وحينئذٍ يكون على وفق المشهور، فتأمّل جيّداً، فإنّ المقام لا يخلو من دقة.

وربّما ظهر منه [= الأردبيلي] أيضاً: أنّ وجوب التسليم الذي اقتضاه العقد بعد الطلب[٤]، فلا تجب حينئذٍ قبله.

وفيه: أنّ ظاهر الأصحاب ما قدّمناه سابقاً من اقتضاء إطلاق العقد وجوب التسليم، كما أنّ العرف والقواعد الشرعيّة كذلك أيضاً.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٠٣ ـ ٥٠٤.

(٢) الحدائق ١٩: ١٥٢ ـ ١٥٣.

(٣) الدروس ٣: ٢١٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٠٤.

خاصّة ، وأمّا التصرّف في العين فلا إثم فيه ؟ وجهان [١]. و[المناسب] [٢] الأوّل ، فلا تصح الصلاة فيه مثلاً [٣]. لكون الإثم يحصل بالقبض بلا إذن أو أنّه مع المنع خاصّة . مع أنّ الوجهين قائمان فيه أيضاً .

(و) [المناسب الأوّل] [٤]. هذا كلّه مع عدم الشرط لا معه .

[صحه اشتراط تأخير التسليم إلى مدّة معيّنة]:

فـ(**لو اشترط البائع**) خاصّة (**تأخير التسليم**) للمثمن (**إلى مدّة معيّنة جاز**) سواء كان كلّياً في الذمة أو عيناً مشخّصة [٥].

(كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن).

ولو اشترطا معاً جاز أيضاً إذا لم يكن كلّ من الثمن والمثمن كلّياً في الذمّة وإلّا كان من بيع الكالي بالكالي [٦]. وتسمع إن شاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك أيضاً ، وليس لغير مشترط التأخير الامتناع عن التسليم حينئذٍ [٧].

ولو فرض اتحاد الأجل منهما ففي بقاء حكم ما اقتضاه العقد من التقابض بعد حلول الأجل وجهان .

ولو كان الشرط لأحدهما فلم يقبض العوض حتى حلّ الأجل ففي عود حكم التقابض إشكال ، أقواه العدم [٨].

ولو كان الثمن تدريجيّاً كعمل من المشتري فالظاهر عدم اعتبار التقابض لعدمه ، بل الواجب دفع المبيع ، كما لو كان الثمن نسيئة .

نعم لو كان منفعة عين مملوكة كدابة أو دار أمكن اعتباره بدفع العين ذات المنفعة ، فتأمّل [٩].

ثمّ إنّ الشرائط التابعة للثمن والمثمن تتبعهما أيضاً في اعتبار التقابض [١٠].

---

[١] [و] لم أقف على تنقيح لأحدهما في كلام الأصحاب .

[٢] [كما هو] الذي يناسب الإرفاق وحديث الضرار[١] .

[٣] كما أنّه لم أقف على تنقيح في كلامهم .

[٤] [إذ] المناسبة المذكورة لأوّلهما أيضاً .

[٥] للعموم الذي مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه .

[٦] **كما في الدروس**[٢] .

[٧] لبقاء اقتضاء العقد بالنسبة إليه سالماً ، كما هو واضح .

[٨] لعدم إطلاق للعقد بقبضه بعد أن كان مستحقّاً ؛ لتقدّم التسليم على الآخر .

[٩] **فإنّه قد ينافيه كلامهم في كتاب الإجارة .**

[١٠] لاتحاد اقتضاء الإطلاق في الجميع .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ .

(٢) الدروس ٣ : ٢١٠ .

نعم لو فرض خروجهما عن ذلك أمكن دعوى عدم اقتضاء الإطلاق التقابض وإن استحق كلّ منهما على الآخر نحو الوديعتين فليس لأحدهما الحبس بامتناع الآخر، كما في بعض الشروط في النكاح التي يراد منها أصل الاستحقاق، لا معنى المعاوضة الملحوظ فيها التقابض، فتأمّل.

والظاهر أنّ حقّ الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض.

بل الظاهر عدم وجوب التقابض على النسبة [١]. مع احتماله فيما يتحقق منه، والله العالم.

(وكذا) يجوز (لو اشترط البائع) مثلاً (سكنى الدار أو ركوب الدابة مدّة معيّنة كان أيضاً جائزاً) [٢].

(و) لكن البحث فيما يتحقق به (القبض) الذي يتوقّف عليه الصحّة في بعض العقود، ويرتفع به ضمان البائع وخياره بعد الثلاثة في بعض الأحوال والحرمة أو الكراهة في بيع مالم يقبض إلى غير ذلك من الأحكام المترتّبة في البيع وغيره و[فسر بأنّه] (هو) [الأخذ بجميع الكف أو الأخذ أو القبض باليد] [٣].

[و] لكن ذلك [غير صحيح] [٤].

إذ قيل: إنّه (التخلية) مطلقاً (سواء كان المبيع ممّا لا ينقل كالعقار أو ممّا ينقل ويحوّل كالثوب والجوهر والدابة، وقيل: فيما ينقل القبض باليد أو الكيل فيما يكال أو الانتقال به في الحيوان) [٥].

---

[١] لأنّه خلاف مقتضى العقد.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال في أصل جواز ذلك**، وظاهر المصنّف عدم استحقاق التسليم عليه حينئذٍ.

ولعلّه لاقتضاء العرف، وإلّا فلا منافاة بين استحقاق الركوب والسكنى ووجوب التقابض.

[٣] [كما] في النهاية الأثيرية: «القبض بجميع الكف»[(١)]. ومحكي المصباح المنير: «الأخذ»[(٢)]. وفي الرياض عن جماعة من أهل اللغة: أنّه القبض باليد[(٣)]، وفيه وفي غيره أنّه: في العرف كذلك أيضاً[(٤)].

[٤] [إذ] لا يوافق ما عند الأصحاب.

[٥] **وقريب منه مافي المحكي عن المبسوط**[(٥)]، بل لعلّه هو الذي أراده وإن كان لم يحكه بتمامه، **قال فيه على ما في المختلف: «إنّه التخلية فيما لا ينقل ويحوّل، وأمّا فيه فإن كان مثل الدراهم والدنانير والجوهر وما يتناول باليد فهو التناول، وإن كان حيواناً كالعبد والبهيمة فالقبض في الأوّل أن يقيّمه في مكان آخر، وفي الثاني أن يمشي بها إلى مكان آخر وإن كان اشتراه جزافاً فالقبض أن ينقله من مكانه، وإن كان مكايلة فالقبض أن يكيله» قال: «وتبعه ابن البراج وابن حمزة»**[(٦)]. **وقيل: إنّه التخلية فيما لا ينقل، وفي المنقول نقله**[(٧)]، **واختاره أبو المكارم مدّعياً عليه الإجماع**[(٨)]، **وتبعه الشهيدان في اللمعة والروضة**[(٩)].

---

(١) النهاية (لابن الأثير) ٤: ٦.
(٢) المصباح المنير: ٤٨٨.
(٣)(٤) الرياض ٨: ٢٣٧.
(٥) المبسوط ٢: ١٢٠.
(٦) المختلف ٥: ٢٧٩. انظر المهذب ١: ٣٨٥ـ٣٨٦. الوسيلة: ٢٥٢.
(٧) انظر مفتاح الكرامة ٤: ٧٠٤.
(٨) الغنية: ٢٢٩.
(٩) اللمعة: ١٢١. الروضة ٣: ٥٢٢ـ٥٢٣.

. . . . . .

وفي الدروس: « في غير المنقول التخلية بعد رفع اليد، وفي الحيوان نقله، وفي المعتبر: كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي الثوب وضعه في اليد » قال: « وقيل: التخلية مطلقاً، ولا بأس به في نقل الضمان لا في زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض، نعم لو خلّى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان »[١].

وفي المختلف: « أنّه 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 فالتخلية »[٢].

وفي التحرير: « الأقرب عندي أنّ القبض الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، والقبض باليد فيما ينقل ويحوّل والنقل في الحيوان، والتخلية فيما لا ينقل و[لا] يحوّل ومنه الثمرة على رؤوس النخل »[٣].

وفي المسالك: التخلية في غير المنقول وفيه استقلال اليد عليه، سواء نقله أم لا، وفي المكيل والموزون كيلهما ووزنهما[٤].

إلى غير ذلك من الأقوال المتفقة على أنّه التخلية في غير المنقول، واختلافها إنما هو في المنقول، ومرجعها مع ملاحظة سائر القيود إلى سبعة. كما أنّ منشأها منحصر في:

١ ـ دعوى العرف.

٢ ـ وصحيح معاوية بن وهب: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: « مالم يكن كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه، إلّا أن تولّيه »[٥].

٣ ـ وخبر عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام: في رجل اشترى متاعاً [من رجل] وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه وقال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع مِنْ مال مَنْ يكون؟ قال: « من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته، حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه »[٦].

فبين جامع بين مضمونهما والعرف، وبين مقتصر على الثاني:

١ ـ لضعف سند الثاني منهما، واعتباره الإخراج المخالف للإجماع.

وإرادة النقل منه ليس بأولى من إرادة التخلية أو الاستيلاء أو نحو ذلك.

٢ ـ ولا تصريح في الأوّل بأنّ الكيل قبض، ويمكن إرادة النهي عن بيعه قبل كيله ووزنه وإن تحقق القبض فيه بالنقل.

ولعلّ الاكتفاء به [= بالكيل أو الوزن] في جواب السؤال عن البيع قبل القبض لاستلزامه حصول القبض مع زيادة الاعتبار المزبور، فالمراد حينئذٍ أنّ اشتراط ذلك في بيعه مستلزم لحصول القبض. وفرض حصوله أي الاعتبار بدونه نادر لاينافي الإطلاقات. فانحصر الأمر حينئذٍ في اللغة.

لكن قد عرفت أن مافيها لا يوافق ما أجمع عليه الأصحاب في غير المنقول.

---

(١) الدروس ٣: ٢١٣.
(٢) المختلف ٥: ٢٧٩.
(٣) التحرير ٢: ٣٣٤ـ ٣٣٥.
(٤) المسالك ٣: ٢٣٩ نقلاً بالمعنى.
(٥) الوسائل ١٨: ٦٨، ب١٦ من أحكام العقود، ح ١١.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.

والذي يقوى في النفس : أن المراد به في جميع المقامات التي اعتبره الشارع في صحتها أو لزومها أو غيرهما من الاحكام [هو] تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول إليه ، سواء حصل له السلطنة الشرعية قبله بالعقد كما في البيع ونحوه أو لا ، كالوقف والهبة ونحوهما .

ولا ريب في حصولها بالتخلية في غير المنقول ، بمعنى رفع المنافيات للمنقول إليه مع رفع يد الناقل والإذن منه [١] .

ولا يحتاج حينئذٍ وصول المنقول إليه بنفسه أو وكيله إلى المنقول أو تصرّفه فيه ، بل لا يحتاج إلى مضيّ زمان وإن كان بعيداً عن المنقول إليه [٢] .

وإلّا فالأقوى عدم اعتبار الإذن فيما كان قبضه بغير التخلية ، حيث لا يكون له الحبس لتسلّم الثمن أو المثمن . نعم هي معتبرة حيث يكون له ذلك [= الحبس] على الوجه الذي عرفته سابقاً .

وكذا لا ريب في حصولها [= السلطنة] في غير المنقول بالاستيلاء على العين استيلاء يستطيع به النقل والأخذ وغيرهما من أحوال المالك ، من غير حاجة إلى وقوع ذلك منه فعلاً [٣] .

وليس مرادنا حصر مصداق القبض بما ذكرنا ، بل المراد عدم اعتبار القبض باليد أو النقل حساً .

---

[١] ضرورة صيرورته بذلك كالناقل في قبضه لعقاره .

[٢] لصدقها بدونه قطعاً ، كصدق دخوله في قبضته واستيلائه وتحت يده بذلك كالمنقول منه . وليس الإذن المزبورة لتوقّف جواز قبض المشتري للمبيع عليها ، كي يرد أنّه لا دليل عليه ، بعد أن ملكه بالعقد ، بل لتوقّف تحقق التخلية المعتبرة في حصول السلطنة العرفية في مثله عليها .

[٣] ضرورة صدق تحقق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول إليه على وجه يتمكن من الفعل فيها كيف يشاء نقلاً وأخذاً ونحوهما ؛ إذ ليست أمواله التي بيده ويصدق عليها أنّها مقبوضة له وتحت قبضته وفي يده إلّا كذلك ، من غير حاجة إلى المماسة والتصرف الحسيين . وليس ذا كالتخلية المزبورة في غير المنقول ؛ إذ من الواضح الفرق بين تحقق السلطنتين عرفاً في ذلك . [إذن] فإن أراد القائل بالتخلية مطلقاً ما يشمل ذلك بدعوى أنّها في المنقول غيرها في غيره فمرحباً بالوفاق ، كما أنّه إن كان المراد بما في المسالك ذلك اختص البحث معه حينئذٍ في خصوص القبض في المكيل والموزون . لكن في كلامه بعد ذلك ما ينافي حمله على ما ذكرناه ، بل فيه ما يقضي بالتشكيك في اعتبار القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن . قال : التحقيق أن الخبر الصحيح[١] دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أنّ القبض لا يتحقق بدونهما . وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك . لأنّ الاعتبار بهما قبض وزيادة ، فلو قيل بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل ، عملاً بمقتضى العرف والخبر الآخر[٢] ، وبتوقف البيع ثانياً على الكيل والوزن أمكن إن لم يكن إحداث قول في المسألة[٣] ، انتهى . فتأمّل جيّداً ، فإنّ كلامه لا يخلو من اضطراب في الجملة ، كالفاضل في الرياض[٤] . والتحقيق ما عرفت .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٦٨ ، ب ١٦ من أحكام العقود ، ح ١١ .
(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣ ـ ٢٤ ، ب ١٠ من الخيار ، ح ١ .
(٣) المسالك ٣ : ٢٤١ ، ٢٤٣ .
(٤) الرياض ٨ : ٢٣٨ ـ ٢٣٩ .

ولو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياع فـ[لقد قيل :] [١] [يعتبر الإذن فيه].

[ولكن لا يعتبر الإذن في المنقول ، حيث لا يكون له الحبس ، كما لو باعه بثمن في ذمة البائع مثلاً] [٢].

نعم لا يبعد بقاء حقّ الحبس له إذا لم يكن الثمن واصلاً إليه ، فيحرم عليه التصرّف ، بناءً على اقتضائه ذلك ، ويبقى له الخيار بعد الثلاثة . أمّا انتقال الضمان وزوال الحرمة أو الكراهة فالوجه تحققهما به [٣].

ولو كان المبيع مشغولاً بملك البائع فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع كفى في قبضه على المختار حصول تلك السلطنة عليه ولو قبل تفريغه .

بل لو اعتبرنا نقله ، ونقله المشتري بالأمتعة كفى في نقل الضمان وغيره حتى مع عدم إذن البائع في نقل الأمتعة بعد أن يكون آذناً في المبيع ، أو كانت إذنه غير معتبرة لوصول الثمن إليه [٤].

وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقّق التخلية قبل نقل الأمتعة فيكتفى بها [٥].

ولو كان المبيع مشتركاً بين الناقل وغيره [فهل يتحقق القبض بدون إذن الشريك ؟] [٦].

٢٢ = ١٥٢

---

[١] [قاله] **في المسالك : « إن كان بغير إذن البائع فلابد من تجديد الإذن في تحققه ، ـ أي القبض ـ بالنسبة إلى رفع التحريم أو الكراهة . وأمّا بالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل قوياً تحققه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير إذن البائع » . قال : « ويحتمل توقّف الأمرين على تجديده ؛ لفساد الأوّل شرعاً ، فلا يترتّب عليه أثره ، ولو كان بإذنه كالوديعة والعارية لم يفتقر إلى تجديد إذن ولا تخلية »**[1] .

وفيه : أنّه لا وجه لاعتبار الإذن في المنقول ، حيث لا يكون له الحبس ، كما لو باعه بثمن في ذمة البائع مثلاً .

[٢] [وذلك] لانتقاله إلى ملكه بالعقد والفرض أنّه في يده وفي قبضته . وكون اليد سابقاً عدواناً لا ينافي انتقال استمرارها إلى غير العدوان ، وليس ذا كالقبض المتوقّف صحّة العقد عليه ، فإنّ اعتبار الإذن في ذلك مطلقاً متجه . بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر عدم الفرق .

[٣] لصدقه . ودعوى إرادة الصحيح منه ـ بدعوى أنّه يشترط فيه شرعاً الإذن ، وبذلك ينقسم حينئذٍ إلى الصحيح والفاسد ـ دعوى في دعوى لا شاهد على شيء منهما ، خصوصاً مع أنّ الأصل ضمان المشتري ، فتأمّل .

[٤] إذ الإثم في ذلك لا ينافي صحّة القبض ، وترتّب أحكامه عليه . **واحتمل في المسالك توقفه ـ فضلاً عن غيره من أحكام القبض ـ على إذن البائع في نقل الأمتعة**[2] . وفيه من الضعف مالا يخفى .

[٥] **واحتمل في المسالك عدم الاكتفاء بها قبل النقل أيضاً**[3] . وهو أضعف من سابقه .

[٦] **ففي المسالك : « إنّه على ما اخترناه إن كان منقولاً فلابد من إذن الشريك في تحقّق القبض لتوقّفه على إثبات اليد والتصرف في حصة الشريك » إلى أن قال : « فإن أذن الشريك وإلّا نصب الحاكم من يقبضه أجمع بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع ، واختار العلاّمة في المختلف الاكتفاء حينئذٍ بالتخلية ؛ لأنّ المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار . ذكر ذلك في باب الهبة والحكم واحد ، بل فيها أقوى »**[4] .

---

(١)(٢)(٣)(٤) المسالك ٣ : ٢٣٩ ـ ٢٤٠ .

قلت: الظاهر تحقق القبض بنقله وقبضه وإن كان عصياناً [فيما إذا لم يأذن الشريك] [١]. بل قد يقال: بتحقّقه وإن لم يحصل له النقل الحسي، بل بمجرّد حصول سلطنة البائع له وهي تامة [٢] وحينئذٍ [= وحين عدم اذن الشريك] يرفع أمره إلى الحاكم في استيفاء المنفعة مع التشاح. وأولى من ذلك غير المنقول الذي يكتفى فيه بالتخلية [٣]. ومن ذلك ظهر لك الحال فيما لو كان المبيع مختصاً بالبائع، أو مشتركاً بينه وبين غيره أو المشتري؛ إذ المدار [٤] على حصول تلك السلطنة المزبورة والاستيلاء المذكور [٥].

[قال المصنّف:] (**والأوّل**) من الأقوال [٦] (**أشبه**) [٧] [هو غير صحيح].

---

[١] لما عرفت من أنّ الإثم في ذلك لا ينافي تحقق القبض عرفاً، بل وشرعاً.

[٢] والمنع من جهة الشريك أمر خارجي عنها لا ينافي تسلّط المشتري على ذلك كتسلط البائع.

[٣] **واستجوده في المسالك بعد أن احتمل التوقّف على الإذن أيضاً، قال: «لأنّ حقيقة قبض ماهذا شأنه رفع يد المالك وتخلية المشتري بينه وبينه، وهذا لا يقتضي التصرّف في مال الشريك» ثمّ قال: «ووجه الاشتراط أنّ وضع اليد والتسليط على التصرّف لا يمكن بدون التصرّف في حصّة الشريك»**[1]. قلت: هو كما ترى بعد عدم اعتبار مثل ذلك في التخلية التي يكفي فيها رفع المانع عرفاً وشرعاً من قبل البائع.

[٤] عندنا.

[٥] **وفي المسالك: «أنّه إن كان في مكان لا يختص بالبائع كفى في المنقول نقله من حيّز إلى آخر، وإن كان في موضع يختص به، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر باذنه كفى أيضاً، وإن كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مرّ، ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة، وفيه وجهان، أصحّهما الافتقار إلى النقل، كما لو انفرد بالبيع، ولو احضره البائع فقال له المشتري: ضعه ففعل تمّ القبض؛ لأنّ البائع حينئذٍ كالوكيل فيه، وإن لم يقل شيئاً أو قال: لا أُريده ففي وقوعه بذلك وجهان، وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان، كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره»**[2]. وأنت إذا أحطت خبراً بما ذكرناه لا يخفى عليك مواقع النظر من هذا الكلام، كما أنّه لا يخفى عليك ما في قول المصنّف [ذلك].

[٦] الذي لم نعرف قائلاً به قبله.

[٧] وإن استدلّ له ـ بعد دعوى العرف ـ بأنّه استعمل فيها [= القبض في التخلية] إجماعاً فيما لا ينقل ويحوّل، فيجب أن يكون كذلك في غيره، ويكون حقيقة في المعنى المشترك؛ إذ لو استعمل في المنقول بمعنى آخر لكان إمّا حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك، أو مجازاً في الآخر فيلزم المجاز، وكلاهما على خلاف الأصل. ونظر فيه في الرياض: «بوجوب المصير إلى أحدهما [المجاز أو المشترك] بعد قيام الدليل عليه، مع أنّ استعمال القبض في التخلية في المنقول خلاف المفهوم، والمتبادر منه في العرف واللغة، بل المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق هو القبض باليد، وبه صرّح جماعة من أهل اللغة، فاللازم الاقتصار عليه، إلّا ما قام الإجماع على إرادة التخلية منه، وهو إنّما يكون في غير المنقول خاصّة. وكذا لا يجب اعتبار شيء زائد عليه من النقل، إلّا ما قام الدليل على

---

(١) المسالك ٣: ٢٤٠.

(٢)(٣) المسالك ٣: ٢٤١.

[ولا يعتبر الكيل والوزن في تحقّق القبض في المكيل والموزون].

اعتباره ، فيعتبر إن تمّ ، فتأمّل جيّداً ، ومع ذلك يردّه المعتبرة[١] ، فلا وجه لهذا القول أصلاً »[٢] . قلت : قد عرفت أنّه يمكن إرادة المعنى الشامل للتخلية وغيرها من القبض ، وهو السلطنة العرفية . بل ظاهر الأصحاب أنّ المذكورات أفراد للقبض لامعان ، فلا حاجة حينئذٍ إلى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز ؛ للدليل ، كما أنّك عرفت إمكان إرادة القائل بالتخلية ما قلناه ، وحينئذٍ دعوى منافاته للعرف كما ترى . ولو سلّم فالمراد شرعاً لايزيد على ذلك قطعاً ، بل قد يحتمل إرادة ذلك من القبض باليد والنقل في عبارات الأصحاب ؛ ضرورة عدم الاجتزاء بذلك ، مع عدم حصول السلطنة به ، فهو كنايه عمّا ذكرنا ؛ لغلبة حصولها معه . والمعتبرة قد عرفت الحال فيها ؛ إذ هي الخبران المزبوران[٣] خاصّة الذي على تقدير القول بالأوّل منهما . قال في المسالك : « لا يخلو المبيع إمّا أن يكون قد كيل قبل البيع ووزن أو لا ، بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه أو باعه قدراً منه معيّناً من صبرة مشتملة عليه ، فإن كان الأخير ، فلا بد في تحقّق قبضه من كيله أو وزنه للنص المزبور ، وإن كان الأوّل ففي الافتقار إلى اعتباره ثانياً لأجل القبض ، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، من إطلاق توقّف الحكم على الكيل والوزن وقد حصلا ، وقوله عليه السلام : « لا تبعه حتى تكيله أو تزنه »[٤] لا يدلّ على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع ، ومن كون الظاهر ذلك لأجل القبض لا لأجل صحّة البيع ، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرّح العلّامة والشهيد وجماعة ، وهو أقوى ، ويدلّ عليه : قوله عليه السلام في الخبر السابق : « إلّا أن تولّيه »[٥] فإنّ الكيل السابق شرط لصحّة البيع أو ما قام مقامه ، فلابد منه في التولية وغيرها ، ومقتضى قوله عليه السلام : « إلّا أن تولّيه » أنّه معها لا يتوقّف على كيل أو وزن ، فدلّ ذلك على أنّهما لأجل القبض لا لأجل صحّة البيع ، وأمّا الثاني فإن اكتفينا بالاعتبار الأوّل في الأوّل ، كفى الإخبار فيه ، واختارهما في التذكرة ، وإن لم نكتف في السابق في الأوّل ، لم يكتف حينئذٍ بالإخبار في الثاني بطريق أولى . وقد روى محمد بن حمران قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيله ؟ فقال عليه السلام : « لا بأس ، فقلت : أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال : لا ، أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله »[٦] »[٧] انتهى . وفيه : أوّلاً : ما عرفت من عدم دلالة النص . وثانياً : أنّه لا ينبغي التأمّل في تحقّق القبض في الأوّل لو وهبه مثلاً ما بقي من الصبرة ، ثمّ نقل الجميع ، وبه صرّح بعض[٨] المحقّقين . وثالثاً : أنّ السيرة القطعيّة ، بل يمكن دعوى الضرورة على خلاف ما جعله الأقوى ، كما هو واضح ، خصوصاً إذا كاله المشتري قبل الشراء ونقله فإنّه لا حاجة حينئذٍ إلى قبض ؛ لأنّه اشترى ماهو مقبوض له ، فتأمّل جيّداً . وستعرف إن شاء الله تحقيق أنّه لا فرق فيه بين البيع تولية وغيره في الكراهة أو الحرمة قبل القبض . ولعلّ المراد من خبر محمد بن حمران : ١ ـ أنّه لا يباع ثانياً مخبراً بكيله على حسب ما أخبر به الأوّل ؛ ضرورة ظهور الأخبار في مباشرة المخبر الاعتبار ، والفرض أنّه كذلك ، فهو حينئذٍ تدليس محرّم . ٢ ـ أو أنّ المراد به ما يراد من غيره من حرمة بيع المكيل أو الموزون قبل اعتبارهما ، أو كراهته مطلقاً ، أو إذا كان طعاماً ، كما ستعرف ذلك في محلّه ، من غير مدخليّة لتحقّق معنى القبض ، وإن كان ينافيه ظاهر كلامهم الآتي الذي هو ظاهر في أنّ المدار على تحقّق القبض ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٣ ـ ٢٤ ، ب ١٠ من الخيار ، ح ١ .
(٢)(٧) الرياض ٨ : ٢٣٧ . المسالك ٣ : ٢٤١ ـ ٢٤٢ .
(٣) تقدّم في ص ١٣٣ .
(٤)(٥) الوسائل ١٨ : ٦٨ ، ب ١٦ من أحكام العقود ، ح ١١ .
(٦) الوسائل ١٧ : ٣٤٥ ، ب ٥ من عقد البيع وشروطه ، ح ٤ .
(٨) مفتاح الكرامة ٤ : ٧٠٠ .

وكيف كان فلا ينبغي إلحاق المعدود بالمكيل والموزون في أنّه لا يكتفى بعدّه سابقاً عن العدّ بعد العقد [١].

[وقيل : يلحق]، وهو لا يخلو من وجه .

والتحقيق في ذلك كلّه ما سمعت [أي تحقّق القبض بالسلطنة المذكورة] [٢].

[تلف المبيع قبل تسليمه من مال البائع]:

(و) كيف كان فـ(ـإذا **تلف المبيع**) بآفة سماويّة (**قبل تسليمه إلى المشتري**) وقبل تمكينه منه انفسخ العقد و(**كان من مال البائع**) وعاد الثمن إلى المشتري [٣].

والظاهر أنّ إتلاف المشتري بمنزلة القبض ، سواء كان عالماً أو جاهلاً [٤].

ولو أتلفه البائع فـ[ـفقد قيل :] [٥] [بتخيير المشتري بين الفسخ وردّ الثمن وبين الالتزام ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة كما لو أتلفه أجنبي]. لكن قد يحتمل الانفساخ فيهما معاً [٦].

---

[١] لعدم النص ، وتحقق القبض عرفاً بما يتحقّق في غيره . خلافاً للدروس[١] فألحقه فيها .

[٢] ومنه يعلم الغرابة هنا في بعض ما وقع لبعض الأصحاب ، والله أعلم بحقيقة الحال .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والدروس حتى لو أبرأه المشتري من الضمان**[٢] ، كما تقدّم البحث فيه ، وفيما لو مكّنه منه فامتنع من تسلّمه أو أنّه يتركه عند البائع باختياره .

[٤] للأصل السالم عن معارضة الخبر[٣] المنساق منه غير الفرض ، بقرينة ظهوره في إرادة الإرفاق بالمشتري .

واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الأوّل فضلاً عن الثاني[٤] ، **بل في التذكرة : « هذا إذا كان المشتري عالماً ، أمّا إذا كان جاهلاً بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله فالأقرب أنّه ليس قبضاً ، وأنه كإتلاف البائع »**[٥] . وهو كما ترى .

[٥] **[قاله] في القواعد والدروس وغيرهما : أنّه يتخيّر المشتري بين الفسخ وردّ الثمن ، وبين الالتزام ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة ، كما لو أتلفه أجنبي**[٦] . **وعن الشيخ : الفرق بينهما ، فجعل الأوّل كالتلف بآفة سماويّة**[٧] ، **ووافق على الخيار في الثاني الذي ظاهرهم الاتفاق على الخيار فيه .**

[٦] عملاً بإطلاق الخبر[٨] . وعدم جواز الإتلاف للبائع ـ فضلاً عن الأجنبي ؛ لأن ليس له الفسخ ، فيكون عادياً فيه ، فيترتّب عليه المطالبة بما أتلفه ـ لا ينافي تحقّق الانفساخ به ؛ للخبر المزبور وإن كان قد أثم بالفعل ، على أنّه لو فرض عدم تناول الخبر المزبور له أُشكل ثبوت أصل الخيار له ، بل المتجه اللزوم ومطالبة البائع أو الأجنبي بالمثل أو القيمة ، وتعذّر التسليم على هذا الوجه لم يثبت سببيته للخيار . وخبر الضرار[٩] يدفعه ما وضعه الشارع من الضمان لمن أتلف مال غيره . فتأمّل جيّداً .

---

(١) الدروس ٣ : ٢١٣ .
(٢) التذكرة ١٠ : ١١٣ . الدروس ٣ : ٢١٢ .
(٣) الوسائل ١٨ : ٢٣ ـ ٢٤ ، ب ١٠ من الخيار ، ح ١ .
(٤) روضة الطالبين ٣ : ٥٠١ ـ ٥٠٢ .
(٥) التذكرة ١١ : ٣٧٩ .
(٦) القواعد ٢ : ٨٨ . الدروس ٣ : ٢١٢ .
(٧) المبسوط ٢ : ١١٧ .
(٨) الوسائل ١٨ : ٢٣ ـ ٢٤ ، ب ١٠ من الخيار ، ح ١ .
(٩) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ .

وعلى كلّ حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمة في التلف من البائع قبل القبض، بل في جواز حبسها على الثمن إشكال.

ولو كان المبيع متعدّداً فتلف بعضه قبل القبض انفسخ ورجع بقسطه من الثمن [١].

(**وكذا إن نقصت قيمته**) أي المبيع (**بحدث فيه**) من الله أو البائع أو الأجنبي (**كان للمشتري ردّه**) [٢].

(**وفي الأرش**) مع الالتزام لو كان التعيّب من قبل الله [٣] (**تردّد**) [٤].

---

[١] **بلا خلاف، بل في التذكرة: نسبته إلى كلّ من أبطل البيع بالإتلاف[١]، وفيها وفي الدروس: كان له خيار التبعض في المقبوض[٢].**

وفيه نوع تأمّل، لكنّه ضعيف.

وأضعف منه احتمال عدم الانفساخ في التالف؛ لتعليق الحكم على تلف المبيع الذي لا يصدق إلّا بتلف الجميع، فيبقى حينئذٍ غيره على الأصل، فيكون تلفه حينئذٍ من المشتري؛ لأنّه أمانة في يد البائع. وتسمع في باب الثمار تتمة لهذا إن شاء الله تعالى.

[٢] **بلا خلاف، بل في الروضة عن كشف الرموز الإجماع عليه[٣]**، ولأصالة صحّة العقد، والضرر بإلزامه بقبوله على هذا الحال، وقد علم من حكم التلف قبل القبض إرفاق الشارع بالمشتري خاصّة دون البائع.

وجبر ضرره المشابه للانفساخ إنّما هو بالخيار.

[٣] **كما في المسالك[٤]**.

[٤] ينشأ من أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار، على أنّه إذا كان من الله تعيّب على ملكه لا من قبل أحد، **وهو خيرة الشيخ في المحكي عن مبسوطه وخلافه وابن إدريس[٥]، بل نفى الخلاف فيه في الثاني.**

بل ربّما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البائع، ومن أنّه مضمون على البائع بأجمعه فكذا أجزاؤه وصفاته، **واختاره الشيخ في نهايته والفاضل والشهيدان[٦]، بل في المختلف حكايته عن ابن البراج وأبي الصلاح[٧].**

وفيه: أنّ ضمان البائع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف، لا أنّه يغرم المثل أو القيمة، ومثله يمنع سريانه للأجزاء، وإلّا لاقتضى انفساخ العقد في الجزء المقابل له من الثمن، حتى لو أراد دفع الأرش من غيره لم يجب عليه القبول.

ولا ريب في بطلانه، خصوصاً على ما هو الظاهر من عدم مقابلة أجزاء الثمن لأجزاء المبيع.

اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ إعطاء الأرش مشابه للرجوع بالثمن في تلف الجميع، فيستفاد حكمه منه.

لكنّ الاكتفاء في الحكم الشرعي بمثل ذلك في نحو هذه المسألة الخلافيّة كما ترى.

---

(١) التذكرة ١٠: ١١٦.
(٢) التذكرة ١٠: ١١٧. الدروس ٣: ٢١٣.
(٣) لم نعثر عليه في الروضة. انظر كشف الرموز ١: ٤٨٣.
(٤) المسالك ٣: ٢٤٣.
(٥) المبسوط ٢: ١٢٧. الخلاف ٣: ١٠٩. السرائر ٢: ٢٩٨، ٣٠٥.
(٦) النهاية: ٣٩٥. التحرير ٢: ٣٣٥، ٤٠٥. التذكرة ١١: ٨٣. الدروس ٣: ٢١٢، ٢٨٣. المسالك ٣: ٢٤٣.
(٧) المختلف ٥: ١٨٢.

نعم لا ريب في ثبوت الأرش لو كان التعيّب من أجنبي [١].

لكنّ الظاهر بناءً على ذلك إنّما هو تفاوت ما بين القيمتين من غير ملاحظة النسبة إلى الثمن وإن كان إطلاق لفظ الأرش تقتضي ذلك ؛ لأنّه جزء من الثمن .

ولو كان التعيّب من قبل البائع فالظاهر التزامه بالأرش [٢]، [وهو الأقوى].

و[المختار] [٣] أنّ المشتري يرجع على الأجنبي بالأرش حيث يكون التعيّب منه [٤]، وليس له الرجوع على البائع [٥].

(ويتعلق بهذا الباب مسائل) :

[نماء المبيع للمشتري] :

(**الأُولى**) : [أنّه] [٦] بناءً على الملك بالعقد في أنّه (**إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج أو ثمرة النخل أو**) ما في حكمه كـ (**اللقطة**) للعبد (**كان ذلك للمشتري**) لأنّه من التوابع لملكه .

(**فإن تلف الأصل**) قبل قبضه (**سقط الثمن عن المشتري**) لانفساخ العقد (**وله النماء**) لأنّ التحقيق كون الفسخ من حينه ، لا من أصله .

وليس من ذلك أرش جناية الأجنبي مثلاً ، فمتى فسخ بها كانت للبائع ؛ لأنّه عوض جزء عاد إلى ملك المالك كما هو واضح .

(**ولو تلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البائع دركه**) لأنّه أمانة في يده . ولا يجري عليه حكم المبيع [٧].

---

[١] لعموم من أتلف ، والضرورة على عدم هدر جناية الجاني وتناول البائع لها ـ مع كون المال لغيره ـ لا وجه له فانحصر في المشتري .

[٢] لنحو ما سمعته في الأجنبي ، فيتجه منه ما ذكرناه فيه . اللهمّ إلّا أن يدّعى انفساخ العقد فيما قابل الجزء الفائت من الثمن .

وقد عرفت ما فيه . وقد يناقش في أصل ثبوت الأرش على البائع بأنّ الضرر الناشئ منه سلّط المشتري على الخيار ، فكأنّ تزلزل العقد صار عوض جنايته ، فلا يستحقّ معه أرش ، إلّا أن الأوّل أقوى .

[٣] [كما] من ذلك ظهر [ذلك].

[٤] **كما هو صريح بعضهم(١) وظاهر آخر(٢).**

[٥] باعتبار أنّه مضمون عليه كالمغصوب . وهو في الجملة مؤيّد لما ذكرنا من عدم كون العين مضمونة على البائع بالمعنى المزبور . فتأمّل جيّداً ، والله أعلم .

[٦] **[كما] لا خلاف [فيه].**

[٧] **للأصل السالم عن المعارض.**

---

(١) الدروس ٣: ٢١٢.

(٢) المسالك ٣: ٢٤٣.

[اختلاط المبيع بغيره في يد البائع]:

المسألة (**الثانية : إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميّز فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز**) [١] [ولايجب عليه القبول].

بل الظاهر عدم سقوط الخيار الآتي بالبذل [٢].

(**وإن امتنع البائع قيل**) [٣] : (**ينفسخ البيع لتعذّر التسليم**) [٤].

(و) الأقوى (**عندي أنّ المشتري بالخيار إن شاء فسخ ، وإن شاء كان شريكاً للبائع ، كما إذا اختلطا**[1] **بعد القبض**) فإنّه لا ريب في تحقّق الشركة قهراً.

ولا فرق في الاختلاط بين كونه من فعل البائع أو غيره غير المشتري.

ولا بين كونه بالمماثل أو الأجود أو الأردأ [٥].

وحكم الاختلاط بغير مال البائع حكم الاختلاط بماله.

ثمّ إنّه حيث تفتقر القسمة إلى مؤونة فهي على البائع [٦].

[تلف بعض المبيع قبل التسلم]:

المسألة (**الثالثة : لو باع جملة فتلف بعضها**) بآفة سماويّة (**فإن كان للتالف قسط من الثمن**) ؛ لأنّه لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه وضابطه ما كان صالحاً للبيع منفرداً انفسخ العقد فيه ورجع ما يخصّه من الثمن لصدق تلف المبيع قبل قبضه ، وكون الثمن موزّعاً عليه.

---

[١] **وعن الشيخ**[2] **: أنّه يجب عليه القبول ؛ لأنّه زاده فضلاً.** وفيه منع.

[٢] **كما صرّح به في جامع المقاصد والمسالك**[3].

[٣] **والقائل الشيخ**[4] **فيما حكي عنه.**

[٤] ولأنّه كالتلف قبل القبض ، وفيه منع واضح ؛ إذ أقصاه صيرورته كبيع المشاع.

[٥] **نعم في المسالك : « ينبغي ـ في الامتزاج بالأجود بغير اختياره ـ ثبوت الخيار له ـ أي البائع ـ أيضاً ؛ لتضرّره بذلك مع اختيار المشتري الشركة »**[5].

وفيه إشكال ، ينشأ من عدم مراعاة حاله قبل القبض ، وإنّما هي مختصة بالمشتري ، ولذا لو تعيّب من قبل الله في يده تسلّط المشتري خاصّة على الخيار.

وفي الأرش ما عرفت ، على أنّ المتجه بناءً على ما ذكره ثبوت الخيار له مطلقاً ، لا في خصوص الاختلاط بالأجود ؛ لأنّ الشركة مطلقاً ضرر عليه أيضاً ، فتأمّل.

[٦] لأنّ هذا العيب مضمون عليه ، والتخليص واجب عليه ؛ لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه.

---

(١) في الشرائع : « اختلط ».

(٢)(٤) المبسوط ٢ : ١٠٤ ، ١١٥.

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٣٨٤. المسالك ٣ : ٢٤٤.

(٥) المسالك ٣ : ٢٤٤.

و(كان للمشتري فسخ العقد) في الباقي لتبعّض الصفقة.

(وله الرضا بحصّة الموجود من الثمن كبيع عبدين أو نخلة[١] وفيها ثمرة لم تؤبّر، وإن لم يكن له قسط من الثمن) لبقاء أصل المبيع بفواته (كان للمشتري الردّ) لما تقدّم (أو أخذه بجملة الثمن، كما إذا قطعت يد العبد) [١].

[كما لو فات الوصف فإنّه لا أرش فيه أيضاً]. [هذا فيما لو كان الفوات من قبل الله تعالى].

أمّا لو كان من أجنبي فلا ريب في ضمان الجناية، وأنّ الأقوى كون المضمون تفاوت القيمتين من غير ملاحظة الثمن.

بل وكذا البائع، وعليه فقد يقوى عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف؛ ضرورة تفاوت القيم بتفاوت الوصف.

بل يمكن التزام مقابلته بالثمن، بناءً على مقابلته الأجزاء، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[لزوم تسليم المبيع مفرّغاً مما لا يدخل فيه]:

المسألة (الرابعة: يجب تسليم المبيع مفرّغاً) من أمتعة البائع وغيرها ممّا لم يدخل في البيع بمعنى وجوب التسليم والتفريغ.

(فلو كان فيه متاع وجب نقله أو زرع قد أُحصد وجب إزالته) وإن لم يكن قد أُحصد وجب الصبر إلى أوانه إن

---

[١] وظاهره هنا الجزم بعدم الأرش، مع أنّه تردّد فيه سابقاً.

واحتمال تغاير موضوع المسألتين في غاية السقوط. ووجهه ما سمعته من عدم مقابلة الثمن للأجزاء حتى يفوت ما يخصّها منه بفواتها، فليس [له] إلّا الخيار، كما لو فات الوصف الذي صرّح في القواعد وجامع المقاصد والمسالك[٢] بعدم الأرش فيه.

قالا في الأخيرين: «فلو كان العبد كاتباً فنسي الكتابة قبل القبض فللمشتري الردّ خاصّة، فإنّ الفائت ليس بعضاً من المبيع، ومن ثمّ لو شرط كونه كاتباً فظهر بخلافه لم يستحقّ سوى الردّ»[٣]. لكنّهما فرّقا بينه وبين الجزء الفائت كاليد ونحوها، وجزما بعد التردّد بالأرش فيه[٤]؛ معلّلين له:

١ ـ بأنّ القيمة تزيد بوجوده، وتنقص بعدمه، وفواته من أظهر العيوب وأبينها.

٢ ـ وللقطع بأنّ المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد فات بعضه، بل صرّح في الأخير[٥] منهما أنّ الخيار فيه تبعّض الصفقة، وأنّه كفوات ماله قسط من الثمن من أحد العبدين ونحوه.

وقد عرفت سابقاً قوّة القول بعدم الأرش في الجزء، فضلاً عن الوصف لو كان الفوات من قبل الله.

---

(١) لم ترد «و» في الشرائع.

(٢) القواعد ٢: ٨٨. جامع المقاصد ٤: ٤٠٤ ـ ٤٠٥. المسالك ٣: ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٤٠٥. المسالك ٣: ٢٤٥.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٤٠٥. المسالك ٣: ٢٤٤.

(٥) المسالك ٣: ٢٤٥.

اختاره البائع، ولا أُجرة عليه على الظاهر.

نعم للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً به؛ للضرر.

(**ولو كان للزرع عروق تضرّ**) بالانتفاع (**كالقطن والذرّة أو كان في الأرض حجارة مدفونة أو غير ذلك**) ممّا يمنع الانتفاع أو كماله (**وجب على البائع إزالته وتسوية**) الحفر في (**الأرض**) لوجوب تسليم المبيع إليه متمكّناً من الانتفاع به.

(**وكذا لو كان فيها دابّة أو شيء لا يخرج إلّا بتغيّر شيءٍ من الأبنية وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم**) [١]، وله الفسخ مع الجهل بالحال [٢].

ثمّ إنّ التفريغ وإن كان واجباً، إلّا أنّ القبض لا يتوقّف عليه، فلو رضي المشتري بتسلّمه مشغولاً، تمّ القبض ويجب تفريغه بعده.

وفي جواز الامتناع عن القبض قبله وجه.

[غصب المبيع من يد البائع]:

المسألة (**الخامسة: لو باع شيئاً فغصب من يد البائع**) قبل القبض (**فإن أمكن استعادته في الزمان اليسير**) وجبت و(**لم يكن للمشتري الفسخ**) [٣].

(**وإلّا**) يمكن ذلك أصلاً، أو بعد الزمان الكثير (**كان له ذلك**) [٤].

وله حينئذٍ الانتفاع بما لا يتوقّف على القبض كعتق العبد ونحوه.

وتلفه في هذه المدّة من مال البائع وإن كان قد رضي المشتري بالصبر [٥].

بل لو تصرّف في المبيع بنظر أو لمس أو نحوه وهو في يد الغاصب لم يكن قبضاً عرفاً.

بل الرضا بالبقاء في يد البائع ليس قبضاً، فضلاً عن الغاصب [٦].

---

[١] **وفي القواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجب الأرش**[1]. ويمكن رجوعهما [= إصلاح ما يستهدم والأرش] إلى معنى واحد، وإن أُريد بالأرش رجوع جزء من الثمن، كان فيه بحث يعرف ممّا تقدّم.

[٢] **كما صرّح به في الجامع والمسالك**[2].

[٣] للأصل السالم.

[٤] للضرر.

[٥] واحتمال أنّ هذا الرضا قبض ضعيف.

[٦] **كما صرّح به خبر عقبة بن خالد**[3] المتقدّم.

---

(١) القواعد ٢: ٨٦. جامع المقاصد ٤: ٣٩٥. المسالك ٣: ٢٤٥. الروضة ٣: ٥٢٨.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٩٥. المسالك ٣: ٢٤٥.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.

نعم قد يقال: بعدم الانفساخ قهراً بالتلف السماوي في يد الغاصب بكونه مضموناً عليه للمشتري، فهو حينئذٍ كما لو ضمنه الأجنبي بالإتلاف في يد البائع [١].

(و) كيف كان فـ(لا يلزم البائع أُجرة المدّة [التي كان المبيع فيها في يد الغاصب] على الأظهر) [٢]. [نعم يكون الغاصب ضامناً لذلك فيختصّ هو بالرجوع عليه دون البائع].

[والتحقيق عدم دخول المنافع في المبيع وإنّما هي نماء فلا ضمان على البائع لو تلف بدون تفريط].

(فأمّا لو منعه البائع عن التسليم، ثمّ سلّم بعد مدّة كان له الأُجرة)؛ لأنّه غاصب إذا لم يكن امتناعه بحق كقبض الثمن [٣]، [فالأقوى سقوط الضمان إذا كان امتناعه بحقّ].

ولو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع في يد البائع بنفسه وبغيره إلى حين تسليم الثمن فـ[قيل:] [٤] الظاهر أنّ للبائع المنع. وفيه نظر.

---

[١] خصوصاً مع كون الانفساخ على خلاف القواعد، فيجب الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو فيما إذا كان غير مضمون للمشتري، كما إذا كان في يد البائع، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق، لكن لا يحضرني الآن من احتمله.

[٢] لأنّ المضمون عليه إنّما هو العين وما كان من توابعها الداخلة في البيع، وليست المنفعة من هذا القبيل، وإنما هي نماء المبيع فلا تكون مضمونة.

ولذا قال في جامع المقاصد: «لا ريب في ضعف احتمال الضمان وقد سبق من قريب فله النماء غير مضمون، والمنفعة نماء.

نعم قد يقال: إنّ النماء المتصل محلّ تردّد، فإنّ المبيع لو سمن في يد البائع ثمّ هزل جاء فيه الوجهان، إلّا إذا كان السمن موجوداً وقت العقد، فإنّه مضمون قطعاً»[(١)].

قلت: يمكن دعوى كون المنفعة فيه من قبيل النماء المتصل، فيكون الاحتمال حينئذٍ في محلّه؛ لأنّ فواتها حينئذٍ بمنزلة النقص قبل القبض.

نعم يضعف الاحتمال المزبور ما عرفته سابقاً من أنّ النقص الداخل على المبيع من أجنبي ضمانه ـ مع اختيار المشتري اللزوم ـ على الأجنبي لا على البائع، فيختصّ حينئذٍ الغاصب بالرجوع عليه.

على أنّ التحقيق: عدم دخول المنافع في المبيع، وإنّما هي نماء.

[٣] بل في جامع المقاصد احتمال الضمان أيضاً؛ لأنّ جواز الحبس غير سقوط حقّ المنفعة، ولا يلزم من ثبوت الأوّل الثاني[(٢)]. وإن كان الأقوى الأوّل.

ثمّ إنّ الظاهر جريان حكم الغاصب عليه في صورة عدم كون الحبس بحقّ ينافيه الاحتمال السابق في عدم الانفساخ قهراً لو تلف في يده بآفة سماويّة.

[٤] [قاله] في جامع المقاصد[(٣)].

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٤١١.

(٢)(٣) جامع المقاصد ٤: ٤١٢.

وكيف كان فالنفقة في مدّة الحبس على المشتري؛ لأنّ العين ملكه، فإن امتنع منها رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن تعذّر أنفق بنيّة الرجوع ورجع بها كما في نظائره [١].

(ويلحق بهذا) أي النظر الثالث: (بيع ما لم يقبض، وفيه مسائل:)

[بيع ما لم يقبض]:

(الأُولى: من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثمّ أراد بيعه) جاز إن لم يكن مكيلاً أو موزوناً [٢].

نعم (كره) له (ذلك) [لكن هل يكره] مطلقاً؟ [٣] أو (إن كان) المبيع (ممّا يكال أو يوزن)؟ [٤].

---

[١] لكن في جامع المقاصد: «ما أشبه هذه المسألة بمثل منع الزوجة نفسها قبل الدخول إلى أن تقبض المهر، فإنّ في استحقاقها النفقة تردّداً» قال: «ويحتمل الفرق بين الموسر والمعسر»[(١)].

وفيه:

إنّه يمكن الفرق بين المقامين، والله أعلم.

[٢] إجماعاً بقسميه ونصوصاً[(٢)]، ولا يشمله النهي عن بيع ما ليس عنده[(٣)] قطعاً، كما أنّه لم يثبت حديث النهي[(٤)] عن بيع مطلق ما لم يقبض كما اعترف به في الروضة[(٥)]، ولئن ثبت كان حمله على الكراهة بالنسبة إلى ذلك متعيّناً.

فما حكاه في التذكرة[(٦)] عن بعضهم من القول بالمنع - مع أنّا لم نتحقّق القائل به - فاسد قطعاً.

[٣] كما عن بعضهم[(٧)]؛ للمرسل المزبور، وإشعار بعض النصوص[(٨)].

[٤] وفاقاً للمفيد والنهاية ومحكي القاضي[(٩)]، بل هو المشهور بين متأخّري الأصحاب نقلاً وتحصيلاً:

١ - لأصالة الجواز.

٢ - وعموماته وإطلاقاته.

٣ - سيّما التعليل في نحو الصحيحين اللذين في أحدهما: في رجل أمر رجلاً يشتري متاعاً فيشتريه منه، قال: «لا بأس بذلك، إنّما البيع بعد ما اشتريته»[(١٠)].

٤ - وفي ثانيهما: «لا بأس إنّما تشتري بعد ما اشتريته»[(١١)].

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٤١٢.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ٦٥، ب١٦ من أحكام العقود.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٨، ب٢ من أحكام العقود، ح٤.

(٤) الوسائل ١٨: ٥٨، ب١٠ من أحكام العقود، ح٦.

(٥) الروضة ٣: ٥٢٨.

(٦)(٧) التذكرة ١٠: ١٢٠، ١١٩.

(٨) الوسائل ١٨: ٦٥، ٦٧، ٦٩، ب١٦ من أحكام العقود، ح١، ٩، ١٨.

(٩) المقنعة: ٥٩٦. النهاية: ٣٩٨. نقله عن القاضي في الكامل في المختلف ٥: ٢٨١.

(١٠) الوسائل ١٨: ٥٠، ب٨ من أحكام العقود، ح٦، وفيه: «يشتريه» بدل «اشتريته».

(١١) المصدر السابق: ٥١، ح٨، مع اختلاف.

٢٣ = ١٦٤

٥ ـ وخصوص خبر الكرخي قال للصادق عليه السلام : أشتري الطعام إلى أجل مسمّى فيطلبه التجّار منّي بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه ، فقال : « لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت ، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض ، قلت : فإذا قبضته جعلت فداك فلي أن ادفعه بكيله ؟ قال : لا بأس بذلك إذا رضوا »[١] . وزاد فيما رواه عنه في الفقيه قال : وقلت له : أشتري الطعام من الرجل وأبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول : ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال : « لا بأس »[٢] .

والمراد أجل الثمن والبيع مرابحة ، ولذا قيّد الإمام عليه السلام نفي البأس بما سمعت .

٦ ـ وخبر جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام أيضاً في رجل اشترى الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يقبضه ، قال : « لا بأس » ، ويوكّل الرجل المشترى منه بكيله وقبضه ، قال : « لا بأس »[٣] .

٧ ـ وخبر أبي بصير : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثمّ باعه قبل أن يكيله ؟ قال : « لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه ، إلّا أن يولّيه كما اشتراه ، فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع ، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن ، فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه »[٤] .

٨ ، ٩ ـ وصحيحي محمد بن مسلم الواردين في بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها[٥] ، بناءً على شمولها للمكيل والموزون منها ، لا أنّه لخصوص ما كان على الشجر والنخل .

١٠ ـ وخبر إسحاق المدائني : سأل أبا عبدالله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام فيتساومون بها ثمّ يشتريه رجل منهم فيسألونه فيعطيهم ما يريدون من الطعام فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم ويقبض الثمن ؟ قال : « لا بأس ما أراهم إلّا وقد شركوه »[٦] .

١١ ـ مضافاً إلى النصوص الدالّة على جواز بيع السلم بعد حلوله وقبل قبضه[٧] . **بل لا خلاف أجده فيه هناك إلّا من بعضهم[٨] إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة** ، بناءً على أنّ المسألتين من وادٍ واحد ، **كما صرّح به في الروضة والمسالك واختار فيهما معاً الحرمة**[٩] . إلّا أنّ النصوص شاهدة بخلافه . ولذا فرّ المحدّث البحراني من القول بالحرمة فيها من قوله بها في المقام . نعم يمكن حمل تلك النصوص على غير صورة البيع ، وأنّه كان وفاءً بصلح ونحوه ، فلاحظ وتأمّل .

وقيل كما عن العماني : لا يجوز[١٠] ، **ومال إليه ثاني الشهيدين والمحدّث البحراني**[١١] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٦٩ ـ ٧٠ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح١٩ .

(٢) الفقيه ٣ : ٢٠٩ ، ح ٣٧٨٠ . الوسائل ١٨ : ٦٥ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح٣ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٦٦ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح٦ .

(٤) التهذيب ٧ : ٣٧ ، ح ١٥٤ . الوسائل ١٨ : ٦٩ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح١٦ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢٢٥ ، ب٧ من بيع الثمار ، ح٢ ، ٣ لكن أحدهما ، عن محمّد الحلبي ، لا محمد بن مسلم .

(٦) الوسائل ١٨ : ٦٦ ، ب١٦ من أحكام العقود ، ح٧ .

(٧) انظر الوسائل ١٨ : ٤٦ ، ب٧ من أحكام العقود ، و٣٠٣ ، ب١١ من السلف .

(٨) الوسيلة : ٢٤٢ .

(٩) الروضة ٣ : ٤٢١ . المسالك ٣ : ٤٢٤ .

(١٠) نقله في المختلف ٥ : ٢٨١ .

(١١) المسالك ٣ : ٢٤٨ . الحدائق ١٩ : ١٧٧ ـ ١٧٩ .

(وقيل) [١]: إنّه (إن كان طعاماً لم يجز) [٢] (و) حينئذٍ فلا ريب أنّ (الأوّل أشبه) [٣].

---

[١] كما عن المبسوط والخلاف والغنية والصدوق والقاضي في أحد كتابيه[١].

[٢] بل في الثلاثة الأُول الإجماع عليه. وإن كان موهوناً بمصير بعض من تقدّمه ومعظم من تأخّره إلى خلافه، بل قد سمعت أنّ خيرته في النهاية الكراهة. [إذن] فلا ريب في قصوره عن معارضة أدلّة الجواز، كالنصوص التي ما بين قاصرة الدلالة أو السند، ومشتمل على ما لا يقول به المعظم منهم من الفرق بين التولية وغيرها، وناهٍ عن البيع قبل الكيل والوزن الذي لا يدلّ على المقام، بناءً على التحقيق من عدم توقّف القبض عليه، على أنّ مقتضى عدم التعارض بينهما ما اختاره العماني، وهو شاذّ. فمفاد النصوص لا قائل به إلّا نادر، وما قالوه من خصوص الطعام غير مفادها.

[٣] وعليه يحمل لفظ « لا يصلح » في: ١ ـ صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: في الرجل يبتاع الطعام، ثمّ يبيعه قبل أن يكال، قال: « لا يصلح له ذلك »[٢]. ٢، ٣ ـ ومثله خبر البصري وأبي صالح مع زيادة: « لا تبعه حتى تكيله »[٣]. وخبر علي بن جعفر: سأل أخاه عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: « إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان تولية فلا بأس »[٤]. خصوصاً بملاحظة خبر أبي بصير المتقدّم الظاهر في الكراهة، بل هو القرينة على إرادتها من النهي في الزيادة المزبورة. كالنهي في صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أيضاً: « إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلّا أن تولّيه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه »[٥]. وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام[٦]: « من احتكر طعاماً أو علفاً أو ابتاعه بغير حكرة وأراد أن يبيعه فلا يبعه حتى يقبضه ويكتاله »[٧]. ٣ ـ وخبر حزام المروي عن مجالس الطوسي قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فاربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت بيعه فسألت النبي صلى الله عليه وآله، فقال: « لا تبعه حتى تقبضه »[٨]. مع أنّه استثنى في الثاني التولية، كما أنّ الأوّل لا يدلّ على المطلوب، إلّا بناءً على إرادة القبض من الكيل. وفيه منع. وأولى من ذلك في احتمال إرادة الكراهة صحيح الحلبي: سأل أبا عبدالله عليه السلام عن قوم اشتروا بزّاً فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقسّموه أيصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه؟ قال: « لا بأس به »، وقال: إنّ هذا ليس بمنزلة الطعام إنّ الطعام يكال »[٩]، الذي أقصى مفهوم التعليل فيه ثبوت البأس، الذي هو أعمّ من الحرمة. كخبر منصور: سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: « لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن فإن هو قبضه فهو أبراء لنفسه »[١٠]. إلى غير ذلك من النصوص ـ التي هي مع قطع النظر عما ذكرناه من أدلّة الجواز ـ ظاهرة في الكراهة. وقد عرفت أنّ مقتضاها ـ خصوصاً مع ملاحظة التعليل في صحيح الحلبي ـ تعميم الحكم في كلّ مكيل وموزون، لا خصوص الطعام، وهو [= التعميم] خلاف المعروف بين القائلين بالحرمة، كما أنّ المعروف بينهم عدم الفرق في ذلك بين التولية وغيرها. ولذا نسبه المصنّف إلى الرواية، فقال: [وفي رواية ...].

---

(١) المبسوط ٢: ١٢٢. الخلاف ٣: ٩٧. الغنية: ٢٢٨. المقنع: ٣٦٧. المهذب ١: ٣٨٥.
(٢)(٣) الوسائل ١٨: ٦٦ ـ ٦٨، ب١٦ من أحكام العقود، ح١٣، ١٤.
(٤) المصدر السابق: ٦٧، ح٩. (٥) الوسائل ١٨: ٦٥، ب١٦ من أحكام العقود، ح١.
(٦) في المصدر بعدها: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام». (٧) المصدر السابق: ٦٩، ح١٧.
(٨) أمالي الطوسي: ٣٩٩، ح ٨٩١. الوسائل ١٨: ٧٠، ب١٦ من أحكام العقود، ح ٢١.
(٩) الوسائل ١٨: ٦٧، ب١٦ من أحكام العقود، ح ١٠. (١٠) المصدر السابق: ٦٩، ح١٨.

[قال المصنف :] (**وفي رواية يختصّ التحريم بمن يبيعه بربح ، فأمّا التولية فلا**) [١] . [والمختار الكراهة] في مطلق ما لم يقبض [٢] . وتشتدّ في خصوص المكيل والموزون ، وتشتدّ في خصوص الطعام منه ، وتشتدّ في خصوص بيعه مرابحة . وفي إلحاق الوضيعة بها أو بالتولية وجهان [٣] .

لكن قد يقوى في النفس خفّة الكراهة فيها بالنسبة إلى التولية [٤] .

كما أنّك [تعرف] [٥] على المختار ـ من عدم توقّف القبض على الكيل والوزن ـ ينبغي جعل موضع الكراهة بيع ما لم يكل أو يوزن وإن كان مقبوضاً ، بل الأولى تحرير محلّ النزاع كذلك [٦] .

وكيف كان فالظاهر البطلان على القول بالحرمة [٧] . هذا كلّه إذا أراد بيع ما انتقل إليه بالبيع قبل قبضه .

---

[١] بل عن المهذب البارع[١] أنّه لم يقف على عامل بها . وإن كان فيه أنّه قال به بعض من تقدّمه ، كالفاضل في التحرير الإرشاد[٢] ، وتبعه الشهيد الثاني في المسالك والروضة[٣] ؛ للنصوص المزبورة التي ظهر لك أنّ الأولى الجمع بينها بالقول بالكراهة .

[٢] للمرسل[٤] .

[٣] من لزوم الاقتصار فيما خالف إطلاق المنع على ما تضمّنه الروايات . ومن مفهوم الصحيح إذا ربح لم يصلح حتى يقبض . واحتمال ورود الإطلاقات واستثناء التولية خاصّة مورد الغلبة لكون المعاملة بالوضيعة نادرة ، إلّا أنّه وارد في مفهوم الصحيح .

ومع ذلك يؤيّد الأوّل ، ذيل خبر أبي بصير السابق[٥] ، بناءً على عطف « يضع » فيه على لفظ « يربح » .

[٤] إذ الظاهر أنّ المراد من النصوص أنّه مع البيع مرابحة ينبغي الكيل والوزن ، وعدم الاكتفاء بالإخبار ، كما هو المناسب لأخذ الربح ودفعه ، أمّا إذا لم يكن له فيه ربح فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالإخبار ونحوه ، ولا ينبغي مداقّته ؛ لعدم حصول ربح له ، فلا ريب في أولوية المواضعة حينئذٍ ، فلاحظ النصوص ، وتأمّل ما ذكرناه تجده واضحاً .

[٥] [إذ] تجد أوضح من ذلك ما أومأنا إليه سابقاً من أنه [ذلك] .

[٦] لما عرفت من الاختلاف في تحقّق القبض . واحتمال عدم البأس ـ كراهة وحرمة في بيع الطعام فضلاً عن غيره إذا كان قد قبضه بنقل أو وضع يد أو نحوهما وإن لم يكن قد كاله ووزنه ـ ينافيه ظاهر النصوص ؛ ضرورة وضوحها في أنّ المدار على عدم كيله ووزنه . نعم عبّر في بعضها عن ذلك بعدم القبض لغلبة حصول الكيل والوزن معه . واحتمال العكس ضعيف بالنسبة إلى ذلك فيها وإن كان يؤيّده ظاهر تحرير محلّ النزاع في كلام الأصحاب ، فلاحظ وتأمّل .

[٧] **كما عن العماني**[٦] **التصريح به ، وتبعه بعض المتأخّرين**[٧] ؛ لما تحقّق في الأُصول من اقتضائه [= النهي] الفساد عرفاً إذا تعلّق بالمعاملة . **فما في المختلف**[٨] **من أنّه يأثم خاصة** ـ بناءً على عدم اقتضاء النهي الفساد في المعاملة ـ قد تبيّن ضعفه في الأُصول .

---

(١) المهذب البارع ٢ : ٤٠١ .
(٢) التحرير ٢ : ٣٣٨ . الإرشاد ١ : ٣٨٢ .
(٣) المسالك ٣ : ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ . الروضة ٣ : ٥٢٨ .
(٤) لم نعثر عليه ، انظر الوسائل ١٨ : ٥٨ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٦ .
(٥) تقدّم في ص ١٤٦ .
(٦) المختلف ٥ : ٢٨١ .
(٧) مفتاح الكرامة ٤ : ٤٧٦ .
(٨) المختلف ٥ : ٢٨٤ .

(و) أمّا (**لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع كالميراث والصداق للمرأة والخلع جاز وإن لم يقبضه**) [١] حتى لو كان انتقاله إلى المورّث والمصدّق والمختلعة ببيع لا قبض معه [٢].

وكذا لا إشكال في جواز نقل ما ابتاعه ولم يقبضه بغير البيع حتى الصلح ، بناءً على ما هو التحقيق من كونه عقداً مستقلاً [٣] ، [بل وكذا الاجارة] . فصار المنع والكراهة فيما لم يقبض مشروطة بشرطين : أحدهما : انتقاله إليه بالبيع . والثاني : نقله بلا واسطة مبيع . والظاهر اختصاص الحكم بالمبيع [٤] دون ثمنه ، فيجوز نقله ببيع وغيره ، وإن لم يكن مقبوضاً [٥].

[بيع ما لم يقبض]:

وممّا ذكرنا يظهر لك أنّ المسألة (**الثانية**) [٦] : وهي أنّه (**لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر**) ليست ممّا نحن فيه ؛ إذ هي إمّا حوالة أو وكالة ، وعلى كلّ حال ليست من بيع المبيع قبل قبضه [٧]. فما (**ف**) ـي المتن [٨] من أنّه (**على ما قلناه**) في المسألة السابقة (**يكره ، وعلى ما قالوه**) فيها (**يحرم**) معلّلاً (**لـ**) ـه بـ (**ـأنّه قبضه عوضاً عمّا له قبل أن يقبضه صاحبه**) في غير محلّه [٩].

---

[١] **بلا خلاف أجده** ، بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه ؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها السالمين عن المعارض .

[٢] **كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره وصريح بعض**[١] ؛ ضرورة ظهور أدلّة المنع فيما لا واسطة بين الابتياع والبيع ، وفي الفرض قد تخلّل الإرث والإصداق وعوض الخلع بين الابتياع والبيع . فما عن بعضهم[٢] من تقييد الإطلاق بذلك في غير محلّه .

[٣] للعموم[٣] ، والإطلاق السابقين . فالمنع حينئذٍ من الإجارة بناءً على أنّها ضرب من البيع فيه منه واضح ، ومن الكتابة ؛ لأنّها بيع للعبد من نفسه . وهو أوضح منعاً .

[٤] **كما صرح به بعضهم**[٤] .

[٥] اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن ، والله أعلم .

[٦] التي ذكرها المصنّف وغيره .

[٧] فلا يأتي فيها البحث السابق .

[٨] وغيره .

[٩] كالتعليل الذي من الواضح عدم اقتضائه كونه بيعاً قبل قبضه ؛ إذ المعاوضة أعمّ من البيع . ودعوى أنّ الحوالة قسم من البيع كما ترى ، بل هي قسم مستقلّ برأسه . ومن هنا قال في المحكي عن الخلاف : « يجوز الإحالة ، سواء كان الطعامان قرضين ، أو أحدهما قرضاً والآخر سلماً بلا خلاف ، أو كانا سلمين عندنا ؛ لأنّ الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل »[٥] . ومن ذلك يعلم أنّ ما حكاه في المسالك[٦] عن الخلاف [من الحكم بعدم الصحّة] في غير محلّه . **نعم حكى ذلك عن المبسوط والقاضي وظاهر المتن**

---

(١) المسالك ٣ : ٢٤٩ ـ ٢٥٠ .
(٢) نقله في المسالك ٣ : ٢٤٩ .
(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٦٥ ، ب١٦ من أحكام العقود .
(٤) المهذب ١ : ٣٨٦ .
(٥) الخلاف ٣ : ١٠٠ .
(٦) المسالك ٣ : ٢٥٠ .

وبعض[١] موافقته على بناء هذه المسألة على المسألة السابقة. بل نفى الخلاف عنه في المبسوط، قال: «وإن كانا سلمين لا يجوز بلا خلاف؛ لأنّ بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعاً لا لعلّة»[٢]. لكن قد عرفت ما فيه على أنّه قد روى المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض والموثّق في آخر عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل عليه كرّ من طعام فاشترى كرّاً من رجل آخر فقال للرجل: انطلق فاستوف كرّك؟ قال: «لا بأس به»[٣]. وكيف كان فقد ظهر لك أنّ بناء هذه المسألة على ما تقدّم لا وجه له. وما عن الشهيد في بعض تحقيقاته وأنّه من لطائف الفقه، وربّما كان التعليل في المتن وغيره مومئاً إليه «من أنّ مورد السلم لمّا كان ماهيّة كلّية ثابتة في الذمّة منطبقة على أفراد لا نهاية لها، فأي فرد عيّنه المسلم إليه تشخّص ذلك الفرد، وانصبّ العقد عليه، فكأنّه لمّا قال له الغريم: إكتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه وارداً على ما في ذمّة غريمه المستسلف منه ولمّا يقبضه بعد، ولا ريب أنّه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه فيتحقّق الشرطان ويلتحق بالباب»[٤] لو سلّم فإنّما هو في الفرد الذي يتشخّص بالدفع والقبض. أمّا الذي تشخّص بعقد الحوالة، كما في المقام فقد يمنع صدق اسم المسلم عليه؛ إذ هي عقد مستقلّ يحصل به ملك ما في الذمة، ولا ينصبّ عقد السلم عليه. ولو فرض موضوع البحث وكالة في القبض زال الإشكال من هذه الحيثيّة قطعاً. نعم يبقى إشكال تولّي الواحد طرفي القبض إذا أراد قبضه لنفسه بعد القبض عن موكّله، كما تسمعه في المسألة الآتية.

ولعلّ ما ذكرناه أولى ممّا في المسالك من مناقشة الشهيد «بأنّ مورد السلم ونظائره ـ من الحقوق الثابتة في الذمّة ـ لمّا كان أمراً كلّياً كان البيع المتحقّق به هو الأمر الكلّي، وما يتعيّن لذلك من الأعيان الشخصيّة بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع. وإن كان الأمر الكلّي إنّما يتحقّق في ضمن الأفراد الخاصّة فانّها ليست عينه، ومن ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقّاً أو معيباً رجع الحقّ إلى الذمة، والمبيع المعيّن ليس كذلك، ونظير ذلك ما حقّقه الأُصوليّون من أنّ الأمر بالكلّي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصّة، وإن كان لا يتحقّق إلّا بها، وحينئذٍ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذٍ مبيعاً غير واضح، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجّه، نعم لا بأس حينئذٍ بالكراهة، خروجاً من خلاف الشيخ وجماعة، وتحرّزاً ممّا هو مظنّة التحريم»[٥].

إذ فيه: أنّ ما ذكره من ظهور الاستحقاق والعيب، يقتضي الفرق بين المبيع المعيّن وغير المعيّن، لا أنّه يقتضي كونه غير مبيع، ولم يدّع الشهيد ولا غيره أنّه عيّن المبيع أوّلاً وبالذات، بل صار بعد التعيين مبيعاً. ولا ينبغي إنكار صدق وصف الكلّي على الشخصي المدفوع عنه في البيع والإجارة وغيرهما، وقد صرّح به الأصحاب في غير المقام، كالإجارة والصرف، والعرف شاهد عليه. نعم قد يتوقّف في نحو الدفع بالحوالة كما ذكرناه. والأمر سهل، بعد أن كان الحكم الكراهة المتسامح فيها عندنا في أصل المسألة؛ إذ ما نحن فيه إن لم يكن من البيع قبل القبض فهو شبيهه، كما عبّر به في الدروس[٦].

---

(١) المبسوط ٢: ١٢١. المهذب ١: ٣٨٧. القواعد ٢: ٨٦ـ ٨٧.

(٢) المبسوط ٢: ١٢٢.

(٣) الكافي ٥: ١٧٩، ح٥. الفقيه ٣: ٢٠٦ـ ٢٠٧، ح٣٧٧٣. التهذيب ٧: ٣٧، ح١٥٦. الوسائل ١٨: ٦٥، ب١٦ من أحكام العقود، ح٢، و٣٠٣، ب١٠ من السلف، ح٢.

(٤) نقله في المسالك ٣: ٢٥٠.

(٥) المسالك ٣: ٢٥١.

(٦) الدروس ٣: ٢١١.

ثمّ [إنّه بناءً] على التحريم فلا ريب في البطلان كما قلناه في المسألة السابقة، وحينئذٍ لا يبرأ ذمّة كلّ من المحوّل والمحوّل عليه بقبض المحتال [١].

نعم هو صحيح على المختار [أي جواز البيع قبل القبض] وتبرأ ذمّة كلّ منهما.

(وكذا) يصحّ الشراء قطعاً (**لو دفع إليه مالاً وقال: اشتر به طعاماً**) لي (**فإن قال: اقبضه لي ثمّ اقبضه لنفسك صحّ الشراء**) والقبض عن الموكّل قطعاً [٢].

(**دون القبض**) له [٣] (**لأنّه لا يجوز أن يتولّى**) الواحد (**طرفي القبض**) [٤].

[وقال المصنّف:] (**وفيه تردّد**) لكن لا ريب أنّ الأقوى الجواز [٥].

---

[١] **وما عن التذكرة من أنّ براءة ذمّة الدافع أصح الوجهين**(١). ضعيف؛ ضرورة كون الدفع والقبض بعنوان صحّة العقد، والفرض فساده.

[٢] **بل عن غاية المرام نفي الخلاف فيه**(٢).

[٣] **عند الشيخ والقاضي**(٣) **فيما حكي عنهما.**

[٤] ولأن الحلبي: سأل الصادق عليه السلام في الصحيح عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلمّا حلّ طعامي عليه بعث إليّ بدراهم فقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقّك؟ فقال: «أرى أن يولّى ذلك غيرك، وتقوم معه حتى تقبض الذي لك، ولا تتول أنت شراءه»(٤).

وسأله أيضاً عبدالرحمن البصري في المرسل: عن الرجل أسلف دراهم في طعام فحلّ الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال: اشتر طعاماً واستوف حقّك هل ترى به بأساً؟ قال: «يكون معه غيره يوفيه ذلك»(٥).

ومن هنا قال المصنّف كظاهر غيره [ذلك].

[٥] ١ ـ للأصل، فيكفي المغايرة الاعتباريّة في القابض والمقبوض منه، كما تقدّم في تولّي طرفي العقد.

٢ ـ ولأنّ يعقوب بن شعيب: سأل الصادق عليه السلام في الصحيح عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك؟ فقال: «لا بأس إذا ائتمنه»(٦).

ومنه يعلم أنّ المراد بالخبرين الأوّلين الإرشاد إلى رفع التهمة. ومن هنا **جزم الفاضل في بعض كتبه والشهيدان والمحقّق الثاني**(٧) **بصحّة القبض له**، على أنّ إقباضه لا يزيد على إذنه وقد حصلت، فهو كما لو أذن لغريمه في قبض مال مخصوص له عوضاً عمّا له عليه.

---

(١) التذكرة ١١: ٣٩٥. (٢) غاية المرام ٢: ٥٩.

(٣) المبسوط ٢: ١٢١. حكاه عنه في الايضاح ١: ٥٠٨. انظر المهذب ١: ٣٨٧.

(٤) الوسائل ١٨: ٣١٠ ـ ٣١١، ب١٢ من السلف، ح١.

(٥) المصدر السابق: ٣١١، ح٢.

(٦) التهذيب ٧: ٤٢، ح١٨٠، مع اختلاف. الوسائل ١٨: ٣١١، ب١٢ من السلف، ح١، وفيه: «عن الحلبي»، مع اختلاف.

(٧) المختلف ٥: ٢٨٦ ـ ٢٨٧. الدروس ٣: ٢١١. المسالك ٣: ٢٥١. جامع المقاصد ٤: ٤٠٠.

بل الظاهر الصحّة أيضاً لو دفع له دراهم وقال: اشتر لي بها طعاماً ثمّ اقبضه لنفسك، وإن لم يقل اقبضه لي ثمّ اقبضه لنفسك [١].

ولا يحتاج إلى أن يقبض أوّلاً بنيّه أنّه لذي الدراهم ثمّ يقبض بعد ذلك، بل يكفي قبضه لما اشتراه إذا كان مشخّصاً بنية أنّه وفاء عمّا له في ذمّته.

وأقصاه أنّه يكون استيفاء ممّا لم يقبضه بإذنه.

بل لو كان ما اشتراه كلّياً يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضاً عمّا له في ذمّته عن القبض أوّلاً بعنوان أنّه لذي الدراهم [٢].

ولو دفع إليه دراهم وقال: خذها بدل الطعام جاز؛ لأنه استيفاء من غير جنس.

بل لو قلنا: إنّه بيع للطعام على من هو عليه قبل قبضه جاز أيضاً، بناءً على المختار من كراهة ذلك [٣].

(ولو) دفع إليه دراهم و**(قال: اشتر لنفسك لم يصحّ الشراء و)** حينئذٍ فـ**(لا يتعيّن له بالقبض)** [٤].

ولو علم بقرينة إرادة قرض الدراهم من ذلك أو القضاء لما عليه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستيفاء بعد الشراء والقبض له ـ ويكون التعبير المزبور باعتبار ما يؤول إليه أو لأنّه السبب في هذا الشراء ـ خرج عن موضوع البحث [وكان الشراء صحيحاً]، والله أعلم.

[ما لو كان المالان أو المال المحال به قرضاً]:

المسألة **(الثالثة: لو كان المالان قرضاً أو المال المحال به قرضاً صحّ ذلك قطعاً)** [٥]. لكن لا وجه

---

[١] بل صحيح شعيب[١] أدلّ على صحّة ذلك من الأوّل.

[٢] وإطلاق الخبر المزبور شاهد عليه.

[٣] **لكن عن المبسوط: أنّه لم يجز**[٢]؛ لأنّه بيع المسلم فيه قبل قبضه، وهو غير جائز.

وفيه: إنّ الدفع بدله أعمّ من البيع.

ولو سلّم فقد عرفت التحقيق.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لامتناع الشراء بمال الغير لغيره [أي لنفسه] ما دام على ملك الغير ولو بإذنه، اقتصاراً على المتيقّن من إطلاق أدلّة البيع، فيبقى أصالة عدم النقل بحالها.

إلّا أنّ الإنصاف عدم خلو ذلك عن البحث إن لم يكن إجماعاً.

[٥] **بل في التحرير قولاً واحداً**[٣]؛ للأصل، بعد انتفاء شرطي المنع في الأوّل الذي نفى الخلاف عن الصحّة فيه في المحكي عن المبسوط والخلاف[٤]، وانتفاء تحقّق بيع ما لم يقبض في الثاني.

---

(١) تقدّم في ص ١٥١.

(٢) المبسوط ٢: ١٢١.

(٣) التحرير ٢: ٣٣٩.

(٤) المبسوط ٢: ١٢٢. الخلاف ٣: ١٠٠.

لتخصيص القرض بالمحال به [١]، بل متى كان أحدهما قرضاً صحّ [٢].

[دعوى المشتري نقصان البيع بعد القبض]:

المسألة (**الرابعة: إذا قبض المشتري المبيع**) مثلاً (**ثمّ ادّعى نقصانه فإن لم يحضر كيله ولاوزنه**) فـ[ـالظاهر] [٣] أنّ (**القول قوله فيما وصل إليه مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بيّنة**) [٤].

من غير فرق بين دعوى كثرة النقصان وقلته هنا [٥].

---

[١] **كما في الكتاب والقواعد[١] والتحرير[٢].**

[٢] **كما نصّ عليه في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك[٣] على ما حكي عن بعضها؛** إذ التحقيق أنّ الحوالة ليست بيعاً.

وربّما وجّه تخصيص ذلك بأنّ المحال يشبه المبيع، من حيث تخيّل كونه مقابلاً بالآخر. وفيه: أنّ شبهه بالثمن أظهر، لمكان الباء.

نعم قد يقال: إنّ الغرض من التخصيص الردّ على ما عن الشافعيّة[٤] في أحد الوجهين من عدم صحّة الحوالة إذاكان المحال به قرضاً.

بل ربّما استظهر من التذكرة[٥] احتماله أيضاً، حيث إنّه حكاه ساكتاً عليه، موجّهاً له بأنّه بيع سلم بدين. والأمر سهل بعد ما عرفت.

[٣] **[كما] لا خلاف أجده إلّا ما ستعرف (فيـ) [ـه].**

[٤] **بل في الرياض قولاً واحداً[٦]؛** لأصالة عدم وصول حقّه إليه، السالمة عن معارضة الظاهر وغيره، كما صرّح به غير واحد، فيكون منكراً، والبائع مدّع «والبينة على المدّعي، واليمن على من أنكر»[٧].

[٥] واحتمال أنّ القول قول البائع بيمينه ـ إن ادّعى المشتري نقصاناً كثيراً لا يخفى مثله على القابض، بخلاف القليل الذي يمكن خفاؤه نحوما تسمعه من التحرير[٨] في صورة الحضور ناشئاً من ملاحظة معارضة الظاهر للأصل في الأوّل، بخلاف الثاني ـ يدفعه منع الظهور مطلقاً، مع عدم الحضور أوّلاً، ومنع حجّيته بحيث يعارض الأصل ثانياً. ودعوى أنّه به يكون البائع منكراً، بناءً على أنّه ما وافق الظاهر، فيقدّم حينئذٍ بيمينه، يدفعها ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ: منع تسليم كون المنكر ذلك، بل القول بأنّه ما وافق قوله الأصل أقوى منه.

---

(١) القواعد ٢: ٨٧.

(٢) التحرير ٢: ٣٣٩.

(٣) المبسوط ٢: ١٢٢. التذكرة ١٠: ١٢٢. الدروس ٣: ٢١١. جامع المقاصد ٤: ٤٠١. المسالك ٣: ٢٥٢.

(٤) المجموع ٩: ٢٧٣.

(٥) التذكرة ١٠: ١٢٣.

(٦) الرياض ٨: ٢٤٧.

(٧) انظر الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفيّة الحكم، ح ٣.

(٨) يأتي في ص ١٥٥.

نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدّعي على وجه يحصل العلم للحاكم لم تسمع دعواه لذلك، كما لو ادّعى قبض حقّه بعنوان أنّها وزنه وكان من أهل الخبرة، هذا.

ولكن قد يقال: إنّ الأقوى منهما إيكال المدّعي والمنكر إلى العرف.

ولعلّ صدقه على ما لو ترك لترك أتمّ، ولا ريب في أنّ المشتري هنا يصدق عليه ذلك فيكون مدّعياً وعليه البيّنة وعلى البائع اليمين [١].

بل أظهر منه لو ادّعى المشتري عيب المقبوض [٢].

وكيف كان فـ [ـالمختار أنّه] [٣] (**إن كان**) المشتري قد (**حضر**) الكيل والوزن (**فالقول قول البائع مع يمينه، والبيّنة على المشتري**) [٤].

---

[١] وقد يؤيّده: أصالة الصحّة في دفع المسلم وقبضه؛ إذ الفرض أنّه قبض على أنّه تمام الحقّ، وصحة كلّ شيء بحسبه ونحو ذلك.

[٢] **ولذا حكي عن التذكرة أنه فصّل، فقال: يقدّم قول مدّعي التمام إن اقتضى النقص بطلان العقد، كالصرف بعد التفرّق والسلم، وإلّا فمدّعي النقص**[١]**، واحتمله في الدروس**[٢]. ولعلّه: لاندراج الأوّل في مدّعي الصحّة والفساد، بخلاف الثاني. وإن كان قد يناقش بمنع كون الأوّل كذلك، بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضي الحكم عليه بالصحة، كما لو قال: قبضته بإخبار البائع أنّه تام، والفرض تسليم البائع ذلك، فإنّ مجرّد ذلك لا يقتضي الحكم عليه بصحّة العقد المشترط فيه التقابض، الذي مقتضى الأصل عدم حصوله، وإن كان قد وقع العقد بمعنى الايجاب والقبول؛ إذ ذلك بمجرّده لا يقتضي حصول الشرط المتأخّر، كما هو واضح. خصوصاً بعد ملاحظة نظائره ممّا يشترط في صحّته القبض كالرهن والهبة ونحوهما. ولعلّه لذا أطلق الأصحاب الحكم في المقام. ولكن يرد عليه ما ذكرناه. ويمكن دفعه بعدم قبضه بعنوان الإذعان بالتماميّة على وجه يكون كالاعتراف، بل المفروض أنّه قبضه على إخبار البائع مثلاً. ولعلّ فرّق الأصحاب بين الحضور وعدمه لذلك، على معنى أنّ الحاضر منفصل بعنوان وصول تمام حقّه إليه على وجه يكون كالمعترف فعلاً، بخلاف غير الحاضر، ولذا كان القول قول البائع مع الحضور والمشتري مع عدمه. ولعلّ هذا تحقيق المسألة إن لم يكن إجماعاً على غيره.

[٣] [إذ] ممّا ذكرنا ينقدح الوجه فيما ذكره غير واحد، **بل هو المشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا**[٣].

بل في الرياض نفي الخلاف[٤]. (و) أنّه هو الحجّة من أنّه [ذلك].

[٤] خصوصاً مع اعتضاد قول البائع هنا بظهور الحضور في تماميّة المقبوض.

واحتمال السهو والغلط ونحوهما لا ينافي الظهور المزبور، بل قبضه مع حضوره بمنزلة اعترافه بتمامية الفعل. فلا يسمع منه دعوى النقصان من دون ذكر وجه معتدّ به لما وقع منه، نحو ما إذا وقع الاعتراف منه بذلك، والأصل براءة ذمّة البائع بعد حصول ذلك منه، فيتّفق حينئذٍ الأصل والظاهر، والترك لو ترك في المقام.

---

(١) (٣) التذكرة ١٢: ٩٤، وفيه: «قال أصحابنا».
(٢) الدروس ٣: ٢١٣.
(٤) الرياض ٨: ٢٤٦.

ولا فرق في ذلك بين دعوى كثرة النقصان وقلّته [١].

هذا كلّه إذا أبرز الدعوى بما ذكرنا.

أمّا لو ادعى المشتري عدم قبض جميع حقه كان القول قوله وإن كان حاضراً [٢].

والظاهر اتحاد الحكم المزبور في المعدود ولو مذروعاً كالمكيل والموزون [٣].

وحضور الوكيل كحضور الموكّل في وجه.

وكذا حضوره الكيل لغيره، خصوصاً إذا كان هو المباشر له [٤].

والمدار في الظاهر الذي يترتّب عليه الحكم هو ما كان متحقّقاً في غالب الأفراد، لا ما اتّفق باعتبار فرد خاصّ قد انضمت إليه بعض القرائن الحالية أو المقالية، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[عدم حقّ مطالبة المسلم فيه في موضع آخر]:

المسألة (**الخامسة: إذا أسلفه في طعام بالعراق**) مثلاً وقلنا بانصراف إطلاق العقد إلى بلده (**ثمّ طالبه بالمدينة**) مثلاً (**لم يجب عليه دفعه**) [٥].

٢٢ = ١٧٨

---

[١] **ولكن في التحرير: « وإن حضر فالقول قول البائع إن ادعى نقصاناً كثيراً، والوجه قبول قوله في قليل يمكن وقوعه في الكيل »**[١].

وكأنّه لحظ عدم الظهور في الأخير، بخلاف الأوّل.

وفيه منع، مع أنّ العمدة ما عرفت.

ومنه يعلم أنّه لا وجه لتوقّف بعضهم[٢] في الحكم المزبور، وأنّه لا دليل على اعتبار الظهور، ورجحانه على الأصل أوّلاً. ومنع الظهور ثانياً؛ لاحتمال الغلط والسهو وغيرهما، فإن لم ينعقد إجماع كان الوجه تقديم قول المشتري على كلّ حال؛ إذ قد عرفت أنّ الوجه ما ذكرناه.

ولا يرد مثله في الأوّل؛ لأنّ المفروض عدم حضوره، بل كان قبضه مبنيّاً على إخبار البائع، بل لو اعترف كان المراد من اعترافه البناء على ظاهر الإخبار.

[٢] للأصل السالم عن معارضة غيره، وحضوره أعمّ من قبض جميع حقه، كما هو واضح. وهذه من الحيل التي يترتّب عليها الحكم الشرعي، الذي هو مبني على القواعد الظاهرة.

[٣] **وإن اقتصر بعضهم على الثاني**[٣].

[٤] **وإن كان ظاهر بعض العبارات حضور الكيل للنفس.**

[٥] **بلا خلاف أجده فيه**؛ للأصل، وكون الانصراف كالشرط الذي قد جعل الله المؤمن عنده[٤].

---

(١) التحرير ٢: ٣٤٤.

(٢)(٣) الرياض ٨: ٢٤٧.

(٤) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

من غير فرق بين تساوي القيمة وتفاوتها. كما أنّه لو دفعه إليه لم يجب على ذي الحقّ قبوله [١]. نعم لو تراضيا عليه لا بأس به قطعاً.

[عدم مطالبة المشتري بقيمة السلف فيه]:

(و) أمّا (**لو طالبه بقيمته قيل**) [٢]: (**لم يجز؛ لأ**) نّ دفعها عوضاً عـ(ـنه) من (**بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه**) [٣].

(و) فيه أوّلاً: أنّ المتجه (**على ما قلناه**) نحن هناك: أنّه (**يكره**) هنا، وثانياً منع كون ذلك منه؛ اذ هو وفاء للحقّ بغير جنسه لابيع [٤]. فلا ينبغي التوقّف حينئذٍ في الجواز مع التراضي.

إنّما البحث في أنّ له حينئذٍ جبره على القيمة في بلد السلم [الظاهر] [٥] العدم [٦].

---

[١] لذلك أيضاً.

[٢] **والقائل الشيخ[١] وجماعة.**

[٣] **وقد عرفت أنّ مذهبهم فيه الحرمة، بل البطلان.**

[٤] وأقصى ما يسلّم أنّه معاوضة أعم من البيع، على أنّ ابن فضّال قد كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: في الرجل يسلفني في الطعام يجيء الوقت وليس عندي طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: «نعم»[٢].

وأرسل ابن أبان عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام: في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام، فيقول: ليس عندي طعام، ولكن أُنظر ما قيمته فخذ منّي [ثمنه]؟ قال: «لا بأس بذلك»[٣].

ولا ينافيهما صحيح العيص بن القاسم: سأل الصادق عليه السلام عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ووجد عنده دواباً ورقيقاً ومتاعاً أيحلّ له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: «نعم يسمى كذا وكذا بكذا وكذا صاعاً»[٤].

إذ المراد منه أنّه حيث كانت القيمة عروضاً، لا دراهم، فلابدّ من تشخيصها في مقابلة الطلب الذي له، ليحصل بذلك استيفاء حقّه.

[٥] [كما هو] **المشهور نقلاً[٥]:**

[٦] ١ ـ للأصل.

٢ ـ ولأنّ القيمة فرع استحقاق ذيها؛ لأنّها لم يجر عليها عقد، ولا دلّ دليل على استحقاقها.

وعن التذكرة[٦] أنّ له ذلك:

---

(١) المبسوط ٢: ١٢٣.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٠٦، ب ١١ من السلف، ح ٨، وفيه: «فيجيء».

(٣) المصدر السابق: ٣٠٥، ح ٥، وفيه: «عن أبان بن عثمان».

(٤) المصدر السابق: ح ٦.

(٥) نقله في الحدائق ١٩: ١٨٦. مفتاح الكرامة ٤: ٧٢٥.

(٦) حكاه في الحدائق ١٩: ١٨٦. انظر التذكرة ١١: ٣٧٤.

١ ـ لأنّ الطعام الذي يلزم دفعه معدوم ، فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه . وفيه منع ظاهر .

٢ ـ ولأنّ الطعام قد حلّ والتقصير من المسلم إليه ، حيث إنّه لم يحضره في مكان التسليم عند الحلول ، ولا مانع من التسليم . إلّا كونه ليس في مكان التسليم الذي هو حقّ عليه ، فإذا أسقطنا حقّ المسلم من المطالبة بالطعام ارتفاقاً بحال المسلم إليه انتقل المسلّم له إلى القيمة في مكان التسليم ، جمعاً بين الحقّين .

وفيه :

إنّ الحلول أعمّ من ذلك ، والتقصير مع إمكان فرض عدمه هو أعمّ منه أيضاً ، ولا تعارض بين الحقّين ، حتى يجمع بينهما بذلك .

على أنّ الله قد جمع بينهما بأنّ « المؤمنين عند شروطهم »[١] .

٣ ـ قال[٢] : « ولأنّ فيه من الضرر ما لا يخفى إن لم يكن له ذلك ؛ إذ ربّما لا يريد العود إلى بلد السلف ، وربّما احتاج في عوده إلى أضعاف السلم ، وربّما كان المسلم إليه لا يوثق بعوده إليه والظفر به هناك ، بل ربّما يكون هرب من السلف ، فيكون منعه من مطالبته مفضياً إلى ذهاب حقّه أبداً ، وطريقاً إلى مدافعة الغريم عن الحقّ الحال عليه » .

وفيه : أنّ الضرر لا يدفع بالضرر .

على أنّه يمكن فرضه خالياً عن ذلك كلّه .

ولا نقول : إنه ليس له مطالبته أصلاً ، بل له المطالبة في المدينة بإلزامه بالتأدية في العراق . والاحتمالات المزبورة بعد أن كانت اتفاقية الحصول اتجه الرجوع فيها بعد ثبوتها إلى الحاكم ليلزمه بوجه تخلو عنه .

ومن ذلك يعلم ما في جامع المقاصد : من أنّ « التحقيق : أن يقال : له المطالبة بالطعام مع المساواة لبلد السلم أو النقصان ، وإلّا فله المطالبة بقيمة بلد السلم ؛ لتعذّر المثل » ، بل قال : « ولو أتاه برهن أو ضمين وتهيّأ للمسير معه مع أوّل رفقة فالظاهر عدم وجوب الصبر لما فيه من الضرر وتأخير الدين الحال »[٣] ؛ إذ لا يخفى أنّ المساواة أو النقصان لا تسوّغ له المطالبة في غير البلد الذي انصرف إليه العقد الذي بمنزلة الشرط ، على أنّ المسلم إليه قد يكون تحصيل عين الحقّ في تلك البلد سهلاً عليه ، بخلاف غيره .

كما أنّ حلول الدين لا يسوّغ خلاف الشرط ، والفرض انصراف العقد إلى البلد المخصوص ، بل لو قلنا : إنّه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق وهو متعذّر فالمتجه فيه السقوط ؛ لقبح التكليف بما لا يطاق .

ومنع خطاب الوضع وهو ثبوت الدين ، لا أنّه ينتقل إلى القيمة قياساً على تقدير المسلم فيه في بلد السلم ، بعد بطلان القياس عندنا ، والله أعلم .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٢) السياق يقتضي أن يكون الاستدلال في التذكرة ولم نعثر فيه نعم استدل به في جامع المقاصد ٤ : ٤٠٨ .

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٤٠٨ .

[نعم له المطالبة في المدينة بإلزامه بالتأدية في العراق].

(**ولو**)[١] فرض أنّه (**كان**) ما في الذمّة من الطعام مثلاً (**قرضاً**) في العراق لا سلماً (**جاز أخذ العوض**) أي القيمة (**بسعر العراق**) [١]. إنّما الكلام في أنّ له المطالبة بالمثل؟ الأظهر العدم [٢].

فليس له المطالبة بالأداء في غيره، كما أنّه لو دفع إليه فيه لم يجب قبوله، فإذا لم يكن له ذلك لم يكن له المطالبة بالقيمة التي لم يجر عليها عقد ولا دليل عليها [٣].

(**وإن كان**) الطعام (**غصباً**) وقد تلف فـ[ـقيل:] [٤] إنّه (**لم يجب**) عليه (**دفع المثل**) لو طالبه به في غير بلد الغصب (**و**) إن لم يكن فيه مانع السلم (**جاز**) له (**دفع القيمة بسعر العراق**) مثلاً لا القيمة وقت الإعواز، بل يجبر عليها مع المطالبة. (**و**) فيه: أنّ (**الأشبه**) [٥] (**جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان،و**) إن تعذر فـليطالبه (**بالقيمة الحاضرة عند الإعواز**) لأنّه وقت الانتقال إليها [٦].

---

[١] **قولاً واحداً**؛ لعدم كونه بيعاً لما اشتراه قبل القبض.

[٢] **وفاقاً للفاضل وثاني الشهيدين**[٢]، للأصل بعد انصراف عقد القرض إلى بلده.

[٣] **خلافاً للتحرير والتذكرة ومحكي المبسوط والقاضي وغاية المرام**[٣]، **بل ربّما لاح من الأخير عدم الخلاف فيه، فيجبر على دفع قيمة العراق**. ولم نعرف له وجهاً، سوى ما سمعته في السلم، وسمعت بطلانه.

وللمختلف فيجب دفع المثل بالمطالبة فإن تعذّر فالقيمة بسعر العراق[٤]. وكأنّه مبنيّ على منع الانصراف المزبور، **كما مال إليه في الحدائق**[٥]. إلّا أنّ المتّجه حينئذٍ القيمة في ذلك الوقت. وعلى كلّ حال فضعفه واضح. وخبر سماعة: سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل لي عليه مال فغاب عنّي [زماناً] فرأيته يطوف حول الكعبة فأتقاضاه، فقال له: «لا تسلّم عليه ولا تروّعه حتى يخرج من الحرم»[٦]. مع أنّه لم يعلم كونه قرضاً أو غيره، إنّما هو مساق لبيان حرمة الحرم.

على أنّ له المطالبة في غير ذلك المكان بالتأدية في بلد القرض، وربّما كان هارباً منه، فتأمّل.

[٤] [**كما**] **عن المبسوط والقاضي**[٧].

[٥] بعموم «من أتلف»[٨] «وعلى اليد»[٩] وغيرهما.

[٦] **فما في المختلف من أنّه يجبر على دفع المثل، فإن تعذّر فقيمة بلد الغصب**[١٠]، **نحو ما سمعته عن المبسوط في القيمة؛ لأنّه غصبه هناك، فإذا تعذّر المثل وجب عليه قيمته فيه**، كما ترى.

---

(١) في الشرائع: «وإن».

(٢) الإرشاد ١: ٣٨٣. المسالك ٣: ٢٥٦.

(٣) التحرير ٢: ٣٤٤. التذكرة ١١: ٣٧٤. المبسوط ٢: ١٢٣. المهذب ١: ٣٩٠. غاية المرام ٢: ٦٠.

(٤) المختلف ٥: ٢٩٠.

(٥) الحدائق ١٩: ١٨٩.

(٦) الوسائل ١٨: ٣٦٨، ب٢٦ من الدين، ح١.

(٧) المبسوط ١: ١٢٣. المهذب ١: ٣٩٠.

(٨) انظر المستدرك ١٢: ١٠٥، ب٧٨ من جهاد النفس، ح٥.

(٩) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.

(١٠) المختلف ٥: ٢٩٠.

[لو اشترى عيناً بعين وقبض أحدهما ثمّ باع ما قبضه وتلفت العين الأُخرى]:

المسألة (**السادسة : لو اشترى عيناً بعين ، وقبض أحدهما ثمّ باع ما قبضه وتلفت العين الأُخرى في يد بائعها**) بعد البيع الثاني (**بطل البيع الأوّل**) من حينه لحصول التلف قبل القبض .

(**ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانياً**) **لوقوعه مصادفاً** للملك ؛ ضرورة كون الفسخ بالتلف من حينه .

(**بل يلزم البائع قيمته لصاحبه**) إن كان قيمياً ، كما لو كان تالفاً . بل الظاهر عدم وجوب فسخ البيع الثاني عليه لو كان له خيار مثلاً . مع احتماله كالهبة قبل التصرّف . وعلى الأوّل فلو فسخ بعد دفع القيمة أو قبلها ففي وجوب دفع العين عليه وجه قوي [١] . نعم لو كان انتقاله إليه بعقد جديد كهبة ونحوها اتّجه عدم وجوب دفع العين عليه . ويحتمل عدم الوجوب ، خصوصاً لو كان قد دفع القيمة التي هي بمنزلة العوض عنه . بل وإن لم يدفعها ، بناءً على أنّ دخوله في الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد ، فتأمّل جيّداً . وكيف كان فهل المعتبر قيمته يوم البيع أو يوم تلف العين الأُخرى ؟ يحتمل الأوّل [٢] . و[يحتمل] الثاني [٣] ، وهو الأجود . ولو جهل تاريخ كلّ من البيع الثاني والتلف اتجه البطلان ، بناء على أنّ مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الذي لا ريب في البطلان مع تحقّقه .

وأمّا إذا قلنا بعدم الاقتران ، وأنّ الاصل يقتضي عدمه أيضاً فيمكن الصحة [٤] .

[اختلاف المتبائعين]:

(**النظر الرابع : في اختلاف المتبايعين**) لكن ينبغي أن يعلم أوّلاً أنّه (**إذا عيّن المتبايعان نقداً**) مخصوصاً أو عروضاً كذلك (**وجب**) الوفاء بما عيّناه في العقد .

(**وإن أطلقا**) النقد مثلاً وكانا من أهل بلاد واحدة (**انصرف إلى نقد البلد**) فـ(**إن**) لم يكن فيه إلّا نقد واحد أو (**كان فيه نقد غالب**) صحّ قطعاً إذا وقع العقد في بلدهما المنصرف فيه إليه [٥] ، بل وإن كانا في غيره [٦] .

ولو انضمّ عرف بلد العقد إلى أحدهما دون الآخر أمكن ترجيحه عليه ، سيّما إذا كان البائع الذي يمكنه ترجيح عرفه على المشتري إذا وقع العقد في محلّ لا يعضد أحدهما [٧] .

---

[١] لأنّه وإن كان للفسخ مدخل في الملك من حينه إلّا أنّ المملك الأوّل له قد انفسخ ، ففسخ العقد الثاني يرجعه على مقتضى العقد الأوّل الذي فرضنا انفساخه ، فيعود الملك إلى مالكه الأوّل بمجرّد فسخ العقد .

[٢] لأنّه وقت تعذّر المثل .

[٣] لأنّ القيمة حينئذٍ لم تكن لازمة للبائع ، وإنّما لزمت بتلف العين الأُخرى ، الموجب لبطلان البيع .

[٤] تمسّكاً بأصالتها الناشئة من إطلاقات البيع وعموماته ، فتأمّل ، والله أعلم .

[٥] ضرورة كون الانصراف من التعيين .

[٦] ترجيحاً لعرف المخاطبين على مكان الخطاب .

[٧] لأنّ ابتداء الخطاب منه والمشتري قابل للمراد من خطابه على الظاهر . واحتمال الخروج عن عرفهما معاً لاختلافه والرجوع إلى بلد العقد إذا فرض فيه نقد غالب . ضعيف ، وقد تحقّق في الأُصول في بحث تقديم عرف المخاطب على المتكلّم أو العكس ما يشهد للمقام في الجملة ، وإن كان يمكن الفرق بينهما . ولذا كان الأولى [ذلك] .

[والأولى] التعيين في المقام المقصود منه ذكر ما يرتفع به النزاع والشقاق في جميع صور الاختلاف المزبورة، ولا ينبغي الاعتماد على مطلق الظنّ فيه.

(و) كيف كان فـ(إ)ن (لا) يحصل تعيين ولا غلبة ونحوهما ممّا يكفي فيه (**كان البيع باطلاً**) للجهالة. إلّا إذا علم كلّ منهما قصد الآخر فإنّه يكفي [١]. [وأمّا القول بصحة البيع فيما إذا تعدّدت النقود وتساوت في القدر والقيمة والماليّة وإن اختلفت الأفراد بحسب الرغبة] فإنّ القول به حينئذٍ لا يخلو من قوّة إن لم يؤدّ التفاوت إلى الغرر والجهالة والنزاع والمشاجرة ولم يعلّق البيع بالمشترك اللفظي مريداً به مفهوم أحدهما على جهة الترديد [٢].

ومن ذلك كلّه يعلم الحال في الذرع والكيل (**وكذا الوزن**)، ولو تعارف ذرع غير بلد العقد فيها أو وزنها أو كيلها لمبيع خاصّ انصرف إليه فيها من العالم بالحال، وإلّا بطل العقد مع اختلاف القصد.

ويقدّم قوله في الجهل بذلك [= عرف البلد]، إذا لم يكن هناك ظاهر ينفيه، وإلّا تعارض الأصل والظاهر.

وكيف كان (**فإن اختلفا**) أي المتبايعان (**فهاهنا مسائل**):

[الاختلاف في قدر الثمن]:

(**الأُولى: إذا اختلفا في قدر الثمن**) سواء كان في الذمّة أو معيّناً في وجه تسمعه إن شاء الله تعالى (**فـ**)ـادعى البائع زيادته والمشتري عدمها كان (**القول قول البائع مع يمينه إن كان المبيع باقياً**[١]، **وقول المشتري مع يمينه إذا**[٢] **كان تالفاً**) [٣].

---

[١] إذا احتمال الذكر تعبّداً لقطع النزاع ضعيف. وأضعف منه ما عن الأردبيلي[٣] من احتمال الصحّة إذا تساوت النقود إن لم يكن خلاف الإجماع، مع أنّه لم نجده لغيره، وخلاف علم الهدى والشيخ[٤] فيما حكي عنهما في المشاهدة وكفايتها مقام آخر كالمحكي عن أبي علي[٥] من تجويزه البيع بسعر ما باع. ودعوى الملازمة يمكن منعها، فانحصر التأمّل فيه. مع احتمال أن يريد ما يحكى عن بعضهم[٦] من صحّة البيع إذا تعدّدت النقود وتساوت في القدر والقيمة والمالية وإن اختلفت الأفراد بحسب الرغبة.

[٢] لعدم معقولية الملك على هذا الوجه.

[٣] **على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز الإجماع عليه**[٧].

بل هو صريح محكي الخلاف[٨]**، وآخر مبحث الشرائط من السرائر**[٩] **وإن أنكره في موضع آخر منها غاية الإنكار**[١٠]. لكن عن كشف الرموز أنّ المناقضة منه [= من السرائر] ليس ببدع[١١]. ويدلّ عليه:

١ ـ مضافاً إلى ذلك مرسل البزنطي الذي رواه المشائخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري:

---

(١) في الشرائع: «باقياً موجوداً».
(٢) في الشرائع: «إن».
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٣٤.
(٤) الناصريات: ٣٦٩. المبسوط ٣: ٢٢٣.
(٥) نقله في المختلف ٥: ٢٤٤.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٧٥٤.
(٧) الغنية: ٢٣١. كشف الرموز ١: ٤٥٢ ـ ٤٥٣.
(٨) الخلاف ٣: ١٤٧ ـ ١٤٨.
(٩) السرائر ٢: ٢٨٣.
(١٠) السرائر ٢: ٢٨٦.
(١١) كشف الرموز ١: ٤٥٢ ـ ٤٥٣.

هو بكذا وكذا بأقلّ ممّا قاله البائع [فقال :] « القول قول البائع إذا كان الشيء قائماً بعينه مع يمينه »[١] .

٢ ـ المنجبر بما سمعت ، بل عن إيضاح النافع : أنّ الرواية مقبولة عند أهل الحديث[٢] ، وعن الكفاية : أنّها مشهورة ومتكرّرة في الكتب معمول بها بين الأصحاب[٣] ، مع ما عن عدّة الشيخ من أنّ البزنطي لا يروي إلّا عن ثقة[٤] وكشف الرموز : أنّ الأصحاب عملوا بمراسيل البزنطي[٥] . والرواية مقبولة عند أهل الحديث ، فلا مناص عن العمل بها منطوقاً ومفهوماً . خصوصاً بعد تأيّدها في الجملة : ١ ـ بإطلاق الصحيح : « فإن اختلفا فالقول قول ربّ السلعة أو يتتاركا »[٦] ، الظاهر في بقاء العين أيضاً . ٢ ـ والنبوي : « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار »[٧] . ٣ ـ وبما أرسله في الخلاف من أخبار الفرقة[٨] . والمناقشة في مفهومه ـ بأنّه أعم من كون القول قول المشتري مع التلف لإمكان التحالف ـ يدفعها بعد أن كان دعوى أنّه خلاف المنساق الإجماع المركّب إن لم نقل إنّه مقتضى الأصل ، وإلّا كنّا في غنية عن المفهوم ، كما أنّا في غنية بما عرفت من الخبر المنجبر بالعمل عن تكلّف جريان ذلك على القواعد بوجوه تصلح مؤيّدة للدليل لا دليلاً لوضوح عدم تماميتها ، كما لا يخفى على من لاحظها . ومن ذلك ظهر لك أنّ **ما عن الإسكافي[٩] من تقديم قول البائع إن كانت في يده لكن للمشتري الخيار وقول المشتري إن كان العكس أو أحدث بها حدثاً ؛ إذ هو يؤيد أيضاً ، وربّما حكي عن أبي الصلاح**[١٠] وإن كنّا لم نتحقّقه ، بل لعلّ المحقّق خلافه في غاية الضعف : ١ ـ لما عرفت . ٢ ـ على أنّه مع قطع النظر عنه غير موافق للضوابط . وإن احتجّوا له : بأنّه إذا كان في يد البائع فالمشتري يريد انتزاعه من يده فالقول قوله ، بخلاف مالو كان في يد المشتري فإنّ البائع حينئذٍ يدعي زيادة على ما أقرّ به المشتري ، والأصل عدمها . لكنّه كما ترى ؛ ضرورة عدم أثر ليد البائع بعد اعترافه بأنّها يد أمانة ، والمشتري بعد اعترافه بأنّها مبنيّة على يد البائع . **وكذا ما عن بعضهم من أنّ القول قول المشتري بيمينه ؛ لأنّه منكر للزيادة المدعاة بعد اعتراف البائع بأنّ العين ملكه فهو كمن ادعى عليه بمئة مثلاً فاعترف بخمسين** [في غاية الضعف] . **إلّا أنّه لم نعرف قائله قبل الفاضل في المختلف**[١١] . **بل في المسالك : « لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف ، وذكره العلّامة في القواعد احتمالاً ، وحكاه في التذكرة عن بعض العامة وقوّاه ، لكن الذي يظهر أنّه أقوى الأقوال إن لم يتعيّن العمل بالأوّل ، نظراً إلى الخبر والإجماع ، غير أنّ فيهما ما قد عرفت »**[١٢] . قلت : بل إليه يرجع ما في المختلف وإن أطال فيه ، إلّا أنّه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام لما سمعت .

---

(١) الكافي ٥ : ١٧٤ ، ح ١ . الفقيه ٣ : ٢٦٩ ، ح ٣٩٧٥ . التهذيب ٧ : ٢٦ ، ٢٢٩ ـ ٢٣٠ ، ح ١٠٩ ، ١٠٠١ . الوسائل ١٨ : ٥٩ ، ب ١١ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٧٥٥ .

(٣) كفاية الأحكام ١ : ٤٩١ .

(٤) عدة الأصول ١ : ٣٨٧ .

(٥) كشف الرموز ١ : ٤٥٢ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٧ ، ب ١ من الخيار ، ح ٦ ، و ٥٩ ، ب ١١ من أحكام العقود ، ح ٢ .

(٧) انظر كنز العمال ٤ : ٨٥ ، ح ٩٦٥٠ ، السنن الكبرى ٥ : ٣٣٢ .

(٨) الخلاف ٣ : ١٤٨ .

(٩) نقله في المختلف ٥ : ٢٩٣ .

(١٠) حكاه في السرائر ٢ : ٢٨٢ ـ ٢٨٣ . انظر الكافي : ٣٥٥ .

(١١) المختلف ٥ : ٢٩٤ ـ ٢٩٥ .

(١٢) المسالك ٣ : ٢٦٠ .

نعم لا بأس به [= تقديم قول المشتري] في غيره [أي غير المقام] لو أُبرزت الدعوى باشتغال الذمّة بالزائد وإنكاره. أمّا لو أُبرزت في تشخيص سبب الشغل بحيث يكون الاستحقاق تبعياً فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه [١].

[الاختلاف في تأخير الثمن وتعجيله]:

إلا أنّ المتجه طرده [= طرد تبعية الحكم بالتحالف وعدمه لكيفية ابراز الدعوى] في جميع المسائل أي التي منها مافي المسألة (**الثانية**:) وهي ما (**لو**[١] **اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله أو في قدر الأجل أو في اشتراط)ـه الـ(ـرهن من البائع على الدرك أو ضمين عنه**) [٢]. إلّا أنّ المصنّف [حكم:] [٣] (**فـ**) ـيها بأنّ (**القول قول البائع مع يمينه**).

---

[١] ضرورة كون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً، ففي المقام مثلاً يدّعي البائع أنّ ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص مئة والمشتري خمسون، فنزاعهما في تشخيص العقد المشخّص في الواقع، ولا ريب في كون كلّ منهما مدّعياً فيه ومنكراً.

ولعلّه لذا احتمل التحالف الفاضل في كثير من كتبه[٢]**، بل عن ولده**[٣] **أنّه صحّحه.**

والشهيد الأوّل اختاره في قواعده[٤] **وإن نسبه في دروسه**[٥] **إلى الندرة.**

بل مال إليه هنا في جامع المقاصد[٦]**، قال ما حاصله: إن البائع لما لم يكن اعترافه بالملك مطلقاً بل كان على وجه إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص كان منكراً لما يدعيه المشتري أيضاً، ومدعياً عليه ثمناً مخصوصاً اقتضاه عقد آخر والمشتري ينكره ويدعي عليه ثمناً مخصوصاً اقتضاه عقد آخر، فلا قدر مشترك بينهما محقّق قد اتفقا عليه كي تتوجّه الدعوى حينئذٍ إلى الزائد عليه، وينتفي التحالف الذي ضابطه تنافي الدعويين.**

وجمع الدعويين وإثبات ما اتفقا عليه وأقرّ به المشتري للبائع، فيبقى الزائد الذي ينكره المشتري فيقدم قوله بيمينه لا وجه له، بعد ما عرفت من تشخيص كلّ من الدعويين بما ينافي الأُخرى، وصيرورتهما به بمنزلة دعوى كلّ منهما عقداً غير عقد الآخر، التي لا ريب في التحالف فيها، كما لو قال المالك: آجرتك العين فأنكر الآخر وقال: بعتنيها أو بالعكس. ولا وجه لاحتمال كون القول قول منكر دخول ملك العين لاتّفاقهما على ملك المنفعة، فيكون النزاع في الزائد، فالقول قول منكره، كما لايخفى.

ومن ذلك يعلم أنّ الوجه التحالف فيما لو قال: وهبتني فقال: بل بعته بألف، كما جزم به في التذكرة[٧]، وإن كان في القواعد احتمله وتقديم قول مدعي الهبة مع اليمين[٨]، وفي جامع المقاصد: «لا ريب في أرجحية التحالف»[٩].

[٢] فإنّ الجميع متحدة في المدرك.

[٣] [كما] وغيره حكموا [بذلك].

---

(١) في الشرائع: «إذا».
(٢) القواعد ٢: ٩٥. والمختلف ٥: ٢٩٥.
(٣) الايضاح ١: ٥٢٠.
(٤) القواعد والفوائد ١: ٣٠٥.
(٥) الدروس ٢: ٢٤٢.
(٦) جامع المقاصد ٤: ٤٤٠ـ ٤٤١.
(٧) التذكرة ١٢: ٩٠.
(٨) القواعد ٢: ٩٧.
(٩) جامع المقاصد ٤: ٤٥٣.

وقد عرفت اختلاف إبراز الدعوى، فقد تبرز على وجه التحالف أو إنكار البائع أو المشتري، فتأمّل جيداً. بل قد يقال: إنّ القول قول مدعي الأقلّ على أيّ حال أُبرزت الدعوى إذا كان المراد اشتغال الذمة بالأكثر [١].

وكيف كان فمحلّ البحث وثمرته في أصل المسألة إنّما هو إذا لم ينفسخ العقد؛ ضرورة أنّه معه بإقالة أو فسخ بأحد وجوهه أو بتلف قبل القبض لا يظهر للنزاع ثمرة إن لم يكن البائع قبض الثمن، بل وإن كان قد قبضه؛ إذ هو حينئذٍ كالدين في ذمّته أو الأمانه عنده، فيقدم قوله في قدره فيه [٢]. لكن الإنصاف أنّ المتجه في هذا الفرض ما تقتضيه الأصول [٣].

كما أنّ [الظاهر] [٤] اعتبار قيام العين في يد المشتري في تقديم قول البائع.

فلو انتقلت عنه انتقالاً لازماً كالعتق والبيع والوقف ونحوها لم يكن القول قوله [٥].

---

[١] ضرورة أنّ أقصاه الاختلاف في السببين أي السبب الموجب للأقلّ والسبب الموجب للأكثر، ولا ريب في موافقة الأصل للأوّل، فيكون هو المنكر. ومن هنا أفتى به الأصحاب، من غير خلاف يعتدّ به في سائر المقامات حتى في الجنايات الموجبة للمال، لو وقع النزاع في السبب الموجب للأقلّ منها أو الأكثر، فلاحظ وتأمّل، فإنّ ذلك هو التحقيق في المسألة، بل هو الذي يوافق صدق المدّعي فيها عرفاً.

[٢] **بلا خلاف أجده هنا**، وإن كان يمكن فرض صورة للنزاع بحيث تأتي الوجوه السابقة أو بعضها. إلّا أنّها خارجة عن البحث كخروج فرض النزاع في تعيين الثمن أنّه العبد أو الجارية عنه أيضاً؛ ضرورة تعيّن التحالف فيه، بل لفظ «القدر» ونحوه في النص والفتوى ظاهر في خلافه. ومن هنا خصّ بعضهم[١] محل البحث بما إذا كان في الذمّة. وإن كان قد يناقش فيه:

١ ـ بأعميّة ذلك من المطلوب؛ إذ يمكن فرضه في الذمّة مع وقوع الاختلاف في تعيينه بحيث يتعيّن التحالف فيه.

٢ ـ وبأنّه يمكن فرضه في المعيّن أيضاً مع فرض الاختلاف في القدر، كما لو قال: بعتك بهذين الدينارين أو الثوبين مثلاً فقال: بل بأحدهما معيّناً فإنّ الحكم فيه كالذمة في جريان ما سمعت.

ومنه يظهر رجوع تفصيل المختلف[٢] إلى ما في التذكرة[٣]، كما عرفت، فلاحظ وتأمّل.

[٣] لبعد اندراجه في المنساق من النص والفتوى.

[٤] [إذ] المنساق منهما [= النص والفتوى] أيضاً [ذلك].

[٥] ضرورة كون المفهوم حينئذٍ، بناءً على ما ذكرنا عدم اعتبار قوله إذا لم تكن العين قائمة في يد المشتري فيندرج فيه الفرض لذلك.

لا لأنّ الانتقال اللازم تلف حكمي حتى يرد عليه منع كونه كذلك، وأنّ من الجائز كون العلّة التلف الحقيقي، الذي يمتنع معه الرجوع إلى العين في اعتبار ما يدعيه مع أنّ الحكم إنّما تعلّق في تقديم قول البائع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة، وهو متحقّق مع انتقالها عن ملكه بأيّ وجه فرض. لكن قد عرفت اندفاع ذلك كلّه بناءً على ما ذكرنا.

---

(١) المسالك ٣: ٢٦١.

(٢) انظر المختلف ٥: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٣) انظر التذكرة ١٢: ٨٤.

بل منه يظهر الحال في غير اللازم من الانتقال كالبيع في زمن الخيار ونحوه. نعم لو كان قد فسخ قبل التنازع اتجه حينئذٍ تقديم قول البائع؛ لصدق القيام في يده. أمّا مع عدمه فالمتجه ما ذكرناه [١]. ولذا كان المتجه [٢] فيما لو تلف بعض المبيع تنزيله منزلة تلف المجموع، لابقاؤه ولا إلحاق كلّ جزء بأصله [٣].

ولو امتزج المبيع بغيره فإن بقي التميّز فعينه قائمة، وإن لم يتميّز [٤] [فالمتجه أنها غير قائمة]. هذا مع مزجه بجنسه بحيث لا يخرج به إلى حقيقة أُخرى كالزيت يخلط بمثله والنوع الواحد من الحنطة بمثله.

أمّا لو خلط بغير جنسه بحيث صارا حقيقة أُخرى كالزيت يعمل صابوناً فإنه حينئذٍ بمنزلة التالف، والله أعلم.

[الاختلاف في قدر المبيع]:

المسألة (**الثالثة**): (**لو اختلفا في**) قدر (**المبيع فقال البائع: بعتك ثوباً**) بدرهم مثلاً (**فقال**) المشتري: (**بل ثوبين**) أو قال البائع: هذا الثوب بكذا، وقال المشتري: ذلك مع ثوب آخر معيّن به (**فالقول قول البائع أيضاً**) [٥].

نعم هذا إذا كان الاختلاف في المبيع من حيث القدر.

[الاختلاف في ما هو المبيع]:

(**فـ**) ـأمّا إذا كان من حيث التعيين كما (**لو**[١] **قال**) البائع: (**بعتك هذا الثوب**) بكذا (**فقال**) المشتري: (**بل هذا**[٢] **فها هنا دعويان**) لا قدر مشترك بينهما (**فيتحالفان**) على نفي كلّ من قولهما (**ويبطل دعواهما**) لحصول ضابط التحالف، ويترادّان [٦].

---

[١] اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل.

[٢] **كما في المسالك**[٣].

[٣] ويؤيّده عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البائع.

[٤] **ففي المسالك**[٤] **احتمل بقاؤه كذلك**؛ لأنّه موجود في نفسه وإنما عرض له عدم التميّز من غيره، والمفهوم من قيام عينه وجوده، خصوصاً عند من جعل التلف في مقابلته فإنّه ليس بتالف قطعاً.

وفيه: أنّ المنساق من القيام غيره ممّا يظهر عينه للحس ويمكن إرجاعه فالمتجه الاقتصار عليه.

[٥] لأصالة عدم انتقال غير ما اعترف به، ولذا كان القول قول المشتري في قلّة الثمن، والبائع في كثرته عند من عرفت لولا الخبر المزبور[٥] المفقود في الفرض.

والتحقيق: إتيان البحث السابق هنا؛ إذ لا نصّ في المقام يعارض ما يقتضيه الأصل، فيبقى البحث في تعيين مقتضاه [= الأصل] من تقديم مدّعي الأقلّ أو التحالف أو غيرهما، وقد تقدّم الكلام فيه مفصّلاً.

[٦] كما في النبوي: «المتبايعان إذا اختلفا تحالفا وترادّا»[٦].

---

(١) في الشرائع: «إذا».

(٢) في الشرائع زيادة: «الثوب».

(٣)(٤) المسالك ٣: ٢٦٢.

(٥) الوسائل ١٨: ٥٩، ب ١١ من أحكام العقود، ح ١.

(٦) انظر كنز العمّال ٤: ٨٥، ح ٩٦٥٣. السنن الكبرى ٥: ٣٣٢.

ج ١٩ = ٢٠

وكذا لو نكلا معاً ويبتدئ باليمين من ادعي عليه أوّلاً [١]. ولو تساويا في إبراز الدعوى فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه اتجه حينئذٍ اليمين على الآخر، وإلّا فالقرعة [٢]. وعلى كلّ حال فالظاهر أنّ اليمين على النفي لا جامعة بينه وبين الإثبات [٣]. وعلى كلّ حال فإذا حلفا سقطت الدعويان [٤].

[والمتجه] جعل البطلان من الحين في المتفق عليه ثمناً أو مثمناً، وأمّا المختلف فيه منهما فالمتجه فيه [٥] [البطلان] من [الأصل و] البقاء على الملك [٦]. وكيف كان فالمراد من البطلان من الأصل أو من الحين هو

---

[١] **كما في المسالك[١] في نحو ذلك، بل هو مقرّب، التذكرة[٢]، ونفى عنه البعد في جامع المقاصد[٣].**

[٢] **لكن في الدروس: « البادي باليمين من يتفقان عليه، فإن اختلفا عيّن الحاكم »[٤].**

وفي القواعد في نحو المقام احتمال استحباب تقديم البائع والمشتري والتساوي فيقرع[٥]. ولعلّ ما ذكرناه أولى.

[٣] **وإن احتمله في القواعد[٦].** ووجّه بأنّه أفضل للحكم وأسهل للحاكم؛ إذ قد ينكل أحدهما فيغني عن ردّها تلك اليمين مضافاً إلى ما ورد من النهي عن تكرارها[٧].

وفيه: أنّ يمين الإثبات بعد النكول، فلا تتقدّم عليه كي تجدي في السقوط عند التوجّه.

[٤] **عندنا، كما في التذكرة قال: « كما لو ادّعى على الغير بيع شيء أو شراءه فأنكر وحلف سقطت الدعوى وكان الملك باقياً على حاله، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه »[٨]. ومن ذلك نسب إليه في المسالك القول بالبطلان من الأصل بعد التحالف[٩]. وأنّه ينزّل البيع منزلة المعدوم، خلاف ما اختاره في القواعد والدروس[١٠] من أنّه [= البطلان] حين التحالف أو الفسخ لا من الأصل.** وكيف كان فيشكل باتفاقهم [= المتبايعين] على وقوع عقد ناقل للثمن أو المثمن وإن اختلفا في تعيين الآخر منهما ومن هنا اتّجه [ذلك].

[٥] [كـ] ـما ذكره [في التذكرة].

[٦] وحينئذٍ فكلّ من إطلاقه في التذكرة والقواعد غير جيّد. وتظهر فائدة القولين في النماء وفيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين بعقد لازم كالبيع وشبهه، أو الخروج عن الملك بعتق أو وقف ونحوهما. فعلى الأوّل يبطل العقود وغيرها ويرجع العين إلى صاحبها، **وبه قطع في التذكرة[١١]** تفريعاً على أصله. وعلى الثاني يرجع إلى القيمة يوم الانتقال، **وبه قطع في القواعد[١٢]** تفريعاً على أصله، وأمّا التلف فيرجع معه بالقيمة. وعلى كلّ حال ولعلّ الذي ألجأ الفاضل في التذكرة إلى ذلك هو تلازم حال الثمن والمثمن، فإذا فرض أنّ أحدهما باق على حكم الملك كان الآخر كذلك. ويدفعه جواز اختلافهما في الحكم الظاهري، وإن تلازما في الحكم الواقعي.

---

(١)(٩) المسالك ٣: ٢٦٣.
(٢) التذكرة ١٢: ٩٦.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٤٤٣.
(٤) الدروس ٣: ٢٤٣.
(٥)(٦) القواعد ٢: ٩٥.
(٧) انظر المستدرك ١٧: ٣٧١، ب ٨ من كيفيّة الحكم، ح ١.
(٨) التذكرة ١٢: ١٠٣ ـ ١٠٤.
(١٠) القواعد ٢: ٩٥. الدروس ٣: ٢٤٣.
(١١) انظر التذكرة ١٢: ١٠٤، ١٠٩ ـ ١١٠.
(١٢) القواعد ٢: ٩٦.

جريان حكم ذلك عليه ، وأنّه يكون حينئذٍ بمنزلة مالم يجر عليه العقد ، لا أنّه كذلك حقيقة [١].

نعم قد يقال : بتسلّط المحقّ منهما على الخيار في وجه تسمعه إن شاء الله تعالى [٢].

قلت : لا ريب أنّ المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف ، بل ولا يتسلّط الحاكم على ذلك . نعم إن توافقا عليه .

وإلّا فالظاهر انحصار الخيار في المحقّ على إشكال في بعض الأحوال وهو حال ما بعد القبض . بل قد يقوى عدمه ، فيتجه حينئذٍ المقاصّة على أحكامها . هذا كلّه بحسب الواقع ، وإلّا فالحكم الظاهري قد عرفت الحال فيه . نعم قد يقال : إنّ للغير التصرّف في كلّ من الثوبين مثلاً وشرائهما ، بل والثمن الذي يرجع إلى المشتري منهما أيضاً وإن علم أنّ الواقع ينافي ذلك ، إلّا أنّ الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم في المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر ، وله نظائر كثيرة في الفقه .

---

[١] **ولكن قال في المسالك بعد البحث في ذلك : « الظاهر أنّ العقد يبطل بمجرّد التحالف وإن لم يفسخه فاسخ ، وبه قطع في التذكرة محتجاً بما تقدّم من أنّ يمين كلّ منهما يسقط دعوى الآخر ، فيكون الملك باقياً على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقدٍ حتى يحكم بانفساخه ، وهذا على القول ببطلانه من أصله ، وأمّا على القول ببطلانه من حينه فالظاهر أنّه كذلك ؛ لانتفاء دعوى كلّ منهما بيمين صاحبه ، فينفسخ حينئذٍ ، ولأنّ إمضاءه على وفق اليمينين متعذّر ، وعلى وفق أحدهما تحكّم ، وهو ظاهر فتوى القواعد »**[1] . قلت : ذلك كلّه لا يقتضي الانفساخ باطناً للعقد اللازم الذي أقرّا به وتوافقا عليه ، وتعذّر تسليم الثمن أو المثمن ظاهراً أخيراً لا يقضي به .

[٢] **وممّا يؤيّد ذلك** [= عدم الانفساخ باطناً] **ما ذكر في التذكرة وغيرها ، قال فيما نحن فيه : إذا حلف البائع على نفي ما يدّعيه المشتري بقي على ملكه ، فإن كان في يده وإلّا انتزعه من المشتري ، وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به ؛ لأنّه لا يدعيه ، وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرّف فيه ؛ لأنّه معترف بأنّه للمشتري وله ثمنه في ذمّته ، فإن كان قد قبض الثمن ردّه على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً ، كما أنّ له ذلك أيضاً إذا لم يكن قد قبض الثمن ، فإن زادت قيمته فهو مال لا يدعيه أحد**[2] . **وهو كالصريح في خلاف ذلك كلّه ؛ ضرورة أنّه لا وجه للمقاصّة مع فرض الانفساخ . وظاهر الدروس التردّد في ذلك كالمحكي عن الشافعي**[3] ، **قال : « إذا حلفا أو نكلا احتمل أن ينفسخ العقد ؛ إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذّر ، وعلى وفق أحدهما تحكّم ، أي فيكون ذلك بمنزلة عدم وقوع البيع على أحدهما واقعاً ، تنزيلاً للظاهر منزلة الواقع ، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله : « ترادّا » ، ويحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه لئلّا يطول النزاع » إلى أن قال : « ثمّ إن توافقا على الفسخ أو فسخ الحاكم انفسخ ظاهراً وباطناً ، وإن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك ، وإلّا انفسخ ظاهراً »**[4] .

---

(١) المسالك ٣ : ٢٦٤ ـ ٢٦٥ .

(٢) انظر التذكرة ١٢ : ٩٥ ـ ٩٦ .

(٣) روضة الطالبين ٣ : ٥٨٣ .

(٤) الدروس ٣ : ٢٤٣ .

منها العين المقسومة بين اثنين ؛ لتعارض البيّنتين مثلاً ، بل ومع العلم بأنّها لواحد منهما ، إذا لم نقل بالقرعة ، فإنّ للغير شراء الجميع من كلّ واحد منهما وإن علم أنّ أحدهما غير مالك للنصف ، إجراء للحكم الظاهري ، بل إن لم يكن إجماع جرى مثله في النكاح لو فرض التداعي بين السيد مثلاً وآخر في تزويج أمته فقال السيد : هذه وقال الآخر بل هذه وتحالفا فإنّ للغير التزويج بهما ، وإن علم أنّ إحداهما ذات زوج ، عملاً بالحكم الظاهري . وكيف كان فلا ينبغي منع كلّ واحد منهما من التصرّف فيما وصل إليه بعد التنازع [١] . [ولو تصرّف المحق منهما فيما له على وجه لا يكون فيه هتك للحكم الظاهري أمكن القول بالجواز] . نعم لو قلنا بالانفساخ منعا قطعاً [٢] .

---

[١] **وإن تردّد فيه في الدروس من قيام الملك وتوقّع زواله فهو كالزائل ، قال : « وأولى بعدم الجواز بعد التحالف ، لتأكّد سبب الزوال »**[١] . وفيه ما عرفت . اللهمّ إلّا أن يريد بحسب ظاهر الحال وقلنا بعدم الحاجة إلى حكم الحاكم بعد التحالف ، وإلّا فلو تصرّف المحقّ منهما فيما له على وجه لا يكون فيه هتك للحكم الظاهري أمكن القول بالجواز ؛ للعمومات التي لا ينافيها ذهاب اليمين بما فيها في الظاهر .

[٢] كما أنّه ممّا قدّمنا يظهر لك الحال فيما ذكره **فيها أيضاً من أنّه « لو تحالفا بعد هلاك العين ضمن مثلها أو قيمتها يوم الهلاك على الأقرب ، ولو عابت فأرشها ، ولو أبق فالقيمة للحيلولة ثمّ يترادّان إذا عاد ، وإن رهن أو آجر أو كوتب فالعقود باقية ، وينتقل إلى القيمة في الكتابة وفي الرهن والإجارة وجهان ، مبنيّان على الحمل على الكتابة أو الإباق ، ولو رضى صاحب العين بتأخير الأخذ إلى فك الرهن أو فراغ الإجارة احتمل إجابته إن تسلّم العين أو أسقط الضمان وجوّزناه ، وإلّا لم يجب »**[٢] .

وفي المسالك : « أنّه لو وجد العين ـ أي التي وقع التحالف على ثمنها ـ مستأجرة أو مرهونة انتظر انقضاء المدّة أو الفكّ ، وفي تخيّره بينه وبين القيمة معجّلة وجه »[٣] .

وفي القواعد : « لو كان المبيع ـ أي الذي اختلف في ثمنه ـ تالفاً وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف ، ويحتمل يوم القبض ، ولو تلف بعضه أو تعيّب أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو آجره رجع بقيمة التالف وأرش المعيب وقيمة المكاتب والمرهون والآبق والمستأجر وللبائع استرجاع المستأجر ، لكنّه يترك عند المستأجر مدّة الإجارة والأُجرة المسمّاة للمشتري ، وعليه أُجرة المثل للبائع ، ولو زالت الموانع ، بأن عاد الآبق أو فكّ أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة فالأقرب عود ملك البائع إلى العين فيستردّ المشتري القيمة »[٤] . وبعض ما ذكره لا يخلو من بحث . **كما أنّ ما ذكره فيها من أنّه لو اختلفا في قيمة التالف بعد التحالف رجعا إلى قيمة مثله موصوفاً بصفاته ، فإن اختلفا في الصفة قدّم قول المشتري مع يمينه**[٥] **أي إن كان هو المنكر** . كذلك أيضاً ، بل في المسالك : « أنّه قد أغرب في ذلك وهو بأُصول العامة أليق نظراً إلى أنّ الوصف يفيد أهل الخبرة الظن بالقيمة فيكون مناسباً لرفع النزاع »[٦] .

---

(١) الدروس ٣ : ٢٤٣ .
(٢) الدروس ٣ : ٢٤٣ ـ ٢٤٤ .
(٣) (٦) المسالك ٣ : ٢٦٤ .
(٤) القواعد ٢ : ٩٥ ـ ٩٦ .
(٥) القواعد ٢ : ٩٦ .

[ولو اختلفا في قيمة التالف بعد التخالف].

قلت: لاريب أنّ المتجه على أُصولنا ـ كما في الغصب وغيره ـ تقديم منكر الزيادة [١].

ثمّ إنّ الظاهر جريان التحالف في زمن الخيار المشترك [٢].

[اختلاف ورثة المتبائعين]:

(**ولو اختلف ورثة البائع وورثة المشتري**) في القدر (**كان القول قول ورثة البائع في المبيع وورثة المشتري في الثمن**) وإن كانت عين المبيع قائمة [٣].

[الاختلاف في صحة العقد وبطلانه]:

المسألة (**الرابعة: إذا قال**) البائع مثلاً: (**بعتك**) مالي (**بعبد**) وشبهه ممّا يصحّ ثمناً (**فقال**) المشتري: (**بل بحرّ أو**) قال: (**بخلّ فقال: بل بخمر**) أو نحو ذلك ممّا لا يصحّ ثمناً (**أو قال**) البائع مثلاً: (**فسخت قبل التفرّق وأنكره الآخر فالقول قول من يدّعي صحّة العقد**) وبقاءها (**بيمينه**[1]) [٤].

---

[١] [وذلك:]

١ ـ لعموم قوله: «واليمين على من أنكر»[2].

٢ ـ ولأنّ للأعيان خصوصيّات لا تعرف إلّا بالمشاهدة، ولا تفي الأوصاف بالقيمة، كما هو واضح.

[٢] **واحتمل في الدروس عدمه؛ لأنّهما يملكان الفسخ.**

لكن استوجه الأوّل ما لم يفسخ أحدهما قال: «والغرض من اليمين نكول الكاذب ودوام العقد بإحلاف الصادق، فإن حلفا فالفسخ أمر ضروري، شرّع لتعذّر إمضاء العقد، وعليه يتفرّع التحالف في المضاربة، ويجري التحالف في سائر العقود الجارية على هذا النمط»[3].

وتنقيح هذه المباحث محتاج إلى إطناب تام، فلعلّ الله يوفّق له.

[٣] لما عرفت من كون القول قول مدّعي الأقلّ في الثمن والمثمن، خرج من ذلك للنص[4] والفتوى صورة ما لو كان النزاع بين البائع نفسه والمشتري كذلك مع قيام عين المبيع دون غيرها من الصور، التي منها محلّ البحث، حتّى صورة النزاع بين أحدهما ووارث الآخر.

ودعوى أنّ كلّ ما كان للمورّث ينتقل للوارث مسلّمة في المال والحقوق التي تنتقل، بخلاف محلّ الفرض الذي هو من الأحكام لامن الحقوق.

فما عن جماعة من أنّ حكم الوارث حكم المورّث مطلقاً في غير محلّه، وإن استحسنه في المسالك[5]، والله العالم.

[٤] للأصل بمعنى الظاهر أو القاعدة أو الاستصحاب.

---

(١) في الشرائع: «مع يمينه».

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفيّة الحكم، ح ٣.

(٣) الدروس ٣: ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٤) الوسائل ١٨: ٥٩، ب ١١ من أحكام العقود، ح ١.

(٥) المسالك ٣: ٢٦٧.

(و) حينئذٍ فيكون (على الآخر البيّنة) [١].

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت.

نعم قد يتّجه تقديم مدّعي الفساد لو كان الاختلاف في حرّية المعيّن ثمناً أو مثمناً ورقّيته ولم يكن سبيل إلى معرفتها فإنّ أصل الصحّة لا يشخّص الرقية هنا قطعاً، وكذلك الخلّية والخمرية، فيبقى أصل عدم النقل وأصل البراءة معاضداً لمدّعي الفساد، فيكون القول قوله بيمينه [٢].

---

[١] بلا خلاف معتدّ به أجده، لكن في الكفاية فيه نظر[١]. ولعلّه:

١ ـ لأعمية أصالة الصحّة من كون المبيع عبداً.

٢ ـ ولأصالة عدم العقد الصحيح فيكون كإنكار البيع.

٣ ـ ولأنّ أصالة صحّة العقد إنّما هي بعد استكمال أركان العقد ليتحقّق وجوده، أمّا قبلها فلا وجود له، والشكّ في المثال إنّما هو في المعقود عليه الذي هو أحد أركان العقد.

وفيه: أنّ ذلك من توابع العقد الصحيح الذي شخّصه الأصل في المقام، فهو في الحقيقة من لوازم خصوص هذا العقد من البيع، لا مطلق عقده.

ومن الواضح الفرق بين المقام المعلوم وقوع العقد فيه، وبين إنكار البيع، فلا يقاس أحدهما على الآخر والعقد للأعم من الصحيح والفاسد، فتحقّقه لا يتوقّف صدقه على كون المعقود عليه ممّا يصحّ العقد عليه، وإنّما يتوقّف عليه الصحيح منه لا أصله، فمع التنازع فيه كما في المثال لا إشكال في جريانها، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ومن ذلك يعلم ما في الحواشي المنسوبة للشهيد على القواعد، قال في الشرح نحو المتن: «هذا مخالف لما قاله الأصحاب»[٢] والمصنّف من قبول قول المشتري في مثل ذلك، وإنّما هذا من فروع المخالفين حتى لو أراد دعوى الفسخ؛ إذ الفاضل[٣] والمصنّف وغيره قدّموا قول منكره للأصل، وإن كان قد احتمل في القواعد في بحث خيار المجلس[٤] تقديم قوله؛ لأنّه أعرف بنيته، ولا ريب في ضعفه بعد حمل «النية» في كلامه على الفعل، بقرينة وضوح عدم مدخلية النية.

[٢] ولعلّ هذا هو مراد ثاني الشهيدين في مسالكه، قال «وربّما يستشكل الحكم مع التعيين كـ«بعتك بهذا العبد» فيقول: «بل بهذا الحرّ»، فإنّ منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمّته، وإن كان هو البائع فهو ينفي انتقال عبده عنه، فالأصل معهما في الموضعين، ولأنّه يرجع إلى إنكار البيع، فيقدّم قول منكره. نعم لو لم يعيّنا في الصورتين توجّه ما ذكر»[٥]. وإن كان لا يخلو من بعد، إلّا أنّه أولى من حمله على إرادة الفرق بين الكلّي والمعيّن ولو مع اختلاف المتبايعين فيه بأن قال البائع مثلاً: بعتك بهذا العبد مشيراً إلى معلوم العبودية وقال المشتري: بل بهذا الحرّ مشيراً أيضاً إلى معلوم الحريّة؛ لعدم ما يصلح فارقاً، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

---

(١) كفاية الأحكام ١: ٤٩٢.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٧٦٣.
(٣) التذكرة ١٢: ١١٦.
(٤) القواعد ٢: ٦٦.
(٥) المسالك ٣: ٢٦٨.

ولو قال البائع مثلاً: بعتك وأنا صبي فأنكر المشتري وقال: بعتني وأنت بالغ [١].

---

[١] **ففي القواعد: « احتمل تقديم قول مدعي الصحّة مع يمينه، وتقديم قول البائع لأصالة البقاء » ثمّ قال: « ولو قال: كنت مجنوناً ولم يعلم له سبقه قدّم قول المشتري بيمينه وإلّا فكالصبي »[١]. وظاهره التوقّف كالتذكرة والتحرير والدروس[٢] في المقام والإقرار، وإقرار جامع المقاصد[٣]، بل في إقرار الثاني: أنّ الصبي يحلف[٤].** لكن في الجامع هنا: « أنّ الاحتمال الثاني في غاية الضعف؛ لأنّ أصالة البقاء مندفعة بالإقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً، فإنّ صحّته تقتضي عدم بقاء الصبوّة، فلا يعدّ معارضاً، كما لا يعدّ احتمال الفساد معارضاً؛ لأصالة الصحّة في مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع، فإن قلت: أصلان قد تعارضا؛ للقطع بثبوت وصف الصبوّة سابقاً، قلت: قد انقطع هذا الأصل بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح، كما يحكم بانقطاع أصالة بقاء ملك البائع بالاعتراف بصدور البيع لو اختلفا في صحته وفساده، ولو ثبت في هذه المسألة تعارض الأصلين لثبت تعارضهما فيما لو قال: تبايعنا وادّعى أحدهما الفساد، والفرق غير واضح، وكون الصبوّة مستمرّة لا دخل له في الفرق ». ثمّ قال في شرح قوله: « ولو قال: كنت مجنوناً... إلى آخره: أي فيجيء فيه احتمال تقدّم جانب الصحّة؛ لأنّها الأصل، والفساد؛ لأصالة بقاء مقتضيه، وليس بشيء؛ لانقطاع هذا الأصل، كما قرّرناه في المسألة السابقة »[٥]. قلت: هو مناف لما ذكره في شرح قول الفاضل في باب الضمان: « لا يصحّ ضمان الصبي، وإن أذن له الولي، فإن اختلفا قدّم قول الضامن؛ لأصالة براءة الذمّة وعدم البلوغ، وليس لمدّعي الأهلية أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه، بخلاف ما لو ادّعى شرطاً فاسداً، وكذا البحث فيمن عرفت له حالة جنون »[٦]، قال: « أي فإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان حال الصبا أو حال الكمال قدّم قول الضامن في أنّه كان صبياً وقت الضمان؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة، فيستصحب، وكذا أصل عدم البلوغ، وليس لمدّعي أهلية الضمان حال وقوعه أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضاً للأصلين السابقين، فإن قيل: له أصالة الصحّة في العقود وظاهر حال العاقد الآخر أنّه لا يتصرّف باطلاً، قلت: الأصل في العقود الصحّة بعد استكمال أركانها ليتحقّق وجود العقد، أمّا قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحرّ أو العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد، وكذا الظاهر إنّما يثبت مع الاستكمال المذكور، واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحّة في العقود، لكن بمعارضة أصالة الصبي يتساقطان، ويبقى أصل البراءة سليماً عن المعارض فكأنّه لا أصل له، وما ذكرناه أثبت »[٧]. ثمّ إنّه في شرح قوله: « بخلاف... إلى آخره » قال: لأنّ الظاهر أنّهما لا يتصرّفان باطلاً[٨]، وحيث كان المتعاقدان كاملين تحقّق الظاهر المذكور وأصالة العقود »[٩]. وشرح قوله: « وكذا البحث... إلى آخره: أي ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حال الصبا والبلوغ آتٍ فيما عرف له حال جنون بعين ما ذكر، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملاً، وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبياً أو مجنوناً فهل هو كما سبق؟ أو يحتمل [هنا التمسّك] بأصالة عدم التقدّم؟ كلّ ممكن »[١٠] انتهى، وهو كما ترى.

---

(١)(٦) القواعد ٢: ٩٧، ١٥٦.

(٢) التذكرة ١٢: ١١٦ ـ ١١٧. التحرير ٢: ٣٦٣. الدروس ٣: ٢٤٤، ١٢٧.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٢٠٣.

(٤) التحرير ٤: ٣٩٩.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٤٥٢.

(٨) العبارة من كلمة: «لأنّ» إلى «باطلاً» هي عبارة القواعد.

(٧)(٩)(١٠) جامع المقاصد ٥: ٣١٥ ـ ٣١٦.

[فقلت :] والتحقيق عدم الفرق بين البيع والضمان في تقديم مدّعي الصحّة [١].

بل هو كذلك ، وإن لم يعترف بأنّه باع ثمّ ادّعى أنّه كان صبياً ، ويكفي ثبوت أصل الفعل فيه ولو ببيّنة ، ثمّ يصحّحه الأصل [٢].

(النظر الخامس) :

[الشرط في العقد]:

(في الشروط) المذكورة في متن العقد دون ما بعده ، بل وماقبله إذا لم يكن بناء العقد عليه ، وإلّا فالصحة فيه قويّة جداً.

وعلى كلّ حال فالمراد بها المرسومة فيه زائداً على الثمن والمثمن على وجه الالتزام ، دون التعليق الذي لا إشكال في البطلان معه وإن كان بلفظ الشرط ، من غير فرق بين كون المعلّق عليه محقق الوقوع في مستقبل الأزمنة أو لا [٣].

ومنه يعلم أنّه لا يقدح صورة التعليق بعد العلم بإرادة الالتزام منها لا حقيقته المنافية [٤].

بل ولا يقدح منه ما كان نحو بعتك إذا كانت الشمس طالعة مع العلم بالطلوع [٥].

نعم لا يبعد البطلان مع الشكّ [٦].

---

[١] لأصالتها القاطعة جميع هذه الأُصول.

[٢] ومن الغريب دعوى تخصيصه [= المحقّق الثاني] أصالة الصحّة بما بعد استكمال الأركان التي منها المعقود عليه ، مع أنّه لم يعرف خلاف في أنّ القول قول مدّعي الصحّة فيما لو تنازع المتعاقدان الكاملان في وقوع العقد على ما يصحّ أو ما لا يصحّ ، وقد كان ما هو فيه من تقديم قول الصبي في مسألة الضمان مستغنياً عن هذه الدعوى وكان يكفي فيه دعوى عدم تحقّق موضوع أصالة الصحّة ، وهو فعل المسلم الكامل.

وإن كان يدفعه منع كون الموضوع ذلك ، بل الأصل في الفعل نفسه الصحّة ، وإنّما يمنع منها عدم الكمال.

فمع عدم تحقّقه والفرض وقوع الفعل يحكم بصحّته حتّى يتبيّن خلافه ، إلّا أنّه لا يخلو من نظر ، فتأمّل جيّداً.

[٣] لا لأنّه ينافي قصد إنشاء النقل والانتقال والرضا بهما ؛ لإمكان منعه ، خصوصاً بعد مشروعية التدبير والنذر ونحوهما من الإنشاء المعلّق ، بل لأنّه منافٍ لما هو المعلوم من الشرع من تسبيب هذه الصيغ وترتّب الآثار عليها بمجرّد تمامها ، فالتعليق المقتضي لتأخّر الآثار وعدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك.

[٤] لما عرفت.

[٥] **وإن كان هو [= البطلان في المثال] ظاهر بعضهم**[1].

لكونه تعليقاً في الظاهر وللشكّ في السببية معه ، إلّا أنّه كما ترى.

[٦] لاقتضائه توقّف عمل السبب بعد تمامه على غيره ممّا لامدخلية له في تسبيبه.

---

(١) رسائل الكركي ١ : ١٨٦.

مع احتمال الصحّة [١]. و[المختار] [٢] قبول عقد البيع وغيره من العقود اللازمة الشرائط في الجملة [٣]. إلّا أنّ منها ما ليس بسائغ ومنها ما هو سائغ.

(وضابطه) [٤] (مالم يكن مؤدّياً إلى جهالة المبيع أو الثمن) كاشتراط تأجيل أحدهما مدّة مجهولة.

(ولا مخالفاً للكتاب والسنّة) [٥].

---

[١] لكون التعليق فيه للعلم بترتّب الأثر، لا للأثر نفسه، فتأمّل جيّداً.

[٢] [بـ] **ـلا خلاف كما لا إشكال فيـ [ـه].**

[٣] ١ ـ والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة[١].

٢ ـ بل لعلّ إطلاق الأمر بالوفاء بالعقود[٢]، والتجارة عن تراض[٣] كاف.

[٤] **كما في القواعد[٤] واللمعة[٥] والروضة[٦] وغيرها.**

بل عن أبي العباس نسبته إلى علمائنا[٧].

[٥] ضرورة وضوح بطلان الثاني وكذا الأوّل، بعد ما عرفت من اعتبار المعلومية فيهما [= في العوضين]، بل هو مندرج في الثاني، ولذا اقتصر في النصوص على استثنائه [= المخالف للكتاب والسنّة]:

١ ـ ففي الصحيح: « المسلمون عند شروطهم، إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز »[٨].

٢ ـ وآخر: « من اشترط مخالفاً لكتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عزّ وجلّ »[٩].

٣ ـ والخبر: « المسلمون عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو حلّل حراماً »[١٠].

لكن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد[١١]: أنّ من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كشرط عدم البيع أو الهبة أو العتق أو الوطء أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن أو نحو ذلك.

بل في الغنية من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد مثل أن لا يقبض المبيع أو

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار.
(٢) المائدة: ١.
(٣) النساء: ٢٩.
(٤) القواعد ٢: ٩٠.
(٥) اللمعة: ١١٩ ـ ١٢٠.
(٦) الروضة ٣: ٥٠٥.
(٧) مهذب البارع ٢: ٤٠٨.
(٨) الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار، ح٢.
(٩) المصدر السابق: ح١.
(١٠) المصدر السابق: ١٧ ح٥، وفيه: « أحلّ » بدل « حلّل ».
(١١) القواعد ٢: ٩٠.

. . . . . .

لا ينتفع به[١]، وعن جماعة أنّ ضابط المنافي كلّ ما يقتضي عدم ترتّب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه ورتّبه.

وقد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلاً زماناً معيّناً، فإنّ مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرّف في كلّ وقت. وباشتراط إسقاط خيار المجلس والحيوان، وما أشبه ذلك ممّا أُجمع على صحّة اشتراطه، كما في المسألك[٢]. واحتمال إرادة ما لم يجعل العقد إلّا لأجله من المقتضي كانتقال العوضين في البيع الذي هو الأثر الحقيقي له، ينافي منع اشتراط عدم البيع ونحوه ممّا سمعت منعه، لأنّه منافٍ.

ومن هنا قال في جامع المقاصد: «الحاسم لمادة الإشكال أنّ الشروط على أقسام منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحّة وفساد، فلا عدول عنه، ومنها: ما وضح فيه المنافاة للمقتضي، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع، أو وضح مقابله، ولا كلام في اتباع ما وضح، ومنها: ما ليس واحداً من النوعين وهو بحسب نظر الفقيه»[٣].

لكن لا يخفى عليك أنّ ما ذكره غير حاسم، والأولى الإعراض عن هذه العبارة، والرجوع إلى ما سمعته من الكلّية المنصوصة التي يندرج فيها جميع ما يشكّ في جوازه، فيكون ذلك حينئذٍ هو المدار.

لا يقال: إنّ فيها إجمالاً أيضاً؛ إذ لا يدري ماالمراد بالحلال والحرام أهو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسّط العقد؟ أو ما يعم ذلك؟ فإن أُريد الأوّل نافى ما نصّوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع ونحوه؛ إذ لا مانع في الشرع من كون الشيء مملوكاً ولا يباع أو لا يوهب مثلاً، وإن أُريد الثاني ففيه أوّلا: أنّه مناف لما ذكروه، بل قد عرفت دعوى **الإجماع عليه في المسالك من صحّة اشتراط عدم الانتفاع مدّة، وإسقاط خيار المجلس، وإسقاط خيار الحيوان**[٤]، ونحوها ممّا عرفت، مضافاً إلى ما تسمعه من النصوص الآتية في جواز بيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة[٥]، المستلزم لحرمتهما بعد الشرط مع أنّهما حلال بواسطة العقد، بل ظاهر هذه النصوص جواز اشتراط المنع من غيرهما إلّا الإرث خاصة من بينها.

وثانياً: المنع من الهبة مثلاً الباطل اشتراطه؛ لكونه محرّماً حلالاً بواسطة العقد. وإن أُريد به بالنسبة إلى العقد المعرّى عن الشرط فهو وارد في كلّ شرط؛ لأنّه مخالف لمقتضى العقد الخالي منه.

وإن أُريد بالنسبة إلى العقد المتضمّن له فهو غير واضح.

لأنّا نقول: لا يخفى رجحان إرادة الأوّل؛ لانسياق حصول صفة الحلّ والحرمة قبل العقد ذي الشرط منه، فالمراد تحريم ما كان حلالاً بأصل الشرع، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممّن يرثه أو شرب الخمر أو الزنى ونحوها. بل التأمّل الجيّد يقضي بكون المراد بذلك بيان أنّ الشرط من الملزمات بكلّ ما هو جائز للمكلّف فعله أو تركه، وأنّه ليس مؤسّساً للحكم الشرعي ومثبتاً له، حتى يكون محلّلاً للحرام أو بالعكس.

---

(١) الغنية: ٢١٦.

(٢)(٤) المسالك ٣: ٢٦٩.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٤١٥.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٢٦٧، ب١٥ من بيع الحيوان.

فيكون الضابط حينئذٍ في السائغ منه ماكان جائزاً للمشترط عليه قبل الاشتراط ، وإنّما أُريد بالشرط الإلزام به وغيره ما لم يكن كذلك .

ومقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع أو الهبة أو الوطء أو نحو ذلك [١] .

نعم لا ريب في بطلان منافي مقتضى العقد ، بمعنى عوده عليه بالنقض ، كاشتراط عدم الملك في المبيع .

بل هو عند التأمّل راجع إلى الضابط الذي عرفت .

كما أنّ البطلان في الشرط العائد إلى جهالة المبيع أو الثمن لا إشكال فيه [٢] .

نعم قد يتوقّف في بطلان المجهول من الشرط مع الأوّل إلى العلم إذا لم تكن جهالته مؤدّية إلى جهالة الثمن أو المثمن [٣] . ولذا صحّ اشتراط ما لا يصحّ وقوع العقد المشترط فيه عليه كاشتراط المنفعة ونحوها في عقد البيع ، والعين في عقد الإجارة [٤] .

أمّا إذا كان جهالة لاتؤول إلى العلم اتّجه البطلان [٥] .

---

[١] ضرورة أنّ للمشترط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كلّه .

اللهمّ إلّا أن ينعقد إجماع على عدم الجواز ، وهو محل شكّ ، بل قد يقوى الظنّ بخلافه ، خصوصاً بعد استدلال جماعة على البطلان بالمنافاة لمقتضى العقد ، الذي هو كما ترى . وخصوصاً بعد أن سئل الصادق عليه السلام في الصحيحين عن الشرط في الأمة لاتباع [ولا تورث] ولا توهب ، فقال : « يجوز ذلك غير الميراث ، فإنّها تورث ؛ لأنّ كلّ شرط خالف الكتاب باطل »[١] ، وفي الآخر « وهو مردود »[٢] ، ونحوهما غيرهما . وهما مع صراحتهما بجواز اشتراط عدم البيع والهبة قد اشتملا على الاستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال والحرام .

[٢] بعد النهي عن بيع الغرر[٣] الشامل لمحلّ الفرض قطعاً .

[٣] لعموم دليل الشرطية بلا معارض ؛ ضرورة اختصاص دليل المنع بغير الشرط . ودعوى إلحاق أحكام المبيع والثمن له ؛ لاندراج كلّ شرط في اسم كلّ عقد وقع فيه واضحة المنع ، بعد صحّة السلب عنه ، ولا دليل على المساواه في الحكم ، كدعوى استلزام جهالة الشرط الجهالة فيهما ؛ لأنّ له مدخلية فيهما ؛ إذ لا شاهد لها في العرف واللغة والشرع .

ومدخليّته التي هي بمنزلة الداعي لا تقتضي ذلك قطعاً ، ولا يندرج بسببها في دليل منع الجهالة في الثمن والمثمن ، كما هو واضح .

فهو حينئذٍ قسم من الملزمات مستقلّ برأسه وإن اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم .

[٤] وتصفّح ما ذكره الأصحاب من صحّة اشتراط الرهن والضامن والعتق ونحو ذلك ، مع أنّ في مطلقها جهالة لا تغتفر في نظيره في البيع .

[٥] لأنّه مثار النزاع ولم يعهد نظيره في الشرع ، بل المعلوم منه خلافه .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٦٧ ، ب ١٥ من بيع الحيوان ، ح ١ وذيله .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٦٧ ، ب ١٥ من بيع الحيوان ، ح ١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب ٤٠ من آداب التجارة ، ح ٣ .

بل قد يقال: ـ إن لم يكن إجماع على مثل هذا التسامح في الأوّل ـ بعدم الجواز أيضاً [١].

نعم لا يثبت في الشرط الأحكام الثابتة للمبيع مثلاً من حيث كونه كذلك؛ لعدم صدقه عليه، لا الثابتة للعقد الشامل للمشروط وغيره، والله العالم.

[أن يكون الشرط مقدوراً]:

(و) كيف كان فـ[ـالمختار] [٢] أنّه لا إشكال في أنّه (**يجوز أن يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته، كقصارة الثوب وخياطته**) وحياكته.

إلّا أنّه بناءً على اعتبار المعلومية لابدّ من بيان الثوب وكيفية الخياطة (و) نحو ذلك ممّا يرتفع به الجهالة. كما أنّه لا إشكال في أنّه (**لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله**) المشتري أو الله (**سنبلاً و[١]الرطب على أن يجعله تمراً، ولا بأس باشتراط تبقيته**) لدخولها تحت القدرة و[الظاهر] [٣] [إحالة الشرط على المتعارف من البلوغ]. وربّما فرّق بين أخذها شرطاً وعدمه، فيعتبر ضبط المدّة في الأوّل دون الثاني، وهو جيد، بناءً على عدم اغتفار الجهالة في الشرط، وعلى أنّ التبقية عند عدم الاشتراط من دليل آخر، لا من انصراف إطلاق العقد، وإلّا كان كالشرط مع إمكان منعه [٤].

وعلى كلّ حال فالتبقية مقدورة يصحّ اشتراطها، ولعلّ من ذلك اشتراط حصول الأثر المعلوم توقّفه على عقد أو إيقاع من دونه، كاشتراط طلاق الزوجة وحلّية الوطء من دون صيغتهما [٥].

نعم كلّ شيء علم حكمه شرعاً وشكّ في جواز اشتراطه كان مقتضى العموم جوازه، وفرق واضح بين المقامين، فيجوز اشتراط الصيغة المقتضية للطلاق وحلّ الوطء ونحوهما، ويجوز اشتراط الأعمال وإن لم يذكر

---

[١] لأنّ دليل المنع وهو النهي عن الغرر في البيع[٢] شامل لعقد ذي الشرط المفروض فيه الغرر، وإن لم يصدق على الشرط أنّه مبيع أو منه أو ثمن أو منه؛ ضرورة كون المراد النهي عن الغرر في عقد البيع ولو بالنسبة إلى مافيه من الشرط، كما هو واضح.

[٢] [كما] قد بان لك من ذلك كله.

[٣] [كما] **في المسالك وغيرها: «وهل يشترط تعيين المدّة أم يحال على المتعارف من البلوغ؛ لأنّه مضبوط عرفاً؟ ـ كما إذا لم يشترط ـ الظاهر الاكتفاء بالثاني، وإطلاقهم يدلّ عليه»**[٣]. قلت: كما أنّه يدلّ على ما ذكرنا من التسامح في الشرط.

[٤] ضرورة وضوح الفرق بين ما يستفاد من الانصراف وبينه من الشرط في صدق الغرر في عقد البيع، ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط في الثاني بخلاف الأوّل.

[٥] ضرورة عدم دخول ذلك تحت قدرته؛ لكون المرجع فيه الشرع، بل قد عرفت فيما سبق أنّ دليل الشرطيّة لا يفيد إلّا أنّ الشرط من الملزمات للجائز، كالنذر والعهد، ومقتضاه حينئذٍ أنّ كلّ شيء شكّ في حكمه شرعاً فضلاً عمّا علم لم يصحّ اشتراطه.

---

(١) في الشرائع: «أو».

(٢) تقدّم في ص ١٧٤.

(٣) المسالك ٣: ٢٧٠.

صيغة ، بل يستحقّ العمل عليه بنفس الشرط [١].

نعم قد يقال : بصحّة اشتراط أثر العقد الذي لا دليل على انحصار سببه في العقد الذي هو من أسباب حصوله ، كالملك الذي ليس في الأدلّة ما يقتضي انحصار سببه في الهبة ونحوها ، وإن كان الهبة تفيده ، لا أنّها منحصر فيها ، فهو حينئذٍ ملك شرطي لا ملك الهبة التي هي اسم للعقد المخصوص ، المعلوم عدم كون الشرط منه ، بل لعلّ الحرّية كذلك أيضاً ، فيصحّ اشتراطها على وجه يكون هو السبب في حصولها ، وليس ذلك من العتق الذي هو عبارة عن الإيقاع المخصوص .

وحينئذٍ فالضابط في الأمر الذي يجوز اشتراطه هو ما لا دليل على انحصاره في سبب خاصّ من عقد أو إيقاع وإن كان يحصل بهما ، فيشمله حينئذٍ عموم « المؤمنون »[(١)] .

وأمّا ما دلّ على انحصاره في السبب المخصوص الذي هو عقد أو إيقاع فلا يصحّ اشتراطه [٢].

وأمّا اشتراط العقود والإيقاع فلا إشكال فيه فيجوز اشتراط البيع والهبة والتزويج والقرض وغيرها . لكن لو شرط عليه البيع مثلاً من زيد بكذا فلم يقبل زيد فهل يتسلّط من له الشرط على الخيار لعدم الشرط أو لا ؟ [٣] وجهان [٤]. نعم يمكن القول بالبطلان لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط . وعلى كلّ حال فالظاهر عدم خروج المثال بامتناع زيد عن وصف القدرة ، فيصحّ اشتراطه لذلك مراداً به البيع حقيقة لابذله ، ويتسلّط على الخيار مع عدمه . ولو كان شرط البيع مثلاً في عقد فاسد بجهالة ثمن ونحوه ، فباع المشترط عليه ، فلا ريب في صحّة بيعه ولزومه مع علمه بالفساد ، بل الظاهر ذلك وإن لم يعلم وإن كان يقوى ثبوت الخيار له .

وقد يحتمل الفساد ؛ لأنّه كدفع ثمن العقد الفاسد ؛ إذ دفع كلّ شيء بحسب حاله .

والأوّل أقوى[(٢)] ، بل لولا غروره وحصول الغرر أمكن القول بعدم الخيار له ، والله أعلم .

---

[١] لعدم توقّف حلّ استيفائه منه عليها ؛ إذ لا ريب في جواز تبرّعه به وقبوله منه ، **بل ربّما قيل أيضاً بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة ، ويملكها بنفس الشرط من غير حاجة إلى تجديد عقد الهبة** ؛ لأنّها من العقود الجائزة التي لا يعتبر فيها لفظ مخصوص ، فيكفي حينئذٍ عبارة الشرطيّة مع القبول في تحقّق أثرها كاشتراط الوكالة وغيرها ، إلّا أنّه قد يشكل حصول الملك قبل القبض لاعتباره فيها ، وحينئذٍ يكون المراد بما في الشرط من الملك ملك أن يملك .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّها في الفرض كالهبة المعوّضة ، بناءً على عدم اشتراط الملك فيها بالقبض ، فتأمّل جيّداً ، فإنّ ذلك كلّه كما ترى ؛ ضرورة عدم وفاء دليل الشرطيّة بصحّة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الذي لا يتناول الشرط .

[٢] للتعارض من وجه ولا ترجيح ، والأصل عدم ترتّب الأثر .

[٣] لأنّ المراد من هذا الاشتراط ما هو مقدور له ، وهو بذله له بذلك ، وإلّا كان من غير المقدور الذي يبطل اشتراطه .

[٤] ينقدح من أوّلهما أنّ المدار في غير المقدور الفاسد اشتراطه العرف ، وتجدّد العجز لايخرجه عن القدره وإن سلّط من له الشرط على الخيار .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٢) في بعض النسخ : « أولى » .

[اشتراط العتق في بيع العبد]:

وكيف كان فمن ذلك أي اشتراط الإيقاع في العقد ما نبّه المصنّف بقوله: (**ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه**) عن المبتاع [١]. [وأمّا شرط العتق من البائع].

فالصحّة حينئذٍ أقوى، ولو شرط في عتقه عن المشتري التبرّع لزم الشرط وكذا المجّانية.

أمّا لو شرط عتقه عن كفّارة المشتري فـ[يصحّ] [٢].

ومثله اشتراط العوضيّة في العتق بالخدمة ونحوها، فلا تجزي المجانية حينئذٍ وإن كان قد يندر فرض مصلحة للبائع في ذلك؛ لغلبة كونها للمشتري، فله حينئذٍ إسقاطها وعتقه مجّاناً.

ثمّ إنّ ظاهر الشرط يقتضي إيقاعه مباشرة اختياراً [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، كما عن بعضهم[١] الاعتراف به، بل في المسالك الإجماع عليه وعلى صحّة اشتراطه غير مقيّد به[٢]، كما عن المبسوط والمهذب البارع وإيضاح النافع الإجماع على صحّة اشتراط عتقه[٣]**. لكن صريح بعضهم[٤] وظاهر آخر[٥] أنّ جوازه لذلك، ولأنّه مبني على التغليب الذي منه ومن غيره يعلم عناية الشارع بفكّ الرقبة بأدنى سبب، وإلّا فهو مناف لمقتضى العقد، فينبغي بطلانه. وفيه: ما عرفت من أنّه لا دليل على البطلان بمثل هذه المنافاة، بل ظاهر الأدلّة خلافه، **بل في التذكرة: «يجوز اشتراط عتقه عن البائع عندنا خلافاً للشافعي؛ لأنّه شرط لا ينافي الكتاب والسنّة»[٦] لكنّ ظاهره في القواعد عدم الجواز[٧]، كما هو خيرة الشهيدين في الدروس والروضة والفاضل المقداد[٨]**؛ لأنّه لا عتق إلّا في ملك. وفيه:

١ ـ إنّه في الملك؛ لكون المعتق هو المشتري، ولا دليل على اشتراط ملكية المعتق عنه.

٢ ـ على أنّه لو سلّم فهو اشتراط لإدخاله في ملكه ثمّ عتقه عنه، ولا بأس به، بعد أن لم يكن الشرط بيعه عليه الذي قد عرفت منعه فيما تقدّم؛ لعدم توقّف العتق المشترط عليه.

[٢] **[كما] في المسالك: «صحّ، وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالإعتاق»[٩]**.

قلت: بل فائدته عدم إجزاء العتق تبرّعاً عن الشرط إذا كان للبائع غرض بذلك.

[٣] **بل في المسالك مجّاناً أيضاً، فلو شرط عليه عوضاً من خدمة وغيرها لم يأت [به].**

وقال: «وحيث يفوت الشرط يتخيّر البائع بين فسخ البيع والإمضاء، لكن لو فسخ هنا رجع إلى القيمة كالتالف أيضاً لبناء العتق على التغليب مع احتمال فساده؛ لوقوعه على خلاف ما وجب، ويحتمل ضعيفاً سقوط

---

(١) غاية المرام ٢: ٦١.
(٢) المسالك ٣: ٢٧٠.
(٣) المبسوط ٢: ١٤٩. المهذب البارع ٢: ٤٠١. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٠.
(٤) المبسوط ٢: ١٤٩.
(٥) التنقيح ٢: ٧١.
(٦) التذكرة ١٠: ٢٦٦.
(٧) القواعد ٢: ٩١.
(٨) الدروس ٣: ٢١٦. الروضة ٣: ٥٠٦. التنقيح ٢: ٧٣.
(٩) المسالك ٣: ٢٧١.

. . . . . .

الشرط هنا ونفوذ العتق »[١].

قلت : لا ريب في ضعفه إن أراد من الشرط الخدمة ونحوها المشترطة في العتق ، وكذا إن أراد به شرط البائع ، بناءً على الظهور المزبور . نعم يمكن منع ظهور الإطلاق في ذلك ؛ لصدق تحقّق العتق ولو مع الشرط .

ثمّ قال : « وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة أم يكفي وقوعه مطلقاً ؟ وجهان ، وتظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الأوّل يحتمل بطلان البيع ؛ لأنّ شرط العتق مستحقّ عليه ، فلا يجوز نقله إلى غيره وصحّته مع تخيّر البائع ، ثمّ إن أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقدّر كالتالف وإلّا أخذه ، وعلى الثاني يصحّ ، كما لو أعتقه بوكيله ، والذي يدلّ عليه الإطلاق والحكم في باقي الشروط أنّه لا يقتضي مباشرتها بنفسه إلّا مع التعيين ، وهذا الشرط لا يزيد على غيره »[٢] . وفيه : أوّلاً : أنّه خلاف ما استظهره سابقاً ، بناءً على اتحاد المراد بالمباشرة في العبارتين .

وثانياً : أنّه لا ريب في ظهور الإطلاق في المباشرة بالمعنى المزبور ، أي عتقه في ملكه ولو بوكيله ، فلا يندرج حينئذٍ فيه المثال المزبور .

وثالثاً : أنّه لا وجه لاحتمال البطلان على الأوّل ، وإن كان هو خيرة محكي التحرير والتذكرة ومهذب البارع[٣] ؛ إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الذي صرّح هو[٤] وغيره في أنّه للبائع إمضاءه .

قال في القواعد والدروس ومحكي التذكرة وجامع المقاصد والروضة : أنّه لو باع العبد المشروط عليه عتقه ، أو وقفه تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء[٥] ، أي فإن فسخ بطلت هذه العقود . بل قد يقال بالصحة حتى مع الفسخ ، فتكون له القيمة حينئذٍ نحو ما سمعته في الخيار . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ ذلك إذا لم يكن الشرط في العين المتصرّف بها ، أمّا هي كالعبد المشروط عتقه مثلاً ، فقد يفرّق بينه وبين الخيار بتعلّق الحقّ فيه بالعين كالرهن بخلافه ، وحينئذٍ فعلى ذلك يتجه ما في المسالك[٦] من البطلان ، بناءً على إرادة عدم النفوذ منه كالرهن ، فتأمّل جيّداً ؛ فإنّه قد يقال : إنّه لا دليل على اقتضاء تعلّق الشرط بالعين عدم تأثير البيع الذي يقتضي الإطلاق صحته وترتّب أثره عليه . نعم باعتبار ثبوت الحقّ في العين بعده لاستصحابه يتجه تسلّط من له الشرط على فسخ التصرّف المزبور المنافي لنفوذ الشرط الذي جعل الشارع المؤمن عنده . وقال : إن شرطه له ، فيفسخه حينئذٍ ويطالب المشتري بإنفاذ شرطه ، كما في غيره من الحقوق السابقة على العقود المتعلّقة بها ، كالشفعة وأرش الجناية ، وتعلّق حقّ الدين بالتركة ، ونحو ذلك . وبه يرجّح حينئذٍ على ما دلّ على لزوم التصرّف اللاحق الذي حصل في العين مستحقّاً فيها ذلك . وحينئذٍ فيتجه بقاء البيع الأوّل على اللزوم ، بناءً على اعتبار تعذّر الوفاء بالشرط في تزلزله ، لا مجرّد عدم الوفاء به . وربّما كان ما ذكرناه محتمل عبارة الدروس ، قال : « ولو أخرجه - أي العبد المشترط عتقه - ببيع أو هبة أو وقف فللبائع فسخ ذلك كلّه »[٧] ، بناءً على كون المراد أنّ له فسخ هذه التصرّفات دون البيع الأوّل ، وله إمضاؤها بإسقاط حقّه من الشرط .

---

(١) (٤) (٦) المسالك ٣ : ٢٧١ .
(٢) المسالك ٣ : ٢٧١ ـ ٢٧٢ .
(٣) التحرير ٢ : ٣٥٥ . التذكرة ١٠ : ٢٧١ . المهذب البارع ٢ : ٤٠٤ .
(٥) القواعد ٢ : ٩٢ . الدروس ٣ : ٢١٦ . التذكرة ١٠ : ٢٧٠ . جامع المقاصد ٤ : ٤٢٦ . الروضة ٣ : ٥٠٦ .
(٧) الدروس ٣ : ٢١٦ .

[ولو باع العبد المشروط عليه عتقه أو وقفه فالمتجه بقاء البيع الأوّل على اللزوم].

نعم [١] أنّ له [= البائع] فسخ هذه التصرّفات بفسخ البيع الأوّل، فيترتّب عليه فسخها إن لم يسقط حقّه من الشرط، وهو لا يخلو من وجه، بناءً على ثبوت الخيار للبائع في البيع الأوّل بمجرّد عدم وفاء المشتري بالشرط، وحينئذٍ فالمتجه كونه مخيّراً على الوجهين، فتأمّل جيّداً، فإن ذلك عين التحقيق في المسألة وهو الموافق للقواعد وإن لم أجده محرّراً [٢].

ثمّ إنّ الظاهر جواز عتق المشتري له عن كفّارته مع الإطلاق [في الشرط] [٣].

فالأقوى جواز عتقه عن الكفّارة مع الإسقاط [للحق] بل ومع عدمه [٤].

---

[١] [كما هو] ظاهر غيره، بل صريح بعض[١].

[٢] ورابعاً: لا يخفى ما في قوله: «والذي... إلى آخره» من وضوح منع كون الحكم في باقي الشرائط ذلك، مع إرادة المعنى المزبور من المباشرة.

نعم هو كذلك بالنسبة إلى مباشرة الوكيل مثلاً، فتأمّل جيّداً.

[٣] لصدق امتثال كلّ منهما؛ ضرورة ظهور إرادة المشترط عتقه كيف ما كان، فهو كما لو صرّح له بذلك؛ إذ لا ريب حينئذٍ في الجواز. **لكن بنى في المسالك جوازه على أنّ العتق حقّ لله تعالى؛ لأنّ فيه معنى القربة والعبادة، أو للبائع؛ لتعلّق غرضه به، ولأنّ الشروط من جملة العوضين، أو للعبد؛ لاستلزامه زوال الحجر عنه وتحريره، أو للجميع؛ لعدم المنافاة بينها، فيجوز اجتماعها.**

ثمّ قال بعد أن جعل الأخير هو التحقيق: «ويتفرّع على ذلك المطالبة بالعتق، فمن كان الحقّ له فله المطالبة به، وأمّا عتقه عن الكفّارة، فإن قلنا: الحقّ فيه لله تعالى لم يجز كالمنذور، وإن قلنا: إنّه للبائع فكذلك إن لم يسقط حقّه، وإن أسقطه جاز؛ لسقوط وجوب العتق حينئذٍ، وكذا إن قلنا: إنّه للعبد، وعلى ما اخترناه لا يصحّ مطلقاً، وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لإسقاط مستحقّها»[٢].

وفيه: أنّه لا ريب في كون الحقّ من حيث الاشتراط للبائع وإن كان المشترط من حقوق الله كصوم أو صلاة ونحوهما، ولذا يجري عليه ما يجري على باقي الشرائط كالتسلّط على الخيار عند عدم الوفاء به ونحوه، وكون العتق حقّاً لله لا ينافي كون اشتراطه حقّاً للبائع.

[٤] بناءً على ما ذكرناه من ظهور إرادة العتق كيف ما كان، وكذا لو كان حقّاً للعبد.

وما ذكره أخيراً من أنّ شرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لإسقاط مستحقها **وإن تبع به الشهيد في الدروس، قال فيها: «ولو أسقط البائع الشرط جاز إلّا في العتق؛ لتعلّق حقّ العبد وحقّ الله تعالى به»**[٣].

لكن فيه نظر واضح؛ ضرورة تبعيّة حقّ الله والعبد لحقّ الاشتراط، كما عرفت.

---

(١) انظر التذكرة ١٠: ٢٧٠.

(٢) المسالك ٣: ٢٧١.

(٣) الدروس ٣: ٢١٦.

وإحبال الأمة بل إيلادها لا يمنع من عتقها المشترط ويجزي عنه بخلاف التنكيل وإن كان يحصل به العتق ، إلّا أنّ للبائع الفسخ والرجوع بالقيمة أو الإمضاء والمطالبة بأرش الشرط في وجه على ما ستعرف [١].

نعم لو صرّح المشترط بأنّ المراد حصول الحرّية كيف ما كان أمكن القول بالاجتزاء ، وإن عصى المشترط عليه باختياره كما هو واضح ، وكسب العبد قبل العتق للمشتري ، كما أنّ قيمته ـ لو قتل ـ له لكن يقوّم مشروط العتق [٢].

ولو أطلق اشتراط العتق من غير تعيين كونه عن المشتري صحّ وحمل عليه ، بناءً على عدم صحّته عن البائع ، أمّا عليها فيحتمل الصحّة والاجتزاء بالمسمّى حينئذٍ ، بناءً على عدم قدح مثل هذه الجهالة .

خصوصاً مع علم إرادة المشترط العتق كيف ما كان ، وإلّا بطل إن لم يعيّن ، والله أعلم .

(**أو**) بشرط أن (**يدبّره**) [٣] مطلقاً أو معيّناً ، ويتخيّر الأوّل بين المطلق والمقيّد ، إلّا أنّه إذا اختار الثاني ولم يتفق في تلك السنة وجب عليه التدبير ثانياً [٤].

(**أو**) بشرط أن (**يكاتبه**) [٥] كتابة مطلقة أو مشروطة بقدر أو أجل معلومين ، ولو أطلق تخيّر المشتري بين المطلقة والمشروطة [٦]. ولو تشاحّ المشتري والعبد في القدر والأجل رجع إلى القيمة السوقيّة ، ولا يجب على المشتري النقصان عنها ، ولو طلب الزيادة أُجبر على القيمة إن أمكن ، وإلّا تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء .

والظاهر جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه [٧].

---

[١] **لكن في القواعد : « وفي التنكيل إشكال »**[1] ، ولعلّه لصدق العتق .

ولا ريب في ضعفه ؛ ضرورة ظهور الشرط في غيره ، خصوصاً بعد عدم صحّة اشتراطه ؛ لكونه معصية .

[٢] **كما في التذكرة**[2] ، وإن كان فيه نوع تأمّل ، بناءً على رجوع البائع عليه ـ لو فسخ ـ بقيمته مطلقاً ؛ لعدم حصول الشرط له وبما اقتضاه شرط العتق من النقصان لو أمضى .

[٣] **بلا خلاف .**

[٤] لأنّ الغرض ترتّب العتق ولم يحصل .

واحتمل في المسالك العدم ؛ للقيام بالشرط المطلق[3] . ولا ريب في ضعفه . كضعف ما فيها أيضاً من احتمال جواز رجوع المشترى في هذا التدبير ، نظراً إلى أصله ؛ ضرورة عدم صدق الوفاء بالشرط الظاهر في كون الغرض منه العتق بعد الموت .

[٥] **بلا خلاف أيضاً .**

[٦] **كما في المسالك**[4] ، وهو مؤيّد لما ذكرناه من اغتفار نحو هذه الجهالة .

[٧] ضرورة إرادة الكتابة على حكمها من عبارة الشرط ، **واحتمل في المسالك العدم**[5] .

ولا ريب في ضعفه ، والله أعلم .

---

(١) القواعد ٢ : ٩٢ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٢٦٩ .

(٣)(٤)(٥) المسالك ٣ : ٢٧٢ .

[اشتراط ما يخالف مقتضى العقد]:

(**ولو شرط**) المشتري (**أن لا خسارة**) عليه أو أن يكون تلفه من البائع متى تلف أو إن غصبه غاصب رجع على البائع بالثمن (**أو شرط**) البائع في الأمة على المشتري (**أن لا يعتقها أو لايطأها**) أو لا يهبها أو لا يبيعها (**قيل: يصح البيع ويبطل الشرط**) [١] [وقيل بجوازه].

وهو جيّد جداً إن لم يثبت إجماع [٢].

وأمّا الثلاثة الأول فلا ريب في البطلان مع إرادة إثبات الاستحقاق شرعاً بالشرط [٣].

وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السائغة وغيرها وأنّه، لا يخرج عنه إلّا بدليل [٤].

---

[١] لكن قد سمعت المعتبرة المتضمّنة للجواز[١] في الجملة، إلّا أنّه في المحكي عن كشف الرموز[٢] ما رأيت أحداً عمل بها، **بل في مفتاح الكرامة: «أنّي لم أجد من تأمّل أو خالف في بطلان الشروط الخمسة المتأخّرة، إلّا الفاضل في التذكرة، فإنّه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعتق، وظاهر النافع التأمّل فيهما، حيث قال: المروي الجواز، وفي إيضاحه أنّ الجواز غير بعيد؛** لأنّ بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها، وذلك لا ينافي، كما في أمّ الولد ومنذور التصدّق به»[٣].

[٢] **وقد سمعت ما في الرياض[٤] من حكايته الجواز عن بعض وميله إليه.**

[٣] ١ ـ لما عرفت من أنّه ملزم لامثبت لحكم.

٢ ـ وسأل عبدالملك بن عتبة الرضا عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أنّه ليس منه على وضيعة هل يستقيم ذلك، وكيف يستقيم وما حدّ ذلك؟ قال: «لا ينبغي»[٥].

ويمكن إرادة الكراهة منه إذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع إلى إثبات حكم شرعي، وقلنا بعدم قدح مثل هذه الجهالة فيه، بل هذا التعليق، إلّا أنّ الجميع كما ترى.

ومنه يعلم الحال في الشرطين الأخيرين.

[٤] ١ ـ كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٦].

٢ ـ وأنّ ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك ونحوه مما يعود عليه بالنقص[٧].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٦٧، ٢٦٨، ب ١٥ من بيع الحيوان، ح ١، ٢.

(٢) كشف الرموز ١: ٤٧٥.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٢.

(٤) الرياض ٨: ٢٥٣.

(٥) الوسائل ١٨: ٢٦٦، ب ١٤ من بيع الحيوان، ح ٣، وفيه: «أبو الحسن الموسى عليه السلام».

(٦) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٧) في بعض النسخ: «بالنقص».

[وأمّا اشتراط أن لا يملك ونحوه ممّا يعود عليه بالنقص فهو غير صحيح]، وقد يلحق به مثل أن لا يتصرّف به أصلاً [١].

أما غيره ممّا هو في الحقيقة مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لنفسه فلم يثبت بطلانه، بل الثابت خلافه [٢].

إنّما الكلام في صحّة البيع المشتمل على الشرط الفاسد وبطلانه [٣].

وكان الأوّل لا يخلو من قوّة [٤].

---

[١] **قال في الغنية: « من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط مايخالف مقتضى العقد مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به »[١].**

وهو جيّد إن أراد من الأمرين أمراً واحداً.

[٢] كما عرفت، فلاحظ وتأمّل.

[٣] **فالأوّل خيرة الاسكافي والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد والآبي[٢] على ماحكي عن بعضهم وعن ابن زهرة موافقتهم، والرياض[٣] في خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة، محتجاً عليه بالإجماع[٤]، وابن المتوّج[٥] في الشرط الفاسد الّذي لا يتعلّق به غرض، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه.**

والثاني خيرة الفاضل وولده والشهيدين والعليين وأبي العباس والأردبيلي والخراساني[٦] على ماحكي عن بعضهم، ووافقهم أبو المكارم في خصوص غير المقدور من الشرط، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمراً، بل قال: « إنّه فاسد مفسد بلا خلاف »[٧]، وظاهر جماعة منهم المصنّف التوقّف.

[٤] ١ ـ للعموم.

٢ ـ وإجماع الغنية.

٣ ـ وصحيح الحلبي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّ بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقتها، فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله، وقال: « إن شاءت تقرّ عند زوجها، وإن شاءت فارقته وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشة أنّ لهم ولاءها، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق »[٨].

---

(١)(٤) الغنية: ٢١٦.

(٢) نقله عن الاسكافي في المختلف ٥: ٢٩٨. المبسوط ٢: ١٤٩. نقله عن القاضي في المختلف ٥: ٢٩٨. السرائر ٢: ٣٢٨. الجامع في الشرائع: ٢٧٢. كشف الرموز ١: ٢٧٥.

(٣) لم نعثر عليه والموجود في الرياض (٨: ٢٥٤) بعد نقل القول بالصحة ودليلها والمناقشة فيه هكذا: « فإذاً الأقوى فساد البيع وفاقاً... ولكنه بعد محلّ نظر، بل لعلّ الصحّة أظهر ».

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٢.

(٦) الإرشاد ١: ٣٥٩. شرح الإرشاد: ١٤٨ (مخطوط). اللمعة: ١٢٠. الروضة ٣: ٥٠٥. جامع المقاصد ٤: ٤١٥. نقله عن الميسي في مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٢. المهذب البارع ٢: ٤٠٦. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٤٨. كفاية الأحكام ١: ٤٩٣.

(٧) الغنية: ٢١٥.

(٨) الكافي ٥: ٤٨٦، ح ١. الفقيه ٣: ١٣٤، ح ٣٤٩٧. التهذيب ٧: ٣٤١، ح ١٣٩٦. الوسائل ٢٣: ٦٥، ب ٣٧ من العتق، ح ٢.

. . . . . .

٤ ـ ومثله صحيحة عيص بن القاسم[١] مؤيّدين بما ورد في النكاح من الأخبار الدالّة على صحّة عقده وفساد الشرط فيه.

٥ ـ كصحيحة محمد بن قيس[٢]، بل وخبر الوشا[٣] الذي اعترف في المحكي من نهاية المرام[٤] بدلالته على عدم فساد العقد بفساد الشرط.

وحمل الصحيحين الأوّلين على ما عند العامة من بطلان الشرط مطلقاً مع صحّة العقد يدفعه وقوع الخلاف عندهم في ذلك، حتى أنّه من طريف ما يحكى عن محمد بن سليمان الدهلي قال: حدّثنا عبدالوارث بن سعيد قال: دخلت مكّة ـ زادها الله شرفاً ـ فرأيت فيها ثلاثة كوفيين أحدهم أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فصرت إلى أبي حنيفة، فقلت: ما تقول فيمن باع بيعاً وشرط شرطاً؟ فقال: البيع فاسد والشرط فاسد فأتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع والشرط جائزان فرجعت إلى أبي حنيفة فقلت له: إن صاحبيك قد خالفاك، فقال: لست أدري ماقالا، حدّثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع وشرط فأتيت ابن أبي ليلى فقلت له: إنّ صاحبيك قد خالفاك، فقال: ما أدري ماقالا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّها قالت: لما اشتريت بريرة جاريتي شرط عليّ مواليها أن أجعل ولاءها لهم إذا أعتقتها، فجاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقال: «الولاء لمن أعتق»، فأجاز البيع وأفسد الشرط فأتيت ابن شبرمة فقلت له: إنّ صاحبيك قد خالفاك، فقال: لست أدري ماقالا، حدثني مشعر بن محار بن زياد عن جابر بن عبدالله قال: ابتاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم منّي بعيراً بمكّة فلمّا نقدني الثمن شرطت أن يحملني إلى المدينة، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع والشرط[٥].

فحملها على التقية مع هذا الاختلاف كما ترى.

بل ما رواه ابن أبي ليلى مؤيّد لهما وإن توهّم منه البطلان في سائر الشرائط، كما أنّه يؤيّدهما أيضاً ما أرسله في الغنية[٦] من خبر بريرة[٧].

بل الظاهر أنّه من المستفيض بين العامة والخاصة، وهو ظاهر في المطلوب.

واحتماله أمراً آخر لا يرفع الظهور الذي هو مناط الأحكام.

كلّ ذلك مضافاً إلى أنّ مدخلية الشرط في التراضي لا تزيد على مدخلية الثمن والمثمن.

وبطلان العقد في أبعاضها لا يسري إلى بطلان الآخر حتى فيما كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملحوظة، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر.

---

(١) الوسائل ٢٣: ٦٤ ـ ٦٥، ب ٣٧ من العتق، ح ١.

(٢) الوسائل ٢١: ٢٩٧، ب ٣٨ من المهور، ح ١.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، ب ٣٩ من المهور، ح ٤.

(٤) نهاية المرام ١: ٣٦٩.

(٥) المستدرك ١٣: ٣٠٩، ب ١٥ من الخيار، ح ١، مع اختلاف.

(٦) الغنية: ٢١٦.

(٧) الوسائل ٢٣: ٦٥، ب ٣٧ من العتق، ح ٢.

ولا بأس بالتزامه [= ثبوت الخيار] هنا مع الجهل بالفساد [١].

---

[١] بل لعلّ القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك [= بثبوت الخيار] وإن لم يصرّحوا به ، ولعلّه لمعلوميّته .

ودعوى أنّ الشرائط في العقود ملحوظ فيها معنى الشرطية .

يدفعها معلومية بطلان التعليق فيها ، سواء كان للزوم أو الصحّة أو للرضا ، مع أنّ مقتضى الأوّل انتفاؤه بانتفائه لا الصحّة ، ومرجعه إلى اشتراط الخيار بشرط .

ولو سلّم صحّته فمن المعلوم عدم إرادته ، كمعلومية عدم صحّة التعليق عليه في الأخيرين ، ولذا حكي عن فخر المحقّقين ، أنّه قال :

« إنّ كون هذه شروطاً مجاز ؛ لأنّها تابعة للعقد ، والعقد سبب فيها ، فلا يعقل كونها شرطاً له ، وإلّا دار ، بل هي من صفات البيع ، تختلف الأغراض باختلافها »[(١)] .

لكن في جامع المقاصد : « لا محصّل لهذا الكلام ، فإنّها شروط للبيع الذي هو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري ، لا شروط العقد ، وقد عرفت فيما سبق أنّ البيع ليس هو نفس العقد ، حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها شروطاً له ، بل للانتقال الذي هو أثره ، وكيف يعقل أنّ هذه الشروط شروط للعقد الذي هو الإيجاب والقبول ثمّ قوله : إنّ هذه صفات للبيع ليس بجيّد ، إلّا بناءً على أنّ البيع هو العقد ، فكونها صفات له لا ينافي كونها شروطاً لأثره ، وأمّا إنّ فقدها لا يستلزم أرشاً فلا دخل له فيما نحن فيه ، بل هذا ملتفت إلى أنّ الأمور المشترطة لمّا لم تكن داخلة في نفس مسمّى البيع لم يكن بإزائها شيء من الثمن ؛ لأنّ الثمن في مقابل المبيع وأجزائه ، وإن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات ؛ لأنّ زيادته على أنّه في مقابل المبيع ملحوظاً فيه مقابل الصفة المعيّنة ، فإنّ الثمن للمبيع باعتبار المقابلة ، وليس في مقابل الصفة منه شيء »[(٢)] .

وفيه :

إنّ كونها شروطاً لأثر العقد مستلزم للتعليق المنافي لسببية العقد .

اللهمّ إلّا أن يريد كون الشرط ملك المشروط ، وهو أمر مقارن لأثر العقد يحصل معه بحصوله ، فليس من التعليق المنافي .

لكن فيه أنّ ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »[(٣)] ، لانفس الشرط ؛ ضرورة كون الفعل المشترط لاملكه .

وارتكاب هذا التجوّز ـ مع أنّه خلاف قصد المتعاقدين ـ ليس بأولى من إرادة الإلزام من الاشتراط ، كما هو معناه لغةً .

وإليه أومأ الفخر ، ومراده أنّ العقد إذا صار سبباً في لزومه لم يعقل كونه شرطاً له ولو لتأثيره الذي ذكره المحقّق الثاني ، على أنّ المرجع في تأثير العقد الأدلّة الشرعيّة التي دلّت على تسببيه ، فلا يعقل اشتراط حصول أثره بشيء من غير الشارع ، وأدلّة الشروط قاصرة عن إفادة ذلك ، بل هي ظاهرة في إرادة أنّ كلّ ما يلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به ، ردّاً على ما عن بعض

---

(١) الايضاح ١ : ٥١٨ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٤٣٢ .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

العامة من بطلان الشرط في العقد خاصّة ، أو هو مع العقد ، كما سمعته من أبي حنيفة وابن أبي ليلى .

وإليه يرجع ما عن المهذّب البارع في الجواب عن الدور المقرّر على تقدير القول ببطلان العقد مع بطلان الشرط ، من أنّ لزوم الشرط وصحّته فرع على صحّة البيع ، فلو كانت موقوفة على صحّته لزم الدور .

وقال في الجواب عن ذلك : « إنّ تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحّة البيع حتى يلزم الدور ، بل هو من صفات البيع ، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد .

كما لو شرط صفة كمال في البيع ، وإن لم يكن سائغاً بطل العقد ، لا من حيث فوات شرطه ، بل من حيث وقوع الرضا عليه ، وشروط الصحّة إنّما هي الأُمور المذكورة في أوائل الكتاب ككمال المتعاقدين ونحو ذلك »[١] .

ومرجع ما ذكره أخيراً إلى ما قيل : من أنّ التراضي إنّما وقع على المبيع مع الشرط ، فمع انتفائه ينتفي ، فلا يكون تجارة عن تراض ، فيبطل ؛ لكونه شرطاً في الصحّة إجماعاً[٢] .

وفيه :

١ ـ بعد الغضّ عن اقتضائه البطلان إذا لم يوف بالشرط السائغ .

٢ ـ إنّ التراضي وقع معه ، لا مقيّداً به .

كما لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً أو اشترى العبدين جميعاً فتبيّن أنّه غير كاتب أو أنّ أحد العبدين ليس ملكاً له ، كان البيع صحيحاً ، **كما صرّح به غير واحد ، بل قد يظهر من جامع المقاصد الإجماع عليه**[٣] ، وإن كان يثبت له الفسخ ، مع أنّ التراضي [في المثالين] لم يتحقّق إلّا على الوجه الذي ليس بواقع ، والفرق بين المقامين غير واضح ، بل قد اعترف في جامع المقاصد أنّ فيه عسراً[٤] .

ودعوى أنّ الأوصاف والاجتماع إذا أُخذت قيداً كالشرائط يبطل البيع أيضاً بانتفائها ـ وإنّما يثبت له الخيار إذا كانت لا على وجه القيدية ـ سفسطة ، لا محصّل تحتها .

كالقول بأنّ منشأ البطلان في المقام أنّ الشرط له قسط من الثمن ، فإنّه قد يزيد باعتباره وينقص ، فإذا بطل بطل ما بإزائه من الثمن .

وهو غير معلوم ، فتطرّق الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع .

إذ هو بعد معلومية عدم توزيع الأثمان على الشرائط ، وأنّها كالأوصاف التي يزيد الثمن وينقص بها كما ترى ، خصوصاً بعد ما سمعته من جامع المقاصد[٥] في توضيح عدم مقابلة الشرط للثمن .

---

(١) المهذب البارع ٢ : ٤٠٧ .

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٧٣٢ .

(٣) انظر جامع المقاصد ٤ : ٤٣١ ـ ٤٣٢ .

(٤) جامع المقاصد ٤ : ٤٣٢ .

(٥) المصدر السابق .

نعم قد عرفت أنّا نقول بثبوت الخيار له؛ لفوات الشراط كفوات الوصف، من غير فرق في ذلك وفي غيره ممّا ذكرنا من جميع الشرائط الباطلة سواء كان البطلان لعدم القدرة أو غيره [١].

وسواء كان المقصود بالذات الشرط الفاسد وجيء بالبيع تبعاً أو بالعكس.

وسواء كان ممّا لا يتعلّق به غرض كأكل الهريسة وغيره [٢].

نعم قد يتجه البطلان فيهما معاً لو كان البطلان لجهالة في الشرط بحيث تؤدّي إلى أحد العوضين، فيبطل العقد حينئذٍ [٣].

بل كلّ شرط باطل يستلزم انتفاء شرط من شرائط العقد المعلومة، أو وجود مانع يقتضي بطلان العقد معه.

ولعلّ منه ما يعود على العقد بالنقض، أمّا غير ذلك فالأقوى فيه ما سمعت [٤]، هذا.

و[الظاهر] [٥] أنّه ينبغي أن يكون النزاع في الشرط المطلق.

أمّا إذا علم إرادة مجرّد الإلزام به من غير تعليق فلا إشكال في عدم اقتضاء فساده فساد العقد، كما أنّه لا إشكال في اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحّة على ملكه [٦]. لو سلّمنا صحته، بل التحقيق عدمها.

فمحلّ البحث في الشرط المطلق الذي لم يعلم إرادة المشترط منه أحد الأمرين ولا كان في العبارة دلالة على أحدهما، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[اشتراط ضمان شخص آخر للثمن]:

(ولو شرط في البيع) مثلاً **(أن يضمن إنسان بعض الثمن)** معيّناً أو مطلقاً إن قلنا بصحته **(أو كلّه صحّ البيع والشرط)** [٧].

---

[١] **ونفي الخلاف عن بطلانه خاصة في الغنية[١] لم نتحقّقه**، كظهور الإجماع من محكيّ إيضاح النافع، حيث قال: عليه الفتوى[٢].

[٢] **بل في المحكي عن التذكرة: أنّ الأوّل لا يقتضي فساد العقد عندنا[٣].**

[٣] للجهالة لا لبطلان الشرط.

[٤] وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا حجّة القول المقابل وجوابها. وأضعفها الاستناد إلى أصالة عدم الانتقال، التي يكفي في قطعها عموم الأدلّة، فضلاً عمّا عرفت.

[٥] [كما] قد يستفاد من مجموع ما ذكرنا، خصوصاً ما سمعته في الردّ على ما في جامع المقاصد[٤].

[٦] **على النحو الذي سمعته من ثاني المحقّقين.**

[٧] **بلا خلاف**؛ للعموم.

---

(١) الغنية: ٢١٥.

(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٤.

(٣) التذكرة ١٠: ٢٧٤.

(٤) تقدّم في ص ١٨٥.

وكذا لو اشترط الرهن أو الكفيل أو الشهادة [١].

ويجوز رهن المبيع على الثمن من غير شرط قطعاً، بل ومعه على الأقوى [٢].

وكيف كان فلو أخلّ المشتري بما اشترط عليه من الرهن أو الكفيل أو الضامن أو غير ذلك تخيّر البائع بعد تعذّر الإجبار، كما ستعرف.

وكذا يتخيّر لو هلك الرهن أو تعيّب قبل القبض بناء على اشتراط القبض في الرهن أو وجد به عيباً قديماً وليس له المطالبة بالإبدال أو الأرش.

أمّا لو هلك أو تعيّب بعد القبض فلا خيار [٣].

٢٢ = ٢١٧

---

[١] **إلّا أنّ في القواعد: «الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إمّا بالوصف أو المشاهدة، وتعيين الكفيل بالاسم والنسب أو المشاهدة أو الوصف كرجل مؤسر ثقة ولا يفتقر إلى تعيين الشهود، بل الضابط العدالة، فلو عيّنهم فالأقرب تعيّنهم»**[١].

وتبعه على ذلك كلّه غيره.

وقد يمنع وجوب التعيين للرهن والكفيل والضامن، خصوصاً بناءً على ما ذكرنا من اغتفار نحو هذه الجهالة في الشرط، بل وعلى غيره أيضاً، فيصحّ الإطلاق حينئذٍ، لكن يحمل على الصالح للاستيفاء، كما صرّح به في الدروس[٢] وغيرها، بناءً على الاجتزاء بالإطلاق، لا أنّه يجتزي بمسمّاه، وإن احتمله في المحكي عن الإيضاح[٣]. إلّا أنّه كما ترى.

واختلاف الرغبات في الأعيان والناس في الاستيفاء وسهولة البيع وشدّة حاجة الراهن إلى الفكّ ونحو ذلك لا يوجب جهالة قادحة، وإلّا لجاء مثله في الشهود.

وعدم صحّة رهن المجهول لا ينافي الجهل به حال اشتراطه، وإن علم حال ارتهانه فالمراد كونه مجهولاً حال الاشتراط لا حال الارتهان وهما غيران.

[٢] **خلافاً للمحكي عن الشيخ والحلّي**[٤)؛ للعموم، وليس من رهن ما لا يملك، ولا قبل ثبوت الدين؛ إذ هو اشتراط لرهنه بعد الملك، كهبته، والموجود في العقد اشتراط رهنه لا رهنه كي يشترط فيه ثبوت الدين وملكيّة الرهن.

وليس البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع، بل أقصاه أنّه لا يقتضي إيفاءه من ثمن المبيع، وهو أعم، فلا يناقض اشتراط الرهن المقتضي لإيفاء الثمن منه، كما أنّ رهانته عند البائع تخرجه عن كونه مضموناً على البائع، فلا يتنافيان، وليست صحّة البيع موقوفة على رهنه لو اشترط.

نعم ملكية رهنه موقوفة على صحّة البيع، فلا دور حتى لو قلنا بتوقّف لزومه على الرهن؛ إذ الصحّة غير اللزوم.

[٣] لأصالة اللزوم بعد الوفاء بالشرط، كما هو واضح.

---

(١) القواعد ٢: ٩١.

(٢) الدروس ٣: ٢١٦.

(٣) الإيضاح ١: ٥١٣، وفيه: «على حافظ الحقّ».

(٤) المبسوط ٢: ٢٣٥. السرائر ٢: ٤٢٩.

ولو اختلفا في زمن حدوث العيب ففي تقديم قول الراهن وقول المرتهن وجهان، والله أعلم.

(تفريع):

[صحة شرط العتق في بيع المملوك]:

(إذا اشترط العتق في بيع المملوك فإن أعتقه فقد لزم البيع) [١].

(وإن امتنع كان للبائع) إجباره كما في كلّ شرط على الأقوى، إن كان ممّا يجبر عليه، لا ما إذا كان من صفات المبيع كما لو اشترط كونه كاتباً أو شاعراً [٢].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٢] لوجوب الوفاء به عليه: ١ ـ كتاباً[١]. ٢ ـ وسنّة[٢]. ٣ ـ **وإجماعاً محكياً عن الغنية والسرائر**[٣] إن لم يكن محصّلاً، خصوصاً بعد ملاحظة كلامهم في باب القرض من أنّه لو أجّله في عقد لازم لزم.

لكن قال الشهيد في اللمعة: «لا يجب على المشترط عليه فعله، وإنّما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ عند عدم سلامة الشرط، ولزومه عند الإتيان به»[٤]. وهو كما ترى.

ونحوه ما عنه أيضاً في بعض تحقيقاته من أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه، ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد، كشرط العتق فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزاً وجعل السرّ فيه أنّ اشتراطه في العقد كافٍ في تحقّقه كجزء من الإيجاب والقبول، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد، وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً[٥]. وإن كان هو أجود ممّا في اللمعة، إلّا أنّهما معاً مشتركان في اقتضاء الأدلّة خلافهما. ولعلّ منشأهما معاً تخيّل التعليق في الشرط هنا، بل كاد يكون الثاني كالصريح في ذلك. وقد عرفت أن ليس المراد منه هنا إلّا الإلزام. ولو سلّم فقد سمعت[٦] ما ذكره المحقّق الثاني من أنّ الشرط حينئذٍ هو أن يملك عليه الأمر المشترط، وهو حاصل بنفس العقد من غير حاجة إلى أمر آخر، وليس هو معلّقاً على أمر ممكن، بل قد علّق على شيء حصل بتمام العقد، فالممكن حينئذٍ متعلّق الشرط لا هو، فتأمّل جيّداً. بل لولا الإجماع ظاهراً على ثبوت الخيار في حال تعذّر الإجبار ـ مضافاً إلى حديث الضرار[٧]. وخبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام: «إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك، وإلّا فالبيع لك»[٨]، بناءً على أنّ المراد منه لزومه لك نحو قولهم عليهم السلام في غيره: «فلا بيع له»[٩] ـ لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلاً: ١ ـ لما عرفت. ٢ ـ ولأنّ الشرط من طرف البائع مثلاً كالثمن، فإنّ الامتناع منه في غير التأخير ثلاثة أيّام بالشروط السابقة لا يؤثّر خياراً على الأصحّ؛ لأصالة اللزوم.

---

(١) المائدة: ١.
(٢) انظر الوسائل ١٨: ١٦، ب٦ من الخيار.
(٣) الغنية: ٢١٥. السرائر ٢: ٣٢٦.
(٤) اللمعة: ١٢٠.
(٥) نقله في المسالك ٣: ٢٧٤، مع اختلاف في بعض الألفاظ.
(٦) تقدّم في ص ١٨٤.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.
(٨) الوسائل ١٨: ١٨ ـ ١٩، ب٧ من الخيار، ح٢.
(٩) الوسائل ١٨: ٢١، ب٩ من الخيار، ح١.

و[المختار] [١] أنّ المتجه الاقتصار على المتيقّن من ثبوت الخيار، ولعلّه حال تعذّر جبره على الحاكم لا على من له الشرط [٢]. وعلى كلّ حال فله أي البائع إذا تعذّر إجبار المشتري على العتق (**خيار**) في (**الفسخ**) وردّ المبيع مثلاً والإمضاء بالثمن وليس له أرش الشرط [٣].

(و) كذا (**إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار**) المزبور (**أيضاً**) إلّا أنّه إذا فسخ يرجع بالقيمة وقت الموت؛ لأنّه وقت الانتقال أو حين القبض أو منه إلى الموت وجوه، أقواها عندهم الأول [٤].

وعلى كلّ حال فالخيار بين الفسخ والإمضاء بالمسمى [٥].

نعم قد يقال: بالقيمة للشرائط القابلة للتقويم [٦]، وهو لا يخلو من وجه، والله أعلم.

---

[١] [كما] من ذلك يعلم.

[٢] وإن كان قد يظهر من بعض[١] الأصحاب سهولة الأمر في ثبوت الخيار، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم والمراجعة والانتظار ونحو ذلك لم يجب عليه. وربّما يشهد له خبر أبي الجارود، وحديث الضرار، إلّا أنّ الأحوط ما عرفت.

[٣] **على المشهور بين الأصحاب**؛ لأنّه وصف في المعنى، ولا يقابل بالثمن.

[٤] لأنّه وقت قيام القيمة مقام العين في تعلّق الحقّ الذي كان متعلّقاً بالعين ولو كان معلّقاً على تعذّر الفسخ، ولم أجد من احتمل حال الفسخ هنا، كما ذكروه في بعض المباحث السابقة.

[٥] **لكن في القواعد: «ولو مات أو تعيّب بما يوجب العتق ـ أي قهراً ـ رجع البائع بما نقصه شرط العتق، فيقال: كم قيمته لو بيع مطلقاً وبشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن وله الفسخ فيطالب بالقيمة، وفي اعتبارها إشكال»**[٢]**، بل احتمل في التحرير أنّ له الأرش المزبور خاصّة من غير خيار**[٣]. ولا ريب في ضعفه، **بل قد يظهر من المسالك**[٤] **الإجماع على خلافه**. كاحتمال عدم الخيار والأرش أصلاً، حتى لو كان عدم الشرط بتفريط من المشتري. أمّا الأوّل وإن قال الشهيد في حواشيه: إنّه المنقول[٥]، **بل قيل**[٦]: **إنّه حكاه في المبسوط**[٧] **قولاً**، ووجّه بأنّ الشرط يقتضي نقصاناً ولم يحصل، ومقتضاه ثبوت الحكم في كلّ شرط تعذّر الوفاء به. ففيه مضافاً إلى أنّ الشروط لا يوزّع عليها الثمن وإن حصل باعتبارها نقصان ـ كالأوصاف والتدليس الذي صرّحوا بعدم الأرش فيه ـ أنّ الأرش لا يدرك به مصلحة الشرط؛ ضرورة أنّه برجوعه زائداً على المسمّى على نسبة التفاوت بين القيمتين، يصير كأنّه باعه من دون اشتراط عتقه فلم يحصل به مصلحة الشرط. ولعلّ هذا هو السرّ في عدم الأرش للشرائط والأوصاف، بخلاف العيوب التي ثبت الأرش فيها أيضاً بالأدلّة.

[٦] **قال في التذكرة: «لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخيّر المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري ولو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ والإمضاء مجّاناً، ولو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمة الفائت إن كان ممّا له قيمة، وإلّا مجّاناً»**[٨].

---

(١) (٢) التنقيح ٢: ٧١. القواعد ٢: ٩١ ـ ٩٢.
(٣) التحرير ٢: ٣٥٥.
(٤) المسالك ٣: ٢٧٥.
(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٠.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٠.
(٧) (٨) المبسوط ٢: ١٥١. التذكرة ١٠: ٢٥٦.

[لو احق]:

(النظر السادس: في لواحق من أحكام العقود).

[لو بيع الصبرة مجهولة الكيل والوزن]:

(الصبرة لا يصح بيعها إلّا مع المعرفة بـ) ـما يرفع جهالتها من (كيلها أو وزنها) أو عدّها أو نحو ذلك ممّا هو شرط صحّة البيع، كما عرفته سابقاً فإذا عرفها صحّ بيعها أجمع وبيع جزء منها مشاع ثلث أو ربع، وبيعها كلّ قفيز منها بدرهم، وبيع قفيز منها. أمّا بيع كلّ قفيز منها بدرهم فلا يصحّ؛ للجهل بقدر المبيع المستلزم للجهل بقدر الثمن [١]. و(لو باعها) أي الصبرة (أو جزءاً منها مشاعاً) أو كلّ قفيز منها بدرهم (مع الجهالة بقدرها لم يجز، وكذا لو قال: بعتك كلّ قفيز منها بدرهم، أو بعتكها كلّ قفيز بدرهم) [٢].

---

[١] خلافاً للإسكافي[١] (فـ) ـأجاز في المجهولة فضلاً عن المعلومة، كما ستسمع.

[٢] خلافاً للإسكافي[٢] في الجميع. وظاهر الشيخ[٣] في الثالث. إلّا أنّ الأوّل حكى الفاضل في المختلف عنه بالنسبة إلى الصورة الأُولى جواز بيع الصبرة تارةً اكتفاءً بالمشاهدة عن اعتبارها[٤]، وأُخرى أنّه لا بأس ببيع الجزاف بالجزاف ممّا اختلف جنساهما[٥]؛ لأنّ المقتضي وهو البيع موجود والمعارض منتف؛ لأنّه إمّا مانع الجهالة وهو منتف بالجهالة، هكذا وجد في المختلف[٦]، والصواب «بالمشاهدة»، أو مانع تطرّق الربا، وهو منتف باختلاف الجنس. لكن لا ريب في ضعفه على كلّ حال. بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه فضلاً عن محكيّه في المختلف[٧] عليه؛ إذ الجهالة نفسها مانعة للنهي عن الغرر[٨]، والمشاهدة غير كافية في ذلك قطعاً. وأمّا الصورة الثالثة ففي المختلف: أنّه [= الشيخ] أطلق الصحّة فيما إذا قال: بعتك هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم»[٩]، ولم يتعرّض لكونها معلومة أو مجهولة. وعن ابن الجنيد: أنّه لو وقع البيع على صبرة بعينها كلّ كرّ بكذا أو مئة كرّ منها بكذا فقبض المشتري البعض أو لم يقبض ثمّ زاد السعر أو نقص كان باقي الصبرة أو المئة للمشتري بالسعر الذي قاطعه عليه، وأمّا إذا اشترى كلّ كرّ منها بكذا ولم يشترط جميع الصبرة ولا مقداراً معلوماً كان بقدر ما وزن بسعر يوم الشراء[١٠]. وظاهره الصحّة فيهما. وفي المختلف: إنّ التحقيق الصحّة إذا كانت معلومة المقدار، وإلّا احتمل البطلان في الجميع، والصحّة في قفيز واحد، كما قاله أبو حنيفة، أمّا بطلان البيع في الجميع فلأنّه مبيع مجهول المقدار والثمن فيه غير معلوم فكان باطلاً، وأمّا صحّته في قفيز فلأنّ بيع كلّ قفيز يستلزم بيع قفيز ما فيصحّ؛ لتعيّنه وتعيّن ثمنه، وقول الشيخ يقتضي الصحّة في الجميع؛ لأنّه نقل كلام أبي حنيفة ولم يرتضه، واختار كلام الشافعي، ومذهبه صحّة الجميع[١١]. وعلى كلّ حال فضعف الجميع واضح وإن اختلفت مراتبه؛ ضرورة صدق الغرر فيه، الذي لا يزول بالتقدير المزبور قطعاً. والصحّة في الواحد بعد أن لم يكن مقصوداً لهما كما ترى، نحو الصحّة في الصورة الرابعة التي لم يعلم قدر المبيع (و) لا قدر الثمن.

---

(١)(٢)(٤) نقله في المختلف ٥: ٢٤٥.
(٣) المبسوط ٢: ١٥٢.
(٥)(٦) المختلف ٥: ٢٤٧.
(٧) المختلف ٥: ٢٤٥.
(٨) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣.
(٩) المختلف ٥: ٢٤٥ ـ ٢٤٦.
(١٠) نقله في المختلف ٥: ٢٤٦، مع اختلاف وتفاوت في الألفاظ.
(١١) المختلف ٥: ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

نعم (لو قال: بعتك قفيزاً منها أو قفيزين مثلاً صحّ) كالمعلومة [١] إذا علم اشتمالها عليه [٢].

إنّما الكلام في أنّه هل ينزل على الإشاعة في الصورتين أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة، وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقى قدره، ويرجّح الأوّل [٣].

وفرض المسألة كون المبيع في الذمة وشرط التأدية من الصبرة خروج عن موضوع البحث ومقتضاه عدم

---

[١] بلا خلاف [فيه] ولا إشكال.

[٢] بل ظاهر اللمعة ذلك وإن لم يعلم إلّا أنّه يجبر نقص المبيع لو تحقّق بالخيار(١).

وفيه: إنّه لا غرر أعظم من الشكّ في الوجود. ولعلّه لذا كان خيرة الأكثر العدم، إلّا أنّه ينبغي تقييده بما إذا لم يكن هناك طريق شرعي يقتضي وجوده من أصل أو غيره، ولعلّ من اعتبر العلم أراد ما يشمل ذلك، بل يمكن إرادة ما يشمل الاطمئنان منه، والأمر سهل.

[٣] ١ ـ [وذلك لـ] عدم معهودية ملك الكلّي في غير الذمّة لا على وجه الإشاعة، بل ينحل إلى جهالة المبيع وإبهامه.

٢ ـ وما تسمعه في بيع الثمار من أنّ استثناء البائع أرطالاً معلومة ينزّل على الإشاعة من غير خلاف فيه بينهم، قالوا: فلو خاست الثمرة بأمر من الله تعالى مثلاً وزّع على النسبة، وهو مثل المقام، كما اعترف به في الدروس(٢).

لكن في الصحيح: رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طنّ في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة والأنبار فيه ثلاثون ألف طنّ فقال البائع: بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طنّ فقال المشتري: قد قبلت ورضيت فأعطاه من ثمنه ألف درهم، ووكّل المشتري من يقبضه فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طنّ وبقي عشرة آلاف طن، فقال: «عشرة آلاف التي بقيت هي للمشتري، والعشرون التي احترقت من مال البائع»(٣).

وهو يؤيّد الثاني، وبه يفرّق بين ما هنا وبين ما في بيع الثمار، إلّا أنّه قد يشكل صحّة أصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفي(٤)، الموجب لفساد المعاملة، وصرّح الأصحاب فيما لو باع شاة غير معلومة من قطيع بالبطلان وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه وتساوت(٥) أثمانها، بل صرّحوا بالبطلان فيما لو فرّقت الصبرة صيعاناً متمايزة واشترى مقداراً منها، فالأظنان إن كانت قيمية فمن الأوّل، وإلّا فمن الثاني. اللهمّ إلّا أن يلتزم الأخير، ويكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التمييز، وإنّما المراد مقداره، حتّى لو أراد البائع تغيير الأظنان من غير نقصان للمقدار كان له ذلك؛ لأنّ المفروض أنّ الجميع من أجمة واحدة، فيصح حينئذٍ؛ لأنّه كبيع المقدار المعلوم من الصبرة. ولكن على كلّ حال فالمتّجه الجمود على النص في خصوص البيع بالفرض المزبور، ولا يتعدّى منه إلى غيره، كالصلح وثمن الإجارة ومهر النكاح ونحو ذلك، بناءً على ما سمعت من أنّ ملك الكلّي في العين الخارجيّة لا يكون إلّا على الإشاعة.

---

(١) اللمعة: ١٠٧.
(٢) الدروس ٣: ٢٣٩.
(٣) الوسائل ١٧: ٣٦٥، ب١٩ من عقد البيع وشروطه، ح١.
(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.
(٥) في بعض النسخ: «لتفاوت».

البطلان، حتى لو تلفت الصبرة أجمع وإن تسلّط على الخيار بانعدام الشرط [١].

فإن التحقيق التنزيل على الإشاعة [٢].

[بيع ما تكفي فيه المشاهدة]:

هذا كلّه فيما يتوقّف رفع جهالته على الاعتبار.

(و) أمّا (**بيع ما تكفي فيه المشاهدة**) فإنّه (**جائز**) مع حصولها [٣].

(**كأن يقول: بعتك هذه الأرض**) أو هذا الثوب (**أو هذه الساجة**[١]) بالجيم (**أو جزءاً منها مشاعاً**) من غير مسح لها بناءً على كفاية المشاهدة في الثلاثة كما هو الأقوى [٤]. وكذا ما لا يكون العدّ معتبراً في معرفته كقطيع الغنم، وجملة النخيل والشجر وصبرة الكتب ونحو ذلك، فيصحّ شراؤه بعد مشاهدة كلّ واحد مثلاً على وجه يعلم به وإن لم يعرف عدّه [٥]. نعم (**لو**) أراد بيعها ذرعاناً فـ(**قال: بعتكها كلّ ذراع بدرهم لم يصح إلّا مع العلم بذرعانها**) بجملتها [٦].

---

[١] بقي شيء وهو أنّ منشأ الوجهين على الظاهر الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين من العبارة التي هي مورد العقد؛ لأنّ ذلك حكم شرعي وإن لم يقصداه، فيخرج عن محلّ البحث حينئذٍ ما صرّح فيه بقصد الإشاعة أو الكلّي. إلّا أنّه قد يشكل صحّة الثاني، بناءً على عدم ملك الكلّي في غير الذمّة لا على وجه الإشاعة. وخبر الأطنان[٢] لا دليل فيه على صحّته، بل هو أعم منه ومن الإشاعة، وإن كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البائع خاصّة، فيكون حكماً شرعيّاً تعبّدياً لا يقاس عليه غيره. بل قد يقال: إنّ هذا المعنى حكم مطلق بيع الصاع من الصبرة، أمّا لو صرّح به فلا دليل على جوازه. وقد يحتمل في أصل المسألة أنّ منشأ الوجهين الاختلاف فيما تقتضيه الأدلّة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين، بل لو علم خلوّهما عن الأمرين معاً جاء الوجهان أيضاً، ولم يحكم بفساد المعاملة، فتأمّل جيّداً.

[٢] ضرورة كونه كالمالين المختلطين أو كالمال الذي اشترى أبعاضه.

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لحصول المقتضي وانتفاء المانع.

[٤] **خلافاً للشيخ في المحكي من ظاهر خلافه**[٣]، **فمنع في الأوّلين من دون مسح.**

ولا ريب في ضعفه، سيما بعد اقتضاء العمومات الجواز، ولا معارض.

[٥] ضرورة عدم كونه كالدراهم (و) نحوها ممّا يتوقّف معرفته على عدّه، كما هو واضح.

[٦] لحصول الجهالة في الثمن، وإن كانت هي معلومة بالمشاهدة على وجه يصحّ بيعها، وهذا هو الفارق بينها وبين الصبرة المعلومة حيث صحّ بيعها كلّ قفيز بدرهم؛ لأنّ معلوميّتها إنّما تكون من جهة الكيل، فيستلزم العلم بقدر الثمن ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها ـ كما ذهب إليه ابن الجنيد[٤] ـ اشترط في بيعها كلّ قفيز بدرهم معرفة ما تشتمل عليه منه ليحصل بذلك العلم بقدر الثمن.

---

(١) في الشرائع: «الساحة».
(٢) تقدّم في ص ١٩١.
(٣) استظهره في الدروس ٣: ١٩٨. انظر الخلاف ٣: ١٩٨.
(٤) نقله في المختلف ٥: ٢٤٥.

(ولو قال : بعتك عشرة أذرع منها وعيّن) إبتداء (الموضع) ومنتهاه (جاز) قطعاً [١].

ولو عيّن المبتدأ أو المنتهى فقال : من هنا إلى حيث ينتهي أو إلى هنا من حيث يبتدئ صحّ أيضاً مع فرض تشخّص المبيع بدايته ونهايته في الواقع وإن جهل ذلك المتشخّص .

إلّا أنّ جهله ليس لصدقه على كثيرين بحيث تكون أفراداً له حتى يكون المبيع كلّياً من بعض الجهات ، بل كان الجهل ؛ لعدم العلم بخصوص المحلّ الذي تنتهي إليه العشرة ، ومثله غير قادح [٢] سواء كانت أجزاء الأرض أو الثوب متساوية أو مختلفة [٣].

---

[١] **بل في المسالك ومحكي التحرير الإجماع عليه**(١) ؛لكونه معلوماً بالحدّ والمشاهدة ، فهي عين مشخّصة لا جهالة في شيء منها .

[٢] للأصل .

[٣] لأنّ الفرض مشاهدته لها أجمع ، فارتفع الغرر من هذه الجهة . وليست هي بأعظم غرراً من بيع الثوب والأرض برؤية بعضها الذي لا خلاف في جوازه ، ولا من بيع شيء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه عرفاً ممّا يجوز معه النزاع ، بل هذه الجهالة عند التأمّل ، كالجهالة بوزن العشرة أقفزة مثلاً أو بعلو الصبرة التي تحصل منها أو نحو ذلك ما لا تعدّ جهالة في العرف ، ولذا استمرّ العمل على مقدار الأذرعة من الثياب من دون علم بما ينتهي إليه ذلك المقدار من المذروع منه استمراراً يمكن تحصيل العلم بتقرير المعصوم منه . **فما في الدروس وعن المبسوط والخلاف وابن إدريس والقاضي والمقدس الأردبيلي**(٢) **من الصحّة حينئذٍ قويّ جدّاً ، بل قيل**(٣) **: إنّه خيرة الإرشاد وشرحه لولده**(٤) **، لكن عن غاية المراد : أنّه حكى ولد المصنّف عن والده إصلاح صحّ بـ « لم يصح » حتى يوافق ما في كتبه**(٥) **، وفي المسالك : أنّ الأجود الصحّة مع تساوي الأجزاء أو تقاربها ، وإلّا فالبطلان أجود**(٦) .

وكأنّه أخذه ممّا عن غاية المراد من أنّه قد ينصر الشيخ بأنّ هذا الاختلاف غير قادح ؛ لأنّه اختلاف مقاربة لا مفارقة مع غلبة تساوي الأجزاء المتجاورة . وحينئذٍ الأولى أن يحمل قوله على تساوي أجزاء الأرض غالباً أو تقاربها(٧) . وفيه : أنّه بناءً على ما ذكرنا لا فرق بين تساوي الأجزاء واختلافها ؛ لأنّ جهالتها تتبع الكلّي إذا لم يكن مشاعاً منها ، أمّا إذا كان شخصيّاً مشاهداً فلا جهالة فيه . فالأولى بناء كلام الشيخ على ذلك [= على كون المبيع شخصياً] ، لا على ما ذكراه ، وإلّا لاتّجه الصحّة وإن لم يعيّن المبدأ ولا المنتهى ، كما في الصبرة ؛ لكون الفرض التساوي أو التقارب ، وقد صرّح غير واحد بعدم الجواز ، بناءً على عدم تساوي الأرض وكذا الثوب ولذا قال في المتن [ذلك].

---

(١) المسالك ٣ : ٢٧٨ . التحرير ٢ : ٣٤٢ .

(٢) الدروس ٣ : ٢٠١ . المبسوط ٢ : ١٥٤ . الخلاف ٣ : ١٦٤ ـ ١٦٥ . لم نعثر عليه في السرائر والمهذب ونقله في المختلف ٥ : ٢٦٧ . مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٥٢٦ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٧٤٧ .

(٤) الإرشاد ١ : ٣٨٢ . شرح الإرشاد : ١٦٨ (مخطوط) .

(٥) غاية المراد ٢ : ١٤٠ ـ ١٤١ ، وفيه : « أنّه لم يحك فيه عن والده »

(٦) المسالك ٣ : ٢٧٨ .

(٧) غاية المراد ٢ : ١٤١ .

(**ولو أبهمه**) أي الموضع [أي من الأرض أو الثوب] (**لم يجز ؛ لجهالة المبيع ، وحصول التفاوت في أجزائها ، بخلاف الصبرة**) [١].

ومن ذلك كلّه ظهر لك أنّه لو عيّن المبدأ وكان المبيع عشرة أذرع كلّية بالنسبة إلى غير محلّ الابتداء لم يصحّ قطعاً.

كما إذا لم يعيّن مبدأ المبيع وإن عيّن ما فيه المبيع بداية ونهاية ، بناءً على اختلاف أجزاء الأرض على وجه لا يمكن رفعها بالكلّي وإن شوهد جميع أفراده الدائرة بينها.

اللهمّ إلّا أن يقصد الإشاعة فقد يقال : بالصحّة [٢] ، وإن لم يعلم مساحة الأرض إذا كان المبيع أذرعاً معلومة [٣].

[يصحّ بيع ذراع من الأرض أو الثوب وينزّل على الإشاعة وإن لم يصرّح بقصدها]. و[أمّا بيع مقدار مخصوص منهما لا على جهة الاشاعة فـ]لا ريب في بطلانه ، خصوصاً في مختلف الأجزاء ، فتأمّل جيّداً [٤].

---

[١] **نعم في الدروس : أنّه لو باعه ذراعاً من ثوب معلوم المساحة وقصدا معيّناً أو أن يختار أحدهما ما شاء بطل ، وإن قصد الإشاعة صحّ »**[1] . وهو كذلك ، إلّا أنّه غير ما نحن فيه.

[٢] **كما سمعته من الدروس**[2].

[٣] لكون المبيع حينئذٍ حصّة مشاعة مقدّرة بالعشرة أذرع مثلاً . والجهل بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح ، بعد الضبط بالأذرع ، فيملك حينئذٍ في كلّ جزء من الثوب على حسب نسبة العشرة إلى المجموع نحو ما سمعته في بيع الصاع من الصبرة على تقدير التنزيل على الإشاعة.

واختلاف الأجزاء وتساويها لا مدخلية لها في علم المبيع وجهالته ، فإذا صحّ بيع الصاع من الصبرة منزّلاً على ملك حصّة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع إلى المجموع ، ولا يقدح جهالتها حال العقد ، فكذلك المقام ، بل قد ينقدح من ذلك وممّا سمعته سابقاً في بيع الصاع من الصبرة ـ من انصراف مطلقه عندنا إلى الاشاعة ـ صحّة نحو ذلك في المقام وإن لم يصرّح بقصدها فينزّل حينئذٍ على الإشاعة المزبورة ويكون صحيحاً . وما عساه يوهمه إطلاق بعض العبارات ـ من عدم جواز مثل ذلك ، بل والصورة السابقة ـ يمكن دفعه بظهور الإطلاق في غير ذلك ، وأنّ المراد منه بيع مقدار مخصوص لا على جهة الإشاعة.

[٤] فإنّ الظاهر البطلان مع قصد النسبة بما ذكره من العدد ، على وجه يكون المبيع الكسر الذي يطابق النسبة المزبورة في الواقع ؛ لجهالة المبيع التي لا يرفعها ضبط النسبة المزبورة ، وإلّا لصحّ ذلك في القيمي ، كأن يبيعه من العبد مثلاً ما يقابل عشرة من النسبة إلى مجموع قيمته وهو معلوم الفساد . ولا ينافي ذلك القول بتنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة ، فإنّه لا يراد منه وقوع البيع على الكسر الذي يكون نسبة الصاع إلى مجموعه ، بل المراد منها أنّ المبيع كلّي شائع في مصاديقه في الصبرة كشيوع كلّي الشاة في الزكاة في الأربعين في وجه . وهذا وإن لم يكن من الاشتراك على اشتراك الكسور كالنصف ونحوه ، ولكن حكمه حكمه بالنسبة إلى توزيع التالف على المجموع ، باعتبار عدم تعيين كلّي كلّ من المالكين في فرد مخصوص ، بل هو مصداق لكلّ منهما.

---

(١)(٢) الدروس ٣: ٢٠١.

وحينئذٍ فالتحقيق صحّة بيع الكلّي في الشائع في الأفراد الخارجية، ولكن مع تساوي الأجزاء كالصاع من الصبرة على الوجه الذي ذكرنا.

وكذا الأرض والثوب مع فرض تساوي الأجزاء ولا يصحّ مع اختلافها.

أمّا بيعه على وجه النسبة بمعنى كون المبيع الكسر من الصبرة أو الأرض المقدّر بنسبة الصاع أو الذراع إلى المجموع فغير جائز في متّفق الأجزاء ومختلفها [١].

[تخلف المقدار في بيع أرض معيّنة يوجب الخيار]:

(ولو باعه أرضاً) مثلاً **(على أنّها جربان معيّنة)** مصرّحاً بذلك أو بنى العقد عليه **(فكانت أقلّ فالمشتري بالخيار)** [٢].

إلّا أنّ [المختار] [٣] على كون الخيار **(بين فسخ البيع)** واسترجاع الثمن إن كان قد قبضه البائع **(وبين أخذها بحصّتها من الثمن)**.

(وقيل: بل بكلّ الثمن) [٤].

---

[١] ولعلّه بذلك تعرف الوجه في إطلاقهم، والله أعلم.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٣] **[كما هو] الأكثر نقلاً وتحصيلاً.**

بل في الرياض: أنّه حكى الشهرة عليه جماعة[١].

[٤] **كما هو خيرة الشيخ[٢] والقاضي[٣] والفاضل[٤] وولده[٥] وأبي العبّاس[٦] والصيمري[٧] على ما حكي عن بعضهم.**

بل هو ظاهر الوسيلة[٨] والنافع[٩] وجامع المقاصد[١٠] وقوّاه في الميسيّة على ما قيل[١١]، واستوجهه في المسالك[١٢].

---

(١) الرياض ٨: ٢٥٥.

(٢) المبسوط ٢: ١٥٤.

(٣) لم نعثر عليه في كتب القاضي ونقله في المختلف ٥: ٢٦٩.

(٤) القواعد ٢: ٩٢ـ ٩٣.

(٥) الايضاح ١: ٥١٥، ٥١٧.

(٦) المقتصر: ١٧٥. المهذب البارع ٢: ٤٠٩.

(٧) غاية المرام ٢: ٦٨.

(٨) الوسيلة: ٢٥٧.

(٩) المختصر النافع: ١٤٩.

(١٠) جامع المقاصد ٤: ٤٣٠.

(١١) مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٥.

(١٢) المسالك ٣: ٢٨٠.

(والأوّل أشبه) [١].

و[المختار] [٢] [أنّه] **(ولو زادت كان البائع بالخيار بين الفسخ والإجازة بجميع الثمن، وكذا كلّ ما لا يتساوى أجزاؤه) [٣].**

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده ؛ إذ المذكور وإن كان بصورة الوصف والشرط اللذين لا يوزّع عليهما الأثمان ، لكنّهما أجزاء من المبيع حقيقيّة خارجية ، فيفوت بفواتها بعض المبيع حينئذٍ ، فيثبت الخيار المزبور ؛ لتخلّف الوصف الذي هو بعض من المبيع . وبذلك افترق عن بعض الأوصاف التي لا ترجع إلى أجزاء من المبيع ، فكان الخيار فيها بتخلّف الوصف بين الفسخ والقبول بتمام الثمن ؛ لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن بل وصفه ، وما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً ، بل هو لا ينقص عن وصف الصحة الذي يثبت الخيار بفقدها بالعيب بين الردّ والقبول بالأرش ، مضافاً إلى خبر عمر بن حنظلة المنجبر بما سمعت ، قال فيه : رجل باع أرضاً على أنّ فيها عشرة أجربة فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقة البيع وافترقا فلمّا مسح الأرض فإذا هي خمسة أجربة ، قال : « إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض ، وإن شاء ردّ المبيع وأخذ ماله كلّه ، إلّا أن يكون إلى جنب تلك له أيضاً أرضون فليوفّيه ، ويكون البيع لازماً ، وعليه الوفاء بتمام المبيع ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله ، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كلّه »[1] .

واشتماله على ما نقول به مع إمكان تأويله لا يمنع من العمل بالباقي .

وإشكال ذلك كلّه بأنّ ما فات لاقسط له من الثمن ؛ لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو العلم ؛ لعدم الفائت ، وعدم المماثل له ، فاستحال تقوّمه فاستحال ثبوت قسط له ، خصوصاً إذا كانت الأرض المشتراة مختلفة الأجزاء ، وفرض الفائت من الجيّد أو الرديء تحكّم ، فاتضح أنّ الفوات هنا كفوات صفة كمال ، وهو كمّ ، والكمّ عرض ، فكان كالتدليس ، وفرق بينه وبين ما إذا باع عبدين فبان أحدهما مستحقاً ؛ لأنّه في هذه لم يسلّم المبيع وهو مجموع العبدين ، وهنا قد سلّم المبيع ، وهو مجموع الأرض ، وإنّما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرّات مثلاً ، وهذا وصف يعدّ كمالاً ولا يعدّ نقصه عيباً ، وبأنّ التقسيط يؤدّي إلى جهالة الثمن في الجملة والتفصيل . يدفعه : إمكان كون طريق التقويم بأنّ هذه الأرض المشخّصة من غير زيادة عليها ولا نقيصة على فرض أنّها عشرة أذرع ولو للإشتباه فيها قيمتها كذا ، وعلى فرض أنّها خمسة قيمتها كذا ، فينسب إحدى القيمتين إلى الأُخرى ، ويؤخذ من الثمن بنسبته ، فلا يحتاج حينئذٍ إلى إضافة شيء إليها كي يستشكل بأنّه يستحيل تقويمه ؛ لعدم المماثل حتى يجاب عنه بأنّ الغالب في الأرض التساوي ، فيفرض كونه مساوياً لها . مع أنّه قد يستشكل بأنّه قد يفرض كونها مختلفة ، فيلتزم كون الفائت مختلفاً على نسبة اختلافها .

إذ الجميع كما ترى ، ولا جهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنّها عشرة ، كما أنّه لا يقدح الجهالة في التقسيط بعد معلومية المقابلة في الجملة .

[٢] [كما] من ذلك [= مما تقدم] ظهر لك الوجه في قول المصنّف [ذلك] .

[٣] لعدم موجب التقسيط هنا ؛ ضرورة اختصاص إيجاب التبعيض ذلك بالمشتري ، فلم يبق إلّا جهة تخلّف الوصف الموجب

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٨ ، ب ١٤ من الخيار ، ح ١ .

ضرراً على البائع لو كان البيع لازماً، فثبت له الخيار بالطريق المزبور. وإلزام المشتري هنا بإعطاء ما يخصّ الزيادة على نسبة الثمن أو تخيّره بين ذلك وبين الفسخ لا يوافق الضوابط الشرعيّة، كاحتمال بطلان البيع، كما في القواعد[١] وعن المبسوط.

بل عن التبصرة[٢]: أنّه الوجه عندي لجهالة المبيع؛ لكون الزيادة غير معيّنة؛ إذ فيه: أنّ المبيع بحسب الصورة هو المجموع وقد تجدّد كون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحّة العقد. على أنّ ذلك مبني على كون الزيادة للبائع، وهو خلاف التحقيق، كما ستعرف. بل قد عرفت أنّ مبنى كلام المصنّف ومن عبّر كعبارته على ذلك.

ومن هنا كان لا يرد على المتن ـ بقرينة ذيله ـ أنّ إيجابه التقسيط في الأوّل قاض بالتبعيض، وإثباته الخيار المزبور هنا قاض بأنّه من تخلّف الوصف فيتدافع؛ إذ قد عرفت اجتماع الحيثيّتين في الأوّل بخلاف الثاني.

لكن قد يناقش بأنّه وإن كان التبعيض لا يوجب تقسيطاً بالنسبة إلى البائع، إلّا أنّ مقتضاه كون الزيادة للبائع كما صرّح به بعضهم[٣]، واحتمله آخر[٤]، ولا يكون له خيار حينئذٍ. واحتماله حينئذٍ للتضرّر بعيب الشركة، يدفعه:

أوّلاً: أنّه هو الذي غرّر بنفسه.

وثانياً: عدم الضرر عليه بعد أن كان قادماً على مقابلة الجميع بالثمن، فظهور الشركة في الحقيقة نفع لا ضرر عليه، والتسلّط بمثله على الخيار محلّ شكّ، بل منع؛ لأصالة اللزوم.

نعم لا بأس به بالنسبة للمشتري حينئذٍ؛ لأنّه أقدم على كون الجميع له، فظهور الشركة فيه عيب بالنسبة إليه، بل لا يسقط حتى لو بذل البائع الزيادة؛ لعدم وجوب القبول عليه. فلا ريب حينئذٍ في ضعف الاحتمال المزبور. وأضعف منه حمل المتن عليه؛ ضرورة ظهوره في كون متعلّق الخيار مجموع الأرض بجميع الثمن.

فالتحقيق كون الزيادة والنقيصة من وادٍ واحد، والظاهر أنّه من تخلّف الوصف فيهما؛ لأنّ المفروض كون المبيع عيناً مشخّصة محدّدة غير قابلة للزيادة والنقيصة، إلّا أنّه وصفها البائع بمقدار مخصوص وأخذها المشتري على ذلك الوصف، فتخلّف، فحصل الضرر منه على البائع أو المشتري فيثبت الخيار. فليس في الحقيقة فواته مفوّتاً لجزء من المبيع؛ لما عرفت من أنّه محدّد مشخّص غير قابل للزيادة والنقيصة.

لكن الخبر المزبور الذي عمل به جماعة من الأصحاب أوجب التوزيع في صورة النقصان، ولا محيص عن العمل به إن لم يحمل بقرينة ذيله على كون المبيع عشرة معيّنة الابتداء إلى أن تنتهي، بناءً على صحّة ذلك، فبان قصورها عن العشر، فإنّ التوزيع هنا متّجه؛ ضرورة كون مورد البيع المعدود من حيث العدد، إلّا أنّه خلاف الظاهر.

وذيله ـ بعد أن انفرد الشيخ بالعمل به في النهاية[٥] التي لم تعدّ للفتوى، فلا جابر له بالنسبة إلى ذلك ـ لا بأس بطرحه، أو تنزيله على ما يوافق الضوابط وإن بعد، ولا يمنع من العمل بما تضمّنه من التوزيع المزبور.

---

(١) القواعد ٢: ٩٢ ـ ٩٣. المبسوط ٢: ١٥٤.
(٢) التبصرة: ٩٣.
(٣) القواعد ٢: ٩٣. المختلف ٥: ٢٧٠.
(٤) المسالك ٣: ٢٧٩.
(٥) النهاية: ٤٢٠.

(و) [الظاهر][١] فيما (لو نقص ما يتساوى أجزاؤه) فإنّه يـ(ـثبت الخيار للمشتري بين الردّ وأخذه بحصّته من الثمن)[٢]. فالتوزيع هو الأقوى، نعم هو [= عدم التوزيع] متجه فيما لو زاد فيتخيّر البائع بين الردّ والقبول بالثمن المسمّى، كما سمعته في مختلف الأجزاء[٣]. [وهل تكون الزيادة للمشتري أو للبائع ؟]

---

[١] [كما] منه يعلم حينئذٍ الحال.

[٢] وفاقاً للشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيدين في الدروس واللمعة [وشرحها] وغاية المرام[١] على ما حكي عن بعضها، بل عن الأخير: أنّه المشهور، بل هو لازم لجميع من عرفته ممّن قال به في مختلف الأجزاء؛ ضرورة أولويته منه بذلك، ولذا أرسله بعضهم في ضمن الاستدلال إرسال المسلّمات، بل ظاهر المقداد في التنقيح[٢] أو صريحه أنّه لا كلام فيه؛ لإمكان توزيع الثمن فيه على أجزائه، فلا مانع فيه من هذه الجهة، بل إذا كان منه ما لا يضبط إلّا بالوزن ونحوه، ولا تكفي فيه المشاهدة، كما هو الغالب فيه يكون التقدير فيه ملاحظاً في المبيع أوّلاً وبالذات، فكأنّه باعه المقدّر من حيث التقدير، فيفوت البعض بفواته.

إلّا أنّ الإنصاف كون العمدة إلحاقه بمضمون الخبر المزبور، وإلّا فمتساوى الأجزاء وإن كان يمكن توزيع الثمن عليه، وليس فيه المانع المزبور، لكن بعد أن كان عيناً مشخّصة لا تزيد ولا تنقص صار التقدير المفروض فيها وصفاً أيضاً، حتى لو كان وزناً ونحوه؛ إذ هو طريق إلى المعلوميّة المسوّغة للإقدام على البيع كالوصف، لا أنّه بعض مبيع، ولذا كان خيرة الفاضل في القواعد التخيير فيه بين الردّ والأخذ بالثمن[٣]، بل هو المحكي عن ولده في الإيضاح[٤]، وعن الشهيد في حواشيه والميسية والكفاية: أنّه أقوى[٥]، وفي المسالك: أنّه متجه[٦]، ومال إليه في جامع المقاصد[٧]. إلّا أنّ فيه إعراضاً عن الخبر المزبور المنجبر بما عرفت.

[٣] وفاقاً للفاضل في القواعد والمحكي عن ولده في شرح الإرشاد[٨]. ومال إليه المحقّق الثاني والمقدّس الأردبيلي[٩] على ما حكي عنه. بل ربّما قيل: إنّه لازم لكلّ من قال به في مختلف الأجزاء ممّن عرفت. فحينئذٍ يكون الزيادة للمشتري ولا خيار له حينئذٍ؛ لأنّ المتضرّر بفوات الوصف البائع دونه. خلافاً للمبسوط والتحرير والإرشاد والتبصرة والتنقيح وظاهر موضع من الدروس فجعلوا الزيادة للبائع[١٠] على ما حكي عن بعضها، بل في مجمع البرهان: لا شكّ في أنّها له[١١]، بل في التنقيح[١٢] لا كلام فيه.

---

(١) النهاية: ٤٢٠. المختلف ٥: ٢٧٠. التبصرة: ٩٣. القواعد ٢: ٩٢. الدروس ٣: ١٩٨. اللمعة: ١٠٧. الروضة ٣: ٢٦٧. غاية المرام ٢: ٦٨.

(٢) التنقيح ٢: ٧٦.

(٣) القواعد ٢: ٩٢ـ ٩٣.

(٤) الايضاح ١: ٥١٧.

(٥) نقله عن الحواشي والميسية في مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٤. كفاية الأحكام ١: ٤٥٨، وفيه: الأقرب.

(٦) المسالك ٣: ٢٨٠.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٤٣٠.

(٨) القواعد ٢: ٩٢. شرح الإرشاد: ١٦٨ (مخطوط).

(٩) جامع المقاصد ٤: ٤٣٠. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٢٧.

(١٠) المبسوط ٢: ١٥٤. التحرير ٢: ٣٤٣. الإرشاد ١: ٣٨٢. التبصرة: ٩٣. التنقيح ٢: ٧٦. الدروس ٣: ١٩٩.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٢٩.

(١٢) التنقيح ٢: ٧٦.

ولعلّه [القول بالزيادة للبائع] لا يخلو من قوّة فيما يعتبر فيه الوزن والكيل والعدد [١].

وعلى كلّ حال فالمتجه ثبوت الخيار للمشتري [٢].

[بيع شيئين مختلفين صفقة واحدة]:

٢٢ = ٢٢٢

(**ولو جمع بين شيئين**) مثلاً (**مختلفين**) في كون كلّ منهما مورد عقد مخصوص (**في عقد واحد بثمن واحد كبيع وسلف**) فقال: بعتك هذا العبد وعشرة أقفزة حنطة موصوفة بكذا مؤجّلاً إلى كذا بمئة درهم (**أو إجارة وبيع**) فقال: آجرتك الدار وبعتك العبد بكذا (**أو نكاح وإجارة**) فقال: أنكحتك نفسي وآجرتك الدار بكذا (**صحّ**) [٣].

---

[١] اذ التزام دخول الصبرة المبيعة بعنوان أنّها وزنة في ملك المشتري، وإن كانت وزنتين لا يخلو من صعوبة.

[٢] لأنّه خلاف ما قدّم عليه، وللتضرّر بالشركة دونه نحو ما سمعته في مختلف الأجزاء.

فمن الغريب ما في القواعد والتحرير[١] من عدم الخيار له على هذا التقدير.

ولعلّه لعدم التضرّر، فهو كالصاع من الصبرة، إلّا أنّه كما ترى، فتأمّل جيّداً في جميع ما ذكرنا، فإنّ منه يظهر لك الخلل في جملة من كلمات الأصحاب في مواضع متعدّدة، والله أعلم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه؛ وإن أوهمه نسبة بعضهم إيّاه إلى الأكثر[٢]، بل قيل[٣]: صرّح في المبسوط[٤] بأنّ فيه خلافاً عندنا**، لكنّه احتمل إرادته من العامّة. **نعم عن الأردبيلي أنّه تأمّل فيه[٥]**. ولعلّه للشكّ في نقل مثل هذا العقد الذي لا يدخل في اسم كلّ منهما، وإلّا اعتبر فيه ما يعتبر فيهما، ولأنّ الجهالة والغرر وإن ارتفعا بالنسبة إلى هذا العقد، إلّا أنّهما متحقّقان بالنسبة إلى البيع والإجارة، وقد نهى الشارع عنهما في كلّ منهما[٦]. وارتفاعها بالنسبة إلى مجموع العقد غير مجدٍ. وليس هو كالمبيعين الذين فسد البيع بالنسبة إلى أحدهما؛ للاكتفاء فيه بمعلومية ثمن المجموع الذي هو مبيع. والجهل بالتقسيط غير قادح بعد أن كان بالنسبة إلى جزء المبيع لا إلى مجموعه، بل لعلّ مثل ذلك غير قادح حتى مع العلم بالفساد من أوّل الأمر؛ لصدق معلوميّة ثمن المبيع ولو كان البيع في بعضه فاسداً، بخلاف المقام الذي ثمن تمام المبيع فيه مجهول وإن كان هو معلوماً بالنسبة إلى مجموع العقد. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ المعلوم من قدح الجهالة ما إذا كان البيع عقداً مستقلّاً لا جزء عقد، فإطلاق الأدلّة بحاله، كما أنّ عموم قوله تعالى: ﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾[٧] كافٍ في ثبوت مشروعيته، بعد ظهور اتّفاق الأصحاب عليه، الذي يكفي في ثبوت معهوديّته، فتشمله الآية وإن قلنا بأنّ اللام إشارة إلى العقود المتعارفة؛ إذ لا طريق لنا إلى ذلك إلّا كلام الأصحاب، فيكفي حينئذٍ معلومية العوض لهذا العقد، الذي هو في الصورة عقد واحد وفي المعنى عقدان أو عقود. ولذا يجري عليه حكم كلّ منها لنفسه من غير مدخلية للآخر نحو خيار المجلس وغيره، كما هو واضح، إلّا أنّه من حيث اتحاد القبول فيه ـ باعتبار عدم الدليل على اعتبار القبول في العقد على وجه لا يشاركه غيره في معناه ـ واحد.

---

(١) القواعد ٢: ٩٢. التحرير ٢: ٣٤٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٣٠.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٧٥٢.

(٤) المبسوط ٢: ١٥١، مع اختلاف.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٣٢.

(٦) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣. دعائم الإسلام ٢: ٢١، ح ٣٤.

(٧) المائدة: ١.

(و) حينئذٍ فإن احتيج إلى أن (**يقسّط العوض**) لتعدّد المالك أو غيره قسّط (**على قيمة المبيع وأُجرة المثل**) [١].

(و) على (**مهر المثل**) [٢]. ولو كان أحد الأعواض مؤجّلاً قسّط عليه كذلك، فلو باعه عبداً يساوي عشرة حالاً وعشرين مؤجّلاً فباعه مؤجّلاً وآجره داره مدّة سنة بعشرين والعوض عشرون فإنّه يقسّط بينهما بالسوية.

(**وكذا يجوز**) [٣] (**بيع السمن بظروفه**) مع العلم بوزن المجموع الكافي عن معلومية وزن كلّ منهما، بعد إقدام المشتري على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن، فإذا احتيج إلى التقسيط قسّط على ثمن مثلهما، بأن يقال: قيمة الظرف مثلاً درهم وقيمة السمن تسعة فيخصّ الظرف عُشر الثمن.

(**ولو قال: بعتك هذا السمن بظروفه كلّ رطل بدرهم**) بعد العلم بوزن المجموع (**كان جائزاً**) أيضاً [٤].

(الفصل الخامس: في أحكام العيوب)

[اقتضاء العقد سلامة المبيع]:

(**من اشترى مطلقاً أو بشرط الصحّة اقتضى سلامة المبيع من العيوب**) [٥] في الثاني، بل والأوّل إن كان المراد الاقتضاء شرعاً.

أمّا عرفاً فلا يخلو من إشكال، خصوصاً بعد عدم الانصراف في مثل التكاليف والوصايا ونحوهما [٦]، هذا.

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٢] **بلا خلاف أيضاً**، إلّا أنّه أُشكل بأنّ المفوّضة ترجع إلى مهر السنّة لو زاد مهر المثل عنه، وهنا لمّا لم يتعيّن لها مهر مقدر ابتداءً اشبهت المفوّضة، فلا يتمّ إطلاق مهر المثل. ويدفع بأنّها هنا ليست مفوّضة، بل مسمّاة المهر، غايته عدم العلم بقدر ما يخصّه ابتداءً، على أنّ الرجوع إلى مهر السنّة على تقدير زيادة مهر المثل محلّ تأمّل أو منع.

نعم هو مسلّم بالنسبة إلى مفوّضة البضع، وهذه ليس منه قطعاً، كما هو واضح.

[٣] **بلا خلاف، بل ولا إشكال [فيه].**

[٤] لما عرفت من وجود المقتضي وارتفاع المانع. والتقسيط فيه بأن يوزن الظرف منفرداً وينسب إلى الجملة، ويؤخذ له الثمن بتلك النسبة، وبذلك افترق هذا المثال عن الأوّل، كما هو واضح، والله اعلم.

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٦] وأصالة السلامة لا تقتضي إرادة السالم من الإطلاق، وإلّا لاقتضت في الجميع، بل لم يكن المعيب بعض أفراد المبيع لو كان كلّياً. اللهمّ إلّا أن يفرّق بينها وبين البيع، بل جميع عقود المعاوضات، والإطلاق إنّما يقتضي السلامة في المبيع، لا أنّ المبيع السالم، فلا ينافي كون المعيب فرداً.

ولكن مع ذلك لا يخلو الانصراف المزبور عرفاً من تأمّل في بعض الأحوال، خصوصاً بالنسبة إلى بعض العيوب، والأمر سهل [١]. نعم [قيل] [٢] [بأنّ فائدة اشتراط الصحّة جواز الفسخ وإن تصرّف لو ظهر عيب]، وهو متّجه [٣]. نعم قد يتوقّف في أصل صحّة اشتراط ذلك كسائر الصفات في الأعيان الشخصية [٤].

[إلّا أنّه يحتمل صحّة ذلك وفائدة شرطيّتها يوجب قلب اللازم جائزاً].

[العيب السابق على العقد الخيار أو الأرش]:

وكيف كان (**فإن ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصّة بالخيار بين فسخ العقد وأخذ الأرش**) [٥].

---

[١] لكن صريح جماعة أنّ الشرط المزبور [أي الصحّة] بعد تسليم الانصراف المذكور مؤكّد، بل لم أجد قائلاً بغيره.

[٢] **[كما] في المسالك: «وربّما قيل: إنّ فائدة اشتراط الصحّة جواز الفسخ وإن تصرّف لو ظهر عيب فيفيد فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول»**[(١)].

[٣] وإن قال بعض مشايخنا: «إنّي لم أجد هذا القول لأحد من العامّة والخاصّة»[(٢)]. ضرورة أنّه لا بأس باجتماع الجهتين عملاً بالدليلين الغير المتنافيين.

[٤] لظهور أدلّة الشرط في أنّه ممّا يكلّف المشترط عليه بالوفاء به، وفي الفرض لا يتصوّر ذلك على تقدير عدم الإتصاف.

إلّا أنّه قد يمنع اعتبار ذلك في الشرط وإن كان فائدته حينئذٍ أنّه في مثل ذلك قلب اللازم جائزاً، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٥] **إجماعاً محصّلاً، ومحكيّاً مستفيضاً، صريحاً وظاهراً**، وهو الحجّة، مضافاً إلى ما أرسله في محكي الخلاف من الأخبار[(٣)] وخبر الضرار[(٤)]، وفقه الرضا ـ بناءً على حجيته ـ «إن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء ردّ، وإن شاء أخذ [ه]، أو ردّ عليه بالقيمة أرش المعيب»[(٥)]. والظاهر زيادة «أو» فيه، كما عن بعض الأجلة[(٦)]، ولعلّ المراد «الهمزة». وإلى المعتبرة التي منها مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام. في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، قال: «إن كان قائماً ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»[(٧)]. وغيره، إلّا أنّه ليس فيها جميعاً ذكر الإمضاء مع الأرش، بل ظاهرها الردّ خاصّة، كما اعترف به في الرياض، لكن قال: «إنّ الإجماع ولو في الجملة كاف في التعدية»[(٨)]. قلت: إن لم يثبت أولوية ثبوت الأرش قبل التصرّف المزبور منه بعده؛ لوضوح منعها، أو أنّ ثبوته لأنّه عوض جزء من المبيع قد فات، فهو كمقابل أحد المبيعين من الثمن لو بطل البيع فيه، بناءً على مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، ويكون استحقاق المشتري له على القاعدة، كما في تبعّض الصفقة. وفيه: أنّه أوضح منعاً من الأولوية المزبورة؛ لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصداً، ولا شرعاً على وجه يتناول الحكم المذكور، بل تصريحهم بأنّه يسقط بالإسقاط بعد العقد بحيث لا يصحّ الرجوع منه بعده كما ستعرف ينافيه؛ ضرورة عدم صحّة تسلّطه على الأعيان، ولو كان [أي الإسقاط] بمنزلة الهبة جاز الرجوع فيها. فالعمدة حينئذٍ في ثبوته ما عرفت.

---

(١) المسالك ٣: ٢٨٢.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٣.
(٣) الخلاف ٣: ١١٥.
(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.
(٥) فقه الرضا عليه السلام: ٢٥٣. المستدرك ١٣: ٣٠٦، ب١٢ من الخيار، ذيل الحديث ٣، وفيه: «العيب» بدل «المعيب».
(٦) (٨) الحدائق ١٩: ٦٤. الرياض ٨: ٢٥٨.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٠، ب١٦ من الخيار، ح٣، مع اختلاف.

وقد يظهر من [بعض:] [١] أنّ الخيار المزبور عند ظهور العيب لا أنّه كاشف عن ثبوته حال العقد [٢].

[لكن الظاهر أنّه كاشف عن ثبوته حال العقد و] أنّ له ثمرات، منها: إسقاطه بالتصرّف قبل ظهوره، ولولا أنّه ثابت لم يتصوّر سقوطه به، إلّا أن يكتفى بوجود سببه وكذا إسقاطه.

ومنها: أنّه لو فسخ قبل ظهوره أثّر الانفساخ حينه ولو تأخّر الظهور عن ذلك، فتأمّل جيّداً.

والظاهر ثبوت الخيار المزبور في العيب في الثمن [٣].

[ما يسقط الخيار والأرش]:

(و) كيف كان فـ(**يسقط الردّ**) والأرش (**بالتبرّي من العيوب**) بأن يقول: بعتك هذا بكلّ عيب، أو وأنا بريء من كلّ عيب، أو نحو ذلك، ممّا لا يفرّق فيه بين العيوب ظاهرة، أو باطنة، معلومة أو غير معلومة، حيواناً كان المبيع أو غيره [٤].

---

[١] [**وذلك من**] **المتن وغيره.**

[٢] لكن يمكن عدم إرادة ذلك منها وإن اقتضاه ظاهر التعبير المساق إلى بيان أنّ ثمرته عند الظهور؛ لعدم تصوّر فائدة له قبل العلم غالباً. لكن فيه [ثمرات].

[٣] وإن خلت عنه أكثر النصوص والفتاوى إن لم يحمل المبيع فيها على ما يشملهما. وهو كما ترى.

ولا ينافي ذلك قول المصنّف خاصّة؛ ضرورة كون المراد ذلك بالعيب في المبيع، والله أعلم.

[٤] **إجماعاً محكيّاً صريحاً عن الخلاف والغنية والتذكرة**[1] وظاهراً في غيرها إن لم يكن محصّلاً؛ ضرورة كون المراد البراءة ممّا رتّب الشارع عليه من الحكم، وهو الردّ أو الأرش، فهو حينئذٍ شرط مندرج فيما دلّ على الشرائط حتّى لو ذكره قبل العقد، وبنياه عليه، بناءً على أنّه حينئذٍ كالمصرّح به فيه، ولأنّ المشتري حينئذٍ راضٍ به على ذلك، فهو كما لو علم به وأقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك. بل قد يقال: إنّ في شمول أدلّة الخيار المزبور لمحلّ الفرض محلّ شكّ، بل ظاهرها خلافه، فيبقى أصاله لزوم العقد وأصالة براءة الذمّة من الأرش بلا معارض. مضافاً:

أ ـ إلى مفهوم الحسن أو الصحيح: «أيّما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار ولم يتبرّأ إليه منه ولم يبيّن له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العيب وذلك العوار، أنّه يمضي عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[2].

ب ـ وخبر جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فإذا نادى عليه برأ من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلّا نقد الثمن فربّما زهد فإذا زهد، فيه ادّعى عيوباً وأنّه لم يعلم بها فيقول له المنادي: قد تبرّأت منها فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها أيصدّق؟ فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدّق فيجب؟ فكتب: «عليه الثمن»[3]، الذي يمكن تقرير الدلالة فيه على المطلوب بوجهين.

---

(١) الخلاف ٣: ١٢٧ـ١٢٨. الغنية: ٢٢١. التذكرة ١١: ٨٦. (٢) الوسائل ١٨: ٣٠، ب١٦ من الخيار، ح٢، مع اختلاف.

(٣) الوسائل ١٨: ١١١، ب٨ من أحكام العيوب، ح١.

ويصحّ التبرّي من العيوب المتجدّدة [١].

ثمّ على الصحّة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها وإن كان المنساق أوّلاً إلى الذهن العيوب الموجودة حال العقد.

(و) كذا يسقطان (**بالعلم بالعيب قبل العقد**) [٢].

بل [الظاهر] [٣] السقوط به، فيما لو علم به ثمّ نسيه.

وهل يصحّ شراؤه من العالم مصرّحاً ببقاء خيار العيب له ونحو ذلك ممّا يرفع دلالة العلم على الرضا به معيباً؟ الأقوى ذلك؛ لأنّه كالشرط حينئذٍ.

بل لو اقتصر على خصوص الردّ من مقتضى العيب صحّ أيضاً لذلك.

أمّا لو اقتصر على الأرش فقد يحتمل البطلان؛ لتجهّل الثمن حينئذٍ.

ويحتمل الصحّة اكتفاء بعلم الثمن بالجملة، كما لو باع ما يصحّ وما لا يصحّ مع العلم به.

(و) يسقط الخيار المزبور أيضاً (**بإسقاطه بعد العقد**) [٤]، فيسقط الردّ حينئذٍ (**وكذا الأرش**) [٥].

ولو اقتصر على إسقاط أحدهما صحّ وإن اتّحد سبب استحقاقهما كما هو واضح [٦].

(**ويسقط الردّ**) خاصّة.

---

[١] **بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه**[(١)]:

١ ـ لأنّ المراد التبرّي من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد، فليس براءة ممّا لم يجب.

٢ ـ على أنّه يمكن منع عدم صحّته على جهة الشرطيّة.

[٢] **بلا خلاف أجده**؛ لأنّ إقدامه معه رضاً منه [=المشتري] به [اي بالعيب]، **ولا خلاف في الغنية في سقوط خيار العيب به حينئذٍ**[(٢)].

مضافاً:

أ ـ إلى أصلي لزوم العقد وبراءة الذمّة من الأرش؛ ضرورة ظهور أدلّة الخيار المزبور في غير الفرض.

ب ـ وإلى مفهوم خبر زرارة[(٣)] المتقدّم المتمّم بعدم القول بالفصل بين عدم الأرش والردّ معه.

[٣] [كما] قد يقضي إطلاقه [=خبر زرارة] كالفتاوى.

[٤] **بلا خلاف**؛ لأنّه من الحقوق التي تسقط بالإسقاط، كما عرفته في الخيارات السابقة.

[٥] لأنّهما هنا متعلّقاه، فإسقاطه إسقاطهما معاً.

[٦] ويمكن استفادته من العبارة.

---

(١) التذكرة ١١: ٩٠.

(٢) لم نعثر عليه. نعم ادّعى عدم الخلاف في تأخير الردّ مع العلم بالعيب وفي الرضا بالعيب انظر الغنية: ٢٢١ ـ ٢٢٢.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٠، ب١٦ من الخيار، ح٢.

(**بإحداثه فيه حدثاً كالعتق وقطع الثوب**) [١]، (**سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده**) على نحو ما سمعته في الخيارات السابقة [٢].

---

[١] **بلا خلاف معتدّ به، بل في المختلف وعن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه**(١).

[٢] ضرورة اشتراكه معها في أنّ له الفسخ وإن زاد عليها بالأرش، فيسقط ما به الاشتراك ما يسقطها، ولذا كان البحث السابق في التصرّف المسقط آتياً هنا، مضافاً إلى مرسل جميل(٢) وخبر زرارة(٣) السابقين الدالّين على ثبوت الأرش؛ لعدم دلالة التصرّف على إسقاطه شرعاً ولا عرفاً. **خلافاً لما عن ابن حمزة في الوسيلة فأسقط الأرش به [= بالتصرّف أيضاً] إذا كان بعد العلم به**(٤). ولا ريب في ضعفه:

١ ـ للأصل.

٢ ـ وإطلاق النصّ.

٣ ـ بل في صريح الغنية أو ظاهرها الإجماع عليه(٥)، مؤيّداً بالتتبّع لفتاوى الأصحاب صريحها وظاهرها، **بل عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع على ثبوت الأرش**(٦).

٤ ـ على أنّ فيما حضرني من نسخة **الوسيلة: «وإن علم بالعيب ثمّ تصرّف فيه لم يكن له الردّ والأرش**؛ لأنّ تصرّفه ليس بموجب لرضاه»(٧). وتعليله إنّما ينطبق على أنّ له الأرش، ولعلّ الإسقاط من النسّاخ، وإلّا فلا ريب في ضعفه.

كضعف ما عن المبسوط(٨) **من أن التصرّف قبل العلم لا يسقط الخيار:**

١ ـ للأصل المنقطع بما عرفت.

٢ ـ ومفهوم خبر زرارة المحتمل لأن يكون المراد منه أنّه لو أحدث فيه شيئاً ثمّ علم به لم يكن له الخيار، لا أنّ الحدث إذا كان بعد العلم ينفي الخيار حتى يستدلّ بمفهومه، على أنّ الحدث قبله لا ينفيه، بل لعلّ المراد منه أنّه لا يتحقّق ثبوت الخيار إذا لم يكن علم به، فتأمّل جيّداً.

وما عنه أيضاً من أنّه إن كان بيع المشتري له قبل علمه بالعيب وعاد إليه فله ردّه(٩)، **وما عنه أيضاً والمقنعة والنهاية من أنّ الهبة والتدبير لا يمنعان من الردّ**(١٠)؛ لأنّ له الرجوع فيهما بخلاف العتق؛ لما عرفت من إطلاق النصوص والفتاوى ومعاقد الإجماعات، والله أعلم.

---

(١) المختلف ٥: ١٨٣. شرح الإرشاد: ١٥٥ (مخطوط).

(٢) تقدّم في ص ٢٠١.

(٣) تقدّم في ص ٢٠٢.

(٤) الوسيلة: ٢٥٧.

(٥) الغنية: ٢٢٢.

(٦) شرح الإرشاد: ١٥٥ (مخطوط).

(٧) الوسيلة: ٢٥٧، وفيه: «وقال الشيخ أبو جعفر الطوسي رحمه الله في النهاية كان له الأرش؛ لأنّ تصرفه ليس بموجب لرضاه».

(٨) لم نعثر عليه ونقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٦.

(٩)(١٠) المبسوط ٢: ١٣١. المقنعة: ٥٩٨. النهاية: ٣٩٤.

(و) كذا يسقط الردّ (**بحدوث عيب بعد القبض**) غير مضمون على البائع [١].

ولو كان [العيب] من غير جهته [= المشتري] فنقصانه محسوب عليه ، فيمنع الردّ (**ويثبت الأرش**) حينئذٍ لذلك كما ترى ، وإلّا لجرى في غيره من الخيارات .

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه ، بل عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه[١] ، وفي محكي الخلاف : الإجماع والأخبار ،** على أنّه ليس له ردّه إلّا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصاً فيكون له ردّه ، وأنّه يكون له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيباً[٢] .

وعن موضع من المبسوط : « إذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري ثمّ وجد به عيباً قديماً سقط حكم الردّ إجماعاً ، ووجب الأرش »[٣] .

وعنه أيضاً : نفي الخلاف عن أنّ له الأرش إذا امتنع البائع من قبوله[٤] .

ولعلّ مراده من الشرط أن له ردّه إن أراده إذا لم يمتنع البائع من قبوله لا نفي الأرش حينئذٍ وإن اختاره . **لكن في التحرير : « لو تعيّب عند المشتري لم يكن له ردّه ، فلو اختاره البائع جاز ، ولو أراد المشتري الأرش حينئذٍ ، قال الشيخ : ليس له ذلك . والوجه عندي أنّ له الأرش إن اختاره ولو امتنع البائع من قبوله معيباً كان للمشتري حقّ الأرش قولاً واحداً »[٥] .**

وفي الدروس : « وثاني الأُمور المسقطة للردّ دون الأرش حدوث عيب عند المشتري مضمون عليه إلّا أن يرضى البائع بردّه مجبوراً بالأرش أو غير مجبور ، ولا يجبر البائع على الردّ وأخذ الأرش ، أي أرش العيب الحادث ، ولا يتخيّر المشتري بينه وبين المطالبة بأرش السابق . ولو قبل البائع الردّ لم يكن للمشتري الأرش بالعيب الأوّل عند الشيخ »[٦] .

وقد فهما [العلّامة والشهيد] منه [= الشيخ] الخلاف في ذلك .

وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه :

١ ـ للأصل .

٢ ـ وإطلاق الأدلّة .

٣ ـ والإجماع السابق المعتضد بفتاوى الأصحاب ، بل إن لم يثبت إجماع على سقوط الردّ به مطلقاً لأمكن المناقشة فيه إذا لم يكن من جهته بحيث يعدّ تصرّفاً فيه ؛ لعدم معارض للأدلّة المزبورة ، خصوصاً مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك ، بل قد عرفت عدم سقوطه فيما لو تلف بآفة سماوية في وجه فضلاً عن التعيّب .

وتعليل غير واحد من الأصحاب السقوط هنا بأنّه لمّا كان مضموناً عليه كان بمنزلة إحداثه فيه حدثاً .

---

(١) شرح الإرشاد : ١٥٥ (مخطوط) .

(٢) الخلاف ٣ : ١١٥ .

(٣) (٤) المبسوط ٢ : ١٣٢ .

(٥) التحرير ٢ : ٣٧٢ .

(٦) الدروس ٣ : ٢٨٤ .

نعم يتّجه جبره [= جبر المشتري البائع] بالأرش لو أراد ردّه [١].

نعم يمكن القول ببقاء الردّ بالعيب السابق إذا كان العيب الحادث من البائع [٢].

(و) كيف كان فـ(**لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الردّ**) بالعيب السابق قطعاً، [وللمشتري الردّ بالعيب الحادث فضلاً عن العيب السابق] [٣].

نعم اختلفوا في ثبوت الأرش به [٤]. وذكرنا التحقيق فيه فيما تقدّم، فلا حظ. إنّما البحث الآن في العيب السابق.

---

[١] لنفي الضرر[١].

ولعلّه لذا **قال في الغنية[٢]: فإن لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدّم دون الحادث إن اختار ذلك، وإن اختار الردّ كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثاً**[٣].

وظاهره عدم سقوط الردّ بذلك، وهو جيّد على الوجه الذي قلنا إن لم يثبت إجماع على خلافه.

أو يدعى دلالة مرسل جميل[٤] المشتمل على اشتراط الردّ بقيام الثوب بعينه، وأنّه متى قطع أو خيط أو صبغ تعيّن الأرش.

أو يدعى أنّ مفهوم الردّ لا يتحقّق إلّا مع عدم تعيّب العين، والجبر بالأرش لا يصيّره ردّاً حقيقة، مضافاً إلى أصالة لزوم العقد التي يجب الاقتصار في خلافها على المتيقّن وهو غير الفرض.

[٢] وإن كان قد يشمله المتن ونحوه، بل ومن وصف العيب بكونه غير مضمون على البائع. ضرورة كون المراد إخراج صورة الخيار ونحوها ممّا كان العيب فيه مضموناً عليه، لا مثل الفرض الذي كان الضمان فيه عليه نحو ضمان الأجنبي لو كان جانياً، إلّا أنّ المتيقّن من إطلاقها وإطلاق معاقد الإجماعات السابقة غير ذلك، فيبقى على أصالة الردّ. هذا.

وفي القواعد: «لو كان العبد كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الردّ بالسابق»[٥].

ولعلّه لأنّ نسيان الصنعة عيب، أو أنّه مغيّر للعين تغييراً يمنع من ردّها، ومثله نسيان الدابّة الطحن، والله أعلم.

[٣] **بل يمكن تحصيل الإجماع فضلاً عن محكيّه**[٦]؛ لكونه مضموناً على البائع.

ولذا كان للمشتري الردّ به [= بالعيب الحادث] فضلاً عن العيب السابق، بلا خلاف. **بل حكى الإجماع عليه غير واحد.**

[٤] وقد تردّد المصنّف فيه سابقاً.

---

(١) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.

(٢) كذا في المطبوعة والحجرية، ولكن الصحيح المقنعة كما نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٧ أيضاً.

(٣) المقنعة: ٥٩٧.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٠، ب١٦ من الخيار، ح٣.

(٥) القواعد ٢: ٧٥، وفيه: «صانعاً» بدل «صائغاً».

(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٨.

(٧) تقدّم في ص١٣٩.

ولا إشكال في ثبوت الردّ والأرش به معه، كما عرفت.

ومثله حدوث العيب من غير جهة المشتري في الثلاثة لو كان المبيع حيواناً؛ لأنّه أيضاً مضمون على البائع فلا يمنع حكم العيب السابق.

وكذا كلّ خيار مختصّ بالمشتري بناءً على إلحاقه في ثلاثة الحيوان في الضمان لما يحدث فيه، كما تقدّم تحقيق الحال فيه.

والظاهر تعدّد سبب استحقاق الردّ حينئذٍ، وتظهر الثمرة في أُمور [١].

لكن يمكن البحث في المسألة لنفسها بفرضها في العيب المتجدّد قبل القبض مثلاً، وكان معيباً سابقاً.

فهل يتعدّد سبب الخيار في الردّ بهما لكونهما سببين أو يخصّ بالأوّل [٢].

أو يخص بالثاني باعتبار انقطاع حكم الردّ بحدوث العيب، وإن كان مضموناً على البائع؛ لا طلاق دليله، ويبقى حكم الردّ للثاني.

إلّا أنّه لا يخفى عليك ضعف الأخير [٣].

وأمّا الثاني فله وجه لو كان دليل الخيار به مستفاداً من دليل الخيار بالأوّل [٤].

نعم قد يقال: لو وجد أحدهما ثمّ رضي به ثمّ وجد آخر كان له الردّ به [٥].

[وكيف كان فإنّ كلّ منهما سبب مستقل في الردّ، وسقوط الردّ من أحدهما لا يوجب سقوطه من آخر] [٦].

---

[١] **فما عن المصنّف من أنّ له الردّ بأصل الخيار لا بالعيب الحادث وابن نما**[1] **بالعكس** في غير محلّه، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين، كما هو واضح، على أنّه لم نتحقّق هذه الحكاية عنهما في المقام.

نعم ستسمع كلامهما في حدوث العيب في ثلاثة الحيوان، وتحقيق الحال فيه، وهو غير المقام.

اللهمّ إلّا أن يراد جريان نظيره هنا، لكنّه لا يتمّ في المحكي عن ابن نما[2] هناك من إيجاب الردّ والأرش.

[٢] لأنّه المؤثّر، ولا أثر للثاني؛ لكونه تحصيل الحاصل؛ لأنّ جنس العيب اتحد أو تعدّد هو السبب.

[٣] بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، كما عرفت.

[٤] ضرورة كونه حينئذٍ كتعدّد القديم في ظهور عدم تعدّد الخيار به، على وجه يصحّ إسقاطه من جهة واحد دون الآخر؛ لكون المجموع بعد وجدانها دفعة أو تدريجاً سبب واحد.

[٥] لظهور الأدلّة في سببية الثاني حينئذٍ؛ ضرورة كونه كما لو رضي بالعيب قبل العقد فوجد غيره. لكن من المعلوم عدم ظهور هذه الأدلّة في المتجدّد، بل هي كالصريحة في السابق، وحينئذٍ يكون السابق صنفاً والمتجدد آخر، فيعمل كلّ مقتضاه، وسقوط من أحدهما لا يقتضي سقوطه من الآخر.

[٦] فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة محتاجة بعد إلى تنقيح.

---

(١) انظر غاية المراد ٢: ٦٣. الدروس ٣: ٢٨٩.

(٢) يأتي في ص ٢٥٥.

فقد تلخّص لك من ذلك [المتقدّم] ما يسقط الردّ والأرش والأوّل خاصة [١]. [ومن اشترى أباه ثم وجد به عيباً يتعين الأرش].

وقد يسقط الأرش ويبقى الردّ فيما لو اقتصر على إسقاطه دون الردّ، وفيما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوتها، كما لو ظهر العبد خصيّاً فإنّ المشتري يتخيّر بين الردّ والإمساك مجّاناً [٢].

وكيف كان فالأرش محلّ نظر، سيّما في شعر الركب ونحوه ممّا لا طريق إلى الفرض المزبور فيه.

---

[١] لكن كان عليه ذكر الانعتاق قهراً من القسم الثاني، كما لو اشترى أباه ثمّ وجد به عيباً فإنّه يتعيّن الأرش هنا؛ لعدم التمكّن من الردّ.

اللهمّ إلّا أن يتكلّف إدراجه في التصرّف أو غيره، أو يقال: بثبوت الردّ فيه، لكن بدفع القيمة عوضاً عنه؛ لمعلومية بدليتها. وإن كان قد يدفع الأخير ما ستعرفه من أنّ التلف هنا مسقط للردّ بالعيب ويبقى الأرش، فالانعتاق قهراً منزّل منزلته، والأمر سهل.

[٢] لعدم الاطّلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية.

بل أصالة براءة الذمّة كافية في نفيه، بعد ظهور أدلّة ثبوته أو صراحتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة. ولا يجري مثله في الردّ بعد فرض كونه عيباً **بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الإجماع على ثبوت الخيار به**[١]، بل هو مقتضى ما رواه ابن مسلم[٢] لابن أبي ليلى في الشعر على الركب.

فالردّ به حينئذٍ لا إشكال فيه.

وإن احتمل بعض متأخّري المتأخّرين عدمه كالأرش[٣]:

١ ـ للأصل.

٢ ـ وظهور نصوص الردّ في العيب المنقص للقيمة لا ما زاد فيها[٤].

لكن فيه منع واضح بعد ما عرفت.

بل قد يظهر من إطلاق الفتاوى كون العيب ما زاد عن الخلقة أو نقص، وأنّ فيه الردّ والأرش ثبوته فيه، ولذا استشكل فيه غير واحد من المحقّقين.

ولعلّ طريق تأريشه حينئذٍ إلغاء ما يترتّب على الخصي من المنفعة التي هي بالنسبة إلى بعض أفراد الناس، كالحكّام والسلاطين، ثمّ تقويمه فحلاً صالحاً للنسل، ولما يقدر عليه الفحول من الاشتغال، ولا ريب في حصول النقص حينئذٍ. وإن كان قد يناقش، بأنّ ذلك إضراراً على البائع، خصوصاً إذا كان حيواناً يراد منه كثرة لحمه وشحمه. وحرمة الفعل في الآدمي ـ بل وفي غيره، كما عن نهاية الإحكام نسبته إلى علمائنا[٥] ـ لا تنافي زيادة المال من جهته، وربّما لا يكون البائع فاعلاً له، **بل قيل: إنّ المصرّح بجوازه في غير الآدمي كثيرون**[٦]، **خلافاً للقاضي والتقي خاصّة فلم يجوّزاه**[٧].

---

(١) التذكرة ١١: ١٩٠. جامع المقاصد ٤: ٣٢٣.
(٢) الوسائل ١٨: ٩٧، ب ١ من أحكام العيوب، ح ١.
(٣) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٢٣ ـ ٤٢٤، ٤٢٨.
(٤) انظر الوسائل ١٨: ٩٧، ب ١ من أحكام العيوب.
(٥) نهاية الاحكام ٢: ٥٢٩.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٦١١.
(٧) المهذب ١: ٣٤٥. الكافي: ٢٨١.

نعم يمكن القول بعدم سقوط الردّ هنا بالتصرّف قبل العلم فيه. وبحدوث عيب لا من جهته [١].

وممّا يسقط فيه الأرش خاصّة ما لو اشترى ربوياً بجنسه وظهر عيب فله الردّ دون الأرش [٢].

ومع التصرّف أو حدوث عيب فيه البحث المذكور [٣].

نعم قد يقوى الوجوب [أي وجوب قبول البائع العين مع الأرش] بعد الفسخ لعود المال إليه، والعيب يجبر بالأرش الذي قد سمعت عدم الربا بعد الفسخ، وأنّه كأرش عيب المقبوض بالسوم إذا كان ربوياً [٤].

---

[١] **للضرر معه ومن هنا قال في الدروس: «لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح كما في الخصي احتمل سقوط الأرش، وبقاء الردّ لا غير.**

ويشكل مع حصول مانع من الردّ، كحدوث عيب أو تصرّف فإنّ الصبر على العيب ضرار، والردّ ضرار»[(١)].

ونحوه في المسالك، وزاد: «ويمكن ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية وهي باقية»[(٢)].

قلت: لا طريق بعد عدم السبيل إلى التأريش لعدم معرفته، إلّا القول بعدم سقوطهما الردّ هنا، بعد جبر العيب الحادث بالأرش من المشتري أو الالتزام، كما هو واضح.

[٢] حذراً من الربا.

[٣] **وقال في الدروس هنا: «لو اشترى ربويّاً بجنسه وظهر فيه عيب من الجنس فله الردّ لا الأرش، حذراً من الربا، ومع التصرّف فيه الإشكال.**

ولو حدث عنده عيب آخر احتمل ردّه، وضمان الأرش كالمقبوض بالسوم، واحتمل الفسخ من المشتري أو من الحاكم ويرتجع الثمن، ويغرم قيمة ما عنده بالعيب القديم كالتالف من غير الجنس، والأوّل أقوى؛ لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل»[(٣)].

وهو جيّد جدّاً، إلّا أنّ الأوّل يجري في التصرّف، وفي الخصى أيضاً لا في خصوص حدوث العيب في الربوي، كما هو واضح.

واعتبر [أي في الدروس] في المغرم من القيمة كونه من غير الجنس، حذراً من الربا، **وقد سبقه في ذكر الاحتمالين الفاضل في القواعد: «ولو كان المبيع حلياً من أحد النقدين بمساويه جنساً وقدراً فوجد المشتري عيباً قديماً وتجدّد عنده آخر لم يكن له الأرش ولا الردّ مجّاناً ولا مع الأرش، ولايجب الصبر على العيب مجّاناً، فالطريق الفسخ وإلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيباً بالقديم سليماً عن الجديد، ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ويردّ المشتري العين وأرشها ولا ربا، فإنّ الحليّ في مقابلة الثمن والأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم»**[(٤)].

لكن فيه: أنّ الفسخ لا يتقيّد برضا البائع، وإنّما المشترط به ردّ العين مع الأرش؛ لإمكان عدم وجوب قبول ذلك عليه، كما نصّ عليه بعضهم[(٥)].

[٤] ضرورة أنّ الربا في المعاوضات لا الغرامات.

---

(١)(٣) الدروس ٣: ٢٨٨.
(٢) المسالك ٣: ٢٨٤.
(٤) القواعد ٢: ٧٩.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٦٦٧.

و[الظاهر أنّ][١] وجه آخر[٢]، وهو رجوع المشتري بأرش العيب ولاربا[٣].

بل لا بأس حينئذٍ بأخذ الأرش من الجنس، ولا يشترط كونه من غير الجنس، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

(و) كيف كان فـ(**إذا أراد بيع المعيب فالأولى**) والأفضل (**إعلام المشتري بالعيب أو التبرّي من العيوب مفصّلة**) من غير فرق بين الخفي منه والظاهر[٤]، [لكن قيل بوجوب الإعلام في اللبن].

---

[١] [كما] قد ينقدح من ذلك [= مما تقدم].

[٢] [كما] **حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية، ونفى عنه البأس**[١]، **بل عن جامع الشرائع حكايته عن بعض أصحابنا**[٢].

[٣] لأنّ المماثلة في ماله إنّما تعتبر في ابتداء العقد وقد حصلت، والأرش حقّ ثبت بعد ذلك.

ودعوى أنّ الأرش لفوات مقابله من المبيع واضحة المنع؛ ضرورة اقتضائها انفساخ العقد بالنسبة إلى ذلك، وأنّه يستحقّ خصوص الثمن، وأنّ نماءه له، إلى غير ذلك ممّا لا يمكن التزامه.

[٤] لأصالة براءة الذمّة من وجوب الإخبار بعد انجبار الضرر بالخيار. **لكن قيّده جماعة من المتأخّرين بـ«الظاهر»**، الذي يمكن للمشتري الاطلاع عليه من دون إعلام البائع. أمّا الخفي فيجب الإخبار به، وإلّا كان غشّاً وتدليساً، بل ينبغي بطلان البيع في نحو شوب اللبن بالماء؛ لأنّ المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري. **وعليه نزّل ما عن الخلاف: «من باع شيئاً وبه عيب لم يبيّنه فقد فعل محظوراً وكان للمشتري الخيار»**[٣].

والمبسوط وفقه القرآن للراوندي: «وجب أن يبيّن للمشتري عيبه، أو يتبرّأ إليه من العيوب، والأحوط الأوّل»[٤].

والتحرير: «وجب الإشعار أو التبرّي من العيوب»[٥].

لكن ظاهر الأخيرة أو صريحها سقوط وجوب الإعلام، حتى بالخفي إذا تبرّأ من العيوب، **كما هو صريح الدروس: قال: «يجب على البائع الاعلام بالعيب الخفي على المشتري إن علمه البائع لتحريم الغشّ، ولو تبرّأ من العيب سقط الوجوب، قال الشيخ: والإعلام أحوط»**[٦]، **بل عن إيضاح النافع: أنّه المشهور**[٧]. وكأنّ وجهه الأصل بعد عدم صدق الغشّ معه. وعلى كلّ حال فلا خلاف في عدم وجوب الإخبار بالظاهر بعد تنزيل العبارات المزبورة على ما سمعت.

ولعلّه لذا قال في الرياض: «ويجوز بيع المعيب وإن لم يذكر عيبه مع عدم الغشّ، بلا خلاف في الظاهر»[٨]، **بل قد يظهر من إطلاق المتن والقواعد**[٩] **وغيرها عدم وجوبه حتى في الخفي.**

ولعلّه للأصل، وعدم كونه غشّاً، بعد أن لم يكن من فعله ولا أخبر بسلامته.

---

(١) التذكرة ١١: ١٣٢.
(٢) الجامع للشرائع: ٢٦٨.
(٣) الخلاف ٣: ١٢٥.
(٤) المبسوط ٢: ١٢٦. فقه القرآن ٢: ٥٦.
(٥) التحرير ٢: ٣٦٨.
(٦) الدروس ٣: ٢٨٧.
(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٩.
(٨) الرياض ٨: ٢٦٢.
(٩) القواعد ٢: ٧٤.

نعم هو كذلك [= غشٌّ]في مزج اللبن [١]. ثمّ على الوجوب فالظاهر صحّة البيع [٢]. بل لا يبعد ذلك حتى في اللبن الممزوج [٣]. ويتجه فيه البطلان مع فرض جعل العنوان اللبن منه [٤]. ولو جعل المشاهد صحّ [٥]ولو كان بعنوان أنّه لبن.

(ولو أجمل) في البراءة بأن قال: برئت من عيبه أو من جميع العيوب أو من العيوب **(جاز)** وكان كالتفصيل في الحكم [٦]، فيسقط به حينئذٍ الخيار في الردّ والأرش، ويسقط به أيضاً وجوب الإخبار بالخفي بناء على سقوطه بالبراءة المفصّلة [٧]. = ٢٤٧

---

[١] ولعلّ كلامهم في غيره.

[٢] لأنّ النهي عن أمر خارج.

[٣] **كما احتمله في المسالك قال: ولا جهالة بعد علم مقدار الجملة، فهو كما لو باع ماله ومال غيره وله الخيار حينئذٍ**[1]. وفيه: أنّه مناف لما فرضه أوّلاً من كون عنوان المبيع اللبن منه لا المشاهد، ولذا أبطله بالجهالة. ولا يجدي العلم بالجملة بعد أن كانت مبيعاً وغير مبيع، فالوجه الصحّة في الفرض، إلّا أنّ الظاهر كونه خيار عيب لا تبعّض؛ لصدق اسم اللبن على الممزوج، وإلّا كان خارجاً عن موضوع المسألة التي هي بيع ذي العيب الخفي المنافي صدق اسم العنوان عليه.

[٤] للجهالة.

[٥] للعلم بالجملة حينئذٍ.

[٦] لعموم المقتضي الذي قد عرفته فيما مضى من الإجماع وغيره.

[٧] **خلافاً لما عن بعض**[2] **الأصحاب فأوجب التفصيل، فلا يبرأ حينئذٍ بالإجمال ولا يسقط به الخيار**، بل قضيّة ما استدلّ له به في المسالك من أنّه بيع مجهول: البطلان. إلّا أنّه كما ترى:

١ ـ إذ لا جهل مع المشاهدة، واعتبار ما يجب اعتباره في صحّة البيع، والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحّة البيع. ولا يشترط معرفة الباطن، لا أنّه يعتبر، ويكفي فيه أصل السلامة، حتى يقال: يذهب الوثوق به بالتبرّي فيكون كبيع المجهول.

٢ ـ على أنّه قد عرفت في اشتراط سقوط خيار الرؤية ما يؤكّد ذلك، فلاحظ وتأمّل.

كلّ ذا مع ضعف الخلاف المزبور وإن حكي عن ابن إدريس[3]، إلّا أنّه غلط قطعاً.

نعم حكاه في المختلف عن أبي علي[4] **وحكى فيه**[5] **عن القاضي ما يقتضي ذلك.**

ويمكن دعوى مسبوقيّتهما بالإجماع وملحوقيّتهما به.

فما في الدروس: «من أنّ في التبرّي مجملاً قولين، أشهرهما الاكتفاء سواء علم البائع بالعيب أم لا»[6] ممّا يوهم أنّه قول المشهور في غير محلّه، والله أعلم.

---

(١) المسالك ٣: ٢٨٥.
(٢) حكاه في السرائر ٢: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.
(٣) حكاه في المختلف ٥: ١٧٠.
(٤) المختلف ٥: ١٧٠.
(٥) المختلف ٥: ١٧٠ ـ ١٧١.
(٦) الدروس ٣: ٢٨٢.

[ظهور عيب بعض الصفقة يوجب رد الجميع]:

(**وإذا ابتاع شيئين صفقة**) من مالك واحد بثمن واحد (**ثمّ**[١] **علم بعيب في أحدهما لم يجز ردّ المعيب منفرداً**) (و) لكن (**له ردّهما**) معاً (**أو أخذ الأرش**) [١].

و[المختار] [٢] عدم الفرق في الحكم المزبور بين ما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو لا، ولا بين حصول القبض وعدمه.

نعم لو تصرّف فيهما أو في أحدهما مثلاً سقط الردّ وتعيّن الأرش [٣].

والظاهر اتحاد الحكم في باقي الخيارات فليس له في خيار المجلس ردّ بعض المبيع والالتزام بالباقي [٤]. وعلى كلّ حال فقد ظهر عدم التفريق في الصفقة الواحدة. ومنه ما لو اشترى حاملاً وشرط الحمل أو قلنا: بدخوله فوضعت، ثمّ ظهر على العيب فليس له إفرادها بالردّ [٥]، من غير فرق بين الأمة والدابّة. ولو كان الحمل عنده لابتصرّفه فالحمل له. وإن فسخ فـ[ـقد قيل] [٦] [بمنع الحمل ـ ولو باهماله المراعاة ـ من الردّ].

قلت: لا ريب في قصور حملها على وجه لا يعدّ تصرفاً إلّا أنّه يمكن القول بمنعه مطلقاً من الردّ إذا كان في غير زمن الخيار [٧].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، بل في الغنية الإجماع عليه**[٢].

كما عن الخلاف أنّ دليله إجماع الفرقة وأخبارهم[٣]. لا لأنّ ردّه خاصّة موجب للتبعيض الذي يتضرّر به البائع؛ إذ يمكن جبره بتسلّط البائع على الخيار حينئذٍ. بل لظهور الأدلّة في تعلّق حقّ الخيار بالمجموع لا في كلّ جزءٍ منه، لا أقلّ من الشكّ؛ ضرورة عدم الوثوق بإطلاق فيها على وجه يشمل الفرض، والأصل اللزوم.

[٢] [كما] منه يعلم حينئذٍ.

[٣] لأنّهما بمنزلة مبيع واحد بالنسبة إلى ذلك. ولا يقاس الخيار على الشفعة التي قيل[٤]: إنّهم صرّحوا في بابها فيما لو باع حصّة من الدار والبستان صفقة بأنّ لشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة وإن تبعّضت الصفقة.

[٤] لما عرفت، وإثباته لكلّ من الورثة في حقّه على القول به لمدرك آخر، كما أشبعنا الكلام فيه فيما تقدّم.

[٥] لا لتحريم التفرقة، بل لاتحاد الصفقة.

[٦] [كما] **في الدروس: «ردّ الأُم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة. وأطلق القاضي: أنّ الحمل يمنع من الردّ**[٥] **إما بفعله أو بإهماله المراعاة حتى ضربها الفحل وكلاهما تصرّف»**[٦].

[٧] لأنّه عيب حدث عنده؛ لما ستعرفه من عدّهم الحمل عيباً، وعدم نقصها به لا يرفع كونه عيباً، فتأمّل، والله أعلم.

---

(١) في الشرائع: «و».

(٢) الغنية: ٢٢٣.

(٣) الخلاف ٣: ١١٠، ١١٥.

(٤) قاله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٠.

(٥) الدروس ٣: ٢٨٥.

(٦) انظر المهذب ١: ٣٩٣.

[رد أحد الشريكين نصيبه بالعيب دون الآخر]:

(**وكذا**) في عدم جواز الاختلاف (**لو اشترى إثنان شيئاً**) متّحداً أو متعدّداً على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك. نعم (**كان لهما**) معاً (**ردّه أو إمساكه مع الأرش، وليس لأحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه**) [١]. من غير فرق بين علم البائع بتعدّد المشتري وجهله، ولابين اتّحاد العين وتعدّدها، ولا بين اقتسامها قبل التفرّق وعدمه [٢].

ولو كان المبيع عينين لكلّ واحد من المشتريين واحدة منهما معيّنة ولو بما يخصّها من الثمن لو كان كلّياً فالظاهر جواز التفريق؛ للتعدّد حقيقة. مع احتمال العدم [٣]. إلّا أنّ الأوّل أقوى.

ولو ظهر العيب في الأوّل في الثمن، فإن كان في جميعه فلا إشكال في التخيير، وإن كان في بعضه فالظاهر عدم جواز ردّه حتى على القول بجواز التفريق في المشتريين [٤].

نعم لو دفع كلّ من المشتريين جزءً من الثمن متميّزاً واشتريا بالمجموع شيئاً مشتركاً فظهر بأحدهما عيب

---

[١] **على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً.**

[٢] لا للتضرر بتبعّض الصفقة والشركة مع المشتري الآخر؛ إذ قد عرفت إمكان دفعه بجبره بالخيار، مع أنّه لا يتمّ في صورة علم البائع بالتعدّد. بل لما سمعت من أصالة عدم الخيار على هذا الوجه، بعد انصراف أدلّته إلى غيره. ودعوى تنزيل تعدّد المشتري منزلة تعدّد العقد واضحة المنع بالنسبة إلى ذلك.

خلافاً للمحكي عن شركة المبسوط والخلاف وأبي علي والقاضي والحلّي وصاحب البشرى وفخر الاسلام، فجوّزوا اختلافهما في ذلك(١)**، واستوجهه في المسالك**(٢)**، ونفى عنه البعد في التذكرة**(٣)؛ لإطلاق الأدلّة، وكونه بمنزلة عقدين، وإقدام البائع على الشقص. و[**خلافاً**] **للتحرير والكركي فيجوز مع علم البائع بالتعدّد لا مع جهله**(٤)**، واستحسنه صاحب المسالك**(٥). وضعفهما معاً واضح، بعد ما عرفت من انصراف الإطلاق إلى غيره، ومنع التنزيل وتأثير الإقدام، بل الأخير منهما أوضح ضعفاً؛ ضرورة عدم مدخلية العلم والجهل في تعدّد العقد واتحاده. نعم لهما مدخلية في ثبوت الخيار للبائع بالتبعيض وعدمه، كما هو واضح.

[٣] **بل في المسالك: «إمكان تمشّي الخلاف فيه، نظراً إلى اتحاد العقد»**(٦).

[٤] لوضوح الفرق بينهما، بأنّ المشتري الذي يردّ إنّما يردّ تمام حصّته، فيكون كأنّه ردّ تمام المبيع، نظراً إلى تعدّده بالنسبة إليه. وهذا لا يأتي في الثمن؛ لأنّ البائع إذا ردّه إنّما يردّه عليهما معاً؛ إذ الفرض كونه مشتركاً بينهما، فإذا ردّ المعيب فقد ردّ على مستحقّه بعض حقّه وبقي البعض الآخر عنده. فهو في التحقيق من قبيل المسألة الأولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها. **فما عن بعض**(٧) **الأصحاب ـ من جواز التفريق فيه فيردّ المعيب منه، ويبطل ما قابله من المبيع حينئذٍ، نظراً إلى كون** العقد بمنزله المتعدّد باعتبار تعدّد المشتري فيه ـ واضح الضعف، **وإن جعله في المسالك وجهاً**(٨).

---

(١) المبسوط ٢: ٣٥١. الخلاف ٣: ٣٣٣. نقله عن أبي علي والقاضي في المختلف ٥: ١٨٧. السرائر ٢: ٣٤٥. وعن البشرى في كشف الرموز ١: ٤٧٧. الايضاح ١: ٤٩٤.

(٢)(٥)(٦) المسالك ٣: ٢٨٦.

(٣) التذكرة ١١: ١٧٣.

(٤) التحرير ٣: ٢٣٦. جامع المقاصد ٤: ٣٣٤.

(٧)(٨) المسالك ٣: ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

وكان المعيب مساوياً لحصّة صاحبه أمكن جواز ردّه خاصّة لمالكه ؛ لتحقّق التعدّد حينئذٍ .

كما أنّ الظاهر إن لم يكن مقطوعاً به جواز التفريق لو اشتريا عينين كلّ منهما بثمن مستقلّ لا على وجه الشركة ، وإن كانت الصفقة واحدة في الصورة [١] . هذا كلّه في تعدّد المشتري .

أمّا لو تعدّد المستحقّ مع اتّحاد المشتري ابتداء كما لو تعدّد وارث خيار العيب [٢] [ففيه احتمالان] .

وقد عرفت التحقيق في ذلك فيما تقدّم [وأنّه لا يجوز التبعيض ، بل يقدّم الفاسخ منهم] ، فلاحظ وتأمّل .

ولو تعدّد البائع واتحد المشتري جاز التفريق ، سواء اتحد العقد أو تعدّد [٣] [وهو الاقوى] .

[ظهور عيب الأمة بعد وطئها] :

(وإذا وطئ الأمة ثمّ علم بعيبها) الذي هو ليس بحبل (لم يكن له ردّها) [٤] ، وتعيّن له الأرش [٥] .

(فإن كان العيب حبلاً جاز له ردّها ويردّ معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطء) [٦] .

---

[١] **إلّا على احتمال تسمعه من المحقّق الثاني**(١) .

[٢] **ففي القواعد : « أنّه لا إشكال في وجوب التوافق »**(٢) . ولعلّه لاتحاد العقد . لكن قال فيما تقدّم في الخيارات : « وهل للورثة التفريق ؟ نظر ، أقربه المنع »(٣) . **واحتمله [= جواز التفريق] في المسالك هنا**(٤) .

[٣] **بل في الدروس وعن ظاهر التذكرة وتعليق الإرشاد الإجماع عليه ، حيث قالوا : جاز له الردّ قطعاً**(٥) . ولعلّه لأنّ تعدّد البائع يوجب تعدّد العقد ، ولعدم التبعيض على المردود عليه . لكن في جامع المقاصد : « قد يقال : إذا اتحد العقد جاء الإشكال السابق في المشتريين صفقة ؛ لصورة الصفقة هنا أيضاً »(٦) ، قيل : « وفيه : أنّ الفرق بين تعدّد المشتريين وتعدّد البائعين واضح ؛ لأنّه يلزم في الأوّل تبعّض الصفقة على البائع ولا كذلك الثاني ، نعم يجيء الإشكال في بعض الصور : منها ما إذا اشترى اثنان من اثنين دفعة في صفقة واحدة ؛ لأنّ كلّ واحد من المشتريين قد اشترى ربع العبد مثلاً من كلّ واحد من البائعين ، فلو ردّ الربع على أحدهما تبعّضت الصفقة عليه »(٧) . قلت : بعد الإغضاء عمّا ذكره يمكن القول بكون الوجه في عدم جواز الردّ في تعدّد المشتري عدم تناول الأدلّة له ، فتبقى أصالة اللزوم بلا معارض . ونحوه يأتي هنا أي تعدّد البائع ، مؤيّداً بدعوى ظهور الأدلّة في كون الخيار في نفس العقد ، فمع اتحاده لا يتصوّر التفريق فيه . إلّا أنّ الأقوى ماذكرناه أوّلاً ، فتأمّل جيّداً ، والله أعلم .

[٤] **عندنا .**

[٥] **بلا خلاف إلّا من الجعفي ، كما في الدروس**(٨) . ولا إشكال نصّاً وفتوى ، **بل الإجماع بقسميه عليه .**

[٦] **إجماعاً محكياً في الاستبصار**(٩) **والغنية**(١٠) : ١ ـ إن لم يكن محصّلاً ، وهو الحجّة . ٢ ـ بعد المعتبرة

---

(١) (٦) جامع المقاصد ٤ : ٣٣٤ .
(٢) القواعد ٢ : ٧٤ .
(٣) القواعد ٢ : ٦٨ .
(٤) المسالك ٣ : ٢٨٧ .
(٥) الدروس ٣ : ٢٨٥ . التذكرة ١١ : ١٧٣ . نقله عن تعليق الإرشاد في مفتاح الكرامة ٤ : ٦٣١ .
(٧) مفتاح الكرامة ٤ : ٦٣١ .
(٨) الدروس ٣ : ٢٨٠ .
(٩) كذا في النسختين (المطبوعة والحجرية) ولكن الصحيح كما ورد في الرياض ٨ : ٢٦٤ ومفتاح الكرامة ٤ : ٦٣٤ . أنّه الانتصار انظر : ٤٣٩ ـ ٤٤٠ .
(١٠) الغنية : ٢٢٢ .

المستفيضة أو المتواترة في ردّها وأنّه لا يمنع منه الوطء. وفي صحيح ابن سنان[١] ومعتبر عبدالملك بن عمرو[٢] وخبري سعيد بن يسار[٣] وفضيل مولى محمد بن راشد[٤]: «يردّ معها نصف العشر». ١ ـ وفي خبر عبدالرحمن: «يردّ معها شيئاً»[٥]. ٢ ـ وفي صحيح محمد: «يكسوها»[٦]. وتأوّلهما الشيخ بمطابقة نصف العشر[٧]. ولكن روى عبدالملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها، قال: «يردّها ويردّ معها عشر ثمنها إذا كانت حبلى»[٨]. وحمله في التهذيبين على الغلط من الناسخ أو الراوي، بإسقاط لفظ «نصف» ليطابق ما رواه هذا الراوي بعينه وغيره[٩]. وقد يؤيّده ما في الدروس من أنّه «ذكر الصدوق هذا الخبر[١٠] برجاله، وفيه نصف العشر»[١١]، كما أنّه يمكن حمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها، أو على البكر بحمل الحمل من السحق أو وطء الدبر، بناءً على أنّ له منفذاً، مؤيّداً: ١ ـ بما في الكافي بعد أن ذكر خبر عبدالملك المتضمّن للنصف[١٢]، قال في رواية أُخرى: «إن كانت بكراً فعشر قيمتها، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»[١٣]. ٢ ـ وبالمعلوم من وضع الشارع العشر لوطء البكر في غير المقام. وعلى كلّ حال فقد عرفت من ذلك مستند **ما عن الحلبي من إطلاق ردّ العشر**[١٤]، **وما عن ابن إدريس والفاضل والكركي والقطيفي والميسي والشهيد الثاني وبعض متأخّري المتأخّرين من ردّ ذلك [= العشر] إذا كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً**[١٥]. إلّا أنّ الأوّل: ١ ـ مع اتحاده واحتماله ما عرفت. ٢ ـ وذكره عشر الثمن لا القيمة. ٣ ـ وظهوره في كون الوطء مع العلم بالحبل، الذي ستعرف خروجه عمّا نحن فيه. ٤ ـ ومخالفته للمعلوم من وضع الشارع نصف العشر لوطء الأجنبي فضلاً عن المقام الذي كان الوطء فيه من المالك. ٥ ـ قاصر عن معارضة النصوص السابقة، المعتضدة بعمل الأصحاب من وجوه. فلا ريب حينئذٍ في ضعف القول. أمّا التفصيل [أي الذي ذكره جماعة من العلماء] فإنّه وإن أمكن حمل الخبر المذكور عليه، ويشهد له المرسل المزبور المؤيّد بمعلوميّة وضع هذا التقدير للوطء في غير المقام، إلّا أنّ إطلاق النصوص[١٦] الكثيرة والفتاوى على خلافه. اللهمّ إلّا أن يدعى انصرافه للحامل التي ذهبت بكارتها، كما هو الغالب.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٠٥، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ١.
(٢) المصدر السابق: ١٠٦، ح ٣.
(٣) (٤) المصدر السابق: ١٠٧ ـ ١٠٨، ح ٩، ٨.
(٥) المصدر السابق: ١٠٦، ح ٥.
(٦) المصدر السابق: ١٠٧، ح ٦.
(٧) الاستبصار ٣: ٨١، ذيل الحديث ٢٧٥، ٢٧٦. والتهذيب ٧: ٦٣.
(٨) الوسائل ١٨: ١٠٧، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٧، وليس فيه: «معها».
(٩) التهذيب ٧: ٦٣، ذيل الحديث ٢٧٢. الاستبصار ٣: ٨١، ذيل الحديث ٢٧٤.
(١٠) الفقيه ٣: ٢٢١، ح ٣٨٢٠. الوسائل ١٨: ١٠٧، ب ٥ من أحكام العيوب، ذيل الحديث ٧.
(١١) الدروس ٣: ٢٨٠.
(١٢) الكافي ٥: ٢١٤، ح ٣.
(١٣) الكافي ٥: ٢١٤، ذيل الحديث ٣. الوسائل ١٨: ١٠٦، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٤، وفيهما في الموردين: «ثمنها» بدل «قيمتها».
(١٤) الكافي: ٣٥٨.
(١٥) السرائر ٢: ٢٩٨. المختلف ٥: ١٧٩. التذكرة ١١: ٩٥. جامع المقاصد ٤: ٣٣٧. نقله عن القطيفي والميسي في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٦. المسالك ٣: ٢٩٠. مفاتيح الشرائع ٣: ٧٠.
(١٦) انظر الوسائل ١٨: ١٠٥، ب ٥ من أحكام العيوب.

و[المختار] [١] أنّ المتجه حينئذٍ خروج البكر الحامل عن موضوع المسألة [٢]. خصوصاً مع إمكان دعوى عدم جواز الردّ فيها بفوات جزءٍ من العين وهي البكارة، فهي كما لو تصرّف فيها بغير الوطء معه، فإنّه لا إشكال في خروجها عن موضوع المقام حينئذٍ وبقائها على مقتضى القواعد. كالتي وطأها المشتري في دبرها [٣]، فلا تردّ حينئذٍ.

وعلى تقديره فالظاهر ردّ نصف العشر لو كانت بكراً [٤]. وطريق الاحتياط في جميع ذلك غير خفي.

وكيف كان فلا إشكال في الردّ بالحبل مع الوطء بنصف العشر في الجملة [٥].

---

[١] [لما] فيه، بعد إمكان منع عدم تناول الحامل له، وإن ندر سببه بالسحق ونحوه.

[٢] كما احتمله في القواعد في الحامل بالمساحقة[١]، فتبقى حينئذٍ على القواعد؛ لأنّ الجرأة على إخراجها [=البكر] عنها [= المطلقات] بالمرسل المزبور -الذي لا جابر له، مع أنّه بأضعف وجوه الإرسال- كما ترى.

[٣] بناءً على انصراف الوطء في النصوص والفتاوى إلى الغالب من الوطء بالفرج.

[٤] **وفاقاً لجماعة**؛ لظهور توظيف العشر لزوال البكارة والفرض بقاؤها، مضافاً إلى إطلاق النصّ بنصف العشر، مع احتماله لصدق وطء البكر. إلّا أنّه ضعيف، كضعف احتمال ردّها بلا شيء؛ لترتّب العشر ونصفه على الوطء المنصرف إلى القبل.

[٥] **خلافاً للمحكي عن أبي علي فمنعه مطلقاً**[٢].

ووافقه الفاضل في المختلف والسيد في الرياض[٣]. وحملوا إطلاق النصوص والفتاوى على الحامل من المولى، فيكون بيعها باطلاً. وردّ العقر حينئذٍ عوض وطء ملك الغير. فلا مخالفة فيها لقاعدتي:

١ - عدم ردّ المعيب بالتصرّف.

٢ - وعدم العقر للوطء في الملك. على أنّ الموظّف منه للبكر العشر، وقد أطلق في النص والفتوى نصف العشر، المعتضد أوّلهما بالمعتبرة المستفيضة الدالّة على عدم جواز ردّ الجارية إذا وطئت بالعيب السابق، وإنّما له الأرش[٤]، وفي صحيحي محمد بن مسلم: «معاذ الله أن يجعل له أجراً».

قال في أوّلهما: سأل أحدهما عليه السلام عن الرجل يبتاع الجاريه فيقع عليها فيجد فيها عيباً بعد ذلك، قال: «لا يردّها على صاحبها، ولكن تقوّم ما بين العيب والصحّة ويرد على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً»[٥].

وفي الآخر عن الصادق عليه السلام: قال: «كان علي عليه السلام لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان علي عليه السلام يقول: معاذ الله أن أجعل لها أجراً»[٦].

وفيه: أنّه يشبه أن يكون اجتهاداً في مقابلة النصوص والفتاوى بلا شاهد.

بل اقتصارهما على خصوص الوطء شاهد بخلافها؛ ضرورة عدم الفرق في ردّ الحامل من المولى بين التصرّف فيه بوطءٍ

---

(١) القواعد ٢: ٧٥.
(٢) نقله في المختلف ٥: ١٧٨.
(٣) المختلف ٥: ١٧٩. الرياض ٨: ٢٦٤.
(٤) انظر الوسائل ١٨: ١٠٢، ب ٤ من أحكام العيوب.
(٥) المصدر السابق: ١٠٣، ح ٤.
(٦) المصدر السابق: ١٠٤، ح ٨، وفيه: «عن محمّد بن ميسر».

وغيره ؛ لفساد البيع . ودعوى تخصيصه لكونه الغالب في مشتري الأمة واضحة المنع ، كما أنّ تعبير أكثر الأصحاب بجواز الردّ شاهد على الخلاف أيضاً ؛ إذ على الفرض المزبور يجب الردّ . نعم عن نهاية الطوسي : يلزمه الردّ[١] ، ونحوها عن المراسم والوسيلة[٢] ، إلّا أنّها في جنب غيرها من إطلاق الأصحاب وتصريحهم كالعدم . والنصوص وإن اشتمل بعضها على الأمر بالردّ إلّا أنّه في مقام توهّم الحظر ؛ لمعلومية عدم ردّ المعيب إذا تصرّف فيه ، وخصوصاً الجارية إذا وطئت .

و« الأجر » في الصحيحين للردّ على بعض العامة القائلين بردّ الجارية غير الحبلى مع الأجر إن وطئت ، لا أنّ المراد به ما يشمل العقر المزبور ، كما أنّ المراد بالعيب فيهما غير الحبل .

بل كاد يكون صريح صحيحي ابن سنان[٣] وزرارة[٤] منها ، مع أنّه لا استنكار في تقييد المطلقات وتخصيص العمومات بمثل هذه النصوص المستفيضة ، المعمول بها عند الأصحاب قديماً وحديثاً . ومنه يعلم أنّه لا حاجة إلى ما في الدروس[٥] وغيرها من تكلّف كون الفسخ هنا لوردّ كاشفاً عن الفساد من الأصل حينئذٍ ، فيكون الوطء بغير الملك . فيتجه إعطاء العقر :

١ ـ مع أنّ الكشف خلاف الأصل أوّلاً .

٢ ـ وخلاف المعهود في باقي الخيارات ثانياً .

٣ ـ فالتزام ردّ العقر وإن كان الوطء في الملك لهذه النصوص أولى قطعاً ، وقد ورد مثله في التصرية[٦] ، كما ستسمع . وإطلاق نصف العشر في النص والفتوى مشترك الإلزام ؛ ضرورة عدم تماميته على تقدير كون الحمل من المولى ، كما أنّ الجواب عنه ـ بانصراف الحامل إلى فاقدة البكارة على ما هو الغالب ـ مشترك بينهما ، بل ربّما يجاب عنه على المشهور باستثناء هذه البكارة من وطء البكر ؛ لمكان الحمل ، الذي بسببه كانت بكارتها بمنزلة العدم ، وإن كانت من سحق ونحوه فأرشها حينئذٍ على البائع ، على أنّ ذلك إنّما يتمّ على من أطلق ، أمّا من فصّل بين البكر وغيرها فلا يردّ عليه ذلك .

فلا ريب حينئذٍ في ضعف الحمل المذكور .

مع أنّ المحكي عن ابن الجنيد[٧] الذي هو الأصل في الخلاف أنّه قيّد الحمل بكونه من المولى ، وهو أعم من بطلان البيع ؛ إذ يمكن حمله على حمل منه بحيث لا يقتضي ذلك ، كما لو حملت من رائحة منيّه مثلاً .

قال في الدروس : « وقيّد ابن الجنيد بكون الحمل من المولى ، ويلوح من النهاية ، وحينئذٍ يتوجّه لزوم الردّ ؛ للحكم ببطلان البيع ، ويتوجّه وجوب العقر ، ولو حمل على حمل لا يلزم منه بطلان البيع لم يلزم الردّ ، وأشكل وجوب العقر ؛ لأنّها ملكه حال الوطء ، إلّا أن يقول : الردّ يفسخ العقد من أصله ، أو يكون المهر جبراً لجانب البائع كما في لبن الشاة المصرّاة أو غيرها عند الشيخ ، والأخبار مطلقة في الحمل ، وهو الأصحّ »[٨] .

قلت : بل ما فيها من شبه التفصيل بين عيب الحبل وغيره ، كالصريح في إرادة الحمل من غير المولى ، والله أعلم .

---

(١) النهاية : ٣٩٢ .
(٢) المراسم : ١٧٥ . الوسيلة : ٢٥٦ .
(٣) الوسائل ١٨ : ١٠٢ ، ب ٤ من أحكام العيوب ، ح ١ .
(٤) المصدر السابق : ١٠٣ ، ح ٥ .
(٥) الدروس ٣ : ٢٨٠ .
(٦) الوسائل ١٨ : ٢٧ ، ب ١٣ من الخيار ، ح ٢ .
(٧) نقله في المختلف ٥ : ١٧٨ ـ ١٧٩ .
(٨) الدروس ٣ : ٢٨٠ .

هذا، (و) [المختار] [١] أنّه (لا تردّ) الأمة (مع الوطء) قبلاً أو دبراً (بغير[١] عيب الحبل) وأنّها تردّ به إذا وطئت [٢].

[إلّا أنّه يجب الاقتصار على المتيقّن وهو ما لو لم يعلم بالحبل حال الوطء].

وهل يلحق بالوطء مقدماته من اللمس ونحوه؟ [٣]

[قلت: يمنع ردّها إذا اختص التصرّف بالمقدّمات ولم يقع الوطء، وأمّا إذا وقع معها الوطء فقد يقوى عدم منعها من الردّ].

ثمّ إنّ [الظاهر] [٤] كون الحمل عيباً في الأمة.

---

[١] [كما] قد ظهر لك مما ذكرنا.

[٢] لكن قد يظهر من المتن وغيره اشتراط ذلك بعدم العلم بالحبل حال الوطء، فلو وطأها عالماً لم يكن له الردّ، **وبه صرّح في الدروس والمحكي عن غيرها، فقال: «ولو وطئ بعد العلم بالحبل تعيّن الأرش، ويظهر من التهذيب جواز الردّ، ويلزمه العشر عقوبة، وجعله محملاً لرواية العشر، وأكثر الأخبار مقيّدة بعدم العلم»**[٢].

قلت: هو كذلك إلّا أنّه في أسئلتها.

بل في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «قال علي عليه السلام: لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنها من ثمنها... إلى آخره»[٣]. وفي خبر زرارة عن الباقر عليه السلام: «كان علي بن الحسين عليهما السلام لا يردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها»[٤]. ومفهومها مطلق، بل خبر عبدالملك[٥] كالظاهر في الوطء مع العلم وعدم القول بما تضمّنه من ردّ العشر لا ينافي العمل به بالنسبة إلى ذلك. إلّا أنّ الحكم لمّا كان مخالفاً للعمومات والإطلاقات وجب الاقتصار فيه على المتيقّن.

[٣] **ففي الدروس: «نظر، من التنبيه، ومن النص على إسقاطها خيار الحيوان، ولأنّ الوطء مجبور بالمهر بخلاف المقدّمات»**[٦].

وفي المسالك بعد أن ذكر الوجهين أيضاً من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص ومن الأولوية واستلزامه لها غالباً، قال: «وتوقّف في الدروس، وله وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطء، ولو اختصّ التصرّف بها فالإلحاق به من باب مفهوم الموافقة وإن كان استثناؤها مطلقاً متوجّهاً للملازمة»[٧].

قلت: قد تمنع الأولوية إذا اختص التصرّف بها [=بالمقدّمات] لا على إرادة الوطء، بل وعلى إرادته [=الوطء] ولم يقع، ولا تلازم بين العقوبتين. أمّا إذا وقع فقد يقوى عدم منعها من الردّ؛ لفحوى الردّ بالوطء الذي يقارنه غالباً هذه المقدّمات مع ترك الاستفصال.

[٤] [كما هو] ظاهر نصوص المقام وفتاواه.

---

(١) في الشرائع: لغير.

(٢) (٦) الدروس ٣: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٣) الوسائل ١٨: ١٠٢، ب ٤ من أحكام العيوب، ح ١، وفيه: «عنه» بدل «عنها».

(٤) المصدر السابق: ١٠٣، ح ٥.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠٦، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٣.

(٧) المسالك ٣: ٢٨٩.

بل الظاهر ذلك وإن قلنا بتبعيته للمبيع [١].

بل لا يبعد كونه عيباً في الدابة فضلاً عن الأمة، فلا يردّ معه بالعيب السابق لحدوث العيب إذا فرض حملها في غير زمن الخيار [٢]. لكنّ الإنصاف عدم خلوّ المسألة بعد عن الإشكال، فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها.

بقي شيء: وهو أنّ الحامل التي وطأها المشتري ولمّا يعلم إذا وجدها معيبة بغير الحمل أيضاً فقد ينساق إلى الذهن أنّها أولى بالردّ من المعيبة بالحمل خاصّة [٣].

لكن قد يقال: إنّ المتجه [٤] عدم الردّ [٥]. ولو اشتبه الحمل ـ فلم يعلم كونه عند البائع أو المشتري فأُخرج بالقرعة بناءً على ذلك وأُلحق بمن كان وطؤه من زوج أو غيره عند البائع ـ ففي جواز الردّ نظر [٦].

[أقسام العيوب]:

(القول في أقسام العيوب).

---

[١] إذ الزيادة حينئذٍ للمشتري من هذا الوجه لا تنافي النقيصة من آخر، وإلّا لم يجز ردّ المبيع المعيب إذا كان فيه صفة أُخرى لم يشترطها المشتري على البائع، وهو مخالف لإطلاق النصوص. لكن قد سمعت فيما سبق ما في الدروس، وعن الخلاف والغنية والتحرير: أنّه لو حملت الأمة عند المشتري ردّها بالعيب السابق دون الولد[١]، بل مدّعياً في الأوّلين الإجماع عليه. ونحوه عن المبسوط والتذكرة، إلّا أنّهما قيّداه بما إذا لم تنقص بذلك، وإلّا تعيّن له الأرش[٢].

وفي القواعد: « لو كان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري من غير تصرّف فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق؛ لأنّ الحمل زيادة »[٣]. ومقتضى تعليله كون الحكم كذلك في الأمة أيضاً، بل لو اشتراها حاملاً غير عالم بذلك وقلنا بتبعية الحمل للمبيع كان المتجه أيضاً عدم الردّ به، وإطلاق النصوص حجّة عليه.

[٢] **كما عن فخر المحقّقين وأوّل الشهيدين في الحواشي والكركي**[٤]؛ لانتقاص الانتفاع بها، وكونها معرضاً للتلف بما يخشى منه على الحامل، بل قد يقال: باندراجه في الضابط الآتي.

[٣] بل إطلاق النص شامل لها.

[٤] لقاعدة الاقتصار.

[٥] بعد انسياق غير المعيبة إلّا بالحبل من نصوص الردّ بالوطء. ولعلّه لذا قال المصنّف: « فإن كان العيب الحبل » مضافاً إلى إطلاق غير واحد من النصوص عدم الردّ مع الوطء إذا كانت معيبة، والمتيقّن في الخروج منه ما إذا لم تكن معيبة إلّا بالحبل، فتأمّل جيّداً.

[٦] من اقتضاء اللحوق السبق.

ومن أنّه حكم شرعي لا يقتضي تنقيح عنوان « فوجدها حاملاً »، وقاعدة الاقتصار تقتضي الثاني.

---

(١) الدروس ٣: ٢٨٠. الخلاف ٣: ١٠٧. الغنية: ٢٢٣. التحرير ٢: ٣٧٤.

(٢) المبسوط ٢: ١٢٦ ـ ١٢٧. التذكرة ١١: ١٤٥.

(٣) القواعد ٢: ٧٥.

(٤) الايضاح ١: ٤٩٥. نقله على الحواشي في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٩. جامع المقاصد ٤: ٣٤١.

[الضابط في العيب]:

(والضابط) فيها [١]: (أنّ كلّ ما كان من[١] أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب فالزيادة: كالإصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو) [٢]، إلّا أنّه كان الأولى إيكال ذلك إلى العرف [٣].

---

[١] على ما طفحت به عباراتهم مع اختلاف يسير، **بل عن مجمع البرهان: الإجماع[٢]. وفي الرياض: الظاهر الاتفاق عليه[٣].**

[٢] والأصل في ذلك واقعة ابن أبي ليلى مع محمد بن مسلم. ففي الكافي عن الحسين بن محمد عن السياري قال: روي عن ابن أبي ليلى أنّه قدم إليه رجل خصماً له، فقال: إنّ هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعراً - أي العانة - وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال ابن أبي ليلى: إنّ الناس ليحتالون إلى هذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذي كرهت؟ فقال: أيّها القاضي إن كان هذا عيباً فاقض لي به؟ فقال: اصبر حتى أخرج إليك فإني أجد أذى في بطني، ثمّ دخل وخرج من باب آخر حتى أتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له: أيّ شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعراً يكون ذلك عيباً؟ فقال له محمّد بن مسلم: أمّا هذا نصّاً فلا أعرفه، ولكن حدّثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «كلّ ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»، قال له ابن أبي ليلى: حسبك، ثمّ رجع إلى القوم، فقضى لهم بالعيب[٤]. ولا يقدح ضعف سنده بعد الانجبار بعمل الأصحاب الذين عبّر كثير منهم بلفظه، وآخر بما يرجع إليه من أنّه الخروج عن المجرى الطبيعي لزيادة أو نقصان. و[كيف كان فـ] مراد الجميع - كما قيل[٥] - عدم الزيادة والنقيصة ذاتاً أو صفة عن أكثر نوع ذلك المعيب. **نعم قيّده الفاضل في بعض كتبه بالموجب لنقصان المالية[٦]، كالمحكي عن يحيى بن سعيد[٧] وأطلق غيره، بل صريح ثاني الشهيدين وغيره بأنّه لا يجب أن يكون موجباً للنقص[٨]**؛ للاتفاق على أنّ الخصي عيب مع إيجابه زيادة، وكذا عدم الشعر على الركب. ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنّه «كان عليه أن يقيّد بقوله: غالباً؛ ليندرج فيه الخصا والجبّ، فإنّهما يزيدان في المالية، مع أنّهما عيبان فيثبت بهما الردّ قطعاً، وفي الأرش إشكال»[٩]. ولعلّ الذي دعاه إلى التقييد بالنقص القطع بعدم العيب فيما لو زاد، بحيث لا يعدّ عيباً عرفاً كزيادة بعض الأسنان وبعض الثالول ونحو ذلك، بل ربّما يزيد زيادة تزيد في حسنه كالشعر في الأهداب والحواجب، وكذا لو نقص نقيصة لا تعدّ عيباً عرفاً كبعض الأجزاء.

[٣] لا الاحتراز عنه بنقص المال؛ لما عرفت من أنّ بعض العيوب عرفاً - كالخصي ونحوه - لا تنقص قيمة المال. بل لعلّه يغني عمّا في جامع القاصد: من أنّه «ينبغي أن يكون المراد بالمجرى الطبيعي ما جرت به العوائد الغالبة؛ ليندرج فيه الأمور التي ليست مخلوقة أصلاً، ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أم لا، ككون الضيعة ثقيلة الخراج ومنزلة الجنود»[١٠]. قلت: إذا جعل المدار على العرف استغنى عن ذلك كلّه؛ ضرورة أنّ عيب كلّ شيء بحسبه.

---

(١) في الشرائع: «في» بدل «من».
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٢٤.
(٣)(٨) الرياض ٨: ٢٥٧. المسالك ٣: ٢٩٠.
(٤) الكافي ٥: ٢١٥، ح١٢. الوسائل ١٨: ٩٧، ب١ من أحكام العيوب، ح١.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٧.
(٦) القواعد ٢: ٧٢. التحرير ٢: ٣٦٥. التذكرة ١١: ١٨٩.
(٧) الجامع للشرائع: ٢٦٥، ٢٦٧.
(٩)(١٠) جامع المقاصد ٤: ٣٢٣.

[وأنّ عيب كلّ شيء بحسبه] (و) لا حاجة إلى تكلّف دخول (**نقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي، مستمرّاً كان كالمراض أو عارضاً ولو كحمّى يوم**) في الخلقة [١].

و[المختار] [٢] أنّه لا إشكال [٣] في أنّ الجذام والبرص والجنون والعمى والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس وأنواع المرض والإصبع الزائد والحول والخوص والسبل ـ وهو زيادة الأجفان ـ والتخنيث ـ وهو كونه خنثى ـ والجبّ والخصا ونحوها عيوب.

و[كذا] [٤] أنّ بول الكبير ـ أي الذي لا يبول مثله في العادة ـ عيب [٥]، و[كذا] اعتياد الزنى والسرقة [٦].

لكن على كلّ حال فلا ريب في أنّ اعتياد السرقة والزنى ونحوهما من المفاسد عيوب.

أمّا المرّة الواحدة فيشكل ثبوت العيب بها [٧].

والفسق ليس عيباً قطعاً.

لكن مقتضى ما سمعت قد يقال: إنّه إذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيباً؛ لأنّه يقتل صاحبها في الثالثة أو الرابعة.

---

[١] مع أنّه يمكن دعوى غير ذلك منها، ولا تكلّف غير ذلك، على أنّه لا ظهور في الخبر[١] في حصر العيب بذلك.

والمراد بحمّى اليوم ـ المحكي عن التذكرة الإجماع عليه[٢] ـ يوم البيع أو قبل القبض مثلاً فضلاً عن حمّى الودّ والغبّ.

[٢] [كما] قد ظهر من ذلك كلّه.

[٣] **بل ولا خلاف [فيه].**

[٤] **[كما هو] المشهور.**

[٥] **خلافاً للشيخ[٣].**

[٦] **بل ترك بعضهم[٤] الاعتياد.**

وعن المبسوط إذا وجده سارقاً كان له الخيار إجماعاً[٥].

وفي جامع المقاصد: «ظنّي أنّ الاعتياد غير شرط؛ لأنّ الإقدام على القبيح مرّة يوجب الجرأة، ويصير للشيطان عليه سبيل، ولترتّب وجوب الحدّ الذي لا يؤمن معه الهلاك»[٦].

وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ عيباً، كما في التحرير والدروس[٧]، بل في الجامع أيضاً: «ولو حصلت التوبة الخالصة المعلوم صدقها، ففي الزوال نظر»[٨]. وإن كان هو كما ترى.

[٧] **وقد يحمل عليه ما عن الخلاف من أنّ العبد والأمة إذا وجدهما زانيين لم يكن له الخيار[٩].**

---

(١) تقدّم في ص ٢٢٠.
(٢) التذكرة ١١: ٢٠٢.
(٣) الخلاف ٣: ١١٣.
(٤) الدروس ٣: ٢٨١.
(٥) المبسوط ٢: ١٣٠.
(٦)(٨) جامع المقاصد ٤: ٣٢٦.
(٧) التحرير ٢: ٣٦٦. الدروس ٣: ٢٨١.
(٩) الخلاف ٣: ١١٢.

كما أنّه قد يقال بعدم العيب من حيث استحقاق الحدّ بكلّ ما يوجبه بناءً على حرمة إقامته في هذا الزمان أو قلنا بجوازه وقطعنا بعدم وقوعه [١].

و[قيل :] [٢] كون البخر والصنان عيباً و[قيّد] [٣] بما لا يقبل العلاج .

ولعلّ التقييد بالزائد على المعتاد منه أولى ، إلّا أنّه ومع ذلك لا يخلو من إشكال في بعض أفراد العبيد [٤].

وليس عدم الختان في الصغير والأمة والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه عيباً قطعاً . أمّا الكبير فقد [قيل] [٥] بكونه عيباً [٦] [وقيل بعدمه].

و[المختار] [٧] أنّ استحقاق القتل أو القطع أو غيره من أنواع الحدّ والتعزير المخوف والاستسعاء في الدين عيب [٨]. أمّا التزويج والإحرام والصيام والحجامة والحياكة والاعتداد ومعرفة الغناء والنوح والقمار ونحوها وعدم

---

[١] ومنه يعلم الإشكال في عدّهم استحقاق الحدّ عيباً بلا خلاف ، كما تسمعه .

[٢] [كما] أطلق جماعة .

[٣] [كما] قيّده في القواعد[١].

[٤] **وعن الخلاف والمبسوط : أنّه لا يثبت البخر الخيار[٢] ، وعن المختلف : أنّه عيب في الجارية دون العبد ، لكن يثبت به الخيار فيه ؛ لأنّه خارج عن الأمر الطبيعي كالعيب[٣]** . وفيه ما لا يخفى ، ولعلّ ما ذكرناه من الإحالة إلى العرف يغني عن تحقيق ذلك .

كما أنّه يغني عمّا ذكره في القواعد وعن التذكرة من كون الضيعة منزل الجنود وثقيلة الخراج عيباً[٤].

[٥] **[كما] صرّح الفاضل والشهيد[٥]** .

[٦] **خلافاً لما عن المبسوط والخلاف[٦]** .

[٧] **[كما] لا خلاف أجده فيه [ـه].**

[٨] **بل عن التذكرة الإجماع عليه في الجملة[٧] ، وفي الدروس : « الأقرب كونه لزنية أو أعسر ـ أي يعمل بيساره عيب ـ ويقوى ذلك في الكفر »[٨] ، واستشكل في القواعد في الثاني ، وجزم بالعدم في الأوّل والثالث[٩]** .

بل ربّما قيل[١٠] : إنّه المشهور في الأخير ، ولعلّ من عدّه عيباً نظر إلى الخروج عن الطبيعي به للولادة على الفطرة .

---

(١) القواعد ٢ : ٧٢.

(٢) الخلاف ٣ : ١١٣. المبسوط ٢ : ١٣٠.

(٣)(١٠) المختلف ٥ : ١٩١، ١٨٥.

(٤) القواعد ٢ : ٧٢ ـ ٧٣. التذكرة ١١ : ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٥) القواعد ٢ : ٧٣. الدروس ٣ : ٢٨١.

(٦) المبسوط ٢ : ١٣٠. الخلاف ٣ : ١١٣.

(٧) التذكرة ١١ : ٢٠٢.

(٨) الدروس ٣ : ٢٨١ ـ ٢٨٢.

(٩) القواعد ٢ : ٧٣.

معرفة الصنائع والطبخ والخبز ونحوها فليس عيباً.

ولو ظهر تحريم إلّا أنّه[١] على المشتري بنسب أورضاع أو مصاهرة فـ[ـفقد قيل] [١] بكونه عيباً نظر].

ولو كانت الأمة مستحاضة قيل: إنّه عيب أيضاً[٢].

وقيل[٣]: منه أيضاً الحمق البيّن، ونجاسة ما يحتاج تطهيره إلى مؤونة، أو كان منقصاً للعين وكثرة السهو والنسيان. و[كيف كان فالظاهر] [٢] الاحتياج إلى مراعاة العرف [٣]، هذا.

وقد يقال: [٤] إنّ الضابط المزبور [إنّما هو] للعيب الذي يثبت به الخيار، وإن لم ينقص به قيمة المال، كالجبّ والخصا وعدم الشعر على الركب وغير ذلك ممّا هو نقص في الخلقة أو زيادة فيها، بمعنى الخروج عن مستوى الخلقة بنقصان أو زيادة، فانّه عيب يثبت به الردّ وإن زادت قيمة المال.

وأمّا الزيادة التي يزداد بها حسناً كشعر الأهداب ونحوها فهي من الكمال في مستوى الخلقة لا الخروج عنها، فلا يرد على الضابط المزبور.

أمّا غير ذلك من العيوب التي لا تندرج في الضابط المزبور نحو كون القرية ثقيلة الخراج ومنزل الجنود، وكون العبد قاتلاً أو سارقاً أو نحو ذلك ممّا يوجب الحدّ والقصاص فمدار الخيار فيه على نقص المالية الموجب

٢٢ = ٢٦١

---

[١] [كما] في الدروس: «في كونه عيباً نظر، من نقص انتفاعه، وعدم صدق الحدّ عليه مع بقاء القيمة السوقيّة»[٤].

[٢] [كما] بذلك كلّه وغيره يظهر لك [ذلك].

[٣] وصعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور[٥]. اللهمّ إلّا أن يقال: لا بأس بالتعويل عليه وخروج بعض الأُمور التي لا تنطبق عليه بالإجماع ونحوه. واحتمال:

١ ـ أنّ له موضوعاً شرعيّاً.

٢ ـ أو مراداً كذلك.

٣ ـ وأنّه لا عبرة بالعرف، كما ترى.

[٤] بعد ملاحظة:

١ ـ إتفاقهم ظاهراً على جعل مضمون الخبر المزبور[٦] ضابطاً للعيب وعدمه.

٢ ـ وملاحظة عدم اندراج جملة ممّا ذكروا فيه الخيار للعيب فيه.

٣ ـ وملاحظة جملة ممّا سمعته من كلماتهم المشوّشة التي في بعضها ثبوت الخيار مع نفي المعيبية.

---

(١) هكذا وردت في النسختين (المطبوعة والحجرية) والظاهر أن الصحيح: «الأمة» كما في الدروس.

(٢) التذكرة ١١: ١٩٦.

(٣)(٤) الدروس ٣: ٢٨١، ٢٨٢.

(٥) الوسائل ١٨: ٩٧، ب ١ من أحكام العيوب، ح ١.

(٦) المصدر السابق.

للتضرّر [١]. هذا كلّه فيما يعدّ عيباً.

(و) أمّا فوات ما لم يكن كذلك فقد عرفت في بحث الشرائط أنّ (**كلّ ما يشترطه المشتري على البائع ممّا يسوغ فأخلّ به**) أو لم يحصل (**يثبت به الخيار وإن لم يكن فواته عيباً، كاشتراط الجعودة في الشعر والتأشير**) بالشين المعجمة (**في الأسنان والزجج في الحواجب**) والإسلام والبكارة ومعرفة الطبخ أو غيره، وكونها ذات لبن، أو كون الفهد صيوداً.

ولو شرط غير المقصود وظهر الخلاف ولم يكن غرض يعتدّ به فلا خيار على الأقوى.

وليس منه شرط الكفر أو الثيوبة أو كون الدابة حائلاً فبانت حاملاً لتعلّق الأغراض بذلك.

ولو شرطها حاملاً صّح.

ولو شرط الحلب كلّ يوم شيئاً معلوماً أو طحن الدابة قدراً معيّناً فـ [لقد قيل] [٢] لم يصحّ.

وكيف كان فالمراد من الخيار المزبور الردّ والالتزام بلا أرش إذا لم يكن فواته عيباً، كما عرفت البحث فيه فيما تقدّم.

كما أنّك عرفت كون المقصود من اشتراط هذه الصفات التي لا ترجع إلى فعل المشترط تعريض العقد للجواز إذا لم تحصل، فلاحظ وتأمّل جيّداً كي يظهر لك جملة ممّا له تعلّق بالمقام، والله أعلم.

(وهاهنا مسائل):

[التصرية]:

(**الأُولى التصرية تدليس**)؛ إذ المراد بها جمع اللبن في الضرع أياماً ليظنّ الجاهل بذلك أنّها حلوب [٣]، [ولا إشكال في كونه تدليساً محرّماً].

---

[١] ولعلّ إطلاق اسم العيب عليه باعتبار اللغة:

١ ـ لأنّه فيها لمطلق الوصمة.

٢ ـ أولأنّه عيب في المعاملة باعتبار اشتمالها على الضرر.

٣ ـ أو غير ذلك.

بل قد يناقش في ثبوت الأرش لجملة منها، كما يفصح عنه حكمهم بثبوت الخيار في العبد الجاني، وفي الدار المستأجرة لو بيعت من دون ذكر أرش، وبذلك يتم الأمر، ويظهر لك ما في جملة من الكلمات، والله الهادي.

[٢] [قاله] في القواعد[1].

[٣] وفي المحكي عن نهاية الأثيرية المصرّاة: الناقة أو البقرة أو الشاة يصرّى اللبن في ضرعها أي يجمع ويحبس » ثمّ قال أيضاً: « قد تكررت هذه اللفظة في الأحاديث، منها: قوله عليه السلام: « لا تصرّوا الإبل والغنم »[2]، فإن كان من الصرّ فهو بفتح التاء وضم

---

(١) القواعد ٢: ٧٣.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٧، ب١٣ من الخيار، ح ٢.

. . . . . .

الصاد ، وإن كان من الصري فيكون بضم التاء وفتح الصاد »[١].

وروي أيضاً : « من اشترى مصراة فهو بخير النظرين »[٢].

والمصباح المنير : « صريت الناقة ... ، فهي صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها في ضرعها ويتعدّى بالحركة ... والتضعيف مبالغة وتكثيراً ، فيقال : صريتها تصرية إذا تركت حلبها »[٣].

والصحاح : « صريت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياماً ، ... والشاة مصراة »[٤] فلم يذكر غير الشاة .

والقاموس : « ناقة صرياً محفّلة ... والصري : كربى والمصراة الشاة المحفّلة »[٥] انتهى . وحفّلت الشاة بالتثقيل ، تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفّلة ، وكان الأصل حفّلت لبن الشاة ؛ لأنّه هو المجموع فهو محفّل ، هذا .

ولكن لم أجد هذه اللفظة في شيء ممّا وصل إلينا من النصوص ، إلّا ما عن الصدوق في معاني الأخبار : عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبدالعزيز عن أبي عبدالله عليه السلام رفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله : « لا تصرّوا الإبل والغنم فإنّه خداع ، ومن اشترى مصراة فإنّه يتخيّر بأحد النظرين ، إن شاء ردّها وردّ معها صاعاً »[٦].

وقد قيل : « الظاهر أنّ الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور ؛ لعدم وجوده في كتب الأخبار »[٧]. بل وكذا ما [روي] عن هداية الحرّ : « لا تصرّوا الإبل والغنم ، من اشترى مصراة فهو بأحرى النظرين ، إن شاء ردّها وردّ معها صاعاً تمراً » . وروي أيضاً : « من اشترى محفّلة فليردّ معها صاعاً »[٨].

بل لم أعثر في النصوص على ما يفيد معناها وإن لم يكن بهذا اللفظ ، سوى حسن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثمّ ردّها ، قال : « إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد ، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء »[٩]. ولا دلالة فيه على أنّها كانت مصراة . وبذلك يظهر أنّ استناد بعض الأصحاب في بعض أحكام التصرية إلى إطلاق النصوص إنّما يراد به النصوص العامية المروية في كتب فروع الأصحاب[١٠] التي قد سمعت بعضها ، وتسمع فيما يأتي الباقي . لكن يهوّن الخطب أنّه لا إشكال في كونه تدليساً محرّماً إجماعاً محصّلاً ومحكياً في المسالك[١١] وغيرها .

---

(١) النهاية (لابن الأثير) ٣: ٢٧.

(٢) المصدر السابق : وفيه : «مصرّى فهو بآخر» .

(٣) المصباح المنير : ٣٣٩.

(٤) الصحاح ٦: ٢٤٠٠.

(٥) القاموس المحيط ٤: ٥٠٨.

(٦) معاني الأخبار : ٢٧٧ ، ٢٨٢. الوسائل ١٨: ٢٧ ، ب١٣ من الخيار ، ح٢ ، مع اختلاف .

(٧) الحدائق ١٩: ٩٣.

(٨) هداية الأمّة ٦: ١٤١ ـ ١٤٢ ، ح٤٧ ، ٤٨ ، مع اختلاف .

(٩) الوسائل ١٨: ٢٦ ، ب١٣ من الخيار ، ح١.

(١٠) كما في المسالك ٣: ٢٩٢. الرياض ٨: ٢٦٦. انظر سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ ، ح٢٢٣٩. وسنن البيهقي ٥: ٣١٨ ، ٣١٩. الموطّأ ٢: ٦٨٣ ، ح٩٦.

(١١) المسالك ٣: ٢٩٢.

كما أنّه لا إشكال في كونه في الشاة (**يثبت به الخيار بين الردّ والإمساك**) [١]، ولا أرش فيه [٢].

نعم لو كان المدلّس عيباً اتجه الأرش فيه من حيث العيب.

كما أنّ المتجه حينئذٍ تعدّد جهة الخيار، كما هو واضح.

وأمّا أنّه إذا ردّ الشاة يردّ معها لبنها الموجود حال العقد فهو [الصحيح] [٣].

---

[١] **بل الإجماع محصّله ومحكيه مستفيضاً جدّاً ان لم يكن متواتراً عليه.**

بل في محكي الخلاف أنّ أخبار الفرقة عليه أيضاً[١]، فذلك ـ مضافاً إلى خبر الضرار[٢] الذي هو مستند أصل الخيار في التدليس بعد اتّفاق الأصحاب ظاهراً ـ كاف فيه.

[٢] **كما صرّح به بعضهم[٣]:**

١ ـ بل الإجماع إن لم يكن محصّلاً فهو محكي عليه[٤].

٢ ـ مضافاً إلى الأصل بعد أن لم يكن عيباً واندفاع الضرر بالخيار.

[٣] [لأنّه] على مقتضى الضوابط؛ لكونه بعض المبيع، **ولذا نفى الخلاف عنه في المحكي عن كشف الرموز[٥]، بل فخر الإسلام الإجماع عليه[٦]. لكن عن المبسوط: أنّه « إذا كان لبن التصرية باقياً لم يشرب منه شيئاً فإن أراد ردّه مع الشاة لم يجبر البائع عليه وإن قلنا: إنّه يجبر عليه؛ لأنّه عين ماله كان قويّاً »[٧].**

بل في المختلف عن ابن البرّاج: « الجزم بأنّه لا يجبر على أخذه، وأنّ له أخذ الصاع من التمر أو البرّ، فإن تعذّر فقيمته وإن بلغت قيمة الشاة »[٨].

بل عن المهذب البارع: أنّ فيه أقوالاً ثلاثة، الأوّل ردّه، والثاني ردّه وردّ صاع معه من حنطة أو تمر، ونسبه إلى أبي عليّ؛ والثالث أنّه يردّ صاعاً من برّ. ونسبه إلى القاضي في المهذب[٩]، وإن كان فيه أنّ المحكي عن أبي علي في المختلف، أنّه قال: « حكم النبي صلى الله عليه وآله في المصراة إذا كرهها المشتري فردّها بأن يردّ معها عوضاً عمّا حلب منها صاعاً من حنطة أو تمر »[١٠]. وقد سمعت ما حكاه فيه عن ابن البراج.

وتنزيل هذه على صورة التعذّر لا يخلو من بعد. ولعلّ مستندها إطلاق النصوص العامية.

وفيه:

١ ـ مع أنّه لا تعرّض فيها للّبن الموجود حال العقد، بل يمكن بناء إطلاقها على الغالب من تلفه، وأنّ الصاع عوض، كما سمعته من مرسل أبي علي.

٢ ـ لا جابر لها بالنسبة إلى ذلك. فالقول حينئذٍ بردّ الصاع عوضاً عنه وإن كان موجوداً أو ردّه معه كما ترى.

---

(١) الخلاف ٣: ١٠٢.
(٢) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ ٥.
(٣) الرياض ٨: ٢٦٦.
(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٦.
(٥) كشف الرموز ١: ٤٧٩.
(٦) شرح الإرشاد: ١٦٤ (مخطوط).
(٧) المبسوط ٢: ١٢٥.
(٨) المختلف ٥: ١٧٦. انظر المهذب ١: ٣٩١ـ ٣٩٢.
(٩) المهذب البارع ٢: ٤١٥ـ ٤١٦.
(١٠) نقله في المختلف ٥: ١٧٦.

بل المتجه ردّ اللبن نفسه من دون شيء [١].

وليس للبائع حينئذٍ عدم قبوله (و) المطالبة بالصاع، كما هو واضح.

أمّا لو تلف [اللبن] فـ [ـالمختار] [٢] أنّه (**يردّ معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذّر**) [٣] (**وقيل**) [٤]: (**يردّ ثلاثة أمداد من طعام**) [٥].

---

[١] لأصالة البراءة.

[٢] **[كما] قد قال [ـه] المصنّف.**

[٣] **وهو المشهور بين المتأخّرين.**

بل عن ظاهر مجمع البرهان الإجماع عليه(١)؛ لأنّ اللبن من المثلي، فمع تلفه ووجوب ردّه يضمن بمثله كما في غيره، ومع تعذّر المثل ينتقل إلى القيمة؛ لأنّها أقرب حينئذٍ إلى العين.

وبالجملة فحكمه حكم المثليات، فلا ينبغي إطالة الكلام في ذكر أحكامها هنا.

خلافاً للإسكافي والشيخ والقاضي وأبي المكارم وابن سعيد(٢) **على ما حكي عن بعضهم فيردّ صاعاً من تمر أو برّ.**

بل عن الخلاف: أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم(٣).

كما في الغنية الإجماع عليه أيضاً(٤).

[٤] **كما عن الشيخ**(٥).

بل في التحرير: أنّه نسبه إلى جماعة(٦)، ولم نجد واحداً منهم، ولعلّه من العامة.

[٥] إلّا أنّه لم نجد له شاهداً سوى حسن الحلبي المتقدّم(٧)، الذي قد عرفت عدم الدلالة فيه على التصرية، مع أنّه معارض بأدلّة الطرفين.

كما أنّه لم نجد لسابقه شاهداً بعد الإجماعين الموهونين بخلاف المتأخّرين، بل قيل(٨) والشيخ في النهاية: سوى الجمع بين خبري أبي هريرة(٩) وعبدالله بن عمر(١٠) اللذين ـ مع ما في إطلاقهما من المخالفة كما عرفت ـ لاجابر لهما في المقام سوى الإجماع المزبور، الذي قد عرفت حاله.

ويمكن حملهما على التراضي بكون ذلك قيمة له.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٣٩.

(٢) نقله عن الاسكافي في المختلف ٥: ١٧٦. المبسوط ٢: ١٢٥. المهذب ١: ٣٩١. الغنية: ٢٢٣. الجامع للشرائع: ٢٦٧.

(٣) الخلاف ٣: ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٤) الغنية: ٢٢٣.

(٥) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧. انظر الخلاف ٣: ١٠٤. المبسوط ٢: ١٢٥.

(٦) التحرير ٣: ٣٧٥، وفيه: «وقال آخرون».

(٧) تقدّم في ص ٢٢٥.

(٨) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧.

(٩)(١٠) سنن البيهقي ٥: ٣١٨، ٣١٩.

هذا كلّه في اللبن الموجود حال العقد.

أمّا المتجدّد [١] [فالأقوى أنّه ملك المالك للشاة فلا ضمان له كي يلزم ردّه أصلاً].

فحينئذٍ إذا امتزج مع الموجود حال العقد اشتركا بالسوية إذا لم يعلم زيادة أحدهما على الآخر، وإلّا اصطلحا.

ولو تعيّب اللبن المبيع عنده [= عند المشتري] وجب ردّه مع الأرش [٢].

نعم قد يتجه [ردّه مجاناً] [٣] إذا كان [أي العيب] لا من قبل المشتري [٤].

ومثله يجري في التلف الذي قد ذكرنا ضمانه بالمثل ومع التعذّر بالقيمة.

فينبغي تقييده [= الضمان] بما إذا كان من قبل المشتري، وإلّا فلا ضمان عليه كغيره ممّا تلف في زمن الخيار.

ولو اتخذ اللبن جبناً أو سمناً فـ [فقد قيل:] [٥] [إنّه كالتالف].

وفيه: أنّ عين المال موجودة.

---

[١] فقد يظهر من المتن مساواة حكمه للموجود.

بل قيل[١]: إنّه ظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح[٢]، أو صريحها[٣] وصريح اللمعة وإيضاح النافع[٤]، بل عن الفخر نسبته إلى إطلاق الأصحاب[٥]، كما عن الأردبيلي: أنّه ظاهر عبارات المتون[٦]، وقد استشكل فيه جماعة. لكن لم أجد ما يقتضي مخالفة قاعدة كون النماء للمالك، التي قد عرفت عدم الكلام فيها في سائر مباحث الخيار وغيره سوى:

١ ـ دعوى إطلاق الأخبار العامّية التي ليس في شيء منها تعرّض للّبن الموجود والمتجدّد.

٢ ـ ودعوى أنّ الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفة للقواعد أيضاً، ولما عليه الأصحاب في غير المقام أيضاً.

فقد ظهر لك من ذلك أنّ المشهور أقوى.

[٢] **كما في القواعد والدروس وجامع المقاصد والروضة والمسالك[٧]**؛ لكونه مضموناً عليه؛ إذ هو جزء المبيع.

وربّما احتمل ردّه مجاناً والانتقال إلى البدل، وهما معاً ضعيفان.

[٣] [كما هو] أوّلهما.

[٤] باعتبار أنّ العيب في مدّة الخيار مضمون على البائع إذا فرض بقاء خيار الحيوان في الشاة المصراة، وأنّه لا يسقط بالاختبار.

[٥] [كما] **في الدروس: «الظاهر أنّه كالتالف»[٨].**

---

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧.

(٢) المقنعة: ٥٩٨. النهاية: ٣٩٤. السرائر ٢: ٣٠٠. التحرير ٢: ٣٧٥. المفاتيح ٣: ٧٠.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧، وفيه: «صريحها».

(٤) اللمعة: ١١٩. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٧.

(٥) شرح الإرشاد: ١٦٤ (مخطوط).

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٣٨.

(٧) القواعد ٢: ٧٦. الدروس ٣: ٢٧٧. جامع المقاصد ٤: ٣٤٨. الروضة ٣: ٥٠٢ ـ ٥٠٣. المسالك ٣: ٢٩٣.

(٨) الدروس ٣: ٢٧٧.

فالمتّجه حينئذٍ ردّها إليه وإن استحق المشتري عليه الأُجرة [١].

ولو تحفّلت الشاة بنفسها لنسيان المالك حلبها أو غيره فـ[لقد قيل :] [٢] إنّه لا خيار له [٣].

وقد يقوى ثبوته [٤].

(و) كيف كان فـ(**تختبر**) المصراة للعلم بتصريتها التي لم يقرّ بها البائع ولاقامت بها البيّنة (**بثلاثة أيام**) [٥].

ولعلّ [الظاهر] [٦] عدم تحديد الاختبار فيها بحدّ مخصوص.

فربّما كانت معرفتها مصراة متوقّفة على النقصان عن الحلبة الأُولى في تمام الثلاثة، وربّما كانت بأقل من ذلك.

كما أنّ معرفة عدم تصريتها تارةً يحصل بمساواة حلبها في الثلاثة للأُولى أو زيادته، وأُخرى بأقلّ من ذلك.

فالمراد أنّ الثلاثة حينئذٍ غالباً بها ينكشف الحال، ويرتفع الإجمال، وإلّا فقد تعرف التصرية أو عدمها قبل الثلاثة [٧].

---

[١] **لكن فيها [= الدروس] أيضاً: أنّه على تقدير الردّ له ما زاد بالعمل[١]، ووافقه ثاني الشهيدين، مصرّحاً بصيرورته معه شريكاً بنسبة الزيادة[٢].**

ولعلّ ماذكرناه [=أخذ الأُجرة لا الشركة] أولى؛ ضرورة احتياج ماذكره إلى الدليل وليس، بل لعلّ الدليل على خلافه قائم.

[٢] **[كما] في القواعد[٣] وغيرها.**

[٣] ولعلّه:

١ ـ لانتفاء التدليس.

٢ ـ والأصل اللزوم.

[٤] لأنّ ضرر المشتري لا يختلف، فكان بمنزلة ما لو وجد بالمبيع عيباً لم يعلمه البائع، والله أعلم.

[٥] **كما في القواعد والتذكرة[٤] واللمعة والإرشاد[٥]**، فإنّها غالباً بها ينكشف حالها، وأنّها مصراة أو لا، بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها، فضلاً عن التصرية.

ولذا وضع الشارع إرفاقاً بالمشتري ثلاثة أيام للخيار فيه.

[٦] **[كما أن] إطلاق المصنّف ومن عبّر كعبارته ظاهر في [ذلك].**

[٧] **وإليه أومأ الشهيد في المحكي عن غاية المراد، قال: «إنّ التحديد بالثلاثة في النص لمصلحته؛ لتجويز أن**

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٧.

(٢) المسالك ٣: ٢٩٣.

(٣) القواعد ٢: ٧٧.

(٤) القواعد ٢: ٧٧. التذكرة ١١: ٩٧.

(٥) اللمعة: ١١٩. الإرشاد ١: ٣٧٧.

تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثمّ تنقص عنه في الثالث، فإنّه يثبت له الخيار »[١]. وقال في المسالك: إن اتفقت الحلبات في الثلاثة أو كان ما عدا الأُولى أزيد لم تكن مصراة، وإلّا بأن كانت ما عدا الأُولى أقلّ فهي مصراة، وكذا لو كان بعضها ناقصاً والآخر زائداً[٢].

وقال في الدروس: « وتثبت باعتراف البائع ونقص حلبها في الثلاثة عن الحلب الأوّل، فلو تساوت الحلبات في الثلاثة أو زادت اللاحقة فلا خيار، ولو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار »[٣].

فإنّه مع تعليق الظرف الأخير فيه بـ« ـزادت » يكون ظاهراً في ثبوتها قبل انقضاء الثلاثة.

بل هو ظاهر ما تسمعه من عبارة المصنّف والقواعد[٤] وغيرهما؛ إذ حملهما على خصوص الإقرار أو البينة خلاف الظاهر.

بل لعلّه على ذلك يحمل ما في التذكرة قال: « وتختبر التصرية بثلاثة أيّام ويمتد الخيار بامتدادها، كما في الحيوانات للخبر؛ لأنّ الشارع وضع هذه الثلاثة لمعرفه التصرية، فإنّه لا يعرف ذلك قبل مضيها لجواز استناد كثرة اللبن إلى الأمكنة، فإنّها تتغيّر أو إلى اختلاف العلف، فإذا مضت ثلاثة أيام ظهر ذلك، فيثبت الخيار حينئذٍ على الفور، ولا يثبت الخيار بالتصرية قبل انقضائها؛ لعدم العلم بالتصرية »[٥].

لكن في جامع المقاصد استظهر من نحو عبارة الكتاب اعتبار استمرار النقصان إلى الثالث، بل جعله صريح التذكرة.

ثمّ قال: « وهل يعتبر نقصان اليوم [أي اليوم الثالث] وحده؟ ـ أي عند العلّامة في التذكرة ـ تعليله بإمكان زيادة اللبن حيث زاد؛ لاختلاف الأمكنة والمرعى يقضي بعدم اعتباره؛ لأنّ ظاهر هذه أنّه لا بدّ من التكرار ليوثق النقصان لا لأمر عارض، وقوله: بعدم الثبوت قبلها؛ لأنّها هي المدة المضروبة، قد يقتضي الثبوت بالنقصان في اليوم بكون الثالث »[٦].

قلت:

قد عرفت أنّ التحقيق عدم انضباط ذلك، إلّا أنّ الغالب انكشاف حالها في ضمن الثلاثة.

ومنه يعلم ما في جامع المقاصد، من الميل إلى النقصان في الثلاثة مطلقاً مثبت للتصرية، مدّعياً أنّ المفهوم من النص وإطلاق كلامهم أنّ نقصان اللبن في جزء من الثلاثة موجب للخيار؛ إذ هو واضح المنع.

---

(١) غاية المراد ٢: ١١٢.

(٢) المسالك ٣: ٢٩٣. نقلاً بالمعنى.

(٣) الدروس ٣: ٢٧٧.

(٤) القواعد ٢: ٧٧.

(٥) التذكرة ١١: ٩٧.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٣٥٠ ـ ٣٥١.

بل لايبعد عدم انحصار معرفتها [= التصرية] بالثلاثة [١].

وكيف كان فقد قيل[١]: إنّه ـ بناءً على عدم اشتراط استمرار النقصان ـ ينحصر ثبوت معرفة التصرية بالاختبار [٢] [أو بالبيّنة والإقرار].

[قلت: إنّه يمكن القول بثبوتها بهما حتى لو قلنا بعدم اشتراط الاستمرار، من غير حاجة إلى تحقّق نقصان، فيفسخ حينئذٍ بذلك، بناءً على أصالة عدم تغيّر حالها].

---

[١] إذ ربّما عرض لها فيها ما يمتنع معه معرفة التصرية، ولعلّ إطلاق كلام الأصحاب مبني على الغالب، **قال في التذكرة: « لو عرفت التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها، فالأقرب ثبوت الخيار؛ لأنّه عيب سابق**، والتنصيص على الثلاثة لمكان الغالب »[٢]، **بل قيل[٣]: إنّ ظاهر المقنعة[٤] والنهاية[٥] والسرائر[٦] والغنية[٧] والمفاتيح[٨] عدم اعتبار الثلاثة**، لعدم ذكرهم لها، فتأمّل جيّداً.

[٢] إذ لا أثر للبيّنة والإقرار ما لم يتحقق النقصان؛ لأنّه هو الموجب للتخيير؛ ضرورة سقوط الخيار لو ردّ اللبن بعد التصرية هبة من الله تعالى على وجه صار لها عادة مثلاً، وإذا تحقّق النقصان لم يكن لهما أثر؛ للاكتفاء به حينئذٍ عنهما في ثبوته، أمّا على اشتراط الاستمرار فيمكن القول بثبوتها بهما إذا اقترن بنقصان مّا، وإن كان بدونهما لابد من الاستمرار.

وفيه [= ماقيل من الانحصار]: أنّه يمكن القول بثبوتها بهما على الأوّل من غير حاجة إلى تحقق نقصان، فيفسخ حينئذٍ بذلك، بناءً على أصالة عدم تغيّر حالها وإن كان ينكشف عدم أثر الفسخ لو اتّفق صيرورة ذلك عادة لها، فإنّه حينئذٍ مانع من صحّة الفسخ، لا أنّ النقصان شرط له، وفرق واضح بين الأمرين. على أنّه يمكن المناقشة في الاكتفاء بنقصان مّا بثبوتهما بعد أن كان ذلك غير مثبت لها بنفسه؛ لاحتمال كونه من عارض العلف ونحوه، فهو أعم منه.

وربّما كان ما في التحرير مبنيّاً على ماذكرنا، قال: « لو علم بالتصرية قبل حلبها إمّا بالإقرار أو بالبيّنة ردّها من غير شيء »[٩]؛ إذ لم يقيّده باشتراط النقصان، ونحوه ما تسمعه من عبارة التذكرة[١٠]، فتأمّل جيّداً.

فإنّه بذلك يظهر لك ما في كلام بعض الأساطين، منهم الشهيد الثاني في المسالك[١١]، وإن كان يمكن تنزيله بتكلّف على ما ذكرنا، والأمر في ذلك كلّه سهل.

---

(١)(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٢ـ ٦٥٣.
(٢) التذكرة ١١: ٩٨ـ ٩٩.
(٤) المقنعة: ٥٩٨.
(٥) النهاية: ٣٩٤.
(٦) السرائر ٢: ٢٨١.
(٧) الغنية: ٢٢٣.
(٨) المفاتيح ٣: ٧٠.
(٩) التحرير ٢: ٣٧٦.
(١٠) يأتي في ص٢٣٣.
(١١) المسالك ٣: ٢٩٣.

إنّما الكلام في أُمور: [١].

الأوّل: أنّ المصراة التي أُريد معرفة تصريتها بالاختبار يبقى فيها خيار الحيوان لكونها أحد أفراده، أو أنّه يسقط بالتصرّف الذي هو اختبار التصرية [٢].

[وقد يقال بالفرق بين خيار الحيوان وخيار التصرية بأنّ خيارها بعد الثلاثة إذا كان ثبوتها بالاختبار بخلافه، فإنّها فيها وإن ثبتت قبل الثلاثة بالاقرار مثلاً وقلنا بفوريته كان هو الفارق بينهما، وإلّا لم يتقيّة بالثلاثة ولا مانع عن تعدّد الأسباب، والثمرة تظهر في الإسقاط ونحوه]، وهو جيّد [٣].

---

[١] [التي] بها ينكشف جملة من كلمات الأصحاب.

[٢] **قد يظهر من عبارة التذكرة[١] السابقة الأوّل، بل هو أيضاً ظاهر التحرير، قال فيه: «مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيّام كغيرها من الحيوان، ويثبت على الفور، ولا يسقط بالتصرّف، ولا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال»[٢].**

بل وكذا ما عن المبسوط والخلاف من أنّ مدّة الخيار فيها ثلاثة أيام مثلها في سائر الحيوان[٣]، مستدلاً في الثاني منهما على ذلك بإجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشرط، وهذا داخل في ذلك، قال: وخبر أبي هريرة وابن عمر صريح في ذلك، مشيراً به إلى ما رووه من قوله عليه السلام: من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر، وفي الآخر: أو برّ[٤].

بل قد يظهر منهما من الكتابين الأخيرين: أنّه لا خيار من حيث التصرية، وإنّما هو خيار الحيوان[٥].

وخصوصية التصرية حينئذٍ عدم سقوط خيار الحيوان باختبارها.

ولعلّه إليه أومأ في الدروس بقوله: «يتقيّد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان، صرّح به الشيخ»[٦].

ومن هنا احتاج بعض متأخّري الأصحاب إلى ذكر الفرق هنا بين خيار الحيوان والتصرية، فقال: إنّ خيارها بعد الثلاثة إذا كان ثبوتها بالاختبار بخلافه فإنّها فيها، وإن ثبتت قبل الثلاثة بالإقرار مثلاً وقلنا بفوريته كان هو الفارق حينئذٍ بينهما، وإلّا لم يتقيّد بالثلاثة، على أنّه لامانع من تعدّد الأسباب، وتظهر الثمرة حينئذٍ بالإسقاط ونحوه[٧].

[٣] إذ احتمال عدم الخيار بالتصرية ـ بعدما سمعت من الإجماعات السابقة وأنّه تدليس، وغير ذلك ممّا دلّ على الخيار من هذه الحيثية ـ كما ترى، بل ينافيه إطلاق الاختبار ثلاثة؛ ضرورة أنّه لايجامعها حيث لاتثبت بدونه. والحكم بكونه يتخيّر في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة.

---

(١) التذكرة ١١: ٩٨.
(٢) التحرير ٢: ٣٧٦.
(٣) المبسوط ٢: ١٢٥. الخلاف ٣: ١٠٣ ـ ١٠٤.
(٤) انظر السنن الكبرى ٥: ٣١٩.
(٥) انظر التحرير ٢: ٣٧٦. الخلاف ٣: ١٠٣.
(٦) الدروس ٣: ٢٧٩.
(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٠.

بل قد يقال: بسقوط خيار الحيوان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، وبقاؤه من حيث التصرية، بناءً على سقوطه بمثل هذا التصرف [١].

نعم لا يسقط خيار التصرية باختبارها بشرب اللبن [٢]، لا مطلق الخيار.

ولذا لو كان فيها عيب واختبر تصريتها لم يكن له الردّ بذلك العيب، وكان له الأرش خاصة [٣].

وعلى كلّ حال فالمتجه حينئذٍ استقلال خيار التصرية عن خيار الحيوان.

[الأمر] الثاني: الظاهر عدم مدة مخصوصة لهذا الخيار [٤].

نعم يتجه في هذا الخيار البحث في أنّه على الفور أو التراخي كغيره من الخيارات [٥].

---

[١] إذ استثناؤه من بين التصرّفات لا دليل معتدّ به عليه، خصوصاً مع شرب اللبن الموجود حال العقد الذي هو بعض المبيع.

خلافاً لجامع المقاصد حيث قال: « والذي ينبغي علمه هنا هو امتداد الخيار بامتداد الثلاثة؛ لأنّه خيار الحيوان، كما صرّح به الشيخ، وتصرّف الاختبار مستثنى دون غيره، فمتى علم بالتصرية فشرط بقاء الخيار عدم التصرّف، فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور »[(١)].

وفيه ما لا يخفى، بعد الإحاطة بما مضى ويأتي.

[٢] **للإجماع وغيره.**

[٣] **ومن هنا قال في الدروس: « لو رضي بالتصرية فوجد بها عيباً قبل الحلب فله ردّها عند الشيخ مع الصاع، ولو حلبها غير مصرّاة ثمّ اطّلع على العيب فله ردّها عنده، إن كان اللبن باقياً وإلّا فلا؛ لتلف بعض المبيع؛ أمّا اللبن الحادث فله، ولا يمنع حلبه من الردّ. ومنع الفاضل من الردّ في الصورة الأخيرة؛ لمكان التصرّف، ويحتمل المنع في الأوّل أيضاً؛ لأنّ الحلب إنّما يغتفر في الردّ بالتصرية »[(٢)].**

[٤] للأصل السالم عن المعارض، إلّا الخبر العامي السابق[(٣)] الذي لم يجمع شرائط الحجية بالنسبة إلى ذلك.

لكن في التذكرة: « لو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام بإقرار البائع أو بشهادة الشهود ثبت له الخيار إلى تمام الثلاثة؛ لأنّه كغيره من الحيوان، أمّا لو أسقط خيار الحيوان فإنّ خيار التصرية لايسقط، وهل يمتدّ إلى الثلاثة أو يكون على الفور؟ إشكال، وللشافعية وجهان »[(٤)].

وفيه ما عرفت، وإليه أومأ في الدروس، فإنّه ـ قال بعد العبارة السابقة آنفاً: ـ « وروى العامّة الثلاثة؛ لمكان التصرية، ويظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان »[(٥)].

[٥] التي لم يظهر من الأدلّة المخصوصة توسعته بالخصوص.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

(٢) الدروس ٣: ٢٧٨.

(٣) تقدّم في ص ٢٣٢.

(٤) التذكرة ١١: ٩٨.

(٥) الدروس ٣: ٢٧٩.

وقد قدّمنا سابقاً أنّ القول بالتراخي ما لم يؤدّ إلى الضرر على البائع لا يخلو من قوّة [١].

فالمتجه حينئذٍ فوريته بناءً عليها وإن كان في الثلاثة ، فإن لم يفعل سقط ، وإن بقى الخيار من الجهة الأُخرى ، [وهي جهة الحيوان] [٢].

[الأمر] الثالث : قد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّه يثبت الخيار متى تثبت التصرية ، ولا يتوقّف على مضي الثلاثة [٣].

وقد تلخّص من جميع ما ذكرناه أنّ خيار التصرية يستقلّ عن خيار الحيوان ، ولا مدة له .

بل هو على البحث في نظائره أنّه على الفور أو التراخي ، من غير فرق بين الثلاثة ومابعده .

وأنّ الاختبار المذكور لا دليل شرعاً عليه حتى يترتّب الحكم على إطلاقه ، بل هو يبيّن على نحو غيره من الموضوعات العرفية ، فلا يتقيّد بالثلاثة .

وخصوصاً مع إرادة النقصان في جزء منها المحتمل كونه للمكان أو للمرعى أو غيرهما [٤].

---

[١] **وقد يظهر من عبارة التذكرة السابقة[١] وغيرها التفصيل هنا بين ثبوته [= كون الحيوان مصراة] في ثلاثة الحيوان أو ثبوته بعدها ، ففي الأوّل يمتدّ إلى انتهائه ، وفي الثاني على الفور . وإليه أومأ في الدروس بقوله : « هذا الخيار على الفور إذا علم به ، والظاهر امتداده بامتداد الثلاثة إن كانت ثابتة ، وإلّا فمن حين العلم »[٢]** . وكأنّه بناه على أنّ منشأ الفور الاقتصار على المتيقّن في مخالفة مايقتضي لزوم العقد . أمّا إذا كان جائزاً كما في الفرض فلا مقتضي للفور .

وفيه : أنّ التوسعة من جهة أُخرى لا تقتضي التوسعة من غير تلك الجهة ، كما هو واضح .

[٢] وستسمع ما في القواعد .

[٣] **وما في التحرير من أنّه « لا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال يمكن أن يكون مبنيّاً على إمكان ثبوت التصرية قبلها وعدمه ، لا أنّه يشترط مضي الثلاث ، وإن عرف التصرية ، ولذا صرّح فيه قبل ذلك بأنّه « لو علم بالتصرية قبل الحلب بالإقرار أو البيّنة ردّها من غير شيء »[٣] ، وقال في القواعد : « ولو كان المشتري عالماً بالتصرية فلا خيار ، ولو علم بها قبل الثلاثة تخيّر على الفور »[٤]** .

لكن في الدروس : « لو علم المشتري بالتصرية فلا خيار بها ، ولو علم بها بعد العقد قبل الحلب تخيّر ، قاله الفاضل مع توقفه في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلبها »[٥] .

قلت : لعلّ وجهه ما عرفت .

[٤] وبذلك مضافاً إلى ما سمعته في مطاوي البحث يظهر لك النظر في جملة من كلمات الأصحاب كالشيخ والفاضل والشهيدين والكركي[٦] وغيرهم ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) تقدم في ص٢٣٣ .

(٢)(٥) الدروس ٣ : ٢٧٩ .

(٣) التحرير ٢ : ٣٧٦ .

(٤) القواعد ٢ : ٧٧ .

(٦) انظر الخلاف ٣ : ١٠٣ . التذكرة ١١ : ٩٨ . الدروس ٣ : ٢٧٩ . المسالك ٣ : ٢٩٣ . جامع المقاصد ٤ : ٣٥٤ .

وكيف كان فقد ظهر أنّ الخيار في التصرية مخالف لقاعدة السقوط بالتصرّف المتلف لبعض المبيع وغير ذلك، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن، ومن هنا: قال المصنّف: **(وتثبت التصرية في الشاة قطعاً)** [١].

(و) أمّا (في الناقة والبقرة) فـ(على تردّد) [٢].

[والإنصاف إن لم يتم الإجماع لا يخلو إلحاقهما بها من إشكال].

نعم ينبغي الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود أو بعضه، بل ومع الإطلاق؛ لأنّ لبنهما ممّا يقصد.

(ولو صرّى أمة لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد) [٣]، نعم له الخيار مع الشرط [٤]. [ولا أرش للشرط إذا لم يكن فقده عيباً].

---

[١] ١ ـ **وإجماعاً بقسميه.**

٢ ـ ونصوصاً منجبرة بالعمل وإن كانت عامية.

[٢] لما عرفت من الاقتصار على المتيقّن حيث لا نصّ من طرقنا يشملها.

إلّا أنّ المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً إلحاقهما بها.

بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه[١]، بل قيل[٢]: إنّ الإجماع يلوح أيضاً من السرائر والتذكرة[٣]، بل قد سمعت ما يدلّ عليه في الإبل من النصوص العامية[٤] المتممة بعدم القول بالفصل بينها وبين البقر. مضافاً إلى:

أ ـ دعوى المساواة لها في العلّة الموجبة للخيار، وهي كون اللبن مقصوداً مع التدليس.

ب ـ وإلى التعليل في الخبر بأنّه خداع[٥].

جـ ـ وإلى خبر الضرار[٦]، إلّا أنّ الإنصاف إن لم يتمّ الإجماع عدم خلوّ الإلحاق بعد، بحيث يثبت لهما ما سمعته من أحكام التصرية من إشكال؛ لعدم اقتضاء جملة ممّا ذكرنا ذلك.

[٣] ١ ـ لعدم النص.

٢ ـ مضافاً إلى شهرة الأصحاب.

٣ ـ **بل عن كشف الرموز وظاهر السرائر والتذكرة وغيرهما الإجماع على عدم ثبوت التصرية في غير الثلاثة[٧].**

[٤] **كما في المسالك، لكن قال: «إن لم يتصرّف ولو بالحلب، وإلّا فالأرش»[٨].**

وفيه: إنّه لا أرش للشرط إذا لم يكن فقده عيباً.

---

(١) الخلاف ٣: ١٠٥.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٨.
(٣) السرائر ٢: ٣٠٠. التذكرة ١١: ١٠٠.
(٤) سنن البيهقي ٥: ٣١٨، ٣١٩.
(٥) انظر المستدرك ١٣: ٣٠٤، ب ١١ من الخيار، ح ١.
(٦) الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣ ـ ٥.
(٧) كشف الرموز ١: ٤٨٠. السرائر ٢: ٣٠٠. التذكرة ١١: ١٠٠.
(٨) المسالك ٣: ٢٩٤.

كما أنّ الخيار لفقد الشرط لا يسقط بالتصرّف [١].

كما أنّ القول بثبوت الخيار فيها للتدليس حيث يكون المقصود لبنها متّجه وإن لم يثبت لها أحكام التصرية [٢].

بل لا يبعد إلحاق حبس ماء القناة والرحى وإرساله عند البيع والإجارة حتى تخيّل المشتري كثرته بالتصرية من حيث الخيار [٣].

(**وكذا**) البحث فيما (**لو صرّى البائع أتاناً**) بفتح الهمزة أي حمارة [٤].

(**ولو زالت تصرية الشاة**) الثابتة بالإقرار أو البيّنة أو بالاختبار، بناءً على ما قدّمناه من إمكان ثبوته (**وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام**) هبة من الله تعالى بحيث علم صيرورة ذلك عادة لها (**سقط الخيار**) [٥].

---

[١] **كما هو ظاهر المتن هنا على ما اعترف به في المسالك**[١].

[٢] **وإليه يرجع ما عن تعليق الإرشاد من أنّه إن أُريد ثبوت الخيار فيها لو ثبت تصريتها فهو متجه، وإن أُريد ثبوت الخيار من التصرّف وكون الثلاثة محلّاً لثبوته بنقصان اللبن فيها فهو خلاف الأصل ولم يثبت بنص ولا إجماع**[٢].

بل وما في الدروس قال: « ومن التدليس التصرية في الشاة والناقة والبقرة على الأصح، ونقل فيه الشيخ الإجماع، وطرّد ابن الجنيد الحكم في الحيوان الآدمي وغيره. وليس بذلك البعيد؛ للتدليس »[٣]؛ إذ الظاهر إرادة ثبوت الخيار بذلك لا ثبوت الأحكام التصرية.

ومن هنا قال بعد ذلك: « لو قلنا بقول ابن الجنيد في تصرية الآدمية والأتان وفقد اللبن لم يجب البرّ والتمر ولو أوجبناه في الشاة والبقرة؛ لعدم النص وعدم الانتفاع به فيما ينتفع بلبن المنصوص »[٤].

فمراده ثبوت حكم التدليس على الظاهر، وإلّا [فلو كان مراده ثبوت حكم التصرية] كان محلّاً للنظر.

[٣] **كما صرّح به في الدروس ومحكي التذكرة**[٥].

ضرورة كونه تدليساً موجباً له، كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده، وإرسال الزنبور في وجهها فيظنّها المشتري أنّها سمينة.

[٤] لاشتراكها مع الأمة في جميع ما ذكرناه، حتى في الإجماع المحكي[٦] على نفي التصرية فيها.

[٥] لانتفاء الضرر الذي أوجبه.

وإطلاق الخيار بها في النصوص العامية منزّل على الغالب.

فالقول به [= الخيار] حينئذٍ ضعيف جداً؛ إذ هو حينئذٍ من قبيل بعض العيوب السريعة الزوال.

---

(١) المسالك ٣: ٢٩٤.
(٢) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٤٠٧.
(٣) الدروس ٣: ٢٧٦ ـ ٢٧٧.
(٤) الدروس ٣: ٢٧٨.
(٥) الدروس ٣: ٢٧٨. التذكرة ١١: ١٠٦.
(٦) انظر السرائر ٢: ٣٠٠.

(و) أمّا (**لو زالت**[١] **بعد ذلك**) أي الثلاثة (**لم يسقط**) الخيار [١].

ولو ماتت الشاة المصرّاة أو الأمة المدلّسة [٢] [فله الخيار وينتقل إلى المثل أو القيمة].

---

[١] لحصول موجبه ، فيستصحب .

والمراد ببقائه حينئذٍ بناءً على فوريته استمرار صحّة الفسخ وإن تحقّق الزوال بعد ذلك ، بمعنى أنّ الزيادة المتجدّدة لا تكون كاشفة عن بطلانه ، ولا مبطلة له .

إذ المراد بالنسبة إلى خصوص جاهل الفورية والخيار ، بناءً على عدم سقوطه معه ، هذا .

وقد أُشكل على بعضهم إطلاق العبارة وما ماثلها زوال التصرية قبل ثلاثة ، بناءً على عدم معرفتها إلّا بمضي الثلاثة . فحمل العبارة على خصوص معرفتها بالإقرار والبيّنة فإنّه يتصوّر حينئذٍ فيها ثبوت التصرية وزوالها ، وإن قلنا بتوقّف الثبوت بهما ـ أي الإقرار والبيّنة ـ على نقصانٍ مّا ؛ إذ يكفي حينئذٍ نقصان الحلبة الأُولى .

لكن بناءً على الفورية فيه حتى في الثلاثة يجب إرادة عدم استمرار صحّته من السقوط في المتن ، بمعنى أنّه ينكشف بذلك عدم الخيار ، أو أنّه يبطل به ، أو أنّ المراد علم بهما بعد زوالها ، فإنّه يسقط حينئذٍ ، كما يسقط الخيار بالعيب القديم ، إذا علم به بعد زواله ، وكذا لو لم تعلم الأمة بالعتق حتى عتق زوجها .

لكن لا يخفى عليك ما في حمل العبارة على ذلك من الخفاء ، بل حملها على ما ذكرنا من أنّه يمكن ثبوت التصرية وزوالها في الثلاثة بالاختبار أيضاً أولى .

إلّا أنّه قد يشكل بأنّه لا دليل حينئذٍ على سقوط الخيار الثابت سببه بمجرّد الزوال في الثلاثة ، بخلاف مابعد وإن قلّ . ويمكن حمل العبارة على إرادة زوال التصرية بأن صار ذلك عادة لها أي صريت فلم تنقص أبداً ، ويكون المراد حينئذٍ بسقوط الخيار عدم ثبوته من أصله .

وكيف كان فالأمر في ذلك سهل ، بعد وضوح الحكم ممّا ذكرناه سابقاً على كلّ تقدير .

[٢] **ففي القواعد**[٢] **وعن غيرها ، فلا شيء له** ؛ لامتناع الردّ بالموت والأرش بعدم العيب .

وقد يشكل بإمكان الفسخ ودفع القيمة ، خصوصاً بعد ما ذكره[٣] هو من بقاء الخيار في المبيع الذي كذب في الإخبار عن رأس ماله ؛ إذ لا فرق بين المقامين على الظاهر .

وقد تقدّم في الأبحاث السابقة في الخيار ما يؤكّد ذلك ، فلاحظ وتأمّل ؛ فإنّه قد تقدّم لنا في خيار الغبن ما يقتضي أنّ الأصل اعتبار وجود العين في الخيار إلّا ما خرج . ولعلّه لظهور التخيير بين الردّ والإمساك في ذلك .

لكن قد يقال هنا : إنّ الخيار إنّما هو في العقد ، وردّ العين إنّما هو من توابعه ، وحكمها في كلّ مقام يراد منه الردّ الانتقال للمثل أو القيمة .

---

(١) في الشرائع : « زال » .

(٢) القواعد ٢ : ٧٧ .

(٣) القواعد ٢ : ٥٨ .

وأولى من ذلك مالو تعيّبت عنده قبل علمه بالتدليس [١].

[الثيبوبة]:

المسألة (الثانية : الثيبوبة ليست عيباً) في الإماء [٢].

---

[١] لكنّه قال في القواعد : « إنّه لا شيء له أيضاً »(١).

وعلّله في جامع المقاصد [بوجهين]:

١ ـ بالاقتصار على موضع الوفاق .

٢ ـ وبأنّ هذا العيب من ضمان المشتري .

بل قال : « إنّ التقييد بقبلية علمه غير ظاهر ؛ لأنّ العيب إذا تجدّد بعد علمه يكون كذلك ، إلّا أن يقال : إنّه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره »(٢).

قلت :

التعليلان الأوّلان معاً كما ترى ؛ إذ لا دليل على أن حدوث العيب مانع من الردّ في غير المعيب .

نعم ماذكره من التعليل أخيراً جيّد ، وإن كان هو غير موافق لما أسلفناه سابقاً .

لكن منه ينقدح أنّ عدم سقوط خيار التصرية بالاختبار لتقدّمه على حصول سببه ، فلا ينافي حينئذٍ مادلّ على سقوط الخيار بالتصرّف(٣).

ضرورة ظهوره فيما كان منه بعد ثبوت الخيار ، خصوصاً إذا قلنا بذلك ؛ لدلالته على الرضا ، بل قد ينقدح من ذلك أنّ أحكام التصرية على القاعدة ، وأنّها فرد من خيار التدليس ، والله أعلم .

[٢] كما هو صريح جماعة ، ومقتضى نفي الخيار به وحصر العيوب في غيره من آخرين .

بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً .

بل عن كشف الرموز : لا خلاف بين الأصحاب في أنّ الثيبوبة ليست عيباً يوجب الردّ ، وإنّما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكارة(٤) ، وفي التحرير : لا نعلم خلافاً في أنّ الثيبوبة ليست عيباً(٥).

وعن إيضاح النافع : أن عليه الفتوى ؛ لأنّ البكارة صفة كمال بالنسبة إلى غير العاجز وليست عيباً ، ونسبه أيضاً إلى الأصحاب(٦) ، وفي المسالك : أطلق الأصحاب والأكثر من غيرهم أنّ الثيبوبة ليست عيباً »(٧).

---

(١) القواعد ٢ : ٧٧.

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٣٥٤.

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ١٣ ، ب ٤ من الخيار .

(٤) كشف الرموز ١ : ٤٨٠.

(٥) التحرير ٢ : ٣٦٦.

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٦١٨.

(٧) المسالك ٣ : ٢٩٥.

. . . . . .

ولعلّه :

١ ـ لأصالة اللزوم بعد غلبة ذلك فيهنّ ، وصيرورته بمنزلة الخلقة الأصلية وإن كانت عارضة ؛ إذ قلّ ما يوجد فيهنّ الأبكار ، فلا اغترار بأصالة السلامة التي هي بمعنى الغلبة .

٢ ـ بل قد عرفت أنّ خبر محمد بن مسلم[١] المشتمل على تعريف العيب مداره الزيادة والنقيصة على أصل خلقة أغلب ذلك النوع ، لا أقلّ من الشكّ ، مع أنّه لاجابر له في خصوص المقام .

٣ ـ مضافاً إلى خبر سماعة : سألته عن رجل باع جارية على أنّها بكر فلم يجدها كذلك ؟ قال : « لا تردّ عليه ، ولا يجب عليه شيء إنّه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها »[٢] ، المنجبر بما سمعت .

لكن قد يقال :

١ ـ بمنع عدم صدق العيب عرفاً ، بعد أن كانت البكارة مقتضى الطبيعة والخلقة الأصلية في جميع النوع ، وغلبة العروض في خصوص المجلوب منها لا ينافي ذلك .

٢ ـ كما أنّ خبر سماعة مع :

أ ـ إنّه ظاهر في الشرط الذي ستسمع شهرة الأصحاب إن لم يكن إجماعهم على ثبوت الخيار له ، ولذا حملوه على الجهل بكونها عند البائع ؛ لغلبة زوالها بالعوارض ، بل ربّما كان التعليل فيه ألصق بهذا من غيره .

ب ـ ومعارض لخبر يونس[٣] .

جـ ـ ومحتمل لكون عدم الردّ للتصرّف فيكون المنفي فيه عدم شيء مخصوص من العشر ونحوه لا للأرش .

د ـ لا دلالة فيه على عدم العيب ؛ ضرورة إمكان كون عدم الردّ به للغلبة التي تصيّره كالعيب الذي أقدم عليه المشتري أو تبرّأ منه البائع ، وأنّه بها يرتفع الاغترار بأصل السلامة ، ولا ينزّل إطلاق العقد على السالم ، فيبقى حينئذٍ أصل اللزوم بحاله .

ويمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك ، بإرادة نفي العيب الموجب للردّ والأرش .

كما سمعته من معقد نفي خلاف كشف الرموز[٤] .

ويؤيّده ما تسمعه من أنّ المشهور ثبوت الأرش مع الشرط ، ولولا أنّه عيب لم يتّجه ذلك ، بناءً على ما عرفت من عدم توزيع الثمن على الشرائط .

واحتمال أنّه لخبر يونس الآتي[٥] لا لأنّه عيب كما ترى . ومنه حينئذٍ ينقدح دلالة خبر يونس الآتي على المطلوب ، كما أنّه ينقدح مما ذكرنا كون المدار حينئذٍ في عدم ترتّب حكم العيب عليه الغلبة المزبورة .

---

(١) انظر الوسائل ١٨ : ٩٧ ، ب ١ من أحكام العيوب ، ح ١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٨ ، ب ٦ من أحكام العيوب ، ح ٢ ، مع اختلاف .

(٣) المصدر السابق : ح ١ .

(٤) تقدم في ص ٢٣٨ .

(٥) المصدر السابق : ح ١ .

فمع فرض انتفائها كما في الصغيرة والإماء المستولدة في بلاد الإسلام ونحو ذلك يتجه حينئذٍ ترتّب حكم العيب عليه. بل المتجه بناءً على ما ذكرنا أيضاً لزوم البيع لو عرض الثيبوبة عند المشتري بغير تصرّف منه [١]، [ويتعيّن له الأرش].

[والتحقيق أنّ المدار على غلبة كون الإماء ثيّباً].

(نعم لو شرط البكارة فكانت ثيّباً كان له الردّ) مطلقاً **(إن ثبت أنّها كانت ثيّباً)** عند البائع [٢].

---

[١] لأنّه من حدوث العيب المانع من الردّ المعيّن للأرش، إلى غير ذلك.

بل قد يظهر لك ممّا عن مهذب القاضي كونه عيباً مطلقاً، قال: «إذا لم يشترط الثيبوبة ولا البكارة فخرجت ثيّباً أو بكراً لم يكن له خيار وكان له الأرش»[١]؛ إذ الأرش لا يكون إلّا للعيب. ولعلّ عدم الخيار حينئذٍ لتصرّفه بها؛ إذ الغالب معرفة ذلك بالوطء فيكون حينئذٍ عنده عيباً، **ومال إليه المقداد**[٢] **مطلقاً، واحتمله الشهيدان**[٣].

بل مال إليه ثانيهما وبعض من تأخّر عنه في الصغيرة[٤]. والتحقيق ما عرفت من أنّ المدار على الغلبة المزبورة.

[٢] ١ ـ كما هو مقتضى تخلّف كلّ شرط.

٢ ـ مضافاً إلى ماعرفت من أنّه عيب عندنا. إلّا أنّه منع من ترتّب مقتضاه حال عدم الشرط الغلبة المزبورة، أمّا معه فيترتّب عليه حكمه.

٣ ـ مع أنّه لا أجد خلافاً بين الأصحاب في الخيار مع الشرط. **إلّا ما يحكى عن النهاية: «من اشترى جارية على أنّها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له ردّها، ولا الرجوع على البائع بشيء من الأرش؛ لأنّ ذلك قد يذهب من العلّة والنزوة»**[٥] **ونحوه عن الكامل**[٦]. ويمكن إرادتهما غير صورة الشرط على معنى شرائها بتخيّل البكارة. وأظهر من ذلك إرادتهما ما لو جهل بكونها عند البائع، كما يومئ إليه التعليل. **والخلاف: «إذا اشترى جارية على أنّها بكر فكانت ثيّباً: روى أصحابنا أنّه ليس له الردّ»**[٧][٨]. وهو مع أنّه غير مخالف يمكن إرادته غير صورة الشرط، وأنّه تصرّف فيها. **والمبسوط: «إن شرط أن تكون بكراً فخرجت ثيّباً، روى أصحابنا أن ليس له الخيار وله الأرش»**[٩]. **ونحوه عن مهذب القاضي والاستبصار**[١٠]، **بل قيل**[١١]: **إنّه اختاره ابن إدريس**[١٢] **أوّلاً ثمّ عدل عنه**، وقد يريدون حال التصرّف. **والتذكرة قال أصحابنا: إذا اشتراها على أنّها بكر فكانت ثيّباً لم يكن له الردّ؛ لما رواه سماعة**[١٣]»[١٤]، وساق الخبر المتقدّم. وقد يحتمل أيضاً ما عرفت.

---

(١) المهذب ١: ٣٩٥.
(٢) التنقيح ٢: ٨١ـ ٨٢.
(٣) الدروس ٣: ٢٩٠. المسالك ٣: ٢٩٦.
(٤) المسالك ٣: ٢٩٥ـ ٢٩٦. الرياض ٨: ٢٦٩.
(٥) النهاية: ٣٩٤ـ ٣٩٥.
(٦) نقله في المختلف ٥: ١٧٣.
(٧) الخلاف ٣: ١١٢.
(٨) الوسائل ١٨: ١٠٨، ب٦ من أحكام العيوب، ح٢.
(٩) المبسوط ٢: ١٢٩.
(١٠) المهذب ١: ٣٩٥. الاستبصار ٣: ٨٢، ذيل الحديث ٢٧٨.
(١١) مفتاح الكرامة ٤: ٦١٩.
(١٢) السرائر ٢: ٣٠٤.
(١٣) الوسائل ١٨: ١٠٨، ب٦ من أحكام العيوب، ح١.
(١٤) التذكرة ١١: ٢٠٠.

وعلى كلّ حال فلا إشكال في ثبوت الخيار، بل لا إشكال في أنّ له الأرش إذا اختار الإمساك [١].

(و) علم سبق ذلك قبل البيع بالبيّنة أو الإقرار أو قرب زمان الاختبار لزمن البيع، أو كونه بعده في زمن ضمان البائع.

ضرورة أنّه لا أرش لو علم تأخّره عن زمان ضمان البائع.

بل (**إن جهل ذلك لم يكن له الردّ؛ لأنّ ذلك قد يذهب بالخطوة**) ونحوها [٢].

ولو شرط كونها ثيّباً فبانت بكراً كان له الخيار بين الردّ والإمساك مجاناً على الأقوى [٣].

نعم لا أرش من هذه الجهة، والله أعلم.

[إباق العبد]:

المسألة (**الثالثة**): [المختار] [٤] أنّ (**الإباق الحادث عند المشتري**) الذي لم يكن مضموناً على البائع (**لا يردّ به العبد**) ولا يستحق به أرش، كما في سائر العيوب الحادثة كذلك.

من غير فرق بين الصغير والكبير والذكر والأنثى [٥].

---

[١] **كما نسبه في الدروس والمسالك**[١] **إلى المشهور**، بل لعلّ عدم ذكره في المتن ونحوه، لا لعدم ثبوته، بل لأنّه في معرض ثبوت أصل الخيار.

ولا يشكل بأنّ الثمن لا يوزّع على الشرائط؛ لما عرفت من أنّ الأرش من حيث كونه عيباً لا من حيث إنّه شرط.

مضافاً إلى خبر يونس في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: « يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق »[٢]، بناءً على حمله على صورة الشرط.

[٢] فيحتمل كونه في زمن ضمان المشتري، لا لأصالة تأخّر الحادث لما تقرّر فيها من الإشكال، حتى بالنسبة إلى معلوم التاريخ، بل لأصالة لزوم العقد وبراءة ذمّه البائع، بعد التسليم الظاهر في أنّه تمام الحقّ، كما هو واضح.

[٣] **وفاقاً لجماعة**، عملاً بقاعدة الشرط؛ ضرورة كون ذلك منه؛ إذ قد يتعلّق له غرض به لعجزه عن افتضاض البكر أو غيره.

خلافاً لما عن المبسوط والتحرير[٣]، **فلا خيار**؛ لكون الضد صفة كمال، وفيه ما عرفت.

[٤] [كما] **لا خلاف ولا إشكال فيه** [ـه].

[٥] ١ ـ للأصل.

٢ ـ وقول أبي جعفر عليه السلام في مرسل ابن أبي حمزة: « ليس في الإباق عهدة »[٤].

٣ ـ وقال في خبر محمد بن قيس: « إنّه ليس في إباق العبد عهدة إلّا أن يشترط المبتاع »[٥].

---

(١) الدروس ٣: ٢٧٦. المسالك ٣: ٢٩٦.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠٨، ب ٦ من أحكام العيوب، ح ١.

(٣) المبسوط ٢: ١٣٠. التحرير ٢: ٣٨١.

(٤) الوسائل ١٨: ١١٤، ب ١٠ من أحكام العيوب، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ح ٢.

(أمّا لو أبق عند البائع كان للمشتري ردّه) وإن لم يكن أبق عنده [١].

و[الظاهر:] [٢] الاكتفاء بالمرّة الواحدة عند البائع [٣] [وقيل باعتبار الاعتياد]. وعلى كلّ حال ففيه بحث وإن كان [الظاهر عدم الاكتفاء بالمرّة] [٤]. نعم ينبغي تقييد الردّ به بالمرّة الواحدة، بما إذا لم يظهر بعدها التوبة الصادقة وملكة الطاعة. بل لابدّ من هذا التقييد على تقدير اعتبار الاعتياد أيضاً.

ثمّ إنّ الظاهر [٥] أنّه بذلك يكون عيباً يجري عليه حكمه من الردّ والأرش، لا أنّ له الردّ خاصة على كلّ حال [٦]. كما أنّ [الظاهر] [٧] صحّة اشتراط عدم الإباق.

ولعلّه لا بأس به إذا كان شرطاً للخيار في مدّة مخصوصة كاشتراطه بردّ الثمن ونحوه، فتأمّل.

[شراء أمة لا تحيض ومثلها تحيض]:

المسألة (الرابعة): [المختار] [٨] أنّه (إذا اشترى أمة لا تحيض في ستّة أشهر، ومثلها تحيض) فيها (كان

---

[١] بلا خلاف أجده، كما اعترف به في التحرير، قال: «الإباق عيب لا نعلم فيه خلافاً في الأمة والعبد، والصغير والكبير»(١)، بل عن المبسوط الإجماع على أنّ به الخيار(٢)، ومقتضاه أنّه عيب:

١ ـ بل لعلّ العرف كذلك أيضاً؛ ضرورة كونه بحكم التالف، بل هو أبلغ من السرقة لغيره؛ لأنّه سرقة لنفسه.

٢ ـ بل لعلّ خبر محمد بن مسلم(٣) شامل له، بناءً على إرادة ما يشمل نقص الصفات الغالبة في النوع منه.

٣ ـ وفي خبر أبي همام: أنّ محمد بن علي قال للرضا عليه السلام: الإباق من أحداث السنة؟ فقال: «ليس الإباق من هذا، إلّا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده»(٤).

[٢] [كما] قد يظهر منه [= الخبر] كالمتن وغيره، بل هو صريح التذكرة وجامع المقاصد(٥).

[٣] ١ ـ لأنّ الإقدام ولو مرّة يوجب الجرأة عليه، ويصير للشيطان عليه سبيل. ٢ ـ ولتحقّق صدق العيب بها عرفاً.

خلافاً لما عن بعض الأصحاب من اشتراط الاعتياد(٦). وإن قال بعض مشايخنا: إنّا لم نتحقّقه(٧)، وربّما لاح مما عن المبسوط(٨)، واختاره ثاني الشهيدين، وقال: «أقلّ ما يتحقّق بمرّتين»(٩).

[٤] [كما] يشهد له أصالة اللزوم ولو للشك في كونه عيباً بها.

[٥] [كما يظهر] من المتن.

[٦] كما عساه يوهمه الاقتصار عليه.

[٧] [كما هو] ظاهر خبر محمد بن قيس(١٠).

[٨] [كما هو] المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً.

---

(١) التحرير ٢: ٣٦٦.
(٢) المبسوط ٢: ١٣٠.
(٣) الوسائل ١٨: ٩٧، ب١ من أحكام العيوب، ح١.
(٤) الوسائل ١٨: ٩٩، ب٢ من أحكام العيوب، ح٢، مع اختلاف.
(٥) التذكرة ١١: ١٩١. جامع المقاصد ٤: ٣٢٥.
(٦) نقله في المسالك ٣: ٢٩٦.
(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٦١٥.
(٨) المبسوط ٢: ١٣٠.
(٩) المسالك ٣: ٢٩٦.
(١٠) تقدّم في ص ٢٤١.

ذلك عيباً؛ لأنّه لا يكون إلّا لعارض غير طبيعي) وهو المدار في ثبوته عرفاً [١].

قلت و[استحسان القول بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد ولو بأقلّ من ستة أشهر] هو جيّد [٢].

و[المختار] [٣] أنّه لا ينبغي أن يكون مجرّد بلوغ تسع سنين والتأخّر ستّة أشهر موجباً لذلك [٤].

فالمتجه حينئذٍ النظر إلى أمثالها سنّاً مع الاتّفاق في البلد والمزاج في الجملة، فإن وجد فيها دونها يكون عيباً.

ثمّ إنّه لابدّ من [٥] علم سبق ذلك عند البائع، وإلّا فمع احتمال عروض العارض عند المشتري لا ردّ ولا أرش، كما أنّه يجب تقييد الردّ بما إذا لم يتصرّف في هذه المدّة، وإلّا كان له الأرش كغيره من العيوب [٦].

[الثفل في الزبيب أو البزر عيب]:

المسألة (**الخامسة: من اشترى زيتاً أو بزراً**) بفتح الباء وكسرها، ولعلّه أفصح زيت الكتان، وأصله محذوف

---

[١] **بل لا خلاف أجده فيه إلّا من العجلي**[1]، ولا ريب في ضعفه:

١ ـ للصدق عرفاً.

٢ ـ ولأنّه من نقص الصفات.

٣ ـ ولصحيح داود بن فرقد: سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستّة أشهر وليس بها حمل، فقال: «إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ به»[2].

بل في المسالك: «إنّ في دلالته على اعتبار الستّة أشهر نظراً؛ لأنّه إنّما علّق الحكم على حيض مثلها وأراد به نفي الصغر واليأس، وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات الإدراك، ونفي كونه عن كبر، فإنّ من المعلوم أنّ مثلها تحيض في تلك المدّة، وأقلّ منها، والسؤال وقع عن تأخير الحيض ستّة أشهر، والجواب لم يتقيّد به. وحينئذٍ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخّر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً»[3].

[٢] بل هو مقتضى ما سمعت من التعليل، ويمكن تنزيل عبارات الأصحاب على ما لا ينافيه.

[٣] [كما] منه [= من التعليل] ينقدح [ذلك].

[٤] لأنّه قد عرف بالتجارب التأخّر عن عشر سنين، بل عن أزيد من ذلك.

[٥] [لـ]ـتنزيل الخبر وعبارات الأصحاب على إرادة [ذلك].

[٦] إذ احتمال استثناء ذلك منها [= من العيوب] بأنّ التصرّف لا يسقطه؛ لإطلاق الردّ في الصحيح المزبور[4]، مع استبعاد عدم التصرّف في هذه المدّة مخالف لظاهر الفتاوى، وللأدلّة السابقة على تعيّن الأرش معه المرجّحة بها عليه وإن كان التعارض من وجه، كما هو واضح.

---

(١) السرائر ٢: ٣٠٤ـ ٣٠٥.

(٢) الوسائل ١٨: ١٠١، ب٣ من أحكام العيوب، ح ١، وفيه: «منه» بدل «به».

(٣) المسالك ٣: ٢٩٧.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠١، ب٣ من أحكام العيوب، ح ١.

المضاف ، أي دهن البزر (**فوجد فيه ثفلاً**) بالضم : ما استقرّ تحت الشيء من كدرة (**فإن كان ممّا جرت العادة بمثله لم يكن له ردّ ولا أرش**) [١].

(**وكذا لو**(١) **كان كثيراً و**) قد (**علم**) المشتري (**به**) قبل العقد [٢].

أمّا إذا لم يكن عالماً بكثرة الثفل فـ [ـالظاهر :] [٣] إنّ له حكم العيب [٤]. و[لكن] التحقيق التفصيل بين ما

---

[١] لأنّه ليس عيباً ، أو لأنّ جريان العادة يجعله كعلم المشتري به أو إسقاط البائع له .

[٢] لما عرفت من أنّ ذلك رضاً منه به ، فلا ردّ ولا أرش .

ولا يشكل صحّة البيع بالجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر وإن شوهد ؛ لعدم الاكتفاء بها ؛ لما عرفته مكرّراً بأنّ العلم بالجملة كافٍ في رفع ذلك .

[٣] **[كما هو] ظاهر المصنّف وغيره .**

[٤] **بل لا أجد فيه خلافاً :**

١ ـ لكونه عيباً عرفاً .

٢ ـ ولكونه على غير أصل الخلقة . وقال ميسر بن عبدالعزيز لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه دردياً ؟ فقال : « إن كان يعلم أنّ الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يردّه ، وإن لم يكن يعلم فله أن يردّه »(٢) ، وعبّر بمضمونه في التحرير(٣) .

بل قيل(٤) **: والنهاية والسرائر وجامع الشرائع**(٥) . ولعلّ المراد من الجميع ما في المتن وغيره بجعل جريان العادة بمنزلة العلم . كما أنّه يحتمل العكس ، بحمل ما في المتن على إرادة العلم بجريان العادة . بل لعلّه أولى عند التأمّل .

إلّا أن يكون شيئاً يسيراً لا يعدّ مثله عيباً في العادة ، فإنّه لاخيار حينئذٍ وإن لم يعلم .

وكيف كان فلا دلالة في الخبر على أنّه مع عدم العلم عيب يستحق به أرشاً لو أراده أو مع التصرّف ، أو الردّ فيه أعم من ذلك ومن كونه من تبعّض الصفقة ، باعتبار خروج بعضه دردياً غير سمن .

وقد يشهد له الصحيح عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : « أنّ علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا فخاصمه إلى علي عليه السلام فقال له عليّ عليه السلام : لك بكيل الربّ سمناً ، فقال له الرجل : إنّما بعته منك حكرة ، فقال له عليه السلام : إنّما اشترى منك سمناً ، ولم يشتر منك ربّاً »(٦) .

إلّا أنّه يجب حمله بعد أن كان المبيع شخصياً لا كلّيا على إرادة أنّ له من الثمن بقدر ما يقابل الربّ من السمن . ومنه يعلم حينئذٍ صحّة البيع في نحو ذلك بعنوان أنّه سمن وإن بان الخلاف ، بل يثبت الخيار للتبعّض . مضافاً إلى عدم الجهالة بعد العلم بالجملة ، وكونها المبيع ولو بزعم العنوان خطأ .

---

(١) في الشرائع : « إن » .
(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٩ ، ب٧ من أحكام العيوب ، ح ١ ، مع اختلاف .
(٣) التحرير ٢ : ٣٦٧ .
(٤) مفتاح الكرامة ٤ : ٦١٦ .
(٥) النهاية : ٣٩٥ . السرائر ٢ : ٣٠٥ . الجامع للشرائع : ٢٦٨ .
(٦) الوسائل ١٨ : ١١١ ، ب٧ من أحكام العيوب ، ح ٣ .

يعدّ بمزجه عيباً في الممزوج معه وعدمه في العرف، وهو مختلف بالنظر إلى الكمّ والكيف [١]. ومن ذلك يعلم أنّه قد يجتمع للمشتري خياران من التبعّض والعيب إذا فرض أنّه يثبت بالخلط أيضاً.

[فيه خيار التدليس]:

المسألة (**السادسة**): لا إشكال [٢] في أنّ كلّاً من (**تحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه**) يثبت به الخيار إذا شرط فبان الخلاف [٣]. إلّا أنّه بين الردّ والإمساك مجّاناً [٤]. نعم لو كان المشترط ممّا يكون فقده عيباً اتجه ذلك [= الأرش] كما هو واضح. أمّا إذا لم يشترط واشتراها محمرّة ذات شعر فبان أنّها ليست كذلك فـ[ـالمختار] [٥] أنّه (**تدليس، فيثبت**[١] **به الخيار**) بين الردّ والإمساك مجّانا من (**دون الأرش**)، إذا لم يكن قد بان عيب فيها كغيره من أنواع التدليس [٦].

(**وقيل**) [٧]: إنّه (**لا يثبت به الخيار**) [٨] (**و**) على تقديره [= وجود الخلاف] فلا ريب في أنّ (**الأوّل أشبه**) [٩].

٢٢ = ٢٨٢

---

[١] **ولعلّه لذا قال في التحرير: «الدردي في الزيت والبزر عيب موجب للردّ أو الأرش مع عدم علم المشتري به»**[٢]. **وقال أيضاً: «لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخيّر بين الردّ وأخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمناً بإزاء الناقص وإن كان سمّاناً»**[٣].

[٢] **بل ولا خلاف.**

[٣] **بل في المسالك الإجماع عليه**[٤)؛ لما عرفته سابقاً ممّا دلّ على ذلك.

[٤] ضرورة عدم كونه عيباً، فلم يبق إلّا جهة الشرطية.

[٥] **[كما هو] المشهور بين الأصحاب.**

[٦] **الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به:** ١ ـ بل قد سمعت الإجماع بقسميه على ثبوته بالتصرية التي هي فرد منه. ٢ ـ مضافاً إلى خبر الضرار[٥].

[٧] **كما عن الخلاف**[٦].

[٨] **ذكر ذلك [في الخلاف] في الجعد والتحمير والتبييض**[٧]. ولعلّ وصل الشعر مثلها عنده. **بل قيل**[٨]: **إنّه ظاهر التحرير والإرشاد والدروس**[٩]. وإن كان قد يناقش فيه: باحتمال نفيه من حيث العيب، ردّاً على ما يفهم ممّا عن المبسوط[١٠]، بل لعلّه ظاهرها أو ظاهر بعضها لا من حيث التدليس، بل لعلّ ما في الخلاف[١١] كذلك. لكن لم يحضرني فيرتفع الخلاف حينئذٍ من أصله.

[٩] بأُصول المذهب، وقواعده؛ إذ لا مجال لاحتمال كونه غير تدليس، كما أنّه لا مجال لعدم ثبوت الخيار به على تقديره.

---

(١) في الشرائع: «يثبت».
(٢) (٣) التحرير ٢: ٣٦٧.
(٤) المسالك ٣: ٢٩٨.
(٥) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣، ٥.
(٦) (٧) (١١) الخلاف ٣: ١١١.
(٨) مفتاح الكرامة ٤: ٦٤٥.
(٩) التحرير ٢: ٣٨٠. الإرشاد ١: ٣٧٧. الدروس ٣: ٢٨٠.
(١٠) المبسوط ٢: ١٢٩.

بل لا يبعد ثبوت الخيار وإن لم يكن من فعل المولى [١].

بقي (القول في لواحق هذا الفصل ، وفيه مسائل) :

[اختلاف المتعاقدين في البراءة عن العيب] :

(الأُولى : إذا قال البائع : بعتك[1] بالبراءة) من العيوب **(وأنكر المبتاع فالقول قوله مع يمينه إذا لم يكن للبائع بيّنة)** [٢].

ولو كان مورد النزاع في حال العقد الواقع أمكن التحالف ، كما تقدّم في نظائره .

ولو كان كيفية الدعوى استحقاق المشتري الفسخ والبائع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول حينئذٍ بكون البائع المنكر [٣].

---

[١] لحصول الضرر على المشتري بذلك دون البائع ؛ لعدم وجود الصفة في مبيعه في الواقع ، والله أعلم .

[٢] **بلا خلاف يعرف ، كما اعترف به بعضهم[2] :**

١ ـ لقوله صلى الله عليه وآله : « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر »[3] ؛ إذ هو مدّع حتى لو قلنا : إنّه الذي « يترك لو ترك » لأنّ المراد به بالنسبة إلى تلك الدعوى نفسها وهو هنا كذلك ، فلا ينافيه الفسخ حينئذٍ من المشتري .

٢ ـ على أنّه لا يتوقّف على عدم دعوى البائع البراءة ، بل هو يحصل بموجبه ، فإذا ثبت البراءة ينكشف فساد الفسخ .

[٣] **ولعلّه عليه ينزّل ما عن المبسوط من أنّه قد يكون البائع منكراً كأن يدّعي المشتري ابتياعه السلعة وبه عيب فيقول البائع : بعته بريئاً من هذا العيب ، فله أن يحلفه : والله لا يستحق ردّه عليّ ؛ لأنّه قد يبيعه وبه العيب ، ثمّ يسقط الردّ بالرضا بالعيب[4]** . [فينزّل على إنكار البائع استحقاق المشتري الفسخ] بناءً على إرادة البراءة من استحقاق الردّ بقرينة آخر كلامه ، لا أنّ المراد نفي الاستحقاق باشتراط البراءة من العيوب ، وإلّا كان من المسألة المفروضة في المتن ، التي عرفت عدم الخلاف فيها ، وأنّه لا إشكال للخبر المزبور ، الذي لا يصلح لمعارضته مكاتبة جعفر بن عيسى لأبي الحسن عليه السلام المتقدّمة[5] في المسقطات من وجوه : منها : أنّ المفهوم من سياقه أنّ إنكار المشتري لسماع البراءة وقع مدالسة ؛ لعدم رغبته فيه ، وإلّا فهو عالم بتبرّي البائع ، ولذلك ألزمه الإمام عليه السلام بالثمن . **وكيف كان فعن الشهيد في حواشيه : أنّ يمين المشتري هنا على نفي العلم[6]** .

ولعلّه لأنّها على نفي فعل الغير ، مضافاً إلى إيماء قوله في خبر جعفر : « لم أسمع » إليه . وفيه : أنّ مرجعه إلى ما وقع عليه العقد ؛ إذ لا أثر للبراءة التي لم يسمعها المشتري . **ومن هنا قال في المحكي عن النهاية والسرائر : يحلف أنّه لم يبرأ إليه من العيوب وباعه مطلقاً أو على الصحة[7]** ، والأمر سهل .

---

(١) في الشرائع : « بعت » .

(٢) الرياض ٨ : ٢٧٤ .

(٣) الوسائل ٢٧ : ٢٩٣ ، ب ٢٥ من كيفيّة الحكم ، ح ٣ ، وفيه : « من ادّعى » بدل « المدّعي » .

(٤) المبسوط ٢ : ١٣٤ .

(٥) الوسائل ١٨ : ١١١ ، ب ٨ ، من أحكام العيوب ، ح ١ .

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٦٥٧ .

(٧) النهاية : ٣٩٢ . السرائر ٢ : ٢٩٧ .

وكدعوى التبرّي دعوى العلم بالعيب أو الرضا به بعد العقد، أو نحو ذلك [١].

[اختلاف المتعاقدين في تقديم العيب على العقد]:

المسألة (**الثانية: اذا قال المشتري: هذا العيب كان عند البائع**) أو قبل القبض مثلاً (**فلي ردّه وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه**) [٢].

لكن (**إذا لم يكن للمشتري بيّنة**) وإلّا وجب الأخذ بها (**ولا شاهد حال يشهد له**) يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه، مثل أن يكون العيب إصبعاً زائداً أو قطع إصبع قد اندمل موضعه وقد اشتراه من يومه أو أمسه، وإلّا كان القول قوله بلا يمين، كما أنّه لو كان كذلك بالنسبة إلى إنكار البائع كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع قبل قوله بلا يمين.

أمّا إذا لم يفد القطع [٣] قلت: [الظاهر] [٤] الاكتفاء بما يفيد الظنّ أيضاً، إلّا أنّه لابد من اليمين معه [٥].

---

[١] **وعن التذكرة: أنّ مثلها أيضاً دعوى التقصير في الردّ**(١).

وفي المسالك: «أنّه يتم في الخيار الفوري لا في خيار العيب»(٢).

قلت: لعلّه فرّعه على القول بأنّ خيار العيب فوري، كما صرّح به في الغنية(٣) على ما ستعرف إن شاء الله، والله أعلم.

[٢] **بلا خلاف أجد فيه**؛ لأنّ المشتري هنا هو المدّعي باعتبار مخالفة دعواه أصالة اللزوم، و«يترك لو ترك» فيكون البائع منكراً يقبل قوله مع يمينه.

[٣] **فظاهر الدروس وغيرها ممن قيّد القرينة بإفادة القطع عدم اعتباره**(٤).

واستحسنه ثاني المحقّقين؛ لأنّ القرائن المثمرة للظنّ الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها، **قال: «ويستفاد من ذلك التعويل على ما أثمر القطع واليقين في كلّ موضع كالشياع إذا بلغ مرتبة التواتر، فأثمر اليقين»**(٥).

[٤] **[كما] قد يظهر من إطلاق المتن والنافع والقواعد والإرشاد**(٦).

[٥] لأنّ أقصاه لو كان مع المشتري إنقلاب البائع مدّعياً باعتبار مخالفته للظاهر، والمشتري منكراً لموافقته إياه، فيقبل قوله مع اليمين.

ولا ثمرة له حينئذٍ لو كان مع البائع؛ لأنّ القول قوله بيمينه بدونه. **وعن حواشي الشهيد: إن كان شاهد الحال للبائع لابد من اليمين؛ لأنّه منكر، وإن كان للمشتري فلا يحتاج إلى يمين؛ لأنّ الحال تشهد له بسبق العيب على العقد كالبيّنة التي تشهد له بسبق العيب**(٧).

وفيه ما لا يخفى، سواء أراد الظني منه أو القطعي.

---

(١) التذكرة ١١: ٢١٢.
(٢) المسالك ٣: ٢٩٩.
(٣) الغنية: ٢٢٢.
(٤) الدروس ٣: ٢٨٩.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٣٥٥.
(٦) المختصر النافع: ١٥٠. القواعد ٢: ٧٧ـ ٧٨. الإرشاد ١: ٣٧٧.
(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٨.

وكيف كان فيمين البائع على نفي العيب إذا كان مختبراً للمبيع مطّلعاً على خفاياه قبل البيع لا على نفي العلم [١].

ومقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف كذلك، وهو لا يخلو من إشكال، سيما إذا كان جوابه به. أمّا إذا لم يكن قد اختبره فقد يقال: إنّ له الحلف على القطع عملاً بأصالة العدم، بناءً على ظاهر السلامة.

كما يحلف على عدم النجاسة في الماء استناداً إلى أصالتها [٢].

[قيل] ولعلّ الأقرب أنّه لا يكتفى بذلك منه فيردّ الحاكم اليمين على المشتري فيحلف فيردّ أو يأخذ الأرش[١].

قلت: وهو متجه بناءً على عدم الاكتفاء بالحلف على نفي العلم في الصورة الأولى [٣]. فالمتجه اتحادهما في الحكم، وأنّه يكفي فيهما معاً اليمين على نفي العلم حتى إذا كان الجواب نفي العيب، ويكفي ذلك في نفي استحقاق المشتري الردّ الذي يشترط فيه معلومية السبق، ولو بطريق شرعي، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة لا تخلو بعد من نظر، وقد أشبعنا الكلام فيها في كتاب القضاء، فلاحظ. هذا كلّه إذا كان الجواب بنفي العيب.

أمّا إذا كان الجواب بـ« لا يستحق الردّ عليّ بهذا العيب »، فهو جواب صحيح يجب على الحاكم استماعه وإحلافه على ذلك [٤].

من غير حاجة إلى نفي العيب أو العلم به [٥].

---

[١] **بلا خلاف أجده، بل في الرياض قولاً واحداً**[٢].

[٢] **وعن التذكرة والميسية**[٣] **وغيرهما الاكتفاء حينئذٍ بنفي العلم. وفي المسالك: « وهو حسن؛ لاعتضاده بأصالة عدم التقدّم فيحتاج المشتري إلى إثباته »**[٤].

قيل: « ومعناه أنّ هذا الحلف لا يسقط الدعوى بالكلّية، بل لو ظفر بعد ذلك ببيّنة أقامها وسمعت أنّ هذا أحد الاحتمالين أو القولين في مثل المسألة »[٥].

[٣] إذ لا أثر للاختبار وعدمه في كون حقّ المدّعي اليمين على نفي العيب أو نفي العلم.

[٤] **كما عن المبسوط**[٦].

[٥] **وما عن النهاية والسرائر من إطلاق أنّه كان على البائع اليمين بالله أنّه باعه صحيحاً لا عيب فيه**[٧] منزّل على غير ذلك.

كما أنّ ما عن أبي علي من أنّه إن ادّعى البائع انّه حدث عند المشتري أحلف المشتري إن كان منكراً[٨] منزّل على المقام أيضاً، فتأمّل جيّداً.

---

(١) (٥) مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٩.
(٢) الرياض ٨: ٢٧٤.
(٣) التذكرة ١١: ٢١١. ونقله عن الميسية في مفتاح الكرامة ٤: ٦٥٩.
(٤) المسالك ٣: ٢٩٩.
(٦) المبسوط ٢: ١٣٤.
(٧) النهاية: ٣٩٢. السرائر ٢: ٢٩٧.
(٨) نقله في المختلف ٥: ١٧٢.

ولو باع الوكيل فالمشتري يردّ بالعيب على الموكّل، ولو أنكر سبق العيب لم يقبل إقرار الوكيل عليه، وكان للمشتري الردّ على الوكيل إذا كان جاهلاً بالوكالة ولم يتمكّن الوكيل من إقامة البيّنة على وكالته وإقرار الموكّل بها لايجدي في جواز الردّ عليه. نعم كان للوكيل تحليف الموكّل على نفي العيب دفعاً للظلامة عن نفسه.

ولو أنكر الوكيل المجهولة وكالته سبق العيب حلف على النفي دفعاً للغرامة عن نفسه.

فإن نكل ردّ عليه. وفي جواز ردّه حينئذٍ على الموكّل وجهان [١].

نعم للمشتري الردّ بها بعد اعتراف البائع بالوكالة أو يقال: بأنّ إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته، كأن يقول في الجواب: لا حقّ لك عليّ من جهة هذه الدعوى؛ إذ ليس في المبيع عيب لك على الردّ به، فلا يمتنع حينئذٍ تخريج المسألة على القولين، والله أعلم.

[طريقة تعيين الأرش]:

المسألة (**الثالثة**): إذا أراد المشتري أخذ الأرش حيث يكون له فطريق معرفته أنّه (**يقوّم المبيع صحيحاً ومعيباً وينظر في نسبة النقيصة من القيمة فيؤخذ من الثمن بنسبتها**) أي مابين القيمتين [٣].

لا أنّه يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين [٤].

[ولا نقص قيمة المعيب]. نعم هو متجه في الأرش بالنسبة إلى الغاصب ونحوه، بل وإلى البائع حيث يفسخ بخياره مثلاً، وكان قد تعيّب في يد المشتري عيباً مضموناً، فإنّه يأخذ حينئذٍ تفاوت ما بين القيمتين لامن الثمن بالنسبة. مع احتماله لإقدامه على الضمان بالثمن.

---

[١] مبنيّان على أنّ اليمين المردودة كالإقرار فلا يردّ، أو كالبيّنة فيردّ.

وربّما أُشكل بناء الوجهين على ذلك، بأنّ البيّنة على سبق العيب غير مسموعة من الوكيل على الموكّل، بعد إنكاره السبق؛ لأنّه معترف بكون المشتري ظالماً. وقد يدفع بأنّ المراد كونها كالبيّنة من الرادّ، لا من الناكل، فهي حاكمة عليها.

لكن في اقتضاء ذلك جواز الردّ من الوكيل نظر.

[٣] لأنّه هو الذي فات عليه بسبب العيب.

[٤] وإن أُطلق في النصوص وعبارات بعض القدماء ذلك، إلّا أنّه يجب تنزيله على كون الثمن قيمة المثل لا مطلقاً، وإلّا جمع في بعض الأحوال بين العوض والمعوّض، وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وآله، قال: «لا يجمع بين العوض والمعوّض لواحد»[1]. على أنّ المراد جبر ما فات عليه بسبب العيب لا غيره ممّا أقدم عليه أو غبن فيه أو غير ذلك، والذي فات عليه بسببه ما ذكرناه، مضافاً إلى ما سمعته من الصحيح أو الحسن السابق المراد من قوله فيه: «ويردّ عليه بقدر ماينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك»[2]، ما سمعته قطعاً؛ وإلّا لم يكن وجه للتقييد بالثمن، كما هو واضح. **وحينئذٍ فما عن بعض الجمهور من أنّ الأرش نقص قيمة المعيب**[3] من الأغلاط.

---

(١) معنى المحتاج ٣: ٢٠٥. فتح الوهاب ٢: ٨٤.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٠، ب١٦ من الخيار، ح٢، وفيه: «ينقص» بدل «نقص».

(٣) اللباب ٢: ١٩ـ ٢٠.

إلّا أنّ الأوّل أقوى [١]. ثمّ إنّ الظاهر مراعاة القيمة حال العقد [٢] لا يوم القبض [٣]. ولعلّ احتمال كون المدار على القيمة حال استحقاق الأرش باختياره أو بحصول المانع من الردّ أولى منهما [٤]. ولو كان العيب الذي يراد أرشه حادثاً في زمن الخيار مثلاً، بناءً على استحقاق الأرش فالمتجه ملاحظة القيمة حين حدوثه أو حال تعيّن استحقاقه بالاختيار أو التصرّف مثلاً، فتأمّل جيّداً. ويعتبر في المقوّم العدالة والمعرفة والتعدّد والذكورة وارتفاع التهمة [٥]. إلّا أنّه مع ابتنائه على أنّ التقويم من باب الشهادة لا يخلو بعضها عن نظر، خصوصاً مع تعذّرها وانحصار المقوّمين في فاقديها. وعلى تقدير الاشترط فالمتجه حينئذٍ عند التعذر الرجوع إلى الصلح بما يراه الحاكم. كما أنّ المتجه هنا سؤال الحاكم ممن يتمكّن من المقوّمين وإن لم يجمعوا الشرائط؛ ليكون على بصيرة في حكمه [٦]. كما أنّه يمكن أن يقال: (**إن اختلف أهل الخبرة في التقويم**) أو اختلف القيم لأفراد ذلك النوع المساوية للمبيع - فإنّ ذلك قد يتفق ولو نادراً - يتعيّن الصلح أيضاً [٧]. لكن [قيل:] [٨] (**يعمل على الأوسط**) الذي هو هنا

---

[١] **وعن الشهيد في الحواشي: أنّ الأرش يطلق بالاشتراك اللفظي على معانٍ أُخر:**

١ - منها: نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره في غير المقدّر الشرعي.

٢ - ومنها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجناية كقطع يد العبد.

٣ - ومنها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعي والأرش، وهو ما تلف بجناية الغاصب[1].

[٢] لأنّ الثمن يومئذٍ قابل المبيع، وهو وقت دخوله في ملكه ووقت استحقاقه الأرش.

[٣] باعتبار أنّه يوم دخول المبيع في ضمانه ويوم استقرار الملك؛ لأنّه لا دخل لذلك في اعتبار القيمة. ومنه يعلم ضعف احتمال أقلّ الأمرين من يوم العقد إلى يوم القبض؛ لأنّ القيمة إن كانت يوم البيع أقلّ فالزيادة حدثت في ملك المشتري، ولأنّ يوم البيع وقت الاستحقاق. وإن كان يوم القبض أقلّ فالنقص من ضمان البائع؛ لأنّه وقت الاستقرار.

[٤] لأنّ ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرش؛ إذ قبله كان البائع مخيّراً بين الردّ والأرش، فهو غير مستحق على التعيين. ولذا لاتشتغل به ذمّة البائع حينئذٍ بخصوصه إلّا مع أحد الأمرين.

[٥] **كما نص عليه في الدروس**[2] **وغيرها.**

[٦] وأمّا احتمال التعطيل حتى يحصل مقوّمون جامعون للشرائط ففيه تعطيل الحقّ عن مستحقه، كما أنّ احتمال الاقتصار على المتيقّن، ونفي الزائد بأصالة البراءة فيه ضرر على من له الأرش، (فـ) ـالأولى ما ذكرنا.

[٧] إذ الاقتصار على الأقلّ ونفي الزائد بأصل البراءة والرجوع إلى القرعة أو التخيير للحاكم أو نحو ذلك ممّا يظهر بعضه ممّا ذكروه في تعارض الأمارات.

[٨] **[كما عن] المفيد والمصنّف والفاضل والشهيدين والعليّين**[3] **وغيرهم على ماحكي عن بعضهم على أنّه [ذلك].**

---

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٢.

(٢) الدروس ٣: ٢٨٨.

(٣) المقنعة: ٥٩٧. المختصر النافع: ١٥٠. القواعد ٢: ٧٤ـ ٧٥. الدروس ٣: ٢٨٧. الروضة ٣: ٤٧٥. جامع المقاصد ٤: ٣٣٦. ونقله عن العيسية في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٢.

عبارة عن قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم فمن القيمتين نصف مجموعهما، ومن الثلاثة ثلثه، وهكذا حتى يكون عملاً بالجميع في الجملة، وذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على أُخرى. فالمراد من الوسط حينئذٍ القيمة المتوسّطة بين الجميع بحيث لا تكون إلى واحدة أقرب منها إلى أُخرى، لا الوسط بالمعنى المنساق؛ ضرورة انتفائه في نحو القيمتين والأربعة ونحوها ممّا لا وسط لها.

وحاصله مراعاة نقيصة كلّ قيمة وزيادتها، فلو قوّم صحيحاً مثلاً باثني عشر ومعيباً بعشرة وقوّمه آخر صحيحاً بثمانية، وخمسة معيباً كان تفاوت قيمتيه صحيحاً أربعة فتقسّم بالنصف إعمالاً لكل من البيّنتين، فيكون قيمته صحيحاً عشرة وتفاوت قيمتيه معيباً مثلاً خمسة فتقسّم أيضاً بالنصف إعمالاً لهما، فيكون قيمته معيباً سبعة ونصفاً، فالتفاوت حينئذٍ بين قيمة الصحيح والمعيب المنتزعتين الربع فيؤخذ ذلك من الثمن. وهذا معنى قولنا: يؤخذ من القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلث ثلثها محافظة على ذلك [١].

---

[١] وكذا قول بعضهم في طريق ذلك بوجه أسهل من الأوّل: أنّه تجمع القيم الصحيحة والقيم المعيبة ثمّ تنسب ويؤخذ بنسبتها من الثمن[(١)].

بل هو بعينه الرجوع إلى نصف مجموع القيمتين؛ ضرورة كون النسبة بين المجموعين هي النسبة بين أجزائهما مع اتحاد الأجزاء في الاسم كالنصف مثلاً، فالنسبة بين العشرين والخمسة عشر مثلاً هي النسبة بين العشرة والسبعة ونصف، وبالنسبة بين الستة والثمانية، كالنسبة بين نصفيهما، كما هو واضح، ومرجع الجميع إلى ما ذكرنا.

نعم يحكى عن الشهيد طريق آخر للجمع بين القيم[(٢)]، بل عن إيضاح النافع: أنّه الحقّ وهو أن ينسب معيب كلّ قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم كنصفه إن كانتا اثنتين وثلثه لو كانت ثلاثة وهكذا[(٣)]. وهو قد يتحد مع الطريق الأوّل، وقد يختلف. وكشف الحال يحصل بصور:

الأُولى: أن يختلف المقوّمون فيهما معاً، بأن قالت إحدى البيّنتين: إنّ قيمته اثنى عشر صحيحاً وعشرة معيباً، والأُخرى: ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً.

[فعلى الأوّل]: فالتفاوت بين مجموع الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع ربع الثمن، فلو كان اثنى عشر فالأرش ثلاثة.

وكذا [على الثاني]: إذا أُخذت نصف مجموع الصحيحتين، وهو عشرة ونصف ومجموع المعيبتين، وهو سبعة ونصف يكون التفاوت ربعاً أيضاً.

وعلى ما [في الثالث: الذي] ذكره الشهيد: يؤخذ تفاوت الأُولى وهو السدس والثانية وهو ثلاثة أثمان، ثمّ يقسّم ذلك بالنصف؛ لأنّ الفرض أنّهما قيمتان، فيكون نصف سدس وثمن ونصف ثمن، ثمّ يسقط ذلك من الثمن، فإذا كان هو اثني عشر سقط منه ثلاثة وربعه التي هي نصف السدس وثلاثة أثمان، أي ستة ونصف.

---

(١) الرياض ٨: ٢٧٥.
(٢) حكاه في الروضة ٣: ٤٧٨ ـ ٧٨٠.
(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٣.

ولو كانت القيم ثلاثة : إحداها كالأُولى ، والثانية : عشرة صحيحاً وثمانية معيباً ، والثالثة : ثمانية صحيحاً وستة معيباً .

فعلى الأوّل : يكون التفاوت الخمس ؛ لأنّ مجموع القيم الصحيحة ثلاثون والمعيبة أربعة وعشرون ، فالتفاوت ستة هي خمس ، فيرجع بخمس الثمن ، وهو إثنان وخمسان من الاثني عشر .

وعلى الثاني : يجمع سدس الثمن وهو اثنان من الاثني عشر وخمسه وهو اثنان وخمسان وربعه وهو ثلاثة ،فيكون المجموع سبعة وخمسين ، فيسقط من الثمن ثلثها وهو اثنان وخمسان وثلث الخمس ، وبه يزيد على الأوّل .

وقد يتحدان : كما لو كانت إحدى القيمتين اثنى عشر صحيحاً وأربعة معيباً ، والأُخرى ستة صحيحاً وإثنان معيباً فإنّ التفاوت الثلثان على كلّ منهما .

وكذا لو كانت الأُولى ستة معيباً والثانية ثلاثة معيباً فإنّ التفاوت النصف على كلّ منهما ، أو كانت الأُولى ثمانية معيباً والثانية أربعة فإنّ التفاوت الثلث على كلّ منهما وهكذا .

الصورة الثانية : أن تتفق قيمة الصحيحة وتختلف المعيبة ، فلو كانت قيمته اثني عشر صحيحاً عند الجميع وقيمته معيباً بعشرة عند قوم ، وستة عند آخرين .

والطريق على الأُولى : تنصيف مجموع قيمتي المعيبة ونسبته إلى الصحيحة ويسقط من الثمن بالنسبة وهو الثلث هنا ، أو تضعّف الصحيحة وينسب المجموع إلى المجموع وهو هنا الثلث أيضاً . وعلى ما ذكره الشهيد يجمع السدس والنصف من الثمن ، ويسقط نصفه وهو الثلث هنا أيضاً .

وكذا لو كانت القيم في المعيب ثلاثة : بأن قالت الثالثة : إنّ قيمته ثمانية معيباً فإنّك إن كرّرت الصحيحة أو أخذت ثلث مجموع قيم المعيبة ونسبته إلى الصحيحة أو جمعت السدس والنصف والثلث وأسقطت ثلثه من الثمن كان التفاوت الثلث أيضاً .

الصورة الثالثة : أن تتفق قيم المعيبة دون الصحيحة بأن كانت قيمته ستة معيباً عند الجميع وثمانية صحيحاً عند قوم وعشرة عند آخرين .

والتفاوت الثلث إن ضعفت المعيبة ، ونسبتها إلى مجموع القيمتين أو أخذت نصف الصحيحتين ونسبته إلى المعيبة . وعلى ما ذكره الشهيد يجمع التفاوت وهو الربع والخمسان وهي من الاثني عشر المفروض كونه ثمناً ، أربعة وأربعة أخماس ، ثمّ يسقط نصفهما من الثمن وهو ثلاثة ونصف وخمسان .

وبه يحصل الاختلاف بين الطريقين .

ولو كانت القيم ثلاثة بأن كانت الثالثة اثني عشر صحيحاً صار التفاوت خمسين ، سواء أخذت ثلث مجموع الصحيحة وهو عشرة ونسبته إلى المعيبة ، أو ضعّفت المعيبة ثلاثاً فتكون ثمانية عشر ، وتفاوتها مع الثلاثين خمسان .

أمّا على ما ذكره الشهيد : يجمع الربع وهو ثلاثة من الاثني عشر والخمسين وهو أربعة وأربعة أخماس والنصف وهو ستة ، فيكون المجموع ثلاثة عشر وأربعة أخماس ، فيسقط ثلثها من الثمن وهو أربعة وثلث وخمس وثلث الخمس .

إلى غير ذلك ممّا لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا .

نعم قد يشكل ذلك كلّه بأنّه لا دليل عليه ، وقاعدة الجمع بين البيّنات يمكن منعها .

فالمتجه حينئذٍ ما ذكرنا من القرعة أو الاقتصار على الأقلّ أو نحو ذلك ممّا سمعت الذي لا يخلو القول بالقرعة فيه من قوّة. ومع تلك القاعدة فالأولى [١] إعمال كلّ من البيّنتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت عن وجه لا يفضل أحدهما عن الآخر [٢].

بل لعلّ اختلاف البيّنات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشيء الواحد الذي له قيم متعدّدة، ومقتضى العدل الجامع بين حقي المشتري والبائع هو [أن تجمع القيمتان أو القيم منسوبة إلى القيم بالسوية] [٣]. فليست المسألة حينئذٍ من تعارض البيّنات كي يجري فيها حكمه. ولو كان الثمن عروضاً استحق المشتري قيمة نسبة التفاوت منه. كما أنّه لو كان نقداً لم يستحق الأرش في خصوص ما دفعه منه؛ لأنّ التحقيق كون الأرش من الغرامات، فالثمن حينئذٍ ملك البائع على كلّ حال. ولو كان العيب في الثمن وكان عروضاً استحق البائع على المشتري قيمة نسبة التفاوت من المبيع، فمع فرض كون التفاوت النصف استحق عليه قيمة نصف المبيع.

وقد يحتمل أنّه يستحق عليه تفاوت ما بين الصحّة والعيب، ولا جمع هنا بين العوض والمعوّض عنه بحال [٤]. فالأولى ملاحظة النسبة في كلّ منهما [= المبيع، الثمن]، فتأمّل جيّداً.

---

[١] [كـ] ـما ذكره الشهيد من [أنّه ذلك].

[٢] ضرورة كونه هو الذي اختلفت البيّنات فيه، والتقويم مقدّمة له، لا أنّه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع، كما هو مقتضى الطريق الأوّل؛ إذ هو ليس جمعاً فيما اختلفت فيه البيّنات من التفاوت الذي هو مقتضى أحدها الثلث مثلاً، ومقتضى الأُخرى الربع مثلاً، بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت في أحد الأمرين، ولم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كلّ من البيّنتين والحكم بكونه الأرش إعمالاً لكلّ منهما في النصف، فتأمّل جيّداً. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّهم أخذوا ذلك، مضافاً إلى ما سمعت من خبر عبدالله بن عمر الوارد في الأضاحي قال: كنّا بمكة فأصابنا غلاء في الأضاحي فاشترينا بدينار ثمّ بدينارين ثمّ بلغت سبعة ثمّ لم توجد بقليل ولا كثير، فوقّع هشام المكاري إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا وإنّا لم نجد، فوقّع عليه السلام: «انظروا إلى الثمن الأوّل والثاني والثالث فاجمعوا ثمّ تصدّقوا بمثل ثلثه»[1]. وقد عمل به الأصحاب في محلّه، بل قالوا: الضابط أن تجمع القيمتان أو القيم ويتصدّق بقيمة منسوبة إلى القيم بالسويّة، فمن الثلاث الثلث ومن الأربعة الربع وهكذا، واقتصار بعض على الثلث تبعاً للرواية، وإلّا فالمراد ذلك. وهو قريب إلى ما قلنا به.

[٣] [كـ] ـما ذكره الأصحاب، وتضمّنه الخبر المزبور.

[٤] لأنّ الغابن إن كان هو المشتري فالأمر واضح، وإن كان هو المغبون فليكن كذلك في الثمن وأرشه؛ ضرورة أنّ الأرش ليس هو إلّا جابراً للمعيب بحيث يصيّره صحيحاً، وهو الغبن الأوّل، الذي قد أقدم عليه.

وفيه: أنّ مثله يأتي في عيب المبيع، مع أنّك قد عرفت أنّه يرجع على الثمن بنسبة التفاوت.

ودعوى الفرق بينهما بكون الثمن قيمة للمبيع بعد أن تراضيا عليه، فيكون التفاوت بالنسبة وملاحظة القيمة الواقعية إنّما هو لمعرفة قدر التفاوت. يدفعها: أنّه كما أنّ الثمن قيمة للمبيع بالتراضي كذلك المبيع قيمة الثمن لذلك أيضاً.

---

(١) التهذيب ٥: ٢٣٨ ـ ٢٣٩، ح ٨٠٥. الوسائل ١٤: ٢٠٣، ب ٥٨ من الذبح، ح ١، مع اختلاف.

[تراخي خيار العيب]:

المسألة (الرابعة: إذا علم بالعيب) بعد العقد (ولم يردّ لم يبطل خياره ولو تطاول إلّا أن يصرّح بإسقاطه) أو يحصل ما يقتضيه ممّا عرفته فيما تقدّم؛ إذ هو على التراخي [١]، [ولا ريب فيه].

كما أنّه لا ريب في أنّ (له فسخ العقد بالعيب سواء كان غريمه حاضراً أو غائباً) [٢].

[حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض]:

المسألة (الخامسة: إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري ردّه) قطعاً (وفي الأرش تردّد) وخلاف، قد تقدم الكلام فيه سابقاً في التسليم.

(ولو قبض بعضه ثمّ حدث في الباقي حدث) العيب (كان الحكم كذلك فيما لم يقبض) لأنّه مضمون على البائع، واتحاد الصفقة يلحق المقبوض به في ذلك.

بل لا يجوز له الاقتصار على ردّ غير المقبوض [٣]، بل لو أراد المشتري ردّ الجميع ولم يرض البائع إلّا بردّ

---

[١] على المشهور، بل ربّما ظهر من بعضهم الإتفاق عليه، فضلاً عن عدم الخلاف فيه.

وفي المسالك: «أنّه المعروف في المذهب، ولا نعلم فيه خلافاً»[١].

نعم جعله في التذكرة أقرب[٢]، وهو يشعر بخلافه، لكن لا نعلم قائله، وإنّما خالف فيه الشافعي جعله على الفور[٣]، وهو محتمل إن لم يثبت الإجماع بتقريب الدليل السابق في نظائره.

قلت: الاستصحاب وإطلاق الأدلّة، بل ظهور بعضها إن لم يكن صريحة ينفي الاحتمال المزبور، فضلاً عن الإجماع المذكور.

وإن كان هو قول ابني زهرة وحمزة في الغنية (و) الوسيلة[٤]، بل نفى الخلاف عنه أوّلهما. إلّا أنّه غريب، فلا ريب حينئذٍ في التراخي.

[٢] خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من اشتراط الحضور[٥].

[٣] لما عرفته مفصّلاً في المعيب بعيب سابق؛ إذ المسألة من وادٍ واحد.

لكن في المسالك هنا: «أنّه ربّما قيل: بجواز الاقتصار على ردّ المعيب خاصة، نظراً إلى أنّ سبب الردّ هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضموناً وحده فيتعلّق به جواز الردّ دون المقبوض»[٦].

وفيه: أنّ حدوث العيب في غير المقبوض مقتض لجواز ردّه في الجملة لا ردّه وحده؛ لأنّ كون المقبوض غير مضمون لا يمنع ردّه كما لا يقتضيه، فيبقى مقتضى اتحاد الصفقة الذي هو عدم جواز تبعيضها إلّا بالتراضي بحاله من غير معارض.

---

(١) المسالك ٣: ٣٠٢.

(٢) التذكرة ١١: ١٢٠.

(٣) روضة الطالبين ٣: ١٣٨.

(٤) الغنية: ٢٢٢. الوسيلة: ٢٥٦.

(٥) الفتاوى الهندية ٣: ٤٣، ٨١.

(٦) المسالك ٣: ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

المعيب وحده لم يكن له ذلك[١].

(و) أمّا (**ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الردّ في الثلاثة**) لأنّه مضمون على البائع فيها، فلا ينافي الخيار الثابت فيها.

كما أنّه لا يمنع الردّ بالعيب السابق ولو فيما بعدها [٢].

---

[١] لأنّ المعيب يردّ بعيبه الحادث في وقت كونه مضموناً والباقي حذراً من تبعيض الصفقة، كما هو واضح.

[٢] لما عرفت من أنّ ثبوت الخيار به على التراخي، والحادث لا يصلح مانعاً له بعد أن كان مضموناً على البائع.

نعم ظاهر العبارة أنّه هو لا يوجب خياراً.

كما حكاه أوّل الشهيدين عنه في الدرس[١]، قال: وهو ينافي حكمه في الشرائع بأنّ الحدث في الثلاثة من مال البائع، مع حكمه بعدم الأرش فيه[٢].

وكأنّه يريد أنّه إذا كان مضموناً على البائع كالجملة لزمه الحكم بالأرش؛ إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً إلّا ثبوت أرشه؛ لأنّ الأرش عوض الجزء الفائت أو التخيير بينه وبين الردّ، كما أنّ ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن.

ومن هنا كان خيرة الشهيدين والمحقّق الثاني وغيرهم: أنّ له الردّ بالعيب الحادث[٣]، بل صرّح بعضهم بأنّ له الأرش إن اختاره؛ إذ هو باعتبار ضمانه على البائع كالعيب السابق، **وهو المنقول[٤] عن شيخ المصنّف نجيب الدين ابن نما**، فيكون له في الثلاثة حينئذٍ الخيار في الردّ من جهتين، ولا مانع؛ لأنّ علل الشرع معرّفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرّق. وتظهر الفائدة في المقام في الإسقاط وفي ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة.

ولعدم تقيّد خيار العيب بها وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها.

وقد تقدّم في العيب قبل القبض ما يظهر منه المطلوب هنا؛ لاتحادهما في كيفية الدليل، فيأتي في الأرش والردّ حينئذٍ ما سمعته سابقاً.

وقد ينتصر للمصنّف بأنّ الأصل اللزوم، ولا معارض له سوى ما دلّ على أنّ التلف في الثلاثة من مال البائع[٥]، وهو ظاهر في الانفساخ وألحق به العيب، إلّا أنّ الإجماع على عدم الانفساخ به.

فيمكن أن يكون المراد بكونه من مال البائع أنّه إذا فسخ المشتري بخياره الذي هو الثلاثة تستقرّ غرامة العيب على البائع، لا أنّه يردّ به. أو أنّ له الأرش؛ للأصل السالم عن المعارض. ولا ينتقض ذلك بالعيب قبل القبض؛ لأنّه لا أرش له عنده أيضاً. وأمّا الردّ به فلعلّه للإجماع ونحوه. وبذلك يرتفع التنافي عن كلام المصنّف، والله أعلم بحقيقة الحال.

---

(١) في النسخ: «الدروس» والصحيح ما أثبتناه.

(٢) حكاه في اللمعة: ١١١.

(٣) اللمعة: ١١١. المسالك ٣: ٣٠٤. جامع المقاصد ٤: ٣٥٧.

(٤) الدروس ٣: ٢٨٩. غاية المراد ٢: ٦٣. ٦٣.

(٥) الوسائل ١٨: ١٥، ب ٥ من الخيار، ح ٥.

[يرد المملوك من أحداث السنة]:

المسألة (**السادسة**) : (**روى**) إسماعيل (**أبو همام**) بن همام في الصحيح (**عن الرضاً عليه الصلاة والسلام قال**) : سمعته يقول : (**يردّ المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص**) فقلت : كيف يردّ من أحداث السنة ؟ قال : هذا أوّل السنة ، فإذا اشتريت مملوكاً به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة فردّه على صاحبه »[١].

(**وفي رواية علي بن اسباط عنه عليه السلام**) أيضاً : « وأحداث السنة تردّ بعد السنة قلت : وما (**أحداث السنة**) ؟ قال : (**الجنون والجذام والبرص والقرن**) فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن (**يردّ**) على صاحبه (**إلى تمام السنة من يوم اشتراه**)[٢].

(**وفي معناه رواية محمد بن علي**) الذي احتمل فيه أنّه الحلبي (**عنه عليه السلام أيضاً**) قال : سمعته يقول : « يردّ المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن ، قال : قلت : كيف يردّ من أحداث السنة ؟ فقال : هذا أوّل السنة يعني المحرّم ، فإذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه من هذه الخصال مابينك وبين ذي الحجّة رددت على صاحبه »[٣] [١].

---

[١] وفي خبر ابن فضال : « تردّ الجارية من أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة »[٤]. وعن الكافي : « والقرن : الحدبة إلّا أنّها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر »[٥]. وفي موثقه عن أبي الحسن عليه السلام : « في أربعة أشياء خيار سنة : الجنون والجذام والبرص والقرن »[٦]. وفي حسنة عبدالله بن سنان : « وعهدته السنة من الجنون ، فما كان بعد السنة فليس بشيء »[٧]. وروى الوشا : « أنّ العهدة في الجنون وحده إلى سنة »[٨]. ولا محيص عن العمل بما تضمّنه الصحيح الأوّل بعدك اعتضاده : أ ـ بما سمعت [من الاخبار]. ب ـ وبالإجماع في الغنية ومحكي السرائر[٩]، الذي يشهد له التتبّع لكلمات الأصحاب ، فإنّي لم أجد خلافاً في الردّ بها إلى سنة ، **كما عن التذكرة الاعتراف به في الجنون**[١٠] ، **بل قيل : إنّ ظاهرها الإجماع فيه وفي الأخيرين**[١١] . **فما عن الأردبيلي من التوقّف في خصوص البرص منها**[١٢] ، لما في حسنة عبدالله بن سنان من أنّ العهدة فيه ثلاثة أيّام[١٣] في غير محلّه ؛ ضرورة قصورها عن معارضة ما سمعت من وجوه ، خصوصاً بعد احتمال تصحيف

---

(١) الوسائل ١٨ : ٩٩ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ٢ ، وفيه : « رددته » بدل « فردّه » .
(٢) المصدر السابق : ٩٩ ـ ١٠٠ ، ح ٤ .
(٣) التهذيب ٧ : ٦٤ ، ح ٢٧٥ . الوسائل ١٨ : ٩٩ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ذيل الحديث ٢ .
(٤) التهذيب ٧ : ٦٤ ، ح ٢٧٧ . الوسائل ١٨ : ٩٨ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ذيل الحديث ١ .
(٥) الكافي ٥ : ٢١٦ ، ح ١٥ . الوسائل ١٨ : ٩٨ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ١ .
(٦) الوسائل ١٨ : ١٠٠ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ٧ .
(٧) التهذيب ٧ : ٢٥ ، ح ١٠٥ . الوسائل ١٨ : ٩٩ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ذيل الحديث ٣ .
(٨) الوسائل ١٨ : ١٠٠ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ٦ .
(٩) الغنية : ٢٢٢ ـ ٢٢٣ . السرائر ٢ : ٣٠٢ .
(١٠) التذكرة ١١ : ٢٠٢ .
(١١) مفتاح الكرامة ٤ : ٦٦٠ .
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٤٥٠ .
(١٣) الوسائل ١٨ : ١٢ ، ب ٣ من الخيار ، ح ٧ .

المرض فيها بالبرص ؛ للتقارب في النقش ، كما النقش ، كما أنّ الإشكال في المسالك في الجذام بأنّه يوجب العتق على المالك قهراً ، وحينئذٍ فإن كان حدوثه في السنة دليلاً على تقدّمه على البيع ، لما قيل في تعليل الردّ بهذه الأحداث ، من أنّ وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع ؛ لأنّها تكمن في البدن سنة لم تخرج ، فيكون عتقه على البائع ، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتجه الخيار ، وإن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجباً لعتقه قبل أن يختار الفسخ ؛ إذ ليس له اختياره حتى يتحققه ، ومتى تحققه حكم بعتقه شرعاً قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق[١] في غير محلّه . وإن قال : «ويمكن حلّه بأنّ الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل ، كما هو ظاهر النص ، ولا يكتفى بوجوده في نفس الأمر ، فلا يعتق على البائع قبل بيعه ؛ لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ ؛ لعدم ملكه ، وعتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره ، وهو متأخّر عن سبب الخيار ، فيكون السابق مقدّماً فيتخيّر ، فإن فسخ عتق على البائع بعده ، وإن اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده ، فينبغي تأمّل ذلك»[٢] .

قلت فيه : أوّلاً : أنّه لا إشعار في شيء من النصوص بأنّ الفسخ بهذه العيوب ؛ لمكان ظهور سبقها عند البائع ، حتى يتجه القول بسبق الخيار ، قال ابن إدريس الذي هو الأصل في الإشكال المزبور فيما حكي من سرائره : أنّ الدليل على ذلك الإجماع . وما بنا حاجة إلى ما قاله شيخنا في مقنعته : من أنّ أُصول هذه الأمراض يتقدّم ظهورها سنة ، ولا يتقدّمها بأكثر من ذلك ؛ لأنّ هذا يؤدّي إلى بطلان البيع ؛ لأنّ البائع باع ما لا يملك ؛ لأنّ الرقيق ينعتق بالجذام من غير اختيار مالكه ، وإنّما الشارع حكم بأنّ الرقيق يردّ من هذه العيوب ما لم يتصرّف فيه ما بين شرائه من سنة[٣] .

وثانياً : أنّه يمكن القول ـ كما في الحدائق[٤] ـ بأنّ الانعتاق بالجذام ونحوه إنّما هو في الملك المستقر الذي لا يتعقّبه خيار ولا فسخ ، بخلاف ما نحن فيه الذي هو مراعى بمضي السنة . فلا بأس حينئذٍ بتنزيل خبر السكوني[٥] الدالّ على الانعتاق به على غير الفرض ، خصوصاً مع قصوره عن معارضة هذه النصوص من وجوه ، فلا وجه حينئذٍ للتفصيل بين فسخه فينعتق على البائع وعدمه فينعتق على المشتري ؛ لوضوح بعده عن هذه النصوص . وإن كان قد يناقش فيه بأنّ التعارض بينها وبين خبر السكوني إنّما هو في غير هذا الحال ، فيترجّح عليه ، أمّا غيره فيبقى بلا معارض . نعم قد يقال : إنّه لا تنافي بين انعتاقه وبين استحقاق المشتري الرجوع على البائع . إلّا أنّه يمكن أن يكون انفساخاً للعقد ؛ لأنه قد تلف بعيب مضمون على البائع ، فهو كما لو عمى في الثلاثة . فالمراد بالردّ حينئذٍ في النصوص هنا الأعم منه ومن الردّ بالخيار . ويحتمل أن لا يكون انفساخاً ، فله الخيار حينئذٍ بين فسخ العقد والرجوع بالثمن وبين الإمضاء والمطالبة بالأرش . لكن يجب حينئذٍ عدم ملاحظة الحرّية فيقوّم عبداً صحيحاً وعبداً مجذوماً ؛ إذ على تقدير ملاحظتها لا تبقى له قيمة فلا جهة حينئذٍ للأرش ، بل يتعيّن كونه انفساخاً ، كما في كلّ عيب مذهب للمالية . ولعلّ ذلك لازم على ما ذكره في المسالك أيضاً فيما لو منع مانع من ردّه من حدوث عيب ونحوه ثمّ أجذم فإنّه لا محيص له حينئذٍ عمّا ذكرنا من القول بالانفساخ قهراً ، أو اختيار الأرش على الطريق الذي ذكرناه .

---

(١) المسالك ٣ : ٣٠٥ ، وفيه : «سنه ثمّ تخرج» .
(٢) المسالك ٣ : ٣٠٥ .
(٣) السرائر ٢ : ٣٠٢ .
(٤) الحدائق ١٩ : ١٠٨ .
(٥) الوسائل ٢٣ : ٤٥ ، ب ٢٣ من العتق ، ح ٢ .

هذا كلّه في العيوب الثلاثة . وأمّا القرن [١] فالقول به [= بكونه من أحداث السنة] لا يخلو من تأمّل [٢] .

وكيف كان فالظاهر مساواة الخيار بهذه العيوب له في غيرها سقوط الردّ بالتصرّف وحدوث العيب ونحوهما ممّا عرفت [٣] .

[وقد يقال : إنّ المسقط له إنّما هو التصرّف بعد حصول سبب الخيار لا قبله] .

ولعلّه إليه أومأ المصنّف بقوله : (**فرع : هذا الحكم يثبت مع عدم الإحداث ، فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته**

---

[١] **فقد ألحقه في الدروس ومحكي جامع الشرائع والاسكافي[١] فيما حكي عنه ، لكن في المسالك نسبته إلى الشهرة[٢]** ولم نتحققها ، بل لم نعرف القول به لغير من عرفت .

[٢] وإن تضمّنه الأخبار المزبورة[٣] المحتاج بعضها إلى جابر ، كما أنّ اقتصار الأكثر على غيره يوهن الآخر ، على أنّ في خبر الكافي منها ما يقضي بأنّه الحدبة[٤] ، وهو خلاف المعروف بين الفقهاء واللغويين ؛ إذ هو عندهم شيء كالسن يكون في الفرج يمنع من الجماع ، وعلى ما رواه غيره [=الكافي] يكون الحدبة معطوفاً على الأربعة ، إلّا أنّه لم نعثر على مفت به ، ولا على نص آخر به .

واحتمال دخولها في القرن باعتبار اشتراكها معه في النشوء ـ وإن كان هو في الفرج وهي في الصدر ـ كما ترى .

[٣] **وبالسقوط في الأوّل فضلاً عن غيره صرّح الفاضل والشهيدان[٥] وغيرهم ، بل لعلّ من تركه هنا اتكالاً على ما ذكروه في حكم العيب .**

ولذا قال في الغنية : « يردّ بها ما لم يمنع مانع »[٦] ، وقال ابن إدريس فيما حكي من سرائره : « إن خطر بالبال ، وقيل : الفرق بين هذه العيوب وغيرها أنّه لا يسقط الردّ بها بالتصرّف بخلاف غيرها ، قلنا له : هذا خلاف إجماع أصحابنا ، ومناف لأُصول المذهب ؛ لأنّ الإجماع حاصل على أنّ التصرّف يسقط الردّ بغير خلاف بينهم ، والأُصول مثبتة مستقرة على هذا الحكم »[٧] ، بل ظاهره الإجماع على ذلك .

إلّا أنّه أشكله بعضهم[٨] بأنّه يبعد تنزيل إطلاق الأخبار على عدم التصرّف في المملوك الذي يشتري للخدمة في مدّة هذه السنة ، فلا يبعد القول بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرّف كالمصراة .

وقد يدفع أوّلاً : بأنّه لا استبعاد في حمل الإطلاق عليه بعد أن لم يكن جواباً للسؤال عن أمر واقع .

وثانياً : أنّه قد يقال : إنّ المسقط للردّ إنّما هو التصرّف بعد حصول سبب الخيار لا قبله ، والنصوص لو سلّم ظهورها فهو في الثاني لا الأوّل ، كما هو واضح .

---

(١) الدروس ٣ : ٢٨١ . الجامع للشرائع : ٢٦٦ . نقله عن الاسكافي في التحرير ٢ : ٣٨٠ .

(٢) المسالك ٣ : ٣٠٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ١ ، ٢ ، ٧ .

(٤) الكافي ٥ : ٢١٦ ، ح ١٥ . الوسائل ١٨ : ٩٨ ، ب ٢ من أحكام العيوب ، ح ١ .

(٥) التحرير ٢ : ٣٨٠ . الدروس ٣ : ٢٨١ . المسالك ٣ : ٣٠٦ .

(٦) الغنية : ٢٢٣ .

(٧) السرائر ٢ : ٣٠٢ .

(٨) مفتاح الكرامة ٤ : ٦٦٢ .

ثبت الأرش وسقط الردّ) [١].

وكذا يسقطه مطلق التصرّف وإن لم يكن مغيّراً لو كان بعد حصول سبب الخيار. وعلى كلّ حال فلا ينبغي التأمّل في ثبوت الأرش هنا مع حصول المانع من الردّ [٢].

[والأقوى ثبوت الأرش حتى لو انتقل إلى غيره على وجه لا يردّ بها عليه]. وأولى من ذلك ما إذا كان انتقالها بوجه يردّ بها عليه، وأولى منه لو ردّت فعلاً بها عليه.

فظهر أنّ المتجه حينئذٍ مساواة هذه العيوب لغيرها في ذلك كلّه.

ومنه يعلم أنّ الردّ بها وإن اشترط بحصوله في السنة إلّا أنّه لا يتقيّد بها [٣].

ثمّ إنّ الظاهر إرادة مقدار سنة مبدأها يوم الشراء، لا أنّ المراد تمام تلك السنة التي مبدأها المحرّم، حتى أنّه لو وقع الشراء مثلاً في ذي الحجة كان العهدة من هذه العيوب تمامه [٤].

نعم [الظاهر] [٥] اعتبارها هلالية لا عددية وإن وقع الشراء في المنكسر، والله أعلم.

---

[١] وإن اعترضه في المسالك: بأنّ مطلق التصرّف مانع من الردّ كغيرها من العيوب وإن لم يوجب تغييراً[١]. لكن قد يقال: إنّ المصنّف أراد أنّ التصرّف إذا لم يكن يقتضي أحد الأمرين، ولا مخرجاً عن الملك لا يسقط الردّ بالعيب الحادث بعده، أمّا هما فيسقطانه وإن حصلا قبله؛ لاشتراط الردّ في المعيب بكون العين قائمة، أي غير متغيّرة ولو صفة، ولذا كان حدوث العيب مانعاً من الردّ، بل قد تقدّم احتمال توقّف حقيقة ردّ العين عليه.

[٢] وإن استشكل فيه في التحرير[٢] إلّا أنّه في غير محلّه؛ ضرورة عدم نقصان هذه العيوب عن غيرها بالنسبة إلى ذلك. وعدم التعرّض له في نصوص المقام اكتفاء بما تضمّنته من بيان زيادة هذه العيوب على غيرها بالردّ بها لو حدثت في ضمن سنة، فالثابت لما عداها ثابت لها بطريق أولى.

نعم قد يستشكل في الأرش إذا حدثت هذه العيوب في المملوك في ضمن السنة، لكن بعد انتقاله إلى غيره، على وجه لا يردّ بها عليه؛ لظهور المراد في نصوص المقام كون المملوك باقياً على الملك. مضافاً إلى الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن، لكن الأقوى ثبوت الأرش أيضاً. والردّ في النصوص محمول على ما إذا كان باقياً على الملك.

[٣] كما هو مقتضى إطلاق الادلّة، بل قيل[٣]: إنّ خبر علي بن أسباط[٤] صريح فيه. ولا ينافيه ذيله بعد أن كانت الغاية فيه للأحداث لا إلى الردّ، فيكون المراد من قوله فيه: «بعد السنة» أنّ له الردّ مع حدوثها في السنة من حال حدوثها إلى ما بعد السنة، لا أنّ المراد اشتراط الردّ بما بعدها.

[٤] لأنّ به تتمّ السنة، وإن أوهمه بعضها.

[٥] [كما] قد يظهر منها [=النصوص].

---

(١) المسالك ٣: ٣٠٦.

(٢) التحرير ٢: ٣٨٠.

(٣) انظر مفتاح الكرامة ٤: ٦٦٢.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠٠ ب ٢ من أحكام العيوب، ح ٤.

(الفصل السادس : في المرابحة والمواضعة والتولية)

التي هي بجميعها قسيمة للمساومة لما قيل[١] : من أنّ البائع إمّا أن يخبر برأس ماله أو لا ، والثاني المساومة ، والأوّل المرابحة إن باع بربح والمواضعة إن باع بنقص ، والتولية إن انتفيا معاً .

فالمرابحة حينئذٍ [١] البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه ، ومنه يعلم تعريف البواقي [٢] .

[وقد يقال : بأنّ المرابحة لا تاتي في التشريك] . وكذا الكلام في التولية والمواضعة .

نعم قد يقال : ينبغي إرادة القصد فيها مع ذلك ؛ لعدم جريان أحكام المرابحة على البيع بالزيادة مع قصد عدمها ، بل وبدون قصدها إلّا أنّه لا يخلو من نظر ، فتأمّل . ولو اختلفا في القصد فالظاهر البطلان .

---

[١] **كما في القواعد**[٢] .

[٢] **وزاد أوّل الشهيدين**[٣] : **التشريك وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله بأن يقول : شرّكتك في هذا المتاع نصفه مثلاً بنصف ثمنه بعد العلم بقدره . وتبعه ثاني الشهيدين بعد اعترافه بأنّه لم يذكره كثير قال : « وفي بعض الأخبار دلالة عليه »**[٤] .

قلت : ومقتضاه عدم تصوّر المرابحة فيه وهو التشريك بالربح ولا المواضعة . وفيه نظر ، وعلى تسليمه يمكن اندراجه [= التشريك] في التولية بدعوى تعميمها حينئذٍ للجميع والبعض ، فتكون قسمة الأصحاب حينئذٍ بحالها .

قال في التذكرة : « ولو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد أن يشرك غيره فيه ليصير له بعضه بقسطه من الثمن جاز بلفظ البيع والتولية والمرابحة والمواضعة ، ثمّ إن نص على المناصفة وغيرها فذاك ، وإن أطلق الاشتراك احتمل فساد العقد ـ للجهل بمقدار العوض كما لو قال : بعتك بمئة ذهباً وفضةً ـ والصحة ، وتحمل على المناصفة ، كما لو أقرّ بشيء لاثنين ، وللشافعية وجهان كهذين والاشتراك في البعض كالتولية في الجميع في الأحكام السابقة »[٥] . لكن قد يقال : إنّ المرابحة مثلاً البيع بنفس رأس المال مع زيادة كذا .

قال العلا : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يبيع البيع فقال : أبيعك بده دوازده [أو ده يازده] ، فقال : « لا بأس ، إنّما هذه المراوضة ، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة »[٦] . وظاهره حصرها في ذلك ، وهو لا يأتي في التشريك ؛ لأنّ القسط من الثمن ليس ثمناً . ولذا لم تحصل المرابحة العرفية في أبعاض المبيع المعيّنة المقسط عليها الثمن ، كما ستعرف إن شاء الله .

---

(١) التذكرة ١١ : ٢١٥ . المسالك ٣ : ٣٠٦ .
(٢) القواعد ٢ : ٥٦ .
(٣) الدروس ٣ : ٢١٨ . اللمعة : ١١٧ .
(٤) الروضة ٣ : ٤٢٥ .
(٥) التذكرة ١١ : ٢٤٦ ـ ٢٤٧ .
(٦) التهذيب ٧ : ٥٤ ، ح ٢٣٥ . الوسائل ١٨ : ٦٣ ، ب ١٤ من أحكام العقود ، ح ٥ .

ولو ادّعى المشتري إرادة المرابحة فأنكر البائع كان القول قوله بيمينه إذا لم يكن ظهور في اللفظ [١].

ولعلّ المفاعلة في المرابحة والمواضعة لتوقّف العقد على الرضا والصيغة من الجانبين، فكان كلّاً منهما فاعل للربح، وإن اختص بملكية أحدهما.

وعلى كلّ حال فـ[ـقد يتفق المرابحة وقسيماها في مبيع واحد] [٢].

[فلو اشترى ثلاثة ثوباً بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون والآخر خمسة عشر والآخر عشر ثمّ باعوه بعد الإخبار بخمسة وأربعين فهو مواضعة بالنسبة إلى الأوّل، وتولية بالنسبة إلى الثاني، ومرابحة بالنسبة إلى الثالث، وكذا لو باعوه مساومة ولا يقسّم على رأس المال، هذا مع تعدّد العقود ولو كان العقد واحداً بالخمسه والأربعين كان الثمن مقسوماً على رأس المال]. ولو اشترى خمسة ثوباً بالسوية لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون والآخر خمسة عشر والثالث عشرة والرابع خمسة والخامس لم يتبيّن ثمّ باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد إخبارهم بالحال والرابع شرك في حصته فهو بالنسبة إلى الأوّل مواضعة وإلى الثاني تولية والثالث مرابحة والرابع تشريك والخامس مساومة. واجتماع قسمين وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك إلّا أنّه ينبغي مراعاة القصد الذي ذكرناه.

[المرابحة وتوابعها]:

(و) كيف كان فـ**(الكلام)** في المرابحة وتوابعها يقع في مقامين أحدهما **(في العبارة و)** الثاني في **(الحكم)**.

(أمّا العبارة فأن يخبر برأس ماله) بما تسمعه من إحدى العبارات الآتية وشبهها إذا لم يكن المشتري عالماً، وإلّا كفى الاعتماد على علمه [٣].

ثمّ **(يقول)** بعد الإخبار: **(بعتك أو[1] ما جرى مجراه)** ممّا تقدم في الصيغة **(بربح كذا)**.

---

[١] لأنّه كدعوى الشرط على البائع حينئذٍ.

[٢] [كما] في الدروس: «**قد يتفق المرابحة وقسيماها في مبيع واحد، كما لو اشترى ثلاثة ثوباً بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون والآخر خمسة عشر والآخر عشرة ثمّ باعوه بعد الإخبار بخمسة وأربعين فهو مواضعة بالنسبة إلى الأوّل وتولية بالنسبة إلى الثاني ومرابحة بالنسبة إلى الثالث، وكذا لو باعوه مساومة ولا يقسّم على رأس المال. هذا مع تعدّد العقود، ولو كان العقد واحداً بالخمسة والأربعين كان الثمن مقسوماً على رأس المال، ولو تشخّص في العقد الواحد ثمن كلّ ثلاث فهو كالعقود المتعددة**»[2]. والظاهر أنّ مراده بقوله: هذا إلى آخره بالنسبة إلى الثلاثة الذين اشتروا الثوب بالسوية؛ إذ القسمة على رأس المال متجهة فيهم لو كان العقد واحداً ولم يذكر ثمن كلّ ثلاث.

[٣] **كما صرّح به في التذكرة**[3]. واحتمال وجوب الذكر تعبّداً ليكون قائماً مقام ذكره في العقد بعيد.

(فـ)ـالإخبار في المتن وغيره محمول على الغالب من انحصار طريق معرفة المشتري فيه.

---

(١) في الشرائع بدلها: «و».

(٢) الدروس ٣: ٢٢١.

(٣) التذكرة ١١: ٢١٨.

وجريان المرابحة ولواحقها في غير البيع من عقود المعاوضة كالصلح والإجارة لا يخلو من قوّة [١]. بل [المختار] [٢] جريانها في المعاطاة على أنّ التحقيق كونها من الإباحة بعوض. وحينئذٍ يكون ذكر المرابحة في البيع كذكر النقد والنسيئة لا لإرادة اختصاصها به. هذا كلّه بالنسبه إلى نقل المال إلى المشتري.

أمّا انتقاله إلى البائع فلا يعتبر فيه البيع قطعاً، بل يكفي فيه الصلح ونحوه. بل قد يقال بكفاية جميع ما يغرمه في تلك الحال كإحياء أرض أو معدن أو نحو ذلك وقد أراد بيعها مرابحة، جاعلاً ما غرمه على ذلك رأس مال مخبراً بتقوّم ونحوه، فتأمّل. ولا يتعيّن لفظ ربح، بل يجري مجراه كلّ ما أفاد فائدته من لفظ الزيادة وغيرها.

نعم قد يفرّق بينه وبينها بصراحته، أو ظهوره في نفسه في إرادة عقد المرابحة، بخلاف لفظ الزيادة فإنّه يحتاج معه إلى ضم غيره معه في ارادة المرابحة [٣].

[شرائط بيع المرابحة]:

(ولابد أن يكون رأس ماله معلوماً وقدر الربح معلوماً) عندهما حال البيع [٤].

---

[١] **بل صريح بعضهم جريانها في الإجارة**(١).

[٢] [إذ] السيرة القطعيّة على [ذلك].

[٣] لما عرفت من أعمية البيع بالزيادة منها. ولعلّه على هذا ينزّل خبر ميسر بيّاع الزطي الفارق فيه بين اللفظين، فلاحظ وتأمّل قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا نشتري المتاع نظرة فيجيئني الرجل فيقول: بكم تقوّم عليك؟ فأقول: بكذا وكذا فأبيعه بربح، فقال: «إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل ما لك، قال: فاسترجعت وقلت: هلكنا، فقال: «مم؟ قلت: لأنّ ما في الأرض ثوب أبيعه مرابحة يشترى منّي ولو وضعت من رأس المال، حتى أقول: تقوّم بكذا وكذا، قال: فلمّا رأى ما شقّ عليّ قال: أفلا أفتح لك باباً يكون لك فيه فرج منه؟ قل: قام عليّ بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح»(٢). بل وخبر عبيد بن عبد ربه قال: قدم متاع لأبي عبدالله عليه السلام من مصر فصنع طعاماً ودعا له التجار، فقالوا: نأخذه بدوازده، فقال لهم أبو عبدالله عليه السلام: «وكم يكون ذلك؟ فقالوا: في كلّ عشرة آلاف ألفين، فقال: أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً فباعهم مساومة»(٣). الذي يكشف عن المراد بخبر محمد بن مسلم قال أبو عبدالله عليه السلام: «إنّي أكره بيع عشرة بإحدى عشرة... ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، وقال: أتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك وعظم عليّ فبعته مساومة»(٤) بناءً على أنّ المراد إضافة الزيادة مع الأصل ثمّ بيعه مساومة.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة: لو كان المشتري جاهلاً برأس المال بطل البيع إجماعاً**، وكذا لو كان البائع جاهلاً به والمشتري عالم به أو كانا جاهلين(٥). **وعن المبسوط: لو علما قدر رأس المال وجهلا الربح مثل أن يقول: رأس المال كذا والربح ما نتفق عليه بطل**(٦).

---

(١) التذكرة ١١: ٢٢١.
(٢) الوسائل ١٨: ٨٢، ب٢٥ من أحكام العقود، ح١.
(٣) انظر الكافي ٥: ١٩٧، ح٢. التهذيب ٧: ٥٤، ح٢٣٤. الوسائل ١٨: ٦١ـ٦٢، ب١٤ من أحكام العقود، ح١، وذيله.
(٤) الوسائل ١٨: ٦٣، ب١٤ من أحكام العقود، ح٤.
(٥) التذكرة ١١: ٢١٨.
(٦) المبسوط ٢: ١٤١.

قلت : لا ريب في البطلان مع هذه الجهالة في رأس المال أو الربح [١].

نعم [قد يقال :] [٢] [إنّه لا يكفي علم أحدهما ولا تجدّد علمهما بعد العقد وان اقتضاه الحساب المنضبط ، كما لو علما بالثمن وجعلا ربح كلّ عشرة درهماً والحال أنّهما لا يعلمان ما يتحصّل من المجموع حالة البيع].

ولعلّه كذلك إذا فرض جهلهما أو جهل أحدهما بمقدار الثمن عشرات مثلاً.

أمّا إذا علماه إلّا أنّهما لم يستحضرا المجموع فقد يقال بصحته خصوصاً إذا لم يكن محتاجاً إلى طول نظر [٣].

بل قد تحتمل الصحّة في الأوّل أيضاً ؛ لأنّه وإن كان مجهول الجملة إلّا أنّه معلوم عند التفصيل [٤].

فالقول بالصحة حينئذٍ في الصورتين خصوصاً الأولى لا يخلو من قوّة.

نعم قد يقوى البطلان لو فرض عدم علمه بمسمّى العشرة مثلاً [٥].

ولعلّ منه الشراء بوزن بلد مخصوص لا يعلمه أو كيله.

ثمّ إنّ الظاهر كون المراد من العلم برأس المال الذي هو شرط في الصحّة عدم إناطة البيع به ثمّ البحث عنه بعد ذلك. أمّا إذا لم يكن كذلك بل فرضا له رأس مال وعيّنا له ربحاً صحّ مع تراضيهما.

---

[١] ضرورة رجوعها إلى جهالة الثمن التي هي مانع من صحّة البيع من أصله ، فضلاً عن خصوص المرابحة منه ، والأول إلى العلم غير كاف فيه قطعاً.

[٢] **[كما] في جامع المقاصد والمسالك : « أنّ المراد بذلك وجوب علمهما حالة البيع فلا يكفي علم أحدهما ولا تجدد علمهما بعد العقد ، وإن اقتضاه الحساب المنضبط ، كما لو علما بالثمن وجعلا ربح كلّ عشرة درهماً ، والحال أنّهما لا يعلمان ما يتحصّل من المجموع حالة البيع »**[(١)].

[٣] لغدم الجهالة في مثله عرفاً فيتناوله العمومات.

[٤] **قال في المختلف : « ولو أخبره برأس المال وزاد في كلّ عشرة درهماً ، ولم يعلما وقت العقد كمية الثمن احتمل البطلان ؛ للجهالة ، والصحة ؛ لإمكان العلم فإنّه يستخرج بالحساب »**[(٢)]. وعلّل في التذكرة كراهة نسبة الربح إلى الثمن في المرابحة بـ« ـأنّه قد لا يعلم قدر الثمن في حالة العقد ويحتاج في معرفته إلى الحساب »[(٣)].

بل قد عرفت فيما سبق صحّة بيع الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، مع أنّها مجهولة الجملة.

بل جوّز الفاضل في القواعد : بعتك هذه السلعة بأربعة إلّا ما يخصّ واحداً إذا علماه بالجبر والمقابلة[(٤)]. كلّ ذلك مضافاً إلى إطلاق النصوص ، خصوصاً المتضمّن منها جواز بيع ده بدوازده[(٥)].

[٥] إذ هو غرر محض ، وكونها عدداً مضبوطاً في نفسه وإن لم يعرف مصداقها غير مجدٍ.

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٢٥٢. المسالك ٣ : ٣٠٦ ـ ٣٠٧.
(٢) المختلف ٥ : ١٥٨.
(٣) التذكرة ١١ : ٢١٦.
(٤) القواعد ٢ : ٢٧.
(٥) انظر الوسائل ١٨ : ٦١، ب ١٤ من أحكام العقود.

كما أنّه يصح لو اقتصر البائع على المتيقّن من رأس المال. نعم قد يمنع صدق اسم المرابحة عليه، مع أنّ في ذلك بالنسبة إلى بعض الصور نظر، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

(و) كذا (**لابد من ذكر الصرف والوزن إن اختلفا**) مع الاختلاف؛ لحصول الجهالة بدون ذلك إذا فرض تعدد النقود. واختلف صرفها ووزنها بأن كان صرف بعض الدنانير عشرة دراهم وبعضها أكثر. وكذا الوزن لو كان الثمن دراهم مثلاً معروفة بالوزن، أمّا لو اتحد النقد لم يفتقر [١].

[ويجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحداً فذكر الصرف لا يغني عن ذكر الوزن]. قلت: كما أنّه لا يغنى ذكر الوزن للدراهم المختلف صرفها مع اتحاد وزنها ولو في بلدين إذا كان الشراء في ذات الصرف الزائد [٢].

---

[١] **كما صرّح بذلك كلّه في جامع المقاصد والمسالك[1]، وزاد في الأوّل: «يمكن أن يراد أنّه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحداً... فإنّ ذكر الصرف حينئذٍ لا يغني عن ذكر الوزن».**

[٢] كما يومئ إليه خبر إسماعيل بن عبدالخالق قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا نبعث بالدراهم لها صرف إلى الأهواز فيشترى لنا بها المتاع ثمّ نلبث فإذا باعه وضع عليه صرفاً فإذا بعناه كان علينا أن نذكر له صرف الدراهم في المرابحة ويجزينا عن ذلك، فقال: «لا، بل إذا كانت المرابحة فأخبره بذلك، وإن كانت مساومة فلا بأس»[2].

وفي الوافي: «تحرّينا عن ذلك بالمهملتين، أي تعمّدنا الإعراض عنه وطلبنا ما هو أحرى»[3]، وفيما حضرني من نسخة الوافي عن التهذيب روايته نحو ذلك، لكن فيه بدل «ثمّ نلبث فإذا باعه...» ثمّ يكتب روزنامجة يوضع عليه صرف الدراهم فإذا بعناه فعلينا أن نذكر صرف الدراهم في المرابحة ويجزينا عن ذلك؟ قال: إذا كان مرابحة فاخبره... إلى آخره»[4]. ولعلّه أصح.

والموجود في نسخة معتبرة من الكافي «تجزينا»[5] بالجيم والزاء المعجمة. وكذا في نسخة معتبرة من التهذيب[6] عنه، لكن مع زيادة الواو في قوله: «تجزينا» ولعلّ عدمها أولى، وحينئذٍ يحتمل أن يكون ابتداء السؤال على جهة الاستفهام من قوله: «كان» أو كونه «تجزينا عن ذلك» على معنى هل يجزينا عن غيره؟ وهو الاقتصار على أصل الثمن، إذا كان دوانيق مثلاً ودفعنا عنه في تلك البلد دراهم لها صرف، أيّ فضل عن الدراهم في بلد بيع المرابحة، قال: لا يجزي إلّا أن تخبره بالحال، فإنّ الدراهم وإن لم تكن ثمناً لكن لمّا دفعت عنه صار كأنّه متشخّص بها؛ لأنّ النقد يقوم بعضه مقام بعض في عرف التجار بخلاف العروض. ويمكن أن يكون هذا من جملة المراد بقولهم: يجب ذكر الصرف، خصوصاً مع ملاحظة إرادة وجوب ذلك من حيث المرابحة، بخلاف ذكر الصرف في الدراهم المفروض اختلافه وكونها ثمناً، فإنّ ذلك مانع من صحّة البيع ولو مساومة؛ للجهالة، لا من حيث المرابحة، فتأمّل جيّداً، بل لعلّ مراد من تعرّض لاعتبار ذكر الصرف الإشارة إلى ما في الخبر المزبور.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٥٣. المسالك ٣: ٣٠٧.

(٢) الوسائل ١٨: ٨١، ب ٢٤ من أحكام العقود، ح ١، وفيه: «صرف» بدل «صرفاً».

(٣) الوافي ١٨: ٦٨٨، ذيل الحديث ١٨١٢٤.

(٤) الوافي ١٨: ٦٨٨، ح ١٨١٢٥، وفيه: «وتحرّينا» بدل «ويجزينا».

(٥) الكافي ٥: ١٩٨، ح ٥، وفيه: «يجزينا».

(٦) التهذيب ٧: ٥٨، ح ٢٤٩، وفيه: «يجزينا».

أمّا الوزن فمع فرض اختلافه لابد من ذكره اختلف الصرف أم اتحد [١].

(و) كيف كان فـ(**إذا كان البائع لم يحدث في المبيع حدثاً ولا غيره**) عمّا كان عليه عند البائع، ولا حصل ذلك من غير المشتري، بل كان المبيع على الحال التي انتقل إليه فيها (**فالعبارة عن الثمن أن يقول: اشتريته**)ـه (**بكذا أو رأس ماله كذا أو تقوّم عليّ أو هو عليّ**) أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب.

(**وإن كان**) قد (**عمل فيه ما يقتضي الزيادة**) في قيمته (**قال: رأس ماله كذا، وعملت فيه بكذا**) ونحوه اشتريته أو تقوّم عليّ أو هي عليّ [٢].

نعم [الظاهر:] [٣] أنّه ليس له تقويم عمله وضمّه إلى رأس المال ويعبّر عنه باحدى العبارات المزبورة غير مخبر بحقيقة الحال. وهو كذلك؛ إذ لا ريب في الكذب لو عبّر بالأوّلين وكذا الأخيرين ونحوه لو كان العامل غيره بلا أُجرة. كما أنّ [الظاهر] [٤] جواز بيعه مرابحة مع ذكره العمل بكذا سواء كان أزيد من قيمته أو لا [٥].

لكن قد يقال: بثبوت الخيار للمشتري لو أخطأ البائع أو كذب في تقويم عمله إن أراد بقوله: عملت فيه بكذا التقويم.

أمّا لو أراد الاقتراح فلا خيار، ولو أطلق احتمل قوياً تنزيله على الأوّل.

(**وإن كان عمل فيه غيره بأُجرة**) مسمّاة (**صحّ أن**) يضمّها إلى الثمن من غير إخبار لكن (**يقول: تقوّم عليّ أو هو عليّ**) ولا يجوز اشتريته.

أمّا رأس مالي فـ[ـقيل] [٦] يجوز [٧]، و[قيل:] [٨] لا يجوز [٩].

---

[١] لعدم انحصار الفرض في الصرف؛ إذ يكون المراد صوغه حلياً ونحوه ممّا للوزن فيه مدخلية، والله أعلم.

[٢] ضرورة عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعبارة مستقلّة.

[٣] [كما هو] ظاهر المتن وغيره.

[٤] [كما هو] ظاهر المتن.

[٥] **بل هو صريح التذكرة**[١]. وقد يشكل بخروجه عن وضع المرابحة الذي يعتبر فيه ذكر ما يغرمه البائع على المبيع من حيث التجارة والفرض عدم الغرامة هنا. ويدفع بمنع اعتبار الاقتصار على ذلك فيها؛ لإطلاق الأدلّة الذي لا ريب في شموله للفرض، الذي هو زيادة في الربح في الحقيقة عند التحليل، وإن جعله صورة في مقابل العمل، كما هو واضح.

[٦] **[قاله] في الدروس والمختلف**[٢].

[٧] لأنّه عبارة عمّا لزمه عليه.

[٨] **[كما] عن المبسوط**[٣].

[٩] **وتبعه في التذكرة وجامع المقاصد**[٤].

---

(١) التذكرة ١١: ٢٢١.

(٢) الدروس ٣: ٢١٩. المختلف ٥: ١٦٤.

(٣) المبسوط ٢: ١٤١.

(٤) التذكرة ١١: ٢٢٠. جامع المقاصد ٤: ٢٥٤.

والظاهر اختلاف ذلك باختلاف الأمكنة والأزمنة ففي بعضها لا ينساق منه إلى الثمن، وفي آخر يراد منه ما غرمه عليه.

ولو كان العمل بأعيان كالصبغ بأشياء اشتراها بثمن معلوم صحّ ضم ذلك إلى الثمن، ولو لم يكن قد اشتراها ففي ضم قيمتها مع الاكتفاء بتقوّم، وهو على وجه، والأولى ذكر ذلك للبائع.

وكذا له ـ مع التعبير بالعبارتين ـ ضم جميع المؤن التي قصد بالتزامها عرفاً الاسترباح من الدلالة، وأُجرة البيت والكيال والحارس والحمّال والقصّار والصبّاغ.

ولو كان قد غبن فيها لم يجب الإخبار بها، بناءً على عدم وجوب الإخبار به لو كان بالنسبة إلى المبيع، حتى مع علمه به وإقدامه عليه.

أمّا لو دفع عنها بعد اشتغال ذمّته بأُجرة المثل ما يزيد على ذلك سماحة أو لغرض من الأغراض، وجب ذكر ذلك للبائع إذا لم يرد الاقتصار على أُجرة المثل، وإلّا كان له ضمّها وإن أبرأه منها أو بعضها من كانت له. ولعل منه مالو صالحه عنها بالأقلّ.

أمّا المؤن التي فيها بقاء الملك كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة فـ[ـالظاهر][١] لا تدخل في العبارتين[٢].

نعم ربما يفرّق بين ما يمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع به ومالا يمكن فتعدّ الأولى مؤنة محضة لتحقيق ما يقابلها بخلاف الثانية. وعلى كلّ حال فالظاهر أنّ هذا في غير الزائد من العلف والنفقة التي لا يقصد بها إلّا زيادة القيمة كالعلف للسمن وزيادة ترفيه العبد بالمأكل والملبس لزيادة قوّته وبدنه فإنّ هذه كغيرها من مؤن الاسترباح له ضمها إلى الثمن مخبراً بالعبارتين.

بل لعلّ من ذلك أُجرة الطبيب إن كان قد اشتراه مريضاً؛ لزيادة القيمة بزوال المرض.

ولو عرض المرض عنده فأُجرة الطبيب كالنفقة، والمراد من عدم ضم مؤن البقاء إلى الثمن عدم الاكتفاء بالعبارة المزبورة مع ضمّها.

أمّا لو صرّح فلا يبعد الجواز لانحلاله إلى إرادة زيادة ربح ولا مانع منه.

لا أنّه لا يجوز البيع مرابحة حينئذٍ[٣].

---

[١] [كما] في القواعد[١].

[٢] ولعلّه لأنّ هذه الأُمور من ضروريات بقائه وليست مقصودة لغرض الاسترباح. ولأنّها في مقابلة خدمة العبد وركوب الدابة، بخلاف نحو الأقمشة المذخورة للاسترباح فقط. وقد يشكل بأنّ جميع ذلك قد لا يلتزم إلّا لغرض الاسترباح.

[٣] لاعتبار الاقتصار على الزيادة على رأس المال وما يغرمه الاسترباح فيها؛ إذ يمكن منع اعتبار ذلك فيها، كما هو مقتضى إطلاق الأدلّة.

---

(١) القواعد ٢: ٥٧.

ولو كان من جملة ثمن المبيع عمل قد استأجر عليه البائع غيره صحّ له ضمّ ما بذله من الأجرة إلى الثمن، وقال إحدى العبارتين.

ولو عمله هو فالأولى ذكر ذلك للمشتري بما يفرض له من القيمة حتى لو كان العمل معروف القيمة؛ لعدم صدق إحدى العبارات الأربع على ما يشمله من دون ذكره.

نعم قد يقوى عدم انحصار الأمر فيها، فاذا عبّر عن الثمن بما يشمله صحّ.

(ولو اشترى بثمن) معيباً **(ورجع بأرش عيبه أسقط قدر الأرش وأخبر بالباقي بأن يقول: رأس مالي فيه كذا)** أو تقوّم عليّ أو هو عليّ ولا يقول: اشتريت به أي الباقي للكذب؛ إذ المراد به ما وقع في العقد وليس هو الباقي.

نعم لا يبعد عدم جريان تسلّط المشتري مرابحة على الخيار بنحو هذا الكذب.

كما أنّ المتجه تسلّطه عليه لو باعه مرابحة مخبراً بالثمن الذي وقع في العقد ولم يذكر ما رجع إليه من الأرش وإن كان صادقاً بقوله: إشتريته بكذا.

إلّا أنّه لمّا كان ظاهراً في أنّه دفع ما اشترى به وأنّه لم يرجع إليه منه شيء والفرض أنّه ليس كذلك اتجه تسلّطه على الخيار حتى لو أسقط الأرش عن البائع بعد أن يثبت استحقاقه له.

بل لا يبعد ذلك أيضاً لو أسقطه قبل تعيّنه له كما في حال التخيير بينه وبين الردّ.

بل لعلّه كذلك لو أسقط الخيار الذي هو أحد فرديه بل لو صالح البائع المشتري عليه بما هو أنقص منه لو رجع به نفسه أمكن القول بوجوب ذكره، هذا.

وقد يقال بعدم وجوب الإسقاط عليه إذا لم يرجع وإن كان مستحقاً.

بل لعلّه هو ظاهر التقييد بالرجوع في المتن، وكأنّه لعدم كون الأرش مالاً يثبت في الذمّة وإن كان لصاحبه الرجوع به لو أراده.

فمع إسقاطه يسقط الحقّ لا أنه إبراء، وحينئذٍ فيتحقق صدق تقوّم وعليّ واشتريته بكذا، فتأمّل.

ولو فرض كونه بزائد لم يجب حطّ الزيادة من الثمن في وجه قوي.

كما أنّه يقوى فيما لو صالحه عنه بشيء مع الجهل بقدر التفاوت إسقاط المصالح به من الثمن والإخبار بالباقي.

ولو لم يتمكّن المشتري من إثبات سبق العيب احتمل الإخبار بما عدا الأرش في الواقع، وبالجميع؛ لأنّه هو الثمن ولم يعد إليه شيء.

ولو صولح عن إسقاط الدعوى به أمكن احتساب ثمن الصلح خاصة من الثمن.

من ذلك كلّه ينقدح الوجه في كثير من الفروع المتصوّرة في المقام.

(و) على كلّ حال فـ**(لو جنى العبد ففداه السيد لم يجز له أن يضم الفدية إلى ثمنه)** مخبراً بإحدى العبارات السابقة [١].

---

[١] **بلا خلاف بيننا ولا إشكال.** لأنّه غرامة متجدّدة لا مدخلية لها في تقويمه.

نعم لا يبعد جواز ضمّها مع التصريح بالحال والبيع مرابحة فيكون مرجعه إلى زيادة الربح [١]، [مع احتمال عدم صدق بيع المرابحة].

(ولو جني عليه فأخذ أرش الجناية لم يضعها من الثمن، وكذا لو حصل منه فائدة كنتاج الدابة وثمرة الشجرة) وغيرها من النماءات التي لا مدخلية لها في ثمن المبيع [٢].

نعم لو تعيّب شيء من ذلك وجب الإخبار به كما هو واضح.

(و) كيف كان فـ(**يكره نسبة الربح إلى**) أجزاء رأس (**المال**) [٣]، بأن يقول: بعتك بمئة وربح كلّ عشرة درهم.

ولو قال: بعتك بمئة وعشرة أو وربح عشرة لم يكن مكروهاً.

وعلى كلّ حال فلا حرمة ولا بطلان [٤].

---

[١] وقد يمنع صدق المرابحة عليه؛ لإمكان دعوى المستفاد من النص والفتوى أنّها تؤدي بالعبارات المزبورة، بل ربّما كان ذكرهم لها للإشارة إلى أنّ الميزان في تحققها صدق « أخذتها » والفدية ونحوها ممّا لا تندرج فيها؛ ضرورة عدم كونها من مؤن الاتجار، فإذا ذكرها وأراد مع ذلك البيع مرابحة لم يترتّب عليها حكمها، مع فرض أنّ فيها أحكاماً خاصة وإن كان البيع صحيحاً في نفسه وصورته صورة المرابحة، وكذا الكلام في نظائر المسألة.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٣] **وفاقاً للمشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا[١]، بل عن الخلاف الاجماع عليه[٢].**

[٤] للأصل، والإطلاقات، سيّما إطلاق نصوص المرابحة:

١ ـ كخبر علي بن سعيد: سئل عن رجل يبتاع ثوباً فطلب منه مرابحة، ترى في بيع المرابحة بأساً إذا صدق في المرابحة وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ قال: « لا بأس »[٣].

خلافاً للمحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم والتقي والقاضي[٤]، ففي الأوّلين: لا يجوز، وفي الثالث: لا يصح.

ولم أجد لهم دليلاً صالحاً لذلك، عدا الصحيح: الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده أو ده يازده، فقال: « لا بأس به، إنّما هذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة »[٥].

لظهوره في وجوب الجمع المزبور، بأن يقول: بعتك هذه السلعة بدوازده أو يازده نحو ما فعله مولانا الباقر عليه السلام فيما روى عنه الصادق عليه السلام في الصحيح قال: « قدم متاع لأبي من مصر فصنع طعاماً ودعى له التجار فقالوا: نأخذه منك بده دوازده، فقال عليه السلام:

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٤٨٧. انظر التذكرة ١١: ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٢) الخلاف ٣: ١٣٤.

(٣) الوسائل ١٨: ٦٠، ب ١٢ من أحكام العقود، ح ١.

(٤) المقنعة: ٦٠٥. النهاية: ٣٨٩. المراسم: ١٧٥. الكافي ٣٥٩. نقله عن القاضي في المختلف ٥: ١٥٦.

(٥) التهذيب ٧: ٥٤، ح ٢٣٥. الوسائل ١٨: ٦٣، ب ١٤ من أحكام العقود، ح ٥.

وكم يكون ذلك ؟ فقالوا : في كلّ عشرة آلاف ألفين ، فقال : إنّي أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً »[١] ، بل عدوله عليه السلام عن إجراء الصيغة بنحو ما ذكروه إلى ما ذكره ظاهر في المنع .

وفيه :

١ ـ إنّ الصحيح محتمل لإرادة التخلّص عن الكراهة .

٢ ـ على أنّ الخصم لا يقول بوجوب الجمع جملة واحدة ، فإنّه لا بأس ، كما عرفت بإفراد رأس المال عن الربح من دون ملاحظة النسبة ، فلابدّ حينئذٍ من إرادة الرجحان منه ويرتفع الاستدلال في وجه .

وفعل الباقر عليه السلام يمكن أن يكون فراراً من أصل المرابحة إلى المساومة التي هي أفضل ، كما يومئ إليه تتمة الصحيح المزبور على ما عن الكافي : فقال لهم : « إنّي أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألف درهم فباعهم مساومة »[٢] ، بل في الصحيح أو الموثق كالصحيح : « إنّي أكره بيع عشرة باحدى عشرة وعشرة باثني عشر أو نحو ذلك من البيع ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة »[٣] ما يقضي بكراهة المرابحة مطلقاً وإن لم أجد قائلاً به .

نعم في الرياض : « قد ذكر بعض الأجلّة أنّ الظاهر من المعتبرة هنا كراهة المرابحة وأولوية المساومة لا الكراهة هنا في موضوع المسألة » ، قال : « وهو كذلك لولا المخالفة لفهم الطائفة »[٤] .

وعلى كل حال فلا دلالة في عدوله عليه السلام على الحرمة قطعاً ، فيبقى حينئذٍ ما دلّ على الجواز بلا معارض ، مضافاً إلى الصحيح أو الموثق المزبور المشتمل على لفظ الكراهة .

وعمومه لغير موضوع المسألة لو قلنا باختصاصه بها غير قادح ، كما أنّ احتمال إرادة الحرمة من لفظ الكراهة هنا بناءً على عدم تعارفها في الصدر الأوّل بالمعنى المصطلح . يدفعه ـ بعد التسليم ـ : ترجيح إرادته هنا بالشهرة والإجماع المحكي[٥] وغيرهما .

وكذا الكلام في الخبر الآخر : « أكره بيع ده يازده وده دوازده ولكن أبيعك بكذا وكذا »[٦] .

وكيف كان فلا ريب في عدم الحرمة والبطلان ، كما أنّه لا ريب في الكراهة بعد التسامح بها ؛ للإجماع المحكي وغيره إن قصرناها على خصوص موضوع المسألة ، وإلّا فمطلق للخبرين السابقين ، والله أعلم ، هذا .

وربّما جعل مدار الكراهة على نسبة الربح للمال في مقابلة نسبته إلى السلعة على معنى عدمها لو قال : بعتك بكذا مع ربح للمبيع ده دوازده .

ولكن الألصق بالنصوص ماذكرناه ، والله أعلم .

---

(١) الكافي ٥ : ١٩٧ ، ح ٢ . الوسائل ١٨ : ٦١ ، ب ١٤ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٢) الكافي ٥ : ١٩٧ ، ح ٢ ، وفيه : « ألفاً » بدل « ألف درهم » . الوسائل ١٨ : ٦١ ، ب ١٤ من أحكام العقود ، ح ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٦٣ ، ب ١٤ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٤) الرياض ٨ : ٢٢٥ ـ ٢٢٦ .

(٥) الخلاف ٣ : ١٣٤ .

(٦) الوسائل ١٨ : ٦٢ ، ب ١٤ من احكام العقود ، ح ٢ .

هذا كلّه في العبارة.

(وأمّا الحكم ففيه مسائل):

[شرط البائع على المشتري حال البيع أن يبيعه]:

قد تقدّم البحث في (**الأُولى**) منها وهي: (**من باع غيره متاعاً جاز أن يشتريه منه بزيادة أو نقيصة حالاً ومؤجّلاً بعد قبضه، ويكره قبل قبضه إذا كان ممّا يكال أو يوزن على الأظهر**) [١]. (**ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز**) كما سمعت الكلام فيه مفصّلاً. (**وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطه**[١] **لفظاً كره**) [٢]. وإن قلنا: إنّ الشرط المضمر كالموجود، إلّا أنّه يمكن تخصيص ذلك بالجائز منه، لكن فيه منع واضح [٣]. فيتجه حينئذٍ بطلان العقد مع قصدهما الاشتراط وبناؤهما العقد عليه وإن لم يذكراه لفظاً، بناءً على فساد العقد بفساد الشرط.

نعم لو لم يكن قصدا الاشتراط بل عزما على التعاكس واستوثق أحدهما من الآخر صحّ على كراهة عند بعضهم وإن كان الدليل عليها لولا التسامح لا يخلو من إشكال. والأمر سهل بعد أن كان الحكم الصحة [٤].

(**إذا عرفت هذا فلو باع غلامه**) الحرّ (**سلعة ثمّ اشتراها**[٢] **منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني إذا**[٣] **لم يكن شرط إعادته**) من غير تقييد لها بالبيع.

(**ولو شرط**) بها فباعها منه بزيادة للإخبار بها (**لم يجز**) قطعاً [٥] (**لأنّه خيانة**) عرفاً [٦]. بل لا يبعد ذلك

---

[١] وكان المصنّف أعادها كالفاضل في القواعد[٤] لبناء ما بعدها عليها، إلّا أنّه كما ترى لا مدخلية لها فيه أصلاً.

[٢] **كما في القواعد والتحرير والإرشاد والتذكرة**[٥].

[٣] ضرورة اتحادهما في المقتضي.

[٤] ولا يرد أنّ مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد؛ لأنّ العقود تتبع القصود؛ لأنّ من المعلوم عدم اعتبار مثل هذا العزم في العقد؛ ضرورة كون العزم فعله خارج العقد. لكن في المسالك: «وأُجيب بأنّ القصد وإن كان معتبراً في الصحّة فلا يعتبر في البطلان؛ لتوقّف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصحّة ولم توجد في الفرض»[٦]. وهو كما ترى غير مستقيم، بل ليس له محصّل يعتد به. والتحقيق ما سمعت، ولعلّ في عبارة المجيب سقطاً قبل قوله: «لتوقف البطلان»، وهو بخلاف المقام. وحينئذٍ يكون الفرق بين اعتبار القصد في صحّة العقود الذي يكفي في البطلان عدمه كما في النائم وغيره؛ بخلاف المقام وهو الشرط المعتبر في شرطيته القصد واللفظ، سواء كان صحيحاً أو مبطلاً للعقد، فإنّ شرطيته متوقّفة على ذلك. ومنه يظهر عدم توجّه ما أورده في المسالك عليه، فلاحظ وتأمّل.

[٥] **بل لا خلاف أجده فيه.**

[٦] إذ المشتري لم يترك المماكسة إلّا اعتماداً على مماكسته لنفسه وثوقاً باستقصائه في النقيصة لنفسه فكان ذلك خيانة.

---

(١) في الشرائع: «ولم يشترطاه».
(٢) في الشرائع: «اشتراه».
(٣) في الشرائع: «إن».
(٤) القواعد ٢: ٥٨.
(٥) القواعد ٢: ٥٨. التحرير ٢: ٣٨٧ ـ ٣٨٨. الإرشاد ١: ٣٧٣. التذكرة ١١: ٢٢٣.
(٦) المسالك ٣: ٣٠٩.

أيضاً وان لم يشترطه ، بل كان القصد الشراء بالزيادة للإخبار بها [١].

هذاكلّه مع قصد الحيلة بالشراء بالزيادة ، فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاة جاز ، ولا فرق في تحريم الحيلة بين الغلام والولد والأجنبي ، والله أعلم .

[لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقلّ]:

المسألة (**الثانية : لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقل**) بالإقرار أو البيّنة صحّ البيع [٢].

بل الظاهر ذلك [عدم الخلاف] إن لم يكن له رأس مال أصلاً فضلاً عن كونه أقلّ .

نعم لأجل الكذب في الإخبار (**كان المشتري بالخيار بين ردّه وأخذه بالثمن**) المسمى في العقد [٣].

---

[١] **وفاقاً للشهيدين والعليين[١] على ما حكي عن بعضهم** ؛ إذ هو غشّ وخديعة وتدليس وخيانة عرفاً . والصدق في قوله : اشتريت قد لا ينافي ذلك ، بل قد يدّعى انصراف الشراء في الفرض إلى غير ذلك .

وفي المسالك : أنّ « قوله : ولو شرط لم يجز ؛ لأنّه خيانة يقتضي التحريم ، مع عدم الشرط إذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانة ، ومجرّد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لا يرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها ، بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الإعادة ؛ لأنّ التحريم لا يتحقق إلّا مع صحّة البيع ليمكن فرض الزيادة ، ومع شرط الإعادة يقع البيع باطلاً ، كما سلف عن قريب ، فلا يتحقق الزيادة ولا التحريم »[٢].

قلت : قد يدفعه ما سمعته منّا في تفسير العبارة ، ولا حاجة إلى قوله في الجواب عنه ، ويمكن أن يقال بالتحريم وإن قلنا بفساد العقد ، نظراً إلى قصد الغرور والسعي إلى تحصيل المحرّم ، كما يقال في النجش والربا : إنّه حرام ويفسد العقد ، مع أنّه قد يخدش بأنّ المراد لم يجز الإخبار بالثمن الثاني ، ومع فرض كون البيع فاسداً بالشرط لا ثمن حتى يخبر عنه ، فتأمّل جيداً .

[٢] **بلا خلاف على الظاهر .**

للأصل ، والإطلاقات ؛ ضرورة أولويته من تخلّف الوصف والشرط والجملة .

[٣] ولا تعليق للرضا والقصد ولا الصحّة على الصدق في الإخبار قطعاً ، بل هو أشبه شيء بالداعي إلى قصد ما اتفقا عليه ، بل لولا الإجماع على الخيار في الظاهر هنا لأمكن المناقشة فيه ، كما في غير المقام ممّا كان الداعي فيه الكذب بنحو ذلك مما لا يرجع إلى العيب ولا إلى التدليس ، الذي هو بمعنى كتمان صفة وإظهار أحسن منها .

ودعوى أنّ المراد عندهم بالتدليس ما يشمل المقام لو سلّمت لا تجدي ؛ لعدم تعليق الخيار عليه في شيء من النصوص كي يدور الحكم عليه ، بل دليله فحوى نصوص التصرية ونحوها .

وأمّا خبر الضرار[٣] وقاعدة رجوع المغرور على من غرّه ونحوه فمع احتياج ثبوت الخيار به أيضاً إلى الانجبار قد يمنع تناوله للمقام ، باعتبار ظهور قاعدة الغرور في الضمان وخبر الضرار في العقد الضرري ، لا في مثل المقام الذي ضرره نشأ من اعتماده على خبره .

---

(١) الدروس ٣ : ٢١٨ . اللمعة : ١١٧ . الروضة ٣ : ٤٣٢ . جامع المقاصد ٤ : ٢٦٢ . نقله عن الميسية في مفتاح الكرامة ٤ : ٤٩٧ .

(٢) المسالك ٣ : ٣٠٩ ـ ٣١٠ ، مع اختلاف .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ .

ولا يبعد ثبوت الخيار في الكذب بكلّ ما يختلف الثمن به.

بل الظاهر ثبوته بعدم الإخبار بما يختلف الثمن به فضلاً عن الكذب [١].

وكذا الكلام [في الصحّة وثبوت الخيار] لو بان غلطه في الإخبار، إلّا أنّه لا إثم عليه [٢] (**وقيل**) [٣]: إنّ المشتري (**يأخذه**) أي المبيع (**بإسقاط الزيادة**) من الثمن مع ربحها [٤]، فلا ريب في أنّ الترجيح لما ذكرنا [٥].

وعلى كلّ حال فلا خيار للبائع [٦]، وقد يحتمل؛ للضرر في بعض الأحوال [٧].

---

[١] لما عرفت. وعلى كلّ حال فما عن الأردبيلي من التأمّل في الصحة[١] في غير محله. كما أنّ التأمّل في ثبوت الخيار له كذلك أيضاً.

[٢] وقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّ الخيار في مفروض المسألة للإجماع، وإلّا فليس هو مندرجاً في أحد الخيارات السابقة، مع فرض عدم اتحاد بيع المرابحة لصورة تخلّف الوصف أو الشرط.

ودعوى أنّها لا تكون إلّا كذلك ممنوعة، فإنّه يمكن فرضها مجرّدة عن ذلك، وإن كان الداعي للمشتري إخبار البائع برأس المال مع إرادة ربح كذا، وحينئذٍ يكون هذا الداعي من بين الدواعي مسلطاً على الخيار للإجماع ونحوه.

[٣] **والقائل أبو علي فيما حكي عنه والشيخ**[٢].

[٤] **إلّا أنّ المحكي من خلاف الشيخ في مبسوطه وخلافه**[٣] **النص على ذلك في صورة الغلط.**

ولعلّه لا فرق بينها وبين الكذب، كما أنّه لا فرق في ثبوت ذلك بين الإقرار والبيّنة. **لكن في محكي المبسوط: أنّه قيل: إن بان ذلك أي الغلط بقول البائع لزم المشتري الثمن باسقاط الزيادة وربحها، وإن قامت به البيّنة كان المشتري بالخيار**[٤]. وكيف كان فلا دليل على شيء من ذلك؛ إذ البيع إنّما هو برأس المال الذي أخبر به لابما هو في نفس الأمر. ومنه يعلم الاستدلال على التفصيل بأنّه إن أقرّ كان مأموناً، بخلاف ما إذا قامت به البيّنة.

[٥] خصوصاً بعد عدم ما يصلح ملزماً للثمن الناقص؛ إذ العقد الواقع إن كان صحيحاً لزم مافيه، وإلّا بطل مطلقاً.

[٦] **عندنا كما عن التحرير**[٥]؛ للأصل.

[٧] **كما أنّ الظاهر عدم الخيار للمشتري على قول المبسوط**[٦]:

١ ـ لارتفاع مقتضيه بإسقاط الزيادة مع ربحها.

٢ ـ ولأنّه رضي بالأكثر فبالأقلّ أولى. **لكن احتمل في المسالك ثبوته له أيضاً:**

أ ـ للخيانة.

ب ـ ولأنّه قد يكون له غرض بالشراء بهذا الثمن لإبرار قسم أو إنفاذ وصية[٧]. وهو كما ترى. نعم يمكن أن يكون ذلك مؤيّداً للمختار؛ ضرورة عدم ارتفاع الضرر الناشئ عن الكذب حينئذٍ بإسقاطه الزيادة، فتأمّل جيّداً.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٧٣.
(٢) نقله عن أبي علي في المختلف ٥: ١٦٥. المبسوط ٢: ١٤٢.
(٣) المبسوط ٢: ١٤٢ ـ ١٤٣. الخلاف ٣: ١٣٧ ـ ١٣٨.
(٤)(٦) المبسوط ٢: ١٤٣.
(٥) التحرير ٢: ٣٨٧.
(٧) المسالك ٣: ٣١٠.

هذا [وهل يسقط خيار المشتري بالتلف ؟] [١] [يحتمل عدم السقوط].

وقد تقدّم في خيار الغبن وغيره ماله نفع في المقام ، فلاحظ وتأمّل .

(**ولو قال**) البائع بعد البيع : (**اشتريته بأكثر لم يقبل منه**) إذا لم يعلم صدقه (**ولو أقام بيّنة**) [٢].

(**و**) حينئذٍ فـ(**لا يتوجّه**) له (**على المبتاع يمين**) [٣]، (**إلّا أن يدّعي عليه العلم**) فتقبل حينئذٍ بيّنته ، ويتوجّه له عليه اليمين على عدم العلم [٤].

بل لو ردّ اليمين عليه كان له الحلف [٥].

بل قد يناقش في إطلاق عدم سماع بيّنته في الأوّل أيضاً إذا أظهر لإقراره الأوّل تأويلاً محتملاً ، مثل أن يقول : ما كنت اشتريته بل اشتراه وكيلي وأخبرني أنّ الثمن مئة فبان خلافه أو ورد عليّ كتابه فبان مزوّراً أو كنت راجعت

---

[١] **وفي القواعد : « وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر »**[(١)] .

وعن المبسوط إسقاطه به وبالتصرّف[(٢)] ، **وعن الشهيد : أنّه حكاه عن ابن المتوّج** ؛ لأنّ الردّ إنّما يتحقق مع بقاء العين ، ولحصول الضرر على البائع بالانتقال إلى البدل قهراً[(٣)] .

لكن قوّى ثاني المحققين والشهيدين عدم السقوط[(٤)] :

١ ـ لحصول المقتضي ، وانتفاء المانع ؛ إذ ليس إلّا التلف ، ولا يصلح للمانعية ؛ إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة .

٢ ـ ولعموم : المغرور يرجع على من غرّه .

والكذب في الإخبار مقتض للخيار ، ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع ، فمع التلف وانتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً أو وجود مانع من ردّه كالاستيلاد يردّ على البائع مثله أو قيمته ويأخذ هو الثمن أو عوضه مع فقده .

[٢] لأنّه قد كذّبها باقراره .

[٣] لعدم سماع دعواه بعد معارضة إقراره السابق لها .

[٤] لعدم منافاة إقراره السابق لها .

[٥] سواء قلنا : إنّ اليمين المردودة كالبيّنة أو كالإقرار من المنكر ؛ لأنّهما معاً هنا مسموعان .

أمّا الثاني فواضح .

وأمّا الأوّل فلما عرفت من أنّ دعواه العلم لا تنافي كذبه بإقراره السابق .

وأولى من ذلك لو قلنا : إنّها أصل برأسه .

فما عن بعضهم[(٥)] من أنّ في ردّ المشتري اليمين على البائع هنا وجهين يلتفتان إلى أنّها كالبيّنة أو كإقرار المنكر ، فعلى الثاني تردّ ، وعلى الأوّل لا تردّ لا يخلو من نظر .

---

(١) القواعد ٢ : ٥٩ .

(٢) المبسوط ٢ : ١٤٣ .

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٥٠٠ .

(٤) جامع المقاصد ٤ : ٢٦٣ . المسالك ٣ : ٣١٠ .

(٥) التذكرة ١١ : ٢٣٨ . جامع المقاصد ٤ : ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .

جريدتي فغلطت من متاع إلى غيره [١].

بل قد يقال برجحانها أيضاً وإن لم يذكر التأويل المزبور، بل احتماله له كاف في مرجوحيته بالنسبة إلى البيّنة [٢].

وكيف كان فإذا علم غلطه بأيّ طريق كان له الخيار بين الفسخ والإمضاء بالمسمّى [٣].

ولو كان قد تبيّن كذبه وأنّه تعمّد إلى ذكر النقصان فلا يبعد عدم الخيار له [٤].

[حطّ بعض الثمن]:

المسألة (**الثالثة : إذا حطّ البائع بعض الثمن جاز للمشتري أن يخبر بالأصل**) ؛ لعدم الخيانة فيه اذا كان ذلك تفضلاً منه لا لدعوى عيب أو غبن أو نحوهما.

من غير فرق في ذلك بين كونه في زمن الخيار وعدمه ؛ للصدق في الإخبار على الحالين.

(**وقيل**) [٥] : (**إذا**[١] **كان**) الحطّ (**قبل لزوم العقد صحّت**) الحطيطة (**وأُلحق بالثمن وأخبر بما بقي، وإن كان**

---

[١] ضرورة رجحان البيّنة حينئذٍ على الإقرار الأوّل بعد فرض ذكر التأويل المزبور له.

ولعله لذا قيّد السماع بذلك جماعة منهم الفاضل في جملة من كتبه والمحقق الثاني[٢] وغيرهم.

[٢] لقوة البيّنة، وأنّها بمنزلة العلم بخطائه، فلا يصلح الإقرار السابق لمعارضتها بعد تعقيبه بما يقضي بخطائه، فتأمّل جيّداً.

ومن هنا بان لك أنّ ما عن المبسوط[٣] **من قوّة عدم سماع البيّنة وإن ذكر تأويلاً محتملاً**، لا يخلو من نظر.

كما أنّ إطلاق المصنّف والفاضل في بعض كتبه عدم السماع[٤] لذلك.

[٣] **وربّما تخرج على قول الشيخ**[٥] **إضافة الزيادة مع ربحها.**

[٤] لأنّه هو الذي قد ضيّع ماله، فتأمّل جيّداً، هذا.

وفي التحرير في نحو مفروض المسألة : « تخيّر المشتري بين الأخذ بالزيادة على إشكال والفسخ، ولو قيل : إنّ الزيادة لا تلحق العقد فيتخيّر البائع كان وجهاً، وهل يلزمه مع القبول نصيب الزيادة من الربح ؟ الوجه ذلك إذا نسب الربح إلى الثمن مثل أن يقول بربح كلّ عشرة درهم، ولو قال بربح عشرة لا غير لم يثبت، ولو أخذها بالزائد ونصيبه من الربح لم يكن للبائع خيار، وكذا لو أسقط الزيادة عن المشتري »[٦] انتهى.

وفيه نظر من وجوه، والله أعلم.

[٥] **والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه**[٧] **وابن زهرة في ظاهر الغنية**[٨] **أو صريحها.**

---

(١) في الشرائع : « إن ».

(٢) التحرير ٢ : ٣٨٧. المختلف ٥ : ١٦٥. التذكرة ١١ : ٢٣٨. جامع المقاصد ٤ : ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

(٣) المبسوط ٢ : ١٤٣.

(٤) القواعد ٢ : ٥٩.

(٥) الخلاف ٢ : ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٦) التحرير ٢ : ٣٨٩.

(٧) المبسوط ٢ : ١٤٤.

(٨) الغنية : ٢٣٠.

بعد لزومه كانت هبة مجدّدة، وجاز[١] الإخبار بأصل الثمن) [١].

وفيه: أنّه لا مدخلية لذلك [٢].

بل الظاهر عدم الفرق في الإخبار بين: رأس مالي أو اشتريت أو قام عليّ أو هو عليّ أو نحو ذلك.

نعم ليس له أن يقول: أدّيت أو نحوه، وربّما احتمل ذلك أيضاً في: قام عليّ ونحوه، والله أعلم.

[بيع بعض الصفقه مرابحة]:

المسألة (**الرابعة: من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة**) بل ومواضعة وتولية (**تماثلت أو اختلفت**)، و(**سواء قوّمها أو بسط الثمن عليها بالسوية**) بلا تقويم (و[٢]) سواء (**باع خيارها**) بالأقلّ أو لا (**إلّا بعد أن يخبر بذلك**).

(**وكذا**) في عدم الجواز (**لو اشترى دابّة**) مثلاً (**حاملاً فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد**) [٣].

نعم [الظاهر] [٤] جواز البيع مرابحة إذا أخبر بذلك [٥].

٢٢ = ٣٢١

---

[١] **قيل: وكأنّه مبنيّ على أنّ المبيع إنّما ينتقل بانقضاء مدّة الخيار[٣].**

[٢] إذ الثمن ما وقع عليه العقد، ولا أثر لوقت انتقال الملك.

[٣] **كلّ ذلك على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً:**

١ ـ بل عن الخلاف الإجماع عليه[٤].

٢ ـ بل يمكن تحصيله [= الإجماع] في المختلفة بل وفي غيرها؛ إذ لم يحك الخلاف فيها، إلّا من الإسكافي[٥] والقاضي[٦] فجوّزاه فيما لا تفاضل فيه كالمعدود المتساوي.

وهما غير قادحين في الإجماع بمعنى القطع بالحكم المخالف لما ذكراه، خصوصاً بعد تفاوت القيم والأغراض وكون التوزيع لثمن خرص وتخمين يتطرّق إليه الخطأ غالباً.

٣ ـ وخصوصاً بعد أن سأل أبو حمزة أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ثمّ يتقوّم كلّ ثوب بما يسوي حتى يقع على رأس المال جميعاً أيبيعه مرابحة؟ فقال له: «لا حتى يبين له أنّه إنّما قوّمه»[٧].

٤ ـ ونحوه صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[٨].

[٤] [كما هو] ظاهرهما [= الخبرين المتقدمين].

[٥] **كما هو مقتضى قوله في المتن: «إلّا بعد أن يخبر بذلك»، بل وأكثر عبارات الأصحاب.**

---

(١) في الشرائع: «وجاز له».
(٢) في الشرائع: «أو».
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٤٩١.
(٤) الخلاف ٣: ١٤٤.
(٥) نقله في المختلف ٥: ١٥٨ ـ ١٥٩.
(٦) نقله في المختلف ٥: ١٦٦ ـ ١٦٧.
(٧) الوسائل ١٨: ٧٩، ب ٢١ من أحكام العقود، ح ٥.
(٨) المصدر السابق: ٧٧، ح ١.

. . . . . .

بل زاد في التذكرة بعد أن حكى خلاف الشافعي في أنّه يجوز البيع مرابحة بالتقسيط وإن لم يخبر به، قال: «أمّا لو أخبر بالحال فقال: اشتريت المجموع بكذا وقوّمته مع نفسي فأصاب هذه القطعة من الثمن كذا فإنّه يجوز إجماعاً»[١].

لكن عن ابن ادريس أنّه حكى الاستثناء المزبور الظاهر في جواز البيع مرابحة بعد الإخبار، واعترضه بأنّه «ليس بيع المرابحة؛ لأنّ وضعه في الشرع أن يخبر بالثمن الذي اشترى، وهذا ليس كذلك»[٢].

وردّه في المختلف بأنّ «هذه المنازعة لفظية»[٣]، كما قال في النافع: إنّه «لو أخبر جاز، لكن يخرج عن وضع المرابحة»[٤].

وفي جامع المقاصد والمسالك وغيرهما: أنّ إطلاق المرابحة عليها مجاز؛ للمشاكلة في الصورة[٥].

قلت: قد يناقش في ذلك بمنع حصر المرابحة فيما لا يدخل فيه التقويم؛ ضرورة صدق اسم رأس المال والقيام عليه به ونحوهما. نعم لا يصدق اشتريته ونحوه عليه، وقد تقدّم صحّة المرابحة فيما لو عمل فيه عمل قد ذكره بكذا وفيما لو رجع بأرش العيب. كما أنّ من الواضح صحّتها فيما لو تلف بعض الصفقة قبل القبض ورجع بحصّته من الثمن ورضي بالبيع في الباقي، وفيما إذا ظهر مستحقّاً.

وفي التذكرة: «لو اشترى عبداً بثوب قيمته عشرون وأراد بيعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام ذكر أنّه اشتراه بثوب قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة؛ لأنّ البائع بالثوب يشدّد أكثر ممّا يشدّد البائع بالنقد، ولو كان قد اشترى الثوب بعشرين ثمّ اشترى به العبد جاز أن يقول: قام عليّ بعشرين ولا يقول: اشتريته بعشرين»[٦].

بل قال فيها أيضاً: «لو انتقل إليه بغير عوض كالهبة لم يجز بيعه مرابحة سواء قوّمها بثمن مساوٍ أو أزيد أو انقص إلّا أن يبيّن الحال في ذلك، ولا يكفي بيان قدر القيمة من غير تعريف الحال» إلى أن قال: «ولو آجر داره بعبد أو نكحت المرأة رجلاً على عبدٍ أو خالع زوجته عليه أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء، ولو أخبر بالحال جاز بما قام عليّ، ويذكر في الإجارة أُجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية»[٧].

ومقتضاه التوسعة في المرابحة بأزيد من محلّ البحث [أي الشراء]، وإن كان لا يخلو من نظر.

---

(١) التذكرة ١١: ٢٢٦ ـ ٢٢٧.
(٢) السرائر ٢: ٢٩٢.
(٣) المختلف ٥: ١٥٨.
(٤) المختصر النافع: ١٤٧.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٥٨. المسالك ٣: ٣١٢.
(٦) التذكرة ١١: ٢٢٥ ـ ٢٢٦.
(٧) التذكرة ١١: ٢٤٠.

و[قد قيل :] [١] [لو اشتريا ثوباً بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد وعشرين] قلت : مع أنّ نصيبه كان بعشرة بالتقسيط إلى غير ذلك ممّالا إشكال في جواز البيع مرابحة مع التقويم والتقسيط . ومنه مالو تعدّد المشتري والمبيع واتحد الثمن [٢] . وكيف كان فحيث لا تجوز المرابحة لو باعا بقصدها ولو للجهل منهما أو من أحدهما أمكن القول بالصحة بيعاً [٣] ، وقد يحتمل البطلان [٤] ، والأوّل أقوى [٥] . و[الظاهر] [٦] ثبوت الخيار [للمشتري] في كلّ ما فعل بعنوان المرابحة فبان عدم موضوعها [٧] .

[تقديم الدلال لا يكن في المرابحة]:

المسألة (**الخامسة : إذا قوّم**) التاجر (**على الدلّال متاعاً وربح عليه أو لم يربح ولم يواجبه البيع لم يجز للدلّال بيعه مرابحة**) على ما قوّم عليه [٨] .

---

[١] **[كما] في القواعد : « ولو اشتريا ثوباً بعشرين ثمّ اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد وعشرين »**[1] .

[٢] بل في جملة من النصوص ظهور إن لم يكن تصريح بجواز البيع مرابحة مع التقويم ، مضافاً إلى النصوص السابقة .

[٣] ١ ـ للأصل . ٢ ـ وخروج وصف المرابحة عن حقيقة البيع .

[٤] ١ ـ لأنّها صنف خاص منه . ٢ ـ ولتبعية العقود للقصود ، فلو صحّ غيرها وقع مالم يقصد وما قصد لم يقع .

[٥] وربّما يشهد له ما سمعته هنا من الجواز ممّن عرفت لو أخبر بالحال وإن لم يكن مرابحة ممّا ظاهره ذلك وإن قصد المتعاملان المرابحة ولو للجهل منهما بموضوعهما . بل منه يظهر الوجه فيما ذكرناه سابقاً من ثبوت الخيار لو كذب البائع في رأس المال إذا لم يكن له رأس مال بل كان موروثاً أو متهباً ؛ ضرورة ابتنائه على صحّة البيع .

[٦] [كما] ربما انقدح منه [ذلك] .

[٧] إذ لعلّ له غرضاً بذلك كوفاء نذر أو إنفاذ وصية ونحو ذلك ؛ فتأمّل جيّداً ، والله أعلم .

[٨] **بلا خلاف أجده فيه :**

١ ـ لأنّ الغرض عدم الشراء .

٢ ـ ولما رواه في الكافي عن الكناني[2] والفقيه عنه وعن سماعة[3] والتهذيب عن الكناني وعمرو بن عيسى عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة فيقولون : بع فما ازددت فلك ؟ قال : « لا بأس بذلك ، ولكن لا يبعهم مرابحة »[4] .

٣ ـ ونحوه ذلك صحيح زرارة الآتي[5] .

---

(١) القواعد ٢ : ٥٩ .

(٢) الكافي ٥ : ١٩٥ ، ح ٣ .

(٣) الفقيه ٣ : ٢١٥ ، ح ٣٧٩٩ .

(٤) التهذيب ٧ : ٥٤ ، ح ٢٣٣ . الوسائل ١٨ : ٥٧ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٣ ، وفيه : « عثمان بن عيسى » بدل « عمرو بن عيسى » .

(٥) يأتي في ص ٢٧٨ .

وحينئذٍ فإن فعل كان آثماً، بل يمكن فساد بيعه (**إلّا بعد الإخبار بالصورة**) قبل البيع، فإنّه يصح بيعه حينئذٍ وإن لم يكن مرابحة حقيقة [١]، إلّا أنّها بصورة المرابحة، لكن لا يبعد جريان الخيار فيها لو فرض كذب الدلّال فيما ذكره من التقويم الذي هو بمنزلة رأس المال [٢].

(**و**) على كلّ حال (**لا يجب على التاجر الوفاء**) لو قال له: بعه بذلك والزائد لك [٣] فلا شيء حينئذٍ للدلّال (**بل الربح**) جميعه (**له**) أي التاجر (**و**) لكن (**للدلّال أُجرة المثل**) لاحترام عمله (**سواء كان التاجر دعاه**) إلى البيع المزبور (**أو الدلّال ابتدأه**) [٤].

---

[١] لعدم الشراء من البائع.

[٢] لفحوى ما عرفت.

[٣] للأصل؛ إذ ليس هو إلّا وعداً، ولا يجب الوفاء به؛ ضرورة فساد كونه إجارة وجعالة للجهالة، وعدم ملك الزيادة حال القول؛ ولأنّها ببيع الدلّال انتقلت إلى التاجر باعتبار كونها عوض ملكه، ولا مقتضي للانتقال عنه إلّا القول الأوّل الذي لم يثبت كونه ناقلاً لمثلها، كما أنّه لم يثبت كونه مقتضياً لانتقالها إلى الدلّال من أوّل الأمر، بل الثابت من قاعدة تبعية ملك الثمن للمثمن خلافه.

[٤] لاشتراكهما في جميع ما ذكرنا، كما هو واضح.

لكن في المقنعة «وإذا قوّم [التاجر] على الواسطة المتاع بدراهم معلومة ثمّ قال له: بعه بما تيسّر لك فوق هذه القيمة وهو لك والقيمة لي جاز، ولم يكن بين التاجر والواسطة بيع مقطوع، فإن باعه بدونها كان عليه تمام القيمة لصاحبه، وإن لم يبعه كان له ردّه، ولم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، ولو هلك المتاع في يد الواسطة من غير تفريط له فيه كان من مال التاجر ولم يكن على الواسطة فيه ضمان، فإن قبض الواسطة من التاجر المتاع على ما وصفنا لم يجز أن يبيعه مرابحة ولا يذكر الفضل على القيمة في الشراء، وإذا قال الواسطة للتاجر: خبّرني بثمن هذا المتاع واربح عليّ فيه شيئاً لأبيعه ففعل التاجر ذلك وباعه الواسطة بزيادة على رأس المال والربح كان ذلك للتاجر دون الواسطة، إلّا أن يضمنه الواسطة ويوجبه على نفسه، فإن فعل ذلك جاز له أخذ الفضل على الربح ولم يكن للتاجر إلّا ما تقرّر بينه وبينه فيه»[1]. **ونحو ذلك في النهاية، إلّا أنّه قال في الصورة الثانية: «للدلّال أُجرة المثل لا أكثر من ذلك»**[2]. وكأنّ نظرهما:

١ ـ إلى الخبر المزبور.

٢ ـ وصحيح محمد بن مسلم المروي عن الكافي والتهذيب عن الصادق عليه السلام: أنّه قال في رجل قال لرجل: بع لي ثوباً لي بعشرة فما فضل فهو لك: «ليس به بأس»[3].

٣ ـ وصحيح زرارة المروي عن الكتب الثلاثة قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول: ما ازددت عليّ

---

(١) المقنعة: ٦٠٥ ـ ٦٠٦.

(٢) النهاية: ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

(٣) الكافي ٥: ١٩٥، ح٢. التهذيب ٧: ٥٤، ح ٢٣١. الوسائل ١٨: ٥٦، ب ١٠ من أحكام العقود، ح ١.

كذا وكذا فهو لك ؟ فقال : « لا بأس بذلك ، ولكن لا يبعه مرابحة »[١] .

٤ ـ وموثقته عن أبي جعفر عليه السلام : سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له : ما ازددت عليّ كذا وكذا فهو لك ، قال : « لا بأس [به] »[٢] . لكن عن ابن ادريس بعد أن حكى ذلك عن الشيخ قال : « إنه غير واضح ، وأنّه لا يستقيم على أُصول مذهبنا ؛ إذ هو ليس بيع مرابحة ولا إجارة ولا جعالة محققة » إلى أن قال « وإنّما أورد أخبار الآحاد في هذا الكتاب إيراداً لا اعتقاداً على ما وردت به ألفاظها صحيحة كانت أو فاسدة على ما ذكره ، واعتذر به في خطبة مبسوطه »[٣] . وردّه في المختلف بأنّ كلام الشيخ محمول على الجعالة على التقدير الأوّل ، لكن يبقى الإشكال في الجعالة إذا تضمّنت عوضاً مجهولاً ، ويحتمل أن يقال هنا بالصحة ؛ لأنّا إنّما منعنا جهالة مال الجعالة لأدائه إلى التنازع ، وهو منتف هنا ؛ إذ الواسطة إن زاد في الثمن مهما كانت الزيادة له ، وإلّا فلا شيء له ؛ لأنّهما إنّما تراضيا على ذلك بخلاف الجعالة المجهولة المؤدية إلى التنازع ، وهذا القول لا بأس به ، عملاً بالأحاديث الصحيحة . أمّا الصورة الثانية فإنّه لا جعالة هناك ، فلهذا أوجبنا على التاجر أُجرة المثل[٤] . **وتبعه في الدروس قال ـ بعد أن حكى عن الشيخين أنّ الزيادة للدلّال إذا قوّم التاجر عليه ـ : « ولو بدأ الدلّال بطلب التقويم فله الأُجرة لا غير ، وسوّى الحلّيون بين الأمرين في الأُجرة ، والأوّل أثبت ؛ لأنّه جعالة مشروعة وجهالة العوض غير ضائرة ؛ لعدم إفضائه إلى التنازع . وروى ابن راشد : في من اشترى جواري وجعل للبائع نصف ربحها بعد تقويمها أنه يجوز فإن أحبل المالك إحداها سقط حقّ البائع**[٥] »[٦] . **ونحوه في جامع المقاصد ، إلّا أنّه زيد فيه : « عدم شيء للدلّال على التاجر إذا لم يشترط له شيئاً فينبغي أن لا يكون له أُجرة المثل أيضاً لمثل ذلك »**[٧] .

ثمّ قال : « إنّ ظاهر العبارة قد يشعر بتخيّل فرق بين أن يبتدئ الدلّال التاجر وأن يبتدئ التاجر الدلّال ، وبه صرّح في الدروس ، وهو غير واضح ، فإنّ الابتداء وعدمه مع حصول التراضي سواء في الحكم ، فإنّ من قال لمن ذهب عبده : أردّ عبدك على أنّ لي نصفه ابتداء منه فقال مولى العبد : نعم لك ذلك يستحق ما عيّن له إن جوّزنا كون العوض مجهولاً وأُجرة المثل إن لم نجوّزه فلا يفترقان . والظاهر أنّ الشيخ إنّما حكم بعدم شيء في الثانية ؛ لأنّ التاجر لم يلتزم بشيء أصلاً ، ولا يستحق الدلّال أُجرة عليه ، والروايات لا دلالة فيها على الفرق بين الابتداء أوّلاً والرضا آخراً ، والذي يقتضيه النظر أنّهما إذا تراضيا على ذلك سواء تقدّم بالقول الدلّال أم التاجر إذا وقع ما يدلّ على الرضا من الآخر فإنه يكون جعالة ، فيصح ، ولو أبطلنا أوجبنا أُجرة المثل في الموضعين ، ولو أنّ التاجر لم يصرّح بشيء لم يكن للدلّال شيء إلّا أن يأمره بذلك ويكون له في العادة على مثل هذا أُجرة »[٨] .

وتبعه في كثير من ذلك في المسالك[٩] .

---

(١) الكافي ٥ : ١٩٥ ، ح ٣ . الفقيه ٣ : ٢١٥ ، ح ٣٧٩٩ ، وفيهما : « عن أبي الصباح الكناني » ، التهذيب ٧ : ٥٤ ، ح ٢٣٢ . الوسائل ١٨ : ٥٧ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٢ ، وليس فيهما : بذلك ، ولكن لا يبعه مرابحة .

(٢) التهذيب ٧ : ٢٣٥ ، ح ١٠٢٦ . الوسائل ١٨ : ٥٧ ـ ٥٨ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٣) السرائر ٢ : ٢٩٤ .

(٤) المختلف ٥ : ١٦٢ ـ ١٦٣ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢٨٠ ، ب ٢٤ من بيع الحيوان ، ح ٦ .

(٦) الدروس ٣ : ٢٢٠ .

(٧)(٨) جامع المقاصد ٤ : ٢٥٩ ـ ٢٦٠ .

(٩) المسالك ٣ : ٣١٢ ـ ٣١٣ .

و[المختار][١] عدم صحّة الجعالة فضلاً عن الإجارة[٢].

---

[١] [لما] في الجميع ما عرفت من [أنّه لك].

[٢] لعدم شمول الربح للمالك حين الجعل. والمضاربة شرّعت لدليلها، مع أنّ العامل يملك جزءاً من المال بظهور الربح فيه، بل لو جاز في الجعالة نحو ذلك لكانت المضاربة قسماً منها. على أنّه ليس في الجعالة عموم يشمل الفرض، بناءً على أنّها ليس من العقود كي تندرج في عمومها إذا قلنا: إنّها عبارة عن الإيجاب والقبول؛ لما ستعرفه في محلّه إن شاء الله من قوّة القول بأنّ الجعالة من قسم الإيقاع، والمتيقّن ممّا جاء فيها كتاباً وسنّةً كون الجعل مملوكاً ذمّةً أو خارجاً، بل هو المناسب لإنشاء تمليكه، وإن كان لا يملكه إلّا بعد تمام العمل. وحينئذٍ فلا فرق في عدم جواز الربح جعلاً بين كونه لعمل آخر كردّ عبد ونحوه وبين كونه لذلك العمل نفسه كما لو قال بعه بالزيادة وهي لك وغير ذلك. وما تسمعه إن شاء الله في باب الجعالة من التوسعة فيها إنّما هي في أمر آخر لا ما يشمل المقام، فلاحظ وتأمّل. بل الالتزام بمضمون النصوص المزبورة وإن كان مخالفاً للقواعد أولى من ذلك. وينبغي حينئذٍ الجمود على ما فيها من ابتداء التاجر الدلّال، أمّا العكس فلا دلالة في النصوص حينئذٍ فيبقى على القواعد من استحقاق أُجرة المثل.

ولعلّه لذلك فرّق الشيخان[١] بينهما، وإن أبيت من ذلك فحمل النصوص حينئذٍ وكلام الشيخين على توكيل التاجر الدلّال على قبول المتاع بما فرضه من القيمة على نفسه عند إرادة البيع، فيكون بيع المتاع حينئذٍ له والزيادة له أولى، فهو أشبه شيء بقول المالك: أذنت لك ببيع مالي لك وعليك قيمته، فإذا باعه تعلّقت قيمته في ذمّته، بل في عبارتي المقنعة والنهاية ما يشهد له.

ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر بذلك أو الدلّال، وليس في كلام الشيخين ظهور في الفرق المزبور الذي لا يكاد يحصل له وجه معتد به كما أوضحه فيما سمعته من جامع المقاصد[٢]. نعم الظاهر أنّ منشأ الفرق فيما ذكره من الصورتين عدم تعرّض الدلّال والتاجر للزيادة، وإنّما طلب الدلّال الإخبار بالثمن ومقدار الربح كي إذا باعه به فصاعداً يستحق أُجرة عمله ولا يكون للتاجر طريق عليه بأنّك لم تبعه على ما أُريد. ومن هنا صرّح الشيخ في هذا الصورة بالرجوع بأُجرة المثل كما سمعت[٣]. وبذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من جامع المقاصد وبعض من تأخّر عنه[٤]. كما أنّه لا يخفى عليك مما ذكرنا أنّ الأقوى ما ذكره المصنّف والفاضل[٥] في جملة من كتبه من وجوب أُجرة المثل في مفروض المسألة؛ لما عرفت من بطلان ذلك إجارة وجعالة، والنصوص وإن كثرت وصحّ جملة منها وتعاضدت إلّا أنّ إعراض المعظم عنها مع ذكرهم لها يذهب الوثوق بها.

والعامل بها بظنّ أنّها جعالة ليس عملاً بها حقيقة، بل هو توهّم أنّ مفروضها كذلك وقد عرفت فساده، بل لعلّ الشيخين بعد ما عرفت من عدم فرقهما بين ابتداء التاجر والدلّال لذلك أيضاً، بل هي أجمع غير صريحة في لزوم ذلك، بل ولا ظاهرة ظهوراً يعتد به؛ إذ من المحتمل كون المراد نفي البأس عمّا وقع بينهما مستمرّاً عليه التراضي منهما. نحو نفي البأس في صحيح عبدالرحمن: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فندفع إليه الورق ونشترط عليه إنّك إنّ تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته فيذهب ويشتري ويأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال: «لا بأس»[٦]، والله العالم.

---

(١) (٢) تقدم في ص ٢٧٩.
(٣) تقدّم في ص ٢٧٨.
(٤) المسالك ٣: ٣١٢ ـ ٣١٣.
(٥) التحرير ٢: ٣٩٠. المختلف ٥: ١٦٣.
(٦) الوسائل ١٨: ٧٤، ب ٢٠ من أحكام العقود، ح ٢.

[فالاقوى وجوب أُجرة المثل في مفروض المسألة].

[التولية]:

(وأمّا التولية) : [١] **(فهي أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زيادة)** وقد يقوى جريان جميع ما سمعته في المرابحة ممّا يدخل قيمته في رأس المال من الأعمال وغيرها [٢].

[ولا ريب في جواز التولية حتى فيما لو كان الثمن عرضاً وانتقل إلى من يراد توليته].

كما أنّه يقوى جوازها بقيمة العرض بعد الإخبار بذلك نحو ما سمعته في المرابحة [٣].

وعلى كلّ حال **(فيقول)** إذا أراد عقدها : **(ولّيتك أو بعتك أو ما شاكله من الألفاظ الدالّة على النقل)** الذي هو بيع [٤].

[فإن كان العقد بلفظ « ولّيتك العقد » لم يحتج إلى ذكر الثمن]، [و] لكن لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول

---

[١] التي قد تضمنتها جملة من النصوص :

١ ـ كصحيح منصور بن حازم[١].

٢ ـ وخبر علي بن جعفر[٢].

٣ ـ وخبر معاوية بن وهب[٣].

٤ ـ وخبر سماعة[٤].

٥ ـ وخبر أبي بصير[٥] وغيرها. وكثير من عبارات الأصحاب كالشيخ وغيره.

[٢] **لكن في التذكرة : « لابد من كون الثمن مثلياً ليأخذ المولّى مثل ما بذله، فلو اشتراه بعرض لم تجز التولية »**[٦]، مع أنّه قد ذكر جواز نحو ذلك في المرابحة. وفيه : أنّه لا ريب في جوازه إذا انتقل ذلك العرض إلى من يراد توليته.

[٣] واحتمال الفرق بينهما بدخول التقويم في الجملة في المرابحة بخلافها باعتبار ظهور مادّتها في إرادة العقد، بمعنى إعطاء البيع بنفس ما وقع في ذلك العقد ممنوع، وإلّا لجرى مثله في المرابحة والمواضعة.

[٤] **نعم في جامع المقاصد والمسالك : إنّه إن كان العقد بغير لفظ « ولّيتك » وجب ذكر الثمن وإن كان بها لم يحتج**[٧]**، كما أنّه فيها وفي غيرها : أنّه يجعل مفعوله العقد لو كان اللفظ ولّيتك**[٨]**. ولذا قال في الدروس والمسالك : إنّه يحتمل الإجزاء لو قال : ولّيتك السلعة**[٩].

قلت : لعلّ الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال، فيغني ذكره قبل العقد عنه فيه.

بل أصل المعنى في ولّيتك العقد إعطاء السابق، بمعنى تمليك المولّى البيع بما ملكه المولّي في العقد السابق.

---

(١) الوسائل ١٨ : ٦٥، ب١٦ من أحكام العقود، ح ١، ١٢.
(٢) المصدر السابق : ٦٧، ح ٩.
(٣) المصدر السابق : ٦٨، ح ١١.
(٤) المصدر السابق : ح ١٥.
(٥) المصدر السابق : ٦٩، ح ١٦.
(٦) التذكرة ١١ : ٢٤٦.
(٧) لم نعثر عليه في جامع المقاصد؛ انظر المسالك ٣ : ٣١٣.
(٨) المسالك ٣ : ٣١٣ ـ ٣١٤. الروضة ٣ : ٤٣٦.
(٩) الدروس ٣ : ٢٢١. المسالك ٣ : ٣١٤.

[لولّيتك] السلعة [فهو مساو لجعل المفعول العقد إن لم يكن أولى] [١].

بل لا يبعد الاستغناء عنه لو قال: بعتك السلعة تولية، بل [الظاهر] [٢] الاجتزاء بلفظ «بعتك» مع قصد التولية، وإن لم يذكر لفظها.

كما أنّ [الظاهر] [٣] الاجتزاء بهما [بلفظ «بعتك أو ولّيتك»] وإن لم يذكر لهما مفعولاً من السلعة والعقد اكتفاء بما قدّماه على العقد.

وكلّ ذلك غير بعيد.

إنّما الكلام في أصل العقد بهذا اللفظ أي التولية، ولا يبعد جوازه [٤].

وكيف كان فهي بيع يلحقها أحكامه من الشفعة والقدرة على التسليم وغيرهما.

كما أنّه يلحقها الخيار المزبور في المرابحة لو كذب برأس المال [٥].

والزوائد المنفصلة قبل التولية للمولّي وبعدها للمولّى بالفتح [٦].

---

[١] بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولاً للتولية، وإن لم تكن في صورة العقد، بل لا إشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد.

فجعل المفعول «السلعة» إن لم يكن أولى من كون المفعول «العقد» في الاستغناء عن الثمن، فلا ريب في مساواته له.

[٢] [كما] قد يظهر من القواعد والتذكرة[١] وغيرهما [ذلك].

[٣] [كما أنّ] ظاهرهما [= القواعد والتذكرة[٢] ذلك].

[٤] لاندراجه في عموم الآية[٣]، بعد أن ذكر جماعة من الأصحاب العقد به.

بل ذلك قرينة على إرادة العقد بهذا اللفظ في النصوص المشتملة عليها، لا أنّ المراد البيع برأس المال الواقع بألفاظه الخاصة.

ولا يشكل ذلك بعدم جواز العقد بلفظ المرابحة والوضيعة؛ للفرق بذكر بعض الأصحاب العقد باللفظ الأوّل دونهما، وبناءً على أنّ المراد في الآية العقود المتداولة لا طريق إلى معرفة ذلك إلّا ذكر الأصحاب.

مضافاً إلى:

١ ـ إنّ التولية ليس إلّا البيع برأس المال، بخلاف المرابحة والمواضعة التي لهما أفراد متعدّدة لتعدّد أفراد الربح والنقصان.

٢ ـ وإلى أنّ كلّاً من لفظهما لا دلالة في أصله على النقل، بخلاف التولية التي من مشتقاتها: «الوليّ» بمعنى المالك المتصرّف، وهي بمعنى الإعطاء ونحوه ممّا يناسب إرادة النقل، فتأمّل جيّداً.

[٥] على ما صرّح به في التذكرة[٤]؛ لاتّحاد الطريق.

[٦] خلافاً لأحد قولي الشافعية[٥].

---

(١) القواعد ٢: ٥٦. التذكرة ١١: ٢٤٥.

(٢) القواعد ٢: ٥٦. التذكرة ١١: ٢٤٥.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التذكرة ١١: ٣٢.

(٥) روضة الطالبين ٣: ١٨٤.

والحطّ من الثمن بعد التولية وقبلها للمولّي بالكسر.

و[قد قيل][١] [بأنّه لو حطّ البائع الأوّل عن المولّي وهو البائع الثاني بعض الثمن فله الجميع وإن كان الحطّ قبل البيع فله الباقي]، وهو جيّد إن صدق عليها اسم التولية [٢]، وحينئذٍ فالبيع بما أدى وضيعة لا تولية [٣].

[المواضعة]:

(وأمّا المواضعة فإنّها مفاعلة من الوضع) بمعنى الحطّ؛ إذ هي النقصان قدراً من رأس المال، ولا ريب في جوازها؛ إذ هي كالمرابحة [٤].

وحينئذٍ **(فإذا قال: بعتك بمئة ووضيعة درهم من كلّ عشرة فالثمن تسعون)** [٥].

---

[١] **[كما] في القواعد: «لو باع تولية فحطّ البائع الأوّل عنه البعض فله [= للمولّي] الجميع، وإن كان الحطّ قبل التولية فله الباقي إن كان بما ادّى»**[(١)].

[٢] التي هي ـ كما عرفت ـ البيع برأس المال، ولا ريب في أنّه الجميع، ولا ينافيه الحطّ؛ إذ هو إبراء.

[٣] والمراد بالبيع بما أدى الإخبار بمقداره قبل ثمّ البيع به، لا أنّه يناط البيع به ثمّ يعلم بعد ذلك؛ ضرورة كونه حينئذٍ مجهولاً فيفسد كما يفسد البيع بذلك، والله أعلم.

[٤] **إلّا أنّه قيل بكراهة النسبة إلى رأس المال**[(٢)]، نحو ما سمعته في المرابحة، والتسامح فيها يقضي بالتسامح في البحث عنها، والأمر سهل.

[٥] إذ لا ريب في ظهور العبارة في أنّ الموضوع بعض كلّ عشرة، لا أنّ المراد به معنى الوضع لكلّ عشرة حتى يكون الموضوع خارجاً عنها، كما لو عبّر بهذه العبارة التي لا ريب في ظهورها في كون الموضوع للعشرة غيرها، ولذا لم يخالف فيه أحد فيكون الثمن أحد وتسعين إلّا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وإلّا لكان المتجه حينئذٍ عدم كون الثمن فيما لو قال: من كلّ أحد عشر درهماً ما ذكره المصنّف وغيره. **بل لا خلاف أجده فيه من أنّه [= الثمن] أحد وتسعون إلّا جزءاً من أحد عشر جزءاً، ولا ريب في أنّه خلاف الظاهر ومحتاج إلى القرينة.** فاحتمال جماعة له ـ كما قيل[(٣)] ـ إن أُريد به بحيث يساوي ذلك له فهو كما ترى، فضلاً عن دعوى ظهور العبارة فيه، كما هو واضح.

وفي الدروس: «ولو قال: بعتك بمئة ووضيعة درهم من كلّ عشرة فالثمن تسعون، ولو قال: لكلّ عشرة زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم. وضابطه إضافة الوضيعة إلى الأصل ونسبتها إلى المجموع ثمّ إسقاطها فالباقي الثمن. ولو قال: وضيعة العشرة درهم احتمل الأمرين، نظراً إلى معنى الإضافة من «اللام» و«من»، وإن أثبتنا الإضافة الظرفية فهي كالتبعيضية، والشيخ طرد الحكم بالضابط في وضع[(٤)] **درهم من كلّ عشرة، كأنّه يجعل «من» لابتداء الغاية، ويجعل العشرة سالمة للبائع»**[(٥)].

---

(١) القواعد ٢: ٥٩.

(٢) انظر التذكرة ١١: ٢٤٧.

(٣) المسالك ٣: ٣١٤.

(٤) في المصدر: «وضيعة».

(٥) الدروس ٣: ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(وكذا) في كون الثمن تسعين (لو قال): بعتك بمئة بـ(مواضعة العشرة) درهم [١]. (ولو قال): بعتك بمئة ووضيعة درهم (من كلّ أحد عشرة كان الثمن أحداً وتسعين إلّا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم) [١].

---

[١] **وفاقاً للمحكي عن الشيخ**[١]؛ لأنّ المنساق إلى الذهن كون الإضافة بمعنى من التبعيضية، فيساوي حينئذٍ بوضيعة درهم من كلّ عشرة. لكن في المسالك تبعاً لما عن الميسيّة[٢]: أنّ «الإضافة بمعنى «من» لا تكون إلّا في «من» البيانية لا التبعيضية نحو خاتم فضة وباب ساج، وهو منتف هنا؛ لاشتراطها بصحة إطلاق المجرور بها على المبيّن، كما في قوله تعالى: ﴿**فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ**﴾[٣] وقد صرّح بذلك المحقق الرضي وابن هشام وناهيك بهما، وحينئذٍ فينتفي القول بحمل الإضافة في المسألة على معنى «من» رأساً؛ لأنّ الموضوع المضاف بعض العشرة، ولا يصح الإخبار به عنه، فتعيّن كونها بمعنى «اللام»»[٤].

قلت: فيكون الثمن حينئذٍ أحد وتسعين إلّا جزءاً من أحد عشر جزءاً نحو المثال الآتي. وفيه: مضافاً إلى ما تسمعه من المناقشة في المثال المساوي له، منع اعتبار ذلك في الإضافة قال الزمخشري فيما حكي من كشافه[٥] في تفسير قوله تعالى: ﴿**وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ**﴾[٦]: إنّه يجوز الإضافة بمعنى «من» التبعيضية، كأنّه قيل: ومن الناس من يشتري بعض الحديث الذي هو اللهو منه. وعن السيد الشريف: أنّه نصّ في بيان معنى فاتحة الكتاب أنّ الإضافة بمعنى «من» قد تكون في «من» التبعيضية[٧]، ونقله عن بعضهم وعن صاحب الكشاف[٨]. ومن ذلك ينقدح قوّة جواز الإضافة بمعنى التبعيض الذي هو أعم من البيانية التي ذكرها، وأنّه لا يعتبر صحّة الحمل، ولعلّ التبعيض بالمعنى المزبور حاصل، حتى فيما ذكره من المثالين، خصوصاً وقد ذكر هذا الاحتمال جماعة من المحققين، كالشيخ والمصنّف والفاضل والشهيد وفخر الإسلام والمحقق الثاني[٩] وغيرهم، حتى أنّ جماعة توقّفوا في الترجيح بينه وبين كون الإضافة بمعنى اللام، بل صرّح بعضهم بالبطلان[١٠] مع عدم القرينة؛ لتكافؤ الاحتمالين، وكلّ ذلك دليل على صحته، وإن كان الأقوى ترجيحه على اللام بالتبادر في عرفنا الآن. وترجيح ذلك عليه بالقياس على المرابحة - فإنّه إذا قال: رأس مالي مثلاً عشرون، وبعتك برأس مالي مع مواضعة العشرة درهمين ونصف، فلو فرض أنّ ذلك كان بصيغة المرابحة صار المجتمع خمسة وعشرين ونسبة الخمسة إليها الخمس، فينبغي سقوط الخمس من الثمن لو كان بصيغة المواضعة وهو أربعة فيكون الثمن ستة عشر درهماً - ليس بأولى من القول بملاحظة نسبة الوضيعة إلى رأس المال، وأنّه يسقط بقدرها، فيكون الثمن خمسة عشر؛ لأنّ نسبة الخمسة إلى العشرين الربع. وحينئذٍ ففي المثال تنسب العشرة إلى المئة وتسقط من الثمن فيبقى تسعون؛ ضرورة أنّ نسبتها العشر، لا أنّه تنسب العشرة إلى القدر المجتمع منها ومن رأس المال، فيكون الساقط جزءاً من أحد عشر، فتأمّل جيّداً.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه هنا**، لكن قد يشكل بأنّ الظاهر الوضع لكلّ عشرة درهم فبعد حذف التسعة عن المئة لا ينبغي وضع شيء آخر عن الواحد؛ لعدم كونه عشرة، فيكون الثمن حينئذٍ أحداً وتسعين، مضافاً إلى أصالة عدم الوضع، فلو ادّعى البائع هذا المعنى حمل عليه، ولو مات ولم يفسّر حمل عليه أيضاً. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ المراد الحطّ لكلّ عشرة أجزاء، جزء من خارج درهماً كان أو عشرة، ملاحظة لجانب المشتري؛ لأنّ الأصل عدم الزيادة. ولعلّه على ذلك مبنى كلام الأصحاب، ولا بأس به، مع مساعدة العرف عليه.

---

(١)(٤) المبسوط ٢: ١٤٢. المسالك ٣: ٣١٥.
(٢)(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٩٤. تفسير الكشاف ٣: ٤٩١.
(٣)(٦) الحجّ: ٣٠. لقمان: ٦.
(٧) نقله في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٧٨ ـ ٣٧٩.
(٨)(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٠، ٣٧٧. حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٨٧.
(٩) المبسوط ٢: ١٤٢. القواعد ٢: ٥٨. الدروس ٣: ٢٢٠ ـ ٢٢١. شرح الإرشاد: ١٦٢ ـ ١٦٣ (مخطوط). جامع المقاصد ٤: ٢٦١.

وأمّا التشريك فقد تقدم سابقاً بعض الكلام فيه [١].

(الفصل السابع : في الربا) المحرّم [٢].

لكن [قد يقال] [٣] [بارتفاع التحريم للدافع المضطر]. وهو جيّد في بعض أفراد الضرورة [٤].

---

[١] **وفي الدروس هنا « هو أن يجعل له فيه نصيباً برأس ماله وهو بيع أيضاً ولو أتى بلفظ التشريك، فالظاهر الجواز، فيقول: شرّكتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه »**[١] انتهى. وفيما ذكره أخيراً بحث.

[٢] ١ ـ كتاباً[٢]. ٢ ـ وسنّة[٣]. ٣ ـ وإجماعاً من المؤمنين، بل المسلمين، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين. فيدخل مستحلّه في سلك الكافرين. كما يومئ إليه ما رواه ابن بكير قال: إنّه بلغ أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أنّه كان يأكل الربا ويسمّيه اللبا، فقال: « لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه »[٤]. ونحوه غيره، والدرهم من الربا يمحق الدين ويورث الفقر إن تاب[٥]، بل هو عند الله أشد من عشرين زنية[٦]، بل « ثلاثين »[٧]، بل سبعين كلّها بذات محرم في بيت الله الحرام[٨]، بل للربا سبعون باباً أهونها عند الله كالذي ينكح أُمّه في الكعبة[٩]، ولذا كان « أخبث المكاسب وشرّها »[١٠] ومن أكله ملأ الله بطنه من نارجهنم بقدرما أكل[١١]، ومن « اكتسب منه مالاً لم يقبل الله منه شيئاً من عمله، ولم يزل في لعنة الله والملائكة ماكان عنده قيراط واحد »[١٢]، « وقد رأى النبي صلى الله عليه وآله لمّا أُسري به إلى السماء أقواماً يريد أحدهم أن يقوم فلا يقدر من عظم بطنه فسأل جبرئيل عنهم، فقال له: هم الذين يأكلون الربا »[١٣]. فلعن الله آكله ومشتريه وبائعه وكاتبه وشاهديه والزائد والمستزيد في النار[١٤].

[٣] **[كما] في الدروس: « ولو اضطرّ الدافع ولا مندوحة فالأقرب ارتفاع التحريم في حقه »**[١٥].

[٤] وإنّما حرّمه الله لئلّا يترك الناس فعل المعروف من القرض وغيره[١٦]. بل لتركوا التجارات أيضاً[١٧]. بل هو في نحو شراء الدرهم بالدرهمين من السفه المفسد للمال، كما أومأ إليه الرضا عليه السلام في جواب السؤال عن علّة تحريمه قال: « لما فيه من فساد الأموال؛ لأنّ الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهماً وثمن الآخر باطلاً فبيع الربا وشراؤه وكس على كلّ حال على المشتري والبائع، فحرّم الله عزّ وجلّ على العباد الربا لعلّة فساد الأموال، كما حظر على السفيه أن يدفع إليه ماله، لما يتخوّف عليه من فساده حتى يؤنس منه رشد، فلهذه العلّة حرّم الله عزّ وجلّ الربا وبيع الربا بيع الدرهم بالدرهمين »[١٨].

---

(١) (١٥) الدروس ٣: ٢٢١، ٣٠٥.
(٢) البقرة: ٢٧٥. آل عمران: ١٣٠.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ١١٧، ب ١ من الربا.
(٤) الوسائل ١٨: ١٢٥، ب ٢ من الربا، ح ١.
(٥) (٦) الوسائل ١٨: ١١٩ ـ ١٢٤، ب ١ من الربا، ح ٧، ح ٦، ٢٢.
(٧) المصدر السابق: ١١٨، ح ٥.
(٨) المصدر السابق: ١١٧، ١٢٣، ح ١، ١٩.
(٩) انظر المصدر السابق: ١٢٣، ح ١٨.
(١٠) المصدر السابق: ١٢٢، ح ١٣.
(١١) (١٢) المصدر السابق: ح ١٥.
(١٣) المصدر السابق: ١٢٣، ح ١٦.
(١٤) الوسائل ١٨: ١٢٦ ـ ١٢٧، ب ٤ من الربا، ح ١ ـ ٤، و ١٦٥، ب ١ من الصرف، ح ١.
(١٦) الوسائل ١٨: ١١٨، ب ١ من الربا، ح ٣، ٤.
(١٧) (١٨) المصدر السابق: ١٢٠، ١٢١، ح ٨، ١١.

و[المختار] [١] أن ليس المراد من الربا المحرم مطلق الزيادة ، كما هو معناه لغة . بل المراد به [٢] بيع أحد المتماثلين المقدّرين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع عليه السلام أو في العادة مع زيادة في أحدهما حقيقةً أو حكماً أو اقتراض أحدهما مع الزيادة وان لم يكونا مقدّرين بها إذا لم يكن باذل الزيادة حربياً ولم يكن المتعاقدان والداً مع ولده ، ولا زوجاً مع زوجته [٣] . بل قد يقال : إنّ المراد به شرعاً المعنى اللغوي ، لكن في خصوص النسيئة والبيع أو مطلق المعاوضة بناء على تعميمه بالشرائط التي تسمعها إن شاء الله . وبيع الربا هو البيع المشتمل على الزيادة [٤] .

---

[١] [كما] منه [= من حديث الرضا عليه السلام] كغيره يعلم [ذلك] .

[٢] **كما في المسالك[١] وغيرها .**

[٣] وإن كان تعريفه بذلك لا يخلو من نظر من وجوه ، إلّا أنّه يسهّل الخطب عدم إرادة تعريف الحقيقي .

[٤] **١ ـ كما أومأ إليه الرضا عليه السلام بما سمعت . ٢ ـ وعن حواشي الشهيد وآيات المقداد وجامع المقاصد : أنّه شرعاً زيادة أحد العوضين[٢] إلى آخر ما سمعته من المسالك . ٣ ـ وعن فقه القرآن للراوندي : أصل الربا الزيادة والربا هو الزيادة على رأس المال من جنسه أو مماثله[٣] . ٤ ـ** إلى غير ذلك ممّا يرجع إلى ما ذكرنا من النصوص وغيرها فضلاً عن التبادر . ومن هنا ربّما قيل بأنّ المتجه ـ بحسب القواعد ـ صحّة المعاملة المشتملة عليه ، واختصاص الفساد بالزيادة ؛ لأنّها هي محلّ النهي ، فبيع المثلين حينئذٍ بالمثل كبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه في عقد واحد الذي يصح في الأوّل ويبطل في الثاني . نعم لا يبعد التسلّط على الخيار مع الجهل ، وحينئذٍ فلابدّ من الاستدلال على الفساد بدليل خاص غير تحريم الربا . لكن لا يخفى أنّ ظاهر الأصحاب بل وجملة من النصوص تحريم نفس المعاملة وما يحصل بها ، فما يأخذه من الغريم من رأس المال والزيادة حرام ، وكذا ما يعطيه . وعن مجمع البيان : معنى ﴿ أحلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِبَا ﴾[٤] : أحلّ البيع الذي لا ربا فيه وحرّم البيع الذي فيه الربا[٥] . فيمكن كون النهي هنا كالنهي عن بيع الملامسة والمنابذة ممّا لا إشكال عندنا في اقتضائه الفساد ، وأنّه ليس كالنهي عن البيع وقت النداء . أو يرجع إلى النهي عن نفس العوض والمعوّض عنه ، وهو لا ريب في اقتضائه الفساد ، بل يمكن استناد الفساد إلى قاعدة تبعية العقود للقصود ؛ ضرورة أنّ البائع أو المشتري إنّما بذل المثل في مقابلة المثلين ، فإن لم يتم له بطل العقد . وليس هو كبيع الشاة والخنزير التي يبطل من الثمن ما قابلها فيبقى الآخر بما قابله منه ؛ لأنّ البطلان في الزيادة هنا بلا مقابل ، وهو أمر غير مقصود للمتعاملين ، فلو صحّ العقد وقع ما لم يقصد ، وما قصد لم يقع ، كما هو واضح . نعم قد يقال بصحة المعاملة إذا كانت الزيادة خارجة عن أحد العوضين ، كما إذا كانت شرطاً ونحوه ، بناءً على أنّ بطلان الشرط لا يقضي ببطلان العقد ، مع احتمال القول بالفساد هنا وإن لم نقل به هناك ؛ لظهور النص والفتوى في أنّ الربا متى دخل المعاملة أفسدها على أيّ وجه كان دخوله ، فيختص النزاع السابق حينئذٍ بما إذا لم يكن فساد الشرط لأنّه ربا . ومن هنا كان اشتراط الأجل في أحد المتماثلين ربا ، وفي خبر خالد بن الحجاج : سألته عن رجل كانت لي عليه مئة درهم عدداً قضانيها مئة درهم وزناً ، قال : « لا بأس ما لم تشارط ، قال : وقال : جاء الربا من قبل الشرط ، وإنّما تفسده الشروط »[٦] .

---

(١)(٤) المسالك ٣ : ٣١٦ . البقرة : ٢٧٥ .

(٢) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٤ : ٥٠٢ . كنز العرفان ٢ : ٣٦ . جامع المقاصد ٤ : ٢٦٥ .

(٣)(٥) فقه القرآن ٢ : ٤٥ . مجمع البيان ١ : ٣٨٩ .

(٦) الوسائل ١٨ : ١٩٠ ، ب ١٢ من الصرف ، ح ١ .

فالأقوى البطلان حينئذٍ [في المعاملة الربويّة] وإن كان الربا شرطاً [١].

وقد تلخّص ممّا ذكرنا فساد المعاوضة الربوية على كلّ حال، سواء قلنا بكون النهي عنها، أو قلنا بأنّ النهي عن الزيادة [٢].

(و) كيف كان فـ(**هو**) أي الربا (**يثبت في البيع**) [٣]، لكن (**مع وصفين**) أحدهما اتحاد الثمن والمثمن في (**الجنسية** و) الثاني كونهما ممّا يعتبران بـ(**الكيل** و[1]**الوزن**). (و) كذا ثبوته (**في القرض**) فيتحقق فيه (**مع اشتراط النفع**) بالعين أو الصفة، من غير فرق فيه بين المكيل والموزون وغيرهما فهو أعم موضوعاً من الأوّل.

فلابد للفقيه حينئذٍ من البحث في حكم كلّ منهما وشرائطه [٤]، (**أمّا الثاني**) أي ربا القرض (**فسيأتي**) البحث فيه [= في القرض] في بابه.

(**وأمّا الأوّل فيقف بيانه على أُمور**) أربعة، لكن ينبغي أن يعلم أوّلاً: أنّ الظاهر [٥] ثبوت الربا في كلّ معاوضة [٦].

---

[١] ولا ينافي ذلك ما تسمعه إن شاء الله من النصوص والفتاوى في وجوب ردّ الزيادة في حالي العلم والجهل وعدمه، كما ستعرف.

[٢] أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلأنّ المراد من النهي عن الزيادة معاملة المثل بالمثلين مثلاً، وهي مباينة لمعاملة المثل بالمثل على وجه لا تتحقق الثانية في ضمن الأُولى، كي يكون النهي متعلّقاً بالزيادة نحو شراء الشاة والخنزير، فإنّهما معاً يحصلان بعقد واحد، فيصح بالمحلّل ويبطل بالمحرّم.

وليس ما نحن فيه كذلك قطعاً؛ ضرورة عدم حصول معاملة المثل بالمثل في ضمن معاملة المثل بالمثلين مع زيادة؛ لما عرفت من مباينتهما على وجه لا يجتمعان، فإنّه متى تحقق أحدهما خرج عن موضوع الآخر.

نعم لو فرض عقد واحد اشتمل على معاملة المثل بالمثل، وعلى معاملة المثل بالمثلين أمكن حينئذٍ التزام كونه كالشاة والخنزير. وليس المقام من هذا القبيل قطعاً، فليس حينئذٍ معامله المثل بالمثلين إلّا من العنوان المحرّم، لا أنّه اجتمع فيه المحلّل والمحرّم، وكيف يتصوّر اجتماعهما بعد اعتبار الشارع في المثل بالمثل عدم الزيادة ؟! فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع.

[٣] **بلا خلاف بين المسلمين**، بل هو كالضروري من الدين.

[٤] **ولذا قال المصنّف [ذلك].**

[٥] **[كـ] ـما صرح به المصنّف في باب الغصب**[2] من [أنّه ذلك].

[٦] **وفاقاً للمحكي**[3] **عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وفخر المحققين والشهيدين وابن العباس والقطيفي والعليين والأردبيلي وغيرهم، بل نسبه الأخير في آيات أحكامه إلى الأكثر**[4]؛ لإطلاق ما دلّ على حرمته من

---

(١) في الشرائع: «أو».

(٢) الشرائع ٣: ٢٤٠.

(٣) حكا عنهم في مفتاح الكرامة ٤: ٥٠٢. انظر المبسوط ٣: ٦١. الايضاح ٢: ١٠٤. الدروس ٣: ٣٢٨. المسالك ٣: ٣١٧. المهذب البارع ٢: ٥٣٧ ـ ٥٣٨. جامع المقاصد ٤: ٢٦٦. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٥٧.

(٤) زبدة البيان: ٥٤٨.

الكتاب والسنّة ؛ إذ هو الزيادة المتحقق صدقها في البيع وغيره . ودعوى أنّه البيع والقرض ـ مع وصف الزيادة كما يومئ إليه تعريف بعضهم[١] له بذلك ، أو أنّه الزيادة فيهما خاصة لغة أو شرعاً ـ لا شاهد لها ، بل الشواهد جميعاً على خلافها حتى ما ورد في وجه تحريمه من تعطيل المعاش[٢] ، واصطناع الناس المعروف[٣] ونحوهما ، بل والصحاح المستفيضة التي سيمر عليك كثير منها . كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابي نصر : « الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر ـ إلى أن قال : ـ والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به »[٤] . وفي آخر : « كان علي عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، ولم يكن عليّ عليه السلام يكره الحلال »[٥] .

وقال عبدالرحمن للصادق عليه السلام أيضاً : أيجوز قفيز من حنظة بقفيزين من شعير ؟ فقال : « لا يجوز إلّا مثلاً بمثل »[٦] . كقوله أيضاً في صحيح الحلبي : « الفضة بالفضة مثلاً بمثل ، ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار »[٧] . وسأل محمّد أبا جعفر عليه السلام : عن الرجل يدفع إلى الطحّان الطعام فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكلّ عشرة أرطال اثني عشر رطلاً دقيقاً ؟ فقال : « لا ، قلت : الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكلّ صاع أرطالاً مسماة ، قال : لا »[٨] . بل قيل[٩] : إنّه صريح في المطلوب ، إلى غير ذلك من النصوص ، الظاهرة بسبب الإطلاق أو ترك الاستفصال في حصول الربا بالزيادة في مطلق المعاوضة المعتضدة مع ذلك كلّه بالاحتياط . **خلافاً للحلّي والفاضل فخصّاه بالبيع والقرض**[١٠] ؛ للأصل ، بعد دعوى أنّ الربا الزيادة فيهما ، أو أنّ المنساق من الأدلّة ذلك ، سيما بعد أصالة البيع في المعاوضة ، ولو لأنّه الكثير الشائع ، فنصوص الاستدلال ونحوها تنصرف إليه . وفيه ما عرفت . وحينئذٍ فينقطع الأصل بما سمعته ، مؤيّداً بالشهرة العظيمة ، بل قيل[١١] : إنّ الفاضل قد رجع عنه في كتاب الصلح من القواعد[١٢] ، فينحصر الخلاف حينئذٍ بالحلّي . واقتصار المصنّف هنا على البيع مع تصريحه في الغصب[١٣] بالعموم لا يعدّ خلافاً ، كتعريف بعضهم له بذلك مع تصريحه في غير المقام بالتعميم الكاشف عن عدم إرادة الاختصاص بذلك وأنّه ذكره ؛ لكون البيع محلّ البحث ، فتأمّل جيّداً ، والله أعلم . وكيف كان فـ [ـالأوّل من الأُمور . . .] .

---

(١) المسالك ٣: ٣١٦.
(٢) الوسائل ١٨: ١٢٠، ب ١ من الربا، ح ٨.
(٣) المصدر السابق: ١١٨، ١٢٠، ح ٣، ٤، ٩.
(٤) ذكر صدره في الوسائل ١٨: ١٣٨، ب ٨ من الربا، ح ٣، وفيه: «عن أبي بصير»، وذيله في ١٤٢، ب ٩، ح ٤، وفيه: «عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام».
(٥) الوسائل ١٨: ١٥١، ب ١٥ من الربا، ح ١، وذيله.
(٦) الوسائل ١٨: ١٣٨، ب ٨ من الربا، ح ٢.
(٧) الوسائل ١٨: ١٦٥، ب ١ من الصرف، ح ١، وفيه: «فيه» بدل «فيها».
(٨) الوسائل ١٨: ١٤١، ب ٩ من الربا، ح ٣.
(٩) انظر الرياض ٨: ٢٨٠.
(١٠) السرائر ٢: ٤٨٦ ـ ٤٨٧. الإرشاد ١: ٣٧٧. التحرير ٤: ٥٣٠ ـ ٥٣١.
(١١) الرياض ٨: ٢٨١.
(١٢) القواعد ٢: ١٧٣، وفيه: «وفي الحاقه بالبيع نظر».
(١٣) الشرائع ٣: ٢٤٠.

[الأجناس الربوية]:

[و] (**الأوّل**) من الأمور (**في بيان الجنس**) الذي قد عرفت اعتبار اتحاده في المنع من الربا [١]، [ولكنه متعسّر الوقوف]، بل قيل: إنّه متعذّر[١]، وهو كذلك [٢].

(**و**) لعلّه لذا جعل (**ضابطه**) [٣] (**كلّ شيئين**) مثلاً (**يتناولهما لفظ خاصّ كالحنطة**) مثلاً (**بمثلها والأرز بمثله**) [٤].

[وهل يجري الربا في المختلف إذا كان أحدهما أصلاً والآخر فرعاً؟]. نعم الظاهر الاكتفاء بذلك إذا كانت الحقيقة الفرعية متخذة من ذلك الأصل لا غير كالشعير من الحنطة والتمر من الطلع مثلاً [٥].

---

[١] كما ستعرف دليله، نعم قد صرّح غير واحد أنّ المراد به في النص والفتوى الحقيقة النوعية المسماة في المنطق بالنوع وفي اللغة **بالجنس**. لكن اعترف في جامع المقاصد بأنّ ذلك يعسر الوقوف عليه[٢]، بل عن مجمع البرهان: أنّه متعسّر[٣].

[٢] ضرورة صعوبة الوصول إلى معرفة الذاتيات، بحيث يفرّق فيها بين الجنس والنوع والصنف والفرد على وجه يطمئن به.

[٣] [كما] في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة[٤] وغيرها.

[٤] ولعلّه لأنّ الإتفاق في ذلك كاشف عن الاتحاد في الحقيقة النوعية، كما يومئ إليه الجمع ـ في المحكي عن الكفاية ـ بينهما، فقال: «إنّ المراد بالجنس الواحد الحقيقة النوعية، وضابطه أن يتناولها لفظ خاص»[٥].

وكان وجه ذلك معلومية إرادة كون التناول للاشتراك في القدر المشترك بين الأفراد الذي لا قدر غيره أخص منه، فلا أثر للتناول بالاشتراك اللفظي، ولا للتناول بالاشتراك في الجنس الذي تحته قدر أخص منه لأفراد خاصة من ذلك الجنس، ولا أقلّ من أن يكون ذلك قاعدة مطّردة حتى يعلم خلافها، كاطّراد قاعدة اقتضاء اختلاف اللفظ الخاص اختلاف الحقيقة حتى يعلم. فلا يرد حينئذٍ تناول لفظ «الطعام» و«الحب» ونحوهما ممّا هي أسماء أجناس تحتها أقدار مشتركة أخص منها، كما لا يرد الاتحاد هنا في الشعير والحنطة مع اختلاف اللفظين، مع إمكان التخلّص عن الأخير بطريق آخر، هو ما أشارت إليه النصوص، من أنّ الاتحاد في باب الربا بينهما باعتبار كون الشعير من الحنطة، وأنّها هي أصله، لا باعتبار اتحادهما في الحقيقة الآن، ومثله حينئذٍ كافٍ في تحقق الربا وإن اختلفت الحقيقة.

وكان إطلاق الأصحاب في أوّل البحث الاكتفاء باتحاد الجنس مع جريان الربا في المختلف إذا كان أحدهما أصلاً والآخر فرعاً، اتكالاً على ما يذكرونه بعد ذلك أو يريدون اتحاد الجنس ولو بالأصل.

[٥] فلا يرد حينئذٍ معلومية عدم الربا بين التمر والملح الذي يفرض استحالته؛ لأنّ حقيقة الملح ليست متخذة منه، بل هو استحالة لخصوص فرد، فتأمّل جيّداً؛ فإنّه دقيق نافع، وتسمع له فيما يأتي تتمة إن شاء الله. وبذلك كلّه يظهر لك ارتفاع الإشكال عن المسألة وإن التبس الأمر على بعض المحققين من متأخّري المتأخّرين.

---

(١) نقله في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٦٦.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٦٦.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٦٦.
(٤) السرائر ٢: ٢٥٩. التذكرة ١٠: ١٣٥. التحرير ٢: ٣٠٣. الدروس ٣: ٢٩٣. اللمعة: ١١٧.
(٥) كفاية الأحكام ١: ٤٩٦ـ٤٩٧، وفيه: «يتناولهما».

ولو فرض حصول فرد مشتبه بين كونه متحد الجنس ومختلفه فـ[ـفيه احتمالان] [١].

نعم قد يقال بالحليّة في المشكوك في حصول سبب التحريم [٢].

وعلى كلّ حال (**فيجوز بيع المتجانس**) بمثله (**وزناً بوزن نقداً**) [٣].

كما أنّه (**لا يجوز مع**) الـ(**زيادة**) الحسية [٤].

(**و**) أمّا إذا كانت الزيادة حكمية كالأجل فـ[ـالمختار] [٥] عدم الجواز.

---

[١] **ظاهر اعتبار الأصحاب اتحاد الجنس في الحرمة الحلّ** ؛ لأنّ الشكّ في الشرط شكّ في المشروط والفرض كون المحرّم مشروطاً دون الجائز الباقي على مقتضى العموم. نعم قد يقال: إنّ ظاهر النصوص الاشتراط في كلّ منهما:

١ ـ لقوله فيما تسمع: « إذا اختلف الجنسان أو الشيئان فبيعوا كيف شئتم »[(١)].

٢ ـ ونحوه غيره، وقوله: « كلّ شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد »[(٢)]. فيكون كلّ من الجائز والمحرّم مشروطاً بشرط، فمع فرض الشكّ يتجه الفساد؛ لأصالة عدم ترتّب الأثر، وعدم النقل والانتقال.

ونصوص: « كلّ شيء يكون فيه حلال وحرام »[(٣)] في غير الفرض، كما يشهد له اتفاقهم على عدم جريانها في المشتبهة من النساء بين الأجنبية والنسبية، وليس إلّا لاشتراط كلّ من الحلّ والحرمة بشرط فرض الشكّ فيه، فيبقى أصل عدم ترتّب الأثر بحاله، كبقاء مقتضى قاعدة المقدّمة.

[٢] ١ ـ نحو ما أشارت إليه النصوص: بأنّ جارية تحتك ولعلّها أُختك[(٤)].

٢ ـ وللسيرة والطريقة وغيرهما.

وبذلك ظهر لك أنّ مقتضى النصوص في المقام الفساد، إلّا أنّه بملاحظة اقتصار الأصحاب الشرطية في المحرّم دون غيره، يحكم بالحلّ في المشتبه فتأمّل جيّداً.

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال نصاً**[(٥)] وفتوى، عموماً (و) خصوصاً.

[٤] لذلك.

نعم في المسالك: « هذا إذا كان أصلهما الوزن، أمّا لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزناً خاصة نظر، من كون الوزن أضبط حتى قيل: إنّه أصل للكيل، ومن ورود الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره، وظاهر كلام المصنف اختيار الأوّل، وهو متجه، بل نقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده صلّى الله عليه وآله »[(٦)].

قلت: ستسمع تحقيق المسألة في الفرع الأوّل، والله أعلم.

[٥] **[إذ] لا خلاف محقق معتدّ به في[ذلك].**

---

(١) المستدرك ١٣: ٣٤١، ب١٢ من الربا، ح ٤، وليس فيه: « أو الشيئان ».

(٢) الوسائل ١٨: ١٥٣، ب١٦ من الربا، ح ٣.

(٣) راجع الوسائل ١٧: ٨٨، ب ٤ ممّا يكتسب به، ح ١.

(٤) المصدر السابق: ٨٩، ح ٤.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ١٣٧، ١٤٠، ب٨، ٩ من الربا.

(٦) المسالك ٣: ٣١٧.

فـ(**لا يجوز**) حينئذٍ (**إسلاف أحدهما في الآخر**). لكن قال المصنّف هنا : (**على الأظهر**) [١].

(**و**) حيث يجوز بيع المتجانسين (**لا يشترط**) في صحته (**التقابض قبل التفرّق**) [٢].

(**إلّا في الصرف**) فيجب التقابض فيه حتى مع اختلاف الجنس [٣].

(**ولو اختلف الجنسان**) في الربويين (**جاز التماثل والتفاضل نقداً**) [٤]. هذا كلّه في النقد.

(**و**) أما (**في النسيئة**) فإن كان كلّ من العوضين من الأثمان فهو صرف لا تجوز فيه ، كما تعرفه في محلّه . وإن

---

[١] **ولعلّه أشار به إلى ما حكاه في المختلف عن الخلاف من كراهة بيع المتجانسين متماثلاً نسيئة**[١] ، **والمبسوط من أنّ الأحوط أن يكون يداً بيد**[٢] .

وفي الدروس : « أنّه أوّل كلامه بإرادة التحريم ؛ لأنّ المسألة إجماعية »[٣] . قلت : لأنّه نفسه [= الشيخ] منع من بيع الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان نسيئة فضلاً عمّا نحن فيه ، فمثله حينئذٍ لا يعدّ خلافاً بعد الإجماع بقسميه ، وظهور النصوص في تحقق الربا بذلك . بل ستعرف القول بتحققه بذلك مع اختلاف الجنس فضلاً عن متحده .

[٢] **عندنا ، كما عن التذكرة**[٤] ؛ لإطلاق الأدلّة السالم عن المعارض ؛ ضرورة عدم الربا بعد أن كانا حالّين ، وإن قبض أحدهما وبقي الآخر فاليد باليد إن كان في الأدلّة يراد به نفي النسيئة ، كما هو معلوم .

[٣] للأدلّة التي ستسمعها في محلّها ، **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك . إلّا من ابن زهرة في الغنية فأوجب التقابض قبل الافتراق في بيع المتجانسين**[٥] . وهو غريب لم أجد من وافقه عليه . وأغرب منه دعواه نفي الخلاف عنه في الظاهر .

[٤] **بلا خلاف ، كما اعترف به بعضهم**[٦] ، **بل الإجماع بقسميه عليه** : ١ ـ للإطلاق . ٢ ـ والنبويّ ـ المجمع عليه كما في السرائر[٧] ـ : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »[٨] . ٣ ـ وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح ابن مسلم : « إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد »[٩] . ٤ ـ كقول الصادق عليه السلام في موثقة سماعة : « المختلف مثلان بمثل يداً بيد لا بأس »[١٠] . ٥ ـ وفي موثقه الآخر : سألته عن الطعام والتمر والزبيب ؟ قال : « لا يصلح منها إثنان بواحد ، إلّا أن تصرفه إلى نوع آخر ، فإذا صرفته فلا بأس به إثنين بواحد ، وأكثر من ذلك »[١١] . ٦ ـ وفي صحيح الحلبي أو حسنه عن الصادق عليه السلام : « ويكره قفيز لوز بقفيزين ، ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب »[١٢] . ٧ ـ وسأله أيضاً في صحيحه الآخر عن الزيت بالسمن إثنين بواحد ؟ قال : « يداً بيد لا بأس به »[١٣] . ٨ ـ وفي الموثق : « كلّ شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد »[١٤] . ٩ ـ وغير ذلك من النصوص مفهوماً ومنطوقاً ، بل إليه يومئ نصوص الجواز فيما يعمل من جنسين ، المعلوم بناء الجواز فيها على صرف كلّ إلى ما يخالفه ، كما هو واضح .

---

(١)(٦) المختلف ٥ : ٨٦.
(٢) المبسوط ٢ : ٨٩.
(٣) الدروس ٣ : ٢٩٥.
(٤) التذكرة ١٠ : ١٤٥.
(٥) الغنية : ٢٢٤.
(٧) السرائر ٢ : ٢٥٣ ـ ٢٥٤.
(٨) المستدرك ١٣ : ٣٤١، ب١٢ من الربا، ح٤.
(٩) الوسائل ١٨ : ١٤٤، ب١٣ من الربا، ح١.
(١٠) المصدر السابق : ١٤٧، ح٩.
(١١)(١٢) المصدر السابق : ١٤٦، ح٥، ٣.
(١٣) المصدر السابق : ١٤٦، ح٤.
(١٤) الوسائل ١٨ : ١٥٣، ب١٦ من الربا، ح٣.

كان أحدهما منها والآخر من العروض فـ[ـالمختار][١] جواز التماثل والتفاضل [٢]. وإن لم يكن كذلك، بل كان عرضاً بعرض ففيه (**تردّد**) [٣]. (و) لا ريب في أنّ (**الأحوط المنع**) وإن كان الأقوى خلافه [٤].

---

[١] **[كما] لا خلاف أجده في [ذلك].**

[٢] **بل الإجماع بقسميه عليه**؛ إذ هو إمّا نسيئة أو سلم، وكلّ منهما مجمع على جوازه. بل لعلّه من الضروريات المستغنى عن الاستناد إلى إطلاق الأدلّة ونحوه.

[٣] **وخلاف، فعن ابني أبي عقيل والجنيد والمفيد وسلّار وابن البراج عدم الجواز**(١)**، والمشهور نقلاً وتحصيلاً، بل لعلّ عليه عامة المتأخّرين الجواز.**

[٤] لإطلاق الأدلّة الذي يقصر معارضه عن تقييده سنداً في البعض ودلالة في الجميع؛ إذ هو إمّا البأس في المفهوم الذي هو أعم من الحرمة، كلفظ «لا يصلح» الذي ادعي ظهورها في الكراهة ولو للشهرة، والتعبير بلفظها في مضمر عليّ بن إبراهيم(٢) الطويل، وغير ذلك. ولذا صرّح بها [=الكراهة] هنا غير واحد من الأصحاب، بل في الغنية الإجماع عليها(٣). وهو دليل آخر على المطلوب. فالاستدلال بصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام الذي رواه محمد بن سنان عنه أيضاً قال: «ما كان من طعام مختلف أو متاع [أو] شيء من الأشياء متفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد، فأمّا نظرة فلا يصلح»(٤). ونحوه خبر زياد بن أبي غياث إلّا أنّه قال: «فأمّا النسيئة فلا يصلح»(٥) لا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً بعد معلومية ما دلّ على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا إن أُريد بعدم الجواز هنا للربا، كما هو الظاهر. ١ ـ استبعاداً لإرادة التعبدية دون الربوية. ٢ ـ ولأنّه الظاهر ممّا ذكر دليلاً لهم أيضاً، وهو الحديث المشهور: «إنّما الربا في النسيئة»(٦) الممنوع إرادة الشمول لما نحن فيه منه الموهون بمتروكية الحصر فيه. ٣ ـ على أنّ من المعلوم عدم إرادة مطلق الزيادة من «الربا» فيه، بل المراد بالشرائط المعتبرة ومن جملتها عند علمائنا كما في المختلف(٧) اتحاد الجنس الذي صرّحت به الصحيحة المتقدّمة. كلّ ذا مع احتمال وروده كالنصوص السابقة مورد التقية؛ لكون المنع مذهب العامّة، كما يلوح من الغنية، ويؤيّده مصير الاسكافي(٨). وقد ظهر لك من ذلك كلّه وجه ما ذكره المصنّف من الاحتياط وغيره من الكراهة ولو من جهة الشبهة الناشئة من أدلّة المنع المزبورة، سيما مع صحّة بعضها، واحتمال إرادة الحرمة من نفي الصلاحية إمّا من حيث الصيغة كما ادعاه بعض(٩) الناس، أو من حيث غلبة التعبير به وبلفظ الكراهة عن الحرمة في باب الربا، مؤيّداً ذلك بفتوى من عرفت. **لكن في الرياض: «أنّ المستفاد من النصوص المزبورة المنع في خصوص الزيادة العينية، لا الحاصلة بمجرّد النسيئة ونحوها من الزيادات الحكمية، فالفتوى بانسحاب المنع فيها لا وجه له مطلقاً، حرمة كان أو كراهة، إلّا أنّ المصير إلى الأخير بناءً على المسامحة غير بعيد»**(١٠). قلت: لعلّ الوجه في المنع ما عرفت من دعوى أنّ ذلك من الربا الذي يتحقق بكلّ من الزيادتين، فلاحظ وتأمّل، والأمر سهل بعد ما سمعت من صفته على كلّ حال، والله أعلم.

---

(١) نقله عن ابني أبي عقيل والجنيد في المختلف ٥: ٨٦. المقنعة: ٦٠٣. المراسم: ١٧٩. المهذب ١: ٣٦٤.

(٢) أورد صدره في الوسائل ١٨: ١٥٨، ب١٧ من الربا، ح١٢، وقطعة منه في ١٥٣، ب١٦، ح٢، وقطعة منه في ١٣٤، ب٦، ح٦.

(٣)(٧) الغنية: ٢٢٥. المختلف ٥: ٨٧.

(٤) الوسائل ١٨: ١٤٥، ب١٣ من الربا، ح٢.

(٥) الوسائل ١٨: ١٥٩، ب١٧ من الربا، ح١٤.

(٦) عوالي اللآلي ٣: ٢٢٠، ح٨٤.

(٨) الغنية: ٢٢٤. نقله عن الاسكافي في المختلف ٥: ٨٦.

(٩)(١٠) مفتاح الكرامة ٤: ٥٠٦. الرياض ٨: ٢٩١.

(والحنطة والشعير جنس واحد في) حكم (الربا على الأظهر) [١] لا (لتناول اسم الطعام لهما) [٢].

---

[١] **الأشهر، بل المشهور نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة، خصوصاً بين المتأخّرين، بل عليه عامتهم، عدا ابن إدريس[١]، بل كادت تكون إجماعاً، بل هي كذلك في الغنية[٢] ومحكي خلاف الشيخ[٣].**

[٢] إذ قد عرفت أنّه غير مجد بعد الاختلاف في الاسم الخاص الظاهر في اختلاف الحقيقة لا اختلاف صنف، بل للنصوص المستفيضة، التي كادت تكون متواترة:

١ ـ كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير الذي رواه المشايخ الثلاثة: «الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد[٤] واحد منهما على الآخر»[٥].

٢ ـ وفي صحيح الحلبي أو حسنه المروي في الكافي والتهذيب: «لا يباع مختومان من الشعير بمختوم من الحنطة، ولا يباع إلّا مثلاً بمثل، والثمرة أيضاً مثل ذلك»، قال: وسئل عن الرجل يشتري الحنطة ولا يجد عند صاحبها إلّا شعيراً أيصلح له أن يأخذ اثنين بواحد؟ قال: «لا، إنّما أصلهما واحد»[٦]. وزاد في الكافي: «وكان علي عليه السلام يعد الشعير بالحنطة»[٧]، أي ويعدهما واحداً.

٣ ـ وقال سماعة في الموثق: سألته عن الحنطة والشعير؟ فقال: «إذا كانا سواء فلا بأس»[٨].

٤ ـ وقال البصري: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أيجوز قفيز من الحنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: «لا يجوز إلّا مثلاً بمثل، ثمّ قال: إنّ الشعير من الحنطة»[٩].

٥ ـ وقال الباقر عليه السلام في صحيح زرارة ومحمد: «الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل، والسويق مثلاً بمثل، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به»[١٠].

٦ ـ وفي خبر محمد بن قيس: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا تبع الحنطة بالشعير إلّا يداً بيد، ولا تبع قفيزاً من حنطة بقفيزين من شعير»[١١].

٧ ـ كقول الصادق عليه السلام في مرسل صفوان: «الحنطة والشعير لا بأس به رأساً برأس»[١٢].

---

(١) السرائر ٢: ٢٥٤.
(٢) الغنية: ٢٢٤.
(٣) الخلاف ٣: ٤٧.
(٤) في الكافي والفقيه والوسائل بدلها: «لا يزاد».
(٥) الكافي ٥: ١٨٧، ح٢. الفقيه ٣: ٢٨١، ح١٣٠٤. التهذيب ٧: ٩٥، ح٤٠٢. الوسائل ١٨: ١٣٨، ب٨ من الربا، ح٣.
(٦) التهذيب ٧: ٩٤، ح٣٩٩. الوسائل ١٨: ١٣٨، ب٨ من الربا، ح٤، وفيها: «والتمر» بدل «والثمرة».
(٧) الكافي ٥: ١٨٧، ح٣.
(٨) الوسائل ١٨: ١٣٩، ب٨ من الربا، ح٦.
(٩) المصدر السابق: ١٣٨، ح٢.
(١٠) الوسائل ١٨: ١٤١، ب٩ من الربا، ح٢.
(١١) الوسائل ١٨: ١٤٠، ب٨ من الربا، ح٨.
(١٢) التهذيب ٧: ٩٥، ح٤٠٣، وفيه: «الدقيق» بدل «الشعير». الوسائل ١٨: ١٣٨، ب٨ من الربا، ذيل الحديث ٣.

٨ ـ وسأله أبو بصير عن الحنطة بالشعير والحنطة بالدقيق ؟ قال : « إذا كانا سواء فلا بأس ، وإلّا فلا »[١] .

٩ ـ وقال هشام بن سالم في الصحيح : سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له : خذ منّي مكان كلّ قفيز قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل ؟ قال : « لا يصلح ؛ لأنّ أصل الشعير من الحنطة ، ولكن يردّ عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل »[٢] .

١٠ ـ إلى غير ذلك من النصوص ، وكأنّه أشار عليه السلام بالأصالة المزبورة إلى ما رواه الصدوق بإسناده أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام سئل ممّا خلق الله الشعير ؟ فقال : « إنّ الله تبارك وتعالى أمر آدم أن ازرع ممّا اخترت لنفسك وجاءه جبرئيل عليه السلام بقبضة من الحنطة فقبض آدم عليه السلام على قبضته وقبضت حوّاء على أُخرى ، فقال آدم لحوّاء لا تزرعي أنت فلم تقبل أمر آدم فكلّ ما زرع آدم جاء حنطة ، وكلّ ما زرعت حوّاء جاء شعيراً »[٣] .

ومن الغريب بعد ذلك كلّه اختيار ابن إدريس العدم .

وأغرب منه دعواه : أنّه « لا خلاف بين المسلمين العامة والخاصة ، ولا بين أهل اللغة واللسان في أنّهما جنسان ، وأنّه لم يذهب إلى الاتحاد غير شيخنا أبي جعفر والمفيد ومن قلّده في مقالته وتبعه في تصنيفه ، وإلّا فجلّ أصحابنا المتقدّمين ورؤساء مشايخنا المصنّفين الماضين لم يتعرّضوا لذلك ، بل أفتوا بأنّه إذا اختلف الجنس فلا بأس ببيع الواحد بالاثنين ، مثل شيخنا ابن بابويه والسيد المرتضى وعلي بن بابويه وغيرهم ، بل أبو علي بن الجنيد من كبار فقهاء أصحابنا ذكر المسألة وحققها وأوضحها في كتابه الأحمدي » .

وقال : « لا بأس بالتفاضل بين الحنطة والشعير ؛ لأنّهما جنسان مختلفان ، وكذلك ابن أبي عقيل من كبار مصنفي أصحابنا » .

قال : وإذا اختلف الجنسان فلا بأس ببيع الواحد بأكثر منه وقد قيل : لا يجوز بيع الحنطة والشعير إلّا مثلاً بمثل سواء ؛ لأنّهما من جنس واحد ، وبذلك جاءت بعض الأخبار ، والقول والعمل على الأوّل » ، وأطنب في المقال ، وكان فيما قال : « إنّ أخبار الآحاد لا توجب علماً ولا عملاً » ، واستدلّ أيضاً بقوله عليه السلام : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »[٤] ، قال : « وقد اختلف الجنس في الحنطة والشعير صورة وشكلاً ولوناً وطعماً ونطقاً وإدراكاً وحسّاً »[٥] ، ونحو ذلك ممّا هو غير خفي على أصاغر الطلبة فضلاً عن أجلّاء الأصحاب .

ومع ذلك فيه :

أوّلاً : أنّه مبني على أصل فاسد ، كما حرّر في الأُصول ، بل أساء الأدب معه في الحدائق هنا فقال : « الواجب عليه مع ردّه هذه

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤٢ ، ب ٩ من الربا ، ح ٦ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣٧ ، ب ٨ من الربا ، ح ١ .

(٣) علل الشرائع : ٥٧٤ ، ح ٢ . المستدرك ١٣ : ٣٤٤ ، ب ١٧ من الربا ، ح ٢ .

(٤) المستدرك ١٣ : ٣٤١ ، ب ١٢ من الربا ، ح ٤ .

(٥) السرائر ٢ : ٢٥٤ ـ ٢٥٥ .

الأخبار ونحوها من أخبار الشريعة هو الخروج من هذا الدين إلى دين آخر »[١].

وثانياً: منع كونها آحاداً، بل هي إن لم تكن متواترة، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض والعمل بها والإجماع ونحو ذلك قطعي.

وثالثاً: إنّ خلاف القديمين لا يقدح في سبق الإجماع، ولا في لحوقه، وابن بابويه قد روى نصوص الاتحاد، وظاهره العمل بها.

ومن الغريب أنّ الفاضل في التحرير قد اغتر بنقله فقال: « قال الشيخ: الحنطة والشعير جنس واحد، وقال ابن أبي عقيل وباقي علمائنا: إنّهما جنسان »[٢].

إذ لم نعرف من عنى بالباقي غير ابني الجنيد[٣] وادريس[٤].

وقد ظهر لك بحمد الله سقوط القول بالاختلاف المقتضي لجواز التفاضل فيهما.

والخبر العامي: « بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبرّ بالشعير والشعير بالبر كيف شئتم يداً بيد »[٥] لا ينبغي التعويل عليه، خصوصاً بعد ما قيل: من القصور في دلالته أيضاً[٦].

نعم صرّح غير واحد من الأصحاب باختصاص ذلك في باب الربا، وإلّا ففي الزكاة وغيرها جنسان، ولذا لم يكمل نصاب أحدهما بالآخر.

وقاعدة اشتراط اتحاد الجنس في الربا تخص بالأدلّة المزبورة.

قلت:

قد يقال: إنّ النصوص إنّما دلّت على أنّ الشعير من الحنطة، لا أنّهما الآن حقيقة واحدة، لكنّ الربا يكفي فيه اتحاد الحقيقة فيه سابقاً، كما يومئ إليه التعليل في النصوص المزبورة وإن اختلفت لاحقاً، ولذا ألحقوا كلّ فرع بأصله في ذلك.

بخلاف الزكاة فإنّه لا دليل على ذلك فيها، فيبقى اقتضاء اختلاف الحقيقة اللاحق بحاله فيها بخلافه في الربا.

بل لا تخصيص بقاعدة اشتراط الاتحاد؛ ضرورة حصوله سابقاً، وليس المراد منه الاتحاد في سائر الأحوال.

فالنصوص حينئذٍ إنّما كشفت عن الاتحاد السابق، وليس هو ممّا يستبعد إثبات مثله بها.

ولا ينبغي معارضتها بمعلومية الاختلاف بين العامة والخاصة في الصورة والطعم وغيرهما؛ إذ ليس في شيء منها منافاة لذلك، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) الحدائق ٩: ٢٣١، وفيه: «الشريفة» بدل «الشريعة».

(٢) التحرير ٢: ٣٠٣.

(٣) نقله عن ابن الجنيد في المختلف ٥: ٨٩.

(٤) السرائر ٢: ٢٥٤.

(٥) كنز العمال ٤: ١١٢، ح٩٧٩٦، سنن البيهقي ٥: ٢٨٢، مع اختلاف فيهما.

(٦) الرياض ٨: ٢٩٣.

والعلس والسلت على القول بأنّهما من أفراد الحنطة والشعير فدخولهما فيهما ظاهر وإن اختصّا باسم آخر، وإلّا فمقتضى الاسم عدم الإلحاق.

(**وثمرة النخل جنس واحد وإن اختلفت أنواعه**) وكان رديئاً [١]. فلا يجوز التفاضل بين رديء الدّقل وجيّد البرني مثلاً [٢]. وكيف كان فقد ظهر أنّ ثمرة النخل بجميع أفرادها جنس واحد.

(**وكذا ثمرة الكرم**) على اختلافها في الشكل والطعم وغيرهما [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه.**

[٢] وقد سمعت إطلاق كون الثمرة كالشعير والحنطة في صحيح الحلبي[١]. كإطلاق موثّق سماعة: «لا يصلح شيء من الطعام والتمر والزبيب اثنان بواحد إلّا أن تصرفه إلى نوع آخر»[٢] إلى آخره.

بل في التذكرة: «أنّ الطلع كالثمرة وإن اختلفت أُصولها، وطلع الفحل كطلع الإناث»[٣]. وإن كان لا يخلو من تأمّل إن لم ينعقد إجماع عليه، ولعلّ إدراجه في قاعدة لحوق الفرع بالأصل أولى.

وعلى كلّ حال لا ينافي ما ذكرنا ما في خبر ابن سنان: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة؛ لأنّ تمر المدينة أدونهما»[٤]. ومثله خبر ابن مسكان[٥] لكن بدون تعليل؛ إذ الظاهر إرادة الحرمة من الكراهة هنا، خصوصاً بعد خبر سيف التمار، قال: قلت لأبي بصير: أُحب أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر، مشقّق، قال فسأله أبو بصير عن ذلك، فقال «هذا مكروه فقال: أبو بصير: ولِمَ يكره؟ فقال: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال»[٦].

وفي الكافي قبل قوله: «ولم يكن» «لأنّ تمر المدينة أدونهما»[٧] والصواب أجودهما مكان أدونهما، كما في خبر محمد بن قيس سمعت أبا جعفر عليه السلام: «يكره وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر؛ لأنّ تمر المدينة أجودهما[٨] الحديث، أو مبادلة كلّ من المدينة وخيبر بالآخر، كما سمعته في خبري ابن سنان[٩] ومسكان[١٠]، والله أعلم.

[٣] وفي موثّق سماعة: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن العنب بالزبيب؟ فقال: «لا يصلح إلّا مثلاً بمثل»[١١]، مع أنّه لا خلاف أجده أيضاً فيه، وفي القاعدة المعروفة بين الأصحاب قديماً وحديثاً.

---

(١) تقدّم في ص٢٩٣.
(٢) تقدّم في ص٢٩١.
(٣) التذكرة ١٠: ١٥٠.
(٤) التهذيب ٧: ٩٧، ح٤١٣. الوسائل ١٨: ١٥١، ب١٥ من الربا، ذيل الحديث ٢.
(٥) الوسائل ١٨: ١٥٢، ب١٥ من الربا، ح٣.
(٦) المصدر السابق: ١٥١، ح١.
(٧) الكافي ٥: ١٨٨، ح٧.
(٨) الوسائل ١٨: ١٥٢، ب١٥ من الربا، ح٤.
(٩) التهذيب ٧: ٩٧، ح٤١٣، وفيه: «المدينة» بدل «خيبر». الوسائل ١٨: ١٥١، ب١٥ من الربا، ذيل الحديث ٢.
(١٠) الوسائل ١٨: ١٥٢، ب١٥ من الربا، ح٣.
(١١) الوسائل ١٨: ١٤٩، ب١٤ من الربا، ح٣.

(و) [القاعدة] هي أنّ (**كلّ ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه**) وإن اختص هو باسم (**كالحنطة بدقيقها، والشعير بسويقه والدبس المعمول من التمر بالتمر، وكذا ما يعمل من العنب بالعنب**) [١].

---

[١] إلحاقاً للفرع بأصله في حكم الربا؛ للمعتبرة المستفيضة التي:

١ ـ منها صحيح زرارة ومحمد: المتضمن لنفي البأس عن الحنطة بالدقيق إذا كانا مثلاً بمثل[١].

٢ ـ كصحيحه الآخر عن الباقر عليه السلام أيضاً: «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به»[٢].

٣ ـ وموثّق سماعة: سألته عن الحنطة والدقيق؟ فقال: «إذا كانا سواء فلا بأس»[٣].

٤ ـ وقال أبو الربيع للصادق عليه السلام: ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: «لا بأس، قلت: فالبختج والعصير مثلاً بمثل، قال: لا بأس»[٤].

وفي الوافي: «البختج: العصير المطبوخ معرّب مى پخته»[٥].

٥ ـ وسأل محمد بن مسلم أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكلّ عشرة أرطال اثني عشر رطلاً دقيقاً؟ فقال: «لا، قلت: الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكلّ صاع أرطالاً مسمّاة؟ فقال: «لا»[٦].

٦ ـ وسأله أيضاً في صحيحه الآخر عن البرّ بالسويق؟ فقال: «مثلاً بمثل لا بأس به، قلت: إنّه يكون له ريع «أي نماء» أو يكون فيه فضل، فقال: أليس له مؤونة؟ قلت: بلى، قال: «هذا بهذا، وقال: إذا اختلف الشيئان فلا بأس مثلين بمثل»[٧].

٧ ـ إلى غير ذلك من النصوص المتمم دلالتها بعدم القول بالفصل بين مواردها وبين غيرها.

٨ ـ مضافاً إلى التعليل السابق في نصوص الحنطة والشعير الظاهر في التعدية إلى كلّ فرع بالنسبة إلى أصله، كما حقق في الأصول.

٩ ـ بل في مرسل علي بن إبراهيم المضمر: «وما كيل أو وزن مما أصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض كيلاً بكيل أو وزناً بوزن، فإذا اختلف أصل ما يكال، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد ويكره نسيئة ـ إلى أن قال: ـ وما كان أصله واحداً وكان يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس به يداً بيد، ويكره نسيئة وذلك كالقطن والكتان فأصله يوزن وغزله يوزن وثيابه لا توزن فليس للقطن فضل على الغزل وأصله واحد فلا يصلح إلّا مثلاً بمثل، فإذا صنع منه الثياب صلح يداً بيد، والثياب لا بأس الثوبان بالثوب»[٨].

---

(١) الوسائل ١٨: ١٤١، ب ٩ من الربا، ح ٢.
(٢) المصدر السابق: ١٤٢، ح ٤.
(٣) الوسائل ١٨: ١٣٩، ب ٨ من الربا، ح ٦.
(٤) الكافي ٥: ١٩٠، ح ١٨. الوسائل ١٨: ١٥٠، ب ١٤ من الربا، ذيل الحديث ٥.
(٥) الوافي ١٨: ٥٨٣، ذيل الحديث ١٨.
(٦) الوسائل ١٨: ١٤١، ب ٩ من الربا، ح ٣.
(٧) المصدر السابق: ١٤٠، ح ١.
(٨) الوسائل ١٨: ١٥٨، ب ١٧ من الربا، ح ١٢.

[أمّا إذا كان الفرع مع الأصل من مختلف الحقيقة فيجوز التفاضل فيهما].

ولا يقدح إرساله وإضماره بعد الانجبار بالشهرة العظيمة ، بل قيل : إنّها إجماع[١] .

وفي التذكرة : « الأصل مع كلّ فرع له واحد ، وكذا فروع كلّ أصل واحد ، وذلك كاللبن الحليب مع الزبد والسمن والمخيض واللبأ والمصل والأقط والجبن والترجين والكشك والكامخ والسمسم مع الشيرج والكسب والراشي ، وبزر الكتان مع حبّه ، والحنطة مع الدقيق والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرهما ومع الهريسة والشعير مع السويق ، والتمر مع السيلان والدبس والخلّ منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخلّه ، والعسل مع خلّه والزيت مع الزيتون ، وغير ذلك عند علمائنا أجمع ، فلا يجوز التفاضل بين اللبن والزبد والسمن والمخيض واللبأ والأقط ، وغير ذلك ممّا تقدّم ، بل يجب التماثل نقداً ، ولا يجوز نسيئة لا متماثلاً ولا متفاضلاً ، ولا فرق في ذلك بين الأصل مع فرعه ، أو بعض فرعه مع البعض »[٢] إلى آخره . مؤيّداً ذلك كلّه بعدم العثور على خلاف في شيء من القاعدة المزبورة وفروعها .

إلّا ما عن الأردبيلي من التأمّل في ذلك ، وأنّه غير منضبط على القوانين من حيث عدم صدق الاسم الخاص على الجميع وعدم الاتحاد في الحقيقة ، ولهذا لو حلف أن لا يأكل أحدهما لم يحنث بأكل الآخر فيحتمل كونهما جنسين يجوز التفاضل فيهما ، والشرط في النصوص للكراهة مع عدمه ، كما مرّ في سائر المختلفات ، قال : « ويمكن أن يكون الضابط أحد أمرين ، إمّا الاتفاق في الحقيقة ، أو الاتحاد في الاسم ، وهنا الأوّل متحقق وإن لم يتحقق الثاني ، وفيه تأمّل »[٣] .

قلت :

كان وجه التأمّل عدم تمامية ذلك أيضاً ؛ ضرورة أنّه قد يختلف الاسم والحقيقة كالتمر والخل والزبد والمخيض ، كما اعترف به هو في أوّل كلامه .

وردّه بعض[٤] الأفاضل بأنّ « مرجع المناقشة المزبورة إلى الشكّ في المراد من الجنس المشترط اتحاده في الربا بين الربويين هل هو الحقيقة الأصلية خاصة وإن اختلفت أسماء أفرادها أو أنّه لابدّ من الاتحاد في الاسم بناءً على دوران الأحكام مدارها في جملة من المواضع بالضرورة ؟

ولا وجه له بعد إمعان النظر فيما قدّمناه من الأدلّة الدالّة على إرادة المعنى الأوّل بلا شبهة ، وتكون هي المستثنية للمسألة من قاعدة دوران الأحكام مدار التسمية ، كما سلّمه هو في مسألة الحنطة والشعير للنصوص الجارية هنا بمقتضى العلّة المنصوصة .

ولذا أنّ الحلّي[٥] المصرّ على إرادة المعنى الثاني في مسألة الحنطة والشعير وافق الأصحاب في المسألة مدّعياً في جملة من مواردها إجماع الطائفة » .

وبذلك يظهر لك الفرق بين المقام وبين ما ذكره فإنّا لاننكر دوران الأحكام مدار الأسماء في غير ما نحن فيه ، كما هو واضح .

---

(١) الرياض ٨ : ٢٩٧ .

(٢) التذكرة ١٠ : ١٦٣ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٤٦٨ .

(٤) الرياض ٨ : ٢٩٥ ـ ٢٩٦ .

(٥) السرائر ٢ : ٢٦١ .

وهو جيّد لو كانت المناقشة من حيث اختلاف الاسم خاصة ، وإلّا فحقيقة الأصل والفرع متحدة .

أمّا إذا كانت في مختلف الحقيقة من الفرع مع الأصل الذي هو فرد من إطلاق القاعدة المزبورة ومن مقتضيات العلّة في نصوص الحنطة والشعير فمن الواضح عدم توجّه بعض ما في الردّ عليها من هذه الحيثية .

ضرورة إمكان منع دلالة النصوص وغيرها على نحو ذلك أوّلاً ، ومنع تسليمه ثانياً ؛ لمعارضته بما دلّ على البيع كيف شئتم مع اختلاف الجنس[١] وإن كان من وجه ، وبما دلّ على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا ، وباستلزامه حصول الربا في المستحيل إلى حقيقة أُخرى لو بيع بأصله كالتمر المستحيل إلى الملح مثلاً ، والتزامه في غاية الصعوبة ؛ لعدم الدليل الصالح لإثباته عدا إطلاق معقد الإجماع على القاعدة المعارض بإطلاق معقد جواز البيع مع اختلاف الجنس كيف شاء ، وعدا منصوص العلّة في نصوص الحنطة والشعير[٢] ، الذي لا جابر له في الفرض ؛ لقلّة من استند في هذه القاعدة إليه ، بل قد يقال : إنّه من الحكمة لا من العلّة ، خصوصاً مع ملاحظة خبر زرع حوّاء[٣] . وستسمع التصريح في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد بجواز بيع اللبن باللحم لاختلاف الماهية[٤] ، بل كثير من أفراد ذلك غير محتاج إلى التصريح ، هذا .

لكنّ الإنصاف أنّه لامناص عن التزامه ، أو القول به في المستحيل إلى حقيقة أُخرى هي فرع لذلك الأصل ، كالشعير بالنسبة إلى الحنطة ، لا إذا لم تكن واستحال إليها فرد من ذلك الجنس كالمثال المزبور ، أو القول بتنزيل إطلاقهم على الفرع الذي لم ينتقل إلى حقيقة أُخرى وإن تغيّر الاسم كالدقيق بالنسبة إلى الحنطة ونحوه .

لكن ينافي ذلك بعض أمثلتهم للقاعدة منها ما سمعته من معقد إجماع التذكرة[٥] الشامل لبيع الفرع بالفرع أيضاً وإن اختلفا في الحقيقة ، بعد اتفاقهما في الأصل .

ومن هنا كانت المسألة من المشكلات ومحتاجة إلى التأمّل التام ، وقد تقدّم لنا سابقاً بعض الكلام في ذلك ، فلاحظ وتأمّل . بل قد يناقش فيها من جهة أُخرى ، وهي أنّ الفرع إن كان بسبب العمل ومخالطة غير الربوي له كالخلّ الذي يتخذ من التمر والماء الذي هو من أمثلة القواعد المزبورة قد يمنع لحوقه بالربوي من جزئي أصله .

ضرورة كونه ترجيحاً من غير مرجّح ، بعد فرض عدم كون الجزء الآخر من المستهلكات فإطلاق أدلّة البيع وغيره يقتضي جواز التفاضل فيه لو بيع بالتمر مثلاً .

اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ الماء صار من أجزاء التمر كالمعتصر منه ، لكنه كما ترى .

وفي التذكرة في المقام : « أنّ مخالطة الملح والماء والأنفحة وبعض الأجزاء اليسيرة لا توجب اختلافاً ؛ لأنّها أجزاء يسيرة لا اعتبار بها ، فإن كانت كثيرة توجب اختلافاً جاء حكم المختلفين »[٦] ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٤١ ، ب ١٢ من الربا ، ح ٤ .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ١٣٧ ، ب ٨ من الربا .

(٣) المستدرك ١٣ : ٣٤٤ ، ب ١٧ من الربا ، ح ٢ .

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٥١٣ ـ ٥١٤ .

(٥) تقدم في ص ٢٩٨ .

(٦) التذكرة ١٠ : ١٦١ ، ١٦٥ .

يمكن القول باعتبار ما كان فرعاً لأصل نحو الحنطة والدقيق والشعير والسويق ، ونحو الدهن من السمسم ممّا سمعته في النصوص المزبورة ، لا كلّ فرع لكلّ أصل وإن كان بعيداً لا يعرفه إلّا خواص الناس نحو طلع الفحل ونحو اتخاذ القند من الشوندر ، وغير ذلك ممّا يستخرج من بعض الأجسام على وجه لا يدركه إلّا أوحدي الناس ، لا أقلّ من الشكّ ، والأصل الجواز ، بناءً على ما سمعت .

وإجماع التذكرة لا وثوق به في ذلك وشبهه . وأمّا المناقشة فيها بما حكاه في الرياض عن الفاضل المزبور أيضاً منها أنّه لا شكّ في أنّ الحنطة إذا جعلت دقيقاً تزيد ، كما هو ظاهر ، ودلّت عليه صحيحة محمد بن مسلم[١] المتقدّمة ، وانطباق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج إلى التأمّل ، فلا ينبغي صحّة بيع أحدهما بالآخر متساوياً أيضاً للزيادة ، كما في اليابس من جنس بآخر رطباً مثل الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، فكيف لا ينبغي النظر إلى مثل هذه الزيادة في وقت آخر بتبديل وتغيير ، مع أنّه معتبر عندهم في الرطب والتمر[٢] .

فقد أجاب عنها في الرياض « باغتفار هذه الزيادة إتفاقاً فتوىً ورواية .

ولعلّ الوجه فيه ما أُشير إليه وإلى الإشكال الذي ذكره في الصحيحة المشار إليها في كلامه . . . وحاصلها[٣] أنّ اغتفار الزيادة إنّما هو لأجل الطحن وليس بيع الرطب بالتمر اليابس على تقدير المنع عنه مثله بالبديهة ؛ إذ لا مؤونة في يبس التمر ، وهو فرق واضح لا يشوبه شوب المناقشة »[٤] .

قلت : لا إشكال في منع الزيادة ، سواء كان في مقابلها عمل له مؤونة أو لا ، كما صرّحوا به في بيع الخاتم بالفضة وغيره ، كما أنّ الظاهر عدم الفرق بين الزيادة الحسّية والحكميّة والفعلية والتقديرية ، بناءً على العمل بالعلّة المستفادة من قوله عليه السلام : « أينقص إذا جفّ ؟ »[٥] ، كما ستعرف الكلام فيه مفصّلاً إن شاء الله .

فلا يبعد حينئذٍ أن يكون وقوع التعليل في الصحيح[٦] إقناعياً لرفع استبعاد المخالفين .

وإلّا فمثل هذه الزيادة غير قادحة للنص والإجماع ، هذا .

وفي الوافي في بيان وجه هذه الزيادة : « لعلّ مراد السائل أنّ البرّ له ريع فيه فضل ؛ لأنّه يزيد إذا خبز بخلاف السويق »[٧] انتهى .

وقد يكون المراد أنّه إذا بيع أحدهما بالآخر كيلاً ؛ لأنّهما من المكيلات ، فإنّ الحنطة تكون أثقل والسويق أخف فيحصل الريع والزيادة في الحنطة ، بل لو بيعا بالوزن يحصل التفاوت في الكيل ، وستعرف البحث في ذلك ، وأنّه هل المعتبر التساوي فيهما ، أو يكفي فيه أحدهما وإن تفاوتا في الآخر . وكيف كان فلا مجال لهذه المناقشة ، بعد النصوص والفتاوى ومعاقد الإجماعات ، كما هو واضح ، والله أعلم .

---

(١) تقدّم في ص ٢٩٧ .
(٢) الرياض ٨ : ٢٩٦ .
(٣) الظاهر : « وحاصله » كما في المصدر .
(٤) الرياض ٨ : ٢٩٦ .
(٥) المستدرك ١٣ : ٣٤٢ ، ب ١٣ من الربا ، ح ٢ .
(٦) تقدّم في ص ٢٩٤ .
(٧) الوافي ١٨ : ٥٧٩ ، ذيل الحديث ٧ .

(**وما يعمل من جنسين يجوز بيعه**) بغيرهما و(**بهما**) مع التفاضل وعدمه (**وبكلّ واحد منهما**).

لكن (**بشرط أن يكون في الثمن زيادة عن مجانسه**) بحيث تصلح لمقابلة الآخر مع الإنفراد [١]، أو ولو مع الانضمام [٢].

والأوّل أحوط وإن كان الثاني لا يخلو من قوّة [٣].

وعلى كلّ حال فلا يعتبر معرفة مقدار كلّ من الجنسين في صحّة البيع اكتفاء بمعرفة المجموع حتى في صورة البيع بجنس أحدهما [٤].

(**واللحوم مختلفة**) في الجنس (**بحسب اختلاف أسماء الحيوان**) [٥].

---

[١] **كما في المسالك**[١].

[٢] كما يقتضيه إطلاق غيره.

[٣] **وعلى كلّ حال فلا خلاف أجده في شيء من ذلك نصاً وفتوىً، بل الإجماع بقسميه عليه**، كما ستعرف ذلك كلّه وغيره في «المسألة السادسة»؛ إذ هي مع ما نحن فيه من وادٍ واحد، كما اعترف به في المسالك[٢]؛ ضرورة عدم الفرق بين المعمول من جنسين وبين بيع الجنسين صفقة من غير عمل يقتضي تركيبهما في ذلك.

نعم عن السيد العميد:

إنّ كلّ مركّب من شيئين أو أشياء كالزلابية والأشربة إذا لم يمكن انفصال أجزائه بعضها عن بعض فهو كالشيء الواحد لا يجوز التفاضل فيه[٣].

وهو غريب إذا فرض عدم الخروج بالتركيب إلى حقيقة أُخرى خارجة عن الجنسين، بل وإن كان كذلك، بناءً على الاحتمال الذي ذكرناه سابقاً في مسألة لحوق الفرع بالأصل؛ إذ الظاهر عليه هنا لحوقه بأصلهما، فلا يجوز بيعه بجنس أحدهما، مع عدم الزيادة المقابلة، ويجوز معهما وبهما معاً مطلقاً، ومنه المركّب مثله.

فتأمّل جيّداً، فإنه يمكن المنع من اللحوق هنا وإن قلنا به بالنسبة إلى جريان الربا، إلّا أنّ الغرض منه التخلّص من الربا، وحينئذٍ فلا يجوز بيعه بمثله متفاضلاً.

[٤] إذ يمكن فرض العلم بزيادة الثمن عما قابله من جنسه وإن لم يعلم خصوص المقدار من ذي الجنسين؛ بأن يعلم مثلاً أنّ المجانس لا يبلغ النصف فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلاً، كما هو واضح، والله أعلم.

[٥] **بلا خلاف.**

بل في التذكرة الإجماع عليه[٤].

والاشتراك في اسم اللحم لا يقتضي الاتحاد كالاشتراك في اسم الحيوان.

---

(١) المسالك ٣: ٣١٩.

(٢) المسالك ٣: ٣١٩.

(٣) لم نعثر عليه ولا أحد نقله عنه.

(٤) التذكرة ١٠: ١٥١.

نعم (لحم[١] **البقر والجاموس جنس واحد**) [١] (**لدخولهما تحت لفظ البقر**) لغةً [٢].

(**ولحم الضأن والمعز جنس واحد**) [٣] (**لدخولهما تحت لفظ الغنم**) [٤].

(و) لحم (**الإبل عرابها وبخاتيها جنس واحد**) [٥].

والبخاتيّ : بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت جمع بُختيّ بضم الباء وتشديد الياء أيضاً، الإبل الخراسانية [٦].

(و) الطيور اجناس مختلفة لغة وعرفاً [٧].

نعم في خصوص (**الحمام**) منه خلاف فقيل : إنّه (**جنس واحد**) [٨].

---

[١] **١ ـ إجماعاً في المحكي عن الغنية والتذكرة**[٢].

٢ ـ مؤيّداً بما تقدّم لهم في باب الزكاة ، و[لذلك].

[٢] فالاختلاف حينئذٍ في العرف اختلاف أفراد لا حقيقة وإن اختص كلّ منهما باسم فيه .

فتوقّف فاضل الرياض فيه لذلك ، قال : « وإن تجانسا لغةً كما حكي »[٣] في غير محلّه ، بل لا وجه لما فرضه من اتحاد الجنس في اللغة واختلافه في العرف .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع في محكيّ الكتابين**[٤] **عليه .**

[٤] الظاهر في أنّه اسم للنوع الذي لا يقدح في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف كالإنسان .

بل في حواشي الشهيد : « اللحم والكبد والقلب والكرش كلّه واحد »[٥].

وفيها أيضاً : « يجوز بيع اللبن باللحم واللحم بالبيض لاختلاف الماهيّة ، بخلاف الدبس بالخلّ للاختلاف بالصفة لا غير ، واللحم والشحم مختلفان ، أمّا الإلية والشحم فالظاهر اتحادهما »[٦] **، كما في الدروس**[٧].

[٥] **بلا خلاف أيضاً ، والإجماع في محكي الكتابين**[٨] **عليه** ؛ لنحو ما عرفت .

[٦] قال الشاعر : « لبن البخت في قصاع الخلنج » ، ويخفّف ويثقل ، وربّما قيل : إنّه معرّب[٩].

[٧] لاختصاص كلّ منهما باسم وإن جمع الجميع اسم « الطير » ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .

[٨] **كما هو خيرة الفاضل في التذكرة**[١٠] **وغيرها ، والشهيد في الدروس والمحقق الثاني في جامعه**[١١] :

١ ـ للاشتراك في الاسم .

٢ ـ ولأنّه أقرب إلى الاحتياط .

---

(١) في الشرائع : « فلحم » .

(٢)(٤)(٨) الغنية : ٢٢٥ . التذكرة ١٠ : ١٥١ .

(٣) الرياض ٨ : ٢٩٧ .

(٥)(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٥١٣ ـ ٥١٤ .

(٧) الدروس ٣ : ٢٩٤ .

(٩) المصباح المنير : ٣٧ .

(١٠) التذكرة ١٠ : ١٥٣ .

(١١) الدروس ٣ : ٢٩٣ . جامع المقاصد ٤ : ٢٦٩ .

وقيل: (و) هو الذي (**يقوى عند**[١]) المصنّف (**أنّ كلّ ما يختصّ باسم منه فهو جنس على انفراده كالفخاتي والورشان**) [١]. فلا ريب حينئذٍ في أنّ الأحوط الاتحاد [٢].

وإن كان الذي يقوى التعدّد بتعدّد الأسماء، والله أعلم، بل ظاهر قول المصنّف (**وكذا السموك**) أنّه أيضاً أجناس متعدّدة بتعدّد اسم كلّ واحد [٣]. [ولكن لا يخلو القول بأنّها جنس واحد من قوّة]. لكن لا ريب في أنّه جنس مخالف لغيره من اللحم، كما أنّ الجراد جنس مخالف لسائر اللحوم البرّية والبحرية [٤].

---

[١] **وهو ظاهر التحرير**[٢] **أو صريحه**. ومنشأ الخلاف الشكّ في أنّ مقولية الحمام على ما تحته مقوليّة النوع على الأصناف أو الجنس على الأنواع، فعلى الأوّل يحرم بيع بعضها ببعض مطلقاً، وعلى الثاني يختص كلّ نوع بحكمه. ولمّا كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيز جداً، ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف. لكنّك خبير أنّ الإطلاقات تقتضي الجواز مع الشكّ. مضافاً إلى عدم مساعدة العرف بصدق الحمام على كثير ممّا ذكر أنّه فرد له؛ إذ المعروف عند معظم الفقهاء -كما قيل[٣]- أنّ الحمام كلّ طائر يعب الماء أو يهدر، فيدخل فيه القماري والدباسي والفواخت، سواء كانت مطوّقة أو لا، آلفة أو وحشية. بل عن الكركي: أنّه [أ]عرف عند أهل اللغة[٤] أيضاً.

لكن فيه: أنّ المحكي عن أكثر كتب اللغة كالصحاح وفقه اللغة وشمس العلوم والسامي[٥] وغيرها أنّه كلّ مطوّق، وحكاه الأزهري عن أبي عبيدة عن الأصمعي[٦]. وعن مصباح المنير: «الحمام عند العرب كلّ ذي طوق من الفواخت والقماري وساق حرا والقطا والدواجن والوراشين وأشباه ذلك» إلى أن قال: «والعامة تخص الحمام بالدواجن، وكان الكسائي يقول: الحمام هو البرّي، واليمام هو الذي يألف البيوت»[٧] والظاهر أنّ التفاوت بينهما قليل أو منتف. وعلى كلّ حال فالعرف لا يوافق شيئاً ممّا سمعته عند أهل اللغة.

[٢] خصوصاً بعد قوله ﷺ: «ما اجتمع الحلال والحرام إلّا غلب الحرام الحلال»[٨]، بناءً على شموله لمثل المقام.

[٣] **بل هو صريح التحرير**[٩].

ولكن يظهر من بعض مشايخنا: أنّ المعروف كونه جنساً واحداً؛ لشمول الاسم للجميع[١٠].

والاختلاف بالعوارض لا يوجب الاختلاف بالحقيقة، ويمكن إرادة ذلك من الإشارة في المتن، وهو لا يخلو من قوّة.

[٤] **وعلى كلّ حال ففي المسالك: «الطير... إنّما يتصوّر الربا فيه إذا بيع لحمه وزناً، أمّا لو بيع جزافاً فلا، ولو بيع عدداً كما هو الغالب ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي، والأقوى عدمه»**[١١].

قلت: ستعرف أنّه لا يكفي في الربا أيضاً مطلق البيع وزناً وإن كان المتعارف في الزمن السابق بيعه جزافاً.

---

(١) في الشرائع: «عندي».
(٢)(٩) التحرير ٢: ٣٠٤.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٥١٤.
(٤) جامع المقاصد ٣: ٣١٠.
(٥) الصحاح ٥: ١٩٠٦. فقه اللغة: ٤٤. شمس العلوم ٣: ١٢٦٦. السامي في الأسامي: ٧٣.
(٦) تهذيب اللغة ٤: ١٦.
(٧) المصباح المنير: ١٥٢.
(٨) المستدرك ١٣: ٦٨، ب ٤ ممّا يكتسب به، ح ٥.
(١٠) تهذيب اللغة ٤: ١٦.
(١١) المسالك ٣: ٣٢١.

(و) كيف كان فـ(ـالو حشي من كلّ جنس مخالف لأهليّه) [١].

(والألبان تتبع اللحمان[١] في التجانس والاختلاف) [٢]. فلبن الإبل جنس ولبن البقر جنس آخر كذي اللبن، وقد يحتمل اتحاد الجنس في بعضها وإن اختلف اللحمان [٣]، هذا.

(و) [المختار] [٤] أنّه (لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلاً بحليبه ومخيضه وأقطه) لأنّه فرعه. بل لا يجوز التفاضل في الفروع نفسها فضلاً عن الفرع وأصله، فلاحظ وتأمّل.

(والأدهان تتبع ما تستخرج منه، فدهن السمسم جنس، وكذا ما يضاف إليه كدهن البنفسج والنيلوفر) [٥].

(ودهن البزر جنس آخر) كدهن اللوز ودهن الجوز وغيرها من الأدهان، كما هو واضح [٦].

(و) كذا (الخلول) فإنّها (تتبع ما يعمل منه فخلّ العنب مخالف لخلّ الدبس) وإن اشتركا معاً في الخليّة. (ويجوز التفاضل بينهما نقداً) كغيرها من المختلف.

(و) أمّا (في النسيئة) ففيه (تردّد) وخلاف تقدّم تحقيق الحال فيه سابقاً؛ إذ المقام فرد من أفراد مختلف الجنس، والله أعلم.

[اعتبار الكيل والوزن في الربا]:

(الثاني) من الأمور: (اعتبار الكيل والوزن فـ) ـإذا كان المبيع والثمن كذلك مع اتحاد الجنس حرم الربا فيهما [٧].

---

[١] كما نصّ عليه، **بل عن الغنية وجامع المقاصد وظاهر التذكرة[٢] وغيرهما الإجماع عليه، بل عن موضع آخر من التذكرة[٣]** ما هو كالصريح في ذلك. ولولا هذا الإتفاق لأمكن المناقشة في ذلك، كما اعترف به في الرياض[٤]. هذاوعن الخلاف والمبسوط: أن ليس في الابل وحشي[٥].

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة الإجماع عليه[٦].**

[٣] **بل عن بعض[٧] العامة: أنّها جميعاً جنس واحد، والله أعلم.**

[٤] [كما] قد عرفت سابقاً [ذلك].

[٥] لأنّ إضافته إليه لا تخرجه عن أفراد أنواع الدهن، فإنّه ليس مركّباً منه وممّا يضاف إليه، بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدّة خاصة ثمّ ينزع منه.

[٦] ضرورة أنّ الاشتراك في الدهنية لا يقتضي الاتحاد في الحقيقة المعلوم اختلافها.

[٧] **١ ـ إجماعاً بقسميه. ٢ ـ وسنّة. ٣ ـ وكتاباً، بل كاد يكون ضرورياً.**

إنّما الكلام في اشتراط ذلك فيه، وقد عرفت سابقاً اشتراط الجنسيّة.

---

(١) في الشرائع: «اللحوم».
(٢) الغنية: ٢٢٥. جامع المقاصد ٤: ٢٦٨. التذكرة ١٠: ١٥٢.
(٣) التذكرة ١٠: ١٥٩.
(٤) الرياض ٨: ٢٩٧.
(٥) الخلاف ٣: ٥٩. المبسوط ٢: ٩٢.
(٦) التذكرة ١٠: ١٥٩.
(٧) روضة الطالبين ٣: ٣٩٤.

أمّا التقدير بهما على معنى أنّه (**لا ربا إلّا في مكيل أو موزون**) فهو [ثابت] [١].

[فالصحيح الجواز في المعدود].

---

[١] [كما هو] **المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن الخلاف ومجمع البيان والتذكرة، وظاهر الغنية والسرائر الإجماع على عدم الربا في المقدّر بالعدد**[١]. وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني منها، إلّا أنّ الأصل والعمومات كافية في الجواز، مضافاً إلى النصوص المستفيضة إن لم تكن متواترة:

١ ـ كالصحيح المروي في الكتب الثلاثة: « لا بأس بمعاوضة المتاع مالم يكن كيلاً أو وزناً »[٢].

٢ ـ والخبر المنجبر بما سمعت: أنّ « ما عدّ عدّاً ولم يكل ولم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ويكره نسيئة »[٣].

٣ ـ وموثّق منصور بن حازم: سأل الصادق عليه السلام عن البيضة بالبيضتين؟ قال: « لا بأس [به]، والثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس [به]، والفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس به، ثم قال: كلّ شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس إثنان بواحد »[٤].

٤ ـ وخبره الآخر سألته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين؟ قال: « لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً »[٥].

٥ ـ وكذا سأله داود بن الحصين فأجابه بذلك أيضاً[٦].

٦ ـ والخبر الذي قيل[٧] فيه: إنّه مروي في الكتب الثلاثة أيضاً بستة طرق: منها الصحيح عن عبيد بن زرارة تارة، وعن زرارة أُخرى[٨] عن الصادق عليه السلام: « لا يكون الربا إلّا فيما يكال أو يوزن »[٩].

٧ ـ وصحيح زرارة أيضاً عن الباقر عليه السلام: « البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يداً بيد ليس به بأس، وقال: لا بأس بالثوب بالثوبين يداً بيد ونسيئة إذا وصفتهما »[١٠].

٨ ـ وسأل البصري أبا عبدالله عليه السلام عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزناً من الثياب؟ فقال: « لا بأس »[١١].

٩ ـ وسأله أيضاً عن العبد بالعبدين والعبد بالعبد والدراهم؟ قال: « لا بأس بالحيوان كلّه يداً بيد ونسيئة »[١٢].

١٠ ـ وسأله سعيد بن يسار أيضاً عن البعير بالبعيرين يداً بيد ونسيئة؟ فقال: « نعم لا بأس إذا سمّيت الأسنان جذعين، أو

---

(١) الخلاف ٣: ٥٠. مجمع البيان ١: ٣٩٠. التذكرة ١٠: ١٩٤. الغنية: ٢٢٤. السرائر ٢: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٢) الكافي ٥: ١٨٩، ح١٢. الفقيه ٣: ٢٨٢، ح٤٠١٨. التهذيب ٧: ٩٤، ح٣٩٨. الوسائل ١٨: ١٥٥، ب١٧ من الربا، ح٣.

(٣) الوسائل ١٨: ١٥٣، ب١٦ من الربا، ح٢ وفيه: «عدداً» بدل «عدّاً».

(٤) المصدر السابق: ح٣، مع اختلاف.

(٥) المصدر السابق: ١٥٢، ح١.

(٦) الوسائل ١٨: ١٥٥، ب١٧ من الربا، ح٢.

(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٥٠٧.

(٨) التهذيب ٧: ١٩، ح٨١.

(٩) الكافي ٥: ١٤٦، ح١٠. الفقيه ٣: ٢٧٥، ح٣٩٩٦. التهذيب ٧: ١٧، ٩٤، ١١٨، ح٧٤، ٣٩٧، ٥١٥. الوسائل ١٨: ١٣٣، ب٦ من الربا، ح٣، وذيله.

(١٠) الوسائل ١٨: ١٥٥، ب١٧ من الربا، ح١.

(١١) الوسائل ١٨: ١٦١، ب١٩ من الربا، ح١.

(١٢) الاستبصار ٣: ١٠٠، ح٣٤٨. الوسائل ١٨: ١٥٦، ب١٧ من الربا، ح٦، وليس فيه: «ونسيئة».

ثنيين »، ثمّ أمرني فخططت على النسيئة؛ لأنّ الناس يقولون: لا[١].

١١ ـ وموثّق سماعة: سألته عن بيع الحيوان اثنين بواحد؟ فقال: «إذا سميت الثمن فلا بأس»[٢]. إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على المطلوب. **فما في المقنعة وعن أبي علي وسلّار من أنّ حكم المعدود حكم المكيل والموزون، فلا يجوز التفاضل في المتجانسين مطلقاً نقداً ونسيئة**[٣] واضح الضعف، وإن كان قد يحتجّ له بعد إطلاق حرمة الربا بصحيح محمد: سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الثوبين الرديئين بالثوب المرتفع والبعير بالبعيرين والدابة بالدابتين؟ فقال: «كره ذلك عليّ عليه السلام فنحن نكرهه، إلّا أن يختلف الصنفان، قال: وسألته عن الإبل والبقر والغنم أو أحداهن في هذا الباب؟ فقال: نعم فإنّا نكرهه»[٤]. وصحيح ابن مسكان المروي في الفقيه مرسلاً مقطوعاً قال: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يقول: عاوضني بفرسي وفرسك وأزيدك، قال: «فلا يصلح، ولكن يقول: أعطني فرسك بكذا وكذا»[٥]. لكن فيه ـ بعد تقييد الإطلاق بما عرفت ـ عدم صدق اعتبار العدّ في ذلك، فيكون حينئذٍ ما في الخبرين مع معارضته بما سمعت مخالفاً للإجماع. ولعلّه لذا نفى الخلاف في المختلف عن بيع الثوب بالثوبين نقداً[٦]، فلا بدّ من عدم إرادة الحرمة من الكراهة ونفي الصلاحية، أو على إرادة خصوص النسيئة منه؛ **لما في المقنعة «لا بأس ببيع ما لا يكال ولا يوزن، واحد باثنين وأكثر من ذلك نقداً، ولا يجوز نسيئة كثوب بثوبين وبعير ببعيرين وشاة بشاتين ودار بدارين ونخلة بنخلتين يداً بيد نقداً، وإن باع ذلك نسيئة كان البيع باطلاً»**[٧]، ونحوه عن المراسم[٨]. **وفي النهاية: «وأمّا ما لا يكال ولا يوزن فلا بأس بالتفاضل فيه والجنس واحد نقداً، ولا يجوز ذلك نسيئة مثل ثوب بثوبين ودابة بدابتين ودار بدارين وعبد بعبدين وما أشبه ذلك» إلى أن قال في آخر المبحث: «وما يباع بالعدد فلا بأس بالتفاضل فيه يداً بيد والجنس واحد، ولا يجوز ذلك نسيئة مثل البيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والحلّة بالحلّتين وما أشبه ذلك»**[٩]. **ونحوه في المحكي عن العمّاني وابن الجنيد والخلاف في عدم جريان الربا في المعدود والمنع نسيئة**[١٠] **في نحو ما عرفت. وفي الوسيلة: «السادس: أي بيع المعدود بالمعدود، ويجوز التبايع فيه متماثلاً ومتفاضلاً نقداً لانسيئة إذا كانا من جنس واحد، مثل بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وحلّة بحلّتين»**[١١]. **وفي الغنية: «ويجوز بيع الحيوان بالحيوان متماثلاً أو متفاضلاً، سواء كان صحيحاً أو كسيراً نقداً، ولا يجوز ذلك نسيئة في الظاهر من روايات أصحابنا وطريقة الاحتياط تقتضي المنع منه»**[١٢].

---

(١) الفقيه ٣: ٢٨٠، ح ٤٠١٠. الوسائل ١٨: ١٥٦، ١٥٧، ب ١٧ من الربا، ح ٧، ٨.

(٢) المصدر السابق: ١٥٩، ح ١٥.

(٣) المقنعة: ٦٠٥. نقله عن أبي علي في المختلف ٥: ٨٤. المراسم: ١٧٩.

(٤) الوسائل ١٨: ١٥٤، ب ١٦ من الربا، ح ٧، وفيه: «قال: نعم» بدل «فقال: نعم فإنّا».

(٥) الفقيه ٣: ٢٨٦، ذيل الحديث ٤٠٣١. مع اختلاف. الوسائل ١٨: ١٦٠، ب ١٧ من الربا، ح ١٦.

(٦) المختلف ٥: ٨٧.

(٧) المقنعة: ٦٠٤.

(٨)(٩) المراسم: ١٨٠. النهاية: ٣٧٧، ٣٧٩ ـ ٣٨٠.

(١٠) نقله عن العماني وابن الجنيد في المختلف ٥: ٨٨. الخلاف ٣: ٤٨.

(١١) الوسيلة: ٢٥٤.

(١٢) الغنية: ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

(و) [قال] [١] [المصنّف:] بعد أن ذكر أنّه (**بالمساواة فيهما**) أي الكيل والوزن في المكيل والموزون (**يزول تحريم الربويات**) [٢] إذا لم يكن في أحدهما زيادة عينيّة أو حكميّة ولو أجلاً، قال: (**فلو باع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً جاز، ولو كان معدوداً كالثوب بالثوبين والثياب[١] والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً، وفي النسيئة تردد**).

(و) **لا ريب في أنّ** (**المنع أحوط**) [٣].

لكن لا بأس بالقول بالكراهة في بيع المتجانس متفاضلاً نسيئة بل وغير نسيئة في المعدود وغيره [٤].

(**ولا ربا في الماء**) [٥] (**لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه**) وإن اتّفق بيعه بأحدهما في بعض الأحوال أو الأمكنة أو الأزمنة [٦]. فالأقوى عدم جريان الربا فيه حتى في السلم [٧].

---

[١] **[كما] إلى ذلك أشار المصنّف.**

[٢] **إجماعاً** أو ضرورة.

[٣] خروجاً عن شبهة الخلاف المتقدّم وإن كان هو ضعيفاً، **بل في محكي التذكرة الإجماع على خلافه**[٢]، بل يمكن دعوى تحصيله، كما أنّ النصوص السابقة بين صريح وظاهر في جوازه، والبأس المستفاد من مفهوم بعضها أعمّ من الحرمة، على أنّك قد سمعت ما في خبر سعيد بن يسار[٣]. ومنه يعلم وجه الاقتصار في بعضها على اليد باليد. وقد ظهر لك من ذلك أنّ الخلاف متحقق هنا في أمرين: أحدهما: إلحاق المعدود بالمكيل والموزون في جريان الربا كما هو صريح المقنعة والمحكي عن سلار وأبي علي[٤]. وثانيهما: المنع من البيع متفاضلاً نسيئة وإن لم يكن معدوداً، كما سمعته[٥] من الشيخ وغيره ممّن لم يجر المعدود مجرى المكيل والموزون في الربا. ولعلّ ذلك منهم إثبات حكم خاص للنسيئة، لا لأنّه ربا أو لأنّ الربا الممنوع فيه في النسيئة لا النقد. والظاهر ثبوت ذلك عندهم ولو في المعدود أيضاً، كما هو صريح النهاية[٦] أيضاً. وقد يطلق اسم المعدود على ما يشمل نحو العبد والفرس والدار. ومن هنا اشتبه على بعض الناس الحال في المقام. والتحقيق ما عرفت. وعلى كلّ حال فلا دليل معتبر على شيء من الدعويين بحيث يصلح لمعارضة تلك الأدلّة.

[٤] خروجاً من شبهة الخلاف؛ للفتوى، والرواية، بعد القول بالتسامح في الكراهة على هذا الوجه، والله أعلم.

[٥] ١ ـ للأصل. ٢ ـ والإطلاق. ٣ ـ والنصوص السابقة.

[٦] **نعم قيل: إنّه لا يباع سلفاً إلّا وزناً، فلو أسلف ماءاً في ماء إلى أجل احتمل أن يكون ربوياً؛ لاشتراط الوزن فيه حينئذٍ، وكذا الحجارة والتراب والحطب**[٧]. وفيه: أنّ الوزن في السلم للضبط، لا لأنّه يعتبر في صحّة بيعه ذلك.

[٧] إذ لو سلّم اعتبار الوزن فيه يمكن منع تحقق شرط الربا بذلك؛ ضرورة ظهور الأدلّة في اعتبار ذلك في أصل بيعه لا في قسم خاص من البيع.

---

(١) في الشرائع: «وبالثياب».
(٢) التذكرة ١٠: ١٤٣.
(٣)(٥) تقدّم في ص ٣٠٥، ٣٠٦.
(٤) المقنعة: ٦٠٥. المراسم: ١٧٩. نقله عن أبي علي في المختلف ٥: ٨٤.
(٦) النهاية: ٣٧٩، ٣٨٠.
(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٥١٦.

(و) كذا الطين، نعم (**يثبت في الطين الموزون كالأرمني على الأشبه**) [١].

(و) حيث عرفت اشتراط الكيل والوزن في تحقق الربا في المعاوضة فينبغي أن يعلم أنّ (**الاعتبار**) (**في ذلك**) (**بعادة الشرع، فما ثبت أنّه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله بني عليه**) حكم الربا [٢] وإن تغيّر بعد ذلك [٣]. ولعلّ العلم باتفاق البلدان في هذا الزمان على أحدهما مع عدم العلم بالحدوث، بل اتّفاق بعضها مع عدم العلم بخلاف الباقي كافٍ في إثباته فيه؛ لأصالة عدم التغيّر والانتقال من صفة أُخرى، وإليه أشار المصنّف بقوله: (**وما جهل الحال فيه رجع إلى عادة البلد**).

---

[١] لتحقق الشرط فيه. والمراد به طين قبر ذي القرنين، وعن المصباح: أنّه روي عن محمد بن جمهور القمي عن بعض أصحابه أنّه سأل الصادق عليه السلام عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر أيحلّ أخذه؟ قال: «أما أنّه طين قبر ذي القرنين وطين قبر الحسين عليه السلام خير منه»[1]. وعن مكارم الأخلاق: أنّه أرسل عنه عليه السلام أنّه سئل يؤخذ الطين الأرمني للكسر والمبطون؟ فقال: «نعم»[2] الحديث. وعن الايضاح في باب المطاعم نفي الخلاف عن جواز أكله لدفع الهلاك[3]، فكان دواء يباع وزناً. وأمّا الخراساني فأكله حرام، فإن بيع لغرض صحيح بني ثبوت الربا فيه على دخول الاعتبار وعدمه، ولاتلازم بين حكم أكله وحكم بيعه، وإن حكي عن الشيخ والقاضي أنّه أطلق حرمة بيع الطين الماكول[4]، بل عن الخلاف[5] الإجماع على ذلك، والله أعلم.

[٢] **إجماعاً محكيّاً في التنقيح**[6] **إن لم يكن محصّلاً.**

[٣] **بل فيه أيضاً: أنّه ما علم أنّه غير مكيل ولا موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله فليس بربوي إجماعاً**[7]. ومقتضاه وإن كيل أو وزن بعد ذلك. وكان الوجه في الأمرين بعد الإجماعين المعتضدين بالتتبّع:

١ ـ الاستصحاب السالم عن معارضة قاعدة «دوران الحكم المعلّق على الوصف مداره وجوداً وعدماً»، بعد تخصيصها بغير المقام ولو للإجماع السابق.

٢ ـ أو لأنّها حيث يكون التعليق على الوصف المعلوم مناسبته.

٣ ـ أو لأنّ المراد منها زوال الحكم عن الفرد الفاقد للوصف من أصله، لا الذي تلبّس به ثمّ زال عنه.

٤ ـ أو لغير ذلك ممّا يشترك في كون المدار هنا على ما عرفت، من أنّ وجود الكيل والوزن في ذلك العصر كافٍ في تحقق الربا. كما أنّ الجزافيّة مثلاً فيه تكفي في تحقق عدمه. فتحصّل أنّ المدار المتصف بكلّ منهما في ذلك الزمان، وفي مضمر علي بن إبراهيم الطويل: «ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلّا إلى العامة، ولا يؤخذ فيه بالخاصة، فإنّ قوماً يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم؛ لأنّ أصل اللحم أن يوزن، وأصل الجوز أن يعدّ»[8]. وهو مؤيّد لما ذكرنا في الجملة.

---

(١) مصباح المتهجد: ٦٧٦. الوسائل ٢٤: ٢٣٠، ب ٦٠ من الأطعمة المحرمة، ذيل الحديث ٣.

(٢) مكارم الأخلاق ١: ٣٦٢، ح ١١٨٢. الوسائل ٢٤: ٢٣٠، ب ٦٠ من الأطعمة المحرمة، ح ٣، وفيهما: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن طين الأرمني يؤخذ للكسير والمبطون، أيحلّ أخذه؟ قال: لا بأس به ...».

(٣) الايضاح ٤: ١٥٤.

(٤) الخلاف ٣: ٤٩. المهذب ١: ٣٦٢.

(٥) الخلاف ٣: ٤٩.

(٦) (٧) التنقيح ٢: ٩١.

(٨) الوسائل ١٨: ١٣٤، ب ٦ من الربا، ح ٦، وفيه: «فإن كان قوم» بدل «فإنّ قوماً».

وأمّا (**إن اختلفت**[١] **البلدان فيه**) على وجه لم يعلم عادة عصره عليه السلام فـ[ـالمختار][١] أنّه (**كان لكلّ بلد حكم نفسه**)[٢]. ويجب تقييده أيضاً بما إذا لم يعلم سبق الاختلاف بالإتفاق، فإنّ المتجه حينئذٍ عدم الربا وإن لم يعلم أنّ الإتفاق كان على عدم التقدير[٣]. أمّا إذا لم يعلم فقد يتجه ذلك[٤]. فيجري حينئذٍ حكم الربا في بلاد التقدير وإن زال، ولا يجري في بلاد الجزاف وإن قدّر، بناءً على أنّ ذلك كذلك في المعلوم حاله في عصر النبي صلى الله عليه وآله[٥].

---

[١] [**كما هو**] **المشهور بين المتأخّرين، بل لعلّ عليه عامتهم.**

[٢] **وهو المحكي عن المبسوط والقاضي**[٢]؛ معلّلين له بالأصل في الجملة، وأنّ المعتبر العرف والعادة عند عدم الشرع، وكما أنّ عرف تلك البلد التقدير فيلزمه حكمه [و] عرف الآخر الجزاف مثلاً فيلزمه حكمه، صرفاً للخطاب إلى المتعارف من الجانبين، وردّاً للناس إلى عوائدهم، كما في القبض والحرز والإحياء، وإلّا لزم الخطاب بما لا يفهم، فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند انتفائه، وهو مخالف لما سمعته من خبر علي بن إبراهيم[٣].

[٣] ضرورة الاكتفاء في نفي الحرمة باحتمال عدم التقدير؛ للأصل وغيره.

[٤] لكن لا لما ذكروه، بل لاستصحاب هذا الحال إلى زمن الخطاب فينساق الذهن حينئذٍ إلى أنّ لكلّ بلد حكم نفسه؛ إذ هو صادق عليه اسم التقدير وعدمه، والأوّل علّة للربا، كما أنّ الثاني علّة لعدمه، فإعمالهما معاً بعد عدم الترجيح بينهما يقضي بذلك. وليس ذا من تنزيل اللفظ على العرف الخاص المتعدد الذي هو واضح البطلان، كما حرّر في الأُصول؛ ضرورة أنّ الاختلاف بين البلدين مثلاً بالتقدير وعدمه لا في معنى لفظ وبينهما بون. كما أنّ الحكم المزبور لا ينافي ما تقدّم سابقاً من الاكتفاء في جريان حكم الربا سبق التقدير وإن زال القاضي بعدم دوران الحكم مدار الوصف، وإلّا لانتفى بانتفائه؛ إذ هو هنا أيضاً كذلك، فإنّه وإن أعطينا كلّ بلد حكمه لكن ليس لدوران الحكم على الوصف وجوداً وعدماً، بل لدورانه على أصل ثبوت الوصف، كما في سابق التقدير.

[٥] نعم قد يشكل ذلك بأنّ المختلف في بلدين مثلاً لا يدخل تحت إطلاق أحد الخطابين، لا أنّه مصداق لكلّ منهما، فقضيّة الأصل عدم حرمة الربا. وربّما يؤيّده خبر علي بن إبراهيم[٤] السابق، إلّا أنّي لم أجد قائلاً به هنا، بل ولا من احتمله، وبمنع مثل ذلك في الشرع؛ إذ المعلوم منه أنّ الأشياء منها ما لا يصح بيعها إلّا بالتقدير، ولتوقّف رفع الجهالة عليها، ومثلها لا ينبغي اختلاف البلدان، بل لابدّ من الحكم بفساد فعل فاقدة التقدير، ومنها لا يعتبر فيها ذلك فيجوز بيعها مقدّرة وبلا تقدير واختلاف البلدان في هذه، بأن كان التعارف في بعضها التقدير وفي الآخر العدم غير قادح في عدم الربا فيها؛ لعدم اشتراط صحّة بيعها بالتقدير، فيجوز بيعها بدونه في بلاد التقدير، فلم يتحقق شرط الربا. ودعوى إمكان توقّف رفع الجهالة على التقدير في بلاد دون أُخرى يمكن منعها حينئذٍ، فمفروض المسألة حينئذٍ لابدّ وأن يكون من الثاني، حملاً لأفعال المسلمين على الصحة، فلا يجري فيه الربا، بل احتمال ذلك فيه كافٍ في رفع الحرمة. ولكن قد يدفع ذلك كلّه وغيره بالإجماع المركّب إن لم يكن البسيط؛ إذ الأقوال في المسالة ثلاثة، أشهرها ما عرفت.

---

(١) في الشرائع: «اختلف».

(٢) المبسوط ٢: ٩٠. المهذب ١: ٣٦٣.

(٣) الوسائل ١٨: ١٥٨، ب١٧ من الربا، ح١٢.

(٤) تقدّم في ص٣٠٨.

(وقيل): [١] (**يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم**) حينئذٍ (**عموماً**) من غير فرق بين بلد الكيل والوزن والجزاف [٢].

لكن ومع ذلك فالوقوف على [المختار] [٣] أولى، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه [٤].

(و) كيف كان فـ(**المراعى في المساواة**) المسوّغة لبيع المتجانس كيلاً أو وزناً (**وقت الابتياع**) فيجوز حينئذٍ بيع كلّ ما له حالتا رطوبة وجفاف بعضه ببعض مع تساوي الحالين، كالرطب بمثله والعنب بمثله والفواكه الرطبة بمثلها واللحم الطري بمثله والحنطة المبلولة بمثلها والتمر والزبيب والفاكهة الجافة والمقدّد والحنطة اليابسة كلّ واحد بمثله [٥].

وكذلك جميع الأشياء الرطبة بعضها ببعض، سواء كان لها حالة جفاف أو لا، كالرطب الذي لا يتمر والعنب

---

[١] **والقائل الشيخ في النهاية وسلّار**[١] **فيما حكي عنه.**

[٢] **وعن فخر المحققين أنّه قوّاه**[٢]. ولعلّه لصدق التقدير وإن كان يعارضه صدق عدمه، وكما أنّ الأوّل مناط الربا كذلك الثاني مناط عدمه. وأصالة الجواز المستفاد من إطلاق الأدلّة وعمومها تقتضي الجواز، ولا يعارضها إطلاق حرمة الربا بعد تقييده باشتراط الوزن والكيل.

وقيل والقائل المفيد: إن تساوت الأحوال فيه غلب جانب التقدير وإلّا رجح الأغلب[٣].

ولعلّ المشكوك عنده من المتساوي ترجيحاً له بغلبته على غيره، بخلاف الأوّل الموافق جريان الربا فيه:

١ ـ للاحتياط.

٢ ـ ولقوله عليه السلام: «ما اجتمع الحرام والحلال إلّا وغلب الحرام الحلال»[٤].

لكن لا يخفى عليك عدم وجوب مراعاة الأوّل عندنا، وعدم تناول الثاني لما نحن فيه.

نعم يؤيّد القولين معاً ما ذكرناه من أنّهما موافقان لعمومية الحكم، وأنّ الشيء إمّا ربويّ أو لا، لا أنّه ربوي في مكان دون آخر. بل قد يظهر من بعضهم أنّه كذلك في الزمان أيضاً.

[٣] [**الذي هو**] **المشهور.**

[٤] خصوصاً بعد أن حكي[٥] الميل إلى قول المفيد جماعة من المتأخّرين، والله أعلم.

[٥] **بلا خلاف أجده فيه، بل في التحرير القطع به الجاري مجرى الإجماع**[٦]**، بل عن نهاية الاحكام نسبته إلى علمائنا**[٧]**:**

١ ـ للأصل السالم عن معارضة التفاضل حالة العقد.

٢ ـ ولأنّه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص، كبيع اللبن باللبن.

---

(١) النهاية: ٣٧٨. المراسم: ١٧٩.
(٢) الايضاح ١: ٤٧٦.
(٣) المقنعة: ٦٠٤ـ ٦٠٥.
(٤) المستدرك ١٣: ٦٨، ب ٤ ممّا يكتسب به، ح ٥.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٥١٦.
(٦)(٧) التحرير ٣: ٣٠٩. نهاية الإحكام ٢: ٥٥٠.

الذي لا يزبب والبطيخ ونحوه، وكذا بيع اليابس بمثله فيندرج حينئذٍ في جميع ما يقتضي الجواز، كما أنّه يخرج عمّا يقتضي المنع [١].

لكنه قد يقال بوجوب تقييد ذلك بما إذا لم تختلف كيفية الرطوبة بما لا يتسامح في مثله بالعادة.

وإلّا كان إلحاقه بالمسألة الآتية ـ أي بيع الرطب بالجافّ ـ أولى [٢].

نعم لو علم حال البيع بنقصان أحدهما عن الآخر بعد الجفاف اتجه الإلحاق بالمسألة الآتية.

أمّا إذا لم يعلم وقت الابتياع فـ[ـالظاهر الصحة] [٣].

بل [الظاهر الصحة] [٤] وإن تحقق النقصان متأخّراً عن وقت الابتياع.

وإن كان لا يخلو من تأمّل في الجملة [٥].

[بيع اللحم نياً بمقدّد متساوياً]:

(فلو باع لحماً نياً بمقدّد متساوياً جاز، وكذا لو باع بسراً برطب، وكذا لو باع حنطة مبلولة بيابسة لتحقق المماثلة) [٦].

---

[١] بل ما تسمعه من نصوص المسأله الآتية ظاهرة في الجواز فيه.

[٢] بل قد يناقش في الجواز في غيره أيضاً بفحوى ما تسمعه من النصوص[١] الآتية، الدالّة على منع بيع ما ينقص إذا جف بجنسه الجاف معلّلة له بذلك.

ضرورة اقتضائها الحرمة بعدم المساواة المتأخّرة عن وقت الابتياع فهي حينئذٍ شرط في الجواز والشكّ فيها شكّ فيه، ومع فرض رطوبة العوضين معاً لم يعلم مساواتهما بعد الجفاف قطعاً؛ لاحتمال زيادته في واحد دون الآخر.

اللهمّ إلّا أن تدفع بمنع اقتضاء تلك النصوص شرطية المساواة على الوجه المزبور، بل أقصاها الحرمة بتحقق النقصان عند العقد، وهو منتف في الفرض قطعاً؛ لاحتمال المساواة في الواقع.

[٣] [إذ] لا معارض لما يقتضي الصحّة من النصوص وغيرها.

[٤] [إذ] مقتضى إطلاقها [=النصوص] ذلك.

[٥] **بل خيرة المصنّف تبعاً للمحكي عن الشيخ في مبسوطه[٢] وخلافه[٣] وابني زهرة[٤] وإدريس[٥] وكاشف الرموز[٦] الاكتفاء بالمساواة وقت الابتياع وإن علم النقصان حاله بعد ذلك.**

[٦] فيخرج عما دلّ على حرمة الربا، ويدخل فيما دلّ على الجواز بعد عدم حجية منصوص العلّة في غير ذي العلّة.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٤٨، ب ١٤ من الربا.

(٢) المبسوط ٢: ٩٣.

(٣) الخلاف ٣: ٦٤.

(٤) الغنية ٦: ٢٢٥.

(٥) السرائر ٢: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

(٦) كشف الرموز ١: ٤٩٣ ـ ٤٩٤.

(وقيل بالمنع) [١] (نظراً إلى تحقّق النقصان عند الجفاف) [٢].

(أو) يعلّل المنع مضافاً (إلى) ذلك بـ(انضياف أجزاء مائيّة مجهولة) فمقابله أزيد منه بالنسبة إلى أجزائه

---

[١] والقائل القديمان والشيخ في موضع من المبسوط والوسيلة والتذكرة والتحرير ونهاية الإحكام والإرشاد والمختلف والقواعد واللمعة والمقتصر والمهذب والتنقيح وإيضاح النافع والميسيّة والمسالك والروضة والدروس[١] على ما حكي عن بعضها.

بل في التذكرة: أنّه المشهور[٢].

وفي التنقيح وعن إيضاح النافع: أنّ عليه الفتوى[٣].

[٢] فلا تجدي المساواة وقت الابتياع.

أ ـ وقد أرسله العامة والخاصة في كتب فروعهم عن النبيّ صلى الله عليه وآله: أنّه سئل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: «أينقص إذا جفّ؟ فقيل له: نعم فقال: لا إذن»[٤]. وكان سؤاله مع العلم بالحال لبيان الوجه في التحريم.

ب ـ وقد قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: «لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أنّ التمر يابس والرطب رطب، فإذا يبس نقص»[٥].

جـ ـ وفي خبر داود بن سرحان: «لا يصلح التمر بالرطب، أنّ الرطب رطب والتمر يابس، فإذا يبس الرطب نقص»[٦].

د ـ وخبر داود الأبزاري[٧] الذي يقرب من ذلك.

هـ ـ والباقر عليه السلام في خبر محمد بن قيس: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً بمثل كيله إلى أجل من أجل أنّ التمر ييبس فينقص من كيله»[٨].

بناءً على إرادة الحرمة من نفي الصلاح والكراهة في باب الربا؛ لكثرة التعبير بهما عنها [=الحرمة] فيه [=الربا]، خصوصاً في نحو المقام الذي قد عرفت شهرة الأصحاب عليه. وخصوصاً بعد ما ورد في نحو ذلك من أنّ علياً عليه السلام لا يكره الحلال[٩]، بل في صحيح الحلبي ما يشهد لإرادتها منه، كما لا يخفى. والمناقشة في حجية العلّة في غير موردها واهية، كما حرّر في الأُصول، بل هي هنا في صحيح الحلبي كالصريحة في التعميم.

---

(١) نقله عن القديمين في المختلف ٥: ٩٥. المبسوط ٢: ٩٠. الوسيلة: ٢٥٣. التذكرة ١٠: ١٨٩. التحرير ٢: ٣٠٨. نهاية الإحكام ٢: ٥٥٠. الإرشاد ١: ٣٧٩. المختلف ٥: ٩٦. القواعد ٢: ٦٢. اللمعة: ١١٨. المقتصر: ١٧٨. المهذب ١: ٣٦٥. التنقيح ٢: ٩٣. نقله عن إيضاح النافع والميسية في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢١. المسالك ٣: ٣٢٤ـ ٣٢٥. الروضة ٣: ٤٤٥. الدروس ٣: ٢٩٥ـ ٣٩٦.

(٢) التذكرة ١٠: ١٨٩.

(٣) التنقيح ٢: ٩٣. نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢١.

(٤) المستدرك ١٣: ٣٤٢، ب١٣ من الربا، ح٢ وفيه: «فقالوا» بدل «فقيل له».

(٥) الوسائل ١٨: ١٤٨ـ ١٤٩، ب١٤ من الربا، ح١.

(٦) المصدر السابق: ١٥٠، ح٦.

(٧) المصدر السابق: ح٧.

(٨) المصدر السابق: ١٤٩، ح٢.

(٩) الوسائل ١٨: ١٥١، ب١٥ من الربا، ح١.

فعلاً، فلا مساواة حال الابتياع حينئذٍ [١]. وعلى كلّ حال فلا ريب في أنّ المنع مطلقاً أقوى.

(و) منه يعلم أنّه لاينبغي أن يكون (**في بيع الرطب بالتمر**) في غير العريّة (**تردّد**) كما وقع من المصنّف [٢] وإن قال: (**والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الروايتين**) [٣].

---

[١] لكن قد يناقش فيه بأنّه إنّما يتم في ذي البلل العرضي كالحنطة المبلولة، لا في مثل العنب ونحوه ممّا كان الماء فيه أحد أجزائه. ومن هنا فرّق في المحكي عن موضع من المبسوط[١] بين الحنطة المبلولة وغيرها، فمنع فيها دون نحو العنب بالزبيب.

[٢] إذ هو مورد العلّة المزبورة.

[٣] روايةً وعملاً، **بل هو المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً، بل في الغنية وعن الخلاف الإجماع عليه**[٢]. وهما الحجة، بعد النصوص السابقة التي لا وجه للمناقشة فيها. ١ ـ باحتمال حملها على النسيئة المتّفق على منعها فيه، كما في التحرير[٣]، استناداً إلى خبر محمّد بن قيس منها؛ ضرورة ظهور شمول مفهوم التعليل للنقد والنسيئة، ولو أُريد الثاني لكان اللازم التعليل بها. على أنّه لو سلّم دلالة خبر محمد بن قيس على ذلك فلا دلالة فيه على العدم في النقد كي ينافي غيره من النصوص الذي يراد حملها عليه، كما أنّه لا وجه للمعارضة بالأصل والإطلاقات التي يكفي في تخصيصها الأقلّ من ذلك. ٢ ـ وبموثّق سماعة قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن العنب بالزبيب؟ قال: «لا يصلح إلّا مثلاً بمثل، قال: والتمر بالرطب مثلاً بمثل»[٤] المؤيّد بخبر أبي الربيع في الجملة قال لأبي عبدالله عليه السلام: ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: «لا باس، قلت: فالبختج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس»[٥]، القاصرين عن المعارضة من وجوه، بل قد يحتملان بل قيل[٦]: إنّه الظاهر إرادة المماثلة بوصفي الرطوبة واليبوسة، فيكون كلّ منهما حينئذٍ مشعراً بالمنع مع المخالفة، بل ربّما احتمل في الموثق حمله على عنب يابس أو زبيب رطب. والتفاوت اليسير غير قادح كبيع العسل بالعسل قبل التصفية واللحم الطري بمثله، بل في الكافي: قلت: والتمر والزبيب، قال: «مثلاً بمثل»[٧]، فيكون خارجاً عمّا نحن فيه، كما أنّ خبر أبي الربيع كذلك؛ إذ ليس فيه بيع الرطب بالتمر، نعم أقصاه المنافاة لتعدية العلّة. وقد يحتمل إرادة الرطب من التمر، فيكون حينئذٍ من قبيل بيع ذي الحالتين مع التساوي فيهما. والمراد بالبختج فيه: عصير العنب المطبوخ بالنار وبالعصير ذلك قبل أن تمسّه النار كما قيل[٨].

ولعلّه ممّا ينقصه التجفيف لا الجفاف بنفسه، وستسمع الحال فيه. كلّ ذلك مع ندرة الخلاف؛ لانحصاره فيما أجد في المحكي عن الاستبصار[٩] الذي لم يعدّ للفتوى، وموضع من المبسوط وابن ادريس فجوّزاه على كراهية[١٠]، بل قال الثاني منهما: أنّ «مذهبنا ترك التعليل والقياس؛ لأنّه كان يلزم عليه أنّه لا يجوّز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب، وهذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف»، وهو كما ترى. نعم تبعهما بعض متأخّري المتأخّرين[١١].

---

(١) المبسوط ٢: ٩٣.
(٢) الغنية: ٢٢٦. الخلاف ٣: ٦٤.
(٣) التحرير ٢: ٣٠٨.
(٤) الوسائل ١٨: ١٤٩، ب ١٤ من الربا، ح ٣.
(٥) المصدر السابق: ١٥٠، ح ٥.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ١٢١. مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٨٣ ـ ٤٨٤.
(٧) الكافي ٥: ١٩٠، ح ١٦. الوسائل ١٨: ١٤٩، ب ١٤ من الربا، ذيل الحديث ٣.
(٨) التحرير ٢: ٣٠٩.
(٩) الاستبصار ٣: ٩٣، ذيل الحديث ٣١٦.
(١٠) المبسوط ٢: ٩٣. السرائر ٢: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.
(١١) كفاية الأحكام ١: ٥٠٠. الحدائق ١٩: ٢٤٤.

ولو زاد في الرطب بما يساوي نقيصة الجفاف لم يرتفع المانع سواء كانت الزيادة من الجنس أو المخالف لفوات التساوي حال الابتياع.

كما أنه كذلك لو نقص في التمر [١].

نعم لو نقص الرطب وضمّ إليه من غير جنسه وباعه بالتمر صحّ. ولو فرض زيادة أحد العوضين على حال الابتياع من غير نقيصة للآخر جاز بعد إحراز المساواة حال البيع [٢].

ولو كان النقصان بالجفاف يسيراً لقلّة العوضين جرى عليه حكم الربا في وجه [٣].

وقد يقوى في النظر ملاحظة أشخاص الأعواض في ذلك.

ولو كان ممّا ينقصه التجفيف لا الجفاف أمكن الاكتفاء بالمساواة حال البيع إذا لم يكن معظم الانتفاع به متوقّفاً على التجفيف، أو أنّه متخذ عادة لذلك.

وكذا يكتفي بالمساواة في وجه لو كان ممّا يعود نقصه؛ لاعتياد رش الماء عليه، والله أعلم.

[بيع الحنطة بالدقيق وزناً متساوياً]:

(فروع):

(الأول: إذا كانا) أي العوض والمعوّض **(في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والآخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزناً جائز)** مع التساوي وإن تفاوتا بالكيل [٤].

---

[١] **وفي التحرير الإتفاق على منع بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً[١].**

[٢] ١ ـ للأصل. ٢ ـ والإطلاقات السالمة عن معارضة تعدية العلّة. اللهمّ إلّا أن يدّعى ظهورها في إرادة المثال.

[٣] لكونه ممّا لا يتسامح فيه حال الكثرة، وربما يومئ إليه ترك الاستفصال في منع بيع الرطب بالتمر، كما أنّ المتسامح به حال الكثرة لا يقدح في القلّة وإن تفاحش.

[٤] **وفاقاً للمحكي عن المبسوط والسرائر والقاضي[٢]، وبه صرّح في التحرير والمسالك[٣] وغيرهما:**

١ ـ للإطلاقات. ٢ ـ وصدق بيع المثل بالمثل. ٣ ـ وفي صحيح زرارة: «الدقيق بالحنطة، والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به»[٤]. ٤ ـ وقال محمد بن مسلم للباقر عليه السلام في الصحيح: ما تقول في البرّ بالسويق؟ فقال: «مثلاً بمثل لا بأس به، قلت: إنّه يكون له ريع فيه فضل، فقال: أليس له مؤونة؟ قلت: بلى، قال: هذا بهذا»[٥]. ٥ ـ وقال الصادق عليه السلام في مرسل صفوان: «الحنطة والدقيق لا بأس به رأساً برأس»[٦]. ٦ ـ وسأله أبو بصير أيضاً عن الحنطة بالشعير والحنطة بالدقيق، فقال: «إذا كانا سواء فلا بأس، وإلّا فلا»[٧]. ٧ ـ مضافاً إلى أصالة الوزن للكيل، وأنّه أضبط وأشدّ رفعاً للغرر والجهالة منه، (و) لذا لم يتردّد المصنّف في الجواز.

---

(١) التحرير ٢: ٣٠٨.
(٢) المبسوط ٢: ٩٠. السرائر ٢: ٢٦٠. المهذب ١: ٣٦٣.
(٣) التحرير ٢: ٣١٠. المسالك ٣: ٣٢٦.
(٤) الوسائل ١٨: ١٤٢، ب ٩ من الربا، ح ٤.
(٥) المصدر السابق: ١٤٠، ح ١.
(٦) المصدر السابق: ١٤٢، ح ٥.
(٧) المصدر السابق: ح ٦.

أمّا (**في الكيل**) بمعنى بيع أحدهما بالآخر كيلاً مع التساوي فيه وإن تفاوت في الوزن فقال فيه: (**تردّد**) [١]. فـ(**ـالأحوط**) حينئذٍ (**تعديلهما بالوزن**) الذي هو الأصل [٢].

---

[١] ١ ـ من إطلاق النصوص السابقة. ٢ ـ ولأن الكيل أصل للحنطة فيستصحب في فروعها. ١ ـ ومن أنّ الوزن أضبط، وأنّه أصل للكيل، ولذا المقدّر بالوزن لا يباع كيلاً؛ لعدم ارتفاع جهالته به. ٢ ـ وللشكّ في صدق إطلاق المثلين مع تفاوت الوزن. ٣ ـ ولأنّ من أفراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز (و) السمسم بالشيرج.

[٢] **خروجاً عن خلاف المبسوط وابن البراج، حيث قالا في مفروض المسألة: لا يباع إلّا وزناً وإن مثّلاه بالحنطة والخبز**[١]. **بل ظاهرهما أنّه ليس الحنطة والدقيق منه، ولذا ذكر أوّلهما: أنّ الأحوط فيهما بيعهما بالوزن ثمّ عقّبه بحكم ما نحن فيه جازماً بما سمعت**[٢]. **وفي المختلف: «أنّ الحنطة من المكيلات وكذا الدقيق؛ لأنّ أصله من الحنطة وهي مكيلة فلا يباع أحدهما بالآخر إلّا بالكيل، ولا يباع بالوزن، وإلّا جاء الربا.** لا يقال: إذا بيعا بالكيل حصل الربا أيضاً؛ لأنّ الحنطة أثقل من الدقيق فيحصل التفاوت في الوزن وهو عين الربا. لأنّا نقول: لا اعتبار بالتفاوت في الميزان في المكيل. ثمّ روى زرارة[٣] في الصحيح إلى آخره ومحمد بن مسلم[٤] إلخ، وإنّما تتحقق المتماثلة بالتساوي في المقدار الذي جعله الشارع معياراً لهما، وهو الكيل وإن اختلف في غيره ممّا لم يجعله معياراً. وقول الشيخ: أنّ الأحوط الوزن؛ لأنّ الدقيق أخف من الحنطة غير جيّد؛ لأنّه من هذه الحيثية كان الأحوط الكيل؛ إذ تساويهما في الوزن يقتضي التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لهما، وهو الكيل الذي نهى عنه، وتساويهما في الكيل يقتضي تماثلهما فيما جعله الشارع معياراً لهما الذي أمر به وإن اختلفا فيما سواه»[٥].

قلت: لكن هذا كلّه خروج عمّا نحن فيه من بيان حكم ما لو اختلف ماهو كالجنس الواحد في التقدير. ودعوى امتناع ذلك لتبعية الفروع للأُصول، كما يومئ إليه أوّل كلامه واضحة المنع. وربّما كانت هي منشأ قوله: بأنّ الدقيق مكيل، وإلّا فالمنقول أنّه موزون. وربّما كان في صحيح ابن مسلم إيماء إليه، بناءً على أنّ الفضل في الحنطة عليه إنّما يكون بالوزن، بل في بعض نصوص مقاطعة الطحان[٦] التصريح باعتباره بالوزن، كما أنّ فيه اعتبار الحنطة به. ولا ينافيه معلومية اعتبارها بالكيل؛ إذ يمكن أنّها كانت تعتبر بهما. وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة ـ لا في مثالها ـ في عدم جواز البيع بالكيل.

وتردّد المصنّف والفاضل في التحرير[٧] ليس قولاً، بل لم أجد من احتمله غيرهما، بل اقتصر الثاني منهما في القواعد على احتمال تحريم البيع بالكيل والوزن؛ للاختلاف قدراً، وتسويغه بالوزن[٨]. لكن في المسالك عن الفاضل أنّه اعتبر الكيل فيما هو أصله، واستحسنه[٩] هو. وفيه: ١ ـ مع أنّه لا يتم في نحو الحنطة بالخبز. ٢ ـ أنّه لا مدخلية لكيل الأصل في ذلك. **وعن السرائر نفي الخلاف عن عدم جواز بيع الموزون مكيلاً**[١٠].

---

(١) المبسوط ٢: ٩٠. المهذب ١: ٣٦٣.
(٢) المبسوط ٢: ٩٠.
(٣) (٤) تقدّم في ص ٣١٤.
(٥) المختلف ٥: ٩٩ ـ ١٠٠.
(٦) الوسائل ١٨: ١٤١، ب ٩ من الربا، ح ٣.
(٧) التحرير ٢: ٣١٠.
(٨) القواعد ٢: ٦٢.
(٩) المسالك ٣: ٣٢٦.
(١٠) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٥١٧. ولم نعثر فيه. انظر السرائر ٢: ٢٥٣، ٢٦٠.

والتحقيق في المسألة مبني على تحقيق مسألة أُخرى وهي جواز بيع الموزون مكيلاً وبالعكس وعدمه [١]. هذا كلّه في غير البيع بالجنس.

أمّا فيه فـ [ـالظاهر] [٢] وجوب ذلك الاعتبار فيه، فلا يباع المكيل بجنسه إلّا مكيلاً وكذا الموزون، وإن قلنا بالجواز في غيره [٣].

---

[١] **فعن المبسوط: إذا كان عادة الحجاز على عهده ﷺ في شيء الكيل لم يجز إلّا كيلاً في سائر البلاد وما كانت فيه وزناً لم يجز فيه إلّا وزناً. بلا خلاف في ذلك كلّه**[١].

قيل: وظاهره بين المسلمين[٢].

واحتمل في جامع المقاصد في ذلك ثلاثة احتمالات:

الأوّل: الجواز مطلقاً؛ لاندفاع الغرر والجهالة بذلك واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لا يقضي بعدم حصول العلم بدونه، مضافاً إلى أصالة صحّة البيع، ثم أجاب عمّا لعلّه يورد هنا من منع بيعه بجنسه كذلك: بأنّ ذلك إنّما هو لأجل الحذر من التفاوت لا لحصول الجهالة.

الثاني: عدم الجواز مطلقاً؛ لأنّ كلّاً من المعيارين بالإضافة إلى ما علم بالآخر غير محصّل للعلم بالمقدار فلا يندفع به الغرر، ثمّ قال: وفيه منع.

الثالث: التفصيل بجواز بيع المكيل موزوناً دون العكس، قال: «ويظهر من التذكرة اختياره».

والمستند فيه أنّ الوزن أصل للكيل ولم يثبت مرادهم منه، فإن أرادوا أنّ الكيل طار على الوزن فغير واضح؛ لأنّ المفروض أنّ المكيل لم يكن موزوناً، وإن أرادوا أنّ الوزن أدلّ على المقدار فغير ظاهر أيضاً؛ لأنّ مقدار معيار الكيل إنّما هو باعتبار حجمه لا باعتبار ثقله وخفته.

وإن أرادوا أغلبيته في أكثر الأشياء فيكون الأصل بمعنى الراجح فشرعاً غير معلوم، والعرف لا يرجع إليه فيما ثبت حكمه شرعاً[٣].

[٢] [كما] قد صرّح غير واحد بـ [ـذلك].

[٣] **بل قيل: إنّه مجمع عليه في الظاهر**[٤].

قال في التذكرة: «ما أصله الكيل يجوز بيعه وزناً سلفاً ومعجّلاً، ولا يجوز بيعه بمثله وزناً؛ لأنّ الغرض في السلف والمعجّل تعيين الجنس ومعرفة المقدار، وهو يحصل بهما، والغرض المساواة، فاختصّ المنع في بعضه ببعض به»[٥].

---

(١) المبسوط ٢: ٩٠.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥١٨.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٥١٧.

(٥) التذكرة ١٠: ١٩٧، وفيه: «البيع» بدل «المنع».

. . . . . .

وفي المختلف: « قال ابن إدريس: يجوز أن يسلف في المكيل من الحبوب والأدهان وزناً وفي الموزون كيلاً إذا كان يمكن كيله، ولا يتجافى في المكيال، ولا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً إذا كان أصله الكيل، ولا كيلاً إذا كان أصله الوزن، والفرق أنّ المقصود من السلم معرفة مقدار المسلم فيه حتى يزول عنه الجهالة، وذلك يحصل بأيّهما قدّر من كيل أو وزن، وليس كذلك ما يجري فيه الربا، فإنّ الشارع أوجب علينا التساوي والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات، فإذا باع المكيل بعضه ببعض وزناً، فإذا ردّ إلى الكيل جاز أن يتفاضل لثقل أحدهما وخفة الآخر، فلذلك افترقا، ويجوز بيع المكيل بالوزن، ولا يجوز بيع الموزون بالكيل »[١].

وعن المبسوط في باب السلم: « لايجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً إذا كان أصله الكيل، ولا كيلاً إذا كان أصله الوزن »[٢].

وفي القواعد هنا: « لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافاً ولا مكيلاً ولا المكيل جزافاً ولا موزوناً »[٣].

وفي باب السلم تردّد في جواز السلف في المكيل موزوناً وبالعكس[٤].

وفي المختلف هنا: « الأقرب عندي أنّ المكيل لا يباع بعضه ببعض بالوزن، مع احتمال التفاوت وكذا العكس »[٥].

إلى غير ذلك من كلماتهم المتفرّقة.

لكن في المسالك في شرح قول المصنّف: فيجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً « هذا إذا كان أصلهما الوزن، أمّا لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزناً خاصة نظر من كون الوزن أضبط، حتى قيل: إنّه أصل للكيل ومن ورود الشرع والعرف بالكيل، فلا يعتبر بغيره وظاهر كلام المصنّف اختيار الأوّل، وهو متجه، ونقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً، مع الإجماع على كونهما مكيلين كيلين في عهده ﷺ »[٦].

قلت:

وعن التذكرة[٧] أيضاً إجماع الأُمة على أنّهما والملح والتمر كانت مكيلة في عهده ﷺ، قال: « فلا تباع بعضها ببعض إلا مكيلة، ولا يجوز بيع شيء منها بشيء آخر من جنسها وزناً » ونحوه قال: في الموزون أيضاً[٨].

---

(١) المختلف ٥: ٩٨ـ ٩٩.

(٢) المبسوط ٢: ١٨٢.

(٣)(٤) القواعد ٢: ٦١، ٤٩.

(٥) المختلف ٥: ٩٩.

(٦) المسالك ٣: ٣١٧.

(٧) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٥١٧. انظر التذكرة ١٠: ١٣٥.

(٨) التذكرة ١٠: ١٩٤ـ ١٩٥.

قلت: التحقيق في أطراف المسألة أنّه لا ريب في أنّ [الظاهر] [١] صحّة البيع مع تعارف الكيل في الموزون أصلاً وبالعكس [٢]. و[المختار] [٣] أنّه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله وبالعكس [٤].

فتحصّل أنّ الأقوى اعتبار التعارف في ذلك، وهو مختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة. ولا فرق في ذلك بين البيع بالجنس وغيره فالموزون الذي كان يتعارف كيله في السابق يجري فيه الربا باعتبار الوزن؛ لعدم صحّة بيعه كيلاً على ما ذكرنا وكذا المكيل [٥]. ولو فرض تعارف الكيل والوزن فيه جاز البيع بكلّ منهما مع التساوي فيه وإن اختلف في التقدير الآخر. ومن ذلك يعلم أنّ الأقوى في موضوع مسألة المتن [إذا كانا في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والآخر موزون] عدم الجواز بالكيل وبالوزن [٦].

نعم لو فرض أنّ أحدهما مكيل وموزون والآخر موزون خاصة أو مكيل كذلك جاز بيعهما بالتقدير المشترك بينهما دون المختص بأحدهما [٧].

لكن بقي شيء: وهو أنّه وإن قلنا: إنّ التحقيق عدم الجواز في موضوع مسألة المتن، إلّا أنّ الظاهر عدم كون

---

[١] [إذ] الإطلاقات تقتضي [ذلك].

[٢] ولا دليل يدلّ على وجوب اعتبار أصله صالح لتقييدها، بل السيرة القاطعة على بيع ما ذكروا أنّها مكيلة في عهده بالوزن عاضدة لها، بل لعلّ دليل الغرر والجهالة يقضي بعدم جواز البيع بالاعتبار الأصلي بعد أن كان المتعارف غيره؛ ضرورة حصولهما [= الغرر والجهالة] به [= البيع] بعد نسخ الأصل ورفضه وإن كان قد لوحظ في ابتداء التعارف حتى يصح البيع.

[٣] [كما] منه [= ممّا تقدّم] يعلم.

[٤] ضرورة حصول الجهالة والغرر بذلك؛ إذ الوزن لمتعارف الكيل مثلاً كالمكيال المجهول، وكالوزن بصخرة مجهولة. ودعوى أصالة الوزن للكيل قد عرفت المراد بها، وعدم ثبوتها على وجه يجدي.

[٥] والتساوي والتفاضل المذكور في الأدلّة ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع، كما هو واضح. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه بالنسبة إلى رفع الربا يعتبر التساوي بالمعيار الأصلي وإن كان لا يباع إلّا بالوزن فيعتبر مساواته مثلاً بالكيل ليسلم من الربا ثمّ يوزن إذا أُريد بيعه وإن حصل التفاضل فيه. ولكن مقتضى ذلك أنّ التساوي في الوزن المتعارف لا يكفي والتفاضل فيه بعد التساوي في الكيل لا يقدح، والتزامه في غاية الصعوبة، وليس في الأدلّة ما يشهد له. والإجماع السابق من التنقيح[1] إنّما هو في جريان الربا على المعتبر أصلاً وإن تعارف جزافيته، وعدمه وإن تعارف اعتباره، فليس حينئذٍ إلّا ما ذكرناه، فتأمّل جيّداً.

[٦] لاستلزام كلّ منهما تقدير أحدهما بغير المتعارف في تقديره. وتعارف كيل الأصل أو وزنه غير مجد في الفرع، بعد فرض حصول التعارف فيه على خلاف أصله.

[٧] وبهذا يظهر لك النظر في جملة ممّا تقدّم وغيره، خصوصاً مثل عبارة المصنّف وغيرها، كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم.

---

(١) التنقيح ٢: ٩١.

الحنطة والدقيق من ذلك [١].

[بيع العنب الزبيب]:

الفرع (**الثاني: بيع العنب بالزبيب جائز**) عند المصنّف [٢]. (**وقيل: لا، اطراداً**[١] **لعلّة الرطب بالتمر و**) هو لا (**الأوّل أشبه**) [٣] كما عرفت الحال فيه. (**وكذا البحث في كلّ رطب مع يابسه**).

[بيع الأدقة بعضها ببعض مثلاً بمثل]:

الفرع (**الثالث: يجوز بيع الأدقّة بعضها ببعض مثلاً بمثل**) مع اتحاد الجنس ومتفاضلاً مع اختلافه، من غير فرق بين الناعمين والخشنين والناعم والخشن [٤]. (**وكذا**) يجوز بيع (**الأخباز**) بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ومتفاضلاً مع اختلافه، نعم يعتبر في الأوّل الاتحاد أيضاً في الرطوبة واليبوسة، وإلّا جاء البحث السابق [٥]. (**و**) كذا يجوز بيع (**الخلول**) بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ومتفاضلاً مع اختلافه [٦]. من غير فرق في أفراد الخلّ بين المعتصر وبين الممزوج بالماء، فيجوز حينئذٍ [٧] بيع خل العنب بالزبيب [٨].

---

[١] فإنّ النصوص والفتاوى اتفقت على الجواز فيها، **بل في التذكرة الإجماع عليه**[٢].

نعم ليس في شيء من النصوص ما يدلّ على أنّ أحدهما لا يباع إلّا كيلاً والآخر لا يباع إلّا وزناً، كي يكون ذلك مثالاً لموضوع المسألة، فيمكن كونهما معاً مكيلين، ويمكن كونهما معاً موزونين، ويمكن كونهما يباعان بهما، أو أنّ أحدهما كذلك دون الآخر وقد وقع البيع بالاعتبار المشترك، فلا منافاة حينئذٍ بين ما ذكرناه وبين هذه النصوص ومعقد إجماع التذكرة[٣]. ومن الغريب احتمال الحرمة في القواعد[٤] في خصوص ذلك، والله أعلم.

[٢] **ومن عرفت سابقاً ممّن لا يعدّي العلّة**.

[٣] **عندنا**.

[٤] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا**؛ للإطلاقات. **وعن الشافعي في القديم والجديد: أنّه لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق مع اتحاد الجنس**[٥]. **وعن أبي حنيفة عدم جواز بيع الناعم بالخشن**[٦]. ولا ريب في فسادهما.

[٥] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا**؛ لإطلاق الأدلّة. **وعن الشافعي: أنّه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانا رطبين**[٧]، **بل عنه في كتاب الصرف: أنّه لا يجوز أيضاً إذا كانا يابسين مدقوقين يمكن كيلهما**[٨]. ولا ريب في فساده.

[٦] **بلا خلاف أجده بيننا**.

[٧] **كما في التذكرة**[٩].

[٨] لاتحاد أصلهما. **خلافاً للشافعي فلا يجوز**[١٠]؛ لأنّ في خل الزبيب ماء. وفيه: أنّه غير مانع؛ إذ هو إن أفاد اختلاف الحقيقة جاز متفاضلاً، وإلّا متساوياً.

---

(١) في الشرائع: «طرداً».
(٢)(٣) التذكرة ١٠: ١٦٣.
(٤)(٥) القواعد ٢: ٦٢. المجموع ١١: ١١٨.
(٦) نقله في المجموع ١١: ١١٨.
(٧)(٨) المجموع ١١: ١٢٤، ١٢٦.
(٩) التذكرة ١٠: ١٧٦.
(١٠) روضة الطالبين ٣: ٣٩١.

وكذا خلّ الزبيب بخل الزبيب [١]. وكذا خلّ التمر بخلّ التمر [٢]. أمّا خل التمر بالزبيب فلا إشكال فيه [٣]. وأمّا بيع الدبس بالدبس فيجوز [٤] متساوياً [٥]، مع اتحاد أصله ومتفاضلاً مع اختلافه [٦]. ويجوز [٧] بيع الدبس بالتمر مع اتحاد الأصل متساوياً [٨]. ويجوز بيع خل العنب بعصيره متساوياً [٩].

وبالجملة لا ريب في الجواز [١٠] في هذه كلّها وغيرها (**وإن جهل مقدار ما في كلّ واحد من الرطوبة**) في بعضها (**اعتماداً على تناول**[١] **الاسم**) وقد تقدّم لك تمام البحث في ذلك [١١].

---

[١] **عندنا، كما عن التذكرة**[٢] **أيضاً خلافاً له أيضاً**؛ لأنّ في كلّ منهما ماء، قال: وإن قلنا في الماء ربا لم يجز بمعنى جواز تفاضل الزبيب والماء[٣]. وهو كما ترى.

[٢] **عندنا: كما في التذكرة**[٤] **خلافاً له**[٥] **أيضاً.**

[٣] **عندنا أيضاً؛ لاختلاف الجنس.**

وعن الشافعي: أنّه إن قلنا: في الماء ربا لم يجز، وإن قلنا: لا ربا فيه جاز[٦]. وفساده واضح عندنا.

[٤] **عندنا.**

[٥] **كما في التذكرة**[٧].

[٦] **وعن الشافعي المنع**[٨]؛ للاشتمال على الماء.

[٧] **عندنا أيضاً.**

[٨] **ومنعه الشافعي**[٩] **أيضاً.**

[٩] **عندنا، كما في التذكرة**[١٠].

[١٠] **عندنا.**

[١١] **ومنه يعلم ما في المسالك هنا: « قال: لابد في الجواز من اشتراكهما في أصل الرطوبة أي الأخباز في الرطوبة، فلو كان أحد الخبزين رطباً والآخر يابساً لم يصح بناءً على ما سلف من القاعدة، وفي العبارة إشارة إليه حيث أثبت لكلّ واحدة رطوبة جهل مقدارها، ولو علم أنّ رطوبة أحدهما أكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الأصل ففي الجواز نظر، من صدق الاسم في المثلين، ومن العلم بزيادة حقيقة أحدهما على الآخر، ولعلّ الأقرب الجواز؛ لأنّ الرطوبة غير مقصودة، والحقيقة مطلقة عليهما، وكذا لو علمت الرطوبة في أحدهما وانتفت من الآخر، كخلّ الزبيب وخل العنب الخالص »**[١١]. قلت: قد عرفت أنّه لا يكفي الاتحاد في الحقيقة والمساواة عند الابتياع، بل لابدّ من مراعاة عدم النقصان في أحدهما عن الآخر بعد ذلك؛ للأخبار السابقة، فإذا فرض عدمه صحّ، وإن كانت الرطوبة في أحدهما عارضيّة كخلّ الزبيب، إلّا أنّها صارت من أجزاء الحقيقة، فلاحظ ما تقدّم سابقاً وتأمّل، والله أعلم.

---

(١) في الشرائع: «ما تناوله» بدل «تناول».
(٢) (١٠) التذكرة ١٠: ١٧٦.
(٣) (٥) (٦) روضة الطالبين ٣: ٣٩١.
(٤) (٧) التذكرة ١٠: ١٧٧.
(٨) روضة الطالبين ٣: ٣٩٢.
(٩) انظر التهذيب (للبغوي) ٣: ٣٥٠.
(١١) المسالك ٣: ٣٢٦.

[الربا بين الوالد والولد]:

(تتمة : فيها مسائل :)

(الأُولى : لا ربا بين الوالد وولده) [١].

---

[١] ١ ـ إجماعاً محكيّاً مستفيضاً، إن لم يكن متواتراً صريحاً وظاهراً، بل يمكن تحصيله ؛ إذ لاخلاف فيه إلّا من المرتضى في الموصليّات[١].

لكن في الانتصار بعد أن ذكر « ممّا انفردت به الإمامية القول بأنّه لا ربا بين الولد ووالده، ولا بين الزوج وزوجته، ولا بين الذمّي والمسلم، ولا بين العبد ومولاه، وخالف باقي الفقهاء...، قال : وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت عليَّ من الموصل وتأوّلت الأخبار التي يرويها أصحابنا المتضمّنة لنفي الربا بين من ذكرناه، على أنّ المراد بذلك ـ وإن كان بلفظ الخبر ـ معنى الأمر، كأنّه قال : يجب أن يقع بين ما ذكرناه ربا، كما قال تعالى : ﴿ ومَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً ﴾[٢]، وكقوله تعالى : ﴿ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ في الحَجِّ ﴾[٣] وقوله ﷺ : « العارية مردودة، والزعيم غارم »[٤]، ومعنى ذلك كلّه الأمر ».

إلى أن قال : « واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ... ثمّ لمّا تأمّلت ذلك رجعت عن هذا المذهب ؛ لأنّي وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرنا، وغير مختلفين فيه في وقت من الأوقات، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنّه حجة، ويخصّ به ظاهر القرآن »[٥].

وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطأ، وأنّه مخالف للإجماع في فتواه السابقة، لا يقدح في تحصيل الإجماع، بل هو مؤكّد له.

٢ ـ مضافاً إلى خبر عمرو بن جميع ـ الذي رواه المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : ليس بين الرجل وولده ربا، وليس بين السيّد وعبده ربا »[٦].

٣ ـ وصحيحي زرارة ومحمد بن مسلم الذي رواه الكليني والشيخ عن أبي جعفر [عليه السلام] : « ليس بين الرجل وولده، وبينه وبين عبده، ولا بينه وبين أهله ربا، إنّما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك، قلت : فالمشركون بيني وبينهم ربا ؟ قال : نعم قلت : فإنّهم مماليك، فقال : إنّك لست تملكهم إنّما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء، فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك ؛ لأنّ عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك »[٧].

فمن الغريب دغدغة بعض المتأخّرين[٨] في الحكم المزبور، وكأنّه ناش من اختلال الطريقة.

---

(١) جوابات المسائل الموصليات الثانية (رسائل المرتضى) ١ : ١٨٢.

(٢) آل عمران : ٩٧.

(٣) البقرة : ١٩٧.

(٤) كنز العمال ١٠ : ٣٦٢، ح ٢٩٨٢٢.

(٥) الانتصار : ٤٤١ ـ ٤٤٢.

(٦) الكافي ٥ : ١٤٧، ح ١. الفقيه ٣ : ٢٧٧، ح ٤٠٠١. التهذيب ٧ : ١٨، ح ٧٦. الوسائل ١٨ : ١٣٥، ب ٧ من الربا، ح ١.

(٧) الكافي ٥ : ١٤٧، ح ٣. التهذيب ٧ : ١٧، ح ٧٥. الوسائل ١٨ : ١٣٥، ١٣٦، ب ٧ من الربا، ح ٣، ٤.

(٨) انظر مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٤٨٨ ـ ٤٨٩.

(و)[المختار][١] أنّه (**يجوز لكلّ منهما أخذ الفضل من صاحبه**)[٢].

وكيف كان فلا يتعدّى الحكم إلى الأُمّ[٣].

كما أنّ الظاهر[٤] إرادة الولد النسبي دون الرضاعي[٥].

نعم قد يتوقّف في ولد الزنى[٦]، وعموم التحريم قوي[٧].

[وفي تعدّي الحكم إلى ولد الولد توقّف]، بل [قيل][٨]: الجزم بالالحاق، وهو لا يخلو من قوّة، وإن كان الأحوط خلافه.

كما أنّ الأحوط الاقتصار على الذكر[٩].

وحينئذٍ لا إشكال في الخنثى وإن كانت مشكلاً. نعم قد يتوقّف في المشكل منها بناء على اختصاص الحكم بالذكر، فيحتمل التحريم[١٠] و[يحتمل] الحلّ[١١].

---

[١] [كما أنّ] إطلاق الخبرين، و معاقد الإجماعات يقضي بـ[ذلك].

[٢] **كما صرّح به الحلّي والفاضلان والشهيدان[١] وغيرهم، بل لعلّه لا خلاف فيه إلّا من الاسكافي، فقال ـ كما في المختلف ـ: «لاربا بين الوالد وولده إذا أخذ الوالد الفضل، إلّا أن يكون له وارث أو عليه دين»[٢]**. وهو اجتهاد في مقابلة النص والفتوى.

[٣] لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بغيرها.

[٤] [وذلك] من النص والفتوى.

[٥] **وإن احتمله بعضهم[٣]**، ولا إطلاق للمنزلة بحيث يشمل المقام؛ ضروره انصرافها للنكاح ونحوه.

[٦] من صدق الولد لغةً، ومن انصرافه إلى غيره.

[٧] **ولذا صرّح جماعة منهم الفاضل وثاني المحققين والشهيدين[٤] بعدم تعدي الحكم إلى ولد الولد. لكن توقّف فيه بعضهم[٥].**

[٨] **[كما] في الدروس[٦].**

[٩] لأنّه المنساق عرفاً.

لكن في التذكرة وجامع المقاصد: أنّه لا فرق في الولد بين الذكر والأُنثى؛ لشمول الاسم[٧].

[١٠] للعموم.

[١١] للأصل.

---

(١) السرائر ٢: ٢٥٣. التذكرة ١٠: ٢٠٧. الدروس ٣: ٢٩٩. الروضة ٣: ٤٣٩.

(٢) المختلف ٥: ٧٩. (٣) الروضة ٣: ٤٣٩.

(٤) التذكرة ١٠: ٢٠٩. جامع المقاصد ٤: ٢٨٠. الروضة ٣: ٤٣٩.

(٥) انظر كفاية الأحكام ١: ٥٠٢. (٦) الدروس ٣: ٢٩٩.

(٧) التذكرة ١٠: ٢٠٩. جامع المقاصد ٤: ٢٨٠.

[الربابين المالك ومملوكه]:

(و) كذا (لا) ربا (**بين المولى ومملوكه**) [١]. [وفي شموله للمكاتب إشكال].

نعم لا فرق بين القن والمدبّر وأمّ الولد [٢].

كما أنّ [الظاهر] [٣] قصر الحكم على غير المشترك [٤].

[وأمّا المبعّض فيمكن جريان حكم الملك والحرية على كلّ من الجزءين].

---

[١] ١ ـ **اجماعاً بقسميه**.

٢ ـ وللخبرين السابقين[١].

٣ ـ وصحيح علي بن جعفر : سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدّي العبد كلّ شهر عشرة دراهم أيحلّ ذلك ؟ قال : « لا بأس »[٢]. بل لا يتصوّر وقوع الربا بينهما بناء على عدم ملكية العبد.

ولذا قيل : إنّه كان ينبغي ترك ذكره ممّن كان يرى ذلك.

نعم يتجه ذكره بناءً على الملكية، ومستنده حينئذٍ ما عرفت.

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ المراد هنا بالمملوك ما يشمل المكاتب، والقائل بعدم ملكية العبد يقول بها فيه. لكن ذلك مبني على إرادة الأعم منه من النص ومعقد الإجماع.

وربّما نوقش فيه بأنّ المنساق غيره.

[٢] [إذ] لا أقلّ من الشكّ فتبقى حرمة الربا على عمومها.

[٣] [كما هو] مقتضاها، بل هو الظاهر من النصّ والفتوى، بل هو كصريح صحيح زرارة[٣].

[٤] **كما صرّح به جماعة، بل في المختلف أطلق أصحابنا، ومقصودهم إذا لم يكن مشتركاً**[٤]. وهو كذلك ؛ ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد المولى وكون المملوك جميعه لابعضه.

لكن قد يقال : إنّ مثل هذا الظهور لا يرفع حكم المبعّض، كما في زكاة الفطرة وغيرها ممّا كان العنوان فيه نحو ما هنا، بل يظهر من النص والفتوى اقعاد[٥] قاعدة في المبعّض الذي بعضه حرّ بالنسبة إلى جريان حكم الملك والحرية على كلّ من الجزءين فضلاً عن العبد المشترك بين المالكين الذي يمكن القول فيه بحلّية الربا فيه بالنسبة إلى كلّ من مولييه، كإمكان القول في المبعّض الحرّ أنّه يصح العقد الربوي فيما قابل الجزء الملك ويبطل فيما قابل الجزء الحرّ، نحو ما يقال في المال المشترك بين الوالد وغيره مثلاً فباعاه من الولد لأحدهما فإنّه يصح العقد بالنسبة إلى نصيب الوالد مع زيادته ويبطل في غيره. على أنّ الخبر المزبور ـ مع احتمال العلّة فيه إقناعية ؛ لما تسمع في المشترك الجزئي ـ ظاهر في نحو المشترك الجنسي الذي هو بين المسلمين لا مثل المشترك بين شخصين مثلاً، أو مثل الذي بعضه حرّ وبعضه رق.

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣٥، ١٣٦، ب ٧ من الربا، ح ١، ٤.
(٢) المصدر السابق : ١٣٦، ح ٦.
(٣) الوسائل ١٨ : ١٣٥، ب ٧ من الربا، ح ٣.
(٤) المختلف ٥ : ٨٣.
(٥) في المطبوع : « اتحاد ».

[الربابين الزوج والزوجة]:

(و) كذا (**لا**) ربا (**بين الرجل وزوجته**) [١]. و[قيل:] [٢] إنّه لا فرق بين الدائمة والمتمتّع بها [٣]. [ولكن ينبغي الاقتصار على المتيقن وهي الدائمة] [٤].

إلّا أنّه قد يقوى التفصيل بين المتخذة أهلاً وغيرها، فلا ربا في الأولى، ويثبت في الثانية.

ومنه يظهر وجه التوقّف في المطلّقة رجعية؛ إذ هي وإن كانت زوجة، إلّا أنّه قد يمنع صدق الأهل عليها.

---

[١] ١ ـ **إجماعاً أيضاً بقسميه.**

٢ ـ ولصحيح زرارة المتقدّم سابقاً[١].

٣ ـ مضافاً إلى مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام: «ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة و[بين] زوجها ربا»[٢].

٤ ـ وهو مضافاً إلى الفتاوى ومعاقد الإجماعات قرينة على إرادة الزوجة من «الأهل» في صحيح زرارة[٣] لا غيرها ممّن هو أهل عرفاً.

[٢] [قاله] **الأكثر كما في الرياض[٤]، والمشهور كما عن الكفاية: أنّه لا فرق بين الدائمة والمتمتّع بها[٥].**

[٣] **وبه صرّح الشهيدان والعليّان[٦].**

لكن قد يناقش بعد تسليم صدق اسم «الزوجة» بل «والأهل» عليها بأنّ المنساق إلى الذهن الدائمة، خصوصاً إذا كان المتمتّع بها إلى أجل قصير ولم يكن متخذاً لها اتخاذ الزوجة، بل اتخذها اتخاذ المستأجرة، على أنّ الدائمة هي التي ثبت لها التفويض في مال الرجل في الجملة كأخذ المأدوم ونحوه، كما أنّها هي التي يتسلّط الزوج على مالها بحيث لا يجوز لها العتق إلّا بإذنه على ما في بعض النصوص[٧]، بل هما المتحدان في المال عرفاً، مضافاً إلى عموم حرمة الربا التي ينبغي الاقتصار في خلافها على المتيقّن.

[٤] **ولعلّه لذا تردّد المقداد[٨] والصيمري[٩] كما قيل[١٠]، بل عن التذكرة[١١] وإيضاح النافع[١٢] ومجمع البرهان[١٣] ثبوت الربا بينها وبينه، ووجهه ما عرفت.**

---

(١) تقدّم في ص ٣٢١.

(٢) الفقيه ٣: ٢٧٨، ح ٤٠٠٢. الوسائل ١٨: ١٣٦، ب ٧ من الربا، ح ٥.

(٣) تقدّم في ص ٣٢١.

(٤) الرياض ٨: ٣٠٧.

(٥) كفاية الأحكام ١: ٥٠٢.

(٦) الدروس ٣: ٢٩٩. المسالك ٣: ٣٢٧. جامع المقاصد ٤: ٢٨٠. نقله عن الميسية في مفتاح الكرامة ٤: ٥٣١.

(٧) الوسائل ٢٣: ٨٠، ب ٤٤ من العتق، ح ٢.

(٨) التنقيح ٢: ٩٥.

(٩) غاية المرام ٢: ٨٣.

(١٠) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣١.

(١١) التذكرة ١٠: ٢٠٩.

(١٢) نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٥٣١.

(١٣) مجمع الفائدة البرهان ٨: ٤٩٠.

والاحتياط لا ينبغي تركه [١].

[الربابين المسلم والكافر]:

(و) كذا (**لا**) ربا (**بين المسلم وأهل الحرب**) [٢] إذا أخذ المسلم الفضل [٣].

ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره ولا في كونه بين دار الإسلام أو الحرب [٤].

و[لكنّ] الأحوط اجتنابه [في المعاهد].

وعلى كلّ حال فـ [ـالظاهر] [٥] أنّ المراد من نفي الربا بيننا وبينهم أخذه منهم لا إعطاؤهم [٦].

(**ويثبت**) الربا (**بين المسلم والذمّي**) قطعاً إذا كان الآخذ الذمّي وبالعكس (**على الأشهر**) [٧].

---

[١] وذلك لأنّ الجمع بين خبري « الزوجة »[(١)] و« الأهل »[(٢)] يقتضي اعتبار كلّ منهما ، فإنّهما شبه العامّين من وجه .

[٢] **إجماعاً بقسميه أيضاً .**

[٣] ولمرسل الصدوق ، المروي مسنداً في الكافي ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ، ولا نعطيهم »[(٣)] .

والضعف غير قادح بعد الانجبار ، كما أنّ خبر زرارة[(٤)] يمكن إرادة غير أهل الحرب من المشركين كأهل الذمّة ، بناءً على جريان الربا فيهم أو غير ذلك .

[٤] **كما صرّح به بعضهم[(٥)] ، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع على الأخير[(٦)] .**

لكن قد يناقش في الأوّل :

١ ـ بظهور المرسل[(٧)] في غيره ممّن هو محارب حال المعاملة ؛ إذ هو كالذمّي الذي ستعرف البحث فيه .

٢ ـ مضافاً إلى وجوب الاقتصار فيما خالف العموم على المتيقّن .

[٥] [كما هو] صريح المرسل المزبور .

[٦] **كما هو صريح جماعة ، وظاهر آخرين ، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً ـ وإن كان قد أطلق بعضهم[(٨)] ـ إلّا من القاضي فيما حكي عنه فجوّز أخذ كلّ منهما من الآخر[(٩)] .**

لكن لا ريب في ضعفه ؛ لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم .

[٧] **بل المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل عليه عامة المتأخّرين إلّا النادر ، بل لم أجد فيه خلافاً إلّا ما سمعته من**

---

(١) الفقيه ٣ : ٢٧٨ ، ح ٤٠٠٢ . الوسائل ١٨ : ١٣٦ ، ب ٧ من الربا ، ح ٥ .

(٢) (٤) تقدّم في ص ٣٢١ .

(٣) الفقيه ٣ : ٢٧٧ ، ح ٤٠٠ ، وليس فيه : « ألف درهم بدرهم . الكافي ٥ : ١٤٧ ، ح ٢ . الوسائل ١٨ : ١٣٥ ، ب ٧ من الربا ، ح ٢ .

(٥) التذكرة ١٠ : ٢٠٨ . الروضة ٣ : ٤٣٩ .

(٦) الخلاف ٣ : ٧٨ .

(٧) تقدّم آنفاً .

(٨) الوسيلة : ٢٥٤ .

(٩) المهذب ١ : ٣٧٢ .

المرتضى[١] وحكي عن ابني بابويه[٢] والمفيد[٣] والقطيفي[٤]، مع أنّه قال بعض مشايخنا: إنّي لم أجد له ذكراً في المقنعة[٥].

ومن ذلك يعلم ما في دعوى المرتضى من الإجماع عليه، الذي هو دليل القول به، والمرسل في الفقيه[٦]: «ليس بين المسلم و[بين] الذمّي ربا»[٧] الذي لا جابر له.

ويمكن حمله على إرادة الحرمة منه نحوما سمعته من المرتضى في نظائره قبل أن يرجع إلى المشهور، أو على أنّهم حربيون في زمن الغيبة، كما ستسمع، على أنّه أرسل في النافع[٨] رواية معارضة للمرسل وإن لم أجدها، إلّا أن يريد قوله في صحيح زرارة المشركون بينهم وبين المسلمين ربا[٩]، المؤيّد للعمومات في الجملة.

وحمله على إرادة ثبوته حيث يكون الأخذ من المسلم ينفيه ظهوره أو صراحته في الأعم من ذلك، فلا ريب في أنّ الأحوط إن لم يكن الأقوى جريان الربا بينهم، إلّا إذا خلعوا شرائط الذمة، فإنّهم يكونون حينئذٍ حربيين، بل يظهر من بعضهم أنّه كذلك في زمن الغيبة وما شابهها من قصور اليد وإن كانوا لا يغتالون لشبهة الأمان. ولعلّه لعدم من يعقد معهم عقد الذمّة وشرائطه، ولم يثبت ولاية حاكم الجور في ذلك، هذا.

وقد يقال في أصل المسألة: إنّ المراد بنفي الربا بين المسلم والحربي يأخذ منه ولا يعطيه: عدم حرمة ذلك على خصوص المسلم الذي له التوصّل بكلّ طريق إلى أخذ مال الحربي؛ لأنّه هو وماله فيء للمسلم فله السرقة ونحوها، لا أنّ المراد نفيه على نحو نفيه بين الولد والوالد.

وحينئذٍ فالمعاملة بينهما باطلة، توجب حرمة الثمن على الكافر، ويحرم عليه دفع الربا، وللمسلم أخذه منه بتوسّط هذه المعاملة، التي هي فاسدة في الواقع وصحيحة بزعم الحربي نحو شراء ولده منه، فإنّه شراء صوري مقدّمة للاستيلاء على الولد ليملكه به، لا بالشراء كذا ما نحن فيه، فإنّ ملكه لما يأخذه منه بالاستيلاء لا بالبيع الربوي.

وربّما يؤيّد ذلك ما سمعته في صحيح زرارة[١٠] من ثبوت الربا بيننا وبينهم مطلقاً، ولكن في خصوص الحربي لنا استنقاذ ماله منه بالمعاملة المزبورة على حسب ما عرفت.

---

(١) الانتصار: ٤٤٢.
(٢) نقله عنهما في المختلف ٥: ٨١.
(٣) لم نعثر عليه ونقله في السرائر ٢: ٢٥٢. المختلف ٥: ٨١.
(٤) نقله عن القطيفي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٢.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٢.
(٦) الفقيه ٣: ٢٧٨، ح٤٠٠٢.
(٧) الوسائل ١٨: ١٣٦، ب٧ من الربا، ح٥.
(٨) المختصر النافع: ١٥٢.
(٩) الوسائل ١٨: ١٣٥، ١٣٦، ب٧ من الربا، ح٣.
(١٠) الوسائل ١٨: ١٣٥، ب٧ من الربا، ح٣.

و[المختار] [١] جريان الربا بيننا وبين سائر فرق الكفار المحترم مالهم بذمّة أو صلح أو أمان أو عهد أو غير ذلك، بخلاف غير محترمي المال [٢]. بل الظاهر جواز كلّ معاملة فاسدة معهم بهذا القصد، لا بقصد ترتّب الأثر على المعاملة، وإلّا فمن البعيد اختصاص الكافر هنا بحلّية دفع الربا للمسلم دون أخذه منه، ودون أخذه من غيره من قومه، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع [٣].

[بيع لحم بحيوان من جنسه]:

المسألة (**الثانية**): [المختار] [٤] أنّه (**لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة**) [٥].

[والظاهر] إرادة الحي في محلّ النزاع [٦].

---

[١] [كما] منه [= ممّا تقدّم] يعلم [ذلك].

[٢] فإنّ له التوصّل إلى الاستيلاء على مالهم بالمعاملة المزبورة؛ ليملكه به لابها.

[٣] ومنشأ الوهم الاشتراك مع غيره بنفي الربا لما عرفت، والمراد بهما متغاير، والله أعلم.

[٤] [كما هو] **المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً.**

[٥] **بل في المختلف: «لم نقف فيه على مخالف منّا غير ابن إدريس فجوّز** وقوله مُحدَث لا يعوّل عليه، ولا يثلم في الإجماع»[١].

وفي الدروس نسبته إلى الشذوذ[٢]، بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه[٣]:

١ ـ وهو الحجة.

٢ ـ بعد النبوي وإن كان عامياً على الظاهر: «نهى النبي ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان»[٤].

٣ ـ وموثق غياث ـ على ما قيل[٥] ـ عن الصادق عليه السلام: «انّ أمير المؤمنين عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان»[٦]، بناءً على إرادة الحرمة منها في خصوص المقام ولو لما في المعتبرة من أنّه عليه السلام لا يكره الحلال[٧]، كما في بعض، و«إلّا الحرام» في آخر[٨]، وللإجماعين المعتضدين بالشهرة، لا أنّ الحجة فيه تحقق الربا كي يرد عليه أنّ الحيوان غير موزون؛ إذ الظاهر [ذلك].

[٦] **كما اعترف به في المسالك[٩]، بل هو ظاهر التذكرة[١٠] أو صريحها، كالمحكي عن السرائر[١١]، بل عن نهاية**

---

(١) المختلف ٥: ٩٣.
(٢) الدروس ٣: ٢٩٥.
(٣) الخلاف ٣: ٧٥ ـ ٧٦. الغنية: ٢٢٥.
(٤) انظر المصنّف ٨: ٢٧، ح١٤١٦٢. السنن الكبرى ٥: ٢٩٦.
(٥) الرياض ٨: ٣١٠.
(٦) الكافي ٥: ١٩١، ح٧. الوسائل ١٨: ١٤٣، ب١١ من الربا، ح١.
(٧) الوسائل ١٨: ١٥١، ب١٥ من الربا، ح١.
(٨) أشار إليه في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢٥، ولم نعثر عليه.
(٩) المسالك ٣: ٣٢٩.
(١٠) التذكرة ١٠: ١٥٦.
(١١) السرائر ٢: ٢٥٨.

. . . . . .

الإحكام وفخر المحققين[١] وغيرهما جعل النزاع فيه.

فما عساه يظهر من المختلف من كون النزاع في الأعم[٢] ومن المحكي من مجمع البرهان في خصوص المذبوح[٣]، في غير محلّه، كما أنّ الاستدلال عليه في المحكي عن إيضاح النافع[٤] بأنّ «القوم أجروا ما يجري عليه الوزن عادة مجرى الموزون وإن كان في الحال غير موزون، ولهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر على النخل» كذلك أيضاً.

ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدلّة خلافه خصوصاً ما دلّ منها على جواز بيع الثوب بالثوب وبالغزل[٥]؛ لخروجه بالصفة عن كونه موزوناً، **الذي أفتى به الفاضل والشهيد والمحقق الثاني[٦]، بل ربّما ظهر منهم أو بعضهم تعدية الحكم إلى الآنية من الحديد والصفر إذا لم تجر العادة بوزنها، بل والمصنوع من النقدين كالخاتم والظروف والمراكب المحلّاة.** فما حكاه عن القوم لم نتحققه.

نعم قال في القواعد[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]: إنّ المراد أي في باب الربا جنس المكيل والموزون، وإن لم يدخلاه لقلّته كالحبة والحبتين أو لكثرته، كالزبرة، أي القطعة من الحديد.

وظاهره ـ كما اعترف به في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد وجامع المقاصد[١٠] ـ أنّه يجب الكيل والوزن في البيع إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بالفعل، فلو بيع ما لا يوزن عادة لقلّته أو كثرته، وجنسه مكيل كفى في صحّة بيعه المشاهدة إذا بيع بغير جنسه. أمّا إذا بيع بجنسه لم يجز كما في الأوّل، ولابدّ من المساواة كيلاً إن كان مكيلاً، وإلّا فوزناً كما في الثاني.

ويمكن أن يكون ذلك في خصوص ما كان المانع من كيله أو وزنه القلّة أو الكثرة لا غيرهما من الأحوال، ككون الثمرة على الشجرة ونحوها، مع أنّه لا يخلو من نظر.

وبالجملة لا ريب في أنّه ليس المنع في كلام الأصحاب هنا ملاحظة الربا، وإلّا لما صحّ إطلاقهم المنع الشامل لصورة المساواة وزيادة اللحم على الحيوان وبالعكس، ولا اتجه لهم المنع حتى في بيع الحيوان بالحيوان الذي من الواضح فساد القول به.

وكان منشأ الوهم ذكرهم هذه المسألة في باب الربا، وزاده إيهاماً تقييد غير واحد من الأصحاب المنع بما إذا كان من الجنس.

---

(١) نهاية الإحكام ٢: ٥٥١. الايضاح ١: ٤٧٩.
(٢) المختلف ٥: ٩٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٨٥.
(٤) نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢٥.
(٥) الوسائل ١٨: ١٦١، ب١٩ من الربا، ح١.
(٦) القواعد ٢: ٦١. الدروس ٣: ٢٩٨. جامع المقاصد ٤: ٢٧١.
(٧) القواعد ٢: ٦١.
(٨) التذكرة ١٠: ١٩٩.
(٩) التحرير ٢: ٣٠٧ـ ٣٠٨.
(١٠) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٤: ٥١٧. جامع المقاصد ٤: ٢٧١.

(و) أنّه (يجوز) البيع (بغير جنسه كلحم البقر بالشاة) [١].

نعم قيّده المصنّف بقوله: (لكن بشرط أن يكون اللحم حاضراً) [٢].

---

[١] **بل هو المشهور بين المتأخّرين، بل في الغنية والتنقيح الإجماع عليه**[١].

بل قيل: «إنّ إجماع الخلاف منطبق عليه أيضاً»[٢]. **وكأنّهم فهموا من إطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والقاضي**[٣] **على ما حكي عن بعضهم عدم جواز بيع الغنم باللحم، وإرادة اللحم من الغنم، بل لعلّهم فهموا ذلك أيضاً من خبر غياث**[٤].

[٢] ولعلّه لعدم جواز بيع اللحم نسيئة، **كما نصّ عليه ابن إدريس في المحكي عنه هنا، قال ـ كما في المختلف**[٥]: ـ **«يجوز ذلك ـ أي بيع اللحم بالحيوان، إذا كان موزوناً سواء اتّفق الجنس أو لا يداً بيد، وسلفاً أيضاً إن كان اللحم معجّلاً دون العكس؛ إذ لا يجوز السلف في اللحم، ويجوز في الحيوان»**[٦]. ويأتي تمام الكلام في السلم إن شاء الله تعالى.

وكيف كان فذلك كما ترى لا دلالة فيه على أنّ المنع فيه للربا؛ **إذ ليس في النهاية إلّا «لا يجوز بيع الغنم باللحم لا جزافاً ولا وزناً»**[٧]، ومثلها المقنعة بزيادة: **«لأنّه مجهول»**[٨]، ونحوهما غيرهما في عدم الإشارة إلى كون المنع للربا.

فلا ريب في بطلان الاستدلال به لهم، بل منه يعلم فساد ما ذكره ابن ادريس، حيث احتجّ على مطلوبه بأنّ المقتضي للجواز ـ وهو قوله تعالى: ﴿**أَحَلَّ اللهُ الْبَيعَ**﴾[٩] ـ موجود، والمانع ـ وهو الربا ـ منفي؛ إذ الربا إنّما يثبت في الموزون والحيوان الحي ليس بموزون؛ إذ فيه ما عرفت من عدم كون المانع الربا.

وأجاب عنه في المختلف بالمنع من نفي المانع، ومن كون المانع هو الربا خاصة، ثمّ قال: «ولو قيل: بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح جمعاً بين الأدلة كان قوياً»[١٠].

وفيه: أنّه لا وجه للمنع من نفي المانع؛ إذ احتمال أنّه من الربا بتخصيص ما دلّ[١١] على اشتراطه بالكيل في غير المقام كما ترى، وإن جزم به في الرياض[١٢] على أنّه ينبغي جوازه مع المساواة، مع أنّ المعظم، والجميع أطلقوا المنع.

نعم قيّده بعض[١٣] المتأخّرين بغير المساواة، بناءً منه على أنّ المنع من جهة الربا، مضافاً إلى أنّه ليس في خبر غياث دلالة على كون المنع من جهة الربا كي يقيّد به تلك الأدلّة.

وأمّا ما ذكره من التفصيل فإنّه وإن استجوده الشهيد في حواشيه[١٤]، وقال به المحقق الثاني في جامع المقاصد وتعليق

---

(١) الغنية: ٢٢٥. التنقيح ٢: ٩٦.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٢٥.
(٣) المقنعة: ٦٠٤. النهاية: ٣٧٧. المراسم: ١٧٩. المهذب ١: ٣٧٣.
(٤) تقدّم في ص ٣٢٧.
(٥) المختلف ٥: ٩٣.
(٦) السرائر ٢: ٢٥٨.
(٧) النهاية: ٩٧٧.
(٨) المقنعة: ٦٠٤.
(٩) البقرة: ٢٧٥.
(١٠) المختلف ٥: ٩٤.
(١١) انظر الوسائل ١٨: ١٣٢، ب٦ من الربا.
(١٢) الرياض ٨: ٣٠٧.
(١٣) لم نعثر عليه.
(١٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢٥.

الإرشاد[١]، وقوّاه الشهيد الثاني في المسالك والروضة[٢].

لكن منشؤه على الظاهر ما أومأ إليه في المختلف من الجمع بين ما دلّ على الحرمة كالرواية[٣] والإجماع المحكي وإطلاقات الحلّ والجواز، فيحمل الأوّل على ما إذا كان مذبوحاً؛ لتحقق شرط الربا فيه، والثاني على الحي؛ لفقد شرط الربا فيه. ومن هنا صرّح بعضهم[٤] بالكراهة في الحي؛ للشبهة الناشئة من إطلاق القول والرواية بالحرمة. وقد ظهر لك ممّا ذكرنا ما فيه؛ إذ لا حاجة لحمل المنع على كونه من جهة الربا كي يحتاج إلى ذلك وإلى حمل النص ومعقد الإجماع والفتاوى المتضمّنة للفظ «الحيوان» و«الشاة» أو «الغنم» على خلاف ظاهره؛ ضرورة ظهورها جميعاً في الحي، على أن تنزيل ما دلّ على الربا على المذبوح قد يناقش فيه، بأنّه غير مكيل ولا موزون قبل السلخ، بل تعارف في زماننا بيعه جزافاً بعد السلخ إذا كان جملة، بل من المعلوم أنّ الرأس لا يباع إلّا جزافاً، والاكتفاء بموزونية جنسه أي اللحم قد عرفت مافيه، بل قد يمنع كون جنس الحيوان المذبوح اللحم.

وكذا يظهر لك ما في التذكرة فإنّه بعد أن ذكر أنّ المشهور على المنع قال: «والأقرب عندي الجواز على كراهيّة؛ للأصل السالم عن معارضة ثبوت الربا لفقد شرطه، وهو التقدير بالكيل أو الوزن المنفي في الحيوان الحي، وأمّا الكراهية فللاختلاف»[٥]، بل صرّح بعد في كلامه بأنّ المنع على تقديره إنّما هو من جهة الربا[٦].

وفيه ما عرفت. ولعلّ ما في النافع والتحرير والإرشاد[٧] من الحكم بالجواز مبنياً على أنّ كون المنع للربا، وهو منتف لفقد شرطه، كالمحكي عن الآبي والخراساني والكاشاني[٨]، أو لأنّ غياثاً بتري لا يعمل بخبره.

وفي الأوّل ما عرفت. وفي الثاني مع أنّ غير واحد وصف الخبر بكونه موثقاً[٩]، بل في المختلف أنّ أصحابنا وثّقوه، وهو منجبر بما عرفت، ومعتضد بالإجماعين السابقين.

ومنه يعلم الحال في المناقشة في متنه للتعبير فيه بلفظ الكراهة، ونحوها المناقشة بأنّ مقتضاه مطلق المعاوضة وأنّ المنع ولو بغير الجنس والأصحاب لا يقولون به؛ إذ يدفعهما إنصراف البيع والجنس منه، أو إرادة ذلك منه ولو بمعونة كلام الأصحاب. واحتمل في الرياض[١٠] إرادة المثال بذكر البيع في الفتاوى، وهو بعيد، مناف لقاعدة الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن منعه من النص والفتوى. فظهر لك من ذلك كلّه أنّ قول ابن إدريس ضعيف وإن وافقه عليه جماعة ممّن تأخّر عنه، **كالمصنّف في النافع والفاضل والمحقق الثاني والشهيدان في الحواشي والمسالك والروضة[١١] وغيرهم**، إلّا أنّ منشأ الجميع ما عرفت ممّا هو واضح البطلان.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٧٩. حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٤١١.

(٢) المسالك ٣: ٣٢٩. الروضة ٣: ٤٤٦.

(٣) الوسائل ١٨: ١٤٣، ب ١١ من الربا، ح ١.

(٤)(٥) التذكرة ١٠: ١٥٦.

(٦) التذكرة ١٠: ١٥٧.

(٧) المختصر النافع: ١٥٢. التحرير ٢: ٣٠٦. الإرشاد ١: ٣٧٩.

(٨) كشف الرموز ١: ٤٩٦. كفاية الأحكام ١: ٥٠٠. المفاتيح ٣: ٦٢.

(٩) المختلف ٥: ٩٣ـ ٩٤. الحدائق ١٩: ٢٤٨. تقدّم عن الرياض في ص ٣٢٧.

(١٠) الرياض ٨: ٣١١.

(١١) المختصر النافع: ١٥٢. التحرير ٢: ٣٠٦. جامع المقاصد ٤: ٢٧٩. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٢٥. المسالك ٣: ٣٢٩. الروضة ٣: ٤٤٦.

فالقول حينئذٍ بـ[ـالجواز بغير جنسه][١] لا يخلو من قوّة [٢].

[كما أنّ المتجه الجواز في المذبوح]. إلّا أنّ الاحتياط لا ينبغي تركه. ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين كون اللحم ثمناً ومثمناً [٣].

نعم ينبغي الاقتصار بناءً على ما ذكرنا على ما يسمّى لحماً، فالكرش والكبد ونحوهما لا يدخل في المنع، بل قد يتوقّف في اندارج بيع لحم السمك بالسمك الحي؛ لعدم انصراف لفظ اللحم إليه [٤].

[بيع دجاجه فيها بيضة بدجاجة خالية]:

المسألة (**الثالثة**): [المختار][٥] أنّه (**يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية**) أو فيها بيضة أو ببيضة [٦].

---

[١] [كـ]ـما عليه المشهور.

[٢] لكن قد ظهر لك من كلام هؤلاء المتأخّرين أنّه لا إشكال في المنع في المذبوح؛ لوجود شرط الربا فيه، وقد عرفت المناقشة فيه.

فبناء على ظهور الخبر ومعاقد الإجماعات في الحيّ يتّجه الجواز حينئذٍ في المذبوح؛ لعدم شرط الربا فيه.

اللهمّ إلّا أن يدّعى الإجماع عليه من الجميع، ودونه خرط القتاد، بعد أن علمت أنّ البحث في تلك العبارات في الحي لا في المذبوح، **كما عن الأردبيلي**[١] **الجزم به**، ولا في الأعم منه ومن الحي، **كما عساه يظهر من المختلف**[٢].

[٣] **وإن اختص أكثر العبارات بالثاني، لكنّ المحكي عن جملة من القدماء التعبير بالأوّل.**

[٤] هذا، وربّما يقال في أصل المسألة ـ خصوصاً بملاحظة ما سمعته من المعتبرة من التعليل بالجهالة ـ: إنّ المراد من إطلاق الفتوى من قدماء الأصحاب عدم جواز ما يستعمل من دفع رؤوس من الغنم إلى القصاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجاً أو يبيع القصاب مقداراً من اللحم في ذمّته لصاحبها [=الرؤوس] بها. وعلى كلّ حال فهو باطل؛ لعدم إمكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زماناً ومكاناً وأكلاً وسمناً وغير ذلك. فالمراد حينئذٍ عدم جواز بيع اللحم سلفاً، ولا كونه ثمناً نسيئة بالحيوان.

ولعلّ تخصيص ذلك بالحيوان تنبيهاً على ما كان يستعملونه، بل ربّما استعملوه على نحو العرية من بيعه بمقدار من اللحم منه، الذي لا إشكال في بطلانه؛ لاتحاد الثمن والمثمن فيه، كما أنّ الوجه في ذكر الأصحاب ذلك، ذكره فيما سمعته من النص، وبذلك ينطبق ما سمعته من التعليل بالجهالة؛ ضرورة عدمها في الحيوان وفي اللحم المشاهد، وكان التفصيل بالجنس وغيره من المتأخّرين الذين توهّموا كون موضوعه من الربا، وإلّا فالقدماء لا تفصيل في كلامهم، فتأمّل جيّداً ولاحظ، فإنّه نافع إن شاء الله.

[٥] [كما] **لا خلاف بيننا فيـ[ـه].**

[٦] لوجود المقتضى من الأصل وغيره وعدم المانع؛ إذ ليس إلّا الربا، وهو منفي بانتفاء شرطه؛ إذ الدجاجة غير مقدّرة بالكيل والوزن، ومافي بطنها مادام كذلك كالثمرة على الشجرة، ولأنّه تابع غير مقصود. **والمخالف الشافعي**[٣]. ولا ريب في ضعفه.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٨٥.

(٢) المختلف ٥: ٩٤.

(٣) الذي عثرنا عليه في (روضة الطالبين ٣: ٣٩٦) هو عدم جواز بيع بيضة بدجاجة فيها بيض.

(و) كذلك [المختار] [١] جواز (**بيع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن أو خالية أو بلبن ولو كان من لبن جنسها**) [٢]. وكذا بيع شاة عليها صوف، بصوف وشاة ليس عليها صوف، ونخلة ليس عليها تمر بأُخرى خالية أو ذات تمر.

[القسمة تميّز أحد الحقين وليست بيعاً]:

المسألة (**الرابعة: القسمة تميّز أحد الحقين**) أو الحقوق عن الآخر (**وليست بيعاً**) [٣] ولا معاوضة (**فتصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل**) [٤]. ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو مع اشتمالها على الردّ يثبت فيها الربا.

(**وتجوز القسمة كيلاً وخرصاً**) [٥].

(**ولو كانت الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز**) وإن كان ينقص إذا جف بعد ذلك [٦]، ولكن تفصيل الأمر فيها محرّر في كتاب القسمة من القضاء، بل والشركة، فإنّه قد ذكرنا بعض الكلام فيه، والعمدة تحرير كون حصّة الشريك كلّياً في المال الخارجي مشاعاً على معنى صدقه على أفراد متعدّدة، وبالقسمة مع القرعة ليتميّز ويتشخّص، أو أنّها حصة شائعة في الأجزاء على وجه يكون لكلّ منهما نصيب في كلّ جزءٍ جزءٍ، فبالقسمة لابد أن تكون من كلّ منهما أجزاء من ملكه عند الآخر، ومقتضى ذلك كونها حينئذٍ معاوضة، بل مقتضاه فيما لو كانت الشركة بين الوقف والملك تبديل أجزاء الوقف بالملك وبالعكس. بل مقتضاه اجتماع مالكين على مملوك واحد إذا قلنا بالجزء الذي لا يتجزّى فإنّه لا يكون قابلاً للقسمه. وقد أشبعنا الكلام في ذلك في محلّه [٧].

[بيع مكوك من الحنطة بمكوك آخر فيه تبن أو دقاق]:

المسألة (**الخامسة يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي أحدهما عقد التبن ودقاقه**[1]) دون الآخر (**وكذا لو كان في أحدهما زوان أو يسير من تراب؛ لأنّه ممّا جرت العادة بكونه فيه**) فيصدق المساواة معه [٨].

نعم لو كان ذلك ممّا لا يتسامح به في العادة لم يجز لصدق التفاضل، بل ولأنّه إذا كان الخليط ممّا له قيمة

---

[١] [كما] **لا خلاف عندنا فيه** [ـه].

[٢] **بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا**[2]؛ لعين ما ذكرنا.

[٣] **عندنا**.

[٤] للاصل، والإطلاقات، **وفي المسالك دعوى الوفاق عليه**[3].

[٥] للأصل.

[٦] لما عرفت من عدم جريان الربا فعلاً فيها فضلاً عن مثل ذلك.

[٧] ولعلّ إجماعهم على الظاهر هنا بعدم جريان الربا حتى من القائل بعمومه لكلّ معاوضة ممّا يؤيّد الأوّل، فلاحظ وتأمّل.

[٨] **بلا خلاف أجده فيه بيننا. لكن عن المبسوط: «وقال قوم: لا يجوز، وهو الأحوط»**[4].

ولعلّه يريد من العامّة، إلّا أنّه لا ينبغي الأمر بالاحتياط لخلافهم.

---

(١) في الشرائع: «ودقائقه».

(٢) التذكرة ١٠: ١٨٥.

(٣)(٤) المسالك ٣: ٣٣٠. المبسوط ٢: ٩٢.

كالشيلم ونحوه جاز بصرف زيادة الخالص حينئذٍ إلى مخالف الجنس. كما أنّه يجوز بحنطة مشتملة على ذلك صرفاً لكلّ جنس إلى ما يخالفه. أمّا إذا لم يكن له قيمة لم يجز بالخالص ولا بغيره إذا لم يعرف قدر التفاوت، وإلّا جاز على الظاهر وليست الحنطتان ذات الترابين كالجنسين الرطبين التي لا يعلم تساويهما بعد الجفاف؛ ضرورة كون الرطوبة حينئذٍ من أجزاء الجنس، وليست هي مستقلّة بنفسها بخلاف التراب، كما هو واضح. والمكوك كثبور مكيال يسع صاعاً ونصفاً ونصف رطل، أو ثلاث كيلجات والكيلجة منّ وسبعة أثمان المنّ، والمنّ: رطلان، والله أعلم.

[بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين]:

المسألة (**السادسة**): [المختار] [١] أنّه (**يجوز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين، و**) يكون في بمنزلة أن (**يصرف كلّ واحد منهما إلى غير جنسه**) وإن لم يقصدا ذلك.

(**وكذا لو جعل بدل الدينار أو**[1] **الدرهم شيء من المتاع، وكذا مد من تمر ودرهم بمدين أو أمداد ودرهمين أو دراهم**)؛ إذ هو وإن لم يكن في كلّ منهما جنس يخالف الآخر إلّا أنّ الزيادة تكون في مقابل الجنس المخالف في أحدهما، فهو في الصحّة حينئذٍ كذي الجنسين [٢].

---

[١] [كما] لا خلاف بيننا أيضاً فيـ[ـه].

[٢] **ولا خلاف بيننا في الجميع، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منه مستفيض جدّاً إن لم يكن متواتراً،** مضافاً إلى الأصل والعمومات، واختصاص أدلّة التحريم بحكم التبادر والسياق بغير مفروض المسألة، والنصوص المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره: ١ ـ منها ما عن البجلي: قال: سألته عن الصرف فقلت: إنّ الرفقة ربّما خرجت عجلاً فلم أقدر على الدمشقية والبصرية وإنّما يجوز بسائر[2] الدمشقية والبصرية؟ فقال: «وما الرفقة؟ فقلت: القوم يترافقون ويجتمعون للخروج فإذا عجّلوا فربّما لم نقدر على الدمشقيّة والبصريّة، فبعثنا بالغلّة فصرفوا ألفاً وخمسمئة درهم منها بألف من الدمشقية والبصرية، فقال: لا خير في هذا، فلا يجعلون معها ذهباً لمكان زيادتها، فقلت له: أشتري ألف درهم ودیناراً بألفي درهم، فقال: لا بأس بذلك إنّ أبي كان أجرأ على أهل المدينة منّي، وكان يقول: هذا فيقولون: إنّما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال»[3]. ٢ ـ وفي صحيحه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان محمد بن المنكدر يقول لأبي جعفر عليه السلام: يا أبا جعفر رحمك الله والله إنّا لنعلم أنّك لو أخذت ديناراً والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته، وما هذا إلّا فرار، وكان أبي عليه السلام يقول: صدقت والله ولكنه فرار من باطل إلى حقّ»[4]. ٣ ـ وفي الصحيح الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقلّ أو أكثر فلا بأس [به]»[5]. إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على المطلوب. وربّما ظهر منها ما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل نسبه إليهم غير واحد مشعراً بدعوى الإجماع عليه من صرف كلّ من الجنسين إلى المخالف. كما أنّ الزيادة تنصرف إليه إذا كانت في أحدهما. ومقتضاه حينئذٍ الصحّة فيما لو باع مدّ تمر ودرهماً

---

(١) في الشرائع: «و».
(٢) في الوسائل: «نيسابور».
(٣) الوسائل ١٨: ١٧٨، ب٦ من الصرف، ح١.
(٤)(٥) المصدر السابق: ١٧٩، ١٨٠، ح٢، ٤.

بمدّين أو بدرهمين أو بمدّين ودرهمين ثمّ تلف الدرهم أو المدّ قبل قبضه فيصح البيع في الأوّل بمد أو درهم، وفي الأخير بمدين أو درهمين؛ لانفساخ البيع شرعاً فيما يقابل الزيادة أو الجنس المخالف وإن لم يكن هو مقتضى المقابلة عرفاً. وهو الذي مال إليه المحقق الثاني والشهيد الثاني[1] إذا كان كلّ من العوضين مشتملاً على جنسين. وفيه: أنّ دعوى ظهور الأدلّة في الانصراف على الوجه المزبور محلّ نظر أو منع، إنّما المسلم منها بالنسبة إلى حكم الربا، بمعنى أنّه لا يتحقق ويكون، كما لو خصت الزيادة أو الجنس المخالف في عدم جريان الربا، لا أنّ المراد جريان سائر الأحكام على ذلك حتى لو كانا - مثلاً - لمالكين اختص كلّ واحد منهما بما يخالفه وإن لم يكن مقابلاً لماله. وكذا بالنسبة إلى حكم الصرف، فلو بيع - مثلاً - فضة ونحاساً بفضة ونحاس لم يجب التقابض في المجلس؛ للانصراف المزبور إلى غير ذلك من الأحكام التي يصعب التزامها، مع عدم ظهور الأدلّة فيها، بل في نصوص[2] الصرف الآتية ما يشهد بخلافها، مضافاً إلى مخالفتها القواعد المحكمة، خصوصاً الالتزام بثمن لم يكن مقصوداً أنّها ثمن على كلّ حال، بل لعلّ المقصود خلافه، بل ظاهر النصوص[3] السابقة - كبعض العبارات - أنّ الضميمة على الوجه المزبور من الجانبين أو من جانب واحد من الحيل الشرعية للتخلّص من الربا جارية على مقتضى الضوابط ليس فيها أثر للتعبّد أصلاً، وإنّما نبّه الشارع عليها تنبيهاً، وإلّا فمبناها أنّه بذلك يخرج عن صدق بيع المتجانسين متفاضلاً. وذلك لأنّ أجزاء الثمن مقابلة بأجزاء المثمن على الإشاعة فلا تفاضل حينئذٍ في الجنس الواحد في عقد البيع؛ لانضمام جنس آخر معه. فقول الأصحاب: بانصراف كلّ جنس إلى مخالفه أو الزيادة إليه يراد به ما ذكرنا، لا أنّ ذلك حكم شرعي تعبّدي؛ إذ عليه لا تكون حيلة، كما هو واضح، فلا ريب حينئذٍ في بطلان القول بالصحة في الفرض على هذا الوجه. ومن هنا احتمل غير واحد البطلان في مفروض المسألة إذا حصل الربا بعد إسقاط ما يقابل التلف بالنسبة، كما لو باع مدّاً ودرهماً بمدين ودرهمين مثلاً وتلف الدرهم المفروض أنّه نصف المبيع؛ لكون قيمة المد درهماً بطل البيع في نصف الثمن، ويبقى النصف الآخر، وحيث كان منزّلاً على الإشاعة كان النصف في كلّ من الجنسين، فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابل المد، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان، بل جزم به المحقق الثاني[4] إذا كان المشتمل على الجنسين أحد العوضين والمقابل له في الآخر الزيادة وكان التالف المخالف وكان التقسيط في الباقي يقتضي الزيادة. وفيه: منع تحقق الربا لهذه الزيادة التي لم يبن العقد عليها، وإنّما حصلت بالتقسيط، وإلّا لاتجه البطلان من أوّل الأمر، مع أنّ الإمامية على خلافه في مقابل ما حكي عن الشافعي[5] من البطلان في كلّ ما اقتضى التقسيط فيه الزيادة. وردّ بأنّ المعلوم من أدلّة الربا حرمة الزيادة في نفس العقد، لا ما إذا كانت بمقتضى التقسيط في العقد الذي قد وقع المقابلة فيه بالمجموع، وهو بعينه جار فيما نحن فيه؛ ضرورة أنّ الزيادة المفروضة إنّما كانت بحسب التقسيط الذي احتيج إليه لمكان التلف، وإلّا فالعقد لازيادة فيه، فصحته مستصحبة، وتبعّض الصفقة لو سلّم عدم خروج الباقي بها عن كونه معاوضة وعن كونه بيعاً إلّا أنّ المتيقّن من أدلّة الربا الزيادة في نفس العقد الأوّل لا المتجدّد. نعم قد يقال فيما لو انكشف استحقاق بعض الثمن مثلاً باعتبار تحقق الزيادة حينئذٍ من أوّل الأمر وإن كانت مجهولة، مع أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق بين صورتي التلف قبل القبض والخروج مستحقاً، وهو محتاج إلى التأمّل.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٧٦ـ٢٧٧. المسالك ٣: ٣٣٠ـ٣٣١. (٢) انظر الوسائل ١٨: ١٧٨، ب٦ من الصرف.
(٣) الوسائل ١٨: ١٧٨، ب٦ من الصرف. (٤)(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٧٦. حكاه في المسالك ٣: ٣٣٠.

وكيف كان فالأجود فيما نحن فيه الصحّة وإن حصلت الزيادة [١] [بالتقسيط ففي بيع مد تمر درهم بمدين ودرهمين لو تلف الدرهم والمد صحّ البيع في الباقي بما يقابله من نصف المدين والدرهمين ولو حصلت الزيادة].

---

[١] **كما عن السيد عميد الدين الجزم به**[١] ، مع أنّه يمكن فرض التقسيط على وجه لا يستلزم الربا ، بأن يجعل نصف الدرهم التالف مثلاً في مقابل مثله من الشيء ونصفه الآخر في مقابل مد ونصف من الثمن ، فيكون نصف المد في مقابل نصف مد والنصف الآخر في مقابل درهم ونصف ، وحينئذٍ فكلّ من نصفي المبيع في مقابل ما يساوي درهمين من الجنسين معاً فلا زيادة في الجنس الواحد .

ولعلّ وجهه أنّ أجزاء المبيع لمّا قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوع لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور .

فإنّ صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعيّن .

وهو جيّد بعد وجود مرجّح له على غيره ؛ ضرورة عدم انحصار التقسيط الذي يتخلّص به من الربا فيه ؛ إذ يمكن جعل ثلث الدرهم مثلاً في مقابل ثلث درهم من الثمن ، وثلثاه في مقابل مدّ وثلثين من المثمن ، ويجعل ثلث المد من المبيع في مقابل مثله من الثمن .

وثلثاه في مقابل الباقي من الدرهمين وهو درهم وثلثان أو يجعل الربع أو ما دونه أو ما فوق النصف أو غير ذلك من الطرق التي لا ترجيح لواحد منها على الآخر ، بل قيل : وعلى التقسيط يصرف كلّ جنس إلى ما يخالفه[٢] ، بل ربّما رجّح عليها بنصّ الأصحاب ، إلّا أنّك قد عرفت ما فيه ، مضافاً إلى أنّ التحقيق مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء المثمن على الإشاعة ـ لا أنّ المنزّل عليه البيع قبل التلف مقابلة المجموع بالمجموع من دون تعيين كونه على الإشاعة أو غيره ، فإذا تلف احتجنا إلى التعيين فنحتاج إلى مرجّح ؛ ضرورة ظهور قصد المتعاملين مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن على الإشاعة ، وكان الرجوع إليه في التلف وفي العيب ، وفي ظهور الاستحقاق وغير ذلك من المقامات ؛ لابتناء العقد عليه . فظهر حينئذٍ أنّ المصحح للبيع هو المنزّل عليه عند التلف ، فحينئذٍ يبطل منه فيما نحن فيه على الإشاعة . إلّا أنّه إذا تراضيا على ما يتحقق به الزيادة في هذا الحال لم يتحقق الربا ؛ لما عرفت من ظهور أدلّته في الزيادة في نفس العقد . ومن هنا كان لا فرق عندنا في ذلك بين اشتمال كلّ من العوضين على جنسين مختلفين وبين اشتمال أحدهما على ذلك ومقابلته بالزيادة وإن كان يمكن منع فرض تحقق الزيادة في الأوّل على الجنس الواحد بعد فرض الإشاعة في الأجزاء إلّا بالتراضي منهما على ما يحصل به ذلك . وقد عرفت عدم البأس فيه عندنا ، فلا يجب عليهما اختيار ما لا يتحقق به ذلك تخلّصاً من الربا ـ أنّه وإن تعاسرا في أفراده رجعا إلى القرعة أو الحاكم أو أنّ التخيير للبائع ؛ لأنّ الثمن قد انتقل إليه بالعقد والمستحق عليه إرجاع أمر كلّي ، فيخيّر في أفراده أو للمشتري إذا لم يكن قد دفعه إلى البائع أو غير ذلك ممّا لا يحتاج إليه بعد ما ذكرنا . ومنه يعلم ما في خيرة السيد في الرياض[٣] من وجوب التقسيط بما لا يحصل معه الربا ، والله أعلم . وكيف كان فقد عرفت مشروعية الاحتيال في التخلّص من الربا نصاً وفتوى ؛ إذ هو فرار من الباطل إلى الحقّ . وهو متجه في الأخير .

---

(١) كنز الفوائد ١ : ٤٤٣ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٢٧٧ .

(٣) الرياض ٨ : ٣١٣ .

[التخلّص من الربا]:

(وقد يتخلّص من الربا) أيضاً (بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها ثمّ يشتري من الآخر[1]) سلعته (بالثمن) الذي باع به سلعته (و) حينئذٍ (يسقط اعتبار المساواة)؛ ضرورة عدم بيع كلّ منهما بالآخر حتى يشترط ذلك تخلّصاً من الربا، فلو باع مثلاً وزنة من الحنطة بعشرة دراهم ثم اشترى منه وزنتين بذلك صحّ. (وكذا لو وهبه) أحدهما (سلعته ثمّ وهبه الآخر) الأخرى من غير معاوضة وإلّا بنى الحال على اختصاص الربا بالبيع وعدمه (أو أقرض[2]) سلعته (صاحبه ثمّ أقرضه هو وتبارءا). (وكذا لو تبايعا) متساوياً (ووهبه الزيادة) إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلاً. لكن قال المصنّف هنا: (كلّ[3] ذلك من غير شرط) وهو متّجه في الأخير [١]. وفي سابقه على إرادة القرض بشرط قرض الجنس الآخر والتباري بعد ذلك [٢]، بل في الهبة بشرط الهبة، بناءً على عموم الربا للمعاوضات [٣].

أمّا الأوّل وهو البيع بثمن مخصوص مشترطاً عليه بيع الجنس الآخر بذلك الثمن فلا أرى به بأساً [٤].

[ردّ الزيادة المأخوذة بالربا]:

المسألة السابعة: [المختار] [٥] وجوب ردّ الزيادة خاصة المأخوذة بالقرض ونحوه؛ ضرورة بقائها على ملك المالك معيّنة أو مشاعة، فحكمها حكم غيرها من الأُمور التي للغير في الردّ والصدقة ونحوهما من مسائل الاشتباه للمال والصاحب أو لهما ممّا هو مقرّر في كتاب الخمس وغيره من محالّه.

من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل. وأمّا لو كان الربا في عقد المعاوضة فالمتّجه حينئذٍ فساد المعاملة فيبقى كلّ العوضين على ملك صاحبه لا الزيادة خاصة؛ إذ الفرق بينه وبين القرض واضح.

وحينئذٍ يجري فيه ما يجري في باقي المعاملات الفاسدة، من غير فرق أيضاً بين العالم والجاهل إلّا في الإثم

---

[١] ضرورة حصول الزيادة باشتراط هبة الزيادة؛ لما عرفت سابقاً من تحقق الربا بالزيادة في العقد ولو حكماً كاشتراط الأجل ونحوه.

[٢] فإنّ الظاهر تحقق ربا القرض بمثل ذلك.

[٣] إذ الظاهر كون ذلك من الهبة المعوّضة.

[٤] لوجود مقتضى الصحّة وعدم المانع، فإن أراد المصنّف ما يشمل ذلك كان محلّاً للنظر، فتأمّل. وكيف كان فلا يناقش في هذه الحيل - بعدم قصد هذه الأُمور أوّلاً وبالذات، ومن المعلوم تبعية العقود للقصود - لاندفاعها بالمنع من عدم القصد، بل قصد التخلّص من الربا المتوقّف على قصد الصحيح من البيع والقرض والهبة وغيرها من العقود كاف في حصول ما يحتاج إليه البيع من القصد؛ إذ لا يشترط - في القصد إلى عقد - قصد جميع الغايات المترتّبة عليه، بل يكفي قصد غاية من غاياته، والله أعلم.

[٥] [الذي] لا ريب في أنّ مقتضى ما دلّ على حرمة الربا وفساد المعاملة المشتملة عليه [ذلك].

---

(١) في الشرائع: «الاخرى» بدل «من الآخر».

(٢) في الشرائع: «أقرضه».

(٣) في الشرائع: «وكلّ».

وعدمه إذا كان غير مقصّر في البحث والتفحّص ولو لأنّه غير متنبّه [١].

وعلى كلّ حال فالمتجه حينئذٍ كونه كغيره من الأموال المحترمة في التصدق به عن المالك إذا لم يتمكّن من معرفته وغير ذلك ممّا هو مقرّر في محلّه [٢]. [ولو كانت الزيادة مختلطاً بالحلال ولم يعرف مقدارها ولا صاحبها فهل يحكم بإخراج الخمس ؟ الظاهر وجوب إخراج الخمس فيحلّ الباقي]. و[أمّا] إن كان جاهلاً بالتحريم لخطأ في التقليد أو الاجتهاد أو غيرهما فـ[الظاهر] [٣] أنّه كالعالم في وجوب الردّ، من غير فرق بين تلف العين وبقائها [٤]. وحينئذٍ فيجري فيه ما قلناه في العالم في ربا القرض وربا البيع [٥].

---

[١] **إلّا أنّ الأصحاب هنا لم يفرّقوا بين الموضوعين، فأطلقوا وجوب ردّ الزيادة إذا كان حال تناولها عالماً بالتحريم، بل نفى بعضهم[١] عنه الخلاف فيه، بل عن المقداد والكركي الاجماع عليه[٢]**. وهو الحجة، مضافاً إلى ما سمعت. قيل[٣]: وإلى قوله تعالى: ﴿ **وَإِن تُبتُم فَلَكُم رُؤُوسُ أَموَالِكُم** ﴾[٤] وغيرها من الآيات الأُخر[٥] الناصّة هي كالروايات[٦] بحرمة الربا الذي هو الزيادة لغةً، الموجبة لعدم الملكية، فيلزم الردّ مع معرفتها قدراً ومعرفة الصاحب بالضرورة.

قلت: قد عرفت أنّ مقتضاها ذلك في الربا في نحو القرض، أمّا البيع فالفساد.

[٢] نعم خلت نصوص المقام التي ستسمعها، مع أنّها في مقام البيان عن ذكر الحكم بإخراج الخمس لو كان مختلطاً بالحلال ولم يعرف المقدار ولا الصاحب[٧]، بل ظاهر بعضها حلّ الجميع، ولكن لم يعمل بها إلّا نادر من الطائفة، ومع ذلك فظاهر سياقها الجهل بالحرمة خاصة. فالعمل بالنصوص[٨] المتقدّمة في مبحث الخمس العامة لما نحن فيه المفتى بها في المقام أيضاً أقوى منها وإن كانت خاصّة.

[٣] [كما هو] **المعروف بين المتأخّرين، بل في الدروس نسبته إليهم[٩]**.

[٤] لإطلاق ما دلّ على حرمة الربا. ممّا هو صريح في عدم انتقاله عن المالك والعذر في الحكم التكليفي لا ينافي الفساد الذي هو الحكم الوضعي.

[٥] وقوله تعالى: ﴿ **وَإِن تُبتُم فَلَكُم رُؤُوسُ أَموَالِكُم** ﴾[١٠]. **خلافاً للنهاية والنافع والدروس والحدائق والرياض ومحكي الصدوق والراوندي والآبي والقطيفي والأردبيلي فلم يوجبوا الردّ[١١]. بل عن التنقيح نسبته إلى الشيخ وأتباعه[١٢]، بل قيل[١٣]: إنّه ظاهر الطبرسي[١٤] أو صريحه، وكأنّه مال إليه في التحرير وحواشي الشهيد[١٥]**.

---

(١) (٣) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٣.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٢. كنز العرفان ٢: ٣٩.
(٤) البقرة: ٢٧٩.
(٥) البقرة: ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٨.
(٦) الوسائل ١٨: ١١٧، ب ١ من الربا.
(٧) انظر الوسائل ٩: ٥٠٥، ب ١٠ ممّا يجب فيه الخمس.
(٨) انظر الوسائل ٩: ٤٩٩، ب ٨ ممّا يجب فيه الخمس.
(٩) الدروس ٣: ٢٩٩.
(١٠) البقرة: ٢٧٩.
(١١) النهاية: ٣٧٦. المختصر النافع: ١٥١. الدروس ٣: ٢٩٩. الحدائق ١٩: ٢٢٠ ـ ٢٢٢. الرياض ٨: ٢٨٦. نقله عن المقنع في المختلف ٥: ٧٨. فقه القرآن ٢: ٤٧. كشف الرموز ١: ٤٨٤ ـ ٤٨٥. نقله عن القطيفي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٤. زبدة البيان: ٤٣٤.
(١٢) التنقيح ٢: ٨٨.
(١٣) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٤.
(١٤) انظر مجمع البيان ١: ٣٩٠.
(١٥) التحرير ٢: ٣١٣. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٤.

ولا فرق في ذلك بين وجود المال وتلفه [١].

---

[١] **كما عن نهاية الإحكام[١] التصريح به.**

نعم ظاهرهم اشتراط ذلك بالانتهاء عمّا مضى بأن يتوب عمّا سلف، **وصرّح في الحدائق[٢] بصحة المعاملة في هذا الحال**، ولعلّه مراد الباقين؛ إذ الحكم بعدم وجوب الردّ مع القول بفساد المعاملة في غاية البعد.

نعم قد يقال: إنّ محلّ كلامهم في ربا القرض ونحوه ممّا تخصّ الحرمة الزيادة لا مطلق العوض، إلّا أنّ إطلاقهم مناف له.

وكيف كان فالعمدة في ذلك بعد:

١ ـ الأصل.

٢ ـ قيل[٣]: واستصحاب الحكم حال الجهل إلى ما بعد المعرفة.

٣ ـ واختصاص أدلّة حرمة الربا كتاباً[٤] وسنّة[٥] ـ للتبادر من السياق وقاعدة التكليف ـ بصورة العلم، خصوصاً الآية المزبورة التي هي ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُؤْمِنِينَ * فَإِن لَّم تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُم فَلَكُم رُؤُوسُ أَمْوَالِكُم** ﴾[٦].

٤ ـ مؤيّداً بما حكي من سبب النزول أنّ الوليد بن المغيرة كان يربي في الجاهلية وقد بقي له بقايا على ثقيف فأراد خالد المطالبة بها بعد ما أسلم فنزلت الآية[٧] قوله تعالى: ﴿ **فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِن رَبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ** ﴾[٨]، المفسّر في ظاهر المحكي عن الطبرسي بأنّ « له ما أخذ وأكل من الربا قبل النهي ولا يلزمه ردّه »[٩].

كالمحكي عن الراوندي في تفسيرها بأنّ « له ما أكل، وليس عليه ردّ ما سلف إذا لم يكن علم أنّه حرام »، مستدلّاً عليه « بقول أبي جعفر عليه السلام: « من أدرك الإسلام وتاب عمّا كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف، فمن ارتكب ربا بجهالة ولم يعلم أنّ ذلك محظور فليستغفر الله في المستقبل، وليس عليه فيما مضى شيء، ومتى علم أنّ ذلك حرام أو تمكّن من علمه فكلّ ما يحصل له من ذلك محرّم عليه ويجب عليه ردّه إلى صاحبه » ». ثمّ قال: « قال السدي: له ما سلف له ما أكل وليس عليه ردّ ما سلف، فأمّا من لم يقبض بعد فليس له أخذه وله رأس المال »[١٠].

لكن عن الطبرسي أنّه روى الخبر المزبور إلى قوله تعالى: ﴿ **فَلَهُ مَا سَلَفَ** ﴾[١١][١٢]، فيحتمل أن يكون ما بعده من كلام الراوندي. وفي الصحيح دخل رجل على أبي جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثمّ إنّه سأل الفقهاء فقالوا: ليس يقبل منك شيء إلّا أن تردّه إلى أصحابه، فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام فقصّ عليه قصّته، فقال له أبو جعفر عليه السلام: « مخرجك من كتاب

---

(١) نهاية الإحكام ١: ٥٥٤.
(٢) الحدائق ١٩: ٢٢١.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٧.
(٤) البقرة: ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٩.
(٥) انظر الوسائل ١٨: ١١٧، ب ١ من الربا.
(٦) البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩.
(٧) الوسائل ١٨: ١٣١، ب ٥ من الربا، ح ٨.
(٨) البقرة: ٢٧٥.
(٩) مجمع البيان ١: ٣٩٠.
(١٠) فقه القرآن ٢: ٤٧.
(١١) كذا في النسخ، وفي المصدر: «... وضع الله عنه ما سلف». (١٢) مجمع البيان ١: ٣٩٠.

. . . . . .

الله عزّ وجلّ ﴿ فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِن ربِّه فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمرُهُ إِلَى اللهِ ﴾[١] والموعظة : التوبة[٢].

وقد فسّرت الموعظة بالتوبة في صحيح محمد بن مسلم الآخر أيضاً عن أحدهما عليهما السلام[٣]، وفي المروي عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه قال : إنّ رجلاً أربى دهراً من الدهر، فخرج قاصداً إلى أبي جعفر عليه السلام ـ يعني الجواد ـ فقال له : « مخرجك من كتاب الله ﴿ فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِن ربِّه فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمرُهُ إِلَى اللهِ ﴾[٤] والموعظة هي التوبة ؛ لجهله بتحريمه ثمّ معرفته به، فما مضى فحلال وما بقي فليتحفّظ »[٥].

ونحوه ما عن فقه الرضا عليه السلام راوياً له عن أبي جعفر عليه السلام[٦].

وفي صحيح هشام : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يأكل الربا وهو يرى أنّه [له] حلال ؟ قال : « لا يضرّه حتى يصيبه متعمّداً، فإذا أصابه متعمّداً فهو بالمنزل الذي قال الله عزّ وجلّ »[٧].

كقوله عليه السلام في صحيح الحلبي : « كلّ ربا أكله الناس بجهالة ثمّ تابوا فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة، وقال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ في ذلك المال ربا ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالاً، كان حلالاً طيباً فليأكله وإن عرف منه شيئاً معزولاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله ويردّ الربا، وأيّما رجل أفاد مالاً كثيراً فيه الربا فجهل ذلك ثمّ عرفه فأراد أن ينزعه، فما مضى فله، ويدعه فيما يستأنف »[٨].

وقال أيضاً في صحيحه الحلبي الآخر : « أتى رجل أبي فقال : إنّي ورثت مالاً وقد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان يربي وقد اعترف به واستيقن ذلك، وليس يطيب لي حلاله ؛ لحال علمي به وقد سألت الفقهاء من أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا : لا يحلّ أكله من أجل ما فيه، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعلم بأنّ فيه مالاً معروفاً ربا وتعرف أهله فخذ رأس مالك وردّ ما سوى ذلك، وإن كان مختلطاً، فكله هنيئاً فإنّ المال مالك واجتنب ما كان يصنع صاحبه، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ما مضى من الربا وحرّم عليهم ما بقي، فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه، فإذا عرف تحريمه حرم عليه، ووجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه، كما يجب على من يأكل الربا »[٩].

وسأل الصادق عليه السلام أيضاً أبو الربيع الشامي عن رجل أربى بجهالة ثمّ أراد أن يتركه ؟ فقال : « أمّا ما مضى فله وليتركه فيما يستقبل، ثمّ قال : إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام، فقال : إنّي ورثت مالاً وقد علمت أنّ صاحبه كان يربي وقد سألت فقهاء أهل العراق وفقهاء أهل الحجاز فذكروا أنّه لا يحلّ أكله، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعرف منه شيئاً معزولاً وتعرف أهله وتعرف أنّه ربا

---

(١)(٤) البقرة : ٢٧٥.

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣٠ ـ ١٣١، ب ٥ من الربا، ح ٧.

(٣) المصدر السابق : ١٣٢، ح ١٢، وفيه : « عن أبي جعفر عليه السلام ».

(٥) المصدر السابق : ١٣١، ح ١٠، وفيه : « فجهله » بدل « لجهله ».

(٦) لم نعثر عليه حكاه في البحار ١٠٣ : ١١٧. ح ١٤.

(٧) الوسائل ١٨ : ١٢٨، ب ٥ من الربا، ح ١.

(٨) الكافي ٥ : ١٤٥، ح ٤. الوسائل ١٨ : ١٢٨، ب ٥ من الربا، ح ٢.

(٩) الوسائل ١٨ : ١٢٩، ب ٥ من الربا، ح ٣ مع اختلاف.

فخذ رأس مالك ودع ما سواه، وإن كان المال مختلطاً فكله هنيئاً مريئاً، فإنّ المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبك، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ما مضى من الربا، فمن جهله وسعه أكله، فإذا عرفه حرم أكله، فإن أكله بعد المعرفة وجب عليه ما وجب على آكل الربا»[1].

لكن لا يخفى عليك أنّ ما في جملة من هذه النصوص لا يطابق القول بالعفو مع الجهل مطلقاً.

نعم ظاهرها منطبق على المحكي عن ابن الجنيد، **«قال: من اشتبه عليه الربا لم يكن له أن يقدم عليه إلّا بعد اليقين بأنّ ما يدخل فيه حلال فإن قلّد فيه غيره أو استدلّ فأخطأ ثمّ تبيّن له أن ذلك ربا لا تحلّ له، فإن كان معروفاً ردّه على صاحبه وتاب إلى الله، وإن اختلط بماله حتى لا يعرفه أو ورث مالاً يعلم أنّ صاحبه كان يربي، ولا يعلم الربا بعينه فيعزله، جاز له أكله والتصرّف فيه إذا لم يعلم فيه الربا»**[2].

اللهمّ إلّا أن يدّعي ظهور صحيح الحلبي[3] منها المشتمل على تعليل حلّ أكل الربا المختلط: بوضع الرسول صلى الله عليه وآله ما مضى منه في أنّ المراد بـ«ما مضى» نفس الربا في حالة الجهل مطلقاً. ومنه حينئذٍ يظهر صحّة تفسير الآية بما عرفت، كما هو أيضاً ظاهرها. وبالجملة فيحمل الأمر بالردّ حينئذٍ مع التميّز والعزل لذلك على الاستحباب.

وأمّا الجمع ـ بحمل الأمر على ظاهره وتقييد الأدلّة المتقدمة الدالّة على إطلاق الإباحة بصورة الخلط ـ فيدفعه عدم التكافؤ بسبب الكثرة، والاعتضاد بفتوى من عرفت، مضافاً إلى ظهور سياق المعتبرة في عموم الإباحة حتى لصورة التمييز والمعرفة، فلا ريب حينئذٍ في أولوية صرف الأمر عن ظاهره إلى الاستحباب من ذلك، هذا.

ولكن لا يخفى أنّه لا يصلح للفقيه الجرأة بمثل هذه النصوص، التي لا يخفى عليك اضطرابها في الجملة. وترك الاستفصال فيها عن الربا أنّ صاحبه كان جاهلاً بحرمته أو عالماً والأمر فيها بالتوبة مع عدم الذنب حال الجهل الذي يعذر فيه بل قد اشترط في الآية الحلّ بها وحمله على الجهل الذي لا يعذر فيه، ينافيه ما في خبر الباقر عليه السلام السابق[4] من إلحاق مثله بالعالم، وترك الاستفصال فيها عن الربا في القرض والبيع، وقد عرفت الفرق بينهما وغير ذلك على مخالفته الضوابط السابقة والإقدام على حلّ الربا، الذي قد ورد فيه من التشديد ما ورد. وقد نزّه ابن إدريس حمل كلام الشيخ على ذلك فضلاً عن النصوص، فإنّه بعد أن حكى عن الشيخ في النهاية قوله: «فمن ارتكب الربا بجهالة ولم يعلم أنّ ذلك محظور فليستغفر الله، وليس عليه فيما مضى شيء، ومتى علم أنّ ذلك حرام ثمّ استعمله فكلّ ما يحصل له من ذلك محرّم عليه، ويجب ردّه على صاحبه، قال: «المراد بذلك ليس عليه شيء من العقاب بعد استغفاره، لا أنّ المراد بذا أنّه ليس عليه شيء من ردّ المال الحرام، بل يجب عليه ردّه إلى صاحبه بقوله تعالى: ﴿**وَإِن تُبتُم فَلَكُم رُؤُوسُ أَموَالِكُم**﴾[5]. فأمّا قوله: ﴿**فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ**﴾[6] إلى آخره فالمراد ـ والله أعلم ـ فله ما سلف من الوزر وغفران الذنب وحقّ القديم سبحانه بعد انتهائه وتوبته؛ لأنّ إسقاط الذنب عند التوبة تفضّل عندنا، بخلاف ما يذهب إليه

---

(١) الكافي ٥: ١٤٦، ح٩. أورد صدره في الوسائل ١٨: ١٣٠، ب٥ من الربا، ح٤.
(٢) نقله في المختلف ٥: ٧٨.
(٣) تقدّم في ص٣٣٩.
(٤) الوسائل ١٨: ١٣٠ ـ ١٣١، ب٥ من الربا، ح٧.
(٥) البقرة: ٢٧٩.
(٦) البقرة: ٢٧٥.

المعتزلة. وقيل في التفسير ذكره شيخنا في التبيان[١] وغيره من المفسّرين: أنّ المراد بذلك ما كان في الجاهلية من الربا بينهم، فقال: ﴿ فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِن رَبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ ﴾[٢]، فأمّا ما يجري من المسلم فيجب ردّه على صاحبه، سواء كان جاهلاً بحاله غير عالم بأنّه محرّم، أو كان عالماً بذلك فإنّه يجب ردّ الربا على من أربى عليه من المسلمين جميعاً، فلا يظنّ ظانّ ولا يتوهّم متوهّم على شيخنا فيما قال غير ما حرّرناه»[٣].

وتبعه في حمل الآية وبعض النصوص على أحد الأمرين العلّامة في المختلف[٤].

ويمكن حمل بعض النصوص:

١ ـ على العلم بأنّ الميت كان يربي وإن لم يعلم في خصوص المال منه شيئاً.

٢ ـ وعلى أنّه مجهول المالك وقد أباحه الإمام عليه السلام له، أو على أنّه من الشبهة الغير المحصورة أو غير ذلك، بل في المحكي عن كشف الرموز: «أنّه يمكن أن يقال: إنّ من ادّعى اليوم في الإسلام جهالة تحريم الربا لا يسمع منه، فيحمل النص والفتوى على أوّل الإسلام»[٥]. وقد حكاه هو أيضاً عن صاحب الرائع[٦].

قلت: لا يخفى قوّة كون المراد بالآية العفو عمّا سلف في حال الجاهلية نحو قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَد سَلَفَ ﴾[٧]، وغيره ممّا هو وارد مورده.

ومن هنا ادّعى الفاضل المقداد في المحكي عن كنزه صراحة الآيتين في أنّه لا يجب ردّ الربا مع الجهل السابق على نزول التحريم، ثمّ قال: «إنّه قرار يجب الردّ مع الجهل والعلم» ثمّ إنّه جمع بين الكلامين «بأنّه لا يجب على الكافر ردّ ما أخذ حال كفره، إلّا أن يكون عينه موجودة، وأمّا المسلم فيجب عليه الردّ مطلقاً سواء علم بالتحريم أو لم يعلم»[٨]. وإن كان قد يناقش فيه بأنّ الظاهر عدم وجوب الردّ على الكافر وإن كانت العين موجودة، نعم ليس له قبضه كما أنّه قد يناقش في وجوب الردّ على المسلم بعد تلف العين؛ لإمكان القول بأنّه قد سلّطه المالك عليها، بل قال بعض مشايخنا في تأييد القول بالعفو مع الجهل: «إنّ الدافع قد أباح للقابض هذه الزيادة؛ لأنّه إن كان عالماً فظاهر، وإن كان جاهلاً فكذلك؛ لأنّه دفعها على التراضي مبيحاً لها، غاية ما في الباب أنّها لو بقيت وأراد الرجوع بها رجع، وليس هذا التراضي منوطاً بوجه مخصوص حتى يكون كالتراضي في العقد الفاسد، فتكون الإباحة مشروطة بصحة العقد في الواقع وسلامة المقابل»[٩] وصريحه أنّ القائل بالعفو معترف بالفساد في هذا الحال، خلاف ما سمعته سابقاً من صاحب الحدائق[١٠].

لكن فيه: أنّ القول بالعفو عنه أشد مخالفة للقواعد والضوابط، خصوصاً في ربا البيع. ومن الغريب دعوى عدم تقييد الإباحة بذلك، والفرض أنّه ما دفعه إليه إلّا بعنوان الاستحقاق بالمعاملة الربويّة. ومنه ينقدح دفع المناقشة الأخيرة.

---

(١) التبيان ٢: ٣٦٠.
(٢) البقرة: ٢٧٥.
(٣) السرائر ٢: ٢٥١ ـ ٢٥٢.
(٤) المختلف ٥: ٧٨.
(٥)(٦) كشف الرموز ١: ٤٨٥.
(٧) النساء: ٢٢.
(٨) كنز العرفان ٢: ٣٩، وفيه: «قرّرنا» بدل «قرار».
(٩) مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٤ ـ ٥٣٥.
(١٠) الحدائق ١٩: ٢٢١.

وإنّ المتجه الضمان مطلقاً مع وجود العين وتلفها [١].

وقد بان لك من ذلك كلّه أنّه لا ريب في أنّ الأحوط إن لم يكن الأقوى اجتناب ذلك كلّه [٢].

[بيع الصرف]:

(**الثالث**) من الأمور التي يتوقّف بيان الربا في البيع عليها : (**الصرف وهو**) لغة : الصوت . وشرعاً أو متشرعيّة : (**بيع الأثمان**) أي الذهب والفضّة مسكوكين أو لا (**بالأثمان**) لا غيره من النواقل [٣]. نعم [الظاهر] [٤] حصوله بقصد مطلق المبادلة والمعاوضة ، ويمكن إرادة ما كان المقصود منها البيع أو يدّعي تنزيلها عليه ما لم يقصد العدم .

وعلى كلّ حال فسمّي بيعها صرفاً ؛ لمناسبة اشتمالها على الصوت عند تقليبها بالبيع والشراء [٥].

كما أنّ الوجه في تسميتها أثماناً : وقوعها مقرونة بباء العوض عن الأشياء غالباً [٦].

---

[١] **كما حكاه في الدروس[١] عن المتأخّرين وهو كذلك .**

[٢] على أنّ النصوص[٢] المزبورة ظاهرة في معذورية من تناول الربا جهلاً ، وهو شامل لما إذا كان الطرف الآخر عالماً ، مع أنّ المعاملة حينئذٍ فاسدة قطعاً ؛ لحرمة الربا وفساد المعاملة بالنسبة إلى العالم ، وذلك يقتضي فسادها بالنسبة إلى الجاهل . فلابد من التزام أُمور عظيمة حينئذٍ بالنسبة إلى حلّ مال الغير في يد الآخر ، وعدم جواز أخذه لمالكه ، مع وجود عينه ، وغير ذلك ممّا يصعب التزامه ، وأيضاً الجاهل الغير المعذور الذي قد تاب مندرج في قوله تعالى : ﴿ **وَإِن تُبتُم فَلَكُم رُؤُوس أَموَالِكُم** ﴾[٣] . ومنه ينقدح الإشكال في النصوص[٤] المزبورة المشتملة على تفسير الموعظة بالتوبة ، مضافاً إلى ظهور الآية وغيرها أنّ المراد « من جاءه موعظة من ربه فانتهى » ، أي امتثل ما جاء من ربه من النهي ، فهو ظاهر في أوّل النزول ، والله العالم .

[٣] **بلا خلاف أجده** ؛ للأصل وغيره .

[٤] [كما] قد يظهر من بعض النصوص .

[٥] **وربّما قيل بكونه منقولاً من التصريف ، وهو كثرة التصرّفات في وجوه المعاوضات** ، والأمر سهل .

[٦] **بل فيما حضرني من نسخة منسوبة للشهيد على القواعد عن قطب الدين ، قال : « الذهب والفضّة ثمنان ، وإن باعهما بعوض ، ولهذا لو باعه ديناراً بحيوان ثبت للبائع الخيار بالإتّفاق » قال : « وإن كانا عوضين فكلّ منهما بائع ومشترٍ ، ولو باعه حيواناً بحيوان ثبت لكلّ منهما الخيار »**[٥] . وإن كان قد يمنع ذلك كلّه عليه ؛ ضرورة اقتضاء العرف عند الحقيق كون مدخول « الباء » الثمن . والاتّفاق الذي ذكره لم نتحقّقه . كما أنّ ما ذكره من صدق كلّ من « البائع » و« المشتري » عليهما لو كانا معاً عوضين واضح المنع . ومثله ما ذكره أخيراً على ما عرفته سابقاً في الخيار . **وقال في الدروس هنا : « الثمن : ما قرن بالباء هنا ، وفي غيره كذلك ، ويحتمل أن يكون هو النقد إذا كان أحد العوضين ، وإلّا فالمقرون بالباء وتظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان وبيع نقد بحيوان »**[٦] . وظاهره أنّه لا إشكال في كون الثمن مدخول الباء في النقدين ، بل والمتجانسين ، والله أعلم .

---

(١) (٦) الدروس ٣ : ٢٩٩ ، ٣٠٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٢٨ ـ ١٢٩ ، ب ٥ من الربا ، ح ٢ ـ ٤ .

(٣) البقرة : ٢٧٩ .

(٤) الوسائل ١٨ : ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ب ٥ من الربا ، ح ٧ ، ١٠ ، ١٢ .

(٥) نقله في جامع المقاصد ٤ : ١٨١ ، وفيه : « بعرض » بدل « بعوض » .

[بيع الصرف]:

(و) كيف كان فـ(يشترط في صحّة بيعها : زائداً على الربويات) [١].

[التقابض في المجلس]:

(التقابض) من كلّ منهما (في المجلس [والمراد به مطلق الاجتماع] فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف على الأشهر) [٢].

---

[١] إذ هي منها ؛ لأنّها موزونة في الصدر الأوّل ، حتّى المسكوك منها . والاكتفاء بالعدّ في بعض الأزمنة ، أو الأحوال ، بعد معلوميّة موزونية الأصل : وهو الفضّة ، والذهب ، لا يدفع حكم الربا ، كما عرفت .

وخصوصاً بعد موزونيّة نقد الزمان السابق ، وإن تغيّرت الهيئة .

وخصوصاً إذا كان عدم الوزن اعتماداً على معلوميّة الوزن وضبطه ، والتفاوت اليسير غير قادح ، قال البجلي لأبي عبد الله عليه السلام : اشتري الشيء بالدراهم فأعطي الناقص الحبّة والحبّتين ، قال : « لا حتى تبيّنه ، ثمّ قال : إلّا أن يكون نحو هذه الأوضاح التي تكون عندنا عدداً »[١] .

وفي خبره الآخر : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري المبيع بالدرهم وهو ينقص الحبّة ونحو ذلك أيعطيه الذي يشتريه منه ، ولا يعلمه أنّه ينقص ؟ قال : « لا إلّا أن يكون مثل هذه الوضاحيّة ، يجوز كما يجوز عندنا عدداً »[٢] .

وعلى كلّ حال فيشترط زيادة على ذلك .

[٢] **بل المشهور نقلاً ، وتحصيلاً شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً .**

ولذا قال في الرياض : « إنّ عليه من تقدّم وتأخّر ، عدا من شذّ وندر »[٣] .

وفي المسالك وعن غيرها : أنّ الأصحاب كلّهم على خلاف ابن بابويه ، فربّما كان الشرط إجماعاً[٤] ، بل كأنّه لم يعتدّ ، **بخلافه الفاضل في التحرير فقال : « هو شرط بلا خلاف »[٥] .**

وفي الغنية الإجماع عليه[٦] ، بل ظاهره إجماع المسلمين حيث نفى الخلاف منّا ومنهم .

وفي محكي السرائر : لا خلاف في هذا الشرط ، وفي البطلان بدونه[٧] .

وكشف الرموز : الإجماع على البطلان كذلك ، وأنّ المخالف الصدوق[٨] .

وإيضاح النافع : خلاف ابن بابويه متروك ، ورواياته ضعيفة[٩] .

وفي التنقيح : « روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الأصحاب »[١٠] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٧ ، ب ١٠ من الصرف ، ح ٧ ، وفيه : « الدراهم الأوضاحيّة » بدل « الأوضاح » .
(٢) الفقيه ٣ : ٢٢٣ ، ح ٣٨٣٠ .
(٣) الرياض ٨ : ٣١٥ .
(٤) المسالك ٣ : ٣٣٣ ، وفيه : « إجماعياً » بدل « إجماعاً » .
(٥) التحرير ٢ : ٣١٣ .
(٦) الغنية : ٢٢٥ .
(٧) السرائر ٢ : ٢٦٥ .
(٨) كشف الرموز ١ : ٤٩٧ .
(٩) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٣٩٦ .
(١٠) التنقيح ٢ : ٩٧ .

وفي الدروس: رواياته متروكة[١]. فمن الغريب ميل بعض متأخّري المتأخّرين إليه بعد ذلك كلّه[٢].

مضافاً إلى النصوص المستفيضة[٣] المنجبر ما يحتاج منها بما سمعت:

١ ـ منها: قول أبي جعفر عليه السلام في خبر محمّد بن قيس: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضّة بذهب إلّا يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضّة إلّا يداً بيد[٤].

٢ ـ ومنها: قول الصادق عليه السلام في صحيح منصور: «إذا اشتريت ذهباً بفضّة، أو فضّة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن نزى حائطاً فانز معه»[٥].

٣ ـ ومنها خبر حريز عن محمّد قال: سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضّة مثلاً بمثلين؟ قال: «لا بأس [به] يداً بيد»[٦].

٤ ـ ومنها: خبر البجلي قال: سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً؟ ثمّ يقول: أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير؟ فقال: «ما أُحبّ أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير، فقلت: إنّما هم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضها من بعض، وهذا يشقّ عليهم، فقال: إذا فرغ من وزنها وانتقادها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه، ويدفع إليه الورق ويقبض منه الدنانير حيث يدفع إليه الورق»[٧]. بل لا ينكر ظهور غيرها من النصوص أو إشعارها في المطلوب، وبها يخرج عن أصل الصحّة وعمومها. والمناقشة في سند بعضها أو دلالة متنه على ذلك غير مسموعة، سيّما بعد الاعتضاد والانجبار بما عرفت. كالمناقشة بعدم دلالتها على الشرطيّة، وأنّ المراد من اليد باليد فيها عدم النسيئة مع أنّها لا تنافي إرادة القبض مع ذلك، والدليل غير منحصر فيها. مضافاً إلى ظهور نحو هذه الأوامر والنواهي في غير المقام، في إرادة الإرشاد إلى ما يقتضي الصحّة والفساد، لا أنّ المراد الإثم خاصّة. نعم يمكن إرادته [= الإثم] هنا معه [= الإرشاد إلى ما يقتضي الصحّة والفساد] للنصوص[٨] والآية[٩]، كما عن **الشيخ وابن ادريس والفاضل في التذكرة[١٠]. بل قيل: «إنّه جزم فيها بوجوب الوفاء به أي التقابض والإثم بتركه اختياراً، وجعله بمنزلة الربا حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرّق لو تعذّر عليهما التقابض، وجعل تفرّقهما قبله بمنزلة بيع الربوي نسيئة، فإنّ بطلانه لا يغني عن الإثم به» قيل: «وهو ظاهر الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرّق»**[١١]. وفيه: أنّ الوجوب في نحو المقام قد يراد به الوجوب الشرطي مجازاً، بل عدم تعرّض الأكثر للتحريم هنا كما اعترف به في المسالك[١٢]، يومئ إلى إرادة ذلك من النصوص أيضاً من غير ضمّ الشرعي معه.

---

(١) الدروس ٣: ٣٠٥.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٠٣ ـ ٣٠٤.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٦٧، ب٢ من الصرف.
(٤) الوسائل ١٨: ١٦٨، ب٢ من الصرف، ح٣.
(٥) المصدر السابق: ١٦٩، ح٨.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٠٨، ب٢١ من الصرف، ح٢.
(٧) المصدر السابق: ١٦٧، ب٢ من الصرف، ح١.
(٨) انظر الوسائل ١٨: ١٦٧، ب٢ من الصرف.
(٩) المائدة: ١.
(١٠) انظر المبسوط ٢: ٩٧، ١٨٧. السرائر ٢: ٢٦٥. التذكرة ١٠: ٤١٦.
(١١) المسالك ٣: ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(١٢) المسالك ٣: ٣٣٤.

[هل يثبت الإثم مع البطلان أو البطلان خاصّة]. وهو [= الثاني] قوي وإن كان الأوّل أحوط ، وينبغي مراعاة التقايل حينئذٍ قبل التفرّق لو تعذّر التقابض ، بناءً على مشروعيّة التقايل في نحو ذلك ، كما هو الظاهر [١].

بل الظاهر [٢] منع النسيئة في الأثمان ولو فرضت على وجه لا تنافي التقابض في المجلس ، كما إذا كان الأجل قصيراً جدّاً [٣].

وعلى كلّ حال فـ [ـالظاهر] [٤] كون التقابض قبل الافتراق شرطاً في الصحّة ، فقبله لا صحّة فلا انتقال [٥]. [ويعتبر] التقابض منهما معاً فيه ، فلا يكفي قبض أحدهما ، بل هو حينئذٍ في يده كالأمانة قبل قبض الآخر. بل إن لم نجعله كالمقبوض بالسوم أمكن عدم ضمانه بالتلف بغير تفريط [٦].

---

[١] **وعلى كلّ حال فما عن الصدوق من أنّه لا يشترط التقابض في المجلس[١] . وحكاه الشهيد في الحواشي عن البشرى[٢] ، كما أنّه حكى فيها أيضاً قولاً بالتفصيل بين بيع الجنس بجنسه فيشترط ، وبين بيع أحدهما بالآخر فلا يشترط .** والنصوص[٣] السابقة والفتاوى على خلافه ، بل وعلى خلاف الصدوق ـ أيضاً ـ كما عرفت وإن كان يشهد له : أخبار الساباطي الأربعة عن الصادق عليه السلام المتضمّنة لنفي البأس عن بيع الدراهم بالدنابير نسيئة ، وعن سلف الدنانير بالدراهم[٤] . كخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام الذي في طريقه علي بن حديد : « لا بأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئة بمئة وأقلّ وأكثر »[٥] . ومكاتبة محمّد بن عمر[٦] . إلّا أنّ الجميع قاصرة عن الأدلّة السابقة ، من وجوه خصوصاً مع عدم صراحة بعضها ، فالأولى طرحها كما في الدروس[٧] ، أو تأويلها .

[٢] من النصّ والفتوى .

[٣] بل في خبر عبد الرحمن : « أنّ الناس لم يختلفوا في النسيء ـ أي في بيع الأثمان ـ أنّه الربا »[٨] .

[٤] [كما هو] ظاهر ما سمعته من الفتاوى ومعاقد الشهرات والإجماعات .

[٥] وفي خبر محمّد بن قيس السابق[٩] دلالة عليه بل وفي خبر البجلي[١٠] . وبه يخرج حينئذٍ عن قاعدة اقتضاء العقد الملك ، المعتضدة بأصالة عدم شرط آخر . بل وعن ما ادّعي في غير المقام من الإجماع على عدم اعتبار أزيد من القبض في الملك ، ردّاً على القائل بتوقّفه على انقضاء الخيار ؛ إذ قد عرفت من الأدلّة السابقة اعتبار [ذلك].

[٦] نعم قد يقال بحصول الملك به لو قبض الآخر بعده من حين القبض الأوّل ، بل وإن تلف من يده ، مع أنّه لا يخلو من نظر وبحث ؛ ضرورة إمكان القول بحصول الملك في العوضين معاً عند حصول القبض المتأخّر الذي هو شرط لتأثير السبب ، بل به يتحقّق التقابض ، فلا يجدي القبض السابق .

---

(١) نقله في كشف الرموز ١ : ٤٩٧ .
(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٣٩٦ .
(٣) انظر الوسائل ١٨ : ١٦٧ ، ب ٢ من الصرف .
(٤) الوسائل ١٨ : ١٧٠ ، ١٧١ ، ب ٢ من الصرف ، ح ١٠ ـ ١٢ ، ١٤ .
(٥) المصدر السابق : ١٧٠ ، ح ١٣ .
(٦) المصدر السابق : ١٧١ ، ح ١٥ .
(٧) الدروس ٣ : ٣٠٥ .
(٨) الوسائل ١٨ : ١٩٨ ، ب ١٥ من الصرف ، ح ١ .
(٩) تقدّم في ص ٣٤٤ .
(١٠) الوسائل ١٨ : ١٦٧ ، ب ٢ من الصرف ، ح ١ .

وعليه يتّجه حينئذٍ بطلان الصرف لو تلف المقبوض قبل القبض الآخر، بحيث خرج عن صلاحيّة الملك، فضلاً عن تلف غير المقبوض [١].

(**ولو قبض البعض**) خاصّة قبل التفرّق (**صحّ فيما قبض حسب، وبطل في غيره**) [٢].

---

[١] اللهمّ إلّا أن يقال بصحّته، بناءً على كونه مضموناً مطلقاً أو حيث يكون، بأن أتلفه بتفريط، على معنى انتقال الصرف حينئذٍ إلى بدل التالف، ولكن فيه تأمّل أيضاً.

وكيف كان فاحتمال أنّ التقابض شرط لتأثير العقد الملك، فحصوله له حينئذٍ يكشف عن حصوله من أوّل العقد، وعدمه كذلك.

كاحتمال عدم مدخليّة التقابض في ذلك، وأنّ العقد أثر ما يقتضيه من الملك، إلّا أنّه يبطله الافتراق قبل التقابض؛ إذ هو حينئذٍ كالفسخ بالخيار أو الإقالة مخالف لظاهر الفتاوى وبعض النصوص[١] السابقة، وإن كان الثاني منهما موافقاً للقواعد في الجملة.

بل هو صريح المقداد[٢] فيما تسمعه، بل هو لا ينافي بعض النصوص[٣] السابقة، كما أنّ الأوّل منهما يمكن تنزيل الشرطية في عبارات الأصحاب عليه؛ ضرورة توقّف تأثير العقد على حصوله، فهو شرط لتأثيره ينعدم بإنعدامه ويوجد بوجوده.

إلّا أنّ كيفيّة الوجود بالوجود، وهو جعل العقد مؤثّراً من أوّل وقوعه نحو ما قلناه في إجازة الفضولي، بناءً على الكشف، بل لعلّ ذلك جار في جميع الشروط المتأخّرة عن مشروطها.

لكن لمّا لم يكن مقتض له، بل هو منافٍ لما تسمعه منهم من بطلان الشراء بثمن الصرف مثلاً وإن قبضه بعد ذلك في المجلس كان المتّجه إبقاء عبارات الأصحاب على ظاهرها من توقّف حصول الملك عليه، وأنّه يحصل حال حصوله تماماً لا قبله.

وليس هو من الشرائط المتأخّرة عن زمان وصف الصحّة، كغسل المستحاضة بعد تمام الصيام، حتى يلتزم كونه كاشفاً؛ ضرورة إمكان توقّف الصحّة عليه إلى زمن حصوله هنا بخلافه هناك؛ إذ لا دليل على تسبيب العقد الصحّة على كلّ حال.

نعم هناك ظواهر يمكن تقييدها بدليل المقام من غير حاجة إلى ذلك التكلّف التام، ودعوى أنّ ذلك أولى باعتبار عدم تقييد تلك الأدلّة على القول بالكشف كما ترى.

[٢] **بلا خلاف فيهما**؛ لحصول مقتضى الصحّة من العموم وغيره في الأوّل؛ ومقتضى البطلان من التفرّق قبل التقابض في الثاني.

وأمّا صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يبتاع من رجل بدينار فيُؤخذ بنصفه وبنصفه ورقاً، قال: «لا بأس»، فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً أو بيعاً ويترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ منه ورقاً أو بيعاً؟ قال: «ما اُحبّ أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاً فلا تفعله»[٤]. فلا دلالة فيه على المنع أوّلاً.

ويحتمل انصرافه إلى صحّة المجموع من حيث المجموع، ولا كلام فيه ثانياً. بل قد يحتمل خروجه عن أصل ما نحن فيه ثالثاً.

---

(١) الوسائل ١٨: ١٧٠، ١٧١، ب٢ من الصرف، ح١٣، ١٥. (٢) التنقيح ٢: ٩٨.

(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٦٧، ب٢ من الصرف. (٤) الوسائل ١٨: ١٦٩، ب٢ من الصرف، ح٩، مع اختلاف.

وعلى كلّ حال يتخيّران معاً في إجازة ما صحّ فيه وفسخه [١] إذا لم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض. ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما.

ولو اختصّ به أحدهما سقط خياره خاصّة كما هو واضح (**ولو فارقا المجلس مصطحبين**) قبل ن يتقابضا (**لم يبطل**) الصرف [٢].

وقد تقدّم في خيار المجلس تحقيق أقلّ ما يتحقّق به الافتراق من الخطوة.

كما أنّه تقدّم هناك كثير ممّا له نفع في المقام، إلّا أنّ الظاهر عدم اعتبار الاختيار فيه هنا، وإن كان معتبراً هناك.

فلو أُكرها على التفرّق مثلاً أمكن القول بالبطلان هنا، بخلافه هناك [٣].

(**ولو وكّل أحدهما**) غيره (**في القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرّقهما**) أي المتعاقدين (**صحّ، ولو قبض بعده**[1] **بطل**) وكذا لو وكّلا معاً على القبض عنهما، ولا اعتبار بمفارقة الوكيل لهما أو لأحدهما.

ولو وكّلا أو أحدهما على الصرف خاصّة أو مع القبض فالمعتبر المفارقة بين من وقع العقد معه [٤].

[ولا يكفي لو تعاقدا مثلاً وأرسل أحدهما وكيله مع الآخر فتقابضا قبل التفرّق].

نعم قد يقال: بعدم اعتبارهما في العاقدين فضولاً أو أحدهما، وأنّ المدار على عدم تفرّق المجيزين بعد الإجازة حتى يتقابضا.

---

[١] لتبعّض الصفقة.

[٢] **بلا خلاف**؛ للأصل بعد ظهور النصوص، خصوصاً قوله: «وإن نزى حائطاً فانز معه»[2]. في أنّ المعتبر التقابض قبل التفرّق. ومن هنا كان التعبير به أجود من المجلس الموهم خلاف ظاهره.

[٣] لاختلاف المدرك، فلاحظ وتأمّل.

[٤] **لأنّ الضابط كما في جامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض التقابض قبل تفرّق المتعاقدين**[3]، سواء كانا مالكين أو وكيلين. لكن قد يشكل بمنع دلالة النصوص على البطلان بتفرّق الوكيلين إن قبض المالكان في ذلك المجلس، بل يصدق على بائع الذهب بالفضّة إذا قبض بعد تفرّق الوكيلين: أنّه ما باعه إلّا يداً بيد. على أنّ ذلك يقضي بعدم البطلان مطلقاً لو كان الوكيل على العقد متّحداً عنهما؛ لعدم تصوّر الافتراق فيه، والتزامه كما ترى؛ ضرورة صدق بيعه حينئذٍ لا يداً بيد. فلعلّ إناطة الحكم بذلك أولى إن لم ينعقد إجماع بخلافه. بل قد يدعى صدق اليد باليد لو تعاقدا مثلاً وأرسل أحدهما وكيله مع الآخر فتقابضا قبل التفرّق ففي خبر البصري: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الذهب بالدراهم فيقول: أرسل رسولاً فليستوفي لك ثمنه؟ قال: يقول: «هات وهلّم و[يكون] رسولك معه»[4]. ولا ينافيه ما سمعته في خبر البجلي[5] بعد حمله على الندب ونحوه. إلّا أنّ الجرأة على خلاف ما عند الأصحاب ممّا لا ينبغي. وقد عرفت المدار عندهم على عدم تفرّق المتعاقدين.

---

(١) في الشرائع: «بعد التفرق».
(٢) الوسائل ١٨: ١٦٩، ب ٢ من الصرف، ح ٨.
(٣) جامع المقاصد ٤: ١٨١. المسالك ٣: ٣٣٤. الروضة ٣: ٣٧٩. الرياض ٨: ٣١٩.
(٤) الوسائل ١٨: ١٦٧، ب ٢ من الصرف، ح ٢، وفيه: «فيقول» بدل «قال: يقول».
(٥) المصدر السابق: ح ١.

مع أنّه لا يخلو عن إشكال، والله أعلم. (و) ممّا يتفرّع على اعتبار التقابض في الملك ما (**لو اشترى منه دراهم**) بعقد الصرف (**ثمّ ابتاع بها**) منه (**دنانير قبل قبض الدراهم لم يصحّ الثاني**) [١].

---

[١] **على المشهور بين الأصحاب:**

١ ـ لعدم ملك الدراهم عليه لو كانت كلّية، وعدم ملك عينها لو كانت شخصيّة.

٢ ـ ولصحيح اسحاق بن عمّار كما في المختلف[١] قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء بالورق يبيعها يريد بها ورقاً عندي فهو اليقين عندي أنّه ليس يريد دنانير ليس يريد إلّا الورق ولا يقوم حتى يأخذ ورقي فأشتري منه الدراهم بالدنانير فلا تكون دنانيره عندي كاملة فاستقرض له من جاري فأعطيه كمال دنانيره ولعلّي لا أُحرز وزنها، فقال: «أليس يأخذ وفاء الذي له؟ قلت: بلى، قال: ليس به بأس»[٢]. وكأنّه لما يفهم منه من البأس إذا لم يقبض الدنانير؛ إذ المراد أنّي أستقرض به الدنانير ثمّ أشتريها منه بالورق الذي يريده، كما يومئ إليه ما في صدر الخبر. ويمكن أن يكون مراد السائل التوقّف من جهة عدم إحراز الوزن فتخرج حينئذٍ عن الاستدلال. وعلى كلّ حال فليس البطلان لعدم جواز الشراء بما لم يقبض قبل كيله أو وزنه كبيعه؛ إذ قد عرفت ـ بعد تسليم مساواة الشراء به لبيعه ـ أنّ الأصح الجواز، ولا لأنّه بيع دين بدين إذا فرض كون الدنانير كلّيّة في الذمّة لا معيّنة؛ ضرورة عدم صدق الدَينيّة بعد اشتراط التقابض في الملك. على أنّك ستعرف كون الممنوع بيع الدين قبل البيع به كذلك لا ما كانا أو أحدهما بعقد البيع.

ومن ذلك كلّه يظهر لك ما في المحكي عن السرائر فإنّه بعد أن ذكر ما في النهاية: إذا باع الإنسان دراهم بدنانير لم يجزه أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها إلّا بعد أن يقبض الدنانير، ثمّ يشتري بها دراهم إن شاء[٣] قال: «إن لم يتفارقا من المجلس إلّا بعد قبض الدراهم المبتاعة بالدنانير التي على المشتري الأوّل فلا بأس بذلك، وإن لم يكن قبضه الدنانير التي هي ثمن الدراهم الأُول المبتاعة. هذا إذا عيّنا الدراهم الأخيرة المبتاعة، فإن لم يعيّناها فلا يجوز ذلك؛ لأنّه يكون بيع دين بدين، وإن عيّناها لم يصر بيع دين بدين، بل يصير بيع دين بعين»[٤]. كما أنّ منه يظهر ما في المسالك تبعاً لغيره من أنّه «ينبغي القول بالصحّة مطلقاً في مفروض المتن إذا تقابضا قبل التفرّق، وغاية ما يحصل في البيع أن يكون فضولياً فإذا لحقه القبض صحّ، وسيأتي أنّ بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع»[٥].

إذ فيه: منع جريان حكم الفضولي عليه بعد القول بأنّ الملك من حين القبض، كمنعه فيما لو باع مال غيره ثمّ انتقل إليه.

وأغرب من ذلك كلّه ما في التنقيح من «أنّ لنا أنّ نقول: ... إنّ بطلان البيع بالتفرّق قبل التقابض لا يستلزم عدم تملّك المشتري؛ لجواز تملّكه ملكاً متزلزلاً، كالمبيع في زمن الخيار، فإن قبض لزم وإلّا بطل. وإذا ملك صحّ البيع الثاني؛ لأنّه اشترى بثمن مملوك، وصحّ البيع الأوّل أيضاً؛ لأنّه وإن لم يقبض الدراهم، لكن قبض عوضها وهو الدنانير، وقبض العوض كقبض المعوض»[٦]، إذ هو كما ترى، مع مخالفته لما قدّمناه من أنّ القبض شرط للملك، لا أنّ الافتراق مانع. فيه نظر من وجه آخر لا يخفى. فالتحقيق ما ذكرناه وهو الموافق لإطلاق المشهور البطلان.

---

(١) المختلف ٥: ١١٠.
(٢) الوسائل ١٨: ١٧٦ ـ ١٧٧، ب ٥ من الصرف، ح ٣، مع اختلاف.
(٣)(٤) النهاية: ٣٨١. السرائر ٢: ٢٦٧ ـ ٢٦٨.
(٥) المسالك ٣: ٣٣٥.
(٦) التنقيح ٢: ٩٨ ـ ٩٩.

(و) منه يعلم أنّه (**لو افترقا**) ـ في مفروض المسألة ـ قبل التقابض (**بطل العقدان**) معاً [١].

(**ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها**) منه (**دنانير صحّ وإن لم يتقابضا. وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم لـ**) ـما في الصحيح الآتي من (**أنّ النقدين من واحد**) فأشبه التقابض [٢].

---

[١] لانتفاء الشرط فيهما حينئذٍ، كما هو واضح، والله أعلم.

[٢] ولأصالة عدم اشتراطه في نحو المقام بعد صحيح اسحاق بن عمّار الذي رواه المشايخ الثلاثة، وعمل به الأصحاب في الجملة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون للرجل عندي الدراهم الوضح فيلقاني، ويقول لي: كيف سعر الوضح اليوم فأقول له: كذا وكذا فيقول: أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضح فأقول: نعم فيقول: حوّلها إلى دنانير بهذا السعر وأثبتها لي عندك فما ترى في هذا؟ فقال: « إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذٍ فلا بأس بذلك، فقلت: إنّي لم أُوازنه ولم أُناقده، إنّما كان كلاماً منّي ومنه فقال لي: أليس الدراهم والدنانير من عندك؟ فقلت: بلى فقال: لا بأس بذلك »[1].

وموثّق عبيد بن زرارة أو صحيحه: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لي عنده دراهم فآتيه فأقول: حوّلها دنانير من غير أن أقبض شيئاً؟ قال: « لا بأس به، قلت: ويكون لي عنده دنانير فآتيه فأقول له: حوّلها لي دراهم وأثبتها عندك ولم أقبض منه شيئاً، قال: لا بأس »[2]. وتنزيلها على إرادة التوكيل ـ في القبض أو فيه وفي البيع وأنّ ما في الذمّة له وعليه مقبوض ـ اجتهاد في مقابلة النصّ الذي يأباه من وجوه، على أنّ من الواضح منع كون ما عليه لغيره في ذمّته مقبوض له وإن وكّله فيه، بحيث يجرى عليه حكم المقبوض، وإلّا لجاز بيع الذهب المشخّص ـ مثلاً ـ بذهب في ذمّته على أن يكون المشتري وكيلاً في قبضه، ومعنى قبضه له حينئذٍ، رضاه ببقائه في ذمّته.

وأفضح من ذلك: دعوى أنّ المراد من الخبر: التوكيل، وأنّه قد وقع منه القبض الحسّي وأثبتها، مع أنّ صريح الخبر عدم وقوع غير الكلام.

وبالجملة قد أطنبوا في المقام بلا مقتضٍ، كما أنّه لا ينبغي العمل بالخبر على معنى حصول التحوّل بمجرّد الأمر بالتحويل، وإن أوهمه ظاهر بعض العبارات. بل المراد منه حصول المعاملة منهما بذلك، وإن كان بعنوان المعاطاة، بناءً على كونها من البيع وعدم اشتراط التقابض هنا، بل يكفي قبض ما في ذمّته له، وبقاء الآخر في ذمّته، وحيث كانا معاً عنده صار كالتقابض. ولولا فهم الأصحاب أمكن تنزيل الخبر على معاطاة الصلح، وإن كان في الخبر منافاة ماله، والله أعلم. ومن ذلك يعلم أنّه لا وجه لبناء الخبرين على مقدمات كثيرة، لا يخلو جملة منها من نظر وتأمّل، بل قد أفتى بالخبرين من لا يقول ببعض تلك المقدّمات كما لا يخفى.

فالتحقيق ما ذكرنا كما أُومئ إليه في المختلف[3]، وكاد يكون صريح المتن، كما هو صريح غيره أيضاً، ومنه يظهر لك النظر في كلام كثير من المصنّفين، فلاحظ وتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) الكافي ٥: ٢٤٥، ح٢. الفقيه ٣: ٢٩١، ح٤٠٤٦. التهذيب ٧: ١٠٢، ح٤٤١. الوسائل ١٨: ١٧٤ ـ ١٧٥، ب٤ من الصرف، ح١ وذيله.

(٢) الكافي ٥: ٢٤٧، ح١٢. التهذيب ٧: ١٠٣، ح٤٤٢. الوسائل ١٨: ١٧٥، ب٤ من الصرف، ح٢، وذيله.

(٣) المختلف ٥: ١٠٧ ـ ١٠٨.

هذا كلّه في اعتبار التقابض.

وقد ظهر لك أنّه متى حصل الافتراق قبله بطل، إلّا في مسألة التحويل.

أمّا لو تفرّقا قبل الوزن والنقد [فالظاهر عدم اشتراط الوزن في تحقّق اسم القبض] [١].

ولا فرق في موضوع المسألة بين كون المبيع أو الثمن كلّياً، ثمّ يدفع له في المجلس ما يزيد على حقّه وإن لم يحصل الوزن والنقد، وبين الشخصي إذا كان قد أخبره بالوزن فاشتراه من غير اعتبار ثمّ أراد اعتباره بعد ذلك.

والحاصل أنّه لا مدخليّة للوزن في تحقّق القبض كما عرفت.

[عدم التفاضل في الجنس الواحد]:

(و) كيف كان فـ(**لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو تقابضا**) [٢].

كما أنّه (**يجوز في الجنسين**) [٣].

(**ويستوي في وجوب التماثل المصوغ والمكسور وجيّد الجوهر ورديئه**) [٤].

نعم لو شرطت الصياغة مثلاً كان زيادة (**وإذا كان في الفضّة**) مثلاً (**غش**) غير متسامح فيه (**مجهول**) قدره تفصيلاً وإجمالاً (**لم تبع إلّا بالذهب أو بجنس غير الفضّة**) الخالصة [٥].

أمّا فيها فلا [٦].

---

[١] **ففي القواعد: «صحّ مع اشتمال المقبوض على الحقّ»**(١).

ونحوه ما في الدروس: «لو تقابضا جزافاً فيزنان في موضع آخر جاز الافتراق»(٢).

ونحو ذلك أيضاً على النهاية والتذكرة(٣).

وقال حنان بن سدير: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّه يأتيني الرجل ومعه الدراهم فأشتريها منه بالدنانير ثمّ أعطيه كيساً فيه دنانير أكثر من دراهمه فأقول: لك من هذه الدنانير كذا كذا دنانير أكثر من دراهمك فيقبض الكيس منّي، ثمّ يردّه عليّ، ويقول: أثبتها لي عندك، فقال: «إن كان في الكيس وفاء بثمن دراهمه فلا بأس»(٤).

قلت: وقد يستفاد ممّا هنا عدم اشتراط الوزن في تحقق اسم القبض؛ إذ احتمال الفرق بين قبض الصرف وغيره مخالف لظاهر الفتاوى.

[٢] **إجماعاً** (و) نصّاً؛ للربا.

[٣] **إجماعاً ونصّاً**؛ لعدمه.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لصدق اتّحاد الجنس فيه.

[٥] لعدم الربا حينئذٍ؛ لاختلاف الجنسين.

[٦] لعدم العلم بمقدار ما فيه منها كي يتخلّص من الربا الذي شرط عدمه في المتجانسين المساواة، فالشكّ فيها شكّ في الجواز.

---

(١) القواعد ٢: ٣٨.

(٢) الدروس ٣: ٢٩٩.

(٣) النهاية: ٣٨٠ ـ ٣٨١. التذكرة ١٠: ٤١٨.

(٤) الوسائل ١٨: ١٧٦، ب ٥ من الصرف، ح ١ مع اختلاف.

وكذا لا يجوز بيعه بجنس ما فيه من الغش خاصّة إذا كان ربويّاً لعين ما سمعته في الفضة.

أمّا بيعها بالفضّة المغشوشة فلا ريب في الجواز [١].

(**وكذا**) الحال في (**الذهب**) المغشوش [٢].

نم الظاهر أنّ هذا الحصر بناءً على الغالب من عدم بيع المغشوش بمثله من الخالص فضلاً عمّا زاد، وإلّا لو فرض ذلك جاز وإن جهل [٣].

كما أنّه لو علم ما فيها من الغش ولو على الإجمال بأن لا يزيد على الثلث مثلاً جاز بيعها بما يزيد على الثلثين من الخالص زيادة تصلح لمقابلة الغش.

(**ولو علم**) مقدار الفضّة على التفصيل (**جاز بيعه**) بمقداره (**من**[1] **جنسه مع زيادة**) منه أو من غيره تصلح لأن (**تقابل الغشّ**)، كما تقدّم تحقيق المسألة في الربا، وذكرها في المقام من حيث تعلّقها بالصرف، بناءً على ما عرفت سابقاً وتعرف لاحقاً في بيع السيوف المحلّاة أنّ ضميمة غير الجنس لدفع الربا لا الصرف، فلابدّ من التقابض حينئذٍ.

لكن ينبغي أن يعلم أنّه يكفي في الصحّة حصول الشرط في الواقع.

فلو فرض صدور البيع حال الجهل بقدر المقابل فاتّفق كونه واقعاً على وجه لا ربا فيه صحّ [٤].

وحينئذٍ فالمتّجه الاختبار فيما لو وقع مثل ذلك فلا يحكم بالصحّة ولا بالفساد إلّا بعد تبيّن الحال [٥].

أمّا إذا تعذّر الاختبار مثلاً [٦]، [فيمكن عدم ترتّب الأثر والنقل].

وإن كان كلّ منهما مشروطاً بشرط وجودي وهو التفاضل والتساوي مثلاً.

ويمكن القول ببقاء العوضين على الاشتباه حتى يتحقّق الحال ولو للمقدّمة [٧]. والمسألة مشكلة [٨].

---

[١] لانصراف كلّ جنس إلى ما يخالفه.

[٢] وفي صحيح ابن سنان: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الفضّة فيه الرصاص بالورق وهي إذا أُذيبت نقصت من كلّ عشرة دراهمين أو ثلاثة؟ فقال: «لا يصلح إلّا بالذهب»[2].

[٣] لعدم الربا حينئذٍ؛ لضرورة مقابلة ما فيه من الفضّة بمثلها، كائناً ما كان وصرف الزائد إلى الغش.

[٤] لتناول عموم الأدلّة له.

ولا دليل على اشتراط الإحراز سابقاً كالمعلوميّة في البيع.

[٥] ولعلّ إطلاق الأصحاب عدم الجواز يُراد به عدمه لو أُريد البيع به من غير مراعاة كغيره من الأفراد.

[٦] فيمكن الرجوع إلى أصالة عدم ترتّب الأثر والنقل ونحوهما من الأُصول، بعد عدم ما يدلّ على أحد الأمرين.

[٧] باعتبار التكليف بما لا يتمّ إلّا بالتوقّف في الفرد المخصوص من بيع المتجانسين حتى يعلم الحال.

[٨] ولكن ظاهر الأصحاب في المقام وغيره معاملة نحو المفروض معاملة الفاسد في الظاهر.

---

(١) في الشرائع «بمثل» بدل «من».

(٢) الوسائل ١٨: ١٨٩، ب ١١ من الصرف، ح ١، مع اختلاف.

وتمام التحقيق محتاج إلى إطناب تام فتأمّل جيّداً، والله العالم.

(**ولا يُباع تراب معدن الفضّة بالفضّة**) خاصّة ولا بترابه أيضاً (**احتياطاً**) عن الوقوع في الربا [١].

(**ويُباع بالذهب**) وبغيره [٢].

(**وكذا تراب معدن الذهب**) ولا يُباع بالذهب ولا بترابه احتياطاً، ويُباع بالفضّة مثلاً [فلا ربا فيه] [٣].

ولو علمت زيادة في الثمن عمّا في التراب من جنسه لم يصحّ هنا وإن صحّ في المغشوش، بناء على أنّ التراب لا قيمة له لتصلح في مقابلة الزائد.

وحينئذٍ فإن علمت المساواة جاز، والتراب كعدمه [٤].

(**ولو**) مُزِج التُرابان أو (**جُمِعا في صفقة**[١] **جاز بيعهما بالذهب والفضّة**[٢] **معاً**) [٥].

وبالذهب وحده مع زيادة تقابل الفضّة، وبالعكس كذلك [٦].

(و) كذا (**يجوز بيع جوهر الرصاص والصفر بالذهب والفضّة وإن كان فيه**) أي الرصاص والصفر (**يسير**) من الـ(**ـفضّة أو**) الـ(**ـذهب**) [٧]؛ (**لأنّ الغالب**) عليه إسم (**غيرهما**) [٨].

---

[١] لعدم العلم بالمساواة.

[٢] لاختلاف الجنس.

[٣] لاختلاف الجنس فلا ربا، وإن تحقّق الصرف؛ باعتبار وجود الأجزاء الذهبيّة والفضيّة في التراب لا أنّه مستحيل بالعمل، وإلّا لم يكن لذكرها في الصرف وجه وإن جرى عليها حكم الربا على هذا التقدير أيضاً؛ لما عرفت سابقاً من أنّ الفرع والأصل جنس.

[٤] فما عساه يتخيّل من جواز بيع التراب بالتراب؛ لأنّهما جنس واحد، ولا يقدح عدم العلم بما يحصل منهما؛ إذ هو كبيع اللحم باللحم المشتملين على العظام لا يخلو من ضعف.

[٥] لإنصراف كلّ جنس إلى ما يخالفه.

[٦] لعدم الربا في ذلك كلّه، كما هو واضح، وقال أبو عبد الله مولى عبد ربّه: سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذي يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضّة وصفر جميعاً كيف نشتريه؟ فقال: «تشتريه بالذهب والفضّة جميعاً»[٣].

[٧] **بلا خلاف.**

[٨] فلا يصدق بيع المجانس بمثله ولا بيع الأثمان بمثلها، فلا يجري عليه حكم الربا، وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ولا حكم الصرف. قال معاوية وغيره: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جوهر الأسرب ـ وهو إذا خلص كان فيه فضّة ـ أيصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسمّاة؟ فقال: «إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك، يعني لا يعرف إلّا بالأسرب»[٤]. وفي خبر البجلي عنه أيضاً: في الأسرب يشترى بالفضّة، فقال: «إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس [به]»[٥].

---

(١) في الشرائع إضافة: «واحدة».

(٢) في الشرائع إضافة: «معاً».

(٣) الوسائل ١٨: ١٩٠، ب ١١ من الصرف، ح ٥.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٠٣، ب ١٧ من الصرف، ح ٢.

(٥) المصدر السابق: ح ١.

و[الظاهر][١] أنّ المَدار على غلبة الاسم حقيقة، فلا يجزي غيره حتى التسامح للقلّة ونحوها، وهو كذلك[٢].

(**ويجوز إخراج الدراهم المغشوشة**) والدنانير بالشراء بها، وغيره من أنواع التصرّفات (**مع جهالة**) أصل (**الغش**) أو قدره (**إذا كانت معلومة الصرف بين الناس**)[٣]. (**وإن كانت مجهولة الصرف**) وكان غشّها ممّا

---

[١] [كما] قد ظهر منها.

[٢] **قال في المسالك: «إنّ مجرّد الأغلبيّة غير كافٍ في جواز البيع بذلك النقد كيف اتّفق، حتى لو كان الخليط عشراً يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه إلّا مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل الآخر»**[١].

نعم قد يظهر من بعضهم[٢] انّه إذا كان تابعاً غير مقصود لم يمنع من البيع بجنسه، كالذي يزيّن به السقف والجدران والمصاحف، مع أنّه قد يناقش فيه بعدم مدخليّة القصد في ذلك وجواز نحو ذلك ممّا ذكره لخروج النقد فيها عن الموزونيّة، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٣] **بلا خلاف**، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه:

١ ـ للسيرة القطعية.

٢ ـ بعد الأصل.

٣ ـ وقال حريز: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها، فقال: «لا بأس إذا كان جواز المصر»[٣].

٤ ـ والبقباق سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها؟ فقال: «إذا أنفقت ما يجوز بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس، وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل المدينة فلا»[٤].

٥ ـ ومحمّد بن مسلم: جاء [ه] رجل من أهل سجستان لأبي جعفر عليه السلام فقال له: إنّ عندنا دراهم يقال لها: الشاهيّة تحمل على الدراهم دانقين؟ فقال: «لا بأس به إذا كان يجوز بين الناس»[٥]. وعليه يحمل إطلاق خبره الآخر: سألته عن الدراهم المحمول عليها؟ فقال: «لا بأس»[٦]. بل وخبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام في إنفاق الدراهم المحمول عليها، فقال: «إذا كان الغالب الفضة فلا بأس بإنفاقها»[٧].

المبيّن بخبره الآخر: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إنفاق الدراهم المحمول عليها؟ فقال: «إذا جازت الفضّة الثلثين فلا بأس»[٨]. على معنى أنّ الجائز بين الناس في ذلك الوقت ما كانت كذلك.

---

(١) المسالك ٣: ٣٣٨.
(٢) جامع المقاصد ٤: ١٨٦.
(٣) الوسائل ١٨: ١٨٨، ب ١٠ من الصرف، ح ١٠.
(٤) المصدر السابق: ح ٩.
(٥) المصدر السابق: ١٨٧، ح ٦، مع اختلاف، وليس فيه: «بين الناس».
(٦) المصدر السابق: ١٨٥، ح ١، وفيه زيادة: «بإنفاقها».
(٧) الكافي ٥: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، ح ١. الوسائل ١٨: ١٨٦، ب ١٠ من الصرف، ذيل الحديث ٤.
(٨) الوسائل ١٨: ١٨٦، ب ١٠ من الصرف، ح ٣، وفيه: «المثلين» بدل «الثلثين».

لا يتسامح به (**لم يجز إنفاقها إلّا بعد إبانة حالها**) [١]. والظاهر الاكتفاء بالإخبار بأنّ فيه غشّاً من غير حاجة إلى بيان قدره، إلّا إذا توقّف عليه التخلّص من الربا. كما أنّ الظاهر عدم وجوب الكسر [٢]. وفي جواز دفع الظلمة بالدراهم المغشوشة وجهان، أقواهما الجواز، وأحوطهما خلافه، والله أعلم.

(**مسائل عشر**):

[عدم جواز تبديل النقدين المتعينين في العقد]:

(**الأُولى: الدراهم والدنانير**) [٣] (**يتعينان**) بالتعيين في العقد، (**فلو اشترى شيئاً بدراهم أو دنانير**) معيّنة (**لم يجز**) له (**دفع غيرهما ولو تساوت الأوصاف**) [٤]. وحينئذٍ فإن تلف قبل القبض انفسخ البيع، ولم يكن له دفع عوضها؛ وإن ساواه مطلقاً، ولا للبائع طلبه، وإن وجد البائع بها عيباً فـ[ـقد قيل:] [٥] لم يستبدلها، بل إمّا أن يرضى بها أو يفسخ العقد. قلت: أو يأخذ الأرش إذا كان في المجلس حيث يكون المبيع حينئذٍ من الأثمان أيضاً، ولا يستلزم الربا، بل وإن استلزم على وجه تقدّم سابقاً.

[بطلان الصرف بظهور تخلف النقد]:

المسألة (**الثانية: إذا اشترى دراهم بمثلها معيّنة فوجد**) جميع (**ما صار إليه من غير جنس الدراهم**) بل هي رصاص ونحوه (**كان البيع باطلاً**) [٦]، (**وكذا**) في غير الصرف فـ(**ـلوباعه ثوباً**) مثلاً (**كتّاناً فبان صوفاً**) بطل

---

[١] **بلا خلاف:** ١ ـ بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلاً عن محكيه. ٢ ـ لما فيه من الغشّ المحرّم نصّاً وإجماعاً، وعليه يحمل: أ ـ خبر المفضّل بن عمر الجعفي قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فألقى إليّ دراهماً منها، فقال: «أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: وما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضّة وطبقة من نحاس وطبقة من فضّة، فقال: اكسر هذا فإنّه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه»[(١)]. ب ـ ومكاتبة جعفر بن عيسى إلى أبي الحسن عليه السلام ما تقول جعلت فداك: في الدراهم [التي] أعلم أنّها لا تجوز بين المسلمين إلّا بوضيعة تصير إليّ من بعضهم بغير وضيعة لجهلي به، وإنّما آخذه على أنّه جيّد أيجوز لي أن آخذه وأخرجه من يدي على نحو ما صار إليّ من قبلهم؟ فكتب عليه السلام: «لا يحلّ ذلك»[(٢)]. بشهادة ما رواه ابن أبي عمير عن ابن رئاب قال: لا أعلمه إلّا عن محمّد بن مسلم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عن الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثمّ يبيعها، فقال: «إذا كان بين ذلك فلا بأس»[(٣)]. وغيره.

[٢] وإن نصّ عليه في الخبر السابق. إلّا أنّي لم أجد من أفتى به، بل الفتاوى وباقي النصوص على خلافه.

[٣] **عندنا معاشر الإماميّة**، كغيرها.

[٤] **خلافاً لأبي حنيفة فلا تتعيّن بالتعيين**[(٤)]، وهو مخالف للأدلّة الأربعة كما هو واضح.

[٥] **[قاله] في المسالك**[(٥)].

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال.**

---

(١) الوسائل ١٨: ١٨٦، ب ١٠ من الصرف، ح ٥.
(٢) المصدر السابق: ١٨٧، ح ٨.
(٣) المصدر السابق: ١٨٥ ب ١٠ من الصرف ح ٢.
(٤)(٥) المجموع ٩: ٣٣٢. المسالك ٣: ٣٣٩.

البيع [١]. ولا إبدال هنا، ولا أرش [٢].

(**ولو كان**) قد وجد (**البعض**) ممّا صار إليه (**من غير الجنس بطل فيه حسب**) دون الجيّد [٣].

(و) لكن (**له**) بل وللبائع أيضاً مع الجهل بالعيب (**ردّ الكلّ لتبعّض الصفقة، وله أخذ الجيّد**) خاصّة (**بحصّته من الثمن**). وقد ظهر لك ممّا تقدّم أنّه ليس له الرضا به [= بغير الجنس] [٤].

(**وليس له**) المطالبة بـ(**بدله لعدم تناول العقد له**) ولابالأرش. وكذا لو اشترى بالدراهم دنانير أو غيرها [٥].

(و) أمّا (**لو كان الجنس واحداً وبه عيب كخشونة الجوهر أو اضطراب السكّة كان له ردّ الجميع، أو إمساكه وليس له ردّ المعيب وحده**) لو فرض أنّ المعيب البعض [٦]. (**ولا إبداله؛ لأنّ العقد لم يتناوله**) كما عرفت.

---

[١] لتخلّف القصد عمّا وقع عليه العقد.

[٢] لوقوعه على عين مشخّصة، فلا يتناول غيرها، وعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين وتخيّل تغليب الإشارة هنا على الإسم باطل؛ ضرورة إرادة مسمّى الاسم منها.

[٣] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك**، إلّا ما ستسمعه؛ لوجود مقتضي الصحّة فيه، بخلافه، ولا مانع من التبعيض في متعلّق العقد، كما في غير المقام.

[٤] لما عرفت من بطلان العقد فيه.

[٥] ضرورة اتّحاد الجميع فيما عرفت، ممّا هو معلوم من القواعد المقرّرة في غير المقام. **لكن عن الخلاف والسرائر: أنّه إذا باعه دراهم بدراهم وكان البعض من غير الجنس كان البيع باطلاً**[1] **وقد يريدان في خصوص البعض. وفي اللمعة: «لو ظهر عيب في المعيّن من غير جنسه بطل فيه، فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله كدراهم بدراهم، وإن كان مخالفاً صحّ في السليم وما قابله»**[2]. وظاهره الفرق بين المجانس والمخالف. وربّما وجّه باستلزام الربا فيه دونه، وذلك: لأنّه لو ظهر درهم من مئة درهم نحاساً كشف عن وقوع البيع على مئة بتسعة وتسعين درهماً؛ لأنّ وجود الدرهم المعيب كعدمه. بل قيل: «إنّه لولا أنّ مراده ذلك لم يبق فرق بينه وبين قوله: وإن كان مخالفاً... بل كان في العبارة تكرار واشتراط من غير فائدة»[3]. وفيه: أنّه بعد أن قُوبل صورة بالثمن خصّه منه مقدار ما يساويه، فلا ربا حينئذٍ في غيره، وتنزيله منزلة العدم بالنسبة إلى قصد كونه مبيعاً لا بالنسبة إلى المقابلة. ويمكن أن يريد الشهيد ـ وإن كان بعيداً، بل لا يخلو من نظر ـ بـ«المجانس» هنا المعيب أيضاً، فإنّه لا إشكال في البطلان حينئذٍ والمخالف غير السليم فلا يكون مخالفاً ولم يفسّرها في الروضة[4] بما يصلح وجهاً للتفصيل، فلاحظ، وتأمّل.

[٦] لتبعيض الصفقة، وفيه البحث السابق. **بل عن الشيخ وابن حمزة والفاضل التصريح هنا بأنّ له ذلك**[5] **وإن كان ظاهرهم في بحث العيب الإجماع على عدمه**. ولم يظهر وجه للفرق، فلاحظ، وتأمّل، والله أعلم.

---

(١) الخلاف ٣: ٦٩. السرائر ٢: ٢٧٤.
(٢) اللمعة: ١١٥.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٤١٣.
(٤) الروضة ٣: ٣٨٨ ـ ٣٨٩.
(٥) المبسوط ٢: ٩٤. الوسيلة: ٢٤٣. التذكرة ١٠: ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

ولا أرش في مفروض المتن [١]. ولو تخالفا كان له الأرش في المجلس قطعاً [٢]. ومع مفارقته ليس له أخذ الأرش من النقدين [٣] [كما قيل].

---

[١] للربا به، بناء على تحقّقه بمثله.

[٢] لوجود المقتضي وعدم المانع.

[٣] **بلا خلاف ممّن تعرّض له كالفاضل والشهيدين[١] وغيرهم**؛ لكونه حينئذٍ من الصرف، وقد فرض الافتراق، أمّا من غيرهما **فقد صرّح الفاضل في التحرير والشهيدان في الدروس والمسالك بجوازه[٢]**؛ لعدم كونه صرفاً، بل هو كالمعاوضة بغير الأثمان فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرّق. **وظاهر أوّلهما في اللمعة التوقّف فيه[٣]، بل جزم ثانيهما بعدمه في الروضة**؛ لأنّ المعروف كون الأرش كجزء من الثمن[٤]، والمعتبر فيه النقد الغالب. على أنّ الحقوق الماليّة يرجع فيها إلى النقدين، فكيف ينحصر الحقّ الواجب باعتبار نقصان في أحدهما، فإذا اختار الأرش حينئذٍ وحصل موجبه لزم النقد، واتّفاقهما على غيره معاوضة على النقد الثابت في الذمّة أرشاً لا نفس الأرش. ودعوى أنّ الثابت وإن كان هو النقد، لكن لمّا لم يتعيّن إلّا باختياره الأرش؛ إذ لو ردّ لم يكن الأرش ثابتاً كان ابتداء تعلّقه بالذمّة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره، فيعتبر حينئذٍ قبضه قبل التفرّق مراعاة للصرف، وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرّق كذا يكفي دفع عوضها قبله، بل مطلق براءة ذمّة من يطلب منه، فإذا اتّفقا على جعله من غير النقدين جاز، وكانت المعاوضة كأنّها واقعة به. يدفعها: أنّ ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين أيضاً، ولا يقولون به، ولزومه وإن كان موقوفاً على اختياره، إلّا أنّ سببه العيب الثابت حالة العقد، فقد صدق التفرّق قبل أخذه، وإن لم يكن مستقرّاً. ومن هنا **قال في الروضة: «والحقّ إنّا إن اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرّق قبل قبضه مطلقاً، وإن اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً، وإن جعلنا ذلك كاشفاً عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً**. وعلى كلّ حال فالمعتبر منه النقد الغالب، وما اتّفقا على أخذه أمر آخر. والوجه الأخير أوضح، فيتّجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقاً، وإن رضي بالمدفوع لزم»[٥]. وأشكله في جامع المقاصد: «بأنّ المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف، وإنّما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتّب استحقاقها على صحّة العقد. وقد حصل التقابض في كلّ من العوضين، فلا مقتضي للبطلان؛ إذ وجوب التقابض إنّما هو في عوضي الصرف، لا فيما وجب بسببهما»[٦]. وأجاب عنه في الروضة: «بأنّ الأرش وإن لم يكن أحد العوضين، لكنّه كالجزء من الناقص منهما، ومن ثمّ حكموا بأنّه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب. والتقابض الحاصل في العوضين وقع متزلزلاً؛ إذ يحتمل ردّه رأساً. وأخذ أرش النقصان الذي كتتمة العوض الناقص، فكان بمنزلة بعض العوض. والتخيير بين أخذه والعفو عنه وردّ البيع لا يُنافي ثبوته، غايته التخيير بينه وبين أمر آخر فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييريّاً بينه وبين ما ذكر»[٧]. قلت: هو وإن أجاد بما حرّر وأفاد.

---

(١) التذكرة ١٠: ٤٣٠. الدروس ٣: ٣٠٤. المسالك ٣: ٣٤١.
(٢) التحرير ٢: ٣١٧. الدروس ٣: ٣٠٤. المسالك ٣: ٣٤١.
(٣) اللمعة: ١١٥.
(٤) الروضة ٣: ٣٩٠ ـ ٣٩٢.
(٥) الروضة ٣: ٣٩٥ ـ ٣٩٦.
(٦) جامع المقاصد ٤: ١٩٣.
(٧) الروضة ٣: ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

إلّا إنّ التحقيق خلافه ، فيجوز أخذ الأرش من النقدين ، مع التفرّق [١].

وعلى كلّ حال فالصرف ينبغي القطع بعدمه [٢].

---

[١] لا لأنّه جزء من الثمن قد انفسخ العقد بالنسبة إليه ؛ لعدم وصف الصحّة المقابل له في المثمن فيصحّ أخذه حينئذٍ في مجلس العقد وغيره ؛ لبقائه حينئذٍ على ملك المالك ، ولا صرف فيه بوجه من الوجوه ؛ إذ هو وإن أوهمه لفظ الردّ والرجوع في النصوص . بل في بعضها : كان علي عليه السلام يضع من ثمن الجارية بقدر عيبها[١] .

بل وبعض عبارات الأصحاب حتى جعل فيها الخيار بالعيب من خيار تبعّض الصفقة ، إلّا أنّ المعلوم من الأصحاب خلافه .

ولذا لم يعرف الخلاف بينهم في سقوطه بالإسقاط الذي لا ينحلّ إلى الإبراء ولا إلى الهبة ، ولم يثبتوا للبائع خياراً بسببه إذا كان جاهلاً لتبعّض الصفقة عليه في الثمن .

وكونه من قبله بعد فرض جهله بالعيب لا يسقطه ، ولذا لم يحكموا ببطلان المعاملة الربويّة بوجود العيب في أحد العوضين المستلزم على هذا التقدير الزيادة في أحدهما ، ولم يجعلوا الأرش أيضاً تابعاً لخصوص الثمن ، حتى أنّه لو أراد البائع دفعه من غير ذلك الثمن لم يكن له باعتبار بقاء الجزء المقابل للصحّة منه على ملك المشتري مثلاً . إلى غير ذلك ممّا لا يخفى لزومه على هذا التقدير ممّا هو معلوم عدمه .

بل قد يمنع صدق إسم الأرش عليه حينئذٍ ، وإن كان المتجه عليه ما عرفت من أنّ له أخذه بعد مجلس التفرّق .

بل لأنّ الأرش غرامة استحقّت شرعاً بسبب العيب في المبيع بالمعاملة الصحيحة ، فهو وإن كان ثابتاً عوض ما فات من وصف الصحّة ، إلّا أنّها معاوضة شرعيّة قهريّة لا تدخل تحت البيع حتى يجري عليها الصرف ؛ ضرورة عدم قصد كلّ من المتعاملين كون المبيع العين مثلاً مع أرش العيب من الدرهم والدرهمين مثلاً فلا بيع بالنسبة إليه قطعاً فينبغي القطع بعدم جريان الصرف ، أمّا الربا لو فرض كونه في المتجانسين فإن علم من الأدلّة شموله لمثل ذلك جرى ، وإلّا جاز كما سمعته سابقاً منّا .

[٢] ومن ذلك يعرف ما في قوله [الروضة] : والحقّ إلى آخره .

ومن الغريب دعوى كونه من المعاوضة الصرفية ، وإن كان البائع مخيّراً بينها وبين الردّ وبين العفو ، وأنّ الاختيار أو التصرّف كاشف حينئذٍ عن الثبوت بالعقد ، وأنّه غير منافٍ لثبوته على جهة التخيير ؛ إذ هو كما ترى .

وأغرب منه دعوى البطلان فيما قابله من الثمن بالتفرّق ؛ إذ شمول أدلّة الصرف لنحو ذلك من المعلوم عدمه ، بل كاد يكون ضرورياً .

كما أنّ دعوى عدم تناول أدلّة أخذ الأرش لمثل هذا المبيع معلوم عدمها ، فضلاً عن ترجيح ما دلّ على اعتبار التقابض في الصرف على ما دلّ على ثبوت الأرش .

مضافاً إلى ما في جامع المقاصد : من أنّه « يمكن أن يقال : قد صدق التقابض في مجموع العوضين المقتضي لصحّة الصرف ، واشتراط قبض الأرش إذا كان من النقدين ليس لكونه جزء معاوضة ، بل لكونه من توابعها ، ومن ثمّ لو أسقطه مستحقّه لم يلزم في المعاوضة اختلال ، كما لو كان النقدان من جنس واحد »[٢] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٢ ، ب ٤ من أحكام العيوب ، ح ١ . (٢) جامع المقاصد ٤ : ١٩٣ .

وإن كان قد يناقش فيه بأنّه بناءً على دخوله في المعاوضة لا ريب في اعتبار قبضه في صحّته وصحّة مقابله إذا كان من النقدين وكونه عوض صفة فلا مقابل له من العوض الآخر.

يدفعه: أنّ أحد العوضين في مقابل الأخير من جهة الماليّة، ولا فرق بين الجزء والصفة التي لها دخل في الماليّة.

نعم التحقيق ما ذكرناه من أنّ الأرش غرامة شرعيّة تثبت بسبب العيب فهو كالمعاوضة القهريّة ولولا الدليل لم يكن ثبوته مقتضى القواعد، بل لو كان دفع الأرش ممّن عليه من الصرف باعتبار كونه نقداً في ذمّه المستحقّ عليه ودفعه عنه شراء له من المستحقّ وجب اعتبار التقابض فيه حتى في غير الصرف، وهو معلوم العدم. ودعوى اختصاص ذلك في المعاملة الصرفية لا شاهد لها. ولو أعطيت التأمّل حقّه في المقام بان لك أنّ كثيراً من الكلام دخان بلا ضرام وسفسطة بلا حاصل ومتعبة بلا طائل.

ولعلّ مرجع ما ذكره المحقّق الثاني إلى ما قلناه، فلاحظ وتأمّل، هذا.

ولكن في القواعد في المقام: «أنّ له الأرش ما داما في المجلس، فإن فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، وإن كان مخالفاً صحّ»[1].

وفيه: أنّه لا فرق في الصرف بين جنس المعيب والسليم، فإمّا أن يبطل فيهما معاً، أو يصحّ كذلك؛ إذ ما قيل من أنّه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان ديناراً وعشرة دراهم وكان الدينار معيباً من الجنس بما يقتضي نقصان قيمته بقدر درهم فإنّ المبيع يكون ديناراً ودرهماً بعشرة دراهم، وقد تفرّقاً قبل قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه، بعينه آت فيما لو دفع ذهباً قيمته درهم فإنّه قد تفرّقا قبل قبضه فيجب أن يبطل كالسليم، بخلاف ما لو دفع من غيرهما[2].

وقد يريد كما حكاه الشهيد عن بعض تلامذة العلّامة ما كان مخالفاً لجنسي المعيب والصحيح معاً[3]. فالمراد حينئذٍ بجنس السليم مطلق النقد، فيوافق ما حكيناه عنه في التحرير[4].

نعم ربّما ظهر من العبارة المزبورة عدم انحصار الأرش في النقد، وأنّه كلي شامل له ولغيره، وتعذّر بعض أفراده بالتفرّق يعيّن الآخر، وهو النقد، أو أنّه النقد إذا أمكن فإن تعذّر فغيره.

وفيه منع واضح؛ لما عرفت من انصراف جميع الحقوق الماليّة إلى النقد.

كما أنّ ظاهر قوله: «بطل فيه» أنّه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك. ويشكل بأنّه إذا استحقّ في ذمّته عوض نقصان أحد العوضين، كيف يبطل فيما لو عيّنه فيما لا يجوز أخذه؟! وتخييره في جهات القضاء إنّما هو فيما لم يمنع شرعاً.

بل في جامع المقاصد: «لو سلّم تخييره بالنسبة إليها لم يلزم البطلان»[5].

بل عدم جواز المطالبة بغيرها حتى لو تراضيا على الأداء من غير النقدين بعد التعيين في أحدهما ينبغي القول بالجواز، فتأمّل جيداً، والله أعلم.

---

(١) القواعد ٢: ٣٩.
(٢) حكاه في جامع المقاصد ٤: ١٩٢. بلفظ: «وما قيل».
(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤١٤.
(٤) التحرير ٢: ٣١٧.
(٥) جامع المقاصد ٤: ١٩٣.

[صحّة الصرف بتخلف النقد إذا كان البيع في الذمة مع التبديل قبل التفرق]:

المسألة (**الثالثة : إذا اشترى دراهم في الذمّة بمثلها ، ووجد جميع ما صار إليه غير فضّة قبل التفرّق كان له المطالبة بالبدل**) قطعاً [١].

بل ليس له الرضا به عوضاً عن المبيع إلّا بمعاوضة جديدة غير العقد الأوّل .

(**وإن كان**) قد ظهر له ذلك (**بعد التفرّق بطل الصرف**) [٢].

(**ولو**[١] **كان**) قد ظهر ذلك في (**البعض**) طالب بالبدل قبل التفرّق ، وبعده (**بطل فيه**) [٣].

(**وصحّ في الباقي**) [٤].

وكان له خيار تبعض الصفقة .

(**وإن**) كان (**لم يخرج**) المدفوع (**بالعيب عن**[٢] **الجنسية**) لأنّه اضطراب سكّة أو خشونة جوهر أو نحوهما وفرض كون العيب المزبور في جميع العوض (**كان مخيّراً بين الردّ**) [٥].

(**و**) بين (**الإمساك بالثمن من غير أرش**) [٦].

من غير فرق في ذلك بين حالي التفرّق وعدمه [٧].

---

[١] لعدم فرديّة ما قبضه للكلّي المبيع فهو كعدم القبض .

[٢] لعدم التقابض في المجلس .

[٣] لعدم التقابض .

[٤] لوجود المقتضي .

[٥] لإطلاق أدلّة العيب .

[٦] بناءً على استلزامه الربا أو لعدم ثبوته في فرد الكلّي كما ستعرف .

[٧] **لكن قد يفهم من جمع المصنّف بين الردّ والإبدال أن مراده من الأوّل فسخ العقد من أصله .**

بل قوله في القواعد : « له الردّ والإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس ، ومجّاناً مع اتّفاقه ، والمطالبة بالبدل وإن تفرّقا ، على إشكال »[٣] **أوضح منه .**

كقوله في الإرشاد : « له الردّ والإمساك بغير أرش ، والبدل وإن تفرّقا »[٤] .

بل في الوسيلة : وعن المبسوط تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع والفسخ والإبدال[٥] .

ولعلّ وجه الفسخ : أنّ المبيع وإن كان كلّياً إلّا أنّه تشخّص بالقبض حتى صار كأنّ المبيع ذلك الشخصي فجرى عليه حكمه إذا كان مبيعاً .

---

(١) في الشرائع : « فلو » .

(٢) في الشرائع : « من » .

(٣) القواعد ٢ : ٣٩ .

(٤) الإرشاد ١ : ٣٦٩ .

(٥) الوسيلة : ٢٤٤ .

وإليه أشار في التذكرة حيث احتمل الفسخ ؛ معلّلاً له بأنّ المطلق يتعيّن بالتقابض ، إلّا أنّه جعل الوجه قبل ذلك عدمه إلّا مع تعذّر تسليم الصحيح ، قال : « لأنّ العقد يتناول أمراً كلّياً »[١] .

ونحوه ما في المختلف ، فإنّه بعد أن حكى عن الشيخ ما سمعت قال : « ولي فيه نظر ، فإنّ لقائل أن يقول : ليس له الفسخ كما لو دفع المسلم فيه معيباً فإنّ له المطالبة بالصحيح دون الفسخ إلّا مع تعذّر التسليم ، فكذا هنا ؛ إذ المعقود عليه غير معيّن ، ولا يتعيّن بالمعيب بالقبض ، ولا يتحقّق الفسخ »[٢] .

وأشكله في الدروس : بأنّهما تفرّقا قبل قبض البدل[٣] .

وفيه :

إنّ البحث على فرض جواز الإبدال بعد التفرّق كما هو صريح ما سمعته عن المبسوط والوسيلة[٤] ، وإلّا فلا ريب أنّ المتجه على تقدير العدم جواز الفسخ لكن على معنى : أنّ له ردّ المعيب فينفسخ العقد حينئذٍ لعدم التقابض قبل التفرّق ، وحينئذٍ يكون من قبيل تعذّر تسليم الصحيح .

ومن هنا جعل في التحرير عدم الفسخ لازماً للقول بالإبدال .

فقال : « ولو وجد القابض عيباً فله المطالبة بالبدل قبل التفرّق ، سواء كان العيب من جنسه أو من غيره .

ولو كان العيب من جنسه ورضيه جاز .

ولو طلب الأرش لم يجز مع اتّحاد العوضين ويجوز مع عدمه .

ولو افترقا بعد القبض ثمّ وجد العيب من جنسه قال الشيخ : له الإبدال .

ولو كان من غير الجنس بطل الصرف .

ولو كان في البعض صحّ في السليم .

ولو طلب واجد العيب الفسخ فعلى قول الشيخ ينبغي أنّه ليس له مع الإبدال »[٥] .

ولعلّ مراده : أنّ المتّجه على قول الشيخ عدم جواز الفسخ ، وإن كان هو قد صرّح به كما سمعت .

ويؤيّد ذلك كلّه ما تسمعه إن شاء الله في باب السلم من الحكم بالإبدال وعدم فسخ العقد .

ولعلّه لذا اقتصر في اللمعة هنا فيما نحن فيه ، على أنّ له الإبدال مضافاً إلى أصالة لزوم العقد وغيرها[٦] .

فالمتجه حينئذٍ حمل الردّ في كلام المصنّف على إرادة المبيع لا فسخ العقد .

---

(١) التذكرة ١٠ : ٤٣٢ .

(٢) المختلف ٥ : ١٢٠ .

(٣) الدروس ٣ : ٣٠٤ .

(٤) تقدم في ص ٣٥٩ .

(٥) التحرير ٢ : ٣١٧ ـ ٣١٨ .

(٦) اللمعة : ١١٥ .

[والمتجه كون المراد من الردّ ردّ المبيع لا فسخ العقد]، ويكون الحاصل أنّ له الردّ على كلّ حال وإن أدّى ذلك لو كان بعد التفرّق ـ وقلنا بعدم الإبدال فيه ـ إلى بطلان العقد [١].

(و) حينئذٍ ففي المقام إن ردّ في المجلس كان (**له المطالبة بالبدل قبل التفرّق قطعاً**) [٢]. (و) أمّا (**فيما بعد التفرّق**) ففي الإبدال (**تردّد**) [٣].

---

[١] والمناقشة في أصل جواز الفسخ بأنّه قد تشخّص الكلّي في المقبوض ؛ إذ الفرض أنّه فرد له ، ولا دليل على أنّ العيب يسلّط على فسخ مقتضى القبض ، والأصل براءة ذمّة الدافع وبقاء ملك المدفوع إليه . يدفعها : الاتفاق منهم ظاهراً على ذلك في المقام والسلم وغيرهما . مؤيّداً بإطلاق ما دلّ على ردّ المعيب الشامل للمقام وإن اختلف هو مع الشخصي بكون ردّه مقتضياً لفسخ العقد ، بخلاف ردّه هنا باعتبار أنّ العقد قد وقع على ما هو أعمّ منه ، فأقصى ما يفيد ردّه إبطال التشخيص السابق لا أصل العقد كما هو واضح .

[٢] لعدم المانع من التفرّق ونحوه .

[٣] و[فيه] **خلاف ، فالمشهور بين من تعرّض له من الشيخ وإبن حمزة والفاضل والمحقّق الثاني والشهيد الثاني : أنّ له ذلك**[١] **. وفي الدروس : « لا يجوز على الأقرب »**[٢] **. وهو ظاهر اللمعة أيضاً**[٣] **.**

وعن أبي علي : أنّه يجوز الإبدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئة[٤] **، لكنّه لم يقيّد بالتعيين وعدمه .**

وكأنّ وجه العدم : أنّ الإبدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرّق ، وأنّ المبيع حقيقة إنّما هو البدل ، وقد حصل التفرّق قبل قبضه ، فيكون الصرف باطلاً ، فلا يجوز له أخذ البدل .

ويدفعه : أنّ التقابض تحقّق في العوضين قل التفرّق ؛ لأنّ المقبوض وإن كان معيباً ، إلّا أنّ عيبه لم يخرجه عن حقيقة الجنسية ، ولأجل ذلك ملكه المشتري ، وكان نماؤه له من حين العقد إلى حين الردّ ، والفسخ بالردّ طارٍ على الملك بسبب ظهور العيب ، فيكون البيع صحيحاً ، وله طلب البدل بعد التفرّق .

إذ ما في الذمّة وإن كان أمراً كلّياً إلّا أنّه إذا عيّن في شيء وقبضه المستحقّ تعيّن وثبت ملكه له ، فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تداركاً لفائت حقّه ، فإذا فسخ رجع الحقّ إلى الذمّة فتعيّن حينئذٍ عوضاً صحيحاً . وبهذا ظهر أنّ الأوّل كان عوضاً في المعاوضة ، وقد قبضه قبل التفرّق فتحقّق شرط الصحّة ، فلا يلزم بطلانه بالفسخ الطارئ على العوض ، المقتضي لعوده إلى الذمّة . وكون البدل عوضاً لا يقتضي نفي عوضيّة غيره ، فلا يقتضي التفرّق قبل قبضه العوض في المعاوضة ، وأمّا ما عن الإيضاح « من أنّ جواز الإبدال يستلزم عدمه ؛ لأنّ ردّه هو رفع تعيين المبيع فيه ، وهو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع في الماضي والمستقبل ؛ لأنّ المبيع واحد ، فلا يكون قد قبض المبيع قبل التفرّق فيبطل الصرف »[٥] .

إذ يمكن منعه عليه بالتزام عدم وحدة ما يتحقّق به المبيع حتى في الزمان . فقد ظهر أنّ [الأقوى جواز الإبدال].

---

(١) المبسوط ٢ : ٩٥ . الوسيلة : ٢٤٤ . التذكرة ١٠ : ٤٣١ . جامع المقاصد ٤ : ١٩٦ . الروضة ٣ : ٤٠٠ .

(٢) الدروس ٣ : ٣٠٣ .

(٣) اللمعة : ١١٥ .

(٤) نقله في المختلف ٥ : ١٢١ .

(٥) الايضاح ١ : ٤٥٣ .

[ف] ـ الأقوى جواز الإبدال، كما أنّ الأقوى عدم اعتبار التقابض في مجلس الردّ [١].

ولو كان العيب في البعض فحكمه حكم الكلّ في جميع ذلك إلّا أنّ في ردّه وحده أو ردّ الجميع لئلا تتبعّض الصفقة على البائع ما عرفته سابقاً. كما أنّ الحكم كذلك أيضاً في مختلف الجنس وإن زاد عليه بجواز أخذ الأرش في المجلس وبعده على البحث السابق [٢].

---

[١] **وفاقاً للشهيدين في الحواشي والمسالك والمحقّق الثاني في جامعه**[١]؛ للأصل السالم عن المعارض؛ إذ القبض الأوّل إمّا أن يؤثّر في صحّة البيع أو لا، والثاني يستلزم بطلان البيع من رأس، والمفروض خلافه. والأوّل يستلزم عدم اشتراط قبض البدل. وبالجملة أدلّة التقابض إنّما يظهر منها اعتباره في مجلس العقد وقد حصل، فغيره على الأصل. فما عن الإيضاح من الاشتراط[٢] ضعيف. كالإشكال في القواعد[٣]، وإن كان وجهه: أنّه قبض عوض الصرف؛ لأنّ القبض الأوّل قد ارتفع. وفيه ما عرفت. فقد بان أنّ الأقوى عدم الاشتراط، كما أنّه ممّا ذكرنا سابقاً ظهر مستند القول بالإبدال وعدمه، وأمّا ما عن أبي علي، ففي خبر اسحاق عن الكاظم عليه السلام إشارة إليه، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعني الورق بالدنانير وآتزن منه فأزن له حتى أفرغ فلم يكن بيني وبينه عمل إلّا أنّ في ورقه نفاية وزيوفاً ومالا يجوز فيقول: انتقدها وردّ نفايتها فقال: «ليس به بأس، ولكن لا يؤخّر ذلك أكثر من يوم أو يومين، فإنّما هو الصرف، قلت: فإن وجدت في ورقه فضلاً مقدار ما فيها من النفاية، قال: هذا احتياط، هذا أحبّ إليّ»[٤]. وهي كما ترى.

[٢] **لكن صرّح في المختلف هنا: بأنّ له الأرش مع التفرّق**[٥]**. بل لعلّه المفهوم من عبارة القواعد أيضاً**[٦]. وهو موافق لما قدّمناه من عدم منافاته للصرف. **نعم قد أطلق هنا في المحكي عن المبسوط والخلاف والوسيلة الإمساك مجّاناً**[٧] **مع عدم تقييد الأوّل والثالث باتّحاد الجنس وفرضه في الثاني مع اختلافه**. ولعلّه لأنّ الأرش إنّما يثبت في أحد العوضين إذا تعيّن؛ لأنّ غير المعيّن ماهيّة كلّية في الذمّة، وإنّما يحمل اللفظ على الصحيح، فإذا دفع إليه بعض جزئيات الكلّي معيباً كان له إبداله، فلا يتعيّن كونه معيباً كي يستحقّ جبره بالأرش، ولذا حكي عن شرح الإرشاد للفخر الجزم بعدم الأرش[٨] أيضاً، بل هو ظاهر الشهيد أو صريحه في الحواشي[٩]، بل يؤيّده ما تسمعه منهم فيما إذا خرج المسلم فيه معيباً من التصريح بعدم الأرش. بل ظاهر المسالك هنا أنّه من المسلّمات[١٠]. وهو متّجه بناءً على أنّ له الإبدال هنا؛ إذ لا فرق حينئذٍ بينه وبين المسلم فيه. نعم يمكن القول بثبوت الأرش فيهما معاً باعتبار تشخّصه بالقبض، فيشمله ما دلّ عليه في المبيع المعيب. ولا ينافيه جواز المطالبة بالإبدال. اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الأرش إنّما ثبت عوضاً عن وصف الصحّة الذي لا يمكن تداركه إلّا به لو كان المبيع شخصيّاً. أمّا إذا كان كلّياً فهو ممكن بالإبدال، فلا يلزم به البائع، ومن ذلك كانت المسألة محلّ تردّد، وإن كان الأوّل أقوى إن لم يكن إجماع على خلافه، والله أعلم.

---

(١) نقله عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٤: ٤١٨. المسالك ٣: ٣٤٢. جامع المقاصد ٤: ١٩٦.
(٢) الايضاح ١: ٤٥٣.
(٣) (٦) القواعد ٢: ٣٩.
(٤) الوسائل ١٨: ١٧٦، ب ٥ من الصرف، ح ٢، وفيه: «فلا يكون» بدل «فلم يكن».
(٥) المختلف ٥: ١٢٠.
(٧) المبسوط ٢: ٩٥. الخلاف ٣: ٦٩. الوسيلة: ٢٤٤.
(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤١٧.
(٩) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤١٧.
(١٠) المسالك ٣: ٣٤١ـ ٣٤٢.

[وإن كان ثبوت الأرش أقوى إن لم يكن إجماع على خلافه].

ثمّ إنّه حيث يثبت الردّ لا يمنعه نقص السعر [١] ولا زيادته [٢].

ولو تلف أحد العوضين المعيّنين في الصرف بعد التقابض ثمّ ظهر في التالف عيب من غير الجنس بان بطلان الصرف، وكان العوض الآخر لصاحبه، ويضمن التالف بالمثل إن كان نحو الذهب والفضّة والدرهم والدينار، وبالقيمة في الحلي ونحوها.

ولو كان العيب من الجنس لم يكن له الأرش مع اتّحاد الجنس، بناءً على ثبوت الربا به [٣].

[و] أمّا مع اختلافه فله الأرش على البحث السابق ولو كانا غير معيّنين وكان التالف معيباً من غير الجنس لم يبطل الصرف قبل التفرق. نعم هو كذلك بعده.

ولو كان معيباً بالجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس قبل التفرّق وبعده على البحث السابق، وليس له فسخ العقد على القول به هناك [٤]. والظاهر أنّ المطالبة بالبدل كذلك.

أمّا متّحد الجنس فليس له الأرش، بناءً على ثبوت الربا به وله الردّ في وجه بل قول قد تقدّم [٥].

والظاهر أنّ الإبدال كذلك [٦].

فبناء على المختار من:

١ ـ ثبوت الأرش في متّحد الجنس ولا ربا.

٢ ـ وعلى ثبوته ـ أيضاً ـ في مختلف الجنس بعد التفرق، ولا ينافي الصرف.

٣ ـ وعلى ثبوته في الكلّي أيضاً.

---

[١] **عندنا**.

[٢] للأصل وإطلاق الأدلّة. **خلافاً لبعض العامّة فجعل النقص كحدوث العيب فيه**[١]. وهو قياس ومع الفارق.

[٣] **نعم قيل: إنّ له الفسخ ويرد مثل التالف أو قيمته، إن لم يكن له مثل**[٢]. وفيه نظر.

[٤] لأنّ التلف مانع له.

[٥] لتوقّف تحصيل حقّه عليه.

[٦] ومن ذلك كلّه يعلم ما في **إطلاق القواعد قال: «لو تلف أحدهما بعد التقابض ثمّ ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف، ويرد الباقي ويضمن التالف بالمثل أو القيمة. ولو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس وإلّا فلا»**[٣]. ويمكن أن يريد المطلقين فيحتاج إلى قيد التفرّق للبطلان، والأمر سهل.

ولعلّ اضطراب كلامهم في المقام يشهد للمختار سابقاً؛ ضرورة كون المقام من خيار العيب في غيره، وليس له أدلّه مخصوصة تخصّه، وقد عرفت سابقاً سقوطه بالتلف والتصرّف.

---

(١) المغني (لابن قدامة) ٤: ١٨٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٤١٩.

(٣) القواعد ٢: ٤٠.

يتّجه حينئذٍ القول بسقوط الردّ المقتضي للفسخ أو الإبدال بالتلف ويتعيّن الأرش[١].

[أمّا على غير المختار مشكل].

ويجوز إخلاد أحد المتعاقدين إلى الآخر في قدر عوضه فيصحّ البيع فيما يشترط فيه القبض في المجلس قبل اعتباره ، فلو أخبر بوزن المعيّن فاشتراه بجنسه ثمّ وجد نقصاً تبيّن بطلان الصرف قبل التفرّق وبعده [٢].

وكذا لو كان الزائد معيّناً ، والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعيّن بحسب نوعه .

بل وكذا لو كانا مطلقين وكان أحدهما ينقص عن الآخر بحسب نوعه [٣].

والأصل في المسألة أنّ نقصان المبيع الشخصي وزيادته في متساوي الأجزاء يقتضي بقاء الزيادة في الثمن والمثمن على ملك مالكهما وعقد البيع لم يؤثّر نقلهما عن المالك وأنّ كلّاً منهما ملك للبائع والمشتري ، وإن ثبت الخيار ، فعلى الأوّل لا ربا في الفرض بخلاف الثاني . والمسألة من المشكلات كما تقدّم الكلام فيها في أحكام العقود [٤].

[وقد يقال بثبوت فرد آخر للخيار ، وهو الأخذ بالحصّة في مختلف الأجزاء ، وأولى منه المتساوي ، من غير فرق بين الثمن والمثمن]. ولعلّه لا يخلو من قوّة ، وحينئذٍ يتجه الربا مطلقاً ، فتأمّل جيداً فإنّه دقيق جداً .

ولو اشتراه - أي المعيّن - بغير جنسه كذلك ، فظهر النقص تخيّر بين الردّ والأخذ بالحصّة إن كان متساوي الأجزاء ، وإلّا تخيّر بين الإمساك بجميع الثمن والردّ - على ما تقدّم سابقاً في أحكام العقود - فلاحظ وتأمّل ، وكذا المطلق والمعيّن والمطلقين .

[الصرف بزيادة غلطاً أو تعمداً]:

ولو كان قد وجده زائداً وهي المسألة (**الرابعة**) التي ذكرها المصنّف ، فقال : (**إذا اشترى ديناراً بدينار ودفعه**

---

[١] أمّا على غيره فيشكل مع التزامهم بسقوط الردّ والأرش من حيث الربا أو الصرف أو الهبة : ١ - بأنّها معاملة ضرريّة لا جبر لها . ٢ - وبمنافاته لإطلاق أدلّه العيب . ٣ - ومع التزامهم برد المثل أو القيمة عوض ردّ العين كي يترتّب عليه الفسخ أو الإبدال . وبأنّه منافٍ لما دلّ هنا من اعتبار قيام العين في الردّ خصوصاً الردّ الموجب للإبدال . ومن ذلك يظهر لك قوّة المختار المطرد على جميع الأطوار .

[٢] لاشتمال أحد العوضين على زيادة عينيّة يتحقّق بها الربا ، **كما صرّح به الفاضل**[١] **وغيره .**

[٣] نعم قد يناقش في أصل تحقّق الربا بذلك ، كما ستسمع في صورة الزيادة التي يجري مثله في صورة النقيصة لكن بالنسبة إلى الثمن .

[٤] وكلمات الأصحاب فيها في غاية الاضطراب . وفيها خبر[٢] في مختلف الأجزاء يوافق الأوّل ، اللهمّ إلّا أن يُراد منه ومن الفتاوى إثبات فرد آخر للخيار وهو الأخذ بالحصّة في مختلف الأجزاء وأولى منه المتساوي ، من غير فرق بين الثمن والمثمن .

---

(١) القواعد ٢ : ٤٠ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٩٦ ، ب ١٤ من الصرف ، ح ١ .

فزاد زيادة لا تكون إلّا غلطاً أو تعمّداً كانت الزيادة في يد البائع أمانة وكانت للمشتري في الدينار مشاعة) [١].

أمّا مع غيره كالغلط أو الشكّ فيها فالأقوى كونها كذلك أيضاً أي بالنسبة إلى عدم الضمان [٢].

---

[١] **كما صرّح به الفاضل والمحقّق الثاني هنا[١] وغيرهما. نعم في المسالك: « المُراد أنّه إذا اشترى ديناراً مثلاً في الذمّة بدينار كذلك وإن كان قوله: « ودفعه » قد يوهم التعيين؛ إذ لو كانا معيّنين لبطل الصرف من حيث اشتمال أحد العوضين على زيادة عينيّة. وكذا لو كان الزائد معيّناً والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص بحسب نوعه »[٢].**

قلت: قد يناقش فيه:

١ ـ بأنّ الزيادة بناءً على أنّها غير داخلة في المبيع ـ للحكم بأنّها للدافع كما تقدّم سابقاً في أحكام العقود في متساوي الأجزاء ـ فكيف يلزم الربا؟!

٢ ـ وبأنّ الربا قد يتصوّر أيضاً في المطلقين إذا كان أحدهما ناقصاً عن الآخر بحسب نوعه.

وكيف كان فلا أجد خلافاً في صحّة الصرف حيث لا يستلزم الربا، بأن كان الزائد مثلاً ليس أحد عوضي المعاملة.

وإنّما دفع عوضاً عمّا في الذمّة فاتّفق أنّه كان زائداً عن وزن ما جعل عوضاً. ولا يخرج بهذه الزيادة عن كونه فرداً للكلّي الذي في الذمّة وإن كان مقدّراً بالوزن الناقص، إلّا أنّه لم يؤخذ ذلك وصفاً مشخّصاً له على وجه يخرج الزائد عن كونه فرداً ولو فرض كونه كذلك، فلا ريب في بطلان الصرف إذا كان قد بان بعد التفرّق، وقبله يطالب بالبدل، إلّا أنّ ذلك غير مانحن فيه، والزيادة في الفرض للبائع قطعاً كالقطع بأنّها أمانة مالكية مع التعمّد، بل في المسالك: « أنّه محلّ وفاق »[٣].

[٢] **وفاقاً لأوّل الشهيدين وثانيهما ومحكي المبسوط[٤]**؛ للأصل بعد أن كان وقوعها [=الزيادة] في يده من غير تعدٍّ منه، بل بإذن مالكها، وليست من المقبوض بالسوم قطعاً، ولا أولى منه بالضمان لو قلنا به. والإقدام على قبضها من العوض لم يصلح تسبيبه للضمان وعموم « على اليد »[٥] بحيث يشمل النزاع محلّ منع، خصوصاً بعد عدم الجابر له فيه.

بل في المسالك: « أنّ الثابت على الآخذ في الخبر غير مبيّن، ولعلّه للحفظ أو نحوه، كما يرشد إليه الأمانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم بضمانها، والقدر المتّفق عليه وجوب حفظها »[٦]. وإن كان قد يُناقش فيه:

١ ـ بمعلوميّة استدلال الأصحاب به في سائر المقامات على الضمان، فلا أقلّ من أن يكون ذلك مرجّحاً له على تقدير الحفظ، فضلاً عن فهم العرف له من لفظ « على ».

٢ ـ مع أنّ إرادة الأمرين منه ممكن. بل ربّما قيل: إنّه أنسب بإطلاقه، فتقييده بأحدهما سيّما الحفظ من غير داع لا وجه له. فالأولى حينئذٍ في ردّ الاستدلال به ما عرفت. أو أنّ المنساق منه الأخذ عدواناً، أو من غير إذن المالك، كما يومئ إليه استدلال الأصحاب به في نحو هذا المقامات، فتأمّل. **فما عن فخر المحقّقين وتبعه الكركي والسيّد في الرياض من أنّ الأصح الضمان[٧]** ضعيف.

---

(١) القواعد ٢: ٤٠. جامع المقاصد ٤: ١٩٨.
(٢) المسالك ٣: ٣٤٣.
(٣) المسالك ٣: ٣٤٤.
(٤) الدروس ٣: ٣٠٢. المسالك ٣: ٣٤٣. المبسوط ٢: ٩٧.
(٥) المستدرك ١٧: ٨٨، ب ١ من الغصب، ح ٤.
(٦) المسالك ٣: ٣٤٣.
(٧) الايضاح ١: ٤٥٣. جامع المقاصد ٤: ١٩٨، ٤٠٥. الرياض ٨: ٣٢٨.

إنّما الكلام في أنّها أمانة شرعيّة [١].

أو مالكيّة ؟ [٢] وجهان.

أصحّهما الأوّل [٣].

[صرف الدرهم بشرط صياغة خاتم]:

المسألة (**الخامسة : روي**) [٤] (**جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم**) [٥].

---

[١] لعدم علم المالك بها فضلاً عن قصده الأمانة ، فهي كالمتاع في الصندوق والمستعار ولم يعلم به المالك.

[٢] نظراً إلى استناد دفعها إليه وصدق تعريفها المشهور الذي هو الاستناد إلى المالك ومن في حكمه عليها.

[٣] ضرورة إرادة تأمين المالك لها من الأمانة المالكيّة لا مجرّد أخذها من يده أو دفعه إيّاها ، ولو على وجه الأمانة كما هو واضح.

بل ما ذكر من حكم الأمانة المالكيّة والشرعيّة من عدم وجوب ردّ الأُولى على الفور ، وعدم إعلام المالك بها ، بخلاف الثانية ظاهر فيما ذكرنا ؛ إذ لا وجه لذلك فيما نحن فيه ، هذا.

وفي القواعد : « أنّ لآخذ الزيادة الفسخ للتعيّب بالشركة إن منعنا الإبدال مع التفرّق ، وكذا لدافعها ؛ إذ لا يجب عليه أخذ العوض.

نعم لو لم يفترقا ردّ الزائد وطالب بالبدل »[١].

وإليه يرجع ما في المسالك ، قال : « وعلى تقدير الغلط إمّا أن يتبيّن الحال قبل التفرّق أو بعده ، فإن كان قبله فكل منهما استرداد الزائد وإبداله ، وليس للآخر الامتناع تحرّزاً من الشركة ، وإن كان بعد التفرّق فإن جوّزنا الإبدال للمعيب من الجنس كما تقدّم فكذلك ، وإلّا ثبت الخيار لكلّ واحدٍ منهما لعيب الشركة »[٢].

ونحوه في جامع المقاصد[٣].

ومقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الإبدال. وبه صرّح في جامع المقاصد ، قال : لأنّه طريق إلى التخلّص من العيب فلا يثبت فسخ المعاوضة اللازمة[٤].

وفيه : أنّ مثله جار في المسألة السابقة ، مع أنّهم حكموا بالردّ والإمساك والمطالبة بالبدل.

اللهمّ إلّا أن يدّعى الفرق بين عيب الشركة وغيره ، فيتمسّك في الثاني بإطلاق دليل الردّ به الشامل للإبدال والفسخ ، بخلاف الأوّل الذي دليله لا ضرر[٥] ، المرتفع بمشروعيّة الإبدال ، والله أعلم.

[٤] [رواه] أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام في القوي جدّاً إن لم يكن الصحيح ما يستفاد منه [ذلك].

[٥] قال : سألته عن الرجل يقول للصائغ : صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجيّاً بدرهم غلّة ؟ قال : « لا بأس »[٦].

---

(١) القواعد ٢ : ٤٠.

(٢) المسالك ٣ : ٣٤٤.

(٣)(٤) جامع المقاصد ٤ : ١٩٩.

(٥) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥.

(٦) الوسائل ١٨ : ١٩٥ ، ب ١٣ من الصرف ، ح ١ ، وفيه : « طازجاً » بدل « طازجيّاً ».

. . . . . .

وعمل بها الشيخ في النهاية، فقال: «لا بأس أن يبع درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم أو غير ذلك من الأشياء»[١].

بل عن كشف الرموز: أنّ الرواية مقبولة غير مطعون فيها، وأنّ المشايخ اعتمدوا عليها، وأنّ المخالف صاحب الوسيلة، وأنّ العجلي متردّد، وأنّ العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآية[٢] وعموم الرواية[٣].

وظاهره انحصار المخالف في ابن حمزة[٤] كالمحكي عن إيضاح النافع[٥].

وظاهر المصنّف هنا العمل بها أيضاً بل هو صريحه في النافع[٦] كالفاضل في التحرير ومحكي التلخيص[٧]، بل قيل: «إنّه ظاهره في التذكرة»[٨]. **وأمّا ابن إدريس فإنّه بعد أن ذكر ما في النهاية وجّه الفتوى بذلك: «أنّ الربا هو الزيادة في العين إذا كان الجنس واحداً، وهنا لا زيادة في العين، ويكون ذلك على وجه الصلح في العمل»**[٩].

فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به، ويمكن أن يحتج لصحّته بقوله تعالى: ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[١٠]، وهذا بيع، والربا المنهي عنه غير موجود، لا حقيقة لغوية ولا شرعيّة ولا عرفية.

وفيه:

ما قد عرفت سابقاً من تحقّق الربا بمطلق الزيادة في المتجانسين؛ ضرورة عدم صدق المثل بالمثل معها.

وفي صحيح عبد الرحمن: «أنّ الناس لم يختلفوا في النسيء، أنّه الربا»[١١].

كما في خبره الآخر: «جاء الربا من قبل الشروط، وإنّما تفسده الشروط»[١٢].

بل يمكن دعوى اتّفاق الأصحاب على ذلك.

لا يقال: إذا كان وصف الخاتميّة مثلاً لا يتحقّق به الربا.

ولذا جاز بيعه بمثله فضّة غير خاتم، فاشتراطها غير قادح أيضاً.

لأنّا نقول: إنّ الشرط هنا العمل وهو صياغتها خاتماً لا وصف الخاتميّة، ولا ريب في تحقّق الربا بمثله.

---

(١) النهاية: ٣٨١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) ولم يتعرض المسألة في الوسيله، كما اعترف في مفتاح الكرامة ٤: ٤٢٣.

(٤) الوسيلة: ٢٤٤.

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٢٤.

(٦) المختصر النافع: ١٥٣.

(٧) التحرير ٢: ٣١٦. تلخيص المرام: ١٠٤.

(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٢٣.

(٩) السرائر ٢: ٢٦٧.

(١٠) البقرة: ٢٧٥.

(١١) الوسائل ١٨: ١٩٨، ب١٥ من الصرف، ح١.

(١٢) الوسائل ١٨: ١٩٠، ١٩١، ب١٢ من الصرف، ح١، وفيه: «عن خالد بن الحجاج».

[هذا إلّا أنّه لا ريب في تحقّق الربا بمثله]. نعم لو كان الشرط مثلاً بيعه بفضة مصوغة خاتماً أمكن عدم تحقّق الربا [١].

ولعلّ من ذلك اشتراط الخيار لأحدهما، فإنّه لا يتحقّق به الربا أيضاً [٢].

بل قد يقال: بعدم تحقّق الربا باشتراط غير موضع العقد للتسليم [٣].

ولعلّ ما نحن فيه كذلك [٤].

نعم لو اشترط عليه حمل المبيع مثلاً إلى بلدٍ آخر تحقّق الربا، لا ما إذا كان كلّياً واشترط خصوص موضع للتسليم [٥].

---

[١] لعدم اشتراط العمل، فهو كبيعه الفضّة بالفضّة من الدراهم مثلاً، أو بفضّة من جنس المصوغ على وجه خاصّ، ونحو ذلك مما هو أفراد للمبيع، وبالوصف والشرط يتعيّن بعض أفرادها، ومثله لا يتحقّق به الربا قطعاً؛ إذ ليس مطلق الاشتراط في أحد العوضين يتحقّق به ذلك.

[٢] إذ أقصاهُ صيرورة البيع بالنسبة إلى أحدهما جائزاً.

[٣] **نحو ما قيل في الفرض، بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرّض لذلك، كالفاضلين والشهيد والمحقّق الثاني[١] وغيرهم.**

والظاهر أنّ ذلك منهم فيه؛ للأصل والعمومات مع فقد المانع من نصّ وإجماع؛ لاختصاصهما بالمنع عن القرض بشرط النفع، وليس الانقاد في بلد آخر منه.

[٤] إذ ليس هو إلّا اشتراط موضع خاصّ من مواضع التسليم غير ما انصرف إليه العقد.

وحينئذٍ فيكون ما ورد من الصحيح: في الرجل يسلف الرجل الورق على من ينقدها بأرض أُخرى ويشترط عليه ذلك، قال: « لا بأس »[٢]. ونحوه الخبر مؤكّداً لما عرفته من القاعدة.

لكن في التحرير: « يجوز أن يعطي عشرة دراهم أو دنانير ويشترط عليه أن ينقدها إيّاه بأرض أُخرى مثلها في العدد والوزن من غير تفاضل قرضاً لا بيعاً »[٣]. وظاهره الفرق بين القرض والبيع في ذلك. وفيه نظر إن لم يرد من جهة الصرفية.

[٥] بل قد يظهر من خبر محمّد الحلبي جواز اشتراط بيع الربوي بمثله في عقد ربوي آخر، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستبدل الكوفيّة بالشاميّة وزناً بوزن فيقول الصيرفي: لا أُبدل لك حتى تبدّل لي يوسفية ببغلية وزناً بوزن، فقال: « لا بأس به » فقلنا له: إنّ الصيرفي يطلب فضل اليوسفيّة على البغلية، فقال: « لا بأس به »[٤]. فتأمّل جيداً.

---

(١) المختصر النافع: ١٥٣. التحرير ٢: ٣٢٠. الدروس ٣: ٣٠٤. جامع المقاصد ٤: ٢٠٢.

(٢) الوسائل ١٨: ١٩٦، ١٩٧، ب ١٤ من الصرف، ح ١، ٤ ـ ٦.

(٣) التحرير ٢: ٣٢٠.

(٤) الوسائل ١٨: ١٨١، ب ٧ من الصرف، ح ١، وفيه: «الغلة» بدل «بغلية» في الموضعين.

وكيف كان فلا ريب في أنّ ما نحن فيه ليس شيئاً من ذلك، بل متى اشترطه أو نظيره من باقي الأعمال تحقّق الربا، فانحصر الطريق حينئذٍ في الخروج عن ذلك بالخبر المزبور [= خبر الحلبي] [١].

(وهل يتعدّى[١] الحكم ؟ الأشبه لا) وهو كذلك [٢].

---

[١] لكن قد يناقش فيه بعد تسليم اعتبار سنده، بأنّه لا دلالة فيه على ذلك؛ إذ مورده اشتراط الإبدال في الصياغة لا العكس. ومع فرض صحّة وقوع هذا الإبدال عوضاً عن الإجارة أو الجعالة يرتفع الإشكال؛ إذ لا ربا في نفس عقد بيع الدرهم بالدرهم، والمحرّم منه الزيادة في عقد بيعه فيكون ذلك حيلة للتخلّص من الربا. ودعوى أنّه يؤول إلى كون الثمن للطازجي الغلّة والعمل، يدفعها: منع تحقّق الربا بنحو هذا الأول ومع تسليمه فليست المسألة من البيع بشرط ذلك، ويمكن أن يكون من المقاولة التي لا يترتّب عليه التزام، ولكنّه لا باس به مع التراضي من غير اشتراط كما يمكن أن يكون ذلك من الإبدال الذي هو من الأعمال لا خصوص البيع منه. وبما في الروضة والمسالك من أنّ الصياغة وقعت من جانب الغلّة[٢]، وقد حكي عن بعض أهل اللغة[٣] وجماعة من الفقهاء[٤] أنّها المغشوش، والطازج الخالص، فيكون الغش حينئذٍ والصياغة في مقابلة ما زاد عليه من الطازج، وهذا لا مانع منه في البيع وغيره، وفي شرط صياغة خاتم وغيره من الصنائع والأعيان، فتكون الرواية[٥] حينئذٍ موافقة للضوابط، ولا يقتصر على مضمونها. واحتمال كون المراد: الصياغة باجرتها والإبدال وعد، وبغير ذلك من الاحتمالات التي تسقط الخبر عن الدلالة على ذلك الذي هو مبني على مساواة درهم الغلّة والطازج بالوزن، وأنّهما مختلفان بالجودة والرداءة لا غير أو بالصحّة والكسر، أو أنّ الأوّل العتيق والثاني الجديد، ونحو ذلك ممّا لا يجوز التفاضل فيهما. ومنه بيع أحدهما بالآخر مع اشتراط الصياغة. والخبر إن لم يكن ظاهراً فيما ذكرناه فلا ظهور فيه في ذلك قطعاً، ولا جابر له؛ إذ المشهور بين المتأخّرين عدم العمل به على هذا الوجه، بل صرّح الفاضل في المختلف والشهيدان والمحقّق الثاني والمقداد وغيرهم بعدم العمل به بالنسبة إلى ذلك[٦]. وأغرب منه التعدية إلى مطلق الشرط وإن كان عيناً، أو إذا كان زيادة حكمية، من غير فرق بين الثمن والمثمن. وقد سمعت عبارة النهاية[٧] ونحوها عن التذكرة[٨]، مع أنّه لا إشعار في الخبر بالتعدية المزبورة، ولا منقّح من إجماع أو عقل، ولذا قال المصنّف [ذلك].

[٢] كما عرفت. **ولقد أجاد في الدروس في أصل تحرير المسألة، حيث قال: « روى أبو الصباح[٩] جواز جعل إبدال درهم طازج بدرهم غلّة عوضاً لصياغة خاتم، وحكم جماعة بجواز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة خاتم، قال ابن إدريس: لأنّ الزيادة ليست عيناً، وردّ بأنّ الربا يحصل بالزيادة الحكمية، وظاهرهم جواز التعدية إلى غير ذلك فإن اعتمدوا على الرواية فلا دلالة لهم فيها، والأوجه المنع مطلقاً والرواية في الإجارة لا غير، وكان العمل يجبر تفاوت ما بين الدرهمين؛ إذ الطازج الخالص، والغلّة غيره »**[١٠]. ولا ريب في أنّه أولى من تعبير المصنّف وغيره عن مضمون الرواية بأنّه جواز بيع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغة خاتم، لما عرفت من عدم كونه كذلك. والله أعلم.

---

(١) في الشرائع: «يعدّى».
(٢) (٤) الروضة ٣: ٣٨٢. المسالك ٣: ٣٤٥.
(٣) حكاه في المسالك ٣: ٣٤٥.
(٥) الوسائل ١٨: ١٩٥، ب١٣ من الصرف، ح ١.
(٦) المختلف ٥: ١٠٨ ـ ١٠٩. الدروس ٣: ٣٠٤. المسالك ٣: ٣٤٥. التنقيح ٢: ١٠٢.
(٧) تقدم في ص٣٦٧.
(٨) التذكرة ١٠: ٤٤٥.
(٩) الوسائل ١٨: ١٩٥، ب١٣ من الصرف، ح ١.
(١٠) الدروس ٣: ٣٠٤.

[بيع الأواني المصوغة بغير جنسها]:

المسألة (**السادسة**): [المختار] [١] أنّ (**الأواني المصوغة من الذهب والفضّة**) يجوز بيعها بغير جنسها مطلقاً وبمجموع النقدين كذلك [٢].

وبوزنهما أو أزيد من أحد الجنسين [٣]، وبالأنقص مع العلم بزيادته على ما فيها منه، زيادة تصلح للانصراف إلى الجنس الآخر [٤].

من غير فرق في ذلك كلّه بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر بحيث لا يتلف منه شيء وعدمه، وبين العلم بقدر كلّ واحد منهما وعدمه [٥]، وبين غلبة أحدهما على الآخر وعدمه [٦].

[ولكن قال المصنّف:] (**إن كان كلّ واحد منهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس وإن زاد، وإن لم يعلم وأمكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة وبيعت بهما أو بغيرهما، وإن لم يمكن[1] وكان أحدهما أغلب بيعت بالأقل، وإن تساويا تغليباً بيعت بهما**) [٧].

---

[١] [كما] قد عرفت من القواعد السابقة.

[٢] لانصراف كلّ إلى ما يخالفه.

[٣] لإنصراف الزيادة حينئذٍ إلى المخالف، وعن فخر المحقّقين هنا الإجماع عليه[2].

[٤] **وعن الفخر الإجماع عليه[3] هنا أيضا.**

[٥] للاكتفاء في المعلوميّة بوزن المجموع.

[٦] **لكن في نهاية الشيخ: «الأواني المصاغة من الذهب والفضّة معاً إن كان ممّا يمكن تخليص أحدهما من صاحبه فلا يجوز بيعها بالذهب أو بالفضّة، وإن لم يكن ذلك فإن كان الغالب الذهب لم تبع إلّا بالفضة، وإن كان الغالب فيها الفضّة لم تبع إلّا بالذهب، وإن تساوى النقدان بيعت بالذهب والفضّة معاً»[4].**

ونحوها ما في النافع والإرشاد والتحرير ومحكي السرائر[5].

وقال قبل ذلك: «ولا يجوز بيع الفضّة إذا كان فيها شيء من المس أو الرصاص أو الذهب أو غير ذلك إلّا بالدنانير إذا كان الغالب الفضّة، فإن كان الغالب الذهب والفضّة الأقلّ فلا يجوز بيعه إلّا بالفضّة، ولا يجوز بيعه بالذهب نقداً. هذا إذا لم يحصل العلم بمقدار كلّ واحدٍ منهما على التحقيق، وإن تحقّق ذلك جاز بيع كلّ واحدٍ منهما بجنسه مثلاً بمثل من غير تفاضل»[6]. ولذا قال المصنّف هنا في بيان حكمها، أي الأواني المزبورة [ذلك].

[٧] **وهو محصّل كلام الشيخ كما أنّه وافقه في الجملة في القواعد ومحكي التذكرة، فقال: «والمصاغ من النقدين إن جهل قدر كلّ واحدٍ بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالأقلّ إن تفاوتا، وإن علم بيع بأيّهما شاء مع زيادة الثمن على**

---

(١) في الشرائع زيادة: «تخليصهما».

(٢) (٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٠٧.

(٤) النهاية: ٣٨٣.

(٥) المختصر النافع: ١٥٣. الإرشاد ١: ٣٦٨. التحرير ٢: ٣١٦. السرائر ٢: ٢٧١.

(٦) النهاية: ٣٨٢.

جنسه، ولو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقاً»[١].

وقال في الوسيلة: «والمخلوط من الذهب بالفضّة ضربان فإن أمكن تخليص أحدهما من الآخر ولم يعلم مقدار ما فيه من الذهب والفضّة لم يجز بيعه بالذهب ولا بالفضّة ولا بالمخلوط.

فإن أراد ذلك تواهبا وإن علم مقدارهما جاز. وإن لم يمكن التخليص وعلم مقدار كلّ واحدٍ منهما جاز أن يباع بالذهب أو بالفضّة أو بكليهما وبمخلوط مثله.

وإن لم يعلم المقدار وعلم الغالب بيع بغير الغالب فإن اشتبه بيع بكليهما وإن ضمّ جنس آخر معه كان أحوط، وإن كان كلا البدلين مخلوط كذلك لم يصح بيع أحدهما بالآخر»[٢].

وقال ابن الجنيد كما في المختلف: «وإذا اختلط الذهب بالفضّة لم يجز أن يشتري المختلط بواحدٍ منهما، وإن كان أحدهما مختلطاً بنحاس أو رصاص، فإن كان معلوماً جاز أن يباع الفضّة بمثلها وأسقط الغش، وإن ابتاع المختلط منهما بشيء منهما بأن يجعل الذهب في الثمن ثمن الفضّة من السلعة، والفضّة من الثمن ثمن الذهب من السلعة جاز، وقول النبي صلى الله عليه وآله: «بيعوا الذهب بالفضّة يداً بيد كيف شئتم»[٣] مبيح لذلك في الاختلاط والإنفراد والزيادة والنقصان، فإن كان العين المختلط في أحدهما لا حكم له في نفس الإسم كالأسرب الذي فيه فضّة، لا حكم لها جاز شراؤه بفضّة دون وزنه، ولو كان هذا حكم الذهب والفضّة، فغلب أحدهما كان شراء ذلك بعروض غيرهما أحبّ إليّ»[٤]. والجميع كما ترى مخالف لتلك القواعد، أو فيه ما هو كذلك، كما لا يخفى على من تأمّلها وتأمّله.

وقد ذكر الشهيد في المسالك جملة من مواضع المخالفة[٥] التي تظهر بأدنى التفات.

هذا مع أنّه لم نقف لهم على ما يشهد لهم من النصوص سوى:

١ ـ خبر إبراهيم بن هلال قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جام فيه ذهب وفضّة اشتريته بذهب أو فضّة، فقال: «إن كان تقدر على تخليصه فلا، وإن لم تقدر على تخليصه فلا بأس»[٦].

٢ ـ وخبر أبي عبد الله مولى عبد ربّه، قال: سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذي يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضّة وصفر جميعاً كيف نشتريه؟ فقال: «تشتريه بالذهب والفضّة جميعاً»[٧].

٣ ـ وخبر عبد الله بن سنان، قال: سألت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضّة بالذهب؟ قال: «لا يصلح إلّا بالدنانير والورق»[٨].

٤ ـ وغير ذلك من النصوص التي تسمعها في تراب الصياغة[٩]. لكن لا دلالة فيها على تمام ما ذكروه، مع أنّ في سند الأوّل

---

(١) القواعد ٢: ٣٨. التذكرة ١٠: ٤٢٣.
(٢) الوسيلة: ٢٤٤.
(٣) المستدرك ١٣: ٣٤٩، ب ٢ من الصرف، ح ٣.
(٤) المختلف ٥: ١١٢.
(٥) المسالك ٣: ٣٤٦ ـ ٣٤٧.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٠٠، ب ١٥ من الصرف، ح ٥.
(٧) الوسائل ١٨: ١٩٠، ب ١١ من الصرف، ح ٥.
(٨) المصدر السابق: ١٨٩، ح ٣.
(٩) انظر الوسائل ١٨: ٢٠٢، ب ١٦ من الصرف.

منها الذي يتضمّن التفصيل بالتخلّص وعدمه وغيره ما يمنع من العمل به مضافاً إلى عدم القول بإطلاقه منهم.

كإطلاق غيره من النصوص السابقة[١] المحمول قطعاً على الغالب من عدم العلم بالمساواة في شراء الممتزج بأحدهما، فلا تكون مخالفة حينئذٍ للقواعد السابقة.

وقد يحمل كلام الأصحاب أو بعضهم على ذلك أيضاً خصوصاً بعد معلوميّة عدم التغابن عادة، إلّا أنّ ما ذكروه من البيع بالأقلّ على تقدير الغلبة لا محمل له.

واعتذر عنه الشهيد بإرادة المحافظة على طلب الزيادة.

قال في الدروس: «والإناء المصوغ من الجوهرين أو الحلي منهما يباع بغيرهما أو بهما مع علم وزن المبيع، وإن لم يعلم وزن كلّ واحدٍ منهما إذا لم يمكن التخلّص، ولو بيع بالجنس الواحد لم يجز، إلّا أن يقطع بزيادة الثمن. وقال الشيخ وجماعة: يباع بالأقلّ محافظة على طلب الزيادة»[٢].

وفيه: أنّ الزيادة المعتبرة في الثمن غير جنسه يمكن تحقّقها مع الأقل والأكثر، أو مع ذلك فالإرشاد إلى الزيادة غير كافٍ في التخصيص الموجب لتوهّم المنع عن غيره. لكن قد يظهر منه عدم خلاف الشيخ إلّا في ذلك الذي حمله على ما عرفت، **كما عساه يظهر من المحكي عن شرح الإرشاد للفخر.**

قال: «إنّ المصوغ من النقدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد إجماعاً» إلى أن قال: «وإن لم يبع بوزن المجموع فلا يخلو إمّا أن يعلم زيادته على جنسه أو لا، والأوّل يصحّ إجماعاً» ثمّ قال: «إن لم يمكن التخلّص فالأصح عندي: أنّه لايصح بيعه به. وقيل: يصحّ بيعه بالأنقص، وهو مشهور عند الأصحاب. وهذا خلاف قاعدتهم لأنّهم مع إمكان الربا حرّموا عليه الزيادة، لكن بنوا ذلك على أنّ العاقل لا يقع في معاملاته التغابن وهذه ليست أمارة حسيّة ولا عقلية، بل زعموا أنّها شرعيّة بنصّ الأصحاب»[٣].

قلت: يمكن أن يريدوا أنّه إذا بيع بالأقلّ كان هناك طريق للتخلّص من الربا لو أُريد بيعه بأحدهما بأنقص من وزن مجموعه، بأن يشتريه مثلاً بوزن نصفه من جنس الأقلّ للقطع حينئذٍ بالزيادة؛ لأنّ الفرض غلبة الجنس الآخر، بخلاف ما لو بيع بالجنس الآخر فلا يعلم زيادة الثمن حتى يباع بوزن مجموعه والغالب في معاملات الناس عدم شراء المركّب منهما بوزن أحدهما.

ولذا أُطلق في كلامهم: عدم جواز بيعه بالذهب أو الفضّة كالنصوص. ونحو ما تقدّم في عبارة المصنّف في المغشوش، كما أنّ قول المصنّف: بجواز بيع كلّ واحدٍ منهما بجنسه مع العلم بقدره من غير زيادة متجه؛ ضرورة تحقّق الربا بالزيادة. ولا يدفعها تعدّد الجنس بعد أن عيّن الثمن لكلّ منهما من جنسه؛ إذ الإنصراف إلى المخالف إنّما هو إذا بيع بالمجموع من غير تعيين.

وكيف كان إن أمكن إرجاع كلام الجماعة جميعه أو بعضه إلى مقتضى القواعد السابقة فمرحباً بالوفاق، وإلّا كان محلاً للمنع؛ لعدم دليل صالح للخروج به عنها، كما هو واضح.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ١٨٨، ب ١١ من الصرف.
(٢) الدروس ٣: ٣٠١.
(٣) شرح الإرشاد: ١٦٠ ـ ١٦١ (محفوظ).

[والقول بجواز بيع كلّ واحدٍ بجنسه مع العلم بقدره من غير زيادة متّجه].

ثم إنّ [الظاهر] [١] اعتبار القطع هنا بزيادة الثمن على المجانس إذا أُريد البيع بجنس أحدهما ليتخلّص من الربا، بصيرورة الزيادة في مقابلة الجنس الآخر [٢]. **وتعذّر العلم أو تعسّره إلّا بالتخلّص الموجب ضرراً بتلف البعض لا يجوّز الاكتفاء بغيره، ولو كان ظنّاً غالباً** [٣]. والمُراد بإمكان التخلّص [من الربا] أن يتخلّص من دون أن يتلف شيء أو ينقص قدره أو وصفه، والله أعلم.

٢١ = ١٣

[بيع المراكب والسيوف المحلّاة بالنقدين]:

المسألة (**السابعة**) [٤]: كيفيّة بيع (**المراكب**) والسيوف وغيرها (**المحلّاة**) بأحد النقدين.

فـ(**إن علم**) قدر (**ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط أن يزيد الثمن عمّا فيها**) ليتخلّص من الربا بمقابلة الزيادة لذي الحلية (**أو توهب**) بعد البيع أو قبله، فتكون الحلية حينئذٍ مبيعة منفردة فلا يحتاج إلى (**الزيادة**) بل لا يجوز معها لتحقّق الربا.

نعم يجب أن يكون الاتّهاب (**من غير شرط**) في بيع الحلية بمساويها، وإلّا كان رباكما عرفته فيما تقدّم. ولو وهبه قبل البيع صحّ، ولو اشترط في عقد الهبة بيع الحلية بالمساوي [٥]. [هذا إذا أُريد البيع بجنس الحلية].

(**و**) أمّا لو باعه (**بغير جنسها**) فلا إشكال في الجواز (**مطلقاً**) سواء زادت قيمته عليها أو لا، وسواء اشترط الهبة لو كان البيع للحلية خاصّة أو لا. (**و**) أمّا (**إن جهل**) المقدار فالظاهر عدم الإشكال في أصل البيع [٦].

---

[١] [كما هو] مقتضى الأدلّة السابقة الصريحة في اشتراط المماثلة ببيع المتجانسين، وحرمة التفاضل والمبالغة في شدّة حرمة الربا.

[٢] **كما صرّح به في الدروس، واستجوده في الروضة**[١].

[٣] **خلافاً للّمعة**[٢] **فاكتفى به**؛ لعسر العلم اليقيني بالقدر غالباً وشقّة التخليص الموجب له.

وفيه منع، ولو سلّم فليبعه بغير الجنس أو يضمّه إليه.

نعم قد يقال: حيث لا يمكن التخلّص من ضرر عدم العلم إلّا به بالاكتفاء، مع أنّه لا يخلو من نظر أيضاً، فتأمّل.

[٤] [وذلك] قد عرفت ممّا تقدّم من القواعد السابقة.

[٥] **خلافاً للمسالك فلم يجوّزه**[٣] **أيضاً**. وكأنّه؛ لأنّه يؤل إلى البيع بشرط الهبة. وفيه: منع.

هذا إذا أُريد البيع بجنس الحلية.

[٦] لعدم اشتراطه هنا بالوزن:

١ ـ للأصل المعتضد بالسيرة.

٢ ـ وإطلاق النصوص.

---

(١) الدروس ٣: ٣٠١. الروضة ٣: ٣٨٤.

(٢) اللمعة: ١١٤.

(٣) المسالك ٣: ٣٤٨.

سواء تمكّن من النزع بلا ضرر أو لا. لكن قد يوهم قوله في المتن: (**ولم يمكن نزعها إلّا مع الضرر بيعت بغير جنس حليتها**) عدم الجواز مع التمكّن [١].

نعم يمكن التوقّف في بيعها منفردة مجهولة، بل لعلّ الأقوى فيه العدم [٢].

(**و**) أمّا (**إن بيعت بجنس الحلية**) فـ[ـالمختار] [٣] جوازه إذا كان الثمن زائداً عليها حتى يكون في مقابلة ذي الحلية، أمّا إذا كان أقلّ فلا يجوز [٤].

لكن (**قيل**) [٥]: (**يجعل معها شيء من المتاع، وتباع بزيادة عما فيها تقريباً دفعاً لضرر النزع**) [٦].

---

[١] **ونحوه الدروس**[١]، **بل عن حواشي الشهيد التصريح بأنّه لا يجوز بيع المحلّى المجهول إلّا بعد تخليص الحلية، إلّا أن يحصل نقص أو ضرر فيجوز مجهولاً بالآخر**[٢]. وفيه منع واضح. نعم لا يرتفع حكم الربا بذلك للاكتفاء فيه بوزن جنسه. وليس هذا كالعزل الذي خرج بالصفة عن كونه موزوناً الذي قد صرّح في النصوص بجواز بيعه متفاضلاً[٣]. بل هو كغير الموزون لكبر أو صغر، بل هو أولى منهما عند التأمّل؛ ضرورة موزونيّة الحلية لو كانت منفردة، إلّا أنّها بالوضع على المحلّى، وصعوبة النزع والتضرّر به بيعت بلا وزن، تبعاً للمحلّى.

[٢] وكيف كان فما ذكره المصنّف من البيع بغير جنس الحلية لا إشكال فيه ولا خلاف.

[٣] ١ ـ [كما أنّ] مقتضى القواعد السابقة. ٢ ـ بل حكي الإجماع عليه هنا ونفى الخلاف فيه آخر. ٣ ـ مضافاً إلى ما سمعت من النصوص[٤] [ذلك].

[٤] **إجماعاً محكيّاً عن الخلاف**[٥]، معتضداً بنفي الخلاف من غيره[٦]، بل ومحصّلاً لتحقّق الربا، وقد سأل منصور الصيقل أبا عبد الله عليه السلام: عن السيف المفضض يباع بالدراهم؟ فقال: «إن كانت فضّته أقلّ من النقد فلا بأس، وإن كان أكثر فلا يصلح»[٧]. ونحوه مضمر أبي بصير[٨].

وهو قرينة على وهم الراوي عنه في خبره الآخر، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: السيف أشتريه وفيه الفضّة تكون الفضّة أكثر أو أقلّ، قال: «لا بأس»[٩]. أو على أنّ المراد به في فضّته قلّة أوكثرة على اختلاف أفراده فيقيّد حينئذٍ الأوّل ـ أي إذا كان ثمنه أكثر فلا بأس ـ أو كان مع الضميمة أو غير ذلك، جمعاً بينه وبين ما عرفت من القواعد السابقة وغيرها.

[٥] **والقائل الشيخ في النهاية.**

[٦] **قال فيها: «ومتى كانت محلّاة بالفضّة وأرادوا بيعها بالفضّة وليس لهم طريق إلى معرفة مقدار ما فيها فليجعل معها شيئاً آخر، وبيع حينئذٍ بالفضّة إذا كان أكثر ممّا فيها تقريباً، ولم يكن به بأس»**[١٠]. ولم أجده لغيرها. نعم

---

(١) الدروس ٣: ٣٠١.
(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٠٩.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٥٥، ب١٧ من الربا.
(٤) انظر الوسائل ١٨: ١٩٨، ب١٥ من الصرف.
(٥) الخلاف ٣: ٧١.
(٦) الرياض ٨: ٣٣٣.
(٧) الوسائل ١٨: ٢٠٠، ب١٥ من الصرف، ح٧، وفيه «كانت» بدل «كان».
(٨) المصدر السابق: ح٨.
(٩) المصدر السابق: ٢٠٠ ـ ٢٠١، ح٩.
(١٠) النهاية: ٣٨٤.

نسبه في التنقيح إلى المبسوط والخلاف[١]. وفي مفتاح الكرامة: «لم أجده تعرّض لذلك في الكتابين بعد فضل التتبّع»[٢]. ويؤيّده اقتصار جماعة على نسبته إليها.

وعلى كلّ حال فظاهرها كما قيل: «اعتبار الضميمة مع الحلية»[٣]. بل عن حواشي الشهيد نسبته إلى محقّقيهم[٤]. ولا وجه له؛ ضرورة عدم الفائدة لها بعد أن كان المحلّى مضموماً إليها. بل تستدعي زيادة في الثمن في بعض الأحوال. نعم لو ضمّت [الضميمة] إلى الثمن المجانس [للحلية جنساً] أفادت عدم اعتبار كثرته على المقابل؛ لاشتمال كلّ من العوضين حينئذٍ على جنسين، وقد عرفت انتفاء الربا فيه فتوىً ونصّاً، وحمل عبارة النهاية[٥] والمتن على ذلك ممكن، إلّا أنّه عليه لا ينبغي اعتبار كثرة الثمن لا تحقيقاً ولا تقريباً. أللّهمّ إلّا أن يريد أنّه يعتبر الضميمة -أي الثمن إذا كان مجانساً إلى الحلية- ولم تكن كثرته محققة بل تقريبية، فإذا أُريد بيعه على هذا الحال اعتبر الضميمة إلى الثمن. لكن الجميع كما ترى تكلّف في تكلّف. ونحوه ما قيل من الاعتذار له على تقدير إرادة الضميمة إلى الحلية: بأنّه لعلّه يريد أن يبيعها منفردة لا يجوز مع الجهل بقدرها وجهل المقابل لها، فيضمّ إليها المحلّى أو شيء آخر حتّى يكون سبباً لتكثير الثمن على وجه يقطع بزيادته عليها[٦]. إذ هو أبعد ممّا ذكرنا. ومن هنا قيل: «إنّ الشيخ قد تبع في ذلك رواية حملت على سهو الراوي»[٧].

قلت: هي خبر عبد الرحمن[٨]، وقد رواه في المحكي عن كشف الرموز: سألته عن السيوف المحلّاة فيها الفضة نبيعها بدراهم بنقد؟ قال: «كان أبي يقول: يكون معها عروض أحب إليّ»[٩]. وعود الضمير فيه إلى الدراهم ممكن، بل هي أقرب من السيوف. والموجود في محكي التهذيب والكافي: سألته عن السيوف المحلّاة فيها الفضة تُباع بالذهب إلى أجل مسمى؟ فقال: «إنّ الناس لم يختلفوا في النسيء أنّه الربا، وإنّما اختلفوا في اليد بالبد، فقلت له: فنبيعه بدراهم بنقد، فقال: كان أبي عليه السلام يقول: يكون معه عرض أحبّ إليّ، فقلت: إذا كانت الدراهم التي تعطى أكثر من الفضّة التي فيها، فقال: فكيف لهم بالاحتياط بذلك، قلت له: فإنّهم يزعمون أنّهم يعرفون ذلك، فقال: «إذا كانوا يعرفون ذلك، فلا بأس يجعلون معه العرض أحبّ إليّ»[١٠].

وتذكير ضمير «معه» وإن كان كتذكير الضمير في «نبيعه» المعلوم إرادة المحلّى منه، ولكن قد يشهد لرجوعه إلى النقد أو إلى الثمن المفهوم من المقام.

بل لو أُنّث أمكن رجوعه إلى الدراهم لا السيوف.

بل قد يشهد لذلك أيضاً قول السائل: «فقلت... إلى آخره»؛ ضرورة ظهوره في أنّ السائل قد فهم إرادة العروض مع الدراهم،

---

(١) التنقيح ٢: ١٠٢.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٤١٠.
(٣) الدروس ٣: ٣٠٢، المسالك ٣: ٣٤٨.
(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٠٩.
(٥) النهاية: ٣٨٤.
(٦) الدروس ٣: ٣٠٢، المهذب البارع ٢: ٤٣٤.
(٧) المسالك ٣: ٣٤٩.
(٨) دعائم الإسلام ٢: ٤٠، ح ٩٠. المستدرك ١٣: ٣٥٢، ب ٩ من الصرف، ح ١، مع اختلاف فيهما.
(٩) كشف الرموز ١: ٥٠٠.
(١٠) الكافي ٥: ٢٥١، ح ٢٩. التهذيب ٧: ١١٣، ح ٤٨٧. الوسائل ١٨: ١٩٨، ب ١٥ من الصرف، ح ١، مع اختلاف فيهم.

فسأله عن الاحتياج إليه مع فرض كثرة الدراهم فأجابه عليه السلام : « أنّه لا سبيل غالباً إلى معرفة ذلك ، فقال له : إنهم يزعمون المعرفة ، فقال له : لا بأس على هذا الفرض » ، إلّا أنّه ومع ذلك فالعروض أحبّ ؛ لعدم كون المعرفة على جهة اليقين من المتعاملين وأمر الربا شديد ينبغي شدّة الاحتياط في التحرّز على أنّ الموجود فيما حضرني من نسخ التهذيب والكافي المعتمدة « وإلّا يجعلون ... إلى آخره » ، على معنى أنّهم إن لم يعرفوا ذلك يجعلون ، ويكون المُراد من قوله : « أحبّ » حينئذٍ الوجوب ، نحو ما سمعته في صدره . وعلى كلّ حال فقد اتّضح المراد بالخبر ، ويمكن حمل عبارة الشيخ عليه ، وإلّا كان سهواً من قلمه الشريف . كما أنّ ما في ظاهر الإرشاد من تعيّن البيع بغير الجنس مع الجهل[١] بل والقواعد[٢] يجب حمله على ما هو الغالب من عدم القطع بالزيادة . ثمّ إنّ ظاهر الخبر المزبور أنّ منع النسيئة في بيع الأثمان بعضها ببعض من جهة الربا ، ولو مع اختلاف الجنس . والمعروف أنّ المنع في الأخير لاعتبار التقابض في الصرف . أللّهم إلّا أن يكون اعتباره من جهة لزوم الربا غالباً على تقدير عدمه في أحدهما على وجه النسيئة . كما هو صريح بعض العبارات المحكية عن المبسوط[٣] ولا بُعد فيه ؛ إذ غايته تحقّق الربا في الأثمان بذلك مضافاً إلى التفاضل في الجنس ، والأمر سهل إلّا أنّه قوله : « وإنّما اختلفوا ... إلى آخره » ، ظاهر في وقوع الخلاف باعتبار التقابض فيه ؛ لأنّ المُراد به اختلافهم في اعتباره فيه وعدمه بعد اتفاقهم على منع النسيئة ، مع أنّه لم نعرف خلافاً في اعتباره في بيع النقدين . اللهمّ إلّا أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره محي السنة من العامّة على ما قيل : « من أنّ ذلك أي التفاضل في الجنسين يداً بيد كان قديماً في عصره صلى الله عليه وآله ونسخ ، وبقي عليه أقوام لم يصل إليه النسخ »[٤] .

وعلى كلّ حال فهو صريح في عدم جواز البيع نسيئة وقال أبو بصير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع السيف المحلّى بالنقد ؟ فقال : « لا بأس به ، قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة ؟ فقال : إذا نقد مثل ما في فضته فلا بأس [به] ، أو لبعط الطعام »[٥] .

وقال أيضاً في خبر ابن سنان : « لا بأس ببيع السيف المحلّى بالفضّة بنساء إذا نقد ثمن فضّته ، وإلّا فاجعل ثمن فضّته طعاماً ولينسئه إن شاء »[٦] . فما في مرسل إسحاق بن عمّار ظانّاً أنّ الراوي عبد الله بن جذاعة ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السيف المحلّى بالفضة يُباع بنسيئة ؟ قال : « ليس به بأس ؛ لأنّ فيه الحديد والسير »[٧] . يجب تقييده بما إذا نقد مثل ما فيه من الفضّة أو أنّ البيع كان بعرض أو غير ذلك ، كما أنّه يجب حمل خبر محمّد ـ قال : سئل عن السيف المحلّى والسيف الحديد المموّه بالفضّة نبيعه بالدراهم ؟ قال : « نعم ، وبالذهب ، وقال : إنّه يكره أن تبيعه نسيئة ، وقال : إذا كان الثمن أكثر من الفضّة فلا بأس »[٨] . ـ على إرادة الحرمة من الكراهة لو كان البيع بالنقد . وفي التهذيب : « بع بالذهب »[٩] مكان « نعم وبالذهب » ، ولعلّه أولى .

ويكون قوله أخيراً : « إذا كان ... إلى آخره » تقييداً للجواز بالدراهم .

---

(١) الإرشاد ١ : ٣٦٨ .
(٢) القواعد ٢ : ٣٨ .
(٣) المبسوط ٢ : ٨٩ .
(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٤١١ ، فيه إليهم بدل : إليه .
(٥) الوسائل ١٨ : ١٩٩ ، ب ١٥ من الصرف ، ح ٣ ، وفيه : « ليعطي » بدل « ليعط » .
(٦) المصدر السابق : ٢٠٠ ، ح ٦ .
(٧) المصدر السابق : ٢٠١ ، ح ١٠ ، وفيه : « الحديدة » بدل « الحديد » .
(٨) المصدر السابق : ١٩٩ ، ح ٤ .
(٩) التهذيب ٧ : ١١٤ ، ح ٤٩٢ .

وعلى كلّ حال فـ [ـالظاهر] [١] جريان حكم الصرف عليه إذا بيع بالأثمان، ولو ضمّ إليها غير ثمن فيقبض ما يُقابل الحلية منها ويؤخّر الباقي إن شاء [٢].

[البيع بعشرين درهماً من صرف العشرين بدينار]:

المسألة (**الثامنة: لو باع ثوباً بعشرين درهماً**) مثلاً (**من صرف العشرين بدينارٍ**[١] **لم يصح لجهالته**) [٣].

[هذا مع جهالته وأمّا مع معلوميّته فالمتّجه الصحّة. وحينئذٍ لو كان نقد البلد معيّناً لذلك الصرف أو الغالب

---

[١] [إذ] مقتضى إطلاق النصوص المزبورة وما شابهها من الفتاوى المتضمّنة لوجوب نقد ما يُقابل الحلية لو كان الثمن نقداً في المجلس وتأجيل ماعداه [ذلك].

[٢] **بل صرّح به في الدروس، فقال: « لو جمع بين الربوي وغيره في عقد جاز، فإن كان مشتملاً على أحد النقدين اشترط قبض ما يوازيه في المجلس »**[٢]. وهو مؤيّد لما ذكرنا سابقاً من أنّ المراد بانصراف كلّ جنس إلى ما يخالفه عدم الربا خاصّة. لا أنّ ذلك جارٍ في غيره من الأحكام التي منها الصرف، فلا يجب التقابض لانصراف كلّ إلى ما يخالفه، فلا يكون من الصرف الذي هو بيع الأثمان بعضها ببعض، والله أعلم، هذا. وقد عرفت فيما تقدّم أنّه يجب العلم بكثرة الثمن إذا كان من جنس الحلية عليها، **وفاقاً للدروس والروضة**[٣] **وغيرهما، وظاهر الباقين**، ولا يكفي الظنّ، احتياطاً من الربا، وللشكّ في شرط الجواز هنا، ولغير ذلك. **لكن في اللمعة هنا: « وحلية السيف والمركب يعتبر فيهما العلم إن أُريد بيعها بجنسها، فإن تعذّر كفى الظنّ الغالب »**[٤]. وفيه ما عرفت سابقاً، فلاحظ وتأمّل.

[٣] **كما عن المبسوط التصريح به أيضاً قال: « إذا اشترى ثوباً بمئة درهم من صرف عشرين درهماً بدينار لم يصحّ الشراء؛ لأنّ الثمن غير معيّن ولا موصوف بصفة تصيّره معلوماً »**[٥].

وفيه: أنّ المتّجه الصحّة مع عدم الجهالة. ودعوى لزومها له ممنوعة. **ومن هنا قيّد البطلان في القواعد بتعدّد الصرف بالسعر المذكور أو جهله**[٦]. **وقال في الدروس: « صحّ مع العلم لا مع الجهل »**[٧].

وفي المختلف: « إطلاق الشيخ ليس بجيّد؛ لأنّ مع وجود دراهم صرفها ذلك يصحّ البيع »[٨].

وقد يستفاد من تعليل المتن التقييد أيضاً. **لكن في المسالك: « أنّ تعليله المنع بالجهالة يقتضي إثباتها وإن وجد في المعاملة نوع صرفه ذلك وعلم به »**[٩].

قلت: بهذا التعميم صرّح في التذكرة، حتى قال: « لو كان نقد البلد صرف العشرين بدينار لم يصحّ أيضاً؛ لأنّ السعر يختلف، ولا يختصّ ذلك بنقد البلد »[١٠]. وفيه: أنّ المانع من الصحّة إنّما هو جهل الدراهم وهي على هذا التقدير معلومة، والإطلاق منزّل على نقد البلد أو الغالب إن تعدّد، فمتى كان نقد البلد معيّناً لذلك الصرف أو الغالب وعيّن نوعاً بذلك صحّ.

---

(١) في الشرائع: «بالدينار».
(٢) (٧) الدروس ٣: ٣٠٦.
(٣) الدروس ٣: ٣٠١. الروضة ٣: ٣٨٤.
(٤) اللمعة: ١١٤.
(٥) المبسوط ٢: ٩٨، وفيه: «إذا باع ثوبا».
(٦) القواعد ٢: ٢٧.
(٨) المختلف ٥: ١١٧.
(٩) المسالك ٣: ٣٤٩.
(١٠) التذكرة ١٠: ٤٤٢ ـ ٤٤٣.

وعين نوعاً لذلك صحّ]. كما أنّه يصحّ مع فرض العلم في غيرهما أيضاً [١].

والحاصل هذه المسألة جزئيّة من مسائل الجهل والعلم، فيدور الحكم في الصحّة والفساد عليهما [٢].

[بيع مئة درهم بدينار إلّا درهماً]:

المسألة (التاسعة: **لو باع مئة درهم بدينار إلّا درهماً**) منه (**لم يصحّ**) [٣] (**للجهالة**[١]) بالدينار أو الدرهم أو نسبة الدرهم إلى الدينار [٤]. بل لو علم أنّ الدرهم يساوي ربع مثقال من الدينار إلّا أنّه لم يعلم نسبته إليه؛ لعدم العلم بوزن الدينار يمكن البطلان أيضاً [٥]. وفيه وجه بالصحة مع عدم علم الاستغراق، بل وفي سابقه وإن كان ضعيفاً. أمّا لو علم ذلك وعلم وزن مجموع الدينار إلّا أنّه لم يستحضر النسبة أنّها ربع أو أكثر أو أقلّ فالأقوى الصحّة فيه. (**وكذا**) الحكم [بالبطلان] (**لو كان ذلك ثمناً لما لا ربا فيه**) [٦].

---

[١] وتعدّد أفراد العشرين بالصرف المزبور إذا لم يختلف الغرض باختلافها غير قادح؛ إذ هو كأفراد كليّ الدرهم مثلاً.

[٢] **ولعلّه مراد الشيخ من إطلاقه**[٢]، **كما أنّ إطلاق بعض من انتقد عليه كذلك**[٣]. والأمر سهل بعد وضوح الحال.

[٣] **بلا خلاف أجده.**

[٤] لعدم تحقّقها باعتبار عدم ضرب السلطان قيمة للدينار، أو لعدم علم المتعاقدين بها.

[٥] للجهالة.

[٦] ضرورة بناء المسألة على العلم والجهل اللذين يعمّان كلّ بيع، وقد روى السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام: في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال: «فاسد فلعلّ الدرهم يصير بدينار»[٤]. ومقتضى التعليل فيه، بل والقواعد: أنّه لو اشتراه مستثنياً منه الدرهم في وقت العقد وكان معلوم النسبة عندهما صحّ ولو كان نسيئة. **بل هذا هو مراد الاسكافي فيما حكي عنه: «لو باع ثوباً بمئة درهم غير دينار نقداً جاز، فإن باعه نسيئة لم يصحّ البيع؛ لأنّه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، وكذا كلّ ما اختلف جنساه»**[٥]. كما أنّ ما عن الشيخ في المبسوط يجب حمله على عدم علم المتعاقدين حال العقد. قال: «إذا اشترى ثوباً بمئة درهم إلّا ديناراً، أو بمئة دينار إلّا درهماً لم يصحّ؛ لأنّ الثمن مجهول؛ لأنّه لا يدري كم حصة الدرهم من الدينار، ولا حصّة الدينار من الدرهم إلّا بالتقويم، والرجوع إلى أهل الخبرة»[٦]. ونحوه عن ابن البراج[٧]. والكراهة في خبر حمّاد بن ميسر عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنّه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنّه لا يدري كم الدينار من الدرهم»[٨]. يراد بها الحرمة أو أنّه لا يعلم خصوص الثلث والربع مثلاً نحو خبر وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنّه كره أن يشتري الرجل بدينار إلّا درهماً أو إلّا درهمين نسيئة، ولكن يجعل ذلك بدينار إلّا ثلثاً وإلّا ربعاً، وإلّا سدساً، أو شيئاً يكون جزءً من الدينار»[٩].

---

(١) في الشرائع: «لجهالته».
(٢)(٦) المبسوط ٢: ٩٨.
(٣) المختلف ٥: ١١٧.
(٤) الوسائل ١٨: ٨٠، ب٢٣ من أحكام العقود، ح٢، وفيه: «الدينار يصير بدرهم».
(٥) نقله في المختلف ٥: ١١٤ـ ١١٥.
(٧) المهذب ١: ٣٧٠ـ ٣٧١.
(٨) الوسائل ١٨: ٨١، ب٢٣ من أحكام العقود، ح٤.
(٩) المصدر السابق: ح٣، وفيه: «درهم وإلّا» بدل «درهماً أو إلّا».

(و)[المختار] [١] أنّه (**لو قدّر قيمة الدرهم من الدينار**) بجزء مشاع فاستثناها (**جاز لارتفاع الجهالة**).

بل لو قال : استثنى الدرهم مع العلم منهما بما يخصّه من الدينار فهو كناية عن إرادة استثناء ذلك الجزء صحّ ، بل لو لم يستحضر النسبة إلّا أنّهما يعلمانها بأدنى التفات لم يبعد الجواز لارتفاع الجهالة ، والله أعلم .

[بيع خمسة دراهم بنصف دينار]:

المسألة (**العاشرة : لو باع خمسة دراهم**) مثلاً (**بنصف دينار**) مثلاً (**قيل**) [٢] : (**كان له شقّ دينار**) بمقتضى الحقيقة اللغوية ، (**ولا يلزم المشتري**) شق (**صحيح**) [٣].

(**إلّا أن**) يشترط أو (**يريد بذلك**) الصحيح من (**نصف المثقال عرفاً**).

فإن لم يكن عرف أو شرط أو قرينة حمل على الحقيقة كما هو الضابط [٤].

(**وكذا الحكم في غير الصرف**) [٥].

وعلى كلّ حال فلو اشترى منه مبيعاً آخر بنصف دينار فعليه شقّان ، فإن بذل له ديناراً صحيحاً زاده خيراً . ولو شرط عليه في العقد الثاني إعطاء صحيح عنهما صحّ [٦] ، سواء لزم العقد الأوّل أو لا [٧].

---

[١] [كما] منه [= خبر وهب] ومن غيره يعلم [ذلك].

[٢] **والقائل الشيخ[١] وغيره ، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً.**

[٣] لعدم كونه شقّ دينار حقيقة ، وإنّما هو نصف مثقال يساوي شقّ دينار .

[٤] **لكن عن التذكرة : البطلان مع عدم التعيين إذا اختلفت العرف ؛** للجهالة[٢] .

وفيه : منع إذا لم يصل إلى حدّ الاشتراك .

[٥] ضرورة ابتناء المسألة على ما لا يخصّه .

[٦] لعموم « المؤمنون عند شروطهم »[٣] السالم عن معارضة مقتضى البطلان من الجهالة وغيره .

[٧] **خلافاً للمحكي في المختلف عن مبسوط الشيخ ﷺ ، فأبطل الثاني خاصّة إذا كان الأوّل قد لزم وانقطع الخيار بينهما فيه**[٤] ، معلّلاً له : ١ ـ بأنّه لم يرض بأن يكون ثمن الثوب الثاني نصف دينار حتى يزيد في ثمن الثوب الأوّل ، فيجعل المكسور من دينار صحيحاً ، وهذه الزيادة لا تلحق بالأوّل لإبرامه . ٢ ـ ولأنّ الزيادة مجهولة ، فيكون الثمن في الثوب الثاني مجهولاً فيبطل . **وإن كان العقد الأوّل لم يلزم لبقاء الخيار فيه بينهما فسدا معاً ؛** لأنّ زيادة الصفة منفردة عن العين مجهولة ، فلا يصحّ إلحاقها بالثمن ، فلم تثبت ، فلم يرض بكون النصف دينار ثمناً حتى يكون معه هذه الزيادة في ثمن الثوب الآخر فصار الثمن مجهولاً[٥] . وفيه : بعد تجشّم توجيه استدلاله ، خصوصاً الثاني بإرادة الفسخ حيث لم يرض إلّا بذلك المتعذّر منع الجهالة ، ومنع عدم صحّة لحوقها الأوّل ، وإن كان قد أبرم ؛ إذ حاصله تعيين فرد من أفراد الدفع بالشرط ، ولا مانع منه ، كما هو واضح . هذا وقد وقع فيما حضرني من نسخة الدروس[٦] خلل في النقل عن الشيخ حيث حكى عنه عكس ما ذكرنا ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) المبسوط ٢ : ٩٨.
(٢) التذكرة ١٠ : ٤٤٢.
(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤.
(٤)(٥) المبسوط ٢ : ٩٨ ـ ٩٩.
(٦) الدروس ٣ : ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(و) أمّا حكم (**تراب الصياغة**) المجتمع فيه غالباً من الذهب والفضّة والرصاص وغيرها فقد مرّ ما يستفاد منه حكمه في تراب المعدن وفي الأواني وغيرها [١].

فـ(**يباع**) حينئذٍ (**بالذهب والفضّة**) مثلاً (**معاً أو بعوض**[١] **غيرهما**)، أو بأحدهما مع القطع بزيادته على مجانسه، أو بضمّ جنس آخر من نحاس أو غيره عليه، [ولا يلزم أن يكون ذلك بالطعام] [٢].

إنّما الكلام في حكمه؛ باعتبار أنّه مجتمع من مال الناس غالباً.

و[الظاهر] [٣] أنّه مجهول المالك، فيتصدق به أو يباع (**ثمّ يتصدق به؛ لأنّ أربابه لا يتميّزون**) غالباً ولو في محصور [٤].

---

[١] إذ لا فرق بين الجميع في ذلك.

[٢] والأمر ببيعه بالطعام في الخبرين الآتيين دفعاً لكلفة مشقّة تحصيل العلم بالزيادة أو أُريد بيعه بأحد الجوهرين، لا أنّه يتعيّن ذلك فيه؛ للإجماع على خلافه.

[٣] [**كما أنّ**] **ظاهر المتن وغيره، بل قيل: إنّه لا خلاف فيه**[٢] [**ذلك**].

[٤] قال علي بن ميمون الصائغ: سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّا يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: «تصدّق به فإمّا لك، وإمّا لأهله، فقلت: له: فإن كان فيه ذهب وفضّة وحديد فبأي شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم»[٣].

وفي خبره الآخر: سألته عن تراب الصواغين وإنّا نبيعه؟ قال: «أما تستطيع أن تستحلّه من صاحبه؟ قال: قلت: لا إذا أخبرته اتّهمني، قال: بعه، قلت: فبأي شيء نبيعه؟ قال: بطعام، قلت: فأي شيء أصنع به؟ قال: تصدّق به إمّا لك، وإمّا لأهله، قلت: إن كان ذا قرابة محتاجاً فأصله؟ قال: نعم»[٤].

إلّا أنّ الأخير منهما منافٍ لما صرّحوا به، من غير خلاف يعرف بينهم فيه، من أنّه إن علم صاحبه ولو في محصور وجب التخلّص منه. وخوف التهمة لا تبيح التصرّف في مال الغير، سيّما مع إمكان إيصال حقّه إليه أو الاستحلال منه، بوجه لا يوجب التهمة. فميل بعض المحدّثين[٥] إلى العمل بالخبر المزبور الذي دعوى يمكن الإجماع على خلافه في غير محلّه، فلابدّ من طرحه. أو يقال: إنّ السيرة المستقيمة المعلوم كشفها على إعراض المالك عن ذلك في الصياغة والخياطة والحدادة وغيرها، وإلّا فلا ينكر أنّ الغالب معرفة الصاحب جميعهم أو كثيرٍ منهم، ولا أقلّ عند الفراغ من العمل. فيتجه وجوب الاستحلال منه عنده، كما اعترف به في الروضة[٦]، مع أنّه لم يعرف من أحدٍ منهم وفيهم الثقات والأبرار استحلال نحو ذلك أو إخباره به، وليس في الخبرين المزبورين إشارة إليه.

فيمكن بناء ذلك على ظهور الإعراض، إلّا أنّه لمّا كان يمكن أن لا يكون معرضاً استفهم الإمام عليه السلام عن ذلك؛ لإرادة كمال

---

(١) في بعض النسخ: «بعرض».
(٢) الرياض ٨: ٣٣٨.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٠٢، ب١٦ من الصرف، ح١.
(٤) المصدر السابق: ح٢.
(٥) الحدائق ١٩: ٣١٣.
(٦) الروضة ٣: ٣٨٧.

[فإن عَرف صاحبه فأعطاه إيّاه وإن لم يعرفه فإن كان محصوراً فيجب الاستحلال منهم، وإلّا فقد يمكن أن يقال: إنّه مجهول المالك فيتصدّق به أو يباع ولا مانع من التصدّق ولو لذي قرابة له].

[فالتصدّق إنّما يكون في مورد تعذّر الوصول إلى المالك وانحصار الطريق في الإيصال إليه فيه].

الاحتياط، وحيث إنّ السائل أجابه بخوف التهمة رجّح الأخذ بالظاهر المزبور والإعراض عن الاحتياط المستحب، بل لعلّ قوله عليه السلام فيها: «إمّا لك أو لأهله»[1] يومئ إلى ذلك أيضاً بناءً على أنّ المراد به هو لك إن كان ظهور الإعراض كذلك في الواقع، وإلّا فهو لأهله؛ لعدم الإعراض في الواقع، وإن كان هو الظاهر من حال المالك. لا أنّ المراد به لك إن ظهر المالك ولم يرضَ بالصدقة، وإلّا فهو لأهله، كما صرّح به بعضهم[2]، بل جعلوه مؤيّداً للقول بالضمان لو تصدّق بمجهول المالك، ثمّ ظهر صاحبه ولم يرض بالصدقة الذي منشؤه عموم ما دلّ على ضمان ما أخذت اليد خرج منه ما إذا رضي الصاحب أو استمرّ الاشتباه بالإجماع فيبقى الباقي.

وفيه: منع تناول العموم لمثل المقام المأمور شرعاً بالتصدّق به، الظاهر في وقوع الصدقة عن المالك، وأنّها طريق الإيصال إلى المالك بعد تعذّر غيرها؛ لحصول اليأس منه.

فلو سلّم أنّ المراد بأخذ اليد ما هو أعمّ من العدوان وأنّ الإذن الشرعيّة لا تنافي الضمان أمكن دعوى خروج المقام من الأوّل، وظهور عدم الضمان من الأمر بالتصدّق به الظاهر فيما عرفت.

ومن هنا قيل بعدم ترتّب الضمان في التصدّق بمجهول المالك[3]. وهو لا يخلو من قوّة، وحينئذٍ فحمل الخبر عليه كما ترى خصوصاً بعد منافاة ذلك للقواعد المعتبرة التي لا يصلح الخروج عنها بمثل ذلك.

على أنّ الغالب كما عرفت عدم جهل الصاحب، بل اعترف السائل بمعرفته، إلّا أنّه لم يستحلّه لخوف التهمة. وحمله على إرادة التقصير بذلك من أوّل الأمر ثمّ جهله تهجّس يأباه الظاهر.

فالأولى القول بأنّ مخرج الخبرين ما قلنا، وحينئذٍ فلا ينبغي استفادة بعض أحكام مجهول المالك منهما، كما عساه يظهر من بعضهم فخيّر بين الصدقة بعين المجهول كما هو مقتضى الأمر بها في نصوصه أو بقيمته[4]؛ للخبرَين السابقين؛ إذ فيه ما عرفت.

والمناقشة فيه: بأنّ الإعراض ما لم يعلم لا يجوز نيّة التملّك بالمعرض عنه، وإذا علم لم يبق احتمال البقاء على الملك.

يدفعها: منع اعتبار العلم بمعنى اليقين فيه، بل يكفي فيه ظهور ذلك من المالك ولو من فعله كترك المسافر حطبه وعلف دابّته ونحو ذلك، بل عن الكفاية نفي البعد عن الاكتفاء فيه بالظنّ مع عدم قضاء العادات على خلافه[5]. ولعلّه يريد ما ذكرنا.

فحينئذٍ يتّجه استحباب الاحتياط بالصدقة به أمّا له أو لأهله إن لم يمكن إجماع على الوجوب، وكذا المناقشة في أصل التملّك بالإعراض وإن **علم كما في الرياض، قال: «إن كان إجماع، وإلّا فللنظر فيه مجال، حيث لم تنهض حجّة على انتقال الملك، وجواز التصرّف بمجرّد نيّة الإعراض مضافاً إلى إطلاق الخبرين بالتصدّق»**[6].

إذ يكفي في دفعها السيرة القطعيّة المؤيّدة برجوع الإعراض إلى إباحة التملّك لمن يريد تملّكه، فتأمّل هذا.

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٠٢، ب١٦ من الصرف، ح١، ٢.
(٢)(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٤٠٨.
(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٠٨ من حواشي الشهيد.
(٥) كفاية الاحكام ١: ٥٠٦.
(٦) الرياض ٨: ٣٣٩.

[وبالجملة: أنّه يستحب الاحتياط بالصدقة إمّا له، وإمّا لأهله إن لم يكن إجماع على الوجوب].

وربّما يُقال في خصوص المقام [١] إنّ هذا موضوع خاصّ أُمر بالصدقة فيه عمّن هو له، سواء كان الصائغ أو غيره، وحينئذٍ فلا يستفاد منه حكم مجهول المالك، ولا يجرى عليه حكم الإعراض.

ثمّ إنّه بناء على أنّ المقام من مجهول المالك [٢] فالمتّجه جريان أحكام المندوبة عليها [٣].

و[الظاهر] [٤] جواز أخذه منه لنفسه مع الشرط المذكور إن قلنا بذلك ثمة لو دفعت إليه للصرف للفقراء وأهل المسكنة وهو بصفتهم.

ولا ريب أنّ الأحوط الصدقة به على غيره، بل لا يخلو القول به ـ إذا كان هو المتصدّق ـ من نظر.

أمّا لو دفعه إلى الحاكم فتصدّق به عليه أمكن الجواز.

ولتحقيق الحال في حكم مجهول المالك مقام آخر، والله أعلم.

[التصارف بما في الذمة]:

المسألة الحادية عشر: يجوز التصارف بما في الذمم إذا كان حالاً ومختلف الجنس بناءً على أنّه ليس من بيع الدين بالدين الممنوع منه، وأنّه يختصّ ببيع الكالي بالكالي أي المؤجّل بالمؤجّل.

---

[١] من جهة النصّ والفتوى المشتملين على الأمر بالصدقة به، مع عدم كونه مجهول المالك بالنسبة إلى أغلب أفراده ولو في جملة ولا إعراض محقّق، وكون المتعارف في الصاغة أنّه يصوغ لنفسه ولغيره وتقع أجزاء منهما.

[٢] **ذكر بعضهم أنّ مصرف هذه الصفقة مصرف الصدقات الواجبة**[١]، ومقتضاه المنع من إعطائه الغني والهاشمي، ومن وجبت نفقته بناءً على منعهما منها وغير ذلك من أحكامها.

وفيه:

إنّها غير واجبة على المالك، بل هي مندوبة بالنسبة إليه، وإن وجبت على من في يده.

[٣] نعم قد يقال: بإنصراف الإطلاق إلى إرادة الفقراء والمساكين هنا.

وقد سمعت ما في الخبرين[٢] من إعطائها القرابة المحتاج.

بل في الرياض: «لا خلاف بين الأصحاب فيه، وفي جواز الإعطاء للعيال إذا كانوا بصفة الاستحقاق»[٣].

ولعلّه:

١ ـ للإطلاق.

٢ ـ ولفحوى الجواز في دفع الزكاة ليفرقها.

[٤] [كما] يستفاد منه.

---

(١) المسالك ٣: ٣٥٢.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٠٢، ب١٦ من الصرف، ح١، ٢.

(٣) الرياض ٨: ٣٣٩.

فلو كان لواحد على الآخر ذهب مثلاً وللآخر عليه دراهم فتصارفا بما في ذممهما صحّ ، ولا يحتاج إلى تقابض فعلي [١].

ولو كان ما في الذمم متّحد الجنس والصفة حصل التهاتر قهراً من غير حاجة إلى صرف ولا إلى تراضٍ بالتهاتر [٢].

فالأولى اختصاص فرض المصارفة في المختلف هذا ، و[قد يقال] [٣] [بجواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر].

قلت : لا بأس به إذا وقع بصيغة البيع وقبض العوض في مجلس العقد ، أمّا إذا دفعه وفاءً فقد تقدّم أنّه ليس بصرف [٤].

---

[١] لما عرفت من أنّ ما في الذمّة مقبوض .

قال عبيد بن زرارة : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصيرفي مئة دينار ويكون للصيرفي عنده ألف درهم فيقاطعه عليها ؟ قال : « لا بأس »[١] .

لكن استشكل فيه في القواعد[٢] . بل عنه في التحرير وولده في الإيضاح الجزم بالعدم كالدروس[٣] ؛ لأنّه بيع دين بدين .

نعم قال في الأخير : ولو تهاترا احتمل الجواز .

قلت : بل هو قوي ؛ لعدم دليل على كون الوفاء من البيع ، بل ظاهر الأدلّة خلافه ، مؤيّداً بعدم قصد البيع والشراء وعدم المحافظة على أحكامه ؛ إذ قد يقبض وفاء ما لا يعرف قيمته وقت القبض .

فما عساه يظهر من المحكي عن الشيخ في البحث المكاتبة من أنّ الوفاء بيع[٤] يمكن منعه ، وحينئذٍ يمكن حمل خبر عبيد عليه ، فلا يكون دالّاً على جواز التصارف .

اللهمّ إلّا أن يستدلّ بإطلاق نفي البأس فيه مع عدم الاستفصال فيه .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه** ، سوى ما عن التذكرة فجعله كمختلف الجنس[٥] ، ومقتضاه عدم التهاتر قهراً .

وفيه : أنّ اعتبار تشخيص الدافع وقبض المدفوع متّجه إذا لم يكن المدفوع نفس ما ملكه المدفوع إليه ، أمّا إذا كان كذلك فلا يحتاج إلى تراضٍ ؛ لأنّه يكون كوصول عين ماله إليه ؛ إذ الفرض أنّ المديون قد ملك على الديّان ما ملكه عليه أوّلاً من كلّي العشرة في ذمّته مثلاً .

[٣] **[كما] في القواعد وغيرها : « ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين وذمّة »**[٦] .

[٤] لأنّ الوفاء ليس بيعاً ، وخبري الحلبي لا دلالة فيهما على ذلك قال في أوّلهما : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون [لي] عليه دنانير ؟ فقال : « لا باس أن يأخذ قيمتها دراهم »[٧] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٧٥ ، ب ٤ من الصرف ، ح ٣ ، وفيه : « عند » بدل « على » .

(٢)(٦) القواعد ٢ : ٤٠ .

(٣) التحرير ٢ : ٣١٨ . الايضاح ١ : ٤٥٤ . الدروس ٣ : ٣٠٠ .

(٤) نقله في الدروس ٣ : ٣٠٠ .

(٥) التذكرة ١٠ : ٤٣٩ .

(٧) الوسائل ١٨ : ١٧٢ ، ب ٣ من الصرف ، ح ١ .

[فلو كان له على رجل دنانير فدفع إليه الورق بقدرها ثمّ تغير السعر فلا يضره هذا التغير فيحاسبه على السعر الأوّل بنحو الوفاء].

نعم لو دفع إليه ذلك لا على جهة الوفاء بل كان قرضاً أو أمانة أو نحو ذلك احتسبت له سعر يوم المحاسبة وفاء كما هو واضح ، والله أعلم .

وقال في ثانيهما : سألته أيضاً عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومة إلى أجل فجاء الأجل وليس عند الرجل الذي عليه الدراهم ؟ فقال : خذ منّي دنانير بصرف اليوم ؟ قال : « لا بأس به »[١] . ونحوهما خبر أبي عتاب[٢] ، بل النصوص المعتبرة ـ التي أفتى بمضمونها غير واحد من الأصحاب ، المتضمّنة لاحتساب السعر يوم القبض ـ ظاهرة أو صريحة في كون الوفاء ليس بيعاً .

قال إسحاق بن عمّار : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه المال فيقضيني دنانير وبعضاً دراهم فإذا جاء يحاسبني ليوفّيني [يكون] قد تغيّر سعر الدنانير أيّ السعرين أحسب له الذي كان يوم أعطاني الدنانير أو سعر يوم الذي أُحاسبه ؟ فقال : « سعر يوم أعطاك الدنانير ؛ لأنّك حبست منفعتها عنه »[٣] .

وقال أيضاً : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغيّر السعر ؟ قال : « فهي له على السعر الذي أخذها منه يومئذٍ ، وإن أخذ دنانير فليس له »[٤] .

وفي الفقيه : « وليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها برؤوسها متى شاء »[٥] . يعني وقع الفضل بينهما بأخذه أوّلاً مكان دنانيره ثمّ أخذ دنانير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطي أن يجعلها في مقابلة دنانيره التي كانت له عليه أوّلاً ، ويطلب منه دراهمه ؛ إذ لا دراهم له عليه حينئذٍ ، بل ليس له إلّا دنانيره التي أعطاها ثانياً يأخذها متى شاء . وروى إبراهيم بن ميمون : عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على رجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فيصير الدنانير بزيادة أو نقصان ، قال : « له سعر يوم أعطاه »[٦] .

وقال عبد الملك بن عتبة الهاشمي : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه فيأخذ مكانها ورقاً في حوائجه ، وهي يوم قبضت سبعة وسبعة ونصف بدينار ، وقد يطلب صاحب المال بعض الورق وليست حاضرة فيبتاعها له من الصيرفي بهذا السعر ونحوه ، ثمّ يتغيّر السعر قبل أن يحسبا حتى صار الورق اثني عشر درهماً بدينار فهل يصلح ذلك له ، وإنّما هي بالسعر الأوّل من يوم قبضت كانت سبعة وسبعة ونصف بدينار ؟ قال : « إذا دفع إليه الورق بقدر الدينار فلا يضرّه كيف الصروف ، ولا بأس »[٧] .

ونحوه خبر إبراهيم بن عبد الحميد[٨] المراد أنّه إذا كان دفع إليه الورق بقدر الدينار ثمّ تغيّر السعر فلا يضرّه تغيّر السعر ولا عدم المحاسبة ، فإنّه يحاسب على السعر الأوّل وعلى كلّ حال فهي صريحة في أعمية الدفع وفاء من البيع .

---

(١) المصدر السابق : ح ٢ .
(٢) المصدر السابق : ١٧٣ ، ح ٥ ، وفيه : « عن زياد بن أبي غياث » .
(٣) الوسائل ١٨ : ١٨٣ ـ ١٨٤ ، ب ٩ من الصرف ، ح ٢ .
(٤) المصدر السابق : ١٨٤ ، ح ٣ .
(٥) الفقيه ٣ : ٢٨٨ ، ح ٤٠٣٨ .
(٦) الوسائل ١٨ : ١٨٥ ، ب ٩ من الصرف ، ح ٥ ، وفيه : « عن يوسف بن أيّوب ، شريك إبراهيم بن ميمون » .
(٧) المصدر السابق : ١٨٣ ، ح ١ .
(٨) المصدر السابق : ١٨٤ ، ح ٤ .

(الفصل الثامن : في بيع الثمار)

(و) تمام الكلام فيها يتوقّف على (**النظر في ثمرة النخل والفواكه والخضر واللواحق**) .

[بيع ثمرة النخل قبل ظهورها]:

(أمّا النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً) [١] .

نعم (**في جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردد**) وخلاف [٢] .

---

[١] **إجماعاً بقسميه** ، بل المحكيّ منهما متواتراً كالنصوص ، ولذا نسبه بعضهم إلى الضرورة . **فمن الغريب ما في الحدائق من الجزم بالصحّة** . تمسّكاً بصحيحي ربعي والحلبي[١] الآتيين الذين لا صراحة فيهما في ذلك ؛ لاحتمال إرادة بيع السنتين بعد الظهور قبل البدو . و[بـ] ـصحيح بريد بن معاوية الآتي[٢] الذي لابدّ من طرحه أو تأويله بإرادة البدو من الطلوع فيه أو بحمل العام فيه على ماكان في ضمن العامين . وأغرب منه حمل نصوص المنع ـ الموافقة للأُصول السليمة ؛ ضرورة كون الثمرة معدومة لا تصلح للنقل قبل وجودها ؛ إذ المبيع لابدّ أن يكون موجوداً ـ على التقيّة أو الكراهة . **ثمّ قال : « وإلى هذا يميل كلام جملة من محقّقي المتأخّرين كالمحقّق الأردبيلي والفاضل الخراساني »**[٣] . لكن لا يخفى عليك أنّ ذلك كلّه غير قادح في تحصيل الإجماع بعد أن علم أنّ صدور ذلك منهم من اختلال الطريقة ، نسأل الله تعالى العفو والعافية عن ذلك وغيره ، وما صدر عن الشيخ في المحكي عن كتابي الأخبار من الجمع بالكراهة[٤] إنّما هو مجرّد جمع لا فتوى ، وعلى تقديرها فهي شاذّة أيضاً مع أنّ عبارته محتملة لصورة ما بعد الظهور قبل البدو . بل قيل : إنّه الذي تشعر به عبارته بعد ضمّ بعضها إلى بعض ، (و) لذا نسب جماعة القول بالكراهة إليه في المسألة الآتية دون هذه المسألة[٥] .

[٢] **فالمشهور نقلاً وبين المتأخّرين تحصيلاً العدم أيضاً** ؛ للانعدام ، فضلاً عن الغرر والجهالة ، **وللإجماع في السرائر** ، بل قال فيها : « وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك ، ويظنّون أنّه يجوز بيعها سنتين وإن كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد ، وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا وخلاف إجماعهم وأخبار أئمّتهم وفتاواهم »[٦] . ولمفهوم خبر أبي بصير[٧] ، وخبر أبي الربيع[٨] ، وإطلاق موثّق سماعة[٩] أو عمومه ، وصحيح الحلبي[١٠] . وغيرها من النصوص التي تسمعها فيما يأتي ، ومنها النصوص التي علّقت الجواز على الإطعام والبلوغ والإدراك وبدوّ الصلاح ، خلافاً للصدوق[١١] . وربّما اشعر قول المصنّف [ذلك] .

---

(١) (٢) يأتي في ص ٣٩٠ .
(٣) الحدائق ١٩ : ٣٢٩ .
(٤) الاستبصار ٣ : ٨٨ ، ذيل الحديث ٣٠١ . التهذيب ٧ : ٨٨ ، ذيل الحديث ٣٧٥ .
(٥) الرياض ٨ : ٣٤٣ .
(٦) السرائر ٢ : ٣٥٩ ـ ٣٦٠ .
(٧) الوسائل ١٨ : ٢١٤ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ١٢ .
(٨) المصدر السابق : ٢١٢ ، ح ٧ .
(٩) الوسائل ١٨ : ٢١٩ ، ب ٣ من بيع الثمار ، ح ١ .
(١٠) الوسائل ١٨ : ٢١٨ ، ب ٢ من بيع الثمار ، ح ٤ .
(١١) المقنع : ٣٦٦ .

[قال المصنّف :] (والمروي) [١] (الجواز) [٢].

---

[١] فيما يأتي من صحيح يعقوب[١] وصحيح سليمان[٢] وخبر أبي بصير[٣] الآخر وصحيح الحلبي[٤] وصحيح ربعي[٥] وصحيح علي بن جعفر[٦] كما في الحدائق[٧].

[٢] بل في صحاح يعقوب والحلبي وعلي بن جعفر تعليله بأنّه « إن لم يخرج هذه السنّة خرج من القابل »، وبها تقطع الأُصول والعمومات، ويخصّ الإطلاق في الأخبار المقابلة، وإلّا طرحت لرجحانها عليها بالصحّة في السندوالكثرة في العدد، والصراحة في الدلالة، والاشتمال على التعليل، وغير ذلك. وإجماع ابن إدريس[٨] مردود عليه بما عن غاية المراد للشهيد من أنّ الأصحاب لم يذكروه صريحاً، ولا تعرّض للمنع إلّا جماعة منهم[٩] ونحو ذلك في المختلف[١٠]. **وفي مفتاح الكرامة : « ليس في المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والوسلية والغنية وكشف الرموز ذكر ولا تصريح بجواز ولا منع، ولم ينقل أحد ذلك عن الحسن وأبي علي والقاضي والتقي، بل لم أجد من صرّح بالمنع قبل الفاضل »**[١١].

قلت : هو كذلك في جملة من كتبه، **لكن ظاهره أو صريحه في التذكرة الجواز، وإن احتمل المنع قويّاً فيها**[١٢]، **وفي الحدائق : « أنّه حكاه بعض عن الشيخ أيضاً »**[١٣]. **بل قد سمعت اعترافه في السرائر بأنَّ القائل به كثير، لكن ادّعى عليهم الاشتباه**[١٤]. **ومن هنا مال جماعة من متأخّري المتأخّرين إلى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثاني**[١٥]، **وفي جامع المقاصد : « أنّه لا يخلو من قوّة »**[١٦]. لكن قد يُناقش باحتمال « الطلوع » في صحيح يعقوب[١٧] بدوّ الصلاح. ويكون المراد من قوله : « إن لم يحمل ... إلى آخره » إن خاست، وهو وإن بعد، إلّا أنّه أولى من ارتكاب التأويل في النصوص المقابلة المعتضدة بالشهرة ومحكي الإجماع الذي لا يقدح فيه ما سمعت عند التحقيق. وقاعدتي المعدوم والغرر والجهالة. مع أنّه قد يستأنس لحمل الطلوع فيه على البلوغ ملاحظة الصحيح[١٨] الآخر حيث اشترط فيه نفي البأس عن الشراء ثلاث سنين بوقوعه قبل البلوغ، وجعله المعيار له دون غيره، مع تضمّنه التعليل المزبور في صدره. ولو كان المعيار « الظهور »، لكان تبديل البلوغ به أولى كما لا يخفى. ومنه يظهر الجواب عن غيره الذي جعل غاية الجواز فيه الإطعام الذي هو عبارة عن الإدراك وعن الصحاح : « أطعمت النخلة إذا أدرك ثمرها، وأطعمت البسرة أي صار لها طعم »[١٩]. كلّ ذلك مضافاً إلى ما تسمعه في صحيح سليمان بن خالد[٢٠] منها، بل التعارض بين كثير منها وبين غيرها بالعموم من وجه ؛ ضرورة شمولها لصورتي عدم الطلوع وعدم الصلاح، كما أنّ غيرها شامل للعامّ والعامين، وقد سمعت رجحانها عليها بالشهرة وغيرها.

---

(١) (٢) الوسائل ١٨ : ٢١٣، ب ١ من بيع الثمار، ح ٨، ٩.
(٣) المصدر السابق : ٢١٤، ح ١٠.
(٤) المصدر السابق : ٢١٠، ح ٢.
(٥) المصدر السابق : ٢١١، ح ٤.
(٦) المصدر السابق : ٢١٦، ح ٢١.
(٧) (١٣) الحدائق ١٩ : ٣٣١.
(٨) السرائر ٢ : ٣٥٩.
(٩) غاية المراد ٢ : ٤٣.
(١٠) المختلف ٥ : ١٩٧.
(١١) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٧١.
(١٢) التذكرة ١٠ : ٣٤٦ ـ ٣٤٧.
(١٤) السرائر ٢ : ٣٥٩، ٣٦٠.
(١٥) الروضة ٣ : ٣٥٥.
(١٦) جامع المقاصد ٤ : ١٦١.
(١٧) الوسائل ١٨ : ٢١٣، ب ١ من بيع الثمار، ح ٨.
(١٨) الوسائل ١٨ : ٢١٠، ب ١ من بيع الثمار، ح ٢.
(١٩) الصحاح ٥ : ١٩٧٥.
(٢٠) الوسائل ١٨ : ٢١٣، ب ١ من بيع الثمار، ح ٨.

لكنّ الإنصاف بعد ذلك كلّه أنّ الجواز لا يخلو من قوّة، وإن كان الأحوط خلافه.

ثمّ على تقدير العدم فالظاهر مساواة غير البيع من النواقل له في عدم الجواز [١].

نعم يتّجه جوازه بالشرط [٢]. [والقول بالجواز في الصلح قوي أيضاً].

وربّما تسمع في بابه زيادة تأييد إن شاء الله، لكن قد يشكل في خصوص الشرط [٣].

وأمّا الجواز مع الضميمة حتّى في العام الواحد [٤] [فلا، إلّا أن تكون الضميمة على جهة الشرطيّة]، وربّما تسمع لذلك تتمّة إن شاء الله تعالى.

(ويجوز) بيعها (بعد ظهورها وبدوّ صلاحها) [٥].

(عاماً) واحداً **(أو[١] عامين بشرط القطع وبغيره منفردة ومنضمّة)** إلى المقصود بالبيع وغيره **(ولا يجوز بيعها قبل بدوّ صلاحها عاماً إلّا أن يضمّ إليها ما يجوز بيعه) [٦].**

---

[١] لعدم صلاحيّة المعدوم للنقل.

[٢] **قال في التنقيح: «كلّ موضع قلنا: لا يصحّ البيع فيه، يصحّ أن يجعل من شروط التملّك في عقد آخر»[٢].**

قلت: لعموم أدلّة الشروط التي لا تستدعي ملكاً فعليّاً للمشترط، ومنه ينقدح قوّة الجواز في الصلح أيضاً.

[٣] لاقتضائه الغرر المنافي لعقد البيع، ولو في شرطه كما حقّقناه في محلّه.

[٤] فهو وإن دلّت عليه موثّقة سماعة قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤه قبل أن يخرج طلعها؟ قال: «لا، إلّا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقلاً، فيقول: أشتري هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقلة»[٣]. إلّا أنّها مقطوعة ومعارضة بإطلاق الأدلّة ومعاقد الإجماعات وغيرها.

بل في المسالك: «أنّ المشهور المنع مع الضميمة حيث لا تكون هي المقصودة بالبيع؛ لأنّه غرر»[٤]. ومن هنا حمل بعضهم الموثّق المزبور على المقصودة[٥] وفاقاً للتذكرة[٦].

وربّما أُشعر به ما في ذيل الرواية من التعليل، بناءً على الغالب من عدم دفع الثمن في مثل هذه الصورة، إلّا بعد أن تكون الضميمة المقصودة، وكان ذلك منه إرجاع منه للمقام إلى قاعدة ضمّ المعلوم إلى المجهول. ولو سلّمت لهم فيه أمكن منعها هنا، باعتبار انعدام المنضمّ؛ إلّا أن يكون على جهة الشرطيّة.

[٥] **إجماعاً** أو ضرورة.

[٦] **عند الأكثر نقلاً[٧].**

---

(١) في الشرائع: «و».

(٢) التنقيح ٢: ١٠٦.

(٣) الوسائل ١٨: ٢١٩، ب٣ من بيع الثمار، ح١، مع اختلاف.

(٤) المسالك ٣: ٣٥٣.

(٥) الرياض ٨: ٣٤١.

(٦) التذكرة ١٠: ٣٤٦.

(٧) نقله في الروضة ٣: ٣٥٥.

(أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً) أو بيعت على مالك الأصل [١].

(و) حينئذٍ (لو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة) أو الأربعة (قيل) [٢]: (لا يصح) [٣]، (وقيل) [٤]: يصح [وقيل:] [٥] (يكره، وقيل) [٦]: إنّه (يراعى) في الصحّة وعدمها (السلامة[١]) وعدمها [٧].

(و) على كلّ حال فـ(ـالأوّل أظهر[٢]) [٨].

---

[١] عند الفاضل[٣].

[٢] والقائل الاسكافي والصدوق في المقنع والتقي والمفيد على ما عن بعض نسخ المقنعة والطوسي والقاضي وإبن حمزة والفاضل في كتبه[٤] على ما حكي عن بعضهم.

[٣] بل عن صريح المبسوط والخلاف أو ظاهرهما والغنية الإجماع عليه[٥].

[٤] والقائل الشيخ في التهذيبين والحلّي والآبي والفاضل في جملة من كتبه وولده والشهيدان والكركي والقطيفي والميسي[٦] على ما حكي عن بعضهم أيضاً: [يصحّ].

[٥] ولكن صرّح كثير منهم بأنّه [يكره].

[٦] والقائل المفيد وسلار والآبي[٧] على ما عن الأخيرين [ذلك].

[٧] والظاهر أنّ مرجعه إلى القول الثاني؛ إذ فيما حضرني من نسخة المقنعة: «يكره بيع الثمار سنة واحدة قبل أن يبدو صلاحها» إلى أن قال في آخر المبحث: «وإذا خاست الثمرة المبتاعة قبل ظهورها كان للبائع قدر ما غلّت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن». ومراده بالظهور قبل بدوّ الصلاح كما هو المحكي عنها أيضاً. وعلى كلّ حال فهو حكم آخر مبني على أنّه مبيع تلف قبل قبضه، كما تسمع البحث فيه عند تعرّض المصنّف له.

ولعلّه لذا جعل في المختلف المسألة ذات قولين ناصّاً على أنّ المفيد وسلّار ممّن قال بالجواز[٨].

[٨] لصحيح سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام: «لا تشترى النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن كان يطعم إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»[٩]. وفي الوافي بعد أن رواه عن التهذيب قال: «الظاهر سقوط لفظ «لم»»[١٠] وربّما أُيّد بأنّ الموجود في الاستبصار: «وإن شئت أن تبتاعه»[١١]، كموثّق أبي بصير[١٢].

---

(١) في الشرائع: «حال السلامة».
(٢) في الشرائع: «أشهر».
(٣) (٨) القواعد ٢: ٣٣. المختلف ٥: ١٩٥.
(٤) نقله عن الإسكافي في المختلف ٥: ١٩٥. المقنع: ٣٦٦. الكافي: ٣٥٦. حكاه عن المقنعة والمهذب في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٩. النهاية: ٤١٤. الوسيلة: ٢٥٠. تلخيص المرام ٢: ١٠٦.
(٥) المبسوط ٢: ١١٣. الخلاف ٣: ٨٤ـ ٨٥. الغنية: ٢١٢.
(٦) التهذيب ٧: ٨٨، ذيل الحديث ٣٧٥. الاستبصار ٣: ٨٨، ذيل الحديث ٣٠١. السرائر ٢: ٣٥٨ـ ٣٥٩. كشف الرموز ١: ٥٠٥. التحرير ٢: ٣٩٣. التذكرة ١٠: ٣٤٩. المختلف ٥: ١٩٦. الايضاح ١: ٤٤٦. اللمعة: ١١٢. الروضة ٣: ٣٥٥. جامع المقاصد ٤: ١٦١. نقله عن الميسية وايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٩.
(٧) المقنعة: ٦٠٢. المراسم: ١٧٧. كشف الرموز ١: ٥٠٤ـ ٥٠٥.
(٩) التهذيب ٧: ٨٨، ح ٣٧٤. الوسائل ١٨: ٢١٣، ب ١ من بيع الثمار، ح ٩، وفيهما: «لا تشتر».
(١٠) الوافي ١٧: ٥٤٠، ذيل الحديث ١٦.
(١١) الاستبصار ٣: ٨٥، ح ٢٩٠.
(١٢) الوسائل ١٨: ٢١٤، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٠.

. . . . . .

قلت : يمكن صحّته على ذلك أيضاً ، وعن بعض النسخ المعتمدة بغير واو[١] .

وفي حواشي المجلسي كان المراد منه إن كان يعلم عادة أنّه يطعم بعد ذلك ، وعلى نسخة عدم الواو ، فالمراد إن كان النخل من شأنه أن يطعم بأن يكون مضى من زمان غرسه خمس سنين مثلاً ، ويمكن أن يكون المراد إذا كان من نيّتهما أن يطعم ، أي لم يشترِه بشرط القطع[٢] .

وخبر أبي الربيع عنه أيضاً : كان أبو جعفر عليه السلام يقول : « إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته ، وإذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة »[٣] .

وخبر علي بن أبي حمزة : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غير [ه] بسر أخضر ؟ فقال : « لا ، حتى يزهو ، قلت : وما الزهو ؟ قال : حتى يتلوّن »[٤] .

وحسن الوشّاء : سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل إذا حمل ؟ قال : « لا يجوز بيعه حتى يزهو ، قلت : وما الزهو جعلت فداك ؟ قال : يحمّر ويصفّر وشبه ذلك »[٥] .

وخبر محمّد بن شريح : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثمرة نخل سنتين أو ثلاثاً وليس في الأرض غير ذلك النخل ؟ قال : « لا يصلح إلّا سنة ، ولا تشتره حتّى يبدو صلاحه »[٦] .

وصحيح علي بن جعفر المروي عن كتابه : سأل أخاه عن شراء النخل سنة واحدة أيصلح ؟ قال : « لا يشتري حتّى يبلغ »[٧] . قال : وسألته عن شراء النخل سنتين أيحلّ ؟ قال « لا بأس ، إن لم يخرج العام خرج القابل »[٨] .

وفي خبر المناهي : « نهى عليه السلام أن تباع الثمار حتى تزهو ، يعني تصفرّ أو تحمرّ »[٩] .

وموثّق عمّار عن الصادق عليه السلام : سئل عن الفاكهة متى يحلّ بيعها ؟ فقال : « إذا كانت فاكهة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهة كلّها ، وإذا كان نوعاً واحداً فلا يحلّ بيعه حتى يطعم ، فإن كان أنواعاً متفرّقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كلّ نوع منها وحده ، ثمّ يباع تلك الأنواع »[١٠] .

ومرسل إسماعيل بن الفضل : سأل أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك ؟ فقال : « إذا كان له في تلك الأرض بيع له غلّة قد أدركت ، فبيع ذلك كلّه حلال »[١١] .

وموثّق أبي بصير عن الصادق عليه السلام أيضاً : سئل عن النخل والتمر يبتاعهما الرجل عاماً واحداً قبل أن تثمر ؟ قال : « لا ، حتّى

---

(١)(٢) ملاذ الأخيار ١١ : ٧٩ ـ ٨٠ ذيل الحديث ١٧ ، وفيه : « خمس عشر سنين » .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢١٢ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٧ .

(٤) المصدر السابق : ح ٥ .

(٥) المصدر السابق : ٢١١ ، ح ٣ .

(٦) المصدر السابق : ٢١٤ ، ح ١٣ ، وفيه : « يبين » بدل « يبدو » .

(٧) مسائل عليّ بن جعفر : ١٦٩ ح ٢٨٤ . الوسائل ١٨ : ٢١٧ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٢٢ .

(٨) مسائل عليّ بن جعفر : ١٦٩ ، ح ٢٨٣ . الوسائل ١٨ : ٢١٧ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٢١ ، مع اختلاف فيهما .

(٩) الوسائل ١٨ : ٢١٥ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ١٤ .

(١٠) الوسائل ١٨ : ٢١٨ ، ب ٢ من بيع الثمار ، ح ٥ ، مع اختلاف .

(١١) المصدر السابق : ٢١٧ ، ح ٢ .

تثمر وتأمن ثمرتها من الآفة ، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقلّ »[١] . إلى غير ذلك .

لكن لا يخفى عليك ما في دلالة بعضها [على صحّة بيع ثمرة النخل قبل البدوّ بدون الشرط] من ثبوت البأس في المفهوم ، وهو أعمّ من الكراهة واضطراب موثّق عمّار[٢] منها . واشتماله على ما لا يقول به أحد من الأصحاب ، كما ستعرفه . واحتمال إرادة الكراهة من نفي الحلّ في مفهومه ، كاحتمال إرادة التفسير من قوله : « وتأمن » في الأخير منها[٣] ، كما يومئ إليه تعليق الحكم فيه على الأثمار . وذيل صحيح يعقوب بن شعيب ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل ؟ فقال : « كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرته السنة ، ولكن السنتين والثلاث ، كان يقول : إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأُخرى » . وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع ، فيشتري سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً ؟ قال : « لا بأس ، إنّما يكره شراؤه سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستبين »[٤] .

بل هو صريح في المطلوب [وهو الكراهة] بناءً على إرادة بدوّ الصلاح من الطلوع فيه لقرائن متعدّدة . والمعنى المصطلح من الكراهة كما هو الظاهر من وجوه أيضاً . ومنه يظهر قوّة إرادتها من النهي في النصوص السابقة سيّما بعد اتّفاق الفقهاء الأربعة على المنع[٥] ، كما في التذكرة[٦] ، فلا يبعد أنّ اشتهار التعبير به للجمع بين بيان الواقع ودفع التقيّة .

خصوصاً بعد أن أشاروا عليهم السلام إلى إرادة ذلك منه . ففي صحيح الحلبي : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين ؟ فقال : « لا بأس ، تقول : إن لم تخرج في هذه السنة تخرج من قابل ، وإن اشتريته في سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ ، وإن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس ، وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسمّاة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلّها ؟ فقال : قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك فلمّا رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرّمه ، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم »[٧] .

فهو كالصريح في أنّ نهيه السابق عن شراء سنة واحدة حتى تبلغ للكراهة ؛ إذ هو كعبارة النبي صلى الله عليه وآله . وشمول الخبر لما قبل الطلوع بعد إمكان منعه بظهور الغاية في وجود الثمرة لا يُنافي الاستدلال به على المطلوب ؛ إذ أقصاه التقييد بالأدلّة السابقة . وفي صحيح ربعي : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّ لي نخلاً بالبصرة فأبيعه وأُسمّي الثمن وأستثني الكرّ من التمر أو أكثر أو العدد من النخل ؟ قال : « لا بأس ، قلت : جعلت فداك بيع السنتين ؟ قال : لا بأس ، قلت : جعلت فداك إنّ ذا عندنا عظيم ، قال : أما إنّك إن قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله أحلّ ذلك فتظالموا فقال عليه السلام : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها »[٨] . ومراده بقرينة الخبر الأوّل أنّ نهي

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢١٤ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ١٢ ، وفيه : « يبتاعها » بدل « يبتاعهما » .
(٢) تقدّم في ص ٣٨٩ .
(٣) تقدّم آنفاً .
(٤) الوسائل ١٨ : ٢١٣ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٨ ، مع اختلاف .
(٥) الحاوي الكبير ٥ : ١٩٠ .
(٦) التذكرة ١٠ : ٣٤٨ .
(٧) الوسائل ١٨ : ٢١٠ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٢ ، وفيه : « أخرج في » بدل « تخرج من » .
(٨) المصدر السابق : ٢١١ ، ح ٤ .

النبي صلى الله عليه وآله لأجل قطع الخصومة لا الحرمة، وهو بعينه النهي الوارد عنهم عليهم السلام.

والمناقشة فيه بظهوره في أنّ نهيه عليه السلام الذي هو للكراهة إنّما هو في بيع السنتين قبل بدوّ الصلاح، وهو الذي يأبى عنه العامّة كما عن السرائر والتذكرة التصريح به[1]، بل تشعر به عبارة الغنية أيضاً[2]. والظاهر أنّ قضيّة التظلّم الذي تعقبها النهي الذي ليس للحرمة هي القضيّة التي تضمّنها الخبر السابق، فيسقط الاستدلال به حينئذٍ أيضاً.

يدفعها: أنّ الذي حكاه في التذكرة عن الفقهاء الأربعة[3] المنع في مفروض المسألة أيضاً، ولا ينافيه قولهم به أيضاً في السنتين، كما أنّ ما حكاه عن النبي صلى الله عليه وآله رد لهم في المقامين، فتأمّل جيّداً.

وفي خبر تغلبة بن بريد وحسنة بريد بن معاوية: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: «لا بأس، قال: وأكثرت السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول: لا بأس، فقلت: أصلحك الله استحياء من كثرة ما سألته، وقوله: لا بأس به أنّ من بيننا يفسدون هذا كلّه، فقال: أظنّهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل، ثمّ حال بيني وبينه رجل فسكت وأمرت محمّد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل، فقال أبو جعفر عليه السلام: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله فسمع ضوضاء، فقال: ما هذا؟ فقيل له: تبايع الناس النخل، فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أمّا إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء ولم يحرّمه»[4]. وهو مع كونه مورده السنة صريح في الإنكار على توهّم الحرمة من النهي المزبور الذي بعينه وقع في كلامهم عليهم السلام، ورواه العامّة بهذا اللفظ وما يقرب منه. واشتماله على ما لا نقول به بعد إمكان إرادة بدوّ الصلاح من الطلوع فيه، أو بالنسبة إلى السنة الثانية المنضمّة إلى السنة التي ظهرت فيها الثمرة غير قادح في الاستدلال على المطلوب. هذا كلّه مضافاً إلى الأُصول والعمومات العظيمة الدالة على الجواز أيضاً. مضافاً إلى صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «تقبل الثمار إذا تبيّن لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر، وإن لم يتبيّن لك ثمرها فلا تستأجره»[5]. بناءً عى إرادة الشراء من «التقبّل» فيه، وإلى ما يومئ إليه تعدّد التعبير عن الغاية المزبورة، فتارة ببدوّ الصلاح، والأُخرى بالإطعام، وثالثة بالبلوغ، ورابعة بالإدراك، وخامسة بالتبيّن، من إرادة الكراهة قبل ذلك، وأنّه بها ترتفع الخصومة على اختلاف مراتبها.

بل في خبر علي بن جعفر المروي عن قرب الإسناد الذي سأل فيه أخاه: عن بيع النخل أيحلّ إذا كان زهواً؟ فقال له: «إن استبان البسر من الشيص حلّ بيعه وشراؤه»[6]. والظاهر تحقّق ذلك قبل الإحمرار والاصفرار. ودعوى إمكان رجوع الجميع إلى الأوّل واضحة المنع، خصوصاً بالنسبة إلى الشجر الذي ستعرف أنّ بدوّ الصلاح فيها عندهم الانعقاد، وهو لا يتحقّق به البلوغ مثلاً قطعاً.

بل ولا في النخل؛ إذ كثير منه لا يبلغ باحمراره واصفراره، كما هو واضح.

---

(١) السرائر ٢: ٣٥٩ ـ ٣٦٠. التذكرة ١٠: ٣٤٨.

(٢) الغنية: ٢١٢.

(٣) التذكرة ١٠: ٣٤٨.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٠٩، ب ١ من بيع الثمار، ح ١، وفيه: «عن ثعلبة عن بريد».

(٥) الوسائل ١٨: ٢١٨، ب ٢ من بيع الثمار، ح ٤، وفيه: «تستأجر».

(٦) قرب الإسناد: ٢٦٣، ح ١٠٤٣. الوسائل ١٨: ٢١٦، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٧، وفيه: «قال: إذا» بدل «فقال له: إن».

و[المختار][١] أنّ القول بالجواز، لكن على الكراهة هو الأقوى، بل [المختار][٢] الجواز مع اشتراط القطع حيث لا تكون المعاملة معه سفهاً[٣]. [ويجوز البيع مع اشتراط القطع].

ولا يعتبر في الصحّة تحقّق القطع، بل لو رضي المالك بعد ذلك بالبقاء مجّاناً أو بأُجرة جاز[٤].

بل لو عصى المشتري فلم يقطع ومنع البائع منه أيضاً صحّ، وكانت الثمرة له[٥] وإن ثبت عليه الأُجرة. فلو باعه الموجود من الثمرة مصرّحاً له بأنّ المبيع هذا الموجود، بحيث يستحق عليه القطع كان المتجه الجواز وإن لم يشترطه[٥]. وقد ينقدح هنا شيء[٧]. وهو جواز البيع والشراء إذا كان القصد الموجود على النخل والأشجار في تلك الحال، والعدم إذا كان المقصود شراؤه ثمرة أي بالغاً[٨].

---

[١] [كما] قد ظهر من ذلك كلّه.

[٢] [كما] قد يؤيّده أيضاً أنّه لا خلاف عندهم في [ذلك].

[٣] بل حكى عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً، مع أنّه لا أثر له في النصوص، فليس ذلك إلّا لأنّ اشتراط القطع يعيّن كون مراد المتبايعين هذا الموجود في هذا الحال، ولا ريب في أنّه مال مملوك يجوز بيعه.

[٤] **إجماعاً في التذكرة[١]، خلافاً لأحمد فأبطل البيع[٢].**

[٥] **عندنا.**

[٦] **ولعلّه عند الأصحاب بمعنى اشتراط القطع.**

[٧] **وإن نافاه جملة من عبارات الأصحاب.**

[٨] أمّا الأوّل فللأصل والعمومات بعد انسياق نصوص المنع إلى غيره ممّا يراد صلاحه وإطعامه وإدراكه وبلوغه، ولذا جعل غاية للجواز في النصوص السابقة. بل قد يدعى أنّ إطلاق الثمرة عليه قبل ذلك مجاز لعلاقة الأوّل. ومنه يظهر وجه المنع في الثاني، مضافاً إلى أنّه غير مقدور للبائع؛ إذ ليس هو من أفعاله، وإنّما هو من فعل الله تعالى، ولعلّ مبنى المنع في كلام الأصحاب مع اشتراط التبقية حتى حكي عن المبسوط والغنية وظاهر الخلاف الإجماع على عدم جوازه معه[٣]، بل عن بعضهم الخلاف فيما إذا اطلق دونه[٤] [= الاشتراط]. وإن كان يدفعه ما عن السرائر من أنّ الخلاف فيه وفي الإطلاق[٥]. بل صرّح في التذكرة بالجواز معه[٦]؛ لعدم اشتراطه بدوّ الصلاح فيها ظهور اشتراط التبقية في إرادة بيعه ثمرة. وأنّه أولى من الإطلاق المنصرف إلى ذلك حتى أنّ من جوّز البيع بالظهور أوجب معه على البائع الإجابة إلى البقاء إلى أوان القطع. **خلافاً لأبي حنيفة[٧]**؛ إذ الظاهر إرادة الثمرة منه لاهذا الموجود، فإذا أطلق صحّ عند من لم يعتبر البدوّ، وبطل عند من اعتبره، ولا يحمل على القطع وإن توقّفت صحّة العقد عليه، كما صرّح به في الدروس[٨]. وحينئذٍ فيكون في الحقيقة اشتراط التبقية كالإطلاق في الاندراج تحت إطلاق أدلّة المنع.

---

(١)(٢) التذكرة ١٠: ٣٥٤. المغني (لابن قدامة) ٤: ٢٢١ ـ ٢٢٤.

(٣) المبسوط ٢: ١١٣. الغنية: ٢١٢. الخلاف ٣: ٨٥.

(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٠. وانظر الغنية: ٢١٢. كشف الرموز ١: ٥٠٣.

(٥) السرائر ٢: ٣٥٨.

(٦) التذكرة ١٠: ٣٤٩.

(٧) المبسوط (للسرخسي) ١٢: ١٩٦.

(٨) الدروس ٣: ٢٣٥.

أمّا لو أُريد من اشتراط التبقية الذي لولاه لاستحقّ البائع على المشتري القطع، باعتبار كون المبيع هذا الموجود على الشجرة فيجوز [١].

وقد يقوى دوران الحكم على القصد المذكور في بيع الثمرة على مالك الأصل [٢].

فيتجه الجواز إذا كان القصد شراء ذلك الموجود، واشتراط القطع هنا كعدمه [٣].

والعدم إذا كان القصد بيعه ثمرة مع أنّه قد يُقال بالصحّة فيه هنا [٤].

---

[١] للأصل، والعمومات، وبعض النصوص السابقة[١]، وأنّه كمشروط القطع في كون المبيع المشخّص الموجود، واشتراط تبقيته لا يصير المبيع غيره.

ولعلّه لذا استدلّ في التذكرة على الجواز في المقام «بأنّه يجوز بيعه بشرط القطع إجماعاً فجاز بشرط التبقية كما لو باعه بعد بدوّ الصلاح بشرط التبقية»[٢]. وقد يؤيّد ذلك كلّه نصوص[٣] الزرع المتضمّنة لجواز بيعه بشرط التبقية والقصيل والإطلاق، وإن كان لا يجوز بيع السنبل منه قبل ظهوره فيه.

[٢] **الذي حكم العلّامة بجوازه بمجرّد الظهور من دون شرط، مدّعياً عليه الإجماع في القواعد**[٤]، وأنّه خارج عن محلّ النزاع.

وإن ردّه من تأخّر عنه بعدم الدليل[٥]؛ إذ ما قيل[٦] في الاستدلال له بأنّه لمكان تبعيّته للأصل كان كالجمع بينهما في عقد. واضح الضعف؛ لعدم العقد هنا على الجميع، **بل حكي عن الخلاف والمبسوط التصريح بالمنع فيه**[٧].

[٣] ضرورة عدم استحقاقه ذلك على مالك الأصل.

[٤] باعتبار رجوع ذلك إلى إرادة الإبقاء إلى بلوغ هذا الحال؛ ضرورة عدم قدرته على صيرورته ثمرة، وحيث كان البيع على المالك لم يكن للمشتري استحقاق في الإبقاء. فليس حينئذٍ إلّا إرادة بيعه في هذا الحال، وهو لا إشكال في صحّته، فيتجه للفاضل حينئذٍ دعوى الإجماع عليه[٨]. ومن هذا الأخير يظهر لك أنّك إن أبيت عن تنزيل كلمات الأصحاب على ماذكرنا باعتبار صراحة بعضها في خلافه كان المتّجه الجواز في بيع الثمار قبل بدوّ الصلاح كما قلناه سابقاً؛ إذ ليس مرجعه حينئذٍ، إلّا إرادة الإبقاء إلى أوان صيرورته ثمراً خصوصاً مع التصريح بذلك، وهو لا بأس به، بعد ما عرفت من تنزيل نصوصه على الكراهة أو التقيّة؛ للوجوه المتقدّمة.

بل ربّما يظهر لك وجه ما ذكره الأصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم فيه من الجواز مع الضميمة.

بل في التذكرة والتنقيح ومحكي المهذّب الإجماع عليه[٩]، مع أنّه لم أجده فيما وصل إليّ من النصوص على جهة الإطلاق وموثّق سماعة المتقدّم سابقاً قبل الطلوع. اللهمّ إلّا أن يحمل على إرادة بدوّ الصلاح من الطلوع فيه فيكون شاهداً للمقام، وأمّا النصوص الآتية التي منها ضمّ ما بدا صلاحه مثلاً إلى غيره فهي في موارد خاصّة لا ينبغي التعدية منها إلى غيرها.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٢٠٩، ب ١ من بيع الثمار.
(٢) التذكرة ١٠: ٣٤٨.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب ١١ من بيع الثمار.
(٤) القواعد ٢: ٣٣.
(٥) الرياض ٨: ٣٥٠ ـ ٣٥١.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٤.
(٧) الخلاف ٣: ٨٧. المبسوط ٢: ١١٣ ـ ١١٤.
(٩) التذكرة ١٠: ٣٥١. التنقيح ٢: ١٠٤. المهذب البارع ٢: ٤٣٧.

نعم [قيل بعدم الفرق في الضميمة بين أن تكون متبوعة أو تابعة وقد يناقش فيه] [١].

و[لكن] الأمر سهل [٢] بناءً على ما عرفت من عدم اشتراطها [= الضميمة] في الصحّة ، وأنّه يجوز البيع بدونها .

---

[١] [كما] قال بعض متأخّري المتأخّرين « إطلاق النص ـ مشيراً إلى ما تسمعه من النصوص في المسألة الآتية ـ وكلام الأصحاب يقتضي عدم الفرق في الضميمة بين أن تكون متبوعة أو تابعة .

ولا ريب في الأُولى للقاعدة المطّردة من صحّة المعاملة مع الضميمة التي تكون بالذات مقصودة مخرجة لها عن الغرر والمجازفة ، وقد تقدّم إلى ذكرها مراراً الإشارة .

وكذا في الثانية بعدماعرفت من إطلاق النص والفتوى المخرجة لها عمّا دلّ على فساد المعاملة ولو انضمّ ضميمة ليست بالذات مقصودة إذا اشتملت على الغرر والجهالة .

ومن هنا انقدح وجه القدح في استدلال جماعة بقاعدة الضميمة المزبورة ؛ لصحّة هذه المعاملة مطلقاً ولو في صورة الثانية [أي كون الضميمة تابعة] فإنّها لم تنهض بإثباتها إلّا في الصورة الأُولى خاصّة .

ولعلّ الوجه أنّ الضميمة هنا ليست لدفع الغرر والجهالة حتى يأتي فيها التفصيل المتقدّم إليه الإشارة لاختصاص مثلها بما يتصوّر فيه الأمران لو خلا عنها ، وليس منه مفروض المسألة ، بناءً على أنّ المنع عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها إنّما هو تعبّد محض نهض بإثباتها الأخبار المانعة ، لولاها لتعيّن المصير إلى الجواز ، نظراً إلى الأصل والعمومات السليمة عن معارضة الغرر والمجازفة ؛ لاندفاعها ، ولذا صار إليه جماعة بعد حملهم تلك الأخبار على الكراهة بشهادة بعضها ، بل ضمّها هنا ليس إلّا للذبّ والفرار عن الدخول تحت إطلاق تلك الأخبار ، بناءً على اختصاصها بحكم التبادر بغير المضمار »[1] .

قلت : قد يناقش فيه :

أوّلاً بإمكان منع القاعدة التي أشار إليها إنّما المسلم منها التابع في نفسه ، كأُسّ الجدران وزخارف الدور وحمل الدابة ونحو ذلك ، لا التابع في القصد ؛ ضرورة تناول أدلّة الغرر والجهالة له . ودعوى أنّه بذلك [القصد] تكون كالشرط الذي لا يعتبر فيه شيء من ذلك على التحقيق . يدفعها : عدم صدق اسم الشرط عليها ، بل هي بعض البيع .

وثانياً بمنع إخراج الضميمة هنا للمفروض عن إطلاق الأدلّة ؛ إذ دعوى اختصاصها ببيع الثمرة خاصّة واضحة الفساد . فالمتّجه حينئذٍ الاستناد في الضميمة سواء كانت تابعة أو متبوعة إلى إطلاق معاقد الإجماعات التي يمكن التنقيح بها للموارد الخاصّة في النصوص الآتية فيتعدّى منها حينئذٍ إلى غيرها .

وربّما يقال : إنّ الضميمة هنا كالضميمة مع الآبق باعتبار أنّ ما نحن فيه كغير المقدور على تسليمه ؛ لعدم البلوغ حال البيع ، فلا يشترط فيها حينئذٍ كونها متبوعة ، بناءً على عدم اشتراط ذلك فيها في الآبق ، بل إنّما ضمّت حتى لا يصير الثمن بلا مثمن لو اتّفق عدم حصول المنضمّ إليه .

[٣] عندنا .

---

(١) الرياض ٨: ٣٥٥.

(و) على كلّ حال فمنها [١] ما (**لو بيعت**) الثمرة (**مع أُصولها**) [٢] (**جاز**) البيع (**مطلقاً**) قبل بدوّ الصلاح وبعده [٣]. وأمّا الجواز في الزيادة عن عام فـ[ـهو المختار] [٤]. و[المختار] [٥] جواز البيع بعد الظهور قبل البدوّ إذا حصل أحد الأُمور الثلاثة [بشرط القطع أو عامين فصاعداً أو مع الضميمة] أو الأربعة، بناءً على أنّ بيعها مع الأُصول ليس من الضميمة [٦]. [هذا كلّه في البيع] أمّا الصلح فيجوز مطلقاً وبشرط التبقية [٧]. بل وكذا غيره من النواقل، سيّما الشروط، والله أعلم، هذا والضميمة على تقدير اعتبارها في الصحّة ينبغي الاقتصار فيها على المتيقّن، من كونها ممّا يجوز بيعها منفردة [٨]. وكونها مملوكة للمالك، وكون الثمن لها وللمنضمّ على الإشاعة ونحو ذلك. وإن كان للنظر في هذا كلّه مجال، كالنظر أيضاً في الصحّة فيما لو تلفت قبل القبض وغيره، إلّا أنّا في غنية عن إطالة البحث فيه بعد عدم اعتبارها في الصحّة [٩]. وهل من الضميمة ما لو باع الثمرة مشترطاً قطع بعضها؟ المتجه العدم بناءً على اعتبار صحّة بيعها بغير عقد الانضمام، والأمر سهل. (و) كيف كان فـ(**بدوّ**

٣٤ = ٦٨

---

[١] **كما في المسالك**[١].

[٢] **ولذا قال المصنّف [جاز البيع مطلقاً].**

[٣] **بل في التذكرة والتنقيح الإجماع عليه بالخصوص**[٢]. وربّما يقال: إنّ الصحّة هنا لكون الثمرة تابعة كحمل الدابة، بل لا يندرج نحوه في إطلاق أدلّة المنع الظاهر في غير ذلك لا للضميمة، ولذا جعله غير واحد شيئاً آخر غيرها.

[٤] [**إذ**] **لا خلاف فيه، كما عن كشف الرموز**[٣]**، بل عن ظاهر المبسوط والخلاف والسرائر، وصريح التذكرة والمهذّب والتنقيح الإجماع عليه**[٤]، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص السابقة.

[٥] [كما] قد ظهر من ذلك كلّه **أنّه لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٦] **وعن الفاضل زيادة البيع على مالك الأصل.** ـ وقد عرفت الحال فيه ـ وبيع الأصل واستثناء المالك الثمرة[٥]. وفيه: أنّه ـ وإن كان لا يشترط البدوّ فيه عندنا خلافاً لأحد وجهي الشافعية فاعتبروا في الصحّة شرط القطع[٦]، ولا ريب في ضعفه؛ لأنّه استدامة ملك لاابتداؤه ـ ليس ممّا نحن فيه من بيع الثمرة. وما يُقال من أنّ بيع الأصل سبب في زوال الملك واستثناؤه سبب في التدارك فهو كالحادث. يدفعه: أنّ السبب في الزوال البيع المطلق، لا مطلق البيع، وليس المشرف على الزوال ولمّا يزل كالزائل العائد؛ لأنّه تقدير لما لا وجود له من الزوال فعلاً بمنزلة الموجود كما هو واضح. ثمّ إنّ الظاهر كون الخلاف في المقام إنّما هو في البيع خاصّة.

[٧] للأصل، بعد اختصاص النصوص والفتاوى في البيع خاصّة.

[٨] **كما تومئ إليه عبارة المتن.**

[٩] **عندنا.**

---

(١) المسالك ٣: ٣٥٥.
(٢) التذكرة ١٠: ٣٥٦. التنقيح ٢: ١٠٤.
(٣) كشف الرموز ١: ٥٠٣.
(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٠. انظر المبسوط ٢: ١١٢. الخلاف ٣: ٨٤. السرائر ٢: ٣٥٨. التذكرة ١٠: ٣٤٦. المهذب البارع ٢: ٤٣٧. التنقيح ٢: ١٠٤.
(٥)(٦) القواعد ٢: ٣٣. المجموع ١١: ٤١٠.

الصلاح) الذي هو شرط للصحّة أو الكراهة في اللغة [١] (أن تصفر) البسر (أو تحمر) [٢].

لكن زاد المصنّف هنا [٣] (أو) أن (يبلغ مبلغاً يؤمن عليها العاهة) [٤].

---

[١] كما عن المقداد والصيمري[١].

[٢] على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة، بل في محكي السرائر نسبته إلى أصحابنا[٢]، والمبسوط إلى روايتهم[٣]؛ لخبري الوشاء[٤] وعلي بن أبي حمزة[٥] المتقدّمين المنجبرين بالشهرة المزبورة والمعتضدين بخبر المناهي الذي فسّر الزهو بهما فيه[٦] أيضاً، بناءً على أنّه منه النبوي أيضاً المروي عن معاني الأخبار: «نهى ﷺ عن المخاصرة، وهي أن تُباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهي خضر بعد - إلى أن قال: - ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، وزهوه أن يحمرّ أو يصفرّ»[٧]. وقال فيه: وفي حديث آخر: «نهى عن بيعه قبل أن يشقح، ويقال: يتشقّح، والتشقيح هو الزهو أيضاً»[٨]. وقيل: لا ينافي ذلك التعليق على الإطعام في بعض النصوص السابقة، والإدراك في آخر والبلوغ في ثالث[٩]، بعد أن كان رجوع الجميع إليهما. وفيه: أنّ المشاهد خلافه، بل اختلاف ذلك دليل على ما قلناه سابقاً من الكراهة قبل بدوّ الصلاح، ولعلّها تختلف باختلاف مراتبه شدّة وضعفاً. وعلى كلّ حال فقد عرفت أنّ المعروف تحقّق بدوّ الصلاح بذلك [= الإصفرار والإحمرار].

[٣] والفاضل في الإرشاد فقالا: بدوّ الصلاح ذلك[١٠].

[٤] ولم نجده لغيرهما، وإن حكي تفسير بدوّ الصلاح به بلفظ القيل[١١]، مع أنّه على فرض وجوده غير ما فيهما، ولعلّه للجمع بين ما عرفت وبين خبر أبي بصير السابق[١٢] المؤيّد في الجملة بخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: سألته عن بيع النخل أيحلّ إذا كان زهواً؟ قال: «إذا استبان البسر من الشيص حلّ بيعه وشراؤه»[١٣]. وبالنبويين العاميين أحدهما: «لا تبتاعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها، قيل: وما بدوّ الصلاح؟ قال: تذهب عاهتها ويخلص ربطها»[١٤]. والآخر: «نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة»[١٥]. إلّا أنّه لم يحصل شرط الجمع من المقاومة المفقودة هنا من وجوه، والشاهد المعتبر مضافاً إلى قوّة احتمال كون الإحمرار والاصفرار بهما يحصل الأمان، واحتمال إرادة الظهور من أمن الآفة، فلا ينافي حينئذٍ اشتراط ذلك بعد بدوّ الصلاح المفسّر بما عرفت وإلى إجمال المراد به. اللهمّ إلّا أن يقال: بأنّ المرجع فيه العادة، وربّما حدّ في النبويّة العاميّة بطلوع الثريا[١٦] الذي نفى الاعتبار به في محكي الخلاف[١٧]، والله أعلم.

---

(١) التنقيح ٢: ١٠٦. ولم نعثر على قول الصيمري والظاهر أنّه في غاية المراد ٢: ٤٤.
(٢) السرائر ٢: ٣٦١.
(٣) المبسوط ٢: ١١٤.
(٤) الوسائل ١٨: ٢١١، ب ١ من بيع الثمار، ح ٣.
(٥) المتقدّم في ص ٣٨٩.
(٦) الوسائل ١٨: ٢١٥، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٤.
(٧) معاني الأخبار: ٢٧٨. الوسائل ١٨: ٢١٥، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٥، وفيه: «هو أن تبتاع».
(٨) معاني الأخبار: ٢٧٨. الوسائل ١٨: ٢١٥، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٦.
(٩) الرياض ٨: ٣٥١ ـ ٣٥٢.
(١٠) الإرشاد ١: ٣٦٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٠٦.
(١٢) الوسائل ١٨: ٢١٤، ب ١ من بيع الثمار، ح ١٢.
(١٣) المصدر السابق: ٢١٦، ح ١٧.
(١٤) مسند أحمد بن حنبل ٢: ١٣١، ح ٤٩٧٨، مع اختلاف.
(١٥)(١٦) مسند الشافعي: ١٤٣.
(١٧) الخلاف ٣: ٨٨.

[بيع بعض ثمرة البستان أجمع إذا أدرك بعضها]:

(و) على كلّ حال فـ(**إذا أدرك بعض ثمرة البستان**) المتّحدة وبدا صلاحه ولم يدرك الآخر بعد أن كان ظاهراً (**جاز بيع ثمرته أجمع**) بناءً على اعتبار بدوّ الصلاح في الجواز [١]، سواء كان متّحد النوع أو مختلفه [٢].

[وقد يقال بعدم تناول الضميمة لمثل المقام]. لكن لا ينبغي التأمّل في صدق الضميمة لو ضمّها إلى بستان أُخرى لم يبد صلاحها إلّا أن المصنّف قال: (**ولو أدركت ثمرة بستان لم يجز بيع ثمرة البستان الآخر ولو ضمّ إليه**) [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، بل عليه الإجماع منقولاً مستفيضاً إن لم يكن محصّلاً.**

[٢] للأصل السالم عن المعارض، بعد تنزيل ما دلّ على المنع على غير المفروض، سيّما إذا كان البعض المدرك ممّا يصدق معه بدوّ صلاح الثمرة المعلوم عدم إرادة الجميع منه، ولصحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام: «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها أجمع»[١]. وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «تقبل الثمار إذا تبيّن لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر، وإن لم يتبيّن لك حملها فلا تستأجره»[٢]. وخبر البطائني: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل وشجر منه ما قد أطعم ومنه ما لم يطعم؟ قال: «لا بأس [به] إذا كان فيه ما قد أطعم»[٣]. بناءً على إرادة ثمرة البستان منه. والمرسل كالموثّق: المسؤول فيه عن بيع الثمرة قبل أن تدرك، فقال: «إذا كان [له] في تلك الأرض بيع له غلّة فقد أُدركت، فبيع [ذلك] كلّه حلال»[٤]. إلى غير ذلك من ذيل خبر أبي الربيع[٥] ونحوه مضافاً إلى ما قيل من أنّه: لا إشكال في بيع ما بدا صلاحه[٦]؛ لحصول الشرط أو غيره أيضاً لضمّه إليه. وقد عرفت عدم الإشكال والخلاف في جواز بيع الثمرة الظاهرة مع الضميمة، فيندرج حينئذٍ مفروض المسألة فيها، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم اعتبار المتبوعيّة في هذه الضميمة، وأنّها ليست كضميمة المجهول. لكن قد يناقش في تناول دليل الضميمة لمثل المقام على وجه يخرجه عن إطلاق أدلّة المنع على فرض شموله، وحينئذٍ ينبغي الاقتصار في الاستدلال على ما ذكرناه أوّلاً.

[٣] **وفاقاً لمحكي الخلاف والمبسوط**[٧]. بل عن الأوّل الإجماع عليه مقتضاه حينئذٍ عدم تناول الضميمة لمثل ذلك، وعدم تناول نصوص[٨] الصحّة المتقدّمة آنفاً له أيضاً، فيبقى مندرجاً في إطلاق دليل المنع. وفيه: بعد تسليم الدعوى الأُولى له، الواضح منعها عليه وتسليم تناول إطلاق دليل المنع لذلك منع عدم تناول المرسل المتقدّم المنجبر هنا بعمل الأصحاب كافّة عدا من عرفت كما قيل، ومنه يعلم ما في دعواه الإجماع عليه، ولعلّه لذا قال [المصنّف] بعد ذلك: [وفيه تردد].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢١٧، ب٢ من بيع الثمار، ح١، وفيه: «جميعاً» بدل «أجمع».

(٢) المصدر السابق: ٢١٨، ح٤، وفيه: «ثمرها فلا تستأجر» بدل «حملها فلا تستأجره».

(٣) المصدر السابق: ح٣.

(٤) المصدر السابق: ٢١٧، ح٢، وفيه: «قد» بدل «فقد».

(٥) الوسائل ١٨: ٢١٢، ب١ من بيع الثمار، ح٧.

(٦) لم نعثر عليه.

(٧) الخلاف ٣: ٨٨ـ ٩٠. المبسوط ٢: ١١٤.

(٨) انظر الوسائل ١٨: ٢١٧، ب٢ من بيع الثمار.

(وفيه تردد). بل كان الأولى الجزم بالصحة [١].

فلا ريب حينئذٍ في أنّ الأصحّ الجواز. هذا كلّه في ضمّ الثمرة الظاهرة ولم يبدُ صلاحها إلي ما بدا بناءً على اشتراطه، وإلّا فيجوز بدونه.

أمّا المتجدّدة [٢] [فيجوز أيضاً بيع الثمرة الموجود بعضها المتوقّع وجود باقيها].

---

[١] لما عرفت. وأمّا موثّق عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ قال: «إذا كانت فاكهة كثيرة في موضوع واحد فأطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهة كلّها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحلّ بيعه حتى يطعم، فإن كان أنواعاً متفرّقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كلّ نوع منها، ثمّ يُباع تلك الأنواع»[١] ـ فمع اشتماله على ما لا يقول به أحد من الطائفة: من اشتراط اتحاد النوع بإدراك البعض في صحّة بيع الجميع، وتشويش متنه ـ إنّما يدلّ بالمفهوم، وهو قاصر عن معارضة الأدلّة من وجوه.

[٢] ففي الغنية: «يجوز بيع الثمرة الموجود بعضها المتوقّع وجود باقيها عندنا وعند مالك»[٢]. وفي القواعد: «ولو ظهر بعض الثمرة: فباعه مع المتجدّدة في تلك السنة صحّ سواء اتّحدت الشجرة أو تكثرت، وسواء اختلف الجنس أو اتّحد»[٣].

وفي التذكرة: «يجوز عندنا بيع الثمار بعد بدو صلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنة أو سنة أُخرى، وبه قال مالك»[٤].

وفي الدروس: «ويجوز اشتراط المتجدّدة من الثمرة في تلك السنة وغيرها، مع حصر السنين، سواء كان المشترط من جنس البارز أو غيره، ولو شرط ضمّ ما يتجدّد من بستان آخر عاماً أو عامين احتمل الجواز»[٥]. وظاهر اللمعة كونه من المسلّمات؛ لأنّه قال: «ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات، كما يجوز بيع الثمرة الظاهرة وما يتجدّد في تلك السنة وفي غيرها»[٦] أي مع ضبطه السنين.

وفي الروضة: «لأنّ الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت المتجدّدة من جنس الخارجة أم غيره»[٧].

وفيه: أنّ الأصحّ عدم الاكتفاء في صحّة بيع المعدوم بالضميمة إليه، فينبغي التعليل في المتجدّد من ثمرة الشجر الذي فرض ظهور ثمرته، بأنّه لا ينقص عن بيع ثمرته في السنة الأُخرى مثلاً، فلا يقدح حينئذٍ انعدامها وبظهور بعض النصوص السابقة فيه. بل وفي غيره ممّا لم تخرج بعد ثمرته، فالتوقّف فيه حينئذٍ بأنّه معدوم، ولا تجدي فيه الضميمة في غير محلّه، بعدما سمعت من صحيح الحلبي السابق[٨] بل والمرسل[٩] وذيل خبر أبي الربيع[١٠]. مضافاً إلى نصوص الخضر[١١].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢١٨، ب ٢ من بيع الثمار، ح ٥، مع اختلاف.
(٢) الغنية: ٢١٢.
(٣) القواعد ٢: ٣٥.
(٤) التذكرة ١٠: ٣٥٨.
(٥) الدروس ٣: ٢٣٥.
(٦) الروضة ٣: ٣٥٦.
(٧) اللمعة: ١١٣.
(٨) الوسائل ١٨: ٢١٨، ب ٢ من بيع الثمار، ح ٤.
(٩) المصدر السابق: ٢١٧، ح ٢.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢١٢، ب ١ من بيع الثمار، ح ٧.
(١١) انظر الوسائل ١٨: ٢٠٩، ب ١ من بيع الثمار.

إلّا أنّه ينبغي الاقتصار في ذلك على المتيقن، وهو البستان الواحدة.

أمّا المتعدّدة فالأحوط إن لم يكن الأقوى عدمه [١].

[اتحاد حكم الشجر والنخل]:

(وأمّا الأشجار فـ) [ـالظاهر] [٢] اتحاد حكمها مع النخل بالنسبة إلى البيع قبل الظهور وغيره [٣].

وكيف كان فـ[ـالمختار] [٤] عدم جواز بيعها قبل الظهور عاماً [٥].

وفي العامين والضميمة ما عرفت [من عدم الجواز الّا على جهة الشرطية].

و[المختار] [٦] [جواز] بيعها بعد الظهور قبل البدوّ بناءً على انفكاكهما فيها بشرط القطع أو الضميمة أو عامين.

---

[١] للأصل وغيره، ولذا جعل في الدروس الجواز احتمالاً[١]، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٢] [كما هو] ظاهر النصوص والفتاوى.

[٣] ومن هنا جعل في التحرير[٢] وظاهر الدروس[٣] كما عن غيره موضوع الأحكام السابقة الثمرة لا خصوص ثمرة النخل، بل صرّح أوّلهما بأنّ النخل والشجر في الحكم سواء.

بل صرّح في التذكرة وجامع المقاصد ومحكي الإيضاح بأنّ الخلاف في بيع ثمر الشجر قبل الظهور أزيد من عام كما في النخل[٤].

بل صرّح في الأوّل بالإجماع على عدم جواز بيعها عاماً واحداً قبل الظهور كالنخل.

وبالجملة لا يخفى على من تأمّل نصوص المقام وفتاوى الأصحاب ظهور اتّحاد الحكم فيها.

لكن ربّما نقل عن العلّامة الفرق بين ثمرة النخل وثمرة غيره[٥]، فجوّز بيع الأُولى بعد ظهورها قبل بدوّ الصلاح عامين، ومنعه في الثانية.

وفيه:

إنّ الذي وقفنا عليه من كلامه صريح في خلافه.

[٤] [كما أنّ] مقتضى ما ذكرنا أنّه لا خلاف فيـ[ـه].

[٥] وفي التذكرة الإجماع عليه[٦].

[٦] [كما] لا خلاف أيضاً في [ذلك].

---

(١) الدروس ٣: ٢٣٥.

(٢) التحرير ٢: ٣٩٤.

(٣) الدروس ٣: ٢٣٤.

(٤) التذكرة ١٠: ٣٥٩. جامع المقاصد ٤: ١٦٣. الايضاح ١: ٤٤٦.

(٥) نقله في مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٠٨.

(٦) التذكرة ١٠: ٣٥٩.

أمّا بدون ذلك ففيه البحث السابق وحينئذٍ يتجه للمصنّف أن يقول: (**لا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها**) [١].

(**وحدّه**) أي بدو الصلاح فيها (**أن ينعقد الحب، ولا يشترط زيادة عن ذلك على الأشبه**) [٢].

---

[١] بعد تقييده في صورة الظهور بما تقدّم؛ لما سمعته من كلامه في غير اشتراط القطع، بناءً على ما عرفت من اختياره.

[٢] **بل عن الكفاية: أنّه أشهر**(١)، **لكن في معقد شهرة التنقيح إضافة تناثر الورد إليه**(٢)، وظاهره أو صريحه أنّه مراد من لم يضفه إليه.

ولذا جعل في المسألة قولين، هذا أحدهما، والثاني ما تسمعه من عبارة المبسوط(٣)، **ونحوه ما في غاية المرام ومحكي إيضاح النافع**(٤)، **إلّا أنّه خصّ الشهرة بالمتأخّرين في أوّلهما.**

ويؤيّده أنّا لم نجد في النصوص ما يشهد للإطلاق؛ إذ، ليس إلّا خبر: ابن شريح: «وبلغني أنّه قال في ثمرة الشجر: «لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقيل [له]: وما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده»»(٥).

وموثّق عمّار: سألته عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: «إذا عقد وصار عقوداً، والعقود: اسم الحصرم بالنبطية»(٦) كما قيل(٧).

والثاني في خصوص الكرم، والأوّل قد اعتبر فيه تناثر الورد، فيقوى حينئذٍ إتّحاد القولين.

خلافاً للمسالك(٨) **وغيرها.**

ولعلّ الانعقاد إنّما يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر.

وحينئذٍ ينحصر الخلاف فيما عن المبسوط والمهذب(٩).

قال في أوّلهما: «بدوّ الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة ممّا تحمرّ أو تسودّ أو تصفرّ فبدوّ الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كانت ممّا تبيض فبأن تتموّه، وهو أن يتموّه فيها الماء الحلو ويصفو لونها، وإن كانت ممّا لا تتلوّن مثل التفّاح فبأن يحلو ويطيب أكله، وإن كان مثل البطّيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: وقد روى أصحابنا أنّ التلوّن يعتبر في ثمرة النخل(١٠) خاصّة، فأمّا ما يتورّد فبدوّ صلاحه أن ينتثر الورد وينعقد، وفي الكرم أن ينعقد الحصرم، وإن كان مثل القثاء

---

(١) كفاية الأحكام ١: ٥٠٩.
(٢) التنقيح ٢: ١٠٧.
(٣) المبسوط ٢: ١١٤.
(٤) غاية المرام ٢: ٩٣ـ ٩٤. نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٣.
(٥) الوسائل ١٨: ٢١٤، ٢١٥، من بيع الثمار، ح١٣.
(٦) التهذيب ٧: ٨٤، ح٣٥٨. الوسائل ١٨: ٢١٢، ب١ من بيع الثمار، ذيل الحديث ٦.
(٧) الحدائق ١٩: ٣٣٩.
(٨) المسالك ٣: ٣٥٧.
(٩) المبسوط ٢: ١١٤. المهذب ١: ٣٨٠.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢١١، ٢١٢، ب١ من بيع الثمار، ح٣، ٥.

والخيار الذي لا يتغيّر طعمه ولا لونه ، فإنّ ذلك يؤكل صغاراً ، فبدوّ صلاحه أن يتناهى عظم بعضه »[١] .

وهو وإن كان قد يشهد له نصوص الإطعام والبلوغ والإدراك ، إلّا أنّه ـ بعد اعترافه بكون رواية أصحابنا خلافه ، وقد عرفت أيضاً أنّ عملهم على ذلك ـ لا ينبغي الالتفات إليه ، سيّما بعد أن حكاه في التذكرة عن الشافعي[٢] الذي قد جعل الله الرشد في خلافه .

وليس المراد من نصوص الإطعام والإدراك والبلوغ بيان أوّل مرتبة بدوّ الصلاح .

بل يقوى في النفس ما ذكرناه سابقاً من أنّ هذه غايات لرفع كراهة البيع قبلها المختلف شدّة وضعفاً باختلافها كاختلاف الخصومة التي قد عرفت سابقاً أنّه سبب النهي عن البيع قبل بدوّ الصلاح .

ومن ذلك يعرف ما في المحكي عن السرائر أيضاً .

قال : « بدوّ الصلاح في ثمرة النخل الحمرة والصفرة ، وما عداها فحين يتموّه فيها الماء الحلو ، ويصفر لونها » وقال : « ولا يعتبر التلوّن والتموّه والحلاوة عند أصحابنا ، إلّا في ثمرة النخل خاصة ، وإن كانت الثمرة ممّا تتورّد ، فبدوّ صلاحها أن ينتشر الورد وينعقد ، وفي الكرم أن ينعقد الحصرم وإن كان غير ذلك فحين يحلو ويشاهد .

وقال بعض المخالفين : إن كان مثل القثاء والخيار لا يتغيّر طعمه ولا لونه فبدوّ صلاحه أن يتناهى عظم بعضه« ، قال : « وقد قلنا : إنّ أصحابنا لم يعتبروا بدوّ الصلاح إلّا فيما اعتبروه من النخل والكرم واتنثار الورد فيما يتورّد »[٣] . ويمكن إرجاعه إلى المشهور ، بل يمكن إرجاع كلام الشيخ إليه على إرادة أنّ ما ذكره لغيرنا ، فتأمّل .

وعلى كلّ حال فقد عرفت أنّ الموجود في النصّ الانعقاد من دون ذكر الحب ، وبه عبّر في اللمعة[٤] ، بل وما سمعت من عبارتي المبسوط والسرائر[٥] ، والظاهر إرادة انعقاد الثمرة ، فإن كانا متلازمين ، وإلّا فالتعبير به أولى وأعمّ ؛ لعدم الحبّ في بعض الثمار ، هذا .

وفي المسالك[٦] وغيرها أنّه على ما اختاره المصنّف من تفسير بدو الصلاح يتّحد وقت الظهور وبدوّ الصلاح ؛ إذ ليس بينهما واسطة ، أي فلا تظهر فائدة حينئذٍ للقولين السابقين في النخل ، وإنّما تظهر فائدتهما لو قلنا بتأخّر بدو الصلاح عن الظهور .

قلت : قد يمنع اتّحادهما على تفسير المصنّف أيضاً ، خصوصاً بعد أن عرفت أنّه هو المراد من القول الثاني ، فلاحظ وتأمّل .

ويؤيّده أنّ الفاضل في التذكرة مع قوله فيها بأنّ بدو الصلاح في ثمرة الأشجار الانعقاد ، قال : « يجوز بيعها بعد الظهور قبل البدوّ سنة وسنتين مع الضميمة إلى الأُصول وغيرها »[٧] . وقد سمعت سابقاً دعواه الإجماع على عدم جواز بيعها قبل الظهور سنة .

---

(١) المبسوط ٢ : ١١٤ .
(٢) الأُم ٣ : ٤٨ .
(٣) السرائر ٢ : ٣٦١ .
(٤) اللمعة : ١١٣ .
(٥) تقدما آنفاً .
(٦) المسالك ٣ : ٣٥٧ .
(٧) التذكرة ١٠ : ٣٦٠ .

[بيع ثمرة الشجر قبل ظهورها لأكثر من سنة]:

(و) كيف كان فـ**(هل يجوز بيعها سنتين فصاعداً قبل ظهورها؟ قيل)** [١]: **(نعم)** [٢].

(والأولى المنع) بل هو الأصحّ **(لتحقّق الجهالة)**، كما عرفت البحث فيه في النخل سابقاً مفصّلاً [٣].

(وكذا) الخلاف فيما **(لو ضمّ إليها شيئاً)** وباعه معها عاماً من **(قبل انعقادها)**.

بناءً على إرادة الظهور منه فالبحث في صحّته حينئذٍ نحو ما سمعته في النخل [٤].

(و) كيف كان فـ**(إذا انعقد)** ثمر الشجر **(جاز بيعه مع أُصوله)** [٥].

(ومنفرداً) كذلك بناءً على أنّه هو بدوّ الصلاح **(سواء كان)** الثمر **(بارزاً)** مشاهداً **(كالتفّاح والمشمش والعنب أو في قشر يحتاج إليه لادّخاره كالجوز في القشر الأسفل، وكذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج إليه كالقشر الأعلى للجوز والباقلاء الأخضر والهرطمان والعدس)** [٦].

---

[١] **والقائل الصدوق وبعض متأخّري المتأخّرين**[(١)].

[٢] بناءً على اتحاد الحكم فيها مع النخل.

[٣] وربّما استشعر من قوله هنا: «الأولى» الجواز، كقوله: «المروي» هناك، والتحقيق ما سمعت.

[٤] إلّا أنّ المصنّف لم يذكره هناك، فيستفاد منه حينئذٍ أولويّة المنع في المقامين على تقدير عدم الفرق بينهما.

واحتمال إرادته بعد الظهور قبل الانعقاد الذي هو بدوّ الصلاح بناءً على تأخّره عنه، يدفعه: أنّ مقتضاه حينئذٍ الفرق بين النخل والشجر؛ إذ لا خلاف في جواز بيع الثمرة الأوّل قبل بدوّ الصلاح مع الضميمة كما سمعت، وقد عرفت اتحاد الحكم فيهما فتوىً ونصّاً.

ومن الغريب ما في المسالك هنا «من أنّ الأجود المنع، وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع بحيث تكون تابعة أو هما مقصودان أمّا لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة تابعة صحّ كما مرّ»[(٢)].

إذ فيه: أنّ المفروض قبل الانعقاد الذي هو الظهور، وبدوّ الصلاح عنده، والضميمة لا تجدي في جواز بيع المعدوم، وقياس هذه الضميمة على الضميمة إلى المجهول قد عرفت أنّه مع الفارق.

نعم يتّجه الجواز هنا بالضميمة، بناءً على اختلاف حالي الظهور والانعقاد على نحو ما سمعته في ثمرة النخل إذا ظهرت ولم يبدو صلاحها، والله أعلم.

[٥] **بلا خلاف [فيه].**

[٦] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، في التذكرة الإجماع عليه**، اعتماداً في ذلك كلّه على أصل السلامة[(٣)]. **خلافاً للشافعي فلم يجوز بيع ذي القشر الأعلى كالجوز واللوز إلّا بعد نزع القشر الأعلى سواء كان ذلك على الشجر أو وجه الأرض**[(٤)]. ولا ريب في ضعفه.

---

(١) المقنع: ٣٦٦. كفاية الأحكام ١: ٥٠٩.

(٢) المسالك ٣: ٣٥٨.

(٣) التذكرة ١٠: ٣٦٦.

(٤) المجموع ٩: ٣٠٨.

(**وكذا**) البحث في (**السنبل**) أي لا يجوز شراؤه قبل الظهور وانعقاده الذي هو بدوّ صلاحه ويجوز بعده، (**سواء كان بارزاً كالشعير أو مستتراً كالحنطة منفرداً أو مع أُصوله، قائماً وحصيداً**) [١]. وأمّا شراء الزرع قبل أن يسنبل فـ[ـالمختار] [٢] جواز شرائه مع اشتراط التبقية أو القصل أوبدونهما [٣].

[بيع الخضر قبل ظهورها]:

(**وأمّا الخضر**) كالقثاء والباذنجان والبطّيخ والخيار (**فلا يجوز بيعها قبل ظهورها**) [٤].

(و) [المختار] [٥] أنّه (**يجوز**) بيع الخضر (**بعد انعقادها**)، وإن لم يتناهى عظم بعضها [٦].

---

[١] للأصل السالم عن المعارض.

[٢] [كما] **لا إشكال بل ولا خلاف معتد به في [ذلك].**

[٣] للأصل والنصوص المستفيضة المعتبرة[١]. **خلافاً لما عن الصدوق في باب المزارعة فلم يجوّز بيع الزرع قبل السنبل إلّا مع القصل يعلفه للدواب**[٢]. وتسمع البحث فيه إن شاء الله عند تعرّض المصنّف له، والله أعلم.

[٤] **إجماعاً على الظاهر كما قيل**[٣].

وفي الحدائق: «الظاهر أنّه لا خلاف فيه»[٤]؛ لأنّها معدومة، وللجهالة والغرر، وفحوى نصوص[٥] النخل والأشجار.

مضافاً إلى ما في موثّق سماعة: سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات[٦]؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطة»[٧].

وبه يقيّد خبر معاوية بن ميسرة قال: سألته عن بيع النخل سنتين؟ قال: «لا بأس به»، قلت: فالرطبة يبيعها هذه الجزّة وكذا وكذا جزّة بعدها؟ قال: «لا بأس به»، قال: ثمّ قال: [قد] كان أبي عليه السلام يبيع الحناء كذا وكذا خرطة»[٨].

بل بناءً على إرادة بيع النخل الظاهرة ثمرته في السنة الأُولى ـ لعدم الجواز بدونه ـ يقوى إرادة ذلك أيضاً في الرطبة. وكذا يقيّد ما في صحيح بريد السابق لمّا سأل أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تُباع قطعة أو قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: «لا بأس»[٩] الحديث.

[٥] [كما] منه وما تقدّمه يعلم [ذلك].

[٦] **بلا خلاف أجده فيه.**

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب ١١ من بيع الثمار.

(٢) المقنع: ٣٩٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٤.

(٤) الحدائق ١٩: ٣٤٢.

(٥) النظر الوسائل ١٨: ٢٠٩، ب ١ من بيع الثمار.

(٦) في المصدر بعدها: «أو أربع خرطات».

(٧) الوسائل ١٨: ٢٢١، ب ٤ من بيع الثمار، ح ٢.

(٨) ذكر صدره في الوسائل ١٨: ٢١٤، ب ١ من بيع الثمار، ح ١١، وذيله في ٢٢١، ب ٤، ح ٣.

(٩) الوسائل ١٨: ٢٠٩، ب ١ من بيع الثمار، ح ١، وليس فيه: «قطعة».

بناءً على أنّه مبدأ إصلاحها دونه، أو أنّه به يتحقّق الظهور ولم نشترط الجواز بالبدوّ ومشاهدتها، فلو كانت مستورةً في الأرض كالجزر والثوم ونحوهما لم يجز للجهالة [١].

و[القول بعدم جواز الصلح فيه]، هو متّجه بناءً على عدم اغتفار مثل هذه الجهالة في الصلح.

نعم يمكن القول بالصحّة لو ضمّ ما ظهر من ورقه مثلاً إليه، بناء على جواز بيع المجهول إذا ضمّ معلوم إليه إلّا أنّ المتّجه التفصيل بالقصد وعدمه بناءً عليه في الضميمة.

وبالجملة يجري عليه حكمها، ولكن المسألة لا يخلو بعد من إشكال.

أمّا إذا كانت الخضرة ظاهرة ومنعقدة فلا إشكال في جواز بيعها **(لقطة واحدة ولقطات)** معلومة، والمرجع في اللقطة إلى العرف، ومع فرض الشكّ فيه يبقى على ملك المالك.

[بيع ما يقطع جزّة وجزّات]:

(وكذا) يجوز بيع **(ما يقطع فيستخلف كالرطبة والبقول جزّة وجزّات وكذا ما يخترط[١] كالحناء والتوت)** بالتاءين المثناتين خرطة وخرطات [٢].

---

[١] **كما صرّح به الفاضل في جملة من كتبه[٢]، بل نسبه في الدروس إلى جماعة، لكنّه حكى فيها عن أبي علي جوازه، واختاره هو تحكيماً للعرف قال: « وأولى بالجواز الصلح »[٣].**

وفيه منع تحكيم العرف في ذلك بعد إن لم يكن مرتيّاً ولا موصوفاً، كما اعترف به في **جامع المقاصد، بل قال: « لا يجوز بيعاً بل ولا صلحاً »[٤].**

[٢] **بل قيل: « على الأوّل تنزّل عبارتا النهاية والسرائر لا يجوز بيعها قبل بدوّ صلاحها. لأنّ مختارهما في الكتابين: أنّ الصلاح الانعقاد وتناثر الورد، وأمّا ما من المبسوط عن نحو ذلك[٥]**، فينبغي تنزيله على مختاره فيه »[٦] الذي قد سمعته.

بل حكي عنه التصريح هنا بأنّه إذا باع حمل البطّيخ والقثاء والحناء بعد ظهوره قبل بدوّ صلاحه بشرط القطع جاز، وإن شرط التبقية أو مطلقاً لم يجز ونحوه عن القاضي[٧]. نعم ما في الوسيلة من نحو ذلك أيضاً[٨] يمكن أن يكون موافقاً للمشهور؛ لاحتمال أنّ مختاره في بدوّ الصلاح مختارهم.

وما في المقنعة ومحكي المراسم من أنّه يكره بيع الخضراوات قبل أن يبدو صلاحها[٩] يمكن أن يكونا موافقين للشيخ في الموضوع دون الحكم الذي قد عرفت في النخل والشجر صحّته، وأنّه لا يشترط بعد الظهور بدوّ الصلاح. وما نحن فيه مثله على الظاهر، فيجري فيه ما تقدّم سابقاً، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) في الشرائع: «يخرط».
(٢) التحرير ٢: ٣٩٦. التذكرة ١٠: ٣٦٨. القواعد ٢: ٣٧.
(٣) الدروس ٣: ٢٣٨.
(٤) جامع المقاصد ٤: ١٨٠.
(٥) المبسوط ٢: ١١٤.
(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٣٧٥.
(٧) المهذب ١: ٣٨١.
(٨) الوسيلة: ٢٥٣.
(٩) المقنعة: ٦٠٢. المراسم: ١٧٧.

وعلى كلّ حال فلا يقدح إنعدام ما عدا الأُولى بعد ضمّها إليها كالمتجدّد من الثمرة في السنة أو في القابل إلى الثمرة الظاهرة [١].

نعم لا يجوز بيع الثانية والثالثة مستقلّة ؛ إذ هي كالأُولى قبل ظهورها [٢].

نعم قد يقال : يجوز بيع ذلك قبل ظهوره إذا انضمّ إلى ما ظهر من الخضراوات نحو ما قلناه في الشجر [٣].

بل يمكن الاكتفاء فيه بضمّه إلى ما ظهر من ثمر النخل أو الشجر [٤].

كما أنّه يكتفى بظهور الخضروات في البستان عن ظهور ثمرات أشجارها فتكون هي حينئذٍ كثمرة الشجرة [٥].

إلّا أنّه ينبغي الاقتصار في ذلك على ما في الحائط الواحد أخذاً بالمتيقّن .

(و) كيف كان فحيث (**يجوز بيعها**) يجوز (**منفردة ومع أُصولها**) بل لا يعتبر في الثاني بدوّ الصلاح عند القائل به ، بناءً على أنّه غير الظهور ؛ إذ هي حينئذٍ كثمر النخل والشجر ، وكذا ضمّ غير الأصل (**ولو باع الأُصول**) قبل ظهور الثمرة جاز مع الإطلاق وبشرط التبقية والقطع ؛ إذ هو كالزرع وكأُصول الأشجار ، ولا فرق في ذلك بين ظهور الورد فيها وعدمه .

بل الظاهر جواز بيع الورد الذي تتولّد منه الثمرة مطلقاً أو بشرط التبقية بناءً على جوازه في ثمرة النخل والشجر ؛ لعدم الفرق بينهما .

أمّا مع شرط القطع أو الضميمة فلا ينبغي التأمّل في الجواز كالثمرة أيضاً .

ولو باعها أي الأُصول في الخضر وغيرها عدا النخل (**بعد انعقاد الثمرة لم تدخل في البيع إلّا بالشرط**)

---

[١] ولا إشعار في عبارة المتن باشتراط الوجود في جميع اللقطات ، وإن خصّ الجواز بالانعقاد ، إلّا أنّ مراده ولو بالأُولى نحو قوله في ثمرة النخل وغيره .

[٢] **لكن عن ابن حمزة : يجوز بيع الرطبة وأمثالها الجزة أو الثانية أو الثالثة أو جميعها**[1] . ولا ريب في ضعفه إن أراد ذلك .

[٣] بل المرسل[2] السابق [أي مرسل اسماعيل بن فضل] الذي هو كالموثّق[3] شامل للمقام فلاحظه .

[٤] لإطلاق المرسل السابق .

[٥] بل لعلّه المراد من ذيل خبر أبي الربيع[4] السابق ، بل يمكن إرادة ذلك من الرطبة والبقل في موثّق سماعة[5] المتقدّم آنفاً دليلاً لمطلق الجواز مع الضميمة .

---

(١) الوسيلة : ٢٥٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢١٧ ، ب ٢ من بيع الثمار ، ح ٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٢١ ، ب ٤ من بيع الثمار ، ح ٢ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٢١٢ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٧ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢١٩ ، ب ٣ من بيع الثمار ، ح ١ .

ونحوه [١].

نعم [قد احتمل] [٢] [بتبعية ورق التوت والحنّاء والآس]، مع أنّ الأقوى عدم التبعية أيضاً إذا فرض كونه ثمرة معتدّاً به، ولم يكن هناك عرف يقتضي التبعيّة، كما هو كذلك في ورق التوت في بلداننا بحسب هذه الأزمنة.

(و) على كلّ حال حيث لا تدخل **(وجب على المشتري إبقاؤها) مجّاناً (إلى أوان بلوغها)** إن كان المعتاد قطعها عنده وإلّا فقبله.

وهو مختلف؛ إذ منه ما يؤخذ بسراً مثلاً ومنه رطباً ومنه تمراً ومنه عنباً ومنه زبيباً [٣].

وكيف كان فلو اختلفت العادة فالأغلب إذا كان بحيث ينصرف الإطلاق إليه، ومع التساوي احتمل وجوب التعيين [٤]. والتنزيل على الأدنى [٥] والأعلى [٦].

---

[١] **بلا خلاف**؛ للأصل.

[٢] **[كما] نظر في الدروس في تبعيّة ورق التوت والحناء والآس، قال: «وكذا قضيب ما اعتيد قضيبه كالخلاف»**[(١)].

[٣] ولا يقدح عدم ضبطه بما لا يقبل الزيادة والنقصان بعد أن لم يكن أجلاً مضروباً في العقد، وإنّما هو كالحكم الشرعي الثابت من إطلاق الأدلّة الذي لا ريب في ظهوره في بقاء الثمرة إلى أوان صيرورتها كذلك، وخصوصاً نصوص الزرع[(٢)].

بل ترك الاستفصال في غيرها مع معلوميّة كون المراد من السؤال شراؤها حال كونها بالغة مدركة كالصريح في ذلك، ومرجعه حينئذٍ إلى اغتفار عدم الضبط هنا، وإن كان مقصوداً للمتعاملين، لا أنّه لم يقصداه أصلاً، وهو حكم شرعي تعبّدي محض، لعدم الدليل عليه على هذا الوجه.

ومن ذلك وغيره يعلم أنّه لا وجه للمناقشة في الرياض بأنّه «لا دليل على وجوب التبقية المخالفة لأصالة حرمة التصرّف في مال الغير واستناد البعض إلى استلزام كون الثمرة للبائع ذلك غير بيّن. وحديث نفي الضرر بالمثل معارض، فإن كان إجماع أو قضاء عادة بذلك، وإلّا فالأمر ملتبس»[(٣)].

وقد عرفت أنّه لا التباس فيه سيّما بعد شهرة الأصحاب، بل لم يعرف فيه خلاف باعتراف المناقش.

ومن غريب ما اتّفق له أنّه هنا توقّف في الحكم أشدّ توقّف؛ حتى جعل الأمر عليه ملتبساً، وقد تقدّم له في باب الشروط أنّه لا إشكال في الحكم المزبور.

[٤] للغرر.

[٥] اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على حرمة التصرّف في مال الغير على المتيقّن.

[٦] استصحاباً للجواز.

---

(١) الدروس ٣: ٢٤٠.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب ١١ من بيع الثمار.

(٣) الرياض ٨: ٣٦١.

وكذا لو استثناها البائع أو اشتراها خاصّة من دون الأُصول مشتر.

و[الظاهر][١] أنّ الخيار بيد من له الثمرة، فإن تمّ وإلّا كان القول بالتعيين متجهاً[٢].

ولذا كان الحكم فيما لو اعتاد قوم على قطع الثمرة قبل أوان بلوغها تنزيل الإطلاق عليه[٣].

وكذا لو تعارف عندهم بقاؤها إلى ما بعد ذلك نزل عليه أيضاً[٤].

ولكلّ من مشتري الثمرة وصاحب الأصل سقي الشجرة مع المصلحة له، وانتفاء الضرر عن الآخر، ولا يجب على البائع السقي، وإن وجب عليه التبقية المنصرف الإطلاق إليها وما عداها إنماء لا يجب عليه. نعم يجب عليه التمكين منه مع الحاجة، وعدم ضرورة.

فلو تلفت بترك السقي فإن لم يكن قد منع فلا ضمان عليه، وإن منع ضمن، وكذا لو تعيّبت.

ولو تضرّرا بالسقي معاً منعا منه، ولو كان يضر أحدهما وينفع الآخر فقد تقدّم للمصنّف فيما يندرج في المبيع ترجيح مصلحة المشتري، إلّا أنّه فرض المسألة في بيع الأُصول وبقاء الثمرة للمالك.

والظاهر أنّه لا فرق بين المقامين.

فالتحقيق حينئذٍ ما تقدّم هناك، كما أنّه تقدّم أيضاً تحقيق الحال فيما لو استلزمت التبقية ضرراً كثيراً على الأُصول، فلاحظ وتأمّل[٥].

(و) كيف كان ففي مفروض مسألة المتن جميع (**ما يحدث بعد**) تلك الثمرة الموجودة عند (**الابتياع**

---

[١] [كما] ربّما ظهر من بعض نصوص الزرع[١].

[٢] لعدم معلوميّة قصدهما الذي قد عرفت مدخليّته.

[٣] **كما صرّح به الفاضل[٢] وغيره.**

[٤] لأنّ الاعتياد المفروض كالقرينة على إرادتهما ذلك؛ إذ هو ظاهر في أنّ الحكم بالبقاء ليس تعبديّاً محضاً، بل للقصد فيه مدخليّة، نعم ألغى الشارع هنا اعتبار التعيين، فتأمّل جيّداً.

[٥] **فإنّ منه يعلم الحال أيضاً فيما ذكره الفاضل هنا في القواعد «من أنّه لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة على مشتريها وإن تضرّر الأصل بمصّ الرطوبة»[٣].**

إذ ما ذكرناه سابقاً، وإن كان مفروضاً في بيع الأُصول وبقاء الثمرة للمالك كما هو المفروض في كثير من كلمات الأصحاب، إلّا أنّك قد عرفت عدم الفرق بينهما عند التأمّل؛ إذ ما وجّه به البقاء هنا ـ من أنّ المشتري قد دفع ثمنه عن الثمرة وبقائها، وإطلاق العقد المنصرف إليه كالتصريح به والعدم بعدم انصراف الإطلاق إلى صورة الضرر الكثير ونحو ذلك ـ بعينه جار في صورة العكس، كما هو واضح، والله أعلم.

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب ١١ من بيع الثمار.

(٢) القواعد ٢: ٣٤ ـ ٣٥.

(٣) القواعد ٢: ٣٤.

للمشتري) [١].

كما أنّه لو باع الثمرة الموجودة خاصّة كان جميع ما يحدث بعد للبائع [٢].

إلّا أنّ الفرق بينهما أنّه لو امتزجا في الصورة الأولى لم يتّجه إلّا الشركة ولا فسخ لأحدهما ولا إنفساخ [٣].

أمّا الثانية: [أي لو باع الثمرة الموجودة خاصّة فالظاهر تخيّر المشتري بين الفسخ والشركة، إذا لم يكن تأخّر القطع بسببه، وحينئذٍ إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري مع تمكين البائع وقبضه فله الخيار، وإلّا فعدم الخيار أحسن] [٤]. ولا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت كغيره من خيار الغبن ونحوه.

بل لو بذل البائع الجميع لم يجب القبول [٥].

بل لو قبله أمكن عدم سقوط الخيار، وإن زالت الشركة [٦].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لأنّها نماء ملكه.

[٢] لذلك [= لأنها نماء ملكه].

[٣] للأصل السالم عمّا يقتضي أحدهما.

[٤] **ففي اللمعة: «تخيّر المشتري بين الفسخ والشركة، ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ بعيب الشركة؟ نظر، أقربه ذلك، إذا لم يكن تأخّر القطع بسببه، وحينئذٍ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع وقبض المشتري أمكن عدم الخيار، ولو قيل بأنّ الاختلاط إن كان قبل القبض تخيّر المشتري، وإن كان بعده فلا خيار لأحدهما كان قويّاً»**[1].

قلت: هو الذي ذكره الفاضل في المختلف والتذكرة[2]**، إلّا أنّه قال في أوّلهما: «يفسخه الحاكم لتعذّر التسليم». بل لم يذكر في الدروس**[3] **غيره جازماً به.**

واستحسنه في الروضة إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلّا فعدم الخيار له أحسن؛ لأنّ العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع[4]. ولعلّه مُراد غيره.

[٤] للأصل والمنّة.

[٥] اكتفاء بحصول السبب أوّلاً. **خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن البراج من أنّه يقال للبائع: إمّا أنّ تسلّم الجميع فإذا فعل أجبر المشتري وإن لم يسلّم يفسخ الحاكم البيع**[5]**، وهو أحد قولي الشافعي، والآخر الانفساخ من أوّل الأمر**[6]؛ لتعذّر التسليم.

وضعفهما معاً واضح، خصوصاً الثاني الذي لا يتمّ إلّا قبل القبض، مع أنّ تعذّر التسليم ممنوع؛ ضرورة إمكانه ولو بدفع الجميع كغيره من بيع المشترك.

---

(١) اللمعة: ١١٣.
(٢) المختلف ٥: ٢٠٩. التذكرة ١٠: ٣٧٤، ٣٧٦.
(٣) الدروس ٣: ٢٣٩.
(٤) الروضة ٣: ٣٥٧.
(٥) المبسوط ٢: ١١٥. المهذب ١: ٣٨١.
(٦) الأم ٣: ٤٤.

و[المتجه] [١] الصحّة حتى لو علما الاختلاط من أوّل الأمر، ولا يحتاج إلى اشتراط القطع [٢].

ثمّ على الاشتراك يجب أخذ قدر ما لكلّ منهما من الثمرة إن علماه، وإن جهلا عينه، فإن لم يعلما تخلّصا بالصلح. ولو تنازعا في القدر فالقول قول صاحب اليد منهما، إلّا أنّ تشخيصه في الثمار مشكل [٣].

---

[١] [كما] منه [= ممّا تقدم] يعلم أنّ المتجه [ذلك].

[٢] **بل احتمل في التذكرة هنا الصحّة على تقدير البطلان في الامتزاج، قال: «لأنّ الثمرة الآن لا موجب للبطلان فيها والامتزاج مترقّب الحصول، فلا يؤثر في صحّة البيع السابق»**[١]. ومراده صحّة العقد قبل الاختلاط، وإن بطل حينئذٍ بعد حصوله بناء عليه فيه. وقد عرفت ضعفه، فلا ريب في أولويّة التفصيل السابق منهما، مقيّداً بما سمعته من الروضة[٢].

نعم يمكن المناقشة في دعوى ضمان البائع مثل ذلك قبل القبض؛ إذ هو من قبيل فوات صفات الكمال، والأصل في العقد اللزوم خصوصاً إذا لم يكن من قبله.

وأمّا ما ذكره أوّلاً في اللمعة[٣] فهو مع اضطرابه، واضح الضعف.

إذ حاصله ـ بعد تقييد أوّل كلامه بآخره ـ، أنّ الخيار لهما معاً قبل القبض وبعده إذا لم يكن بتفريطهما، وإلّا اختصّ به غير المفرط.

وفيه: أنّه لا وجه معتدّ به لخيار البائع المنافي لأصالة اللزوم بجناية المشتري أو غيره على ماله كما أنّه لا وجه لخيار المشتري بعد القبض بذلك من البائع وغيره، كما هو واضح. ومنه يعلم إطلاق ما في القواعد من «أنّ الأقرب مع مماحكة [أي اللجاج] البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشركة، ولا خيار لو وهبه البائع على إشكال»[٤].

بل في كلامه نظر من وجوه أُخَر تظهر بأدنى تأمّل كظهوره فيما سمعته من المختلف من فسخ الحاكم[٥]، وكذا المبسوط[٦].

ونحوهما ما في الوسيلة من أنّه «إن اختلط ولم يتميّز ولم يسلم البائع جميعه، فسخ العقد بينهما»[٧].

[٣] **وللشافعيّة وجهان مبنيّان على أنّ الجائحة من ضمان البائع، أو المشتري**[٨]**، وثالث أنّها في يدهما جميعاً.** وضعف الجميع واضح.

وفي التذكرة: «أنّ الوجه كون اليد للمشتري إن كان البائع سلّمه الثمرة بتسليم الأصل، وإن كان الأُصول في يد البائع، والثمرة في يد المشتري، فهما صاحبا يد»[٩].

قلت: اليد على الأُصول لا تجدي فيما نحن فيه، مع أنّ الأصل أيضاً موافق لصاحب الثمرة؛ لأصالة عدم زيادة المتجدّد، والله أعلم.

---

(١) التذكرة ١٠: ٣٧٥.
(٢) تقدم في ص٤٠٨.
(٣) اللمعة: ١١٣.
(٤) القواعد ٢: ٣٦ـ ٣٧.
(٥) تقدم في ص٤٠٨.
(٦) المبسوط ٢: ١١٤ـ ١١٥.
(٧) الوسيلة: ٢٥٣.
(٨) المجموع ١١: ٤٦٤.
(٩) التذكرة ١٠: ٣٧٨.

(وأمّا) البحث في (**اللواحق فمسائل**) :

[استثناء البائع بعض الشجر]:

(**الأُولى : يجوز**) لبائع الثمرة (**أن يستثنى ثمرة شجرات أو نخلات بعينها**) [١].

وكذا استثناء عذق معيّن ونحوه . نعم لو أبهم في شيء من ذلك بطل [٢].

ومنه الأجود أو الأردأ إذا لم يكن معلوماً بينهما على وجه يكون مشخّصاً ، ويجوز له أيضاً [٣] (**أن يستثنى حصّة مشاعة**) كالثلث (**أو**) الربع [٤].

بل [المختار] [٥] أنّه يجوز له أيضاً أن يستثنى (**أرطالاً**) مثلاً (**معلومة**) [٦].

بل الظاهر الصحّة لو باع مختلف الأجزاء ، كالأرض ونحوها ، مستثنياً منها أذرعاً مخصوصة على إرادة النسبة المزبورة ، فتأمّل جيّداً .

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال ، بل الإجماع بقسميه عليه .**

[٢] **بلا خلاف ، بل في التذكرة الإجماع عليه** ؛ للجهالة في المبيع حينئذٍ[١] .

[٣] **بلا خلاف (و) لا إشكال .**

[٤] **بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً .**

[٥] **[كما هو] المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة [ذلك].**

[٦] **بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا**[٢] **، بل عن الخلاف الإجماع عليه** ؛ للأصل[٣] .

وصحيح ربعي[٤] المتقدّم سابقاً ، وخبره الآخر : في الرجل يبيع الثمرة ثمّ يستثني كيلاً ، وتمراً ، قال : « لا بأس به » ، قال : وكان مولى له عنده جالساً فقال المولى : إنّه ليبيع ويستثني أوساقاً - يعني أبا عبد الله عليه السلام - قال : فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله[٥] .

خلافاً لأبي الصلاح منّا والشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل من غيرنا فلم يجوّزوه[٦] ؛ لأدائه إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهدة ، كما لو استثنى مشاهداً من الموزون الذي طريق اعتباره الوزن ، بأن باعه الموزون مستثنياً منه مشاهداً غير موزون .

وهو اجتهاد في مقابلة النصّ ، المعتضد بما سمعت وبعدم تحقّق الجهالة في مثله عرفاً ، سيّما بعد أن كان مرجع هذا الاستثناء إلى حصّة مشاعة نسبتها إلى المجموع نسبة الأرطال المعلومة إليه وجهالة مقدارها في ذلك الوقت - بعد أن كانت مضبوطة بما لا يقبل الزيادة والنقصان - غير قادح ، كما لو باعه صاعاً من الصبرة على هذا الوجه .

---

(١)(٢) التذكرة ١٠ : ٣٧٢ .

(٣) الخلاف ٣ : ٩١ ـ ٩٢ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٢١١ ، ب ١ من بيع الثمار ، ح ٤ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢٤٢ ، ب ١٥ من بيع الثمار ، ح ١ .

(٦) نقله في المختلف ٥ : ٢٠٠ . لكن في الكافي : ٣٥٦ : « ويجوز أن يستثنى البائع من الثمرة أرطالاً مسمّاة » . الام ٣ : ٨٤ . الفتاوى الهندية ٣ : ١٣٠ .

و[المختار أنّه] [١] (**لو خاست الثمرة سقطت**[(١)] **من الثنيا**) إذا كانت حصّة مشاعة أو أرطالاً معلومة (**بحسابه**) [٢]. [والراجع تنزيلها على الإشاعة].

والظاهر أنّه لا فرق في استثناء الأرطال بين وجود الثمرة وبين عدمها، كما لو باعه ثمرة سنتين مستثنياً الأرطال [٣]. ولا ينزل إشاعة السنة الثانية على نسبة السنة الأولى لاختلافها، بل كلّ منهما على نسبتها ولو لم يخرج في السنة الثانية إلّا مقدار المستثنى فما دون، ففي الصحّة والبطلان وجهان [٤].

بل [الظاهر] [٥] احتمال صحّة استثناء الأرطال في الثمرة المشاهدة دون غيرها. ثمّ أنّه قد [قيل] [٦] بأنّ طريق معرفة الإشاعة في مسألة الأرطال تخمين الفائت بالثلث أو الربع مثلاً ثمّ تنسب الأرطال إلى المجموع ويسقط منها بالنسبة. لكن قد يقال: إنّ التخمين إن صحّ الاعتماد عليه باعتبار انحصار الطريق فيه فهو بالنسبة إلى الفائت، أمّا نسبة الأرطال فيمكن معرفتها على التحقيق، فلا ينبغي الاكتفاء فيها بالتخمين.

---

[١] [كما] منه [=المتقدم] يُعلم وجه ما ذكره المصنّف (و) غيره من أنّه [ذلك].

[٢] **بل لا أجد فيه خلافاً بينهم. نعم لهم بحث سابق في بيع الصاع من الصبرة. وقد اعترف في الدروس هنا بأنّه «قد يفهم من هذا التوزيع، تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة»**[(٢)].

لكن في الروضة: «أنّه قد تقدّم ما يرجّح عدمه ففيه سؤال الفرق»[(٣)]. قلت: قد مرّ لنا خلاف ذلك وأنّ الراجح تنزيله على الإشاعة، بل قلنا هناك: لو صرّح بعدم إرادة الإشاعة أمكن بطلان البيع؛ لأنّ بيع الكلّي ما لم يكن في الذمّة أو منزّلاً على الإشاعة يتحقّق به الجهالة. وقد يؤيّده ما في التذكرة هنا من أنّه لو صرّح بإرادة الاستثناء ممّا يسلم من الثمرة أمكن بطلان البيع[(٤)]. اللهمّ إلّا أن يستند في مسألة الصاع إلى خبر الأطنان[(٥)] أو غيره ممّا مرّ تحقيقه هناك فلاحظ وتأمّل ما أسلفناه هناك، فإنّه نافع في المقام بالنسبة إلى غير ذلك أيضاً حتى بالنسبة إلى اشتراط صحّة بيع الصاع من الصبرة بالعلم باشتمالها عليه وعدمه. وإن كان الظاهر عدم الصحّة في المقام، مع عدم العلم للشكّ في أصل وجود المبيع؛ لاحتمال الاستغراق تنزيلاً لإطلاق النص والفتوى على المعهود مما يعلم فيه عدم الاستغراق مع احتماله هنا، وتكون الصحّة مراعاة، كما أنّ النقص هناك يجبر بالخيار، إلّا أنّه ضعيف جدّاً، خصوصاً بناءً على أنّ مدرك الصحّة النصّ السابق، وأنّه لولاه لكان باطلاً للجهالة، فتأمّل.

[٣] للإطلاق.

[٤] ينشآن، من تنزيل ذلك منزلة ما لو خاست الثمرة وعدمه، وعلى الأوّل يقدّر لها حينئذٍ ثمرة العادة وينسب لها الأرطال الموجودة، فيستحقّ المشتري على حسب تلك النسبة. لكنّه كما ترى لا يخلو من بعد.

[٥] [كما قد] ينقدح منه [ذلك].

[٦] [كما] صرّح غير واحد [بذلك].

---

(١) في الشرائع: «سقط».

(٢) الدروس ٣: ٢٣٩.

(٣) الروضة ٣: ٣٦٠.

(٤) التذكرة ١٠: ٣٧٣.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٦٥، ب١٩ من عقد البيع وشروطه، ح١.

بل الأولى الرجوع إلى الصلح بعد معرفتها أيضاً؛ لعدم الدليل على الاكتفاء بالتخمين الذي يمكن أن يكون محلاً للنزاع.

وربّما يتعسّر معرفته في بعض الأحوال أو يتعذّر هذا [١].

[ولا فرق بين أن يكون التلف منهما أو من أجنبي أو من آفة سماوية].

[تلف الثمار قبل قبضها]:

المسألة (**الثانية: إذا باع ما بدا صلاحه**) مثلاً (**فأُصيب**) الكلّ بآفة من الله سماوية أو أرضية (**قبل قبضه**) الذي هو التخلية (**كان من مال بائعه**) كغيره من أفراد المبيع [٢].

والظاهر إلحاق النهب والسرقة ونحوهما ممّا لا يكون المتلف فيه شخصاً معيّناً بها لا بتلف الأجنبي الذي ستعرف أنّه مسلّط على الخيار دون الانفساخ [٣].

(**وكذا لو أتلفه البائع**) مباشرة أو تسبيباً [٤].

فيتخيّر المشتري بين الفسخ ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة.

---

[١] **وقد قيّد ثاني المحقّقين والشهيدين وغيرهما نحو إطلاق المتن بما إذا كان التّلف بغير تفريط**[١]، قيل: والمراد إنّه إذا كان بتفريط المشتري مثلاً اختصّ التالف به[٢].

قلت: الظاهر إرادة اختصاص الضمان به، وإلّا فلا ريب في أنّ التالف على كلّ تقدير يكون منهما بناءً على الإشاعة المزبورة؛ لعدم ما يقتضي اختصاص التالف أو الباقي بأحدهما، فلا فرق حينئذٍ في ذلك بين كون التلف منهما أو من أجنبي أو من آفة سماوية، فيكون الإطلاق حينئذٍ صحيحاً. اللهمّ إلّا أن يدّعى عدم جريان حكم الإشاعة لو كان التلف من أحدهما أو خصوص المشتري وهو كما ترى.

[٢] للعموم وغيره ممّا تقدّم في محلّه.

[٣] لصدق التلف بها، وقد سمعت ما في خبر عقبة[٣] من السرقة.

وفي التذكرة هنا: « لا فرق بين أن يكون التلف بأمر سماوي كالريح والثلج والبرد أو بغير سماوي كالسرقة والحرق »[٤]. **إلّا أنّ الظاهر إرادة التعريض به على خلاف أحمد، من أنّها إن تلفت بأمرٍ سماوي كان من ضمان البائع، وإن تلفت بنهب أو سرقة كان من ضمان المشتري**[٥]، فتأمّل جيّداً.

[٤] لأولويّته من التلف بالآفة. لكن ظاهره الانفساخ قهراً به كالآفة، **ولم أعرفه إلّا للمحكي عن الشيخ في مبسوطه ومحتمل الإيضاح**[٦]؛ لصدق التلف. وهو جيّد، إلّا أنّ الفرق بينه وبين تلف الأجنبي غير واضح، ومن هنا كان المعروف بين المتأخّرين إلحاقه به.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ١٦٨. الروضة ٣: ٣٦٠.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٢.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.
(٤) التذكرة ١٠: ٣٨٨.
(٥) المغني (لابن قدامة) ٤: ٢٣٣.
(٦) المبسوط ٢: ١١٧. الايضاح ١: ٤٤٨ ولكن قوّى فيه الانفساخ.

(**وإن أُصيب البعض**) انفسخ العقد فيه [١].

و(**أخذ السليم بحصّته من الثمن**) وكان له خيار التبعيض [٢].

(**ولو أتلفه أجنبي كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبة المتلف**) [٣].

(**ولو كان**) التلف للكلّ أو البعض بآفة أو من أجنبي (**بعد القبض وهو التخلية**[١]) مطلقاً أو في نحو الثمرة التي هي حال كونها على الشجر من غير المنقول (**لم يرجع على البائع بشيء على الأشبه**) [٤].

بل لو أتلفه البائع أيضاً لم يثبت للمشتري فسخ ولا انفساخ [٥]، وإن رجع عليه بالمثل أو القيمة كالأجنبي.

---

[١] **بلا خلاف فيه بيننا.**

[٢] **بل في التحرير: « إن اختار الإمساك فالأقرب تخيّر البائع »**[٢].

وهو لا يخلو من نظر.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه**، جمعاً بين ما دلّ على ضمان البائع، وعلى ضمان من أتلف مال غيره.

ولا ينحصر المراد بضمان البائع في الانفساخ قهراً الذي على تقديره هنا تلغو قاعدة ضمان المتلف، فلابدّ حينئذٍ من إرادة الفسخ الاختياري هنا، من: ضمان البائع ولو لوجوب التسليم عليه، وقد تعذّر.

ومن ذلك يظهر لك قوّة الخيار في إتلاف البائع لا الانفساخ، فتأمّل جيّداً؛ لما تقدّم سابقاً منّاً من التوقّف في اقتضاء مثل هذا التعذّر ـ الموجب ضماناً على الغير ـ الخيار.

[٤] بأُصول المذهب وقواعده؛ لخروجه عن ضمانه بالقبض، فلا انفساخ حينئذٍ ولا فسخ.

لكن في المحكي عن المبسوط: « وإن قُلنا: إنّه ينفسخ في مقدار التلف اي بالآفة كان قويّاً »[٣].

وفي المسالك: « ذهب بعض الأصحاب إلى أنّ الثمرة على الشجرة مضمونة على البائع، وإن أقبضها بالتخلية نظراً إلى أنّ بيعها بعد بدوّ الصلاح بغير كيل ولا وزن على خلاف الأصل؛ لأنّ شأنها بعده النقل، والاعتبار بالوزن أو الكيل، وإنّما أُجيز بيعها كذلك للضرورة فيراعى فيها السلامة »[٤].

قلت:

لم نعرف القائل بذلك منّا. **نعم حكاه في التذكرة عن الشافعي في القديم**[٥]؛ معلّلاً بأنّ التخلية ليست بقبض صحيح، ولهذا لو عطشت الثمرة كان من ضمان البائع إذا تلفت.

وهو كما ترى، تعليلان عليلان، فلا ريب في أنّ المتّجه ما ذكرنا.

[٥] لعدم الدليل.

---

(١) في الشرائع زيادة: «هنا».

(٢) التحرير ٢: ٣٩٩.

(٣) المبسوط ٢: ١١٦.

(٤) المسالك ٣: ٣٦٢.

(٥) التذكرة ١٠: ٣٨٨.

[إتلاف المشتري للمبيع بحكم القبض]:

(ولو أتلفه) أي المبيع (المشتري[١] في يد البائع استقرّ العقد، وكان الإتلاف كالقبض وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل القبض) فإنّه بمنزلة القبض منه [١].

[والمتجه ثبوت الخيار فيما إذا كان التلف من البائع والمشتري أو من المشتري وأجنبي أو منهما وأجنبي، مع كون المراد بالشركة اختصاص كلّ بتلف البعض على جهة الاستقلال]. أمّا إذا كان الاشتراك على وجه يكون كلّ منهم بعض العلّة بحيث استند التلف إلى المجموع فلا يبعد عدم الخيار في الجميع؛ أي جميع الصور التي يدخل فيها المشتري [٢]. بل لو فرض الاشتراك على هذا الوجه بين المشتري والآفة أو البائع، بناءً على أنّه كالآفة لم يكن

---

[١] ضرورة ظهور ما دلّ على ضمان البائع في كونه إرفاقاً بحال المشتري، فلا يشمل ما إذا كان هو المتلف. **وفي المسالك: «أنّ إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع أعم من كونه بإذن البائع وعدمه، فإن كان بإذنه فهو قبض تترتّب عليه أحكامه مطلقاً، وإن كان بغير إذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، وإن تخلّف عنه باقي الأحكام، والفرض هنا انتقال الضمان، وإنّما شبّه الإتلاف بالقبض ولم يجعله قبضاً؛ لأنّ الإتلاف قد يكون بالتسبيب فيكون في حكم القبض خاصّة، وقد يكون بمباشرة المتلف، فيكون قبضاً حقيقة»**[٢]. قلت: مقتضى التفصيل الأخير عدم مراعاة الإذن في تحقّق القبض وعدمه، ومقتضى التفصيل الأوّل عدم مراعاة المباشرة وعدمها. على أنّك قد سمعت في المباحث السابقة ما في التذكرة من عدم تحقّق القبض بالإتلاف لو كان جاهلاً، ولو مع المباشرة، فلاحظ ما أسلفناه سابقاً، وتأمّل. **وكيف كان ففي حواشي الشهيد هنا: «أنّ الأقسام أربعة عشر؛ لأنّ التلف إمّا من البائع والمشتري أو من غيرهما أو من البائع خاصّة أو المشتري خاصّة أو من البائع وأجنبي أو من المشتري وأجنبي أو منهما وأجنبي، فالأقسام سبعة، وحينئذٍ إمّا أن يكون قبل القبض أو بعده فتبلغ أربعة عشر وجهاً. فالسبعة التي قبل القبض دركها على البائع إن لم يشاركه المشتري وإن شاركه المشتري فالدرك على المشتري، والسبعة التي بعد القبض دركها على المشتري، ففي الأوّل ما أتلفه المشتري فهو قبض، وما أتلفه البائع فالمشتري بالخيار بين المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم يكن مثلياً أو يفسخ ويغرم ما أتلف، وفي الثاني يتخيّر بين مطالبة المتلف مع الإجازة أو يفسخ ويرجع بالثمن على البائع وفي الثالث هو بالخيار أيضاً، وفي الرابع قبض منه، وفي الخامس يتخيّر، وفي السادس التلف منه ويرجع على الأجنبي بمقدار ما أتلف، وفي السابع أيضاً كذلك يسقط ما أتلفه بفعله ويرجع عليهما بما قابل فعلهما»**[٣]. قلت: لا يخفى عليك زيادة الأقسام مع ضمّ الآفة إليها، كما أنّه لا يخفى عليك ما في إطلاق قوله: إنّ الدرك على المشتري مع المشاركة، بل ظاهر كلامه عدم الخيار في السادس والسابع، والفرق بينه وبين الأوّل غير واضح. فالمتجه ثبوت الخيار في الجميع مع كون المراد بالشركة اختصاص كلّ بتلف البعض على جهة الاستقلال.

[٢] لعدم الإرفاق فيه حينئذٍ، والأصل اللزوم.

---

(١) في الشرائع زيادة: «وهو».

(٢) المسالك ٣: ٣٦٢.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

إنفساخ [١]. نعم لو اشترك ما يقتضي الانفساخ وما يقتضي الخيار كالآفة والأجنبي أمكن ثبوت الخيار في المقام [٢]. مع احتمال عدمه، كما أنّ الظاهر ثبوت الخيار مع شركة البائع والأجنبي كذلك أيضاً، ولو اشترك البائع والآفة وقلنا: إنّ إتلاف البائع مثلها في الانفساخ فالمتجه حصولها معهما، إلّا أن يفرض كون العنوان في كلّ منهما على جهة الاستقلال على وجه لا يندرج فيه حال الاشتراك، وحينئذٍ يتّجه الخيار بناءً على أنّ مقتضيه تعذّر التسليم والفرض حصوله. فقد ظهر من ذلك أنّه حيث يدخل المشتري يرتفع الانفساخ والخيار، ويكون جزئيّته في الإتلاف بمنزلة القبض، ويرجع على من شاركه على حسب شركته في السببيّة، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة محتاجة مع ذلك إلى التحرير، بل فيه احتمالات أُخر، هذا.

والظاهر جريان حكم التلف قبل القبض وبعده بالنسبة إلى ثمرة السنة الثانية لو كانت بعض المعقود عليه، ولا يقوم القبض في السنة الأُولى عنه فيها. كما أنّه لا ينافي ذلك استقرار الثمن على المشتري لو لم تظهر ثمرة أصلاً [٣]. كما أنّ جميع ما تقدّم بالنسبة إلى الثمرة الأُولى ممّا يقتضي الخيار أو الانفساخ جار فيها. وبذلك ظهر لك الفرق بين ظهور عدم الثمرة وبين تلفها قبل القبض، فلا ضمان على البائع في الأوّل بخلاف الثاني [٤].

---

[١] لعدم صدق المتلف على كلّ منهم، بل هو بعض المتلف، وفرق واضح بين متلف البعض وبعض المتلف، والتنصيف بالضمان مثلاً، لا لأنّ كلّاً منهما قد أتلف نصفاً، بل لكون المجموع مصداق «من أتلف»، فضمان الكلّ عليه لا على كلّ واحدٍ منهما فينصرف إلى الاشتراك، أمّا في نحو المقام فالأُصول تقتضي لزوم العقد، فمع فرض تعليق الانفساخ مثلاً على التلف بالآفة لم يصدق مع كونه جزء سبب، وكذلك مقتضى الخيار لو فرض كونه كذلك.

[٢] لأنّه مقتضى كونه مضموناً على البائع.

[٣] كما يشهد لهم قوله عليه السلام: «إن لم تخرج في هذه السنة تخرج في قابل»[1]. لأنّ ذلك مقتضى العقد على المعدوم الذي صيّره الشارع بحكم الموجود في صحّة البيع، بل هو غير مندرج في المبيع التالف قبل القبض؛ لعدم وجوده، بخلاف ما لو ظهرت فتلفت قبل التخلية مثلاً؛ إذ لا ريب في الاندراج.

[٤] وتحقيقه أنّ المبيع في الأوّل الثمرة الحاصلة منضمّاً إليها الثمرة المتجدّدة في السنين نحو انضمام المعدوم إلى الموجود في الوقف على معنى مشاركته للموجود إن حصل، وإلّا فلا بطلان للوقف وقلنا: إنّ تجدّدت ثمرة كانت مبيعاً، وإلّا كان المبيع الموجودة، ومرجعه بيع ثمرة هذا النخل سنين كائنة ما كانت، لا أنّ المبيع ثمرة كلّ سنة على وجه يكون ملاحظة مستقلّة، وإنّما هو ما عرفت، وإن لم يعلم مصداقه فيحتمل كونه الموجود خاصّة، ويحتمل حصول غيره معه، نحو ثمرة الشجرة الواحدة، إذا ظهر بعض ثمرها ولم يظهر الباقي، وأُريد بيع ثمرها أجمع. وربّما كان في قوله عليه السلام: «إن لم تخرج هذه... إلى آخره»[2] إيماء إليه، وإن كان مورده التعدّد من السنين قبل الظهور، ولكن يفيد أنّ المبيع ثمرة كليّة لا يعلم مصداقه ولا زمان وجودها، فهو ينفع فيما نحن فيه وشبهه من الصور الصحيحة، بل لعلّ ضمّ البقلة والرطبة في موثق سماعة[3] السابق من هذا القبيل بناءً على ما ذكرناه من إرادة خصوص البقلة والرطبة في البستان، فيكون المبيع أحدهما مع ثمرة البستان المحتمل حصولها، فإن خرجت كانت من المبيع، وإلّا كان المبيع البقلة أو الرطبة، وحينئذٍ تكون من مسألة جواز بيع ثمرة البستان التي ظهر بعضها ولم يظهر الآخر.

---

(١)(٢) الوسائل ١٨: ٢١٠، ب ١ من بيع الثمار، ح ٢. (٣) الوسائل ١٨: ٢١٩، ب ٣ من بيع الثمار، ح ١.

من غير فرق بين اتحاد النوع واختلافه، وبين الخضرة والغلّة وغيرهما كما سمعته. وبالجملة إذا كان المبيع كلياً تتعدّد مصاديقه في الخارج والمفروض مشروعيّته في بيع الثمار يتجه عدم ضمان البائع لو لم يحصل المصداق الآخر؛ ضرورة وجود مصداق آخر له وهو الموجود. نعم لو فرض كون المبيع ثمرة كلّ سنة على وجه يكون كلّ منهما مبيعاً مستقلاً، وقلنا بصحّته في الثمار ولو لإطلاق الأدلّة، يتّجه حينئذٍ ضمانه على وجه يقتضي توزيع الثمن [١].

ولعلّ من ذلك البيع خرطتين مثلاً مع فرض عدم حصول الخرطة الثانية [٢]. بخلاف نحو بيع ثمرة النخل إلى سنتين مثلاً فالمتّجه حينئذٍ التفصيل، ومع الإطلاق لا يبعد تنزيله على الأوّل [٣].

ثمّ إنّ الضمان هنا حيث يتحقّق على البائع أو الأجنبي فهو بالمثل، حيث يكون مثلياً، كما لو كان تمراً ونحوه. أمّا لو كان من قبيل الطلع ونحوه فضمانه بالقيمة فيقوم حينئذٍ على حاله باقياً إلى أوان بلوغه محتملاً للعوارض، ويدفع له قيمته، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[بيع المزابنة]:

المسألة (**الثالثة**): [المختار] [٤] أنّه (**يجوز بيع الثمرة**) للنخل وغيره (**في أُصولها بالأثمان أو**[١] **العروض**) أو بهما معاً، أو بغيرهما من المنافع والأعمال ونحوها كغيرها من أفراد المبيع [٥].

نعم (**لا يجوز بيع ثمرة النخل**[٢]) منها بمثة كر مثلاً (**من ثمر**[٣] **منها**) [٦] [و] (**هي**) المتيقن من تحريم (**المزابنة**) [٧].

---

[١] ضرورة عدم حصول بعض المبيع المفروض إرادة مقابلته بالثمن.

[٢] **ولذا صرّح بعضهم بتوزيع الثمن فيه**؛ لأنّ الخرطة الأُولى لا تكون مصداقاً للخرطتين اللّتين هما متعلّق البيع.

[٣] ولا يقدح زيادة الثمن في مقابله، فإنّه أعم من ملاحظة كونه مبيعاً مستقلاً، بل كملاحظة الأوصاف وحمل الدابة المحتمل إذا بيعت على ما هي عليه، بل هنا أقوى للعادة. وربّما يؤيّده السيرة المستمرّة على عدم رجوع المشتري بما يخصّ بعض النخل الذي لم يظهر حمله في بعض السنين. اللهمّ إلّا أن يكون وجهه التسامح، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم، وإن كان يلوح منهم الأوّل، والله العالم.

[٤] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك]**.

[٥] للأصل، (و) إطلاق الأدلّة.

[٦] **إجماعاً بقسميه**، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر؛ لعدم جواز اتحاد الثمن والمثمن (و) لأنّ هذه المعاملة [هي المزابنة].

[٧] التي علم بالنص[٤] (و) الإجماع حرمتها.

---

(١) في الشرائع: «و».

(٢) في الشرائع: «بيعها» بدل «بيع ثمرة النخل».

(٣) في الشرائع: «بثمرة».

(٤) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار.

بل (قيل[١]): إنّها (هي بيع الثمرة في النخل بتمر ولو كان موضوعاً على الأرض، وهو الأظهر) فيكون المجموع محرّماً [١].

---

[١] **كما هو أشهر القولين، بل هو المشهور بين المتقدّمين والمتأخّرين نقلاً وتحصيلاً**، بل عن ظاهر الغنية كالروضة الإجماع عليه[٢]؛ لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالتمر، والزرع بالحنطة»[٣].

والظاهر إرادة اللف والنشر المشوش، لكن في موثّقه الآخر عنه أيضاً: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، فقال: المحاقلة بيع النخل بالتمر، والمزابنة بيع السنبل بالحنطة»[٤]. **ومال إليه الكاشاني والمحدّث البحراني**[٥]، إلّا أنّ الأولى حمله على ضرب من المجاز. **كالمحكي عن سلّار: «المحاقلة محرّمة وهي أن يبيع التمر في رؤوس النخل بالتمر، والزرع بالحنطة كيلاً وجزافاً»**[٦]. **وكأنّه أوهمه ما في المقنعة: «لا يجوز بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر كيلاً ولا جزافاً، ولا يجوز بيع الزرع بالحنطة أيضاً كيلاً ولا جزافاً وهذه هي المحاقلة»**[٧].

إلّا أنّ الظاهر إرادة الأخير من الإشارة أو يحمل على وهم الراوي؛ لمخالفته المنصوص عليه عند الأصحاب وأهل اللغة، ولما في خبر أبي القاسم بن السلام المروي عن معاني الأخبار مسنداً عن النبي صلى الله عليه وآله: «أنّه نهى عن بيع المحاقلة والمزابنة، والمحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر، والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر»[٨]. والأمر سهل بعد حرمتهما معاً، وإنّما تظهر الثمرة في العهد واليمين ونحوهما. وعلى كلّ حال فهما دالّان على حرمة البيع بالتمر مطلقاً، مؤيّداً ذلك بظاهر خبر ابن سلام المتقدّم حيث خصّ الرخصة في بيع الثمرة بالتمر بالعرية، وبخبر السكوني عن الصادق عليه السلام: «رخّص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن تشتري بخرصها تمراً، قال: والعرايا: جمع عرية، وهي النخلة يكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز [له] أن يبيعها بخرصها تمراً، ولا يجوز ذلك في غيره»[٩]. بناءً على ما قيل: «من أنّ دلالته ظاهرة إن جوّزنا بيع ثمرة العرية بتمر من نفسها، وإلّا فهي صريحة لاختصاص الرخصة حينئذٍ ببيعها بتمر من غيرها، ومقتضاه رجوع الإشارة في لفظ «ذلك» إليه، وهو صريح في المنع كما لا يخفى»[١٠]. بل قيل: «إنّ به يضعف احتمال العهدية في اللام في الخبرين السابقين[١١]، ورجوعها إلى ثمرة نفس النخلة المذكورة سابقاً، فإنّ أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، مع بعده في الخبرين الأوّلين[١٢]؛ إذ لم يتقدّم لتمرها ذكر فيهما سابقاً. والحمل في أحدهما والنخل في آخر أعمّ من الثمر فكيف يمكن جعل اللام للعهد، ولا إشارة إليهما»[١٣]؟! كلّ ذلك مضافاً إلى اقتضاء اختصاص المزابنة بالأوّل عدم الخصوصيّة لها هنا، فإنّ عدم جواز البيع ببعضه معلوم فيها وفي غيرها.

---

(١) الوسيلة: ٢٥٠. السرائر ٢: ٣٦٧.
(٢) الغنية: ٢٢٦. الروضة ٣: ٣٦١.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار، ح١.
(٤) المصدر السابق: ح٢، وفيه: «النخل» بدل «بيع النخل».
(٥) الوافي ١٨: ٥٤٤، ذيل الحديث ١٧٨٠٥. الحدائق ١٩: ٣٥٠ـ ٣٥١.
(٦) المراسم: ١٧٨.
(٧) المقنعة: ٦٠٣.
(٨) معاني الأخبار: ٢٧٧. الوسائل ١٨: ٢٤٠، ب١٣ من بيع الثمار، ح٥، وفيهما: «عن أبي عبيد القاسم بن سلام».
(٩) الوسائل ١٨: ٢٤١، ب١٤ من بيع الثمار، ح١.
(١٠)(١٣) الرياض ٨: ٣٦٤، وفيه: «والإشارة» بدل «ولا إشارة».
(١١) الوسائل ١٨: ٢٤٠، ب١٣ من بيع الثمار، ح٥. و٢٤١، ب١٤، ح١.
(١٢) الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار، ح١، ٢.

بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين جعل الثمن حصّة مقدّرة بالمقدار المعلوم منها، وبين جعله كلّياً مشروطاً كونه منها [١].

---

[١] ضرورة رجوعه إلى الأوّل، بل لو جعل مشروطاً تأديته منها كان كذلك أيضاً، وإن كان في اقتضاء القواعد بطلانه نظر، إلّا أنّه يكفي في عدم جوازه هنا إطلاق معاقد الإجماعات. ومضافاً إلى التعليل بعدم الأمن من الربا، وإن كان فيه منع واضح هنا، باعتبار عدم كون الثمرة على النخل مقدّرة بالكيل والوزن وستسمع التصريح في الخبر هنا بعدم الربا فيه، وقد عرفت اشتراطه في ذلك، وأنّه لا يجدي صيرورته بعد ذلك مقدّراً، كما لا يجدي موزونيّة جنسه إذا لم يكن على الأُصول. اللهمّ إلّا أن يستند في ذلك إلى موثّق سماعة الآمر بشراء الزرع فيه بالورق؛ معلّلاً بأنّ أصله طعام[١] مؤيّداً بما يظهر منهم في العرية من جريان حكم الربا فيها في الجملة، إلّا أنّ الاعتماد على ذلك ونحوه في الخروج عمّا يقتضي الجواز واضح المنع، كوضوح منع تعدية علّة النقصان عند الجفاف؛ ضرورة ظهور دليلها في الربا بين المقدّرين بهما، مع أنّها غير عامة لسائر أفراد المقام التي منها البيع لليابس باليابس، والرطب بالرطب. فالأولى الاقتصار في الاستدلال للعدم بما عرفت.

خلافاً للشيخ في النهاية قال: «لا يجوز بيع الثمرة في رؤوس النخل بالتمر كيلاً ولا جزافاً، وهي المزابنة التي نهى النبي صلى الله عليه وآله عنها[٢]، وكذلك لا يجوز بيع الزرع بالحنطة من تلك الأرض، لا كيلاً ولا جزافاً، وهذه المحاقلة، فإن باعه بحنطة من غير تلك الأرض لم يكن به بأس، وكذلك إن باع التمر بالتمر من غير ذلك النخل لم يكن أيضاً به بأس»[٣].

قيل: «والخلاف»[٤].

لكن المحكي عنه في المختلف: «لا يجوز المحاقلة، وهو بيع السنبل التي انعقد فيها الحب، واشتدّ بحب من جنسه أو من ذلك السنبل، وروى أصحابنا: أنّه أن باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فإنّه يجوز. وقال الشافعي: لا يجوز بيعها بحبّ من جنسها على كلّ حال، وإليه ذهب قوم من أصحابنا. والمزابنة: بيع النمرة على رؤوس النخل بتمر موضوع على الأرض، ومن أصحابنا من قال: المحرم أن يبيع على رؤوس النخل بتمر منه، فأمّا بتمر آخر فلا بأس»[٥]. وهو كما ترى ظاهر مع المشهور.

نعم حكى فيه عن المبسوط، أنّه قال: «بيع المحاقلة والمزابنة حرام بالإجماع، وإن اختلفوا في تأويله، فعندنا أنّ المحاقلة بيع السنابل التي انعقد فيها الحبّ واشتدّ بحبّ من ذلك السنبل، ويجوز بيعه بحب من جنسه على ما روي في بعض الأخبار[٦]، والأحوط أن لا يجوز بيعه بحبّ من جنسه على كلّ حال؛ لأنّه لا يؤمن أن يؤدّي إلى الربا، والمزابنة هي بيع التمر على رؤوس الشجر بتمر منه، فأمّا بتمر موضوع على الأرض فلا بأس به، والأحوط أن لا يجوز ذلك لمثل ما قلناه في السنابل سواء»[٧].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٣٨، ب١٢ من بيع الثمار، ح٣، ٤.
(٢) الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار، ح١، ٢.
(٣) النهاية: ٤١٦.
(٤) السرائر ٢: ٣٦٨.
(٥) المختلف ٥: ٢٠٥.
(٦) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب١١ من بيع الثمار.
(٧) المبسوط ٢: ١١٧، وفيه: «بلا خلاف».

وظاهره الجواز بناءً على عدم وجوب هذا الاحتياط عنده، **وهو المنقول عن كامل ابن البرّاج**[١]، **وإن وافق المشهور في مهذّبه**[٢].

وعن أبي الصلاح في ظاهر المحكي عنه في المختلف[٣]، **وربّما حكي عن قطب الدين**[٤]، **وهو ظاهر تذكرة الفاضل**[٥] **أو صريحها**؛ للأصل والعمومات، وصحيح الحلبي قال أبو عبد الله عليه السلام: في رجل قال للآخر: بعني ثمرتك في نخلك هذه التي فيها بقفيزين من تمر أو أقل أو أكثر يسمي ما شاء فباعه؟ قال: «لا بأس به، وقال: البسر والتمر من نخلة واحدة لا بأس به، فأمّا أن يخلط التمر العتيق والبسر فلا يصلح، والزبيب والعنب مثل ذلك»[٦]. وموثّق الكناني: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إنّ رجلاً كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له: خذ ما في نخلي بتمرك فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إنّ لفلان عليّ خمسة عشر وسقاً من تمر فكلّمه يأخذ ما في نخلي بتمره فبعث النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا فلان خذ ما في نخله بتمرك، فقال: يا رسول الله لا يفي وأبى أن يفعل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لصاحب النخل: اجذذ نخلك، فجذّه وكاله خمسة عشر وسقاً، فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم إلّا أنّي قد سمعته منه، قال: إنّ أبا عبد الله عليه السلام قال: إنّ ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله قال: هذا ربا.

قلت: اشهد بالله إنّه لمن الكاذبين قال: صدقت»[٧].

وخبر يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام: سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص وإمّا أن آخذه أنا بذلك وأرده عليك؟ قال: «لا بأس بذلك»[٨]. وخبره الآخر: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الآخر مئة كرّ من تمر وله نخل فيأتيه فيقول: أعطني نخلك هذا بما عليك، فكأنّه كرهه[٩]. وفيه: أنّ الأصل والعموم مقطوعان بما عرفت وصحيح الحلبي[١٠]. بعد رجحان ما مرّ عليه بالشهرة وغيرها يمكن حمله على العرية على أنّ إطلاقه مخالف للمجمع على خلافه من البيع بمقدار منها. بل قوله فيه: «البسر والتمر... إلى آخره» ممّا لا يظهر له وجه معتدّ به.

بل رواه المحدّث الحرّ في الوسائل في باب جواز بيع المختلفين متفاضلاً من الربا «قفيزين من بر»[١١].

وموثّق الكناني[١٢] لا دلالة فيه على البيع، بل هو إمّا وفاء، أو أنّ المراد منه إرضاؤه بذلك. ثمّ تفعل الصورة التي يسلم معها من المزابنة بالصلح أو بالهبة والإبراء. ونحو ذلك يجري في الخبرين الأخيرين[١٣] بعده، مضافاً إلى عدم الجابر للمحتاج إليه منهما، فلا ريب في أنّ ما تقدّم حينئذٍ أقوى.

---

(١) نقله في المختلف ٥: ٢٠٦.
(٢) المهذب ١: ٣٨٣.
(٣) الكافي: ٣٥٦.
(٤) نقله في كشف الرموز ١: ٥٠٧.
(٥) التذكرة ١٠: ٣٩٤ـ ٣٩٥.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٢٣، ب٦ من بيع الثمار، ح١.
(٧) المصدر السابق: ٢٢٤، ح٣.
(٨) الوسائل ١٨: ٢٣٢، ب١٠ من بيع الثمار، ح١.
(٩) الوسائل ١٨: ٢٢٣، ب٦ من بيع الثمار، ح٢.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢٢٣، ب٦ من بيع الثمار، ح١.
(١١) المتقدم آنفاً.
(١٢) المصدر السابق: ٢٢٤، ح٣.
(١٣) الوسائل ١٨: ٢٣٢، ب١٠ من بيع الثمار، ح١. و٢٢٣، ب٦، ح٢.

لكن [الظاهر] [١] اختصاص المنع لو كان الثمن التمر خاصّة، فلو مزج معه غيره [فلا منع] [٢].

[بيع المحاقلة]:

كما يخرج لو مزج مع المبيع ذلك، بل الظاهر خروجه أيضاً لو بيع حمل النخل بغير التمر من الطلع ونحوه؛ لاعتبار التمر في ثمن المزابنة، أمّا لو باع الطلع ونحوه بالتمر كان مزابنة [٣].

نعم لا فرق على الظاهر بين كون التمر ثمناً أو مثمناً مع احتماله [٤].

بل قد يحتمل اعتبار التمريّة فيما كان على رؤوس النخل أيضاً [٥].

ثمّ إنّه (**هل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه**) [٦] (**قيل**) [٧]: (**لا؛ لأنّه لا يؤمن الربا**[١]) وقد عرفت مافيه [٨].

نعم المنع متجه فيما لو كان بمقدار منها [٩].

إلّا في صورة اشتراط التأدية منها على إشكال فيها أيضاً [١٠].

---

[١] [كما هو] ظاهر الأدلّة.

[٢] [لأنّه بذلك يكون قد] خرج عن إطلاق النص، وإن لم نقل: إنّ المانع الربا.

[٣] لأنّ الموجود في الخبرين السابقين الحمل وما في النخل.

[٤] اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن.

[٥] جمعاً بين الخبرين[٢] (و) خبر ابن سلام[٣] الذي يمكن دعوى التنافي بينها من جهة التفسير.

[٦] **كما صرّح به جماعة، بل هو ظاهر آخرين**؛ لاختصاص المزابنة كما عرفت بالنخل فيبقى غيره على القواعد.

[٧] **والقائل المشهور كما في الروضة**[٤] وإن كنّا لم نتحقّقه.

[٨] كما عرفت ما في الاستناد إلى علّة النقصان بعد الجفاف، فلا معارض حينئذٍ لمقتضى الجواز من الإطلاقات وغيرها.

[٩] بناءً على ما عرفت من اقتضاء القواعد العدم فيه.

[١٠] **ومن الغريب ما في الرياض من أنّ الأصل يقتضي الجواز مطلقاً ولو بالمجانس منها أو من غيرها ناسباً له إلى تصريح جماعة**[٥]، **ولم أجده لغير الفاضل في التذكرة ممّن يعتدّ بقوله**[٦]، نعم ربّما يتوهّم ذلك من بعض العبارات، خصوصاً المتضمّنة منها لعدم إلحاقها بالمزابنة، الظاهرة في عدم جريان حكمها بالتفسيرين السابقين. ولا ريب في أنّه وهم واضح؛ ضرورة اقتضاء عدم الإلحاق البقاء على القواعد التي لا ريب في اقتضائها البطلان إذا كان الثمن منها للاتحاد، وستعرف أنّ المشهور المنع من ذلك في العرية المستثناة بالخصوص من حكم المزابنة فضلاً عمّا نحن فيه، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «من الربا».

(٢) الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار، ح١، ٢.

(٣) المصدر السابق: ٢٤٠، ح٥.

(٤) الروضة ٣: ٣٦١.

(٥) الرياض ٨: ٣٦٨.

(٦) انظر التذكرة ١٠: ٣٨٨ ـ ٣٩٩ ولكنه لم يرجح أحد القولين كما قال في مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٦.

(وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه إجماعاً) [١].

(و) هذه المعاملة (هي) المتيقّن من (المحاقلة) المعلوم حرمتها [٢].

إذا كان الحب الذي هو الثمن حنطة لسنبلها [٣].

[والأظهر هي بيع السنبل بحبّ من جنسه كيف كان، ولو كان موضوعاً على الأرض]. (وقيل) [٤]: (بل) [٥] (هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان، ولو كان موضوعاً على الأرض، وهو الأظهر) [٦].

---

[١] بقسميه، بل المحكي منه مستفيض، أو متواتر، ولاتحاد الثمن والمثمن فيه نحو ما تقدّم في المزابنة.

[٢] نصّاً وإجماعاً.

[٣] كما ستعرف، وإن كان التحريم هنا للتعليل الأخير عامّاً لسائر أفراد السنبل.

[٤] والقائل المشهور نقلاً وتحصيلاً.

[٥] [كما] عن ظاهر الغنية[١] الإجماع عليه أيضاً.

[٦] للنصوص[٢] المتقدّمة سابقاً المعتضدة هنا بخصوص الموثّق الآمر بشراء الزرع بالورق المعلّل بأنّ أصله طعام الظاهر في المنع عن بيعه بالطعام[٣]. خلافاً لمن تقدّم في المزابنة، فخصّها بالأوّل وجوّز الثاني؛ للعمومات.

وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث: «لا بأس [أيضاً] أن تشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة»[٤].

وصحيح إسماعيل بن الفضل الهاشمي: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع حصائد الحنطة والشعير وسائر الحصائد؟ قال: «حلال فليبعه بما شاء»[٥].

وحسن الوشاء: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل [أرضاً] جريباناً معلومة بمئة كرّ على أن يعطيه من الأرض؟ قال: «حرام، فقلت: جعلت فداك فإنّي أشتري منه الأرض بكيل معلوم وحنطة من غيرها، قال: لا بأس بذلك»[٦].

وفيه: أنّ العموم مخصوص بما عرفت وصحيح الحلبي قاصر عن معارضة الأدلّة السابقة المعتضدة بالشهرة وغيرها، مع أنّ إطلاقه شامل للمجمع على خلافه من البيع بحنطة منه، فلا بأس بحمله على الصلح ونحوه، بل في الرياض احتمال اختصاصه بصورة عدم التجانس بينها وبين السنبل[٧]، كما إذا كان أُرزاً أُريد بيعه بها، ولا كلام في الجواز حينئذٍ وصحيح إسماعيل ـ مع أنّه ظاهر في الحصائد، وليس الكلام فيها، بل فيما لم يحصد وشامل لما لا نقول به من البيع بحب منها ـ ليس فيه إلّا العموم المخصوص بالأدلّة السابقة، بل عن التهذيب: أنّه رواه «إن شاء»[٨] بدل «بما شاء»، فلا عموم فيه حينئذٍ.

وحسن الوشا إنّما هو في بيع نفس الأرض بحاصلها وغيره، أو في إجارتها بذلك لا في بيع السنبل فيها.

وتأويله إليه بإضمار أو تجويز لا داعي إليه على أنّ أقصاه الاحتمال الذي لا يتمّ به الاستدلال، فظهر حينئذٍ من ذلك كلّه أنّ الأقوى التحريم، بل الظاهر أنّه من المحاقلة.

---

(١) انظر الغنية: ٢٢٦.
(٢) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٣٨، ب١٢ من بيع الثمار، ح٣، ٤.
(٤) الوسائل ١٨: ٢٣٧، ب١٢ من بيع الثمار، ح١.
(٥) الوسائل ٢٥: ٤٢٣، ب٩ من إحياء الموات، ح٢ وذيله.
(٦) الوسائل ١٨: ٢٣٧، ب١٢ من بيع الثمار، ح٢.
(٧) الرياض ٨: ٣٦٧.
(٨) التهذيب ٧: ١٤١، ح٦٢٢.

إنّما الكلام في تنقيح المراد بها، [وفيه اختلاف] [١].

إلّا أنّ الذي يقتضيه النظر [٢] إرادة السنبل من الزرع [٣].

---

[١] **وفي الرياض: «أنّ الموجود في أكثر النصوص والفتاوى «السنبل»، بل في المبسوط والمسالك الاتّفاق عليه»**[١]. **وفي مفتاح الكرامة: «أنّ في أكثر العبارات «السنبل»»**[٢].

قلت: الموجود في المسالك: أنّه «اختلفت عبارات النصوص والفقهاء في إسم المبيع فيها، فبعضهم عبّر عنه بالزرع، ومنه الرواية السابقة[٣] **ومنهم مَن عبّر بالسنبل كعبارة المصنّف، ويظهر من كلامهم الإتّفاق، على أنّ المراد به السنبل، وإن عبّروا بالأعم»**[٤]. **وقد سمعت عبارة المبسوط، بل قد سمعت غيرها أيضاً، وفي الغنية والوسيلة والنافع وغيرها «السنبل»**[٥]**، كما أنّ في القواعد وغيرها الزرع**[٦].

[٢] [وذلك] في الجمع بين النصوص السابقة.

[٣] حملاً للمطلق على المقيّد الوارد في التفسير الذي بذلك ينافيه، مؤيّداً بأصالة الجواز في غيره. **قال في التذكرة: «لو باع الزرع قبل ظهور الحبّ بالحبّ فلا بأس...؛ لأنّه حشيش، وهو غير مطعوم ولا مكيل، سواء تساويا جنساً أو اختلفا»**[٧].

مع أنّه لا مخالف صريح؛ إذ يحتمل إرادة من عبّر بالزرع السنبل أيضاً، فاحتماله حينئذٍ للموثّق السابق الآمر بشرائه بالورق[٨] في غير محلّه.

بل لابدّ من حمل الموثّق على إرادة السنبل أو غير ذلك، هذا.

ولكن أطلق أكثرها السنبل والزرع في المبيع، كما أنّه قيّد فيه الثمن بالحنطة.

وفهم في التذكرة إرادة سنبل الحنطة بالحنطة، فقال: «في أكثر تفاسير المحاقلة أنّها بيع الحنطة في السنبل بحنطة»[٩].

ثمّ احتمل فيها دخول الشعير في جنس الحنطة، بل احتمل فيها صدق المحاقلة على كلّ زرع بيع بحب من جنسه كالدخن ونحوه؛ لما في بعض ألفاظ علمائنا من تفسيرها ببيع الزرع بالحبّ من جنسه.

قلت: قد عرفت سابقاً من فسّرها بذلك. **بل هو فسّرها في القواعد ببيع الزرع بالحبّ**[١٠]. **وفي اللمعة: «بيع السنبل بحبّ منه أو من غيره من جنسه»**[١١] **لكن في الدروس: «هي بيع السنبل من الحنطة والشعير بالحبّ من جنسه وإن لم يكن منه»**[١٢].

---

(١) الرياض ٨: ٣٦٦.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٦.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب١٣ من بيع الثمار، ح١.
(٤) المسالك ٣: ٣٦٤ـ ٣٦٥.
(٥) الغنية: ٢٢٦. الوسيلة: ٢٥٠. المختصر النافع: ١٥٤.
(٦) القواعد ٢: ٣٥.
(٧) التذكرة ١٠: ٣٩٩.
(٨) الوسائل ١٨: ٢٣٨، ب١٢ من بيع الثمار، ٣، ٤.
(٩) التذكرة ١٠: ٣٩٨.
(١٠) القواعد ٢: ٣٥.
(١١) اللمعة: ١١٣.
(١٢) الدروس ٣: ٢٣٧ـ ٢٣٨.

والذي يظهر لي [١] [هنا] أنّ إطلاق الزرع والسنبل فيها منصرف إلى الشعير والحنطة [٢].

[ولا ريب في شمول لفظ الزرع والسنبل للحنطة والشعير وإن بيع سنبل الشعير بالحنطة محاقلة ، وكذا بيع سنبل الحنطة بالشعير ، بل والشعير بالشعير والحنطة بالحنطة] ، كما أنّه بناءً على عدم الفرق هنا بين جعل الحنطة ثمناً أو مثمناً نحو ما قلناه في المزابنة ، فتكون صور المنع ثمانية ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه دقيق نافع [٣].

أمّا غير الحنطة والشعير فلا محاقلة فيه حينئذٍ ، كما لا تحريم سواء بيع بالجنس أو بغيره ، وبالرطب وغيره [٤].

---

[١] [وذلك] من تتبّع النصوص في المقام وغيره .

[٢] ولعلّه لأنّه المتعارف في ذلك الزمان والمكان ، فالخبران المشتملان على تفسيرها ببيع الزرع أو السنبل بالحنطة لا ريب في شمول لفظ « الزرع » و« السنبل » فيهما لهما فيُستفاد منهما حينئذٍ أنّ بيع سنبل الشعير بالحنطة محاقلة ، وما ذاك إلّا لاتحاد الجنس هنا ، كما في الربا .

بل يستفاد منه حينئذٍ أيضاً بيع سنبل الحنطة بالشعير بل والشعير بالشعير ، فتتمّ دلالة الخبرين على الصور الأربعة .

[٣] وقد تلخّص من ذلك أنّ الإحتمالات في المحاقلة ثلاثة :

أحدها : بيع الزرع بحب من جنسه .

الثاني : بيع السنبل بحب من جنسه .

الثالث : بيع سنبل الحنطة والشعير بحب منهما .

والأوّل لا دليل له إلّا الموثّق المنزّل على ما عرفت [من إرادة السنبل منه] ولو بملاحظة الخبرين[1] الأخيرين المنافيين له من حيث التفسير ، بناءً على أنّ الحرمة فيه من جهة المحاقلة لاتعبّداً ؛ للإجماع على كون المنع هنا لذلك .

والتعليل فيه إن أمكن إرادة الإشارة به إليها فذاك ، وإلّا فلا وجه له ظاهراً ؛ ضرورة انتفاء الربا هنا بعد انتفاء شرطيّة الكيل والوزن .

وأمّا الثاني فلا دليل له إلّا الموثّق[2] أيضاً المنزل على الخبرين[3] لما عرفت ؛ فتعيّن حينئذٍ المختار .

وفي التحرير : « بيع المحاقلة حرام وهي بيع الزرع بحنطة أو شعير »[4] . وهو عين ما قلناه ، بل لعلّه يرجع إليه غيره .

وعن ابن المتوج التصريح به[5] .

[٤] لما عرفت من عدم جريان الربا فيه ، ولا تعليل النقصان بعد الجفاف ، كما مضى البحث فيه سابقاً .

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٢٣ ، ب ٩ من إحياء الموات ، ح ٢ . و ١٨ : ٢٣٧ ، ب ١٢ من بيع الثمار ، ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣٨ ، ب ١٢ من بيع الثمار ، ح ٣ ، ٤ .

(٣) الوسائل ٢٥ : ٤٢٣ ، ب ٩ من إحياء الموات ، ح ٢ . و ١٨ : ٢٣٧ ، ب ١٢ من بيع الثمار ، ح ٢ .

(٤) التحرير ٢ : ٤٠٠ .

(٥) لم نعثر عليه .

[بيع العرايا بخرصها تمراً]:

المسألة (الرابعة) : [المختار] [١] أنّه (يجوز بيع العرايا بخرصها تمراً) [٢].

[و] أنّ (العرية هي النخلة تكون في دار الإنسان) [٣].

---

[١] [و]لا خلاف بيننا ، بل وبين سائر المسلمين عدا أبي حنيفة[١] في [ذلك].

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه في أعلى مراتب الاستفاضة إن لم يكن متواتراً ، بل في المسالك : « أنّه أجمع أهل العلم عدا أبي حنيفة على أنّه مستثنى من تحريم المزابنة »[٢].

وهو شاهد على أنّ المزابنة ما ذكرنا ؛ لما ستعرف من عدم جواز بيع العرية بخرصها تمراً منها ؛ لأنّه إن لم تكن المزابنة ذلك لم يكن للاستثناء وجه معتبر ؛ ضرورة اتحاد الجميع في المنع إذا كان منها ، والجواز إذا لم يكن . فمن الغريب ما في الحدائق من أنّه لا وجه لهذا الاستثناء ، إلّا اشتهار المنع[٣] ، وإلّا فالحكم في الجميع متّحد .

وفيه : مضافاً إلى ما سمعت ظهور نصوص العرية في الاستثناء . ففي خبر السكوني عن الصادق عليه السلام : « رخّص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن تشتري بخرصها تمراً ، قال : والعرايا : جمع عرية وهي النخلة تكون للرجل في دار [رجل] آخر فيجوز له بيعها بخرصها تمراً ، ولا يجوز ذلك في غيره »[٤].

وفي خبر أبي القاسم بن سلام المروي عن كتاب معاني الأخبار بإسناد متصل إلى النبي صلى الله عليه وآله : « أنّه رخّص عليه السلام في العرايا ، واحدتها عرية ، وهي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً ، والإعراء : أن يبتاع تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته ، قال : وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا بعث الخرّاص قال : خفّفوا الخرص فإنّ في المال العرية والوصية »[٥].

وفي مفتاح الكرامة : « إنّ الذي وجدته في الكتاب المزبور ذلك إلى قوله : والإعراء أن يجعل له ثمرة عامها ، يقول : رخص لربّ النخل أن يبتاع تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته »[٦]. وعلى كلّ حال فهما دالّان على ما ذكرنا ، ومن أوّلهما ـ سواء قلنا : إنّ التفسير من النبي صلى الله عليه وآله أو الراوي ـ يظهر ما ذكره المصنّف (و) غيره من [أنّه ذلك].

[٣] بل لا أجد فيه خلافاً بينهم ، إلّا من المحكي عن المبسوط ومهذّب ابن البرّاج من أنّها النخلة لرجلٍ في بستان غيره يشقّ عليه الدخول إليها[٧] ، مع أنّ المحكي عن خلاف أوّلهما : « أنّها النخلة تكون في بستان الإنسان أو غيره »[٨].

وكامل ثانيهما : نخلة تكون في دار الإنسان لغيره[٩].

---

(١) المغني (لابن قدامة) ٤ : ١٥٢.

(٢) المسالك ٣ : ٣٦٥.

(٣) الحدائق ١٩ : ٣٥٨.

(٤) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١.

(٥) معاني الأخبار : ٢٧٧. الوسائل ١٨ : ٢٤١ ـ ٢٤٢ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ٢ وفيهما القاسم بن سلام.

(٦) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٧.

(٧) المبسوط ٢ : ١١٨. المهذب ١ : ٣٨٤.

(٨) الخلاف ٣ : ٩٥.

(٩) نقله في المختلف ٥ : ٢٠٨.

فلا ينبغي التأمّل في صدق العرية عليها [١].

[و] (قال أهل اللغة : أو في بستانه ، وهو حسن) [٢].

---

[١] سيّما بعد كونها معقد إجماع جماعة ، بل صرّح الفاضل والشهيد[١].

(و) غيرهما بأنّه [قال أهل اللغة : أو بستانه].

[٢] خصوصاً بعد ما سمعت من خبر ابن سلام[٢] ، الظاهر في ذلك . فالجمع بين الخبرين[٣] يقتضي الجمع بينهما . كما هو المحكي عن أهل اللغة .

وفي الغنية : « ورخّص عليه السلام في بيع العرايا[٤] ، وهو جمع عريّة وهي النخلة تكون لإنسان في بستان غيره أو في داره يشقّ عليه دخوله إليها ، فيبتاعها منه بخرصها تمراً ، بدليل الإجماع من الطائفة على هذا التفسير ، وقد فسّر أبو عبيدة العريّة بما قلناه »[٥].

بل عن المهذّب البارع تعدية الحكم إلى المعصرة والخان والبزارة والدباسة[٦] . وتبعه في الرياض ، قال : « وظاهر إطلاق خبر ابن سلام مضافاً إلى التعليل فيه ينادي بالعموم للبستان وغيره أيضاً كالخان ونحوه ، والسند وإن قصر ، إلّا أنّه بالشهرة منجبر »[٧].

وفيه : أنّه لا شهرة على التعميم ، بل هي على العكس متحقّقة .

والظاهر أنّ المذكور منه ليس علّة حقيقة ، وإلّا لدار الحكم معها حيث دارت ، فلا يجوز مع عدم الحاجة ، ويجوز معها وإن كانت في داره ، ومن المعلوم خلافه ، والظاهر إرادة حاجة المعرّا - بالفتح - باعتبار حاجته إلى التمر لا المعرّي - بالكسر - فإنّه لا حاجة تدعوه إلى شرائها بالتمر ؛ ضرورة اندفاع الهجوم على داره وبستانه بشراء ثمرتها ولو بغير التمر .

اللهمّ إلّا أن يكون المراد أنّه لمكان حاجته في عدم الهجوم على داره شرع له شراؤها بتمر ؛ إذ قد يمتنع صاحبها من بيعها إلّا بذلك ، وفي جملة من العبارات ما يظهر منه أنّ المشقّة على البائع الدخول إلى ملك غيره . وعلى كلّ حال فليست هي علّة يدور الحكم مدارها ، ومنه يظهر النظر فيما ذكره أيضاً من الاستناد إلى التعليل المزبور في التعدية إلى مستعير الدار ومستأجرها المصرّح به في كلام الفاضل والشهيدين[٨] وغيرهما ، قال : « وليس في الرواية[٩] الأُولى كبعض العبارات من حيث التقييد فيها بصاحب الدار ، منافاة لذلك ؛ لصدق الإضافة بأدنى ملابسة »[١٠].

لما عرفت من أنّ ذلك حكمة لا علّة والإضافة بأدنى ملابسة من المجاز الذي لا يحمل عليه إطلاق اللفظ .

وفي التذكرة : « ظاهر كلام الأصحاب يقتضي المنع من بيع العرية على غير مالك الدار والبستان أو متسأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال »[١١].

---

(١) المختلف ٥ : ٢٠٨ . الدروس ٣ : ٢٣٨ .
(٢) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ٢ .
(٣) المصدر السابق : ح ١ ، ٢ .
(٤) المصدر السابق : ح ١ ، ٢ .
(٥) الغنية : ٢٢٦ .
(٦) المهذب البارع ٢ : ٤٤١ .
(٧) (١٠) الرياض ٨ : ٣٧٠ .
(٨) القواعد ٢ : ٣٦ . الدروس ٣ : ٣٣٨ . الروضة ٣ : ٣٦٣ .
(٩) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .
(١١) التذكرة ١٠ : ٤٠٧ .

ونحوه في القواعد[١].

وعن الإيضاح: «أنّ وجهي الإشكال التضرّر بتطرّق الغير في ملكه والعموم»[٢].

وفي جامع المقاصد: «أنّ ظاهر الشارحين كون الإشكال في مشتري الثمرة... والتحقيق أنّ القول في شرح العريّة غير منضبط؛ لأنّ كلام أهل اللغة فيه مختلف، فينبغي أن يقال: ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه اعتضاداً بعمومات صحّة البيع، ونظراً إلى مشاركة العلّة ولصدق إضافة الدار والبستان إلى المالك والمستأجر ومشتري الثمرة.

وفي الدروس ذهب إلى إلحاق المستعير بالمالك، وللنظر في هذا البحث مجال، فإنّ الإضافة فيما ذكر إنّما هو على وجه المجاز، إلّا أن يقال: المشقّة معتبرة في مفهوم العريّة، حيث قال الشيخ: العرايا جمع عريّة، وهي النخلة لرجل في بستان غيره يشقّ عليه الدخول إليها، فيكون المناط فيها المشقّة على الغير في الدخول إلى بستانه، إمّا لمكان أهله أو لغير ذلك، فحينئذٍ يجوز البيع لدفع هذه المشقّة، فعلى هذا حيث تثبت هذه المشقّة في النخلة الواحدة على الغير تثبت الرخصة»[٣].

قلت: لم يعد هذا التحقيق إلى حاصل يعوّل عليه، كما أنّ ما ذكره أخيراً مقطوع بعدمها في كلمات الأصحاب؛ إذ لم يذكر أحد منهم المشقّة في مفهوم العرية، ولا في شرائط صحّة البيع.

لكن قال بعض مشائخنا: «ظاهر المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمختلف والمهذّب البارع والتنقيح: أنّ المشقّة معتبرة في مفهومها، وأنّها مناط الحكم» إلى أن قال: «وبذلك صرّح في التحرير والمسالك وغيرهما، وظاهر الغُنية بل صريحها الإجماع عليه.

نعم أنكره في كشف الرموز فقال: وشرط الشيخ أن يشقّ على البائع الدخول وشرط التقابض وتابعه المتأخّر وصاحب الوسيلة، وليس في الرواية[٤] ذلك»[٥].

قلت: الذي يظهر بعد إمعان النظر في كلمات الأصحاب حتى من حكي عنهم ظاهراً وصريحاً أنّ مرادهم من ذلك بيان وجه المشروعيّة، وربّما يذكرونه بصورة الدليل تأييداً للتعدّي المدّعى، ولو باعتبار حصول الظنّ منه بذلك، كما في المختلف في ترجيح تعميم العرية للدار والبسان بنصّ أهل اللغة، وبإشتراك الموضعين في الحاجة الداعية إلى المشروعية[٦] ونحوه غيره.

ولذلك اختلفت كلماتهم في وجهها فربّما قرّرت بالمشقّة على صاحب الدار والبستان، وربّما قرّرت بالمشقّة على مالك النخلة، وربّما قرّرت بغيرهما.

والحاصل لا يخفى على من تأمّل عدم إرادة العلّية المصطلحة من ذلك، وإلّا لا ختلّ كثير من الأحكام المسلّمة عندهم.

---

(١) القواعد ٢: ٣٦.
(٢) الايضاح ١: ٤٥٠.
(٣) جامع المقاصد ٤: ١٧٤.
(٤) الوسائل ١٨: ٢٤١، ب ١٤ من بيع الثمار، ح ١.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٩ـ ٣٩٠.
(٦) المختلف ٥: ٢٠٨.

فالمرجع حينئذٍ فيها على المستفاد من اللغة والدّليل ولو بمعونة شهرة الأصحاب ونحوها وما شكّ فيه يبقى على عموم التحريم، والله أعلم. (و) كيف كان فـ(**هل يجوز بيعها بخرصها**) تمراً (**من تمرها؟ الأظهر**) [١] (**لا**) [٢].

---

[١] **بل الأشهر كما عن إيضاح النافع**(١)، **والأكثر كما في الرياض**(٢).

[٢] **بل هو المشهور المحكي عن ظاهر المبسوط وغيره وصريح الوسيلة**(٣) **والكتاب، وما تأخّر عنهما**، بل لم أجد مصرّحاً به ممّن يعتد بقوله.

نعم احتمله في المختلف؛ لإطلاق الرخصة(٤) المنصرف إلى غير ذلك الذي من الواضح اقتضاء قاعدة تغاير الثمن والمثمن هنا في الملك خلافه.

بل في التنقيح: أنّ الدليل عقلي على مغايرة الثمن للمثمن(٥)، وبه يقيّد إطلاق الرخصة، وقوله في صحيح الحلبي السابق: «البسر والتمر من نخلة واحدة لا بأس به ـ إلى أن قال: ـ وكذا العنب والزبيب»(٦).

قد عرفت عدم القائل به في غير العرية، ولذا نسبه في الدروس إلى الندرة(٧).

اللهمّ إلّا أن يكون القول به هنا لازماً لتفسير المزابنة ببيع ثمرة النخل بتمر منه باعتبار معلومية استثناء العرية من ذلك، فيقتضي جوازه فيها، لكن لم ينقله أحد عنهم.

وليس في عبارة النهاية التي هي أصل الخلاف(٨) في ذلك إشارة إليه.

لكن في الدروس والرياض وغيرهما قيل: بالجواز(٩)، **وزاد في الثاني: «أنّه فصّل بعض بين صورتي اشتراط كون التمر منها فالأوّل وإلّا فالثاني إن صبر عليه حتى يصير تمراً، وإلّا فالعقد يجب أن يكون حالاً للزوم بيع الكالي بالكالي بدونه جدّاً»**.

وفيه ـ مع ما سمعت من عدم معروفية القائل بذلك صريحاً ـ: أنّ التفصيل خارج عمّا نحن فيه؛ **إذ الظاهر إرادته ما عن المهذّب قال في المحكي عنه: «أنّه إذا شرطه ـ أي كون الثمن منها في العقد ـ لم يجز، وإن أطلق جاز أن يدفع إليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصير تمراً، وإلّا فالعقد يجب أن يكون حالاً»**(١٠). وأقصاه جواز الدفع منها إن لم يشترط وهو ممّا لا خلاف فيه على الظاهر. ومراده بوجوب حلول العقد ما تسمعه من اشتراط التعجيل في ثمن العريّة، وأنّه لا يجوز أن يكون مؤجّلاً، فتعليله بلزوم بيع الكالي بالكالي بدونه ممّا لا وجه له هنا.

فمن الغريب وقوعهامنه زيادة في كلام المهذّب، وكأنّه نظر إلى أنّه لو أجّل ثمن العريّة والفرض أنّها حال البيع غير تمر كان من بيع الكالي بالكالي، وهو كما ترى.

وإلّا لاقتضى البطلان في بيع ثمرة النخل قبل صيرورته تمراً بثمن مؤجّل ولو كان دارهم، وهو واضح الفساد.

---

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٨.
(٢) الرياض ٨: ٣٧٠.
(٣) المبسوط ٢: ١١٨. الوسيلة: ٢٥٠.
(٤) المختلف ٥: ٢٠٩.
(٥)(٧) التنقيح ٢: ١١٢. الدروس ٣: ٢٤٠.
(٦) تقدّم في ص ٤١٩.
(٨)(١٠) النهاية: ٤١٨، المهذب البارع ٢: ٤٠٤.
(٩) الدروس ٣: ٢٣٨. الرياض ٨: ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(و) على كلّ حال فـ(لا يجوز بيع ما زاد على الواحدة. نعم لو كان له في كلّ دار واحدة جاز) [١].

[أمّا مع تعدّد المالك فالظاهر صدق العرية على كلّ منهما].

كما أنّه ينبغي تقييده أيضاً بحصول الثمرة فيهما، أمّا لو فرض حصولها في إحداهما دون الأُخرى فالظاهر صدق العريّة فيها دونها، ولو فرض كون النخلتين مثلاً مشتركتين بين إثنين أمكن صدق العريّة عليهما؛ باعتبار أنّ

---

[١] كما في القواعد قال: «ولا يجوز مازاد على الواحدة مع اتحاد المكان، ويجوز مع تعدّده»[١]. بل قال بعض شرّاحها: «إنّي لم أجد مخالفاً منّا في هذين الحكمين، وبه صرّح في المبسوط والسرائر والتذكرة وشرح الإرشاد للفخر والمهذّب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك، وهو قضيّة كلام الباقين حيث يقيّدون النخلة بكونها واحدة ويطلقون البستان والدار، وهو مقتضى الأصل والمتبادر من النصّ»[٢].

وفي المسالك: «أنّه يشترط في بيعها أُمور منها الوحدة، فلا يجوز في دار أو بستان أزيد من واحدة، فلو كان لمالك إثنتان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة إحداهما؛ لانتفاء العريّة فيهما. نعم لو تعدّد البستان والدار جاز تعدّدها من الواحد»[٣]. وجعل ما في المتن إشارة إلى ذلك نحو ما في جامع المقاصد[٤]. بل في التنقيح: «لم ينسب الخلاف في ذلك إلّا للشافعي»[٥].

وظاهره عدم الخلاف فيه منّا. وفي التحرير: «ولا يجوز أن يبيع جميع تمر حائطه عرايا من رجل واحد، ومن رجال في عقود متكرّرة نعم لو كان له عدّة نخلات في عدّة مواضع جاز بيعها عرايا من رجل واحد أو رجال في عقود متكرّرة»[٦].

إلى غير ذلك من عباراتهم.

وتنقيح المقام يتوقّف على أمرين:

الأوّل: أنّ الوحدة في الدار أو البستان ـ مثلاً ـ مأخوذة في مفهوم العريّة، فمتى تعدّدت فيه لا عريّة في شيء منها، ظاهر المسالك أو صريحها ذلك[٧].

بل ربّما كان ظاهر كلّ من أخذ الوحدة في تفسيرها بناءً على عدم إرادة وحدة الأفراد التي لم يتعارف التصريح بها في تفسيره، فمع انتفائها حينئذٍ ينتفي مفهوم العريّة.

لكن فيه أوّلاً: أنّه ينبغي تقييده مع ذلك باتحاد المالك، أمّا مع تعدّده فالظاهر صدق العريّة على كلّ منهما.

---

(١) القواعد ٢: ٣٦.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٣٨٨.
(٣) المسالك ٣: ٣٦٥ ـ ٣٦٦.
(٤) جامع المقاصد ٤: ١٧٢.
(٥) التنقيح ٢: ١١٢.
(٦) التحرير ٢: ٤٠٠.
(٧) المسالك ٣: ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

لكلّ واحدٍ منهما نخلة، إلى غير ذلك ممّا يتصوّر تفريعه على هذا التقدير [١].

---

[١] وثانياً: أنّ النصّ وجملة من عبارات الأصحاب خلت عن ذكر الوحدة في تفسير العريّة، بل اقتصرت على أنّها واحدة عرايا، وأنّها هي النخلة في دار الغير مثلاً، ومقتضاه صدق العرايا على المتعدّدة وإن اتحد المكان كما هو مقتضى الجمع، لا أنّ مصداقه النخلات في الأمكنة المتعدّدة أو مع تعدّد المالك. **ومن الغريب ما في الدروس من «أنّ العرية نخلة واحدة في دار الغير في رواية السكوني[١]، وقال الجمهور واللغويون: أو بستانه»**[٢]. إذ قد عرفت خلوّ خبر السكوني عن قيد الوحدة. ويمكن أن يريد بما في خبر السكوني: الدار بقرينة ما نقله عن الجمهور أو لا يريد الوحدة الداخلة في المفهوم، بل هي وحدة الأفراد، بل يمكن أن يريد غيره، ممّن ذكر الوحدة ذلك أيضاً.

وبالجملة دعوى اعتبار الوحدة المزبورة على حسب ما سمعت في غاية الصعوبة إثباتها من اللغة وكلمات الفقهاء التي منها ما سمعت ومنها ما في السرائر: «ويجوز بيع العرايا، وهي جمع عريّة بفتح العين وكسر الرّاء وتشديد الياء، وهو أن يكون لرجل في بستان غيره نخلة يشقّ عليه الدخول إليها أو في داره» إلى أن قال: «وإن كان له نخل متفرّق في كلّ بستان نخلة جاز أن يبيع كلّ ذلك واحدة واحدة بخرصها تمراً بيع العرايا».

إلى أن قال: «وقد قيل في تفسير العرايا أقوال كثيرة، فقال قوم: العرايا النخلات يستثنيها الرجل من حائطه إذا باع ثمرته، ولا يدخلها في البيع، ولكنّه يبقيها لنفسه فتلك الثنيا لا تخرص عليه؛ لأنّه قد عفي لهم عمّا يأكلون وسمّيت عرايا؛ لأنّها اُعريت من أن تُباع أو تخرص في الصدقة، فرخص النبي ﷺ لأهل الحاجة والمسكنة الذين لا ورق لهم ولا ذهب وهم يقدرون على التمر أن يبتاعوا بتمرهم من أثمار هذه العرايا بخرصها فعل ذلك بهم رفقاً بأهل الحاجة الذين لا يقدرون على الرطب ولم يرخص لهم أن يبتاعوا منه ما يكون للتجارة والذخائر.

وقال آخرون: هي النخلة يهب الرجل ثمرتها للمحتاج ويعريها إيّاه، فيأتي المعرّا وهو الموهوب له إلى نخلته تلك ليجتنيها فيشقّ ذلك على المعري الذي هو الواهب لمكان أهله في النخل فرخص للواهب خاصّة أن يشتري ثمرة تلك النخلة من الموهوب له بخرصها.

وقال آخرون: شكا رجل إلى رسول الله ﷺ أنّهم محتاجون إلى الرطب يأتي ولا يكون بأيديهم ما يبتاعون به فيأكلونه مع الناس وعندهم التمر، فرخّص لهم أن يبتاعوا لهم العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم[٣].

وقال آخرون: الإعراء أن يهب له ثمرة نخلة أو نخلتين أو نخلات، ومنه الحديث أنّه رخّص ﷺ في بيع العرايا بخرصها تمراً[٤]. وذلك أن يمنح الرجل النخلة فيبيع ثمرها بالتمر، وهذا لا يجوز في غير العرايا، وإنّما سمّيت عرية لأنّ من جعلت له يعريها من حملها، وانشد الفراء:

ليست بسنهاء ولا رجبيّة ... ولكن عرايا في السنين الجوائح

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٤١، ب ١٤ من بيع الثمار، ح ١.

(٢) الدروس ٣: ٢٣٨.

(٣) المستدرك ١٣: ٣٦١، ب ١١ من بيع الثمار، ح ١، مع اختلاف.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٤١، ب ١٤ من بيع الثمار، ح ١.

معنى « سنهاء » أي مرّت عليها السنون المجدبة ، وقوله « رجبية » نخلة مرجبة وهي التي يبنى حولها البناء لئلا تسقط ، وهو كالتكريم لها .

وقال الهروي صاحب الغريبين : العرايا : هي أنّ من لا نخل له من ذوي اللحمة والحاجة ، ويفضل له من قوته التمر ويدرك الرطب ولا نقد بيده يشتري الرطب لعياله ولا يحتلّ له ، فيجيء إلي صاحب النخل فيقول : بعني ثمرة نخلة أو نخلتين بخرصها من التمر ، فيعطيه ذلك الفضل من التمر بتمر تلك النخلات ليصيب من أرطابها مع الناس ، فرخّص النبي صلى الله عليه وآله من جملة ما حرّم من المزابنة » .

ثمّ قال : « هذا ما وقفت عليه في التفسير العرايا ، وأشدّه تحقيقاً قول الهروي »[1] .

قلت : قد حكى جملة ممّا ذكر ابن فارس في المجمل فقال : « النخلة العريّة : وهي التي إذا عرض النخل على بيع ثمرة عريت منه نخلة أي عزلت عن المساومة ، والجمع العرايا ، وقال قوم : العريّة النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً ، فيجعل له ثمرة عامها رخّص لربّ النخل أن يبتاع تمر تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته ، هذا تفسير الذي جاء في الحديث من الرخصة فيه ، وقال آخرون : العريّة النخلة تكون لرجل وسط نخل كثير لرجل آخر فيتأذّى صاحب النخل الكثير بدخول صاحب النخلة الواحدة فرخّص له أن يشتري ثمرة نخلته بتمر ، وأبو عبيدة يختار الأوّل لقول الشاعر »[2] وأنشد البيت السابق . واقتصر ابن الأثير في نهايته بعد أن ذكر أنّه اختلف في تفسير العريّة[3] على ما ذكره الهروي الذي ظهر من ابن إدريس اختياره[4] . وهو الذي حكاه عنه في الدروس فإنّه بعد أن ذكر جواز بيع العريّة وأنّها النخلة في دار الغير أو بستانه قال : « ولو أعرى محتاجاً نخلة : أي جعل له تمرها عامها ، ثمّ اشترى المعري تمرها منه بتمر جاز على الأقرب . ولو فضل مع الفقير تمر فاشترى به تمرة نخلة ليأكله رطباً فالأقرب جوازه . ولو اشترى أزيد من نخلة فالأجود المنع ، ويظهر من ابن إدريس جوازه »[5] . ولعلّه إليه أشار في التحرير بقوله أيضاً : « لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، وتمنع اشتقاقها من الإعراء ، وهو أن يجعل الرجل لغيره ثمرة نخلته عامها ذلك ، بل سمّيت عرية لتعريها من غيرها وإفرادها بالبيع »[6] . وتبعه الشهيد في حواشيه في أنّ وجه التسمية ذلك[7] . لكن قد سمعت خبر ابن سلام الذي أفتى الشهيد في الدروس به[8] . بل قد سمعت ما ذكره أخيراً الذي لم نعثر على نصّ من طرقنا به . نعم روى العامّة ذلك بعدّة طرق منها : أنّ محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس ، وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخّص أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر في أيديهم يأكلونه رطباً[9] .

---

(١) السرائر ٢ : ٣٦٨ ـ ٣٦٩ .
(٢) مجمل اللغة ٣ : ٦٦٤ .
(٣) النهاية لابن الأثير ٣ : ٢٢٤ .
(٤) السرائر ٢ : ٣٧١ .
(٥) الدروس ٣ : ٢٣٨ ولم ترد كلمة « جوازه » فيه .
(٦) التحرير ٢ : ٤٠٠ ـ ٤٠١ .
(٧) لم نعثر عليه .
(٨) الدروس ٣ : ٢٣٨ .
(٩) نقله مختصر المزني : ٨١ . المغني (لابن قدامة) ٤ : ١٨٥ .

لكن القول به [بجواز بيع العرايا المتعدّدة دفعة واحدة] لا يخلو من قوّة [١].

(ولا يشترط في بيعها) أي العرايا **(بالتمر التقابض قبل التفرّق)** [٢].

---

[١] جمعاً بين ما قيل في تفسير العريّة ، وعلى كلّ حال فدعوى اعتبار الوحدة في المكان في مفهوم العريّة ممّا يظهر إنطباق كثير من الكلمات عليه . كدعوى اشتراط صحّة البيع به وإن لم يكن ذلك في مفهومها ، وهو الأمر الثاني اقتصاراً في الرخصة على المتيقّن ، ولأنّ قوله عليه السلام في خبر السكوني « فيجوز بيعها . . . إلى آخره »[١] ظاهر في أنّ المرخّص به ذلك ؛ إذ يدفعها إطلاق رخصته عليه السلام في العرايا وذيل خبر السكوني : لو سلّم ظهوره في ذلك إنّما يفيد جواز بيع الواحدة من العرايا لو تعدّدت ، لا أنّ التعدّد مانع من أصل البيع وربّما كان المراد من عبارة المتن والقواعد السابقة ذلك إن لم نقل : إنّه الظاهر منها . وأظهر منها ما في التذكرة : « لا يجوز بيع أكثر من النخلة الواحدة عريّة ؛ لعموم المنع من المُزابنة خرج عنه العريّة في النخلة الواحدة وبه قال أحمد للحاجة ، فيبقى الباقي على المنع ، سواء اتّحد العقد أو تعدّد . أمّا لو تعدّد المشتري فالوجه الجواز » ثمّ قال : « فروع : لو باع في صفقة واحدة من رجلين كلّ واحدٍ منهما نخلة معيّنة جاز ، وكذا لو باعها نخلتين مشاعاً بينهما . . . ولو باع رجلان من واحد صفقة واحدة نخلتين عريّة جاز ، وهو أحد وجهي الشافعية ؛ لأنّ تعدّد الصفقتين بتعدّد البائع أظهر من تعدّدها بتعدد المشتري . . . ولو باع رجلان من رجلين صفقة واحدة احتمل جواز أربع نخلات »[٢] . وتنزيل ذلك كلّه منه على المتحدة ولو في المكان المتعدّد كما ترى خصوصاً أوّل المسألة ، بل مقتضاه حينئذٍ عدم جواز بيع العرايا في الأمكنة المتعدّدة بعقد واحد ، وهو مع أنّه لم يعرف خلافه فيه لم تساعد عليه الأدلّة . ودعوى ظهور ذيل خبر السكوني[٣] فيه ممنوعة ، فالظاهر إرادته ما ذكرناه أوّلاً ، ولا ينافيه قوله سابقاً : « العرايا جمع عريّة والعريّة النخلة في دار الإنسان ، أو بستانه فيبتاع ثمرتها رطباً بخرصها تمراً كيلاً ، فلا يجوز العرايا في أكثر من نخلة واحدة في عقد واحد » . إلى أن قال : « فإذا تقرّر هذا فإنّ العرية عندنا إنّما تكون في النخلة الواحدة تكون في دار الإنسان ، فلا يجوز فيما زاد على النخلة الواحدة ، عملاً بالعموم ، واقتصاراً في الرخصة على موردها » ثمّ قال : « قد بيّنا أنّ الضابط في التسويغ إنّما هو النخلة الواحدة في الدار الواحدة والبستان الواحد ، ولو كان له عدّة دور في كلّ واحدة نخلة جاز بيعها عرايا »[٤] إذ يمكن حمل الجميع على إرادة بيع نخلة واحدة ، وإن كان لا يخلو من بعد . نعم يتّجه البحث معهم على هذا التقدير بأنّه لا دليل على اعتبار الوحدة في البيع ، بل ما ذكروه في وجه المشروعيّة من المشقّة ونحوها يقتضي التعميم . كاقتضاء إطلاق رخصته عليه السلام في بيع العرايا الذي عبّر بمضمونه غير واحد ، منهم ابنا زهرة وحمزة[٥] وغيرهما . والذيل المنساق لبيان حكم الواحدة ليعرف حكم الجمع لا دلالة فيه على تقييد ذلك كما هو واضح . هذا كلّه إلّا أنّ الوقوف على ما سمعته أوّلاً هو الموافق للاحتياط ، والله أعلم بحقيقة الحال .

[٢] **خلافاً للوسيلة ومحكي المبسوط[٦] ، بل في الدروس : أنّه طرد الحكم ثانيهما بوجوب التقابض في المجلس في الربويات[٧] تخلّصاً من الربا** . وفيه منع واضح ، ولذا أطبق المتأخّرون على خلافه في المقام وغيره ، عدا الصرف منه فأوجبوه فيه مع اختلاف الجنس ؛ لظهور أدلّة فيه ، لا للتخلّص من الربا ؛ ضرورة صدق بيع المثل بالمثل في الربوي وإن لم يتقابضا في المجلس ، وما في بعض النصوص من إيجاب البيع يداً بيد على اتّفاق الجنس يراد منه منع النسيئة في أحد المتجانسين للزوم الربا حينئذٍ معه . ومن هنا قال المصنّف بعد نفي اعتبار التقابض هنا [ذلك] .

---

(١) (٣) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .
(٢) (٧) التذكرة ١٠ : ٤٠٤ ـ ٤٠٥ . الدروس ٣ : ٢٣٨ .
(٤) التذكرة ١٠ : ٤٠٠ ـ ٤٠٢ .
(٥) (٦) الغنية : ٢٢٦ . الوسيلة : ٢٥٠ . المبسوط ٢ : ١١٩ .

(بل يشترط التعجيل) فيهما (حتى لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر) [١].

[ولا يجوز التفاضل حال العقد بين ثمنها وبين الثمرة المخروصة تمراً].

(و) إن كان (لا يجب أن يتماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها عملاً بظاهر الخبر) [٢].

---

[١] بل لم يعرف فيه خلاف بينهم . إلّا أنّه قد يناقش في اعتبار حلول الثمن بما سمعته سابقاً من أنّ الثمرة على النخل لا يجري فيها الربا لانتفاء الموزونية فيها ، كما أنّه لا ظهور في دليل الرخصة بذلك أيضاً . اللهمّ إلّا أن يكون وجهه الاقتصار على المتيقّن سيّما بعدما سمعت من عدم الخلاف فيه بين الأصحاب ، فيشكل التمسّك بالإطلاق المزبور المحتاج إلى جابر في العمل به ؛ لضعف سنده ، خصوصاً بعد معارضة مادلّ على حرمة المزابنة ، لكن ومع ذلك فالإنصاف أنّ اتّفاقهم هنا على اشتراط الحلول يؤيّد القول بجريان حكم الربا على الثمرة وإن كانت على الأشجار اكتفاءً بالوزن التقديري عن الفعلي ، كقولهم هنا أيضاً بعدم جواز التفاضل حال العقد بين ثمنها وبين الثمرة المخروصة تمراً ، بل حكى الاتفاق عليه بعضهم[١] .

[٢] المعتضد بالفتوى ؛ إذ مبنى الخرص على الزيادة والنقيصة ، فلا يقدح حينئذٍ لو ظهر بعد ذلك زيادة الثمن أو نقيصته . لكن يمكن أن يكون مستند الأوّل ظهور قوله عليه السلام : « بخرصها تمراً »[٢] في وجوب المطابقة بين الثمن المبذول وبين الثمرة المخروصة ، معتضداً بالاقتصار على المتيقّن ممّا خرج عن حرمة المزابنة ، وهو المراد بالمماثلة من طريق الخرص المشترطة في الوسيلة ومحكي المبسوط[٣] وغيره ، لا أنّ مستنده حرمة الربا ، فيكون الحاصل حينئذٍ أنّه يجب خرص الثمرة على النخلة بتقدير حال كونها تمراً فتُباع بتمر على حسب ذلك الخرص ، فلو لم يطابق الخرص الواقع بأن كانت حال التمريّة المقدّرة أزيد أو أنقص لم يكن ذلك قادحاً ؛ لإطلاق الخبر[٤] السابق المعتضد بعدم الخلاف فيما أجد إلّا ما حكاه في المسالك[٥] عن بعضهم وإن كنت لم أتحقّقه ، من اعتبار المطابقة ، فلو اختلفا تبيّن بطلان البيع ، وهو مع ظهور ضعفه مقتضٍ لعدم جواز التصرّف فيها قبل صيرورتها تمراً حتى يتمكّن من اعتبارها . مع أنّ الأصل وإطلاق الدليل وظاهر الفتاوى يقتضي عدم وجوب إبقائها إلى حال التمر ، وعدم اعتبارها لو أبقاها ، مضافاً إلى ما عرفت من عدم تحقّق القائل بذلك . وربّما توهّم ذلك من عبارة المبسوط والوسيلة التي قد سمعت المراد منها ، فيتّجه حينئذٍ دعوى الإتّفاق على ما ذكرنا ، إلّا ما عساه يظهر من التذكرة من وجوب اعتبار التماثل بين التمر المدفوع ثمناً وبين الثمرة حال كونها رطباً . **قال : « إذا تبايعا العرية وجب أن ينظر إلى الثمرة على النخلة ويحرز ذلك رطباً فيتبايعاه بمثله تمراً ، ولا يشترط التماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها ، ولا يجوز التفاضل عند العقد ، ولا يكفي مشاهدة الثمن على الأرض ولا الحرز فيه ، بل لابدّ من معرفة مقداره بالكيل أو الوزن » إلى أن قال : « وإن كنّا قد منعنا من بيع الرطب بالتمر إلّا أنّ هذا مستثنى للرخصة »**[٦] . وفيه : أولاً : أنّ ظاهر دليل الرخصة المعتضد بفتوى الأصحاب ماذكرنا من اعتبار خرصها تمراً ثمّ شراؤها بمقدار ذلك المخروص ، بل لا يمكن عند التأمّل تنزيل الخبر[٧] على ما ذكره . وثانياً : ما عرفت سابقاً من أنّ منع بيع الرطب بالتمر لعلّة النقصان بعد الجفاف إنّما هو في المقدّر بأحد الأمرين لا في مثل الثمرة على أصلها .

---

(١) الرياض ٨ : ٣٧١ ، مفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٨ .
(٢) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .
(٣) الوسيلة : ٢٥٠ . المبسوط ٢ : ١١٩ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .
(٥) المسالك ٣ : ٣٦٧ .
(٦) التذكرة ١٠ : ٤٠٣ ـ ٤٠٢ .
(٧) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .

نعم ما [قيل] [١] من وجوب علم مقدار الثمن وعدم الاكتفاء بمشاهدته متّجه [٢].

بل [الظاهر] [٣] أنّه لا يجزي جعل الثمن تمراً على رأس نخلة أُخرى وإن كان قد خرص بما يساوي المثمن [٤].

ولو كانت الثمرة ممّا تقطع بسراً أو رطباً ففي الاكتفاء بخرصها كذلك وجه ، مع احتمال العدم اقتصاراً على المتيقّن ، بل قد يحتمل وإن كان ضعيفاً عدم ثبوت العريّة في ذلك خصوصاً إذا فرض عدم حالة تمر لها ، فتأمّل جيّداً .

ثمّ إنّه قد تحصّل من ذلك كلّه أنّه لابدّ من خرصها ، إمّا من البائع والمشتري أو من غيرهما بحيث يغلب على

---

[١] [كما] ذكره [= التذكرة].

[٢] **بل لا أجد فيه خلافاً في المقام** ؛ لظهور قوله عليه السلام : « بخرصها تمراً » فيه .

[٣] [كما هو] مقتضاه [= قوله عليه السلام].

[٤] لعدم صدق البيع بخرصها تمراً ، وبذلك افترقت عن غيرها .

فما في المسالك من أنّ العرية كغيرها بالنسبة إلى هذا الشرط[1] في غير محلّه ؛ ضرورة أنّه ليس المانع الجهالة حتى تكون كغيرها ، بل هو ظهور دليل الرخصة فيما ذكرنا ، فلا يجزي مشاهدة الثمن فيها وإن أجزى في غيرها إذا كان ممّا تكفي فيه المشاهدة كما هو واضح .

لكن في حواشي الشهيد : « أنّه لو كان لرجلين عريتان في مكانين وخرصاهما فبلغت كلّ واحدة خمسمئة رطل ، جاز بيع كلّ واحدة بخرص الأُخرى »[2] .

وكأنّه أخذه ممّا في التذكرة ـ وقد صرّح في التحرير بعدم جوازه ـ قال فيها : « لو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على رؤوس النخل خرصاً أو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض كيلاً فالأقوى الجواز ؛ للأصل السالم عن معارضة الربا ؛ لانتفائه بانتفاء شرطه »[3] .

وفيه : إنّه في غير العرية مزابنة بناءً على تحقّقها بالرطب ، بل وفيها ؛ لعدم معلوميّة الثمن إذا كان على رأس النخلة كما عرفت ، أمّا إذا كان على الأرض وقد علم بالكيل فقد يمنع أيضاً باعتبار ظهور دليل الرخصة في كون الثمن تمراً ، فلا يجزي الرطب ولا البسر ولا غيرهما ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه يمكن أن يكون الجواز لانتفاء المزابنة باعتبار عدم كون الثمن تمراً كما ذكرناه سابقاً . نعم لولا الاتّفاق ظاهراً لأمكن القول بعدم وجوب اعتبار المساواة بين ثمرتها وبين الثمن لعدم الربا .

وما في الخبر من البيع بخرصها تمراً[4] منزّل على الغالب ، لكن كفانا مؤنة ذلك ما عرفت معتضداً بعموم دليل حرمة المزابنة .

---

(١) المسالك ٣ : ٣٦٦ .

(٢) لم نعثر عليه .

(٣) التذكرة ١٠ : ٤٠٦ . التحرير ٢ : ٤٠٢ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٢٤١ ، ب ١٤ من بيع الثمار ، ح ١ .

ظنّهما المقدار الحاصل منها تمراً عند الجفاف. وهل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلاً؟ [١].

[قد يقال:] الظاهر العدم لكن يشترط كونه من أهل المعرفة، وهو جيّد. (و) على كلّ حال فـ(لا عرية في غير النخل) لغة وشرعاً سواء قلنا بحرمة المزابنة فيه أو لا [٢]، هذا.

والظاهر عدم اعتبار اتحاد المالك للنخلة في العريّة ولا الدار.

لكن هل يجوز بيع استحقاق أحدهما خاصّة عريّة؟ إشكال، كالإشكال مع اتّحاد المالك في بيع البعض.

وطريق الاحتياط غير خفي وإن كان الذي يقوى الجواز بناء على عدم اعتبار المشقّة.

فرع: (لو قال: بعتك هذه الصبرة من التمر، أو الغلّة بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء لم يصحّ، ولو تساويا عند الاعتبار) بالكيل والوزن، (إلّا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياع) [٣].

(وقيل) [٤]: (يجوز وإن لم يعلما، فان تساويا عند الاعتبار صحّ، وإلّا بطل) للربا (ولو كانتا من جنسين جاز إن تساويا أو[١] تفاوتا ولم يتمانعا؛ بأن بذل صاحب الزيادة أو قنع صاحب النقيصة، وإلّا فسخ البيع) [٥].

---

[١] في جامع المقاصد: «لا أعلم في ذلك كلاماً للأصحاب، وامتناع الرجوع إلى خبر الفاسق قد يقتضي الاشتراط»[٢]. وفيه: أنّ الرجوع إلى ظنّه غير الرجوع إلى خبره، نعم لو فرض الشكّ في الإخبار بظنّه أمكن ذلك، وهو غير ما نحن فيه. ومن هنا قال: [ذلك].

[٢] أمّا على الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني فالجواز شامل لها ولغيرها، فلا يحتاج إلى شروط العريّة وأحكامها، كما هو واضح.

[٣] لحصول الجهالة المانعة من صحّة البيع عندنا حال العقد.

[٤] والقائل الشيخ في المبسوط[٣].

[٥] قال في المحكي عن مبسوطه: «إذا باع صبرة من طعام بصبرة فإن كانا من جنس واحد نظر، فإن كانا اكتالا وعرفا تساويهما في المقدار جاز البيع، وإن جهلا مقدارهما ولم يشترطا التساوي لم يجز؛ لأنّ ما يجري فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض جُزافاً، وإن قال: بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كيلاً بكيل سواء بسواء، فقال: اشتريت فإنّهما يكالان، فإن خرجتا سواء جاز البيع، وإن كانت إحداهما أكثر من الأُخرى فإنّ البيع باطل؛ لأنّه ربا، وأمّا إذا كانتا من جنسين مختلفين، فإن لم يشترطا كيلاً بكيل سواء بسواء فإن البيع صحيح؛ لأنّ التفاضل جائز في الجنسين، فإن اشترطا أن تكونا كيلاً بكيل سواء بسواء فإن خرجتا متساويتين في الكيل جاز البيع، وإن خرجتا متفاضلتين فإن تبرّع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع، وإن امتنع من ذلك ورضي صاحب الصبرة الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصبرة الزائدة جاز البيع، وإن تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا، لكن لأنّ كلّ واحد منهما باع جميع صبرته بجميع صبرة صاحبه، وعلى أنّهما سواء في المقدار فإذا تفاضلا وتمانعا وجب فسخ البيع بينهما»[٤]. وجعل في الدروس ذلك منه من باب الاكتفاء بالمشاهدة[٥].

---

(١) في الشرائع: «وإن» بدل «أو».

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٧٣.

(٣)(٤) المبسوط ٢: ١١٩.

(٥) الدروس ٣: ٢٣٩.

(و) [المختار الذي] [١] كان [هو] (**الأشبه**) [٢] (**أنّه لا يجوز**) مطلقاً (**على تقدير الجهالة وقت الابتياع**).

نعم يمكن جريان ما يقرب من ذلك على مذهبنا فيما لو فرض مكيل وموزون في زمن الشرع تجدّد وتعارف بيعه جُزافاً بناءً على صحّته فإنّ المتّجه حينئذٍ فيه صحّة بيعه صبرة بصبرة ، إلّا أنّه يجب اختباره بعد ذلك تخلّصاً من الربا ، فإن تساويا أو بيع الجنسان وزناً صحّ البيع [٣].

فلو فرض العلم بالمساواة بعد ذلك انكشف الصحّة من أوّل الأمر [٤].

ونحوه لو أقدما على الربا فبانت المساواة ، كما أنّ المتجه الفساد لو أقدما على المساواة جهلاً منهما ثمّ بان التفاوت [٥].

وأمّا اشتراط المساواة في مختلف الجنس إذا فرض الاكتفاء فيه بالمشاهدة فالمتّجه صحّته [٦].

فإذا بان عدمه تسلّط على الخيار والزيادة ، بل والنقيصة في بعض الأحوال ، والله أعلم .

[بيع الزرع قصيلاً]:

المسألة (**الخامسة : يجوز بيع الزرع قصيلاً**) أي مشروطاً قطعه [٧].

سواء كان قد بلغ أوان قصله أو لم يبلغ ، وعيّن مدّة لبقائه ثمّ قطعه بعدها أو أطلق فله الإبقاء حتّى يصل إلى أوان قصله [٨].

---

[١] [إذ] حيث قد علم في محلّه عدم الاكتفاء [بالمشاهدة] في مثل ذلك .

[٢] بأُصول المذهب .

[٣] لعدم ثبوت اشتراط سبق معلومية التساوي في الصحّة ، والأمر ببيعه مثلاً بمثل لا يقتضي أزيد من التساوي واقعاً ، بل الظاهر ذلك في أكثر شرائط المعاملة ، لكن مقتضى ذلك عدم الحكم بالبطلان فيما لو باع السيوف المحلّاة ونحوها بأحد النقدين بجنس أحدهما إذا لم يعلم زيادته ، بل لابدّ حينئذٍ من الاختبار .

وينافيه ظاهر كلامهم ، ويمكن حمله على ما إذا لم يمكن الاعتبار ، وحينئذٍ يتجه البطلان ظاهراً لا لترك الاحتياط الواجب ؛ إذ هو لا يقضي بالبطلان قطعاً ، بل لأنّ الشكّ في الشرط شكّ في المشروط ، والأصل عدم النقل والانتقال .

[٤] لحصول الشرط واقعاً .

[٥] لانتفائه واقعاً حينئذٍ ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه قد تقدّم لنا بعض الكلام في ذلك في الحواشي ، فلاحظ .

[٦] عملاً بعموم « المؤمنون »[1] .

[٧] **بلا خلاف أجده فيه** ؛ للعمومات وغيرها .

[٨] وخبر معلّى بن خنيس : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري الزرع ، قال « إذا كان قدر شبر »[2] ، محمول على الندب أو غيره ممّا لا يخالف المجمع عليه ظاهراً في الجواز بعد ظهوره ، بلغ أوان القصل أو لم يبلغ .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣٥ ، ب ١١ من بيع الثمار ، ح ٤ .

نعم ليس له شراؤه بذراً للغرر.

وفي الصلح وجه كالوجه لو شراه تبعاً للأرض.

وكيف كان (**فإن لم يقطعه**) الذي شرط القطع عليه (**ف**) [كالمختار] [١] أنّ (**للبائع قطعه**) بعد استئذان الحاكم أو بدونه [٢].

(**وله تركه والمطالبة بأُجرة أرضه**) مدّة بقائه [٣].

---

[١] [كما] في المتن وغيره.

بل لا أجد فيه خلافاً معتداً به بينهم.

[٢] على اختلاف القولين؛ لأنّه لا حقّ لعرق ظالم، ولنفي الضرر والضرار وغير ذلك.

[٣] وعدم قطع البائع له مع التمكّن منه لا يقضي بسقوط الأُجرة التي يكفي فيها بقاء أرض المالك مشغولة بها.

بل لا يرتفع بذلك الغصبية التي تسلّطه على أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء الذي يستحقّ أخذ أُجرته منه؛ إذ ليس ذلك رضاً منه بالبقاء بالأُجرة، كما هو واضح.

لكن في السرائر: «أنّه إن لم يقطعه كان البائع بالخيار إن شاء قطعه، فإن لم يقطعه وبلغ كانت الزكاة ـ إن بلغ النصاب ـ على المشتري، وعليه أيضاً أُجرة مثل تلك، هذا إذا كانت الأرض عشرية، فإن كانت خراجيّة كان على المبتاع خراجه».

ثمّ إنّه حكى عن نهاية الشيخ أنّه قال: «لا بأس بأن يبيع الزرع قصيلاً، وعلى المبتاع قطعه قبل أن يسنبل، فإن لم يقطعه كان البائع بالخيار، إن شاء قطعه، وإن شاء تركه، وكان على المبتاع خراجه»[(١)].

ثمّ قال: «ومراده بالخراج: طسق الأرض، قد قبّل به السلطان دون الزكاة؛ لأنّ الأرض خراجيّة، وهي: المفتتحة عنوة دون أن تكون عشرية؛ لأنّها إن كانت عشرية، كانت عليه الزكاة فحسب، والخراجيّة عليها الخراج: الذي هو السهم الذي قد تقبّلها به، فإن فضل بعده ما فيه الزكاة يجب عليه الزكاة، وإن لم يفضل ما يجب فيه ذلك لا زكاة عليه فيه»[(٢)].

قلت:

قد ذكر الخراج في المقنعة[(٣)]، ومحكي المراسم[(٤)].

بل في الوسيلة: «كان عليه خراجه وأُجرته»[(٥)].

ومراد الجميع على الظاهر: ما صرّح به المتأخّرون من أُجرة الأرض؛ لعدم الدليل على ثبوت غيرها.

---

(١) النهاية: ٤١٥.

(٢) السرائر ٢: ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

(٣) المقنعة: ٦٠٢.

(٤) المراسم: ١٧٧.

(٥) الوسيلة: ٢٥٣.

والمتّجه ـ في موثق سماعة : سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله ويبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطة ، وقد اشتراه من أصله على أنّ ما يلقاه من خراج فهو على العلج ، فقال : « إن كان اشترط عليه حين اشتراه ، إن شاء قطعه قصيلاً ، وإن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلاً ، وإلّا فلا ينبغي أن يتركه حتى يكون سنبلاً ، فإن فعل فإنّ عليه طسقه ونفقته وله ما خرج منه »[1] ـ حمل « لا ينبغي » فيه على الكراهة ؛ لما هو معلوم من النصّ والفتوى : أنّ له الإبقاء إذا لم يكن قد اشترط عليه القطع ، ولا كان عادة ، أو نحوها ممّا يقوم مقام الشرط .

قال زرارة للصادق عليه السلام : أيحلّ شراء الزرع الأخضر ؟ قال : « نعم لا بأس به ، وقال : لا بأس بأن تشتري الزرع والقصيل أخضر ثمّ تتركه إن شئت [حتى] يسنبل ثمّ تحصده ، وإن شئت [أن] تعلف دابّتك قصيلاً ، فلا بأس به قبل أن يسنبل »[2] الحديث . ونحوه غيره .

وحينئذٍ لا وجه لكون الطسق عليه مع فرض اشتراطه على العلج الذي هو عبارة عن الزرّاع ، بل لا يقوله الخصم ، فلابدّ من حمله على ضرب من الندب أيضاً .

وكيف كان فقد أشار بقوله فيه : « من أصله » إلى أنّه إذا لم يكن قد اشتراه كذلك يمكن منع كون الحاصل للمشتري إذا فرض أنّه يتولّد ممّا بقي في الأرض للبائع أو كان منه كذلك ، أو كان الحاصل يتولّد منهما معاً .

ولعلّه لذا قال في التذكرة : « لو اشترى الزرع قصيلاً من أُصوله صحّ ، فإن قطعه فنبت فهو له ، فإن شرط صاحب الأرض قطعه فلم يقطعه كان عليه أُجرة الأرض ، ولو لم يشترط المشتري الأصل فهو لصاحبه ، فإذا قصله المشتري ونبت كان للبائع ، ولو لم يقصله كان شريكاً للبائع ، ويحكم بالصلح »[3] .

قلت :

ولا ينافي ذلك إطلاق الأصحاب : أنّ على مشتري القصيل الأُجرة لو أبقاه ، وله الحاصل ؛ لأنّه يمكن حمله على ما إذا كان مشترياً للزرع من أصله وإن اشترط عليه القصل كلّ ما يخرج ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال فظاهر الأصحاب هنا أن ليس للبائع الفسخ ؛ لعدم الوفاء بالشرط ؛ ولعلّه لأنّه متمكّن من استيفاء شرطه .

وفيه :

إنّه قد يتعذّر عليه ذلك ، وقد يحتاج إلى مؤونة ، مع أنّه قد يمنع توقّف ثبوت الخيار على عدم التمكّن من الاستيفاء كما عرفت البحث فيه مفصّلاً سابقاً . نعم يمكن أن يكون مستند المقام ظاهر بعض النصوص[4] .

كما أنّه يمكن أن يكون ترك الأصحاب ذكر الخيار في المقام مبنياً على ما تقدّم سابقاً ، ولا ينافيه نصّهم هنا على الأُجرة والقلع .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٣٦ ، ب ١١ من بيع الثمار ، ح ٧ ـ ٨ .

(٢) المصدر السابق : ٢٣٥ ، ح ٣ .

(٣) التذكرة ١٠ : ٤٠٩ .

(٤) انظر الوسائل ١٨ : ٢٣٤ ، ب ١١ من بيع الثمار .

[شراء النخل بشرط القطع]:

(**وكذا لو اشترى نخلاً بشرط القطع**) أجذاعاً فتركه المشتري فإنّه يأتي فيه جميع ما تقدّم. نعم لا ريب هنا في أنّ الحمل للمشترى [١]. [ولصاحب النخل أُجرة المثل إذا كان يسقيه ويقوم عليه].

هذا كلّه في شراء الزرع قصيلاً، أمّا شراؤه بشرط التبقية إلى أوان بلوغه أو مطلقاً فلا إشكال أيضاً في جوازه [٢].

وحينئذٍ قد ظهر أنّه لا بأس بشراء نفس الزرع في جميع أحواله حتى إذا كان محصوداً اكتفاءً بالمشاهدة في مثله، والله أعلم.

[بيع الثمرة بأزيد مما ابتاعها]:

المسألة (**السادسة: يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عمّا ابتاعه**) به (**أو نقصان قبل قبضه أو**[1]

---

[١] لأنّه نماء ملكه، روى هارون بن حمزة الغنوي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع فيقدم الرجل وقد حمل النخل؟ فقال: «له الحمل يصنع به ما شاء، إلّا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»[٢]. ونحوه غيره.

والظاهر إرادة استحقاق أُجرة المثل من الاستثناء المزبور، إلّا أنّه ينبغي تقييده كما في السرائر وغيرها بما إذا كان بإذن مالك النخل وإن أطلق في النهاية[٣]، والمحكي عن الصدوق وابني الجنيد والبراج كالنصّ[٤].

اللهمّ إلّا أن يدّعى عدم الحاجة هنا إلى الإذن باعتبار احتياج صاحب الأرض السقي لبستانه والفرض تضرّره بشرب النخل المزبور الماء، فتأمّل جيّداً، والأمر سهل.

[٢] للأصل، والعمومات، وخصوص المعتبرة المستفيضة[٥] في المقام التي مرّ بعضها، بل ولا خلاف إلّا ما يحكى **عن مزارعة المقنع من منع بيع الزرع إلّا بشرط القصل**[٦]؛ لعدم الأمن من الآفة، ولخبر أبي بصير: سألت الصادق عليه السلام عن الحنطة والشعير أشتري زرعه قبل أن يسنبل وهو حشيش؟ قال: «لا، إلّا أن تشتريه لقصيل تعلفه الدواب ثمّ تتركه [إن شاء] حتى يسنبل»[٧].

وموثّق ابن عمّار: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا تشتر الزرع ما لم يسنبل، فإن كنت تشتري أصله فلا بأس [بذلك]»[٨].

وفيه: أنّ عدم الأمن من الآفة لا يؤثّر منعاً لجواز بيع الموجود. وخبر أبي بصير ـ مع ضعفه لا جابر بل موهن بفتوى الأصحاب بخلافه ـ يمكن حمله على الندب أو على إرادة شراء الحاصل منه الذي قد عرفت منعه فيما تقدّم كالموثّق الظاهر في ذلك، وفي عدم البأس مع شراء الأصل، على كلّ أنّهما قاصران عن معارضة غيرهما من وجوه، كما هو واضح.

---

(١) في الشرائع: «و».

(٢) الوسائل ١٨: ٢٣١، ب ٩ من بيع الثمار، ح ٢.

(٣) السرائر ٢: ٣٦٧. النهاية: ٤١٦.

(٤) المقنع: ٣٧٠. نقله عن الثاني والثالث في المختلف ٥: ٢٠٤.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٢٣٤، ب ١١ من بيع الثمار.

(٦) المقنع: ٣٩٢.

(٧) الوسائل ١٨: ٢٣٧، ب ١١ من بيع الثمار، ح ١٠.

(٨) الوسائل ١٨: ٢٣٥، ب ١١ من بيع الثمار، ح ٥.

بعده) [١] [حكم التقبّل بحصة شريكه إذا كان بين الثنين نخل وشجر] :

[تقبّل أحد الشريكين حصة صاحبه بثمن معلوم] :

المسألة (**السابعة : إذا كان بين اثنين**) مثلاً (**نخل أو شجر**) أو زرع (**فتقبل أحدهما بحصّة صاحبه**) بعد خرص المجموع (**بشيء معلوم**) على حسب الخرص المزبور (**كان جائزاً**) [٢] .

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال ؛** للأصل . وصحيح الحلبي : سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى الثمرة ثمّ يبيعها قبل أن يأخذها ؟ قال : « لا بأس به إذا وجد ربحاً فليبع »[١] . وصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : أنّه قال : في رجل اشترى الثمرة ثمّ يبيعها قبل أن يقبضها ، قال : « لا بأس »[٢] . مضافاً إلى العمومات ومحكي الإجماع إن لم يكن محصّله . فلا يتوهّم جريان ما تقدّم سابقاً من منع البيع قبل القبض في المقام ؛ ضرورة اختصاصه في المكيل والموزون أو خصوص الطعام منهما . **لكن في النافع هنا الجواز على كراهة**[٣] . ولا وجه له إلّا إطلاق بعض الأخبار[٤] والفتاوى منع بيع المبيع قبل قبضه . وهو سابقاً لم يجعل ذلك سبباً للكراهيّة مطلقاً ، بل خصّها بالمقدّر بأحدهما ، كما في كثير من النصوص والفتاوى ، لكن أمر الكراهة سهل .

[٢] لصحيح يعقوب بن شعيب الذي رواه المشايخ الثلاثة : سألت الصادق عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه : اختر إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمّى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص وإمّا أن آخذه أنا بذلك وأردّه عليك ؟ قال : « لا بأس بذلك »[٥] . وصحيح الحلبي قال : أخبرني أبو عبد الله عليه السلام « أنّ أباه حدّثه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها ، فلمّا أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوّم عليهم قيمة ، وقال لهم : إمّا أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمن ، وإمّا أن أعطيكم نصف الثمن وآخذه ، فقالوا بهذا قامت السماوات والأرض »[٦] . وفي التهذيب عوض « الثمن » في الموضعين « الثمرة »[٧] ، وهو الأنسب بالخرص الآتي وإن كان الثمن أنسب بالتقويم . وصحيح أبي الصباح الكناني سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « إنّ النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف فلمّا بلغت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرصها عليهم ، فجاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وآله وقالوا : إنّه قد زاد علينا فأرسل إلى عبد الله بن رواحة فقال : ما يقول هؤلاء ؟ فقال : خرصت عليهم بشيء ، فإن شاؤوا أخذوا بما خرصنا ، وإن شاؤوا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض »[٨] .

وصحيح يعقوب بن شعيب الآخر عن الصادق عليه السلام أيضاً قال فيه : « فلمّا بلغ الثمرة أمر عبد الله بن رواحة فخرص عليهم النخل فلمّا فرغ منه خيّرهم فقال : قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً ، فإن شئتم فخذوه وردّوا علينا نصف ذلك ، وإن شئتم أخذناه وأعطيناكم نصف ذلك ، فقال اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض »[٩] .

ومرسل محمّد بن عيسى قلت لأبي الحسن عليه السلام : إنّ لنا أكرة فنزارعهم فيقولون : قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصّة على هذا الحزر ، قال : « وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال : لا بأس بهذا ، قلت : فإنّه يجيء بعد ذلك

---

(١) (٢) الوسائل ١٨ : ٢٢٥ ، ب ٧ من بيع الثمار ، ح ٢ ، ح ٣ .
(٣) المختصر النافع : ١٥٥ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٦٥ ، ب ١٦ من أحكام العقود ، ح ١ .
(٥) الكافي ٥ : ١٩٣ ، ح ٢ . الفقيه ٣ : ٢٢٥ ، ح ٣٨٣٤ . التهذيب ٧ : ٩١ ، ١٢٥ ، ح ٣٨٩ ، ٥٤٦ . الوسائل ١٨ : ٢٣٢ ، ب ١٠ من بيع الثمار ، ح ١ .
(٦) (٨) الوسائل ١٨ : ٢٣٢ ، ب ١٠ من بيع الثمار ، ح ٢ ، ٣ .
(٧) التهذيب ٧ : ١٩٣ ، ح ٨٥٥ .
(٩) المصدر السابق : ٢٣٣ ـ ٢٣٤ ، ح ٥ .

فيقول لنا: الحزر لم يجيء كما حزرت قد نقص، قال: فإذا زاد يردّ عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنّه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه»[1]. وخبر سهل: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحرّاث الزعفران ويضمن له على أن يعطيه في كلّ جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربّما نقص وغرم وربّما استفضل وزاد، قال: «لا بأس به إذا تراضيا»[2]. وخبر عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام: سألته عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحرّاث على أن يدفع له من كلّ أربعين منّا زعفراناً رطباً منّا ويصالحه على اليابس، واليابس إذا جفّف ينقص ثلاثة أرباع ويبقى ربعه وقد جرب؟ قال: «لا يصلح، قلت: وإن كان عليه أمين يحفظه لم يستطع حفظه؛ لأنّه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه، قال: «يقبله الأرض أوّلاً على أنّ له في كلّ أربعين منّاً منّاً»[3]. إلى غير ذلك من النصوص التي لا أجد خلافاً بين الأصحاب في العمل بمضمونها في النخل والثمار والزرع فهو إن كان بيعاً فمستثنى من المحاقلة والمزابنة، ومن قاعدة مغايرة الثمن للمثمن، ونحوهما ممّا يخالف قواعد البيع مع أنّك ستعرف كون التحقيق أنّها ليست بيعاً. **لكن في السرائر: «وإن زارع أرضاً أو ساقها على ثلث أو ربع أو غير ذلك وبلغت الغلّة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلّة والثمرة، فإن رضي المزارع أو المساقي بما خرص أخذها وكان عليه حصّة صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد، وكان له [الباقي]، كما فعل عامل رسول الله صلى الله عليه وآله بأهل خيبر، وهو عبد الله بن رواحة الأنصاري الخزرجي، فإن هلكت الغلّة والثمرة قبل جذاذها وحصادها بآفة سماوية لم يلتزم العامل الذي هو الأكّار بشيء لصاحب الأرض. والذي ينبغي تحصيله في هذا الخبر والسؤال: أنّه لا يخلو إمّا أن يكون قد باعه حصّته من الغلّة والثمرة بمقدار في ذمّته من الغلّة والثمرة، أو باعه الحصّة بغلّة من هذه الأرض، فعلى الوجهين معاً البيع باطل؛ لأنّه داخل في المزابنة والمحاقلة وكلاهما باطلان، وإن كان ذلك صلحاً لا بيعاً فإن كان ذلك بغلّة وثمرة في ذمّة الأكّار الذي هو المزارع فإنّه لازم له، سواء هلكت الغلّة بالآفات السماوية أو الأرضية، وإن كان ذلك الصلح بغلّة من تلك الأرض فهو صلح باطل؛ لدخوله في باب الغرر؛ لأنّه غير مضمون، فإن كان ذلك فالغلّة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص تلفت منهما أو سلمت لهما، فليلحظ ذلك، فهو الذي يقتضيه أُصول مذهبنا وتشهد به الأدلّة، فلا يرجع عنها بأخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً، وإن كرّرت في الكتب»**[4].

قلت: قد لحظناه فوجدنا، كالاجتهاد في مقابلة النصّ المعمول به بين الأصحاب، بل الظاهر أنّ الإشكال في لزومها كما في التذكرة[5]، بل في التنقيح ومحكي إيضاح النافع والميسيّة الجزم بعدمه[6] من ذلك أيضاً؛ ضرورة صراحة بعض النصوص السابقة فيه، وظهور آخر كالفتاوى التي لا يقدح ما في بعضها كالمتن وغيره من التعبير بالجواز المراد به رفع الحظر، لا نفي اللزوم الذي هو مقتضى الأمر بالوفاء بالعقود. **فما في مزارعة القواعد: من أنّ الزائد إباحة على إشكال**[7] في غير محلّه قطعاً، بل هو ملك للمتقبّل كما كاد يكون صريح المرسل السابق، وظاهر غيره. والربا ـ لو قلنا بعمومه ـ معفوّ عنه في المقام على أنّه إن كان هو منشأ الإشكال فلا يخصّ الزيادة، بل آتٍ في النقيصة أيضاً.

---

(١) المصدر السابق: ٢٣٣، ح ٤.
(٢) (٣) الوسائل ١٩: ٤٩، ب ١٤ من المزارعة والمساقاة، ح ١، ٢.
(٤) السرائر ٢: ٤٥٠ ـ ٤٥١.
(٥) التذكرة ١٠: ٤٠٨ ـ ٤٠٩.
(٦) التنقيح ٢: ١١٣. نقله عنهما في مفتاح الكرامة ٤: ٣٩٢.
(٧) القواعد ٢: ٣١٤.

ثمّ إنّ [الظاهر] [١] من كون كيفية التقبيل المزبور اعتبار العوض من الثمرة المخروصة. ولا يقدح في ذلك إتحاد الثمن والمثمن [٢].

---

[١] [كما أنّ] المنساق من النصوص السابقة **ما هو صريح جماعة بل المشهور، بل ظاهر جامع المقاصد نسبته إلى تصريح الأصحاب**[١].

[٢] بعد ظهور النصوص المعمول بها بين الأصحاب فيه سواء قلنا: إنّها بيع كما احتمله في التذكرة[٢]، وإن كان بعيداً؛ لشدّة مخالفته لقواعد البيع مع عدم ظهور شيء من النصوص في أنّه منه، وذكر الأصحاب له في بيع الثمار أعمّ من ذلك أو معاملة برأسها أو صلح سيّما بعد عدم الاتّحاد حقيقة هنا؛ لكون المعوّض عنه الحصّة المشاعة، والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصّتين، بل لا يبعد جواز مثل ذلك في الصلح مع قطع النظر عن نصوص المقام؛ لعموم قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»[٣].

الذي استفيد منه قيامه مقام الهبة وغيرها، فجوّزوا الصلح عن المال ببعضه وإن انحلّ إلى الهبة.

ولعلّه هنا كذلك من طرف القابل والمقبل وحينئذٍ فبناءً على أنّ القبالة نوع من الصلح كما هو صريح بعض[٤] وظاهر آخر لا تكون مخالفة للقواعد أصلاً؛ إذ لا محاقلة ولا مزابنة فيه ولا ربا أيضاً، وإن قلنا باختصاصه بالبيع، بل وعلى التعميم؛ لما عرفت من أنّ الثمرة والزرع ليستا من المكيل والموزون ولا منع من مثل هذا الاتّحاد فيه.

وكذا لو قلنا بأنّها معاملة برأسها كما هو مقتضى جوازها بلفظ التقبيل. **بل في المسالك: «ظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ التقبيل»**[٥].

وإن كان قد يشكل إن أُريد الاختصاص بخلوّ أكثر النصوص السابقة عن اللفظ المزبور، بل ظاهرها خصوصاً الأوّل الاكتفاء بغيره.

وفي جامع المقاصد: «هل يحتاج ذلك ـ أي التقبيل ـ إلى صيغة عقد؟ الظاهر: نعم؛ لأنّها صلح في المعنى، ولأنّ الأفعال لما لم تكن لها دلالة بنفسها على المعاني تعيّن المصير إلى الألفاظ حينئذٍ، فيحمل على العقد؛ لأنّه الموظّف شرعاً لنقل الملك، ولأنّ الأصل بقاء الملك لمالكه حتى يقطع بسببه، فإن قلت: عبارة الصحيح الأوّل دالّة على خلاف ذلك.

قلت: ليس فيها دلالة، على أنّ المسؤول عنه فيها هو الجاري في المعاوضة، فيجوز أن يكون المسؤول عنه هو صحّة إيقاع ما أراده»[٦].

قلت: لا ريب في اعتبار الصيغة في لزومها.

وخلوّ نصوصها عنها كخلوّ أكثر نصوص العقود عن ذلك.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ١٧٨.

(٢) التذكرة ١٠: ٤٠٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٤٤٣، ب ٣ من الصلح، ح ٢.

(٤) التحرير ٢: ٤٠٢. جامع المقاصد ٤: ١٧٦.

(٥) المسالك ٣: ٣٧٠.

(٦) جامع المقاصد ٤: ١٧٧.

[ولا ريب في اعتبار الصيغة في لزومها].

إنّما الكلام في أنّ صيغتها صيغة الصلح [١].

أو أنّ صيغتها خصوص لفظ التقبيل [٢].

نعم بناءً على جواز الإتحاد المزبور [أي إتحاد القبالة مع الصلح] لا ينبغي التأمّل حينئذٍ في صحّة وقوعها بصيغة الصلح وإن لم تتم قبالة ، كما أنّها كذلك لو وقع العوض من غيرها أو مطلقاً بعقد الصلح .

بل قد يستشكل من وقوع العوض من غيرها والصيغة لفظ « التقبيل » [٣].

---

[١] لعدم تعارف غير العقود المعهودة المفردة بالتبويب ، ولعدم ظهور في نصوص المقام بالاستقلال ؛ إذ ليس فيها إلّا الجواز الذي يمكن أن يكون بناؤه على أنّها من الصلح ، بل ربّما كان في بعضها إيماء إلى ذلك .

[٢] المعبّر به في الفتاوى وبعض النصوص ؛ لعدم ذكرهم ذلك في باب الصلح ، بل لا إشارة في شيء من كلامهم إلى أنّه منه وما في المختلف[١] كالذي سمعته من جامع المقاصد يراد منه أنّها كالصلح في المعنى ، لا أنّه تنعقد بصيغته .

نعم صرّح في الدروس أنّها نوع منه[٢] ، ويمكن إرادته ذلك أيضاً على إشكال وتردّد .

[٣] لما عرفت من أنّ وضعها على كون الثمن منها **كما يشهد له ما ذكره الشيخ وابنا حمزة[٣] وإدريس والفاضل[٤] والشهيد[٥] والمقداد[٦] وغيرهم من عدم الضمان لو تلفت الثمرة بآفة سماويّة .**

بل في مزارعة جامع المقاصد[٧] نسبته اليهم مشعراً بدعوى الإجماع عليه ؛ ضرورة توقّف صحّته على كون الثمن منها حتّى يكون التلف حينئذٍ للعوض .

ولا دليل على الانتقال إلى بدله بعد عدم الدليل على ضمانه في يده .

ولا ينافي ذلك صحّة العقد ؛ إذ ليس هو بغير عوض ، بل عوضه من المعوّض ، فمع فرض التلف بالآفة يتحقّق تلف العوضين معاً من غير ضمان .

فما في التذكرة من تردّد فيه[٨] ، كالمحكي عن تعليق الإرشاد ، بل في المسالك : « أنّ دليله غير واضح »[٩] . في غير محلّه ، بل لا يحتاج ذلك إلى تنزيل العوض على الإشاعة ؛ إذ يمكن أن لا يكون كذلك وإن كان كلّياً مضموناً في العين بشرط السلامة للدليل نحو ما سمعته في خبر الأطنان في الجملة .

---

(١) المختلف ٦: ١٨٥ ـ ١٨٦ .

(٢) الدروس ٣: ٢٣٨ .

(٣) النهاية : ٤٤٢ . الوسيلة : ٢٧١ .

(٤) السرائر ٢: ٤٥٠ . القواعد ٢: ٣١٤ .

(٥) الدروس ٣: ٢٣٨ .

(٦) لم نعثر عليه في التنقيح انظر ٢: ١١٣ .

(٧) جامع المقاصد ٧: ٣٣٦ .

(٨) التذكرة ١٠: ٤٠٨ .

(٩) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٥٢ . المسالك ٣: ٣٧٠ .

[وأنّ المتقبّل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامة الثمرة وعدم تلفها].

وعلى كلّ حال فليس مثل هذا انفساخاً لا من الأصل، ولا من الحين.

لكن في الدروس: «أنّ قرار ذلك مشروط بالسلامة»[١].

والمراد كما في جامع المقاصد: أنّه «إن هلكت لا صلح، وإن سلمت ثبت ووجب العوض»[٢].

وربّما أُشكل بأنّه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح، فلا يلزمه ما بقي من العوض، ويدفع بأنّ سلامة الجميع شرط للصلح في الجميع وسلامة الأبعاض شرط للصلح فيها.

نعم قد يشكل بأنّه قد صرّح في الدروس بالجواز لو تقبّلها بعوض غير مشروط فيها[٣].

ولا دليل على اشتراط مثله بالسلامة؛ لأنّ المعوّض إذا قبض بعوض وجب أن يكون مضموناً، فإذا تلف يجب أن يكون عوضه في الذمّة؛ ويمكن تنزيل ما في الدروس على ما إذا كان العوض منها بالسلامة لا مطلقاً بل قد سمعت سابقاً، أنّ ذلك وإن جاز، إلّا أنّه ليس قبالة على الظاهر.

لكن في جامع المقاصد: «إنّ كلّاً من القولين لا يخلو من إشكال، أمّا اشتراط كون القبالة من الثمرة المتقبّلة فيه إشكالان: الأوّل: أنّ اشتراط العوض من المعوّض ينافي صحّة المعاوضة عند الجميع، وليس في النصوص ما يدلّ على الجواز هنا.

الثاني: لو نقصت الثمرة بغير آفة بل كان من جهة الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص على المتقبل مع أنّهم حكموا بعدم وجوبه عليه. وأمّا على الجواز مطلقاً فإشكالان مع ثالث، وهو عدم إمكان اشتراط السلامة في قرار القبالة حيث يكون في الذمّة لما قلناه من امتناع كون محلّ العوض الذمّة ويذهب بتلف الثمرة»[٤].

وفيه: ما عرفت سابقاً من ظهور النصوص والفتاوى في كون العوض منها، وحينئذٍ وجه عدم الضمان بالآفة واضح، بل هو قد اعترف في باب المزارعة بأنّ هذه المعاوضة لا تخرج باشتراط السلامة عن نهج المعاوضات، فإنّ المبيع في زمان الخيار من ضمان البائع وإن تلف في يد المشتري، لكن بغير تفريط إذا كان الخيار للمشتري، وهي لا تزيد على ذلك[٥].

ومنه يعلم وجه اندفاع الآخر. نعم يبقى المطالبة بالدليل على ذلك [=الضمان] فيما لو كان العوض من غيرها واقامته عليه - سيما مع عدم تصريح الأصحاب بأنّ القبالة تكون من غير الثمرة لا تخلو من صعوبة وإن كان الظاهر بناء هذه المعاوضة على الزيادة والنقصان من حيث الخرص لا غير، وربّما كان في قوله عليه السلام: إذا كانت الزيادة له فالنقيصة عليه[٦] ايماءً إلى ذلك في الجملة فيرجع حاصلها أنّ المتقبل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامة الثمرة وعدم تلفها.

---

(١) الدروس ٣: ٢٣٨.

(٢)(٤) جامع المقاصد ٤: ١٧٨، ١٧٩.

(٣) الدروس ٣: ٢٣٨، ولم يصرح فيها، والظاهر أنّه يستفاد من عبارة: «وإن كان منها».

(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٣٦.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٣٣، ب ١٠ من بيع الثمار، ح ٤.

بل يمكن دعوى براءته لو كان المتلف غير الآفة من غاصب وشبهه [١].

ثمّ إنّه لا يخفى [أنّ الظاهر] [٢] اعتبار البلوغ ، كما أنّه [الظاهر] [٣] عدم وجوب القبول على الشريك [٤].

والظاهر أنّه لا يعتبر في القبالة ما تقدّم في العرية من وجوب الأخذ بمقدار الخرص من غير زيادة ولا نقيصة [٥].

كما أنّه قد ظهر لك ممّا قدّمنا إمكان جريان التقبيل بالنسبة إلى غير الشريك بل في غير الثمار ، بناءً على أنّ القبالة نوع من الصلح ، وأنّ ذلك كلّه جائز فيه [٦].

[ولكن المؤيّد هو الاقتصار في موردها على المتيقن].

[أكل المارّة]:

المسألة (**الثامنة : إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع**) أو قريب منها بحيث لا يعد قاصداً عرفاً ، بل كان ذلك منه (**إتفاقاً جاز أن يأكل من غير إفساد**) مع عدم العلم والظنّ بالكراهة [٧].

---

[١] **وإن استبعده في جامع المقاصد قال : « والظاهر أنّ المراد بالآفة السماويّة والأرضيّة ما يكون ممّن لا يعقل تضمينه ، فلو أتلفها متلف فالظاهر أنّ القبالة بحالها عملاً بالاستصحاب ويطالب المتقبّل المتلف . ويحتمل أن يراد بالأرضيّة ما يعمّ هذا ، فيسقط القبالة أيضاً باتلاف المتلف ، وهو بعيد »**[1].

وأمّا ما ذكره من عدم وجوب النقص على المتقبّل لو كان النقصان من حيث الخرص فيدفعه : صريح بعض النصوص السابقة وظهور آخر ، وكون الثمن منها لا ينافي ذلك ؛ إذ يلزم بالتأدية من حصّته . نعم لو فرض نقصان المجموع من المقدار إتجه ذلك ، إلّا أنّه نادر لا يحمل عليه إطلاق النصوص والفتاوى ، فتأمّل جيّداً .

[٢] [لـ] ـظهور النصّ السابق في [ذلك].

[٣] **[كما] صرّح غير واحد بـ [ـذلك].**

[٤] للأصل وغيره ، لكن قد يظهر من النصوص السابقة الالتزام بإحدى فردي التخيير مؤيّداً بوجه مشروعيّة التقبيل من خوف الخيانة ونحوها .

[٥] بعد ما سمعت من عدم الربا في المقام : « والناس مسلّطون على أموالهم »[2].

[٦] لعموم قوله عليه السلام : « الصلح جائز بين المسلمين »[3] ، لكن ظاهر الأصحاب الاقتصار ، وهو مؤيّد لكون القبالة قسماً مستقلاً برأسها ، فيقتصر في موردها على المتيقّن ، الله أعلم .

[٧] **على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل في المختلف عن السرائر : « إذا مرّ الإنسان بالثمر جاز له أن يأكل منها قدر كفايته ، ولا يحمل منها شيئاً على حال من غير قصد إلى المضي إلى الثمرة للأكل ، بل كان الإنسان مجتازاً في حاجة ثمّ مرّ بالثمار ، سواء كان أكله منها لأجل الضرورة أو غير ذلك على ما رواه أصحابنا وأجمعوا**

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣٣٦.

(٢) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح ٧.

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٤٣ ، ب ٣ من الصلح ، ح ٢.

. . . . . .

عليه ؛ لأنّ الأخبار[١] في ذلك متواترة والإجماع منعقد منهم ، ولا يعتدّ بخبر شاذٍ أو خلاف من يعرف باسمه ونسبه ؛ لأنّ الحقّ مع غيره »[٢].

وعن الخلاف الإجماع أيضاً في النخل والفواكه[٣].

وفي الرياض : « لم نقف على مخالف فيه من قدمائهم إلّا ما يحكى عن المرتضى في بعض كتبه »[٤].

بل في شرح الأُستاذ : « أنّه قيل باضافة الزرع والخضر ، ونقلت عليه الشهرة ، ونسب إلى بعض نقل الإجماع فيه »[٥].

وكيف كان فيدلّ عليه مضافاً إلى ذلك قول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن سنان : « لا بأس بالرجل يمرّ بالثمرة ويأكل منها ولا يفسد ، قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تبنى الحيطان في المدينة ؛ لمكان المارّة ، قال : وكان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارّة »[٦].

ونحوه خبر أبي الربيع عنه أيضاً ، إلّا أنّه قال : « ولا يفسد ولا يحمل »[٧].

كمرسل الفقيه عنه أيضاً : « من مرّ ببساتين فلا بأس أن يأكل من ثمارها ، ولا يحمل [منها] شيئاً »[٨]. وقد قال محمّد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل المروي بطرق ثلاثة « أمرّ بالثمرة فآكل منها ؟ قال : « كل ولا تحمل »[٩].

وزاد في أحد طرقه قلت : جعلت فداك إنّ التجّار قد اشتروها ونقدوا أموالهم ، قال : « اشتروا ما ليس لهم »[١٠].

وسأله أيضاً يونس عن الرجل يمرّ بالبستان وقد حيط عليه أو لم يحط عليه ، هل يجوز أن يأكل من ثمره ليس يحمله على الأكل من ثمرة إلّا الشهوة له وله ما يغنيه عن الأكل من ثمرة وهل له أن يأكل من جوع ؟ قال : « لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده »[١١].

وسأله ابن أبي عمير عن الرجل يمرّ بالنخل أو السنبل أو الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة ؟ قال : « لا بأس »[١٢].

وخبر علي بن جعفر عن أخيه المروي عن كتاب مسائله لأخيه قال : سألته عن الرجل يمرّ على ثمرة فيأكل منها ؟ قال : « نعم

---

(١) انظر الوسائل ١٨ : ٢٢٦ ، ب ٨ من بيع الثمار .
(٢) السرائر ٢ : ٢٢٦ .
(٣) الخلاف ٦ : ٩٨ .
(٤) الرياض ٨ : ٣٧٥ .
(٥) شرح القواعد ١ : ٣٥٥ .
(٦) الوسائل ٩ : ٢٠٣ ، ب ١٧ من الزكاة ، ح ١٢ .
(٧) المصدر السابق : ٢٠٤ ، ح ٢ .
(٨) الفقيه ٣ : ١٨٠ ، ح ٣٦٧٨ . الوسائل ١٨ : ٢٢٨ ، ب ٨ من بيع الثمار ، ح ٨ .
(٩) التهذيب ٦ : ٣٨٣ ، ح ١١٣٤ . و ٧ : ٨٩ ، ٩٣ ، ح ٣٨٠ ، ٣٩٤ . الوسائل ١٨ : ٢٢٧ ، ب ٨ من بيع الثمار ، ح ٤ .
(١٠) المصدر السابق .
(١١) الوسائل ١٨ : ٢٢٧ ، ب ٨ من بيع الثمار ، ح ٥ .
(١٢) المصدر السابق : ٢٢٦ ، ح ٣ .

قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تستر الحيطان برفع بنيانها»[١]. إلى غير ذلك من النصوص التي لا يبعد تواترها كما سمعته من ابن ادريس[٢]. ولذا عمل بها هو كغيره ممّن لا يرى العمل إلّا بالقطعيّات.

فمن الغريب بعد ذلك التوقّف في الحكم المزبور فضلاً عن الجزم بعدمه لقاعدة قبح التصرّف في مال الغير بغير إذنه المعلومة بالعقل والنقل، كمعلوميّة حرمة الظلم والجور والخيانة والسرقة وتحريم أكل أموال الناس بالباطل.

وصحيح علي بن يقطين: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمرّ بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحلّ له أن يتناول منه شيئاً ويأكل من غير إذن صاحبه وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة وأمره القيم وليس له وكم الحدّ الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: «لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئاً»[٣].

ومرسل مروان بن عبيد قلت للصادق عليه السلام: الرجل يمرّ على فراخ الزرع يأخذ منه السنبلة؟ قال: «لا، قلت: أيّ شيء السنبلة؟ قال: «لو كان كلّ من يمرّ به يأخذه منه سنبله لا يبقى منه شيء»[٤].

وخبر مسعدة بن زياد المروي عن قرب الاسناد عن جعفر بن محمّد عليه السلام أنّه سئل عمّا يأكل الناس من الفاكهة والرطب ممّا هو حلال لهم؟ فقال: «لا يأكل أحد إلّا من ضرورة ولا يفسد، إذا كان عليها بناء يحاط، ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبنى على حدائق النخل والثمار بناء لكي لا يأكل منها أحد»[٥]. مؤيّداً ذلك كلّه بنصوص التقبيل والخرص في الزكاة والخراج.

بل وبما دلّ على إخراج النخلة ونحوها لأجل المارّة الظاهر في التساهل بأمر المارّة. وباستمرار السيرة على بناء الجدران ووضع الأبواب ومنع الناس وامتناعهم، مع أنّه لو كان مثل ذلك جائزاً لشاع حتّى بلغ التواتر، لا أنّه تعارف خلافه، وبأنّ فتح هذا الباب يقضي بأن تضمحلّ أموال الناس، كما أومأ إليه خبر السنبلة[٦] سيّما مع كثرة الثمار على الطرق المسلوكة، بل يبعث على التجرّي على الحرام حتى أنّ كلّ من يجيء يقول: لم أكن قاصداً له.

ومن كان له عداوة مع أحد يتقصّد إضراره وله عذر واضح، بل يلزم منه أيضاً استباحة الأغنياء زكاة الفقراء غير السادات، وخمس السادات مع القول التعلّق بالعين.

ومن ذلك يظهر أنّ أدلّة الجواز لا تقوى على تخصيص هذه الأدلّة، سيّما مع اختلاف نقل الإجماع، وعدم خلوّ كثير من النصوص السابقة عن البحث في السند أو الدلالة، وإمكان حمل جملة منها على شهادة القرينة بالإذن كما يرشد إليه خبر الجدران[٧]، أو على أنّ لذلك العصر خصوصيّة على شهادة القرينة بالإذن أو على حال الضرورة، أو على تعليم أهل الثمار الرخصة وأنّه ينبغي لهم ذلك نحو ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله.

وفي المروي عن صاحب الزمان ـ عجّل الله فرجه ـ في جواب مسائل العمري: «أمّا ما سألت عنه من أمر الثمار من أموالنا

---

(١) مسائل علي بن جعفر: ١٤٨، ح١٨٨. الوسائل ١٨: ٢٢٦، ب٨ من بيع الثمار، ح٢، وفيهما: «بنائها» بدل «بنيانها».
(٢) تقدم في ص ٤٤٤.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٢٨، ب٨ من بيع الثمار، ح٧.
(٤) المصدر السابق: ٢٢٧، ح٦، وفيه: «عن مروك بن عبيد».
(٥) قرب الإسناد: ٨٠، ح٢٥٩. الوسائل ١٨: ٢٢٩، ب٨ من بيع الثمار، ح١٠، مع اختلاف فيهما.
(٦) المصدر السابق: ٢٢٧، ح٦.
(٧) الوسائل ١٨: ٢٢٩، ب٨ من بيع الثمار، ح١٠.

يمرّ به المارّ فيتناول منه ويأكل هل يحلّ له ذلك ؟ فإنّه يحلّ له أكله ، ويحرم عليه حمله »[١] . ولا أقلّ من أن يفيد ذلك كلّه الشكّ ، والأصل الحرمة . هذا أقصى ما يقال في ترجيح القول بالعدم **الذي هو مختار المرتضى في المحكي عنه في المسائل الصيداويّة**[٢] ، **والفاضل في مكاسب المختلف ـ وإن توقّف في الأطعمة**[٣] **ـ والمحقّق الثاني**[٤] **وغيرهم من المتأخّرين ومتأخّريهم ، واختاره الأُستاذ الأكبر**[٥] . إلّا أنّ الجميع كما ترى . بل يشبه أن يكون اجتهاداً في مقابلة النصّ ؛ إذ القاعدة بعد تسليم حكم العقل بإقعادها حال عدم العلم بالكراهة ، يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت ، فضلاً عن جميعه ، كغيرها من القواعد ؛ إذ مرجعه إلى الإذن الشرعيّة التي هي أقوى من المالكيّة ، وبها مع فرض كون موضوع البحث عدم العلم بالكراهة يخرج ما نحن فيه عن موضوع الظلم والخيانة والسرقة والجور والأكل بالباطل ونحو ذلك .

والصحيح[٦] مع معارضته بغيره محتمل للحمل منها والكراهة ، ولإرادة بيان حكم التناول مع نهي المالك وأمر القيّم ، ولغير ذلك والمرسل[٧] مع عدم الجابر ، ومعارضته بما سمعت .

محتمل أو ظاهر أو صريح في غير التناول للأكل ؛ ضرورة استبعاده في السنبلة الواحدة ؛ لعدم تعارفه ، بل ظاهر السائل الإقدام على ذلك باعتبار قلّة الاكتراث بالسنبلة ، فأجابه عليه السلام بالحكمة المزبورة .

وفي الحدائق : « الظاهر أنّ هذا الخبر لا يدخل في سياق هذه الأخبار ، فلا معنى لإجرائه في هذا المضمار ، فإنّ موضوع المسألة الأكل من الثمار في مكانه من غير أن يحمله ، والظاهر أنّ السنبل ليس من المأكول على تلك الحال ، فالظاهر إرادة حمله ، والمنع فيه ممّا لا خلاف فيه »[٨] . وهو حسن .

لكن قيل : يتعارف أكله مقلّاً ، ونحوه .

وخبر قرب الاسناد محتمل للكراهة ، خصوصاً مع استثنائه الضرورة ، وعدم بيان حدّها ، بل الظاهر منها عدم الوصول إلى حدّ الخوف على النفس . أو أنّ المراد منه المنع منه مع قيام شاهد الحال على العدم كالحائط ونحوه .

والخرص والتقبيل مع كونه في الغالب عند البلوغ يمكن اعتبار أمر المارّة فيه ، وإخراج النخلة لإرادة المارّة بصاحب البستان ، فإنّ من المتعارف بذل شيء من الثمرة لمن يمرّ به ، والمسلّم من قيام السيرة على ما يفسد وبناء الجدران ووضع الأبواب للخوف من ذلك ، على أنّه إذا كان قد تعارف المنع خرج عن موضوع المسألة الذي هو الأكل مع عدم العلم بالمنع وعدم البلوغ إلى حدّ التواتر لا يقضي بالمنع ، كما في غيره من الأحكام التي هي أهمّ منه ، مع أنّك قد سمعت دعواه ودعوى الإجماع وغيرهما ، وليس في الأكل مع عدم الإفساد اضمحلال لأموال الناس ، بل ربّما أدّى إلى البركة فيها ، ومثل هذه الباعثيّة لا تصلح دليلاً للمنع ، كوضوح العذر له ، ولو أنّ نحو ذلك صالح لامتناع كثير من الأحكام الشرعيّة .

---

(١) المصدر السابق : ٢٢٨ ـ ٢٢٩ ، ح ٩ .
(٢) نقله في المسالك ٣ : ٣٧٢ .
(٣) المختلف ٥ : ٢٦ . و ٨ : ٣٤٥ .
(٤) جامع المقاصد ٤ : ٤٧ .
(٥) شرح القواعد ١ : ٣٥٦ ـ ٣٥٧ .
(٦) الوسائل ١٨ : ٢٢٨ ، ب ٨ من بيع الثمار ، ح ٧ .
(٧) المصدر السابق : ٢٢٧ ، ح ٦ .
(٨) الحدائق ١٨ : ٢٩١ .

وإباحة الشارع الثمرة للمارّين أغنياء كانوا أو فقراء تجري على الجميع [١]. أمّا الخضر [٢] [والزرع ففيه خلاف وتردد].

وعلى كلّ حال فلا ريب أنّ الأحوط الترك فيهما بل وفي غيرهما، وإن اختلف شدّة وضعفاً. ثمّ إنّ [الظاهر] [٣] اشتراط الجواز بأُمور ثلاثة:

أحدها: كون المرور اتفاقياً، فلو كان مقصوداً لم يجز له [٤].

---

[١] **كما اعترف هو به في آخر كلامه**؛ لأنّه المالك الحقيقي، وليس مثل هذا الاختلاف في نقل الإجماع قادحاً، كما أنّ عدم خلوّ النصوص عن البحث في السند أو الدلالة بعد الاعتضاد بما عرفت غير قادح أيضاً.

ومن ذلك كلّه ظهر لك قوّة القول بالجواز. نعم ليس في شيء من نصوصه تعرّض لغير الثمرة والنخل واقتصار بعضهم على الثاني كما عن الشيخ في المسائل الحائريّة[١] في غير محلّه إن أراد عدم الجواز في غيره.

[٢] **فقد عرفت عن بعضهم دعوى الشهرة عليه، وآخر نقل الإجماع**[٢]. وقد يدعى تناول لفظ الثمرة له، كما يشهد به صحيح ابن يقطين[٣] السابق، وغيره كتناول لفظ «البستان» المراد منه ما فيه، بل قد يدعى تناولهما لمطلق الزرع، خصوصاً الثاني متمّماً له حينئذٍ بعدم القول بالفصل، مضافاً إلى مرسل ابن أبي عمير[٤] السابق. **لكن تردّد فيهما [= الخضر والزرع] المصنّف في النافع وأطعمة الكتاب**[٥]؛ لاختصاص كثير من الأدلّة السابقة بغيرهما، وللصحيح[٦] والمرسل[٧] السابقين في دليل المنع، مضافاً إلى الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن. **وفي الرياض: «لا ريب أنّ الترك هنا بل وسابقاً أيضاً أحوط وأولى، بل ربّما كان متعيّناً، ولا وجه لتخصيص التردّد بالحكم هنا مع جريانه في غيرهما، إلّا وجود القائل بالمنع هنا زائداً على المرتضى، وعدم حكاية إجماع هنا مع اختصاص كثير من الفتاوى المجوّزة المحكيّة في المختلف بالحكم سابقاً»**[٨].

قلت: قد عرفت عن بعضهم نقل الإجماع كما أنّك عرفت وجه الاختصاص بالتردّد.

[٣] [كما هو] ظاهر المتن كغيره.

[٤] اقتصاراً على المتيقّن. **وقد يظهر من الرياض دعوى الإجماع عليه**[٩]، **كما في الحدائق نسبه إلى الأصحاب**[١٠]. **وفي شرح الأُستاذ: «اعتبار عدم قصد المرور منه، ولا من وليّه؛ لخصوص تلك الثمرة ونحوه، لا في مبدأ المسافة، ولا في أثنائها؛ ليتحقّق صدق اسم المرور، وللإجماع عليه، ولو عيّنها بالاشارة واختلف الاسم كان قاصداً، بخلاف العكس»**[١١]. والعمدة ما عرفت من الاقتصار على المتيقّن وخبر عبد الله بن سنان السابق[١٢] مع قصور سنده وعدم الجابر له، يمكن أن يكون نفي البأس فيه عن الأكل، فكأنّه قال: لا بأس بالأكل بعد المرور إتّفاقاً.

---

(١) الرسائل العشر (المسائل الحائرية): ٣٣٠.
(٢) تقدّم عن الأُستاذ الأكبر في ص ٤٤٥.
(٣) (٦) الوسائل ١٨: ٢٢٨، ب ٨ من بيع الثمار، ح ٧.
(٤) المصدر السابق: ٢٢٦، ح ٣.
(٥) المختصر النافع ٣: ١٥٥. الشرائع ٣: ٢٢٨.
(٧) الوسائل ١٨: ٢٢٧، ب ٨ من بيع الثمار، ح ٦.
(٨) (٩) الرياض ٨: ٣٧٧.
(١٠) الحدائق ١٨: ٢٩٢ ـ ٢٩٣.
(١١) شرح القواعد ١: ٣٥٥.
(١٢) تقدّم في ص ٤٤٥.

لكن قد يقال: إنّ [الظاهر] [١] الجواز بتحقق اسم «المرور» وإن كان مقصوداً. نعم إذا كان المقصود المجيء إلى البستان مثلاً لم يصدق عليه اسم «المرور» بها، وهذا لا يقتضي اعتبار الإتّفاق في المرور [٢].

فالتحقيق: دوران الحكم مداره، فيرجع هذا الشرط إلى تحقّق مسمّاه لا أمر زائد [٣].

الثاني: عدم الإفساد [٤]

[الثالث] (**ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً**) [٥].

ثمّ إنّ الظاهر من هذا الشرط وسابقه كونه من الشرائط الكاشفة لو فرض تأخيرهما عن الأكل المباح، وقلنا بالشرطيّة في هذا الحال [٦]. ولكن الكشف بالنسبة إلى الضمان متّجه، أمّا بالنسبة إلى الإباحة فلا يخلو من

٢٣ = ١٣٣

---

[١] [كما هو] ظاهر النصوص.

[٢] ضرورة أعميّة مفاد النصوص من ذلك.

[٣] وقاعدة الاقتصار على المتيقّن لا وقع لها مع فرض ظهور الأدلّة الذي عليه المدار في جميع الأحكام، كما هو واضح.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، بل ادّعى بعضهم عليه الإجماع**[1]. وهو الحجّة بعد الاقتصار المزبور، وانصراف إرادة الشرطيّة من النهي في المقام في النصوص السابقة عنه، وعن الحمل. ومنه يظهر وجه الشرط الثالث الذي أشار إليه المصنّف بقوله [ذلك].

[٥] **بل في الرياض بعد نسبة الحكم به إلى القطع به بين الطائفة: «لعلّه إجماع»، لكن قال بعد ذلك: «إنّ إثبات شرطيّته وسابقه من الأصل والنصوص مشكل؛ لاندفاع الأوّل بإطلاق الرخصة، ولعدم نهوض الثاني إلّا بالنهي عنهما، وغايته الحرمة، وهي أعمّ من الشرطيّة، فإثباتها بذلك في كلام جماعة، لا تخلو من مناقشة. نعم الظاهر التلازم بينهما في النهي عن الإفساد، إذا فسّر بما مرّ وهو عدم الأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً، ويصدق معه مسمّاه عرفاً، ويختلف ذلك بكثرة الثمرة والمارّة وقلّتهما جدّاً. لا إن فسّر بالمعنى الآخر، وهو هدم الحائط أو كسر الغصن أو نحو ذلك»**[2].

قلت: قد عرفت ظهور النهي المزبور في الشرطيّة هنا كغيره من المقامات سيما بعد الاعتضاد بظاهر كلام الأصحاب، وإن كان في ظهور العبارة ونحوها بالشرطية نوع مناقشة، ولكن مع الالتفات إلى كلام الأصحاب واستبعاد اقترانها بالاباحة ـ على معنى إرادة الحرمة الخارجيّة منها على حسب غيرها من المحرّمات ـ تندفع المناقشة المزبورة، وأمّا ما ذكره من التلازم المزبور فلا يخلو من مناقشة مع فرض تحقّق الفساد بالآخر، فإنّه لا مانع حينئذٍ من القول باختصاصه بالحرمة، دون الأوّل.

نعم لو قلنا بالأخير يتحقّق الفساد في الجميع على وجه يكون تمام ما أكله مندرجاً في النهي اتجه ذلك، ولكنّه خلاف المنساق من قوله: كل ولا تفسد.

[٦] لإطلاق الأدلّة.

---

(١) القواعد ٢: ١٢.

(٢) الرياض ٨: ٣٧٧ ـ ٣٧٨.

منع [١]. [والقول بأنّه لا يجوز أن يهب مارّاً ولا غيره أو يجعله نائباً وما أكلته المارّة حين تعلّق الزكاة أو الخمس جار على الجميع، فلا شيء للفقراء على المالك، وليس حقّ المارّة ممّا يجوز نقله، ولو استناب أحداً في التناول له جاز، جيّد]. ثم إنّ [الظاهر] [٢] اعتبار البلوغ في الثمرة.

فلا تباح حينئذٍ للمارّة قبل بلوغها [٣]. نعم لا يبعد أن يكون المراد من ذلك الوصول إلى حدّ اعتياد التناول [٤]. [وهو أقوى وأحوط]. ولا فرق بين الثمرة المعتادة وغيرها من سائر الشجر، والله أعلم.

---

[١] ودعوى أنّ الشرط فيهما قصد الحمل وقصد الإفساد. يدفعها: ظهور الأدلّة في خلافها، بل لا إشعار في شيء منه بالقصد. نعم قد يقال: بتصوّر الكشف فيها على بعد بل يمكن القطع بفساده، بملاحظة الأدلّة، فتأمّل. **وكيف كان فظاهر الأُستاذ الأكبر ثبوت الحرمة بقصد الافساد، بلغ حدّه أو لا، قال: « ومع عدم القصد ينتفي الجواز عند خوفه، ولا فرق بين حصول الفساد من واحد أو من جماعة، فلو أكلت المارّة حتّى قرب الفساد حرم على الأخير، وإذا علم ترتّب الفساد على المجموع اقترعوا »[1] على التناول، فيجوز لكلّ من طلعت له القرعة. ثمّ قال: « والمنع مع الفساد في الجملة ممّا يقضي به الأصل والعقل والكتاب والسنّة والإجماع محصّله ومنقوله، وبعض أخبار[2] الباب. والظاهر أنّه لا فرق بين الفساد في الشجر والثمر، وفي الجدران والسواقي والمساقي، وبمثل ذلك يظهر قوّة التحريم؛ لإنّ المارّ لايعلم قدر الثمرة ابتداءً حتّى يعرف الفساد. فربّما أكل من صاع هو بقيّة ألف صاع من حيث لا يعلم. والظاهر ثبوت الضمان عليه مع العمد في الافساد [و] بدونه وأُجرة المثل لو مكث زائداً على مقدار ما يحتاج إليه في التناول » إلى أن قال: « ولابدّ أن يقتصر في الأكل على أكله المعتاد على وفق المعتاد، فإن زاد ضمن الجميع، وله الخيار في اختيار أقسام الثمرة ولو عين المالك شيئاً تعيّن ».** وفيه مواضع للنظر، كما أنّ ما فيه أيضاً: من أنّ « الظاهر اعتبار كون الثمرة على الشجر اقتصاراً على المتيقّن، وكون المارّ مسلماً حيث يكون المالك كذلك؛ إذ لا سبيل عليه لغيره واعتبار الإيمان من[3] المؤمن لا يخلو من وجه، واشتراط أن لا يكون له ثمر متّصل بثمر الغير وأن لا يكون حاملاً من جنسه لا يخلو من قوّة، واشتراط عدم علم الكراهة أو ظنّها، وعدم السور والباب ينافيه ما في بعض روايات الباب، ولا محيص عن القول به » كذلك فيه مواضع للنظر أيضاً. **نعم ما فيه من أنّه « لا يجوز أن يهب مارّاً ولا غيره أو يجعله نائباً وما أكلته المارّة حين تعلّق الزكاة أو الخمس جار على الجميع، فلا شيء للفقراء على المالك، وليس حقّ المارّة ممّا يجوز نقله...، ولو استناب أحداً في التناول له جاز على إشكال »[4]** جيد، بل الإشكال في الأخير ضعيف.

[٢] [كما هو] ظاهر خبر ابن سنان السابق.

[٣] كما هو مقتضى الاقتصار على المتيقّن.

[٤] **وربّما ظهر من بعض مشائخنا تعميم الحكم للثمرة وإن لم تبلغ حدّ اعتياد الأكل.**

وهو وإن كان قد يشهد له إطلاق كثير من النصوص لكن ما ذكرنا أقوى وأحوط.

---

(١) شرح القواعد ١: ٣٦٠.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ٢٢٦، ب٨ من بيع الثمار.

(٣) في المصدر: «مع».

(٤) شرح القواعد ١: ٣٦٠ ـ ٣٦٣.

(الفصل التاسع : في) البحث عن (بيع) الأناسي من (الحيوان)

(و) تمام القول فيه يتوقّف على (**النظر فيمن يصحّ تملّكه وأحكام الابتياع ولواحقه**) .

[استرقاق الكافر المحارب]:

(**أمّا الأوّل** فـ) [المختار] [١] أنّ (**الكفر الأصلي**) بأحد أسبابه (**سبب لجواز استرقاق**) الكافر (**المحارب**) الخارج عن طاعة الله ورسوله ﷺ ولم يكن معتصماً بذمّة أو عهد أو نحوهما (و) يلحقه في هذا الحكم (**ذراريه**) وإن لم يتصفوا بوصفه .

(و[1] **يسري الرق في أعقابه وإن زال**) وصف (**الكفر**) عنه [٢] .

(**ما لم يعرض الأسباب المحرّرة**) فيتبعه حينئذٍ أعقابه بعد الحريّة فيها [٣] .

---

[١] [كما] **لا خلاف فيه** [ـه] .

[٢] لأنّهم نماء الملك الذي قد فرض حصوله بحصول سبب التملّك حال الاسترقاق .

[٣] لخروجه عن الملك المقتضي لملكيّة النماء حينئذٍ ، وخرج بالأصلي المنتحل للإسلام المتحصّن به عن الاسترقاق إجماعاً والمرتدّ الذي خرج كفره المتجدد بتخلّل الإسلام أو ما في حكمه عن كونه أصليّاً .

لأصالة الحريّة السالمة عن المعارض بعد اختصاص الفتاوى والنصوص ولو بحكم التبادر في غيره ، بلا خلاف أجده في ذلك ، هذا .

وفي الحدائق : « المرتد وإن كان بحكم الكافر في جملة من الأحكام إلّا أنّه لا يجوز سبيه . وفي جواز بيع المرتدّ الملي قول قوّاه في الدروس ، وأمّا الفطري فلا ، قولاً واحداً ، فيما أعلم »[2] .

قلت :

الموجود في الدروس هنا : « ويصحّ بيع المرتد عن ملّة لا عن فطرة على الأقوى »[3] .

والظاهر كون المراد بيع المالك للعبد المرتدّ عن ملّة لا عن فطرة ، وغير الأقوى جواز بيعهما معاً قال في التذكرة : « المرتدّ إن كان فطرة ففي صحّة بيعه نظر ، ينشأ من تضادّ الحكمين ، ومن بقاء الملك ، فإنّ كسبه لمولاه ، وأمّا عن غير الفطرة : فالوجه صحّة بيعه ؛ لعدم تحتّم قتله ؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام »[4] . وعلى كلّ حال فهذا غير ما نحن فيه .

---

(١) في الشرائع : « ثم » .

(٢) الحدائق ١٩ : ٣٧٢ .

(٣) الدروس ٣ : ٢٢٣ .

(٤) التذكرة ١٠ : ٣٤٢ نقلاً بالمعنى .

ثمّ إنّ [الظاهر] [١] عدم الفرق في سبب الملك بين الكافر والمسلم [٢]، هذا.

ولكن الإنصاف عدم خلوّ أصل المسألة من إشكال، إن لم يكن إجماع على كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملّكاً كاستيلاء المسلم [٣].

---

[١] [كما هو] مقتضى اطلاق المتن، وغيره ما هو صريح الفاضل[١] وغيره، من [ذلك].

[٢] **بل في شرح الأُستاذ أنّ الإجماع بقسميه عليه**[٢]. وقال رفاعة في الصحيح لأبي الحسن عليه السلام: إنّ القوم يغزون على الصقالبة والروم فيسترقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون إلى الغلمان فيخصّونهم ثمّ يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجّار فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنّهم قد سرقوا وإنّما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: «لا بأس بشرائهم، إنّما أُخرجوا من الشرك إلى دار الإسلام»[٣]. وفي خبر ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام أيضاً في شراء الروميّات، فقال: «اشترهن وبعهن»[٤]. وسأل عبد الله اللحّام أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري [من رجل] من أهل الشرك ابنته فيتّخذها؟ قال: «لا بأس»[٥]. وسأله أيضاً عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك يتّخذها؟ قال: فقال: «لا بأس»[٦]. بل ظاهر خبر اللحّام الأوّل ملكه من ينعتق عليه وقد استشكل فيه الفاضل من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر.

قال: «والتحقيق صرف الشراء إلى الاستنقاذ وثبوت الملك للمشتري بالتسلّط»[٧].

قلت: المتّجه على هذا عدم لحوق أحكام البيع من الخيار والأرش ونحوهما. لكن مع ذلك توقّف فيه الفاضل[٨]، وهو في غير محلّه قطعاً. نعم قد يقال: ببقاء الملك؛ لأنّه: إن قلنا بتوقّف العتق على تقدّمه زماناً، فمن الواضح حينئذٍ عدم وقوعه مع المقارنة؛ لأنّ كلّ حين من أحيان العتق يقارنه سبب الملك، فلم يزل مملوكاً عتيقاً، وإن قلنا بتوقّفه على التقدّم الذاتي فكذلك أيضاً؛ إذ السببان كفرسي رهان. وقاعدة سلطان الملك وتسلّط الناس على أموالهم[٩] أصل لا يخرج عنه في محلّ الشكّ.

أو يقال: إنّ عدم جواز التمليك عندنا، مع الجواز عندهم غير قادح في جواز الأخذ منهم، إلزاماً لهم بمذهبهم.

ولو قلنا بعدم الجواز فالظاهر جواز أخذ الثمن منهم لو وقع البيع بينهم، وإن كان الدافع ذمّياً أو معاهداً.

[٣] خصوصاً بعد أصالة الحريّة وعدم ملك الناس بعضهم لبعض.

والنصوص المزبورة محتملة لإرادة التسلّط العرفي من «الشراء» فيها، خصوصاً في الرواية الأُولى[١٠] المقتضي خصيّ الغلمان فيها العتق لكونه تنكيلاً. بل من المحتمل إرادة المخالفين من ملوك أهل الجور من «القوم» فيها.

ومن الغريب الجزم من بعض الناس بالملكيّة في السبب بالتقرير الذي سمعته، مع أنّه يمكن منع كون السببين فيه على ما ذكر باعتبار تقدّم القرابة المتحقّقة بانعقاد النطفة، ولا ريب في أنّها قبل القهر، والله أعلم.

---

(١) (٧) القواعد ٢: ٢٩.
(٢) شرح القواعد: ١٢٠ (مخطوط).
(٣) التهذيب ٦: ١٦٢، ح٢٩٧. الوسائل ١٨: ٢٤٤، ب٢ من بيع الحيوان، ح١، وذيله.
(٤) المصدر السابق: ٢٤٥، ح٢.
(٥) الوسائل ١٨: ٢٤٦، ب٣ من بيع الحيوان، ح٢.
(٦) المصدر السابق: ٢٤٧، ح٣.
(٨) القواعد ٢: ٢٩.
(٩) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢٤٤، ب٢ من بيع الحيوان، ح١.

[استرقاق اللقيط من دار الحرب]:

(**ويملك اللقيط من دار الحرب**) التي ليس فيها مسلم يمكن تولّده منه بالاستيلاء عليه [١].

ولا يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولّده منه [٢].

أمّا الأخذ ونحوه ممّا لا يعدّ التقاطاً فيترتّب عليه أحكام الملك [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**، إلحاقاً له بأهل الدار الذين قد عرفت كون حكمهم ذلك.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه**[١]؛ لأصالة الحريّة. لكن قد يناقش فيها بظهور الوجدان في الدار في كونه منهم، وهو كاف في قطع الأصل، وإلّا لم يترتّب الملك على الالتقاط إلّا نادراً؛ لندرة عدم الاحتمال ولو جرى الحكم في الأسر أيضاً لوحدة المدرك لقلّ ما يحكم بترتّب الملك فيه أيضاً ولوجب في الغالب الفحص والسؤال؛ إذ قلّ ما ينتفي الاحتمال.

قلت: يمكن أن يكون المستند في ذلك إطلاق النصوص، لا الأصل المزبور، كقول الصادق عليه السلام في خبر زرارة: «اللقيط لا يشترى ولا يباع»[٢].

وفي خبر المدائني: «المنبوذ حرّ، فإن أحبّ أن يوالي غير الذي ربّاه، وإلّا فإن طلب منه الذي ربّاه النفقة، وكان موسراً ردّ عليه، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة»[٣].

وفي خبر عبد الرحمن العزرمي عن أبيه عن الباقر عليه السلام: «المنبوذ حرّ، فإذا كبر فإن شاء يوالي الذي التقطه، وإلّا فليردّ عليه النفقة، وليذهب فليوالِ من يشاء»[٤].

وسأله محمّد بن مسلم في الصحيح: عن اللقيطة؟ فقال: «حرّة لا تباع ولا تشترى ولا توهب»[٥].

اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ الأخبار لا يفهم منها إلّا ما في دار الإسلام، كما يفهم من أخبار لقطة المال والحيوان.

ويدفع بمنع اختصاصها في ذلك، ولو بمعونة فهم الأصحاب.

نعم لا ريب في خروج ما كان منه في دار الحرب على الوجه السابق منها؛ ترجيحاً لما دلّ على جواز تملّك مثله عليها إن قلنا بشمول إطلاقها لمثله. كما أنّه لا ريب في اختصاص الحكم المزبور بالالتقاط؛ لما عرفت من إطلاق النصوص الحريّة[٦].

[٣] بظاهر الدار، ولا يلتفت إلى الاحتمال المذكور، بل قد يمنع إلحاق المعتصم بالمسلم في الالتفات إلى الاحتمال المزبور؛ لعدم انجبار الإطلاق بالفتوى، بل ظاهر الفتوى القطع بوجود المسلم الممكن التولّد منه، فلا يجزي الظنّ بوجوده فضلاً عن الاحتمال؛ لأصالة عدمه، السالمة هنا عن المعارض، بخلاف أصالة عدم التولّد منه.

(و) على كل حال فقد ظهر أنّه [لا يملك...].

---

(١) الحدائق ١٩: ٣٨٣.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة، ح ١.

(٣) المصدر السابق: ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ٣، وفيه: «عبد الرحمن العزرمي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال».

(٥) التهذيب ٧: ٧٨، ح ٣٣٥. الوسائل ١٨: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة، ذيل الحديث ٤. و ٤٦٨، ح ٥، مع اختلاف فيهم.

(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة.

[و] (**لا يملك**) اللقيط (**من دار الإسلام**) [١].

إلّا إذا علم انتفاؤه عن المسلم ومن في حكمه بالنسبة إلى ذلك.

(**فلو بلغ وأقرّ**) جامعاً لشرائط صحّة الإقرار (**بالرقّ**) أو ببعض علله أو نحو ذلك ممّا يقتضيه (**قيل**) [٢]: (**لا يقبل**) [٣].

(**وقيل**) [٤]: (**يقبل، وهو أشبه**[١]) [٥].

ثمّ إنّه [الظاهر] [٦] عدم اعتبار الرشد في صحّة الإقرار المزبور [٧]. وأشكل بما لو كان في يده مال [٨]، وفيه بحث [٩].

---

[١] **بلا خلاف فتوى ونصّاً.**

[٢] **والقائل ابن إدريس ناسباً له إلى محصّلي الأصحاب**[٢].

[٣] **لأنّ الشارع حكم عليه بالحريّة.**

[٤] **والقائل غيره بل قيل: إنّه إجماع**[٣].

[٥] بعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم[٤]، وبما سمعه ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «أنّ عليّاً كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبوديّة وهو مدرك، من عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرقّ صغيراً كان أوكبيراً»[٥]. وسأله الفضل عن رجل [حرّ] أقرّ أنّه عبد؟ قال: «يؤخذ بما أقرّ به»[٦]. ولا ينافيه الحكم الشرعي ظاهراً بالحريّة كما في غيره ممّا يعترف الخصم به.

ودعوى ظهور نصوص اللقيط في التحرير شرعاً لا الحكم بها، ظاهر ينفيها إتّفاق الأصحاب على خلافها ظاهراً. بل يمكن دعوى انسياق ذلك منها، مع قطع النظر عنها، خصوصاً بعد معلوميّة خروج المعلوم انتسابه إلى أهل الحرب منها.

[٦] [كما] قد يظهر من إطلاق المتن وغيره في باب اللقطة.

[٧] لأنّه ليس إقراراً بالمال، وإن ترتّب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص، وإن أمكن رجوعه إلى المال بوجه.

[٨] فإنّ إقراره على نفسه بالرقية يقتضي كون المال له، إلّا أن يقال بثبوته تبعاً لثبوت الرقية، لا أنّها إقرار بالمال.

[٩] ومن هنا مال بعضهم إلى اشتراطه[٧]. **بل جزم به شيخنا في شرحه**[٨] **بذلك**؛ لما عرفت، ولأنّه نفسه مال، فلا يقبل إقراره.

وفيه: أنّه لادليل معتبر صالح لتقييد أدلّة جواز الإقرار التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقّن الذي هو غير مفروض البحث قطعاً، كما هو واضح بأدنى تأمّل، وتفسير «المدرك» بالرشيد في الخبر المزبور لا شاهد له، بل ظاهره إرادة كونه بالغاً عاقلاً، هذا. وتسمع تمام البحث في أطراف المقام إن شاء الله تعالى.

---

(١) في الشرائع: «الأشبه».
(٢) السرائر ٢: ٣٥٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٣٦.
(٤) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ب٣ من الاقرار، ح٢.
(٥) الوسائل ٢٣: ٥٤، ب٢٩ من العتق، ح١.
(٦) المصدر السابق: ٥٤ـ ٥٥، ح٢.
(٧) التذكرة ١٠: ٣٠٦.
(٨) شرح القواعد: ١٢١ (مخطوط).

[ما لا يملكه الإنسان من العبيد]:

(ويصحّ أن يملك الرجل كلّ أحد) [١].

(عدا أحد عشر) فلا يستقرّ ملك الرجل عليهم، بل ينعتقون عليه قهراً **(وهم الآباء والأُمّهات والأجداد والجدّات)** لهما أو لأحدهما **(وإن علوا والأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً)** وخناثاً **(وإن سفلوا والأخوات والعمّات والخالات)** وإن علتا، لا عمّة العمّة، ولا خالة الخالة، ولا عمّة الخالة، ولا خالة العمّة إذا لم تكن عمّة وخالة **(وبنات الأخ وبنات الأُخت)** [٢].

[وحينئذٍ فهل يدخل في الملك آناً ما بعد الشراء مثلاً ثمّ ينعتق ؟]

[أو يترتّب العتق على نفس الشراء ؟].

[القول بترتّب العتق على نفس الشراء أقرب إلى الضوابط]، فتأمل جيّداً، والله أعلم.

---

[١] لعموم الأدلّة أو إطلاقها.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه نصّاً وفتوى**؛ إذ اقتصار البعض[١] على ذكر البعض ليس خلافاً في المقام قطعاً، كما لا يخفى على من لاحظ، بل الاجماع بقسميه على ذلك.

نعم قيل ـ بل نسبه بعضهم إلى ظاهر الأكثر ـ: إنّ المراد من نحو ما في المتن عدم استقرار الملك، فيدخل في الملك آناً ما بعد الشراء مثلاً ثمّ ينعتق[٢]. ولعلّه للجمع بين:

١ ـ قاعدة: « لا عتق إلّا في ملك ».

٢ ـ وقاعدة: « ترتّب الملك على أسبابه »، وبين ما دلّ على الانعتاق هنا قهراً، مضافاً إلى ظهور بعض نصوص المقام في حصول الملك بالشراء ثمّ العتق، كقوله: « إذا ملك الرجل والديه أو أُخته أو عمّته عتقوا »[٣].

٣ ـ وقوله: « إذا ملكهنّ عتقن »[٤]. ونحوه ذلك فالجمع بين ذلك وبين البعض الآخر الدالّ على عدم الملك بإرادة المستقرّ من الثاني وغيره من الأوّل، هذا.

وقد يقال: إنّ ظاهر جملة من النصوص ترتّب العتق على نفس الشراء مثلاً، فيمكن أن يكون تقدّم الملك على العتق تقدّماً ذاتياً لا زمانياً، ومثله كاف في مثل « لا عتق إلّا في ملك »[٥].

ضرورة أنّه على تقدير إرادة الزمان يستلزم تخلّف المعلول عن العلّة، وهو ممتنع عقلاً، من غير فرق بين قصر الزمان وطوله، فالشراء مثلاً سبب؛ لحصول الملك والعتق معاً، إلّا أنّه لمّا كان الأوّل سبباً في الثاني كان متقدّماً عليه في الذات لا الزمان كتقدّم الشراء على الملك وغيره من العلل والمعلولات.

وحينئذٍ فيمكن الجمع بين النصوص بذلك، بل هو أقرب من الأوّل إلى الضوابط.

---

(١) المقنعة: ٥٩٩.

(٢) الحدائق ١٩: ٣٧٤.

(٣) الوسائل ٢٣: ١٩، ب٧ من العتق، ح ١.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٤٧، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ١.

(٥) الوسائل ٢٢: ٣٢، ب ١٢ من مقدّمات الطلاق، ح ١، وفيه: « بعد » بدل « في ».

هذا وستسمع الحكم في الصبي والصبيّة والخنثى المشكل.

(و) على كلّ حال فـ(**هل يملك**) الرجل (**هؤلاء من الرضاع قيل**) [١]: (**نعم، وقيل**) [٢]: (**لا وهو الأشهر**) [٣].

---

[١] **والقائل القديمان والمفيد**(١) **والديلمي وابن ادريس**(٢).

بل نسبه الأخير إلى المحصّلين من الأصحاب.

[٢] **والقائل الشيخ وابنا البرّاج وحمزة**(٣) **وغيرهم.**

[٣] **بل المشهور بين المتأخّرين، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه**(٤)؛ لقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير وأبي العبّاس وعبيد الذي رواه الصدوق بأسانيد متعدّدة: «ولا يملك ـ أي الرجل ـ أُمّه من الرضاع ولا ابنته ولا عمّته ولا خالته، فإنّهنّ إذا ملكن عتقن، وقال: ما يحرم من النسب فإنّه يحرم من الرضاع مثل ذلك، وقال: يملك الذكور ما خلا والداً وولداً، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجري في الرضاع مثل ذلك»(٥).

ونحوه خبر أبي بصير الآخر وزاد: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»(٦).

وصحيح الحلبي وابن سنان: في امرأة أرضعت ابن جاريتها؟ فقال: «تعتقه»(٧). وعن المقنع أنّه رواه مرسلاً(٨).

وفي صحيح عبيد: «ولا يملك أُمّه من الرضاعة»(٩).

وسأله ابن سنان أيضاً عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتّى تفطمه يحلّ لها بيعه؟ قال: «لا، حرم عليها ثمنه، ثمّ قال: أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ [أليس] قد صار ابنها؟ فذهبت اكتبه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس مثل هذا يكتب»(١٠).

ونحوه صحيحه الآخر، إلّا أنّ فيه: أنّه سئل وأنا حاضر(١١).

وعن المقنع: أنّه «روي في مملوكة أرضعتها مولاتها بلبنها أنّه لا يحلّ بيعها»(١٢).

وخبر علي بن جعفر المروي عن كتابه: سأل أخاه عليه السلام عن امرأة أرضعت مملوكها ما حاله؟ قال: «إذا أرضعته عتق»(١٣).

---

(١) نقله عن القديمين في المختلف ٥: ٢١١. المقنعة: ٥٤٤، ٥٩٩.

(٢) المراسم: ١٧٦. السرائر ٣: ٨.

(٣) النهاية: ٤٠٩، ٥٤٠. المهذب ٢: ٣٥٦. الوسيلة: ٣٤٠.

(٤) الخلاف ٦: ٣٦٧.

(٥) الفقيه ٣: ١١٣، ١١٤، ح٣٣٣٦. الوسائل ١٨: ٢٤٧، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ١ وذيله.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٤٨، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ٢.

(٧) المصدر السابق: ح ٣.

(٨)(١٢) المقنع: ٤٦٩.

(٩) الوسائل ٢٣: ٢٠، ب ٧ من العتق، ح ٧.

(١٠) الوسائل ٢٣: ٢٢، ب ٨ من العتق، ح ٣.

(١١) الوسائل ٢٠: ٤٠٥، ب ١٧ ممّا يحرم بالرضاع، ح ١.

(١٣) مسائل عليّ بن جعفر: ١١١، ح ٢٥. الوسائل ٢٠: ٤٠٦، ب ١٧ ممّا يحرم بالرضاع، ح ٤.

وصحيح عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام أيضاً قال: سألته عن المرأة ترضع عبدها أتتخذه عبداً؟ قال: «تعتقه وهي كارهة»[١].

قيل: «ورواه الشيخ بسند آخر مثله إلّا أنّ فيه: «ويعتقونه وهم له كارهون[٢]»»[٣].

والظاهر إرادة الانعتاق قهراً؛ ومنه يعلم المراد من صحيح الحلبي وابن سنان السابق[٤]. كما أنّ الظاهر عدم إرادة الاقتصار على الأمّ من صحيح عبيد؛ للإجماع المركّب على خلافه، ولظهور النصوص في أنّ العلّة علقة الرضاع، فهذه النصوص مع صحّة السند وكثرة العدد وشهرة العمل، والمخالفة للعامّة لا محيص عن العمل، وقطع الأُصول بها.

بل ربّما ظهر من بعضهم تأييدها بدعوى اندراج ذي العلقة الرضاعيّة في إسم الأسماء[٥]، فتزداد حينئذٍ النصوص الدالّة على المطلوب.

لكن لا يخفى ما فيه، إلّا أنّا في غنية عنه بما عرفت ممّا لا يصلح لمعارضته خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلّا ما كان من قبل الرضاع»[٦].

وصحيح الحلبي عنه أيضاً في بيع الأُم من الرضاع؟ قال: «لا بأس بذلك إذا احتاج»[٧].

وخبر أبي عيينة قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع يحلّ لي بيعه، قال: «إنّما هو مملوك إن شئت بعته، وإن شئت أمسكته، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حرّان»[٨].

مع أنّ الأخير منهما ظاهر في الأخ، وقد عرفت صحّة ملكه في النسب فضلاً عن الرضاع، بل الاستدراك فيه ظاهر في إرادة الأبوين من الرضاع فهو شاهد على المطلوب حينئذٍ، ويمكن إرادة بيع الأُم من الرضاع لأبي الغلام من الثاني الذي قيّد البيع فيه بالاحتياج، والمعروف بين المخالف عدمه أو يحمل الرضاع فيه على غير المحرم أو نحو ذلك، كالأوّل المشتمل على ما يخالف الإجماع، وباقي النصوص من عدم حريّة الأخ، بل ربّما احتمل كون «أو» فيه بمعنى الواو، إلّا أنّه لا يخفى عليك بعده.

لكن لا بأس به جمعاً بعد ظهور المرجوحيّة في السند والعدد والعمل.

وإن كان الأولى الحمل على التقيّة فيما عليه اتّفاق العامّة كما قيل[٩].

وربّما كان في صحيح ابن سنان[١٠] السابق إشارة إليه إن لم يحمل الإنكار فيه على إرادة الظهور والوضوح، والله أعلم.

---

(١) الوسائل ٢٣: ٢٢، ب ٨ من العتق، ح ٢.

(٢) التهذيب ٨: ٢٤٠، ح ٨٦٦، وفيه: «تعتقه وهي كارهة». الوسائل ٢٣: ٢٢، ب ٨ من العتق، ذيل الحديث ٢.

(٣) الحدائق ١٩: ٣٧٨.

(٤) تقدّم في ص ٤٥٦.

(٥) الحدائق ١٩: ٣٧٨.

(٦) التهذيب ٨: ٢٤٥، ح ٨٨٥.

(٧) المصدر السابق: ح ٨٨٦، وفيه: «الرضاعة» بدل «الرضاع».

(٨) الوسائل ١٨: ٢٤٨، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ٤.

(٩) قاله في مفتاح الكرامة ٤: ٣١٥. انظر الخلاف ٦: ٣٦٧.

(١٠) الوسائل ٢٣: ٢٢، ب ٨ من العتق، ح ٣.

وكيف كان فـ[ـالمختار] [١] [أنّه يـ] ـملك الرجل غير من عرفت من الذكور [٢] [لكنّه مكروه]، ولذا قال المصنّف: (**ويكره أن يملك ما**[١] **عدا هؤلاء من ذوي قرابته كالأخ والعمّ والخال وأولادهم**) [٣]. فلا ينبغي البيع ولا غيره من النواقل ولا الاستعباد، بل قيل: إنّه لا ينبغي ذلك في المحترم شرعاً لفضيلة علم أو صلاح أو شيخوخة أو علقة بنسب شريف كالهاشمي على اختلاف مراتبها، وكذا من كان له حقّ لصداقة أو إحسان أو تأديب أو تعليم ونحو ذلك[٢]. (و) كيف كان فـ(**ـتملك المرأة كلّ أحد**[٣] **عدا الآباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا نسباً**) [٤].

---

[١] **[كما] لا خلاف فيـ[ـه]**.

[٢] وقد سمعت قول الصادق عليه السلام في الصحيح الأوّل، وفيه أيضاً: «ويملك ابن أخيه وعمّه ويملك أخاه وخاله»[٤]. كقوله في صحيح عبيد ـ بعد ذكر العمودين والاناث المحارم ـ: «ويملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته»[٥]. وقول أبي جعفر عليه السلام في خبر محمّد بن مسلم: «ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال»[٦]. وسأل عبد الرحمن أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتّخذ أباه [أ] وأمه [أ] وأخاه [أ] وأخته عبيداً؟ فقال: «أمّا الأخت فقد عتقت حين يملكها، وأمّا الأخ فيسترقّه، وأمّا الأبوان فقد عتقا حين يملكهما»[٧]. وقال أيضاً في خبر كليب الأسدي: «إذا ملك الأبوين فقد عتقا، وقد يملك اخوته فيكونون مماليك ولا ينعتقون»[٨]. لكن في خبر عبيد: «لا يملك الرجل أخاه من النسب، ويملك ابن أخيه»[٩]. وفي موثّق سماعة عن الصادق عليه السلام: في رجل يملك ذا رحمه هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: «لا يصلح [له] بيعه ولا يتّخذه عبداً، وهو مولاه وأخوه في الدين، وأيّهما مات ورث صاحبه إلّا أن يكون له وارث أقرب [إليه] منه»[١٠]. وسأله أيضاً في موثقه الآخر عن ذلك فقال: «لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه في الدين، فإذا مات ورثه دون ولده، وليس له أن يبيعه ولا يستعبده»[١١]. وحملها على الكراهة متّجه.

[٣] وإن كان في استفادة تمام ذلك من النصوص السابقة إشكال؛ إذ حاصله كراهة أن يملكه مختاراً، وكراهة الإبقاء على الملك في القهري. لكن أمر الكراهة سهل، ويكفي فيها الفتوى مع قوله: «لا يملك الرجال أخاه»[١٢]. وعدم القول بالفصل. والظاهر حمل الفرق فيه بين الأخ وولده على الشدّة والضعف. كلّ ذلك مع المنافاة لصلة الأرحام والإخلال بالاحترام.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه نصّاً وفتوى** في المستثنى، وقد سأل أبو حمزة الثمالي الصادق عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: «كلّ أحد إلّا خمسة: أباها وأمّها وابنها وابنتها وزوجها»[١٣]. وأمّا المستثنى منه فللأصل والعمومات السالمة عن المعارض. **لكن في المقنعة: «لا يصحّ استرقاق المرأة أبويها ولا أولادها ولا أخاها ولا عمّها ولا خالها من جهة النسب، وتملكهم من جهة الرضاع»**[١٤]. ولتمام البحث معه محلّ آخر.

---

(١) في الشرائع بدلها: «من».
(٢) شرح القواعد: ١٢٣ (مخطوط).
(٣) في الشرائع: «واحد».
(٤) الوسائل ٢٣: ١٩، ب٧ من العتق، ح١.
(٥)(٦) المصدر السابق: ح٤، ٢.
(٧)(٩)(١٢) المصدر السابق: ٢٠، ح٥، ٦.
(٨) المصدر السابق: ٢١، ح٨.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢٤٩، ب٤ من بيع الحيوان، ح٦، وفيه: «ورثه» بدل «ورث».
(١١) الوسائل ٢٣: ٢٨، ب١٣ من العتق، ح١، وليس فيه: «فإن» بدل «فإذا».
(١٣) الوسائل ٢٣: ٢٤، ب٩ من العتق، ح١.
(١٤) المقنعة: ٥٩٩.

(وفي) العمودين والأولاد لها من (**الرضاع تردّد**) [١].

(**والمنع**) أشبه و(**أشهر**) [٢]. وقرابة الشبهة في المرأة والرجل بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنى على إشكال [٣]. [هذا كلّه في الرجل والمرأة، وأمّا الصبي والصبية] فلا ريب في أنّ الأقوى عدم الفرق [٤].

أمّا الخنثى المشكل ففي إلحاقها إذا كانت مالكة بالرجل أو المرأة نظر [٥].

وكذا الإشكال لو كان مملوكاً. ولعلّ الأقوى إلحاقها بالأُنثى في الأوّل والذكر في الثاني [٦].

ثمّ لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الملك القهري والاختياري، ولا بين الكلّ والبعض، فيقوّم عليه باقيه إن كان مختاراً، والله أعلم.

---

[١] يظهر وجهه ممّا عرفت.

[٢] لما تقدّم من أنّه يحرم منه ما يحرم بالنسب.

[٣] **أقواه عند الشهيدين ذلك**؛ لأنّ الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة[١]. وفيه مالا يخفى، بعد عدم ثبوت الحقيقة الشرعيّة فيه، وعدم قرينة على المراد الشرعي. اللهمّ إلّا أن يقال باستفادة عدم النسب شرعاً بالزنى من غير المقام، كقول أمير المؤمنين عليه السلام في خطبة في النهج التي تعرض فيها لانتفاء زياد عن أبي سفيان[٢]، بل لعلّ قول النبي صلى الله عليه وآله: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٣] دالّ عليه بناءً على كون المراد من الأوّل أنّه لا ولد شرعاً إلّا للفراش؛ لا أنّه خاصّ في التعارض بينه وبين الزنى، بل قد يستفاد ذلك من مقامات كثيرة، بل كأنّه من المعلوم في مقامات متفرّقة، وحينئذٍ فثبوت أحكام النسب فيه، كحرمة نكاح البنت منه مثلاً؛ للدليل الخاصّ ولو الإجماع إن لم تكن الضرورة، هذا. **وفي الروضة: «قد يفهم من إطلاق المصنّف ـ كغيره ـ الرجل والمرأة: أنّ الصبي والصبيّة لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، والأخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك. ويعضده أصالة البراءة»**[٤].

وفيه: أنّ ظاهر النصوص والفتاوى كون ذلك من خطاب الوضع الذي لا يخصّ المكلّف. وقد سمعت ما في صحيح أبي بصير[٥] السابق من ظهور كون السبب الملك، خصوصاً بعد ملاحظة التعليل في بعض النسخ، بل في نصوص أُمّ الولد[٦] وانعتاقها من نصيب ولدها إيماء إلى ذلك أيضاً.

[٤] **بل في شرح الأُستاذ الإجماع على ذلك**[٧].

[٥] من الشكّ في الذكوريّة التي هي سبب عتق غير العمودين والأولاد، فيوجب الشكّ في عتقهم، والتمسّك بأصالة بقاء الملك ومن إمكانها، فينعتقون لبنائه على التغليب.

[٦] تمسّكاً بالأصل فيهما، **وتوقّف في الدروس في الثاني منهما، واستقرب في الأوّل ما ذكرنا**[٨].

---

(١) الدروس ٢: ١٩٥. الروضة ٣: ٣٠٦ـ ٣٠٧.

(٢) نهج البلاغة: ٤١٥، الكتاب ٤٤.

(٣) الوسائل ٢٦: ٢٧٤، ٢٧٥، ب ٨ من ميراث ولد الملاعنه، ح ١، ٤.

(٤) الروضة ٣: ٣٠٧.

(٥) الوسائل ١٨: ٢٤٧، ب ٤ من بيع الحيوان، ح ١.

(٦) انظر الوسائل ٢٣: ١٧٥، ب ٦ من الاستيلاد.

(٧) شرح القواعد: ١٢٢ (مخطوط).

(٨) الدروس ٢: ١٩٥.

[ملك أحد الزوجين للآخر مبطل للزوجية]:

(**وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه**) بشراء أو اتهاب أو نحوهما (**استقرّ الملك**) كما هو مقتضى العمومات، (**ولم تستقرّ الزوجيّة**) المنافية للملك، فلا تجتمع معه، بل تبطل [١].

لكن [الظاهر] [٢] بطلان اللاحق وبقاء السابق، وهو كذلك فيما عدا لحوق النكاح للتحليل فإنّ الظاهر بطلانه به [٣].

---

[١] **إجماعاً بقسميه**؛ لظهور التفصيل في قطع الشركة بين الأسباب المسوّغة للوطء.

بل قيل: إنّه إجماع[١] فضلاً عن ظهور الكتاب والسنّة، ولعلّه لاختلاف اللوازم والتوابع لكلّ من الأسباب.

[٢] [إذ] قضيّة الاستصحاب [ذلك].

[٣] لقوّته عليه نحو ما نحن فيه من بطلان النكاح بالملك لمثل ذلك ولا يترجّح بقاء الزوجيّة على ما يقتضي الملك من العمومات وغيرها. قال أبو جعفر عليه السلام في صحيح محمّد بن قيس: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في سريّة رجل ولدت لسيدها ثمّ اعتزل عنها فأنكحها عبده ثمّ توفّى سيّدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه، ثمّ توفّى ولدها فورثت زوجها من ولدها، فجاءا مختلفين، يقول الرجل: لا أُطلقها، وتقول المرأة: عبدي لا يجامعني، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين إنّ سيّدي شراني فأولدني ولداً ثمّ اعتزلني فانكحني من عبده هذا فلمّا حضرت سيّدي الوفاة فأعتقني عند موته، وأمّا زوجي هذا فإنّه صار مملوكاً لولدي الذي ولدته من سيدي، وأنّ ولدي مات فورثته، فهل يصلح له أن يطأني؟ فقال لها: هل جامعك منذ صار عبدك وأنت طائعة؟ قالت: لا يا أمير المؤمنين، قال: لو كنت فعلت لرجمتك اذهبي فإنّه عبدك ليس له عليك سبيل، إن شئت أن تبيعه، وإن شئت أن تعتقيه»[٢]. وسمع عبد الله بن سنان أبا عبد عبد عليه السلام في الصحيح يقول: في رجل زوّج أُم ولد له مملوكاً ثمّ مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب من زوج أُمه ثمّ مات الولد أترثه أمّه؟ فقال: «نعم، قال: فإذا ورثته كيف تصنع وهو زوجها؟ قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبد»[٣]. وقال أيضاً في موثّق إسحاق بن عمّار: في امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته؟ قال: «ليس بينهما نكاح»[٤]. وسأله أيضاً سعيد بن يسار: عن امرأة [حرّة] تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: «نعم؛ لأنّه عبد مملوك لا يقدر على شيء»[٥]. وهذه النصوص وإن كانت خاصّة في إحدى الصورتين، إلّا أنّي لم أجد قائلاً بالفصل بينهما. مضافاً إلى ما عرفت، وعلّل مع ذلك بأنّ بقاء الزوجيّة يستلزم اجتماع علّتين على معلول واحد شخصي. وفيه: أنّ علل الشرع معرّفات، وبأنّ اختلاف الأسباب يقتضي اختلاف المسبّبات. وفيه: بعد تسليم عدم الاختلاف هنا، منع اعتبار ذلك فيها بعد كونها معرّفات، ولو فرض أنّ لكلّ منها لازماً يناقض الآخر فأقصاه التعارض بين اللوازم بعد الإتفاق على الحلّ فيرجع فيه إلى الترجيح إن كان، وإلّا فالتخيير أو غير ذلك ممّا يقتضيه الضوابط. هذا بعد فرض ذلك، وإلّا فالمقام لا تناقض بين أحكامه غالباً، فإنّ عدم القسم للمملوكة مثلاً من حيث الملك، لا من حيث الزوجيّة، وهكذا فالأولى الاستدلال بما عرفت.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٣٨.

(٢) الوسائل ٢١: ١٥٨، ب٤٩ من نكاح العبيد والإماء، ح٣، ١.

(٣) المصدر السابق: ١.

(٤) المصدر السابق: ١٥٩، ح٤.

(٥) المصدر السابق: ١٥٨، ح٢.

والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين ملك الكلّ والبعض [١].

وكذا لا فرق بين الدائم والمنقطع والتحليل [٢].

ولو ملك فزال الملك لفسخ بخيار ونحوه لم يعد النكاح.

والحكم في المعاطاة وزمن الخيار وقبل القبض يتبع الملك وعدمه.

ولا فسخ في الفضولي قبل الإجازة على القول بالنقل، ولا يمنع عن الوطء وعلى الكشف [٣].

فلا ينفسخ به النكاح على الأقوى [٤].

[والقول بملكية المشتري من مال الزكاة ونحوها ممّا يملكه الفقراء أو مما يدخل في ملك المسلمين مع دخول الآخر في المالكين، جيّد].

ولو أُريد العقد على الجارية المفروض كونها من ذلك ابتداءً تولّاه الحاكم القائم مقام المسلمين، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[إجبار الكافر على بيع عبده المسلم]:

(ولو أسلم) العبد **(الكافر)** وهو **(في ملك مثله)** في الكفر **(أُجبر)** المولى **(على بيعه من مسلم ولمولاه ثمنه)** كما تقدّم سابقاً [٥]. و[الظاهر] [٦] بيع غيره [= غير المولى] له وإن لم يتعذّر جبره على البيع، ولا بأس بـه، ولتحقيق البحث في ذلك كلّه وفروعه مقام آخر.

---

[١] إذ البضع لا يتبعّض، وقد عرفت انقطاع الشركة بالتفصيل، كما أنّك سمعت ما يستفاد منه حكم ملك البعض من النصوص، بل قيل: إنّه إجماع[١].

[٢] لاتحاد المدرك.

[٣] **ففي شرح الأُستاذ: «يمنع عنه إن كانت الزوجة هي المشترية ويتوقّف العلم بحصول الفسخ من حين العقد عليها»**[٢].

وفيه: أنّ أصالة عدم حصول الإجازة تكفي في ذلك.

اللهمّ إلّا أن يفرّق بين الوطء وغيره والموقوف عليه خاصّاً مالك دون العام.

[٤] **كما صرّح به شيخنا في شرحه، قال: «وكذا الحال في المشتري من مال الزكاة ونحوها ممّا يملكه الفقراء، أو ممّا يدخل في ملك المسلمين مع دخول الآخر في المالكين»**[٣]. وهو جيّد.

[٥] لعدم السبيل، وقال الصادق عليه السلام في المرفوع إلى حمّاد بن عيسى: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام أُتي بعبد لذمي قد أسلم، فقال: إذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه، ولا تقرّوه عنده»[٤].

[٦] [كما] هو ظاهر في [ذلك].

---

(١) شرح القواعد: (١٢٣) (مخطوط).

(٢)(٣) شرح القواعد: ١٢٣ (مخطوط).

(٤) الوسائل ٢٣: ١٠٩، ب٧٣ من العتق، ح ١.

[من أقرّ على نفسه بالعبودية]:

ومنها: أنّ بحكم إسلامه إسلام أحد أبويه صغيراً أو أحد أجداده بناءً على ثبوت حكم الإسلام له، فينتفي سبيل الكافر عليه، والله أعلم (**ويحكم برقّ من أقرّ على نفسه بالعبوديّة إذا كان مكلّفاً**) رشيداً (**غير مشهور بالحرّية**) ولا معلوم الانتساب، ولو شرعاً إلى ما يستلزمها [١].

نعم إنّما يمضي الإقرار في حقّ المقرّ، فإقرار المرأة تحت الزوج لا يسمع في حقّه، وكذا إقرار من عقد عقداً لازماً أو عمل متبرّعاً أو أباح شيئاً فتلف، إلى غير ذلك ممّا يمضي على تقدير الحريّة، إلّا إذا كان الغير مصدّقاً، ولو استلزم رفع حدّ أو تخفيفه أو رفع وجوب نفقة أو نحوها فيما له، لا فيما عليه، إلّا في خصوص الحدّ وشبهه للشبهة.

(و) كيف كان فـ(**لا يلتفت إلى رجوعه**) عن الإقرار السابق الذي لم يذكر له تأويلاً محتملاً، وإن أقام بيّنة على ما رجع إليه من دعوى الحرّية [٢].

أمّا لو ذكر تأويلاً محتملاً، كأن يقول: كنت أرى أنّ رقّية أحد الوالدين تقضي برقّية الولد أو لم أعلم بانعتاق أحد أبويّ حال الانعقاد أو نحو ذلك أمكن قبول البيّنة [٣].

ومجرّد الاحتمال إن لم يذكر غير مجد على الظاهر مع احتماله، كاحتمال عدم قبول البيّنة [٤]، وإن ذكر الاحتمال المزبور [٥].

---

[١] **بلا خلاف أجده**؛ لعموم «إقرار العقلاء...»[(١)]. ولصحيح عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبوديّة، وهو مدرك من عبد أو أمة»[(٢)].

وفي خبر زكريّا بن آدم: إنّي سألت الرضا عليه السلام عن سبي الديلم ويسرق بعضهم من بعض وبغير المسلمون عليهم بلا إمام أيحلّ شراؤهم؟ قال: «إذا أقرّ بالعبوديّة فلا بأس بشرائهم»[(٣)]. إلى غير ذلك، وخلاف إبن ادريس في اللقيط خاصّة[(٤)]؛ للنصوص السابقة وأصالة الحريّة لا تعارض الإقرار الذي هو بمنزلة البيّنة بالنسبة إلى ذلك.

بل قد يظهر من المصنّف وغيره عدم اعتبار الرشد في ذلك. وفيه البحث السابق.

ودعوى توقّف صحّة الإقرار على الحرّية حتّى لا يكون إقراراً في حقّ الغير، واضحة الفساد بالنسبة إلى الإقرار على النفس.

[٢] لأنّه كذّبها بإقراره السابق، فلم يثبت حجيّتها في هذا الحال.

[٣] **كما صرّح به جماعة في المقام وغيره**؛ لعموم دليل حجيّتها وارتفاع معارضة الإقرار لها بذكر الاحتمال المزبور الذي به ترجّح قبولها عليه، كما أنّه أرجح منها إذا لم يذكر.

[٤] **كما هو مقتضى إطلاق المصنّف وغيره.**

[٥] لأنّه مجرّد دعوى لا يرتفع بها ظهور تكذيب البيّنة المسقط لها عن القبول.

---

(١) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ب ٣٢ من الاقرار، ح ٢.

(٢) الوسائل ٢٣: ٥٤، ب ٢٩ من العتق، ح ١.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٤٥، ب ٢ من بيع الحيوان، ح ٣.

(٤) السرائر ٢: ٣٥٤.

والمسألة محتاجة إلى التأمّل التامّ، وربّما يأتي لها مزيد تحقيق إن شاء الله تعالى.

ولو كان إقراره لمعيّن فأنكره وجب عليه إيصال نفسه إليه، بإدخاله في ماله سرّاً وبنحو الهديّة وغير ذلك [١]. ولو علم الحاكم بالحال [٢] [فقد يدعى أنّ للحاكم إجراء الحكم ظاهراً، وإن كان للمقرّ إمضاء ما هو مكلف فيه، فيأخذه ويجري عليه حكم مجهول المالك]. ولو رجع المقرّ له إلى التصديق قوّى قبوله إن لم يسنده إلى مالك آخر [٣]. مع احتمال العدم [٤].

ولو رجع المقرّ بعد إنكار المقرّ له إلى دعوى الحرية أمكن قبولها أيضاً [٥].

ومثله لو أقرّ بالرقية لغير معيّن ثمّ ادّعى الحريّة مع احتمال طلب الحاكم اليمين منه، بل قد يحتمل عدم قبوله مطلقاً [٦]. وكذا البحث في المال المقرّ به لشخص معيّن فأنكره، ثمّ ادّعاه المقرّ أو أقرّ به لشخص ما ثمّ ادّعاه [٧].

مع عدم احتمال تجدّد الملك وقد أشبعنا الكلام في المسألة في كتاب الإقرار، فلاحظ.

ولو رجع المقرّ له إلى التصديق بعد رجوع المقرّ إلى دعوى الحريّة أو إلى دعوى المملوكيّة لشخص آخر قد صدّقه لم يؤثّر رجوعه، كما لم يؤثّر رجوع المقرّ بعد رجوع المقرّ له إلى التصديق للإقرار المفروض استمراره إليه.

---

[١] لأنّ الإقرار حجّة وافقه المقرّ له أو لا على أصحّ القولين والوجهين، عملاً بعموم ما دلّ على صحّته الشامل للصورتين. ودعوى اعتبار الموافقة في مفهومه أو في حجيّته، واضحة المنع.

[٢] **ففي شرح الأُستاذ: «أخذه قهراً مع تجويز صدقهما وأجرى عليه حكم مجهول المالك كما كان الإقرار بمبهم وامتنع عن التصريح»**[(١)].

ولعلّه لما عرفت من حجيّة الإقرار، فهو به حينئذٍ صار مالاً، وقد امتنع عن المقرّ له شرعاً بانكاره، فيبقى بلا مالك ظاهراً، فيجري عليه حكم مجهول المالك. ومثله المال المقرّ به لشخص فأنكره. وفيه: مناقشة بعد علم المقرّ بالمالك وكان تكليفه الدسّ ونحوه. اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ للحاكم إجراء الحكم ظاهراً، وإن كان للمقرّ إمضاء ما هو مكلّف فيه.

وقد ذكر المصنّف في باب الإقرار في نحو ذلك: أنّ للحاكم الانتزاع من يد المقرّ وله الابقاء[(٢)]، فلاحظ وتأمّل.

[٣] لعدم المعارض، وإنكاره السابق غير صالح لمعارضة ما دلّ على قبول دعوى المسلم التي لا معارض لها.

[٤] لأنّ إنكاره يؤول إلى إقرار في حقّه فلا يسمع، وفرق واضح بين المقام، وبين إنكار كون المال الذي في يده مثلاً لزيد، ثمّ الإقرار به الذي لا إشكال في سماع الإقرار به حينئذٍ، فتأمّل.

[٥] **كما صرّح به بعضهم**[(٣)]؛ لعدم المعارض، والإقرار السابق إنّما يفيد التزامه به بالنسبة إلى المقرّ له.

[٦] لأنّه قد صار مالاً ينبغي للحاكم إيصاله إلى صاحبه ولو بالصدقة، لكن ضعفه واضح.

[٧] ولعلّ وجه قبول دعواه فيه أنّ إقراره إنّما هو رفع حكم يده الظاهرة في الملك عنه، فيبقى هو حينئذٍ كغيره ممّا إذا ادّعى حكم بكونه له؛ لعدم المعارض، لا أنّ الإقرار أخرجه عن صلاحيّة الدخول ولو بالدعوى المستأنفة. وإن كان هو كما ترى.

---

(١) شرح القواعد: ١٢١ (مخطوط).
(٢) الشرائع ٣: ١٤٧.
(٣) الحدائق ١٩: ٣٨٨.

ولو اقترن رجوع كلّ منهما أمكن اعتبار رجوع المقرّ دون المقرّ له ، فتأمّل جيّداً .

ولو فرض تعدّد الإقرار بالرقّية لشخصين أمكن العمل بكلّ منهما ، لكن لا على وجه الفرديّة ، بل على معنى أنّه إذا اتّفق تحريره ممّن هو له في الظاهر استرقه الآخر ؛ عملاً باقراره ، كما أوضحنا نظير ذلك في كتاب الإقرار ، فلاحظ وتأمّل . وكيف كان يقبل إقراره بالرقية (**ولو كان المقرّ له كافراً**) [١] .

فيجبر حينئذٍ على بيعه لو كان مسلماً كما هو واضح .

[دعوى العبد الصغير للحرية بعد بلوغه]:

(**وكذا**) في الحكم بالرقية (**لو اشترى عبداً**) مثلاً صغيراً أو ساكتاً حين الشراء والتعريض للبيع (**فادّعى الحرية**) بعد ذلك [٢] .

(**لكن هذا يقبل دعواه مع البيّنة**) [٣] . بل لا يقبل دعواه بدونها إذا كان معرضاً في الأسواق مشهوراً في الرقية أو لا صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو عاقلاً ساكتاً أو مقرّاً [٤] ، فلا تقبل دعوى الحرية منه ، ولو كان قبل الشراء [٥] . وبالجملة متى كان للمسلم على آخر يد وتصرّف ملك أُخذ به حتّى تقوم البيّنة على خلافه [٦] .

بل [المختار] [٧] أنّه لا تقبل دعوى الكبير الحريّة مع شهرة الرقّية إلّا بالبيّنة ، وإن لم تجر عليه أحكام الرقّية من قبل ، ولا حصل عليه يد ظاهرة في الملك ، بل [قد يقال :] [٨] [سواء بلغت الشهرة حدّ الشياع ، وعدمه] ، وإن

---

[١] لأنّه إخبار عن ملك لا تمليك مبتدأ .

[٢] لأصالة صحّة فعل المسلم .

[٣] لعدم تكذيبه إيّاها بالسابق .

[٤] حملاً للتعريض الذي هو فعل مسلم على الصحّة .

[٥] وعليه يحمل خبر حمزة بن حمران قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أدخل السوق فأُريد أن أشتري الجارية فتقول : إنّي حرّة ؟ فقال : « اشترها ، إلّا أن يكون لها بيّنة »[1] . أو على الجارية المعلوم سبق مملوكيّتها ، إلّا أنّها تدّعي حصول التحرير لها بعد ذلك .

[٦] وأصالة الحرّية لا تعارض يد المسلم وتصرّفه . **لكن في التذكرة : « العبد الذي يوجد في الأسواق يباع ويشترى يجوز شراؤه ، وإن ادّعى الحرية لم يقبل منه ذلك إلّا بالبيّنة ، وكذا الجارية » إلى أن قال : « أمّا لو وجد في يده وادّعى رقيته ولم يشاهد شراؤه له ولا بيعه إيّاه فإن صدّقه حكم عليه بمقتضى إقراره ، وإن كذّبه لم تقبل دعواه الرقية إلّا بالبيّنة ، عملاً بأصالة الحرية ، وإن سكت من غير تصديق ولا تكذيب فالوجه : أنّ حكمه حكم التكذيب ؛ إذ قد يكون لأمر غير الرضا ، وإن كان صغيراً إشكال ، أقر به الحرية فيه »**[2] . وهو كما ترى يقتضي عدم جواز شراء الأطفال من ذوي الأيدي عليهم ، الذي من المعلوم ضرورة خلافه .

[٧] **[كما] صرّح غير واحد .**

[٨] **[كما] في شرح الأُستاذ : « سواء بلغت الشهرة حدّ الشياع ، وعدمه ، على أصحّ الوجهين »**[3] .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٥٠ ، ب ٥ من بيع الحيوان ، ح ٢ .

(٢) (٣) التذكرة ١٠ : ٣٠٧ . شرح القواعد : ١٢٢ (مخطوط) .

كان لا يخلو الأخير من البحث.

نعم قد يقال: إنّ مدّعى رقية الصغير لا تسقط دعوى الصغير الحرية بعد البلوغ، بل الظاهر كون القول قوله، حتّى يقيم المدّعي البيّنة وإن كان قد أثبت يده وتصرّف فيه بتلك الدعوى، على معنى أنّه قد علم استنادهما إلى الدعوى المزبورة. إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّ ذلك عن الإشكال أيضاً، والله العالم.

[أحكام الابتياع]:

وأمّا (**الثاني**): وهو النظر (**في أحكام الابتياع**) فقد تقدّم في المباحث السابقة جملة منها كالبحث فيما (**إذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض**) وقد قلنا هناك: إنّه إذا (**كان**) ذلك فـ(**المشتري بالخيار بين ردّه وإمساكه، وفي الأرش تردّد**) عند المصنّف تقدم وجهه والترجيح فيه.

(و) كذا تقدّم البحث فيما (**لو قبضه ثمّ تلف أو حدث فيه حدث في الثلاثة**).

وقد قلنا هناك: إنّه إذا (**كان**) ذلك فهو (**من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً**).

(و) كذا تقدّم البحث فيما (**لو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري**) وأنّه (**لم يكن ذلك العيب مانعاً من الردّ بأصل الخيار، وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد**) عند المصنّف كالتردد فيما تقدم. (و) لكن قال هنا: (**الظاهر لا**).

(و) أمّا (**لو حدث العيب بعد الثلاثة منع الردّ بالعيب السابق**) كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً، فلاحظ وتأمّل، والله أعلم.

[عدم تبعية الحمل للمبيع من غير تصريح]:

(**وإذا باع الحامل**) من الإنسان أو الحيوان ولم يكن عرف بالتبعيّة (**فالولد للبائع**) وإن لم يشترطه (**على الأظهر**) [١].

---

[١] **الأشهر، بل المشهور، بل ربّما ادّعي عدم الخلاف فيه، بل في السرائر الإجماع عليه**[(١)]؛ للأصل بعد عدم دخول الحمل في متعلّق البيع؛ إذ دعوى الجزئيّة الحقيقيّة التي هي بعض المبيع واضحة المنع، سيّما بعد ثبوت الأحكام الشرعيّة له مستقلّاً، كالتحرير والتدبير والوصيّة والعتق والإرث وغيرها. وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: في رجل أعتق أمّة وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها، قال: «الأمة حرّة، وما في بطنها حر؛ لأنّ ما في بطنها منها»[(٢)] ـ مع ضعف سنده، وإعراض المشهور عنه في ذلك الباب أيضاً ـ معارض بغيره كالموثق: سألت أبا الحسن الأوّل عليه السلام عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة هي مدبّرة أم غير مدبّرة؟ فقال: «متى كان الحمل بالمدبّرة؟ أقبل ما دبّرت أم بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبّرة والولد رق، وإن كان إنّما حدث الحمل بعد التدبير، فالولد مدبّر في تدبير أُمه»[(٣)]. ورواه الصدوق مرسلاً وزاد: لأنّ الحمل إنّما حدث بعد التدبير[(٤)].

---

(١) السرائر ٢: ٣٤٤.
(٢) الوسائل ٢٣: ١٠٦، ب ٦٩ من العتق، ح ١.
(٣) الوسائل ٢٣: ١٢٢، ب ٥ من التدبير، ح ٢.
(٤) الفقيه ٣: ١٢٠ ـ ١٢١، ح ٣٤٥٩. الوسائل ٢٣: ١٢٣، ب ٥ من التدبير، ذيل الحديث ٢.

ولو حدث الحمل عند المشتري كان له [١]. بل لو شكّ في زمان حدوثه كان له أيضاً [٢]، [سواء علم تاريخ الحمل وجهل تاريخ العقد أو كانا مجهولي التاريخ]. والظاهر كونه هنا للمشتري [٣]. [لكن فيه تأمل] فيتجه حينئذٍ الرجوع إلى القرعة أو القسمة بينهما مع فرض دعوى كلّ منهما [٤]. ولو حدث بين العقد والإجازة كان للناقل على النقل [٥]. ونحوه غيره ممّا حصل قبل تمام شروط الملك، أمّا على الكشف فهو للآخر، كما هو واضح، ولو حدث بعد العقد ثمّ فسخ المشتري ببعض أسباب الخيار كان له كغيره من النماء. والمرجع في تحقّق الحمل العرف [٦]. وكيف كان فهو للبائع مع الشرط، أو الإطلاق **(إلّا أن يشترطه المشتري)** فإنّه يكون له [٧].

---

[١] **بلا خلاف أجده هنا**؛ لأنّه نماء ملكه.

[٢] **وقال بعض مشايخنا: إلّا أن يعلم تاريخ الحمل، ويجهل تاريخ العقد، ففيه إشكال**[١]. قلت: منشؤه أصالة تأخّر المجهول عن المعلوم، وفيها بحث ذكرناه في محلّه، وحينئذٍ يكون كمجهولي التاريخ الذي ينفي الاقتران فيه الأصل.

[٣] لكونه نماء ملكه في الظاهر، فلا يخرج عنه إلّا بالعلم بسبقه على ملك المشتري، فتأمّل جيّداً، فإنّه قد يمنع الظهور المزبور؛ بعد عدم الدليل عليه لا من أصل ولا قاعدة.

[٤] اللهمّ إلّا أن يكون دليله ما تسمعه إن شاء الله تعالى فيما يأتي من الحكم بالملكيّة لما يوجد في الصندوق مثلاً، إذا لم يكن عليه يد غيره ولما يوجد في داره ونحو ذلك، وإن لم يكن صاحب الدار والصندوق عالماً أنّه له، فإنّه يمكن أن يقال هنا بعد أن صار ذو النماء ملكاً له: يملكه لما يوجد من النماء تبعاً لأصله، ما لم يعلم سبقه.

[٥] لعدم حصول الملك قبلها.

[٦] **وفي شرح الأُستاذ: « أنّه يتحقّق بالتكوّن علقة فما بعدها، وفي انعقاد النطفة بحث »**[٢].

[٧] **بلا خلاف**؛ للأصل والعمومات. بل قد ظهر لك ضعف الخلاف في الأوّلين. **وإن حكي من المبسوط والقاضي في المهذّب والجواهر، فقالا: إنّه للمشتري مع الإطلاق للجزئيّة**[٣]. بل مقتضاه عدم جواز استثناء البائع له بناء على عدم جواز استثنائه كما تسمعه في الجلد والرأس، بل في السرائر عن المبسوط والجواهر التصريح بأنّه لا يجوز له أن يشترط الحمل؛ لأنّه كعضو من أعضاء الحامل. ثمّ قال: « وبيّنا أنّ هذا مذهب الشافعي، لا اعتقاد شيخنا أبي جعفر؛ لأنّه يذكر في كتابه المشار إليه مذهبنا ومذهب غيرنا، فابن البرّاج ظنّ أنّه اعتقاد شيخنا أبي جعفر ومذهبه، فقلّده ونقله وضمّنه كتابه جواهر الفقه، وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّ إجماع أصحابنا بغير خلاف بينهم منعقد على أنّه بمجرّد العقد يكون الحمل للبائع، إلّا أن يشترطه المبتاع، وهذا مذهب شيخنا أبي جعفر في جميع تصنيفاته وكتبه، عدا ما ذكرناه واعتذرنا له به من ذكره مذهب المخالف لنا »[٤]. وهو وإن كان جيّداً موافقاً للمختار، إلّا أنّه لا يخلو بعض ما ذكره من منع. وعلى كلّ حال فالتحقيق: ما عرفت من عدم دخوله في ملك المشتري حتّى يشترطه فيثبت له معه حينئذٍ. **بل قيل: « على حسب شرطه وحدة، وتعدّداً ذكورة وضدّها، كما أنّه قيل ـ أيضاً ـ في جواز اشتراطه مع جهلهما أو جهل إحداهما بوجوده، أو في سنة منفصلة عن العقد أو حمل سوى الموجود، وجهان »**[٥]. وفيهما معاً بحث وإن اقتضاهما عموم: « المؤمنون عند شروطهم »[٦].

---

(١)(٢)(٥) شرح القواعد: ١٣٤، ١٣٣ (مخطوط).
(٣) المبسوط ٢: ١٥٦. المهذب ٢: ٣٨٦. جواهر الفقه: ٦٠.
(٤) السرائر ٢: ٣٤٤.
(٦) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

ولا تقدح جهالة المشترط بعد أن لم تكن راجعة إلى الثمن والمثمن وعدم الاكتراث فيهما عرفاً للتبعيّة، بل الظاهر لها جواز الضمّ على جعل الحمل بعض المبيع، كأن يقول: بعتك الدابّة وحملها بكذا [١].

نعم لو بيع الحمل منفرداً فلابدّ من اعتبار الشرائط في البيع المستقلّ ومثله لو جعل له ثمن مستقلّ في ذلك العقد [٢].

ولعلّ قول المصنّف: (**ولو اشتراهما فسقط الولد**) بآفة سماوية مثلاً (**قبل القبض رجع المشتري بحصّة الولد من الثمن**) يوافق التبعيض [٣].

(و) كيف كان فـ(**طريق ذلك أن تقوّم الأمّة**) مثلاً (**حاملاً و**) مجهضاً لا (**حائلاً ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن**).

ولو جني عليه جناية أعابته أخذ منه أرش يوم الجناية إن شاء مع اختيار البقاء.

ولو لوحظ نفس الحمل لا صفة الحاملية اعتبرت قيمته لا تفاوت الصفتين في وجه، ولو اختلفا فـ[قد قيل:] [٤] قدّم قول مدّعي اعتبار الصفة دون عين الحمل [٥].

[بيع بعض الحيوان مشاعاً]:

(**ويجوز ابتياع بعض الحيوان**) الحي مأكول اللحم أو غيره (**مشاعاً**) إذا كان معيّناً على وجه يعلم نسبته إلى الجملة (**كالنصف والربع**) ونحوهما [٦].

---

[١] **خلافاً للتذكرة، فلم يجز لجهالة بعض المبيع**[(١)].

وفيه: منع قدحها هنا مع إرادة الضمّ؛ للسيرة المستمرّة، وغيرها.

بل في شرح الأُستاذ: «أنّ القول بجواز بيعه معها بدون قصد الضمّ قوي»[(٢)].

[٢] إذ المتيقّن من السيرة بيع الحمل مع الحامل بثمن واحد؛ بقصد الانضمام، أو بدونه، لا مع قصد عدم الانضمام، والفرق بين أخذه شرطاً وشطراً في عموم ظهور العدم فإنّ له الإبقاء مجّاناً والردّ على الأوّل، ويضاف إليها على الثاني استرداد ما قابل الحمل من الثمن مع الإبقاء، ولو انكشف موته حين العقد تبعّضت الصفقة على الثاني، وعلى الأوّل وجهان.

[٣] لعدم ذكره الدخول في غير صورة الشرط.

[٤] **في شرح الأُستاذ.**

[٥] **قال [أي الأُستاذ]: «وفي الشرطيّة وعدمها يقدم قول الثاني، وفيها وفي الشطريّة يقدم مدّعي الشرطيّة، ويحتمل التداعي، وفي اتحاد الحمل وتعدّده يقدم قول مدّعي الاتحاد»**[(٣)]، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه**، مضافاً إلى العمومات وغيرها.

---

(١) التذكرة ١٠: ٣١٦.

(٢) شرح القواعد: ١٣٣ (مخطوط).

(٣) شرح القواعد: ١٣٤ (مخطوط).

أمّا المذبوح فقد [قيل] [١] بعدم جواز بيع البعض المشاع منه وأولى منه المسلوخ.

وهو مبني على أنّه بالذبح يكون موزوناً، وفيه بحث.

وأمّا بيع جزء معيّن من الحي كيده ورجله أونصفه الذي فيه رأسه، أو الآخر الذي فيه ذنبه أو نحوهما فغير جائز [٢]. وأمّا بيع مقدار معيّن منه بالوزن فلا ريب في بطلانه مع الجهالة [٣].

(و) كيف كان فـ(**لو باع واستثنى**) البائع لمأكول اللحم [٤] أو ما تقع عليه التذكية [٥]، ولعلّ الأوّل أوفق

---

[١] **[كما] جزم بعض مشايخنا**[١].

[٢] **اجماعاً بقسميه على ما في شرح الأُستاذ وظاهر المختلف**[٢] وغيره أنّه من المسلّمات. **بل في الأوّل: «أنّه فيما لا يؤكل لحمه، أو إذا لم يكن المراد منه اللحم بل الركوب والحمل ونحوهما من الواضحات التي لا تحتاج إلى شاهد».**

وهو جيّد، إلّا أنّه قد يشكل الفرق بين الأوّل؛ أي ما أُريد ذبحه للأكل، وبين ما تسمعه من الخلاف في استثناء الرؤوس والجلد، بل صحيح الغنوي[٣] أو حسنه الذي ستعرف عمل الأصحاب به صريح في بيع الرأس والجلد واحتمال اختصاصهما بالحكم المزبور بيعاً أو استثناءً مناف لتصريح البعض[٤] بعدم الفرق بينهما وبين غيرهما في حكم الاستثناء ولما تعرفه من الإتحاد في المدرك، والجهالة الناشئة من عدم تعيين موضع القطع، كالتشاجر إذا اختلفا في إرادة بقاء الحيوان وذبحه المترتّب على كلّ منهما تعطيل مال شخص وضرر الآخر، مشترك بين الجميع، فالعمدة في الفرق حينئذٍ ليس إلّا الإجماع إن تمّ.

وفي التحرير: «أنّ في استثناء الشحم إشكالاً»[٥].

لكن جزم بالبطلان في التذكرة في الحيّ والمذبوح[٦].

[٣] للاختلاف، **بل ظاهر شرح الأُستاذ: أنّ الإجماع بقسميه عليه**[٧]، ولعلّه كذلك.

اللهمّ إلّا أن يدّعى انسحاب خلاف سلّار في جواز استثناء ذلك إليه.

قال ـ **كما في المختلف**[٨] ـ : **«وكلّ شرط شرطه البائع على المبتاع من رأس ذبيحة يبيعها وحدها أو بعضها بالوزن جائز»**[٩]. ولا ريب في ضعفه.

[٤] **كما في التحرير وظاهر النهاية**[١٠].

[٥] **كما في حواشي الشهيد**. وعلى كلّ حال فظاهرهم أنّ محلّ الخلاف في ذلك.

---

(١) (٧) شرح القواعد: ١٢٦ (مخطوط).

(٢) شرح القواعد: ١٢٦ (مخطوط). المختلف ٥: ٢٣٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٧٥، ب٢٢ من بيع الحيوان، ح١.

(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٣٢٤.

(٥) التحرير ٢: ٤٠٣.

(٦) التذكرة ١٠: ٣١٢.

(٨) المختلف ٥: ٢٣٨.

(٩) المراسم: ١٧٨.

(١٠) التحرير ٢: ٤٠٣. النهاية: ٤١٣.

بخبري الباب، وإن أمكن بالتنقيح التعدية إلى ما تقع عليه التذكية، فلو كان الاستثناء من غيرهما بطل.

بل الظاهر أن محلّ النزاع في صحّة الاستثناء من الحيوان المراد ذبحه.

فليس له الاستثناء من الحيوان المراد بقاؤه [١].

أمّا إذا كان مأكول اللحم وأُريد ذبحه فباعه واستثنى (**الرأس والجلد**) أو أحدهما (**صحّ**).

(و) لكن (**يكون شريكاً**) مع المشتري في الحيوان (**بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني**) [٢].

٢٨ = ٧٥١

---

[١] لما عرفت سابقاً، ولأنّه لم يعهد ملكيّة الحيوان المزبور كذلك.

[٢] [رواه] عن الصادق عليه السلام قال: اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بعيراً واستثنى البيع الرأس [أ] و الجلد ثمّ بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد»[١].

وما رواه الصدوق في محكي العيون بسنده عن الرضا عن آبائه عن الحسين بن علي عليهم السلام أنّه قال: «اختصم إلى عليّ عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً فاستثنى الرأس والجلد، ثمّ بدا له أن ينحره، قال: هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد»[٢].

بناءً على أنّ المراد البداية له في أن لا ينحره، بقرينة الخبر السابق.

وبهما أفتى في النهاية والإرشاد ومحكي الخلاف والمبسوط والقاضي[٣].

وتعجّب منه الشهيد في حواشيه: حيث إنّه منع من بيع الحامل مستثنى حملها؛ لأنّه كالجزء، وجوّز استثناء الرأس والجلد[٤]، مع أنّه جزء حقيقة.

وفيه: أنّه يمكن دعوى خصوصيّتهما للنصّ الذي يصلح فارقاً بين المقامين، ومنه اتّجه الحكم بالشركة المزبورة، وإلّا كان المتّجه على تقدير الصحّة اعتبار خصوص ما استثناه.

ولذا أنكر غير واحد على الشيخ بأنّ ما اختاره مناف لتبعيّة العبد للقصد في حقّ كلا المتعاقدين.

وقاعدة تسلّط الناس على أموالهم[٥] وأنّه لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه[٦]، وتوقّف الأكل حلالاً على التجارة بالتراض[٧].

ودعوى أنّ المراد من الاستثناء المزبور الشركة المذكورة أوضح فساداً، كلّ ذا مع عدم الجابر للخبرين، بل الشهرة بسيطة أو مركّبة على خلافهما.

قلت: لكن لا يخفى أنّه لا يسع الفقيه المنتقد طرح الخبرين المزبورين المعمول بهما في الجملة المؤيّدين بما تسمعه من صحيح الشركة الآتي المخالفين للعامّة.

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٧٥، ب٢٢ من بيع الحيوان، ح٢.

(٢) العيون ٢: ٤٧، ح١٥٣. الوسائل ١٨: ٢٧٦، ب٢٢ من بيع الحيوان، ح٣، وفيهما: «شريكه» بدل «شريكك».

(٣) النهاية: ٤١٣. الإرشاد ١: ٣٦٤ ولكنه نسبه إلى القيل. الخلاف ٣: ٩٢. المبسوط ٢: ١١٦. المهذب ١: ٣٨٢.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٢٣.

(٥) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

(٦) الوسائل ٥: ١٢٠، ب٣ من مكان المصلّي، ح١، ٣.

(٧) النساء: ٢٩.

نعم تحقيق الحال هو [١] صحّة الاستثناء، بل البيع للرأس والجلد من الحيوان المشترى للذبح [٢].

فإن حصل الذبح كان للبائع ما استثناه، وإن بدا لهما أو للمشتري خاصّة بيعه مثلاً وعدم الذبح فليس إلّا الشركة في الحيوان، بمقدار قيمة الرأس والجلد [٣].

---

[١] [كما] أنّ الحاصل من التأمّل في أخبار المقام [ذلك].

[٢] لأنّه حينئذٍ بمنزلة شرائهما منفصلين.

[٣] ضرورة أنّهما بالاستثناء المزبور على الفرض المذكور ملك للبائع، فبيع الحيوان جملة بيع لمملوكين لمالكين بثمن واحد، إلّا أنّ زيادة القيمة الحاصلة للحيوان بالبقاء تلحقهما أيضاً؛ لتوقّف حياة الحيوان أو بقائه عليهما، فما حصل من الاجتماع ملك لهما. وهذا هو المراد بالشركة في الحيوان بمقدار قيمة الرأس والجلد، وحينئذٍ فلا مخالفة للقواعد في هذه الشركة. ولا يتّجه الردّ على مضمون النصوص بأنّه مخالف لقاعدة تبعيّة العقد للقصد إذا لم تكن الشركة مقصودة لكلّ من المتعاقدين؛ ضرورة أنّك قد عرفت كون المراد بالشركة ما سمعت الذي لا يرد عليه نحو ذلك، ويؤيّده أيضاً في الجملة ما قيل أيضاً من أنّ تعذّر أخذ العين يوجب الشركة بحسب القيمة؛ إذ: «لا يسقط الميسور بالمعسور»[١]. و«ما لا يدرك كلّه لا يترك كلّه»[٢]. و«إذا أمرتكم»[٣]، ولعلّه إلى ذلك كلّه أو بعضه أومأ **في الدروس بقوله: «ولو استثنى الرأس والجلد فالمروي الصحّة، فإن ذبحه فذاك، وإلّا كان البائع شريكاً بنسبة القيمة»**. إذ مرجعه بعد التأمّل إلى ما ذكرنا.

كما أنّ قوله أيضاً: «ولو شرط ذبحه فالأقرب جواز الشرط إذا كان ممّا يقصد بالذبح، فإن امتنع فالأقرب تخيّر البائع بين الفسخ وبين الشركة بالقيمة»[٤]. منطبق عليه أيضاً؛ إذ الفسخ لعدم الشرط والشركة لما عرفت، فإن أراد من أفتى بمضمون النصوص ما ذكرناه فذاك، وإلّا كان في غاية الإشكال؛ ضرورة عدم ظهور النصوص في أنّ الاستثناء المزبور يوجب الشركة المذكورة في الحيوان على كلّ حال، سواء ذبح أو لا، بل لو سلّم ظهورها في ذلك لم يكن ليجسر بها على هذا الحكم المخالف للقواعد العظيمة أي مخالفة، بل لا نظير له في الشريعة كما هو واضح.

وأمّا القول بالصحّة كما عن المرتضى والاسكافي والتقي والحلّي[٥]**، بل نسبه بعض إلى جمع من المتقدّمين والمتأخّرين**[٦]**، بل في الانتصار: أنّه ممّا انعقد عليه إجماع الإماميّة**؛ فإن أُريد بها على الوجه الذي ذكرنا فمرحباً بالوفاق، وإن أُريد بها مطلقاً؛ أي سواء كان القصد ذبح الحيوان أو لا، وسواء ذبح أو لا، فهو في غاية الإشكال، بل يمكن دعوى ضرورة الشرع على خلافه فيما هو أوسع دائرة من العقود المملّكة كالصلح والوصيّة، فضلاً عن البيع والاستناد إلى الأصل ـ المستفاد من العموم في جنس العقود وأنواعها، واندفاع الغرر بتميّز الثنيا، ومعرفة الحدود ـ كما ترى خصوصاً مع وضوح رجوع هذا الاستثناء إلى بيع الأجزاء المعيّنة من الحيوان الذي قد ادّعي الإجماع على بطلانه، بل يمكن تحصيله في الحيوان الذي لم يقصد به الذبح، بل كان

---

(١) عوالي اللآلي ٤: ٥٨، ح ٢٠٥، وفيه: «ولا يترك» بدل «لا يسقط».

(٢) المصدر السابق: ح ٢٠٧.

(٣) عوالي اللآلي ٤: ٥٨، ح ٢٠٦. البحار ٢٢: ٣١.

(٤) الدروس ٣: ٢٢٢.

(٥) الانتصار: ٤٤٠ ـ ٤٤١. نقله عن الاسكافي في المختلف ٥: ٢٣٧. الكافي: ٣٥٤. السرائر ٢: ٣٥٥.

(٦) شرح القواعد: ١٢٧ (مخطوط).

المقصود منه البقاء للركوب ونحوه. **وأمّا القول بالتفصيل بين المذبوح وغيره ـ كما في القواعد[١] ـ فيصحّ الاستثناء في الأوّل دون الثاني**، فهو متحد مع ما قلناه في الأوّل. وما في شرح الأُستاذ من إشكاله بعدم ارتفاع الغرر بالذبح حتى بعد إتمام السلخ قبل الوزن مع اتّصالهما وانفصالهما أو فصل أحدهما[٢]. يدفعه: ما عرفت سابقاً من منع اعتبار الوزنيّة من المذبوح قبل السلخ، بل يمكن منعه أيضاً في المسلوخ قبل التفريق كما جرت به السيرة في زماننا، على أنّ المانع حينئذٍ على هذا التقدير الجهالة التي يمكن الاحتيال في رفعها، لاكون المستثنى جزء معيّناً، كما هو واضح. وأمّا منعه في غير المذبوح فهو متجه في الذي لم يرد ذبحه. وأمّا ما أُريد ذبحه فهو على مقتضى الأصل والعمومات، وخصوص الروايات ومحكي الإجماع وغيره.

ومن هنا جزم الصحّة فيهما ثاني الشهيدين[٣] بل والفاضل في المختلف[٤]، إلّا أنّه ينبغي اعتبار ما سمعت فيما لو عدل من إرادة الذبح وأُريد البيع مثلاً، كما عرفته مفصّلاً. **وأمّا ما حكاه في التنقيح عن بعض فضلاء المتأخّرين من أنّه إن كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهالته**؛ لأنّ الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرقّة، لكن لا يبطل البيع؛ لأنّ جهالة المستثنى في هذه الصورة لا يستلزم جهالة المبيع، فيكون البائع شريكاً بنسبة قيمة المستثنى، كما دلّت عليه الرواية وإن كان المستثنى هو الرأس والقوائم فهو صحيح؛ لأنّه استثناء معلوم من معلوم والضرر في ذلك معارض باستثناء الجزء المشاع، فإنّه جائز إتّفاقاً، مع أنّ الضرر المدّعى حاصل فيه[٥]. فهو من غرائب الكلام، وكالاجتهاد في مقابل النصّ، بل اجتهاد من غير وجه وجيه. ومن الغريب حكمه بجهالة المستثنى لجهالة قيمته مع حكمه بالشركة بمقدارها وقياسه الجزء المشاع على المعيّن. **ومن هنا احتمل بعض مشايخنا عكس ما ذكره، فأبطل استثناء الرأس؛ لجهالة حدّه فلا يؤول إلى علم بخلاف الجلد[٦]**.

والتحقيق: خلافهما معاً كغيرهما من الاحتمالات المذكورة في المقام.

منها: الجمود على مدلول الروايتين، اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل.

ومنها: تخصيص المنع بالمذبوح؛ لدخوله تحت الموزون الذي لا يدفع غرر جهالته وزنه مع الجلد والرأس.

ومنها الاقتصار في المنع على المسلوخ مع بقاء الرأس، ومع عدمه بشرط عدم الوزن لدخوله تحت الموزون.

ومنها: قصر المنع على ما لا يؤكل لحمه.

إذ الجميع كما ترى. بل قيل: إنّ مرجع الأخير منها على الظاهر إلى القول بالجواز المطلق؛ لأنّه إنّما يعقل في المأكول[٧].

قلت: قد عرفت في أوّل البحث أنّ النزاع فيما يقبل التذكية، بل يظهر من بعضهم ذلك في المأكول منه خاصّة[٨]. بل قد يقال: إنّ محلّ النزاع في الذي أُريد ذبحه للأكل منه وإن أطلق الأصحاب، وتحقيق الحال ما عرفت، والله أعلم.

بل يزيد ذلك تأكيداً ما ذكره المصنّف وغيره، من قوله [ذلك].

---

(١) القواعد ٢: ٣٠.
(٢) (٦) (٧) شرح القواعد: ١٢٧ (مخطوط).
(٣) الروضة ٣: ٣١١، المسالك ٣: ٣٨٠.
(٤) المختلف ٥: ٢٣٨.
(٥) التنقيح ٢: ١١٨.
(٨) التحرير ٢: ٤٠٣.

(وكذا لو اشترك اثنان أو جماعة) حيواناً (وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كان شريكاً بنسبة[١] ماله) [١]. والمراد بالمال [٢] قيمة الرأس والجلد [٣].

لا الثمن كائناً ما كان، على أن يكون المراد لغو الشرط، والرجوع إلى الشركة بمقدار الثمن [٤].

---

[١] لصحيح الغنوي عن الصادق عليه السلام: في رجل شهد بعيراً مريضاً وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم وأشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أنّ البعير برئ فبلغ ثمنه ثمانية دنانير، قال: فقال: «لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال: أُريد الرأس والجلد فليس له ذلك، هذا الضرار، وقد أعطى حقّه إذا أُعطي الخمس»[٢]. **وقد أفتى بمضمونه من أبطل الاستثناء المزبور في المسألة السابقة كالفاضل[٣] وغيره.** وأشكله بذلك في جامع المقاصد وقال: «لا جواب له إلّا بأحد أمرين: إمّا أن يكون الحكم في مسألة الشريك مجمعاً عليه فعمله بالإجماع في موضعه، أو أنّ رواية هارون صحيحة، بخلاف رواية السكوني. والذي يقتضيه النظر البطلان مطلقاً إن لم يلزم من ذلك مخالفة الإجماع»[٤]. وفي الرياض ـ بعد أن ذكر الصحيح المذكور ـ قال: «ويأتي فيه ما مرّ مع ظهوره ـ كما سبق ـ فيما يقصد ذبحه لا مطلقاً، فلا وجه للتعميم على تقدير العمل بهما بعد القول بالفصل بين مورده فالجواز وغيره فالمنع كما مضى، إلّا أنّي لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثاني ومن تبعه من بعض أصحابنا، حيث جعلوا الحكم فيه وفيما سبق واحداً، وهو كذلك إن لم يكن انعقد الإجماع على خلافه. وربّما احتمله في شرح القواعد المحقّق الثاني، ولعلّه وجه الفرق بينهما في العبارة وغيرها؛ من التردّد في الأوّل والجزم بالحكم هنا. وهو حسن إن تمّ، وإلّا فمجرّد صحّة السند على تقديرها غير كافٍ في الخروج عن مقتضى القواعد المتقدمة مع إمكان تأويلها إلى ما يلائمها»[٥]. قلت: لا يخفى عدم الفرق في الحكم بين مورد الصحيح وغيره، بل مورد الأوّل بيع الرأس والجلد فضلاً عن استثنائهما، ولكن المراد من الجميع ما ذكرناه سابقاً من الحيوان المقصود بالذبح للأكل، كما اعترف به هنا الفاضل المزبور فيصحّ استثناؤهما، وما تضمّنه الصحيح المزبور من بيعهما على الوجه المذكور، وأنّه ينتقل إلى الشركة إذا بدا لهما أو للمشتري منهما بقاؤه، لا إذا ذبح كما يقتضيه إطلاق الجماعة الذي يمكن تنزيله عليه. ووجه الشركة ما عرفت الذي منه يظهر أنّ المراد بها: الشركة على حسب قيمة الرأس والجلد، ولا ينافيه ملاحظة الثمن في الصحيح المزبور فإنّه يمكن رجوعها إليه، كما هو واضح. فقد ظهر أنّ الصحيح المزبور المفتى به من الجماعة حتّى احتمل أنّه إجماع، بل لعلّه الظاهر مؤيّد لما ذكرناه سابقاً، كما أنّه ظهر أنّ عبارات الأصحاب ليست منطبقة على المراد من الصحيح المذكور الذي هو المستند لها على الظاهر، وتحقيق الحال ما عرفت.

[٢] [الوارد] في المتن وغيره.

[٣] كما هو صريح التحرير والإرشاد[٦] وغيرهما.

[٤] ضرورة عدم استفادة ذلك من الصحيح، وعدم انطباقه على ما تقدّم من اقتضاء فساد الشرط فساد العقد المشترط فيه. **وما في الدروس هنا من أنّه «لو اشتركوا في الحيوان بالأجزاء المعيّنة لغى الشرط وكان بينهم على نسبة الثمن»**[٧]. غير

---

(١) في الشرائع إضافة: «رأس».
(٢) الوسائل ١٨: ٢٧٥، ب٢٢ من بيع الحيوان، ح١.
(٣) القواعد ٢: ٣٠.
(٤) جامع المقاصد ٤: ١٣٨.
(٥) الرياض ٨: ٣٨٣.
(٦) التحرير ٢: ٤٠٣. الإرشاد ١: ٣٦٤.
(٧) الدروس ٣: ٢٢٢.

. . . . . .

ما فرضه الأصحاب من المسألة التي مستندها الصحيح المزبور. **ويمكن أن يكون مراده من «الشرط»: التواطؤ في غير العقد على وجه لا يلتزم به شرعاً، مع كون الشراء على جهة الشركة بسبب مزج الثمن ونحوه. ولعلّه إليه يرجع ما في حواشيه على قوله في القواعد: «ولو اشتركا في الشراء، واشترط أحدهما الرأس والجلد لم يصحّ، وكان له بقدر ماله»**[1].

قال: «أي تصحّ الشركة، ويبطل الشرط، وإن كان في بيع بطل؛ لتوقّف العقد على الشرط الفاسد»[2]. **هذا ولكن في النهاية التي هي متون أخبار، قال: «وإذا اشتركا نفسان في شراء ابل أو بقر أو غنم ووزنا المال وقال أحدهما: إنّ لي الرأس والجلد بمالي من الثمن كان ذلك باطلاً، ويقسّم ما اشترياه على أصل المال بالسويّة»**[3].

وظاهره: أنّ المراد بالصحيح ذلك. وفيه ـ مضافاً إلى ما عرفت وإلى أنّه خلاف فهم الأصحاب ـ: إنّ الصحيح خال عن ذكر الاشتراط، وإنّما هو ظاهر في شراء الرأس والجلد من البائع. وشراء الآخر ما عداهما، أو أنّ المشتري باع الرأس والجلد من الآخر الذي أراد شركته. اللهمّ إلّا أن يدعى أنّ المراد منه أنّهما اشتركا في الدراهم المجعولة ثمناً للبعير على أن يكون الرأس والجلد لواحد منهما عوض حصّته في الثمن، لكنّه كما ترى.

والحاصل: أنّ عبارات جملة من الأصحاب غير منطبقة على ما في الصحيح؛ إذ الاشتراط المذكور فيها إمّا أن يكون على البائع، ومرجعه حينئذٍ إلى شراء أحدهما مستثنى منه نصفهما، وشراء الآخر النصف الآخر مع تمامهما، ويكون حينئذٍ شبه شراء الكلّ مع استثنائهما. وإمّا أن يكون الشراء لأحدهما ثمّ باع النصف الآخر مستثنياً منه الرأس والجلد، فيكون من قبيل استثناء الكلّ منهما في بيع الكل، أو بالعكس بأن يشترطهما للمشتري فيكون من بيع الأعضاء؛ لأنّه باعه النصف المشتمل على تمام الرأس والجلد. وعلى كلّ حال هو خلاف ظاهر الصحيح، على أنّ مقتضى ما ذكره الفاضل وغيره من بطلان الشرط بطلان العقد. بل لو بني على القول بعدم التلازم بينهما لا وجه للشركة المزبورة. ودعوى أنّه لما امتنع تنزيله على الصحّة مع البقاء على ظاهره نزّل على الإشاعة ويكون الصحيح مستنداً لذلك، واضحة الفساد؛ لاقتضاء مخالفة الأُصول الشرعيّة، والقواعد المرعيّة بإلغاء ظاهر العقد، وعدم تبعيّته للقصد، وحصول الضرر التامّ غالباً إمّا على البائع أو المشتري. بل لا يبعد أن يكون العمل بالرواية على هذا الوجه تهجّماً على الشرع، وخروجاً عن مذاق الفقه، فلا محيص عن تنزيلها على ما ذكرنا، بل هو الظاهر منها عند التأمّل. والمناقشة فيها باحتمال إرادة الاشتراك بنسبة الدرهمين ثمّ طلب منه الرأس والجلد، أو إنّما اشترك لأجل الرأس والجلد، معلّلاً لا مشترطاً، كما عساه يومئ إليه قوله «وقد أعطى حقّه... إلى آخره» أو أنّه سبق الوعد بإعطائه ومطالبته من جهته، لا من جهة الاستحقاق، أو نحو ذلك. كما ترى. وكلّ ذلك ناش عن عدم الوصول إلى ما ذكرنا [من أنّ المراد: الحيوان المقصود بالذبح والانتقال إلى الشركة على حسب القيمة] ببركة الله ومحمّد ﷺ وأهل بيته عليهم السلام، نعم الإنصاف: أنّ الأصحاب لم يحسنوا التأدية بمضمون الخبر، وأحسن ما وقفت عليه من كلماتهم في أصل المسألة ما سمعته من الدروس[4]، والله أعلم.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠.
(٢) لا يوجد عندنا.
(٣) النهاية: ٤١٣.
(٤) تقدّم في ص ٣٧٢.

(**ولو قال**) شخص لآخر: (**اشتر حيواناً**) مثلاً (**بشركتي صحّ، ويثبت البيع لهما، وعلى كلّ واحد منهما نصف الثمن**) [١].

إلّا إذا أراد الأقلّ أو الأكثر فإنّه يتبع حينئذٍ مع التصريح.

ولو تنازعا في القدر فـ[ـقد يقال:] [٢] [إن كان في الإرادة حلف الآمر وإن كان في نية الوكيل حلف الوكيل إن نقص عما يدعيه الموكّل، وإن زعم الموكّل أنّه اشترى له الثلث فقال: النصف احتمل ذلك].

[تحقق الشركة باذن أن ينقد عنه]:

(**ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه**) ما عليه من الثمن (**صحّ**) قطعاً.

(**ولو تلف**) الحيوان الذي اشتري على وجه المزبور (**كان بينهما**) [٣].

(و) كان (**له الرجوع على الآمر**[١] **بما نقد عنه**) باذنه الظاهرة في إرادة الدفع عنه، والرجوع به عليه، فهو كالوكيل عنه في القرض [٤].

إنّما البحث في الدفع عنه بمجرّد الأمر بالشراء على الشركة.

والأقوى عدم الرجوع إذا لم يكن قرينة تقتضي الدفع عنه، كالشراء من مكان بعيد، لا يدفع المبيع حتّى يدفع الثمن [٥].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لأنّه توكيل في شراء النصف المنساق من لفظ الشركة.

[٢] [**قاله**] **في الدروس: «أنّه إن كان في الإرادة حلف الآمر، وإن كان في نيّة الوكيل حلف الوكيل إن نقص عمّا يدّعيه الموكّل، وإن زعم الموكّل أنّه اشترى له الثلث فقال: النصف احتمل ذلك؛ لأنّه أعرف، وتقديم الموكّل؛ لأنّ الوكيل يدّعي زيادة، والأصل عدمها»**[٢].

وفيه: مع كون الواقع من الآمر العبارة المزبورة ما لا يخفى. بل فيه: منافاة لقاعدة تصديق الوكيل، كما هو واضح.

[٣] لما عرفت من كونه مشتركاً بينهما.

[٤] واحتمال أنّ الأمر بالدفع عنه أعمّ من ذلك، واضح الفساد.

[٥] **وظاهر ابن ادريس: أنّ قضيّة الأمر الإذن في النقد**[٣]، وإلّا لم تتحقّق الشركة.

وفيه: منع ظاهر، وإن أطال فيه في المختلف[٤]. نعم قد يشهد له موثق إسحاق قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: الرجل يدلّ الرجل على السلعة، فيقول: اشترها ولي نصفها، فيشتريها الرجل وينقد من ماله، قال: «له نصف الربح قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضيعة شيء؟ قال: نعم عليه من الوضيعة كما أخذ من الربح»[٥].

لكن ـ مع أنّه لم يذكر فيه الرجوع عليه بما نقد ـ يمكن وجود قرائن حالية تدلّ على الإذن بالنقد عنه، فتأمّل جيّداً.

---

(١) في الشرائع زيادة: «الآخر».

(٢) الدروس ٣: ٢٢٣.

(٣) انظر السرائر ٢: ٣٤٩.

(٤) المختلف ٥: ٥٢٧ ـ ٢٢٨.

(٥) الوسائل ١٩: ٦، ب ١ من الشركة، ح ٤، وليس فيه: «نعم».

[صحّة اشتراط عدم تحمل الشريك للخسارة]:

(**ولو قال له**): اشتر حيواناً مثلاً بالشركة و(**الربح لنا**) جميعاً (**ولا خسران عليك**) لو خسر فـ(**فيه تردد**) [١]. [قال المصنّف:] (**والمروي الجواز**) [٢].

---

[١] ينشأ من: ١ ـ عموم «المؤمنون»[(١)]. ٢ ـ «وتجارة عن تراض»[(٢)]. ٣ ـ وصحيح رفاعة: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر في جارية له وقال: إنّ ربحنا فيها فلك نصف الربح وإن كانت وضيعة فليس عليك شيء؟ فقال: «لا أرى بهذا بأساً، إذا طابت نفس صاحب الجارية»[(٣)]. ٤ ـ وخبر أبي الربيع عن الصادق عليه السلام: في رجل شارك رجلاً آخر في جارية له فقال له: إن ربحت فلك نصفه وإن وضعت فليس عليك شيء، فقال: «لا بأس بذلك، إذا كانت الجارية للقائل»[(٤)]. وإلى ذلك أشار المصنّف بقوله [ذلك].

[٢] وظاهره الميل إليه، **بل إليه ذهب جماعة كالشيخ والفاضل في المختلف والشهيد في الدروس**[(٥)]. ومن أنّه مخالف لما دلّ على تبعيّة الربح والخسران لرأس المال، فيكون مخالفاً للسنّة التي بمخالفتها يكون مخالفاً للكتاب أيضاً، **وبه جزم الحلّي في السرائر قال ـ بعد أن حكى ذلك عن الشيخ ـ: «أنّه غير واضح ولا مستقيم؛ لأنّه مخالف لأُصول المذهب؛ لأنّ الخسران على رؤوس الأموال بغير خلاف، فإذا اشترطه أحدهما على الآخر كان مخالفاً للكتاب والسنّة»**[(٦)].

وردّه في الدروس: «بأنّه لا نسلّم لزوم تبعيّة المال لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة». ومن هنا قال: إنّ «الأقرب تعدّي الحكم إلى غير الجارية من المبيعات»[(٧)] ضرورة عدم كون المستند خصوص الخبرين، بل هما مؤكّدان لمقتضى العموم.

وفيه ـ مضافاً إلى ما في التنقيح من الإجماع على عدم إطراد الحكم في غير هذه الصورة[(٨)] ـ: منع شمول العمومات لمثل ذلك الذي لم يعلم شرعيّته في نفسه؛ كي يكون الشرط ملزماً له. وأمّا الخبران فغير صريحين في المطلوب، مع أنّ موردهما الجارية، وكون المشارك هو المالك. واحتمال الصحيح منهما طيب النفس بعد ظهور الخسران من باب الإحسان، ولذا قال في التنقيح: «إنّا نقول بموجب الأوّل منهما. إذ معناه أنّه إذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفي بقوله، وهو صحيح؛ إذ «الناس مسلّطون على أموالهم»[(٩)] فإذا ترك ماله فلا حرج عليه، وأمّا لزوم الشرط فلا دلالة للرواية عليه، لذلك أردف نفي البأس بقوله: «إذا طاب نفس صاحب الجارية»[(١٠)]»[(١١)]. ولعلّ قوله عليه السلام في ذيل الخبر الآخر: «إذا كانت الجارية للقائل»[(١٢)] مشعر بنحو ذلك.

---

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.
(٢) النساء: ٢٩.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٦٦، ب ١٤ من بيع الحيوان، ح ١.
(٤) المصدر السابق: ح ٢.
(٥) النهاية: ٤١١. المختلف ٥: ٢٢٨. الدروس ٣: ٢٢٣ ـ ٢٢٤.
(٦) السرائر ٢: ٣٤٩.
(٧) الدروس ٣: ٢٢٤.
(٨) التنقيح ٢: ١٢٠.
(٩) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.
(١٠) الوسائل ١٨: ٢٦٦، ب ١٤ من بيع الحيوان، ح ١.
(١١) التنقيح ٢: ١٢٠.
(١٢) الوسائل ١٨: ٢٦٦، ب ١٤ من بيع الحيوان، ح ٢.

ويقوى في النفس أنّ ذلك [= شرط عدم الخسارة] كانت مقاولة بين المالك وغيره ليساعده على البيع أو نحو ذلك ، لا أنّها شركة حقيقة [١].

وتسمع إن شاء الله في كتاب الصلح : البحث فيما لو صالح أحد الشريكين الآخر على أن يكون له رأس ماله ، والباقي لشريكه زاد أو نقص . وفي كتاب الشركة : البحث في شرط التفاوت في الربح في عقد الشركة مع تساوي المالين ، والتساوي فيه مع تفاوت المالين مع زيادة العمل من أحدهما وبدونه ، فلاحظ فإنّ له دخلاً في المقام [٢].

[جواز النظر إلى وجه المملوكة وشرائها]:

(و) كيف كان فـ(**يجوز النظر**) من دون إذن المولى (**إلى وجه المملوكة ومحاسنها**) التي هي محال الزينة منها كالكفّين والرجلين ونحوهما ، (**إذا أراد شراءها**) لنفسه أو لغيره [٣].

---

[١] وبالجملة : هما غير صالحين ؛ لإثبات الحكم المزبور مع فرض مخالفته ، وعدم اقتضاء العمومات صحّته ، كما هو الأقوى ، **وفاقاً لجماعة منهم الفاضل في القواعد ، وغيره في بطلان العقد الذي وقع عليه هذا الشرط في ضمنه**(١) ، كما لو باع أحدهما صاحبه بهذا الشرط البحث السابق .

[٢] **ومنه يعلم التنافي بين ما في الدروس في المقامين**(٢) .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه . بل في المسالك في باب النكاح : « أنّ جواز النظر إلى الوجه والكفّين والمحاسن والشعر موضع وفاق ، وإن لم يكن بإذن المولى صريحاً :**

١ ـ لأنّ عرضها للبيع قرينة الإذن في ذلك »(٣) .

٢ ـ ولأنّ أبا بصير : سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها ؟ فقال : « لا بأس أن ينظر إلى محاسنها ، ويمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه »(٤) .

٣ ـ وقال له ـ أيضاً ـ حبيب بن معلّى الخثعمي : إنّي اعترضت جواري المدينة فأمذيت ، فقال : « أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس ، وأمّا من لا يريد أن يشتري فإنّي أكرهه »(٥) .

٤ ـ وقال هو أيضا لعمران بن حارث الجعفري : « لا أُحبّ للرجل أن يقلب جارية إلّا جارية يريد شراءها »(٦) .

٥ ـ وفي المروي عن قرب الاسناد مسنداً إلى جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام : « أنّه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقيها فينظر إليها »(٧) .

---

(١) القواعد ٢ : ٨٩ ـ ٩٠ .
(٢) الدروس ٣ : ٢٢٣ ـ ٢٢٤ و ٣٣٣ .
(٣) المسالك ٧ : ٤٢ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٢٧٣ ، ب ٢٠ من بيع الحيوان ، ح ١ .
(٥) المصدر السابق : ٢٧٣ ـ ٢٧٤ ، ح ٢ .
(٦) المصدر السابق : ٢٧٤ ، ح ٣ .
(٧) قرب الإسناد : ١٠٣ ، ح ٣٤٤ . الوسائل ١٨ : ٢٧٤ ، ب ٢٠ من بيع الحيوان ، ح ٤ .

بل [الظاهر] [١] جواز النظر إلى ما دون العورة [٢].

بل [الظاهر] [٣] جوازه مع التلذّذ.

بل قد يدّعى لزومه للاباحة غالباً إذا كانت المنظورة من الجوار الحسان [٤].

و[الظاهر] [٥] عدم الفرق في جواز النظر بين المزوجة وغيرها. وفي إلحاق نظر المرأة إلى المملوك إذا أرادت شراءه بالرجل المريد شراء الأمة وجه قوي [٦]. هذا، والأحوط الاقتصار في جواز النظر على إرادة الشراء، لا أنّ المراد النظر أوّلاً ثمّ الشراء. هذا و[الظاهر] [٧] جواز اللمس [٨]، ولاريب أنّ تركه أحوط. ثمّ إنّ الحكم مختصّ بالمشتري، فلا يجوز للأمة النظر إليه زيادة على ما يجوز للأجنبي [٩].

[آداب شراء المماليك]:

(ويستحبّ لمن اشترى مملوكاً أن يغيّر اسمه) عند الشراء [١٠].

---

[١] [كما] قد يستفاد من هذه النصوص ما في تذكرة الفاضل[١] من [ذلك].

[٢] **ومال إليه في الحدائق[٢] وإن استبعده كثير ممّن تأخّر عنه، وتردّد فيه في الدروس، بل وفي العورة، ثمّ استقرب مراعاة التحليل من المولى[٣].**

[٣] [كما] قد يستفاد من خبر حبيب [ذلك].

[٤] **لكن صرّح في السرائر وغيرها بالحرمة حينئذٍ[٤].**

[٥] [وذلك لـ]ـمقتضى إطلاق النصّ والفتوى.

[٦] خصوصاً مع ملاحظة ما ورد في باب النكاح في تعليل جواز النظر لشعر الإمرأة التي يريد تزويجها بأنّه «إنّما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»[٥]. وفي آخر: تعليل النظر إلى المحاسن بأنّه «مستام»[٦] الظاهر في أنّ الوجه في النظر رفع الغرر والضرر الناشئ من عدم الرؤية.

[٧] [كما] قد سمعت اشتمال بعض النصوص السابقة على [ذلك].

[٨] **واستحسنه في نكاح المسالك مع توقّف الغرض عليه[٧].**

[٩] **وفي نكاح المسالك بخلاف الزوجة.** والفرق أنّ في الشراء لا اختيار لها بخلاف التزويج[٨].

[١٠] قال زرارة: كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل ومعه ابن له، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «ما تجارة ابنك، فقال: التنخّس، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتر شيئاً ولا عيباً، فإذا اشتريت رأساً فلا ترين ثمنه في كفّة الميزان، فما من رأس يرى ثمنه في كفّة الميزان فأفلح، فإذا اشتريت رأساً فغيّر اسمه، وأطعمه شيئاً حلواً إذا ملكته، وتصدّق عنه بأربعة دراهم»[٩].

---

(١) التذكرة ١٠: ٣٣٨.
(٢) الحدائق ١٩: ٤١٦ـ٤١٧.
(٣) الدروس ٣: ٢٢٥.
(٤) السرائر ٢: ٣٥٣.
(٥) الوسائل ٢٠: ٨٨، ٨٩، ب٣٦ من مقدّمات النكاح، ح١، ٧.
(٦) المصدر السابق: ٨٩، ٩٠، ح٨، ١٢.
(٧) المسالك ٧: ٤٣.
(٨) المسالك ٧: ٤٣.
(٩) الوسائل ١٨: ٢٥١، ب٦ من بيع الحيوان، ح١ مع اختلاف.

(و) [المختار] [١] استحباب (**أن يطعمه شيئاً من الحلاوة**[١] **وأن يتصدّق عنه بشيء**).

وإن لم يكن المقدار المعلوم [٢] [ويكره التسمية بمبارك وميمون وشبهه]. واختيار الأسماء الشريفة كعبد الله وعبد النبي وعبد علي، وبما يسمّى به عبيدهم كقنبر وبلال وفضّة ونحوها.

وأمّا التسمية بأسماء الأنبياء والأئمّة فالأولى تركه لخوف إهانة الاسم باستخدامه، والأمر سهل (**ويكره وطء من ولدت من الزنى**) من الأبوين أو أحدهما في وجه (**بالملك والعقد**) ولو تحليلاً (**على الأظهر**) [٣].

(و) [المختار] [٤] كراهة (**أن يرى المملوك ثمنه في**) كفّة (**الميزان**) [٥].

---

[١] [كما] منه [= الخبر] يعلم [ذلك].

[٢] [وذلك] لظهور عدم إرادة الاشتراط فيه.

وفي الدروس: أنّ الأقرب استحباب تغيير الاسم في الملك الحادث قال: «وروي كراهة التسمية بمبارك وميمون وشبهه»[٢]. **وفي شرح الأُستاذ: استحباب الثلاثة في كلّ تملّك**[٣].

[٣] للغضاضة، وفوات النجابة، ولخوف العار، وللنصوص: كحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: «لا، وإن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ»[٤]. وهي وغيرها الحجّة على ابن ادريس المحرّم ذلك[٥] بناءً منه على كفر ولد الزنى وتحريم الكافرة وفي المقدّمتين منع.

وفي الدروس: أنّ «العقد أشدّ كراهيّة من الملك»[٦].

وفي شرح الأُستاذ: «أنّه تشتد الكراهة بطلب النسل لترتّب معظم الفساد عليه»[٧].

قلت: ولعلّه لذا قال في القواعد: أنّه «إن فعل فلا يطلب الولد منها»[٨] أي إن وطئ غير مبال بالكراهة فلا يطلب النسل منها بأن يترك الإمناء أو يعزل أو يطأ في غير القبل أو اليائس أو الصغيرة أو نحو ذلك، **وفي الدروس أيضاً: «ويكره الحجّ والتزويج من ثمن الزانية. وعن أبي خديجة: لا يطلب ولد من امرأة أمهرت مالاً حراماً أو اشتريت به إلى سبعة آباء»**[٩]. والأمر في ذلك كلّه سهل.

[٤] [كما] قد ظهر لك من خبر زرارة السابق.

[٥] وفي خبر قيس عن الصادق عليه السلام: «من نظر إلى ثمنه وهو يوزن لم يفلح»[١٠]. **وربّما قيل بهما مطلقاً، ولو لم يكن في الميزان.** حملاً للنصّ على المتعارف من وضع الثمن في كفّة الميزان عند الشراء. **وفي الرياض: «أنّه حسن لو قام دليل على الكراهة مطلقاً**، وهو غير واضح»[١١]. قلت: قد يقال: يكفي فيها [الكراهة] خروج القيد عن إرادة التقييد، نعم في تعدية الحكم إلى مطلق العوض وإلى اللمس إشكال سيّما الأخير، والأمر سهل، والله العالم.

---

(١) في الدروس: «الحلوة».

(٢) الدروس ٣: ٢٢٤.

(٣)(٧) شرح القواعد: ١٥٠، ١٤٨ (مخطوط).

(٤) الوسائل ٢١: ١٧٦، ب ٦٠ من نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٥) السرائر ٢: ٣٥٣.

(٦)(٩) الدروس ٣: ٢٢٥.

(٨) القواعد ٢: ٣٢.

(١٠) الوسائل ١٨: ٢٥٢، ب ٦ من بيع الحيوان، ح ٢.

(١١) الرياض ٨: ٣٨٦.

(الثالث : في لواحق هذا الباب) :

(وهي مسائل :)

[عدم أهلية العبد للتمليك] :

٢٤ = ١٧١

(الأُولى) : الأمة و(العبد) قنّاً أو مدبّراً أو أُمّ ولد إلى غير ذلك من أحواله التي لا تخرجه عن الرقيه عدا المكاتب الذي ستسمع الكلام فيه في محلّه [١].

(لا يملك) عيناً ولا منفعة مستقرّاً ولا متزلزلاً ، من غير فرق بين ما ملّكه المولى وفاضل الضريبة وأرش الجناية وبين غيرها [٢].

---

[١] وظاهرهم هناك الملك ، كما ستعرف إن شاء الله .

[٢] **عند أكثر علمائنا كما في التذكرة[١] ، بل في السرائر عندنا[٢] مشعراً بالإجماع عليه ، كالمحكي عن الانتصار وكفّارات المبسوط[٣] ، بل في زكاة الخلاف ونهج الحقّ الإجماع عليه[٤] ، بل الأوّل منهما صريح في نفي الملك لما ملكه مولاه ، بل في شرح الأُستاذ : أنّه « المشهور غاية الاشتهار بين المتقدّمين والمتأخّرين المدّعى عليه الإجماع ، معبّراً عنه بلفظه الصريح من جماعة ، وبما يفيده بظاهره بعبارات مختلفة من نقلة متعدّدين كمذهب الإماميّة ومذهب أصحابنا وعندنا »[٥] ، وفي الرياض : « أنّه الأشهر بين أصحابنا كما حكاه جماعة منّا ، وهو الظاهر من تتبّع كلماتهم جدّاً حيث لم أقف على مخالف لهم في ذلك إلّا نادراً »[٦] :**

١ ـ للأصل في كثير من الموارد مؤيّداً :

أ ـ بأنّه مملوك ، فلا يكون مالكاً ؛ لأنّ مالكيّته لغيره فرع مالكيّته لنفسه .

ب ـ وبأنّ ما يكتسبه العبد من فوائد ملك المولى فيكون تابعاً له ، بل قيل : « إنّه لا يعقل ملك المملوك على وجه يختصّ به دون مولاه ؛ لأنّ نفسه وبدنه وصفاته التي من جملتها سلطانه مملوكة ، فسلطان السلطان غالب عليه »[٧] . وإليه يرجع ما عن المختلف من « أنّه لو ملك لما جاز للمولى أخذه منه قهراً ، والتالي باطل إجماعاً ، ولما رواه محمّد بن إسماعيل في الصحيح عن الرضا عليه السلام : سألته عن رجل يأخذ من أُمّ ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك [له] ؟ قال : « نعم ، إذا كانت أُمّ ولده »[٨] »[٩] ، **وفي شرح الأُستاذ : « أنّه يجوز للسيّد أن يأخذ ما في يد العبد قهراً بالإجماع محصّلاً ومنقولاً »[١٠]** . بل ظاهره في مقام آخر أنّ المراد بالأخذ ما يشمل التملّك فضلاً عن التصرّف .

جـ ـ وبغير ذلك .

٢ ـ ولقوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبداً مَملُوكاً لَا يَقدِرُ عَلَى شَيءٍ وَمَن رَزَقنَاهُ مِنَّا رِزقاً حَسَناً فَهُوَ يُنفِقُ مِنهُ

---

(١) التذكرة ١٠ : ٣١٧ .
(٢) السرائر ٣ : ٦ .
(٣) الانتصار : ٣٧٤ . المبسوط ٦ : ٢١٧ .
(٤) الخلاف ٢ : ٤٣ . نهج الحق : ٤٨٤ .
(٥) شرح القواعد : ١٣٥ (مخطوط) .
(٦) الرياض ٨ : ٣٨٧ .
(٧) شرح القواعد : ١٣٥ (مخطوط) .
(٨) الوسائل ٢٣ : ١٦٩ ـ ١٧٠ ، ب ١ من الاستيلاد ، ح ٢ .
(٩) المختلف ٨ : ٢١ .
(١٠) شرح القواعد : ١٣٥ (مخطوط) .

[بلا فرق بين الملك الاختياري أو الملك القهري].

سِرّاً وجَهراً هَل يَستَوُونَ ﴾[١]، فإنّ وصف العبد بعدم القدرة بمنزلة الحكم عليه بذلك؛ لأنّ الصفة كاشفة بقرينة السياق والمقام وإن كان الأصل فيها التخصيص، بل قيل: «إنّ قصد التقييد لا يبقي للمملوكيّة خصوصيّة، على أنّ الاقتضاء الذاتي أدخل في ضرب المثل وأوفق بإرادة البرهان على عدم القدرة»[٢].

هذا كلّه مضافاً إلى [ما يلي:]

أ ـ صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام المستفاد منه المراد من الآية قال: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا باذن سيّده، قلت: فإنّ السيّد كان زوّجه بيد من الطلاق، قال: «بيد السيّد ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبداً مَملُوكاً ﴾[٣] إلى آخره أفشيء الطلاق؟!»[٤].

ب ـ وموثّق شعيب: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن طلاق العبد؟ فقال: «ليس له طلاق ولا نكاح، أما تسمع قوله ﴿ عَبداً مَملُوكاً ﴾[٥]»[٦] الحديث إلى آخره.

وحينئذٍ فالحكم على العبد بعدم القدرة على شيء يقتضي نفي القدرة له على الملك الحاصل بواسطة الأسباب الاختياريّة؛ لأنّ «الشيء» نكرة في سياق النفي فيكون للعموم، ولدلالة الأخبار على إرادته منه، فيتناول ما ذكرناه ومتى ثبت امتناع الملك الاختياري للعبد ثبت امتناع الملك القهري له أيضاً، للإجماع كما في مصابيح العلّامة الطباطبائي على نفي التفصيل بهذا الوجه[٧].

٣ ـ ولقوله تعالى: ﴿ ضَرَبَ لَكُم مَثَلاً مِن أَنفُسِكُم هَل لَكُم مِن مَا مَلَكَت أَيمَانُكُم مِن شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقنَاكُم فَأَنتُم فِيهِ سَوَاء ﴾[٨]، فإنّ الاستفهام فيه إنكاري تقتضي امتناع الشركة بين الأحرار والمماليك بوجه، ولو صحّ ملك العبد لأمكن ذلك قطعاً.

والمراد من الموصول في قوله: ﴿ فِي مَا رَزَقنَاكُم ﴾ جنس الأموال التي رزق عباده، لا خصوص الأعيان التي رزقها الأحرار؛ إذ لا دلالة في ذلك حينئذٍ على رفعة شأن الموالي وضعة المماليك ونقصهم؛ لأنّ التساوي بهذا الوجه منفي في حقّ الأحرار أيضاً.

وعلى كلّ حال ففي الآيتين[٩] إشارة إلى تقرير الامتناع العقلي في تملّك المماليك.

٤ ـ وللنصوص التي تسمعها في المسألة الثانية الدالّة، على أنّ العبد إذا بيع كان ما في يده قبل البيع لسيّده، إلّا أن يدخل في المبيع أو يشترطه المشتري ولو كان العبد مالكاً لاستمرّ ملكه له بعد البيع، ولم يكن شيء من ذلك للبائع ولا للمشتري؛ لانتفاء الناقل عنه، ولا كان للسيّد بيع المال معه؛ لعدم مالكيّته له، وهو ظاهر.

---

(١) (٣) (٥) النحل: ٧٥.

(٢) شرح القواعد: ١٣٥ (مخطوط).

(٤) الوسائل ٢٢: ١٠١، ب ٤٥ من مقدّمات الطلاق، ح ١، وفيه: «عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام».

(٦) الوسائل ٢١: ١٨٤، ب ٦٦ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢، مع اختلاف.

(٧) مصابيح الاحكام ٣: ٥٨٣ (مخطوط).

(٨) الروم: ٢٨.

(٩) النحل: ٧٥. الروم: ٢٨.

٥ ـ ومن ذلك يعلم وجه دلالة النصوص المتضمّنة : أنّ العبد إذا أُعتق كان ما في يده قبل العتق لمولاه[١] ، إلّا إذا أقرّه في يده ، فهي دليل آخر على المطلوب أيضاً .

٦ ـ ولأنّ العبد إذا مات وترك مالاً كان في يده فإنّه لمالكه بالإجماع ، والنصوص المستفيضة ، ولو صحّ ملك العبد لزم أن يكون المال ميراثاً للمولى ؛ لأنّه مال انتقل إليه بموت مالكه ، ولا نعني بالميراث إلّا ذلك ، والثاني باطل للإجماع كما في المصابيح على أنّ الحرّ لا يرث عبداً[٢] . وفي الصحيح المروي عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام بطرق متعدّدة : أنّه « لا يتوارث الحرّ والعبد »[٣] . فالمقدّم أعني مالكيّة العبد مثله .

ولا يلزم ذلك على القول بانتفاء الملك ؛ لأنّ ما في يد العبد ملك للمولى قبل موته ، فلا يكون منتقلاً إليه بعده حتّى يكون ميراثاً ، وللصحيح عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال : في المملوك « ما دام عبداً فإنّه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصيّة إلّا أن يشاء سيّده »[٤] ، بل عن المصابيح أنّه صريح في المطلوب[٥] ، وقوله : « إلّا أن يشاء سيّده » إنّما يدلّ على جواز تصرّف العبد باذن مولاه ، ولا دلالة فيه على الملك بوجه .

والمراد من « الوصيّة » أن يوصي بماله لغيره فإنّه جائز مع إذن المولى ، لا أن يوصى له حتّى يدلّ على الملك ، مع أنّ في دلالته عليه نظراً ، فتأمّل .

٨ ـ ولصحيح محمّد بن مسلم : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرّق بينهما إذا شاء ؟ فقال : « إن كان مملوكه فليفرّق بينهم إذا شاء ، إنّ الله تعالى قول : ﴿ عَبداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلَى شَيءٍ ﴾[٦] ، فليس للعبد شيء من الأمر »[٧] ، فإنّ قوله : « فليس للعبد شيء من الأمر » بعمومه يشمل التصرّف والملك ، فيدلّ على عدم الملك .

٩ ـ ولصحيح عبد الله بن سنان قلت لأبي عبد الله عليه السلام : مملوك في يده مال أعليه زكاة ؟ قال : « لا ، قلت : ولا على سيّده ؟ قال : لا ؛ لأنّه لم يصل إليه ، وليس هو للمملوك »[٨] ؛ إذ حكمه بنفي الملك عن العبد لما في يده يدلّ على استحالة ملكه ، وإلّا أمكن أن يكون له قطعاً ، فلا يصحّ الحكم بأنّه ليس له مطلقاً ، ولا يتمّ التعليل بانتفاء الملك في عدم الزكاة .

١٠ ـ وللنصوص الواردة في الوصيّة وغيرها على اختلافها في الدلالة في الظهور :

أ ـ كالصحيح في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة ، فقال : أهل الميراث لا تجيز وصيّتها إنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنّه يرث بحساب ما أُعتق منه ، ويجوز له الوصيّة بحساب ما أُعتق منه ، وقضى في مكاتب أُوصى

---

(١) انظر الوسائل ١٨ : ٢٥٢ ، ب ٧ من بيع الحيوان .

(٢) مصابيح الاحكام : ٥٨٤ (مخطوط) .

(٣) الكافي ٧ : ١٤٩ ـ ١٥٠ ، ح ١ ـ ٣ . التهذيب ٩ : ٣٣٥ ـ ٣٣٦ ، ح ١٢٠٦ ـ ١٢٠٨ . الوسائل ٢٦ : ٤٣ ، ٤٤ ، ب ١٦ من موانع الإرث ، ح ١ ، ٢ ، ٤ ، ٥ ، وفيها « المملوك » بدل « العبد » .

(٤) الوسائل ١٩ : ٤١٠ ، ب ٧٨ من الوصايا ، ح ١ .

(٥) مصابيح الاحكام : ٥٨٤ (مخطوط) .

(٦) النحل : ٧٥ .

(٧) الوسائل ٢١ : ١٨٢ ، ب ٦٤ من نكاح العبيد والإماء ، ح ٨ .

(٨) الوسائل ٩ : ٩٢ ، ب ٤ ممّن تجب عليه الزكاة ، ح ٤ ، مع اختلاف .

له بوصيّة وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّة »[١] الحديث ، الدالّ على المطلوب من وجوه ، أقواها تعليل الورثة عدم الإجازة بأنّه عبد مملوك لم يعتق ؛ ضرورة ظهوره في اشتهار عدم ملكه للوصيّة بالعبوديّة في تلك الأزمنة .

ب ـ وكالأخبار المتواترة المجمع عليها الدالّة على نفي الموارثة بالرقية[٢] ، بل جعل بعضهم ذلك دليلاً مستقلّاً ، فقال : إنّه « لو ملك لدخل المال في ملكه بالأسباب الموجبة للدخول من غير اختيار كالميراث وشبهه ، والتالي باطل إجماعاً ، فكذا المقدّم »[٣] .

وإن كان قد يناقش في الملازمة بعدم الدليل عليها ، فيحتمل المنع تعبّداً ، كالقاتل المعلوم صلاحيّته للملك إجماعاً .

جـ ـ وكالنصوص الواردة في وصيّة المولى لمملوكه بثلث ماله[٤] ، وأنّه يعتق بحسابه ، ومن هنا قيل : إنّ تتبّع المقامات المتفرّقة في الفقه المسلّمة بين الجميع[٥] :

١ ـ كعدم وجوب الزكاة ، بل استحبابها مع ثبوتها في مال الطفل والخمس والحجّ والكفّارات ونفقة القريب ، ومن في يده من العبيد .

٢ ـ ومنعه من التصرّفات وإن لم يكن مولاه قابلاً للولاية .

٣ ـ وعدم إبقاء ما في يده مع بيعه واعتاقه .

٤ ـ وعدم ضمانه لمتلفاته إلّا بعد عتقه .

٥ ـ وعدم استحقاقه للإرث إلّا بعد عتقه .

٦ ـ وانتقال ماله بموته للمولى ، وعدم جواز الوصيّة له .

٧ ـ والوقف عليه .

٨ ـ وعدم حرمة التصرّف بضروبه حتّى التملّك على مولاه مع حرمة التصرّف بأموال الناس .

٩ ـ وتملّك المولى ما كان من فوائد البدن كالحمل واللبن وعوض البضع ونحوه ممّا لا ريب في أولويّة الخارج منه .

١٠ ـ وصرف الوصيّة له من المالك إلى عتقه كصرف الوصيّة لأُمّ الولد إلى عتقها من الثلث ثمّ إعطاء الوصيّة وغير ذلك ممّا يورث الفقيه القطع بعدم قابليته للملك ، فلا تقدح المناقشة في كلّ واحد منها ، مضافاً إلى أنّ القول بملكه يستلزم جواز تملّك كلّ من العبدين صاحبه في بعض الصور .

اللهمّ إلّا أن يمنع الملازمة فإنّ القابليّة للملك أعمّ من اقتضائها ذلك كيف كان ؛ إذ الحرّ يملك ولا يملك أبويه .

وقد يناقش بأنّ الحرّ يملك إلّا أنّهما ينعتقان عليه قهراً ، فالملك حاصل زماناً ما قبل العتق أو متقدم عليه ذاتاً ؛ كتقدّم العلّة على المعلول ، فتأمّل جيّداً ، والله أعلم .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤١٣ ، ب ٨٠ من الوصايا ، ح ١ .
(٢) الوسائل ٢٦ : ٤٣ ، ب ١٦ من موانع الإرث .
(٣) المختلف ٨ : ٢١ .
(٤) انظر الوسائل ١٩ : ٤١٥ ، ب ٨٢ من الوصايا .
(٥) شرح القواعد : ١٣٥ (مخطوط) .

هذا كلّه في القول بعدم الملك (**وقيل : يملك فاضل الضريبة**) خاصة التي يضر بها عليه مولاه [١].
(و) على كل حال فـ(**هو المروي**) [٢].

---

[١] **إلّا أنّي لم أعرف القائل به بالخصوص ، وإن نسب إلى الشيخ في النهاية والقاضي[١] ، إلّا أنّ الذي عثرت عليه في الأوّل مع عدم اختصاصه بفاضل الضريبة صريح في إرادة ملك التصرّف ، كما حكاه عنه في الدروس لا الرقبة ، قال : « المملوك لا يملك شيئاً من الأموال مادام رقّاً ، فإن ملّكه مولاه شيئاً ملك التصرّف فيه بجميع ما يريده ، وكذلك إذا فرض عليه ضريبة يؤدّيها إليه وما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك ، فإذا أدّى إلى مولاه ضريبته كان له التصرّف فيما بقي من المال ، وكذلك إذا أُصيب العبد في نفسه بما يستحقّ به الأرش كان له ذلك وحلّ له التصرّف فيه ، وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه »[٢] . ونحوه عن القاضي[٣] ، ولذا نسبه إليهما في المحكي عن المهذّب[٤] . نعم قيل : « إنّ القول بذلك محكي عن الصدوق والإسكافي حيث قالا : يملك العين لكن لا مستقرّاً »[٥] ، وفيه : أنّه أيضاً غير خاصّ بفاضل الضريبة .**

[٢] صحيحاً ، قال عمر بن يزيد سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ ضريبة ضربها عليه في كلّ سنة ورضي بذلك المولى فأصاب المملوك في تجارته مالاً سوى ما كان يأخذ مولاه من الضريبة ؟ قال : « فقال : إذا أدّى إلى سيّده ما كان فرض عليه ، فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض ، فإذا أدّوها إليه لم يسألهم عمّا سواها ، قلت : للمملوك أن يتصدّق ممّا اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤدّيها إلى سيّده ؟ قال : نعم وأجر ذلك له ، قلت : فإن أعتق مملوكاً ممّا اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء العتق ؟ قال : فقال : يذهب فيتولّى إلى من أحبّ ، فإذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه ووارثه ، قلت : أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الولاء لمن أعتق : قال ، فقال : هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت : فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريرته وحدثه أيلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه ؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرّاً »[٦] . مضافاً إلى ما في كشف الأستاذ : « من أنّ عقد الكتابة يقتضي عدم استحقاق المولى سوى ما فرضه لنفسه ، فلو لم يكن الفاضل للعبد بقي بلا مالك »[٧] . ونوقش في الأوّل بأنّه مع قصوره عن معارضة غيره ممّا عرفت من وجوه ولو كان بالإطلاق أو العموم ، ومنافاته لما دلّ على الحجر عن التصرّف على تقدير الملك قابل للحمل على إرادة إباحة التصرّف له بإذن المالك ، لا لأجل الملك ؛ لعدم اختصاص اللام به لغةً ، والحكم فيها بصحة العتق والتصدّق عن العبد يمكن أن يكون كذلك أيضاً ؛ لأنّ توقّفهما على الملك ليس بمعنى عدم صحتهما من غير المالك مطلقاً ، بل مع عدم الإذن منه في التصرّف ، والإذن هنا متحقّق بالفرض . وأمّا اختصاص الأجر به فلأنّ العبد هو المباشر للعتق والسبب التامّ فيه ؛ لأنّ المالك لم يقصد شيئاً منها بعينه ، بل لم يطلب من العبد التصرّف بما فيه الأجر ، فضلاً عن خصوص العتق والتصدّق ، ولذا أجاز أنواع التصرّفات بأسرها ، وإن لم يكن فيها أجر . و[نوقش] في الثاني بأنّه لا منافاة بين كونه مالاً للمولى وكونه محجوراً عليه يملكه بعد تمام عتقه أو بعد وفاء بعضه ، فتأمّل جيّداً ، فإنّك تسمع إن شاء الله في كتاب المكاتب المفروغيّة من ملك العبد ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) نسبه الآبي وغيره إلى الشيخ في النهاية ، انظر كشف الرموز (١ : ٥١٢). ونقله عن القاضي في الرياض (٨ : ٣٨٦).
(٢)(٣) النهاية : ٥٤٣ . المهذب ٢ : ٣٥٩ .
(٤)(٥) حكاه في الرياض ٨ : ٣٨٧ . الرياض ٨ : ٣٨٧ .
(٦) الوسائل ١٨ : ٢٥٥ ، ب ٩ من بيع الحيوان ، ح ١ .
(٧) شرح القواعد : ١٣٦ (مخطوط).

(و) يملك (**أرش الجناية**) خاصة أو مع فاضل الضريبة خاصة (**على قول آخر**) [١].

ولكن مع ذلك مال المصنّف إلى القول بالملك مطلقاً، فقال: (**ولو قيل: يملك مطلقاً لكنه محجور عليه**

---

[١] لم أعرف القائل بكلّ منهما.

كالقول بأنّه يملك ما ملّكه مولاه خاصّة أو مع أرش الجناية خاصة أو مع فاضل الضريبة فقط أو الثلاثة وإن حكى جميع ذلك شيخنا في شرحه[1] **بل وغيرها.**

فإنّه قال بعد أن اختار عدم الملك واستدلّ عليه: «فلا وجه للقول بأنّه يملك مطلقاً، ونسب إلى الأكثر في رواية، وإلى ظاهر الأكثر في أُخرى، أو يملك فاضل الضريبة فقط، أو أرش الجناية كذلك، **ونسبا إلى الشيخ وأتباعه، أو ما ملّكه مولاه، وربّما عدّ منه فاضل الضريبة، وما أُذن له في ملكه أو المركّب منها على اختلاف أقسامه أو يملك ملكاً غير تام أو التصرّف خاصّة**»[2]، ويمكن أن يكون المراد من ذلك الأعمّ من القول والاحتمال».

وعلى كلّ حال فلم أجد ما يشهد للقول بملك أرش الجناية، سوى ما قيل[3] من:

١ ـ إنّ المولى إنّما يملك خدمته والانتفاع به، وأمّا النفس فنفسه، وأمّا البدن فبدنه، وأرشهما له ولم تتعلّق التكاليف بهما. وفيه ما لا يخفى.

٢ ـ وسوى موثق إسحاق بن عمّار قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر فيقول: حلّلني من ضربي إيّاك ومن كلّ ما كان منّي إليك وممّا أخفتك وأرهبتك ويحلّله ويجعله في حلّ رغبة فيما أعطاه، ثمّ إنّ المولى بعد أن أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع وضعها فيه العبد فأخذها المولى أحلال هي له؟ قال: فقال: «لا تحلّ له؛ لأنّه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة، قال: فقلت له: فعلى العبد أن يزكّيها إذا حال عليها الحول؟ قال: لا، إلّا أن يعمل له فيها، ولا يعطي من الزكاة شيئاً»[4].

وفيه ـ مع أنّه ليس من أرش الجناية، اللهمّ إلّا أن يدّعى أولويّته ممّا فيه الذي هو ليس عوض جناية، مع أنّه من المولى، فالجناية من الغير حينئذٍ أولى، ويناقش بمنع الأولويّة ومنع القول بما في مضمونه حتّى تكون الأولويّة معتبرة ـ: أنّه قاصر عن معارضة غيره سنداً، بل ومتناً.

خصوصاً مع اشتماله على ما حكي الإجماع على خلافه من منع المولى انتزاع ما في يد العبد وثبوت الزكاة على العبد.

وخصوصاً مع ظهور ذيله في موافقة العامّة، هذا.

وتسمع إن شاء الله في كتاب القصاص والديات المفروغيّة من ملك السيّد أرش جناية العبد الذي هو مملوك له، والأرش جبر تفاوت ما مضى من ملكه.

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك ضعف القول بملك ذلك خاصّة، وقوّة القول بعدم ملكه.

---

(١) شرح القواعد: ١٣٦ (مخطوط).

(٢) شرح القواعد: ١٣٥ (مخطوط).

(٣) نقله شرح القواعد: ١٣٦ (مخطوط).

(٤) التهذيب ٨: ٢٥٥، ح٨٠٨. الوسائل ١٨: ٢٥٦، ب٩ من بيع الحيوان، ح٣، وذيله.

بالرقّ حتى يأذن له المولى) [١] (كان حسناً) [٢].

---

[١] للآية[١]، والإجماع بقسميه، كالإجماع الذي سمعته سابقاً على أنّ للمولى انتزاع ما في يد العبد قهراً عليه.

[٢] **بل ظاهر الشهيد في الحواشي اختياره، وقد سمعت أنّ الأُستاذ حكى نسبته إلى الأكثر في رواية وإلى ظاهر الأكثر في أُخرى، لكنّ الذي عثرت عليه من ذلك ما في الدروس والمسالك، ففي الأوّل: «اختلف في كون العبد يملك فظاهر الأكثر ذلك وفي النهاية: يملك ما ملّكه مولاه»[٢] إلى آخره. وفي المسالك: «القول بالملك في الجملة للأكثر»[٣]**. وهما معاً ليس في الملك مطلقاً.

وكيف كان فيدلّ على ذلك:

١ ـ مضافاً إلى أنّه يحصل به الجمع بين ما يقتضي الملك وبين ما يقتضي عدمه، بحمل الثاني على الحجر وجواز الانتزاع، فكأن ملكه غير ملك؛ لانتفاء هذين اللازمين اللذين هما كالركن في الملكيّة.

٢ ـ إطلاق ما دلّ على حصول الملك بتحقّق أسبابه فإنّه يشمل الحرّ والمملوك.

ودعوى الانصراف إلى الأوّل ولو بسبب معلوميّة حجر العبد وعدم جواز تصرّفه ممنوعة، خصوصاً في نحو الحيازات للمباحات؛ إذ دعوى عدم ملكه لها وإن وقع منه الحيازة كدعوى ملك المولى لها بمجرّد حيازة العبد لها بغير إذنه لا تخلو من نظر.

اللهمّ إلّا يدّعى أنّ مثل ذلك نماء الملك فيتبعه فيه؛ لأنّ نماء كلّ شيء بحسب حاله، فتأمّل جيّداً.

٣ ـ وما يستفاد من تضاعيف الأدلّة من قابليّة العبد للملك في الجملة، منها ما سبق، ومنها ما تسمعه، فلا مانع حينئذٍ لأن يعمل السبب مقتضاه، وليس في الأدلّة ما يصلح للتقييد والتخصيص، كما أنّه ليس فيها ما هو صريح في نفي قابليّة الملك.

إذ المنساق من الآية الأُولى إرادة الحجر في التصرّفات، خصوصاً بعد قوله: ﴿ **وَمَن رَّزَقْنَاهُ** ﴾[٤] إلى آخره، لا أنّ المراد عدم قابليّة الملك أصلاً حتّى مع إذن المولى، والنصوص المتضمّنة لتفسير الآية ـ مع أنّه يجب تقييدها بما إذا كان متزوّجاً أمة المولى ـ لما تعرفه في باب النكاح من أنّ المشهور كما قيل كون طلاق غيرها بيده[٥] ـ كالصريحة في إرادة عدم القدرة بدون الإذن، خصوصاً مثل صحيح العقرقوفي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد؟ قال: «ليس له طلاق ولا نكاح، أمّا تسمع الله [تعالى] يقول: ﴿ **عَبداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيءٍ** ﴾[٦]، قال: لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلّا باذن مولاه»[٧].

هذا كلّه بعد الإغضاء عن دعوى كون الوصف كاشفاً غير مخصّص.

و[المنساق] من الآية الثانية[٨] إرادة عدم الاشتراك من حيث العبوديّة لا ما يحصل بالأسباب الأُخر التي منها تمليك السيّد، خصوصاً بعد المروي في دعائم الإسلام عن علي وأبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام أنّهم قالوا: «العبد لا يملك شيئاً إلّا ما ملّكه مولاه،

---

(١) (٤) (٦) النحل: ٧٥.
(٢) الدروس ٣: ٢٢٦.
(٣) المسالك ٣: ٣٨٢.
(٥) جامع المقاصد ١٣: ١٥١.
(٧) الوسائل ٢١: ١٨٤، ب ٦٦ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.
(٨) الروم: ٢٨.

يجوز له أن يعتق ولا يتصدّق ممّا في يده إلّا أن يكون المولى أباح له ذلك أو أقطعه مالاً من ماله أباح له فعله أو جعل عليه ضريبة يؤدّيها إليه وأباح له ما أصاب بعد ذلك »، هذا معنى ما رويناه عنهم عليهم السلام وإن اختلف لفظهم فيه[1]، بل هو من أدلّة المسألة، كالمروي فيها أيضاً عنه عن جعفر بن محمّد عليه السلام: أنّه سئل عن رجل باع عبداً فوجد المشتري مع العبد مالاً؟ قال: « المال ردّ على البائع إلّا أن يكون قد اشترطه المشتري؛ لأنّه [إنّما] باع نفسه ولم يبع ماله »[2] الحديث.

وصحيح زرارة: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبداً وللعبد مال لمن المال؟ فقال: « إن كان يعلم أنّ له مالاً تبعه ماله، وإلّا فهو له »[3]: وصحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: « إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أنّ له مالاً ولم يكن السيّد استثنى المال حين أعتقه فهو للعبد »[4]. ونحوهما صحيح عبد الرحمن[5].

والنصوص جميعها يمكن الجواب عنها بالتزام ما في بعضها وإن كان مخالفاً لقواعد الملك، كما قلناه في الحجر، وجواز الانتزاع، وتخيّر الأمة بعد العتق بالبقاء على التزويج وعدمه، وغير ذلك ممّا قيل به للأدلّة[6]، وبحمل الآخر على إرادة الحجر وجواز الانتزاع، فملكه في الحقيقة ليس ملكاً، أمّا قابليّته للملك كقابليّته لسائر التصرّفات؛ إذ هو إنسان عاقل، وربّما فاق الكثير من الأحرار، فلا يقاس على البهائم، فلا دلالة فيها على نفيه.

نعم سلطان المولى عليه وعلى ما في يده كسلطان الله على العباد وما في أيديهم، على وجه لا ينافي الملك الذي أناطه الله تعالى بأسبابه لإجراء بعض الأحكام عليه، ولعلّ في الآية الثانية[7] إشعاراً بذلك؛ ضرورة كون المراد نفي شركة العبد مع المولى كنفي شركة العباد مع الله تعالى شأنه.

ويؤيّد ذلك كلّه اضافة المال إلى العبد في النصوص الكثيرة المتفرّقة في الأبواب الذي لا يسع الفقيه حصرها على وجه يقطع بعدم إرادة الأدنى ملابسة منها الذي هو ضرب من المجاز فيها، ولا يناسبه هذه الكثرة المجرّدة عن القرينة، وما تقدّم في باب الربا من نفيه بين السيّد والعبد كالولد والوالد الظاهر في ثبوت الملك له أيضاً، وقوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ ﴾[8] الآية، بناءً على أنّ الضمير في قوله: ﴿ يكونوا ﴾ راجع إلى المذكورين سابقاً ومن جملتهم العبيد والإماء، فيدلّ الجزاء على توقّع الغناء وإمكانه في حقّهم، وهو يدلّ على الملك؛ إذ لا غناء بمال مملوك.

ودعوى أنّ المراد من « الغناء » رغد العيش وسعته ولو بالإباحة، فلا ينافي ثبوته للعبيد، فإنّ حالهم في ذلك تابع لحال الموالي غالباً واضحة المنع.

نعم قد يقال: إنّ المراد من الضمير غير العبيد؛ إذ لو أُريد الأعمّ لم يكن عدمه في حقّ المماليك مانعاً لهم من التزويج لثبوت

---

(١) دعائم الإسلام ٢: ٣٠٧، ح ١١٥٥. المستدرك ١٣: ٣٧١، ب ٦ من بيع الحيوان، ح ١.
(٢) دعائم الإسلام ٢: ٥٤، ح ١٤٦. المستدرك ١٣: ٣٧٠، ب ٥ من بيع الحيوان، ح ١.
(٣) الوسائل ٢٣: ٤٨، ب ٢٤ من العتق، ح ٤.
(٤) المصدر السابق: ٤٧، ح ١.
(٥) المصدر السابق: ٤٩، ح ٦.
(٦) المختصر النافع: ٢٠٨.
(٧) الروم: ٢٨.
(٨) النور: ٣٢.

المهر والنفقة على المولى إذا كان النكاح بإذنه ؛ ولا وجوده مرغّباً لتحقّق الحجر المانع من التصرّف وإن حصل الملك ، وهو خلاف ما يقتضيه سياق الآية . والصحيح عن أبي جرير قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوك له : أنت حرّ ولي مالك ؟ قال : « لا يبدأ بالحرية قبل المال يقول : لي مالك وأنت حرّ برضا المملوك »[1] . والمناقشة في سنده ـ باشتراك أبي جرير وبالاضطراب ؛ لأنّ ثاني الشهيدين رواها في موضعين عن جرير : أحدهما عن أبي الحسن عليه السلام ، والآخر عن الصادق عليه السلام[2] ، مع أنّ عن بعضهم نفي روايته عن الأوّل واسطة ، وفي روايته عن الثاني كذلك الكلام المشهور . وعن النجاشي عن يونس أنّه لم يسمع من الصادق عليه السلام ، إلّا حديثين[3] . ـ لا تقدح بعد الانجبار والاعتضاد بما عرفت ، كالمناقشة في متنه بأنّ الإضافة [أي إضافة المال إلى العبد] على التوسّع واعتبار رضا المملوك على الندب ، كما يشهد له وقوع الأمر باعتباره في حيّز النهي عن تقديم العتق على ذكر المال ، المعلوم أنّه ليس على التحريم ؛ إذ هي كما ترى تكلّف بلا داع ولا شاهد . والصحيح عن الفضيل بن يسار قال : قال : لي عبد مسلم عارف أعتقه رجل فدخل به على أبي عبد الله عليه السلام فقال له : « من هذا السندي » ؟ فقال : رجل عارف وأعتقه فلان ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : « ليت أنّي كنت أعتقته » ، فقال السندي لأبي عبد الله عليه السلام : إنّي قلت لمولاي : يعني بسبعمئة درهم وأنا أُعطيك ثلاثمئة درهم ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : « إن كان يوم اشترطت لك مال فعليك أن تعطيه ، وإن لم يكن لك يومئذٍ مال فليس عليك شيء »[4] . والمناقشة في سنده ـ بأنّ الراوي فيها العبد الذي لم يظهر من الرواية إلّا كونه مسلماً عارفاً ، ولا يكفي ذلك في التوثيق ، وفي المتن بأنّ الاضافة بأدنى ملابسة وايجاب الدفع عليه بكون المال ملكاً للبائع ، وإنّما جوّز له بتعيينه المقدار تصرّفه فيما عداه فيبقى المنع فيه ثابتاً ، فلا يكون دالّاً على الملك كما ترى ، خصوصاً الثانية . وموثق اسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : « إنّ علياً عليه السلام أعتق عبداً له ، فقال [له] : « إنّ ملكك لي ولك وقد تركته لك »[5] .

والمناقشة فيه بأنّه غير دالّ على ملك العبد بوجه ؛ لأنّ الخلاف في ملك العبد للمال ، ومقتضى الرواية ملك الرقبة مجازاً ، بناءً على أنّ له في نفسه حقّاً ، وليس ذلك من محلّ النزاع في شيء ، وحمل الملك هنا على ملك المال مع مخالفته لظاهر اللفظ لا وجه له ؛ لانتفاء الشركة فيه على القولين ، فإنّ ما يكتسبه العبد لنفسه إمّا أن يكون له بأسره أو ينتفي عنه بأسره ، فالتفصيل خلاف الإجماع ، وحمل الشركة على المجاز يقتضي سقوط الاستدلال . يدفعها : انسياق إرادة الأخير منها على أنّ للمولى انتزاع ما في يد العبد وتملّكه فهو له حينئذٍ من هذه الجهة ، وللعبد باعتبار ملكيّته لنفس المال على الوجه المزبور ، بل لا ريب في صلاحيّة ذلك وجهاً للجمع بين ما يقتضي ملك السيّد ، وما يقتضي ملك العبد متمّماً نفيه عنه بإرادة الحجر عليه فيه ، بل هو أولى من الجمع بحمل الأوّل على الحقيقة والثاني على إباحة التصرّف بإذن المولى ، وأنّ الإضافة لأدنى ملابسة ونحو ذلك ممّا لا يخفى على المتأمّل عدم قابلية مجموع الأدلّة له .

---

(١) الوسائل ٢٣ : ٤٨ ، ب ٢٤ من العتق ، ح ٥ .

(٢) حكاه في المصابيح : ٥٨٦ ـ ٥٨٧ ، ولكن لم نعثر روايته عن الصادق عليه السلام . انظر المسالك ١٠ : ٣١٠ ـ ٣١١ .

(٣) مصابيح الاحكام : ٥٨٦ (مخطوط) .

(٤) الوسائل ٢٣ : ٨٧ ، ب ٥١ من العتق ، ح ١ .

(٥) الوسائل ٢٣ : ٤٩ ، ب ٢٤ من العتق ، ح ٧ ، وفيه : « ولكن » بدل « ولك و » .

[والظاهر] [١] قوّة ما استحسنه المصنّف [٢].

---

[١] [كما] ظهر من ذلك كلّه.

[٢] وما يقال: من منع المكافاة لما دلّ على نفي الملك لكثرته، ووضوح سند أكثره، واعتضاده:

١ ـ بالشهرة، كما عن التذكرة[١].

٢ ـ وموافقة ظاهر الآيتين المتقدّمتين.

٣ ـ ومطابقة الأُصول والقواعد، ومناسبة الأحكام الكثيرة المتفرّقة في مسائل الفقه وأبواب الحديث، كما سبقت إليه الإشارة، فيجب تأويل ما دلّ على الملك أو حمله على التقيّة لموافقته لمذهب كثير من العامّة، فقد نقلوا القول بالملك عن مالك والشافعي في القديم وأهل الظاهر وأحمد بن حنبل[٢].

قد عرفت اندفاع كثير منه، وربّما كان حمل ما دلّ على نفي الملك على التقيّة أولى؛ لأنّه مذهب أبي حنيفة، المعلوم شدّة التقيّة منه والثوري وإسحاق وأحمد في إحدى الروايتين والشافعي في الجديد[٣].

وأيضاً قد يقال: إنّ المراد من النصوص الدالّة على أنّ ماله لمولاه إذا بيع أو أُعتق أو مات هو بقاء سلطنة البائع عليه التي ثبتت على المال حال العبوديّة، ولا دليل على زوالها بزوال الملك، بل ظاهر قوله عليه السلام: «إنّما باع نفسه ولم يبع ماله»[٤] خلافه.

ودعوى الإجماع على الانتقال إلى ملك المولى ممنوعة أشدّ المنع، ولو سلّمت ثبت المطلوب؛ ضرورة اقتضاء الانتقال كون المال ملكاً للعبد حتّى يتّجه انتقاله.

نعم المسلم منه ومن النصوص بقاء السلطنة التي كانت للمولى قبل البيع والعتق والموت، فلا يبعد التزام كون الرقيّة باقية على حكم مال العبد وإن كان سلطان التصرّف للمولى، ولا يعارضه سلطان المولى الثاني أو حريّة العبد نفسه بعد تعلّق حقّ المولى الأوّل على وجه لا شركة معه، وبذلك ينكشف الإشكال عن الحكم في النصوص المزبورة، كما أنّه يظهر منه عدم كون ذلك من الإرث في حال الموت، بل هو شيء ثابت للسيّد حال الحياة، هذا.

ومن مجموع ما ذكرنا يظهر لك وجوه المركّبات، ولعلّ القول السادس الذي هو ملك غير تام يرجع إلى ما قلناه، كما يومئ إليه ما ذكر مستنداً له من أنّه مقتضى الجمع بين ما دلّ على سلطان المولى على منعه من التصرّف بل عدم جواز تصرّفه إلّا بإذنه، وبين ما دلّ[٥] على ملك العبد بالحمل على الملك الغير التامّ.

وأمّا السابع فقد قيل: إنّ مستنده قيام الإجماع وشهادة الأخبار[٦] بأنّ المولى إذا أذن لعبده في التصرّف جاز للعبد ذلك وهو ملك التصرّف[٧]، ففيه: أنّ الفرق بين ملك التصرّف وإباحته غير واضح.

والقياس على النكاح والتحليل يدفعه أنّ للبضع حكماً آخر، ولذلك لا يدخله صلح ولا معاوضة بوجه من الوجوه، والله أعلم.

---

(١) التذكرة ١٣: ٥٨.

(٢) المغني (لابن قدامة) ٤: ٢٧٧.

(٣) روضة الطالبين ٣: ٢٣٠.

(٤) المستدرك ١٣: ٣٧٠، ب٥ من بيع الحيوان، ح١.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٢٥٥، ب٩ من بيع الحيوان.

(٦) انظر الوسائل ١٨: ٢٧١، ب١٨ من بيع الحيوان.

(٧) شرح القواعد: ١٣٦ (مخطوط).

وعلى كلّ حال فلو كان في يد العبد المسلم عبد مسلم ومولاه كافر فـ[ـقيل][١] بيع على جميع الأقوال.

ولو انعكس بأن كان المولى مسلماً والعبد كافراً وكان في يده عبد [مسلم] بيع على القول بملكيّة العبد أو تملكه المولى، بناءً على أنّ له الانتزاع الشامل للملك دون القول بعدم ملكيّته.

ولو وطأ العبد جاريته من دون إذنه حدّ على القول بعدم ملكه حدّ الزاني، وعزّر على القول بالملك.

ولا يجوز للمولى وطء من تحت يد مملوكه من دون إذنه على القول بملكه إلّا أن يقصد الملك.

و[قد قيل][٢] [التصرّف مملك]، وفيه بحث.

ولا يصحّ له نكاحها إلّا على القول بملكيّة العبد ولو وهب كلّ من السيّدين عبده لعبده الآخر دفعة بطل على القول بالملك؛ إذ لا يكون السيّد ملكاً لعبده.

وكذا مع جهل التاريخ، ومع العلم به يملك السابق اللاحق دون العكس.

ولو علم تاريخ أحدهما ففي الحكم بتأخير المجهول عنه إشكال ذكرناه غير مرّة [٣].

[ما بيد العبد لا ينتقل إلى المشتري بالتبعية]:

المسألة (**الثانية**) : التي هي (**من اشترى عبداً له مال كان ماله لمولاه، إلّا أن يشترطه المشتري**) أو تكون قرينة على التبعيّة لثبوت الحكم المزبور [٤].

٢٣ = ١٧٨

---

[١] [قاله] **في شرح الأُستاذ**(١).

[٢] [قاله] **في شرح الأُستاذ: « لا يبعد جعل التصرّف مملكاً »**(٢).

[٣] إلى غير ذلك من الأحكام المتفرّعة على القولين من الاستطاعة ووجوب وفاء الدين والإنفاق ونحو ذلك، كما هو واضح، وليس منه على الظاهر [ذلك].

[٤] على القولين، أمّا على القول بأنّ الملك للسيّد فواضح؛ ضرورة عدم اندراج المال في اسم العبد، بل اضافته إليه إنّما هي لأدنى ملابسة، وأمّا على القول بأنّ الملك للعبد فلانتقاله عنه **بالبيع اجماعاً محكيّاً في شرح الأُستاذ**(٣)، بل فيه الاستدلال عليه به، وبظاهر الأخبار على تقدير الملك، لكن ستسمع في المسألة الثالثة عبارة عن المبسوط تنافي ذلك للحكم فيها بالبقاء على ملك العبد.

وعلى كلّ حال فهما إن تمّ أوّلهما الحجّة في ذلك، كما أنّ الأخبار الحجّة على انتقاله إلى البائع دون المشتري، قال محمّد بن مسلم: سألت أحدهما عليه السلام عن رجل باع مملوكاً فوجد له مال؟ فقال: « المال للبائع، إنّما باع نفسه، إلّا أن يكون شرط عليه أنّ ما كان له من متاع فهو له »(٤). وفي خبر يحيى وأبي العلاء عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام: « أنّ عليّاً عليه السلام قال: من باع عبداً وكان للعبد مال فالمال للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع، أمر رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك »(٥)، إلى غير ذلك من النصوص.

---

(١)(٢)(٣) شرح القواعد: ١٣٧ (مخطوط).

(٤) الوسائل ١٨: ٢٥٢، ب٧ من بيع الحيوان، ح ١، مع اختلاف.

(٥) المصدر السابق: ٢٥٣، ح ٤، وفيه: «عن يحيى بن أبي العلاء»، وليس فيه: «أنّ عليّاً عليه السلام».

ولا استبعاد في ذلك ؛ لجواز اشتراط ملكه ببقائه في يد مولاه ، ويكون خروجه بمنزلة موته الناقل لماله إليه ، أي على حسب انتقال مال الوصيّة إلى الموصى له لا انتقال إرث ؛ لما عرفت من عدم التوارث بين العبد والحرّ ، وتغيّر الحكم بالانتقال غير عزيز ، كما في رجوع أمر نكاح العبد إلى مشتريه وإلى زوجته إذا أُعتقت .

ومن ذلك يظهر لك ما **في المسالك من إشكال الحكم بكونه للبائع على تقدير الملكيّة ، « بأنّ ملك مالك لا ينتقل عنه إلّا برضاه** ، والحال أنّ العبد لا مدخل له في هذا النقل » ، ثمّ إنّه بعد أن اعترف بأنّ هذه المسألة ذكرها من ملكه ومن أحاله ، **قال : « ولا يندفع الإشكال إلّا إذا قلنا : بأنّ المراد بملكيّة العبد تسلّطه على الانتفاع بما قيل تملّكه له لا ملك الرقبة ، كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك ، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البائع لرقبته على وجه يتوجّه به نقله إلى المشتري أو بقاؤه على ملكه »** .

وفيه ما عرفت ، مضافاً إلى ما تقدّم سابقاً من عدم وضوح الفرق بين ملك التصرّف وإباحته ، فتأمّل جيّداً .

على أنّه لا يتمّ على ظاهر المصنّف ، فإنّه مال إلى ملك العبد مطلقاً مع حكمه بذلك ، وهو صريح في إرادة ملك الرقبة ، كما اعترف هو به بعد ذلك ، وقال : « اللهمّ إلّا أن يحمل على ظاهر النصّ الدالّ على هذا الحكم ، فيردّ حينئذٍ بأنّه دالّ على عدم ملك العبد ؛ لئلّا يناقض الحكم المتّفق عليه من عدم ملكيّة شخص مال غيره إلّا برضاه »[1] . وهو كما ترى لا يخلو من تناقض .

وما ذكره من الإتّفاق بحيث يشمل ملك العبد المخالف لأحوال الملك بالحجر وبجواز الانتزاع وبغيرهما واضح المنع ، فتأمّل .

وكذا يظهر ما في المصابيح من الاستدلال بهذه النصوص على عدم الملكيّة ، قال : « لأنّه لو كان ما في يد العبد له لاستمرّ ملكه له عليه بعد البيع ، ولم يكن شيء من ذلك للمشتري ، ولا البائع لانتفاء الناقل عنه ، ولا كان للسيّد بيع المال معه لعدم مالكيّته له ، وهو ظاهر »[2] .

بل تعجّب من الأصحاب حيث استدلّوا بهذه على مالكيّة العبد استناداً إلى إضافة المال إليه فيها : « والظاهر منها الملك ، وهو ضعيف جدّاً ؛ لأنّ الاضافة يكفي فيها أدنى ملابسة ، وظهورها في الملك مع تسليمه مدفوع بقيام القرينة الصارفة » .

قلت : قد عرفت عدم صرفها ، وأنّه لا مانع عن القول بملكه ثمّ الانتقال عنه بالبيع للبائع كالموت .

على أنّه لو سلّم كون مثل ذلك قرينة صارفة أمكن حمل هذه النصوص ، على أنّ المراد من مال العبد فيها ما كان للمولى وأُضيف إليه ككسوته وفراشه ونحوهما ، لا أنّ العبد لا يصلح للملك أصلاً ، فلا يستدلّ بها عليه ، كما هو واضح .

ولو لا الإجماع المدّعى على الانتقال عن العبد على القول بملكه لكان وجهاً جيّداً لهذه النصوص .

وربّما يقال : استثناء الاشتراط في هذه النصوص إنّما يتّجه على القول بالملكيّة ؛ إذ معناه حينئذٍ أنّ مال العبد إذا بيع للبائع ، إلّا إذا اشترط المشتري بقاءه للعبد ؛ لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »[3] ، أمّا على القول بأنّه ملك للبائع فقد يشكل

---

(١) المسالك ٣ : ٣٨٣ ـ ٣٨٤ .

(٢) مصابيح الاحكام : ٥٨٣ ـ ٥٨٤ (مخطوط) .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

. . . . . .

اشتراطه للعبد بعدم قابليّته للملك، فلا يصحّ الاشتراط وحمله على إرادة إبقاء الإباحة خلاف الظاهر، بل معلوم البطلان؛ لظهور النصوص في خروجه بذلك عن كونه ملكاً للبائع.

وأمّا اشتراطه للمشتري فيشكل أيضاً بأنّ المعلوم من الشرط في الأعيان تمليكها بأسبابها من بيع أو هبة أو نحو ذلك، لا أنّه هو بنفسه مملّكاً لها، بل أقصاه الإلزام بما يقتضي تمليكها من الأسباب.

ولو سلّم أعميّة الشرط من ذلك أمكن منع جريان حكم المبيع عليه من القبض في المجلس لو كان صرفاً، وعدم جواز التفاضل لو كان ربويّاً والجهل وغيرها، مع أنّ ظاهر الأصحاب جريان جميع ذلك عليه لو اشترط.

اللهمّ إلّا أن يلتزم إلحاق ذلك بالمبيع أو يراد بالشرط المذكور في كلامهم الذي أجروا عليه الأحكام المزبورة بشرط التبعيّة في البيع للعبد، على معنى كونه مع ماله مبيعاً، فهو حينئذٍ ولو كان بالشرط كالمسألة الآتية التي ليست بصورة الشرط، بل قد يوجّه الشرطيّة للمشتري على القول بالملكيّة أيضاً على وجه يكون مبيعاً أيضاً بأنّ للمولى التصرّف بمال عبده قهراً عليه، ومنه حينئذٍ بيعه، فله اشتراطه حينئذٍ على وجه يكون مبيعاً، وإن لم يكن مالكاً وعدم البيع، إلّا في ملك مخصوص بذلك حينئذٍ، أو يقال: إنّ هذا التصرّف بنفسه مملّكاً، نحو ما سمعته في وطء المولى جارية عبده.

وإن كان فيه ما لا يخفى.

نعم قد يشكل على الأوّل [أي على القول بالملك] جريان أحكام الربا ونحوه على مثل هذا البيع؛ لإمكان دعوى ظهور أدلّته في البيع للمالك، لا لنحو المقام الذي فرضنا المالك فيه العبد والبيع للمولى، لكن ظاهر الأصحاب هنا جريان أحكام البيع بأسرها على تقدير الملك وعدمه، كما يوضحه ما ذكروه في المسألة الآتية؛ ولعلّه لإطلاق الأدلّة أو عمومها.

نعم في شرح الأُستاذ: «أنّه هل يلحق مال العبد بالتوابع كالشرب والطريق والحريم ونحوها، فيسوغ فيه ما لا يسوغ فيما يدخل في المبيع أصالة أو لا، بل يجري فيه حكم الأصالة؟ وجهان»[1].

قلت: لا ريب في قوّة الثاني منهما؛ لعدم التبعيّة المحقّقة في المقام، فليس هو إلّا بيعاً أصليّاً، بل لا فرق في المشهور هنا بين جعله شطراً أو شرطاً؛ لما عرفت من رجوع الثاني هنا عند التأمّل إلى الأوّل، **لكن في شرح الأُستاذ: «الأقوى أنّه يجري في الثاني من المسامحة ما لا يجري في سابقه»**[2]، فتأمّل جيّداً، هذا.

وفي المختلف بعد أن حكى عن ابن حمزة صحّة البيع بغير جنس ما عند البيع إذا لم يعرف مقدار ما معه وفساده إذا باع بالجنس[3] **لجواز تطرّق الربا قال: «لكن يبقى فيه إشكال من حيث إنّه باع مجهولاً، إلّا أن يقال: إنّ المال تابع، فجهالته لا تمنع صحّة البيع»**[4]. وهو مؤيّد لما احتمله الأُستاذ في شرحه[5]. ولا ريب في ضعفه إذا كان المراد كلّ ما كان للعبد، لا مثل ثيابه ونحوها، والله أعلم.

---

(١)(٢)(٥) شرح القواعد: ١٣٧ (مخطوط).

(٣) الوسيلة: ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(٤) المختلف ٥: ٢١٨.

(و) على كلّ حال فما (**قيل**) في أصل المسألة [١] بأنّه (**إن لم يعلم به البائع**) أي بمال العبد (**فهو له وإن علم فهو للمشتري**) [٢] فواضح الضعف [٣].

(و) لذا كان (**الأوّل**) مع كونه أظهر (**أشهر**) [٤].

[عدم تملك العبد لذمته]:

(**ولو قال**) المملوك (**للمشتري**) مثلاً: (**اشترني ولك عليّ كذا لم**) يصحّ.

فلا (**يلزمه**) ما جعل له (**وإن اشتراه**) [٥].

فيتوقّف على إجازة المولى [٦].

[فعلى القول بالملك يصحّ ذلك مع الإذن من المولى، سواء كان الجعل عيناً، أو في الذمّة].

---

[١] **كما عن ابن البرّاج من التفصيل[١] [بذلك].**

[٢] لحسن زرارة قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك وله مال لمن ماله؟ قال: « إن كان علم البائع أنّ له مالاً فهو للمشتري، وإن لم يكن علم فهو للبائع »[٢].

[٣] إذ الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرّد العلم من دون صيغة، والخبر المزبور قاصر عن مقاومة ما تقدّم، المعتضد بما سمعت، وبأصالة بقاء ملك المولى بناءً على ملكه، وبقاء سلطانه بناءً على عدمه.

وحيث سمعت الإجماع على الخروج عن العبد بقي سلطان مولاه بلا معارض؛ إذ لا دليل يدلّ على دخوله في ملك المشتري بعد فرض خروجه عن ملك العبد الذي ثبت سلطنة مولاه على ما هو مملوك له، كما هو واضح.

[٤] فيمكن حمل الخبر المزبور حينئذٍ على اشتراط البائع للمشتري ذلك، أو على أنّ ذلك قرينة عليه، والله أعلم.

[٥] أمّا على عدم الملك فواضح.

وأمّا على الملك فللحجر عليه.

[٦] **كما في المسالك[٣] وغيرها.**

لكن في شرح الأُستاذ: « لا يصحّ ولا تشتغل ذمّة العبد له بشيء لو أتى بالعمل سواء كان للعبد مال أو لا، ملكناه أو لا، أذن السيّد أو لا، إلّا أن يعود إلى السيّد فتشتغل ذمّته دون العبد، كما هو المشهور بين الأصحاب شهرة تفيد الإجماع؛ لأنّ كلّ من ذكر هذا الفرع حكم بذلك والساكت بعد أن مهّد قاعدة لا أهليّة له لتملّك عين، ولا منفعة يستفاد منه امتناع أن يملك في ذمّة المجعول له عملاً لا بعد العمل ولا قبله، وأنّه لا قابليّة له في المعاملة الشاغلة للذمّة، وعموم نفي قدرته في الكتاب[٤] أبين شاهد في هذا الباب »[٥].

---

(١) المهذب ١: ٤٠٢.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٥٣، ب٧ من بيع الحيوان، ح ٢.

(٣) المسالك ٣: ٣٨٤.

(٤) النحل: ٧٥.

(٥) شرح القواعد: ١٣٨ (مخطوط).

. . . . . .

وفيه :

إنّه لا وجه للمنع على القول بالملك مع الإذن من المولى في التصرّف له فيما عنده من المال ، سواء كان الجعل عيناً ، أو في الذمّة .

ودعوى الشهرة التي يستفاد منها الإجماع على ذلك ممنوعة أشدّ المنع ، كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم ، خصوصاً ما ذكروه فيما لو جعل للمولى ذلك على بيعه ، الذي رواه الفضيل عن الغلام السندي عن الصادق عليه السلام[1] المتقدّم سابقاً ، فإنّهم قد **صرّحوا بالصحّة حينئذٍ لحصول الإذن من المولى بسبب كون المعاملة معه .**

قال في الدروس :

« وروى فضيل أنّه لو قال لمولاه : بعني بسبعمئة ولك عليّ ثلاثمئة لزمه إن كان له مال[2] ، وأطلق في صحيح الحلبي[3] لزوم الجعالة لبائعه .

وقال الشيخ وأتباعه : ولو قال لأجنبي : اشترني ولك عليّ كذا لزمه إن كان له مال حينئذٍ ، وهذا غير المروي ، وأنكر ابن ادريس ومن تبعه اللزوم وإن كان له مال ، بناءً على أنّ العبد لا يملك ، والأقرب ذلك في صورة الفرض لتحقّق الحجر عليه من السيّد ، فلا يجوز جعله لأجنبي ، أمّا صورة الرواية فلا مانع منها على القولين ، أمّا على أنّه يملك فظاهر ، وأمّا على عدمه فأظهر »[4] . ونحوه غيره ، وهو جيّد جدّاً .

ومنه يعلم النظر فيما ذكره الأُستاذ أيضاً بعد ذلك من أنّه « لو قال العبد لسيّده : بعني أو ملّكني من معين أو مطلقاً ولك عليّ كذا فكما إذا قال للمشتري ؛ لما ذكر هناك ، ولأنّه لا يكون لصاحب المال على ماله مال وما في بعض الأخبار[5] ممّا ينافيه مطّرح أو مأوّل بإرادة الوعد ونحوه ؛ لقوّة المعارض ، ولأنّه في الصورتين يلزم على القول بالصحّة ، أمّا اشتغال ذمّته بالدفع قبل انتقاله فذلك استحقاق قبل العمل ، مع أنّه لا تصرّف له بشيء ملكناه أو لا ، وإن كان بعده كان ما في يده للبائع أو للمشتري فلا شيء له في الحالين حتى على القول بملكه لزواله بانتقاله ، فالاستحقاق عليه بعد انتقاله الملزوم لذهاب ماله واستحقاق المطالبة بعد العتق لا تصحّح معاملته ؛ لأنّ الإقدام عليها سفه ، ولو جاز ذلك لصحّت إجاراته وجعالاته وباقي معاملاته »[6] .

وهو كما ترى فيه نظر من وجوه ، حتّى في نفي الذمّة للعبد على الوجه المزبور ، وقاعدة عدم استحقاق المال على المال يمنع شمولها لنحو المقام .

وأقصى ما يسلم منها في جناية العبد على المولى مثلاً ، فتأمّل جيّداً .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٧٢ ، ب ١٩ من بيع الحيوان ، ح ١ .

(٢)(٣) الوسائل ١٨ : ٢٧٢ ـ ٢٧٣ ، ب ١٩ من بيع الحيوان ، ح ١ ، ٢ .

(٤) الدروس ٣ : ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .

(٥) انظر الوسائل ١٨ : ٢٧٢ ، ب ١٩ من بيع الحيوان .

(٦) شرح القواعد : ١٣٨ (مخطوط) .

(وقيل) في مفروض المتن [١] (**إن كان له مال حين قال له لزم وإلّا فلا، وهو**) غير (**المروي**) [٢]، فلا ريب حينئذٍ في ضعفه على القول بالملك وعدمه [٣].

ولو قال للمولى: أعتقني فلك عليّ كذا فـ[ـقد قيل:] [٤] [توقّف شغل ذمّة المولى بالاعتاق على شغل ذمّة العبد الموقوف على الملك للعمل في ذمّة المولى الموقوف على الإعتاق]. وفيه نظر يعرف مما تقدم أيضاً، والله أعلم.

[ابتياع المملوك وما عنده بجنسه]:

المسألة (**الثالثة**): [والمختار] [٥] أنّ مولى المملوك مثلاً (**إذا ابتاعه وماله**)، بناءً على أنّهما معاً ملك له (**فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقاً**).

(**وكذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربوياً**) أو كان الربا بينهما منفيّاً.

(**ولو كان ربوياً وبيع بجنسه**) على من يثبت الربا معه (**فلابدّ من زيادة عن ماله تقابل المملوك**) تخلّصاً من الربا، كما هو واضح [٦]. أمّا لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ما ذكر [٧].

---

[١] **والقائل الشيخ[١] وأتباعه كما سمعته من الدروس.**

[٢] لما عرفت من مضمون خبري الفضيل[٢] والحلبي[٣] في الجعل للمولى.

[٣] لما سمعت، والله أعلم.

[٤] [كما] **في شرح الأُستاذ:**

«توقّف شغل ذمّة المولى بالإعتاق على شغل ذمّة العبد الموقوف على الملك للعمل في ذمّة المولى الموقوف على الإعتاق، وأمّا الكتابة فحكم خاص»[٤].

[٥] [كما] قد تقدّم ما يدلّ على [ذلك].

[٦] وفي الدعائم عن جعفر بن محمّد عليه السلام: «فإن باعه بماله وكان المال عروضاً وباعه بعين فالبيع جائز كان المال ما كان، وكذلك إن كان المال عيناً وباعه بعروض، وإن كان المال عيناً وباعه بعين مثله لم يجز، إلّا أن يكون الثمن أكثر من المال فيكون رقبة العبد بالفاضل، إلّا أن يكون المال ورقاً والبيع بتبر أو المال تبراً والبيع بورق فلا بأس بالتفاضل [فيه]؛ لأنّه من نوعين»[٥].

[٧] لأنّ ماله حينئذٍ ليس جزءً من المبيع، فلا يقابل بالثمن.

قلت:

قد عرفت فيما تقدّم أنّه كذلك لو اشترط المشتري إبقاء مال العبد له، أمّا لو كان الشرط كون المال للمشتري فقد سمعت قوّة

---

(١) النهاية: ٤١٢.

(٢) الوسائل ١٨: ٢٧٢، ب١٩ من بيع الحيوان، ح١.

(٣) المصدر السابق: ٢٧٣، ح٢.

(٤) شرح القواعد: ١٣٨ (مخطوط).

(٥) دعائم الإسلام ٢: ٥٤، ح١٤٦.

. . . . . .

جريان الربا فيه أيضاً، بناءً على جواز هذا التصرّف للسيّد، فلاحظ وتأمّل جيّداً، هذا. **ولكن في الدروس:**

« ولو اشتراه وماله صحّ ولم يشترط علمه ولا التفصّي من الربا إن قلنا: يملك، وإن أحلناه اشترطناه، ورواية زرارة مصرّحة بإطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه »[1].

قلت: هي قول زرارة في الصحيح لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك وماله.

فقال: « لا بأس به.

قلت: فيكون مال المملوك أكثر ممّا اشتراه به.

قال: لا بأس به »[2].

وظاهر الشيخين في المقنعة[3] والنهاية[4] والمحكي عن سلّار[5] الفتوى بمضمونه.

بل هو مقتضى إطلاق المحكي عن ابن البرّاج[6] وأبي الصلاح[7].

ومقتضاه حينئذٍ عدم الربا في ذلك؛ للصحيح المزبور.

والقدح في سنده في المختلف إنّما يتمّ على طريق الشيخ[8].

أمّا على طريق الصدوق فهو صحيح كما ذكرنا.

ويكون [هذا الحكم] حينئذٍ مستثنى من حكم الربا.

أو يكون ذلك بعنوان الشرط الخارج عن اسم البيع بناءً على اختصاصه فيما لا يشمل ذلك.

أو يكون هذا الصحيح مؤيّداً للقول بالملك، فإنّه لا ربا عليه إذا كان المراد بقاء المال على ملك العبد.

قال في المحكي عن المبسوط: « إذا باع عبداً قد ملكه ألفاً بخمسمئة صحّ البيع على قول من يقول: إنّه يملك، ولو باع ألفاً بخمسمئة لم يصحّ؛ لأنّه ربا »[9].

والفرق بينهما أنّه إذا باع العبد فإنّما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه فصحّ ذلك، ولم يصحّ بيع الألف بخمسمئة، أو يكون ذلك مؤيّداً لما قلناه من أنّه على تقدير الملك، وأنّ للسيّد البيع، وإن كان ملكاً للعبد يمكن نفي الربا لما قد عرفت سابقاً، أو غير ذلك، فلاحظ وتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) الدروس ٣: ٢٢٦.
(٢) الوسائل ١٨: ٢٥٤، ب٨ من بيع الحيوان، ح١.
(٣) المقنعة: ٦٠٠.
(٤) النهاية: ٥٤٣.
(٥) المراسم: ١٧٦.
(٦) المهذب ١: ٤٠٢.
(٧) الكافي: ٣٥٦.
(٨) المختلف ٥: ٢١٨.
(٩) المبسوط ٢: ١٣٧.

[استبراء الأمة قبل بيعها]:

المسألة (**الرابعة**): [المختار] [١] في أنّه (**يجب**) على المالك أو وكيله أو وليّه (**أن يستبرئ الأمة قبل بيعها**) مثلاً على الأصحّ في لحوق غير البيع به كما ستعرف (**إن كان وطأها**) أي (**المالك**) [٢]. نعم [قيل:] [٣] إنّه لو باعها من غير استبراء أثم وصحّ البيع [٤]. ولا بأس به وإن كان لا يخلو من بحث إن لم ينعقد الإجماع على خلافه. وعليه فالمتّجه حينئذٍ تعيّن تسليمها إلى المشتري إذا طلبها؛ لأنّها قد صارت ملكاً من أملاكه [٥].

---

[١] **[كما] لا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم**[١].

[٢] وما في المقنعة من التعبير عن ذلك بلفظ «ينبغي»[٢] ممّا يشعر بالخلاف يصرفه ما في باب لحوق الأولاد منها من التعبير عنه بـ«لا يجوز»[٣]. وصحيح علي بن جعفر عن أخيه المروري عن قرب الاسناد: سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أيصلح بيعها من الغد[٤]؟ قال: «لا بأس»[٥]، محمول على إرادة صحّة البيع منه، أو على التي يسقط استبراؤها باليأس ونحوه، أو غير ذلك؛ لمخالفته الفتاوى، بل النصوص: ١ ـ قال الصادق عليه السلام في صحيح حفص في حديث: في رجل يبيع الأمة من رجل: «عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»[٦]. ٢ ـ وسأله أيضاً ربيع بن القاسم عن الجارية التي لم تبلغ المحيض ويخاف عليها الحبل؟ قال: «يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمسة وأربعين ليلة، والذي يشتريها بخمسة وأربعين ليلة»[٧]. ٣ ـ وقال أيضاً في الموثق: «الاستبراء واجب على الذي يريد أن يبيع الجارية إن كان يطأها، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً»[٨]. إلى غير ذلك. ولعلّه لذا وغيره نسب الوجوب المزبور إلى ظاهر روايات أصحابنا.

[٣] **[كما] صرّح غير واحد بـ[ـذلك].**

[٤] لرجوع النهي إلى أمر خارج.

[٥] **نعم في المسالك احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله [= قبل التسليم إلى المشتري] ولو بالوضع على يد عدل؛ لوجوبه قبل البيع فيستصحب، قال: «وأمّا بقاؤها عند البائع فلا يجب قطعاً؛ لأنّها صارت أجنبيّة منه»**[٩]**. بل في جامع المقاصد: «أنّه لا وجه لسقوط الاستبراء عنه، فإن قيل: بعد وقوع البيع صارت حقّاً للمشتري فلا يجوز منعه منها، قلنا: قد ثبت وجوب الاستبراء سابقاً على البائع فلا يسقط غاية ما في الباب أنّ للمشتري إذا جهل الحال [له] الفسخ، فإن قيل: الاستبراء حقّ لله والمبيع حقّ للآدمي، وحقّ الله لا يعارض حقّ الآدمي، قلنا: الاستبراء حقّ للبائع فلا يكون حقّاً لله محضاً» إلى أن قال: «والتحقيق أن يقال: إنّه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى، فإن ظهر حمل تبيّن بطلانه؛ لأنّه من المولى حيث كانت فراشاً له، وإلّا ثبتت الصحّة فلا يكون ملكاً للمشتري، فلا يتعيّن التسليم إليه، بل ولا يجوز استصحاباً لبقاء وجوب الاستبراء.** وهذا واضح لا شبهة فيه»[١٠]، وقد يشكل بأنّ الحكم في الظاهر كونها ملكاً للمشتري؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع ولو بالأصل، فلا ريب في جريان حكم الملك عليه، ومنه وجوب التسليم إليه مع الطلب، إلّا أنّ الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه؛ للأصل، ووجوب حكمة الاستبراء، وعدم إرادة الوصف المفوّت للمأمور به من قوله عليه السلام: «قبل البيع»، وإنّما هو لتمكين البائع من الاستبراء.

---

(١) (٢) (٣) الحدائق ١٩: ٤٢٤. المقنعة: ٦٠٠، ٥٣٨.
(٤) في قرب الإسناد بدلها: «له أن يبيعها مرابحة».
(٥) قرب الإسناد: ٢٦٤، ح١٠٤٩.
(٦) (٧) الوسائل ١٨: ٢٥٨، ب١٠ من بيع الحيوان، ح٢، ٣.
(٨) الوسائل ٢١: ١٠٥، ب١٨ من نكاح العبيد والإماء، ح٥.
(٩) (١٠) المسالك ٣: ٣٨٥ ـ ٣٨٦. جامع المقاصد ٤: ١٥٠ ـ ١٥١.

و[الظاهر][١] أنّه مع البيع ترتفع سلطنته على العين، فليس له حبسها للاستبراء بدون رضا المشتري، فإن كان عامداً في البيع قبله ولم يتمكّن من إرضاء المشتري بالاستبراء كان آثماً، وإن تعذّر عليه إلّا أنّه بسوء اختياره، وإن لم يكن عامداً وجب عليه الاستبراء بما يحصل به رضا المشتري، فإن لم يتمكّن سقط عنه، ولا إثم عليه[٢]. و[المختار][٣] أنّه لا يجب الوضع عند عدل أو الإبقاء في يد البائع في استبراء المشتري قطعاً[٤]، سواء كانت جميلة أو قبيحة[٥]. ولو جامعها المالك بعد العقد قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض، فعليه الاستبراء قبل الإقباض. وكذا لو عادت إليه بفسخ بعد الوطء أو كان قد وطأها قبل تملّكها، والله أعلم. هذا، والمراد باستبراء البائع من الوطء في ذلك الطهر (**بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً إن كانت مثلها تحيض ولم تحض**) هو انتظار حيضتها المتعقّب لذلك الطهر إن كانت ممّن تحيض. وترك الوطء قبلاً ودبراً خمسة وأربعين يوماً إن كان مثلها تحيض ولم تحض، ولا يجب عليه ترك الوطء فضلاً عن باقي الاستمتاعات في الأوّل؛ إذ لا ثمرة له بعد اشتراط تعقّب الحيض. نعم لو وطأها بعد تمام الحيض احتاج في جواز البيع إلى انتظار حيض آخر للاستبراء من الوطء المتجدّد، كما هو واضح[٦]. [نعم اعتبر ترك الوطء دون باقي الاستمتاع في استبراء المشتري دون البائع].

---

[١] [كما] منه ينقدح [ذلك].

[٢] كما هو مقتضى الضوابط.

[٣] [كما] من ذلك يعلم [ذلك].

[٤] للأصل، وظاهر الأدلّة.

[٥] **خلافاً لمالك فلم يوجب تسليم الجميلة، وإنّما توضع على يد عدل إلى تمام مدّة الاستبراء للحوق التهمة فيها**[١]، ولا ريب في فساده؛ لمخالفته لأُصول المذهب وقواعده.

[٦] فما في الرياض وشرح الأُستاذ من اعتبار ترك الوطء دون باقي الاستمتاعات في استبراء البائع[٢] لا وجه له. نعم هو كذلك في استبراء المشتري، بل عن المبسوط اعتبار ترك باقي الاستمتاعات فيه أيضاً[٣]، بل في التحرير ما يوافقه «من اشترى جارية حرم عليه وطؤها قبلاً وغيره، وتقبيلها ولمسها بشهوة حتّى يستبرئها»[٤]. وعن حواشي الشهيد أنّه حرّم [العلّامة] في الدرس القبلة خاصّة[٥]. وإن كانت النصوص المعتضدة بالفتاوى والأصل وانتفاء وجه الحكمة والمحكي عن الخلاف من إجماع الفرقة وأخبارهم على خلافهما[٦]. ففي صحيح محمّد بن إسماعيل قلت: أيحلّ للمشتري ملامستها؟ قال: «نعم، ولا يقرب فرجها»[٧]. والموثق: فيحلّ له أن يأتيها فيما دون فرجها؟ قال: «نعم، قبل أن يستبرئها»[٨]. وخبر [عبدالله بن] محمّد عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالتفخيذ لها حتّى تستبرئها، وإن صبرت فهو خير لك»[٩]. مع أنّه لم نقف على معارض لذلك، سوى ما قيل من قياس الاستبراء على العدّة، الذي هو مع كونه مع الفارق لا يجوز العمل به في مذهبنا. وما في الموثق عن الرجل يشتري الجارية وهي حُبلى أيطأها؟ قال: «لا، قلت: فدون الفرج، قال: لا يقربها»[١٠]. وهو مع أنّه في الحُبلى التي لا استبراء فيها يتّجه حمله على

---

(١) (٣) المدونة الكبرى ٣: ١٢٤. المبسوط ٢: ١٤٠.
(٢) (٤) الرياض ٨: ٣٩٦. شرح القواعد: ١٤٤. التحرير ٢: ٤٠٧.
(٥) (٦) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٥٧. الخلاف ٥: ٨٤.
(٧) الوسائل ٢١: ٩٠، ب٦ من نكاح العبيد والإماء، ح٥.
(٨) الوسائل ٢١: ١٠٥، ب١٨ من نكاح العبيد والإماء، ح٥.
(٩) (١٠) الوسائل ٢١: ٨٧، ٨٨ ب٥ من نكاح العبيد والإماء، ح١، ٥.

نعم قد يتوقّف في اعتبار ترك الوطء دُبراً في الاستبراء، بل وفي الاستبراء منه [١]. و[المتّجه] [٢] اعتبار ترك الوطء فيهما [= القبل والدبر] [٣]. ثمّ إنّه [المختار] [٤] حصول الاستبراء بحيضة [٥].

الكراهة، كما أومأ إليه الخبر الأخير. فظهر من ذلك الفرق بين استبراء البائع والمشتري في ذات الحيض، بل ظنّي أنّ الخلاف المزبور في ضمّ باقي الاستمتاعات إلى الوطء إنّما هو في استبراء المشتري دون البائع وإن كان يوهمه عبارة التحرير.

[١] للأصل بعد اختصاص الموجب من النصّ بحكم التبادر، وإن كان فيه لفظ «الفرج» بمحلّ الفرض، فلا يجوز التعدّي إلى الغير، بل مال إليه في الرياض، **فإنّه بعد أن حكى عن بعض المحقّقين الخلاف في تعميم الوطء للدبر فخصّه بالقبل، وأنّه هو الظاهر من الحلّي حيث أوجب الاستبراء بتركه خاصّة للمشتري، قال: «ولا يخلو من قرب إن لم يحصل بوطء الدبر خوف سبق الماء في القبل الموجب لخشية الحبل، بل حصل القطع بعدمه بالعزل نحوه. ومنه يظهر وجه الإشكال في تعميم الوطء له مع العزل الموجب للقطع بعدم الحبل من هذا الوطء، ولا فرق فيه بين القبل والدبر»**[(١)]. **قلت: لا أجد خلافاً في اعتبار ترك الوطء في القبل في الاستبراء ولو مع العزل، كما أجده في اعتبار الاستبراء منه إذا كان كذلك أيضاً**؛ لإطلاق النصّ والفتوى، ولعلّه لعدم القطع بعدم الحبل منه، ولذا يلحق به الولد معه؛ ضرورة إمكان سبق الماء من غير شعور وغير ذلك.

[٢] [كما] منه يتّجه حينئذٍ ما عند الأصحاب من [اعتبار ذلك].

[٣] خصوصاً بناءً على إمكان تحقّق الحبل بالوطء في الدبر لوجود المسلك منه إلى الفرج، فلا يجدي حينئذٍ العزل، كما لا يجدي لو كان في الفرج. وفرض حصول القطع بعدم الحبل من الوطء نادر لا تنزّل عليه النصوص والفتاوى مضافاً إلى أنّ ذلك هو الموافق للاحتياط المؤكّد طلبه في الأسباب، هذا كلّه مع ما في الصحيح عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل يبيع جارية كان يعزل عنها هل عليه منها استبراء؟ قال: «نعم»[(٢)]. وأيضاً ظاهر النهي في النصوص وغيرها التعبّد؛ إذ ليس في شيء منها ما يقتضي كون ذلك من جهة الحبل على وجه يكون عليه المدار. ودعوى أنّ المنساق منها ذلك واضحة المنع، خصوصاً صحيح العزل الذي لا حمل معه غالباً.

[٤] **[كما] لا خلاف أيضاً فيه [ـه].**

[٥] **بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه**[(٣)]، وبه نطقت النصوص أيضاً. فما في الصحيح عن جارية تشترى من رجل مسلم يزعم أنّه قد استبرأها أيجزي ذلك أم لابدّ من استبرائها؟ قال: «يستبرئها بحيضتين»[(٤)]. والصحيح عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن أدني ما يجزي من الاستبراء للمشتري والبائع، قال: «أهل المدينة يقولون: حيضة، وكان جعفر عليه السلام يقول: حيضتان»[(٥)]. فشاذّ مردود بصريح النصوص والفتاوى، وفحوى ما دلّ على الاكتفاء بتمام الحيضة، أو محمول على الندب، كما يومئ إليه في الجملة موثق سماعة: سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرئ رحمها بحيضة أُخرى أو يكفيه هذه الحيضة؟ قال: «لا، بل تكفيه هذه الحيضة، فإن استبرأها بأُخرى فلا بأس، هي بمنزلة فضل»[(٦)]. ولعلّ العامّة في المدينة كانوا ينكرون استحباب الحيضتين.

---

(١) الرياض ٨: ٣٩٩ ـ ٤٠٠.
(٢)(٥) الوسائل ٢١: ٩٥، ب ١٠ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٣) الغنية: ٣٦٠.
(٤) الوسائل ٢١: ٩٠، ب ٦ من نكاح العبيد والإماء، ح ٥.
(٦) المصدر السابق: ٩٦، ح ٢، وفيه: «أم»، بدل «أو».

وأمّا المدّة [أي خمسة وأربعون] فـ[ـالمختار] [١] الاكتفاء بها [٢].

ولو شكّ في انتهاء المدّة وعدمه فالأصل مع الثاني [٣]. والظاهر دخول المنكسر بعد التلفيق كما في غيره.

و[قد قيل:] [٤] [تدخل في الخمسة وأربعين الليالي المتوسّطة دون الأُولى والآخرة والمنكسر لا يحسب يوماً مستقلاً ويقوى احتسابه بالإكمال]. وهو جيّد، والله أعلم.

(**وكذلك**[1] **يجب على المشتري**) استبراء الأمة بما عرفت (**إذا جهل حالها**) بالنسبة إلى وطء المالك الذي لم يستبرئها منه وعدمه، فضلاً عمّا إذا علم حالها أنّها كذلك [٥].

أمّا إذا علم العدم فـ[ـقد قيل:] [٦] [لا يجب الاستبراء]. والمراد العلم بعدم وطء خصوص المالك، وإن قام احتمال وطء غيره، وهو كذلك [٧].

نعم قد يشكل الحال فيما إذا علم وطء غير المالك لها بغير زنا، فإنّ سقوط الاستبراء فيه والعدّة [٨] في

٢٤ = ١٩٩

---

[١] [**كما**] **لا خلاف نصّاً وفتوى** في [ذلك].

[٢] إلّا من المفيد في المقنعة في المقام فجعلها ثلاثة أشهر[2]، وهو ـ مع أنّه مخالف لأصالة عدم الزائد في وجه، ولا مستند له سوى القياس على الحرّة المطلّقة المردود بأنّ مقتضاه القياس على الأمة المطلّقة وعدّتها إذا لم تكن مستقيمة الحيض خمسة وأربعون يوماً بالإجماع والأخبار ـ **قد وافق الأصحاب في باب لحوق الأولاد من المقنعة**[3].

[٣] وهو غير أصالة عدم الزائد المتقدّمة. و[كذا لا خلاف إلّا] من خبر عبد الله بن سنان: سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض؟ فقال: «يعتزلها شهراً إن كانت قد مسّت»[4]، المحمول في الوسائل: «على الغالب من حصول الحيضة في الشهر»[5] وإن كان بعيداً، ويمكن حمله على مجهولة البلوغ بإرادة الندب من الاعتزال المزبور احتياطاً، هذا. وقد اتّفق ما عثرنا عليه من الفتاوى على التعبير بـ«ـاليوم» كبعض النصوص لكن في آخر «ليلة»[6]، ويمكن إرادته منها.

[٤] [**كما**] **في شرح الأُستاذ: «أنّه تدخل في الخمسة وأربعين الليالي المتوسّطة دون الأُولى والآخرة والمنكسر لا يحسب يوماً مستقلاً، ويقوى احتسابه بالإكمال»**[7].

[٥] **من غير خلاف يعرف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**، كما أنّ النصوص كادت تكون متواترة فيه، بل في بعضها: «إنّ الذين يشترون الإماء ثمّ يأتونهنّ قبل أن يستبرؤوهن فأُولئك الزناة بأموالهم»[8].

[٦] [**كما**] **في الرياض: «لا يجب اتّفاقاً نصّاً وفتوى»**[9].

[٧] للأصل السالم عن المعارض، بعد الاقتصار في النصوص على المتيقّن.

[٨] **كما يقتضيه ظاهر بعض الفتاوى هنا.**

---

(١) في الشرائع: «وكذا».
(٢)(٣) المقنعة: ٦٠٠، ٥٣٨.
(٤) الوسائل ١٨: ٢٥٨، ب ١٠ من بيع الحيوان، ح ٤، وفيه: «قال» بدل «فقال».
(٥) الوسائل ١٨: ٢٥٩، ب ١٠ من بيع الحيوان، ذيل الحديث ٤.
(٦) الوسائل ٢١: ٨٤ـ ٨٥، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ٥، ٦، ٧.
(٧)(٩) شرح القواعد: ١٤٤ (مخطوط). الرياض ٨: ٣٩٦. (٨) الوسائل ١٨: ٢٥٩، ب ١٠ من بيع الحيوان، ح ٥.

غاية الاشكال [١].

نعم قد يتوقّف في أنّ الواجب العدّة أو الاستبراء ، وهو مبنيّ على تحقيق كون أيّهما الأصل في الإماء .

ومع فرض عدم ثبوت ذلك يتّجه مراعاة الأُصول في مقتضى كلّ منهما ، فلا يجوز الوطء حتّى تمضي مدّة العدّة [٢].

ولكن لا يجري حكم العقد في العدّة ، وهكذا [٣].

ولا يجب على البائع الاستبراء من احتمال وطء غيره [٤].

أمّا مع العلم بالمحترم منه فقد يحتمل القول بالاستبراء فيه [٥].

فصار الفرق بين البائع والمشتري أنّ الأوّل إنّما يجب الاستبراء عليه من وطئه خاصّة إذا أراد البيع دون وطء غيره المعلوم فضلاً عن المحتمل ، وأمّا المشتري فيجب عليه من وطء المالك المعلوم أو المحتمل ، ومن وطء الغير إذا كان معلوماً محترماً دون المحتمل [٦] ، [وإن كان في الأخير تأمّل].

ثمّ إنّ [المختار] [٧] عدم اختصاص الاستبراء بالبيع ، بل كلّ من ملك أمة بوجهٍ من وجوه التملّك من بيع أو

---

[١] **بل جزم الأُستاذ في شرحه بوجوب الاستبراء فيه**[١] ، وهو ظاهر كلامهم في باب النكاح .

بل هو مقتضى كونه وطئاً محرّماً ، وقد علم من وضع العدد والاستبراء ونحوهما عدم إرادة الشارع اختلاط الأنساب ، بل يمكن دعوى كون ذلك مجمعاً عليه بينهم ، على أنّ ذلك هو مقتضى إطلاق أدلّة الاستبراء ، وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : في رجل اشترى جارية لم يكن صاحبها يطأها أيستبرئ رحمها ؟ قال : « نعم »[٢] .

اللّهم إلّا أن يحمل على إخبار صاحبها بذلك ولم يكن ثقة مأموناً .

[٢] للأصل .

[٣] ومقتضى خبر الحسن بن صالح[٣] الاكتفاء بالحيضة وإن سبق النكاح ، وقد ذكرنا في كتاب نكاح الإماء ماله مدخليّة في المقام ، فلاحظ وتأمّل .

[٤] للأصل .

[٥] لكن مقتضى الأصل ، **وظاهر المتن وغيره ، بل صريح بعضهم خلافه**[٤] .

[٦] لكن تحصيل تمام هذا التفصيل من النصوص لا يخلو من إشكال ، وإن كان الحكم في البائع موافقاً للأصل ، كموافقة عدم وجوب الاستبراء على المشتري من احتمال وطء الغير ، لكن إطلاق النصوص لا ينطبق على ذلك .

اللّهم إلّا أن تنزّل عليه بمعونة الفتاوى ، فتأمّل .

[٧] **[كما هو] المشهور نقلاً وتحصيلاً .**

---

(١) شرح القواعد : ١٤٤ (مخطوط).

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٥٧ ، ب ١٠ من بيع الحيوان ، ح ١ .

(٣) الوسائل ٢١ : ١٠٤ ، ب ١٧ من نكاح العبيد والإماء ، ح ١ .

(٤) جامع المقاصد ١٣ : ٢٠٧ .

هبة أو إرث أو صلح أواسترقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء [١].

ولو كان العقد موقوفاً على الإجازة تعلّق الحكم بها فيتوقّف إيقاعها عليه [٢].

وعلى كلّ حال فلو وطأها قبل الاستبراء عامداً أو غافلاً لحق به الولد [٣].

و[القول] [٤] [بـ]ـأنّه يقوى عدم السقوط [أي الاستبراء عن المشتري] مع العزل وعدم الإمناء أو الوطء قبل البلوغ فبلغ قبل انقضاء المدّة، وهو جيّد [٥].

---

[١] **وعن الخلاف الإجماع عليه**(١)، **بل قيل: «إنّه أيّ الإجماع قد يظهر من الغنية أيضاً»**(٢). **خلافاً للمحكي عن ابن ادريس فخصّه بالبائع والمشتري**(٣)؛ للأصل، **لكن المحكي عنه في باب السراري موافقة الأصحاب**(٤)، فتكون المسألة حينئذٍ إجماعيّة. وبذلك يتأيّد فهم التعدية من النصوص وأنّ ذكر البيع فيها مثال، خصوصاً في نحو صحيح الحلبي(٥)، وخبر عبد الله بن عمر(٦) وغيرهما، مضافاً إلى خبر الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام: «نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وآله [في الناس] يوم أوطاس: استبرأوا سباياكم بحيضة»(٧) متمّماً بعدم القول بالفصل، وكذا بالنسبة إلى البائع، فيلحق به حينئذٍ الواهب والمصالح وغيرهما.

[٢] قيل: ويختلف حال الكشف والنقل هنا في بعض الأحوال(٨).

[٣] **على ما صرّح به غير واحد**؛ لأنّها فراشه حينئذٍ. وقد يحتمل بقاء فراش الأوّل تمام مدّة الاستبراء، كما يومئ إليه الحكم بكون المالك زانياً فيما سمعته سابقاً من النصّ. وعليه يتّجه عدم سقوط وجوب الاستبراء عنه بعد الوطء، بل احتمل وجوبه على الأوّل [أي بناءً على أنّها فراش المشتري]؛ لإطلاق الأدلّة. وفيه: أنّه لا فائدة له حينئذٍ، ويمكن منع شمول الإطلاق له فتأمّل.

[٤] **[قاله] في شرح الأُستاذ**(٩).

[٥] **وفيه أيضاً: «أنّه لو وطأ أحد الشريكين لم يبعد سقوط الاستبراء في خصوص الواطئ لو اشترى حصّة شريكه»**(١٠). ولعلّه للحوق الولد به، فلا استبراء عليه من احتمال وطء الشريك، ولو أراد الشريك شراء حصّة الواطئ، فقد يقال: إنّ المتّجه عدم الاستبراء إذا كان زنا وإن لحق به الولد، وإلّا اتّجه الاستبراء، لكن التصريح في النصّ بعدم جواز الشراء حتّى يحصل الاستبراء، فلاحظ وتأمّل، هذا. وقد ينزّل على ما سمعته في أصل المسألة خبر الصيقل، قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: وقد سئل عن رجل اشترى جارية ثمّ وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: «بئس ما صنع يستغفر الله ولا يعود، قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ثمّ باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولا استبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث، فقال: أبو عبد الله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»(١١)، فإن إرادته الأخير.

---

(١) الخلاف ٥: ٨٢، ٨٣.
(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٣٥٦.
(٣) السرائر ٢: ٣٤٦.
(٤) السرائر ٢: ٦٣٤.
(٥) الوسائل ٢١: ٨٣، ب٣ من نكاح العبيد، ح ١.
(٦) المصدر السابق: ٨٥، ح٨.
(٧) الوسائل ٢١: ١٠٤، ب١٧ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٨) شرح القواعد: ١٤٣ـ ١٤٤ (مخطوط).
(٩)(١٠) شرح القواعد: ١٤٤ (مخطوط).
(١١) الوسائل ٢١: ١٧٣، ب٥٨ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

هذا، و[الظاهر] [١] عدم الفرق بين الجارية مدّة الاستبراء وغيرها في كون التلف من البائع إذا لم يقبضها المشتري، وإلّا كان منه إذا لم يكن مختصّاً بالخيار [٢].

[وأمّا النفقة في مدّة الاستبراء] فالمتّجه كونها على المشتري حتّى لو وضعت على يد عدل [٣].

(و) كيف كان فـ(**يسقط استبراؤها**) بالعلم ببراءة الرحم، بل لا موضوع له حينئذٍ.

[كفاية أخبار الثقة في الاستبراء]:

و(**إذا أخبر الثقة أنّه استبرأها**) أو لم يطأها [٤] [فالظاهر] اعتبار كون المخبر البائع مع ذلك [٥].

---

[١] الذي يقتضيه أُصول المذهب وقواعده.

[٢] **فما عن المفيد والنهاية من إطلاق كون التلف من البائع إذا تلفت معزولة عند إنسان للاستبراء**[١]، في غير محلّه، إلّا أن ينزّل على عدم وكالة الإنسان عن المشتري في القبض. **وكذا ما عنهما وابن حمزة والفاضل في بعض كتبه من أنّ النفقة مدّة الاستبراء على البائع**[٢]؛ إذ المعهود منها تبعيّتها للملك.

[٣] **خلافاً للمحكي عن الفاضل فجعلها على البائع معه**[٣]، والله أعلم.

[٤] **على المشهور، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه**[٤]؛ للمعتبرة المستفيضة المحمول مطلقها ـ كقول العبد الصالح عليه السلام في خبر محمّد بن حكيم: «إذا اشتريت جارية فضمن لك مولاها أنّها على طهر فلا بأس أن تقع عليها»[٥] على مقيّده بالوثاقة.

١ ـ كحسن حفص البختري عن الصادق عليه السلام: في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إنّي لم أطأها، فقال: «إن وثق به فلا بأس أن يأتيها»[٦].

٢ ـ وكصحيح أبي بصير قلت للصادق عليه السلام: الرجل يشتري الجارية وهي طاهر ويزعم صاحبها أنّه لم يمسّها منذ حاضت، فقال: «إن ائتمنه فليمسّها»[٧].

٣ ـ [و] كقوله عليه السلام في خبر ابن سنان: «إن كان عندك أميناً فمسّها»[٨]. وفي المقنعة روي: أنّه «لا بأس للإنسان أن يطأ الجارية، من غير استبراء لها إذا كان بائعها قد أخبره باستبرائها وكان صادقاً في ظاهره مأموناً»[٩]. لكن قال ابن سنان للصادق عليه السلام: أفرأيت إن ابتاع الجارية وهي طاهر وزعم صاحبها أنّه لم يطأها منذ طهرت؟ فقال: «إن كان عدلاً أميناً فمسّها، وقال: إنّ ذا الأمر شديد، فإن كنت لابدّ فاعلاً فتحفّظ لا تنزل عليها»[١٠]. وعن بعضهم أنّه حمله على كونه أميناً بحسب الظاهر لا المعاشرة، ولعلّ حمله على الندب أولى. وعلى كلّ حال فظاهر النص والفتوى [ذلك].

[٥] **لكن في شرح الأُستاذ: «أنّه يسقط الاستبراء بشهادة عدلين وبإخبار وليّ المشتري أو وكيله وإن لم يكونا**

---

(١) المقنعة: ٥٩٢ـ٥٩٣. النهاية ونكتها ٢: ١٤٤ـ ١٤٥، والعبارة غير موجودة في النهاية.

(٢) المقنعة: ٥٩٢ـ٥٩٣. النهاية ونكتها ٢: ١٤٥. الوسيلة: ٢٤٨. ولم نعثر عليه في كتب العلّامة.

(٣) التحرير ٢: ٤٠٩. (٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٥٧.

(٥) الوسائل ٢١: ٩٠، ب٦ من نكاح العبيد والإماء، ح٣، وفيه: «بأن» بدل «أن».

(٦) المصدر السابق: ٨٩، ح١.

(٧) المصدر السابق: ٩٠، ح٤، وفيه: «التمنته فمسّها».

(٨) المصدر السابق: ٨٩، ح٢.

(٩) المقنعة: ٥٣٨. الوسائل ٢١: ٩٠، ب٦ من نكاح العبيد والإماء، ح٦، وليس فيه: «للإنسان».

(١٠) الكافي ٥: ٤٧٣، ح٧. الوسائل ٢١: ٨٩، ب٦ من نكاح العبيد والإماء، ح٢.

. . . . . .

ثقتين، وكذا لو أخبر الثقة ـ ذكراً كان أولا مالكاً كان أولا ـ بالاستبراء، كما ينسب إلى الأكثر، ويظهر نقل الإجماع فيه؛ للأصل الجاري على بعض الوجوه، وللأخبار»[١].

وهو كما ترى.

وعليه فرّع: «أنّه لو تعارض خبر الثقتين وأحدهما مالك احتمل ترجيحه وترجيح خبر المثبت أو النافي».

ثمّ قال: «ولو اختلف الشركاء فيها أخذنا بالترجيح، كما لو اختلف الخارجون ومع التساوي يلزم الاستبراء»[٢]، هذا.

وفي أكثر العبارات «الثقة» كالمتن وفي بعض منها «العدل»[٣].

وفي جامع المقاصد: «أنّه المراد من الثقة؛ لأنّ غير العدل لايعدّ ثقة، وفي الأخبار اعتبار وثوق المشتري، ولا ريب أنّه لا يتحقّق الوثوق غالباً بدون العدالة»[٤].

واحتمل ثاني الشهيدين الاكتفاء بمن تسكن إليه النفس، وتثق بخبره[٥].

بل جزم به بعض متأخّري المتأخّرين[٦]؛ لخلوّ النصوص عن اعتبار الثقة بمعنى العدل، سوى ما عن الفقه[٧] المنسوب إلى الرضا عليه السلام الذي لم تثبت حجيّته.

قال: «إن كان البائع ثقة وذكر أنّه استبرأها جاز نكاحها من وقته، وإن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضة»[٨].

وفيه:

إنّه يمكن أن يكون ما في النصوص من الوثوق والأمانة إشارة إليه، مضافاً إلى ما سمعته من خبر ابن سنان.

وظاهر الأُستاذ في شرحه الفرق بين الوثاقة والعدالة.

فقال: «وفي الاكتفاء بمجرّد الوثاقة كما في ظاهر الأكثر ويظهر من أكثر الأخبار؛ للتعبير بلفظها في بعضها، وبالأمانة منفردة أو مع قيد الصدق في بعض آخر منها وجه قريب، واعتبارها بشرط العدالة كما صرّح به بعض؛ لأنّ الظاهر من إطلاق الوثاقة دخول العدالة فيها أقرب، وأمّا الاكتفاء بمجرّد العدالة كما يظهر من إطلاق آخرين فبعيد، ويمكن إرادة الوثاقة منها والاجتزاء بذكرها عنها»[٩].

---

(١) شرح القواعد: ١٤٤ـ ١٤٥ (مخطوط).

(٢) شرح القواعد: ١٤٥ (مخطوط).

(٣) مثل المختصر النافع: ١٥٦.

(٤) جامع المقاصد ٤: ١٥٢، وفيه: «شرعاً» بدل «غالباً».

(٥) المسالك ٣: ٣٨٧.

(٦) الرياض ٨: ٤٠٤.

(٧) فقه الرضا عليه السلام: ٢٣٣.

(٨) المستدرك ١٣: ٣٧٣، ب ٨ من بيع الحيوان، ح ٤.

(٩) شرح القواعد: ١٤٥.

وفيه ما قد عرفت من أنّ ظاهر الفتاوى اتّحاد المراد منهما.

وأمّا النصوص فتحتمل ذلك، وتحتمل إرادة من تسكن إليه النفس، والأوّل أولى، فاحتمال إرادة أمر زائد على العدالة بعيد عن النصّ والفتوى.

وعلى كلّ حال **ففيه أيضاً: أنّه «لو أخبر عدل وفسق قبل الوطء عوّل عليه بخلاف العكس، إلّا أن يعيد الخبر، ولو وطأ اعتماداً على الخبر فعدل أو خرج عن العدالة فلا استبراء، ولو كذب في دعوى الاستبراء ثمّ ظهر الحمل منه ردّت إليه ورجع المشتري بالثمن وكلّ غرامة غرمها.**

أمّا لو علم بكذبه فأقدم رجع بالثمن مع بقائه، وفي الرجوع به مع التلف وبالغرامة وجهان، ومع العلم بفسقه وعدم المعذوريّة شرعاً يضعف احتمال عدم الرجوع وإن عصى في وطئه، وفي اعتبار خبر الأمة مع الوثاقة وجهان، أقواهما القبول»[1].

وهو جيّد في البعض، لا يخلو من نظر في الآخر.

وكيف كان فقد ظهر لك من ذلك ضعف **ما عن ابن ادريس**[2] **وفخر الدين**[3] **من وجوب الاستبراء وإن أخبر الثقة**؛ لنصوص:

١ ـ ما بين قاصرة السند.

٢ ـ أو ضعيفة الدلالة.

٣ ـ أو مخالفة للمجمع عليه في الظاهر[4].

كصحيح الحيضتين المتقدّم سابقاً[5]، وكصحيح الحلبي[6] المحمول ـ كما عرفت ـ على عدم أمانة المخبر، أو على الاستبراء من وطء غير المالك.

وأمّا الخبر: أشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنّه لم يمسّها منذ طمثت عنده وطهرت، فقال: «ليس بجائز أن تأتيها حتّى تستبرأها بحيضة»[7]، فيجب حمله على الندب الذي أشعرت به بعض النصوص السابقة، أو يطرح؛ لقصوره عن المعارضة من وجوه لا تخفى.

كما أنّه قد ظهر لك أيضاً ممّا ذكرناه من النصوص أنّه لا فرق في الإخبار بين كونه بعدم الوطء الموافق للأصل وبالاستبراء المخالف له، لا أنّها تضمّنت الأوّل خاصّة، وألحق الثاني به، حتّى يتّجه ما يقال من وضوح الفرق بينهما، والله أعلم.

---

(١) شرح القواعد: ١٤٥ (مخطوط).

(٢) السرائر ٢: ٣٤٦.

(٣) الإيضاح ٣: ١٦٥.

(٤) الوسائل ٢١: ٩٠، ب٦ من نكاح العبيد والإماء، ح٥.

(٥)(٦) تقدّما في ص٤٩٨، ٥٠٠.

(٧) الوسائل ١٨: ٢٦١، ب١١ من بيع الحيوان، ح٥.

(وكذا) يسقط استبراؤها عن المشتري (لو كانت) الجارية (لامرأة) [١].

---

[١] على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة:

١ ـ للأصل.

٢ ـ والمعتبرة المستفيضة.

منها الصحيح: عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها، قال: «لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرأها»[١]، ونحوه الموثق كالصحيح[٢].

بل قيل: إنّه صحيح[٣].

وفي صحيح زرارة: اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبّرتني أنّه لم يطأها أحد فوقعت عليها ولم أستبرئها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: «هو ذا، أنا قد فعلت ذلك، وما أُريد أن أعود»[٤].

نعم في الرياض: أنّه «ربّما يستشعر منه اشتراط الحكم هنا بعدم معلوميّة وطء في ملك الامرأة بتحليل ونحوه، بل مطلقاً، ومقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط، ولعلّه كذلك، ويعضده انسحاب وجه الحكمة هنا أيضاً، إلّا أنّ مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطء لا اشتراط العلم به، ولا ريب أنّه أحوط إذا لم تخبر بعدم الوطء، بل مطلقاً، كما عن الحلّي وفخر المحقّقين وإن كان في تعيينه نظر: لإطلاق الصحيحين الأوّلين المعتضدين بالأصلين، وباطلاق الفتاوى، فيقيّد بهما الحكمة إنّ عمّت، مع أنّ عمومها محلّ نظر؛ لاحتمال الخوف الذي هو الأصل فيها الغالب في الشراء من الرجل لا مطلقه، وينبغي القطع باشتراط عدم المعلوميّة، التفاتاً إلى الحكمة، وعليه ينزل الإطلاقات، ويفرّق حينئذٍ بين الشراء منها ومن الرجل بوجوب الاستبراء في الثاني مطلقاً، إلّا مع العلم أو ما في حكمه بعدم الوطء أصلاً، وعدمه في الأوّل كذلك، إلّا مع العلم بدخول المحترم أو المطلق، وهو الأقوى»[٥].

قلت:

لا بأس بتنزيل إطلاق النصّ والفتوى على ذلك؛ لخوف لزوم الفساد باختلاط الأنساب، الذي هو الحكمة في وضع العدد والاستبراء، كما استفيد من تتبّع الأخبار وكلام الأصحاب في تضاعيف الأبواب.

لكن قد يقال:

إنّ المتيقّن من تقييدهما إذا علم حصول وطء محترم لم يتعقّبه حيض، وإلّا فالعلم بالتزويج أو التحليل أو نحو ذلك أعمّ منه، والأصل براءة الذمّة من الاستبراء، مضافاً إلى إطلاق النصّ، وليس في صحيح زرارة ما يصلح للتقييد.

نعم قد يقال: بملاحظة كلامهم في باب النكاح أنّه من المعلوم وجوب العدّة أو الاستبراء لكلّ سبب مزيل للنكاح وإن كان باختيار المشتري الفسخ، فلاحظ وتأمّل.

---

(١)(٢) الوسائل ٢١: ٩١، ب٧ من نكاح العبيد والإماء، ح١ وذيله، وفيه: «غير» بدل «قبل».

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٧٠.

(٤) الوسائل ٢١: ٩١، ب٧ من نكاح العبيد والإماء، ح٢.

(٥) الرياض ٨: ٤٠١ ـ ٤٠٢.

وعلى كلّ حال فيلحق بها كلّ من لا قابليّة له للوطء لصغر أو كبر أو جبّ أو عنن أو عروض مرض [١].

كما أنّه ينبغي أن يعلم أنّ الاستبراء الواجب على المشتري ولو باحتمال وطء المالك إنّما هو للوطء، أمّا [لو اشتراها لأجل] البيع ونحوه فلا يجب الاستبراء له عليه، فيجوز له حينئذٍ بيعها قبله، فإذا باعها من الإمرأة أو الرجل

---

[١] لا للقياس الباطل في مذهبنا، بل لما عرفت من اشتراط الاستبراء بالعلم بوطء المالك أو احتماله أو العلم بوطء محترم من غيره لم يتعقّبه حيض مثلاً ولو بالاستصحاب.

فما في المسالك: من أنّ المناسب للأُصول الشرعيّة عدم الإلحاق[١] في غير محلّه.

خصوصاً بعد قوله فيها: «وليس من مواضع الإشكال ما لو باعتها المرأة لرجل في المجلس فباعها حينئذٍ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً للعلم بعدم وطء البائع».

ثمّ قال: «وقد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأة ثمّ شراؤها منها؛ لاندراجها حينئذٍ في أمة المرأة، نظراً إلى إطلاق النصّ من غير تعليل، وكذا لو باعها لرجل ثمّ اشتراها منه قبل وطئه لها حيث يجوز ذلك»[٢].

وقد تبع في بعض ذلك الكركي في جامعه، فإنّه قال: «وقد يحتال لاسقاط وجوب الاستبراء بأُمور:

منها: اعتاقها ثمّ العقد عليها، فقد ورد جواز الوطء معه من غير استبراء في غير حديث.

ومنها: بيعها من امرأة ثمّ شراؤها منها؛ لاندراجها في أمة المرأة، ولو ألحقنا بالمرأة غيرها كالطفل أمكن ذلك، ولو باعها لرجل ثمّ اشتراها منه حيث يجوز أمكن الحكم بالسقوط أيضاً.

ومنها: ما لو زوّجها فطلّقها الزوج قبل الدخول، فإنّها مطلّقة غير مدخول بها، فلا عدّة ولا استبراء عليها، وما كان واجباً قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها، مع احتمال بقاء الوجوب هنا.

نعم لو باعها لغيره ثمّ تزوّجها منه أو أحلّه وطأها فإنّه لا استبراء هنا؛ لأنّ النكاح لا يجب الاستبراء قبله، إلّا أن يعلم الوطء، ولهذا لو أعتقها جاز أن يتزوّجها في الحال، فلو شراها حينئذٍ فلا استبراء، لما عرفت من أنّ السابق قد سقط واللاحق لا يقتضي وجوب الاستبراء حينئذٍ، وهذا وجه قوي، ويكون هذا من المواضع التي يسقط فيها الاستبراء»[٣].

قلت:

ولكن ينبغي أن يعلم أوّلاً أنّ ذلك كلّه إذا لم يعلم بالوطء المحترم الذي يجب الاستبراء منه، وإلّا فلا حيلة لإسقاطه على الظاهر.

كما أومأ إليه الفاضل المزبور في حيلة التزويج وإن كان مقتضى بعض إطلاقات الحيل المزبورة سقوطه، إلّا أنّه لابدّ من تقييده؛ لما عرفت من اختلاط الأنساب.

---

(١) المسالك ٣: ٣٨٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) جامع المقاصد ٤: ١٥٣.

ثمّ شراها منه في المجلس مثلاً سقط الاستبراء الاحتمالي عنه [١].

لكن ومع ذلك ففي النفس منه شيء، خصوصاً في أمر الفروج المأمور بشدّة الاحتياط فيها مخافة اختلاط الأنساب [٢].

وطريق الاحتياط الذي هو ساحل بحر الهلكة غير خفي.

وتسمع إن شاء الله في كتاب النكاح جملة من الكلام في ذلك، والله أعلم.

وبالجملة يسقط استبراؤها بذلك (أو) كانت (**في سنّ من لا تحيض لصغر**) فلم تبلغ التسع (أو) لـ(**كبر**) بلغت حدّ اليأس [٣].

---

[١] لاحتياج عود وجوبه عليه إلى دليل.

[٢] بل قد يقال: إنّ السقوط من جهة صدق كونها جارية امرأة لا ينافي الثبوت من حيثيّة أُخرى، وهي أنّها جارية قد اشتريت ممّن يجب استبراؤها منه؛ لاحتمال الوطء، بل نحو ذلك يجري أيضاً في باقي الحيل وإن اختلف قوّة وضعفاً، بل ربّما كان في بعضها من تعارض العموم من وجه، فتأمّل جيّداً.

[٣] **بلا خلاف أجده في شيء منهما**، وقد سأل عبد الرحمن أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ حدّ الحيض أو لم تحض؟ فقال: «لا عدّة عليها»[(١)] الحديث، وقال له أيضاً عبد الله بن عمر: «الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد يئست من المحيض، فقال: «لا بأس بها أن لا يستبرأها»[(٢)]، ونحوه رواه الصدوق مرسلاً عن الباقر عليه السلام[(٣)]. وقال الصادق عليه السلام أيضاً في صحيح الحلبي: في رجل ابتاع جارية لم تطمث: «إن كانت صغيرة لا يتخوّف عليها الحمل فليس عليها عدّة فليطأها إن شاء»[(٤)].

وقال أيضاً في خبر ابن أبي يعفور: في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل إن اشتراها الرجل: «ليس عليها عدّة يقع عليها»[(٥)].

والمراد من «التي لم تبلغ الحيض ويخاف عليها» في خبري ربيع بن القاسم[(٦)] ومنصور بن حازم[(٧)] الذي أمر فيهما بالاستبراء بالمدّة من بلغت تسعاً، ولكن لم تبلغ المعتاد من زمن الحيض، فإنّ مثلها تستبرئ بالمدّة، كما في الخبرين المزبورين؛ إذ المراد بالصغيرة عندنا من لم تبلغ ذلك.

خلافاً لبعض متأخّري المتأخّرين فـ[جعل المراد من ذلك] من لم تبلغ الحيض عادة[(٨)] والنصّ والفتوى

---

(١) الوسائل ٢١: ٨٤، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

(٢) المصدر السابق: ٨٥، ح ٨، وفيه: «قلت: لأبي عبد الله أو لأبي جعفر عليه السلام».

(٣) الفقيه ٣: ٤٤٦، ح ٤٥٤٦. الوسائل ٢١: ٨٥، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ١٠.

(٤) الوسائل ٢١: ٨٣، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٥) المصدر السابق: ح ٣، وفيه: «الحبل إذا» بدل «الحمل إن».

(٦) المصدر السابق: ٨٤، ح ٧.

(٧) المصدر السابق: ٨٣، ح ٢.

(٨) نقله في الحدائق ٢٥: ٤٣٦.

بخلافه، كما تسمعه في باب العدد وغيرها من محاله.

كما أنّ المراد ممّن لم تحض أو قعدت عن الحيض في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: من كانت في سنّ من تحيض ولم تحض، قال فيه: في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدّتها؟ قال: «خمس وأربعون ليلة»[1].

وإن كان المراد في خبره السابق[2] الصغيرة واليائسة، فلا تنافي حينئذٍ بين النصوص، بناءً على ما ذكرنا.

نعم قد يستشكل في النصوص السابقة بظهورها في جواز وطء الصغيرة، وهو معلوم البطلان، بناءً على تفسير الصغيرة بما ذكرنا [من عدم بلوغ التسع].

ويدفع بمنع ظهورها في ذلك، بل يمكن حملها على إرادة أنّها صغيرة عند البائع ثمّ بلغت عند المشتري، ولا مانع من حيث الاستبراء أو يراد الاستبراء عليها وإن وطأها البائع محرّماً، أو غير ذلك ممّا يمكن تنزيلها عليه.

كما أنّه قد يستشكل في خصوص مضمر سماعة[3] الذي هو ما في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: في جارية لم تحض، قال: «أمرها شديد، غير أنّه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى يستبين له إن كان بها حبل، قلت: وفي كم يستبين له حبل؟ قال: «في خمسة وأربعين ليلة»[4]؛ لأنّ قوله فيهما: «لم تحض» إمّا أن يراد به الكناية عن الصغيرة، أو البالغة ولكن لم تحض فعلاً، والأُولى لا يجوز وطؤها ولو مع عدم الإنزال كالثانية قبل الاستبراء بالمدة.

ويمكن دفعه: بأنّ المراد عدم الوطء في الفرج من عدم الإنزال وشدّة الأمر حينئذٍ باعتبار عسر الصبر في هذه المدّة، أو بما في الحدائق من «أنّ المراد أنّه اشترى الجارية بعد افتضاضها وزوال بكارتها، ولكن في ظنّه أنّها لم تبلغ، سيّما مع عدم طمثها، فقال عليه السلام: إنّ هذه باعتبار عدم معلوميّة البلوغ وعدمه محلّ إشكال وأمرها شديد، سيّما إذا كانت مثلها ومن هي في قدر جثّتها وصورتها يحصل له الحمل، فالواجب الاستبراء، كما أومأ إليه في خبر منصور وغيره في التي لم تبلغ الحيض ولكن يخاف عليها إذا كانت بهذه الكيفيّة. فيكون المراد من قوله: لم تحض عدم العلم بالبلوغ بالحيض وإن كانت للبلوغ بالسنّ محتملة، وشدّة الأمر حينئذٍ من حيث أصالة عدم البلوغ، ومن حيث خوف الحمل، فالذي ينبغي حينئذٍ استبراؤها، فإن أتاها فالذي ينبغي له العزل عنها»[5].

لكنّه كما ترى فيه ما فيه.

ويمكن أن يراد ممّن لم تحض فيه البالغة عدداً لكنّها لم تبلغ الحيض، وشدّة أمرها باعتبار عدم الحيض، وهذه وإن كان الواجب استبراؤها بالمدّة، إلّا أنّه لو أثم وأتاها ينبغي أن يعزل عنها مخافة اختلاط الأنساب، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) الوسائل ٢١: ٨٤، ب ٣ من نكاح العبيد والإماء، ح ٦.

(٢) المصدر السابق: ح ٤.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٢، ح ١. الوسائل ١٨: ٢٥٨، ب ١٠ من بيع الحيوان، ذيل الحديث ١.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٥٧، ٢٥٨، ب ١٠ من بيع الحيوان، ح ١.

(٥) الحدائق ١٩: ٤٣٣ ـ ٤٣٤ نقلاً بالمعنى.

(أو) كانت الأمة المشتراة مثلاً (حائضاً) فإنّه يسقط استبراؤها فيجوز له وطؤها (إلّا[١] زمان حيضها) [١]. فيكتفي في جواز وطئها بإتمام حيضها [٢].

نعم قد يستشكل في الاكتفاء بإتمام الحيضة إذا وقع الوطء من المالك في أثناء الحيض عصياناً [٣].

والاحتياط لا ينبغي تركه (أو حاملاً[٢]) أي وكذا يسقط استبراؤها إذا كانت حاملاً [٤].

[حرمة وطء الأمة الحامل قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيّام]:

(نعم لا يجوز وطء) الجارية (الحامل قبلاً[٣]) بما يسمّى وطئاً فيه عرفاً.

٢١١ = ٢٤

---

[١] **على المشهور بين الأصحاب قديماً وحديثاً شهرة عظيمة.**

[٢] **كما عن الخلاف الإجماع عليه**[٤]، لا لأنّ ذلك استبراؤها، بل لعدم جواز الوطء حال الحيض، وفي موثق سماعة: سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرئ رحمها بحيضة أُخرى أو تكفيه هذه الحيضة؟ فقال: بل تكفيه هذه الحيضة، فإن استبرأها بحيضة أُخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل»[٥]. وفي صحيح الحلبي: سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية وهي حائض؟ فقال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء»[٦]. **خلافاً لابن ادريس فلم يكتف باتمام الحيضة**[٧]، وكأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ، بل والاعتبار؛ ضرورة أنّه إذا كان الاستبراء يحصل بالحيضة، فمع فرض أنّه اشتراها حائضاً قد علم بذلك براءة رحمها فهي كالجارية التي علم أنّ البائع قد استبرأها أو لم يطأها، كما هو واضح، هذا.

وفي النافع: «يجب على البائع استبراء الأمة قبل بيعها بحيضة»[٨]. **ومزجها في الرياض، فقال: «واحدة إن لم تبع في أثنائها، وإلّا فيكفي تمامها على الأشهر الأقوى»**[٩].

وفيه: إنّ خلاف ابن ادريس في المشتري على الظاهر، ولعلّ قوله: على الأشهر الأقوى راجع إلى الاتحاد، فإنّ المحكي عنه اعتبار التعدّد، فلاحظ وتأمّل.

[٣] اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ إطلاق ما دلّ على الاكتفاء وإن كان منصرفاً إلى غير الفرض، لكن قد يمنع شمول ما دلّ على الاستبراء لنحوه أيضاً، فيبقى على أصل البراءة، فتأمّل.

[٤] ضرورة معلوميّة مشغوليّتها بالحمل، فلا فائدة للاستبراء المفسّر بترك الوطء حتّى يتبيّن حالها.

نعم لو فسّر بترك الوطء حتى يبرأ رحمها ممّا اشتغل به من ماء أو حمل أمكن القول بأنّ ترك الوطء للحامل حينئذٍ حتّى تضع، أو إلى مضي المدّة، كما ستعرف الخلاف فيه للاستبراء بهذا المعنى، ولعلّ مراد المصنّف وغيره ممّن أسقطه عنها بالاستبراء ما ذكرناه أوّلاً، ولذا قال: [نعم لا يجوز...].

---

(١) في الشرائع زيادة: «بقدر».
(٢) وردت في الشرائع: «أو حاملاً» قبل: «أو حائضاً».
(٣) لم ترد قبلاً في الشرائع.
(٤) الخلاف ٣: ١٣٤.
(٥) الوسائل ١٨: ٢٦١، ب ١١ من بيع الحيوان، ح ٤، وفيه: «أم» بدل «أو».
(٦) الوسائل ٢١: ٨٣، ب ٣ من نكاح العبيد الإماء: ح ١، وفيه: «قال» بدل «فقال».
(٧) السرائر ٢: ٦٣٥.
(٨) المختصر النافع: ١٥٦.
(٩) الرياض ٨: ٣٩٦.

إلّا أن يكون من الأفراد النادرة التي لا ينصرف إليها الإطلاق [١]. ولا فرق في الحامل بين أن يكون حملها بحرّ أو مملوك أو مبعّض (**قبل أن يمضي لحملها أربعة أشهر وعشرة أيّام**) [٢].

---

[١] بل لولا ظهور الفتاوى في الإطلاق لأمكن دعوى إرادة المشتمل منه على الإمناء من النصوص.

[٢] **وفاقاً للمقنعة والنهاية والوسيلة والكافي والنافع والمفاتيح والغنية إلّا بشرط العزل، والإرشاد والتحرير والإيضاح وإيضاح النافع والمسالك[١] في الجملة على ما حكي عن بعضها، وإن اختلفت في التقييد[٢] في القبل وعدمه فترك في الستّة الأُول، ولعلّه مراد لها، وفي زيادة العشرة وعدمها فتركت في الأوّل والرابع والخامس والسابع، بل في الدروس: « المشهور أنّه يستبرئها بأربعة أشهر وعشرة أيّام وجوباً عن القبل لا غير »[٣]، وفي ظاهر الغنية الإجماع على ما فيها[٤]، وفي الرياض: « لا ريب في الحرمة قبل انقضاء هذه المدّة؛ للمعتبرة المستفيضة التي كادت تكون متواترة المعتضدة بالشهرة العظيمة »[٥]، بل ظاهر المصنّف والأكثر ـ بل نسبه غير واحد إلى الأصحاب ـ عدم الفرق في ذلك بين الزنى وغيره، بل لا أجد خلافاً في التحريم فيها إلّا من الشيخ في الخلاف وكتابي الأخبار[٦] وابن ادريس فالجواز[٧]. نعم نصّ الأوّل منهما على الكراهة مدّعياً الإجماع عليها، ومن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما في خصوص الحمل من الزنى فالكراهة فيها أيضاً[٨]**، وربّما أُلحق المجهول به. لكن ليس في شيء ممّا وصل إلينا من نصوص المسألة إشارة إلى الفرق بين الزنى وغيره فضلاً عن المجهول، بل ربّما كان ظاهرها خلافه، خصوصاً ترك الاستفصال مع انصراف الحمل إلى النكاح الصحيح كما في سائر أفعال المسلمين وعدم الحرمة لمائه إنّما هو بالنسبة إلى إلحاق الولد وعدمه لا بالنسبة إلى وطء من علم حملها منه المعلّل بتغذية الولد ونحوه. ودعوى أنّ المعهود من الشرع إلغاء اعتبار الزنى في العدّة والاستبراء، يمكن تسليمها في غير المقام الذي يمكن أن يكون عدم الوطء فيه تعبّدياً، وليس لعدّة ولا استبراء، بل هو ظاهر المصنّف وغيره ممّن نفى الاستبراء عن الحامل، **بل منع في الحدائق عدم العدّة والاستبراء للزنا[٩]**، محتجّاً بخبر حريز قال لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يفجر بالامرأة ثمّ يبدو له في تزويجها هل يحلّ له ذلك؟ قال: « نعم، إذا هو اجتنبها حتّى تنقضي عدّتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوّجها، وإنّما يجوز له تزويجها بعد الوقوف على توبتها »[١٠]. وما رواه الحسن بن علي بن شعبة في كتاب تحف العقول عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: أنّه سُئل عن رجل نكح امرأة على زنا أيحلّ له أن يتزوّجها؟ فقال: « يدعها حتّى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره إن لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت معه ثمّ يتزوّج بها إذا أراد، فإنّ مثلها مثل نخلة أكل رجل منها حراماً ثمّ اشتراها فأكل منها حلالاً »[١١]. وإطلاق ما دلّ على وجوب العدّة والغسل والمهر والرجم بالدخول وأنّ العدّة من الماء، وإن كان هو كما ترى. بل ينبغي الجزم بإرادة الندب من الخبر الأوّل؛ إذ لا استبراء عليه من مائه، بل والخبر الثاني خصوصاً بعد استفاضة النصوص بإطلاق جواز تزويج الزانية.

---

(١) المقنعة: ٥٤٤. النهاية: ٤٩٦. الوسيلة: ٣٠٨. الكافي: ٣٠٠. المختصر النافع: ١٥٦. المفاتيح ٢: ٣٥٦. الغنية: ٣٦٠.

(٢) الإرشاد ١: ٣٦٦. التحرير ٢: ٤٠٨. نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٠. المسالك ٣: ٣٨٨.

(٣) (٤) الدروس ٣: ٢٢٨ ـ ٢٢٩. الغنية: ٣٦٠.

(٥) (٧) (٩) الرياض ٨: ٤٠٤. السرائر ٢: ٦٣٥. الحدائق ١٩: ٤٤٩.

(٦) الخلاف ٥: ٨٥. الاستبصار ٣: ٣٦٢، ذيل الحديث ١٣٠٢. التهذيب ٨: ١٧٦، ذيل الحديث ٦١٥.

(٨) المختلف ٧: ٢٨١. الروضة ٣: ٣١٦.

(١٠) الوسائل ٢٠: ٤٣٤، ب ١١ ممّا يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

(١١) تحف العقول: ٣٣٥.

نعم قد يقال في خصوص المقام بحرمة الوطء وإن كان الحمل من زنا [١].

وهذا الحكم مختصّ بالأمة المشتراة التي كان حكمها الاستبراء وسقط بالحمل [٢]. مع إلحاق غير الشراء من أسباب الملك الاختياريّة والقهريّة [٣]، وعدمه [٤]، وجهان [٥] لا يخلو أوّلهما من قوّة [٦].

---

[١] لا للعدّة والاستبراء، بل لإطلاق النصوص، وعدم إشعار شيء منها به، كما أنّه قد يقال: إنّ ظاهرها مجهولة حال الحمل على وجه لم يعلم كونها من ذات العدّة بالوضع كالمطلقة ونحوه أو من غيرها كالحامل من زنا، بناءً على عدم العدّة له بذلك والمساحقة ونحوها؛ إذ المعلوم عدم كونها من ذوات العدد بالوضع، وإنّما هي من ذوات الاستبراء المفروض سقوطه بالحمل، بل لعلّ ذلك هو الغالب في الإماء، وحينئذٍ يتّجه جريان الأقوال المزبورة؛ للنصوص. وأمّا إذا علم حال حملها وكونه عن وطء صحيح تعقبه طلاق أو فسخ أو نحو ذلك أو غير صحيح كالزنى مثلاً وقلنا بعدم الحرمة لمائه فهو على حكمه بالنسبة إلى كلّ فرد، لا أنّ المراد من النصوص الإطلاق الشامل للمطلّقة مثلاً ونحوها ممّا كان عدّتها الوضع؛ ضرورة إمكان تحصيل الإجماع على خلاف ذلك، كما يظهر لك الحال بأدنى ملاحظة لكلامهم في العدد، مضافاً إلى إطلاق الآية والنصوص، فلاحظ وتأمّل جيّداً، فإنّ هذا هو التحقيق في المسألة.

[٢] **كما عساه الظاهر من المصنّف وغيره.**

[٣] كما هو مقتضى كلامهم في أصل موضوع المسألة.

[٤] جموداً على مقتضى النصّ المفصّل، أو أنّه شامل لكلّ جارية حامل مجهولة الحال أو معلوم أنّها من غير ذات العدّة بالوضع، فيندرج فيه أمة السيد لو حملت كذلك، **كما عساه يظهر من إطلاق العنوان في بعض العبارات.**

[٥] من أصالة الجواز بعد عدم معلوميّة سبب التحريم، ومن إطلاق النهي عن وطء الحبلى حتّى تضع.

[٦] وكيف كان فحمل صحيح رفاعة[١] المقيّد فيه بالأربعة أشهر وعشرة أيّام عليه مراداً من النهي فيه في المدّة الكراهة وبعدها لا كراهة أو مراداً منه الحرمة وبعدها لا حرمة، بخلاف الحمل من غيره فإنّه محرّم إلى حال الوضع، لا شاهد له سوى دعوى معلوميّة عدم احترام ماء الزاني. وفيه: أنّ المقام يمكن أن لا يكون من الاحترام، على أنّ مثله يرد بناءً على إرادة الحرمة من النهي في الصحيح المزبور، فلا ريب حينئذٍ في ضعف القولين معاً. كضعف القول بحرمة الوطء إلى حال الوضع مطلقاً، تمسّكاً بإطلاق النصوص:

١ ـ كموثق إسحاق بن عمّار: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية يشتريها الرجل وهي حُبلى أيقع عليها؟ قال: «لا»[٢].

٢ ـ وقوله عليه السلام أيضاً في موثق مسعدة: «يحرم من الإماء عشر: لا تجمع بين الأُمّ والبنت، ولا بين الأُختين، ولا أمتك وهي حبلى من غيرك حتّى تضع»[٣].

٣ ـ كقوله أيضاً في خبر مسمع بن كردين: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يحلّ نكاحهنّ ولا غشيانهنّ: أمتك وأُمّها ـ إلى أن قال: ـ وأمتك إن وطئت حتّى تستبرئ بحيضة، وأمتك وهي حبلى من غيرك»[٤] الحديث.

---

(١) الوسائل ٢١: ٩٢، ب ٨ من نكاح العبيد الإماء، ح ٣. (٢) الوسائل ٢١: ٩٣، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء، ح ٦.

(٣) المصدر السابق: ٩٢، ح ٤، وفيه: «حامل» بدل «حبلى».

(٤) المصدر السابق: ٩٣، ح ٥، وفيه: «أمتك أمها أمتك» بدل «أمتك وأمها».

٤ ـ وفي المروي عن العيون مسنداً إلى الرضا عن آبائه عليهم السلام قال : « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن وطء الحُبلى حتّى يضعن »[١].

٥ ـ وعن قرب الاسناد عن إبراهيم بن عبد الحميد : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أيطأها ؟ قال : « لا ، قلت : من دون الفرج ؟ قال : لا يقربها »[٢].

٦ ـ وفي خبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام : في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى ، قال : « لا يقربها حتّى تضع ولدها »[٣].

٧ ـ وخبر أبي بصير قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية وهي حامل ما يحلّ له منها ؟ قال : « ما دون الفرج »[٤].

إلى غير ذلك من النصوص المطلقة والمقيّدة بالوضع .

١ ـ مضافاً إلى آية أُولي الأحمال[٥] المرجّحة على آية الملك[٦] في صحيح رفاعة عن أبي عبد الله عليه السلام : في الأمة الحبلى يشتريها الرجل ، فقال : سئل أبي عن ذلك فقال : أحلّتها آية وحرّمتها آية أُخرى ، فأنا ناهٍ عنها نفسي وولدي » ، فقال الرجل : أنا أرجو أن أنتهي إذا نهيت نفسك وولدك[٧] ؛ إذ النهي حقيقة في التحريم ، وكأنّ الذي دعاه إلى هذا التعبير والنسبة إلى أبيه التقيّة كما قيل[٨] ، فإنّهم كانوا يرون الجواز فلم يمكنه التعبير عنه صريحاً .

٢ ـ **وإلى الإجماع المحكي عن شرح الإرشاد للفخر على ذلك في غير الزنى**[٩] ، بل ظاهر غيره أنّ ذلك من المفروغ منه ، وأنّه من المسلّمات التي لا يعتريها الشك ، وأنّه لذلك حمل صحيح المدّة[١٠] على الزنى ؛ لعدم إمكان الحمل في غيره .

٣ ـ وإلى معلوميّة حرمة وطء الحامل في غير المقام في طلاق ووفاة وغيرهما ممّا يكشف أنّ لذي الحمل تعلّقاً بالرحم ما دام مشغولاً بالحمل ، ومن هنا لم يجعل أجلاً دونه إلى غير ذلك . إذ فيه : أنّه مستلزم لطرح صحيح رفاعة[١١] المعمول به بين الأصحاب في الجملة ، كما اعترف به فخر المحقّقين[١٢] وغيره بلا مقتض ، أو تأويله من دون شاهد ، قال على ما رواه في التهذيب سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت : أشتري الجارية فتمكث عندي الأشهر لا تطمث وليس ذلك عن كبر فأُريها النساء فيقلن ليس بها حبل فلي أن أنكحها في فرجها ؟ فقال : « إنّ الطمث قد يحبسه الريح من غير حبل فلا بأس أن تمسّها في الفرج ، قلت : فإن كانت حبلى فمالي منها ؟ فقال : لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حبلها أربعة أشهر وعشرة أيّام ، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيّام فلا بأس بنكاحها في الفرج ، قلت : إنّ المغيرة وأصحابه يقولون : لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأته وهي حامل وقد استبان حملها حتّى تضع فتغذو ولده ، قال : فقال : هذا من أفعال اليهود »[١٣] . فلا بأس بتأييد الإطلاق المتقدّم به ، كما أنّه لا بأس بالجمع بينه وبين

---

(١) العيون ٢ : ٦٩ ، ح ٢٧١ . الوسائل ٢١ : ٩٣ ، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء ، ح ٧ ، وفيهما : « الحبالى » بدل « الحبلى » .

(٢) قرب الإسناد : ٣١٠ ، ح ١٢٠٩ . الوسائل ٢١ : ٩٤ ، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء ، ح ٨ ، وليس فيه : « قال : لا ، قلت : من دون الفرج » .

(٣) الوسائل ٢١ : ٩٢ ، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء ، ح ١ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٢٦٣ ، ب ١٢ من بيع الحيوان ، ح ٣ .

(٥) الطلاق : ٤ .

(٦) المؤمنون : ٦ .

(٧) الوسائل ٢١ : ٩٢ ، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء ، ح ٢ ، مع اختلاف .

(٨) الحدائق ١٩ : ٤٤٧ .

(٩) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٣٦٠ .

(١٠) الوسائل ٢١ : ٩٢ ، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء ، ح ٣ .

(١١) الوسائل ٢١ : ٨٦ ، ب ٤ من نكاح العبيد والإماء ، ح ١ .

(١٢) اعترف به في شرح الإرشاد كما نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٣٦٠ .

(١٣) التهذيب ٧ : ٤٦٨ ، ح ١٨٧٨ .

نصوص الوضع بجعل الغاية أحدهما، كما هو مقتضى الأمر بهما واعتضاد نصوص الوضع بالأصل، وإطلاق النهي السابق، وبظاهر صحيح رفاعة السابق[١] من حيث دلالته على انحصار الأمر بين الإباحة المطلقة، كما دلّت عليه الآية الأُولى، أي آية الملك[٢]، أو الحرمة كذلك، كما صرّحت به الثانية[٣]. وحيث ظهر لنا الحرمة في الجملة بالأدلّة السابقة تعيّن ترجيح الآية الثانية، وهي في الحرمة إلى الوضع صريحة ولا آية هنا تدلّ على التفصيل بين المدّتين بالبديهة، لا يمنع من الجمع المزبور بعد الإغضاء عن جريان الأصل المعلوم قطعه بآية الملك، والصحيح ظاهر في ترجيح آية الملك وأنّ المراد من النهي الكراهة. بل يمكن دعوى ظهور آية الحمل في غير المقام من ذوات العدد، فلا ريب حينئذٍ في أنّ مقتضى أُصول المذهب الجمع بين النصوص بما عرفت، وأنّ المطلق منها يقيّد بذلك.

وما يقال: من أنّ التقييد فرع المقاومة وليس؛ لقصوره عدداً عن ذلك مع بُعد التقييد، فإنّ أظهر أفراد الحُبلى: من استبان حملها، وليس إلّا بعد انقضاء المدّة المزبورة، مدفوع بأنّ كثرة عدد المطلق لا تنافي تقييده بالمتّحد المعمول به بين الأصحاب، وبمنع كون الأظهر ذلك بحيث ينصرف إليه الإطلاق.

وخلوّ الصحيح عن زيادة التقييد بالأربعة وعشر في الكافي[٤] غير قادح، كما أنّ اختلاف عبارات الأصحاب من حيث التقييد بالعشر وعدمه كذلك؛ لضرورة كون الصحيح المزبور حجّة على تارك التقييد، فلا ريب في رجحان هذا القول على غيره.

نعم لو لا الشهرة العظيمة والإجماع المحكي لكان القول بالكراهة كما سمعته من الشيخ وابن ادريس[٥] في غاية القوة؛ لظهور صحيح رفاعة[٦] السابق فيها، والخبر: «ما أُحبّ للرجل المسلم أن يأتي الجارية الحبلى قد حبلت من غيره... إلى آخره»[٧]، وترك النهي عنه في خبر السكوني عن الصادق عليه السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله دخل على رجل من الأنصار وإذا وليدة عظيمة البطن تختلف فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله وبها هذا الحبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم قال: اعتق ما في بطنها، قال: يا رسول الله وبما استحقّ العتق؟ قال: لأنّ نطفتك أغذت سمعه وبصره ولحمه ودمه»[٨]، بل التعليل فيه ظاهر في الكراهة، وأنّ المراد من النهي في غيره للإرشاد؛ لأنّه بالوطء يرجّح له أو يتعيّن عليه عتق الولد.

بل قول الصادق عليه السلام في خبر غياث: «من جامع أمة حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترقّ؛ لأنّه شارك فيه الماء تمام الولد»[٩] لا يخلو من إشعار بجواز الجماع إلى غير ذلك ممّا يشهد للجواز من إطلاق أدلّة الملك وغيره، فلو لا ما عرفت لكان القول به في غاية القوّة، فحيث انتفى لذلك كان القول بما في المتن أقوى من غيره قطعاً؛ لما عرفته من دليل الحرمة في المدّة وغيرها؛ للأصل، والصحيح أيضاً، وجواز التصرّف في ملك اليمين والأمن من اختلاط الأنساب في غيرها.

---

(١) الوسائل ٢١: ٩٢، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.
(٢) المؤمنون: ٦.
(٣) الطلاق: ٤.
(٤) الكافي ٥: ٤٧٥، ح ٢.
(٥) تقدّم في ص ٥٠٩.
(٦) الوسائل ٢١: ٩٢، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.
(٧) الوسائل ٢١: ٨٧، ب ٥ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٨) الوسائل ٢١: ٩٥، ب ٩ من نكاح العبيد والإماء، ح ٣، وفيه: «غذت» بدل «أغذت».
(٩) المصدر السابق: ح ٢.

و[المختار التفصيل] [١] في الوطء بعد مضيّ المدّه وقبله، وأنّ الأقوى منها [الأقوال] قبله الحرمة (ويكره بعده) [٢]. هذا كلّه في الوطء في القبل أمّا الدبر فقد يمنع الحرمة فيه [٣]. بل الظاهر عدم استحباب العزل عن الوطء فيه.

---

[١] [كما أنّ] من ذلك كلّه بان لك الوجه في جميع الأقوال على اختلافها [في ذلك].

[٢] **الذي في الدروس وغيرها أنّه المشهور**[١].

ولعلّ حكم المصنّف بكراهته؛ لقوله عليه السلام: «لاأُحبّ»[٢]، وتنزيل صحيح رفاعة[٣] المشتمل على نهيه عليه السلام لنفسه وولده عليه، وللتخلّص من شبهة الخلاف.

ومن احتمال إرادة النهي من المطلقات إلى حال الوضع، ومن نحو ذلك ممّا يصلح دليلاً للكراهة، فتأمّل جيّداً.

فإنّ المسألة من المشكلات، وقد اضطرب فيها كلام الأساطين، حتى أنّ العلّامة منهم قال هنا في القواعد: «ويحرم وطء الحامل قبلاً قبل مضيّ أربعة أشهر وعشرة أيّام ويكره بعده إن كان عن زنا وفي غيره إشكال»[٤].

وقال في النكاح منها: «ولو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلاً قبل الوضع أو مضيّ أربعة أشهر وعشرة أيّام إن جهل حال الحمل؛ لأصالة عدم إذن المولى، وإن علم إباحته بعقد أو تحليل حرم حتّى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس»[٥].

وقال في الطلاق منها: «كلّ من ملك جارية موطوءة ببيع أو غيره من استغنام أو صلح أو ميراث أو أيّ سبب كان لم يجز له وطؤها إلّا بعد الاستبراء، فإن كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطء شبهة لم ينقض الاستبراء إلّا بوضعه، أو مضيّ أربعة أشهر وعشرة أيّام، فلا يحلّ له وطؤها قبلاً قبل ذلك، ويجوز في غير القبل، ويكره بعدها»[٦].

وهو كما ترى غير الأوّلين.

[٣] تنزيلاً لإطلاق النصوص، بل والفتاوى على المتعارف، حتّى قوله عليه السلام: «لا يقربها»[٧]، خصوصاً بعد ما في النصوص من أنّه يعتق الولد مع الوطء؛ لأنّه غذّاه بنطفته[٨]، وفرضه في الدبر بعيد جدّاً، **خلافاً للكركي ومن تبعه فحرّمه أيضاً**[٩]؛ لصدق اسم الفرج، ولقوله عليه السلام: «لا تقربها»[١٠]، الذي لا ينافيه خروج ما عدا الوطء منه بالدليل. وفيه ما عرفت.

---

(١) الدروس ٣: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

(٢) الوسائل ٢١: ٨٧، ب ٥ من نكاح العبيد والإماء، ح ١، وفيه: «ما» بدل «لا».

(٣) الوسائل ٢١: ٩٢، ب ٨ من نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٤) القواعد ٢: ٣٢.

(٥) القواعد ٣: ٦٤.

(٦) القواعد ٣: ١٤٨.

(٧) الوسائل ٢١: ٩٢، ب ٨ من نكح العبيد والإماء، ح ١.

(٨) الوسائل ٢١: ٩٤، ب ٩ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٩) جامع المقاصد ٤: ١٥٥.

(١٠) الوسائل ٢١: ١٤٩، ب ٤٥ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(و) كيف كان فـ(لو وطأها) مثلاً حيث يجوز [١] (عزل عنها استحباباً) [٢].

(و) على كلّ حال فـ(لو لم يعزل كره له بيع ولدها) [٣].

[و يحتمل عدم جواز بيعه].

هذا (و) لكن في المتن [٤] أنّه (استحب[١] له أن يعزل له من ميراثه قسطاً) [٥].

[بل يحتمل وجوب عتقه وجعل شيء له من المال يعيش به، وبناءً على إرادة الندب من الأمر بذلك كان المتجه جعل ذلك مستحبّاً]، نعم بقي شيء وهو أنّه لا فرق في ثبوت ذلك بين الوطء في المدّة وبعدها أو هو

---

[١] على ما عرفت من الخلاف فيه.

[٢] **بلا خلاف أجده بين من تعرّض له إلّا من ظاهر المحكي عن التقي[٢] وابن زهرة[٣] فأوجباه في الوطء بالأربعة**، بناءً على جوازه. ولا ريب في ضعفه؛ ضرورة عدم وجوبه مطلقاً حيث يجوز؛ للأصل السالم عن المعارض، بل لو لا التسامح في السنن لأمكن الإشكال في ثبوت استحبابه.

اللّهم إلّا أن يدّعى إشعار الموثّق به قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً وقد استباح حملها؟ فقال: «بئس ما صنع، قلت: فما تقول فيه؟ قال: أعزل عنها أم لا؟ فقلت: أجبني على الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليتّق الله ولا يعود، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورّثه، ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به؛ لأنّه غذّاه بنطفته»[٤].

وهو كما ترى؛ ضرورة أنّه لو تمّ إشعاره لاقتضى ثبوت الاستحباب حيث يحرم الوطء، وهو بعيد.

[٣] **وفاقاً لجماعة**، تنزيلاً للنهي عنه في الموثق المزبور عليها، لكن فيه أنّه لا قرينة على ذلك.

اللهمّ إلّا أن يدّعى ظهور التعليل فيها؛ ضرورة كون المنصرف منه أنّه يكون بذلك كالولد فلا يملكه، لكن قد يمنع.

بل ظاهر المحكي عن الشيخين والحلبيين والطوسي والديلمي حرمة البيع[٥]، بل ظاهر ابن زهرة منهم أو صريحه الإجماع عليه، ومن هنا جزم به بعض متأخّري المتأخّرين، بل جزم بوجوب عتقه وجعل شيء له من ماله يعيش به للأمر بهما[٦] فيما سمعته من النصوص، **بل هو ظاهر النهاية والوسيلة والغنية مدّعياً عليه الإجماع في الأخير[٧]**.

[٤] **وغيره.**

[٥] وإن كنت لم أجده في شيء ممّا وصل إليّ من نصوص المسألة، بل الموجود فيها عتقه وجعل شيء له من المال يعيش به، فبناءً على إرادة الندب من هذا الأمر كان المتّجه جعل المستحب ذلك.

---

(١) في الشرائع: «يستحب».
(٢) الكافي: ٣٠٠.
(٣) الغنية: ٣٦٠.
(٤) الوسائل ٢١: ٩٤، ب ٩ من نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٥) المقنعة: ٥٤٤. النهاية: ٥٠٧. الكافي: ٣٠١. الغنية: ٣٦٠. الوسيلة: ٣٠٨. المراسم: ١٥٦.
(٦) الرياض ٨: ٤٠٨ ـ ٤٠٩.
(٧) النهاية: ٥٠٧. الوسيلة: ٣٠٨. الغنية: ٣٦٠.

مختصّ به بعدها ؟ [١]. [وبناءً على المختار من حرمة الوطء قبل المدّة وجوازه بعدها يفرق بين الوطء في المدّة أو بعدها في الحكم المذكور].

[التفرقة بين الأطفال وأُمهاتهم في البيع]:

المسألة (الخامسة: التفرقة بين الأطفال) المماليك وإن لم يكونوا رشدة (وأُمّهاتهم) كذلك (قبل استغنائهم عنهنّ محرّمة) [٢]. (وقيل) [٣]: (مكروهة، وهو الأظهر) [٤].

---

[١] ظاهر المقنعة الأوّل، قال: «فإنّ وطأها قبل مضي الأربعة أشهر أو بعد ذلك ولم يعزل عنها لم يحلّ بيع الولد؛ لأنّه غذّاه وأنماه بنطفته، وينبغي أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطاً يعزله في حياته، ولا ينسب إليه بالبنوة»[١]. وفي الوسيلة: «فإن مرّ عليها أربعة أشهر وعشرة أيّام جاز له وطؤها ولم يجز له وطؤها قبل ذلك، فإن وطأها لم يجز له بيع ولدها؛ لأنّه غذّاه بنطفته وعليه أن يعتقه ويعطيه شيئاً من ماله»[٢]. وفي الغنية: «فإن كانت حاملاً لم يجز له وطؤها في الفرج حتّى يمضي لها أربعة أشهر إلّا بشرط عزل الماء، فإن لم يعزل لم يجز له بيع الولد، ولا أن يعترف به ولداً، بل يجعل له قسطاً من ماله؛ لأنّه غذّاه بنطفته بدليل إجماع الطائفة»[٣]. وعن التقي: «لا يحلّ وطء الحامل من غيره حتّى يمضي لها أربعة أشهر إلّا دون الفرج وفيه بشرط عزل الماء، واجتنابها حتّى تضع أولى، وإذا وطأ الحامل لم يحلّ له بيع ولدها ولا الاعتراف به ولداً»[٤]. وفرّق في النهاية، فقال: «إذا اشترى جارية حبلى فوطأها قبل أن يمضي عليها أربعة أشهر وعشرة، فلا يبيع ذلك الولد؛ لأنّه غذّاه بنطفته وكان عليه أن يعزل له من ماله شيئاً ويعتقه، وإن كان وطؤه لها بعد انقضاء الأربعة أشهر وعشرة أيّام جاز له بيع الولد على كلّ حال، وكذلك إذا كان الوطء قبل انقضاء الأربعة أشهر وعشرة أيّام، إلّا أن يكون قد عزل، جاز له بيع ولدها على كلّ حال»[٥]. وأمّا النصوص فليس فيها تصريح بالفرق بالنسبة إلى ذلك. نعم قيل: «إنّ ظاهر الموثّق المزبور كون الوطء بعد الشراء وبعد المدّة المذكورة؛ لأنّ استبانة الحمل لا تكون إلّا بعد المدّة المذكورة»[٦]، والأمر سهل، بناءً على المختار، والله أعلم.

[٢] عند الكاتب والشيخين والتقي والقاضي وابن حمزة والفاضل في التذكرة[٧]، وظاهر القواعد والمقداد في التنقيح والعليين وثاني الشهيدين وغيرهم على ما حكي عن بعضهم، بل هو المشهور، بل عن الخلاف الإجماع عليه[٨].

[٣] والقائل الشيخ في باب العتق من النهاية والحلّي والفاضل في جملة من كتبه وأوّل الشهيدين وابن فهد في المقتصر[٩].

[٤] جمعاً بين ما دلّ على الجواز من الأصل وعموم «تسلّط الناس على أموالهم»[١٠] وعلى خصوص العقود عليها وغيرهما، وما

---

(١) (٢) المقنعة: ٥٤٤. الوسيلة: ٣٠٨.

(٣) (٤) الغنية: ٣٦٠. الكافي: ٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٥) النهاية: ٥٠٧.

(٦) (١٠) مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٣. البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٧) نقله عن الكاتب في المختلف ٥: ٢٢٤. المقنعة: ٦٠١. النهاية: ٤١٠. نقله عن التقي في المقتصر: ١٨٣. المهذب ١: ٣١٨. الوسيلة: ٢٠٣. التذكرة ١٠: ٣٣١، ٣٣٦.

(٨) القواعد ٢: ٣٢. التنقيح ٢: ١٢٥. جامع المقاصد ٤: ١٥٧ وحكاه عن المبسوط في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٤. المسالك ٣: ٥٣١ ـ ٣٨٩. الخلاف ٥: ٥٣٢.

(٩) النهاية: ٥٤٦. السرائر ٢: ٤٣٧. الإرشاد ١: ٣٦٦. التحرير ٢: ٤٠٨. المختلف ٥: ٢٤٤. اللمعة: ١١١. المقتصر: ١٨٣.

. . . . . .

دلّ على المنع:

١ ـ كصحيح معاوية بن عمّار في الصحيح قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: «أُتي رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن فلمّا بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أُمّها معهم، فلّما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاؤها، فقال: ما هذا البكاء؟ فقالوا: يا رسول الله احتجنا نفقة فبعنا ابنتها، فبعث بثمنها فأُتي بها، وقال: بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً»[١].

٢ ـ وموثق سماعة المرسل في الفقيه عنه عن الصادق عليه السلام عن أخوين مملوكين هل يفرّق بينهما؟ وعن المرأة وولدها هل يفرّق بينهما؟ فقال: «لا، هو حرام، إلّا أن يريدوا ذلك»[٢].

٣ ـ وصحيح هشام بن الحكم قال: اشتريت للصادق عليه السلام جارية من الكوفة، قال: فذهبت تقوم في بعض حوائجها، فقالت: يا أُمّاه، فقال لها أبو عبد الله عليه السلام: «ألك أُمّ؟ قالت: نعم فأمر بها فردّت، فقال: ما أمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره»[٣].

٤ ـ وخبر عمرو بن أبي نصر قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية الصغيرة يشتريها الرجل، فقال: «إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس»[٤].

٥ ـ وصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: في الرجل يشتري الغلام والجارية وله أخ أو أُخت أو أُمّ بمصر من الأمصار، قال: «لا يخرجه إلى مصر آخر إن كان صغيراً ولا تشتره، وإن كان له أُمّ فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت»[٥].

٦ ـ والنبوي: «من فرّق بين والدة وولدها فرّق [الله] بينه وبين أحبّته»[٦]. ضرورة أنّه لايخفى على الفقيه العارف بلسانهم عليهم السلام إرادة الكراهة من أمثال هذه الخطابات، خصوصاً مع عدم تقييد الموثق بالاستغناء **واشتماله على الأخوين، ولم أجد من أفتى به، عدا بعض المتأخّرين كثاني المحقّقين والشهيدين[٧]، وما تسمعه من المحكي عن الإسكافي، بل الفاضل في التذكرة، مع قوله بالتحريم في الطفل والأُمّ صرّح بالكراهة فيهما[٨]، بل غيره صرّح بالجواز فيهما من غير تعرّض لها، بل قد يستفاد ذلك أيضاً من اقتصار الأكثر على الطفل وأُمّه.**

فما في الرياض: «من أنّ الأصحّ التعدية لغير الأُمّ من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس كالأب والأخ [والأُخت] والعمّة والخالة، وفاقاً للإسكافي وجماعة؛ لتصريح الصحيح[٩]، والموثّق[١٠] بمن عدا الأخيرين، وظهور الحكم

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٦٤، ب١٣ من بيع الحيوان، ح٢.

(٢) الفقيه ٣: ٢١٩، ح ٣٨١١. الوسائل ١٨: ٢٦٥، ب١٣ من بيع الحيوان، ح ٤ وذيله.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٦٤، ب١٣ من بيع الحيوان، ح٣.

(٤) المصدر السابق: ٢٦٥، ح٥.

(٥) المصدر السابق: ٢٦٣، ح١.

(٦) المستدرك ١٣: ٣٧٥، ب ١٠ من بيع الحيوان، ح ٤، وفيه: «أحبّائه في الجنّة».

(٧) جامع المقاصد ٤: ١٥٨. المسالك ٣: ٣٩١.

(٨) التذكرة ١٠: ٣٣٦.

(٩) أي صحيح ابن سنان المتقدم آنفاً.

(١٠) أي موثق سماعة المتقدم أيضاً آنفاً.

فيهما بعدم القائل بالفرق »[١] في غير محلّه ، بناءً على الحرمة ، **خصوصاً بعد المحكي عن المبسوط من التصريح بجواز التفريق بين الولد والوالد ، بل عن السرائر نفي الخلاف فيه**[٢] ، **وفي جهاد التحرير « قال الشيخ : يجوز التفرقة بين الولد والوالد وبينه ، وبين الجدّة أُمّ الأُم** ، وبين الأخوين والأُختين ، وبين من خرج من عمود الأبوين من فوق وأسفل مثل الإخوة وأولادهم والأعمام وأولادهم وسائر الأقارب ، ولا خلاف في جواز التفريق بينه وبين الرحم غير المحرم وبينه وبين الأُمّ من الرضاعة والأُخت منها وفي جواز التفرقة بينهما في العتق »[٣] . بل في باب البيع منه « الوجه عدم كراهيّة التفريق بين الولد والأب أو بين غيره من ذوي الأرحام وبينه ، سواء قرب أو بعد ، ذكراً كان أو أُنثى »[٤] .

والمحكي عن أبي علي أنّه طرد الحكم فيمن يقوم مقام الأُمّ في الشفقة[٥] ، **وتبعه عليه غيره** ، فلعلّه لا يريد الأخوين .

على أنّه يمكن أن يكون بناه على ما ذهب إليه من حجّية العلّة المستنبطة المعلوم بطلانها عندنا .

كلّ ذلك مع إطلاق التفريق فيه الشامل للبيع وغيره ، مع أنّك قد عرفت نفي الخلاف في التحرير عنه في العتق[٦] ، **وعن التذكرة النصّ على نفي البأس عنه في السفر ، بل وفي الوصيّة معلّلاً له بامكان كون الموت بعد انقضاء زمان التحريم ، لكن قال : « فإنّ اتّفق قبله فإشكال » ونصّ أيضاً على أنّه لو كانت الأُمّ مملوكة والولد حرّاً أو بالعكس لم يمتنع بيع الرقيق**[٧] ، على أنّ القول بضمّ من سمعت من الأرحام إلى الأُمّ يقتضي عدم جواز بيع الطفل ولو مع أُمّه إذا كان له استئناس ببعض أرحامها ، فلا يجوز للمالك إلّا بيع الجميع وإن كثر العدد ، وهو ممّا لا يلتزمه فقيه ، خصوصاً إذا قلنا بعدم اعتبار اتّحاد المالك ، كما يقتضيه إطلاق بعض النصوص .

فيعتبر حينئذٍ في صحّة البيع اتّفاق الملّاك أجمع ، وإلّا فلا يجوز لكلّ واحد منهم منفرداً . إلى غير ذلك ممّا هو منكر في مذاق الشرع .

وأمّا الصحيح فظاهر في استغناء البنت التي قامت في بعض حوائجها ، فلابدّ من حمله على الكراهة ، خصوصاً بعدكون المشتري مثل هشام[٨] الذي يبعد عدم معرفته بهذا الحكم ، بل التعليل فيه وتصديقها بمجرّد دعواها كالصريح في ذلك ، وخبر عمرو[٩] إنّما يدلّ على ثبوت البأس الذي هو أعمّ من الحرمة ، وصحيح ابن سنان[١٠] قد اشتمل على غير الأُمّ وولدها ممّن عرفت الحال فيه ، والنبوي[١١] لا يخلو من إشعار بالكراهة ، كما لا يخفى على من مارس كثيراً من خطاباتها .

---

(١) الرياض ٨: ٤١١.

(٢) المبسوط ٢: ٢١. السرائر ٢: ١٣.

(٣)(٤) التحرير ٢: ١٦٥ ـ ١٦٦.

(٥) نقله في المختلف ٥: ٢٢٦.

(٦) التحرير ٢: ١٦٦.

(٧) التذكرة ١٠: ٣٣٧.

(٨)(٩)(١٠)(١١) تقدّم في ص ٥١٧.

ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغي تركه في التفرقة بالبيع. بل وبغيره من النواقل كالهبة وغيرها المصرّح بمساواتها للبيع [١]. وإن كان ينبغي تقييده بالاختياريّة، وإلّا فلا، ومنه ما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحقّ، فإنّ الظاهر عدم المنع. أمّا الردّ بالعيب مثلاً فـ [لقد قيل:] [٢] إشكال أقربه المنع.

وعلى كلّ حال فالظاهر عدم المنع مع الرضا منهما بالتفرقة [٣]. بل يمكن القول بعدم الكراهة معه أيضاً [٤]، هذا. و[القول بـ] [٥] أنّه إن لم تحصل التفرقة الحسّية فالأقوى جواز البيع كمن يبيع الولد، ويشترط استخدامه مدّة البيع. وهو جيّد [٦]. ثمّ إنّ الظاهر بناءً على المنع فساد البيع [٧]، هذا. و[القول:] [٨] بأنّ الخلاف في الحرمة والكراهة بعد سقي اللبا، أمّا قبله فلا يجوز؛ لأنّه سبب لهلاك الولد. وهو جيّد إن كان كذلك [٩]. نعم محلّ الخلاف [١٠] قبل الاستغناء، أمّا بعده فلا إشكال في الجواز [١١].

---

[١] **كما قيل: « في التحرير والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والميسيّة والمسالك والروضة »[١] وغيرها.**

[٢] **[قاله] في التذكرة[٢].**

[٣] للموثق المزبور.

[٤] **نعم في التحرير: لا تزول الكراهيّة برضا الأُمّ[٣]**، ولعلّه لمراعاة حقّ الولد، خصوصاً بعد التعليق في الموثق على إرادتهما، وفي آخر على طيب نفسهما، فينبغي مراعاتهما معاً لا الأُمّ خاصّة، مع فرض كون الولد ممّن يتأذّى بفراقها.

[٥] **[كما هو] في المحكي عن التذكرة[٤].**

[٦] اقتصاراً على المتيقّن.

[٧] **كما صرّح به جماعة**، بل في التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه[٥]؛ لظاهر النصوص السابقة المشتملة على غير النهي من ردّ الثمن ونحوه. **لكن عن جهاد المبسوط: أنّه « جائز على الظاهر من المذهب »[٦]، بل عنه في الخلاف أنّه قوّاه[٧] كالسرائر[٨]**، إلّا أنّك قد عرفت أنّه ممّن يقول بالكراهة.

[٨] **[كما] صرّح جماعة.**

[٩] لكن في الحدائق: « أنّه رأى كثيراً من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بأن يشرب من لبن غير أُمّه بعد الولادة[٩]، وربّما تعذّر وجود اللبن من أُمّه لمرض ونحوه بعد الولادة مدّة، بل قيل: « إنّه قد لا يوجد اللبا في كثير من النساء »[١٠].

[١٠] كما عرفت.

[١١] نصّاً وفتوىً، **بل في التنقيح نفي الخلاف عنه[١١]، بل عن إيضاح النافع الإجماع عليه[١٢]. نعم في الأوّل في فرع ذكره قال: « ظاهر الأصحاب أنّ التفرقة بعد الاستغناء مباحة، وقيل: يكره، ويقرب التفصيل، وهو أنّه مع التمييز واصلاح القيام بالضروريات لا كراهة، وإلّا فالكراهة »**. وهو ليس خلافاً في أصل الجواز وأمر الكراهة سهل.

---

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٥.
(٢)(٤)(٥) التذكرة ١٠: ٣٣٧، ٣٣٣.
(٣)(٦) التحرير ٢: ١٦٥. المبسوط ٢: ٢١.
(٧) الموجود في الخلاف (٥: ٥٣٢) تقوية البطلان.
(٨)(٩) السرائر ٢: ١٣. الحدائق ١٩: ٤٢٤.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٦٠.
(١١) التنقيح ٢: ١٢٥.
(١٢) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٦.

(و) على كلّ حال فـ[ـقد قيل:][١] إنّ (**الاستغناء يحصل ببلوغ سبع**) من غير فرق بين الذكر والأُنثى (**وقيل: يكفي استغناؤه عن الرضاع**)[٢]. (**والأوّل أظهر**) عند المصنّف[٣].

إلّا أنّ الأظهر منه جعل المدار على تحقّق الاستغناء عرفاً، وهو مختلف باختلاف الأطفال والأُمّهات[٤].

---

[١] [وهو] المشهور كما في التذكرة[١].

[٢] ولعلّ ذلك مقتضى إطلاق المحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم[٢] «الاستغناء»، بل قيل: «إنّ الشيخ والجماعة كذلك في باب الجهاد»[٣].

[٣] استصحاباً للحكم، ولغلبة الأذيّة قبلها.

[٤] لإطلاق الدليل السالم عمّا يقتضي تقييده بالسبع أو غيره. واحتمال نظر الأصحاب في المقام إلى الحضانة، يدفعه ما عرفت من شهرة السبع هنا، من غير فرق بين الذكر والأُنثى، والمعروف فيه هناك كذلك. ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد ـ وإن تبعه عليه في الروضة والمسالك[٤] والرياض ومحكي الميسية[٥]، ـ قال: «الذي يقتضيه صحيح النظر الفرق بين الذكر والأُنثى؛ لأنّ الفرق في حضانة الحرّة قد وقع فجوّز التفرقة بعد سنتين في الذكر، وبعد سبع في الأُنثى على المشهور بين المتأخّرين، فينجزّ ذلك في الأمة؛ لأنّ حقّها لا يزيد على حقّ الحرّة، ولأنّ الناس مسلّطون على أموالهم خرج منه ما دلّ الدليل على منع التفرقة بين مطلق الأُمّهات والأولاد فيبقى الباقي على الأصل، ولأنّ الأخبار الدالّة على عدم جواز التفريق لا حدّ فيها، فيحمل إطلاقها على المدّة المحرّمة بمقتضى الحضانة؛ لأنّ ذلك هو الحقّ المقرّر للأُمّ، وكون الولد معها في نظر الشارع، وإطلاق الأصحاب يحتمل أمرين، إمّا الحوالة على ما هناك، أو عدم الظفر بما يعيّن المراد، وقد صرّح بعض الأصحاب ـ وهو الشيخ أحمد بن فهد ـ بأنّ المسألة هنا مبنيّة على الأقوال في الحضانة، فكان شاهداً بما قلناه، وهذا هو الصواب الذي ينبغي المصير إليه». وفيه: أنّ ملاحظة كلامهم في المقامين تقضي بالقطع بعدم بناء هذه المسألة عندهم على تلك المسألة التي فصّل المشهور فيها بين الذكر والأُنثى، بخلاف هذه، كما أنّ الأولويّة واضحة المنع؛ لأنّ المراد هنا التفرقة بالبيع ونحوه، بخلافه في الحرّة، وقد عرفت تصريح الفاضل بجواز التفريق بينهما ببيع الرقيق منهما لو كان أحدهما حرّاً من غير ملاحظة للحضانة، بل قد عرفت غير ذلك ممّا لا ينطبق عليها فأحسن شيء حمل كلام المشهور هنا على إرادة حصول الاستغناء غالباً بالسبع، وإلّا فالمدار ما قلناه، خصوصاً بعد ما عن التذكرة من تعليل كون الغاية «السبع» بكونها سنّ التمييز، فيستغنى عن التعهّد والحضانة[٦]. وأقرب منه إرادة من أطلق التحديد بـ«الاستغناء» كالمقنعة والنهاية والمراسم[٧] ما ذكرنا من الإيكال إلى العرف، ومن ذلك يعلم جودة ما عن إيضاح النافع حيث إنّه بعد أن حكى عن ابن فهد ما عرفت، قال: إنّه ليس بشيء[٨]؛ إذ هو كذلك، وليس في شيء من كلام الأصحاب ما يشعر بذلك سوى ما عن مبسوط الشيخ من تعليله الحاق الجدّة بالأُمّ: بأنّها بمنزلتها في الحضانة[٩]. ويمكن عدم إرادة دوران الحكم على ذلك، والله أعلم.

---

(١)(٦) التذكرة ١٠: ٣٣٤.
(٢) المقنعة: ٦٠١. النهاية: ٤١٠. المراسم: ١٧٧.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٥.
(٤) جامع المقاصد ٤: ١٥٨. وفيه: «فليجز» بدل «فينجز». الروضة ٣: ٣١٨. المسالك ٣: ٣٩١ ـ ٣٩٢.
(٥) الرياض ٨: ٤١٠. ونقله عن الميسية مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٥.
(٧) المقنعة: ٦٠١. النهاية: ٤١٠. المراسم: ١٧٧.
(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٦.
(٩) المبسوط ٢: ٢١.

هذا كلّه في الأُناس.

أمّا البهائم فـ[ـالظاهر][١] جواز التفرقة فيها بينها قبل الاستغناء عن اللبن وبعده. نعم [قيّد][٢] بما إذا كان ممّا يقع عليه الذكاة أو كان له ما يموّنه من غير لبن أُمّه[٣].

[من أولد جارية مستحقة للغير]:

المسألة (**السادسة: من أولد جارية**) قد اشتراها مثلاً جاهلاً (**ثمّ ظهر أنّها مستحقّة**) للغير ببيّنة شرعيّة أو نحوها (**انتزعها المالك**) منه[٤].

(و) [المختار][٥] أنّه يجب (**على الواطئ عشر قيمتها**) بدخول أرش الجناية على الأقوى (**إن كانت بكراً**) أي لم يمسّها رجل ولم تذهب عذرتها، وقد يقوى الاكتفاء بالثاني[٦].

(**ونصف العشر إن كانت ثيباً**)[٧].

٢٤ = ٢٢٥

---

[١] **[كما] قد صرّح غير واحد بـ[ـذلك].**

[٢] **[كما] قيّده [غير واحد].**

[٣] ولعلّه لعدم جواز إتلاف المال أو خصوص الحيوان منه بغير الطريق الشرعي كالذبح ولتحقيق ذلك محلّ آخر، والله أعلم.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٥] **[كما هو] المشهور نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة، بل عن الخلاف الإجماع**(١) **[عليه].**

[٦] **وفي شرح الأُستاذ: أنّ الاكتفاء بالأوّل أقوى**(٢).

[٧] لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها، فقال: «إن كان الذي زوّجه إيّاها من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أُخذت منه؟ فقال: إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان الذي زوّجه إيّاها وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها وتعتدّ منه عدّة الأمة، قلت: وإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى»(٣).

والصحيح الآخر: أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها؟ فقال: «لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل [أ]يكون زانياً؟ قال: لا، و[لكن] يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»(٤) وغيرهما.

ومغايرة المورد للمقام يدفعه اتّحاد طريق المسألتين، وإشعار الأوّل بالعموم بالتعقيب بما هو كالتعليل من استحلال الفرج المحقّق هنا، بل عن بعض أصحابنا الاستدلال به بالفحوى(٥).

---

(١) الخلاف ٣: ١٥٨.
(٢) شرح القواعد: ١٤٩ (مخطوط).
(٣) الوسائل ٢١: ١٨٦، ب٦٧ من نكاح العبيد والإماء، ح١.
(٤) الوسائل ٢١: ١٣٢، ب٣٥ من نكاح العبيد والإماء، ح١.
(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٧.

كلّ ذلك مع أنّ [ـه] [١] غير خاصّة بالبيع [٢]. بل [قيل:] [٣] موضوع المسألة ظهور استحقاق الأمة الموطوءة بزنا أو غيره من نكاح أو تحليل أو ملك أو شبهة بأحدها؛ لعدم مالكيّة المالك أو ظهور فساد العقد له.

ولعلّه كذلك (وقيل) [٤]: (يجب مهر أمثالها) [٥]. (و) لكن قد عرفت أنّ (الأوّل) [٦] (مروي) [٧]. وكيف كان فالظاهر عدم الفرق بين علم الأمة بالحال وعدمه [٨]. ولو اختلفا في البكارة وعدمها قدّم قول الواطئ، ويحتمل تقديم قول المالك [٩] وفي الممسوسة في القبل من دون فضّ البكارة أو في الدبر وجهان [قيل:] أقواهما [١٠] أجراء حكم البكارة فيها. والأظهر خلافه.

كما أنّ الظاهر إجراء حكم الواحد على تكرّر الوطء في الوقت الواحد قبل الغرامة.

أمّا إذا كان بعد الغرامة فالظاهر التعدّد [١١].

---

[١] [لما في] عبارة المصنّف كما سمعت.

[٢] ونحوها عبارة القواعد[١].

[٣] [كما] في شرح الأُستاذ[٢] جعل [ذلك].

[٤] والقائل الشيخ في المحكي من غصب المبسوط وابن ادريس[٣].

[٥] الذي هو عوض منفعة البضع شرعاً مع عدم التسمية، من غير فرق بين الحرّة والأمة، بل عن بعضهم إتمام ذلك بأنّ الرواية[٤] إنّما وردت فيمن اشترى جارية ووطأها وكانت حاملاً من سحق أو غيره وأراد ردّها، فلا يقاس عليه[٥].

[٦] مع كونه مشهوراً شهرة عظيمة بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه.

[٧] [روي] في الصحيحين وغيرهما، مضافاً إلى المرسل المزبور المتمّم على تقديره بعدم القول بالفصل، فلا مناص حينئذٍ عن القول الأوّل، بل في شرح الأُستاذ: «أنّ الأقوى التوزيع في المبعّضة فضلاً عن مفروض المقام، لا الرجوع إلى مهل المثل»[٦].

[٨] على القولين، بل صحيح [ابن] صبيح[٧] ظاهر في الأوّل، ونفي المهر للبغي إنّما هو في الحرّة، كما يشعر به «اللام» الظاهرة في الاستحقاق، بل لعلّ لفظ «المهر» كذلك، ولذا يطلق على الحرّة «المهيرة». فما في الدروس هنا من نفي المهر لها مع العلم وعدم الإكراه[٨] واضح الضعف، وإن حكي عن جماعة، المحقّق الثاني وغيره اختياره في باب الغصب[٩].

[٩] عملاً بالأصل.

[١٠] [كما] عند الأُستاذ[١٠].

[١١] بل قيل: إنّ مثله اختلاف الوقت[١١].

وفيه منع؛ ضرورة ظهور النصّ والفتوى في أنّ الغرم ذلك ولو استمرّ الاشتباه إلى الولادة، والغالب التعدّد مع ذلك.

---

(١) القواعد ٢: ٣٢.

(٢) (٦) (١٠) (١١) شرح القواعد: ١٤٩ (مخطوط).

(٣) المبسوط ٣: ٦٦، ٦٨. السرائر ٢: ٣٤٧، ٤٨٩.

(٤) الوسائل ١٨: ١٠٦، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٤.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٣٠٩.

(٧) تقدّما في ص ٥٢١.

(٨) الدروس ٣: ٢٣٠.

(٩) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٧.

(و) على كلّ حال فـ(**الولد حرّ**)[١]. نعم (**على أبيه قيمته يوم ولد حيّاً**)[٢].

(و) [المختار][٣] أنّه (**يرجع**) المشتري (**على البائع**) بالثمن و(**بما اغترمه من قيمة الولد**)[٤].

(**وهل يرجع**) المشتري على البائع (**بما اغترمه من مهر وأُجرة**) ونحوهما؟

(**قيل: نعم؛ لأنّ البائع أباحه من غير**[1] **عوض**)[٥]. (**وقيل: لا لحصول عوض في مقابلته**).

وقد تقدّم تحقيق ذلك في بحث الفضولي والبيع الفاسد، فلاحظ وتأمّل.

[ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام]:

المسألة (**السابعة: ما يؤخذ من دار الحرب**) أو من أهلها في غيرها (**بغير إذن**) النبي صلى الله عليه وآله أو (**الإمام**) القائم مقامه عليه السلام من أموال وأعراض وأراضي وأشجار واناسي أو نحو ذلك بسرقة أو خيانة أو خدعة أو أسر أو قهر من غير

---

[١] للأصل، والتعبيّة لأشرف الأبوين، وصحيح الوليد السابق وغيره، **ومحكي الإجماع عن المبسوط والخلاف**[٢] وغيرهما، بل لا أجد فيه خلافاً إلّا ما عن المقنعة من رقية الولد إلّا أن يرضيه الأب عنه بشيء[٣]، بل قيل: إنّ مثلها النهاية، إلّا أنّه قال: «وقبض ولدها... إلى آخره»[٤]، ولعلّه لما في موثّق سماعة من أنّ «ولده مملوك، إلّا أن يقيم البيّنة أنّه شهد له شاهدان أنّها حرّة، فلا يملك ولده ويكونون أحراراً»[٥]، وخبر زرارة[٦]، إلّا أنّهما مع عدم شهادتهما بتمام المدّعى وإمكان حملهما على صورة الزنى وغير ذلك معارضان بما هو أقوى سنداً وأكثر عدداً من النصوص المعمول بها بين الأصحاب. (و) حينئذٍ فلا ريب في ضعف القول المزبور.

[٢] لقول الصادق عليه السلام في مرسل جميل: «ويأخذ الرجل ولده بقيمته»[٧]، وفي موثّقه: «ويدفع [إليه] المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه»[٨]. إلى غير ذلك من النصوص المراد منها وجوب القيمة تعبّداً لا شرطيّة الحريّة بها.

[٣] [كما] قد عرفت تصريح الموثّق [بذلك].

[٤] لمكان الغرور، وتعرف إن شاء الله في المسألة العاشرة تمام الكلام في كثير ممّا له تعلّق في المقام كقيمة الولد وغيرها.

[٥] فهو مغرور متضرّر برجوع المالك عليه بذلك، ونحوه الذي صرّح به في خبر زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثمّ إنّه أتاها من يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنة، قال: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه [في] قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»[٩]، وربّما كان في الرجوع بقيمة الولد إشارة إليه في الجملة.

---

(١) في الشرائع: «بغير».
(٢) المبسوط ٢: ١٥٠. الخلاف ٣: ٦٣٩.
(٣) المقنعة: ٦٠١.
(٤) قاله في مفتاح الكرامة ٤: ٣٦٧. انظر النهاية: ٤١٠.
(٥) الوسائل ٢١: ١٨٦، ب٦٧ من نكاح العبيد والإماء، ح٢، وفيه: «مملوكون» بدل «مملوك».
(٦) المصدر السابق: ١٨٧، ح٣.
(٧) الوسائل ٢١: ٢٠٤، ب٨٨ من نكاح العبيد والإماء، ح٣.
(٨) المصدر السابق: ٢٠٥، ح٥.
(٩) الوسائل ٢١: ٢٠٤، ب٨٨ من نكاح العبيد والإماء، ح٤، وفيه: «إنّ أباها» بدل «أنّه أتاها من».

جيش أو جيش من غير قهر أو غير ذلك فهو لآخذه كالمأخوذ بإذنه [١].

نعم ما يؤخذ بغير إذن الإمام بقهر جيش أو سريّة كلّه للإمام عليه السلام خاصّة لا للغانمين ولا لغيرهم [٢].

---

[١] لإطلاق ما دلّ من كتاب[١] وسنّة[٢] وإجماع على جواز اغتنام مال الكفّار وسبيهم، بل ظاهرهما كونهم وما في أيديهم من المباحات التي يملكها من يحوزها ويستولي عليها، وإنّما يلزم فيه الخمس كسائر الغنائم، كما أومأ إليه عليه السلام في قوله: «خذ مال الناصب حيث وجدته وادفع إلينا الخمس»[٣]. **فما في الحدائق من التوقّف في الحكم من أصله لعدم الوقوف على نصّ يدلّ عليه**، وأخبار الناصب لا دلالة فيها على التعميم[٤]، واضح الضعف، **بل في شرح الأُستاذ: «أنّ تملّك الإمام بحيازة الغير هنا مخالف للأصل، وللإجماع، والأخبار»**[٥].

قلت: مضافاً إلى خصوص بعض النصوص[٦] الدالّة على جواز شراء الكفّار بعضهم من بعض، وقد تقدّم سابقاً بعض منها.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم الإجماع عليه**[٧]، وفي خبر الورّاق عن رجل سمّاه عن الصادق عليه السلام: «إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمة كلّها للإمام عليه السلام، وإن غزوا بإذن الإمام فغنموا كان للإمام الخمس»[٨]. والحسن كالصحيح قلت للصادق عليه السلام: السريّة يبعثها الإمام عليه السلام فيصيبوا غنائم كيف تقسّم؟ قال: «إن قاتلوا عليها مع أمير أمّره الإمام أخرج منه الخمس لله تعالى والرسول صلى الله عليه وآله وقسّم بينهم ثلاثة أخماس، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلّما غنموا للإمام عليه السلام يجعله حيث أحبّ»[٩]. وما فيه من قسمة الخمس ثلاثة أخماس ممّا هو شاذ لا قائل به، غير قادح في الدلالة على المطلوب. **نعم قد تقدّم في كتاب الخمس أنّ المصنّف توقّف في النافع[١٠] في ذلك، بل في المنتهى: قوّة قول الشافعي الذي هو المساواة في الفرض للمأذون فيه[١١]، بل في المدارك: أنّه جيّد**؛ لإطلاق الأدلّة[١٢]. الواجب تقييده بما سمعت، مع أنّها من خطاب المشافهة، ولخصوص حسن الحلبي عن الصادق عليه السلام: في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمة، فقال: «يؤدّي خمساً ويطيب له»[١٣]، مؤيّداً بما في صحيح ابن مهزيار المشتمل على ذكر ما يجب فيه الخمس ـ إلى أن قال ـ: «ومثل عدوّ يصطلم فيؤخذ ماله»[١٤]. ولما يظهر من بعض أخبار التحليل[١٥] من كون الإباحة لنصيبهم في الفيء لا إباحة جميعه، ولا نصيب لهم إلّا الخمس. قال أمير المؤمنين عليه السلام في المروي عن العسكري عليه السلام: «يا رسول الله قد علمت أنّه سيكون بعدك ملك عضوض وجبر فيستولي على خمسي من السبي والغنائم ويبيعونه، ولا يحلّ لمشتريه؛ لأنّ نصيبي فيه وقد وهبت نصيبي منه لكلّ من ملك منه شيئاً من شيعتي... إلى آخره»[١٦]، ونحوه غيره. إلّا أنّ ذلك كلّه يجب الخروج عنه، وحمله على ما لا ينافي المطلوب؛ لما عرفت من المفروغيّة من الحكم، والله العالم.

---

(١) (٤) الفتح: ١٩، ٢٠. الحدائق ١٢: ٣٢٣.

(٢) انظر الوسائل ١٥: ١١٦، ب٤٣ من جهاد العدوّ.

(٣) الوسائل ٩: ٤٨٧ ـ ٤٨٨، ب٢ ممّا يجب فيه الخمس، ح٦، وفيه: «حيثما» بدل «حيث».

(٥) (٧) شرح القواعد: ١٢٤ (مخطوط).

(٦) انظر الوسائل ١٨: ٢٤٤، ب٢ من بيع الحيوان.

(٨) الوسائل ٩: ٥٢٩، ب١ من الأنفال، ح١٦.

(٩) المصدر السابق: ٥٢٤، ح٣، مع اختلاف.

(١٠) المختصر النافع: ٨٨.

(١١) (١٢) المنتهى ٨: ٥٧٧. المدارك ٥: ٤١٨.

(١٣) الوسائل ٩: ٤٨٨، ب٢ ممّا يجب فيه الخمس، ح٨، ٧.

(١٤) الوسائل ٩: ٥٠١، ٥٠٢، ب٨ ممّا يجب فيه الخمس، ح٥.

(١٥) انظر الوسائل ٩: ٥٤٣، ب٤ من الأنفال.

(١٦) المصدر السابق: ٥٥٢، ح٢٠.

والظاهر عدم تأثير الإجارة اللاحقة [١].

ولو اختلف الآخذون بالإذن وعدمه لحق كلّاً حكمه، كما أنّهم إذا أخذ بعض الجيش غيلة وبعض قهراً لحق أيضاً كلّاً حكمه.

وكيف كان فـ [ـالظاهر] [٢] حرمة التصرّف فيما كان للإمام عليه السلام [٣].

ولكن (**يجوز**) لخصوص الشيعة (**تملّكه في حال الغيبة**) رخصة منهم عليهم السلام في ذلك [٤].

نعم الأحوط إن لم يكن الأقوى اعتبار قصد التملّك أو عقده [٥].

وأنّه بدونه يبقى أمانة له عليه السلام ويجري عليه حكم التحجير.

ولا استبعاد في خصوص الملك للتملّك بعد اذنه عليه السلام في ماله، أو فيما له الولاية عليه، بل لا استبعاد في دعوى الملك لخصوص الشيعة بمجرّد الاستيلاء، وأنّهم أباحوا لهم أموالهم إباحة صيّرتها لهم كالمباحاة الأصليّة؛ ضرورة رجوع ذلك كلّه إلى الشرع الذي لا ينبغي الاستبعاد فيه، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال متى ملكه الشيعي جاز تملّكه لغيره منه.

ولو كان الغانم غير شيعي جاز الشراء منه والاتهاب ونحوهما من العقود المملكة، استنقاذاً لا شراءً حقيقيّاً.

ومن هنا ينقدح جواز الأخذ منهم قهراً مع عدم منافاة التقيّة [٦].

(**و**) على كلّ حال فله أي الشيعي (**وطء الأمة**) المغتنمة إذا تملّكها باغتنام أو شراء من المغتنم إذا لم يكن استنقاذاً، وإلّا فبالاستيلاء، أو قصد التملّك بعده أو أحلّها له المغتنم أو أنكحها إياه إذا كان ممن له ذلك، وإلّا فبالاستيلاء المزبور. ومن هنا يظهر لك وجه خبث ولادة غير الشيعة الذين لم يرخّص لهم، فإنّ وطأهم للإماء المملوكة لغيرهم زنا.

نعم يمكن إجراء حكم الشبهة على أولادهم على إشكال في بعض الأفراد.

(**و**) كيف كان فـ (**يستوي في ذلك**) الحكم الذي ذكرناه (**ما يسبيه المسلم وغيره**).

إلّا أنّ الرخصة المزبورة خاصّة للشيعة (**وإن كان فيها حقّ للإمام**) مثل القسم الأوّل.

---

[١] **وإن كان لم يستبعده شيخنا في شرحه إلحاقاً له بمسألة الفضولي**(١).

[٢] [إذ] الأُصول والضوابط تقتضي [ذلك].

[٣] ضرورة كونه من العدوان وأكل مال بالباطل.

[٤] **إجماعاً بقسميه** والنصوص(٢).

[٥] **بل في شرح الأُستاذ اعتبار ذلك**(٣).

[٦] **وفي شرح الأُستاذ: أنّ جواز ذلك وجه وجيه**(٤).

---

(١) شرح القواعد: ١٢٤ (مخطوط).

(٢) انظر الوسائل ٩ ٥٤٣٦، ب ٤ من الأنفال.

(٣) شرح القواعد: ١٢٤.

(٤) شرح القواعد: ١٢٤ (مخطوط).

(أو كانت) كلّها (للإمام)عليه السلام مثل القسم الثاني.

إلّا أنّ الظاهر قصر الرخصة في الأوّل على خصوص المناكح والمساكن والمتاجر [١].

[صور للتنازع بين العبد المأذون ومواليه]:

المسألة (الثامنة: إذا دفع إلى مأذون مالاً ليشتري به نسمة ويعتقها ويحجّ عنه بالباقي فاشترى أباه ودفع إليه بقيّة المال فحجّ به ثمّ اختلف مولاه وورثة الآمر ومولى الأب وكلّ يقول اشتري بـ(عين (مالي) فـ(قيل) [٢]: (يردّ إلى مولاه رقّاً ثمّ يحكم به لمن أقام البيّنة على رواية ابن أشيم) [٣]، (وهو) أي القول (ضعيف) [٤].

---

[١] ويحتمل أن يكون الترديد إشارة لما سمعته من القولين في الغنيمة بجيش وأمير من دون إذن الإمام، من أنّها أجمع للإمام أو الخمس، كما عرفت الكلام فيه، وقد تقدّم في باب الخمس تمام الكلام في ذلك، فلاحظ وتأمّل.

ومنه تعرف نوع إجمال في عبارة المتن وغيره، والله أعلم.

[٢] **والقائل الشيخ في النهاية والقاضي على ما حكي عنه**(١).

[٣] عن أبي جعفر عليه السلام المشهورة كما في الدروس(٢)، ولعلّه يريد رواية لا فتوى، قال: له عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها عنّي وحجّ عنّي بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه وأعتقه عن الميّت، ودفع إليه الباقي ليحجّ عن الميّت فحجّ عنه وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميّت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف فقال موالي العبد المعتق: إنّما اشتريت أباك بمالنا وقال الورثة: إنّما اشتريت أباك بمالنا، وقال موالي العبد: إنّما اشتريت أباك بمالنا؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: «أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّاً»(٣).

[٤] لضعف الخبر لجهالة الراوي أو غلوّه، وسبق بعض أصحاب الإجماع عليه غير مجدٍ على الأصحّ، ولمخالفته أُصول المذهب وقواعده باعتبار اشتماله على الأمر بردّ العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه، ودعواه الفساد التي يقدم مدّعي الصحّة عليها، وعلى مضي الحجّة، مع أنّ ظاهر الأمر حجّة بنفسه، وعلى مضي الحج مع العود إلى الرقّ المقتضي لوقوع حجّه بغير إذن سيّده، بل في شرح الأُستاذ: «أنّ ظاهر الخبر الإذن في التجارة للمولى فكيف تصحّ المعاملة حتّى يترتّب عليها صحّة الحجّ؟! كما أنّ ظاهره أيضاً الوكالة عن الدافع فتنفسخ بموت الموكّل فيبطل البيع والعتق والحجّ، وبعد تسليم أنّها وصاية فليست هي من التجارة فلا تصحّ. ولا يصحّ ما تفرع عليها من الثلاثة، بل الإحجاج لا يدخل في التجارة لسيّده ولا لغيره، فكيف يمكن شراء مال شخص بمال منه؟!»(٤).

وإن كان قد يناقش بمنع ظهور الخبر في الأوّل ولو بقرينة عدم دعوى مولى المأذون بذلك، بل والثاني؛ ضرورة ظهور عبارة الدافع في فعل ذلك بعد موته الظاهر في كونه وصاية، وعدم إنكار مولى المأذون ذلك على العبد قرينة على إرادة الأعمّ من الإذن في التجارة. فالإحجاج بعد تسليم أنّه ليس من التجارة لغير سيّده من المأذون فيه حينئذٍ كالعتق، والغفلة ونحوها عن شراء مال شخص بمال منه غير مستنكرة، فانحصرت المخالفة حينئذٍ فيما ذكرناه أوّلاً، ولها وللضعف، مع عدم الجابر طرح الخبر المزبور.

---

(١) النهاية: ٤١٤. ونقله عن القاضي في المختلف ٥: ٢٤١.
(٢) الدروس ٣: ٢٣٣.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٨٠، ب ٢٥ من بيع الحيوان، ح ١.
(٤) شرح القواعد: ١٣٩ (مخطوط).

(وقيل) : إنّه (يردّ) العبد (إلى[١] مولى المأذون ما لم يكن هناك بيّنة وهو أشبه) عند المصنّف [١]. والذي يقوى في النظر بعد طرح الخبر المزبور[٢] ملاحظة موضوع المسألة ، إذ المأذون إن قصرت إذنه على التجارة لمولاه ، فهو عاد في فعله ، باطل عمله ولا يد له حتّى يصدّق في قوله ، إنّما اليد لمولاه ، وهو مصدّق فيما ادّعاه فيبطل العقد ويرجع المال إلى المولى . وإن عمّت إذنه في التجارة له ولغيره وكان الشراء بالوكالة مع حياة الدافع صحّ الشراء وكان القول قول المأذون في أنّه للدافع وورثة مع اليمين ، وتسقط دعوى مولاه ، ودعوى مولى الأب بعد الإقرار ببيعه ويحكم بفساد العتق والحجّ . وإن كانت عامّة للتجارة وغيرها له ولغيره كان القول قول المأذون ، كما عرفت . ولو سلّم ورثة الدافع الإذن في الشراء فقط كان الملك ولا عتق ولا حجّ ، فيرجع الباقي إليهم .

وإن اعترفوا بالعتق دون الحجّ صحّ العتق وطولب بما بقي للحجّ ، وإن أنكروا الجميع كانت الألف لهم ، إلى غير ذلك ممّا لا يخفى انطباقه على الضوابط لو فرض ، هذا كلّه بعد طرح الخبر المزبور . وقد يحتمل العمل به [٢].

---

[١] **والعجلي وتبعهما الفاضل والشهيدان والكركي[٣] وغيرهم ، بل نسب إلى الأكثر[٤]** ؛ لأنّ يد السيّد على العبد وما في يده ولا يقبل إقراره عليه وإن كان وكيلاً بخلاف الحرّ ، كما لا يقبل بعد حدوث يد المأذون دعوى الملكيّة من مولى الأب بلا بيّنة ، فضلاً عن دعوى الفساد ، وكذا دعوى ورثة الدافع ، بل قد لا يتصوّر دعواهم بعد اعترافهم بأمر مورّثهم بذلك كلّه . نعم إن لُكروه كلّاً أو بعضاً اتّجه لهم الدعوى ، بل من الواضح أنّه على هذا القول لا فرق بين كون العبد الذي اعتقه المأذون أباً له أولا ، وإن كانت الرواية تضمّنت الأوّل ؛ لاشتراكهما في المعنى المقتضي ؛ لترجيح قول ذي اليد ، ولا بين دعوى مولى الأب شراؤه من ماله بأن يكون قد دفع للمأذون مالاً ليتّجر به ، فاشترى أباه من سيّده بماله وعدمه ؛ لأنّه على التقدير الأوّل يدّعى فساد البيع ومدّعى صحّته مقدّم ، وعلى الثاني إمّا أن يدّعيه أيضاً بأن يدّعى سرقة عين الثمن منه مثلاً أو ينكره فيكون خارجاً لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فتقدّم ، والرواية تضمّنت الأوّل ، كذا في الرياض[٥] ، وفيه نظر ، ولا بين استئجاره على حجّ وعدمه ؛ لعدم مدخليّة ذلك في الترجيح وإن كانت الرواية تضمّنت الأوّل ، كما هو واضح .

وفيه منع عدم قبول الإقرار من العبد على السيّد بعد فرض كونه مأذوناً في التجارة وغيرها وللسيّد وغيره ؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالحرّ في الأمانة فتشمله الأدلّة ، كما أنّه ليس لورثة الدافع الدعوى بعد تسليم الوصاية من مورّثهم بذلك ، وعدم ما يمنع من إنفاذها ، فتنحصر الدعوى حينئذٍ في مولى الأب الذي هو مدّعي الفساد ، فلا يسمع قوله بلا بيّنة .

ومن هنا قال المصنّف في النافع : « إنّ الذي يناسب الأصل في المسألة الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بيّنة تنافيه »[٦] . وقوّاه في الدروس مع الإقرار بذلك[٧] .

[٢] وتدفع المخالفة الثانية ، بأنّ المراد حصول الحجّ ولو بغيره ، خصوصاً والخطاب مع المأذون فيتبع فهمه من خطابه والفرض

---

(١) في الشرائع : « على » .
(٢) تقدّم في ص ٥٢٦ .
(٣) المختلف ٥ : ٢٤٢ . اللمعة : ٢١٢ . الروضة ٣ : ٣٢٩ . جامع المقاصد ٤ : ١٤٣ .
(٤) نسبه في شرح القواعد : ١٣٩ (مخطوط) .
(٥) الرياض ٨ : ٤٢١ .
(٦) المختصر النافع : ١٥٧ .
(٧) الدروس ٣ : ٢٣٣

أنّه فهم منه ذلك . والثالثة بأنّ صحّة الحج أمر أُخروي لا يجري على الحكم الظاهري ، فقد يحكم بصحّة الحجّ لعلم الوصيّ مثلاً وإن لم يثبت ظاهراً ، بل يمكن ابتناء صحّته على الإذن لأب المأذون في الحجّ تبرّعاً عن الميت أو مطلقاً . وليس في الرواية ما يفيد استحقاق العبد شيئاً من المال أو على أنّه قد استعمل في ذلك مع عدم العلم بالفساد فحجّه حينئذٍ صحيح وإن استحقّ أُجرة المثل ، وليس في الرواية ما ينفيها أو على غير ذلك .

وأمّا المخالفة الأُولى [وهو اشتمال الرواية بردّ العبد مع الاعتراف بالبيع] ففي القواعد دفعها بأنّ المراد بإنكار مولى الأب البيع من أصله[1] ، وفيه : أنّه مخالف لصريح الرواية .

اللهمّ إلّا أن يكون ما أقرّ به ليس بيعاً لغة ، لعدم المبادلة فيه ، أو يكون المراد بإنكار البيع للآخرين ، ولا ينافيه دعوى البيع بماله ؛ إذ هي أمر زائد على الإنكار ، وبذلك يخرج عن قاعدة تقديم مدّعي الصحّة على مدّعي الفساد ؛ إذ هي في الدعوة المتّحدة ، لا في مثل الفرض الذي ضمّ إلى الإنكار دعوى الفساد بشراء عين لا يصحّ شراؤها ، كما لو قال : بعتك الدار فأنكر المدّعى عليه ثمّ قال : بعتني خنزيراً . وتقديم الأصحاب مدّعي الصحّة في مسألة الخلّ والخمر والشاة والخنزير إنّما هو فيما إذا اتّفقا على تعيّن المبيع واختلفا في كونه خلّاً أو خمراً أو شاةً أو خنزيراً ، لا في نحو الفرض ، الذي لا دليل على تشخيص أصل الصحّة فيه موضوع البيع ، الذي هو لإثبات الوصف بها دون غيره ، ولعلّ هذا أولى ممّا تسمعه من الشهيد ؛ لما تسمعه من المناقشة ، ولأنّه لا يتمّ مع فرض الدعوى من الورثة أو المولى خاصّة ؛ ضرورة عدم التصادم ، وظاهر النصّ تقديم دعوى مولى الأب ، وإن لم يكن المدّعي إلّا أحدهما للحكم فيه باحتياج كلّ منهما إلى البيّنة . ثمّ لا يخفى عليك الداخل والخارج على هذا التقدير ، كما لا يخفى عليك ترجيح أيّ البيّنتين بعد الإحاطة بما ذكرناه في كتاب القضاء ، فلاحظ وتأمّل جيّداً .

وفي الدروس بأنّه « قد يقال : إنّ المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره ، وبتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على يد مالكه ، ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحّة على الفساد ؛ لأنّ دعوى الصحّة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان ، وهذا واضح لا غبار عليه »[2] .

وقد يناقش بمنع تكافؤ الدعاوى بعد تسليم أنّ بيده مالاً للجميع ؛ لأنّ من عدا مولاه خارج والداخل مقدّم فسقط مولى الأب وورثة الآمر ، فلم يتمّ الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكه . وبذلك يظهر فساد دعوى اشتراك الصحّة بين متكافئين ، فإنّ الخارجة لا تكافئ الداخلة ، فإذا قدّمت لم يبق لردّ الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع ؛ إذ لم ينقدح توجّهها إلّا بسبب تساقط تلك الدعويين ولم يتمّ .

وقد تدفع بمنع كون المولى داخلاً بعد فرض استناده إلى السبب الخاصّ ، وبعد فرض كون العبد مأذوناً مطلقاً وبيده مال للجميع . نعم المتّجه بناءً على ماذكرنا نفوذ إقراره على السيّد وغيره ممّن وكّله ، فلم تتصادم الدعاوى المتكافئة . كما أنّه قد يمنع اعتبار عدم تصادم دعوى الصحّة في التقديم على دعوى الفساد ، بل يقدّمان عليها ثمّ ينظر في الترجيح بينهما ، فإن لم يكن فالقسمة أو القرعة أو نحوهما ، فتأمّل جيّداً .

---

(١) القواعد ٢ : ٣١ .

(٢) الدروس ٣ : ٢٣٣ .

هذا كلّه مع عدم البيّنة ومعها تقدّم إن كانت لواحد وإن كانت لاثنين أو للجميع وقلنا بأنّ مولى المأذون منهم داخل وماعداه خارج وأنّ بيّنة الداخل مقدّمة على بينة الخارج عند التعارض كان الترجيح لبيّنة مولى المأذون حينئذٍ بلا يمين حينئذٍ.

وإن لم يكن له بيّنة أو كانت وقلنا بترجيح بيّنة غيره عليه؛ لأنّه خارج تعارض الخارجان حينئذٍ، ولعلّ الأقوى [١] تقديم بيّنة الدافع [٢].

مع احتمال تقديم بيّنة مولى الأب [٣]. ومن ذلك يعلم الحال بناءً على خروج مولى المأذون أيضاً وأقام بيّنة فترجح حينئذٍ على بيّنة ذي الفساد بأصالة الصحّة.

مع احتمال تقديم مدّعي الفساد هنا؛ لكونه مدّعياً حينئذٍ بالنسبة إليهما.

وعلى الأوّل يبقى الترجيح بين دعوى مولى المأذون وورثة الدافع، والله أعلم.

[حكم من اشترى عبداً فدفع إليه البائع عبدين فأبق أحدهما]:

المسألة (**التاسعة**): روى ابن مسلم عن الباقر عليه السلام في الضعيف أنّه (**إذا اشترى**) رجل من رجل (**عبداً**) أي موصوفاً (**في الذمّة و**) كان عنده عبدان فـ(**دفع البائع إليه عبدين وقال**) للمشتري: إذهب بهما فـ(**اختر أحدهما**) وردّ الآخر، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري (**فأبق أحدهما**[1]) من عنده، فقال عليه السلام: «ليردّ الذي عنده منهما ويقبض نصف الثمن ممّا أعطى من المبيع ويذهب في طلب الغلام، فإن وجده اختار أيّهما شاء وردّ النصف الذي أخذ، وإن لم يجده كان العبد بينهما نصف للبائع ونصف للمبتاع»[2] [٤].

وإليه أشار المصنّف بقوله: (**قيل: يكون التالف بينهما ويرتجع نصف**[3] **الثمن فإن وجده اختار، وإلّا كان**

---

[١] **وفاقاً لجماعة.**

[٢] عملاً بمقتضى الصحّة.

[٣] لادعائه ما ينافي الأصل، وهو الفساد، فمولى الأب بالنسبة إلى ورثة الدافع مدّع خارج فتقدّم بينته؛ لأنّه مدّع بأحد تفاسير المدّعي؛ لأنّه يدّعي ما ينافي الأصل. ويضعّف بأنّه مدّع وخارج بالإضافة إلى مولى المأذون، كما أنّ الآخر أيضاً مدّع وخارج بالاضافة إليه، ولا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل ودعوى الآخر تخالفه أن يكون أحدهما بالإضافة إلى الآخر مدّعياً وخارجاً فترجّح بيّنته، وتقديم بيّنة مدّعي الفساد إنّما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدّعياً، فأمّا إذا قطع به وأقاما بيّنتين فلابدّ من الترجيح، وهو ثابت في جانب مدّعي الصحّة.

[٤] **وقد عمل بها الشيخ في نهايته وابن البرّاج**[4]**، بل في الروضة نسبة العمل إلى أتباعه**[5]**، بل في الدروس نسبته إلى الأكثر**[6].

---

(١) في الشرائع: «واحد».

(٢) الوسائل ١٨: ٢٦٨، ب١٦ من بيع الحيوان، ح١.

(٣) في الشرائع: «ويرجع بنصف».

(٤) النهاية: ٤١١. نقله في المختلف ٥: ٢٢٩.

(٥) الروضة ٣: ٣٥٣.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٠.

الموجود لهما وهو بناء على انحصار حقه فيهما) [١]. لكن الإنصاف أنّ جميع ذلك دعوى [غير صحيحة] [٢].

---

[١] **وزاد في الدروس: «وعلى تساويهما في القيمة ومطابقتهما للوصف.. وعدم ضمان المشتري هنا؛ لأنّه لايزيد على المبيع الهالك في مدّة الخيار فإنّه من ضمان البائع»**[(١)]. وقد يشكل الأوّل بأنّ المبيع أمر كلّي لا يتشخّص بتشخيص البائع، ودفعه الاثنين ليتخيّر أحدهما ليس تشخيصاً وإن حصر الأمر فيهما؛ لأصالة بقاء الحقّ في الذمّة، إلّا أن يثبت شرعاً كون ذلك كافياً، كما لو حصره في عشرة فصاعداً. وقد يدفع بأنّه يكفي فيه دفع البائع ذلك بعنوان كون الحقّ فيه ورضا المشتري بذلك فقبضه على هذا، فهو في الحقيقة كدفع المتّحد وقبضه، إلّا أنّه لما كان التحقيق الذي قد مرّ في مسألة الصاع من الصبرة، أنّ الأصل عدم ملك الكلّي المعيّن في غير الذمّة، وجب حينئذٍ تنزيل الكلّي فيهما حينئذٍ على الإشاعة، تخلّصاً من ذلك، فملك المشتري حينئذٍ نصفاً من كلّ منهما إلّا أنّ له الخيرة في تعيين النصفين بواحد، بل للبائع إلزامه بذلك، باعتبار أنّه هو الذي وقع عليه العقد. فإذا تلف أحدهما قبل التعيين كان مقتضى قاعدة الشركة كونهما منهما، إلّا أنّهم حكموا بارتجاع النصف؛ لعدم ضمان المشتري هنا؛ لأنّه لا يزيد على المبيع المعيّن الهالك في مدّة الخيار، فلا أقلّ من أن يكون هذا الخيار كذلك، أو ينزّل على كون الإباق في الثلاثة، بناءً على إلحاق المدفوع مصداقاً بما وقع عليه البيع من الحيوان، أو لأنّه باعتبار بقاء الخيار فيه كان كالمقبوض بالسوم، بناءً على أنّه غير مضمون، أو أنّه وإن قلنا بضمانه إلّا أنّه فرق بينه وبين المقام، كما ستعرف. نعم قد يقال: المتجه بناءً على ذلك عدم الفرق بين التساوي في القيمة وعدمه وبين التطابق وعدمه بعد فرض الرضا منهما جميعاً، بانحصار الحقّ في المدفوع، وإن كان ظاهر موضوع الخبر ذلك.

[٢] [و] مخالفة لأُصول المذهب وقواعده بلا شاهد معتبر حتّى الخبر المزبور؛ لعدم الجابر له؛ إذ الأكثريّة لم نتحقّقها، بل المتحقّق خلافها فطرحه خير من تنزيله على ذلك. أو على تساوي العبدين من كلّ وجه ليلحق بمتساوي الأجزاء، **كما عن المختلف فجوّز بيع عبد منهما**[(٢)]، كما يجوز بيع قفيز من الصبرة وينزل على الإشاعة. إذ فيه: أوّلاً: وضوح الفرق بين العبد والصاع؛ لعدم إمكان تساويهما من كلّ وجه، ولذا كان ضمانه لو تلف بقيمته لا مثله. وثانياً: منع التنزيل على الإشاعة في الصاع من الصبرة، كما عرفت البحث في محلّه. وثالثاً: أنّه يحتاج أيضاً في عدم ضمان المشتري فيه على هذا التقدير إلى ماعرفت ممّا هو محلّ للنظر، بل المنع؛ مضافاً إلى إمكان دعوى صراحة الخبر المزبور في عدمه، خصوصاً ما في ذيله. ومن هنا طرح الخبر غير واحد، بل هو الذي استقرّ عليه رأي المتأخّرين عدا النادر؛ لعدم انطباقه على القواعد؛ إذ المبيع إن فرض كلّياً موصوفاً بوصف يرفع الجهالة منطبقاً على كلّ من العبدين كما هو الظاهر، **ففي شرح الأُستاذ: «أنّ الحكم فيه بقاء التخيير بين قبول التالف وردّ الباقي وبين قبول الباقي وغرامة قيمة التالف»**[(٣)]. ثمّ احتمل قويّاً تارة، ولم يستبعد أُخرى الزامه بالتالف؛ لحصول التقاص قهراً. وقد يناقش بأنّ الحقّ فيه مختلف؛ لأنّ البائع مستحق عليه المشتري نفس العبد الموصوف، وهو يستحقّ عليه قيمة العبد التالف، فلم يحصل شرط التقاص القهري. ومنه ينقدح حينئذٍ أنّ خياره بين قبول التالف بمعنى رضاه بما للبائع عليه من القيمة عوض ما يستحقه عليه من العبد، إلّا أنّ المتجه اعتبار رضاهما معاً بذلك؛ ضرورة كونها معاملة جديدة فليس للبائع الاستقلال بذلك، ولا على المشتري إجابته إليه، وبالعكس، كما هو واضح.

---

(١) الدروس ٣: ٢٣٠.

(٢) المختلف ٥: ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٣) شرح القواعد: ١٤٢ (مخطوط).

فالموافق للضوابط [١] ضمان المشتري التالف واستحقاقه المبيع.

وإليه أشار المصنّف بقوله: (**ولو قيل التالف مضمون بقيمته وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمّة كان حسناً**) [٢].

وإن فرض انطباقه على أحدهما فقط، فإن كان الموجود صحّ له أخذه وغرم قيمة التالف، إلّا مع التراضي مع الدافع بالمعاوضة، ودفع الباقي إليه، وإن كان التالف ضمنه وطالب الدافع بالكلّي.

بل قد يقال: بتعيّنه حقّاً له؛ لأنّه قد قبضه بعنوان الاستيفاء، إلّا أنّه لم يكن متعيّناً باعتبار وجود الفرد الآخر، فمع فرض انتفائه تعيّن هو للحق، فتأمّل جيّداً [٣].

وإن فرض عدم انطباقهما معاً ضمن قيمة التالف ودفع الباقي وطالب بماله إلّا مع التراضي المزبور، وإن كان المبيع نصفاً من العبدين مشاعاً فيهما فالتالف مضمون نصفه عليه، وعليه ردّ نصف الباقي [٤].

[ولم يصحّ العقد] وإليه أشار المصنّف بقوله: (**وأمّا لو اشترى عبداً من عبدين لم يصح العقد، وفيه قول**

---

[١] **الذي صرّح به غير واحد من الأصحاب.**

[٢] نعم قد يناقش في الضمان بأنّ الأصل البراءة؛ إذ الظاهر كونه في يده أمانة، فلا يستعقب ضمان، والقياس على المقبوض بالسوم بعد تسليم الحكم في المقيس عليه غير جائز في مذهبنا، بل قد يفرّق بينهما، بأنّ المقبوض بالسوم مبيع بالقوّة أو مجازاً بما يؤول إليه، وصحيح البيع وفاسده مضمون، بخلاف صورة الفرض؛ لأنّ المقبوض ليس كذلك لوقوع البيع سابقاً، وإنّما هو محض استيفاء حقّ.

وتدفع بمنع كون ذلك قياساً، بل اتّحاد طريق المسألتين، وهو إطلاق قوله عليه السلام: « على اليد »[1] المشترك بينهما، ولا خصوصيّة له، على أنّ المبيع لمّا كان أمراً كلّياً وكان كلّ من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان في قوّة المبيع، بل دفعهما للتخيير حصر له فيهما، فيكون بمنزلة المبيع، حيث إنّه منحصر فيهما، فالحكم بالضمان هنا أولى، كما هو واضح.

[٣] **وفي شرح الأُستاذ:**

« جاز للدافع احتسابه عليه وأخذ الباقي، بل لا يبعد لزوم ذلك بالتقاص القهري، وللمدفوع إليه احتسابه على نفسه لجعل الاختيار إليه »[2].

وفيه ما عرفت.

[٤] فلا ينطبق الخبر حينئذٍ على شيء من ذلك إلّا على ما سمعته من التكلّفات السابقة التي يرجّح الطرح عليها، وتنزيل الخبر[3] على كون المبيع مجهولاً؛ لتردّده بين العبدين المدفوعين يقضي بضمان التالف بالقيمة أو المسمّى وردّ الباقي لبطلان العقد حينئذٍ، كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً بل هي كذلك.

---

(١) المستدرك ١٧: ٨٨، ب ١ من الغصب، ح ٤.

(٢) شرح القواعد: ١٤٣ (مخطوط).

(٣) الوسائل ١٨: ٢٦٨، ب ١٦ من بيع الحيوان، ح ١.

موهوم) [١]. وعليه لا فرق بين العبدين والأكثر، ولا بين العبيد والإماء، بل ولا بين الثياب ونحوها ولا بين إباق العبد وموته. أمّا بناءً على العمل بالخبر[١] ففي انسحابه في الزيادة على اثنين تردّد [٢].

---

[١] **وفي السرائر بعد أن حكى ما في النهاية[٢] الذي هو مضمون الخبر السابق قال: «ما ذكره شيخنا في نهاية خبر واحد لا يصلح، ولا يجوز العمل به؛ لأنّه مخالف لما عليه الأُمّة بأسرها مناف لأُصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم وإجماعهم؛ لأنّ المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف، وقوله: «يقبض نصف الثمن ويكون العبد الآبق بينهما، ويردّ الباقي من العبدين» فيه اضطراب كثير وخلل كبير؛ لأنّه إن كان الآبق الذي وقع عليه البيع فهو من مال مشتريه والثمن بكماله لبائعه، وإن كان الآبق غير من وقع عليه البيع فالباقي الذي وقع عليه البيع فلأيّ شيء يردّه، وإنّما أورد شيخنا هذا الخبر على ما جاء إيراداً لا اعتقاداً؛ لأنّه رجع عنه في مسائل خلافه في كتاب السلم»**[٣]. وهو جيّد، وإن كان قد يوهم ظاهره عدم جواز بيعه كلّياً موصوفاً بصفات ترفع الجهالة، وهو واضح المنع، ولعلّه إليه أو غيره أشار في اللمعة بقوله: «ويجوز شراء العبد موصوفاً سلماً، والأقرب جوازه حالاً»[٤].

إلّا أنّ ظاهره كون غير الأقرب التفصيل بين السلم وغيره، وهو أوضح من الأوّل فساداً لتساويهما في المعنى المصحّح للبيع.

وعلى كلّ حال فما أبعد هذا القول من القول بجواز بيع أحد العبدين مطلقاً، كما عساه يظهر في باب البيع من الخلاف، ناسباً له إلى رواية الأصحاب وإجماعهم[٥]، أو بشرط تساويهما من كلّ وجه حتّى يكون كالصاع من الصبرة، كما سمعته من الفاضل في المختلف[٦]، وإن كان هو غاية الضعف، بل الشيخ ـ كما قيل[٧] ـ قد رجع عنه في باب السلم فقال: «إذا قال: اشتريت منك أحد هذين العبدين بكذا أو أحد هذه العبيد الثلاثة بكذا لم يصحّ الشراء، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيّام جاز؛ لأنّ هذا غرر يسير، وأمّا في الأربعة فما زاد عليها فلا يجوز دليلنا: أنّ هذا بيع مجهول، فلا يجب أن يصحّ بيعه، ولأنّه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدين. فإن قلنا به تبعنا فيه الرواية ولم نقس عليها غيرها»[٨]، والإجماع الذي ادّعاه مظنّة العكس كما سمعته من الحلّي والرواية التي أشار إليها هي الخبر المربور على الظاهر، وهو مع عدم تعيّن تنزيله على ذلك، قد عرفت مخالفته للأُصول والقواعد. والاستدلال بالإطلاقات والعمومات، يدفعه: ما دلّ على المنع من بيع الغرر[٩]، الذي هذا منه قطعاً، كما أنّه يدفع الثاني منع التساوي على وجه يلحق بالمثلي، على أنّك قد عرفت ما في تنزيل الخبر عليه.

وكيف كان فلا ريب في ضعف ذلك كلّه، فالأولى الرجوع إلى ما تقتضيه الضوابط، وهو ما عرفت.

[٢] من صدق العبدين في الجملة وعدم ظهور تاثير الزيادة مع كون محل التخيير زائداً على الحقّ، ومن الخروج عن المنصوص المخالف للأصل.

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٦٨ ب١٦ من بيع الحيوان، ح١.
(٢) النهاية: ٤١١.
(٣) السرائر ٢: ٣٥٠.
(٤) اللمعة: ١١٢.
(٥) الخلاف ٣: ٣٨.
(٦) تقدّم في ص ٥٣٠.
(٧) السرائر ٢: ٣٥٠.
(٨) الخلاف ٣: ٢١٧.
(٩) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح٣.

فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن، إلى آخر ما سمعت.

وقد يحتمل بقاء التخيير وعدم فوات شيء، سواء حكمنا بضمان الآبق أم لا؛ لبقاء محل التخيير الزائد عن الحقّ. وكذا التردّد لو كان المبيع غير عبد، كأمة فدفع إليه أمتين أو إماء [١].

بل في أيّة عين كانت، كثوب وكتاب [٢].

ولعلّه أقوى، كما أنّ الأقوى عدم إلحاق الهلاك بالإباق [٣].

[وطء الأمة المشتركة]:

المسألة (**العاشرة: إذا وطأ أحد الشريكين**) أو الشركاء الوطء الذي تدور عليه الأحكام (**مملوكة بينهما**) أو بينهم بـ(**سقط الحدّ مع الشبهة**) [٤].

وإن استحق التعزير بالعصيان بترك السؤال (**ويثبت**[١] **مع انتفائها**) إذا لم يكن الشريك ولداً له [٥].

و(**لكن يسقط منه**) أي الحدّ (**بقدر نصيب الواطئ**) [٦].

٢٤ = ٢٤٨

---

[١] **وإن قطع في الدروس بثبوت الحكم**[٢] **هنا.**

[٢] **من المشاركة في العلّة للحكم، وبطلان القياس.**

[٣] **وإن جعله بعضهم أحد الوجهين**[٣] لأولويته منه. لكن قد يفرق بينهما بتنجيز التنصيف معه من غير رجاء لعود التخيير، بخلاف الإباق، والله أعلم.

[٤] **بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه؛** لدرء الحدود بها.

[٥] **إجماعاً أيضاً بقسميه،** ونصوصاً مستفيضة[٤] جدّاً، مضافاً إلى ما قيل من تناول مادلّ في الزنى له الشامل للمقام بالصدق من جهة الشريك أو مطلقاً فيلزم تمام الحدّ، لولا قيام الدليل على خلافه وبعد خروج الخارج يبقى الباقي على حاله[٥]، وإن كان لا يخلو من نظر.

[٦] للنص، والإجماع المحكي إن لم يكن المحصّل، وما قيل من عدم كونه زانياً من جهته، ولا هاتكاً للحرمة كذلك، ولحصول معنى الشبهة باستحقاقه، ولقاعدة تبعّض الأحكام بتبعض الأسباب، كما يظهر بعد التتبع التام، ولا سيّما في تبعيض المماليك[٦] وإن كان فيه مافيه. وأولى منه تعليله بعد النص عليه أنّ أمر الحدود مبني على التخفيف، ولذا سقطت بالشبهة ونحوها، وإلّا فالعمدة النص. قال عبدالله بن سنان: سألت الصادق عليه السلام عن رجال اشتركوا في أمة فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده فوطأها؟ فقال: «يدرأ عنه من الحدّ بقدر ما له من النقد ويضرب بقدر ماليس له فيها وتقوّم الأمة عليه بقيمة يلتزمها، فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشتريت به الجارية أُلزم ثمنها الأوّل، وإن كان قيمتها في ذلك اليوم الذي قوّمت فيه أكثر من ثمنها أُلزم ذلك الثمن وهو صاغر؛ لأنّه استفرشها». قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراءها دون الرجل، قال: «ذلك له، وليس له أن يشتريها

---

(١) في الشرائع: «أثبت».

(٢) الدروس ٣: ٢٣١.

(٣) الروضة ٣: ٣٥٢.

(٤) انظر الوسائل ١٨: ٢٦٩، ب١٧ من بيع الحيوان.

(٥)(٦) شرح القواعد: ١٢٨ (مخطوط).

حتى تستبرأ ، وليس على غيره أن يشتريها إلّا بالقيمة »[١] . ونحوه آخر بتفاوت يسير ، قال فيه : قوم اشتركوا في شراء جارية فائتمنوا بعضهم وجعلوا الجارية عنده فوطأها ، قال : « عليه الحدّ ويدرأ عنه من الحدّ بقدر ما له فيها ، وتقوّم الجارية ويغرم ثمنها للشركاء ، فإن كانت القيمة في اليوم الذي وطأ أقلّ ممّا اشتريت به فإنّه يلزم أكثر الثمن ؛ لأنّه قد أفسد على شركائه وإن كان القيمة في اليوم الذي وطأ أكثر ممّا اشتريت به يلزم الأكثر »[٢] .

وفي خبر إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام : في رجلين اشتركا في جارية فنكحها أحدهما دون صاحبه ، فقال : « يضرب نصف الحدّ ويغرم نصف القيمة اذا حبلت »[٣] .

وفي المرسل في الفقيه[٤] المسند عن عدّة من أصحابنا في الكافي عن الصادق عليه السلام : سئل عن رجل أصاب جارية من الفيء فوطئها قبل أن تقسّم ؟ فقال : « تقوّم الجارية وتدفع إليه بالقيمة ويحطّ له منها مايصيبه من الفيء ، ويجلّد الحدّ ويدرأ عنه من الحدّ بمقدار ما كان له فيها ، فقلت : فكيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمة دون غيره ، فقال : لأنّه وطأها ولا يؤمن أن يكون ثمّة حبل »[٥] .

وفي الصحيح سمعت عباد البصري يقول : كان جعفر عليه السلام يقول : « يدرأ عنه من الحدّ بقدر حصّته منها ، ويضرب ما سوى ذلك ، يعني في الرجل إذا وقع على جارية له فيها حصة »[٦] .

وفي الخبر : في جارية بين رجلين وطأها أحدهما دون الآخر فأحبلها ، فقال : « يضرب نصف الحدّ ، ويغرم نصف القيمة »[٧] . إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على المطلوب ، حتى الصحيح : في رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها فلمّا رأى ذلك شريكه وثب على الجارية فوقع عليها ؟ قال : فقال : « يجلّد الذي وقع عليها خمسين جلدة ، ويطرح عنه خمسون جلدة ويكون نصفها حرّاً ، ويطرح عنها من النصف الباقي الذي لم يعتق إن كانت بكراً عشر قيمتها ، وإن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها وتستسعى هي في الباقي »[٨] . ونحوه خبر[٩] آخر ، وكان بعض مشايخنا لم يقف إلّا على خبر واحد ، فاستدلّ به جابراً له بالشهرة ، بل الإجماع[١٠] . وأغرب منه **ما في نكاح المسالك من نفي الحدّ على الواطئ ؛ لأنّه ليس زانياً وإن كان عاصياً يستحقّ التعزير**[١١] ، **ويمكن أن يكون مراده نفي حدّ الزنى** ؛ لأنّ الظاهر ترتّبه على غير محلّ الفرض لا أقلّ من الشك ، والأصل البراءة . وحينئذٍ فما في النصوص من جلد المقدار المخصوص أمر آخر ليس حدّاً من حيث الزنى . وربّما يؤيّد ذلك إطلاق النصوص في المقام - عدا النادر - الحكم المزبور .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٧٠ ، ب١٧ من بيع الحيوان ، ح١ .
(٢) الوسائل ٢٨ : ١١٩ - ١٢٠ ، ب٢٢ من حدّ الزنى ، ح٤ .
(٣) الكافي ٧ : ١٩٥ ، ح٧ . الوسائل ١٩ : ٩ ، ب٣ من أحكام الشركة ، ح١ .
(٤) الفقيه ٤ : ٤٦ ، ح٥٠٥٧ . الوسائل ٢٨ : ١٢٠ ، ب٢٢ من حدّ الزنى ، ذيل الحديث ٦ .
(٥) الكافي ٧ : ١٩٤ ، ح٢ . الوسائل ٢٨ : ١٢٠ ب٢٢ من حدّ الزنى ، ح٦ .
(٦) (٧) الوسائل ٢٨ : ١١٩ ، ١٢١ ، ب٢٢ من حدّ الزنى ، ح٣ ، ٧ .
(٨) (٩) المصدر السابق : ١١٨ ، ١١٩ ، ح١ ، ٢ .
(١٠) شرح القواعد : ١٢٨ (مخطوط) .
(١١) المسالك ٨ : ٣٨٨ .

من غير فرق بين المحصن وغيره وإلحاق الولد به أيضاً، فتأمّل.

ثمّ إنّ الظاهر جريان الحكم المزبور على الأمة أيضاً، فيدرأ عنها ما درئ عن الواطئ وتضرب قدر ما ضرب. وكيف كان فالحكم ممّالا إشكال فيه.

نعم قد يستشكل فيما إذا كان في استحقاقه كسر بالنسبة إلى كيفية ما يسقط في مقابلته من الحدّ [١].

نعم [لو اعتبر التوزيع بالنسبة إلى قوّة الضرب وضعفه مع قبض السوط على المعتاد فهو لا يخلو من قوّة [٢].

ثمّ إنّ [الظاهر] [٣] تعيّن كون الحد هنا الجلد وإن كان الواطئ هنا محصناً [٤]. ولو وطأ الشريك قبل تمام ملكه، كما لو كان موهوباً ولم يقبض حدّ تمام الحدّ مع عدم الشبهة. وكذا الفضولي على القول بالنقل وعلى الكشف ففي البدار أو الانتظار أو العدم مطلقاً وجوه [قيل:] أقواها [٥] الأخير، لكنه يعزّر لعصيانه.

---

[١] **فقيل: «إنّه يعتبر بالسوط فيأخذ بنصفه إن كان نصفاً وبثلثه إن كان ثلثاً»**، كما تضمّنه صحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في نصف الجلدة وثلثها: «يؤخذ بنصف السوط وثلثه[١]»[٢].

وعن بعض المحقّقين أنه يحصل باعتبار مقدار السوط وكيفية الضرب[٣]، وفي الحدائق احتمال رجوعه إلى الأوّل[٤]، وفي شرح الأُستاذ: «أنّه لو اعتبر التوزيع بالنسبة إلى قوّة الضرب وضعفه مع قبض السوط على المعتاد أو دقة السوط وغلظه لم يكن بعيداً»[٥].

قلت: هو كذلك لولا مخالفته لظاهر النص.

اللهمّ إلّا أن يحمل عليه، لكنّه كما ترى بالنسبة إلى الدقة والغلظ.

[٢] [هذا] بالنسبة إلى الأوّل؛ ضرورة أنّه يمكن أن يكون الكسر بحث لا يمكن تحقّق مسمّى الجلد به لو قبض على مقداره من السوط المعتاد، بل يمكن دعوى أنّ الأقرب إلى الحقيقة ذلك بعد انتفائها، فتأمل جيداً.

[٣] [كما هو] ظاهر النصوص والفتاوى.

[٤] لعدم تصوّر السقوط في القتل والرجم وما في بعض المعتبرة عن رجل وقع على مكاتبته فقال: «إن كان أدّت الربع جلّد وإن كان محصناً رجم، وإن لم تكن أدّت شيئاً فليس عليه شيء»[٦] بعد الإغضاء عمّا فيه من التقييد بالربع معارض بما سمعت، خصوصاً ما ورد في المبعّضة[٧]. وحمل نصوص التبعيض جميعها على ما إذا كان الحدّ قابلاً له ـ كما إذا كان الواطئ غير محصن مع عدم مقاومة المعارض ـ مخالف لأُصول المذهب وقواعده، كما هو واضح، بل على ما ذكرنا سابقاً لا يحتاج إلى دليل في عدم ثبوت حدّ المحصن عليه؛ لأنّ التحقيق عدم اندراجه فيما دلّ عليه في الزاني، فيبقى الأصل حينئذٍ سالماً عن المعارض.

[٥] **[كما] عند الأُستاذ[٨].**

---

(١) الوسائل ٢٨: ١٦، ب٣ من مقدّمات الحدود، ح١، وفيه: «ثلثي السوط».

(٢)(٤) الحدائق ١٩: ٤٧٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٩٣.

(٥)(٨) شرح القواعد: ١٢٩ (مخطوط).

(٦) الوسائل ٢٨: ١٢٠، ب٢٢ من حدّ الزنى، ح٥.

(٧) انظر الوسائل ٢٨: ١١٨، ب٢٢ من حدّ الزنى.

وهو جيّد مع حصول الإجازة [ويعزر لعصيانه]، ولو ادّعى في حصته الزيادة على شريكه ولم يعلم بكذبه ولا قامت بيّنة بصدقه درئ عنه بنسبتها من الحدّ على الأقوى [١]. وكيف كان فلا ريب [٢] في لحوق أحكام الولد في الجملة لهذه الجارية لو حملت من الواطئ وإن كان عاصياً بالنسبة إليه.

بل وإلى شركائه بالنسبة إلى غير الواطئ، فليس لهم بيعها، بل ولانقلها بأحد النواقل إلى غيره، ولكن تقوّم عليه. إنّما البحث في أنّها تقوّم عليه بنفس الوطء وإن لم يظهر حملها أو ينتظر الحمل فـ[ـالمختار][٣] أنّها **(لا تقوّم عليه بنفس الوطء)** لكن قال [المصنف:] هنا **(على الأصح)** [٤].

---

[١] لاندراج مثله في الشبهة المسقطة للحدّ.

[٢] نصاً وفتوى.

[٣] **[كما] عند المصنف تبعاً للحلي[١]، (و) عليه استقرّ رأي المتأخرين [ذلك].**

[٤] **مشيراً به إلى ما في النهاية من التقويم بنفس الوطء، قال: «إذا كانت الجارية بين شركاء فتركوها عند واحد منهم فوطأها فإنّه يدرأ عنه من الحدّ بقدر ما له من الثمن ويضرب بمقدار ما لغيره، وتقوّم الأمة قيمة عادلة ويلزمها، فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشتريت به أُلزم ثمنها الأوّل، وإن كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قوّمت فيه أكثر من ثمنها أُلزم ذلك الأكثر، وإن أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها ولا يلزمه إلّا ثمنها الذي يسوى في الحال»**[٢]، الذي هو مضمون ما سمعته من خبر عبدالله بن سنان المتقدم[٣].

لكن قد عرفت أنّ فيه: «وليس له ـ أي الشريك ـ أن يشتريها حتى تستبرأ». ومنه ينقدح إشكال في الخبر المزبور، وهو أنّ الشريك إذا كان ليس له شراؤها إلّا بعد الاستبراء فهو والواطئ على حدّ سواء في عدم الإلزام إلّا بالثمن إذا ظهر كونها بريئة من الحمل؛ إذ احتمال التقويم على الواطئ وإن لم يتعقّبه حمل في غاية البعد، وإن توهّم من إطلاق النهاية والخبر، بل هو الذي فهمه ابن ادريس[٤] وغيره ممّن تأخّر عنه، حتّى أنّه فرع عليه بعض مشايخنا، فقال «هل يفرق بين الفرج والدبر والتقاء الختانين والإنزال وخلافهما أولا؟ وجهان، أقواهما عدم الفرق في الطرفين دون الواسطة»[٥]. إلّا أنّه في غاية البعد، بل التعليل في خبر العدّة الصريح في كون التقويم بالوطء كالصريح بخلافه، بل التعليل في خبر ابن سنان بنفسه ظاهر في ذلك؛ ضرورة كون المراد منه أنّه صيّرها بالوطء فراشاً له بحيث يلحق به الولد، وإلّا فلو أُريد منه بمجرد الوطء، وإن كانت آيسة مثلاً لم يكن للتعليل به وجه، كالتعليل بالإفساد في الخبر الآخر[٦]. إذ لا وجه للإفساد بمجرّد الوطء، خصوصاً في الثيب، بل وبالبكر بعد غرامة أرش البكارة؛ إذ ليس هو حينئذٍ أسوأ حالاً من الأجنبي بالنسبة إلى ذلك. فليس المراد من الإفساد حينئذٍ إلّا احتمال الحمل الذي يلحق به، ويمتنع على الشركاء بسببه نقلها بسائر النواقل وإن لم تكن أُم ولد بالنسبة إليهم، فتتفق حينئذٍ النصوص الثلاثة على معنى واحد، ويكون المراد حينئذٍ مما في خبر عبدالله بن سنان أنّه للشريك شراؤها بعد الاستبراء والعلم بخلوّها عن الحمل.

---

(١) السرائر ٢: ٣٥٢.

(٢) النهاية: ٤١١ ـ ٤١٢.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٧٠، ب١٧ من بيع الحيوان، ح١.

(٤) السرائر ٢: ٣٥٢.

(٥) شرح القواعد: ١٣٠ (مخطوط).

(٦) الوسائل ٢٨: ١١٩ ـ ١٢٠ ب٢٢ من حدّ الزنى، ح٤.

ولا يجب عليه التقويم على الواطئ بمجرّد وطئه، وكذا المراد أنّه ليس على غير الواطئ من الشركاء فضلاً عن غيرهم في سائر الأحوال إلّا بالقيمة التي تسوى في الحال. بخلاف الواطئ فإنّ عليه الإلزام بأكثر الأمرين لو أراده الشريك قبل الاستبراء أو بعد ظهور الحمل [١].

بل لا يبعد القول بأنّه ليس للشريك الذي لم يطأ بيع نصيبه إلّا بعد الاستبراء وإن قلنا: إنّ البائع لا يجب عليه الاستبراء من وطء غيره لكن في المقام قد يقال بوجوبه [٢].

فيتّجه حينئذٍ عدم جواز البيع له إلّا بعد الاستبراء، فتأمّل جيّداً فإنّه في غاية الجودة.

وبه يتم ما قلناه حينئذٍ من التقويم عليه بنفس الوطء الذي يخشى منه الحمل [٣].

---

[١] أو يحمل على ما اذا نقصت القيمة المساوية للثمن الذي اشتريت به بالوطء، فإنّه يجب عليه تمام الثمن؛ لحصول النقصان بفعله.

وعلى كلّ حال فبما ذكرنا يندفع ما في التذكرة من أنّ «هذا الخبر غير دال على وجوب التقويم بنفس الوطء؛ لأنّه يسوّغ لغيره من الشركاء شراؤها، فلو وجب التقويم لم يجز ذلك»[(١)]. ونحوه يرد على عبارة الشيخ؛ لأنّها كما سمعت مثل الخبر، فلابدّ حينئذٍ من حملها على ما ذكرناه.

أو يدّعى أنّ الشيخ يوجب التقويم بنفس الوطء إرفاقاً للشركاء، فإذا أسقطوا حقّهم كان لهم شراؤها منه برضاه، إلّا أنّك قد عرفت أنّه ليس للشركاء الشراء من الواطئ إلّا بعد الاستبراء.

[٢] باعتبار أنّ الحمل ولو من الشريك الواطئ يمنع الآخر من نقلها إلى غيره، فهي حينئذٍ كأُم الولد بالنسبة إليه وكان وطء الشريك كوطء نفسه بالنسبة إلى ذلك.

[٣] لأنّه قد عطّل مال الشركاء عليهم، فإذا لم يقوّموها عليه حتى استبرأت وعلم عدم حملها كان حال الواطئ حينئذٍ كحالهم لا يستحقون عليه تقويماً ولا غيره إلّا العقر بعد إسقاط نصيبه.

ومن الغريب مافي مختلف الفاضل من حمل الخبر ومافي النهاية على صورة الحمل[(٢)]، مع أنّه ليس في شيء منهما ما يومئ إليه، بل ما في الذيل من جواز البيع على الشركاء صريح في خلافه؛ لعدم جواز بيعها مع الحمل قطعاً وإجماعاً، بل قوله فيه: «لا يجوز أن يشتريها حتّى تستبرأ» صريح أيضاً في عدم كونها حاملاً، وتقييد الصدر بالحامل بخلاف الذيل تفكيك في الخبر يقطع بفساده. وأوضح منه فساداً المناقشة في خبر العدّة بأنّه ظاهر في أنّ سبب التقويم الحمل، فلا يتحقق قبل تحققه؛ إذ هو كما سمعت صريح في أنّ علّة التقويم الوطء؛ لأنّه لا يؤمن معه الحبل، كما هو واضح كلّ ذلك مع عدم المعارض عدا المفهوم في خبر الجعفي[(٣)]؛ إذ الحبل في غيره في السؤال دون الجواب، فلا دلالة فيه، وهو مع أنّه مفهوم لا يعارض المنطوق، يمكن أن يكون المراد منه نفي الغرم مع عدم الحبل، ونحن لا ننكره؛ ضرورة أنّه إذا تأخّر الشريك عن التقويم حال الوطء فبان عدم حبلها لم يكن على الواطئ غرم، كما أنّه يغرم قطعاً القيمة بالحبل، كما هو واضح.

---

(١) التذكرة ١٠: ٣١٣.
(٢) المختلف ٥: ٢٣٢.
(٣) الوسائل ٢٨: ١٢١، ب ٢٢ من حدّ الزنى، ح ٧.

والحاصل أنّ القول بأنّ للشركاء التقويم على الشريك الواطئ الذي يخاف من وطئه الحبل وأنّه لا يجوز لهم نقل الجارية إلى غيره قبل الاستبراء إذا لم يريدوا التقويم عليه؛ لعدم وجوبه عليهم [١] لا يخلو من قوّة.

فإذا اشتريت حينئذٍ كان لهم نقلها من كلّ أحد، كما أنّه بناءً على التقويم بالحمل إذا أخّروا التقويم فاتّفق سقوط الحمل قبله تعود على الحال الأوّل، ولا يلزم الواطئ بالتقويم [٢].

(و) لكن [الظاهر] [٣] أنها (**لو حملت قوّمت عليه حصص الشركاء**) ولا تقويم عليه قبل الحبل [٤].

و[المختار] [٥] أنّ الاحتياط لا ينبغي تركه في المقام.

ثمّ إنّه عليه فهل العبرة بالقيمة وقت الإحبال؟ [٦] أو من يوم الوطء؟ [٧]، أو وقت التقويم؟ [٨]، أو اكثر الأمرين من يوم الوطء إلى الإحبال؟ [٩] أو أكثرهما من حين الإحبال إلى وقت التقويم؟ [١٠] أو أكثر الأمرين من الثمن والقيمة وقت التقويم؟ [١١] أو أكثرهما من يوم الوطء [١٢].

---

[١] للأصل، ولأنّ مشروعيته للإرفاق بهم.

[٢] **ويمكن حمل كلام الشيخ وغيره ممّن قال بالتقويم بالوطء[١] على ذلك لا مطلق الوطء، وإن بان عدم تعقبه للحمل.**

[٣] **الذي استقر عليه رأي المتأخّرين.**

[٤] **بل في شرح الأُستاذ دعوى تحصيل الإجماع عليه؛** لأنّ المخالف مسبوق ملحوق به[٢]. وإن كان فيه مالا يخفى.

نعم هو مقتضى الأصل والمفهوم في الخبر السابق المنجبر بالشهرة المتأخّرة، بل لعلّها إجماع منهم، وأنّه به يتحقق الإفساد الموجب، لعدم إمكان التصرّف بالأمة، إلّا أنّه ممّا ذكرنا تعرف ما في جميع ذلك.

[٥] **[كما] منه يعلم [ذلك].**

[٦] **كما اختاره شيخنا في شرحه[٣].**

[٧] **كما في التحرير وقوّاه الشهيد في حواشيه[٤].**

[٨] **كما عن بعضهم[٥].**

[٩] **كما مال إليه ثاني الشهيدين في المسالك[٦].**

[١٠] **كما في المختلف[٧].**

[١١] كما سمعته في الخبر[٨] [خبر ابن سنان].

[١٢] كما يقضي به الخبر[٩] الآخر.

---

(١) النهاية: ٤١١ـ ٤١٢.
(٢) شرح القواعد: ١٣٠ (مخطوط).
(٣) شرح القواعد: ١٢٩ (مخطوط).
(٤) التحرير ٢: ٤١١. ونقله عن الشهيد مفتاح الكرامة ٤: ٣٢٧.
(٥) نقله في شرح القواعد: ١٢٩ (مخطوط).
(٦) المسالك ٣: ٣٩٩.
(٧) المختلف ٥: ٢٣٢.
(٨) الوسائل ١٨: ٢٧٠، ب١٧ من بيع الحيوان، ح١.
(٩) الوسائل ٢٨: ١١٩ـ ١٢٠، ب٢٢ من حدّ الزنى، ح٤.

وجوه [١]. ولعلّ الأقوى مراعاة حال التقويم الذي هو بمعنى الدفع إليه بالقيمة [٢].

سيّما إذا كان النقص الداخل على الشريك بالتأخير في التقويم من قبله ؛ إذ الظاهر أنّه لا يجوز للواطئ الامتناع من قبول التقويم عند طلب الشريك له ، فإذا امتنع جبّره الحاكم ، بل له القبول عنه ، أمّا إذا طلبه الواطئ فقد يقوى عدم وجوب الإجابة عليه مالم يستلزم تعطيلاً للمال [٣]. وكيف كان فلا تدخل في ملك الواطئ ابتداءً [٤].

كما أنّ الظاهر عدم إغناء التقويم عن الصيغة إذا أُريد ما رتّب الشارع عليها من الأحكام ، بل الظاهر عدم كون التقويم من النواقل المستقلّة [٥].

---

[١] **بل أقوال ، وزاد في شرح الأُستاذ : « احتمال القيمة زمان الانتقال ، وأعلى القيم من زمان الحمل إلى زمان الانتقال ، ومن زمان التقويم إلى زمان الانتقال . ومن زمان الوطء إلى زمان الحمل ، وإلى زمان التقويم ، والأعلى من زمان الانعقاد إلى حين الولادة ، وما يختاره المظلوم من الشريكين ، بل قال : إنّ لكل وجهاً »**[1] .

وهو مع أنّه مبنيّ على مغايرة زمان التقويم لزمان الانتقال في غاية الضعف بالنسبة إلى البعض إن لم يكن الجميع .

[٢] لأصالة براءة الذمة من ضمان الزائد ، ولأنّه هو وقت المعاملة ووقت دفع الجارية إليه بالقيمة .

[٣] **لكن في شرح الأُستاذ : « أنّ التقويم قهري بالنسبة إلى الواطئ والشركاء فحالها كحال أُمهات الأولاد . وليس فورياً ، لكن لا يسوغ الإهمال الباعث على التعطيل ، ومتى طلبه أحدهما أجابه الآخر ، ولو امتنع أحد الطرفين عن التقويم جبره الحاكم عليه ، فإن لم يتمكّن منه قام مقامه »**[2] . وفيه : أنّ الظاهر من النصوص[3] كون التقويم إرفاقاً بحال الشريك ، فهو حينئذٍ حقّ له لا يجبر عليه ، إلّا إذا أدّى إلى الإضرار بالآخر . فتأمّل جيّداً فإنّه يمكن الفرق بين ما ذكرناه سابقاً من التقويم بالوطء ، وبين ما هنا من التقويم بالحمل بالنسبة إلى القهرية وعدمها ؛ ضرورة تحقق كونها أُم ولد بالانعقاد بخلاف الأوّل .

[٤] كما صرّح به غير واحد ، بل قيل : إنّه إجماع[4] ؛ للأصل ، بل والنصّ ؛ ضرورة إرادة النقل بالقيمة من التقويم عليه فحقّ الشريك في المنافع ثابت حينئذٍ .

[٥] وإنّما المراد ما عرفت من النقل بالنواقل المعهودة ، إلّا أنّه بالقيمة على الواطئ . **لكن في شرح الأُستاذ : « أنّه يغني التقويم عن الصيغة ، كما هو ظاهر كلام المعظم وظاهر الأخبار ، ويكون كاستحقاق العوض بالتلف » إلى أن قال : « ولا تجري عليه أحكام البيع فلا خيار مجلس أو حيوان ونحوهما ، ويتعيّن عليه أخذ الأرش وعوض النقص ونحوه ولا يجوز له الردّ »**[5] .

وفيه ما عرفت ، وخلوّ النصوص عن الصيغة لتعارف المعاطاة في ذلك الزمان ، كما خلت عنها أكثر النصوص في أكثر المقامات ، بل التأمّل في ذيل خبر ابن سنان[6] يورث القطع بارادة ما ذكرنا من التقويم على الواطئ ، فلاحظ وتأمّل . **وكذا فيه أيضاً « أنّه لو فسخها بخيار من الخيارات كان عليه تقويم الجميع »**[7] .

وفيه : أنّ جواز الفسخ له محلّ بحث كالبحث في لزوم التقويم عليه بعد الجواز ، فتأمل جيداً .

---

(١) (٢) (٥) (٧) شرح القواعد : ١٢٩ (مخطوط).
(٣) (٦) الوسائل ١٨ : ٢٧٠ ، ب ١٧ من بيع الحيوان ، ح ١ .
(٤) شرح القواعد : ١٢٩ (مخطوط).

ولو اشترك شريكان في الإحبال أُقرع بينهما [١]. ثمّ إنّ الظاهر لزوم العقر، العشر أو نصفه مع القيمة [٢].

نعم الظاهر عدم الفرق بين اتحاد الوطء وتعدّده اذا كان منشؤه واحدة، ولم يتخلّل الغرم، أمّا لو وطأها أوّلاً للشركة ثمّ وطأها ثانياً بزعم أنّها صارت له خالصة وثالثاً أنّها زوجته فقد يحتمل التعدّد [٣].

(و) على كلّ حال فـ(**ينعقد**[١] **الولد حرّاً**) [٤].

فحينئذٍ لا فرق في انعقاده حرّاً بين كون الوطء لشبهة أو لا [٥].

بل الظاهر [٦] عدم توقف الحرية على الولادة، وإلّا لم يلزم تقويمها بالحبل [٧].

---

[١] للنصوص التي منها الصحيح: «إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت وادّعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم، فمن خرج كان الولد ولده ويردّ قيمة الولد على صاحب الجارية»[٢]. ونحوه غيره، على أنّ الاشتراك في الولد بينهم على حسب الغرامة غير معهود بالشرع في غير المماليك.

[٢] لأنّه عوض الانتفاع بالبضع، بل لعلّ ما دلّ عليه في غير المقام كالأمة المدلّسة نفسها وغيرها لا يخلو من ظهور في الجميع، خصوصاً خبر الجارية[٣] التي أُعتق نصفها المتقدّم آنفاً، الذي يراد منه إسقاط ما يخصّها بنصيب الحرية من العقر من نصيب الواطئ. **فما قيل: من الاكتفاء بالقيمة عن ذلك**[٤] في غير محلّه، وخلوّ النصوص هنا عن التعرّض له أعمّ من عدمه، **بل قيل: إنّه يلزم مع ذلك أرش البكارة**[٥].

لكن فيه: ما عرفت سابقاً من ظهور النصوص[٦] في أنّ الزيادة في عقر البكر عوض عن أرش البكارة.

[٣] **كما في شرح الأُستاذ**[٧] والله أعلم.

[٤] لأصالة الحرية والتبعية والنصوص[٨] المتقدّمة الآمرة بالتقويم فيها؛ لمكان الحمل الذي تصير به أُم ولد بالنسبة إليه، بل هي كالصريحة في فرض الوطء فيها بغير الشبهة؛ لاشتمالها على الحدّ المعلوم درؤه بها.

[٥] **كما هو صريح جماعة، بل لا أجد خلافاً فيه بينهم**. ولعلّ الحكمة أنّه ليس زناً محضاً بسبب الملك للبعض الموجب لحصول الفراش، كما أومأ إليه بعض النصوص المتقدمة.

ومنه ينقدح حينئذٍ أنّ الوجه في الحرية انعتاق مقدار نصيبه عليه ثمّ يسري إلى غيره، إلّا أنّه لمّا كان هو السبب في ذلك أغرمه الشارع قيمة حصص الشركاء منه، نحو ما سمعته في غرامته جميع القيمة عن ولده من الأمة، التي ظهر استحقاقها للغير، الذي اشتملت عليه النصوص السابقة، مضافاً إلى بعض النصوص المتقدّمة في المسألة.

[٦] [وذلك] مما دلّ على التقويم بالحبل.

[٧] وإلى ذلك أشار المصنّف وغيره، بل لم يعرف خلاف فيه بينهم، بل ربّما ادّعي الإجماع عليه بالتعبير بالانعقاد حرّاً المتحقّق بانعقاد النطفة أو العلقة.

---

(١) في الشرائع: «انعقد».
(٢) الوسائل ٢١: ١٧١ ب٥٧ من نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٣) السرائر ٢: ٣٥٢.
(٤) الوسائل ٢٨: ١١٨، ب٢٢ من حدّ الزنى، ح ١.
(٥) المسالك ٣: ٣٩٩.
(٦) انظر الوسائل ٢١: ١٣٢، ب٣٥ من نكاح العبيد والإماء.
(٧) شرح القواعد: ١٣٠ (مخطوط).
(٨) الوسائل ١٨: ٢٧٠، ب١٧ من بيع الحيوان، ح ١.

بل [الظاهر] [١] عدم الفرق في ذلك بين دفع القيمة وعدمها وإن كانت هي مستحقة على الوالد [٢].

(و) كيف كان فـ(**على أبيه قيمة حصصهم يوم ولد**[(١)]) وإن تأخّر التقويم عنه إن لم تقوّم حاملاً وإلّا دخلت قيمة الولد معها [٣].

بل المعتبر حال الخروج إلى الدنيا.

بل [الظاهر] [٤] عدم اعتبار أعلى القيم، خصوصاً إذا كان الشريك هو الذي طلب التأخير إلى يوم الولادة [٥].

---

[١] [كما هو] ظاهر النصوص والفتاوى.

[٢] فما عساه يتوهّم من بعض نصوص الأمة المستحقة من التوقّف على دفع القيمة لابدّ من تأويله أو طرحه، مع أنّه لا صراحة فيه، بل ولا ظهور في توقّف الحرية، بل قد صرّح فيه بعدم ملك ولد الحر، بل أقصاه توقّف دفع الولد على دفع القيمة، وهو مع أنّه غير ما نحن فيه مطرح، أو مأوّل.

وعلى كلّ حال فاحتمال كونه رقّاً إلى حين الولادة أو حين التقويم لا يلتفت إليه وتظهر الثمرة في الوصية به وله في الجناية عليه وفي عزل نصيبه من الإرث فضلاً عن نمائه وفي غير ذلك ممالا يخفى.

[٣] **كما صرّح به ثاني الشهيدين وبعض من تأخّر عنه كفاضل الرياض**[(٢)] **وشيخنا في شرحه**[(٣)].

نعم ظاهر الأخير اعتبار التراضي منهم بذلك، قال: «فإن اختلفا فالمدار على حين الولادة، إلّا إذا خرج ناقصاً فيتعيّن اعتبار قيمة الحمل إن زادت على قيمته حين الولادة، مع احتمال تقويمه تاماً ومع الخروج ميتاً يفرض حياً سليماً ويقوّم، والأُم باقية على حالها، ويقوى اعتبار أعلى القيم من حين الحمل إلى حين الولادة أو إلى حين التقويم». ثم قال بعد ذلك: «ويغني مجرّد التقويم من دون عقد؛ لظاهر الإطلاق في الأخبار، وكلام الأصحاب، ولذلك يصلح تقويمه ميتاً، ولو خرج مريضاً بجناية قوّم صحيحاً».

قلت: لا أجد خلافاً في النص والفتوى في عدم اعتبار زمان التقويم المتأخّر عن زمن الولادة، بل هو صرّح قبل ذلك بأنّه لو تأخّر وقت التقويم عن يوم الولادة لوحظ الحال السابق، بل ستسمع نسبة الخلاف إلى أبي حنيفة في نظير المقام من الفاضل[(٤)]، وهو مشعر بالإجماع، على أنّ الأصل براءة ذمة الأب من الزائد لو فرض علوّ القيمة كما هو الغالب، وبراءة ذمة غيره من وجوب الالتزام بالناقص لو فرض حصوله بالتأخّر، مضافاً إلى أنّ المتيقّن من النصوص يوم الولادة؛ لأنّه هو أوّل يوم تحقق اسم الولد فيه.

[٤] [كما] منها [=النصوص] مضافاً إلى الأصل يستفاد [ذلك].

[٥] ضرورة أنّه باختياره ذهب الزائد عليه.

---

(١) في الشرائع: «حياً».

(٢) المسالك ٣: ٣٩٩. الرياض ٨: ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(٣) شرح القواعد: ١٣٠ (مخطوط).

(٤) التذكرة ١٠: ٢٩٧.

بل وإن كان الطالب الواطئ [١]. لكن [الظاهر] [٢] اشتراط الحياة في ضمانه ، فلو خرج ميتاً لم يكن عليه شيء أصلاً حتى قيمته حملاً ، كما يقوّم يوم خروجه حيّاً على أيّ الأحوال كان من الصحّة والمرض والتمام والنقصان والذكورة والأنوثة والمسح والخنوثة [٣].

---

[١] لعدم الالتزام بالتقويم حملاً ؛ إذ النصوص أوجبت قيمة الولد ، على أنّ الحمل لا طريق إلى تقويمه ، كما صرّح به الفاضل وغيره[١]. لكن قد يقال : إنّه يمكن تقويم الحمل على احتمالاته . نعم لا يقوّم ولداً تاماً حياً وهو حمل لعدم العلم بحاله . ولعلّ ذلك هو المراد بعدم إمكان تقويمه حملاً ، إلّا أن يلحظ تبعاً ، فتقوّم الحامل حينئذٍ باعتباره ، فالزيادة التي تفرض على كونها حائلاً بسببه بمنزلة القيمة له .

وفيه : أنّه ربّما تنقص قيمة الجارية بحملها ؛ لقلّة الانتفاع بها ، ومخافة الحادث عليها بالطلق ونحوه . ومن هنا اعتبر في النصوص الواردة هنا وفي الأمة المستحقة للغير وفي المدلّسة نفسها وغير ذلك قيمة الولد ، وليس في شيء منها تقويمه حملاً ولو بالتبعية للأُمّ ، كما أنّ أكثر الفتاوى على غرامة قيمة الولد يوم ولد حياً . اللهمّ إلّا أن يدعى ظهور بعض نصوص المقام الذي اشتمل على التقويم إذا أحبلها في ذلك . وفيه منع . نعم قد يقال : إنّ المراد بدخوله في قيمة الحامل أنّه يضاف إلى قيمتها ما يكون قيمة له ، فتكون القيمة التي لها عوضاً عنه وعنها ، لا أنّه قيمة للحمل ، ولذا اعتبر التراضي بينهما على ذلك ، فليس لأحدهما اقتراحه على الآخر ، هذا . **وفي الرياض في شرح عبارة النافع التي هي يجب « على الواطئ قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة »[٢] ، قال : « والسقوط حياً إن قوّمت حائلاً ، وإلّا دخلت قيمة الولد معها ، كما ذكره جماعة من الأصحاب والظرف يتعلّق بالقيمة ـ أي القيمة عند الولادة ـ بلا خلاف ، توفية لحق الشركاء من النماء ، والتفاتاً إلى فحوى المعتبرة الواردة في وطء الشركاء للأمة المشتركة »[٣]** . ثمّ ذكر الصحيح المتقدّم المشتمل على القرعة . وربّما يتوهّم منه اعتبار القيمة المزبورة ولو حال الحمل ؛ للتوفية ، وللنصوص المشتملة على قيمة الولد ، فيكون وقت الضمان وقت انعقاد الحمل باعتبار أنّه كوقت التلف ، والمضمون حينئذٍ قيمة ولد ؛ للنصوص ، ولعلّه على ذلك بنى شيخنا فيما سمعته من شرحه ضمانه لو خرج ميتاً بأن يفرض حياً ومريضاً بأن يفرض صحيحاً ، بل قد سمعت احتمال تقديره تاماً لو خرج ناقصاً .

[٢] [إذ] فيه أنّ المنساق من عبارات الأصحاب [ذلك].

[٣] **بل هو كصريح الدروس في الأمة المستحقة التي لم يظهر لنا فرق بينها وبين المقام بالنسبة إلى ضمان قيمة الولد ، فقال : « وعليه قيمة الولد إن سقط حياً »[٤] ، كما أنّه قال في المقام : « وعليه قيمة نصيب الشريك يوم وضع حياً »[٥]. بل قال الفاضل في القواعد في المقبوض بالبيع الفاسد لفساد الشرط إذا كان جارية : « ولو وطأها لم يحدّ ـ أي مع عدم علم الفساد ـ وعليه المهر وأرش البكارة والولد حرّ وعلى أبيه قيمته يوم سقط حياً ، ولا شيء لو سقط ميتاً وأرش ما نقص بالولادة »[٦]** .

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٩٧ ، ٣٣٩.
(٢) المختصر النافع : ١٥٧.
(٣) الرياض ٨ : ٤٣١.
(٤)(٥) الدروس ٣ : ١١٥ ، ٢٣٠.
(٦) القواعد ٢ : ٩٣.

. . . . . .

وفي التحرير في أحكام البيع الفاسد أيضاً: «لو كان المبيع أمة... انعقد الولد حرّاً لا ولاء عليه ويلحق به، ويجب على الواطئ قيمته يوم سقط لا يوم المحاكمة، ولا تجبر قيمة الولد النقصان وإن ساواه في القيمة ولو سقط ميتاً لم يضمنه، أمّا لو ضرب أجنبي بطنها فألقته ميتاً تاماً وجب على الضارب مئة دينار، وللسيد منها أقل الأمرين من دية الجنين أو قيمته حين سقوطه وباقي الدية لورثته» إلى أن قال: «ولو كان الضارب الواطئ فألقته ميتاً فعليه دية الجنين يأخذ السيّد منها أقل الأمرين والباقي لورثته غير الواطئ»[١].

وقال في الأمة المستحقّة: «وينعقد الولد حرّاً، وعلى الأب قيمته يوم ولد، وفي وطء الشريك يغرم ثمن ولدها يوم سقوطه حياً»[٢]. والظاهر عدم الفرق في الحكم بين الجميع، فيكون المراد الضمان بشرط الحياة.

وأصرح من الجميع ما في التذكرة قال في البيع الفاسد منها: «ويجب على الواطئ قيمة الولد للبائع؛ لأنّه نماء ملكه وقد حال بينه وبينه بالحرية فكان عليه، ولقول الصادق عليه السلام: في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة»[٣]» إلى أن قال: «تعتبر قيمة الولد يوم سقوطه حياً؛ لأنّه وقت للحيلولة بينه وبين صاحبه، ولو سقط ميتاً فلا شيء؛ لأنّه لا قيمة له حينئذٍ، ولا يقوّم قبل سقوطه؛ لأنه لا قيمة له حينئذٍ، فإذا لم يكن له قيمة حين سقط لم يضمن، وهو قبل ذلك لا قيمة له.

لا يقال: لو ضربه أجنبي فسقط ميتاً وجب عليه الضمان، وكان للسيد من ديته أقل الأمرين من دية الجنين ومن قيمته يوم سقط؛ لأنّا نقول: الواطئ يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ووقت الحيلولة حين السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه وضمان الضارب قائم مقام خروجه حياً، فلهذا ضمنه البائع، وإنّما ضمن الأقلّ؛ لأنّ دية الجنين إن كانت أقل لم يضمن أكثر من ذلك، وإن كانت القيمة أقل كان الباقي لورثته ويطالب المالك من شاء من البائع والمشتري، وقال أبو حنيفة: يغرم قيمة الولد يوم المحاكمة»[٤] إلى آخره.

وقال في المقام: «وعلى أبيه قيمة حصة الشريك منه يوم الولادة؛ لأنّه وقت الحيلولة وأوّل أوقات التقويم»[٥].

وقال في الأمة المستحقة: «الولد حرّ وعلى أبيه قيمته لمولاه يوم سقط حياً، وبه قال الشافعي؛ لأنّه أتلف على مولاه رقيقاً باعتقاد أنّه ملكه، ولا يقوّم حملاً؛ لعدم إمكان تقويم الحمل، فيقوّم في أوّل حالة انفصاله؛ لأنّها أوّل حالة إمكان تقويمه، ولأنّ ذلك هو وقت الحيلولة بينه وبين سيده»[٦] إلى آخره. والجميع كما ترى مابين صريح فيما قلنا وظاهر. بل قال شيخنا في شرحه في ظهور استحقاق الأمة: «وعلى الأب قيمته للمولى يوم سقوطه، بل حين

---

(١) التحرير ٢: ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(٢) لم نعثر عليه بعينه نعم يوجد بعضه في ٣: ٥٠٥، وبعضه الآخر في ٢: ٤١١.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٠٤، ب٨٨ من نكاح العبيد والإماء، ح٣، وفيه: «بقيمته» بدل «بالقيمة».

(٤) التذكرة ١٠: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٥) التذكرة ١٠: ٣١٣.

(٦) التذكرة ١٠: ٣٣٩.

سقوطه إن سقط حياً مستقراً لحياة على نحو يكون مقوّماً؛ لأنّه أوّل أزمنة التقويم للإجماع والأخبار بأن يقوّم على ماهو عليه من نقص عضو أو صفة، مع ملاحظة بقاء الرقية دون الأول إلى الحرية، ولو خرج ميتاً أو لا قيمة له فليس على الأب شيء، وقوّى بعضهم تغريمه دية جنين أمة، وليس بقوي، ويقوى مراعاة التفاوت بين القيمتين، ولو اشتبه الحال فالأقوى عدم التغريم، ويحتمل ثبوته عملاً بالأصل»[1]، وهو مناف لما سمعته سابقاً منه، هذا.

ولكن في الكتاب في باب الغصب فيما لو كان المغصوب جارية فوطأها جاهلين بالتحريم قال: «ولو أحبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما ينقص من الأمة بالولادة، ولو سقط ميتاً قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: لا يضمنه؛ لعدم العلم بحياته، وفيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي، وفرّق الشيخ بين وقوعه بالجناية ووقوعه بغير جناية، ولو ضربها أجنبي فسقط ضمن الضارب للغاصب دية جنين حرّ وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة»[2].

وظاهره التوقّف في عدم الضمان لو خرج ميتاً، كالفاضل في القواعد في هذا الباب أيضاً، حيث قال: «ولو سقط ميتاً فاشكال، ينشأ من عدم العلم بحياته، ومن تضمين الأجنبي»[3]، بل في المسالك في هذا الباب: «أنّ الوجه ضمان الغاصب دية جنين أمة، سواء سقط بجناية أم لا، لكن على تقدير كونه بجنايته للمالك دية جنين أمة، وباقي دية جنين الحرّة للإمام؛ لأنّ القاتل لا يرث والأمة رقيقة لا ترث»[4]. إلى غير ذلك من كلماتهم التي بملاحظتها جميعاً يحصل الشك في المسألة. ولعلّ مقتضى الأصل معه عدم الضمان؛ لعدم صدق تلف المال بانعقاد الحرية، بل أقصاه أنّه لو لم يكن مشتبهاً لكان الولد رقاً، ومثله ليس سبب ضمان والضمان ولداً للنصوص. وأمّا ضمان الجنين بجناية جانٍ فلأنّه كالخروج حياً، كما سمعته من الفاضل[5]، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة من المشكلات، هذا، وقد يفرّق بين المقام وبين الغصب والمقبوض بالبيع الفاسد وغيرهما مما تكون للعبد فيه يد ضمان، باقتضاء عموم «على اليد»[6] الضمان في الثاني دون الأوّل، بل ينبغي الجزم به فيما لو طرأ الفساد عليه؛ ضرورة كونه كموت المغصوب في يد الغاصب حتف أنفه، ولعلّه لذا جعل الوجه في المسالك الضمان مطلقاً[7].

نعم قد يقال: بعدم الضمان فيما لو علم الفساد بأصل النمائية، على وجه لم تتحقق نمائيته بحيث يكون مالاً متقوّماً، كما في الفرض، فإنّه مع فرض سقوطه لفساد في أصل تكوّنه لا يكون مالاً، بخلاف طلع النخل المغصوب مثلاً إذا فرض فساده في يد الغاصب فإنّه مال متقوّم فيضمن على حاله، لا أنّه يفرض كونه تمراً. كلّ ذا والمسألة بعد محتاجة إلى تنقيح. وأمّا ضمان أقل الأمرين فلأنّ المملوك لا يضمن بأزيد من دية الحرّ. ولعلّ إطلاق المسالك منزّل عليه، كما أنّ قوله: ينتقل إلى الإمام مبنيّ على عدم وارث غير الأب والأُم، وإلّا انتقل إليه، وقد عرفت ممّا قدّمناه أنّ الاعتبار بالقيمة حين الولادة لا حين التقويم الذي هو بمعنى المحاكمة كما قال أبو حنيفة[8]، والله أعلم.

---

(١) شرح القواعد: ١٤٩ (مخطوط).
(٢) الشرائع ٣: ٢٤٦.
(٣) القواعد ٢: ٢٣٦.
(٤)(٧) المسالك ١٢: ٢٣٢.
(٥) تقدّم في ص٥٤٣.
(٦) المستدرك ١٧: ٨٨، ب ١ من الغضب، ح ٤.
(٨) الحاوي الكبير ٥: ٣١٨.

[المملوكان المأذونان إذا إبتاع كلّ واحد منهما صاحبه]:

المسألة (**الحادية عشرة: المملوكان المأذون لهما**) في التجارة (**إذا ابتاع كلّ واحد منهما صاحبه من مولاه**) له بناء على ملك العبد (**حكم بعقد السابق**) وبطلان اللاحق [١].

(**فإن اتفقا في وقت واحد**) أي اتحد الزمان للجزء الأخير من قبولهما (**بطل العقدان**) [٢].

(**وفي رواية يقرع بينهما**) [٣].

نعم إذا علم السبق ولم يتعيّن السابق اتجه إخراجه بالقرعة [٤].

بل يقوى [٥] جريانها فيما لو اشتبه السبق والاقتران فلم يعلم أيّهما الذي وقع [٦].

ولا فرق بين علم تاريخ أحدهما وجهله على الأصح [٧].

وأمّا قول المصنّف: (**وفي**) رواية (**أُخرى يذرع الطريق**) بينهما (**ويحكم للأقرب**) فلم نجدها [٨].

---

[١] لعدم صحّة تملّكه سيّده.

[٢] لعدم صحّة ترتّب أثر كلّ منهما.

وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجّح.

واحتمال الرجحان في الواقع فيستخرج بالقرعة معارض باحتمال عدمه، على أنّ التكليف منوط بالأسباب الظاهرة، وإلّا لزم التكليف بالمحال.

وليس كالقرعة في عتق العبيد؛ لأن الوصية بالعتق بل نفس العتق قابل للإبهام، بخلاف البيع وسائر المعاوضات.

ومرسلة الكافي الآتية[١] التي أشار إليها المصنف بقوله [ذلك]:

[٣] قد عمل بها الشيخ[٢] وغيره، مع أنّها ليست حجّة في نفسها معارضة بخبر أبي خديجة الآتي.

[٤] التي هي لكل أمر مشكل[٣] من موضوعات الأحكام، وهذا منه.

[٥] لذلك أيضاً [أي القرعة لكل أمر مشكل].

[٦] وجواز الاقتران مع عدم معلومية السبق المصحّح للبيع، فلا يجوز الحكم بالمسبّب مع الجهل بالسبب لا يصلح مخصصاً.

[٧] **نعم قيل: يحتاج في الصورة الأُولى إلى رقعتين يكتب في أحدهما السابق وفي الأُخرى المسبوق، وفي الثانية إلى ثلاث رقع يكتب في الثالثة الاقتران ليحكم معه بالبطلان**[٤].

[٨] بل لو وجدت لم يكن لها معنى محصّل.

إذ الفرض حصول الاتفاق في الوقت الواحد فلا مدخلية لذرع الطريق.

---

(١) تأتي في الصفحة الآتية.

(٢) النهاية: ٤١٢.

(٣) عوالي اللآلي ٢: ١١٢، ح ٣٠٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٤: ٣٤٨.

(و) حينئذٍ فلا ريب في أنّ (الأوّل) أي البطلان (أظهر) [١].

هذا كله اذا كان الشراء لهما. أمّا اذا كان لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح ماض والآخر محتاج إلى الإجازة، بناءً على انقطاع الإذن عنه بزواله عن ملك السيد وأنّ به تفترق الإذن عن الوكالة، وأنّ عقده حينئذٍ للغير

---

[١] لما عرفت، كما أنّك قد عرفت أنّ الأقوى القرعة في غيره.

لكن روى أبو خديجة ـ كما في الدروس[١] وغيرها، وفيما حضرني من نسخة الوسائل والحدائق[٢] أبو سلمة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجلين مملوكين مفوّض إليهما يبيعان ويشتريان بأموالهما كان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا وهذا يعدو إلى مولى هذا، وهما في القوّة سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد والآخر كذلك وانصرفا إلى مكانهما فتشبّث كلّ واحد منهما بصاحبه وقال له: أنت عبدي وقد اشتريتك من سيدك، قال عليه السلام: «يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فأيّهما كان أقرب فهو الذي سبق الأبعد، وإن كانتا سواء فهما ردا على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء، إلّا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له إن شاء باع، وإن شاء أمسك، وليس له أن يضربه»[٣].

قال الكليني والشيخ: وفي رواية أُخرى: «إن كانت المسافة سواء أُقرع بينهما فأيّهما وقعت القرعة عليه كان عبده»[٤].

وهو كما ترى صريح في أنّ المسح للاشتباه لا للعلم بالاتفاق الذي هو كالصريح في البطلان معه، وإن كان مافيه من الحكم بذلك لتساوي الطريقين واضح الإشكال، كالإشكال فيما فيه من الحكم بالسبق لأقربية الطريق؛ إذ هو مع قصوره عن الحجية بالضعف وإعراض الأكثر، بل لم يعمل به إلّا النادر كالشيخ في النهاية التي هي متون أخبار[٥]، وبعض أتباعه ومخالفته للضوابط الشرعية محتمل لإرادة حصول اليقين بذلك.

وعلى كلّ حال فلا دلالة فيه على المسح مع الاقتران، بل هو دالّ على خلافه، بل قيل: إنّ مرسل القرعة لا دلالة فيه أيضاً على أنّ محلّه الاقتران[٦]، وإن كان قد يناقش فيه بأنّ الظاهر إرادة الكليني والشيخ من قولهما: «وفي رواية أُخرى... إلى آخره» أنّها كهذه الرواية في السؤال والجواب إلى قوله: «وإن كانتا سواء» [ثمّ] اختلفا، فالأُولى حكم فيها بالبطلان، وفي الأُخرى بالقرعة.

ولا ريب أنّ رواية القرعة أولى؛ لاعتضادها بعموم ما دلّ على أنّها لكل أمر مشكل[٧]، ولأنّ استواء الطريق أعم من الاقتران فهي مؤيّدة لما ذكرناه من مشروعيتها للاشتباه في السبق أو السابق.

لكن قد يقال: إنّ الخبر صريح في القرعة ليتعيّن أحدهما خاصة من دون تعرّض لاستخراج الاقتران المقتضي للبطلان، بل ظاهره أو صريحه عدمه.

---

(١) الدروس ٣: ٢٣١.
(٢) الحدائق ١٩: ٤٨١.
(٣) الوسائل ١٨: ٢٧١، ب١٨ من بيع الحيوان، ح١.
(٤) الكافي ٥: ٢١٨، ذيل الحديث ٣. التهذيب ٧: ٧٣، ح٣١١. الوسائل ١٨: ٢٧٢، ب١٨ من بيع الحيوان، ح٢.
(٥) النهاية: ٤١٢.
(٦) المسالك ٣: ٤٠١.
(٧) عوالي اللآلي ٢: ١١٢، ح٣٠٨. الوسائل ٢٧: ٢٦٠، ب١٣ من كيفيّة الحكم، ح١١.

فضولي موقوف على إجازة ذلك الغير وإن اقترنا [١]. [فيمكن القول بالصحة من دون توقّف على الإجازة] [٢].

وإن علم السبق واشتبه السابق، وقد حصل الردّ من أحدهما فالقرعة، ولو كانا وكيلين صحّ العقدان على كلّ حال، بناءً على عدم انقطاعها بالخروج عن الملك [٣].

[والقول بأنّه لو أذن له ثمّ باعه فعاد إليه لم تعد إذنه، كما لو حرر فعاد ملكاً له والزوجة والخادم والشريك المأذونون تزول الإذن عنهم بزوال الصفات ولا تعود لو عادت، هو جيّد على الفرق بين الإذن والوكالة وفيه بحث]. وعليه فلو كان أحد العبدين وكيلاً والآخر مأذوناً صحّ شراء الوكيل مطلقاً، وأمّا المأذون فإن تقدّم شراؤه صحّ، وإلّا كان موقوفاً على الإجازة، والله أعلم.

[الأمة المسروقة من أرض الصلح]:

المسألة (**الثانية عشر**[١]: **من اشترى جارية سرقت من أرض الصلح**) قطعاً أو بمنزلته، وإلّا فلو سرقت من أرض الحرب مع احتمال كونها من أهل الحرب أو منهم ولو في غير أرضهم فللسارق، بل [قيل:] [٤] [إنّها لو سرقت من كافر في غير تلك الأرض، ولا يعلم حاله أو بين الحدين، ولا يعلم حاله احتمل عدم العصمة وثبوتها، وهو الأقوى]، وإن كان فيه أنّ ما ذكره احتمالاً هو الأقوى على الظاهر.

---

[١] **فالمعروف بين المتأخرين البطلان**؛ لتوقّف الصحّة على بقاء الإذن الموقوف على عدمها. لكن الظاهر إرادة التوقّف على الإجازة من البطلان؛ إذ لا وجه له معها، فيصحّان معاً لو أُجيزا، وإلّا فالمجاز منهما؛ لعدم استناد الصحّة حينئذٍ إلى الإذن، بل إليها.

وفيه: أنّه يمكن القول بالصحة من دون توقف على إجازة.

[٢] **بل به جزم الكركي**؛ لأنّ الإذن مقارنة لتمام العقد[٢]، فالانتقال وانقطاع الإذن قد ترتّبا معاً على تمام العقد ترتّباً ذاتياً، ولا يعتبر في الإذن أزيد من ذلك، فتأمّل جيداً.

[٣] **وفي شرح الأُستاذ: «إلّا مع قرينة التقييد، فلو عقد على أنّه عبد مأذون فظهر حرّاً أو ملكاً لغير الآذن بطل عقده على نحو ما تقدّم، ولو كان وكيلاً صحّ، ولو توكّل على أنّه حرّ فعقد فظهر عبداً لغير موكّله بطل، ومع الإجازة من مولاه تقوى الصحّة كما لو ظهر عبداً لموكّله»**[٣]. وفيه سؤال الفرق بين الإذن والوكالة.

«ولو أذن له ثمّ باعه فعاد إليه لم تعد اذنه على الأقوى، كما لو حرّر فعاد ملكاً له. والزوجة والخادم والشريك المأذونون تزول الإذن عنهم بزوال الصفات، ولا تعود لو عادت على الأقوى»[٤]. وهو جيّد على الفرق بين الإذن والوكالة، وفيه بحث.

[٤] **[كما] في شرح الأُستاذ: أنّها «لو سرقت من كافر في غير تلك الأرض ولا يعلم حاله أو بين الحدين ولا يعلم حاله احتمل عدم العصمة وثبوتها، وهو الأقوى»**[٥].

---

(١) في الشرائع: «عشرة».
(٢) جامع المقاصد ٤: ١٤٦.
(٣)(٤) شرح القواعد: ١٤١ (مخطوط).
(٥) شرح القواعد: ١٤٢ (مخطوط).

(و) على كلّ حال ففي مفروض المسألة (**كان له ردّها على البائع واستعادة الثمن، ولو مات أخذ من وارثه، ولو لم يخلف وارثاً استسعيت في ثمنها**) [١]. نعم قد يحتمل ذلك في خصوص مالو كانت في يد البائع أمانة شرعية [٢]. (و) من هنا (**قيل**) [٣]: إنّها (**تكون بمنزلة اللقطة**) [٤].

---

[١] على ما رواه مسكين السمان عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح؟ فقال: «فليردّها على الذي اشتراها منه، ولا يقربها إن قدر عليه أو كان مؤسراً، قلت: جعلت فداك إنّه مات ومات عقبه، قال: فليستسعها»[١]. و«أو» فيه بمعنى «الواو» أي لايقرب الجارية باستسعاءٍ إن قدر على البائع وكان مؤسراً. ويحتمل أن يكون المراد أو كان المشتري مؤسراً أي لا يقربها مع أحد الأمرين، إلّا أنّه مع قصوره سنداً ولا جابر، مخالف للقواعد الشرعية بالردّ إلى البائع الذي هو ليس مالكاً ولاوليه ولا وكيله، بل ربّما كان هو الظالم السارق وباستسعاء مال الغير فيما لم يصل إليه وهو ظلم فوق ظلم، وزاد في شرح الأُستاذ مخالفته باطلاق ما دلّ فيه على ردّ الثمن[٢]، مع أنّه لا يتم، بناءً على عدم الرجوع به مع تلفه وعلم المشتري، وبترتيب الاستسعاء على موت الوارث وعقبه من غير اعتبار لفقد باقي الورثة وعدمه وبقاء مال للميت وعدمه، وبأنّ ظاهره أنّه إن لم يكن قادراً على البائع أو الردّ عليه وكان البائع معسراً أو المشتري على اختلاف الوجهين، فلا ردّ، ويكون له عوض الثمن. وإن كان يمكن دفع ما ذكره جميعاً، بل بعضه واضح الدفع، فالعمدة حينئذٍ الأوّلان اللذان اقتصر عليهما الأصحاب.

لكن في الدروس: «والأقرب المروي تنزيلاً على أنّ البائع مكلّف بردّها إلى أهلها، إمّا لأنّه السارق، أو لأنّه ترتّبت يده عليها -أي فهو أقدم وخطابه بالردّ ألزم، خصوصاً مع بعد دار الكفر -واستسعاؤها، جمعاً بين حقّ المشتري وحق صاحبها، والأصل فيه أنّ مال الحربي فيء في الحقيقة»[٣]. وفيه: أنّ ذلك يصلح أن يكون تقريباً للنص الجامع لشرائط الحجية، لا أنّه به يكون موافقاً للقواعد؛ ضرورة عدم اقتضاء سرقته وترتّب يده وخطابه بالردّ جواز تمكينه من مال الغير بعد الوصول إلى يد غيره الذي صار مخاطباً بالردّ، ومع الاحتياج إلى المؤنة يلتزم بها السارق.

[٢] كما أنّه لا معنى للجمع بين حقّ المشتري والمالك بذلك، بعد أن لم يكن حقّ له عليه؛ إذ لا تزر وازرة وزر أُخرى، والمحترم بالعارض كالمحترم بالأصل، كما هو واضح.

[٣] **كما عن الحلبي**[٤].

[٤] **والموجود في السرائر بعد ذكر الخبر**[٥] **السابق: «كيف تستسعى هذه الجارية بغير إذن صاحبها، وكيف تعتق ولا على ذلك دليل، وقد قدمنا أنّها ملك الغير، والأولى أن تكون بمنزلة اللقطة، بل يرفع خبرها إلى حاكم المسلمين ويجتهد في ردّها على من سرقت منه، فهو الناظر في أمثال ذلك»**[٦]. ولعلّه يريد ما ذكره المصنف بقوله [ذلك].

---

(١) الوسائل ١٨: ٢٧٧، ب٢٣ من بيع الحيوان، ح١، وفيه: «فإنّه» بدل «أنّه».
(٢) شرح القواعد: ١٤١ (مخطوط).
(٣) الدروس ٣: ٢٣٢.
(٤) لم نعثر عليه.
(٥) الوسائل ١٨: ٢٧٧، ب٢٣ من بيع الحيوان، ح١، وفيه: «فإنّه» بدل «أنّه».
(٦) السرائر ٢: ٣٥٦.

(ولو قيل : تسلّم إلى الحاكم ولا تستسعي كان أشبه) [١].

[فإن قيل ذلك بعد تعذر الردّ على المالك ووكيله] قلت : هو كذلك بعد أن تكون من مجهول المالك في يده ، بل قد يقال بجواز تسليمها له [= الحاكم] قبل وصولها حدّ مجهول المالك [٢].

باعتبار أنّه ولي الغائب ، فيبحث حينئذٍ هو عن صاحبها ويردها إليه .

وإلّا وضعها في بيت المال أو تصدّق بها عن صاحبها من دون شرط الضمان أو مع نيته من بيت المال أو من البائع أو من المشتري أو كليهما وإن كان قراره على الغار والظالم [٣]. ومؤنة الردّ على البائع [٤].

[ويمكن التشريك بينهما فيهما مع عدم الغرور] [٥].

[ولو قبضها لصاحبها فإنّه يقوى كون النفقة على الظالم] [٦].

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده ، **واختاره جماعة ممن تأخّر عنه ، بل في الرياض نسبته إلى كثير من المتأخّرين**[١] .

لكن في الرياض : أنّ ذلك بعد تعذّر الردّ على المالك ووكيله ، وقال : « يمكن تنزيل الإطلاق عليه ... لغلبة بُعد دار الكفر ، ووجهه حينئذٍ واضح »[٢] .

[٢] **كما هو صريح شيخنا في شرحه**[٣] .

[٣] وعدم وصول العوض لا ينافي التعبّد .

[٤] **قيل : « أو المشتري إن لم يكن مغروراً ، وإلّا فعلى الغار كسائر الغرامات »**[٤] .

وفيه : أنّه يمكن التشريك بينهما فيهما مع عدم الغرور .

[٥] **وكذا قيل : « إنّ النفقة لو أدخلها في بيت المال من كسبها أو منه ونفقة مدة البقاء لو قبضها عن الفقراء من كسبها أو منهم ، ولو قبضها لصاحبها فالنفقة عليه »**[٥] وفيه : أنّه يقوى كون النفقة في الأخير على الظالم .

[٦] وكيف كان فظاهر من قال بالدفع إلى الحاكم أنّ ذلك ؛ لأنه ولي عن الغائب ، لا أنّه لكون الجارية للإمام الذي هو وارث من لا وارث له ، وهو نائب عنه ، كما عن الأردبيلي[٦] ؛ إذ ليس في شيء من النص والفتوى ما يشهد بذلك ، والموت في الرواية لغير المالك قطعاً ، كما هو واضح .

ثم إنّه على العمل بالخبر المزبور ينبغي الاقتصار فيه على مضمونه ، ولا يتعدى منه إلى غيره حتّى بالنسبة إلى خصوص الجارية ، فلا يتعدّى إلى غيرها من الأموال الصامتة والناطقة وخصوص أرض الصلح ، ولا يلحق بهم غيرهم من محترمي المال ، بل لا يبعد الاقتصار على كون المشتري رجلاً .

وبالجملة متى أقام احتمال الفرق وجب العمل على مقتضى القواعد والضوابط أوجب الله لنا كتابة ذلك في صحائف الحسنات وأقالنا من موبقات العثرات بحق خير خلقه محمد وأهل بيته السادة الهداة . تم المجلد الثاني من العقود بعون الله الرؤوف والودود ، ويتلوه في المجلد الثالث « السلف » نرجو من الله التوفيق لإتمامه والعفو عما سلف والحمد لله .

---

(١)(٢) الرياض ٨: ٤١٨.

(٣)(٤)(٥) شرح القواعد : ١٤٢ (مخطوط).

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٩١.

(الفصل العاشر) من فصول كتاب التجارة : (في السلف)

(والنظر فيه يستدعي مقاصد) :

[حقيقة السلم] :

(**الأوّل**) : في حقيقة (**السلم**) بفتح السين واللام ، الذي هو مرادف للفظ السلف [١] . وعلى كلّ حال فالظاهر جريان البحث السابق في لفظ البيع أنّه اسم للعقد أو النقل أو الانتقال أو غير ذلك من الاحتمالات السابقة في لفظه أيضاً . فقول المصنف هنا : (**هو ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو في حكمه**) [٢] . [يؤيّد ذلك] .

كما أنّ ذكر اشتراط المعلومية في المبيع والثمن سابقاً ولاحقاً أغنى عن ذكر ذلك في التعريف وأخرج بقوله : « بمال حاضر أو في حكمه » النسيئة [٣] . وكيف كان فـ[ـالمختار] [٤] جوازه [٥] .

---

[١] قال في مختصر النهاية : السلف السلم ، وفي المجمل بالعكس[١] ، وزاد : والسلم معروف ، كما أنّه في الأوّل عطف القرض عليه . ولعلّ اشتراكهما لفظاً فيه ؛ لاشتراكهما في أنّ كلّاً منهما إثبات مال في الذمة بمبذول في الحال ، والأمر سهل .

[٢] مما يؤيّدكون لفظ البيع عنده للانتقال المراد من الابتياع هنا لا خصوص الشراء ، كما أنّه في الدروس عرفهما معاً بالعقد[٢] . وانسياق الكلّي في الذمة من « المضمون » خصوصاً بعد قوله : « إلى أجل معلوم » أغنى عن ذكر ما يحترز به عن المبيع المضمون قبل القبض ، فلا وجه لما في التنقيح[٣] .

[٣] لعدم اعتبار ذلك فيها ؛ إذ المراد بالحاضر :

١ ـ المشخص الموجود في مجلس العقد ، والذي في حكمه المقبوض قبل التفرّق وإن لم يكن موجوداً في مجلس العقد .

٢ ـ أو يراد بالحاضر المشخص ومافي حكمه الكلّي في الذمة المدفوع قبل التفرّق .

٣ ـ أو الدين الذي في ذمته ، بناءً على جواز جعله ثمناً للسلم ، أو نحو ذلك مما لم يعتبر في النسيئة قطعاً . وأمّا اعتبار الأجل فيه فهو المشهور على الظاهر . وقيل : بجوازه حالاً[٤] . وستعرف تحقيق الحال فيه . وكان المناسب ممن يقول : بعدم اعتباره فيه كالشهيد في الدروس عدم أخذه في التعريف .

[٤] **[كما] قد أجمع المسلمون عليه [ـه] .**

[٥] كما أنّ السنّة قد تواترت فيه ، بل عن ابن عباس أشهد أنّ السلف المضمون إلى أجل مسمّى قد أحلّه الله في كتابه ، أي في قوله ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾[٥] . (و) لعلّه لعموم اللفظ .

---

(١) النهاية (لابن الأثير) ٢ : ٣٩٠ . مجمل اللغة ٢ : ٤٦٩ .
(٢) الدروس ٣ : ٢٤٧ .
(٣) التنقيح ٢ : ١٤٠ .
(٤) اللمعة : ١١٦ .
(٥) البقرة : ٢٨٢ .

نعم هو نوع من البيع قطعاً، فلا بدّ فيه من إيجاب وقبول، بل (**ينعقد بلفظ أسلمت**) إليك أ(**و أسلفت**) لك كذا في كذا إلى كذا من المشتري فيقول المسلم إليه أي البائع: قبلت وشبهه [١].

ولا يقدح كون الإيجاب فيه من المشتري والقبول من البائع [٢].

بل الإيجاب بهذا اللفظ مختص بالمشتري [٣] (**و**) قد ألحق بهما المصنّف [٤] جميع (**ما أدّى معنى ذلك**) و[الظاهر] [٥] جواز العقد به وإن كان مجازاً. وفيه بحث ليس ذا محلّه.

والأولى الاقتصار عليهما، وسلفت في إيجاب المشتري.

وأمّا سلم [٦] [فالعقد به مشكوك].

هذا كلّه في الإيجاب من المسلم أي المشتري.

[ما ينعقد به]:

(**و**) أمّا الإيجاب من البائع فيقع (**بلفظ البيع**) فإذا قال المسلم إليه أي البائع: بعتك كذا وصفته كذا إلى أجل كذا بثمن كذا وقال المشتري: قبلت ودفع الثمن في المجلس انعقد سلماً لا بيعاً مجرّداً عن كونه سلماً. ولا تجوز فيه على حسب باقي استعمال العام في الخاص.

ومنه يعلم حينئذٍ عدم اعتبار قصد السلمية في صيرورته سلماً بعد أن كان مورده متشخصاً في نفسه [٧].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع عليه.**

[٢] إذ ذلك من جملة أحكامه التي اختص بها عن باقي أفراد البيع وشارك الصلح بها.

[٣] ضرورة عدم تعقّل معناهما من غيره، كما صرّح به في جامع المقاصد[١].

[٤] **والفاضل في القواعد**[٢].

[٥] **[كما هو] ظاهرهما [= المصنف والفاضل].**

[٦] فقد قيل: إنّ الفقهاء لم يستعملوه[٣].

ومنه ينقدح الشك في العقد به؛ إذ الواجب الاقتصار على المتيقّن فيما خالف أصالة عدم النقل.

وآية ﴿**أَوفُوا بِالعُقُودِ**﴾[٤] غير مراد منها العموم قطعاً، وإلّا لكان الخارج أضعاف الداخل، بل لا يبعد كون المراد منها الأمر بالوفاء بعقد البيع وعقد الإجارة وغيرهما، لا أنّ البيع مثلاً ينعقد بكلّ لفظ. ولتمام الكلام محلّ آخر.

[٧] إذ ظاهر النص والفتوى تحقّق مسمّاه بذلك من دون اعتبار شرط آخر، بل قد يقال: إنّه لا يقدح قصد غير السلمية في تحقيق كونه سلماً فضلاً عن عدم القصد، وأنّ أقصاه الغلط في القصد بعد أن كان ذلك وظيفة الشارع؛ ضرورة أنّ مرجعه إلى إثبات أحكام شرعية كالقبض في المجلس ونحوه على هذا الموضوع الخاص.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٠٧.

(٢) القواعد ٢: ٤٤.

(٣) الرياض ٨: ٤٣٧.

(٤) المائدة: ١.

فقصد عدمها كالمعارضة للشارع ولئن فرض كونه تشريعاً على وجه لا يريد أنّ النقل والانتقال إلّا على هذا التقدير لم يبعد القول بالبطلان، فتأمّل جيّداً [١].

وكذا يقع بلفظ استلفت واستلمت وتسلّفت وتسلّمت، بناءً على جواز سلم، فيقول المسلّم: قبلت ونحوه.

(و) أمّا عقده بلفظ (**الشراء**) الذي ليس بمعنى البيع فالظاهر كونه من السلم [٢].

قلت: لكن فيه تقديم القبول على الإيجاب، أمّا لو قال: قبلت ونحوه، فقد يقال: بصحّته هنا، بناءً على ما سمعته من اختصاص السلم بجواز كون الإيجاب من المشتري والقبول من البائع فيكون حينئذٍ هذا منه.

(و) كيف كان فـ(**هل ينعقد البيع**) الذي ليس بسلم (**بلفظ السلم، كأن يقول: أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب؟ الأشبه نعم**) عند المصنّف [٣] (**اعتباراً بقصد المتعاقدين**) وإن لم يكن اللفظ حقيقة فيه [٤].

قلت: تفصيل القول في ذلك أنّ النزاع إن كان في قيام صيغة «أسلمت» مقام بعت كالعكس فمحلّه في صيغة البيع.

ولعلّ التحقيق عدم الجواز [٥].

---

[١] **وعلى كلّ حال فما عن بعض الشافعية من أنّ ذلك بيع لا سلم فلا يجب القبض في المجلس[١] وغيره من أحكامه نظراً إلى كون الإيجاب بلفظ البيع.**

فواضح الفساد؛ إذ مع كون الأولى النظر إلى المعاني لاتنافي هنا بين اللفظ والمعنى؛ ضرورة كون السلم نوعاً من البيع، فليس في لفظ البيع ما يقتضي كونه غير سلم حتى يحتاج إلى ترجيح النظر إلى اللفظ على المعنى، كما سمعته عن بعض الشافعية، أو العكس كما في قواعد الفاضل[٢].

فمعنى السلم حينئذٍ لا معارض له، أقصاه عدم وجود اللفظ المخصوص، كما هو واضح.

[٢] **قال في التذكرة: «ولو أسلم بلفظ الشراء فقال: اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا إلى كذا بهذه الدراهم فقال: بعته منك انعقد»[٣].**

[٣] **والفاضل[٤] والكركي[٥] والشهيدين[٦]، بل قال ثانيهما: إنه مذهب الأكثر.**

[٤] **وفي التحرير[٧] كما عن الإيضاح[٨] التوقف فيه.**

[٥] لأنّه مجاز.

---

(١) مغني المحتاج ٢: ١٠٤.
(٢) القواعد ٢: ٤٤.
(٣) التذكرة ١١: ٢٦٠.
(٤) القواعد ٢: ٤٤.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٠٧.
(٦) الدروس ٣: ٢٤٧. المسالك ٣: ٤٠٥.
(٧) التحرير ٢: ٤١٣.
(٨) الايضاح ١: ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

بخلاف العكس فإنّه حقيقة مع عدم قصد الخصوصية ؛ إذ السلم نوع من البيع فاستعمال صيغة البيع فيه استعمال للّفظ فيما وضع له ، أقصاه أنّ لهذا الفرد من البيع أحكاماً خاصة .

أمّا استعمال صيغة « أسلمت » مراداً منها معنى « بعت » المجردة عن السلم فإن جاز فإنّما هو مجاز ، والاحتياط في العقود اللازمة [١] يقتضي عدمه [٢] .

---

[١] باعتبار الاقتصار فيها على المتيقن من العقود في النقل الذي مقتضى الأصل خلافه .

[٢] ومن هنا قال في المسالك : « أنّ القول بالعدم لا يخلو من قوّة »[(١)] .

ودعوى أنّ البيع يصحّ بكلّ ما أدّى ذلك المعنى المخصوص والسلم نوع منه اعتبره الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازاً تابعاً للقصد واضحة المصادرة .

كدعوى أنّه إذا جاز استعماله لما في الذمة المحتمل للغرر كان مع المشاهدة أدخل ؛ لأنّه أبعد من الغرر ؛ إذ مع المشاهدة يحصل العلم أكثر من الوصف ، والحلول يتيقّن معه إمكان التسليم والانتفاع ، بخلاف الأجل فكان أولى بالصحة ؛ إذ هي أوضح من الأُولى بطلاناً ، كالقول : بأنّ البيع ينعقد بملكتك كذا بكذا . ولا ريب أنّ السلم أقرب إلى حقيقة البيع من التمليك المستعمل استعمالاً شائعاً في الهبة ، فإذا انعقد بالأبعد لتأدية المعنى المراد ، فالأقرب إذا أدّاه أولى ؛ إذ فيه بعد إمكان الفرق منع الانعقاد به على تقدير المجازية ، هذا .

ولتحقيق المسألة مقام آخر ، إلّا أنّ المتّجه على تقدير كون المراد من النزاع هنا ذلك أن يكون المثال أسلمت هذا الكتاب في هذا الدينار حتى يكون النقد ثمناً ، كما هو الغالب ، وبه مثّل في القواعد[(٢)] .

اللهمّ إلّا أن يكون مراده انعقاد البيع بعقد السلم ، بمعنى أنّ عقد السلم بكيفية يصح عقد البيع به فيقول المشتري حينئذٍ أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب ، فيقول البائع : قبلت ، فينعقد بيعاً باعتبار أنّ مورده العين التي لا يصحّ السلم فيها . وربّما يومئ اليه مافي المسالك من تفسير ما في المتن : « أي قال ذلك المشتري فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم الثمن والمسلم فيه هو المبيع »[(٣)] .

وهذا وإن كان يناسب وضعه في هذا الباب .

إلّا أنّ الأصح العدم فيه ؛ إذ لا يخلو من أن يكون العاقد قصد في هذا العقد السّلم ولو للجهل منه ، بأن يصح أن يكون مورده العين ، فيصح حينئذٍ بيعاً قهراً عليه ؛ لعدم مدخلية قصد الخصوصيات ؛ ضرورة أنّ من قصد الصرف مثلاً في غير مورده لا يبطل كونه بيعاً .

وربّما أومأ إلى ذلك قولهم : يشترط كون المسلم فيه ديناً فلا ينعقد في عين . نعم ينعقد بيعاً ، أو يكون قد قصد البيع في ذلك من أوّل الأمر .

---

(١) المسالك ٣ : ٤٠٦ .

(٢) القواعد ٢ : ٤٤ .

(٣) المسالك ٣ : ٤٠٥ .

وعلى كلّ حال فهو باطل [١].

---

[١] إذ مرجع الأوّل إلى الغلط الذي لا يصلح لأن يكون عقداً؛ إذ ليس هو من الحقيقة والمجاز، وقصد الصرف في مورد غيره أمر خارج لا يورث استعمالاً للفظ؛ لعدم جعل الشارع إياه قسماً مستقلاً له صيغة تخصه، ومرجع الثاني إلى استعمال عقد السلم في البيع، ولا دليل على صحّة عقد غيره به، سيما إذا كان بكيفية وقوع الإيجاب فيه من المشتري والقبول من البائع الذي لا يصحّ في غير السلم من البيع، هذا.

وفي القواعد بعد أن ذكر أنّ الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال: «وكذا لو قال: بعتك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال: قبلت، ففي انعقاده هبة نظر، ينشأ من الالتفات إلى المعنى واختلال اللفظ، وهل يكون مضموناً على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ من كون البيع الفاسد مضموناً، ودلالة لفظه على إسقاطه، ولو قال: بعتك ولم يتعرّض للثمن فإنّه لا يكون تمليكاً، ويجب الضمان»[١].

ونحوه في التذكرة[٢].

وفيه: أنّ التنافي يندفع اذا عدل باللفظ عن مدلوله إلى معنى آخر لا يكون سببه التنافي؛ لأنّ هذا غير كاف في الصحة، وإلّا فلا يبطل شيء من العقود المشتملة على ما ينافيها؛ لوجود المندوحة في المعدول به إلى مالا ينافي.

والأولى جعل منشأ النظر:

١ ـ وجود لفظ «البيع» المقتضي للثمن.

٢ ـ ووجود المنافي لصحته، وهو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعاً فاسداً، ومن أنّ التقييد بعدم الثمن قرينة على إرادة الهبة من لفظ البيع؛ لأنّ الهبة هي التمليك بغير عوض، فهو مساو لها في المعنى.

وفيه: أنّ عقد الهبة وإن كانت من الجائز، إلّا أنّ عقدها بمثل ذلك محل نظر أو منع.

ومنه يعلم مافي المحكي عن بعضهم من أنّ المدار في ذلك على القصد، فإن قصد الهبة صحّ، وإن قصد البيع بطل[٣].

بل وما عن حواشي الشهيد من أنّ ذلك «مبني على أنّ العقود توقيفية أو اصطلاحية، فعلى الأوّل لا يصح؛ لأنّ البيع لابدّ فيه من العوض، وانتفاء الجهالة، وعلى الثاني يصح»[٤].

إذ من الواضح أنّ الثاني ليس قولاً لأحد منّا، بل ولا احتمالاً.

وأمّا الضمان فهو المتّجه، بناءً على أنّه بيع فاسد، ضرورة كون المنع في العبارة على تقدير صحّة هذا العقد، فمع عدمها يبقى ما دلّ عليه من عموم «على اليد»[٥]. وغيره سالماً.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذلك هبة فاسدة، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وهو لا يخلو من وجه، بناءً على أنّه قصد بذلك الهبة، فتأمّل جيداً، والله أعلم.

---

(١) القواعد ٢: ٤٤.

(٢) التذكرة ١١: ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٣)(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٤٠.

(٥) المستدرك ١٧: ٨٨، ب ١ من الغصب، ح ٤.

[أسلاف الأعراض في الأعراض]:

(و) على كلّ حال فـ(**يجوز إسلاف الأعراض في الأعراض إذا اختلفت**) أو اتفقت ولم تكن مقدّرة بأحد الأمرين أو الثلاثة [١].

(و) أمّا إسلاف الأعراض (**في الأثمان**) [٢] فالحق أنّه يجوز كجواز (**إسلاف الأثمان في الأعراض**[١]) [٣].

---

[١] لإطلاق الأدلّة ، وفي خبر وهب : « لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال ، وما يكال فيما يوزن »[٢].

والمناقشة في سنده يدفعها الانجبار بالشهرة العظيمة ، بل في المختلف عن المرتضى الإجماع عليه ، وأنّه قال : « يجوز عندنا أن يكون رأس المال في السلم غير ثمن من سائر المكيلات والموزونات ، ويجوز أن يسلم المكيل في الموزون والموزون في المكيل ليختلف جنساهما ، وما أظنّ في ذلك خلافاً بين الفقهاء »[٣].

فما عن ابن أبي عقيل من أنّه لا يجوز السلم إلّا بالعين والورق ولا يجوز بالمتاع[٤] واضح البطلان.

وكالمحكي عن أبي علي من أنّه « لا يسلم في نوع من المأكول نوعاً منه إذا اتّفق جنساهما في الكيل والوزن والعدد وإن اختلفت أسماؤها كالسمن في الزيت ؛ لأنه كالصرف نسيئة »[٥].

وإن كان قد يوهمه :

١ ـ صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف رجلاً زيتاً على أن يأخذ [منه] سمناً ؟ قال : « لا يصلح »[٦].

٢ ـ كحسنه : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : « لا ينبغي [للرجل] إسلاف السمن بالزيت ، و [لا] الزيت بالسمن »[٧]. إلّا أنّ الظاهر إرادة الكراهة منهما.

وأوضح من ذلك فساداً ما حكي عنه أيضاً : « لا أختار أن يكون ثمن السلم فرجاً يوطأ »[٨] ؛ لأنّه قد يتطرق الفسخ إلى العقد بسبب تعذّر المسلم فيه فيصادف الفسخ الحبل ، وهو يوجب انتقال أُم الولد إذ هو كما ترى.

[٢] **فقد نصّ عليه غير واحد** ؛ لإطلاق الأدلّة . خلافاً لأبي حنيفة فلا يجوز[٩] ؛ لأنّها لا تثبت في الذمّة إلّا ثمناً ، فلا تكون مثمنة . وفيه منع واضح ؛ إذ لا ريب في جواز بيع الذهب والفضة بهما . اللهمّ إلّا أن يريد إذا كان أحد المقابلين عرضاً.

وفيه منع واضح أيضاً . (و) في خبر غياث عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال : « لا بأس بالسلف في الفلوس »[١٠].

[٣] الذي لا خلاف فيه بيننا ، بل (و) لا بين المسلمين.

---

(١) في الشرائع في المواضع الثلاثة : « الأعواض ».
(٢) الوسائل ١٨ : ٢٩٦ ، ب ٧ من السلف ، ح ١.
(٣) الناصريات : ٣٧١.
(٤) نقله في المختلف ٥ : ١٣٧.
(٥) نقله في المختلف ٥ : ١٤٣.
(٦) الوسائل ١٨ : ٢٩٧ ، ب ٧ من السلف ، ح ٢.
(٧) المصدر السابق : ح ٣.
(٨) نقله في المختلف ٥ : ١٤٩.
(٩) الفتاوى الهندية ٣ : ١٨٠.
(١٠) الوسائل ١٨ : ٢٨٦ ، ب ١ من السلف ، ح ١٢.

نعم (**لا يجوز إسلاف الأثمان في الأثمان ولو اختلفا**) [١].

[**شرائط السلم**]:

المقصد (**الثاني : في شرائطه**) الزائدة على شرائط البيع .

(و) قد قيل : (**هي ستة**) .

(**الأوّل والثاني : ذكر الجنس**) أي الحقيقة النوعية كما سمعته في الربا (**والوصف**) المائز بين أفراد ذلك النوع ، وقد يستغنى به عن ذكر الجنس [٢].

[و] (**الضابط**) فيه : (**أنّ كلّ ما يختلف لأجله الثمن**) اختلافاً لا يتسامح بمثله في السلم (**فذكره لازم**) والمرجع في ذلك [= الاوصاف] الى العُرف [٣].

كما أنّ المرجع إليه أيضاً في معرفة الوصف الذي يحصل الجهالة بترك التعرّض له وغيره ، فإنّ كثيراً من الأوصاف تختلف الثمن بها اختلافاً لا يتسامح فيه ، لكن لا جهالة في عدم التعرّض لها ، وإنّما ينص عليها من له غرض خاص فيها ، وإلّا فلا [٤].

[وقول المصنّف :] (**ولا يطلب في الوصف الغاية بل يقتصر على ما يتناوله الاسم**) بناءً على أنّ المراد منه عدم وجوب الاستقصاء في الوصف .

بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذي يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة في العين ؛ إذ مرجعه حينئذٍ إلى العرف ، وعلى ذلك فإن استقصى كذلك ووجد الموضوع صحّ السلم ، وإن عزّ وجوده بطل .

---

[١] لا لأنّ التقابض شرط ؛ إذ يمكن فرض حصوله بقصر الأجل في المسلم فيه ونحوه ، بل لظهور النصوص[1] المتقدّمة سابقاً في عدم جواز الأجل في النقدين إذا بيع أحدهما في الآخر ، وأنّه لابد من الحلول في بيعهما والتقابض في المجلس ، كما أوضحناه سابقاً .

فتوقّف ثاني الشهيدين فيه هنا[2] في غير محلّه .

هذا كلّه بناءً على اشتراط الأجل في السلم ، وإلّا جاز إسلافها فيها مع التقابض وجاز إسلاف الربويات بعضها في بعض ، كما هو واضح ، والله أعلم .

[٢] لكن قد يناقش في ذلك بأنّه غير خاص في السلم ؛ ضرورة كون المدرك في ذلك رفع الجهالة ، التي لا فرق في اعتبار رفعها بين السلم وغيره .

من هنا قال المصنّف (و) غيره [ذلك].

[٣] ضرورة أنّه ربّما يكون العامي أعرف من الفقيه في ذلك ، ولذا كان حظ الفقيه منها الإجمال ، وستسمع تعرّض جملة من الأصحاب إلى جملة منها وإن أوكلوا الأمر فيه أيضاً إلى ما عرفت .

[٤] وكأنّ إطلاق المصنّف اتكالاً على قوله [ذلك].

---

(١) انظر الوسائل ١٨ : ١٦٧ ، ب ٢ من الصرف .

(٢) المسالك ٣ : ٤٠٧ .

فعلى هذا النهي والأمر الواقعان في العبارة قد يكونان على وجه المنع واللزوم، كما إذا استلزم الاستقصاء عزّة الوجود، وقد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز كما إذا لم يستلزم ذلك [١].

والأمر في ذلك سهل بعد وضوح كون المراد على كلّ حال بيان جواز السلم في غير عزيز الوجود والمنع فيه [٢].

---

[١] ومن هنا قيل: « إنّها أحسن من عبارة القواعد حيث يجوّز، فجمع بين الفردين المختلفين في الصحّة وعدمها، فقال [العلّامة]: « ولا يجب في الأوصاف الاستقصاء لعسر الوجود »، إذ التعليل بعسر الوجود؛ لعدم الجواز، لا لعدم الوجوب، كما قد عرفت »[(١)].

ويمكن أن يراد ممّا في المتن أنّه لا يجب أن يطلب في الوصف الغاية، بل يقتصر على ما يتناوله اسم الوصف، فيكتفى حينئذٍ في وصف الحنطة مثلاً بالحمراء، ولا يطلب الغاية في الاحمرار. وهو وإن كان ألصق بقوله: « بل يقتصر » إلى آخره.

لكنّه فيه أوّلاً: أنّه لا يجوز الاقتصار على اسم الوصف مع فرض اختلاف أفراده بما لا يتسامح فيه، ويؤدّي تركه إلى الجهالة.

وثانياً: لا تكون العبارة عامّة للمعروف بين الأصحاب هنا النص عليه من المبالغة في كثرة الأوصاف. فلا ريب في أنّ حمل العبارة على الأوّل الذي هو أعم من ذلك أولى. ولا ينافيه الإضراب بناءً على ما عرفت.

نعم لولاه [أي الأول] لأمكن حمل النهي في العبارة على حقيقته، على معنى أنّه لا يفعل ذلك بحيث يؤدي إلى عزّة الوجود لبطلان السلم فيه حينئذٍ؛ لما ستعرف من اشتراط كون وجوده غالباً، مع احتمال أن يقال فيه: إنّ المراد من الأمر بالاقتصار بيان ابتداء الرخصة في جواز ذلك حتى ينتهي إلى الوصف المؤدّي إلى عزّة الوجود.

[٢] **بل قيل: إنّه لا خلاف فيه**[(٢)]، **بل ربّما ادعي الإجماع عليه**، بل قيل: إنّه الدليل له، مضافاً إلى التعليل بأنّ عقد السلف مبني على الغرر؛ لأنّه بيع ماليس بمرئي، فإذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدّياً إلى التنازع والفسخ فكان منافياً للمطلوب من السلف[(٣)]. وإن كان هو كما ترى. وعن الايضاح توجيهه « بأنّه لمّا جلّ جناب الحقّ جلّ شأنه عن التكليف بما لا يطاق، واقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالباً بمجرّد ما يرد على العبد من متناقض الإرادات أبطل السلم فيما يؤدّي إلى أحدهما قطعاً وما تجدّد أداؤه تجدّد بطلانه ».

قال: « فظهر من ذلك أنّ ما يعزّ وجوده لا يصلح السلم فيه وبقي مالا يعزّ، لكن وجوده أقلّ في الأغلب لاستقصاء الصفات، والأقرب فيه الصحة؛ لعدم استلزامه المحال، مع إمكانه في نفسه وجواز ثبوته في الذمة، ولوجود المقتضي، وهو عقد البيع وانتفاء المانع، وهو عزّة الوجود »[(٤)].

وفي التذكرة: « قد بيّنّا أنّ الاستقصاء في ذكر الأوصاف المخرج إلى عزّة الوجود وعسر التحصيل مبطل للسلم؛ لما فيه من تعذّر التسليم الذي هو مانع من صحّة البيع » إلى أن قال: « والضابط عزّة الوجود وتعذّره يبطل معه، ويصحّ بدونه »[(٥)].

---

(١) المسالك ٣: ٤٠٧ ـ ٤٠٨.
(٢) الرياض ٨: ٤٣٧.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٤٤٣.
(٤) الايضاح ١: ٤٦٠.
(٥) التذكرة ١١: ٢٨٤.

قلت: ومن ذلك يعلم أنّ المراد بعزيز الوجود ممتنعه وبطلان السلم فيه حينئذٍ واضح [١].

بل الظاهر بطلان غير السلم فيه من المعاوضات كجعله ثمن مبيع ونحوه، بل لا يبعد إلحاق الندرة التي تعد المعاملة معها سفهاً به.

نعم لا بأس بها إذا لم تكن كذلك وإن حصلت المشقة معها [٢].

وتسمع تمام الكلام في ذلك في اشتراط غلبة الوجود، بناءً على أنّ المنع في عزيز الوجود يؤول إلى فقدان هذا الشرط، لا أنّه شرط آخر، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

(ويجوز اشتراط الجيّد والرديء) [٣].

نعم (لو شرط الأجود لم يصحّ لتعذره) [٤].

قلت: لا ريب في جوازه مع هذا الفرض [أي إمكان ضبطه]، وأنّه لا يؤدّي إلى عزة الوجود، بل ينبغي الجواز أيضاً مع إرادة ما يصدق عليه أنّه من الأجود عرفاً، لا المرتبة التي ليس فوقها أجود منها [٥].

---

[١] أ ـ وصحيح عبدالرحمن[١] وغيره دال عليه.

ب ـ مضافاً إلى معلومية اشتراط القدرة على التسليم.

[٢] **كما نصّ عليه في القواعد والدروس[٢] وغيرهما.**

[٣] **بلا خلاف**؛ للإطلاق السالم عن المعارض من عزّة الوجود وغيرها، بل قد يقال: بكونهما من الأوصاف التي يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما، **ومن هنا حكي عن المبسوط والتذكرة وجوب التعرض لهما[٣]، بل في التحرير الإجماع واقع على ذكر الجودة[٤]، وفي الدروس قيل: يجب ذكر الجودة والرداءة بالإجماع، وإن قال: فيه نظر[٥]**. ولعلّه كذلك ولو بالنسبة إلى البعض.

(و) على كلّ حال فلا ريب في جواز ذكرهما.

[٤] **بلا خلاف أجده، بل في التذكرة إجماعاً[٦]، وفي الروضة: أنّه موضع وفاق[٧]**؛ لعدم تناهي مراتبهما، وعلى كلّ تقدير فهو غير معلوم.

لكن في التذكرة بعد دعوى الوفاق المزبور قال: «فيه إشكال؛ لإمكان ضبطه في بعض الأمتعة كالطعام فإنّه قد يتناهى جودته»[٨].

[٥] وكأنّه إلى ذلك نظر الأردبيلي وصاحب الكفاية فيما حكي عنهما من احتمال الجواز[٩].

---

(١) الوسائل ١٨: ٤٧، ب٧ من أحكام العقود، ح٣.

(٢) القواعد ٢: ٥٢. الدروس ٣: ٢٥٦.

(٣) المبسوط ٢: ١٧٣. التذكرة ١١: ٣١٧.

(٤) التحرير ٢: ٤١٦.

(٥) الدروس ٣: ٢٤٨.

(٦) (٨) التذكرة ١١: ٣١٨.

(٧) الروضة ٣: ٤٠٤.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٥٦. كفاية الأحكام ١: ٥٢٠.

كما أنّ [بناءً على إرادة] [١] حقيقة اللفظ لغة فيتجه المنع حينئذٍ (**وكذا لو شرط الأردأ**) [أي لم يصح] [٢].

ويأتي فيه [= في الأردأ] ما سمعت بل قال المصنّف: (**ولو قيل في هذا بالجواز لكان حسناً**) لـ(**كان التخلّص**) بدفع الرديء [٣].

(و) التحقيق ما سمعته في الأجود فتأمّل جيداً. ثمّ إنّه (**لابدّ**) مع ذلك (**أن تكون العبارة الدالة على الوصف معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في**) العرف أو (**اللغة حتى يمكن استعلامها عند اختلافهما**).

فلو جهلاها أو أحدهما بطل، ولا يكفي الإحالة على المراد لغة أو عرفاً [٤].

والمراد بظهورها في العرف أو اللغة معروفية اتصاف العين بالوصف المشترط في أحدهما كي يحصل به قطع النزاع لو حصل [٥].

---

[١] [كما أنّ] نظر الأصحاب لإرادة [ذلك].

[٢] فإنّه ما من رديء إلّا وهناك أردأ منه.

[٣] لأنّه إن كان هو الأردأ فهو عين الحقّ، وإلّا زاده خيراً ويجب عليه القبول؛ لأنّه وفاء وزيادة، كما يومئ إليه النصوص في باب القرض[(١)]، بل عدّته من حسن القضاء، وأنّه من الفضل الذي قد نهينا عن نسيانه، **بل في التحرير والإرشاد الحكم بالصحة**[(٢)]، **وحكاه في التذكرة قولاً لبعض أصحابنا**[(٣)]، وإن كنت لم أجده لأحد قبله، **بل هو قد استشكل في القواعد**[(٤)]، **وحكم بالبطلان في التذكرة**[(٥)]، **كالشيخ وفخر المحققين والشهيدين والكركي**[(٦)] **وغيرهم**؛ لعدم الضبط، ووجوب قبض الجيد عنه لو دفع لا يصيره مضبوطاً عند العقد: أ ـ لأنّه ليس من أفراده. ب ـ على أنّه إذا امتنع من الأداء لم يتمكّن الحاكم من إجباره. ١ ـ لعدم ضبط الأردأ. ٢ ـ وعدم استحقاق غيره عليه.

[٤] ضرورة عدم صدق ارتفاع الجهالة بذلك بعد ظهور ما دلّ على شرطيته فيما بين المتعاقدين.

[٥] ولعلّه لذا قال في القواعد: «الصفات إن لم تكن مشهورة عند الناس لقلة معرفتها كالأدوية والعقاقير أو لغرابة لفظها فلا بدّ أن يعرفها المتعاقدان وغيرهما، وهل تعتبر الاستفاضة أم يكفي معرفة عدلين؟ الأقرب الثاني»[(٧)]، كما عن الإيضاح أيضاً[(٨)]، بل في جامع المقاصد: أنّ الأقرب الأوّل؛ لإمكان موت أحدهما أو غيبته، لكن قال: «إنّ هذا ـ أي ما ذكره المصنّف ـ لا يناسب مابنى عليه الباب من عدم الجواز فيما لا يعم وجوده ويعزّ حصوله»[(٩)].

وفي المسالك: «المراد بظهورها في اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع إليها عند اختلافهما، كما قيّده، وإنّما يتم ذلك إذا كان مستفاضاً أو يشهد به عدلان»[(١٠)].

---

(١) انظر الوسائل ١٨: ٣٦٠، ب ٢٠ من الدين والقرض.
(٢) التحرير ٢: ٤١٦. الإرشاد ١: ٣٧١.
(٣)(٥) التذكرة ١١: ٣١٨. (٤) القواعد ٢: ٤٥.
(٦) المبسوط ٢: ١٧٥. الايضاح ١: ٤٥٩. اللمعة: ١١٥. المسالك ٣: ٤٠٨. جامع المقاصد ٤: ٢١٣.
(٧) القواعد ٢: ٤٩. (٨) الايضاح ١: ٤٦٢.
(٩) جامع المقاصد ٤: ٢٢٣ ـ ٢٢٤. (١٠) المسالك ٣: ٤٠٩.

وعلى كلّ حال فلو ذكرا وصفاً لا يمكن معرفته وتحققه في أحدهما بطل السلم فلا يجوز.

ولعلّ من ذلك بعض الأوصاف التي يذكرها الأطباء من درجات الحرارة أو البرودة ونحوهما، وكان المرجع في ذلك إمّا الجهالة عرفاً أو ما يساويها في الأول إلى النزاع الذي أراد الشارع حسم مادته بالعقود المعروفة، لا إثارته بأن يشرع منها ما يؤدّي إليه مما نحن فيه وغيره، فتأمّل جيّداً [١].

(و) كيف كان فقد بان لك من ذلك كلّه أنّه (**إذا كان الشيء ممّا لا ينضبط بالوصف**) على وجه ترتفع جهالته ولا يؤدّي إلى عزة وجوده (**لم يصحّ السلم فيه**) قطعاً.

نعم قد يشكّ في بعض أفراده (**كاللحم نيّه ومشويّه والخبز**) [٢] [وإن كان الظاهر جوازه].

---

[١] فإنّه لا دليل واضح على اعتبار ظهور العبارة في العرف واللغة بعد فرض المعلومية بينهما، واحتمال الاختلاف يرجع فيه إلى قواعد التداعي. فما في المتن مجرّد اعتبار. نعم لو كان المراد ما يؤدّي إلى المعلومية في المبيع اتجه حينئذٍ، أمّا الزائد على ذلك فلا دليل عليه، والله العالم.

[٢] **وإن نفى الخلاف في الرياض فيهما**(١)، **بل حكي عن الغنية الإجماع عليه**(٢)، فإنّه ربّما استشكل في الأوّل بأنّه لا فرق بين الحيوان ولحمه وبينه وبين الشحم، فإذا جاز فيهما جاز في الآخر. وفي الثاني بأنّ النصوص(٣) قد جوّزت قرضه، وأنّه لا بأس بالتسامح فيه، ولو كان ممّا لا ينضبط وصفه لم يجز قرضه مضموناً بمثله.

وقد يجاب عن الأوّل: بأنّ الشارع قد كشف عن عدم ضبطه بالوصف.

ففي خبر جابر: سألت الباقر عليه السلام عن السلف في اللحم؟ فقال: «لا تقربنّه، فإنّه يعطيك مرّة السمين، ومرّة التاوي، ومرّة المهزول، واشتر معاينة يداً بيد» بل قال أيضاً: وسألته عن السلف في روايا الماء؟ فقال: «لا تقربنّها فإنّه يعطيك مرّة ناقصة ومرّة كاملة»(٤). اللهمّ إلّا أن يحمل ذلك منه عليه السلام على الإرشاد لعدم الوفاء، كما استظهره في الحدائق حاكياً عن بعض مشايخه أنّه حمله على الكراهة(٥)، لا أنّ مراده عدم جواز السلم فيه؛ لعدم الانضباط بالوصف. وعن الثاني: بالفرق بين القرض والسلم، فإنّه قد يتسامح في الأوّل بما لا يتسامح في الثاني، المبني على رفع الغرر والجهالة، كما لا يخفى على من لاحظ أحكامهما معاً، وما ورد فيهما من النصوص(٦).

وعلى كلّ حال فالأمر سهل بعد معرفة الضابط في الجواز والعدم، وأنّ ما شكّ فيه فالإطلاقات تقتضي جوازه؛ لعدم تحقق الجهالة المانعة من الصحة؛ إذ المناقشة في الأمثلة ليست من دأب المحصّلين، خصوصاً بعد اختلاف حالها في الأمكنة والأزمنة، وخصوصاً بعد ملاحظة جواز بيع الشخص الموصوف بالأوصاف الرافعة للجهالة عنه؛ ضرورة إمكان فرض ذلك في الكلّي على وجه لا يؤدّي إلى عزّة الوجود، كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) الرياض ٨: ٤٣٨.
(٢) الغنية: ٢٢٧.
(٣) انظر الوسائل ١٨: ٣٦١، ب ٢١ من الدين والقرض.
(٤) الوسائل ١٨: ٢٨٧، ب ٢ من السلف، ح ١.
(٥) الحدائق ٢٠: ١٢.
(٦) انظر الوسائل ١٨: ٢٨٣، ب ١ من السلف.

(و) من ذلك السلم (**في الجلود**) وإن قال المصنّف : فيه (**تردد**) [١] . (**وقيل**) [٢] : (**يجوز مع المشاهدة**) التي تدفع المحذور السابق . (**وهو**) وإن كان كذلك إلّا أنّه ردّه المصنّف بأنّه (**خروج عن السلم**) [٣] .

هذا ، وقد يقال بالصحة [في بيع الجلود سلماً] لو فرض إمكان المعلومية بمشاهدة انموذج يرفع الجهالة ولا يؤدّي إلى عزّة الوجود [٤] .

(و) كيف كان فـ [ـقد قيل :] [٥] إنّه (**لا يجوز**) السلم (**في النبل المعمول**) [٦] .

---

[١] ينشأ من عدم إمكان ضبطها ومعرفتها على وجه ترتفع جهالتها ، ولا يؤدّي إلى عزّة الوجود إلّا بالمشاهدة التي يخرج معها عن السلم ؛ لشدّة اختلاف قيمتها معها ، بحيث لا يقوم الوزن مقامها ولا غيره . ومن هنا كان المشهور نقلاً وتحصيلاً المنع .

[٢] **والقائل الشيخ والقاضي فيما حكي عنهما**[١] .

[٣] الذي قد عرفت وجوب كونه كلياً مضموناً في الذمة . وأجاب عنه في المسالك « بأنّه إنّما يخرج مع تعيين المبيع ، وكلام الشيخ أعم منه ، فيمكن حمله على مشاهدة جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلاً في ضمنها ، وهذا القدر لا يخرج عن السلم ، كما لو شرط الثمرة من بلد معيّن أو الغلّة من قرية معيّنة لا تخيس عادة » . إلّا أنّه قال بعد ذلك : « والأجود المنع [مطلقا] للاختلاف وعدم الانضباط »[٢] . وفيه : أنّ الأجود الجواز ، بناءً على ما ذكره ، إذا جعل المسلم فيه كلّياً معلوماً مضموناً في الذمة ، ثمّ اشترط الأداء من المشاهد ، وإلّا فاشتراط الأداء من المشاهد لا يرفع الجهالة عن المبيع الكلي ؛ إذ هو ليس من أوصافه ، لا أنّه جعل المسلم فيه واحداً منها ، كما عساه يفهم من كلامه أوّلاً ؛ إذ هو إن صحّ كان على سبيل الإشاعة وهو خارج عن السلم كخروج الكلّي غير المضمون في الذمة عنه . أمّا الأوّل فلا إشكال في صحته ، بل قيل[٣] : إنّ ظاهر الخبرين يقتضي الصحّة مطلقاً ، قال في أحدهما : إنّي رجل قصاب أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم ، فقال : « ليس به بأس ، ولكن أنسبها إلى غنم أرض كذا وكذا »[٤] ، وفي الآخر رجل يشتري الجلود من القصاب فيعطيه كلّ يوم شيئاً معلوماً ، قال : « لا بأس به »[٥] . وإن كان فيه : أنّهما مع ضعفهما ، وعدم الجابر ، بل الشهرة على خلافهما ، بل الثاني منهما غير دالّ على المطلوب ، بل لا صراحة فيهما بالسلم يمكن تنزيلهما على الصورة الصحيحة أو الشراء بصلح ونحوه أو غير ذلك .

[٤] **ولعلّ مراد الشيخ ذلك من المشاهدة التي حكم بالجواز معها**[٦] ، والله العالم .

[٥] **[وهو] المشهور كما عن الكفاية**[٧] .

[٦] للمانع المزبور ؛ ضرورة كونها تجمع أخلاطاً مقصودة ؛ لأنّ فيها خشباً وعصباً وريشاً ، بل قيل : « إنّ الأقرب عدم جوازه في المنحوت منها ؛ لعدم القدرة على معرفة نحتها وتفاضل في الثمن وتتباين فيه مع كونها مخروطة خفيفة الأطراف ثخينة الوسط ، فلا يمكن ضبطها ، قيل : وكذا القسي »[٨] . وفيه : أنّه يمكن فرض الضبط في العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور .

---

(١) النهاية : ٣٩٧ . ونقله عن القاضي في المختلف ٥ : م ١٤٤ .
(٢) (٣) المسالك ٣ : ٤٠٩ . انظر الحدائق ٢٠ : ١٣ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٢٩٣ ، ب ٥ من السلف ، ح ٤ .
(٥) الوسائل ١٨ : ٢٩٠ ، ب ٣ من السلف ، ح ٧ .
(٦) النهاية : ٣٩٧ .
(٧) كفاية الأحكام ١ : ٥٢١ .
(٨) مفتاح الكرامة ٤ : ٤٤٤ ـ ٤٤٥ .

[ويمكن فرض الضبط في العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور]، بل قد يدّعى ذلك في المعمول منها أيضاً، بل والقسي.

وأمّا غير المنحوت منها فلا ريب في جوازه [١] (**و**) من هنا قال المصنّف : (**يجوز في عيدانه قبل نحتها**). نعم لابدّ [في العيدان قبل النحت] من التقدير بالعدد أو الوزن، والله أعلم.

[قال المصنّف :] (**و**) كذا (**لا**) يجوز (**في الجواهر واللآلي لتعذّر ضبطها**) بحيث ترتفع جهالتها، (**و**) لا يؤدي إلى عزّة الوجود لـ (**تفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها**) بالحجم والوزن وغيرهما.

لكن [ظاهره :] [٢] عدم الفرق في ذلك بين الكبار والصغار، وما يراد منه للدواء وغيره. وهو لا يخلو من إشكال [٣].

و[أمّا معرفة الصغار من اللآلي] [فـ]ـالأولى إناطة ذلك بالعرف [قال المصنّف :] (**ولا**) يجوز أيضاً (**في العقار والأرضين**) [٤]. والأمر في ذلك كلّه سهل بعدما عرفت الضابط في الجواز والعدم [٥].

فنقول : قد عرفت أنّه (**يجوز السلم**) في كلّ ما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم بين المتعاقدين وغيرهم من

---

[١] لإمكان الضبط الذي لا يقدح فيه ما لا يتفاوت به الثمن من الاختلاف.

[٢] **كغيره ممن أطلق [ذلك].**

[٣] **إذ قد صرّح بجوازه في الصغار الشهيدان[١] والكركي[٢] وغيرهم، بل في الدروس : « أن الأقرب جوازه في العقيق وشبهه من الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيّناً »[٣].**

قيل : وضابط الصغار من اللآلي كلّما يباع بالوزن فلا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيرة عرفاً، وعن بعضهم تحديدها بما يطلب للتداوي دون التزين، أو ما يكون وزنه سدس دينار[٤].

[٤] للمانع المزبور.

[٥] خصوصاً بعد ما سمعت أنّ العامي ربّما يكون أعرف من الفقيه في ذلك وإن أكثر الأصحاب في الأمثلة للجائز والممنوع، كما أكثروا في بيان الأوصاف للموصوفات.

مع أنّه أُطلق في النصوص : أنّه « لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول والعرض »[٥]، و « لا بأس به في الحيوان إذا وصفت الأسنان »[٦] اتكالاً على العرف، فكان الأولى بالأصحاب ذلك أيضاً.

(و) لعلّ المقصود [بالأمثلة التي ذكرها الأصحاب] التنبيه إجمالاً، فلا بأس بالتأسّي بهم والاقتداء بأنوارهم.

---

(١) الدروس ٣: ٢٤٨. المسالك ٣: ٤١٠.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢١١.

(٣) الدروس ٣: ٢٤٨.

(٤) الرياض ٨: ٤٤٠.

(٥) الوسائل ١٨: ٢٨٣، ب ١ من السلف، ح ١.

(٦) المصدر السابق: ٢٨٤، ح ٣.

غير تأدية إلى عزّة الوجود، فلا إشكال حينئذٍ في جوازه (**في الخضر والفواكه، وكذا كلّ ما تنبته**[١] **الأرض، وفي البيض والجوز واللوز**) وغيرها مما هو كذلك؛ لإمكان ضبطها بالوصف المزبور الذي مرجعه عند التحقيق إلى العرف.

لكن [قيل:] [١] [يعتبر في الحنطة والشعير البلد والحداثة والعتق واللون والكبر والصغر والصرابة وضدها].

قلت: وكذا غيرهما من الحبوب [٢].

وأمّا الرطب فهو وإن كان لا يكون عتيقاً إلّا أن له اشتراط لقطة يومه أو أمسه.

بل لعلّ حداثته وعتقه بذلك.

بل قد يقال: بلزوم التعرّض لذلك [٣].

---

[١] [قاله] في الدروس:

«أنّه يذكر في الفواكه البلد والنوع والطراوة أو ضدّها واللون إن اختلف، وفي الزبيب البلد والنوع والكبر والصغر واللون إن اختلف نوعه أو غيره، وفي التمر البلد والنوع والكبر والصغر والحداثة والعتاق واللون إن اختلف النوع، وفي الرطب ذلك كلّه إلّا العتاقة ويجب الفارق، ولو شرط المنصّف والمذنّب لزم، وله الجاف من التمر والزبيب الخالي من الحثالة، ولا يجب تناهي الجفاف، وفي الحنطة البلد والحداثة والعتق واللون والكبر والصغر والصرابة وضدها، ولا يشترط ذكر حصاد عام أو عامين، وإن ذكره جاز، وفي الشعير ذلك كلّه»[٢].

[٢] **لكن عن المبسوط أنّ جملة وصف الحنطة ستة، إلّا أنه أبدل الصرابة بالجودة والرداءة، وزاد المحمولة والمولدة**[٣].

وتبعه في التذكرة: «يصف الحنطة بأُمور ستّة البلد، فيقول: شامية أو عراقية، فان أطلق حمل على ما يقتضيه العرف إن اقتضى شيئاً وإلّا بطل، ويقول: محمولة أو مولدة يعني محمولة من البلد الذي تنسب إليه، أو تكون مولدة في غيره، ويذكر الحداثة والعتق والجيّد والرديء، واللون كالحمراء والبيضاء والصفراء إن اختلفت، وبالحدارة وهي إمتلاء الحب والدقة وصفائه، ويذكر الصرابة أو ضدها، وينبغي أن يذكر القوي أو ضده» إلى أن قال: «وكذا حكم كلّ صنف من الحبوب من أُرز أو دخن أو شعير أو سلت»[٤].

وفي القواعد: «أنّه يذكر في البُرّ وغيره من الحبوب البلد والحداثة والعتق والصرابة أو ضدها»[٥].

وظاهره الاكتفاء في رفع الجهالة عرفاً بالثلاثة.

[٣] **كما عن بعض الشافعية**[٦]؛ لاختلاف الثمن والرغبة باختلافهما اختلافاً يؤدّي عرفاً إلى الجهالة بدونهما، والله أعلم.

---

(١) في الشرائع: «نبتته».

(٢) الدروس ٣: ٢٥١ ـ ٢٥٢ مع تقديم وتأخير في العبارة.

(٣) المبسوط ٢: ١٧٤.

(٤)(٦) التذكرة ١١: ٣١٦ ـ ٣١٧، ٣١٥.

(٥) القواعد ٢: ٤٧.

(وفي الحيوان كلّه) غير الأناسي منه (والأناسي) [١].

(و) كذا الكلام في السلف في (الألبان والسمون والشحوم والأطياب والملابس والأشربة والأدوية بسيطها ومركّبها ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها) [٢].

---

[١] لكن في الدروس: «أنّه يذكر في الإبل السن والذكورة أو ضدّها واللون والصنف كالعرابي والبخاتي والنتاج إذا كان معروفاً عام الوجود، وكالعبادي ـ نسبته إلى عَباد بالفتح، وهم قبائل شتّى من بطون العرب اجتمعوا على النصرانية بالحيرة ـ وفي الخيل الذكورة والسن والنوع كالعربي والتركي واللون، وفي البقر والحمر السن والنوع والذكورة واللون والبلد، وفي الطير النوع واللون وكبر الجثة لعدم العلم بسنّه، وفي الرقيق الذكورة والنوع واللون والسن والقدّ كالطويل والقصير والربعة، ولو قدّره بالأشبار احتمل المنع؛ لإفضائه إلى عزّة الوجود، ويحتمل وجوب ذكر الكحل والدعج والزجج وتكلثم الوجه في الجارية وكونها خميصة ريانة الملمس ثقيلة الردف أو أضداد ذلك؛ لتفاوت الثمن به وعدم عزته، والأقرب وجوب تعيين البكارة والثيبوبة في الأمة، فلو أطلق بطل، ولا يشترط ذكر الملاحة، فلو ذكرها روعي العُرف، ويحمل على أقلّ درجته، ويحتمل البطلان لعدم انضباطها، فإنّ مرجعها إلى الاستحسان والشهوة المختلفين باختلاف الطباع، ولا يجب التعرّض لآحاد الأعضاء؛ لعدم تفاوت الثمن فيه بيّناً، وربّما أدّى إلى عزّة الوجود»[١].

وفي القواعد:

«أنّه يذكر في الحيوان: النوع واللون والذكورة أو الأُنوثة والسن، وفي الأناسي: زيادة القدّ كرباعي أي أربعة أشبار أو خماسي فيقول: عبد زكي اسمه ابن سبع طويل أو قصير أو ربع» إلى أن قال: «ولو اختلف النوع الواحد في الرقيق وجب ذكر الصنف، ولو اتحد لونه كفى نوعه عنه» ثمّ قال: «ويذكر في الإبل: الذكورة أو الانوثة والسن كبنت مخاض واللون كالحمرة، والنوع كنعم بني فلان أو نتاجهم كبختي أو عربي إن كثروا وعرف لهم نتاج، وإلّا بطل كنسبة الثمرة إلى بستان، وفي الخيل: السنّ واللون والنوع كعربي أو هجين، ولا يجب التعرّض للشيات كالأغر والمحجّل، وفي الطير: النوع والكبر والصغر من حيث الجثة ولانتاج للبغال والحمير، بل يذكر عوضه النسبة إلى البلد»[٢]، ويقرب من ذلك كلّه مافي التذكرة[٣].

لكن لا يخفى عليك مافي دعوى توقّف رفع الجهالة له عرفاً على ذكر بعض ذلك، أو مقتضٍ غيره، أو دليل بالخصوص، ولعلّ عرفهم غيرُ عرفنا الآن في ذلك، بل وفي عزّة الوجود وعدمه، فإنّه يمكن دعوى عدمها في جملة ممّا ذكروا أنّه مقتض لها، والأمر سهل بعد ما عرفت من كون المدار على رفع الجهالة عرفاً، وعدم عزّة الوجود، ومع الشك فالعمومات تقتضي الجواز، والله أعلم.

[٢] وإن ذكر في القواعد والدروس وجوب التعرّض في الأوّل إلى النوع كالمعز والمرعى[٤]، بل في الأوّل منهما:

---

(١) الدروس ٣: ٢٤٩ مع تقديم وتأخير في العبارة.

(٢) القواعد ٢: ٤٦ ـ ٤٧.

(٣) التذكرة ١١: ٢٩٨، ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٤) القواعد ٢: ٤٨. الدروس ٣: ٢٥٠.

قلت: لا ينبغي التأمل في عدم وجوب معرفة مقدار الأجزاء [في الأدوية] إذا لم يكن له ضابط معيّن مقصود، كما أنّه لا ينبغي التأمّل في وجوب المعرفة معه.

وأمّا الجملة فإن كانت من المعتبرات وجب، وإلّا ضبطت فيه ليتمكّن من الوفاء، وتسمع قوّة عدم اعتبار الضبط بالوزن والكيل المتعارف، والله أعلم، هذا.

«وإن قصد به الجبن أو الكشك احتمل ذكر الزمان بالصفاء والغم، فإنّ لهما أثراً بيناً في ذينك عند أهله»[1] **وقالا معاً: «ويلزمه مع الاطلاق حلبة يومه»، كما أنّهما قالا أيضاً: «يعتبر في الثاني ذكر النوع كالبقر واللون كالأصفر والمرعى والحداثة أو ضدها»**[2].

وينبغي أن يذكر في الثالث النوع واللون والصفاء ونحو ذلك مما يتوقّف رفع الجهالة عليه، وكذا الرابع.

وأمّا الملابس ففي الدروس: أنّه «يذكر في الثياب: النوع والبلد والعرض والصفاقة والغلظ والنعومة أو أضدادها، ولا يجوز ذكر الوزن لعسره، وله الخام عند الإطلاق، وإن ذكر المقصور جاز، فإن اختلف البلدان ذكر بلد القصارة كالبعلبكي والقبطي، ويجوز اشتراط المصبوغ فيذكر لونه وأشباعه أو عدمه، ولا فرق بين المصبوغ بعد نسجه أو قبله على الأقوى، ومنعه الشيخ إذا صبغ بعد غزله؛ لأنّ الصبغ مجهول، ولأنّه يمنع من معرفة الخشونة والنعومة، وفي وجوب ذكر عدد الخيوط نظر، أقربه ذلك لاشتهاره بين أهله وتأثيره في الثمن»[3].

ويقرب منه مافي القواعد وإن قال: «إنّه يذكر في الثياب ثمانية: النوع كالكتان والبلد واللون والطول والعرض والصفاقة والرقة والنعومة أو أضدادها»[4].

ثمّ ذكر بعد ذلك أوصاف الغزل والقطن والصوف، كما أنّه في الدروس كذلك أيضاً وذكر الحرير والكرسف والكتان وغير ذلك.

إلّا أنّه أجاد بعد ما أطنب وتعرّض لثلاثة عشر مما تعمّ به البلوى.

قال: «ومدار الباب على الأُمور العرفية وربّما كان العوام أعرف بها من الفقهاء، وحظّ الفقيه البيان الاجمالي»[5]. وهو جيّد جداً. ومنه يعرف الحال فيما ذكره المصنّف وغيره.

لكن ظاهر المصنّف عدم جواز السلم في الأدوية المركّبة مع اشتباه مقدار عقاقيرها أي أجزائها التي تتركب منها.

بل في المسالك: «أنّه يعلم من ذلك اشتراط العلم بمقدارها نفسها بطريق أولى لترتفع الجهالة». لكن قال: «وفي اعتبار ذلك في المشاهد نظر، من توقّف العلم عليه، ومن مشاهدة الجملة، وهو أجود»[6].

---

(١) القواعد ٢: ٤٧ ـ ٤٨.

(٢) الدروس ٣: ٢٥٠.

(٣) القواعد ٢: ٤٧ ـ ٤٨، الدروس ٣: ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٤) القواعد ٢: ٤٨.

(٥) الدروس ٣: ٢٥٣.

(٦) المسالك ٣: ٤١٠ ـ ٤١١.

(و) لا ريب في أنّه يجوز السلف (**في جنسين مختلفين صفقة واحدة**) مع جمع كلّ منهما لشرائط السلم اتحدا في الأجل أو اختلفا، وكذا الثمن [١].

(و) كذا (**يجوز السلم**[١] **في شاة لبون**) [٢].

(و) لذا (**لا يلزم**) عليه (**تسليم مافيه لبن**) من الشاة (**بل**) يكفيه (**شاة من شأنها ذلك**) بل لو كان فيها لبن فعلاً كان له حلبها وتسليمها بلا لبن.

نعم المفهوم عرفاً من ذلك كونها ذات لبن بالقوّة القريبة من الفعل [٣].

(و) كذا (**يجوز**) [السلم] [٤] (**في شاة معها ولدها**) [٥]. وكذا الجارية معها ولدها (**وقيل**) [٦]: (**لا يجوز**) فيهما معاً (**لأنّ ذلك مما لا يوجد إلّا نادراً**) [٧] [وفيه منع واضح]. نعم [قد قيل:] [٨] المنع في الجارية الحسناء معها ولد صفته كذا وكذا أو أُخت أو عمة بحيث يتعذّر حصوله، وهو كذلك [٩].

---

[١] لإطلاق الأدلّة بلا معارض.

[٢] **بلا خلاف أجده؛ لوجود المقتضى** وارتفاع المانع، **خلافاً للشافعي في أحد قوليه فمنعه؛** لمجهولية اللبن[٢].

وفيه: مع أنّه من التوابع أنّ ذلك وصف للنوع لا سلم في اللبن.

[٣] **ومن هنا جزم في المسالك بعدم الاجتزاء بتسليم الحامل وإن قرب أوان ولادتها، أمّا لو كانت حاملاً وقد درّ اللبن أمكن وجوب القبول للصدق**[٣]، والأمر سهل بعد إن كان المدار على العرف كما هو واضح.

[٤] **عندنا كما في التذكرة**[٤].

[٥] **وفاقاً للمشهور كما في المسالك؛** لإمكان الضبط بالوصف الرافع للجهالة[٥]، ولا يؤدّي إلى عزّة الوجود.

[٦] **والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه والشهيد في اللمعة**[٦].

[٧] **وربّما ظهر من المتن نوع تردّد فيه؛ لقوله: «وكذا... إلى آخره».**

وعلى كلّ حال ففيه منع واضح.

[٨] **[قاله] في التذكرة**[٧].

[٩] **وفي الدروس: المنع من اشتراط الولد مع الأُم المقصود بها التسري، قال: «ولو قصد بها الخدمة كالزنجية جاز لقلّة التفاوت»**[٨].

وفيه: منع عزّة وجود الأولى أيضاً، **كما جزم به ثاني الشهيدين**[٩]. **ومن الغريب أنّه جزم في الدروس بجوازه أيضاً في الجارية الحامل، سواء كانت حسناء أو شوهاء**[١٠]، **وفي اللمعة بالعدم، موافقاً للمحكي عن المبسوط**[١١]. **ومن هنا قال في المتن [ذلك].**

---

(١) في الشرائع: «الإسلاف».
(٢) الأُم ٣: ١٢٠.
(٣)(٥)(٩) المسالك ٣: ٤١١.
(٤) التذكرة ١١: ٣٠٣ وليس فيه: «عندنا».
(٦) المبسوط ٢: ١٧٦. اللمعة: ١١٦.
(٧) التذكرة ١١: ٢٨٤.
(٨)(١٠) الدروس ٣: ٢٤٩.
(١١) اللمعة: ١١٦. المبسوط ٢: ١٧٦.

[وقال المصنّف] (**وكذا التردّد**) في السلم (**في جارية حامل لجهالة الحمل**).

وفيه: أنّه تابع (**و**) لا عزّة وجود (**في**) الجارية الحامل الموصوفة بما يرتفع معها جهالتها، فالأجود الجواز في الجميع بعد أن كان المدار في المنع على عزّة الوجود المعلوم منعها في المقام، كما هو واضح، كوضوح (**جواز الإسلاف في جوز القز**) لذلك بعد الوصف بالطراوة واليبس واللون والبلد.

لكن قال المصنّف: فيه (**تردّد**) [١].

[اشتراط الاقباص رأس قبل التفرق]:

(**الشرط الثالث**): من الشرائط (**قبض رأس المال قبل التفرق شرط في صحّة العقد**) [٢].

(**و**) حينئذٍ فـ(**لو افترقا قبله بطل**) [٣].

[ويتوقف نقل الملك على قبض الثمن].

وعلى كلّ حال فقبله لا ملك، وحينئذٍ فلو كان الثمن فيه كلّياً لاشيئاً معيّناً لم تشتغل الذمّة به فلا تصحّ الحوالة حقيقة به وعليه، ولا ضمانه ولا الصلح به وعليه، ولا يحصل به التقاصّ قهراً، ولا غير ذلك ما يعتبر فيه شغل الذمة

٢٤ = ٢٨٩

---

[١] **بل عن الشيخ الجزم بالعدم**، لأنّ في جوفه دوداً يفسده إذا خرج منه حياً، ويمتنع بيعه إذا مات[١]. وفيه: أنّ السلم في غير الدود الذي هو كنوى التمر في بلد لا قيمة له فيه، والله أعلم.

[٢] **إجماعاً في الغنية[٢] والمسالك[٣]**.

[٣] **عند علمائنا أجمع في التذكرة[٤]**.

وهو الحجة فيه، بعد شهادة التتبع وانحصار الخلاف في المحكي من قول أبي علي: لا أختار تأخير قبضه أكثر من ثلاثة أيّام[٥]، الذي قال في الدروس وغيرها: «أنّه متروك»[٦].

نعم عن صاحب البشرى التوقّف فيه كصاحب الحدائق[٧]، معلّلاً له في الأخير بعدم النص، لكنّك خبير بأنّ في الإجماع المحكي المعتضد بما عرفت بلاغاً، مع احتمال القول بأنّ أصالة عدم النقل والملك قبله محققة ولو للشكّ في تسبيب العقد هنا للملك؛ للإتفاق المزبور، ولأنّ الأمر بالوفاء بالعقد أعم منه، بل قد يقال: باعتبار تسليم الثمن في حقيقة السلم، وأنّه بدونه منتف حقيقة السلم، إلّا أنّ الإنصاف كون العمدة الإجماع المزبور، إنّما الكلام في المراد من معقده، والظاهر من الأوّلين توقّف الملك عليه كشفاً أو نقلاً، بل الظاهر الثاني منهما.

---

(١) المبسوط ٢: ١٨٢.

(٢) الغنية: ٢٢٧.

(٣) المسالك ٣: ٤١٢.

(٤) التذكرة ١١: ٣٣٥.

(٥) نقله في المختلف ٥: ١٤٩.

(٦) الدروس ٣: ٢٥٦.

(٧) حكاه عن صاحب البشرى في التنقيح ٢: ١٤٤. الحدائق ٢٠: ١٦.

المتوقّف على ملك الكلّي للمستحقّ والفرض عدم حصوله قبل القبض [١].

[ولعلّ المتجه الصحّة فيما أحاله بالثمن وإن لم يقبض البائع في المجلس بناءً على كونها حوالة حقيقة].

نعم قد يقال: إنّ المراد من الصحّة التي هو [= القبض] شرطها اللزوم، فالملك حينئذٍ يحصل بالعقد ويستقرّ بالقبض، فمتى افترقا قبله بطل من حينه [٢]. والاحتياط لا ينبغي تركه، هذا وقد تقدّم في باب الصرف وخيار

---

[١] **لكن في القواعد والتذكرة: أنّه لو أحاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى الصحة**[(١)]، **ونحوه مافي الدروس من أنّه «لو أحال بالثمن فقبضه البائع قبل التفرّق صحّ، وإلّا فلا على الأقرب فيهما»، وزاد: «لو أحال البائع على المشتري اشترط قبض المحتال في المجلس على الأصح». قال: «ووجه الجواز أنّ الإحالة كالقبض»، ثمّ قال: «ولو صالح البائع عن الثمن على مال فالأقرب الصحّة واشتراط قبض مال الصلح»**[(٢)]، **بل في التذكرة احتمال الصحّة في الأوّل وإن لم يقبض البائع في المجلس**[(٣)]. ولعلّه المتّجه بناءً على كونها حوالة حقيقةً؛ إذ هي كالقبض. ودعوى أنّها هنا ليست كذلك كما ترى. **وفي الدروس والمسالك أنّه يقع التقاصّ قهراً لو كان للمسلّم في ذمة المسلّم إليه مماثل الثمن الكلّي جنساً ووصفاً**[(٤)]، **قال في الأخير: «وإلّا توقّف على التراضي»، وفي التذكرة: «لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع قبل القبض صحّ»، وفيها أيضاً: «لو كان رأس المال دراهم في الذمة فصالح عنها على مال، فالأقرب عندي الصحة»**[(٥)]. إلى غير ذلك مما ينافي ما ذكرنا. وتجشّم دفعه بأنّ عقد السلم وإن كان تأثيره الملك موقوفاً على القبض، إلّا أنّه يوجب الإقباض على المشتري والقبض على البائع للأمر بالوفاء بالعقد، وحيث يكون الثمن عيناً يتصور انفكاك وجوب الدفع عن كونها ملكاً للمدفوع؛ إذ لا مانع من وجوب دفعها إليه وإن لم تكن ملكاً له، أمّا إذا كان كلياً فليس وجوب دفعه إلّا شغل الذمة به فيترتّب عليه ما سمعت. يدفعه ـ مع أنّه لا يتم في العتق والصلح ـ: أنّه يمكن تصوّر انفكاكه في الكلّي أيضاً؛ ضرورة تصوّر وجوب الدفع تعبّداً من غير شغل للذّمة، بحيث لو مات لم يخرج من تركته، بل لعلّه كذلك، بناءً على ما عرفت، فلا تلازم بين وجوب الدفع وبين عدم حصول الملك للكلي على المسلم الذي هو معنى شغل الذمّة به. كما أنّ تجشّم دفعه بأنّ المراد كونه شرطاً كاشفاً فيصحّ الصلح والعتق والحوالة مع تعقّب القبض يبطله أوّلاً: أنّه خلاف المنساق من إطلاق الشرطية. وثانياً: عدم تقييد ما سمعته في التذكرة من صحّة الصلح والعتق بالقبض. وثالثاً: أنّه لا يتمّ معه ما سمعته من الشهيدين من المقاصّة قهراً.

[٢] ولعلّه يومئ إليه مافي التذكرة فإنّه بعد أن ذكر نحو عبارة الأصحاب من أنّه يشترط في السلم قبض الثمن في المجلس وخصّ معقد إجماعه بالبطلان مع التفرّق قبله، قال: «مسألة: ولا يشترط استمرار قبض الثمن، فلو سلّمه المشتري إلى البائع ثمّ ردّه البائع إليه ودفعه إليه قبل التفرّق جاز، ولو ردّه عليه بدين كان له عليه قبل التفرّق صحّ؛ لأنّه ملكه بالعقد واستقر ملكه بالقبض»[(٦)].

وهو كالصريح فيما قلناه، خصوصاً مع ما سمعته سابقاً من الفروع التي لا تتجه إلّا عليه، فلابدّ حينئذٍ من التزام ذلك [أي كون القبض شرط اللزوم]، أو رفع اليد عن جميع الفروع السابقة.

---

(١) القواعد ٢: ٥٠. التذكرة ١١: ٣٣٨.

(٢) الدروس ٣: ٢٦٠.

(٣)(٦) التذكرة ١١: ٣٣٩، ٣٣٧.

(٤) الدروس ٣: ٢٥٦. المسالك ٣: ٤١٢ ـ ٤١٣.

(٥) التذكرة ١١: ٣٤٠.

المجلس ما يغني عن إعادة كثير من المباحث السابقة المتصورة في المقام. كما أنّه قد تقدّم في باب القبض ما يعلم منه المقدار الذي يجتزى به هنا. والظاهر صدق تسليم المنفعة لو وقعت ثمناً مثلاً بتسليم العين في نحو العبد والدار. أمّا عمل الحرّ فلا يكفي تسليم عينه فيه، والله أعلم.

[قبض بعض الثمن قبل التفرّق]:

(و) كيف كان فـ(**لو قبض بعض الثمن**) قبل التفرّق دون بعض (**صحّ في المقبوض**) [١].

(**وبطل في الباقي**) [٢].

نعم [المختار] [٣] أنّ للبائع الخيار في الفسخ إذا لم يكن بتقصيره [بل من المشتري] [٤].

أمّا لو فرض عدمه [عدم التقصير من المشترى] مع حصول التبعيض فلا ريب في تسلطه على الخيار [٥]. وعلى كلّ حال فما نحن فيه ليس كعوض المتلفات ونحوها من الديون في عدم جواز امتناع الديان من قبض البعض [٦]. بل لعلّ التعيّب بالتبعّض كاف [في تسلط المشتري على الفسخ] [٧].

ولو أسلم مئة في حنطة ومثلها في شعير في عقد واحد ثمّ دفعهما قبل التفرق ووجد بعضها زيوفاً من غير الجنس وزّع بالنسبة وبطل من كلّ جنس بنسبة حصة من الزيوف [٨].

---

[١] لوجود المقتضي من العقد والقبض.

[٢] لحصول الافتراق قبله الذي قد عرفت الإجماع على حصول البطلان به.

[٣] **[كما] صرّح غير واحد بـ[ـذلك]**.

[٤] للتبعيض الذي قد عرفت سابقاً التسلّط به على الخيار، إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق في ذلك بين البائع والمشتري، ولعلّ اقتصارهم على الأوّل هنا؛ لأنّ الغالب كون التقصير في عدم القبض من المشتري فيسقط خياره.

[٥] لذلك، كما هو واضح.

[٦] ضرورة عدم الصفقة فيه، مضافاً إلى تطرّق الانفساخ.

[٧] ومن هنا قال في جامع المقاصد: «يجب تقييد ذلك بما إذا لم يكن الدين مبيعاً، أمّا إذا كان مبيعاً جاز للمشتري الامتناع من قبض البعض إلى تسليم الجميع للتعيّب بالتبعيض، وليس لقائل أن يقول: إنّ المقتضي لعدم وجوب قبض البعض هنا ليس هو التعيّب بالتشقيص فقط، بل هو مع تطرق انفساخ العقد في الباقي للتفرق قبل قبضه؛ لأنّا نقول: إنّ التبعيض وحده كاف في ثبوت العيب وإن قارنه الأمر الآخر، فيجب أن يثبت الحكم في الموضع الذي ذكرناه، وقد اقتصر في التذكرة على التعليل به»[(١)]. وإن كان قد يناقش فيه في المقام فضلاً عن غيره بأنّ تسلم البعض لا ينافي التسلّط على الخيار مع التعيّب بعده بالتبعيض، فحينئذٍ يجب عليه تسليم المدفوع وهو على خياره لو تبعّض بعد ذلك، فتأمّل جيّداً.

[٨] **كما في القواعد**[(٢)] **وغيرها**؛ لعدم الأولوية.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٢٧.

(٢) القواعد ٢: ٥٠.

ولو كان الثمن كلّياً فدفع المعيب من غير الجنس أبدله إذا لم يتفرّق المجلس، وإلّا بطل العقد، وقد تقدّم في الصرف تمام البحث في نحو ذلك، بل تقدّم هناك ما يعلم منه حكم مالو كان العيب من الجنس في المعيّن وغيره قبل التفرّق وبعده، وجواز أخذ الأرش بعده وعدمه، فلاحظ وتأمّل.

[السلم في الدين]:

(**ولو شرط**) المسلم إليه (**أن يكون الثمن من دين عليه**) بمعنى أنّه يسلّمه ماله في ذمته في كذا حنطة مثلاً (**قيل**) [١]: (**يبطل؛ لأنّه بيع دين بمثله**) [٢].

---

[١] **والقائل الأكثر في المسالك: والأشهر في الرياض، والمشهور في الحدائق**[١].

[٢] فيشمله خبر طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يباع الدين بالدين»[٢]، مضافاً إلى الصحيح - على مافي بعض الكتب[٣] - عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب يبتاع منه شيئاً؟ فقال: لا يبعه نسيئاً، وأمّا نقداً فليبعه بما شاء»[٤]، بناءً على أنّ المراد شراء الطالب منه شيئاً بما له في ذمّته، فليس النسيء حينئذٍ هنا إلّا السلم، ولكن الموجود في نسخ التهذيب المعتبرة: «فأتى المطلوب الطالب»[٥]. واستدل به في الرياض على المطلوب على هذا التقدير[٦]. ولعلّه حمله على أنّ المراد إتيان المطلوب الطالب ليشتري الطالب منه بماله في ذمته، فيتحد حينئذٍ مع الأوّل، ولكنّه خلاف الظاهر، أو أنّ المراد الاستدلال بفحواه، بناءً على ظهوره في عكس المسألة، وهو مبني على ثبوت الحكم في الأصل، وهو ممنوع. وعلى كلّ حال فقد يناقش في ذلك كلّه:

١ - بمنع تناول النهي عن بيع الدين بمثله لما صار ديناً في العقد، بل المراد منه ماكان ديناً قبله، والمسلم فيه من الأوّل، لا الثاني الذي هو كبيع ماله في ذمة زيد بمال آخر في ذمة عمرو ونحوه مماكان ديناً قبل العقد، وإطلاق البيع بالدين عرفاً على النسيئة محمول على ضرب من التجوّز.

٢ - وبمعارضة الصحيح على تقدير دلالته بخبر اسماعيل بن عمر قال: إنّه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل مسمّى فأمر اسماعيل من يسأله عن ذلك، فقال: «لا بأس بذلك، قال: ثمّ عاد إليه اسماعيل فسأله عن ذلك وقال: إنّي كنت أمرت فلاناً فسألك عنها، فقلت: لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم، قلت: يقولون فاسد، قال: لا يفعله فإنّي أوهمت»[٧]، الذي لا يقدح مافي ذيله بعد معلومية كون ذلك منه تقية، بل منه ينقدح الوجه في حمل الصحيح المزبور على ذلك.

٣ - مضافاً إلى المروي عن قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن السلم في الدين؟ قال: «إذا قال: اشتريت منك كذا وكذا بكذا وكذا فلا بأس»[٨]، بناءً على أنّ المراد بكذا وكذا مماله في ذمّته، لا أنّ المراد كلّي ثمّ يحاسبه بعد ذلك على مافي ذمته.

---

(١) المسالك ٣: ٤١٢. الرياض ٨: ٤٤٢. الحدائق ٢٠: ١٦. (٢) الوسائل ١٨: ٢٩٨، ب٨ من السلف، ح٢.

(٣) الرياض ٨: ٢١٧، وفيه: «فأتى الطالب المطلوب».

(٤) الوسائل ١٨: ٤٥، ب٦ من أحكام العقود، ح٨، وفيه: «فأتى المطلوب والطالب».

(٥)(٦) التهذيب ٧: ٤٨، ح٢٠٧. الرياض ٨: ٤٤٣. (٧) الوسائل ١٨: ٢٩٨، ب٨ من السلف، ح١.

(٨) قرب الإسناد: ٢٦٣، ح١٠٤٢. الوسائل ١٨: ٢٩٩، ب٨ من السلف، ح٣.

[ولكن قد يشكل فيه]. (و) من هنا (**قيل**): إنّه يصح ولكن (**يكره**) [١]، (**وهو أشبه**) [عند المصنّف] [٢]. ولكن مع ذلك لا ريب أن الأوّل أحوط [٣].

نعم قد يمنع صدقه [= الدين] على الثمن الكلّي الحالّ المقطوع بجواز إسلافه، وأنّه ليس من بيع الدين بالدين [٤]. [وإذا أراد التخلّص من شبهة بيع الدين أسلمه كلّياً في ذمّته بعد العقد حاسبه بماله في ذمته فهو أيضاً مشكل].

---

[١] خروجاً عن شبهة الخلاف والنهي في الصحيح المزبور.

[٢] **بأُصول المذهب وقواعده عند المصنّف وتلميذه الآبي والفاضل في التحرير والمقداد والقطيفي**[١] **على ما حكي عن بعضهم**، ولا يحتاج إلى قبض؛ لأنّ مافي الذمّة مقبوض لمن عليه.

[٣] خصوصاً بعد ماقيل من صدق بيع الدين على المؤجّل ولو بالعقد[٢]، ولذا منع بيع الكالي بالكالي؛ إذ ليس في نصوصنا هذا اللفظ، إنّما الموجود فيها ما عرفت من بيع الدين بالدين، وقد ادعى غير واحد منهم ثاني الشهيدين في المقام الوضوح في صدق بيع الدين على المسلم فيه وإن كان قد صار ديناً بالعقد[٣].

وأمّا الثمن فالفرض أنّه كان ديناً سابقاً، وحلوله لا ينافي صدق اسم الدين عليه.

[٤] ومن هنا قالوا في المقام: إنّه إذا أراد التخلّص من شبهة بيع الدين أسلمه كلّياً في ذمّته ثمّ حاسبه به بماله في ذمته بعد العقد. فيكون حينئذٍ استيفاء لاثمن سلم، بل في الدروس والمسالك وغيرهما أنّه يحتاج إلى المحاسبة إذا اختلفا في الجنس أو الوصف، وإلّا وقع التقاصّ قهراً[٤].

وإن كان قد يشكل بأنّه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين، وبأنّه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه فتكون فاسدة.

ويدفع بأنّ الثمن أمر كلّي، وتعيّنه في شخصي لا يقتضي كونه الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التقاصّ والتحاسب استيفاء لا معاوضة.

نعم يشكل أصل اشتغال الذمة بالكلّي بمجرّد عقد السلم، الذي قد عرفت كون القبض شرطاً في صحته.

وقد تقدّم البحث فيه سابقاً، فتأمّل جيّداً، فإنّ ذلك كلّه محلّ للنظر؛ لاحتمال اعتبار سبق الدينية في صدق بيع الدين بالدين، وصدقه على السلم إنّما هو بعد تمامه لا قبله.

والمنع من بيع الكالي بالكالي وإن لم يكن موجوداً في طرقنا، وإنّما هو من طرق العامة[٥]، ولكن قد عمل به الأصحاب، وقد ذكروا في تفسيره ما يشمل ماكان منه بالعقد فيختصّ به حينئذٍ. أمّا غيره مما لم يكن سابق الدينية ولا هو من بيع الكالي بالكالي فباق على مقتضى العمومات، ومنه المسألة وعكسها. ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسألة عن البحث، ولعلك تسمع فيما يأتي في مسألة بيع الدين التحقيق إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

---

(١) كشف الرموز ١: ٥٢٤. التحرير ٢: ٤٢٥. التنقيح ٢: ١٤٤. نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٥٧.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٤٥٧.

(٣) الروضة ٣: ٤٠٨.

(٤) الدروس ٣: ٢٥٦. المسالك ٣: ٤١٣.

(٥) المجموع ٩: ٢٧٥، الجامع الصغير ٢: ٦٩٨، ح ٩٤٧٠.

ولو شرط تأجيل الثمن بطل [١]. ولو شرط التأجيل في بعض الثمن بطل فيه قطعاً.

و[قيل:] [٢] بطل في الجميع [٣]، فتأمّل جيّداً، فإنّه يمكن أن يكون البطلان في الجميع [٤].

[اشتراط العلم بمقدار فيه]:

(**الشرط الرابع**) من الشرائط: (**تقدير المسلم**[1]) فيه (**بالكيل أو الوزن العامين**) في المقابلة [٥] إذا كان من المكيل والموزون [٦].

(و) حينئذٍ فـ(**لو عوّلا على صخرة مجهولة**) عند العامة (**أو مكيال مجهول**) كذلك (**لم يصح ولو كان**) كلّ منهما (**معيّناً**) عندهما [٧]. ولو عيّنا مكيالاً معيّناً أو صنجة كذلك من العامين فـ[قد قيل:] [٨] لغى الشرط؛ لعدم الفائدة وصحّ العقد [٩].

---

[١] **بلا خلاف أجده**، لا لأنّ التقابض شرط؛ إذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الأجل ونحوه، بل لأنّه من بيع الدين بالدين، كما ستعرف تحقيقه في محلّه، بل والكالي بالكالي، وهو مؤيّد لما قلناه سابقاً من صدقه على ذلك وإن كان ديناً في العقد.

والحاصل أنّ الحالين أو أحدهما بالعقد لاسابقاً لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، بخلاف المؤجّلين فإنّه يصدق عليه ولو بالعقد، كالحالّين قبل العقد أو أحدهما حالّ قبله، والآخر مؤجّل كذلك، فتأمّل جيّداً.

[٢] **[قاله] في القواعد والتذكرة والدروس**[2] **وغيرها.**

[٣] لجهالة ما يوازي المقبوض. ولعلّه لأنّ الأجل ليس له قيمة معلومة، وليس هذا كبطلان البعض في مثمن النسيئة في بعض الثمن؛ ضرورة اقتضائه التوزيع في الحالّ والمؤجّل، فلا جهالة. نعم قد يقال: إنّ أهل العرف، كما أنّهم علموا التفاوت فيما بين الحالّ والمؤجّل كذلك يعلمون مقداره، فإذا بان عندهم أنّ الحالّ يقابل الثلثين والمؤجّل ثلثاً بطل في الثلث وصحّ في الثلثين، وهكذا. ومن هنا احتمل في الدروس الصحّة في المقام والتقسيط فيما بعد كبيع سلعتين فيستحق إحداهما[3].

[٤] باعتبار أنّ الشرط في السلم استحقاق القبض في جميع الثمن في المجلس من حين العقد مع فعلية القبض، والأوّل لا تبعيض فيه بخلاف الثاني، فيبطل حينئذٍ ولو في البعض لفوات الشرط الأوّل، والله العالم.

[٥] **بلا خلاف أجده.**

[٦] **بل ولا إشكال**؛ ضرورة توقّف المعلومية فيهما عليهما في المشاهد فضلاً عن الغائب.

[٧] ١ ـ لعدم ارتفاع الجهالة شرعاً، بل وعرفاً بذلك.

٢ ـ ولأنّه قد تهلك الصخرة والمكيال فيتعذّر معرفة المسلم فيه.

[٨] **[كما] في القواعد والتذكرة**[4].

[٩] وفيه: أنّه يمكن فرضه مفيداً. نعم قد يقال: إنّ المانع ما تسمعه من عدم الطمأنينة ببقائهما إلى وقت الأداء، فيحصل النزاع والغرر، لكن ستعرف المناقشة فيه.

---

(١) في الشرائع: «السلم».

(٢) القواعد ٢: ٥١. التذكرة ١١: ٣٤١. الدروس ٣: ٢٥٦.

(٣) الدروس ٣: ٢٥٦.

(٤) القواعد ٢: ٤٩. التذكرة ١١: ٣٣١.

[ويمكن فرضه مفيداً]. ثمّ إن [الظاهر][١] إرادة الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات[٢]. لا أنّ المراد الجمع بينهما، بل ربّما أدّى الجمع بينهما ـ كأن تقول مثلاً: مئة صاع وزنها كذا أو بالعكس في بعض الموضوعات ـ إلى عزّة الوجود فيبطل، كما هو واضح. وفي قيام كلّ منهما مقام الآخر وعدمه أو الوزن خاصة البحث السابق. هذا كلّه في المكيل والموزون عادة، أمّا إذا لم يكن من المكيل أو الموزون في المشاهدة بل كان يباع جزافاً[٣]. [فيجب تقديره في السلم أيضاً بالكيل والوزن العامين][٤].

(و) كذا الكلام في الذراع فـ(**يجوز الإسلاف في الثوب أذرعاً**) متعارفة أو ليست متعارفة، إذا كان المسلم فيه تكفي فيه المشاهدة لو كان موجوداً، وإنّما المراد بالذرع ضبطه بحيث يقوم مقام المشاهدة، وحينئذٍ فلا يختص المعتاد، بل يجوز الإسلاف بالأشبار ونحوها مما يضبط بها ويقوم مقام المشاهدة. (**وكذا**) الكلام في (**كلّ مذروع**)[٥].

(**وهل يجوز الإسلاف في المعدود عدداً الوجه**) عند المصنّف[٦] أنّه (**لا**) يجوز[٧].

---

[١] [كما هو] المستفاد من النص والفتوى.

[٢] خصوصاً ما عبّر فيها بـ«أو».

[٣] **فقد صرّح غير واحد بوجوب تقديره في السلم بهما**؛ لعدم المشاهدة الرافعة للغرر فيه، وهو جيّد.

[٤] لكن قد يناقش في اعتبار الكيل والوزن العامين فيه: ١ ـ ضرورة كون المدار فيه على ما يقوم مقام المشاهدة في رفع الغرر فيه، وهو حاصل بهما وبغيرهما مما يتفقان عليه ممّا لا يتعارف المعاملة بهما. ٢ ـ واعتبار الكيل والوزن في المسلم فيه في النصوص مبنيّ على الغالب ممّا يعتبر فيه ذلك، أو ما لا ينضبط إلّا بهما؛ إذ احتمال اعتبار ذلك في السلم تعبّداً وإن ارتفع الغرر بغيرهما بعيد، وإن اقتضاه ظاهر إطلاق بعض الفتاوى. ودعوى أنّ التقدير بغير العامين لا يؤمن معه تلفهما فيتعذّر معرفة المسلم فيه ويحصل النزاع، بل بذلك يتحقق الغرر والخطر. يدفعها: منع صلاحية مثل ذلك مانعاً من الصحة، مع أنّه يمكن فرضه فيما يقطع فيه بعدم التلف؛ لقصر الأجل ونحوه، أو لضبطه في صنف يؤمن معه ذلك، كما هو واضح، والله أعلم.

[٥] **بل قد سمعت من الشيخ في الجلود ما يمكن السلم معه** من دون ذلك كلّه إذا كان المسلم فيه من جملة مشاهدة وإن كان لم يحك عنه اعتباره في المقام، فلاحظ وتأمّل.

[٦] **والشيخ في المبسوط وابني زهرة**(١) **وادريس والفاضل في التذكرة**(٢).

[٧] لعدم ارتفاع الغرر به لكثرة اختلاف المعدود في الكبر والصغر وغيرهما، والاكتفاء به في المشاهدة لارتفاع الغرر بها لا به، **وعليه بنى المنع في محكي الخلاف في الجوز والبيض إلّا وزناً، خلافاً لأبي حنيفة، قال: «وأمّا البطيخ فلا يجوز إجماعاً»**(٣). **وعن المبسوط بعد نفي الجواز في المعدود عدداً قال: «كلّ ما انبتته الأرض لا يجوز السلم فيه إلّا وزناً»**، ثمّ نصّ على المنع في اللوز والفستق والبندق(٤).

---

(١) المبسوط ٢: ١٨٨ ـ ١٨٩. الغنية: ٢٢٧.
(٢) السرائر ٢: ٣١٥، ٣١٨. التذكرة ١١: ٣٢٩.
(٣) الخلاف ٣: ٢٠٩. انظر المجموع ١٣: ١٣٥.
(٤) المبسوط ٢: ١٨٨ ـ ١٨٩.

قلت: التحقيق الجواز فيما لا يكثر فيه التفاوت، بل كان التفاوت فيه يتسامح فيه بالعادة [١]. بل الوجه الجواز أيضاً فيما يكثر فيه التفاوت إذا أمكن ضبط صنف منه بالوصف الذي لا يؤدّي إلى عزّة الوجود [٢].

(و) على كلّ حال فـ(**لا يجوز الإسلاف في القصب أطناناً، ولا في الحطب حزماً، ولا في المجزوز جزّاً، ولا في الماء قرباً**) [٣]. و[المختار] [٤] الصحّة إذا فرض إمكان الضبط على وجه يرتفع به الاختلاف المزبور ويقوم مقام المشاهدة في ذلك، من غير فرق بين الكيل والوزن العامين وغيرهما. نعم قد يتوقّف، كما سمعت في خصوص مالو كان الضابط شيئاً معيّناً لا يؤمن بقاؤه إلى حين الوفاء فيؤدّي إلى التنازع وإلى الغرر الذي هو بمعنى الخطر. أمّا إذا كان الضابط مما يؤمن عليه ذلك لكثرة صنفه أو غير ذلك اتجه الجواز [٥]. ثمّ إنّه من المعلوم جواز ضبط ذلك كلّه بالوزن، بل وبالكيل فيما يمكن أن يكال منه على وجه لا يتجافى في المكيال، كما هو واضح، والله أعلم. (**وكذا لابدّ أن يكون رأس المال مقدّراً بالكيل العام أو الوزن**) كذلك إذا كان مما يعتبر فيه ذلك. (**ولا يجوز الاقتصار**) في ذلك (**على مشاهدته**) [٦].

(و) حينئذٍ فـ(**لا يكفي دفعه مجهولاً كقبضة من دراهم**[1] **وقبة من طعام**) ونحو ذلك [٧].

نعم يتجه الاكتفاء بالمشاهدة فيما لا يعتبر في بيعه غيرها [٨].

---

[١] **وفاقاً للفاضل في جملة من كتبه والشهيدين**[2] **وغيرهما**؛ لعدم الغرر فتشمله الإطلاقات.

[٢] لذلك أيضاً. **ومن هنا قال في المسالك هنا: «الضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف المثمن»**[3]، ولعلّ فيه إيماء إلى ما ذكرناه سابقاً. ودعوى أنّ المعدود جميعه متفاوت تفاوتاً لا يتسامح فيه، ولا يمكن ضبط صنف منه بالوصف الرافع للجهالة، ولا يؤدي إلى عزّة الوجود، فليس إلّا الكيل والوزن العامان الذي لا عبرة بالعدد معهما. واضحة المنع من وجوه.

[٣] للاختلاف الذي لا يرفعه العد، كما أومأ إليه الصحيح[4] السابق في الأخير.

[٤] [كما] منه [الصحيح] يعلم وجهـ[ـه].

[٥] لإطلاق الأدلّة، فتأمّل جيّداً.

[٦] للغرر المنفي[5] في البيع الشامل للسلم وغيره.

[٧] **خلافاً للمرتضى فجوّزه مكتفياً بالمشاهدة**[6]. ولا دليل يعتد به له، بل ظاهر الأدلّة خلافه، خصوصاً ما اعتبر المعلومية في الثمن من النصوص التي لا تحصل قطعاً في نحو ذلك إلّا بهما.

[٨] ضرورة عدم الفرق بين ثمن السلم وغيره في ذلك، فإطلاق المصنّف حينئذٍ غير جيّد إن لم ينزل عليه [= على ما يعتبر في بيعه غير المشاهدة] كما هو واضح.

---

(١) في الشرائع: «أو».

(٢) الإرشاد: ٣٧١. التحرير ٢: ٤٢٣. المختلف ٥: ١٥٢. الدروس ٣: ٢٥٣. الروضة ٣: ٤١١.

(٣) المسالك ٣: ٤١٣.

(٤) الوسائل ١٨: ٢٨٧، ب٢ من السلف، ح١.

(٥) الدعائم ٢: ٢١، ح٣٤. الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب٤٠ من آداب التجارة، ح٣.

(٦) الناصريات: ٣٦٩.

[تعيين الأجل]:

(**الشرط الخامس: تعيين الأجل**) أي الأجل المتعيّن ؛ ضرورة عدم اختصاص السلم بكون الأجل متعيّناً ، (**فـ**) بأنّه (**لو ذكر أجلاً مجهولاً**) فيه أو غيره من العقود التي يشترط فيها المعلومية (**كأن يقول: متى أردت أو أجلاً يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج**) أو نحو ذلك ممّا يؤدّي إلى الجهالة كالدياس والحصاد (**كان باطلاً**) [١].

(**ولو اشتراه**) سلماً (**حالاً**) فإنّه (**قيل: يبطل**) [٢].

(**وقيل: يصحّ**) سلماً [٣] [وهو المختار ، مع منع اعتبار الأجل في مفهوم السلم] [٤].

---

[١] **بلا خلاف أجده بيننا ، بل عن نهج الحقّ والغنية الإجماع عليه**(١). وهو الحجة بعد : ١ ـ ما دلّ على نفي الغرر(٢). ٢ ـ والنبوي في المقام(٣). ٣ ـ كالنصوص المستفيضة(٤) التي لا يقدح فيها أخصيّة مواردها ؛ لعدم القائل بالفرق ، فلابدّ حينئذٍ أن يكون المراد اشتراط أصل الأجل ، أو يكون هو ممن لا يشترط فيه ، وحينئذٍ فالسلم عنده أعم من المؤجّل والحال ، كما عساه يومئ إليه قوله [ذلك].

[٢] لعدم الشرط [أي الأجل] المستفاد من : ١ ـ **إجماع الغنية والمحكي عن الشيخ ، وظاهر التذكرة والمحكي عن مجمع البرهان والكفاية ، والنسبة إلى الإمامية فيما عن نهج الحقّ**(٥). ٢ ـ والنبوي : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم »(٦). ٣ ـ وخبر سماعة : سألت عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت فيه ؟ قال : « نعم إذا كان إلى أجل معلوم »(٧). وغيره ، بل قد اشتملت أكثر النصوص على ذكر « الأجل » وإن لم يكن في سياق اشتراطه ، إلّا أنّه لا ينكر ظهورها في أنّ المعروف من السلم المؤجّل ، بل لا ينكر انسياق التأخير فيه منه ، خصوصاً بعد ملاحظة أنّ مشروعيته للإرفاق بالمحتاجين ، فيكون حقيقة في المؤجّل مجازاً في غيره ، كما صرّح به في التذكرة(٨).

[٣] للأصل ، بعد منع اعتبار الأجل في مفهومه .

[٤] كما يومئ إليه جعله شرطاً عند من اعتبره فيه . والانسياق المزبور إنّما هو للغلبة لا لمجازية غيره ، وإلّا لم يتمّ في الذي أجله يوم أو نصف يوم ونحوهما مما هو سلم حقيقة قطعاً ؛ إذ التحقيق عندنا عدم اعتبار كون الأجل له وقع في الثمن :

١ ـ للأصل .

٢ ـ والإطلاق وغيرهما . **خلافاً لأحمد والأوزاعي وأبي علي فاعتبروه**(٩) ، وأقلّه ثلاثة . ولا دليل عليه ، كما أنّه لا دليل على تحديده في الكثرة .

---

(١) نهج الحق : ٤٨٧ . الغنية : ٢٢٧ .

(٢) الدعائم ٢ : ٢١ ، ح ٣٤ . الوسائل ١٧ : ٤٤٨ : ب ٤٠ من آداب التجارة ، ح ٣ .

(٣) الجامع الصغير ٢ : ٦٩٩ ، ح ٩٤٧٤ ، ٩٤٧٨ .

(٤) انظر الوسائل ١٨ : ٢٨٨ ، ب ٣ من السلف .

(٥) الغنية : ٢٢٧ . الخلاف ٣ : ١٩٦ . التذكرة ١١ : ٢٦٢ ، ٢٦٦ . مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٣٢٧ ، ٣٥٢ . كفاية الأحكام ١ : ٥٢٢ . نهج الحقّ : ٤٨٧ .

(٦) المستدرك ١٣ : ٣٨٢ ، ب ٣ من السلف ، ح ٤ ، مع اختلاف .

(٧) الوسائل ١٨ : ٢٨٩ ، ب ٣ من السلف ، ح ٤ .

(٨) التذكرة ١١ : ٢٦٢ .

(٩) المغني (لابن قدامة) ٤ : ٣٥٧ . حلية العلماء ٤ : ٣٦٠ . ونقله عن أبي علي المختلف ٥ : ١٣٥ .

[ولا يحدد الأجل من ناحية الكثرة] [١]. وعلى كلّ حال فالمؤجل قليلاً ليس بمنساق قطعاً [٢]. **(وهو المروى لكن بشرط[١] أن يكون عام الوجود في وقت العقد) [٣].**

---

[١] فمنع من الثلاث سنين ؛ للنهي عن بيعه سنين[٢] المحمول على الكراهة عندنا.

[٢] ومنه يعلم مافي الاستناد إلى الإرفاق الذي هو الحكمة في مشروعيته ، بل لعلّ المراد من النبوي وما شابهه إرادة بيان اعتبار المعلومية في الأجل ، لا اعتبار أصل الأجل ، وكان إطلاقه مبني على غلبة الأجل في السلف ، بل قلّما يقع سلم بدونه ، بل إن أرادوا الحال أوقعوه بيعاً لا سلماً. كلّ ذلك مع استبعاد اعتبار الأجل ، الذي مع اشتماله على الغرر يمكن التوافق على إسقاطه في صحته ، بل هو إذا جاز في المؤجّل ففي الحالّ أولى ، كما أومأ إليه صحيح ابن الحجّاج : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً ؟ قال : « ليس به بأس ، قلت : إنّهم يفسدونه عندنا ، قال : فأيّ شيء يقولون في السلم ؟ قلت : لا يرون فيه بأساً يقولون : هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس هو عند صاحبه فلا يصلح ، فقال : إذا لم يكن أجل كان أحق به ، ثمّ قال : لا بأس أن يشتري الرجل الطعام وليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالاً لا يسمّى له أجلاً ، إلّا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ في غير زمانه ، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً »[٣]. ونحوه آخر[٤] ، بل ربّما كان أظهر منه ، ولعلّه إليه أشار المصنّف بقوله [ذلك].

[٣] وإن كان قد يناقش في إرادة جواز ذلك سلماً منه الذي يمنعه أبو حنيفة ومالك والأوزاعي[٥] ، ويتوهّم إرادتهم من لفظ « الناس » في كلام الراوي بإمكان إرادة مطلق الشراء حالاً ، بل هو الظاهر ، ويكون المنع فيه ؛ لأنّه ليس عنده ، فيندرج فيما دلّ على المنع عنه[٦] ، بل كان الخبر صريح في ذلك ، بل ربّما كان في كلام السائل ، إيماء إلى اعتبار الأجل في السلم. اللهمّ إلّا أن يرجع قوله عليه السلام : « إذا لم يكن أجل ... إلى آخره »[٧] إلى السلم ، كما أنّه يمكن دعوى ظهور ذيله في التسوية بين الحال والمؤجّل في كيفية البيع فتأمّل ، مضافاً إلى إطلاق جملة من المعتبرة النافية للبأس عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرّض للأجل. ولا ينافيها ذكرها في غيرها بعد أن كان المراد من بيانه الفرد المتعارف من السلف ، خصوصاً مثل النبوي[٨] الوارد بلفظ « الاستسلاف » الذي هو حقيقة في المؤجّل مثمنه ، لا بيع السلم الذي هو عند الفقهاء الذي يقع من البائع مثلاً بلفظ « بعت » ونحوه. فتأمّل. **وعلى كلّ حال فظاهر المصنّف الميل إليه ، كالفاضل في القواعد حيث إنّه في بحث اشتراط الأجل قال : « والأقرب عدم اشتراط الأجل فيصح السلم في الحال ، لكن يصرح بالحلول »[٩]. وقال في التحرير : « ولا يشترط في المسلم فيه كونه مؤجّلاً ، ويصح السلم في الحال ، لكن ليصرح بالحلول ، فإن أطلق فالوجه البطلان ، سواء ذكر الأجل قبل التفرّق او لا »[١٠]. وكذا الشهيد في اللمعة قال : « والأقرب جوازه حالاً مع عموم الوجود عند العقد »[١١]. وأصرح منه ما في الدروس :**

---

(١) في الشرائع : « يشترط ».
(٢) الجامع الصغير ٢ : ٦٨٥ ، ح ٩٣٥٣.
(٣) الوسائل ١٨ : ٤٦ ـ ٣٧ ، ب ٧ من أحكام العقود ، ح ١ ، ٣.
(٤) المصدر السابق : ٤٧ ، ح ٣.
(٥) المبسوط (للسرخسي) ١٢ : ١٣٤. بدائع الصنائع ٥ : ٢١٢. المغني (لابن قدامة) ٤ : ٣٦١.
(٦) الوسائل ١٨ : ٤٧ ، ٤٨ ب ٧ من أحكام العقود ، ح ٢ ، ٥.
(٧) تقدّم آنفاً.
(٨) تقدّم في ص ٥٧٥.
(٩) القواعد ٢ : ٥٢.
(١٠) التحرير ٢ : ٤٢٥.
(١١) اللمعة : ١١٦.

. . . . . .

« الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه ديناً؛ لأنّه موضوع لفظ السلم لغةً وشرعاً، فلو أسلم في عين كانت بيعاً، ولو باع موصوفاً كان سلماً نظراً إلى المعنى في الموضعين، وليس المانع من السلف في العين اشتراط الأجل الذي لا يحتمله العين؛ لأنّ الأصحّ أنّه لا يشترط الأجل. نعم يشترط التصريح بالحلول وعموم الوجود عند العقد، ولو قصد الحلول ولم يتلفّظ به صحّ أيضاً، ولو قصد الأجل اشترط ذكره فيبطل العقد بدونه، ولو أطلقا العقد حمل على الحلول »[1].

ومن الغريب بعد ذلك كلّه مافي جامع المقاصد حيث فسّر عبارة القواعد السابقة بارادة وقوع البيع بلفظ السلم، قال: « وجه القرب دلالته على المراد من البيع؛ لأنّه يؤدّي معنى إيجابه، كما سبق؛ لأنّ السلم بيع؛ لأنّه من جملة أفراده، فلا يكون استعمال لفظه في بيع آخر استعمالاً أجنبياً، إلّا أنّه يجب أن يصرّح بالحلول؛ لأنّ جزء مفهوم السلم التأجيل، فلابدّ من صارف يصرفه عن مقتضاه، وذلك هو التصريح بالحلول »[2]. وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين في تفسير عبارة اللمعة، إلّا أنّه اعترف بعد ذلك: « بأنّ الظاهر منها وفي الدروس وكثير أنّ الخلاف مع قصد السلم وأنّ المختار جوازه مؤجّلاً وحالاً مع التصريح بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، وبحمل على الحلول »[3].

وكان الذي أوهمهما ذلك حتى أنّهما فسّرا العبارة بما يرجع إلى النزاع في الصيغة المذكورة سابقاً مافي المختلف، فإنّه أجاب عما ذكره حجّة للشيخ وابني أبي عقيل وإدريس على اشتراط الأجل في السلم، من النبوي السابق وغيره بأنّا « نقول بموجبها، فإنّا نسلّم وجوب ذكر الأجل مع قصد السلم، وليس محل النزاع، بل البحث فيما لو تبايعا حالاً بحال بلفظ السلم »[4]؛ ضرورة ظهوره في أنّ ذلك [= تبايعا حالاً بلفظ السلم] ليس محلاً للنزاع، بل إنّما هو فيما يرجع إلى الصيغة.

لكنّك خبير بما فيه، بل المحكي عن الشيخ وابني أبي عقيل وادريس صريح في أنّ المراد اشتراط الأجل[5]، وأنّه يبطل كونه سلماً، كما أنّ العبارات السابقة صريحة في خلافه، وأنّ نظرهم في تلك العبارات إليه، فلا داعي إلى تأويل الجميع بما هو مقطوع بفساده عند التأمّل، خصوصاً بعد ما عرفت من قوّة القول بعدم اشتراط الأجل فيه، وأنّه يصح سلماً فيعتبر فيه حينئذٍ القبض في المجلس وغيره مما يعتبر فيه.

والمراد بالتصريح بالحلول ما يشمل اتفاقهما عليه؛ ضرورة عدم مدخلية اللفظ في ذلك، بل قد عرفت ما في الدروس والروضة من الصحة، مع الإطلاق المحمول على قصد الحلول. وإن كان قد يناقش فيه بالفرق بين السلم وغيره في ذلك، باعتبار غلبة تعارف استعماله في المؤجّل، فيشكل تنزيل إطلاق عقده عليه، مع فرض خلوّهما عن قصد الحلول.

اللهمّ إلّا أن يراد به وقوع الإطلاق المعلوم فيه عدم إرادة التأجيل ولا الحلول، فإنّ التنزيل حينئذٍ على الحلول شرعي باعتبار تسبيب العقد الملك حال وقوعه، فيستحقّ عليه حينئذٍ المطالبة والأداء لا عرفي، فلا مدخلية لغلبة الاستعمال وعدمها فيه، فتأمّل جيّداً. وأمّا اعتبار عموم الوجود فيه فمرجعه إلى [الشرط السادس].

---

(١) الدروس ٣: ٢٥٤.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٣٤.
(٣) الروضة ٣: ٤١٢ـ ٤١٥.
(٤) المختلف ٥: ١٣٥.
(٥) النهاية: ٣٩٥. نقله في المختلف ٥: ١٣٤. السرائر ٢: ٣١٧.

[اشتراط العلم وجود المسلم فيه في وقته]:

(الشرط السادس): وهو **(أن يكون وجوده)** أي المسلم فيه **(غالباً)** بحسب العادة **(وقت الحلول[١] ولو كان معدوماً وقت العقد)**[١]. بل الظاهر أنّ مرجع هذا الشرط إلى القدرة على التسليم الذي لافرق فيها بين السلم وغيره[٢].

---

[١] لصدق القدرة على التسليم بذلك؛ إذ العاديات بمنزلة الموجودات، فلاتقدح المعدومية وقت العقد، وإن كان مقتضى الاستصحاب بقاءها، بل الظاهر أنّ ذلك ليس من ملك المعدوم في شيء؛ ضرورة أنّ الحاصل بالعقد أنّه يملك عليه ذلك، فهو أشبه شيء بالخطاب التعليقي الذي لا قبح فيه. ومنه يظهر الفرق بين ملك المعدوم والمضمون في الذمة، كما أنّه بذلك ظهر أنّه لا فرق بين السلم وغيره في جواز المعاوضة على المعدوم في وقت العقد الموجود في غيره إذا كان مورده الذمة، فلابأس بوقوع ذلك ثمناً لمبيع ونحوه.

[٢] ولذا عبّر عنه في الدروس به، فقال: «السادس: القدرة على التسليم عند الأجل فلا يضر العجز حال العقد ولا فيما بينهما»[٢]. ونحوه عن الكفاية[٣]. وفي التذكرة: «البحث الرابع: إمكان وجود المسلم فيه، مسألة: يشترط كون المسلم فيه موجوداً وقت الأجل ليصح إمكان التسليم فيه، وهذا الشرط ليس من خواص السلم، بل هو شرط في كلّ مبيع»[٤]. وليس مراده من الإمكان الذي عبرّ به هنا، وفي القواعد مجرّد الاحتمال قطعاً[٥]، بل المراد إمكان وجوده عادة، فإنّ الممكن وجوده عادة هو الذي لا يعزّ وجوده. **ومن هنا فرع عليه: «أنّه لو أسلم في منقطع عند الحلّ كالرطب في الشتاء لم يصح، وكذا لو أسلم فيما يندر وجوده ويقلّ وقت الأجل حصوله، كالرطب أوّل وقته؛ لتعذّر حصول الشرط ولو غلب على الظن وجوده وقت الأجل، لكن لا يحصل إلّا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من الرطب في الباكورة، فالأقرب الجواز؛ لإمكان التحصيل عند الأجل، وقد التزمه المسلم إليه، خلافاً لأكثر الشافعية»**[٦] إلى آخره. وظاهر الجميع ما قلناه. **وفي مفتاح الكرامة: «أنّ الخلاف والسرائر والمبسوط والتذكرة في موضع منها والتحرير ونهج الحقّ عبّروا عنه بكونه مأمون الانقطاع، وزيد فيما عدا الأوّلين كونه عام الوجود، وفي الخلاف الإجماع على ذلك، وفي التحرير نفى الخلاف عن الأوّلين، وفي نهج الحقّ أنّ ذلك مذهب الإمامية»**[٧]. وفيه: أنّ ما حضرني من هذه الكتب لم يعبّروا بذلك في بيان الشرطية لأصل السلم، بل ذكروا ذلك في السلف في خصوص المعدوم للرد على أبي حنيفة، وستسمع عبارة التحرير ونهج الحقّ والسرائر وغيرها. **وفي التذكرة بعد أن ذكر الشرط بالعبارة التي سمعتها قال: «مسألة: يجوز السلم في كلّ معدوم إن كان مما يوجد غالباً في محلّه، ويكون مأمون الانقطاع في أجله»، ثمّ ذكر خلاف أبي حنيفة**[٨] **وضعّفه**[٩]. **نعم في الوسيلة: «إنّما يصح السلف إذا اشتمل على تسعة شروط وصف المبيع، وبيان النوع والمقدار بالشيء المعلوم، وبيان الأجل، وأن يأمن انقطاع المسلف فيه عند محلّه، وعام الوجود وتعيين موضع التسليم إن كان لنقله أُجرة، ومشاهدة رأس المال أو وصفه، وتبيين مقداره وقبضه قبل التفرق»**[١٠]. ويمكن أن يريد بـ«عام الوجود» سنته.

---

(١) في الشرائع: «حلوله».
(٢)(٣) الدروس ٣: ٢٥٦. كفاية الأحكام ١: ٥٢٢.
(٤)(٦) التذكرة ١١: ٣١٩.
(٥)(٧) القواعد ٢: ٥٢. مفتاح الكرامة ٤: ٤٦٤.
(٨) المغني (لابن قدامة) ٤: ٣٦١.
(٩)(١٠) التذكرة ١١: ٣٢٠ـ ٣٢١. الوسيلة: ٢٤١.

وكيف كان فالمراد [من الشرط وجود المسلم فيه غالباً وقت الحلول، بحسب العادة والقدرة على التسليم] [١].

---

[١] [وذلك] على تقدير التعبير عنه بذلك [كـ] ـما ذكرناه أيضاً؛ ضرورة كون المأمون انقطاعه الذي يعتاد وجوده، بل كان من أردفه: بعموم الوجود أراد تفسيره بذلك، فيرجع الجميع إلى معنى واحد [وهو القدرة على التسليم]، ولذا قال في التحرير: «يجب كون المسلم فيه عام الوجود عند الحلول بلا خلاف»[١]، وكان الغرض من التعرّض إلى هذا الشرط الذي لا يختص بالسلم الردّ على الثوري والأوزاعي وأبي حنيفة الذين لم يجوّزوا السلم في المعدوم، وأنّه يجب أن يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حال المحل، محتجين بأنّ كلّ زمان من ذلك يجوز أن يكون محلّاً للمسلم فيه، بأن يموت المسلم إليه فيعتبر وجوده فيه كالمحل[٢]، وهو واضح البطلان، بل قول الأصحاب: وإن كان معدوماً وقت العقد كالصريح في التعريض به.

ومن هنا قال في كشف الحقّ: «ذهبت الإمامية إلى جواز السلف في المعدوم إذا كان عام الوجود وقت الحلول، وقال أبو حنيفة: لايجوز إلّا إن يكون جنسه موجوداً في حال العقد والحلول وما بينهما»[٣] إلى آخره. وهو كالصريح في أنّ المراد ما ذكرنا. **وفي السرائر لم يذكر ذلك في شرائط السلم، وإنّما قال بعد الفراغ من جملة من أحكامه: «ويجوز السلف في المعدوم إذا كان مأمون الانقطاع»[٤].**

وقال في المقنعة: «باب البيع المضمون: ومن ابتاع شيئاً معروفاً بالصفات كان ذلك ماضياً وإن لم يكن الشيء حاضراً وقت الابتياع، فإذا ابتاعه على ما ذكرناه كان في ضمان البائع حتى يسلّمه إلى المبتاع» إلى أن قال: «ولا يصح بيعه مشترطاً من أصله، ولا بأس ببيعه مطلقاً بغير اشتراط، والمشترط من أصله بيع الحنطة من أرض مخصوصة، والثمرة من شجرة بعينها، والسخولة من غنم على حيالها، والزيت من الزيتون الفلاني، والدهن من السمسم المعيّن، والثوب من غزل امرأة مسماة؛ لأنّ ذلك ربّما خالف الصفة، بل هو غير مضمون؛ لجواز فوته، ولا بأس ببيع ذلك مطلقاً من غير اضافة إلى أصل مخصوص من بين الأُصول بعد أن تميّزه بالصفات»[٥] إلى آخر الباب. وليس في شيء من كلامه تعرّض لعموم الوجود، وكذلك الشيخ في النهاية[٦]، بل ظاهر إطلاق كلامهما عدم ذلك ونصهما على المنع مع اشتراط التعيين في الأرض، بعد تعليلهما ذلك بعدم ضمانه ليس مبناه ذلك قطعاً، كما هو واضح. وكيف كان فمن الغريب تخيّل المخالفة من عبارتي القواعد والدروس؛ لما عند الأصحاب حيث اكتفيا بـ«ـالإمكان» و«القدرة»[٧] وهما أعم من عموم الوجود وغلبته واعتياده. وفيه: ما عرفت من أنّ المراد بـ«الإمكان» ذلك. وأمّا «القدرة» فهي أوضح في هذا المعنى منه؛ ضرورة عدم إحرازها في غير العاديات التي لم يعلم حصول القدرة عليها؛ للشكّ في أصل وجودها المقتضي للشكّ في القدرة عليها، الذي هو

---

(١) التحرير ٢: ٤٢٨.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٢: ١٣٤. المجموع ١٣: ١٠٩.
(٣) نهج الحقّ: ٤٨٧.
(٤) السرائر ٢: ٣١٧.
(٥) المقنعة: ٥٩٣ـ ٥٩٤.
(٦) انظر النهاية: ٣٩٦ـ ٣٩٧.
(٧) القواعد ٢: ٥٢. الدروس ٣ ٢٥٦.

معنى الغرر المنهي عنه ، مع أنّه قد صرّح في الدروس بأنّه « لو أسلم فيما يعسر وجوده عند الأجل مع إمكانه كالكثير من الفواكه في البواكير ، فإن كان وجوده نادراً بطل ، وإن أمكن تحصيله لكن بعد مشقّة فالوجه الجواز مع إمكانه ، ويحتمل المنع ؛ لأنّه غرر »[١].

وكيف كان فلا ريب في اعتبار هذا الشرط بناءً على ذلك ؛ إذ صحيح عبدالرحمن[٢] والإجماع بقسميه وأدلّة الغرر[٣] وغيرها حجة عليه . أمّا إذا أُريد منه أمر زائد على مافي البيع وأنّه لايجوز السلم فيما يجوز نقله بغيره مما لم يكن عام الوجود وغالبه ـ كما عساه يوهمه ظاهر بعض العبارات وبعض الفروع المذكورة ـ فلا أجد دليلاً عليه ، بل إطلاق الأدلّة يقضي بخلافه ، بل شدد النكير المقدس الأردبيلي على اشتراط هذا الشرط ، وادّعى أنّ موثّقة عبدالرحمن ـ المتقدمة سابقاً ـ دالة على خلافه[٤] ، بل وصحيح زرارة : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قرية بعينها ؟ فقال : « لا بأس إن خرج فهو له ، وإن لم يخرج كان ديناً عليه »[٥] . وخبر خالد بن الحجاج عن الصادق عليه السلام أيضاً : في الرجل يشتري طعام قرية بعينها وإن لم يسمّ له طعام قرية بعينها « أعطاه [من] حيث شاء »[٦] . وكأنّ في الخبر سقطاً إلّا أنّه لا يقدح في الاستدلال .

قلت : بل وخبر الكرخي عن أبي عبدالله عليه السلام : « كلّ طعام اشتريته في بيدر أو طسوج ـ أي ناحية ـ فأبى الله عليه ليس للمشتري إلّا رأس ماله ، ومن اشترى من طعام موصوف ولم يسمّ فيه قرية ولا موضعاً فعلى صاحبه أن يؤدّيه »[٧] . والجميع كما ترى منافية للشرط المزبور ، الذي قد عرفت خلوّ جملة من العبارات عنه على هذا النحو [أي أنّه غير القدرة على التسليم] المذكورة في كلام بعض المتأخّرين .

وفي الغنية : « وأمّا السلم فشرائطه الزائدة التي تخصّه أربعة ، ذكر الأجل المعلوم ، وذكر موضع التسليم ، وأن يكون رأس المال مشاهداً ، وأن يقبض في مجلس العقد بدليل الإجماع من الطائفة ، ولأنّه لا خلاف في صحته مع تكامل هذه الشروط ، ولا دليل على ذلك إذا لم تتكامل »[٨] . وهو كما ترى قد نفى الخلاف عن الصحّة مع هذه الشروط التي ليس منها عموم الوجود ، فعلم أنّ مرجعه إلى القدرة على التسليم التي لا فرق فيها بين السلم وغيره ، ومما يؤكّد ذلك أنّه بناءً على هذا الشرط ، وأنّه غير القدرة على التسليم ينبغي بطلان السلم فيما اتّفق انحصاره في بعض الناس من غلّة أو قهوة أو إبل أو غنم أو عبيد أو غير ذلك ، وإن كان الموجود فعلاً عنده كثيراً فليس له أن يبيع شيئاً منه مضموناً حالاً منه ، أو على أنّه سلم أو مؤجّلاً بساعة مثلاً ؛ لا شتراط عموم الوجود والفرض انتفاؤه . والبديهة تقضي بفساد ذلك ، كاقتضائها فساد دعوى بطلان السلم في غلّة بلد بعيدة عن بلد

---

(١) الدروس ٣: ٢٥٦.
(٢) الوسائل ١٨: ٤٦، ب٧ من أحكام العقود، ح ١.
(٣) الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٥٢ والمراد من الموثقه الصحيح المشار إليه آنفا.
(٥) الوسائل ١٨: ٣١٣ ب١٣ من السلف، ح ١.
(٦) الكافي ٥: ١٨٦، ح ١١. الوسائل ١٨: ٣١٤ ب١٣ من السلف، ح ٣، وليس فيه: «له طعام».
(٧) الوسائل ١٨: ٣١٤، ب١٣ من السلف، ح ٢، وفيه: «فأتى» بدل «فأبى».
(٨) الغنية: ٢٢٧.

العقد لا يعتاد النقل منها إليه ، مع أنّك قد سمعت مافي الدروس من الصحّة مع قصد البلد[١] ، بل الظاهر الصحّة ولو شرط التسليم في بلد العقد ، وعدم عموم وجوده فيه غير قادح بعد أن كان عاماً في بلده ، فينقله حينئذٍ منها مقدمة للتسليم . ولو صرّح باشتراط النقل كان أوضح في الصحة . نعم يتجه البطلان فيما لو أسلم في غلّة لا توجد إلّا في بلد بعيدة لا يعتاد النقل منها ، على أن يكون المراد هذه الغلة في هذا البلد :

١ ـ ضرورة عدم القدرة على التسليم ، ولا يكفي وجودها في تلك البلاد .

٢ ـ ولانصراف عقد السلم عرفاً في غلّة بلد العقد وماقاربها ممّا يتعارف النقل منها ، لا مثل ذلك ، ولذا لا يكلّف النقل من أمثال ذلك في الآفة مع المشقّة والبعد المفرط . ومن ذلك كلّه يظهر لك ما تسمعه من الروضة[٢] ، بل إنّما كان شبه التدافع بين أوّل كلامه وذيله ، إلّا أن يريد بالبلد التي اشترط التسليم فيها ما كانت من بلاد المسلم فيه ، فيتفق حينئذٍ كلاماه ، بل لعلّه بذلك يرجع إلى ما ذكرناه كغيره من كلام الأصحاب ، وستسمع عبارة التذكرة وغيرها في آخر البحث ، فتأمّل جيداً . ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ ما ذكروه سابقاً من أنّه لا يجوز الاستقصاء في الوصف المؤدّي إلى عزّة الوجود مرجعه إلى ذلك عند التأمّل . وإن علّلوه : بأنّ عقد السلف مبني على الغرر ؛ لأنّه بيع ماليس بمرئي ، فإن كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدّياً إلى التنازع والفسخ فكان منافياً للمطلوب من السلف ، مع أنّه يمكن إرجاعه إلى ما قلناه .

وفي المحكي عن الايضاح تعليله بأنّه « لمّا جلّ جناب الحقّ جلّ شأنه عن التكليف بما لا يطاق ، واقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالباً بمجرّد ما يرد على العبد من تناقض الإرادات أبطل السلم فيما يؤدّي إلى أحدهما قطعاً ، وما تجدّد أداؤه تجدّد بطلانه » قال : « فظهر من ذلك أنّ ما يعزّ وجوده لا يصح السلم فيه وبقي مالا يعزّ ، لكن وجوده أقل في الأغلب لاستقصاء الصفات ، والأقرب فيه الصحة ؛ لعدم استلزامه المحال ، مع إمكانه في نفسه وجواز ثبوته في الذمة ؛ لوجود المقتضي وهو عقد البيع ، وانتفاء المانع وهو عزّة الوجود ، ثمّ احتمل بطلانه »[٣] .

قلت : لاريب في ضعف الاحتمال إذا كانت القلّة بحيث لا تعدّ المعاملة معها سفهاً .

ومنه يعلم مافي القواعد من أنّ « الأقرب جواز اشتراط مالايعزّ وجوده وإن كان استقصاءً كالسمن والجعودة »[٤] إن كان مراده البطلان بغير الأقرب ، ومن هنا قيل : إنّ غير الأقرب : الوجوب[٥] . وإن كان فيه أنّه مساو للأوّل في الضعف أو أضعف إذا فرض عدم توقّف المعلومية عليه ، كما هو واضح .

وكيف كان فالظاهر أنّ مرجع المنع في عزّة الوجود إلى فقد هذا الشرط معها ، لا أنّه أمر آخر زائد على ذلك ؛ لعدم الدليل إلّا الإجماع المحكي الظاهر في أنّه هو الإجماع الذي حكي على هذا الشرط ، وقد عرفت أنّ مرجعه إلى القدرة على التسليم التي لا يطمأن بها إلّا في معتاد الوجود ، بل لا تخرج المعاملة عن كونها سفهية إلّا بنحو ذلك .

---

(١) لم يتقدم ، يأتي في الصفحة الآتية .
(٢) الروضة ٣ : ٤١٥ .
(٣) الايضاح ١ : ٤٦٠ .
(٤) القواعد ٢ : ٤٦ .
(٥) جامع المقاصد ٤ : ٢١٧ .

نعم قد اعتبر في الروضة غلبة وجوده في البلد الذي اشترط تسليمه فيه ، أو بلد العقد حيث يطلق ، بناءً على انصرافه إليه عند الإطلاق أو فيما قاربهما بحيث ينقل إليهما عادة ، فلا يكفي الوجود فيما لا يعتاد نقله في غرض المعاملة ، بل ينقل هدية ، ونحو ذلك .

ثمّ ذكر : « أنّه لو عيّن غلّة بلد لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله إليه ، ولو انعكس بأن عيّن غلّة غيره مع لزوم التسليم شارطاً نقله إليه فالوجه الصحة ، وإن كان يبطل مع الإطلاق ، والفرق أنّ بلد التسليم حينئذٍ بمنزلة شرط آخر ، والمعتبر هو بلد المسلم فيه »[1] .

وكأنّه أخذ ذلك ممّا في الدروس قال : « ولا يكفي وجوده ـ أي المسلم فيه ـ في بلد لا يعتاد نقله إليه إلا نادراً كالهدية ، ولو عيّن بلداً لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله » إلى أن قال : « لو شرط نقل الفاكهة من بلد بعيدة إلى بلده قبل وجودها في بلده صحّ وإن كان يبطل مع الإطلاق ، ولا يجب عليه السعي فيها ، والفرق بينه وبين البواكير أنّها مقصودة عند العقد ، بخلاف تغاير البلدين ، ولو فرض قصد ذلك البلد صح »[2] .

وعلى كلّ حال فقد يتوهّم منه أمر زائد على القدرة على التسليم المشترطة في البيع ؛ ضرورة أنّ المدار فيها على صدقها من غير مدخلية لبلد التسليم وغيره ، فيجب عليه حينئذٍ نقله إليه إن لم يكن فيه مقدّمة لتسليمه فيه ، لا أنّ الوجود فيه مقدّمة لوجوب دفعه .

لكن قد عرفت فيما مضى احتمال إرادته ما لا ينافي ما ذكرناه .

مع أنّه قد يؤيّده مافي التذكرة ، قال : « يجوز أن يسلم في شيء ببلد لا يوجد ذلك الشيء فيه ، بل ينقل إليه من بلد آخر لإمكان التسليم وقت الأجل وكان سائغاً كغيره ، ولا فرق بين أن يكون بعيداً أو قريباً ، ولا أن يكون ممّا يعتاد نقله إليه أو لا ، ولا يعتبر مسافة القصر هنا ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم : إن كان قريباً صحّ ، وإن كان بعيداً لم يصحّ ، وقال آخرون : إن كان ممّا يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة لافي معرض التحف والهدايا والمصادرات صحّ السلم ، وإلّا فلا ، أمّا لو أسلم في شيء يوجد غالباً في ذلك البلد وقت الحلول فاتّفق انقطاعه فيه وأمكن وجوده في غيره من البلاد فهل يجب على البائع نقله ؟ الأقرب ذلك مع انتفاء المشقّة وعدم البعد المفرط ، ولا عبرة بمسافة القصر ولا بإمكان الرجوع من يومه »[3] .

إلّا أنّه لا يخفى منافاته لأوّل فروع الروضة [وهو غلبة وجوده في البلد الذي اشترط تسليمه فيه] ، إلّا مع التأويل .

وفي التنقيح : « لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله لا مع المشقّة ولا مع عدمها إذا كان قد عيّن البلد ، وإلّا وجب »[4] . فتأمّل جيّداً ، فإنّ المسألة من المشكلات .

وكأنّ منشأ الوهم فيها تلك العبارة التي وقعت للردّ على أبي حنيفة في السلف في المعدومات[5] .

---

(١) الروضة ٣ : ٤١٦ .
(٢) الدروس ٣ : ٢٥٦ ـ ٢٥٧ .
(٣) التذكرة ١١ : ٣١٩ ـ ٣٢٠ .
(٤) التنقيح ٢ : ١٤٨ .
(٥) المبسوط (للسرخسي) ١٢ : ١٣٦ .

ولكن ينبغي أن يعلم أنّه لو ذكر بلد المسلم فيه على وجه يكون من صفاته لم يكف وجوده في غيره، وكذا لو أطلق وكان الإطلاق منصرفاً إلى ذلك على هذا الوجه. أمّا إذا كان استحقاق السلم من حيث الدينية، وكان قد اشترط بلداً مخصوصة، أو كان إطلاق العقد مقتضياً ذلك فلا يعتبر وجوده في ذلك البلد، بل يكفي الإتيان بالكلّي الثابت في الذمّة على وصفه من أيّ بلد كان، من غير فرق بين بلد العقد وغيره [١].

[اشتراط معلومية الأجل للمتعاقدين]:

(و) كيف كان فـ(**لا بد أن يكون الأجل**) الذي قد عرفت وجوب تعيينه، وأنّه لا يجوز أن يكون محتملاً للزيادة والنقصان (**معلوماً للمتعاقدين**) مصداقه، فلا يكفي انضباطه في نفسه [٢]. فلا يجوز التأجيل بالنيروز بانتقال الشمس إلى برج الحمل المسمّى بالنيروز، أو برج الميزان المسمّى بالمهرجان، وبفصح النصارى، وهو عيد من أعيادهم كالسعانين والفطير، اللذين هما عيدان من أعياد أهل الذمة، ولا بالأشهر الفرسية كتير ماه أو مرداد ماه والرومية كحزيران وتموز، أو غير ذلك إلّا إذا كان يعلمان ذلك مفهوماً ومصداقاً حتى ترتفع الجهالة [٣].

(**وإذا قال: إلى جمادي حمل على أقربهما، وكذا إلى ربيع، وكذا إلى الخميس والجمعة**) [٤]. وكان التعريف فيهما وأشباههما للعهدية كما أنّ المجرّد منهما من أسماء الأشهر، كرمضان وشعبان كذلك أيضاً في الحمل على الأقرب. أمّا ربيع وجمادي [٥] فهما حينئذٍ كخميس وجمعة لليوم المخصوص من كلّ أسبوع [٦]، [فينزل على

---

[١] ولعلّ هذا مراد ثاني الشهيدين[١] إذا لم يكن ثمّ عرف، أو قرينة تقتضي إرادة غلّة بلد السلم على وجه الوصفية ولو لجهل بحالها، والله العالم.

[٢] وإن احتمل، إلّا أنّه واضح الضعف؛ للغرر وانسياق العلم عندهما مما اعتبر معلوميته من النص ومعقد الإجماع وغيرهما.

[٣] **ولعل إطلاق الفاضل في التذكرة والقواعد جواز ذلك**[٢] محمول على صورة علمهما، وإن كان قد يوهم بعض عبارات الأوّل خلاف ذلك. لكن يقوى أنّ مراده الردّ على بعض من أطلق المنع من العامّة[٣]، كما يومئ ذكره بعد ذلك اعتبار علم المتعاقدين وعدمه، وربّما ظهر من بعض عباراته التوقف في ذلك. والتحقيق ما ذكرنا، ولا يرد عليه التأجيل بالشهر الهلالي الذي لم يعلم نقيصته وتماميته؛ للتسامح العرفي في ذلك، وعدم عدّ مثله جهالة عندهم.

[٤] **بلا خلاف أجده في الاخيرين**، بل ولا إشكال معتدّ به فيه في العرف.

[٥] **فظاهر التذكرة عدم حملهما على الأقرب**[٤]. ولعلّه لتخيل الاشتراك اللفظي. وفيه منع واضح؛ ضرورة أنّهما من المشترك المعنوي؛ إذ معنى الأوّل كلّ ثلاثين بين صفر وجمادي في كلّ سنة. والثاني كلّ ثلاثين بين ربيع الثاني ورجب في كلّ سنة.

[٦] ومن هنا ساوى بعضهم بين الجميع في الصحّة والبطلان[٥]، وقد عرفت أنّ الفهم العرفي على التنزيل على الأقرب في الجميع وإن اختلفا في مرتبة الظهور. وهو العمدة لا التعليق على الإسم الصادق بحصول الأقرب؛ لعدم رجوعه بعد التأمّل إلى محصل يعتمد عليه.

---

(١) الروضة ٣: ٤١٦.
(٢) التذكرة ١١: ٢٦٨. القواعد ٢: ٥١.
(٣) فتح العزيز ٩: ٢٣٣.
(٤)(٥) التذكرة ١١: ٢٧١. المسالك ٣: ٤١٧ـ ٤١٨.

الأقرب].

وتظهر ثمرة الحمل فيما لو ماتا ولم يصرّحا بالقصد أو فيما إذا اختلفا بعده فيه فإنه يقدّم مدّعي الأقرب، بل تظهر أيضاً فيما إذا أوقعا العقد غير مستحضرين الأقرب، إلّا أنّهما من أهل العرف اللذان يحملانه عليه لو سمعاه، فإنّه يحكم بصحّة العقد، ويحمل على الأقرب [١].

نعم لو لم يعلما العرف وأوقعا العقد معتمدين على السؤال عنه بعد ذلك اتّجه البطلان [٢].

(**ويحمل الشهر عند الإطلاق على عدة بين هلالين**) مع الإمكان، كما إذا وقع العقد فيما يقال عليه عرفاً: إنّه أوّل ليلة الهلال [٣].

نعم لو تعذّر إرادة الهلالي للقرينة (**أو**) كان العقد في الأثناء إلى شهر والفرض اتّصال الأجل بالعقد حمل على الـ(**ثلاثين يوماً**) [٤].

(**ولو قال**) المتعاقدان في بيان الأجل: (**إلى شهر كذا**) وكان زمان فاصل بينه وبين ما جعله غاية (**حلّ بأوّل جزء من**[1] **ليلة الهلال نظراً إلى العرف**) في خروج الغاية هنا، وأنّ المراد كون غاية التأخير دخول رجب مثلاً.

---

[١] لأنّ عدم الاستحضار ليس جهالة.

[٢] لما عرفت من أنّ المدار في رفع الغرر علمهما بذلك لا مضبوطيته في الواقع، كما هو واضح، فتأمّل جيداً، والله أعلم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه**، بل ظاهرهم أنّه المعنى الحقيقي للشهر، بل هو المراد مما في التذكرة من أنّ الشهر الشرعي مابين الهلالين[2]؛ إذ من المعلوم عدم الحقيقة له شرعاً.

[٤] لأنّه المنساق بعد تعذّر الحقيقي، فليس هو من المشترك لفظاً بينهما؛ لأصالة عدمه، ولا من المشترك معنى؛ لعدم القدر المشترك بينهما بحيث يطمئن بوضعه لهما، والاكتفاء بكلّ منهما في نحو من أقام ستّة أشهر، أو إذا قال السيّد لعبده: أقم في هذه البلاد شهراً أو غير ذلك يمكن أن يكون لظهور إرادة عموم المجاز كاليوم المنكسر في إقامة عشرة أيام، المعلوم أنّه مع التلفيق ليس يوماً حقيقة كمعلومية بطلان عدم اعتباره أو احتسابه يوماً، فليس إلّا التلفيق، مع دعوى كون المراد من العبارة ما يشمله ولو من عموم المجاز، فتأمّل جيّداً.

نعم قد يناقش في الفرض بمنع انسياق الثلاثين منه؛ ضرورة صدق الشهر، على ما إذا أكمله بقدر الفائت من الشهر المقبل نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما، كما تسمعه فيما لو كان الأجل شهرين فصاعداً وكان العقد في أثناء الأوّل.

ودعوى اختصاص النزاع فيه دونه ـ كما هو ظاهر ثاني الشهيدين[3] وغيره، بل لعلّه ظاهر المتن أيضاً ـ لامستند لها، كما لا يخفى على من لاحظ أدلّة الطرفين في المسألة الآتية، فتأمّل.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ ظاهر الشهرين كونهما على نسق واحد، فإذا كان أحدهما هلالياً نطقاً؛ لإمكانه وجب تلفيق الثاني كذلك، بخلاف الشهر الواحد المنكسر.

---

(١) في الشرائع زيادة: «أوّل».

(٢) التذكرة ١١: ٢٧٣.

(٣) المسالك ٣: ٤١٨.

أمّا اذا قال: إلى شهر وأبهم فالعرف قاضٍ بإن المراد مضيّ شهر لا الشروع في مسمّى الشهر القاضي بعدم الأجل للسلم حينئذٍ [١]. ولو قال: محلّه في شهر كذا أو في يوم كذا بطل [٢]. ولو قال: إلى أوّل الشهر أو آخره [٣] فالوجه الصحّة كما إذا لم يذكر الأوّل، والله أعلم (**ولو قال: إلى شهرين**) مثلاً (و[١]**كان**) العقد (**في أوّل الشهر عدّ شهرين أهلة**) [٤]. (**وإن**) كان قد (**أوقع العقد في أثناء الشهر**) احتسب الثاني هلالياً [٥].

و(**أتمّ من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد**) نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما حتى لو كان ناقصاً كفى إكمال ما يتمّ به تسعة وعشرون يوماً [٦]. (**وقيل**): [٧] يعتبر ما عدا الأوّل هلالياً [٨]. وأمّا هو [= الأوّل] فـ(**يتمّه**) من الثالث

---

[١] ضرورة تحقق ذلك بأوّل لحظة متّصلة بالعقد. وليس مبنى الفرق في هذا الفهم العرفي أنّ الشهر المبهم إسم لمجموع المدّة، فلا يتحقّق إلّا بعد مضيّها بخلاف رجب الذي يتحقّق بأوّل جزءٍ منه؛ إذ فيه أنّ رجب أيضاً مجموع المدّة. نعم قد يقال: إنّ مبناه [= الفرق] ما أشرنا إليه من أنّه لو كان المراد به ما يراد به من المعيّن كان السلم بلا أجل، والفرض إرادة المؤجّل قطعاً. ومنه ينقدح وجه الصحّة فيما لو فرض التأجيل بالمعيّن على نحو ذلك، كما لو قال: إلى رجب وهو في أوّل رجب، فيحمل حينئذٍ على إرادة مضيّ رجب. وإن كان قد يناقش فيه أوّلاً: بأنّه لامانع فيه من حمله على الحلول، بناءً على وقوع السلم كذلك [= حالاً]. وعلى القول بعدمه يتجه البطلان، كما في المسالك بفقد شرط الصحة، ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم لأنّ البطلان شرعي أيضاً[٢].

[٢] **وفاقاً للفاضل والكركي وغيرهما**؛ للجهالة بعدم التعيين[٣]. اللهمّ إلّا أن يدّعى التسامح في ذلك، كالتسامح في تمامية الشهر ونقصانه، أو يدّعى الحلول بأوّل جزء منهما، كما لو جعلا غاية، كما هو المحكي عن مبسوط الشيخ وخلافه[٤].

وفيه: منع فهم العرف ذلك، كمنع المساواة بين التسامحين، خصوصاً في الشهر.

[٣] **ففي القواعد احتمل البطلان**؛ لأنه يعبّر به عن جميع النصف الأوّل والنصف الآخر[٥]. وفيه: أنّه مجاز، والحقيقة أوّل جزء منه وآخره.

[٤] لما عرفت من أنّه المعنى الحقيقي وإرادته ممكنة.

[٥] لإمكانه.

[٦] لأنّ النقص جاء في آخره وهو من جملة الأجل، والثابت من الأوّل لا يختلف بالزيادة والنقصان، وبذلك يكون الشهران هلاليين. **وهو ظاهر اللمعة، وعن المبسوط أنّه قوّاه**[٦].

ولعلّه للصدق عرفاً بذلك، ولأنّه أقرب إلى مراعاة الحقيقة فيما بقي، وفيما مضى.

[٧] **والقائل الأكثر، كما في المسالك**[٧].

[٨] لإمكانه.

---

(١) في الشرائع: «فإن».
(٢)(٧) المسالك ٣: ٤١٩، ٤٢٠.
(٣) القواعد ٢: ٥٢. جامع المقاصد ٤: ٢٣٣.
(٤) المبسوط ٢: ١٧٢. الخلاف ٣: ٢٠٢.
(٥) القواعد ٢: ٥٢.
(٦) اللمعة: ١١٦. المبسوط ٢: ١٧١.

(ثلاثين يوماً) [١] (وهو أشبه) [عند المصنّف] [٢].

---

[١] لأنّه المنساق بعد تعذّر الهلالي حقيقة ؛ ضرورة اقتضاء مراعاته إطراح المنكسر فيتأخّر الأجل عن العقد ، فيتعيّن اعتباره عددياً . ولا يقدح إتمامه من الشهر المتأخّر دون الذي يليه محافظة على إبقاء الهلالي حقيقة فيه ، ولأنّ الإكمال صادق سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره ، إلّا أنّ الإكمال ممّا يليه مقتض لاختلال الهلالي في الآخر مع إمكانه ، فيتعيّن الثاني ، ولا محذور فيه بعد أن كان جميع الأجل بحكم واحد ، فلم يكن المتخلّل لشيء آخر ، فتأمّل . **ولذلك وغيره قال المصنف : [وهو أشبه].**

[٢] **وفاقاً للفاضلين والشهيدين والمحكي عن المبسوط[١] وغيره** . لكن زاد في الاستدلال في المسالك « بأنّ الأجل إذا كان ثلاثة أشهر مثلاً فبعد مضيّ شهرين هلاليين وثلاثين يوماً ملفّقة من الأوّل والرابع يصدق أنّه قد مضى ثلاثة أشهر عرفاً ، فيحلّ الأجل ، وإلّا كان أزيد من المشترط ، وبأنّه إذا وقع العقد في نصف الشهر مثلاً ومضى بعده شهران هلاليان يصدق أنّه مضى من الأجل شهران ونصف وإن كانت الثلاثة ناقصة ، وهذا أمر ثابت في العرف حقيقة ، فيكفي إكمالها خمسة عشر يوماً لصدق الثلاثة معها »[٢] .

وفيه : أنّه لم يظهر لنا وجه معتدّ به لتغيير المثال بالشهرين إلى الثلاثة ، مع أنّهما سواء في الصدق العرفي ، وقوله : « وإلّا إلى ... آخره » لايتمّ في نفي احتمال اعتبار إتمامه هلالياً ؛ ضرورة عدم اقتضائه أزيد من المشترط ، كما هو واضح . وظاهر القائل باعتباره ثلاثين يوماً عدم اكتفائه بالنصف الناقص . ومن هنا كان يلزم على هذا القول أنّه لو جعل الأجل ثلاثة أشهر مثلاً ووقع العقد في صفر بعد مضيّ ساعتين وجاء ناقصاً فإنّه يكمل من جمادى الأُولى يوماً وساعتين ، فيحصل من ذلك ثلاثة أشهر هلالية زائدة يوماً وساعتين ، والعرف واضح الصدق بدون ذلك . وأمّا القول بانكسار الجميع الذي نفى عنه البعد في المختلف[٣] ، بل حكى عن أحد قولي المبسوط[٤] ، فهو وإن احتجّ له بأنّ الأيّام الباقية من الشهر المنكسر إمّا أن لا تحسب من أحدهما أو من الثاني ، وكلاهما محال ، فليس إلّا احتسابها من الأوّل . وحينئذٍ لا يعقل دخول الثاني حتى يتمّ الأوّل ممايليه فينكسر حينئذٍ ، وهكذا .

لكن قد يناقش فيه أوّلاً : بعدم اعتبار الهلالي في الممكن منه ، وقد عرفت ما يعيّن التلفيق من الأخير ، وأنّه لا محذور فيه .

وثانياً : بأنّه تقتضي بناءً على اعتبار الجميع ثلاثين يوماً زيادة ثلاثة أيام مثلاً لو فرض كون الأجل ثلاثة أشهر واتّفق نقصانها .

اللهمّ إلّا أن يريد انكسارها جميعاً واعتبارها هلاليّة بإتمام كلّ منها بقدر الفائت منه .

وفيه حينئذٍ منع صدق تمام الشهر عرفاً لو كان ناقصاً بإتمامه أربعة عشر يوماً ونصف من الشهر الآخر .

ومن ذلك ينقدح الضعف في القول الأوّل ، ولعلّ القول بإتمامه هلالياً بأن يؤخذ نصف الهلالي الثاني مكملاً به الشهر الأوّل ، وإن كان ناقصاً أولى في الصدق العرفي ، إلّا أنّه لمّا كان الثاني غير معلوم هلاله ناقصاً أو تامّاً وكان الأصل عدم خروج الهلال والأصل عدم الحلول وجب الاقتصار في نصفه قبل أن يتبيّن على الخمسة عشر ، وهكذا الثلث والربع ونحوه لو كان الأجل نصف الشهر المعيّن . ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ الاحتمالات خمسة أو أزيد ، وبعضها أقوال .

---

(١) التحرير ٢ : ٤٢٧ . التذكرة ١١ : ٢٧٣ . الدروس ٣ : ٢٥٤ . المسالك ٣ : ٤٢٠ . المبسوط ٢ : ١٧١ .

(٢) المسالك ٣ : ٤٢١ .

(٣) المختلف ٥ : ١٥٢ .

(٤) المبسوط ٢ : ١٧١ .

ولعلّ الأولى من ذلك الإحالة على أقلّ ما يصدق عليه العرف، وربّما اختلف، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

(**ولو قال: إلى يوم الخميس حلّ بأوّل**) خميس وأوّل (**جزء منه**) [١].

٢٤ = ٢١٧

[عدم اشتراط ذكر موضع التسليم]:

(**و**) كيف كان فـ(**لا يشترط**) في صحّة السلم (**ذكر موضع التسليم على الأشبه**) [٢].

(**ولو**[١] **كان في حمله مؤنة**) ولو كان العقد في مكان من قصدهما أو أحدهما مفارقته [٣].

وله المطالبة به حيث شاء، إلّا إذا كان هناك عرف يقتضي الانصراف إلى مكان مخصوص فيتبع حينئذٍ [٤].

---

[١] لما عرفته سابقاً؛ إذ لا فرق بينه وبين الشهر المعيّن.

[٢] **الأشهر، بل المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً.**

[٣] لإطلاق الأدلّة الواردة في معرض البيان، المؤيّدة بعدم ظهور مانع سوى تخيّل تفاوت الأغراض بذلك تفاوتاً يختلف فيه الثمن في الجميع أو في بعض الأحوال. وهو واضح الفساد؛ ضرورة عدم اقتضاء ذلك الاشتراط إذا لم يكن عدمه مؤدّياً إلى جهالة في الثمن والمثمن.

ومن هنا لم يجب الاستقصاء في الوصف وإن اختلف الثمن به. ولا ريب في عدم الجهالة عرفاً بترك ذكر موضع التسليم؛ إذ هو أمر خارج عن المبيع، فالمكان حينئذٍ كالزمان لا يجب التعرّض له في رفع الجهالة، وإلّا لوجب في النسيئة ونحوها.

ودعوى الخروج بالإجماع كما ترى.

[٤] إذ هو حينئذٍ كالمشروط، كما هو ظاهر الأصحاب في المقام ونحوه من العقود التي تنصرف إلى إرادة التسليم في بلد العقد وإن كان للنظر فيه مجال، خصوصاً إذا كان قد وقع العقد مؤجّلاً وفي مكان من قصدهما أو قصد أحدهما مفارقته.

وعلى كلّ حال فذلك بحث آخر خارج عمّا نحن فيه، فلا يقال: إنّه لا ينافي القول بالاشتراط المبني قطعاً على عدم الانصراف؛ ضرورة أنّه غير متجه بناءً على الانصراف؛ لارتفاع الجهالة المقتضية للاشتراط بذلك؛ إذ الظاهر أنّ القول بالعدم ليس مبناه الانصراف الذي قد يفقد، كما إذا كانا في مكان من قصدهما مفارقته أو غير ذلك، بل مبناه ما ذكرنا من عدم قدح مثل هذه الجهالة بعد أن لم تكن في الثمن والمثمن، فتأمّل. وكيف كان فقد ظهر لك ضعف القول باشتراطه مطلقاً الذي اختاره في الدروس[٢]، بل نسبه بعضهم إلى الخلاف[٣] وإن كان المحكي من عبارته غير ظاهرة في ذلك، قال: «إذا كان السلم مؤجلاً فلابد من ذكر موضع التسليم، فإن كان في حمله مؤنة فلابدّ من ذكره إلى أن قال: «الصحيح أنّه يجب ذكر الموضع والمؤنة، دليلنا طريقة الاحتياط؛ لأنّه إذا ذكر الموضع والمؤنة صحّ السلم بلا خلاف، وإذا لم يذكرهما لا دليل على صحّة هذه»[٤].

وفي التحرير نسب إليه ما عن المبسوط الذي قوّاه الكركي من التفصيل بين ما يكون لحمله مؤنة فيجب أو لا يكون كذلك فلا يجب[٥]، ووجهه كسابقه.

---

(١) في الشرائع: «وإن».

(٢) الدروس ٣: ٢٥٩.

(٣) المسالك ٣: ٤٢٢.

(٤) الخلاف ٣: ٢٠٢ـ٢٠٣.

(٥) التحرير ٢: ٤٣٠. المبسوط ٢: ١٧٣. جامع المقاصد ٤: ٢٣٨.

وجوابه يظهر مما ذكرنا ، بل في السرائر : أنّه « لم يذهب إليه أحد من أصحابنا ، ولا ورد به خبر عن أئمتنا عليهم السلام ، وإنّما هو إحد قولي الشافعي اختاره شيخنا ، ألا تراه في استدلاله لم يتعرّض لإجماع الفرقة ، ولا أورد خبراً في ذلك »[١] .

ومن الغريب مناقشته في المختلف بأنّهم نصّوا على اشتراط الوصف وهو يتناول المكان ؛ لأنّ الأين من جملة الأوصاف اللاحقة للماهية[٢] .

فتكون الأخبار[٣] دالّة عليه ؛ ضرورة عدم إرادة ذلك من الوصف المعتبر في المسلم فيه الذي قد عرفت أنّ اعتباره لرفع الجهالة التي لا فرق بين السلم وغيره ، وفرض احتياج الحمل إلى المؤنة لا يوجب التعيين ، خصوصاً مع انصراف العقد بناءً عليه ، بل وإن لم ينصرف ؛ إذ المرجع حينئذٍ في ذلك إلى الشرع ، ولعلّ قواعده تقتضي وجوب الحمل إلى المسلم ؛ لأنّه يستحق التسليم على المسلم إليه من حيث المعاوضة ، فيجب الحمل حينئذٍ مقدّمة إلّا إذا استلزمت قبحاً يسقط التكليف بها معه .

ويحتمل عدم الوجوب ؛ للأصل ، فيبقى في ذمّته على نحو الأمانة .

وأمّا التفصيل بين ما إذا كانا في مكان من قصدهما أو أحدهما مفارقته ، برية كان أو غيره وعدمه ، فيجب التعيين في الأوّل دون الثاني ، وهو القول الرابع ، فكان مبناه عدم انصراف العقد حينئذٍ ، فيتحقّق الجهالة . وفيه ما عرفت .

ومنه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما كان في حمله مؤنة أو كانا في مكان من قصدهما مفارقة وعدمهما ، فيجب مع واحد منهما ، ولا يجب مع عدمه .

وحينئذٍ فالأقوى ما عرفت ، وحينئذٍ يكون كالحال الذي قطع في المسالك بعدم الاشتراط فيه ، وأنّه ليس محلاً للخلاف ، فيكون حينئذٍ كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد أو في محل المطالبة إن فارقاه[٤] هذا .

وفي المسالك : « أنّ المعتبر في تشخّص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته وأجزائه عرفاً كالبلد المتوسط فما دونه ، والقطعة من الأرض كذلك بحيث لا يفرّق بين أجزائها ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة ، لا مطلق البلد ولا الموضع الشخصي الصغير »[٥] .

وفيه : أنّه يمكن القول بصحة الأوّل ، بناءً على عدم اشتراط موضع التسليم ، بل والأخير ، إذا كان فيه غرض معتد به لعموم « المؤمنون عند شروطهم[٦] » .

وقد يدفع الأوّل : بأنّه وإن قلنا بعدم الاشتراط ، إلّا أنّه مع التعرّض له تجب المعلومية ؛ لأنّه إذا كان مجهولاً أفسد العقد باعتبار عود جهالته إلى غيره ، بخلاف ما إذا لم يتعرّض له .

كما أنّه قد يدفع الثاني بأنّ الفرض فيه عدم الغرض المعتد بها ، والأمر سهل .

---

(١) السرائر ٢ : ٣١٧ .

(٢) المختلف ٥ : ١٥١ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٢٨٣ ، ب ١ من السلف .

(٤) المسالك ٣ : ٤٢٣ .

(٥) المسالك ٣ : ٤٢٤ .

(٦) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

[أحكام السلم]:

(المقصد الثالث: في أحكامه):

(وفيه مسائل):

[عدم جواز بيع المسلم فيه قبل حلوله]:

(الأُولى: إذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله) [١].

(و) أمّا أنّه (يجوز بعد حلوله[١]) وقبضه فـ[ـهو المختار] [٢].

بل الأقوى الجواز (وإن لم يقبضه على من هو عليه وعلى غيره) بجنس الثمن ومخالفه بالمساوي له أو بالأقل أو بالأكثر مالم يستلزم الربا، سواء كان المسلم فيه طعاماً أو غيره مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو غيره [٣].

---

[١] لا لعدم ملكيته قبل الأجل؛ ضرورة عدم مدخلية فيها؛ إذ العقد هو السبب في الملك، والأجل إنّما هو للمطالبة، ولا لعدم القدرة على التسليم؛ إذ من المعلوم أنّها في المؤجّل عند الأجل، ولا لغير ذلك من الأُمور المعلوم بطلانها، بل للإجماع المحكي في التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد[٢] وغيرهما، وعن كشف الرموز[٣] إن لم يكن محصّلاً، بل لعلّه كذلك.

ولا يقدح ظاهر مافي الوسيلة قال: «وإذا أراد أن يبيع المسلف ما أسلف فيه من المستسلف عند حلول الأجل أو قبله بجنس ما ابتاعه بأكثر من الثمن الذي ابتاعه لم يجز، ومن باع بجنس غير ذلك جاز»[٤]، بعد سبقه بالإجماع ولحقوقه به، فضلاً عن خلاف بعض متأخّري المتأخّرين في ذلك[٥]؛ لعمومات البيع ونحوها، ممّا لا يخفى على أصاغر الطلبة فضلاً عن رؤساء الدين والمحامين عن شريعة سيد المرسلين.

[٢] [كما] لا خلاف فيه ولا إشكال.

[٣] لا طلاق الأدلّة وعمومها:

١ ـ وخصوص مرسل أبان عن الصادق عليه السلام: في رجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمنه، فقال: «لا بأس بذلك»[٦].

٢ ـ وموثق ابن فضال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يسلفني [في] الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: «نعم»[٧].

٣ ـ وخبر علي بن محمد قال: كتبت إليه: رجل له على رجل تمر أو حنطة أو شعير فلمّا تقاضاه، قال: خذ بمالك عندي دراهم، أيجوز ذلك أم لا؟ فكتب عليه السلام: «يجوز ذلك عن تراض منهما»[٨].

٤ ـ وخبر العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة حتى [إذا] حضر الأجل لم يكن عنده طعام ووجد عنده دواباً ورقيقاً ومتاعاً أيحلّ له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: «نعم يسمّى كذا وكذا بكذا وكذا

---

(١) في الشرائع: «بيعه بعده» بدل «بعد حلوله».
(٢) التنقيح ٢: ١٤٥. الغنية: ٢٢٨. جامع المقاصد ٤: ٢٦٢.
(٣) الحدائق ٢٠: ٤٤ ـ ٤٥.
(٤)(٥) الوسيلة: ٢٤٢. الرياض ٨: ٤٤٧.
(٦) الوسائل ١٨: ٣٠٥، ب ١١ من السلف، ح ٥، وفيه: «يسلم» بدل «يسلف».
(٧) المصدر السابق: ٣٠٦، ح ٨.
(٨) المصدر السابق: ٣٠٨، ح ١١، مع اختلاف.

صاعاً»[١]. بناءً على أنّ المراد بذلك كلّه خصوصاً الأخير البيع لا الوفاء بدونه، وقصورها سنداً أو دلالةً منجبر بالشهرة المحكيّة والمحصّلة، كما أنّ اختصاص مواردها بالبيع على من هو له عليه غير قادح بعد تتميمه بما في الرياض من «أنّه لا قائل بالفرق بين الطائفة»[٢]. وإن كان قد يناقش بما في التنقيح «من الإجماع على صحّة بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه على من هو عليه، أمّا على غيره ففيه خلاف، قال الشيخ: يصح[٣]، ومنعه ابن ادريس»[٤]، وهو كذلك؛ لأنّه في السرائر في باب السلم بعد أن حكى عن الشيخ الجواز مطلقاً قال: «قد حرّرنا القول في بيع الدين وقلنا: إنّه لا يجوز إلّا على من هو عليه، وشرحناه وأوضحناه في باب الديون بما لا طائل في إعادته»[٥]، فجعل ما نحن فيه من جزئيات تلك المسألة. وكيف كان ففي الرياض: أنّه قد خالف في ذلك الشيخ في التهذيب حيث منع من البيع بالدراهم إذا كان الثمن الأوّل كذلك؛ لخبر علي بن جعفر قال: سألته عن الرجل له على الآخر تمر أو شعير أو حنطة [أ] يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قوّمه دراهم فسد؛ لأنّ الأصل الذي اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم»[٦]. قال: «وضعف سنده يمنع من العمل به، مع احتماله ـ ككلام التهذيب ـ الحمل على صورة التفاوت بالزيادة والنقيصة، كما فهمه الجماعة، ولذا لم ينسبوا إليه القول الأوّل بالمرة، بل نسبوه إلى هذا القول، وله فيه موافق من الطائفة، كالإسكافي والعمّاني والقاضي وابن حمزة والحلبي وابن زهرة، وادّعى في الدروس أنّه مذهب الأكثر، وعن الحلبي دعوى الإجماع عليه، وهو ظاهر الغنية واختاره جمع من تأخّر»[٧]. قلت: بل هو مال إليه في الرياض[٨]:

١ ـ للإجماع المحكي.

٢ ـ والنصوص المستفيضة:

أ ـ كصحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل، فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلّا رأس ماله لا يظلمون ولا يظلمون»[٩].

ب ـ وصحيحه الآخر عنه أيضاً قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمّى فقال له صاحبه: لا أجد لك وصيفاً خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقاً، فقال: لا يأخذ إلّا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أوّل مرّة ولا يزداد عليه شيئاً»[١٠].

جـ ـ وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمّى؟ قال: «لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه [أن] يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس ماله ما بقي من الغنم دراهم»[١١].

---

(١) المصدر السابق: ٣٠٥، ح٦.
(٢) (٧) الرياض ٨: ٤٤٩.
(٣) النهاية: ٣٩٨.
(٤) التنقيح: ١٤٥.
(٥) السرائر ٢: ٣١٤ ـ ٣١٥.
(٦) الوسائل ١٨: ٣٠٨، ب ١١ من السلف، ح ١٢، وفيه: «يشتري» بدل «اشترى».
(٨) الرياض ٨: ٤٥١ ـ ٤٥٢.
(٩) الوسائل ١٨: ٣٠٩، ب ١١ من السلف، ح ١٥.
(١٠) المصدر السابق: ٣٠٧، ح ٩.
(١١) المصدر السابق: ٣٠٣، ح ١، وفيه: «يسلم» بدل «يسلف».

. . . . . .

د ـ وصحيح يعقوب بن شعيب : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة والتمر بمئة درهم فيأتي صاحبه حين يحلّ الذي له فيقول : والله ما عندي إلّا نصف الذي لك فخذ منّي إن شئت بنصف الذي لك حنطة وبنصفه ورقاً ؟ فقال : « لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه »[١] .

وفيه : أنّ الإجماع المحكي موهون بمصير أكثر المتأخّرين إلى خلافه ، بل ادّعى جماعة ـ كما قيل ـ عليه الشهرة[٢] مع أنّ الموجود في الغنية : « فإذا حلّ جاز بيعه من المسلم إليه بمثل ما نقد فيه وبأكثر منه من غير جنسه ومن غير المسلم إليه بمثل ذلك وأكثر منه من جنسه وغيره بدليل إجماع الطائفة ، وظاهر القرآن ، ودلالة الأصل إلّا أن يكون المسلم فيه طعاماً ، فإنّ بيعه قبل قبضه لا يجوز إجماعاً على ما قدمناه »[٣] . وهو صريح في التفصيل بين بيعه على من هو عليه وعلى غيره ، كظاهر ما سمعته سابقاً من الوسيلة[٤] ، والمحكي من عبارة أبي الصلاح في المختلف خال عن الإجماع ، وظاهر في غير المنقول عنه ، قال : « العقد يقتضي تسليم المعجّل وتأخير المؤجّل ، وتسليمه عند حلول أجله سواء كان التأخير مشروطاً في البيع أو الثمن ، فاذا حلّ ولم يكن عنده عين ما عقد عليه فعليه إحضاره ، ويصح إقامة العروض عنه من غير جنسه ، ولا يجوز له ابتياعه من مستحقه بمثل ما باعه منه في الجنس ولا بزيادة عليه نقداً ، ولا نسيئة ولا نقله إلى سلف آخر ، ويجوز له ابتياعه بغير ما قبضه منه نقداً »[٥] . وهو كما ترى ظاهر في المنع حتى بالمماثل . **نعم حكاه عنه في المختلف أيضاً أنّه قال بعد كلام طويل : « ولا يجوز لمن أسلم في متاع أن يبيعه من مستسلمه ولا غيره قبل أجله ، فإذا حلّ أجله جاز بيعه منه بمثل ما نقد وأكثر منه من غير جنسه ومن غير المستسلم بمثل ذلك ، وأكثر منه من جنسه وغيره »**[٦] . **وهو كالغنية والوسيلة**[٧] . ولعلّ حجّته على التقدير الأوّل [أي جواز البيع بالمستسلم بمثلها نقداً وأكثر منه من غير جنسه] خبر علي بن جعفر السابق[٨] ، فإنّه قد اعترف في المختلف بدلالته على ذلك[٩] ، فكان نسبة هذا القول إليه أولى مما في الرياض من نسبته إلى تهذيب الشيخ كما سمعت[١٠] ، مع أنّ المحكي من عبارة التهذيب في المختلف صريحة في خلافه ، ولذا لم ينسبه إليه فيه ، بل جعله من القائلين بالمنع من الزيادة[١١] ، فلاحظ وتأمّل جيّداً . نعم قد حكى عن مبسوطه في المختلف أنّه قال : « إذا حلّ عليه طعام بعقد السلم فدفع إلى المسلم دراهم نظر ، فإن قال : خذها بدل الطعام لم يجز ؛ لأنّ بيع المسلم قبل القبض غير جائز ، سواء باعه من المسلم إليه أو من الأجنبي إجماعاً » . وحكى عنه أيضاً : أنّه « لو كان له طعام من سلف وعليه مثله من سلف آخر فأحاله بما عليه لا يجوز ؛ لأنّ بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعاً »[١٢] . وظاهره عدم الجواز قبل القبض مطلقاً ، وحينئذٍ تكون الأقوال ستة أو سبعة ، والصحيح منها ما ذكرناه . والمراد من خبر محمد بن قيس بعد الإغضاء عن الاضطراب في متنه على ما في التهذيب[١٣] وغيره أنّ المسلم إذا لم يوجد شرطه لآفة في المسلم

---

(١) المصدر السابق : ٣٠٩ ـ ٣١٠ ، ح١٦ .
(٢) الرياض ٨ : ٤٥٠ .
(٣) الغنية : ٢٢٨ .
(٤)(٨)(١٠) تقدّم في ص ٥٨٩ ، ٥٩٠ .
(٥) الكافي : ٣٥٧ .
(٦) الكافي : ٣٥٨ .
(٧) الغنية : ٥٢٧ . الوسيلة : ٢٤٢ .
(٩)(١١) المختلف ٥ : ١٤٢ ـ ١٤٣ .
(١٢) المبسوط ٢ : ١٢١ ـ ١٢٢ .
(١٣) التهذيب ٧ : ٣٢ ، ح١٣٣ ، ١٣٤ . الوسائل ١٨ : ٣٠٩ ، ب ١١ من السلف ، ح ١٥ .

فيه أو لعدم مطالبته به إلّا بعد انقطاعه ولم يرد الانتظار إلى زمن حصول شرطه بل أراد الورق ، فليس له أن يأخذ إلّا رأس ماله لا يظلم ولا يظلم ، فيفسخ العقد حينئذٍ ويستردّ الثمن . لا أنّ المراد بيعه عليه برأس ماله ، وكذا صحيحه الآخر . ومما يؤيّد ذلك أنّ الخصم لا يعيّن ذلك عليه في مفروض البحث ؛ إذ يجوز له عنده بيعه بغير الجنس بما يساوي الثمن أضعافاً مضاعفة من أنّ الخبر قد تضمن أنّه ليس له إلّا ذلك ، كما هو واضح . وأمّا صحيح الحلبي[١] فلا دلالة فيه أصلاً ؛ ضرورة عدم البأس فيما تضمّنه بعد التراضي منهما ، مع أنّه لم يعلم أنّ رأس مال المسلم فيه دراهم ، ولا تعرّض فيه للزيادة والنقيصة . وبالجملة هو غير ظاهر في إرادة البيع . وصحيح يعقوب[٢] يمكن حمله على إرادة السؤال عن جواز الفسخ في البعض ولو مع التراضي ، فأجابه عليه السلام بأنّه لا بأس به إذا أخذ منه ، كما أعطاه حتى لا يترتّب عليه الربا ، لا أنّ المراد أنّ بيعه عليه بذلك ؛ إذ لا يتصوّر ترتّب الربا عليه بعد أن كان في ذمّة المسلم إليه الحنطة والتمر أو غير ربوي كالإبل ونحوها ، لا الدراهم التي هي ثمنهما .

ومنه يعلم أنّه لا وجه للإشارة بآية[٣] الربا إلى ذلك في الخبر الأوّل[٤] ، وأنّه لابدّ من حمله على ما قلنا . وبذلك يظهر لك ضعف هذه عن الأدلّة المعارضة لها من الأصل والعمومات ، وخصوص النصوص السابقة ، التي قد يناقش فيها بأنّ مافيها من الوفاء لا البيع ، فلا تدلّ على المطلوب فيها أيضاً . لكن لا يخفى بعد إمكان منع هذه المناقشة فيها بظهورها ، سيما بعضها في غير ذلك أنّ الأُصول والعمومات كافية في الصحّة فميل الفاضل في الرياض إلى القول بعدم الجواز في البيع بالجنس مع الزيادة[٥] في غير محلّه قطعاً . وأمّا البيع بغير الجنس زاد أو نقص فلا خلاف في جوازه .

وفي المختلف : « أنّهم قد أجمعوا عليه »[٦] .

وفي الرياض : أنّه لا ريب فيه ، وفي البيع بالجنس مع عدم الزيادة فتوى ورواية[٧] .

قلت : قد سمعت كلام أبي الصلاح[٨] وإن كان لا ريب في ضعفه . وعلى كلّ حال فقد ظهر لك قوّة القول بالجواز مطلقاً ، كما أنه قد ظهر لك بمقتضى إطلاق الأدلّة وخصوص بعضها عدم الفرق في ذلك بين كون المسلم فيه مكيلاً وموزوناً وبين غيرهما ، ولا بين كونه طعاماً وغيره . فما سمعته من الغنية هنا من الإجماع على عدم الجواز في الطعام[٩] في غير محلّه . ولعلّ مبناه ما تقدم سابقاً في مبحث القبض من قول بعضهم بالمنع عن بيع المبيع إذا كان مكيلاً أو موزوناً قبل قبضه ، ومن آخرين منهم ابن زهرة في خصوص الطعام منهما . لكن قد تقدّم لك هناك ضعفهما وضعف غيرهما ، مع أنّه يمكن القول به هنا وإن لم نقل به هناك ؛ للأدلّة الخاصّة الحاكمة على غيرها ، وخصوص مواردها بمن عليه غير قادح بعد عدم الدليل الصالح للفرق ، بل لولا التسامح في دليل الكراهة لأمكن المناقشة في ثبوتها في الطعام ، فضلاً عن مطلق المكيل والموزون ، وفضلاً عن غيرهما ، كما هو مقتضى إطلاق قوله في المتن [على كراهة] .

---

(١) تقدّم في ص ٥٩٠ .
(٢) تقدّم في ص ٥٩١ .
(٣) البقرة : ٢٧٩ .
(٤) الوسائل ١٨ : ٣٠٩ ، ب ١١ من السلف ، ح ١٥ .
(٥)(٧) الرياض ٨ : ٤٥١ .
(٦) المختلف ٥ : ١٣٩ ، وفيه : « أجمعوا على أنّه لا يجوز بالأزيد من غير الجنس » .
(٨) تقدّم في ص ٢٩١ .
(٩) الغنية : ٢٢٨ .

(**على كراهة**[١]) [عند المصنّف] [١].

لكن للتسامح فيها يمكن القول بها [في بيعه على من هو عليه] [٢]. [والطعام أيضاً كذلك] (**وكذا يجوز بيع بعضه**) كذلك (**وتوليته وتولية**[٢] **بعضه**) والشركة فيه وفي بعضه [٣].

(و) كيف كان فـ(**لو قبضه**[٣] **ثمّ باعه زالت الكراهة**[٤]) وهو واضح ، والله أعلم.

[تخلف صفة المسلم فيه]:

المسألة (**الثانية**) : [المختار] [٤] أنّه (**إذا دفع المسلم إليه**) المسلم فيه (**دون الصفة**) أو المقدار المشترطين فيه لا يجب على المسلم قبوله وإن كان أجود من وجه آخر [٥].

---

[١] لعدم الدليل ، بل لعلّ ظاهر أدلّة المقام عدمها في المبيع على من هو عليه .

[٢] ولو لاحتمال الاندراج فيما تقدّم في ذلك المقام ، وللخروج عن شبهة الخلاف في الطعام والإجماع المدّعى عليه هنا ، ولغير ذلك . وعلى كلّ حال فقد اتّضح بذلك كلّه أنّه يجوز بيعه قبل قبضه بأزيد من رأس المال أو أنقص .

[٣] لعدم الفرق بين الجميع في مقتضى بعض الأدلّة السابقة .

خلافاً للمحكي عن الشافعي فلم يجوّز للمسلم أن يشرك غيره في السلم فيقول له : شاركني في نصفه بنصف الثمن ولا أن يولّيه فيقول : ولّني جميعه بجميع الثمن ونصفه بنصف الثمن ؛ لأنّها معاوضة في المسلم فيه قبل قبضه فلم يجز ، كما لو كانت بلفظ البيع[٥] ، وهو كما ترى . لا يقال : إنّ إطلاق الأصحاب هنا الجواز مبنيّ على ما ذكروه في باب القبض من منع بيع المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو إذا كان طعاماً خاصة أو إذا لم يكن البيع تولية على اختلاف الأقوال السابق ، وكان الإطلاق هنا لرفع المنع من حيث كونه ديناً لا مطلقاً ، فيبقى المنع من حيث كونه مبيعاً قبل قبضه على البحث السابق فيه ، كما هو صريح الكركي وثاني الشهيدين[٦] . لأنّا نقول : أوّلاً : قد بان لك في ذلك المبحث ضعف الجميع ، وأنّ الأقوى القول بالجواز مع الكراهة هناك . وثانياً : أنّه يمكن الفرق بين المسألتين باعتبار الأدلّة الخاصة هنا ، كما جزم به المحدّث البحراني في حدائقه فقال : بالمنع هناك وبالجواز هنا ، محتجاً باختلاف موضوع المسألتين في نصوص المقامين ؛ لاتفاقها هنا على البيع على من [هو] عليه وهناك على البيع على غيره[٧] .

قلت : وربّما يؤيّده ملاحظة بعض كلماتهم في المقامين . ولولا خوف الإطناب ـ وأنّه لافائدة مهمّة في ذلك ؛ إذ الظاهر الجواز على التقديرين أي سواء قلنا بكون المسألتين من سنخ واحد من حيث البيع قبل القبض ، أو مختلفين في ذلك على معنى اختصاص المنع على القول به في غير السلم دونه ـ لنقلنا جملة منها ، فلاحظ وتأمّل ، والأمر سهل .

[٤] **[كما] لا خلاف فيه [ـه].**

[٥] لأنّه ليس نفس حقّه مع تضرّره به .

---

(١) (٤) في الشرائع : « كراهية » « الكراهية » .
(٢) لم ترد : « وتولية » في الشرائع .
(٣) في الشرائع زيادة : « المسلم » .
(٥) الأُم ٣ : ٧٧ .
(٦) جامع المقاصد ٤ : ٢٠٧ . المسالك ٣ : ٤٢٤ .
(٧) الحدائق ٢٠ : ٤٠ ـ ٤١ .

(و) لو (رضى المسلم) به (صح وبرئ) المسلم إليه مما كانت ذمته مشغولة به (سواء شرط) المسلم إليه (ذلك لأجل التعجيل) إذا كان قد دفعه قبل الأجل (أو لم يشترط) [١].

و[قد قيل][٢] بعدم البأس مع التراضي لو دفع له غير الجنس أيضاً، وهو جيد، إلّا أنّ الظاهر كون الفرق تحقق الوفاء بنفس المدفوع الفاقد للوصف الذي اشترط في المسلم فيه زائداً على ما ارتفع به الجهالة من الوصف، بل وكذا ما ارتفع بها منه؛ لأنّه بعد إسقاط الحقّ من الوصف المشترط يصدق المسلم فيه حينئذٍ على المدفوع، بخلاف ما إذا كان المدفوع من غير الجنس فإنّ تحقّق الوفاء به كالمعاوضة، وقد يحتمل قوياً كون الجميع كذلك. خصوصاً إذا كان الوصف مما ارتفع به الجهالة والاتّحاد في الجنس غير كافٍ [٣]. وإنّما هو تراض على المعاوضة بذلك، فتأمل جيّداً، فإنّه قد تترتّب ثمرات على ذلك. منها: وجوب الدفع مع رضا صاحب الحقّ بما هو دون الوصف على الأوّل، بخلاف الثاني. وربّما يفرّق بين الأوصاف، فلا يجب فيما كان منوّعاً منها دون غيره الذي يراد منه ثبوت الاستحقاق لذي الوصف ثمّ على تقدير الوجوب في الأوّل الظاهر بقاء استحقاقه المطالبة أيضاً بالفرد الأوّل ومجرّد رضاه بدون قبض لا يسقط استحقاقه الأوّل؛ إذ هو ليس كحق الخيار والشفعة [٤].

---

[١] **بل في الغنية: «يجوز التراضي على تقديم الحقّ عن أجله بشرط النقص منه، بدليل الإجماع»**[(١)].

١ ـ وقال أبو بصير: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان؟ قال: «ليس به بأس، قلت: أرأيت إن أسلم في أسنان معلومة أو شيء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطيبة النفس؟ قال: لا باس»[(٢)].

٢ ـ ومعاوية: سألته أيضاً عن الرجل أسلف في وصفاء أسنان معلومة وغير معلومة ثمّ يعطي دون شرطه؟ فقال: «إذا كان بطيبة نفس منك ومنه فلا بأس»[(٣)].

٣ ـ والحلبي سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصفاء بأسنان معلومة ولون معلوم ثمّ يعطي دون شرطه أو فوقه؟ فقال: «إذا كان عن طيبة نفس منك ومنه فلا بأس»[(٤)].

٤ ـ وسأل يعقوب بن شعيب أبا جعفر أو أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه جلّة من بسر فآخذ منه جلّة من رطب مكانها وهي أقلّ منها؟ قال: «لا بأس، قال: قلت: فيكون لي عليه جلّة من بسر فآخذ مكانها جلّة من تمر وهي أكثر منها، قال: لا بأس إذا كان معروفاً بينكما»[(٥)]. إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على الجواز مع التراضي، المؤيّدة بأنّه لابأس في إسقاط حقّه من الوصف ومن المقدار وغيرهما مما اشترطه.

[٢] **[كما] من هنا صرّح غير واحد [بذلك].**

[٣] ضرورة عدم صدق المسلم فيه على الجارية السوداء المدفوعة عوض البيضاء التي هي المسلم فيها.

[٤] وحينئذٍ فيكون مراد المصنّف وغيره بالبراءة مع الرضا في صورة مالو قبضه راضياً به عوض الحقّ، لا المراد سقوط حقّه بمجرّد الرضا، وإن رجع قبل القبض مع احتماله وإن كان بعيداً.

---

(١) الغنية: ٢٢٨.

(٢)(٣) الوسائل ١٨: ٣٠٠ ب٩ من السلف، ح٢، ٤.

(٤) المصدر السابق: ٢٩٩، ح١.

(٥) المصدر السابق: ٣٠١، ح٧، وذيله.

(وإن أتى) المسلم إليه (بـ) ـالمسلم فيه على (مثل صفته) التي اشترطت (وجب) على المسلم مع عدم العذر (قبضه أو إبراء المسلم إليه) ممّا اشتغلت ذمته، كما تقدّم الكلام في ذلك (و) في أنّه (لو أبى[1]) المسلم عنهما (قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك) مفصّلاً في بحث النقد والنسيئة، فلاحظ وتأمّل.

(و) أمّا (لو دفع فوق الصفة) بمعنى الجامع للأوصاف المشترطة عليه مع زيادة أو الفرد الأعلى من مصداق الصفة (وجب قبوله) [١]. نعم لو دفع ذا الصفة الحسنة عوض ذي الصفة الرديئة المشترطة من النوع الواحد [٢] اتجه عدم الوجوب [٣].

[ولو كان المراد من عبارة الشرط إنّ المسلم فيه هذا فما فوقه] فإنّه يجب القبول حينئذٍ [٤].

(و) على كلّ حال (لو دفع) المسلم إليه (أكثر) من المقدار المطلوب منه (لم يجب قبول الزيادة) [٥].

---

[١] **بلا خلاف معتدّ به ولا إشكال**؛ لتحقّق المسلم فيه بذلك؛ ضرورة عدم منافاة الزيادة فهو حينئذٍ من المسألة السابقة. واشتراط طيب النفس منهما في النصوص السابقة لدفع دون الشرط أو فوقه يراد منه التوزيع؛ لغلبة عدم رضا المسلم إليه بالفوق والمسلم بالدون، فبيّن عليه السلام: أنّه لا بأس بكلّ منهما مع الرضا من كلّ منهما[2].

[٢] **ولعلّه غير المراد هنا من العبارة.**

[٣] **كما عن الاردبيلي**[3]: ١ ـ للأصل. ٢ ـ ولأنّه قد يتعلّق له الغرض بما اشترطه. ٣ ـ وللمنّة إذ الفرض استحقاق الرديء لا غير، ولغير ذلك. لكن هذا إذا لم يكن المراد من عبارة الشرط إنّ المسلم فيه هذا فما فوقه، لا أنّه هو لا غير.

[٤] **وعليه بنوا وجوب قبول الجيّد المدفوع عن الأردأ**، كما سمعته فيما تقدّم.

[٥] ١ ـ للأصل.

٢ ـ وللمنّة التي لا يخفى ما في تحمّلها من المشقة؛ لعدم استحقاق الزيادة. وبذلك افترق هذا عن السابق الذي هو من أفراد المسلم فيه، وإن لم يكن للمسلم الإلزام به. وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمّى؟ قال: «لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس [مال] ما بقي من الغنم دراهم ويأخذون دون شرطهم ولا يأخذون فوق شرطهم، قال: والأكسية أيضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم»[4]. مع احتمال إرادة رأس المال من الشرط فيه الذي لو أخذ الجاهل الفوق منه ربّما ضمّه إلى رأس المال فيقع في الربا بخلاف الدون، واضطراب متنه بإسقاط لفظ «الدون» في بعض النسخ. ولعلّه أصوب يراد منه أنّه ليس لهم مافوق، لا أنّه لا يجب عليهم القبول لو كان ممّا فرضناه. **فما عن ابن الجنيد من مساواة زيادة الصفة لزيادة العين في عدم وجوب القبول**[5] **ومال إليه المحدّث البحراني وتبعه فاضل الرياض**[6] واضح الضعف، كما عرفت.

---

(١) في الشرائع: «امتنع».
(٢) انظر الوسائل ١٨: ٣٠١، ب ٩ من السلف، ح ٧.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٦٣.
(٤) الوسائل ١٨: ٣٠٣، ب ١١ من السلف، ح ١.
(٥) نقله في المختلف ٥: ١٥٣.
(٦) الحدائق ٢٠: ٥١. الرياض ٨: ٤٥٨.

هذا كلّه إذا كان المدفوع من الجنس (**أمّا لو دفع**) من (**غير جنسه لم يبرأ إلّا بالتراضي**) مع التمكّن من الجنس قطعاً [١].

[بطلان تأجيل ثمن المسلم فيه]:

المسألة (**الثالثة**): قد تقدم البحث في أنّه (**إذا اشترى كرّاً من طعام**) مثلاً مؤجّلاً (**بمئة درهم واشترط**[1] **تأجيل خمسين بطل في الجميع على قول**) وأنّه يحتمل البطلان فيها خاصة.

(و) كذا (**لو دفع خمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم إليه صحّ فيما دفع**) قطعاً.

(**وبطل فيما قابل الدين**) في قول (**وفيه تردّد**) أشبهه عند المصنّف الكراهة [٢].

[التسليم في غير الموضع المتفق عليه مع التراضي]:

المسألة (**الرابعة**): وهي (**لو شرطا موضعاً للتسليم فتراضيا بقبضه في غيره جاز**) [٣].

نعم (**إن امتنع أحدهما لم يجبر**) عليه [٤].

[جواز رد المسلم فيه المعيب]:

المسألة (**الخامسة**): وهي (**إذا قبضه**) أي المسلم المسلم فيه (**فقد تعين وبرئ المسلم اليه، فإن وجد به عيباً**) كان له الردّ بالعيب (**ف**) إذا (**ردّه زال ملكه عنه، وعاد الحقّ إلى الذمّة سليماً من العيب**) [٥].

---

[١] لأنّه معاوضة موقوفة عليه، كما هو واضح، والله أعلم.

[٢] **كما عرفت**[2]**، بل وتقدّم ما يستفاد منه حكم [المسألة الرابعة].**

[٣] ضرورة أنّه لهما إسقاط حقّهما من الشرط (و) إن كان الموضع المشترط ما انصرف إليه العقد شرعاً.

[٤] لقوله عليه السلام: « المؤمنون عند شروطهم »[3].

بل وتقدّم في باب الصرف ما يستفاد منه حكم [المسألة الخامسة].

[٥] **لكن في المسالك هنا: أنّه لا أرش له**؛ لأنّه « لم يتعيّن للحق، بل وقع عوضاً عن الحقّ الكلّي مملوكاً له ملكاً متزلزلاً يتخيّر معه بين الرضا به مجّاناً فيستقرّ ملكه عليه، وبين أن يردّه فيرجع الحقّ إلى ذمّة المسلم إليه سليماً بعد أن كان قد خرج عنها خروجاً متزلزلاً. ونبّه بقوله: عاد « على ذلك، حيث إنّ العود يقتضي الخروج بعد أن لم يكن، فإنّه مصير الشيء إلى ما كان عليه بعد خروجه. وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتجدّد بين القبض والردّ، فإنّه يكون للقابض؛ لأنّه نماء ملكه، كنظائره من النماء المتجدّد زمن الخيار.

أمّا المتّصل فيتبع العين ويتفرّع عليه أيضاً ما لو تجدّد عنده عيب قبل الردّ فإنّه يمنع من الرد؛ لكونه مضموناً عليه، ولم يمكنه بعده ردّ العين كما قبضها.

وبه قطع في التذكرة وزاد: « أنّ له حينئذٍ أخذ أرش العيب السابق وإن لم يكن ثابتاً لولا الطارئ، فإنّ المنع منه إنّما كان لعدم

---

(١) في الشرائع: « وشرط ».

(٢) تقدّم في ص ٥٧١.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

انحصار الحقّ فيه ، حيث إنّه أمر كلّي والعيب غير تام في جملة أفراد الحق ، فلمّا طرأ العيب المانع من الردّ تعيّن قبوله ، فصار كالمبيع المعيّن إذا كان معيباً فإنّه يجوز أخذ أرشه ويتعيّن عند مانع من رده ، وربّما قيل بجواز رده هنا ؛ لعدم تعيينه ابتداء . والعيب الطارئ لم يوجب تعيّنه غاية مافي الباب أن يلزم بأرشه »[١] .

قلت : ونحوه يأتي أيضاً في التلف فيلزم بالقيمة لو أراد الرجوع بالبدل .

وفيه : أنّ ذلك مناف لما سمعته منهم في باب الصرف ، كما أنّه مناف لمقتضى الحكم بالرد ؛ ضرورة أنّه لا دليل على الردّ إلّا الاندراج فيما دلّ عليه في المبيع ، بتقريب أنّه بالدفع والقبض صار كأنّه مورد العقد ، إلّا أنّه لا يقتضي ردّه فسخ العقد .

كما اقتضاه لو كان المبيع معيّناً باعتبار توقّف عوده إلى ملك مالكه الذي هو المراد من الردّ على انفساخ العقد بخلافه في الفرض ؛ إذ عوده إلى ملك المالك ، إنّما يقتضي فسخ مقتضى القبض الذي هو السبب في ملك هذا الشخص ، فيبقى مقتضى العقد على حاله ، وحيث كان مبنى الردّ الاندراج المزبور اتجه حينئذٍ أنّ له الرجوع بالأرش ؛ لإطلاق ما دلّ عليه في المبيع .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّه مخالف لمقتضى الأصل ، فيقتصر فيه على المتيقّن ، وهو إذا لم يمكن تحصيل المبيع سالماً ، كما إذا كان معيّناً .

أمّا اذا أمكن كما في الفرض لأنّ له الردّ والإبدال فلا يتجه الرجوع بالأرش .

نعم لو تعيّب عنده أو تلف مثلاً فتعذر الردّ على حسب ما أخذه كان له الأرش ، كما سمعته من التذكرة[٢] وإلزامه بالأرش للعيب الحادث أو القيمة لو أراد الإبدال ليس بأولى من الزام البائع بالأرش ، بل هو أولى ، ولذا تعيّن في المبيع المعيّن .

لكن فيه : أنّه مخالف لما سمعته منهم في باب الصرف ، بل لم يعرف فيه خلاف هناك .

نعم حكي هناك عن الشيخ وغيره أنّ له فسخ العقد أيضاً ، مضافاً إلى الإبدال والأرش[٣] .

وناقشه الفاضل فيه ، كما سمعته هناك[٤] مفصّلاً ، فلاحظ وتأمّل حتى تعرف قوّة القول بالخيار هنا بين الردّ والإبدال وبين الأرش .

بل وتعرف أيضاً فساد ما قيل هنا على العبارة وما شابهها : « من أنّ زوال الملك عند ردّه إنّما يكون بعد ثبوته ، والمعيب ليس من المسلم فيه ، فلا ينتقل عن المسلم إليه ، وأنّ عود الحقّ إنّما يكون بعد زواله ، وهو مستلزم لأحد محذورين ، إمّا الحكم بالشيء مع وجود نقيضه ، أو إثبات الحقيقة من دون لوازمها ، وذلك لأنّ الحكم بالبراءة إن كان صادقاً لزم الأوّل ، وإلّا لزم الثاني »[٥] ؛ إذ لا بأس بالتزام كون المقبوض المعيب صالحاً للأداء عن الحقّ إذا رضي به المستحق ؛ لأنّه من جنس الحقّ ومن أفراد المسلم فيه ، وعيبه ينجبر بالخيار فيتم الزوال والعود ولابعد في تحقق الملك متزلزلاً لمكان العيب ، ومعلومية إرادة الصحيح لا تقتضي كون المسلم فيه الموصوف بالصحة ، كما هو واضح .

---

(١) المسالك ٣: ٤٢٦ ـ ٤٢٧ .
(٢) التذكرة ١١: ٣٥٧ .
(٣) المبسوط ٢: ٩٥ .
(٤) راجع ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠ .
(٥) نقله عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٤: ٤٨٥ .

[وله الخيار بين الردّ والإبدال وبين الأرش].

فالنماء المتخلّل حينئذٍ بين القبض إلى حال الردّ للقابض [١].

[والملك حاصل هنا ظاهراً وباطناً وإن كان متزلزلاً].

[إذا كان العيب برأس المال]:

المسألة (**السادسة**): وهي (**إذا وجد برأس المال**) المعيّن (**عيباً فإن كان من غير جنسه**) بأن كان فضّة فبان نحاساً مثلاً (**بطل العقد**) من أصله إن كان الجميع كذلك، وإلّا فبالنسبة، وله حينئذٍ خيار التبعيض.

ولو كان العقد بكلّي أبدلت إذا لم يتفرّق المجلس، وإلّا بطل أيضاً.

(**وإن كان**) العيب في المعيّن (**من جنسه**) كالخشونة واضطراب السكّة (**رجع بالأرش إن شاء**) قبل التفرّق قطعاً وبعده على الأصحّ.

ويحتمل انفساخ العقد فيما قابله (**وإن اختار الردّ كان له**) كما في غيره من الثمن المعيب وينفسخ العقد [٢].

وإن كان كلّياً فله الأرش، بناءً على المختار وله الردّ، ولكن لا ينفسخ العقد [٣]. بل لا يبعد [٤] عدم وجوب قبض البدل في مجلس الردّ [٥].

كما أنّه لا يجب قبض الأرش في مجلس اختياره باعتبار أنّه كالجزء من الثمن.

وقد تقدّم تحقيق كثيرٍ من هذه المطالب في باب الصرف، فلاحظ وتأمّل كي تعرف الحكم في جملة أقسام المسألة؛ إذ العيب إمّا أن يكون من الجنس أو من غيره، ثمّ إمّا أن يكون في جملة الثمن أو في بعضه، ثمّ إمّا أن يظهر

---

[١] ومن ذلك يظهر مافي جواب الشهيد عن ذلك في حواشيه « بأنّ الحكم بالزوال والعود مبني على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحقّ وصالحاً لأن يكون من جملة أفراده قبل العلم بالعيب، فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذي حصل ظاهراً وإن لم يزل في نفس الأمر، فصحّ إطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار »[1]؛ إذ قد عرفت أنّ الملك حاصل ظاهراً وباطناً، غاية أمره التزلزل، وهو غير مانع كنظائره، وقد تقدم لنا في باب الصرف ماله نفع تام في المقام.

بل منه يستفاد كثير من أحكام [المسألة السادسة].

[٢] ضرورة توقّف الردّ إلى ملك الأوّل عليه.

[٣] لما عرفت من أنّه إنّما يقتضي فسخ مقتضى القبض.

نعم قد يقال به في المقام لا لذلك، بل لاستلزامه عدم قبض الثمن قبل التفرّق. وفيه: أنّ المقبوض المعيب ثمن، فيكفي قبضه قبل التفرّق في الصحة، وإن تعقّبه فسخ مقتضى القبض بعد التفرّق.

[٤] لذلك [لحصول القبض].

[٥] للأصل بعد ظهور الأدلّة في غيره.

---

(١) نقله في المسالك ٣: ٤٢٧ ـ ٤٢٨ عن بعض تحقيقاته.

قبل التفرّق أو بعده، ثمّ إمّا أن يكون الثمن معيّناً أو كلّياً، فالأقسام ستّة عشر، والله أعلم.

[التنازع في وقوع القبض قبل التفرّق]:

المسألة (**السابعة: إذا اختلفا**) المسلم والمسلم إليه (**في القبض**) للثمن (**هل كان قبل التفرّق أو بعده؟ فالقول قول من يدّعي الصحّة**) [١].

[ولو اختلفا في أصل قبض الثمن، فإنّ القول قول منكر القبض وإن تفرّقا، واستلزم بطلان العقد] [٢].

ولو أقام كلّ منهما في مفروض المتن بيّنة بني على تقديم بيّنة الداخل، وهو هنا مدّعي الصحّة أو الخارج [٣].

(**و**) كيف كان فـ[ـالمختار] [٤] أنّه (**لو قال البائع: قبضته**) أي الثمن (**ثمّ رددته إليك قبل التفرّق**) وأنكر المشتري ذلك بمعنى عدم القبض أصلاً فضلاً عن الردّ (**كان القول قوله**) أي المشتري (**مع يمينه**) لا البائع [٥]

---

[١] لأصالتها فيه بعد اعترافهما معاً بحصوله؛ إذ هو أيضاً ممّا يقع على وجهين، فالأصل فيه الصحّة كباقي أفعال المسلمين وأقوالهم التي تقع على وجهين، وقد رتّب الشارع أثراً على أحدهما دون الآخر.

وبذلك يظهر أنّه لا حاجة، أو لا وجه إلى تقرير ذلك، بأنّه لمّا تعارض أصالة عدم القبض قبل التفرّق مع أصالة عدم التفرّق قبل القبض تساقطا، فيحكم باستمرار العقد. وفي الحقيقة لا نزاع بينهما في أصل الصحّة، وإنّما النزاع في طروّ المفسد، والأصل عدمه إن لم يرجع إلى ما ذكرنا الذي من الواضح الفرق بينه وبين مالو اختلفا في أصل قبض الثمن، فإنّ القول قول منكر القبض فيه وإن تفرّقا واستلزم بطلان العقد.

[٢] لأنّ الأصل عدمه، فلا يجري أصل الصحّة المتوقّف على ثبوت الموضوع ذي الوجهين، ويقع الشك في صحّته وأصالة صحّة العقد لا تقضي بثبوت ما كان مقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخّرة، وأصالة عدم طرو المفسد معارضة بأصالة عدم وجود المصحّح، ونحو ذلك يجري في قبض الصرف؛ إذ المسألة من وادٍ واحد، إلّا إذا قلنا هنا بأنّ التفرق قبل القبض مانع، لا أنّ القبض قبله شرط، بخلافه في الصرف فإنّه يتمّ حينئذٍ التمسّك باستصحاب أثر العقد مالم يعلم المانع، فتأمّل جيداً.

[٣] **لكن الفاضل هنا قدّم الأوّل**[(١)]:

١ ـ لقوّة جانبه بأصالة عدم طروّ المفسد.

٢ ـ ولانّ دعواه مثبتة والأُخرى نافية، وبيّنة الإثبات مقدّمة. وهو كما ترى، خصوصاً الأخير؛ ضرورة كون البطلان إثباتاً أيضاً، كما هو واضح.

[٤] [كما] قد ظهر لك مما ذكرنا [ذلك].

[٥] **كما في القواعد**[(٢)] **والدروس**[(٣)].

---

(١) القواعد ٢: ٥٤.

(٢) القواعد ٢: ٥٥.

(٣) الدروس ٣: ٢٦٠.

(مراعاة لجانب الصحة) [١].

ولو كان الاختلاف في المسلم فيه أنّه حنطة مثلاً أو شعير تحالفا.

وفي قدره أو قدر الثمن أو قدر الأجل فالقول قول منكر الزيادة.

---

[١] التي قد عرفت احتياج جريان أصلها إلى وجود الموضوع المدّعى عدمه، كما هو مقتضى الأصل، بل هذا عين المسألة السابقة التي قد ذكرناها، وقلنا فيها: إنّ القول قول منكر القبض أصلاً.

ولو فرض كون الإنكار لما قبل التفرّق خاصّة، على معنى الاعتراف بقبضه والردّ لكن بعد التفرّق كان عين المذكور في المتن سابقاً، ولا ثمرة معتد بها لإعادته، كما أنّه لا وجه لفرض الإنكار فيه للرد خاصة؛ ضرورة أنّ القول قوله فيه لا البائع، فضلاً عن تعليله بمراعاة الصحة.

وحينئذٍ فما في المسالك في شرح العبارة لم يظهر لنا وجهه.

قال: « المراد أنّهما اتّفقا الآن على كون الثمن في ذمّة المشتري أو عنده، ولكن اختلفا في كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن لا يكون تقابضا أصلاً أو على وجه مصحّح، بأن يكون البائع قبضه ثمّ ردّه إليه، والمصنّف هنا قدّم قول البائع ترجيحاً لجانب الصحة، مع أنّ الأصل عدم القبض أيضاً، وتحقق صحّة العقد سابقاً كما مرّ. ويمكن أن يقال حينئذٍ: تعارض الأصلان فيحصل الشكّ في طرو المفسد، والأصل عدمه فيتمسّك بأصل الصحّة لذلك »[1].

وفيه:

ما عرفت سابقاً من أنّ ذلك لا يستقيم على فرض كون القبض قبل التفرّق شرطاً؛ لأنّ أصالة صحّة العقد لا تقضي بوجود ما يقتضي الأصل عدمه من الشرائط المتأخّرة، كما عرفت.

نعم قد يقال: الاختلاف هنا كالاختلاف في السابقة في كون القبض قبل التفرّق أو بعده، ولكن أعادها لبيان أنّه لا فرق في حكم هذا الاختلاف بين كون الثمن في يد البائع أو يد المشتري؛ إذ ظهور اليد في الملك بعد اعترافه هنا بوقوع القبض.

لكن بعد التفرّق غير مجد، وحينئذٍ فلا وجه لما في المسالك، حيث قال بعد الكلام السابق: « ويبقى في المسألة شيء وهو أنّ دعوى البائع الردّ غير مقبولة كنظائرها؛ إذ لا دخل له في الصحّة، وإنّما قدّم قوله في أصل القبض مراعاة لجانبها، وحينئذٍ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبة المشتري بالثمن؟ يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الردّ مع اعترافه بحصول القبض، ويحتمل جواز المطالبة لاتّفاق المتبائعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن، أمّا على دعوى البائع فظاهر، وأمّا على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض، فإذا قدّم قول البائع في صحّة العقد الزم المشتري بالثمن.

ويشكل بأنّ المشتري حينئذٍ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمّته لدعواه فساد البيع، فلا يبقى إلّا دعوى البائع، وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض، ودعوى الردّ، وهي غير مقبولة في الثاني، والمسألة موضع إشكال، ولعلّ عدم قبول قوله في الردّ أوجه »[2].

وهو من غرائب الكلام، خصوصاً إذا كان الثمن الذي اتّفقا عليه معيّناً ويد المالك بعد استنادها فيه إلى بقاء الملك السابق الذي قطعه دعوى البائع الذي فرض تقديمها على دعواه لا تجدي.

---

(١) المسالك ٣: ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

(٢) المسالك ٣: ٤٣٠.

أمّا لو اختلفا في الحلول فالقول قول المسلم إليه ؛ لأنّه منكر .

ولو اختلفا في اشتراطه فالقول قول منكره ، بناءً على صحته حالاً [١] .

[خيار تأخير التسليم عن وقته]:

المسألة (**الثامنة : إذا حلّ الأجل**) وكان المسلم فيه منقطعاً لآفة ونحوها (**وتأخّر التسليم لعارض**) لا لتقصير من المسلم (**ثمّ طالب**) به (**بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ والصبر**) [٢] .

---

[١] **وفي القواعد[١] ومحكي التذكرة[٢] : « الأقرب أنّ القول قول مدعيه إن كان العقد بلفظ السلم على إشكال ، وعلى قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى » .**

وقد أُشكل على بعض الشارحين فهم هذه العبارة[٣] ، ولعلّه بناء منهم على عدم صحّة السلم بلا أجل وأنّ الفاضل ممّن لا يقول بذلك ، وعلى ما قلناه سابقاً من أنّ النزاع فيه فالمراد واضح ، والله أعلم .

[٢] **بلا خلاف أجده في الأخير** ، بل ولا إشكال ؛ لأنّ مورد العقد الذمّة ، والأجل إنّما هو للتسليم .

فاحتمال الانفساخ ـ كما عن أحد قولي الشافعي ـ لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه[٤] في غاية الضعف ؛ لمخالفته :

١ ـ للأصل .

٢ ـ والنص .

٣ ـ والفتاوى ، كاحتمال تعيّن دفع القيمة عوضه ، فيلزم بها المسلّم ؛ لأنّها البدل عن كلّ متعذر ، بل هو أضعف من الأول ؛ لعدم الخطاب الآن بالعين كي ينتقل إلى القيمة لتعذّرها ، بل التعذّر مسقط لأصل خطاب الدفع . ودعوى أنّ ذلك من خطاب الوضع لا التكليف واضحة المنع .

فلا ريب حينئذٍ في أنّ له الصبر إلى وجود المسلم فيه ، بل عيّنه الحلّي عليه ، ولم يجوّز له الفسخ ؛ لأصالة اللزوم[٥] ، إلّا :

١ ـ إنّ قاعدة عدم الوفاء بالشرط كما في المختلف[٦] .

٢ ـ والشهرة بقسيمها على خلافه ، بل ربّما أشعر نسبته في الدروس إلى الندرة[٧] وفي غيرها إلى الخطأ[٨] بالإجماع عليه ، بل في المختلف : « أنّه لم يوافقه عليه أحد من علمائنا ، ولا أظن أحداً أفتى به » ، وفيه أيضاً : « أنّ أقوال الفقهاء متطابقة على تسليط المشتري على الفسخ ، وعموم الكتاب ؛ لعدم حصول التراضي إذا تعذر المسلم فيه ، والأحاديث متظافرة بذلك »[٩] .

وحاصل مراده الردّ على الحلّي بأنّ الكتاب والسنّة والإجماع على ذلك .

---

(١) القواعد ٢ : ٥٤ .

(٢) التذكرة ١١ : ٣٦٢ .

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٢٤٤ ـ ٢٤٥ .

(٤) المجموع ١٣ : ١٥٨ .

(٥) السرائر ٢ : ٣١٧ .

(٦) المختلف ٥ : ١٤٦ .

(٧)(٨) الدروس ٣ : ٢٥٧ . التحرير ٢ : ٤٢٩ .

(٩) المختلف ٥ : ١٤٨ .

وفي موثق ابن بكير : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه ؟

قال : « فليأخذ رأس ماله أو لينظره »[١] .

بل قيل : إنه يدل عليه الأخبار المستفيضة[٢] المتقدم أكثرها سابقاً في بيع السلف[٣] بعد حلوله فإنّها وإن لم تكن ظاهرة في انقطاع المسلم فيه ، إلّا أنّها إذا جوّزت الفسخ مع عدمه فمعه بطريق أولى .

وفيه :

إنّ المستفاد منها بعد ملاحظتها جميعاً وإرجاع مطلقها الى مقيّدها جواز أخذ رأس المال إذا عجز المسلم إليه خاصّة عن الأداء ، وظاهرها كون ذلك مراداً للبائع مسؤولاً له ، وأنّه كالإحسان من المشتري إليه ، بل قد عرفت أنّ المحكي عن الأكثر كون المراد منها المعاوضة عن المسلم إليه بقدر رأس المال لا الفسخ .

وعلى كلّ حال فهي غير ما نحن فيه من أنّ له الفسخ قهراً رضي به البائع أو لا ، والأولوية المزبورة فرع القول بالأصل ، وهو ممنوع ؛ لأصالة اللزوم ؛ إذ المسلم إليه إن وصل عجزه إلى حدّ الإعسار شرعاً فالحكم الإنظار إلى الميسرة ، بل الفسخ غير مفيد ، وإلّا فالمتّجه أنّ له إلزامه به كغيره من الديون .

ولعلّه لذلك كلّه أو بعضه توقّف في الاستناد إلى هذه النصوص لاثبات هذا الحكم في الرياض[٤] .

لكن قد يقال : بمنع ظهور بعضها في كون الفسخ بالتراضي منهما ، خصوصاً نحو صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : « لا بأس بالسلم في الحيوان إذا سمّيت الذي تسلم فيه ووصفته ، فإن وفيته ، وإلّا فأنت أحقّ بدراهمك »[٥] .

بل الظاهر أنّ مدار الفسخ فيها على قاعدة الشرائط ؛ ضرورة كون الأداء في الوقت المخصوص منها فالمتّجه جعل المدار فيه على ذلك .

وقد تقدّم لنا سابقاً أنّ المتّجه أوّلاً جبره على أداء الشرط ، ومع التعذّر يتسلّط على الفسخ ، وقد مضى تحقيق الحال فيه ، فلاحظ وتأمّل جيّداً .

فإنّه قد يمنع استفادة الشرطية من ذلك على الإطلاق ، وإلّا لثبت مثله في النسيئة ، على أنّ المراد من اشتراط الأجل هو عدم استحقاق المطالبة إليه فيعود الاستحقاق الذي هو حاصل من مقتضى العقد .

نعم قد يقع على جهة الشرطية فيترتّب عليه الخيار حينئذٍ من هذه الجهة . فالعمدة في ثبوت الخيار هنا إنّما هو من جهة النصوص والفتاوى .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠٩ ، ب ١١ من السلف ، ح ١٤ .

(٢) الرياض ٨ : ٤٥٨ .

(٣) انظر الوسائل ١٨ : ٣٠٣ ، ب ١١ من السلف .

(٤) الرياض ٨ : ٤٥٩ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٣١٠ ، ب ١١ من السلف ، ح ١٧ ، وفيه : « فوصفته » بدل « ووصفته » .

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في الخيار المزبور بين كون التأخير لتفريط من البائع وبين غيره.

كما إذا لم يطالبه به المشتري حتى انقطع.

نعم [قد قيل] [١] بسقوط الخيار لو كان بتقصير من المشتري بمعنى أنّه عرض عليه فامتنع عن القبض، ولعلّه كذلك [٢]

وكيف كان فـ[ـقد قيل] [٣] أنّ له مضافاً إلى الفسخ والصبر: المطالبة بقيمة المسلم فيه عند الأداء [٤]، [والصحيح أنّه ليس له ذلك إلّا بالتراضي] [٥].

نعم ما [ذكر] [٦] من عدم الالزام بالقيمة جيّد مع عدم التقصير من البائع إذا كان عدم الأداء؛ لانقطاع

---

[١] **[كما] قد صرح غير واحد [به].**

[٢] ١ ـ لأصالة اللزوم.

٢ ـ وكونه السبب في إدخال الضرر على نفسه، فلا يندرج في إطلاق الخبر المزبور.

[٣] **[كما] في حواشي الشهيد عن السيد العميد**(١).

[٤] **واستحسنه في المسالك ومحكي الميسية**(٢)**، بل جزم به في الروضة، كما مال إليه في الرياض**(٣)؛ لأنّها البدل عند تعذّر الحقّ، فهو كتلف المثلي الذي يتعذّر مثله فإنّه ينتقل إلى القيمة. وفيه: أوّلاً: أنّه خلاف ظاهر النصّ، بل والأصحاب كما عن القطيفي الاعتراف به(٤)، بل صرّح بعدمه الكركي في حاشية الإرشاد في شرح قوله فيه: «ولو أخّر التسليم فللمشتري الفسخ أو الإلزام»، قال: «ظاهر العبارة مشكل؛ لأنّ تأخّر التسليم إمّا أن يكون مع وجود المسلم فيه وإمكان تسليمه فليس للمشتري فسخ، بل له إلزامه بالتسليم أو مع انقطاعه وتعذّر تسليمه. وحينئذٍ يتخيّر بين الفسخ وأخذ الثمن إن كان باقياً أو مثله في المثلي والقيمة في غيره، وبين الصبر إلى قابل، وليس له إلزامه بشيء حينئذٍ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون تعذّر التسليم بتفريط المسلم إليه بأن أخّره حتى انقطع أوّلا. وليس له في شيء من ذلك الزامه بالقيمة، لكن يجوز المعاوضة عليه بالتراضي».

إلى أن قال: «ومن حملها على أنّ المراد إذا أخّر البائع التسليم حتى انقطع المسلم فيه بتفريطه يتخيّر المشتري بين الفسخ والإلزام بقيمته يومئذٍ»(٥). فقد أغرب لبعد الحمل عن العبارة، وفساد الحكم في نفسه؛ إذ ليس له إلزامه بالقيمة في المذكور إلّا بالتراضي، كما قدّمناه.

[٥] وكيف كان فالعبارة مشكلة، والحكم أشكل، وهو صريح فيما ذكرنا. وإن كان لا يخلو من نظر إذا كان التأخير بتفريط من البائع، كما أنّه لا يخلو من نظر في أصل إشكال العبارة؛ إذ يمكن حملها على إرادة الصبر من «الإلزام» فيها، بل هو متعيّن بملاحظة فتواه في باقي كتبه(٦).

[٦] **[كما] ذكره [= الكركي ذلك].**

---

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٦٧.

(٢) المسالك ٣: ٤٣١. نقله عن الميسية مفتاح الكرامة ٤: ٤٦٧.

(٣) الروضة ٣: ٤٢٣. الرياض ٨: ٤٥٩.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٦٧.

(٥) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٨٠ ـ ٣٨٢.

(٦) مثل القواعد ٢: ٥٢ ـ ٥٣. المختلف ٥: ١٤٦.

المسلم فيه بآفة سماوية ونحوها [١]. [بل الظاهر عدم الإلزام بالقيمة عوض المسلم فيه].

[والمختار] أنّ في حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل وجوده وقبل الأجل [٢].

نعم له المعاوضة عليه بأزيد من ثمنه وأنقص أو مساوي، كما عرفته سابقاً [٣].

وليس هذا الخيار فورياً [٤].

قلت: لا إشكال في السقوط مع إرادة اختيار الصبر خاصّة من الإمهال [٥].

---

[١] إذ لاخطاب بالأداء أصلاً كي ينتقل إلى القيمة، فأصل وجود المسلم فيه مقدّمة؛ لوجوب أدائه فيسقط بعدمها حينئذٍ، ولا دليل على الانتقال إلى القيمة، فالأصل براءة ذمة المسلم إليه منها، كما أنّ الأصل براءة ذمة المسلم من وجوب قبولها عليه لو بذلت له. بل قيل: إنّ صحيحي محمد بن قيس[١] المتقدمين سابقاً في بيع المسلم إليه بعد حلوله ظاهران أو صريحان في عدم الإلزام بالقيمة[٢]، بل قد ينقدح من ذلك محمل آخر للنصوص السابقة التي ادّعي دلالتها على عدم جواز الزام المسلم إليه بأزيد من الثمن، على أن يكون المراد منها عدم الإلزام بالقيمة عوض المسلم فيه، فلاحظ وتأمّل.

وممّا يزيد ذلك كلّه تأييداً ما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا خلاف أجده فيه بينهم من [أنّه ذلك].

[٢] نظراً إلى أنّه دين فيشمله عموم ما دلّ على حلول ما على الميّت من الدين بالموت. ودعوى أنّ للمسلم الإلزام بالقيمة فيه مع عدم التقصير فيه بوجه من الوجوه كما ترى.

[٣] و[لكن] هو غير مانحن فيه من الإلزام بالقيمة، بل قد يقال: إنّ ذلك لا يجتمع مع خيار الفسخ والصبر؛ ضرورة وجوب القبول على المشتري لو بذلها له، فليس له الفسخ ولا الصبر، إذ قد عرفت أنّ مبنى الإلزام بالقيمة أنّها عوض مال له قد تعذّر، ففي الحقيقة قد رجع دينه الآن إلى القيمة، فمع بذله له يتعيّن القبول كالمثلي إذا تعذّر مثله. وهو كما ترى.

[٤] ١ ـ للأصل.

٢ ـ وإطلاق النص، بل صرّح ثاني الشهيدين بعدم سقوطه لو صرّح بالإمهال[٣].

وإن كان لا يخلو من إشكال، ولذا توقّف فيه في التذكرة والدروس والتنقيح[٤]، فاحتمل في الأوّل بعد أن جعل عنوان المسألة «أنّه لو أجاز ثمّ بدا له في الفسخ وجوب الصبر وأنه كإجازة زوجة العنّين، واحتمل أنّ له الفسخ، ولا يكون ذلك إسقاط حقّ، فكان كزوجة المولى إذا رضيت بالمقام ثمّ ندمت»، ونحوه مافي الدروس قال: «ولو صرّح بالإمهال ففي بطلان خياره نظر، من تجدّد الحقّ حالاً فحالاً، فهو كخيار المولى منها، ولأنه كتأخير الدين المؤجّل، ومن أنّ الإمهال أحد شقّي التخيير وقد آثره، وأولى بالإبطال ما اذا قال: أبطلت خياري»[٥].

[٥] ضرورة كونه حينئذٍ كالإسقاط.

---

(١) الوسائل ١٨: ٣٠٧، ٣٠٩، ب ١١ من السلف، ح ٩، ١٥.

(٢) كفاية الأحكام ١: ٥٢٥.

(٣) المسالك ٣: ٤٣١.

(٤) التذكرة ١١: ٣٢٤. الدروس ٣: ٢٥٧. التنقيح ٢: ١٤٨.

(٥) الدروس ٣: ٢٥٧.

أمّا إذا أمهل لابهذا العنوان، بل لأنّ له عدم الفسخ لم يكن ذلك إسقاطاً [١].

ولو علم الانقطاع قبل الأجل ففي الخيار وجهان [٢]، ولكن الأولى العدم [٣]. ولو كان المسلم فيه يوجد في بلد آخر [٤] [وأمكن نقله وجب مع عدم التضرر الكثير]. (و) كيف كان فـ(لو قبض) المسلم (البعض) من المسلم فيه وتعذّر الباقي (كان له الخيار في الباقي) بين الفسخ واسترداد ما يخصّه من الثمن [٥]، وبين الصبر إلى وجوده كتعذّر الكلّ. (وله) أيضاً (الفسخ في الجميع) [٦].

---

[١] والشك كاف في بقاء الخيار مع الإطلاق، والأمر سهل.

[٢] **لم يرجّح أحدهما في القواعد والتذكرة والدروس[١] وغيرها.**

[٣] **وفاقاً للروضة والمسالك وغيرهما:** ١ ـ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على اللزوم على المتيقّن[٢].

٢ ـ والتفاتاً إلى عدم وجود المقتضي الآن؛ إذ لم يستحقّ عليه شيئاً. ومنه يعلم وجه ترجيح تأخير الحنث في الحالف على أكل الطعام غداً فأتلفه قبل الغد؛ لتصريح غير واحد بابتناء ماهنا عليه، فلاحظ وتدبر.

[٤] **ففي الدروس: «لم يجب نقله مع المشقّة ولا مع عدمها إذا كان قد عيّن البلد، وإلّا وجب»[٣]، لكن في التذكرة «يحصل الانقطاع بأن لا يوجد المسلم فيه أصلاً بأن يكون ذلك الشيء ينشأ من تلك البلدة وقد أصابته جائحة مستأصلة، وهو انقطاع حقيقي، وفي معناه مالو كان يوجد في غير تلك البلدة، ولكن إذا نقل إليها فسد، وإذا لم يوجد إلّا عند قوم مخصوصين وامتنعوا من بيعه فهو انقطاع، ولو كانوا يبيعونه بثمن غال فليس انقطاعاً ووجب تحصيله مالم يتضرّر المشتري به كثيراً، وإن أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها وجب نقله مع عدم التضرّر الكثير»[٤].** وهو جيّد.

[٥] لوجود المقتضي فيه؛ إذ احتمال كونه لتعذر الكلّ خاصة مقطوع بعدمه نصّاً وفتوىً.

[٦] لتبعّض الصفقة عليه، **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك.** لكن قد يشكل الأوّل [اي كون الخيار في الباقي] بما ذكروه في خيار العيب من أنّه ليس له تبعيض الصفقة اختياراً، فلا يجوز له الفسخ في أحد المبيعين صفقة إذا ظهر فيه عيب، بل ليس لأحد المتبايعين الفسخ لو كان المبيع معيباً دون الآخر، ومثله آت في المقام، اللهمّ إلّا أن يمنع عليهم كون المدرك في المنع هناك التبعيض، بل [المدرك هناك] الإجماع أو غيره كما سمعته سابقاً، فلاحظ فتأمّل. بل قد يشكل أيضاً بأنّه لا تبعّض صفقة، وإنّما هو تأخير أداء لبعض المسلم فيه. وما في صحيح عبدالله بن سنان عن أحدهما عليهما السلام أرأيت إن أوفاني بعضاً ـ اي من المسلم فيه ـ وعجز عن بعض أيجوز أن آخذ بالباقي رأس مالي؟ قال: «نعم، ما أحسن ذلك»[٥]. وغيره كصحيح الحلبي[٦] ونحوه ظاهر في نفي البأس عن أخذ ذلك بالتراضي منهما، مع أنّها لا ظهور فيها في انقطاع المسلم فيه وعدم إمكان تحصيله. ويدفع بأنّ تأخير الأداء ولو في البعض كاف في ثبوت الخيار في الجميع؛ للتضرّر، خصوصاً إذا قلنا بأنّ منشأ جواز الفسخ عدم حصول الشرط.

---

(١) القواعد ٢: ٥٣. التذكرة ١١: ٣٢٥. الدروس ٣: ٢٥٧. (٢) الروضة ٣: ٤٢٤. المسالك ٣: ٤٣١.

(٣) الدروس ٣: ٢٥٧. (٤) التذكرة ١١: ٣٢٥.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٠٤، ب ١١ من السلف، ح ٢، وفيه: «سألت أبا عبدالله عليه السلام» و«أيصلح» بدل «أيجوز».

(٦) المصدر السابق: ٣٠٣، ح ١.

وعلى كل حال فـ[قد قيل :] [١] إنّ للبائع الخيار إذا اختار المشتري الفسخ في البعض [٢].

وهو كذلك إذا لم يكن ذلك بتفريط منه وتقصير ، والله أعلم .

[خيار الدين بالعروض]:

المسألة (**التاسعة**) : [المختار] [٣] أنّه (**اذا دفع إلى صاحب الدين عروضاً على أنّها قضاء**) عن الدين (**ولم يساعره احتسبت**[١] **بقيمتها يوم القبض**) [٤].

---

[١] **[كما] قد صرّح بعضهم**[٢] **بـ[ـذلك]**.

[٢] لتبعّض الصفقة عليه أيضاً ، وقوّاه جماعة .

[٣] **[كما] لا خلاف فيـ[ـه]**.

[٤] **بل في المسالك الإتفاق عليه**[٣].

وقال محمد بن الحسن الصفّار : كتبت إليه في رجل عليه مال فلمّا حلّ عليه المال أعطاه به طعاماً أو قطناً أو زعفراناً ولم يقاطعه على السعر الثاني[٤] بعد شهرين أو ثلاثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن أو نقص بأيّ السعرين يحسبه ؟ هل لصاحب الدين سعر يومه الذي أعطاه وحل ماله عليه أو السعر الثاني بعد شهرين أو ثلاثة يوم حاسبه ؟ فوقّع عليه السلام : « ليس له إلّا على حسب سعر وقت ما دفع إليه الطعام إن شاء الله »[٥].

ولا ينافيه قوله أيضاً : وكتبت إليه الرجل استأجر أجيراً ليعمل له بناءً أو غيره من الأعمال وجعل يعطيه طعاماً أو قطناً وغيرهما ثمّ تغيّر الطعام والقطن عن سعره الذي كان أعطاه إلى نقصان أو زيادة أيحسب له سعره يوم أعطاه أو سعر يوم حاسبه ؟ فوقّع عليه السلام : « يحسب له سعر يوم شارطه فيه إن شاء الله »[٦] بعد إرادة يوم القبض من يوم الشرط ، بناءً على أنّه يوم الشرط أو لم يتغيّر السعر إلّا بعد يوم القبض ، فلا يقدح الفصل بينه وبين يوم الشرط ، خصوصاً بعد أن رواه في الكافي كذلك ، وبعد وضوح عدم الفرق بينه وبين الدين الذي قد حلّ في كون المدفوع ملكاً للقابض الذي هو صاحب الدين .

وحيث كان من غير جنس الدين لو فرض كونه نقداً وجب ملاحظة قيمته في ذلك الوقت حتى يكون وفاء ، بل يكون كدفع المجانس .

نعم قد يقال : مقتضى ذلك لو كان الدين عرضاً وقد دفع عرضاً آخر وجب ملاحظة ما يساوي العرض المدفوع من العرض الذي هو دين في يوم القبض فيبرأ منه بذلك المقدار ، لا أنّه يلاحظ القيمة فيهما .

لكن في المسالك : « لو كان الدين من غير النقد الغالب احتسب أيضاً به يوم دفع العوض قضاء »[٧].

ولعلّ ذلك لعدم معرفة القيمة بغير النقد ، الذي هو المرجع في أمثال ذلك ، وتنصرف إليه الأُروش والجنايات وغيرها .

---

(١) في الشرائع : « احتسب » .

(٢) التحرير ٢ : ٤٢٩ . جامع المقاصد ٤ : ٢٣٧ .

(٣) المسالك ٣ : ٤٣٢ .

(٤) كذا في النسخ ، ولكن في المصادر الحديثية بدلها : « فلمّا كان » .

(٥)(٦) الوسائل ١٨ : ٨٥ ـ ٨٦ ، ب ٢٦ من أحكام العقود ، ح ٥ .

(٧) المسالك ٣ : ٤٣٢ .

ولو كان الدين قسماً خاصاً من النقد فدفع عنه آخر احتسب بما يساويه منه في يوم القبض [١]، وليست هي في الحقيقة من البيع [٢].

بل هي معاوضة مستقلّة.

[بيع الدين على من هو عليه]:

كما أنّ المسألة (**العاشرة**) كذلك [أي بيع الدين بعد حلوله] لا مدخلية لها في السلم ؛ إذ قد عرفت الحال في بيعه قبل الحلول وبعده أمّا غيره [= السلم] فـ(**يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه**) [٣].

بل (**وعلى غيره**) [٤].

---

[١] كما استفاضت به النصوص :

منها : ما رواه إبراهيم بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فتصير الدنانير بزيادة أو نقصان ، قال : « له سعر يوم أعطاه »[١].

وفي بعضها تعليل ذلك بأنّه قد « حبس منفعتها عليه »[٢].

والظاهر أنّ ذلك كناية عن انتقالها إلى القابض وزوال ملك الدافع عنها ، وبه يحصل حبس منفعتها عنه ، وإذا انتقلت إلى ملك القابض سقط بازائها ما يساويها من ذلك الدين بصرف ذلك اليوم ؛ لأنّها لم تنتقل إليه مجاناً ، وإنّما انتقلت عوضاً ، فلابد من سقوط عوضها ذلك اليوم بصرف ذلك اليوم الذي هو يوم المعاوضة . وحينئذٍ فهو اشارة إلى ماقدّمناه . هذا ، وتقدّم ويأتي ماله نفع في المقام ؛ إذ المسألة غير خاصّة بالسلم .

[٢] وإلّا لوجب معرفة المقدار وغيره من أحكام البيع .

[٣] **بلا خلاف فيه بيننا ولا اشكال .**

[٤] **وفاقاً للمشهور ، شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً** ، بل لعلّها كذلك بعد انحصار الخلاف في الحلي[٣] ؛ لوجود المقتضي ، وارتفاع المانع ، عدا ما يحكى عنه[٤] من الإجماع المتبيّن خطاؤه في تحصيله بعدم موافقة أحد ممن تقدّمه أو تأخّر عنه له في ذلك ، بل ليس فيما حضرني من نسخة السرائر ذلك وإن أطال في ترجيح ما ذهب إليه من المنع ، بأنّه ليس بيع عين مشاهدة ولا مشخّصة موصوفة ولا كلّية موصوفة ؛ إذ الأخير سلم ، وليس هو منه قطعاً ، كما أنّه ليس من الأوّلين كذلك ؛ لعدم تعيّن الدين وتشخّصه إلّا بالقبض ، بل أورد على نفسه أنّ الإجماع منعقد بغير خلاف على صحّة بيع الدين وإمضائه وعموم أخبارهم على ذلك ، وأجاب بأنّا عاملون بالإجماع ومتبعون لظواهر القرآن في بيع الدين على من هو عليه دون غيره ، وظاهره وجود معقد إجماع مطلق .

وعلى كلّ حال فلا ريب في ضعف قوله ؛ إذ لا مانع من كونه بيع عين موصوفة وإن لم يكن سلماً ولا مشخّصة ؛ لعموم أدلّة البيع ، بل مقتضاها جواز البيع قبل الأجل .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٥ ، ب ٩ من الصرف ، ح ٥ وفيه : « عن يوسف بن أيّوب ، شريك إبراهيم بن ميمون » .

(٢) المصدر السابق : ١٨٤ ، ب ٩ من الصرف ، ح ٢ .

(٣) (٤) السرائر ٢ : ٣٨ ـ ٣٩ . انظر السرائر ٢ : ٥٥ . حكاه في الرياض ٨ : ٤٥٣ .

[وقبل حلوله] [١]. هذا كلّه في أصل جواز البيع.

وأمّا ما يباع به (**فإن باعه بما هو حاضر**) مشخّص (**صحّ**) [٢].

(و) كذا (**إن باعه بمضمون**) في العقد (**حالّ صحّ أيضاً**) [٣]. أمّا إذا كان مضموناً قبل العقد بأن يكون مؤجّلاً ثمّ يحلّ الأجل فالمتّجه فيه المنع ؛ لأنّه بيع دين بدين كالحال بالمؤجّل السابق [٤].

---

[١] **كما هو صريح التذكرة والروضة وظاهر المختلف واللمعة**[1] **وجماعة**، ولا معارض لها ؛ إذ الإجماع المدّعى إنّما هو في السلم خاصة.

ودعوى عدم الفرق [في الدين بين السلم وغيره] واضحة المنع. كدعوى عدم الملكية للبائع قبل الأجل في نحو القرض المؤجّل ومهر الزوجة ونحوهما من أفراد الدين، وكذا عدم القدرة على التسليم، بعد ما عرفت من عدم اعتبار القدرة فعلاً في صحّة البيع.

فما في الدروس وظاهر الإرشاد ومحتمل النافع أو ظاهره من المنع[2] ضعيف.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٣] لعدم صدق الدين عليه ؛ ضرورة عدم كون المراد منه التأخير، بل غاية المراد منه الكلّي الصادق على أفراد متعدّدة.

[٤] واعتبار الأجل في الدين على تقدير تسليمه، كما نص عليه بعض أهل اللغة[3]، بل نسب إلى ظاهر بعض الأصحاب[4] إنّما يراد منه اعتباره حين ثبوته، بمعنى أنّ الدين ما يضرب فيه الأجل أوّل مرّة، ولا ينافيه خلوّه عنه في ثاني الحال، ولذا أطلق الأصحاب على الدين بعد حلول أجله لفظه إطلاقاً حقيقياً، وهو المتداول عرفاً، ولا يصح السلب عنه فيه حينئذٍ.

لكن في الرياض في شرح عبارة النافع التي هي كعبارة المتن هنا : « إطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين مالو كان مؤجّلاً ثمّ حلّ الأجل أو كان غير مؤجّل في الأصل، كما إذا بيع بدينار كلّي غير مستقرّ في ذمّته قبل البيع، ولا إشكال فيه لما مرّ، مع عدم صدق الدين عليه حقيقة، كما يأتي، ويشكل في الأوّل إن لم يكن إجماع، كما هو ظاهر الروضة حيث جعل الجواز أقوى، وهو مشعر، بل ظاهر في وقوع الخلاف، ووجهه قوّة احتمال صدق الدين عليه، بناءً على تضمّنه الأجل ولو في الزمان السابق على العقد، فيلزم حينئذٍ بيع الدين بالدين، ووجه الجواز إمّا الشك في الصدق، أو لزوم الاقتصار في المنع في بيع الدين بالدين ـ المخالف للأصل ـ على محلّ الوفاق، وليس منه محل الفرض لوقوع الخلاف، والخبر[5] المانع عنه وإن كان عاماً، إلّا أنّه قاصر سنداً، يشكل الاعتماد عليه فيما عدا الإجماع، وربّما يوجّه باختصاص الدين بالمؤجّل، كما في كلام الأصحاب وجماعة من أهل اللغة، ومحلّ الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك »[6] إلى آخره. وهو من غرائب الكلام ؛ ضرورة ظهوره في أنّ الجواز بالمضمون السابق مظنّة الإجماع.

وفيه : أنّ المراد بالمضمون في كلام الأصحاب ما قابل العين، أي الكلّي في العقد، فلا يشمل المضمون سابقاً، بل ينبغي القطع بذلك ؛ إذ لا خلاف بينهم في أنّ بيع المضمون المؤجّل سابقاً بمضمون سابقاً كذلك من بيع الدين بالدين، سواء كانا حالين أو مؤجّلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجّلاً، إنّما البحث فيما صار ديناً بالعقد، وهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله : [وإن اشترط ...].

---

(١) التذكرة ١٣ : ٢٣. الروضة ٤ : ١٩ ـ ١٣. المختلف ٥ : ٣٧١، ٣٧٩. اللمعة : ١٢٥.

(٢) الدروس ٣ : ٣١٣. الإرشاد ١ : ٣٩١. المختصر النافع : ١٥٨.

(٣) القاموس المحيط ٤ : ٣٢٠.

(٤) نسبه في الحدائق ٢٠ : ٢٠١.

(٥) الوسائل ١٨ : ٣٤٧، ب ١٥ من الدين والقرض، ح ١.

(٦) الرياض ٨ : ٤٥٤.

(وإن اشترط تأجيله) أي الثمن في بيع الدين بعد حلوله قيل[١] [١]: (يبطل؛ لأنّه بيع دين بدين) [٢] (وقيل: يكره[٢]، وهو الأشبه) عند المصنّف [٣].

[لكن الأشبه أنّه يبطل].

وقد تحصّل من مجموع ما ذكرنا المنع من بيع الدين السابق بالدين السابق في الصور الأربعة أي الحالين والمؤجّلين والمختلفين، وأمّا إذا كانا مضمونين بالعقد فالمؤجّلان منهما لا ريب في بطلانه.

بل يمكن اندراجه في بيع الكالي بالكالي.

وقد عرفت الحال فيه في تأجيل ثمن السلف؛ إذ هو هو، والحالان منهما لا إشكال في صحتهما [٤].

كالمختلفين، وأمّا إذا كان أحدهما مضموناً بالعقد والآخر قبله، فإن كان المضمون سابقاً سلماً لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقاً، وجاز بعده إذا كان الثمن حالاً، وإن لم يكن سلماً جاز قبل حلوله بعين حاضرة، وبكلّي مضمون بالعقد حال لا مؤجّل على الأقوى.

ولو جعل المضمون سابقاً ثمناً لعين أو كلّي حال جاز قطعاً إذا كان حالاً، من غير فرق بين السلم وغيره.

وإن كان مؤجّلاً فوجهان، إذا كان سلماً أقواهما العدم، بناءً على عدم الفرق في المنع بين جعله ثمناً أو مثمناً

---

[١] **والقائل المشهور.**

[٢] فيشمله النصّ والإجماع.

[٣] **وجماعة؛** للأصل، والعمومات التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقّن، وهو ما كان عوضاً حال كونه ديناً، كما هو مقتضى تعلّق «الباء» به، والمضمون عند العقد ليس بدين، وإنّما يصير ديناً بعده، فلم يتحقق بيع الدين به، وإلّا لزم مثله في بيعه بالحال الذي لم يعرف من أحد المنع فيه، والفرق غير واضح.

ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع، وبعده فمشترك بين الحال والمؤجّل، فيلزم أن لا يصح بحال، كما عرفت.

وإطلاق بيع الدين بالدين عليه عرفاً مجاز، على معنى أنّ الثمن بقي في ذمّته ديناً بعد البيع، ولو اعتبر مثل هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل.

وفيه: منع كون المراد من النصّ ذلك لا غير، وتعلّق «الباء» أعم؛ إذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين والحال، أي لا تبع الدين بهذا الصنف من البيع، فيكون التعريف إشارة إلى هذا القسم من البيع المعهود في الذهن.

وحينئذٍ فأظهر الفردين المؤجّل في العقد لا العكس، وقد تقدّم في تأجيل ثمن السلف ما يستفاد منه المفروغية من تناول بيع الدين بالدين للمؤجل ثمنه بالعقد، وأنّه من الواضحات فلا ريب حينئذٍ في أنّ الأشبه خلاف ماذكره المصنّف.

[٤] للعمومات.

---

(١) السرائر ٢: ٥٥، ٣١٤.

(٢) النهاية: ٣١٠.

قبل حلول أجله، وإن لم يكن سلماً فالأقوى الجواز، بل ينبغي القطع به؛ إذ هو كالعكس، فتأمّل جيّداً، وقد تلخّص ممّا ذكرنا جواز بيع الحال بالحال مع عدم أجل لهما في السابق فضلاً عن الحالين بالعقد، وعن الحال كذلك بالمؤجّل السابق أو بالعقد [١].

[اشتراط شيء معلوم مع السلف]:

المسألة (**الحادية عشر**[١]): [المختار] [٢] أنّه (**إذا أسلف في شيء وشرط مع السلف شيئاً معلوماً صحّ**) من غير فرق بين الرهن والضمين وغيرهما [٣].

نعم يعتبر في الشرط المعلومية ونحوها، كما في غير السلم من أنواع البيع وليس الشرط في عقد السلم سلماً، بل ليس هو في عقد البيع بيعاً، بل هو مملك مستقلّ في عقد البيع، (و) حينئذٍ فـ(**لو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات معيّنة**) اتّجه ما نسبه المصنّف الى القيل بقوله: (**قيل: يصح**) [٤].

(**وقيل**) [٥]: (**لا**) يصح (**وهو الأشبه**[٢]) عند المصنّف [٦].

---

[١] لما عرفته من عدم إرادة ما يشمل الكلّي المضمون حالاً وقيمة المغصوب ونحوها من بيع الدين بالدين، ومدار البحث على اعتبار الأجل في صدق اسم الدين هنا وصدقه عليه بعد حلوله، وعلى عدم اعتبار سبق الدينية في صدق بيع الدين بالدين، والله العالم.

[٢] [كما] **لا خلاف فيه** [ـه].

[٣] **وإن كانا معقد نفي الخلاف المحكي عن التذكرة**[٣]؛ إذ المدرك في الجميع ـ وهو عموم الوفاء بالعقود[٤] والمؤمنون[٥]، وغيرهما مما دلّ على صحّة الشرط ـ متحد، ونهي النبي صلى الله عليه وآله عن «السلف والبيع وعن البيعين»[٦] في الخبر القاصر سنداً المجمل دلالة غير معارض، خصوصاً بعد ما قيل: من أنّ المراد منه النهي عن بيع منّ من طعام مثلاً حالاً بكذا، وسلفاً بكذا[٧]. وقد تقدّم الكلام فيه سابقاً. فعموم أدلّة الشرائط حينئذٍ بحالها لا معارض لها.

[٤] **والقائل الشيخ والفاضل والشهيدين والمقداد والكركي**[٨] **وغيرهم.**

[٥] **كما عن السرائر**[٩].

[٦] **والموجود في السرائر: «إن جعل في جملة السلف أصواف النعجات المعينة فلا يجوز السلف في المعيّن، وبيع الصوف على ظهر الغنم أيضاً لا يجوز سواء كان سلفاً أو بيوع أعيان»**[١٠]، وهو غير ما نحن فيه، إذ لا ريب في البطلان إذا جعله من جملة السلف؛ لمعلومية اشتراط كونه مضموناً في الذمّة، إنّما الكلام في ملكها بالشرط في عقد السلم، وهو ليس سلماً بل ولا بيعاً غير سلم، فلو قلنا بعدم جواز بيعها؛ لأنّها من الموزون ـ مع أنّ الأصح الجواز مع المشاهدة؛ لعدم موزونيتها

---

(١) في الشرائع: «عشرة».
(٢) في الشرائع: «أشبه».
(٣) التذكرة ١١: ٣٤٦.
(٤) المائدة: ١.
(٥) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.
(٦) الوسائل ١٨: ٤٧، ٤٨، ب ٧ من أحكام العقود، ح ٢، ٥.
(٧) الوافي ١٨: ٧٠٧.
(٨) النهاية: ٣٩٩. القواعد ٢: ٥٤. الدروس ٣: ٢٦٠. المسالك ٣: ٤٣٤. التنقيح ٢: ١٤٩ ـ ١٥٠. جامع المقاصد ٤: ٢٤١.
(٩) (١٠) السرائر ٢: ٣١٦.

بهذا الحال كالثمرة على النخل ـ أمكن القول بالجواز من حيث الشرط ؛ لعموم أدلّته . اللهمّ إلّا أن يدّعى رجوع الجهالة إلى أحد العوضين . وفيه منع واضح . وعلى كلّ حال فما ذكره من المنع فيما فرضه ليس ممّا نحن فيه ؛ وبذلك ظهر انفراد المصنّف في مختاره .

نعم حكي عن تلميذه الآبي[١] أنّه مال اليه أو قال به . ولا ريب في ضعفه إن أُريد البطلان من حيث الاشتراط في عقد السلم ، أمّا إذا أُريد به بطلان هذا الشرط في نفسه ، من غير فرق بين السلم وغيره فله وجه ، وإن كان الأوجه خلافه ، خصوصاً بناءً على التحقيق من جواز البيع على الظهر مع المشاهدة ، كما أنّه ظهر بما ذكرنا مافي ردّ المختلف على ابن إدريس[٢] ، فإنّه بعد أن حكى كلامه قال : « يجوز إذا كان الصوف مشاهداً أن يكون شرطاً في السلم لا جزءً من البيع » . ثمّ قال : « ولو فرضناه جزءً لم يكن محالاً ؛ لأنّه يجوز السلف حالاً فيمكن أن يكون بعضه كذلك »[٣] . ونحوه في المسالك[٤] وغيرها ؛ إذ فيه : أنّه إن جاز كونه حالاً ، فلابدّ أن يكون كلّياً في الذمّة ، ولا يجوز أن يكون مشخّصاً .

واحتمال إرادته بالجواز حالاً أنّه يباع بلفظ السلم خلاف الظاهر ، هذا .

وعن المهذب البارع : أنّ موضوع المسألة أن يكون شرط الأصواف أن تجزّ حالاً ، فلو عيّنها وشرط تأجيل الجزّ إلى أمد السلف أو شرط أصواف نعجات في الذمة غير مشاهدة لم يصحّ قولاً واحداً »[٥] . وكأنّه نظر إلى ظاهر ما وقع فيه الخلاف ، وإلّا فالإجماع ممنوع ، كما اعترف به في المسالك[٦] وغيرها . وفي حواشي الشهيد : « التحقيق أنّه إن كان شرط الصوف الموجود أو ما يتجدّد مقيّداً بمدّة معيّنة صحّ ، وإن لم يكن موجوداً حال الشرط لم يصحّ »[٧] . بل عن إيضاح النافع أنّه بعد أن ذكر [مثل] ما ذكر الشهيد قال : « وإن شرط الصوف مؤجّلاً ففيه نظر ، ولعلّ الأقرب الصحّة ؛ لأنّ المشروط لا يشترط معرفته ولا حصوله ، فإنّه قد يشترط حمل الأمة والشجرة فيكون معناه ما تحمل إن حملت »[٨] .

وفي المسالك بعد أن قوّى الصحّة مع شرط الجزّ حالاً والإطلاق قال : « ولو شرط تأجيل الجزّ إلى أجل السلم فلا يخلو إمّا أن يشترط دخول المتجدّد أو لا ، وفي الأوّل يحتمل الصحّة ؛ لأنّه شرط مضبوط ، وقد صرّح جماعة من الأصحاب بجواز مثل ذلك في الصوف واللبن استقلالاً ، ونحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعاً ، فحينئذٍ لا إشكال أيضاً مع الشرط ، وفي الثاني يبنى على أمرين : أحدهما : أنّ شرط تأجيل الثمن إذا كان عيناً هل هو جائز أم لا ، والحقّ جوازه ، بل ادّعى عليه في التذكرة الإجماع ومثله الثمن المعيّن . والثاني : أنّ اختلاط مال البائع بالمبيع هل هو مانع من صحّة البيع أم لا ؟ ولا شبهة في عدم منعه ، وقد تقدّم نظيره فيمن اشترى لقطة أو جزّه وآخر قطعها فامتزجت بمال البائع ، وحينئذٍ فطريق التخلّص الصلح »[٩] . وبهذا يظهر لك مافي إجماع المهذب[١٠] ، بل لا يبعد جواز ما ذكره من الصورة الأخيرة إذا فرض الضبط على وجه ترتفع به الجهالة القادحة في الشرط ، والله أعلم .

---

(١) كشف الرموز ١ : ٥٣١ .
(٢) السرائر ٢ : ٣١٦ .
(٣) المختلف ٥ : ١٤٦ .
(٤) المسالك ٣ : ٤٣٤ .
(٥) المهذب البارع ٢ : ٤٧٨ ـ ٤٧٩ .
(٦)(٩) المسالك ٣ : ٤٣٥ .
(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٤٧٨ .
(٨) نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٤٧٨ .
(١٠) انظر المهذب البارع ٢ : ٤٧٩ ، وفيه : « قولاً واحداً » .

(**ولو شرط**) المسلم إليه (**أن يكون الثوب من غزل امرأة معيّنة أو الغلّة من قراح بعينه لم يضمن**) المسلم إليه المسلم فيه أي لم يصحّ السلم ، فلا ضمان [١].

بل [الظاهر :] [٢] أنّه لا إشكال في جوازه مع اشتراط الغلّة من قرية معيّنة لايخيس عادةً . وهو كذالك [٣].

[الإقالة]:

(**المقصد الرابع**) من المقاصد التي استدعاها النظر في السلف : (**في الإقالة**) وان كانت هي غير مختصّة فيه ، بل ولا مختصة بالبيع [٤].

---

[١] إذ هو لازم لها ، وعلّله في المسالك « بامكان أن لا يتفق ذلك للمرأة بأن تمرض أو تموت أو تترك العمل إمكاناً مساوياً لنقيضه ، وكذا القراح يمكن أن يخيس ، ولا يظهر منه ما يطابق الوصف »[(١)] . وهو جيّد وأجود منه قوله : « والضابط اعتبار ما لا يتخلّف عنه المسلم فيه عادة ، كالبلد الكبير بالنسبة إلى الأرض والأهل »[(٢)] .

[٢] [كما هو] ظاهره [= المسالك] قبل ذلك عند البحث عن السلم في الجلود .

[٣] وعليه يحمل الصحيح عن رجل اشترى طعام قرية بعينها ، فقال : « لا بأس إن خرج فهو له ، وإن لم يخرج كان ديناً عليه »[(٣)] .

وفي الخبر الآخر : الرجل يشتري طعام قرية بعينها وإن لم يسمّ له قرية بعينها « أعطاه من حيث شاء »[(٤)] .

لكن في تقييده ذلك بالنسبة إلى الأرض والأهل لا يخلو من مناقشة ، إلّا أن يكون المراد منه ارتفاع عزّة الوجود بذلك ، لكثرة الأهل والأرض ، فهو ليس كامرأة معيّنة ، ولا كقراح معيّن ، كما أنّ تعليل أصل الحكم في الرياض لا يخلومنها أيضاً . قال : « المسألة الثانية : لا يجوز استناد السلف إلى معيّن ؛ لأنّه ابتياع مضمون كلّي في الذمة غير مشخّص إلّا بقبض المشتري ، ويتفرّع عليه أنّه لو شرط ثوباً من غزل امرأة بعينه أو غلّة من قراح أي مزرعة معيّنة لم يضمن ، ولا يصحّ ؛ لأنّ تشخيص المسلم فيه بأحد الأمور المزبورة خروج عن حقيقة السلف ، كما مرّت إليه الإشارة . نعم لو استند الى معيّن قابل للإشاعة ولا يقضي التعيين فيه إلى عسر التسليم عادة جاز ، كما لو أسلف على مئة رطل من تمر البصرة فإنّ ذلك يجري مجرى الصفات المشترطة في السلف كالحدارة والصرابة ، وعليه يحمل الخبران »[(٥)] .

وفيه : أنّه لا دلالة في الشرط المزبور على التشخيص المذكور ، فالمدار في المنع فيه ونحوه على عزّة الوجود وغلبته التي قد عرفت البحث فيها ، وأنّها ترجع إلى القدرة على التسليم أوّلاً ، فلاحظ وتأمّل ، والله أعلم .

[٤] ولذا كان الأولى جعلها بمنزلة الخاتمة لكتاب البيع كما فعله بعضهم[(٦)] ، إلّا أنّه لمّا منع بعض العامة وقوعها في بعض السلف[(٧)] ناسب جعل البحث فيها مقصداً من مقاصده ، كمناسبة جعل القرض ودين المملوك كذلك ؛ لا شتراك الجميع في تحقق صدق الدين ، والأمر سهل .

---

(١)(٢) المسالك ٣: ٤٣٦.

(٣) الوسائل ١٨: ٣١٣، ب١٣ من السلف ، ح ١.

(٤) المصدر السابق : ٣١٤، ح ٣.

(٥) الرياض ٨: ٤٦٣.

(٦) القواعد ٢: ٩٧.

(٧) المجموع ١٣: ١٦٠.

وعلى كلّ حال فلا ريب في مشروعيتها بل رجحانها للنادم المسلم [١].

(و) كيف كان فـ(ـهي) [٢] (**فسخ في حقّ المتعاقدين**) أو ورثتهما ، بناءً على قيامهم مقامهما في ذلك [٣] (**وغيرهما**) كالشفيع لابيع سواء كان المبيع عقاراً أو غيره ، وسواء وقعت قبل القبض أو بعده ، وسواء كانت بلفظ الإقالة أو الفسخ ، بل لو وقعت بلفظ البيع بناءً على صحتها به إذا كان المقصود به محض الفسخ [٤]. وإن كان لا يخلو من إشكال [٥]. وردّ الملك ليس تمليكاً جديداً فلا يجري عليها شيء من أحكام البيع ، بل ولا غيره من المعاوضات الموجبة ملكاً جديداً [٦].

(و) من هنا (**لا تجوز الإقالة بزيادة عن الثمن**) [٧].

(**ولا نقصان**) [٨]، بل الظاهر عدم الصحّة حتى لو ذكرت الزيادة والنقيصة بصورة الشرط الذي هو مملك

---

[١] ١ ـ قال الصادق عليه السلام في خبر ابن حمزة : « أيّما عبد أقال مسلماً في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة »[١] . وأرسله في الفقيه ، لكن قال : « أيّما مسلم أقال مسلماً ندامة في البيع ... »[٢] . ٢ ـ وقال أيضاً في خبر سماعة بن مهران : « أربعة ينظر الله عزّ وجلّ إليهم يوم القيامة : ـ أحدهم ـ : من أقال نادماً »[٣] . ٣ ـ وفي مرسل الجعفري : « أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأذن لحكم بن حزام في التجارة حتى ضمن له إقالة النادم »[٤] الحديث . إلى غير ذلك من النصوص .

[٢] **عندنا .**

[٣] **كما صرّح به في التذكرة**[٥] .

[٤] **كما في التذكرة ، وظاهر جامع المقاصد**[٦] .

[٥] **خلافاً لمخالفينا ، فبين مطلق أنّها بيع ، ومقيّد لها في حقّ الشفيع ، وآخر بالعقار ، ورابع بما بعد القبض ، وخامس إذا كانت بلفظ الإقالة** . ولا ريب في ضعف الجميع ؛ لعدم قصد معنى البيع ، بل المقصود خلافه .

[٦] لما عرفت من أنها تفيد ردّ الملك بفسخ العقد الذي قد اقتضى خلافه .

[٧] لعدم ما يصلح مملكاً للزيادة المفروضة .

[٨] لعدم ما يصلح مملكاً لما بقي من الثمن مثلاً بعد فسخ العقد فيما قابله تماماً ، بلا خلاف أجده فيهما إلّا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن الإسكافي ، قال : « ولو اصطلح المتبايعان بزيادة أو نقيصة صحّ عند ابن الجنيد والأصحاب على خلافه »[٧] ، لانّها فسخ لا بيع . قلت : مضافاً إلى صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة ؟ قال : « لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة ، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد »[٨] ، بناءً على أنّ مبنى ذلك فساد الإقالة وبقاء الثوب على ملك المشتري .

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٨٦ ، ب ٣ من آداب التجارة ، ح ٢ ، وفيه : « أقاله الله » .

(٢) الفقيه ٣ : ١٩٦ ، ح ٣٧٣٨ . الوسائل ١٧ : ٣٨٦ ب ٣ من آداب التجارة ، ذيل الحديث ٢ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٨٨ ، ب ٣ من اداب التجارة ، ح ٥ .

(٤) المصدر السابق : ٣٨٦ ، ح ١ ، وفيه : « لحكيم بن حزام » .

(٥) (٧) التذكرة ١٢ : ١٢٢ . نقله في مفتاح الكرامة ٤ : ٧٦٨ .

(٦) التذكرة ١٢ : ١١٧ . جامع المقاصد ٤ : ٤٥٤ .

(٨) الوسائل ١٨ : ٧١ ، ب ١٧ من أحكام العقود ، ح ١ .

بنفسه وإن كان بواسطة العقد [١].

(و) حينئذٍ [فهل] (تبطل الإقالة بذلك لفوات الشرط) [٢].

---

[١] لبطلان هذا الشرط باعتبار مخالفته لمقتضى الإقالة التي هي بمعنى الفسخ وردّ كلّ عوض إلى مالكه .

[٢] في صحّة عقد الإقالة كالمعلومية في المبيع ، أو فوات الشرط في ضمن عقدها الذي علّق الرضا بالفسخ عليه كما في كلّ شرط فاسد في العقد ، بناءً على فساد العقد بفساده ، بل ربّما ظهر من بعضهم عدم بناء ذلك على الخلاف في اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه[١] .

إمّا لخصوص النص المزبور المتمم بعدم القول بالفصل ، بناءً على أنّ المراد منه ما يشمل المعاوضة والشرطية وإن ذكر لفظ الباء ، بل لعلّه الظاهر منه عند التأمّل ، أو لأنّ بطلان الشرط هنا باعتبار منافاته لمقتضى العقد كما عرفت ، ولا خلاف في اقتضائه فساد العقد لعوده عليه بالنقص ، إنّما الخلاف في غيره أو لغير ذلك .

لكن لا يخفى عليك مافي ذلك كلّه من النظر إن لم يقم إجماع عليه ، كما لعلّه الظاهر من بعضهم ، حتى أنّه صرّح بأنّه لا فرق في المنع عن الزيادة والنقيصة بين الحكمية والعينية ، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسّر ونحوه لم يصحّ[٢] .

ولكنّك خبير بأنّ ذلك إن تمّ فهو في خصوص زيادة الثمن ونقصانه عيناً أوحكماً ، كإنظار الثمن وإعطاء الصحيح عوض المكسّر ، كما صرّح به في التذكرة[٣] وغيرها ، أمّا إذا لم يرجع إليه شيء من ذلك بحيث يكون شرطاً خارجاً عن الثمن فقد يقال : إنّ مقتضى عموم « المؤمنون »[٤] وغيره صحته ، وليس هذا تمليكاً بالإقالة ، بل هو بالشرط الذي ألزمه عقد الإقالة .

ودعوى رجوع كلّ شرط إلى زيادة الثمن ونقصانه واضحة المنع . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ فائدة الشرط التسلّط على فسخ العقد الذي قد اشترط فيه إن لم يوف بالشرط ، ولذا قيل : إنّ الشرائط في العقود اللازمة إنّما هي للزومها ، بل قيل : إنّ فائدتها قلب اللازم جائزاً من أوّل الأمر[٥] وإن كان التحقيق خلافه .

وعلى كلّ حال فهو غير صحيح في الإقالة ؛ لعدم معهودية تزلزل الفسخ ، فلا يصحّ فسخ الإقالة حينئذٍ بعدم الوفاء بالشرط ويعود العقد على ما كان ، فلا يصحّ أصل الشرط .

وفيه :

منع انحصار فائدة الشرط في ذلك ؛ إذ لا مانع من كونه حينئذٍ كالشرط في العتق والوقف ونحوهما ممّا لا يتسلّط المشترط به على الفسخ ، وأنّ المراد به مجرّد الإلزام وانسلاخ الشرطية التي هي بمعنى التعليق منه غير قادح . لكن ومع ذلك كلّه فالمسألة لا تخلو من إشكال .

---

(١) الحدائق ٢٠ : ٩١ .

(٢) المسالك ٣ : ٤٣٧ .

(٣) التذكرة ١٢ : ١٢٢ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٥) جامع المقاصد ١٣ : ٢٨٨ .

[فيه إشكال] وإن كان [الظاهر] [١] عدم جواز اشتراط الخيار في الإقالة ، بل ولا يتسلّط على فسخها بعيب ونحوه [٢]. بل [الظاهر] [٣] عدم الجواز في معاطاتها بناءً على صحّتها فيها [٤]. وأنها تفيد فائدة عقدها كمعاطاة البيع في إفادة الملك [٥].

فلا يكون فرق حينئذٍ في ذلك بين المعاطاة والعقد ، بخلافه في البيع ونحوه فإنّ المعاطاة فيه وإن أفادت الملك ، إلّا أنّه يصحّ الرجوع فيه قبل التلف والتصرّف بخلاف العقد .

نعم قد يمنع كون الإقالة من العقود المصطلحة [٦].

بل [قيل] [٧] وقوعها بقول : تقايلنا وتفاسخنا ، و[الظاهر] [٨] ولو مع الاقتران [٩] [ويلزم تقديم الإيجاب فيها على القبول]. بل [يحتمل] [١٠] قيام الالتماس مقام قبولها ، فيجري[١] حينئذٍ الالتماس عليها من أحدهما فيقول الآخر : أقلتك ، بل احتمل الاكتفاء بالقبول الفعلي لو قال أحدهما ابتداء من دون سبق التماس : أقلتك ، ومن المعلوم عدم الاجتزاء بنحو ذلك في العقود اللازمة . فرجع حاصل المسألة إلى أنّ الإقالة كفسخ الخيار ، وإن افترقا بتوقّفها على تراضيهما به فيها بخلافه .

فكلّ لفظ دلّ عليه يكتفى به ، وأمّا الأفعال المقصود إرادة الفسخ بها الدالّة عليه [١١].

---

[١] [كما هو] مقتضى ذلك [= الذي تقدم].

[٢] لما عرفت .

[٣] [كما هو] مقتضاه أيضاً .

[٤] للسيرة المستمرّة .

[٥] لصدق اسمها عليها ؛ لما عرفت من أنّ الفسخ متى تحقّق لزم ؛ لعدم معهودية تزلزله .

[٦] ولذا لم يصرّح الأكثر إن لم يكن الجميع بكونها عقداً ، بل اقتصروا على أنّها فسخ .

[٧] **[كما] أطلق في الدروس[٢] .**

[٨] [كما هو] مقتضاه .

[٩] بل صرّح بذلك في الروضة[٣] ، ولو أنّها [= الاقالة] منها [= العقود] لوجب فيها تقديم الإيجاب على القبول .

[١٠] **[كما] احتمل في الدروس[٤] .**

[١١] فقد يقال : بالاجتزاء بها ؛ لكون المدار على ما يدلّ على طيب النفس بالفسخ ، كما عساه يشعر به خبر هذيل بن صدقة الطحان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله ولم ينقّد شيئاً فيبدو له فيردّه هل ينبغي ذلك له ؟ قال : « لا ، إلّا أن تطيب نفس صاحبه »[٥] . ويحتمل العدم ، اقتصاراً على المتيقّن .

---

(١) في بعض النسخ : « فيجزي » .

(٢)(٤) الدروس ٣ : ٢٤٤ .

(٣) الروضة ٣ : ٥٤٧ ـ ٥٤٨ .

(٥) التهذيب ٧ : ٥٩ ، ح ٢٥٥ . الوسائل ١٧ : ٣٨٦ ، ب ٣ من آداب التجارة ، ح ٣ .

[ففيها وجهان].

وكذا الكلام في المركّب من القول والفعل على اختلاف الاحتمالين قوّة وضعفاً في الإيجاب والقبول.

وعلى كلّ حال فذلك على تقدير الفسخ به ليس من المعاطاة التي ذكروها في عقود المعاوضات [١].

(و) كيف كان فـ(**تصحّ الإقالة في**) جميع ما وقع عليه (**العقد وفي بعضه سلماً كان**) العقد (**أو غيره**) [٢].

ويتقسّط الثمن حينئذٍ على النسبة، والجهالة في مثله غير قادحة قطعاً.

نعم [قد قيل :] [٣] لو أقاله في بعض السلم ليعجّل له الباقي أو عجّل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة.

أمّا لو قال للمسلم إليه عجّل لي حقّي وأخذ دون ما استحقّه بطيبة من نفسه كان جائزاً؛ لأنّه نوع صلح وتراض، والله أعلم.

---

[١] وكان منشأ توهّم عقديتها ـ حتى انقدح منه البحث في جريان المعاطاة فيها ـ وجود صورة العقد في بعض عباراتها، وهو: أقلتك وقبلت، ومراعاة الاتّصال بينهما، ونحو ذلك من أحكام العقد.

لكنّك خبير بأعمية ذلك من العقد الذي يذكر فيه حكم المعاطاة، فتأمّل جيداً.

ومن ذلك ينقدح أنّ المراد بالبطلان مع اشتراط الزيادة والنقصان من حيث كون ذلك شرطاً في صحّتها، كالمعلومية في المبيع، لا من حيث الاشتراط فيها، وأنّه شرط باطل، بل لعلّ ذلك أولى مما ذكرناه سابقاً في شرح العبارة، والله أعلم.

[٢] لإطلاق أدلّة الإقالة معتضداً بعدم الخلاف فيه **عدا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن ابن المتوّج إذا اتّحد البائع والمشتري والعقد، فإنّ الإقالة لا تصحّ إلّا في الكلّ دون البعض راداً عليه بأنّ المنقول خلافه**[1]، بل ضعفه واضح.

ودعوى عدم معقولية الفسخ في البعض دون البعض غير مسموعة.

كدعوى أنّ الإقالة في بعض السلم مطلقاً أو إذا لم يكن يسيراً مستلزم ما نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه من البيع والسلف في بيع واحد[2]؛ لأنّه إذا أقاله في بعض وردّ بعض رأس المال يصير في معنى القرض؛ لأنّه ردّ مثله ويصير الباقي بيعاً.

وفيه: مع أنّ السلف حينئذٍ بمعنى القرض لا المصطلح أنّه منقوض بأرش العيب وباليسير، بناءً على جوازها فيه، وردّ المثل لا يوجب كونه قرضاً، وإلّا لزم كون البيع إذا أُقيل ولم يكن العوض موجوداً كذلك، على أنّه قد يمنع الاجتماع؛ لأنّه إنّما يكون إذا شرط في البيع ذلك. وأمّا لو أسلفه شيئاً وباعه شيئاً آخر ولم يشترط أحدهما في الآخر جاز عندهم، ويمكن إرادة المستدّل، بناءً على أنّ الإقالة بيع، وقد عرفت بطلانه، كلّ ذلك بعد تسليم الخبر المزبور وتسليم كون المراد منه ذلك، فلا ريب حينئذٍ في جواز الإقالة في الكلّ والبعض في السلم وغيره.

[٣] **[قاله] في التذكرة**[3].

---

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٤: ٧٦٩.

(٢) الوسائل ١٨: ٤٧، ٤٨، ب٧ من أحكام العقود، ح٢، ٥.

(٣) التذكرة ١٢: ١٢٢ ـ ١٢٣.

(فروع ثلاثة):

[عدم ثبوت الشفعة بالإقالة]:

(الأوّل): قد ظهر لك أنّه (لا تثبت الشفعة بالإقالة) ولاخيار مجلس ولا صرف ولا غيره من أحكام البيع (لأنّها تابعة للبيع) وهي فسخ ليست بيعاً [١]، لا في حقّ الشفيع ولا غيره، بل ولا عقد معاوضة، فلا يجري عليها شيء من أحكام عقود المعاوضة.

[عدم سقوط أُجرة الدلال بالتقايل]:

الفرع (الثاني): من الواضح أنّه (لا تسقط أُجرة الدلّال) والوزّان والناقد ونحوهم (بالتقايل لسبق الاستحقاق) [٢].

[الرجوع بالبدل في الإقالة]:

الفرع (الثالث: اذا تقايلا رجع كلّ عوض إلى مالكه) [٣].

وحينئذٍ (فإن كان موجوداً) عندهما على مقتضى العقد الذي تقايلا فيه (أخذه وإن كان مفقوداً) مثلاً (ضمن بمثله إن كان مثلياً وإلّا بقيمته) يوم التلف [٤] كنظائره [٥]

وليس المراد من الضمان اشتغال الذمّة بالقيمة يوم التلف؛ إذ لا يعقل اشتغال ذمّة المالك بقيمة ماله، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين في صحّة تعلّق الإقالة [٦].

---

[١] عندنا.

[٢] الذي لا ينافي ثبوته التقابل الطارئ الذي هو فسخ من حينه.

[٣] لانفساخ العقد الذي نقلهما عنهما.

[٤] كما صرّح به جماعة.

[٥] لأنّ الضمان متعلّق بالعين مادامت، فإذا تلفت تعلّق بقيمتها يومئذٍ.

[٦] لمعلومية بدلية المثل والقيمة عن العين في كلّ ما يتعلّق بها.

وربّما احتمل القيمة يوم القبض؛ لأنّه ابتداء الضمان. وضعفه واضح، كوضوح ضعف احتمال الأعلى من يوم القبض إلى يوم التلف أو الإقالة.

نعم قد يقال: بضمان القيمة يوم الإقالة؛ لأنّه يوم التعلّق.

وفيه: إنّ الإقالة لا تشغل ذمة، بل ليست إلّا فسخاً للعقد، فلابدّ من قيام بدل العين قبلها.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ القيمة يوم التلف قامت مقام العين، فمع فرض تغيّرها إلى يوم الإقالة تقوم كلّ قيمة مقام الأُخرى إلى قيمة يوم الإقالة؛ إذ ليس قيام القيمة يوم التلف مقام العين بأولى من قيام كلّ من أفراد القيمة عن الآخر، بل هو أولى، بل الظاهر الذي قام مقام العين كلّي القيمة وإن قارنت تلك الخصوصية في يوم التلف، ولا تشغل ذمة بها حتى يتشخّص فيبقى كلّ فرد من أفرادها قائماً مقام الآخر إلى يوم الإقالة، فيتعيّن ذلك الفرد؛ لأنّه هو الذي قارن الاستحقاق، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق.

و[المختار][١] الفرق بين القيمة في الإقالة وبين الإقامة في تلف المغصوب.

وعلى كلّ حال فالتلف غير مانع من صحّة الإقالة، كما أنّه غير مانع من الفسخ بالخيار[٢].

ولو تقايلا والمبيع في يد المشتري نفذ تصرف البائع فيه؛ لأنّها فسخ ولا يصحّ بناءً على أنّها بيع وأنّه لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه.

ولو تلف في يده انفسخت الإقالة بناءً على أنّها بيع[٣].

وصحيحة عندنا إلّا أنّ الظاهر كونه مضموناً على المشتري[٤]، كالمأخوذ قرضاً وسوماً[٥].

وكذا لو تعيّب في يده فإنّه يأخذ الأرش منه[٦]. أمّا على أنّها بيع تخيّر بين إجازة الإقالة مجّاناً وبين فسخها وأخذ الثمن بناءً على أنّ حكم البيع كذلك.

ولو كان العيب في يد المشتري قبل الإقالة اقتصر[٧] على أخذ الأرش[٨].

نعم ينبغي أن يعلم أنّ الإقالة تسبّب ردّ كلّ من العوضين الى المالك إذا كان باقياً على مقتضى العقد الأوّل، أمّا إذا فرض أنّ المشتري مثلاً باعه ثمّ استوهبه أو اشتراه أو ورثه أو نحو ذلك فقد يقال بعدم اقتضاء الإقالة ردّ العين[٩].

---

[١] [كما] منه [= مما تقدم] يظهر [ذلك].

[٢] لإطلاق الأدلّة. نعم ينافيها التلف، بناءً على أنّها بيع؛ لعدم معقولية بيع المعدوم.

نعم احتمل في التذكرة فيما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما صحّتها على هذا التقدير؛ لأنّها تصادف القائم فيستتبع التالف[1]، مع أنّ الأقوى خلافه.

[٣] لأنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

[٤] لأنّه مقبوض على حكم العوض.

[٥] **لكن في التذكرة: «أنّ الواجب فيه إن كان متقوّماً أقل القيمتين من يوم العقد والقبض»**[2]. وفيه بحث.

[٦] **عندنا.**

[٧] **عندنا.**

[٨] لأنّه كتلف الكلّ، أمّا على البيع والجهل به يتّجه جواز الردّ إلى غير ذلك ممّا لا يخفى عليك جريانه على القولين.

[٩] ضرورة عدم اقتضاء فسخ العقد الأوّل ذلك؛ لأنّ الفرض انتقاله إليه بعقد آخر.

مع احتمال القول بأنّه بالإقالة يخاطب بردّ العين مع التمكّن منها كيف ما كان. وفيه منع واضح، ولذا لا يجب عليه شراؤها وإن كان متمكّناً منه. بل قد يقال بعدم وجوب الفسخ عليه لو فرض انتقالها عنه بعقد جائز. اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ الإقالة منه فسخ له. وفيه منع. بل قد يقال بعدم وجوب دفع العين لو كان قد فسخ العقد بعد الإقالة؛ لأنّه دخول جديد في ملكه بعد تعلّق حقّ المقال بالقيمة، وإن كان لا يخلو من نظر، فتأمّل جيّداً، والله أعلم.

---

(١) التذكرة ١٢: ١٢١.

(٢) التذكرة ١٢: ١٢٢.

وعلى كلّ حال فقول المصنّف: (وفيه وجه آخر) [١].

[وقد قيل بأنّ ضمان القيمي بمثله ضعيف]، وهو كذلك [٢].

---

[١] [وكما] فسّره في المسالك بأنّ القيمي يضمن بمثله[١]، ثم ضعّفه.

[٢] بل لم يعرف نقل هذا الوجه عن أحد في نظائر المسالة. وربّما فسّر بعدم صحّة الإقالة مع التلف. وهو أضعف من السابق؛ إذ لا خلاف بيننا في صحتها معه.

نعم في التحرير بعد أن صرّح بردّ الثمن مع الإقالة إن كان باقياً ومثله إن كان تالفاً أو قيمته إن لم يكن مثلياً قال: «لو تقايلا بالثمن رجع كلّ عوض إلى مالكه، فلو كان المعوّض تالفاً فالوجه صحتها، وكان الحكم كما قلناه في الثمن»[٢].

وظاهره الفرق بين الثمن والمثمن، حيث جزم في الأوّل وجعله الوجه في الثاني، لكن ضعفه واضح، والله أعلم.



---

(١) المسالك ٣: ٤٣٨ ـ ٤٣٩.

(٢) التحرير ٢: ٤٤١.

الفهرس التفصيلي لمواضيع الكتاب

(الفصل الثالث) ممّا بنى عليه كتاب التجارة : (في الخيار)

أقسام الخيارات ٥
خيار المجلس ٥
الإكراه على التفرّق ٩
فورية الخيار بعد زوال الإكراه وعدمها ١١
حكم التنادي بالبيع في السفينة ١١
اشتراط سقوط الخيار ١١
سقوط الخيار بالمفارقة ١٢
سقوط الخيار بالتخاير ١٣
خيار المجلس للعاقد عن الاثنين ١٨
خيار الخيوان ٢٠
مسقطات خيار الحيوان ٢٤
عدم سقوط خيار الحيوان بالتبري من العيوب ٢٦
شرط الخيار ٢٧
تعين المدّة في شرط الخيار ٣٠
سقوط خيار شرط الرد ٣٣
خيار الغبن ٣٤
اشتراط الجهل بالقيمة في ثبوت الخيار ٣٦
عدم سقوط خيار الغبن بالتصرّف ٣٧
خيار التأخير ٤٤
تلف المبيع في الثلاثة ٥١

ترك المشتري ما يفسد من يومه عند البائع ٥٣
أحكام الخيار ٥٥
شرط الخيار في الايقاعات ٥٧
التصرف يسقط في خيار الشرط ٥٩
إرث الخيار ٦٧
المبيع يملك بالعقد لا بانقضاء الخيار ٧٠
تلف المبيع قبل قبضه ٧٣
ثبوت خيار الشرط قبل التصرّف ٨٠
الجهالة فيما اشترط فيه الخيار ٨٢
خيار الرؤية ٨٢
خيار تخلف الوصف ٨٤

(الفصل الرابع : في أحكام العقود)

النقد ٨٧
اشتراط تعيين الأصل ٨٩
البيع بثمن حال أو بأزيد منه إلى أجل ٩٠
الشراء نسيئة وبيعه بأقل من البائع نقداً (بيع العينة) ٩٦
صحة البيع على البائع بأقل أو أكثر بعد حلول الأجل ٩٩
دفع الثمن قبل حلول الأجل ١٠١
عدم وجوب القبض على البائع قبل حلول الأجل ١٠٢
كفاية تمكين المشتري البائع من الثمن ١٠٢
لا يجوز تأخير ثمن المبيع بزيادة منها ١٠٦
جواز بيع ما اشتراه نسيئة على البائع مرابحة ١٠٨
ما يدخل في المبيع ١١٠
بيع النخل المؤبّر وغيره صفقة ١٢٤
استحقاق المالك تبقية الثمرة على الأُصول ١٢٥
جواز سقي الثمرة والأُصول لصاحبها ١٢٦
ما يتبع بيع الأرض ١٢٧
التسليم ١٢٨

صحة اشتراط تأخير التسليم إلى مدّة معيّنة ١٣١
تلف المبيع قبل تسليمه من مال البائع ١٣٨
نماء المبيع للمشترى ١٤٠
اختلاط المبيع بغيره بيد البائع ١٤١
تلف بعض المبيع قبل التسلم ١٤١
لزوم تسليم المبيع مفرّغاً مما لا يدخل فيه ١٤٢
غصب المبيع من يد البائع ١٤٣
بيع ما لم يقبض ١٤٩
لو كان المالان أو المال المحال به قرضاً ١٥٢
دعوى المشتري نقصان البيع بعد القبض ١٥٣
عدم حق مطالبة المسلم فيه في موضوع آخر ١٥٥
عدم مطالبة المشتري بقيمة السلف فيه ١٥٦
لو اشترى عيناً بعين وقبض أحدهما ثمّ باع ما قبضه وتلفت العين الأُخرى ١٥٩
اختلاف المتبائعان ١٥٩
الاختلاف في قدر الثمن ١٦٠
الاختلاف في تأخير الثمن وتعجيله ١٦٢
الاختلاف في قدر المبيع ١٦٤
الاختلاف في ما هو البيع ١٦٤
الاختلاف ورثة المتبائين ١٦٨
الاختلاف في صحة العقد وبطلانه ١٦٨
الشرط في العقد ١٧١
أن يكون الشرط مقدوراً ١٧٥
اشتراط العتق في بيع العبد ١٧٧
اشتراط ما يخالف مقتضى العقد ١٨١
اشتراط ضمان شخص آخر للثمن ١٨٦
صحة شرط العتق في بيع المملوك ١٨٨
[لواحق] ١٩٠
لو بيع الصبرة مجهولة الكيل والوزن ١٩٠
بيع ما تكفي فيه المشاهدة ١٩٢

تخلف المقدار في بيع أرض معينة يوجب الخيار ١٩٥
بيع شيئين مختلفين صفقة واحدة ١٩٩

(الفصل الخامس : في أحكام العيوب)

اقتضاء العقد سلامة المبيع ٢٠٠
العيب السابق على عقد الخيار أو الأرش ٢٠١
ما يسقط الخيار والأرش ٢٠٢
ظهور عيب بعض الصفقة يوجب رد الجميع ٢١٢
رد أحد الشريكين نصيبه بالعيب دون الآخر ٢١٣
ظهور عيب الأمة بعد وطئها ٢١٤
أقسام العيوب ٢١٩
الضابط في العيب ٢٢٠
التصرية ٢٢٤
الثيبوبة ٢٣٨
إباق العبد ٢٤١
شراء أمة لا تحيض ومثلها تحيض ٢٤٢
الثفل في الزبيب أو البزر عيب ٢٤٣
فيه خيار التدليس ٢٤٥
اختلاف المتعاقدين في البراءة عن العيب ٢٤٦
اختلاف المتعاقدين في تقديم العيب على العقد ٢٤٧
طريقة تعيين الأرش ٢٤٩
تراخي خيار العيب ٢٥٤
حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ٢٥٤
يردّ المملوك من أحداث السنة ٢٥٦

(الفصل السادس : في المرابحة والمواضعة والتولية)

المرابحة وتوابعها ٢٦١
شرائط بيع المرابحة ٢٦٢
شرط البائع على المشتري في حال البيع أن يبيعه ٢٧٠

لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقلّ ٢٧١
و حطّ بعض الثمن ٢٧٤
بيع بعض الصفقة مرابحة ٢٧٥
تقديم الدلال لا يكن في المرابحة ٢٧٧
التولية ٢٨١
المواضعة ٢٨٣

(الفصل السابع : في الربا) المحرّم

الأجناس الربويه ٢٨٩
اعتبار الكيل والوزن في الربا ٣٠٤
بيع اللحم نياً بمقدّد متساوياً ٣١١
بيع الحنطة بالدقيق وزناً متساوياً ٣١٤
بيع العنب الزبيب ٣١٩
بيع الأدقة بعضها ببعض مثلاً بمثل ٣١٩
الربا بين الوالد والولد ٣٢١
بيع لحم بحيوان من جنسه ٣٢٧
بيع دجاجه فيها بيضة بدجاجة خالية ٣٣١
القسمة تميّز أحد الحقين وليست بيعاً ٣٣٢
بيع مكوك من الحنطة بمكوك آخر فيه تبن أو دقاق ٣٣٢
بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين ٣٣٣
التخلّص من الربا ٣٣٦
ردّ الزيادة المأخوذة بالربا ٣٣٦
بيع الصرف ٣٤٢
بيع الصرف ٣٤٣
التقابض في المجلس ٣٤٣
عدم التفاضل في الجنس الواحد ٣٥٠
عدم جواز تبديل النقدين المعينين في العقد ٣٥٤
بطلان الصرف بظهور تخلف النقد ٣٥٤
صحة الصرف بتخلف النقد إذا كان البيع في الذمة مع التبديل قبل التفرق ٣٥٩

صرف الدرهم بشرط صياغة خاتم ٣٦٦
بيع الأواني المصوغة بغير جنسها ٣٧٠
بيع المراكب والسيوف المحلّاة بأحد النقدين ٣٧٣
البيع بعشرين درهماً من صرف العشرين بدينار ٣٧٧
بيع مئة درهم بدينار إلّا درهماً ٣٧٨
بيع خمسة دراهم بنصف دينار ٣٧٩
التصارف بما في الذمة ٣٨٢

(الفصل الثامن : في بيع الثمار)

بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ٣٨٥
بيع بعض ثمرة البستان أجمع إذا أدرك بعضها ٣٩٧
اتحاد حكم الأشجار مع حكم النخل ٣٩٩
بيع الشجر ظهورها لأكثر من سنة ٤٠٢
بيع الخضر قبل ظهورها ٤٠٣
بيع ما يقطع جزّة وجزّات ٤٠٤
استثناء البائع بعض الشجر ٤١٠
تلف الثمار قبل قبضها ٤١٢
إتلاف المشتري للمبيع بحكم القبض ٤١٤
بيع المزابنة ٤١٦
بيع المحاقلة ٤٢٠
بيع العرايا بخرصها تمراً ٤٢٤
بيع الزرع قصيلاً ٤٣٥
شراء النخل بشرط القطع ٤٣٨
بيع الثمرة بأزيد مما ابتاعه ٤٣٨
تقبّل أحد الشريكين حصة صاحبه بثمن معلوم ٤٣٩
أكل المارّة ٤٤٤

(الفصل التاسع : في بيع الحيوان)

استرقاق الكافر المحارب ٤٥١

استرقاق اللقيط من دار الحرب ٤٥٣
ما لا يملكه الإنسان من العبيد ٤٥٥
ملك أحد الزوجين للآخر مبطل للزوجية ٤٦٠
إجبار الكافر على بيع عبده المسلم ٤٦١
من أقرّ على نفسه بالعبودية ٤٦٢
دعوى العبد الصغير للحرية بعد بلوغه ٤٦٤
أحكام الابتياع ٤٦٥
عدم تبعية الحمل للمبيع من غير تصريح ٤٦٥
بيع بعض الحيوان مشاعاً ٤٦٧
تحقق الشركة بأذن أن يفقد عنه ٤٧٤
صحة اشتراط عدم تحمل الشريك للخسارة ٤٧٥
جواز النظر إلى وجه المملوكة وشرائها ٤٧٦
آداب شراء المملوك ٤٧٧
عدم أهلية العبد للتمليك ٤٧٩
ما بيد العبد لا ينتقل إلى المشتري بالتبعة ٤٨٩
عدم تملك العبد لذمته ٤٩٢
ابتياع المملوك وما عنده بجنسه ٤٩٤
استبراء الأمة قبل بيعها ٤٩٦
كفاية أخبار الثقة في الاستبراء ٥٠٢
حرمة وطء الأمة قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيّام ٥٠٩
التفرقة بين الأطفال وأُمهاتهم في البيع ٥١٦
من أولد جارية مستحقة للغير ٥٢١
ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام ٥٢٣
صور للتنازع بين العبد المأذون ومواليه ٥٢٦
حكم من اشترى عبداً فدفع إليه البائع عبدين فأبق أحدهما ٥٢٩
وطء الأمة المشتركة ٥٣٣
المملوكان المأذونان إذا إبتاع كلّ واحد منهما صاحبه ٥٤٥
الأمة المسرقة من أرض الصلح ٥٤٧
حقيقة السلم ٥٥٠

ما ينعقد به ٥٥١
أسلاف الأعراض في الأعراض ٥٥٥
شرائط السلم ٥٥٦
اشتراط الاقباض رأس قبل التفرق ٥٦٧
قبض بعض الثمن قبل التفرّق ٥٦٩
السلم في الدين ٥٧٠
اشتراط العلم بمقدار فيه ٥٧٢
تعيين الأجل ٥٧٥
اشتراط العلم وجود المسلم فيه في وقته ٥٧٨
اشتراط معلومية الأجل للمتعاقدين ٥٨٣
عدم اشتراط ذكر موضع التسليم ٥٨٧
أحكام السلم ٥٨٩
عدم جواز بيع المسلم قبل حلوله ٥٨٩
تخلف صفة المسلم فيه ٥٩٣
بطلان تأجيل ثمن المسلم فيه ٥٩٦
التسليم في غير الموضع المتفق عليه مع التراضي ٥٩٦
جواز رد المسلّم فيه المعيب ٥٩٦
إذا كان العيب برأس المال ٥٩٨
التنازع في وقوع القبض قبل التفرّق ٥٩٩
خيار تأخير التسليم عن وقته ٦٠١
خيار الدين بالعروض ٦٠٦
بيع الدين على من هو عليه ٦٠٧
اشتراط شيء معلوم مع السلف ٦١٠
الإقالة ٦١٢
ثبوت الشفعة بالإقالة ٦١٧
عدم سقوط أُجرة الدلال بالتقايل ٦١٧
الرجوع بالبدل في الإقالة ٦١٧