



١٨٠

الحلال والقول البصيرة

في
أحكام العترة الطاهرة

تأليف

أستاذ الأديب الشافعية الحديث الشيخ يوسف الجزائري قاسم

الطبعة سنة ١٤١٦ هـ

مكتبة دار الفقه الإسلامي

مؤسسة النشر الإسلامي

الطبعة الأولى سنة ١٤١٦ هـ



الْجَدَائِقُ وَالْبَصَائِرُ

في
أحكام العشرة الطاهرة

تأليف

العلامة البارعة الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني قدس سره

الطبعة الأولى ١١٨٦ هـ

الجزء التاسع عشر

كتابخانه
مرکز تحقیقات اسلامی و علوم اسلامی
شماره ثبت: ٠١٠١٦٢
تاریخ ثبت:

مؤسسة النشر الإسلامي

الطبعة بجماعة المدرسين بهم المشرق



مركز تحقيقات كتابية وعلوم إسلامية

الكتاب: الخدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة (ج ١٩)
المؤلف: العالم البارع الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني (قدس سره)
الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ: قم المشرفة
المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة



وبه نستعين

الفصل الثاني في الخيار

و الكلام هنا يقع في اقسامه و أحكامه ، فالواجب بسط ذلك في مقامين :
الاول - في أقسامه ، فبعضهم عدّها خمسة ، و آخر سبعة ، وثالث ثمانية ، وانها اربع
الى أربعة عشر قسما ، و نحن نذكر الثمانية الدائرة في كلام الاكثر - انشاء الله
(تعالى) - و نبين ما دلت عليه الادلة الشرعية من أحكامها ، و ما لم يقدّم عليه دليل
و الله (سبحانه) الهادي الى سواء السبيل ، و الموفق للنجاة من مهاوى الضلال
و التضليل .

فنقول : ينبغي اولاً ان يعلم ان مقتضى البيع اللزوم ، قال في التذكرة : و الاصل
في البيع اللزوم ، لان الشارع قد وضعه مفيداً لنقل الملك من البائع الى المشتري
و الاصل الاستصحاب ، و كون الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما
صار اليه ، و انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه ، و انما يخرج عن أصله
بأمرين : أحدهما ثبوت الخيار ، و الثاني ظهور عيب في أحد العوضين انتهى وهو

جيد ، و يدل على اللزوم الكتاب والسنة ، نحو قوله (تعالى) (١) «أوفوا بالعقود» وأخبار (٢) «المؤمنون عند شروطهم» ونحوها وحينئذ فيجب الوقوف على مقتضى هذه القاعدة حتى يقوم الدليل على الخروج عنها في بعض الموارد ، وهي ما ذكره في هذا المقام من الخيار ، ونحن نذكر أقسامه واحداً واحداً ، معطين البحث فيها حقها من التحقيق ، مستمدين الاعانة ممن بيده التوفيق .

الاول خيار المجلس

هكذا اشتهر التمييز عن هذا النوع في السنة الفقهاء ، قال في المسالك : اضافة هذا الخيار الى المجلس ، اضافة الى بعض امكنته ، فان المجلس موضع الجلوس ، وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار ، بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقاً ، أو في معناه (٣) والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله (٤) «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» وهو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء . انتهى .

اقول : والظاهر ان التسمية خرجت بناء على ما هو الغالب من وقوع ذلك حال الجلوس ، والاستقرار في مكان ، وباب التجوز في مثله واسع ، وهو ثابت للمتبايعين - سواء كانا مالكين ، أو وكيلين ، أو متفرقين - بعد انعقاد البيع بالايجاب والقبول .

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الرقم ٤ -

(٣) أقول : لعل المراد بما في معناه ، هو قيامها في موضع العقد مصطحبين بحيث لم يفارق احدهما الاخر ، زيادة على ما كانا عليه وقت العقد ، فان الخيار باق لهما ، وأولى منه لو تقاربا . منه رحمه الله .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب ١ - من ابواب الخيار الرقم ٢ -

ويدل عليه - زيادة على الاتفاق - الاخبار المتضافرة :

منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام « قال: سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام الحديث » .

ورواه المشايخ الثلاثة بسند آخر عن زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام « قال: قلت له : الرجل يشتري المتاع » الحديث الى آخر ما نقلناه منه ، وسيأتي انشاء الله تعالى .

و روى في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام » .

و روى في الكافي والتهديب في الصحيح عن الفضيل (٤) وهو ابن يسار - عن الصادق عليه السلام قال: قلت: ما الشرط في الحيوان؟ قال: الى ثلاثة أيام للمشتري؛ قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: « البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد

(١) الكافي ج - ٥ - ص ١٧٠ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخيار الرقم - ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخيار الرقم - ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخيار الرقم - ٣ .

الرضا منهما » .

وروى المشايخ الثلاثة عن الحلبي في الصحيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فلهما بالخيار حتى يفرقا ، فإذا افترقا وجب البيع » .

وزاد في الكافي والتهذيب قال : و قال أبو عبد الله عليه السلام : أن أبي اشترى أرضاً يقال لها : العريض ، فلما استوجبها قام فمضى ، فقلت يا أبت عجلت بالقيام ، فقال : يا بني اني أردت أن يجب البيع » .

و روى في الكافي عن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح أو الحسن « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : بايعت رجلاً ، فلما بعته قمت فمشيت خطأ ، ثم رجعت الى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا » .

و أما ما رواه الشيخ (٣) عن غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفرقا » فقد أجاب الشيخ عنه في الاستبصار بالبيع ، والظاهر حمله اما على أن المراد بالصفقة على البيع يعني امضاء البيع و التزامه والرضا به ، كما سيأتي - انشاء الله - ذكره في مسقطات الخيار ، أو على التقية ، و هو الاقرب ، فانه مذهب أبي حنيفة .

وقد نقل عنه ، أنه رد على رسول الله صلى الله عليه وآله في أربعمأة حديث .
منها حديث «البيعان بالخيار ما لم يفرقا » نقله عنه الزمخشري في كتاب ربيع

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ الوسائل الباب - ١ - من ابواب الخيار
الرقم - ٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧١ الوسائل الباب - ٢ - من ابواب الخيار
الرقم - ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من ابواب الخيار الرقم - ٧ .

الابرار مع أنه حنفي المذهب .

و قد نقلنا جملة من هذه الأحاديث التي رد بها على النبي صلى الله عليه وآله في مطاعنه ، في مقدمة كتابنا سلاسل الحديد في تقييد ابن أبي الحديد بنقل ابن الجوزي من علمائهم و يؤيد ذلك أن الراوى عامي .

وبالجملة فهو على ظاهره غير معمول عليه في مقابلة هذه الاخبار التي سردناها ، المؤيدة باتفاق الطائفة المحقة على الحكم المذكور ، و اطلاق الاخبار المذكورة شامل لما قدمنا ذكره من كون المتبايعين مالكين أو وكيلين أو بالتفريق ، لصدق البيعان على الجميع ، و هما من وقع منهما الايجاب والقبول .

ثم ان العلامة في التذكرة ومن تأخر عنه ، ذكروا أن مسقطات الخيار في هذا المقام أربعة .

أحدها - اشتراط سقوطه في العقد ، ولاخلاف فيه بين الاصحاب رضي الله عنهم ، - ويدل عليه الاخبار (١) الدالة على وجوب الوفاء بالشروط الاشرط احرم حلالا ، أو حلالا حراما ، انما الخلاف فيما لو شرطاه قبل العقد .

فقال في الخلاف : « مسألة : اذا شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ، ولزم العقد بنفس الايجاب والقبول ، ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي ، ثم قال : دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط ، والاصل جوازه ، وعموم الاخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضع انتهى .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : وعندى في ذلك نظر ، لان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد ، نعم لو شرطا قبل العقد ، وتبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه . انتهى .

أقول : الظاهر أن كلام الشيخ - رحمه الله - لا يخرج عما ذكره أخيراً بقوله «نعم» وانما مراده ذلك ، ولو شرط أحدهما خاصة سقط خياره وحده .

وثانيها - ايجابهما العقد بعد وقوعه ، والتزامهما به بأن يقولوا : تخايرنا ، أو اخترنا امضاء العقد ، أو أمضينا العقد أو التزمنا به ، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على هذا المعنى ، ونقل عليه في التذكرة الاجماع .

ولقائل أن يقول : انه حيث لانص على ما ذكره هنا ، وقد عرفت أن مقتضى العقد للزوم كما تقدم ذكره في صدر البحث ، وهذا الكلام من قولهما اخترنا أو أمضينا لا يدل على أزيد مما دل عليه العقد بمقتضاه ، و ان كان ذلك مؤكدا لما دل عليه العقد من اللزوم ، والروايات دلت على انهما - بعد هذا العقد مؤكدا أو خاليا من التأكيد - لهما الخيار الى أن يفترقا ، فيصدق هنا أن لهما الخيار ، وان قالوا ما قالاه من هذه الالفاظ ، الا أن يقال : ان هذه الالفاظ في قسوة اشتراط سقوط الخيار ، فيرجع الى الاول .

و بالجملة فان باب المناقشة غير مسدود فيما ذكره هنا .

ثم انهم ذكروا أنه لو اختار أحدهما ورضى الآخر ، فهو في حكم الاختيار أيضا ، اذ لا يختص بلفظ ، بل كل ما دل على التراضي فهو كاف ، ولو أوجبه أحدهما خاصة سقط خياره ، و لو وقع ذلك في العقد ، فالظاهر أنه من قبيل الشروط التي دلت الاخبار على وجوب الوفاء بها ، و قبله يبنى على ما تقدم في المسقط الاول .

و لو خير احدهما صاحبه فسكت ، فلا خلاف في بقاء خيار الساكت ، و أما المخير فالمشهور أيضا بقاء خياره ، و هو قول الخلاف والمبسوط ، و وجهه أنه لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار ، ومجرد تخييره صاحبه لا يدل على الامساك بشيء من الدلات الثلاث .

و نقل عن الشيخ أيضا القول بسقوط خياره ، استنادا الى ما روى عن النبي

صلى الله عليه وآله (١) بعد قوله مالم يفترقا «أويقل أحدهما لصاحبه اخترا» ورد بعدم ثبوت هذه الزيادة في أخبارنا .

وأجاب العلامة في المختلف بعد تسليم صحة الخبر ، بأنه خيره فاختار . وفي هذا الجواب ما لا يخفى ، إذ لا يخفى أن محل الكلام إنما هو المخير بصيغة اسم الفاعل ، و أن تخيره لصاحبه يدل على اختياره الأمساك ، و ظاهر كلامه أن الذي اختار إنما هو المخير بصيغة اسم المفعول وهو ليس محل البحث ، وبالجمله فالحديث غير ثابت في أخبارنا فلا حاجة فيه .

ثالثها : التصرف ، فان كان من البايع في المبيع فهو فسخ منه للعقد ، فيبطل البيع ، ويبطل خيارهما ، و ان كان من المشتري في المبيع فهو التزام بالبيع ، ويبطل خياره ، ويبقى خيار البايع ، وان كان التصرف في الثمن فالظاهر أن الامر بالعكس ، و لو كان التصرف من المشتري في المبيع ومن البايع في الثمن فهو التزام بصحة البيع ، و بالعكس التزام ببطلانه ، و لو تصرفا في المبيع أو الثمن فظاهر كلامهم أنه يقدم من تصرفه فسخ ، فلو تصرفا في المبيع قدم تصرف البايع ، وفي الثمن قدم تصرف المشتري .

و هكذا لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قدم الفاسخ ، و ان تأخر عن الاجازة ، لان اثبات الخيار إنما قصده التمكن من الفسخ ، دون الاجازة لاصلتها ، وكذا يقدم الفاسخ على المجيز : في كل خيار مشترك ، لاشتراك الجميع في العلة المذكورة ، قال في التذكرة : «لو اختار أحدهما الامضاء والآخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازة ، إذ لا يمكن الجمع ، ولا انتفاؤهما ، لاشتماله على الجمع بين النقيضين ، فيتعين تقدم أحدهما ، لكن الذي اختار الامضاء قد دخل في عقدي فسخ باختيار صاحبه الفسخ ، و رضي به ، فلا أثر لرضاه به لازما بعد ذلك . انتهى .

قيل: والمراد من التصرف هنا: ما هو أعم من الناقل وغيره، وأكثر عبارات الأصحاب إنما اشتملت على التصرف بقول مطلق، ولهذا إن ظاهر المحقق الأردبيلي - هنا - المناقشة في ذلك، بل في أصل الحكم حيث لم يرد به دليل في النصوص، حيث قال: ثم إن المراد بالتصرف غير ظاهر، وهل هو اللازم والمخرج عن الملك أو أعم فهو مجمل، وكذا دليله أيضاً غير واضح، إذ مجرد التصرف في المبيع مثلاً لا يدل على الفسخ من جانب البائع، إذ قد يكون سهواً أو لغرض آخر مباح أو حرام. وبالجمله أنه أعم، إلا أن تدل قرينة، ومع ذلك قد لا يكون الفعل كافياً في اختيار الفسخ، ويحتاج إلى اللفظ فتأمل انتهى.

وبالجمله فإن جملة من شقوق المسألة لا تخلو من الأشكال، سيما لو وقع التصرف الناقل للمبيع من المشتري مع بقاء خيار البائع كما نبه عليه في المسالك (١). ورابعها - التفرق بمعنى مفارقة كل منهما صاحبه، ويصدق بانتقال أحدهما من مكانه بحيث يعد عن صاحبه، ولا يشترط القيام والمشى خطأ، وإن كان أظهر في التفرق كما دلت عليه جملة من الأخبار المتقدمة ولو قاما مصطحبين بحيث لم يحصل التباعد بينهما زيادة على حال العقد، فالخيار باق، لعدم حصول الافتراق. وكذا لو ضرب بينهما بستر رقيق كالثوب وأحده أو غليظ كالجدار أو مانع من الاجتماع كالنهر العظيم لم يمنع الخيار لعدم صدق الافتراق بشيء من ذلك الذي هو كما عرفت عبارة عن التباعد عن الحد الذي كانا عليه وقت العقد خلا فالبعض العامة هنا حيث اسقط به الخيار.

وكذا لو أكرها على التفرق فإنه لا يسقط الخيار، والوجه فيه أن الذي دلت الأخبار على كونه مسقطاً إنما هو التفرق الذي هو فعل اختياري لهما، والتفريق بينهما قهر أليس كذلك، فلا يكون داخلاً تحت النص.

وبذلك يظهر أن ما ذكره في الكفاية بقوله ولا أعلم نصاً في هذا الباب وكذا

(١) حيث قال: بعد أن ذكر أنه لا فرق في التصرف بين الناقل للملك وغيره ما لفظه لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البائع ففي صحته اشكال. انتهى منه رحمه الله.

قول المحقق الأردبيلي - وقيد المفارقة المسقطة بالاختيار وما رأيت له دليلاً في النص، ولعل وجهه ما يتخيل أن الفعل الجبري بمنزلة العدم، فإنه ما فعله باختباره فكانه بعد باق في محله خصوصاً إذا كان عارفاً بالمسألة وأراد الجلوس لعله يظهر له وجه يدل على مصلحته في هذا العقد. انتهى - غير موجه .

وفيه ما عرفت من أن النص الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق والتفرق، الظاهر في كونهما باختيار المكلف وإرادته، وهذا هو الذي يناسب الإسقاط بأن يفعل ذلك لأجل إسقاط الخيار كما سمعت من أخبار مولانا الباقر عليه السلام .

وأما الجبر على التفرق فلا يدخل تحت إطلاق اللفظين المذكورين، ولا يصح كونه سبباً للغرض المترتب على ذلك .

وبالجملة فإن كلام هذين الفاضلين عندي غير ظاهر.

واعلم أن الأصحاب رضي الله عنهم - عبروا هنا بأنه لو أكرها على التفرق ولم يتمكن من التخاير - بمعنى اختيار العقد والبقاء عليه، وهو المسقط الثاني الذي قدمناه، ويتحقق الإكراه بمنعهما من الكلام فعلاً بسد أفواههما أو تهديد، فإنه لا يسقط خيارهما حينئذ بالتفرق، بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر في مجلس الزوال، أو يكون الخيار على الفور، وجهان: وكذا لو أخرج أحدهما كرهاً ومنع، فالحكم فيه كذلك .

وفيه إن عدم التمكن من التخاير بمعنى اختيار العقد، لا يدخل تحت العقد، لأن التزام العقد واختيار البقاء عليه لا يتوقف على الكلام . بل لو تفرقا ساكتين حصل اللزوم فيه، وإنما يتوقف على الكلام الفسخ، فيكون الإكراه والمنع من الكلام بسد أفواههما أو تهديدهما هو المعتبر فيه، لافي التخاير بالمعنى المذكور، إلا أن يراد بالتخاير الكناية عن الفسخ، والاختيار، وعبائرهم لاتساعد عليه .

والمفهوم من كلام الأصحاب - وهو الظاهر من الأخبار المتقدمه - ثبوت هذا

الحكم لمن أوقع العقد المالكاً كان أو وكيله، ويثبت للوكيل بمجرد التوكيل على العقد،
لأنه من توابع العقد قيل: ولا يبعد ثبوت الخيار للمالك على تقدير كون العاقد وكيله،
لأن يده يد الموكّل .

وفيه اشكال ، لخروجه عن ظواهر الاخبار ، وعدم صدق البايع و المشتري
عليه ، و هي قد ناطت بالحكم المزبور بالبيعين ، يعنى من وقع منهما عقد البيع
والشراء .

قال في التذكرة على ما نقل عنه : لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان ،
فالأقرب تعلق الخيار بهما و «بالموكلين جميعاً ، وإلا فبالموكلين » وفيه ما عرفت من
الخروج عن ظواهر النصوص .

وهل يثبت الافتراق بموت أحدهما أو جنون أحدهما أو الإغماء عليه أم لا ؟
صرح بالثاني في الدروس فقال : « ولو مات أحدهما ، أو ماتا فللوارث أو الولي ،
ولو جن أو اغمى عليه فللولي » و هو صريح في ثبوت الخيار للوارث والولي ، لعدم
تحقق الافتراق بذلك ، واحتمل في القواعد سقوط الخيار و ثبوته ، و علل الأول بان
مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس ، فيسقط بطريق أولى .

ورده المحقق الشيخ على في شرح القواعد بمنع الأولوية قال : فان المراد من
الافتراق التباعد في المكان ، وهو انما يكون في الجسم ، فلا يعقل ارادة الروح ، ثم ان
المحقق المذكور اختار الثبوت تمسكاً بالاستصحاب ، لان ثبوته معلوم بالعقد ،
والمسقط غير متيقن . انتهى .

وفي الاعتماد على هذا الاستصحاب نظر تقدم ذكره في مقدمة الاستصحاب من
مقدمات كتاب الطهارة (١) و ظاهر المحقق الاردبيلي التوقف في ذلك ، لعدم صدق
البايع و المشتري في الاخبار عليهم .

اقول : والحكم محل اشكال لعدم الدليل الواضح في ذلك .

تنبيهات

الاول- قد صرحوا بأنه لو كان العاقد واحدا عن اثنين ، ففيه احتمالات ثلاثة:

الاول : ثبوت الخيار مالم يشترط سقوطه ، أو يلتزمه عنهما ، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول ، وهو ظاهر الشرايع والقواعد .

الثاني - ثبوته دائما مالم يلتزمه أو يشترط سقوطه ، ونقل عن التذكرة، وهو

ظاهر اختيار الدروس .

الثالث - عدم ثبوت الخيار أصلا ، واختاره بعض فضلاء متأخر المتأخرين،

والظاهر أنه الأقرب .

وتفصيل هذه الجملة هو أن الواحد عاقد عن اثنين يشمل ما لو كان العاقد

ولبا شرعيا يبيع ماله من ولده ، أو بالعكس ، أو مال ولديه أحدهما على الآخر ،

ويشمل ما لو كان وكيل عن المتبايعين ، وكما لو كان أحد المتبايعين وكيل عن الآخر

وفي دخول هذا الفرد (١) تحت العبارة المذكورة مالا يخفى ، وما قيل من أنه يصدق

أيضا من أن الواحد عاقد عن اثنين و قائم مقامهما وان كان هو أحدهما لا يخلو

من خفاء .

ولهذا ان المحقق الشيخ على (رحمه الله عليه) في شرح القواعد اعترض

على عبارة المصنف ، وهي مثل هذه العبارة فقال : واعلم ان في قوله : العاقد عن

اثنين مناقشة ، لان العاقد عن واحد مع نفسه يخرج من العبارة ، ولا وجه لاجراجه

بل ينبئ ادراجه ، فيكون الحكم وارداً عليهما . انتهى .

والخيار المحكوم بثبوته أعم من كونه لذلك العاقد ولو بالولاية ، كما لو كان

(١) اشارة الى ما ذكره في المسالك حيث انه ادعى الصدق في ذلك منه رحمه الله .

أباً أوجداً يبيع من نفسه، فإن له الخيار و للطفل، وله مراعاة الجانبين ، لكن في الطفل يراعى المصلحة - أو كونه لغير العاقد ، كمالو كان و كبلأفى العقد خاصة ، فإن الخيار للموكلين، لآلهان قلنا به، وقولهم : مالم يشترط سقوطه او يلتزم به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط و الالتزام كالأب والجد ، وأمالو كان و كيلا فى ايقاع العقد خاصة لم يكن له ذلك، ولو أريد العموم كان المراد مالم يشترط أو يلتزم حيث يكون له ذلك .

و كيف كان فالالتزام عنهما لا يدخل فيه مالمو كان هو أحد هما الابتكاف شديد .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم ذكروا أن الوجه فى الاحتمال الاول بالنسبة الى مفارقة المجلس ان المعتبر فى سقوط خيار المتبايعين مفارقة احد هما مجلس العقد ولما كان ذلك متعذرا هنا لان الواحد لا يفارق نفسه - اعتبر فيه التمكن ، وهو مفارقتة مجلس العقد، لانه مشبه بمفارقة احد المتعاقدين ، وأصل هذا القول نقله فى المبسوط بلفظ قيل ولم يذكر قائله (١) ووجهه ما ذكر .

وردهذا التوجيه جملة من المتأخرين بأن الواقع فى الاخبار هو الإقتراق ، لامفارقة المجلس، فلو فارقه مصطحبين لم يبطل خيارهما - كما تقدم ذكره - وان بقيا مدة طويلة. وهو جيد.

وأما الوجه فى الاحتمال الثانى - وهو بقاء الخيار، وانما يسقط بالالتزام بعد

١ - قال فى المبسوط: إذا اراد ان يشتري لولده من نفسه واراد الانعقاد ينبغي ان يختار لزوم العقد عندا انعقاد العقد ، او يختار بشرط بطلان الخيار، و على كل حال قد قيل انه ينتقل من المكان الاول الذى عقده العقد ، فيجرى ذلك مجرى تفرق المتبايعين ، كذا قال ابن البراج ولم يسند هذا القول الى أحد من علمائنا بالنصوصية ، قال فى المختلف بعد نقل ذلك وهذا القول عندى محتمل . انتهى منه رحمه الله .

العقد، او اشتراط السقوط - فهو ان ظاهر قولهم (عليهم السلام) «البيعان بالخيار» يعم البايعين بوكيلهما او وليهما فيثبت فى الصورة المذكورة: وأما قولهم (عليهم السلام) «مالم يفترقا» فهو محمول على ارادة السلب، بمعنى أن الخيار ثابت مالم يحصل افتراق، وهنالم يحصل افتراق، لعدم ما يحصل به الافتراق، وهو التعدد؛ ومع كونه محتملا لعدم الملكة - اى عدم الافتراق عما شأنه الافتراق - فيبطل الخيار هنا بناء على هذا الاحتمال، فانه يمكن ان يقال: ان صدر الخبر وهو قوله «البيعان بالخيار» دل على ثبوت الخيار، فيثبت الخيار بذلك ويحصل الشك فى المسقط بناء على الاحتمالين المذكورين، فيجب استصحاب الحكم الاول الى ان يثبت المزيل .

قال فى الدروس والعائد عن اثنين له الخيار ويبطل كلما يبطل به خيار المتعاقدين، وهو ظاهر فى اختيار هذا الاحتمال .

و أما الوجه فى الاحتمال الثالث - وهو عدم ثبوته أصلا - فلان ظاهر الاخبار المتقدمة هو المغاربة بين المتعاقدين والتعدد فيها، و دعوى عموم ذلك الوكيل او الولى عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ، ومع تسليمه فان الاطلاقات فى الاخبار انما تحمل على الأفراد الشايعة المتكررة، وهى المتباددة عند الاطلاق، كما قرره فى غير موضع .

و ما أورده على ذلك القول الذى نقله الشيخ فى المبسوط، وضعفه به - وورد عليهم فى هذا المقام، وأنه ان وجب الوقوف على ظاهر النص فى الموضعين، وان قيل بالتخريج والتحمل فى التأويل والخروج عن الظاهر، فلامعنى لردهم ذلك القول، كما لا يخفى على المنصف .

و أما ما ذكره فى قوله «مالم يفترقا» من احتمال الحمل على السلب فلا يخلو من مسامحة، فان المتبادر من هذه العبارة بالنظر الى صدر الخبر هو توجه النفى الى القيد خاصة دون المقيد . وهم قد صرحوا فى محاوراتهم فى هذا البحث بأن

معناه أن المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر، ويحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد، فالمبني إنما هو الافتراق، دون من يترتب عليه الافتراق، وهما البيعان، ومبنى كلامهم المتقدم إنما يتم على رجوع النفي إلى القيد والمقيد، وهو خلاف ظاهر سياق الخبر كما عرفت .

ويؤيد ما ذكرناه - ما قدمنا ذكره - من أن مقتضى العقد اللزوم كتاباً و سنة ، واثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك يحتاج إلى دليل واضح، والركون إلى هذه التعليقات العلية وبناء الأحكام الشرعية عليها مجازفة ظاهرة .

وبذلك يظهر رجحان وجه المذكور وأنه لاخبار في هذه الصورة، واليه يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد والفاضل الخراساني في الكفاية.

و بالتوقف في هذه المسألة من أصلها صرح شيخنا المحقق الشيخ علي في شرح القواعد ، حيث قال بعد البحث في المسألة : وانا في المسألة من المتوقفين و هو في محله ، و اليه يميل كلام المسالك ، إلا أنه قال بعد ذلك «و الاوسط أوسط» الثاني ١- المشهور في كلام الأصحاب أنه لو اشترى من ينعق عليه كالأب والابن ونحوه - ما فانه لاخبار للمشتري ، و الظاهر أن الوجه فيه الترجيح لادلة المعنى الدالة على أن من اشترى أباه مثلاً فانه ينعق عليه ، فلا خيار له بأن يجعله رقاً بعد أن صار معتقاً، ولأنه لم يعهد من الشارع عود المعتق رقاً .

وربما قيل باحتمال عدم الملك في زمن الخيار ، وفيه ما تقدم من أن مقتضى العقد اللزوم ، فالعقد مملك و متى ثبت الملك ترتب عليه الانعتاق: و إلى القول بذلك يميل كلام المحقق الأردبيلي «قدس سره» في شرح الارشاد، وكذا ظاهرهم أيضاً أنه لاخبار للبايع ، خصوصاً مع علمه بانعتاقه على المشتري .

واليه يميل أيضاً كلام المحقق المشار إليه قال بعد الكلام في المسألة: «ولعل ترجيح العتق الذي يرجح عندهم بأدنى شيء لا يبعد عملاً بمقتضى العقد من غير لزوم محذور

الا تخصيص دليل الخيار على تقدير القول بعمومه ، على أن فى عمومه تأملا فتأمل .
ولا اجماع حتى يلزم خلافه ، بل تخصيصه أيضاً .

اقول : والتحقيق هنا هو أنه قد تقابل اطلاق الاخبار الدالة على العتق ففى
مثل هذه الصورة ، واطلاق الاخبار الدالة على خيار المجلس هنا ، و تخصيص أحد
الاطلاقين بالآخر يحتاج الى دليل واضح ، و ليس فليس ، و الركون الى
هذه الاحتمالات المذكورة الناشئة عن مجرد الدعوى ليس بشيء ففى مقام
التحقيق .

هذا بالنسبة الى المشتري و أما بالنسبة الى البايع فلا أعرف لهم حجة واضحة
فى اسقاط خياره ، وبه يعظم الاشكال فى هذا المجال .

قال : فى الدروس : أسقط الفاضل الخيار فى شراء القريب ، أما المشتري
فلعتقه عليه ، ولأنه وسن نفسه على العتق ، اذ المراد به العتق ، وأما البايع فلما ذكر
ولتغليب العتق ، ويحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على أن الملك نافذ بانقضاء الخيار
وثبوته للبايع ، لان نفوذ العتق لا يزال حقه السابق ، وحيث يمكن و قوف العتق
ونفوذه فيغرم المشتري القيمة لو فسخ البايع ويجرى مجرى التلف الذى لا يمنع من
الخيار ، انتهى .

وظاهره التوقف فى المسألة حيث نسب الاسقاط الى الفاضل ، وأردفه بهذا
الاحتمال الذى جمد عليه ، ولم يتعرض للقدح فيه .

و حاصل معنى ما ذكره تخصيص أدلة العتق بأدلة الخيار ، بأن يقال : انه
يجتمل ثبوت الخيار لهما بناء على ان الانعتاق يتوقف على الملك ، والملك النافذ
الذى يترتب عليه العتق انما يحصل بانقضاء الخيار ، واسقاطه باحد المسقطات المتقدمة
منهما معاً .

و يحتمل ثبوت الخيار للبايع خاصة ، أما المشتري فانه يعتق عليه بمجرد

الشراء وانعاقه على المشتري لايزيل حق البايع الماصل بمجرد العقد السابق على لانعاق ، وحيثئذ يمكن وقوف العتق على انقضاء الخيار كما هو الاحتمال الاول ، ويمكن نفوذه بناء على الاحتمال الثانى بان ينعتق على المشتري و يبقى خيار البايع ، فان اختار الفسخ فليس له تسلط على العبد لانعاقه و انما يرجع بقيمته اجراء للعبد هنا مجرى المبيع التالف .

ومن ذلك يظهر لك أن المسألة محل توقف واشكال ومنشأ الاشكال ما عرفت من تعارض اخبار العتق واطلاق اخبار الخيار .

وظاهر الاصحاب ابقاء اخبار العتق على اطلاقها ، و تخصيص اخبار الخيار بها ، فخير المجلس عندهم ثابت الا فى هذا الموضع .

و ظاهر الاحتمال الذى ذكره شيخنا المذكور العكس ، ولأعرف مرجحا لاحد الطرفين . وبه يظهر الاشكال . والله سبحانه و اولياؤه العالمون بحقيقة الحال .
الثالث - قد صرح غير واحد من الاصحاب (رضوان الله عليهم) بان هذا الخيار مختص بالبيع بجميع أنواعه الا ما عرفت مما وقع فيه الاشكال والخلاف ولا يثبت فى غير البيع من عقود المعاوضات ، وان قام مقام البيع كالصلح ، ووجهه ظاهر لان الاخبار انما وردت فى البيع ، وحمل غيره عليه قياس لا يوافق اصول المذهب .

و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه اثبت فى العقود الجائزة ، مثل الوكالة والمضاربة والوديعة .

ورد بأنه غير جيد ، لان العقود الجائزة يصح فسخها فى المجلس و بعده ، فلا معنى لاثبات خيار المجلس فيها . و هو جيد .

الرابع - قال فى الدروس : ويثبت فى بيع خيار الرؤية ، ولا يمنعه اجتماع الخيارين ، وكذا بيع خيار الشرط والحيوان ، وكذا يثبت فى بيع الصرف تقابضا

أولاً، فإن التزاماً به قبل القبض وجب على القابل، فلو هرب أحدهما عصي، وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية، ويحتسب قوياً عدم العصيان مطلقاً، لأن للقبض مدخلية في اللزوم فله تركه.

الخامس - قال أيضاً في الكتاب المذكور: لو تنازعا في التفرق حلف المنكر ولو تنازعا في الفسخ وكانا قد تفرقا قدم منكره، ولو قال أحدهما، تفرقنا قبل الفسخ، وقال الآخر: فسخنا قبل التفرق احتمل تقديم الأول لأصالة بقاء العقد، وتقديم الثاني، لأنه يوافق عليه ويدعى فساداً والأصل صحته، ولأن الفسخ فعله انتهى.

وروى الشيخ عن الحسين بن عمر بن يزيد (١) عن أبيه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا ونحانا لم يبارك لهما» وهما بالخيار مالم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا.

السادس - قال: لو تنازعا بالعقد على بعد مفراط صح العقد ولهما الخيار على الأقوى وإن تقاربا بالتنقل، ووجه عدم الخيار أنه لا يجمعهما مجلس عرفاً.

الثاني خيار الحيوان

والشرط فيه ثلاثة أيام والمشهور أن الخيار للمشتري خاصة، وعن المرتضى ثبوته للبائع أيضاً ويظهر من المسالك ترجيحه وكذا من المحدث الكاشاني في المفاتيح.

١ - التهذيب ج ٧ ص ٢٦ الكافي ج ٥ ص ١٧٤ الوسائل الباب - ١

من أبواب الخيار الرقم ٦.

وقبل بثبوتيه لهما فيما لو كان الثمن حيوانا ، ونفى عنه البعد المحقق الشيخ على في شرح القواعد قال : لان فيه جمعابين الاخبار الا انه استوجه العمل بالمشهور ، ونقل عن ابي الصلاح انه ذهب الى ثبوت الخيار في الاماء مدة الاستبراء .

واستدل للقول المشهور بصحيفة الفضيل (١) وقد تقدمت في روايات خيار المجلس : وموثقة الحسن بن علي بن فضال (٢) « قال : سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا (عليه السلام) يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام » . ورواية علي بن اسباط (٣) عن ابي الحسن الرضا (عليه السلام) « قال : سمعته يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري » الحديث .

وصحيفة الحلبي المروية في الفقيه (٤) عن ابي عبدالله (عليه السلام) « قال : في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري ، فهو بالخيار ان اشترط أو لم يشترط » ورواه الشيخ أيضا في الصحيح عن الحلبي مثله .

وصحيفة ابن رثاب (٥) عن ابي عبدالله (عليه السلام) « قال : الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أو لم يشترط » الحديث .

وفي الكفاية ادعى دلالة صحيفة زرارة (٦) وصحيفة محمد بن مسلم (٧) على هذا القول . فان أراد بهما الروايتين الآتيتين - في ادلة المرتضى (رضي الله عنه) - فهما بالدلالة على خلاف ما يدعيه أشبه ، والافليس في الباب سواهما ، وهذه روايات

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٧ الوسائل الباب ٣ - من ابواب الخيار .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٤ الكافي ج ٥ ص ٢١٦ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٢٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٤ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٤ الكافي ج ٥ ص ١٦٩ .

(٦ و ٧) التهذيب ج ٧ ص ٢٣ و ص ٢٤ .

المسألة قد استوفيناها فيما ذكرنا وما يأتى فى المقام انشاء الله تعالى .

اقول: ويدل عليه - بأصرح دلالة لا تقبل التأويل - ما رواه الثقة الجليل عبد الله ابن جعفر الحميرى فى قرب الاسناد عن عبد الله وأحمد ابني محمد بن عيسى عن الحسن ابن محبوب عن على بن رثاب (١) «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أولهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء».

والحديث - مع صحة سنده - صريح الدلالة على القول المذكور.

واستدل للمرتضى - بصحيفة محمد بن مسلم (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا».

ويدل عليه - أيضا - صحيفة زرارة (٣) عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال: سمعته يقول: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاثة أيام» ونحوه عن محمد بن مسلم - فى الصحيح (٤) - عن أبى عبد الله (عليه السلام) «والتقريب فى الخبرين الأخيرين أن المتبادر من صاحب الحيوان هو البائع، ويخشى أن موثقة الحسن بن على بن فضال قد فسرت صاحب الحيوان هنا بأنه المشتري، وهو الأقرب، لأن ظاهر هذه العبارة تدل على انحصار الخيار فيه، ولا قائل بانحصار الخيار فى البائع، وبالحمل على المشتري يصح الانحصار، بناء على القول المشهور والمؤيد المنصور».

قال فى المسالك بعد قول المصنف «والشرط فيه كله ثلاثة أيام للمشتري خاصة دون البائع على الاظهر»: «ما صورته»: «نبه بالاظهر على خلاف المرتضى (رضوان الله عليه) - حيث ذهب الى أن الخيار لهما، وصحيفة محمد بن مسلم

١- الوسائل الباب-٣- من ابواب الخيار الرقم ٩.

٢- الوسائل الباب-٣- من ابواب الخيار الرقم ٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٣.

٣- ٤- الكافى ج ٥ ص ١٧٠ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

عن الصادق عليه السلام قال : « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان » صريحة الدلالة على ما يدّعيه.

و ما تقدم في صحيحة الحلبي من اثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبائع الامن حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف ، فالقول به في غاية القوة ان لم يثبت اجماع على خلافه: وحملت الرواية على مالو باع حيوانا بحيوان وهو تخصيص بغير مخصص - و على أن الخيار للمشتري و على البائع ، فهو بالنسبة اليهما مدة ثلاثة ايام .

ويضعف بان مقتضى الخبر كونه لهما كما في قوله « البيعة بالخيار مالم يفترقا » و على ان الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوته للأفراد و فيه مامر . وفي الدروس الشهرة بل الاجماع على خلافه، وهو يؤذن بدعوى الاجماع، فان ثبت فهو الحجة ، والا فلا . انتهى .

اقول: لا يخفى أن ما ذكره أن سلم في روايات المسألة المشهورة في كلامهم الا انه لا يجري في صحيحة ابن رثاب (١) التي قدمنا نقلها عن قرب الاسناد، فانها صريحة في القول المذكور، وبها يتأيد ذلك المفهوم الذي دلت عليه تلك الاخبار العديدة.

على أن لقائل أن يقول: انه وان كان المفهوم - كما ذكره - ليس بحجة الا ان سوق الكلام في جملة من الاخبار المذكورة تدل على ارادته واعتباره هنا ، مثل قولهما (عليهم السلام) في صحيحتي زرارة ومحمد بن مسلم « البيعة بالخيار مالم يفترقا وصاحب الحيوان ثلاثة أيام » ونحوهما صحيحة الفضيل المتقدمة في خيار المجلس.

والتقريب في الجميع أنه لو كان الخيار لهما في الحيوان - كما هو المدعى - لما كان لتخصيص أحدهما به وجه - بعد أن ذكر الخيار لهما في غيره - ويفصل في المقام، بل ينبغي أن يقول هنا بالخيار في كل من الموضعين.

ويؤيد القول المشهور ان الظاهر ان وجه الحكمة في هذا الخيار أن الحيوان

مظنة للعبوب، وهى قد تخفى كثيرا ولا تظهر غالبا، وايضا قد يتعلق به أغراض لا يمكن الاطلاع عليها الا بالاختبار ومرور الايام، فضرب الشارع للمشتري هذه المدة لامكان ظهور عيب خفى فيها، وهذه الحكمة لا يظهر وجهها بالنسبة الى البائع المطلع على عيوب حيوانه، فلا يكون الخيار مشروعاً فى حقه لانتفاء وجه الحكمة.

ويؤيده أيضا - ما قدمنا ذكره - من أن مقتضى العقد كتابا وسنة اللزوم من الجانبين حتى يقوم دليل على خلافه.

وبالجملة فان العمدة فى رد القول المزبور - انما هى صحيحة ابن رثاب المروية فى قرب الاسناد الغير القابل للتأويل بوجه من الوجوه، وان كانت جميع هذه الوجوه مؤيدة لذلك. ومن ذلك يعلم أنه يجب جعل التأويل فى جانب صحيحة محمد بن مسلم المذكورة بالحمل على أحد المحامل المتقدمة التى أقربها الحمل على مالو باع حيوانا بحيوان.

وقول شيخنا المتقدم - بانه تخصيص بغير مخصص - مدفوع بان ضرورة الجمع بين الاخبار أوجب التخصيص. ^{على أنه قد اختار القول بذلك، وجعله وجه جمع بين} الاخبار، كما سيأتى فى كلامه انشاء الله تعالى . وأما ما عداها مما ظاهره ذلك أيضا فقد عرفت الجواب عنه.

واحتمل فى الوسائل حملها على التقية، ولعله الاقرب - وان كان لا يحضرني الان مذهب العامة فى هذه المسألة - لما عرفت فى مقدمات كتاب الطهارة (١) - من ان الحمل على التقية لا يتوقف على وجود القائل بذلك منهم، فانه لما كان الاصحاب سلفا وخلفا - سوى المرتضى (رضى الله عنه) - على هذا القول المشهور، وأخبارهم كما عرفت متظافرة به، فانه يعلم بذلك كونه مذهب الاثمة (عليهم السلام) وليس لما خالف ذلك - مما ورد عنهم - محمل غير التقية.

و من روايات - المسألة - المؤيدة للقول المشهور - أيضا زيادة على ما
 قدّمناه - مرواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن ابن سنان (١) و الظاهر أنه
 عبدالله - « قال : سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد
 ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان
 ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » (٢).
 وزاد في التهذيب « شرط له البايع أولم يشترط قال و ان كان بينهما شرط
 اياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البايع ».
 و رواه في الفقيه مرسلا (٣) كما في الكافي . الا انه « قال : لا ضمان على
 المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له » (٤)
 و العجب من المرتضى - (رضوان الله عليه) - المانع من العمل باخبار الاحاد
 والدائر في اقوله مدار الاجماع - كيف اعتمد على هذا الخبر في هذا المقام مع
 مخالفته الاخبار الكثيرة الممتصة بالشهرة بل الاجماع المدعى في المقام، والظاهر أن
 دليله شئ آخر غير الخبر من الامور العقلية كما هي قاعدته ، فان تعلقه بالاخبار
 نادر جدا .

١- الكافي ج ٥ ص ١٦٩ التهذيب ج ٧ ص ٢٤.

٢- ظاهر الخبر المذكور عدم انتقال المبيع في مدة الخيار الى المشتري
 كما هو قول الشيخ ، والمشهور يحملونه على استقرار الملك و سيأتي
 تحقيق المسألة في محله انشاء الله تعالى .

٣- الفقيه ج ٣ ص ١٢٨ .

٤- وما يدل على ما دل عليه هذا الخبر من أن التلف أو الحدث زمن الخيار
 مضمون على البايع . رواية ابن رباط عن زرارة عن ابي عبدالله (عليه السلام)
 قال : ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع
 والظاهر ان الحكم لا خلاف فيه . منه رحمه الله .

و بالجملة فالمعتمد هو القول المشهور . والله العالم . و تحقيق البحث في

المقام يتم برسم مسائل .

الاولى - لم نقف لابي الصلاح فيما ذهب اليه من ثبوت الخيار في الاماء مدة الاستبراء على دليل ، و ظاهر اخبار - المسألة - المتقدمة يرده ، مثل قوله (عليه السلام) في صحيحة الحلبي (١) المتقدمة «الخيار في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري» و قوله (عليه السلام) في صحيحة (٢) ابن رثاب «الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري ، اشترط اولم يشترط».

و اظهر من جميع ذلك صحيحة على بن رثاب (٣) المتقدم نقلها عن قرب الاسناد، لان موردها الجارية بخصوصها ، وقد حكم (عليه السلام) «بان الخيار فيها ثلاثة ايام للمشتري وأنه اذا مضت الثلاثة فقد وجب الشراء ولزم» و صحيحة عبدالله بن سنان (٤) عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال : عهدة البيع في الرقيق ثلاثة ايام ان كان بها خبل أو برص أو نحو هذا الحديث . و بذلك يظهر ضعف القول المذكور الثانية - لو باع الدراهم أو المتاع بالحيوان كان يقول : بعثك هذه الدراهم أو هذا المتاع بهذا الحيوان ، فيقول المشتري اشتريتها به .

فالظاهر أن خيار الحيوان - هنا - ثابت لمن انتقل له الحيوان بهذا العقد ، وهو البائع للدراهم أو المتاع ، نظرا الى ما قد مذكروه من وجه الحكمة في هذا الخيار . و ثبوت الخيار هنا للبائع غير مناف لما تقدم - بناء على القول المشهور - وما دل عليه من الاخبار ، من أن خيار الحيوان للمشتري خاصة ، لان مبنى تلك المسألة - في

١- التهذيب ج ٧ ص ٢٤ .

٢- الكافي ج ٥ ص ١٦٩ .

٣- الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الرقم ٩ .

٤- الكافي ج - ٥ - ص ١٧٢ .

النصوص و كلام الاصحاب- انما هو على كون المبيع هو الحيوان بغيره من الاثمان ، فجعل الخيار فيها لمشتريه . وهبنا الحيوان انما وقع ثمناً وقيمة لمبيع آخر فيكون الخيار انما هو لمن انتقل اليه و هو البايع ، نظراً الى ما اشرنا اليه من وجه المحكمة في هذا الخيار .

و يمكن الاستدلال عليه في هذه الصورة بالاخبار الدالة على أن لصاحب الحيوان الخيار ثلاثة ايام ، وهو من انتقل اليه ثمناً أو مثنماً ، لما تقدم من أنه لا يصح حمل صاحب الحيوان هنا على المالك ، و انما حملناه سابقاً على المشتري بقرينة موثقة ابن فضال ، من حيث وقوع البيع على الحيوان ، و كونه مثنماً ، وأما لو جعل ثمناً ، فانه يكون الخيار فيه لمن انتقل اليه ، وان سمي بحسب هذه الصورة بايعاً .

او الى ما اخترنا في هذا المقام يشير كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و الروضة و به صرح المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في شرح الارشاد، الا أن كلامه لا يخلو من خلل في تأدية المطلوب منه والمراد ، فانه قال - بعد ذكر الفرع المذكور .

- وبالجمله انه ثابت لمن ينتقل اليه الحيوان بعقد البيع ، سواء يقال له البايع او المشتري ، وأتى بالصيغة بلفظ البيع او الشراء قدمها وأخرها ، لان المحكمة في الخيار فيه أن الحيوان مظنة العيب ويختفى فيه كثيراً ، ولا يظهر غالباً ، فشرع الخيار ليعلم ذلك وهو يدل على ثبوته لكل من ينتقل اليه

والعمدة في ذلك - الاتحار المتقدمة ، مثل صحيحة زرارة أو حسنته (١) قال :

قال: رسول الله (صلى الله عليه وآله) « البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثة ايام » الظاهر أن المراد أن صاحبه الذي عنده ومالكه بالفعل - لا الذي كان - بخير ثلاثة ايام ، ثم ذكر صحيحة محمد بن مسلم الموافقة لصحيحة زرارة في هذا المتن .

كما قدمناه . ثم قال : الظاهر شمول هذه الاخبار لمن قلناه، وان قلنا بشمولها لغيره ايضاً . انتهى .

ومحل الاشكال في قوله : الظاهر ان المراد صاحبه الذي عنده الى آخره مع قوله قبله ان الخيار ثابت لمن ينتقل اليه الحيوان مؤيداً ذلك بوجه الحكمة المذكورة في كلامه، فانه لا يخلو من مدافعة ومناقضة .

الثالثة - هل مبدء الخيار هنا - وكذا في خيار الشرط الاتى انشاء الله تعالى - من حين العقد أو التفرق؟ قولان : نقل ثانيهما عن الشيخ (رحمة الله عليه) ومن تبعه . وبالأول صرح جملة من محققى متأخرى الاصحاب، والظاهر أنه الأقرب .

ويؤيده أن المتبادر من الاجل المذكور بعد العقد هو اتصاله بزمان العقد ، وهكذا كل ما اشترط من الاجل في العقود، فان المتبادر منه كون ابتدائه من حين العقد . وبعضه ظاهر جملة من الاخبار المتقدمة، مثل قوله (عليه السلام) في صحيحة زرارة (١) «البيعان بالخيار حتى يفترقا» وصاحب الحيوان ثلاثة ايام .

وقوله في صحيحة محمد بن مسلم (٢) «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» فان المفهوم منهما ان كلا الخيارين في البدء سواء وانما الاختلاف بينهما باعتبار الآخر، فنهايته في خيار المجلس التفرق، وفي خيار الحيوان الى ثلاثة ايام . وتام الكلام في المقام ياتى - انشاء الله تعالى - في المقام الثانى في الاحكام .

الرابعة - يسقط هذا الخيار عند الاصحاب باشتراط سقوطه في العقد، وباسقاطه بعد العقد، وبالاتزام بالعقد، وبالتصرف، والوجه في الاول - العمل بمادل على لزوم الوفاء بالشرط وفي الثانى أنه حق لصاحبه، فمنى اسقطه سقط .

واما الثالث فقد تقدم الكلام فيه في خيار المجلس، الا ان الظاهر هنا لزوم العقد

بالالتزام به، وسقوط الخيار بذلك، لما في رواية عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسن عن أبيه (٢) «عن جعفر بن محمد (عليهم السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله ما رضى به، ثم هو برى من الضمان» فانه ظاهر في أنه متى التزم بالعقد ورضى به سقط الخيار. و أما الرابع فيدل عليه - بعد الاجماع المدعى في النذكرة - جملة من الاخبار منها صحيحة علي بن رثاب (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: الشرط في الحيوان ثلاثة ايام» للمشتري اشترط أم لم يشترط، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة (الايام) فذلك رضى منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: أن لامس أو قبل أو نظر متها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

و صحيحة محمد بن الحسن الصفار (٣) «قال: كتبت الى ابي محمد (عليه السلام) في الرجل اشترى من رجل دابة فحدث فيها حدثا من اخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة ايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي ركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: اذا حدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالى».

و روى في قرب الاسناد عن علي بن رثاب في الصحيح (٤): «قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى» الى ان قال: «قلت له: ارايت ان قبلها المشتري أولا مس، قال: فقال: اذا قبل أو

(١) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الخيار.

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ التهذيب ج ٧ ص ٢٤ وفيه (ايام) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٥ الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار.

(٤) الوسائل الباب - ٤ - من ابواب الخيار الرقم - ٣.

لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته».

قال في المسالك- بعد نقل مضمون صحيحة على بن رثاب الاولى :- واطلاق التصرف والحدث يشمل الناقل وغيره ، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها وحلب ما يحلب ونحو ذلك ، ولو قصد به الاستخبار ففي المنع من الرد قول لأبأس به ، فان استثنياه اعتبر منه ما يعلم به الحال ، بان يركب الدابة قدرا يظهر به فرائدها وعدمه ، ويحلب الشاة بحيث يعلم حالها ونحو ذلك فلو زاد عنه منع ، ولو ساق الدابة الى منزله فان كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفيا فلا اثر له ، وان كان بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه ، وبالجمله فكل ما يعد تصرفا وحدثا يمنع والا فلا . انتهى وهو جيد .

ونقل المحقق الأردبيلي (رحمه الله) في شرح الارشاد عن بعض المحققين قال: قال بعض المحققين: المراد بالتصرف المسقط للخيار هو ما يكون المقصود منه التملك لا الاختبار، (١) ولا حفظ المبيع كالركوب لسقى الدابة، ثم قال: وفيه تأمل، لان ظاهر الروايات أعم من ذلك.

مركز تحقيق كويت علوم إسلامي

اقول: ان ما ذكره من التصرف لاجل الاختبار لا وجه له في المقام، فان مقتضى العادة أن المشتري للحيوان لا يشتره ولا يعقد صيغة البيع حتى يختبره بركوبه معرفة حسن مشيه وعدمه ، والجارية لا يشتريها حتى ينظر منها الى ما يتعلق به غرضه بنظره باذن المالك، ومن هذه الجهة اطلقت الاخبار كون التصرف بعد البيع مسقطا للخيار، فان جميع ما يتوقف عليه غرضه من ذلك الحيوان قد علم قبل البيع، وانما جعل لهذا الخيار هذه المدة بالنسبة الى شيء لم يحصل له الاطلاع عليه من العيوب الخفية.

١- اقول ظاهر المحقق الشيخ على في شرح القواعد الميل الى هذا القول

حيث قال : ولو قصد به الاختبار فقد استثناه بعضهم من التصرف المسقط وليس بيعه منه رحمه الله.

وأما ما ذكره ذلك المحقق من السقي، فانه لا يتوقف على الر كوب ليكون ذلك مستثنى من التصرف المانع من الرد، والظاهر انه اراد بالتملك، معنى الالتزام بالبيع والافالتملك حاصل بأصل العقد

نعم يبقى الكلام فى التصرف الذى يتوقف عليه حفظ الدابة فى ضمن تلك الثلاثة أيام، من علفها وسقيها وربطها، ونقلها من مكان الى مكان لاجل حفظها من الحر أو البرد ونحو ذلك، والا قرب أنه لا يعد من التصرف المانع من الرد لخوف تطرق الضرر بدونه.

وأما مناقشة المحقق الا ردبلى «رحمه الله» فى هذا المقام فى عموم التصرف وشموله لجميع التصرفات - حيث طعن فى دلالة صحيحة على بن رثاب الاولى بالحصر فى الجارية، فلم يعلم غيرها من الحيوانات و اختصاصه بالا فراد المذكورة فيها، وأنه يمكن ما كان مثلها أو أعلى وأما الادنى فلا.

وفى صحيحة الصفار بأنها وان دلت بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار - الا ان الحدث مجمل ، ويمكن أن يكون كل ما هو عيب يكون مسقطا - فالظاهر أنها من المناقشات البعيدة الاحتمال ، فان الظاهر أن ما ذكر فى الخبرين المذكورين من الجارية والدابة والتصرف فيهما بما ذكره فى الخبرين انما خرج مخرج التمثيل، لا الاختصاص وذكر فى كل منهما من التصرف ما هو المناسب له من قبيل التمثيل أيضا لا الحصر .

فالمراد من الخبرين انما هو ما فهمه الاصحاب (رضوان الله عليهم)، من عموم الحكم فى الحيوان مطلقا ، والتصرف بجميع وجوهه فى كل منها بما يناسبه، والله العالم (١)

(١) اقول بذلك يظهر أيضا ما فى كلام الفاضل الخراسانى حيث قال واعلم أنى لأعلم دليلا على كون شيء من التصرفات موجبا للزوم، سوى ماورد فى صحيحة على بن رثاب ، وصحيحة محمد بن الحسن الصفار ، وما فى قوته أو اقوى منه، وان ثبت اجماع فى غيرها كان متبعا، والا كان للتأمل فيه مجال. انتهى .

و كانه تبع فى هذا المقام المحقق المشار اليه فى الاصل و قد عرفت -

الخامسة- قد عرفت فيما تقدم أن من جملة الأقوال في المسألة ثبوت الخيار لهما فيما إذا كان الثمن أيضا حيوانا واختاره في المسالك ، نظرا الى تحقق الحكم من الجانبين، قال : فان اختصاص الخيار بالحيوان لاشتماله على امور باطنة لا يطلع عليها غالبا الا بالتروى و الاختبار مدة، وفيه جمع بين الاخبار المختلفة ظاهرا . وهو جيد ، سيما على مذهبه في ترجيح قول السيد المرتضى ثم انه في المسالك قال : ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبائع خاصة على الأقوى . انتهى .

وبنحوه في الموضعين صرح في الروضة أيضا (١)

و بالجملة ، فان مرجع الكلام في هذه المسألة الى ما قد مناه في الفائدة الثانية ، قد عرفت انه أحد الوجوه في حمل الخبر الذي استدل به المرتضى (رضى الله عنه) كما اشار اليه شيخنا المذكور هنا بقوله : وفيه جمع بين الاخبار المختلفة ظاهرا ، وان كان قد رده في كلامه المتقدم نقله عنه في صدر البحث بقوله و هو تخصيص بغير مخصص و قد عرفت ما فيه آنفا .

الثالث - خيار الشرط

والاصل فيه - بعد الاجماع في التذكرة - الأدلة العاملة من الاخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط الا ما حرم حلالا و حلل حراما ، والخاصة لهذا المقام وهانحن نتلوا عليك جملة الاخبار المتعلقة بذلك عامها و خاصها ، كما هي قاعدتنا

- ما فيه من أن ما ذكر في الخبرين انما خرج مخرج التمثيل لا الحصر كما لا يخفى ، واليه يشير قوله لا فحدث حدثا من اخذ الحافر الى آخره فان المراد بالحدث هو ما فهمه الاصحاب من التصرف مطلقا ، و ان مثل له في الخبر ببعض الافراد كما لا يخفى على المتأمل . منه رحمه الله .

١- حيث قال : ولو كان حيوانا بحيوان قوى ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصة وهو ما قرن بالباء حيواناً ، انتهى منه رحمه الله .

فى الكتاب فى كل حكم و باب .

فمنها ما رواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذى اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز و جل .

وما رواه فى الفقيه والتهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: المسلمون عند شروطهم، الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز»

وما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) «أن على بن أبى طالب (عليه السلام) كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

ومنها ما رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: سألت عن الشرط فى الأمانات والتابع والتورث والتوهم؟ فقال: يجوز ذلك غير الميراث، فانها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو» (مردود) «.

ونحو هذه الرواية بهذا المضمون مرسله جميل بن دراج، (٥) ومرسله ثانية له، والمشهور فى كلام الأكثر أنه لو شرط ما ينافى مقتضى العقد كمالو شرط أن لا يبيعه

(١) الكافى ج (٥) ص ١٦٩ التهذيب ج ٧ - ص ٢٢.

(٢) الفقيه ج ٣ - ص ١٢٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٢١٢ - فى الكافى فهو (رد) .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ .

أولا يعتقه أولا يبطأ أولا يهب ، فهذه الشروط باطلة ، والمشهور بطلان العقد بها أيضا .
و يظهر من بعض الأصحاب القول بلزوم أمثال هذه الشروط المشروعة ،
والاخبار المذكورة تدل عليه ، وعلى المشهور يمكن حملها على الاستحباب ، بناء على
قواعدهم في أمثال هذه الأبواب .

ثم ان الفرق بين الميراث وغيره ساذكر في الاخبار المذكورة لا يخلو من خفاء
وربما قيل بأن الفرق هو ان اشتراط عدم البيع و الهبة اشتراط ما يتعلق بنفسه ، واشتراط
عدم التوريث يتعلق بغيره ، ولا أثر فيه لرضاه ، ولا يخلو من تكلف ، ومقتضى العقد
كتابا وسنة هو التصرف فيه بما شاء من انواع التصرفات ، فاشتراط منعه من ذلك كما
دلت عليه هذه الاخبار مشكل .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) قال :
« اخبرني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) » قال سأله رجل وأنا عنده فقال له : رجل مسلم
احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له : أبيعك دارى هذه وتكون لك أحب الي من
أن تكون لغيرك على أن تشترط لي ان أنا جثثك بثمانها الى سنة أن ترد علي ؟ فقال : لا بأس
بهذا ان جاء بثمانها الى سنقردها عليه قلت : فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن
تكون ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله .

ورواه الصدوق بطريقه الى اسحاق بن عمار (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال :
سأله رجل الحديث

و ما رواه في التهذيب عن معاوية بن ميسرة (٣) قال : سمعت أبا الجارود يسأل

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢٣ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٢٨ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ .

أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع داره من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط أنك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فانه بماله قال : له شرطه ، قال له أبو الجارود : فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال : هو ماله ، وقال أبو عبد الله (عليه السلام) : رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري .

ومارواه في الكافي عن سعيد بن يسار (١) في الصحيح قال : «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : انا نخالط أناس من أهل السواد وغيرهم ، فنبيعهم ونربح عليهم العشرة اثناعشر والعشرة ثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها ، ويكتب لنا الرجل على داره أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي اخذنا شراء (و قد باع) و قبض الثمن منه ، فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا وبينه ان نرد عليه الشراء ، فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا . فماترى في ذلك الشراء ؟ قال : ارى أنه لك ان لم يفعل ، وان جاء بالمال للوقت فرد عليه»
ومارواه الشيخ عن أبي الجارود (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال : ان بيعت رجلا على شرط فان أذاك بمالك والا فالبيع لك» والبيع في الخبر بمعنى الشراء ، فانه من الاضداد كما ذكره أهل اللغة .

وتحقيق البحث في المقام بما يحصل به الاحاطة بأطراف الكلام وبيان ما يدخل فيه من الاحكام يقع في مواضع .

الاول - الأشهر الأظهر هو انه متى كان الشرط سائغاً في العقد ، وجب على المشروط عليه الوفاء به فان امتنع كان للمشروط له اجباره عليه ، فان لم يمكنه رفع امره الى الحاكم الشرعي فان تعذر كان له خيار الفسخ ، وقيل متى امتنع كان للمشروط له اختيار الفسخ ، وسيأتي انشاء الله تعالى مزيد تحقيق للمسألة في محله (٣)

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٢ الفقيه ج ٣ ص ١٢٨ و فيه (بأنه قد باعه) .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣ .

(٣) وهو في المسألة الاولى من المقام الثاني في أحكام الخيار .

الثاني - يجوز اشتراط مدة يرد فيها البايع الثمن اذا شاء ويرتجع المبيع وفي هذا المقام احكام .

الاول - قد دلت موثقة اسحاق بن عمار وما بعدها من الاخبار على أنه يجوز اشتراط مدة مضبوطة يرد فيها البايع الثمن اذا شاء ويرتجع المبيع، و ظاهر الاخبار المذكورة أنه يكفي مجرد اعطاء الثمن، والمفهوم من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أنه لا بد من الفسخ وأنه لا يكفي مجرد رد الثمن .

الثاني - لو شرط في العقد رد المثل أو القيمة في تلك المدة لزم أيضا ، قال في الدروس: فليس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله ولا يحتمل الاطلاق على العين ، ولو شرط رد العين احتمل الجواز انتهى .

الثالث - المشهور أنه لا يتوقف الفسخ أو الامضاء على حضور الآخر أو الحاكم . نعم ثبوته يتوقف على الاشهاد مع النزاع ، ونقل في الدروس عن ابن الجنيد انه يشترط في الخيار المختص للفسخ أو الامضاء الحضور أو حكم الحاكم أو الاشهاد قال : وفي المشترك لا ينفذ الفسخ والامضاء إلا بحضورهما ونقل عن ابن حمزة انه لا بد في المشترك من اجتماعهما على الفسخ أو الامضاء .

وفي المبسوط لاختلاف في جواز الامضاء بغير حضور الآخر ، و الظاهر ان ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا هو مذهب العامة ، فانه قد نقل المحقق الشيخ على (رحمه الله) في شرح البقواعد توقف الفسخ على أحد الأمرين المذكورين عن أبي حنيفة .

وانت خبير بان الروايات المذكورة خالية من التعرض لذكر الفسخ ، كما قدمنا الاشارة اليه ، وليس فيها أزيد من رد الثمن في المدة المضروبة و ظاهره هو الرد على المشتري و دفعه اليه ، ولو جعل رد الثمن فيها كناية عن الفسخ مثلا ، فظاهرها اشتراط حضور المشتري لفسخ البايع بعد دفع الثمن أو مثله اليه ، فما ذكرناه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة الي أن يجيء

المشتري، وان كان ظاهرهم الاتفاق عليه عدا من تقدم ذكره، الا انه بعيد عن سياق الاخبار المذكورة كما لا يخفى على المتأمل فيها.

الرابع - الظاهر انه لا فرق (١) في هذا الشرط بين وقوعه من البائع بان يقول: بعثك هذه الدار بشرط ان تردها علي اذا اتيتك بالثمن في ضمن شهر، أو من المشتري بأن يشترط له انك ان أتيتني بالثمن في ضمن المدة المعلومة، رجعت عليك المبيع والذي تضمنته الاخبار المتقدمة الثاني .

قال في الدروس: يجوز اشتراط ارتجاع المبيع عند رد الثمن مع تعيين المدة فليس للبائع الفسخ بدون رد الثمن أو مثله، ثم قال: ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن اذ ارد المبيع جاز، ويكون الفسخ مشروطا برد المبيع، فلو فسخ قبله لغى انتهى . اقول ظاهر الاخبار المتقدمة انه بعد وقوع العقد مشتملا على هذا الشرط من البائع او المشتري فانه بمجرد رد البائع الثمن في المدة المضروبة يجب على المشتري رفع اليد عن المبيع و تسليط البائع عليه لقوله (عليه السلام) في موثقة اسحاق (٢) «ان جاء بضمنها الى سنة ردها عليه» وفي رواية معاوية فأتاه بماله قال: له شرطه، وقوله في صحيحة سعيد بن يسار (٣) «ان جاء بالمال في الوقت فرد عليه» .

وظاهر هذه العبارات ان الفسخ يحصل بمجرد رد الثمن في المدة المضروبة وانه يجب على المشتري رد المبيع و رفع يده عنه .

وبه يظهر ما في عبارة الدروس المذكورة وغيرها من اعتبار الفسخ و تفريع

(١) لقوله في خبر اسحاق ان حبث بضمنها الى سنة، و في رواية معاوية الى مابين ثلاث سنين وقوله في رواية سعيد بن يسار ولم يأتنا بالدرهم و في رواية ابي الجارود فان أتاك بمالك والجميع كما ترى ظاهر في انه لا بد من رده على المشتري منه رحمه الله .

(٢) الوسائل الباب ٨ - ابواب الخيار الرقم ١ - التهذيب ج ٢٣٧ الرقم ١٣

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣ الرقم ١٢ .

ما ذكره من الأحكام عليه فإن دخوله تحت الأخبار المذكورة لا يخلو من غموض وخفاء .

الخامس - قال في الدروس لو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن أو الخيار في بعضه ففي الجواز نظر .

اقول : الظاهر أن وجه النظر المذكور ينشأ من مخالفة النصوص الواردة في المسألة وكون هذا الفرد خارجاً عنها ، و من عموم « المؤمنون عند شروطهم » . و في المسالك استوجه الثاني و لا يخلو من قرب ، فإن النصوص المذكورة لادلالة فيها على حصر الصحة في الصورة المذكورة فيها ، وإن ما عداها غير جائز مع أن هذا الشرط سائغ في حد ذاته ولا مانع منه .

الثالث من المواضع المتقدمة هل يملك المبيع بالعقد أو بمضي مدة الخيار قولان ، و سيأتي تحقيق المسألة انشاء الله تعالى في المقام الثاني في الأحكام .
الرابع - قد دلت الأخبار المتقدمة على أن منافع المبيع ضمن مدة الخيار للمشتري ، وتلفه من المشتري فيكون مثقاله ، وهو موافق للمشهور من أن التلف بعد القبض في زمن الخيار من مال من لا خيار له .

و هذا في صورة مالو كان الخيار للبائع ، وأما لو كان الخيار للمشتري كما تقدم في خيار الحيوان فإن تلفه من البائع ، كما تضمنته صحيحة عبدالله بن مسنان (١) المتقدمة في خيار الحيوان وقوله فيها « فإن كان بينهما شرط إياها معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع » وهذا أيضاً جار على مقتضى القاعدة المتقدمة ، وهي أن تلف المبيع بعد القبض فهو من مال من لا خيار له .
و تمام الكلام في ذلك يأتي انشاء الله تعالى في المقام الثاني .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤ الرقم ٢٠ الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار

الخامس - قد تقدم انه لا بد من كون الشرط في متن العقد بين الايجاب والقبول قال في التذكرة: ولا اعتداد بالشرط قبله او بعده.

السادس - خيار الشرط ثابت لمن اشترطه سواء كانا هما معا، أو أحد هما أجنبيا، أو أحد هما مع اجنبي، من غير خلاف يعرف ومستنده عموم ادلة وجوب الوفاء بالشروط المتقدم ذكرها.

السابع - يجب أن يكون المدة مضبوطة، والوجه فيه رفع الجهالة المبطله للعقد، وأن الاجل - كما صرحوا به له قسط من الثمن، فيشول الى جهالة أحد العوضين، وان تكون متصلة بالعقد او منفصلة عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخرة صار العقد لازما بعد المجلس وجائز فيها، اما اتصالها بالعقد فوجه ظاهر مما تقدم في خيار الحيوان، واما جواز اشتراط تأخيرها فوجه كون الشرط المذكور سائغا، فيصح اشتراطه، وفي جواز جعل المدة متفرقة قولان، ولولم تكن المدة مضبوطة كقدوم الحاج مثلا او ادراك الغلة بطل الشرط قولاً واحداً.

وهل يبطل العقد قولان: المشهور البطلان، وهذا جار في كل عقد اشتمل على شرط فاسد، وقيل بصحة العقد وان بطل الشرط.

وقد تقدم تحقيق هذه المسألة والكلام فيها في المقدمة الحادية عشر (١) من مقدمات كتاب الطهارة، ولو اطلقا ولم يعين امدة فالمشهور انه لا يصح ونقل عن الشيخ الصحة وانه ثلاثة ايام مدعي فيه النص والاجماع، ورد بعدم وجود خيار الثلاثة في الاخبار الا في خيار الحيوان واما الاجماع فأوضح، حيث لم يقل ذلك سواء.

والظاهر ان الوجه في وجوب ضبط المدة كما اشترطه هو رفع الجهالة المبطله للعقد وأن الاجل له قسط من الثمن فيؤول الى جهل أحد العوضين.

الثامن - قد تقدم النقل عن الشيخ بان مبدأ هذا الخيار بعد التفرق من المجلس ولم نقف له على دليل، وثبت خيار المجلس بأصل الشرع لا يدل على كون مدة الخيار المشروط غير ذلك، حتى يكون ابتداءه بعد انقضاء ذلك، اذ لا مانع من

التدخل في بعض المدة كما مرفى خيار الحيوان (١) .

التاسع - قال بعض المحققين (٢) والظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف - لما مر وسيجيء - ولا بالشرط ، وهو ظاهر . نعم يمكن بالاسقاط والالتزام بعده كما في غيره .

والعمدة في ذلك قول الاصحاب (رضي الله عنهم) في الكل - والتسلط للانسان على ماله ، والترغيب على العمل بالقول - وعدم مخالفه ، ولانه لا شك في لزوم الفسخ باختياره ، وكذا اللزوم .

ويدل عليه أيضا رواية السكوني (٣) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « أن أمير المؤمنين صلوات الله عليه قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيعه ، قال : ليشهد أنه قد رضيه واستوجه ثم ليبعه ان شاء ، فان أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه » . انتهى . وهو جيد .

وحمل بعض الاصحاب الامر بالاشهاد هنا على الارشاد لرفع النزاع أو الاستحباب ، والخبر صريح في أنه مع الالتزام بالعقد يسقط الخيار ، وظاهره أيضا أنه يسقط بالتصرف ، وان اقامته في السوق وجعله في معرض البيع - وان لم يبعه - تصرف مسقط للخيار .

العاشر قد صرح الاصحاب بانه يجوز اشتراط الموامرة يعنى اشتراطهما أو أحدهما استيثار من سمياه والرجوع الى أمره مدة مضبوطة ، فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على أمره ، فان امر بالفسخ جاز للمشروط له استيثاره والفسخ ، والظاهر انه لا يتعين عليه ، لان الشرط انما هو مجرد استيثاره لا الالتزام بقوله ، وان امر بالالتزام

(١) ص ٢٥ .

(٢) هو المحقق الاردبيلي قدس سره في شرح الارشاد منه رحمه الله .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٣ .

لم يكن له الفسخ قطعا، وان كان الفسخ اصلح عملا بالشرط

قال في التذكرة: وليس للشارط ان يفسخ حتى يستأمر و يأمره بالرد، لانه جعل الخيار اليه دونه. قيل: ويمكن أن يكون له الفسخ قبلها، والمخالفة لعدم لزومه. الا ان يشترط ذلك. قال في التذكرة: هذا القول الثاني للشافعي، كما أن الاول قوله الاول، وهو المعتمد. مع انه في التحرير قال بهذا القول الثاني فقال: وله الفسخ قبل الاستيمار. اقول لا ريب ان جواز اشتراط الاستيمار كما هو أصل المسألة لا اشكال فيه، لانه من الشروط السائغة، فلا مانع من اشتراطها، فان أمره بالفسخ تسلط على الفسخ، وله الخيار بين ان يفسخ وبين ان لا يفسخ، كما في سائر مواضع الخيار، وان أمره بالا لتزام الذي هو مقتضى العقد فليس له المخالفة، وان كان الفسخ أصلح، لانه لا ينسلط على الفسخ الا بالشرط، له وهو لم يشترط لنفسه و الفرق بين المؤامرة وجعل الخيار لاجنبي ان الغرض من المؤامرة الانتهاء الى امره، فليس لذلك المستأمر بفتح الميم الفسخ او الا لتزام، وانما اليه الامر والرأي خاصة بخلاف من جعل له الخيار.

الرابع - خيار الغبن

يسكون الباء واصله الخديعة، والمراد هنا البيع والشراء بغير القيمة مع الجهالة اذا كان الغبن بما لا يتسامح به غالبا بان شراء بزيادة على القيمة أو باع بنقصان عنها فالمرجع فيه الى العادة لعدم تقديره شرعا، وهذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين، والقول به انما ثبت عن الشيخ واتباعه، ونقل في الدروس وكذا في المسالك عن المحقق في الدرس القول بعدمه.

ويظهر من التذكرة عدم الخلاف فيه بين علمائنا (١)، والمشهور بين

(١) قال في التذكرة: وهو اي خيار الغبن ثابت عند علمائنا وبه قال مالك واحمد لقوله لا ضرر ولا ضرار في الاسلام، ولقوله الا أن تكون تجارة عن تراض منكم، و معلوم بان المغبون لو عرف الحال لم يرض، ولان النبي صلى الله عليه وآله اثبت الخيار في التلقي و انما اثبته للغبن، و قال انما يثبت للمغبون خاصة اجماعا - منه رحمه الله .

المتأخرين ثبوته، واعترف جمع من المتأخرين بأنهم لم يقفوا في النصوص على نص عليه بالخصوص، وإنما ورد في تلقى الركبان تخيرهم إذا غبنوا.

واستدلوا عليه أيضا بحديث الضرار (١)، وما ذكروه من حديث الغبن في تلقى الركبان لم أقف عليه في كتب الأخبار، ولا في كتب الفروع أيضا ويمكن أن يستدل عليه بما رواه في الكافي (٢) عن اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: غبن المسترسل سحت».

وعن ميسر (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: غبن المؤمن حرام» وفي رواية «لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل».

قال في كتاب مجمع البحرين: والاسترسال: الاستيناس، والطمأنينة إلى الإنسان والثقة به فيما يحدثه واصله السكون والثبات، ومنه الحديث أيما مسلم استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا، ومنه غبن المسترسل سحت، انتهى، وظاهره وجود حديث رابع زائد على ما نقلناه.

وبالجملة فهذه الأخبار وإن كانت مطلقة لا أنها دالة باطلاقها على ما نحن فيه من تحريم الغبن في البيع والمنع منه، وحينئذ فيثبت لصاحبه الخيار. وكيف كان فثبوته عند الأصحاب مشروط بامرين كما تقدمت الإشارة إليه. - أحدهما - جهالة المغبون بالقيمة وقت العقد، فلو عرف القيمة ثم زاد أو نقص مع علمه، أو تجددت الزيادة أو النقص بعد العقد فلا غبن ولا خيارا جماعاً، كما نقله المسالك. ثانيهما أن يكون الغبن الذي هو عبارة عن الزيادة والنقص فاحشا لا يتسامح بمثله عادة، مثل أن يبيع ما يساوي مائة: بخمسين و نحوه ما فلو كان يسيرا

(١) أقول من أخبار الضرار موثقة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث أن الرسول صلى الله عليه وآله قال: لا ضرر ولا ضرار. ورواية عقبة ابن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث أن الرسول صلى الله عليه وآله قال: لا ضرر ولا ضرار على مؤمن و نحوه ما غيرهما من رحمه الله.

(٢ - ٣) الكافي ج ٥ ص ١٥٣ التهذيب ج ٧ ص ٧ الفقيه ج ٣ - ١٧٣

يتسامح به كالدرهم بل الاربعة والخمسة فى المائة فلاغبين .

وقد عرفت ان مرجع ذلك عندهم الى العرف حيث لا تقديزله فى الشرع وطريق معرفة الثانى ظاهرة، لانه يمكن اقامة البينة على القيمة فينات بها.

وأما الاول فان امكن اقامة البينة عليه فكذلك و الا فان ادعاه مع معلومية هدم امكان ذلك فى حقه حيث يعلم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يقبل قوله، والا ففى القبول اشكال ينشأ من اصابة عدم العلم ، ولان العلم والجهل من الامور التى تخفى غالبا ولا يطلع عليها الا من قبل من هي به، ومن اصابة لزوم العقد و وجوب الوفاء به فيستصحب الى أن يثبت المزيل.

وقوى فى الروضة الاول، قال: و الاقوى قبول قوله فى الجهالة بيمينه مع امكانها فى حقه، واستظهره فى المسالك أيضا لانه احتمال فيه الثانى، ثم استشكل فيه بانه ربما تعذر اقامة البينة، ولم يمكن معرفة الخصم بالحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه فتسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين. وما ذكره - قدس سره - جيد بناء على قواعدهم الا أن المسألة لخلوها من النص الواضح موضع توقف.

وحيث ثبت الغبن فانه يتخير المغبون بين الرد والامساك مجانا، وليس له الارش اجماعا كما ذكره فى التذكرة ، و المشهور فى كلام المتأخرين انه لا يسقط الخيار ببذل الغايب التفاوت، وان انتفى موجه استصحاب المائت قبله .

نعم لو انتفى على اسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار، وفيه نظر لانه ان كان مدرك هذا النوع من الخيار خبر الضرار كما اعترفوا به، فقضية ذلك ان يكون الضرار، هو المدار، و ظاهر أن بذل التفاوت يدفعه، فينبغى القطع بعدم الخيار اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن ومحل الضرورة ، وان كان الاجماع فقد عرفت عدم ثبوته، لما ذكره فى الدروس وغيره من عدم ذكر كثير من المتقدمين لهذا الخيار وما نقل عن المحقق آتفا.

وتردد العلامة فى التذكرة هنا فقال: ولودفع الغابن التفاوت احتمال سقوط خيار المغبون لانتفاء موجهه وهو النقص، وعدمه لانه ثبت له، فلا يزول عنه الا بسبب شرعى انتهى. مع انه قد ادعى الاجماع (١) على عدم ثبوت الارش به، قالوا ولا يسقط الخيار هنا بالتصرف وظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن فى مال المغبون أو بالعكس خرج به عن الملك كالبيع أم منع من الرد كالاستيلاد أم لا.

ولهم فى هذه المسألة تفاصيل وشقوق عديدة انهاها شيخنا فى الروضة والمسالك الى ما يزيد على مائى مسألة، وأطال فى تقريرها، وليس فى التعرض لذكرها مزيد فائدة مع خلوها من النصوص على العموم والخصوص. فمن احب الوقوف عليها فليرجع الى احدا الكتابين المشار اليهما.

والمشهور أن الخيار هنا فوري وقيل: بانه على التراخى، وعلل الاول بعموم الامر بالوفاء بالعقود، وأن الاصل بناء العقود على اللزوم، فيقتصر فيما خالفه على موضوع اليقين، وهو المقدار الذى يمكن حصوله فيه، ولاقتضاء التراخى الاضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان، ويؤدى الى تغيير المبيع.

ولا يخفى ما فى بناء الاحكام الشرعية على مثل هذه الوجوه من المجازفة وعلل الثانى بثبوت أصل الخيار فيستصحب الى ان يثبت المزيل لانتفاء الدليل على خصوص الفورية، ولا يخفى ان هذا هو الاقرب و الانسب بقواعدهم و الا ربط بضوابطهم.

(١) وجه المدافعة هو ان مقتضى دعوى الاجماع من أنه لا يجب عليه بهارش ان يكون له الخيار وان بذل الغابن الغبن، وذلك لأن اللزوم من الغبن والمترتب عليه انما هو اما هو الخيار بين الامساك مجانا أو الرد، لا التفاوت بين الثمن والقيمة الموجب للغبن سواء بذل الغابن أم لا وهذا هو الذى ادعى عليه الاجماع، فكيف يتردد مع بذل الغابن الغبن، مع انه ليس بما يترتب على الغبن وانما يترتب عليه مجرد الخيار منه رحمه الله.

و بالجملة فاصالة العدم اقوى مستند في المقام حتى يقوم دليل على خلاف ذلك ولو جهل الخيار أو الفورية فالظاهر أنه لا خلاف في العذر الى ان يعلم ذلك .

الخامس - خيار التأخير

اي تأخير قبض الثمن او المثل من عن ثلاثة أيام ، فلو باع و لم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن ، فالبيع لازم ثلاثة أيام ، فان جاء المشتري بالثمن فيها ، والا كان البايع أولى بالمبيع ، والاصل فيه بعد الاجماع الاخبار الواردة عن أهل العصمة عليهم السلام .

ومنها ما رواه الشيخ في الصحيح (١) عن علي بن يقطين « انه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع ، و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال : الاجل بينهما ثلاثة ايام ، فان قبض بعه ، و الا فلا بيع بينهما » .

و عن اسحاق بن عمار (٢) عن عبد صالح عليه السلام قال : « من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ، ولم يجيء فلا بيع له » و رواه في الفقيه بطريقه الي اسحاق ابن عمار مثله .

و ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن عبد الرحمن بن الحجاج « قال : اشتريت محملاً ، واعطيت بعض ثمنه ، وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت الى بايع المحمل لاخذه فقال : قد بعته فصحكك ثم قلت : لا والله لا ادعك أو اقاضيك فقال لي : أنرضى بابي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : بقول من تحب أن اقضى بينكما بقول صاحبه أو غيره ؟ قال : قلت : بقول صاحبي قال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له » .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٢ الرقم ٩ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢ الرقم ٨ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١ الرقم ٧ الكافي ج ٥ - ص ١٧٢ .

ومارواه - في الفقيه (١) في الصحيح عن جميل عن زرارة عن أبي جعفر (ع) « قال : قلت له : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يسدعه عنده ، فيقول : حتى آتيك بثمانه ؟ قال : ان جاء بثمانه فيما بينه وبين ثلاثة ايام ، والا فلا بيع له » ورواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن زرارة مثله :

ورواه في التهذيب بسند فيه على بن حديد عن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) مثله ، وطعن في هذه الرواية المحقق الأردبيلي (رحمه الله) في شرح الارشاد بوجود على بن حديد بناء على نقله لها عن التهذيب ، وغفل عن مراجعة الكتابين الآخرين ثم اعتذر عن ضعفها بما هو أضعف ، من اصطلاحه الذي بنا عليه .

وأما مارواه الشيخ بسند معتبر عن على بن يقطين (٢) قال : « سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية وقال : اجيئك بالثمن ، فقال : ان جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له » (٣) فهو غير معمول عليه عند الاصحاب ، ولا قائل به ، وربما حمل على استحباب الصبر له ، وعدم الفسخ الى مضي المدة المذكورة .

مركز تحقيق كويت علوم إسلامي

وتحقيق البحث في المقام وبيان مافيه من الاحكام يقع في مواضع :
الاول هذا الخيار مشروط عند الاصحاب بشروط ثلاثة ، احدها - عدم قبض الثمن ، والثاني - عدم قبض المبيع ، والثالث - عدم اشتراط التأجيل في الثمن والمثمن وبعض كل منهما و لو ساعة ، والثلاثة ظاهرة من الاخبار المذكورة وقبض بعض من كل منهما ك لا قبض ، مجتمعاً ومنفرداً لصدق عدم قبض الثمن وا قباض المثمن الذي دلت عليه الروايات .

ولو قبض الجميع أو قبض ف لا خيار لاختلال أحد الشروط المتقدمة ، وهو

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الكافي ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢١
الرقم ٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم ٥٦ .

(٣) ظاهر الصدوق في المقنع القول بالخبر المذكور حيث قال : « اذا -

الاول (١) على الاول ، والثاني على الثاني ، وشرط القبض المانع من الخيار كونه باذن المالك ، فلا أثر لما يقع بدونه ، وكذا لا أثر لما لو ظهر مستحقة لغير المالك أو بعضه .

الثاني - قد صرحوا بأنه لا يسقط هذا الخيار بمطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة ، وإن كان قرينة الرضا بالعقد ، مستنديين في ذلك الى الاستصحاب ، وهو جيد ، بناء على أصولهم من حجية مثل هذا الاستصحاب وقد تقدم الكلام فيه في مقدمات الكتاب .

ومن ظاهراتفاقهم على توقف بطلان العقد وانفكاكه على الفسخ فيما لم يختر الفسخ بعد الثلاثة ، فإن البيع باق وله المطالبة بالثمن ، وإن المطالبة لا يستلزم زوال خياره وإن كانت مؤذنة بالرضا بالعقد .

وانت خبير بان المفهوم من ظواهر الاخبار المذكورة هو انفساخ البيع من نفسه بعد مضي الثلاثة ، من غير توقف على فسخ لقوله (عليه السلام) في الاخبار المتقدمة ، والا فلا بيع له ومقتضاه بطلان البيع بعد الثلاثة إذا لم يحصل قبض الثمن أو المثل في ضمن تلك الثلاثة ، لأنه يبقى البيع ، وكذا الخيار .

بل ظاهرا الاخبار أنه لا خيار هنا بالكلية ، فإن غاية ما تدل عليه الاخبار هو أن البيع مع عدم القبض والاقباض وعدم اشتراط التأجيل صحيح ، ولزومه مراعى بهذه الثلاثة ، فإن حصل القبض والاقباض أو أحدهما فيها لزم البيع ، والابطال من أصله

- اشترى رجل من رجل جارية وقال : أجيئك بالثمن فإن جاء فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له « منه رحمه الله .

(١) وهو الاول أي الشرط الاول بناء على الفرض الاول هنا وهو قولنا قبض الجميع ، والثاني أي اختلال الشرط الثاني على الفرض الثاني هنا ، وهو قولنا أو قبض - منه رحمه الله .

وأما أن البيع بعد الثلاثة باق والبائع مخير فى الفسخ أو الصبر إلى أن يأتى المشتري بالثمن ، فلادلالة فى الاخبار عليه بوجه كما لا يخفى على المتأمل فى سياقها .
وقد نقل القول بالبطلان هنا عن ظاهر ابن الجنيد والشيخ ، وبه اعترف العلامة فى المختلف ، وإن أجاب بما لا يجدى نفعا قال فى الكتاب المذكور : قال ابن الجنيد (رحمة الله عليه) : إذا خرجت الثلاثة ولم يأت بالثمن فلا بيع .
وفى المبسوط روى أصحابنا إذا اشترى شيئا بعينه بثمن معلوم ، وقال للبائع أجيئك بالثمن ومضى فإن جاء فى مدة الثلاثة كان المبيع له ، وإن لم يجرى فى هذه المدة بطل البيع .

و ظاهر هذه العبارة يوهم بطلان البيع بعد مضى الثلاثة .
والذى نص عليه المفيد والشيخ فى النهاية أنه يكون للبائع الخيار إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء طالب بالثمن ، وهو الحق ، لنا الأصل بقاء صحة العقد . والخبر تعطى الذى قاله الشيخ أولا وابن الجنيد ، ثم نقل صحة زرارة المتقدمة وصحيفة على بن يقطين ، ثم قال : والجواب الحمل على أنه لا بيع لازم له .
أقول : فيه أن ما ذكره من التأويل مع تعسفه وبعده يتوقف على وجود المعارض ولامعارض هنا لا ما يدعيه من أن الأصل بقاء صحة العقد ، وهو أصل غير متأصل (١)

(١) أقول : فإن فرض عدم لزومه فى الثلاثة باعتبار تطرق البطلان عليه من جهة عدم التقابض ، وإنما يلزم وتصير بيعا مانعا من الرجوع بذلك ، وعدم اللزوم بعد الثلاثة باعتبار الخيار الذى للبائع كما يدعونه فإنه مسلط على الفسخ فالحال أن مشتركان فى عدم لزوم البيع وتماهه وإن اختلف الوجه فى كل منهما .

وأما قولهم أن البيع لازم ثلاثة أيام فإنما يريدون به من حيث عدم الخيار فى ضمن ثلاثة أيام ، فلو لم يحصل بطل على أحد القولين ، وصار غير لازم من جهة الخيار على القول المشهور ، — منه رحمه الله .

و كيف يكون الاصل بقاءه مع تصريح الاخبار بأنه لا يبيع بعدمضي الثلاثة،
و كيف يختص النفي باللزم كما ادعاه مع انه في ضمن الثلاثة كذلك ، لان لزومه
مراعى بحصول التقابض في ضمن الثلاثة منهما أو قبض احدهما ، و ان اختلف وجه
عدم اللزم في الحالين .

و بالجملة فان الحق هو ما ذهب اليه ابن الجنيد والشيخ هنا كما هو ظاهر
الاخبار المذكورة والله العالم .

الثالث - لو بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة ، قيل ، يحتمل سقوط الخيار :
وهو الذي قطع به العلامة في كنبه ، محتجا بزوال المقتضى لثبوته ، وهو الضرر
بالتأخير .

وقيل : يحتمل بقاءه ، عملا بالاستصحاب ، وزوال مقتضيه بعد ثبوته لم يؤثر
في نظائره .

أقول والظاهر - بناء على ما قدسنا تحقيقه من بطلان البيع بعد الثلاثة - أن
لائمة لهذا الفرع بالكلية ، حتى يترتب عليه هذان الاحتمالان ، ومع الاعراض
عما ذكرنا والجري على مقتضى كلامهم في هذا المقام ، فان الاقوى ما ذهب اليه
العلامة ، لان التمسك بهذا الاستصحاب الذي يكررونه في هذه الابواب غير مجد نفعا
كما حققنا في مقدمات الكتاب (١) .

الرابع - الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو تلف المبيع بعد الثلاثة ، فانه من مال
البائع لما تقرر من القاعدة من أنه متى تلف قبل القبض فهو من مال البائع .
وبعضه ظواهر الاخبار المتقدمة الدالة على أنه بعد الثلاثة لا يبيع له ، وسيما على
ما اخترناه من بطلان البيع بعد الثلاثة فانه من مال بايعه ، انما الخلاف فيما لو ملك في
الثلاثة ، فالمشهور أنه كذلك .

وقال المفيد: يكون التلف من المشتري، وهو مذهب المرتضى (رضي الله عنه) وسار وجمع ممن تبعهم، وعن ابن حمزة أنه ان عرض البائع تسليمه على المشتري ولم يتسلمه فهو من مال المشتري، والافمن البائع. وهو ظاهر أبي الصلاح حيث قال: فان كان تأخير من قبل المتنازع فهلاكه ونقصه من ماله.

واورد على القول المذكور بان العرض على البائع لا يقوم مقام القبض الا ان يمتنع المشتري من القبض، ولا يرضى به البائع ببقائه في يده، وحينئذ فلا فرق بين التلف في الثلاثة أو بعدها في كونه من المشتري، بل يخرج على هذا الفرض عن محل المسألة، وهذا المعنى أقرب في عبارة أبي الصلاح.

ويدل على القول المشهور رواية عقبة بن خالد المروية في الكافي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غداً ان شاء الله تعالى فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله».

ونقل بعض المحققين (٢) انه روى عنه صلى الله عليه وآله (٣) «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، ولم أقف عليها فيما وصل إلينا من الاخبار. ويؤيده أيضاً دخوله تحت القاعدة المتقدمة، لانه يصدق عليه أنه تلف قبل القبض وهذه الرواية من أدلة هذه القاعدة، وظاهرها أنه مضمون على البائع مادام لم يقبضه المشتري، ويخرجه من بيته في الثلاثة وبعد الثلاثة.

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٢ الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب الخيار الرقم - ١

(٢) هو المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الارشاد ونقله في موضع

آخر عن العلامة في التذكرة - منه رحمه الله .

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣ .

وعن المفيد التعليل لما ذهب اليه بأن المبيع انتقل اليه، فيكون ضمانه عليه، والتأخير لمصلحته، وأجاب في المختلف بالمنع من الملازمة، ونفى البأس عن قول ابن حمزة، وظاهر أبي الصلاح، مع اختياره القول المشهور، وقد عرفت ما فيه.

و بالجملة فالظاهر هو القول المشهور لما عرفت والله العالم.

الخامس - قد عرفت سابقاً أنه لو قبض البائع الثمن أو المشتري المبيع فانه لا خيار، و نقل في الدروس عن الشيخ بأن له قولاً بأنه لو قبض المبيع و تعذر الثمن فان للبائع الفسخ، ثم قال : وفيه قوة .

قال في المسالك : « و كان مستنده خبر الضرر ، اذ لا نص فيه بخصوصه ، وليس يبعد ، الا أن التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفاء به اقوى ، وأخذه مقاصة لدفع الضرر ان تمكن من أخذ العين ، و الا فلا يدفع بالفسخ انتهى و هو جيد .

السادس - قال في المختلف : لو قبضه المشتري ثم تلف ، فان كان في مدة الثلاثة كان من مال المشتري دون البائع ، وان هلك بعدها فكلام الشيخ يشعر بأنه من مال البائع .

واحتج بان له الخيار بعد انقضاء الثلاثة، لان عبارته هكذا اذا باع الانسان شيئاً ولم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المتاع ، فان العقد موقوف ثلاثة أيام ، فان جاء المتاع في مدة ثلاثة ايام كان المبيع له ، وان مضى ثلاثة ايام كان البائع أولى بالمتاع ، فان هلك المتاع في هذه الثلاثة ايام و لم يكن قبضه اياه كان من مال البائع دون مال المتاع ، وان كان قبضه اياه ثم هلك في مدة الثلاثة كان من مال المتاع دون مال البائع ، و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال. وفيه نظر اذ مع القبض يلزم البيع. انتهى .

وهو جيد الا أن من المحتمل - و ان بعد بالنسبة الى سياق العبارة المذكورة الا انه غير بعيد بالنسبة الى طريقة الشيخ في التعبير ، و هو الموافق للقواعد ،

اذ يبعد من الشيخ كل البعد ارادة ما دلت عليه العبارة بظاهرها. أن يكون قوله أخيراً «وان هلك بعد الثلاثة أيام» انما هو بالنسبة الى صورة عدم القبض، فيكون قسيماً لقوله فان هلك المتاع في هذه الثلاثة، و لم يكن قبضه اياه كان من مال البايع دون مال المبتاع، و ان هلك بعدها كان من مال البايع على كل حال. يعني أنه أولى بأن يكون من مال البايع لمضى الثلاثة القاطعة لتعلق المشتري به بخلاف ما اذا كان في ضمن الثلاثة التي هو فيها مال المشتري، و يكون جملة و ان كان قبضه اياه ثم هلك الى آخره متوسطة بين الجملتين المتعاطفتين.

السابع قال في المختلف أيضاً لم يفرق الشيخان و اتباعهما بين الحيوان وغيره في التربص ثلاثة أيام، وقال في المقنع اذا اشترى رجل من رجل جارية فقال أجيئك بالثمن، فان جاء فيما بينه و بين شهر والا فلا بيع له، واذا اشترى ما يفسد من يومه كالبقول فان جاء ما بينه و بين الليل والا فلا بيع له، واذا اشترى ما لا يفسد من يومه فان جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام والا فلا بيع له. انتهى.

ليس في كلام المقنع رحمه الله هنا ما يدل على مخالفة الاصحاب في هذه المسألة بالنسبة الى الحيوان، لان قوله «و اذا اشترى ما لا يفسد» الى آخره شامل للحيوان وغيره و قوله «اذا اشترى رجل جارية» الى آخره لا يدل على أن هذا خيار الحيوان بجميع أفرادها بل أن يحمل ذكر الجارية على التمثيل.

وانما هذا فتوى برواية علي بن يقطين (١) المتقدمة المشتملة على هذا الحكم المخصوص بالجارية اذ يبعد منه رحمه الله اطراح اخبار الثلاثة الواردة في خيار الحيوان (٢) مع تعددها وصحتها، و الاقتصار على هذا الخبر الشاذ النادر مع عدم ظهوره في العموم.

(١) التهذيب جلد - ٧ - ص ٨٠ الرقم ٥٦.

(٢) التهذيب جلد - ٧ - ص ٢٤.

فالظاهر ان هذا الحكم الذى ذكره مخصوص بالجارية كما هو مورد الخبر المشار اليه ، وربما كان منشأ التوهم عدم ذكر خيار الحيوان فى هذا المقام والكتاب لا يحضرنى الان .

وبالجملة فالظاهر حمل كلامه على ما ذكرنا تحاشياً عن خروجه عن مقتضى الاخبار الواردة فى خيار الحيوان ، وانه ثلاثة أيام للمشتري ، أو مع البائع على الخلاف المتقدم.

وبعضد ما قلناه أنه فى الفقيه روى موثقة الحسن بن على بن فضال (١) المقدمة فى روايات خيار الحيوان الدالة على أنه ثلاثة أيام، ومع هذا قال فى الكتاب المذكور : ومن اشترى جارية وقال للبائع اجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له، والعهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل. انتهى.

وحينئذ فالظاهر حمل قوله «ملا يفسد» على ما هو اعم من الحيوان وغيره، ليوافق فتوى الاصحاب

نعم - يخرج من ذلك حكم الجارية بناء على عمله بخبر على بن يقطين (٢) المشار اليه وقد تقدم.

السادس - خيار ما يفسد ليومه

والاصل فى هذا النوع من الخيار ما رواه فى الكافى والتهذيب عن أبى حمزة (٣) أو غيره عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام وأبى الحسن عليهما السلام «فى الرجل يشتري الشيء الذى يفسد من يومه، ويتركه حتى يأتيه بالثمن؟ قال : فان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن والا فلا بيع له» .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الرقم ٧ الوسائل الباب - ٣ - من ابواب الخيار الرقم - ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم - ٥٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ الرقم ٢٥ الوسائل الباب - ٩ - من ابواب الخيار .

ونقل فى الوسائل عن الصدوق أنه روى باسناده عن ابن فضال عن ابن رباط (١) عن زرارة عن أبى عبد الله (عليه السلام) (٢) فى حديث «قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل».

اقول: روى فى التهذيب عن الحسين بن سعيد عن ابن فضال (٢) وفى الفقيه عن ابن فضال عن ابن رباط عن رواه عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البايع».

وزاد فى الفقيه «ومن اشترى جارية وقال للبايع أجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له، والعهدة فيما يفسده من يومه» الى آخر ما تقدم.

والظاهر أن هذه الزيادة انما من كلامه الذى يدخله بين الاخبار، وهو اشارة الى ما تضمنه رسالة ابن ابى حمزة (٣) المذكورة و رواية على بن يقطين (٤) المتقدمة كما أشرنا اليه آنفاً، لأنه من متن الرواية المذكورة.

وكيف كان فان الرواية المذكورة لا تخلو عن الاشكال بالنسبة الى ما يترتب على هذا الخيار، وذلك لان الظاهر أن الخيار انما شرع لدفع الضرر، واذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل فى يومه، ولا يندفع به الضرر وانما يندفع بالفسخ قبل الفساد.

وفى الدروس عنوانه بما يفسده المبيت، وهو جيد، الا أن فيه خروجاً عن النص ولعله لتلافيه بخبر الضرر، واستقرب تعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوفه،

(١) الوسائل الباب ١١ - من ابواب الخيار.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٧ الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ الرقم - ٧

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ الرقم - ٢٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٨٠ الرقم ٥٦ .

ولا يتقيد بالليل (١) واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة كما في الخضروات واللحم والعنب وكثير من الفواكه، واستشكل فيما لو التزم التأخير فوات السوق فعلى هذا لو كان مما يفسده في يومين تأخر الخيار عن الليل الى حين خوفه. وهذا كله وان كان متجها في حد ذاته الا انه خارج عن مدلول النص الوارد في هذا الحكم - كما عرفت - الا ان خبر الضرار (٢) يفيد في الجميع.

تنبيهات

الاول - الظاهر ان هذا الخيار فرد من افراد خيار التأخير كما يشير اليه كلام العلامة في التذكرة حيث ذكره في مسألة من مسائل خيار التأخير، فكانه قال: خيار التأخير فيما لا يفسد الى ثلاثة ايام، وفيما يفسد في يومه الى الليل، والى ذلك يشير ايضا عبارة المقنع المتقدمة.

(١) قال المحقق الشيخ على في شرح القواعد والذي ينبغي ان يعرف - ان لزوم البيع ههنا الى حين خوف الفساد بحسب العادة المستمرة وقرائن الاحوال الموجودة بحيث ان يتربص به زيادة فسد، لانه ينبغي لزوم البيع، مدة بقاءه، ثم حين الشروع في الفساد يثبت الخيار كما توهمه كثير من العبارات لان الخيار حينئذ مما لا فائدة فيه لتحقيق الضرر، وليس في النص ما ينافي شيئا من ذلك - مردود بان كيف لا ينافي ما ذكره، وهو قد اشتمل على السؤال مما يفسد في يومه، والخيار بناء على ما يدعونه انما يناط بدخول الليل وهو ظاهر - منه قدس سره.

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار.

وبعضده ظاهر كلامهم هنا من حيث عدم القبض والاقباض ، كما فى خيار التأخير المتقدم، وهو ظاهر النص الوارد فى المسألة أيضا ، فحينئذ فعده قسما برأسه ليس مما ينبغى .

الثانى - ان مقتضى كلامهم أنه بعد مضى اليوم يتخير البائع بين الصبر وان فسد، فاخذ الثمن من المشتري ، وبين الفسخ وبيعه، أو يتصرف فيه بأى نحو اراد ، ولا يرجع الى المشتري، بنحو ما قالوه فى الخيار بعد الثلاثة والمفهوم من الرواية المتقدمة - هنا إنما هو ما ذكرناه - فى روايات خيار التأخير ثلاثة ايام - من بطلان البيع حيث ان العبارة فى الموضعين واحدة، اذ مؤدى (لا بيع له) هو البطلان، لا ثبوت الخيار، وهو يرجع الى ما قدمنا تحقيقه من أنه ليس هنا خيار بالكلية .

وانما غاية ما يدل عليه الخبر المذكور هنا - كالاخبار فى تلك المسألة - أنه يبقى البيع مراعى بمضى المدة المذكورة، فان قبضه المشتري فيها أو قبض الثمن صح البيع والابطال من أصله .

هذا هو ظاهر الاخبار المشار اليها كما عرفت.

وحاصل الخبر هنا أنه يجب على البائع الصبر الى أول دخول الليل، فان أتى المشتري بالثمن فهو له، فسد أولم يفسد، والابطال البيع كذلك .

هذا ظاهر الخبر المذكور، ووجه الاشكال فيه وجوب الصبر المدة المذكورة وان تضرر بفساد المبيع فيها، ويمكن التفصى عنه بان رضاه بذلك مع علمه بالحكم الشرعى، وقدومه على البيع والحال هذه بدفع الاشكال المذكور.

الثالث - قد عرفت سابقا ان ظاهر كلام الاصحاب - وهو ظاهر الخبر الوارد فى هذه المسألة - أن الشرط هنا عدم التقابض، لامن الطرفين ولا من أحدهما، وحينئذ فلو قبض المشتري السلعة، ولم يقض البائع الثمن، فان البيع يكون لازما، ولا يقدر بالمدة المذكورة وكذا بالعكس، ولو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع فكالمعدم، لصدق عدم

قبض الثمن، وعدم قبض المبيع المترتب عليهما الحكم المتقدم في الخبر، وفي كلام الاصحاب والله العالم.

السابع خيار الرؤية

وهو ثابت لمن لم ير، اذا باع أو اشترى بالوصف، ثم ظهر مخالفا، فان كانت المخالفة بظهور الزيادة على الوصف تخير البائع، وان كانت بالنقص عنه تخير المشتري، والاصل فيه - أيضا مضافا الى الاتفاق - هو اشتراط الرؤية أولا في صحة البيع ولزومه، كما يدل عليه ما رواه في الكافي (١) عن عبد الأعلى بن أعين «قال: ثبت عن أبي جعفر (عليه السلام) انه كره بيعين اطرح وخذ على غير تقليب، وبشراء مالم ير» (٢).

وروى في التهذيب (٣) قال: ثبت عن أبي جعفر - عليه السلام - انه يكره شراء مالم ير. والكره هنا بمعنى التحريم كما وقع مثله كثيرا في الاخبار، بل هو الاغلب الاكثر فيها.

(١) الكافي ج ٥ ص ١٥٤ الوسائل الباب ١٨ من ابواب الخيار الرقم ١-

(٢) قال بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين قوله عليه السلام (اطرح وخذ) أي يقول البائع للمشتري اطرح الثمن، وخذ للمناع من غير أن يكون المشتري قلب المناع واختبره.

والفرق بينه وبين الثاني أنه في الثاني لم ير أصلا، وفي الاول رأى من بعيد ولم يختبره، أو يقول المشتري اطرح المناع، وخذ الثمن الذي اعطيتك، فيكون الفساد لجهالة الثمن، وفي الثاني لجهالة المبيع، وعلى التقديرين لا بد من تقيده بعدم الوصف الرافع للجهالة. والله العالم. منه قدس سره.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٩ الرقم ٣٠.

وثانياً مارواه الصدوق فى الفقيه والشيخ فى التهذيب (١) فى الصحيح عن جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة «ففتشها» (٢) ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله (عليه السلام): لو قلبها ونظر منها الى تسع وتسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية» .

ومارواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن زيد الشحام (٣) «قال: سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال: لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج» .

وتوضيح معنى هذا الخبر مارواه الشيخان المذكوران فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب (٤) «قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): اشترى الغنم، أو يشتري الغنم جماعة ثم ندخل داراً ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنيين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا، انما يصلح السهام اذا عدلت القسمة .

والمراد منه أنه اذا اشترى عشرة مثلاً، مائة من الغنم، فيدخل بيتاً فيخرج من الغنم كيف ما اتفق، فاذا بلغ المخرج خمسة مثلاً اخرج اسم رجل، فمن خرج اسمه يعطيه هذه الخمسة، فلم يجوزوه- (عليه السلام)- للفرر وعدم تحقق شرايط القسمة، اذ من شروطها تعديل السهام أولاً، فربما وقع فى سهم بعضهم كلها سمانا وفى سهم الآخر هزالا .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٧١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٠ الرقم ٢٩ وفيها (فقلبها) بدل (ففتشها) .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٢٣ الرقم ٣ التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم ٥٤ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم ٥٣ الكافى ج ٥ ص ٢٢٣ .

ومن أجل هذا انه لو اشترى والحال هذه فان له الخيار كما صرح به في صحيح الشحام (١) «اذا خرج الردي في ذلك السهم».

وأما اذا أمكن القسمة بعد تعديل السهام، فانه لا مانع لانه يشتري متاعا فان اقتسموا بالتعديل فلا خيار، والا فان خرج في سهمه الردي كان له الخيار في القسمة، فالمتع في صحيح الشحام مبني على ما هو دأبهم من شرائهم مجهولا غير معدل، كما يشير اليه قوله في رواية منهل انما يصلح السهام اذا عدلت القسمة.

وكيف كان فمورد الخبرين المذكورين انما هو المشتري، والمدعى - كما هو المتفق عليه بينهم - ثبوت ذلك - أيضا - للبائع الا ان يجبر ذلك بخبر الضرار (٢) وربما احتل بعض الاصحاب في صحيحة جميل أن يكون التفيتش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال، الا أن الظاهر بعده غاية البعد عن سياق الخبر المذكور، ومع تسليمه فثبوت كون الجواب عاما - أيضا - محل خفاء واشكال.

وبالجملة فالظاهر ان مستند العموم انما هو خبر الضرار المجبور باتفاق الاصحاب على الحكم المذكور، قالوا: ولا بد في هذا النوع من الخيار من ذكر الجنس والوصف الرافعين للجهالة، وضابط ذلك أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته والتفائه، ويتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثاله، فانه يجب ذكره، فلا بد من استقصاء صفات السلم كلها كما صرح به العلامة في التذكرة .

فروع

الاول : لو وصف بها فوق البيع والشراء بوصف الغير ثم ظهر الزيادة والنقصان من جهتين تخيراً معاً، ويقدم قول الفاسخ كما تقدم بيانه .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٧٩ الرقم - ٥٤ .

(٢) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الخيار الرقم ٣ - ٤ .

الثاني: قال في الدروس: ولو شرطاً دفعة فالظاهر بطلان العقد، للغرر، اقول: والوجه فيه ان الوصف قائم مقام الرؤية، فاذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرثى ولا موصوف، ويلزم من ذلك الغرر المنهى عنه المبطل للبيع، والظاهر انه لا خلاف بينهم في صحة اسقاط خيار المجلس والحيوان والعيب، وأما خيار الغبن والتأخير ففيهما احتمال والصحة اظهر، وأما خيار الرؤية فالحكم فيه ما عرفت.

الثالث: ظاهر كلام اكثر الاصحاب اشتراط الفورية في هذا الخيار.

الرابع: قال في الدروس: لو شرط البائع ابداله ان لم يظهر على الوصف فالاقرب الفساد، اقول: ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من ان يظهر على الوصف أم لا، وفيه انه لا موجب للفساد (١) مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد لعموم الاخبار المتقدمة. نعم لو ظهر مخالفاً فانه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجبره هذا الشرط لاطلاق الاخبار في الخيار، والظاهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة الى الشرط المذكور، حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

وبالجملة فاني لا اعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الاطلاق وجهاً يحتمل عليه، والله العالم.

الخامس: لو اشترى برؤية قديمة تخير أيضاً لو ظهر بخلاف ما رآه، وكذا من طرف البائع، الا ان هذا ليس من افراد هذا الخيار الذي هو محل البحث، لانه مقصور على ما لم ير، حيث اشترط فيه الوصف عوضاً عن الرؤية، ولا يشترط وصف ما سبقت رؤيته، وانما يباع ويشترى بالرؤية السابقة، غاية الامر انه اذا ظهر بخلاف ذلك، لطول المدة أو عروض عارض أو نحو ذلك تخير، بايعاً كان أو مشترياً.

(١) اقول موجب الفساد على ما هو الظاهر ان الشرط المذكور لما كان

مخالفاً للسنة - فاسدة - واقتضى فساد العقد قضاء للشرطية - منه رحمه الله .

«الثامن خيار العيب»

وضابطه في الحيوان كلما زاد عن أصل الخلقة أو نقص وزاد بعضهم عينا كان كالا صبيح الزائدة أو الناقصة ، أو صفة كالحمي ولو يومابان يشتره فيجده محموما أويحم قبل القبض .

اقول: ويدل على الاول مارواه في الكافي عن أحمد بن محمد السيارى (١) «قال: روى عن ابن أبي ليلى أنه قدم اليه رجل خصم له فقال: ان هذا باعني هذه الجارية فلم أجده على ركبها حين كشفتها شعرا وزعمت أنه لم يكن لها قط قال: فقال له ابن أبي ليلى: ان الناس ليحتالون لهذا بالجميل حتى يذهبوا به فما الذي كرهت؟ فقال: أيها القاضي ان كان عيبا فاقض لي به . فقال : اصبر حتى أخرج اليك فاني أجداذى في بطني ثم دخل وخرج من باب آخر حتى أتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له أي شيء أتروون عن أبي جعفر (عليه السلام) في المرأة لا يكون على ركبها شعرا يكون ذلك عيبا».

فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثني أبو جعفر ع-ن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن أبي ليلى: حسبك ثم رجع إلى القوم ف قضى لهم بالعيب».

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الرقم - ٢٦ الكافي ج ٥ ص ٢١٥ الوسائل

الباب - ١ - من ابواب العيوب الرقم - ١ .

وعلى الثاني في الجملة مارواه في الكافي عن داود بن فرق (١) وقال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل، قال: ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر، فهذا عيب ترد منه، ورواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب.

وللمشتري الخيار بين الرد والقبول مع الارش في صورة الجهل بالعيب عند الشراء، ويسقط الرد خاصة دون الارش بالتصرف في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغيراً للعين أم لا.

ونقل عن ابن حمزة أنه اذا تصرف المشتري بعد العلم بالعيب سقط الرد والارش معاً، وهو مردود بالاخبار الآتية، وكذا يسقط الرد خاصة دون الارش بحدوث عيب بعد القبض، فإنه مانع من الرد بالعيب السابق، ويسقطان معاً بالعلم بالعيب قبل العقد، فان قدومه عليه عالم به رضى بالعيب.

وكذا يسقطان بالرضا به بعده، وفي حكمه اسقاط الخيار وكذا يسقطان ببراءة البائع من العيوب، والاصل في بعض هذه الاحكام الاخبار الجارية في هذا المضمار. ومنها مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن جميل (٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما - (عليهما السلام) - في الرجل يشتري الثوب من الرجل أو المتاع فيجد به عيباً، قال: ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وان كان خياط الثوب أو صبغه أو قطعه رجع بنقصان العيب.

ومارواه في الكافي والتهذيب (٣) عن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الفقيه ج ٣ - ٢٨٥ الكافي ج ٥ ص ٢١٣.

(٢) الفقيه ص ١٣٦ الرقم ٣٣ الكافي ج ٥ ص ٢٠٧ مع اختلاف يسير.

التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الرقم ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٧ الرقم ٣ التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الرقم ١.

« قال : أئمارجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوازلم يتبرأ اليه منه ولم يبرأ به وأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العور أو بذلك العيب انه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به » .

وما رواه في الكافي عن أبي صادق (١) « قال : دخل أمير المؤمنين (عليه السلام) ورواه الصدوق مرسل قال دخل أمير المؤمنين (عليه السلام) سوق التمارين فساذا امرأة قائمة تبكي وهي نخاصم رجلاً تماراً ، فقال لها : مالك ؟ فقالت : يا أمير المؤمنين اشتريت من هذا تماراً بدرهم فخرج أسفله ردياً وليس مثل هذا الذي رأيت فقال له : رد عليها ، فأبى حتى قال له ثلاث مرات فأبى ، فعلاه بالدرة حتى رد عليها ، وكان عليه السلام يكره أن يجلل التمر » .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن ميسر بن عبد العزيز (٢) « قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً فقال : ان كان ممن يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده عليه ، وان لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده عليه » .

وما رواه في التهذيب عن جعفر بن عيسى (٣) « قال : كتبت الى أبي الحسن (ع) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزد ، فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشتري ورخصه ، ولم يبق إلا نقده الثمن فربما زهده فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وأنه لم يعلم بها فيقول له المنادى : قد برئت منها ، فيقول له المشتري : لم اسمع البراءة منها أبصدق فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب عليه الثمن ؟ فكتب (عليه السلام) : عليه الثمن »

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٠ الفقيه ج ٣ ص ١٧٢ الرقم ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧٢ التهذيب ج ٧ - ص ٦٦ الكافي ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٦ الرقم ٢٩ .

الا أن ظاهر الاصحاب عدم القول بهذه الرواية كما سيأتى تحقيقه انشاء الله تعالى . فى فصل العيوب .

ومارواه فى التهذيب أيضا - عن السكونى (١) عن جعفر عن أبيه عليهم السلام «أن عليا (عليه السلام) قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام) : لك بكيل الرب سمننا ، فقال له الرجل : انما بعته منك حكرة ، فقال له (عليه السلام) - : انما اشترى منك سمننا ولم يشتر منك ربا .»

قال فى الوافى والحكر الجمع والامساك يقال : اشترى المتاع حكرة أى جملة . انتهى ، الى غير ذلك من الاخبار الاتية انشاء الله فى الفصل الذى فى حكم العيوب ، وقد تقدم فى المباحث السابقة ما يدل على بعض هذه الاحكام ايضا .

والعجب من صاحب الكفاية هنا حيث قال : ولو تصرف المشتري سقط الرد دون الارش للاخبار المتعددة ، لكن الاخبار مختصة بمن اشترى جارية فوطأها ثم وجدها عيباً . انتهى .

وكأنه لم يقف على هذه الاخبار التى قدمناها صريحة فى الارش مع التصرف فى المبيع مطلقا جارية أو غيرها ، الا ان عندي فى المقام اشكالا ، وهو ان المذكور فى كلامهم انه مع ظهور العيب السابق قبل العقد او القبض فللمشتري الخيار بين الرد والقبول مع الارش ، والروايات المتقدمة خالية من ذكر الارش ، وانما المذكور فيها الرد ، والارش انما ذكر فى صورة التصرف المانع من الرد ، ومثلها الاخبار الاتية انشاء الله تعالى - فى شراء الجوارى ، ولسم اقف على من تنبه لذلك ولأنه عليه (٢) .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٦ الرقم ٣٠ .

(٢) اقول الى ما ذكرنا من الاشكال هنا اشار المحقق الاردبيلي فى شرحه -

وبالجملة فالدليل على التخيير المذكور غير ظاهر من الاخبار الا ان يكون
الاجماع، لظهور اتفاقهم على الحكم المذكور.

نعم ذلك المذكور في الفقه الرضوي (١) حيث قال (عليه السلام) «فان خرج في
السلعة عيب وعلم المشتري، فالخيار اليه ان شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة مع
أرش العيب» وظاهر العبارة التخيير بين الرد وبين أخذه من غير أرش أو أخذه مع الارش
ويحتمل أن لفظة (أو) غلط، وانما هو بالواو فيكون مخيرا بين الاول والثالث.

والظاهر أن هذه العبارة هي المستند في ذلك، في كلام المتقدمين وجرى عليه
جملة المتأخرين كما في جملة من الاحكام التي اسلفنا ذكرها في غير مقام.
وأما باقي شقوق المسألة مما لا يظهر وجهه من هذه الاخبار، فيمكن استفادته من
الرجوع الى القواعد المقررة والضوابط المعتمدة.

والارش المذكور في الاخبار المتقدمة عبارة عن نسبة التفاوت بين قيمته صحيحا
وقيمة معيبا، فيؤخذ من الثمن بذلك النسبة، لان تفاوت ما بين الصحيح والمعيب، لانه قد
يحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذه العوض والمعوض، كما اذا اشتراه بخمسين
وقوم معيبا بها، وقوم صحيحا بمائة أو ازيد، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال المذكور
بخمسة وعشرين، وعلى هذا القياس.

وتمام تحقيق المسألة يأتي - انشاء الله تعالى - في الفصل المعقود للعيب، وهذا
ما وعدنا به آنفا من ذكر ثمانية من أفراد الخيار المذكورة في كلام اكثر الاصحاب،
وزاد شيخنا في اللمعة ستة على هذه الثمانية بحيث يبلغ المجموع أربعة عشر، وانما
اعرضنا عن ذكرها لعدم وجود النصوص على كثير من أحكامها وسيأتي - انشاء الله -
التعرض لذكرها كل في مقامه، وبيان ما يتعلق بنقضه وابطاله.

— على الارشاد الا اننا لم نفد عليه الا بعد تجاوز هذا المقام فاستثناه بعد
ذلك فيما يأتي في مسألة الرد من احداث السنة في فصل العيوب فليتراجع
منه قدس سره.

المقام الثاني في أحكام الخيار

وقد تقدم ذكر كثير منها في المباحث المتقدمة في المقام الاول، وبقي الكلام

هنا في مسائل:

الاولى: قد صرح جمع من الاصحاب - رضى الله عنهم - بأن خيار الشرط يثبت

في كل نوع من أنواع العقود، سوى النكاح والوقف والبراء والطلاق والعق.

أما جواز الشرط في العقود، فلعوم الاخبار المتقدمة في خيار الشرط الدالة على

جواز الاشتراط اذا كان الشرط سائغا لا يخالف الكتاب والسنة، وقد استثنى من البيع

ما يتعقبه العتق، كشراء القريب الذي ينعتق عليه، فانه لا يثبت فيه خيار الشرط، ولا

المجلس، وكذا شراء العبد نفسه اذا جوزه، فانه مناف لمقتضاه، وسياتي تحقيق المسألة

- انشاء الله تعالى - في محلها .

واما استثناء ما ذكر، فعلى بان النكاح لا يقصد فيه المعاوضة، والوقف ازالة

ملك على وجه القرية، ومثله العتق، وقريب منه البراء

وادعى في المسالك الاجماع على استثناء هذه المذكورات أولا، والظاهر أنه

هو العمدة عندهم، والافهذه التعليقات لا تمنع تطرق المناقشة، فانه لا تصلح لتخصيص

عموم تلك النصوص.

قال في التذكرة: والاقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة،

خلافاً للجمهور، وهو مؤذن بعدم الخلاف عند الاصحاب، وقد الحق بالطلاق الخلع

والمبارات، وبالعق التدبير والمكاتبة المطلقة، وقد عرفت ما في المحلق به.

والحق ان المسألة لا يخلو عن شوب الاشكال بالنظر الى اطلاق النصوص، وعدم

وجود مخصص يصلح الاعتماد عليه، وان كان الاحوط الوقوف على ما ذكره (رضى الله

عنهم) .

الثانية: لاختلاف بين الأصحاب في أن الضابط في صحة الشرط هو أن لا يكون مؤدياً إلى الجهالة في المبيع أو الثمن، ولا مخالفاً للكتاب والسنة، فلو كان مؤدياً إلى الجهالة في أحدهما بطل، كاشتراط تأخير المبيع في يد البائع أو الثمن في يد المشتري ما شاء كل واحد منهما، فإنه يلزم منه الجهالة، فإن للاجل قسطاً من الثمن، وإذا كان مجهولاً يجهل الثمن، وكذا القول في جانب المبيع.

ومنى كان مخالفاً للكتاب والسنة، فإنه يبطل أيضاً كاشتراط عدم وطىء الأمة، أو شرط وطىء البائع إياها بعد العقد مرة أو يزيد، واشتراط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو لا يهب.

قال في المسالك - بعد هذه الافراد -: وضابط ما ينافي مقتضى العقد، بأن يقتضى عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو يقتضيه، وترتبه عليه، كذا حقه جماعة انتهى.

ثم استشكل اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً، واشتراط سقوط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه.

اقول: ويمكن دفع الاشكال بالنسبة الى الاول بالوقوف على مقتضى الضابطة المذكورة، والقول بطلان هذا الشرط حيث لا دليل عليه، وعن الثاني بجميع أفرادها بأن ذلك ليس من مقتضى العقد، فإن مقتضاه اللزوم كما تقدم، وإنما جاز الفسخ في هذه المواضع بدليل خارج أوجب الخروج عن مقتضى العقد.

وأما ما ذكره هنا هو غيره من اشتراط أن لا يبيع ولا يهب فجيد، بناء على الضابطة المذكورة، لأنه قد ورد في جملة من الاخبار ما يؤذن بصحة هذا الشرط مثل مرسلته (١) جميل عن بعض اصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام) في الرجل اشترى جارية وشرط لاهله أن لا يبيع ولا يهب قال: يفي بذلك إذا شرط لهم.

ومرسلته الثانية (١) عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام) «في الرجل يشتري الجارية ويشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث؟ قال: يفي بذلك اذا شرط لهم الا الميراث» ونحوهما في ذلك صحيحة الحلبي (٢) وقد تقدمت في القسم الثالث في خيار الشرط وتقدم نبذة من الكلام فيما يتعلق بهذا المقام .

وكذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه، كاشتراط حمل الدابة في مابعد ، أو ان الزرع يبلغ السنبل ، سواء شرط عليه ان يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالى ، لا اشتراكهما في عدم المقدورية .

ولو شرط تبقيّة الزرع في الارض الى أوان السنبل لذا وقع البيع على أحدهما دون الآخر جاز ، لان ذلك مقدور له ، ولا يعتبر تعيين مدة البقاء بل يحمل على ما هو المتعارف عن البلوغ لانه منضبط .

وفي كل موضع يبطل الشرط فهل يختص بطلان به - لانه الممتنع شراً - دون البيع ولتعلق التراضي بكل منهما ، أو يبطل العقد من أصله ؟ لانه غير مقصود بانفراده وما هو مقصود لم يسلم ، ولان للشرط قسطاً من الثمن ، فاذا بطل يجهل الثمن - قولان : وما تقدم من قوله تعلق التراضي بهما يضعف بعدم تعلق التراضي وقصده منفرداً وهو شرط الصحة .

اقول وما ذكره في هذه المسألة في هذا الموضع وغيره من بطلان العقد باشماله على الشرط الباطل ، - وعملوه من أن القصد انما تعلق بالجميع - والعقود تابع بالقصود ، فما تعلق به القصد غير حاصل ، وما حصل غير مقصود - جيد ، الا ان جملة من الاخبار قد دلت على بطلان الشرط في مواضع مع صحة العقد ، وبعض الاخبار يدل على ما ذكره .

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب بيع الحيوان في ذيل حديث الثاني .

فهذه القاعدة غير مطردة بالنسبة الى ما دلت عليه الاخبار في الباب كما حققنا ذلك في المقدمة الحادية عشر من مقدمات الكتاب (١).

ولو شرط عتق المملوك جازلانه شرط سائغ بل راجح ، لكن ان شرط عتقه عن المشتري أو أطلق فلا خلاف في الصحة ، و ان شرط عتقه عن البايع ، فقولان : أصحهما عدم ، لقوله - عليه السلام - « لا عتق الا في ملك » (٢) والبايع ليس مالكا و عن التذكرة المحكم بالجواز.

و لو مات العبد قبل العتق كان للبايع الخيار أيضا ، فان اختار الفسخ رجع بجميع القيمة .

و في تعيين وقتها أقوال تقدم نقلها في الموضع الثالث من المسألة السابعة من المقام الثالث في العوضين (٣) - و رد ما قبضه من الثمن لبطلان البيع بالفسخ ، وانما يرجع بالقيمة ، لانه مضمون على المشتري بعد القبض .

أما لو اختار الامضاء فهل يرجع على المشتري بما يقتضيه شرط العتق من القيمة ، فانه يقتضى نقصانا من الثمن أم يلزم مع اجازة ما عين من الثمن خاصة قولان : (٤)

(١) ج ١ ص ١٣٣ (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٧ (٣) ج ١٨ ص ٤٦٨

(٤) احدهما ما ذهب اليه العلامة و جماعة ، و هو الاول .

و ثانيهما ما يظهر من الدروس محتجا عليه بان الشروط لا يوزع عليه الثمن ورد بان الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلا له ، وانما الشرط محسوب مع الثمن ، وقد حصل باعتباره نقصان في القيمة ، وطريق تداركه ما ذكر و طريق معرفة ما يقتضيه الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط ، ويقوم معه ، و ينظر التفاوت بين القيمتين ، و ينسب الى القيمة التي هي مع شرط العتق ، و يؤخذ من المشتري مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن .

فلسو كانت قيمته بدون الشرط مائة و معه ثمانين فالتفاوت بعشرين ونسبتها الى الثمانين الربع فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا اليه و ذلك هو الذي سامح به البايع في مقابلة شرط العتق منه - قدس سره .

ولو شرط أن لا خسارة على المشتري لو باع المبيع بل على البائع فمخسر، فإن هذا الشرط باطل، لمناقضته لمقتضى البيع .

ويدل عليه رواية عبد الملك بن عتبة (١) «قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضیعة هل يستقيم هذا وكيف يستقيم وحد ذلك؟ قال: لا ينبغي» ولفظ لا ينبغي وإن كان في العرف الآن بمعنى الكراهة، إلا أن وروده بمعنى التحريم في الأخبار أكثر كثير، والمراد منه هنا ذلك.

ولو شرط في البيع أن يضمن إنسان كل الثمن أو بعضه جاز، كما صرح به جملة من الأصحاب،

وكل شرط لم يسلم لمشرطه بأن امتنع المشروط عليه من الوفاء به، فهل الواجب جبره على الوفاء به؟- لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (٢) الدال على الوجوب، وقولهم (عليهم السلام) «المؤمنون عند شروطهم» (٣) الدال على وجوب الوفاء بالشرط، فعلى هذا لو امتنع من الوفاء بالشرط أثم وعوقب بتركه ووجب إجباره على ذلك، ولو لم يمكن إجباره رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي ليجبره عليه، إن كان مذهبه ذلك وإن تعذر فسخ انشاء .

أو أنه لا يجب على المشروط عليه، لأن الأصل عدم الوجوب، وللمشروط له وسيلة إلى التخلص بالفسخ، فغاية الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط، ولزومه عند الاتيان به، قولان: أظهرهما الأول لما عرفت من حجج القولين. ويؤكداه أيضا أنه في مثل شرط العتق فيه حق لله سبحانه وللعبد، فكيف إبطاله.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ الرقم ٦٢.

(٢) سورة المائدة الآية ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

وعن الشهيد في بعض تحقیقاته تفصیل فی هذا المقام، وهو ان الشرط السواقع فی العقد اللازم ان كان العقد كافياً فی تحققه، ولا یحتاج بعده الی صیغة فهو لازم لا یجوز الاخلال به كشرط الوکالة فی العقد، وان احتاج بعده الی أمر آخر وراء ذكره فی العقد كشرط العتق فلیس بلازم، بل یقلب العقد اللازم جائزاً، وجعل السر فیہ ان اشتراطه للعقد كاف فی تحققه كجزء من الایجاب والقبول فهو تابع لهما فی اللزوم والجواز، واشترط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد، وقد علق علیه العقد والمعلق علی الممكن ممکن، وهو معنی قلب اللازم جائزاً.

واستحسن هذا التفصیل فی المسالك، لكنه اختار القول الاول وهو الاظهر كما عرفت، وهذا التفصیل من حیث الاعتبار بالتقريب الذی ذكره لا یخلو من وجه، لكن قد عرفت فی غیر موضع ما تقدم ان بنى الاحکام الشرعية علی هذه الاعتبارات العقلية مشکل، والقول الاول مطابق لمقتضى النصوص كما عرفت والله العالم.

الثالثة: قد صرح الاصحاب - رضی الله عنهم - بانه اذامات من له الخيار انتقل الی وارثه، من أى أنواع الخيار كان، والوجه فیہ انه حق مالی قابل للانتقال فیدخل تحت عموم الاخبار الدالة علی ارث مثل ذلك، وحینئذ فلو كان الخيار خيار شرطت للوارث فی بقية المدة المضروبة، ولو كان غائباً أو حاضراً ولم یبلغه الخبر حتی انقضت مدة الخيار سقط خياره بانقضاء المدة كالمورث.

وان كان خيار غیب اعتبر فیہ الفورية حین یلوجه الخبر وعلمه بالفورية علی القول بها وان طالت المدة.

وان كان خيار مجلس و كان الوارث حاضراً فی مجلس البيع قام مقامه فی الخيار وفيه تأمل، لدلالة ظاهر الاخبار علی تعلق ذلك بالبیعين الذین أوقعا العقد، وعلی تقدير قیامه مقامه، فهل یقوم مقامه فی اعتبار التصرف، أو یبقى الحكم معلقاً علی المفارقة من المیت أو الوارث وجهان.

رجح ثانيهما في المسالك قال : عملا بظاهر النص فان ضمير يتفرقا عائد الى المتبايعين، والتفرق هنا يصدق بانتقال الحي ، وينقل الميت مع عدم المصاحبة، ومعها يبقى الى ان يتفرقا.

واما احتمال سقوط الخيار بالموت لان مفارقة الدنيا أبعد من مفارقة المجلس فقد تقدم ما فيه في قسم خيار المجلس .

هذا كله مع اتحاد الوارث، فلو تعدد في كل من هذه الاقسام فان اتفقوا فلا اشكال وان فسخ بعضهم، وأجاز الآخر، قدم الفاسخ عند الاصحاب وفي انقضاء الجميع أوفى حصته خاصة، ثم يتخير الآخر لتبعض الصفقة وجهان:

وفي خيار المجلس مع عدم حضورهم جميعا للمجلس اشكال.

وبالجملة فان اكثر هذه الفروع لا يخلو عن الاشكال والله العالم.

الرابعة: المشهور بين الاصحاب - رضى الله عنهم - ان المبيع يملك بالعقد ملكا متزلزلا قابلا للفسخ مدة الخيار. ونقل عن الشيخ أنه انما يملك بانقضاء الخيار اذا كان الخيار للبايع أو لهما، أما لو كان للمشتري فإنه يملك من حين العقد.

وعن ابن الجنييد أنه انما يملك بانقضاء الخيار مطلقا ، وربما نقل الاطلاق عن الشيخ أيضا، الا ان عبارته في الخلاف دالة على التفصيل المتقدم، لكن ظاهرها انما هو زوال ملك البايع عن المبيع بنفس العقد، متى كان الخيار للمشتري، وأنه لا ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار، فاذا انقضى ملكه بالعقد الاول ، وهذا خلاف ما نقلوه عنه، من أنه متى كان الخيار للمشتري فإنه يملك من حين العقد.

ومقتضى ما نقلناه عنه في الخلاف ان الفرق بين الامرين انما هو باعتبار زوال ملك البايع، وانه لا يزول في صورة مالو كان الخيار له او لهما ، ويزول فيما كان الخيار للمشتري، وأما المشتري فإنه لا يملكه ولا ينتقل اليه الا بانقضاء الخيار مطلقا .

وهذه صورة عبارته في الكتاب ننقلها ليزول بذلك عما ذكرناه شبهة الشك

والارتباب.

قال - رحمه الله: العقد يثبت بنفس الإيجاب. والقبول فان كان مطلقاً فانه يلزم بالافتراق بالابدان، وان كان مشروطاً فانه يلزم بانقضاء الشرط، فان كان الشرط لهما أول للبايع، فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن الملك بنفس العقد، لكنه لا ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول - انتهى.

ومقتضاه انه في صورة ما اذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن المبيع بنفس العقد، ويبقى المبيع مدة الخيار بلامالك لزوال ملك البايع بنفس العقد، وعدم دخوله في ملك المشتري حتى ينقضى الخيار، ولم اقف على من تنبه لذلك من عبارته مع انها ظاهرة فيما قلناه (١).

(١) نعم قد وقفت في كلام شيخنا الشهيد في كتاب غاية المراد في شرح نكت الارشاد ما يؤيد على ما قلناه حيث قال: بعد ذكر آخر عبارة الشيخ المتقدمة وهذا الكلام يشتم منه التناقض، لكون الملك لا يخلو عن مالك، ولا مالك غيرهما قطعاً، وقد زال ملك البايع مع الحكم بعدم انتقاله الى المشتري مع أنه اذا لم ينتقل اليه كان ملكاً للبايع، فيكون ملك البايع زايلًا غير زايل وملك المشتري ثابتًا غير ثابت، وانه تناقض.

ثم أجاب عن ذلك فقال قد يجاب بأن الموقوف هو الملك المستقر، وعلى هذا يرتفع الخلاف انتهى، وهو جيد.

وبالجملة فالامرداث بين العمل بكلام الشيخ بناء على ظاهره الذي نقله الاصحاب عنه، واللازم منه ما عرفت من الاشكال في الموردين المذكورين وبين تأويل كلامه بما ذكر من الملك المستقر وبه يرجع الى كلام الاصحاب. ويزول الخلاف من البين بمعنى ان العقد سبب تام في الملك غاية ما في الباب انه منزّل في موضع الخيار حتى يسقط فرفع الخيار موجب للقرار لاجزاء علة نقله للملك (منه قدس سره)

وفيه أيضا ان مقتضى ما ذكره في صورة ما لو كان الخيار مشتركا او للبائع خاصة من جعل ملك المشتري معلقا على انقضاء الخيار، وانه ينبغي أيضا ان يكون ملك البائع الثمن أيضا معلقا على ذلك، ومتوقفا عليه، وهذا اشكال آخر في العبارة المذكورة. ثم انه على تقدير هذا القول مطلقا أو مقيدا كما ذكره، فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشتري من حين العقد أم نافلا؟ كل محتمل ولكن ظاهر عبارة الشيخ المذكورة الاولى.

ويظهر فائدة الخلاف في مواضع:

منها النماء المنفصل كاللبن والحمل والثمرة المتجددة زمن الخيار، فانه على القول المشهور وكذا على القول بالكشف اذا لم يفسخ يكون للمشتري وعلى القول بالنقل يكون للبائع.

ومنها - الاخذ بالشفعة زمن الخيار، فعلى تقدير عدم الانتقال لا يأخذ بها الا بعد الخيار، وعلى تقدير الانتقال يأخذ بهما بعد العقد.

ومنها - جريانه في حول الزكاة لو كان زكويًا، فانه بعد العقد على تقدير الانتقال به، وبعد الخيار على تقدير القول الآخر.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان ما ذكره من الحكم المذكور غير مطرد بالنظر الى الاخبار، فانها مختلفة في ذلك بالنسبة الى اختلاف الخيارات، ففي بعضها ما يوافق المشهور وفي بعض آخر ما يوافق القول الآخر.

فمن الاخبار الدالة على الاول الاخبار الواردة في خيار الشرط، وقد تقدمت في الموضع المذكور كموثقة اسحاق بن عمار، (١) ورواية معاوية بن ميسرة، (٢) فانهما صريحتان في كونه زمن الخيار ملكا للمشتري، وانه لو تلف في تلك المدة كان

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧١.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب الخيار الرقم - ٣.

من ماله، ويحمل عليهما ما اطلق من اخبار المسألة.

ويؤيده أيضا ان المتبا يعين اقدا على ان يكون المبيع للمشتري، وانما شرطاً خياراً في مدة معينة، فالبيع على اللزوم كما هو مقتضاه، وليس للبايع الامجد الخيار. ومن الاخبار الدالة على القول الآخر صحيحة ابن سنان - (١) المتقدمة في القسم الثاني في خيار الحيوان الدالة على أنه «إذا اشترى الدابة أو العبد واشترط الى يوم أو يومين، فموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، فضمن ذلك على البايح حتى ينقضي الشرط، ويصير المبيع للمشتري» فانها ظاهرة في عدم الملك للمشتري، وان كان الاصحاب حملوها على استقرار الملك.

وموثقه عبدالرحمان بن أبي عبدالله (٢) 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 بشرطه». والجواب عنه بعدم علمه بخيار الحيوان أو التأكيد أو بعد الثلاثة تكلف بعيد عن سياق الخبر.

ومرسلة ابن رباط (٣) عن رواه عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: ان حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البايح.

ورواية عبدالله بن الحسن (٤) بن زيد بن علي بن الحسين (عليه السلام) عن أبيه عن جعفر بن محمد (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضى به وهو برىء من الضمان.

(١) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ الوسائل الباب ٥ - من أبواب الخيار.

(٢) الكافي في ج ٥ ص ١٢١.

(٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب الخيار الرقم ٤٥٥.

وهى ظاهرة كما ترى فى أن موت الحيوان فى الشرط من البايع، الا أن يلتزم المشتري بالبيع المسقط للخيار.

وبالجملة فروايات خيار الحيوان كما ترى مشتركة فى ان تلفه مدة الخيار من مال البايع.

وهو خلاف ما عليه القول المشهور، من ان المبيع ملك المشتري الموجب لكون التلف من ماله. وخلاف ما نقلوه عن الشيخ من أنه متى كان الخيار للمشتري، فإنه يوافق القول المشهور فى هذه الصورة، مع ان الخيار هنا للمشتري كما هو الاظهر. وهذه الاخبار انما نصت على قول ابن الجنييد، وأن مضي مدة الخيار ناقل لا كاشف، مع أنه قول مرغوب عنه فى كلامهم.

وقد تقدم فى قسم خيار التأخير ذكر رواية عقبة ابن خالد (١) الدالة على تلف المتاع عند البايع، وانه مضمون على البايع حتى يقبضه المشتري، مع أن مقتضى قاعدتهم وقولهم أن المبيع يملك بالعقد هو كونه من ملك المشتري، لخروجه بالعقد عن ملك البايع، وكونه ملكا للمشتري، وأما البناء ثمة على ما ذكره من قاعدة التلف قبل القبض موجب للضمان على البايع.

ففيه انه لا مستند شرعيا لهذه القاعدة، ولعل قول الشيخ المفيد والمرتضى ومن تبعهما ثمة بكونه من مال المشتري، التفاتا الى هذه القاعدة المذكورة هنا من حصول الملك بالعقد، فانه موجب لذلك الآن الرواية كما ترى بخلاف ذلك.

ومن ذلك يظهر ان الاولى والابق هو الوقوف فى كل حكم على ما يقتضيه النصوص المتعلقة بذلك الحكم، وعدم الوثوق بهذه القواعد التى يؤسسوها. والله العالم.

الخامسة- قالوا اذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال بايعه، والمراد انه يفسخ

العقد بتلفه من حينه، ويرجع الثمن الى ملك المشتري، ولو كان قد تجدد له نماء بعد العقد وقبل التلف فهو للمشتري، وليس للمشتري مطالبة البايع بالمثل أو القيمة، وان كان المحكم بكونه من البايع يوم ذلك.

وانما عبروا بذلك تبعاً للنص (١) والمراد منه ما ذكر، وحينئذ فيقدر دخوله في ملك البايع قبل التلف آنأما ويكون التلف كاشفاً عنه، ومثله دخول الدية في ملك الميت، والعبد المأمور بعقده في ملك المعتق عنه.

وحكى في التذكرة وجهها بان الفسخ هنا يكون من اصله، وعليه فلا يحتاج الى التقدير.

هذا كله اذا كان تلفه من الله سبحانه، أما لو كان من اجنبي أو من البايع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة، ولو كان التلف من المشتري ولو بتفريطه فهو بمنزلة القبض، فيكون التلف منه ولو كان التلف في زمن الخيار.

فانه قد قرر له في المسائل السابقة، وحتى ان المتلف ان كان هو المشتري فلا ضمان على البايع مطلقاً، لكن ان كان له خيار أو لاجنبي فاختار الفسخ يرجع الى المشتري بالمثل أو القيمة.

وان كان التلف من البايع أو من اجنبي تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة ان كان له خيار، وان كان الخيار للبايع

(١) وهو ما نقله في التذكرة من قوله (صلى الله عليه وآله) «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» وهذا الخبر لم نقف عليه فيما وصل اليان من كتب الاخبار ووجه الايهام فيه قوله «من مال بايعه» فانه دال على خروج ذلك عن ملكه بالبيع فليس معناه قوله من ماله الا باعتبار ضمانه مثله أو قيمته، منه رحمه الله. واخرج هذا الحديث في المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣ عن عوالي اللثالي.

والتلف اجنبى، تخير كمار ورجع على المشتري أو الاجنبى .

وان كانت التلف بآفة من الله تعالى سبحانه ، فان كان الخيار للمشتري أوله أو لاجنبى ، فالتلف من البايع ، والا فمن المشتري ، هذا خلاصة كلامهم فى هذا المقام .

وانت خبير بان ما ذكر من الكلام فى هذا المقام مبنى على ثبوت القاعدة القائلة « بأن التلف قبل القبض مضمون على البايع » مع انها معارضة بالقاعدة الاخرى المتقدمة القائلة « بأن المبيع يملك بالعقد » .

والنفصى عن المعارضة بما ذكرهنا من ان المراد بكونه من مال البايع انه يفسخ العقد بتلف المبيع من حينه ، بمعنى انه يقدر دخوله فى مال البايع آنأ ما قبل التلف ويكون التلف كاشفاً عنه - لا يظهر له وجه من النص الوارد فى هذه المسألة ، وهو خبر عقبة بن خالد المتقدم ، بل ظاهرة انها هو ما نقل عن العلامة من الوجه المتقدم ، وهو ان الفسخ يكون من أصله وبه يحصل الاشكال لتصادم القاعدتين فى المقام .

والى ما ذكرنا هنا يشير كلام المحقق الاردبيلي - رضوان الله عليه - فى شرح الارشاد - حيث قال : بعد كلام فى المسألة مما شاة للجماعة - ما لفظه « فتأمل فان الامر مشكل لكون الملك للمشتري مثلاً قبل القبض فى زمن الخيار على ما مرو بعده ، والبايع غير مقصر ، والقاعدة تقتضى كونه من ماله وايضاً قالوا ان المراد بكونه من مال البايع فسخ العقد ، فيكون التالف من مال البايع مثلاً وفى ملكه ، وليس للمشتري الا الثمن أو مثله لو أعطاه ، وليس له طلب مثل المبيع وقيمه ، والنماء الحاصل الى حين التلف أيضاً مثل الولد والكنز الذى وجده المملوك والمال الذى وهب له وقبل وقبض ، وقال : وهو مشكل أيضاً اذا كان ملكاً للمشتري وتلف كيف يصير التلف فى ملكه . فقيل بتجدد الملك للبايع قبل الهلاك بجزء لا يتجزى من الزمان ، مثل دخول العبد المأمور بعتقه فى ملك المعتق عنه ، ودخول

الدية فى ملك الميت ، فتأمل فيه » انتهى كلامه (١) و هو جيد وان كانت عباراته لاتخلو من تعقيد من حيث غلبة الاعجمية عليه .

وبالجملة فالواجب هو الوقوف على الروايات فى كل حكم حكم كما قدمنا ذكره ، والروايات المتعلقة بهذه المسألة هى ما قدمنا ذكر بعضها فى المسألة المتقدمة ، و اشرنا الى البعض الآخر فيما تقدم ، وهى اخبار خيار الخيار الشرط الدالة على كون المبيع ملكا للمشتري ، وأن تلفه منه ، و اخبار خيار العيوب المتقدمة على ان تلفه فى زمن الخيار من ملك البايع ، و خبر عتبة بن خالد (٢) الدال على كون التلف من ملك البايع ، وعدم البناء وعلى هذه القاعدة التى لامستندة لها من النصوص وكل ما يتفرع عليها من الفروع الا ما اقتضته قواعد آخر من الاخبار ، والله العالم .



(١) اقول : وحاصل هذا الكلام يرجع الى ملاحظة القاعدة الدالة على أنه بالعقد يدخل المبيع فى ملك المشتري ، والجمع بينها وبين القاعدة المذكورة هنا ، وهى « ان تلف المبيع قبل القبض من مال البايع » بأن يقال : انه بالتلف يفسخ البيع من حيثه ، ويرجع المبيع الى ملك البايع ، والتمن الى ملك المشتري ، فيقدر دخوله فى ملك البايع آنأما قبل التلف ويكون التلف كاشفا عنه ، ولا ينافى ذلك كونه قبل ذلك ملكا للمشتري ، وان له نماؤه .

ومن أجل ذلك انه لا يرجع المشتري بالمثل أو القيمة لخروجه عن ملكه قبل التلف ، وصيرورته للبائع فى ذلك الآن المقدر ، وانما يرجع بالتمن لبطلان البيع . منه رحمه الله .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٧١ .

الفصل الثالث فى احكام العيوب

وفيه مسائل

الاولى - قد صرح غير واحد منهم (رضى الله عنهم) بان مقتضى العقد السلامة، والمراد من ذلك هو اللزوم معها، والخيار مع عدمها، الامر بما يتسارع الى الذهن من وقوع العقد على السالم دون المعيب، والالزم البطلان لو ظهر معيبا مع وقوع البيع على معين، ومع الاطلاق يجب طلب السالم ان وجد، والابطال العقد ان حصل اليأس منه، ولا يكون المعيب داخلا تحت العقد ولا موردا له . وهو خلاف ما عليه الاتفاق نصاً وفتوى .

ولو شرطاً الصحة فهو لا يزيد على مقتضى العقد، فان فائدته التأكيد، لانك قد عرفت ان الاطلاق يقتضى سلامته لانها الاصل فى الاعيان .

وربما قيل : ان فائدته جواز الفسخ وان تصرف لو ظهر عيب، فيفيد فائدة زائدة على الاطلاق، كاشتراط الحلول .

وكيف كان فان ظهر فى المبيع عيب سابق على العقد، تخبر المشتري بين الرد والاخذ بالارش، وقد تقدمت الاخبار الواردة فى ذلك، الا أنها كما اشرنا اليه آتفا قاصرة عن ذلك، وانما تدل على الرد مع ظهور العيب قبل التصرف، والارش

بعد التصرف - الأبا عرفت من عبارة الفقه الرضوي وقد تقدمت أيضاً مسقطات هذا الخيار ، والأخبار الدالة عليه .

ومنها التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده ، فانه يسقط به الخيار الا في موضعين قد صرحوا باستثنائهما .

أحدهما : اذا اشترى أمة ووطأها ثم ظهر انها كانت حاملاً فان له الرد ، ومن المعلوم ان الحمل عيب ، لانه زيادة معرضة للتلف وممانعة من بعض الانتفاعات في الجملة .

ولاشك أيضاً أن الوطء تصرف ، فمقتضى القاعدة عدم جواز الرد حينئذ ، بل الاقتصار على الارش كما في غير هذا الموضع من التصرفات مع ظهور العيب ، لكن قد ورد استثناء هذا الموضع من القاعدة ، وظاهر الاصحاح الاتفاق على ذلك أيضاً . ومن الاخبار الدالة على أن حكم الجارية اذا ظهر بها عيب غير الحمل حكم غيرها . من أفراد تلك القاعدة المشار اليها مارواه في الكافي و التهذيب عن طلحة ابن زيد (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً ، قال : تقوم وهي صحيحة ، وتقوم وبها الداء ، ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء » .

ومارواه فيهما أيضاً في الصحيح عن منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله (ع) « في رجل اشترى جارية فوقع عليها وقال : ان وجد فيها عيباً فليس له أن يردها ، ولكن يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب » قال : قلت : هذا قول علي السلام ؟ قال : نعم . ومارواه في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) « قال : سمعت أبا عبد الله

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٤ التهذيب ج ٧ ص ١٦ وفي التهذيب (وفيها) .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٠ الوسائل الباب ٤٠ من ابواب احكام العيوب

(عليه السلام) يقول : أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيبا لم يردّها ورد البائع عليه قيمة العيب.

ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) عن أحدهما (عليهما السلام) «أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ، ثم يجد بها عيبا بعد ذلك قال: لا يردّها على صاحبها، ولكن يقوم ما بين العيب والصحة فيرد على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجرا» .

ومارواه في الفقيه عن ميسرة، (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: كان علي (عليه السلام) لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان علي (عليه السلام) يقول: معاذ الله أن اجعل لها أجرا» .

ومارواه في التهذيب عن حماد بن عيسى في الصحيح (٣) « قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: قال علي بن الحسين: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم وله أرش العيب» .
وهذه الاخبار كما ترى جارية على مقتضى القاعدة المذكورة، وإطلاقها شامل لما إذا كان العيب حملا أو غيره، إلا أنه قد وردت الاخبار باستثناء الحمل من حكم العيب المذكور هنا مع الإجماع عليه.

ومن الاخبار الدالة عليه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن ابن سنان (٤) «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحملها فوطأها، قال: يردّها على الذي ابتاعها منه، ويرد عليه نصف عشرين قيمتها لنكاحه إياها،

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ التهذيب ج ٧ ص ٦١ الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ وفيه عن محمد بن ميسر الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٦١ الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢١٤ التهذيب ج ٧ ص ٦١ .

وقد قال علي (عليه السلام) لا ترد التي ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها».

ومارواه فيهما أيضا عن عبد الملك بن عمرو (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: لا ترد التي ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها وله ارش العيب، وترد الحبلى ويرد معها نصف عشر قيمتها».

وزاد في الكافي قال: وفي رواية اخرى «ان كانت بكرًا فعشر ثمنها، وان لم تكن بكرًا فنصف عشر ثمنها».

ومارواه في التهذيب عن فضيل مولى محمد بن راشد (٢) «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم، فنكحها الذي اشترى، قال: يردّها ويرد نصف عشر قيمتها».

ورواه بسند آخر صحيح (٣) مشتمل على ارسال ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله.

وبازاء هذه الاخبار ما يدل على معارضتها فيما دلت عليه من وجوب رد نصف العشر. ومنها مارواه في الفقيه والشيخ في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال: يردّها ويرد معها شيئاً».

ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر (عليه السلام) في الرجل يشتري الجارية الحبلى فينكحها وهو لا يعلم؟ قال: يردّها ويكسوها».

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٤ وفيه (بن عمير) التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ التهذيب ج ٧ ص ٦٢.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ التهذيب ج ٧ ص ٦٢ الفقيه ج ٣ ص ١٣٩.

ومارواه فى التهذيب (١) عن عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يشتري الجارية وهى حبلى فيطأها قال: يردّها، ويرد عشر ثمنها».

والشيخ (رحمه الله) حمل الشئ فى الحديث الاول على نصف العشر، وكذا الكسوة فى الحديث الثانى على ما يكون قيمتها ذلك.

واحتمل بعض مشايخنا حملها على ما اذا رضى البائع بهما.

واما الحديث الثالث فحملة فى التهذيب على غلط الراوى والناسخ، باسقاط لفظ «نصف» ليطابق مارواه هذا الراوى بعينه وغيره، ثم قال: ولو كانت الرواية مضبوطة لجاز ان تجمل على من وطأ الجارية مع العلم بأنها حبلى، فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبة، وانما يلزمه نصف العشر اذا لم يعلم بحبلها ووطأها ثم علم بالحبل، انتهى.

وكتب عليه بعض مشايخنا (٢) فى الحاشية ما صورته: انت خير بأن هذا

ليس يبعد من جهة اللفظ، لكن الحكم بالرد والحال هذه مشكل. انتهى (٣)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٢ الكافي ج ٥ ص ٢١٥ وفى بعض النسخ ابن عمير

(٢) هو الشيخ على بن سليمان البهرانى (قدس سره) فى حواشيه على الكتاب.

منه رحمه الله.

(٣) قال المحقق الاردبيلى (قدس سره) فى شرح الارشاد: ولو لا

الاجماع لامكن الجمع بينهما بحمل ما فيه العشر ونصف العشر على

الاستحباب، والباقية على كفاية ما يصدق عليه الشئ والكسوة، وفيه من

البعد ما لا يخفى، ولو تم هذا لامكن أيضا القول بحمل الرد فى هذه

الاخبار على الاستحباب لولا الاجماع، لمعارضتها بما ذكرناه من الاخبار

الواردة على أن وطء الامة ثم ظهور العيب فيها انما يوجب الارش خاصة،

كما هو مقتضى القاعدة المعتمدة بالاتفاق والنصوص، مع انه لا يقول به،

منه رحمه الله.

أقول : نقل في الدروس (١) عن الحلبي و جوب رد العشر في الصورة المذكورة ، وحينئذ فتصلح هذه الرواية دليلاً .

وعن ابن ادريس التفصيل بالبكارة والثبوت ، و يمكن حمل هذه الرواية أيضاً على ذلك ، وان ندر الفرض .

قال بعض اصحابنا : ولا استبعاد في اجتماع البكارة مع الحمل ، فانه ممكن وان كان نادراً . انتهى . وحينئذ فلا يبعد حمل الرواية على أنها كانت بكراً وان ندر الفرض ، لجواز حصول الحمل بالمساحقة والجماع في الدبر كما صرحوا به ، ويؤيده رسالة الكافي المتقدمة .

قال بعض محقق متأخر المتأخرين : ولزوم نصف العشر في أكثر الاخبار مبني على ما هو الغالب من ثبوت الحلبي ، فان كانت بالفرض النادر بكراً فعليه أن يرد معها عشر قيمتها لما رفي النكاح من أن قيمة بضع الأمة الباكرة انما هو العشر . انتهى .

وقى الدروس عن ابن الجنيّد التقييد بكون الحمل من المولى ، قال : ويلوح من النهاية .

مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی

(١) قال في الدروس : ولو وطئ مسابعد العلم بالحمل فعليه الارش ويظهر من التهذيب جواز الرد و يلزمه عشر قيمته عقوبة ، و جعله محتملاً للرواية ، وأكثر الاخبار مقيدة بعدم العلم . انتهى .

وهو ما اشار اليه شيخنا المذكور في الاصل من الاشكال ، و ظاهرهم رضوان الله عليهم أن التصرف بالوطئ بعد العلم بالحمل انما يوجب الارش خاصة دون الرد ، والرد و وجوب نصف العشر انما هو موضع الجهل .

والظاهر أن المستند فيه الوقوف على ظواهر نصوص المسألة من الجهل بالحمل ، لأنها على خلاف القاعدة المقررة المؤيدة بالاخبار و الاتفاق ، فيقتصر محل الخلاف على مورد النص - منه قدس سره .

أقول: وهو ظاهر اختيار العلامة فى المختلف، ويرد عليه أولاً أنه يدافع إطلاق النصوص المتقدمة، فإن ظاهرها وجوب الرد فى الصورة المذكورة، سواء كان الحمل من المولى أو من غيره.

وثانياً - أنه لا وجه للتقييد بالتصرف بالوطىء، بل اللازم هو الرد على كل حال، لبطلان البيع بظهور كونها أم ولد.

وكيف كان فالأظهر هو القول المشهور للاخبار المتقدمة، وارتكاب التأويل فيما عارضها بأحد الوجوه المذكورة.

ولشيخنا فى المسالك هنا كلام جيد فى المقام لأبأس بنقله، وإن طال به زمام الكلام لما فيه من الفوائد الجمّة الظاهرة لذوى الأفهام، قال رحمه الله بعد ذكر المصنف أصل المسألة، - ماصورته : تحرير هذه المسألة يتوقف على مقدمات :

الاولى - أن تصرف المشتري فى البيع المعيب يمنع من رده، وإن جازله أخذ الارش.

الثانية - أن الحمل فى الأمة عيب سواء شرط خلوها عن الحمل أم لا، ولأن ولادتها تشتمل على الخطر، وهو نقص محض إن قلنا أن الحمل لا يدخل فى بيع الأمة كما هو المشهور، والا كان نقصاً من وجه، وزيادة من وجه، وهو كاف فى ثبوت الخيار أيضاً.

الثالثة - أن الوطىء تصرف بل هو من أقوى أنواع التصرف والأصل فيه أن يكون مانعاً من الرد.

الرابعة - أن وطىء المالك خال الوطىء لا يستعقب عليه ضماناً للبضع، لأنه تصرف فى ماله وإن فسخ المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة له.

الخامسة - أن المولى لو وطأ أمته جازله ببيعها مع عدم ثبوت الحمل، ثم وإن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها أم ولد، وهذه المقدمات كلها اجماعية.

السادسة - أن وطأ أمة الغير جهلاً بتحريمه يوجب على الواطىء عشر قيمتها إن كانت بكرًا ونصف العشر، إن كانت ثيبًا، لدلالة النصوص على هذا التقدير.

السابعة - أن الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من أصله، لتحقق الملك بالعقد، وجواز الاستمرار عليه، فلامعنى لرفع ما قد ثبت. (١)

إذا تقرّر هذه المقدمات فنقول: إذا اشترى أمة وتصرف فيها ثم علم بعيب سابق لم يجز له ردها، بل يتعين الأرش، لكن وردت النصوص هنا باستثناء مسألة وهي ما لو كان العيب حبلاً، وكان التصرف بالوطء فانه حينئذ يردّها ويردّ معها نصف العشر لمكان الوطء.

وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفي وجوب شيء على المشتري مع أنه وطأ أمته، وفي إطلاق وجوب نصف العشر مع أن ذلك عقر الثيب، والمسألة مفروضة فيما هو أعم منها.

(١) أقول: هذا مبني على أن المبيع بالعقد ينتقل إلى المشتري، وأن الانتفاعات والنماء في مدة الخيار له وان رد المبيع بالعيب بعد ذلك، إلا أنك عرفت مما سبق أن النصوص مختلفة في ذلك، وأخبار خيار الحيوان متفقة على أن تلفه في زمن الخيار من مال البائع، وهو مؤذن بعدم الانتقال للمشتري، ولهذا نقل عن بعض الأصحاب أن المبيع زمن الخيار والنماء للبائع، وحينئذ فلا استبعاد هنا بأن الفسخ بالعيب يبطل العقد من أصله.

وبذلك يظهر أيضاً المناقشة فيما ذكره في المقدمة الرابعة من أن وطء المالك حال الوطء لا يستعقب عليه ضمان للبضع، فانه تصرف في ملكه، فانه بناء على ما قلنا ليس في ملكه، فالضمان حينئذ ثابت، وتخصيصه بنصف العشر على ما هو الأغلب الأكثر من ثبوتية الحامل، لما عرفت فيما تقدم في غير موضع من الكتاب من الإطلاق في الأحكام الشرعية إنما يحمل على الغالب الأكثر، دون الفروض النادرة.

وبالجملة فإن باب المناقشة فيما ذكره قدس سره، غير منسد، وبه يظهر صحة القول المشهور والله العالم، منه قدس سره.

ولاجل هذه المخالفات التجأ بعض الاصحاب (١) الى حملها على كون الحمل من المولى البايع، فانها تكون حينئذ أم ولد، ويكون البيع باطلا، والوطء فى ملك الغير جهلا، فيلزم فيه العقر، واطلاق نصف العشر مبنى على الاغلب من كون الحمل مستلزما للثيبوبة ولو فرض - على بعد - كونها حاملا بكر اكان اللازم العشر.

وفى هذا دفع لهذه الاشكالات، الا أنه مدافع لاطلاق النص بالحمل، ونصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى وكونها ثيبا.

وفيه أيضا أنه لا وجه لتقييد بكونه بالوطء بل اللازم حينئذ الرد على كل حال، لبطلان البيع، وليس تقييد الحمل المطلق فى النصوص الصحيحة وفتوى اكثر الاصحاب وكون المراد رد نصف العشر خاصة، أولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات.

وكون المنفعة مضمونة على المشتري اما بناء على أن الفسخ يبطل العقد من أصله، نظرا الى أن العيب يقتضى تزلزل العقد، فمع اختيار الرد ينكشف لنا عن عدم الملك، وأن العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب - أو أن ضمان المنفعة قد وجد فى المصراة على ما يأتى، وبكفى فى التخصيص بكون المردود نصف العشر، موافقة للغالب الاكثر من أن الحامل لانكون بكرأ.

وبالجملة فالعدول عن ظواهر هذه الاخبار والنصوص الكثيرة - مع قول أكثر الاصحاب بها المناسبة الاصول - غير واضح.

وعلى هذا: فيكون الرد على وجه الجواز لا للزوم ان لم يكن الحمل من المولى ويختص بالوطء انتهى.

أقول: والظاهر ما قدمنا لك ذكره فى غير مقام - من أن الاولى هو الدوران فى

(١) الظاهر انه ابن الجنيّد والشيخ فى النهاية والعلامة فى المختلف حيث انهم كما عرفت حملوا النصوص على ذلك، وقد عرفت ما فيه واليه اشار بقوله ههنا بقوله: الا انه مدافع لاطلاق النص الى آخره، منه قدس سره .

الاحكام مدار النصوص، ومادلت عليه بالعموم أو الخصوص، وافقت قواعدهم أم لم توافق، واليه يشير هنا قوله في اجمال البحث المتقدم بقوله: وبالجمله فالعدول عن ظواهر النصوص الى آخره.

الموضع الثانى حلب المصرة وسيجىء حكمه انشاء الله (تعالى).

الثانية - قد عرفت أنه متى كان العيب سابقا على العقد، فان للمشتري الخيار بعد ظهوره بين الرد، والاخذ بالارش.

وأما لو تجدد بعد العقد وقبل القبض، فانه لا خلاف في أن له الرد، وانما الخلاف في أنه مع أخذه والرضاه هل له الارش أم لا؟ قولان: كلاهما للشيخ.

قال في النهاية: من اشترى شيئا ولم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له رده، فان أراد أخذه وأخذ الارش كان له ذلك.

وقال في الخلاف: اذا حدث في المبيع عيب في يد البائع كان للمشتري الرد والامساك، وليس له اجازة البيع مع الارش، فلا يجبر البائع على بذل الارش بلا خلاف، فان تراضيا على الارش كان جائزا، وكذا قال في المبسوط، وتبعه ابن ادريس على ذلك. والى الاول ذهب العلامة في المختلف، ونقله عن ابن البراج وأبى الصلاح، واحتج في المختلف لما ذهب اليه، قال: لنا ان المبيع لو تلف لكان من ضمان البائع فكذا أبعاضه وصفاته، لان مقتضى ثبوت الضمان في الجميع وهو عدم القبض - موجود في الصفات، ثم نقل عن الشيخ أنه احتج بأن الاصل ثبوت البيع ولزومه، وعدم التسلط بالارش، وانما أو جبناله الخيار بين الرد والقبول، لدفع الضرر اللاحق بإيجاب القبول فيبقى الباقي على الاصل.

ثم أجاب عنه بأن التزامه بأحد هذين نوع ضرر، اذا الحاجة قد مست الى المعاوضة، والالم توجد، والتزامه جميع الثمن ضرر عظيم، لانه دفعه في مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن البعض. انتهى.

و ما ذكره رحمه الله فى تعليل ما اختاره ، و كذا فى الجواب عما نقله عن الشيخ و ان كان لا يخلو عن قوة ، الا أن المسألة لما كانت عارية عن النص - سيما مع ما عرفت من أنه لا وجود للارش الا فى صورة التصرف و أنه ليس له الرد ، وانما له الارش - أشكل الحكم بذلك .

و أما ما هو المشهور من أنه مع ظهور العيب مطلقا تقدم على العقد أو تأخر عنه فانه مخير بين الرد والارش ، فلم نقف له فى الاخبار على أثر ، وانما تضمنت الرد خاصة ، كما قدمنا ذكره فى خيار العيب .

وبالجملة فلتوقف فى الحكم المذكور مجال ، وربما حمل الاجماع الذى ادعاه فى الخلاف على عدم الارش على اجماع العامة / و فيه ما لا يخفى .

ولو قبض بعضه ثم حدث فى الباقي عند البائع حدث كان الحكم فى الباقي ما تقدم فى تجديد العيب بعد العقد ولو قبل القبض على أحد القولين ، نظراً الى أن سبب الرد هو العيب الحادث فى البعض ، وقد حدث حين كون ذلك البعض مضموناً وحده ، فيتعلق به وحده جواز الرد دون المقبوض .

و فيه أنه يستلزم تبعض الصفقة المنهى عنه ، و قيل : و هو الاظهر انه يتخير بين رد الجميع و أخذ ارش العيب (١) .

ولو حدث فيه عيب بعد القبض يمنع من الرد بالعيب السابق ، دون الارش عند الاصحاب ، ولم أقف فيه على نص .

قالوا : ولا فرق بين العيب الحادث بين كونه من جهة المشتري أو غير جهته

(١) بناء على ما عرفت من ظاهر اتفاقهم على انه بظهور العيب السابق على العقد يتخير بين الرد والارش ، وكذا ما هو المشهور فى العيب المتأخر عن العقد قبل القبض كما عرفت ، فان هذه المسألة من فروع تلك المسألة و قد عرفت ما فى الاصل منه رحمه الله .

واستثنوا من ذلك ما لو كان المبيع حيوانا وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه لا يمنع من الرد ولا الارش لانه حينئذ مضمون على البايع، وسيأتي الكلام في هذه المسألة .

قيل: والظاهر ان كل خيار مختص بالمشتري كذلك .

ولو اشترى شيئين صفقة وعلم بالعيب في أحدهما، لم يجر رد المعيب منفرداً، لما يتضمنه من ضرر تبعض الصفقة على البايع، وانما له ردهما معاً - ان لم يتصرف فيهما ولا في أحدهما - أو اخذ أرش المعيب متى تصرف في أحدهما، وان كان الصحيح، سقط رد المعيب، لانهما بمنزلة مبيع واحد، وكذا الحكم فيما اشترى اثنان شيئاً واحداً كان لهما رده أو امساكه مع الارش، وليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه، للزوم تبعض الصفقة. هذا هو المشهور في هذه الصورة .

ونقل عن الشيخ وجماعة: جواز التفرق في هذه الصورة، لجريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشتري، فان التعدد في المبيع يتحقق بتعدد البايع، وتعدد المشتري، وتعدد العقد، ولان العيب جاء من قبله حيث باع من اثنين، وارتكب التشقيص، فان كل واحد منهما صار مشترياً للبعض، فهو بمنزلة البيعين. (١)

وأنت خير بأن هذا انما يتم مع علمه بالتعدد، وحينئذ فلو قيل بالتفصيل - بين علمه بالتعدد فيجوز التفرق، وجهله بذلك، فليس لهما الا الاتفاق في الرد أو الارش، كما اختاره العلامة في التحرير - لكان قريباً.

وظاهر المحقق الاردبيلي الميل اليه، وكذا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الا انه قال: وان كان القول بالجواز مطلقاً متوجهاً.

(١) وايداه المحقق الاردبيلي بعدم ثبوت كون التشقيص عيباً مطلقاً بالدليل، مع عموم دليل ثبوت الخيار بين الرد والارش منه رحمه الله.

وفيه ان الظاهر ان الجهل عذر شرعى كما مرتحققه في مقدمات الكتاب (١) على تفصيل فيه.

الثالثة المشهور في كلام الاصحاب (رضوان الله عليهم) من غير خلاف يعرف انه اذا قال البايع: بعث بالبراءة، وأنكر المشتري، ولم يكن للبايع بينة فالقول قول المشتري بيمينه، للخبر المنفق عليه (٢) «البينة على من ادعى، واليمين على من انكر» ولان الاصل عدم صدور البراءة منه حتى يتحقق.

قال المحقق الاردبيلي (قدس سره)، في شرح الارشاد بعد ذكر نحو ما قلناه: «ولا يلتفت الى ما في الخبر عن جعفر بن عيسى في مكاتبتة الى ابي الحسن (عليه السلام) فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول له المشتري: لم أسمع البراءة منها، أصدق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن» لضعفه مع الكفاية، ومخالفة القاعدة» انتهى.

والعجب هنا من صاحب الكفاية حيث جعل هذا الخبر مؤيداً للعموم «البينة على المدعى، واليمين على من أنكره» وهو على العكس من ذلك.

أقول: والمفهوم من سياق الخبر المذكور أن انكار المشتري انما وقع مدالسة، لعدم رغبته في المبيع، والا فهو عالم بتبري البايع، والامام (عليه السلام) انما ألزمه الثمن من هذه الجهة، ونحن قدمنا الخبر المذكور في خيار العيب، ولكن نعيده هنا ازاحة لثقل المراجعة، ليظهر لك صحة ما ادعيناه.

وهو ما رواه الشيخ في التهذيب عن جعفر بن عيسى (٣) «قال: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى،

(١) ج ١ ص ٧٧.

(٢) الوسائل الباب ٣- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٦٦.

فاذا نادى عليه برئء من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق الآنقده الثمن فربما زهده، فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وأنه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها أصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن.

فانه ظاهر في أنه عالم بالنداء بالبراءة، وأنه رضيه مع ذلك، الا أنه لما تجدد له زهده وعدم الرغبة فيه، ادعى عدم علمه بالعيوب وعدم سماعه النداء، فهذه الدعوى انما نشأت من حيث زهده فيه وعدم رغبته، لا من حيث العيوب.

وحينئذ فلا يكون الخبر مخالفاً للقاعدة المتفق عليها، ولا يحتاج الى طرحه، وكثيراً ما يحكمون (عليهم السلام) في بعض الاحكام بمقتضى علمهم بالحال، فكيف مع ظهور ذلك في السئوال.

الرابعة- التصرية تدليس بثبت به الخيار بين الرد، والامساك بالثمن بلاأرش، كما في خيار التدليس في غير هذا الموضع والتصرية مصدر من قولك صريت اذا جمعت بين الصرى، وهو الجمع. *مركز تحقيق كميتر علوم اسلامی*

يقال: صرى الماء في الحوض اذا جمعه، (١) وصريت الشاة نصرية اذا تركت حبلها أباً، حتى يجتمع اللبن في ضرعها، والشاة مصراة وتسمى المصراة محفلة أيضاً، وهو من الحفل، ومنه قيل للمجمع: محفل.

والمراد هنا أن يربط احلاف الشاة ونحوها يومين أو ثلاثة، فيجتمع اللبن في ضرعها، ويظن الجاهل بحالها أنها الكثرة ما تحلبه كل يوم، فيرغب في شرائها.

قال فحى المسالك: «والاصل في تحريمه مع الاجماع النص

(١) قال في المصباح المنير: وصرى الماء صرياً طال مسكته، ويتعدى

بالحركة فيقال: صريته صرياً من باب رمى اذا جمعته فصار كذلك، وصريته

بالتشديد مبالغة، منه رحمه الله.

عن النبى (صلى الله عليه وآله) وهو من طرق العامة (١) وليس فى أخبارنا تصريح به، لكنه فى الجملة موضع وفاق، انتهى .

اقول: وروى الصدوق (عطر الله مرقده) فى كتاب معانى الاخبار عن محمد ابن هرون الزنجاني على بن عبد العزيز عن أبى عبيد (٢) رفعه الى النبى (صلى الله عليه وآله) « قال: لاتصر والابل والغنم فانه خداع، من اشترى مصراة فانه بأحد النظرين، ان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر .

والظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده فى كتب الاخبار، حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره.

وكيف كان فالكلام هنا يقع فى مواضع، الاول- أنه اذا اختار الرد قالوا يرد معها لبنها الموجود وقت البيع، لانه جزء من المبيع، فاذا فسخ البيع رده، كما رد المصراة، فان تعذر فمثله، وان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه.

أما اللبن المتجدد بعد العقد ففي رده وجهان، من اطلاق الرد فى الاخبار، ومن أنه نماء المبيع الذى هو ملكه، والعقد انما يفسخ من حينه، قال فى المسالك: وهو الاقوى.

أقول: قد عرفت أنه لانص فى المسألة، كما اعترفوا به كيف يستند فى الوجه الاول الى اطلاق الاخبار.

اللهم ان يراد أخبار العامة، وفيه ما لا يخفى، وبه يظهر قوة الوجه الثانى مضافا الى ما ذكره فى تعليقه.

ثم انه لو امتزج الموجود حالة البيع بالمتجدد صار شريكا ورجعا الى الصلح، وللشيخ قول بأنه مع ردها يرد معها ثلاثة أمداد.

(١) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣١٨.

(٢) الوسائل الباب ١٣- من ابواب الخيار الرقم ٢ لكن عن القاسم ابن

سلام باسناد متصل.

واستدل به بعض المحققين (١) بحسنة الحلبي (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، قال: ان كان فى تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردمعها ثلاثة أمداد، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» قال: والرواية مختصة بصورة شرب اللبن، ولا يبعد العمل بمضمونها لحسنها مع اعتضادها بغيرها. أقول: فيه أولاً أن الشيخ إنما حكم بذلك فى المصرة، وما تضمنه الخبر المذكور ليس كذلك، فلا يكون منطبقاً على المدعى.

وثانياً - ان الرواية المذكورة تضمنت جواز الرد بعد الثلاثة « وهو مخالف لمقتضى القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى، وان المشتري ليس له الخيار فى الحيوان الا فى ضمن الثلاثة، وأما بعدها فلا، وحمل الرواية على كون الرد فى الثلاثة بعيد عن مقتضى سياقها، وحق لفظها.

وثالثاً - ان مقتضى كلامهم أنه بالعقد ينتقل الى ملك المشتري، فالمشتري فى ضمن الثلاثة إنما تصرف فى ملكه، فكيف يضمه، ويعطى بعد الرد ثلاثة أمداد عوضاً عنه، (٣).

ورابعاً - أنه لا ريب فى انه ضمن الثلاثة قد أنفق على الشاة ما لعله أكثر من قيمة لبنها، فكيف أهمل ذلك فى الرواية، أو مثلها، وبالجمله فالاستناد فى الحكم المذكور الى هذه الرواية مع ما عرفت لا يخلو من غفلة أو مسامحة.

ونقل عن الشيخ قول آخر، وهو انه يرد معها صاعاً من تمر أو بر، قيل: وهو

(١) هو الفاضل الخراسانى فى الكفاية منه رحمه الله .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب الخيار الرقم - ١.

(٣) أقول هذا الوجه الثالث الزامى حيث أنهم يقولون بذلك والافقد عرفت من أخبار الحيوان أنه إنما ينتقل للمشتري بعد الثلاثة كما تقدم تحقيقه منه رحمه الله.

منصوص عن النبى (١) (صلى الله عليه وآله) من طريق العامة ولعله فى رواية أخرى غير التى قدمنا نقلها عن الصدوق فإنها اشتملت على صاع التمر خاصة.

الثانى قد صرح حواياناه لو ثبتت التصرية باقرار البايع أو البينة قبل أن يحلها ثبت له الخيار، ولا يحتاج الى الاختبار بمضى ثلاثة أيام لو لم يثبت ذلك.

وربما صرح بعضهم بالفورية، لان التصرية التى هى تدليس وموجبة لجواز الرد قد ثبتت، فيكون مقتضاها ايضا ثابتا، الا ان الظاهر من كلام بعض انه لا مانع من جواز الصبر والاختبار، لاحتمال الارتفاع بهبة من الله عز وجل، فلا يثبت له بزوال الموجب، لان التصرية غير موجبة من حيث هى، وانما هى موجبة من حيث الاستظهار بمعرفة مافيه، مما يوجب زيادة الثمن والرغبة.

قال فى المسالك: فلو ثبت باقرار البايع أو البينة جواز الفسخ قبل الثلاثة، لكن بشرط النقصان، فلو تساوت أوزادت هبة من الله تعالى فالأشهر زوال الخيار لزوال الموجب له مع احتمال بقاءه، ومثله ما لو لم يعلم العيب حتى زال انتهى.

ونقل عن الشيخ فى الخلاف أنه قوى جواز الرد مع ثبوت التصرية وان زالت، وصار اللبن زائداً كل يوم على لبن الأول، أو ساواه.

وفى المبسوط صرح بسقوط الخيار كما هو المشهور. ولو لم يثبت بأحد الأمرين المتقدمين فلا بد من اختبارها ثلاثة أيام، فان اتفقت فيها الحلقات عادة، أو زادت اللاحقة فليست مصراة، وان اختلفت فى الثلاثة وكان بعضها ناقصا عن الأول نقصانا خارجا عن العادة، وان زاد بعد الثلاثة ثبت الخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور.

الثالث - ظاهر الأصحاب الإجماع على ثبوت التصرية فى الشاة، والمشهور ذلك أيضا فى الناقة والبقرة، بل قيل: انه إجماع.

قال شيخنا فى الروضة: فان ثبت فهو الحجة، والا فالمنصوص الشاة، والحقا غير هابها قياس، انتهى.

أقول: وأى نص هناورد فى الشاة وبذلك اعترف « قدس سره » فى المسالك، انه فى الموضوعين انما التجأ الى الاجماع ، قال فى الكتاب المذكور بعد قول المصنف (رحمه الله): وثبتت التصرية فى الشاة قطعاً، وفى الناقة و البقرة على تردد، مالفظه:

وجه التردد من عدم النص ظاهر عندنا على هذا الحكم، لكن الشاة محل وفاق فيحتمل الحاق الناقة والبقرة بها، لمساواتهما لها فى العلة الموجبة للخيار، وهى كون اللبن مقصود مع التدليس، كما ادعى الشيخ الاجماع على الحاقها بها، فان ثبت فهو الحجة، والافق اثبات الحكم المخالف للاصل، بغير النص والاجماع اشكال.

ثم نقل عن ابن الجنيده أنه طرد الحكم فى ساير الحيوانات حتى الادمى، قال وفى بعض الاخبار من طرق العامة مايدل عليه، وهو مناسب لمقابلة المدلس، وفى الدروس انه ليس بذلك البعيد. انتهى.

ويظهر من المحقق الاردبيلى (عطر الله مرقده) الميل الى الحاق البقرة والناقة فى الموضوع المذكور، لكن لا من حيث التصرية، بل من حيث التدليس وحصول الضرر المنفى عقلاً ونقلًا لو لم يتخير، قال فى بيان وجه الاشكال فى الحاق الفردين المذكورين: ووجه الاشكال عدم وجود النص والاجماع، ووجود العلة الموجبة فى الشاة، فالثبوت ليس ببعيد، لما تقدم من العلة فى الشاة، اذ انص، بل التدليس الموجب لذلك، والالزم الضرر المنفى عقلاً ونقلًا، مؤيداً باخبار العامة، انتهى. هذا خلاصة كلامهم فى هذه المسألة.

وقد عرفت خلو أصل المسألة من المستند، والظاهر أن أصل هذه المسألة انما هى فى كلام العامة، لانها مروية فى أخبارهم، والاصحاب كثيراً ما يستلقون الاخبار والاحكام والقرووع من كتبهم.

قال المحقق الاردبيلى (قدس سره) فى بعض مواضع البحث فى هذه المسألة مالفظه:

والظاهر أنه لا دليل للأصحاب على رد الشاة واللبن عيناً أو مثلاً أو قيمة بعد التصرف الموجب للسقوط، بل في هذه المسألة مما لانص فيه للأصحاب، كما قال المصنف والشارح وغيرهما، وإنما هي مذكورة في بعض كتب العامة وأخبارهم. ولهذا قالوا المراد برد اللبن رد اللبن الموجود حال البيع، وقبل أن تصير الشاة للمشتري، وهو بناء على مذهبهم من كون المبيع زمن الخيار ملك البائع فلا اشكال حينئذ، ولكن يشكل ذلك على مذهب الأصحاب بناء على ما تقرّر عندهم (١) إلى آخر كلامه زيد في مقامه والله سبحانه العالم بأحكامه.

الرابع قد عرفت مما تقدم في المسألة الأولى انهم استثنوا من التصرف المسقط للرد بالعيب أمرين، ثانيهما حلب الشاة المصراة وهو مبنى على أن التصرية من قبيل العيوب.

والظاهر من كلام جملة منهم أنها تدليس، وخيار العيب وأحكامه على حده، وخيار التدليس وأحكامه على حده ولا يدخل أحدهما في الآخر، ولهذا عد في اللعة كلا منهما عليحدة وجعل التصرية في التدليس.

والمفهوم من كلامهم أن خيار حكم التدليس هو التخيير بين الرد والامساك بغير ارش، تصرف أولم يتصرف متى ظهر التدليس، وحكم خيار العيب هو التخيير قبل التصرف، بين الرد والامساك بالارش، وبعد التصرف ليس إلا الامساك مع الارش، وليس له الرد.

والمفهوم من كلامهم أيضاً أن التدليس إنما هو عبارة عن اشتراط أمر زائد، ثم يظهر عدمه، وأما العيب فإنما يتعلق بذات المبيع مما يوجب نقصه وخروجه عن أمثاله أو أبناء نوعه.

(١) أقول المراد بما تقرّر عندهم ما تقدم ذكره من أن المبيع ينقل بالعقد

إلى ملك المشتري منه رحمه الله.

وبالجملة فانه متى جعلت التصرية من قبيل التدليس لم يتوجه الاستثناء الذى ذكره كما عرفت . والله العالم .

الخامسة- أطلق جمهور الاصحاب (رضوان الله عليهم) أن الثبوت ليس عيبا، نظرا الى أن أكثر الاماء لا يوجدون الاثبات، فكانت الثبوت بمنزلة الخلقة الاصلية، وان كانت عارضة.

واستشكل ذلك فى المسالك فى الصغيرة التى ليست محل الوطىء، فان أصل الخلقة والغالب فى مثلها البكارة، فينبغى أن يكون الثبوت عيبا.

قال: ونقل مثل ذلك فى التذكرة عن بعض الشافعية، ونفى البأس عنه، وهو كذلك، بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا، نظراً الى الأصل، وهو ظاهر ابن البراج انتهى .

أقول : صورة عبارة التذكرة هكذا اطلاق العقد فى الامة لا يقتضى البكارة ولا الثبوت، فلا يثبت الخيار بأحدهما مع الاطلاق.

وقال بعض الشافعية: الآن تكون صغيرة، وكان المعهود فى مثلها البكارة، ولا بأس به عندي، لان البكارة أمر مرغوب اليه، وانما بذل المشتري المال بناء على بقائها على أصل الخلقة، فكان له الرد قضاء للعادة. انتهى.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه على المشهور لو اشترط البكارة فظهر كونها ثيبا حال البيع بالينة، أو اقرار البائع، أو قرب زمان الاختيار لزمان البيع، بحيث لا يمكن تجدد الثبوت فيه، فالمشهور أنه يتخير بين الرد والامساك، وان جهل ذلك لم يكن له الرد، لان ذلك قديذهب بالنزوة والعلة ونحو ذلك.

وقال الشيخ فى النهاية: من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن لردّها، ولا الرجوع على البائع بشيء من الارش، لان ذلك قديذهب من العلة والنزوة انتهى.

ومثله ابن البراج في الكامل حيث قال: ان ابتاعها على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له ردها، ولا أُرش في ذلك انتهى.

أقول: ويدل على هذا القول موثقة سماعة (١) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدوها على ذلك قال: لا ترد عليه ولا يجب عليه شيء، لانه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها».

والعلامة في المختلف تأول كلام الشيخ بالحمل على ما إذا لم يعلم سبق الثبوت على العقد، وعلى هذا يمكن حمل الرواية أيضاً، وفي التعليل اشعار بذلك.

وهل يثبت له الارش مع اختيار الامساك؟ الظاهر من كلام الأكثر ذلك. ويدل عليه ما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس (٢) «في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدوها عذراء قال: يرد عليه فضل القيمة اذا علم أنه صادق». والظاهر أن وجوب الارش هنا مبني على العلم بالثبوت حال البيع بأحد الوجوه المتقدمة، جمعاً بينه وبين الخبر المتقدم، والخبر الأول قد عرفت أنه محمول على الجهل بذلك.

قال: في الدروس: ان مع فوات الشرط يتخير بين الفسخ والامضاء بغير أرش الا في اشتراط البكارة، فظهر سبق الثبوت، فان الارش مشهور، وان كانت رواية يونس به مقطوعة، وفي المسالك الاقوى ذلك لان فواته مما يؤثر في نقصان القيمة تأثيراً بيناً، ثم قال: ويحتمل العدم، لان الارش جزء من الثمن، وهو لا يوزع على الشروط انتهى.

وظاهره في الكفاية التوقف هنا، وهو في محله، لعدم اسناد الرواية المذكورة الى الامام (عليه السلام)، ولو كانت مسندة لما كان عنها معدل.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٥ الكافي ج ٥ ص ٢١٥ الرقم ١١.

(٢) الكافي ج- ٥ ص ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٤.

و نقل فى المسالك عن بعض الاصحاب : أنه ذهب الى عدم التخير بفوات البكارة مطلقا ، يعنى مع الشرط و عدمه ، والظاهر أنه اشارة الى ما قد منا نقله عن الشيخ فى النهاية و ابن البراج فى الكامل .

ثم انه لو انعكس الفرض بأن شرط الثوبسة فظهرت بكرأ قيل : فالأ قوى تخييره أيضا بين الرد والامساك، لكن بغير أرش ، لجواز تعلق غرضه بذلك ، لعجزه عن البكر وقيل : لأرد هنا لزيادة قيمة البكر .

السادسة الأباق الحادث عند المشتري لأيرد به العبد ، وانما يرد به اذا حصل عند البائع أو غيره من الملاك السابقين ، و بالجملة حصوله قبل البيع، وهل يكفى فى ثبوت ذلك حصوله ولومرة واحدة ؟

ظاهر جمع منهم ذلك و به صرح فى التذكرة ، و شرط بعض الاصحاب الاعتقاد ، قبل : وأقل ما يتحقق به مرتين .

والذى وقفت عليه من الأخبار هنا مارواه الكلينى و الشيخ فى الصحيح عن أبى همام (١) قال : سمعت الرضا (عليه السلام) يقول : يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و الجذام و البرص ، فقلت : كيف يرد من أحداث السنة قال : هذا أول السنة و اذا اشتريت مملوكا به شيء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى المحبة رددته على صاحبه ، فقال له محمد بن على : فالأباق من ذلك ، فقال : ليس الأباق من ذلك الا ان يقيم البينة أنه كان أبق عنده .

و ظاهر هذا الخبر أنه لابد من ثبوت الأباق عند البائع ، و أنه تكفى المرة الواحدة ، كما صرح به فى التذكرة .

(١) الكافى ج ٥ ص ٢١٧ التهذيب ج ٧ ص ٦٣ الوسائل الباب ١ - من

أبواب أحكام العيوب الرقم - ٢ .

الا أنه قد روى في التهذيب في الموثق عن محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال : قضى علي (عليه السلام) أنه ليس في اباق العبد عهدة الا أن يشترط المبتاع» .

وروى في الكافي في الصحيح عن محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال : ليس في اباق عهدة» .

والظاهر أن المراد بالعهد هنا الخيار ، لما في حديث يونس (٣) ان العهدة في الحيوان وحده الى سنة و في حديث عبدالله بن سنان (٤) «و عهده يعني الرقيق السنة»

و حينئذ فمقتضى الخبرين المذكورين بعد الجمع بينهما لحمل مطلقهما على مقيدهما هو أنه لا خيار في اباق الا أن يشترط المشتري عدم ذلك و هو مشكل ، لما عرفت من كلام الاصحاب مما ظاهرهم الاتفاق عليه ، مع الصحيحة المتقدمة ، ولم أطلع على من تعرض لذكر هذين الخبرين في المقام ، فضلاً عن الجواب عنهما ، قالوا ولو تجد عند المشتري في الثلاثة فهو كما لو وقع عند البائع .

السابعة - المشهور في كلام الاصحاب (رضوان الله عليهم) ، أنه اذا اشترى زيتاً أو بذراً (٥) أو نحوهما فوجد فيه ثغلاً فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش ، وكذا لو كان كثيراً وعلم به قبل البيع . وفي حصة مبسر . المتقدمة في قسم العيب التفصيل بنحو آخر .

قال : ان كان المشتري يعلم أن الدردى يكون في الزيت فليس عليه أن يرده ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٧ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب العيوب .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب أحكام العيوب الرقم - ٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٢ .

(٥) البذر هو دهن الكتان وهو على حذف مضاف أى دهن البذر والثفل

بالضم والسافل ما استقر تحت الشيء من الكدر - منه رحمه الله

وان لم يكن يعلم فله أن يرده ، ويمكن ارجاع الرواية الى ما ذكره بمعنى أنه ان كان يعلم أن هذا بحسب العادة مما يكون في الزيت ونحوه لم يكن له الرد ، والا فله ، الا أنه يبقى فرد آخر وهو ما اذا لم يعلم ذلك وظن أنه خالص من الثفل .
والاقرب أن الحكم فيه ما ذكره الاصحاب ، تنزيلا للعادة منزلة العلم بذلك ، كما في كثير من المواضع ، ونظرا الى ان مثل ذلك هنا ليس عيباً ، لاقتضاء طبيعة الدهن كون ذلك فيه غالباً .

الا انه ربما اشكل ذلك فيما لو كان كثيراً وعلم به ، باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر ، والمشاهدة في مثل ذلك غير كافية .
ويمكن اندفاع ذلك بأن معرفة مقدار الجميع كافية ، كما في معرفة مقدار السمن بظروفه جملة من دون العلم بالتفصيل ، ونحوه التراب في المحنطة والشعير ونحوهما والثنين في الاولين ، وأما ما عدا ذلك فلا اشكال في كونه عيباً يترتب عليه احكامه .

الثامنة - اذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البائع ، وأنكر البائع ذلك فالقول قول البائع مع يمينه عملاً بالقاعدة المنصوصة ، ولاصالة عدم التقدم الا ان يكون للمشتري بينة أو شاهد حال .

والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبغ واندمال الجرح مع قصر زمان البيع ، بحيث لا يحتمل تأخره عادة .

و يعتبر في شاهد الحال هنا كونه مفيداً للقطع ، فيقدم قول المشتري حينئذ بغير يمين ، ولو شهد الحال للبائع كذلك ، كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضاً ، و حيث يفتقر البائع الى اليمين ، فلا بد أن يحلف على القطع بعدم العيب ، لا على عدم العلم ، ان كان اختبر المبيع قبل البيع ، واطلع على خفايا أمره ، كما يشهد بالقطع على الاعتبار ، وبالعدالة و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار ، الظاهر ، ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع ، عملاً بأصالة

العدم و اعتماداً على ظاهر السلامة نظر، و استقر في التذكرة هنا الا كتفاء بالحلف على نفى العلم، و استحسنة في المسالك لاعتضاده باصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري الى اثباته .

التاسعة قالوا اذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ومثلها تحيض كان ذلك عيباً، لانه لا يكون الالعارض غير طبعي .

أقول : هذا قول الاكثر ، و عليه تدل رواية داود بن فرقد (١) « قال : سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل ، فقال : ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه ».

وأنت خبير بأنه وان اشتمل السؤال على تأخر الحيض ستة أشهر، الآن الجواب لم ينقيد به، فانه (عليه السلام) انما علق الحكم على حيض مثلها، وأراد به نفى الصغر والبأس، وان كان ذلك مستفاداً من الادراك، فان من المعلوم ان من كانت كذلك فان مثلها تحيض في تلك المدة، وحينئذ فلو قبل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد من غير تقييد بال ستة الأشهر كان حسناً. ويظهر من ابن ادریس على ما نقله عنه في المسالك نفی الحكم رأساً، وانكار كون عدم الحيض عيباً، والرواية به صريحة في رده كما عرفت.

ثم ان ما دل عليه الخبر من جواز الرد بعد ستة أشهر مما لا اشكال فيه اذا لم يتصرف تصرفاً موجباً لسقوط الخيار كما تقدم، وأمامع التصرف فظاهر الخبر كونه كذلك أيضاً، فان عدم التفصيل دليل على العموم، ففى أمثال هذا المقام، ويؤيده أن العادة قاضية بأنه لا تمضي على المملوك قدر هذه المدة من غير تصرف، بأن يأمره مولاه بفعل كذا وافعل كذا من الأغراض والمطالب التي تتعلق غرض السيد بها وهو مشكل، لقيام الأدلة كما عرفت سابقاً على أن التصرف مسقط للخيار، الآن يقال:

باستثناء هذا العيب للرواية المذكورة.

العاشر - قد صرح الأصحاب وبه نطقت الاخبار بأنه يرد المملوك من أحداث السنة، بمعنى أن هذه الأمراض اذا حدثت ما بين الوقت البيع الى تمام السنة كان للمشتري رد المملوك بها، وان لم يكن الرد فى السنة، لان خيار العيب ليس على الفور.

ويؤيده رواية أسباب الآتية، وعدها بعضهم بالجنون والجذام والبرص، وزاد بعض القرن، والذي وقفت عليه من الاخبار هنا صحيحة أبى همام (١) المتقدمة قريباً فى المسألة السادسة، وقد تضمنت الثلاثة المتقدمة.

ومنها مارواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن على (٢) وهو مجهول، وان احتمل بعض مشايخنا كونه الحلبي قال: «سمعت الرضا - (عليه السلام) يقول: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن، قال: فقلت: وكيف يرد من أحداث السنة؟ قال: فقال: هذا أول السنة - يعنى المحرم - فاذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددته على صاحبه».

ومارواه ثقة الاسلام فى الكافى (٣) والشيخ فى التهذيب عن ابن فضال عن أبى الحسن الرضا (عليه السلام) «أنه قال: ترد الجارية من أربع خصال: من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة» كذا فى التهذيب، وفى الكافى - والقرن الحدبة الا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر».

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٦٤ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٤ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٤ .

ومارواه في الكافي عن علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) «قال: سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يتفرقا واحداث السنة ترد بعد السنة، قلت: وما أحداث السنة؟ قال الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن يرد صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه».

ومارواه الصدوق في كتاب الخصال في الموثق عن ابن فضال (١) عن أبي الحسن (عليه السلام) «قال: في أربعة اشياء خيار سنة، الجنون والجذام والبرص والقرن» وأكثر هذه الاخبار قد اشتمل على هذه الاربعة، فيجب حمل ما عداها عليها. بقي الكلام هنا في مواضع: الاول- ذكر الحدة في رواية ابن فضال على تقدير رواية الكافي الظاهر أنه تفسير للقرن، وهو خلاف المعروف، لان القرن كما هو المشهور بين الفقهاء واللغويين هو شيء كالسن يكون في باطن الفرج يمنع من الجماع، وعلى تقدير رواية التهذيب يكون معطوفة على الاربعة المذكورة، وهو بعيد أيضا، لخلو الاخبار المذكورة في المسألة عن ذلك: سيما مع اختلاف الكتابين في ذلك.

وقيل: ان المراد به أن القرن والحدة يشتركان في كونهما بمعنى النسق، لكن أحدهما في الفرج والاخر في الصدر، ولا يخفى ما فيه، وبالجمله فانه يشكل الاعتماد على هذه الرواية في عد الحدة.

الثاني ظاهر المحقق الأردبيلي هنا الاستشكال في عد القرن في جملة هذه العيوب، لعدم عده في صحيحة أبي همام المقطوع بصحتها، وعدم ظهور القول به. وانت خبير بما فيه، فان روايات المسألة كلها عدا الصحيحة المذكورة قد اشتملت عليه، ورد هذه الاخبار كلها باعتبار خلوت تلك الرواية عنه مع امكان تقييدها

بهذه الاخبار بعيد ، فان غاية الامر أنها مطلقة، لأن فيها ما يدل على نفيه، لتحصل المخالفة الموجبة لترجيحها لصحتها، بناء على هذا الاصطلاح الذي بنى عليه.

وأما قوله لعدم ظهور القول به، فان فيه أن الشهيد في الدروس قد عده في جملة هذه الاربعة، بل قال في المسالك والمشهور ثبوت الحكم للاربعة المذكورة في رواية على بن أسباط، مع أن منها القرن كما عرفت.

ثم ان المحقق المذكور استشكل ايضا في عد البرص هنا، لورود أن العهدة فيه ثلاثة أيام في حسنة عبدالله بن سنان، (١) وهي مارواه عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام ان كان بها خبل أو برص أو نحو هذا، وعهدة السنة من الجنون فما بعد السنة فليس بشيء.

وأقول: والاشكال هنا ظاهر، لأن الاظهر هو العمل بهذه الاخبار الكثيرة التي فيها الصحيح باصطلاحهم، سيما مع اعتضاها باتفاق الاصحاب على عد البرص منها، ويحتمل وان بعد ان لفظ البرص في الحسنة المذكورة تحريف «مرض» من بعض الرواة، فان قرب التحريف بين أحدهما واللفظين الى الآخر مما لا ينكر.

الثالث - ظاهر هذه الاخبار الرد في المدة المذكورة وان تصرف، اذ يعد كل البعد أن يشتري الانسان مملوكا ويبقى مدة سنة لا يأمره بفعل ولا يكلفه شيء يوجب التصرف، مع ما علم علما يقيناً من أن اشتراء المماليك انما هو للخدمة والانتفاع بهم في وجوه المنافع المترتبة عليهم، والمفهوم من كلام الاصحاب هنا قيد الخيار في هذه المدة بعدم التصرف، فلو تصرف فليس له الا الارش عملاً بالقاعدة المتقدمة في العيب (١).

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٢.

(٢) قال في الدروس بعد عد الاربعة المذكورة، وهذه الاربعة يرد بها الرق، ولو تجددت ما بين العقد والسنة مالم يتصرف والا فالارش. انتهى ونحوه العلامة في القواعد والارشاد وغيرهما من رحمته الله.

وانت خبير بما فيه من البعد، بالنظر الى ظواهر هذه الاخبار، بالتقريب الذي ذكرناه، وليس في شيء من هذه الاخبار اشارة فضلا عن التصريح الى التقييد بعدم التصرف، ضمن هذه المدة المذكورة، وحينئذ فلا يبعد استثناء هذه العيوب من قاعدة عدم جواز الرد مع التصرف، وليس تقييد هذه الاخبار بعدم التصرف كما هو ظاهر كلامهم بأولى من تقييد الاردبيلي تلك بعدم هذه العيوب و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الاردبيلي قدس سره .

الرابع - قد استشكل شيخنا الشهيد الثاني هنا في حكم الجذام، حيث قال بعد أن ذكر أن المشهور ثبوت الحكم للاربعة: ولكن يبقى في حكم الجذام اشكال، فانه يوجب العتق على المالك قهرا كما سيأتى، وحينئذ فان كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع، لما قبل في تعليل الرد بهذه الاحداث: ان وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع، لانها تكن في البدن سنة، ثم تخرج، فيكون عتقه على البايع، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع، فلا يتجه الخيار.

وان حمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ، اذ ليس له اختيار حتى يتحققه، ومنى تحققه حكم بعته شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق، وقد تقدم نظيره.

ويمكن حله بان الحكم بعته بالجذام مشروط بالفعل، كما هو ظاهر النص، ولا يكتفى بوجوده في نفس الامر، فلا يعتق على البايع قبل بيعه، لعدم ظهوره، ولا بعده قبل الفسخ، لعدم ملكه، وعتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره، وهو متأخر عن سبب الخيار، فيكون السابق مقدماً، فيتخير، فان فسخ عتق على البايع بعده، وان اختار الامضاء عتق على المشتري بعده، فينبغي تأمل ذلك. انتهى.

أقول: ما ذكره (قدس سره) في تعليل عدم انعاقه على البايع جيد لما ذكره، وانما الاشكال فيما ذكره من عدم عتقه على المشتري، وتعليله ذلك بأن انعاقه على المشتري موقوف على ظهوره، وهو متأخر عن سبب الخيار، فانسى لأعرف له

وجهاً وجيهاً، اذ لا يخفى أن سبب الخيار إنما هو ظهور هذه العيوب المذكورة، كما تنادى به الاخبار المتقدمة (١) ولا أعرف له سبباً غير الظهور، فكيف يتم قوله، إن الظهور متأخر عن سبب الخيار، ويترتب على ذلك ما ذكره من حصول الخيار له، لتقدم سببه على سبب العتق، وبالجمله فاني لأعرف لما ذكره (قدس سره) وجهاً ولعله لضعف فهمي القاصر.

و يمكن أن يجاب بأن الانعتاق بالجدام ونحوه، إنما هو في الملك المستقر الذي لا يتعقبه خيار ولا فسخ، وما نحن فيه ليس كذلك، فإنه مراعى بمضى السنة سالما من العيوب المذكورة، اذ مع ظهورها في هذه المدة فله رده، فهو غير مستقر، وملخص البحث أن هذه الروايات مع كثرتها و صحة بعضها صريحة في الرد بهذه العيوب التي من جملتها الجدام، وقد اتفقت على الرد به، على أن ما ذكره من الخيار في الصورة المذكورة سيأتي انشاء الله تعالى في المقام ما فيه.

ما روى في الانعتاق بالجدام إنما هو رواية السكوني (٢) و إن كان ظاهرهم الاتفاق على القول بها، وهي تضعف عن معارضة هذه الاخبار لو ثبتت المعارضة والمنافاة، فالواجب هو العمل بهذه الاخبار وحمل رواية السكوني على استقرار الملك.

(١) لقوله (عليه السلام) في بعضها «فاذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددته» وفي آخر «فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن يرده على صاحبه الى تمام السنة» وهي كما ترى ظاهرة في أن سبب الرد هو ظهور شيء من ذلك كما ذكرناه منه رحمه الله.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ الفقيه ج ٣ ص ٨٤ الوسائل الباب ٢٣ من أبواب العتق الرقم ٢.

و بذلك يظهر ما في قوله تفريعا على ما قدمه ، فان فسخ عتق على البائع بعده ، و ان اختار الامضاء عتق على المشتري بعده، و أين هذا التفصيل من ظاهر الاخبار المذكورة ، و هي انما تضمنت الرد بظهور أحد هذه العيوب خاصة ، و بالجملة فالمسألة غير خالية عن شوب الاشكال .

الخامس - ظاهر الاصحاب (رضوان الله عليهم) هو أنه بظهور أحد هذه العيوب ضمن السنة فانه يتخير بين الرد والاخذ بالارش، كما هو قضية خيار العيب، و الروايات المذكورة على كثرتها انما تضمنت للرد خاصة، و هي موافقة للروايات التي قدمناها في خيار العيب حيث انها تضمنت الرد خاصة ، و أما الارش فانما هو في صورة التصرف المانع من الرد .

و يظهر من المحقق الاردبيلي (قدس سره) الموافقة لنا هنا - فيما فهمناه من أخبار المسألة حيث قال هنا في تقييد المصنف الرد بعدم التصرف و معه الارش خاصة - مالفظة: و أما انه اذا تصرف فليس له الا الارش فلا يجوز الرد، وقبله كان مخيرا ، فلما تقدم وثبت عندهم ان الرد يسقط مع التصرف في العيب مطلقا دون الارش ، الا ما استثنى ، وليس هذا منه .

وقد مر الإشارة الى أني مارأيت دليلا صحيحا صريحا في التخيير مطلقا، ولكن يظهر عدم الخلاف منهم ، وهم أعرف . انتهى .

وأشار بقوله وقدمر الإشارة الى آخره الى ما ذكره سابقا في خيار العيب من المناقشة في عدم دليل يدل على الخيار بين الرد والقبول مع الارش بعد ظهور العيب ، وعدم وجوب شيء من مسقطات الخيار .

حيث قال - بعد المناقشة لهم في المقام بما يطول به الكلام - مالفظة: نعم يوجد في الاخبار ما يدل على الرد بالعيب قبل الحدث، والتصرف والارش بعده ، مع عدم البراءة من العيوب . انتهى .

وهو جيد كما أسلفناه ذكره ثمة ، الا أنك قد عرفت مما قدمنا في خيار العيب

دلالة ظاهر عبارة كتاب الفقه الرضوى (١) على ما ذكره الاصحاب ، فلعلها كانت هي المستند ، وان غفل عنها المتأخرون ، لعدم وصول الكتاب اليهم ، وقد ذكرنا في غير موضع من كتب العبادات نظاير لذلك تدفع الاستبعاد .

وأنت خير بان هذا الكلام وان كان الانسب به بحث خيار العيب ، الا اننا لم نقف عليه في كلام المحقق المذكور الا بعد الوصول الى هذا المكان ، فذكرناه هنا مؤيداً لما فهمناه من الاخبار الواردة في المسألة ماسبق ، وما هنا . والله العالم .
الحادى عشر - اذا حدث في الحيوان عيب بعد القبض من غير جهة المشتري ، وقبل انقضاء الثلاثة ، فالأقرب أنه يجتمع الخياران للمشتري ، وان بقي خيار العيب بعد الثلاثة ، اذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة .

والمنقول عن المحقق - في الدرس على ما نقله في الدروس - أنه ليس له الرد الا بأصل الخيار ، لا بالعيب ، وبشير إليه قوله - في الشرايع ، - وما يحدث في - الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، فلا يمنع الرد في الثلاثة (٢) .
فال في المسالك : المفهوم من قوله لا يمنع الرد وجعل الثلاثة ظرفاً له ، - أن الرد بخيار الثلاثة لابهذا العيب الحادث ، ووجه عدم منعه من ذلك ظاهر ، لان العيب الحادث في الثلاثة من غير جهة المشتري مضمون على البائع كالعيب السابق ، فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار ، وهذا هو المنقول من مذهب المصنف

(١) ص ٦٤ .

(٢) قال في الدرس ولو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد ، وان كان قبل القبض أو في مدة خيار المشتري المشروط أو الاصل فله الرد مادام الخيار ، ولو خرج الخيار في الرد خلاف بين ابن نما وتلميذه المحقق ، فجوزه ابن نما ، لانه من ضمان البائع ، ومنعه المحقق ، لان الرد لمكان الخيار ، وقد زال . انتهى و الناقل ذلك - في الدرس - الشهيد (رحمه الله) - في اللمعة ، منه رحمه الله .

في المسألة، (١) والمنقول عن ابن نما وهو شيخ المحقق أن الخيار في المسألة المذكورة بالعيب الحادث بالتقريب المذكور آتفاء، وهو كون هذا العيب الحادث كالعيب السابق مضمونا على البائع، فكما يتخير المشتري بالسابق يتخير بهذا أيضا بين الرد والاختذ بالارش.

وتظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد تمام الثلاثة وعدمه، فعلى الاول يرتفع، دون الثاني، لما عرفت من ان خيار العيب لا يتقيد بالثلاثة، وغاية ما يلزم حصول الخيار في الثلاثة بعلمتين من العيب، وكون المبيع حيوانا، وهو غير مانع، فان علل الشرع ليست عللا حقيقية يمتنع اجتماعهما، وانما هي معوقات كما في اجتماع خيار المجلس والحيوان، والشرط والغبن والعيب، فانه يمكن اجتماعها على عين واحدة.

وكذا تظهر الفائدة هنا فيما لو شرط إسقاط بعضها، فلوا سقط الخيار الاصلى أو المشترط فله الرد بالعيب على قول ابن نما دون قول المحقق، قال في المسالك: وقول ابن نما هنا أوجه.

وقال في الروضة والاقوى التخيير بين الرد والارش كالمقدم، لا شتراكهما

١- أقول: وبزيده ايضا حاشا أنه قد منع في هذا الموضع أنه ليس له الرد الا بالخيار دون العيب، مع أنه صرح في الشرايع بأن الحدث الموجب لنقص الحيوان في الثلاثة من مال البائع وكذا التلف مع حكمه بعد ذلك بلا فصل بعدم الارش فيه، وهذا مما ينافي كلامه المتقدم، فان مقتضاه إسقاط ما يترتب على العيب بالكلية، وهذا الكلام يقتضى أنه بالعيب والتلف مضمون على البائع، كالجمله، لزوم منه الحكم بالارش، اذلا معنى لكون الجزء مضمونا لا يثبت أرشه، لان الارش عوض الجزء الفائت أو التخيير بينه وبين الرد كما أن ضمان الجمله يقتضى الرجوع بمجموع عوضها، وهو الثمن. منه رحمه الله.

فى ضمان البايع وعدم المانعة من الرد ، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين ابن نما . انتهى .

ومنه يعلم وجه الاوجيهة الذى ذكره فى المسالك .

ثم ان ظاهر عبارة القواعد هنا الموافقة لما ذكره المحقق ، حيث قال : وكل عيب يحدث فى الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار فانه لا يمنع الرد فى الثلاثة قال المحقق الشيخ على : والخيار الواقع فى العبارة يراد به خيار الحيوان ، وكذا كل خيار مختص بالمشتري انتهى . ولم ينقل هنا فى المسألة خلافاً ، ولعله لعدم الوقوف على ما نقل عن ابن نما هنا .

الثانية عشر - عدالامة فى القواعد العيوب فى هذا المقام ، فقال : وحقيقته - يعنى العيب - هو الخروج عن المجرى الطبيعى ، لزيادة أو نقصان موجب لنقص المالية ، كالجنون ، والجذام ، والبرص ، والعمى ، والعمى ، والعمى ، والعور ، والعرج ، والقرن ، والفتق ، والرتق ، والقروح ، والصمم ، والخرس ، وأنواع المرض سواء استمر ، كما فى الأمراض ، أولاً كالعارض ولوحى يوم ، والاصبع الزائدة ، والحول ، والخص ، والسبل ، وهو زيادة فى الاجفان ، والتخنيث ، و كونه خشى . والجب والخصاء وان زادت بهما قيمته ، وبسول الكبير فى الفراش ، والاباق ، وانقطاع الحيض ستة أشهر وهى فى سن من تحيض ، والثفل الخارج عن العادة فى الزيت أو البزر ، واعتياد الزنا والسرقة ، والبخر والضناء (١) الذى لا يقبل العلاج ، وكون الضيعة منزل الجنود ، وثقل الخراج ، واستحقاق القتل بالردة أو القصاص ، والقطع بالسرقة أو الجنابة ، والاستسعاء فى الدين ، وعدم الختان فى الكبير دون الصغير والامة ، والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه .

(١) قال فى مصباح المنير : ضني من باب تعب مرض مرضاً ملازماً حتى اشرف على الموت فهو ضن بالنقص ، والضناء بالفتح والمداسم منه على آخوندى .

والثبوت لىست عيبا ، ولا الصيام ولا الاحرام ، ولا الاعداد ، ولا التزويج
ولامعرفة الغناء والنوح ، ولا العسر على اشكال ، ولا الكفر ، ولا كونه ولدزنا وان كان
جارية ، ولا عدم المعرفة بالطبخ أو الخبز ، وغيرهما ، انتهى .

وزاد فى الدروس الحذب فى الظهر والصدر ، والسلع ، وعدم شعر الركب
قال: وهى قضية ابن أبى لىلى مع محمد بن مسلم ، والحبل فى الامة ، دون الدابة ،
والخيانة ، والحمق البين ، وشرب المسكر ، والنجاسة فى غير قابل التطهير ، أو فيه
اذا احتاج زوالها الى مؤنة واقتضى نقصاً فى المبيع ، وكونه لزنية ، وكونه أعس
على الاقرب .

ثم قال: أما الكفر والغناء وعدم معرفة الصنائع ، وكونه محرماً أو صائماً ،
أو حجاماً أو حائكاً فليس بعيب ، ثم قوى كون الكفر عيباً ، وفاقا لابن الجنىد والشيخ
فى أحد قولىه .

ونقل فى الدروس عن الشيخ أنه لم يجعل البخر فى الرقيق ، ولا بول الكبير
فى الفراش ولا الزنا عيباً ، وكذا عدم الختان مطلقاً .

أقول: والمراد بالخروج عن المجرى الطبيعى: أى كل ما يزيد أو ينقص
عن أصل الخلقة التى خلق عليها أكثر ذلك النوع وأغلبه ، وفى اندراج ثقب الخراج
ومنزل الجنود الذى عده هنا فى ذلك محل اشكال ، لاختصاص ما ذكره بالحيوان
الآن يراد بعبارة ما هو أعم مما ذكر ، ومما جرى به العادة الغالبة ، ليكون على نهج
مقتضى الطبيعة .

ثم ان فى تقييده بكونه موجبا لنقص المالية كما ذكره فى التذكرة أيضا اشكال
لانتقاض ذلك بالخشى والمجبوب وعدم الشعر على العانة فانها عيوب ، مع أنها
موجبة لزيادة المالية ، فكان الاظهر أن يقيد العبارة بقوله غالبا ، ولهذا ان جملة من
الاصحاب لم يذكروا هذا القيد ، كالمحقق فى الشرايع ، وهو (قدس سره)
فى القواعد وغيره ، ومن ثم استشكل جملة منهم فى الارش فى هذه العيوب الثلاثة ،

حيث أن العلة في الارش النقصان، وهو منتف هنا .

والقرن - في نهاية ابن الاثير - بسكون الراء : شىء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطىء ، ويقال له : العفل ، وفي كتاب الجمهرة لابن دريد بالتحريك قال : وامرأة قرناء ، وهي التي يظهر قرنة رحمها من فرجها ، وهو عيب ، والاسم القرن ، وضبطها ضبطا معتمدا محركة .

والفتق : بالتحريك على ما ذكره في النهاية قال : الفتق بالتحريك انفتاق المثانة ، وقيل : انفتاق الصفاق اذا دخل في فراق البطن ، وقيل هو أن ينقطع اللحم الذي على الانثيين .

قال بعض المحققين : وضبطه في الغريبين بالتحريك أيضا ، قال : هكذا أقرانيه الازهرى ، وعلى حاشية الفائق بخط بعض الافاضل ان هذا وهم واقتراء على الازهرى ، وأنه وجد بخطه بالاسكان وعليه صح انتهى .

والرتق : على ما ذكره جملة من أهل اللغة بالتحريك - هو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه للذكر مدخل ، ورتقت المرأة رتقا من باب تعب ، فهي رتقاء اذا انسد مدخل الذكرك من فرجها ، فلا يستطاع جماعها .

والقرع : بالتحريك قال في الجمهرة : وقرع رأس الانسان يقرع : اذا انحأت شعره . الذكرا قرع ، والمرأة قرعاء .

والحرض (١) : قال في كتاب المصباح المنير : حرض حرضا من باب تعب أشرف على الهلاك فهو حرض تسميه بالمصدر مبالغة .

والحول قال في القاموس : الحول محركة ظهور البياض في مواخر العين ، ويكون السواد من قبل الماق ، او اقبال الحدقة على الانف ، أو ذهب حدقتها قبل

(١) لم يذكر هذا في صدر المسألة في كلام العلامة ، وكأنه سقط هناك من النسخ التي عندنا والله اعلم . منه رحمه الله .

مؤخرها ، أو أن تكون العين كأنما تنظر الى الحجاج ، أو أن تميل الحدقة الى اللحاظ وفى كتاب الجمهرة حول الرجل حولا اذا كان أحد سواد عينيه فى موقه ، والاخر فى لحاظه . وفى كتاب مجمع البحرين : ورجل أحول العين وحولت عينه ، واحولت ايضاً بالتشديد .

والخوص بالخاء المعجمة والصاد المهملة ، قال فى كتاب مصباح المنير : (الخوص) مصدر من باب تعب ، وهو ضيق العين وغورها ، وفى القاموس الخوص بالخاء المعجمة ، محرقة غؤور العينين ، حوص كفرح فهو أخوص ، وبالمهملة محرقة : ضيق فى مؤخر العين أو فى احدهما . حوص كفرح فهو حوص .
والسبل : وقد فسر المصنف بأنه زيادة فى الاجفان ، وقال فى القاموس والسبل غشاوة العين من انتفاخ عروقها الظاهرة فى سطح الملتحمة ، وظهور انتساج شئ فبينما بينهما كاللدخان .

والتخنيث : أى كونه مخنثا ممكنا من نفسه ، وهو من أقبح العيوب .
والجب : قال فى القاموس : الجب القطع كالجباب ، والاجتباب وامتنصال الخصية .

والخصاء قال فى القاموس : وخصاه خصلاً سل خصيتيه ، فهو خصى ومخصى ، وفى الصحاح : خصيت الفحل خصاء ممدوداً اذا سللت خصيتيه .
والسلعة : قال فى كتاب المصباح المنير : السلعة خراج كهيئة الغدة يتحرك بالتحريك ، قال الاطباء : هى ورم غليظ غير ملتزق باللحم ، يتحرك عند تحريكه ، ولها غلاف وتقبل التزايد ، لانها خارجة عن اللحم . ولهذا قال الفقهاء : يجوز قطعها عند الامن . انتهى .

والعس والاعس : هو قوة اليد اليسرى على ما تقوى عليه اليمنى مع ضعف اليمنى ، ووجه الاشكال فى كلام العلامة المشار اليه بالاقربىة فى عبارة الدروس ،

من أن المطلوب من المنافع حاصل ، ومن خروجه عن المجرى الطبيعي الذي تضمنته رواية محمد بن مسلم ، ووجه الاقربية التي ذكرها في الدروس ظاهر لدخوله تحت الرواية المذكورة .

أقول : والاصل في هذه المسألة قول النبي (صلى الله عليه وآله) في رواية محمد بن مسلم المتقدمة في خيار العيب (١) « كلما كان في اصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب » مضافا الى ما ورد في النكاح من ذكر بعض هذه العيوب الا انه يشكل الحكم في كثير مما عدوه هنا مع عدم دخوله تحت الكلية المذكورة ، سيما مع كون بعضه عيبا في العرف مثل المخنث ، وما ذكر من حكم الضيعة في كلام العلامة ، ومن ثم اعترض بعضهم على عدالكفر عيبا بأنه ليس خروجا عن المجرى الطبيعي ، الا أن يقال : ان قوله (عليه السلام) (٢) « كل مولود يولد على الفطرة » قديدل على خروجه عنه ، وفيه ما لا يخفى .

وبالجملة فالمسألة في جملة من الموارد لا تخلو من الاشكال ، لعدم الدليل العام الشامل لجميع ما ذكره ؛ وما ذكره هنا في عبارة القواعد من تقييد الزنا والسرقة بالاعتیاد ، خلاف ما صرح به في التذكرة والتحرير ، فانه صرح بالحكمين خاليا من قيد الاعتیاد ، وهو الذي صرح به في الدروس ايضا .

قال المحقق الشيخ علي (رحمه الله) في شرح الكتاب : وظنى أن الاعتیاد غير شرط ، لان الاقدام على القبيح مرة يوجب الجرعة ، ولترتب وجوب الحد الذي لا يؤمن معه الهلاك عليها ، ثم قال : فعلى هذا يكون شرب الخمر عيبا ، ومال في التذكرة الى عدمه .

أقول : وفي اندراج الزنا والسرقة تحت كلية العيوب المذكورة في الخبر

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٦ .

(٢) البحار ج ٣ ص ٢٢٩ .

اشكال ، لما عرفت ، مع أنهما عيب عرفا ، ثم قال المحقق المذكور على اثر الكلام المتقدم : ولو حصلت التوبة الخالصة المعلوم صدقها بالقرائن القوية في هذه المواضع بعد تحقق العيب ، ففى زوال الحكم نظر، انتهى .

أقول : الظاهر أنه لا اشكال في زوال الحكم ، لتصريح الاخبار (١) « بأن التائب من الذنب كمن لا ذنب له » سيما اذا كانت توبة نصوحا كما فرضه ، وكيف لا وبالتوبة النصوح يزول الفسق ، وتثبت العدالة الموجبة للامانة ، وقبول الشهادة ، وأى عيب يبقى حينئذ بعد ذلك ، حتى أنه (قدس سره) تنظر في زوال العيب . وما اختاره في كفارات القواعد من أن التولد من الزنا ليس عيبا هو أحد القولين ، وفي الدروس اختار كونه عيبا ، واحتمل في حواشى القواعد كونه عيبا لحصول النقص في نسب الولد .

وفيه أولا أن هذا ليس فيه خروج عن المجرى الطبيعي الذي بنوه عليه ثبوت العيب ، وثانيا أن المقصود من الجارية ، المالية لا الاستيلاد ، نظير ما صرحوا به في المتعة .

مركز تحقيق كميتر علوم اسلامی

الثالثة عشر - المعروف من مذهب الاصحاب - من غير خلاف يعرف - انه اذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره ، ولو تطاولت المدة . نعم جعله في التذكرة أقرب ، وربما أشعر ذلك بخلاف في المسألة ، الا أنه لم ينقل ، ويحتمل كون ذلك في مقام الرد على الشافعي ، حيث نقل عنه الفورية في هذا الخيار ، قال : في المسالك وهو محتمل ان لم يثبت الاجماع بالتقريب السابق في نظائره ، انتهى .

ولا فرق عندهم بين أن يكون الغريم حاضرا أو غائبا ، خلافا لابي حنيفة حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ .

(١) الوسائل الباب - ٨٦ من ابواب جهاد النفس الرقم - ٨ - ١٤ -

الفصل الرابع فى أحكام العقود

والبحت هنا يقع فى مطالب أربعة ، الاول - فى النقد والنسيئة ، أى البيع الحال والمؤجل ، سمي الاول نقدا باعتبار كون الثمن منقودا ولو بالقوة ، والثانى مأخوذ من النسيء وهو تأخير الشيء ، نقول : أنسأت الشيء أنساء : أى أخرته ، والنسيئة اسم : وضع موضع المصدر .

قال شيخنا الشهيد الثانى (عطر الله مرقده) : واعلم أن البيع بالنسيئة الى تعجيل الثمن والمثمن و تأخيرهما والتفريق ، أربعة اقسام : فالاول النقد ، والثانى بيع الكالىء بالكالىء بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبة ، لأن كلام من الغريمين يرتقب صاحبه لاجل دينه ، ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن هو النسيئة ، وبالعكس السلف ، وكلها صحيحة عدا الثانى ، وقد ورد النهى عنه (١) وانعقد الاجماع على فسادة .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٩١ وفى الحديث نهى (صلى الله عليه وآله) عن بيع الكالىء بالكالىء بالهمزة وبدونه ، ومعناه بيع النسيئة بالنسيئة ، وذلك كان يسلم الرجل الدراهم فى طعام الى أجل فاذا حل الاجل ، يقول الذى حل عليه الطعام ليس عندى طعام ، ولكن بعنى اياه الى أجل ، فهذه نسيئة انقلب الى نسيئة نعم لو قبض الطعام وباعه اياه لم يكن كالياً بالكالىء « منه رحمه الله » .

أقول: الظاهر أن النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ما هو من من طريق العامة (١) والذي في أخبارنا انما هو النهي عن بيع الدين بالدين كما في رواية طلحة بن زيد (٢) وفي الصحيح (٣) في بيع الدين قال: « لا يبيعه نسيئاً، فاما نقدا فليبيعه بما شاء ». و يظهر من التذكرة أن بيع الكالئ بالكالئ هو أن يبيع الدين بالدين، سواء كان مؤجلاً أم لا (٤) وظاهرهم تحريم الأمرين كليهما وسيجيئ تحقيق المسألة انشاء الله تعالى في كتاب الدين . وفي هذا المقام مسائل .

(الأولى) - من اشترى مطلقاً كان الثمن حالاً من غير خلاف ، ويدل عليه ما رواه ثقة الاسلام في الكافي عن عمار بن موسى في الموثق (٥) عن أبي عبد الله (ع) « في رجل اشترى من رجل جارية بشئ مسمى ثم افترقا ؟ قال : وجب البيع ، والثمن اذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد » . أقول : يعني اذا لم يشترط التأخير ، ولو اشترط التعجيل أفاد التأكيد ، لما عرفت من أن الاطلاق يقتضي التعجيل .

- (١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٩٠ .
 (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الدين الرقم ١ - الكافي ج ٥ ص ١٠٠ .
 (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام العقود الحديث - ٨ .
 (٤) قال ابن الاثير في النهاية: نهى عن الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة، وذلك أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل ، فإذا حل الاجل لم يجد ما يقضى به ، فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه منه ، ولا يجري بينهما تقابض . انتهى منه .

- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود الرقم ٢ - .

قال فى الدروس : فان شرطه تأكد، وأفاد التسلط على الفسخ اذا عين زمان النقد وأخل المشتري به، أقول : هذا مبني على مذهبه فى المسألة (١) .

وأما على القول الآخر فان الشرط لازم يجب الوفاء به، ويجبر على ذلك، وقد تقدم ذكر المسألة فى المسألة الاولى من المقام الثانى فى أحكام الخيار (٢) وان اشترط تأجيل الثمن ، وجب أن تكون المدة معينة مضبوطة لا تقبل الزيادة والنقصان (٣) فلو شرط التأجيل ولم يعين، أو عين أجلا يحتمل الزيادة والنقصان كفسدوم الحاج وادراك الغلة، أو عين ماهو مشترك بين أمرين أو أمور - كالثمن من منى فانه مشترك بين أمرين، وشهر ربيع فانه مشترك بين شهرين - لا يصح، هذا هو المشهور ، وقيل : يصح، ويحمل على الاولى فى الجميع، لتعليقه الاجل على اسم معين وهو يتحقق بالاول ، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصدهما الى أجل مضبوط.

اقول : والمستفاد من الاخبار انما هو الاول، وهو الذى عليه العمل ، ولا فرق فى المدة بين كونها قصيرة أو طويلة ، بل قال فى المسالك : « فلو شرطها ألف سنة - ونحوها - صح وان علما أنهما لا يعيشان اليها عادة ، للعموم ، ولان الوارث يقوم مقامهما .

(١) حيث انه قال فى بحث الشرط: يجوز اشتراط سائغ فى البيع، فيلزم الشرط عليه من طرف المشتري عليه ، فان أخل به فله فسخ، وهل يملك اجباره عليه فيه نظر انتهى منه قدس سره .

(٢) ص ٦٥ .

(٣) ومن أصرح الاخبار فى ذلك قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رواية غياث بن ابراهيم « لا بأس بالسلف كيلا معلوما الى أجل معلوم ، ولا تسلمه الى دياس ولا الى حصاد » اى لا يكون الاجل دق الطعام أو حصاده ، وهو صريح فى المدعى منه قدس سره .

(٤) الوسائل الباب ٣ - من ابواب السلف الرقم ٥ .

اقول : ما ذكره شيخنا (قدس سره) من عدم الفرق هنا بين المدة القصيرة و الطويلة - هو المشهور في كلام الاصحاب ، و نقل عن ابن الجنيد أنه منع من أقل من ثلاثة أيام في السلف ، ومن أكثر من ثلاث سنين مطلقا .
والذى وقفت عليه هنا من الاخبار مارواه في الكافي عن أحمد بن محمد (١)
« قال : قلت لأبي الحسن (عليه السلام) : انى أريد الخروج الى بعض الجبال فقال : ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه ، فقلت له : جعلت فداك انا اذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للربح ، قال : فبهم بتأخير سنة ، قلت : بتأخير سنتين ؟ قال : نعم ، قلت بتأخير ثلاث ؟ قال : لا » .

ومارواه عبدالله بن جعفر الحميرى في كتاب قرب الاسناد عن أحمد بن محمد ابن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (٢) « أنه قال لأبي الحسن الرضا (عليه السلام) ان هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق ، فقال : ان أردت الخروج فاخرج فانها سنة مضطربة ، وليس للناس بدمع معاشهم ، فلاندع الطلب ، فقلت : انهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة ؟ قال : بهم ، قلت : سنتين ؟ قال : بهم قلت : ثلاث سنين ؟ قال : لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين »

ولعل ابن جنيد استند الى ذلك ، وان كانت أقواله في جل الاحكام بعيدة المداعن أخبارهم (عليهم السلام) والظاهر حمل الخبرين المذكورين على الكراهة لما يستلزمه من طول الامل ، أو من حيث صعوبة تحصيله بعد هذه المدة الطويلة ، لما هو معلوم من أحوال الناس في ثقل اداء الدين ، ولا سيما اذا كان بعد أمثال هذه المدة .

(١) الوسائل الباب - ١ - من ابواب احكام العقود الرقم ١ - الكافي

ج - ٥ ص ٢٠٧ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من ابواب احكام العقود الرقم - ٣ .

ولوباع بثمن حالا ، وبأزيد منه مؤجلا - أوفات بين أجلين في الثمن كان يقول بعثك حالا بمائة ، وإلى شهر بمائتين ، أو مؤجلا إلى شهر بمائة ، وإلى شهرين بمائتين . فالمشهور بالبطلان ، لجهالة الثمن ، لتردده بين الأمرين . وقيل : ان للمشتري أن يأخذه مؤجلا بأقل الثمنين (١) .

وبدل على هذا القول ما رواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر (ع) والصدوق في الفقيه عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : من باع سلعة فقال : ان ثمنها كذا وكذا يدأبىد ، وثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذها بأى ثمن شئت ، وجعل صفقتها واحدة فليس له الأقلهما

(١) أقول : الذى وقفت عليه في كلام المتقدمين من الخلاف انما هو في الصورة الاولى : وهو البيع بثمن حالا وبأزيد مؤجلا ، ومذهب الشيخ في النهاية هو أن له أقل الثمنين وأبعد الاجلين ، والمفيد قال : لا يجوز البيع كذلك ، ثم قال : فان ابتاع انسان على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الاجلين ، وعن السيد المرتضى انه مكروه ، وعن ابن الجنيد انه لأجل ، وعن سلا رانه باطل غير منعقد ، وهو قول ابي الصلاح ، وعن ابن البراج مثل مذهب الشيخ المفيد ، وظاهر كلاهما أن العقد صحيح غير لازم ، والتعبير بالبطلان كناية عن عدم لزومه ، و الا فلا معنى لقولهما ان اجرى البيع على هذا الشرط ، كان الحكم ان للبائع أقل الثمنين إلى أبعد الاجلين ، وعن ابن حمزة انه لا يصح ، وعن ابن ادریس أنه لا يجوز ويبطل البيع ، وهو المشهور بين المتأخرين من العلامة والمحقق ومن تأخر عنهما .

منه رحمه الله

وان كانت نظرة» وزاد فى الكافى «قال : - وقال على (عليه السلام) : من ساوم بثمانين أحدهما عاجل والاخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة » .

و ما رواه الشيخ فى التهذيب عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) (١) «أن عليا (عليه السلام) قضى فى رجل باع بيعاً واشترط شرطين، بالتقد كذا وبالنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بساقل الثمنين وأبعد الاجلين ، يقول : ليس له الأقل التقدين الى الاجل الذى أجله بنسيئة » .

والاصحاب قد ردوا هذا القول بالضعف والتدور، وروايته بالضعف والشذوذ، حتى المحدث الكاشانى فى المفاتيح، والظاهر أنهم لن يقفوا الا على رواية السكونى، والا فرواية محمد بن قيس صحيحة برواية الفقيه، وحسنة لا تقهر عن الصحيح ، بناء على الاصطلاح الغير الصحيح على رواية الكافى ، الا أن الزيادة التى فى صحيحة محمد بن قيس على رواية الكافى لا تخلو من منافرة لما دلت عليه الصحيحة المذكورة، فان الظاهر أن المراد منها كما ذكره بعض مشايخنا (نور الله مرا قدهم) هو أنه لا يجوز هذا التردد ، بل لابد من أن يعين أحد هما قبل العقد ويوقعه عليه .

و قال بعض المحققين : لعل معناه أن يعين كل واحد منهما قبل وقوع البيع . وعلى هذا فلا منافرة فى العبارة المذكورة ، و ظاهر الفاضل الخراسانى فى الكفاية اختيار هذا القول ، للخبرين المذكورين مع صحة الاول منهما و هو جيد ، الا أن ذلك غير خال من الاشكال من حيث هذه الزيادة التى فى الكافى ، فانها ظاهرة فى موافقة القول المشهور بالتقريب الذى ذكرناه أولاً ، و ان كانت على الاحتمال الاخر غير منافية .

و ظاهر جملة من الاصحاب الاستناد فى رد هذا القول الى ما روى من النهى « عن بيعين واحدة » والظاهر انه اشارة الى ما رواه فى التهذيب عن سليمان

بن صالح (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن سلف وبيع ، و عن بيعين فى بيع ، و عن بيع مالىس عندك ، و عن ربح مالم يضمن .
و عن عمار الساباطى (٢) فى الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال :
بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) رجلا من أصحابه واليا فقال له : انى بعثتك
الى أهل الله يعنى أهل مكة - فانهيهم عن بيع مالم يقبض ، و عن شرطين فى بيع
و عن ربح مالم يضمن » .

قال فى الوافى قيل اريد « بشرطين فى بيع » ما اريد « بيعين فى بيع » فى
سابقه و هو ان يقول بعثتك هذا الثوب نقداً بعشرة ، و نسية بخمسة عشر ، وانما
نهى عنه ، لانه لا يدري أيهما الثمن الذى يختاره ليقع عليه العقد انتهى ثم قال :
وربما يفسر « بيعين فى بيع » بان يقول بعثتك هذا بعشرين ، على ان تبيعنى ذلك بعشرة
أو بما يشمل المعنيين انتهى .

اقول : ان هذين الخبرين غير خليين من الاجمال المانع من الاعتماد عليهما
فى الاستدلال ، والخروج بهما عن صريح الخبرين المتقدمين لا يخفى ما فيه .
نعم يبقى الاشكال فى ذينك الخبرين بما ذكره المحقق الاردبيلي طاب ثراه فى
هذا المقام ، حيث قال - بعد الكلام فى بيان سند الصحيحة المذكورة - وبالجمله
الظاهر اعتبار سندها ، ولكن فى مضمونها تأمل وان عمل به ، لان المالك انما رضى
بالبيع بالثمن الكثير نظرة ، فكيف يلزم بأقلهما نظرة ، و معلوم أن رضا الطرفين
شرط فى العقد ، « ولا يحل مال امرء الا بطيب نفسه (٣) » والحاصل أن الادلة العقلية

(١) الوسائل الباب ٢ - من ابواب احكام العقود الرقم ٢ التهذيب

ج ٧ ص ٢٣٠ .

(٢) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب احكام العقود الرقم ٦ التهذيب

ج ٧ ص ٢٣١ .

(٣) الوسائل الباب ٣ - من ابواب مكان المصلى الرقم ١ - ٣ .

والتقلية كثيرة على عدم العمل بمضمونها فلا يعمل به و ان كانت صحيحة، فكيف العمل بها مع كونها حسنة لوجود ابراهيم بن هاشم لوسلم ماتقدم، وان كان الظاهر ان ابراهيم لا بأس به ، وما تقدم صحيح .

و تقديم مثل هذه على الادلة العقلية والتقلية - وتخصيصهما به والحكم بصحة البيع - لا يخلو عن شى لاجل ذلك، لالانها تستلزم الجهالة والغرر كما فهم من التذكرة، لان دخولها تحت الغرر المنفى والجهل الممنوع غير ظاهر، لان الاختيار اليه، وعلى كل من التقديرين الثمن معلوم ، على أنه قد تقرر أن الاجل بالاقل ، ولا لان فى سندها جهالة و ضعفا كما فى شرح الشرايع . لان ذلك غير ظاهر ، بل الظاهر ما عرفت ، فينبغى لما العمل بمضمونها وفيه بعد ، واماتأويلها فتأمل انتهى وهو جيد .

والروايتان المذكورتان وان كان موردهما مخصوصا بما اذا كان البيع بشمن حال ومؤجل ، الا أن الاصحاب عدوها أيضا الى ما اذا باع الى وقتين متأخرتين بتفاوت بين الثمنين من حيث قرب الاجل وبعده ، كما تقدم ، وأنت خير بما فيه .

المسألة الثانية المشهور بين الاصحاب أنه لو اشتراه البايع فى حال كون البيع الاول نسبة صح البيع الثانى ، سواء كان قبل الاجل أو بعده، بجنس الثمن وغيره ، بزيادة أو نقصان ، وقيل : بالتحريم فى ما اذا كان البيع بجنس الثمن بزيادة أو نقصان ، وقيل : بتخصيص ذلك بالطعام، والقول بالصحة فيما اتفقوا عليه مشروط بأن لا يشترط فى بيعه الاول بيعه من البايع ، والالبطل البيع الاول سواء كان حالا او مؤجلا و سواء شرط بيعه من البايع بعد الاجل أم قبله .

والذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام مارواه الصدوق فى الصحيح عن منصور بن حازم (١) قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه ، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له

(١) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام العقود الحديث - ١ - الفقيه

المطلوب : أبيعك هذا الغنم بدراهمك التى لك عندى فرضي قال : لا بأس بذلك .
ومورد هذه الرواية هو شراء ما باعه عليه نسيئة بعد حلول الاجل بما هو أعم
من الزيادة او النقيصة بالنسبة الى الثمن الاول من غير شرط سابق ، ومنه يعلم عدم
الفرق فى الجواز بين حلول الاجل وقبله اذا لم يكن طعاماً .

وبالسند المتقدم عن منصور بن حازم (١) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام)
عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو يقرأ أو غنم أو غير ذلك ، فأتى المطلوب الطالب
ليبتاع منه شيئاً ، قال : لا يبيعه نسيئاً ، فاما نقداً فليبيعه بما شاء .»

قال فى الوافى : «شيئاً» أى من ذلك المتاع الذى عليه ، ولا يبعد أن يكون
تصحيف نسيئاً انتهى وهو جيد .

اقول : وهذا الخبر ظاهر فى جواز شراء ما باعه نسيئة قبل حلول الاجل بزيادة
أو نقيصة نقداً ، والظاهر أنه انما منع من بيعه نسيئة لاستلزامه بيع الدين بالدين ، لان
هذه الاشياء دين على من اشتراها ، فمتى باعها بضمن مؤجل لزم بيع الدين بالدين ،
وفيه كلام (٢) يأتى ان شاء الله تعالى فى مسألة الدين بالدين وتحقيق ما هو المراد من
ذلك .

وكيف كان فان هذا الخبر مناف لما قدمنا نقله عنهم من تجويزهم شراء
النسيئة حالاً أو مؤجلاً ، لدلالة الخبر كما ترى على التخصيص بالنقد والمنع من
النسيئة .

(١) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام العقود الحديث ٨ - التهذيب
ج ٧ ص ٤٨ .

(١) وهو أن جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى صرحوا بأن
الدين بالدين الممنوع - فى الاخبار منه - انما هو ما اذا كان العوضان ديناً
قبل العقد ، كما لو باعه الدين الذى فى ذمته ، بدين آخر له فى ذمته ، أو فى -

و منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن بشار بن يسار (١) قال : « سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، فقلت له : اشترى متاعى ؟ فقال : ليس هو متاعك و لا بقرتك و لا غنمك » و هو ظاهر فى جواز الشراء بالزيادة و النقصان قبل الاجل و بعده بجنس الثمن أو غير جنسه .

و روى في الكافي و التهذيب عن الحسين بن المنذر (٢) قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) يجيئني الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ، ثم أبيعها اياه ، ثم اشتريه منه مكانى ؟ قال : فقال : اذا كان بالخيار ان شاء باع ، و ان شاء لم يبيع (٣) و كنت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت ، و ان شئت لم تشتري فلا بأس ، قال : قلت : فان اهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ، و يقولون :

ذمة ثالث ، أوتبايعا ديننا فى ذمة غريم لاحدهما ، بدين فى ذمة غريم آخر للاخر ، ونحو ذلك ، لاما اذا باع ديننا بمؤجل فى العقد ، لانه انما صار ديننا بالعقد ، واشترط التأجيل فيه ، وهذا الخبر كما ترى ظاهرى خلاف ما ذكره ، اذ لا وجه للنهى هنا الآمن حيث لزوم بيع الدين بالدين ، كما لا يخفى . منه رحمه الله .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ التهذيب ج ٧ ص ٤٨ الوسائل الباب ٥ - من ابواب احكام العقود .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ التهذيب ج ٧ ص ٥١ الوسائل الباب ٥ - من ابواب احكام العقود .

(٣) فان قوله : اذا كان بالخيار ان شاء باع الى آخره كناية عن تحقق البيع الاول ، فانه متى تحقق وجب انتقال كل من العوضين الى مالكة فصار لكل منهما الخيار فيما انتقل اليه بخلاف ما اذا حصل الشرط فى العقد الاول ، فانه يرفع الخيار والاختيار . منه رحمه الله .

ان جاء به بعد أشهر صلح . فقال : ان هذا تقديم و تأخير فلا بأس به » و فى هذا الخبر إيماء الى أنه مع الشرط لا يصح البيع ، و انه لا بد من تحقق العقد الاول واقعاً و عدم توقفه على شرط .

وأظهر منه فى ذلك ما رواه الحميرى فى قرب الاسناد عن على بن جعفر (١) عن أخيه موسى (عليه السلام) «قال : سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ، ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل ؟ قال : اذا لم يشترط ورضياً فلا بأس » و رواه على بن جعفر فى كتابه ، الا أنه قال : «بعشرة دراهم الى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد» و هو أظهر فى عنوان المسألة .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام الاصحاب أنه لا دليل فى الاخبار على ما ذكره من البطلان بالشرط فى العقد الاول و انما استدل عليه العلامة فى التذكرة باستلزامه الدور ، وناقشه جملة من المتأخرين ، منهم شيخنا الشهيد الثانى قال (قدس سره) فى المسالك : و اختلف كلامهم فى تعليل البطلان مع الشرط المذكور ، فعلمه فى التذكرة باستلزامه الدور ، لأن بيعه له يتوقف على ملكه له ، المتوقف على بيعه ، ورد بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال ، و تمنع توقف تملك المشتري على تملك البايع ، بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري ، ولانه وارد فى باقى الشروط كشرط العتق ، و البيع للغير مع صحته اجماعاً ، وعلل أيضاً بعدم حصول القصد الى نقله عن البايع ، و يضعف بأن الفرض حصوله ، و ارادة شرائه بعد ذلك لا ينافي حصول قصد النقل ، و الألم يصح اذا قصدا وان لم يشترطاً ، وقد صرحوا بصحته . انتهى .

أقول : و قد عرفت الدليل على ذلك من الخبرين المذكورين ، فلاحاجة

الى هذه التعليقات ، واكنهم لم يققوا عليهما ، والسبب في ذلك هو قصور النظر عن تتبع الاخبار .

وأما القول بالبطلان فيما اذا كان البيع الثانى بجنس الثمن الاول مع الزيادة أو النقصان فهو للشيخ - قدس سره - فى النهاية قال فى الكتاب المذكور : اذا اشترى نسيئة فحل الاجل ولم يكن معه ما يدفعه الى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه ، فان أخذه بنقصان مما باع ، لم يكن ذلك صحيحاً ، ولزمه ثمنه الذى كان أعطاه به ، فان أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيته فى الحال لم يكن بذلك بأس « انتهى .

واستند - قدس سره فيما ذكره - الى ما رواه فى التهذيب عن خالد بن الحجاج (١) « قال : سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاماً بتأخير الى أجل مسمى ، فلما جاء الاجل أخذته بذراهمى ، فقال : ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتريه منى ، فقال : لا تشتريه منه فانه لاخير فيه » .

و أنت نخير بأن هذا الخبر مع صحة العمل به غير منطبق على مدعاه من وجوه ، أحدها - من حيث أن موردها الطعام ، و مدعاه أعم كما تقدم فى عبارته ، ولهذا خص البعض الحكم بالطعام كما قدمنا الإشارة اليه ، و ثانيها - تخصيصه ذلك بالعين التى باعها فانه حكم بالجواز فى عبارته المذكورة فى غيرها ، و مورد الرواية أعم من ذلك ، و ثالثها - تخصيصه المنع بالزيادة والنقصان ، أما المثل فجائز عنده والرواية ظاهرة المنع فى الجميع .

و ما رواه فى الفقيه عن عبد الصمد بن بشير (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ مع اختلاف بسير الفقيه ج ٣ ص ١٣٠ الاستبصار

قال : «سأله محمد بن القاسم الحنط فقال : أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل الى أجل ، فأجىء و قد تغير الطعام من سعره ، فيقول : ليس عندي دراهم ، قال : خذ منه بسعر يومه ، فقال : افهم - أصلحك الله - انه طعامى الذى اشتراه منى قال : لا تأخذ منه حتى يبيع و يعطيك ، قال : أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد علي». و هذا الخبر أوردته الشيخ فى الاستبصار بياناً لما اختاره من عدم جواز البيع باكثر مما باعه : و اعترضه بعض مشايخنا (١) - عطر الله مراقدهم فى حواشيه على الكتاب - «بأن هذا الخبر ليس فيه دلالة على دعواه بوجه من الوجوه ، لان المعنى أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذى دفعه اليه ، مع أن القيمة قد زادت والحال أنه لا يستحق الادراهم ، فلم يرخص له أن يأخذه الا بسعر يومه . انتهى .

و أما ما يدل على المشهور فما تقدم من صحيحة بشار بن يسار ، و صحيحة منصور بن حازم ، (٢) و مارواه المشايخ الثلاثة فى الموثق فى بعض ، والصحيح فى بعض عن يعقوب بن شبيب (٣) و عبيد بن زرارة «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاماً بدراهم الى أجل ، فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه فقال : ليس عندي دراهم خذ منى طعاماً قال : لا بأس به انما له دراهم يأخذ بها ما شاء» والشيخ حمل هذا الخبر على عدم الزيادة ، و سياق الخبر ظاهر فى خلافه (٤)

(١) هو شيخنا الشيخ على بن سليمان القدسى البحرانى فى حواشيه على الكتاب منه رحمة الله عليه .

(٢) ص ١٢٧ و ١٢٦ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣٣ الفقيه ج ٣ ص ١٦٦ .

(٤) فان ظاهر سياقه أن الذى يستحقه انما هو الدراهم فهو يشتري بالدراهم ما شاء من طعام و غير طعام و لو قيل باشتراط المثل كما يدعيه للزم ذلك فى غير الطعام أيضاً و هو لا يقول به . منه رحمة الله .

وبالجملة فان الاخبار هنا انما تعارضت فى الطعام خاصة، والمشهور - فى كلام الاصحاب - الجمع بينها بحمل رواية خالد بن الحجاج - فانها هى الظاهرة فى المنع - على الكراهة .

المسألة الثالثة : اذا ابتاع شيئا مؤجلا فانه لا يجب عليه دفع الثمن قبل حلول الاجل ، بل لا يجوز طلبه ، لوجوب الانظار بالشرط الواقع فى العقد ، والظاهر أيضا عدم وجوب قبضه على البايع لو دفعه اليه المشتري قبل الاجل . قال : بعض المحققين : «و قد يتخيل الوجوب، لان الالرجل لرعاية حال المشتري و الترفه له، كالرخصة له، لا لاجل البايع، ولهذا يزداد الثمن، فاذا حصل الثمن الزايد للبائع نقدا فهو غاية مطلوب التجار ، فلا ينبغى الامتناع عنه و أيضا قد يتضرر المشتري بعدم الأخذ ولان الظاهر أن أخذ الحق مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد أفاد الاجل عدم وجوب الدفع، لعدم وجوب الأخذ فتأمل . ولان الظاهر من قولنا بعتك هذا بكذا الى مدة كذا أن زمان الاداء الى تلك المدة موسعا، فذلك الزمان نهاية الاجل للتوسعة بمعنى عدم التضييق الا فى ذلك الزمان كالواجب الموسع ولا شك ان الأخذ احوط الامع ظهور ضرر عليه» انتهى .

أقول : جميع ما ذكره - (قدس سره) من الوجوه - جيد لكن غاية افادة الاولوية فان الوجوب حكم شرعى يترتب على تركه العقوبة والمؤاخذة منه سبحانه، فلا بد له من دليل واضح من آية او رواية، لانحصار الادلة الشرعية عندنا فى ذلك، ومجرد هذه التفريعات العقلية لا تصلح لتأسيس الاحكام الشرعية كما قدمنا ذكره فى غير مقام .

و يجب الدفع بعد حلول الاجل و مطالبة البايع ، فان لم يطالب و أراد المشتري الدفع وجب على البايع أخذه، ولو امتنع رقع الامر الى الحاكم الشرعى، فاما أن يجبره على قبضه، أو يقبضه الحاكم الشرعى حسبه ، ومع تعذر الحاكم .

فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك ، كما يفهم من جملة من الاخبار ، و بذلك تبرء ذمة المشتري ، فان تلف بغير تفريط فلا ضمان على المشتري ولا على الأمين من الحاكم والقائم مقامه ، وهكذا الحكم في سائر الحقوق المالية .

و لو تعذر الحاكم و من يقوم مقامه فلو عزله و أبقاه امانة عنده وتسلط عليه صاحبه بحيث متى اراده قبضه ، فالظاهر انه يبرء بذلك من ضمانه ، و انه يخرج بذلك عن عهده ، و انه يجب على صاحبه اخذه ، و الا كان مضيعا لماله ، بل يمكن ذلك مع وجود الحاكم ايضا ، لان الحاكم انما هو وكيل مع عدم وجود الموكل و امكان مثله ، و الى ذلك اشار في التذكرة في احكام السلف ، الا ان المشهور هو الرجوع الى الحاكم أولا .

قيل : و يجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه ، فيرجع الى ذمته ، و لو تجدد له نكاه فهو له . قال في المسالك : و مقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه و انما يكون تلفه من البايع عقوبة له وفيه نظر « (١) انتهى .
ولو امتنع المشتري من دفعه بعد حلول الاجل ومطالبة البايع ، فظاهر كلام الاصحاب هنا وجوب رفع الامر الى الحاكم أولا ، ومع تعذره فالمقاصة ان لم يتمكن من الاخذ قهرا ، و ظاهر الاخبار المقاصة وان كان موردها أهم مما نحن فيه .

ثم انه مع امكان الرجوع الى الحاكم الشرعي فلا اشكال . و أما مع تعذره وعدم امكان تحصيله قهرا او بقاصة فهل يرفع الامر الى حاكم الجور ؟ اشكال ينشأ

(١) اقول وجه النظر هو أنه متى كان عزله و تعبته على حدة موجبا لبراءة الذمة و خلو عهدة المشتري ، فهو ينتقل بذلك الى البايع ، و يكون النماء له والتلف منه ، ولا معنى لكون النماء للمشتري ، والتلف على البايع عقوبة ، اذا الجميع انما يترتب على الانتقال كما عرفت . منه رحمه الله

من النهى عن الترافع الى الجبت والطاغوت ، الآن الظاهر- كما ذهب اليه جملة من اصحابنا- هو اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعى ، كما هو ظاهر جملة من اخبار المسألة ، وبعضها وان كان مطلقا فانه يجب حمله على المقيد ، عملا بالقاعدة ، وأيضاً فظاهر الاخبار المشار اليها هو المنع من الترافع فى اثبات الحق بالبينّة أو اليمين ، دون مجرد الاستعانة بهم على أخذه مع ثبوته ، وعدم انكار الخصم ذلك ، كما هو محل البحث .

ومتى انتقل الامر الى المقاصة أو الاخذ منه قهرا فيجب مراعاة الاسهل فالاسهل ، فان وجد الجنس المساوى لا يتعدى الى غيره ، وينبغى - سيما اذا كان مؤمنا - المساومة و السهولة فى الاقتضاء لما ورد فى ذلك و عدم المقاصة التامة ، وقد تقدم حديث الصادق (عليه السلام) (١). فى انكاره على من استفضى حقه ، وأنه إساءة منهى عنها ، وهكذا الحكم فى طرف البايع اذا باع سلباً ، وكذا سائر الحقوق .

المسألة الرابعة : يجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا بزيادة عن قيمته ، وقيد ذلك بعضهم بكون المشتري والبايع عالمين بالقيمة ، واورد على ذلك أن مقتضاه أنهما لو لم يكونا عالمين بالقيمة لا يصح البيع مع أنه ليس كذلك ، فانه يصح البيع ، وان ثبت للجاهل منهما خيار الغبن متى كان مما لا يتسامح به ، كما تقدم فى خيار الغبن (٢) ويمكن حمل كلام من ذكر هذا القيد على أنه اراد بالجواز اللزوم مجازاً ، اذ مع الجهل وثبوت الغبن لا يلزم .

ثم انه ينبغى أن يعلم أنه لا بد من تقييد الصحة مع الزيادة بعدم استلزام السفه بأن يتعلق بالزيادة غرض صحيح عند العقلاء ، اما لقلتها او لترتب غرض آخر يقابل الزيادة ، كالصبر عليه بدين حال ونحو ذلك .

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب الدين الرقم : ١ .

(٢) ص ٤١ .

المسألة الخامسة : لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من الحقوق المالية بزيادة فيها، ويجوز تعجيلها بنقصان منها . أما الاول - فلاستلزام الزيادة في هذه الصورة الربا . نعم يجوز التأجيل في عقد لازم كالبيع ونحوه بزيادة في ثمن ما يبيعه اياه وان زادت على ثمنه الواقعي أضعافا مضاعفة ، وهذا من الحيل الشرعية في التخلص من الربا . وعليه ظاهر اتفاق الاصحاب - (رضوان الله عليهم) - وبه استفاضت الاخبار كان يكون له في ذمته مائة درهم حالا، ويريد تأجيلها الى سنة بزيادة عشرين درهما مثلا، فان الطريق في ذلك أن يبيعه خاتما قيمته درهم مثلا بعشرين درهما، وبشرط تأجيل الثمن مع المائة الدرهم التي في ذمته الى سنة ، فانه لاشك في صحته .

ويدل على ذلك من الاخبار ما رواه في الكافي عن محمد بن اسحاق بن عمار (١) قال: «قلت لابي الحسن (عليه السلام) : ان سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن يربحنى عشرة آلاف درهم فاقترضتها تسعين ألفا وأبيعها ثوبا أو شيئا تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم؟ قال: لا بأس» قال في الكافي : وفي رواية أخرى «لا بأس به أعطاها مائة ألف، وبعها الثوب بعشرة آلاف واكتب عليها كتابين» .

ومارواه في الكافي والتهذيب (٢) عن محمد بن اسحاق بن عمار قال : «قلت للرضا (عليه السلام) : الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت ؟ قال : لا بأس ، قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، وزعم أنه سأل ابا الحسن (عليه السلام) عنها فقال له : مثل ذلك» .

ومارواه الشيخان المذكوران في الصحيح عن محمد بن اسحاق بن عمار (٣)

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٥ التهذيب ج ٧ ص ٥٣ .

قال: «قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لى على الرجل دراهم فيقول: أخرنى بها وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أوقال: بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال؟ قال: لا بأس» .

وما رواه عن عبد الملك بن عتبة (١) قال: «سألته عن الرجل أريد أن أعينه المال، ويكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيدة على مالى الذى لى عليه، أيستقيم ان أزيدة مالا وأبيعه لؤلؤة تساوى مائة درهم بألف درهم فأقول له: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرك بشئ منها وبمالى عليك كذا وكذا شهرا، قال: لا بأس» .

وما رواه فى الكافى عن مسعدة بن صدقة (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها إياه فلم يحل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيعته لؤلؤاً وغير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخره؟ قال: لا بأس بذلك، قد فعل ذلك أبى (عليه السلام) وأمرنى أن أفعل ذلك فى شئ ما كان عليه» .

ومما يؤيد ذلك زيادة على ما ذكرنا ما رواه فى التهذيب عن محمد بن سليمان الديلمى عن أبيه عن رجل كتب الى العبد الصالح (٣) (عليه السلام) «يسأله انى أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم فى القفيز درهمين الى أجل معلوم، وانهم يسألونى أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم، فهل لى من حيلة أن لا أدخل فى الحرام؟ فكتب (عليه السلام) اليه: أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم فى نصف القفيز بقدر ما كنت تبيع عليهم» .

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٦ - التهذيب ج ٧ ص ٥٢ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٣١٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥ .

وما رواه المشايخ الثلاثة - (نور الله تعالى مراقدهم) - في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (١) قال: «سأله - (عليه السلام) الى أن قال: - فقلت له: أشتري ألف درهم ودينارا بألفي درهم؟ فقال: لا بأس بذلك إن أبي (عليه السلام)، كان أجرى على أهل المدينة مني، وكان يقول: هذا فيقولون: إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال».

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح (٢) عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: كان محمد بن المنكدر يقول لأبي: يا أبا جعفر - رحمك الله - والله أنا لنعلم أنك لو أخذت دينارا أو الصرف بثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين، ما وجدته، وما هذا الأفرار، و كان أبي يقول: صدقت والله، ولكنه فرار من باطل الى حق».

والعجب أنه - مع هذه الاخبار التي رأيت، و اتفاق الاصحاب على ذلك - كان بعض من يدعى الفضل من المعاصرين يبدل الافضيلة ينكر ذلك و يقول بطلانه، مستندا الى أن البيع المذكور غير مقصود. و ما هو الامحض اجتهاد في مقابلة النصوص، ورد على أهل الخصوص.

و أما ما رواه الشيخ عن يونس الشيباني (٣) قال: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يبيع البيع و البايع يعلم أنه لا يسوى، والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتره به منه قال: فقال: يا يونس إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت اذا ظهر الجور و اورثتم الذل؟ قال:

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٠٤ الفقيه ج ٣ ص ١٨٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩.

فقال له جابر : لا أبقيت الى ذلك الزمان ، و متى يكون ذلك بأبى أنت و امى ؟
قال : اذا ظهر الربا يا يونس ، و هذا الربا ، و ان لم تشتريه منه رده عليك ؟ قال :
قلت : نعم قال : فقال : لا تقر به فلا تقر به»

حيث أنه باطلاقه دل على المنع مما دلت تلك الاخبار على جوازه، فاجاب
عنه بعض مشايخنا فى حواشيه على كتب الاخبار بالحمل على الكراهة. وقال فى الوافى بعد
نقله على أثر الاخبار المتقدمة : لا منافاه بين هذا الخبر و الاخبار المتقدمة ، لان المتبايعين
ههنا لم يقصدا البيع و لم يوجبا فى الحقيقة، وهناك اشترط ذلك فى جوازه - انتهى
و الجميع لا يخلو من البعد (١) و الاظهر عندى حمل الخبر على التقية
لمادات عليه الاخبار المتقدمة (٢) من تشديد العامة فى المنع من هذه الصورة
و أما الثانى : و هو جواز التعجيل بالنقصان ، فقد صرح به الاصحاب من
غير خلاف يعرف فى الباب ، و هو يكون بالبراء أو الصلح ، و الوجه فى البراء
ظاهر ، اذ لو أبرأه من الكل لصح ، فكذا من البعض ، وكذا الصلح ، و يسمى
صلح الحطيطة ، و هو الذى وردت به الاخبار .

منها ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابان (٣) عن حدثه عن أبى
عبد الله (عليه السلام) قال : «سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين ، فيقول له

(١) أما الاول فلما اشتمل عليه الخبر من مزيد التأكيد فى النهي المستفاد
من الحديث النبوى المستشهد به على ذلك، و أما الثانى فلان المتبادر
من قوله الرجل يبيع البيع انما هو ايجاب البيع و قصده كما لا
يخفى. منه رحمه الله

(٢) ص ١٣٦ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ .

قبل أن يحل الاجل : عجل لى النصف من حقى على أن أضع عنك النصف ، أيجل ذلك لواحد منها ؟ قال : نعم .

و ما رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن ابن ابى عمير (١) عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال : سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول : انقذنى كذا و كذا وأضع عنك بقيته أويقول : أنقذ فى بعضه وأمد لك فى الاجل فيمابقى عليك ، قال : لا أرى به بأساً ، انه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جل ثناؤه (٢) «و لكم روس أموالكم لا تظلمون و لا تظلمون» .

و رواه الشيخ فى التهذيب و الصدوق و فى الفقيه عن محمد بن مسلم (٣) فى الصحيح الا أن فيه «فى الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى» و هو الظاهر و لعل اللام فى رواية الكافى هنا بمعنى على .

و ما رواه فى الكافى (٤) عن أبان عن زرارة عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال : سألت عن رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم باعها فربح فيها قبل أن ينقذ صاحبها الذى هى له . فأتاه صاحبها يتقاضاه ، و لم ينقذ ماله ، فقال صاحب الجارية للذين باعهم : اكفونى غريمى هذا و الذى ربحت عليكم فهو لكم قال : لا بأس .

و رواه فى الفقيه عن الحلبي فى الصحيح (٥) عن ابى عبد الله (عليه السلام) «أنه سئل عن رجل» الحديث .

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ عن ابن ابى عمر عن حماد عن الحلبي عنه (عليه السلام) .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢١ و فيه (عليه دين) .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٢١١ التهذيب ج ٧ ص ٦٨ الفقيه ج ٣ ص ١٣٨ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٣٨ .

قال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) في حواشيه على الكافي: و الظاهر أنه باعهم المشتري بأجل فلما طلب البايع الاول منه الثمن حط من الثمن بقدر ما ربح ليعطوه قبل الاجل ، و هذا جائز كما صرح به الاصحاب، و ورد به غيره من الاخبار انتهى. و هو جيد . والا فلو كان الثمن نقدا فانه لا معنى لهذه المصالحة باسقاط بعض حقه ليكفوه غريمه .

ثم انه لا يخفى عليك ما في دلالة هذه الاخبار من سعة الدائرة في العقود الشرعية ، فان ما اشتملت عليه هذه الاخبار من التراضي بالالفاظ الدالة على اسقاط بعض الثمن بتعجيله قبل حلول الاجل هي ألقاظ عقد الصلح .

المسألة السادسة- قال الشيخ في النهاية : لا بأس باقتناع جميع الاشياء حالا وان لم يكن حاضرا في الحال ، اذا كان الشيء موجودا في الوقت أو يمكن وجوده ، و لا يجوز أن يشتري حالا ما لا يمكن تحصيله ، فأما ما يمكن تحصيله فلا بأس به و ان لم يكن عند بايعه في الحال . انتهى .

و منع ابن ادريس من ذلك ، و نسب هذا القول الى خبر واحد شاذ رواه الشيخ عن ابن سنان لا يجوز العمل به ، و لا التعويل عليه ، قال : لأننا قد بينا أن البيع على ضربين بيع سلم ، و لا بد فيه من التأجيل ، و بيع عين اما مرئية مشاهدة ، أو غير حاضرة ، و هو ما يسمى بخيار الرؤية و ما أورده الشيخ خارج عن هذه البيوع لا مشاهدة ولا موصوف بوصف يقوم مقام المشاهدة ، فمدخل في بيع الغرر ، والنبي (صلى الله عليه وآله) « نهى عن بيع الغرر » (١) و « بيع ما ليس عند الانسان » (٢) و لا في ملكه الا ما اخرج السدليل من السلم ، و لان البيع حكم شرعى يحتاج في اثباته الى دليل شرعى ، و لا يرجع عن الامور

(١) الوسائل الباب ٤٠- من ابواب آداب التجارة الرقم ٣.

(٢) الوسائل الباب ٧- من ابواب احكام العقود الرقم ٢.

المعلومة بالدلالة القاهرة ، بالامور المظنونة ، و أخبار الاحاد التى لا توجب علما و لاعملا . انتهى .

و قال ابن ابى عقيل : البيع عند آل الرسول (عليهم السلام) بيعان ، أحدهما بيع شيء حاضر قائم العين ، والاخر بيع شيء غائب موصوف بصفة مضمونة الى اجل . انتهى و هو ظاهر قول ابن ادريس .

و المستفاد من الاخبار الواردة فى هذا المقام هو ما قد نقله عن الشيخ (قدس سره) .

ومنها ما رواه الصدوق فى الفقيه فى الصحيح عن عبد الرحمن (١) بن الحجاج قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه كالا؟ قال : ليس به بأس ، قلت : انهم يفسدونه عندنا ، قال : وأى شيء يقولون فى السلم ؟ قلت : لا يرون به بأس ، يقولون : هذا الى أجل ، فاذا كان الى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا يصلح ، فقال : اذا لم يكن أجل كان أجود ثم قال : لا بأس أن يشتري الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه الى أجل و حالا لا يسمى له أجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغى شراء ذلك حالا (٢) .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٤٩ .

(٢) اقول و هذه الرواية رواه الشيخ فى التهذيب و فيها « و ليس هو عند صاحبه الى اجل ، فقال : لا يسمى له أجلا الا أن يكون » الى آخره ، و هو من تحريفات الشيخ ، و الصحيح ما نقلناه فى الاصل عن الفقيه ، لانه هو الذى يستقيم به المعنى كما يخفى . (منه رحمه الله)
و يمكن أن يكون التحريف من النساخ . على آخوندى .

و في صحيحة أخرى لعبد الرحمن (١) المذكور عن أبي عبد الله (عليه السلام) «ان أبي كان يقول : لا بأس أن تبيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه» و معنى تجده يعنى تقدر عليه في ذلك الوقت .

أقول : و هما مع صحة السند صريحتا الدلالة في صحة ما ذكره الشيخ ، وبطلان ما ذكره ابن ادريس الموافق لمذهب العامة ، كما يشير اليه الرواية ، و قد تضمنت الانكار على المانعين من هذه الصورة ، والتعجب من تسويغ السلم ومنع هذه الصورة ، باعتبار أن البيع الخالي من الاجل أجود ، و انما كان أجود لوجود المبيع يومئذ ، و القدرة على تسليمه بخلاف السلم ، فانه قد يتعسر تسليمه بعد الاجل ، و في ذلك اشارة الى كون هذا أولى بالصحة من السلم الذي وافقوا على جـوازه .

وبعضه أن الاجل في السلم انما جعل ارفاقاً بالبائع ، لا أنه شرط في صحة المعاوضة ، فيكون المعاوضة هنا سايغة ، لما عرفت من ان القدرة على التسليم هنا أتم والحكمة في معاوضة البيع انما يتم بالقدرة على التسليم ، و اذا كانت أتم وأجود في صورة النزاع وجب أن يكون الحكم فيه ثابتاً ، و ما ذكره من افراد البيع ، لا دليل على الحصر فيها ، لتكاثر الاخبار بهذا الفرع الذي هو محل البحث .

و من الاخبار المذكورة ايضاً ما رواه في الفقيه عن الكنانى (٢) « قال : سألت عن رجل اشترى من رجل مائة من صفر بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه فقال : لا بأس اذا اوفاه الوزن الذي اشترط عليه» .

و ما رواه في التهذيب عن الشحام (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « في

(١) للكافي ج ٥ ص ٢٠٠ و الوسائل الباب ٧- من ابواب احكام العقود الرقم ٣ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧٩ الوسائل الباب ٧- من ابواب احكام العقود الرقم ٤

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٤ .

رجل اشترى من رجل مائة من صفر و ليس عند الرجل شيء منه ، قال : لا بأس به اذا أوفاه دون الذي اشترط له » كذا في نسخ التهذيب ، و الظاهر أن قوله «دون» وقع تحريف الوزن كما في الخبر المتقدم ، كم ومثل ذلك للشيخ (قدس سره).

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «قال : سألته عن الرجل ياتيني يسريدمني طعاماً و بيعاً و ليس عندي يصلح لي أن أبيع اياه و اقطع سعره ثم اشتريه من مكان آخر و ادفع اليه قال : لا بأس اذا قطع سعره» .

و كان ابن ادریس ظن انه لامستند لهذا القول الا صحيحة عبد الله بن سنان التي اشار اليها ، الا ان قوله مبني على اصله الغير الاصيل من رد الاخبار التي عليها بناء الشريعة بين العلماء جيلاً بعد جيل ، وهو مما لا يلتفت اليه و لا يعول عليه في حقير و لا جليل .

و أما ما رواه في التهذيب عن سليمان بن صالح (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال : نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن سلف و بيع ، و عن بيعين في بيع ، و عن بيع ما ليس عندك ، و عن ربح ما لم بضمن» . و ما رواه في آخر الفقيه (٣) في مناهي النبي (صلى الله عليه و آله) «قال : و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف» الخبر .

ففيه أولاً - أنه يضعف عن معارضة ما ذكرنا من الاخبار المؤيدة بعمل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٤ الوسائل الباب ٧- من أبواب احكام العقود الرقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٠ الرقم ٢٥ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ٤ الوسائل الباب ٧- من أبواب احكام العقود الرقم ٥ .

الأصحاب ، و ثانياً - أنه يمكن حمله على بيع عين في ملك غيره ، لجواز أن لا يبيعها صاحبها ، لا ما اذا كان البيع في الذمة كما هو محل البحث جمعاً بين الخيار .

المطلب الثاني فيما يدخل في المبيع

قالوا: والضابط للاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغة و عرفاً ، قيل : والمراد بالعرف ما يعم الخاص والعام ، و ظاهرهم أن المراد بالعرف ما هو المتعارف بين الناس في إطلاق ذلك اللفظ ، وما يراد منه ويستعمل فيه أعم من أن يكون عاماً في جميع الأصقاع و البلدان أو خاصاً ، باعتبار اصطلاح كل بلد و كل قطر على استعمال ذلك اللفظ في ذلك المعنى .

و الاظهر أن يقال : ان الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية ان وجدت ، و الا فعلى عرفهم عليهم السلام ، لانه مقدم على عرف الناس ان ثبت ، و الا فعلى ما هو المتعارف في السن المتخاطبين ، و المتبادر في محاوراتهم و ان اختلفت في ذلك الأصقاع و البلدان ، ثم مع تعذر ذلك فاللغة ، و ربما قدم بعضهم اللغة على العرف .

و مما يشير الى ما ذكره الأصحاب في هذا الباب ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١) أنه كتب الى أبي محمد (عليه السلام) « في رجل

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من ابواب احكام العقود الرقم ١ و التهذيب

اشترى من رجل بيتا فى داره بجميع حقوقه ، و فوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الاعلى فى حقوق البيت الاسفل أم لا ؟ فوق (عليه السلام) : ليس له الا ما اشتراه باسمه وموضعه انشاء الله تعالى .

و كتب اليه (١) « فى رجل اشترى حجرة أو مسكنا فى دار بجميع حقوقها ، و فوقها بيوت و مسكن آخر ، يدخل البيوت الاعلى والمسكن الاعلى فى حقوق هذه الحجرة و المسكن الاسفل الذى اشتراه أم لا ؟ فوق (عليه السلام) : ليس له من ذلك الا الحق الذى اشتراه انشاء الله .

و ظاهر الخبرين أن المرجع الى ما صدق عليه ذلك اللفظ عرفاً ، و ظاهرهما عدم دخول البيت الاعلى فى حقوق البيت الاسفل فلا يدخل فى البيع .

و مما يشير الى الرجوع الى اللغة فى أمثال ذلك ما رواه الثقة الجليل على ابن ابراهيم القمى فى تفسيره (٢) فى تفسير قوله عز و جل (٣) « له معقبات من يديه و من خلفه يحفظونه من امر الله عن الصادق (عليه السلام) أن هذه الآية قرئت عنده فقال لقاريها : أستمع عراباً فكيف تكون المعقبات من بين يديه ، و انما العقب من خلفه ، فقال الرجل : جعلت فداك كيف هذا فقال : انما أنزلت « له معقبات من خلفه و رقيب من بين يديه يحفظونه بأمر الله » و من الذى يقدر بحفظ الشيء من أمر الله وهم الملائكة الموكلون بالناس .

و رواه العياشى فى تفسيره أيضاً ، (٤) و فى الخبر المذكور دلالة على وقوع

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من ابواب احكام القعود الرقم ١ والتهذيب

ج ٧ ص ١٥٠ الرقم ١٣ و ١٤ .

(٢) تفسير البرهان ج ٢ ص ٢٨٣ .

(٣) سورة الرعد الآية - ١١ .

(٤) تفسير البرهان ج ٢ ص ٢٨٣ .

التغيير في القرآن كما هو أوضح القولين و أشهرهما ، و قد بسطنا الكلام في ذلك في موضع أليق .

قال في المسالك : و قد حقق العلامة قطب الدين الرازي أن المراد تناول اللفظ بالدلالة المطابقة و التضمنية ، لا الا لتزامية ، فلا يدخل الحائط لوباع السقف و هو حسن . انتهى .

و قال المحقق الا ردبيلي في شرح الارشاد: و المراد بالمعاني ما يفهم منها بحسب التخاطب ارادة اللفظ ذلك ، مطابقا كان أو تضمننا أو التزاما .

أقول : و هو الا ظهر بالنظر الى ما قدمنا عنهم من الحوالة الى العرف . اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاصحاب (رضوان الله عليهم) ، ذكروا هنا الفاظاً و ذكروا مدلولاتها بحسب العرف .

فمن ذلك لفظ الارض والساحة و البقعة ، و العرصة ، فلا يندرج تحتها الشجر الذي فيها و لا الزرع ، و لا البذر الكامن فيها .

و نقل عن الشيخ انه لو قال : بحقوقها دخل (١) قال في المسالك : بل يفهم منه انها تدخل و ان لم يقل بحقوقها محتجا بأنها من حقوقها ، ثم قال : و المنع متوجه الى الامرين ، و الاقوى عدم الدخول مطلقا الامع دلالة اللفظ أو القرائن عليه ، كقوله : وما اشتملت عليه او وما أغلق عليه بابها . انتهى . و هو جيد .

(١) قال في المبسوط: اذا باع ارضا فيها بناء و شجر ، و قال في العقد بحقوقها ، دخل البناء و الشجر ، و ان لم يقل بحقوقها لم يدخلها ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، و هو ظاهر كلام ابن ادریس - من رحمه الله .

و يدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١) « في رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة ، و فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر ، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر في كتابه ، و ذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها ، أبدخل الزرع والنخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقع (عليه السلام) : إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها ، فله جميع ما فيها انشاء الله تعالى » (٢) و هو ظاهر في الرد على ما نقل عن الشيخ ، و صريح فيما ذكره في المسالك .

ثم انه لو كان المشتري جاهلا بوجود تلك الأشياء في الأرض كما لو اشتراها بالوصف أو الرؤية قبل الزرع و الغرس ، فله الخيار بين فسخ البيع و اخذ ثمنه ، و بين أخذها بذلك الثمن و الرضا به و ابقائه مجانا ، كذا ذكره جملة من الأصحاب ، و لم أقف هنا على نص .

قال بعض المحققين : و لعل دليله أن وجود هذه الأشياء فيها سبب لتعطيلها غالبا . و العقد يقتضى الانتفاع بالفعل . من غير مضي زمان كثير عادة . ففيه ضرر على المشتري . انتهى .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٣٨ الرقم ٨٤ .

(٢) قال ابن ادریس : قوله « و ما اغلق عليه بابها » يريد بذلك جميع حقوقها و الجواب مطابق للسؤال .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : و نحن نمنع هذا التفسير ونقول : بموجب الحديث ، فانه اذا اشترى بما اغلق عليه بسابه ، دخل الجميع بلا خلاف ، و لعل الامام (عليه السلام) اشار الى الجواب بطريق المفهوم و هو عدم الدخول ، فانه علق الدخول بقوله « و ما اغلق عليه بابها » و يفهم من ذلك عدم الدخول عند عدمه . انتهى و هو جيد . من رحمه الله .

قالوا: و يدخل الاحجار المخلوقة في تلك الارض دون المدفونة، والظاهر أن وجه الفرق هو دخول الاولى في مفهوم اللفظ عرفاً كالتراب، فان الجميع من اجزاء الارض بخلاف الثانية، فانها بمنزلة الامتعة المدفونة، و على البائع نقلها و تسوية الحفر، و يتخير المشتري أيضاً عندهم مع الجهل، و حصول الضرر ببقائها و انه لا خيار للمشتري ان تركها البائع مع عدم الضرر.

و من ذلك البستان، ولاريب في دخول الارض والاشجار، لانه داخل في مفهومه لغة و شرعاً، أما البناء فان كان حائطاً لذلك البستان فالظاهر دخوله لما ذكر، وفي غيره- كالبناء لسكنى حافظ البستان و حارسه، والموضع المعد لوضع الثمرة ولجلوس من يدخله ونحو ذلك- اشكال، ينشأ من عدم دخوله في مسماه لغة، و لهذا يسمى بستاناً وان لم يكن شيء من ذلك- ومن اطلاق البستان عليه ظاهراً اذا قيل: باع فلان بستانه و فيه بناء.

أقول: والوجه الاول من وجهي الاشكال أجود، الا أنه يدخل فيه الحائط أيضاً فان الظاهر أنه يسمى بستاناً وان لم يكن عليه حائط، و الاقوى في ذلك الرجوع الى العرف، فان عد جزء منه أو تابعاً له دخل، والا فلا، والظاهر أن ذلك يختلف باختلاف البقاع والازمان و اوضاع البناء.

و من ذلك الدار، ولاريب في دخول الارض والبيوت التي اشتملت عليها تحتانية أو فوقانية مع الحيطان الدائرة عليها، والسقوف، الا أن يكون البيت الا على مستقلاً بالسكنى، بأن يكون له باب على حدة من غير هذه الدار المذكورة، فيكون ممتازاً كالدار على حدة، وحينئذ لا يدخل البيت الا على وحيطانه و سقفه، والظاهر دخول أرضه التي هي سقف البيوت التحتانية الداخلة في الارض المفروضة، وتدخل فيها الابواب و الاغلاق المنصوبة، والسلاسل، والحلق في الابواب و ان لم يسمها، والاشباب المستدخلة في البناء، والاثاث المثبة فيه، والسلم المثبت في الابنية على حذو الدرج، والوجه في دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من

اجزاء الدار و توابعها و مرافقها ، ولو كان فى الدار حمام معدلها أو بشر أو حوض فالظاهر دخولها ، و كذا خواصى المثبتة فى الارض أو الحائط بحيث تصير من اجزائها و توابعها عرفاً

و فى دخول المفاتيح خلاف واشكال ينشأ من خروجها عن اسم الدار - و كونها منقولة فيكون كالالات المنتفع بها فى الدار - ومن أنها من توابع الدار و كالجزم من الاغلاق المحكوم بدخولها ، و أظهر فى الخروج مثل الدلو والبكرة والرشا والسريز ، والرغفير المثبت كال موضوع على الخشب ، والسلم الغير المثبت ، و الاقفال الحديد و مفاتيحها ، والكنوز ، والدقائن و نحو ذلك .
ولو كان فى الدار نخل أو شجر ولم يذكره فى البيع لم يدخل ، و قال الشيخ فى المبسوط بالدخول ، والكلام هنا - كما تقدم فى الارض .

و من ذلك الشجر ، و يندرج فيه الاغصان والورق والعروق لقضاء العرف بشموله لذلك ، و يستحق الابقاء معروفاً ولا يستحق الغرس - بل سقيه للابقاء خاصة ، والظاهر تخصيص ذلك بالشجر الرطب ، فانه هو الذى يتعلق الغرض بابقائه ، دون اليابس الذى يقتضى العادة بأنه يقطع للحطب والوقود و البناء ونحو ذلك ، ولو استثنى شجرة من البستان الذى باعه أو اشتراها من مالكها خاصة ، لم تدخل الارض فى البيع ، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجرة و ثمرتها من الدخول اليها وسقيها و حرثها و جمع ثمرتها ، ويستحق أيضاً مدى جرائدها فى الهواء وهروقها فى الارض .

و يدل على ذلك فى الجملة ما رواه فى الكافى والتهذيب عن السكونى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال : قضى النبى (صلى الله عليه وآله) فى رجل باع نخلاً واستثنى عليه نخلة ، فقضى له رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالمدخل اليها

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٥ التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ الرقم ٢٥ .

والمخرج منها و مدى جرائدها .

و روى في الفقيه عن السكوني (١) عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) قال قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) الحديث :

و روى في الكافي و التهذيب عن عقبة بن خالد (٢) أن النبي (صلى الله عليه و آله) قضى في هرائر النخل أن تكون النخلة و النخلتان للرجل في حائط الآخر، فيختلفون في حقوق ذلك، فقضى فيها أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها .

أقول : قوله «حين بعدها» أي منتهى طول الجريدة إذا طالت ، و أما قوله «هراير» فقد اختلفت فيه نسخ الحديث اختلافا فاحشا ففي بعضها كما ذكرنا ، و في بعض «بالواو» عوض الراء الأولى ، و في بعض بالزاي عوضها ، و في بعض نسخ التهذيب «هذا النخل» ، و الظاهر كما استظهره في الوافي حريم النخل ، فوقع التحريف .

و روى في التهذيب عن محمد بن الحسن الصفار (٣) في الصحيح «قال : كتبت إليه (عليه السلام) في رجل باع بستانا فيه شجرة و كرم فاستثنى شجرة منها، هل له ممر إلى البستان إلى موضع شجرته التي استثنىها ، و كم لهذه الشجرة التي استثنىها من الأرض التي حولها ؟ بقدر اغصانها أو بقدر موضعها التي هي ثابتة فيه ؟ فوقع (عليه السلام) : له من ذلك على حسب ما باع و أمسك فلا يتعد الحق في ذلك إنشاء الله تعالى» .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٥٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٥ و فيه «هوائر» من الهور بمعنى السقوط أي

في مسقط الثمار للشجرة التهذيب ج ٧ ص ١٤٤ الرقم ٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ الرقم ٢٤ .

أقول: لا يخفى ما في الجواب من الاجمال المانع من الاعتماد عليه في الاستدلال ومع ذلك فان الظاهر أن يقال: له من ذلك على حسب ما استثنى، وربما أشعر بأنه مع استثناء الشجرة فلا ينصرف ذلك الا الى ما دخل تحت مفهوم هذا اللفظ عرفاً، وهو مشكل بناء على ما عرفت من كلام الاصحاب ومن الاخبار المتقدمة. ومن ذلك النخل بالنسبة الى ثمرته قبل التأبين وبعده، والمشهور في كلامهم أنه لو باع نخلاً قد أبر ثمرها فهو للبائع، لان اسم النخلة لا يتناول له الآن يشترطه المشتري، وان لم يكن مؤبراً فهو للمشتري.

أقول: ويدل على الحكم الاول مارواه في الكافي و التهذيب عن يحيى بن أبي العلاء (١) «قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): من باع نخلاً قد لقح، فالثمره للبائع الا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بذلك» وعن غياث بن ابراهيم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من باع نخلاً قد أبره فثمرته (للذي باع)، الا أن يشترط المبتاع ثم قال: قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله)».

و روى في الكافي عن عتبة بن خالد (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) ان ثمر النخل للذي أبرها الا ان يشترط المبتاع» وأما الحكم الثاني فلم أقف فيه على دليل الا مفهوم الروايات المتقدمة، ومن ثم ناقش في الحكم بعض الاصحاب، و توقف آخرون كما يؤذن به كلام المحقق في الشرايع حيث نسب الحكم المذكور الى فتوى الاصحاب. قال في المسالك: انما نسب القول الى فتوى الاصحاب، لقصور المستند

(١) الكافي ج ٥ ص ١٢٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٧ الرقم ١٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٧ وفي الكافي (للبائع).

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٢٨.

النقل عن افادة الحكم المذكور، فانه انما دل على أن النخل المؤبر ثمرته للبائع، لا على أن مالا يؤبر ثمرته للمشتري الا من حيث المفهوم الضعيف، والاصل يقتضى الملك لباعه، وعدم انتقاله الى المشتري، اذ العقد انما وقع على الاصول وهي مغايرة للثمرة انتهى و هو جيد .

و اعترف في المختلف أيضا بضعف الدليل الا أنه قال : لكن الاجماع يعضده، مع أنه نقل عن ابن حمزة أن الاعتبار في دخول الثمرة و عدمه بيدو الصلاح و عدمه، فمتى باعها بعده فالثمرة للبائع، و قبله للمشتري الا مع الشرط، و كانه لم يعتبر خلافه .

والظاهر أنه لا خلاف في كون الثمرة للبائع مطلقا فيما لو انتقل النخل بغير البيع، كالميراث و نحوه، و كذا في غير النخل من أفراد الشجر، لان كون الثمرة للمشتري على خلاف الاصل، فيقتصر فيه على موضع النص والوافق، و هو بيع النخل فلا يتعدى الى غير البيع، ولا الى غير النخل من أفراد الشجر . ولو باع المؤبر من النخل و غير المؤبر كان لكل حكمه المتقدم عندهم، و ظاهر اطلاقهم أنه لا فرق في ذلك بين كون ذلك في نخلة واحدة - قدأبر بعض طلعتها دون بعض - أو في نخلات متعددة أبر بعضها، و لم يؤبر الباقي، و به أفتى في الدروس .

و فرق العلامة في التذكرة بين النخلة الواحدة، والنخلات المتعددة، فحكم في الاول بكون الجميع للبائع، محتجا عليه بأنه يصدق عليه أن قد باع نخلا قد أبر، فيدخل تحت نص أنه للبائع، وبما في افتراقهما في الحكم من العسر وعدم الضبط، و في الثاني بتفريق الحكم .

و ربما احتمل بعضهم هنا وجها ثالثا، و هو دخول الجمع في البيع لصدق عموم التايير في الجميع . و الظاهر الاوفق بظاهر النص هو الاول، فان تعليق

الحكم يشعر بالعلية ، فيكون التايير هو العلة ، فإينما وجد ترتب عليه حكمه ،
و ينتفى حينما انتفى .

المطلب الثالث في التسليم

اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن ، فيجب على المتبايعين دفع
العوضين من غير أولوية .

قال المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد بعد قول المصنف في الكتاب المذكور
« يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولوية تقديم » ما لفظه: اعلم ان الاكثر
هكذا قالوا ، و حاصله أنه انما يجب عليها معاً الدفع بعد اخذ العوض ، ويجوز
لكل المنع حتى يقبض و كأنهم نظروا الى ان البيع معاوضة محضة ، و لا يجب
على كل منهما الدفع الا لعوض مال الآخر ، فما لم يأخذ ذا العوض ، لا يجب اعطاء
العوض ، و المسألة مشكلة كسائرهما ، لعدم النص ، و ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى
و جوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر ، و عدم جواز الحبس حتى
يقبض حقه ، و جواز الاخذ لكل حقه من غير اذن الآخر ان امكن له على اى وجه
كان ، لان ذلك هو مقتضى الملك ، و منع احدهما الآخر و ظلمه لا يستلزم جواز
الظلم للآخر و منعه حقه ، فيجبرهما الحاكم معاً على ذلك ان امتنعا ، فيعطى من يد
و يأخذ من آخر ، أو يقبض لاحدهما ويأمره بالاعطاء انتهى .

أقول : ما ذكره (قدس سره) جيد، الا أن في فهم ذلك من العبارة المذكورة
- و نحوها من عباراتهم في هذا المقام اشكال، و ذلك فان غاية ما يفهم من هذه العبارة
- التي ذكرها في الارشاد- هو أنه لما كان اطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع
و الثمن ، فالواجب حينئذ على كل من البايع والمشتري دفع ما وجب عليه تسليمه

من غير اولوية تقديم احد هما على الآخر ، خلافا للشيخ حيث ذهب الى أنه يجب على البايع أولا تسليم المبيع ، محتجاً بأن الثمن تابع للمبيع ، والغرض من هذه العبارة انما هو بيان تساويهما فى وجوب التسليم ، بدون تقديم أحدهما على الآخر كما زعمه الشيخ (رحمة الله عليه) فالكلام انما خرج فى معرض الرد عليه ، وأبـن هذا من المعنى الذى ذكره ، و هو أنه لا يجب على أحدهما التسليم الا بعد دفع الآخر ، و أنه يجوز لكل منهما الامتناع حتى يقبض ، اللهم الا ان يكون قد اطلع على تصريح بذلك من غير هذا الموضع ، و الا فهذه العبارة ونحوها لا اشعار فيها ، فضلا عن الدلالة بشيء من ذلك .

و تحقيق الكلام- فى هذا المقام- يتوقف على بسطه فى مواضع: الاول- لا يخفى أن القبض من الامور المعتبرة شرعاً لما يترتب عليه من الاحكام العديدة بالنسبة الى الوصية والهبة والرهن ، فان للقبض فيها مدخلا باعتبار شرطه للصحة او للزوم ، فان و كذا بالنسبة الى البيع ، فمن احكامه فيه انتقال ضمان المبيع الى المشتري بعده ان لم يكن له خيار ، و كونه على البايع قبله ، و جواز بيع ما اشتراه بعد القبض مطلقا ، و تحريره أو كراهته قبله على بعض الوجوه ، و جـواز فسخ البايع مع تأخير الثمن ، و عدم قبض المبيع بعد ثلاثة ايام ، و غير ذلك ، و مع هذا لم يردله تحديد شرعى يرجع فيه اليه .

و من ثم ان الاصحاب انما رجعوا فيه الى العرف بناء على قواعدهم فى كل ما لم يردله تحديد شرعى ، مع ان الغالب فى العرف الاختلاف باعتبار تعدد الاقطار و البلدان ، و أن لكل قطر اصطلاحاً و عادة غير ما سواه ، والمسأل من أجل ذلك فى غاية من الاشكال و الداء العضال ، لعموم البلوى به فى جملة من الاحكام كما عرفت .

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا المقام روايتان الاولى - صحيحة معاوية ،

بن وهب (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ؟ فقال : ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه» قال في المسالك بعد نقل هذه الرواية : فجعل قبض المكيل و الموزون كيله أو وزنه بالنسبة الى جواز بيعه. (٢)

و اعترضه المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد فقال : و هذه لأفهم دلالتها لان ظاهرها أن البيع قبل القبض لا يجوز حتى يكيل أو يزن، وذلك لا يدل على كون القبض ذلك و هو ظاهر، ولا يدل على ذلك بضم السؤال اذ يصح جواب السائل هل يجوز قبل القبض؟ بانه لا يجوز بدون الكيل، يعنى لا بد من الكيل الذى القبض حاصل في ضمنه أى لا بد من القبض و شيء آخر، الى آخر كلامه زيد في مقامه، و به يظهر سقوط الرواية عن درجة الاستدلال في هذا المجال .

و الثانية : رواية عقبة بن خالد (٣) عنه (عليه السلام) « في رجل اشترى متاعاً من آخر و أوجه ، غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه » .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ الرقم ٣٤ و فيه (إلا أن يوليه الذى قام عليه).
(٢) اقول : يمكن أن يؤيد ما ذكره في المسالك وهو المشهور بين الاصحاب من جعل الكيل و الوزن قبضاً، بان يقال : ان الرواية قد دلت على انه مع التولية لا يحتاج الى الكيل والوزن، وهذا لا يتم الاعلى تقدير كون الكيل والوزن قبضاً، فان التولية تصح بدون القبض ، واما على تقدير كونها شرطاً في صحة البيع، والقبض انما هو عبارة عن النقل و التحويل فكيف يصح البيع تولية مع اختلال أحد شرائط البيع و هو الوزن و الكيل معنا . فتأمل . منه رحمه الله .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧١ التهذيب ج ٧ ص ٢١ .

و غاية مايدل عليه هذا الخير هو أنه يعتبر فى انتقال الضمان من البايع الى المشتري نقل المتاع و اخراجه من بيت البايع ، و ليس فيه تفسير للقبض بأنه عبارة عماذا ، مع أن ظاهر الخبر أنه يعتبر فسي انتقال الضمان الاخراج من بيت البايع ، ولا قائل به كماستعرف .

بقى الكلام فى الدلالة العرفية التى اعتمدها فى المقام . قال فى المسالك :
و العرف يدل على أن اقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البايع عنه ، و عدم مانع للمشتري من قبضه ، و أما فى المنقول فلا يتحقق الا باستقلال يد المشتري به ، سواء نقله ام لا ، و كذا فى طرف البايع بالنسبة الى الثمن ، و هذا مطرد فى المكيل و الموزون و غيرهما ، الا انها خرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي وهو الاقوى . انتهى . (١) و هو جيد الا فى استثنائه المكيل و الموزون « بالنص الصحيح » ، و لقد عرفت آنفا من أن غاية مايدل عليه النص هو اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون ، لان القبض فيهما هو الكيل و الوزن ، ثم قال : و المراد بالتخلية حيث تعتبر ، رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان ، والاذن له فيه ، ولا يختص ذلك بلفظ ، بل كل ما دل عليه كاف فيه .

و فيه أولا ان ظاهر كلامه المتقدم كون التخلية امراً آخر غير رفع المانع حيث أنه أضافه الى التخلية ، و هنا فسرناها به ، و ثانيا أنه لا وجه لاعتبار

(١) ثم قال فى اتمام عبارة المذكورة : لا يقال : قد نقل فى التذكرة لاتمام الاستدلال بهذه أن الاجماع عندنا حاصل على منع جواز بيع الطعام قبل القبض ، فلو لم يكن الكيل هو القبض المطلوب و يتحقق القبض بدون ، لم يكن لقوله « حتى يكيل » معنى لاننا نقول على تقدير تحقق الاجماع معناه الجواز بعد القبض مع باقى الشرايط و الكيل من جملته ، الا أن كيله هو القبض . انتهى . منه رحمه الله

الأذن هنا بعد انتقال المبيع الى المشتري بالعقد ، وكون البائع هنا فى حكم الاجنبى فلا وجه لتوقف قبضه على اذنه .

اذا عرفت ذلك فسا علم انه قال فى كتاب المصباح المنير : قبضت الشيء قبضا : أخذته . وقال فى نهاية الاثرية : و القبض الاخذ بجميع الكف . أقول : وهذا هو الذى يتبادر فى العرف الآن ، الا أنه فى المنقول ظاهر و ان تفاوتت افراده فى ذلك باعتبار المقبوض ، ففى مثل الدراهم و المتاع هو القبض باليد ، و فى مثل الحيوان هو نقله ، و فى مثل المكيل والموزون هو تحويله بالوزن والكيل او بدونهما فانه يصدق القبض بمجرد ذلك .

و أما فى غير المنقول فالظاهر هو الوقوف فيه على مارسمه الاصحاب . فقال فى الدروس : والقبض فى غير المنقول التخلية بعد رفع اليد ، و فى الحيوان نقله ، و فى المنقول كيله أو وزنه ، أو عده أو نقله ، و فى الثوب وضعه فى اليد . انتهى و هو ظاهر فيما قلناه الآن اضافة العد الى الكيل و الوزن خارج عن مورد الرواية التى استندوا اليها فى الحكم المذكور على ما عرفت فيها ، و هو ايضا خلاف ما هو المشهور من الاقتصار على مورد الخبر المذكور .

و قال الشيخ فى المبسوط : القبض فيما لا ينقل و يحول هو التخلية ، و ان كان مما ينقل و يحول ، فان كان مثل الدراهم و الجواهر و ما يتناول باليد ، فالقبض هو التناول . و ان كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة ، فان القبض فى البهيمة أن يمشى بها الى مكان آخر ، و فى العبد أن يقيمه الى مكان آخر ، و ان كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه ، و ان اشتراه مكيالة فالقبض فيه أن يكيله ، و تبعه ابن البراج و ابن حمزة .

و قال فى المختلف : و الاقرب أن المبيع ان كان منقولا فالقبض فيه هو النقل أو الاخذ باليد و ان كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك ، أى الكيل والوزن ، و ان لم يكن منقولا فالقبض فيه التخلية . انتهى . و كسلام الشيخ راجع

فى التحقيق اليه ، الا فى المكيل و الموزون ، حيث اقتصر فى قبضه على الكيل و الوزن .

و بذلك يظهر ما فى عبارة المسالك هنا من الاجمال فى تفسير القبض فى المنقول ، فانه ربما أوهم رجوعه الى التخلية فى غير المنقول . واكتفى بعضهم بالتخلية مطلقا فى منقول أو غير منقول، وهو مذهب المحقق فى الشرايع (١) . قال فى الدروس : و لا بأس به فى نقل الضمان لا فى زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض .

اقول : لا يخفى ما فى هذا التفصيل ، فان الجميع مترتب على القبض فان صدق القبض بالتخلية ، وجب ترتب احكام القبض على ذلك مما ذكر هنا وما لم يذكر ، و الا فلا مطلقا .

الثانى قال : فى المسالك : لو كان المبيع بيد المشتري قبل الاتباع ، فان كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن فى تحقق القبض بالنسبة الى رفع التحريم او الكراهة ، واما بالنسبة الى مثل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه ، كما لو قبضه بغير اذن البائع ، ويحتمل توقف الامر على تجديده ، لفساد الاول شرعا ، فلا يرتب عليه أثر ، ولو كان باذنه كالوديعة والعارية لم يفتقر الى تجديد اذن ولا تخلية . انتهى .

(١) اقول : لا يبعد أن يكون مراد الاصحاب بكون الكيل والوزن قبضاً انما هو بمعنى وزنه وكيله ، لاجل القبض والنقل ، لا من حيث كونه كيلاً ووزناً ، فانه هو الغالب المتعارف ، و لذلك أنه لو قبضه المشتري بالوزن أو الكيل ، ثم باعه ممن حضر وزنه وكيله ، فانه لا يحتاج الى إعادة الوزن أو الكيل ، وانما يحتاج الى النقل ليتحقق به القبض ، وبالجمله فان القبض انما يتحقق بالنقل والتحويل سواء كان فى معنى الوزن والكيل او بدو نهما كما فى الصورة المقروضة . منه رحمه الله .

و فيه أنه لا دليل على ما ذكره « قدس سره » لا من النص و لا من الاعتبار ، و عقد البيع قد اقتضى النقل الى المشتري ، و القبض والتسليم الى المشتري حاصل و الفرق بين كون القبض قبل البيع شرعياً أو غير شرعياً مع كونه لا دليل عليه - لائمه له بعد ما عرفت . و مع كونه غير شرعياً قبل البيع لا يمنع من كونه شرعياً بعد البيع و الانتقال اليه بالعقد الصحيح .

و بالجملة فشرط صحة البيع كلها حاصلة ، فلا وجه لما ذكره ، و الى ما ذكرناه هنا يميل كلام المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال : لو كان المبيع بيد المشتري ، فالظاهر أنه لا يحتاج الى تجديد القبض و الاذن مطلقاً ، و لامضى زمان ، لوجود القبض الذى هو شرط ، والموجب لجواز البيع و غيره ، كما قيل ذلك فى الهبة المقبوضة ، والتفصيل بما اذا كان القبض مشروعاً و عدمه - فانه لا بد حينئذ لرفع التحريم والكراهة ، و يحتمل لرفع الضمان ايضا - ليس بواضح .

الثالث - الظاهر أن القبض المعتبر من نقل أو تخلية يكفى لاسقاط الضمان ، و ان كان المبيع مشغولاً بأمتعة البائع كالصندوق الذى فيه المتاع والبيت الذى فيه الامتعة ، ويكون مكلفاً بأن يفرغه ، و هو خيرته فى المسالك ، و نقله بالنسبة الى الثانى عن التذكرة ، واحتمل فى المسالك توقف القبض على اذن المالك فى نقل الامتعة والظاهر ضعفه ، لحصول البيع الشرعى بشروطه وعدم ظهور ما نعية ما ذكره مع وجوب تفرينه :

الرابع - قال فى المسالك - لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فلا يخلو اما أن يكون قد كبل قبل البيع و وزن أولاً ، بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه ، أو باعه قدر آمنه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الاخير فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم ، و ان كان الاول ففى الافتقار الى اعتباره ثانياً - لاجل القبض - أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، من اطلاق توقف الحكم على الكيل والوزن وقد

حصلاً - و قوله (عليه السلام) (١) «لاتبعه حتى تكيله أوتزنه» لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع - و من كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع ، فلا بدله من اعتبار جديد بعد العقد ، و به صرح العلامة والشهيد (رحمه الله) و جماعة ، و هو الأقوى .

و يدل عليه قوله (عليه السلام) ، فى الخبر السابق «الأن توليه» فان الكيل السابق شرط لصحة البيع ، أو مقام مقامه ، فلا بد منه فى التولية و غيرها ، ومقتضى قوله «الأن توليه» انه معها لا يتوقف على كيل أو وزن ، و دل ذلك على أنهما لأجل القبض ، لا لأجل صحة البيع .

و أما الثانى فان اكتفينا بالاعتبار الأول فى الأول ، كفى الاخبار فيه - واختارهما فى التذكرة - وان لم نكتف بالسابق فى الأول لم يكتف بالأخبار فى الثانى بطريق أولى . و قد روى محمد بن أبى حمزة (٢) قال : «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعك كما اشتريناه منه بغير كيل؟ قال: لا، أما انت فلا تبعه حتى تكيله» انتهى . أقول : مرجع البحث هنا ان الكيل والوزن هل وجوبهما فى المكيل والموزون من حيث كونهما شرطاً فى صحة البيع ، أو من حيث كونهما قبضاً للبيع ، يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذى هو النقل والاخذ باليد ، ونحو ذلك مما تقدم فى غير المكيل والموزون .

والظاهر من الاخبار المانعة من بيع ما لم يقبض اذا كان مكيلاً أو موزوناً هو الثانى ، بالتقريب الذى ذكره من جواز البيع تولية بدون كيل أو وزن ، ولو كان ذلك شرطاً فى صحة البيع لما جاز ذلك ، اذ لا فرق بين التولية و غيرها فى اعتبار هذا الشرط .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧ و فيه محمد بن حمران .

و يعضده انه قد وقع التعبير عن الكيل و الوزن فى هذا المقام بالقبض فى جملة من الاخبار .

ففى صحيحة منصور بن حازم (١) « اذا اشتريت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى يقبضه ، الا أن يولى »

وفى صحيحة على بن جعفر (٢) عن اخيه موسى (عليه السلام) « انه سأل عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعة قبل أن يقبضه ؟ قال اذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان يولى فلا بأس ، و سأل عن الرجل يشتري الطعام أيحل له أن يولى منه قبل أن يقبضه ؟ قال : اذا لم يربح عليه شىء فلا بأس ، فسان ربح فلا يصلح حتى يقبضه » و نحوهما غيرهما .

و كذا فى صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة (٣) قد عبر بالكيل والوزن عن لفظ القبض فى هذه الروايات .

و مثلها رواية ابي بصير (٤) قال : « سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله ؟ قال : لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه ، الا ان يولى ، كما اشتراه » الحديث .

و بالجملة فان استثناء التولية فى هذه الاخبار مما ذكرنا و ما لم نذكره انما يتجه على تقدير كون الكيل و الوزن قبضاً ، و البيع تولية صحيح مع عدم القبض و لو كان اعتبارهما انما هو من حيث كونها شرطاً فى صحة البيع لم يتجه صحة التولية هنا كما عرفت .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ الفقيه ج ٣ ص ١٢٩ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦ .

(٣) ص ١٥٤ التهذيب ج ٧ ص ٣٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٧ .

نعم يشكل الحكم بان مقتضى ما ذكر أنه لو اشترى الطعام و اكتاله ثم باعه ممن حضر كيله-، فان الواجب بمقتضى ما ذكر- هو كيله مرة أخرى ، ليتحقق به قبض المشتري الثاني و هو الذى قواه ، و نقله عن العلامة و الشهيد (رحمه الله) مع أن ظاهر الاخبار الواردة هنا هو العدم .

و منها ما رواه فى الكافى و التهذيب عن عبد الملك بن عمرو (١) قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أشترى الطعام فأكتاله ومعى من قد شهد الكيل و انما اكلته لنفسى ، فيقول : بعنيه فأبيعه اياه بذلك الكيل الذى كلكه ؟ قال : لا بأس « و نحوه ما رواه فى الفقيه عن خالد بن الحجاج الكرخي (٢) قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أشترى الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن اكتاله ، فأقول : ابعث و كيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته ، قال لا بأس «

ويمكن أن يقال فى وجه الجمع بين ظواهر هذه الاخبار انه لما كان الغالب أن الكيل و الوزن انما يقعان فى حال القبض ، و انه بهما يحصل القبض و التحويل من البائع الى المشتري ، صح إطلاق القبض عليهما بهذا الوجه فى الاخبار المتقدمة و ان كانا شرطاً فى صحة البيع ، و اما جواز البيع تولية فى تلك الاخبار بدونهما ، فلعله مستثنى من القاعدة المذكورة ، حيث أن التولية عبارة عن أن يعطيه ما اشتراه برأس ماله ، و يجعله محله فى ذلك العقد ، الا انى لم أجد به قائلًا ، و المسألة لما عرفت غير خالية من الاشكال و لهذا كثرت فيها التردد و الاحتمال .

الخامس - قال فى المسالك : ألحق فى الدروس المعدود بالماكيل والموزون فاعتبر فى قبضه عده بعد البيع ، و لم يكتف بعد السابق . و فيه نظر ، لعدم النص

(١) الكافى ج ٥ ص ١٧٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٨ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣١ .

و تحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات ، والحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره ففى صحة بيعه لا يسوجب ذلك عندنا ، واكتفى فيه ايضا عن اعتبار المكيل و الموزون و المعدود بنقله ، و الخبر الصحيح حجة عليه و قريب منه مختار العلامة فى المختلف ، فانه اكتفى فيهما بأحد أمور ثلاثة ، النقل ، والقبض باليد ، و الاعتبار بالمكيل أو الوزن ، و فى النقل ما مر ، و فى القبض باليد ما دل عليه خبر عقبة بن خالد (١) من اعتبار النقل . و مال فى الدروس أيضا الى أن التخلية كافية مطلقا فى نقل الضمان ، لا فى زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض ، و خبر عقبة حجة عليه ان اعتبره .

و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما ، و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك ، لان الاعتبار بهما قبض و زيادة ، و حينئذ فلو قيل : بالا كفاءة فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف و الخبر الآخر ، و بتوقف البيع ثانيا على الكيل و الوزن لم يكن احداث قول . انتهى كلامه .

اقول ما ذكره هنا من التحقيق جيد ، و بالقبول حقيق ، الا ان فيه أولا - ما يدل على رجوعه عما قدمه ، سيما فى اعتراضه هنا على الدروس بأن الخبر الصحيح حجة عليه ، وقد تكرر فى كلامه السابق على هذا الكلام المبالغة ففى دلالة الخبر على أن القبض فى المكيل و الموزون هو كيله و وزنه ، و أنه لا يتحقق القبض بدون ذلك .

و ثانيا أن ما ذكره من التوقف فى القول بالا كفاءة فى نقل الضمان فى المكيل و الموزون بالنقل ، لا يستلزمه احداث قول فى المسألة . فيه أن ذلك مقتضى كلام الشهيد فى الدروس و العلامة فى المختلف الذى قدمه هنا ، حيث إنهما صرحا بان القبض

فى المكيل و الموزون كما يكون بالكيل و السوزن ، يكون بالنقل أيضاً ، و أن القبض بالنقل موجب لعدم الضمان ، و ان اشتراط الكيل و الوزن فى بيعه ثانيا لا زالة التحريم أو الكراهة ، فهو ليس باحداث قول فى المسألة ، كما ذكره .

السادس - قالوا و اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البايع و كذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده ، و فى الارش تردد .

قال فى المسالك : موضع التردد ما لو كان العيب من قبل الله تعالى ، و منشاؤه من تعيبه على ملك المشتري لا من قبل أحد ، و من أنه مضمون على البايع بأجمعه ، فضمن أجزائه أولى ، فالأقوى ان لسه الارش ان لم يفسخ ، و لو كان التعيب من أجنبى أو من البايع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالارش و بين فسخ العقد ، فان فسخ رجع البايع على الأجنبى بالارش . انتهى .

اقول : أما الحكم الاول فقد تقدم الكلام فيه فى المقام الثانى فى احكام الخيار (١) و بينائمه ما فيه من الاشكال ، و مستنده عند الاصحاب بعد الاجماع و رواية عقبة بن خالد المتقدمة فى الموضع الاول (٢) .

و أما الثانى فلم أفف فيه على نص ، و ظاهرهم الاتفاق على أنه يتمخبر بين رد المبيع و أخذ ثمنه ، و بين امساكه ، و انما الخلاف فى صورة اختيار الامساك هل يمسكه بثمنه او يرجع بالارش على البايع فيما اذا كان العيب من جهة الله تعالى ، و قد رجح فى المسالك الثانى نظراً الى أن ضمان الكل يستلزم ضمان البعض بالطريق الاولى .

و يمكن خدشه بما صرحوا به فى صورة تلف الجميع من انه يبطل البيع ، و ينتقل المبيع الى البايع كما قدمنا نقله عنهم فى الموضع المتقدم ذكره ، بخلاف

(١) ص ٧٧ .

(٢) ص ١٥٤ .

ما هنا ، فانه باق على ملك المشتري ، و لعل مثل هذا لا يؤثر في الضمان .
وبالجملة فان الحكم لمالم يكن منصوباً - والفرق بين الكل والبعض ظاهر
مما ذكرنا - فالحكم بالارش محل اشكال، سيما مع ما حققناه في الموضع المتقدم
ذكره ، من ان قضية العقد كون المبيع ملكا للمشتري، و قضية كونه ملكا للمشتري
أن تلفه منه و ان كان في يد البايع ، والاصل عدم الضمان على البايع بعد انتقال
المبيع عنه الا بالتفريط ولو بمنعه المالك .

السابع - قد صرحوا بانه اذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كالنتاج أو
ثمرة النخل أو اللقطة كلقطة العبد التي يمكن تملكها ولو بعد التعريف كان ذلك
للمشتري ، فان تلف الاصل سقط الثمن عن المشتري ان لم يدفعه ، و الا استرجعه
وله النماء، ولو تلف النماء من غير تفريط لم يلزم البايع دركه .

أقول : أما الحكم الاول فمفيد لان المبيع بالعقد ينتقل الى ملك المشتري قبضه
أولم يقبضه ، فكذا نماءه ، وهكذا الثمن أيضا ، فانه بالعقد ينتقل الى البايع
و نماءه تابع له أيضا .

و أما الثاني - فهو مبني على القاعدة المتفق عليها عندهم ، وهو أن المبيع
قبل القبض مضمون على البايع، وعلى أن التلف انما يطل البيع من حينه، كما هو المشهور
عندهم، فيكون النماء السابق على وقت التلف و ما في حكمه كلقطة العبد للمشتري
و أما لو قلنا بأنه يبطله من أصله كما تقدم نقله احتمالا عن العلامة فهو للبايع .

و أما الثالث . فوجهه ان النماء في يد البايع أمانة لا يضمنها الا مع التفريط
اقتصارا فيما خالف الاصل - و هو ضمان مسال الغير مع عدم العدوان - على ما دل
عليه الدليل .

الثامن - لو باع جملة فتلف بعضها فظاهر بعض الاصحاب هو التفصيل هنا
بأنه ان كان للتالف قسط من الثمن كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد ، و بين

الرضا بالباقي بحصته من الثمن ، و ان لم يكن له قسط كان المشتري مخيراً بين الرد، أو أخذه بجملة الثمن .

قال في المسالك : ضابط الاول ما يمكن افراده بالبيع ، كاحد العبدین و القفيزين ، والثاني مالا يمكن افراده كيد العبد، والفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته أصل المبيع بل بعضه ، والثاني يبقى معه أصل المبيع ، والجزء النالف بمنزلة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد . انتهى .

ونحوه كلام المحقق الشيخ على (قدس سره) في شرح القواعد ، ومقتضى كلام أصحاب هذا القول أنه لأرشد في الصورة الثانية ، بل يكون مخيراً بين الرد والاخذ بمجموع القيمة ، لان القاتت هنا لا قسط له من الثمن فلا أرشد ، لان الارش هو مقدار حصته من الثمن .

وظاهر جملة من الاصحاب - وقيل : انه هو المشهور وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الشيخ على في تعليقاته على الشرايع ، وفي شرح القواعد - هو وجوب الارش في الصورة المذكورة .

قالوا : لان القيمة تزيد بوجوده ، و تنقص بعدمه ، و فواته من أظهر العيوب و أبينها ، للقطع بأن المبيع هو المجموع ، و قد فات بعضه فيتخير بين الرد لتبعض الصفة ، والاخذ بالارش ، و ظاهر كلامه في المسالك (١) ان الامر كذلك في الصورة الاولى أيضاً . و هو ماله قسط من الثمن و يمكن افراده بالبيع - من أنه يتخير بين الرد لتبعض الصفة ، والاخذ بالارش ، و الظاهر أنه ليس الامر كذلك ، بل الحكم هنا مع عدم الفسخ انما هو تقسيط الثمن على الجزء القاتت و الباقي ، و أخذ الباقي بقسطه من الثمن ، و ظاهر كلام المحقق المتقدم ذكره اختصاص الكلام بالصورة الثانية أيضاً، وان الحكم في الصورة الاولى انما هو ما ذكرناه، و به صرح في الدروس أيضاً حيث قال : ولا اشكال في توزيع الثمن على العنين فصاعداً لو تلف بعضها ،

(١) حيث قال : بعد ذكر القول الاول الذي اختاره المصنف : والاقوى ثبوت الارش فيه كالاول الى أن قال : ولان المبيع هو المجموع ، و قد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفة في الموضعين والارش . انتهى منه رحمه الله .

وله الفسخ . انتهى ، و بالقول الاول أفنى المحقق فى الشرايع ، و تنظر العلامة فى القواعد فى ثبوت الارش فى الصورة الثانية .

أقول : و مما يؤيد القول الثانى هنا هو أنهم قد صرحوا فى باب العيب الموجب للخيار والارش بأنه عبارة عن كل ما خرج عن أصل الخلقة الطبيعية بزيادة عضو أو نقصانه ، و منهم المحقق فى الشرايع الذى نفى الارش هنا حيث قال : القول فى أقسام العيوب ، والضابط أن كلما فى أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب ، والزيادة كالاصبع الزائدة ، والنقصان كفوات عضو الى آخره ، وهو ظاهر فيما قلناه ، والمسألة المفروضة هنا أحد جزئيات هذه القاعدة ، فيكون الحكم فيها هو الارش - مع عدم الفسخ ، لا الأخذ بالقيمة ، كما ذكره .

وبما حققناه فى المقام يظهر لك ما فى كلام المحقق الاردبيلي (طاب ثراه) هنا حيث قال - فى أثناء البحث فى المسألة المتقدمة فى الموضع السادس - ما لفظه : والظاهر عدم الفرق بين حدوث عيب ونقص شيء وجزء له قسط من الثمن ، مع عدم صحة ايقاع العقد عليه ، مثل يد العبد ورجله ، وأما قوات الجزء الذى له قسط منه ويصح العقد عليه كموت عبد من عبيدين ، فالظاهر أنه يبطل فى المبت ، فيسقط ويسترد قيمته ، مثل ما قيل فى أمثاله ، وفى الآخر ثبت الخيار للمشتري بين الفسخ وأخذ الثمن ، والرضا به بقيمته من غير شيء ، لتبعض الصفقة .

ولعله يفهم عدم الخلاف عندنا من التذكرة ، فان فيه أولاً أن صحة ايقاع العقد عليه مستقلاً وعدم الصحة انما جعل ضابطاً لماله قسط من الثمن ، وما ليس له قسط ، فكلما له قسط من الثمن يصح ايقاع العقد عليه مستقلاً ، كأحد العبيدين ، وما لم يكن كذلك - كيد العبد - لا يصلح ايقاع العقد عليه مستقلاً .

والضابط الآخر لذلك أيضاً هو ما لا يبقى معه أصل المبيع ، كأعبد من العبيدين ، وما يبقى كيد العبد مثلاً ، فيد العبد لا قسط لها من الثمن على كل من الضابطين ، لأنها لا تباع مستقلة ، وانه يبقى معها أصل المبيع ، وهو قد حكم بأن لها قسطاً من الثمن مع عدم صحة ايقاع العقد عليها وهو خروج عن الضابط الاول .

وثانياً أن ما ذكره من عدم الخلاف مع ما عرفت من أن القول بالارش قد صرح به جملة منهم ، بل هو المشهور كما ذكره بعضهم ، وان العلامة فى القواعد قد توقف فى ذلك .

قالوا هذا كله اذا كان الفايث جزأ من المبيع ، وأما لو كان وصفاً محضاً ، كما لو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض ، فللمشتري الرد خاصة ، أو الامساك بجميع الثمن ، لان الفايث ليس جزأ للمبيع ، ومن ثم لو شرط كونه كاتباً فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد .

التاسع اذا باع شيئاً فغصب من يدا البايع ، فان أمكن استعادته من الغاصب فى زمن يسير ، بحيث لا يفوت فيه منفعة مقصودة يستلزم فواتها نقصاً معتبراً ، أو فوات غرض مقصود للمشتري ، فليس للمشتري الفسخ ، ويجب على البايع استعادته مع الامكان ، لان التسليم واجب عليه ، ولا يتم الا بذلك ، وان تعذرت استعادته أو أمكنت ، لكن بعد مضي زمان يفوت فيه ما ذكرنا من المنافع المقصودة ، والاغراض المطلوبة ، فان للمشتري الخيار حينئذ بين الفسخ والرجوع الى ثمنه ، وبين الرضا بالمبيع وانتظار حصوله ، وله الانتفاع بما لا يتوقف على القبض ، كعتق العبد ونحوه .

مركز تحقيق كويتى

ثم ان تلف فى يدا الغاصب فهو مما تلف قبل القبض ، فيبطل البيع ولومع رضائه بالصبر ، ويحتمل أن يكون الرضاء به قبضاً ، ونحوه ما لورضى به فى يد البايع ، ولو امتنع البايع من تسليمه فللمشتري الاجرة اذا سلمه بعد مدة تلزم فيها الاجرة لو كان له اجرة ، ويحتمل ان يكون له الفسخ كما فى أخذ الغاصب له ظلماً ، لانه غاصب فى هذه الحال .

ولو حبسه لنقد الثمن فان ذلك له على ما يظهر من الاصحاب ، فلا أجر له حينئذ ، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى صدر هذا المقام ، وكل موضع يجوز الحبس والمنع فنفقة المبيع على المشتري ، لانه ماله وله نماؤه ، وان لم يمكن من قبضه يكون فى ضمان البايع .

العاشر- اختلف الاصحاب في بيع مايكال أو يوزن قبل قبضه ، فمن الشيخ المفيد أنه يكره ذلك فيما يكال أو يوزن ، وليس بمفسد للبيع ، ولا مانع من مضيه ، ونحوه الشيخ في النهاية ، وقال في المبسوط : اذا ابتاع شيئاً وأراد بيعه قبل قبضه ، فان كان طعاماً لم يجز بيعه حتى يقبضه اجمعاً ، فأما غير الطعام من سائر الاموال فانه يجوز بيعه قبل القبض ، ونحوه قال في المخلاف في موضع ، يجوز بيع ماعد الصغام قبل أن يقبض .

وقال ابن أبي عقيل : كل من اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فباعه قبل أن يقبضه فالبيع باطل ، وان كان مما لا يكال أو يوزن فباعه من قبل أن يقبضه فالبيع جائز ، والفرق بينهما أن السنة جاءت عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) بإبطال بيع الطعام وجميع مايكال ويوزن قبل القبض ، واجازه فيما سوى ذلك ، واختار ابن البراج في المذهب قول الشيخ في المبسوط ، وفي الكامل قوله في النهاية .

وعن ابن حمزة أنه منعه من بيع الطعام قبل القبض ، سواء كان بيعاً أو قرضاً ، وغير الطعام جوز بيعه قبل القبض على كل حال ، الا أن يكون سلفاً .

قال الصدوق في المقنع : لا يجوز أن يشتري الطعام من بيعه قبل أن يكتاله ، ومالم يكن فيه كيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه ، وقال في موضع آخر منه : ولا بأس أن يشتري الرجل النخل والثمار ثم يبيعه قبل أن يقبضه ، وروي في حديث « أنه لا بأس أن يشتري الطعام من بيعه قبل أن يقبضه ويوكل المشتري بقبضه » .

وقال أبو الصلاح : يصح بيع ما استحق تسليمه قبل أن يقبضه ، وينوب قبض الثاني عن الاول وأطلق .

والمشهور بين المتأخرين من المحقق والعلامة ومن بعدهما هو القول بالجواز

على كراهة ، والاخبار في المسألة على غاية من الاختلاف والاضطراب ، فلا بد من بسطها ونقلها ليظهر ما هو حقيقة الحق منها والصواب ، بتوفيق الملك الوهاب ، وبركة أهل الذكرا لطباب .

فمن الاخبار الدالة على القول بالتحريم مارواه الصدوق في الصحيح عن منصور بن حازم (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : اذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه ، الا أن توليه ، فان لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه » قال في الفقيه بعد هذه الرواية : يعني أنه يؤكل المشتري بقبضه .

وظاهر المحدث الشيخ محمد الحرفي الوسائل أن هذه الزيادة من أصل الرواية ، حيث أدرجها فيها (٢) وهكذا نقلها في المختلف أيضاً عن الفقيه ، والأقرب أنها من كلام صاحب الفقيه ، كما يظهر من المحدث الكاشاني في الوافي ، حيث لم ينقلها في الرواية .

ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الحلبي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « انه قال في الرجل يتنازع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال ، قال : لا يصلح له ذلك » .

وما رواه في التهذيب أيضاً بسند آخر في الصحيح عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله وأبي صالح (٤) عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثله ، وزاد وقال : « لا تبعه حتى تكيله » .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٥ .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب احكام العقود الرقم ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٣٦ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦ .

ومارواه في الفقيه والتهذيب في الصحيح عن الحلبي (١) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قوم اشتروا بزاً فاشترى كوا فيه جميعاً ولم يقسموه أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس به ، وقال : ان هذا ليس بمنزلة الطعام ، لان الطعام يكال » .

ومارواه في الفقيه والتهذيب في الصحيح في الكتاب الاول عن منصور (٢) قال : «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن ، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه ؟ فقال : لا بأس بذلك ما لم يكن فيه كيل ولا وزن ، فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه » .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن وهب (٣) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ؟ فقال : ما لم يكن كيل او وزن فلا يبيعه حتى يكيله أو يزنه ، الا أن يوليه بالذي قام عليه » .

وعن سماعة في الموثق (٤) «قال : سأله عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة ، وقد كان اشتراها ولم يقبضها قال : لا حتى يقبضها ، الا أن يكون معه قوم يشار بهم فيخرجه بعضهم عن نصيبه من شركته بربح ، أو يوليه بعضهم فلا بأس » .

وروى في التهذيب (٥) قال : «وسأل علي بن جعفر أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : اذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وان كان يوليه فلا بأس ، وسأله عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولي منه قبل أن يقبضه ؟ قال ، اذا لم يربح عليه شيء فلا بأس ، فان ربح فلا يصلح حتى يقبضه » .

(١ و ٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٦ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ و ٥٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥ .

(٤ و ٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٦ .

وطريق الشيخ فى التهذيب الى على بن جعفر صحيح ، فتكون الرواية صحيحة ،
فما ذكره فى المسالك من أن الشيخ . ذكرها فى التهذيب بغير اسناد و جعلها بذلك
ضعيفة ، غفلة مما ذكرناه .

ورواه على بن جعفر فى كتابه ورواه الحميرى فى قرب الاسناد عن عبدالله بن
الحسن عن على بن جعفر (١) مثله .

وعن أبى بصير (٢) قال : « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى
طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله ؟ قال : لا يعجبني أن يبيعه كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله
أو يزنه ، الا أن يوليه كما اشتراه ، فلا بأس أن يوليه كما اشتراه اذا لم يربح فيه
أو يضع ، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن
يقبضه » .

أقول : وهذه الاخبار كلها كما ترى ظاهرة الدلالة على القول المذكور ،
ومقتضاها نصريحاً فى بعض وتلويحاً فى آخر عموم الحكم للمكيل والموزن ،
لابخصوص الطعام .

ويؤيدها أيضاً ما رواه فى الكافى عن على بن أبى حمزة (٣) عن أبى جعفر
(عليه السلام) « قال : سألت عن الرجل يشتري متاعاً ليس فيه كيل ولا وزن أبيع
قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس » .

وجملة من هذه الاخبار قد دلت على النهى الذى هو حقيقة فى التحريم ،

(١) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود الرقم ٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧ الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود
الرقم - ١٦ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٠٠ الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام
العقود الرقم - ٨ .

كصحيحة منصور بن حازم (١) وصحيحة عبدالرحمن بن ابي عبدالله وابي صالح (٢) وصحيحة معوية بن وهب (٣) وموثقة سماعة (٤) .

وماعدا هذه الاخبار فانها وان لم تكن مثلها في الصراحة ، الا أنها بمعونة هذه الاخبار ظاهرة تمام الظهور؟ خصوصاً لفظ لا يصلح ، فان ذكر هذه الالفاظ - في ضمن هذا السياق الذي سبقت عليه الاخبار الناهية الصريحة في التحريم - قرينة ظاهرة على أن المراد بها ما أريد بالنهاي - في تلك الاخبار - التحريم ، وان كانت في حد ذاتها أعم من ذلك ، كما لا يخفى على المنصف المندرب .

ثم انه لا يخفى أن جملة من هذه الاخبار قد دلت على استثناء التولية فيجوز البيع قبل القبض في هذه الصورة ، وفي بعضها تخصيص المنع بالربح ، فيفهم منه الجواز مع المواضعة ، لأن عجز صحيحة على بن جعفر صريح في المنع مع المواضعة ايضاً ، وحينئذ فيحمل ما دل على ذكر الربح على مجرد التمثيل دون التخصيص ، فيختص الجواز بالتولية خاصة ، كما هو مفاد اكثر الاخبار ، ويجب حمل الاخبار الدالة على النهي مطلقاً على غير التولية جمعاً .

استدل القائلون بالجواز - ومنهم المحقق الاردبيلي ، فانه قد أطال في ذلك ، ونحن ننقل كلامه ملخصاً ، فانه قد بالغ في نصرة القول المشهور بين المتأخرين بجده وجهده ، فاستدل - بعموم القرآن والاخبار الدالة على جواز البيع ، والاصل ، وبأن الناس مسلطون على اموالهم ، وحصول التراضي مع عدم المانع عقلاً ، وعدم الخروج عن قانون وقاعدة .

وصحيحة منصور بن حازم (٥) عن ابي عبدالله (عليه السلام) « في رجل أمر

(١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود الرقم -

١ - ١٤ - ١١ - ١٥ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٥٠ .

رجلا يشتري له متاعاً فيشتريه منه ؟ قال : لا بأس بذلك ، انما البيع بعد ما يشتريه .
وصحيفة محمد بن مسلم (١) عن ابي جعفر (عليه السلام) « قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لى متاعاً لعلى أشتريته منك بنقد أونسية فابتاعه الرجل من أجله قال : ليس به بأس ، انما يشتريه منه بعدما يملكه » فان قوله بعد التملك ، وبعد الشراء كالصريح فى الجواز قبل القبض مطلقاً ، فافهم .

ويدل عليه أيضا صحيفة محمد الحلبي (٢) عن ابي عبدالله (عليه السلام) .
« قال : سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل ان يأخذها ؟ قال : لا بأس به ان وجد ربحاً فليبع » .

وصحيفة محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما (عليهما السلام) « انه قال فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال : لا بأس » .

ولا يخفى أن الثمرة مكبل ، بل طعام على بعض الاطلاقات ، والاول صريح فى الجواز مع ارادة المراجعة ، فيحمل ما يدل على عدم جوازها على شدة الكراهة للجمع ، فتأمل .

ويؤيد الجمع رواية ابي بصير قال : « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) اشترى طعاماً قبل أن يكيله ؟ قال : ما يعجبني » الحديث كما قدمنا نقله (٤) .

ثم قال : وهذه صريحة فى الكراهة مراجعة ، وكراهة المكبل والموزون قبل القبض ، وعدم البأس فى غيرهما .

وكذا ما فى رواية ابن الحجاج الكرخي (٥) قال : « قلت لابي عبدالله (عليه السلام) :

(١) التهذيب ج ٧ ص ٥١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٩ .

(٤) ص ١٦٠ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٩ الفقه ج ٣ ص ١٣١ .

اشترى الطعام الى أجل مسمى ، فبطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه ؟ قال :
لابأس أن تبيع الى أجل كما اشتريت » الى آخره .

وكذا رواية جميل بن دراج (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «فى الرجل
يشترى الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : لابأس ، ويوكل الرجل المشتري منه
بكيهه وقبضه ؟ قال : لابأس » .

ويؤيده أيضا أن أكثر أخبار المنع وردت بلفظ لا يصلح ، وهو ظاهر فى الكراهة
وليست بصريحة فى التحريم ، والتى بغير لفظ لا يصلح ليست أيضا بصريحة فى التحريم
قبل القبض ، مثل رواية معاوية الآتية ، لان فيها النهي عن البيع قبل الكيل ، ومع
الاجمال فى قوله « الآن توليه ، الذى قام عليه » .

نعم رواية منصور ظاهرة فيه ، ويمكن تأويلها ، وبالجمللة الأدلة التى افادت
العلم لا ينبغى الخروج عنها بالإدليل قوى . انتهى ملخصا .

أقول : لا يخفى ما فيه على المنصف النبيه من التكلف والخروج عن القواعد
المقررة والضوابط المعتمدة ، أما ما استدل به أولا من الاصل وعمومات القرآن
والاخبار وأن الناس مسلطون على اموالهم ، ففيه أن ما دلت عليه الاخبار المذكورة
خاص ، ومقتضى القاعدة تخصيص تلك العمومات به ، والاصل يجب الخروج عنه
بالدليل ، وهو موجود بالتقريب الذى قدمناه ذيل تلك الاخبار .

وبذلك يظهر لك ما فى قوله - وعدم الخروج من قانون وقاعدة -
وكيف لا يكون فيما ذهب اليه خروج عن قاعدة ، ومورد هذه الاخبار أخص مما
استدل به من العمومات ، وقاعدة المسألة تقتضى الحكم بالخاص على العام ، والمقيد
على المطلق .

وأما صحيحة منصور بن حازم وصحيحة محمد بن مسلم فالقول فيهما كذلك أيضا ، فإن المبتاع فيهما مطلق ، شامل باطلاقه للمكيل والموزون وغيرهما ، والواجب تخصيصهما بماعدا المكيل والموزون ، كما أفصحت به صحيحة منصور ابن حازم التى هى أول تلك الاخبار ، من قوله (عليه السلام) « إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن ، الى آخره ، فانها قد فصلت بين المتاع المكيل والموزون وغيرهما ، وبه يجب الحكم على اطلاق الخبرين المذكورين . ونحوها صحيحة الأخرى وغيرها ، وبه يتأ كدما أوردنا على قوله « وعدم الخروج عن قانون وقاعدة » .

وأما صحيحة محمد الحلبي وصحيحة محمد بن مسلم الواردتان فى بيع الثمار فهما ليسا من محل البحث فى شىء ، حيث أن الظاهر من الاخبار من المكيل والموزون هنا انما هو ما أمكن كياله ووزنه بالفعل ، لا بالقوة ، قريبة أو بعيدة ، والثمره انما هي من قبيل الثاني ، مع أنهما أخص من محل البحث ، ومعارضتان بموثقة سماعة المتقدمة .

وبذلك يظهر ما فى قوله « ولا يخفى أن الثمرة مكيل » فانه ان أراد بالفعل فهو ليس كذلك ، كما هو ظاهر لكل ناظر ، وان أراد بالقوة فهو ليس محل البحث الذى دلت عليه الاخبار .

وأما رواية أبى بصير وقوله (عليه السلام) فيها « ما يعجبني » فهو أعم من التحريم والكراهة ، وهذا اللفظ يساوق قولهم فى مواضع « ما أحب » الذى قد وقع استعماله فى التحريم فى مواضع ، وسياق الخبر الى آخره ظاهر فى ذلك .

وبذلك يظهر ما فى قوله « وهذه صريحة فى الكراهة » ، وما أدرى من أين حصلت له هذه الصراحة مع الاجمال فى اللفظ المذكور ، ودلالة السياق على ما ذكرنا من التحريم ، وأن سياق هذه الرواية سياق الروايات الصريحة فى التحريم بالنهى

عن ذلك ، فهذا اللفظ هنا مرادبه مادلت عليه تلك الالفاظ الصريحة فى النهى .

وأما رواية ابن الحمجاج الكرخى - فهى مع ضعفها وقصورها عن معارضة ما قدمناه من الاخبار - مخصوصة بما اذا اشترى الطعام بثمن مؤجل ، وأراد بيعه مرابحة بثمن مؤجل ، حيث أنه لا يصح نقداً لان الاجل له قسط من الثمن ، فموردها أخص من محل البحث ، فلا تنهض حجة على تمام المدعى .

وأما رواية جميل فهى ظاهرة فيما ادعا ، لكنها لا تبلغ قوة المعارضة لما قدمناه من الاخبار .

وكيف كان فانه قد ظهر بما قررناه أنه ليس فى الاخبار ما يدل على هذا القول المشهور بينهم الارواية جميل المذكورة على ما هى عليه من الضعف ، والافقد عرفت حال ماعداها ، وبذلك يظهر ما فى قوله « وبالجملة الادلة التى أفادت العلم لا ينبغي الخروج عنها الا بدليل قوى » فانه مجرد دعوى خالية من الدليل ، بعدما عرفت من احوال ادلته التى هى من هذا القبيل .

ثم أنه قال (قدس سره) : ثم انه يمكن حمل أخبار المنع مع ما عرفت فيها من عدم التصريح بالنهى والتحريم ، وامكان التأويل للجمع المذكور على عدم وقوع الكيل والوزن فى الشراء الاول ، وهى ليست بصريحة فى وجوبها الى آخر كلامه .

أقول : انظر الى هذا الكلام المنحل الزمام ، والمختل النظام ، الذى هو من أضعف الاوهام ، أما أولاً فمن حيث انكاره النهى عن ذلك ، وقد عرفت الاخبار الصحيحة الصريحة فى النهى الذى هو حقيقة فى التحريم .

وأما ثانياً فمن حيث حمله للاخبار النهى على عدم وقوع الكيل والوزن فى الشراء الاول ، مع أن هذا هو موضوع المسألة ، ومحل الخلاف الذى اختلف

فيه الاقوال والاخبار، لان موضوع المسألة انه هل يجوز بيع المكيل و الموزون
ثانياً قبل قبضه من البائع الاول أم لا؟ والقبض فى المكيل و الموزون هو كيـله ووزنه
لاجل القبض، كما عرفت. و الروايات بعضها بلفظ عدم القبض، وبعضها بلفظ
الكيل والوزن، والمرجع الى أمر واحد.

و رواية جميل التى اعتمدها دليلاً على الجواز، صريحة فى جواز بيعه قبل
قبضه، وأن يوكل المشتري الثانى فى القبض عنه، ليقبض وكالة عنه، ويقبض لنفسه، فهو
وكيل فى القبض والاقباض، و هو صريح فى جواز البيع قبل الكيل والوزن.

و بالجملة فان كلام هذا المحقق هنا لا يخلو عن غفلة واستعجال، وعدم تأمل
فيما سطره من المقال، لظهور ما فيه من الاختلال، هذا والعجب أن من قواعد
أصحاب هذا الاصطلاح الدوران مدار الاخبار الصحيحة الاسانيد، والعمل بها، وطرح
ما عارضها، وأنهم لا يجمعون بين الاخبار إلا بعد التساوى فى الصحة، و الافتراءم
يطرحون الضعيف من البين، ولم أقف على من وقف على هذه القاعدة هنا الا قليل منهم.

قال فى المسالك بعد- أن نقل الاستدلال على الجواز بخبرى جميل و ابن
الحجاج الكرخى، و على عدم بصحاح الحلبي و منصور بن حازم و معاوية بن
وهب، و نقل عنهم الجمع بين الاخبار، بحمل اخبار المنع على الكراهة - ما لفظه:
وهذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة فى وجوب العمل بها، لكن الامر هنا
ليس كذلك، لان اخبار المنع صحيحة متظافرة، و خبر التسويغ فى طريق أولهما
على بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح، و هو خيرة العلامة
فى التذكرة و الارشاد، و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الاجماع جماعة
من الاصحاب. انتهى.

و هو جيد هذا مع ما عرفت فى غير موضع مما تقدم ما فى الجمع بين الاخبار
بالكراهة والاستحباب- كما هو القاعدة المطردة عندهم فى جميع الابواب- من عدم
الدليل على ذلك، من سنة و لا كتاب، بل عدم الاستقامة فى حد ذاته، كما لا يخفى

على المنصف من أولى الالباب، لان الاستحباب والكرامة حكمان شرعيان يتوقفان على الدليل الواضح، ومجرد اختلاف الاخبار ليس بدليل على ذلك. و أيضا فان الاصل في الامر الوجوب، وفي النهي التحريم، كما حققه المحققون في الاصول، وعليه دلت الايات و الروايات كما سلف تحقيقه في المسقدمات (١) من أول كتاب الطهارة و حملهما على غير ذلك مجاز يتوقف على القرينة واختلاف الاخبار ليس من قرائن المجاز.

و أنت اذا تدبرت في أخبار المسألة نفيًا وإثباتًا ظهر لك ان الحكم بالتحريم كان شايعاً في الصدر الاول بين أصحاب الأئمة (عليهم السلام) كما يشير اليه رواية علي بن أبي حمزة، وصحيفة الحلبي المشتملة على شراء البر، وصحيفة منصور الثانية، فانها تشعر بتوهم سريان التحريم الى غير المكمل والموزون، فحصل السؤال عنه وهو يشعر بشهرة الحكم بالتحريم في الموزون والمكمل حتى توهم الحاق غيرهما بهما، كما لا يخفى (٢).

وبالجملة فالظاهر عندي هو القول بالتحريم الا في صورة التولية، كما نصت عليه الاخبار المتقدمة، و ارتكاب التأويل في خبري ابن الحجاج و جميل المذكورين ان أمكن، والا فالارد الى قائلهما.

فوائد الاولى لو باع على تقدير القول بالتحريم مطلقاً أو في غير التولية، هل يقع البيع باطلا، أو يصح وان أثم وصرح بالاول ابن ابي عقيل في عبارته المتقدمة في صدر المسألة، و بالثاني قطع العلامة في المختلف. فقال: ولو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع، واسم يتعرض الى دليل في المقام، وكأنه مبني على ما اشتهر عندهم من أن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد، انما ذلك في العبادات، و الحق

(١) ص ج ١ ص ١١٢

(٢) أقول ملخص الاقوال هنا ثلاثة، الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً، والتفصيل

بين التولية وغيرها فيجوز فيها و يحرم في غيرها. من رحمه الله.

فى ذلك هو التفصيل الذى قدمنا ذكره فى كتاب الصلاة (١) و تقدمت الإشارة الىه
ايضا قريبا من أنه ان كان النهى فى المعاملات من حيث عدم صلاحية المعقود عليه
للدخول تحت العقد، فالأظهر بطلان العقد، وان كان بسبب أمر خارج فالأظهر
الصحة، و الظاهر أن ما هنا من قبيل الاول، وهو اختياره فى المسالك - أيضا - قال:
وبؤيده أن النهى هنا راجع الى نفس البيع، فيبطل كبيع المجهول ونحوه، ولتعلق
النهى فيه بمصلحة لا تتم الا بابطاله .

الثانية: أكثر الأصحاب جعلوا محل الخلاف هو الطعام ، و الظاهر من الاخبار
المقدمة بالنظر الى حمل مطلقها على مقيدها و عامها على خاصها هو المكيل والموزون
مطلقا ، و سياق جملة من الاخبار المتقدمة ظاهر فى ذلك، أوضح الظهور ، و ذكر
الطعام فى بعض انما خرج مخرج التمثيل ، لانه اشهر افراد المكيل و الموزون،
و أكثرها دورانا فى المعاملات .

ثم انه على تقدير الاختصاص بالطعام فهل المراد به كلما أعد للاكل - كما
هو موضوعه لغة - أو يختص بالحنطة و الشعير لانه معناه شرعاً ؟ كما نبهوا عليه فى
موارد ، منها حل طعام اهل الكتاب - قولان : و الثانى صرح فخر المحققين فى
بعض فوائده على ما نقلوه عنه ، و فى دعوى اختصاص طعام أهل الكتاب بالحنطة
و الشعير نظر ، اذ الظاهر من الاخبار الشمول لجميع الافراد الموزونة من الحبوب
مثل العدس والذرة ونحو ذلك .

الثالثة : لو ملك ما يريد بيعه بغير بيع جاز وان لم يقبضه، كالميراث والصدقات
للرأة و الخلع و نحوها .

قال فى المسالك : المنع على القول به مشروط بأمرين - انتقاله بالبيع، ونقله
به ، فلو انتقل بغيره أو نقله بغيره لم يحرم ، أما الاول فلا نعلم فيه خلافاً ، و اما

الثاني فهو المشهور ، غير أن الشيخ ألحق به الاجارة ، محتجاً بأنه ضرب من البيوع ، و هو ممنوع ، و كذلك منع من الكتابة ، بناء على أنها بيع العبد من نفسه ، و هو مع تسليمه لا يستلزم المنع ، لأن العبد ليس مما يكال أو يوزن ، وغاية المنع عندنا ان يكون المبيع مقدراً بهما . انتهى .

ثم انه على تقدير الجواز في الميراث و نحوه مما تقدم ، قد استثنى بعضهم من ذلك صوراً منها - ما اذا اشترى الميت قبل الموت مكيلاً أو موزوناً و لم يقبضه ، فانه لا يجوز للوارث بيعه قبل قبضه ، و رد بأن انتقاله الى الوارث بالارث واسطة بين البيعين . و منها في الصداق اذا اشترى المصدق الصداق مثلاً و لم يقبضه ، و أصدقه المرأة قبل القبض ، و أرادت المرأة بيعه و الحال كذلك ، و أجيب عنه بما أجيب عن سابقه ، فان اصدقه للمرأة واسطة بين البيعين ، و هكذا القول في عوض الخلع اذا اشترته المرأة و لم يقبضه ، ثم جعلته عوضاً للخلع ، و أراد الزوج بيعه و الحال كذلك ، فان جعله عوضاً للخلع واسطة بين البيعين أيضاً ، فلا استثناء غير واضح لثبوت الواسطة في الجميع .

الحادي عشر - المشهور أنه لو كان له على غيره طعام من سلم ، و عليه مثل ذلك ، فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر ، فان قلنا بتحريم بيع ما لم يقبض حرم عنا أيضاً ، و ان قلنا : بالكراهة اكره هنا أيضاً ، ذكر ذلك الشيخ في الخلاف و المبسوط ، و تبعه الجماعة لان المحتمل قبض المحال عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه ، فيكون من قبيل بيع ما لم يقبض ، و قيل : بأن هذا ليس من تلك المسألة في شيء ، لما عرفت من أن المنع من بيع ما لم يقبض تحريماً أو كراهة مشروط بشرطين ، انتقاله بالبيع ، و نقله به ، و ما ذكر في هذا الفرض و ان كان تبعاً من حيث أن السلم فرد من افراده ، الا ان الواقع من السلم اما حوالة لغريمه في القبض ، أو وكالة له فيه ، و كل منهما ليس ببيع ، و دعوى أن الحوالة ملحقه بالبيع في حيز المنع .

أقول : و يؤيد هذا القول ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح في بعض و الموثق في أخرى عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل عليه كرم من طعام فاشترى كرا من رجل آخر ، فقال : للرجل انطلق فاستوف كرك فقال : لا بأس به » و هو ظاهر في المراد عار عن وصمة الأيراد .

و به يظهر قوة القول المذكور . مضافاً إلى ما تقدم من ان الواقع هنا انما هو حوالة لا بيع .

و أجاب الشهيد في بعض تحقیقاته عن ذلك بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة على افراد لا نهاية لها ، فاي فرد عينه المسلم اليه ، تشخص بذلك الفرد ، و انصب العقد عليه ، فكانه لما قال للغريم : اکتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه ، وارداً على ما في ذمة غريمه المستسلم منه ، و لما يقبضه بعد ، و لا ريب أنه مملوك له بالبيع ، فاذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه ، فيتحقق الشرطان ، و يلتحق بالباب ، قال : و هذا من لطايف الفقه .

قال في المسالك بعد نقل ذلك - : وهذا التحقيق غاية ما يقال هنا في توجيه كلام الشيخ و من تبعه ، الا انه مع ذلك لا يخلو من نظر ، لان مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمراً كلياً ، كان المبيع المتحقق به هو الامر الكلي ، وما يتعين لذلك من الاعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع ، و ان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة فانها ليست عينه ، و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيباً رجع الحق الى الذمة ، والمبيع المعين ليس كذلك ، و نظير ذلك ما حققه الاصوليون من أن الامر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصة و ان كان لا يتحقق الا بها .

و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض ، و كونه حينئذ بيعاً غير واضح ،
فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه ، نعم لا بأس حينئذ بالكراهة خروجاً
من خلاف الشيخ والجماعة و تحرراً عما هو مظنة التحريم انتهى و هو جيد .

الثاني عشر- لو كان له على غيره طعام من سلم ، فدفع اليه مالا و قال اشتربه
به طعاماً ، فان قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ، بمعنى أنه و كله في القبض والاقباض
قالوا : صح الشراء خاصة ، دون القبض والاقباض ، لانه لا يجوز أن يتولى طرفي
العقد ، ذكره الشيخ و تبعه جملة ممن تأخر عنه و تردد في الشرايع .

قال الشيخ : لانه لا يجوز أن يكون و كيلا لغيره في قبض حق نفسه من نفسه ،
و جملة من المتأخرين قد صرحوا بالجواز ، لان الاصل ذلك ، ولانه و كله في
الاقباض ، والمغايرة الاعتبارية في القابض و المقبوض منه كافية ، و مثله تولى طرفي
العقد .

أقول : و قد تقدم الكلام في مسألة تولى الواحد طرفي العقد في الموضع
الخامس من المسألة الخامسة من المقام الاول من الفصل الاول في البيع (١) قالوا :
ولو قال : اشتراك لم يصح الشراء ، ولا يتعين له بالقبض ، وعلل بأن مال الغير يمتنع
شراء شيء به لنفسه مادام على ملك الغير ، وهذا هو الفارق بين هذه و سابقها ، حيث
حكم بصحة الشراء ثمة ، و نقل عن الشيخ في الخلاف جواز ذلك هنا ، و جعله
قبضاً للطعام بجنس الدراهم أو قبضاً للدراهم ، ورد بعدم وجود دليل يدل على
ما ادعاه . نعم لو علم من الدافع ارادة أحد الأمرين و قبل القابض صح ذلك .

أقول : والذي وقفت عليه في هذا المقام روايات ، منها - مرواه المشايخ
الثلاثة في الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال : سألت عن رجل

(١) ج ١٨ ص ٤١٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٥ التهذيب ج ٧ ص ٢٩ الفقيه ج ٣ ص ١٦٤ .

أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث الي بدراهم فقال : اشتر لنفسك طعاماً و استوف حقه ؟ قال : أرى أن يولى ذلك غيرك ، و تقوم معه حتى تقبض الذى لك ، ولا تتولى انت شراءه» و مارواه فى الكافى و التهذيب فى الموثق عن عبد الرحمن بن أبى عبدالله (١) قال : «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحل الذى له فأرسل اليه بدراهم فقال : اشتر طعاماً و استوف حقه هل ترى به بأساً ؟ قال : يكون معه غيره يوفيه ذلك » .

و ما رواه فى التهذيب فى الصحيح عن يعقوب بن شعيب (٢) قال : «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر أحمال رطب أو تمر ، فيبعث اليه بدنانير فيقول : اشتر بهذه و استوف منه الذى لك ؟ قال : لا بأس اذا ائتمنه » . أقول : الظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو أن النهى عن الشراء فى الخبرين الاولين انما هو لخوف التهمة ، كما أفصح به الخبر الثالث ، و حينئذ فيجوز له الشراء متى أمن التهمة ، و على ذلك تكون الاخبار ظاهرة فى جواز الشراء والقبض و الاقباض ، و به يظهر عدم الالتفات الى ما ذكره من التوجيهات الركبة ، و الامر فى ذلك فى الاخبار سيما فى باب البيوع و الطهارات و النجاسات و نحوها - أوسع من ذلك ، كما لا يخفى على من مارسها و تأملها ، . و من الظاهر أن قوله : اشتر لنفسك طعاماً كما فى الخبر الاول ، مثل قولهم « اشتر لك » الذى حكموا فيه بعدم صحة الشراء ، « و استوف حقه » فى جميع هذه الاخبار كناية عن الاقباض ، فهو وكيل من جهة صاحب الدراهم فى الاشتراء ، و القبض و الاقباض ، و قوله « اشتر لك ، أو اشتر لنفسك » انما هو عبارة عن توكيله فى الشراء بتلك الدراهم ، فلا معنى لقولهم انه يمتنع شراء شىء به لنفسه مادام

(١) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣٠ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ فى ذيل حديث مع اختلاف يسير .

على ملك الغير ، و بالجملة فان الامر في هذا الباب أوسع مما ذكره .
والمحدث الكاشاني في الوافي قد حمل النهي في الخبرين الاولين على غير
البصير بالمسألة الفقهية في هذا المجال ، فان دفع الدراهم في هذه الصورة أعنى وقت
حلول مال السلم و عدم وجوده عند المسلم اليه قد يكون لفسخ البيع ، لعدم وجوده ،
فلا يستحق أزيد من رأس ماله ، و قد يكون لتوكيل صاحب الطلب في شرائه
و قبضه و اقباضه ، فيصح مع الزيادة ، و ما ذكره (قدس سره) جيد في غير هذين
الخبرين من أخبار الباب الذي عقده لذلك .

والوجه في المنع في هذه الاخبار التي ذكرناها انما هو ما قدمناه من خوف
التهمة ، كما صرح به في الخبر الثالث ، و يؤيده أن هذين الخبرين لم يتعرض فيهما
لجواز الزيادة و عدمها ، و قد حققنا ذلك في حواشينا على الكتاب المذكور
والله العالم .

الثالث عشر - قالوا اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه ، فان لم يكن
حضر كياله ولا وزنه ، فالقول قوله ، وان كان حضر فالقول قول البايع ، قيل :
و انما كان القول قول البايع في الثانية مع أن الاصل عدم وصول حق المشتري
اليه في الصورتين ، عملاً بالظاهر ، من أن صاحب الحق اذا حضر لاستيفاء حقه
يحتاط لنفسه ، و يعتبره مقدار حقه ، فيكون هذا الظاهر مرجحاً لقول البايع
و مقوياً لجانبه ، و معارضاً للاصل ، فيقدم قوله بمبنيه ، وهذه مما وجع فيها الظاهر على
الاصل و هو قليل . انتهى .

أقول : الظاهر من العبارة الاولى التي قد منا نقلها عنهم أن حضور الكيل
والوزن في هذا المقام أعم من أن يكون الكيل والوزن لذلك المشتري ، أو للبايع
فانه قد تقدم في جملة من الاخبار وبه صرحوا ايضاً أنه يجوز الشراء بالكيل والوزن
الذي اخذ به البايع اذا حضر المشتري الثاني ذلك ، والتعليل الذي ذكره هذا

القائل انما يتم على تقدير الصورة الاولى ، دون الثانية ، فان المشتري الثانى حال الكيل والوزن للبائع الذى هو المشتري الاول لا يصدق عليه انه حضر لاستيفاء حقه ، و أنه يحتاط لنفسه ، بل الحق فى تلك الحال انما هو حضر لغيره وان كان هو من جملة الحاضرين ، و أنه بعد ذلك الكيل والوزن قد اخذه به و اعتمد عليه .

و بالجملة فان التعليل المذكور لا يتم فى احدى الصورتين المذكورتين ، و تخصيص العبارة الاولى بهذه الصورة يحتاج الى ما يدل عليه ، و ظاهرها انما هو العموم كما قد مناه ، و به لا يتم الدليل المذكور كلياً ، ثم انه على تقدير تخصيص بهذه الصورة فان التعليل المذكور لا يخلو أيضاً من شيء ، فانه بمقتضى ما ذكره أنه قد تعارض الاصل والظاهر ، ان الاصل مرجح لجانب المشتري ، والظاهر مرجح لجانب البائع ، ومقتضى تعارضهما تساقطهما ، و التوقف فى ذلك الامع وجود المرجح لاحدهما ، وهو لم يذكر هنا مرجحاً للظاهر يوجب تقديمه على الاصل ، اللهم الا أن يراد أن الظاهر رافع لحكم الاصل ، كالخبر الدال على خلاف مقتضى الاصل ، فانه يجب الخروج به عن مقتضى الاصل ، والمراد بالتعارض هنا انما هو ذلك ، و الظاهر أنه هو المراد فى أمثال هذا المقام .

و فيه مع ذلك جوار النفلة و السهو من ذلك المشتري ، أو الاعتماد على كيل البائع و وزنه ، فلا يمكن الخروج به عن الاصل المذكور ، و بالجملة المسألة - لخلوها من النص - لا يخلو من التوقف والاشكال والله العالم .

الرابع عشر - لو كان فى ذمته طعام ، و أراد منه أو قيمته فى بلد أخرى غير البلد التى استقر الطعام فيها بذمته فهو لا يخلو عن ثلاثة شقوق ، الاول - أن يكون الطعام سلفاً قالوا : اذا أسلفه فى طعام بالعراق مثلاً ، ثم طالبه بالشام لم يجب عليه دفعه ، لان مال السلم يتعين دفعه عند الاطلاق فى بلده ، وفى موضع التعيين انعين الموضع ، فدفعه فى غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب ، سواء كانت قيمته وقت المطالبة مخالفة لقيمتها فى بلد التسليم أم مساوية ، قالوا : و هذا الاشبهة فيه .

أقول لم أقف على دليل يدل على ما ادعوه هنا من أنه مع الاطلاق يتعين

التسليم في بلده ، فان وجد الدليل تم مارتبوه على ذلك ، و الا فلا ، فليتأمل .
قالوا ولو طالبه في ذلك البلد الاخر بالقيمة و رضى المسلم اليه بالدفع ، قيل
لم يجز ، لانه بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه ، بناء على القول بالتحريم في
تلك المسألة ، أو يكره بناء على القول بالكراهة ثمة .

و قيل : و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين بالجواز من غير تحريم ولا
كراهة لان ذلك ليس بيعاً ، و انما هو استيفاء للحق ، غايته أنه بغير جنسه ، و مثل هذا
لا يسمى بيعاً ، فلا يحرم .

و ربما قيل : بكراهته ، خروجاً من خلاف الشيخ القائل بالتحريم و تخلصاً
من عرضة التحريم . هذا كله اذا رضى المسلم اليه بالدفع .

أما لو لم يرض فهل يجبر على ذلك ؟ بناء على الجواز في الاول ، المشهور
العدم ، لان الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة وما في ذمته لا يجب دفعه في البلد
المذكور ، فساوئلي أن لا يجب عليه دفع مالم تجر عليه المعاوضة ، و لم يقتضيه
عقد السلم .

و ذهب بعض الاصحاب و منهم العلامة في التذكرة الى وجوب دفع القيمة
حينئذ ، مستنداً الى أن الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم ، فكان كمالو عدم الطعام في
بلد يلزمه التسليم فيه و رد بأن فيه منعاً ظاهراً ، اذ ليس ثمة طعام يلزم دفعه حتى ينتقل
الى القيمة .

اقول : و مما يدل على ما هو المشهور من جواز أخذه الثمن متى وقع الرضا
من الطرفين بذلك - ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبان (١) عن بعض أصحابنا
عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام الى أجل ، فيحل

الطعام ، فيقول : ليس عندى طعام ، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه قال : لا بأس بذلك »

و عن ابن فضال (١) قال : كتبت الى أبى الحسن (عليه السلام) : الرجل يسلفنى فى الطعام ، فيجىء الوقت و ليس عندى طعام اعطيه بقيمته دراهم ؟ قال : نعم » و ما رواه فى الكافى و الفقيه فى الصحيح عن العيص بن القاسم (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) ، قال : سألته عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة ، حتى اذا حضر الاجل لم يكن عنده طعام ، و وجد عنده دواباً و رقيقاً و متاعاً ، أيحل أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم ، يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعاً .

و بذلك يظهر لك ضعف ما ذهب اليه الشيخ و أتباعه من عدم جواز أخذ القيمة لليلة التى ذكرها ، و الظاهر أن الوجه فى الجواز هو ما ذكروه ، من أن ذلك استيفاء لحقه ، لا بيع ليلزم ما ذكر ، و لا ينافى ذلك قوله فى الرواية الثالثة « يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعاً » فان المراد منه أنه حيث كانت القيمة عروضاً لادراهم فلا بد من تشخيصها فى مقابلة الطلب الذى له ، ليحصل بذلك استيفاء حقه .

و أما ما ذكروه - من عدم جبره لو طالب صاحب السلم القيمة ، لأن الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمة - فهو جيد ان تم ما ذكروه من عدم وجوب التسليم مع الاطلاق الا فى بلد السلم ، الا أنك قد عرفت أننا لم نقف له على دليل .

و مما يؤيد مذهب العلامة فى التذكرة هنا - لزوم الضرر بصاحب الحق ، فان توقف إيصال حقه على الوصول الى بلد السلم - مع أنه ربما لا يتيسر له الرجوع اليها أو يتعذر عليه ذلك - موجب لما ذكرناه ، فاذا لم يجب على من عليه السلم دفع مال السلم - لتوقفه على الوصول الى تلك البلد التى وقع السلم فيها ، و لم يجب عليه دفع قيمته ، و الحال أن رجوع صاحب الطلب الى تلك البلد غير ممكن - فالأمر

(١) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٣٠ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٦ التهذيب ج ٧ ص ٣١ الفقيه ص ١٦٥ .

فوات حقه ، و هو عين الضرر .

اللهم الا أن يقال بالجوار في هذه الصورة من حيث دفع الضرر، و أن هذه خارجة عن محل البحث، و الخلاف انما هو فيما اذا لم يكن كذلك ، فيتم ما ذكره على ما عرفت فيه .

الثانى - لو كان الطعام قرضاً قالوا: جاز أخذ العوض اذا تراضيا على ذلك لاتفاء المانع المذكور فى الصورة الاولى ، و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه ، و انما الاشكال فى وجوب دفع العوض فى غير بلد القرض، لان اطلاق القرض منزل على قبضه فى بلده ، فليس للمقرض المطالبة فى غيره ، كما أنه لو بذل له المقرض لم يجب عليه قبضه أيضاً ، لما فى نقله الى ما عينه الشارع موضعاً للقبض من المؤنة ، و اذا لم يجب دفع عين الحق فكذا قيمته ، لعدم وقوع المعاوضة عليها و اختار العلامة فى المختلف وجوب دفع المثل وقت المطالبة ، فان تعذر فالقيمة ببلد القرض .

أقول: لم أقف بعد التتبع و الفحص على دليل لما ذكره هنا ايضاً ، من أن اطلاق القرض منزل على قبضه فى بلده ، و أنه لاجل ذلك ليس للمقرض المطالبة فى غيره ، ولا يجب عليه القبض ايضاً لو بذله المقرض له فى غيره ، بل ربما دل ظاهر بعض الاخبار على خلاف ذلك .

مثل ما رواه الشيخ فى الموثق عن سماعة (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال : سألته عن رجل لى عليه مال ، فغاب عنى زمانا ، فرأيت يطفو حول الكعبة فأتقاضاه قال : (عليه السلام) : لا تسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم » فان ترك الاستفسال يفيد عموم المقال كما ذكره فى غير مقام .

و يشير الى ما ذكرناه من المناقشة فى الموضوعين المذكورين كلام المحقق الاردبيلي قال بعد ذكر نحو ما ذكره من الاحكام المترتبة على ذينك الحكمين : ما لفظه كل ذلك ظاهر مما تقدم اذا قيل بتعيين موضع السلف و القرض للطلب فيه و هو محل التأمل .

ثم قال : و يمكن الرجوع الى القرائن ، و مع عدمها الى العرف الغالب بين الناس كما سلف فى تعيين زمان السلف و مكانه انتهى .

و بالجملة فالظاهر بناء على ما ذكرناه هنا هو قريب ما ذكره فى المختلف ، الا ان الظاهر ان تخصيصه القيمة ببلد القرض مبنى على ما نقلناه عنهم و قد عرفت ما فيه .
الثالث أن يكون غصباً فقيلاً : انه لا يجب دفع المثل ، و يجوز دفع القيمة بسعر البلد التى استقر الطعام فى الذمة فيها ، و نسب القول المذكور للشيخ مساوياً بينه و بين القرض فى الحكم .

و قيل : و هو الاشهر بجواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان ، و بالقيمة الحاضرة عند الاعواز ، و علل بأنه حق ثبت عليه بعدوانه ، فيعم كل مكان ، و هو مؤاخذ بأسوء الاحوال .

و وجه وجوب القيمة عند الاعواز انه وقت الانتقال الى القيمة فى المثلى و استقرب فى المختلف قول الشيخ فى القيمة ، و هى قيمة بلد القرض ، لانه غصبه هناك ، فاذا تعدر المثل وجب عليه قيمته فيه .

و نقل ما عليه الاكثر عن والده و احتمل بعضهم أعلى القيم من حين الغصب الى حين الدفع ، و الظاهر هو القول المشهور فى كل من الامرين المذكورين و الله العالم .

الخامس عشر - قالوا : لو اشترى عيناً بعين ، و قبض احدى العينين و بقيت الاخرى عند بايعها ، ثم باع القابض ما قبضه ، ثم تلفت العين الاخرى عند بايعها بطل

البيع الاول ، ولا سبيل الى اعادة ما بيع ثانياً ، لان تلك العين كانت ملكاً خالصاً للبايع ، و انما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين ، فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات ، وعلى هذا فيلزم على البايع الثانى دفع المثل ان كانت العين مثلية ، و القيمة ان كانت قيمية ، كما لو تلفت العين .

بقى الكلام فى القيمة هل هى قيمته يوم البيع ، أو يوم تلف العين الاخرى . يحتمل الاول لانه وقت تعذر المثل ، و الثانى لان القيمة لم تكن لازمة للبايع ، و انما اُزمت بتلف العين الاخرى الموجب لبطلان البيع ، واستجوده فى المسالك . قبل : ويستفاد من ذلك أن تلف المبيع قبل قبضه انما يبطل المبيع من حينه ، لا من أصله ، والا لاسترد العين ، وتظهر الفائدة فى ذلك وفى النماء .

أقول لم أقف فى هذه المسألة على نص بالخصوص ، و بذلك يظهر ما فى الفائدة المذكورة ، فانه لو كان الحكم المذكور منصوصاً لصحت هذه الفائدة وأما اذا كان ذلك ! فما هو بمجرد فتواهم و كلامهم فانه لا ثمره لهذه الاستفادة والله العالم .

مركز تحقيقات كويتى

المطلب الرابع فى اختلاف المتبايعين

وفيه مسائل : الاولى - اذا عين المتبايعان نقداً مخصوصاً تعين ، و ان أطلقا فان كان نقد البلد متحداً انصرف الاطلاق اليه ، وان كان منعددا انصرف الى ما هو الغالب ، لما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أن الاطلاق انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة ، ولو كثرت النقود فيها ولا غلبة فى شىء منها بطل ، لان تعدد النقود فى البلد بمنزلة اللفظ المشترك ، ولا يحمل على أحد معانيه الامع القرينة ، ومع الغلبة فالقرينة ظاهرة ، ومع التساوى فاللازم بطلان البيع ، لمجهولية الثمن أو المبيع .

بقي الاشكال في ان الغلبة قد تكون في الاستعمال ، وقد تكون في الاطلاق ، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدها ، وان كان غيره أكثر استعمالاً كما يتفق ذلك في بعض النقود ، فان اتفقت الغلبة فيهما ، فلا إشكال في الحمل على الاغلب وان اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالاً والاخر أغلب وصفاً ، ففي ترجيح أحدهما - أو كونهما بمنزلة المتساوي نظراً الى تعارض المرجحين - إشكال ، وهكذا الكلام في الكيل والوزن .

الثانية - اذا اختلفا في قدر الثمن فادعى البايع أكثر ، وادعى المشتري أقل فالمشهور بين الاصحاب - بل ادعى عليه الشيخ الاجماع - أن القول قول البايع يمينه ان كانت السلعة قائمة ، وقول المشتري مع يمينه ان كانت تالفة .
ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة مسنداً في روايتي الكليني والشيخ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (١) عن رجل عن أبي عبد الله (عليه السلام) ومرسلاً في الفقيه (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري : هو بكذا وكذا بأقل مما قاله البايع ، قال : القول قول البايع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه » (٣) والتقريب فيها أنها تدل بمنطوقها على تقديم قول البايع مع قيام عين المبيع ، وبمفهومها على تقديم قول المشتري مع تلف العين ، ولا يضر ارسال الخبر المذكور ، لرواية المشايخ الثلاثة له ، ولما ذكروه من استثناء مراسيل أحمد بن محمد بن أبي نصر ، لانه ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه ، ولعمل جل الاصحاب بها لاسيما المحدثين الثلاثة ، وغيرهم من المتقدمين وجل المتأخرين قال في الوافي - بعد ذكر الخبر المذكور : - والوجه فيه أن مع بقاء

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٢٦ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٧١ .

(٣) يعني قيام السلعة وتلفها - منه رحمه الله .

العين يرجع الدعوى الى رضا البايع، وهو منكر لرضاه بالاقبل، ومع تلفه يرجع الى شغل ذمة المشتري بالثمن، وهو منكر للزيادة (١).

أقول هذا الوجه الذي ذكره هنا قد احتج به بعض القائلين بالقول المشهور وقد تنظر فيه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك قال: لاتفاقهما على انتقال العين الى المشتري وملكه لها، وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمة المشتري، فلا وجه لتقديم قول البايع، بل المشتري هو المنكر في الموضعين، ثم قال: فالمعتبر حيثذ هو النص. انتهى وهو جيد متين.

وما ذكره (قدس سره) هنا قد اجتمعه العلامة في القواعد قولاً في المسألة، ونقله في التذكرة قولاً عن بعض العامة، وقوله وظاهر المحقق الأردبيلي تقوية القول المذكور، قال: وهو الظاهر الموافق للقوانين، وكذا يظهر من المسالك أنه أقوى الأقوال، وهو كذلك، فانه الاوفق بالقواعد الشرعية، الا أنه لا معدل عن النص المذكور، لما قدمنا ذكره، ويمكن تأييد الخبر المذكور بما رواه في الكافي: والتهذيب. عن الحسين بن عمار بن يزيد عن أبيه (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) اذا التاجران صدقا بورك لهما واذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار ما لم يفرقا فان اختلفا فالقول قول رب البسطة أو بتاركا.

(١) اقول مرجع هذا الوجه الذي ذكره الى أن المبيع متى كان باقياً فالاصل عدم انتقاله من ملك البايع الى رضاه، وهو لا يرضى الا بما يدعيه، وفيه ما عرفت في الاصل من الاتفاق على انتقال المبيع الى المشتري، ورجوع الاختلاف الى الثمن لزيادة ونقصه، والاصل عدم الزيادة بعد الاعتراف بالبيع، فدعوى المشتري مطابق لهذا الاصل، فالقول قوله حيثذ بيمينه، هذا هو مقتضى الاصول والقواعد كما ذكرناه في الاصل. منه رحمه الله

والتقريب فيه ان الظاهر أن الاختلاف بينهما مع وجود السلعة كما يشير اليه قوله أويتاركا ، و قد جعل القول فيه قول البايع ، و محل الاختلاف و ان كان مطلقا الا أن ما نحن فيه داخل تحت الاطلاق ، و سيجىء - انشاء الله تعالى - أن القول قول البايع في سائر الاختلافات الآتية .

و في المسألة أقوال آخر أيضا ، منها - أن القول قول من هي في يده ، الا أن يحدث المشتري فيها حدثا ، فيكون القول قوله مطلقا ، و هو مذهب ابن الجنييد و نفى عنه البأس في التذكرة ، و وجهه هذا القول بالنسبة الى الأقل أن من كان المبيع في يده يحكم له بالملك ، و يصير غير ذي اليد مدعيا ، و بتقريب آخر أن من ليس في يده يدعي انتزاعه بما يقربه من الثمن ، و ذواليم ينكر ذلك ، فيكون القول قوله ، ترجيحا للبد ، فان الخارج هو المدعي .

و أما بالنسبة الى حدث المشتري فانه دليل البد ، فيكون القول قوله مطلقا ، و فيه ما عرفت آنفا من أن مرجع الاختلاف و النزاع انما هو في الثمن ، لا في أصل المبيع ، للاتفاق على انتقاله بالبيع .

و منها أنهما يتحالفان مطلقا ، لان كلامهما مدع و منكر ، وذلك لان العقد الذي تضمن الأقل و تشخص به ينكره البايع ، و العقد الذي تضمن الثمن الاكثر و تشخص به ينكره المشتري ، فيكون هذا النزاع في قوة ادعاء كل منهما عقدا ينكره الآخر ، فيتحالفان و يبطل البيع ، و هذا القول احتمله العلامة في كثير من كتبه ، و صححه ولده في الايضاح ، و نسبة في الدروس الى الدور مع أنه اختاره في قواعده ، و أورد عليه بمنع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد ، و على انتقال المبيع الى المشتري به ، و ثبوت الثمن الأقل في ذمة المشتري ، وانما يختلفان في الزايد فاحدهما يدعيه ، والاخر ينكره ، فلا وجه للتحالف .

و منها - أن القول قول المشتري مع قيام السلعة أو تلفها في يده أو في

يد البايع بعد الاقباض ، والضمن معين ، والاقل لا يغاير أجزاء الاكثر ، ولو كان مغايراً تحالفاً ، وفسخ العقد ، واحتج على الاول بأن المشتري منكر ، وعلى الثانى بأن التحالف فى عين الثمن ، وكل منهما ينكر ما يدعيه الآخر ، فيتحالفان ، ذهب الى هذا القول العلامة فى المختلف وهو يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقاً ، حيث يكون الاختلاف فى كمية الثمن ، وقد عرفت قوته بحسب القواعد ، الا أن النص على خلافه (١) .

تنبيهات

الاول - قال فى المسالك بعد الكلام فى المسألة : هذا البحث كله اذا وقع

(١) قال فى المختلف : والمعتمد أن نقول : ان السلعة اما أن تكون باقية أو تالفة ، فان كانت تالفة فاما أن تكون قد تلفت فى يد البايع قبل الاقباض ، أو فى يد المشتري أو فى يد البايع بعد الاقباض فان تلفت فى يد البايع قبل الاقباض بطل البيع ، ولا معنى للتحالف وان تلفت فى يد المشتري أو فى يد البايع بعد الاقباض ، أو كانت قائمة فلا يخلو اما أن يكون الثمن معيناً أو فى الذمة ، فان كان معيناً فاما أن يكون الاقل مغايراً لاجزاء الاكثر أولاً ، فان كان مغايراً تحالفاً وفسخ البيع ، وان لم يكن فالقول قول المشتري ، ويحتمل التحالف ، لنا انه على تقدير المخالفة يكون التحالف فى عين الثمن كما تحالفاً فى قدره ، ولاريب أنه مع التحالف فى عين الثمن يتحالفان فكذا هنا ، وأما على باقى التقادير فلان البايع يدعى الزيادة فى الثمن ، والمشتري ينكرها ، فالقول قوله مع اليمين ، كما لو تلفت السلعة أو كانت فى يد المشتري ، واما احتمال التحالف على هذه التقادير غير تقدير المخالفة ، فلانهما متداعيان كل منهما مدع ، فان البايع يدعى العقد بعشرين ، والمشتري يدعى العقد بـ

النزاع بعد قبض المشتري ، أو قبله مع بقاء عين المبيع ، أمالو وقع بعد تلفه في يد البايع ، فإن العقد يفسخ ، و لا يظهر للنزاع أثر ان لم يكن البايع قد قبض الثمن ، ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته أو الأمانة عنده ، فيقدم قوله في قدره ، و مثله مالو اختلفا في قدر الثمن بعد قبض البايع له و الاقالة أو الفسخ باحد وجوهه .

أقول : ينبغي تقييد انفساخ العقد بتلفه في يد البايع بما لو لم يحصل قبض بالكلية ، و الا فلو تلف في يده بعد حصول الاقباض والعود اليه ثانياً ، فإن الحكم فيه كما في صورة الاقباض .

الثاني موضع الخلاف - كما اشار اليه العلامة في المختلف و صرح به شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - ما لو كان الثمن في الذمة ، ليتمكن جريان الاقوال فيه ، فلو كان معيناً كما لو قال البايع : بعثك بهذا العبد أو بهذا الدينار فقال المشتري : بل بهذه الامة أو الدراهم ، فانه يتعين التحالف قطعاً ، لان كلا منهما مدع و منكر ، وهو ضابط التحالف ، وهذا لا يطلق عليه الاختلاف في القدر ، كما هو محل البحث .

نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في القدر أيضاً ، و به يندرج تحت البحث حينئذ ، كما لو قال : بعثك بهذين الدينارين أو الدرهمين ، فقال : بل بأحدهما معينا ، فإن الحكم فيه كالذمة ، و الاقوال المتقدمة تجري فيه .

الثالث - أنه على تقدير القول المشهور من الفرق بين قيام العين و تلفها لو كانت العين باقية ، لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً بالمبيع ، أو العتق أو الهبة

- بعشرة ، والعقد بعشرين غير العقد بعشرة . انتهى وجوابه علم مما في الاصل ، أما بالنسبة الى التحالف فلما عرفت في جواب القول بالتحالف ، و أما بالنسبة الى ان القول قول المشتري بيمينه فلما عرفت من - انه وان كان قويا في حد ذاته الا - أن النص دل على خلافه . و الله العالم (منه رحمه الله) .

اللازمة مثلاً . فهل يكون ذلك من قبيل التلف ، أم لا ؟ اشكال يفشأ من صدق التلف بذلك ، وعدمه ، اذ المتبادر من التلف هو زوال العين عن الوجود وهنا ليس كذلك ، وان كان في حكم التلف من خروجها عن الانتفاع بالنسبة الى المشتري . ويمكن أن يقال : ان النص دل على أن القول قول البايع اذا كانت العين قائمة ، والمتبادر منه وجودها بين المتبايعين في يد أحدهما ، كما يشير اليه الخبر الثانى من قوله « أويتناركا » ومفهومه حينئذ مالم يكن موجودة في يد أحدهما ، والتعبير بالتلف انما وقع في عبارة بعض الاصحاب ، وجعلوه مفهوم مخالفة لقوله « قائمة » بناء على حمله على مجرد الوجود ، والظاهر منه انما هو ما ذكرناه ، فان وجودها بعد انتقالها بناقل شرعي لازم لا يدخل تحت منطوق الخبر المذكور .

وكيف كان فالحكم غير خال من شوب الاشكال . وكذا يجرى الاشكال في الانتقال الغير اللازم كالبيع في زمن الخيار للبايع ، والهبة قبل القبض أو بعده حيث يجوز الفسخ ، وأنه هل يجرى مجرى التلف أم لا ؟ .

الثالثة - لو اختلفا في تأخير الثمن وتأجيله أو في قدر الاجل في اشتراط رهن أو ضمنين فالقول قول البايع مع يمينه ، لانه في هذه المواضع كلها منكر ، وربما قيل : بالتحالف هنا أيضاً ، كما في سابق هذه المسألة ، لان أحدهما يسند الملك الى سبب مخصوص ، والآخر ينفيه ويسنده الى سبب آخر ، ففي الحقيقة الملك بقول أحدهما غير الملك بقول الآخر ، وكل منهما مدع ، ومدعى عليه ، فيتحالفان ، ووجه ضعفه يعلم مما سلف ، وذلك لانهما اتفقا على صدور العقد ، وحصول الملك للمشتري ، والتمن للبايع ، وانما حصل النزاع في أحد هذه الامور الزائدة على ذلك والبايع ينكره ، فيقدم قوله في نفيه .

الرابعة - لو اختلفا في المبيع ، فقال البايع : بعثك ثوباً ، فقال المشتري : بل ثوبين ، فان القول قول البايع بيمينه ، لانه منكر لمبيع الزايد ، مع اتفاقهما على أمر مشترك ، وهو بيع الثوب الواحد .

هذا حيث لا يكون المتنازع معيناً، والافالحكم التحالف، كما لو قال البايع: بعثك هذا الثوب، وقال المشتري: بل هذين الثوبين، مشيراً الى غير ذلك الثوب المعين، فانه يتعين القول بالتحالف، لعدم الاتفاق على شيء.

وكذا أيضاً يجب تقييد أصل المسألة بما اذا لم يختلفا في الثمن على كل من التقديرين، لانه حينئذ يمكن الاخذ بالمشترك بين كلاميهما، بخلاف ما لو قال: بعثك هذا بالف، فقال: بل هذا وهذا بألفين، فلانه لا مشترك بين كلاميهما يمكن الاخذ به، فلا بد من التحالف كما ذكره في التذكرة.

واعلم أن ضابط التحالف - المقطوع به في كلامهم - ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر كما هنا، ومثله ما لو اختلفا في الثمن المعين، أوفيهما معاً، ومثله ما لو ادعا أحدهما البيع، والآخر الصلح.

ولو اتفقا على أمر واحد واختلفا في وصف زائد أو قدر بحيث كانت الدعوى من طرف واحد، كما في المواضع التي قدمناها حلف المنكر، وأما من أجرى التحالف في مثل تلك المواضع فقد عرفت بطلانه، لخروجه عن الضابطة المذكورة، وكما يجري ذلك في البيع فكذا في الصلح والاجارة ونحوهما.

بقي هنا شيء ينبغى التنبيه عليه، وهو أنه اذا ادعى البايع: أنى بعثك هذا الثوب، فقال المشتري: بل هذا إشارة الى ثوب آخر، فإن الحكم كما عرفت التحالف، وبطلان البيع، فاذا حلف البايع على نفى ما يدعيه المشتري بقي الثوب على ملكه، فإن كان في يده، والانتزعه من يد المشتري، واذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البايع، وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبة به، لانه لا يدعيه، وان كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لانه معترف بانه للمشتري، وله ثمنه في ذمته، فإن كان البايع قد قبض الثمن رده على المشتري، ويأخذ الثوب قصاصاً، وان لم يكن قبضه أخذ الثوب قصاصاً أيضاً بذلك الثمن، ولو زاد فهو مال لا يدعيه أحد، كذا فصله العلامة في التذكرة.

ولوماتا المتبايعان فاختلف ورثتهما، فذهب جمع من الاصحاب الى أن القول قول ورثة البايع في قدر المبيع ، وورثة المشتري في قدر الثمن .
 أما كون القول قول ورثة البايع في قدر المبيع فهو جار على قول مورثهم، لان القول قوله لو كان حيا كما تقدم .
 وأما أن القول قول ورثة المشتري في قدر الثمن مع أنه ليس كذلك في مورثهم، لانهم منكرون .

وذهب الاكثر الى أن الورثة في ذلك كالمورثين فيقدم قول ورثة البايع مع بقاء السلعة ، وقول ورثة المشتري مع تلفها، ولو اختلف الورثة في عين الثمن أو عين المبيع فالحكم التحالف ، كما تقدم ذكره في المتبايعين .

الفصل الخامس

في أقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه، وهو لا يخلو عن أقسام أربعة لانه اما أن يخبر بالثمن ، أولا ، الثاني - المساومة ، والاول - اما أن يبيع معه برأس ماله ، أو بزيادة عليه ، أو نقيصة عنه ، والاول - التولية ، والثاني - المرابحة ، والثالث - المواضعة ، وزاد بعضهم قسماً خامساً ، وهو اعطاء بعض المبيع برأس ماله ، ذكره الشهيد في الدروس واللمعة ، ولم يذكره كثير منهم قال : و التشريك جائز ، و هو أن يجعل له نصيباً بما يخصه من الثمن ، قال شيخنا الشهيد الثاني : وفي بعض الاخبار دلالة عليه ، وقد يجتمع الاقسام الخمسة في عقد واحد ، بأن اشترى خمسة ثوباً بالسوية ، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، والاخر خمسة عشر، والثالث عشرة ، والرابع خمسة ، والخامس لم يبين، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد اخبارهم بالحال ، والرابع شرك في حصته ، فهو بالنسبة الى الاول مواضعة ، والى الثاني تولية ، والثالث مرابحة ، والرابع تشريك ، والخامس مساومة .

وعلى هذا القياس اجتماع قسمين منها ، وثلاثة وأربعة بالتقريب المذكور .
أقول : والمفهوم من الاخبار أن افضل - هذه الاقسام - المساومة ، وان
المرابحة مكروهة ، فروى ثقة الاسلام فى الكافى فى الضعيف والشيخ فى التهذيب
فى الصحيح ، عن محمد بن مسلم (١) قال : « قال أبو عبدالله (عليه السلام) : انى
أكره بيع عشرة باحدى عشرة ، وعشرة باثنى عشرة ، ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك
كذا وكذا مساومة ، قال : وأنا نى متاع من مصر ، فكرهت أن أبيعك كذلك وعظم
على فبعته مساومة » وعن جراح المداينى (٢) قال : « قال أبو عبدالله (عليه السلام) :
انى اكره بيع ده يازده وده دوازده ، ولكن أبيعك بكذا وكذا » ، وروى فى الكافى
عن الحلبي (٣) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : قدم
لابى متاع من مصر فصنع طعاماً ودعى له التجار ، فقالوا له تأخذ منك بده دوازده
فقال لهم أبى : وكم يكون ذلك ؟ قالوا فى عشرة آلاف ألفين ، فقال لهم : أبى انى
أبيعكم هذا المتاع باثنى عشر ألفاً فباعهم مساومة » .
وروى فى الفقيه عن عبيد الله الحلبي ومحمد الحلبي (٤) عن أبى عبدالله (عليه السلام)
قال « قدم لابی متاع » الحديث الا أنه لم يذكره « فباعهم مساومة » وعلل استحباب
المساومة زيادة على ماورد فى النصوص المذكورة بأن فيه سلامة عن الاخبار بالكذب ،
اذ قد يقع المخبر فى الكذب ، وصعوبة أداء الامانة ، والبعد عن مشابهة الربا .
أقول : وبعضه ما يأتى فى شروط المرابحة من كثرة المفاصد فيها ، وبدل

(١) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) و (٣) الكافى ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ و ٥٤ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣٥ .

على جواز المربحة صريحاً مارواه الشيخ في الصحيح عن العلا (١) « قال : قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) : الرجل يبيع الرجل البيع فيقول أبيعك بده دوازه أوده يازده فقال : لا بأس » إنما هذه المراوضة ، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة .

ورواه الحميري في قرب الاسناد عن محمد بن خالد الطيالسي (٢) عن العلا مثله ، إلا أنه قال : « لا بأس إنما هو البيع يجعله جملة واحدة » .

أقول : يعني يجعل الانتفاع ورأس المال جملة واحدة في حال البيع ، والمراوضة إنما هي قبل البيع ، وفيه إشارة إلى الكراهة في حال البيع ، كما تقدم بأن يقول : أبيعك بكذا أو ربح كذا .

وأظهر منهما في الجواز أيضاً مارواه الشيخ عن علي بن سعيد (٣) « قال سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن رجل يبتاع ثوباً فيطلب منه مربحة ، ترى يبيع المربحة بأساً إذا صدق في المربحة ، وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم فقال : لا بأس » الحديث .

مركز تحقيق كتب التراث الإسلامي

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في موضعين ، الأول في العبارة أما بالنسبة إلى المساومة فهي البيع بما يتفقان عليه ، من غير تعرض لذكر الثمن ، سواء علمه المشتري أو لم يعلمه ، وهو أفضل الأقسام كما عرفت ، وأما المربحة فيجب فيها علم المتعاقدين برأس المال ، والربح والغرم والمؤمن أن ضمها ، ويجب على البائع الصدق في الثمن ، والمؤمن وماطره من موجب النقص والاجل وغيره ، فإن لم يحدث فيه زيادة ، قال : اشتريته بكذا ، أو تقوم على بكذا ، وإن زاد بفعله من غير غرامة مالية أخبر بذلك ، بأن يقول : اشتريته بكذا ، وعملت فيه عملاً يساوي كذا ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ .

(٢) الوسائل الباب ١٤ - من أبواب أحكام العقود الرقم ٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٥٥ .

وان كانت الزيادة باستيجار عليه فيقول: تقوم علي بكذا أو اشتريت بكذا واستأجرت بكذا ، وان طرء فيه عيب ذكره .

ولا بد من ذكر الجنس والصرف والوزن ان تعددت النقود ، واختلف صرفها ووزنها ، كما لو كان صرف بعض الدينار عشرة دراهم ، وبعضها أكثر أو أقل ، وكذا الوزن ، وأما لو اتحد النقد لم يفتقر الى ذلك .

وبالجملة فلا بد من الاخبار بالثمن ، وكلما تجدد مما يوجب زيادة أو نقصان وإضافة ما ينفقان من الربح اليه (١) .

وأما التولية فهو أن يعطيه المتاع برأس ماله ، من غير زيادة فيقول : وليتك أو بعتك أو ما يشاكل ذلك من الالفاظ الدالة على النقل ، لكن ان وقع العقد بلفظ بعتك ونحوه من الالفاظ الدالة على مطلق البيع ، فيكون المفعول الثمن ، أو ما قام علي ونحو ذلك مما لا يتضمن الزيادة على ما أنفقته ، وان وقع بلفظ وليتك فليكن مفعوله

مركز تحقيق كميتر علوم اسلامی

(١) اقول ومن ذلك أيضا ما لو اشترى بثمن ورجع بأرش العيب ، فانه يجب أن يسقط ذلك من الثمن ، ويخبر بالباقي ، لان الارش جزء من الثمن ، فقد قبض بعضه ، ولا بد من بيانه ، وان كان قوله اشتريته بكذا حقا الا أنه قد طرء عليه النقصان ، ولو جنى العبد ففداه السيد ، لم يجز أن يضم القدية الى ثمنه ، لان ذلك أمر خارج عن البيع ، ولو جنى عليه فأخذته أرش الجناية لم يضعها من الثمن ، والفرق بينه وبين أرش العيب أن أرش العيب ثابت بأصل العقد فكأنه مستثنى من الثمن ، بخلاف الجناية الطارئة فانها حق آخر كنتاج الدابة نعم لو نقص بالجناية وجب الاخبار بالنقص هذا مقتضى ما أورده في هذا المقام .

العقد ، ويقتصر على ذلك ، وإذا قبل لزمه مثله جنساً وقدرأ وصفة ، ولو قال: وليتك السلعة بكذا وكذا احتمل الاجزاء كما ذكره في الدروس .

وأما المواضعة فهي كالمرا بحة في الاخبار بالثمن ، ونحوه مما زاد أو نقص حسبما تقدم ، الا أنها بنقيصة معلومة ، فيقول : بعثك بما اشتريته أو تقوم علي ووضيعة كذا .

وأما التشريك فهو أن يقول : شركتك بالتصنيف بنصفه بنسبة ما اشتريت مع علمهما بقدره ، ولو قال : أشركتك بالنصف فكذلك ، ولزمه مثل نصف الثمن ، أما لو قال : اشركتك في النصف فانما له الربع ، الا أن يقول : بنصف الثمن ، فيتعين النصف ، ولو لم يبين الحصة وانما قال : في شيء منه ، أو اطلق بطل للجهل بالمبيع ، واحتمل بعضهم حمل الثاني على التنصيف ، والتشريك - في الحقيقة - عبارة عن بيع الجزء المشاع برأس ماله ، الا أنه يختص عن مطلق البيع بصحته بلفظ التشريك .

الثاني - في الاحكام : وفيه مسائل .

الاولى - لو اشترى جملة لم يجزله ببيع بعضها مرابحة وان قوم كلامها بقيمة الا أن يخبر بالحال ، ويدل عليه ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح عن أبي حمزة الثمالي (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال سألت عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ، ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعاً أيبعه مرابحة؟ قال : لا حتى يبين له أنه انما قومه » .

وروى في الكافي والقيه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام)

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٥٥ عن محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٧ عن محمد بن أسلم عن أبي حمزة بتفاوت يسير الفقيه ج ٣ ص ١٢٦ .

« فى الرجل يشتري المتاع جميعا بثمن ثم يقوم كل ثوب بما يسوى ، حتى يقع على رأس ماله جميعا يبيعه مراجعة ثوباً ثوباً ؟ قال : لا حتى يبين له انما قومه » .
وعلى أيضا بأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع ، لا الافراد ، وان تقوم بها وقسط الثمن عليها فى بعض الموارد كما لو تلف بعضها ، أو ظهر مستحقا .
والمشهور أنه لافرق فى ذلك بين تماثل اجزاء تلك الجملة أو اختلافها ، خلافا لابن الجنيدي على ما نقل عنه من الجواز فى المتماثلة ، كقفيز من حنطة ، وضعفه ظاهر ، وربما اشعر ظاهر الخبرين المذكورين بصحة البيع كذلك مراجعة ، وهو ظاهر اطلاق جملة من العبارات ، كما عبرنا به فى صدر المسألة جرياً على كلامهم .
الا أن الظاهر كما صرح به جملة من محققى المتأخرين أنه وان كان البيع كذلك صحيحا الا أنه ليس من قبيل المراجعة ، وان جاز اطلاقها عليه مجازا لكونه بصورة المراجعة .

الثانية - اذا اشترى نسيئة ثم باعه ولم يخبر بالاصل قال الشيخ فى النهاية : كان للمبتاع من الاجل مثل ماله ، وبه قال : ابن البراج وابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام ابن الجنيدي ، فانه قال : ومن باع مراجعة كان للمشتري من النظرة وغيرها فى الثمن ما كان للبائع عند الشراء ، وقال الشيخ فى الخلاف والمبسوط : اذا اشترى سلعة بمائة الى سنة ، ثم باعها فى الحال مراجعة وأخبر أن ثمنها مائة فالبائع صحيح بلا خلاف ، فاذا علم المشتري بذلك كان بالخيار بين أن يقبضه بالثمن حالا ، أو يرده بالعيب ، لانه تدليس ، وهو اختيار ابن ادريس ، وهذا هو المشهور فى كلام المتأخرين عن العلامة ومن تأخر عنه ، نظراً الى ان مقتضى القواعد فى مثله ذلك .

ويدل على الاول ما رواه ثقة الاسلام فى الكافى عن هشام بن الحكم (١)

فى الصحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) « فى الرجل يشتري المتاع الى أجل فقال : ليس له أن يبيعه مرابحة الا الى الاجل الذى اشتراه اليه ، فان باعه مرابحة ولم يخبره كان للذى اشتراه من الاجل مثل ذلك » .

ومارواه الشيخ فى الصحيح عن أبى محمد الواشلي (١) وهو مجهول قال : سمعت رجلاً يسأل أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير الى سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحة ، أله أن يأخذ منه ثمنه حالا والربح؟ قال : ليس عليه الا مثل الذى اشترى ، ان كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد ، وان كان لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه الى الاجل الذى اشتراه » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطرا الله مراقدهم عن ميربياع الزطلي (٢)) قال : قلت : لآبى عبدالله (عليه السلام) انا نشتري المتاع بنظرة فيجىء الرجل فيقول : بكم تقوم عليك ؟ فأقول : بكذا وكذا فأبيعه بربح ، فقال : اذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك ، قال : فاسترجمت وقلت : هلكنا ، الحديث وأجاب العلامة فى المختلف عن هذه الاخبار قال : والجواب أنها محمول على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد ، فانه و الحال هذه يكون له من الاجل مثل ما كان للبايع على اشكال . انتهى .

ومرجعه الى أنه مع عدم ذكره النسيئة وقت البيع ، فاما أن يذكر الحلول ، أو يشترط النقد ، وان كان اطلاق العقد كما تقدم انما ينصرف الى ذلك أولاً ، وعلى الاول فالحكم ما ذكره المتأخرون من التخيير فى المقام ، وعلى الثانى بحمل الاخبار .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٥٩ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٩٨ التهذيب ج ٧ ص ٥٧ الفقيه ج ٣ ص ١٣٤ وفى

النسخ اختلاف فليراجع المصادر .

وظاهر المحقق الأردبيلى الميل الى ذلك أيضا، وحينئذ يكون هذا قولاً ثالثاً فى المسألة، وأنت خير بما فى هذا التفصيل من البعد، أما أولاً فلأنه متى كان اطلاق العقد انما ينصرف الى الحلول والنقد فذكره فى اللفظ لا يزيد الا على مجرد التأكيد، فكيف يترتب عليه حكم بخصوصه .

وأما ثانياً - فلان اطلاق الاخبار شامل للصورتين، وتخصيصها يحتاج الى دليل، ومجرد ما ادعوه من قاعدة العيب - وأنها تقتضى التخيير وهذا من قبيله - يمكن تخصيصها بهذه الاخبار، واستثناء هذا الجزئى من القاعدة، على أنك قد عرفت فيما تقدم أنه لا دليل على ما ادعوه من الخيار فى العيب، زيادة على الاجماع كما تقدم تحقيقه وبالجمله فالظاهر عندى هو العمل بالاخبار المذكورة .

بقى الكلام فى تنمة الرواية الثالثة التى طوينا نقلها آنفا وهى قول الراوى « قلت : فاسترجعت وقلت : هلكننا، فقال : لم ، قال : قلت : لان ما فى الارض ثوب أبيعه مراجعة فيشترى متى ولو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا وكذا قال : فلما رأى ماشق على قال : أفلا أفتح لك بابا يكون لك فيه فرج ؟ قلت : بلى قال : قل : قام علي بكذا وكذا وأبيعتك بزيادة كذا وكذا ولانقل بربح » هكذا فى رواية صاحب الفقيه، وفى غيره قال : قلت : لان ما فى الارض من ثوب « الا » أبيعه مراجعة يشترى ولو وضعت من رأس المال حتى أقول تقوم بكذا وكذا » وأبيعتك بكذا وكذا الى آخر ما تقدم، ولا يخفى ما فى هذه العبارة من الاختلال، وعدم ظهور معنى مستقيم، وما ذكر فى اصلاحها لا يخلو من تكلف بعيد عن الظاهر .

وأنت خير بأن ظاهره تخصيص بيع المراجعة بأن يقول : بربح كذا، وأما لو قال بزيادة كذا بعد الاخبار برأس المال فليس مراجعة، بل مساومة، و الظاهر أنه لا قائل به، اذ لافرق بين اللفظين فى كون البيع مراجعة، كما يدل عليه الاخبار وكلام الاصحاب، ويشكل العدول به عن ظواهر غيره من الاخبار، والله العالم .

الثالثة قال الشيخ في النهاية : لا يجوز أن يبيع الانسان مرابحة بالنسبة الى أصل المال ، بأن يقول أبيعك هذا المتاع بربيع عشرة واحداً او اثنين بل يقول بدلا من ذلك : هذا المتاع تقوم علي بكذا أو أبيعك اياه بكذا ، بما أراده ، وكذا قال الشيخ المفيد .

وقال سلال : لا يصح لو قال : بعتك هذا بربيع العشرة واحداً أو أكثر بالنسبة .

وقال أبو الصلاح : لا يجوز بيع المرابحة بالنسبة الى الثمن كقوله : أربح عليك في كل عشرة دراهم من ثمنه درهماً ، و انما يصح بيع المرابحة بأن يخبر بجملة الثمن ، ويربح في عين المبيع .

وقال ابن البراج : لا يجوز في بيع المرابحة حمل الربح على المال ، مثل أبيعك هذا المتاع بكل عشرة منه واحداً أو اثنين ، بل يحمل الربح على المتاع . وقال في المبسوط : يكره بيع المرابحة بالنسبة الى أصل المال ، وليس بحرام ، وان باع كذلك كان البيع صحيحاً ، وكذا قال في الخلاف ، وبه قال ابن ادريس ، والعلامة ومن تأخر عنه .

أقول : منشأ هذه الاقوال الاختلاف في الاخبار المتقدمة في صدر الفصل ، الدالة على النهي عن نسبة الربح الى المبيع أو الثمن ، والمراد بنسبته اليه اضافته اليه اما بواسطة حرف الجر ، مثل والربح فيه ، أو بغير واسطته مثل وربحه كذا ، وظاهر الاخبار المتقدمة باعتبار ضم بعضها الى بعض انما هو الكراهة ، قيل : لانه يشبه الربا .

والظاهر عندي منها انما هو كراهة البيع مرابحة ، وأن الافضل بيع المساومة ، كما يفهم من صحيح الحلبي أو حسنة المتقدم ، لامن حيث ضم الربح الى المبيع أو رأس المال كما ذكروه ، فان عدوله (عليه السلام) الى البيع مساومة دون الفرد الاخر من المرابحة ، - مما يشير الى ما ذكرناه ، و كذلك صحيح محمد بن مسلم المتقدم ، فان ضيقه (عليه السلام) انما هو من بيع المرابحة مطلقاً ، لامن خصوص

ذلك النوع ، ولهذا عدل الى المساومة .

الرابعة لو باع مراجعة فظهر أن رأس ماله كان أنقص ، فالمشهور أن للمشتري الخيار بين رده وبين أخذه بالثمن ، وقيل : انه يأخذه باسقاط الزيادة ، ورجح الاول بأنه الثمن الذى وقع عليه العقد ، فلا يثبت غيره ، وثبوت الكذب فى الاخبار ينجبر بلحق الخيار .

والمسألة غير منصوصة فيما أعلم ، الا أن الاقرب هو القول المشهور ، لماذا ذكر ، ولإصالة الصحة ، وظهور الكذب لا يوجب بطلان البيع ، ولأنقص الثمن بعد وقوع التراضي به والعقد عليه ، وغاية ما يوجهه الاثم للخيانة ، والجبر بالخيار .

وصرح بعضهم بثبوت الخيار وان انتقل المبيع من المشتري أو تلف فى يده؟ قال : و الاقوى أن بقاءه على ملك المشتري غير شرط فى الخيار ، فله الفسخ مع تلفه ، أو خروجه عن ملكه مع رد مثله أو قيمته ، لإصالة بقاء الخيار .

وعلى القول باسقاط الزيادة يسقط ربحها ايضا ، ولأخبار له ، لانه قد رضى

بالأكثر ، فأولى ان يرضى بالاقل *تمت بحمد الله تعالى*

و ربما احتتمل ثبوت الخيار ايضا لغروره وكذبه وقد يكون له غرض فى الشراء بذلك المبلغ ، لأبرار قسم ، او انعقاد وصية ، أو نحو ذلك ، ولو قال : اشتريته بأكثر لم يقبل منه ، لان قوله الثانى مناف للاول ، لتكذيبه نفسه بالاقرار الاول ، ومثل ذلك غير مسموع شرعاً والا لم يتم اكثر الاقرارات فيلغو حينئذ قيل : ولو اقام بينة على ادعاء الاكثر لم تقبل ، لانه كذبها باقراره الاول (١) .

(١) هذا القول للشيخ فى المبسوط قال : لو قال رأس مالى مائة ثم قال : غلطت والتمن مائة وعشرة لم يقبل قوله ، ولو اقام بينة على انه اخطأ وان شراؤه كان أكثر لم يقبل منه ، لانه كذبها بالقول الاول ، ولا يلزم المشتري اليمين بأنه لا يعلم بأنه اشتراه بأكثر من ذلك ، لانه لا دليل عليه ، فان قال : وكىلى كان اشتراه بمائة وعشرة واقام بذلك بينة قبلت بينته ، قال : وان قلت :

وفيه على اطلاقه اشكال لجواز الغلط في الاخبار الاول ، او الاستناد الى اخبار وكيله مثلاً ، كان يقول أخبرني و كيلى انه شراه بكذا ، أوورد على خط بذلك ثم يظهر خلافه ، فانه يتجه قبول قوله ان اظهر لانكاره تاويلا محتملا ، بمعنى سماع بينته عليه ، ولو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائدا ، توجهت عليه اليمين بنفيه ، سواء ادعى الغلط ام لا ، وربما قيل بسماع دعواه مطلقا ، نظرا الى امكان الغلط ، ونفى عنه البأس في المسالك .

الخامسة- اذا دفع الى الدلال متاعا وقومه عليه بقيمة ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة الابدل الاخبار بصورة الحال ، سواء كان ما قومه عليه يربح فيه ام لا ، والوجه فيه ظاهر ، مما تقدم في المسألة الاولى ، و الاخبار بصورة الحال لا يوجب كونه مرابحة كما تقدم تحقيقه ثمة ، وان كان بصورة المرابحة ، ولهذا لا يجب على التاجر الوفاء بالربح له ، لانه ليس بيع مرابحة .
والمشهور ان للدلال اجرة المثل سواء كان التاجر دعاه او الدلال ابتداه ، وانما كان له الاجرة في الصورتين ، لان تمام البيع فيهما مع كونه مأمورا بعمل له اجرة بحسب العادة ، واذا فات الشرط رجع الى اجرة المثل .

ونقل عن الشيخين (عطر الله مرقدهما) انهما اثبتا للدلال ما زاد على ما عين له من القيمة في صورة ابتداء التاجر ، وان لم يزد لم يكن له شيء ، واما في صورته ابتداء

- لا يقبل لانه كذبها القول الاول كان قويا انتهى والظاهر ما عليه الاكثر في المسألتين ، فله اقامة البينة في الصورة التي ذكرنا في الاصل ، لانه ادعا شيئا لو صدقه الغريم ثبت حقه ، فله اقامة البينة عليه ، واليمين على خلافه والتكذيب ممنوع ، لانه ادعا شيئا خفيا غير مناف لما شهدت به البينة وهو الغلط ونحوه ، وله المطالبة باليمين لو ادعى عليه العلم كما في غير هذا الموضع . منه رحمه الله .

الدلال و التماسه ذلك فانهما جعلاه أجره المثل ، و تبعهما القاضى .

أقول : قال الشيخ فى النهاية : و اذا قوم التاجر متاعاً على الواسطة بشيء معلوم ، و قال له : بعه فمازدت على رأس المال فهو لك ، والقيمة لى كان جائزاً و ان لم يواجه البيع ، فان باع الواسطة المال بزيادة، على ما قوم عليه كان له ، و ان باعه برأس المال لم يكن على التاجر شيء . و ان باعه بأقل من ذلك كان ضامناً لتمام القيمة ، ثم قال : ومتى أخذ الواسطة المتاع على ما ذكرناه فلا يجوز له أن يبيعه مربحة ولا يذكر الفضل على القيمة فى الشراء .

و قال ابن ادريس بعد نقل كلام الشيخ المذكور : و ما أورده شيخنا غير واضح ، ولامستقيم على أصول مذهبنا ، لان هذا جميعه لإبيع مربحة ، ولاجارة ، ولاجمالة محقة ، فاذا باع الواسطة بزيادة على ما قوم عليه لم يكن للواسطة فى الزيادة شيء ، لانه من جملة ثمن المتاع ، والمتاع للتاجر ما انتقل عن ملكه بحال ، وللواسطة أجره المثل ، لانه لم يسلم له العوض فيرجع الى المعوض ، وكذلك ان باع برأس ماله ، فان باعه بأقل مما أمره به كان البيع باطلاً ، و قوله متى أخذ الواسطة المتاع على ما ذكرناه لايجوز له أن يبيعه مربحة ، و لا يذكر الفضل على القيمة فى الشراء . (١)

قال محمد بن ادريس : وأى شراء بين التاجر والواسطة حتى يخبر بالثمن ، و ليس هذا موضع بيع المربحة فى الشريعة بغير خلاف ، وانما أورد أخبار الاحاد فى هذا الكتاب ابراداً لا اعتقاداً على ماوردت به الفاظها صحيحة كانت أو فاسدة ، على ما ذكره و اعتذر به فى خطبة مبسطة انتهى .

(١) أقول الظاهر ان كلام الشيخ هنا انما خرج مخرج التنبيه على دفع توهم كون ذلك مما يدخل فى بيع المربحة ، كما أشار اليه (عليه السلام) فى رواية سماعة المذكورة فى الاصل ، فكلامه هنا جار نحو الرواية المذكورة ، ولا بأس به ، فاعتراضه عليه هنا مما لاوجه له ، منه رحمه الله .

أقول: و مما يدل على ما ذكره الشيخان من الاخبار التي طعن فيها هنا بأنها من الاحاد مارواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام)، «انه قال في رجل قال لرجل: بيع ثوبي هذا بعشرة دراهم فما فضل فهو لك فقال: ليس به بأس».

و رواه الكليني في الصحيح أو الحسن مثله.

وعن زرارة (٢) في الصحيح قال: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) «ما تقول في رجل يعطى المتاع فيقول: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك، فقال: لا بأس» و عن سماعة (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق، و قد قوموا عليه قيمة، و يقولون بيع فما ازددت فلك؟ فقال: لا بأس بذلك ولكن لا يبيعهم مرا بحة» و رواه الكليني والصدوق مثله.

و عن زرارة في الموثق (٤) عن أبي جعفر عليه السلام «قال: «سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك؟ فقال: لا بأس». و جملة من تأخر من الأصحاب تأولوا هذه الاخبار بالحمل على الجعالة، فيلزم ما عينه لذلك، قالوا ولا يقدح فيها الجهالة كما اعترض به ابن ادريس على كلام الشيخ، لان الجهالة في مال الجعالة اذا لم يؤد الى النزاع غير قادح كما سيأتي - انشاء الله تعالى - في بابه.

أقول: ومن المحتمل قريباً خروج هذه الاخبار مخرج وجوب الوفاء بالوعد، كما دلت عليه الآية والرواية، فيجب الوفاء به وفيه تأكيد لما ذكره الأصحاب، وبه يضعف ما ذكره ابن ادريس من كون الزيادة للتاجر، وانما للدلال أجرة المثل.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ الكافي ج ٥ ص ١٩٥.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٥٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ الكافي ج ٥ ص ١٩٥ الفقيه ج ٣ ص ١٣٥.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ عن أبي عبد الله عليه السلام.

ثم ان الشيخ في النهاية قال على أثر العبارة المتقدمة : فاذا قال الواسطة للتاجر : خبرني بضمن هذا المتاع و اربح علي فيه كذا وكذا ففعل التاجر ذلك غير انه لم يواجبه البيع ، و لا ضمن هو الثمن ثم باع الواسطة بزيادة على رأس المال والثمن ، كان ذلك للتاجر ، وله أجرة المثل لأكثر من ذلك ، و ان كان قد ضمن الثمن كان له ما زاد من الربح ، و لم يكن للتاجر أكثر من رأس المال الذي قرره معه انتهى .
والاصحاب (رضوان الله عليهم) قد حملوا ذلك على أن التاجر لم يعين له شيئاً - كما في الصورة الاولى - ولم يعقب كلام الدلال بما يدل على الرضا بما ذكره الدلال ، بل سكت عن ذلك ، و الاقلو عقب كلام الدلال بما يدل على الرضا بما قاله و عينه ، كان كما لو ابتدأه ، كما لو قال لمن ذهب عبده : أرد عليك عبدك على أن لي نصفه أو ثيابه ابتداء منه ، فقال المولى : نعم لك ذلك ، فانه يستحق ما عينه له .

وبالجملة فانه في هذه الصورة لا يبيع ولا جمالة ، فلهذا وجب على التاجر أجرة المثل للدلال و على هذا يتم ويجمع كلام الشيخ مع كلام الاصحاب والروايات الواردة في الباب من غير منافات في المقام .

السادسة : اذا قال : بعثك بمائة مواضعة العشرة درهماً ، قال في المبسوط : يكون الثمن تسعين ، وقال في الخلاف اختلف الناس فيها ، فقال أبو حنيفة والشافعي : تسعون و عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من درهم ، و قال أبو ثور : تسعون ، ثم قال : دليلنا - ما ذكره حذاق العلماء وهو أن البيع مرابحة و مواضعة ، فان باعه مرابحة ، ربح درهم على كل عشرة كان مبلغ الثمن مائة وعشرة و كان قدر الربح جزء من أحد عشر جزء من الثمن ، و جب أن يكون المواضعة حط جزء من أحد عشر جزء عن الثمن ، واذا كان مائة حطت منه جزءاً من أحد عشر جزء ، ينحط تسعه ، من تسعه و تسعين ، و يبقى درهم ينحط منه جزء من أحد عشر .

و قيل : فيه أيضا : وقوله : وضعية درهم من كل عشرة ، معناه يوضع من كل عشرة ، يبقى لى درهم من أصل رأس المال ، وتقديره وضعية درهم بعد كل عشرة ، فيكون الثمن أحد و تسعون الا جزأ من أحد عشر جزء من درهم .

قالوا : اذا أردت مبلغ الثمن فى ذلك فعقد الباب فيه أن تضيف الوضعية الى رأس المال ، ثم تنظر كم قدرها ، فما اجتمع فاسقط ذلك القدر من رأس المال ، و هو الثمن .

و بابه اذا قال : رأس المال عشرون بعثكها برأس مالى مواضعة العشرة درهمان ونصف ، فتضيف الى العشرين قدر الوضعية ، و هو خمسة دراهم فيصير خمسة وعشرين ، فينظر كم خمسة ، من خمسة وعشرين ، فاذا هو خمسها ، فيسقط من رأس المال و هو عشرون الخمس أربعة تبقى ستة عشرة .

ثم قال : و قول أبى ثور أقوى عندى ، لانه اذا قال : مواضعة عشرة واحد ، أضاف المواضعة الى رأس المال ، فرأس المال مائة فيجب فيه عشرة فيبقى تسعون ، ولم يصفه الى ما يبقى فى يده ، ولو قال ذلك لكان الامر على ما قاله ، وأما حمل الوضعية على الربح و اضافة ذلك الى أصله فهو قياس ، ونحن لانقول به ، انتهى وفيه عدول عما قاله فى صدر كلامه الى ما اختاره فى المبسوط .

والاصحاب (رضوان الله عليهم) قد اختلفوا أيضا فى ذلك كما اختلف العامة (١) و تفصيل الكلام فى ذلك بوجه أوضح أنه اذا قال : بعثك بمائة و وضعية درهم من كل عشرة ، فقول : بأن الثمن تسعون ، لان الوضع من نفس العشرة يقتضى ذلك ، حملا «لمن» على الظاهر من التبويض ، و قيل : بأن الثمن أحد و تسعون

(١) قال فى القواعد : ولو قال : بوضعية درهم من كل عشرة فمتى كان الثمن مائة لزمه تسعون ، ولو قال : من كل أحد عشر ، كان يحط تسعة دراهم و جزء من أحد عشر جزء من درهم ، وكذا لو قال : بوضعية درهم لكل عشرة انتهى . من رحمه الله .

الاجزأ من أحد عشر جزء من درهم ، حملاً «لمن» على ابتداء الغاية ، و يكون التقدير من كل عشرة تسلم لى ، و مثله ما لو قال : لكل عشرة درهم ، و وجهه أن الوضعية للعشرة غير العشرة ، كما أن الربح فى العشرة زائداً على العشرة ، فهو بمنزلة مالمو قال : من كل أحد عشر واحد .

و ربما قيل هنا أيضاً بىطلان العقد، لتكافى الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن و تردده بين القدرين المذكورين ، و ربما رجح الاول بما قدمنا ذكره ، من أن وضعية العشرة لا يكون من نفس العشرة دون ما عداها ، لأن الموضوع من جنس الموضوع منه ، فىكون الاضافة بمعنى من التبعية، و ربما رجح الثانى بما تقدم فى صدر كلام الشيخ من أن المواضعة على حد المراجعة، للتقابل بينهما ، فكما اقتضت المراجعة المعنى الثانى فكذا المواضعة ، و يضعف المرجح الاول - بأن اللفظ لابد فيه من تقدير ، و كلا التقديرين محتمل - والثانى بمنع الملازمة ، و قيام الاحتمال ان لم تدل قرينة على أحدهما ، و اعترض شيخنا الشهيد الثانى على الاصحاب - فى هذا المقام و ما وقع لهم من الاختلاف والنقض والابرام - بأن المراد من الجنس الذى يكون الاضافة المعنوية فيه بمعنى من ، أن يكون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف اليه، بحيث يصح اطلاقه على المضاف و على غيره أيضاً، والاخبار به عنه، كخاتم فضة ، و باب ساج لاجزأ من كل، حيث لا يصح اطلاقه كبعض القوم ، و يدزید ، فانك تردید بالقوم الكل، و الكل لا يطلق على البعض ، و كذا القول فى يدزید، والحاصل أن (من) التى تتضمنهما الاضافة هى التبيينية ، لا التبعية، كما فى خاتم فضة و أربعة دراهم، و شرط (من) التبيينية أن يصح اطلاق المجرور بها على المبين ، كما فى قوله تعالى (١) «فاجتنبوا الرجس من الاوثان» وقد صرح بهذا التحقيق الشيخ رضى ، و ابن هشام ، و ناهيك بهما ، و حينئذ فىنبغى القول بحمل الاضافة فى المسألتين على معنى (من) رأساً ، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة ، ولا يصح الاخبار به عنه، فيتعين كونها بمعنى اللام .

نعم يمكن مع ذلك كون الوضعية من نفس العشرة ، كما يستفاد ذلك من اضافته الى الثمن. انتهى كلامه (قدس سره) .

و ناقشه في ذلك المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد بما يطول ذكره ، مما ليس في التعرض له كثير فايده ، والغرض من نقل كلامهم في المقام ليس الا بيان أنه لايجوز الرجوع الى التعليقات العقلية في الاحكام ، لعدم انضباطها ووقوفها على حد ، لاختلاف الافهام ، والمسألة عارية من النص ولايبعد القول فيها بالبطلان لما عرفت من الاحتمالات المؤدية الى الجهالة . والله العالم .

الفصل السادس في الربا

و هو لغة الزيادة قال الله تعالى (١) «فلا يربوا عند الله» و شرعاً على ما ذكره بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن بالآخر مع الزيادة في أحدهما حقيقة (٢) أو حكماً ، أو اقتراض أحدهما مع الزيادة وإن لم يكونا مقدرين بهما ، إذا لم يكن الباذل للزيادة حرباً ولم يكن المتعاقدان الداعم ولده ، ولا زوجاً مع زوجته ، وعلى تقدير القول بثبوته في كل معاوضة يبدل البيع بالمعاوضة على أحد المتماثلين الى آخر ما تقدم ، و تحريره ثابت بالكتاب ، والسنة ، والاجماع قال الله تعالى عز وجل (٢) «أحل الله البيع وحرم الربا» وقال (٣) « يمحى الله الربا ويربى الصدقات» وقال (٤) « الذين يأكلون الربا

(١) سورة الروم الآية - ٣٩ .

(٢) كالدرهم بدرهمين ، والزيادة الحكمية مثل زيادة الاجل بان يبيع قفيزاً نقداً بقفيز نسيئة ، فان فيه زيادة حكمية من حيث أن للاجل قسط من الثمن و كذا لو كانت الزيادة منفعة مثل أجرة دابة أو دار أو نحو ذلك منه رحمه الله .

(٣) (٤) سورة البقرة الآية - ٢٧٥ - ٢٧٦ .

لا يقومون الا كما يقوم الذين يتخبطه الشيطان من المس» و روى الصدوق فى الفقيه فى الصحيح عن هشام بن سالم (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال درهم ربا أشد عند الله من سبعين زنية كلها بذات محرم» ورواه الشيخ فى الصحيح عن هشام مثله الا انه ترك (عند الله) .

وروى فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال قال أمير المؤمنين (عليه السلام): آكل الربا و مؤكله و كاتبه و شاهده فيه سواء» .

وعن ابن بكير فى الموثق (٣) «قال : بلغ أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللبا فقال : لان أمكنتنى الله عز وجل منه لا ضربت عنقه» .
و عن سعد بن طريف (٤) عن أبى جعفر عليه السلام «قال : أخبث المكاسب كسب الربا» .

و روى فى الفقيه عن أبى بصير (٥) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال: درهم ربا أشد من ثلاثين زنية كلها بذات محرم مثل خالة و عمه» .

و روى فى الفقيه و التهذيب مسنداً فى الثانى و مرسل فى الاول (٦) عن علي (عليه السلام) «قال : لعن رسول الله (صلى الله عليه و آله) الربا و آكله و مؤكله

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤ الكافى ج ٥ ص ٢٤٤ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٤٤ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٤٧ .

(٤) الكافى ج ٧ ص ١٤٧ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٥ وليس فيه كلمة (ومؤكله).

و بايعه و مشتره و كاتبه و شاهديه» الى غير ذلك من الاخبار .

أقول : لاختلاف بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) في التحريم مع العلم ، و عليه حملت الاخبار المذكورة ، و كذلك لاختلاف في العذر مع الجهل ، كما رواه في الكافي في الصحيح عن هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال : سألت عن الرجل يأكل الربا و هو يرى أنه له حلال ، قال : لا يضره حتى يصيبه متعمداً ، فإذا أصابه متعمداً فهو بالمنزلة التي قال الله عز وجل » و نحوها صحيحة الحلبي (٢) «قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : كل رباً أكله الناس بجهالة ثم تابوا فإنه يقبل منهم اذا عرف منهم التوبة» و على ذلك أيضاً يدل الآية الشريفة أعني قوله سبحانه (٣) «فله ماسلف» انما الخلاف في وجوب رد ما أخذه حال الجهالة بالتحريم اذا علم بعد ذلك ، فذهب الشيخ في النهاية والصدوق في المقنع - على ما نقله في المختلف - الى عدم .

قال في المختلف : و رواه الصدوق في الفقيه ، ثم نقل عن ابن الجثيّد أنه قال : و من اشتبه عليه الربا لم يكن له ان يقدم عليه الا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال ، فان قلد غيره أو استدل فخطأ ثم تبين له ان ذلك ربما لا يحل ، فان كان معروفارده على صاحبه ، و تاب الى الله تعالى و ان اختلط بماله حتى لا يعرفه ، أو ورث ما لا يعلم أن صاحبه كان يربى ، و لا يعلم الربا بعينه ، فبعرله جازله أكله ، و التصرف اذا لم يعلم فيه الربا (٤) .

(١) الكافي ج ٥ ص ١٤٤ التهذيب ج ٧ ص ١٥ رواه عن الحلبي .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٥ .

(٣) سورة البقرة الآية - ٢٧٥ .

(٤) أقول : لا يخفى أن فرض المسألة أنه أكل الربا حال الجهل ، و بعد العلم بالتحريم تاب عن ذلك ، فحمل ما سلف على الذنب - كما ذكره مع أنه لا ذنب في حال الجهل ، وهو بعد العلم بالتحريم قد تركه - لا يخلو من تعسف . منه رحمه الله

وقال ابن ادریس فی السراير : قال شيخنا في نهايته : فمن ارتكب الربا بجهالة و لم يعلم أن ذلك محظوراً فليستغفر الله تعالى في المستقبل ، و ليس عليه فيما مضى شيء ، و متى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلك محرم عليه ، و يجب رده على صاحبه .

قال محمد بن ادریس : قول شيخنا رحمه الله - فمن ارتكب الربا بجهالة و لم يعلم ان ذلك محظوراً فليستغفر الله في المستقبل ، و ليس عليه فيما مضى شيء المراد بذلك ليس عليه شيء من العقاب بعد استغفاره ، لأن المراد بذلك أنه ليس عليه شيء من رد المال الحرام ، بل يجب عليه رده على صاحبه ، لقوله تعالى (١) «فان تبتم فلکم رؤس اموالکم» فأما قوله (٢) «فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف» المراد به - والله أعلم - فله ما سلف من العذر و غفران الذنب ، و حق القديم سبحانه بعد انتهائه وتوبته ، لأن إسقاط الذنب عند التوبة تفضل عندنا ، بخلاف ما يذهب اليه المعتزلة .

مركز تحقيق كويت

و قيل في التفسير - ذكره شيخنا في التبيان و غيره من المفسرين - أن المراد بذلك ما كان في الجاهلية من الربا بينهم ، فقال : « فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » فأما ما جرى من المسلم فيجب رده على صاحبه ، سواء كان جاهلاً لحاله غير عالم انه محرم أو كان عالماً بذلك ، فانه يجب رد الربا على من أربى عليه من المسلمين جميعاً ، فلا يظن ظان ولا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال غير ما حررناه . انتهى .
والى هذا القول ذهب العلامة في المختلف أيضاً ، قال : لانها معاوضة باطلة ، فلا ينتقل بها الملك كغيرها من المعاوضات ، واحتج للشيخ بالاية اعنى قوله سبحانه « فله ما سلف » .

و ما رواه ابن بابويه (١) عن الباقر (عليه السلام) «قال : قال : رسول الله (صلى الله عليه و آله) قد وضع ما مضى من الربا و حرم ما بقي ، فمن جهله وسعه جهله حتى يعرفه .»

و عن الصادق (عليه السلام) - (٢) «كل ربا أكله الناس بجهالة ثم تابوا فانه يقبل منهم - اذا عرف منهم - التوبة» ثم أجاب عن الجميع بالعود الى الذنب بمعنى سقوطه عنهم بالتوبة ، أو ما كان في زمن الجاهلية .

أقول: والذي وقفت عليه من الاخبار ما رواه المشايخ الثلاثة، (عطر الله مراقدهم)، في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) الا أنه في الفقيه مرسلا «قال : قال ابو عبدالله (عليه السلام) «كل ربا أكله الناس بجهالة ثم تابوا فانه يقبل منهم اذا عرف منهم التوبة ، و قال : «لو أن رجلا ورث من أبيه ما لا و قد عرف أنه في ذلك المال ربا و لكن قد اختلط في التجارة بغيره حلال كان حلالا طيبا فليأكله ، و ان عرف منه شيئا معزولا انه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا» و زاد في الكافي والفقيه «و أيما رجل أفاد مالا كثيرا فيه من الربا فجهل ذلك . ثم عرفه بعد ، فاراد أن ينزعه فيما مضى فله ، و يدعه فيما يستأنف .»

و ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٤) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال : أتى رجل أبي فقال : انى ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه الذى ورثته منه قد كان يربو و قد عرفت أن فيه ربا و استيقن ذلك ، وليس

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٦ في ذيل حديث الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الربا

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦ مع اختلاف يسير الفقيه ج ٣ ص ١٧٥ .

(٣) (٤) الكافي ج ٥ ص ١٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٦ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥ وفيه والكافي (و قد أعرف) بدل (عرفت) .

يطيب لى حلاله ، لحال علمى فيه ، وقد سألت فقهاء أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا: لا يحل أكله من أجل ما فيه ، فقال أبو جعفر (عليه السلام): ان كنت تعلم أن فيه مالا معروفا ربا وتعرف أهله ، فخذ رأس مالك ، و رد ماسوى ذلك ، و ان كان مختلطا فكله هنيئا فان المال مالك ، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قد وضع ما مضى من الربا و حرم عليهم ما بقى ، فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه ، فاذا عرف تحريره حرم عليه ، و وجب عليه فيه العقوبة اذا ارتكبه كما يجب على من يأكل الربا».

و ما رواه فى الكافى عن أبى الربيع الشامى (١) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أربا بجهالة ، ثم أراد أن يتركه ، فقال : أما ما مضى فله ، و ليركه فيما يستقبل ، ثم قال : ان رجلا أتى أبا جعفر (عليه السلام) فقال : انى قد ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه كان يربو ، و قد سألت فقهاء أهل العراق و فقهاء أهل الحجاز ، فذكروا أنه لا يحل أكله فقال أبو جعفر (عليه السلام) : ان كنت تعرف منه شيئا معزولا وتعرف أهله و تعرف أنه ربا فخذ رأس مالك ، و دعه ماسواه ، و ان كان المال قد اختلط فكله هنيئا مريئا ، فان المال مالك ، و اجتنب ما كان يصنع صاحبه فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قد وضع ما مضى من الربا فمن جهله وسعه أكله فاذا عرفه حرم عليه أكله ، فان أكله بعد المعرفة وجب عليه ما وجب على آكل الربا» .

و رواه ابن ادريس فى مستطرفات السراير (٢) من كتاب المشيخة للحسن ابن محبوب نحوه .

(١) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الربا الرقم - ٤ .

(٢) السرائر ص ٤٧٥ .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) فقال: دخل رجل على أبي جعفر (عليه السلام) من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم انه سأل الفقهاء فقالوا: ليس يقبل منك شيء الا أن تردّه الى أصحابه، فجاء الى أبي جعفر (عليه السلام) فقص عليه قصته فقال له أبو جعفر (عليه السلام): مخرجك من كتاب الله عز وجل (٢) «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله» والموعظة التوبة .

ومارواه أحمد ابن محمد بن عيسى في نوادره (٣) عن أبيه على ما نقله في الوسائل «قال: ان رجلاً أربادهرأ من الدهر فخرج قاصداً الى أبي جعفر (عليه السلام) يعني الجواد (عليه السلام) فقال له: مخرجك من كتاب الله يقول الله «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف» والموعظة هي التوبة فجعله بتحريمه ثم معرفته به فما مضى فحلال، وما بقي فليستحفظ». و ما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي على ما نقله في كتاب بحار الانوار (٤) «قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): ما خلق الله حلالاً ولا حراماً الا وله حد كحدود الدار، فما كان من حدود الدار فهو من الدار حتى أرش الخدش فما سواه، والجلدة ونصف الجلدة، وان رجلاً أربادهرأ من الدهر فخرج قاصداً الى أبي جعفر (عليه السلام) فسأله عن ذلك، فقال له مخرجك من كتاب الله يقول الله الحديث المتقدم الى آخره هذا ما وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة .

والظاهر منها بعد رد بعضها الى بعض هو ما ذهب اليه الشيخ والصدوق في هذه المسألة، فان ظاهر صحيحة هشام بن سالم المتقدمة هو حل ما أكله حال الجهل،

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٥ الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الربا الرقم ٧ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الربا الرقم ١٠ .

(٤) بحار الانوار ج ٢ ص ١٧٠ الرقم ٨ ط الحديث .

و أنه لا يضره ذلك حتى يكون متعمداً معنى بالانتم ، و لا يجب عليه رده الا في صورة العلم ، و كذلك قوله (عليه السلام) في الرواية الخامسة و السادسة ، «فما مضى فحلال و ما بقي فليتحفظ » فانه كالصريح ، بل صريح في حل ما أكله حال الجهل ، و هو أيضاً ظاهر الروايات الباقية ، فانها متفقة في أنه مع الجهل لا يجب عليه رده ، كما أفتى به فقهاء العامة .

بقي الكلام في تفصيله (عليه السلام) في الاخبار الثلاثة الاولى ، و فرق بين ما كان معزولاً ، و ما كان مختلطاً بمال حلال ، و هو بظاهره موافق لما تقدم نقله عن ابن الجنيد ، و يمكن حمل رد المعزول على الاولوية والاستحباب ، و ان كان الجميع حلالاً من حيث الجهل ، كما ينادى به سياق الاخبار المذكورة ، سيما الخبر الخامس و السادس كما عرفت .

و اما احتمال الحمل على الحل من حيث الاختلاط كما صار اليه بعض أفاضل متأخري المتأخرين (١) لامن حيث الجهل ، فهو بعيد عن سياق الاخبار المذكورة . و أما قول العلامة - (رحمه الله) لأنها معاوضة باطلة ، - فهو ممنوع ، لانها من حيث الجهل صحيحة بحسب ظاهر الشرع ، و ثبوت البطلان بعد العلم يحتاج الى دليل ، اذ الحل والحرمة والطهارة والنجاسة و نحوها مما تبني على علم المكلف و عدمه ، لا على الواقع و نفس الامر ، كما مر تحقيقه في كتاب الطهارة من هذا الكتاب (٢) .

و أما استدلال ابن ادریس و مثله العلامة في المختلف بقوله تعالى « و ان تبتم

(١) و هو المحدث الكاشاني والفاضل الخراساني في الكفاية حيث ذهبوا

الى أن الحرام المختلط بالحلال في المحصور حلال ، و قد أوضحنا بطلانه

في كتابنا الدرة النجفية . منه رحمه الله .

(٢) ج ١ ص .

فلکم رؤس اموالکم» فان فيه ان سياق الاية على الاختصاص بالعالم المتعمد، وهذه صورتها (١) «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله و ان تبتم» الاية ، و من الظاهر ان التهديد بالحرب لا يتوجه الا الى العالم .

ويؤيده تأييد أمارواه الطبرسي في كتاب مجمع البيان (٢) عن الباقر (عليه السلام) في سبب النزول من ان الوليد بن المغيرة كان يربى في الجاهلية و قد بقى له بقايا على ثقيف فاراد خالد بن وليد المطالبة بها بعد أن أسلم ، فنزلت الاية .

وأما تأويل قوله سبحانه «ما سلف» بما ذكره من المعنى فهو تعسف محض، والظاهر من الاية انما هو حل ما سلف مما أكله حال الجهل كما دلث عليه الاخبار المتقدمة ، قال أمين الاسلام الطبرسي في كتاب مجمع البيان : «فله ما سلف» معناه ما أخذه و أكل من الربا قبل النهي ، ولا يلزمه رده .

قال الباقر (عليه السلام) (٣) : «من أدرك الاسلام و تاب مما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف» انتهى .

وفيه دلالة على اختيار الطبرسي لما ذهب اليه الشيخ والصدوق في هذه المسألة ، والحمل على ما سلف في الجاهلية ، لا ينافي ما سلف من حيث الجهل في الاسلام أيضا ، لاشتراك الجميع في الجهل الموجب لحل ما تقدم ، وظاهر المحقق في النافع القول بذلك أيضا ، حيث قال : ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء .

وبما قررناه وأوضحناه يظهر لك أن الاظهر هنا هو ما ذكره الشيخ والصدوق و كيف كان فنحقيق البحث في هذا الفصل يقع في مسائل : الاولى -

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٩ .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب الربا الرقم ٨ .

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٩ .

من الشروط المعتبرة في الربا أن يكون العوضان من جنس واحد ، والمراد بالجنس هنا الحقيقة النوعية باصطلاح أهل المنطق ، فانه يسمى جنساً بحسب اللغة ، وضابطه أن يتناولهم لفظ خاص كالحنطة والارز ونحوهما .

وينبغي أن يستثنى من هذه الضابطة الشعير، فانه في باب الربا من أفراد الحنطة مع أنه لا يتناوله لفظها ودخوله بالنص .

وأما العلس والسلت على القول بأنهما من أفراد الحنطة والشعير فدخولهما فيهما ظاهر وان اختصا باسم آخر، والا فمقتضى الاسم عدم الالتحاق ، فلا يجوز بيع أحد المتجانسين بالآخر مع الزيادة، ويجوز البيع وزناً بوزن وان كان أصلهما الكيل على أحد القولين، نظراً الى أن الوزن أضبط، حتى قيل انه أصل الكيل، بل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً ، مع الاجماع على كونهما مكيلين في زمنه (صلى الله عليه وآله) وقيل: بعدم نظراً الى ورود الشرع والعرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، فيرجع حينئذ الى ما علم من عصره (صلى الله عليه وآله) وعصور الائمة (عليهم السلام) في كونه مكيلاً أو موزوناً ، ومع الجهل بذلك الى عادة البلد .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الثمن والمثمن اما أن يكونا ربويين، أو غير ربويين أو يكون أحدهما خاصة ربوياً فتهيئنا أقسام ثلاثة: الاول أن يكونا معاً ربويين، وحينئذ فلا يخلو اما أن يتحد الجنس أو يختلفا ، وعلى الثاني فلا يخلو أيضاً اما أن يكون أحدهما من النقود والآخر عرضاً من العروض ، فهبها أيضاً أقسام ثلاثة : الاول - أن يكونا ربويين ، ويتحد الجنس ، والواجب المساواة في القدر والحلول ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة ، وان تساويا في القدر جاز ، قال في المختلف : ولا أعرف في ذلك

خلافًا الا قولاً شاذاً للشيخ ، ذكره في الخلاف فانه قال : اذا باع ما فيه الربا من المكيل والموزون مختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض متماثلاً يداً بيد، ويكره نسيئة ثم اعتذر عنه بأنه قد يطلق على المحرم اسم المكروه. انتهى (١). وهو جيد ، الثاني أن يختلف الجنس ويكون أحدهما من الاثمان، والاخر من العروض ولاخلاف في الصحة نقداً و نسيئة، لانه مع النسيئة في أحدهما اما أن يكون من قبيل بيع النسيئة المتقدم جوازه ان كان الاجل في الثمن ، أو من قبيل السلف ان كان الاجل في المبيع، وكلاهما جائزان .

الثالث - أن يختلف الجنس و يكونا عرضين فانه يجوز أحدهما بالآخر نقداً متفاضلاً و متماثلاً بلاخلاف ، و انما الخلاف في النسيئة مع التفاضل ، فهل يجوز أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية و ابن حمزة : بالاول ، وقال المفيد و سائر و ابن البراج : بالثاني ، ونص ابن ابي عقيل و ابن الجنيد على التحريم .

و قال الشيخ في المبسوط : بالكراهة ، و به قال ابن ادريس والعلامة في

(١) ثم انه استدل على هذا الاطلاق قال في هذا الكتاب : بأنه يكره الاكل والشرب في آنية الفضة وقصد التحريم ، أقول : لا يخفى أن لفظ الكراهة كما شاع استعماله في التحريم في الاخبار فالمتقدمون كثيراً ما يجرون على نحو الاخبار في هذا الابواب ، ثم ان ظاهر الشيخ في المبسوط موافقة ما ذكر في الخلاف حيث قال : وان باع بعض الجنس - يعني مما يكون الثمن والمثمن ربويين - بجنس مثله متفاضلاً جاز، والاحوط أن يكون يداً بيد . انتهى، وأنت خبير بأن ظاهر هذه العبارة لا تقبل التأويل المتقدم، ومنه يقرب ان مراده بالكراهة في عبارة الخلاف انما هو معنى الاصولي، وحيث يكون المسألة محل خلاف ، الا أن قوله ضعيف، مردود بالاخبار الدالة على كون ذلك ربا كما سيظهر لك انشاء الله تعالى . منه رحمه الله .

المختلف ، احتج القائلون بالجواز بالأصل ، وما نقل شايعاً من قوله (عليه السلام) (١) «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» هذا ما احتج به في المختلف لهذا القول .
أقول : ويدل عليه أيضاً ما رواه في التهذيب والفقهاء عن سماعة في الموثق (٢) « قال : سألته عن الطعام والتمر والزبيب ؟ فقال : لا يصلح شيء منه اثنان بواحد إلا أن تصرفه نوعاً إلى نوع آخر ، فإذا صرفته فلا بأس به اثنان بواحد وأكثر من ذلك » واطلاقه دال على الجواز يبدأ بيد و نسيئة .

ونحوه أيضاً ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث « قال . و يكره قفيز لوز بقفيزين ، و قفيز تمر بقفيزين ، ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر ، و صاع تمر بصاعين من زبيب » الحديث ، إلا أن احتمال تقييد إطلاقهما بالأخبار الآتية قائم .

ثم انه في المختلف نقل الاحتجاج للمانعين بما رواه الحلبي (٤) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) « قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع أوشىء من الأشياء يتفاضل ، فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يبدأ بيد ، فأما نظرة فلا يصلح » ثم أجاب بأن الربا من شرطه اتحاد الجنس على ما بينه علمائنا ، ثم حمل الخبر على الكراهة .
أقول : ومما يؤيد هذه الرواية أيضاً ما رواه في الكافي عن محمد بن سنان (٥) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع أوشىء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يبدأ بيد ، فأما نظرة فلا تصلح » .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٥ الرقم ١٢ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩١ عن محمد بن أبي عبد الله (عليه السلام) التهذيب

ج ٧ ص ٩٣ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ٩٣ وفي المصدرين ليس فيهما

لفظ (ابن سنان) .

وما رواه في التهذيب عن زياد بن أبي غياث (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله إلا أنه قال : «وَأَمَّا النِّسْبَةُ فَلَا يَصْلَحُ» ولفظ لا يصلح عند الأصحاب من الألفاظ الظاهرة في الكراهة ، و لهذا حملوه ماورد بهذا اللفظ على ذلك، و أيده ما ذكر من أن شرط الربا اتحاد الجنس .

و روى في الكافي عن سماعة (٢) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: المختلف مثلاً بمثل يبدأ بيد لا بأس به» .

و في صحيحة محمد بن مسلم (٣) «قال: إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثليين بمثل يبدأ بيد» .

و في صحيحة الحلبي (٤) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الزيت بالسمن اثنين بواحد ، قال : يبدأ بيد لا بأس به» ولعل مستند القول بالكراهة هو الجمع بين أدلة القولين ، و يؤيده ما ذكره الثقة الجليل على بن إبراهيم (٥) على ما نقل في الكافي في فصل طويل في هذا الباب «قال : فإذا اختلف أصل ما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يبدأ بيد ، ويكره نسيئة» إلا أن احتمال التحريم في هذا اللفظ قائم، لكثرة إطلاقه على ذلك في الأخبار و كلام المتقدمين ، و كذا لفظ «لا يصلح» فإنه كثيراً ما يستعمل في الأخبار في مقام التحريم و كيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الاشكال .

الثاني أن يكونا غير ربويين كثوب بثوبين ، وعبد بعبدتين ، ودابة بدابتين، و لا خلاف في أنه يجوز ذلك نقداً و أما نسيئة فقولان: المنع و هو قول الشيخ

(١) التهذيب ج ٥ ص ١١٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٩٢ .

فى النهاية، فانه قال: لا يجوز ، و كذا فى الخلاف والشيخ المفيد و ابن أبى عقيل و ابن الجنيد . و قال الشيخ فى المبسوط : يكره ، وهو المشهور بين المتأخرين ، و أطلق الصدوقان الجواز .

احتج القائلون بالجواز بالأصل، وقوله (عليه السلام) (١) «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» و أن المقتضى موجود ، والمانع مفقود، أما المقتضى فهو عموم أدلة البيع . و أما عدم المانع فلانه ليس الا الربا و هو منفي هنا بالاختبار .
و منها ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيد عديدة فمنها الموثق والصحيح عن عبيد بن زرارة (٢) «قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن» .

و ما رواه فى الكافى عن منصور (٣) فى الموثق «قال : سألته عن الشاة بالشاتين ، والبيضة بالبيضتين ، قال : لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزناً» .
و ما رواه فى الفقيه عن داود بن الحصين (٤) «أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الشاة بالشاتين ، والبيضة بالبيضتين قال : لا بأس ما لم يكن مكيلا ولا موزونا» .
و ما رواه فى التهذيب عن منصور بن حازم (٥) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال : سألته عن البيضة بالبيضتين؟ قال : لا بأس به ، والثوب بالثوبين؟ قال : لا بأس به ، والفرس بالفرسين ؟ قال : لا بأس به ، ثم قال : كل شئ يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد ، فاذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد» .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ١١٩ .

و ما رواه في التهذيب أيضا فسي الموثق عن زرارة (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال : لا بأس بالثوب بالثوبين» .

و ما في كتاب الفقه الرضوي (٢) قال : (عليه السلام) - بعد نقل رواية عن أبيه عليه السلام - «وسئل عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين؟ فقال : لا بأس ما لم يكن كيلا ولا وزنا ، وقال : أيضا (عليه السلام) ولو أن رجلا باع ثوبا بثوبين ، أو حيوانا بحيوانين من أي جنس يكون ، لا يكون ذلك من الربا» و اطلاق الجواز في هذه الاخبار شامل للنقد والنسيئة .

احتج القائلون بالمنع بجملة من الاخبار أيضا منها ما رواه المشايخ الثلاثة نور الله تعالى مراقدهم في الصحيح عن زرارة (٣) «عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال : البعير بالبعيرين ، والدابة بالدابتين بدأ بيد ليس به بأس» و زاد في الفقيه «قال : لا بأس بالثوب بالثوبين بدأ بيد ونسيئة إذا وصفتها» .

ورواه أيضا بأسانيدهم ، وفيها الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤) «قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العبد بالعبدين ، والعبد بالعبد والدرهم ؟ قال : لا بأس بالحيوان كله بدأ بيد» ، و هما مشعران بالمنع عن النسيئة ، كما يشعر اليه الزيادة التي في الخبر الاول .

و ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ١١٩ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠ .

و الدابة بالدابتين ، فقال : كره ذلك علي (عليه السلام) فنحن نكرهه ، إلا أن يختلف الصنفان ، قال : فسألته عن الابل و البقر و الغنم أو احدها في هذا الباب ؟ قال : نعم نكرهه « والقائلون بالجواز حملوا هذه الاخبار على الكراهة ، والظاهر حملها على النسيئة كما اختاره بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين قال : لا خلاف بين العامة في جواز بيع الحيوان بالحيوانين حالا ، و إنما الخلاف بينهم في النسبة فذهب الاكثر منهم الى عدم الجواز ، و ذهب بعضهم الى عدم الجواز في المعدود .

أقول : و الى ذلك يؤمى خبر سعيد بن يسار (١) المروى في الكافي و الفقيه « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين بدأ بيد و نسيئة ؟ فقال : نعم لا بأس اذا سميت بالاسنان جذعين أو ثنيين ، ثم أمرني فخططت على النسيئة فان الظاهر من الامر هنا بضرب الخط على النسيئة بعد نفي البأس انما هو لثلايراه العامة أو لثلا ينقل عنه .

و مثله قال في النهاية ذيل هذا الخبر ، « لان الناس يقولون لا » و إنما فعل ذلك للنسيئة انتهى ، والظاهر أنه من كلام الصدوق رحمه الله و روى الشيخ في التهذيب في الصحيح عن سعيد بن يسار (٢) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين بدأ بيد و نسيئة ؟ قال لا بأس به ، ثم قال : خط على النسيئة » و مما ذكرنا يظهر قوة القول المشهور . (٣)

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩١ الفقيه ج ٣ ص ١٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١١٧ .

(٣) أقول العجب من صاحب الكفاية ، فانه قال في صحيحة سعيد بن يسار تصريح بجواز بيع البعير بالبعيرين نسيئة مسع أن الخبر دل على أنه (عليه السلام) أمر بالخط على النسيئة ايذاناً بعدم الجواز ، فكيف فقل عن تنمة الخبر واستدل به على جواز البيع نسيئة و الحال كما ترى ، و

الثالث : أن يكون أحدهما ربويا ، والاخر غير ربوى ، ولا خلاف فى جواز بيع أحدهما بالاخر نقدا ونسيئة كيف اتفق الامع تأجيلهما ، تساويا فى الاجل أو احتلفاً ، لانه من قبيل بيع الدين بالدين ، كما تقدم الاشارة اليه ، و ان كان بعض صورته لا يخلو من المناقشة كما سيأتى انشاء الله - تعالى - تحقيقه فى باب الدين .

المسألة الثانية - الاظهر الا شهر ان الحنطة والشعير هنا جنس واحد ، فلا يجوز التفاضل بينهما نقدا ولا نسيئة ، ولا يبيع احدهما بالاخر نسيئة و ان تساويا ، وهو مذهب الشيخين ، و ظاهر الصدوق فى الفقيه . حيث رواه ولم ينكره ، وسار و أبو الصلاح و ابن حمزة .

و قال ابن الجنيـد : أنهما نوعان ، و قال ابن أبى عقيل : و قد قيل لا يجوز بيع الحنطة بالشعير الا مثلا بمثل سواء ، لانهما من جنس واحد ، بذلك جاءت بعض الآثار عنهم (عليهم السلام) ثم قال : والقول والعمل على الاول ، و الى هذا القول مال ابن ادريس ، واكثر من القول فى ذلك ، و طول بما لا معتمد عليه ولا معول .

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

قال : لاخلاف بين المسلمين العامة والخاصة أن الحنطة والشعير جنسان مختلفان حساً و لفظاً ، و لا خلاف بين أهل اللغة واللسان العربى فى ذلك ، فمن ادعى أنهما كالجنس الواحد فعليه الدلالة ، وأخبار الاحاد ليست حجة ، ثم لم يذهب الى هذا القول سوى الشيخ أبى جعفر و الشيخ المفيد ، و من قلدهما ، بل جملة أصحابنا المتقدمين ورؤساء مشايخنا الماضين لم يتعرضوا لذلك ، بل أفتوا وصنفوا أن مع اختلاف الجنس يجوز بيع الواحد بالآخرين ، و قوله (عليه السلام) (١)

وبالجملة فالخبر ظاهر بالمنع ، ولكن الجواب عنه ما ذكرنا فى الاصل منه رحمه الله .

« اذا اختلف الجنسان فيه - و ا كيف شتم » والحنطة والشعير مختلفان - ورة وشكلا، ولوناً وطعماً، وادراكاً وحساً، ثم أطال بما لا يرجع الى طائل ولا يعود الى حاصل .

وجوابه فيما ادعاه من الاجماع المعارضة أولاً بدعوى الشيخ الاجماع - فى الخلاف - على خلاف مذكوره، و ثانياً المنع من الاجماع الذى يدعيه لمعرفت، فانه لم يذهب الى ما ذهب اليه الا ابن الجنيد و ابن أبى عقيل، و من عداهما من المتقدمين فهو اما مصرح بكونهما جنساً واحداً فى هذا الباب، أو أنه لم يتعرض لذكرهما، و ان ذكروا أن مع اختلاف الجنس يجوز البيع كيف اتفق .

فالعمل عندنا على الاخبار الواردة فى المقام السالمة من المعارض، و رده لها بأنها أخبار آحاد مردود، بأن الواجب عليه - مع رد هذه الاخبار و نحوها من اخبار الشريعة الواردة فى جملة الاحكام - هو الخروج من هذا الدين وهذه الشريعة الى دين آخر، و شريعة أخرى، و تعلقه بالاجماع تعلق بما هو أو هن من بيت العنكبوت و انه لا وهن البيوت، كما تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى مجلد كتاب الطهارة (١) و فى باب صلاة الجمعة .

وأما الاخبار الدالة على ما قلناه فمنها ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله مرافدهم) عن أبى بصير (٢) وغيره فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال : الحنطة والشعير رأساً برأس (لا يزاد) واحد منهما على الآخر » .
و ما رواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) عن

(١) ج ١ ص ٣٥ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٥ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ فى الكافى والفقيه (لا يزداد) .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ (و ليس فيه كلمة لا يباع) .

أبى عبد الله (عليه السلام) قال : لا يباع مختومان من شعير ، بمختوم من حنطة (ولا يباع) الا مثلاً بمثل والتمر مثل ذلك ، قال : و سئل عن الرجل يشتري الحنطة فلا يجد عند صاحبه الا شعيراً أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا ، انما أصلهما واحد» و زاد فى الكافى «و كان علي (عليه السلام) يعد الشعير بالحنطة» و عن هشام بن سالم (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : سأله رجل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الاكرار ، فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه ، فيقول له خذ منى مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفى ما نقص من الكيل ؟ قال : لا يصلح لان أصل الشعير من الحنطة ، و لكن يرد عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل » (٢) .

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) فى الصحيح قال : قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) : أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز الا مثلاً بمثل ثم قال : ان الشعير من الحنطة .
أقول : لعل الوجه فيما اشتملت عليه هذه الاخبار من أن الشعير من الحنطة وأن أصلهما واحد ، هو ما رواه الصدوق باسناده (٤) «أن على بن أبى طالب (عليه السلام)

(١) الكافى ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٦ .

(٢) اقول قد اشتهر فى كلام الاصحاب أن لفظ (لا يصلح) من ألفاظ الكراهة كما تقدم ذكره فى غير مقام ، مع أنه ههنا انما أريد به التحريم قطعاً ، ومثله غيره من الاخبار ، والحق أن هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهة المحتملة للحمل على كل من المعنيين الامع القرينة ، فالاستدلال به على الكراهة بقول مطلق مما لا وجه له . منه رحمه الله .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٦ .

(٤) المستدرک ج ٢ ص ٤٨١ .

سئل عما خلق الله الشعير ؟ فقال : ان الله (تبارك و تعالى) أمر آدم (عليه السلام) أن ازرع مما اخترت لنفسك، وجاءه جبرئيل بقبضة من الحنطة، فقبض آدم (عليه السلام) على قبضة، و قبضت حواء على أخرى فقال : آدم (عليه السلام) لحواء لا تزرعي أنت ، فلم تقبل أمر آدم ، فكلما زرع آدم جاء حنطة ، و كلما زرعت حواء جاء شعير فهو به يزول الاستبعاد الذي ذكره جملة من أولئك الامجاد .

و مارواه في التهذيب في الصحيح عن صفوان (١) عن رجل من أصحابه عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال : الحنطة والشعير لا بأس به رأساً برأس» .
ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث «قال : و لا يصلح الشعير بالحنطة الا واحداً بواحد» الحديث .

ومارواه في التهذيب عن أبي بصير (٣) «قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الحنطة بالشعير ، والحنطة بالدقيق ؟ فقال : اذا كان سواء فلا بأس ، والا فلا» .
و عن محمد بن قيس (٤) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) :
«قال : قال امير المؤمنين (عليه السلام) : لا تبع الحنطة بالشعير الا يسداً بيد ، و لا تبع قفيزاً من حنطة بقبيزين من شعير» الحديث .

و هذه الاخبار على كثرتها و صحتها لا معارض لها سوى ما ذكره من الوجوه التخريبية العليلة التي لا يجوز التعويل عليها في تأسيس الاحكام الشرعية والله العالم .

بقي الكلام هنا في الجمع بين القاعدة المتفق عليها في كلام الاصحاب وهي

(١) التهذيب ج ٧ ص ٩٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ .

(٣) (٤) التهذيب ج ٧ ص ٩٥ .

ما عرفت آنفا من اشتراط اتحاد الجنس في الربا - الذي هو عبارة عن الحقيقة النوعية، ولا ريب أن الحنطة والشعير في غير باب الربا جنسان، كما في باب الزكاة و فيما لو حلف أو نذر أن لا يأكل الحنطة، فانه لا يحنث بأكل الشعير ونحو ذلك، ولاختلاف مفهومها لغة و عرفاً، وبين الاخبار المذكورة الدالة على وقوع الربا فيهما بمعاوضة أحدهما بالآخر، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك تخصيص القاعدة المذكورة بالاخبار، بمعنى أنهما جنسان لاختلاف مفهومهما لغة و عرفاً، الا في الربا للاخبار المتقدمة فانهما فيه من جنس واحد، و أنت خبير بان ظاهر جملة من الاخبار المتقدمة أنهما جنس واحد مطلقاً، لا بخصوص الربا، و أنه انما وقع الربا فيهما من هذه الحيثية الثابتة لهما مطلقاً، كما يفسره حديث الصدوق المذكور، لأن اتحادهما مخصوص بالربا، ولا مناص عن الاشكال الا بخرم القاعدة المذكورة و ابطالها وقد قد منا في الابحاث المتقدمة أن الواجب هو الوقوف على موارد النصوص، و عدم الاعتماد على قواعدهم المذكورة في غير موضع، و اختلاف التسمية لا ينافي الاتحاد حقيقة، كما في الحنطة والدقيق، فان الحقيقة واحدة و ان اختلف الاسم . و كأنه الى ما ذكرنا أشار في التذكرة فقال : و بالجملة الاعتماد على أحاديث أهل البيت (عليهم السلام) و الاختصاص باسم، لا يخرج المهية عن التماثل كالحنطة والدقيق . انتهى .

وبالجملة ان اتحاد الاسم واختلافه علامة غالبية مبنى عليها الحكم ما لم يحصل أقوى منها، و لهذا يعمل على الاسم في غير الحنطة والشعير، و فيهما أيضاً في غير باب الربا مما أشرنا اليه آنفا و ان كانت حقيقتهم واحدة، و أصلهما واحد بالنصوص المتقدمة، لكون أحكام الشرع تابعة للاسم والاطلاق العرفي، لا الحقيقي النفس الامرى الامع دليل يدل عليه، ولما دلت النصوص على الاتحاد حقيقة و ان ذلك كاف في باب الربا، فلا يحتاج الى اتحاد الاسم، و ان عمل عليه في غير ذلك والله العالم .

المسألة الثالثة - الظاهر انه لاخلاف فى أن كلما يعمل من جنس واحد فانه يحرم التفاضل فيه ، كالحنطة و دقيقها ، اذا الطحن لا يخرجها عن الحقيقة ، و كذا كل جنس مع فرعه ، مثل التمر والدبس والرطب والعصير ، والعنب والزبيب . والدبس و نحو ذلك ، فيجوز بيع الحنطة بدقيقها متساوياً لامتفاضلا و لانسيئة قال : فى التذكرة و قد بينا أن أصل كل شىء و فرعه واحد ، يباع أحدهما بالآخر متساوياً لامتفاضلا ، ولايجوز نسيئة اذا كان مما يكال أو يوزن ، فيجوز بيع الحنطة بدقيقها و دقيق الشعير و بسويقهما ، والسويق بالدقيق عند علمائنا أجمع ، وادعى أيضا الا جماع فى الاتحاد بين الحنطة و بين جميع ما يعمل منه ، حتى بينها وبين الخبز و الهريسة ، و كذا بين جميع انواع اللبن ، وما يحصل منه حتى بين الحليب والكشك ، و الكامخ .

و قال فى التذكرة ايضا : يجوز بيع الحنطة بالخبز متساوياً نقداً ، ولايجوز نسيئة ولامتفاضلا ، و يجوز بيع الخبز بالخبز باساً ورطباً ومختلفين ، وبيع الفالودج بالحنطة ، و نقل منع العامة فى الكل .
أقول:والذى وقفت عليه من الاخبار فى هذاالمقام مارواه فى الكافى والتهذيب فى الموثق عن سماعة (١) «قال : سألته عن الحنطة والدقيق ؟ فقال: اذا كانا سواء فلا بأس» .

ومارواه أيضا عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال : قلت : ماتقول فى البر بالسويق ؟ فقال: مثلاً بمثل لا بأس به، قلت : انه يكون له ربيع أو يكون له فضل ، فقال : أليس له مؤونة؟ قلت : بلى قال : هذا بذاء ، وقال: اذا اختلف الشيطان فلا بأس مثلين بمثل بدأ بيد» قال فى الوافى: لعل مراد السائل أن البر له ربيع أن فيه فضل ، لانه يزيد اذا أخبز ، بخلاف السويق .

(١) الكافى ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٥ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٥ .

أقول : بل الظاهر انما هو أنه متى بيع أحدهما بالآخر كيلاً ، لانهما من المكيلات (١) فان الحنطة تكون أثقل ، والسويق وهو الدقيق المقلو أخف ، فيحصل الريح والزيادة في الحنطة ، ولهذا قيل : بالمنع هنا ، والمشهور الجواز ، فأجاب (عليه السلام) بأن هذه الزيادة في مقابلة مؤنة طحنه اذا طحن ليكون دقيقاً ، فيكون في قوة دقيق بدقيق متساويين .

ومارواه في الكافي في الصحيح عن زرارة ومحمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل ، والسويق بالسويق مثلاً بمثل والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به .

و مارواه في التهذيب والفتاوى في الصحيح عن زرارة (٣) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به .

و مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق (٤) قال : سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن العنب بالزبيب ؟ قال : لا يصلح الا مثلاً بمثل ، قلت : والتمر والزبيب ، قال : مثلاً بمثل ، وفي التهذيب على ما نقله في الوافي « قلت والرطب والتمر » قال : وهو الصحيح ، لجواز اختلاف الوزن في غير الجنسين كما صرح

(١) أقول : لا خلاف بينهم في أن الحنطة في زمنه (صلى الله عليه وآله) أنه من المكيل ، وأما الدقيق فقليل : انه من الموزون ، والذي صرح به جملة من المحققين منهم المحقق الأردبيلي أنه كان مكيلاً ، قال : والظاهر كونها في زمانه مكيلاً كذلك ، كما نقل ذلك في الحنطة بالاجماع انتهى منه رحمه الله .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ٩٧ .

به في الحديث الاخر ، وأشار به الى ما ذكره الكليني على أثره الخبر المذكور قال : و في حديث آخر بهذا الاسناد قال : المختلف مثلاً بمثل يبدأ بيد لا بأس به .

و عن أبي الربيع (١) قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس ، قلت : والبختج والعصير مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس به .

أقول : والبختج العصير المطبوخ ، وهو معرب البخته .

أقول : دلت هذه الاخبار على أن الحنطة والدقيق والسويق متحدة ، وكذلك العنب والزبيب ، والعصير مطبوخاً أو غير مطبوخ نوع واحد ، ويمكن إلحاق ما عداها من فروع كل منهما ، كما ذكره العلامة بالتقريب المتقدمة فإنها كلها متفرعة من الحنطة والعنب ، وعلى هذا القياس غيرهما من سائر الأنواع وفروعها .

الآن في المقام اشكالاً أشار إليه المحقق الأردبيلي (قدس سره) ولا بأس بنقل كلامه ، قال بعد ذكر كلام العلامة هنا ونقل بعض أخبار المسألة ما ملخصه : لكن فيه تأمل من حيث عدم انطباقه على القوانين ، من حيث أنه لا يصدق على الكل اسم خاص وأن له حقيقة واحدة ، ولهذا لو حلف شخص أن لا يأكل أحدهما لا يحنث بأكل الآخر ، فيحتمل أن يكونا جنسين ، وجواز بيع أحدهما بالآخر يكون كذلك ، ويكون الشرط للكرهية مع عدمه كما مرفى سائر المختلفات .

ويمكن أن يقال : الضابط أحد الأمرين اما الاتفاق في الحقيقة ، أو الاتفاق في الاسم ، وهذا الأول ، ولم يتحقق الثاني ، وفيه تأمل .

و من حيث إنه لا شك أن الحنطة إذا جعلت دقيقاً تزيد ، وهو ظاهر ، ودلت عليه صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة وانطباق الوجه المذكور فيها على قواعدهم

يحتاج الى التأمل ، فلا ينبغي صحة بيع أحدهما بالآخر متساوياً أيضاً ، للزيادة كما في اليابس من جنس بآخر رطباً ، مثل الرطب والتمر والعنب والزبيب كما سيجيء . فلا ينبغي النظر الى مثل هذه الزيادة في وقت آخر بتبديل و تغيير ، مع أنه معتبر عندهم كما سمعت في الرطب والتمر فتأمل في الفرق .

و من حيث إن الظاهر كونهما من المكيل في زمانه (صلى الله عليه و آله) كما نقل ذلك في الحنطة بالاجماع ، على أنه يمكن أن يختار الوزن ، لانه أصل ، و يجوز بيع المكيل به ، لاجماع المنقول - في شرح الشرايع - على جواز بيع الحنطة بالوزن مع كونه مكبلاً بالاجماع ، ولكن الظاهر أنه تحصل الزيادة في الحنطة على الدقيق بعد الطحن ، فان اختار الوزن تحصل هذه باعتبار الكيل ، وان اختار الكيل تحصل الزيادة باعتبار الوزن ، وهو ظاهر ، فيمكن التوجيه بما تقدم و لعل الاول أولى ، والاجتناب أحوط . انتهى كلامه ، (زيد مقامه) .

أقول: منشأ هذه الاشكالات مراعات القوانين التي صرحوا بها في هذا الباب من اشتراط اتحاد الجنس ، وأن الجنس ، عبارة عما إذا واحتمال كون الاتحاد والاختلاف بالنظر الى الحقيقة الأصلية وان اختلفت أسماء أفرادها ، أو أنه لا بد من الاتحاد في الاسم ، لدوران الاحكام الشرعية في جملة من المواضع مداره ، والظاهر عندي من الاخبار الواردة في هذا الباب هو أن المراد انما هو الاول ، و هو الاتحاد في الحقيقة و ان تعددت اسماء افرادها ، لقوله (عليه السلام) في اخبار بيع الشعير بالحنطة : «اصلهما واحد» ، و قوله : «ان الشعير من الحنطة» ، و منعهم (عليهم السلام) في الاخبار المتقدمة هنا من التفاضل في العنب و ما خرج منه و تفرع عليه من زبيب وعصير و دبس ، وكذا الحنطة و ما تفرع عليها من دقيق وسويق وخبز ونحو ذلك ، وهكذا في التمر والرطب الدبس و نحو ذلك ، فيصير كل من هذه الاصول و ما تفرع منه نوعاً واحداً و حقيقة واحدة و ان تعددت الاسماء ، فانه لا عبرة بتعددتها

فى هذا الباب و ان اعتبر ذلك فى غيره من ساير ابواب الفقه ، و دارت الاحكام مدار التسمية .

و يعضد ما ذكرنا ما رواه ثقة الاسلام فى الكافى عن على بن ابراهيم (١) عن رجاله فى جل من المعاوضات ، قال فيه ماصورته : و ما كيل او وزن مما اصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض كيلا بكيل ، او وزنا بوزن ، فاذا اختلف اصل ما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد و يكره نسيئة ، الى ان قال : و ما كان اصله واحداً و كان يكال او يوزن فخرج منه شىء لا يكال ولا يوزن فلا بأس به يداً بيد، و يكره نسيئة ، و ذلك كالقطن والكتان فأضله يوزن و غزله يوزن ، و ثيابه لا توزن فليس للقطن فضل على الغزل ، واصله واحد ، فلا يصلح الا مثلاً بمثل وزناً بوزن فاذا صنع منه الثياب صلح يداً بيد والثياب لباأس الثوبان بالثوب الى آخره و ظاهر الكلينى القول بذلك حيث نقله ولم ينكره و لم يتعرض لردّه بل حمل عليه، وبذلك يظهر صحة ما ذكرناه .

و اما التمسك بأنه لو حلف ان لا يأكل احدها فانه لا يحنت بأكل الاخر فانه مردود بما قلناه ، من اختصاص هذا الحكم بباب الربا كما سمعت من أخباره، و أما ما عده فانه لانزاع فى ترتب الاحكام و دورانها مدار صدق الاسم ، وبه يظهر ضعف ما ذكره فى الحيثية الاولى .

و أما ذكره فى الحيثية الثانية من أن الحنطة بالدقيق مستلزم للربا للزيادة فى الحنطة ، فهو مسلم، الا أن أكثر الاخبار المتقدمة قد دل على الجواز ، و لا مجال لردّها مع صحتها و صراحتها ، ولعل الزيادة على هذا الوجه غير ملتفت اليها، على أنه (عليه السلام) قد أجاب عن ذلك بأن هذه الزيادة فى مقابلة المؤنة فى طحن الحنطة ، كما قدمنا ذكره .

و اما قوله : و انطبق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج الى التأمل،

فان فيه اولاً- ما قدمنا ذكره - ان من الواجب الوقوف على ما دلت عليه الاخبار وافقت قواعدهم أو خالفوها، وعدم ظهور وجه الفرق- بين هذه الصورة ، وبين بيع الرطب بالتمر ، من حيث حصول الزيادة الحكمية في الموضعين ، واليه اشار بقوله فتأمل في الفرق- لا يبدل على العدم ، بل يمكن ان يجعل ما ذكره (عليه السلام) وجه فرق ، بأنه وان حصلت الزيادة الحكمية في ذلك الوقت ، الا انه بعد صيرورة الحنطة دقيقاً ، وظهور الزيادة على ذلك الدقيق المقابل حساً، فان هذه الزيادة تكون في مقابلة أجرة الطحن .

و ثانياً أنه من الجائز عدم الالتفات الى مثل هذه الزيادة الحكمية كما أشار اليه بقوله فلا ينبغي النظر الى مثل هذه الزيادة في وقت آخر ، بل المعتبر في الزيادة - الموجبة للربا- انما هي الزيادة الحسية حال الكيل و الوزن، وحينئذ يحمل تعليقه (عليه السلام) على أنه تعليل اقناعي لرفع استبعاد المخالفين .

و أما مسألة الرطب بالتمر - الموجبة للدخول الشبهة هنا- فسيأتى الكلام فيها انشاء الله - تعالى - و نقل الخلاف فيها، و بيان أن جملة من الاصحاب حملوا الاخبار الواردة فيها على الكراهة دون التحريم ، و بعض الاصحاب قصر الحكم على مورد النص من الرطب بالتمر خاصة ، فلا يتعدى الى غيره .

و بذلك يظهر لك ما في قوله ، مع أنه معتبر عندهم في الرطب والتمر ، وبالجملة فالواجب الوقوف على النص والعمل به ، و ارتكاب التأويل بما يرجع به الى غيره من نصوص المسألة ، وهو حاصل بما ذكرناه .

و بما اوضحناه يظهر لك ايضاً ما في كلام المحقق المتقدم ذكره في شرح قول المصنف ، «والشئ و اصله كالزبد والثلث واللبن ،» حيث قال : قد مريبانه و ان كان فيه تأمل من جهة عدم الاتحاد الاسم والخاصية ، فلولاً الاجماع

المفهوم من التذكرة لا يمكن القول بالاختلاف، الى ان قال : اذ الدليل على الكلية غير واضح، لانه ما وجد شىء صحيح صريح فى الكلية، والاسم غير صادق، والاختلاف ممكن حقيقة، بل هو الظاهر لاختلاف الخواص، مثل الخل والتمر، والجبن والحليب، و يؤيده ما فى صحيحة عبد الرحمن (١) بن ابي عبد الله قال : سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن بيع الغزل بالثياب (المنسوجة) والغزل اكثر وزننا من الثياب، قال : لا بأس، الى ان قال: وبالجملية الدليل غير قائم على الانحداد بين الشىء الربوى و اصله كلية، بل قائم على عدمه، والاصل و ادلة اباحة البيع دليل الجواز، الا ان كلام الاصحاب ذلك، فالخروج عنه مشكل، والاحتياط يقتضيه، والمسألة من المشكلات كلها محلها، و قد ادعى الاجماع فى اكثرها، حتى بين الحليب واللبن والكشك والكامخ، والحنطة والخبز، بجميع انواعه والهريسة فما ثبت الاجماع فيه لا يمكن الخروج عنه، و ظاهر التذكرة الاجماع فى كل اصل مع فرعه، وفرع كل اصل مع آخر فتأمل انتهى.

اقول : انه وان لم يوجد هنا نص على الكلية المذكورة كما ذكره ولكن لا يخفى ان ما اشرنا اليه من النصوص الواردة هنا وان كان موردها جزئيات مخصوصة، الا ان الحكم فيها ليس مقصوراً على تلك الجزئيات، لعدم الخصوصية، بل يتعدى الى ماضاهاها، واذ اضم اليها ما نقلناه عن الثقة الجليل على بن ابراهيم من الكلام الذى نقله عن مشايخه، و عليه اعتمد ايضا ثقة الاسلام، اذ من المعلوم ان نقله له فى كتابه ليس الا بقصد الافتاء والعمل عليه، كالاخبار التى نقلها فى ذلك الكتاب،

ومن الظاهر الواضح الظهور ان هؤلاء الاجلاء الذينهم من ارباب النصوص لا يذكرون هذا الكلام ويفتون به الا مع ظهوره لهم عن اهل العصمة (صلوات الله عليهم)

(١) الكافى ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ١٢٠ و فى الكافى (المبسوطة)

وهذا مما لا يختلفه الشك والريب، والكلام المذكور صريح في الكلية المذكورة،
فلا مجال للتوقف فيه، واما إirاده صاحبة عبدالرحمان في بطلان الكلية المذكورة،
فقد ظهر جوابه من كلام علي بن ابراهيم المتقدم الدال على ان الفرع الملحوق بأصله
في هذا الباب انما هو اذا كان مثله في كونه مكيلا او موزونا مثل أصله و الثياب
ليست كذلك، كما صرح به، فلا ورود لما أورده (قدس سره) هذا كله فيما :
يعمل من جنس واحد، كما تقدم في صدر المسألة، فلو كان من جنسين فانه لا اشكال
ولا خلاف فيما أعلم في جواز بيعه بهما، وينصرف كل جنس من الثمن الى ما
يخالفه من المبيع، ومن أجل ذلك لا يشترط مساواة جملة الثمن للمبيع قدراً، ولا
يعتبر معرفة كل واحد من الجنسين، بل يكفي معرفة المجموع، و يجوز أيضا بيعه
بأحدهما، ويشترط هنا زيادته على مجانيته زيادة تموله، بحيث يمكن فرض كونهما
ثمناً في بيع ذلك الجنس الآخر **لوبيح منفرداً** وان قلت وفي حكم المعمول من
جنسين مالو ضم أحدهما الى الآخر، وباعهما في عقد واحد وان تميزا لتساوي
الفرضين في العلة المسوغة للبيع والله العالم

المسألة الرابعة - اختلف اصحاب في بيع الرطب بالتمر، بل كسل رطب
بيابسه، فقال الشيخ في النهاية : لا يجوز بيع الرطب بالتمر، مثلاً بمثل، لانه اذا
جف نقص، ولا يجوز بيع العنب بالزبيب الا مثلاً بمثل، و تجنيه أفضل، و قال
في الخلاف : لا يجوز بيع الرطب بالتمر، فأما بيع العنب بالزبيب أو ثمرة رطبة
بيابسها مثل التين الرطب بالجاف، والخوخ الرطب بالقديد، وما أشبه ذلك فلا نص
لاصحابنا فيه، والاصل جوازها لان حملها على الرطب قياس، ونحن لانقول به .

وقال في المبسوط : لا يجوز بيع الرطب بالتمر، لامتفاضلا و لا متقائلا على
حال، وكذا الخبز لا يجوز بيع لينه بيابسه، لامتماثلا ولا متفاضلا، ثم قال في موضع
آخر منه : بيع الرطب بالتمر لا يجوز اذا كان حرضاً مما يؤخذ منه، فأما اذا كان
تسراً موضوعاً على الأرض فانه يجوز، وأما بيع العنب بالزبيب، والكمثرى الرطب

والتين الرطب بالمقدد منه وما أشبه ذلك ، فلانص لأصحابنا فيه ، والأصل جوازه لقوله تعالى (١) «وأحل الله البيع» ثم قال : ولا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالجافة وزناً مثلاً بمثل ، لانه يؤدى الى الربا لان مع أحدهما ماء فينقص اذا جف ، والتفاضل لا يجوز لفقد الطريق الى العلم بمقدار الماء ، وقال فى الاستبصار : ان بيع الرطب بالتمر ، مكروه لا محرم .

وقال ابن ابي عقيل : لا يجوز بيع التمر اليابس بالرطب ، ولا الزبيب بالعنب ، لان الزبيب والتمر يابسان ، والرطب والعنب رطبان ، واذا يبسان نقصا ، وكذا الفاكهة اليابسة بالفاكهة الرطبة ، مثل التمر بالرطب .

وقال ابن الجنييد : لا يشتري التمر اليابس بالرطب ، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن ذلك ، وهذا فى الفاكهة وغيرها من اللحم اذا كان من جنس واحد ، وسواء كان جفافه بالنار أو الهواء .

وقال ابن البراج : لا يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل ، ولا غير ذلك ، وقال ابن حمزة : لا يجوز بيع الرطب بالتمر ولا العنب بالزبيب ، لامتماثلا ولا متفاضلا .

وقال ابن ادريس : قول الشيخ : لا يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل ، - لانه اذا جف نقص - غير واضح ، بل يجوز ذلك ، ومذهبنا ترك التعليل والقياس ، لانه كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب ، وهذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف ، وأيضاً لا خلاف أن بيع الجنس بالجنس مثلاً بمثل جائز سايف ، والمنع منه يحتاج الى دليل ، وقوله تعالى (٢) «وأحل الله البيع وحرم الربا» قال : وقد رجع شيخنا عما ذكره فى نهايته فى الثالث من استبصاره فقال :

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٥ .

(٢) سورة البقرة الاية - ٢٧٥ .

الوجه في هذه الاخبار ضرب من الكراهة دون الحظر.

وقال العلامة في المختلف : المعتمد تحريم كل رطب مع يابسه الا العربية .
وقال في الدروس : وماله حالاً جفاف ورطوبة يباع مع اتفاق الحال ، و لو
اختلف الحال فالمشهور منع بيع الرطب بالتمر متساوياً ومتفاضلاً للرواية .
وقال في الاستبصار : وتبعه ابن ادریس هـ بالجواز متساوياً على الكراهة ،
لعدم التصريح في الرواية ، وأما العنب بالزبيب و نحوه مما ينقص عند الجفاف
فبعض من منع هناك فيه جوز هنا تماثلاً في القدر ، ومنع منهما ابن الجنيد والحسن وابن
حمزة والفاضل ، وهو أولى ، وظاهره التوقف في مسألة بيع الرطب بالتمر ، حيث
اقتصر على نقل الخلاف خاصة ، وحكمه بالاولوية فيما عدا ذلك .

وقال المحقق في الشرايع : وفي بيع الرطب بالتمر تردد ، والاظهر اختصاصه
بالمنع ، اعتماداً على أشهر الروايتين .
وقال في المسالك - بعد نقل بعض اخبار المسألة المشتملة على علة التحريم :
والاقوى التحريم والتعذية الى كل ما فيه العلة المذكورة ، هذا ما حضرني من
أقوالهم .

وأما الاخبار الواردة في المقام فمورد أكثرها الرطب بالتمر ، ومنها ما رواه
الكليني والشيخ في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام)
« قال : لا يصلح التمر اليابس بالرطب ، من أجل أن التمر يابس و الرطب رطب ،
فاذا يبس نقص » الحديث .

وصحيحة محمد بن قيس (٢) عن ابي جعفر (عليه السلام) في حديث « أن
أمير المؤمنين (عليه السلام) كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً ، بمثل كيله الى أجل
من أجل أن التمر يبس فينقص من كيله » .

(١) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٦ .

ورواية داود بن سرحان (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : لا يصلح التمر بالرطب ، ان الرطب رطب والتمر يابس ، فاذا يابس الرطب ينقض » .
ورواية داود الابرارى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : سمعته يقول : لا يصلح التمر بالرطب التمر يابس و الرطب رطب » .
وموثقة سماعة (٣) قال : « سئل ابو عبدالله (عليه السلام) عن العنب بالزبيب ؟ قال : لا يصلح الا مثلاً بمثل ، قلت : والرطب والتمر قال : مثلاً بمثل » هكذا فى رواية الشيخ الخبر المذكور فى التهذيبين . وفى رواية الكلينى له ، جعل عوض « والرطب والتمر » « والتمر والزبيب » ورواية الشيخ أصح ، لانه مع اختلاف الجنسين لابس باختلاف الوزن ، ورواية أبى الربيع (٤) قال : « قلت لابسى عبدالله (عليه السلام) ماتراى فى التمر والبسر الاحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لابس به ، قلت : فالبختج والعصير مثلاً بمثل ؟ قال : لابس به » .

أقول لا يخفى أنهم فى غير موضع من الاحكام متى ورد بلفظ « لا يصلح أو يكره » فانما يحملونه على الكراهة بالمعنى الاصولى دون التحريم ، كما تقدم ذكره فى غير موضع ، وقد تقدم التحقيق منافى غير موضع (٥) أن الحق أن هذه الالفاظ ونحوها

(١) (٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ الاستبصار ج ٣ ص ٩٣ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ١٩٠ التهذيب ج ٧ ص ٩٧ .

(٥) أقول : وأما مذكره المحقق الأردبيلى - حيث أنه اختار التحريم فى الجميع ، من أن الظاهر أن « الكراهة » بمعنى التحريم ، لما مر أن علياً (عليه السلام) لا يكره الحلال حقيقة أنه من الظاهر الذى لا يمكن انكاره - كما لا يخفى على المتتبع بالاجبار ، ورود الكراهة فى الاخبار بالمعنيين المذكورين ، ومجرد ورود الكراهة بمعنى التحريم فى بعض الاخبار لا يقتضى حملها على التحريم ، بل غاية الامر أن يكون محتملة للمرين ، وهو قد صرح أيضاً بأن « الكراهة ولا يصلح » انما يستعمل غالباً فى المباح ، فكيف يكون الظاهر منها هو التحريم ، ماهذه الامجازة ظاهرة ، كما لا يخفى على المتأمل المنصف .
(منه رحمه الله)

من الالفاظ المتشابهة ، لوقوعها في الاخبار بمعنى التحريم تارة ، وبمعنى الكراهة بالمعنى الاصولي أخرى ، فالاخبار المذكورة غير صريحة في التحريم ، فلا يمكن الخروج بها عن أدلة الجواز من الاصل ، وعموم ما دل على جواز البيع كتاباً وسنة ، وخصوص موثقة سماعة ورواية ابي الربيع المذكورتين و كذا مادل على صحة البيع مع تماثل الجنسين الربويين في الوزن مطلقاً ، وبذلك يظهر أن ما ذكره من أن هذه الروايات صحيحة لاتعارضها رواية سماعة و لارواية أبي الربيع - ليس في محله ، لانها وان كانت صحيحة ، الا أنها غير صريحة في المطلوب لما عرفت ، سيما مع اعترافهم في غير موضع بذلك ، كما ذكرناه ، فكيف يستندون الى هذه الالفاظ في التحريم هنا ، ومجرد كثرتها وتعددتها وصحة أسانيدهما لاتكون قرينة على التحريم .

والظاهر أنه لاجل ما ذكرنا اختار في الكفاية الكراهة ، وفاقاً للشيخ في كتابي الاخبار ، وابن ادریس ، وهو ظاهر الشهيد في الدروس ، وأما تعدية الحكم الى غير الرطب والتمر بناء على ثبوت التحريم فيهما ، فهو مبني على حجية العلة المتنصوصة ، وفي ذلك كلام تقدم في مقدمات الكتاب في صلبه مجلد كتاب الطهارة (١) . وكيف كان فالمسألة هنا لاتخلو من شوب الاشكال ، والاحتياط مطلوب فيها على كل حال والله العالم .

المسألة الخامسة . قد عرفت مما تقدم أنهم المقرر في كلامهم أن كل شيء مما يفرع منه جنس واحد ، وكلما اشترك في الدخول تحت حقيقة من الحقايق فهو جنس واحد ، فالعنب والتمر وما يخرج منهما ويتفرع عليهما جنس واحد ، وهكذا الحنطة وما يتفرع عليها جنس واحد ، ومنه الشعير كما تقدم ولحم المعز والضأن جنس واحد ، لدخولهما تحت لفظ الغنم ، والبقرة والجاموس عندهم جنس واحد ، لدخولهما تحت جنس البقر ، والعراب وهي الابل العربية ، والبخاني وهي الابل الخراسانية جنس واحد والطيور عندهم اجناس فالحمام كله (٢) جنس على قول .

(١) ج ١ ص ٦٣ .

(٢) قيل : وجه الخلاف هنا هو الشك في أن مقولية الحمام على ما تحتها

وقيل : ما يختص من أنواعه باسم فهو جنس مغاير، واللحوم مختلفة باختلاف أسماء حيواناتها ، والالبان تتبع الحيوان فى التجانس والاختلاف ، والادهان تتبع ما يستخرج منه، والزبد والسمن والحليب والمخيض والاقط واحد، تابع لما يستخرج منه ، والخلول تابعة لاصولها ، فخل التمر مخالف لخل العنب ، قالسوا والوحشى من الحيوانات مخالف لانسيه ، وقد ادعى فى التذكرة الاجماع على اكثر هذه الاحكام ، فان ثبت ، والافللنظر فى بعضها مجال .

ومن ذلك لحوم البقر والجاموس ، ودعوى أنهما جنس واحد ، لدخولهما تحت لفظ البقر، كما يدل عليه كلام أهل اللغة ، فلو لا الاتفاق على ذلك لامكن المناقشة بالنظر الى العرف ، فانه يأبى ذلك ، مع أنه مقدم على اللغة عندهم، ومما يؤيد كونهما نوعاً واحداً ضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة ، وجعلهما جنساً واحداً، ومن ذلك الحكم بأن الوحشى من الحيوانات مخالف لانسيه، مع اندراجهما تحت لفظ واحد وحقيقة واحدة ، وهى المدار فى الاتحاد ، واختلاف الصور والخواص ونحو ذلك قد تقدم أنه غير منظور ولا معتبر، كما فى الشعير والحنطة وغيرهما .

دمقولية النوع على أصنافه أو مقولية الجنس على أنواعه ، فعلى الاول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقاً، وعلى الثانى يختص كل نوع بحكمه، ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عسيراً جداً ولم يمكن من جهة الشرع قاطع لشيء ، حصل الخلاف ، وبهذا يحصل الفرق بين أفراد الحمام ، وأفراد البقر بالنسبة الى الجاموس ، فانه قد ثبت شرعاً أنهما نوع واحد، تعددهما فى باب الزكاة كذلك ، وكيف كان فينبغى أن يعلم أن الربا فى الحمام ونحوه من الطير انما هو فى لحمه اذا بيع وزناً ، والا فلو بيع عدداً أو جزافاً فلا، الاعلى القول بحصول الربا فى المعدودات أيضاً.

(منه رحمه الله)

المسألة السادسة - قال الشيخ في النهاية : لا يجوز بيع الغنم باللحم لا وزناً ولا جزافاً ، وكذا قال المفيد و سلار و ابن البراج ، و في الخلاف والمبسوط : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اذا كان من جنسه ، كلحم الشاة بالشاة ، ولحم البقر بالبقر ، و ان اختلف لم يكن به بأس ، و كذا قال ابن حمزة ، و هو مذهب ابن الجنيد أيضاً ، و قال ابن ادریس : يجوز ذلك اذا كان اللحم موزوناً ، سواء اتفق الجنس أولاً يداً بيد ، وسلفاً أيضاً ان كان اللحم معجلاً ، دون العكس ، اذ لا يجوز السلف في اللحم ، و يجوز في الحيوان .

قال في المختلف بعد نقل ما ذكرناه : والاقرب الاول ، لنا أنه أحوط وأسلم من الربا ، ولأنه قول من ذكرنا من علمائنا ، ولم نقف لغيرهم منا على مخالف ، و ابن ادریس قوله محدث لا يعول عليه ، ولا يثلم في الاجماع ، ولأن الشيخ احتج عليه في الخلاف باجماع الفرق - ونقله حجة ثقتنا وعدالته ومعرفة ، وبما رواه غياث ابن ابراهيم (١) في الموثق عن الصادق (عليه السلام) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره اللحم بالحيوان» لا يقال : ان غياث ابن ابراهيم يترى والمتن غير دال على المطلوب ، اذ الكراهة لاتدل على التحريم ، لانا نقول : ان غياثاً وان كان بترياً (٢) الا أن أصحابنا وثقوه ، فيغلب على الظن ما نقله ، والظن يجب العمل به ، والكراهة تستعمل كثيراً في التحريم .

احتج ابن ادریس بأن المقتضى - وهو قول الله تعالى (٣) «أحل الله البيع» - موجود ، والمانع - وهو الربا - منفي ، لان الربا انما ثبت في الموزون ، والحيوان الحي ليس بموزون ، والجواب المنع من نفى المانع ، ومن كون المانع هو الربا خاصة ، ولو قيل : بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح جمعاً بين الأدلة كان

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩١ .

(٢) وفي الجمع : البتره بضم الموحدة فالسكون فرق من الزيدية .

(٣) سورة البقرة الآية - ٢٧٥ .

قويا . انتهى كلامه زيد اكرامه .

أقول : هذا كلامه هنا ، و في التحرير اختار الجواز ، استضعافاً للرواية المذكورة ، و في الارشاد قال : و يجوز بيع لحم الغنم بالشاة على رأى ، ثم انه لا يخفى ما في كلامه هنا من المجازفة والضعف الظاهر لكل ناظر ، و ما ذكره ابن ادريس هو الموافق للقواعد الشرعية ، والرواية ينبغي حملها على الكراهة بالمعنى المصطلح ، كما هو أحد معنيها في الاخبار ، لعدم ظهور الموجب للتحريم ، وأصالة الصحة أقوى مستمسك في المقام .

و من ثم ان العلامة في آخر كلامه قد عدل عما ذكره أولاً وسجل به ، وقوله : ولو قيل :- مع أن هذا قول ابن ادريس - لأمعنى له ، الآن يريد من المتقدمين ، والظاهر أن مراده ذلك ، حيث انهم لا يعتبرون بأقوال المعاصرين ، و انما يعولون على أقوال المتقدمين ، كما يشعر به كلامه ، وظاهر كلامه - قدس سره - في هذا المقام أن محل الخلاف هنا هو الحيوان المحي مع اللحم ، كما هو صريح كلام ابن ادريس ، و يشير اليه قوله - هنا - (ولو قيل) ، الى آخره .

وظاهر المحقق الاردبيلي في شرحه على الارشاد أن محل الخلاف انما هو الشاة المذبوحة ، قال : ينبغي عدم الخلاف بالجواز بالشاة حال حياتها متفاضلا ، و نسيئة ، والخلاف بعد الذبح مع أحد الامرين ، فمن حيث أن العادة يبيعها بالوزن بعده فيتحقق شرط الربا و هو الجنسية والوزن هنا ، و من حيث ان المذبوح ليس يتعين بيعه بالوزن ، لعدم تحقق ذلك عادة ، بل الظاهر جواز بيعه حينئذ جزافاً ، فليس بموزون ، - الى أن قال - : وبالجمله لو ثبت أن بيع الحيوان المأكول بعد الذبح لا يجوز الا وزناً لا يجوز باللحم من جنسه متفاضلا و نسيئة ، و الا فلا .

أقول : فيه زيادة على ما تقدم أن ظاهر كلام الاصحاب أن الحيوان بعد الذبح لا يباع الا بالوزن ، وأنه ليس محل خلاف كما ادعاه ، مع أن كلامه في المقام لا تخلو

من تدافع ، لانه في الحيثية الاولى ذكر أن العادة بيعه بالوزن بعد الذبح ، و بنى التحريم على ذلك، و في الحيثية الثانية نفى عدم تحقق ذلك عادة ، و بنى عليه الجواز، و هل هو الا تناقض ظاهر كما لا يخفى على كل ناظر ، فضلا عن الخبير الماهر . ثم ان ممن اختلف كلامه في هذه المسألة أيضا المحقق ، فقال : في الشرايع، بالتحريم، وفي النافع . بالكراهة كما ذهب اليه ابن ادریس ، و هذا القول الأخير هو الذي نقله عنه في نكت الارشاد ، وقال في المسالك - بعد قول المصنف ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه الى آخره : - هذا هو المشهور بين الاصحاب، وخالف فيه ابن ادریس فحكمم بالجواز ، لان الحيوان غير مقدر بأحد الامرین و هو قوى مع كونه حياً ، و الا فالمنع أقوى ، والظاهر أنه موضع النزاع انتهى .

وهو مؤيد لما قدمنا ذكره، و تنظر صاحب الكفاية فيه لعله مبني على ما ذكره الاردبيلي مما قدمنا نقله عنه ، وقد عرفت ما فيه

و بالجملة فالتحقيق أن كلام المتقدمين و من تبعهم من المتأخرين شامل للحيوان الحي و المذبوح، كما هو ظاهر كلام العلامة في المختلف ، في رده على ابن ادریس ، حيث التجأ الى جواز أن يكون المانع أمراً آخر غير الربا، و مثله الشهيد في نكت الارشاد ، (١) .

(١) أقول : قال الشهيد في نكت الارشاد - بعد قول المصنف ويجوز بيع اللحم بالشاة على رأى - ما لفظه : هذا مذهب ابن ادریس ونجم الدين، و زاد ابن ادریس جواز اسلاف اللحم في الحيوان لا العكس ، لعموم «أحل الله البيع» و لان الربا إنما هو في الموزون والمكيل ، و ظاهر أن الشاة ليست أحدهما، وأجيب بأن العام يخص بدليل ، وبمنع اختصاص الربا بما ذكره ، و نمنع أنه من باب الربا، بل هو محرم لعله ، لامن جهة الربا ، ثم نقل مذهب الشيخين و من تبعهما ، و ذكر احتجاج العلامة ، و ظاهره التوقف ، حيث اقتصر على نقل الاقوال ، و لم يوضح شيئاً

و ابن ادریس ومن تبعه - كالشہید الثانى والمحقق الشيخ على، و اليه أشار العلامة فى آخر كلامه فى المختلف ، وهو مذهبه فى التحرير والارشاد، والمحقق فى النافع - فصلوا بين الحى والمذبوح، فوافقوهم فى المذبوح ، لكونه بعد الذبح لحماً لا يباع الا بالوزن ، وخالفوهم فى الحى ، لعدم بيعه وزناً ، وهو الحق فى المقام، و به يظهر أن محل الخلاف إنما هو فى الحى خاصة ، و يزيدك بياناً ما ذكره فى شرح اللمعة ، حيث قال المصنف : «و لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل » فقال الشارح : كلحم الغنم بالشاة ان كان مذبوحاً لانه فى قوة اللحم ، فلا بد من تحقق المساواة ، فلو كان حياً فالجواز قوى لانه حينئذ غير مقدر بالوزن . انتهى .

المسألة السابعة - الأشهر الا ظهر أنه لاربا الا فى المكيل والموزون ، فما ليس كذلك يجوز بيعه متساوياً و متفاضلاً ، و قيل : بشوته فى المعدود أيضاً ، ونقل عن الشيخ المفيد و ابن الجنيد و سلاور ، الذى يدل على الاول جملة من الاخبار - منها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بأسانيد عديدة فى الموثق عن عبيد بن زرارة (١) «قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن» .

و ما رواه فى الكافى عن منصور بن حازم (٢) فى الموثق «قال : سألت عن الشاة بالشاتين ، والبيضة بالبيضتين ، قال : لا بأس ما لم يكن كيلاً ولا وزناً» . و ما رواه فى الفقيه عن داود بن الحصين (٣) «أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام)

وقال فى الدروس : و لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه على الاصح ، و تجوز بغيره . انتهى . منه رحمه الله .

(١) الكافى ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٥

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٧ ص ١١٨ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين قال. لا بأس ما لم يكن مكبلاً ولا موزوناً .
و ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبي
عبدالله (عليه السلام) قال: لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً أو وزناً ونحوها
موثقة أخرى لمنصور بن حازم ، و قد تقدمت في المسألة الاولى .

وما رواه في الكافي (٢) عن علي بن ابراهيم عن رجاله عن ذكره في فصل
طويل في المعاوضات قال : و ما عد عدداً ولم يكل ولم يوزن فلا بأس به اثنان
بواحد يبدأ بيد ، و يكره النسبته .

وقال في كتاب الفقه الرضوي (٣) «و اعلم أن الربا ربا آن ربا يؤكل و ربا
لا يؤكل ، فاما الربا الذي يؤكل فهو هديتك الى رجل تطلب الثواب أفضل منه ،
فاما الربا الذي لا يؤكل ، فهو ما يكال أو يوزن » .

و احتج الاصحاب على ذلك بزيادة على الاخبار بان الاصل الجواز ، ولان
الانسان مسلط على ماله ، و حاكم فيه ، فلا يمنع فيه الا بدليل ، و نقل عن
الشيخ المفيد أنه احتج بعموم النهي عن الربا ، وهو في اللغة الزيادة ، و هي متحققة
في المعدود .

وبما رواه محمد بن مسلم (٤) في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام)
عن الثوبين الرديين الخبر و قد تقدم في المسألة الاولى .
و موثقة سماعة (٥) قال : سألت عن بيع الحيوان اثنين بواحد ، فقال : اذا
سميت الثمن فلا بأس .

(١) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٢ .

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٩ .

(٤) (٥) التهذيب ج ٧ ص ١٢٠ .

و أجاب في المختلف عن الدليل الاول بأن الزيادة المطلقة غير معتبرة ، بل لابد من شرايط معها ، فخرجت الحقيقة اللغوية عن الارادة ، وعن الاحاديث بأن الكراهة قد تكون للتنزيه بل هو المعنى المتعارف منها .

أقول : أما الخبر الاول فقد تقدم احتمال خروجه مخرج التقية ايضا .
و أما خبر الثاني فمن المحتمل قريباً أن يكون لفظ الثمن هنا وقع تحريف لفظ السن ، كما ورد في موثقة سعيد بن يسار قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البعير بالبعيرين يداً بيد و نسيئة ؟ فقال : نعم لا بأس اذا سميت بالاسنان جذعين أو ثنيين ، ثم أمرني فخططت على النسيئة (١) وقد تقدم أن الامر بالخط على النسيئة انما وقع تقية كما ذكره بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) .

والشيخ (رضوان الله عليه) في الاستبصار قد حمل هذا الخبر على الاستظهار والاحتياط ، قال : لان الافضل والاحوط أن يقوم كل واحد منها على جهة ويكون البيع على القيمة ، و ان لم يكن ذلك محظوراً .

وأيده بما رواه في الصحيح عن ابن مسكان (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن الرجل يقول : عاوضني بفرسي فرسك ، وأزيدك قال : لا يصلح ، ولكن يقول : أعطني فرسك بكذا وكذا وأعطيك فرسي بكذا وكذا وكيف كان فالعمل على القول المشهور والله العالم .

المسألة الثامنة - قالوا المعتبر في الكيل والوزن ما كان في عهده (صلى الله عليه وآله) فمتى علم ذلك ، اتبع وجرى فيه الربا وان تغير حاله بعد ، ولا فرق بين أن يكون ذلك في بلده (عليه السلام) أو غير بلده اذا أقر أهله عليه ، وما لم يعلم حاله يتبع عادة البلدان ، فان اختلفت كانت لكل بلد حكم نفسه ، مصيراً الى العرف الخاص

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩١ التهذيب ج ٢ ص ١١٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

عند تعذر العلم ، فكل بلد يكون فيها مكيلاً أو موزوناً يثبت فيه الربا ، وكل بلد لا يكون كذلك يجوز البيع متفاضلاً ونسيئة من غير مانع .

قال: بعض المحققين والظاهر أن الحكم للبلد ، لآلهه وإن كان في بلده غيره ، ولا يخفى ما فيه من الغموض ، وإن كان مراده أن الحكم لأهل البلد الساكنين فيها دون من خرج منها إلى بلد ليست كذلك ، وقيل : وهو منقول عن الشيخين و سار .

وابن ادریس يغلب جانب التقدير بالكيل أو الوزن على جانب العدد والجفاف أخذاً بالاحوط (١) .

ووجه الأول بأن المعتبر العرف عند عدم الشرع ، وكما أن عرف تلك البلد التقدير ، فيلزمه حكمه ، وعرف الأخرى الجفاف مثلاً فيلزمه حكمه ، صرفاً للمخاطب إلى المتعارف من الجانبين . (٢)

(١) أقول : التحققي أن هذين القولين ينحلان إلى ثلاثة أقوال: أحدها - اعتبار التقدير في جميع الأشياء حذراً من الفرر المقتضى السى التنازع ، ولأنه الاحوط ، وهو قول الشيخ في النهاية ، وتبعه سار .

ثانيها - اعتبار حكم الأغلب والأعم ، لأن المعروف من عادة الشرع اعتبار الأغلب دون النادر ، وهذا مدلول عبارة الشيخ المفيد ، وتبعه ابن ادریس: وثالثها - اعتبار كل بلد حكم نفسه ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والمحقق والعلامة وغيرهم منه رحمه الله .

(٢) كما إذا كان ذلك الجنس مكيلاً أو موزوناً في بلد فانه ربوى محرم على أهل تلك البلد ببيعه متفاضلاً ، ولو أن أحد أهل هذه البلد خرج إلى بلد يباع فيها ذلك الجنس جزافاً فانه يجوز له شراؤه جزافاً ولا يحرم عليه الزيادة باعتبار أنه في بلده ربوياً ، والظاهر أن هذا مراد المحقق المذكور ، وإن كانت عبارته عن تأديته ظاهرة القصور .

ووجه الثانى بصدق المكيلى والموزون على ذلك فى الجملة ، قالوا : انه قد ثبت أن أربعة كانت مكيلة فى عهده (صلى الله عليه وآله) وهى الحنطة والشعير والتمر والملح ، نقل عليه فى التذكرة اجماع الامة ، فلا يباع بعضها ببعض الا كيلا وان اختلف فى الوزن ، واستثنى - فى التذكرة - ما يتجافى منه فى المكيال ، كالقطع الكبار من الملح ، فيباع وزناً لذلك ، وما عداها ان ثبت لدفع عهده (صلى الله عليه وآله) أحد الامرين ، والا رجع الى عادة البلد .

ولو عرف أنه كان مقدراً فى عهده (صلى الله عليه وآله) وجهل اعتباره بأحدهما قالوا : احتمال التخيير ، وتعين الوزن ، لانه أضبط واختاره فى التذكرة ، واستحسنه فى المسالك .

أقول : وفى حكم الاربعة المذكورة فى الاتفاق على كونهما من المكيلى فى عهده (صلى الله عليه وآله) الدنانير والدرهم وكونهما موزونة ، لاتفاق الامة كما ذكره فى التذكرة أيضا على ثبوت الربا فى هذه الستة أعنى الاربعة المتقدمة مع هذين ، ومن الظاهر أن هذين ليست من المكيلى ، فليس الايهما موزونة ، وبعضه استفاضة الاخبار بأنهما من الموزون فى عصرهم (عليهم السلام) .

ثم أقول : لا يخفى أن جميع الحبوب من حنطة وشعير وارض وعدس وماش والتمر والرطب ونحوها وما ينفرع من كل منها وكذا الالبان و الادهان ونحوها فى هذه الازمنة المتأخرة اما تباع بالوزن ، والكيل الذى كان أولا غير معمول عليه بين الناس بالكلية ، فيشكل الحكم فى هذه الاجناس الاربعة التى اتفقوا على كونها مكيلة فى عصره (صلى الله عليه وآله) باعتبار بيعها وزناً ، حيث انهم صرحوا بأن ما كان مكيلا لا يجوز بيعه بغير الكيل ، وكذا الموزن مع قطع النظر عن حصول الربا وعدمه وهكذا يجرى فى باب الربا ايضا ، وقد صرح فى التذكرة بأنه لا يجوز بيع شىء من المكيلى بشىء من جنسها وزناً بوزن وان تساوى .

نعم نقل فى المسالك - عن بعضهم - انه نقل الاجماع على جواز بيع الحنطة

والشمير وزنناً ، مع الاجماع - كما عسرفت - على كونهما مكيلين في عصره (صلى الله عليه وآله) وقال في التذكرة ايضاً: وما اصله الكيل يجوز بيعه وزنناً سلفاً و تعجيلاً ، و لايجوز بيعه بمثله وزنناً، لان الغرض في السلف و المعجل تعيين جنس معرفة المقدار، وهو يحصل بهما ، والغرض هنا المساواة ، فاختص المنع في بعضه ببعض به ، و قال ايضاً: كما لايجوز بيع الموزون بجنسه جزافاً ، كذا لايجوز بيعه مكيلاً ، الا اذا علم عدم التفاوت فيه ، و كذا المكيل لايجوز بيعه جزافاً ولا موزوناً الامع عدم التفاوت ، وقال ايضاً: لو كان حكم الجنس الواجد مختلفاً في التقدير - كالحنطة المقطرة بالكيل، والدقيق المقدر بالوزن - احتمل تحريم البيع بالكيل والوزن للاختلاف قدراً ، و تسويغه بالوزن .

أقول لقائل أن يقول: ان المستفاد من الاخبار ثبوت الكيل والوزن في الجملة، و أن البيع في جملة من الاخبار إنما يقع بهما ، و أن الربا إنما يقع فيهما، ولم يقم لنا دليل واضح أن ما كان مكيلاً لايجوز بيعه وزنناً ، و كذا العكس سواء كان في باب الربا أو غيره ، سيما مع ما صرح به جملة منهم من أن الوزن اضبط، وأنه الاصل، وعموم ادلة جواز البيع كتاباً وسنة يقتضي الجواز كيف اتفق من احدهذين الامرين، ويعضده ما تقدم من نقل الاجماع على جواز بيع الحنطة الشعير وزنناً مع الاجماع على أنها من المكيل في عصره (صلى الله عليه وآله) .

وبالجملة فأقصى ما يستفاد من الادلة في باب البيع هو وجوب معرفة المبيع والتمن بالوزن أو الكيل ، دفعاً للغرر والنزاع ، وكذا في باب الربا أنه لا يقع الا في المكيل أو الموزون ، واما ان ما علم كونه في الزمن السابق مكيلاً أو موزوناً لايجوز الخروج من احدهما الى الآخر فلم نقف فيه على دليل ، واصالة العدم قائمة، واصالة الصحة في العقود ثابتة ، حتى يقوم دليل على الخروج عن ذلك .

وكيف كان فالاولى مراعاة الاحتياط في امثال هذه المقامات والله العالم

بحقايق احكامه .

المسألة التاسعة. المشهور في كلام الاصحاب (رضوان الله عليهم) انه لا ربا بين الوالد وولده ، ولا بين المولى ومملوكه ، ولا بين الرجل وزوجته ، وعن المرتضى (رضي الله عنه) في بعض اجوبته : انه حكم بثبوت الربا بينهم ، وحمل الخبر الوارد بالنفي على النهي ، وجعله من قبيل قوله (سبحانه) (١) :

«فلارفت ولافسوق» الا انه صرح بالرجوع من ذلك ، وانتصر للقول المشهور و ادعى عليه الاجماع قال - (قدس سره) : قد كنت فيما تأولت - في جواب مسائل وردت من الموصول - الاخبار التي يرويها اصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين من ذكرناه - على ان المراد بذلك وان كان بلفظ الخبر - معنى الامر ، كأنه قال : يجب ان لا يقع بين ما ذكرناه ربا ، كما قال الله (تعالى) (٢) «و من دخله كان آمنا» وقوله (تعالى) (٣) «فلارفت ولافسوق ولاجدال في الحج» وقوله عليه السلام (٤) «العارية مردودة (٥) والزعيم غارم» ومعنى ذلك كله معنى الامر والنهي ، وان كان بلفظ الخبر و اعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن وان الله حرم الربا على كل متعاقدين بقوله (٦) «ولا تأكلوا الربا» وهو شامل للوالد و ولده ، والرجل و زوجته، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لاني وجدت اصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرناه ، و غير مختلفين فيه في وقت من الاوقات ، و اجماع هذه الطائفة قد ثبت انه حجة ، و يخص بمثله ظواهر القرآن ، والصحيح نفي الربا بين من ذكرناه الى آخر كلامه زيد في مقامه .

(١) سورة البقرة الآية ١٩٧ .

(٢) سورة آل عمران الآية - ٩٧ .

(٣) سورة البقرة الآية - ١٩٧ .

(٤) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٧ .

(٥) المستدرک ج ٢ ٤٩٧ .

(٦) سورة آل عمران الآية - ١٣ .

و ابن الجنيد فصل هنا بين الوالد و ولده فقال : لأربابين الوالد و ولده ،
إذا أخذ الوالد الفضل الا ان يكون له وارث او عليه دين .

والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه فى الكافى عن
عمرو بن جميع (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «قال: قال امير المؤمنين (عليه السلام)
ليس بين الرجل و ولده ربا، وليس بين السيد و عبده ربا» و رواه فى الفقيه مرسلا
عن النبى (صلى الله عليه و آله) مثله، قال : فى الكافى و بهذا الاسناد (٢) «قال
رسول الله (صلى الله عليه و آله) : ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا، نأخذ منهم الف
درهم بدرهم ، نأخذ منهم ولا نعطيهم» و رواه فى الفقيه (٣) مرسلا بنقصان قوله
«نأخذ منهم الف درهم بدرهم هو اثبات ما قبله و ما بعده .

و ما رواه فى الكافى عن زرارة و عن محمد بن مسلم (٤) عن ابي جعفر
(عليه السلام) «قال : ليس بين الرجل و ولده و لا بينه و بين عبده ، و لا بينه و بين
اهله ربا ، انما الربا فيما بينك و بين ما لا تملك ، قلت : فالمشركون بيني و بينهم
ربا؟ قال : نعم، قلت : فانهم محاليتك، فقال : انك لست تملكهم، انما تملكهم مع غيرك
انت و غيرك فيهم سواء ، والذى بينك و بينهم ليس من ذلك ، لان عبدك ليس مثل
عبدك و عبد غيرك» و رواه فى التهذيب عن زرارة و محمد عنه (عليه السلام) مثله.
و ما رواه فى الفقيه مرسلا (٥) قال : «قال الصادق (عليه السلام) : ليس بين
المسلم و بين الذمي ربا ، و لا بين المرأة و زوجها ربا».

و ما رواه فى الفقيه (٦) «قال سأل على بن جعفر أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام)

(١) (٢) الكافى ج ٥ ص ١٤٧ الفقيه ج ٣ ص ١٧٦ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٧٦ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ١٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٧ .

(٥) (٦) الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ الوسائل الباب ٧ من ابواب الربا

الرقم -٥- -٦- -٧- .

«عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم ، على ان يسؤدى العبد كل شهر عشرة دراهم
أيحل ذلك ؟ قال : لا بأس » ورواه في التهذيب مسندا عن علي بن جعفر عن
أخيه (عليه السلام) مثله ورواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه (عليه السلام) مثله ،
و زاد : وسأله عن رجل اعطى رجلا ثمانمائة درهم يعمل بها على أن يعطيه خمسة
دراهم أو أقل أو أكثر هل يحل ذلك ؟ قال : لا هذا الربا محضاً وقال (عليه السلام)
في كتاب الفقه الرضوي : (١) « ليس بين الوالد وولده ربا ، ولا بين الزوج والمرأة ،
ولا بين المولى والعبد ، ولا بين المسلم والذمي » انتهى .

قال في الكفاية : و مستند المشهور رواية زرارة و محمد بن مسلم مؤيدة
برواية عمرو بن جميع ، وشيء منها لم يبلغ حد الصحة ، مع ان عموم الكتاب
والاخبار الكثيرة يخالفه ، فان ثبت اجماع كان هو المتبع ، والا فالصواب العمل بالكتاب
انتهى .

و ضعفه أظهر من أن يخفى ، فانه لا خلاف بين الاصحاب - ممن ذهب الى
هذا الاصطلاح المحدث و من لم يذهب اليه - في العمل بهذه الاخبار و لم يقل أحد
منهم غير المرتضى و من يحذو حذوه وهو أقل قليل على غير هذه الاخبار لصحتها
و صراحتها .

فأما صحتها عند المتقدمين فظاهرة ، وأما عند المتأخرين فلجبر ضعف أسانيدھا
باتفاق الاصحاب على العمل بها ، وبها خصصوا عموم الكتاب والاخبار المذكورة ،
على أن الدليل غير منحصر في الروايتين المشار اليهما في كلامه ، بل هو مضمون أخبار
عديدة ، و فيها الصحيح كرواية علي بن جعفر برواية الفقيه ، فان طريقه في المشيخة
الى علي بن جعفر صحيح ، و هي من مرويات كتابه ، وهو من الاصول المشهورة
الثابتة الصحة .

وبالجملة فانما ذكره هنا ، من المناقشات الواهية التي لا يلتفت اليها ، والظاهر

انه تبع في هذا المقام المحقق الاردبيلي حيث أشار الى ذلك فقال - بعد نقل روايتي عمرو بن جميع وزرارة و محمد بن مسلم و نقل دعوى المرتضى الاجماع - ما ملخصه : والاجماع غير ظاهر ، ولهذا ذهب السيد الى الثبوت ، و قال : معنى نفى الربا نهى مثل «لارفت و لافسوق ولاجدال» و ابن الجنيد ذهب الى عدم الثبوت من جانب الوالد فقط ، والحديث غير صحيح ، و عموم أدلة التحريم قوى ، و يمكن أن يقال : لاربا بين الرجل وولده بمعنى جواز أخذ الوالد من مال ولده لا العكس ، ويؤيد باخبار آخر مثل أن الولد و ماله لوالده . انتهى .

وفيه أولا ما عرفت آنفا ، وثانياً ان الاستناد في عدم ظهور الاجماع الى كلام المرتضى المذكور عجب منه (قدس سره) فان المرتضى قد عدل عن هذا الكلام بعد ظهور الاجماع له ، كما صرح به في كلامه المتقدم ، و هو مؤذن بأن قوله بهذا القول وقع غفلة وذهولا عن ملاحظة الاجماع ، فلما انكشف له ثبوت الاجماع عدل عنه الى قول المشهور فصار هذا الكلام في حكم العدم ، فكيف يصلح ان يطعن به على دعوى الاجماع .

مركز تحقيق كويت علوم إسلامي

وثالثاً أن ما ادعاه من حمل نفى الربا بين الوالد والولد على الصورة المذكورة مستندا الى الاخبار المشار اليها - مردود بما حققناه في تلك المسألة ، من أن هذه الاخبار على ظاهرها مخالفة للعقل والنقل ، كتاباً وسنة ، مع معارضتها بغيرها ، وبيننا أنها انما خرجت مخرج التقية ، فلا اعتماد عليها في حد ذاتها فضلاً عما ذكره هنا .

وبالجملة فان مناقشته في المقام - بعد ما عرفت من اخبارهم (عليهم السلام) واتفاق الاصحاب على العمل بها قديماً وحديثاً - مما لا ينبغي أن يصغى اليها ، و لا يعرج في مقام التحقيق عليها ، ولم يبق الاخلاف ابن الجنيد ، وضعفه - كساير أقواله التي ينفرد بها - أظهر من أن يذكر ، وأقواله غالباً لا يخرج عن مذهب العامة ، و لهذا صرح جملة من علماء الرجال باطراح أقواله لعمله بالقياس المتفق على هي عنه في الشريعة نصاً وفتوى ، مع ظهور الاخبار المذكورة في رده ، فنقل المحقق المذكور

لقوله للتسجيل به على الطمن في الاجماع غير حقيق بالاتباع والاستماع .

بقي الكلام هنا في مواضع - الاول هل المراد بالولد في هذا المقام ، هو الولد النسبي دون الرضاعي ، وأن يكون للصلب فلا يتعدى الى الجد مع ولد الولد؟ اشكال ينشأ من الاختصار في الرخصة على مورد اليقين ، و من صحة اطلاق الولد شرعاً على من ذكرناه من ولد الولد بل ولد البنت ، كما تقدم تحقيقه في كتاب الخمس . وكذا الولد الرضاعي ، الآن الظاهر في الولد الرضاعي بعده ، لعدم انصراف الاطلاق اليه مسالم يقيد ، وأما الولد مع الام فلا اشكال في ثبوت الربا بينهما ، وبما ذكرنا من تخصيص الولد بالنسبي وأن يكون للصلب صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والروضة مع احتمال المعنى الاخر ، ونحوه المحقق الشيخ على (قدس سره) في شرح القواعد ، وبالعوم صرح في الدروس فقال: ولا بين الولد ووالده وان علا والاحتياط يقتضي الاختصار على المعنى الاول .

الثاني - الاكثر على أنها لا فرق في الزوجة بين الدائمة والمتمتع بها ، و به صرح العلامة في أكثر كتبه وغيره ، لعوم النص ونقل عن العلامة في التذكرة انه خص الزوجة بالدائم ، مستنداً الى أن التفويض في مال الرجل انما ثبت في حق الدائم ، فان للزوجة أن يأخذ من مال الرجل المأدوم . ورد بأن في معارضة ذلك لعوم النص منع ظاهر .

وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا أيضاً بناءً على ما قدمنا نقله عنه ، حيث قال: وأما بين الزوجة والزوج فمثل ما تقدم ، فان كان اجماع يقتصر عليه مثل الدائمة ، كما اختاره في التذكرة مؤيداً بجواز أكلها من بيت زوجها ، وفي بعض الروايات الصحيحة تسلط الزوج على مالها بحيث لا يجوز لها العتق الا باذنه ، فلا يبعد عدمه بينهم من الطرفين على تقدير الاجماع ، والا فعوم أدلة منع الربا متبع . انتهى وضعفه ظاهر مما قدمناه .

الثالث - الظاهر من كلام اكثر الاصحاب أنه لارباب بين المسلم و الحرابي ،

بمعنى أن للمسلم أخذ الفضل منه ، دون العكس ، فانه محرم ، واطلق جماعة نفى الربا بينهما من غير فرق بين أخذ المسلم الزيادة أو الحربى . وممن أطلق الشيخ فى النهاية ، ومقتضاه جواز أخذ الحربى الزيادة ، ورده ابن ادریس وهو الحق .

وبنحو ما ذكره الشيخ صرح ابن البراج ، فقال : ولا ينعقد الربا بين الوالد وولده ، والسيد وعبد ، والحربى والمسلم ، والمرأة وزوجها ، يجوز أن يأخذ كل واحد ممن ذكرنا من صا صبه الدرهم بدرهمين ، والدينار بدينارين .

والذى يدل على ما هو المشهور ما تقدم نقله عن النبى (صلى الله عليه وآله) برواية الكافى والفقیه (١) من نفى الربا بين المسلم وأهل الحرب ، وان المسلم يأخذ منهم ولا يعطيهم ، وهو صريح فى المطلوب ، ولا يضر ضعف السند عندنا سيما مع تأيد ذلك بحل مال الحربى ، وقد صرح فى التذكرة بأنه لا فرق بين كونه معاهداً أم لا ، لان الحربى فىء لنا وأمانة ، وإن منع من أخذ ماله من غير حق ، الا أنه اذا رضى بدفع الفضل انتقض أمانه فيه .

بقى الكلام فى رواية زرارة ومحمد بن مسلم من حيث دلالتها على حصول الربا بين المسلم والمشرک ، ولم أقف على من تعرض لنقلها فى المقام ، فضلاً عن الجواب عنها الا المحقق الأردبیلی ، وظاهره الجمع بينها وبين الرواية المتقدمة - مع ميله الى العمل برواية زرارة ومحمد بن مسلم لوضوح سندها وتأيدها بعموم الأدلة كما أشار اليه آنفاً - بحمل الرواية الاولى على غير المعاهد ، وحمل هذه على المعاهد ، والاصحاب كما تقدم فى كلام العلامة لم يفرقوا بينهما ، كما هو ظاهر الخبر الاول .

الرابع - نفى الربا فى الاخبار المتقدمة بين السيد وعبد ، أما من حيث عدم ملكه فالبيع غير صحيح ، والامر واضح ، لصدق عدم الربا ، وأما بناء على ملكه فيكون العلة النص ، وان لم يظهر له وجه ينزل عليه ، وكان الاولى لمن يقول بعدم

ملكه ترك ذكره فى هذا المقام ، لأنه لماورد به النص تعرضوا له . (١)
وظاهر المحقق الاردبيلى هنا أيضا المناقشة فى الحكم على تقدير القول بملكه ،
قال: وأما عدم الثبوت بين العبد وسيده ، فبناء على القول بأنه لا يملك واضح ، وأما
على القول الآخر فلا يظهر ، اذ الرواية غير صحيحة ، ولا يعرف غيرها ، الآن يدعى
الاجماع فيقتصر على موضعه وهو القن الخاص لا المكاتب مطلقا ، ولا المشترك كما
يشعر به الرواية المتقدمة . انتهى .

وفيه أن الرواية التى أشار اليها ، وهى رواية زرارة و محمد بن مسلم (٢)
وظاهره أنه لم يطلع على غيرها وان كانت غير صحيحة باصطلاحه الذى يدور مداره ،
الآن رواية على بن جعفر صحيحة كما أشرنا اليه آنفا (٣) ، وموردها المملوك وسيده ،
فلا مجال لما ذكره من المناقشة ، وعدم ظهور الوجه من النص ليحمل عليه لا يدل على
العدم ، والواجب التسليم لما ثبت عنهم (عليه السلام) سواء ظهر لنا الوجه فيه أم لا ،
وقد صرح الاصحاب بأنه لا بد هنا من اختصاص الملك بالسيد ، فلو كان مشتركا ثبت

مكتبة كويتية

(١) اقول: ومن هنا قال ابن ادريس معترضاً على الشيخ : فأما قولهم :
ولا بين العبد وسيده ، فلا فائدة فيه ، ولا لنا حاجة الى هذا التعليل و أى
مال للعبد ، وانما الربا بين الاثنين مالكين ، واعترضه العلامة بأن هذا
الكلام ليس بجيد ، فان الشيخ نقل الحديث ، وهو قول الصادق (عليه السلام)
وليس بين السيد وعبد ربا ، ونفى الربا قد يكون لنفى الملك ، وقد يكون
لغير ذلك ، فنفى التملك علة لنفى الربا ، فأى مأخذ على الشيخ حيث ذكر
الحكم المعلن ، و لم يذكر علته ، اذ كانت معروفة ، ثم ان الشيخ يذهب
الى أن العبد يملك ، انتهى وهو جيد . منه رحمه الله .

(٢) (٣) تقدم فى ص ٢٥٨ فى ص ٢٥٩ .

الربا بينه وبين كل من الشركاء ، ويدل عليه ما تقدم ففى رواية زرارة و محمد بن مسلم (١) . والمدير وأم الولد فى حكم القن، وفى المكاتب بقسميه اشكال، ينشأ من اطلاق النص ومن انقطاع سلطنته عليه، فهو كالأجنبى منه، وظاهر كلام المحقق المتقدم ذكره ثبوت الربا بينه وبين سيده، وهو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك أيضاً ، مع احتماله العدم والاحتياط ظاهر.

الخامس - المشهور بين الاصحاب ثبوت الربا بين المسلم و الذمى ، لعموم ادلة التحريم ، ولأن مال الذمى محترم . وذهب السيد المرتضى وابنا بابويه و جماعة الى عدم ثبوته ، وعليه دلت الاخبار المتقدمة .

والذى يقرب عندى أن هذه الاخبار انما صرحت بنفى الربا بين المسلم والذمى، بناء على أن أهل الكتاب - فى تلك الاعصار فضلاً عن زماننا هذا - قد خرقوا الذمة ، ولم يقوموا بها كما صرح به جملة من الاخبار ، ومن ثم دل جملة من الاخبار على أن مالهم فىء للمسلمين ، وجواز استرقاقهم ، كما صرح به جملة من الاصحاب أيضاً، وحينئذ فلا اشكال . ~~وعلى هذا فيختص جواز أخذ الفضل بالمسلم ، دون~~ الذمى كما تقدم فى الحربى (٢) .

السادس - لا يخفى انه حيث أن المشهور بين متأخرى أصحابنا هو الحكم باسلام المخالفين ، ووجوب اجراء حكم الاسلام عليهم فانه يكون الحكم فيهم كما فى المؤمنين . وأما على ما يظهر من الاخبار وعليه متقدمو علمائنا الابرار و جملة من متأخرى المتأخرين فى قرب هذه الاعصار - من أن حكمهم حكم الحربى فى جواز القتل وأخذ المال والتجاسة ونحو ذلك من الاحكام ، لاستفاضة الاخبار بل تواترها معاً بكفرهم وشرهم ، وما يترتب على ذلك من الاحكام المتقدمة ونحوها، فينبغى دخولهم فى الكافر الذى دلت عليه الاخبار المتقدمة ، وأن يكون حكمهم كذلك ،

وبطريق أولى الخوارج ، ونحوهم ممن اتفقوا على كفرهم ونجاستهم وجواز قتلهم وأخذ أموالهم ، وان لم يتعرضوا هنا لذكورهم ، الا أن مقتضى ذلك دخولهم تحت اطلاق الكافر والمشرک والحربي ونحوها من هذه الاخبار . والله العالم .

تنبيهات

الاولى ظاهر الاصحاب جواز بيع درهم ودينار أو درهم ومتاع بدينارين أو درهمين ، بل نقل في المسالك أنه موضع وفاق وقال العلامة في التذكرة : وهو جائز عند علمائنا أجمع ، وبه قال أبو حنيفة حتى لو باع ديناراً في خريطة بمائة دينار جاز .

أقول : وبعضه ما تقدم في آخر المسألة الثالثة من أن ما يعمل من جنسين ربويين أو يضم أحدهما إلى الآخر في عقد واحد ، فانه لا خلاف ولا اشكال في بيعها بهما أو بأحدهما بشرط زيادته على مجانبته ، وينصرف كل من الثمن إلى ما يخالفه من المبيع ، ويدل على ذلك جملة من الاخبار .

منها ما رواه في التهذيب عن الحسن بن صدقة (١) عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) وقال : قلت له : جعلت فداك اني أدخل المعادن وأبيع الجواهر بترابه بالدنانير والدراهم ، قال : لا بأس به ، قلت : وأنا أصرف الدراهم بالدراهم وأصير الغلة وضحا وأصير الوضح غلة ؟ قال : اذا كان فيها (ذهب) فلا بأس قال : فحكيت ذلك لعمار بن موسى (الساباطي) (٢) قال : كذا قال : لى أبوه ، ثم قال لى : الدنانير اين تكون ؟ قلت : لا أدري ، قال عمار ، قال لى ابو عبدالله (عليه السلام) : تكون مع الذى ينقص .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١١٧ وفيه «دنانير» بدل كلمة (ذهب) .

(٢) كلمة الساباطي زيادة في التهذيب و ليس في النسخة المطبوعة .

أقول : والوضح هو الدرهم الصحيح الذي لا ينقص شيئاً ، والغلة بالكسر الدراهم المغشوشة . وفي بعض الاخبار « فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسين بألف » فزيادة الذهب حينئذ يكون في جانب الغلة ليقع كل في مقابلة مخالفه .
و مارواه عن أبي بصير (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن الدراهم بالدراهم وعن فضل ما بينهما فقال : اذا كان بينهما نحاس او ذهب فلا بأس » .

و عن عبدالرحمان بن الحجاج (٢) في حديث « قال : قلت له : اشترى الف درهم و دينار بألفي درهم ؟ قال : لا بأس بذلك ، ان أبي (عليه السلام) كان اجراً على اهل المدينة مني ، و كان يقول هذا ، فيقولون انما هذا الفرار ، لوجاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ، ولو جاء بألف درهم لحرم لم يعط ألف دينار ، فكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال » الى غير ذلك من الاخبار الانية في باب الصرف انشاء الله - تعالى - مثل أخبار المراكب المحلاة ، والسيف المحلى كرواية أبي بصير (٣) قال : سألته عن السيف المفضض يباع بالدراهم ، قال : اذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وان كانت أكثر فلا يصلح .

وبالجملة فقد اتفق الاجماع والاخبار في الدلالة على صحة ذلك ، و يزيده تأكيداً أن الربا انما يكون في بيع أحد المتجانسين المقدرين بالكيل أو الوزن مع التفاضل ، أو نسيئة الآخر ، ومانحن فيه ليس كذلك ، لان المركب من الجنسين أو مع ضم أحدهما الى الآخر في العقد ليس بجنس واحد ، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك قد أوردها اشكالا في المقام ، فانه بعد أن نقل اتفاق أصحابنا على

(١) التهذيب ج ٧ ص ٩٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٤ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٣ الوسائل الباب - ١٥ من ابواب الصرف .

الحكم المذكور، ونقل عن الشافعي الخلاف في ذلك محتجا بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه ، كما لو بيع مد و درهم بمددين ، والدرهم ثمن لمد ونصف بحسب القيمة الحاضرة، ثم أجاب عنه بأن الزيادة حينئذ بمقتضى التقسيط لا بالبيع ، فانه انما وقع على المجموع بالمجموع.

قال : ويشكل الحكم لو احتيج الى التقسيط شرعاً ، كما تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً مطلقاً ، وكان في مقابلة ما يوجب الزيادة المفضية الى الربا ، فانه حينئذ يحتمل بطلان البيع من رأس ، للزوم التفاوت في الجنس الواحد ، كما لو باع مدأ و درهماً بمددين أو درهماً مثلاً ، فان الدرهم التالف اذا كان نصف المبيع ، بأن كانت قيمة المد درهماً يبطل البيع في نصف الثمن ، فيبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلاً على الاشاعة، كان النصف في كل من الجنسين، فيكون نصف المددين ونصف الدرهمين في مقابلة المد، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان الى آخر ما ذكره من الكلام ، وتعدد الاحتمال في المقام .

وفيه ان هذا لا يوجب اشكالا في أصل المسألة لخروجها بهذا الفرض عما هي عليه أولا ، والغرض انما هو بيان صحة الحكم بما ذكرنا كما اتفقت عليه الاخبار والاجماع في الصورة المفروضة ، وأما مع الخروج عنها الى فرض آخر كما اذا اتفق الامر كما ذكره ، فهي مسألة أخرى ، يرجع فيها الى الاصول المقررة و القواعد المعتمدة ، فلا اشكال بحمد الله الملك المتعال .

الثاني - قال في الخلاف: يجوز بيع مد طعام، بمد طعام وان كان في أحدهما فضل ، وهو عقد التبن أو زوان ، وهو حب اصفر منه دقيق الطرفين، أو شيلم و هو معروف ، واحتج بالاية (١) وعدم المانع ، ونحوه في المبسوط الا أنه قال فيه : وقال قوم لا يجوز وهو الاحوط ، والمشهور بين الاصحاب الجواز، صرح به ابن ادريس ومن تأخر عنه ، واحتجوا بأنها تابعة ، فلا يؤثر في المنع ، ولا في المماثلة

والتجانس ، ولهذا لو اشترى منه طعاماً ودفع اليه مثل ذلك مما جرت العادة بكونه فيه ، وجب عليه القبض .

وبالجملة فان جرى العادة بذلك واستمرار الناس على الرضاء به واخذه في الاجناس أسقط حكم الزيادة به فيما نحن فيه، ونحوه الدردى فى الخل والدبس ، والثفل فى البزر ونحو ذلك. نعم لو زاد ذلك عن مقتضى العادة فلا اشكال فى المنع.

الثالث - منع الشيخ فى النهاية عن بيع السمن بالزيت متفاضلا نسيئة، والمشهور بين الاصحاب الصحة، لاختلاف الجنسین، والظاهر أنه استند الى ما رواه فى التهذيب (١) و كذا رواه الصدوق فى الفقيه فى الحسن عن عبد الله بن سنان « قال سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لا ينبغي للرجل اسلاف السمن فى الزيت، ولا الزيت بالسمن ». وما رواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (٢) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أسلف رجلاً زيتاً على أن يأخذ سمناً قال : لا يصلح » والاصحاب قد حملوها على الكراهة ، وهو أحد احتمالي الشيخ أيضاً فى كتابى الاخبار ، فانه جمع بين هذين الخبرين ، وبين رواية وهب ، بحمل هذين الخبرين اما على المنع من اسلاف الزيت فى السمن اذا كان بينهما تفاضل - لان التفاضل بين الجنسین المختلفین انما يجوز اذا كان نقداً ، واذا كان نسيئة فلا يجوز - واما أن يكون على الكراهة ، قال : ولأجل ذلك قال : « لا يصلح ولا ينبغي » ولم يقل أنه لا يجوز و ذلك حرام . انتهى .

ومنع فى النهاية أيضاً من بيع السمس بدهنه، والكتان بدهنه وتبعه ابن ادریس وقال - فى المختلف بعد نقل ذلك عنهما - : والحق أنه لا يجوز التفاضل فيهما ويجوز التساوى ، لنا انهما اما متساويان فى الجنس فيباع احدهما بمتساويه

(١) التهذيب ج ٤٣٧ الفقيه ج ٣ ص ١٦٧ .

(٢) التهذيب ج ٤٣٧ .

فى المقدار ، و اما مختلفان فيباع أحدهما بالآخر مطلقا . انتهى . و هو جيد .

الرابع - قال فى الخلاف والمبسوط : يجوز بيع الحنطة بالسويق منه وبالخبز والفالودج المتخذ من النشاء مثلا بمثل ، ثم قال فى المبسوط : « ولا يجوز متفاضلا بدأ بيد ، ولا يجوز نسيئة ، وأما الفالودج فيجوز بيعه بالحنطة أو الدقيق متفاضلا ما لم يؤد الى التفاضل فى الجنس ، لان فيه غير البشاء .

والتحقيق أن ما ذكره بالنسبة الى الفالودج ان يبيع بأقل منه وزناً بحيث يحصل التفاضل اما بجنسه أو بغير جنسه لم يجز ، والاجاز ، لان المقتضى للمنع ثبوت الربا وان يبيع بأزيد منه وزناً ، فانه لاربا ، لان هذه الزيادة فى الحنطة الذى هو الثمن فى مقابلة ما اشتمل عليه الفالودج من الجنس الآخر .

الخامس - قد يتخلص من الربا بوجوه ، منها - أن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ، ثم يشتري صاحبه ذلك الجنس بالثمن (١) وكذا لو تواها بأن وهب كل منهما الآخر سلعته لصاحبه ، أو أقرض كل واحد منهما سلعته ثم تباريا ، وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة ، كل ذلك من غير شرط .

قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك - ونعم ما قال - : ولا يقدح فى ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات ، والعقود تابعة للقصود ، لان قصد التخلص من الربا انما يتم مع القصد الى بيع صحيح ، أو قرض أو غيرهما من الانواع المذكورة ، وذلك كاف فى القصد ، اذ لا يشترط فى القصد الى قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، بل يكفى قصد غاية صحيحة من غاياته ، وان من أراد شراء دار مثلا ليواجهها ويتكسب بها ، فان ذلك كاف فى الصحة ، وان كان لشراء الدار غايات آخر اقوى من هذه وأظهر فى نظر العقلاء ، وكذا القول فى غير ذلك من افراد العقود ، وقد ورد

(١) مثاله كمالو كان لزيد مد من حنطة يريد يبيعه على عمرو بمدين من

شعير ، فان زيدا يبيع مد الحنطة على عمرو بمد من ارز ، ويشترى عمرو

ذلك الارز بمدين من شعير ، يدفعه الى زيد . منه رحمه الله .

اخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك . انتهى وهو جيد .

وظاهر كلام المحقق الاردبيلي هنا يشير الى التوقف في ذلك ، قال في تمثيل ما اشار المصنف : مثل ان اراد بيع قفيز حنطة بقفيزين من شعير أو الجيد بالرديين ، وغير ذلك يبيع المساوى بالمساوى قدرأ ويستوهب الزايد ، وهو ظاهر لو حصل القصد في البيع والهبة ، وينبغي الاجتناب عن الحيل مهما أمكن ، واذا اضطر يستعمل ما ينجي عند الله ، ولا ينظر الى الحيل ، وصورة جوازها ظاهر لما عرف من علة تحريم الربا: فكانه الى ذلك أشار في التذكرة بقوله : لودعت الضرورة الى بيع الربويات مستفضلاً مع اتحاد الجنس الى آخره ، وذكر الحيل . انتهى - .

المسألة العاشرة - اختلف الاصحاب (رضوان الله عليهم) في تحقق الربا وثبوته في غير البيع من المعاوضات ، وبالعموم صرح الشهيد الثاني وثاني المحققين في المسالك وشرح القواعد ، وذكر بعض المحققين أنه قول الأكثر ، وبالاختصاص يشعر كلام المحقق في كتاب البيع من الشرايع ، والعلامة في الارشاد والقواعد ، الا أن المحقق في باب الغصب صرح بثبوته في كل معاوضة ، وهو ظاهر اختياره في باب الصلح ، والعلامة في باب الصلح من القواعد تردد في ذلك على ما نقله الشارح المتقدم ، وظاهر صاحب المسالك وشرح القواعد الاستناد في العموم الى قوله عز وجل « وحرم الربا » (١) .

وفيه أن أمين الاسلام الطبرسي في كتاب مجمع البيان قال في تفسير الآية المذكورة ، معنى « أحل الله البيع وحرم الربا » أحل الله البيع الذي لا ربا فيه وحرم البيع التي فيه الربا ، وعلى هذا فيكون الآية دليلاً للاختصاص بالبيع ، ولأقل أن يكون محتملة لذلك ، وعليه يكون الآية متشابهة لانصلح للدلالة على شيء من القولين .

والتحقيق أن المعلوم من الاخبار ثبوته في البيع والقرض ، وأما غيرهما فاشكال ينشأ من عموم أدلة الحل - كإصالة الاباحة ودلالة الايات والروايات على أن حصول

التراضي كاف في الاباحة وحصر المحرمات ، وليس هذا منها ، «والناس مسلطون على أموالهم» (۱) خرج ماخرج من ذلك بدليل ، وبقي الباقي - ومن أن الربا قد ثبت تحريمه بالكتاب والسنة والاجماع ، وأنه لغة بمعنى الزيادة مطلقاً ، ولم يثبت له معنى شرعي ولا عرفي يوجب الخروج عن معناه لغة ، وما ذكره الأصحاب في تعريفه مما قدمنا ذكره في أول الفصل مجرد اصطلاح ، ولكل أن يصطلح على ما شاء مما قام له دليله ، وحينئذ فتعين حمله على معناه اللغوي ، خرج منه ماخرج بدليل من اجماع ونحوه ، وبقي الباقي تحت التحريم ، ويؤيده ما في كتاب مجمع البيان (۲) . في علة تحريم الربا ، حيث قال : اما علة تحريمه فقد قيل : هي ان فيه تعطيل المعاش والاجلاب والمتاجر اذا وجد المربي من يعطيه دراهم وفضلاً بدارهم لم يتجر ، وقال الصادق (عليه السلام) : «انما شدد في تحريم الربا لئلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف قرضاً أو رفاً» . انتهى .

اقول ونظير هذا الخبر الذي ذكره مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (۳) . في الموثق «قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : اني رأيت الله قد ذكر الربا في غير آية (وكرره) فقال : أو تدري لم ذلك ؟ قلت : لا قال : لئلا يمتنع الناس عن اصطناع المعروف» وعن هشام بن سالم (۴) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال : انما حرم الله

(۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ .

(۲) تفسير المجمع ج ۲ ص ۳۹۰ طبع صيدا .

(۳) الكافي ج ۵ ص ۱۴۶ التهذيب ج ۲ ص ۱۷ وفيه (وكرره) بدون (وكرره) .

(۴) الكافي ج ۵ ص ۱۴۶ التهذيب ج ۲ ص ۱۷ .

الربا لكبلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف» (١). والظاهر أن المراد بالمعروف هو ما ذكره في الخبر الاول من القرض والرقد، وأما ما ذكره بعض الافاضل من أن خبر كتاب مجمع البيان إنما هو مضمون هذين الخبرين ، وأن قوله قرضاً و رفسداً إنما هو من كلام صاحب الكتاب تفسيراً منه للمعروف فالظاهر بعده ، لما علم من نقله في هذا الكتاب كثيراً أخباراً ليست في الكتب الأربعة، وأيضاً فلفظ خبره غير الفاظ هذين الخبرين ، ومن القاعدة المعهودة بين المحدثين في نقل الأخبار أنه متى أريد تفسير بعض الالفاظ في الخبر يشيرون الى ذلك بلفظ يدل عليه .

و روى الصدوق بإسناده عن هشام بن الحكم (٢) أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن علة تحريم الربا ، فقال: انه لو كان حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون اليه، فحرم الله الربا ليفر الناس من الحرام الى الحلال وإلى التجارات من البيع والشراء ، فيبقى ذلك بينهم في القرض.

و يعضد ما ذكرناه من العموم أيضاً ما نقله في كتاب مجمع البيان (٣) عن ابن عباس ، قال: «كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه، فطالبه به ، قال المطلوب منه : زدني في الاجل و أزيدك في المال ، فيتراضيان عليه و يعملان به ، فإذا قيل لهم : هذا ربا ، قالوا: هما سواء ، يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع ، والزيادة فيه بسبب الاجل عند محل الدين سواء فذمهم الله به ، وألحق الوعيد بهم

(١) اقول: ويعضده ما رواه الصدوق في العلل فيما كتبه الرضا (عليه السلام)

في جواب مسائل محمد بن سنان في حديث قال فيه : وعلة تحريم الربا بالنسيئة لعله ذهاب المعروف ، وتلف الاموال ، ورغبة الناس في الربح ، وتركهم القرض ، والقرض صنایع المعروف . الحديث منه رحمه الله .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٧١ .

(٣) تفسير المجمع ج ٢ ص ٣٨٩ ط صيدا .

وخطأهم فى ذلك بقوله (١) «أحل الله البيع و حرم الربا» الى ان قال : والفرق بينهما ان الزيادة فى أحدهما لتأخر الدين و فى الآخر لاجل البيع على آخره ، والظاهر انه لذلك صرح الاصحاب بتحريم الزيادة لزيادة الاجل مع أن ذلك ليس بيعاً ولا قرضاً .

والظاهر أنه الى ذلك يشير ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) فى الصحيح والحسن (٢) باسانيد عديدة و اختلاف لا يضر بالمعنى ، عن ابي جعفر و أبى عبد الله (عليهما السلام) «أنه سئل عن الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له : انقذنى كذا و كذا ، وأضع عنك بقيته ، أو يقول : انقذنى بعضه ، وأمدك فى الاجل فيما بقى ؟ قال : لا أرى به بأساً ، انه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جل ثناؤه ولكم رؤوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون» فان فيه إشارة الى عدم جواز التأجيل بالزيادة على الحق ، وان كان على سبيل الصلح ، فانه ربا ، كما يشير اليه ذكر الآية ، والربا وان حصل بالنقص أيضاً الا أن الخبر المذكور وغيره دل على جوازه .

ويعضد هذا الخبر الذي هو فى قوة أخبار متعددة ، كما أشرنا اليه آنفاً ما رواه فى الكافى والتهذيب فى الحسن عن أبان (٣) عن حدثه ، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : «سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين ، فيقول له قبل أن يحل الاجل : عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف ، أيجل ذلك لـ واحد منهما ؟ قال : نعم » .

(١) سورة البقرة الآية - ٢٧٥ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ الفقيه ج ٣ ص ٢١ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ .

ثم ان من الاخبار الدالة على وقوعه في القرض ما رواه في الفقيه مرسلًا مقطوعاً ، (١) قال : الربا رباءان ، رباً يؤكل و رباً لا يؤكل ، (٢) فأما الربا الذي يؤكل فهديتك الى الرجل تطلب منه الثواب أفضل منها ، فذلك الربا الذي يؤكل ، وهو قول الله عزوجل «وما آتيتم من رباً ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله» (٣) و أما الربا الذي لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر منها ، فهذا الذي نهى الله عنه ، فقال : يا ايها الذين آمنوا اتقوا الله » (٤) الآية .

و قال الرضا (عليه السلام) في كتاب الفقه الرضوي (٥) : «واعلم أن الربا رباءان رباً يؤكل و رباً لا يؤكل ، فأما الربا الذي يؤكل فهو هديتك الى الرجل تطلب الثواب أفضل منه ، فأما الربا الذي لا يؤكل ، فهو ما يكال و يوزن ، فاذا دفع الرجل الى رجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر منها فهو الذي نهى الله عنه ،

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٨٢

(٢) أقول صدر عبارته الى قوله و أما الربا الذي لا يؤكل فهو ان يدفع الى آخره مأخوذ من رواية ابراهيم بن عمر اليماني (المذكور في الفقيه (٦) و قوله و اما الربا الذي لا يؤكل مأخوذ من كلامه (عليه السلام) في كتاب الفقه الرضوي (عليه السلام) كما ذكرناه ، ويقصد تمام العبارة زيادة على ما ذكرناه ، فانما في الفقيه عين عبارة كتاب الفقه الرضوي كما ذكرناه ، و بذلك يظهر أن ما توهمه بعض المحققين من أنه من كلام الصدوق حيث ذكره ذيل صحيحة شعيب بن يعقوب فهو هنا غلط محض منه رحمه الله .

(٣) سورة الروم الآية - ٣٩ (٤) سورة البقرة الآية - ٢٧٨ .

(٥) المستدرك ج ٢ ص ٤٧٩ . (٦) الفقيه ص ١٧٥ .

فقال : يا ايها الذين آمنوا اتقوا الله و ذروا ما بقي من الربا الاية .
و مارواه في الكافي والتهذيب عن خالد بن الحجاج (١) قال : «سألته عن رجل كانت لى عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزناً قال : لا بأس ما لم تشارط ، قال : وقال : جاء الربا من قبل الشروط ، و انما يفسده الشروط :
و مارواه الشيخ في التهذيب عن داود الابراري (٢) قال : لا يصلح ان تفرض ثمرة و تأخذ اجود منها بأرض اخرى غير التي اقضت فيها .
و من هذه الروايات يظهر ضعف تخصيص الربا بالبيع ، كما اشرنا اليه آنفاً ، ومما يمكن الاستدلال به للقول بالعموم ايضاً اطلاق جملة من الاخبار المتقدمة في المسائل السابقة ، مثل صحيحة عمر بن يزيد (٣) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «قال : يا عمر قد اجل الله البيع و حرم الربا ، فاربح ولا تربه ، قلت : و ما الربا؟ قال : دراهم بدراهم ، مثلاً بمثل» .
والتقريب فيها ان الدراهم بالدراهم يجري في جميع المعاضات التي تكون بالدراهم كذلك ، وذكر الدراهم و المثل بالمثلين انما خرج مخرج التمثيل .
و موثقة عبيد بن زرارة (٤) عن ابي جعفر (عليه) «قال : لا يكون الربا الا فيما يكال او يوزن» .
و صحيحة الحلبي (٥) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «قال : لا يصلح التمر اليابس بالرطب» .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ التهذيب ج ٢ ص ١١٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩١ الرقم - ٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨ الفقيه ج ٣ ص ١٧٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٧ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٤ .

و صحيحة أبي بصير (١) و غيره عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: الحنطة والشعير رأساً براس لايزداد واحد منهما على الآخر» .

ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) «قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) يجوز قفيز من حنطة ، بقفيزين من شعير ؟ قال : لايجوز إلا مثلاً بمثل» .

و صحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان الزايد والمستزيد في النار» .

و صحيحة محمد بن مسلم (٤) قال : «سألته عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام فيقاطعه على ان يعطى صاحبه لكمل عشرة ارطال اثني عشر دقيقاً ؟ فقال : لاقلت : الرجل يدفع السمسم الى العصار ، و يضمن لكل صاع ارطالاً مسماًة ، قال لا» .

و ظاهر هذه الرواية المنع من تقبيل الحنطة على الطحان بالدقيق والسمسم على العصار، ولهذا عد العلامة تحريم التقبيل واستدل بالرواية المذكورة، وبالجمله فان الاحتياط في القول بالعموم أن لم يكن هو الاظهر . والله العالم .

الفصل السابع في الصرف

وهو لغة الصوت ، وشرعاً بيع الاثمان: وهي الذهب والفضة بالاثمان، قيل: كأنه انما سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبها في البيع و الشراء ،

(١) الكافي ج ٥ ص ١٨٧ التهذيب ج ٧ ص ٩٧ الفقيه ج ٣ ص ١٧٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٨ التهذيب ج ٧ ص ٩٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ التهذيب ج ٧ ص ٩٦ الفقيه ج ٣ ص ١٤٧ .

وانما سمي الجنس المذكوران ثمنا لانهما يقعان عوضا عن الاشياء ، ويفترقان بباء العوض غالبا ، بل نقل العلامة قطب الدين الرازي عن شيخه العلامة الحلبي (قدس سرهما) انهما ثمن وان اقترنت الباء بغيرهما ، حتى لو باع دينارا بحيوان ثبت للبايع الخيار مدعيا على ذلك الاتفاق .

وتحقيق الكلام في هذا الفصل يقع في مسائل .

الاولى - ينبغي أن يعلم انه يشترط في الصرف - زيادة على ما يشترط في مطلق البيع وفي الربا - التقابض قبل التفرق ، فلو تفرقا قبل التقابض بطل ، والكلام في التفرق هنا على حسب ما تقدم في خيار المجلس (١) وربما عبر بعضهم بالمجلس ، يعنى التقابض في المجلس ، والظاهر ما ذكرناه كما عبره كثير منهم ، اذ المدار على عدم التفرق ، فلو فارقا المجلس مصطحبين فانه مالم يفترقا يصح التقابض .

ثم انه قد وقع الخلاف هنا في موضعين ، أحدهما - أنه قد صرح العلامة في التذكرة بأن القبض قبل التفرق شرط وواجب أيضا ، بمعنى أنهما لو تركاه يائمان بذلك كما يائمان بالربا ، فان أراد التفرق قبله يفسخان العقد ، ثم يفترقان والايائمان ، وهو ظاهر في قطعه بوجوب الوفاء به ، والتأثير بتركه اختيارا ، وجعله بمنزلة الربا ، حتى أوجب عليهما التماسخ قبل التفرق لو تعذر عليهما التقابض ، وجعل تفرقهما قبله بمنزلة الربوى نسيئة ، فان بطلانه لا يغني عن الائتم به .

وهو ظاهر عبارة الدروس - أيضا حيث قال : ويجب فيه التقابض قبل التفرق ، وان كان الوجوب في مثل هذا المقام قد يعبر عنه عن الشرط ، و يسمى بالوجوب الشرطي ، وقد تقدم نظير هذه المسألة في كتاب الطهارة ، في الطهارة بالماء النجس وكيف كان فالظاهر بعد ما ذكره ، اذ غاية ما يستفاد من الاخبار بطلان العقد للاخلال بشرطه .

وثانيهما اشتراط التقابض في المجلس أو قبل التفرق هو المشهور، ونقل عن الصدوق العدم، فيصح التقابض، وإن لم يكن في أحد الوصفين المذكورين .
والذي يدل على المشهور جملة من الاخبار، ومنها ما رواه الكليني والشيخ (روح الله رويهما) عن عبد الرحمن بن الحجاج (١) في الصحيح قال: «سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً، ثم يقول: أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير، فقال: ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير، فقلت: انما هم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضها من بعض، وهذا يشق عليهم، فقال: اذا فرغ من وزنها وانتقادها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه، ويدفع اليه الورق ويقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق» .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن منصور بن حازم (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام)، «قال: اذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب، فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن نزا حائطاً فانزعه» .

وعن محمد بن قيس (٣) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا يتاع رجل فضة بذهب الا يدا بيد، ولا يتاع ذهباً بفضة الا يدا بيد» .

وعن محمد بن مسلم (٤) «قال: سأله عن الرجل يتاع الذهب بالفضة مثلاً بمثلين، فقال: لا بأس به يدا بيد»، وعن الحلبي (٥) في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ابتاع من رجل دينار فأخذ بنصفه بيعاً وبنصفه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٢ التهذيب ج ٧ ص ٩٩ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٩٩ الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٩٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ .

ورقاً؟ قال: لا بأس به ، وسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً أو بيعاً ، ويترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ منه ورقاً أو بيعاً قال : « ما أحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاً فلا تفعله ».

قال المحقق الأردبيلي - بعد نقل هذه الاخبار - : وفي دلالة الكل تأمل ، اذ ليست الاخبار بصريحة في الاشتراط ، بل ولا في الاثم ، لان يبدأ بيد كانه كناية عن النقد لا النسيئة ، فلا يدل على اشتراط القبض ، ولفظ ما أحب يشعر بالاستحباب وهو ظاهر .

وفي التهذيب والاستبصار أخبار كثيرة صريحة في جواز النسيئة في بيع الذهب والفضة بعضاً ببعض ، وأصل الصحة وعموم الأدلة أيضاً يقتضي عدم البطلان بالمفارقة انتهى .

أقول : لا يخفى ما في هذه المناقشة من الضعف الظاهر للخبير الماهر ، أما ما ذكره من عدم الدلالة على الاثم فجيد ، وأما دعوى عدم الصراحة في الاشتراط فالخبر الاول منها صريح الدلالة في المنع من التأخير بعد نقد الدراهم ووزنها الى أن يرسل غلامه معه ، والمفروض أنهم في دار واحدة كما صرح به في الخبر ، فلم يرخص (عليه السلام) الا ان يرسل الغلام معه ويجعله وكيلاً في البيع والتقابض في المكان الذي تدفع فيه الورق ، وأي نص أصرح من ذلك .

ومثله صحيحة منصور الدالة على النهي عن المفارقة حتى يأخذ منه ، و انتهى حقيقة في التحريم ، والمبالغة في أنه ان نزاحائطاً فانزعه ، لئلا يحصل المفارقة الموجبة لبطلان العقد ، فهل فوق هذا التصريح بالشرطية من مزيد ان لم نقل بالوجوب كما قيل به ، ما هذا الاعجب عجيب من هذا المحقق الارب .

وأما قوله « ان يبدأ بيد » كانه كناية عن النقد لا النسيئة . ففيه أنه لا يخفى أن حقيقة هذا اللفظ المتبادر من حاق النظر فيه انما هو التقابض في المحل ، والمعنى

الذى ذكره انما هو معنى مجازى كما يشير اليه قوله (كأنه) وحمل اللفظ على خلاف حقيقته لا يصار اليه الا بدليل يمنع من ارادة حقيقته ، والامر انما هو بالعكس .
وأما لفظ لا أحب فانه وان اشتهر بينهم أنه من ألفاظ الكراهة ، الا أنا قد حققنا فى غير موضع مما تقدم أن هذا من الألفاظ المتشابهة ، لاستعماله فى الاخبار بمعنى التحريم كثيراً مع استعماله فيها بمعنى الكراهة ، فلا يحمل على أحدهما الا بالقرينة ، والقرينة هنا على ارادة التحريم قوله عليه السلام فى آخر الخبر المذكور « فلانفعله » الذى هو نهى وحقيقة فى التحريم ، مع اعتضاد ذلك بباقي أخبار المسألة التى قد عرفت صراحتها فى الحكم المذكور .

وبذلك يظهر لك أن الاخبار المذكورة كلها متفقة الدلالة على الشرطية ، ولو ادعى الوجوب من بعضها كما قيل به لم يكن بعيداً لهذه النواهي ، من قوله « فلانفارق ، ولانفعله » ولامر بأن ينزعه الحائط .

وبالجملة فان الظاهر أن هذا المقال انما نشأ من الاستعجال وعدم التأمل فيما نقله من الاخبار بعين التحقيق والاعتبار ،

وأما الاخبار التى أشار اليها فهى كما ذكره وهى مستند الصدوق فيما تقدم نقله عنه .

ومنها ما رواه الشيخ عن عمار الساباطى (١) « قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : لا بأس أن يبيع الرجل الدينار بأكثر من صرف يومه نسيئة » .
وعن عمار الساباطى فى الموثق (٢) ورواه الصدوق عن عمار أيضاً عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال : قلت له : الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئة قال : لا بأس » .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٠٠ الفقيه ج ٣ ص ١٨٣ .

وعن عمار الساباطي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: الدنانير بالدراهم بثلاثين أو أربعين أونحو ذلك نسيئة لاباس .

وعن زرارة (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال لاباس ان يبيع الرجل الدينار نسيئة بمائة و أقل وأكثر » .

وعن عمار الساباطي (٣) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) « عن الرجل هل يحل له أن يسلف دنانير بكذا وكذا درهماً الى أجل معلوم قال : نعم ، وعن الرجل يحل له أن يشتري دنانير بالنسيئة قال : نعم انما الذهب وغيره في الشراء والبيع سواء » .

وعن محمد بن عمرو (٤) « قال كتبت الى ابي الحسن الرضا (عليه السلام) ان امرأة من اهلنا أوصت ان ندفع اليك ثلاثين ديناراً ، وكان لها عندي ، فلم يحضرني فذهبت الى بعض الصيارفة ، فقلت : أسلفني دنانير على أن اعطيك ثمن كل دينار ستة وعشرين درهماً ، فأخذت منه عشرة دنانير بمائتين وستين درهماً وقد بعثتها اليك ، فكتب (عليه السلام) الي : وصلت الدنانير » .

قال الشيخ بعد نقل اخبار العمار : الاصل فيها عمار ، فلا تعارض الاخبار الكثيرة السابقة ، ثم قال : ويحتمل ان قوله (نسيئة) صفة لدنانير ، ولا يكون حالاً للبيع ، بمعنى ان من كان له على غيره دنانير نسيئة جاز ان يبيعها عليه في الحال بدراهم وبأخذ الثمن عاجلاً . انتهى .

ولا يخفى ما فيه من البعد ، واكثر المتأخرين من اصحاب هذا الاصطلاح المحدث ، ردوا هذه الاخبار بضعف الاسناد ، واعتمدوا على الاجماع حيث لم يظهر الخلاف في المسألة الا من الصدوق ، وخلاف معلوم النسب غير قاصح فيه ، واليه

يشير كلامه في المسالك (١) .

وبعضهم ممن يعمل بالموثق احتمل الجمع بين الاخبار بحمل مادل على المشهور على الفضل والاستحباب ، ومادل على مذهب الصدوق على الجواز، وهذه القاعدة الغالبة بينهم في الجمع بين الاخبار مع تعارضها .

والاقرب عندي هو حمل هذه الاخبار الأخيرة على النقية، وإن لم يعلم القائل الآن بذلك كما أوضحناه في المقدمة الاولى من مقدمات الكتاب المقدمة في جلد كتاب الطهارة (٢) فإن الاخبار المذكورة ظاهرة في المخالفة ، و اتفاق الاصحاب قديماً وحديثاً على الحكم المذكور - مع تظافر أخبارهم به - دليل ظاهر على كونه ذلك مذهب أئمتهم (عليهم السلام) ، فإن مذهب كل امام لا يعلم الا بنقل اتباعه وعلمهم به ، وتخرج الاخبار المذكورة شاهداً ، وحينئذ فلا مناص فيما خالف ذلك عن الحمل على النقية التي هي في الاحكام الشرعية اصل كل بلية ، وقد تقدم في المقدمة المشار اليها دلالة الاخبار المتكاثرة على ابقاعهم (عليهم السلام) الاختلاف في الاحكام وان لم يكن بها قائل من أولئك الطغام الذينهم أضل من الانعام .

وربما احتمل بعض المحدثين حمل الاخبار المذكورة على الاخذ بطريق القرض ، قال : فانه يجوز رد العوض بحسب التراضي فيما بعد من غير شرط ولو بزيادة ، كما يأتي انشاء الله تعالى .

ولا يخفى بعده من سياق الاخبار المذكورة، ثم احتمل النقية أيضاً وهو جيد لما ذكرناه، ومما يرجح الاخبار الاولى موافقتها للاحتياط، وهذا من جملة المرجحات المنصوصة في مقام اختلاف الاخبار ، كما اشتملت عليه روايه زرارة والله العالم .

(١) حيث قال : ونبه بالاشهر على خلاف الصدوق بن بابويه حيث لم

يعتبر المجلس استنادا الى روايات ضعيفة، والاصحاب كلهم على خلاف

فربما كان الشرط اجماعيا . انتهى منه رحمه الله المسالك المص ٢٠١ .

(٢) جلد ١ ص ٥ - .

فروع

الاول - قالوا: لو قبض البعض صح فيما قبض حسب، وبطل فى غير المقبوض، ويتخير كل منهما فى فسخ المقبوض وامضائه لتبعض الصفقة ان لم يكن حصل منهما تفريط فى تأخير القبض، والا فلا، ولو اختص أحدهما بعدم التفريط اختص بالخيار.

أقول: قد تقدم فى صحيحة الحلبي (١) «فى الرجل يتاع من رجل بدينار هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً أو بيعاً ويترك نصفه حتى يأتى بعد قبضه ورقاً أو بيعاً قال: ما أحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاً فلا يفعله» وظاهر الخبر مع صحة سنده بطلان المعاملة من رأس، لا النصف فى النصف والتخير فى الباقي كما ذكره.

الثانى - قالوا: لو وكل أحدهما فى القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرقهما صح، ولو قبض بعد التفرق بطل، قال فى المسالك: الضابط فى ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين، فمتى كان الوكيل فى القبض غير المتعاقدين، اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين، ولا اعتبار بتفرق الوكيلين، ومتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما فى المجلس، أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين، وبنيحو ذلك صرح المحقق الثانى فى شرح القواعد.

الثالث - المشهور بين الاصحاب أنه اذا اشترى الانسان دراهم بدينارين، وقبل قبض الدراهم من البائع اشترى بهادنانير لم يصح الثانى، لان ذلك العوض فى الصرف موقوف على التقابض، ولم يحصل فيكون قد باع ثانياً ما لم يملكه، وحيث

فلو افترقا والحال كذلك بطل العقدان معاً .

أما الاول فلعدم التقابض وأما الثانى فلما عرفت من بيع مال يملكه، والاصل فى ذلك ما ذكره الشيخ فى النهاية، و تبعه أكثر الاصحاب عليه قال: اذا باع الانسان دراهم بالدنانير لم يجزله أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدنانير، ثم يشتري بهادراهم انشاء .

و خالفه ابن ادريس فقال : ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعة بالدنانير النى على المشتري الاول ، فلا بأس بذلك ، وان لم يكن قبضه الدنانير التى هى ثمن الدراهم الاول المبتاعة ، هذا اذا عينا الدراهم الاخيرة ، فان لم يعيناها فلا يجوز ذلك ، لانه يكون بيع دين بدين ، و ان عيناها لم يصر بيع دين بدين ، بل يصير بيع دين بعين .

ورده العلامة فى المختلف بأنه غير جيد قال : أما اولاً فلان الشيخ يمنع من بيع مايكال و يوزن قبل قبضه ، وأما ثانياً فحكمه بأنه لو اشترى بثمان غير معين كان قد اشترى بالدين ليس بمعتمد . انتهى ملخصاً .

أقول : اما ما ذكره من التعليل للبطلان فى الوجه الاول ، فهو وجه آخر ايضاً لعدم الصحة ، زيادة على الوجه الذى قدمناه ، و هو عدم ملكه لعدم التقابض الذى هو شرط فى صحة الملك فى الصرف .

و اما ذكره فى الوجه الثانى فهو مبنى على ان الثمن متى لم يكن عيناً بل فى الذمة ، و ان كان حالاً غير مؤجل هل هو من قبيل الدين ، فيصدق على بيع الدين به أنه بيع دين بدين ، أم لا يصدق ذلك حتى يكون ديناً قبل وقوع العقد؟ وظاهر اختيار جملة من الاصحاب الثانى ، و منهم شيخنا الشهيد الثانى ، فانه صرح بأن ذلك ليس من بيع الدين بالدين ، وانما يصدق ذلك فيما اذا كان ديناً قبل العقد ، وظاهر العلامة هنا ذلك أيضاً ، و قد تقدمت الاشارة الى هذه المسألة و سيأتى تحقيقها انشاء الله تعالى فى باب الدين ، قال فى المسالك .. بعد نقل ملخص كلام ابن ادريس - :

و يبنى القول بالصحة مطلقا اذا تقابضا قبل التفرق ، و غاية ما يحصل في البيع الثاني أن يكون فضوليا ، فاذا الحقه القبض صح ، وسيأتى أن يبيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع . انتهى .

الرابع - لو كان له عليه دراهم فاشترى بهادنانير صح و ان لم يتقابضا ، و كذا لو كان له عليه دنانير فاشترى بهادراهم ، لان النقدين من جنس واحد ، وما في الذمة بمنزلة المقبوض ، فلا يحتاج الى تقابض زايد على ذلك .

أقول : والاصل في هذه المسألة مارواه المشايخ الثلاثة (عط الله مراقدهم) في الصحيح عن اسحاق بن عمار (١) قال : «قلت لابي عبدالله (عليه السلام) يكون للرجل عندي الدراهم الوضح فيلقاني فيقول لي : كيف سعر الوضح اليوم؟ فأقول له : كذا و كذا ، فيقول لي : أليس عندك لي كذا و كذا ألف درهم و ضحاً؟ فأقول : نعم ، فيقول : حولها الى دنانير بهذا السعر وأثبتها لي عندك فماترى في هذا؟ فقال لي : اذا كنت قد استعصبت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك ، فقلت : انى لم أوازنه و لم أناقده ، انما كان كلاماً بينى وبينه ، فقال : أليس الدراهم من عندك والدنانير من عندك ، فقلت : بلى ، قال : لا بأس بذلك» .

و نحوه موثق عبيد بن زرارة (٢) «قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يكون لي عنده دراهم فآتبه فأقول : حولها لي دراهم وأثبتها عندك ولم أقبض منه شيئاً؟ قال : لا بأس» .

و جمع من الاصحاب عبروا في هذا المقام بعبارة الخبر ، قال في النهاية : اذا كان للانسان على صيرفي دراهم أو دنانير فيقول له حول الدنانير الى الدراهم ، أو الدراهم الى الدنانير ، وساعره على ذلك كان جائزاً و ان لم يوازنه في الحال ولا يناقده ، لان النقدين من عنده .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٥ التهذيب ج ٧ ص ١٠٢ الفقيه ج ٣ ص ١٨٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ التهذيب ج ٧ ص ١٠٣ .

واعترضه ابن ادریس هنا فقال : ان أراد بذلك أنهما افترقا قبل التقابض في المجلس ، فلا يصح ذلك ولا يجوز بغير خلاف ، لان الصرف لا يصح أن يفترقا من المجلس الا بعد التقابض ، وان افترقا قبل أن يتقابضا بطل البيع والصرف ، وان أراد أنهما تفاولا على السعر ، وعينا الدراهم المبتاعة والدنانير المبيعة و تعاقد البيع ولم يوازنه ولا ناقده ، بل نطق البائع بمبلغ المبيع ثم تقابضا قبل التفرق والانتقال من المجلس كان ذلك جائزاً صحيحاً ، وان اراد الاول كان باطلا بخلاف ، يمدل عليه قوله في المبسوط تصح الاقالة في جميع السلم وبعضه ، فان أقاله من الجميع برىء المسلم اليه من المسلم فيه ، ولزمه رد ما قبضه من رأس المال ان كان قائماً ، وان كان نالفاً لزمه مثله ، فان تراضيا بقدر بدله من جنس آخر بأن يأخذ الدراهم بدل الدنانير أو بالعكس كان جائزاً ، فان أخذ الدنانير بدل الدراهم أو بالعكس وجب التقابض في المجلس ، لانه صرف ، وان أخذ عوضاً آخر جاز أن يفارقه قبل القبض ، لانه بيع عوض معين بضمن في الذمة . انتهى .

أقول : ما ذكره ابن ادریس جيد على مقتضى أصله الغير الاصيل ، والافأى مانع من ذلك بعد دلالة الاخبار عليه ، واستثناء ذلك من قاعدة العرف بالاكتفاء بهذا الكلام بينهما من حيث اتحاد من عليه الحق ، فيكون كالتقابض ، وربما حمل كلام الشيخ المذکور على التوكيل ، وكذلك الخبران المذکوران ، فان قوله حول الدراهم الى الدنانير ، أو الدنانير الى الدراهم نوع توكيل ، وحينئذ فلا اشكال وان لم يتقابضا في المجلس .

قال في المسالك : وربما بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صحتها صحة الحكم هنا ، الاولى - ان الامر بالتحويل توكيل في تولى طرفي العقد ، فان التوكيل لا ينحصر في اللفظ ، الثانية - أنه يصح تولى طرفي العقد من الواحد .

الثالثة - أنه يصح أيضاً تولية طرفي العقد . الرابعة - ان ما في الذمة مقبوض .
الخامسة - ان بيع ما في الذمة للغير من الدين الحال بضمن في ذمته ليس بيع

السادسة ان الوكيل في البيع اذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا فيه، والا فان مطلق التوكيل في البيع لا يقتضى التوكيل في القبض واذا سلمت هذه المقدمات صحت المسألة، انتهى .

وهو جيد لو ثبت توقف صحة البيع عليها، الآن الظاهر أنه ليس كذلك، وان كان جواز بعضها مما يفهم من الخبرين المذكورين ، والعمدة هو ورود النص بذلك ولا يجب علينا تطلب وجهه وسببه ، كما في أكثر النصوص التي لا يمكن معرفة العلة فيها لما ذكر فيها من الاحكام، والظاهر أنه لا يخالف في هذا الحكم سوى ابن ادریس، وكل من تأخر عنه رد كلامه لما ذكر فيها ، وظاهر المحقق الاردبيلي هنا الميل الى ما ذهب اليه ابن ادریس، حيث قال بعد قول المصنف «ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنائير أو بالعكس صح وان لم يتقابض» ماصورته (١) : يعنى اذا كان لزيد مثلاً على عمرو في ذمته دراهم فضة وقال : اشتريت منك الدنائير بها ، صح الصرف ، ولا يحتاج الى التقابض بأن يوكله في قبضه له الدنائير، ولا تعيينه لنفسه ما به الدنائير من الدراهم وان كان مطلقاً وفي الذمة ، ولا الى مضي زمان يسع التقابض ، فلو تفرق قبله لم يبطل، فيطالبه بالدنائير لحصول القبض وفيه تأمل واضح، لان الدراهم وان كانت مقبوضة، ولكن الدنائير غير مقبوضة للمشتري فما حصل التقابض، وهو قبض كل واحد مال الاخر الذي انتقل اليه بواسطة البيع والشراء وهو ظاهر. نعم يمكن ذلك لو وكله في القبض والتعيين للمشتري الدنائير، بل ينبغي تعيينه الدراهم أيضاً ثم القبض لنفسه قبل التفرق ، ويمكن ان يكون المراد أن يكون الدنائير أيضاً في ذمة المشتري

(١) كذا صورة العبارة في الاصل المنقول منه، والظاهر انه لا يخلو من غلط، الا أن المعنى ظاهر، وهو أنه لا يحتاج ايضاً الى تعيين الدنائير للمشتري وبيان كميتها وعددها والدراهم للبائع وبيان قدرها ، كما هو مشروط في البيع في غير هذه الصورة ، بل يكفي التهاثر الواقع بعد وقوع المقابلة على السعر وتعيينه ، وان كان الجميع في الذمة مطلقاً . منه رحمه الله .

فهى أيضا مقبوضة له ، وحينئذ يكون كل المال المنتقل الى الآخر مقبوضاً له ، والظاهر صحة البيع وعدم الاحتياج الى التوكيل للتعيين والقبض ، ولا الى مضي زمان ، لصدق القبض المفهوم من الاخبار التى هى دليل الحكم ، لانه يصدق أنه باع بدأبداً ، والمبيع والمشتري مقبوض لهما ، وأنه أخذاً قبل الفرق ، وهو ظاهر من غير فرق بين المتجانسين المتساويين والمختلفين مطلقاً ، الا أنه يجيء فيه الاشكال من جهة أنه يبيع دين بدين ، والظاهر عدم جوازه . انتهى .

أقول : ظاهر هذا الكلام أن قائله قد غفل عن ملاحظة الخبرين المتقدمين فى المسألة ، وظن أن هذا الحكم انما وقع فى كلام الاصحاب ، ولهذا تأوله بقوله ويمكن أن يكون المراد الى آخره ، وأن هذا الفرض انما يجرى فى عبارة المصنف المذكورة لا فى الاخبار ، لانها صريحة فى كون الثمن والمثمن انما هو عند الذى عليه الطلب ، ويؤيده ما قلناه أنه فى جميع الاحكام يبالغ فى تتبع الاخبار ونقلها و إيرادها من مؤلف ومخالف ، هنا لم يتعرض للخبرين المذكورين بالكلية ، ولو بالإشارة ، وانما تكلم على عبارة المصنف كى يبين مراده أولاً ، ثم ناقشه بمناقشة ابن ادريس للشيخ ، مع أن المصنف وغيره انما أخذوا الحكم المذكور من الخبرين ، ولكنهم عبروا بهذه العبارة لصراحتها فى البيع والشراء ، بخلاف لفظ التحويل الذى فى الخبرين ، و حينئذ فالمعذر له ظاهر ، والافلو أنه اطلع على الخبرين ومع هذا عدل عن القول بما دل عليه ، لاجاب عنهما وتأولهما كما هى عادته وقاهدته ، وبالجمل فان كلامه هنا بالنظر الى الخبرين مما لا يلتفت اليه ، ولا يعرج عليه ، والله العالم .

المسألة الثانية - قالوا : اذا اتحدت الجنس وجب التساوى قدرأ وان اختلفا فى الجودة والرداءة والصفة ، واذا اختلفا فيه جاز الاختلاف زيادة ونقصانا .

اقول : أما وجوب التساوى مع الاتحاد فلما استفاضت به الاخبار من أن الزيادة مع الاتحاد رباء محض كصحيفة الحلبي (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«قال: الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزايد والمستزيد في النار» .
 ورواية وليد بن صبيح (١) قال : «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول
 الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة الفضل فيهما هو الربا المنكر» .
 وصحيفة محمد بن مسلم (٢) «عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه قال: الورق
 بالورق وزناً بوزن ، والذهب بالذهب وزناً بوزن» .
 وصحيفة اسحاق بن عمار (٣) «قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) :
 الدراهم بالدراهم والريصاص؟ فقال: الرصاص باطل» الى غير ذلك من الاخبار ، وفي
 الخبر الأخير دلالة على حصول الربا بالزيادة و ان كانت من غير الجنس .
 و اما جواز البيع مع الاتحاد و ان اختلفا في الجودة والرداءة فلما تقرر
 عندهم من أن جيد كل جنس ورديه واحد (٤) و يدل عليه صحيفة الحلبي (٥)
 «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستبدل الكوفية بالشامية وزناً بوزن
 فيقول الصير في : لا أبدل لك حتى تبدل لي يوسفية بغلة وزناً بوزن ، فقال : لا بأس
 فقلت : ان الصير في انما طلب الفضل اليوسفية على الغلة ، فقال : لا بأس به »
 ورواية أبي بصير (٦) «قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستبدل
 الشامية بالكوفية وزناً بوزن فقال : لا بأس به » و أما مع الاختلاف فلا اشكال لعدم

(١) التهذيب ج ٧ ص ٩٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦ .

(٤) قال في الشرايع : و يستوى في وجوب التماثل المصوغ والمكسور
 وجيد الجوهر ورديه ، و ظاهر بعض مشايخنا وجود القول هنا بالمنع من
 حيث ان الجودة زيادة حكمية فيحصل بها الربا حينئذ ، والروايات تردده .
 منه رحمه الله .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٠٤ .

المانع مع استكمال شروع البيع كما تقدم في فصل الربا .

المسألة الثالثة : قد صرحوا بأنه اذا كان في الفضة غش مجهول لم يبيع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة وكذلك الذهب .

قال في المسالك : هذا مبني على الغالب من أن المغشوش لا يباع بوزنه خالصاً ، لان البيع مبني على المماكسة و المغالبة ، فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافياً ، و الا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه أيضاً ، بل متى علم زيادة الخالص عن مجانسة المغشوش صح وان لم يبلغ قدر المجموع من النقد والغش . انتهى .

أقول : الوجه - فيما ذكره (قدس سره) - هو أنه اذا بيع المغشوش بالخالص وزناً فانه يكون الزيادة التي في الخالص في مغالبة الغش ، فلا مانع حينئذ ، لكن لما كان بناء البيع والشراء على ما ذكره لم يجز ذلك الا مع علم المشتري ورضاه بذلك ، وأما اذا كان الغش معلوماً فانه يجوز بيعه بمثل جنسه مع زيادة تقابل الغش وكذا لو جهل بان جهل قدره ، ولكن علم أنه لا يزيد عن النصف ، فانه يجوز بيعه بزيادة يسيرة عن النصف من جنسه ، وينصرف الزايد في مقابلة الغش ، و معنى المقابلة في هذا المواضع أن تصلح عوضاً في مقابلة الغش بحيث تتمول وان لم يكن قدره قيمة .

و كيف كان فالظاهر أنه لا بد من التقابض قبل التفرق في المقام الذي يصح فيه البيع كما هو الشرط في الصرف .

قال العلامة في التذكرة الدراهم والدنانير المغشوشة اذا علم مقدار الغش فيها جاز بيعها بجنسها بشرط زيادة في السليم تقابل الغش ليخلص من الربا لو بيع بقدر الصافي منها ، ويجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً ، وان لم يعلم مقدار الغش وجب أن تباع بغير جنسها حذراً من الربا ، لا مكان أن يتساوى الصافي والثمن في القدر ، فيبقى الغش زيادة في أحد متساويين .

ولما رواه ابن سنان (١) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) «قال: سألته عن شراء الفضة فيها الرصاص بالورق و اذا خلصت نقصت من كل عشرة درهمين أو ثلاثة؟ قال: لا يصلح الا بالذهب، وسألته عن شراء الذهب فيه الفضة والزئبق والتراب بالدنانير والورق، فقال: لا تصارفه الا بالورق» ولو بيع بوزن المغشوش فانه يجوز، اذا تفاضل من الصافي يقابل الغش، اذا ثبت هذا فانه لا يجوز اتفاه الا بعدا بانه و ايضاح حاله، الا أن يكون معلوم المصروف بين الناس. انتهى.

أقول: لا يخفى: أن الخبر المذكور بحسب ظاهره مناف لما قدمناه مما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز بيع المغشوش بجنسه الخالص اذا كان مساوياً له في الوزن، لانصراف الزيادة التي في الخالص الى الغش، لانه قد نهى (عليه السلام) عن شراء الفضة التي فيها الرصاص بالورق، وأمر بالذهب، ومن المعلوم أنه لا يقع الشراء الا بالوزن، و قد عرفت أنه مع تماثلهما في الوزن و تساويهما يصح البيع، لانصراف الزيادة التي في الخالص الى الغش الذي في الآخر، فالواجب حمل الخبر على ما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من أنه لما كان بناء البيع والشراء على المماكة والمغالبة - فالمشتري لا يبذل فضة خالصة أو ذهباً خالصاً في مقابلة غش - منع (عليه السلام) من هذه المقابلة الا بغير الجنس.

المسألة الرابعة: قالوا: ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة، وانما يباع بالذهب وكذا معدن الذهب انما يباع بالفضة لا بالذهب احتياطاً في الموضعين، (٢) ولو جمعا في صفقة جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً ويجوز بيع جوهر الرصاص والصفير بالذهب والفضة وان كان فيه يسير فضة أو ذهب، لان الغالب غيرهما، و أنه يجوز

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.

(٢) اقول المراد بالاحتياط يعني ان مستند الوجوب هو الاحتياط والتحرز من الوقوع في الربا لا بمعنى الاستحباب كما هو المتبادر. منه رحمه الله.

اخراج الدراهم المغشوشة مع جهالة الغش اذا كانت معلومة الصرف بين الناس ، وان كانت مجهولة الصرف لم يجز انفاقها الا بعد ابانة حالها ، وهذا الكلام يتضمن جملة من الاحكام .

الاول - حكم بيع تراب المعدن ، أما بيع كل منهما بالآخر فلا شك في جوازه ، لعدم الربا بالزيادة مع اختلاف الجنس ، و كذا يصح ايضاً بيعه بمثله (١) اذا علم المقدار والتساوى ان لم يكن لما صحبه من المعدن قيمة والاف بالمثل مع اشتماله على زيادة تقابل تراب المعدن ، ولكن لما كان الفرض بعيداً لم يذكروا ذلك . و أما بيعهما بالنقدين اذا جعل في صفقة واحدة فلا اشكال ايضاً في صحته للتخالف ، وانصراف كل الى ما يخالفه ، و يدل عليه رواية عبدالله مولى عبدربه (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال : سألته عن الجوهر الذى يخرج من المعدن ، و فيه ذهب وفضة وصفر جميعاً كيف تشتريه ؟ فقال تشتريه بالذهب والفضة جميعاً» و رواية عبدالله بن سنان (٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال : سألته عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب ؟ قال لا يصلح الا بالدنانير والورق» و يمكن هنا ايضاً البيع بأحدهما اذا تحقق في الثمن اشتماله على مثل معذنه وزيادة تقابل المعدن الآخر وهو ظاهر ، والظاهر أنه لبطد فرضه لم ينهوا عليه ، وأظهر جوازاً البيع بغيرهما .

(١) اى بمثل الفضة او الذهب ، و لهذا قال : اذا علم المقدار ، و أما بيعه بمثل الجميع من التراب و بما فيه من الذهب أو الفضة ، فلا يجوز اذ لم يكن للتراب قيمة ، لان ما فيه من التراب لا قيمة له ، فيبقى الزايد فى المقابل بغير عوض و يلزم الربا فيه . منه رحمه الله .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١١١ الكافى ج ٥ ص ٢٤٩ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٠٩ .

و كيف كان فلا بد من اعتبار شرائط البيع الآخر ، والطاهر ان مثل هذا لا يدخل فى باب الصرف فيشترط فى صحته التقابض فى المجلس أو قبل التفرق ، لانه لا يصدق عليه بيع الاثمان بالاثمان ، و عدم صدق الذهب والفضة و انما هو تراب الذهب و تراب الفضة ، الا ان الذى يظهر من اخبار بيع السيوف المحلاة (١) كما ياتى انشاء الله - تعالى - اشتراط التقابض قبل التفرق ، فينبغى أن يكون هنا أولى ، والاحتياط لا يخفى .

الثانى ما ذكره من أنه يجوز بيع الرصاص بالفضة والصفر بالذهب ، وان اشتمل كل منهما على يسير من جنس ما يبيع به ، فهو مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، لاضمحلال ما فى كل منهما من يسير الذهب والفضة فى جنب ما هو فيه ، و صدق الاسم بدونهما ، والاحكام تابعة لصدق التسمية و هو بمنزلة الحلية التى تعمل فى سقوف البيوت و جدرانها غير مقصودة بالبيع ، ولا ملحوظة فيه ، فلا يشترط حينئذ فى صحة البيع العلم بزيادة الثمن عن ذلك اليسير من الذهب أو الفضة ، ليكون فى مقابلة الجنس الآخر .

و يدل على ذلك أيضا صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «فى الاسرب يشتري بالفضة ، فقال : ان كان الغالب عليه الاسرب فلا بأس به » والظاهر أن المراد الغلبة فى صدق الاسم كما يدل عليه الخبر الاتى لا الغلبة فى الجنس .

ومارواه فى الكافى عن معاوية بن عمار (٣) وغيره عن أبى عبدالله (عليه السلام)

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب الصرف .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٤٨ التهذيب ج ٧ ص ١١٢ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥١ التهذيب ج ٧ ص ١١١ .

«قال : سألته عن جوهر الأسرب و هو اذا خلص كان فيه فضة يصلح ان يسلم الرجل فيه الدراهم المسماة؟ فقال اذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك يعنى لا يعرف الا بالأسرب» .

أقول : و يحتمل أن يكون هذا التفسير من الامام (عليه السلام) و يحتمل أن يكون من الراوى ، و احتمال كونه من الكليني بعيد .

وأما التعليل فى جواز البيع فى الصورة المذكورة بما تقدم نقله عنهم من أن جواز ذلك لكون الصفر والرصاص هو الاكثر والغالب فلا يحسم مادة الشبهة ، فان مجرد الاغلبية غير كاف فى جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق ، حتى لو كان عشرة يمكن تمييزه لم يجزيه بجنسه الامع الزيادة فى الثمن عليه بحيث تقابل مقابل الاخر كما تقدم ويمكن حمل كلامهم على أن المراد الغلبة المستولية على النقد بحيث اضمحل معه تجوزاً كما تجوزوا فى قولهم فى باب الاحداث النوم الغالب على الحاستين ، بمعنى اضمحلال الحس بهاتين الحاستين تحت النوم .

الثالث ما ذكره من أنه يجوز اخراج الدراهم المغشوشة الى آخره ، فانه يدل عليه جملة من الاخبار .

منها ما رواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح أو الحسن عن عمر بن يزيد (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى اتفاق الدراهم المحمول عليها فقال : اذا كان الغالب عليها الفضة ، فلا بأس بانفاقها» .

أقول : المراد بالمحمول عليها المغشوشة حيث إنه حمل عليها من غيرها ، كما يظهر من الاخبار الاتية .

وعن ابن رثاب (٢) «قال : لأعلمه إلا عن محمد بن مسلم قال : قلت لأبى

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٣ التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٥٣ التهذيب ج ٧ ص ١٠٩ .

عبدالله (عليه السلام) : الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها؟ فقال : اذا كان بين الناس ذلك فلا بأس « كذا في الكافي ، والمراد اذا كان رابجا بين الناس ، وفي التهذيب « اذا بين ذلك فلا بأس » وهو معنى صحيح الا ان الاول أوفق باخبار المسألة .

ومارواه في الكافي عن حريز (١) « قال : كنت عند أبي عبدالله (عليه السلام) فدخل قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : اذا كان جوازا لمصر » .

وعن أبي العباس البقاعي (٢) « قال : سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : اذا أنفقت بما يجوز بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس ، وان أنفقت ما لا يجوز بين أهل المدينة فلا » .

وما رواه في التهذيب عن عمر بن يزيد (٣) « قال : سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن اتفاق الدراهم المحمول عليها ؟ فقال اذا جازت الفضة (المثلين) فلا بأس » . وعن محمد بن مسلم (٤) « عن أبي جعفر (عليه السلام) » قال : جاء رجل من أهل سجستان فقال له : ان عندنا دراهم يقال لها الشاهية تحمل على الدراهم دانقين؟ فقال : لا بأس به اذا كان يجوز » .

وعن محمد بن مسلم (٥) « قال ، سألت عن الدراهم المحمول عليها ؟ قال : لا بأس بانفاقها » .

وعن المفضل بن الجعفي (٦) « قال كنت عند أبي عبدالله (عليه السلام) فالتقي بين يديه الدراهم فقال : أيش هذا ؟ قلت : ستوق ، قال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقين

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٣ .

(٣) (٤) (٥) (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ الرقم - ٦٩ - ٧١ - ٦٨ - ٧٢

وفي الوافي (الثلاثين) بدل المثلين .

فضة ، وطبقة من نحاس ، وطبقة من فضة ؟ فقال : اكسرها فانه لا يحل بيع هذا ولا انفاقه » (١) .

قال في الوافي المستوق بالضم والفتح معاً وتشديد التاء ، وتستوق بضم التاء المزيف البهرج الملبس بالفضة ، «طبقتين فضة» الصواب طبقة من فضة وكانه مما صنفه النساخ ، وحمل منع انفاقه في التهذيب على ما اذا لم يتبين أنه كذلك : فيظن الاخذ أنه جيد . انتهى .

أقول : الظاهر أن المراد من هذه الاخبار وكذا ما قدمناه من كلام الاصحاب انما هو بيان جواز انفاق هذه الدراهم في سائر المعاملات دون ما يتعلق به الربا ويدخل في الصرف ، وقوفاً على قواعد الاصحاب المذكورة في سابق هذه المسألة ، فلو أريد المعاملة بهافي أحد هذين الوجهين فلا بد من مراعاة شروطهما كما تقدم ، ومرجع ذلك الى أنه متى كان عادة البلد المعاملة بذلك النقد المغشوش مع معلومية حاله

(١) قال ابن ادريس في كتاب السرائر: اما استفهام الامام (عليه السلام) ماهو المستوق، فانها كلمة فارسية غير عربية ، وهي مفتوحة السين الفير المعجمة مشددة التاء المنقطة من فوقها نقطتين المضمومة، فالواو والقاف ومعناها ثلاث طبقات ، لانست بالفارسية ثلاثة ، وثوق طبقات وهو الزايف الردى البهرج ، قال الصولى في كتاب الاوراق: اعترض مخلص الشاعر الموصلى الخليفة المعتمد لما دخل الموصل بمدح ، وحلفه ان يسمعه فاحضره وسمع مدحه ، ثم قال : انشدني هجاءك لاهل الموصل فأنشده .

هم قعدوا فانتفوا لهم حسباً	يجوز بعد العشاء فى العجب
حتى اذا ما الصباح لاح لهم	تبين ستوقهم من الذهب
والناس قد اصبحوا صبارفة	أعلم شىء لبهرج النسب

انتهى منه رحمه الله.

عندهم كهذه الغروش التي في بلدان الروم ، و الطويلة التي في بلاد الاحساء ، فانها من الصفر الملبس بالفضة ، فلا بأس بالمعاملة بها وانفاقها ، وما عدا ذلك ، فلا يجوز انفاقه الا مع الاعلام بحاله ، كما تقدم نقله عن العلامة في آخر عبارته المتقدمة ، وعلى هذا حمل الشيخ خبر المفضل المذكور .

وبدل على ذلك صريحاً ما رواه في التهذيب عن جعفر بن عيسى (١) قال : كتبت الى أبي الحسن الاول (عليه السلام) : ما تقول : جعلت فداك في الدراهم التي أعلم أنها لا تجوز بين المسلمين الا بوضيعة ، تصير الى من بعضهم بغير وضیعة لجهلي به ، وانما أخذته على أنه جيد ، أيجوز لي أن آخذه وأخرجه من يدي اليه على حدماصار الى من قبلهم ؟ فكتب (عليه السلام) : لا يحل ذلك ، و كتبت اليه : جعلت فداك هل يجوز ان وصلت الى رده على صاحبه من غير معرفته به أو ابداله منه ، وهو لا يدري اني أمدله منه وأورده عليه ؟ فكتب (عليه السلام) لا يجوز .

ومما ذكرنا يظهر ما في كلام المحقق الأردبيلي (طاب ثراه) في هذا المقام من النظر الظاهر لذوى الافهام ، وذلك في موضعين : أحدهما أنه قال في سابق هذه المسألة بعد بيان حكمها ماصورته : وفي الاخبار الكثيرة المعتبرة أنه يجوز بيعه بمثل ما فيه ان كان الغالب هو او الغش بحيث يطلق عليه اسم ذلك ، فالظاهر ان المراد أن أحدهما مضمحل ولا قيمة له ، ثم استدل بحسنة عمر بن يزيد الاولى من الروايات المتقدمة ، ورواية علي بن رثاب عن محمد بن مسلم وصحيفة عبدالرحمان الحجاج الواردة في الأسرب ، وروايته الاخرى الواردة ابصافه .

وانت خبير بما قدمنا تحقيقه أن المراد من روايتي عمر بن يزيد وعلي بن رثاب المذكورتين في كلامه انما هو انفاق الدراهم المغشوشة في المعاملة في غير ما يدخل في الربا بالصرف ، وان كان الغش كثيراً كما صرح به (عليه السلام) في رواية

هم بن يزيد الثانية من قوله (عليه السلام) « إذا جازت الفضة الثلاثين فلا بأس » فانه يعطي جواز المعاملة بما يكون الغش فيه يبلغ الربع وعلى ذلك يدل اطلاق جملة من أخبار المسألة ، وتمسكه في ذلك بخبري عبدالرحمان بن الحجاج ليس في محله ، لان هذا حكم آخر كما فصلناه هنا .

قال في المسالك في هذه المسألة : ولا يخفى أن المراد هنا الغش المعتبر ، دون ما يستهلك لقلته ، نبه عليه في التذكرة انتهى ، وبالجملته فالخير ان اللذان أوردهما أولاً إنما هما من قبيل باقى الاخبار التي سردناها ، وقد عرفت المراد منها ، وليس من أخبار المسألة المتقدمة كما ظنه ، ومحمل التأويل فيهما ، والخبران الاخيران قد تقدم محلها ، وليس هما من أخبار المسألة السابقة أيضاً كما توهمه .

وثانيهما ما ذكره وقبله المحقق الشيخ على في شرح القواعد من حدل الصرف في كلام المتقدمين - كالعبارة التي قدمنا نقلها عنهم في صدر المسألة من قولهم يجوز اخراج الدراهم المتشوشة مع جهالة الغش اذا كانت معلومة الصرف ، وان كانت مجهولة الصرف لم يجوز انفاقها - على الصرف بمعنى معلومية قيمة ما فيها من الصافي أو قيمته ، وكذا مجهولية الصرف بمعنى عدم العلم بقدر ما فيه من الصافي .

والمفهوم من الاخبار التي قدمناها أن المراد بالصرف في عباراتهم إنما هو الرواج في المعاملة ومضيها بين الناس من غير توقف في أحدها لمكان الغش مع العلم بذلك ، فمتى كان رايجاً في المعاملة جاز انفاقه ، وان لم يكن رايجاً في تلك البلد ولا متعاملاً به وجب الاعلام بغشه ، سواء علم قدر ما فيه من الخالص او لم يعلم .

وبما ذكرناه صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - فقال بعد ذكر عبارة المصنف كما قدمنا ذكره في صدر المسألة - : المراد بكونها معلومة الصرف كونها متداولة بين الناس مع علمهم بحالها ، فانه يجوز حينئذ اخراجها ، وان لم يعلم بقدر

ما فيها من الغش ، فلو كانت مجهولة الصرف بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانة حالها ، بأن يقول : انها مغشوشة وان لم يبين قدر غشها الى آخره .

المسألة الخامسة - المراكب المحلاة اذا علم ما فيها من الحلية يجوز بيعها بجنسها بشرط أن يزيد الثمن عما فيها ، أو توهب الزيادة من غير شرط ويجوز بيعها ايضاً بغير جنسها مطلقاً ، وان جهل ما فيها - وان أمكن نزعه من غير ضرر - بيعت بغير جنس الحلية ، وان بيعت بجنس الحلية قيل : يجعل معها شيء من المتاع ، وتباع بزيادة عما فيها تقريباً ، دفعاً لضرر المنزع ، هكذا قالوا .

والذي وقفت عليه من الاخبار منها - رواية ابراهيم بن هلال (١) « قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : جام فيه ذهب وفضة ، اشترته بذهب أو فضة ؟ فقال : ان كان تقدر على تخليصه فلا ، وان لم تقدر على تخليصه فلا بأس » .

وصحيفة عبد الله بن سنان (٢) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الذهب فيه الفضة والزيت والثراب بالدنانير والورق فقال : لا تصارفه الا بالورق قال : وسألته عن شراء الفضة فيها الرصاص والورق اذا خلصت نقصت من كل عشرة درهمين او ثلاثة قال لا يصلح الا بالذهب » .

ورواية ابي بصير (٣) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع السيف المحلى بالنقش ؟ فقال : لا بأس به ، قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة ، فقال : اذا نقد مثل ما في فضته فلا بأس به أو يعطى الطعام » .

وموثقة محمد بن مسلم (٤) قال : سئل عن السيف المحلى ، والسيف الحديد

(١) التهذيب ج ٧ ص ١١٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٩ التهذيب ج ٧ ص ١٠٩ .

(٣) (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٥٠ التهذيب ج ٧ ص ١١٢ وص ١١٤ وليس

في الكافي كلمة بالفضة .

الممونه (بالفضة) يبيعه بالدراهم؟ قال: نعم وبالذهب، وقال: انه يكره أن يبيعه بنسيئة، وقال: اذا كان الثمن اكثر من الفضة فلا بأس» كذا في الكافي، وفي التهذيب (بع بالذهب) مكان: نعم وبالذهب

وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (١) « قال: سألت عن السيوف المحلاة فيها الفضة تباع بالذهب الى أجل مسمى؟ فقال: ان الناس لم يختلفوا في النساء أنه الربا، وانما اختلفوا في اليد باليد، فقلت له: فنيعه بدراهم بنقد؟ فقال: كان أبي (عليه السلام) يقول: يكون معه عرض أحب الي، فقلت: اذا كان الدراهم التي تعطى اكثر من الفضة التي فيها؟ فقال: وكيف لهم بالاحتياط بذلك؟ قلت له: فانهم يزعمون أنهم يعرفون ذلك فقال: ان كانوا يعرفون ذلك فلا بأس، والا فانهم يجعلون معه العرض أحب الي».

وصحيحة عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بنساء اذا نقد ثمن الفضة والا فاجعل ثمن فضة طعاماً ولينسه ان شاء».

ورواية منصور الصيقل (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال سألت عن السيف المفضض تباع بالدراهم؟ قال: ان كانت فضته أقل من النقد فلا بأس، وان كانت فضته اكثر فلا يصلح».

وعن أبي بصير (٤) « قال: سألت عن المفضض» الحديث مثله.

ورواية منصور الصيقل (٥) ايضاً عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: السيف اشتره وفيه الفضة تكون الفضة اكثر أو أقل؟ قال: لا بأس به».

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.

(٣) (٤) (٥) التهذيب ج ٧ ص ١١٣.

ورواية عبدالله بن جذاعة (١) « قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن السيف المحلى بالفضة يباع بنسيئة ؟ قال : ليس به بأس ، لان فيه الحديد والسير » .

ومارواه الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن العلوى عن جده على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى بن جعفر (عليهما السلام) « قال : سألت عن الفضة فى الخوان والقصة والسيف والمنطقة والسرّج واللجام تباع بدرهم أقل من الفضة أو أكثر قال : تباع الفضة بدنائير ، وماسوى ذلك بدرهم » ورواه على بن جعفر فى كتابه .

أقول : ينبغى أن يعلم أولاً أن من القواعد المقررة فى كلام الاصحاب - وهو المستفاد من الاخبار كما تقدم ذكره فى باب الربا - ان المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقاً ، وبهما معاً سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا اذا عرف قدر الجملة ، - وسواء أمكن تخليصهما أم لا ، ويجوز أيضاً بكل واحد منهما اذا علم زيادته عن جنسه بحيث يصلح ثمناً للآخر وان قل ولم يكن قيمته واقعاً (٣) ، وحينئذ فما دلت عليه رواية ابراهيم بن هلال « من النهى عن شراء اللجام اذا كان يقدر على تخليصه » لعله محمول على الكراهة ، والا فلو شراه بأحدهما مع زيادته على مافيه من ذلك الجنس الآخر فلا اشكال فى صحته ، بناء على ما عرفت .

وما دلت عليه صحيحة عبدالله بن سنان الاولى - من أنه لا يصلح شراء الفضة المغشوشة بالرصاص بالورق - قد تقدم بيان لوجه فيه فى المسألة الثانية .

(١) (٢) الوسائل الباب ١٥ - من ابواب الصرف الحديث - ١٠ - ١١ .

(٣) اشتراط العلم كما ذكرنا مذهب الاكثر ، وبه صرح فى الدروس ومثله

الشهيد الثانى فى الروضة ، وبالاكتفاء بالظن الغالب صرح الشهيد فى اللمعة

والظاهر الاول . منه رحمه الله .

وما في رواية أبي بصير - من نفي البأس عن بيع السيف المحلى بالنقد - فيحمل على المخالفة في جنس النقد والحلية ، أو زيادة الثمن ان كان من جنسها ، وما نفى عنه البأس من بيعه نسيئة اذا نقد مثل ما في الفضة ظاهر في كون ذلك من باب الصرف كما تقدمت الاشارة اليه ، فيشترط فيه التقابض في المجلس بالنسبة الى الحلية ، وما قابلها من الثمن ، فاذا نقد مثل الفضة ، فلا بأس بالنسبة في الباقي ، والا فليجعل جنساً آخر كالطعام ، ومثل هذه في ذلك صحيحة عبدالله سنان .

وأما موثقة محمد بن مسلم - فعلى تقدير نسخة الكافي - فيها دلالة على جواز البيع بالدرهم ، لكن لا بد من التقييد بزيادتها على ما فيه من الفضة لما عرفت ، وعلى تقدير نسخة التهذيب فيها دلالة على المنع من الدرهم ، ويحمل على عدم معلومية الحلية ، ليحصل المخرج من الوقوع في الربا بالزيادة في الثمن ، فلا يباع حينئذ الا بجنس آخر ، كما دلت عليه صحيحة عبدالرحمان الحجاج ، وكرهه نسيئة في الرواية اعم من أن يكون بالدرهم أو الدينار ، والمراد بالكرهه التحريم كما هو شائع في الاخبار ، لما عرفت من أنه يلحقه حكم الصرف هنا ، وقوله فيها اذا كان الثمن اكثر من الفضة فلا بأس فيه ، دلالة على جواز البيع بالدرهم مع زيادتها على ما فيه من الحلية ، ليكون الزيادة في مقابلة الجنس الاخر .

و أما صحيحة عبدالرحمان الحجاج ، فان قوله فيها أن الناس لم يختلفوا في النسيء أنه الربا مؤكد لما قلناه من حصول الربا بالنسيئة ، لما تقدم من أن له قسطاً من الثمن ، وفيه دلالة ظاهر على اعتبار الزيادة الحكمية في الربا ، خلافاً لابن ادريس من تخصيصه الزيادة الموجبة للربا بالعينية .

و قوله « فقلت : فنبيعه بدرهم بنقد » الى آخر الخبر ملخصه أنه ان علم مقدار الفضة التي في الحلية ، فالمخرج من الوقوع في الربا زيادة الدرهم على الفضة المذكورة ، وان لم يعلم فلا يباع الا بجنس آخر تحرراً من الوقوع في الربا ،

بان يكون الفضة التى فى الحلية أزيد من الدراهم المنقودة، بقى الاشكال فيه من قوله «انما اختلفوا فى اليد باليد» مع انا لانعلم خلافا فى اشتراط التقابض فى النقدين، ولم يذهب احد الى القول بعدم التقابض فى النقدين و انما الخلاف فى غيرهما كما تقدم، والظاهر ان هذا الكلام اشارة الى ما ذكره محبى السنة من علماء العامة (١) ان ذلك كان قديماً فى عصره (صلى الله عليه وآله) ثم نسخ، و بقى عليه أقوام لم يصل اليهم النسخ، و منهم ابن عباس .

و أما رواية منصور الاولى فالمعنى فيها ظاهر مما عرفت .

وأما رواية الثانية ففى ظاهرها نوع اشكال و الظاهر أن المعنى فيها هو ما فى روايته الاولى، وأن المراد بقوله أكثر أو أقل لا بالنسبة الى ما قبله من الثمن اذا كان دراهم، بل المراد كثيراً أو قليلاً، ولا بد من أقلية بالنسبة الى الثمن لينطبق على الاخبار الباقية .

و أما رواية عبد الله بن جذاعة فحملها الشيخ فى الاستبصار على التقييد بأن نقد مثل ما فيه من الفضة، ليوافق ما تقدم مما دل على الحكم المذكور .

و أما رواية على بن جعفر فما ذكر فيها، أحد الوجوه الموجبة للخروج عن الربا، وليس ذلك مخصوصاً به لما عرفت مما تقدم .

بقى الكلام فى مواضع مما تقدم نقله عنهم فى صدر المسألة : منها قولهم أنه مع العلم بما فيها من الحلية تباع بالجنس بشرط الزيادة، فان فيه أنه يمكن ذلك فى صورة الجهل بقدرها اذا علم زيادة الثمن على الحلية، فانه يمكن تصور العلم بالزيادة وان جهل القدر .

(١) قال محبى السنة المذكور : فقال كان - فى الابتداء حين قدم النبى (صلى الله عليه وآله) المدينة - بيع الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير متفاضلاً جازاً يداً بيد، ثم صار منسوخاً بايجاب المماثلة، و قد بقى على المذهب الاول بعض الصحابة، و ممن لم يبلغهم النسخ كان عبد الله ابن عباس، و كان يقول : أخبرنى أسامة أن النبى (صلى الله عليه وآله) قال : انما الربا فى النسبة. منه رحمه الله .

و منها قولهم و توهب الزيادة من غير شرط ، والمراد منه أن من المخرج من الربا هنا أن يهبه الزيادة ، لكن لا يقع ذلك شرطاً في عقد البيع بأن يبيعه بشرط أن يهبه الزيادة ، لاستلزامه الزيادة الحكمية في أحد الجنسين ، لان الشرط زيادة حكمية كما سيأتى انشاء الله - تعالى - بيانه في اشتراط صياغة الخاتم ، وهذه الزيادة انما يتحقق ويحتاج الى التخلص بهبتها فيما اذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة اذا فرضت قدر الثمن أو زيادة عليه ، فانه يبقى ما فيه الحلية زيادة في البين ، و هو ظاهر ، ولو وهبه الزيادة قبل البيع صح أيضاً ، و يجب تجريد عقد الهبة عن شرط بيع الباقي بمثله ، كما وجب تجريد عقد البيع عن شرط الهبة كما عرفت ، لرجوع الامرين الى ما تقدم من لزوم الزيادة الحكمية .

ومنها قولهم في صورة الجهل بقدر الحلية و ان بيعت بجنس الحلية ، وقيل : يجعل معها شيء من المتاع ، الى آخره فان فيه أنك قد عرفت انه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بجنسها مع العلم بزيادة الثمن عليها ، فانه يمكن فرضه و يصح البيع ، سواء جعل معها شيء آخر أم لا ، ويصح أيضاً مع عدم العلم بزيادة الثمن عليها أن يضم الى الثمن متاع آخر ، لينصرف الثمن الى ذى الحلية ، والمتاع الى الحلية . و أما على هذا القول الذى نقل ، فان ظاهره ضم المتاع الى الحلية ، و هو غير ظاهر الاستقامة ، لانه مع ضم المتاع الى المبيع من الحلية و ذى الحلية يزيد الضرر والمحذور ، حيث يحتاج الى مقابلة الثمن بها مع الباقي ، والظاهر أنه لذلك نقلوه بلفظ قيل ايذاناً بضعفه ، و هذا القول للشيخ فى النهاية و ذكر بعض الافضل أن الشيخ تبع فى ذلك رواية وردت بهذه الصيغة و نسبت الى و هم الراوى ، ولم تقف عليها فيما وصل الينا من الاخبار .

ثم انه ينبغي تقييد هذه الاخبار الواردة فى هذا المضمار بما اذا كانت الحلية مثمولة ، و الا فلو كانت من قبيل حلية الجدران والسقوف فلا يترتب عليها الاحكام المذكورة كما تقدمت الإشارة اليه . والله العالم .

المسألة السادسة - قال الشيخ فى النهاية (١) لأبأس أن يبيع درهما بدرهم و يشترط معه صيغة خاتم ، أو غير ذلك من الاشياء ، و قال ابن ادریس : وجه الفتوى - بذلك على ما قاله (رحمه الله) - أن الربا هو الزيادة فى العين اذا كان الجنس واحداً ، و هنا لازيادة فى العين ، و يكون ذلك على جهة الصلح فى العمل فهذا وجه الاعتذار له اذا سلم العمل به ، و يمكن أن يحتج على صحته بقوله - (تعالى) - (٢) «وأحل الله البيع و حرم الربا» ، وهذا بيع ، والربا المنهى عنه غير موجود ههنا ، لاحقيقة لغوية ، و لاحقيقة عرفية و لاشريعة .

أقول : الأصل فى هذه المسألة ما رواه الشيخ عن أبى الصباح الكنائى (٣)

(١) أقول قال فى النهاية السيوف المحلاة والمركب المحلاة اذا كانت محلاة بالفضة و علم مقدار ما فيها جاز بيعها بالذهب والفضة ، فان بيع بالفضة فيكون ثمن السيف أكثر مما فيه من الفضة ، و ان لم يعلم مقدار ما فيها و كانت محلاة بالفضة فلا تباع الا بالذهب ، وان كانت محلاة بالفضة وازاد بيعها بالفضة وليس لهم طريق الى معرفة مقدار ما فيها فليجعل معها شيئاً آخر ، و يبيع حينئذ بالفضة اذا كان أكثر مما فيه تقريباً ، ولم يكن به بأس ، و قال ابن ادریس بعد نقل ذلك : ولى فيه نظر ، و لم يبين وجه النظر ، قال فى المختلف بعد نقل ذلك : والحق أن الفضة أن علم مقدارها جاز بيعها بأكثر منها ، ليحصل من الثمن ما يساوى المقدار من الحلية فى مقابلته ، والزيادة فى مقابلة السيف ، و ان لم يعلم بيعت بثمن غير الفضة أو بالفضة مع علم زيادة الثمن ، أو يضم الى الثمن شيئاً فيكون الفضة فى مقابلة السيف ، والمضموم فى مقابلة الحلية لا تنفاه الربا انتهى . و هو جيد .
منه رحمه الله .

(٢) سورة البقرة الآية - ٢٧٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٠ .

«قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقول للصايغ : صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة ؟ قال : لا بأس» والطازج الخالص معرب تازة ، والغلة المغشوش .

وجملة من الاصحاب قد عبروا هنا بأنه يجوز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم، تبعاً للشيخ ، و ظاهر كلام الشيخ تعدية الحكم الى غير الصياغة ، بأن يبيعه درهماً بدرهم و يشترط خياطة ثوب أو نحو ذلك .

قبل . و في تعدية الحكم في الثمن والمثمن بأن يبيع ديناراً بدينار و يشترط عملاً ، ويبيع عشرة دراهم بعشرة ، ويشترط عملاً اشكالاً ، والا قرب الجواز تفريعاً على الجواز هنا أيضاً لان الزيادة المذكورة ان أوجبت الربا لزم التحريم في الجميع ، والا فلا .

و جملة من الاصحاب كالمحقق وغيره عبروا هنا بلفظ و روى - جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم - ايذاناً بالتوقف في الحكم المذكور ومنع جملة منهم من تعدى موضع النص .

والتحقيق أن الرواية المذكورة لا صراحة فيها فيما ذكره من البيع و انما تضمنت اشتراط ابدال درهم بدرهم في صياغة الخاتم لا البيع بشرط الصياغة .

نعم ربما يقال : ان الابدال من قبيل الصرف ، والزيادة فيه تصير من قبيل الربا ، والجواب عنه أن يقال . ان اشتراط الصياغة انما هو في جانب الغلة ، وعلى ذلك لا يتحقق الزيادة ، لما عرفت من أن الدرهم الطازج هو الصحيح ، والغلة المراد بها المغشوش ، فالزيادة الحكمية التي هي الصياغة اذا جعلت مع المغشوش ، قابلت الزيادة التي في الخالص من الفضة على المغشوش ، و حينئذ لا مانع في البيع ولا غيره و لا في شرط صياغة خاتم ولا غيره من الاعمال متى كان المفروض مثل ما وقع في الرواية من النقصان في أحد العوضين ليحجر بالعمل المشترط .

و بذلك يظهر لك ما في الفروض المذكورة في كلام ذلك القائل في تعدية الحكم الى بيع دينار بدينار ، و عشرة دراهم بعشرة أخرى و نحو ذلك ، فانه على اطلاقه ممنوع ، لحصول الربا بالزيادة الحكيمة ، بل ينبغي تقييده بما دلت عليه الرواية من نقص أحد العوضين ليصح الاشتراط ، و يندفع الربا .

وأما ما ذكره ابن ادریس من تخصيص الربا بالزيادة العينية في أحد الجنسين فيرده ما تقدم في صحيحة عبدالرحمان الحجاج من قوله (عليه السلام) (١) « أن الناس لم يختلفوا في النسيء أنه الربا » و نحوها غيرها من الاخبار المانعة من البيع نسيئة لذلك .

و أما ما ذكره المحقق الاردبيلي (عطر الله مرقده) من أن ظاهر قوانينهم أنه ليس الجبادة زيادة تجبر بشيء ، و لهذا لا يتحقق الربا بين الجيد في غاية الجبادة والردى في غاية الردائة مع التساوي في المقدار ، و يتحقق مع التفاوت ، وان كان في جانب الردى بشيء يسير لا يقابل الجبادة التي في الجيد ، و هو صريح كلامهم انتهى .

ففيه انه ينبغي أن يعلم أن هنا شيئين ، أحدهما أن تكون الفضة خالصة ، و اذا عملت دراهم جعل فيها غيرها من نحاس أو رصاص أو غيرها و يسمى حينئذ مغشوشة و ثانيهما أن تكون الفضة من أصلها و معدنها ردية غير جيدة ، والمراد من الدراهم الجياد و الدراهم الردية انما هو ما كان باعتبار أصل الجوهر ، لا من حيث ضم شيء اليه و عدمه ، و ما نحن فيه انما هو من قبيل الاول ، لان الغلة كما ذكرنا هي الدرهم المغشوش بغيره ، و ما اعترض به انما هو من الثاني ، وهو مما لا خلاف فيه ، لانه ليس فيه شيء غير الفضة من الاشياء الخارجية عنها ، الا أن فضته ليست جيدة ، و يدل ذلك على ذلك ما تقدم في المسألة الثالثة في الفضة المغشوشة من أنها لا تباع الا بغير الجنس ، أو به مع الزيادة في الثمن ليقابل ما فيها من الغش . و بالجملة فان كلامه

هنا غفلة عن الفرق بين الامرين . والله العالم .

المسألة السابعة - الاواني المصبوغة من الذهب والفضة وان كان كل واحد منهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة ، وبغير الجنس و ان زاد ، وان لم يعلم وأمكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة و بيعت بهما أو بغيرهما ، وان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالاقل ، و ان تساويا تغليباً بيعت بهما ، هكذا صرح به بعضهم .

و قيل : ان أصل هذا الكلام للشيخ و تبعه عليه الجماعة ، و هو على إطلاقه مدخول ، و يحتاج الى تنقيح .

و ذلك فانك قد عرفت فيما تقدم في المسألة الخامسة أن من القواعد المتفق عليها نصاً وفتوى أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقاً ، و بهما معاً سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا اذا عرف قدر الجملة ، و سواء أمكن تخليصهما أم لا ، و يجوز أيضاً بكل واحد منهما اذا علم زيادته عن جنسه ، بحيث تصلح ثمننا للآخر وان قل ، سواء أمكن التخليص أيضاً أم لا ، و سواء علم قدر كل واحد أم لا ، وما ذكرهنا من هذه المسألة أحد جزئيات القاعدة المذكورة ، و وجه الدخول في هذا الكلام في مواضع .

الاول قوله : ان كان أحدهما معلوماً جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس و ان زاد ، فان فيه أنه ان أراد بيعه ببيع ذلك الجنس خاصة دون المجموع فهذا لا وجه له ، لان فرض المسألة هو بيع المركب من الذهب والفضة لأحدهما ، وحينئذ فما ذكر خارج عن محل المسألة ، وان كان المراد ببيع المجموع ، اشترط في بيعه بجنس أحدهما زيادة الثمن على جنسه ليكون تلك الزيادة في مقابلة الآخر ، و ان اراد ببيع المجموع بجنسه أي الجنسين معاً ، فلا معنى لاشتراط عدم الزيادة ، لان كل واحد من الجنسين ينصرف الى مخالفه ، فلا تضر الزيادة هنا ولا النقصان ، ولا فرق في هذين القسمين بين أن يعلم قدر كل واحد منهما أو يجهل ، كما تقدم

الإشارة اليه في القاعدة، فلا وجه للتقييد بالعلم بهما .

الثاني - قوله وان لم يعلم وأمكن تخليصهما لم يبيع بالذهب ولا بالفضة ، وبيعت بهما أو بغيرهما، فانه فيه أنه لا مانع من بيعه بوزنه ذهباً أو فضة مطلقاً، لحصول المماثلة في الجنسين والمخالفة بالنسبة الى الجنس الآخر، فلامدخل للربا في ذلك، وكذا مع الزيادة على قدر المركب ، وكذا مع نقصانه اذا علم زيادة الثمن على مجانسه بما يتمول ، فما ذكر من المنع من بيعه بأحدهما على تقدير امكان التخليص لا يظهر له وجه ، بل يجوز حينئذ بيعه بهما وبأحدهما وبغيرهما وبالاقل سواء امكن التخليص أم لا .

الثالث - قوله وان لم يمكن وكان أحدهما أغلب بيعت بالاقل، فان فيه أنه بمقتضى القاعدة المتقدمة يجوز بيعه بهما وبغيرهما ، وبالاقل والاكثر اذا علم زيادة الثمن على جنسه كما تقدم ، فالتقييد بالاقل عار عن النكته . واعتذر الشهيد - (رحمه الله) - لهم عن ذلك بأن ذكر الاقل محافظة على طلب الزيادة، ورد بأن الزيادة المعتبرة في الثمن عن جنسه يمكن تحققها مع الاقل والاكثر ومع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع من خبره .

الرابع قوله: «وان تساويا تغليباً بيعت بأحدهما» فان فيه أنه مع تساويهما لا ينحصر الجواز في البيع بأحدهما ، بل يجوز بيعه بهما أو بأحدهما مع الزيادة وبغيرهما فلا وجه للتخصيص بأحدهما ، ولا فرق في ذلك أيضاً بين امكان التخليص وعدمه ، ولا بين العلم بقدر كل منهما وعدمه . نعم يعتبر العلم بالجملة والله العالم .

المسألة الثامنة - قال الشيخ في المبسوط : اذا اشترى ثوباً بمائة درهم الدينارا أو بمائة دينار الدرهما لم يصح ، لان الثمن مجهول، لانه لا يدري كم حصة الدرهم من الدينار ولا كم حصة الدينار من الدرهم الا بالتقويم، والرجوع الى أهل الخبرة، وكذا قال ابن البراج ، وقال في النهاية: ولا يجوز أن يشتري بدينار الدرهما، وعلل بالجهالة .

وقال ابن ادریس: لا یصح أن یشتری الإنسان سلعة بدینار غیر درهم ، ولا بدراهم ، غیر دینار ، لأن ذلك مجهول قال محمد بن ادریس: قولنا لا یصح ، نرید به العقد لا یصح ، وقولنا لأنه مجهول المراد به الثمن مجهول ، وإذا كان الثمن مجهولاً فالعقد والبیع لا یصح ، ووجه كون الثمن فی هذه الصورة مجهولاً لأنه لا یدری كم حصّة الدراهم من الدینار ، ولا كم حصّة الدینار من الدراهم الا بالتقویم ، و الرجوع الى أهل الخبرة ، وذلك غیر معلوم وقت العقد ، فهو مجهول ، فان استثنی من جنسه فباع بمائة دینار الا دیناراً أو بمائة درهم الا درهما صح البیع ، لأن الثمن معلوم ، وهو ما بقى بعد الاستثناء . انتهى .

وقال ابن الجنید لو باع ثوباً بمائة درهم غیر دینار قدراً جاز ، فان باعه نسيئة لم یصح البیع ، لأنه لا یعلم قدر الدینار من الدرهم وقت الوجوب ، وكذا كل ما اختلف جنسها ، و جملة من الأصحاب عبروا بما یرجع الى كلام الشیخ فی المبسوط .

أقول : والاصل فی هذه المسألة الاخبار . ومنها ما رواه فی الکافی عن حماد (١) عن أبی عبدالله (علیه السلام) « قال : یکره أن یشتری السلعة بدینار غیر درهم ، لأنه لا یدری كم الدرهم من الدینار » .

وما رواه الشیخ عن السکونی (٢) « عن جعفر عن أبیه عن علی (علیهما السلام) فی الرجل یشتری السلعة بدینار غیر درهم الى أجل ؟ قال : فاسد ، ففعل الدینار یصیر بدرهم » .

وعن أبی جعفر عن أبیه عن وهب (٣) « وعن جعفر عن أبیه (علیهما السلام) أنه کره أن یشتری الرجل بدینار الا درهماً والا درهمین نسيئة ، ولكن یجعل ذلك بدینار إلا ثلثاً و الاربعاً وإلا سدساً أو شیئاً یكون جزءاً من الدینار » .

(١) الکافی ج ٥ ص ١٩٧ .

(٢) (٣) التهذیب ج ٧ ص ١١٦ الرقم ١٠٨-١٠٩ .

وعن ميسر (١) «عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم ، لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم .
أقول : وملخص الكلام فى هذا المقام - وهو الذى يجتمع عليه الاخبار ، وما نقلناه من كلام علمائنا الا علام - هو ان يقال ان البيع ان وقع نقداً فانه لا بد فى صحته من علم المتعاقدين بنسبة المستثنى من المستثنى منه ، فان لم يعلما أو أحدهما لم يصح البيع لمكان الجهالة فى الثمن ، وان وقع نسيئة فان شرطاً فى الدرهم أو الدينار المستثنى ما كان متعاملاً به وقت العقد أو أطلقاً فيرجع الى التفصيل المتقدم من علم النسبة صح البيع ، والا بطل لمكان الجهل ، وان شرطاً الدرهم أو الدينار المتعامل به وقت حلول الاجل فأولى بالبطلان لانه لا يدري ما يصير اليه الامر فى ذلك الوقت ، واليه يشير قوله (عليه السلام) فى رواية السكونى ، « فلعن الدينار يصير بدرهم » وعلى هذا فلا اختلاف بين كلام ابن الجنيد ، وكلام الشيخ فى هذه المسألة ، وانت خير بأن الانسب بهذه المسألة هو ذكرها فى المقام الثالث من الفصل الاول ، لانها متعلقة بجهل الثمن ، ولكن الاصحاب لما ذكروها فى باب الصرف جربنا على منوالهم فى ذلك .

المسألة التاسعة - تراب الصياغة ان علم - بالقرائن المفيدة لذلك - اعراض اصحابه عنه جاز للصائع تملكه كغيره مما يعلم اعراض ملاكه عنه ، وفى الاكتفاء بالظن اشكال ، والافان علم ملاكه وجب رده عليهم ، وان علم بعضهم وجب التخلص منه ولو بالصلح ، والافالواجب الصدقة به او بثمانه عن ملاكه ، كما هو الحكم فى نظائره ، لكن متى اراد بيعه فلا يبيعه الا بجنس آخر من العروض أو بالذهب والفضة معاً ، حذراً من الربا لو بيع باحدهما ، لجواز زيادة ما فيه من جنس الثمن من ذلك الثمن او مساواته ، فيلزم الربا .

أمالو علم زيادة الثمن من ذلك الجنس على جنسه بحيث تصلح الزيادة لمقابلة الجنس الآخر فلا بأس .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذه المسألة مارواه في الكافي والتهذيب عن علي بن ميمون الصائغ (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عما يكتس من التراب فأبيعه فما أصنع به ؟ قال : تصدق به فاما لك و اما لاهله ، قال : قلت فان فيه ذهباً وفضة و حديداً فبأى شيء أبيعه ؟ قال : بعه بطعام ، قلت : فان كان لي قرابة محتاج اعطيه منه ؟ قال : نعم » .

و مارواه الشيخ عن علي الصائغ (٢) « قال : سأله عن تراب الصواغين وانا نبيعه قال : اما تستطيع ان تستحله صاحبه ؟ قال : قلت : لا اذا اخبرته اتهمني ، قال بعه ، قلت : بأى شيء أبيعه ، قال : بطعام ، قلت : فأى شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به اما لك و اما لاهله ، قلت : ان كان ذا قرابة محتاجاً فأصله ؟ قال : نعم » قال في الوافي لعل وجه التردد في « لك و لاهله » احتمال اعراض المالك عنه و عدمه .

أقول : الظاهر بعده ، لأن الصدقة به انما هي حكم مجهول المالك ، و مع معلومية الاعراض عنه و قصد تملكه لا يكلف بالصدقة ، بل هو ماله يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا يتعين عليه التصديق ، بل الظاهر أن المراد انما هو التصديق به عن صاحبه مع الضمان لمالكه متى ظهر ولم يرض بالصدقة ، كما في نظائره ، فان ظهر له صاحب و رضى بالصدقة أولم يظهر بالكلية ، فالصدقة لصاحب المال ، وان ظهر ولم يرض بالصدقة كانت الصدقة لك و عليك ضمانه ، هذا هو الظاهر كما لا يخفى على الخبير الماهر . (٣)

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٠ التهذيب ج ٢ ص ١١١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب الصرف الرقم - ٢ .

(٣) أقول : ما استظهرنا من الوجه المذكور ظاهر من الخبر الاول و أما الثاني فان ظاهره وجود المالك و معرفته ، و كان خوف التهمة الحقة -

و ظاهر الرواية الثانية جواز بيعه و الصدقة بشمنه و ان علم المالك اذا خاف التهمة .

و المفهوم من كلام الاصحاب أنه مع معلومية المالك لايجوز الصدقة ، بل يجب التخلص منه بأى وجه اتفق ، قال فى المسالك : ولو كان بعضهم معلوماً فلا بد من محالته ولو بالصلح ، لان الصدقة بمال الغير مشروطة باليأس من معرفته ، و على هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه . انتهى .

و فيه أن ما ذكره وان كان هو مقتضى القواعد الشرعية والنصوص المرعية ، الا أنه مع دلالة النص على ما ذكرناه يجب تقييد ذلك بالخبر المذكور كما هو مقتضى القاعدة المشهورة ، وما دل عليه الخبران من البيع بالطعام الظاهر أنه خرج منخرج التمثيل-بالاسهل ، و الا فانه يصح البيع بالنقدين أو غيرهما من العروض ، قيل : و يلحق به باقى أرباب الحرف كالحداد و الخياط و الطحان و الخباز ، وفيه اشكال قال فى المسالك : ولو ظهر بعض المستحقين و لم يرض بالصدقة ضمن حصته مع احتمال العدم . (١)

اقول : لاوجه لهذا الاحتمال لان هذه المسألة من جزئيات القاعدة فى مال مجهول المالك ، و حكمه الضمان بعد ظهور المالك و عدم الرضا بالصدقة ، واليه

— بمجهول المالك ، فأمر (عليه السلام) فيه بالصدقة اماله ان اتفق علم المالك وعدم الرضاء بها أو بالنظر الى يوم القيمة ، و اما للمالك ان رضي بعد العلم على أحد الوجهين المتقدمين . منه رحمه الله .

(١) ظاهر كلام المسالك اختيار الضمان مع احتمال العدم ، و قال الفاضل الخراسانى فى الكفاية ولو ظهر بعض الارباب بعد الصدقة ولم يرض بها فهل يضمن ؟ فيه احتمالان ، و ظاهره تساوى احتمالين ، وفيه ما عرفت فى الاصل والله العالم . منه رحمه الله .

يشير هنا ما ذكره (عليه السلام) في الخبرين من قوله « امالك أولاهله » كما قد منا بيانه و قال في المسالك أيضاً: و مصرفه مصرف الصدقة الواجبة ، وقيل: المندوبة. أقول : احتمال المندوبة بمعنى غير الفقير المستحق بعيد جداً ، فان اطلاق الصدقة في الكفارات والنذور ونحوها انما يتبادر الى المستحق من الفقراء والمساكين دون الأغنياء ، كما صرحوا به ، ولو كان الصائغ من ذوي الاستحقاق فهل يجوز له أخذه لنفسه اشكال ، من أمره (عليه السلام) له بالصدقة ، والمتبادر منه غيره من أفراد المستحقين ، ولا بأس بالصدقة على عياله أو قرابته كما صرح به في النص. والله العالم .

المسألة العاشرة - لا خلاف في ان الدراهم والدنانير يتعين بالتعيين ، فلو اشترى بدراهم معينة تعين الوفاء بها بجميع شخصاتها ، لعموم الوفاء بالعقود كما لو باع عرضاً معيناً ، فانه يجب الوفاء به ، والمقتضى لوجوب الوفاء ثابت في الجميع فلا يجزى دفع غيرها ، ولا يجوز ابدالها ، ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ، ولم يكن له دفع عوض وان حصلت المساوات في الاوصاف ، ولا للبائع المطالبة بذلك ، وان وجد البائع بها عيباً لم يستبدلها ، و انما له الخيار بين فسخ العقد والرضا بها .

اذا عرفت ذلك فنقول : هي هنا صورة ، الاولى اذا اشترى دراهم بمثلها معينة - كما لو قال : بعثك هذه المضة بهذه مثلاً فوجد ما صار اليه من البيع من غير جنس الدراهم كما لو ظهرت نحاساً أو رصاصاً - كان البيع باطلاً ، لان ما وقع عليه العقد - وهو ذلك الفرد المشار اليه - غير مقصود بالشراء ، و ما هو مقصود بالشراء - اسم يقع عليه العقد ، فيقع البيع باطلاً ، لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ، ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره ، فلو باعه ثوباً كثنائاً فظهر صوفياً ، و كذا لو باعه بقلعة فظهرت فرساً بطل البيع ، ويجب رد الثمن وليس له الا بدل ، لوقوع العقد على عين مشخصة ، فلا يتناول غيرها ولا الارض ، لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين ، وربما يخيل تغليب الاشارة هنا و هو باطل ، و قد تقدم الكلام في ذلك .

الثانية- لو كان البعض من الجنس والبعض الآخر من غيره ، فالظاهر أنه لاخلاف بينهم في صحة العقد فيما كان من الجنس ، و البطلان في غيره ، لوجود شروط الصحة في الاول ، و انتفائها في الثاني ، وعدم توقف صحة البعض على البعض الآخر و قد تقدم نظير ذلك فيما لو باع ما يملك و ما لا يملك ، فانه لاخلاف بينهم في الصحة فيما يملك ، و البطلان أو الحكم بكون البيع فضوليا فيما لا يملك ، الا ان للمشتري الخيار- لتبعض الصفقة- بين الفسخ ، و أخذ ما كان من الجنس بقسطه من الثمن و حيث يختار المشتري الثاني وهو أخذ الجيد بحصته من الثمن ، يتخير البائع أيضا مع جهله بالعيب لتبعض الصفقة أيضا ، و أكثر عباراتهم و ان كانت انما اشتملت على تخيير المشتري خاصة ، الا انها محمولة على ما هو الغالب من أن الجهل بالعيب انما يكون من المشتري دون البائع لثبوت العيب في ملكه ، و اطلاعه عليه غالبا فلو فرض خلاف ذلك ثبت له الخيار أيضا ، كما أن المشتري لو اطلع عليه و رضى به لا خيار له .

الثالثة - لو كان الجنس واحدا و به عيب كخشونة الجوهر و اضطراب السكة بأن يكون سكوته مخالفة للسكة الجارية في المعاملة ، فلا يخلو اما أن يكون العيب المذكور شاملا للجميع أو مختصا بالبعض ، فان كان الاول تخيير المشتري بين رد الجميع و امساكه كما في ساير المعيبات ، وليس له رد البعض ، للزوم تبعض الصفقة على البائع ، و لا طلب البدل ، لان العقد انما وقع على ذلك العيب ، و ان كان الثاني تخيير أيضا بين رد الجميع و امساكه ، والظاهر أنه لاخلاف فيه ، و انما الخلاف في أنه هل له رد المعيب وحده أم لا؟ فقول : بالاول ، و هو الذي رجحه العلامة في التذكرة ، و علل بانتقال الصحيح بالبيع ، و ثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه ، و قيل : بالثاني لان رد المعيب وحده يفضي الى تبعض الصفقة على الآخر ، فيمنع منها كما لو كان كله معيبا ، فان كل جزء منه موجب للخيار ، و به قطع المحقق و جماعة .

و انت خبير بما فيه من المخالفة لما تقدم في الصورة الثانية مما ظاهرهم الاتفاق عليه من الصحة في البعض ، والبطلان في البعض .

ثم انه ينبغي أن يعلم أنه لأرث في جميع هذه الصور المذكورة في هذه الصورة الثالثة، لأنها مفروضة في بيع الفضة بالفضة، أو الذهب بالذهب، والعوضان متجانسان متساويان في القدر ، فلو اخذ أرث العيب لزم زيادة قدر المعيب عن الصحيح ، ولا يجبر عيبه الجنسي، لما تقرر من أن جيد الجواهر ورديه جنس واحد . نعم لو كان مختلفين كالدرهم بالدنانير أو بالعكس جازله اختيار الامساك بالارث ماداما في المجلس ، فلو تفرقا لم يجز لاشتراط التقابض في الصرف قبل التفرق، الآن تفرض المسألة في غير الاثنان مما لا يجري فيه حكم الصرف فلا بأس . والله العالم .

المسألة الحادية عشر - اذا اشترى دراهم بدراهم في الذمة ثم وجدا انتقل اليه غير ماهو المقصود بالشراء، اما بأن يكون غير الجنس أو يكون به عيب لا يخرج به عن الجنسية ، وعلى الاول فاما أن يكون الجميع أو البعض .

فهنا صور ثلاث. الاولى - أن يكون غير الجنس ويكون الجميع، والحكم فيه - كما ذكره الاصحاب (رضوان الله عليهم) - أن له المطالبة بالبدل هنا، بخلاف ما تقدم في سابق هذه المسألة ، لان العوض هنا في الذمة، وهو أمر كلي، والمدفوع لما لم يكن من جنس ذلك الكلي امتنع كونه عوضاً، واذا امتنع كونه عوضا كان له المطالبة لحقه ما لم يحصل التفرق .

الثانية - الصورة المذكورة مع كونه البعض، و حكمها أنه يبطل في البعض الذي هو غير الجنس، و يصح في الآخر ان كان ظهور ذلك بعد التفرق ، وان كان قبل التفرق فله المطالبة بالبدل ، لما تقدم ذكره في سابق هذه الصورة .

الثالثة - ان يكون عيبا لا يخرج به عن الجنسية، كخشونة الجواهر واضطراب السكة، والحكم فيه التخيير بين الرد والامساك بالثمن من غير أرث، أما التخيير فمن

حيث العيب كما فى غيره من المبيعات المعيبة ، و أما عدم الارش فلما تقدم فى سابق هذه المسألة من استلزامه الربا ، ولو اختار الامساك فله المطالبة بالبدل قبل التفرق بلا اشكال وخلاف ، لان ما فى الدمة أمر كلى محمول على الصحيح السالم من العيب ، فمتى كان المدفوع معيباً وجب ابداله قبل التفرق ، لان المقبوض فى حكم العدم ، انما الخلاف والاشكال فى وجوب الابدال وعدمه بعد التفرق ، وذلك أنه بالنظر الى أن الابدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق ، و ان المبيع حقيقة انما هو البدل ، و قد حصل التفرق قبل قبضه ، فيكون الصرف باطلاً ، فلا يجوز له أخذ البدل ، (١) -

(١) أقول : و فى المسألة أقوال آخر ، منها ما نقله فى الدروس عن الشيخ وابن حمزة من أنه يتخير بين الفسخ والابدال ، والرضا مجاناً ولم يعتد باتحاد الجنس قال : وفى المختلف له الابدال دون الفسخ ، ثم استشكله بأنهما تفرقا قبل قبض البدل ونقل عن ابن الجنييد بأنه يجوز الابدال ما لم يتجاوز يومين ، فيدخل فى بيع النسبة ، قال : ولم يعتد بالتعيين و عدمه ، ثم قال : و فى رواية اسحاق عن الكاظم (عليه السلام) اشارة اليه) اقول : الظاهر انه اشار بذلك الى ما رواه اسحاق بن عمار فى الصحيح * « قال : سألت أبا ابراهيم (عليه السلام) عن الرجل يبيعنى الورق بالدنانير و أترن منه فأزن له حتى أفرغ فلا يكون بينى وبينه عمل الآن فى ورقه نفاية وزيوفاً و ما لايجوز ، فيقول : انتقدها ورد نفايتها ، فقال : ليس به بأس ولكن لا تؤخر ذلك أكثر من يوم أو يومين ، فانما هو الصرف قلت : فان وجدت فى ورقه فضلاً مقدار ما فيها من النفاية ؟ فقال : هذا احتياط ، هذا أحب الى » * الكافى ج ٥ ص ٢٤٦ التهذيب ج ٧ ص ١٠٣ لكن فيه « فان وجدت فى ورقه » و ليس فيه « أخذت » .

و الى هذا يميل كلام الشهيد في الدروس حيث قال : و ان لم يتعين فله
الابدال مادام في المجلس و ان تفرقا لم يجز الابدال على الاقرب ، وله الرد . انتهى
و بالنظر الى تحقق التقابض في العوضين قبل التفرق ، - لان المقبوض و ان
كان معيبا الا ان عيبه لا يخرج عن حقيقة الجنسية و صحة العوضية . لاجل ذلك انه
قد ملكه المشتري ، بدليل أن نماءه من حين العقد الى وقت الرد له ، والفسخ بالرد
طار على الملك بسبب ظهور العيب ، فيكون البيع صحيحاً وله طلب البديل بعد التفرق .
و توضيحه - زيادة على ما ذكره المحقق الشيخ علي (قدس سره) ففى شرح
القواعد - أن ما في الذمة و ان كان أمراً كلياً ، لأنه اذا عين في شيء وقبضه المستحق
نعين وثبت ملكه له ، فاذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته ، تدار كالفاتية بحقه ،
فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة ، فتعين حينئذ عوضاً صحيحاً .
وبهذا يظهر أن الاول كان عوضاً في المعاوضة وقد قبضه قبل التفرق ، فيتحقق
شرط الصحة ، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض المقتضى لعوده الى
الذمة ، و كون البديل عوضاً في الجملة لا يقتضى نفي عوضية غيره ، فلا يقتضى التفرق

و في التهذيب « فان أخذت في ورقه عوض «وجدت» وهو أظهر في حمل
ظاهر الخبر المذكور على قيمة الصرف بالتقابض أولاً ، ولا ينافية -
- رد بعضهما بعد ذلك ، واخذ العوض في مجلس الرد لحصول التقابض
اولاً و حصول التقابض فيما رده في مجلس الرد ، وعلى هذا يحمل النهي
عن التأخر في يوم أو يومين على الاستحباب كذا ذكره بعض مشايخنا ،
وهو لا يخلو من الاشكال لبطلان التقابض بالرد كما اشرنا اليه في الاصل ،
والله العالم - منه رحمه الله .

قبل قبضه التفرق قبل قبض العوض فى المعاوضة . وهو واضح . وكان الاصح ثبوت المطالبة بالبدل . انتهى .

وهو ظاهر فى اختياره صحة البيع ، ومثله أيضا شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك والعلامة فى الارشاد ، و تردد المحقق فى الشرايع فى ذلك ، ونحوه العلامة فى القواعد ، والمسألة لخلوها من النص الواضح مع تدافع هذه التعليقات محل الاشكال ، سيما - مع ما عرفت فى غير موضع - من عدم صحة تأسيس الاحكام الشرعية على مثل هذه التعليقات العقلية ، الغير المبنية على شىء من القواعد المستفادة من الاخبار المعصومية ، على أن ما ادعاه (قدس سره) من قوله ، «وبهذا يظهر ان الاول كان عوضا» الى آخره ، مدخول بأنه بعد الرد وعدم الرضا بذلك العيب انكشف عدم صحة المعاوضة ، وعدم كونه متعينا لما وقع عليه العقد ، والالم يكن له الرد وطلب البدل ، فكيف يتحقق قبضه او لا شرط صحة الصرف ، وهو قبض العوض قبل التفرق .

و بالجملة فالتعليقات العقلية لاتقف على حد ، ولا ينتهى الى عد ، ولهذا استشكل بناء الاحكام الشرعية عليها ، هذا كله فيما ظهر الجميع معييا من الجنس .

أما لو ظهر بعضه خاصة اختص بالحكم حسبما تقدم لكن ليس له افراده بالرد هنا ، للزوم تبعض الصفقة على البايع الامع رضاه والله العالم .

المسألة الثانية عشر - اذا اشترى دينارا بدينار فاتفق الزيادة فى الدينار الذى هو ثمن غلطاً أو عمداً ، فان الزيادة تكون فى يد البايع أمانة للمشتري ، وهى مشاعة فى الدينار ، هذا اذا كان البيع و الشراء فى الذمة ، وتبين بعد الدفع زيادة الدينار الذى هو ثمن .

أما لو كانا معينين فانه يبطل الصرف ، لاشتغال أحد العوضين على زيادة عينية ، وكذا لو كان الزايد معيئاً ، و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص عنه بحسب نوعه ، و الحكم بكون الزايد أمانة فى يد المشتري كما تقدم أحد القولين فى المسألة قالوا لاصالة البرامة من الضمان ، ولانه لم يقبضها بسبب مضمون مرسوم ولا غصب

ولا يبيع فاسد ، وانما قبضها باذن مالكيها ، فيكون كالودعي .

وقيل : انها تكون مضمونة عليه ، لانه قبضها على أنها أحد العوضين الذين جرى عليها عقد المعاوضة ، فتكون مضمونة ، نظراً الى مقتضى العقد و لانه أقرب الى الضمان من المقبوض بالسوم ، و لعموم (١) « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » وأورد عليه بأن قبضه على جهة عوض غير قاذح مع ظهور عدمه ، و مقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين ، و كونها أقرب من المضمون بالسوم انما يجرى لو سلم كون المقبوض بالسوم مضموناً ، وهو محل النزاع ، و عموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع في حيز المنع ، فان الثابت على الاخذ بمقتضى الخبر غير معين ، فجاز كون الواجب على اليد الحفظ و نحوه الى أن يؤدي ، و يرشد اليه الامانات المقبوضة باليد ، مع عدم الحكم بضمانها و انما القدر المتفق عليه وجوب حفظها .

أقول : والمسألة حيث كانت عارية عن الدليل اتسع فيها دائرة القول والقبيل ، وهكذا كل مسألة من هذا القبيل ، ثم انه مع الحكم بكون الزيادة أمانة فحكمها مختلف بالنسبة الى العمد والخطاء ، فانها على تقدير العمد أمانة مالكية لا يجب ردها الا مع طلب المالك وان وجب حفظها ، كما في ساير الامانات التي يؤمنها مالكيها ، و على تقدير الغلط ، فيحتمل كونها أمانة شرعية و ان كانت مدفوعة من المالك ، الا أنه لعدم علمه بها و كون ذلك غلطاً ، يكون حكمها كما لو باعه صندوقاً فوجد فيه متاعاً ، فانه يكون أمانة شرعية مع استناد الدفع الى المالك نظراً الى جهله بها ، و يحتمل كونها مالكية نظراً الى استناد دفعها اليه ، و صدق تعريفها المشهور على ما نحن فيه ، لانهم جعلوا مناطها الاستناد الى دفع المالك أو من في حكمه .

و تظهر الفائدة في وجوب اعلام المالك بها و ردها عليه على تقدير كونها شرعية ،

فان ذلك حكم الامانة الشرعية كما بانى في محله انشاء الله تعالى ، و حينئذ فلو ترك
أثم و ضمن .

و ظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا ، فانه قال بعد نقل ذلك عنهم : و فيه
تأمل ، لانه قد يتلف في الطريق مع أنه غير مأذون فيه، وان أمكن أن يقال الظاهر أنه
محسن غير مفترط ، اذ الفرض ذلك مع الامن من التلف في الطريق ، وان الغالب رضا
صاحبه بذلك ، ولا يبعد وجوب الا علام او الرد في صورة الجهل ، اما كونه فورياً
فغير ظاهر نعم ينبغي ذلك بحيث لا يفوت غرض يتعلق بذلك المال، ولا يبعد القابض مهملاً
و مقصراً . انتهى .

و هو جيد و ما نفى عنه البعد جيد حيث انه لائنص فيها على ما ذكره، و فيما
ذكره جمع بين الحقين ، و مما يرجح القول بأنها شرعية ان حكم الامانة المالكية
عندهم انه يجب حفظها حتى يطلبها مالكيها ، و فيما نحن فيه المالك لا علم له بها
لانه دفعها جاهلاً بها ، فكيف تيسر طلبه لها و هو لا يعلمها بالملكية ، وانها يجب على
المالك حفظها الى آخر الدهر، ثم انه على تقدير الغلط فاما ان يتبين الحال قبل التفرق،
أو بعده ، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزايد و ابداله ، وليس للآخر الامتناع
تحذراً من الشركة ، و ان كان بعد التفرق فان جوزنا الابدال للعيب الجنسي كما
تقدم في القول به فكذلك ، والاثبت الخيار لكل منهما لعيب الشركة ، ولو كانت
الزيادة بشيرة يتسامح بها فلا بأس، ولهذا يستحب الاعطاه زائداً والاخذ ناقصاً، وقد
يكون ذلك لاختلاف الموازين والمكايل .

و مما يدل على ذلك الاخبار الواردة في فضول المكايل و الموازين ومنها
ما رواه في الكافي عن علي بن عطية (١) « قال : سألت ابا عبد الله (عليه السلام)

فقلت انا نشترى الطعام من السفن ثم نكيله فيزيد؟ قال : فقال لي وربما نقص عليكم قلت : نعم ، قال : فاذا نقص يردون عليكم ؟ قلت : لا قال : لا بأس .

و ظاهر هذا الخبر يدل على جواز اخذ الزيادة وان كانت زائدة على ما يتسامح به اذا كانوا في حال ظهور النقصان لا يردون عليكم النقيصة ، ولعله محمول على اختلاف المكائيل ، و ان مكيال البايع كان زائداً على مكيال المشتري تارة و ناقصاً عنه أخرى .

وما رواه في الفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن فضول الكيل و الموازين ؟ فقال : اذا لم يكن تعدياً فلا بأس .

و ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن اسحاق المدائني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : قلت : ان صاحب الطعام يدعوكيلاً فيكيل لنا ولنا أجراً فيعبرونه فيزيد و ينقص ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيء كثير غلط .

و ما رواه في الكافي في الصحيح عن العلامة بن رزين (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : قلت له : اني أمرت بالرجل فيعرض على الطعام ، و يقول لي : قد اصببت طعاماً من حاجتك فأقول له : اخرج اربحك في الكركذا و كذا ، فاذا اخرجته نظرت اليه فان كان من حاجتي اخذته ، و ان لم يكن من حاجتي تركته ، قال : هذه المراوضة لابأس بها ، قلت : فأقول له : أعزل منه خمسين كراً أو أقل أو أكثر ، فيكيله فيزيد و ينقص و أكثر ذلك ما يزيد لمن هي ؟ قال : هي لك ، ثم قال (عليه السلام) : اني بعثت معتباً أو سلاماً فابتاع لنا طعاماً فزاد علينا بدینارين ، ففتنا به عيالنا بمكيال قد عرفناه ، فقلت له : قد عرفت صاحبه ؟ قال : نعم فرددناه

(١) الكافي ج ٥ ص ١٨٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٠ الفقيه ج ٣ ص ١٣١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٠ التهذيب ج ٧ ص ٣٨ و فيه اختلاف يسير .

الفقيه ج ٣ ص ١٣٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٨٢ .

عليه ، فقلت : رحمك الله نفتينى بأن الزيادة لى وأنت تردّها ، قال : فقال : قد علمت أن ذلك كان له و كان غلطاً ، قال : نعم ، انما ذلك غلط الناس لان الذى ابتعنا به انما كان ذلك بثمانية دراهم أو تسعة ، ثم قال : ولكنى أَعُدُّ عليه الكيل»
و ظاهر الخبر ان الذى شراه (عليه السلام) من الطعام كان ما يساوى قيمته ثمانية دراهم أو تسعة - والترديد الظاهر أنه من الراوى - و زاد فيه ما يساوى دينارين فرد (عليه السلام) تلك الزيادة ، لان زيادة هذا المقدار لا يكون الا عن غلط ، بخلاف ما افتنى به الراوى ، فانه يمكن استناده الى التفاوت فى المكائيل و انه مما يتعارف بين الناس .

و أما قوله فى الوافى و قوله : « بدینارین » متعلق بقوله « فابتاع » فالظاهر أنه سهو من صاحب الكتاب ، بل انما هو متعلق بقوله فزاد ، وكيف لا و هو (عليه السلام) قد صرح فى آخر الخبر بأن الذى ابتاع انما كان بثمانية دراهم أو تسعة ، و هو ظاهر فى كون ما قابل الدينارين كان هو الزايد ، ولذا أمر برده ، وقوله فى الخبر « فقلت له : عرفت صاحبه » يحتمل أن يكون من قول الامام (عليه السلام) لمعتب أو سلام ، و يحتمل أن يكون من قول الراوى للامام (عليه السلام) وتكون جملة معترضة بين قوله « عرفناه » و قوله « فرددناه » وربما أشعر هذا الخبر بكون الزيادة الكثيرة الواقعة غلطاً أمانة شرعية ، لان حكم الامانة المالكية عندهم هو حفظها حتى يطلبها المالك ، و الامانة الشرعية وجوب ردها ، أو اعلام المالك بها وهو (عليه السلام) فى هذا الخبر قد أمر بردها على المالك ، وبالجمله فالخبر ظاهر فى تأييد القول المذكور زيادة على ما قدمناه والله العالم .

الفصل الثامن في بيع الثمار

من النخل والفواكه والخضر وما يلحق ذلك من الاحكام ، والبحث في هذا الفصل في مطالب اربعة .

الاول - في ثمرة النخل، وتحقيق الكلام فيها أنه لا خلاف بين الاصحاب ، (رضوان الله عليهم) - في جواز بيعها بعد ظهور صلاحها ، وانما الخلاف فيما قبله، وتفصيل القول فيه أنه اما ان يكون قبل ظهورها، أو بعده قبل بدو الصلاح ، وعلى الاول فاما أن يكون عاماً واحداً أو أزيد، ثم انه على تقدير بيعها عاماً واحداً هل يجوز مع الضميمة أم لا أفهينها مقامات اربعة .

الاول - في بيعها عاماً واحداً قبل ظهورها مع عدم ضميمة ، والمشهور بين الاصحاب - بل ادعى عليه العلامة في التذكرة الاجماع ، ومثله الشهيدان في الدروس والمسالك أنه لا يجوز بيعها قبل ظهورها عاماً واحداً من غير ضميمة ، والمراد بالظهور هو بروزها الى الخارج وان كانت في طلوعها ، كما تضمنته موثقة سماعة ، ورواية يعقوب بن شبيب الاتيتان انشاء الله تعالى .

والمفهوم من كلام الشيخ في كتابه الاخبار القول هنا بالكراهة ، قال (قدس سره) بعد نقل أخبار المسألة : قال محمد بن الحسن : الاصل في هذا أن الاحوط أن لا يشتري الثمرة سنة واحدة الا بعد أن يبدو صلاحها، فان اشتريت فلا تشتري الا بعد أن يكون معها شيء آخر، فان خاست كان رأس المال فيما بقي ، ومتى اشترى من غير ذلك لم يكن البيع باطلا ، لكن يكون قد فعل مكروها ، وقد صرح بذلك - في الاخبار التي قدمناها - أبو عبد الله (عليه السلام) .

منها حديث الحلبي (١) « ان النبي (صلى الله عليه وآله) نهى عن ذلك لاجل قطع الخصومة الواقعة بين الاصحاب ولم يحرمه » وكذلك ذكر ثعلبة عن بريد (٢) وزاد فيه « انما نهاه ذلك العام دون ساير الاهوام » ، وفي حديث يعقوب بن شعيب (٣) « ان ابا عبد الله (عليه السلام) كان يكره ذلك ، ولم يقل أنه « كان يحرمه » وعلى هذا الوجه لاتنافي بين الاخبار انتهى .

والواجب أولاً ذكر الاخبار الواردة في المسألة ، ثم بيان ماهو الظاهر منها فمناها مارواه المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن سماعة (٤) في الموثق قال : « سألت (عليه السلام) عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها ، قال : لا الا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقل فيقول : أشترى منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا ، فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل » الحديث .

و مارواه في الفقيه و التهذيب عن أبي الربيع الشامي (٥) « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : كان أبو جعفر (عليه السلام) يقول اذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباع حتى تبلغ ثمرته ، واذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد ان يكون فيه شيء من الخضرة » .

و مارواه الشيخ في التهذيب عن يعقوب بن شعيب (٦) في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء النخل ، فقال : كان أبي يكره شراء النخل قبل ان تطلع ثمرة السنة ، ولكن السنتين والثلاث كان يقول : ان لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الاخرى ، قال يعقوب : وسألته وقال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ و ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٨٥ و ٨٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ التهذيب ج ٧ ص ٨٤ الفقيه ج ٣ ص ١٣٣ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ (٦) التهذيب ج ٧ ص ٨٧ .

عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل ان تطلع فيشتري سنتين او ثلاث سنين او اربعاً فقال : لا بأس ، انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان تطلع مخافة الافة حتى تستبين .

وعن سليمان بن خالد (١) في الصحيح « قال : قال ابو عبد الله (عليه السلام) : لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم وان كان يطعم ، وان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل » هكذا نقل الخبر في الوافي عن التهذيب ، ثم قال : الظاهر سقوط لفظ « لم » من قوله « يطعم » : انتهى ، وقال بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) : ان الواو في قوله « وان كان يطعم » ليست في بعض النسخ الصحيحة .

اقول : ويؤيده ان الذي في الاستبصار (٢) « وان شئت ان تبتاعه » وبالجمله فمن عرف طريقة الشيخ في الكتاب المذكور لا يستنكر من وقوع التحريف منه في الخبر المذكور ، ومعنى الخبر على تقدير زيادة الواو والنهي عن اشتراء النخل حولاً واحداً حتى يطعم وان كان من شأنه بأن بلغ ذلك المبلغ ، وان شئت أن تبتاعه أزيد فلا بأس .

ومارواه الشيخ عن ابي بصير (٣) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « انه قال : لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم ، وان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل » .
وعن ابي بصير (٤) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال : سئل عن النخل والتمر يبتاعهما الرجل عاماً واحداً قبل ان تثمر قال : لا حتى تثمر وتأمين ثمرتها من الافة ، فاذا اثمرت فابتعها اربعة اعوام ان شئت مع ذلك العام او اكثر من ذلك أو اقل » .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ٨٥ .

(٣) (٤) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ و ٩١ .

ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن بريد بن معاوية (١) قال : سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرطبة تباع قطعة او قطعتين او ثلاث قطعاً؟ فقال : لا بأس ، قال : واكثر السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول : لا بأس به فقلت : اصلحك الله - استحياء من كثرة ما سألته وقوله (عليه السلام) لا بأس به - ان من بيننا يفسدون علينا هذا كله ، فقال : اظنهم سمعوا حديث رسول الله (صلى الله عليه وآله) في النخل ، ثم حال بيني وبينه رجل فسكت ، فأمرت محمد بن مسلم ان يسأل ابا جعفر (عليه السلام) عن قول رسول الله (صلى الله عليه وآله) في النخل فقال ابو جعفر (عليه السلام) خرج رسول الله (صلى الله عليه وآله) فسمع ضوضاء فقال : ما هذا ؟ فقيل له : تباع الناس بالنخل فقعد النخل العام فقال (صلى الله عليه وآله) : أما اذا فعلوا فلا يشتروا النخل العام حتى يطلع فيها شيء ، ولم يحرمه .
ورواه الشيخ في التهذيب عن ثعلبة بن زيد (٢) بدل عن بريد والظاهر أنه من قبيل ما قدمنا ذكره من حال الشيخ (رحمة الله عليه) وما وقع له من التحريف والتغيير في متون الاخبار وأسانيدها .

و مارواه ثقة الاسلام في الكافي . في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سئل عن شراء الكرم والنخل والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال : لا بأس به يقول : ان لم يخرج في هذه السنة اخرج في قابل ، وان اشتريته سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ ، فان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس ، وسئل (عليه السلام) عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من ارض فهلك

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٤ التهذيب ج ٧ ص ٨٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٨٦ وفيه عن ثعلبة بن زيد عن بريد .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥ الفقيه ج ٣ ص ١٣٢ .

ثمرة تلك الأرض كلها ، فقال : قد اختصموا في ذلك الى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فكانوا يذكرون ذلك فلما رأهم لا يدعون الخصومة ، نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم » ورواه الصدوق مثله ، الا أنه ترك قوله و ان اشتريته ثلاث سنين قبل أن تبلغ فلا بأس .

و ما رواه أيضا في الكتاب المذكور في الصحيح عن ربعي (١) قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) ان لي نخلا بالبصرة فابيعه و أسمى الثمن و أستثنى الكر من التمر أو أكثر أو العذق من النخل ؟ قال : لا بأس ، قلت : جعلت فداك نبيع السنتين ؟ قال : لا بأس ، قلت : جعلت فداك ان ذا عندنا عظيم ، قال : أما انك ان قلت ذلك لقد كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) أحل ذلك فتظالموا فقال (صلى الله عليه وآله) لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها و ما رواه الصدوق في حديث المناهي المذكور في آخر كتاب الفقيه (٢) عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال : و نهى أن تباع الثمار حتى تزهر .

و ما رواه عبد الله ابن جعفر الحميري في كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر (٣) عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال : سأله عن بيع النخل أيحل اذا كان زهوا ؟ قال : اذا استبان البسر من الشيص حل بيعه و شراؤه و عنه أيضا (٤) قال : سأله عن السلم في النخل قبل ان يطلع ؟ قال : لا يصلح السلم في النخل .

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٤ .

(٣) الوسائل الباب - امن ابواب بيع الثمار الرقم - ١٧-١٨ .

و رواه على بن جعفر فى كتابه (١) وكذا الذى قبله ، و زاد فيه « سألت عن شراء النخل سنتين أيجل ؟ قال : لا بأس ، يقول : ان لم يخرج العام شيئاً أخرج القابل انشاء الله (تعالى) قال : و سألت عن شراء النخل سنة واحدة أبصلح ؟ قال لا يشتري حتى يبلغ » .

أقول : هذا ما حضرني من الاخبار المتعلقة بالمسألة ، و قد عرفت كلام الاصحاب (رضوان الله عليهم) فى ذلك ، و الذى يلوح لى - من صحيحة بريد بن معاوية و قوله فيها « ان من بيننا يفسدون علينا ذلك ، فقال : أظنهم سمعوا حديث رسول الله (صلى الله عليه وآله) الى آخر الخبر و قوله فى صحيحة ربعي « ان هذا عندنا عظيم ، فقال : أما انك ان قلت « الى آخره - أن مذهب العامة يومئذ تحريم بيع الثمرة قبل ظهورها عاماً أو عامين ، كما هو مذهب أصحابنا (رضوان الله عليهم) اجماعاً كما يدعونه فى العام الواحد ، و بناء على المشهور فى الازيد ، كما يأتى ذكره انشاء الله (تعالى) و على هذا فلا يجد حمل اخبار التحريم مما يكون صريحاً فيه على التقية .

مركز تحقيق كويتى علوم اسلامى

و كيف كان فان صحيحة بريد ، و صحيحة الحلبي و حسنة - انما هو بابراهيم ابن هاشم المتفق على قبول حديثه و ان عدوه حسناً - و صحيحة ربعي صريحة فى الحل و عدم الحرمة ، فيتعين العمل بها لصحتها و صراحتها ، فلا بد من ارتكاب التأويل فيما كان ظاهراً فى منافاتها ، اما بالحمل على الكراهة كما ذكره ، أو التقية كما أشرنا اليه ، و الى هذا القول يميل كلام جملة من محققى متأخرى المتأخرين كالمحقق الاردبيلي و الفاضل الخراساني .

المقام الثانى - المسألة الاولى بحالها الا أن المبيع مع الضميمة ، وقد اختلف الاصحاب فى ذلك ، قال فى المسالك بعد أن ادعى عدم الخلاف فى المنع مع

عدم الضميمة: والمشهور المنع مع الضميمة أيضا ، حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع ، لانه غرر انتهى . و المفهوم منه التفصيل بين كون الضميمة هي المقصودة بالبيع و الثمرة تابعة - فيصح البيع كما لو باعه الاصل و الثمرة - أو لا تكون مقصودة ، بل جعلت تابعة ، كساير الضمايم التي ذكروها في غير موضع مثل ضميمة الأبق و نحوها ، فلا يصح .

و ألت خبير بأنه قد تقدم في موثقة سماعة التصريح بالصحة مع الضميمة مع ظهور كون الضميمة تابعة ، فان ضم الرطبة أو البقل الى الثمرة ظاهر بل صريح في التبعية و عدم المقصودية ، و يعضد ذلك اتفاقهم على الصحة مع الضميمة المعلومه تبعيتها في غير موضع ، مما يحكمون فيه ببطالان العقد لولا الضميمة ، و أظهر تأييداً في ذلك ما عرفت آنفاً من صحة البيع مع عدم الضميمة بالكلية ، كما اخترناه و صرح به من قدمناه .

و بالجملة فان ما ذكره لا أعرف له وجه استقامة بعدما عرفت . ولا سيما بعد مارجحناه من صحة البيع مع عدمها بالكلية .

المقام الثالث - في بيعها قبل الظهور أزيد من عام واحد ، قال في المختلف المشهور أنه لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها ، لا عاماً واحداً و لا عامين أما العام الواحد فبالاجماع ، و لانه بيع عين معدومة ، فلا يصح و أما بيع عامين فالمشهور أنه كذلك ، و ادعى ابن ادريس الاجماع فيه أيضا ، قال : و قد يشبهه على كثير من اصحابنا ذلك ، و يظنون أنه يجوز بيعها سنتين و ان كانت فارغة لم يطلع بعد وقت العقد ، قال : و هذا بخلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا و خلاف اجماعهم و اخبار ائمتهم و فتاوبهم ، و هذا غلط في النقل ، فان الصدوق قال في المقنع : بالجواز (١) و المعتمد الاول ، لنا انه بيع عين مجهولة معدومة ، فلا يصح كغيرها

(١) حيث قال بعد المنع من البيع سنة واحدة : و مع الانضمام الى سنة -

من المجهولات ، و لقول الباقر (عليه السلام) فى حديث أبى الربيع الشامى :
« واذا بيع سنتين أو ثلاثة فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة » انتهى
كلامه زيد مقامه .

أقول: المشهور فى كلامهم نسبة الخلاف فى هذه الصورة الى الصدوق خاصة (١)
مع أن ظاهر العلامة فى التذكرة القول بذلك أيضا ، وكذا نقله بعض المحققين عن
الشيخ أيضا ، و مما يدل على القول المذكور ما تقدم فى صحيحة يعقوب بن شعيب
و صحيحة سليمان بن خالد بالتقريب الذى ذكرناه ذيلها و رواية أبى بصير الاولى
و صحيحة الحلبي أو حسنته و صحيحة ربعي و صحيحة على بن جعفر المذكور فى
كتابه ، معللا ذلك فى رواية يعقوب بن شعيب ، و صحيحة الحلبي أو حسنته و صحيحة
على بن جعفر - بأنه ان لم يخرج العام أخرج فى القابل .

و ما رواه فى الكافى و التهذيب عن معاوية بن ميسرة (٢) « قال : سأله عن بيع
النخل سنتين ؟ قال : لا بأس به » الحديث .

وبذلك يظهر قوة قول المذكور ، وأنه المؤيد المنصور ، قال فى المختلف
- بعد ذكر ما قدمنا نقله - : احتج ابن بابويه بما رواه يعقوب بن شعيب فى الصحيح ،

- اخرى يجوز لما رواه الحلبي فى الحسن ثم ساق الرواية ، ثم نقل صحيحة
يعقوب بن شعيب منه رحمه الله .

(١) حيث قال : و المشهور عدم جوازه أكثر من عام ، و لم يخالف فيه
الا الصدوق لصحيحة يعقوب بن شعيب ، و حملت على عدم بدو الصلاح
انتهى ، و هو ظاهر فى انه لا مخالف الا الصدوق ، و لا دليل له الا صحيحة
يعقوب المذكورة ، وقد عرفت مما ذكرنا وجود المخالف غير الصدوق
وتعدد الاخبار الصحيحة الصريحة زيادة على الرواية المذكورة - منه
رحمة الله .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٦ .

ثم ساق الرواية كما قدمناه ، ثم قال : والجواب أنه محمول على ظهور الثمرة قبل تأييدها .

وأنت خبير بما في هذا الجواب ، وإن تبعه فيه الشهيد في الدروس ، كيف لا والسؤال الثاني من الرواية المذكورة إنما وقع عن الثمرة قبل أن تطلع ، ومع هذا أجاب (عليه السلام) بنفى البأس ، ويرد ما ذكره أيضا التعليل المذكور في تلك الروايات أنه إن لم يخرج العام يخرج في العام الآخر ، فانه إشارة الى الوجه المصحح للبيع في هذه الصورة ، قال في المسالك - بعد قول المصنف : و «في جواز بيعها كذلك عامين فصا عدا تردد ، والمروى الجواز» و بعد استدلاله للقول المشهور بمفهوم الشرط في رواية أبي بصير الثانية ، ولرواية أبي الربيع - ما لفظه : لكن في الرواية الأولى ضعف ، والثانية من الحسن ، وأشار المصنف بقوله «والمروى الجواز» الى صحة يعقوب بن شعيب ، ثم ساقها الى آخرها ، ثم قال : و عمل بمضمون الرواية الصدوق ، و يظهر من المصنف الميل اليه ، وهو قوى - اذ لم يثبت الاجماع على خلافه - لصحة روايته وترجيحها على ما يخالفها من الروايات ، مع امكان حمل روايات المنع على الكراهة جمعا . انتهى .

و فيه أن وصفه رواية أبي الربيع بالحسن سهو منه (قدس سره) فان الرجل المذكور غير موثق ولا ممدوح ، و أن الدليل على الجواز غير منحصر في صحة يعقوب المذكورة ، لما عرفت من الاخبار التي أشرنا اليها ، وهي متكاثرة صحيحة صريحة في الحكم المذكور ، لا يعارضها ما ذكره ، سيما مع قيام التأويل في المعارض ، كما أشار اليه ، وبالجمل فالحق بالصحة في الصورة المذكورة مما لا مجال لانكاره بعد ما عرفت والله العالم .

المقام الرابع - في بيعها بعد الظهور وقبل بدو صلاحها ، والمشهور أنه لا يجوز الا أن يضم اليها ما يجوز بيعه (١) أو بشرط القطع أو عامين فصاعداً ولو بيعت من

(١) في قوله ما يجوز بيعه إشارة الى أنه يجب في الضميمة أن يكون شيئاً -

دون أحد الشروط المذكورة ، فهل يكون جازياً على كراهة ، أو يكون باطلاً ، أو يراعى السلامة ؟ أقوال ثلاثة ، و بالاول - قال الشيخ فى كتابى الاخبار ، والشيخ المفيد وسلاح وابن ادريس والعلامة فى التذكرة ، والثانى قال فى النهاية والمبسوط والخلاف ، و ادعى عليه الاجماع ، و به قال الصدوق ، وابن الجنيد ، وأبو الصلاح ، وابن حمزة ، وبالثالث قال سلاح فى ظاهر كلامه ، واستدل القائلون بالتحريم الى رواية أبى بصير الثانية من روايته المتقدمتين ، ومارواه فى الكافى والفقيه ، عن الوشا (١) فى الضعيف فى الاول ، والحسن فى الثانى « قال : سألت الرضا (عليه السلام) هل يجوز بيع النخل اذا حمل فقال : لا يجوز بيعه حتى يزهر ، قلت : و ما الزهر جعلت فداك ؟ قال : يحمر وبصفر وشبه ذلك » ومارواه فى الكافى والتهذيب عن على بن حمزة (٢) قال سألت ابا عبدالله (عليه السلام) الى أن قال : « و سألت عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر ؟ فقال : لا حتى يزهر ، قلت : و ما الزهر ؟ قال : يتلون » و يدل عليه أيضا ما تقدم فى حديث المناهى المنقول عن الفقيه ، و ما فى رواية قرب الاسناد .

ويعارض هذه الاخبار ما قدمنا ذكره من الروايات الصحيحة الصريحة فى جواز البيع قبل الظهور بالكلمة من غير شرط ، فبعده قبل بسدو الصلاح بطريق أولى ، مضافا ذلك الى عمومات الكتاب والسنة فى حل البيع ، و وجوب الوفاء بالعهود ،

- يمكن افراده بالبيع بأن يكون معمولاً جامعاً لجميع شرائط البيع و ان كان قليلاً بالنسبة الى العادة الجارية بين الناس فى أمثاله كما تقدم .
منه رحمه الله .

(١) (٢) الوسائل الباب - ١ - من ابواب بيع الثمار الرقم ٣ و ٥ .

وحمل الاخبار النافية على الكراهة، كما ذكره الاصحاب غير بعيد (١) لان ما تشعر به من احتمال تطرق الافة قبل بدو الصلاح لا يصلح للمانعية، الا ترى أنه يمكن ذلك في أكثر المبيعات، مثل الحيوانات وبيع الثمرة مستين مثلاً، بل بعد بدو الصلاح يمكن تطرقها أيضاً .

ونقل العلامة في التذكرة المنع من المذاهب الاربعة، وكذا ابن ادریس في كتاب السراير حيث قال: وانما يجوز عندنا خاصة ببيعها اذا طلعت قبل بدو الصلاح ستين، وعند المخالفين المذهب أهل البيت (عليهم السلام) لا يجوز، وعلى هذا فلا يبعد حمل هذه الاخبار على التقية، ولعله الاظهر .

قال في المسالك بعد ذكر الشروط الثلاثة المتقدمة : وألحق العلامة بالثلاثة بيعها على مالك الاصل، وبيع الاصول مع استثناء الثمرة، وفي الاخير نظر، اذ ليس هناك بيع ولانقل الثمرة بوجه، ودليل الاول غير واضح، والتبعة للاصل انما يجري لو بيعاً معاً . انتهى و هو جيد .

ثم انه ينبغي أن يعلم ان الوجه في اشتراط الضميمة - وكذا في اشتراط الزيادة عن سنة ظاهرة أما في اشتراط القطع فهو لا يخلو عن نوع غموض، لان الظاهر أن الاشتراء انما يكون بشيء يمكن الانتفاع به، ومجرد ظهور الثمرة - قبل بدو الصلاح - لا يترتب عليها بعد القطع منفعة - يعتد بها بين العقلاء - حتى انه تقطع لاجلها، وانما

(١) اقول : ويمكن تأييد القول بالكراهة بما تضمنته صحيحة الحلبي

المتقدمة أو حسنته حيث انه ذكر في صدرها و ان اشترينته في سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ، و هو ظاهر بالبيع حتى تدرك الثمرة، ثم أنه نقل حديث رسول الله (صلى الله عليه وآله)، وذكر أنه انما هم لما وقعوا في الخصومة و لم يحرمه و منه يظهر ان نهيه (عليه السلام) أولاً انما هو نهى تنزيه و كراهة لانهى تحريم منه رحمه الله .

المنافع المترتبة بعد صيرورة النخل بـسراً، او ثمرة الكرم حصراً ونحو ذلك، واما قبل ذلك فلا ، فاطلاق اشتراط القطع لا يخلو من غموض واشكال والله العالم.

ونمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على رسم فائدتين، الاولى - بدو الصلاح - المجوز لبيع الثمرة على القول بالمنع قبله - هل هو عبارة عن الاحمرار او الاصفرار؟ او هو عبارة عن ان تبلغ مبلغاً يؤمن عليهما من الافة والمرجع فيه الى اهل الخبرة قولان. و نقل فى التذكرة عن بعض العلماء ان حده طلوع الثريا، محتجاً عليه برواية عن النبى (١) (صلى الله عليه وآله)، وردت بعدم ثبوت النقل، والروايات المتقدمة بعضها قد اشتمل على الاول، وبعضها على الثانى .

و مما يدل على الاول صحيحة ربيع وحديث المناهى المنقول من الفقيه، ورواية قرب الاسناد، وحسنة الرشا، ورواية على بن ابي حمزة .

و مما يدل على الثانى صحيحة سليمان بن خالد و فيها حتى يطعم، وفى الصحاح «اطعمت النخلة اذا دركت ثمرتها، واطعمت البسر : اى صار لها طعم» ومثلها رواية ابي بصير الاولى، وفى روايته الثانية حتى يثمر، و تؤمن ثمرتها من الافة . ونحو هذه الرواية أيضاً مرواه فى الكافى عن يعقوب ابن شعيب (٢) فى الصحيح «قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : اذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعه جميعاً» .

ومارواه فى الكافى والتهذيب فى الموثق عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٣)

(١) وهى ان ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهة فقال له عثمان بن عبد الله سراقه ومتى ذلك قال : اذا طلعت الثريا، ورد بأن هذه الثمرة من كلام ابن عمر لا قول النبى (صلى الله عليه وآله) منه رحمه الله .

(٢) (٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٨٥ و ٨٤ .

عن بيع الثمرة قبل أن تدرك ؟ فقال : اذا كان في تلك الارض بيع له غلة قد أدركت فيبيع ذلك كله حلال » أقول قوله « بيع » بمعنى « مبيع » وهذا الاطلاق شائع في الاخبار ، وقوله « له غلة » أى ثمرة .

و ماريه في التهذيب والفقهاء عن علي بن أبي حمزة (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى بستاناً فيه شجرة و نخل ، منه ما قد أطمع و منه ما لم يطمع : قال : لا بأس به اذا كان فيه ما قد أطمع » و بما ذكرناه هنا يظهر لك ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني (قدس سره) في المسالك حيث قال : بعد قول المصنف « وبدوا الصلاح أن يصفر أو يحمر أو يبلغ مبلغاً يؤمن عليه العاهة » : بدو صلاح ثمرة النخل أحد الأمرين المذكورين ، عملاً بما دلت عليه الروايات ، فان كثيراً منها دل على الاول ، وفي رواية أبي بصير ما يدل على الثاني ، واقتصر جماعة من الاصحاب على العلامة الاولى لصحة دليلها ، و قيل بالثاني خاصة ، والاقوى اعتبار العلامة الاولى خاصة لما ذكرناه .

و اعترضه المحقق الأردبيلي هنا في دعواه صحة دليل العلامة الاولى حيث ، انه انما أورد روايتي الوشا وعلي بن أبي حمزة ، ثم قال : وما رأيت غيرهما وليس فيهما شيء صحيح ، فقول شارح الشرايع « و اكنهى الاكثر به لصحة دليله » محل التأمل انتهى .

و فيه أن من جملة أدلة هذه العلامة صحيحة ربعي كما ذكرناه ، ولكنه غفل عنها كما ينبغي عنه كلامه ، و انما وجه الدخول في كلام شيخنا المذكور دعواه أن كثيراً من الروايات دل على العلامة الاولى ، و أن فيها الصحيح والعلامة الثانية انما دل عليها خبر أبي بصير خاصة ، فمن ثم رجح العلامة الاولى ، والامر كما عرفت مما ذكرناه ليس كذلك ، و أن الروايات الدالة على العلامة الثانية أكثر عدداً وصحاحاً

و الظاهر - بمعونة ما قدمناه من جواز البيع قبل الظهور - ترتب هذه الأخبار في مراتب الكراهة ، فالأولى قبل الظهور ، و الثانية بعد الظهور و قبل التلون ، و الثالثة بعد التلون و قبل أن تدرك و تطعم ، و أما إذا بلغت هذا المبلغ فلا اشكال في الجواز بغير كراهة ، و قد تقدم أيضا احتمال الحمل على التقية في بعض هذه المراتب . والله العالم .

الثانية قالوا اذا أدرك بعض ثمرة البستان جاز بيعها اجمع ، ولو أدركت ثمرة بستان فهل يجوز أن يضم اليه بستان لم يدرك و يباع جميعاً أم لا ؟ قولان .

أقول : أما الحكم الاول فالظاهر أنه موضع اتفاق نصاً و فتوى ، لان بيع مال لم يدرك جاز مع الضميمة كما تقدم ، و ما أدرك من الثمرة ضميمة هنا لمال لم يدرك ، و قد تقدمت صحيحة يعقوب بن شعيب و صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي ، و رواية علي بن أبي حمزة مصرحة بذلك .

و أما الثاني فالمشهور الجواز أيضا لمكان الضميمة ، و أيد ذلك بصحيفة الهاشمي المتقدمة أيضا ، بناء على ظاهر إطلاق الأرض فيها ، فانه اعم من أرض ذلك البستان الذي أدرك بعضه ، أو أرض بستان آخر .

ور نقل عن الشيخ في المبسوط و الخلاف المنع ، لان لكل بستان حكم نفسه المتعدد ، و لما رواه عن صمار (١) في الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها ؟ قال : اذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها ، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم ، فان كان انواعاً متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها وحده ، ثم يباع تلك الانواع ، و رد في المسالك الرواية بالضعف ، و تردد المحقق في الشرايع في الحكم المذكور ، و الظاهر عندي أن الرواية المذكورة ليست من قبيل ما نحن

فيه ، فان ظاهر الخبر أن التفرق إنما هو في أنواع الفاكهة ، و ان كانت في بستان واحد ، لا في المكان الذي فيه الفاكهة كما هو محل البحث ، و هذا الخبر على ظاهره كما ذكرناه لا قائل به ، لما عرفت في الحكم الاول من أن البستان الواحد اذا أدرك بعض ثمره جاز بيع الجميع ، و بذلك على ما قلناه قوله (عليه السلام) في صدر الخبر « اذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد » ثم انه فصل في تلك الفاكهة بين كونها نوعاً واحداً أو أنواعاً متعددة ، فأثبت لكل نوع منها حكم نفسه، وحكمه في صدر الخبر بحل بيع الفاكهة كلها اذا أطعم بعضها مبنى على كونها من نوع واحد كما ينادى به التفصيل المذكور، و حينئذ يكون الخبر المذكور من قبيل ساير اخبار عمار المشتملة على الغرائب ، كما طعن عليه بذلك المحدث الكاشاني في الوافي في غير موضع .

و بالجملة فان القول الاول هو الاوفق بالقواعد المتقدمة ، و يعضده اطلاق الصحيحة المذكورة .

المطلب الثاني

في أثمار ساير الاشجار ، الظاهر أنه لاخلاف بين الاصحاب في عدم جواز بيعها قبل الظهور سنة واحدة بغير ضمنية ، و لم أقف هنا على نص صريح يدل على الجواز في الصورة المذكورة ، و انما ورد ذلك في ثمرة النخل كما تقدم ، الا أن ظاهر جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ان الخلاف هنا على حسب الخلاف في ثمرة النخل .

و قال في التذكرة على ما نقله المحقق الاردبيلي في جميع مسائل ثمرة الشجر: الخلاف هنا كالخلاف في ثمرة النخل ، ثم قال مورداً عليه : الا أنه اختار في ثمرة النخل جواز بيعه بعد الظهور قبل البدو عامين، وفي ثمرة الشجر قال : لايجوز .

أقول : و هو ظاهر العلامة فى الارشاد ، حيث ذكر فى عبارته الاحكام المتقدمة

فى النخل وطردها فى الجميع (١) .

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بالشجر ما تقدم فى المقام الاول من المطلب الاول فى صحيحة الحلبي أو حسنته ، حيث إن السؤال فيها وقع عن شراء الكرم و النخل و الثمار ، و قد تضمنت أنه لا بأس ببيعه ثلاث سنين ، أو أربع ، و تضمنت أنه ان اشتريته سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ ، و تضمنت السؤال عن اشتراء الثمرات فتهلك ، و هو أعم من ثمرة النخل و غيرها ، فاجاب (عليه السلام) بحديث رسول الله (صلى الله عليه و آله) الدال على جواز شراء الثمرة قبل ظهورها عاماً واحداً ، و يستفاد منه على هذا جواز الشراء سنة واحدة قبل الظهور على كراهية ، و جواز الشراء أزيد من سنة قبل الظهور أيضاً .

و منها ما رواه فى الكافي . و التهذيب عن عمار الساباطي (٢) فى الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : سألت عن الكرم متى يحل بيعه؟ فقال: اذا عقد و صار عزوقاً » و العرق اسم الحصرم بالنبطية، كذا فى الكافي . و فى التهذيب « عقوداً » و العقد اسم الحصرم بالنبطية، وهو أظهر .

أقول : و هذا الخبر من قبيل الاخبار المتقدمة فى النخل ، و أنه لاتباع ثمرته بعد الظهور حتى يبدو صلاحها ، اما بسالاحمرار أو الاصفرار ، أو بأن يؤمن

(١) وهذه صورة عبارته « الاول فى بيع الثمار : انما يجوز بيعها بعد ظهورها ، و فى اشتراط بدو الصلاح الذى هو الاحمرار و الاصفرار ، أو بلوغ غاية يؤمن غلتها الفساد ، أو ينعد حب الزرع أو الشجر أو الضميمة أو بشرط القطع ، قولان » ولم يفصل فى ذلك بين النخل و غيره من الشجر و الموجود فى اكثر العبارات التفصيل و الفرق بين النخل و غيره من الاشجار كما فى الشرايع و غيره - منه رحمه الله .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٨٤ .

عليها العامة .

و منها ما تقدم فى رواية ابى الربيع الشامى المشتملة على الحائظ فيه النخل و الشجر ، و قد تضمنت النهى عن بيعه سنة واحدة حتى يبلغ ثمرته ، و تضمنت جواز بيعه أزيد من سنة واحدة بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة .

و منها ما تقدم أيضا فى صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهة قبل أن تطلع فيشترى سنتين أو ثلاث سنين أو اربعا ؟ قال : لا بأس ، انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان يطلع مخافة الافة حتى تستبين . و هى ظاهرة فى ان حكم شجر الفاكهة حكم النخل فيما ذكرنا من كراهة شراء سنة واحدة و جوازه أزيد من سنة واحدة من غير ضمنية ، حسبما تقدم فى النخل .

و منها ما رواه فى التهذيب عن محمد بن شريح (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث « قال : و بلغنى أنه قال فى ثمر الشجر : لا بأس بشرائه اذا صلحت ثمرته فقبل اه : و ما صلاح ثمرته ؟ فقال : اذا عقد بعد سقوط ورده » .

و منها موثقة عمار المتقدمة فى الفايذة الثانية ، و فيها النهى عن بيع الفاكهة حتى تطعم .

أقول : و الذى يقرب عندى من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض و هو مساومة حكم الشجر للنخل ، الا أن فى جواز بيعه سنة واحدة قبل الظهور توقف ، لعدم ظهوره صريحا منها ، و كذا فى جواز بيعه بعد الظهور و قبل البلوغ بأحد الشروط الثلاثة المتقدمة ، فإنه لا دلالة لشيء من هذه الاخبار عليه ، بل ظاهرها هو الجواز بعد الانعقاد ، كما دلت عليه رواية محمد بن شريح من غير اشتراط شيء . و اما ما دل على اشتراط أن تطعم - كما فى موثقة عمار الثانية ، و نحوه بلوغ

الثمرة في موثقة سماعة ، أو صبرورته حصراً كما في موثقة عمار الأولى - فيحمل على الأفضل و الأولى ، و كراهة ما قبل ذلك ، و ان ترتبت في الكراهة كما تقدم في النخل .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان المفهوم من كلام الاصحاب رضوان (الله عليهم) هو المنع من البيع قبل الظهور عاماً واحداً بغير ضمنية اجماعاً ، ومعها على المشهور والبيع ازيد من عام فقولان .

و أما بعد الظهور فقليل : بالجواز و قيل : بأنه يتوقف على بدو الصلاح ، و انما الكلام في بدو الصلاح ، هل هو عبارة عن انعقاد الحب خاصة - وعلى هذا يتحد الظهور و بدو الصلاح ، اذ لا واسطة بينهما - أو انه يشترط مع الانعقاد تناثر الورد؟ ذكره الشيخ في النهاية و جماعة ، أو أن بدو الصلاح كما ذكره في المبسوط حيث قال : بدو الصلاح مختلف ، فان كانت الثمرة مما تحمر أو تسود أو تصفر ، فبدو الصلاح فيهما حصول هذه الألوان ، و ان كانت مما تبيض بأن يتموه ، وهو أن ينمو فيه الماء الحلو و يصفوا لونه ، و ان كان مما لا يتلون مثل التفاح فبان يحلو و يطيب أكله ، و ان كان مثل البطيخ فبان يقع فيه النضج .

قال : و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة ، فاما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينثر الورد و ينعد ، و في الكرم أن ينعد الحصرم ، و ان كان مثل القلاء و الخيار الذي لا يتغير طعمه ولا لونه ، فان ذلك يؤكل صغاراً فبدو صلاحه فيه أن يتناهي عظم بعضه . انتهى .

و قال ابن ادریس بدو الصلاح يختلف بحسب اختلاف الثمار ، فان كانت ثمرة النخل و كانت مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها ذلك ، و ان كان خلاف ذلك فحين ينمو فيها الماء الحلو و يصفر لونها ، و لا يعتبر التلون و التموه و الحلاوة عند أصحابنا الا في ثمرة النخل خاصة ، و ان كانت الثمرة مما يتورد فبدو صلاحها أن ينثر الورد و ينعد ، و في الكرم أن ينعد الحصرم ، و ان كان غير

ذلك فحين يحلوه ويشاهدو قال بعض المخالفين : ان مثل القثاء والخيار الذى لا يتغير طعمه ولا لونه بدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه ، وقد قلنا ان أصحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح الا فيما اعتبروه من النخل والكرم ، و انتشار الورد فى الذى يتورد . انتهى كلامه (زيد مقامه) .

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل كلامى الشيخ وابن ادریس المذكورين : وهذا كله عندى لاعبرة به ، لانا قد جوزنا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، نعم بشرط ظهورها . انتهى .

أقول : والظاهر من كلام الشيخ هو المنع من بيع انبطيخ و القثاء والخيار ونحوها بعد الظهور وقبل بدو الصلاح الذى ذكره الا بشرط القطع ، وهذا الشرط و ان لم يذكره هنا ، الا انه قد صرح به فى موضع آخر من الكتاب المذكور . والتحقيق هو ما ذكره ابن ادریس عن أصحابنا من ان بدو الصلاح انما يشترط و يعتبر فى الثلاثة المذكورة فانه هو الذى وردت به الاخبار ، و أما غيرها فحين يتحقق خلقه و يصير معلوماً والله العالم .

المطلب الثالث فى الخضر .

والمشهور بل الظاهر انه لا خلاف فيه انه لا يجوز بيعها قبل ظهورها ، وانما يجوز بعد ظهورها لقطعة ولقطات ، (١) و جزء و جزات فيما يجز كالقول ، وفيما

(١) قال فى الدروس والمرجع فى اللقطة والجزء والخرطة الى العرف ، أقول : الظاهر ان مراده بالنسبة الى ادراك ذلك الجنس و عدمه مما كان فيه صلاحية الجزء واللقطة و عدمها ، كما اذا كان صغاراً لم يبلغ او ان الانتفاع به لصغره منه رحمه الله .

يخترط كالحنا والتوت (١) - خرط وخرطات او اربع - خرطات ، ويدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة فى الموثق عن سماعة (٢) فى حديث تقدم اوله قال فيه : «و سألت عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات او اربع خرطات؟ فقال : اذا رأيت الورق فى شجرة فاشتر منه ماشئت من خرطة » و هو ظاهر فى انه انما يشتري بعد ظهوره ، و انه يجوز شراؤه خرطة واحدة و خرطات متعددة .

و ما رواه فى الكافى و التهذيب عن معاوية بن ميسرة (٣) « قال : سألت عن بيع النخل سنتين ؟ قال : لا بأس به ، قلت : فالرطبة يبيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها ؟ قال : لا بأس به ، ثم قال : قد كان أبى (عليه السلام) يبيع الحناء كذا و كذا خرطة » .

أقول : وهذا الخبر وان كان مطلقاً فى الظهور وعدمه ، الا أنه مما يجب حمله على الاول ، حمل المطلق على المقيد ، وأما ما نقل عن ابن حمزة مما يشعر بجواز بيع الجزة الثانية أو الثانية أو الثالثة على حدة ، حيث قال : يجوز بيع الرطبة وأمثالها الجزة ، أو الثانية أو جميعاً فهو مردود بالخبر الاول المدال صريحاً على أنه لا يجوز البيع الا بعد الظهور جزة أو جزات ، ومقتضى ما ذكره جواز البيع قبل الظهور ، وهو بيع مجهول ، فلا يصح بانفراده بخلاف ما لو ضمها الى الموجود كما دل عليه الخبر .

(١) التوت بالتائين المنقطعتين نقطتين ، من فوق ، وقيل بالتاء والتاء المثلثة

منه رحمه الله .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٦ التهذيب ج ٧ ص ٨٦ الفقيه ج ٣ ص ١٤٣ .

(٣) الكافى ج ٥ ص ١٧٧ التهذيب ج ٧ ص ٨٦ .

المطلب الرابع فى الاحكام

وفيه مسائل : الاولى لبواع الاصول بعد انعقاد الثمرة لم تدخل فى المبيع الا بالشرط ، وأما قبله فتدخل وان كان ورداً خلافاً للشيخ (١) ومتى لم تدخل فى المبيع فالواجب على المشتري ابقاؤها الى اوان بلوغها ، ويرجع فى ذلك الى ما هو المتعارف فى تلك الاشجار من حد البلوغ ، هذا على المشهور فى غير النخل .

أما النخل اذا بيع فانه يفرق فيه بالتأبير وعدمه ، فان أبرت ثمرته فهي للبائع وان كان قبل التأبير فهي للمشتري ، والظاهر أنه لا خلاف فيه .
ويدل عليه ما رواه فى الكافي والتهذيب عن يحيى بن أبى العلا (٢) « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : من باع نخلاً قد لقع فالثمره للبائع الا أن يشترط المبتاع ، قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بذلك » .

وعن غياث بن ابراهيم (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : من باع نخلاً قد أبره فثمرته «للذى باع» الا أن يشترط المبتاع ، ثم قال : ان علياً (عليه السلام) قال : قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) » .
وما رواه فى الكافي عن عقبه بن خالد (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال :

(١) قال فى الدروس : وفى دخول الورد قبل انعقاد الثمرة فى بيع الاصول

خلاف ، فأدخله الشيخ فى الظاهر ، ومنعه الفاضل انتهى . منه رحمه الله .

(٢) (٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ وفيه (للبائع) التهذيب ج ٧ ص ٨٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٨ التهذيب ج ٧ ص ٨٧ .

قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) أن ثمر النخل للذى أبرها إلا أن يشترط المبتاع .

وانما الخلاف فيما عدا النخل ، وفى النخل فى الانتقال بغير المبيع ، فان ظاهر المشهور هو ما قلناه من أن الثمرة للبائع ، لا تدخل فى المبيع ، للأصل وعدم شمول اللفظ لها ، إلا ان يصرح بدخولها .

وقال الشيخ فى النهاية : اذا باع نخلا قد أبر ولحق فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع الثمرة ، فان شرط كان على ما شرط ، وكذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه ، وكذا قال الشيخ المفيد على ما نقل عنه فى المختلف ، وظاهره كما ترى اجراء الحكم المذكور فى غير النخل ، وتناول ابن ادريس فى السراير كلامه بأن قصد الشيخ من ذلك أن الثمرة للبائع ، لانه ما ذكر إلا ما يختص بالبائع ، ولا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا فى النخل ، فأما ما عداه متى باع الأصول وفيها ثمرة فهى للبائع إلا ان يشترطها المشتري ، سواء لقيحت وأبرت أو لم تلقح .

وأنت خير بان كلامه فى المبسوط لا يقبل ما ذكره من التأويل ، حيث قال : اذا باع القطن وقد خرجت جوزته فان كان قد تشقق فالقطن للبائع إلا أن يشترطه المشتري ، وان لم يكن تشقق فهو للمشتري ، قال : وما عدا النخيل والقطن فهو على أقسام أربعة أحدها - ما يكون ثمرتها بارزة لافى كمام ولاورد ، كالعنب والتين ، فاذا باع أصلها فان كانت الثمرة قد خرجت فهى للبائع ، والا فهى للمشتري .

الثانى - أن يخرج الثمرة فى ورد ، فان باع الأصل بعد خروج وردها فان تناثر الورد و ظهرت الثمرة فهى للبائع ، وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهى للمشتري .

الثالث - ان يخرج فى كمام كالجوز واللوز مما دونه قشريواريه اذا ظهر ثمرته

فالثمرة للبائع .

الرابع - ما يقصد ورده كشجرة الورد والياسمين ، فاذا بيع الاصل فان كان ورده قد تفتح فهو للبائع ، وان لم يكن تفتح وانما هو جنبذ فهو للمشتري . وتبعه في ذلك ابن البراج ، وابن حمزة عمم الحكم أيضا في النخل و الشجر ، و محل المخالفة في القطن بعد خروج جوزته وقبل تشققها وفي الورد قبل تفتحه ، والافباقي كلامه موافق لما عليه الاصحاب من التفصيل بالظهور وعدمه .

وقال في المبسوط أيضا : اذا باع نخلا قد طلع فان كان قد أبرف ثم رنه للبائع ، وان لم يكن قد أبرف ثم رنه للمشتري ، وكذلك اذا تزوج بامرأة على نخلة مطلعة ، أو يخالع امرأة على نخلة مطلعة ، أو يصالح رجلا في شيء على نخلة مطلعة أو يستأجر داراً مدة معلومة بنخلة مطلعة ، قال : فجميع ذلك ان كان قد أبرف ثم رنه باقية على ملك المالك الاول ، وان لم يكن قد أبرف فهو لمن انتقل اليه النخل بأحد هذه العقود . انتهى .

وتبعه ابن البراج في ذلك ، وهو ظاهر في قياس ما عدا البيع في النخل - من عقود المعاوضات - على البيع ، مع ان مورد النص كما تقدم انما هو البيع خاصة والاصل كما عرفت بقاء الثمرة على ملك مالكيها ، خرج منه ما دل النص عليه ، وهو البيع خاصة ، فيبقى الباقي على اصله .

ولهذا اعترضه ابن ادریس هنا ، فقال بعد نقل كلامه للمذكور : قال محمد بن ادریس مصنف هذا الكتاب : وهذا الذي ذكره (رحمة الله عليه) مذهب المخالفين لاهل البيت (عليهم السلام) لان جميع هذه العقود الثمرة فيها للمالك الاول ، سواء أبر أم لم يؤبر ، بغير خلاف بين أصحابنا ، والمخالف حمل باقي العقود على عقد البيع وقاسها عليه ، والقياس عندنا باطل بغير خلاف بيننا الى آخره .

المسألة الثانية - الظاهر أنه لا خلاف في جواز أن يشترط استثناء ثمرة شجرة

أو شجرات بعينها ، أو يستثنى حصة مشاعة كالنصف أو الثلث مثلاً ، وكذا استثناء جزء معين من شجرة ، كغدق معين من نخلة ، والمشهور جواز استثناء أوطال معينة ، خلافاً لأبي الصلاح ، مستنداً إلى حصول الجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره جملة .

ويدل على المشهور ما رواه في الفقيه عن حماد بن عيسى عن ربيع (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلاً وتمرّاً قال : لا بأس به ؟ قال : و كان مولى له عنده جالساً فقال المولى : انه ليبيع ويستثنى أوساقاً - يعني أبا عبد الله (عليه السلام) - قال : فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله .

و حينئذ فان سلمت الثمرة فالامر واضح بأن يأخذ المستثنى ما استثناءه ، وللمشتري الباقي ، وان خاست و تلف بعضها فان كان ذلك في صورة استثناء شجرة أو شجرات فلا اشكال ، لامتنياز المبيع منها ، وأما في صورة الحصة المشاعة فالامر أيضاً واضح .

و أما في صورة الأوطال المعلومه فان الساقط يكون بالنسبة بأن يخمن ثمرة البستان على تقدير السلامة تنسب إليه الأوطال المعلومه ، ثم تؤخذ بتلك النسبة من الباقي ، فاذا خمن بقدر معلوم على تقدير السلامة نسبت إليه الأوطال المعلومه ، بأن يكون ربعاً أو خمساً أو نحو ذلك ، ثم يؤخذ بتلك النسبة من الثمرة الباقية ، بأن يؤخذ ربعها أو خمسها كما في المثال المذكور .

المسألة الثالثة

قالوا اذا باع مابداً صلاحه فأصيب قبل قبضه كان من مال بايعه ، وكذا لو

أُتلفه البايع، وإن أصيب البعض أخذ السليم بحصته من الثمن ، ولو أُتلفه أجنبي كان كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع ومطالبة المتلف ، ولو كان بعد القبض - وهو التخلية - لم يرجع على البايع بشيء على الأ شبه ، ولو أُتلفه المشتري في يد البايع استقر العقد ، وكان الاتلاف كالقبض ، وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل قبضها . أقول : والكلام في هذه المسألة يقع في مواضع الأول ما ذكر من أن تلفه قبل القبض يكون من مال البايع إذا كان التلف بآفة ونحوها ، فإنه مبني على القاعدة المشهورة ، من أنه مضمون على البايع قبل القبض ، والمعنى أنه يفسخ العقد من حينه ، و تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة من المقام الثاني في أحكام الخيار (١) و ذكرنا ثمة معارضة هذه القاعدة بالقاعدة الدالة على أن المشتري يملك المبيع بالعقد .

و أما ما ذكر من أن الحكم كذلك لو أُتلفه البايع فهو خلاف ما هو المشهور بينهم ، كما قدمناه ذكره في المسألة المشار إليها من أن الحكم هنا إنما هو تخير المشتري بين الرجوع بالثمن ~~بأن يفسخ العقد~~ ، وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة سواء كان البايع أو الأجنبي ، و لهذا قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هنا بعد ذكر القول المذكور : و الأقوى تخير المشتري بين الفسخ ، و الزام البايع بالمثل ، أما الفسخ فلان المبيع مضمون على البايع قبل القبض ، و اما الزامه بالعوض فلأنه أُتلف ماله ، لان المبيع قد انتقل الى المشتري و ان كان مضموناً على البايع كما لو أُتلفه الأجنبي ، تمسكاً بأصالة بقاء العقد ، واقتصاراً بالانقضاء على موضع الوفاق . انتهى .

أقول : و قد تقدم في المسألة المشار إليها أننا ما في هذا الكلام من تطرق الإراد، فإن قضية كونه قبل القبض مضموناً على البايع لا تقتصر على الفسخ وعدم

الرجوع بالممثل لبطلان العقد بالتلف، وقضية كون المبيع ينتقل بالعقد الى المشتري - و يكون ملكا له - هو عدم الرجوع على البائع بوجه ، الا أنه حيث كان ظاهرهم الاجتماع على كل من القاعدتين جمعوا بينهما بما ذكر ، كما يشير اليه قوله «واقصارا بالانفساخ على موضع الوفاق» .

الثانى - ما ذكر « من أنه لو كان بعد القبض و هو التخلية » الى آخره فإنه لا ريب أن مقتضى قاعدة البيع أنه بعد القبض لا يرجع على البائع بشىء، وهو المشهور فى كلامهم بأى نوع كان من أنواع التلف المذكورة ، الا أنه قد نقل فى المسالك عن بعض الاصحاب أنه ذهب هنا الى أن الثمرة على الشجرة مضمونة على البائع و ان أقبضها بالتخلية ، نظراً الى أن بيعها بعد بدو صلاحها بغير كيل و لا وزن على خلاف الاصل ، لان شأنها بعده النقل ، و الاعتبار بالوزن أو الكيل بالقوة القريبة من الفعل ، و انما أجزأ بيعها كذلك للضرورة ، و يراعى فيها السلامة و على هذا فيحتمل أن يكون قوله « على الاشبه » متعلقاً بقوله « لم يرجع » و يكون اشارة الى هذا القول ، و يحتمل أن يكون متعلقاً بقوله « و هو التخلية » ، حيث أنه كما تقدم قد وقع الخلاف فى القبض ، هل هو عبارة عن التخلية مطلقاً ، أو من الكيل أو الوزن فى المكيل و الموزون ؟ و هذه الثمرة بعد بدو صلاحها قد صارت صالحة للاعتبار بهما ، و حينئذ فيكون فيه تنبيه على اختياره القول بالتخلية مطلقاً ، كما هو أحد القولين المذكورين .

الثالث ما ذكره بقوله « ولو اتلفه المشتري فى يد البائع » الى آخره ، لا يخفى ان اتلاف المشتري فى الصورة المذكورة ان كان باذن البائع فهو قبض ، يترتب عليه احكام القبض مطلقاً ، و ان كان بغير اذنه و هو الظاهر من العبارة ، فهو قبض من حيث انتقال الضمان الى المشتري بالاتلاف و ان لم يكن باقى احكام القبض مترتبة عليه ، لان الغرض هنا بيان عدم الرجوع على البائع ، و حيث انتقل الضمان اليه فلا رجوع .

قيل : وانما شبه الاتلاف هنا بالقبض ولم يجعله قبضاً لان الاتلاف قد يكون بمباشرة المشتري ، فيكون قبضه حقيقة ، وقد يكون بالنسيب فيكون في حكم القبض خاصة .

الرابع - ما ذكره من قوله « وكذا لو اشترى جارية » الى آخره والغرض منه التنبيه على ان العتق مثل الاتلاف في كونه قبضاً ، و يكون العتق صحيحاً لتقدم الملك والله العالم .

المسألة الرابعة - لاختلاف بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) في جواز بيع الثمرة في أصولها بالاثمان والعروض ، ولا اشكال فيه ، وعليه بدل عموم الاخبار المتقدمة ، وانما الممنوع منه بيع ثمرة النخل بمثلها من تلك النخلة ، او غيرها على الخلاف الاتي ، وكذا الزرع بحنطة منه او غيره ، وهو المسمى بالمحاولة والمزابنة و تفصيل هذا الاجمال يقع في مواضع : الاول - ينبغي ان يعلم ان المزابنة مفاعلة من الزين وهو الدفع ، ومنه الزبانية ، لانهم يدفعون الناس في النار ، قيل : سميت هذه المعاملة بذلك لانها مبنية على التخمين ، والغبن فيها كثير ، فكل من البائع والمشتري يريد دفعه عن نفسه الى الآخر فيتدافعان .

والمحاولة مفاعلة من الحقل : وهي الساحة التي يزرع فيها ، قيل : سميت هذه المعاملة بذلك لتعلقها بزرع في حقل ، فأطلق اسم الحقل على الزرع مجازاً ، من باب اطلاق اسم المحل على الحال ، أو المجاوز على مجاوره ، فكانه باع حقلاً بحقل ، وتحريمهما في الجملة اجماعى منصوص .

الثاني المفهوم من كلام أكثر الاصحاب ، وكذا من كلام جملة من أهل اللغة أن المزابنة مختصة بالنخل ، والمحاولة بالزرع ، والمفهوم من صحيحة عبدالرحمان ابن أبي عبدالله (١) وموثقته الاتيتين عكس ما ذكره ، وهو أن المحاولة في النخل ، والمزابنة في الزرع ، وكأن الاصحاب وكذا أهل اللغة بنوا فيما ذكره على وجه

المناسبة المذكور في الموضع الاول، وبعض مشايخنا المحدثين من المتأخرين (١) لذلك - حمل موثقة عبدالرحمان - الصريحة في ذلك - على السهو من الراوى ، والله درالمحدث الكاشانى في الوافى حيث قال ذيل الموثقة المذكورة : عكس ابن الاثير في نهايته هذا التفسير ، ولا يثبتك مثل خبير .

و العجب من صاحب الوسائل انه تبع الاصحاب فيما ذكره ، فقال : باب أنه لا يجوز بيع ثمرة النخل بتمر منه ، و هى المزبنة ، و لا بيع الزرع بحب منه و هى المحاقلة ، ثم أورد في الباب روايتى عبدالرحمان (٢) المشار اليهما ، و لم يجب عنها بشيء ، مع أنها ظاهرتان في خلاف ما عنون به الباب ، نعم أورد في الباب ايضاً رواية من كتاب معانى الاخبار مسندة برجال من العامة عن ابي عبيد القاسم بن سلام (٣) باسناده الى النبى (صلى الله عليه و آله) انه نهى عن بيع المحاقلة و المزبنة ، فالمحاقلة بيع الزرع وهو فى سنبله بالبر ، و المزبنة ، بيع الثمر فى رؤوس النخل بالتمر .

اقول : من المحتمل قريباً ان هذا التفسير انما هو عن ابي عبيد المذكور ، كما صرح به الصدوق فى غير موضع من الكتاب المذكور ، و مع تسليم كونه من النبى (صلى الله عليه و آله) فهو لا يعارض ما قدمناه من الاخبار ، خصوصاً مع كون سنده انما هو رجال العامة .

(١) هو شيخنا الشيخ على بن سليمان البحرانى فى حواشيه على التهذيب حيث قال : المعروف عند أهل اللغة - على خلاف بينهم وكذا عند الفقهاء من الخاصة والعامة - ان المزبنة بيع ثمر النخل و الشجر من جنسه ، و المحاقلة بيع الزرع بحنطة او شعير ، فلعل ما فى الرواية سهو من الراوى والله يعلم . انتهى منه رحمه الله .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب بيع الثمار .

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب بيع الثمار .

الثالث - لاخلاف بين الاصحاب فى تحريم بيع الثمرة بتمر منه ، و الزرع بعد بدو صلاحه بحنطة منه ، و انما الخلاف فيما اذا كان من غيره ، فقبل بالاختصاص و هو المتفق عليه ، و خصوا المزابنة و المحاقلة المتفق على تحريمها بذلك ، وقيل بالعموم ، و أن الاسمين المذكورين مراد بهما الاعم مما اذا كان منه أو من غيره و لو كانت مطروحة على الارض ، و الظاهر أنه المشهور .

و استند القائلون بالعموم الى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله (١) (عليه السلام) قال : نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن المحاقلة و المزابنة ، قلت و ما هو ؟ قال أن تشتري حمل النخل بالنمر ، و الزرع بالحنطة و موثقته عن أبى عبد الله (عليه السلام) ، قال : نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن المحاقلة و المزابنة فقال : المحاقلة بيع النخل بالنمر و المزابنة بيع السنبل بالحنطة و هما ظاهرتان في كون كل من النمر و الحنطة أعم من أن يكونا من المبيع او غيره و الثانية صريحة فيما قدمناه من ان المحاقلة انما هي فى النخل ، و المزابنة فى الزرع ، خلاف ما هو المشهور بين الاصحاب .

و استند القائلون بالتخصيص الى ما دل على جواز البيع بتمر غير ما فى المبيع و منه حسنة الحلبي (٢) او صحيحته قال : قال ابو عبد الله (عليه السلام) فى رجل قال لآخر : بعتى ثمرة نخلك هذا الذى فيها بقميزين من تمر أو اقل أو أكثر يسمى ماشاء فباعه ؟ قال : لا بأس به .

و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٣) قال : سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن بيع حصايد الحنطة و الشعير و ساير الحصاد ؟

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٤٣ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٧٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ .

قال : حلال فليبعه بما شاء ، و هو و ان كان عاماً لما لو كان الثمن من جملة المبيع الا انه يجب استثنائه بالنص و الاجماع ، و جملة الاخبار الدالة على التحريم فيما لو كان من المبيع ، والجواز من غيره .

ومنه مارواه الشيخ في الحسن عن الحسن بن علي الوشا (١) « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومة بمأة كر على أن يعطيه من الارض ، فقال : حرام ، قال : فقلت له فما تقول جعلت فداك أن اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها ؟ قال : لا بأس » والمراد زراعة الارض ، و رواه بسند آخر أيضا عنه (عليه السلام) قال : سألت الرضا (عليه السلام) الحديث .

ومما يدل أيضا على الجواز فيما لو كان من غير المبيع أيضا مارواه الشيخ في الموثق عن الكثاني (٢) « قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : ان رجلا كان له على رجل خمسة عشر و سقاً من تمر و كان له نخل فقال له : خذ ما في نخلي بتمر فأبى أن يقبل ، فأتى النبي (صلى الله عليه وآله) فقال : يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) ان لفلان علي خمسة عشر و سقاً من تمر ، فكلمه أن يأخذ ما في نخلي بتمره ، فبعث اليه رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال : يا فلان خذ ما في نخلك بتمر ، فقال يا رسول الله لا يفى وأبى أن يفعل ، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله) لصاحب النخل : اجذ نخلك ، فجذه ، فكال له خمسة عشر و سقاً ، فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم الا اني قد سمعته منه أن أبا عبد الله (عليه السلام) قال : ان ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال : هذا ربا : قلت : أشهد بالله انه لمن الكاذبين قال : صدقت . »

والشيخ حمل هذا الخبر على الصلح دون البيع ، وكذا العلامة في المختلف ،

و أنت خبير بما فيه، لأن الدليل غير منحصر في الخبر المذكور ، ليخرج بتأويله عن الاشكال ، فان الخبرين الاولين صريحان في البيع، والمسألة كما ترى محل اشكال . وبعض المحققين احتمل في روايتي عبدالرحمان أن يكون التمر والحنطة بمعنى تمر و حنطة فيكون الالف و اللام عوضاً عن الضمير المضاف اليه ، قال : بل هو المتبادر ، ولو أراد العموم لكان التشكير أولى ، و هو بتمر و حنطة . انتهى و هو احتمال قريب لابأس به في مقام الجمع بين الاخبار ، لشروع هذا الاستعمال في الكلام .

ومن أخبار المسألة ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن يعقوب بن شعيب (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال : سألت عن الرجل يكون له على الآخر مائة كزتمر وله نخل فيأنيه فيقول أعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه» والمراد تمر نخلك و ظاهر هذا الخبر كراهة بيع الثمرة بجنسها من غير المبيع .

ويمكن حينئذ الجمع بين الاخبار بتخصيص التحريم بما كان من المبيع ، والجواز على كراهة بما كان من غيره ، ويحمل النهي في روايتي عبدالرحمان على ما هو الاعم من التحريم أو الكراهة ، وليس فيه الا ما ربما يقال من عدم جواز استعمال المشترك في معنييه ، و هو وان اشتهر بينهم الا أنه في الاخبار كثير شايع ، كما نبهنا عليه في جملة من المواضع في كتاب العبادات ، و قد نقلنا ثمة عن الذكرى أيضا جواز ذلك .

ومن أخبار المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث «قال : وقال : لابأس أن تشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة» وهذا الخبر كما ترى يدل على جواز المزبنة ، و ان كان الثمن من

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩٣ التهذيب ج ٧ ص ١٢٥ الفقيه ج ٣ ص ١٤٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ .

المبيع ، نظراً الى اطلاق الخبر ، وقد تقدم مثله في صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي (١) الا أن يقيد اطلاقه بالاجماع ، وروايتي عبدالرحمان المتقدمين ، و يمكن حمل النهي في روايتي عبدالرحمان على الكراهة جمعاً كما احتمله في الوافي أيضا .

الرابع قد استند جملة من الاصحاب القائلين بالعموم الى لزوم الربا في المعاملتين المذكورتين ، و هو حرام ، فيكون مستند التحريم هو لزوم الربا ، لانه بيع ثمرتين ربويتين و هو مكيل ، و الغالب التفاوت فيحصل شرط الربا ، و لان بيع الربوي مشروط بالعلم بالمساواة ، و معلوم انها غير ظاهرة هنا ، و فيه ان الثمرة ما دامت على النخل و الحنطة في الزرع ليس بمكيل ، لانه لا تباع كيلا و انما تباع بالمشاهدة .

و قد عرفت من الروايات المتقدمة جواز البيع بالجنس الذي من غير المبيع و هو ظاهر في عدم الربا في الصورة المذكورة ، بل صرح في رواية الكناني بذلك ، حيث انها دلت على ان ربيعة الرأي جعل ذلك رأياً ، و قد كذبه (عليه السلام) بتقريره الراوي على ما قاله ، وقوله له صدقت ، واجاب عنه في المختلف بضعف السند ، قال : لان في طريقه الحسن بن محمد بن سماعة ، و هو ضعيف ، سلمنا لكن لا دلالة فيه على البيع ، بل هو دال على نوع من الصلح و الاستيفاء ، و نحن نقول بجوازه .

و فيه ان الرجل المذكور و ان كان واقفياً الا انه ثقة ، فحديثه في الموثق و هو يعمل به في غير موضع ، والحمل على الصلح قد عرفت ما فيه .
الخامس - قد اختلفت عبارات الاصحاب (رضوان الله عليهم) وكذا النصوص في التعبير عن المبيع في المحاقلة ، ففي بعض عبر بالزرع ، و في آخر بالسنبل ،

و الظاهر ان مراد من عبر بالاول انما هو مع وجود الحب ، بان تكون سنبله ، فيرجع الى الثاني لانه قبل انعقاد الحب علف يجوز بيعه بكل شيء .

و لهذا قال في المسالك بعد نقل مثل ذلك : و يظهر من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل و ان عبروا بالاعم ، و قال في التذكرة لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس ، لانه حشيش ، و هو غير مطعوم و لامكيل ، سواء تساويا جنساً او مختلفا ، ولا يشترط التقابض في الحال . انتهى .

ثم انه على تقدير التعبير بالسنبل فهل المراد منه الحنطة بالخصوص ، أو ما هو أعم منها و من الشعير و الدخن و الارز و غيرها ؟ فيدخل الجميع في المحاقلة اشكال ، و بعض تعاريف الاصحاب للمحاقلة بانها بيع السنبل بحب منه أو من غيره يعطى العموم ، و بعض تعاريفها بانها الحنطة في سنبله بحنطة اما منها او من غيرها يعطى التخصيص ، و ظاهره في التذكرة ان اكثر تعاريف الاصحاب من هذا القبيل و على هذا يدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة كما تقدم بيانه سابقا، وعلل المنع بالربا ، و الا فلا (١) .

اقول : و الذي يظهر من روايتي عبد الرحمان المتقدمتين حيث ان الاولى تضمنت تفسير المزايبة ببيع الزرع بالحنطة ، و الثانية السنبل بالحنطة - وهي وان سميت في الخبرين بالمزايبة الا انها هي المحاقلة عند الاصحاب - هو التخصيص بالحنطة دون غيرها من افراد الحبوب ، و ليس عبرهاتين الروايتين في الباب فالحاق ما ذكره من الافراد بالحنطة مشكل .

(١) قال في التذكرة ان اكثر تفاسير المحاقلة انها بيع الحنطة في السنبل بحنطة اما منها أو من غيرها ، فيختص بالحنطة ويدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة او عللنا المنع بالربا ، و الا فلا ، قال : و في بعض الفاظ علمائنا هي بيع الزرع بالحب من جنسه ، فيكون ذلك محاقلا . انتهى منه رحمه الله .

نعم من حلل بالرأيا فيمكن الالحاق الا انك قد عرفت ما فيه .

السادس هل ينسحب حكم النخل الى غيره من ثمار اشجار الفواكه وغيرها قولان : و الاقرب العدم ، و الوجه فيه ان ما ورد في الاخبار و كلامي متقدمي الاصحاب في تعريف المزابنة يقتضي التخصيص بالنخل ، فيبقى غيره على عموم الجواز اقتصاراً فيما خالف الاصل على موضع النص و الوفاق و بطلان القياس . و ذهب جمع منهم الشهيد في اللمعة والدروس والشهيد الثاني في المسالك - بل نقل أنه ظاهر الاكثر - الى انسحاب الحكم في غير النخل من الشجر، مستنديين في ذلك الى أن علة النهي انما هي عدم الامن من الربا، لانه بيع أحد المتجانسين بالآخر، وهما مكيلاان أو موزونان، واحتمال المساواة في الخرص نادر، فيحرم للتفاضل غالباً، مع أن العلة منصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف ، وهي قائمة فيما نحن فيه ، وقد عرفت الجواب عن ذلك .

نعم يبقى الكلام في العلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف ، فانها قائمة هناك، فمن ترجع عنده العمل بالعلة المنصوصة بعدى الحكم الى المساوى في العلة المذكورة، الا أن العمل بالعلة المنصوصة محل كلام، قد تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب في صدر كتاب الطهارة (١) والله العالم .

المسألة الخامسة - قد اتفق القائلون بالعموم في المزابنة على استثناء العرية ، وهي النخلة تكون للانسان في دار رجل آخر، وقال أهل اللغة و جملة من المتقدمين : أو بستانه ، واستحسنه جملة من المتأخرين ، بل قال في المسالك : أنه متفق عليه ، فيجوز بيعها بخرصها تمرأ من غيرها ، وفي جوازه مع كونه التمر منها اشكال يأتي التنبيه عليه .

و أنت خير بأنك على ما اخترناه من تفسير المزابنة ببيع ثمرة النخل بتمر

منها، وأنه هو المحرم، فلا معنى لهذا الاستثناء، بل يكون الرواية الدالة على الجواز في العرية - من قبيل الاخبار التي قدمناها - دالة على جواز بيع الثمرة النخل بتمر من غيرها، ولكن اشتهر هذا الاستثناء لشهرة القول بالعموم بين الخاصة والعامة .
 و الاصل في العرية ما رواه في الكافي والتهذيب عن السكوني (١)
 عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال : رخص رسول الله (صلى الله عليه و آله) في العريا أن تشتريها بخرصها تمراً ثم قال : والعرايا جمع عرية ، و هي النخلة تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمراً ولايجوز ذلك في غيره»
 و ما رواه الصدوق في كتاب معاني الاخبار عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبدالعزيز عن القاسم بن سلام باسناد متصل الى النبي (صلى الله عليه وآله) أنه رخص في العرايا، واحدها عرية وهي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً، والاعراء أن يبتاع تلك النخلة من المعري بتمر لموضع حاجته، قال : و كان النبي (صلى الله عليه وآله) اذا بعث الخراص قال : خففوا الخرص فان في المال العرية والوصية (٢) .
 مركز تحقيق كويت

أقول : والروايتان المذكورتان في طريقهما رجال العامة ، والحكم بالعموم في المزبنة واستثناء العرية منه مذهب العامة، إلا أن الحكم أضاف في الموضعين مشهور بين أصحابنا على ما تقدم من الخلاف في الاول ، و قوله في الخبر الاول « ولايجوز ذلك في غيره » يحتمل أن يكون المراد : أي في غير ما يكون في دار رجل آخر، و على هذا ففيه دلالة على ضعف ما تقدم نقله عنهم من اضافة البستان الى الدار ، و يحتمل أن يكون المراد : أي غير النخل اذا كان في دار رجل آخر ، وعلى هذا ففيه دلالة على اختصاص العرية بالنخل دون غيره من الشجر ، والظاهر أنه موضع اتفاق ، و تمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بسطه في فوايد .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ التهذيب ج ٧ ص ١٤٣ .

(١) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب بيع الثمار الرقم - ٥ .

الاولى - قد شرطوا في بيع العرية شروطاً أحدها - كون البيع على ذى الدار والبستان لأعلى غيرهما ، و ثانيها - كونها واحدة في كل بستان أودار ، فلو كان لمالك واحد اثنان في دار أو بستان ، لم يجز بيع ثمرتهما ولا ثمرة أحدهما ، لعدم صدق العرية في هذه الصورة نعم لو تعددت الدار أو البستان جاز تعددها من الواحد .

و ثالثها - والخرص والتخمين في ثمرة النخلة ، كما دل عليه الخبر .
رابعها - عدم التفاضل وقت العقد ، لظاهر الخبر الدال على اعتبار المساواة و لزوم الربا مع التفاضل ، ولأن الأصل المنع إلا فيما دل عليه النص المذكور ، ولا يضر ذلك بعد الجفاف لإطلاق الخبر .

وخامسها - أن يكون الثمن حالا فلا يجوز تأجيله ، وإن لم يقبض في المجلس ، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث شرط التقابض (١) و هو ضعيف .
وسادسها - كون الثمرة على رأس النخلة فلو قطعت لم يجز بيعها إلا كغيرها من الموزون والمكيل .

أقول : والظاهر الاستغناء عن هذا الشرط ، لأن فرض المسألة في العرية ، و هي التي تباع ثمرتها بالخرص ، و هو ظاهر .

وسابعها - كون الثمن من ثمرة النخل ، و فيه ما في سابقه من أنه مستغنى عنه

(١) قال في المبسوط : شرط بيع العرية امران ، أحدهما المماثلة من طريق الخرص بين ثمرة النخلة عند صيرورتها تمرأ وبين التمر الذى هو الثمن ، والثاني التقابض قبل التفريق و قال ابن ادریس لا يشترط التقابض نعم يشترط الحلول . احتج الشيخ بأن ما فيه الربا لا يجوز التصرف فيه قبل التقابض و منع ابن ادریس ذلك إلا في الصرف ، قال في المختلف : وهو الأقوى . لذا الأصل عدم الاشتراط . انتهى . اقول : الأمر الأول في عبارته إشارة إلى الشرط الرابع الذى ذكرناه منه رحمه الله .

ايضاً ، لما عرفت فى تعريف العرية .

و ثامنها - كون الثمن من غيرها قال فى المسالك : و هو المعروف فى المذهب ، و نقل فى المختلف عن ابن حمزة ان ظاهر كلامه تحريم العرية بتمر منها ، بل يجوز بغيرها ، ثم قال : ولا بأس به ، والا لزم ان يكون الثمن والمثمن واحد ، ثم احتمل الجواز عملاً باطلاق الاذن ، ولوجود المقتضى وهو الرخصة انتهى (١) وهو جيد فان قوله فى الخبر « يبيعها بخرصها تمرأه » متناول لموضع النزاع ، او هو اعم من كونه منها او من غيرها ، ولهذا يظهر من المحقق الاردبيلي الميل الى ذلك لوضح النص الوارد فى المسألة .

الثانية - قد عرفت ان مورد الخبر الاول بالنسبة الى موضع النخلة انما هو الدار و الاصحاب كما تقدم الحقوا البستان ايضاً و هو محل اشكال ، و ان كان ظاهرهم الاتفاق على ذلك ، كما يشعر به كلامه فى المسالك . نعم خبر كتاب معانى الاخبار مطلق ، فيمكن الاستناد الى اطلاقه فى ذلك ، ثم انهم صرحوا بان المراد بالدار او البستان ما هو اعم من المملوك والمستأجر و المستعار ، لصدق الاضافة فى الجميع ، و زاد فى المسالك اشتراك الجميع فى العلة ، و هى مشقة دخول الغير عليهم .

أقول : هذا التعليل الاخير انما يتم فى الدار دون البستان ، كما هو ظاهر ، و فيه نوع تأييد لما قد مناه من الاقتصار فى الحكم على الدار ، و يؤيد أنه حكم

(١) قال : و لو وجدت صحيحة صريحة لجاز الاستثناء من المزاينة بالمعنى الذى قلناه ايضاً تعبدأ ، و لكن ما رأيتها ، فلا يجوز هذا الاستثناء الاعلى المعنى العام القائل به العامة الذين هم اصل هذه المسألة . انتهى أقول و المراد بالمعنى الذى قاله هو ما اختاره من تفسير المزاينة بالمعنى الاخص - منه رحمه الله .

على خلاف الاصل فيقتصر فيه على القدر المتحقق .

الثالثة - اطلاق النص و الفتوى يقتضى أنه لا يجب التماثل فى الخرص بين ثمرتها بعد الجفاف و ثمنها ، بمعنى أنه لا يجب مطابقة ثمرتها جافة للثمر بل المعتبر فى الجواز بيعها بظن الخارص و تخمينه لها - تمراً ، يعنى أن ما فيها من البسر و الرطب اذا جف يبلغ هذا القدر تمراً فتباع ثمرتها بهذا المقدار تمراً من غيرها أو منها مع الاحتمال المتقدم ، ولا يجب مطابقة هذا التقدير الثمرة بعد الجفاف ، بحيث أنه لو زادت أو نقصت عن ذلك بطل البيع ، بل البيع صحيح ، و ان لم تحصل المطابقة و قيل : يعتبر المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع ، و الظاهر ضعفه لاطلاق النص بما ذكرناه ، و يأتى على هذا القول أنه لا يجوز التصرف فى ثمرة النخلة بالاكل و تحويه ، حتى يستعلم المطابقة و عدمها بالجفاف ، و اطلاق النص بدفعه ، هذا هو المشهور فى معنى عدم وجوب المماثلة بين ثمرتها و ثمنها .

و قال العلامة فى التذكرة : ان المعتبر المماثلة بين ما عليها رطباً ، و بين الثمن تمراً ، فيكون بيع رطب بثمر متساوياً ، و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالثمر متساويين .

الرابعة الظاهر أنه لا خلاف فى عدم العريه فى غير النخل ، بل نقل فى المسالك الاتفاق على ذلك ، قال : و انما يظهر الفايده لو منعنا من بيع ثمر باقى الشجر بجنسه جافاً كما هو المختار ، و أما على ما ذهب اليه المصنف من الجواز ، فمتى نفى العريه أنه لا خصوصية لها حتى يتقيد بقيودها ، بل يجوز بيع الثمرة اتحد الشجر أم تعدد ، فى الدار و غيرها بجنس ثمرها متماثلاً انتهى . و ملخصه أن العريه كما عرفت مستثناه من المزبنة ، و الاستثناء انما يتجه على القول بالعموم فى المزبنة للنخل و غيره ، كما اختاره (قدس سره) و قبله الشهيد حسبما قد منا ذكره والله العالم .

المسألة السادسة - لو كان بين اثنين أو اكثر نخل أو شجر فيقبل بعضهم

بحصة الباقيين بشيء معلوم كان جائزاً ، وليس هذا من قبيل البيع ، و إنما هي معارضة مخصوصة تسمى بالقبالة و هي مستثناة من المزابنة و المحاقلة .

و الأصل فيها جملة من الأخبار ، منها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بطرق عديدة فيها الصحيح و غيره ، عن يعقوب بن شعيب (١) عـ عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال : سألت عن الرجلين يكون بينهما النخل ، فيقول احدهما لصاحبه اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى او تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص ، و اما ان آخذه انا بذلك ؟ و أردته عليك قال : لا بأس بذلك » و في بعض روايات الخبر بحذف « و ارد عليك » .

و ما رواه في الكافي . في الصحيح او الحسن عن الحلبي (٢) « قال اخبرني أبو عبد الله (عليه السلام) ان اباة (عليه السلام) حدثه ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) اعطى خبيراً بـ النصف ارضها و نخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة ، فقوم عليهم قيمة ، فقال لهم : اما ان تأخذوه و تعطوني نصف الثمن ، و اما ان اعطيكم نصف الثمن و آخذهم ، فقالوا بهذا قامت السموات و الأرض » و في التهذيب عوض « الثمن » في الموضعين « الثمرة » و الظاهر ان ما في التهذيب هو الاقرب قال في الوافي بعد ذكر ذلك : و الثمن اوفق للقيمة ، و الثمرة انسب بالخرص ، كما يأتي .

و عن ابي الصباح الكناني (٣) في الصحيح « قال : سمعت ابا عبد الله (عليه السلام) يقول : ان النبي (صلى الله عليه وآله) لما افتتح خيبر تركها في ايديهم على النصف فلما بلغت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة اليهم فخرص عليهم فجاءوا الى النبي

(١) الكافي ج ٥ ع ١٩٣ مع اختلاف يسير التهذيب ج ٧ ص ٩١

الفتية ج ٣ ص ١٤٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ .

(صلى الله عليه وآله) فقالوا له : قد زاد علينا فأرسل الى عبدالله بن رواحة فقال : ما يقول هؤلاء فقال : قد خرصت عليهم بشيء فان شاؤوا يأخذون بما خرصنا وان شاؤوا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السموات و الارض .

والظاهر أن ما اشتملت عليه هذه الروايات بالدخول تحت الصلح أنسب ، وبذلك صرح في الدروس : قال في المسالك : وظاهر الاصحاح ان الصيغة تكون بلفظ القبالة ، وان لها حكما خاصا زائداً على البيع والصلح ، يكون الثمن والمثمن واحداً وعدم ثبوت الربا زاد أو نقص ، ووقوعه بلفظ التقبيل ، وهو خارج عن صيغتي العقدين وفي الدروس أنه نوع من الصلح ، ولا دليل عليه ، كما لا دليل على ابقاءه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به ، وانما المعلوم من الرواية أنه معاملة على الثمرة ، وانه لازم بحيث يملك المستقبل الزايد ، ويلزمه لو نقص . انتهى .

أقول : اما نفى البيع عن هذه المعاملة فظاهر لما ذكره ، واما نفى الصلح فغير ظاهر ، لانه لا ينحصر في لفظ الصلح وان اشتهر ذلك بينهم ، بل يصح ذلك بأي لفظ افاد فإيدته ، ومرجع هذه المعاملة الى التراضي بين الشريكين بأن يأخذ كل منهما نصف ذلك المشترك مثلاً ، بمعنى ان ما يستحقه أحد الشريكين في ذلك النصف الذي لشريكه ، عوض ما يستحقه الاخر في النصف الاخر ، وهذا هو الصلح بلا اشكال ، والربا مخصوص بالبيع كما تقدم ، فلا يضر في هذه المعاملة ونحوها .

ثم ان جملة من الاصحاب - منهم العلامة في الارشاد والشهد في الدروس قيدوا هذه المعاملة بشرط السلامة ، قال المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد في شرح قول المصنف « والتقييد بشرط السلامة » ما لفظه : ظاهر المتن أنه مشروط لزومه بالسلامة من الافة ، فلو نقص بهاله أن لا يعطى الا حصة الشريك مما حصل ، وان زاد فالزيادة له ، ويحتمل أن يكون المراد بالشرط عدم الافة ، بحيث تذهب بالكلية (١)

(١) قال : ويجوز تقبيل الشريك بحصة صاحبه من الثمرة بخرص معلوم وان كان منها ، وهو نوع من الصلح لا يبيع ، وقراره مشروط —

وهو بعيد ، والظاهر أن المراد الأعم ، لكن لا يشمل النقص الذي حصل من التخمين والغلط فيه ، مع أنه محتمل ، ويحتمل أن يكون السلامة كناية عن الموافقة من غير زيادة ونقصان ، فيكون النقص والزيادة مشتركا بينهما والظاهر من الرواية هو اللزوم مطلقا ، فكانه راجع الى معاملة تكون بحسب الطالع النقص و الزيادة سواء بسواء . انتهى ، وما ذكره من الظاهر من الرواية هو الظاهر الذي يقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة .

وأورد ابن ادریس علی اصل الحكم بأن هذا التقبيل ان كان بيعا لم يصح ، لكونه مزابنة، وان كان صلحا لم يصح ، لكون العوض مشروطاً من نفس الثمرة الفرر و ان كان في الذمة فهو لازم ، سواء بقيت الثمرة أو تلفت.

و اجيب بالتزام كونه صلحا و الفرر محتمل للنص ، و حينئذ فاذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط ، فاذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض ، و اجيب ايضا بالتزام انه ليس بصلح ولا بيع ، بل هو معاملة خاصة ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفي الاحتمال لخروجها عنهما .

اقول: والجواب الثاني لا يخلو من قوة وان كان الاول ايضا بالتقريب الذي قدمناه ممكن ، والله العالم .

المسألة السابعة - المشهور انه يجوز بيع الزرع قائما على اصوله ، سواء بلغ الحصاد ام لا ، او قصد قصلة ام لا ، لانه عين مملوكة قابلة للنقل ، ونقل عن الصدوق المنع الا ان يكون سنبلا او قصد قطعه ، وكذا يجوز بيعه محصودا و ان لم يعلم

- بالسلامة. انتهى وظاهره انه لو هلكت الثمرة بأجمعها فلا شيء على المتقبل ودليله غير واضح ، بل ظاهر إطلاق الاخبار الواردة في المسألة خلاف ذلك كما ذكرناه في الأصل - منه رحمه الله .

قدر ما فيه ، لانه حينئذ غير موزون ومكبل ، فيكفى فيه المشاهدة ، وكذا يجوز بيعه قصيلا اى يباع بشرط القطع ، لعلف الدواب و نحوه ، و حينئذ فاذا باعه كذلك وجب على المشتري فصله حسب الشرط ، فلو يفصله تخير البائع بين فصله و تفريغ أرضه منه ، لانه ظالم « و لا عرق لظالم » (١) و بين تركه والمطالبة باجرة الارض عن المدة التى بقى فيها بعد امكان فصله مع الاطلاق ، او المدة التى تراضيا على اشتراطها للفصل مع التعيين .

و لو وقع الشراء لاجل الفصل قبل اوان فصله ، وجب على البائع الصبر الى اوانه مع الاطلاق ، او الى المدة المعينة ان وقع التعيين ، و مقتضى اطلاق كلام الاكثير جواز تولى البائع القطع مع امتناع المشتري ، و وجوبه عليه و ان قدر على الحاكم ، و رجع بعضهم توقفه على اذن الحاكم ، حيث يمتنع المشتري ان امكن وجود الحاكم ، والا جاز له مباشرة القطع دفعا للضرر ، او ابقاؤه والمطالبة باجرة الارض كما تقدم .

مركز تحقيق مكتبة التراث

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه ثقة الاسلام و الشيخ فى الصحيح او الحسن عن الحلبي (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال : لا بأس بأن تشتري زرعاً اخضر ثم تتركه حتى تحصده ان شئت أو تعلقه من قبل ان يسنبل و هو حشيش ، و قال : لا بأس ايضا ان تشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة .

و عن حريز عن بكير بن اعين (٣) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) أيحل شراء الزرع الاخضر ؟ قال : نعم لا بأس به » .

و بالاسناد عن حريز عن زرقا (٤) مثله ، « و قال : لا بأس ان تشتري الزرع

(١) المستدرک ج ٣ ص ١٤٩ .

(٢) (٣) (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ و ١٤٣ .

أو القصيل اخضر ثم تتركه ان شئت حتى يسنبل ثم تحصده، وان شئت ان تعلق دابتك قصيلاً فلا بأس به قبل ان يسنبل، فاما اذا سنبل فلا تعلقه رأساً فانه فساد» اقول: رأساً يعنى حيواناً .
و عن زرارة (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « في زرع بيع و هو حشيش
ثم سنبل ؟ قال : لا بأس اذا قال : ابتاع منك ما يخرج من هذا الزرع ، فاذا اشتراه
و هو حشيش فان شاء اعفاه، و ان شاء تربص به . »

وما رواه في التهذيب عن سليمان بن خالد (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام)
« قال : لا بأس بأن تشتري زرعاً اخضر ، فان شئت تركته حتى تحصده، و ان شئت
بعته حشيشاً . »

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن سماعة (٣) في الموثق
وقال: سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يفصله ويبدوله في تركه حتى يخرج
سنبله شعيراً أو حنطة، وقد اشتراه من أصله « على أن مابه من خراج فهو على العليج »
فقال: ان كان اشترط حين اشتراه ان شاء قطعه و ان شاء تركه، كما هو حتى يكون
سنبلاً ، و الا فلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلاً .

أقول: في قوله « على أن مابه من خراج فهو على العليج » اختلافات في الكتب
الاربعة و ما هنا في التهذيب و في الاستبصار « على أربابه خراج أو هو على العليج »
وفي الكافي « على أربابه فهو على العليج » وفي الفقيه . و ما كان على أربابه من خراج
فهو على العليج ، والمعاني متقاربة و مرجع الجميع الى أنه اشتراه على أن يكون
الخراج على البايع ، دون المشتري فان الزراع والاكرة كانوا يومئذ من كفار

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٤٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ ولكن فيه « على أن مابه من خراج على العليج »

التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ الفقيه ج ٣ ص ١٤٨ .

المعجم، و هم المعروفون بالعلوج .

وروى هذا الخبر أيضا فى الكافى . و التهذيب بسند صحيح الى سماعة (١) و زاد فيه «فان فعل فان عليه طسقه و نفقته ، وله ماخرج منه » .

و مارواه المشايخ الثلاثة عن سماعة (٢) فى الموثق «قال: سألت عن رجل زرع زرعاً مسلماً كان أو معاهداً وانفق فيه نفقه ، ثم بداله فى بيعه لنقلة ينتقل من مكانه اولحاجة ، قال : يشتريه بالورق فان اصله طعام » .

و مارواه فى التهذيب . عن معلى بن خنيس (٣) «قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) اشترى الزرع فقال : اذا كان قدر شبر » .

و عن معاوية بن عمار (٤) فى الموثق «قال : سمعت ابا عبدالله (عليه السلام) يقول : لا تشتري الزرع مالم يسنبل فاذا كنت تشتري اصله فلا بأس بذلك او ابتعت نخلا فابتعت اصله ولم يكن فيه حمل لم يكن به بأس » .

و ما رواه فى الفقيه . عن أبى بصير (٥) عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال: سألت عن الحنطة و الشعير اشترى زرعاً قبل أن يسنبل و هو حشيش ؟ قال : لا ، الا ان تشتريه لفصيل تعلفه الدواب ثم تتركه ان شاء حتى يسنبل » .

و ما رواه فى الكافى، و التهذيب عن اسماعيل بن الفضل (٦) «قال: سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن بيع حصايد الحنطة و الشعير و ساير الحصايد قال : حلال فليبعه ان شاء » .

و الكلام فى هذه الاخبار يقع فى مواضع الاول ظاهر أكثر هذه الاخبار الدلالة على صحة ما هو المشهور بين الاصحاب مما قدمنا نقله عنهم ، و الظاهر

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٥ التهذيب ج ٧ ص ١٤٢ و ١٤٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٤٤ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ .

(٤) الكافى ج ٥ ص ٢٧٧ التهذيب ج ٧ ص ١٤١ .

أن مستند الصدوق فيما تقدم نقله عنه هو رواية أبى بصير المذكورة ، حيث انها دلت على النهى عن شراء الزرع قبل أن يسنبل إلا أن تشتره للفصل ، فانه يجوز وان تركه بعد ذلك حتى يسنبل ، وأنت خبير بانها معارضة بجملة مما تقدم من اخبار المسألة ، مثل صحيحة الحلبي أو حسنته ، و رواية بكير بن اعين و رواية زرارة الاولى و الثانية ونحوها ، فانها قد اشتركت فى الدلالة على جواز الشراء قبل أن يسنبل ، و ان لم يقصد فصله ، بل ظاهر صحيحة الحلبي أو حسنته تجوز شرائه بقصد بقاءه حتى يحصد ، أو بقصد قطعه لعل الدواب .

و بالجملة فان الظاهر هو القول المشهور ، و الرواية المذكورة لا تبلغ قوة فى معارضة ما ذكرنا من الاخبار ، ولم أقف على من تعرض للجواب عنها ، بل قل من نقل خلاف الصدوق فى هذا المقام ، ولا يحضرني الآن وجه للجواب عن الرواية المذكورة ، الا الحمل على الكراهة ، بناء على قواعد الاصحاب فى هذا الباب .
الثانى - ما دل عليه موثقة سماعة الأولى - من أنه متى اشتراه فصيلا ثم يبدوله فى تركه حتى يخرج سنبله ، فانه لا يجوز ذلك الا أن يكون اشترط الابقاء ، او الاختيار بين قطعه و ابقائه ، و الا فلا يجوز له أن يتركه - هو مستند الاصحاب فيما قد منا نقله عنهم من أنه متى بيع لاجل الفصل فسانه يجب ازالته على الوجه المتقدم ، مضافاً الى الاخبار العامة فى منع التعدى و التصرف فى ملك الغير بغير الوجه المشروع .

و أما الرضا بذلك و أخذ الاجرة على بقاءه تلك المدة فيستفاد من أدلة آخر فى أمثاله ، و لفظ لا ينبغى فى الخبر المذكور مراد به التحريم ، كما هو شايع الاستعمال فى الاخبار .

الثالث - ما دل عليه موثق معاوية بن عمار من النهى عن شراء الزرع مالم

يسنبل ربما و هم مذهب الصدوق المتقدم ذكره ، و ليس كذلك ، بل المراد بالزرع فيه انما هو الحاصل ، ، و قد تقدم أنه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه ، و أما اذا اشترى أصله يعنى ماظهر منه فلا بأس ، لكن لابد من اشتراط ابقائه على البائع ، وصحة البيع فى هذه الصورة مما لا اشكال فيها ، لان المبيع موجود مشاهد ، و ما يحصل منه تابع .

و قيل ان المراد باصل فى قوله «فاذا كنت تشتري أصله» انما هو البذر المزروع و فى ذكر مثال النخل اشارة الى ذلك ، بمعنى ان شراء البذر المزروع مثل شراء النخل فى تبعية الحاصل للاصل . أقول : و كيف كان فلا بد من اشتراط البقاء ليرتب عليه اخذ الحاصل .

الرابع - ما دل عليه خبر اسماعيل بن الفضل من صحة بيع حصيد الحنطة و الشعير ، يمكن أن يكون مستنداً لما تقدم نقله عنهم من أنه يجوز بيع الزرع محصوداً و ان لم يعلم قدر ما فيه ، لانه على تلك الحال ليس بمكيل ولا موزون ، و ما دل عليه من جواز بيعه بحنطة أو شعير منه - و هى المزابنة المنهى عنها ، الا أن يخصص بمادل على المنع ، و قد عرفت مما تقدم فى المسألة و اختلاف الاخبار فيها ما فى ذلك من الاشكال .

الخامس - ما دل عليه موثقة سماعة الثانية من الامر بشراء الزرع بالورق ، معللاً بأن أصله الطعام - اشارة الى حصول الربا المعنوى - ينبغى حمله على ما اذا سنبل و بدو صلاحه ، لانه قبل ذلك حشيش لا مانع من بيعه بأى شىء كان ، كما تقدم ذكره فى الموضع الخامس من المسألة الرابعة ، و حينئذ فلا بد من حمله على المحاولة ، و هو بيع السنبل بحنطة منه أو من غيره ، و أنه لا يباع الا بالورق و نحوه ، لئلا يكون محاولة .

الا أنك قد عرفت ورود جواز ذلك فى النصوص ، و منها هنا قوله فى آخر صحيح الحلبي أو حسنة «ولا بأس بأن يشتري زرعاً قد سنبل بحنطة» وقوله فى رواية

اسماعيل بن الفضل «في حصايد الحنطة أو الشعير فليبعه بما شاء» الا أن يخصص المحاقلة المحرمة بما اذا كان الحنطة من ذلك الزرع المبيع ، و تحمل هذه الاخبار على ما اذا كان من غيره ، أو يحمل هذا الخبر و نحوه على الكراهة جمعاً ، و قد تقدم تحقيق القول في ذلك .

السادس - ينبغي أن يعلم أن ما ذكر في شراء الزرع قصيلاً بجري أيضاً فيما لو اشترى نخلاً بشرط القطع ثم لم يقطعه حتى أثمر، فإن الأحكام المتقدمة جارية فيه . و الى ذلك يشير قوله في موثق معاوية بن عمار «أو ابتعت نخلاً فابتعته أصله ولم يكن فيه حمل» .

ومن الاخبار الواردة في خصوص النخل ما رواه الشيخ في الصحيح عن هارون ابن حمزة (١) «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) الرجل يشتري النخل ليقطعه للجدوع فيغيب الرجل ويدع النخل كهينة لم يقطع ، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال : له الحمل يصنع به ما شاء الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه» و رواه الكليني مثله ، و عن هارون بن حمزة في الموثق (٢) « قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : الرجل يشتري النخل ليقطعه للجدوع فيدعه فيحمل النخل ، قال : هو له الا ان يكون صاحب الأرض سقاه و قام عليه » و روى في الفقيه (٣) مرسلًا «قال : سأله سماعة أن يشتري رجل نخلاً ليقطعه » الحديث .

و بمضمون هذه الاخبار قال الشيخ في النهاية . فقال : اذا اشترى نخلاً على أن يقطعه أجداً فتركه حتى أثمر، فثمرته له دون صاحب الأرض ، وان كان صاحب الأرض ممن قام بسقيه و مراعاته كان له أجرة المثل ، و تبعه ابن البراج وهو قول

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٩٠ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٠ مع تفاوت بسير .

ابن الجنيد أيضا ، و أبى جعفر بن بابويه فى المقنع ، وقال : ابن ادريس لا يستحق صاحب الارض أجرة على السقى والمراعاة ، لانه متبرع بذلك ، الا أن يأمره صاحب النخل ، فيكون له أجرة المثل وتبعه على ذلك من تأخر عنه ، لانه الاوفق بالقواعد الشرعية ، ولهذا انه اعتذر فى المختلف . للشيخ . بعد استدلاله بالرواية الاولى - بأنه ليس فى كلام الشيخ ولا الرواية ذكر التبرع ، فيحمل على ما اذا كان العمل باذنه ، أو تحمل الاجرة على أجرة الارض لا العمل . انتهى .

قال : بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين : (١) ولعل عدم ذكر الاجرة هنا لانه كان للمالك أن يقطع النخل ، فلما يقطعه فكأنه رضى ببقائه مجانا ، والمشهور بين الاصحاب استحقاق الاجرة ، انتهى .

وفيه أن رضاه ببقائه لعله انما هو لقصد أخذ الاجرة ، و تحصيل النفع بذلك ، و من ثم كان المشهور الحكم باستحقاق الاجرة كما نقله .
و ينبغي أن يعلم أن الجارى فى كلام الاصحاب ذكر مسألة جواز أكل المار بالثمار منها و عدمه فى هذا الموضع ، ونحن قد مناها فى مسائل المقدمة الرابعة ، و هى المسألة الخامسة منها ، فليرجع اليها من أحب الوقوف عليها والله العالم .

الفصل التاسع فى بيع الحيوان

و تحقيق البحث فيه يتعلق بمن يصح تملكه و من لا يصح ، والاحكام المترتبة على الابتاع ، و ما يلحق بذلك و يترتب عليه ، فالكلام يقع هنا فى مقصدين .
الاول فيمن يصح تملكه و من لا يصح ، و فيه مسائل الاولى - كل حيوان مملوك أناسى أو غيره يصح بيعه أجمع ، و يبيع جزء منه معلوم مشاع ، كنصف

(١) و هو الاردبيلي ، منه رحمه الله .

أوثلت و نحوهما ، لامعين كبدته و رجله و نحوهما ، و دليل الاول - بعدالاجماع -
 العمومات والاصل و ورود ذلك فى خصوص بعض الافراد و عدم المانع شرعاً - ،
 و دليل الثانى - بعدالاجماع على العدم - عدم امكان الانتفاع بذلك الجزء المعين ،
 الا ما سيأتى - انشاء الله تعالى - فى استثناء الرأس والجلدة من الحيوان الغير
 الاناسى ، وهو ظاهر - الامع وجود مانع كالاستيلاد والوقف والاباق من غير ضميمه ،
 وعدم القدرة على التسليم ، والاناسى من الحيوان أن يملك بالسبى مع الكفر الاصلى
 و خرق الذمة ان كان ذمياً ، و احترز بالكفر الاصلى عن كفر المرتد فانه وان كان
 بحكم الكافر فى جملة من الاحكام الا أنه لايجوز سبيه ،

و فى جواز بيع المرتد الملى قول قواه فى الدروس . أما الفطرى فلا قولاً
 واحداً فيما أعلم .

والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المقام مارواه فى الكافى فى الصحيح
 عن رفاة النخاس (١) «قال : قلت لابي الحسن (عليه السلام) : ان الروم يغيرون
 على الصقالبة فيسرقون اولادهم من الجوارى والعلمان فيعمدون الى الغلمان فيخصونهم
 ثم يبعثون بهم الى بغداد الى التجار فما ترى فى شرائهم ؟ و نحن نعلم أنهم قد
 سرقوا و انما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم ؟ فقال : لا بأس بشرائهم ،
 انما أخرجوهم من الشرك الى دار الاسلام» ورواه الشيخ مثله (٢)
 و عن ابراهيم بن عبد الحميد (٣) «عن أبى الحسن (عليه السلام) فى شراء
 الروميات ؟ فقال : اشترهن و بعهن» .

وعن زكريا بن آدم (٤) «قال : سألت الرضا (عليه السلام) عن قوم من العدو
 الى أن قال - قال : وسألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض ، ويغير المسلمون

(١) و (٣) و (٤) الكافى ج ٥ ص ٢١٠ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ .

عليهم بلا امام ، أيجل شراؤهم ؟ قال : اذا أقروا بالعبودية فلا بأس بشرائهم .
و فى هذه الاخبار دلالة على جواز شراء ما يسببه الظالم من اهل الحرب
و يسرقه .

ومارواه فى الكافى عن زكريا بن آدم (١) عن الرضا (عليه السلام) فى حديث
« قال : و سألت عن قوم من أهل الذمة اصابهم جوع فأتاه رجل بولده فقال : هذا لك
فأطعمه وهو لك عبد ، فقال : لا تبشع حراً فانه لا يصلح لك ولا من أهل الذمة » ورواه الشيخ
مثله (٢) و هو ظاهر فى تحريم استرقاق أهل الذمة متى كانوا قائمين شرائط الذمة .
وعن عبد الله اللحام (٣) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري
من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها ؟ قال : لا بأس .

و بهذا الاسناد (٤) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري
امراً رجل من أهل الشرك يتخذها أم ولد فقال : لا بأس .
و خص الشيخ وغيره هذين الخبرين بأهل الحرب ، كثير من أصحابنا انما

عبروا فى هذا المقام بأهل الحرب .
وينبغى أن يعلم انه ليس المراد بأهل الحرب يعنى من نصب القتال للمسلمين
كما هو ظاهر اللفظ ، بل المراد انما هو من خرج عن طاعة الله و رسوله بشبوته على
الكفر و ان لم يقع منه الحرب ، بمعنى القتال .

قيل : والى هذا المعنى أشار قوله تعالى (٥) « انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله » الآية وحينئذ فلا فرق فى ذلك بين الذمى الغير القائم بشرائط الذمة ،
ولا غيره من الكفار والمشركين ، وحيث يملكون بالسبب بما قد قدمنا ذكره ، فانه
يسرى الرق فى أعقابهم وان أسلموا بعد الاسر ، ما لم يعرض لهم سبب موجب للحرية

(١) الكافى ج ٥ ص ٢١٠ . (٢) (٣) (٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ .

(٥) سورة المائدة الآية - ٣٣ .

من عتق أو كتابة أو تنكيل أو نحو ذلك ، ولا خلاف في ذلك نصاً وفتوى ١ .
و المسبى في حال الغيبة وإن كان للامام خاصة ، لأنه مغنوم بغير اذنه و كلما
كان كذلك فهو من الانفال ، إلا أنهم أذنوا للشيعة خاصة في تملكه ، وكذا في غيره
من أموال الانفال و غيرها .

و أما غير الشيعة فالذى يفهم من كلام الاصحاب أنه يحكم لهم بظاهر الملك
للشبهة كتملك الخراج و المقاسمة ، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً ، وهذا الحكم
منهم (رضوان الله عليهم) جار على الحكم باسلامهم ، و اجراء احكام الاسلام عليهم
و المفهوم من الاخبار خلافه ، إلا مع عروض الخوف و التقية (والله العالم) .

المسألة الثانية - الظاهر أنه لا خلاف في أنه لا يستقر للرجل ملك أصوله و لا
فروعه و لا المحارم من الاناث ، بمعنى أنه و ان ملكهم إلا أنهم ينعقون عليه بالشراء
و ربما عبروا بأنه لا يملكهم ، و المراد ملكاً مستقراً و الا فان الانعتاق فرع الملك
فكانه يدخل في الملك آنأ ما بعد الشراء ، ثم ينعق ، قيل : ولو لا مراعاة القاعدة
المشهورة من أنه لا عتق الا في ملك لا يمكن الحكم بالعتق بنفس الشراء ، كما هو ظاهر
الاخبار ، كذا ذكره بعض المحققين ، و أنت خبير بانه و ان كان ظاهر بعض الاخبار
ما ذكره من أنه ينعق بنفس الشراء ، الا أن ظاهر بعض آخرها أيضاً ترتب العتق
على الملك ، بمعنى أنه بالشراء ، يملكه ، وبالملك يحصل العتق ، كما أشرنا اليه مثل قوله
(عليه السلام) (١) « في بعضها اذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته عتقوا »
الخبر و قوله (٢) « اذا ملكهن عتقن » و نحوهما غيرهما مما رتب فيه العتق على
الملك لا على مجرد الشراء و حينئذ فيحمل ما أطلق من الاخبار على المقيد ، و به يتم
ما أشرنا اليه أو لا .

و المراد بأصول الرجل الابوان و آبائهما و ان علوا ، وفروعه الاولاد ذكوراً

و أنثاء و ان نزلوا، و بالمحارم مثل العمة و الخالة (١) و الاخت و بنات الاخت ، و بنات الاخ .

و هل يتسحب الحكم الى الرضاع ؟ قولان : فذهب الشيخ في النهاية الى ان كل من ينعق عليه من جهة النسب لا يصح تملكه من جهة الرضاع ، و به قال ابن البراج ، و ابن حمزة ، و الصدوق في كتاب المقنع في باب العتق منه .
و قال في الخلاف : اذا ملك أمه أو أباه أو أخته أو بنته أو عمته أو خالته من الرضاع عتقن كلهن، و خالف جميع الفقهاء في ذلك ، و ذهب اليه بعض اصحابنا .
و قال المفيد في المقنعة في باب السراري و لا بأس ان يملك الانسان امه من الرضاغة، واخوته منه وابنته وخالته، و عمته منه ، لكن يحرم عليه وطيهن، وبنحو ذلك صرح ايضا في ابتاع الحيوان من الكتاب المذكور ، و تبعه في ذلك سلال و ابن ادريس .

و قال ابن ابي عقيل : لا بأس بملك الام و الاخت من الرضاغة وبيعهن، انما يحرم منهن ما يحرم في النسب في وجه النكاح فقط، و هو كما ترى يرجع الى مذهب الشيخ المفيد ، و ظاهر ابن الجنيد انه لا يملك من يحرم عليه من الرضاع تملك العبيد ، فان ملكهم لم يبيعهم الا عند ضرورة الى اثمانهم ، وجعله آخر ما يباع في الدين عليه ، و الى القول الاول ذهب العلامة في المختلف وغيره و المحقق ، و الظاهر انه المشهور بين المتأخرين ، و هو الاظهر كما سيظهر لك انشاء الله .
و تملك المرأة كل قريب عدا الاباء و ان علوا، و الاولاد و ان سفلسوا ، اتفاقا في النسب ، وفي من كان كذلك رضاعاً قولان: كما تقدم ، و الخلاف الخلاف

(١) و المراد بالعمة و الخالة ما هو اعم من ان يكون صنته او عمة ابيه او عمة جده ، او عمة امه او عمة ابيها او جدتها وهكذا في الخالة و مرجع الجميع الى تحريم اولاد الجد و الجدة، منه رحمه الله .

والفتوى كما سبق، وأما ما عدا من ذكر في الرجل والمرأة، فإنه يصح تملكه .
والذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المسألة منها ما رواه الشيخ
في الصحيح عن ابي بصير و ابي العباس وعبيد كلهم (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال:
إذا ملك الرجل والديه او اخته او عمته او خالته او بنت اخيه او بنت اخته، وذكر
اهل هذه الآية (٢) « من النساء » عتقوا جميعا و يملك عمه و ابن اخيه و الخال،
ولا يملك امه من الرضاعة، و لا اخته ولا عمته ولا خالته فانهن اذا ملكن عتقن،
و قال: ما يحرم من النسب، فإنه يحرم من الرضاعة، و قال: يملك الذكور ما خلا
والدأ و ولدأ ولا يملك من النساء ذوات رحم محرم، قلت: يجري في الرضاع مثل
ذلك؟ قال: نعم يجري في الرضاع مثل ذلك»، ورواه الصدوق بأسانيد عن ابي بصير
و ابي العباس و عبيد بن زرارة مثله .

و منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي و ابن سنان (٣) عن ابا عبد الله
(عليه السلام) « عن امرأة أرضعت ابن جاريتها قال: تعتقه » و رواه الكليني
في الصحيح أو الحسن مثله (٤)، (٥) كذا في نسخة أخرى

و ما رواه في الكافي عن عبيد بن زرارة في الصحيح (٥) « قال سألت
ابا عبد الله (عليه السلام) عما يملك الرجل من ذوى قرابته فقال: لا يملك والديه
ولا أخته، ولا ابنة اخيه ولا ابنة أخته، ولا عمته ولا خالته، و يملك ما سوى ذلك
من الرجال من ذوى قرابته، و لا يملك أمه من الرضاعة » و الظاهر ان ذكر الام
خرج مخرج التمثيل، لا الاختصاص، كما سيظهر لك انشاء الله تعالى .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ .

(٢) سورة النساء الآية ٢٣ .

(٣)(٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الرقم ١-٢ .

(٥) الوسائل الباب ٧ من أبواب العتق الرقم ٤ .

ومارواه عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح عن أحدهما (عليهما السلام) «قال: اذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا عليه ، ويملك أخاه وعمه وخاله من الرضاة » .

وعن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال : لا يملك الرجل والديه ولا ولده ولا عمته ولا خالته ، ويملك أخاه وغيره من ذوى قرابته من الرجال » .

وعن عبد الله بن سنان (٣) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى تفضمه ، يحل لها بيعة ؟ قال : لا ، حرم عليه ثمنه ، قال : ثم قال : أليس قد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب ، أليس قد صار ابنها ، فذهبت أكتبه فقال أبو عبد الله (عليه السلام) ليس مثل هذا يكتب » .

والظاهر أن المنع من كتابته لكونه ظاهراً لا يحتاج الى الكتابة ، ووصف هذه الرواية في المسالك بالصحة ، وليس كذلك ، لأن الشيخ رواه عن الحسن بن محمد ابن سماعة ، وطريقه اليه غير معلوم .

وعن أبي حمزة الثمالي (٤) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها ؟ قال : كل أحد الا خمسة ، ابوها وأمها وابنها وابنتها وزوجها » والظاهر ان جعل الزوج هنا من قبيل هؤلاء باعتبار بقاء الزوجية والافانها تملكه وتبطل الزوجية اجماعاً .

وروى في الكافي عن ابن سنان (٥) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام)

(١) (٢) الوسائل الباب ٧ - من ابواب العتق الرقم ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب ٨ - من ابواب العتق الرقم ٣

(٤) الوسائل الباب ٩ - من ابواب العتق الرقم ١

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٤٦ .

« قال : سئل وأنا حاضر عن امرأة أرضعت غلاماً

مملوكاً لها من لبنها حتى قطعتة هل لها ان تبيعه؟ فقال: لا هو ابنها من الرضاعة،
 حرم عليها بيعه واكل ثمنه ، ثم قال: أليس رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: يحرم
 من الرضاع ما يحرم من النسب» ورواه الشيخ مثله (١) .

وروى الصدوق في المقنع (٢) «قال : قال ابو عبد الله (عليه السلام) : في امرأة
 أرضعت ابن جاريتها : انها تعتقه » قال وروى « في مملوكة أرضعتها مولاتها بلبنها،
 انه لا يحل بيعها » .

ومارواه على بن جعفر (٣) في كتابه عن اخيه موسى (عليه السلام) «قال : سألته
 عن امرأة أرضعت مملوكها ما حاله ؟ قال : اذا أرضعته عتق » .

ومارواه في الكافي في الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله (٤) في حديث
 «قال : وسألته عن المرأة ترضع عبداً اتخذته عبداً ؟ قال : تعتقه وهي كارهة »
 ورواه الشيخ (٥) بسند آخر مثله ، الا ان فيه « يعتقونه وهم لها كارهون » .

اقول : وهذه الروايات كما ترى ظاهرة الاتفاق فيما قدمنا ذكره من العلاقة
 النسبية، وان العلاقة الرضاعية ملحقه بها، وجارية في ذلك مجراها كما هو مقتضى
 مذهب الشيخ ومن تبعه ، معللاً في جملة منها بالخبر النبوي .

و بذلك يظهر ما في كلام ابن ابي عقيل المتقدم ذكره من تخصيصه الحديث
 النبوي بالنكاح ، فانه ناش عن الغفلة عن ملاحظة هذه الاخبار هذا .

و اما ما يدل على القول الثاني من الاخبار و هو مذهب الشيخ المفيد و من
 تبعه فمنها ما رواه الشيخ عن عبد الله بن سنان (٦) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «قال:
 اذا اشترى الرجل اباه او اخاه فملكه فهو حر الا ما كان من قبل الرضاع» .

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب ما يحرم بالرضاع .

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب العتق - الحديث - ٢

(٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ .

و عن الحلبي (١) فى الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام « فى بيع الام من الرضاة ؟ قال : لا بأس بذلك اذا احتاج » .

وعن ابي عتيبة (٢) عن ابي عبدالله (عليه السلام) « قال : قلت له : غلام بينى و بينه رضاع يحل لى بيعه ؟ قال : انما هو مملوك ان شئت بعته وان شئت امسكته ، ولكن اذا ملك الرجل ابويه فهما حران » .

و اجاب الشيخ عن الخبرين الاولين بعد ذكرهما قال : فهذان الخبران لا يعارضان الاخبار التى قدمناها ، لانها اكثر و أشد موافقة بعضها لبعض ، فلا يجوز ترك تلك و العمل بهذه ، مع ان الامر على ما وصفناه ، على أنه يمكن ان يكون الوجه فيه انه اذا كان الرضاع لم يبلغ الحد الذى يحرم ، فانه و الحال على ذلك يجوز بيعها على جميع الاحوال ، على ان الخبر الثانى يحتمل ان لا يكون المراد « بالا » الاستثناء ، بل يكون « الا » قد استعملت بمعنى الواو ، وذلك معروف فى اللغة ، فكانه قال : اذا ملك الرجل اباه فهو حر وما كان من جهة الرضاع .

و اما الخبر الاول فيحتمل ان يكون انما اجاز بيع الام من الرضاع لابي الغلام حسبا قد مناه فى خبر اسحاق بن عمار عن العبد الصالح و لا يكون المراد بذلك انه يجوز ذلك للمرتضع ، و ليس فى الخبر تصريح بذلك ، بل هو محتمل لما قلناه ، و اذا كان كذلك لم يعارض ما قدمناه انتهى .

قال المحقق الاردبيلي بعد نقله : و هذه التأويلات و ان كانت بعيدة - الا انه لما قوى الحكم الاول و الطرح غير مستحسن عنده و ان كانت الاخبار ضعيفة و نادرة - فليس يبعد ارتكابها ، و لكن لابد من حمل عدم تملك الاخ فى الخبر الثانى ايضا . انتهى .

اقول : و الاقرب عندى هو حمل هذه الاخبار على التقية لما تقدم فى كلام

الشيخ فى الخلاف . من ان ذلك مذهب جميع الفقهاء ، و حينئذ فلا يحتاج الى هذه التكاليف السخيفة التى تمنعها الافهام و يبعد نسبتها لهم (عليهم السلام) .

و اما الخبر الثالث من الاخبار المذكورة فالظاهر منه انما هو الاخ الرضاعى و هو ليس من محل الاشكال ، و يؤيده استثناء الابوين من الرضاغة فسى الخبر .
و أما ما يدل على تملك من عدا العمودين للرجل من الرجال الاقارب من الاخبار و ان كان على كراهية ، بمعنى ان افضل عتقهم ، فمن ذلك ما تقدم فسى صحيحة محمد بن مسلم (١) من قوله عليه السلام « و يملك ابن اخيه و عمه و خاله ، و يملك اخاه و عمه و خاله من الرضاغة » .

و قوله فى صحيحة أبى بصير و أبى العباس و عبيد المتقدمة (٢) « و يملك عمه و ابن اخيه و ابن أخته و الخال الى أن قال : - و يملك الذكور ما عدا الولد الى آخره .

و قوله عليه السلام ، فى صحيحة عبيد بن زرارة المتقدمة ايضا بعد ذكره العمودين و الاناث المحارم « و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته »
و فى خبر محمد بن مسلم (٣) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال فيه : « و يملك اخاه و غيره من ذوى قرابته من الرجال » .

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤) « قال : سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتخذ أباه و امه او اخاه او أخته عبيداً فقال : اما الاخت فقد عتقت حين يملكها ، و اما الاخ فيسترقه ، و اما الابوان فقد عتقا حين يملكهما » . (٥)

(١) (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ و ٢٤٣ .

(٣) (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ .

(٥) اقول و هذا الخبر ايضا ظاهر فيما قدمنا ذكره من ان العتق بعد الدخول

فى الملك ، لا بنفس الشراء منه رحمه الله .

و في رواية كليب الاسدي (١) عن ابني عبدالله (عليه السلام) « اذا ملكت الابوين فقد عتقا ، و قد يملك اخوته فيكونون مملوكين و لا يعتقون » .
 و اما ما ورد في رواية العبيدين زرارة (٢) فقال : لا يملك الرجل اخاه من النسب و يملك ابن اخيه » الحديث فقد حمله الشيخ على الاستحباب .
 و كذا ما رواه الصدوق عن سماعة (٣) في الموثق عن ابني عبدالله (عليه السلام) « في رجل يملك ذارحمه هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده ؟ قال : لا يصلح له يبيعه ولا يتخذه عبدا و هو مولاه و أخوه في الدين ، و أيهما مات ورثه صاحبه الا ان يكون له وارث أقرب اليه منه » .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن سماعة (٤) في الموثق ايضا « قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل يملك ذارحم هل يحل له ان يبيعه أو يستعبده ؟ قال : لا يصلح له أن يبيعه و هو مولاه و أخوه ، فان مات ورثه دون ولده ، و ليس له أن يبيعه ولا يستعبده » .

و الظاهر حمل الخبرين المذكورين على من لا يعتق عليه من المحارم ، كالاخ و العم و نحوهما ، والمراد حينئذ كراهية بيعه و استخدامه ، لأنه يعتق عليه بقرينة قوله في الخبر الثاني « فان مات ورثه دون ولده » اذ لا يمكن هذا الامع بقاء المالكية .
 و يمكن حمل النهي في الخبر الاول على الاعم من الحرمة و الكراهة ، فيكون شاملا للعمودين ونحوهما من النساء المحارم ، الا أن ظاهر قوله هو (مولاه) الى آخر الخبر مما يعضد المعنى الاول ، فان حاصله أنه مولاه ، اي وارثه ، و الميراث في موت العبد ظاهر ، و في موت الحر اذا لم يكن له وارث حر ، فانه حينئذ يشتري و يورث ، الا أن يكون له وارث أقرب ، فانه حينئذ يشتري الاقرب .
 و كيف كان فان الحكم المذكور لا تفاق الاصحاب عليه ، و تكاثر الاخبار

(١) (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٠ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ .

به كما عرفت مما لا اشكال فيه ، ولا شبهة تعتربه ، فيجب ارتكاب التأويل في هذه الاخبار الاخيرة بما قلناه .

و قد صرح بعض الاصحاب بان قرابة الشبهة بحكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على الاقوى ، قال : لان المحكم الشرعى يتبع الشرع ، لا اللغة و هو جيد .
و يفهم من اطلاق كلام الاصحاب الرجل و المرأة في هذا المقام أن الصبي و الصبية لا يعتق عليهم لو ملكوه ، الى أن يبلغوا و الاخبار مطلقة في الرجل و المرأة كذلك ، و يعضده اصاله البراءة كذا صرح به شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) في الروضة .

المسألة الثالثة قد صرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يملك اللقيط من دار الحرب اذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه و لو كان أسيراً ، و الا حكم بحريته ، لا طلاق المحكم بحرية اللقيط في النصوص ، خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم ، فيبقى الباقي .

أقول : والذي وقف عليه من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه في الكافي (١) عن عبد الله (عليه السلام) قال: اللقيط لا يشتري ولا يباع .

و ما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : سألت عن اللقيط ؟ قال : لا يباع و لا يشتري » و ما رواه في الكافي . في الصحيح او الحسن عن محمد بن مسلم (٣) قال : سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن اللقيط ؟ فقال : حر لا يباع ولا يوهب .

و ما رواه في الكافي عن حاتم بن اسماعيل المدائني (٤) عن ابي عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ .

(٣) (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ و ٢٢٥ التهذيب ج ٧ ص ٢٨ و ٢٩ .

(عليه السلام) « قال : المنبوذ حر فان احب أن يوالى غير الذى رباه و الاله ، فان طلب منه الذى رباه النفقة و كان موسراً رد عليه ، و ان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة » .

و نحوه عن عبد الرحمن العزرمى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) « قال : المنبوذ حر فاذا كبر فان شاء تولى الذى التقطه ، والا فليرد عليه النفقة ، و ليذهب فليوال من شاء » .

أقول : و اللقيط و المنبوذ هو المولود الذى ينبذ ، و ظاهر هذه الاخبار الحكم بالحرية مطلقاً ، و كان مستند استثناء الاصحاب لقيط دار الحرب على الوجه المتقدم هو الاجماع .

و يؤيده ما تقدم ذكره فى غير موضع من أن اطلاق الاخبار انما تحمل على الافراد المتكثرة الشايعة ، و وجود اللقيط فى دار الحرب بالشرط المتقدم نادر، بل انما وقع مجرد فرض المسألة، فلا يدخل حينئذ فى اطلاق الاخبار المذكورة. ثم انهم ذكروا أيضاً أنه لو بلغ من حكم بحريته ظاهراً لكونه ملقوياً من دار الاسلام ، أو دار الفكر بالشرط المتقدم فأقر بالرق ، فهل يقبل اقراره أم لا ؟ قولان .

اختر ثانيهما ابن ادریس ، و نقله عن محصلی الاصحاب فقال : لا يقبل اقراره عند محصلی أصحابنا ، و هو الصحيح لان الشارع حكم عليه بالحرية .

وقال : بعضهم : يقبل ، لان « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » كما روى عنه (صلى الله عليه وآله) (٢) واختاره العلامة فى المختلف ، فقال بعد نقل قول ابن ادریس

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٢٥ التهذيب ج ٧ ص ٧٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الاقرار الرقم - ٢ .

والاحتجاج على ما ذهب اليه - ما لفظه : وحكم الشارع بالحرية - بناء على الاصل -
 ما لم يعترف بالعبودية، ولا فرق بين اللقيط وغيره من المجهول، ولو جاء رجل لا يعرف
 فئة العبودية يقبل، وقد كان على مذهبه لا يقبل، لانه محكوم عليه بالحرية شرعاً،
 فلا يقبل اقراره بالعبودية، وهذا كله غلط انتهى .

والى هذا القول ذهب المحقق في الشرايع والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم
 في هذه الصورة وفي صورة مجهول الحال .

أما معروف النسب فيقبل قطعاً، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين، وهو
 الاظهر للخبر المذكور، ولصحيحة عبدالله بن سنان (١) «قال : سمعت أبا عبدالله
 (عليه السلام) يقول : كان على بن أبي طالب (عليه السلام) يقول : الناس كلهم
 أحرار الا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبداً أو أمة، ومن يشهد عليه بالرق
 صغيراً كان أو كبيراً»، وهو ظاهر في عموم الحكم لمحل البحث .

وفيه إشارة الى أن الاصل في الناس الحرية كما هو ظاهر الاتفاق، ويمكن
 أن يرجح عدم القبول في اللقيط بعدم علمه بحال نفسه، الا أنه يمكن معارضته باستفادته
 ذلك بعد البلوغ من اخبار من يوجب له العلم بذلك، أو نحو ذلك .

وبالجملة فالأظهر العمل باطلاق الخبرين المذكورين، ولا فرق في قبول اقراره
 بين كون المقر مسلماً أو كافراً، وسواء كان المقر له مسلماً أو كافراً، وان يبيع عليه
 قهراً كما تقدم .

ثم انه مما يدل على الحكم المذكور زيادة على ما ذكرناه مارواه في التهذيب
 عن الفضل (٢) «قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل حر أقر أنه عبد قال
 يؤخذ بما أقرب» وبهذا المضمون رواية محمد بن الفضل الهاشمي (٣) وصحيحة
 اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٤) .

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب العتق الرقم - ١ .

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب العتق الرقم - ٢ و ٣ و ٤ .

بقي الكلام في أنه هل يعتبر رشده وقت الاقرار أم لا ؟ فمنهم من اشترطه وهو ظاهر اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

و منهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه ، والعلامة في التذكرة في هذا الباب اشترطه ، وفي باب اللفظة اكتفى بالبلوغ والعقل ، قيل ووجه اشترطه واضح ، لان غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال ، وهو نفسه مال ، ووجه العدم أن اقراره بالرقة ليس اقراراً بنفس المال وان ترتب عليه ، كما يسمع اقراره بما يوجب القصاص ، وان أمكن رجوعه الى المال بوجه ، ويشكل بما لو كان بيده مال ، فان اقراره على نفسه بالرقة ، يقتضى كون المال للمقرله ، الا أن يقال : بثبوتها تبعاً لثبوت الرقة ، لانه اقرار بالمال ، والظاهر الاستناد في العدم الى ظاهر الروايات المتقدمة ، فان ظاهرها الاكتفاء بمجرد العقل ، كما يشير اليه قوله في صحيحة عبدالله بن سنان وهو مدرك أى بالغ عاقل ، وربما قسر بكونه رشيداً والظاهر هو والله العالم .

المسألة الرابعة - الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو ملك أحد الزوجين صاحبه فانه ينفسخ الزوجية ، ويستقر المالك لمنافات الملك العقد ، لان المالك ان كان هو الزوجة ، فانه يحرم وطؤ مملوكها لها ، وان كان الزوج استباحها بالملك ، ولان التفصيل يقطع الشركة (١) وعلل - مع ذلك - بأن بقاءه يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي - ورد بأن علل الشرع معرفة - وبأن اختلاف الاسباب يقتضى اختلاف المسببات ، ورد بجواز ذلك في أسباب الشرع ، و بعدم تماميتها

(١) بمعنى أن التفصيل في حال الوطء بكونه اما بالعقد أو بالملك أو بالتفصيل أو نحو ذلك يقطع الشركة في الاسباب لان كلامها سبب مستقل برأسه فمتى حصل الملك يعني ملك الزوج للزوجة كان النكاح بالملك وارتفعت الزوجية لما عرفت - منه رحمه الله .

فى جانب الزوجة .

أقول و الاظهر الاعراض عن هذه التعليقات الواهية ، و الرجوع فى ذلك الى الاخبار ، فانها فى الدلالة على المراد مكشوفة القناع ، و هى أولى بالمراعات والاتباع سيما مع تأيدها بالاتفاق كما أشرنا اليه .

ومن الاخبار المشار اليها مارواه فى الكافى فى الحسن أو الصحيح وفى الفقيه فى الصحيح عن محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال : قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى سرية رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها ، فأنكحها عبده ثم توفى سيدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ثم توفى ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاءا يختلفان يقول الرجل : امرأتى ولأطلقها و تقول المرأة عبدى ولا يجامعنى ، فقالت المرأة يا أمير المؤمنين ان سيدى تسرانى فأولدنى ولدًا ثم اعتزلنى فأنكحنى من عبده هذا ، فلما حضرت سيدى الوفاة اعتقنى عند موته و أنازوجة هذا و أنه صار مملوكاً لولدى الذى ولدته من سيدى ، و ان ولدى مات فورثته ، فهل يصلح له ان يطأنى ؟ فقال لها : هل جامعك منذ صار عبدك و انت طائفة ؟ قالت : لا يا أمير المؤمنين (عليه السلام) قال : لو كنت فعلت لرجمتك ، اذهبي فانه عبدك ليس له عليك سبيل ، ان شئت ان تبيعي ، وان شئت ان ترقى ، وان شئت ان تعتقي .»

ومارواه فى الكافى عن عبدالله بن سنان (٢) فى الصحيح « قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول فى رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب فى زوج أمه ، ثم مات الولد أثرته أمه ؟ قال : نعم قلت : فاذا

(١) الكافى ج ٥ ص ٤٨٤ الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ و فيه (لاوجعتك) بدل (لرجمتك) .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨٤ و ٤٨٥ .

ورثته كيف تصنع وهو زوجها ؟ قال : تفارقه وليس له عليها سبيل و هو عبدها «
وعن اسحاق بن عمار (١) فى الموثق عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال :
فى امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته ، قال : ليس بينهما نكاح » .
و عن سعيد بن يسار (٢) فى الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام)
عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشترى هل يبطل نكاحه ؟ قال : نعم ، لانه عبد
مملوك لا يقدر على شيء » .

قالوا وملك البعض كملك الكل ، للمنافات و استحالة تبعض البضع و قطع
الشركة بالتفصيل أقول : الاجود الاستدلال عليه بصحيفة عبد الله بن سنان المذكورة ،
فان موردها التبعض .

بقى الكلام فى قوله عليه السلام فى صحيفة ابن قيس المذكورة « لو كنت
فعلت لرجمتك » مع أنها ليست ذات فعل بعد انفساخ العقد ، لتستحق الرجم ،
و حملها بعض مشايخنا (عطر الله مراقدهم) على التهديد على وجه المصلحة تورية
أو الرجم بمعنى الشتم و الايذاء كما يطلق عليه لغة ، يقال : رجمته بالقول : اى رسته
بالفحش ، وكيف كان فلا بد من الحمل على خلاف الظاهر من الخبر لما عرفت .
والله العالم .

المسألة الخامسة - قد تقدم فى المسألة الثالثة أن الاظهر الاشهر ان من أقر
على نفسه بالعبودية متى كان مكلفا فانه يقبل منه و يحكم بكونه رقاً ، و حينئذ فلا
يقبل منه رجوعه عن ذلك لاشتماله على تكذيب نفسه ، و ابطال ما أقربه أو لأورفع
ما ثبت عليه حتى لو أقام بينة لم تسمع ، لانه باقراره أو لا قد كذبها ، كذا قطع به
العلامة فى التذكرة .

(١) الكافى ج ٥ ص ٤٨٥ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨٥ .

و اورد عليه بأنه يشكل ذلك فيما لو اظهر لانكاره تأويلا محتملا، كان قال:
انى تولدت بعد اعتناق أحد أبوى و ما كنت اعلم بذلك حين اقررت ، فانه ينبغي
القبول ، و سيأتى له نظاير .

و أولى بالقبول ما لو اقر بالرقية لشخص معين فأنكر المقرله ، و سيأتى مثله
فى الاقرار ، كما اذا أقر لاحد بidal فانكر المقرله ، فادعاه المقر حين انكاره ،
و على هذا فينبى سماع بينته بطريق أولى ، و هو جيد و كذا لو اشترى عبداً
ثابت العبودية فادعى الحرية ، فانه لا يقبل دعواه ، الا ان هذا يقبل دعواه بالبينه ،
بخلاف الاول .

و تفصيل الكلام فى المقام انه متى وجد عبداً أو أمة تباع فى الاسواق، فان
ظاهر اليد و التصرف يقتضى الملك ، و يدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة « نور
الله تعالى مراقدهم) عن حمزة بن حمران (١) » قال: قلت لابي عبدالله (عليه السلام)
ادخل السوق فأريد ان اشترى جارية فتقول لى انى حرة فقال اشترها الا ان تكون
لها بينة » و وصف هذه الرواية العلامة فى التذكرة و الشهيد الثانى فى المسالك
بالصحة ، و هو سهو محض فان حمزة بن حمران لم يذكره أحد بالتوثيق ، بل
و لا بالمدح ، حتى انه فى الخلاصة لم يذكره بالكيلى ، و النجاشى ذكره و لم يصفه
بمدح و لازم ، .

و ما رواه فى التهذيب و الفقيه فى الصحيح عن العيص بن القاسم (٢) عن
أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن مملوك ادعى انه حر و لم يأت بينة
على ذلك اشتره ؟ قال : نعم » .

اما لو وجد فى يده و ادعى رقيته و لم يعلم شراؤه و لا بيعه ، فان كان كبيراً

(١) الكافى ج ٥ ص ٢١١ التهذيب ج ٧ ص ٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٤ .

و صدقه على ذلك فكذلك ، لما تقدم من الاخبار الدالة على الزامه بما اقربه ، و ان كذبه لم يقبل دعواه الا بالبينة ، عملاً بأصالة الحرية ، كما تقدم في صحيحة عبدالله بن سنان (١) من قول امير المؤمنين (عليه السلام) « الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية ، أو من شهد عليه بالسرقة » و مثلها غيرها .

وان سكت أو كان صغيراً فاشكال ، قال العلامة في التذكرة : العبد الذي يوجد في الاسواق يباع ويشترى يجوز شراؤه ، وان ادعى الحرية لم يقبل منه ذلك الا بالبينة و كذا الجارية الى أن قال : أما لو وجد في يده و ادعى رقيقته ولم يشاهد شراؤه له ولا بيعه اياه فان صدقه حكم عليه بمقتضى اقراره ، و ان كذبه لم يقبل دعواه الرقبة الا بالبينة ، عملاً بأصالة الحرية و ان سكت من غير تصديق ولا تكذيب فالوجه أن حكمه حكم التكذيب ، اذ قد يكون السكوت لامن غير الرضا ، وان كان صغيراً فاشكال ، اقربه الحرية فيه . انتهى .

و يمكن المناقشة في حكمه في صورة السكوت بأن حكمه حكم التكذيب ، بأن يقال : انه متصرف و صاحب يد ، و يدعى أمراً ممكننا و للاخبار الكثيرة الدالة على من ادعى دعوى لامعارض لها ولاراد لها كمن ادعى مالاً ولا معارض له في دعواه أنه يحكم له بذلك ، أو ادعى زوجية امرأة ولم تكذبه ، فانه يحكم له بها ، والظاهر أنه لهذا ذهب في التحرير الى الحكم باليد ، كما نقل عنه ، وحيث قد يقبل مجرد دعواه و أما قبولها مع البينة فالظاهر لاشكال فيه ، وأما ما استقر به من الحرية في الصغير فهو جيد ، عملاً بالاخبار الدالة على أصالة الحرية حتى يثبت الملك . الا أنه يشكل حيث شتر العبيد الاطفال من يد الباع ، مع دلالة الاخبار والاتفاق على جواز الشراء ، والحكم المذكور لا يخلو من شوب الاشكال ، كما اشرنا اليه انفا .

و قد وقع في عبارات بعض الاصحاب انه لا يقبل ادعاء الحرية من المشهور

بالرقية ، و فيه اشكال ، لان مجرد الشهرة لاتعارض أصالة الحرية المتفق عليها نصا و فتوى ، الا أن تحمل الشهرة على ما قدمنا ذكره من رؤيته يباع فى الاسواق ونحوه ، ولا يخلو من بعد ، ويمكن أن يستدل للقول المذكور بظاهر صحيحة العيص المذكورة ، بأن يحمل المملوك على من يكون كذلك بحسب الظاهر من الشهرة ، الا أنه يحتمل كون ذلك بثبوته بالاقرار أولا أو البيئة أو الرؤية يباع فى الاسواق ونحو ذلك مما يفيد التملك . والله العالم .



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

المقصد الثاني في الاحكام المترتبة

على الابتاع وما يلحق ذلك

و فيه أيضا مسائل ، الاولى - اختلف الاصحاب - (رضوان الله عليهم) - في بيع الحامل جارية كانت أودابة ، فالمشهور ان الحمل للبائع ، سواء علم به اولاً ، و سواء شرط البائع لنفسه اولاً ، الا ان يشترطه المشتري ، و هو قول الشيخ في النهاية ، والشيخ المفيد و سائر و ابي الصلاح و ابن البراج في الكامل و ابن ادریس ، و عليه المتأخرون منهم العلامة في المختلف ، واحتج عليه بأن البيع تعلق بالام فلا يتناول الحمل ، لعدم دلالة اللفظ عليه مطابقة و تضمناً والتزاماً ، و لان الاصل بقاء ملك البائع عليه ، فلا ينتقل عنه الا بسبب ، و لم يطرأ ما يزيله من أصله انتهى .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا باع بهيمة او جارية حاملاً و استثنى حملها لنفسه لم يجز ، وتابعه ابن البراج في المذهب و جواهر الفقه على ذلك .
و قال ابن الجنيد و يجوز ان يستثنى الجنين في بطن امه من آدمي أو حيوان و قال ابن حمزة : والانات من الادمي والنعم اذا كانت حوامل و بيعت مطلقاً كان الولد للمبتاع ، الا اذا شرط البائع .

و قال الشيخ أبو جعفر الطوسي : يكون للمبتاع الا اذا شرط البائع و هذا ما وقفت عليه من أقوالهم في المسألة ، و نقل عن الشيخ أنه احتج على ما ذهب اليه في المبسوط بأن الحمل جزء من الحامل ، يجري مجرى عضو من اعضائها فيدخل

ولا يصح استثناءه ، حتى حكم بفساد البيع لو استثناءه البايع ، كما لو استثنى جزءاً معيناً .

أقول : و قد نقل بعض المحققين هذا القول عن الشافعي ، محتجاً بهذه الحجة . و أجاب العلامة في المختلف - عن حجة الشيخ المذكورة - بالمنع من المساواة بين الحمل و عضو من أعضائها ، فانه تصح الوصية للحمل ، و يرث و يلحقه أحكام كثير لا تتعلق بالأعضاء ، قال : و هذا الذي ذكره الشيخ كانه الذي لمح به ابن حمزة ، و الحق خلافه انتهى .

أقول : لا يخفى قوة القول المشهور بناء على ما هو مذكور ، الا أنه قد روى الشيخ بإسناده عن احمد بن محمد بن يحيى عن أبي اسحاق - يعني ابراهيم بن هاشم - عن النوفلي عن السكوني (١) « عن جعفر عن آبائه (عليهم السلام) في رجل أعتق أمة و هي حبلى فاستثنى ما في بطنها ، قال : الأمة حرة ، و ما في بطنها حر لان ما في بطنها منها » و رواه الصدوق أيضاً بإسناده عن السكوني ، و هو ظاهر في تبعية الحمل للأم ، وأنه لا يصلح استثناءه من حيث أنه منها و جزء من اجزائها كما ادعاه الشيخ و من تبعه ، و لهذا ذهب الشيخ و جماعة في باب العتق الى سريان عتق الحامل الى الحمل للرواية المذكورة ، و ان كان المشهور خلافه ورد هذه الروايات المحقق الأردبيلي (قد سره) بضعف السند الا أنك قد عرفت في غير موضع مما تقدم أنه غير معتمد .

و قد روى الشيخ في الحسن عن الحسن بن علي الوشا (٢) عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) « قال سألت عن رجل دبر جاريته و هي حبلى فقال ان كان علم بحبل لجارية فما في بطنها بمنزلتها و ان كان لم يعلم فما في بطنها رق » .

و هو ظاهر في سريان التدبير الى الولد مع العلم بالحمل و أمامع عدم العلم به فانه يحتمل تأخره من التدبير ، والحكم فيه التبعية كما استفاضت به الاخبار

و لهذا نقل عن الشيخ و جماعة القول بتبعية الولد للام في الصورة المذكورة، ومقتضى كلام الاصحاب في مسألة البيع المذكورة العدم .

الا أن هذه الرواية أيضا معارضة بما رواه الشيخ في الموثق عن عثمان بن عيسى الكلالي (١) عن ابي الحسن الاول (عليه السلام) قال : سألت عن امرأة دبرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة ، فلم تدر المرأة المولودة مدبرة أو غير مدبرة، فقال : لى متى كان الحمل بالمدبرة أقبل أن دبرت أم بعد ما دبرت؟ فقلت : لست أدري ، و لكن أجنبي فيهما جميعا فقال : ان كانت المرأة دبرت وبها حمل ، و لم تذكر ما في بطنها فالجارية بمدبرة والولد رق ، و ان كان انما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه ، و رواه الصدوق مرسلا، وزاد « لان الحمل انما حدث بعد التدبير » وهي ظاهرة في أنه في صورة العلم بالحمل و عدم ادخاله في التدبير لا يسرى التدبير اليه، بل يبقى على الرقبة كما هو احد القولين في المسألة .
وبالجملة فالمسألة كما عرفت محل اشكال و على القول المشهور فحيث يشترط المشتري الحمل يدخل في المبيع وان كان مجهولا، لانضمامه الى المعلوم، و تبعية له ، و على هذا فلا فرق بين ان يقول البائع : بعثك الجارية و حملها ، او شرطت لك حملها ، او بعثك هذه الامة بكذا و حملها، لان الظاهر ان حملها عطف على الامة كما في المثال الاول .

و نقل عن العلامة في التذكرة البطلان في الصورة الاولى ، لانه مجهول ، وفيه ما تقدم تحقيقه سابقا في مسألة الضمايم ، من أنه لا يضر جهله مع تبعيةه للمعلوم، كما دلت عليه نصوص المسألة حسبا تقدم ، ولو كان الحمل غير معلوم وأراد ادخاله في البيع فالعبارة الثانية لا غير، كذا صرح به شيخنا الشهيد الثاني .

قال المحقق الاردبيلي بعد نقل ذلك عنه : وكأنه نظر الى أن بيع مالم يعلم

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ الفقه ج ٣ ص ٧١ مع اختلاف يسير .

وجوده غير معقول ، بخلاف الشرط ، وفي الشرط أيضا تأمل ، والظاهر أنه يجوز ويؤول الى تقدير الوجود والسلامة ، ولعل مثله اذا كان منضمّاً وتابعا لا يضر ، لعموم الأدلة والتراضى . انتهى .

قالوا . ولو لم يشترطه المشتري واحتمل وجوده عند العقد وعدمه - بأن ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع موجوداً وعدمه - فهو للمشتري ، لاصالة عدم وجوده سابقاً ، فلو اختلفا في وقت البيع كذلك قدم قول البايع بيمينه مع عدم البينة ، وهو بناء على القول المذكور .

وكذا لو شرطه فسقط قبل القبض أو بعده في زمن خيار الحيوان ، فانه يكون من مال البايع ، فيرجع المشتري على البايع بنسبته من الثمن ، بأن تقوم حاملا ومجهضاً أي مسقطاً لاحابلا ، كما وقع في بعض العبارات كعبارة الشرايع وغيره ، ولانه المطابق للواقع ، وللإختلاف بين الحالين ، فان الاجهاض في الامة عيب ربما نقصت به القيمة ، اذ هي في حال الاجهاض مريضة ، فيرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين كما تقدم تحقيقه .

والظاهر أنه لا خلاف في أن البيض تابع للبايض ، لا كالحمل ، بل هو للمشتري مطلقاً ، لانه تابع كما يرأجزائه ، ولا يصح اشتراط البايع له على قول الشيخ في المبسوط ومن تبعه ، وبذلك صرح في الكتاب المذكور ، فقال : لو باع البايض دخل البيض على طريق البيع وان شرط لنفسه لم يجز ، ورده المتأخرون بانه شرط سايع ، ويؤيده أن ما ادعاه الشيخ من الجزئية وأنه كعضو من أعضائه قد عرفت ما فيه ، فلا مانع من صحة الشرط المذكور .

تذنيب

قال : الشيخ في المبسوط لو باع جارية حبلى بولد لم يجز ، لان الحمل مستثنى ، وهذا يمنع صحة البيع ، وتبعه ابن البراج في المذهب ، ورد ذلك بما تقدم ، لان كلامه هنا كما تقدم مبنى على كون الحمل كعضو من أعضاء الحامل وجزء من أجزائها ، وفيه ما عرفت آنفا . والله العالم .

المسألة الثانية - اختلف الاصحاب في أن العبد هل يملك شيئا أم لا ، ف قيل : يملك مطلقا ، ونسبه في التذكرة الى أنه المشهور ، وقيل : يملك مطلقا ، ونسبه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الى الأكثر ، وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وقيل : يملك فاضل الضريبة ، وقيل : أرض الجنابة .

والذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذه المسألة صحيحة عمر بن يزيد (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له ، وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضى بذلك المولى ، فأصاب المملوك في تجارته سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة ، فقال : اذا أدى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، ثم قال - أبو عبد الله (عليه السلام) : أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض فاذا أدوها اليه لم يسألهم عما سواها ، قلت : فللمملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها الى سيده ؟ قال : نعم وأجر ذلك له ، قلت : فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق ؟ قال : فقال : يذهب فيتوالى الى من احب ، فاذا ضمن جريته وعقله كان مولاه وورثه ، قلت له : أليس قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) :

الولاء لمن اعتق؟ قال : فقال : هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت : فان ضمن العبد الذى أعتقه جريسته وحدثه أيلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه ؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك و لا يرث عبد حراً .

و صحبة اسحاق بن عمار (١) قال : قلت : لابي عبد الله (عليه السلام) ما تقول : فى رجل يهب لعبد ألف درهم أو أقل أو أكثر ، فيقول : حللنى من ضربى اياك ، و من كل ما كان منى اليك ، مما اخفك و أربحتك فيحمله فيجعله فى حل رغبة فيما أعطاه ، ثم ان المولى بعد أصاب الدراهم التى اعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد و أخذها المولى أحلال هى له ؟ فقال : لا تحل له ، لانه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة و القصاص يوم القيامة ، قال : فقلت له : فعلى العبد أن يزكيها اذا حال عليها الحول ؟ قال : لا الا أن يعمل له بها ، ولا يعطى العبد من الزكاة شيئاً . و رواية اسحاق بن عمار (٢) المذكورة عن جعفر عن ابيه أن علياً (عليه السلام) أعتق عبداً له فقال : له ان ملكك لى و لكن قد تركته لك . و رواية ابي جرير (٣) قال : سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل قال : لمملوكه انت حر و لى مالك ، قال : لا يبدأ بالحرية قبل المال يقول لى مالك و انت حر برضا المملوك (فان ذلك أحب الى) (٤) .

و التقريب فيه أنه اذا بدء بالعتق صار حراً و لم يجوز له أخذ ماله ، و اذا بدء بالمال فان فيه تصريحاً بأن العتق بازاء المال ، فاذا رضى المملوك بذلك انعتق و صار المال للمولى ، وهو ظاهر فى الملك .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ .

(٤) ما بين القوسين زيادة من الكافي .

وصحيحة الفضل بن يسار (١) قال: قال غلام سندی لأبي عبد الله (عليه السلام) اني قلت لمولاي: بعني بسبع مائة درهم، و أنا أعطيك ثلاثمائة درهم، فقال له ابو عبد الله (عليه السلام) ان كان يوم شرطت لك مال؟ فعليك أن تعطيه، و ان لم يكن لك يومئذ فليس عليك شيء، وهي ظاهرة في الملك.

و أما ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين من أن هذه الرواية أوفق بالقول بعدم مالكية العبد، لانه لو كان له مال فهو من مال البايع، فلذا يلزمه أدائه لا بالشرط، و اذا لم يكن مال وحصله عند المشتري فهو من مال المشتري. انتهى.

فقيه من العبد عن سياق الخبر المذكور، ما لا يخفى، فان ظاهره ينادي بخلافه، لان قوله ان كان يوم شرطت لك مال ظاهر في الملك كما هو مدلول اللام، أو الاختصاص الراجع الى الملك، و ظاهره أن الاعطاء انما هو من حيث الشرط، لا من حيث إنه مال البايع.

و بالجملة فالظاهر ان ما ذكره (قدم سره) لا يخلو من تعسف، وكأنه أراد بذلك الانتصار للقول المشهور كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى.

احتج العلامة في التذكرة على ما ذهب اليه من القول الاول بقوله عز وجل (٢) « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » و قوله تعالى (٤) « ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت ايما نكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء ».

و أنت خير بما فيه فان غاية ما يفهم منها انما هو الحجر عليه في نفسه و ماله، و انه

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ و بسند آخر مثله منه رحمه الله.

(٢) سورة النحل الآية ٧٥.

(٣) سورة الروم الآية - ٢٨.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٥.

ليس له التصرف فيهما الا باذن سيده ، فهو من حيث هو لا يقدر على شيء الا ما أقدره عليه مولاه و ملكه ، أو أذن له بالكسب و نحوه حسبما دلت عليه الاخبار المتقدمة .

و يؤيده الاخبار الواردة في معنى الآية الاولى من أنه ليس له نكاح ولا طلاق اذا أنكحه مولاه أمته الا باذن المولى ، ففى بعضها (١) « قال : سألته عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ قال : ان كان أمتك فلا ، إن الله عز وجل يقول « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » .

و نحوه اخبار عديدة و مرجع الجميع الى المنع من التصرف الا باذن سيده . و الآية الثانية ظاهرها انه ليس له حق و لا شركة فى مال المولى ، ولا دالة لها على عدم الملك اذا ملكه أو اذن له فى تملك مال الغير بالكسب والتجارة ونحو ذلك ، بل الظاهر انه يحصل له ذلك كالعبيد بالنسبة الى الله عز وجل .

وبالجملة فانه لا دالة فيهما على نفى تملكه لما ملكه سيده ، أو أذن له فيه كما هو المدعى ، و ظاهر الاصحاب على تقدير القول بتملكه الاتفاق على انه محجور عليه ، و لكن ظاهر الاخبار المتقدمة العدم ، فانها كالصريحة فى استقلاله ، سيما صحيحة عمر بن يزيد و قوله فيها « انه يتصدق و يعتق و أجر ذلك له » الا انه ربما نافر ذلك نفى الزكاة عنه ، فى صحيحة اسحاق بن عمار ، اذ لو كان مالكا للتصرف بملكه للمال ، لما كان لنفى وجوب الزكاة وجه ، و فى معنى هذه الرواية اخبار اخر ، تقدمت فى كتاب الزكاة ، و الظاهر انه لا وجه لذلك مع الحكم بملكه الا كونه محجوراً عليه ، و يدل عليه ما رواه فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر (٢) عن اخيه موسى (عليه السلام) « قال : ليس على المملوك

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من ابواب من تجب عليه الزكاة .

زكاة الا باذن مواليه » و حينئذ فيجب حمل اطلاق ما ظاهره الاستقلال على هذه الرواية ، و قد تقدم تحقيق القول فى ذلك فى كتاب الزكاة والله العالم .

المسألة الثالثة - اختلف الاصحاب فيما اذا اشترى عبداً او أمة و له مال فقال الشيخ فى النهاية و الشيخ المفيد : ان المال للبايع الا ان يشترطه المبتاع ، سواء كان ماله اكثر من ثمنه او اقل .

و قال سائر : و ابتاع العبيد الذين لهم مال بأقل مما معهم جائزة و قال ابن الجنييد اذا شرطه المشتري و كان الثمن زائداً على قدر المال من جنسه جاز البيع ، و ان كان المال عروضا يساوى قدر الثمن او دونه أو أكثر منه جاز ايضا و ان كان الثمن من جنس مال العبد و مال العبد اكثر من الثمن لم يجز .

و قال الشيخ فى الخلاف : اذا كان مع العبد مائة درهم فباعه بمائة درهم لم يصح البيع ، فان باعه بمائة و درهم صح . وقال فى المبسوط : اذا باعه سيده وفى يده مال و شرط ان يكون للمبتاع صح البيع اذا كان المال معلوماً و انتفى عنه الربا ، فان كان معه مائة درهم فباعه بمائة درهم لم يصح ، فان باعه بمائة و درهم صح ، ثم قال : و اذا باع عبداً قد ملكه ألفاً بخمسمائة صح البيع على قول من يقول : انه يملك ، ولو باع ألفاً بخمسمائة لم يصح ، لانه ربا ، و الفرق بينهما انه اذا باع العبد ، فانما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه فصح ذلك ، و لم يصح بيع الالف بخمسمائة . و قال ابن البراج و ابو الصلاح اذا ابتاع عبداً او أمة وله مال فهو للبايع الا ان يشترطه فى عقد البيع فيكون له .

و قال ابن حمزة : لو باعه مع المال صح ان كان الثمن أكثر مما معه ان كان من جنسه ، و ان كان من غير جنس ما معه صح على كل حال ، و ان لم يعرف

مقدار ما معه و باع بجنسه لم يصح ، (١) و ان باع بغير جنسه صح ، و ان باع المملوك دون المال صح ، فان شاء سوغه المال ، و ان شاء استرده . و ابن ادریس فصل كذلك .

و قال العلامة فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال : و التحقيق ان نقول : ان كان الثمن و ما مع العبد ربويين و اتفقا جنساً اشترط زيادة الثمن على ما فى يد العبد ، و الا فلا ، لنا انه على التقدير الاول لولاه ثبت الربا المحرم ، و على التقدير الثانى ان المقتضى للصحة موجود ، و هو البيع الصادر عن اهله فى محله ، و المانع و هو مفسدة الربا منتف هنا .

و نقل فى المختلف و المسالك عن ابن البراج القول بالتفصيل بين علم البائع بالمال و عدمه ، فان لم يعلم به فهو له ، و ان علم فهو للمشتري .

و الاصل فى هذه الاختلافات الاخبار الواردة فى المسألة ، و منها ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : سألت عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالا فقال : المال للبائع ، انما باع نفسه ، الا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له » .

و هذه الرواية دالة على ما ذهب اليه الشيخان مما قد مناه نقله عنهما و الظاهر أنه هو المشهور ، و به صرح المحقق و العلامة و غيرهما ، و هو جيد بناء على القول

(١) قال فى المختلف و قول ابن حمزة ان لم يعرف مقدار ما معه و باعه بغير جنسه صح ، و ان باعه بجنسه لم يصح ، لان الجهل يستلزم جواز تطرق الربا ، لكن يبقى فيه اشكال من حيث انه باع مجهولاً ، الا ان يقال ان المال تسابع و جهالة التابع لا تمنع صحة البيع : انتهى و هو جيد منه رحمه الله .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢١٣ التهذيب ج ٢ ص ٧١ .

بعدم ملك العبد كما هو المشهور بينهم ، و اما على القول بملكه فيشكل ذلك ، لما عرفت من الاخبار المتقدمة في سابق هذه المسألة ، و سيأتى انشاء الله تعالى بيان وجه التأويل فيه ، بما يرجع به الى الاخبار المتقدمة .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن زرارة (١) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : الرجل يشتري المملوك و له مال لمن ماله ؟ فقال : ان كان علم البايع ان له مالا فهو للمشتري ، وان لم يكن علم فهو للبايع » و رواه في الفقيه عن جميل عن زرارة أيضا ، و هذا الخبر ظاهر فيما قدمنا نقله عن ابن البراج ، الا أنه يشكل على كل من القولين بملكية العبد و عدمها ، بأن الملك لا ينتقل الى المشتري بمجرد العلم من دون صيغة ناقله تدل على الملك . و جملة الاصحاب حملوا الرواية على اشتراط البايع للمشتري ذلك و هو جيد بناء على القول بعدم تملك العبد ، أما على القول به فيبقى الاشكال من هذه الجهة في الحكم بكونه للبايع أو للمشتري ، فان ملك المالك لا ينتقل عنه الا برضا منه ، و الحال أن العبد لا مدخل له في هذا النقل .

و العجب أنه قد ذكر هذه المسألة من قال بتملك العبد و من أحاله ، و لا مخرج من هذا الاشكال في هذا الخبر و سابقه . الا بأن يقال : ان هذين الخبرين محمولان على كون المال للمولى ، و أن الاضافة للعبد لادنى ملاسة ، كما قالوا في كوكب الخرقاء ، و ذلك مثل ثيابه و فراشه و نحوها ، فان الاضافة تصدق بذلك ، و الخبر الثاني كما عرفت محمول على اشتراط البايع للمشتري ذلك ، فهذا الخبران ونحوهما لا تدلان على تملك العبد ولا على عدمه

و اما ما ربما يدل على عدم تملك العبد من الاخبار فهو محمول على الحبر

عليه في التصرف بدون اذن المولى ، فكانه من حيث المنع من التصرف ليس بمالك و بهذا الطريق يجمع بين أخبار المسألة ، و يزول عنها الاختلاف ، و هو يقتضى رجحان القول بتملك العبد كما قد منا ذكره .

وأما الجمع بينها - بما ذكره شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) فى المسالك - من حمل الاخبار الدالة على تملك العبد - على محض اباحة التصرف بكونه مأذوناً لملك الرقبة (١) فهو وان تم فيما أورده من الاخبار المشتملة على اضافة المال اليه ، الا أنه لا يتم فيما قدمناه من الاخبار فى سابق هذه المسألة الصريحة فى ملك الرقبة وأنه يتصدق ويعتق من ماله .

ومنها ما رواه الصدوق فى الفقيه عن يحيى بن أبى العلاء (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال : من باع عبداً وكان للعبد مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، أمر رسول الله (صلى الله عليه وآله) بذلك .
والكلام فى هذه الرواية كما تقدم فى صحيحة محمد بن مسلم ، قال فى الفقيه مشيراً الى هذا الحديث وحديث جميل بن دراج عن زرارة (٣) المتقدم هذا ان الحديثان متفقان وليس بمختلفين ، وذلك أن من باع مملوكاً واشترط المشتري ماله ، فإن لم يعلم البائع به فالمال للمشتري ، ومتى لم يشترط المشتري ماله ولم يعلم البائع أن له مالا فالمال للبائع ، ومتى علم البائع أن له مالا ولم يستثن به عند البيع فالمال للمشتري انتهى .

(١) قال (قدس سره) : ولا يندفع الاشكال الا اذا قلت : المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل بملكه له ، لا بملك الرقبة ، كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك ، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البائع للرقبة على وجه يتوجه به نقله الى المشتري أو بقاؤه على ملكه « انتهى منه رحمه الله » .

(٢) و (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٣٨ .

أقول مفهوم صدر عبارته أنه متى اشترط المشتري مع علم البائع بالمال قال المال للبائع، وليس كذلك فإن ظاهر صحيحة محمد بن مسلم وخبر يحيى المذكور أنه مع الشرط يكون للمشتري علم البائع بالمال أولم يعلم .
وغاية ما يدل عليه خبر جميل عن زرارة هو أنه مع علم البائع يكون للمشتري، ومع عدم علمه يكون له ، لا للمشتري أهم من أن يشترطه المشتري أولم يشترط ، وإذا قيد إطلاقه بالخبرين المذكورين جمعاً بين الأخبار لزمه أنه مع الشرط يكون للمشتري، علم البائع أولم يعلم، وأما مع عدم الشرط فهو كما ذكره من التفصيل، والعجب أن جملة من المحدثين نقلوا كلامه كصاحب الوافى وصاحب الوسائل ولم يتنبهوا لما فيه .

ومنها ما رواه الشيخ (عطر الله مرقده) فى الامالى بسنده فيه عن الزهرى عن سالم عن أبيه «قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من باع عبداً وله مال قال المال للبائع الا أن يشترط المشتري» وهذا الخبر دال على ما دل عليه خبر يحيى و صحيح محمد بن مسلم، وهذه الاخبار الثلاثة مستند الشيخين فيما تقدم نقله عنهما ، وقد عرفت تحقيق القول فيها .

ومنها ما رواه فى الفقيه فى الصحيح عن زرارة (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال : قلت له : الرجل يشتري المملوك وماله ؟ فقال : لا بأس ، قلت : فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به فقال لا بأس به » .

ورواه الشيخ فى التهذيب بسند فيه على بن حديد وهو ضعيف وهذا الخبر فيه اشكال من وجهين ، أحدهما - أنه انما يتجه على القول بعدم صحة تملك العبد، وقد عرفت الجواب عن ذلك بما تقدم فى نظائره ، والثانى - ما ذكره الاصحاب مما

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب بيع الحيوان الرقم - ٥ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ التهذيب ج ٢ ص ٧١ .

قدمنا نقله عنهم من عدم الصحة في هذه الصورة على إطلاقها، للزوم الربا في بعض الموارد (١) إلا أن يقيد الخبر بكون المالكين غير ربويين ، أو اختلاف الجنس، وبه أجاب الأصحاب عن الخبر المذكور ، وزاد العلامة الطعن في الخبر بالضعف، وهو متجه بناء على رواية الشيخ ، وأما على رواية الصدوق له فهو صحيح لا يتطرق اليه الطعن من هذه الجهة .

وبالجملة فالظاهر حمله على ما ذكرناه ليندفع عنه تطرق الوقوع في الربا، بل اشتراط قبض مقابل الربوي في المجلس إذا اختلف الجنسان وكانا ربويين ، والظاهر حمل كلام الشيخين - فيما قدمنا نقله عنهما من إطلاق الصحة سواء كان مال العبد أكثر من الثمن أو أقل - على ما ذكرناه .

والعجب، هنا من المحقق (قدس سره) في الشرايع فانه اختار في المسألة الأولى القول بملك العبد مطلقا إلا أنه محجور عليه في التصرف بدون إذن السيد ، واختار في هذه المسألة ما قدمنا نقله عنه من أن المال للبائع ، إلا أن يشترطه المشتري، وأنت خبير بان حكمه بالملك ظاهر في أن المراد لملك الرقبة ، ولا يمكن تأويله بما تقدم ومتى كان كذلك فكيف يصح انتقاله عن مالكة بمجرد بيعه - سواء كان - إلى البائع، أو المشتري وهو ظاهر . والله العالم .

تذنيب

قال الشيخ في النهاية: إذا قال مملوك إنسان لغيره : اشترني فانك إذا اشتريتني كان لك علي شيء معلوم فاشتراه، فإن كان للمملوك في حال ما قال ذلك له مال لزمه

(١) وهو ما لو كان المال ربويا و يبيع بجنسه ، فانه لأبد في الخروج عن لزوم الربا من زيادة في الثمن عن ما له تقابل المملوك ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن لزوم الربا في الصورة المذكورة إنما يتجه على القول بعدم ملك العبد بالكلية، أو ملكه بمعنى جواز التصرف بأن يكون أصل رقبة المال للمولى، والا فلو قلنا بملك العبد ، وأن له كما اخترناه فانه لا يشترط في الثمن الزيادة كما قدمنا ذكره ، لأن ماله ليس جزءاً من المبيع ليقابل بالثمن، بل هو تابع له وهو ظاهر . منه رحمه الله .

ان يعطيه ماسرطه له، و ان لم يكن له مال في تلك الحال لم يكن عليه شيء، و تبعه ابن البراج، و به صرح جملة من المتأخرين .

وقال ابن ادريس هذه رواية أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً، لان العبد عندنا لا يملك شيئاً، فأما على قول بعض اصحابنا أنه يملك فاضل الضريبة وأرش الجنابة يصح ذلك، والصحيح من المذهب انه لا يملك انتهى .

اقول الرواية التي أشار اليها هي صحيحة الفصيل بن يسار المتقدمة في سابق هذه المسألة، و موردها انما هو الشرط للبايع وهو المولى، والشيخ و من تبعه من الاصحاب فرضوا المسألة في اشتراط العبد للمشتري، والفرق بين الامرين ظاهر، لانه مع كون الشرط للمشتري كما فرضوه، فان قلنا بعدم ملك العبد بطل الشرط، سواء كان معه مال ام لا، وان قلنا بملكه فهو محجور عليه كما قدمنا ذكره - يتوقف صحة جماعته للمشتري على اذن مولاه، وعلى كل من التقديرين فالرواية المذكورة ظاهرة في خلافه، لانها صريحة في صحة الشرط المذكور، ولزومه مع وجود المال، وأما مع كون الشرط للمولى، فان قلنا أنه لا يملك فماله لمولاه، وتحمل نسبة المال اليه على الاضافة لأدنى ملاسته، وان قلنا انه يملك فالحجر عليه زائل برضا المولى بذلك، والعمل بالرواية متجه على هذا التقدير .

والتحقيق أن الرواية المذكورة دالة على ملك العبد كما قدمنا ذكره سيما مع اعتضاها بما قدمنا من الاخبار، وحينئذ فشرطه لمولاه صحيح، والحجر قد ارتفع برضا المولى بذلك .

وأما على ما ذكره من عدم ملك العبد ولا سيما مع فرض المسألة على ما قدمنا نقله عنهم، فلا يخفى ما فيه من الاشكال، وأشكل منه رد الرواية الصحيحة من غير معارض في المقام والله العالم .

المسألة الرابعة - اذا حدث في الحيوان عيب فبهنا صور، أحدها أن يكون ذلك العيب سابقاً على البيع مع جهل المشتري به، والظاهر انه لا خلاف في تخير المشتري بين الرد و الامساك بالارش، ولا فرق في ذلك بين الحيوان و غيره .

الثانية ما لو تجدد بعد العقد وقبل القبض ، ولا خلاف في تخيره بين الرد والامساك وانما الخلاف في انه مع اختيار الامساك هل له الارش ام لا ؟ المشهور الاول ، ولو هلك قبل القبض فمن البايع ، ولو اهلكه اجنبى فللمشتري الفسخ أو مطالبة الاجنبى ، ولو اهلكه البايع فالاقرب تخير المشتري بين الفسخ ، فيطالب بالثمن ، و عدمه فيطالب بالقيمة ، وما تقدم من الخيار بين الرد والامساك بالارش كما هو المشهور مخصوص بما اذا كان العيب من قبل الله سبحانه أو من قبل البايع . أما لو كان من قبل أجنبى فعليه الارش للمشتري ان التزم بالمبيع ، وللبايع ان فسخ ، ولو ألتفت المشتري فهو قبض ، ولو جنى عليه فالاقرب انه قبض ايضاً ، ولو قبض بعض المبيع وهلك الباقي فهو في ضمان البايع ، وللمشتري الفسخ لتبعض الصفقة .

الثالثة - ما لو قبضه ثم تلف او حدث فيه عيب في الثلاثة ، فانه مضمون على البايع ما لم يكن الحدث من المشتري ، اما في صورة التلف فالظاهر ان مستنده الاجماع ، اذ لا يظهر فيه خلاف عندهم حيث انه لا خلاف في ان التلف في زمن الخيار ممن ليس له خيار ، و يدل عليه ايضاً وعلى صورة العيب اطلاق قول الصادق (عليه السلام) في رسالة ابن رباط (١) المتقدمة سابقاً « ان حدث بالحيوان حدث قبل الثلاثة فهو من مال البايع » .

ثم انه في صورة العيب يتخير بين الرد بخيار الثلاثة والامساك ، والخلاف في الارش هنا مع الامساك كما تقدم في سابق هذه الصورة وفي صورة التلف له الرجوع على البايع بالثمن ، - والعيب الحادث في الثلاثة الموجب للارش عند من اوجبه لا يمنع الرد بخيار الثلاثة ولا بخيار العيب السابق .

نعم لا يرد بهذا العيب الحادث ، بل له الارش خاصة ، لانه انما حصل بعد القبض و ان كان في زمن الخيار الموجب لكونه مضموناً على البايع ، و ذلك هو الموجب للارش فقط ، هذا كله فيما لو كان الخيار مختصاً بالمشتري ، وكذا لو

كان مشتركاً بينه وبين البايع او غيره ، لان الجملة فيه مضمونة على البايع أيضاً ، اما لو كان الخيار مختصاً بالبايع أو مشتركاً بينه وبين أجنبى فلا خيار للمشتري ، هذا اذا كان العيب من قبل الله تعالى أو من البايع .

و أما لو كان من اجنبى فللمشتري على ذلك الاجنبى الارش خاصة ، ولو كان بتفريط المشتري فلا شىء و هكذا الحكم فى غير الحيوان ، و يجرى ايضا فى تلف المبيع أجمع ، الا ان الرجوع هنا بمجموع القيمة كما تقدم ، فان كان التلف من قبل الله سبحانه و الخيار للمشتري و لو بمشاركة غيره فالتلف من البايع ، و الا فمن المشتري ، و ان كان التلف من البايع أو من اجنبى و الخيار للمشتري ، فان اختار الفسخ و الرجوع بالثمن فذلك ، وإلا رجع على المتلف بالمثل او القيمة ، ولو كان الخيار للبايع و المتلف أجنبى أو المشتري تخير و رجع على المتلف .

الرابعة ما لو حدث العيب بعد القبض و بعد مضى الثلاثة ، فانه يمنع الرد بالعيب السابق على العقد الموجب للخيار مع الجهل ، فلا خيار له هنا ، لعدم موجبته ، و لانه قد تسلم المبيع صحيحاً فليس له ان يردّه معيباً . نعم له الارش من حيث العيب السابق هذا ملخص كلامهم فى المقام ، و قد تقدم ما فيه المناقضات فى بعض المواضع فى أبواب الخيار و العيوب والله العالم .

المسألة الخامسة - قيل : لو استثنى البايع الرأس و الجلد كان شريكاً بقدر ثنياه ، وكذا لو اشترك اثنان او جماعة و شرط احدهم ذلك ولو قال : اشترحيواناً بشركتى صح و ثبت البيع لهما ، و على كل واحد نصف الثمن ، ولو اذن احدهما لصاحبه ان ينقد عنه صح ، ولو تلف كان بينهما ، وله الرجوع على الآخر بما نقد عنه . ولو قال له : الربح لنا و لا خسران عليك ، فيه تردد و المروى الجواز .

أقول : تفصيل هذه الجملة - المنقولة فى هذا المقام و بيان ما اشتملت عليه من الاحكام يقع فى مواضع الاول - مالو استثنى البايع الرأس و الجلد مثلاً ، وفيه

أقوال ، أحدها - ما ذكر هنا ، و هو صحة البيع و أنه يكون شريكاً بقدر قيمة ثبائه و به قال الشيخ فى النهاية (١) و المبسوط و الخلاف ، و ابن البراج و العلامة فى الارشاد ، و نسه المحقق فى كتابيه الى رواية السكونى مؤذناً بنوع توقف فيه . و الرواية المشار اليها هى ما رواه الشيخ عن السكونى (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : اختصم الى أمير المؤمنين (عليه السلام) رجلان اشترى أحدهما بعيراً و استثنى البايع الرأس و الجلد ، ثم بدال للمشتري أن يبيعه ، فقال للمشتري : هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد ، و رواه الكلينى مثله أقول المراد بلفظ « المشتري الثانى » هو المشتري الثانى .

و نحوه هذه الرواية أيضاً ما رواه الصدوق عطر الله مرقده فى كتاب عيون أخبار الرضا بأسانيد ثلاثة (٣) عنه عن آباءه عن الحسين بن على (عليه السلام) أنه قال : اختصم الى على (صلوات الله عليه) رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً و استثنى الرأس و الجلد ، ثم بداله أن ينحره ، قال : هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد . و علل أيضاً بأن البايع قد قبض ما يساوى المبيع ، وبقى من القيمة ما يساوى المستثنى ، فيكون البايع شريكاً بما يساوى المستثنى ، لان اجزاء الثمن مقسطة

(١) قال الشيخ فى النهاية : اذا باع الانسان بعيراً أو بقراً أو غنماً واستثنى الرأس و الجلد كان شريكاً للمبتاع بقدر الرأس و الجلد ، و نحوه كلامه فى الكتابين الآخرين ، و قال الشيخ المفيد : لا بأس أن يشترط البايع على المبتاع شيئاً يستثنيه مما باعه ، مثل أن يبيعه شاة و يستثنى عليه جلدها و رأسها بعد الذبح ، و نحوه عبارات من وافق الشيخ المفيد فى ذلك ، منه رحمه الله .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٨١ الكافى ج ٥ ص ٣٠٤ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من ابواب بيع الحيوان الرقم ٣ .

على اجزاء المبيع ، و يلغو التعيين، فلو فرضنا أن الحيوان كملا قيمته عشرة دراهم و قيمة ما استثنى در همان كان ضريكا بالخمس و ثانيها صحة البيع والاستثناء و انه يكون له ما استثنى، و هو قول الشيخ المفيد و السيد المرتضى و ابي الصلاح و ابن الجنيد و ابن ادريس ، و علل بأنه استثنى شيئاً معلوماً من معلوم ، و عقد البيع غير مانع من اشتراط ما هو معلوم، لقوله (عليه السلام) «الشرط جائز بين المسلمين» . و ثالثها بطلان البيع بهذا الاستثناء لادائه الى الضرر و التنازع ، لان المشتري قد يختار التيقية وفيها منع البايع من الانتفاع بما في تملكه ، و جاز أن يؤل حاله الي نقص أو عدم الانتفاع به، بجواز موته، وان اختار البايع الذبح لاجل أخذ ما شرطه كان فيه منع لتسلط المشتري على ماله ، كالانتفاع به في نفسه كالانتفاع بظهره و لبنة و نتاجه ، و هذا القول نقله ابن فهد في المذهب ولم اقف على قائله .

و رابعها ما اختاره العلامة في المختلف و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من البطلان ، الا ان يكون مذبوحاً أو اشتراها للذبح ، فانه يجوز الاستثناء ، قال شيخنا المشار اليه في المسالك بعد ذكر عبارة المحقق المشار اليها آنفاً : لم يفرق بين المذبوح و ما يراد ذبحه و غيره ، و هو أحد الأقوال في المسألة ، لا طلاق الرواية ، الا أن المستند ضعيف ، و الجهالة متحققة ، و الشركة المشاعة غير مقصودة و القول بالبطلان متجه ، الا ان يكون مذبوحاً أو يراد ذبحه ، فيقوى صحة الشرط . انتهى .

اقول : لا يخفى ان الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول الرابع لما ذكره في المسالك ، و يمكن أن يحمل عليه القول الثاني ، فان ظاهر عبارة الشيخ المفيد هو كون الشرط المذكور انما هو فيما يراد ذبحه ، حيث قال : لا بأس أن يشترط البايع على المبتاع شيئاً يستثنيه مما باعه ، مثل ان يبيعه شاة و يستثنى عليه جلدها أو رأسها بعد الذبح .

و يمكن حمل اطلاق كلام غيره على ذلك ايضاً، الا ان ظاهر كلام ابن ادريس العموم ، و يؤيده انه بعد استثناء الرأس و الجلد فيما لا يراد ذبحه ، إذ لا ثمرة

بترتب عليه ، و يؤيده ايضا انهم قد صرحوا كما تقدم بانه لا يجوز بيع جزء معين من الحيوان كيده و رجله و نحوهما ، و انما يجوز مشاعاً كنصفه و ربه مثلاً ، و الاستثناء في معنى البيع ، و بهذا رد العلامة في المختلف على هذا القول ، فقال بعد تعليل عدم صحة الاستثناء مع التبقية و عدم الذبح بما فيه من الجهالة و تضرر الشريك لو أراد أخذ حقه ، و ضرره لو أجبر على بقاءه - ما صورته : ولانه لا يجوز افراده بالبيع ، فلا يجوز استثناءه ، و البيع انما يكون حلالاً لو وقع على وجهه ، و هو ممنوع هنا انتهى .

الا أنك قد عرفت دلالة الروايتين المتقدمتين - باطلاقهما على الصحة مطلقاً ، و أنه يكون شريكاً مع المشتري في كل الحيوان بقدر قيمة الرأس و الجلد ، فتنسب القيمة الى ثمن المشتري ، و يكون له بتلك النسبة من جميع اجزاء الحيوان ، و يكون الباقي للمشتري ، و يؤيد الخبرين المذكورين خبر الغنوي الاتي فيمكن القول بالخبرين المذكورين ، و حمل بعض الاصحاب خبر السكوني على انه كان المقصود الذبح ثم حصل العدول عن ذلك ، فيكون البيع صحيحاً و يكون شريكاً للمشتري بمقدار قيمة ما استثنى ، الا أن هذا الحمل لا يجري في خبر العيون ، حيث صرح فيه بعدم ارادة نحره ، و مع ذلك حكم بالتشريك في الجميع بنسبة قيمة ما استثناءه والمسألة لا يخلو من الاشكال ، و ان كان القول الاول هو الاقرب .

الثاني - ما لو اشترك اثنان أو جماعة و شرط أحدهم ذلك ، و ظاهر جملة من الاصحاب - منهم العلامة في المختلف و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - هو اجراء حكم المسألة الاولى في هذه المسألة ، فحكموا بصحة الشرط مع الذبح أو ارادته ، و البطلان مع عدم ذلك ، قال في المسالك في تنمة العبارة المنقولة عنه آنفاً : وكذا القول فيما لو اشترك فيه جماعة و شرط أحدهم ذلك . انتهى .

اقول : قد روى الشيخ عن هارون بن حمزة الغنوي (١) عن ابي عبد الله

(عليه السلام) « في رجل شهد بعيراً مريضاً يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم فاشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس و الجلد ، فقضى أن البعير بربىء فبلغ ثمانية دنانير قال : فقال : لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ ، فان قال : أريد الرأس و الجلد ، فليس له ذلك ، هذا الضرار ، و قد أعطى حقه اذا أعطى الخمس » .

و انت خبير بأن ظاهر الخبر ان شراء البعير حال المرض واشتراك الرجل الآخر بالرأس و الجلد انما وقع من حيث ارادة الذبح ، ولكن لما اتفق انه برىء ولم يذبح و بلغ قيمة زائدة حكم (عليه السلام) لدفع الضرر من الطرفين و صلحاً بينهما بالتشريك في البعير ، بنسبة ما دفع من قيمة الرأس و الجلد ، ولو طلبهما اتى الضرار المنهى عنه متى أعطى بنسبة ما دفعه من جميع البعير ، و على هذا يمكن حمل حديث السكوني المتقدم ، و به يندفع ما تعلق به القائل بالابطال من لزوم الضرر متى اراد المشتري التيقية ، و اراد صاحب الرأس و الجلد الذبح لاجل اخذ ماله ، فان في ترجيح ارادة احدهما ضرر على الآخر الا انه يبقى الاشكال في خبر العيون حيث تضمن نحر البعير و لعل لفظ (لا) سقط من البين فانه مع عدم سقوطها لا يناسب سياق الخبر ايضاً من قوله ثم بداله ، اذ الظاهر ان اصل الشراء و اشتراط الجلد و الرأس انما وقع من حيث ارادة النحر ، و على هذا لا معنى لقوله ثم بداله ان ينحره ، و انما المناسب ثم بداله ان لا ينحره و بما ذكرنا يظهر قوة مذهب الشيخ في المسألة المتقدمة .

و اما ما ذكره بعض محققى متأخرى المتأخرين من احتمال طرح الروايتين اعنى روايتى السكوني و الغنوي لضعفهما و مخالفتهما القواعد ، ففيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم ان الطعن بالضعف غير معتمد عندنا ، و لا وارد على المتقدمين الذين لا اثر لهذا الاصطلاح عندهم ، و ان الاظهر هو الوقوف على ما دلت عليه الاخبار في كل حكم سيما مع عدم المخالف من الاخبار ، و تخصيص تلك القواعد ان ثبت بالنص ، و الا فانه لا يلتفت اليها في مقابلة الاخبار وان ضعفت باصطلاحهم .

تذنيب

قال : سَلار : كل شرط يشترط البايع على المبتاع من رأس ذبيحة يبيعها
و جلدها او بعضها بالوزن جايِز .

اقول : و ظاهره يعطى جواز استثناء البعض كاللحم بالوزن ، و قال ابن
الجنيد : لا يجوز ، لان مواضع اللحم تتفاضل ، و أقله ما يختلط به من العظم وغيره
و كثرته ، فان حدد المكان بما لا يختلط بغيره جاز . انتهى واستحسنه العلامة في
المختلف ، و انت خبير بان ظاهر عبارة سَلار هنا كما قد منا ذكره من عبارة الشيخ
المفيد من ان الشرط المذكور انما هو مع الذبح او ارادته كما يخفى والله العالم .
الثالث - ما لو قال اشتر حيوانا بشركتى الى آخره الوجه فى لزوم نصف
الثلث مع الامر بشراء الحيوان بالمشاركة ان الامر توكيل بالشراء بالشركة بينه
و بين المأمور ، و الشراء لا يكون الا بالثلث ، و الظاهر من الشركة هو التساوى
باعتبار ارادة الشركة فى كل جزء جزء منه فيحمل عليه الكلام الا ان ينصب قرينة
على خلاف ذلك ، و حينئذ قلوا اذن له فى أداء الثمن عنه و أدى عنه رجع به عليه
و الاذن أعم من الصريح و الفحوى مثل ان يأمره بشراء حيوان من مكان بعيد و المجيء
به مع العلم بأنه لا يكون ذلك الا بعد أداء الثمن ، اما لو أدى عنه بغيره فلا يلزمه
المعوض لانه متبرع فى أداء دين غيره ، و قد تقرر ان تبرع بأداء دين غيره لا يرجع
بذلك على المديون .

و الظاهر من كلام الاكثر و به صرح العلامة فى التذكرة و غيرها أنه لا يكفى
الاذن بالشراء فى الاذن بأداء الثمن لانه اعم منه بل لابد من الاذن بالأداء صريحا
او فحوى .

و يظهر من كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الاكتفاء بذلك قال: والحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه ، و ان كان ذلك اعم منه لدلالة القرائن عليه، وعدم حصول ما يقتضى التبرع انتهى و أيدته بعضهم بأنه رضى بالشراء و هو انما يكون بالثمن ، و الغالب انه لا يسلم المبيع الا بعد تسليم الثمن ، فالظاهر ان ذلك اذن فى التسلم ايضاً و لا يمكن ذلك الا به ، فكان الامر و الاذن بالشراء مستلزماً لتسليم الثمن و تسلم المبيع ، فلا يضمن لو اخذ من غير اذن جديد و يرجع بالثمن مطلقاً الا مع ما يدل على عدم الاذن ، و لا يفهم الاذن قال : وليس كلام التذكرة و غيرها بعيداً عن هذا المعنى بكثير . انتهى .

و هو لا يخلو من اشكال الا ان يكون هناك قرائن قاطعة تدل على ذلك، و الا فمجرد الامر بالشراء لا يدل على ما ادعوه، و لو تلف الحيوان المشترك بعد قبضه من غير تفریط من المأمور فالتلف بينهما جميعاً ، و لا يرجع الاخر عليه ، و ان بدا الشريك - المشتري - عليه يد امانة ، لا يد ضمان .

الرابع - مالو قال له : الربح لنا و لا خسران عليك الى آخره أقول : الظاهر ان وجه التردد المذكور من الرواية المشار اليها حيث دلت على صحة ذلك المؤيد بعموم (١) « المؤمنون عند شروطهم » و من المخالفة للقواعد المقررة فى الشركة بل مقتضى المذهب كما ادعاه بعضهم من ان الربح و الخسران تابعان لرأس المال و الى ذلك جنح فى المسالك قال : و هو الاقوى ثم قال : و الرواية مع كونها واردة فى بيع خاص يمكن تأويلها بما يوافق الاصل انتهى .

اقول : قال الشيخ فى النهاية : و من قال لغيره اشتر حيواناً بشركتى والربح بينى و بينك فاشتراه ثم هلك الحيوان كان الثمن بينهما ، كما لو زاد فى ثمنه كان ايضاً بينهما على ما اشترط عليه ، فان اشترط عليه ان يكون له الربح لو ربح وليس عليه شىء من الخسران كان على ما اشترط عليه ، و به قال ابن البراج .

و قال ابن ادريس : معنى انه اذا قال لغيره اشتر حيواناً بشركتى المراد به انقد عني نصف الثمن او ما يختاره و يجعله قرضاً عليه ، و الا فما يصح الشركة الا هكذا قال : فاما قول شيخنا (رحمه الله) - فان اشترط عليه ان يكون له الربح ان ربح و ليس عليه من الخسران شىء كان على ما اشترط عليه - فليس بواضح و لا يستقيم ، لانه مخالف لاصول المذهب ، لان الخسران على رؤس الاموال بغير خلاف ، و اذا شرط انه على واحد من الشريكين كان هذا الشرط مخالفاً للكتاب و السنة ، لان السنة جعلت الخسران على رؤوس الاموال انتهى .

و قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه : و ما ذكره ابن ادريس فى تفسير قول الانسان لغيره اشتر حيواناً فاشركنى ليس بصحيح ، لان الامر بالشراء عنه ليس امراً بنقد الثمن عنه ، و الشركة يتحقق بالعقد اذا أوقعه المشتري عنه و عن الامر بالنيابة ، لا بالامر بنقد الثمن ، و أما نسبة قول الشيخ الى عدم الوضوح و عدم الاستقامة - وانه مخالف لاصول المذهب و ان هذا الشرط يخالف الكتاب و السنة فليس بجيد لان الشيخ (رحمه الله) عول فى ذلك على الكتاب و السنة و العقل ، أما الكتاب فقوله تعالى (١) « الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » و التراض انما وقع على ما اتفقا عليه فلا يجوز لهما المخالفة و قوله تعالى (٢) « أو فوا بالعقود » والعقد انما وقع على هذا فيجب الوفاء به ، واما السنة فقوله عليه السلام (٣) « المؤمنون عند شروطهم » و مرواه رفاعه (٤) فى الصحيح « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل شارك فى جارية له قال : ان ربحنا فيها فلك نصف

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٢) سورة المائدة الآية ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٧١ و ٨١ .

الربح و ان كان وضیعة فليس عليك شيء فقال : لا أرى بهذا بأساً اذا طسابت نفس صاحب الجارية » و أما العقل فلان الاصل الجواز ، و قوله ان الخسران على قدر رأس المال ، قلنا متى ، مع الشرط لغيره أو بدونه، وبالجمله فقول الشيخ هو المعتمد. انتهى .

وهو جيد ومما يدل على ذلك - زيادة على الصحیحة المذكورة. مارواه الشيخ عن ابی الربیع (١) عن أبی عبد الله (عليه السلام) في رجل شارك رجلاً في جارية فقال له : ان ربحت فلك وان وضعت فليس عليك شيء ؟ فقال : لا بأس بذلك اذا كانت الجارية للفائل . و أما مارواه الشيخ والصدوق عن اسحاق بن عمار (٢) في الموثق « قال : قلت لابی ابراهيم (عليه السلام) : الرجل يدل الرجل على السلعة ، فيقول : اشتريها ولي نصفها ، فيشتريها الرجل وينقد من ماله ، قال : له نصف الربح ، قلت : فان وضع يلحقه من الوضیعة شيء ؟ فقال : نعم عليه الوضیعة : كما اخذ من الربح » فهو ظاهر في عدم الشرط ، فلا ينافي ما تقدم . و يمكن الجمع بين كلامی الشيخ وابن ادريس بأن مبني كلام ابن ادريس على الاشتراك في الثمن كما ناول به عبارة الشيخ ، وان كان تأويله بعيداً وحينئذ فيكون الربح والوضیعة تابعة لرأس المال ، ومبني كلام الشيخ انما هو على الاشتراك في الشراء دون المشاركة في المال .

و حينئذ فلا يرد على ابن ادريس الاستدلال بصحیحة رفاعه ، فانها ظاهرة في كون الشراكة انما هو في عقد الشراء لا في المال الذي اشترى به ، الا أنه يمكن أن يقال أنه وان كان الامر كذلك من أن الشراكة في رأس المال تقتضي كون الربح والخسران تابعين لرأس المال ، لكن مع الشرط يكون الامر على ما وقع عليه الشرط ، وان خالف القاعدة المذكورة ، فان الشروط في جميع العقود كلها من هذا القبيل بمنزلة

(١) التهذيب ج ٧ ص ٧١ و ٨١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ .

الاستثناء مما يقتضيه أصل العقد .

وبالجملة فالظاهر هو ماذهب اليه الشيخ (رحمه الله) ومنه يظهر ضعف ماذهب اليه ابن ادریس (رحمه الله) و ان تبعه فيه شيخنا الشهيد الثاني فى المسالك كما عرفت والله العالم .

المسألة السادسة - قد ذكروا فى شراء الممالك جملة من الاحكام استجاباً وكراهة منها أنه يجوز له النظر الى وجه المملوكة - اذا اراد شرائها - ومحاسنها والمراد بها مواضع الحسن منها والزينة كالكفين والرجلين والشعر، قالو ولا يشترط فى ذلك اذن المولى، ولا يجوز الزيادة على ذلك الا باذنه فيكون تحليلاً يتبع ما دل عليه اللفظ حتى العورة، وكذا يجوز له مس مايجوز النظر اليه مع الاذن، وتقل عن العلامة فى التذكرة جواز النظر الى مادون العورة مع عدم الاذن، ورده جملة ممن تأخر عنه بالبعد .

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بذلك ما رواه الشيخ و الصدوق عن أبى بصير (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يعترض الامة ليشتريها ؟ قال : لا بأس بأن ينظر الى محاسنها و يعسها ما لم ينظر الا ما لا ينبغى له النظر اليه » .

و ما رواه فى التهذيب عن حبيب بن معلى الخثعمي (٢) « قال : قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) انى اعترضت جوارى بالمدينة فأمديت ؟ فقال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس ، و أما من لا يريد أن يشتري فانى أكرمه » .

و عن عمران بن الحارث الجعفرى (٣) « عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : لا أحب للرجل أن يقلب جارية الا جارية يريد شراءها » :

و ما رواه الثقة الجليل عبد الله بن جعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان (٤) عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٧٥ الفقيه ج ٤ ص ١٢ .

(٢) (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان الرقم - ٤ .

«أنه كان اذا أراد ان يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر اليها» و في هذه الرواية دلالة على جواز النظر الى الساق زيادة على ما ذكره الاصحاب و يمكن أن يستفاد من رواية الجعفرى صحة ما نقل عن العلامة من جواز النظر الى ما عدا العورة اذا دعت الحاجة الى ذلك و يمكن أن يحمل على ذلك قوله في رواية ابى بصير « ما لم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه » بالحمل على العورة ، و يكون ذكر المحاسن فيها انما خرج مخرج التمثيل ، و يخرج رواية قرب الاسناد شاهدة على ذلك و بالجملة فان ما نقل عن التذكرة غير بعيد ، و ان ردوه بالبعد .

و منها انه يستحب لمن يشتري مملوكاً ان يغير اسمه ، و أن يطعمه شيئاً من الحلو و ان يتصدق عنه بشيء ، و انه يكره ان يرى المملوك ثمنه في الميزان كل ذلك للاخبار .

و منها ما رواه في الكافي و التهذيب عن زرارة (١) « قال كنت جالساً عند ابى عبدالله (عليه السلام) فدخل عليه رجل و معه ابن له ، فقال له ابو عبدالله (عليه السلام) : ما تجارة ابنك ؟ فقال الشخص فقال له ابو عبدالله (عليه السلام) لا تشتري شيئاً ولا عيباً ، و اذا اشتريت رأساً فلا تزين ثمنه في كفة الميزان ، فما من رأس رأى ثمنه في كفة الميزان فأطرح ، و اذا اشتريت رأساً فغير اسمه و اطعمه شيئاً حلواً اذا ملكته و تصدق عنه بأربعة دراهم » .

و عن محمد بن ميسر (٢) عن أبيه عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال : من نظر الى ثمنه و هو يوزن لم يفلح » و ظاهر الخبرين المذكورين أن الكراهة مترتبة على رؤية الثمن في الميزان ، و حينئذ فلا يكره في غيره ، و ربما قيل أنه انما جرى على المتعارف من وضع الثمن فيه ، فلو رآه في غيره كره أيضاً فيكون المراد انما هو الكناية عن عدم رؤيته مطلقاً ، و يؤيده أن وزن الدراهم في الميزان قليل و به

يظهر ضعف تنظره فى المسالك فى هذا القول .

و منها كراهة وطىء من ولدت من الزنا بالملك و العقد ، قال المحقق الاردبىلى (قدس سره) بعد ذكر المصنف الحكم المذكور : قد نهى عنه فى الاخبار المعبرة المحمولة على الكراهة . لعموم أدلة جواز النكاح و الوطىء ، و كانه لعدم القائل بالتحريم .

أقول : قد نقل القول بالتحريم هنا فى المسالك عن ابن ادریس بناء على أن ولد الزنا كافر ، و أنوطأ الكافر محرم ، ثم رده بان مقدمتين ممنوعتان و انت خبير بما قد مناه فى كتاب الطهارة من التحقيق فى أحوال ابن الزنا أن له حالة ثالثة غير حال المسلمين و الكفار فى النكاح وغيره و الاخبار قد صرحت هنا بالجواز على كراهية .

و منها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد الزنا هل عليه جناح أن يطأها ؟ قال : لا و ان تنزه عن ذلك فهو أحب الي » و نحوها غيرها .

و منها التفرقة بين الاطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهم فقبل بالكراهة و قيل بالتحريم ، و القولان للشيخ فى النهاية ، فقال : فى باب ابتياع الحيوان لا يجوز ، و قال فى باب العتق أنه مكروه ، و الى القول بالتحريم ذهب الشيخ المفيد و ابن البراج و سلا ر و ابن الجنيد ، و نقل عن العلامة فى التذكرة دعياً أنه المشهور و هو اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة ، و الى القول بالكراهة ذهب المحقق فى كتابيه و العلامة فى المختلف و الارشاد و ابن ادریس و الشهيد فى اللمعة وغيرهم . احتج القائلون بالكراهة بما ورد من (١) « ان الناس مسلطون على اموالهم » و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بالمقام زيادة على الخبر المذكور ما رواه

المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم عن معاوية بن عمار (١) في الصحيح « قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أتى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بسبي من اليمن، فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي (صلى الله عليه وآله) سمع بكاءها، فقال: ما هذه البكاء؟ فقالوا يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) احتجنا إلى نفقة فبعنا ابنتها فبعث بثمانها فأتى بها، وقال: بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً » .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن سماعة (٢) في الموثق « قال: سأله أخوين مملوكين هل يفرق بينهما؟ وعن المرأة وولدها، قال: لا هو حرام إلا أن يريدوا ذلك » و رواه في الفقيه « قال: سألت سماعة أبا عبد الله (عليه السلام) عن أخوين مملوكين الحديث .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن هشام بن الحكم (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال أنه اشترى له جارية من الكوفة قال: فذهبت تقوم في بعض الحاجة، فقالت: يا أمها فقال لها أبو عبد الله (عليه السلام): ألك أم؟ قالت: نعم فأمر بها فردت، و قال: ما آمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره » .

و ما رواه في الكافي عن عمر بن أبي نصر (٤) « قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الجارية الصغيرة يشتريها الرجل؟ فقال: إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي سنان (٥) في الصحيح. فان الظاهر أن ابن

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٨ التهذيب ج ٧ ص ٧٣ الفقيه ج ٣ ص ١٣٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ التهذيب ج ٧ ص ٧٣ .

(٤) (٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ .

سنان هو عبدالله - عن أبى عبدالله (عليه السلام) « أنه قال فى الرجل يشتري الغلام والجارية و له اخ أو أخت أو أب او ام بمصر من الامصار ؟ قال : لا يخرجها الى مصر آخر ان كان صغيراً و لا يشتريه فان كانت له أم قطابت نفسها و نفسه فاشتره ان شئت » .

و ما رواه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك (١) عن ابى ايوب عن النبي (صلى الله عليه وآله) « قال : من فرق بين والدته وولدها ، فرق بينه وبين أحبته » اقول : وهذه الرواية لم اقف عليها فى كتب اخبارنا و لا يبعد انها من طريق العامة الا ان صحيحة هشام المذكورة ظاهرة فيما دلت عليه .

و فى كتاب الفقه الرضوى (٢) « و روى فى الجارية الصغيرة تشتري ويفرق بينها و بين امها ؟ فقال : ان كانت قد استغنت عنها فلا بأس » .

هذه جملة ما حضرني من أخبار المسألة ، و دلالتها على التحريم ظاهرة ، سيما صحيحة معاوية حيث أمر (صلى الله عليه و آله) برد الجارية المباعة ، والامر للوجوب كما تقرر فى محله ، و ظاهرها بطلان البيع ، حيث استرجع المبيع برد الثمن من غير رضا المشتري كما هو ظاهر الخبر ، و قوله فى موثقة سماعة « هو حرام الا ان يريدوا ذلك » .

و بالجملة فان ظاهر الاخبار هو التحريم و البطلان و بذلك اعترف فى الدروس أيضاً (٣) .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٦ عن عوالى اللثالى .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٦ .

(٣) قال فى الدروس : اختلفوا فى التفريق بين الاطفال و امهاتهم الى سبع سنين ، و قيل : الى مدة الرضاع ، فى رواية سماعة يحرم الا برضاهم و اطلق المفيد و الشيخ فى الخلاف المبسوط التحريم و فساد البيع -

تنبيهات

الاول - قد عرفت ان الاصحاب خصوا الحكم بالاطفال ، و فرعوا عليه ايضا الخلاف فى الغاية التى يزول معها التحريم أو الكراهة ، هل هي مدة سبع سنين ، أو أن يستغنى عن الرضاع ؟ وهو مشكل ، اذ لم نقف له على مستند ، وبذلك اعترف فى المسالك أيضاً ، و ذكر جماعة من المتأخرين أنه مترتب على الخلاف فى الحضانة الانى فى كتاب النكاح انشاء الله تعالى وهو أشكل لاختلاف الاخبار (١) و الاقوال فى ذلك أيضاً .

— وهو ظاهر الاخبار ، و طرد الحكم فى أم الام و ابن الجنيد طرد فى من يقوم مقام الام فى الشفقة ، و أفسد البيع فى السبايا و كره ذلك فى غيرهم و الحليون على كراهية التفرقة و تخصيص ذلك بالام وهو فتوى الشيخ فى العتق من النهاية انتهى منه رحمه الله .

(١) فى بعض الاخبار * ان الولد للاب وله ان يعطيه لمن شاء يرضعه الا يطلب الام ذلك ، فترضى بما يرضى به غيرها فهى أحق مالم يفطم ، و فى بعض أن الام أحق بالولد الى سبع سنين ، و فى بعض آخر الى ان يتزوج ، و فى بعض آخر انه مادام فى الرضاع فهو بين الابوين ، فاذا فطم فالاب احق به من الام فاذا مات الاب فالام احق به من العصبة ، وفى بعضها انه ليس للوصى ان يخرج من حجر الام حتى يدرك ويدفع اليه ماله و الشيخ قد جمع بينها بأن الام احق قبل الفطام واذا ارضعت بما يرضع —

و أنت خبير بأن ظاهر الروايات المذكورة عدم الاختصاص بالأطفال بل ظاهر جملة منها إنما هو الكبار ، كما يعطيه ظاهر صحيحة معاوية بن عمار من بيع الجارية لنفقة العسكر ، و من الظاهر الغالب أن قيمة الطفل لا يفي بذلك ، و أظهر منها صحيحة هشام بن الحكم ، و قوله فيها « ان الجارية ذهبت تقوم في بعض حوائجها ، » وهو أيضاً ظاهر موثقة سماعة و ان الولد فيها أعم من الصغير و الكبير ، بل الظاهر إنما هو كونه كبيراً لقوله « الا ان يريدوا ذلك » فان الارادة لا تحصل من الرضيع . وكذلك قوله في صحيحة ابن سنان « و ان كانت له ام فطابت نفسها و نفسه ، فاشتره » فان طيب النفس لا يتم في الرضيع و هذا كله بحمد الله سبحانه ظاهر لا ريب فيه .

الثاني - انه على تقدير القول بالتحريم هل يحكم ببطلان البيع ايضاً أم لا؟ و جهان بل قولان - يلتفتان الى ان النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد و لرجوعه الى وصف خارج عن ذات المبيع ، فيكون كالبيع وقت النداء ، و على هذا فيصح البيع و ان اثم ، و الى ان المفهوم من صحيحتي معاوية و هشام من حيث اشتمالهما على الرد من غير رضى المتبايعين هو البطلان ، و الظاهر ان الوجه فيه هو ان تحريم التفرقة أخرجها عن صلاحية المعاوضة ، و هو الاظهر ، وفاقاً لجملة من الاصحاب .

— الغير فهي احق ، و انها احق بالانثى ما لم تتزوج ، و جمع جملة من الاصحاب بينها بحمل رواية السبع على الانثى ، و الحولين على الذكر ، لمناسبة الحكمة في احتياج الانثى الى تربية الامزبادة على الذكر ، قال في المسالك و هذا هو الاجود ، ثم قال و حيث كان ذلك في حكم الحرية فليكن في الامة كذلك لان حقها لا يزيد على الحرية ، و لان ذلك هو الحق المقرر لسلام في كون الولد معها في نظر الشارع انتهى - منه رحمه الله .

الثالث أنه هل يختص النهى عن التفرقة بالولد مع الام ، أم يضم الارحام المشاركة في الشفقة والاستيناس . كالاخت والعمة والخالة ؟ قولان ، استجود شيخنا الشهيد الثاني في الروضة والمسالك الثاني ، واستقرب العلامة في التذكرة الاول ، وظاهره موثقة سماعة وصحيحة ابن سنان يؤيد الثاني ، الا أن ظاهرهم تخصيص التعدية الى ماشارك الام في الشفقة من الاناث خاصة ، وظاهر الروايتين المذكورتين التعدى الى الذكور أيضاً فالتخصيص المذكور خروج عن النص .

والاظهر الوقوف على مادلتي عليه النصوص من الام والاخت والاب اقتصاراً فيما خرج عن الاصل على موضع النص ، ولأن ما زاد لا يخرج عن القياس .

الرابع أنه هل يلحق بالبيع غيره ؟ قال في المسالك : الظاهر عدم الفرق بين البيع وغيره ، وان كان في بعض الاخبار ذكر البيع لايمائها الى العلة الموجودة في غيره ، فيتعدى الى كل ناقل للعين حتى القسمة والاجارة الموجبة للفرقة ، وحيث كانت علة المنع الفرقة فلولم يستلزمها . كما لو باع أحدهما وشرط استخدامه مدة المنع أو على من لا يحصل معه التفريق بينهما . لم يحرم ، مع احتماله في الثاني اذا لم يكن الاجتماع لازماً له شرعاً . انتهى .

واورد عليه (١) بانه وان كان محتملاً من جهة ظهور العلة المفهومة فيمكن ذلك ، ولكن يشكل ذلك من جهة كونه قياساً مع عدم المنصوصية في العلة . انتهى . وهو جيد على أنه قد تقدم ما في منصوص العلة من البحث في صدر جلد الطهارة من هذا الكتاب (٢) وبالجمله فان الاظهر الاقتصار في ذلك على البيع كما هو مورد الاخبار ، اقتصاراً فيما خالف الاصل على مورد النص ، والنصوص المتقدمة كلها انما تضمنت البيع والشراء ، وليس فيها ما تضمن مجرد التفرقة الا موثقة سماعة ،

(١) وهو المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد - منه رحمه الله .

(٢) ج ١ ص ٦٣ .

فيجب حملها على ما عداها من النصوص المذكورة ، حمل المطلق على المقيد ، وبه يظهر أن التعدية قياس محض والله العالم .

الخامس - قال في المسالك : وموضع الخلاف بعد سقيا الأم اللبن ، أما قبله فلا يجوز قطعاً ، لما فيه من التسبب الى اهلاك الولد ، فانه لا يعيش بدونه ، صرح به جماعة . انتهى .

وفيه تأمل لانارأينا كثيراً من الاطفال قد عاش بدون ذلك ، بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولادة ، وربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض ونحوه بعد الولادة مدة ، وانما يرضع من حليب غيرها ، بل قيل : انه لا يوجد اللبن في كثير من النساء وينحو ما قلنا صرح المحقق الاردبيلي قدس سره في شرح الارشاد أيضاً .

السادس - قال في المسالك : ولا يتعدى الحكم الى البهيمة اقتصاراً بالمنع على موضع النص ، فيجوز التفرقة بينها وبين ولدها بعد استغنائه عن اللبن ، وقبله ان كان مما يقع عليه الزكاة أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه انتهى .

المسألة السابعة - لا خلاف بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) في أنه يجب استبراء الأمة على البايع قبل البيع اذا وطأها ، وكذا المشتري ويسقط الاستبراء عن المشتري لو أخبره البايع بالاستبراء وكان ثقة او كانت لامرأة ، او كانت بائنة أو صغيرة أو حاملاً أو حائضاً .

و تفصيل هذه الجملة يقع في موارد: الاول - لا يخفى أن الاستبراء عبارة عن طلب برائة الرحم من الحمل ، فانه اذا صبر عليها المدة المضروبة لذلك حسبما يأتي ذكره في الاخبار تبين به حملها أو عدمه ، والحكمة فيه عدم اختلاط الانساب و المشهور بين الاصحاب - وبه صرح الشيخ و تبعه الاصحاب - انه لا فرق في ذلك بين البيع و غيره من الوجوه الناقلة للملك ، وكذا القول في الشراء فيجب الاستبراء بكل ملك زابل و حادث ، و يخالف في ذلك ابن ادريس فخصه بالبيع ، دون غيره من الوجوه المشار اليها ، قال العلامة (قدس سره) في المختلف : قال الشيخ

في الخلاف: : اذا ملك أمة بابتياح أو هبة أو ارث أو استغنام لم يجزله و طؤها الا بعد الاستبراء .

و قال ابن ادريس : لا يجب فسى غير البيع ، لان الذى رواه اصحابنا فسى تصانيفهم الخالية من فروع المخالفين وبياناتهم و نطقت به أخبار الأئمة (عليهم السلام) أن الاستبراء لا يجب الا على البائع و المشتري ، ولم يذكروا غيرهما ، و الاصل براءة الذمة ، و التمسك بقوله تعالى (١) « و ما ملكت أيمانكم » وهذه ملك يمين و الحق ما قاله الشيخ ، لنا أن المقتضى لوجوب الاستبراء فى صورة البيع ثابت فى غيره ، و هو العلم باستفراغ رحمها ، و الاختلاط على الانساب ، و الحفاظ من اختلاطها ، و أى فرق بين قوله بعنك ، و قوله و هبتك ، بحيث يوجب الاول الاستبراء دون الثانى ، و لا يخفى ذلك على محصل ، وأسند النقل الى كتاب الخلاف و نسبه الى أنه من فروع المخالفين ، و لعله لم يقف فى النهاية على باب السراى و ملك الايمان ، فان الشيخ نص فيه على ذلك أيضا ، بل هو نفسه قال فى هذا الباب متى ملك الرجل جارية بأحد وجوه التملكات من بيع أو هبة أو سبى أو غير ذلك لم يجز له و طؤها فى قبلها الا بعد أن يستبرأ ها ، فلعلمه بعد ذلك وقف على شىء لم يقف عليه من الاول حتى خرج كونه من فروع المخالفين ، و بالجمله فهذا الرجل يخط و لا يبالى أين يذهب ، و يتجرى على شيخنا (قدس سره) بما لا يجوز انتهى و هو جيد .

و يؤيده ما رواه الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن صالح (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال : نادى منادى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى الناس يوم أو طامس : أن استبرؤا سباياكم بحیضة » الا أنها خاصة بالاسترقاق ، و ظاهر صاحب

(١) سورة النساء الآية - ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٦ .

الكفاية التوقف هنا ، و الميل الى ماذهب اليه ابن ادريس ، وقال المحقق الأردبيلي (قدس سره) : الظاهر الحاق الامور الناقلة للامة و المبيحة للفرج بالبيع والشراء في وجوب الاستبراء ، و تحريم الوطء لظهور العلة مع احتمال الخصوص و هو بعيد ، خصوصاً من جانب الممتلك ، فان المقصود لم يتم الا بذلك انتهى .

الثاني الاستبراء يقع بخمسة و أربعين يوماً ان لم تحض ، و الا فحيضة ، و وجوب الاستبراء على البائع و من في حكمه مشروط بأن يطأها و ان عزل ، و أما المشتري و من في حكمه فانما يجب عليه الاستبراء مع علمه بوطء السابق ، أوجهه الحال ، فلو علم الانتفاء لم يجب لانتفاء الفائدة ، وللنص .

وأمّا مايدل على وجوب الاستبراء على البائع والمشتري وكذا على جملة من هذه الاحكام فجمله من الاخبار ، منها خبر الحسن بن صالح المتقدم ، و ما رواه في الكافي . عن سماعة (١) في الموثق قال سألته ، عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيسبرىء رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة ؟ قال : لا بل تكفيه هذه الحيضة ، فان استبرأها بأخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل .

وعن ربيع بن القاسم (٢) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية التي لم تبلغ الحيض (٣) وتخاف عليها الحمل ، فقال : يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمس وأربعين ليلة ، والذي يشتريها بخمس وأربعين ليلة .

وما رواه الشيخ عن عبد الرحمن ابن ابي عبد الله (٤) عن ابي عبد الله (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٠ .

(٣) قوله لم تبلغ الحيض اي انها بلغت ، لكنها لم تحض والا فلامعنى لكونها ما تخوف عليها الحمل ولو لم يبلغ بالكلية - منه رحمه الله .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ .

في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها قال : خمس وأربعون ليلة » أقول الظاهر أن المراد بهذه الرواية هي من كانت في سن من تحيض ولم تحض بالكلية أو أنها حاضت ثم انقطع عنها الحيض ، وهي في سن من تحيض ، لم أعرفت آنفاً من عدم العدة على الصغيرة والبالغة .

ويدل أيضاً ما رواه هذا الراوي بعينه (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض ، وإذا قعدت من المحيض ما عدتها ؟ وما يحل للرجل من الأمة حتى يستبرأها قبل أن تحيض ؟ قال : إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلاة لها والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر » ونحوها غيرها مما سيأتي ان شاء الله تعالى .

وعن منصور بن حازم (٢) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عدة الأمة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها فقال : خمس وأربعون ليلة » . وما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن عن حفص البخري (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول : اني لم أطأها فقال : ان وثق به فلا بأس بأن يأتيها ، وقال في رجل يبيع الأمة من رجل فقال : عليه أن يستبرأ من قبل أن يبيع » .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (٤) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : في رجل ابتاع جارية لم تطمت ، قال : ان كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة ، فليطأها ان شاء ، وان كانت قد بلغت ولم تطمت فان عليها العدة ، قال : وسألته عن رجل اشترى جارية وهي حايض قال : اذا طهرت فليمسها ان شاء »

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ .

(٢) (٣) (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧١ .

ورواه الكليني في الصحيح أو الحسن مثله ، وعن ابن أبي يعفور (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : في الجارية التي لم تطمئ ولم تبلغ الحمل اذا اشتراها الرجل ، قال : ليس عليها عدة يقع عليها الحديث .

ومارواه في الكافي عن عبدالله بن عمر (٢) قال : قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) اولابي جعفر (عليه السلام) الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد يشئت من المحيض قال فقال لا بأس ان لا يستبرئها « ومارواه الصدوق مرسل (٣) قال : قال ابو جعفر (عليه السلام) : اذا اشترى الرجل جارية وهي لم تدرك أو قد يشئت من المحيض فلا بأس بأن لا يستبرأها .

و ما رواه الشيخ عن عمار (٤) في الموثق « قال : قال أبو عبدالله (عليه السلام) الاستبراء على الذي يريد أن يبيع الجارية واجب ان كان يطأها ، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً قلت : فيحل له أن يأتيها دون فرجها ؟ قال : نعم قبل أن يستبرأها .

مركز تحقيق كتب التراث

و ما رواه في كتاب عيون اخبار الرضا عن محمد بن اسماعيل بن بزيع (٥) عن الرضا عليه السلام « في حد الجارية الصغيرة السن الذي اذا لم تبلغه لم يكن على الرجل استبراؤها ؟ قال اذا لم تبلغ استبرئت بشهر ، قلت : وان كانت ابنته سبع سنين و نحوها مما لا تحمل ، فقال : هي صغيرة ولا يضرك أن لا تستبرئها ، قلت :

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ (٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٧ .

(٥) الوسائل الباب ٣ من ابواب نكاح العبد .

ما بينها وبين تسع سنين؟ فقال: نعم تسع سنين.

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن سعد بن سعد الأشعري (١) عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) « قال : سألته عن رجل يبيع جارية كان يعزل عنها هل عليه منها استبراء؟ قال: نعم، وعن أدنى ما يجزى من الاستبراء للمشتري والبايع؟ قال : أهل المدينة يقولون حيضة ، وكان جعفر (عليه السلام) يقول : حيضتان ، وسألته عن أدنى استبراء البكر فقال : أهل المدينة يقولون حيضة ، وكان جعفر (عليه السلام) يقول : حيضتان » و نحوها في الاستبراء بحیضتين صحيحة محمد ابن اسماعيل بن بزيع الآتية في مسألة اخبار البايع بالاستبراء

و ما رواه في الكافي عن سماعة (٢) في الموثق « قال : سألته عن رجل اشترط جارية ولم يكن لها زوج أيسبرى رجمها؟ قال : نعم ، قلت فان كانت لم تحض؟ قال : أمرها شديد وان هو أنها فلا ينزل الماء حتى يستبين أحبلى هي أم لا، قلت: و في كم تستبين له؟ قال : في خمسة وأربعين يوماً » و عن الحبلی (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في رجل اشترى جارية لم يكن صاحبها يطؤها أيسبرى رجمها؟ قال : نعم ، قلت : جارية لم تحض كيف يصنع بها؟ قال: أمرها شديد غير أنه ان أنها فلا ينزل عليها حتى يستبين له ان كان بها حبل قلت: و في كم يستبين له؟ قال : في خمس وأربعين ليلة » الى غير ذلك من الاخبار المتعلقة بهذا المقام و سيأتى أيضا نحوها .

و الكلام فيها يقع في مواضع ، أحدها ما دلت عليه جملة منها من وجوب الاستبراء على البايع و المشتري ، مما لا خلاف فيه فيما أعلم و لا اشكال والمعتبر في الاستبراء عندهم هو ترك الوطء في القبل و الدبر ، و احتمال بعض المحققين تخصيص الوطء بالقبل ، و لا يخلو من قرب ، فانه هو المتبادر من الاخبار بحمل

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ .

(٢) (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ .

مطلقها على مقيدها ، ولانه هو المناسب للاستبراء بالحيض ، والحكمة في الاستبراء ، على أن اطلاق الاخبار انما يحمل على الفرد الشايع المتكرر ، وهو انما يكون بالنسبة الى القبل كما لا يخفى ، الا أن الاحتياط في الوقوف على ما ذكره الاصحاب . وكيف كان فلا يتعدى الاستبراء الى باقى وجوه الاستمتاع ، خلافاً للشيخ في المبسوط على ما نقل عنه حيث حرم الجميع على المشتري حتى يستبرأها ويرده نولها في صحيحة محمد بن اسماعيل الآتية قريباً انشاء الله (تعالى) « قلت : يحل للمشتري ملامستها ؟ قال : نعم ، ولا يقرب فرجها » وقوله عليه السلام في رواية عبدالله بن سنان الآتية انشاء الله تعالى أيضاً « ولكن يجوز ذلك فيما دون الفرج » وفي رواية عبدالله بن محمد (١) عن ابي عبدالله (عليه السلام) « قال : لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها وان صبرت فهو خير لك » .

و يؤيده أن العلة براءة الرحم وعدم اختلاط الانساب ، الا أنه لو لم يستبرئها البايع ونحوه ، فالظاهر من كلام الاصحاب انه يأثم ويصح البيع وغيره من العقود لرجوع النهي الى أمر خارج عن البيع ، والظاهر أنه لا كلام في وجوب تسليم البايع الجارية الى المشتري لو لم يستبرئها لان تركه الواجب عليه من استبرائها لا يوجب جواز حبس المال عن صاحبه .

و اما ما احتمله في المسالك - من بقاء وجوب الاستبراء قبله ولو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب - فلا يخلو من ضعف لعدم حجية مثل هذا الاستصحاب المتناقل في امثال هذه المقامات ، و اما ابقاؤها في يد البايع فلا يجب قطعاً ، لانها صارت اجنبية منه بالبيع ، ولو لم يستبرئها المشتري أثم وعزر مع العلم بالتحريم و يلحق به الولد ، لانه فراش ، و هل يسقط الاستبراء حينئذ ؟ اشكال ، ينشأ من انتفاء الفائدة فيه و الحكمة المطلوبة في المقام - لانه قد

اختلط الماءان ، وألحق به الولد الذي يمكن تجرده - و من اطلاق الامر بالاستبراء في المدة ، و هي باقية ، و في رواية عبدالله بن سنان (١) الآية قريبا انشاء الله تعالى « لان الذين يشتررون الاماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم ». و ثانيها - أكثر الروايات المتقدمة على الاكتفاء بالحیضة الواحدة في الاستبراء و هو المشهور في كلامهم من غير خلاف يعرف ، الا ان صحیحة سعد بن سعد الأشعري و كذا صحیحة محمد بن اسماعيل بن بزيع دلنا على الحيضتين ، و نسبة الحيضة الى علما العامة .

و الشيخ و من تبعه حملوها على الاستحباب ، و استند الشيخ في الحمل المذكور الى موثقة سماعة المتقدمة ، و قوله (عليه السلام) فيها « فان استبرأها باخرى فلا بأس ، هي بمنزلة فضل » و هو جيد ، و لو لا اتفاق الاصحاب على الحكم المذكور و تظافر الاخبار به لامكن حمل أخبار الحيضة على التقية كما يشعر به ظاهر الصحيحتين المذكورتين ، و الاحتياط يقتضي العمل بهما .

و ثالثها - ما دلت عليه الاخبار المتقدمة - من أنه مع عدم الحيض فالاستبراء بخمسة و اربعين يوماً - هو المشهور بين الاصحاب ، و نقل في المختلف عن الشيخ المفيد أن الاستبراء بثلاثة أشهر ولم تقف على مستنده

و رابعها ما دل عليه موثق سماعة المتقدم - ونحوه صحيح الحلبي المتقدم الاكتفاء باتمام الحيضة عند انتقالها اليه حايضا - هو المشهور بين الاصحاب ، و نقل عن ابن ادریس عدم الاكتفاء بذلك و هو مردود بالاخبار المذكورة .

و خامسها - ما تضمنه صحيح الحلبي و نحوه غيره - كرواية ابن ابي يعفور و رواية عبدالله بن عمر و مرسله الفقيه و غيرها من جواز وطئ الصغيرة - لا يخلو من

الاشكال ، لظاهر الاتفاق نصاً و فتوى على أنه لا يجوز الوطء قبل بلوغها ، فان المراد من الصغيرة عند الاطلاق هي من لم يبلغ سنها تسع سنين الذي هو سن البلوغ ، و لا يمكن الحمل على من تجاوز سنها التسع و لم تحض بناء على الغالب لان قوله في الصحيحة المذكورة « و ان كانت قد بلغت و لم تطمت » ما ينافي ذلك و يمكن توجيه الروايات المشار اليها و ان بعد بانه لا بأس من حيث عدم الاستبراء و ان وجد البأس من جهة أخرى ، و يحتمل أن يكون المراد أنها كانت صغيرة عند البايع ، فلو وطأها البايع - و ان فعل محرماً - كان في حال عدم البلوغ و أنها بلغت عند المشتري قبل الاستبراء فلا بأس حينئذ بأن يطأها المشتري بدون الاستبراء لعدم امكان حملها من البايع ، حيث أنها لم تكن بالغة يومئذ ، و كونها بالغة عند وطئ المشتري ، وينبغي ان يحمل على ذلك كلام الاصحاب أيضاً، حيث أنهم جعلوا من مسقطات الاستبراء ما اذا اشتراها صغيرة ، حيث أنه مؤذن بجواز الوطئ من غير استبراء ، ولم أر من نبه لما نبهنا عليه سوى المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد ، وقد سبق لنا لهذا الاشكال في حواشينا على الوافي قبل تصنيف هذا الكتاب بما ذكرناه هنا، وقد وفق الله سبحانه للوقوف على كلام المحقق المذكور مؤيداً لما ذكرناه ، حيث قال - بعد نقل صحيحة الحلبي ورواية ابن ابي يعفور دليلاً لما ذكره الاصحاب من عدم وجوب الاستبراء على الصغيرة - ما لفظه: وفيه تأمل لانه يفهم منه تجويز الوقوع على غير البالغ ، مع انه حرام قبل البلوغ عندهم ، أو البالغ التي لم يتخوف عليها الحبل لصغرها من غير استبراء ، و هو جائز، ففعل المراد عدم التحريم من جهة الاستبراء ، أو الوقوع بعد البلوغ انتهى .

والاحتمال الثاني الذي ذكره وانه تم في بعض الروايات المشار اليها ، الا أنه لا يتم في صحيحة الحلبي لما ذكرناه من مقابلة الصغيرة بالبالغة ، فانه ظاهر في أن المراد بها قبل البلوغ .

وسادسها - ما تضمنه موثق سماعة وصحيح الحلبي بالنسبة الى الجارية التي

لم تحض ، من أن أمرها شديد - وأنه ان أتاها فلا ينزل حتى يستبين له حالها من كونها حبلى أم لا - لا يخلو من الاشكال ، فان قوله « لم تحض » اما أن يراد به الكناية عن كونها صغيرة لم تبلغ ، وحيث قد بلغ ، فالحكم بجواز اتيانها وان كان مع عدم الانزال خلاف الاخبار و كلام الاصحاب الصريح في عدم جواز الوطء في الصورة المذكورة ، وان أريد بها البالغة وان لم تحض بالفعل فوجوب الاستبراء فيها مما اتفقت عليه الاخبار ، وكلمة الاصحاب أيضاً ، فجواز جماعها على كل من الوجهين لا وجه له .

قال شيخنا المجلسي عطر الله مرقده في حواشيه على كتب الاخبار في خبر سماعة: يمكن حمله على أن عدم الانزال كناية عن عدم الوطء في الفرج ، و شدة أمرها باعتبار عسر الصبر في هذه المدة ، وهو مؤيد لما ذهب اليه الاصحاب من جواز الاستمتاع بها فيما دون الفرج ، و ذهب جماعة الى المنع من الاستمتاع بها مطلقا . انتهى و لا يخفى بعده .

و قال والده في حواشيه على هذا الخبر ايضا: قوله (عليه السلام) « أمرها شديد » أي في الاستبراء وعدم الوطء او ترك الانزال ، قوله « فان أتاها » وان كان حراماً ، أو يحتمل على تقدير الاخبار او كان ذلك على جهة الاستحباب ، أو يحتمل الاتيان على غير الفرج ، أي الدبر و ترك الانزال ، لا مكان الحمل بوطء الدبر انتهى وهو كسابقه .

أقول وقد روى ثقة الاسلام في الكافي عن أبي بصير - (١) وهو ليث المرادي في حديث - « انه قال لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية الصغيرة التي لم تطمث وليست بعذراء أيستبرئها ؟ قال: أمرها شديد اذا كان مثلها تعلق ، فليستبرئها » ورواه الشيخ في الصحيح مثله ، والظاهر من هذا الخبر انه اشترى الجارية بعد اقتضاها وزوال بكارتها ، ولكن في ظنه انها لم تبلغ سيما مع عدم طمثها ، فقال

(عليه السلام) : ان هذه باعتبار عدم معلومية البلوغ وعدمه محل إشكال ، وامرها شديد ، سيما اذا كان مثلها ومن هو في قدر جثتها وصورتها يحصل له الحمل ، فالواجب استبراؤها اذا كانت بهذه الكيفية ، وحينئذ فيمكن حمل الخبرين المشار اليهما على من كانت كذلك ، وقوله فيهما جارية « لم تحض » اى لم يعلم بلوغها بالحض ، ولكنها محتملة للبلوغ وعدمه بالسن ، فأجاب (عليه السلام) بأن هذه من حيث احتمال البلوغ وعدمه امرها شديد ، الا انه حيث كان الاصل عدم البلوغ حتى يتحقق ، فلا بأس لوجامعها ، لكن الاحتياط في العزل عنها حتى يستبرئها ، وفي خبر ابي بصير انما امر بالاستبراء من حيث ان مثلها تعلق ، فهو قرينة على احتمال البلوغ ، ومرجع له وبعضه ما تقدم في رواية منصور بن حازم من قوله « سألت عن عدة الامة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها ؟ فقال : خمسة واربعون ليلة » ، و نحوها رواية ربيع بن القاسم ، فانهما ظاهرتان في عدم تحقق البلوغ ، الا انهما محتملة له احتمالا قريبا حسبما ذكرناه في رواية ابي بصير المذكورة ، ونحو هذه الروايات في ذلك مفهوم صحيحة الحلبي المتقدمة .

فرعان

الاول - قال الشيخ في النهاية و الشيخ المفيد : اذا اشترى جارية و عزلها عند انسان للاستبراء كانت من مال البايع اذا هلكت في مدة الاستبراء ما لم يحدث المبتاع فيها حدثا ، فان أحدث كان تلفها منه .

وقال في المبسوط : و ان جعلت عند من يثق به جاز ، فان هلكت فان كان المشتري قبضها ثم جعلت عند عدل فمن ضمان المشتري ، لان العدل و كي له ، ولو سلمها البايع للعدل قبل قبض المشتري بطل البيع ، واختاره ابن ادريس قال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك : و لأرى بينهما تنافيا ، فان كلام النهاية قد يحمل على هذا .

أقول حمل كلام النهاية على هذا تعسف ظاهر ، فان كلامه ظاهر في ان المودع

للجارية انما هو المشتري، و مع هذا جعل هلاكها من البايع، و الحق فى المسألة انما هو ما ذكره فى المبسوط، و حمل كلامه فى النهاية على ذلك مما لا يخفى بعده. الثاني قال الشيخ فى النهاية والمفيد و ابن حمزة: النفقة مدة الاستبراء على البايع، قال فى المختلف: وليس بجيد، لانها ملك المشتري والنفقة تابعة للملك انتهى وهو جيد، ونقل عنه ايضا القول بما ذهب اليه الشيخان، قال فى الدروس: والنفقة على البايع مدة الاستبراء عند الشيخين، والفاضل تارة يقول به بشرط الوضع عند عدل، وتارة يقول النفقة على المشتري، لانها تابعة للملك. انتهى وهو ظاهر فى اضطراب فتواه (قدس سره) فى هذه المسألة.

الثالث - قد عرفت آنفا انه يسقط الاستبراء فى مواضع تقدم ذكرها اجمالا، والواجب ذكرها مفصلا وبيان القول فيها مشروحا، فمنها الصغيرة وقد تقدم ذكر الاخبار الدالة عليها وما فيها من الاشكال، والجواب عن ذلك بما رزق الله سبحانه فهمه فى هذا المجال.

ومنها اليائسة وقد تقدمت فى جملة من الاخبار المتقدمة كصحيفة عبد الرحمن ابن أبى عبدالله (١) وقوله (عليه السلام) فيها « اذا قعدت عن المحيض أولم تحض فإعادة عليها » ونحوها رواية عبد الله بن عمرو ومرسلة الصدوق، الا انه قد تقدم أيضا ما يشعر بالعدة عليها وعلى الصغيرة، مثل رواية عبد الرحمن بن أبى عبدالله (٢) « فى الجارية التى لم تحض أو قعدت عن الحيض كم عدتها؟ قال: خمسة واربعون ليلة » وحملها بعض الاصحاب على الاستحباب، و حملها الشيخ على التى يخاف عليها الحمل، وظنى أن ما قدمناه فى تأويلها أقرب، وبالجمله فان هذه الرواية على ظاهرها مخالفة للاصل و الشهرة بل الاجماع فى الصغيرة والروايات المتقدمة: مضافا الى ضعف سندها.

و منها ما لو اخبر البايع بالاستبراء مع كونه ثقة، وهو المشهور خلافا

لابن ادريس ، وتبعه فحر المحققين فى شرح القواعد فأوجبا عليها الاستبراء ، والانباء هنا لا يخلو من اختلاف .

ومنها ما تقدم فى حسنة حفص بن البخرى (١) من قوله (عليه السلام) « ان وثق به فلا بأس ان يطأها » وما تقدم فى صحبة الحلبي او حسنته « فى رجل اشترى جارية ولم يكن صاحبها يطأها يستبرى رحمها ؟ قال : نعم » وهى محمولة على عدم الوثوق به .

ومنها ما رواه الشيخ عن ابن سنان (٢) « قال : سالت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض ؟ قال : يعتزلها شهراً ان كانت قديشت ، قلت : افرأيت ان ابتاعها وهى طاهرة وزعم صاحبها انه لم يطأها منذ طهرت ؟ قال : ان كان عندك أميناً فمسها ، فقال : ان ذا الامر شديد فان كنت لا بدفاعاً فتحفظ لا تنزل عليها ، » وظاهر هذا الخبر لا يخلو من الاشكال ، وخملى بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) على كونه أميناً بحسب الظاهر ، وما تقدم فى رواية حفص على كونه ثقة بحسب المعاشرة ، ولا بأس به ، واما الامر باعتزالها شهراً فلم يحمول على من تحيض فى كل شهر ، كذا ذكره بعض المحققين (٣) وفيه ان الرواية صريحة فى انها لم تحض فكيف تحمل على من تحيض فى كل شهر .

ومنها ما رواه الشيخ عن ابي بصير (٤) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) الرجل يشتري الجارية وهى طاهرة ويزعم صاحبها انه لم يمسها منذ حاضت فقال : ان ائتمنته فمسها » وعد هذه الرواية فى المسالك فى الصحيح ، مع ان الراوى عن ابي بصير وهو شعيب العرقوقى هو قرينة يحيى بن القاسم الذى يعدون حديثه

(١) (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣ و ١٧٢ .

(٣) هو المحقق الاردبيلي فى شرح الارشاد . منه رحمه الله .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣ .

فى الضعيف .

وعن محمد بن حكيم (١) عن العبد الصالح (عليه السلام) « قال اذا اشتريت جارية فضمن لك مولاه انهاء على طهر فلا بأس ان تقع عليها ، ويجب تقييد اطلاقها بمادل على اعتبار الوثاقة والامانة ، جمعاً بينها وبين صحيحة الحلبي الخاصة على الاستبراء مطلقاً .

وروى الشيخ المفيد فى المقنعة مرسل قال « وروى أنه لا بأس أن يطل الجارية من غير استبراء لها اذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها ، و كان صادقاً فى ظاهره مأموناً » .

وعن محمد بن اسماعيل (٢) فى الصحيح « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم انه قد استبرأها أيجزى ذلك أم لا بد من استبرائها ؟ قال : استبرئها بحيضتين ، قلت : يحل للمشتري ملامستها ؟ قال : نعم ولا يقرب فرجها » وقد عرفت الكلام فى مثلها .

ومارواه فى الفقيه والتهذيب عن عبد الله بن سنان (٣) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرنى أنه لم يمسه منذ طمشت عنده وطهرت قال : ليس بجائز أن تأنيها حتى تستبرأها بحيضة ، ولكن يجوز ذلك مادون الفرج ان الذين يشترى الاماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم » وحملها الاصحاب على الاستحباب جمعاً ولا بأس به .

واعلم أن جملة من الاصحاب قد عبروا هنا بالثقة كالمحقق فى كتابيه وغيره ، قال فى المسالك : انما عبروا بالثقة لوروده فى النصوص المذكورة فى هذه الباب ، والظاهر أن المراد بالثقة العدل ، لانه الثقة شرعاً ، وبه صرح فى النافع

(١) (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٣ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٢ التهذيب ج ٨ ص ٢١٢ .

مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس اليه وتثق بخبره. انتهى ملخصاً .
 وفيه أولاً أن مذكروه من ورود لفظ الثقة في النصوص ليس في محله، وهذه نصوص
 المسألة كما تلونها خالية من ذلك ، نعم ذلك في عبارة كتاب الفقه الرضوي
 الآية انشاء الله تعالى ، ولكن الكتاب غير مشهور عندهم ، وثانياً ان تفسير الثقة بالعدل
 شرهاً كما ذكره ، فيه مذكروه بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين
 من أن هذا اصطلاح طار منهم (رضوان الله عليهم) غير موجود في زمنهم (عليهم السلام)
 وبذلك يظهر أن الاظهر في معناه انما هو ما جعله احتمالاً في المقام ، كما صرح به جملة
 من متأخري علمائنا الاعلام ، وهو المفهوم من أخبار المسألة سيما مرسله المقنعة.
 ومنها ما لو كانت لامرأة على المشهور ، وخالف فيه ابن ادريس وتبعه فخر
 المحققين أيضاً، وبدل على المشهور مضافاً الى الاصل جملة من الاخبار منها ما رواه
 الشيخ في الصحيح عن حفص (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) «في الامة تكون
 للمرأة فتبيعه؟ قال : لا بأس ان يطأها من غير ان يستبرئها» .
 وعن رفاعه (٢) في الصحيح «قال : سألت ابا الحسن (عليه السلام) عن
 الامة تكون لامرأة فتبيعه؟ قال : لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرأها» .
 وما رواه عن زرارة (٣) في الموثق « قال : اشتريت جارية بالبصرة من امرأة
 فخبرتني أنه لم يطأها أحد ، فوقعت عليها ولم أستبرئها فسألت عن ذلك أبا جعفر
 (عليه السلام) فقال : هو ذا انا قد فعلت ذلك وما أريد أن أعود» أقول : ومن هذه
 الرواية يستفاد استحباب الاستبراء في هذه الصورة .
 ومنها الحامل على خلاف في ذلك يأتي ذكره في المسألة الآية انشاء الله
 تعالى .
 ومنها الحايض وقد تقدم ما يدل عليه في صحيح الحلبي وموثق سماعة الدالان

على انتقالها اليه حال الحيض ، وأنه يكفى فى صحة وطئها اتمام الحيضة و طهرها من الحيض ، والتقريب فيهما ان التوقف على الطهرانما هو من حيث تحريم الوطئ فى حال الحيض ، لامن حيث الاستبراء ، ووجوب العدة بل الاستبراء والعدة هنا ساقطة ، وقد تقدم نقل الخلاف عن ابن ادريس فى ذلك ، ولاوجه له كما عرفت هذا ما حضرنى من المواضع المنصوصة .

بقى الكلام هنا فى مواضع أخر منها . امة العنين والمجبوب والصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطئ . هل تلحق بأمة المرأة فى عدم الاستبراء أم لا؟ ظاهر المحقق الاردبيلي فى شرح الارشاد الاول ، وظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الثانى ، ولا بأس بنقل كلاميهما فى المقام وان طال به زمام الكلام ، لما فيه من مزيد الفائدة لذوى الافهام .

قال فى المسالك بعد ذكر حكم امة المرأة وهل يلحق به امة العنين والمجبوب والصغير الذى لا يمكن فى حقه الوطئ نظر ، من المشاركة فيما ظن انه علة للحكم ، وهو الا من من الوطئ ، ومن انه قياس و المناسب للاصول الشرعية عدم اللاحاق ، وليس من مواضع الاشكال ما لوباعتها المرأة لرجل فى المجلس فباعها حينئذ ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً ، للعلم بعدم ووطئ البايع ، وقد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأة ثم شراؤها منها ، لاندراجها حينئذ فى امة المرأة نظراً الى اطلاق النص من غير تعليل ، وكذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه لهما ، حيث يجوز ذلك . انتهى .

وقال المحقق المشار اليه : واعلم ان الظاهر عدم الاستبراء فى امة الطفل على الولي البايع ، ولا على المشتري ، وكذا امة المجبوب والعنين ، ولا على التى علم عدم الوطئ بيقين ، مثل ان يملك رجل فى مجلس امة لا يجب استبراؤها ، لكونها ملك امرأة ثم باعها فى الحال ، فانه لا استبراء عليه ، ولا على المشتري الذى يعلم ذلك مثلاً ، او ان يكون بعيداً عنها بحيث لا يمكن الوصول اليها ، او قريباً ولكن

كان مع المشتري ولم تفارقه زماناً يمكن الوصول اليها ، وغير ذلك .

ودليله الاصل مع عدم دليل صحيح على الوجوب ، فان عمدة ادلة وجوب الاستبراء على البايع هو الاجماع ، مستنداً الى بعض الاخبار ، ولا اجماع في امثال ذلك على ما يظهر ، للاصل ، والخبر ليس بحيث يشمل هذه الصور ، لاعموماً ولا خصوصاً ، ولان المفهوم من الروايات المتقدمة وعبارات الاصحاب ان ما لم يطق ولا يتخوف من الحبل لا يجب الاستبراء ، ولهذا قيد وجوبه على البايع بالوطىء على المشتري باحتماله في الروايات ، مثل موثقة عمار الساباطي ، ثم نقل الرواية كما قدمناه .

ثم قال : ويؤيده عدم الاستبراء في امة المرأة والفرض انتقاء الوطىء والحبل فيما صورناه ، فليس الحكم فيما ذكرناه ملحقاً بحكم امة المرأة للاشتراك في عدم الوطىء فيكون قياساً ، بل مقتضى اصول الشريعة عدمه ، كما قال في شرح الشرايع : على انه مسلم ان الصورة الاخيرة ليست بمحل الاشكال ، فانه لا استبراء فيها من غير اشكال ، ثم اذا نظر الى ما ذكرناه يظهر ان الحيلة بيع الامة التي يجب استبراؤها على امرأة ثم الاشتراء منه لا تنفع ، ولا تسقط وجوب الاستبراء عن المشتري ، فتأمل واحفظ وهو حسن في الكل حتى فيما ذكرناه ، فانه فرج موصى بالاحتياط فيه في الرواية . انتهى .

وهو جيد سيما في رده عليه في سقوط الحيلة التي ذكرها في الصورتين المذكورتين في كلامه ، فانها حيلة باطلة ، وكأنها مبنية على ما هو المشهور بينهم من الحيلة في اسقاط العدة عن البينة ، متعة كانت او دائمة مختلفة او مطلقة ثلاث ، قالوا انها لتزوجها الزوج الاول وتمتع بها ثم فارقتها بغير دخول ، فانه لاعدة عليها لبالنسبة الى الزوج المذكور ولا غيره ، ويجوز لها التزويج بعد مفارقتها لثانية بشخص آخر غيره ، لكونها غير مدخول بها ، وفيه ان سقوط العدة الاولى عنها في هذه الصور انما هو بالنسبة الى الزوج ، فانه يجوز له التزويج بها ، وهذا الطلاق الثاني الواقع قبل الدخول وان لم يترتب عليه العدة اتفاقاً ، لكن الكلام في العدة الاولى ، فانها واجبة بالنص آية

ورواية ، والاجماع ، وغاية ما يستفاد سقوطها بالنسبة الى الزوج ، فيجوز له العقد عليها لعدم وجوب الاستبراء من مائه ، وطلاقه لها بعد العقد المجرد عن الدخول لا يؤثر فى سقوط تلك العدة ، وهكذا القول فيما نحن فيه ، فانه لو باع رجل جارية قد وطأها من غير استبراء على رجل آخر أو امرأة ثم باعها الرجل أو المرأة على شخص آخر فان وجوب الاستبراء من ماء البايع الاول باق بأدلة المتقدمة ، الدالة على حكمة الاستبراء ، وخوف الحبل ، ولأدليل على سقوطها بهذا البيع الثانى من امرأة أو رجل ، فالواجب على هذا المشتري الثانى استبراؤها البتة .

و مما يؤيد ما ذكره المحقق المذكور ما وقفت عليه فى كتاب الفقه الرضوى حيث قال : (عليه السلام) فى عد وجوه النكاح الثالث نكاح ملك اليمين ، وأن يبتاع الرجل الأمة فحلل نكاحها اذا كانت مستبرئة ، والاستبراء حيضة ، وهو على البايع ، فان كان البايع ثقة ، وذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها ، وان لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضة ، وان كانت بكراً أو لامرأة أو ممن لم تبلغ حد الادراك استغنى عن ذلك انتهى

وهو صريح فى عدم وجوب الاستبراء فى أمة الصغير ، والمجبوب والعنن فى معناه كما لا يخفى ، بالتقريب الذى ذكره المحقق المذكور ، وفيه زيادة على ما تقدم كون الجارية بكراً وهو جيد ، كما لا يخفى

المسألة الثامنة - اختلف الاصحاب (رضوان الله عليهم) لاختلاف الاخبار

فى وطىء الحامل ، فذهب الشيخ فى النهاية الى انه لا يجوز الا بعد وضع الحمل ، أو مضى أربعة أشهر وعشرة أيام ، فان أراد وطأها قبل ذلك وطأها فيما دون الفرج . وقال الشيخ المفيد : انه لا يجوز له وطؤها حتى تمضى لها أربعة أشهر ، فاذا مضى عليها أربعة أشهر وطأها ان احب دون الفرج ، فان وطأها فيه فليعزل عنها ، واجتناب وطؤها احوط حتى تضع ما فى بطنها ، فان وطأها قبل مضى الاربعة الاشهر

اوبعد ذلك ولم يعزل عنها لم يحل له بيع الولد ، لانه قدغذاه وانما بنطقته، وينبئى ان يجعل له من ماله بعد وفاته قسطاً ويعوله فى حياته ، ولاينسب اليه بالبنة .

وقال ابو الصلاح : انه لا يحل حتى تمضى له اربعة اشهر دون الفرج ، وفيه بشرط عزل الماء ، واجتنابها حتى تضع احوط، واذا وطأ لم يحل له بيع ولدها، ولا الاعتراف به ولداً ولكن يجعل له قسطاً من ماله ، لانه غذاه بنطقته ، واقتصر سار على الاربعة اشهر ايضاً .

وقال ابن ادريس : ومتى اشترى جارية حاملا كره له وطؤها فى القبل ، دون ان يكون ذلك محضوراً على الاظهر من اقوال اصحابنا، وهو الذى يقتضيه اصول المذهب سواء مضى لها اربعة اشهر، أو اقل منها ، وشيخنا رجع فى مسائل خلافه عما ذكره فى نهايته ، فقال : مسألة اذا اشترى امة حاملا كره له وطؤها قبل ان تمضى لها اربعة اشهر، فاذا مضى لها ذلك لم يكره له وطؤها حتى تضع ، وقال الشافعي وغيره لايجوز لها وطؤها فى الفرج ، دليلنا اجماع الفرقه ، والاصل الاباحه، وعدم المانع ، ثم قال ابن ادريس : دليلنا نحن على صحة ما اخترناه قوله تعالى (١) « او ما ملكت ايمانكم » فأباحنا تعالى وطؤها ملكت ايماننا بمجرد الملكية ، والاية عامة ، فمن خصصها يحتاج الى دليل ، والاصل الاباحه، ولا مانع من ذلك من كتاب ولا سنة مقطوع بها ، او اجماع .

اقول وبما ذكره الشيخ فى الخلاف من القول بالكراهه صرح فى كتابى الاخبار ايضاً وقال فى المختلف : والمعتمد ان نقول ان كان الوطؤ عن زنا كره له وطؤها قبل مضى اربعة اشهر وعشرة ايام من غير تحريم ، وان كان حلالا او شبهة حرم وطؤها حتى تضع ، وذهب المحقق فى الشرايع الى تحريم وطئها قبلا قبل ان يمضى لحملها اربعة اشهر وعشرة ايام ، والكراهه بعده، ورجحه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك والروضة ، وهو مذهب العلامة فى الارشاد .

إذا عرفت ذلك فاعلم ان عد الحامل في جملة من يسقط استبراءه كما تقدم،
انما يتجه على تقدير القول بکراهة الوطء كما هو مذهب الشيخ في الخلاف و کتابي
الاخبار، وابن ادریس على تقدير كون الحمل من الزنا، كما ذهب اليه في المختلف،
أو بعد مضي الأربعة أشهر والعشرة الايام، والواجب بسط ما وصل اليه من أخبار
المسألة المذكورة، ثم الكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها، مستمدین منه
جل شأنه التوفيق الى هداية سواء الطريق .

فمن الاخبار المشار اليها مارواه في الكافي . عن محمد بن قيس (١) عن أبي
جعفر (عليه السلام) قال : في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى ؟ قال : لا يقربها
حتى تضع ولدها . وعن رفاعه بن موسى (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام)
قال : سألت عن الامة الحبلى يشتريها الرجل فقال : سئل عن ذلك أبي (عليه السلام)
فقال : أحلتها آية ، وحرمتها آية أخرى ، فأنا ناهي عنها نفسي وولدي ، فقال الرجل أنا
أرجو أن انتهى اذا نهيت نفسك وولدك .
أقول : الظاهر أن الآية المحظرة هي ما استدلل بها ابن ادریس من قوله « أو ما
ملكتم أيمانكم » (٣) والآية المحرمة قوله سبحانه (٤) « وأولات الاحمال أجلهن
أن يضعن حملهن » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٥) « قال : قلت لأبي جعفر
(عليه السلام) : الرجل يشتري الجارية وهي حامل ما يحل له منها ؟ قال : مادون
الفرج » الحديث .

ومارواه في الكافي عن زرارة (٦) في الموثق « قال : سألت أبا جعفر (عليه السلام)

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ - ٤٧٤ .

(٣) سورة النساء الآية ٣ .

(٤) سورة الطلاق الآية - ٤ .

(٥) (٦) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ .

عن الجارية الحلبي يشتريها الرجل فيصيب منها دون الفرج ؟ قال : لا بأس ، قلت فيصيب منها في ذلك ؟ قال : تريد تغره .

قال بعض مشايخنا (عطرافه مراقدهم) في حاشية له على هذا الخبر في معنى قوله «تغره» : أي تصبر المشتري مغروراً بجواز الوطء ويحصل الولد ، ولا يعلم أنه من أيهما ، أو يغذيه بنطفته فيكون عليه ماورد في بعض الاخبار من أن يوصى له ، ويعتقه وغير ذلك انتهى ، والمعنى الثاني أقرب .

ومارواه في التهذيب عن اسحاق بن عمار (١) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية يشتريها الرجل وهي حبلى أبقع عليها ؟ قال : لا » وعن مسعدة بن زياد (٢) « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) يحرم من الاماء عشرة : لا يجمع بين الام والبنت ولا بين الاختين ، ولا أمتك وهي حامل من غيرك حتى تضع » الحديث .

وعن مسمع كردين (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : قال امير المؤمنين (عليه السلام) : عشرة لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن ، أمتك أمها أمتك ، الى ان قال : وأمتك وقد وطئت حتى تستبرى بحبنة ، وأمتك وهي حبلى من غيرك » الحديث . وما رواه في كتاب عيون أخبار الرضا (عليه السلام) عن الحسن بن عبد الله ابن محمد الرازي (٤) عن أبيه « عن الرضا (عليه السلام) عن آبائه (عليهم السلام) قال : نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن وطء الحبالى حتى يضعن » .

ومارواه في قرب الاسناد عن ابراهيم بن عبد الحميد (٥) « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أيضاً قال : لا يقربها » . وعن ابراهيم بن عبد الحميد (٦) « قال : سألت أبا ابراهيم (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٦ .

(٢) (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ .

(٤) (٥) (٦) الوسائل الباب - ٨ و ٥ - من ابواب نكاح العبيد .

من الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أبطأها ؟ قال : لا ، قلت : فدون الفرج قال لا يقربها .

ومارواه في الكافي و التهذيب عن رفاة (١) في الصحيح « قال : سألت ابا الحسن موسى (عليه السلام) فقلت : أشتري الجارية فيمكث عندي الاشهر لا تنطمث وليس ذلك من كبر فأربها النساء فيقتلن : ليس بها حبل ، فلي أن أنكحها في فرجها ؟ فقال : ان الطمث قد تحبسه الريح من غير حبل فلا بأس أن تمسها في الفرج ، قلت : وان كانت حبلى فما لي منها ان اردت ؟ قال : لك مادون الفرج « هكذا في رواية الكافي ، وزاد في التهذيب « الى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام ، واذا جاز حملها أربعة اشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج ، قلت : ان المغيرة واصحابه يقولون : لا ينبغي للرجل ان ينكح امرأة وهي حامل قد استبان حملها حتى تضع فيغذو ولده ، فقال : هذا من افعال اليهود « ورواه في الفقيه مرسلا الى قوله « فلا بأس ان يمسها في الفرج » .

ومارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن اسحاق بن عمار (٢) في الموثق « قال : سألت ابا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية حاملا وقد استبان حملها فوطئها قال : بش ما صنع قلت : فما تقول فيه ؟ قال : اعزل عنها أم لا ؟ فقلت : اجنبى في الوجهين ، قال : ان كان عزل عنها فليتنق الله ولا يعود ، وان كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ، ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به ، فانه قد غداه بنطفته »

و مارواه في التهذيب عن الشكوني (٣) عن ابي عبد الله (عليه السلام)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ التهذيب ج ٧ ص ٤٦٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ الفقيه ج ٣ ص ٢٨٤ التهذيب ج ٨ ص ١٧٩ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٩ .

«ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) دخل على رجل من الانصار واذا وليدة عظيمة البطن تختلف ، فسأل عنها ؟ فقال : اشتريتها يا رسول الله و بها هذا الحبل ، قال : اقربتها ؟ قال : نعم ، قال : اعتق مافى بطنها ، قال : يا رسول الله وبما استحق العتق ؟ قال : لان نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه » .

وعن غياث بن ابراهيم (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) انه قال : من جامع امة حبلى من غيره فعليه ان يعتق ولدها ولا يسترى ، لانه شارك في اتمام الولد » .
ومارواه في الفقيه عن الصيقل (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال : سمعته يقول : ومثل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها قال : بشما صنع ، يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فانه باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ، ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها ، فاستبان حملها عند الثالث ، فقال : ابو عبد الله (عليه السلام) : الولد للفراش وللعاهر الحجر . هذا ما حضرني الان من اخبار المسألة المذكورة وانت خير بان جملة منها قد دلت على النهى عن وطئها مطلقاً ، وجملة حتى تضع ولدها ، و الاول منها مفيد بالثاني فيرجعان الى امر واحد ، واكثر اخبار المسألة من هذا القبيل .

وبعض اذا جاز حملها اربعة اشهر وعشرة ايام وهو صحيح فرفع رافة خاصة برواية الشيخ في التهذيب كما تقدم ذكره ، فظاهر الشيخ في النهاية القول بالتحريم كما هو ظاهر الاخبار كلا ، والتخيير في الغاية بين وضع الحمل ، او مضى اربعة اشهر وعشرة ايام ، جمعاً بين ما دل على الغايتين بالتخير ، واليه يرجع قول الشيخ المفيد ومن وافقه .

وظاهر العلامة في المختلف القول بالتحريم الى وضع الحمل اذا كان الوطؤ حلالاً او شبهة ، واما لو كان زنى فانه لا يحرم ، بل يجوز على كراهة ، وظاهره

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٩ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ .

حمل رواية الأشهر على الزنا، وإن النهى فيها على جهة الكراهة، وسيأتى إن شاء الله تعالى - ما فيه .

والمحقق ومن تبعه أخذوا بظاهر الروايات المذكورة ، وحكموا بالتحريم قبل مضي الأربعة الأشهر ، لاتفاق الأخبار على ذلك ، وإنما اختلفت فيما بعد المدة المذكورة ، من كون الغاية هي المدة المذكورة أو وضع الحمل ، فجمعوا بينها بحمل النهى فيما زاد على المدة المذكورة على الكراهة .

قال في المسالك : والمصنف رحمه الله عليه أطلق الحكم بالتحريم قبل الأربعة والعشرة ، والكراهة بعدها وهو أوضح وجوه الجمع أما الإطلاق بحيث يشمل الجميع ، فلاطلاق النص الشامل لها ، وأما الحكم بالتحريم قبل المدة المذكورة فلا اتفاق الأخبار اجمع عليه ، والأصل في النهى التحريم ، وأما بعدها فقد تعارضت الأخبار ، فيجب الجمع بينها وجعل النهى حينئذ على الكراهة - لتصريح بعضها بنفى البأس - طريق واضح في ذلك انتهى كقولهم رضى

وأما ما ذكره ابن ادریس ونقله عن الشيخ في الخلاف من القول بالكراهة فلا عرف له وجهاً بعد ما عرفت من هذه الأخبار التي ذكرناها ، وما ذكره من الاستدلال بالآية ، وإن تخصيصها يحتاج الى دليل ، فالدليل كما عرفت واضح ، ومثاره لا يح ، وإى دليل يراد بعد هذه الأخبار المستفيضة الصريحة في التحريم المتفقة عليه ، وإنما اختلفت بالنسبة الى غايته من أنها الوضع ، أو مضي الأشهر المذكورة كما سمعت ، ولكنه لعدم مراجعته الأخبار حق المراجعة معذور فيما ذكره ، وإن كان غير معذور شرعاً .

والذى يقرب عندي من صحة رفاعه بن موسى الأولى وعدم جواب ابيه (عليه السلام) صريحاً - بعد سؤال السائل عن الأمة الحبلى ، وعدوله في الجواب الى ما ذكره ، - أن هذه التعمية إنما خرجت مخرج التقية ، والظاهر أن المخالفين

قائلون بجواز الوطء فلم يصرح بالمنع والتحريم ، كما استفاضت به اخبار المسألة ، وعُدل الى هذا الجواب المعنى ، وجعل التحريم والمنع على جهة الاحتياط لتعارض الايتين المتقدمتين ، وأنت خبير بأنه بالنظر الى ماسردناه من الاخبار يجب تخصيص آية « الملك » بآية « وأولات الاحمال » لاستفاضة الاخبار وانفاقها كما عرفت على التحريم ، وانما اختلفت فى الغاية .

وبالجملة فالقول بالتحريم ممالا يعتريه شبهة الاشكال فى هذا المجال ، وانما الكلام فى الغاية ، من أنها الوضع ، أو مضى الاشهر المذكورة ، والاول أظهر دليلاً لتأييد أخباره بالاية المشار اليها فى صحيح رفاة ، وهى آية « وأولات الاحمال » فان ظاهر الخبر عمومها للحررة والامة ، واحتمال آية غيرها فى الخبر بعيد ، والى صرح به جملة من الاصحاب فى معنى الخبر المذكور انما هو هذه الاية ، وتأيده كذا أيضاً بالاخبار المطلقة ، وهى جل الاخبار المسألة ، والجمع بين الاخبار بالكراهة وان اشتهرين أصحابنا (رضوان الله عليهم) الا انك قد عرفت ما فيه فى غير موضع مما تقدم .

مركز تحقيقات كميتر علومى

وكيف كان فالاحتياط يقتضى الوقوف على جعل الغاية وضع الحمل ، كما ذكره العلامة فى المختلف وان خصه بالحمل من غير الزنا .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن من الاصحاب من جمع بين الاخبار بحمل النهى المنبئ بالوضع على الحامل من حل أو شبهة أو مجهولاً ، والمغيا بالاربعة الاشهر والعشرة على الحامل من الزنا ، ومنهم من ألحق المجهول بالزنا فى هذه ، ومنهم من أسقط اعتبار الزنا ، وجعل التحريم بالغائتين لغيره .

أقول : والاول من هذه الوجوه هو ظاهر العلامة فى المختلف ، الا انه حمل النهى فى هذه الصورة على الكراهة ، لما اشتهر فى كلامهم من أن ماء الزنا لا حرمة له شرعاً (١) قال فى المسالك : نعم ينبئ فى الحمل من الزنا لان المعهود من الشارع

(١) قال فى الدروس : واستبراء الحامل بوضع الحمل الا أن يكون عن

الغاء اعتباره من العدة والاستبراء فى غير محل النزاع ، فلو قيل بالجواز فيه مطلقا كان حسنا ، انتهى .

وفيه أولا أنه لا يناس فى صحيحة رفاة المشتملة على التحديد بالاشهر يكون ذلك زنا ، فضلا عن الدلالة ، ولا فى غيرها من روايات المسألة ، وثانياً أن مادعوه من عدم وجوب العدة والاستبراء على الزانية - وهو السبب فى حملهم الرواية المذكورة على ذلك - ممنوع بمادل على ذلك من الاخبار الدالة على خلاف ما ذكره ومنها ما رواه فى الكافى عن اسحاق بن جرير (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) « قال : قلت له الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله فى تزويجها هل يحل له ذلك ؟ قال : نعم اذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها ، وانما يجوز له تزويجها بعد أن يقف على توبتها » .

وما رواه الحسن بن على بن شعبة (٢) فى كتاب تحف العقول عن أبى جعفر الجواد (عليه السلام) أنه سئل عن رجل تكح امرأة على زنا أبجل له أن يتزوجها ؟ فقال : يدعها حتى يستبرأها من نطفة ونطفة غيره ، ألا يؤمن منها أن يكون قد أحدثت مع غيره حدثا كما أحدثت معه ؟ ثم يتزوج بها اذا اراد ، فانما مثلها مثل نخلة ، أكل

سزنا ، فلا حرمة له ، والمشهور أن يستبرأها الشهر وعشرة أيام وجوباً عن القبل لا غير وأن الوطأ بعده مكروه الى أن يضع ، فيعزل وانزل كره بيع الولد ، انتهى ، وفيه دلالة على اختياره بما نقلناه عن العلامة فى المختلف من ان الغاية وضع الحمل الا من الزنا ، وجعل الغاية المذكورة نسبته الى المشهور بعد فتواه بالاول ، وفيه تصريح باختصاص التحريم بالقبل كما اخترناه . منه رحمه الله .

(١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٦ .

(٢) تحف العقول ص ٣٣٨ المطبوع فى النجف الاشرف سنة ١٣٩٤ هـ .

رجل منها حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالاً ، ويؤيده قولهم (عليهم السلام) في عدة من الاخبار اذا أدخلها فقد وجبت العدة والغسل والمهر والرجم ، وقولهم (عليهم السلام) ان العدة من الماء .

وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا المتقدم ذكره ، من أن المعهود من الشارع الغاء اعتباره من العدة ، فانه مبني على ما نكأثر من الاخبار من اطلاق جواز التزويج بالزانية ، الا أنه بعد ورود هذه الروايات يجب تقييد الاطلاق المذكور بها .

ثم ان موثقة اسحاق بن عمار وروايتي السكوني وغيث قد اشتركت في الدلالة على الامر بعنق الولد متى أنزل عليها وهي حامل بعد شرائها ، وظاهرها الوجوب ، ويشير اليه قوله في رواية غياث ، «فعليه» ويؤكد كده النهي عن بيعه في موثقة اسحاق الذي هو حقيقة في التحريم .

والموجود في كلام الاصحاب الحكم بالاستحباب ، ولا أعرف له وجهاً بعد اتفاق الاخبار عليه مع عدم المعارض في المقام ، سوى اطلاق مادل على تملكه مع أمه بالشراء ، والواجب تخصيصه بهذه الاخبار ، والظاهر أنهم انما صاروا الى الاستحباب لضعف الاخبار ، كما يشير اليه كلام المحقق الاردبيلي حيث اعترف بدلالة روايتي السكوني على وجوب العنق ، قال : فتحمل على الاستحباب لعدم الصحة ، للجمع ، وفيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم .

وبالجملة فان من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، فانه لا يرتاب في وجوب العنق لما ذكرنا ، وكذلك مادل على موثقة اسحاق ، من انه يجعل له شيئاً من ماله يعيش به ، فالظاهر حمله على الوجوب ، وان كان الموجود في كلامهم هو الاستحباب .

وظاهر الاصحاب هو كون هذا الحكم وجوباً أو استحباباً مترتباً على الجماع بعد تحقق الحمل ، أهم من ان يكون قبل الاظهر المذكورة أو بعدها ما لم تضع ،

وظاهر موثقة اسحاق بن عمار كون الجماع وقع بعد الشراء ، وان الحكم بما ذكرنا انما يترتب على ذلك ، الا أن روايتى السكونى وغيث مطلقتان فى ذلك ، فيحتمل تقييدهما بالموثقة المذكورة ، وتخصيص الحكم بما قبل الاشهر المذكورة ، ولكن ظاهر التعليل بالتغذية يعطى الوقوف على ما ذكره الاصحاب ، (رضوان الله عليهم) والله العالم .

ثم ان من جملة الاصحاب من أطلق المنع من الوطء هنا فيما يشمل القبل والدبر ، وبعضاً خصه بالقبل كما تقدم نقله عن المحقق فى الشرايع ، وبه جزم فى الدروس ، قال فى المسالك: وتخصيص المصنف الوطء بالقبل هو الظاهر من النصوص ، فان النهي فيها معلق على الفرج ، والظاهر منه ارادة القبل وفى رواية أبي بصير «له منها ما دون الفرج» وربما قيل بالحاق الدبر به ، بدعوى صدق اسم الفرج عليها ، وبأن فى بعض الاخبار «فلا يقربها حتى تضع» الشامل للدبر ، وغيرهما خارج بدليل آخر ، وهو أولى . انتهى .

أقول لا يخفى ان الروايات المتقدمة قد تضمنت كلا الامرين المذكورين ، ولكن اطلاق الاخبار انما يحمل على الافراد الشايعة المتكثرة ، دون الفروض النادرة كما تقرر فى كلامهم ، والشايع المتبادر من الاطلاق انما هو القبل ، ويؤكداه الروايات الدالة على انه مع اتيانها حال الحمل فانه يعتق الولد ، لانه غذاه بنطقه ، وشارك فيه ، وهذا لا يمكن فرضه فى الجماع فى الدبر ، كما هو ظاهر ، و الاحتياط يقتضى المنع من الجميع بل المبالغة ونحوها كما تقدم فى الاخبار . والله العالم (١).

(١) قال المحقق الاردبيلي فى شرح الارشاد : والظاهر ان الدبر كالقبل

كما فى صحيحة محمد بن قيس لا يقربها ، وكذا رواية ابراهيم ، وفى رواية اسحاق لا يقع عليها ، ولا يبعد شمول السئوال حينئذ لها وهو فى الروايات ، ويؤيده التحريم مطلقا فى غير الاستبراء ، وقد مر فتأمل - انتهى وفيه ما عرفت

فى الاصل . منه (رحمه الله) .

المسألة التاسعة - لو اشترى جارية وأولدها ثم ظهر أنها مستحقة لغير البايع، فإنه يجب عليه رد المال ملكها، وقد صرح جملة من الأصحاب بأنه يغرم عشرين قيمتها. إن كانت بكرًا وأزال بكارتها - أرض البكارة، ونصف العشران كانت ثيبًا للدخول بها، وهو المشهور، وقيل مهر أمثالها والولد حر، وعلى أبيه أن يغرم قيمته لسيد الجارية يوم سقوطه حياً، إذا قيّم له قبل ذلك وبعده، فإنه حر ليس لسيد الجارية عليه سبيل، إلا أنه لما كان نماء ملكه وقد فوته المشتري، فعليه أن يغرم له قيمته، ثم إن المشتري بعد ذلك يرجع بالقيمة على البايع الذي خره، ويرجع أيضاً بقيمة الولد، وهل ترجع بما حصل له في مقابلته نفع مثل ما دفع إلى السيد من العشر أو نصفه، إذا المهر على القول به في مقابلة الانتفاع بالبضع، وكأجرة الخدمة، قولان، فقيل: نعم، لأن البايع أباحه بغير عوض، وخره بالانتفاع بمجرد دفع الثمن، ولو علم أن له عوضاً لم ينتفع به، فلو لم يرجع يلزم الظلم والغرم عليه، مع كونه جاهلاً من جهة البايع الغاصب الذي خدعه، وقيل: لا يرجع، نظراً إلى ما حصل له من الانتفاع في مقابلة ذلك، فيلزم من رجوعه الجمع بين العوض والمعوض، فيحصل الظلم على البايع، هذا كله إذا كان جاهلاً كما هو المفروض أولاً، فلو كان عالماً بأنها مستحقة للغير فالولد رق للمالك، والواطىء زان يلزمه العقر، ولا يرجع به ولا بغيره مما اغترمه (١) والظاهر كما هو أحد القولين هو أنه لا فرق في ثبوت العقر بالواطىء

(١) أقول ظاهر شيخنا الشهيد في اللمعة وشيخنا الشهيد الثاني في شرحها أنه يرجع المالك على المشتري عالماً أو جاهلاً بالعين، وفيها المستوفاة منها لو فانت تحت يده، ثم إن المشتري يرجع بذلك على البايع، لما تقرر من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البايع بجميع ما يغرمه، ولم ينقل خلافاً في ذلك، مع أن المسألة محل خلاف في كلامهم كما اشرنا إليه في الأصل. منه رحمه الله.

للمالك ، بين علم الامة بعدم صحة البيع وجهلها ، لأن ذلك حق لمولاها .
وقال في الدروس : أنه لا يرجع عليه بالمهر الامع الاكراه ، استناداً الى أنه
لامهر لبني ، وفيه ما عرفت من أن المهر انما هو حق للمالك ، والخبر المذكور انما
أريد به الحرية ، وازافة المهر اليها بلام الاستحقاق ظاهر في ذلك ، ولذا يطلق عليها
المهيرة .

والذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة مارواه في الكافي . والتهذيب
عن جميل بن دراج (١) في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام)
« في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدها مسروقة ؟ قال : يأخذ الجارية صاحبها ،
ويأخذ الرجل ولده بقيمته » .

ومارواه في الكافي عن حريز (٢) عن زرارة « قال : قلت لأبي جعفر (عليه السلام) :
الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يجيء رجل فيقيم البينة على أنها
جاريته لم يبع ولم يهب ، قال : فقال : يرد اليه جاريته ويعوضه مما انتفع ، قال :
كأنه معناه قيمة الولد » قال بعض مشايخنا رضوان الله عليهم : قوله « قال » الظاهر
أنه من كلام حريز ، وإن زرارة فسر العوض بقيمة الولد ، ولكنه لم يجزم ، لأنه يمكن
أن يكون بأزاء الوطى ، من العشر أو نصف العشر . انتهى .

ومارواه الشيخ في التهذيب عن جميل بن دراج (٣) في الموثق عن أبي عبد الله
(عليه السلام) « في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم تجيء مستحق
الجارية فقال : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من
باعه بثمان الجارية وقيمة الولد الذي أخذت منه » .

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ و ٢١٦ التهذيب ج ٧ ص ٦٤ و ٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٢ .

وعن زرارة (١) «قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه ، فولدت منه أولاداً ثم أتاها من زعم انها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها » قال في الاستبصار : يقبض ولده يعنى بالقيمة ، قال في الوافي في بعض النسخ : «ثم ان اباها يزعم انها له» وليس بواضح انتهى . وهو جيد ، والظاهر انه تحريف من قلم الشيخ (رضي الله عنه) وكم له من أمثاله كما تقدمت الاشارة اليه في مواضع عديدة من كتب العبادات .

وانت خبير بان هذه الاخبار على تعددها لادلالة فيها على ان المشتري يغرم العشر ، أو نصف العشر ، أو مهر المثل للمالك ، والأصحاب انما استندوا في العشر ونصفه في هذا المقام الى صحيحة الوليد بن صبيح (٢) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة ، قد دلس نفسها له ، فقال : ان كان الذي زوجه اياها من غير موالها فالنكاح فاسد ، قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ فقال : ان وجدتها اعطاها شيئاً فليأخذها ، وان لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وان كان زوجها اياه ولى لها ارتجس على وليها بما أخذت منه ، و لموالها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرأ ، وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها ، قال : وتعتد منه عدة الامة ، قلت : فان جاءت منه بولد قال : أولادها منه أحرار اذا كان النكاح بغير اذن الموالى » .

ومورد هذه الرواية انما هو تدليس المرأة نفسها بدعوى الحرية مع كونها أمة ، وتدليس الزوج لها ، وبعض الاصحاب وان جبر في هذا المقام بعبارة تدخل تحت مضمون هذه الرواية ، مثل قول المحقق في الشرايع « من أولد الجارية ثم

(١) التهذيب ج ٧ ص ٨٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ .

ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك ، الى آخره الا أن ذكره المسألة في بحث بيع الحيوان قريبة على ما عنوننا به المسألة ، كما صرح به في الدروس حيث قال: ولو ظهر استحقاق الأمة المبتاعة .

وبالجملة فإن ظاهرهم عدم الفرق بين مورد الرواية وما نحن فيه، ولعله من حيث الاشتراك في الدخول بالبكر أو الثيب مع جهل الواطيء بالحال، فإنه حاصل في كل من المسألتين، وإن كان العلة في أحدهما بيع الغاصب وفي الأخرى التدليس على أن متن الرواية المذكورة أيضا لا يخلو من الأشكال (١) .

وبالجملة فالمسألة كما ذكرنا غير خالية من شوب التوقف والتردد ، ثم إن قوله في الرواية المذكورة فإن أولادها منه أحرار على إطلاقه لا يخلو من الأشكال ولذا قيده الشيخ (رحمة الله عليه) تارة بما إذا دفع الأب قيمة الولد يوم سقوطه حيا لمولى الجارية ، وأخرى بما إذا كان تزويجه لها بعد قيام البينة بما ادعته من الحرية ، وحينئذ يأخذ ابنه من غير قيمة ، واستند في الحمل الأول الى موثقة سماعة (٢) وفيها «وعلى مولاها أن يدفع ولدها الى أبيه» بقيمته - كذا في النسخ والظاهر بقيمته بالباء بدل القاء - «يوم يصير اليه» الحديث ، وفي الثاني الى موثقة أخرى لسماعة (٣) أيضا ، وفيها قال : «ولدها مملوكون الا أن يقيم البينة انه شهد له شاهدان أنها حرة فلا يملك ولده ، ويكونون أحرارا» ومثلها رواية زرارة ثم إن غاية ما دلت عليه أخبار المسألة المتقدمة - بعد حمل مطلقها على مقيدتها - هو أن المشتري يأخذ ولده بعد دفع القيمة الى مولى الجارية ، وأن المشتري يرجع على البائع بقيمة الجارية وقيمة ولدها ،

(١) ووجه الأشكال أن قوله وإن زوجها أباه ولي لها ارتجس على وليها ، فإنها لا يعقل اللامة ولي غير المولى ، ومتى أريد به الولي فكيف يتم قوله «ولموا إليها عليه عشر قيمتها» الى آخره ، إذ لا معنى لرجوع الزوج على المولى بالمهر ، ورجوع المولى على الزوج بالعشر أو نصفه ، منه رحمه الله .

(٢) (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٠ وفيه «بقيمته» .

ورواية زرارة الثانية دلت على ان المشتري يعوض المولى عما أصاب من لبنها -يعنى الذى ارضعت به ابنه- وما أصاب من خدمتها لان ذلك مستحق للمولى ، وبه صرح بعض الاصحاب أيضا .

واما ما اختلفوا فيه من رجوع المشتري على البايع ، بما حصل له فى مقابلته نفق ، كالعشر ونصفه الذى دفعه لمولى الجارية ، وأجرة الخدمة فليس فى هذه الروايات تعرض له ، ولا فى صحيحة الوليد بن صبيح التى تضمنت ذلك اشارة اليه فضلا عن التصريح به ، والاعتماد على ما ذكره من هذه التعطيلات العليلة غير صالح لتأسيس الاحكام الشرعية ، كما تقدم من التنبيه عليه فى غير مقام والاضل العدم حتى يقوم عليه دليل شرعي واضح ، وقد تقدم فى مسألة البيع الفضولي ما ينبه على ما ذكرناه ، وكذلك القول بالمهر عوض العشر أو نصف العشر (١) ، فاننا لم نقف فيه على دليل ، وانما الموجود العشر او نصف العشر على ما عرفت من الاشكال فيه .

ومن اخبار المسألة التى نحن فيها خبر مشكل لم يتعرض له الاصحاب فى هذا الباب ، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة (عطرا الله مرافدهم) فى الصحيح على بعض الطرق عن محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) « قال : قضى امير المؤمنين (عليه السلام) فى وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب ، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاماً ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال : وليدتى باعها ابنى بغير اذننى ، فقال : الحكم ان ياخذ وليدته وابنها ؟ فناشده الذى اشتراها فقال له :

(١) والظاهر على ما ذكره بعض الاصحاب ان هذا القول مبنى على اطراح النص الوارد فى المسألة لان القاعدة الكلية فى عوض البضع بمنزلة قيمة المثل فى غيره ، ولعل اطراح هذا القائل النص لا يذکور لما عرفت مما قدمنا ذكره . منه رحمه الله .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٤ الفقيه ص ١٤٠ .

خذاينه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع ، فلما أخذه قال له أبوه : ارسل ابني فقال : لا والله لأرسل اليك ابنك حتى ترسل الي ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه .

وأنت خير بما فيه من الخروج عن مضامين الاخبار المتقدمة ، مع أن مورده مثلها ، ويمكن على بعد أن يقال : أن حكمه (عليه السلام) بأخذ الولد مع الجارية لأجل أن يزاد اليه الأب قيمة الولد كما عرفت من الاخبار المتقدمة ، وحكمه بأخذ المشتري لولد البائع الذي باعه الجارية لأجل أن يرد اليه قيمة الجارية وقيمة الولد التي غرمها لآبيه ، إلا أنه بعيد عن سياق الخبر المذكور ، فإن ظاهره أن أخذ كل منهما لولد الآخر ليس باعتبار ما ذكرناه ، كما يشير اليه قوله خذ ابنه الذي باعك حتى ينفذ لك البيع ، فانه ظاهر في أن حبس الابن عنده إنما هو لأجل انفاذ البيع واجازته ، لأجل الثمن أو القيمة (١).

وبالجملة فانه مرجوع الى قائله (عليه السلام) ولعله لمصلحة لانعاسها ، وفيه دلالة على صحة بيع الفضولي وتوقفه على الاجازة كما هو المشهور ، مع ما عرفت من الاخبار الدالة على البطلان كما تقدم في المسألة المذكورة ، ولكن

(١) قال في الدروس : وروى محمد بن قيس في وليدة باعها ابن سيدها فاستولدها المشتري ينتزعها الأب وولدها ، و للمشتري اخذ البائع ليجيز أبوه البيع ، وهي قضية علي (عليه السلام) في واقعة ، ولعل ذلك لاستصلاح منه (عليه السلام) وفيها دلالة على أن العقد الفضولي موقوف وعلى أن الاجازة كاشفة انتهى ، ومؤيد لما ذكرناه في الاصل من عدم امكان التأويل المذكور ، فيحمل على الظاهر على انها قضية واقعة مخصوصة فلا يتعدى الى غير موضعها ، لافي صحة العقد الفضولي ولا غيره ، لما عرفت من الاخبار الدالة على بطلانه . منه رحمه الله .

هون الامر فيه ما هو عليه من المخالفة لمقتضى الاصول الشرعية والضوابط المرعية . والله العالم .

المسألة العاشرة - اختلف الاصحاب (رضوان الله عليهم) في من اشترى جارية سرقت من أرض الصلح حيث أن مال أهلها محترم ، فقال الشيخ في النهاية : من اشترى جارية كانت سرقت من أرض الصلح ، كان له ردها على من اشتراها منه ، واسترجاع ثمنها وان كان قد مات ، فان لم يخلف وارثاً استسعت الجارية في ثمنها وبذلك قال ابن البراج .

وقال ابن ادریس : كيف تستسعى هذه الجارية بغير إذن صاحبها ، وكيف تعتق ، وليس على ذلك دليل ، وقد ثبت أنها ملك الغير ، والاولى ان تكون بمنزلة اللقطة ، بل يرفع خبرها الى حاكم المسلمين ، ويجتهد على ردها على من سرقت منه ، فهو الناظر في أمثال ذلك انتهى . وظاهر المحقق في الشرايع - ومثله العلامة في المختلف ونحوه في الارشاد - أنه مع تعذر ردها على المالك أو وكيله أو وارثه تدفع الى الحاكم الشرعي ليحفظها على مالكها .

واما الثمن فيرجع به على البايع مع بقاء عينه مطلقا ، وامامع تلفه فكذلك ان كان جاهلا ، فان تعذر سقط (١) ولا تستسعى الجارية مطلقا وان تلف الثمن ، والى هذا القول مال في كتاب المسالك ايضا وهذان القولان يشتركان في عدم الاستسعاء ويفترقان في كونها كاللقطة في وجوب حفظها على مذهب ابن ادریس ، او تدفع الى الحاكم على مذهب المحقق .

والذى وقفت عليه من الاخبار في المقام مارواه الشيخ في الصحيح - الى مسكين

(١) ووجه تعذره اما باعسار البايع او موته وموت وارثه ، او الامتناع من رده ، ولم يمكن اجباره على ذلك . منه رحمه الله .

السمان ، وهو مجهول - (١) عن ابي عبد الله عليه السلام ، « قال : سألته عن رجل اشترى جارية سرق من أرض الصلح قال : فليردها على الذي اشتراها منه ، ولا يقربها ان قدر عليه او كان مؤسراً ، قلت ، جعلت فداك انه مات عقبه ، قال فليستسعها » والى هذه الرواية استند الشيخ في النهاية .

وانت خبير بما فيها من الاشكال بمخالفة القواعد الشرعية والضوابط المرعية اما اولاً فمن حيث ردها على البائع ، وهو ليس مالكا لها و مقتضى الاصول وجوب ردها الى المالك ، كما صرح به أصحاب القولين الاخيرين ، والا فالحاكم الشرعي مع تعذره ، واما ثانياً فمن حيث استسعاؤها في ثمنها ، مع أن كسبها لمولاه ، والتمن لم يصل اليه ، فكيف يؤخذ الثمن من غير آخذه .

و أما ما ذكره الشهيد (رحمه الله تعالى) في الدروس ؟ حيث مال الى العمل بالرواية من قوله : و الاقرب المروي تنزيلاً على أن البائع مكلف بردها الى اهلها ، اما لانه السارق ، اولانه ترتب يده عليها ، واستسعاؤها جمعاً بين حق المشتري وحق صاحبها ، والاصل فيه أن مال الحربي في الحقيقة فيء وبالصريح صار محترماً احتراماً عرضياً ، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة ، وزاد في شرح الارشاد في الجواب عن الاشكال الاول بأن يده أقدم ، ومخاطبته بالرد ألزم ، خصوصاً مع بعد دار الكفر ، انتهى .

ففيه ما ذكره في المسالك حيث قال ونعم ما قال : وهذا التنزيل تقريب للنص ، وتوجيه له حيث يكون النص هو الحجة ، والا فلا يخفى أن مجرد ما ذكر لا يصلح للدلالة ، لان تكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز الدفع اليه ، كما في كل غاصب ، وقدم يده لا اثر له في هذا الحاكم أيضاً ، والا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب ، وهذا باطل اجماعاً ولان البائع ان كان سارقاً لم يكن أهلاً للامانة بخيانته ، وان لم يكن سارقاً فليس وكيلاً للمالك ولاولياً له فلا يجوز الدفع اليه كما في كل

مبيع يظهر استحقاقه ، واما الفرق بين احترام المال بالعرض والاصل فلا مدخل له شرعاً في الحكم ، بل لاتفاوت في نظر الشارع بينهما ، بل كل منهما مضمون على المتلف ، مع أن المتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية ، بل هو البائع الذي غره ان كان عالماً أو من غره ، فلا يرجع على غيره ، «ولا تزروا زرة وزر اخرى» ولو تم ذلك لزم منه جواز أخذ مذهب من الاموال المحترمة بالاصل من مال المحترم بالعرض ، كاهل الذمة وهو واضح البطلان. انتهى كلامه زيد مقامه، وهو جيد وجهه ، كما لا يخفى على الفطن النبيه .

وبالجملة فالمسألة لما عرفت محل اشكال ، لان العمل بهذه الرواية مع ما هي عليه مما شرحناه مشكل وردّها من غير معارض أشكل . نعم من يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث يقوى ردّها عنده ، كما جزم بذلك المحقق الاردبيلي حيث قال: والظاهر تركها بالكلية ، والعمل بالأدلة ، لكن يلزم أن يذهب ثمن المشتري ان لم يقدر على السارق البائع ، ولا مخدور في ذلك ، وهو ظاهر. انتهى الا ان الشهيد رحمه الله قد عمل بها مع كونه من ارباب هذا الاصطلاح ، لكنه لاتصلب له فيه، كما عليه متأخروا المتأخرين ، سيما مثل المحقق المذكور وتلميذه صاحبى المدارك والمعالم ، ولهذا انه قليلاً ما يطرح الاخبار الضعيفة ، ويتثبت في العمل بها بأدنى مستمسك ، كما لا يخفى على من راجع كتبه ، وهو مبني على ما صرح به في صدر كتابه الذكري من ثبوت أخبارنا المروية في هذه الاصول ، عن الائمة الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الظاهر من كلام الاصحاب القولين الاخيرين حيث لم يعملوا بالخبر المذكور ان دفعها الى الامام - مع تعذر الوصول الى المالك - انما هو ليحفظها على مالکها الى ان يمكن ايصالها اليه ، كما تقدم في عبارة ابن

ادريس ونحوه العلامة في المختلف (١) .

وظاهر المحقق الأردبيلي ان دفعها للحاكم المذكور انما هو لكون الجارية المذكورة مال الامام (عليه السلام) ، والحاكم نائبه ، وانه يفعل بها مايفعل بأمواله (عليه السلام) حال الغيبة ، قال (قدس سره) بعد الطعن في الرواية ما لفظه : ولهذا قال البعض : يجب ردها الى المالك وورثته بعده ، ثم الى الحاكم ، لانه وكيل الامام (عليه السلام) وهي حينئذ ماله (عليه السلام) ، فيفعل بها مايفعل بساير امواله التي استورثها ممن لا وارث له ، وهو الظاهر ، ولا تستسعى انتهى و بنحو ما نقلناه عن ابن ادریس والعلامة نقله الشهيد في الدروس عنهم أيضا، فقال بعد ذكر قول الشيخ ، قال الحلبيون : لا تستسعى لانها ملك، وتدفع الى الحاكم ليوصلها الى اربابها انتهى .

و به يظهر لك أن ما نقله عن أصحاب هذا القول من أن الدفع الى الحاكم انما هو حيث كونها ميراث من لا وارث له ، وهو للامام (عليه السلام) غفلة عن مراجعة كلامهم في المسألة، على أنه لا يظهر من النص المذكور، ولا من كلام أحد من الاصحاب معلومية موت المالك مع عدم وجود وارث له حتى أنها يكون من قبيل ميراث من لا وارث له ، فيكون للامام (عليه السلام) وانما المفروض في كلامهم - وهو ظاهر الخبر ايضا - انما هو تعذر الوصول الى المالك من حيث انها سرقت من تلك الارض، ونقلت الى ارض اخرى وبيعت، وارجاعها الى المالك يحتاج الى مزيد كلفة، كما يشير اليه ما تقدم في كلام الشهيد من قوله خصوصاً مع بعد دار الكفر، ولايتوهم ان قوله في الخبر المذكور انه مات ومات عقبه راجع الى المالك ، وان

(١) حيث قال : والتحقيق ان نقول : المشتري ان كان عالما وجب عليه

ردها الى المالك ان عرفه ، والا الى الحاكم ليحفظها على مالکها .

منه رحمه الله .

سياق الخبر ظاهر في ان المراد انما هو البايع ، و بالجملة فكلام المحقق المذكور لا يخلو عن خفلة وتقصير والله العالم .

المسألة الحادية عشر - المفهوم من كلام جملة من الاصحاب (رضوان الله عليهم) ان ما يؤخذ من دار الحرب بغير اذن الامام ، فان كان بسرقة وغيلة ونحوهما فهو لاخذة وعليه الخمس ، وان كان بقتال فهو بأجمعه للامام (عليه السلام) وعلى كل من التقديرين فانه يباح تملكه للشعبة حال الغيبة ، ولا يجب اخراج حصة الموجودين من الهاشميين ، لباحتهم (عليهم السلام) ذلك للشعبة ، لتطيب ولادتهم ، وكذا يجوز الشراء من السابي ، وان كان جائراً ظالماً ، بل الشراء من الكافر أخته وبنته وزوجته وكل حربي قهر حريباً صح الشراء منه .

أقول : والفرض من ذكرهم هذا الكلام في هذا المقام هو أنه يجوز تملك العبيد والاماء المسبية من دار الحرب ، سيما في زمن الغيبة سواء سببت بالقهر والغلبة من سلاطين الجور ، أو بسرقة وغيلة ، وسواء كان السابي لها مسلماً أو مخالفاً أو كافراً ، وأن من قهر من الكفار أخته أو ابنته أو زوجته أو ابنه فانه يملكهم ، ثم بعد تملكهم يجوز الشراء منه ، والقاهر والمقهور حريان ، ويدل على ذلك الاخبار .

فأما ما يدل على أن ما أخذ بقتال بغير اذنه ، فهو له (عليه السلام) ، فمنه رواية العباس الوراق (١) «عن رجل سمع عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، قال : اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام (عليه السلام) وان غزوا بأمر الامام فغنموا كان للامام الخمس» وصحيفة معاوية بن وهب (٢) او حسنته بابراهيم ابن هاشم قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) السرية يبعثها الامام فيصيبوا غنائم كيف يقسم ؟ قال : ان قاتلوا عليها مع أمير أمره الامام (عليه السلام) أخرج منها

(١) الوسائل الباب - ج - ١ - من ابواب الانفال .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣ وفيه « اربعة اخماس » .

الخمس لله والرسول ، وقسم بينهم ثلاثة أخماس وان لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للامام (عليه السلام) يجعله حيث أحب ، والمراد ان لم يكونوا قاتلوا مع أمير منه (عليه السلام) كما هو ظاهر السياق ، وما اشتمل عليه من اخراج خمسين من الغنيمة ، وقسمه ثلاثة أخماس شاذ لا قابل به ، وهذه الرواية الثانية لم يذكرها أحد من الاصحاب فيما أعلم ، ولكن الحكم بمجرد الرواية الاولى مشهور عندهم ، بل ادعى عليه الاجماع ، وتوقف المحقق فى النافع من حيث ضعف الرواية المشار اليها ، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب الخمس (١) .

الا أن المحقق الاردبيلي (قدس سره) فى هذا المقام عارض رواية الوراق برواية زكريا بن آدم (٢) عن الرضا (عليه السلام) قال : سألت عن سبى السديلم يسرق بعضهم من بعض ، ويغير المسلمون عليهم بلا امام أيحل شراؤهم ؟ قال : اذا أقرؤا بالعبودية فلا بأس بشراءهم . ويمكن الجواب بحمل نفى البأس عن شراءهم من حيث تحليل ذلك للشيعة متى ثبت العبودية ، فلا ينافى كون ذلك له (عليه السلام) لما تكاثرت به الاخبار من تحليل حقوقهم للشيعة (٣) وعلى ذلك أيضا يحمل صدر رواية زكريا بن آدم المذكورة « قال : سألت الرضا (عليه السلام) عن قوم من العدو صالحوا ثم خفروا ولعلمهم انما خفروا لانهم لم يعدل عليهم أيصلح أن يشتري من سبيهم فقال : ان كان من قوم قد استبان عداوتهم فأشترمنهم وان كان قد نفروا وظلموا فلا تتبع من سبيهم » الحديث قوله اخفروا : (٤) أى تقضوا عهدهم .

(١) ج ١٣ ص ٣٢٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ .

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الانفال .

(٤) يقال : خفرت الرجل أخفروه من باب ضرب خفرا بالتحريك اذا آجرته .

وفى التهذيب عن محمد بن عبدالله (١) « قال : سألت أبسا الحسن الرضا (عليه السلام) عن قوم خرجوا وقتلوا أناساً من المسلمين وهدموا المساجد ، وإن المستوفى هارون بعث اليهم فآخذوا وقتلوا وسبى النساء و الصبيان ، هل يستقيم شراء شيء منهن ويطأهن أم لا؟ قال: لا بأس بشراء متاعهن وسبيهن » وليس فى هذه الاخبار على تعددها دلالة على تملك السابي كما توهمه المحقق المتقدم ذكره، وإنما دلت على جواز الشراء خاصة ، فيحمل على ما قلنا من التحليل لكون ذاك لهم (عليهم السلام) فلاتنا فى الخبرين الاولين ، على أنه يمكن حمل هذه الاخبار على التقية أيضا ، بمعنى أنه لم ينبه فيها على كون ذلك للامام (عليه السلام) تقية، وإنما ذكر جواز الشراء خاصة ، بناء على ما قلناه .

وأما ما ذكره من أن ما أخذ ببيلة وسرقة فهو لاخذه ، وعليه الخمس فلم أقف فيه بعد التبع للاخبار على نص ، وغاية ما استدل به عليه فى المدارك هو اخبار (٢) « أخذ مال الناصب حيثما وجدته ، وأدفع لنا الخمس ، » وفيه نظر، لعدم ذكره فى صدر كتاب الخمس ، وإيجاب الخمس هنا أحد القولين، وبه صرح فى المسالك وقيل : بالعدم وهو ظاهر الشهيد فى الدروس فى مبحث الخمس ، لأنه لا تسمى غنيمة ، وهو الاقرب لما عرفت من عدم الدليل على ذلك ، بل على عدم كون المأخوذ على هذا الوجه لاخذه ، فإن الاخبار خالية من الامرين ، ولهذا إنما التجأ صاحب

... وكنت له حاميا وكفيلا، فاخفرت الرجل وخفرت اذا أنقضت عهده ، وعذرت به ، و الهمزة للسلب والازالة ، أى أزلت خفائته ، والخفارة بالكسر والضم الزمام والعهد منه رحمه الله .

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٧ .

المدارك في الأمرين إلى أخبار «خذ مال الناصب» .

وأما ما يدل على جواز الشراء من السابي وإن كان جابراً فالروايات المذكورة عن الرضا (عليه السلام) لكن لا من حيث كون ذلك ملكاً له كما عرفت، وإن أوهم ظاهراً ذلك، إلا أنه يجب حملها على ما ذكرناه جمعاً بين الأخبار الواردة في المسألة .

وأما جواز الشراء من الكافر الحرابي بنته وأخته وزوجته، فيدل عليه ما رواه الشيخ عن عبد الله اللحام (١) (وقال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال: لا بأس) وبالسناد المذكور (٢) «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك يتخذها أم ولد قال: لا بأس» .

بقي الكلام في أنه قد صرح الأصحاب بأن كل حرابي قهر حربياً فباعه صح بيعه، لأن القاهر مالك المجهور بقهره إياه، فيصح بيعه له، وهذا ظاهر فيمن لا يعتق عليه كالزوجة ونحوها، أما لو كان ممن يعتق عليه كالنبت في الخبر الأول فاشكال، ينشأ من أنه بدوام القهر يبطل العتق لو فرض، وبدوام القرابة يرتفع الملك بالقهر (٣)

(١) (٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ .

(٣) أقول: وتوضيحه أن القرابة المخصوصة تقتضي العتق، وقهر الحرابي يقتضي الملك، والمقتضيان دائمان، وبدوامهما يجب أن يدوم ما يترتب عليهما ويقتضيهما، والوجهان قد تعارضا وتكافئا ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فلا يمكن الحكم بأحدهما دون الآخر، فلما ثبت بالخبر المذكور جواز الشراء فلا بد من حمله على الاستنقاذ، لخروجه عن القاعدة المذكورة لأنه بيع حقيقي، لأن شرطه الملك، وملك البائع هنا غير معلوم لما عرفت وقولهم المبطل العتق لو فرض مقتضاه أن العتق لا يقع، لأنهم حكموا ببطلانه على تقدير فرض وقوعه، وكأنه مبني على أن القهر دائم وهو في كل آن—

و حينئذ فالتحقيق حمل الشراء فى الخبر المذكور على الاستنقاذ، ويثبت الملك بعد ذلك بالتسلط، وفى لحوق أحكام البيع من خيار المجلس وخيار الحيوان والعيب ونحو ذلك نظر أقربه - بناء على ما قلناه - العدم ، قالوا و الاستنقاذ دفع يد شخص شرعية أم غير شرعية عن مال بعوض أو بغير عوض، ويشكل أيضاً ثبوت الملك بالتسلط بعد الاستنقاذ إذ قد يكون المملوك الذى بيده ممن ينعق عليه مأمونا: أى دخل بلاد الاسلام بأمان ، فيشكل حينئذ نملك المشتري له بالتسلط عليه، وربما ظهر من كلام العلامة فى القواعد لحوق أحكام البيع بالنسبة الى البايع، وفيه أنه مع حكه بالاستنقاذ لا معنى لذلك ، لانه عقد واحد يبعد كونه بيعاً حقيقياً بالنسبة الى البايع وغير بيع بالنسبة الى المشتري، على أن سبب عدم كونه بيعاً حقيقياً بالنسبة اليه انما هو عدم صلاحية المبيع لتملك البايع، وهو موجب لعدم كونه حقيقياً بالنسبة اليه .

وقال فى الدروس : ولو اشترى حريباً من مثله جاز ، و لو كان ممن ينعق عليه قيل كان استنقاذاً حذراً من الدور لو كان شراءً، ولا يلحق به أحكام البيع بالنسبة الى المشتري ، وروى ابن بكير (١) تسميته شراءً انتهى و ظاهره لحقوق أحكام البيع بالنسبة الى البايع كما قدمنا ذكره عن ظاهر القواعد ، وفيه ما عرفت .

وبالجملة فان مقتضى التحقيق بناء على ما ذكره من كون ذلك استنقاذاً لا بيعاً حقيقياً هو عدم تحقق بيع شرعي ، لا بالنسبة الى البايع ولا الى المشتري ، فتملك

يقتضى الملك فيمتنع حصول العتق حقيقة لوجود منافيه فلا يكون الا بطريق الفرض .

(منه رحمه الله)

(١) أقول : نسبه : فى الدروس الرواية الى ابن بكير باعتبار أنه هو الراوى

عن عبد الله اللحام ، ولعل ذلك للتنبيه بشأن الرواية حيث أن سندها الى ابن

بكير من الموثق ، وعبد الله اللحام مجهول - منه رحمه الله .

المشتري للمبيع مشكل، وتملك البايع للثمن مشكل، الا أنك قد عرفت من الرواية المتقدمة كون ذلك بيعاً وشراء من غير معارض، سوى ما قالوه، والظاهر الوقوف على مقتضى النص، فان ما ذكره وان كان مقتضى القواعد الشرعية أيضاً، الا انه يمكن تخصيصها بهذا الخبر بأن يخص الانعناق بالملك بالشراء، دون التملك قهراً، وقوفاً على مورد أخبار كل من المقامين والله العالم.

والمسألة الثانية عشر - اختلف الاصحاب فيما لودفع الى مأذون مالا يشتري به نسمة ويعتقها عنه ويحج بالباقي، فاشترى أباه ودفع اليه بقية المال، فحج به، فاختلف مولاه وورثة الامر ومولى الاب، فكل يقول اشترى بمالي، فقال الشيخ في النهاية الحكم أن يرد المعتق على مولاه الذي كان عنده يكون رقاله كما كان، ثم أي الفريقين الباقيين منهما أقام البينة بأنه اشترى بماله سلم اليه، وان كان المعتق قد حج ببقية المال لم يكن الى رد الحجة سبيل، وتبعه في ذلك ابن البراج.

وقال ابن ادریس : لا أرى لرد المعتق على مولاه وجهاً، بل الاولى عندي أن القول قول سيد العبد المأذون له في التجارة، والعبد المبتاع لسيد العبد المباشر للعق، وان عتقه غير صحيح، لان اجماع اصحابنا على أن جميع ما يبد العبد فهو مال لسيده، وهذا الثمن في يد المأذون، وأنه اشتراه فاذا اشتراه فقد صار ملكا لسيد المأذون الذي هو المشتري، فاذا أعتقه المأذون بعد ذلك فعتقه غير صحيح، لانه لم يؤذن له في العتق، بل أذن له في التجارة فحسب، هذا اذا عدمت البيتان، فهذا تحرير القول والفتوى في ذلك انتهى (١).

(١) اقول : أما دعوى مولا العبد المأذون فظاهر مما ذكره ابن ادریس، وأما دعوى مولى الاب أنه اشتراه بمالي فيحمل على أن يكون العبد المأذون وكيلاً له بالأذن وعنده مال له، او انه أخذ الاب من مالي واعطاه ابنه ليشتريه، ونحو ذلك، واما دعوى ورثة الموصي فظاهر حيث ان مورثهم دفع اليه ذلك الوجه الذي اشترى به العبد، فهو قد اشترى بماله.

والاصل في هذه المسألة ما رواه الشيخ عن ابن ابي عمير (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) عن عبد لقوم مأذون له في التجارة ، دفع اليه رجل ألف درهم فقال له : اشتر بها نسمة واعتقها عني ، وحج عني بالباقي ، ثم مات صاحب الالف ، فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت ، ودفع اليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه ، وبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً ، فاخصموا جميعاً في الالف ، فقالوا موالى العبد المعتق : انما اشتريت أباك بمالنا ، وقال الورثة : انما اشتريت أباك بمالنا ، وقال موالى العبد : انما اشتريت أباك بمالنا ، فقال : أبو جعفر (عليه السلام) أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد ، وأما المعتق فهو رد في العتق لموالى أبيه ، وإي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كأن لهم رقاً ، والشيخ في النهاية ومن تبعه قد عملوا بظاهر هذه الرواية

وابن ادریس قدردها لما ذكره وقد اقتضى ابن ادریس في هذا القول أكثر من تأخر عنه ، وطعنوا في الخبر المذكور بضعف الراوى ، فانه غالى ، ومخالفة الخبر المذكور لاصول المذهب من وجوه ، منها الحكم برد العبد الى مولاه مع اعترافه ببيعه ، ومنها دعواه فساد البيع ، ومدعى الصحة وهو الاخران مقدم ، ومنها حكمه بمضى الحجة مع ان ظاهر الامر حجه بنفسه وقد استتاب فيها ، ومنها مجامعة صحة الحج لعوده رقاً مع كونه قد حج بغير اذن سيده ، ومنها انه كيف يدهى مولى العبد انه شرى بماله ، مع انه لم يكن لمولى الاب مال في يد المأذون ، وليس هو وكيله ، ومع الاغماض عن ذلك وثبوت ان له مالا وانه وكيل كيف يتصور صحة شراء شخص من سيده بمال ذلك السيد ، فدعوى مولى العبد انه اشترى بماله يقتضى فساد العقد ، لان العوضين اذا كانا من مال واحد لم تكن المعاوضة صحيحة ، واعتذر

— وكانهم ينكرون الوصية بما ذكره المأذون من الشراء والعتق — من رحمه الله .

العلامة للاول بحمل الرواية على انكار مولى العبد البيع، لافساده، ورد بمنافاته لمنطوق الخبر، لدلالته على كونه اشترى بماله، وهو صريح في وقوع البيع والشراء، فلا تسمع هذه الدعوى، ونزله الشهيد في الدروس على ان المأذن بيده مال لمولى الاب وغيره، وبتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع الى اصاله بقاء الملك على مالكة، ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين، فيتساقطان قال: وهذا واضح لا غبار عليه.

ورد بأن النظر فيه واضح والغبار عليه لا يح، لمنع تكافى الدعاوى أولا على تقدير تسليم كون بيده مال للجميع، لان من عدا مولا خارج، و الداخل مقدم، فسقط مولا الاب وورثة الامر، فلم يتم الرجوع الى اصل بقاء الملك على مالكة، وبذلك يظهر فساد دعوى كون الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين، فان الخارجة لا تكافؤ الداخلة، فاذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع، اذ لم ينقدح بوجهها الاسباب تساقط تلك الدعويين ولم يتم، على انه لو سلم كون بيد المأذن أموال لغير مولا، فان اقراره بها لغيره غير مقبول مع تكذيب المولى وان كان مأذونا، لان المأذن انما يقبل اقراره بما يتعلق بالتجارة، لا مطلقا كما سيأتى انشاء الله تعالى، وحينئذ فلا بد من اطراح هذه الرواية بهذه المنافيات لقبولها، والرجوع الى أصل المذهب.

وفي المسألة قول ثالث للمحقق في النافع، ورجحه ابن فهد في شرحه، قال: ويناسب الاصل، الحكم بامضاء ما فعله المأذن مالم تقم بينة تنافيه، ومقتضاه الحكم بصحة البيع والعق والحج، لان الاصل أن ما يفعله المأذن صحيح، وهذا يتمشى اذا جعلنا حكم المأذن حكم الوكيل، فيقبل اقراره بما في يده، ويمضى تصرفه كالوكيل، الا أن فيه أنه موقوف على تناول الاذن من سيده لذلك.

هذا كله مع عدم البينة، وأما معها فان كانت لو احد حكم بها، وان كانت

لاثنين أو للجميع ، فان قلنا بتقديم بينة الداخل عند التعارض فكـالاول ، وان قدمنا الخارج أولم يكن للدخل بينة ، ففى تقديم بينة ورثة الامر - نظرألى الصحة أو بينة مولى الاب ، لانه خارج بالاضافة الى ورثة الامر، لادعائه ماينا فى الاصل - وجهان ، استجود اولهما فى المسالك ، قال : لانهما خارجان بالنسبة الى المـولى المأذون ، ومدعيان ، ويبقى مع ورثة الامر ترجيح الصحة .

وبالجملة فان المسألة من المشكلات لما عرفت مما يتطرق الى النص المذكور من الايرادات الواضحة ، والعمل به والحال كذلك مشكل ، فالظاهر هو قوة مذهب اليه المتأخرون والله العالم .

المسألة الثالثة عشر - قال الشيخ فى النهاية من اشترى من رجل عبداً و كان عند البايع عبدان ، فقال للمبتاع اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورد الاخر وقبض المال ، فذهب بهما المشتري فأبقى أحدهما من عنده فليرد الذى عنده منهما ، ويقبض نصف الثمن مما أعطى ويذهب فى طلب الغلام ، فان وجده اختار حينئذ أيهما شاء ورد نصف الذى أخذه ، وان لم يجده كان العبد بينهما نصفين ، وتبعه ابن البراج فى ذلك .

وقال ابن ادريس : ما ذكره شيخنا فى نهايته خبر واحد ، لا يصلح ولا يجوز العمل به ، لانه مخالف لما عليه الامة بأسرها ، منافع لاصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم وأجماعهم ، لان المبيع اذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف ، وقوله « يقبض نصف الثمن ويكون العبد الابقى بينهما ويرد الباقي من العبدين » ، فيه اضطراب كثير ، وخلل كبير ، لانه ان كان الابقى هو الذى وقع عليه البيع ؟ فمن مال مشتريه ، والثلثن بكماله لبايعه ، وان كان الابقى غير من وقع عليه البيع ، والباقي الذى وقع عليه البيع فلاى شىء يرده ، وانما أورد شيخنا هذا الخبر على مساجاء ايراد الاعتقاد ، لانه رجع فى مسائل خلافه فى كتاب السلم . انتهى .

أقول : أشار بقوله رجع عنه فى خلافه الى ما ذكره الشيخ فى الكتاب المذكور ،

حيث قال في باب السلم : اذا قال : اشتريت منك أحدهذين العبدین بكذا، أو أحد هذه العبيد الثلاثة بكذا لم يصح الشراء ، وبه قال الشافعي ، و قال أبو حنيفة اذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز ، لان هذا غرر يسير، وأما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز ، دليلنا أن هذا بيع مجهول فيجب أن لا يصح بيعه ولانه بيع غرر لا اختلاف قيمتي العبدین، ولانه لا دليل على ذلك في الشرع، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع، وقلنا : أن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین فان قلنا بذلك تبغض فيه الرواية، ولم نقس غيرها عليها . انتهى .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ما ذكرناه : والتحقيق أن نقول : العقد أن وقع على عبد مطلق موصوف بصفاته المقصودة الرافعة للجهالة صح البيع ، فاذا دفع البايع العبدین الى المشتري ليتخير أحدهما ، جاز أن يتخير أيهما شاء ، فاذا أبق أحدهما فان قلنا المقبوض بالسوم مضمون ضمنه المشتري ثمناً و الا فلا، وان وقع على أحدهما كان باطلا .

والشيخ رحمه الله عليه عول في ذلك على رواية محمد بن مسلم (١) عن الباقر (عليه السلام)، «قال سألت عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان ، ففسال للمشتري : اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورد الآخر وقد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده قال : ليرد الذي عنده منهما و يقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع ، ويذهب في طلب الغلام ، فان وجده اختار ايهما شاء ، ورد النصف الذي اخذ ، وان لم يجده كان العبد بينهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع » وهذه الرواية تدل على ان البيع وقع صحيحاً لاعلى انه وقع على عبد من عبدین وكذا كلام الشيخ .

واما قول الشيخ في الخلاف عن الرواية ، فان لها محملاً ، وهو ان يفرض

تساوى العبدین من کل وجه فلا استبعاد حیث أنه فی بیع أحدهما لإبعینه ، کمالو باعه من متساوی الاجزاء بعضه ، کمالو باعه قبیضاً من الصبرة ، واما تضمین النصف فلان البیع وقع مشاعاً علی أحدهما قبل الاختیار یكون العبدان بینهما ، فلما أبق أحدهما ضمن نصفه الذی اشتراه ، والنصف الآخر لا یضمنه ، لانه مقبوض علی وجه السوم ، والعبد الباقي بینهما لشیاع الاستحقاق فی العبدین . انتهى .

أقول : وجه الاشکال فی الروایة المذكورة من حیث أنه اشترى عبداً فی الذمة ، وهو أمر کلی ینتوقف علی تشخیصه فی عین مخصوصة متصفة بما وقع علیه الاتفاق من الاوصاف ، والخبر دل علی انحصار ذلك الامر الکلی فی العبدین قبل تعیینه ، ومن حیث دلالة الخبر علی ثبوت البیع فی نصف الموجود الموجب للشركة مع عدم وجود ما یقتضی الشركة ، ثم الرجوع الی التخییر لو وجد الابق ، ومن أجل هذه الاشکالات نزل بعض الاصحاب (رضوان الله علیهم) الروایة المذكورة - علی تقدير أربع مقدمات ، الاولى - تساویهما قيمة ، الثانية - مطابقتها للمبیع الکلی وصفاً ، الثالثة - انحصار الحق فیهما حیث دفعهما الیه وعینهما للتخییر ، كما لو حصر الحق فی واحد ، الرابعة - عدم ضمان المقبوض بالسوم فلا یضمن الا بق هنا ، أو تنزیل هذا التخییر هنا منزلة الخيار فی البیع فکما ان تلف المبیع فی مدة الخيار من البایع ، فکذلك هی هنا متى تلف قبل الاختیار (١) .

ولا یخفی ما فی البناء علی هذه المقدمات من الاشکال لما یمکن تطرقه الی جملة منها ، ولهذا قبل انه یشکل الحکم بانحصار الحق فیهما علی هذه التقادیر ، لان المبیع أمر کلی لا یشخص الا بتشخیص البایع ، ودفعه الاثنین لتخییر أحدهما لیس تشخیصاً وان حصر الامر فیهما ، لاصالة بقاء الحق فی الذمة الی ان یثبت شرعاً کون ذلك كافياً ، كما لو حصره فی عشرة فصاعداً ، وما ذکره فی المختلف - من التنزیل - علی تساوی

(١) مرجع المقدمة الرابعة الی أن عدم الضمان مترتب علی أحد الامرین

المذكورین منه - رحمه الله .

العبدین من کل وجه لیلحق بمتساوی الاجزاء حتی جوز بیع عبد منهما كما يجوز بیع قفیز من الصبرق فقیه اشکال ظاهر، لمنع تساوی العبدین علی وجه یلحقان بالمتلی الذی هو عبارة عن متساوی الاجزاء، ومنع تنزیل بیع القفیز من الصبرة علی الاشاعة، كما تقدم فی البحث عن هذه المسألة .

وبالجملة فان الاكثر علی اطراح الروایة المذكورة لما عرفت من مخالفتها لمقتضى الاصول وعسر تنزیلها علی ما ذکره من هذه التکلفات السخیفة ، والظاهر الرجوع الی مقتضى الاصول ، فینظر فی هذین العبدین فان كانا بالصفات الذی اشترى بها العبد فی الذمة تخیر بینهما ، فان اختار الابق منهما رد ما أخذه من نصف الثمن ، ولا شیء له ، وان اختار الباقي منهما أخذه .

بقی الکلام فی ضمان الابق علی هذا التقدير، فان قلنا بضمان المقبوض بالسوم ضمنه ، والا فلا، وان كان احدهما بالصفات أخذه وحکم الاخر علی ما تقدم، وان لم یکن شیء منهما بالصفات رجع علی البائع بحقه لان حقه فی الذمة باق حتی یدفع الیه ما كان علی الصفات التی وقع علیها العقد وفی ضمان الذاهب ما تقدم، وعلی هذا لافرق بین عبدین أو اکثر او غیر العبد من المتاع وغیره، وعلی تقدير العمل بالروایة یجب الاقتصار فیہ علی موردها فلا یتعدی الحکم الی غیر العبدین اقتصاراً فیما خالف الاصول علی موضع النص وبه جزم الشیخ رحمه الله .

و لو تعددت العبد فهل ینسحب الحکم ، احتمالان أحدهما نعم ، لصدق العبدین فی الجملة، فلو كانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى ثلث المبیع، فیرجع بثلث الثمن، وهكذا فیما زاد ، وثانیهما عدم ، للخروج عن موضع النص ، وهو الاظهر ولو كانا أمتین أو أمة وعبداً ففی انسحاب الحکم الوجهان ، وقطع، فی الدروس بانسحاب الحکم هنا ، والظاهر عدم ، لما ذکرنا والله العالم .

المسألة الرابعة عشر اختلف الاصحاب رضوان الله عليهم في الجارية بين الشركاء فبطاً أحدهم ، فقال الشيخ في النهاية : اذا كانت الجارية بين شركاء فتركوها عند واحد منهم فوطأها فانه يدرأ عنه من الحد بقدر ماله منها من الثمن ، ويضرب بمقدار ما لغيره من القيمة ، وتقوم الامة بقيمة عادلة ويلزمها ، فان كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشترت به الزم ثمنها الاول ، وان كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الاكثر ، فان أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها ، ولا يلزمه الا ثمنها الذي يسوى في الحال . انتهى .

أقول : ما ذكره الشيخ هنا هو مضمون رواية عبد الله بن سنان (١) وقال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجال اشتركوا في أمة فآتمنوا بعضهم على أن يكون الامة عنده فوطأها قال : يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقد ، ويضرب ما ليس له فيها ، وتقوم الامة عليه بقيمة ويلزمها ، فان كانت القيمة أقل من الثمن ، الذي اشترت به الجارية الزم ثمنها الاول ، وان كان قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن وهو صاغر لانه استقرشها ، قلت : فان أراد بعض الشركاء شراءها دون الرجل ؟ قال : ذلك له ، وليس له أن يشتريها حتى يستبرأها ، وليس على غيره أن يشتريها الا بالقيمة .

وقال : ابن ادريس بعد نقل كلام الشيخ هذا خبر واحد أورده شيخنا ايراداً لاعتقاداً والاولى أن يقال : لا يلزم الواطئ لها شيء سوى الحد الذي ذكرناه على تقدير أن يكون عالماً بالتحريم بقدر حصص شركائه ، الا أن تكون بكرأ فياخذ عذرتها ، فيلزم ما بين قيمتها بكرأ أو غير بكر ، ويسقط عنه ما يخصه من ذلك ، ويستحق الباقي باقي الشركاء ، فاما ان كانت غير بكر فلا يلزمه ذلك هذا اذا لم يحبلها ، فاذا أحبلها بولد ، فانه يغرم ثمنها الذي تساوى يوم خيانتها عليها ، وثمن ولدها يوم تسقط حياً لو كان عبداً ويسقط من ذلك بمقدار حصته من الثمن انتهى .

وقال العلامة في المختلف : والتحقيق أن نقول الواطيء ان كان عالماً بالتحريم حد بقدر حصص الشركاء، وعليه من المهر بقدر حصصهم أيضاً ان كانت مكرهه أوجاهلة، وان كانت مطاوعة فكذلك على الخلاف وسيأتي، وان كانت بكراً لزمه أرش البكارة قطعاً، ولا تقوم عليه بنفس الواطيء بل مع الحمل وعليه تحمل الرواية وقول الشيخ أيضاً، وعليه حصص الشركاء من القيمة ويطالب بأعلى القيم من حين الاحبال الى وقت التقويم، وعليه حصص الشركاء ايضاً من قيمة الولد يوم سقط حياً ان لم يكن قد قومت عليه حبلى، ولو أراد بعض الشركاء اخذها فان كانت قد حبلت لم يكن له ذلك، وان لم تكن حبلت كان له ذلك ويأخذها بقيمتها يوم الاخذانتهى. أقول : وتحقيق الكلام في هذا المقام يقع في مواضع الاول - لاشكال في سقوط الحد عن الواطيء هنا مع الشبهة كما لو توهم حل الواطيء من حيث الشركة لقوله (عليه السلام) (١) « ادروا الحدود بالشبهات » الثاني ظاهر النص والفتوى أن الحد هنا انما هو بالجلد وان كان محصناً يجب في مثله الرجم، لان الرجم لا يقبل التبعض، وقد عرفت من النص والفتوى تبعضه هنا، والظاهر أن الوجه فيه أن وجوب الرجم في المحصن انما هو فيما اذا كان الزانى محصناً وهذا ليس كذلك من حيث تملكه لبعض الامة، ولاجل ذلك يلحق به الولد، وتصير أم ولد وان كان عالماً بالتحريم، مع أن الزانى العالم لا يلحق به الولد.

الثالث - أنه يسقط من الحد ما قابل ملكه من الامة نصفاً أو ربعاً أو نحو ذلك، لعدم تحقق الزنا بالنسبة الى حصته، ويضرب الباقي الذي يتعلق بنصيب الشركاء، لكونه زناً بالنسبة الى حصصهم، وينبغي أن يستثنى من الحد ايضاً ما لو كان أحد الشركاء ابن الواطيء أيضاً، فانه لا حد على الأب في نصيب ابنه، كما لا حد عليه لو كانت بأجمعها للولد، ثم انه مع التبعض لو احتيج الى تبعض الجلدة الواحدة

قال : بعض المحققين أنه يحتمل باعتماد مقدار السوط ، وكيفية الضرب .
أقول : بل الظاهر أنه ان كان نصفاً أخذ بنصف السوط ، وان كان ثلثاً أخذ
بثلثه ، كما تضمنه صحيح هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال :
في نصف الجلدة وثلث الجلدة يؤخذ بنصف السوط ، وثلث السوط » ، ويمكن
ارجاع ما ذكره المحقق المشار إليه الى ما ذكرناه .

الرابع ظاهر كلام الشيخ وهو ظاهر الرواية ايضاً أنه تقوم الامة على الواطى بنفس
الوطى مظاهر الاصحاب كما سمعت من كلام ابن ادريس والعلامة أنه لا تقوم عليه ولا يلزمه
ثمنها الامع الحمل ، لا بمجرد الوطى ، وعلى ذلك حمل العلامة كلام الشيخ والرواية
المذكورة ، وأنت خبير أولاً بأنه لا اشعار في الرواية ، ولا في كلام الشيخ بذكر
الحمل بالكلية ، وثانياً بأنه متى حمل الكلام فيهما على الحمل كما ذكره ، - بمعنى
أن قوله في الرواية وكذا في كلام الشيخ « وتقوم الامة عليه » يعنى من حيث حملها
بعد الوطى - فكيف يتم قوله في آخر الرواية وكذا في كلام الشيخ « فان أراد أحد
الشركاء الجارية كان له أخذها » مع تصريحه (قدس سره) بأنه ان كانت قد حبلت
لا يجوز ذلك ، وانما يجوز مع عدم الحمل .

وبالجملة فالظاهر أن اشتغال الرواية وكذا كلام الشيخ - بناء على حمله لها
على ذلك - على هذين الحكمين أعنى التقويم على الواطى - مع الحمل وعدمه ،
وجواز شراء بعض الشركاء لها - لا يخلو من تدافع كما لا يخفى لأنه اذا كان الحكم
الشرعى بعد الوطى مجرداً عن الحمل كما هو ظاهر الاطلاق ، أو هو مع الحمل -
كما هو ظاهر الاصحاب هو التقويم على الواطى فكيف يجوز لبعض الشركاء
شراؤها .

ثم ان مما يدل على أن التقويم بمجرد الوطئ كما هو ظاهر الخبر المذكور
 مارواه في الكافي عن عدة من أصحابنا (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) وفي الفقيه
 عنه (عليه السلام) مرسلًا قال : سئل عن رجل أصاب جارية من الفئ فوطئها قبل
 أن تقسم ؟ قال : تقوم الجارية وتدفع اليه بالقيمة و يحطله منها ما يصيبه منها من
 الفئ و بجلد الحد، ويدراً عنه من الحد بقدر ما كان له فيها ، فقلت : كيف صارت
 الجارية تدفع اليه بالقيمة دون غيره قال : لانه وطئها ، ولا يؤمن ان يكون ثمة حبل ،
 والخبر كما ترى صريح الدلالة واضح المقالة في تقويمها على الواطئ بمجرد الوطئ
 معللاً بخوف الحبل ، لا بوجوده بالفعل ، كما ذكره (رضوان الله عليهم) الا انه
 قد روى في الكافي وكذا في التهذيب عن اسماعيل الجعفي (٢) عن أبي جعفر
 (عليه السلام) وفي رجلين اشتريا جارية فنكحها أحدهما دون صاحبه ، قال : يضرب
 نصف الحد ، و يغرم نصف القيمة إذا أحبل ، وهي كما ترى دالة بمفهوم الشرط
 الذي هو حجة عند المحققين وعليه تدل جملة من الاخبار عدم القيمة مع عدم الحبل
 وهي مؤيدة لما ذكره الاصحاب وروى في الكافي ايضاً عن اسماعيل الجعفي (٣)
 « عن أبي جعفر (عليه السلام) في جارية بين رجلين فوطئها أحدهما دون الآخر فأحبلها
 قال : يضرب نصف الحد ويغرم نصف القيمة » ، الا ان هذه الرواية لا دلالة فيها
 على نفى القول بالقيمة بمجرد الوطئ ، وبالجملتان المعارضة هنا وقعت بين رواية
 العدة ، ورواية اسماعيل الاولى ، وإلا فرواية عبد الله بن سنان مطلقة ، وال ترجيح
 بحسب القواعد لرواية العدة لدالتها صريحاً على ما ذكرناه ، والاخرى انما تدل

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩٤ الفقيه ج ٤ ص ٣٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٩٥ التهذيب ج ١٠ ص ٣٠ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٩٥ التهذيب ج ١٠ ص ٣٠ .

بالمفهوم ، وهو لا يعارض المنطوق الصريح ، الا ان ظاهر اتفاق الاصحاب على انحكم -
 عدا اطلاق كلام الشيخ هنا - مما يعضد المفهوم المذكور ، و المسألة لذلك محل
 اشكال والله العالم .

الخامس قد عرفت ان مع الحمل تقوم الجارية على الوطى ، فالظاهر انه
 لا خلاف فيه لانها مع الحمل تصير أم ولد ويلحقها حكم امهات الاولاد والولد حر ،
 قالوا لان الاستبلاذ بمنزلة الاتلاف لتحريم بيعها وانعتاقها بموت سيدها ، فكان عليه
 غرامة حصص باقى الشركاء من الجارية ومن الولد .

وظاهرهم انه لا فرق بين كونه عالماً او جاهلاً وهو ظاهر اطلاق رواية اسماعيل
 الجعفى المتقدمة ولولا ذلك لامكن الفرق بين الامرين فان مقتضى القاعدة مع
 العلم ان لا يكون الولد كله حراً لان الزنا بأمة الغير موجب لكون الولد للمالك ،
 - لانه نماء ماله ، الا ان الحكم هنا كما ذكره الاصحاب - وهو ظاهر الخبر المذكور
 - على خلاف ذلك ، وكان تقويم حصص الشركاء فى الولد من حيث سراية العتق
 ان قبل بها فى مثله فانها قهرية كما سيبنى ، تحقيقه انشاء الله تعالى فى موضعه
 اللائق به .

السادس - المعتبر فى قيمة الولد قيمته يوم سقطه حياً ، فيقوم لو كان عبداً
 ويدفع الى باقى الشركاء حصصهم ، هذا اذا لم يكن قومت عليه حاملاً ، والا دخلت
 قيمته معها ، ولو وقع الولد سقطاً قبل التقويم استقرت ملك الشركاء للام .

أما تقويم الام فهل المعتبر قيمتها عند الوطى ، أو يوم التقويم ، او الاكثر منها ؟
 اختار فى الدروس الاول ، وفى المسالك الثالث ، واستظهر المحقق الاردبيلي فى شرح
 الارشاد أكثر اقيم من حين الحمل الى زمان الانتقال ، قال : ويحتمل حين الحمل ،
 لانه وقت الاتلاف ، والاول اظهر ، لانه زاد فى ملك الاول انتهى .

والظاهر ان ما ذكره من الاحتمال هو الذى ذكره ابن ادريس بقوله - فى عبارته

المتقدمة : يوم جنايته عليها، والذي دلت عليه رواية عبدالله بن سنان المتقدمة أكثر الامرين من قيمتها يوم التقويم وثمنها، وهو ظاهر اختيار الشيخ فيما تقدم من عبارته وهو الأقرب .

السابع - ينبغي ان يعلم انه لا تدخل الجارية في ملك الواطئ بمجرد الحمل، بل لابد من التقويم ودفع القيمة أو ضمانها مع رضا الشركاء بذلك ، وظاهر الاخبار المتقدمة أنها تنتقل بمجرد التقويم ، ومقتضى قواعد الاصحاب انه لابد من صيغة البيع ودفع القيمة أو ضمانها، الا أنك قد عرفت فيما تقدم ما في اشتراط الصيغة الخاصة من عدم الدليل على ذلك ، والظاهر أن ذكر التقويم في الاخبار خرج مخرج التجوز والكناية عن دفع الثمن أو ضمانه ، وأما اشتراط الرضا فالظاهر ان البيع هنا قهري على الشركاء .

الثامن - قد عرفت أنه لا تدخل في ملك الواطئ بمجرد الحمل، بل لابد من التقويم ودفع القيمة أو ضمانها وحينئذ ان كسب الجارية المذكورة وحق الخدمة مشترك بين الملاك قبل ذلك .

التاسع ظاهر كلام ابن ادریس المتقدم انه مع عدم الحمل لا يجب عليه بالواطئ شيء الا أن يكون بكرأ فيجب عليه أرش البكارة ، وهو تفاوت ما بين قيمتها بكرأ وثيباً ويسقط منه قدر نصيبه، أما لو كان ثيباً فلا شيء عليه ، وظاهر كلام العلامة المتقدم أن عليه أرش البكارة لو كانت بكرأ قطعاً ولو كانت ثيباً فعليه المهر ، و الشيخ فيما تقدم من عبارته سكت عن ذلك .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك القول بما ذهب اليه العلامة من ايجاب الجميع لو كانت بكرأ أعنى أرش البكارة ، والمهر لو كانت ثيباً ، قال في الكتاب المذكور ويجب على الاب العقر (١) بسبب الوطئ ، سواء كانت بكرأ أو ثيباً ،

(١) العقر بالضم : وهو دية فرج اذا غصب على نفسها وقيل : هو المهر أو

ما تعطاه المرأة على وطئ الشبهة .

وهو العشر ونصفه مضافاً الى ذلك أرش البكارة ، مستثنى منه قدر نصيبه على أصح القولين . انتهى (١) ونبه بقوله على أصح القولين على خلاف ابن ادريس كما عرفت ، حيث انه لم يوجب شيئاً مع الثبوت ، ومع البكارة لم يوجب الا الارش وقال المحقق الاردبيلي أنه لابد من المقر بحصة الشركاء العشر ونصفه ، وفي أرش البكارة تأمل ، والظاهر العدم ، لدخوله تحت عقرب البكر ، ولهذا سكنت عنه الاكثر انتهى وظاهره ان ارض البكارة انما هو العشر ، وحينئذ فساد وجب عليه في صورة ما اذا كانت بكراً من حيث كونه مهراً فلامعنى لايجاب مرة اخرى من حيث كونه ارشاً ، مع أنك قد عرفت من كلام المسالك ايجاب الامرين ، الا ان ظاهر عبارة ابن ادريس يدل على ان ارض البكارة انما هو تفاوت ما بين قيمتها بكراً وثيباً لا العشر ، فعلى هذا لامنافة بين وجوب الامرين ، ولا يحضرني الان خبر صريح في تفسير الارش في هذا المقام بأحد المغنيين ، الا ان صحيحة الوليد بن صبيح المتقدمة في المسئلة التاسعة ظاهرة فيما ذكره المحقق المشار اليه ، وكيف كان فالظاهر هو ما ذكره المحقق المذكور ، اذ لا يستفاد من الاخبار أريد من ذلك .

العاشر - خص العلامة فيما تقدم من كلامه وجوب المهر بما اذا كانت مكرهة او جاهلة ، وظاهره كون المطاوعة أيضاً كذلك . على خلاف فيها ، وجزم ابن فهد في المذهب بان العلامة المطاوعة لامهر لها ، وكأنه ينى على خبر (٢) « لامهر لبنى » وقد تقدم في المسئلة التاسعة قول شيخنا الشهيد بذلك في نظير هذه المسئلة للخبر المذكور وفيه ما ذكرناه ثمة - الحادى عشر - ظاهر الاصحاب حرية الولد حين انعقاده ، فهو حر في الاصل وان لم يدفع الاب حصص الشركاء ، ووجوب التفويض على أبيه

(١) واليه يميل كلام الشهيد في الدروس حيث قال : وفي دخول ارض

البكارة في المهر نظر وجمع الفاصل بينهما . انتهى منه رحمه الله .

(٢) التهذيب ج ١٠ ص ٣٦ الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ .

لا بوجوب رقبته ، ففكه بالقيمة ليس على حسب فك الرق الوارث ليدفع اليه الميراث ويظهر الفائدة فيما لو أوصى له حملا ، فان الوصية صحيحة بناء على ما قلنا ، واما على تقدير انعقاده رقاً وتوقف تحريره على فكه من الرقبة فلا .

الثانية عشر - لو سقط الولد بجناية جان عليه ، الزم الجاني دية جنين حر للاب ، وهو عشرين دية ، وعلى الاب للشركاء دية جنين الامة وهو عشر قيمتها إلا قدر نصيبه ، كذا ذكره جملة من الاصحاب هنا والله العالم .

المسألة الخامسة عشر - لو تنازع المأذون بعد شراء كل منهما صاحبه من مولاه في الأسبق ، ليبطل بيع المتأخر لبطلان الاذن بزوال الملك ، ولا يئنه لهما ولا لاحدهما فما الحكم في ذلك ؟ قال الشيخ في النهاية : المملوك كان اذا كانا مأذونين في التجارة فاشترى كل واحد منهما صاحبه من مولاه ، فكل من سبق منهما بالبيع كان البيع له ، وكان الآخر مملوكا له ، فان اتفق ان يكون العقد ان في حالة واحدة اقرع بينهما ، فمن خرج اسمه كان البيع له ، ويكون الآخر مملوكه وقد روى انه اذا اتفق العقدان في حالة واحدة كانا باطلين والاحوط ما قدمناه . انتهى وتبعه على ذلك ابن البراج . وقال ابن ادريس : وان اتفق ان يكون العقدان في حالة واحدة كان العقد باطلا ، وقد روى انه يقرع بينهما فمن خرج اسمه كان البيع له ، ويكون الآخر مملوكه ، وهذه الرواية لا يمكن المصير اليها ، لان القرعة تستعمل في الاشياء التي يجوز وقوع الصحة فيها و صحة احدهما وبطلان الحكم الآخر ، وهذا الشئ مبنى على انه وقع العقد ان في حالة واحدة وتحقق وتبين ذلك ، وقد روى انه يذرع الطريق والاول من الاقوال هو الصحيح الذي يقوى في نفسى . انتهى .

والذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه ثقة الاسلام في الكافي والصدوق في الفقيه عن أبي سلمة (١) «عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجلين مملوكين مفوض اليهما بيعان ويشتريان بأموالهما ، وكان بينهما كلام فخرج هذا يعد والى مولى هذا ، وهذا الى مولى هذا ، وهما في القوة سواء ، فاشترى هذا من مولى هذا العبد وذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر ، فانصرفا الى مكانهما فتشبت كل واحد منهما بصاحبه وقال له : انت عبيدى وقد اشتريتك من سيدك ، قال : يحكم

بينهما من حيث افتراقا بذرع الطريق ، فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد ، وان كانا سواء فهو رد على مواليهما » وزاد فى الكافى « جاءا سواء و افترقا سواء الا ان يكون أحدهما سبق صاحبه ، فالسابق هو له ، انشاء باع وانشاء أمسك وليس له أن يضربه » قال فى الكافى وفى رواية أخرى « ان كانت المسافة سواء أفرع بينهما ، فأيهما وقعت القرعة عليه كان عبده » و روى الشيخ الخبر المذكور عن محمد بن يعقوب مع الزيادة ، وكذا الرواية المرسلة الا ان فيه فى آخر الرواية المرسلة « كان عبداً الاخر » وهو أظهر ، وعلى تقدير رواية الكلينى يكون الضمير فى عبده راجعاً الى الاخر ، المفهوم من سياق الكلام وقرينة المقام .

ثم انه لا يخفى ان المستفاد من الخبر المذكور هو كون المال الذى بيد المأذونين مالهما ، وهو مؤيد لما قدمناه من تملك العبد ، وأن توقف التصرف على اذن السيد ، وان الشراء انما وقع لكل منهما ، كما يتبادى به قول كل واحد منهما للاخر أنت عبدى ، وقوله فى الزيادة التى فى الكافى « فالسابق هو له ، انشاء باع وانشاء أمسك » وأنه لو تحقق سبق أحد العقدين بقرب طريق أحدهما حكم بصحته وتقديمه ، وهو ظاهر ، وانه مع علم الاقتران بتساوى الطريقين فالعقدان باطلان .

وظاهر الرواية المرسلة انه مع تساوى الطريقين الموجب للاقتران - كما عرفت - فالحكم القرعة ، وكأنه الى هذه المرسلة استند الشيخ فى النهاية فحكمم بالقرعة فى صورة الاقتران ، وفيه مناقضة ظاهرة لما دل عليه الخبر الاول من الحكم بالبطلان مع تساوى الطريقين .

وجملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك اعترض على الشيخ فى الاستناد الى هذه الرواية ، بأن المستفاد منها انما هو الاشتباه ، قال فى الكتاب المذكور : انه صرح فى النهاية بالقرعة عند الاقتران محتجاً بالرواية وهى لا تدل على

مطلوبه ، لانه فرضها في كتابي الاخبار فيما اذا كانت المسافة متساوية ، واشتبه الحال ،
لا فيما اذا علم الاقتران . انتهى .

أقول الظاهر ان ما اورده على الشيخ غير وار د بعد التأمل في الخبرين المذكورين ،
وذلك انه في الخبر الاول فرض ان العبدین حين خرج كل واحد منهما الى مولى
الآخر كانا متساويين في القوة والعدو ، وأن مشيهما وعدوهما واحد ، فلذا أمر (عليه السلام)
بذرع الطريقين ، فان ظهر قرب أحدهما علم السبق للقريب ، و ان تساوى الطريقان
حكم بالبطلان ، وما ذاك الا من حيث حصول الاقتران بين العقدين ، لان المفروض
تساويهما في الطريق ، وتساويهما في العدو ، فيلزم الاقتران واليه يشير قوله في الزيادة
التي في الكافي « جاء أسواء ، واختلفا سواء » و من هذه الرواية حكم الاصحاب
بالبطلان مع الاقتران ، لاستحالة الترجيح بغير مرجح .

و الظاهر من ذكر الكليني المرسلة المذكورة بعد هذه الرواية أنها من تنمة
الرواية الاولى ، ومرتبة على ما ذكر فيها من الشئوال والجواب ، وانما حصل الاختلاف
في صورة تساوى الطريقين ، فالرواية المسندة دلت على البطلان ، والمرسلة دلت
على القرعة ، و به يحصل التعارض بين هاتين التمتين ، واحتمال كون هذه المرسلة
رواية مستقلة لا معنى له ، لعدم تقدم ذكر مسافة تشار اليها باللام المهدية ، و بما ذكرنا
يظهر ما في اعتراضهم على الشيخ ودعويهم أن المستفاد من المرسلة انما هو الاشتباه .
نعم يحصل الاشكال في المرسلة المذكورة بما ذكره ابن ادريس من حيث
أن القرعة انما تكون مع صحة أحد العقدين ومجهوليته ، فيستخرج ذلك الصحيح
منهما بالقرعة ، وأما مع علم الاقتران كما هو المفروض والمفهوم من سياق الكلام
فالظاهر بطلانها كما صرح به الرواية الاولى ، وبذلك يظهر بقاء المسألة في قالب
الاشكال ، وللاصحاب (رضوان الله عليهم) هنا شقوق وتفرعات واحكام زائدة
على ما يفهم من اخبار المسألة وخارجة عنها ليس للتعرض لها كثير فائدة بعدما هرفت
والله العالم .

الى هنا تم الجزء التاسع عشر حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه وقد بذلنا
 الجهد غاية في تصحيحه ومقابلته للنسخة المصححة بقلم المصنف
 طاب ثراه التي تفضل علينا بها حضرة حجة الاسلام العلامة
 السيد عبداللطيف الحسيني القرشي دامت بركاته
 العالية وله الثناء الجميل و الشكر الجزيل
 ويتلوه الجزاء العشرون في احكام بيع
 السلم إن شاء الله تعالى و نرجو
 من الله التوفيق على طبع
 بقية الاجزاء

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد و آله الطاهرين

علي الاخواندي

مركز تحقيقات كميوتير علوم اسلامی

فهرس الجزء التاسع عشر

من كتاب الحقائق الناضرة

الصفحة	العنوان
٣	فى اقسام الخيار
٤	فى خيار المجلس
٧	فى مسقطات خيار المجلس
١٣	تنبيهات خيار المجلس
١٩	فى خيار الحيوان
٣١	فى خيار الشرط
٤٠	فى خيار الغبن
٤٤	فى خيار التأخير
٥٣	فى خيار ما يفسد ليومه
٥٤	تنبيهات خيار التأخير
٥٦	فى خيار الرؤية
٥٨	فروع خيار الرؤية
٦٠	فى خيار العيب
٦٥	فى احكام الخيار
٧٩	فى احكام العيوب
٨١	فى احكام خيار العيب
٩٢	فى احكام التصرية
١١٨	فى احكام العقود
١٣٠	فى احكام النقد والنسيئة
١٤٣	فىما يدخل فى المبيع
١٥٣	فى القبض والاقباض
١٦٥	فى انه اذا حصل للمبيع نماء قبل القبض كان ذلك للمشتري
١٦٧	حكم من باع شيئاً ففصب من بده

- ١٦٨ في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه
 ١٨٤ في أنه إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه
 ١٨٥ إذا كان في ذمته طعام وأراد منه في بلد أخرى
 ١٩٠ في اختلاف المتبايعين
 ١٩٤ تنبيهات في اختلاف المتبايعين
 ١٩٨ في أقسام البيع
 ٢٠٠ في أحكام بيع المراجعة
 ٢١٣ أحكام بيع المواضعة
 ٢١٤ في أحكام الربا
 ٢٤٣ في بيع الرطب بالتمر
 ٢٤٧ في أن كل شيء وما تفرع منه شيء واحد
 ٢٤٩ حكم بيع اللحم بالحيوان
 ٢٥١ في أن الربا ليس إلا في المكمل والموزون
 ٢٥٥ في أن المعتبر في المكمل والموزون عادة البلدان
 ٢٥٧ في أنه لا ربا بين الله وولده
 ٢٥٩ في أنه لا ربا بين السيد وعبد
 ٢٦١ في أنه لا ربا بين الزوج وزوجته
 ٢٦٣ في أنه لا ربا بين المسلم وأهل الحرب
 ٢٦٥ تنبيهات في أحكام الربا
 ٢٧٦ في أحكام الصرف
 ٢٨٣ فروع في أحكام الصرف
 ٢٩١ أحكام بيع تراب المعدن
 ٢٩٥ أحكام بيع الدراهم المغشوشة
 ٢٩٩ أحكام بيع المراكب المحلاة
 ٣٠١ أحكام بيع السيف المحلي
 ٣٠٣ أحكام بيع المفضض
 ٣٠٧ حكم ابتياح درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم

- ٣٠٩ حكم الاواني المصبوغة من الذهب والفضة
- ٣١١ احكام تراب الصياغة
- ٣١٥ فى ان الدرهم والدنانير يتعين بالتعيين
- ٣١٧ حكم من اشترى دراهم بدراهم فى الذمة
- ٣١٩ حكم من اشترى دينارا بدينار فانفق الزيادة فى الدينار
- ٣٢٣ حكم فضول الكيل والوزن
- ٣٢٥ فى بيع الثمار
- ٣٣٧ فى بيع اثمار الاشجار
- ٣٤٣ فى بيع الخضر
- ٣٤٥ فى احكام بيع الثمار
- ٣٥٣ تحريم المعاقل والمزابنة
- ٣٥٧ حكم بيع العرية
- ٣٥٩ شروط بيع العرية
- ٣٦٣ فى القبالة
- ٣٦٥ جواز بيع الزرع قائما على اصوله
- ٣٦٧ بيع حصائد الحنطة والشعير
- ٣٧١ فى بيع الحيوان
- ٣٧٥ فى انه لا يستقر للرجل ملك اصوله وفروعه
- ٣٨٣ احكام اللقيط والمنبوذ
- ٣٨٥ فى انه لو ملك أحد الزوجين صاحبه بنفسه الزوجية
- ٣٨٧ فى أنه من أقر على نفسه بالعبودية قبل منه
- ٣٩١ احكام بيع الحامل
- ٣٩٥ فى ان العبد هل يملك أم لا ؟
- ٣٩٩ حكم من اشترى عبدا وله مال
- ٤٠٥ فى انه لو حدث فى الحيوان عيب فله صور
- ٤٠٧ احكام حدوث العيب فى الحيوان

- ٤٠٩ حكم استثناء البايع الرأس والجلد من الحيوان
- ٤١٣ حكم ما لو قال البايع الربح لنا ولا خسران عليك
- ٤١٦ في ذكر جملة من الاحكام في شراء الممالك
- ٤١٩ في كراهة التفرقة بين الاطفال وامهاتهم
- ٤٢١ تنبيهات في احكام التفرقة
- ٤٢٥ في وجوب استبراء الامة على البايع والمشتري
- ٤٣٣ في وجوب استبراء الامة على البايع والمشتري
- ٤٣٥ في سقوط الاستبراء في مواضع
- ٤٤١ في احكام وطىء الحامل
- ٤٤٥ في وجوب العدة على الزانية
- ٤٥١ وجوب عتق الولد متى انزل عليها وهي حامل
- ٤٥٢ فيما لو اشترى جارية فظهرت مستحقة
- ٤٥٨ حكم الجارية المستروقة من أرض الصلح
- ٤٦٢ حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير اذن الامام عليه السلام
- ٤٦٥ جواز الشراء من الكافر بنته وأخته
- ٤٦٧ فيما لو دفع الى مأذون مالا ليشتري به نسمة ويعتقها عنه
- ٤٧١ حكم من اشترى عبداً أو كان عند البايع عبدان
- ٤٧٥ فيما اذا كانت الجارية بين الشركاء فوطئها احدهم
- ٤٨١ فيما لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه في الاسبق