

الزبد الفقيهية

في مسح الروضة البهية

تأليف:  
الشيخ محمد حسين القاسمي

الجزء الرابع

مستورات ذوي القربى



الزُّبَيْرِيُّ  
مَدِينَةُ الْفَقْهِيِّينَ  
وَالشُّرَحِ الرَّوَضَةُ الْبَهِيَّةُ



### منشورات ذوي القربى

اسم الكتاب :	الزبدة الفقهية في شرح الروضة البيهية ج ٤
المؤلف :	السيد محمد حسن ترحيلى العاملى
الناشر :	ذوي القربى
الطبعة :	الحادى عشر
تاريخ الطبع :	١٤٣٤ هـ. ق. - ١٣٩٢ هـ. ش.
الكمية :	١٠٠٠
المطبعة :	كل وردى
شابك :	٩٦٤-٦٣٠٧-٥٧-٤
شابك الدورة :	٩٦٤-٦٣٠٧-٥٣-١

الزُّبْدُ فِي الْفَقْهِ  
وشرح الرُّوضَةِ الْبَهِيَّةِ

تَأَلَّفَ  
السَّيِّدُ مُحَمَّدُ حَسَنٌ رَحْمَتُ اللهِ عَلَيْهِ

الجزء الرابع

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



كتاب الكفارات



## (كتاب الكفارات<sup>(١)</sup>)

وهي تنقسم إلى معينة كبعض كفارات الحج ولم يذكرها هنا اكتفاء بما سبق، وإلى مُرتبة، وخيِّرة، وما جمعت الوصفين<sup>(٢)</sup>، وكفارة جمع (فالمرتبة) ثلاث (كفارة الظهار<sup>(٣)</sup>)، وقتل الخطأ<sup>(٤)</sup>، وخصالهما) المرتبة (خصال كفارة الإفطار في شهر

- (١) الكفارة اسم للتكفير، الذي هو في الأصل بمعنى الستر، وسميت بذلك لأنها تستر الذنب، ومنه الكافر لأنه يستر الحق، ويقال: لليل كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شيئاً.
- (٢) الترتيب والتخيير.
- (٣) فيجب فيها العتق، ومع العجز فالصوم شهرين متتابعين، ومع العجز فإطعام ستين مسكيناً، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا، ذلك نوعظون به، والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾<sup>(١)</sup>، وللأخبار.
- منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتَه يقول: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله ظاهرت من امرأتي، قال: فاذهب فاعتق رقبة، قال: ليس عندي، قال: اذهب فصم شهرين متتابعين، قال: لا أقوى، قال: اذهب فأطعم ستين مسكيناً)<sup>(٢)</sup>، فما ورد من التخيير شاذ، كصحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لامرأته: هي عليه كظهر أمه، قال: تحرير رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً)<sup>(٣)</sup>، فهو شاذ لمخالفته الكتاب، إلا أن يُحمل «أو» على التقسيم لا على التخيير.
- (٤) على المشهور، لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة وديةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى=

(١) سورة المجادلة، الآيتان: ٣ - ٤.

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

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



رمضان: العتق) أولاً، (فالشهران) مع تعذر العتق، (فالتستون): أي: إطعام الستين لو تعذر الصيام، (و) الثالثة<sup>(١)</sup> (كفارة من أفطر في قضاء شهر رمضان بعد الزوال، وهي إطعام عشرة مساكين، ثم صيام ثلاثة أيام)<sup>(٢)</sup> مع العجز عن الإطعام.

= أهله إلا أن يصدّقوا - إلى قوله تعالى - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبةً من الله وكان الله عليماً حكيماً<sup>(٣)</sup>، وللأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (وإذا قتل خطأ أدى دية إلى أوليائه ثم اعتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مداً مداً)<sup>(٤)</sup>.

وعن المفيد وسلاّر وابن حمزة أنها مخيرة، وهو واضح الضعف بعد عدم المستند كما اعترف بذلك في الجواهر.

(١) من المرتبة.

(٢) متتابعات، والترتيب المذكور هو المشهور، لخبر بريد المعجلي عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل أتى أهله في يوم يقضيه من شهر رمضان، قال: إن كان أتى أهله قبل زوال الشمس فلا شيء عليه إلا يوم مكان يوم، وإن كان أتى أهله بعد زوال الشمس فإن عليه أن يتصدق على عشرة مساكين، فإن لم يقدر عليه صام يوماً مكان يوم، وصام ثلاثة أيام كفارة لما صنع)<sup>(٥)</sup>، وسنده مشتمل على الحارث بن محمد وهو مجهول، لكنه منجبر بعمل المشهور، والتتابع حكاة كاشف اللثام عن الشيخين وجماعة، وليس له مستند كما في الجواهر، وهو مخالف للعموم في صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كل صوم يُفترق إلا ثلاثة أيام في كفارة اليمين)<sup>(٦)</sup>.

وعن ابن أبي عمير إسقاط الكفارة، لخبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل: فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس - بالنسبة لقاضي شهر رمضان -، قال عليه السلام: قد أساء وليس عليه شيء إلا قضاء ذلك اليوم الذي أراد أن يقضيه)<sup>(٧)</sup>، وهو غير صالح لمعارضة مستند المشهور.

(١) سورة النساء، الآية: ٩٢.

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

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

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

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

(والمخيرة كفارة شهر رمضان) في أجود القولين<sup>(١)</sup>، (وكفارة (خلف النذر)<sup>(٢)</sup>)

وعن الصدوقين وابن البراج أنها كفارة شهر رمضان، لخبر زرارة (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل صام قضاءً من شهر رمضان فأتى النساء، قال: عليه من الكفارة ما على الذي أصاب في شهر رمضان، لأن ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان)<sup>(٣)</sup>، ومرسل حفص بن سوفة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يلاعب أهله أو جاريتيه وهو في قضاء شهر رمضان فيسبقه الماء فينزل، فقال: عليه من الكفارة مثل ما على الذي يجامع في شهر رمضان)<sup>(٤)</sup>، وهذان لا يقاومان مستند المشهور. وعن الحلبي وابن زهرة التخيير بين الاطعام والصيام من دون ترتيب، وهذا لا مستند له كما اعترف بذلك في الجواهر. على المشهور، للأخبار. (١)

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أفطر في شهر رمضان يوماً واحداً من غير عذر، قال: يعتق نسمة، أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكيناً)<sup>(٥)</sup>. وعن ابن أبي عقيل أنها مرتبة، لخبر عبد المؤمن بن الهيثم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام (أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: هلكت وأهلك، فقال: وما أهلكك؟ قال: أتيت امرأتني في شهر رمضان وأنا صائم، فقال النبي ﷺ: اعتق رقبة، قال: لا أجد، فقال: صم شهرين متتابعين، قال: لا أطيق، فقال: تصدق على ستين مسكيناً)<sup>(٦)</sup>. المشهور أنها مخيرة ككفارة شهر رمضان، للأخبار. (٢)

منها: صحيح عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن من جعل الله عليه أن لا يركب محرماً سواه فركبه، قال: ولا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبة أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكيناً)<sup>(٧)</sup>. وعن الصدوق والمحقق في النافع أنها كفارة يمين، للأخبار. منها: خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن كفارة النذر، فقال: كفارة النذر كفارة اليمين)<sup>(٨)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن قلت: لله علي فكفارة يمين)<sup>(٩)</sup>، وهي محمولة على التقية لموافقته للعامة. =

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

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

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و٥.

(٥) (٦) (٧) (٨) (٩) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات حديث ٧ و٤ و١.

والعهد<sup>(١)</sup> إن جعلناهما ككفارة رمضان، كما هو أصح الأقوال رواية.

(وفي كفارة جزاء الصيد) وهو الثلاث الأول من الثلاثة الأولى<sup>(٢)</sup> كما ذكر في الكفارات، لا مطلق جزائه<sup>(٣)</sup> (خلاف) في أنه مرتب، أو غير<sup>(٤)</sup>، والمصنف

= وعن المرتضى وابن إدريس والعلامة التفصيل فإذا كان النذر لصوم كفارة شهر رمضان، وإن كان لغيره فكفارة يمين للجمع بين الأخيار، وعن سلار والكراچكي أن كفارة النذر هي كفارة مرتبة ككفارة الظهار، وليس لهما مستند كما في الجواهر. (١) فهي كفارة شهر رمضان على المشهور، للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام (من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر فيه الله طاعة فحنت، فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً)<sup>(١)</sup>، وخير علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألت عن رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبة، أو يتصدق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين)<sup>(٢)</sup>.

وعن بعضهم أنها كفارة يمين، لأن العهد مثل اليمين في الالتزام، وهو واضح الضعف مع ورود ما سمعت من الأخيار، وعن سلار والكراچكي أن كفارة النذر والعهد كفارة الظهار، وقال في الجواهر: لم نعث لهما على مستند. (٢) والثلاثة الأولى هي النعامة وبقرة الوحش والظبي.

والثلاث الأول فيها هي: البدنة فإن لم يجد يُقَوْمُ البدنة ثم يفض ثمنها على ستين مسكيناً، فإن عجز صام ستين يوماً في قتل النعامة، والبقرة الأهلية ومع العجز يفض ثمنها على ثلاثين مسكيناً فإن عجز صام ثلاثين يوماً في قتل بقرة الوحش، والشاة ومع العجز يفض ثمنها على عشرة مساكين فإن عجز صام عشرة أيام في قتل الظبي.

(٣) جزاء الصيد.

(٤) فالمشهور على الترتيب على ما تقدم في كتاب الحج، وعن جماعة أنها للتخيير، لقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاءه مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة، أو كفارة طعام مساكين، أو عدل ذلك صياماً﴾<sup>(٣)</sup>، وأو للتخيير، =

(٢١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و١.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

اختار فيما سبق الترتيب، وهو أقوى، ومبنى الخلاف على دلالة ظاهر الآية العاطفة للخصال بأو الدالة على التخيير، ودلالة الخبر على أن ما في القرآن بأو فهو على التخيير، وعلى ما روي نصاً من أنها على الترتيب<sup>(١)</sup>، وهو مقدم<sup>(٢)</sup>.

(والتي جمعت) الوصفين<sup>(٣)</sup> (كفارة اليمين، وهي إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة) غيّر بين الثلاث، (فإن عجز فصيام ثلاثة أيام<sup>(٤)</sup>)، وكفارة الجمع لقتل المؤمن عمداً ظلماً، وهي عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين، (وإطعام ستين مسكيناً)<sup>(٥)</sup>، وقد تقدم<sup>(٦)</sup> أن الإفطار في شهر رمضان على محرم

ويدل عليه صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (وكل شيء في القرآن «أو» فصاحبه بالخيار يختار ما يشاء، وكل شيء في القرآن «فمن لم يجد فعلية كذا» فالأول بالخيار)<sup>(١)</sup> أي: المختار والمتعين، والمشهور حمل لفظ «أو» هنا على التقسيم لا التخيير جمعاً بينها وبين الأخبار المصرحة بالترتيب، وقد تقدم ذكر بعضها في كتاب الحج.

(١) تقدم ذكرها في كتاب الحج.  
(٢) لأن النص مقدم على الظاهر.  
(٣) من الترتيب والتخيير.

(٤) بلا خلاف في ذلك، لقوله تعالى: ﴿لَا يُوَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ، وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا نَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

(٥) للأخبار.

منها: خير عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كفارة الدم إذا قتل الرجل المؤمن متعمداً فعليه أن يمسك نفسه من أولياته، فإن قتلوه فقد أدى ما عليه إذا كان نادماً على ما كان منه، عازماً على ترك العود، وإن عُفي عنه فعليه أن يعتق رقبة ويصوم شهرين متتابعين ويطعم ستين مسكيناً)<sup>(٣)</sup>.

(٦) في كتاب الصوم.

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

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

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

مطلقاً<sup>(١)</sup> يوجبها أيضاً<sup>(٢)</sup>، فهذه جملة الأقسام.

وبقي هنا أنواع اختلفت في كفاراتها، أتبعها بها فقال: (والحالف بالبراءة<sup>(٣)</sup>)

(١) سواء كان أصلياً كالزنا وشرب المسكر أم عارضياً كوطء الحائض وأكل مال الغير.

(٢) يوجب كفارة الجمع.

(٣) لا خلاف في حرمة الحلف بالبراءة من الله أو من رسول الله ﷺ أو من أحد من الأئمة عليهم السلام، من غير فرق بين الصادق والكاذب، وبين الحائض وغيره، لإطلاق الأخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير (سمع رسول الله ﷺ رجلاً يقول: أنا بريء من دين محمد، فقال له رسول الله ﷺ: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله ﷺ حتى مات)<sup>(١)</sup>، وخبر يونس بن ظبيان (قال لي: يا يونس لا تحلف بالبراءة منا، فإن من حلف بالبراءة منا صادقاً كان أو كاذباً فقد برىء منا)<sup>(٢)</sup>، وخبر محمد بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: ستدعون إلى سبي فسبوني، وتدعون إلى البراءة مني فمدوا الرقاب، فإني على الفطرة)<sup>(٣)</sup>، وقال المفيد في الارشاد (استفاض عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: ستعرضون من بعدي على سبي فسبوني، فمن عرض عليه البراءة مني فليمدد عنقه، فإن برىء مني فلا دنيا له ولا آخرة)<sup>(٤)</sup>.

نعم اختلفت في الكفارة، فمن الشيعيين وجماعة أنها كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين هذا مع الحنث، بل عن الطوسي والقاضي أنها كذلك وإن لم يحنث، وعن ابن حمزة أنها كفارة نذر، وعن الصدوق أنه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين، لخبر عمرو ابن حريث عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل قال: إن كلمت ذا قرابة له فعليه المشي إلى بيت الله، وكل ما يملكه في سبيل الله، وهو بريء من دين محمد ﷺ، قال: يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين)<sup>(٥)</sup>.

وعن العلامة في المختلف والتحرير إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مَدَّ ويستغفر الله، لمكتبة محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد العسكري عليه السلام (رجل حلف بالبراءة من

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

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

(٣) (٤٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الأمر والنهي حديث ٨ و ٢١.

(٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

من الله ورسوله ﷺ والأئمة عليهم السلام على الاجتماع<sup>(١)</sup> والإنفراد<sup>(٢)</sup> (بأثم) صادقاً كان أم كاذباً، وفي الخبر (أنه يبرأ بذلك منهم صادقاً وكاذباً)، واختلف في وجوب الكفارة به مطلقاً<sup>(٣)</sup>، أو مع الحنث، فنقل المصنف هنا قولين من غير ترجيح، وكذا في الدروس (و) هو أنه (يكفر كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين على قول) الشيخ في النهاية وجماعة، ولم نقف على مستنده، وظاهرهم وجوب ذلك مع الحنث وعدمه، ومع الصدق والكذب.

(وفي توفيق العسكري عليه السلام) إلى محمد بن الحسن الصفار الذي رواه محمد بن يحيى في الصحيح (أنه) مع الحنث (يطعم عشرة مساكين) لكل مسكين مَدَّ (ويستغفر الله تعالى)، والعمل بمضمونها حسن، لعدم المعارض مع صحة الرواية.

وكونها مكاتبة ونادرة لا يقدح مع ما ذكرناه، وهو اختيار العلامة في المختلف، وذهب جماعة إلى عدم وجوب كفارة مطلقاً<sup>(٤)</sup>، لعدم انعقاد اليمين، إذ لا حلف إلا بالله تعالى، وانفق الجميع على تحريمه مطلقاً<sup>(٥)</sup>.

= الله ورسوله فحنث ما توبته وكفارته؟ فوق عليه السلام : يطعم عشرة مساكين، لكل مسكين مَدَّ، ويستغفر الله عز وجل<sup>(١)</sup>.

وعن ابن إدريس وأكثر المتأخرين أنه بأثم ولا كفارة، لأن القول الأول لا مستند له سوى دعوى الاجماع، ومخالفة الكثير له تصره، وكذا القول الثاني، والقول الثالث معتمد على خبر عمرو بن حريث، وهو غير حائز شرائط الحجية، وأما القول الرابع فهو وإن اعتمد على المكتاتبة وهي صحيحة السند، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنها ولم يفتوا بمضمونها، وهذا كاشف عن ضعفها وتوهينها، نعم لا بأس بحملها على التذب.

- (١) حلف بالبراءة من جميعهم.
- (٢) حلف بالبراءة من أحدهم.
- (٣) وإن لم يكن حائناً.
- (٤) وإن حنث.
- (٥) صادقاً أو كاذباً، حائناً أو لا.

(وفي جز المرأة شعرها في المصاب كفارة ظهار)<sup>(١)</sup> على ما اختاره هنا، وقبله العلامة في بعض كتبه وابن إدريس، ولم نقف على المأخذ، (وقيل): كبيرة (مخيرة) ذهب إليه الشيخ في النهاية، استناداً إلى رواية ضعيفة، وفي الدروس نسب القول الثاني إلى الشيخ ولم يذكر الأول.

والأقوى عدم الكفارة مطلقاً<sup>(٢)</sup>، لأصالة البراءة، نعم يستحب لصلاحية الرواية لأدلة السنن، ولا فرق في المصاب بين القريب وغيره، للإطلاق<sup>(٣)</sup>.

وهل يفرق بين الكل والبعض<sup>(٤)</sup>؟ ظاهر الرواية اعتبار الكل، لإفادة الجمع

(١) كما عن سلاز والخليبي وابن إدريس، وليس لهم مستند إلا دعوى الاجماع، وقيل: كما عن المراسم والوسيلة والجامع والناقع والمنقعة والنهاية أنها كفارة شهر رمضان، لخبر خالد ابن سدير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه - إلى أن قال - فإذا خدشت المرأة وجهها أو جزت شعرها أو نتفتته، ففي جز الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، وفي الخدش إذا دميت، وفي التنف كفارة حنت يمين، ولا شيء في اللطم على الخدود سوى الاستغفار والتوبة، ولقد شققن الجيوب ولطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليه السلام، وعلى مثله تلطم الخدود وتُشقُّ الجيوب)<sup>(١)</sup>، وخالد بن سدير لم يُوثق، وفي سند الخبر محمد بن عيسى وهو ضعيف، بل قال الصدوق: «إن كتابه موضوع»، لذا ذهب المحقق والفخر وثاني الشهيدين إلى أنها تأثم ولا كفارة عليها، للأصل بعد استضعاف الخبر، وفيه: أن الأصحاب قاطبة قد عملوا بالخبر بالنسبة للخدش والتنف فالسند منجبر ولا داعي للشكك.

(٢) لا مرتبة ولا مخيرة.

(٣) اطلاق الخبر المتقدم.

(٤) جزم الشارح في المسالك والروضة هنا باعتبار الكل، لأن الخبر قد اشتمل على (جز الشعر) وهو جمع معرف، وعلى (جزت شعرها) وهو مضاف، والجمع المعرف والمضاف يفيد العموم.

وفيه: أنه منصرف إلى المتعارف الذي يتحقق في البعض، بل اعتبار جز الكل نادرًا فلا يمكن حمل الخبر على الفرد النادر، ولذا اكتفى ببعض أصحاب الجواهر وسيد الرياض وقبلهما الشهيد في الدروس.

المعرف، أو المضاف العموم، واستقرب في الدروس عدم الفرق، لصدق «جز الشعر وشعرها» عرفاً بالبعض، وكذا الإشكال في إلحاق الحلق والإحراق بالجز، من مساواته له<sup>(١)</sup> في المعنى واختاره في الدروس، ومن عدم النص<sup>(٢)</sup>، وأصالة البراءة، وبطلان القياس، وعدم العلم بالحكمة<sup>(٣)</sup> الموجبة للإلحاق، وكذا في إلحاق جزءه في غير المصاب به<sup>(٤)</sup>، من عدم النص<sup>(٥)</sup>، واحتمال الأولوية<sup>(٦)</sup>، وهي ممنوعة<sup>(٧)</sup>.

(وفي نتفه) أي: نتف شعرها، (أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه في موت ولده، أو زوجته كفارة يمين على قول الأكثر)<sup>(٨)</sup> ومنهم المصنف في الدروس جازماً به من غير نقل خلاف، وكذلك العلامة في كثير من كتبه، ونسبته هنا إلى القول يشعر بتوقفه فيه، وهو المناسب، لأن مستنده الرواية التي دلت على الحكم السابق، والمصنف اعترف بضعفها في الدروس، وليس بين

- 
- (١) دليل الإلحاق، لأن في الكل إزالة الشعر، بل في الإحراق أولى.
  - (٢) دليل عدم الإلحاق، لعدم اندراج الحلق والإحراق تحت لفظ الجز الوارد في الخبر المتقدم، لأن الجز هو القص.
  - (٣) إذ يحتمل خصوصية الجز في الحكم.
  - (٤) بالجز في المصاب.
  - (٥) دليل عدم الإلحاق.
  - (٦) لأن المصاب قد أخذ على عقله، ففي غير المصاب أولى لعدم ارتفاع مانع العقل.
  - (٧) أولاً: لأنه قياس ظني، وثانياً: لاحتمال كون الجز في المصاب مشعراً بعدم الرضا بقضاء الله تعالى دون الجز في غيره.
  - (٨) بل لا خلاف فيه كما في الجواهر، لخبر خالد بن سدير المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه، أو على أمه، أو على أخيه، أو على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون، ولا يشق الوالد على ولده، ولا زوج على امرأته، وتشق المرأة على زوجها، وإذا شق زوج على امرأته، أو والد على ولده فكفارتها حنث يمين، ولا صلاة لهما حتى يكفرا، أو يتوبا من ذلك، فإذا خدشت المرأة وجهها)<sup>(٩)</sup> إلى آخر ما تقدم من الخبر.



المسألتين فرق إلا تحقق الخلاف في الأولى دون هذه، والكلام في نتف بعض الشعر<sup>(١)</sup> كما سبق.

ولا فرق بين الولد للصلب وولد الولد وإن نزل، ذكراً أو أنثى لذكر<sup>(٢)</sup>، وفي ولد الأنثى قولان، أجودهما عدم للحوق<sup>(٣)</sup>، ولا في الزوجة بين الدائم والمتنع بها<sup>(٤)</sup>، والمطلقة رجعيّاً زوجة، ولا يلحق بها الأمة وإن كانت سرية، أو أم ولد<sup>(٥)</sup>، ويعتبر في الخدش الإدماء كما صرحت به الرواية وأطلق الأكثر، وصرح جماعة منهم العلامة في التحرير بعدم الاشتراط<sup>(٦)</sup>، والمعتبر منه مسماه<sup>(٧)</sup>، فلا يشترط استيعاب الوجه، ولا شق جميع الجلد<sup>(٨)</sup>.

ولا يلحق به خدش غير الوجه وإن أدمى، ولا لطمه مجرداً<sup>(٩)</sup>، ويعتبر في الثوب مسماه عرفاً<sup>(١٠)</sup>، ولا فرق فيه بين الملبوس وغيره، ولا بين شقه ملبوساً ومنزوعاً، ولا بين استيعابه بالشق وعدمه<sup>(١١)</sup>، ولا كفارة بشقه على غير الولد

(١) تضمن الخبر (وفي النتف) وهو جمع معرف، و(نتفته)، فذهب الشارح إلى اعتبار الكل لظاهر الرواية، وذهب غيره إلى الاكتفاء بالعض، لأنه المنصرف من الخبر عرفاً.

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

(٣) وهذا ما استقره في المسالك، وعلّله في الجواهر بالتبادر، وعن البعض أنه يطلق عليه لغة فيدخل.

(٤) لإطلاق الزوجة عليها، وكذا على الرجعية.

(٥) لعدم صدق اسم الزوجة عليها.

(٦) عدم اشتراط الإدماء، وهو مطالب بالمستند - كما في المسالك - خصوصاً بعد تقييد الخدش بالإدماء كما في الخبر.

(٧) لإطلاق الخبر، والخدش لا يكون إلا في الوجه، فلا عبرة بخدش غيره كما لا يعتبر استيعاب تمام الوجه.

(٨) في المخدوش من الوجه، بل لو كان بعض المخدوش منه دائماً كفى.

(٩) عن الخدش، فلا شيء فيه، لعدم صدق الخدش، الذي هو عنوان الحكم المذكور.

(١٠) ما يسمى أنه ثوب، نعم لا فرق بين الملبوس وغيره، للإطلاق.

(١١) كل ذلك لإطلاق الخبر المتقدم.

والزوجة<sup>(١)</sup>، وأجازته<sup>(٢)</sup> جماعة على الأب والأخ، لما نقل من شق بعض الأنبياء<sup>(٣)</sup> والأئمة<sup>(٤)</sup> عليهم السلام فيهما<sup>(٥)</sup>، ولا في شق المرأة على الميت مطلقاً<sup>(٦)</sup> وإن حرم.

(وقيل: من تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصوع دقيقتاً<sup>(٧)</sup>)

(١) لأنه خارج عن مورد النص، بل الخير صرح بجواز الشق على أبيه وأمه وأخيه.

(٢) شق الثوب.

(٣) كما وقع من موسى على هارون على ما في الخير المتقدم.

(٤) ففي مرسل الفقيه (لما قبض علي بن محمد الهادي عليه السلام روي الحسن بن علي عليه السلام قد خرج من الدار وقد شق قميصه عن خلف وقدام)<sup>(١)</sup>، وما رواه في كشف الغمة عن كتاب الدلائل لعبد الله بن جعفر الحميري عن أبي هاشم الجعفرى قال: (خرج أبو محمد عليه السلام في جنازة أبي الحسن عليه السلام وقميصه مشقوق، فكتب إليه ابن عون: من رأيت أو بلغك من الأئمة شق قميصه في مثل هذا؟ فكتب إليه أبو محمد عليه السلام: يا أحمق وما يدريك ما هذا، قد شق موسى على هارون)<sup>(٢)</sup>.

(٥) في الأب والأخ.

(٦) حتى على زوجها كما صرح الخير المتقدم، وعلى ولدها، فلا كفارة لعدم النص، نعم في غير المنصوص يكون محرماً، لما فيه من إضاعة المال كما علله في المسالك، وفيه: أنه بعد عدم ثبوت النص فإضاعة المال مطلقاً لا تساعد على الحرمة في كل مورد.

(٧) كما ذهب إليه الشيخ وابن حمزة والعلامة وولده، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن امرأة تزوجها رجل فوجد لها زوجاً، قال: عليه الحد وعليها الرجم، لأنه قد تقدم يعلم وتقدمت هي بعلم، وكفارته إن لم يُقدّم إلى الإمام أن يتصدق بخمسة أصوع دقيقتاً<sup>(٣)</sup>)، ومرسل الصدوق عنه عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة ولها زوج، قال: إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسة أصوع دقيقتاً بعد أن يفارقها)<sup>(٤)</sup>، وصريح الخبرين في المرأة ذات البعل، إلا أنهم حملوا المعتدة عليها، أمّا الرجعية فواضح لصديق اسم الزوجة عليها، وأمّا البائن فلعدم الفرق بين العديتين، مع أن إحداهن قول ثالث بالتفصيل خرق للاجماع المركب.

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

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

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

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

نسب ذلك إلى القول متوقفاً فيه، وجزم به في الدروس، ومستنده رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، وهي مع تسليم سندها لا تصريح فيها بالوجوب<sup>(١)</sup>، فالقول بالإستحباب أوجه، وفي الرواية تصريح بالعالم، وأطلق الأكثر، ولا حجة في لفظ الكفارة<sup>(٢)</sup> على اختصاصها بالعالم<sup>(٣)</sup>، ولا فرق في العدة بين الرجعية والبائن، وعدة الوفاة وغيرها<sup>(٤)</sup>، وفي حكمها<sup>(٥)</sup> ذات البعل، وهو<sup>(٦)</sup> مصرح في الرواية، ولا بين المدخول بها وغيرها<sup>(٧)</sup>، والدقيق في الرواية والفتوى مطلق<sup>(٨)</sup>، وربما قيل باختصاصه بنوع يجوز إخراجه كفارة، وهو دقيق<sup>(٩)</sup> الحنطة والشعير.

(ومن نام عن صلاة العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائماً<sup>(١٠)</sup>)

= هذا والفتوى مقتصرة على ذات العدة والخبران مصرحان بذات الزوج، فما في الفتوى لا شاهد له، وما في الخبرين لا عامل به، بالإضافة إلى ضعف السند، أما الثاني فواضح للإرسال، وأما الأول فلاشتراك أبي بصير بين جماعة منهم الثقة والضعيف، وفي السند أيضاً إسماعيل بن مرار وحاله مجهول، ولهذين الاشكاليين ذهب ابن إدريس والمحقق إلى إنكار وجوب التصدق المذكور، استضعافاً للخبرين بعد إعمال أصالة البراءة، وهو ما قواه الشارح في المسالك، نعم يعمل بهما استحباباً تسامحاً في أدلة السنن.

(١) وهو خبر أبي بصير الأول، وأما مرسل الصدوق عنه فقد تضمن القول (فعليه أن يتصدق) وهي جملة خبرية قصد بها الإنشاء فهي أبلغ في الوجوب من الأمر.

(٢) الوارد في فتوى الأكثر.

(٣) لأن الكفارة تدارك لما فات الإنسان، سواء كان عن علم أم لا.

(٤) كعدة المتقطعة والأمة، كل ذلك لعدم إحداث قول ثالث، كما تقدم في البائن.

(٥) حكم المعتدة.

(٦) ما ذكر من ذات البعل.

(٧) لإطلاق الخبرين.

(٨) يشمل دقيق الحنطة وغيره من الشعير والذرة.

(٩) كما في التنقيح للانصراف والاحتياط.

(١٠) كما عن الشيخ في النهاية والمرتضى في الانتصار وابن زهرة في الغنية، لخبر عبد الله بن المغيرة عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل نام عن العتمة فلم يقم إلى انتصاف الليل، قال: يصلها ويصبح صائماً<sup>(١)</sup>)، وذهب ابن إدريس والمحقق والفاضل وغيرهم =

ظاهره كون ذلك على وجه الوجوب، لأنه مقتضى الأمر، وفي الدروس نسب القول به إلى الشيخ، وجعل الرواية به مقطوعة<sup>(١)</sup>، وحينئذ<sup>(٢)</sup> فالإستحباب أقوى، ولا فرق بين النائم كذلك<sup>(٣)</sup> عمداً وسهواً<sup>(٤)</sup>، وفي إلحاق السكران به قول ضعيف<sup>(٥)</sup>، وكذا من تعمد تركها، أو نسيه من غير نوم<sup>(٦)</sup>، ولا يلحق به ناسي غيرها قطعاً<sup>(٧)</sup>، فلو أفطر ذلك اليوم ففي وجوب الكفارة من حيث تعيينه على القول بوجوبه أولاً،<sup>(٨)</sup> بناءً على أنه كفارة، فلا كفارة في تركها وجهان، أجودهما الثاني، ولو سافر فيه مطلقاً<sup>(٩)</sup> أفطره وقضاه، وكذا لو مرض، أو حاضت المرأة، أو وافق العيد، أو أيام التشريق، مع احتمال سقوطه حينئذ، ولو صادف صوماً متعيناً تداخلاً مع احتمال قضائه.

- = إلى عدم الوجوب استضعافاً للمرسل المتقدم، نعم لا بأس بالاستحباب تسامحاً في أدلة السنن.
- (١) بل مرسلة.
  - (٢) حين كون الرواية مقطوعة.
  - (٣) حتى تجاوز نصف الليل.
  - (٤) لإطلاق الخبر.
  - (٥) لم أجده لشخص بعينه، نعم ضعفه للأصل بعد ورود النص في النائم، وقياس السكران عليه لا نقول به.
  - (٦) فلا كفارة في نسيان العشاء أو تعمد تركها للأصل بعد ورود النص في النائم كما تقدم، وقياسهما على النائم قياس باطل.
  - (٧) لعدم النص.
  - (٨) تابع الشارح في هذه الفروع الشهيد في الدروس، حيث قال: «ولو أفطر في ذلك اليوم أمكن وجوب الكفارة لتعيينه، وعدمه لثوهم أنه كفارة ولا كفارة فيها، ولو سافر فيه فالأقرب الإنطار والقضاء، وكذا لو مرض أو حاضت المرأة، مع احتمال عدم الوجوب فيهما وفي السفر الضروري لعدم قبول المكلف الصوم، وكذا لو وافق العيد أو التشريق، ولو وافق صوماً معيناً فالأقرب التداخل مع احتمال قضائه» انتهى، ولقد أجاد في الجواهر حيث قال: «لكن الجميع كما ترى مجرد تهجس، بل لعل إهمال ذلك كله وغيره دليل الاستحباب الذي يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب».
  - (٩) مضطراً أو مختاراً.

(وكفارة ضرب العبد فوق الحد) الذي وجب عليه بسبب ما فعله من الذنب، أو مطلقاً<sup>(١)</sup> (عقته<sup>(٢)</sup> مستحباً) عند الأكثر، وقيل: وجوباً، وتردد المصنف في الدروس مقتصرأ على نقل الخلاف، وقيل: المعتبر تجاوز حد الحر<sup>(٣)</sup>، لأنه المتيقن والمتبادر عند الإطلاق، ولو قتله فكفارته كغيره<sup>(٤)</sup>.

(وكفارة الإيلاء كفارة اليمين)<sup>(٥)</sup>، لأنه يمين خاص، (ويشتمن العتق في المرتبة بوجودان الرقبة<sup>(٦)</sup> ملكاً، أو تسبيهاً) كما لو ملك الثمن ووجد الباذل لها،

(١) فالإطلاق إما بلحاظ الحدود، أي: ضربه فوق كل الحدود حتى تجاوز حد العبد والحر كما عن بعض، أو بلحاظ السبب، أي: ضربه وإن لم يكن هناك ذنب، وهذا ما صرح به في الخبر الآتي.

(٢) وجوباً كما عن جماعة، والمستند فيه صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (من ضرب مملوكاً حداً من الحدود من غير حدٍ أوجب المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفارة إلا عقته)<sup>(١)</sup>.

وذهب المحقق والعلامة وأكثر المتأخرين إلى الاستحباب، لعدم الوثوق بالوجوب صريحاً من عبارات القدماء كما في الجواهر.

(٣) النص السابق ظاهر فيما إذا ضربه حداً من الحدود من غير ذنب، والفتوى صريحة في تجاوز الحد وهما متغايران، هذا والمعتبر في الحد هو حد العبيد لا حد الأحرار، لأنه المنصرف من الخبر، وقيل - كما في المسالك -: حد الأحرار، لأنه المتيقن، لأصالة بقاء الملك سليماً عن تعلق حق العتق على مالكه، وهذا يأتي على القول بالوجوب، أما الاستحباب فلا.

(٤) فالكفارة مرتبة إن كان القتل خطأ، وجمعاً إن كان عمداً.

(٥) لأن الإيلاء من اليمين، إذ هو الحلف على ترك وطء الزوجة على ما سيأتي تفصيله، ولكن يتميز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصة، وأما الكفارة فواحدة.

(٦) بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدلة حيث ابتدئ بتحرير رقبة فإذا لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ووجدان الرقبة متحقق فيما لو كانت عنده رقبة، أو عنده ثمنها مع وجود الباذل لها بالبيع ونحوه، نعم إن لم تكن عنده رقبة ولم يجد الباذل لها، أو وجد ولكن فقد الثمن فينتقل إلى الصوم في المرتبة.

زيادة على داره وثيابه اللاتقين بحاله، وخادمه اللاتق به، أو المحتاج إليه، وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجبي النفقة، ووفاء دينه<sup>(١)</sup> وإن لم يُطالب به، نعم لو تكلف العادم العتق أجزاء<sup>(٢)</sup>، إلا مع مطالبة الديان<sup>(٣)</sup>، للنهي عن العتق حيثئذ وهو عبادة، والعبرة بالقدرة عند العتق<sup>(٤)</sup> لا الوجوب.

(ويشترط فيها الإسلام)<sup>(٥)</sup> وهو الإقرار بالشهادتين مطلقاً<sup>(٦)</sup> على الأقوى، وهو المراد من الإيمان المطلوب في الآية، ولا يشترط الإيمان الخاص، وهو الولاء على الأظهر.

- (١) لأنه يشترط في الثمن أن يكون زائداً عن هذه المستثنيات، وإلا فلا يصدق عليه وجدان الرقبة.
- (٢) لأن المأني به قد طابق الأمور به، وهو مأمور به لأنه تكلف ذلك.
- (٣) جمع دائن، فلا يجوز له بذل المال الموجود عنده في شراء الرقبة، لأنه منهي عنه بعد مطالبة الدائن بحقه.
- (٤) لأن العبرة بالقدرة حال الأداء.
- (٥) وهو المعبر عنه بالإيمان، وهو معتبر في كفارة القتل عمداً أو خطأً بلا خلاف فيه، للتصريح به في الكتاب العزيز ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾<sup>(١)</sup>، وهذا من حيثية كونه كفارة القتل لا من حيث كونه خطأً، فلذا اشترط الإيمان في كفارة القتل العمدي أيضاً، أما في غيرها فقبل بالاشتراط كما نُسب إلى الأكثر، لخبر سيف بن عميرة عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا)<sup>(٢)</sup>، ولقاعدة الاشتغال التي تقتضي عتق المؤمن، وبه يحصل الفراغ اليقيني، وذهب الشيخ في المبسوط وابن الجنيدي إلى عدم الاشتراط في غير كفارة القتل، للأصل، وعملاً باطلاق أدلة العتق.
- ثم المراد بالإيمان هو الإسلام، وهو الإقرار بالشهادتين، ولا يعتبر التصديق القلبي لتعذر الاطلاع عليه غالباً، وكذلك لا يعتبر الإيمان الخاص، وهو الاعتقاد بالائمة عليهم السلام، لتأخره عن زمن الخطابات بالعتق فلا يحمل عليه، نعم ذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان الخاص لقاعدة الاشتغال.
- (٦) وإن لم يكن مؤمناً بالائمة عليهم السلام.

(١) سورة النساء، الآية: ٩٢.

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

وطفل أحد المسلمين بحكمه<sup>(١)</sup>، وإسلام الأخرس بالإشارة<sup>(٢)</sup>، وإسلام المسيبي بالغاً بالشهادتين<sup>(٣)</sup>، وقبله<sup>(٤)</sup> بانفراد المسلم به<sup>(٥)</sup> عند المصنف وجماعة،

(١) للسيرة القطعية على معاملة الطفل معاملة أبويه، وخير زيد بن علي عن أبيه عن النبي ﷺ (إذا أسلم الأب جزر الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دُعي إلى الإسلام فإن أبي قُتل، فإذا أسلم الولد لم يجز أبويه، ولم يكن بينهما ميراث)<sup>(١)</sup>، نعم ذهب ابن الجنيدي إلى اشتراط كونه بالغاً في كفارة القتل، وتبعه على ذلك المحقق الثاني، لخبر معمر بن يحيى عن أبي عبد الله ﷺ (سألته عن الرجل يظاهر من امرأته، يجوز عتق المولود في الكفارة، فقال: كل العتق يجوز فيه المولود إلا في كفارة القتل، فإن الله تعالى يقول: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، يعني بذلك مقزة قد بلغت الحنث)<sup>(٢)</sup>، ومثله غيره، إلا أن هذه الأخبار مهجورة عند الأصحاب كما في الجواهر، لخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي ﷺ (الرقبة المؤمنة التي ذكر الله إذا عقلت، والنسمة التي لا تعلم إلا ما قلته وهي صغيرة)<sup>(٣)</sup>، وخبر كردويه الهمداني عن أبي الحسن ﷺ (في قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، كيف تعرف المؤمنة؟ قال: على الفطرة)<sup>(٤)</sup>.

(٢) بحيث إذا بلغ المملوك الأخرس وأبواه كافران، فأسلم بالإشارة حكم بإسلامه وأجزأ في العتق، بلا خلاف فيه، لما روته العامة (أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ومعه جارية أعجمية أو خرساء، فقال: يا رسول الله عليّ عتق رقبة، فهل تجزي عني هذه؟ فقال ﷺ: أين الله تعالى؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال ﷺ: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله ﷺ، فقال ﷺ له: اعتقها فإنها مؤمنة)<sup>(٥)</sup>.

(٣) لأن الإسلام يتحقق بهما.

(٤) قبل البلوغ.

(٥) بحيث لو انفرد المسلم السابي به، ولم يكن الطفل تحت سلطة أبويه فقد ذهب الشيخ في المبسوط إلى الحكم بإسلامه تبعاً للسابي، محتجاً بأن هذا الطفل لا حكم له بنفسه، وليس هنا غير السابي، فيحكم بإسلامه تبعاً له، وتبعه على ذلك جماعة، وعن المشهور عدم الدليل.

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

(٢) (٤٣ و ٤٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات حديث ٦ و ٨ و ٧.

(٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٦٣٧، رقم الحديث ١٥٢٦٨.

وولد الزنا بهما<sup>(١)</sup> بعد البلوغ، وبتبعية الساي على القول<sup>(٢)</sup>، وفي تحققه<sup>(٣)</sup> بالولادة من المسلم وجهان، من انتفائه<sup>(٤)</sup> شرعاً، وتولده منه<sup>(٥)</sup> حقيقة فلا يقصر عن الساي، والأول أقوى.

(والسلامة من) العيوب الموجبة للعتق<sup>(٦)</sup>، وهي: (العمى والإقعاد والجذام والتنكيل) الصادر عن مولاه، وهو أن يفعل به فعلاً فظيماً، بأن يجدع أنفه، أو يقلع أذنيه ونحوه، لانعتاقه بمجرد حصول هذه الأسباب على المشهور، فلا يتصور إيقاع العتق عليه ثانياً.

ولا يشترط سلامته من غيرها من العيوب<sup>(٧)</sup>، فيُجزى الأعور، والأعرج،

(١) بالشهادتين.

(٢) قول المصنف وجماعة قبل البلوغ.

(٣) تحقق الإسلام لولد الزنا.

(٤) دليل العدم.

(٥) دليل التحقق.

(٦) بلا خلاف ولا اشكال فيه، فلا يجزي الأعمى ولا الأجدم ولا المقعد ولا المتكلم به، لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب، فلا يحصل التحرير المأمور به في الكفارة، ففي خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (لا يجزي الأعمى في الرقبة، ويجزي ما كان منه مثل الأقطع والأشل والأعرج والأعور، ولا يجوز المقعد)<sup>(١)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (العبد الأعمى والأجدم والمعتوه لا يجوز في الكفارات، لأن رسول الله ﷺ أعتقهم)<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه أنه حرٌّ لا سبيل له، سائبة يذهب)<sup>(٣)</sup>، وذهب ابن إدريس إلى أن التنكيل ليس سبباً للعتق، وسيأتي بحثه في كتاب العتق، وقال في المسالك: «فالتنكيل لغة فعل الأمر الفظيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلاً، إذ جعله نكالاً لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفتيه ونحو ذلك، وليس في كلام الأصحاب ما يدل على المراد، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعاً لإطلاق النص».

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

(٢١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و٣.

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



والأقرع، والخصي، والأصم، ومقطوع أحد الأذنين واليدين ولو مع إحدى الرجلين، والمريض وإن مات في مرضه، والهرم، والعاجز عن تحصيل كفايته، وكذا من تشبث بالحرية<sup>(١)</sup> مع بقاءه على الملك كالمدبر، وأم الولد<sup>(٢)</sup> وإن لم يميز بيعها، لجواز تعجيل عتقها.

= مجزياً لصدق الرقبة عليه، وأما إذا كان العيب يوجب النقصان كالأصم والأخرس ومن قطعت إحدى يديه أو رجله فكذلك، لصدق الرقبة، وخالف ابن الجنيدي في الناقص خلقاً ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها كالأخرس دون الأشل من يد واحدة، وهو شاذ ضعيف - كما في الجواهر - لصدق الرقبة على الجميع إلا ما خرج بالنص السابق.

(١) ذهب الشيخ في النهاية والقاضي ابن البراج وابن الجنيدي إلى عدم إجزاء المدبر، إذ يشترط أن يكون العبد تام الملك، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل جعل لعبد العتق إن حدث به حدث، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار، أيجزي عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة؟ قال: لا)<sup>(١)</sup>، ومضمر عبد الرحمان (سألته عن رجل قال لعبد: إن حدث بي حدث فهو حر، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار، أله أن يعتق عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفارة تلك اليمين؟ قال: لا يجوز)<sup>(٢)</sup>.

وعن الشيخ في المبسوط والخلاف وابن إدريس وأكثر المتأخرين أنه يجزي، ويكون عتقه فسخاً للتدبير، لأنه بمنزلة الوصية يبطلها الناقل عن الملك، مع حمل الخيرين السابقين على من جعل ذلك بوجه لازم، ويؤيده صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل دبر مملوكاً له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه)<sup>(٣)</sup>.

(٢) المشهور على جواز عتقها في الكفارة كما يجوز عتقها تبرعاً، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أم الولد تجزي في الظهار)<sup>(٤)</sup>، وعن ابن الجنيدي عدم الجواز، وهو مذهب بعض العامة، لنقصان ملكها باستحقاقها العتق من جهة الاستيلاء، وهو ممنوع، لأنها تستحق العتق بعد موت سيدها لا مطلقاً.

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التدبير حديث ١.

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

(٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

وفي أجزاء المكاتب الذي لم يتحرر منه شيء قولان<sup>(١)</sup>، وإجزاؤه لا يخلو من قوة، دون الموهون<sup>(٢)</sup> إلا مع إجازة المرتهن، والمنذور عتقه<sup>(٣)</sup>، والصدقة به<sup>(٤)</sup> وإن كان<sup>(٥)</sup> معلقاً بشرط لم يحصل بعد، على قول<sup>(٦)</sup> رجحه المصنف في الدروس.

(والخلو عن العوض)<sup>(٧)</sup> فلو أعتقه وشرط عليه عوضاً لم يقع عن الكفارة، لعدم تمحض القرية، وفي انعاقه بذلك نظر<sup>(٨)</sup>، وقطع المصنف في الدروس بوقوعه، وكذا لو قال له غيره: أعتقه عن كفارتك ولك عليّ كذا<sup>(٩)</sup>، واعترف

(١) عن الشيخ في الخلاف أنه لا يجزي، نظراً إلى نقصان الرق بتحقيق الكتابة، لأنها لازمة من قبل السيد، وقد خرج العبد بها عن الملك خروجاً منزلاً.

وعن الأكثر أنه يجزي، لصدق عنوان الرقبة، ولذا جاز عتقه تبرعاً، وليس ذلك إلا لبقاء الرق، وثبوت معاملة الكتابة عليه مع وجوب الوفاء بها على سيده لا يقتضي خروجه عن الرق.

(٢) لأن الراهن ممنوع من التصرف في الموهون بلا خلاف فيه - كما سيأتي في باب الرهن - وهذا الفرد منه، نعم مع إجازة المرتهن ينفذ العتق، لأن المنع كان لحقه فإذا أجاز زال المنع.

(٣) فلا يجوز عتقه في الكفارة لتعين عتقه في النذر.

(٤) المنذور بأن يتصدق به.

(٥) النذر.

(٦) قال في الدروس: «ولا يجزي المنذور عتقه أو الصدقة به، وإن كان النذر معلقاً بشرط لم يحصل بعد على الأقوى»، وإلا فمقتضى القواعد جواز عتقه في الكفارة، ما لم يثبت النذر بتحقيق شرطه.

(٧) بحيث لو قال لعبده: أنت حرّ وعليك كذا، فلا يجزي عن الكفارة، بلا خلاف فيه، لأن قصد العوض يتأفي الاخلاص المعلوم اعتباره في العبادة، والكفارة منها.

(٨) ناشئ من أنه عتق صدر من أهله وقد وقع في عمله، لأن قصده للعتق عن الكفارة يستلزم قصد مطلق العتق، وهو قول الشيخ في المبسوط والشهيد في الدروس، ومن أنه لم ينبو العتق المطلق، وإنما نوى العتق عن الكفارة فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نية مع أن العتق مشروط بالنية لأنه من العبادات.

(٩) فلا يقع عن الكفارة بالاتفاق، وإنما الكلام في وقوع انعاق العبد، ويجري فيه الخلاف السابق.

المصنف هنا بعدم وقوع العتق مطلقاً<sup>(١)</sup>، نعم لو أمره بعتقه عن الأمر بعوض، أو غيره أجزأ<sup>(٢)</sup>، والنية هنا من الوكيل، ولا بد من الحكم بانتقاله إلى ملك الأمر ولو لحظة، لقوله ﷺ: (لا عتق إلا في ملك)<sup>(٣)</sup>، وفي كونه هنا قبل العتق<sup>(٤)</sup> أو عند

(١) لا عن الكفارة، ولا عن غيرها.

(٢) بحيث قال له: اعتق عبدك عني ففعل، وقع العتق عن الأمر بغير خلاف، وكأنه اعتقه بنفسه، لأن فعل الوكيل فعل الموكل، نعم لا بد من دخول العبد في ملك المعتق عنه، لخبر الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ (لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك)<sup>(١)</sup>، وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر ﷺ (ولا يعتق إلا ما يملك)<sup>(٢)</sup>، وخبر النضر عن أبي عبد الله ﷺ (ولا عتق قبل ملك)<sup>(٣)</sup>، وقد اختلفوا في وقت دخوله على أقوال: الأول: حصول الملك عقب الفراغ من لفظ الاعتاق على الاتصال، وهو قول الشيخ، وفيه: أنه يستلزم تأخر العتق عن لفظ الاعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك، الثاني: حصول الملك بشروعه في لفظ الاعتاق، ويُعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغة، فجزء الصيغة سبب للملك حينئذٍ، وهو قول المفيد والعلامة وفخر المحققين، وفيه: لو فرض عدم تمامية الصيغة بعد الشروع فيها للزم خروج الرقبة عن الملك، ودخولها في ملك الأمر، وهذا مما لم يلتزم به أحد، لعدم تحقق سبب الانتقال، الثالث: حصول الملك للأمر بالاستدعاء ويُعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق، ويرد عليه: أنه لو لم يتلفظ المالك بالاعتاق لوجب انتقال الرقبة إلى الأمر، وهذا مما لم يلتزم به أحد، الرابع: حصول الملك والعتق معاً عند تمام لفظ الإعتاق، وفيه: أنه لا بد من تقدم الملك على العتق فكيف يتم وقوعهما معاً في وقت واحد، الخامس: حصول الملك بالاستدعاء المقترن بصيغة العتق بحيث يكون تمام الصيغة كاشفاً عن سبق الملك عليها، مع الالتزام بأن عدم وقوع صيغة الإعتاق بعد الاستدعاء دال على عدم حصول الملك بالاستدعاء.

ولقد أجاد المحقق في الشرائع حيث قال: «والوجه: الاقتصار على الشمرة وهي صحة العتق عن الأمر، وبراءة ذمته عن الكفارة، ولا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ذلك تحمين لا يرجع إلى دليل صالح».

(٣) عين هذا الخبر غير مروى من طرفنا، نعم تقدم ما هو مروى عندنا، وهو قريب منه فراجع.

(٤) قبل التلفظ بصيغة العتق، ويكون الملك عند الاستدعاء كما هو القول الثالث.

الشروع فيه<sup>(١)</sup>، أو بعد وقوع الصيغة ثم يعتق<sup>(٢)</sup>، أو يكون العتق كاشفاً عن ملكه بالأمر أوجه، والوجه انتقاله بالأمر<sup>(٣)</sup> المقترن بالعتق.

(والنية)<sup>(٤)</sup> المشتملة على قصد الفعل على وجهه<sup>(٥)</sup> متقرباً، والمقارنة<sup>(٦)</sup> للصيغة، (والتعين للسبب)<sup>(٧)</sup> الذي يُكفّر عنه، سواء تعددت الكفارة في ذمته أم لا، وسواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه الاطلاق<sup>(٨)</sup>، وصرّح به في الدروس، ووجهه أن الكفارة اسم مشترك بين أفراد مختلفة، والمأمور به إنما يتخصص بمميزاته عن غيره مما يشاركه.

- (١) كما هو القول الثاني.
  - (٢) كما هو القول الأول.
  - (٣) كما هو القول الخامس.
  - (٤) النية معتبرة في الكفارة لتصريح أكثر من واحد بأنها من العبادات، وقد تقدم أن النية متقومة بالقصد إلى الفعل مع القرية إلى الله، وأما باقي الخصوصيات فلا يجب فسخها إلا إذا توقف تمييز المأمور به عليها.
  - (٥) من قصد الوجوب أو الاستحباب، وقد عرفت عدم وجوبه.
  - (٦) بناء على أن النية اخطارية، وقد عرفت أنها قصدية.
  - (٧) إذا تعددت الكفارات، وأما لو تحدثت الكفارة فلا داعي لتعيين السبب لتمحض المأمور به في الانطباق عليه.
- وعلى تقدير تعدد الكفارات فتارة يتحد جنس سببها وأخرى يتعدد، فعلى تقدير اتحاد جنس السبب فالشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل نقل الشارح في المسالك عن الشهيد في الشرح أنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين، كل ذلك لصدق الامتثال بدون الاشتراط.
- وعلى تقدير تعدد السبب فإما أن تماثل الكفارات كفارة الظهار وكفارة قتل الخطأ، أو تختلف كفارة اليمين مع كفارة شهر رمضان التي هي كبيرة مخيرة، فعلى الاختلاف في خصالها فلا داعي لتعيين السبب لصدق الامتثال بعد تمحض المأمور به في الانطباق على المأتي به، وعلى التماثل في الخصال فلا بد من تعيين السبب لقاعدة الاشتغال، لامتناع صرف المأتي به إليها، ولا للبعض للترجيح من دون مرجح، فلا بد من نية التعيين، وهذا هو مقتضى القواعد.
- (٨) اطلاق عبارة الماتن.

ويشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك، فتُجزى نيته<sup>(١)</sup> عما في ذمته من الكفارة، لأن غيره ليس مأموراً به، بل ولا يتصور وقوعه منه في تلك الحالة شرعاً، فلا وجه للإحتراز عنه كالقصر والتمام في غير موضع التخيير.

والأقوى أن المتعدد في ذمته مع اتحاد نوع سببه<sup>(٢)</sup> - كإفطار يومين من شهر رمضان، وخلف نذرين - كذلك<sup>(٣)</sup>، نعم لو اختلفت أسبابه توجه ذلك<sup>(٤)</sup>، ليحصل التمييز وإن اتفق مقدار الكفارة<sup>(٥)</sup>، وقيل: لا يفتقر إليه مطلقاً<sup>(٦)</sup>.

وعلى ما اخترناه<sup>(٧)</sup> لو أطلق برأت ذمته من واحدة لا بعينها، فيتعين في الباقي الإطلاق، سواء كان بعق أو غيره<sup>(٨)</sup> من الخصال المخيرة، أو المرتبة على تقدير العجز، ولو شك في نوع ما في ذمته أجزاء الإطلاق عن الكفارة على القولين<sup>(٩)</sup>، كما يُجزيه العتق عما في ذمته لو شك بين كفارة ونذر<sup>(١٠)</sup>، ولا يجزي

- (١) نية العتق من دون ذكر السبب.
- (٢) كان الكلام في تعدد جنس السبب سابقاً، أما إذا اتحد الجنس وتعددت أفرادها كمن عليه كفارتان لإفطار يومين من شهر رمضان فلا يجب التعيين لعدم اشتغال ذمته بغير كفارة إفطار شهر رمضان.
- (٣) فلا يجب التعيين كالفرع السابق.
- (٤) التعيين للسبب.
- (٥) بل التعيين في هذا الفرع لصلاحية المأتي به للانطباق على أكثر من واجب، أما لو اختلفت خصال الكفارة فلا داعي للتعين لعدم صلاحية الانطباق.
- (٦) كما عن الشيخ في المبسوط في كل الأحوال، لأصالة البراءة من الاشتراط، وهو ضعيف فيما لو توقف الامتثال على التمييز.
- (٧) من تعدد الكفارة مع اتحاد النوع فلا بشرط نية التعيين.
- (٨) بحيث لو اعتق ولم ينو التعيين سقطت إحداها وبقيت الأخرى، وهذه الأخرى مخيرة بين العتق وغيره فعليه أن يأتي بواحد من خصالها من دون نية التعيين، وأما لو كانت الأخرى مرتبة فيجوز له أن يأتي بغير العتق على تقدير العجز عنه، وكل ذلك من دون نية التعيين.
- (٩) أما على القول بعدم وجوب التعيين فلأنه لا يجب التعيين مع العلم فمع الجهل أولى، وعلى القول الثاني إنما وجب التعيين مع العلم، وبدونه لا يجب، لأن تكليف التعيين مع الجهل تكليف بما لا يطاق فيسقط.
- (١٠) بحيث لو نوى التكفير أو النذر فلا يجزي، لأن النذر لا يجزي فيه نية التكفير، وهو لا يجزي فيه نية النذر، فيتعين أن ينوي إبراء ما في ذمته من أيهما.

ذلك في الأول<sup>(١)</sup>، كما لا يُجزى العتق مطلقاً<sup>(٢)</sup>، ولا بنية الوجوب<sup>(٣)</sup>.

(ومع العجز) عن العتق<sup>(٤)</sup> في المرتبة<sup>(٥)</sup> (بصوم<sup>(٦)</sup> شهرين متتابعين) هلالين<sup>(٧)</sup> وإن<sup>(٨)</sup> نقصا إن ابتدأ من أوله، ولو ابتدأ من أثنائه أكمل ما بقي منه ثلاثين بعد الثاني<sup>(٩)</sup>، وأجزأه الهلالي في الثاني، ولو اقتصر هنا<sup>(١٠)</sup> على شهر ويوم تعين العددي فيهما<sup>(١١)</sup>، والمراد بالتتابع أن لا يقطعهما ولو في شهر ويوم بالإفطار اختياراً<sup>(١٢)</sup>، ولو

(١) لا يجزي نية ما في الذمة في الصورة السابقة فيما لو تعددت الكفارة واتحد النوع، لتردد المأتي به بين واجبين.

(٢) من دون ذكر عنوان الكفارة، لأن المأتي به لا يتمحض في التكفير إلا بذكره فلا بد منه.

(٣) لا يجزيه العتق لو أتى به بنية الوجوب فقط، لأنه قد يكون واجباً عليه من غير الكفارة، فلا بد من نية التكفير ليقع كفارة.

(٤) تقدم معنى وجدان الرقبة، ومنه تعرف معنى العجز عنها.

(٥) لأن في المخيرة يجوز له الصوم المذكور ابتداء.

(٦) فهو لازم في المرتبة بعد العجز عن العتق بلا خلاف فيه، ولما مر من الأدلة كتاباً وسنة.

(٧) لأنه المراد شرعاً عند الاطلاق.

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

(٩) لأن الأول لا يمكن له أن يحمله على الهلالي بعد الابتداء في أثنائه، وقيل: يتم من

الشهر الثالث ما فاته من الأول فإذا ابتدأ باليوم العاشر من الأول مثلاً فيكون قد فاته

تسعة أيام فيتمها في الشهر الثالث، لأنه أقرب إلى الشهر الحقيقي، وفيه: أنه لا بد من

احتساب الشهر ثلاثين عند انكساره، وقيل: مع انكسار الأول ينكسر الجميع ويبطل

اعتبار الأهلة، لأن الثاني لا يدخل إلا بعد إكمال الأول، فلا يتسلم له الثاني من أول

الشهر الهلالي، وهو الموافق للاعتبار والاحتياط.

(١٠) في صورة الابتداء من الأثناء.

(١١) للانكسار في الشهرين.

(١٢) كما تقدم في باب الصوم، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (صيام كفارة اليمين

في الظهار شهران متتابعان، والتتابع أن يصوم شهراً ويصوم من الآخر أياماً أو شيئاً

منه، فإن عرض له شيء يفطر منه أفطر ثم قضى ما بقي عليه، وإن صام شهراً ثم

عرض له شيء فأفطر قبل أن يصوم من الآخر شيئاً فلم يتابع، فليعد الصوم كله<sup>(١)</sup>).

بمسوغه<sup>(١)</sup> كالسفر، ولا يقطعه غيره<sup>(٢)</sup> كالحيض والمرض والسفر الضروري والواجب<sup>(٣)</sup>، بل بيني على ما مضى عند زوال العذر على الفور، هذا إذا فاجأه السفر.

أما لو علم به قبل الشروع لم يعذر<sup>(٤)</sup>، للقدرة على التتابع في غيره، كما لو علم بدخول العيد، بخلاف الحيض، للزومه في الطبيعة عادة، والصبر إلى سن اليأس تغرير بالواجب، وإضرار بالمكلف، وتجب فيه النية<sup>(٥)</sup>، والتعيين<sup>(٦)</sup> كالتعق، وما يعتبر في نيته<sup>(٧)</sup>، ولو نسيها ليلاً جردها إلى الزوال، فإن استمر إليه لم يجز،

(١) مسوغ الإفطار.

(٢) غير الإفطار الاختياري.

(٣) شرعاً، وكذا لو افطرت الحامل والمرضع مع الخوف على النفس، للأخبار.

منها: صحيح رفاة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهراً ومرض، قال: بيني عليه، الله حبسه، قلت: امرأة كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت وأفطرت أيام حيضها، قال: تفضيها، قلت: فإنها قضتها ثم يشت من المحيض، قال: لا تعيدها، اجزأها)<sup>(١)</sup>، وخبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان عليه صيام شهرين متتابعين فصام خمسة وعشرين يوماً ثم مرض، فإذا برأ أييني على صومه أم يعيد صومه كله؟ قال: بل بيني على ما كان صام، ثم قال: هذا مما غلب الله عليه، وليس على ما غلب الله عز وجل عليه شيء)<sup>(٢)</sup>، ومن التعليل يستفاد جواز البناء على ما مضى إذا كان الإفطار لعذرٍ مهما كان نوعه.

(٤) كما لو علم بدخول العيد في الشهر الأول، وعليه فلا يجوز له أن يصوم شعبان إلا مع صوم يوم قبله، ولا يجوز أن يصوم الشهر الأول في ذي الحجة، لأنه لا يسلم له، ويدل عليه صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل صام في ظهارة شعبان ثم أدركه رمضان، قال: يصوم شهر رمضان ويستأنف الصوم، فإن صام في الظهار فزاد في النصف يوماً قضى بقبته)<sup>(٣)</sup>.

(٥) في صوم الكفارة، لأنه من العبادات.

(٦) تقدم الكلام فيه.

(٧) في نية الصوم.

(٢٠١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقية الصوم الواجب حديث ١٠ و ١٢.

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

ولم يقطع التتابع على الأقوى<sup>(١)</sup>.

(ومع العجز) عن الصيام (يُطْعِمُ سِتِينَ مَسْكِينًا) فيما يجب فيه ذلك، ككفارة شهر رمضان<sup>(٢)</sup>، وقتل الخطأ، والظهار، والنذر<sup>(٣)</sup>، لا مطلق المرتبة، فإنه في كفارة إفطار قضاء رمضان، وكفارة اليمين إطعام عشرة، وأطلق الحكم انكالا على ما علم (إما إشباعاً) في أكلة واحدة (أو تسليم مد إلى كل واحد على أصح القولين)<sup>(٤)</sup>

- (١) بل هو المشهور بينهم، لأن النسيان عذر، ويحتمل القطع لأن النسيان مستند إلى تقصيره وإهماله وعدم اهتمامه بالصوم، وهو احتمال ضعيف، ولم يُنسب الخلاف إلى أحد.
- (٢) قد عرفت أنها مخيرة وليست مرتبة فالتمثيل بها ليس في محله، إلا على قول ابن أبي عقيل من أنها مرتبة.
- (٣) التمثيل به على قول سلال والكراجكي حيث ذهبوا إلى أن كفارة خلف النذر مرتبة ككفارة الظهار.
- (٤) على المشهور، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال الله عز وجل لنبيه ﷺ): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ ﴿قد فرض الله لك تحلة أيمانكم﴾، فجعلها يميناً وكفرها رسول الله ﷺ، قلت: بما كفر؟ قال: أطمع عشرة مساكين لكل مسكين مد، قلنا: فمن وجد الكسوة؟ قال: ثوب يوارى عورته<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (وإذا قتل خطأ أدى دينه إلى أوليائه ثم اعتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطمع ستين مسكيناً مداً مداً)<sup>(٢)</sup>، ومثله غيرها الوارد في كفارة شهر رمضان.

وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط والنهاية وابن حزم في الوسيلة والطبرسي في مجمع البيان مدان مع القدرة، ومع العجز مد، لخبر أبي بصير عن أحدهما عليه السلام (في كفارة الظهار قال: تصدق على ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، لكل مسكين مدين مدين)<sup>(٣)</sup>، ومحل عند المشهور على الاستحباب.

هذا كله على تقدير التسليم إلى المستحق، ولكنه غير لازم، بل يتخير بينه وبين أن يطعمه مرة إلى أن يشبع، لصديق الاطعام بذلك، قال الله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللِّغْوِ فِي =

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.  
 (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات حديث ١.  
 (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٦.



فتوى وسنداً، وقيل: مدان مطلقاً<sup>(١)</sup>، وقيل: مع القدرة، ويتساوى في التسليم الصغير والكبير من حيث القدر<sup>(٢)</sup>، وإن كان الواجب في الصغير تسليم الولي، وكذا في الإشباع<sup>(٣)</sup> إن اجتمعوا، ولو انفرد الصغار احتسب الاثنان بواحد، ولا

= أيمانكم، ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم<sup>(٤)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (سأله عن «أوسط ما تطعمون أهليكم»، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: وما أوسط ذلك؟ فقال: الخل والزيت والتمر والخبز، يشعبهم به مرة واحدة، قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد)<sup>(٥)</sup>، وعن المفيد وسلاز والقاضي وابن زهرة الإشباع في يومه، خبر سامة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (سأته عن قول الله تعالى: «من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم» في كفارة اليمين، قال: ما يأكل أهل البيت يشعبهم يوماً، وكان يعجبه مد لكل مسكين)<sup>(٦)</sup>، وهي محمولة على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما تقدم، وعن ابن الجنيد أنه يطعمه في الغداة والعشاء، ولم أجد دليلاً على هذا التعين.

(١) ليس قولاً ثالثاً بل هو راجع لقول الشيخ .

(٢) لصديق تسليم المد لكل مسكين، ويدل عليه صحيح يونس بن عبد الرحمان عن أبي الحسن عليه السلام (سأته عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء، والرجال والنساء، أو يُفضل الكبار على الصغار، والرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء)<sup>(٧)</sup>.

(٣) فإن أشعب الكبار فلا خلاف، وإن أشعب الصغار فتارة منضمين إلى الكبار فيحسب الواحد بواحد على المشهور، وعن المفيد أنه يحسب الاثنان واحداً، وأخرى منفردين فلا بد من احتساب الاثنان بواحد، بلا خلاف فيه كما في الرياض، والأصل فيه خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يجزي إطعام الصغير في كفارة اليمين، ولكن صغيرين بكبير)<sup>(٨)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام قال: من أطعم في كفارة اليمين صغراً وكباراً فليزود الصغير بقدر ما أكل الكبير)<sup>(٩)</sup>، =

(١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

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

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

(٤ و٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات حديث ٣ و١.

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

يتوقف<sup>(١)</sup> على إذن الولي<sup>(٢)</sup>.

ولا فرق بين أكل الصغير كالكبير، ودونه<sup>(٣)</sup>، لإطلاق النص، وندوره<sup>(٤)</sup>، والظاهر أن المراد بالصغير غير البالغ مع احتمال الرجوع إلى العرف<sup>(٥)</sup>، ولو تعذر العدد في البلد وجب النقل إلى غيره مع الإمكان<sup>(٦)</sup>، فإن تعذر كرر على الموجودين في الأيام بحسب المتخلف<sup>(٧)</sup>.

= وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾، قال: هو كما يكون، إنه يكون في البيت من يأكل المد، ومنهم من يأكل أكثر من المد، ومنهم من يأكل أقل من المد، فين ذلك<sup>(١)</sup>.  
فالصحيح الأخير دال على عدم وجوب إعطاء أكثر مما يأكله وإن كان أقل من المد، فلا بد من حمل الخبر الثاني الظاهر في الاجتماع على الاستحباب، وأما الخبر الأول فيحمل على صورة الانفراد جمعاً بينه وبين الصحيح المذكور، هذا ما عليه المشهور، وفيه: أن الصحيح ناظر إلى التسليم وكلامنا في الإشباع، الذي هو ظاهر الخبر الثاني، وأما الأول فهو شامل للانفراد والاجتماع من دون تخصص له، فالأقوى عدم احتساب الواحد بواحد في الإشباع مطلقاً، بل احتساب الاثنين منهم بواحد.  
الإشباع. (١)

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

(٣) دون الكبير، لإطلاق النص، وهو خبر أبي بصير المتقدم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن ﴿أوسط ما تطعمون أهليكم﴾، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: وما أوسط ذلك؟ قال: الحل والزيت والتمر والخبز يشبعهم به مرة واحدة<sup>(٢)</sup>، فلا فرق بين الصغير والكبير في الأكل ولو اختلفا، كما يختلف الكبار في مقدار الأكل.

(٤) ندور أكل الصغير كالكبير، لأنه لو قلنا باشتراط التساوي بين الأكلين للزم عدم جواز اجتماع الصغار مع الكبار إلا على نحو النادر، مع أن بعض الروايات ظاهر بالاجتماع ولا يمكن حمله على الفرد النادر.

(٥) قال في المسالك «لا تقدير في الكبير والصغير شرعاً فيرجع فيهما إلى العرف».

(٦) لتوقف الواجب عليه.

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

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

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

والمراد بالمسكين هنا<sup>(١)</sup> من لا يقدر على تحصيل قوت سنته فعلاً وقوة فيشمل الفقير، ولا يدخل الغارم وإن استوعب دينه ماله، ويعتبر فيه الإيمان<sup>(٢)</sup>، وعدم وجوب نفقته على المعطي<sup>(٣)</sup>، أما على غيره فهو غني مع بذل المنفق، وإلا فلا.

وبالطعام مسماه<sup>(٤)</sup> كالحنطة والشعير ودقيقهما وخيزهما وما يغلب على قوت

= الله ﷺ (قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن لم يجد في الكفارة إلا الرجل والرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشرة، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً)<sup>(١)</sup>.

(١) في باب الكفارات، لأن المسكين هنا لا يشمل الغارم، وقد أدرج الغارم في مستحق الزكاة للدليل، وكذا ابن السبيل.

(٢) وهو الإيمان بالمعنى الخاص، ولم يشترطه المحقق بل اكتفى بالإسلام، لعموم أدلة الاطعام في الكفارات، ولوثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (وقد سأله عن الكفارة - إلى أن قال - قلت: فيعطيه الضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال: نعم، وأهل الولاية أحب إلي)<sup>(٢)</sup>.

وذهب الشيخ وقواه العلامة إلى اشتراط الإيمان مع الامكان، وقال في المسالك: «ليس عليه نص بخصوصه»، وذهب ابن الجنيد وابن البراج إلى اشتراط الإيمان مطلقاً، وذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان والعدالة، ودليل القولين الأخيرين ما تقدم في الزكاة، والملازمة ممنوعة كما في المسالك.

(٣) بلا خلاف، لاشتراط المسكنة في مصرف الكفارة، ومن وجبت نفقته على المعطي كالعמודين والزوجة والمملوك فإنهم يصيرون أغنياء بالدافع، فلا يجوز له إعطاؤهم من الكفارة.

هذا كله مع بذل المنفق، وأما مع عدمه فكذلك، قال في المسالك «فلا يجوز له صرفها إليهم حتى لو منعهم من النفقة وصاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبة إليه، لأن الشرط مقدور عليه من جهته والتقصير واقع منه، فلم يفترق الحال بين بذل النفقة وعدمه، بخلاف الأجنبي فإن تحريم دفعه الكفارة إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقة ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلاً لهم وصاروا محتاجين، جاز لغيره أن يعطيهم منها لتحقق الوصف فيهم».

(٤) كل ما يؤكل ويسمى طعاماً، لإطلاق النصوص.

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

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

البلد، ويُجزى التمر والزبيب مطلقاً<sup>(١)</sup>، ويعتبر كونه سليماً<sup>(٢)</sup> من العيب والمزج بغيره، فلا يُجزى الموسس، والممتزج بزوان وتراب غير معتادين، والنية<sup>(٣)</sup> مقارنة<sup>(٤)</sup> للتسليم إلى المستحق، أو وكيله، أو وليه، أو بعد وصوله إليه قبل إتلافه، أو نقله<sup>(٥)</sup> عن ملكه، أو للشروع في الأكل، ولو اجتمعوا فيه<sup>(٦)</sup> ففي الاكتفاء بشروع واحد، أو وجوب تعددها مع اختلافهم<sup>(٧)</sup> فيه، وجهان<sup>(٨)</sup>.

(وإذا كسا الفقير ثوب) في الأصح<sup>(٩)</sup>، والمعتبر مسماه<sup>(١٠)</sup> من إزار ورداء،

(١) سواء غلبا على قوت البلد أم لا.

(٢) للانصراف.

(٣) لأن الكفارة من العبادات.

(٤) إذا كانت احتطارية، وقد عرفت أنها قصدية فلا داعي لهذا التشقيق.

(٥) عطف على إتلافه.

(٦) في الأكل.

(٧) في الشروع.

(٨) من أن كل أكلة واجبة فتجب نيتها معها، ومن أن مجموع الأكلات كفارة واحدة فيكفيها نية واحدة للجمع.

(٩) كما عن الشيخ والحلي وابن بابويه وابن سعيد والعلامة والشهيد، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (ثوب يوارى به عورته)<sup>(١)</sup>، وصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد)<sup>(٢)</sup>، وعن القاضي والشيخ وابن زهرة والفاضل في القواعد وفخر المحققين حل هذه الأخبار على المعجز وإلا فمع الاختيار ثوبان، جماً بينها وبين أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لكل إنسان ثوبان)<sup>(٣)</sup>، وخبر سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: أو كسوتهم؟ قال: ثوبين لكل رجل)<sup>(٤)</sup>، وخبر أبي خالد القمط عنه عليه السلام (والكسوة ثوبان)<sup>(٥)</sup>، وهي محمولة على الاستحباب على القول الأول.

(١٠) قال في المسالك: «واعلم أن المعتبر في الثوب أو الثوبين ما يتحقق به الكسوة عرفاً كالجبة والقميص والإزار والسراويل والمتعة للأنثى، دون المنطقة والحف والقلنسوة، =

(٢٠١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ١ و٥.

(٢٠٢ و٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ١ و٩ و١٣.

وسراويل، وقميص (ولو ضيلاً<sup>(١)</sup>) إذا لم يتخرق) أو ينسحق جداً بحيث لا ينتفع به إلا قليلاً، وفاقاً للدروس<sup>(٢)</sup>، وجنسه القطن والكتان والصوف والحرير الممتزج، والخالص للنساء وغير البالغين، دون الرجال والخنثى، والفرو والجلد المعتاد لئسه، والقنب والشعر كذلك<sup>(٣)</sup>، ويكفي ما يسمى ثوباً للصغير وإن كانوا منفردين، ولا يتكرر على الموجودين لو تعذر العدد مطلقاً<sup>(٤)</sup>، لعدم النص<sup>(٥)</sup>، مع احتمال<sup>(٦)</sup>.

(وكل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما) أجمع (صام ثمانية عشر يوماً)<sup>(٧)</sup> وإن قدر على صوم أزيد منها، (فإن عجز) عن صوم

= وأقله ما يستر العورتين كالمنزر إن اعتد لئسه وإلا فلا، ولو صلح كسوة للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بنية الصغير دون الكبير، والمعتبر في جنسه ما يُعدّ معه كسوة عرفاً كالقطن والكتان والصوف والحرير للنساء والفرو والجلد المعتادين، وكذا القنب والشعر إن اعتاده، وإلا فلا، ويجزي كسوة الصغار وإن انفردوا للعموم، ويستحب الجديد، ويجزي غيره إلا أن ينسحق أو يتخرق انتهى.

- (١) مغسولاً.
- (٢) لإطلاق الأدلة، وخالف في ذلك الوسيلة والإصباح.
- (٣) المعتاد لئسهما.
- (٤) مع وجود المستحق في البلد الآخر وقد تعذر النقل، أو مع عدم وجود المستحق.
- (٥) لعدم النص في تكرار الكسوة على الموجودين، بخلاف الاطعام فإنه يتكرر، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن لم يجد في الكفارة إلا الرجل والرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشرة، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً)<sup>(١)</sup>.
- (٦) احتمال التكرار في الكسوة كما في الاطعام، وفيه: أنه قياس، مع أنه لو كرر لكسي المسكين عشرة أثواب في عشرة أيام، وهو بعيد عن مذاق الشارع، بخلاف الاطعام فلو أطمع على عشرة أيام وهو محتاج لكان أمراً راجحاً.
- (٧) الأصل فيه خبر أبي بصير وسماعة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صيام شهرين متتابعين فلم يقدر على الصيام ولم يقدر على العتق ولم يقدر على الصدقة، =

الثمانية عشر أجمع (تصدق عن كل يوم) من الثمانية عشر (بمد) من طعام<sup>(١)</sup>، وقيل: عن الستين<sup>(٢)</sup>، ويضعف بسقوط حكمها<sup>(٣)</sup> قبل ذلك<sup>(٤)</sup>، وكونه<sup>(٥)</sup> خلاف المتبادر، وعدم صحته في الكفارة المخيرة، لأن القادر على إطعام الستين يجعله أصلاً لا بدلاً، بل لا يُجزيه الثمانية عشر مع قدرته على إطعام الستين، لأنها<sup>(٦)</sup> بدل اضطراري، وهو<sup>(٧)</sup> بدل اختياري، (فإن عجز) عن إطعام القدر المذكور وإن

= قال: فليصم ثمانية عشر يوماً عن كل عشرة مساكين ثلاثة أيام<sup>(١)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل ظاهر امراته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانية عشر يوماً، لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام)<sup>(٢)</sup>.

(١) لما تقدم في كتاب الصوم من أن الشيخ الكبير وذا العطاش يتصدق عن كل يوم بمد، كما في صحيح محمد بن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الشيخ الكبير والذي به العطاش لا حرج عليهما أن يفطرا في شهر رمضان، ويتصدق كل واحد منهما في كل يوم بمد من طعام، ولا قضاء عليهما)<sup>(٣)</sup>، ومثله غيره، بل اطعام الستين مع تعذر الشهرين في المرتبة يومئذ إلى ذلك كما في الجواهر.

(٢) وقد جعله في نهاية المراد أحد الوجهين، وفيه: أولاً: أن الصدقة بمد العجز عن صوم الثمانية عشر يوماً المترتب على العجز عن صوم الستين، فكيف يرجع إليها بعد الخروج عنها كما في المسالك، وثانياً: أن هذا الحكم يشمل صوم الشهرين في الكفارة المخيرة فلو فرضت أن الصدقة عن ستين يوماً هي البديل للعجز عن صوم الثمانية عشر يوماً فيكون قادراً من رأس على أحد خصال الكفارة، ومعه لا داعي لفرض صوم الثمانية عشر يوماً عند العجز عن صوم الستين.

(٣) حكم الستين.

(٤) عند صوم الثمانية عشر.

(٥) عطف على «سقوط حكمها».

(٦) الثمانية عشر.

(٧) الاطعام عن الستين.

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

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

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

قدر على بعضه (استغفر الله تعالى)<sup>(١)</sup> ولو مرة بنية الكفارة.

(١) أخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة، فالاستغفار كفارة ما خلا يمين الظهار)<sup>(١)</sup>، وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن شيء من كفارة اليمين - إلى أن قال - قلت: فإن عجز عن ذلك، قال: فليستغفر الله تعالى ولا يعود)<sup>(٢)</sup>، وخبر داود بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الاستغفار توبة وكفارة لكل من لم يجد السبيل إلى شيء من الكفارة)<sup>(٣)</sup>، وخبر إسحاق ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (وإلا يجد ذلك فليستغفر ربه وبنوي أن لا يعود، فحسبه ذلك - والله - كفارة)<sup>(٤)</sup>.

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

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

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



**كتاب النذر وتوابعه**





## (كتاب النذر<sup>(١)</sup> وتوابعه)

من العهد واليمين (وشرط التاخر الكمال) بالبلوغ والعقل<sup>(٢)</sup>، (والاختيار<sup>(٣)</sup> والقصد<sup>(٤)</sup>) إلى مدلول الصيغة، (والإسلام<sup>(٥)</sup>)، .....

- 
- 
- (١) فهو لغة الوعد بخير أو شر، وشرعاً هو الالتزام بفعل أو ترك قربة إلى الله، ويدل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، والأخبار الكثيرة التي سيأتي بعضها.
  - (٢) بلا خلاف فيه، لحديث رفع القلم<sup>(٣)</sup>.
  - (٣) بلا خلاف فيه، وأما المكروه فلا أثر لقوله في وجوب الوفاء بالنذر، لحديث رفع عن أمي<sup>(٤)</sup>.
  - (٤) بلا خلاف فيه، لأنه مع عدمه فتكون العبارة كالعدم، فالنائم والمغمى عليه والسكران والغضبان الذي سلب القصد بغضبه لا يتعد منهم النذر.
  - (٥) لأنه يشترط في النذر نية التقرب، وهي متعذرة في حق الكافر بجميع أقسامه، نعم لو نذر الكافر ثم أسلم استحب له الوفاء كما صرح به غير واحد، ولما روته العامة عن عمر أنه قال لرسول الله ﷺ: (إني كنت نذرت اعتكاف ليلة في الجاهلية، فقال له =

---

(١) سورة الإنسان، الآية: ٧.

(٢) سورة الحج، الآية: ٢٩.

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

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

والحرية<sup>(١)</sup> فلا ينعقد نذر الصبي والمجنون مطلقاً<sup>(٢)</sup>، ولا المكروه، ولا غير القاصد كموقع صيغته عابثاً، أو لاعباً، أو سكران، أو غاضباً غضباً يرفع قصده إليه، ولا الكافر مطلقاً<sup>(٣)</sup>، لتعذر القرابة على وجهها منه، وإن استحب له الوفاء به لو أسلم، ولا نذر المملوك، (إلا أن يميز المالك) قبل إيقاع صيغته، أو بعده<sup>(٤)</sup> على

= النبي ﷺ: أوف بترك<sup>(١)</sup>، ولو قيل: إن الكافر إذا كان مقراً بوحدانية الله فيتحقق منه التقرب إلى الله، وإن لم يُثاب لعدم إيمانه بالنبوة الخاصة، ولازمة صحة نذره لكان حسناً كما ذهب إليه بعضهم.

(١) فلا يصح نذر المملوك إلا بإذن سيده، بلا خلاف فيه كما في المسالك والرياض، لخبر قرب الإسناد (أن علياً عليه السلام كان يقول: ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده)<sup>(٢)</sup>.

(٢) سواء كان الصبي مميزاً أم لا، وسواء كان الجنون أدوارياً أم أطباقياً.

(٣) وإن كان مقراً بوحدانية الله تعالى.

(٤) وقع الخلاف بينهم في أن إذن السيد هل هو شرط في صحة نذر العبد أو لا، ولكن للسيد حلّ النذر لو صدر من العبد بدون إذنه، ذهب المشهور إلى الثاني، وذهب البعض إلى الأول، لتوقف النذر على الإذن كما هو ظاهر الخبر المتقدم، وسأتي له تنمة كلام. وقد الحق به اشتراط إذن الزوج في نذر الزوجة، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمرٌ في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلا بإذن زوجها، إلا في حج أو زكاة أو بر والديها أو صلة رحمها)<sup>(١)</sup>، هذا على المشهور بين المتأخرين كما في المسالك، وألحق به العلامة في بعض كتبه والشهيد في الدروس نذر الولد حيث إنه متوقف على إذن الأب، ولا نص على الإلحاق في باب النذر، وإنما ورد نص على الإلحاق في اليمين وهو: خبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يمين لولد مع والده، ولا للمرأة مع زوجها، ولا للمملوك مع سيده)<sup>(٢)</sup>، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا يمين للولد مع والده، ولا للمملوك مع مولاه، ولا للمرأة مع زوجها، ولا نذر في معصية، ولا يمين في قطيعة)<sup>(٣)</sup>.

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٣٢، رقم الحديث ٢٠١٠٠.

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر والعهد حديث ٢ و ١.

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

المختار عند المصنف، (أو تزول الرقية) قبل الحل<sup>(١)</sup>، لزوال المنع.

والأقوى وقوعه بدون الإذن باطلاً، لنفي ماهيته في الخبر<sup>(٢)</sup> المحمول على نفي

= ووجه الإلحاق مشابهة النذر لليمين في الالتزام لله تعالى، وفي الكثير من الأحكام، ولتسمية النذر يميناً في أكثر من خبر، كما في خبر الوشا عن أبي الحسن عليه السلام (قلت له: إن لي جارية ليس لها مني مكان ولا ناحية، وهي تحتل الثمن إلا أني كنت حلفت فيها بيمين، فقلت: لله علي أن لا أبيعها أبداً، ولي إلى ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة، فقال: فب الله بقولك)<sup>(٣)</sup>، وخبر مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يحلف بالنذر ونيته في يمينه التي حلف عليها درهم أو أقل، قال: إذا لم يجعل لله فليس بشيء)<sup>(٤)</sup>، وخبر سماعة (إنما اليمين الواجبة التي ينبغي لصاحبها أن يفني بها ما جعل لله عليه في الشكر إن هو عافاه من مرضه، أو عافاه من أمر يخافه، أو رد عليه ماله، أو رده من سفر، أو رزقه رزقاً، فقال: لله علي كذا وكذا شكراً، فهذا الواجب على صاحبه الذي ينبغي لصاحبه أن يفني به)<sup>(٥)</sup>،

وفيه: أن اطلاق اليمين عليه في هذه الاخبار مجازٌ كما هو واضح، ولذا لا يمكن إثبات جميع أحكام اليمين للنذر بمجرد هذا الإطلاق.

(١) قبل حل نذر العبد من قبل سيده، وهذا منافٍ بظاهره لكلام الماتن سابقاً حيث اشترط إذن المولى في انعقاد نذر العبد، فكيف يتعقد بدون إذنه هنا وأن يكون للسيد الحل، وأنه لو زالت الرقية قبل الحل لكان النذر صحيحاً على العبد، وهذا ما وقع به غيره كالمحقق في الشرائع.

إلا أن يقال: إن النذر من دون إذن السيد يتعقد انعقاداً غير تام، بحيث لو لحقه الإذن صح، وعلى هذا التقدير يتصور اشتراط الإذن أولاً ثم الحكم بصحة النذر لو زالت الرقية قبل الحل، إلا أنه على خلاف الظاهر من الأدلة.

(٢) قد عرفت أن الخبر الدال على اشتراط إذن السيد في نذر العبد هو خبر قرب الاسناد المتقدم (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده)<sup>(٦)</sup>، وهو يدل على نفي ثبوت النذر ولا يدل على نفي ماهية النذر، نعم في نذر الزوجة تقدم صحيح ابن سنان (ولا نذر في =

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر والعهد حديث ١١.

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

(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر والعهد حديث ٤.

(٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر والعهد حديث ٢.

الصحة، لأنه<sup>(١)</sup> أقرب المجازات<sup>(٢)</sup> إلى الحقيقة، حيث لا يراد نفيها<sup>(٣)</sup>، وعموم الأمر بالفداء بالنذر مخصوص<sup>(٤)</sup> بنذر المذكور<sup>(٥)</sup>، كما دل عليه الخبر، لا بنذره مع النهي<sup>(٦)</sup>، (وإذن الزوج كإذن السيد) في اعتبار توفقه عليها<sup>(٧)</sup> سابقاً<sup>(٨)</sup>، أو لحوقها له قبل الحل<sup>(٩)</sup>، أو ارتفاع الزوجية قبله<sup>(١٠)</sup>، ولم يذكر توقف نذر الولد على إذن الوالد،

= ماله إلا بإذن زوجها<sup>(١)</sup>، وهو يدل على نفي الماهية لمكان «لا» النافية للجنس، إلا أن يكون مراده الاستدلال بما ورد في يمين العبد كما في خير ابن القداح وصحيح منصور ابن حازم المتقدمين، فإنهما متضمنان للنافية للجنس، ويصح الاستدلال باعتبار اطلاق اليمين على النذر، ولكن عرفت ضعف هذا المبنى.

وعلى كل فقله **عَلَيْهِ** (لا نذر في ماله إلا بإذن زوجها) محمول على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة، بعد كون نفي الحقيقة غير مراد، لأنها متحققة لا محالة. إن قلت: إن المشهور قد تمسك بعموم وجوب الوفاء بالنذر، وهذا يشمل ما لو صدر نذر الزوجة من دون إذن زوجها، فيتعين حل الخير على ما لو كان النذر المذكور منافياً لحق الزوج وقد نهاها عنه، ولذا حل الخير على أن النذر منعقد بدون الإذن لكن للزوج حله.

قلت: إن شمول وجوب الوفاء بالنذر لهذا النذر من دون إذن زوجها أول الكلام، لأن العموم لا يشمل إلا إذا كان صحيحاً، ووقوعه صحيحاً من دون الإذن أول الكلام.

- (١) لأن نفي الصحة.
- (٢) والمجاز الآخر هو نفي الكمال.
- (٣) الحقيقة، لأنها متحققة بصدور النذر وإن لم يأذن.
- (٤) مختص.
- (٥) بنذر العبد من دون إذن سيده.
- (٦) والمعنى: ليس العموم المدعى يشمل النذر من دون الإذن ثم يختص بالنذر مع نهي السيد.
- (٧) على الرخصة المستفادة من إذن الزوج.
- (٨) كما هو مختار الشارح.
- (٩) كما هو مختار المصنف حيث قال الشارح: «أو بعده على المختار عند المصنف».
- (١٠) قبل الحل، ويأتي فيه ما تقدم من أنه مناقض لاشتراط الإذن ابتداءً.

لعدم النص الدال عليه هنا، وإنما ورد<sup>(١)</sup> في اليمين فيبقى<sup>(٢)</sup> على أصالة الصحة.  
وفي الدروس أحقه بهما<sup>(٣)</sup> لإطلاق اليمين في بعض الأخبار على النذر،  
كقول الكاظم عليه السلام لما سئل عن جارية حلف منها بيمين فقال: (الله علي أن لا  
أبيعها، فقال: ف الله بنذرك)<sup>(٤)</sup>، والإطلاق وإن كان من كلام السائل إلا أن  
تقرير الإمام له عليه كتلفه به<sup>(٥)</sup>، ولتساويهما<sup>(٦)</sup> في المعنى، وعلى هذا<sup>(٧)</sup> لا وجه  
لاختصاص الحكم بالولد، بل يجب في الزوجة مثله<sup>(٨)</sup>، لاشتراكهما<sup>(٩)</sup> في الدليل  
نفيًا<sup>(١٠)</sup> وإثباتًا<sup>(١١)</sup>.

أما المملوك فيمكن اختصاصه بسبب الحجر عليه<sup>(١٢)</sup>، والعلامة اقتصر عليه  
هنا<sup>(١٣)</sup>، وهو أنسب<sup>(١٤)</sup>، والمحقق شرك بينه<sup>(١٥)</sup> وبين الزوجة في الحكم كما

- (١) ورد التوقف على إذن الوالد.
- (٢) نذر الولد من دون إذن الوالد.
- (٣) الحق الولد بالزوجة والعبد.
- (٤) وقد تقدم الخبر، وفيه: (ف الله بقولك).
- (٥) بالإطلاق.
- (٦) النذر واليمين.
- (٧) من شمول اليمين للنذر مع التوقف على إذن الوالد والزوج في اليمين، فلا وجه  
لاختصاص الحكم بعدم التوقف في الولد كما يستفاد من عبارة المصنف هنا، حيث  
اقتصر على الزوجة والمملوك في اشتراط نذرهما بإذن الزوج والسيد.
- (٨) الحكم بعدم توقف نذرها على إذن الزوج.
- (٩) الزوجة والولد في دليل التوقف.
- (١٠) في النذر.
- (١١) في اليمين، وفيه: أن صحيح ابن سنان قد ورد في اشتراط نذرها بإذن الزوج، وقد  
تقدم، بخلاف الولد فلم يرد عليه نص بالخصوص في النذر، ولعله لذا ترك المصنف  
اشتراط الإذن في الولد هنا في باب النذر.
- (١٢) فلا بد من توقف نذره على إذن السيد وإن لم يرد فيه نص، مع أنك قد عرفت ورود  
النص وقد تقدم.
- (١٣) اقتصر على العبد في باب النذر.
- (١٤) لعدم ورود نص على اشتراط الإذن في نذر الزوجة والولد كما هو مدعى الشارح، وقد  
عرفت ضعفه.
- (١٥) بين المملوك.

هنا<sup>(١)</sup>، وترك الولد، وليس بوجه.

(والصيغة: إن كان كذا فله على كذا) هذه صيغة النذر المتفق عليه بواسطة الشرط<sup>(٢)</sup>، ويستفاد من الصيغة أن القرية<sup>(٣)</sup> المعتبرة في النذر إجماعاً لا يشترط كونها غاية للفعل كغيره من العبادات، بل يكفي تضمن الصيغة لها<sup>(٤)</sup>، وهو هنا موجود بقوله: لله علي، وإن لم يتبعها بعد ذلك بقوله: قرية إلى الله، أو لله، ونحوه، وبهذا صرح في الدروس وجعله أقرب، وهو الأقرب.

(١) كما هو عبارة الماتن.

(٢) وأما إذا وقعت الصيغة ابتداءً بغير شرط كأن يقول: لله علي كذا ففيه خلاف، وسيأتي بحته.

(٣) يشترط مع الصيغة نية القرية بلا خلاف فيه، لموثق إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني جعلت على نفسي شكراً لله ركعتين أصليهما في السفر والحضر، أفأصليهما في السفر بالنهار؟ قال: نعم - إلى أن قال - قلت: إني لم أجعلهما لله علي، إنما جعلت ذلك على نفسي أصليهما شكراً لله ولم أوجههما على نفسي، أفأدعهما إذا شئت؟ قال: نعم)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (كل يمين لا يراد بها وجه الله في طلاق أو عتق فليس بشيء)<sup>(٢)</sup>، بناء على شمول اليمين للنذر، ومرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل تكون له الجارية فتؤذيه امرأته وتغار عليه فيقول: هي عليك صدقة، فقال: إن كان جعلها لله وذكر الله فليس له أن يقرها، وإن لم يكن ذكر الله فهي جاريتها يصنع بها ما يشاء)<sup>(٣)</sup>، وصحيح أبي الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: علي نذر، قال: ليس النذر بشيء حتى يُسَمِّيَ الله صياماً أو صدقة أو هدياً أو حجاً)<sup>(٤)</sup>، ومثلها غيرها.

ومقتضى هذه الأخبار أن المعتبر من نية القرية جعل الفعل لله، وإن لم يجعلها غاية له، فما عن بعضهم كما في المسالك من كون نية التقرب المعتبرة بأن يقول بعد الصيغة: قرية إلى الله، ليس في محله.

(٤) لنية التقرب، بل الأصح يكفي كون الفعل لله جل وعلا.

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

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

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

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

ومن لا يكتفي بذلك ينظر إلى أن القربة غاية للفعل فلا بد من الدلالة عليها، وكونها شرطاً للصيغة، والشرط مغاير للمشروط.

ويضعف بأن القربة كافية بقصد الفعل لله في غيره<sup>(١)</sup> كما أشرنا، وهو هنا حاصل، والتعليل لازم<sup>(٢)</sup>، والمغايرة متحققة<sup>(٣)</sup>، لأن الصيغة بدونها «إن كان كذا فعلي كذا»، فإن الأصل في النذر الوعد بشرط فتكون إضافة «الله» خارجة.

(وضابطه) أي: ضابط النذر، والمراد منه هنا المنذور، وهو الملتزم بصيغة النذر (أن يكون طاعة)<sup>(٤)</sup>.....

(١) غير النذر.

(٢) والتعليل يكون القربة غاية للفعل لازم لصيغة النذر حيث تقول: إن كان كذا فلله علي كذا.

(٣) والمغايرة بين الشرط والمشروط - وهما الصيغة والقربة - متحققة، لأن الصيغة هي: إن كان كذا فعلي كذا، والقربة هي: الله.

(٤) عبادياً، سواء كان واجباً أم مندوباً، ويدل عليه صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: علي نذر، قال: ليس النذر بشيء حتى يُسَمَّى لله صياماً أو صدقة أو هدياً أو حجاً)<sup>(١)</sup>، وأصرح منه صحيحه الآخر عنه عليه السلام (ليس شيء هو لله طاعة يجعله الرجل عليه إلا ينبغي له أن يفي به، وليس من رجل جعل لله عليه شيئاً في معصية الله إلا أنه ينبغي له أن يتركه إلى طاعة الله)<sup>(٢)</sup>، ومع ذلك فهو ليس بصريح في حصر متعلق النذر بالطاعة، نعم هو صريح في عدم تعلق النذر بالمعصية الظاهرة في المحرم، فالأولى الاستدلال بأن «اللام» في صيغة النذر «الله علي» سواء كانت للملك أم لل غاية تقتضي كون الفعل محبوباً لله تعالى، ولازمه حصر متعلق النذر بما إذا كان راجحاً سواء كان عبادياً أم لا، ومنه يعرف عدم تعلق النذر بالمحرم والمكروه لأنهما غير محبوبين، بل وعدم تعلق النذر بالمباح المتساوي الطرفين، وهذا ما عليه المشهور.

وذهب الشهيد في الدرر إلى انعقاده في المباح المتساوي الطرفين، لخبر الوشاء عن أبي الحسن عليه السلام (في جارية حلف فيها بيمين فقلت: لله علي أن لا أبيعها أبداً، ولي إلى =

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

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



واجباً كان، أو مندوباً، (أو مباحاً واجباً)<sup>(١)</sup> في الدين، أو الدنيا، فلو كان متساوي الطرفين، أو مكروهاً، أو حراماً التزم فعلهما لم ينعقد، وهو في الأخيرين وفاق، وفي المتساوي قولان، فظاهره هنا بطلانه، وفي الدروس رجح صحته، وهو أجود.

هذا إذا لم يشتمل على شرط، وإلا فسيأتي اشتراط كونه طاعة لا غير، وفي الدروس ساوي بينهما<sup>(٢)</sup> في صحة المباح الراجح والمتساوي، والمشهور ما هنا<sup>(٣)</sup>.  
(مقدوراً للناظر)<sup>(٤)</sup> بمعنى صلاحية تعلق قدرته به عادة في الوقت المضروب له فعلاً، أو قوة، فإن كان وقته معيناً اعتبرت فيه، وإن كان مطلقاً فالعمر.

واعتبرنا ذلك<sup>(٥)</sup> مع كون المتبادر القدرة الفعلية لأنها غير مرادة لهم، كما

= ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة، فقال: في الله بقولك له<sup>(١)</sup> وفيه: أنه ضعيف السند مع عدم الجابر له بعد إعراض المشهور عنه.

(١) فيشمل المستحب، والفرق بينه وبين المتقدم أن المتقدم مختص بالعبادي وهذا يشمل غيره كمن نذر الأكل للتقوي على العبادة، وكمن نذر ترك أمر ديني لمنع النفس عن الشهوات.

(٢) بين النذر المطلق والشروط.

(٣) من التفصيل بين الشروط وغيره، فتعتبر الطاعة في الأول ويكفي في الثاني المباح الراجح، قال في الجواهر «وإن نسه في الروضة إلى المشهور ولكن لم نتحققه بل التحقق خلافه».

(٤) لأنه يمتنع التكليف بغير المقدور فلا ينعقد على غير المقدور عقلاً كجمع النقيضين، أو عادة كالصعود إلى السماء بلا خلاف فيه كما في الجواهر، وفي المسالك: «فالمراد بالمقدور للناذر مضافاً إلى كونه طاعة ما يمكنه فعله عادة وإن لم يكن مقدوراً له بالفعل، ومن ثم يتوقع نادر الحج ماشياً المكنة مع الإطلاق، ويُقزم نادر الصدقة بما يملك من ماله ويتصدق به على التدرج، إلى غير ذلك من أفراد النذر المعجوز عنها حال النذر، المحكوم فيها بتوقع القدرة، حيث لا تكون معينة بوقت معين أو بوقت موسع بالنسبة إليه».

(٥) فعلاً أو قوة.

صرحوا به كثيراً، لحكمهم بأن من نذر الحج وهو عاجز عنه بالفعل، لكنه يرجو القدرة يتعقد نذره ويتوقعها<sup>(١)</sup> في الوقت، فإن خرج<sup>(٢)</sup> وهو عاجز بطل، وكذا<sup>(٣)</sup> لو نذر الصدقة بمال وهو فقير<sup>(٤)</sup>، أو نذرت الحائض الصوم مطلقاً<sup>(٥)</sup>، أو في وقت يمكن فعله فيه بعد الطهارة، وغير ذلك، وإنما أخرجوا بالقيّد المنتعج عادة كنذر الصعود إلى السماء، أو عقلاً كالكون في غير حيز، والجمع بين الضدين، أو شرعاً كالإعتكاف جنباً مع القدرة على الغسل، وهذا القسم يمكن دخوله في كونه طاعة، أو مباحاً، فيخرج به<sup>(٦)</sup>، أو بهما.

(والأقرب احتياجه إلى اللفظ)<sup>(٧)</sup> فلا يكفي النية في انعقاده، وإن استحب

- (١) القدرة.
  - (٢) فإن خرج الوقت المعين وهو عاجز عن الأداء بطل النذر إن كان مقيداً بوقت معين.
  - (٣) وكذا يتعقد.
  - (٤) ولكنه يتوقع القدرة في الوقت المعين أو مطلقاً حسب النذر.
  - (٥) من غير تقييد بوقت معين.
  - (٦) والممتع شرعاً يخرج بالمباح، أو بالطاعة والمباح حيث اشترطوا في متعلق النذر أن يكون طاعة أو مباحاً كما تقدم.
  - (٧) ذهب الشيخان والقاضي وابن حمزة إلى أنه يتعقد من دون احتياج إلى لفظ، بل تكفي النية، لأن النذر عبادة والأصل في العبادة النية والاعتقاد، وللنبي (إنما الأعمال بالنيات)<sup>(١)</sup>، وإنما للحصر والبناء للسببية فيدل على حصر العمل بالنية ولا يتوقف على غيرها، وإلا لزم جعل ما ليس بسبب سبباً، ولأن الغرض من اللفظ إعلام الغير ما في الضمير والاستدلال به على القصد، والله تعالى عالم بالسرائر وقد قال تعالى: ﴿إِنْ تَبَدَّلُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تَخَفَوْهُ بِمَا بَيْنَكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾<sup>(٢)</sup>.
- ورُدَّ: بأن العبادات ليست منحصرة في الاعتقادات، بل منها ما هو لفظي لا يجزي فيها الاعتقاد كالقراءة والاذكار الواجبة، وأما النبوي فغاية ما يدل على أن النية معتبرة بالعمل وبدونها لا أثر له، وبقيّة الأدلة مردودة بالنصوص التي اشترطت اللفظ في النذر.
- منها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (فليس بشيء حتى يقول: لله =

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

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٤.

الوفاء به، لأنه من قبيل الأسباب، والأصل فيها اللفظ الكاشف عما في الضمير، ولأنه في الأصل وعد بشرط، أو بدونه، والوعد لفظي، والأصل عدم النقل، وذهب جماعة منهم الشيخان إلى عدم اشتراطه للأصل، وعموم الأدلة، ولقوله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمرىء ما نوى)، وإنما للحصر، والباء سببية فدل على حصر السببية فيها، واللفظ إنما اعتبر في العقود ليكون دالاً على الإعلام بما في الضمير، والعقد هنا مع الله العالم بالسرائر، وتردد المصنف في الدروس والعلامة في المختلف، ورجح في غيره الأول.

(و) كذلك الأقرب (انعقاد التبرع) به من غير شرط<sup>(١)</sup>، لما مر من

= عليّ المشي إلى بيته، أو يقول: لله عليّ أن أحرم بحجة، أو يقول: لله عليّ هدي كذا وكذا إن لم أفعل كذا وكذا<sup>(٢)</sup>، وصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله ﷺ (ليس النذر بشيء حتى يُسَمَى شيئاً لله)<sup>(٣)</sup>.

ولذا ذهب ابن إدريس والأكثر إلى اشتراط اللفظ لهذه الاخبار، ولأن النذر لغة هو الوعد بشرط أو بدونه، والوعد مشروط باللفظ وإلا لا يكون وعداً، ولأن النذر من قبيل الأسباب كالعهد والزواج التي لا يكفي فيها مجرد القصد، بل لا بد من اللفظ لأنه الأصل، وتوقف العلامة والشهيد في الدروس، وما تقدم تعرف ضعف التوقف.

(١) اعلم أن النذر منقسم إلى المعلق على شرط وإلى المتبرع به، والمعلق على شرط قد يكون شكراً للنعمة كقوله: إن أعطيت ولدأ أو مالا أو قدم المسافر أو عافاني الله أو نحو ذلك فله عليّ كذا، وقد يكون شكراً لدفع البلية كقوله: إن برىء المريض أو تحطاني المكروه فله عليّ كذا، وهو القسم من النذر إذا كان شكراً يُسمى بنذر المجازاة.

والمعلق قد يكون زجراً عن فعل يرجح الانزجار عنه كقوله: إن شربت الخمر فله عليّ كذا، وهو المسمى بنذر الزجر، والمعلق بجميع أقسامه لا اشكال في انعقاده، ولا خلاف في ذلك، والكثير من النصوص المتقدمة ظاهر في المعلق، كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله ﷺ (إذا قال الرجل: عليّ المشي إلى بيت الله وهو محرم بحجة، أو عليّ هدي كذا وكذا فليس بشيء حتى يقول: لله عليّ المشي إلى بيته، أو يقول: لله عليّ أن أحرم بحجة، أو يقول: لله عليّ كذا وكذا إن لم أفعل كذا وكذا)<sup>(٣)</sup>، والمتبرع به =

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر والعهد حديث ١ و٢.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر والعهد حديث ١.

الأصل<sup>(١)</sup>، والأدلة المتناولة له.

وقول بعض أهل اللغة إنه وعد بشرط، والأصل عدم النقل، معارضٌ بنقله<sup>(٢)</sup> أنه بغير شرط أيضاً، وتوقف المصنف في الدروس، والصحة أقوى.

(ولا بد من كون الجزاء طاعة)<sup>(٣)</sup> إن كان نذر مجازاة بأن يجعله أحد العبادات المعلومة، فلو كان مرجوحاً، أو مباحاً لم ينعقد، لقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الصباح الكناني: (ليس النذر بشيء حتى يسمي شيئاً لله صياماً، أو صدقة، أو هدياً، أو حجاً)<sup>(٤)</sup>، إلا أن هذا الخبر يشمل المتبرع به من غير شرط،

= وهو غير معلق على شرط كأن يقول: لله عليّ كذا، فالشهور على الانعقاد، لعدم أدلة وجوب الوفاء بالنذر، وهذا نذر، ولقوله تعالى: ﴿إِذَا نَذَرْتَ لَكَ مَا فِي بطنِي محرراً﴾<sup>(١)</sup>، فاطلق نذرها ولم يعلقه على شرط، وللبنوي (من نذر أن يطيع الله فليطعه)<sup>(٢)</sup>، وهو عام يشمل المتبرع به، وذهب السيد المرتضى إلى عدم الانعقاد مدعيًا الاجماع، لما روي عن تغلب أن النذر عند العرب هو الوعد بشرط، والشرع نزل بلسانهم.

ورّد: أما اجماعه فهو معارض باجماع الشيخ في الخلاف على الانعقاد، وأما قول تغلب فمعارض بالمحكي عنه أيضاً أن النذر مطلق الوعد.

(١) وهو أن النذر في أصل اللغة هو الوعد بشرط أو بدونه.

(٢) بنقل هذا البعض.

(٣) المراد بالطاعة هو الفعل العبادي الأعم من الواجب والمندوب هذا وقد عرفت أنه لا بد من كون متعلق النذر طاعة أو راجحاً، وأن النذر لا ينعقد إذا كان متعلقه محرماً أو مكروهاً أو متساوي الطرفين، بلا فرق بين النذر المشروط وغيره.

وذهب الشهيد في الدروس إلى انعقاد النذر إذا كان متعلقه متساوي الطرفين لخبر الرشاء المتقدم، ونسب الشارح هنا إلى المشهور أنه يشترط في النذر المشروط أن يكون متعلقه طاعة، وأما المتبرع به فمتعلقه أعم من الطاعة وغيرها، وقد تقدم عن صاحب الجواهر أن التحقق خلافه.

(٤) ومثله خبره الآخر عنه عليه السلام، وقد تقدما سابقاً.

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٥.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب النذر والعهد حديث ٢.

والمصنف لا يقول به، وأطلق الأكثر اشتراط كونه طاعة، وفي الدروس استقرب في الشرط والجزاء جواز تعلقهما بالمباح، محتجاً بالخبر السابق<sup>(١)</sup> في بيع الجارية، والبيع مباح إلا أن يقترن بعوارض مرجحة<sup>(٢)</sup>.

(و) كون (الشرط) وهو ما عُلّق المنتزم به عليه (سائغاً) سواء كان راجحاً، أم مباحاً (إن قصد) بالجزاء (الشكر) كقوله: إن حججت، أو رزقت ولدأ، أو ملكت كذا فله عليّ كذا، من أبواب الطاعة، (وإن قصد الزجر) عن فعله (اشترط كونه معصية، أو مباحاً راجحاً فيه المنع)<sup>(٣)</sup> كقوله: إن زنيْتُ أو بعْتُ داري مع مرجوحيته فله عليّ كذا، ولو قصد في الأول<sup>(٤)</sup> الزجر، وفي الثاني<sup>(٥)</sup> الشكر لم يتعقد<sup>(٦)</sup>، والمثال واحد، وإنما الفارق القصد، والمكروه كالمباح المرجوح<sup>(٧)</sup> وإن لم يكن<sup>(٨)</sup>، فكان عليه أن يذكره<sup>(٩)</sup>، ولو انتفى القصد في القسمين<sup>(١٠)</sup> لم يتعقد لفقد الشرط، ثم الشرط إن كان من فعل الناذر فاعتبار كونه سائغاً واضح، وإن كان من فعل الله كالولد والعافية ففي إطلاق الوصف<sup>(١١)</sup> عليه تجوز<sup>(١٢)</sup>، وفي الدروس اعتبر صلاحيته<sup>(١٣)</sup> لتعلق الشكر به، وهو حسن.

- (١) المتقدم في إطلاق اليمين على النذر، وهو خبر الوشاء عن أبي الحسن عليه السلام، وقد تقدم أكثر من مرة.
- (٢) فيكون البيع راجحاً وعلى هذا حمله بعضهم، ولذا لا يصح الاستدلال به على جواز تعلق النذر بالمباح المتساوي الطرفين، وقد عرفت من الرد بأنه ضعيف السند مع عدم الجابر له.
- (٣) يتحقق فيه المنع والزجر.
- (٤) فيما إذا كان الشرط سائغاً سواء كان راجحاً أم مباحاً.
- (٥) فيما إذا كان الشرط معصية أو مباحاً راجحاً يتحقق الزجر.
- (٦) لعدم تحقق الشكر بالمعصية ولا الزجر بالطاعة.
- (٧) فإن قصد به الزجر صح النذر، وإن قصد به الشكر فلا يصح.
- (٨) وإن لم يكن المكروه من أقسام المباح المرجوح إلا أنه مثله حكماً.
- (٩) خصوصاً على مختاره من انعقاد النذر إذا كان متعلقه مباحاً.
- (١٠) من انتفاء قصد الشكر في الشرط السائغ وقصد الزجر في المعصية.
- (١١) من كونه شرطاً سائغاً.
- (١٢) لأن أفعال الله تعالى ليست موضوعة للأحكام الشرعية.
- (١٣) صلاحية فعل الله تعالى.

(والمعهد كالنذر<sup>(١)</sup>) في جميع هذه الشروط والأحكام (وصورته<sup>(٢)</sup>) عاهدت الله، أو عليَّ عهد الله) أن أفعل كذا، أو أتركه، أو إن فعلت كذا، أو تركته، أو رُزقتُ كذا فعليَّ كذا على الوجه المفصل في الأقسام<sup>(٣)</sup>، والخلاف في انعقاده بالضمير ومجرداً عن الشرط مثله<sup>(٤)</sup>.

(والبيمين<sup>(٥)</sup>)

(١) كما عن الشهيدين ومحكي النهاية، لخير أبي بصير عن أحدهما عليه السلام (من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر الله طاعة فحنت فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً<sup>(١)</sup>)، حيث جعل مورده الطاعة كالنذر، ومن حيث كون كفارته مخيرة ككفارة النذر.

وعن المسالك والقواعد والارشاد أن مورده مورد اليمين، لخير علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهده، قال: يعتق رقبة، أو يتصدق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين<sup>(٢)</sup>)، حيث علق العهد على غير معصية، وهو يشمل ما لو كان متعلقه مباحاً وهو مورد اليمين، ويشمل المكره وخلاف المنذوب، إلا أنهما خارجان عن مورد العهد بالاجماع كما عن المسالك.

وتظهر الثمرة في متعلق العهد، فإذا كان كالنذر اشترط في متعلقه الطاعة، وإذا كان كاليمين فيشمل متعلقه المباح، نعم ذهب الأكثر إلى أن كفارة العهد كبيرة مخيرة، لخير أبي بصير وعلي بن جعفر المتقدمين، وعن المفيد أنها كبيرة مرتبة، وقال في المسالك «ولم تقف على مستنده».

(٢) العهد إما معلق أو تبرعي، لإطلاق النصوص السابقة.

(٣) في أقسام النذر.

(٤) مثل النذر.

(٥) اليمين لفة الجارحة المخصوصة، واطلق على الحلف لأنهم كانوا يتصافقون باليد اليمنى إذا حلفوا، وشرعاً الحلف بالله على نحو مخصوص، هذا واليمين على أقسام، الأول: يمين اللغو، وهي الحلف لا مع القصد على ماضٍ أو مستقبل، وكذلك إذا سبق اللسان إلى اليمين من غير قصد إلى شيء، وهو لا مؤاخذه عليه، ففي موثق مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول في قول الله عز وجل: «لا يؤاخذكم الله باللغو في»

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

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

هي الخلف بالله<sup>(١)</sup> أي: بذاته تعالى من غير اعتبار اسم من أسمائه (كقوله:

= إيمانكم»، قال: اللغو قول الرجل: لا والله، وبلى والله، ولا يعقد على شيء<sup>(٢)</sup>، ومثله غيره، الثاني: اليمين الغموس، وهي الخلف على الماضي أو الحال مع تعمد الكذب، وهي تغمس الخائف في النار، ففي مرسل علي بن حديد عن أبي عبد الله عليه السلام (الأيمان ثلاث: يمين ليس فيها كفارة، ويمين فيها كفارة، ويمين غموس توجب النار، فاليمين التي ليس فيها كفارة: الرجل يخلف على باب بر أن لا يفعله فكفارته أن يفعله، واليمين التي تجب فيها الكفارة: الرجل يخلف على باب معصية أن لا يفعله فيفعله فتجب عليه الكفارة، واليمين الغموس التي توجب النار: الرجل يخلف على حق امرئ مسلم على حيس ماله)<sup>(٣)</sup>.

الثالث: يمين المناشدة، وهي الخلف على الغير ليفعلن أو يتركن، وهي لا تنعقد، لحبر حفص وغير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يقسم على أخيه، قال: ليس عليه شيء إنما أراد إكرامه)<sup>(٤)</sup>، وخبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقسم على الرجل في الطعام يأكل منه فلم يأكل، هل عليه في ذلك كفارة؟ قال: لا)<sup>(٥)</sup>.

الرابع: يمين العقد، وهي الخلف على الفعل أو الترك في المستقبل، وهي التي يقع فيها الكفارة عند تحقق الحث، وهي المبحوث عنها هنا.

(١) الخلف إما بذاته، أو باسم من أسمائه المختصة به، أو باسم ينصرف إطلاقه إليه، أو باسم مشترك بينه وبين غيره، من دون غلبة إطلاقه عليه، فالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى ولا يحتمل غيره، من غير أن يأتي باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنی كقوله: والذي أعبد، أو أصلي إليه، أو والذي خلق الحبة وبرأ النسمة، أو الذي نفسي بيده، أو مقلب القلوب والأبصار.

والثاني هو الخلف بأسمائه المختصة به ولا تطلق على غيره، كالله والرحمان ورب العالمين، والأول الذي ليس قبله شيء، ومالك يوم الدين، وخالق الخلق، والحي الذي لا يموت، والأحد، والواحد الذي ليس كمثل شيء، وفي المسالك: «وعد بعضهم الخالق والرازق من هذا القسم، والأصح أنه من الثالث، لأنهما يطلقان في حق غير الله تعالى، =

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

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

(٣ و٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الأيمان حديث ١ و٣.

ومقلب القلوب والأبصار، والذي نفسي بيده، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة)، لأن المقسم به فيها مدلول المعبود بالحق، إله من في السموات والأرض من غير أن يجعل<sup>(١)</sup> اسماً لله تعالى (أو الحلف باسمه) تعالى المختص به (كقوله: والله

= قال تعالى: ﴿وَيَخْلُقُونَ إِنْكَارًا﴾<sup>(١)</sup>، وقال تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، انتهى.

والثالث ما يطلق في حق الله وحق غيره، لكن الغالب استعماله في حق الله تعالى بحيث لو أريد استعماله في حق غيره لاحتاج إلى تقييد وقرينة، كقوله: الرحيم والرب والخالق والرازق والتكبير والقاهر والبارئ.

والرابع ما يطلق في حقه تعالى وحق غيره، ولا يغلب على أحدهما، بحيث يحتاج إلى قرينة لو أراد أحدهما، كقوله: الشيء والوجود والحي والسميع والبصير والمؤمن والكريم.

أما الأقسام الثلاثة الأول فتنعقد بها اليمين مع القصد بلا خلاف فيه، بل بدون القصد في القسم الأول كما في المسالك، وأما القسم الرابع فلا تنعقد به اليمين وإن قصد به الذات المقدسة بلا خلاف في ذلك، إلا من الاسكافي من انعقادها بالسميع والبصير، والأصل في ذلك كله الأخيار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبي جعفر عليه السلام): قول الله عز وجل: ﴿والليل إذا يغشى﴾ و﴿النجم إذا هوى﴾، وما أشبه ذلك، فقال: إن الله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلق أن يقسموا إلا به<sup>(٣)</sup>، ومثله خبر علي بن مهزيار<sup>(٤)</sup>، ومنها خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي (نهى أن يحلف الرجل بغير الله، وقال: من حلف بغير الله فليس من الله في شيء)<sup>(٥)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله، فأما قول الرجل: لا أب لشانك، فإنه قول أهل الجاهلية، ولو حلف الرجل بهذا وأشباهه لترك الحلف بالله)<sup>(٦)</sup>، ومثله خبر سماعة<sup>(٧)</sup>.

ومقتضى هذه الأخبار أن الحلف بالله وبغير ذلك من أسمائه أو ما يغلب عليه أو كان مشتركاً بينه وبين غيره مع قصد الذات المقدسة هو حلف بالله، ومعه لا داعي لقولهم من عدم انعقاد اليمين بالقسم الرابع مع قصد الحلف بالذات.

(١) هذا القسم الأول.

(١) سورة العنكبوت، الآية: ١٧.

(٢) سورة النساء، الآية: ٥.

(٣) ٤٥ و ٦٥ و ٧٥ و ٨٥ - الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأيمان حديث ٣ و ١ و ٢ و ٤ و ٥.



وتالله وبالله<sup>(١)</sup> وأيمن الله<sup>(٢)</sup> بفتح الهمزة وكسرهما مع ضم النون وفتحها، وكذا

(١) الحروف التي يُقسم بها بشهادة أهل اللغة هي: الباء والواو والتاء، والأصل في القسم الباء، لأنها تدخل على الظاهر والمضمر، ويلها الواو التي تدخل على الأسماء الظاهرة فقط، ثم التاء التي تختص بالدخول على لفظ الجلالة، قال تعالى: ﴿تالله تفنؤ تذكر يوسف﴾<sup>(١)</sup>، وقال تعالى: ﴿تالله لأكيدن أصنامكم﴾<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «بالله» صلة الحلف والقسم، وكان الخالف يقول: حلفت أو أقسمت بالله، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود حذف الفعل، بل وتنعقد اليمين لو نطق باسم الجلالة مخفوضاً مع نية القسم من دون النطق بأحد حروف القسم كما لو قال: اللّهُ لأفعلن، لوروده لغة، ولكون الجر مشعراً بالصلة الخافضة مع بناء اللغة على الحذف والتقدير، وتردد المحقق في الشرائع لاستمرار العادة على الحلف بغير هذه الكيفية مع عدم معرفة ذلك إلا لخواص الناس، وهو ضعيف، لاندرجه في إطلاق الأدلة بعد كونه صحيحاً في اللغة، نعم لو رفع أو نصب أشكل إجراء حكم اليمين، لأنه ملحون.

(٢) وهو اسم لا حرف خلافاً للزجاج والرماني، واختلفوا في أنه مشتق من اليمين بمعنى البركة، أو أنه جمع يمين، فالبصريون على الأول والكوفيون على الثاني، وهمزته همزة وصل على الأول وقطع على الثاني.

وعلى كلا التقديرين تردد المحقق في الشرائع في انعقاد اليمين به، من حيث هو جمع يمين، فالقسم به لا بالله هذا على مبنى الكوفيين، وأن القسم به قسم بوصف من أوصاف الله وهو يمينه وبركته لا باسمه على مبنى البصريين.

ولكن عن جماعة انعقاد اليمين به، لأنه موضوع للقسم عرفاً، وخبر حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ما يقرب من صحيح الحلبي المتقدم إلا أنه قال في آخره (وأما لعمر الله وأيم الله فإنما هو بالله)<sup>(٣)</sup>، وأيم مخفف أيمن، بل المقتضب والمخفف من أيمن هو: أيم الله، ومن الله، وم الله، وله حكم أيمن، قال في الجواهر بعد ذكر أيمن «وكذا الكلام في «أيم الله ومن الله وم الله» مما هو مقتضب من «أيمن»، تخفيفاً بحذف بعض حروفه وإبداله لكثرة الاستعمال، بل عن ابن أوى في استدرارك الصحاح في هذه الكلمات إحدى وعشرون لغة: أربع في «أيمن»، بفتح الهمزة وكسرهما مع ضم النون وفتحها، =

(١) سورة يوسف، الآية ٨٥.

(٢) سورة الأنبياء، الآية: ٥٧.

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

ما اقتطع<sup>(١)</sup> منها للقسم، وهو سبع عشرة صيغة، (أو أقسم بالله، أو بالقديم) بالمعنى المتعارف اصطلاحاً، وهو الذي لا أول لوجوده، (أو الأزلي أو الذي لا أول لوجوده).

وما ذكره هنا<sup>(٢)</sup> - تبعاً للعلامة والمحقق - قد استضعفه<sup>(٣)</sup> في الدروس بأن

= وأربع في «يمين» باللام المكسورة والمفتوحة والنون المفتوحة والمضمومة، ولغتان في «يمين» بفتح النون وضمها، وثلاث لغات في «أيم» بفتح الهمزة وكسرها مع ضم الميم، وبفتح الهمزة مع فتح الميم، ولغتان في «إيم» بكسر الميم وضمها مع كسر الهمزة فيها، وثلاث في «من» بضم الميم والنون وفتحها وكسرها، و«م الله» بالحركات الثلاث، وكل ذلك يُقسم به، بل في كشف اللثام «هيم الله» بفتح الهاء المبذلة من الهمزة، والله العالم انتهى.

(١) وهو: ليمين ويمين وأيم وإم ومن وم، وهو سبع عشرة صيغة مع إضافة قراءة «أيمين» باللغات الأربع فيكون المجموع إحدى وعشرين على ما ذكر في استدراك الصحاح.

(٢) من التقسيم الثلاثي، فالحلف تارة بذاته كقوله: ومقلب القلوب، وأخرى باسمه المختص كقوله: والله، وثالثة بالاسم المشترك بينه وبين غيره إلا أنه منصرف إليه ويغلب عليه كقوله: والأزلي والقديم.

(٣) قال في الدروس: «فالحلف بالله هو قوله: والله وبالله وتالله بالجر، وأيمين الله وما اقتضب منها، وقيل: الحلف بالله هو كقوله: والذي نفسي بيده ومقلب القلوب والأبصار والأول الذي ليس كمثله شيء، لأنه مدلول المعبود بالحق، إله من في السموات والأرض، ولم يُجعل أسماء الله تعالى، وهو ضعيف لأن مرجعه تدل على صفات الأفعال كخالق والرازق، التي هي أبعد من الأسماء الدالة على صفات الذات كالرحمان والرحيم، التي هي دون اسم الذات وهو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع».

وهو ظاهر في أن اسم الذات - وهو الله - يجب أن يكون القسم الأول لأنه الاسم الجامع، لا ما عدده مثل الأول الذي ليس كمثله شيء لأنه دال على صفات الأفعال، وهو أبعد من الأسماء الدالة على صفات الذات، وهي دون اسم الجلالة الدال على الذات، وعليه فاسم الجلالة هو القسم الأول، وما دل على صفات الذات هو القسم الثاني، وما دل على صفات الأفعال هو القسم الثالث، وردّ عليه الشارح في المسالك والروضة هنا بأن هذه المذكورات قد حُصت بقسم من حيث دلالتها على ذاته تعالى من غير احتمال مشاركة غيره تعالى، وجُعِلت أول الأقسام لأن أسمائه تعالى منقسمة إلى =

مرجع القسم الأول إلى أسماء تدل على صفات الأفعال كالحائق والرازق، التي هي أبعد من الأسماء الدالة على صفات الذات كالرحمان والرحيم، التي هي دون اسم الذات وهو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع، وجعل الحلف بالله هو قوله: والله وبالله وتالله - بالجر - وأيمن الله، وما اقتضب منها.

وفيه: أن هذه السمات المذكورة في القسم الأول لا تتعلق بالأسماء المختصة، ولا المشتركة، لأنها ليست موضوعة للعلمية، وإنما هي دالة على ذاته بواسطة الأوصاف الخاصة به<sup>(١)</sup>، بخلاف غيرها من الأسماء، فإنها موضوعة للإسمية ابتداءً<sup>(٢)</sup>، فكان ما ذكره أولى مما تعقب به، نعم لو قيل: بأن الجميع<sup>(٣)</sup> حلف بالله<sup>(٤)</sup> من غير اعتبار اسم، جمعاً بين ما ذكرناه وحققه من أن الله جلّ اسمه هو الاسم الجامع، ومن ثم رجعت الأسماء إليه ولم يرجع إلى شيء منها، فكان كالذات كان حسناً، ويراد بأسمائه<sup>(٥)</sup> ما ينصرف إطلاقاً إليه من الألفاظ الموضوعية للإسمية وإن أمكن فيها المشاركة حقيقة أو مجازاً، كالقديم والأزلي والرحمان والرب والحائق والباري والرازق.

(ولا ينعقد بالموجود والقادر والعالم) والحي والسميع والبصير وغيرها من الأسماء المشتركة بينه وبين غيره، من غير أن تغلب عليه<sup>(٦)</sup> وإن نوى بها الحلف،

= أقسام، منها المختص به والمشارك الغالب وغيره، فناسب أن تجعل المذكورات أول الأقسام لأنها ليست من أسمائه المختصة ولا المشتركة، ولا يناسب تأخيرها، لأنها مختصة بالله بخلاف الكثير من أسمائه، ثم إن اسم الله وإن كان أدل على الذات منها إلا أنه من جملة أسمائه فناسب ذكره مع باقي الأسماء، فلم يكن ما ذكره المحقق والعلامة من التقسيم والترتيب قصوراً من هذا الوجه.

- (١) فتكون مختصة به من غير احتمال مشاركة غيره تعالى.
- (٢) فيمكن أن تكون مختصة أو مشتركة.
- (٣) وهو القسم الأول مع اسم الجلالة.
- (٤) حلف بذاته، أما القسم الأول فواضح، وأما اسم الجلالة فلأنه الاسم الجامع، ولذا رجعت جميع الأسماء إليه فهو دال على الذات.
- (٥) من القسم الثاني والثالث.
- (٦) هذا هو القسم الرابع، وقد تقدم الكلام فيه.

لسقوط حرمتها بالمشاركة<sup>(١)</sup>.

(ولا بأسماء المخلوقات الشريفة<sup>(٢)</sup>) كالنبي والأئمة والكعبة والقرآن لقوله ﷺ: (من كان حالفاً فليحلف بالله، أو يذر).

(واتباع مشيئة الله تعالى) لليمين (يمنع الانعقاد<sup>(٣)</sup>) وإن عُلِمَت مشيئته لمتعلقه

(١) وفيه: مع قصد الذات منها فيصدق الحلف بالله، فتشمله إطلاق أدلة اليمين حينئذ.

(٢) لا تنعقد اليمين بغير الله وأسمائه، فلا تنعقد بالكعبة أو المصحف أو النبي أو الأئمة ﷺ أو الملائكة أو الأيوين، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبي جعفر ﷺ: قول الله عز وجل: ﴿والليل إذا يغشى﴾ و﴿النجم إذا هوى﴾، وما أشبه ذلك، فقال: إن الله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به<sup>(١)</sup>، وخبره الآخر المروي في تفسير العياشي عنه ﷺ (كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان)<sup>(٢)</sup>، وخبر سماعه عن أبي عبد الله ﷺ (لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله)<sup>(٣)</sup>، والنبوي المروي في غوالي اللئالي (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر)<sup>(٤)</sup>، والنبوي الآخر (إذا حلفتم فاحلفوا بالله وإلا فاتركوا)<sup>(٥)</sup>.

وعن الاسكافي جواز انعقادها في ما عظم الله حقوقهم مثل: وحق رسول الله، وحق القرآن، إلا أن الأخبار المتقدمة على خلافه.

(٣) تعليق اليمين على مشيئة الله يمنعها من الانعقاد، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن علي ﷺ (من حلف ثم قال: إن شاء الله، فلا حنت عليه)<sup>(٦)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله ﷺ (قال أمير المؤمنين ﷺ: من استثنى في اليمين فلا حنت ولا كفارة)<sup>(٧)</sup>، وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى ﷺ (سألته عن الرجل يحلف على اليمين، ويستثنى ما حاله؟ قال: هو على ما استثنى)<sup>(٨)</sup>.

والنصوص مطلقة سواء علم مشيئة الله فيه كالواجب والمنذوب أم غيره، وعن العلامة قصره على ما لم يعلم مشيئة الله فيه، وهو ضعيف للإطلاق.

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

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الأيمان حديث ٤.

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

(٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأيمان حديث ١ و٤.

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

(٦) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأيمان حديث ١ و٢.

كالواجب والمندوب على الأشهر، مع اتصالها به<sup>(١)</sup> عادة، ونطقه بها<sup>(٢)</sup>، ولا يقدح التنفس والسعال، وقصده إليها عند النطق بها<sup>(٣)</sup> وإن انتفت عند اليمين<sup>(٤)</sup>، دون العكس<sup>(٥)</sup>، ولا فرق بين قصد التبرك، والتعليق هنا<sup>(٦)</sup>، لإطلاق النص، وقصره العلامة على ما لا تُعلم مشيئة الله فيه كالبلح، دون الواجب، والندب، وترك الحرام، والمكروه، والنص مطلق<sup>(٧)</sup>، والحكم نادر<sup>(٨)</sup>، وتوجيهه حسن<sup>(٩)</sup>، لكنه غير مسموع في مقابلة النص.

(والتعليق على مشيئة الغير<sup>(١٠)</sup> مجسها)، ويوقفها على مشيئته إن علق عقدها

- (١) اتصال المشيئة باليمين، قال في المسالك: «أن يكون كلمة الاستثناء متصلة باليمين لا يتخللها كلام ولا سكوت إلا أن يكون قليلاً كتنفس وعي وتذكر وسعال ونحو ذلك مما لا يخلُ بالمتابعة عرفاً»، فلو كان متصلاً وتخلله شيء لا يضر بالمتابعة فلا تنعقد اليمين لصدق الكلام الواحد على الجميع، نعم لو تخلل كلام أجنبي أو سكوت طويل حُكم باليمين ولغا الاستثناء بلا خلاف فيه، لأنهما كلامان منفصلان.
- (٢) بالمشيئة، ولا تكفي النية، لظاهر الأخبار المقدمة، خلافاً للفاضل في المختلف.
- (٣) قال في المسالك: «وأن يكون قاصداً إليها كاليمين فلو سبق لسأته إليها من غير قصد لم يُعتد بها»، وهو واضح.
- (٤) انتفى قصد المشيئة عند النطق باليمين.
- (٥) فتنعقد اليمين، وذلك فيما لو كان قاصداً للمشيئة عند التلفظ باليمين، إلا أنه ذهل عنها بعد الانتهاء ولم يتلفظ بها.
- (٦) عند اتباع اليمين بالمشيئة، لإطلاق النص، ولأن التبرك حاصل بذكر الاسم والتعليق بحسب المعنى.
- (٧) قد تقدم البحث فيه.
- (٨) حكم العلامة به في بعض كتبه.
- (٩) حسن توجيهه ناشيء من أن التعليق على مشيئة الغير مع العلم بحصولها لا يضر كما سيأتي، بل بالحقيقة هو خارج عن التعليق مع العلم بحصول المشيئة.
- (١٠) أما أصل التعليق فلا اشكال ولا خلاف في جوازه، لإطلاق أدلة اليمين، وله صور:  
الصورة الأولى: أن يعلق عقد اليمين على مشيئة زيد، بأن يقول: والله لأدخلن الدار إن شاء زيد، فتكون مشيئة زيد شرطاً في انعقاد اليمين، فإن شاء انعقد، وإلا فلا، لفقد الشرط، وكذا لا تنعقد اليمين لو جهل تحقق الشرط بموت زيد أو غيبته أو غيرهما.

عليه<sup>(١)</sup>، كقوله: والله لأفعلن كذا إن شاء زيد، فلو جهل الشرط لم ينعقد، ولو أوقف حلها عليه<sup>(٢)</sup>، كقوله: إلا أن يشاء زيد انعقدت ما لم يشأ حلها، فلا تبطل إلا أن يعلم الشرط، وكذا في جانب النفي كقوله: لا أفعل إن شاء زيد<sup>(٣)</sup>، أو إلا أن يشاء<sup>(٤)</sup>، فيتوقف انتفاؤه<sup>(٥)</sup> على مشيئته<sup>(٦)</sup> في الأول<sup>(٧)</sup>، ويتنفي بدونها<sup>(٨)</sup> في الثاني<sup>(٩)</sup>، فلا يجرم الفعل قبل مشيئته<sup>(١٠)</sup>، ولا يحل قبلها<sup>(١١)</sup>.

(ومتعلق اليمين<sup>(١٢)</sup> كمتعلق النذر) في اعتبار كونه طاعة، أو مباحاً راجحاً

= الصورة الثانية: أن يعلق الحل على مشيئة الغير، بأن يقول: والله لأدخلن الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقدة إلا أن يشاء زيد عدم الدخول فتنحل اليمين، ولذا لو جهل تحقق الشرط يبقى اليمين على الانعقاد.

الصورة الثالثة: أن يعلق عقد اليمين على مشيئة الغير، وكان العقد قد تعلق بالترك، بخلاف الصورة الأولى فإنه قد تعلق بالفعل، ومثاله كأن يقول: والله لا أدخل الدار إن شاء زيد، فلا ينعقد إلا إذا شاء الغير، أما مع عدم المشيئة أو الجهل بالشرط فلا ينعقد.

الصورة الرابعة: أن يعلق حل اليمين على مشيئة الغير، وكان عقد اليمين قد تعلق بالترك، بخلاف الصورة الثانية فقد تعلق بالفعل، ومثاله كأن يقول: والله لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقدة ولو جهل الشرط إلا إذا شاء زيد الدخول فتنحل اليمين.

(١) عقد اليمين على الغير، وهذه هي الصورة الأولى.

(٢) الصورة الثانية.

(٣) الصورة الثالثة.

(٤) الصورة الرابعة.

(٥) انتفاء الفعل، وهو الدخول في المثال.

(٦) مشيئة الغير، وبها تنعقد اليمين.

(٧) الأول المذكور في جانب النفي، وهو الصورة الثالثة.

(٨) يتنفي الفعل - وهو الدخول في المثال - بدون مشيئة الغير، وبه تنعقد اليمين، فاليمين في الصورة السابقة منعقدة عند المشيئة وهنا منعقدة عند عدم المشيئة.

(٩) الثاني المذكور في جانب النفي، وهو الصورة الرابعة.

(١٠) في الأول، وهو الصورة الثالثة، فلا يجرم الفعل - أعني عدم الدخول - قبل مشيئة الغير.

(١١) في الثاني، وهو الصورة الرابعة، فلا يحل الفعل - أعني عدم الدخول - قبل مشيئة الغير.

(١٢) أن يكون راجحاً أو متساوي الطرفين، وإلا فلو كان الرجحان في نقيضه لا تنعقد، للأخبار الكثيرة.

دينياً، أو دنيأً، أو متساوياً، إلا أنه لا إشكال هنا في تعلقها بالمباح، ومراعاة الأولى فيها<sup>(١)</sup>، وترجيح مقتضى اليمين عند التساوي.

وظاهر عبارته هنا عدم انعقاد المتساوي، لإخراجه<sup>(٢)</sup> من ضابط النذر، مع أنه لا خلاف فيه هنا كما اعترف به في الدروس، والأولوية متبوعة<sup>(٣)</sup> ولو طرأت

= منها: صحيح عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (الكفارة في الذي يحلف على المناع أن لا يبيعه ولا يشتره ثم يبدو له فيه فيكفر عن يمينه، وإن حلف على شيء والذي حلف عليه إتيانه خيراً من تركه فليأت الذي هو خير ولا كفارة عليه، إنما ذلك من خطوات الشيطان)<sup>(١)</sup>، وصحيح زرارة عن أحدهما عليهما السلام (سألت عما يكفر من الأيمان، فقال: ما كان عليك أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ففعلته فليس عليك شيء إذا فعلته، وما لم يكن عليك واجباً أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ثم فعلته فعليك الكفارة)<sup>(٢)</sup>، وصحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام (كل يمين حلفت عليها لك فيها منفعة في أمر دين أو دنيا فلا شيء عليك فيها، وإنما تقع عليك الكفارة فيما حلفت عليه فيما لا فيه معصية أن لا تفعله ثم فعلته)<sup>(٣)</sup>، وخبر الثالث عنه عليه السلام (كل يمين حلف عليها أن لا يفعلها مما له فيه منفعة في الدنيا والآخرة فلا كفارة عليه، وإنما الكفارة في أن يحلف الرجل: والله لا أزي، والله لا أشرب الخمر، والله لا أسرق، والله لا أخون، وأشبه هذا ولا أعصي، ثم فعل فعله الكفارة فيه)<sup>(٤)</sup>، وإنما الاشكال في المباح المتساوي الطرفين حيث يستفاد من خبري زرارة الأخيرين الترجيح في متعلق اليمين، ولكن صدر صحيح عبد الرحمان ظاهر في المباح المتعلق ببيع المناع وشراؤه، وكذا اطلاق صحيح زرارة الأول، ولذا قطع الأصحاب بانعقاد اليمين هنا - كما في الجواهر - بخلاف النذر فإنه لا يتمد فيه.

(١) إذا تعلقت اليمين بالمباح المتساوي الطرفين فيجب الوفاء بها عند بقاء التساوي، وكذا لو ترجح متعلق اليمين فيما بعد، وأما إذا صار نقيضه راجحاً فتنحل.

(٢) إخراج المتساوي.

(٣) قال في المسالك: «واعلم أن الأولوية متبوعة فلو طرأت بعد اليمين انحلت - أي اليمين - فلو كان البز ابتداءً ثم صارت المخالفة أولى اتبع ولا كفارة» انتهى، وقال في الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً»، وهو مقتضى اطلاق الأخبار المقدمة وصريح أخبار غيرها.

(٢٠١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأيمان حديث ٥ و٤.

(٤٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الأيمان حديث ٢ و٣.

بعد اليمين، فلو كان البر أولى في الابتداء ثم صارت المخالفة أولى اتبع ولا كفارة، وفي عود اليمين بعودها بعد انحلالها وجهان<sup>(١)</sup>، أما لو لم ينعقد ابتداء للمرجوحية لم تعد<sup>(٢)</sup> وإن تجددت<sup>(٣)</sup> بعد ذلك<sup>(٤)</sup>، مع احتمال<sup>(٥)</sup>.

= منها: صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، وإن لم يتركها خشي أن يأتى، قال: يتركها، أما سمعت قول رسول الله ﷺ: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها)<sup>(١)</sup>، ومرسل ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فأتى ذلك فهو كفارة يمينه وله حسنة)<sup>(٢)</sup>، ومرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى ما هو خير منها فليأت الذي هو خير منها وله حسنة)<sup>(٣)</sup>.

(١) وجه العدم لارتفاع حكم اليمين عند تحقق الرجحان في نقيض المتعلق، فلو ترجح المتعلق فيما بعد فيستصحب الارتفاع المذكور والعود بحاجة إلى دليل، ووجه العود رجوع الرجحان الذي هو سبب في انعقاد اليمين أولاً.

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

(٣) الأولوية، وإن وصلية.

(٤) بعد صدور اليمين.

(٥) احتمال انعقاد اليمين بسبب تمدد الأولوية، وقال في الجواهر: «ولا ريب في ضعفه لظهور النصوص في عدم انعقاده من أول الأمر وأنه ليس بشيء».

هذا واعلم أنه يشترط في الخالف البلوغ والعقل والاختيار والقصد، لما تقدم في الناذر، فلا تنعقد يمين الصغير والمجنون والمكره والسكران والغضبان إلا أن يملك نفسه، وتصحح اليمين من الكافر إلا أنه لا يحلف إلا بالله كالمسلم، ففي صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل)<sup>(١)</sup>، وخبر سماعة عنه عليه السلام (هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بألهمهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف إلا بالله عز وجل)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرها.

وكذا ذهب البعض منهم الفاضل في الارشاد والشارح في المسالك إلى توقف يمين الولد على إذن والده، ويمين الزوجة على إذن زوجها، ويمين العبد على إذن سيده، لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا يمين للولد مع والده، =

(١ و٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأيمان حديث ١ و٣ و٤.

(٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأيمان حديث ٣ و٥.



واعلم أن الكفارة تجب بمخالفة مقتضى الثلاثة<sup>(١)</sup> عمداً اختياراً<sup>(٢)</sup>، فلو

= ولا للمملوك مع مولاه، ولا للمرأة مع زوجها، ولا نذر في معصية، ولا يمين في قطيعة<sup>(٣)</sup>، ومثله خبر ابن القلاح<sup>(٤)</sup>، وخبر أنس بن محمد<sup>(٥)</sup>.

وذهب المشهور إلى أن إذنه ليس شرطاً، وإنما نيه هو المانع ولذا كان له حله، لأن المستفاد من الأخبار أنَّ الإذن إنما هو لحقوقهم، ولذا يناسبه الثاني لا الأول.

والانصاف أن الظاهر من الأخبار هو نفي اليمين للثلاثة مع وجود مولاهم من الزوج والسيد والوالد، وهو كما يحتمل نفيها ابتداءً إلا بإذنها فيحتمل نفيها استمراراً مع نيهن، ولا قرينة داخلية تعين أحدهما، نعم لما كان وجوب الوفاء باليمين عاماً يشمل اليمين ابتداءً ولو من دون إذنها فيتعين من باب الجمع بينه وبين هذه الأخبار أن تحمل هذه الأخبار على أن النهي مانع وليس الإذن شرطاً ابتداءً.

وهذا بخلاف النذر حيث ورد اشتراط الإذن ابتداءً في المملوك والزوجة، أما في المملوك فقد ورد خبر قرب الاستناد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده)<sup>(٦)</sup>، وأما في الزوجة فقد ورد صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمرٌ في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة، ولا نذر في مالها إلا بإذن زوجها)<sup>(٧)</sup>، وأما في الولد فلم يرد نص في إلحاقه بالمملوك والزوجة كما سمعت سابقاً، وعليه ففي اليمين لهم الحل وفي النذر إذنها شرط ابتداءً على خلاف المشهور، حيث بحثوا في اليمين أولاً وذهبوا إلى أن نيهن مانع ثم ألحقوا النذر بها كذلك، وهو ليس في عمله، بعد اختلاف لحن الدليل بين اليمين والنذر، ولم يلتفت إلى ذلك إلا صاحب الجواهر حيث قال: «هذا ولكن قد يُفترق بين المقام - أي النذر - وبين اليمين فيشترط الإذن هنا للخبرين - أي خبر قرب الاستناد وصحيح ابن سنان - في المملوك والزوجة الظاهرين في ذلك المنجبرين بعمل الأصحاب بخلاف مسألة اليمين التي قد عرفت خلو نصوصها عن الإذن أصلاً، وإنما الموجود (لا يمين لولد مع والده) إلى آخره، وقد قلنا إنه ظاهر في المعارضة، وإنه يقتضي أن له الحل لا أن الإذن شرط، وبالجملة لا يخلو كلامهم هنا من تشويش، ومنشأ الاجتهاد في مدرك المسألة، وأنه نصوص اليمين بناء على شموله للنذر أو الخبران في خصوص الزوجة والمملوك، فتأمل جيداً».

(١) من الطاعة والمباح والراجع والتساوي.

(٢) لا اشكال في تحقق الحنت الموجب للكفارة بالمخالفة الاختيارية ولا خلاف.

(٢٣ و٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأيمان حديث ٢ و ١ و ٣.

(٤ و٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر والعهد حديث ٢ و ١.

خالف ناسياً، أو مكرهاً، أو جاهلاً فلا حنث<sup>(١)</sup>، لرفع الخطأ والنسيان وما استكروها عليه، وحيث تجب الكفارة تنحل<sup>(٢)</sup>، وهل تنحل في الباقي<sup>(٣)</sup> وجهان، واستقرب المصنف في قواعده الإنحلال، لحصول المخالفة، وهي لا تتكرر، كما لو تعمد، وإن افرقا بوجوب الكفارة وعدمها.

- (١) لعموم النبوي (رفع عن أمتي تسع خصال: الخطأ والنسيان وما لا يعلمون وما لا يطبقون، وما اضطروا إليه وما استكروها عليه، والطيرة والوسوسة في التفكير في الخلق، والحسد ما لم يظهر بلسان أو يد)<sup>(١)</sup>.
- (٢) اليمين، فمع المخالفة العمدية الاختيارية الموجبة للكفارة تنحل اليمين لعدم تكرار المخالفة، بمعنى لو حلف على عدم إيجاد طبيعة فعل ثم أوجدها في فرد فقد حنث، وعليه الكفارة، وتنحل اليمين لارتفاع موضوع اليمين بعد إيجاد الطبيعة في فرد، فلو أوجدها في فرد آخر فلا حنث ولا كفارة لعدم تحقق المخالفة حينئذ.
- (٣) في غير المخالفة الاختيارية العمدية، وذلك عند المخالفة بسبب الجهل والنسيان والإكراه، قال في المسالك: «هل تنحل اليمين أم لا فيه - في غير المخالفة العمدية - وجهان: أحدهما: نعم لوجود الفعل المحلوف عليه حقيقة فكان كما لو خالف عمداً وإن افرقا في الكفارة وعدمها، فقد حصلت المخالفة وهي لا تتكرر، فإذا خالف مقتضاها بعد ذلك لم يحنث، وقد حكموا في الإيلاء بأنه لو وطأ ساهياً أو جاهلاً بطل حكم الإيلاء مع أنها يمين صريحة - إلى أن قال - ووجه العدم أن الإكراه والنسيان والجهل لم يدخل تحتها - أي تحت اليمين - فالواقع بعد ذلك هو الذي تعلق به اليمين - إلى أن قال - واستقرب الشهيد - ره - في قواعده الأول ونسبه إلى ظاهر الأصحاب».





كتاب القضاء



## (كتاب القضاء<sup>(١)</sup>)

أي: الحكم بين الناس (وهو) واجب.....

(١) ذكر أن القضاء لغة يطلق على معانٍ:

منها: الخلق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقضاهن سبع سموات﴾<sup>(١)</sup>.

ومنها: الاتمام، ومنه قوله تعالى: ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾<sup>(٢)</sup>.

ومنها: الأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه﴾<sup>(٣)</sup>.

ومنها: الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿والله يقضى بالحق﴾<sup>(٤)</sup>.

وشرعاً بأنه ولاية الحكم لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية بإثبات الحقوق واستيفانها للمستحقين.

ومبدؤه الرئاسة العامة في أمور الدين والدنيا الثابتة للنبي ﷺ والإمام المعصوم عليه السلام، فلذا كان غصناً من هذه الشجرة، وهو بحاجة إلى تنصيب من المعصوم، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾<sup>(٥)</sup>، وقوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾<sup>(٦)</sup>، وقوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما

(١) سورة فصلت، الآية: ١٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٠٠.

(٣) سورة الإسراء، الآية: ٢٣.

(٤) سورة غافر، الآية ٢٠.

(٥) سورة ص، الآية: ٢٦.

(٦) سورة النساء، الآية: ١٠٥.

كفاية<sup>(١)</sup> في حق الصالحين له، إلا أنه مع حضور الإمام (وظيفة الإمام ﷺ)<sup>(٢)</sup>، أو نائبه) فيلزمه نصب قاضٍ في الناحية<sup>(٣)</sup> ليقوم به، ويجب على من عيّنه الإجابة<sup>(٤)</sup>، ولو لم يُعيّن وجبت كفاية، فإن لم يكن أهلاً إلا واحد تعينت عليه<sup>(٥)</sup>، ولو لم يعلم به

= قضيت ويسلموا تسليمًا<sup>(١)</sup>، وخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله ﷺ (اتفوا الحكومة، فإن الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، نبي أو وصي نبي)<sup>(٢)</sup>، وخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله ﷺ (قال أمير المؤمنين لشریح: يا شریح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقني)<sup>(٣)</sup>. وقد ورد التنصيب منهم ﷺ للفقهاء الجامع للشرائط، كما في مقبولة عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله ﷺ (فإني قد جعلته عليكم حاكماً)<sup>(٤)</sup>، وخبر أبي خديجة (فإني قد جعلته عليكم قاضياً)<sup>(٥)</sup>، وستأتي له تمة إن شاء الله تعالى.

وغاية القضاء قطع المنازعة، ومن خواصه عدم نقض الحكم، بل يجب على غيره من القضاة تنفيذه، إلا أن خطره عظيم، إذ القاضي على شفير جهنم، ففي الخبر عن أبي عبد الله ﷺ (القضاة أربعة: ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بالجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة)<sup>(١)</sup>، ومرسل المقتعة عن النبي ﷺ (من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين)<sup>(٢)</sup>.

(١) لتوقف حفظ النظام الإنساني عليه، وإلا لساد الهرج والمرج والفساد.

(٢) لما تقدم أن القضاء غصن من شجرة الرئاسة العامة في الدين والدنيا الثابتة للنبي ﷺ والإمام ﷺ، قال الله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليمًا﴾<sup>(٣)</sup>.

(٣) لتوقف حفظ النظام على ذلك، وسياسة الأمور تقتضي ذلك أيضاً.

(٤) لوجوب اطاعة أمر الإمام المصوم ﷺ.

(٥) تعينت الإجابة عليه للتحصير، فإن امتنع فسق وخرج عن أهلية القضاء وإن كان لا

(١) سورة النساء، الآية: ٦٥.

(٢) (٣٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صفات القاضي حديث ٣ و٢.

(٣) (٥٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١ و٦.

(٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صفات القاضي حديث ٨.

(٦) سورة النساء، الآية: ٦٥.

الإمام لزمه الطلب، وفي استحبابه<sup>(١)</sup> مع التعدد عيناً قولان<sup>(٢)</sup>، أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به<sup>(٣)</sup>.

(وفي الغيبة ينفذ قضاء الفقيه<sup>(٤)</sup> الجامع لشرائط الإفتاء) وهي: البلوغ

= يسقط الوجوب عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبة، بل لو لم يعلم به الإمام المعصوم وجب أن يعرفه نفسه، لوجوب مقدمة الواجب، ولكنه مبني على عدم علم المعصوم بالموضوعات الخارجية، وهو مبني ضعيف.

(١) استحباب الطلب، فمن يثق من نفسه القيام بشرائط القضاء وكان واحداً فيجب عليه الاعلام بحاله لو لم يعلم الإمام بوجوده كما تقدم، ولو كان أكثر من واحد فيجب عليهم الاعلام بحالهم كفاية، ومتى قام واحد منهم على وجه اعتمد الإمام عليه سقط عن الباقيين حينئذ وجوب الاعلام، ولكن هل يستحب للباقيين الاعلام بحالهم أو لا.

(٢) وهما وجهان كما في المسالك؟

(٣) طلباً للأجر على تقدير السلامة، ووجه العدم ما في التعرض من الخطر، لما تقدم من الخطر العظيم المحتف بالقضاء، ولما روته العامة عن النبي ﷺ أنه قال لعبد الرحمان بن سمرة (لا تسأل الامارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها)<sup>(١)</sup>.

(٤) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر أبي خديجة عن أبي عبد الله ﷺ (إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضياً، فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه)<sup>(٢)</sup>، وخبره الآخر قال (بعثني أبو عبد الله ﷺ إلى أصحابنا فقال: فقل لهم، إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تداري في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حللنا وحرماننا، فإني قد جعلته عليكم قاضياً، وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر)<sup>(٣)</sup>، ومقبولة عمر بن حنظلة (سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أمجّل ذلك؟ - إلى أن قال - قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في =

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٧١، رقم الحديث ٢٠٢٤٦.

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

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



والعقل<sup>(١)</sup> والذكورة<sup>(٢)</sup>.....

= حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفَّ بحكم الله وعلىنا رد، والراذ علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله<sup>(٣)</sup>.

ومقتضى هذه الأخبار اشتراط الاجتهاد في القاضي، لأن معرفة الحلال والحرام والأحكام الناشئة من النظر في الأحاديث هي عين الاجتهاد، غابته أن الاجتهاد في عصر النص وما يقرب منه كان قليل المونة، بحيث كان يكفيه النظر في الأحاديث، بخلاف الاجتهاد في العصور المتأخرة، فإنه متوقف على أصول الفقه فضلاً عن الحديث.

ومقتضى الإطلاق في هذه الأخبار الشمول للمتجزئ، وهذا وما قيل من أنه يكفي في القضاء الاطلاع على جميع ما يتعلق بتلك الواقعة ولو كان بالتقليد بحيث إذا حكم بما عنده ولو من التقليد لكان حكماً بالعدل والحق، والحكم بالعدل والحق هو الغاية من القضاء، قال تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تأدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾<sup>(٤)</sup>، وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط﴾<sup>(٥)</sup>، وقال تعالى: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾<sup>(٦)</sup> كما في آية، أو ﴿فأولئك هم الكافرون﴾<sup>(٧)</sup> كما في آية أخرى، أو ﴿فأولئك هم الظالمون﴾<sup>(٨)</sup> كما في آية ثالثة.

ففيه: أن هذه الآيات مقيدة بتلك الأخبار الدالة على الاجتهاد في القاضي، على أن التفات غير المجتهد إلى جميع المزايا والدقائق والخصوصيات المتعلقة بالوقائع وما فيها من الأحكام في غاية البعد، بل قريب من المحال، ثم اعلم أن القاضي والمفتي والمجتهد والفقهاء أفاض أربعة تدل على المجتهد إلا أن الاختلاف بالاعتبار، فالمجتهد سُمي قاضياً باعتبار حكمه على الأفراد بالأحكام الشخصية المتعلقة بالموضوعات المتنازع عليها لرفع المتنازع بينهم، وسُمي مفتياً باعتبار إخباره عن الحكم الشرعي الكلي، وسُمي فقيهاً لأنه عالم بالأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية.

(١) بلا خلاف فيه، لسلب عبارة الصبي والمجنون، ولانصراف الأخبار المتقدمة عنهما.

(٢) فلا يصح قضاء المرأة، لانصراف الأخبار المتقدمة عنها، للتقييد بالرجل في خبري أبي =

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

(٢) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٤) سورة المائدة، الآيات: ٤٧ و ٤٤ و ٤٥.

والإيمان<sup>(١)</sup> والعدالة<sup>(٢)</sup> وطهارة المولد<sup>(٣)</sup> إجماعاً، والكتابة<sup>(٤)</sup> والحرية<sup>(٥)</sup>

= خديجة وابن حنظلة، مضافاً إلى خير أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أبيه عن النبي ﷺ لعليّ عليه السلام قال: (يا علي ليس على المرأة جمعة ولا جماعة - إلى أن قال - لا تؤتي القضاء)<sup>(١)</sup>.

(١) بمعنى الاعتقاد بالإمامة فضلاً عن الإسلام، أما الكافر فلاه ليس أهلاً للأمانة، وأما غير الشيعي فلاشترط الأخبار أن يكون القاضي من الشيعة كما ورد في مقبولة ابن حنظلة المتقدمة (من كان منكم)، وكما في خير أبي خديجة المتقدم (إلى رجل منكم)، فضلاً عن الأخبار الكثيرة الناهية عن المرافعة إلى قضاتهم.

منها: خير أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل كان بينه وبين أخ له ناراة في حق، فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عز وجل: ﴿الم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت، وقد أمروا أن يكفروا به﴾<sup>(٢)</sup>).

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

(٣) فلا يصح قضاء ولد الزنا، لفحوى ما دل على المنع من إمامته وشهادته كما سيأتي.

(٤) ذهب الأكثر إلى اشتراط علمه بالكتابة، لاضطراره إلى معرفة الوقائع والأحكام التي لا يتيسر ضبطها غالباً إلا بالكتابة، وعن بعض منهم صاحب الجواهر عدم الاشتراط لإطلاق الأخبار المتقدمة المتضمنة لنصب الفقيه قاضياً زمن الغيبة، وأما الاستدلال عليه بأن الكتابة غير معتبرة في النبوة وهي أكمل المناصب، ومنها يتفرع الأحكام والقضاء وقد كان النبي الأعظم ﷺ أمياً لا يُحسن الكتابة كما دل عليه قوله تعالى: ﴿وما كنت تتلو من قبلهم من كتاب ولا تحطه بيمينك إذا لارتاب المبطون﴾<sup>(٣)</sup>، فقيه: أنه مخصص بالنبي الأعظم ﷺ المحفوظ بالعصمة المانعة عن السهو والغلط والنسيان، وكذا دليل اعتبار الاشتراط ضعيف، إذ يمكن وضع كاتب عنده يخبره عن الكتابة، وبه يتيسر ضبط الوقائع والأحكام.

(٥) على الأكثر، لأن القضاء ولاية، والعبد ليس محلاً لها، لانشغاله عنها باستغراق وقته في =

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

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

(٣) سورة العنكبوت، الآية: ٤٨.

والبصر<sup>(١)</sup> على الأشهر، والنطق<sup>(٢)</sup>، وغلبه الذكر<sup>(٣)</sup>، والاجتهاد<sup>(٤)</sup> في الأحكام الشرعية وأصولها، ويتحقق<sup>(٥)</sup> بمعرفة المقدمات الست وهي: الكلام، والأصول<sup>(٦)</sup>، والنحو، والتصريف، ولغة العرب، وشرائط الأدلة<sup>(٧)</sup>، والأصول الأربعة، وهي: الكتاب، والسنة، والإجماع، ودليل العقل<sup>(٨)</sup>.

والمعتبر من الكلام ما يُعرف به الله تعالى، وما يلزمه من صفات الجلال والإكرام وعدله وحكمته، ونبوة نبينا ﷺ وعصمته وإمامة الأئمة عليهم السلام كذلك<sup>(٩)</sup>، ليحصل<sup>(١٠)</sup> الوثوق بخبرهم، ويتحقق الحجة به، والتصديق بما جاء

= خدمة سيده، وعن بعضهم وهو الحق: عدم الاشتراط، لاطلاق الأخبار المتضمنة تنصيب الفقيه قاضياً زمن الغيبة.

(١) على الأشهر، لافتقار القاضي إلى التمييز بين الخصوم، وتعذر ذلك مع العمى، وقيل: لا يشترط، للأصل وإطلاق دليل التنصيب، وهو الأقرب.

(٢) قال في الجواهر: «ولا يخفى عليك بعدما ذكرنا من الحكم في الكثير من الشرائط المذكورة في كتب العامة التي لم يذكرها الأصحاب، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس، والسمع فلا قضاء للأصم، وغير ذلك مما ليس هو في أدلتنا ما يشهد له».

(٣) وهو العبر عنه بالضبط، فلو غلب عليه النسيان فلا يجوز قضاؤه، وأشكل فيه: بأن اطلاق دليل التنصيب المذكور فيه، مع تسجيل أحكامه على دفتر، وتسجيل كل ما له الدخل في قضاؤه، وهذا التسجيل لا محذور فيه أبداً.

(٤) اشتراط الاجتهاد في القاضي بما لا خلاف فيه وقد تقدم دليله، وتقدم أن الاجتهاد في عصرنا متوقف على النظر في أصول الفقه والحديث.

(٥) الاجتهاد.

(٦) علم أصول الفقه.

(٧) البرهان.

(٨) وهذه الأربعة هي موضوع علم أصول الفقه، والمعتبر منها الكتاب والسنة، وأما الاجماع فموارده قليلة، وأما العقل فموارده منحصرة في غير المستقلات العقلية من مسألة الأجزاء ومقدمة الواجب ومسألة الضد ومسألة اجتماع الأمر والنهي ومسألة دلالة التثني على الفساد، وأما المستقلات العقلية البنية على قاعدة التحسين والتفجح العقليين ففي جميع مواردها قد ورد النص فيها.

(٩) وعصمتهم.

(١٠) تعليل لمعرفة عصمة النبي والأئمة عليهم السلام.

به النبي ﷺ من أحوال الدنيا والآخرة، كل ذلك بالدليل التفصيلي<sup>(١)</sup>.

ولا يشترط الزيادة على ذلك بالإطلاع على ما حققه المتكلمون من أحكام الجواهر والأعراض، وما اشتملت عليه كتبه<sup>(٢)</sup> من الحكمة والمقدمات، والاعتراضات، وأجوبة الشبهات، وإن وجب معرفته كفاية من جهة أخرى<sup>(٣)</sup>، ومن ثم صرح جماعة من المحققين بأن الكلام ليس شرطاً في التفقه، فإن ما يتوقف عليه منه مشترك بين سائر المكلفين.

ومن الأصول<sup>(٤)</sup> ما يعرف به أدلة الأحكام من الأمر والنهي، والعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، والإجمال والبيان، وغيرها مما اشتملت عليه مقاصده<sup>(٥)</sup>، ومن النحو والتصريف ما يختلف المعنى باختلافه، ليحصل بسببه معرفة المراد من الخطاب، ولا يعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التام، بل يكفي الوسط منه فما دون<sup>(٦)</sup>، ومن اللغة ما يحصل به فهم كلام الله ورسوله ونوابه ﷺ بالحفظ، أو الرجوع إلى أصل مصحح يشتمل على معاني الألفاظ المتداولة في ذلك<sup>(٧)</sup>.

(١) لا عن تقليد، وقد قرر في محله كفاية الاعتقاد ولو بالتقليد، مع أنه ثبت أن أدلة معرفة الله جل وعلا أدلة فطرية، وأدلة النبوة الخاصة لا مؤنة فيها فيكفي فيها الالتفات، وكذا أدلة الإمامة الخاصة مع نيز التعصب.

على أن الوجدان حاكم بعدم توقف الاجتهاد على علم الكلام، نعم الاعتقاد العام للكامل متوقف على ما ذكره الشارح، وهذا أجنبي عن الاجتهاد.

(٢) كتب الكلام.

(٣) من جهة رد شبهات المنكرين والمضللين.

(٤) والمعتبر من الأصول.

(٥) كالصحيح والأعم والمشتق، وخصه بالأصول اللفظية لأنه سيتكلم عن حجية الخبر والتعادل والتراجيح عند البحث في السنة، وكان عليه ذكر الأصول العملية من البراءة والاحتياط والتخيير والاستصحاب، لكن سيتكلم عنها عند البحث في الدليل العقلي، باعتبار أن دليلها العقل عندهم ولم يستدل بالأخبار فيها إلا من زمن والد الشيخ البهائي، وعلم أصول الفقه من أهم ما يتوقف عليه الاجتهاد.

(٦) فمعرفة كيفية الاعلال والابدال وبعض المباحث الدقيقة مما لا يتوقف عليه الاجتهاد غير داخل كما هو واضح.

(٧) كالرجوع إلى المصباح النير للفيومي والنهاية الأثرية وجمع البحرين وغيرها.

ومن شرائط الأدلة معرفة الأشكال الاقترانية، والاستثنائية، وما يتوقف عليه من المعاني المفردة وغيرها<sup>(١)</sup>، ولا يشترط الاستقصاء في ذلك، بل يقتصر على المجزئ منه، وما زاد عليه فهو مجرد تضييع للعمر، وترجئة للوقت.

والمعتبر من الكتاب الكريم معرفة ما يتعلق بالأحكام، وهو نحو من خمسمائة آية، إما بحفظها، أو فهم مقتضاها ليرجع إليها متى شاء<sup>(٢)</sup>، ويتوقف على معرفة الناسخ منها من المنسوخ، ولو بالرجوع إلى أصل يشتمل عليه.

ومن السنة جميع ما اشتمل منها على الأحكام، ولو في أصل مصحح<sup>(٣)</sup> رواه عن عدل بسند متصل إلى النبي والأنمة، ويُعرف<sup>(٤)</sup> الصحيح منها والحسن، والموثق والضعيف، والموقوف والمرسل، والمتواتر والآحاد، وغيرها من الاصطلاحات التي دُوِّنت في دراية الحديث، المفتقر إليها<sup>(٥)</sup> في استنباط الأحكام، وهي أمور اصطلاحية توقيفية، لا مباحث علمية، ويدخل في أصول الفقه معرفة أحوالها<sup>(٦)</sup> عند التعارض وكثير من أحكامها<sup>(٧)</sup>، ومن الإجماع والخلاف أن يعرف أن ما يُفتي به لا يخالف الإجماع<sup>(٨)</sup>، إما بوجود موافق من المتقدمين، أو بغلبة ظنه

(١) والمراد منه شرائط الحد، ولو قال: والمعتبر منه شرائط البرهان وشرائط الحد لكان أخصر، لكن ما له الدخل في الاجتهاد من علم المنطق هو أمرٌ ضروري فطري في جيلة الإنسان، فلا داعي لذكره.

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

(٣) بحيث لو اكتفى بالوسائل ومستدركه لأعذر في مقام البحث عن الدليل اللفظي.

(٤) إشارة إلى علم الدراية.

(٥) من الواضح أن الاجتهاد ليس متوقفاً على معرفة هذه المصطلحات، نعم المتوقف هو حجية الخبر، فلو قلنا بحجية الخبر الصحيح فقط أو الأعم منه ومن الثقة، أو الأعم منهما ومن خبر موثوق الصدور فيجب عليه معرفة هذه المصطلحات ليعرف الأخبار التي يعتمد عليها في مقام الاستنباط.

(٦) معرفة أحوال السنة.

(٧) أحكام السنة، كحجية الخبر الواحد، والفرق بينه وبين المتواتر.

(٨) وهو إجماع المتقدمين القريبين من عصر النص، أما إجماع المتأخرين عند عدم النص فلا حجة فيه، خصوصاً عند سكوت القدماء في المسألة وعدم تعرضهم لها.

على أنه واقعة متجددة لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الأمرين<sup>(١)</sup>، لا معرفة كل مسألة أجمعوا عليها، أو اختلفوا، ودلالة العقل من الاستصحاب والبراءة الأصلية وغيرها داخلية في الأصول، وكذا معرفة ما يُنتجُ به من القياس<sup>(٢)</sup>، بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه كالتهذيب<sup>(٣)</sup> ومختصر الأصول لابن الحاجب على ما يحتاج إليه من شرائط الدليل المدون في علم الميزان، وكثير<sup>(٤)</sup> من كتب النحو على ما يحتاج إليه من التصريف.

نعم يشترط مع ذلك كله أن يكون له قوة يتمكن بها من رد الفروع إلى أصولها واستنباطها منها، وهذا هي العمدة في هذا الباب، وإلا فتحصيل تلك المقدمات قد صارت في زماننا سهلة لكثرة ما حققه العلماء والفقهاء فيها، وفي بيان استعمالها، وإنما تلك القوة بيد الله تعالى يؤتيها من يشاء من عباده على وفق حكمته ومراده، ولكثرة المجاهدة والممارسة لأهلها مدخل عظيم في تحصيلها، ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(٥)</sup>.

وإذا تحقق المفتي بهذا الوصف وجب على الناس الترافع إليه، وقبول قوله، والتزام حكمه، لأنه منصوب من الإمام عليه السلام على العموم بقوله: (انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا، وعرف أحكامنا فاجعلوه قاضياً فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه)<sup>(٦)</sup>.

- (١) من الإجماع أو الخلاف.
- (٢) وهو قياس منصوص العلة فقط، وهو بالواقع تمسك بظاهر اللفظ، ولا يندرج في القياس الذي تواترت الأخبار في ذمه والنهي عنه.
- (٣) للعلامة.
- (٤) ويشتمل كثير من كتب النحو كالألفية لابن مالك مع شروحها، هذا والإنصاف أن العلوم العربية من المقدمات البعيدة بخلاف علم الأصول والحديث فإنهما من المقدمات القريبة للاجتهد، ولذا اقتصرنا عليهما سابقاً.
- (٥) سورة العنكبوت، الآية: ٦٩.
- (٦) وهو الخبر الأول لأبي خديجة المتقدم<sup>(٦)</sup>، وقد نقله بالمعنى لاختلاف بعض ألفاظه فراجع.

وفي بعض الأخبار<sup>(١)</sup>: (فارضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، وإنما بحكم الله استخف، وعلينا ردة، والراءد علينا راد على الله، وهو على حدّ الشرك بالله عزوجل).

(فمن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصياً) فاسقاً، لأن ذلك كبيرة عندنا، ففي مقبول عمر بن حنظلة السابق<sup>(٢)</sup>: (من تحاكم إلى طاغوت فحكم له فإنما

(١) وهو مقبولة عمر بن حنظلة المتقدمة<sup>(١)</sup>، وأيضاً قد نقله بالمعنى لاختلاف بعض الفاظه.

(٢) ففي مقبولة عمر بن حنظلة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة، أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، وقد أمر الله أن يكفر به، قال تعالى: ﴿يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به﴾، قلت: كيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا<sup>(١)</sup> إلى آخر ما تقدم نقله سابقاً.

ومثلها خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل كان بينه وبين أخ له مارة في حق فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عز وجل: ﴿لم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت، وقد أمروا أن يكفروا به﴾<sup>(٢)</sup>، ومقتضى الأخبار حرمة التحاكم إليهم إذا كانت الخصومة بين مؤمنين وإن حكموا بالعدل وكان حقه ثابتاً كما هو صريح مقبولة ابن حنظلة، وظاهرها حرمة التحاكم سواء كان الحق عيناً أم ديناً، فما عن البعض من التفصيل بين العين والدين بجوازه في الأول دون الثاني لاحتياجه إلى أعمال من الحاكم الجائر لتشخيص الدين في مال الخصم ليس في محله، نعم إذا كان الخصم مخالفاً وأبى إلا الترافع إلى قضاة الجور جاز عند التقية، لخبر عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليهما السلام (إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا، وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم)<sup>(٣)</sup>.

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

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

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

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٧.

يأخذ سُحتاً وإن كان حقه ثابتاً، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر بها)، ومثله كثير.

(وتثبت ولاية القاضي المنصوب من الإمام (بالشيعاء) وهو إخبار جماعة به يغلب على الظن صدقهم<sup>(١)</sup>، (أو بشهادة عدلين)<sup>(٢)</sup> وإن لم تكن بين يدي حاكم، بل يثبت بهما أمره عند كل من سمعهما، ولا يثبت بالواحد<sup>(٣)</sup>، ولا بقوله<sup>(٤)</sup> وإن شهدت له القرائن<sup>(٥)</sup>، ولا بالخط مع أمن التزوير<sup>(٦)</sup>، مع احتمالها.

(ولا بد) في القاضي المنصوب من الإمام (من الكمال)<sup>(٧)</sup> بالبلوغ، والعقل، وطهارة المولد، (والعدالة)، ويدخل فيها الإيمان، (وأهلية الإفتاء) بالعلم بالأمور المذكورة، (والذكورة، والكتابة) لعسر الضبط بدونها لغير النبي ﷺ<sup>(٨)</sup>، (والبصر)، لإفتقاره إلى التمييز بين الخصوم، وتعذر ذلك<sup>(٩)</sup> مع العمى في حق غير النبي، وقيل: إنهما ليسا بشرط، لإنتفاء الأول في النبي ﷺ<sup>(١٠)</sup>، والثاني في

- (١) فالشيعاء المذكور مما يفيد الظن الغالب الموجب لاطمئنان النفس، وهو المسمى بالعلم العادي الذي يرتب عليه العرف آثار العلم العقلي الذي لا شك فيه.
- (٢) لعموم حجية البيعة كما سيأتي في كتاب الشهادات، بلا فرق بين قيام البيعة بين يدي حاكم أو لا، لعدم التنازع الموجب للقضاء المستدعي لقيام البيعة بين يدي الحاكم.
- (٣) لأن القضاء من جملة الحقوق فلا بد فيها من البيعة.
- (٤) قول القاضي.
- (٥) إلا إذا أفادت القطع فيؤخذ به، لأن حجية القطع ذاتية.
- (٦) لأن الخط ليس من الأدلة الشرعية كما قيل، وفيه: أن الخط مع أمن التزوير مما يفيد العلم وحجية العلم ذاتية، فضلاً عن أن السيرة في عصر النبي ﷺ وعصر أمير المؤمنين عليه السلام قائمة على الاكتفاء بالخط المأمون من التزوير الموجود ضمن كتاب محتوم بختم الحاكم في إثبات تنصيب الولاة والقضاة، وهذا ظاهر من ثنايا سطور التاريخ لمن راجعه.
- (٧) قد تقدم بحث الشروط المعتمدة في القاضي.
- (٨) لأن عصمته مانعة من الخطأ والنسيان.
- (٩) تعذر التمييز بين الخصوم.
- (١٠) بل تقدم أن الدليل إطلاق دليل التنصيب، وكذا في نفي العمى.



شعيب عليه السلام، وإمكان الضبط بدونهما بالحفظ<sup>(١)</sup> والشهود<sup>(٢)</sup>.

وبقي من الشرائط التي اعتبرها المصنف وغيره غلبة الحفظ، وانتفاء الخرس والحرية على خلاف في الأخير<sup>(٣)</sup>، ويمكن دخول الأول في شرط الكمال<sup>(٤)</sup>، وعدم اعتبار الأخير<sup>(٥)</sup> هنا، مع أنه قطع به في الدروس، وليس دخول الثاني<sup>(٦)</sup> في الكمال أولى من دخول البصر والكتابة فكان اللازم ذكره، أو إدخال الجميع في الكمال.

وهذه الشرائط كلها معتبرة في القاضي مطلقاً<sup>(٧)</sup> (إلا في قاضي التحكيم)<sup>(٨)</sup>

(١) وهو يفني عن الكتابة.

(٢) للتمييز بين الخصوم.

(٣) بل تقدم الخلاف فيه وفي غلبة الحفظ وانتفاء الخرس وكذا اشتراط السمع، وإطلاق دليل التنصيب يفني هذا كله.

(٤) حيث ذكر المصنف هنا الكمال، ولعله يريد به ما يعم غلبة الحفظ، وفيه: أن الكمال عند الفقهاء منحصر بالبلوغ والعقل، ولذا اقتصر عليهما الشارح في مقام تفسير الكمال.

(٥) عدم اعتبار الحرية، لعدم ذكر اشتراطها في صفات القاضي هنا في اللمعة.

(٦) دفع توهم، أما التوهم فحاصله أن المصنف لعله لم يذكر اشتراط النطق لأنه داخل في الكمال المذكور في عبارته، ودفعه: أن دخول البصر والكتابة في الكمال ليس بأولى من دخول النطق فيه، ومع ذلك قد ذكرهما بعد ذكر الكمال، فلم يترك البصر والنطق وإلا فلو أراد بالكمال المعنى الأعم من البلوغ والعقل لكان عليه عدم ذكر البصر والكتابة كما لم يذكر اشتراط النطق.

(٧) سواء كان منصوباً من الإمام أم نائبه، وسواء كان في عصر الحضور أم الغيبة.

(٨) محل النزاع فيه مختص بحال حضور المعصوم عليه السلام، بحيث لو نصب قاضياً في بلد وهو مستجمع لشرائط القضاء، فهل يجوز للمتخلصين الرجوع إلى من هو حائز لشرائط القضاء غير أنه ليس بمنصوب للقضاء من قبل المعصوم أو لا يجوز؟

وهذا الفرع مأخوذ من العامة، حيث نقل صاحب الجواهر عن كتاب الروضة للرافعي، وهو من كتب العامة: الخامسة: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي؟ وهل لحكمه بينهما اعتبار؟ قولان، أظهرهما عند الجمهور نعم، وخالفهم الإمام والغزالي فرجحا المنع، وقيل: القولان في الأموال فقط، فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً، والمذهب طرد القولين في الجميع، وبه قطع =

وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاضٍ منصوب من قبل الإمام عليه السلام، وذلك في حال حضوره<sup>(١)</sup>، فإن حكمه ماضٍ عليهما وإن لم يستجمع جميع هذه الشروط<sup>(٢)</sup>.

هذا مقتضى العبارة، ولكن ليس المراد أنه يجوز خلوه منها أجمع، فإن اجتماعه لشرائط الفتوى شرط إجماعاً، وكذا بلوغه، وعقله، وطهارة مولده، وغلبه حفظه، وعدالته، وإنما يقع الاشتباه في الباقي<sup>(٣)</sup>، والمصنف في الدروس قطع بأن شروط قاضي التحكيم هي شروط القاضي المنصوب أجمع من غير استثناء، وكذلك قطع به المحقق في الشرائع، والعلامة في كتبه، وولده فخر المحققين في الشرح، فإنه قال فيه<sup>(٤)</sup>: «التحكيم الشرعي هو أن يُحْكَمَ الخصمانِ واحداً جامعاً

= الأكترون»، والأصحاب طبقوا هذا الفرع على أصولنا أيضاً، ولكن بناء عليه لا يجري النزاع عندنا في قاضي التحكيم حال الغيبة بعد اشتراط رجوع المتخاصمين إلى الفقيه الجليع لشرائط الفتوى، لأن البحث في قاضي التحكيم هو البحث في نفوذ حكم الفقيه غير المأذون بالقضاء من قبل المعصوم مع أن كل فقيه عندنا مأذون بالقضاء من قبل المعصوم لأدلة التنصيب المتقدمة.

ولذا قال الشارح في المسالك: «واعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جملتها كونه مجتهداً، وعلى هذا فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الإمام ليفرق بينه وبين غيره من القضاة، يكون القاضي منصوباً وهذا غير منصوب من غير الخصمين، أما في حال الغيبة فيأتي أن المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن، وغيره لا يصح حكمه، فلا يتصور حالها - حالة الغيبة - قاضي التحكيم انتهى، بل إن البحث في قاضي التحكيم على النزاع المتقدم مختص بحال بسط يد المعصوم وأنه هو الحاكم وقد نصب في كل بلد قاضياً، وأما حال الحضور مع عدم بسط يده فكل مجتهد ينفذ قضاؤه، لعموم الإذن، وعليه فلا يتصور قاضي التحكيم مع عدم البسط والنفوذ.

(١) حضور المعصوم عليه السلام.

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

(٣) من الحرية والنطق والسمع والبصر، وهي محل شك في القاضي المنصوب أيضاً، بل الدليل على عدم اشتراطها.

(٤) في شرح القواعد.

لشروط الحكم سوى نص من له توليته شرعاً<sup>(١)</sup> عليه بولاية القضاء.

ويمكن حمل هذه العبارة على ذلك بجعله استثناء من اعتبار جميع الشروط كلها التي من جعلتها توليته، المدلول عليه بقوله أولاً «أو نائبه»، ثم قوله: «وتثبت ولاية القاضي» إلى آخره، ثم ذكر باقي الشروط، فيصير التقدير أنه يشترط في القاضي اجتماع ما ذكر إلا قاضي التحكيم، فلا يشترط فيه اجتماعها<sup>(٢)</sup>، لصحته<sup>(٣)</sup> بدون التولية، وهذا هو الأنسب بفتوى المصنف والأصحاب<sup>(٤)</sup>.

ويمكن على بُعد أن يستثنى من الشرط المذكور أمر آخر، بأن لا يعتبر المصنف هنا فيه<sup>(٥)</sup> البصر والكتابة، لأن حكمه في واقعة أو وقائع خاصة، يمكن ضبطها بدونها، أو لا يجب عليه ضبطها، لأنه قاضي تراض من الخصمين، فقد قدما على ذلك، ومن أراد منهما ضبط ما يحتاج إليه أشهد عليه، مع أن في الشرطين خلافاً في مطلق القاضي<sup>(٦)</sup>، ففيه أولى بالجواز، لإنتفاء المانع الوارد في العام<sup>(٧)</sup> بكثرة الوقائع، وعسر الضبط<sup>(٨)</sup> بدونها، وأما الذكورية فلم ينقل أحد فيها خلافاً، ويبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وإن كان محتملاً، ولا ضرورة هنا إلى استثنائها<sup>(٩)</sup>، لأن الاستثناء<sup>(١٠)</sup> هو المجموع لا الأفراد.

(١) والمعصوم هو الذي له حق توليته شرعاً على القضاء.

(٢) اجتماع جميع الشروط.

(٣) لصحة الاستثناء.

(٤) وهو المتعين هنا في حمل العبارة.

(٥) لا يعتبر المصنف في اللمعة في قاضي التحكيم.

(٦) حمل عبارة المصنف على ذلك خلاف الظاهر.

(٧) القاضي العام المنصوب من قبل المعصوم، فعمل فرض اشتراطها في القاضي المنصوب

يكون الاشتراط لكثرة الوقائع الموجبة للبصر حتى يميز بين الخصوم، والموجبة للكتابة

حتى يسهل ضبط الأحكام وما يرد عليه من الوقائع وخصوصياتها، إلا أن هذا منفي في

قاضي التحكيم لعدم الوقائع الكثيرة، بل هي واقعة خاصة يسهل معرفة حكمها وماله

الدخل في تشخيصها من دون الاضطرار إلى الكتابة، ويسهل التمييز بين المتخاصمين فلا

داعي لاشتراط البصر.

(٨) عطف على «المانع».

(٩) استثناء الذكورية، بعد كون دليلها مطلقاً يشمل القاضي المنصوب وغيره.

(١٠) في عبارة المصنف.

واعلم أن قاضي التحكيم لا يتصور في حال الغيبة مطلقاً<sup>(١)</sup>، لأنه إن كان مجتهداً نفذ حكمه بغير تحكيم، وإلا لم ينفذ حكمه مطلقاً إجماعاً، وإنما يتحقق<sup>(٢)</sup> مع جمعه للشرائط حال حضوره عَلَيْهِ السَّلَامُ وعدم نصبه كما بيناه، وقد تحرر من ذلك: أن الاجتهاد شرط في القاضي في جمع الأزمان والأحوال، وهو موضع وفاق، وهل يشترط في نفوذ حكم قاضي التحكيم تراضي الخصمين به بعده<sup>(٣)</sup> قولان: أجمدهما العدم عملاً بإطلاق النصوص.

(ويجوز ارتزاق القاضي من بيت المال مع الحاجة)<sup>(٤)</sup> إلى الارتزاق، لعدم

(١) أبداً.

(٢) قاضي التحكيم.

(٣) هل يشترط في نفوذ حكمه تراضي الخصمين بالقاضي بعد الحكم أو لا؟ لا خلاف في اعتبار رضا الخصمين بحكمه قبل تمام الحكم، فلو رجعا أو رجع أحدهما قبل الحكم فلا ينفذ حكمه، وإنما الخلاف في اعتبار رضاهما بعد الحكم، والمشهور على العدم، تمسكاً بإطلاق الأدلة على لزوم الحكم في مطلق القاضي، كما في مقبولة عمر بن حنظلة (فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله، وهو على حد الشرك بالله)<sup>(١)</sup>، ونقل في المسالك عن بعض العامة قولاً باعتبار رضاهما بعده، لأن رضاهما كما هو معتبر في أصل الحكم فكذلك هو معتبر في لزومه، وهو ضعيف، للاطلاق المتقدم بعد تحقق الرضا بالمرافعة عنده.

(٤) الفرق بين الأجرة والارتزاق أن الأجرة تحتاج إلى تقدير العمل وال عوض وضبط المدة، والارتزاق منوط بنظر الحاكم من غير أن يقدر بقدر.

فيحرم على القاضي الأجرة على المشهور، لأن القضاء واجب، وهو منافي لأخذ الأجرة خصوصاً إذا تعين عليه عند الانحصار، وذهب العلامة في المختلف إلى جواز أخذ الأجرة مع عدم التعين، وذهب المفيد والقاضي إلى الجواز مطلقاً، والبحث في أجرة القاضي هو من صفريات مسألة جواز أخذ الأجرة على الواجبات، وسيأتي التعرض لها في باب المكاسب إن شاء الله تعالى، وعلى فرض النع فيجوز للقاضي الارتزاق من بيت المال، لأن بيت المال معدّ للصالح المسلمين، والقضاء من أهمها، لتوقف نظم أمور المسلمين عليه، ولرسالة حماد عن العبد الصالح الواردة في تقسيم الخمس والانفال =

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

المال، أو الوصلة إليه، سواء تعين القضاء عليه أم لا، لأن بيت المال معد للمصالح، وهو من أعظمها، وقيل: لا يجوز مع تعينه عليه لوجوبه، ويضعف بأن المنع حينئذ من الأجرة لا من الرزق، (ولا يجوز الجعل)، ولا الأجرة (من

= والغنائم - إلى أن قال -: (ويؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة)<sup>(١)</sup>، وما روي في نهج البلاغة عن أمير المؤمنين عليه السلام في عهده إلى مالك الأشر حين ولاءه على مصر وأعمالها - إلى أن قال - : (واختر للحكم بين الناس أفضل رعينتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور - ثم ذكر صفات القاضي؛ ثم قال - : وأكثر تعاهد قضائه وافسح له في البذل ما يزيح عنه وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره)<sup>(٢)</sup>، وخبر الدعائم عن علي عليه السلام (أنه قال: لا بد من إمارة ورزق للأمير، ولا بد من عريف ورزق للعريف، ولا بد من حاسب ورزق للحاسب، ولا بد من قاضٍ ورزق للقاضي، وكره أن يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضي لهم ولكن من بيت المال)<sup>(٣)</sup>، وخبر الجعفریات عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده علي بن الحسين عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام (من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - والرشوة في الحكم وأجر القاضي إلا قاضٍ يجرى عليه من بيت المال)<sup>(٤)</sup>، وعن بعضهم عدم جواز الارتزاق مع تعين القضاء عليه لمنافاة الوجوب لأخذ العوض عليه، وفيه: أنه يتم في الأجرة التي هي العوض دون الارتزاق، فضلاً عن الأخبار المتقدمة، وعلى الأشهر كما في المسالك عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجة، ويدفعه إطلاق مرسله حماد وخبر الدعائم.

ثم الاستفادة من النصوص المتقدمة أن بيت المال معد لمصالح المسلمين وما فيه تقوية الإسلام، وعليه فكل من يشتغل بمصلحة من مصالح المسلمين أو بمصلحة فيها تقوية الإسلام كالجهاد، وكان هذا الاشتغال مانعاً من التكسب فيجوز له الارتزاق كالجند والوالي والقاضي وأئمة الجماعات والمؤذن وخازن بيت المال والمُدْرَس للمعلوم الشرعية والقرآن والأخلاق والآداب الحسنة، وصاحب الديوان، والمراد منه من بيده الكتاب الذي يُجمع فيه أسماء الجند والقضاة والمدرسين وغيرهم ممن يعيشون بالارتزاق من بيت المال.

(٢١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ٢ و ٩.

(٣) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٥٣٨، وأورد ذيله في مستدرك الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ٢.

(٤) مستدرك الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ٤.

الخصوم)، ولا من غيرهم، لأنه في معنى الرِّشَاءِ<sup>(١)</sup>.

(والمرئزة) من بيت المال (المؤذَن، والقاسم<sup>(٢)</sup>، والكاتب) للإمام، أو لضبط بيت المال، أو الحجج، ونحوها من المصالح، (ومعلم القرآن والأدب) كالعربية، وعلم الأخلاق الفاضلة، ونحوها، (وصاحب الديوان) الذي بيده ضبط القضاة والجنود وأرزاقهم، ونحوها من المصالح، (ووالي بيت المال) الذي يحفظه ويضبطه ويُعطي منه ما يؤمر به ونحوه، وليس الارتزاق منحصرأً فيمن ذُكِر، بل مصرفه كل مصلحة من مصالح الإسلام ليس لها جهة غيره، أو قصرت جهتها عنها<sup>(٣)</sup>.

(ويجب على القاضي التسوية بين الخصمين<sup>(٤)</sup> في الكلام) معهما، (والسلام) عليهما، ورده إذا سلما، (والنظر) إليهما، (وغيرها من) (أنواع الإكرام) كالإذن في الدخول، والقيام، والمجلس، وطلاقة الوجه، (والإنصات) لكلامهما،

(١) سيأتي بحثه في المكاسب المحرمة إن شاء الله تعالى.

(٢) الذي يقسم أموال بيت المال.

(٣) كما لو قصرت الزكاة عن حصة العاملين عليها.

(٤) وإن تفاوتوا شرفاً، فيساوي بينهما في السلام ورده والجلوس والنظر إليهما والكلام معهما والإنصات وغير ذلك من أنواع الإكرام، كالإذن في الدخول وطلاقة الوجه، لخبر سلمة ابن كهيل (سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: - إلى أن قال - ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك من عدلك<sup>(١)</sup>)، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ابتلي بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة، وفي النظر، وفي المجلس<sup>(٢)</sup>)، وبهذا الإسناد (أن رجلاً نزل بأمر أمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم إليه في خصومة لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: نحول عنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي أن يضاف الخصم إلا ومعه خصمه<sup>(٣)</sup>).

فالمشهور على الوجوب كما هو الظاهر من الأخبار، والعلامة وسلاح على الاستحباب لضعف سند هذه الأخبار فلا تصلح إلا للاستحباب الذي يتسامح في أدلته، وفيه: أنها منجيرة بعمل الأصحاب.

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

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب القاضي حديث ١ و٢.

(والإنصاف) لكل منهما إذا وقع منه<sup>(١)</sup> ما يقتضيه، هذا هو المشهور بين الأصحاب.

وذهب سائر والعلامة في المختلف إلى أن التسوية بينهما مستحبة، عملاً بأصالة البراءة، واستضعافاً لمستند الوجوب، هذا إذا كانا مسلمين، أو كافرين، (و) لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً كان (له أن يرفع المسلم على الكافر في المجلس)<sup>(٢)</sup> رفعاً صورياً، أو معنوياً كقربه إلى القاضي أو على يمينه كما جلس علياً عليه السلام بجانب شريح في خصومة له مع يهودي، (وأن يجلس المسلم مع قيام الكافر)، وهل تجب التسوية بينهما فيما عدا ذلك؟ ظاهر العبارة وغيرها ذلك، ويحتمل تعديبه<sup>(٣)</sup> إلى غيره من وجوه الإكرام.

(ولا تجب التسوية) بين الخصمين مطلقاً<sup>(٤)</sup> (في الميل القلبي)<sup>(٥)</sup>، إذ لا

(١) من القاضي، ويكون الشارح قد حمل الانصاف على معنى الاعتذار لو صدر منه ما يقتضيه، مع أنه يمكن حمله على ردع أحد الخصمين لو صدر منه ما يوجهه كما لو صدر من أحد الخصمين شدة على خصمه.

(٢) فيجوز أن يكون المسلم قاعداً والذمي قائماً، أو أن تكون منزلة المسلم أعلى كما لو كان على يمين القاضي أو أقرب إلى القاضي، بلا خلاف فيه، لما روته العامة (أن علياً عليه السلام جلس بجانب شريح القاضي في حكومة له مع يهودي في دوع، وقال: لو كان خصمي مسلماً جلست معه بين يديك، ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا تساوهم في المجلس)<sup>(١)</sup>.

وأما بقية الأمور غير المجلس فهي باقية تحت العمومات السابقة من وجوب التسوية بين الخصمين.

(٣) امتياز المسلم على الكافر، وفيه: أن دليل الاستثناء منحصر في المجلس كما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم المتقدم.

(٤) مسلمين أو كافرين أو مختلفين.

(٥) لأن التحكم بالقلب متعذر، ولما روته العامة عن النبي صلى الله عليه وسلم في القسم بين نساته: (هذا قسمي فيما أملك وأنت أعلم بما لا أملك)<sup>(٢)</sup>، يعني الميل القلبي.

(١) المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٤٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٨٧، رقم الحديث ١٤٧٤٤ ذيله.

غضاضة فيه<sup>(١)</sup> على الناقص، ولا إدلال للمتصف، لعدم اطلاعهما، ولا غيرها عليه، نعم تستحب التسوية فيه ما أمكن.

(وإذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه) وجوباً<sup>(٢)</sup> تلك الدعوى لا جميع ما يريده منها<sup>(٣)</sup>، ولو قال الآخر كنت أنا المدعي لم يلتفت إليه<sup>(٤)</sup> حتى تنتهي تلك الحكومة، (ولو ابتدرا) معاً (سمع من الذي على يمين صاحبه)<sup>(٥)</sup> دعوى واحدة، ثم

= نعم في صحيح أبي حمزة الشمالي ما يدل على حرمة الميل القلبي، فقد روى عن أبي جعفر عليه السلام (كان في بني إسرائيل قاضٍ وكان يقضي بالحق فيهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا مت فاعسليني وكفّنيني وضعيني على سريري وغطّي وجهي فإنك لا ترين سوءاً، فلما مات فعلت ذلك، ثم مكث بذلك حيناً، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هي بدودة تقرض منخره ففرغت من ذلك، فلما كان الليل أتاها في منامها، فقال لها: أفرعك ما رأيت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فرغت، ما كان الذي رأيت إلا في أخيك فلان، أتاني ومعه خصم له، فلما جلسا إليّ قلت: اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما إليّ كان الحق له ورأيت ذلك بيتاً في القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان مع موافقة الحق)<sup>(١)</sup>، وقد حُمل على الحث على المراتب العالية، أو أن المحرم هو الميل القلبي لأحدهما في الحكم لا في مقدماته كالنظر والجلوس والكلام ونحو ذلك، أو على الوجوب عند الإمكان، وهو نادر إلا ممن له نفس مطوعة لأوامر الله جل وعلا، أو على الاستحباب، وهو المستفاد من عبارة الشارح هنا، وفي الأخير ضعف ظاهر، إذ الاستحباب لا يوجب تركه العقاب.

- (١) في الميل القلبي، والناقص هو الذي نقص ميل القاضي إليه، والذي توجه ميله إليه هو المتصف.
- (٢) لأنه السابق، والسابق أحق من غيره في جميع الحقوق المشتركة، وهذا منها، نعم تسمع منه هذه الدعوى للأسبقية، ولا تسمع جميع الدعاوى التي يريد فتحها.
- (٣) من الدعاوى.
- (٤) لأنه مدع بدعوى متأخرة، فلا تسمع حتى تنتم الدعوى السابقة، وعليه الإجابة، نعم بعد الانتهاء من الأولى يُنتقل إلى الثانية.
- (٥) وهو الكائن على يسار القاضي عند المواجهة، لصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام =



سمع دعوى الآخر، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقيل: يقرع بينهما، لورودها لكل مشكل، وهذا منه، ومثله<sup>(١)</sup> ما لو تراحم الطلبة عند مدرّس، والمستفتون عند المفتي، مع وجوب التعليم والإفتاء، لكن هنا يقدم الأسبق، فإن جهل، أو جاؤوا معاً<sup>(٢)</sup> أقرع بينهم، ولو جمعهم على درس واحد مع تقارب أفهامهم جاز، وإلا فلا<sup>(٣)</sup>، (وإذا سكتا)<sup>(٤)</sup> فله أن يسكت حتى يتكلما، وإن شاء (فليقل: ليتكلم المدهي منكما، أو تكلمما)، أو يأمر من يقول ذلك، (ويكره تخصيص أحدهما بالخطاب) لما فيه من الترجيح الذي أقل مراتبه الكراهة.

(وتحرم الرشوة)<sup>(٥)</sup> بضم الراء وكسرهما، وهو أخذه مالا من أحدهما أو

= (قضى رسول الله ﷺ أن يُقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام)<sup>(١)</sup>، وقال في المسالك: «وهذه الرواية ليست صريحة في المدعى إلا أن الأصحاب اتفقوا على إرادة ما ذكر منها»، ومثلها صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تقدمت مع خصم إلى وإل أو إلى قاضٍ فقف عن يمينه، يعني عن يمين الخصم)<sup>(٢)</sup>، والتفسير - على ما هو المظنون - من الصدوق الذي أورد الخبر في الفقيه. والشيخ في الخلاف والبسوط مال إلى القرعة، وهو مذهب أصحاب الشافعي، لأنها لكل أمر مشكل أو مجهول، وفيه: أنه لا إشكال ولا اجمال بعد ورود النص المتقدم.

(١) ومثل التخاصم فالحق للأسبق ثم للقرعة، والأسبقية للمجيء هنا لا للقول، هذا كله إذا كان العلم المطلوب تدريسه واجباً على المدرس، وإلا فهو بالخيار يقدم من يشاء، فيجوز له رد الأول حيثنّذ لعدم وجوب التدريس عليه.

(٢) ومنه يستكشف أن الأسبقية للمجيء.

(٣) لأنه يكون ظلماً لأحد الطرفين.

(٤) فيستحب له أن يقول: تكلموا أو ليتكلم المدهي منكما، لما في توجيه الخطاب إلى أحدهما من إيحاء الآخر، وهذا منافٍ لما تقدم من وجوب التسوية، وهو يقتضي تحريم توجيه الخطاب إلى أحدهما كما هو ظاهر البسوط والتحرير، وعن المحقق وجماعة الكراهة، وقال الشارح في المسالك «فأما أن يكون ذلك استثناء من السابق - أي وجوب التسوية - أو رجوعاً عن الحكم».

(٥) الرشوة مثلثة الراء، وهي من الكيائت بالاتفاق، للأخبار.

منهما، أو من غيرها على الحكم<sup>(١)</sup>، أو الهداية إلى شيء من وجوهه<sup>(٢)</sup>، سواء حكم ليأذنها بحق أم باطل<sup>(٣)</sup>، وعلى تحريمها إجماع المسلمين، وعن الباقر عليه السلام (أنه الكفر بالله ورسوله)<sup>(٤)</sup> وكما تحرم على المرتشي تحرم على المعطي، لإعانتة على الإثم والعدوان<sup>(٥)</sup>، إلا أن يتوقف عليها تحصيل حقه فتحرم على المرتشي خاصة<sup>(٦)</sup>، (فتجب إعادتها)<sup>(٧)</sup> مع وجودها، ومع تلفها المثل، أو القيمة، (وتلقين<sup>(٨)</sup> أحد الخصمين حجته) أو ما فيه ضرر على خصمه، وإذا ادعى المدعي

= منها: خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (الرشا في الحكم هو الكفر بالله)<sup>(٩)</sup>، وخبر جراح المدايني عن أبي عبد الله عليه السلام (من أكل السحت الرشوة في الحكم)<sup>(١٠)</sup>، وصحيح عمار بن مروان المروي في الحاصل عن أبي عبد الله عليه السلام (فأما الرشا يا عمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله ﷺ)<sup>(١١)</sup>، والنبوي المروي في غوالي اللثالي (لعن الله الراشي، والمرتشي، ومن بينهما يمشي)<sup>(١٢)</sup>.

- (١) كما هو مقيد في الأخبار المقدمة.
- (٢) وجوه الحكم.
- (٣) لاطلاق الأخبار المقدمة.
- (٤) وهو خبر عمار بن مروان عن أبي جعفر عليه السلام (فأما الرشا في الحكم فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه، ورسوله ﷺ)<sup>(٥)</sup> وهو ضعيف السند سهل في الكافي، وصحيح في التهذيب.
- (٥) وللنبوي المتقدم.
- (٦) لقاعدة الضرر الموجبة لرفع حرمة الرشوة على الدافع.
- (٧) كل رشوة يأخذها القاضي سواء كان الدافع معذوراً أم لا يجب ردها على صاحبها، لبقائها على ملكه، بعد كون الرشوة من السحت كما تقدم، ولو تلفت ضمن القاضي، لعموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)<sup>(٦)</sup>.
- (٨) فيحرم على القاضي أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، بأن يعلمه دعوى =

(١٠) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ٣ و٧.

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

(١٢) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ٨.

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

(١٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الغصب حديث ٤، وسيأتي تحريجه من مصادر العامة.

(فإن وضع الحكم لزمه القضاء<sup>(١)</sup> إذا التمس<sup>(٢)</sup> المقضي له) فيقول: حكمت<sup>(٣)</sup>، أو قضيت، أو أنفذت، أو مضيت، أو ألزمت، ولا يكفي ثبت عندي، أو أن دعواك ثابتة. وفي «أخرج إليه من حقه»، أو أمره بأخذه العين، أو التصرف فيها قول جزم به العلامة، وتوقف المصنف.

(وؤستحب) له قبل الحكم (ترغيبهما في الصلح)<sup>(٤)</sup> فإن تعذر حكم بمقتضى الشرع، فإن اشتبه أرجأ حتى يتبين، وعليه الاجتهاد في تحصيله<sup>(٥)</sup>، (ويكره أن يشفع) إلى المستحق (في إسقاط) حق<sup>(٦)</sup>، (أو) إلى المدعي (في إبطال)

= صحيحة لم يكن في نفسه الدعوى بها، أو يلغنه الإنكار بأصل الحق لثلا يصير مقراً، أو يحس منه التردد فيحرضه على الإقامة ونحو ذلك، لأنه نُصِب لسد باب المنازعة، وفعله هذا يفتح بابها، فيكون على خلاف الحكمة الباعنة.

نعم لا بأس بالاستفسار والتحقيق وإن اتفق تأديته في بعض الأحوال إلى اعتداء الخصم إلى ما يفيد في خصومته.

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

(٢) لأنه حق له، وربما عدل عن حقه.

(٣) قال في الدروس: «يقول: حكمت أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت، وقيل: يكفي ادفع إليه ماله، أو أخرج إليه من حقه، أو يأمره بأخذ العين وبيعها، ولا يكفي أن يقول: ثبت عندي أو أن دعواك ثابتة» لعدم إنشاء الحكم في الأخير.

ولقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: «قلت: لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه - أي الحكم - فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلاً عن قول ثبت عندي مريداً به ذلك».

(٤) قال تعالى: «والصلح خير»<sup>(١)</sup>.

(٥) لسد باب المنازعات، وهو واجب عليه حال كونه قاضياً.

(٦) بعد ثبوته، أو إبطال دعوى قبل الثبوت، لخبر الدعائم عن رسول الله ﷺ (أنه قال لأسامة بن زيد، وقد سأله حاجة لبعض من خاصمه إليه: يا أسامة، لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء، فإن الحقوق ليس فيها شفاعة)<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

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

دعوى، (أو يتخذ حاجباً وقت القضاء)<sup>(١)</sup> لنهي النبي ﷺ عنه (أو يقضي مع اشتغال القلب بتعاسر، أو هم، أو غم، أو غضب، أو جوع)، أو شبع مفرطين، أو مدافعة الأخبثين، أو وجع<sup>(٢)</sup>، ولو قضى مع وجود أحدهما نفذ<sup>(٣)</sup>.

### (القول في كيفية الحكم)

(المدعي<sup>(٤)</sup> هو الذي يُتْرَكُ لو تَرَكَ الخصومة، وهو المعبر عنه بأنه الذي يُحْلَى

(١) للنبوي (من ولي من أمور المؤمنين شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وقره)<sup>(١)</sup>.

(٢) أما الغضب فللنبوي (لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان)<sup>(٢)</sup> وهو من طرق العامة، وخير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من ابتلي بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان)<sup>(٣)</sup>، ومرفوع أحمد بن عبد الله رفعه عن أمير المؤمنين علي عليه السلام قال لشریح: (لا تشاور - تسارَ في نسخة أخرى - أحداً في مجلسك، وإن غضبت فقه ولا تقضين وأنت غضبان)<sup>(٤)</sup>، ولما فيه من المخاطرة في الوقوع في الخطأ حال الغضب، لأنه يفقده التروي في الحكم.

وأما الجوع فللنبوي (لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان)<sup>(٥)</sup>، ومن هذه الأخبار يتعدى إلى كل ما يوجب تغيير خُلُقِه وشغل نفسه وتشويش فكره من وجع أو مرض أو خوف أو فرح شديد أو ملل وضجر أو مدافعة الأخبثين أو حضور طعام ونفسه تنوق إليه.

(٣) بلا خلاف فيه، لعموم ما دل على نفوذ حكمه وقد تقدم، بعد حمل النصوص الدالة على النهي عن القضاء عند الغضب وغيره على الكراهة، لقصورها عن الحرمة لضعف أسانيدھا.

(٤) وردت النصوص بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر كما سيأتي التعرض لها، واختلف الأصحاب في تعريفهما.

ف قيل: المدعي هو الذي يُتْرَكُ لو ترك الخصومة، ويُعبر عنه بأنه لو سكت يُسكت عنه، =

(١) غوالي الثالث ج ٢ ص ٣٤٣، رقم الحديث ٦.

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٨٠، رقم الحديث ٢٠٢٧٧.

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

(٤) سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٨١، رقم الحديث ٢٠٢٨٢.

وسكوته، وقيل: هو من يخالف قوله الأصل، أو الظاهر، (والمنكر مقابله) في

= والمنكر في قبالة، وهو النسب إلى المشهور.

وقيل: المدعي من يدعي خلاف الأصل والمنكر في قبالة.

وقيل: المدعي من يدعي خلاف الظاهر بأن يذكر أمراً خفياً، والمنكر في قبالة، وقد نسب هذان القولان إلى القليل في جملة من الكتب.

وقيل: إنه لا حقيقة شرعية للفظ المدعي، فيرجع فيه إلى العرف كما في الجواهر، وما تقدم من التعاريف إنما يراد به تمييزه بذكر شيء من خواصه وآثاره الغالبة عليه، وهو الأقوى.

لكن المشهور على أن الخلاف بين الأقوال الثلاثة خلاف في معنى المدعي، فهذه التعريفات قد تتفق وهو الأغلب، كما لو ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو أو عيناً في يده فأنكر الثاني، فزيد مدع على الأول لأنه لو ترك الخصومة يُترك، وعلى الثاني لأنه يذكر خلاف الأصل، لأن الأصل براءة ذمة عمرو من الدين وفراغ يده من حق الغير، وعلى الثالث لأنه يذكر أمراً خفياً خلاف الظاهر، إذ الظاهر براءة ذمة عمرو وفراغ يده من حق الغير.

وقد تختلف كما لو أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا معاً فالتكاح باقٍ، وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح، فعمل الأول فالمرأة مدعية والزوج منكر، لأنه لا يُترك لو ترك، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فعليه الحلف وبمحكم بالاستمرار إذا حلف، وكذا على الثاني فالمرأة مدعية، لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر، وعلى الثالث فالزوج هو المدعي، لأن التساوي الذي يزعمه أمر خفي على خلاف الظاهر، فلو حلفت المرأة حُكم بارتفاع النكاح.

وبعد ما ثبت أن التعاريف بصدد ذكر خواص المعرف وآثاره وليست في مقام تحديد مفهومه خصوصاً بعد تعذر التعاريف الحقيقية إلا على علام الغيوب، وبعد عدم ثبوت الحقيقة الشرعية ولايذبة الرجوع إلى العرف فلو قيل إن المراد من الأصل هو الأصل العملي كالامارات المعتبرة من يذ ونحوها، والمراد من الظاهر هو الظاهر الشرعي فتحدد التعاريف الثلاثة بحسب المصاديق ولا اختلاف بينها كما هو واضح، على أن تفسير الظاهر بالظاهر العرفي المعاش لا بالشرعي كما يستفاد من المثال المتقدم مما لا دليل عليه بوجوه، بل الدليل على خلافه، لأن الظاهر الشرعي بنفسه دليل فلذا يطالب من يدعي عكسه بالبينة بخلاف العرفي المعاشي.

ومن هنا تعرف الحكمة في جعل البينة على المدعي، لأن قوله على خلاف الأدلة الشرعية من الأصول العملية والامارات المعتبرة، فيطالب بالبينة لتجبر قوة البينة ضعف كلامه المدعي، بخلاف المنكر فقوله موافق لهذه الأدلة، فيكتفى مع قوة كلامه بالحجة الضعيفة وهي اليمين.

الجميع، ولا يختلف موجبها غالباً، كما إذا طالب زيد عمراً بدين في ذمته، أو عين في يده فأنكر، فزيد لو سكت ترك<sup>(١)</sup>، ويخالف قوله الأصل<sup>(٢)</sup>، لأصالة براءة ذمة عمرو من الدين، وعدم تعلق حق زيد بالعين<sup>(٣)</sup>، ويخالف قوله الظاهر<sup>(٤)</sup> من براءة عمرو، وعمرو لا يُترك<sup>(٥)</sup>، ويوافق قوله الأصل والظاهر<sup>(٦)</sup> فهو مدعى عليه<sup>(٧)</sup> وزيد مدع على الجميع<sup>(٨)</sup>.

وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معاً فالنكاح باق، وقالت: مرتباً فلا نكاح، فهي على الأولين مدعية، لأنها لو تركت الخصومة لترك واستمر النكاح المعلوم وقوعه، والزوج لا يُترك لو سكت عنها لزعمها انفساخ النكاح، والأصل<sup>(٩)</sup> عدم التعاقب، لإستدعائه<sup>(١٠)</sup> تقدم أحد الحادئين على الآخر والأصل عدمه<sup>(١١)</sup>، وعلى الظاهر الزوج مدع، لبعده التساوق، فعلى الأولين يخلف الزوج ويستمر النكاح، وعلى الثالث تخلف المرأة ويبطل<sup>(١٢)</sup>، وكذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما<sup>(١٣)</sup> ويساره وأنكرته<sup>(١٤)</sup>، فمعه

- (١) فهو المدعي على التعريف الأول.
- (٢) فهو المدعي أيضاً على التعريف الثاني.
- (٣) التي هي تحت يد عمرو هذا إذا كانت موجودة، ومع عدم وجودها فالأصل فراغ يده من حق الغير.
- (٤) فهو المدعي أيضاً على التعريف الثالث، ومخالفة الظاهر بدعواه أمراً خفياً.
- (٥) فهو المنكر على التعريف الأول.
- (٦) فهو المنكر على القولين الأخيرين.
- (٧) في جميع التعاريف.
- (٨) جميع التعاريف، وهذا مثال اتفاقها، وهو الغالب.
- (٩) تعليل لكونها مدعية على التعريف الثاني.
- (١٠) التعاقب.
- (١١) عدم التقدم.
- (١٢) النكاح.
- (١٣) الزوج والزوجة في دار واحدة.
- (١٤) أنكرت الزوجة الإنفاق.

الظاهر، ومعها الأصل<sup>(١)</sup>

وحيث عُرف المدعي<sup>(٢)</sup> فادعى دعوى<sup>(٣)</sup> ملزمة معلومة<sup>(٤)</sup> جازمة<sup>(٥)</sup> قبلت

(١) فعل تعريف الظاهر فهي مدعية، وعلى تعريف الأصل فهو مدع، وعلى التعريف الأول فهي مدعية لأنها تُترك لو تركت، وقد تركه لوضوحه.

(٢) اعلم أنه يشترط فيه البلوغ والعقل لسلب عبارة الصبي والمجنون، وأن يدعي لنفسه أو لمن له الولاية، فلا تُسمع دعواه مالا لغيره، إلا أن يكون ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم، لأصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم، وأن تكون دعواه بما يصح للمسلم تملكه، فلا تُسمع دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً لعدم جواز تملكهما، بلا خلاف في هذه القيود الأربعة.

(٣) فلا بد من كونها صحيحة في نفسها، فلا تُسمع دعوى المحال عقلاً أو عادة أو شرعاً، وهذا ما لم يذكره الشارح، وأن تكون ملزمة للمدعى عليه، وهو المعبر عنه باللازمة، فلو ادعى هبة لم تُسمع حتى يدعي الإقباض، وكذا لو ادعى رهناً أو وقفاً، بناء على اعتبار القبض في صحة الأخيرين، إذ لا حق له عليه بدون القبض، بلا خلاف في هذين الشرطين.

(٤) وأن تكون الدعوى معلومة، كما عليه الشيخ وأبو الصلاح وبنو زهرة وحزمة وإدريس والفاضل في تحريره وتذكرته والشهيد في الدروس، كما لو ادعى فرساً أو ثوباً ولم يُعيّن، فلا تُسمع لانتفاء فائدتها، إذ يتعذر حكم الحاكم بها حال كونها مجهولة فيما لو أجاب المدعى عليه بنعم.

وأشكل: بأنه لا فرق بين الدعوى المجهولة والإقرار بشيء مجهول، مع قبولهم للاقرار بالمجهول، والزام المقر بالتفصيل، وأجاب الشيخ عنه بما حاصله: أنه لو اشترطنا التفصيل في قبول الإقرار للزم الرجوع عن الإقرار في بعض الأحوال، مع أنه قد تعلق حق الغير به، فلذا يقبل الإقرار بالمجهول ويُكلف المقر بالتفصيل، بخلاف الدعوى فعدم سماع الدعوى المجهولة لا يُذهب حق المدعي، لأنه مضطر لفتح الدعوى مع التفصيل فيما بعد، وفيه: أنه فرق ظاهري لا يصلح لتأسيس الحكم، وعن المحقق وجماعة القبول وإن كانت مجهولة، لإطلاق الأدلة، ولأن المدعي ربما يعلم حقه بوجه كمن يعلم بوجود فرسه أو ثوبه عند الغير ولا يعلم صفتها، فلو لم يجعل له ذريعة إلى الدعوى لبطل حقه، وأما تعيين صفات المدعى فيه فيلزم الخصم بيانه ويقبل تفسيره بمسمى المدعى ويحلف على نفي الزائد لو ادعى عليه.

(٥) فلا تُسمع لو قال: أظن أو أتوهم، لأن الدعوى يلزمها في بعض الصور الحكم باليمين المردودة على المدعي، أو ينكول المدعى عليه عن الحلف، وهما غير ممكنين مع عدم الجزم بالدعوى من المدعي، ولذا كان الجزم هو المجهود من الدعوى، فلا تشمل الظن أو الوهم، =

اتفاقاً، وإن تخلف الأول<sup>(١)</sup> كدعوى هبة غير مقبوضة، أو وقف كذلك، أو رهن عند مشروطه<sup>(٢)</sup> لم تسمع، وإن تخلف الثاني<sup>(٣)</sup> كدعوى شيء وثوب وفرس، ففي سماعها قولان:

أحدهما: - وهو الذي جزم به المصنف في الدروس - العدم، لعدم فائدتها<sup>(٤)</sup>، وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم، بل لا بد من ضبط المثل بصفاته، والقيمي بقيمته، والأثمان بجنسها ونوعها وقدرها، وإن كان البيع<sup>(٥)</sup> وشبهه

= ونقل المحقق عن شيخه نجيب الدين محمد بن نما سماع الدعوى غير الجازمة في التهمة، ويخلف المنكر من غير أن يترتب عليها رد اليمين على المدعي، لعدم إمكانه، وزد: بأنها لا تسمى دعوى، لعدم الجزم فيها.

وعن البعض منهم الشارح في الروضة هنا التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالسرقة والقتل، وبين ما لا يعسر الاطلاع عليه، فيعتبر الجزم في الثاني دون الأول، وعن بعض سماع الدعوى الجازمة والمظنونة دون الوهمية، وعن صاحب الجواهر سماع الدعوى مطلقاً مع وجود التهمة، والآخر هو الأقوى، ويؤيده الأخبار.

منها: خبر بكر بن حبيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء)<sup>(١)</sup>، وخبره الآخر عنه عليه السلام (لا يضمن القصار إلا ما جنت بدهاء، وإن اتهمته أحلفته)<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي بصير عنه عليه السلام (لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة ويستحلف، لعله يستخرج منه شيئاً)<sup>(٣)</sup>، وهي وإن كانت بصورة تحقق اليد المقنضية للضمان، فلا تشمل سائر الدعاوى الظنية من غير تحقق اليد، لكن يستفاد منها جواز الاحلاف مع التهمة مطلقاً وهو المدعى، نعم لا يخفى أنه مع عدم الجزم من المدعي لا يرد عليه اليمين المردودة.

(١) الإلزام في الدعوى.

(٢) مشروط القبض في الرهن.

(٣) العلم بالمدعى فيه.

(٤) فائدة الدعوى بالجهول، وذلك فلو أقر المدعى عليه بقوله: نعم، وأراد الحاكم أن يحكم بأي شيء سيحكم ما دامت الدعوى مجهولة.

(٥) دفع توهم، أما التوهم: فلم يحمل البيع على نقد البلد وفي الدعوى يلزم تعيين النقد؟ =



ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، لأنه إيجاب في الحال، وهو غير مختلف، والدعوى إخبار عن الماضي، وهو مختلف.

والثاني: - وهو الأقوى - السماع، لإطلاق الأدلة الدالة على وجوب الحكم، وما ذُكر لا يصلح للتقييد، لإمكان الحكم بالجهول، فيُحبس حتى يبينه كالإقرار، ولأن المدعي ربما يعلم حقه بوجه ما خاصة، بأن يعلم أن له عنده ثوباً، أو فرساً، ولا يعلم شخصهما، ولا صفتهما، فلو لم تُسمع دعواه بطل حقه، فالملتزم له موجود والمانع مفقود.

والفرق بين الإقرار والدعوى بأن المقر لو طُوبى بالتفصيل ربما رجح<sup>(١)</sup>، والمدعي لا يرجح، لوجود داعي الحاجة<sup>(٢)</sup> فيه دونه<sup>(٣)</sup>، غير كاف في ذلك<sup>(٤)</sup>، لما ذكرناه<sup>(٥)</sup>، وإن تخلف الثالث وهو الجزم بأن صرح بالظن، أو الوهم ففي سماعها أوجه، أو جهها السماع فيما يعسر الاطلاع عليه كالقتل، والسرقة، دون المعاملات، وإن لم يتوجه على المدعي هنا الحلف برد<sup>(٦)</sup>، ولا نكول<sup>(٧)</sup>، ولا مع شاهد<sup>(٨)</sup>، بل

= والجواب: أن البيع يحمل على النقد السائد، لأن الحال أنهما تعاملتا به وهو نقد البلد، بخلاف الدعوى إذ يحتمل أنهما تعاملتا بنقد غير هذه البلدة عندما كانا في تلك البلدة، وأيضاً أن البيع منصرف إلى الزمن الحالي والنقد في الزمن الحالي هو نقد البلد، بخلاف الدعوى، فإنها إخبار عن الماضي وهو أزمته متعددة فحملها على زمن خاص ساد فيه نقد خاص ترجيح بلا مرجح، وهذا يتم فيما لو تعدد النقد في البلد ماضياً، أما إذا قطعنا بعدم تغيره فيتعين الدليل الأول فقط.

- (١) وبه إبطال حق الغير الذي ثبت بالإقرار، فلذا يقبل الإقرار بالأجمال.
- (٢) وهو طلب حقه، فلو لم تسمع دعواه بالجهول فيرجع ويفتح الدعوى بالتفصيل.
- (٣) دون المقر.
- (٤) في الفرق بين الإقرار والدعوى، ليلزم اختلافهما بالحكم، فيسمع الإقرار بالجهول دون الدعوى به.
- (٥) من إطلاق الأدلة، ومن أن عدم سماع الدعوى المجهولة موجب لبطلان حق المدعي.
- (٦) اليمين المرودة، لعدم جزمه عند سماع دعواه غير الجازمة.
- (٧) عند امتناعه عن اليمين المرودة، لأنه يجب عليه الامتناع، لعدم جزمه بما ادعاه، فكيف يحلف عليه؟
- (٨) اليمين مع شاهد، فكيف يحلف مع عدم جزمه؟

إن حلف المنكر، أو أقر، أو نكل وقضينا به<sup>(١)</sup>، وإلا وقفت الدعوى، إذا تقرر ذلك فإذا ادعى دعوى مسموعة طُوب المدعى عليه بالجواب.

(وجواب المدعى عليه<sup>(٢)</sup> إما إقرار) بالحق المدعى به أجمع، (أو إنكار) له أجمع، أو مركب منهما فيلزمه حكمهما، (أو سكوت) وجعلُ السكوتِ جواباً مجازاً شائع في الاستعمال، فكثيراً ما يقال: ترك الجواب جواب المقال<sup>(٣)</sup>، (فالإقرار يمضي)<sup>(٤)</sup> على المقر (مع الكمال) أي: كمال المقر على وجه يُسمع إقراره بالبلوغ، والعقل مطلقاً<sup>(٥)</sup>، ورفع الحجر فيما يمتنع نفوذه به، وسيأتي تفصيله، فإن التمس المدعي حينئذ<sup>(٦)</sup> الحكم حَكَمَ عليه<sup>(٧)</sup> فيقول: ألزمتك ذلك، أو قضيت عليك به.

(١) بنكول المنكر كما سيأتي.

(٢) ما يصدر منه حال الدعوى إما إقرار أو إنكار أو سكوت، ولكل حكم، وسيأتي إن شاء الله تعالى، والسكوت قد اعتبر جواباً لأنه إذا أصر عليه المدعى عليه أُعتبر تكولاً، فيُرَدُّ اليمين على المدعي ويحكم الحاكم به، فيكون السكوت في حكم الإنكار حينئذ.

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

(٤) لا خلاف في أن الإقرار نافذ، إذا صدر من أهله المستجمع لشرائط صحته كما سيأتي تفصيله في بابهِ، والاقرار يمضي هنا سواء حكم الحاكم به أم لا بخلاف البينة، لأن البينة منوطة باجتهاد الحاكم في قبولها وردها، أما الأقرار الصادر من أهله فإنه نافذ على المقر على كل حال كما عن المسالك وجماعة، وفيه: أنه لا فرق بينهما في الاحتياج لحكم الحاكم في مقام فصل النزاع وقطعه، كما أنه لا فرق بينهما في ثبوت الحق للمدعي إذا قامت البينة على ذلك أو أقر الخصم، نعم هناك فرق غير فارق، إذ الأقرار خفيف المؤنة بل معدومها، إذ يثبت من دون احتياج إلى إعمال اجتهاد الحاكم، لأن حجته معلومة ودلالة ألفاظه واضحة عرفاً، بخلاف البينة فيحتاج تحققها إلى اجتهادات من الحاكم غالباً، نعم بعد تحققها عند الحاكم فلا فرق بينها وبين الأقرار في الاحتياج إلى حكم الحاكم في فصل الخصومة، ولعله إلى هذا يرجع كلام الشارح في المسالك، وإن كان بعيداً عن ظاهر كلامه.

(٥) وإن كان مجنوناً بجنون أدواري، لكن قد صدر إقراره حال تعقله.

(٦) حين الأقرار.

(٧) كما عليه الشيخ في المبسوط، لأن الحكم به عليه حقٌ للمدعي، فلا يُستوفى إلا بأمره، وغيره على العدم، لأنه من وظائف القاضي، وحال المدعي من إحضار المدعى عليه =

(ولو التمس) المدعي من الحاكم (كتابة إقراره كُتِبَ<sup>(١)</sup>) وأشهد مع معرفته<sup>(٢)</sup>، أو شهادة عدلين بمعرفته، أو اقتناعه بحليته<sup>(٣)</sup>) لا بمجرد إقراره<sup>(٤)</sup> وإن صادقه المدعي، حذراً من تواطؤهما على نسب لغيرهما، ليلزما ذا النسب بما لا يستحق عليه، (فإن ادعى الإعسار)<sup>(٥)</sup> وهو عجزه عن أداء الحق، لعدم ملكه لما زاد عن

= للخصومة يغني عن المقال، هذا وصورة الحكم ما تقدم من قوله: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله ونحو ذلك فاصداً إنشاء الفصل بينهما وإنشاء الحكم بذلك، لا أن يقول ثبت عندني ونحو ذلك، مما ليس فيه إنشاء الحكم للفصل بينهما.

(١) نسب الشارح في المسالك وجوب الكتابة على القاضي إلى الأشهر تارة وإلى المعروف بين الأصحاب تارة أخرى، لأن ذلك حجة له فكان على القاضي إقامتها، وفيه: أن الحجة له هو حكم القاضي والإشهاد عليه، لا كتابة الحكم ولا كتابة الإقرار، إلا إذا توقف حقه على الكتابة فتجب من باب المقدمة، وعلى كلٍ لو أجاز القاضي فلا يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه على وجه يتشخص به عن غيره، أو تقوم البيئة بنسبه واسمه حتى يؤمن التدليس بجعل الإقرار لغير من وقع، وكذا لو عرف القاضي بخصوصياته الخلقية المميزة له عن غيره، أو تقوم البيئة على ذلك، من أجل الأمن من التدليس.

(٢) معرفة القاضي بالمدعى عليه، ولا داعي لضم الشهادة لمعرفة القاضي بنسبه.

(٣) وهي الصفة المشخصة له.

(٤) اقرار المدعى عليه.

(٥) إذا كان المدعى به عيناً موجودة عند المدعى عليه، وقد أقر بأنها للمدعي ألزم بردها بعد حكم الحاكم، وأما إذا كان ديناً في الذمة فإن كان المدعى عليه المقر واجداً للمال ألزم به، وإن امتنع أجبر عليه، وإن ماطل وأصر على الامتناع جازت عقوبته بالتغليظ في القول ورفع الصوت عليه، كأن يقول له: يا ظالم يا فاسق، ثم يجوز حبسه وضربه حسب مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الأهون فالأهون، لخبر المجاشعي عن الرضا عن أبياته عن علي عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لِي الْوَاجِدُ بِالَّذِينَ يَجْلُ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتُهُ، مَا لَمْ يَكُنْ دِينَهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عِزَّ وَجَلَّ<sup>(١)</sup>)، وموثق عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يجس الرجل إذا التوى على غرمانه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالخصص، فإن أبي باعه فقسم بينهم)<sup>(٢)</sup>.

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

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

وأما إذا كان المدعى به ديناً في الذمة وادعى المقر الإعسار، فإن علم القاضي إعساره أو صدقه المدعي على الإعسار انظر، وفقاً للمشهور، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، وإن تصدقوا خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون﴾<sup>(١)</sup>، ولخير غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالا)<sup>(٢)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها، وكان زوجها معسراً فأبى أن يجبس، وقال: إن مع العسر يسراً)<sup>(٣)</sup>.

وعن الشيخ في النهاية أنه يدفع إلى غرمائه ليؤجروه ويستعملوه، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه، وإن شئتم استعملوه)<sup>(٤)</sup>، والعمل على الأول لأنه أشهر وأوفق بالكتاب.

وعن ابن حمزة أنه إذا لم يكن ذا حرفة خلّى سبيله، وإلا دُفع إلى الغريم ليستعمله جمعاً بين الأخبار المتقدمة، وفيه: أنه جمع تبرعي لا شاهد له. وإن لم يثبت إعساره فهل يجبس حتى يتبين حاله؟ فهنا لا تحلوا المسألة من أنه إما أن يكون له مال ظاهر أو لا، وعلى الثاني فقد يكون له أصل مال سابقاً أو لا؟ وعلى الثاني إما أن تكون الدعوى مالاً أو لا، وفي الجميع ما عدا الأخير يُجبس حتى يثبت إعساره، لأنه في جميع هذه الصور ما عدا الأخير هو مدع للإعسار ولا بينة له ولم يصدقه المدعي الذي هو غريمه، فلا بد من الحبس احتياطاً لحق المدعي، ولأن الأمير عليه السلام كما في الأخبار المتقدمة كان يجبس بمجرد الالتواء ولا يخرج من السجن حتى يثبت إعساره، وأما في الصورة الأخيرة فدعواه الإعسار موافقة للظاهر والأصل، فهو المنكر عند عدم تصديق غريمه، فلا يكلف البينة وللغرماء مطالبته باليمين، فلو حلف فلا حبس، لمعوم صحيح جميل وهشام عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: البينة على من ادعى، واليمين على من ادعى عليه)<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحجر حديث ١ و ٢.

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

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

داره وثيابه اللاتفة بحاله ودابته وخادمه كذلك، وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجبي النفقة.

(وثبت صدقه) فيه (بيينة مطلعة على باطن أمره) مراقبة له في خلواته، واجدة صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عادة، حتى ظهر لها قرائن الفقر، ومخايل الإضافة، مع شهادتها على نحو ذلك<sup>(١)</sup> بما يتضمن الإثبات<sup>(٢)</sup>، لا على النفي الصرف<sup>(٣)</sup>، (أو بتصديق خصمه) له على الإعسار، (أو كان أصل الدعوى بغير مال)، بل جنائية أوجبت مالاً، أو إتلافاً، فإنه حيثئذ يقبل قوله فيه<sup>(٤)</sup>، لأصالة عدم المال، بخلاف ما إذا كان أصل الدعوى مالاً، فإن أصالة بقاءه<sup>(٥)</sup> تمنع من قبول قوله<sup>(٦)</sup>، وإنما يثبت إعساره بأحد الأمرين: البيينة، أو تصديق

= هذا وعند كون المقر مدعياً للإعسار وأقام البيينة على إعساره، فإن شهدت البينة بتلف جميع أمواله قضي بها ولا يكلف باليمين ولو لم تكن البيينة مطلعة على باطن أمره بالصحة المتأكدة لأنها بيينة إثبات، أما لو شهدت بالإعسار مطلقاً من دون تعرض لتلف ماله المعلوم أصله أو المعلوم بحسب الظاهر فلا تقبل، لأنها بيينة نفي، وقد تكون مستندة على ظاهر حاله فلا بد من انضمام يمين المعسر، دفعاً للاحتمال الخفي، وهو عدم اطلاعها إلى الواقع من وجود المال وخفائه عنها، وعن بعضهم - كما في المسالك - أنها تقبل من دون ضم اليمين، لعدم على المدعي البيينة واليمين على من أنكر.

نعم لو شهدت بالإعسار مطلقاً وكانت لها خبرة واطلاع على باطن أمره بالمعاشرة الكثيرة فتقبل بلا خلاف من دون ضم اليمين، لأنها وإن كانت بيينة نفي بحسب الظاهر إلا أنها ملحقة ببيينة الإثبات، لأن من يكون من أهل الخبرة على باطن أمره بكثرة المخالطة وطول المجاورة وقد شهد بأنه معسر فهو يشهد بأنه لا يملك إلا قوت يومه وثيابه بدنه ودابته وخادمه اللاتقين بحاله، وهذا إثبات لما ذكرناه ونفي لما عداه.

- (١) من قرائن الفقر ومخايل الإضافة.
- (٢) من أنه لا يملك إلا ما هو ضروري له كما تقدم.
- (٣) بأن تشهد بأنه لا يملك، فهي شهادة نفي لا تقبل، إلا إذا تضمنت إثباتاً كما تقدم.
- (٤) قول المقر بالإعسار، لأن قوله موافق للأصل، إذ الأصل عدم وجود المال عنده، فهو منكر بالحقيقة لو لم يصدقه غريمه، فيكتفى منه باليمين.
- (٥) بقاء المال.
- (٦) قول المدعي عليه بالإعسار.

الغريم، وظاهره أنه لا يتوقف مع البيئة<sup>(١)</sup> على اليمين، وهو أجود القولين<sup>(٢)</sup>، ولو شهدت البيئة بالإعسار في القسم الثاني<sup>(٣)</sup> فأولى بعدم اليمين، وعلى تقدير كون الدعوى ليست مالا (وحلف) على الإعسار (ثرك)<sup>(٤)</sup> إلى أن يقدر، ولا يكلف التكسب<sup>(٥)</sup> في المشهور، وإن وجب عليه السعي على وفاء الدين، (وإلا) يتفق ذلك بأن لم يُقِم بيئة، ولا صادقه الغريم مطلقاً<sup>(٦)</sup>، ولا حلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالا (حُيس)<sup>(٧)</sup> ويُحَث عن باطن أمره، (حتى يُعلم حاله) فإن علم له مال أمر بالوفاء<sup>(٨)</sup>، فإن امتنع باشره القاضي<sup>(٩)</sup>، ولو بيع ماله إن كان مخالفاً للحق،

(١) إذا شهدت بالإعسار، وكان أصل الدعوى مالياً، أو كان له مال ظاهر.

(٢) وقد عرفت أن الأكثر على ضم اليمين، لدفع الاحتمال الخفي إذا شهدت بالإعسار مطلقاً.

(٣) فيما لو كانت الدعوى بغير مال فيكون مدعي الإعسار منكراً، وقوله موافقاً للظاهر أو الأصل، فلا يمين من باب أولى، لأنه في القسم الأول عندما كان مدعياً، - لأن قوله مخالف للظاهر أو الأصل - فلا يمين، كما استجوده الشارح، فهنا من باب أولى.

(٤) على المشهور كما تقدم.

(٥) لا يكلف التكسب تحت يد الغرماء كما هو مختار الشيخ، أو كان ذا حرفة كما هو مختار ابن حنزة، وقد تقدم الكلام في ذلك، نعم يجب عليه السعي باختياره وما فضل عنه دفعه إلى غرمائه، ووجوب السعي هنا لوجوب الوفاء بالدين من باب المقدمة.

(٦) سواء كان أصل الدعوى مالا أم لا.

(٧) حتى يثبت إعساره كما تقدم.

(٨) لأنه هو الذي له التصرف في ماله، وإن تعلق به حق الغير فيؤمر.

(٩) للأخبار منها: خير الأصبح بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه فيخل سبيله حتى يستفيد مالا، وقضى عليه السلام في الرجل يلتوي على غرمائه أنه يُحس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالخصص، فإن أبى باعه فقسمه بينهم)<sup>(١)</sup>، ويجمل البيع على ما لو كان الموجود مخالفاً بالجنس للمطلوب، وإلا فلو كان موجوداً بعينه ردّه الحاكم على الغير عند امتناع المقر، لأنه ولي المنتع.

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

(وأما الإنكار<sup>(١)</sup> فإن كان الحاكم عالماً بالحق (قضى بعلمه)<sup>(٢)</sup> مطلقاً على أصح القولين، ولا فرق بين علمه به في حال ولايته ومكانها وغيرها<sup>(٣)</sup>، وليس له حينئذ طلب البيّنة من المدعي مع فقدتها قطعاً، ولا مع وجودها على الأقوى<sup>(٤)</sup>

(١) بأن قال المدعي عليه: لا حق له علي.

(٢) فإن كان الحاكم معصوماً قضى بعلمه مطلقاً في حقوق الله وحقوق الناس، لمصمته المانعة من تطرق التهمة، ولعلمه المانع من الخلاف، ولوجوب تصديق الإمام في كل ما يقوله مع كفر مكذبه، أما غير المعصوم فكذلك، لأنه لو لم يحكم بعلمه للزم إيقاف الدعوى أو الحكم على خلاف علمه الموجب لفسقه، وكلاهما محذور، فيتعين الحكم بعلمه.

وعن ابن حمزة الجواز في حقوق الناس دون حق الله، وعكس ابن الجنيد في كتابه الأحدي كما في المسالك، ويظهر من السيد المرتضى أن ابن الجنيد لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقاً، سواء في ذلك الإمام أم غيره، وفي حق الله وحق الناس، ودليل من خالف المشهور إما النبوي (البيّنة على من ادعى واليمين على من أدعى عليه)<sup>(١)</sup>، والقسمة قاطعة للشركة، أو صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: إنما اقضى بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض، فأبما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار)<sup>(٢)</sup>، وخبر العسكري عليه السلام المروي في تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام (كان رسول الله ﷺ يحكم بين الناس بالبيّنات والأيمان في الدعاوى، فكثرت المطالبات والمظالم، فقال، يا أيها الناس إنما أنا بشرٌ وأنتم تختصمون، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيء فلا يأخذ به، فإنما أقطع له قطعة من النار)<sup>(٣)</sup>، وحلت هذه الأخبار عند المشهور على الغالب.

(٣) ردّ على بعض العامة حيث جوز الحكم بعلمه لو علم بالحق في مكان الولاية دون غيرها.

(٤) لم أجد مخالفاً، لكن يتحمل طلب البيّنة مع وجودها، إذ ليس فيه تضييع حق للمدعي، مع ما فيه من دفع التهمة عن الحاكم لو حكم بعلمه، لكنه احتمال مردود لما سمعت من كفاية العلم بالحكم.

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

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

وإن قصد دفع التهمة، إلا مع رضا المدعي، والمراد بعلمه هنا العلم الخاص، وهو الاطلاع الجازم، لا بمثل وجود خطه به إذا لم يذكر الواقعة<sup>(١)</sup> وإن أمن التزوير.

نعم لو شهد عنده عدلان بحكمه به<sup>(٢)</sup> ولم يتذكر فالأقوى جواز القضاء، كما لو شهدا بذلك<sup>(٣)</sup> عند غيره، ووجه المنع إمكان رجوعه إلى العلم، لأنه<sup>(٤)</sup> فعله، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره، فإنه يكفي الظن<sup>(٥)</sup>، تنزيلاً لكل باب على الممكن فيه، ولو شهدا عليه<sup>(٦)</sup> بشهادته به<sup>(٧)</sup>، لا بحكمه فالظاهر أنه كذلك<sup>(٨)</sup>.

(وإلا) يعلم الحاكم بالحق (طلب البينة) من المدعي<sup>(٩)</sup> إن لم يكن عالماً بأنه موضع المطالبة بها، وإلا جاز للحاكم السكوت<sup>(١٠)</sup>، (فإن قال: لا بينة لي عرفه

(١) أما مع ذكر الواقعة فلا داعي للخط.

(٢) بالحق.

(٣) بحكمه، فإنه نافذ عند الحاكم الآخر على تقدير ثبوته بالبينة.

(٤) الحكم.

(٥) لأن الحاكم الآخر غير عالم بالحكم ولا يستطيع إلا تحصيل الظن الآتي من البينة فلذا اكتفى بالشهادة على حكم الحاكم الآخر، بخلاف الحاكم الأول فإنه يمكن له تحصيل العلم فلا يكتفي بالظن الآتي من البينة القائمة على حكمه بعلمه.

(٦) على الحاكم الأول.

(٧) بالحق.

(٨) قبول الشهادة، لعدم أدلة حجية البينة، ويحتمل العدم، لامكان الرجوع إلى علم الحاكم وهو يشهد بنفسه، تنزيلاً لكل باب على الممكن فيه.

(٩) بل لو علم الحاكم أن المدعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة، فالحاكم بالخيار إن شاء قال للمدعي: ألك بينة؟ وإن شاء سكت، للأصل.

وأما إذا كان المدعي لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة أو جهل حاله وجب على الحاكم أن يقول له: ألك بينة؟ ويجب ذلك على الحاكم هنا لتلا يضيع حق المدعي.

(١٠) قال في الجواهر: «بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقاً لأنه مقدمة للقضاء الأمور به بين المتخاصمين، وعلمه بالخال - أي بحال المدعي أنه يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة - لا ينافي ذلك منه».



أن له إحلافه<sup>(١)</sup>، فإن طلبه أي: طلب إحلافه (حلفه الحاكم، ولا يتبرع) الحاكم (بإحلافه)، لأنه حق للمدعي<sup>(٢)</sup>، فلا يستوفى بدون مطالبته وإن كان إيقاعه إلى الحاكم<sup>(٣)</sup>، فلو تبرع المنكر به، أو استحلفه الحاكم من دون التماس المدعي لغا، (و) كذا (لا يستقل به الغريم من دون إذن الحاكم) لما قلناه: من أن إيقاعه موقوف على إذنه وإن كان حقاً لغيره، لأنه وظيفته، (فإن حلف) المنكر على الوجه المعتبر (سقطت الدعوى عنه)<sup>(٤)</sup> وإن بقي الحق في ذمته (وحرّم مقاصته به) لو ظفر له

- (١) لتلا يضيع حقه أيضاً، إذا كان المدعي جاهلاً بذلك، بل يحتمل وجوب ذلك على الحاكم مع علمه بحال المدعي أنه يعلم ذلك، مقدمة للقضاء كما تقدم في البيعة.
  - (٢) فلا يحلف المدعي عليه إلا بعد سؤال المدعي ذلك، بلا خلاف فيه، لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبة، ومن هنا حُكي أن أبا الحسين بن أبي عمر القاضي أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان وادعى أحدهما على صاحبه دنائير فأنكره، فقال القاضي للمدعي: ألك بيعة؟ قال: لا، فاستحلف القاضي من غير مسألة المدعي، فلما فرغ قال له المدعي: ما سألتك أن تستحلفه لي، فأمر أبو الحسين أن يُعطى الدنانير من خزائنه، لأنه استحيى أن يحلفه ثانياً<sup>(١)</sup>.
  - (٣) بمعنى لا يستقل الغريم بالإحلاف من دون إذن الحاكم، بل الإحلاف مما يقوم به الحاكم لأنه من وظائفه، بلا خلاف في ذلك.
  - (٤) بمعنى سقطت الدعوى عنه في الدنيا، ولا يجوز للمدعي فيما بعد المقاصة لو ظفر بمال الغريم، ولو عاود المدعي المطالبة أثم ولم تسمع دعواه وإن كان المنكر كاذباً بيمينه، غير أنه يجب عليه التخلص من مال الغريم فيما بينه وبين ربه بإرجاعه إلى المدعي، كل ذلك للأخبار.
- منها: صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبّله، ذهب اليمين بحق المدعي فلا دعوى له، قلت له: وإن كانت عليه بيعة عادلة؟ قال: نعم، وإن أقام بعدما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه)<sup>(٢)</sup>، وخبر النخعي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على =

(١) جواهر الكلام ج ٤٠ ص ١٧٠.

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

المدعي بمال وإن كان مماثلاً لحقه، إلا أن يُكذَّب المنكر نفسه بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

(و) كذا (لا تسمع البيعة) من المدعي (بعده) أي: بعد حلف المنكر على أصح الأقوال، لصحيفة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام (إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر بحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قَبْلَهُ وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة، فإن اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه)، وغيرها من الأخبار، وقيل: تسمع بيئته مطلقاً، وقيل: مع عدم علمه بالبيعة وقت تحليفه ولو نسيانها، والأخبار حجة عليهما.

= حقه<sup>(٢)</sup>، وخبر عبد الله بن وضاح (كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخاني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودرهم كثيرة فأردت أن اقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن عليه السلام، فأخبرته أنني قد أحلفته فحلف، وقد وقع له عندي مال فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت، فكتب عليه السلام: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمك فلا تظلمه، ولو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه، وقد ذهبت اليمين بما فيها<sup>(٣)</sup>، وعن الشيخ في المبسوط وابن إدريس أنه إذا نسي البيعة أو لم يعلم بها فاستحلفه ثم تذكر أو علم بها فإنها تسمع وإلا فلا، وعن الشيخ أيضاً أنها تسمع البيعة بعد الحلف مطلقاً، وعن المفيد وابن حمزة والقاضي أنها تسمع ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، وكلها أقوال ضعيفة، والأخبار المتقدمة حجة عليهم.

(١) بعد الحلف، فإن كذَّب نفسه جاز مطالبته وحلَّت مفاصته بلا خلاف فيه، لخبر مسمع بن سيار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحذنيه، وحلف لي عليه، ثم إنه جاءني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذته وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح منه، وأوقفت المال الذي كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح واعطه النصف وحلّه، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين<sup>(٤)</sup>، وخصوصية المورد لا تقيد عموم الوارد، والحكم بإعطاء النصف من الربح محمول على الاستحباب.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الأيمان حديث ٣.

(وإن لم يحلف) المدعى عليه (وردة اليمين) على المدعي (حلف المدهي)<sup>(١)</sup> إن كانت دعواه قطعية، وإلا لم يتوجه الرد عليه كما مر، وكذا لو كان المدعي ولياً، أو وصياً، فإنه لا يمين عليه وإن علم بالحال، بل يُلزم المنكر بالحلف، فإن أبى حُجس إلى أن يحلف، أو يقضى بنكوله (فإن امتنع) المدعي من الحلف، حيث يتوجه عليه (سقطت دعواه) في هذا المجلس قطعاً، وفي غيره على قول مشهور،

(١) لزمه الحلف إن أراد تحصيل حقه، وهي المسماة باليمين المردودة، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يدعي ولا بينة له، قال: يستحلفه، فإن ردة اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له)<sup>(٢)</sup>، وصحيح عبيد الله ابن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي، قال: يستحلف، أو يرده اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق له)<sup>(٣)</sup>، ومرسل يونس المضمرة (استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف ورده اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه، فإن أبى أن يحلف فلا شيء له)<sup>(٤)</sup>، ومقتضى الإطلاق أنه مع عدم الحلف تسقط دعواه في هذا المجلس وفي غيره، وعند هذا الحاكم وعند غيره، بل في الكفاية: «لا أعرف فيه خلافاً»، وعن المفيد وأبي الصلاح والعلامة في التحرير والكاشاني عدم السقوط إذا جاء بالبينّة فيما بعد، وهو ضعيف لما تقدم من إطلاق الأخبار، وأغرب منه ظاهر الميسوط وموضع من القواعد أن له إعادة الدعوى في غير هذا المجلس ولو مع عدم البينة، وعن بعض التفصيل بين حكم الحاكم بالنكول فتسقط الدعوى، وبين عدم فلا تسقط.

هذا واستثنى من إلزام المدعي باليمين المردودة فيما لو كانت الدعوى ظنية أو وهمية مع وجود التهمة، بناء على اعتبار سماعها، كما هو الأقوى على ما سمعت سابقاً، أو فيما لو كان المال للغير وهو ولي عنه، كولي اليتيم، فالدعوى لا تحسم بيمين غير صاحب المال، ثم عند تعذر رد اليمين على المدعي في الصورتين هل يلزم المنكر بالحلف أو يُقضى عليه بمجرد نكوله عن الحلف خلاف سيأتي تفصيله، وعلى الأول هل توقف الدعوى لعدم إمكان القضاء فيها كما عن جماعة، أو يجس المنكر إلى أن يقرّ أو يحلف حسماً لمادة النزاع كما عن جماعة أخرى منهم الصيمري؟

إلا أن يأتي بيينة<sup>(١)</sup>، ولو استمهله أمهل، بخلاف المنكر<sup>(٢)</sup>، ولو طلب المدعي احضار المال قبل حلفه<sup>(٣)</sup>، ففي إجابته قولان: أجودهما العدم<sup>(٤)</sup>، ومتى حلف المدعي ثبت حقه، لكن هل يكون حلفه كإقرار الغريم، أو كالبيينة؟ قولان: أجودهما الأول<sup>(٥)</sup>.

وتظهر الفائدة في مواضع كثيرة متفرقة في أبواب الفقه<sup>(٦)</sup>، (وإن نكل)

(١) وقد عرفت ضعفه.

(٢) قال في المسالك: «إنه يسأله القاضي إذا امتنع: عن سبب امتناعه، فإن لم يعلل بشيء أو قال: لا أريد أن أحلف، فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، وليس له مطالبة الخصم بعد ذلك ولا استئناف الدعوى في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، لظاهر النصوص السابقة خصوصاً الصحيحين - وقد ذكرناهما - مضافاً إلى أنه لولا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي، والخصم يرد اليمين عليه وهو لا يحلف، وهو منافٍ لمنصب القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً فقال: أريد أن آتي بالبيينة أو أسأل الفقهاء أو انظر في الحساب ونحو ذلك ترك ولم يبطل حقه من اليمين، وهل يُقدَّر إمهاله؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا يُقدَّر لأن اليمين حقه، وله تأخيرها إلى أن يشاء كالبيينة، بخلاف المدعى عليه فإنه لا يمهل إن استمهله، لأن الحق فيه لغيره. الثاني: يُقدَّر، لأن الإمهال من أجل رفع العذر فما زاد يكون كالناكل»، وفيه: أنه منافٍ لإطلاق النصوص السابقة حيث حكمت بسقوط حقه بعد امتناعه عن الحلف، ولا معنى لسؤال القاضي له عن سبب امتناعه، ولا داعي لإمهاله لاحضار البيينة في اليمين الردودة، نعم في أصل الدعوى له الحق في الإمهال لاحضار البيينة، وهذا خارج عن محل البحث.

(٣) باعتبار أنه لو حلف ثبت حقه المدعي.

(٤) لأن تكليف الاحضار قبل الثبوت تسلط على مال المسلم بغير حق فليس للحاكم مطالبته، والقول الثاني لأبي الصلاح ولم يذكر دليل له.

(٥) ووجهه أن رد المنكر اليمين على المدعي بعد امتناعه عن الحلف مشعر باعترافه بالحق فهو بمنزلة الإقرار.

ووجه الثاني المنسوب إلى الأكثر كما عن فخر المحققين بأن المطلوب من المدعي أولاً هو البيينة، واليمين الردودة قد قامت مقامها في الإثبات فهي بمنزلتها.

(٦) منها: أن المنكر إذا أقام بيينةً على أداء المال أو على الإبراء منه بعد حلف المدعي، فإن قلنا إن اليمين الردودة بمنزلة البيينة سمعت بيينة المنكر حيثئذ، وإن جعلناها بمنزلة إقرار الغريم الذي هو المنكر فلا تسمع بيينة المنكر حيثئذٍ لأنه مكذب لبينته.

المنكر عن اليمين وعن ردها على المدعي بأن قال: أنا ناكل، أو قال: لا أحلف عقيب قول الحاكم له: احلف، أو لا أرد (ردت اليمين أيضاً) على المدعي<sup>(١)</sup>،

= ومنها: لو قلنا إن اليمين المردودة بمنزلة البيعة فهي تحتاج في مقام ثبوتها إلى حكم الحاكم كاحتياج البيعة، وإن جعلناها بمنزلة اقرار الغريم فلا تحتاج، لعدم احتياج الاقرار إلى حكم الحاكم كما تقدم سابقاً.

وفيه: أن التردد في اليمين المردودة بين البيعة وإقرار الغريم ضعيف، إذ لا دليل على الحصر بينهما، مع أن الحاقها بأحدهما مبني على الاستحسان الذي لا نقول به، فالأقوى جعلها قسماً مستقلاً برأسه، وأما الفرعان المذكوران فلا تسمع بيعة المنكر بعد حلف المدعي، أولاً: لثبوت الحق له بالحلف كما هو مقتضى الإطلاق في النصوص السابقة، وثانياً: لا تسمع البيعة من المنكر بل وظيفته الحلف فقط، هذا بالنسبة للفرع الأول، وأما بالنسبة للفرع الثاني فالحق لا يثبت بمجرد وقوع اليمين المردودة من المدعي، بل لا بد من إنشاء حكم الحاكم على كل حال لفصل النزاع بين المتخاصمين.

(١) ذهب الصدوقان والشيخان والديلمي والحلي وغيرهم إلى أن المنكر لو نكل بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد اليمين على المدعي، فيعتبره الحاكم ناكلاً ويحكم عليه، للنبوي (البيعة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه)<sup>(١)</sup>، والتفصيل قاطع للشركة، وهو يقتضي اختصاص اليمين بالمنكر فلا يجوز من المدعي، وفيه: أنه لبيان الحكم الأولي فلا ينافي ثبوت اليمين على المدعي بالرد من المنكر أو من الحاكم مع امتناع المنكر، لأنه ولي الممتنع.

واستدل بصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر ولم تكن للمدعي بيعة؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس - إلى أن قال - كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربه فامتنع فألزمه الدين<sup>(٢)</sup>، ووجه الاستدلال أنه قضى عليه بمجرد النكول، وفيه: أنه قضية في واقعة لا عموم فيها، ولعله قضى عليه بمجرد النكول لعدم إمكان الرد على المدعي، مع أن الخبر المتضمن لشرب الماء بالنحو المذكور لم يعمل به الأصحاب، فهو موقوف على العمل به.

واستدل بخبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله (قلت للشيخ - يعني الكاظم - عليه السلام: خبرني عن الرجل يدعي قِبَل الرجل الحق فلم تكن له بيعة بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، وإن رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له، وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيعة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو =

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

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

بعد أن يقول الحاكم للمتكرب: إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين<sup>(١)</sup>،

لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه ببينة لا تعلم موضعها، أو غير بينة قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة، فإن ادعى بلا بينة فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحي، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه<sup>(٢)</sup>.

ووجه الاستدلال قوله عليه السلام (ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه) حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم إذا امتنع المنكر من الجميع، وقد صرح بأنه يحكم عليه بمجرد النكول عند عدم الحلف وعدم الرد، وفيه: أنه على قراءة (يُرد) بصيغة المجهول فتشمل رد الحاكم ولا أقل من الاحتمال، بل في الرياض أنه بصيغة المجهول عن تهذيب الشيخ، وهو معتبر مصحح عنده مضبوط، وقال: وبه صرح بعض الفضلاء.

وذهب الشيخ أيضاً في الخلاف وابن إدريس والعلامة والشهيدان بل نسب للكثير من القدماء وسائر المتأخرين إلى أنه مع نكول المنكر يرد الحاكم اليمين على المدعي، فإن حلف فله، وإن أبى سقط حقه، للمحكى من فعل النبي ﷺ أنه رد اليمين على المدعي<sup>(٣)</sup>، وقوله ﷺ: (المطلوب أولى باليمين من الطالب)<sup>(٤)</sup>، وهو يدل على شراكتها في اليمين وإن كان المطلوب أولى، وصحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي؟ قال: يُستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق له)<sup>(٥)</sup>، بناء على قراءة (يُرد) بصيغة المجهول، وفيه: أنه على خلاف الظاهر، بل الظاهر أنه للمعلوم، والسابقان من أخبار العامة، واستدل بصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (ثرة اليمين على المدعي)<sup>(٦)</sup>، وفيه: لعله بالتماس المنكر، ومعه لا دلالة فيه على محل النزاع، واستدل بالاحتياط، وبالإجماع المدعى من الشيخ في الخلاف، وفيهما: أما الاحتياط فهو معارض بمثله حفظاً لحق المدعي، إذ قد لا يمكن الحلف له، وأما إجماع الشيخ فهو غريب منه، إذ خالف الشيخ نفسه في النهاية، وقد سبقه الصدوقان وشيخه المفيد وأبو الصلاح وسائر إلى الأول، ومع مخالفتهم كيف يمكن دعوى الإجماع؟

(١) بناء على رد الحاكم اليمين المردودة على المدعي.

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

(٢) سنن الدارقطني ج ٤ ص ١٣٦، رقم الحديث ٤٤٤٤.

(٣) سنن الدارقطني ج ٤ ص ١٤٠، رقم الحديث ٤٤٦٧، بدون عبارة (من الطالب).

(٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢ و ٣.

مرة، ويُستحب ثلاثاً<sup>(١)</sup>، فإن حلف المدعي ثبت حقه، وإن نكل فكما مر.

(وقيل) والقائل به الشيخان والصدوقان وجماعة: (يقضى) على المنكر بالحق (بنكوله)، لصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام (أنه حكى عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام أنه ألزم أخرس بدين أدعي عليه فأنكر ونكل عن اليمين فألزمه بالدين بامتناعه عن اليمين).

(والأول أقرب)، لأن النكول أعم من ثبوت الحق<sup>(٢)</sup>، لجواز تركه إجلالاً، ولا دلالة للعالم على الخاص<sup>(٣)</sup>، ولما زوي عن النبي ﷺ (أنه رد اليمين على صاحب الحق)<sup>(٤)</sup>، وللأخبار<sup>(٥)</sup> الدالة على رد اليمين على المدعي من غير تفصيل<sup>(٦)</sup>، ولأن الحكم مبني على الاحتياط التام، ولا يحصل إلا باليمين<sup>(٧)</sup>، وفي هذه الأدلة نظر بين.

(وإن قال) المدعي مع إنكار غريمه (لي بينة عزفه) الحاكم (أن له احضارها، وليقل: أحضرها إن شئت)<sup>(٨)</sup> إن لم يعلم ذلك (فإن ذكر غيبتها خيره بين إحلاف

(١) لا نص على ذلك، لا مرة ولا ثلاثاً، كما صرح به أكثر من واحد، نعم لا بأس به للتسامح في أدلة السنن.

(٢) للمدعي.

(٣) لا دلالة للنكول، لأنه أعم من كون الحق ثابتاً للمدعي.

(٤) وقد تقدم أنه مروى من طرق العامة.

(٥) وهي صحيفة هشام وابن زرارة، وقد تقدم ما فيهما.

(٦) فنشمل رد الحاكم لليمين على المدعي، ولا تختص برد اليمين بالتماس المنكر.

(٧) وقد عرفت أنه معارض بمثله.

(٨) فعن الشيخ في المبسوط وابن البراج في المهذب وابن إدريس في السرائر لا يجوز للحاكم

أن يقول له: أحضرها، لأنه أمر والحق للمدعي فلا يؤمر باستيفائه، بل يقول: أحضرها

إن شئت، وعن الشيخ في النهاية والمحقق وهو اختيار الأكثر أنه يجوز، لأن الأمر هنا

ليس للوجوب، بل مجرد إذن وإعلام.

وعن القواعد والمختلف والدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدعي أن له الحق

في البينة فلا يجوز، وبين جهله فيجوز، والحق أن الأمر هنا ليس بداعي الوجوب، بل

بداعي الإذن والإعلام فلا يدل على الإلزام، فيجوز أن يقول: أحضرها أو أقمها،

والأولى إضافة المشيئة إليه.

الغريم والصبر<sup>(١)</sup>، وكذا يتخير بين إحلافه وإقامة البيعة وإن كانت حاضرة، وليس له<sup>(٢)</sup> طلب إحلافه، ثم إقامة البيعة، فإن طلب إحلافه ففيه ما مر<sup>(٣)</sup>، وإن طلب احضارها أمهله إلى أن يُحضر، (وليس له إلزامه بكفيل)<sup>(٤)</sup> للغريم، (ولا ملازمته) لأنه تعجيل عقوبة لم يثبت موجبها، وقيل: له ذلك، (وإن أحضرها وعرف الحاكم العدالة) فيها (حكم)<sup>(٥)</sup> بشهادتها بعد التماس المدعي سؤالها<sup>(٦)</sup> والحكم، ثم لا يقول لهما: إشهدا<sup>(٧)</sup>، بل من كان عنده كلام أو شهادة ذكر ما عنده إن شاء، فإن أجابا بما لا يثبت به حق طرح قولهما، وإن قطعاً بالحق، وطابق الدعوى، وعرف العدالة حكم كما ذكرنا.

(وإن عرف الفسق ترك)، ولا يطلب التزكية، لأن الجارح مقدم<sup>(٨)</sup> (وإن

- (١) لأن الحق للمدعي، فله الخيار إن شاء عجل وأحلف الغريم، وإن شاء أخر انتظاراً لإقامة البيعة، بلا فرق بين أن تكون البيعة غائبة أو حاضرة.
- (٢) ليس للمدعي طلب إحلاف غريمه ثم إقامة البيعة، لأنه إذا رضي بيمين غريمه تسقط الدعوى ولا تسمع البيعة بعد.
- (٣) من ذهب حق المدعي في الدنيا وعدم جواز مقاصته، ولا إقامة الدعوى فيما بعد.
- (٤) حين ما يُمهّل المدعي لإحضار بيئته، فليس للمدعي ملازمة المدعى عليه ولا مطالبته بكفيل، لأنهما عقوبة لم يثبت موجبها على الأكثر، وذهب الشيخان في المنفعة والنهاية وبنو البراج وحمزة وزهرة إلى ذلك حفظاً لحق المدعي، حذراً من ذهاب الغريم الموجب للضرر على المدعي.
- وفيه: أنه موجب للضرر على المدعى عليه، ومع تعارض الضررين يقدم الأقل ضرراً، وهذا ما يختلف فيناط أمره بنظر الحاكم، وهذا ما صرح به الفاضل المقداد ومال إليه سيد المدارك، والحق عدم الجواز لما فيه من الضرر على المدعى عليه قبل ثبوت موجهه، وأما المدعي فلم يثبت حقه حتى يكون تفويته موجباً للضرر عليه.
- (٥) إن عرف الحاكم عدالة الشاهدين أو فسقهما لمخالطته لهما، حكم على الأول وطرح شهادتهما على الثاني، لما تقدم من جواز حكم الحاكم بعلمه.
- (٦) سؤال البيعة.
- (٧) لما فيه من الإماله إلى المدعي، وهو محرم.
- (٨) مع علمه بالفسق لا يطلب البيعة على عدالتها، لأنه جارح وقول الجارح مقدم، حيث إن الزكي لا يشهد إلا على ما عرف من عدم المعصية، وهذا لا يتنافى علم الحاكم الجارح العالم بالمعصية، إذ لعله قد اطلع على ما لم تطلع عليه البيعة المزكية.



جهل) حالها<sup>(١)</sup> (استزكى) أي: طلب من المدعي تزكيتها، فإن زكاها بشاهدين على كل من الشاهدين، يعرفان العدالة ومزيلها أثبتها<sup>(٢)</sup>، (ثم سأل الخصم عن الجرح)<sup>(٣)</sup> فإن اعترف بعدمه حكم كما مر، (وإن استنظر أمهله ثلاثة أيام)، فإن أحضر الجرح نظر في أمره على حسب ما يراه من تفصيل، وإجمال، وغيرهما، فإن قبله قَدِّمه على التزكية لعدم المنافاة<sup>(٤)</sup>، (فإن لم يأت بالجرح مطلقاً<sup>(٥)</sup>)، أو بعد المدة (حكم عليه بعد الالتماس) أي: التماس المدعي الحكم<sup>(٦)</sup>.

(وإن ارتاب الحاكم بالشهود) مطلقاً<sup>(٧)</sup> (فرقمهم)<sup>(٨)</sup> استحباباً، (وسألهم عن

(١) بحث عنهما بنفسه للمحكي عن النبي ﷺ<sup>(١)</sup> أنه كان يفعل ذلك بإرسال شخصين من قبله، لا يعلم أحدهما بالآخر، يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح وثناء حكم على طبق شهادتهما، وإن جاء بشين ستر عليهما ودعا الخصمين إلى الصلح، وإن لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عنهما فإن زكاها حكم وإلا ترك قولهما.

(٢) العدالة.

(٣) أجاد صاحب الجواهر حيث قال: «يقول للخصم هل عندك جرح؟ وفي وجوب ذلك اشكال؟ فإن قال: نعم، وسأل الإنظار في إثباته انظره لإمكان صدقه، ولقول علي عليه السلام لشريح: (واجعل لمن ادعى شهوداً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية)<sup>(٢)</sup>، إلا أنه كما ترى لا تعيين فيه لمدة الإنظار التي قَدِّرها في البسوط وغيره ثلاثاً، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، من دون تفصيل بين بُعد المسافة وقربها، مع أن ظاهر المرسل المزبور كون الأمد بحيث يمكن إثبات البيئة فيه، كما هو ظاهر النافع» انتهى.

(٤) كما تقدم في تقديم قول الجراح.

(٥) في المدة وبعدها.

(٦) لأنه حقه، فلا يُستوفى بدون إذنه وطلبه.

(٧) سواء كانوا شهود الأصل أم شهود التزكية.

(٨) يسأل كل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضية بالزمان والمكان وغيرهما؛ ليستدل على صدقهم باتفاق كلمتهم وعدمه باختلافهم، وقد فعله دانيال =

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضي حديث ١.

مشخصات القضية) زماناً ومكاناً وغيرهما من المميزات، (فإن اختلفت أقوالهم سقطت) شهادتهم، ويستحب له عند الريبة وعظهم وأمرهم بالثبوت والأخذ بالجزم<sup>(١)</sup>، (ويُكره له أن يُعْتَنَ الشهود) أي: يُدْخَلَ عليهم العنت، وهو المشقة (إذا كانوا من أهل البصيرة بالتفريق) وغيره من التحزيز<sup>(٢)</sup>.

(ويحرم) عليه (أن يُتَمَتَّعَ الشاهد)<sup>(٣)</sup> أصل التمتع في الكلام: التردد فيه، (وهو) هنا (أن يداخله في الشهادة) فيُدْخَلَ معه كلمات تُوقِّعه في التردد، أو الغلط، بأن يقول الشاهد: «إنه اشترى كذا» فيقول الحاكم: «بمائة»، أو «في المكان الفلاني»، أو يريد أن يتلفظ بشيء ينفعه فيداخله بغيره ليمنعه من إتمامه

= النبي ﷺ<sup>(١)</sup> في شهود على امرأة بالزنا فعرف منه كذبهم، وكذا داود عليه السلام<sup>(٢)</sup>، وقد فعله أمير المؤمنين عليه السلام كما في خبر أبي بصير<sup>(٣)</sup> في سبعة نفر خرجوا في سفر ففقد واحد منهم فجاء ولده إلى أمير المؤمنين عليه السلام وذكر له ذلك، فاستدعاهم وسألهم فأنكروا، ففرقهم وأقام كل واحد منهم إلى سارية ووكل به من يحفظه، ثم استدعى واحداً منهم وسأله فأنكر، فقال عليه السلام: الله أكبر، فسمعه الباقون فظنوا أنه قد اعترف، فاستدعى واحداً بعد واحد فاعترفوا بقتله، فالزمهم المال والدم.

- (١) من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- (٢) وهو الحزازة، فيكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر والأذهان القوية بأن يفرق بينهم أو يكلفهم ما يتقل عليهم من المبالغة في مشخصات القضية، وكذا يكره إذا كانوا من أهل الفضل والعقل الوافر والدين لما فيه من غضاصة لهم وامتهان وإن كان لا يصل إلى حد الحرمة، نعم يستحب ذلك عند الريبة.
- (٣) وهو أن يداخله في أثناء التلفظ بالشهادة بكلام يجعله ذريعة لنطقه بما لا يريد، أو يجعله مانعاً للعدول عما كان يريد التلفظ به، بل يجب على الحاكم أن يكف عن الشاهد حتى ينتهي ما عنده ويحكم بمقتضاه وإن كان الشاهد يتردد ويتلثم في شهادته لهيبة الحاكم أو مجلس الحكومة، كل ذلك لما فيه من تضييع الحق وترويج الباطل.

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٢٦ - ٤٢٧ حديث ٩، باب النوادر من كتاب القضاء.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٧٢ حديث ٨، باب النوادر من كتاب الديات.

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

ونحو ذلك، (أو يتعقبه) بكلام ليجعله تمام ما يشهد به بحيث لولاه لتردد، أو أتى بغيره، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده وإن لم يُفد، أو تردد، ثم يرتب عليه ما يلزمه، (أو يُرغبه في الإقامة)<sup>(١)</sup> إذا وجدته متردداً (أو يُرغبه لو توقف، ولا يقف عزم الغريم عن الإقرار)<sup>(٢)</sup> إلا في حقه تعالى) فيستحب أن يعرض المقر بحذ الله تعالى بالكف عنه والتأويل.

(لقضية ماعز بن مالك عند النبي ﷺ) حين أقر عنده بالزنا في أربعة مواضع، والنبي ﷺ يردده ويوقف عزمه تعريضاً لرجوعه، ويقول له: (لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت، قال: لا، قال: أفنكتها لا تُكثي؟ قال: نعم، قال: حتى غاب ذلك منك في ذلك منها، قال: نعم، قال: كما يغيب المروء)<sup>(٣)</sup> في المكحلة والرشاء<sup>(٤)</sup> في البئر، قال: نعم، قال: هل تدري ما الزنا، قال: نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، فعند ذلك أمر برجمه)<sup>(٥)</sup>.

وكما يستحب تعريضه للإنكار يكره لمن علمه منه غير الحاكم حثه على الإقرار، لأن هزلاً قال لما عاز: بادر إلى رسول الله ﷺ قبل أن ينزل فيك قرآن فقال له النبي ﷺ لما علم به: (ألا سترته بثوبك كان خيراً لك)<sup>(٦)</sup>.

واعلم أن المصنف رحمه الله ذكر أولاً أن جواب المدعى عليه إما إقرار، أو

(١) فلو تردد الشاهد في الشهادة لأمر قد عرض له لم يميز ترغيبه في الاقدام، وكذلك لا يجوز تزيده في إقامتها بعد فرض جزم الشاهد بالشهادة، لما فيه من تضييع الحق وترويج الباطل.

(٢) لا يجوز للحاكم إيقاف الغريم عن الإقرار لو أراد أن يقر بالحق، لما فيه من الظلم بالغريم الآخر، هذا في حقوق الأدميين، وأما الإقرار في حق الله تعالى فإنه يجوز ذلك وتزيده في إتمامه وتعريضه بالتأويل، بل يستحب ذلك، لقضية ماعز بن مالك الأسلمي عند اعترافه بالزنا، وقد نقل الخبر الشارح في الروضة.

(٣) بكسر الميم وسكون الراء وفتح الواو، وهو الميل الذي يكتحل به.

(٤) بالكسر وهو الخبل.

(٥) سنن البيهقي ج ٨ ص ٣٩٥، رقم الحديث ١٦٩٩٤ و١٦٩٩٥.

(٦) سنن البيهقي ج ٨ ص ٥٧٣ - ٥٧٤، رقم الحديث ١٧٦٠٥، ١٧٦٠٦ و١٧٦٠٧.

إنكار، أو سكوت<sup>(١)</sup>، ولم يذكر القسم الثالث، ولعله أدرجه في قسم الإنكار على تقدير النكول، لأن مرجع حكم السكوت على المختار<sup>(٢)</sup> إلى تحليف المدعي بعد إعلام الساكت بالحال، وفي بعض نسخ الكتاب نُقل أن المصنف ألحق بخطه قوله: (وأما السكوت فإن كان لآفة) من طَرَشٍ، أو خَرَسٍ (تَوَصَّل) الحاكم (إلى) معرفة (الجواب) بالإشارة المفيدة لليقين، ولو بمترجمين عدلين، (وإن كان) السكوت (عناداً حُبس حتى يجيب) على قول الشيخ في النهاية، لأن الجواب حق واجب عليه، فإذا امتنع منه حُبس حتى يؤديه، (أو يحكم عليه بالنكول بعد عرض الجواب عليه) بأن يقول له: إن أجبت، وإلا جعلتك ناكلاً، فإن أصر حكم بنكوله على

(١) إذا طلب الحاكم الجواب من المدعي عليه فسكت، فإن كان سكوته لِدَهَشٍ له أو غباوة فلا بد من إيناسه إلى أن تزول دهشته ويعرف حاله حيثئذ، وإن كان السكوت لآفة من صمم أو خرس فلا بد من التوصل إلى معرفة جوابه المعتبر بإشارته المفيدة لليقين بكونه مقراً أو منكرأ، ولو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى مترجم، فلا بد من اثنين عدلين يترجمان إشارته، وإن كان سكوته عناداً ففيه أقوال:

الأول: أنه يلزم بالجواب فإن أصر حُبس حتى يبين، لأن الجواب حق عليه فيجوز حبه لاستيفائه منه، وهو المحكي عن الشيخ في النهاية والخلاف والمفيد وسلار وابني حمزة وسعيد والعلامة وولده بل في المسالك نسبه إلى المتأخرين.

الثاني: أنه يجبر من دون حبس بل يجبر بالضرب ويبالغ معه في الإهانة، وقال في الجواهر: «لم نعرف قائله»، ودليله من باب الأمر بالمعروف، وأن الجواب حق عليه فينتزع منه ولو بالضرب.

الثالث: قول الشيخ في المبسوط والخلي في سرائره والعلامة في موضع من القواعد والقاضي في مهذبه يقول له الحاكم: إما أجبت وإما جعلتك ناكلاً، وعليه فإن قلنا بالحكم عليه بالنكول فهو وإلا ردّ الحاكم اليمين على المدعي كما تقدم الخلاف فيه، وأُستدل لهذا القول بأنه لو أجاب جواباً صحيحاً ثم امتنع عن اليمين اعتبر ناكلاً، فإذا امتنع عن الجواب واليمين معاً كما هو المفروض هنا فأولى أن يكون ناكلاً، بالإضافة إلى أن العناد أشدّ وأظهر هنا، والأخير متجه لما في الأول والثاني من الحبس والضرب من ضررٍ عليه بلا دليل ملزم.

(٢) وهو مختار المصنف، لأن مختار الشارح هنا الحكم عليه بمجرد النكول من دون رد اليمين على المدعي من قبل الحاكم.

قول من يقضي بمجرد النكول، ولو اشترطنا معه<sup>(١)</sup> إخلاف المدعي أحلف بعده، ويظهر من المصنف التخيير بين الأمرين<sup>(٢)</sup>، والأولى جعلهما إشارة إلى القولين، وفي الدروس اقتصر على حكايتهما قولين ولم يرجح شيئاً، والأول<sup>(٣)</sup> أقوى<sup>(٤)</sup>.

### (القول في اليمين)

(لا تتعد اليمين الموجبة للحق) من المدعي، (أو المسقطه للدعوى) من المنكر (إلا بالله تعالى)<sup>(٥)</sup> وأسمائه الخاصة (مسلماً كان الحالف أو كافراً)، ولا يجوز بغير

(١) مع النكول.

(٢) من الحيس حتى يجيب أو الحكم عليه بالنكول.

(٣) الحيس حتى يجيب.

(٤) قال في المسالك «فالقول الأول هو الأقوى، وذكر المصنف - أي المحقق في الشرائع - أنه مروى أيضاً ولم نقف على روايته»، وقد عرفت ما فيه.

(٥) لا خلاف في ذلك، للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تحلفوا اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله، إن الله عز وجل يقول: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾<sup>(١)</sup>)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله)<sup>(٢)</sup>، وصحيح ابن مسلم (قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله: ﴿والليل إذا بغثن﴾ «والنجم إذا هوى﴾ وما أشبه ذلك، فقال: إن الله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس خلقه أن يقسموا إلا به)<sup>(٣)</sup>، ومقتضى الأخبار لابدية الحلف بالله أو بأسمائه ولو من الكافر، وعن الشيخ في المبسوط أنه لا يقتصر في المجوسي على لفظ الجلالة، لاحتمال أنه يريد منه النور، فلا بد من إضافة الخالق، فيقال: خالق النور والظلمة لدفع هذا الاحتمال، ومال إليه فخر المحققين وهو ظاهر الدروس، وفيه: أن المعتبر هو العلم بكونه قد أقسم بالله الذي هو المأمور به شرعاً فيتحقق الأجزاء، أما مطابقة قصده لمعنى الملقوظ فليس بشرط في صحة اليمين، لاطلاق الأخبار المتقدمة.

(١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأيمان حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأيمان ٤.

(٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأيمان حديث ٣.

ذلك، كالكتب المنزلة والأنبياء والأئمة<sup>(١)</sup> ﷺ، لقول الصادق عليه السلام: (لا يحلف بغير الله)<sup>(٢)</sup>، وقال: (اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفوهم إلا بالله)، وفي تحريمه بغير الله في غير الدعوى نظراً، من ظاهر النهي في الخبر، وإمكان حمله على الكراهة، أما بالطلاق والعناق<sup>(٣)</sup>.....

(١) بلا خلاف فيه، لما تقدم من حصر الحلف بالله جل وعلا، وفي النبوي (من حلف بغير الله فقد أشرك)<sup>(١)</sup>، وفي آخر (فقد كفر)<sup>(٢)</sup>.

وظاهر الأخبار ترتب الاثم لو حلف بغير الله مع عدم انقطاع الدعوى به، وأما القسم بغير الله في غير الدعوى فمن جماعة الحرمة، وعن المسالك وتبعه الكفاية وصاحب الجواهر الكراهة، للسيرة المستمرة، ولورود النصوص بذلك.

منها: خبر أبي جرير القمي (قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قد عرفت انقطاعي إلى أبيك ثم إليك، ثم حلفت له: وحق رسول الله ﷺ وحق فلان وفلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تحبوني به إلى أحد من الناس، وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت، قال: قد والله مات - إلى أن قال - فأنت الإمام؟ قال: نعم)<sup>(٣)</sup>، وخبر محمد بن يزيد الطبري (كنت قائماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان - إلى أن قال - فقال: بلغني أن الناس يقولون: إنا نزعهم أن الناس عبيد لنا، لا وقرابتي من رسول الله ﷺ ما قلته قط، ولا سمعت أحداً من آبائي قاله، ولا بلغني من أحد من آبائي قاله، ولكني أقول: إن الناس عبيد لنا في الطاعة، موال لنا في الدين فليبلغ الشاهد الغائب)<sup>(٤)</sup>.

ولذا ذهب ابن الجنيد إلى جواز الحلف بما عظم الله من الحقوق من دون كراهة، لأن ذلك من حقوق الله عز وجل.

(٢) وهو خبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يحلف بغير الله، وقال: اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل)<sup>(٥)</sup>.

(٣) فالحلف بالطلاق والعناق كما تفعله العامة فهو مما لا يجوز، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر صفوان الجمال عن أبي عبد الله عليه السلام (أن المنصور قال له: رُفِعَ إليّ أن مولاك المعل بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال، فقال: والله ما كان، فقال: لا أرض منك إلا بالطلاق والعناق والهدى والمشى، فقال: أبالانناد من دون الله تأمرني أن =

(٢١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأيمان حديث ٣.

(٢٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأيمان حديث ٦ و٧.

(٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأيمان حديث ٢.

والكفر والبراءة<sup>(١١)</sup> فحرام قطعاً، (ولو أضاف مع الجلالة «خالق كل شيء» في المجوسي كان حسناً) إمارة<sup>(١٢)</sup> لتأويله، ويظهر من الدروس تعين إضافة نحو ذلك فيه لذلك<sup>(١٣)</sup>، ومثله «خالق النور والظلمة».

(ولو رأى الحاكم ردع الذمي بيمينهم فعل<sup>(١٤)</sup>، إلا أن يشتمل على محرم<sup>(١٥)</sup>)، كما لو اشتمل على الخلف بالأب والابن ونحو ذلك، وعليه جُهل ما رُوي أن

= أحلف، إنه من لم يرض بالله فليس من الله في شيء<sup>(١٦)</sup>، وخير منصور بن حازم (قال لي أبو عبد الله عليه السلام: أما سمعت بطارق، أن طارقاً كان نحاساً بالمدينة فأتى أبا جعفر عليه السلام: فقال: يا أبا جعفر، إن هالك، إنى حلفت بالطلاق والعناق والنذور، فقال: يا طارق هذا من خطوات الشيطان)<sup>(١٧)</sup>.

(١) تقدم الكلام فيه في باب اليمين والنذر.

(٢) دفعاً.

(٣) في المجوسي دفعاً لتأويله.

(٤) تقدم عدم جواز الحلف بغير الله ولو من الكافر، وعن الشيخ والمحقق وجماعة لو رأى الحاكم تحليف الذمي بما يقتضيه دينه أَرَدَ من إحلافه بالله جاز، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى عليه السلام)<sup>(١٨)</sup>، وصحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الأحكام، فقال: في كل دين ما يستحلفون به)، وفي نسخة (ما يستحلون به)<sup>(١٩)</sup>، وخبر محمد بن قيس (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يُستحلف بكتابه وملته)<sup>(٢٠)</sup>، وسيأتي معنى يمين الصبر، وخبر أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم، ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم)<sup>(٢١)</sup>، وهي لا تصلح لمعارضة ما تقدم، فلا بد من حلها على جواز ذلك مع الحلف بالله، احتياطاً للمسلمين.

(٥) قال في الجواهر «نعم في اللمعة والروضة إلا أن يشتمل على محرم كما لو اشتمل الحلف على الأب والابن، تعالى الله عن ذلك».

(٢١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الأيمان حديث ٣ و٤.

(٤٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأيمان حديث ٤ و٧.

(٦٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأيمان حديث ٨ و١٢.

علياً عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة، وربما أشكل تحليف بعض الكفار بالله تعالى، لإنكارهم له فلا يرون له حرمة، كالمجوس، فإنهم لا يعتقدون وجود إله خلق النور والظلمة، فليس في حلفهم به عليهم كلفة، إلا أن النص ورد بذلك.

(وينبغي التخليط بالقول)<sup>(١)</sup> مثل «والله الذي لا إله إلا هو الرحمان الرحيم الطالب الغالب، الضار النافع، المدرك المهلك، الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية»<sup>(٢)</sup>، (والزمان) كالجمعة والعبد<sup>(٣)</sup>، وبعد الزوال، والعصر<sup>(٤)</sup>،

(١) لأن فيه مظنة رجوع الخالف إلى الحق خوفاً من عقوبة الله، وعلى تقدير جرأته كاذباً فهو مظنة المواخذه، حيث أقدم على الحلف بالله مع إحضار عظمتهم وجلالته في الموضع والزمان والقول التي هي محل احترام.

(٢) وهذا مستفاد من خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر ولم يكن للمدعي بينة، فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعي بينة، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه - إلى أن قال - ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمان الرحيم، الطالب الغالب، الضار النافع، المهلك المدرك، الذي يعلم السر والعلانية، إن فلان بن فلان المدعي ليس له قبل فلان بن فلان - أعني الأخرس - حق ولا طلبية بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين<sup>(١)</sup>، وفي النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام، (احلفوا الظالم إذا أردتم بعينه بأنه بريء من حول الله وقوته، فإنه إذا حلف بها كاذباً عوجل، وإذا حلف بالله الذي لا إله إلا هو لم يُعاجل، لأنه قد وُحِدَ اللهُ سبحانه)<sup>(٢)</sup>.

(٣) وفضلهما واضح.

(٤) لقوله تعالى: ﴿تُحِبُّونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾<sup>(٣)</sup>، وهو مفسر بما بعد صلاة العصر، وللنبوي (ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزيكهم ولهم عذاب أليم، رجل تابع إمامه فإن أعطاه وفق له به وإن لم يعطه خانه، ورجل حلف بعد العصر يمينا فاجرة =

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

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الأيمان حديث ٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.



(والمكان)<sup>(١)</sup> كالكعبة، والخطيم، والمقام، والمسجد الحرام، والحرم، والأقصى تحت الصخرة، والمساجد في المحراب، واستحباب التغليظ ثابت (في الحقوق كلها، إلا أن ينقص المال عن نصاب القطع) وهو ربع دينار<sup>(٢)</sup>، ولا يجب على الخالف الإجابة إلى التغليظ<sup>(٣)</sup>، ويكفيه قوله: والله ما له عندي حق.

= ليقطع بها مال امرئ مسلم...<sup>(١)</sup>، إلى غير ذلك من الأوقات المكرمة كشهر رمضان وغيره.

(١) كالمسجد الحرام والأماكن المعظمة والشاهد المشرفة خصوصاً منبر النبي ﷺ، للنبري (من حلف على منبري هذا يمين أئمة تبوأ مقعده من النار)<sup>(٢)</sup>، وفي ثاني (لا يجلف أحد على يمين أئمة على منبري هذا ولو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار)<sup>(٣)</sup>، وفي ثالث (من حلف على منبري هذا يميناً كاذبة استحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين)<sup>(٤)</sup>.

(٢) فالحكم مشهور كما في الجواهر والمسالك، وفي الرياض نفي الخلاف فيه، وقال في المسالك: «هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب وذكروا أنه مروى، وما وقفت على مستنده، وللعمامة اختلاف في تحديده بذلك - أي ربع دينار - أو بنصاب الزكاة وهو عشرون ديناراً أو مائتا درهم، وليس للمجمع مرجح واضح»، وقال في الجواهر: «قلت: لعله مضافاً إلى ما سمعت - من دعوى الاجماع - المرسل أو الصحيح عن زرارة ومحمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> عنهما رضي الله عنهما جميعاً: لا يجلف أحد عند قبر النبي ﷺ على أقل مما يجب فيه القطع» انتهى.

(٣) بلا خلاف فيه، ولذا لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لا يجبر، وللإطلاق في خبر أبي هريرة عن علي بن الحسين رضي الله عنهما (قال رسول الله ﷺ: لا تحلفوا إلا بالله، ومن حلف بالله فليصدق، ومن لم يصدق فليس من الله، ومن حلف له بالله فليرض، ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز وجل)<sup>(٦)</sup>، ومثله غيره، ولذا لو حلف بالله دون التغليظ لوجب الرضا به ولا يجب عليه الزيادة.

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩٨، رقم الحديث ٢٠٧٠١، قريب منه.

(٢ و٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩٦، رقم الحديث ٢٠٦٩٣، و٢٠٦٩٢.

(٤) مجمع الزوائد ج ٣ ص ٣٠٧.

(٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

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

(وُستحب للحاكم وعظ الحالف قبله)<sup>(١)</sup>، وترغيبه في ترك اليمين، إجلالاً لله تعالى، أو خوفاً من عقابه على تقدير الكذب، ويتلو عليه ما ورد في ذلك من الأخبار والآثار، مثل ما روي عن النبي ﷺ (مَنْ أَجَلَ اللهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللهُ خَيْراً مِمَّا ذَهَبَ مِنْهُ)، وقول الصادق عليه السلام: (مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ كَاذِباً كَفَرَ، وَمَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ صَادِقاً أَثِمَ، إِنْ اللهُ عَزَّوَجَلَّ يَقُولُ: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللهُ عَرَضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾)، وعنه عليه السلام<sup>(٢)</sup> قال: (حدثني أبي أن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج ففُضي لأبي أنه طَلَّقها، فادعت عليه صداقها، فجاءت به إلى أمير المدينة

(١) للأخبار، منها: خير يعقوب الأحمر عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله)<sup>(١)</sup>، وخبر جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: إياكم واليمين الفاجرة فإنها تدع الديار بلائع)<sup>(٢)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه)<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين، فإنه عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللهُ عَرَضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾)<sup>(٤)</sup>، وخبر أبي سلام التميمي أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول لسدير: (يا سدير من حلف بالله كاذباً كفر، ومن حلف بالله صادقاً أثم، إن الله عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللهُ عَرَضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾)<sup>(٥)</sup>، وخبر علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (إن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج، أظنه قال: من بني حنيفة، فقال له مولى: يابن رسول الله ﷺ: إن عندك امرأة تبرا من جدك، ففُضي لأبي أن طلقها، فادعت عليه صداقها فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه، فقال له أمير المدينة: يا علي إما أن تحلف وإما تعطياها، فقال لي: يا بُني قم فأعطها أربعمائة دينار، فقلت له: يا أبة، جعلت فداك، ألسنت محقاً؟ قال: بل يا بُني، ولكني أجللت الله أن أحلف به يمين صبر)<sup>(٦)</sup>، واليمين الصبر هي يمين الصدق، لأن الحالف يصبر عليها كما قيل، وعن المغرب أنها هي التي يصبر عليها، أي: يُجس حتى يحلف.

(٢) والخبر مروى عن أبي جعفر عليه السلام كما تقدم.

(٢١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأيمان حديث ٤ و٦.

(٢٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأيمان حديث ٣ و٥.

(٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأيمان حديث ٦.

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

تستعديه، فقال له أمير المدينة: يا علي إما أن تحلف، أو تعطيتها، فقال لي يا بني: قم فأعطها أربعمئة دينار، فقلت: يا أبه جعلت فداك، ألسنت محققاً، قال: بلى، ولكنني أجللت الله عزوجل أن أحلف به يمين صبر).

(ويكفي الحلف على نفي الاستحقاق<sup>(١)</sup>)، وإن أجاب) في إنكاره (بالأخص) كما إذا ادعى عليه قرضاً فأجاب بآني ما اقتضت، لأن نفي الاستحقاق يشمل المتنازع وزيادة، ولأن المدعي قد يكون صادقاً فعرض ما يسقط الدعوى، ولو اعترف به وادعى المسقط طوالب بالبينة، وقد يعجز عنها، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق، وقيل: يلزمه الحلف على وفق ما أجاب به، لأنه بزعمه قادر على

(١) لقد أجاد الشارح في المسالك في تحرير هذه المسألة حيث قال: «إذا ادعى عليه شيئاً فإما أن يطلق الدعوى كقوله: لي عليك مائة، أو يخصصها في سبب معين، كقوله: من ثمن مبيع أو أجرة أو غصب، وإنكار المدعى عليه إما أن يكون مطلقاً أيضاً، كقوله: لا تستحق عندي شيئاً، أو معيناً، كقوله: لم أغصب أو لم اشتر أو لم استأجر، فمع إطلاق الإنكار يكفيه الحلف على نفي الاستحقاق مطلقاً اتفاقاً، لأن الفرض يحصل به، ونفي العام يستلزم نفي الخاص، فإن أجاب بنفي الخاص فإذا حلف عليه فكذلك، لأنه هو المطابق للإنكار ويأتي على الدعوى.

وإن أراد الحلف على نفي الاستحقاق - عند كون إنكاره بنفي الخاص - ففي إجابته قولان، أظهرهما نعم، لما تقدم من دخول الخاص في ضمن نفيه، وجاز تعلق غرض صحيح بالعدول إلى العام، بأن كان قد غصب أو اشترى أو استأجر، ولكن برىء من الحق بدفع أو إبراء، فحلفه على نفي الخاص كذب، والعدول إلى العام مع كونه صدقاً يتضمن الغرض الصحيح من برائه من حقه، وقال الشيخ: يلزمه في هذه الصورة الحلف على وفق الجواب، لأنه المطابق للدعوى، وجوابه بنفي الأخص يقتضي عدم تلك الاحتمالات الموجبة للعدول إلى الأعم، ولو وقعت لأجاب ابتداء بنفي الاستحقاق.

ويُصغَف بأنه مع تسليم قدرته على الحلف على وفق الجواب لا يلزم منه وجوب إجابته إليه، وإنما اللازم له الحلف على البراءة من حقه بأي لفظ اتفق، فله العدول إلى نفي الاستحقاق اقتراحاً، مع أننا نمنع من استلزام جوابه بنفي الأخص إمكان حلفه عليه لما استقر عليه من العادات من التساهل في جواب المحاورات بما لا يتساهل به في وقت الأيمان ونحوها» انتهى، والمنع الثاني شرحه صاحب الجواهر بقوله: «ربما كان له غرض بتغيير المحلوف عليه عما أجاب به لمعلومية التسامح في العادة في المحاوره بما لا يتسامح به في حال الحلف» انتهى.

الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه إن طلبه منه المدعي، ويُضَعَفُ بما ذكرناه، وبإمكان التسامح في الجواب بما لا يتسامح في اليمين.

(و) الحالف (يُحْلِفُ) أبداً (على القطع<sup>(١)</sup>) في فعل نفسه وتركه وفعل غيره)، لأن ذلك يتضمن الإطلاع على الحال الممكن معه القطع، (وعلى نفي العلم في نفي فعل غيره) كما لو ادَّعَى على مورثه مالا فكفاه الحلف على أنه لا يعلم به، لأنه يعسر الوقوف عليه، بخلاف إثباته، فإن الوقوف عليه لا يعسر.

### (القول في الشاهد واليمين<sup>(٢)</sup>)

(كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين<sup>(٣)</sup>)، .....

(١) القطع هو البت إثباتاً ونفياً، لأنه أعرف بنفسه، وكذا لو أراد الحلف على فعل الغير فيحلف على البت، لأنه يسهل الوقوف عليه كما أنه يشهد به، وأما لو أراد الحلف على نفي فعل الغير فيحلف على عدم العلم به، لأن النفي المطلق بمعنى أنه لم يفعله الغير واقفاً مما يعسر الوقوف عليه، ولهذا لا تجوز الشهادة على النفي.

(٢) لا خلاف ولا إشكال في القضاء بالشاهد واليمين في الجملة، وهو عندنا موطن وفاق، ووافقنا عليه الكثير من العامة، وخالف أبو حنيفة وأصحابه، ففي خبر العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (إن جعفر بن محمد عليه السلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله ﷺ، وقضى به علي عليه السلام عندكم، فضحك أبو حنيفة، فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة، قال: ما نفعل، فقال عليه السلام: بلى، يشهد مائة فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تميزون شهادتهم بقوله<sup>(١)</sup>)، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله ﷺ يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق<sup>(٢)</sup>)، وصحيح حماد (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: حدثني أبي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين<sup>(٣)</sup>)، ومثلها غيرها.

(٣) وقع الخلاف فيه، فعلى المشهور أن الشاهد واليمين يجري في حقوق الناس المالية، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد، إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله =

= عز وجل أو رؤية الهلال فلا<sup>(١١)</sup>.

وعن الشيخ وابن زهرة وجماعة من القدماء اختصاص ذلك بالدين فقط، للأخبار. منها: خير أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له عند الرجل الحق، وله شاهد واحد، فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق، وذلك في الدين)<sup>(١٢)</sup>، وخير حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان علي عليه السلام يميز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي)<sup>(١٣)</sup>، وخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يميز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل)<sup>(١٤)</sup>، وخبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده)<sup>(١٥)</sup>، ومقتضى الجمع بين الأخبار اختصاص ذلك بالدين.

والمشهور لم يعمل بهذه الأخبار إما للاعراض عنها أو لأنها غير صالحة للتقييد، لأنها تصدق بيان فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الدين، ولا تدل على أنه لا يجوز ذلك في غير الدين.

وفيه: كثرتها مع العمل بها من جماعة من القدماء يوجب التمسك بها، وهي صريحة في التقييد، هذا وصحيح محمد بن مسلم المتقدم مطلق غير ظاهر في حقوق الناس المالية، إذ حمله على المالية فقط من دون مستند، ولذا ذهب صاحب الكفاية ومال إليه في الجواهر إلى كل حقوق الناس، سواء كانت مالية أم لا، كعموب النساء والوكالة والعتق والرجعة والطلاق والخلع والتدبير والنسب وغير ذلك مما لا يختص بالمال، بالإضافة إلى أن المشهور غير متفق في تحديد الحقوق المالية، بل كلامهم في غاية التشويش، بل يختلف كلام الشخص الواحد في كتابين، بل في كتاب واحد في ضابطة الحقوق المالية ومصاديقها، فالأقوى اختصاص ذلك بالدين فقط.

وأما شهادة امرأتين وشاهد فلا يثبت بهما شيء من حقوق الله سبحانه الموجبة للحد، وأما حقوق الأدميين، فإن كان كالطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤية الأهل فلا خلاف في عدم القبول، إلا من الشيخ وابن الجنيد في الطلاق والنسب والخلع، وأما في العتق والنكاح والقصاص ففيه خلاف، وأما إن كانت حقوق الأدميين من قبيل الدين والقرض والغصب والبيع والصرف والسلم والصلح والإجارة والوصية له والجناية التي توجب الدية فعلى المشهور القبول، وقد اتفق الجميع في قبولها بالدين، كل =

(١٢ و١٣ و١٤ و١٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٢ و ٥ و ٣ و ١ و ١٠.

وهو<sup>(١)</sup> كل ما كان مالا، أو كان المقصود منه المال كالدين والقرض<sup>(٢)</sup> تخصيص بعد التعميم<sup>(٣)</sup>، (والغصب، وعقود المعاوضات<sup>(٤)</sup> كالبيع والصلح)، والإجارة، والهبة المشروطة بالعوض<sup>(٥)</sup>، (والجناية الموجبة للدية كالحطأ، وعمد الحطأ، وقتل

= ذلك للأخبار الواردة في ذلك، وسيأتي التفصيل في باب الشهادات، وسترى أن موارد قبول شهادة المرأتين مع الشاهد هي عين موارد الشاهد واليمين، إلا في الدم بالنسبة للدية، لثلا يذهب حق المسلم، ثم هل تقبل شهادة امرأتين ويمين بدل شاهد ويمين؟ الأكثر على ذلك، لخبر منصور بن حازم (حدثني الثقة عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز)<sup>(٦)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين، يحلف بالله أن حقه لحق)<sup>(٧)</sup>.

وعن ابن إدريس عدم قبول شهادة المرأتين مع اليمين، محتجاً بعدم الاجماع وبعدم تواتر الأخبار، وهو مبني على أصله من عدم الأخذ بخير الواحد، وهو ضعيف، نعم الرجوع إلى الأخبار يُعطي أن جواز ذلك مختص بالدين، ومنه تعرف أن جواز ذلك في مطلق المال كما عليه المشهور ليس في محله.

(١) ما يثبت بشاهد ويمين، وضابطه: ما كان مالا كالدين والقرض والغصب والالتقاط والاحتطاب والأسر، أو ما يقصد به المال كما في المعاوضات كالبيع والصرف والصلح والاجارة والهبة والوصية له والجناية الموجبة للدية كالحطأ المحض وقتل الوالد ولده، وقتل الحر العبد، وكسر العظام والجائفة والمأمومة، ويخرج عنه غيرهما، كالخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء على خلاف في بعضها كما سيأتي، ولكن نحن في غنى عن هذا البحث يتامه لاختصاص الشاهد واليمين في الدين فقط.

(٢) أمثلة القسم الأول، ومنها الغصب وغيره.

(٣) فالدين ما ثبت بالذمة ولو من مهر أو جناية أو تلف، وأما القرض فهو ما يثبت بالذمة بالاستدانة فهو أخص.

(٤) أمثلة القسم الثاني.

(٥) وأما الهبة غير المشروطة بعوض فليست من المعاوضات، على أن إنكارها يُعد رجوعاً عنها إذا لم تكن على الرحم أو لم يستعملها الآخذ.

الوالد ولده، وقتل الحر العبد، والمسلم الكافر، وكسر العظام) وإن كان عمداً، (و) كذا (الجايفة<sup>(١)</sup>)، والمأمومة<sup>(٢)</sup>)، والمنقلة<sup>(٣)</sup>)، لما في إيجابها<sup>(٤)</sup> القصاص على تقدير العمد من التغيرير.

(ولا يثبت) بالشاهد واليمين (عيوب النساء) وكذا عيوب الرجال، لإشتراكهما في عدم تضمنهما المال، (ولا الخلع)<sup>(٥)</sup>)، لأنه إزالة قيد النكاح بفدية وهي شرط فيه، لا داخله في حقيقته، ومن ثم أطلق المصنف والأكثر، وهذا يتم مع كون المدعي هو المرأة، أما لو كان الرجل فدعواه تتضمن المال وإن انضم إليه أمر آخر، فينبغي القطع بثبوت المال، كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين في غيره<sup>(٦)</sup> كالسرقة، فإنهم قطعوا بثبوت المال،<sup>(٧)</sup> وهذا قوي، وبه جزم في الدروس (والطلاق) المجرّد عن المال، وهو واضح، (والرجعة)<sup>(٨)</sup>)، لأن مضمون الدعوى إثبات الزوجية وليست مالاً وإن لزمها النفقة، لخروجها عن حقيقتها<sup>(٩)</sup>)، (والعتق)<sup>(١٠)</sup> على قول مشهور، لتضمنه إثبات الحرية، وهي ليست مالاً، وقيل:

- (١) التي تصل إلى الجوف من أي الجهات.
- (٢) التي تصل إلى أم الرأس، وهي الخريطة التي تجمع الدماغ.
- (٣) بالتشديد وهي التي تنقل العظام من محل إلى آخر.
- (٤) فيما ذكر من الجايفة واختيها وإن كانت على سبيل العمد فلا يثبت القصاص لما فيه من تغرير بنفس الجاني لو أريد الاقتصاد منه.
- (٥) قال في المسالك «فإن كان مدعيه الزوج فهو يتضمن دعوى المال، وإن كان تدعيه الزوجة فلا» وهو واضح.
- (٦) غير الخلع.
- (٧) دون الحد فيما لو ثبت السرقة بشاهد ويمين.
- (٨) لأنها من حيث هي رجعة لا توجب النفقة وإنما يوجبها النكاح السابق، والرجعة رفعت حكم الطلاق، فهي بذاتها لا توجب المال، ولذا وقع الاتفاق عليها عند أصحاب هذا القول على أنها لا تثبت بشاهد ويمين.
- (٩) خروج النفقة عن حقيقة الرجعة.
- (١٠) فلا يثبت بشاهد ويمين على قول مشهور، لأنه يتضمن تحرير الرقبة، والحرية ليست مالاً، وعن البعض أن المملوك مال، وتحريره مستلزم لتفويته على المالك، فالحرية وإن لم تكن مالاً لكنها تتضمن مالاً من هذه الحيثية.

يثبت بهما، لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى، فهو يدعي زوال المالىة، (والكتابة والتدبير والاستيلاء)<sup>(١)</sup>، وظاهره عدم الخلاف فيها، مع أن البحث<sup>(٢)</sup> آت فيها<sup>(٣)</sup>، وفي الدروس ما يدل على أنها بحكمه، لكن لم يصرحوا بالخلاف فلذا أفردتها، (والنسب)<sup>(٤)</sup> وإن ترتب عليه وجوب الإنفاق، إلا أنه خارج عن حقيقته كما مر، (والوكالة)<sup>(٥)</sup> لأنها ولاية على التصرف وإن كان في مال، (والوصية إليه)<sup>(٦)</sup> كالوكالة (بالشاهد واليمين) متعلق بالفعل السابق، أي: لا تثبت هذه المذكورات بهما.

(وفي النكاح قولان)<sup>(٧)</sup>: أحدهما - وهو المشهور - عدم الثبوت مطلقاً<sup>(٨)</sup>، لأن المقصود الذاتي منه الإحصان، وإقامة السنة، وكف النفس عن الحرام، والنسل، وأما المهر والنفقة فإنهما تابعان، والثاني القبول مطلقاً<sup>(٩)</sup>، نظراً إلى تضمنه المال، ولا نعلم قائله، وفي ثالث قبوله من المرأة دون الرجل، لأنها تُثبِتُ النفقة والمهر، وذهب إليه العلامة، والأقوى المشهور<sup>(١٠)</sup>، (ولو كان المدعون جماعة)

- (١) فلا تثبت هذه الأمور الثلاثة بالشاهد واليمين، لأن الذي يدعيها يدعي ملزوم الحرية، وقد عرفت أن الحرية ليست مالاً فكذا ملزومها، وفيه: أنه يدعي تفويت العبد على سيده، والعبد مال، فيجري فيه الخلاف السابق في العتق.
- (٢) البحث المتقدم في العتق.
- (٣) في هذه الثلاثة.
- (٤) لأن المال ليس داخلاً في حقيقته وإن ترتب عليه.
- (٥) ومن الواضح عدم دخل المال في حقيقتها، ولا يقصد بها المال.
- (٦) بأن يوصى أن يقوم بعملٍ ما بخلاف الوصية له، فالمال ليس داخلاً في حقيقة الأول دون الثاني.
- (٧) فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد واليمين، لأن المقصود منه بالذات التنازل وإقامة السنة وكف النفس عن الحرام، والمهر والنفقة من التوابع، وقيل: يثبت من حيث تضمنه المهر والنفقة، وعن العلامة في القواعد الثبوت إذا كانت الزوجة مدعية، لأنها تدعي المهر والنفقة باللازم، بخلاف الزوج لو كان مدعياً فلا يثبت.
- (٨) سواء كان المدعي الزوج أم الزوجة.
- (٩) سواء كان المدعي الزوج أم الزوجة.
- (١٠) الأول، وأجاد صاحب الجواهر حيث قال: «عدم ثبوت كون العنوان للحكم المتعلق =



وأقاموا شاهداً واحداً (فعلى كل واحد يمين)، لأن كل واحد يثبت حقاً لنفسه، ولا يثبت مال لأحد بيمين غيره<sup>(١)</sup>.

(ويشترط شهادة الشاهد أولاً<sup>(٢)</sup>، وتعديله<sup>(٣)</sup>) والحلف بعدهما، (ثم الحكم يتم بهما<sup>(٤)</sup>) لا بأحدهما، فلو رجع الشاهد غرم النصف)، لأنه أحد جزئي سبب فوات المال على المدعى عليه، (والمدعي لو رجع غرم الجميع)<sup>(٥)</sup>، لاعترافه بلزوم المال له مع كونه قد قبضه، ولو فرض تسلم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه

= بالمال في شيء من النصوص المروية من طرقنا كي نرجع في المراد منه إلى العرف، وكلامهم غير متفق بل فيه من التشويش ما لا يخفى - إلى أن قال - ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة على المال وإن كانت يجعل، وكذا الوصية، واختلافهم في العتق، وبالجملة كل من أعطى النظر حقه في كلماتهم وخلع ربة التقليد يعلم أنها في غاية التشويش، والسبب فيه هو الضابط المذكور الذي لم نجد في شيء من النصوص، وإنما الموجود فيها عنواناً للحكم: حقوق الناس بعدم تقييدها بنصوص الدين<sup>(٦)</sup> انتهى، وقد عرفت لأبدية التقييد، وحصر مورد الشاهد واليمين في خصوص الدين، فهذا البحث في مصاديق ضابط الشهور من كونه مالاً أو قد قصد به المال ساقط من أساسه.

(١) حلف كل واحد مع الشاهد، لأن هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعددة، وإن كانت واحدة ظاهراً، بلا خلاف فيه، إلا من المقدس البغدادي حيث اجتزأ بيمين واحد منهم، وفيه: أنه لو اجتزئ بيمين واحدة لثبت مال الغير بيمين غيره، وهو مخالف للقواعد والأصول المقررة في هذا الباب.

(٢) ثم الحلف، بلا خلاف فيه، لأن المدعي وظيفته البيئة، لا اليمين بالأصالة، فإذا أقام شاهداً صارت البيئة - التي هي وظيفته - ناقصة فيتممها باليمين، بخلاف ما لو قدم اليمين، فإنه ابتدأ بما ليس من وظيفته ولم يتقدمه ما يكون متمماً له، ولأن الشاهد أقوى جانباً من اليمين فلا بد من تقديمه، ولأصالة عدم ثبوت الحق بدون تقدم الشاهد على اليمين بعد الشك في إرادة غيره من إطلاق الأدلة.

(٣) اشتراط العدالة معلوم حتى تكون شهادته معتبرة، وسيأتي الدليل على اشتراط عدالة الشاهد في باب الشهادات.

(٤) لأن النصوص السابقة قد وردت بهما، فتكون اليمين قائمة مقام الشاهد الآخر، فكل منهما جزء حيثئذ.

(٥) لأن يده على المال، فيضمنه بتمامه، لأنها يد عدوان.

الجميع<sup>(١)</sup> إن شاء المالك، لاعترافه بترتب يده على المصوب، فيتخير المالك في التضمين، (ويقضى على الغائب عن مجلس القضاء)<sup>(٢)</sup> سواء بَعْدَ أم قَرَبَ وإن كان

(١) فيده على المال - حسب الغرض - بعد يد المدعي، فمع فرض رجوع الشاهد عن شهادته والمدعي عن يمينه ودعواه فقد أقر بالحق للمدعى عليه، ولازم اقرارهما أن يدهما على المال يد عدوان، ومع تعاقب الأيدي العدوانية الضامنة على المال فالمالك بالخيار في الرجوع على أيهما شاء.

(٢) القضاء على الغائب مشروع وثابت في الجملة، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خير جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البينة وبياع ماله، ويُقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجة إذا قدم، قال: ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء)<sup>(٣)</sup>، وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (كان علي عليه السلام يقول: لا يجبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن أئتمن على أمانة فذهب بها، وإن وُجد له شيء باعه غائباً كان أو شاهداً)<sup>(٤)</sup>.

وما ورد في خبر أبي البخشري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (لا يقضى على غائب)<sup>(٥)</sup> محمول على أنه لا يجزم بالقضاء عليه، بل يكون على حجة عند حضوره.

ومقتضى الأخبار جواز القضاء على الغائب المسافر سواء كان دون المسافة أم بعدها، وخالف يحيى بن سعيد فاعتبر المسافة، والاطلاق المتقدم حجة عليه، وأما إذا كان في البلد ولم يحضر مجلس الحكم لعارض فكذلك لإطلاق الأخبار المقدمة، وأما إذا لم يحضر قصداً فالمشهور جواز القضاء عليه للإطلاق المذكور، وعن الشيخ في المبسوط العدم، اقتصاراً فيما خالف الأصل على التيقن، وهو ما لو غاب على نحو الضرورة، والإطلاق أيضاً يدفعه.

ثم إن القضاء على الغائب مخصوص بحقوق الأديين، كالديون والعقود والايقاعات، فإذا ثبتت البينة يحكم بها عليه، لثلا تضيغ حقوق الناس، وليس فيها حيف على الغائب، لأنه على حجة إذا حضر، وأما في حقوق الله كالحلد المترتب على الزنا وغيره فلا، لأنها مبنية على التخفيف، فلعله فعل الزنا بعنوان وطء الشبهة، ولذا تندرأ الحدود بالشبهات، بلا خلاف في ذلك كله، وإنما الخلاف فيما اشتمل على الحقين كالسرقه، فلا إشكال في ثبوت حق الأديمي وهو المال، وأما الققطع الذي هو حق الله فمقتضى ما تقدم عدم =

في البلد ولم يتعذر عليه حضور مجلس الحكم على الأقوى، لعموم الأدلة، ولو كان في المجلس لم يُقَضَّ عليه إلا بعد علمه<sup>(١)</sup>، ثم الغائب على حجته لو حضر، فإن ادعى بعده قضاة أو إبراء أقام به البينة، وإلا أحلف المدعي، ومحل حقوق الناس، لا حقوق الله تعالى، لأن القضاء على الغائب احتياط، وحقوق الله تعالى مبنية على التخفيف لغنائه، ولو اشتمل على الحقين كالسرقه فُضي بالمال دون القطع.

(وتجب اليمين مع البينة على بقاء الحق)<sup>(٢)</sup> إن كانت الدعوى لنفسه، ولو

= الثبوت، وتردد المحقق من حيث إنه حق الله فلا يثبت، ومن أن القطع والمال هنا معلولان لعلة واحدة فإذا ثبت معلول فلا بد أن يثبت الآخر حتماً، لأنه لا يعقل ثبوت أحدهما دون الآخر، وفيه: أن التفكيك بين المتلازمين في الفقه غير عزيز، لأنها ليست معاليل لعلة حقيقية، بل العلة هنا من قبيل المَعْرِفَات للأحكام، ومثله ما لو أقر بالسرقه فإنه يثبت المال دون القطع بالاتفاق.

(١) لعدم صدق الغائب عليه، فلا تشمل الأخبار المتقدمة.

(٢) قد تقدم أنه لا يستحلف المدعي مع بينته بالاتفاق، ويدل عليه مضافاً إلى ما تقدم خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام : عن الرجل يقيم البينة على حقه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا)<sup>(١)</sup>، وخبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين)<sup>(٢)</sup>.

وما عن بعض العامة من ضم اليمين إلى البينة على المدعي ضعيف، نعم قد ورد في حديث سلمة بن كهيل عن علي عليه السلام يقول لشريح: (ورُدَّ اليمين على المدعي مع بينته فإن ذلك أجل للعلمي وأثبت في القضاء)<sup>(٣)</sup>، وهو محمول على الدعوى على الميت كما سيأتي، أو أنه يرد إلى أهله، لعدم صلاحته لمعارضة ما تقدم.

إذا تقرر هذا فقد استثنى الأصحاب من ذلك ما لو كانت الدعوى على الميت، فإذا ادعى عليه حقاً وشهدت البينة بذلك، فإنه يستحلف على بقاء الحق في ذمة الميت استظهاراً، إذ لعلة قد وفاه حقه ببينة أخرى أو من دون بينته، وهذه اليمين تسمى يمين الاستظهار، وهذا مما لا خلاف فيه، لخبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله (قلت للشيخ عليه السلام - يعني موسى بن جعفر -: خبّرني عن الرجل يدعي قَبْلَ الرجل الحق فلم تكن له بينة بما له، =

كانت لموكله، أو للمولى عليه فلا يمين عليه<sup>(١)</sup>، ويُسَلَّم المَال بكفيل إلى أن يحضر المالك، أو يكمل<sup>(٢)</sup> ويحلف<sup>(٣)</sup> مادام المدعى عليه غائباً<sup>(٤)</sup>، (وكذا تجب اليمين مع

= قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، وإن ردَّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له، وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيعة، فعمل المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعله، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بيعة لا نعلم موضعها، أو غير بيعة قبل الموت، فمن ثمَّ صارت عليه اليمين مع البيعة، فإن ادعى بلا بيعة فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحي، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثمَّ لم يثبت الحق<sup>(١)</sup>، وهي نص في المطلوب، وفي طريقها محمد بن عيسى العبيدي وهو ضعيف عند جماعة، وبأسين الضرير وهو لم يمدح ولم يذم، إلا أن المناقشة في السند مدفوعة، لانجبارها بعمل الأصحاب. ثم هل يتعدى من الميت إلى من يساويه في المعنى كالدعوى على الغائب والطفل والمجنون، حيث لا لسان لهم، ذهب الأكثر إلى التعدي، لاشتراك الجميع في العلة الموما إليها في النص، وهي أن المدعى عليه ليس له لسان يجيب به.

وفيه: أن العلة الظاهرة من الخبر هو كون المدعى عليه ليس بحي، وهذه العلة منتفية في المذكورين، بالإضافة إلى أن الميت قد انتفى جوابه مطلقاً في دار الدنيا، بخلاف الصبي والمجنون والغائب فإن لهم لساناً يرتقب جوابهم في المستقبل، فهم باقون على حجتهم، فضلاً عن الأخبار المتقدمة في جواز القضاء على الغائب، حيث دلت بإطلاقها على عدم ضم يمين الاستظهار إلى بيعة المدعي، ولذا ذهب المحقق وجماعة إلى عدم الإلحاق، ثم إن مورد النص ما لو كانت الدعوى على الميت ديناً، أما لو كانت الدعوى عيناً في يد الميت بعارية أو غصب، وقامت البيعة للمدعي أنها له إلى حين الدعوى، دفعت إليه من دون ضم اليمين، للقطع بنفي احتمال خروج الميت عن حق المدعي، أما لو قامت البيعة للمدعي أنه قد أعطى الميت العين بعارية أو غصب، ولم تشهد أنها باقية على ملك المدعي إلى حين الدعوى، فالأقوى ضم يمين الاستظهار، لاحتمال خروج الميت عن حق المدعي.

(١) لما تقدم من عدم اليمين من شخص يدعي المال لغيره.

(٢) يتحقق به الكمال من البلوغ والعقل.

(٣) يمين الاستظهار.

(٤) بناء على إلحاقه بالميت.

البينة (في الشهادة على الميت والطفل أو المجنون) أما على الميت فموضع وفاق، وأما على الغائب والطفل والمجنون فلمشاركتهم له في العلة المومئ إليها في النص، وهو أنه لا لسان له<sup>(١)</sup> للجواب فيستظهر الحاكم بها<sup>(٢)</sup>، إذ يحتمل لو حضر كاملاً أن يجيب بالإيفاء أو الإبراء، فيتوجه اليمين، وهو<sup>(٣)</sup> من باب اتحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس.

وفيه نظر: للفرق مع فقد النص<sup>(٤)</sup>، وهو<sup>(٥)</sup>: أن الميت لا لسان له مطلقاً في الدنيا، بخلاف المتنازع<sup>(٦)</sup> فيمكن مراجعته إذا حضر، أو كمل، وترتيب حكم على جوابه، بخلاف الميت فكان أقوى في إيجاب اليمين فلا يتحد الطريق، وإطلاقه<sup>(٧)</sup> يقتضي عدم الفرق بين دعوى العين والدين، وقيل بالفرق، وثبوت اليمين في الدين خاصة، لإحتمال الإبراء منه وغيره<sup>(٨)</sup> من غير علم الشهود، بخلاف العين فإن ملكها إذا ثبت استصحاب، ويضعف: بأن احتمال تجدد نقل الملك ممكن في الحالين، والإستظهار وعدم اللسان آت فيهما<sup>(٩)</sup>.

### (القول في التعارض)

أي: تعارض الدعوى في الأموال (لو تداخيا ما في أيديهما)<sup>(١٠)</sup> فادعى

(١) للميت كما هو مورد النص.

(٢) باليمين.

(٣) الحاق الطفل والمجنون والغائب بالميت.

(٤) إذ النص ورد في الميت، وهو مفقود في الطفل والمجنون والغائب.

(٥) الفرق.

(٦) من الطفل والمجنون والغائب.

(٧) إطلاق النص.

(٨) غير الإبراء، كالوفاء.

(٩) في الدين واليمين، وقد عرفت عدم الاحتياج إلى اليمين إذا قامت البينة على ثبوت العين

للمدعي إلى حين الدعوى، إلا أن يقال إنها شهادة على النفي لا تقبل، لأنها تشهد على

عدم ملكية الميت للعين بنقل من بيع وغيره، وهو ضعيف، لأنها تتضمن إثباتاً، وهو

استمرار ملكية المدعي إلى حين الدعوى.

(١٠) لو تنازعا في عين، وكل منهما يدعي مجموعها له، ولا بينة لهما، فلا ينحلو إما أن تكون

العين في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث.

كل [واحد] منهما المجموع ولا بينة (حلفا) كل منهما على نفي استحقاق الآخر (واقْتِسامه) بالسوية، وكذا لو نكلا عن اليمين<sup>(١)</sup>، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر فهو<sup>(٢)</sup> للحالف، فإن كانت يمينه بعد نكول صاحبه حلف يميناً واحدة تجمع النفي والإثبات، وإلا افتقر إلى يمين أخرى للإثبات، (وكذا) يقْتِسامه (إن أقاما بينة<sup>(٣)</sup> ويقضى لكل منهما بما في يد صاحبه)، بناء على ترجيح بينة

= وعلى الأول فكل منهما مدع للنصف الذي في يد غيره، ومدعى عليه في النصف الآخر الذي في يده، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ولا يتعرض واحد منهما في بينة لاثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده، لأن اليمين هنا يمين المدعى عليه، فإذا حلف ثبت قوله فيما هو مدعى عليه، وهو ثبوت ما في يده له وهو نصف المجموع، ولم يخالف في ذلك إلا المحقق، حيث أورد الحلف بصورة القيل المشعر بالتضعيف، مع أن القاعدة بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر تقتضي الحلف كما ذكرنا.

(١) وقلنا بالحكم على المدعى عليه بمجرد النكول، فما في يد كل منهما ينتقل إلى الآخر، وتكون النتيجة قسمة المدعى فيه نصفين بينهما.

ولو قلنا برد الحاكم اليمين المردودة على المدعي، فكل منهما مدع للنصف الموجود عند الآخر، وكل منهما ناكل عن اليمين المردودة بحسب الفرض، فتسقط دعوى كل منهما حينئذ، مع بقاء ما في يد كل منهما له، والنتيجة هي التصنيف بينهما.

(٢) المتنازع فيه، فهو له كله، لأن هذا الحالف مدع ومدعى عليه، فبما أنه مدعى عليه بالنصف الذي تحت يده فيحتاج إلى يمين المنكر، وهي يمين نفي استحقاق الغير، وبما أنه مدع بالنصف الذي في يد خصمه - والمفروض أن الخصم قد نكل عن اليمين - فلو حكمنا بمجرد النكول فالنصف الذي في يد خصمه له بلا حلف منه، ولو ردنا اليمين عليه فعليه بما هو مدع يمين، وهي يمين إثبات بأن ما في يده له، فإذا ن عليه يمينان، هذا كله إذا حلف بعد نكول صاحبه، وأما إذا نكل الخصم من الأول قبل حلف الحالف فيكفيه يمين واحدة يجمع بين النفي والإثبات فيها، بأن يقول: والله لا حق له في النصف الذي أدعيه وفي النصف الآخر الذي عند الغريم وأنه لي، مع احتمال تعدد اليمين هنا، لتعدد السبب المقضي لتعدد المسبب.

(٣) وكان المتنازع فيه تحت أيديهما فتقسم العين نصفين بينهما بلا خلاف، ولا ينظر إلى ترجيح إحدى البيتين على الأخرى بأعدلية أو أكثرية، لأن يد كل واحد على النصف =

الخارج، ولا فرق هنا بين تساوي البيتين عدداً وعدالة واختلافهما.

(ولو خرجاً)<sup>(١)</sup> فذو اليد من صدقه من هي بيده مع اليمين<sup>(٢)</sup>، وعلى المصدق اليمين للآخر<sup>(٣)</sup>، فإن امتنع<sup>(٤)</sup> حلف الآخر<sup>(٥)</sup> وأغرم له<sup>(٦)</sup>، لحيلولته<sup>(٧)</sup> بينه وبينها<sup>(٨)</sup> بإقراره الأول، ولو صدقهما فهي لهما بعد حلفهما، أو

= وقد أقام الآخر بيته عليه، فيقضى له بما في يد غريمه، بناءً على تقديم بيته الخارج، فكل من البيتين قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى، ولذا لم يلحظ الترجيح بالعدد والعدالة، هذا ما عليه الأشهر.

وقيل: إن التنصيف ناشئ من تساقط البيتين بعد التعارض، ويبقى الحكم كما لو لم تكن هناك بيته، وفيه: أنه يلزم حينئذ اليمين على كلٍ منهما لصاحبه، كما تقدم في المسألة السابقة.

وقيل: إن مع كل واحدٍ مرجحاً باليد، فتقدم بيته على ما في يده، وكذا خصمه، فلذا لا بد من التنصيف، وفيه: أن ترجيح البيته باليد هو عمل بالراجح بحسب الحقيقة، ولازمه عدم اليمين مع عدم البيته لوجود اليد، وهذا مما لا يمكن الالتزام به.

(١) بأن كانت العين المتنازع فيها تحت يد ثالث، فذو اليد من صدقه الثالث وعليه اليمين للآخر، لأنه بالإقرار له صار كذي اليد فهو مدعى عليه وخصمه مدع، فلو حلف اليمين فهي له، وعلى المصدق اليمين للآخر كما في القواعد، وفيه: أن المصدق لا دخل له بها بعد التصديق، فالدعوى متعلقة بالعين وبعد انتقالها إلى المصدق تنتقل الدعوى كذلك، إلا أن يكون الآخر قد ادعى على المصدق العلم بملكه، فله عليه اليمين لنفي العلم.

(٢) من المصدق.

(٣) إن ادعى الآخر على المصدق علمه بملكه لا مطلقاً كما عرفت.

(٤) المصدق.

(٥) الخصم الآخر، وأغرم المصدق قيمة العين له، لأن المصدق بإقراره أنها لغير الخالف قد حال بين الخالف وبين العين، بعد استقرار العين لغير الخالف بالإقرار السابق، وهذا مثل ما لو أقر الثالث أولاً أن العين لاحدهما ثم أقر ثانياً بأنها للآخر، فتدفع العين للأول وقيمتها للثاني، فكذا ما هو بحكمه، وهو الحلف هنا.

(٦) وأغرم المصدق للخالف بقيمة العين.

(٧) لحيلولة المصدق بإقراره.

(٨) بين الخالف وبين العين.

نكولهما<sup>(١)</sup>، ولهما إخلافه إن ادعى علمه<sup>(٢)</sup>، ولو أنكرها<sup>(٣)</sup> قدم قوله بيمينه، ولو كان لأحدهما بيعة في جميع هذه الصور<sup>(٤)</sup> (فهي لذي البيعة) مع يمينه<sup>(٥)</sup>، (ولو أقامها<sup>(٦)</sup> رُجِحَ الأعدل) شهوداً، فإن تساوا في العدالة (فالأكثر) شهوداً، فإن تساوا فيهما (فالقرعة) فمن خرج اسمه حلف وأعطى الجميع، فإن نكل أحلف الآخر وأخذ.

- (١) فإن حلفا باعتبار أن كل واحد منهما مدعى عليه بما في يده، فيثبت لكل منهما ما في يده، وإن نكلا فإن حكمنا بالنكول فكذلك، ولكن لكل واحد منهما ما في يد خصمه، وإذا ردنا اليمين وكلّ منهما نكل عن اليمين المردودة بما هو مدعٍ بما في يد غيره فتسقط الدعوى، ويبقى ما في يد كل منهما تحت يده.
  - (٢) بحيث كل منهما يدعي على الثالث بأنه عالم بملكه لتعام العين، وهو منكر فلهما إخلافه.
  - (٣) حلف لهما، سواء ادعاهما لنفسه أم لا، لأن الثالث هنا منكر، وهما مدعيان، فالقول قوله مع يمينه.
  - (٤) التي تكون العين تحت يد الثالث، سواء صدق أحدهما أم صدقهما معاً أم أنكرهما.
  - (٥) لا معنى لضم اليمين هنا إلى البيعة على ذي البيعة، لأن صاحب البيعة خارج، باعتبار كون العين تحت يد الثالث، فهو مدع على كل حال ووظيفته البيعة وقد أتى بها، فلا داعي لليمين، ولذا اقتصر الشهيد في الدروس على البيعة من دون ضم اليمين.
  - (٦) وكانت العين في يد ثالث ولم يصدق أحدهما وكلّ منهما قد أقام بيعة، قُضي بأرجح البيعتين عدالة، فإن تساوى قضي لأكثرهما شهوداً، ومع التساوي في العدالة والعدد أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف وقُضي له، ولو امتنع أحلف الآخر وقُضي له، وإن نكلا قُضي بالعين بينهما بالسوية، على المشهور، للأخبار.
- منها: خبير البصري عن أبي عبد الله عليه السلام (كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، أقرع بينهم على أيهم تصير اليمين، وكان يقول: اللهم رب السموات السبع، أيهم كان الحق له فأذه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف)<sup>(١)</sup>، والمرسل في الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (في البيعتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان، أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بيعة كل واحد منهما وليس في أيديهما، فإن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما =



فإن امتنعاً قُسمت نصفين<sup>(١)</sup>، وكذا يجب اليمين على من رُجحت بينته<sup>(٢)</sup>، وظاهر العبارة عدم اليمين فيهما<sup>(٣)</sup>، والأول<sup>(٤)</sup> مختاره في الدروس في الثاني قطعاً<sup>(٥)</sup>، وفي الأول<sup>(٦)</sup> ميلاً.

(ولو تشبث أحدهما)<sup>(٧)</sup> أي: تعلق بها بأن كان ذا يد عليها (فاليمين عليه)

= فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعى عليه<sup>(١)</sup>، فالخبر الأول دل على أن القرعة مع اليمين بعد تساوي البينتين عدالة وعدداً، والمرسل دل على أنه إذا لم تكن العين في أيديهما، فلا بدّ من جمع هذه القيود في موضوع المسألة.  
(١) لأن العين ليست خارجة عنهما.

(٢) كما صرح بذلك جماعة على ما في الجواهر، لظاهر بعض الأخبار، كخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأتي القوم فيدعي داراً في أيديهم ويقم البينة، ويقم الذي في يده الدار البينة أنه ورثها عن أبيه، ولا يدري كيف كان أمرها؟ قال عليه السلام: أكثرهم بينة يستحلف وتدفع إليه، وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت البينة لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا، وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك، ففضّل عليه السلام بها لأكثرهم بينة واستحلفهم)<sup>(١)</sup> الخبر، وهو ظاهر في الحلف مع ترجيح بينة الأكثرية، وهو الظاهر من عبارة الدروس دون الأعدلية، وعن بعضهم - منهم صاحب الجواهر - ثبوت الحلف مع ترجيح البينة بالأكثرية والأعدلية.

(٣) عند تقديم ذي البينة ولا بينة للآخر، وعند تقديم الأرجح عدالة أو أكثرية أو بالقرعة عند إقامة البينة من كليهما.

(٤) ما ذكر أولاً في كلام الشارح من لزوم اليمين.

(٥) عند ترجيح الأعدل أو الأكثر من البيتين.

(٦) في صورة إقامة أحدهما البينة، وقد عرفت أن الشهيد في الدروس جزم بعدم اليمين.

(٧) تقدم أن الأقسام ثلاثة، فإن كانت تحت أيديهما أو تحت يد ثالث فقد تقدم الكلام فيهما، وإن كانت تحت يد أحدهما فهو المنكر وخصمه المدعي، فعلى القاعدة من كون اليمين على من أنكر فهي له مع يمينه، نعم إن نكل المثبث عن الحلف حلف خصمه المدعي إن لم يُقضى بالنكول، وحلف المنكر هنا على نفي الاستحقاق، وحلف المدعي هنا على الإثبات، على ما تقدم في أول هذه المسألة.

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

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

إن لم يكن للأخر بيعة، سواء كان للمتثبت بيعة أم لا، (ولا يكفي بيته<sup>(١)</sup> عنها) أي: عن اليمين، لأنه منكر فيدخل في عموم «اليمين على من أنكر» وإن كان له بيعة، فلو نكل عنها حلف الآخر وأخذ، فإن نكل أقرت في يد المتثبت<sup>(٢)</sup>، (ولو أقاما) أي: المتثبت والخارج (بيعة ففي الحكم لأيهما خلاف). فقيل: تقدم بيعة<sup>(٣)</sup>

(١) بيعة المتثبت، لأنه منكر، فلا تسمع منه البيعة، لأن وظيفته اليمين فيطالب بها.

(٢) لأنه مع نكول المدعي عن اليمين المردودة تسقط دعواه، ويكون الحق للمنكر.

(٣) فقيل: يُقضى بها للخارج دون المتثبت مع التساوي في العدد والعدالة وعدمه، كما عن سلال وابن زهرة وابن إدريس والشيخ في موضع من الخلاف، للأخبار.

منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاهما، وأقام البيعة العدول أنها وُلدت عنده، لم يبيع ولم يهب، وجاء الذي في يده بالبيعة مثلهم عدول أنها وُلدت عنده لم يبيع ولم يهب، قال عليه السلام: حقها للمدعي ولا أقبل من الذي هي في يده بيعة، لأن الله عز وجل أمر أن تطلب البيعة من المدعي، فإن كانت له بيعة، وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز وجل<sup>(١)</sup>)، وهي نص في عدم قبول البيعة من المنكر، سواء تعارضت البيعتان كما هو مورد الخبر أم لا، وهذا ما ذهب إليه سيد الرياض، وهي مؤيدة بالعموم الدال على أن اليمين على من أنكر والبيعة على المدعي، وعليه فكل الأخبار التي ترجح البيعة الأكثر عدالة أو عدداً عند التعارض مع كون العين في يد أحدهما كخبر أبي بصير المتقدم تكون معارضة له.

وذهب الشيخ في الخلاف إلى ترجيح بيعة ذي اليد مطلقاً، لخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، وكلامهما أقاما البيعة أنه انتجها، ف قضى بها للذي في يده، وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين<sup>(٢)</sup>)، وخبر جابر الأنصاري (أن رجلين تداعيا في دابة فأقام كل بيعة أنها دابته انتجها، ف قضى رسول الله ﷺ للذي هي في يده<sup>(٣)</sup>).

وذهب الشيخ في النهاية والاستبصار والتهديب والمحقق والقاضي وجماعة إلى ترجيح بيعة الداخل إن شهدت بسبب الملك، سواء انفردت به أم شهدت بيعة الخارج به أيضاً، =

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٣.

(٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٤٣٣، رقم الحديث ٢١٢٢٣.

الداخل مطلقاً، لما رُوِيَ<sup>(١)</sup> أن علياً عليه السلام قضى بذلك، ولتعارض البيتين فيرجع إلى تقديم ذي اليد، وقيل: الخارج مطلقاً، عملاً بظاهر الخبر المستفيض، من أن القول قول ذي اليد، والبينة بينة المدعي، الشامل لموضع النزاع<sup>(٢)</sup>، وقيل: تقدم بينة الخارج<sup>(٣)</sup> إن شهدتا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بيته<sup>(٤)</sup> خاصة<sup>(٥)</sup> بالسبب، ولو انفردت به<sup>(٦)</sup> بينة الداخل قُدم، وقيل: مع تسبيهما تقدم بينة الداخل أيضاً، وتوقف المصنف هنا وفي الدروس مقتصرأ على نقل الخلاف، وهو في موضعه، لعدم دليل متين من جميع الجهات، وفي شرح الإرشاد رجح القول الثالث، وهو

= وتقديم بينة الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو انفردت بيته بالسبب، ووجه الجمع بين الأخبار التي دل بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب كخبري غياث وجابر المتقدمين، وبين الأخبار الدالة على تقديم الخارج، وهي عمولة على ما إذا أطلقنا أو اختصت بينة الخارج بالسبب.

وعن المفيد ترجيح الأعدل من البيتين، أو الأكثر عدداً مع تساويهما في العدالة، مع اليمين، ومع التساوي يقضى للخارج، وعن ابن حزة التفريق بين السبب المتكرر كالبيع والصبغة وغير المتكرر كالنتاج ونساجة الثوب، فحكم بتقديم ذي اليد مع كون السبب مما يتكرر، وتوقف جماعة كما في الدروس واللمعة والمسالك والكفاية، إلى غير ذلك من الأقوال، وقد أنهاها في المستند إلى تسعة، مع الاختلاف بينهم في نسبة الأقوال إلى أصحابها أيضاً، والانصاف أن التفريق بين ذكر الشاهد السبب وعدمه، مثل أن الدابة انتجت على مذوده أو تملكها بالشراء ونحو ذلك، وبين كون الشيء مما يتكرر أو لا فهو من القيود التي لا تستفاد من الأخبار، لأنها وإن ذكرت في بعض الأخبار، لكن قد ذكرت في كلام السائل فلا يستفاد منها القيدية، هذا وأصل النزاع قائم على جواز قبول البينة من المنكر عند التعارض بين البيئات، أما إذا قلنا بعدم القبول فالتعنين تقديم بينة الخارج، وأما الداخل فوظيفته اليمين ليس إلا، وهو الأقوى، وهذا ما يرجح القول الأول:

- (١) وهو خير غياث المتقدم.
- (٢) وهو تعارض البيتين.
- (٣) وحاصله تقديم بينة الخارج مطلقاً، إلا إذا انفردت بينة الداخل بالسبب.
- (٤) الخارج.
- (٥) شهدت بيته خاصة.
- (٦) بالسبب.

مذهب الفاضلين، ولا يخلو من رجحان.

(ولو نشبنا وادعى أحدهما الجميع والآخر النصف)<sup>(١)</sup> مشاعاً (ولا بينة اقتسامها) نصفين (بعد يمين مدعي النصف) للآخر<sup>(٢)</sup>، من دون العكس<sup>(٣)</sup>، لمصادفته إياه على استحقاق النصف الآخر، ولو كان النصف المتنازع معيناً<sup>(٤)</sup> اقتسامه<sup>(٥)</sup> بالسوية بعد التحالف، فيثبت لمدعيه<sup>(٦)</sup> الربع، والفرق<sup>(٧)</sup> أن كل جزء من العين على تقدير الإشاعة يدعي كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح<sup>(٨)</sup>، بخلاف المعين إذ لا نزاع في غيره<sup>(٩)</sup>، ولم يذكروا في هذا الحكم خلافاً، وإلا فلا

- (١) فتارة يقيمان البينة، وأخرى لا بينة لهما، وثالثة البينة لأحدهما.
- فعلى الأول فالنصف لمدعي الكل بغير معارض، وأما النصف الآخر الذي في يد مدعي النصف فقد تعارضت فيه البيتان فعلى القول بتقديم الخارج في المسألة السابقة فهو لمدعي الكل أيضاً ولا شيء لمدعي النصف، وعلى القول بتقديم بينة ذي اليد فهو لمدعي النصف.
- وعلى الثاني فالعين بالسوية بينهما، أما النصف الذي في يد مدعي الكل فهو له، لعدم التنازع فيه بحسب الفرض، وأما النصف الآخر الذي في يد مدعي النصف فهو له، لأنه منكر، لموافقة قوله الظاهر، ومدعي الكل مدع هنا ولا بينة له، فيقدم قول المنكر مع يمينه.
- وعلى الثالث فالنصف الذي لا تنازع فيه فهو لمدعي الكل، وأما النصف الآخر المتنازع فيه فهو لمدعي الكل إن أقام بينة، ولا تقبل بينة مدعي النصف، بل عليه اليمين.
- (٢) الذي هو مدعي الكل.
- (٣) من دون حلف مدعي الكل على النصف الأول، لأن مدعي النصف مصادق معه في صحة دعواه في النصف الأول، فهو له بلا منازع.
- (٤) فالنصف الآخر يقيناً خارج عن التنازع، وهو لمدعي الكل بلا منازع، وأما النصف المتنازع فيه فهو تحت أيديهما، وكلاهما مدع ومدعى عليه به، ولا بينة لهما ولا لأحدهما، فيحلفان يمين المنكر، وبعد التحالف يتقاسمانه، لعدم إمكان إعطائه لأحدهما دون الآخر، لأنه ترجيح بلا مرجح، فيكون لمدعي الكل نصفه الأول الذي لا تنازع فيه، ونصف النصف المتنازع فيه، ومدعي النصف نصف النصف الآخر.
- (٥) اقتسما النصف المتنازع المعين.
- (٦) لمدعي النصف يثبت الربع، ولمدعي الكل ثلاثة أرباع.
- (٧) بين النصف المشاع والنصف المعين.
- (٨) وفيه: أن المرجح موجود، وهو كون النصف المتنازع فيه تحت يد مدعي النصف، فيقدم قوله مع يمينه، بناء على ما قالوه.
- (٩) في النصف الآخر.

يخلو من نظر<sup>(١)</sup>.

(ولو أقاما بينة فهي للخارج على القول بترجيح بيئته<sup>(٢)</sup>، وهو مدعي الكل) لأن في يد مدعي النصف النصف، فمدعي الكل خارج عنه (وعلى القول (الأخر)<sup>(٣)</sup> يقسم (بينهما) نصفين، كما لو لم يكن بينة، لما ذكرناه من استقلال يد مدعي النصف عليه فإذا رجحت بيئته به أخذه، ولو أقام أحدهما خاصة بينة حكم بها<sup>(٤)</sup>)، (ولو كانت في يد ثالث وصدق أحدهما<sup>(٥)</sup> صار صاحب اليد فيترتب عليه ما فضل<sup>(٦)</sup>)، (وللآخر إحلافهما)<sup>(٧)</sup>)، (ولو أقاما بينة<sup>(٨)</sup>)،

(١) والنظر هو: أن الحكم في صورة التعيين في محله، فيجب أن يكون الحكم في صورة الإشاعة كذلك، لأن النصف المشاع تحت أيديهما معاً كما كان المعين، ودعوى أن المشاع تحت يد مدعي النصف فقط ليس في محله، فالتحالف وتقسيم المتنازع بينهما هو الجاري في صورتين.

(٢) على القول بترجيح بينة الخارج كما تقدم في المسألة السابقة عند دعوى كل منهما النصف.

(٣) من تقديم بينة الداخل في المسألة السابقة.

(٤) وظاهره الإطلاق، سواء كان صاحب البينة هو مدعي الكل أم مدعي النصف، مع أنه لو كان صاحبها مدعي النصف لوجب أن لا تقبل منه، لأنه منكر بحسب ما فرضوه هنا، لأن يده على النصف المتنازع فيه، والمنكر وظيفته اليمين.

(٥) فإن صدق مدعي الكل فهو المنكر في نصف المعين، لأن نصفها الأول له بلا منازع فيقدم قوله مع يمينه، فإن حلف فالكل له.

وإن صدق مدعي النصف فهو المنكر في النصف المتنازع، فإن حلف فالنصف المتنازع له، والنصف الأول لمدعي الكل.

(٦) من كلام الشارح عند قول المصنف في المسألة السابقة «ولو خرجا».

(٧) وللخصم الآخر إحلاف خصمه والمصدق، أما إحلاف خصمه فلأن الخصم منكر، وأما إحلاف المصدق فلا يتم إلا إذا ادعى عليه العلم بأن العين له على ما تقدم سابقاً، وفائدة هذا الحلف هو الغرم لا القضاء بالمعين، بحيث لو نكل وقضينا بالكول فيُغزَم المصدق له قيمة ما أقر، والنصف المقر للمقر له.

(٨) وكان الثالث قد صدقهما أو أنكرهما معاً، أما لو صدق أحدهما دون الآخر فالمصدق لا تقبل بيئته، لأنه ذو يد، فوظيفته اليمين لا البينة، فلو أنكرها أو صدقها وأقاما البينة فلمدعي الكل النصف الذي لا نزاع فيه، وفي النصف الآخر ترجيح الأعدل ثم الأكثر ومع التساوي فالقرعة، ومن خرج اسمه حلف وأعطى النصف، فإن نكل أحلف الآخر =

فللمستوعب<sup>(١)</sup> النصف، وتعارضت البيتان في الآخر، فيحكم للأعدل، فالأكثر، فالقرعة، ويقضي لمن خرج بيمينه<sup>(٢)</sup>، فإن امتنع حلف الآخر<sup>(٣)</sup>، فإن نکلا قسم بينهما، فللمستوعب ثلاثة أرباع وللآخر الربع، وقيل<sup>(٤)</sup>: يقسم على ثلاثة، فلمدعي الكل اثنان، ومدعي النصف واحد، لأن المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة، فيقسم على طريق العول على حسب سهامها، وهي ثلاثة، كضرب الديان مع قصور مال المفلس، وكل موضع حكمنا بتكافؤ البيتان، أو ترجيحها بأحد الأسباب إنما هو مع إطلاقها<sup>(٥)</sup>، أو اتحاد التاريخ.

= وأخذ، ولو نکلا قُسم النصف المتنازع عليه نصفين بينهما، كما تقدم فيما لو ادعى كل منهما عيناً وكانت العين خارجة عن أيديهما، وعلى كل فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع ومدعي النصف الربع.

- (١) مدعي الكل.
- (٢) فيما لو انكرهما أو صدقهما، أما لو صدق أحدهما فله حكمه، وقد تقدم.
- (٣) فإن امتنع مدعي النصف وحلف مدعي الكل فالكل له، وإن امتنع مدعي الكل وحلف مدعي النصف فالنصف المتنازع له والنصف الآخر لمدعي الكل.
- (٤) قال الشارح في المسالك: «وذهب ابن الجنيدي إلى اقتسامهما - المتداعيين - ما يتنازعان فيه على طريق العول، فيجعل هنا لمدعي الكل الثلثان، ومدعي النصف الثلث، لأن المنازعة وقعت في أجزاء غير معينة ولا مُشار إليها، بل لكل واحدٍ من أجزائها لا يتخلو من دعوى كل منهما، باعتبار الإشاعة، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعي الكل من غير منازع، بل كل جزء يدعي مدعي النصف نصفه، ويدعى مدعي الكل كله، ونسبة إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثاً، واحداً لمدعي النصف واثنان لمدعي الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت، وفي المختلف وافق ابن الجنيدي على ذلك مع زيادة المدعيين على اثنين، إلا أن ابن الجنيدي فرض الحكم على تقدير كون العين بيديهما، والعلة تقتضي التسوية بين الداخلتين والخارجيتين حيث يقتسمان، وفي القواعد جعل قول ابن الجنيدي احتمالاً على تقدير خروجهما، كما هو محتمل على تقدير الدخول، والأصح المشهور، والجواب عن حجة العول أن مدعي الكل يسلم له نصف مشاع بغير نزاع، وهو كافٍ في المطلوب، وإن كان النزاع واقعاً في كل جزء باعتبار التعيين» انتهى.

(ولو كان تاريخ إحدى البيتين أقدم قدمت<sup>(١)</sup>) لثبوت الملك بها سابقاً فيستصحب، هذا إذا شهدنا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بالتفريق، أما لو شهدت إحداها باليد والأخرى بالملك<sup>(٢)</sup>، فإن كان المتقدم هو اليد رجح الملك، لقوته وتحققه الآن، وإن انعكس ففي ترجيح أيهما قولان للشيخ، وتوقف المصنف في الدروس مقتصرأ على نقلهما.

### (القول في القسمة<sup>(٣)</sup>)

(وهي تمييز أحد النصيبين) فصاعداً (عن الآخر، وليست بيعاً) عندنا (وإن

(١) كما عن الشيخ وابني إدريس وحمزة، ونسبه في المسالك إلى المشهور، وغُلب بأن الأقدم يُثبت الملك في وقت لا تعارضه البينة اللاحقة فيه، وإنما يساقطان في محل التعارض دون السابق، الذي لا معارض له في وقته المختص به، والأصل في الثابت دوامه، ويشهد له صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن علي عليه السلام) أنه كان إذا اختصم الخصمان في جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها، وزعم الآخر أنه أنتجها، وكانا إذا أقاما البينة جميعاً، قضى بها للذي أنتجت عنده<sup>(١)</sup>.

(٢) لا ريب في أن الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأن اليد تحتل الملك وتحتل غيره من العارية والإجارة، بخلاف الملك فإنه صريح في المطلوب، هذا مع اتحاد تاريخهما أو كانت شهادة الملك متأخرة، أما لو كانت شهادة الملك متقدمة فللشيخ قولان، ففي المتوسط يقدم المتأخر وإن كانت شهادة اليد، لأن اليد كما تحتل العارية والإجارة من أنواع التصرف التي لا تستند على الملك، فكذلك شهادة الملك المتقدمة تحتل أنه قد باعها بعد ثبوت ملكه إلى غيره فالترجيح بالحالي لأن ظاهره الملك، وفي الخلاف رجح السابق، لأنه منفرد بالزمن السابق من دون معارض فيستصحب، وهو الذي اختاره المحقق.

(٣) قال الشارح في المسالك: «إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء، لأن القضاء لا يستغني عن القسام، للحاجة إلى قسمة المشتركات، بل القسام كالحاكم فحسُن الكلام في القسمة في هذا الكتاب - أي كتاب القضاء -، كما فعله جماعة من الفقهاء، ومن أفردوا كتاباً برأسها، نظر إلى استقلالها بالأحكام كغيرها من كتب الفقه» انتهى.

كان فيها رد<sup>(١)</sup>، لأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإيجاب ويلزمها<sup>(٢)</sup>، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، واشتراك كل<sup>(٣)</sup> جزء يُفرض قبلها<sup>(٤)</sup> بينهما، واختصاص كل واحد بجزء معين، وإزالة ملك الآخر عنه<sup>(٥)</sup> بعدها<sup>(٦)</sup> بعوض مقدر بالتراضي ليس حد البيع حتى يدل عليه، وتظهر الفائدة<sup>(٧)</sup> في عدم ثبوت الشفعة للشريك بها، وعدم بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض في البيع، وعدم خيار المجلس، وغير ذلك<sup>(٨)</sup>.

(ويجبر الشريك) على القسمة (لو التمس شريكه) القسمة، (ولا ضرر ولا رد<sup>(٩)</sup>)،

- = هذا ولا ريب في مشروعية القسمة قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾<sup>(١)</sup>، وقال تعالى: ﴿بَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، وقد ورد أن عبد الله بن يحيى كان قساماً لأمر المؤمنين عَلَيْهِمُ السَّلَامُ<sup>(٣)</sup>.
- والقسمة هي تمييز الحق لكل شريك عن حق غيره، وهي ليست بيعاً وإن اشتملت على رد، لأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإيجاب، ولا بد من تساوي الحصص فيها، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، بلا خلاف في ذلك، وخالف بعض العامة.
- (١) عند زيادة حصة أحد الشريكين.
- (٢) ويلزمها الحاكم على بعض الفرقاء كما سيأتي.
- (٣) شروع في رد دليل من خالف من العامة بأنها بيع، واستدل المخالف بأن كل جزء مشترك بين الشريكين، فتخصيص كل واحد بجزء معين وإزالة ملك الآخر عنه بعوض مقدر وهو ملكه في الجزء الآخر على جهة التراضي يقتضي البيع، لأن ذلك حده، وفيه: أن حد البيع هو مبادلة مالٍ بمال كما سيأتي، وهو أجنبي عما تقدم.
- (٤) قبل القسمة.
- (٥) عن هذا الجزء المعين الذي حُصص به الأول.
- (٦) بعد القسمة.
- (٧) بين القولين، من أنها بيع أو لا.
- (٨) من أحكام البيع.
- (٩) العين المشتركة إما أن لا يعظم الضرر في قسمتها أو يعظم، وعلى الأول إما أن تكون =

(١) سورة النساء، الآية: ٨.

(٢) سورة القمر، الآية: ٢٨.

(٣) المسوط ج ٨ ص ١٣٣.



والمراد بالضرر<sup>(١)</sup> نقص قيمة الشئقص بها<sup>(٢)</sup> عنه<sup>(٣)</sup> منضمماً، نقصاً فاحشاً على ما اختاره المصنف في الدروس، وقيل: مطلق نقص القيمة، وقيل: عدم الانتفاع

= مثلية، وهي المتساوية الأجزاء في القيمة والصفات كالحبوب والادهان، أو قيمية لكنها متشابهة الأجزاء، كالدار المتفقة الأبنية والأرض المتشابهة الأجزاء، بحيث يمكن قسمتها على عدد الشركاء من غير رد ولا ضرر، أو تتوقف القسمة على الرد، وعلى الثاني فالضرر إما على الجميع أو على البعض، فالأقسام خمسة، ثلاثة على الأول واثنان على الثاني.

فالأول: ما لو كانت العين متساوية الأجزاء في القيمة والصفات فيجبر الشريك على القسمة لو امتنع عند التماس شريكه بلا خلاف فيه، لوجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار، ولأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله، ولا ريب أن الانفراد أكمل نفعاً، فيجب على شريكه الاستجابة إلى القسمة ما دام لا ضرر فيها.

والثاني: ما لو كانت القسمة في القيمي ولا رد ولا ضرر فكذلك كالأول.

والثالث: ما لو كانت العين قيمية، والقسمة تقتضي الرد من أحد الشريكين على الآخر، فلا يجبر الشريك على القسمة لو التمسها شريكه، لأن فيها معاوضة على أجزاء لأحدهما بمال خارجي وهو غير لازم القبول.

والرابع: ما لو كان الضرر على كل الشركاء فلا يجبر الممتنع، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

والخامس: ما لو كان الضرر على البعض، فإن كان البعض هو الممتنع، فلا يجبر لقاعدة نفي الضرر المتقدمة، وإن كان الضرر على الملتمس للقسمة وشريكه الآخر لا ضرر عليه، فيجبر، لارتفاع المانع من القسمة، بعد أن رضي الملتمس بالنقصان والضرر.

(١) اختلف في معنى الضرر المانع من القسمة، فقيل - كما عن الشيخ في الخلاف -: إنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، وبطلان المنفعة هو مناط الضرر، وهو منفي لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

وقيل - كما عن الشيخ في المبسوط -: إنه نقصان القيمة وإن بقيت المنفعة، نظراً إلى أن فوات المآلة موجب للضرر.

وقيل: عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، وإن لم تنقص قيمته ولم تبطل منفعته من غير هذا الوجه.

وقيل: هو نقصان القيمة نقصاناً فاحشاً، بحيث يحصل به الضرر عرفاً، وهو خيرة الشهيد في الدروس، ولو قيل: بأنه مطلق نقصان العين أو القيمة أو الانتفاع مما يوجب معه صدق الضرر عرفاً لكان أولى، من دون تخصيصه في نقصان المنفعة أو القيمة فقط.

(٢) بالقسمة.

(٣) عن الشئقص.

به منفرداً، وقيل: عدمه<sup>(١)</sup> على الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، والأجود الأول.

(ولو تضمنت رداً) أي: دفع عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانبين (لم يجبر) الممتنع منهما، لإستلزامه المعاوضة على جزء من مقابله، صوري، أو معنوي<sup>(٢)</sup>، وهو<sup>(٣)</sup> غير لازم، (وكذا) لا يجبر الممتنع (لو كان فيها ضرر، كالجواهر والمعادن الضيقة والسيف)، والضرر في هذه المذكورات يمكن اعتباره بجميع المعاني<sup>(٤)</sup> عدا الثالث في السيف<sup>(٥)</sup>، فإنه ينتفع بقسمته غالباً في غيره<sup>(٦)</sup> مع نقص فاحش (فلو طلب) أحدهما (المهابة)<sup>(٧)</sup> وهي قسمة المنفعة بالأجزاء، أو بالزمان (جاز ولم يجب) إجابته، سواء كان مما يصح قسمته إجباراً أم لا، وعلى تقدير الإجابة لا يلزم الوفاء بها، بل يجوز لكل منهما فسخها، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر، أو هو، كان عليه أجرة حصة الشريك<sup>(٨)</sup>.

(وإذا عدلت السهام) بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلاً، أو وزناً، أو ذرعاً، أو عدداً بعدد الأنصبة، أو بالقيمة<sup>(٩)</sup> إن اختلفت، كالأرض والحيوان

- (١) عدم الانتفاع.
- (٢) وهما وصفان للجزء، فالصوري عند اقتضاء القسمة لزيادة أحد النصيبين من حيث الكمية، والمعنوي عند اقتضاء القسمة لزيادة أحد النصيبين من حيث الكيفية.
- (٣) الرد، وهو غير واجب على الشريك لو التمس شريكه القسمة.
- (٤) المذكورة في تفسير الضرر.
- (٥) فالثالث عدم الانتفاع به منفرداً، وهو غير جارٍ في السيف بعد قسمته، لأنه بعد القسمة ينتفع في أبعاضه في غير الحرب، وأما بقية معاني الضرر فتجري فيه، وفيه: أن أبعاض الجواهر ينتفع بها بعد قسمتها ولو في الأدوية وغيرها، فلا يتصور بطلان منفعتها حتى يجري فيها التفسير الثالث للضرر.
- (٦) غير الحرب، والحرب هو مجال الانتفاع به قبل قسمته.
- (٧) لا تجب إجابته، لأنه ليس طلب قسمة العين، بل طلب قسمة المنفعة، ووصوله إلى حقه من المنفعة ليس منحصراً بالمهابة حتى تجب إجابته فيها.
- (٨) لتفويت منفعتها في حصته لما كانت تحت يد الثاني بتمامها وقت المهابة.
- (٩) عدلت السهام بالقيمة عند تفاوت الأجزاء.

و(اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم) من غير قرعة، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق، ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها، (والا) يتفقا على الاختصاص (أقرع<sup>(١)</sup>) بأن يكتب<sup>(٢)</sup> أسماء الشركاء، أو السهام كل في رقعة وتُصان، ويؤمر من لم يُطلع على الصورة بإخراج إحداهما<sup>(٣)</sup> على اسم أحد المتقاسمين، أو أحد السهام، هذا إذا اتفقت السهام قدراً<sup>(٤)</sup>، ولو اختلفت<sup>(٥)</sup> قُسم على أقل السهام وجعل لها<sup>(٦)</sup> أول<sup>(٧)</sup>، يعينه المتقاسمون وإلا الحاكم، وتكتب أسماؤهم لا أسماء السهام، حذراً من التفریق، فمن خرج اسمه أولاً أخذ من الأول وأكمل نصيبه منها<sup>(٨)</sup> على الترتيب، ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين وهكذا، ثم إن اشتملت القسمة على رد اعتبر رضاها بعدها<sup>(٩)</sup>، وإلا فلا.

(١) لأن القرعة لكل أمرٍ مشكل، وهذا منها.

(٢) الواجب هو القرعة، لتعيين كل قسم لصاحبه من الشركاء، وأما كيفية القرعة فلا يجب الالتزام بكونها على نحوٍ مخصوص، قال صاحب الجواهر: «والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون في ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبورة، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارها أو وكيلهما، بل يفوضان أمره - أي أمر التعيين - إلى الله، ويفعلان ما يفيدته انتهى.

(٣) إحدى الرفعتين فيما لو كانت القرعة على أحد الأسماء أو أحد السهام.

(٤) فيما لو كان سهم كل شريك بقدر سهم الآخر.

(٥) كما لو كانت الأرض بين ثلاثة، ولأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس، فتقسم الأرض أسداساً، وترقّم بحيث يجعل لكل سدس رقم، وتكون القرعة على الأسماء فمن خرج اسمه أولاً أعطي حصته بمعنى يعطى السدس الأول فإن كان بمقدار حصته فهو وإلا أعطي السدس الثاني والثالث وهكذا، وعليه فلو خرجت القرعة باسم صاحب السدس أعطي السدس الأول فقط، وإن خرجت باسم صاحب الثلث أعطي السدس الأول والثاني، وإن خرجت باسم صاحب النصف أعطي السدس الأول والثاني والثالث، ثم بعد إعطاء الأول حصته يبقى من الشركاء إثنان، فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أعطي حصته بالبيان السابق.

(٦) للسهام.

(٧) ترقيم فترتب أولاً وثانياً وثالثاً وهكذا.

(٨) من السهام.

(٩) بعد القسمة.

(ولو ظهر غلط)<sup>(١)</sup> في القسمة بيينة، أو باطلاع المتفاسمين (بطلت، ولو ادعاه) أي: الغلط (أحدهما ولا بيينة حلف الآخر) لأصالة الصحة، فإن حلف (تمت) القسمة، (وإن نكل) عن اليمين (حلف المدعي) إن لم يُقضى بالنكول (ونُقضت، ولو ظهر) في المقسوم (استحقاق بعض<sup>(٢)</sup> معين بالسوية) لا يخلُ إخراجها بالتعديل (فلا نقض)، لأن فائدة القسمة باقية، وهو أفراد كل حق على حدة، (وإلا) يكن متساوياً في السهام بالنسبة (نقضت) القسمة، لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون بقدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة، (وكذا لو كان) المستحق (مشاعاً)، لأن القسمة حيثئذ لم تقع برضا جميع الشركاء.

(١) فإن ادعى أحد الشريكين الغلط في التقسيم لا تسمع دعواه إلا بالبينة، لأصالة الصحة في فعل المُقسَّم إلا أن يظهر المزيل، وإذ لا بيينة له فإن وافقه شريكه على الغلط بطلت القسمة، للعلم الحاصل لهما بعدم وصول الحق إلى أحدهما، فلا يجوز للآخر حيثئذ التصرف، وإن لم يوافقه فله اليمين عليه إن ادعى عليه العلم بالغلط.

(٢) لو اقتسما ثم ظهر أن البعض مستحق للغير، فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة بلا خلاف ولا إشكال، لبقاء الشركة في النصيب الآخر مع عدم تعديله، ولو كان المستحق المعين عندهما بالسوية لم تبطل بلا خلاف فيه، لأن فائدة القسمة باقية وهي إفراد كل واحد من الحقين، ولو كان المستحق لا بالسوية فيهما بطلت القسمة، لتحقق الشركة كما هو واضح، ولو كان المستحق مشاعاً معهما فللشيخ قولان: أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق.

والثاني: البطلان، لأن مقصود القسمة التمييز، ولا تميز هنا، فلا يزال الآخر شريكاً فيما زاد عن المُستحق، فلا بد من رضاه الموجب للقسمة من جديد.





كتاب الشهادات



## (كتاب الشهادات)

### (وفصوله أربعة:)

(الأول: الشاهد، وشرطه البلوغ<sup>(١)</sup>، إلا في الشهادة على (الجراح) ما لم

(١) أما غير المميز فلا خلاف فيه، وأما المميز، فقيل: تقبل شهادته مطلقاً إذا بلغ عشر سنين في القتل والجرح وغيرهما، وقال في الجواهر: «بل اعترف غير واحد بعدم معرفة القائل به، وإن نُسب إلى الشيخ في النهاية، ولكنه وهم»، نعم يدل على هذا القول أخبار.

منها: خبر أبي أيوب الخزاز (سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: ويجوز أمره، فقال: إن رسول الله ﷺ دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يُدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته)<sup>(٢)</sup>، وخبر عبيد بن زرارة (سألت أبا عبد الله ﷺ عن شهادة الصبي والمملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون، ولا تجوز في الأمر الكبير)<sup>(٣)</sup>، وخبر طلحة بن زيد عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن أبيه عن علي بن أبي طالب (شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم)<sup>(٤)</sup>، ولكنها مهجورة عند الأصحاب، على أن الأول غير منقولة عن المصوم ﷺ، والثانية مشتملة على ما لم يقل به أحد من الأصحاب من عدم قبول شهادة المملوك في الأمر الكبير، والثالثة يمكن حملها على القتل ولا تأبى ذلك، فلذا لا تصلح لمعارضة الطائفة الدالة على عدم جواز شهادة الصبي.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما ﷺ (في الصبي يشهد على الشهادة، فقال:

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣ و٥ و٦.



يبلغ النفس<sup>(١)</sup>، وقيل: مطلقاً<sup>(٢)</sup> (بشرط بلوغ العشر) سنين (وأن يجتمعوا على مباح، وأن لا يتفرقوا) بعد الفعل المشهود به إلى أن يؤدوا الشهادة، والمراد حينئذ أن شرط البلوغ ينتفي، ويبقى ما عداه من الشرائط التي من جملتها العدد، وهو اثنان في ذلك<sup>(٣)</sup>، والذكورية، ومطابقة الشهادة للدعوى، وبعض الشهود لبعض،

= إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته<sup>(١)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن شهادة الصبيان إذا شهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها)<sup>(٢)</sup>.

نعم اختلفوا في قبول شهادة الصبي في الجرح والقتل، ففي صحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم، في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه)<sup>(٣)</sup>، وصحيح محمد بن حمران (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي؟ فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني)<sup>(٤)</sup>، والخبران قد ذكرا القتل فيدخل الجراح بطريق أولى، ولذا ذكر الأكثر أن شهادة الصبي تقبل في القتل والجراح، وعن الشيخ في الخلاف والمحقق في النافع الاقتصار على الجراح فقط، وعن التحرير والدروس اشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس، وفيه: أن الخبرين الواردين متضمنان للقتل فعل القول بالتعدي إلى الجراح لا داعي لهذا الاشتراط وإن بلغ الجراح النفس، ثم من اقتصر على الجراح اقتصر بدعوى أن التهجم على الدماء بخير الواحد خطر، إذ لو قبلت شهادة الصبيان في القتل كما هو مقتضى الخبرين لوجب قتل القاتل فصاصاً، وهو تهجم على الدم بخير الواحد، فالأولى الاقتصار في قبول شهادة الصبيان في الجراح فقط، وفيه: أن ردّ الخبرين بداعي الاحتياط يقتضي عدم قبول الشهادة في الجراح.

ثم إن الخبرين قد اشترطا الأخذ بأول كلامهم دون الثاني، إلا أن الأصحاب منهم المحقق زادوا اشتراط بلوغ الصبي العشر، وأن لا يتفرقوا قبل أداء الشهادة، ويمكن أن يكون ذلك مستفاداً من خبري الخزاز وابن زيد السابقين، بعد حملهما على القتل، الذي هو مورد قبول شهادة الصبي، واشترطوا في قبول شهادتهم أن يكون اجتماعهم على مباح، وهو شرط لا دليل عليه كما في المسالك.

(١) كما هو مختاره في الدروس.

(٢) كما عن الأكثر.

(٣) في الشهادة على الجراح.

(٢١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

(٤٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

وغيرها، ولكن زوي هنا الأخذ بأول قولهم لو اختلف، والتهجم على الدماء في غير محل الوفاق ليس بجيد<sup>(١)</sup>.

وأما العدالة فالظاهر أنها غير متحققة<sup>(٢)</sup>، لعدم التكليف الموجب للقيام بوظيفتها من جهة التقوى، والمروءة غير كافية، واعتبار صورة الأفعال<sup>(٣)</sup> والتروك لا دليل عليه، وفي اشتراط اجتماعهم على المباح تنبيه عليه<sup>(٤)</sup>.

(والعقل)<sup>(٥)</sup> فلا تقبل شهادة المجنون حالة جنونه، فلو دار جنونه قبلت شهادته مُفِيقاً، بعد العلم باستكمال فطنته في التحمل والأداء<sup>(٦)</sup>، وفي حكمه الأبله والمغفل<sup>(٧)</sup> الذي لا يتفطن لمزايا الأمور، (والإسلام)<sup>(٨)</sup> فلا تقبل شهادة

- (١) فالأخذ بشهادة الصبيان من دون احراز هذه الشرائط - وإن لم يقم الدليل على بعضها - ليس بجيد.
- (٢) في شهادة الصبيان المقبولة في القتل والجرح، لانتفائها بانتفاء التكليف في حقهم.
- (٣) إن الحكم بعدالتهم بمجرد صورة الأفعال في الواجبات وصورة التروك في المحرمات مما لا دليل عليه أيضاً.
- (٤) على عدم تحقق العدالة فيهم، كما هو ظاهر عبارة المصنف.
- (٥) فلا تقبل شهادة المجنون الاطباقي بالاتفاق، ولا الادواري حال جنونه، لقوله تعالى: ﴿واشهدوا قوى عدل منكم﴾<sup>(١)</sup>، والعدالة مشروطة بالتكليف، ولا تكليف في حق المجنون، وقال تعالى: ﴿من ترضون من الشهداء﴾<sup>(٢)</sup>، والمجنون غير مرضي.
- (٦) فتقبل شهادته لانتفاء المانع.
- (٧) الأبله من البله بمعنى الغفلة، فالعطف تفسيري، ولا تقبل شهادته، لعدم تفتنه لمزايا الأمور وتفاصيلها، ويدخل عليه الغلط والتزوير من حيث لا يشعر، ويدل عليه مرسل الإمام العسكري عليه السلام في تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام في تفسير قوله تعالى: ﴿من ترضون من الشهداء﴾<sup>(٣)</sup> قال: (من ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به، وتخصيله وتمييزه، فما كل صالح مميّزاً ولا محصلاً، ولا كل محصل مميّز صالح)<sup>(٤)</sup>.
- (٨) فتقبل شهادة المسلم على المسلم وغيره، ولا تقبل شهادة الكافر ذمياً أو حربياً على المسلم بلا خلاف فيه، للأخبار.

(١) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

الكافر وإن كان ذمياً، (ولو كان المشهود عليه كافراً على الأصح) لاتصافه بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهادة، خلافاً للشيخ رحمه الله حيث قبل شهادة أهل الذمة للمتهم وعليهم، استناداً إلى رواية ضعيفة، وللصدوق<sup>(١)</sup> حيث قبل شهادتهم على مثلهم، وإن خالفهم في الملة كاليهود على النصراني، ولا تقبل شهادة غير الذمي إجماعاً، ولا شهادته على المسلم إجماعاً.

(إلا في الوصية<sup>(٢)</sup> عند عدم عدول (المسلمين) فتقبل شهادة الذمي

= منها: صحيح أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمة - الملل - على المسلمين)<sup>(١)</sup>.

وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟ فعن الشيخ في المبسوط القبول، إذا كان الشاهد والمشهود له من ملة واحدة، لموثق سماعاً عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شهادة أهل الملة فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم)<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن الجنيد القبول، وإن اختلفا في الملة، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، أنه لا يصلح ذهاب حق أحد)<sup>(٣)</sup>.

وعن المشهور عدم القبول مطلقاً، للأخبار الكثيرة المشترطة لإسلام الشاهدين وعدالتهما، وسيمر عليك بعضها، وفيه: أنها واردة فيما لو كان المشهود عليه مسلماً، كما هو مورد غالبها، ثم إن كان الشاهد حربياً فلا تقبل شهادته على غيره، ولو من أهل ملته، بلا خلاف فيه، ويمكن القول إنه إذا كانت شهادته على حربي مثله تصح، تمسكاً بالتعليل في صحيح الحلبي المتقدم، بل وإن كان المشهود عليه ذمياً، للاطلاق في موثق سماعاً المتقدم.

(١) وفي الجواهر جعل ابن الجنيد هو صاحب هذا القول.

(٢) تقبل شهادة الذمي في الوصية، عند عدم العدول من المسلمين، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ، تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ، فَيُقْسَمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتُمْ أَنْ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا، وَلَوْ كَانَ ذَا قَرْبَى، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْأَثِمِينَ﴾<sup>(٤)</sup>، وللأخبار.

(٢١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

بها، ويمكن أن يريد اشتراط فقد المسلمين مطلقاً<sup>(١)</sup>، بناء على تقديم المستورين<sup>(٢)</sup> والفاسقين الذين لا يستند فسقهما إلى الكذب، وهو قول العلامة في التذكرة، ويضعف باستلزامه<sup>(٣)</sup> التعميم<sup>(٤)</sup> في غير محل الوفاق، وفي اشتراط السفر قولان<sup>(٥)</sup>: أظهرهما عدم، وكذا الخلاف في إحلافهما بعد

- = منها: صحيح أحمد بن عمر قال: (سألته عن قول الله عز وجل: ﴿ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، قال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله ﷺ قال: سئوا بهم سنة أهل الكتاب، وذلك إذا مات الرجل بأرض غربة فلم يجد مسلمين يُشهدهما، فرجلان من أهل الكتاب<sup>(١)</sup>، وخبر حمزة بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز وجل: ﴿ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، فقال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة فطلب رجلين مسلمين يُشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما)<sup>(٢)</sup>.
- (١) وإن كانوا فسقة، لأن العلامة في التذكرة قدم عليهم فساق المسلمين، إذا كان فسقهم بغير الكذب والخيانة، وهو ضعيف، لعدم قبول شهادة الفساق من المسلمين، وقياسهم على أهل الذمة كما ورد بهم النص لا نقول به.
- (٢) بناء على أن العدالة هي ظاهر الإسلام فتقبل شهادتهم، وتقدم على شهادة أهل الذمة، وأما بناء على أن العدالة هي ملكة نفسانية راسخة فيحتمل تقديم عدول أهل الذمة للآية، ويحتمل تقديم المستور، وبه قطع العلامة في التذكرة، وجعله الشارح في المسالك أولى.
- (٣) استلزام قبول قول الفاسقين والمستورين.
- (٤) قبول شهادتهم في الوصية عند عدم عدول المسلمين، مع أن محل الوفاق هو قبول شهادة الذمي عند عدم عدول المسلمين، لا قبول شهادة الفاسق والمستور.
- (٥) ذهب الشيخ في الميسر وابن الجنيد وأبو الصلاح إلى اشتراط السفر، لاشتراطه في الآية المتقدمة، وفي بعض النصوص وقد تقدم بعضها، والأشهر على عدم الاشتراط، لورود الشرط مورد الغالب، ويؤيده أن في بعض الأخبار عدم الاشتراط، كخبر ضريس الكناني عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت =

(١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ٧.

العصر<sup>(١)</sup>، فأوجبه العلامة عملاً بظاهر الآية<sup>(٢)</sup>، والأشهر العدم، فإن قلنا به فليكن بصورة الآية، بأن يقولوا بعد الحلف بالله: ﴿لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمناً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَانُ لَنَا إِذَا لَمِنَ الْإِيمَانِ﴾<sup>(٣)</sup>.

(والإيمان)<sup>(٤)</sup> وهو هنا الولاء، فلا تقبل شهادة غير الإمامي مطلقاً<sup>(٥)</sup>،

= شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم، ولا تبطل وصيته<sup>(١)</sup>.  
 (١) فأوجبه العلامة والكركي في صورة الرية، للآية، والخبر يجيء بن محمد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ﴾ الآية، قال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب - إلى أن قال - وذلك إذا مات الرجل في أرض غربة فلم يوجد مسلمان أشهد رجلين من أهل الكتاب يجيسان بعد العصر فيقسمان بالله، لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله، إنا إذا لمنا الأئمة، قال: وذلك إذا ارتاب ولي الميت في شهادتهما<sup>(٢)</sup>، وعن الأكثر خلاف ذلك، لخلو أكثر الأخبار عنه على وجه يعلم منه عدم اعتباره.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(٤) وهو الاعتقاد بإمامة الأئمة الاثني عشر عليهم السلام، فلا تقبل شهادة غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام، لإتصافه بالفسق والظلم المانع من قبول شهادته، بلا خلاف فيه، كما في الجواهر، لأنه غير مرضي، وقد تقدم قوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾<sup>(٣)</sup>، وتقدم الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام (مَنْ تَرَضَوْنَ دِينَهُ وَأَمَانَتَهُ وَصَلَاةَ وَعَفْتَهُ وَيَقِظُهُ فِيمَا يَشْهَدُ بِهِ)<sup>(٤)</sup>.

وهذا يتم فيما لو كان المشهود عليه مؤمناً، أما إذا كان من أهل الخلاف فالأقوى قبول شهادة غير المؤمن عليه، لانصراف الأدلة المتقدمة عنه، ولما قيل: إن سيرة أمير المؤمنين عليه السلام في قضاياها إنما كانت على ذلك، ولعله لقاعدة الإلزام الواردة في حقهم.

(٥) وإن كان معدوداً من فرق الشيعة.

(٢١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ١ و٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

مقلداً كان أم مستدلاً، (والعدالة)<sup>(١)</sup> وهي هيئة نفسانية<sup>(٢)</sup> راسخة تبعث على

(١) اشتراطها في الشاهد بما لا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾<sup>(١)</sup>، والفاسق غير مرضي الدين، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، وهي نصّ في المطلوب، وللأخبار.

منها: صحيح ابن أبي يعفور (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بِمَ تَعْرِفُ عَدَالَتهَ الرَّجُلِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى تَقْبَلَ شَهَادَتَهُ لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ، فَقَالَ: أَنْ تَعْرِفُوهُ بِالسَّرِّ وَالْعَفَافِ وَكَفِّ الْبَطْنِ وَالْفِرْجِ وَالْيَدِ وَاللِّسَانِ، وَيُعْرِفُ بِاجْتِنَابِ الْكِبَايِرِ الَّتِي أَوْعَدَ اللَّهُ عَلَيْهَا النَّارَ مِنْ شُرْبِ الْخَمْرِ وَالزَّوْنِ وَالرِّبَا وَعَقُوقِ الْوَالِدَيْنِ وَالْفِرَارِ مِنَ الزَّحْفِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَالِدَلَالَةِ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ أَنْ يَكُونَ سَاتِراً لِجَمِيعِ عِيُوبِهِ حَتَّى يَحْرَمَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِنْ عَثْرَاتِهِ وَعِيُوبِهِ وَتَفْتِيشِ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ، وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ تَرْكِيتهُ وَإِظْهَارُ عَدَالَتِهِ فِي النَّاسِ)<sup>(٣)</sup> الخبر، وصحيح عبد الرحمان بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لَا بَأْسَ بِشَهَادَةِ الْمَمْلُوكِ إِذَا كَانَ عَدْلًا)<sup>(٤)</sup>، وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (أن علياً عليه السلام قال: لَا أَقْبَلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ)<sup>(٥)</sup>.

ثم إن الكلام في العدالة ثارة في حقيقتها وما تثبت به، وقد تقدم في بحث عدالة إمام الجماعة من كتاب الصلاة، وأخرى ما به نزول، وهي نزول بالكبيرة مطلقاً، مع الاصرار وعدمه، لصحيح ابن أبي يعفور المتقدم، ونزول بالصغيرة مع الاصرار، لخبر محمد بن أبي عمير (سمعت موسى بن جعفر عليه السلام - إلى أن قال - قال النبي ﷺ: لَا كَبِيرَ مَعَ الْاسْتِغْفَارِ وَلَا صَغِيرَ مَعَ الْاَصْرَارِ)<sup>(٦)</sup>، وخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار)<sup>(٧)</sup>، وعن جماعة أنها تذهب بترك المروءة، وهو مما لا دليل عليه.

(٢) قد عرفت ما فيه من الضعف في كتاب الصلاة.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٧.

(٦) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب جهاد النفس حديث ١١.

(٧) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٣.

ملازمة التقوى والمروءة (وتزول بالكبيرة) مطلقاً<sup>(١)</sup>، وهي<sup>(٢)</sup> ما تُؤْعَد عليها بخصوصها في كتاب، أو سنة، وهي<sup>(٣)</sup> إلى سبعمائة أقرب منها إلى سبعين، وسبعة.

ومنها: القتل، والربا، والزنا، واللواط، والقيادة، والديانة، وشرب المسكر، والسرقه، والقتل، والفرار من الزحف، وشهادة الزور، وعقوق الوالدين، والأمن من مكر الله، واليأس من رُوح الله، والغضب، والغيبة، والنميمة، واليمين الفاجرة، وقطيعة الرحم، وأكل مال اليتيم، وخيانة الكيل والوزن، وتأخير الصلاة عن وقتها، والكذب خصوصاً على الله ورسوله ﷺ، وضرب المسلم بغير حق، وكتمان الشهادة، والرشوة، والسعاية إلى الظالم، ومنع الزكاة، وتأخير الحج عن عام

(١) مع الاصرار وعدمه.

(٢) الكبيرة، فقيل: إنها المعصية الموجبة للحد، وقيل: إنها التي عليها الوعيد في الكتاب والسنة، وقيل إنها التي توعد الله عليها النار في الكتاب أو السنة، وهو الصحيح، ويدل عليه صحيح ابن أبي يعفور المتقدم (ويُعرف باجتناب الكبائر التي أوعده الله عليها النار)<sup>(١)</sup>، وتقدم ما له النفع في كتاب الصلاة.

(٣) الكبائر، وهو بحث في عددها، وهو مبني على انقسام الذنوب إلى الصغائر والكبائر، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا كِبَايْرَ مَا نَهَوْا عَنْهُ نَكُفْرَ عَنْكُمْ سِبَايَاتِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، وهذا ما ذهب إليه المحقق وأكثر المتأخرين، وعن جماعة منهم المفيد وابن البراج وأبو الصلاح وابن إدريس والطبرسي بل نسه في التفسير إلى أصحابنا مطلقاً أن جميع الذنوب كبائر، لا اشتراك الجميع في مخالفة أمر الله تعالى، وجعلوا الوصف بالكبر والصغر إضافياً، فالقبلة المحرمة صغيرة بالنسبة إلى الزنا، وكبيرة بالنسبة إلى النظر، والجميع كبيرة بالنسبة لمخالفة أمر الله تعالى، وكبيرة بالنسبة لنفسها، والصحيح أن الجميع كبيرة بالنسبة لمخالفة أمر الله، ولكن بعضها كبيرة بالنسبة لنفسها وبالنسبة لغيرها، كما هو ظاهر الآية المتقدمة، ثم على تقسيم الذنوب فالكبائر تختلف في عددها، فعن بعضهم أنها سبع، وعن آخر أنها عشر، وثالث: اثنتا عشر، ورابع: عشرون، وفي الدروس: أنها إلى السبعين أقرب، وفي البروض: أنها إلى السبعمائة أقرب، وأيضاً تقدم ما له نفع في كتاب الصلاة.

(١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣١.

الوجوب اختياراً، والظهار، وأكل لحم الخنزير والميتة، والمحاربة بقطع الطريق، والسحر، للتوعد<sup>(١)</sup> على ذلك كله، وغيره<sup>(٢)</sup>، وقيل: الذنوب كلها كبائر، ونسبه الطبرسي في التفسير إلى أصحابنا مطلقاً<sup>(٣)</sup>، نظراً إلى اشتراكها في مخالفة أمر الله تعالى ونهيه، وتسمية بعضها صغيراً بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، كالمُنبلة بالإضافة إلى الزنا، وإن كانت كبيرة بالإضافة إلى النظرة، وهكذا.

(والإصرار على الصغيرة)<sup>(٤)</sup> وهي ما دون الكبيرة من الذنب، والإصرار<sup>(٥)</sup> إما فعلي كالمواظبة على نوع، أو أنواع من الصغائر، أو حكمي وهو العزم على فعلها ثانياً بعد وقوعه وإن لم يفعل، ولا يقدر ترك السنن<sup>(٦)</sup>، إلا أن يؤدي إلى التهاون فيها، وهل هذا هو مع ذلك من الذنوب، أم مخالفة المروءة؟ كل محتمل،

(١) تعليل لكون المذكورات من الكبائر.

(٢) وغير ما ذكر فهو من الكبائر أيضاً.

(٣) من دون خلاف.

(٤) عطف على الكبيرة التي توجب إزالة العدالة.

(٥) قيل: هو الإكثار من الصغائر من نوع واحد، أو أنواع مختلفة، وقيل: إنه المداومة على نوع واحد، وقيل يحصل بكل منهما، وقيل هو عدم التوبة، لخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿وَلَمْ يَصِرُوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾، قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله ولا يحدث نفسه بالتوبة، فذلك الإصرار<sup>(٦)</sup>).

(٦) قال الشارح في المسالك: «ترك المندوبات لا يقدر في التقوى ولا يؤثر في العدالة، إلا أن يتركها أجمع، فيقدر فيها، لدلالته على قلة المبالاة بالدين والاهتمام بكاملات الشرع، ولو اعتاد ترك صنف منها كالجماعة والنوافل ونحو ذلك، فترك الجميع، لاشتراكهما في العلة المقتضية لذلك، نعم لو تركها أحياناً لم يضر» انتهى.

ورده صاحب الجواهر ولقد أجاد بقوله: «ولكن الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن اجماعاً، ضرورة عدم المعصية في ترك جميع المندوبات، أو فعل جميع المكروهات من حيث الإذن فيها، فضلاً عن ترك صنف منها، ولو للتكاسل والتأقلم منه، واحتمال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه يدفعه أن ذلك من الكفر والعصيان، ولا يُعتبر عنه ببلوغ الترك حد التهاون» انتهى.



وإن كان الثاني أوجه، (وبترك المروءة)<sup>(١)</sup> وهي التخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه، فالأكل في السوق والشرب فيها لغير سوقي، إلا إذا غلبه العطش، والمشي مكشوف الرأس بين الناس، وكثرة السخرية والحكايات المضحكة، ولبس الفقيه لباس الجندي وغيره مما لا يُعتادُ لمثله بحيث يُسخر منه، وبالعكس<sup>(٢)</sup>، ونحو ذلك يُسقطها<sup>(٣)</sup>، ويختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال والأشخاص والأماكن، ولا يقدح فعل السنن وإن استهجنها العامة، وهجرها الناس كالكحل، والحنأ، والحنك في بعض البلاد، وإنما العبرة بغير الراجح شرعاً.

(وطهارة المولد)<sup>(٤)</sup> فتردُّ شهادة ولد الزنا، ولو في السير<sup>(٥)</sup>، على الأشهر، وإنما تُردُّ شهادته مع تحقق حاله شرعاً، فلا اعتبار بمن تناله الألسن وإن كثرت<sup>(٦)</sup>

(١) وتزول العدالة بترك المروءة، وقد تقدم ضعفه.

(٢) وهو لباس الجندي لباس الفقيه.

(٣) يسقط العدالة.

(٤) فلا تقبل شهادة ولد الزنا على المشهور شهرة عظيمة كما في الجواهر، للأخبار.

منها: خبر أبي بصير (سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عيينة يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه، ما قال الله للحكم: ﴿وإنه لذكر لك ولقومك﴾<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تجوز شهادة ولد الزنا)<sup>(٢)</sup>، وصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألت عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: لا تجوز ولا يؤم)<sup>(٣)</sup>.

وعن الشيخ في البسوط أنها تجوز، ولعله لما رواه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال (سألت عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم تجوز شهادته ولا يؤم)<sup>(٤)</sup>، ولكنها لا تصلح لمعارضة ما تقدم.

(٥) فعن الشيخ في النهاية وابن حمزة قبول شهادته في السير، لخبر عيسى بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شهادة ولد الزنا؟ فقال: لا تجوز إلا في الشيء اليسير، إذا رأيت منه صلاحاً)<sup>(٥)</sup>، وهي لا تصلح لمعارضة ما تقدم، فلذا ذهب المشهور إلى عدم القبول، ولو في الشيء اليسير، لإطلاق الأخبار المتقدمة.

(٦) بلا خلاف فيه، لإطلاق الأدلة أو عمومها.

(١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٣ و٨ و٧.

(٥) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الشهادات حديث ٥.

ما لم يحصل العلم، (وعدم التهمة)<sup>(١)</sup> بضم التاء وفتح الهاء، وهي أن يجز إليه

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر سماعه (سألته عما يرد من الشهود، قال: المريب والحصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد والتابع والمتهم، كل هؤلاء ترد شهادتهم)<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الله بن ستان (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يزد من الشهود؟ قال: الظنين والمتهم، قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين)<sup>(٢)</sup>، ومثله صحيح الحلبي<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي بصير<sup>(٤)</sup>.

قال الشارح في المسالك: «إن مطلق التهمة غير قاذح في الشهادة، بل التهمة في مواضع مخصوصة - إلى أن قال - وللتهمة المانعة أسباب منها: أن يجز إلى نفسه بشهادته نفعاً ولو بالولاية، أو يدفع ضرراً، فلا يقبل شهادة السيد لعبيده المأذون، أو الغريم للميت والمفلس المحجور عليه، والوارث بجرح مورثه، لأن الذية تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهداً لنفسه، والشريك لشريكه فيما هو شريك، والوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، والوصي والقيم في محل تصرفهما انتهى، أما مطلق التهمة فليس بمانع، لورود النصوص في قبول شهادة الزوج لزوجته، وبالعكس، والصديق لصديقه، والوالد لولده، والأخ لأخيه.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة الرجل لامرأته، والمرأة لزوجها إذا كان معها غيرها)<sup>(٥)</sup>، وخبر عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يشهد لامرأته، قال: إذا كان خيراً - آخر - جازت شهادته معه لامرأته)<sup>(٦)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة الولد لوالده، والوالد لولده، والأخ لأخيه)<sup>(٧)</sup>.

نعم عن المشهور عدم قبول شهادة الولد على الوالد، لأن ما تقدم كانت شهادته له لا عليه، واستدل له بالإجماع، وبمرسل الصدوق (لا تقبل شهادة الولد على والده)<sup>(٨)</sup>، ولأن الشهادة عليه تكذيب له، وهو عقوق. وفيه: أما دعوى الإجماع فممنوعة، لذهاب السيد إلى الخلاف، وتردد العلامة في التحرير، واختيار الشهيد القبول في الدروس، والمرسل غير صالح لمقاومة صحيح داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (أقيموا =

(١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٢) (٤٣٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٥ و ٣.

(٣) (٦٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

(٤) (٨٧) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٦.

بشهادته نفعاً، أو يدفع عنه بها ضرراً.

(فلا تقبل شهادة الشريك لشريكه في المشترك بينهما<sup>(١)</sup>) بحيث يقتضي الشهادة المشاركة، (ولا) شهادة (الوصي في متعلق وصيته<sup>(٢)</sup>)، ولا يقدر في

= الشهادة على الوالدين والولد<sup>(٣)</sup>، وخير علي بن سويد عن أبي الحسن عليه السلام (كتب إلي، في رسالته إلي، وسألت عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين فيما بينك وبينهم، فإن خفت على أخيك ضيماً فلا)<sup>(٤)</sup>. ثم لا ملازمة بين الشهادة عليه وبين تكذيبه، حتى يكون ذلك عقوقاً، إذ قد يكون الوالد مخطئاً أو مشتبهاً، وإلا لو سلم أنه عقوق، فكيف جاز الشهادة على الوالدة بالاتفاق، مع أن حقها أعظم.

وعلى كل فعموم الأدلة يقتضي قبول قول الشاهد ولو مع التهمة، فلا يرفع اليد عنه إلا مع ورود أخبار خاصة تدل على المنع لأنه متهم، والأخبار الخاصة كما ستعرف إنما وردت في هذه المواطن التي ذكرها الشارح، فلذا حملت أخبار التهمة عليها فقط. وذلك كما لو شهد: بأن هذا بيننا، أما لو شهد بأن له النصف قبلت، وبدل عليه أخبار.

(١) منها: صحيح أبان (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا في شيء له فيه نصيب)<sup>(٥)</sup>، ومنه يستفاد التعليل برد شهادته عند التهمة إذا كانت شهادته تجر نفعاً مالياً إليه، ومنه يعرف تعدية الحكم إلى ما لو كانت شهادته تدفع ضرراً مالياً عنه، ثم إن هذا يتم في الشريك والسيد والغريم إلى آخر ما ذكره الشارح ما عدا الوصي، فإنه لا يجز نفعاً مالياً بشهادته بل يجز نفعاً إلى غيره، فيجب أن تقبل شهادته بناءً على ما استفيد من التعليل، فضلاً عن النص الخاص الآتي بقبول شهادته.

(٢) بأن يدعي مالاً لليتيم، وهو وصي عليه، والمشهور عدم القبول للتهمة، وعن جماعة القبول، لمكاتبة الصفار إلى أبي محمد عليه السلام (أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة)<sup>(٦)</sup>، وهو الأقوى، لعدم جر النفع إليه بالشهادة، بل إلى اليتيم.

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

ذلك<sup>(١)</sup> مجرد دعواه الوصاية، ولا مع شهادة من لا تثبت بها<sup>(٢)</sup>، لأن المانع ثبوت الولاية الموجبة للتهمة بإدخال المال تحتها، (ولا) شهادة (الغرماء للمفلس) والميت<sup>(٣)</sup>، (والسيد لعيده<sup>(٤)</sup>) على القول بملكه، للإنتفاع بالولاية عليه، والشهادة في هذه الفروض جالبة للنفع.

(و) أما ما يدفع الضرر فشهادة (العاقلة بجرح شهود<sup>(٥)</sup> الجنابة) خطأ، وغرماء المفلس بفسق شهود دين آخر، لأنهم يدفعون بها ضرر المزاحمة، ويمكن اعتباره في النفع<sup>(٦)</sup>، وشهادة الوصي والوكيل بجرح الشهود على الموصي<sup>(٧)</sup>، والموكل، وشهادة الزوج بزنا زوجته التي قذفها لدفع ضرر الحد، ولا يقدر مطلق التهمة<sup>(٨)</sup>، فإن شهادة الصديق لصديقه مقبولة، والوارث لمورثه بدين<sup>(٩)</sup>، وإن كان<sup>(١٠)</sup> مشرفاً على التلف، ما لم يرثه قبل الحكم بها<sup>(١١)</sup>، وكذا شهادة رفاء

- (١) في الشهادة.
- (٢) فلو ادعى الوصاية وأتى بشهادة غيره، غير المستجمع للشرائط، فكذا لا تقدر بشهادته في مال اليتيم، لأن المانع هو ثبوت الوصاية الموجبة للتهمة، لا دعوى الوصاية أو دعواها مع شهادة عليها غير نافعة.
- (٣) بأن يشهد الغريم بأن للمفلس أو للميت مالاً بحيث يتعلق حق الغريم به، فلا تقبل، لأنها شهادة تجر نفعاً إليه.
- (٤) على القول بملك العبد، بحيث يصير المال تحت ولايته، فهي شهادة تجر نفعاً إليه فلا تقبل.
- (٥) حتى ترد شهادتهم، فلا يُغرموا الدية، فهي شهادة منهم لدفع الضرر عنهم.
- (٦) ويمكن اعتبار دفع ضرر المزاحمة في جلب النفع، فجرح شهود دين آخر حتى لا يثبت، لتكون حصته من المال أكثر.
- (٧) فيما لو كانت الشهادة على الموصي والموكل بضرر عليهما.
- (٨) المجردة من جز النفع أو دفع الضرر.
- (٩) بدين للمورث قبل الموت.
- (١٠) الضمير راجع إلى المورث.
- (١١) قبل الحكم بهذه الشهادة الصادرة من الوارث، والمعنى أن الوارث يرث بالقوة في زمن حياة المورث فتجوز شهادته، أما إذا كان وارثاً بالفعل لأن المورث قد مات فلا تجوز.

القافلة على اللصوص، إذا لم يكونوا مأخوذين<sup>(١)</sup>، ويتعرضوا<sup>(٢)</sup> لذكر ما أخذ لهم.

(والمعتبر في الشروط) المعتبرة في الشهادة (وقت الأداء لا وقت التحمل)<sup>(٣)</sup>، فلو تحملها ناقصاً ثم كمل حين الأداء سمعت، وفي اشتراط استمرارها إلى حين الحكم قولان<sup>(٤)</sup>: اختار المصنف في الدروس ذلك<sup>(٥)</sup>، ويظهر من العبارة عدمه.

(وتنحى العداوة الدنيوية)<sup>(٦)</sup> وإن لم تتضمن فسقاً<sup>(٧)</sup>، وتتحقق (بأن يعلم منه

(١) إن لم يأخذ اللصوص أموالهم.

(٢) عطف على قوله «يكونوا» والمعنى: وإن كانوا مأخوذين لكن لم يتعرضوا لذكر ما أخذ منهم.

(٣) بلا خلاف فيه، لاستكمال شرائط القبول حال الأداء، فيندرج تحت عموم الأدلة أو إطلاقها الدال على قبول الشهادة.

(٤) بحيث لو طرأ الفسق على الشهود بعد الادلاء بشهادتهم وقبل صدور الحكم، فقد ذهب الشيخ في الخلاف والميسوط وابن إدريس والمحقق والعلامة في أحد قوله إلى الجواز، لأن المعتبر هو العدالة حال أداء الشهادة كما هو منصرف الأخبار.

وذهب العلامة في المختلف والشهيد وجماعة إلى عدم الجواز، لأنها فاسقان حال الحكم، فلا يجوز استناد الحكم إلى شهادتهما، إذ يصدق أنه حكم بشهادة فاسقين.

(٥) الاستمرار.

(٦) أما العداوة الدنيوية فلا تمنع من قبول الشهادة، ولذا قبلت شهادة المسلم على الكافر كما تقدم، وأما العداوة الدنيوية فإنها تمنع من قبول الشهادة بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عما يرد من الشهود، قال: الظنين والمتهم والحصم)<sup>(١)</sup>، وخبر إسماعيل بن مسلم عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن أبائه عليهم السلام (لا تقبل شهادة ذي شحنة، أو ذي مخزية في الدين)<sup>(٢)</sup>.

(٧) أما لو تضمنت فسقاً فترد الشهادة، لا من ناحية العداوة بل من ناحية الفسق، وإعلم أنه قد تمنع العداوة الدنيوية مع العدالة، كما لو كان يفرح بمساةة الغير ويجزن بمسرتة، =

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٥.

السرور بالمساءة، وبالعكس)، أو بالتقاذف، ولو كانت العداوة من أحد الجانبين اختُصَّ بالقبول الخالي منها، وإلا<sup>(١)</sup> لَمَلَّكَ كُلُّ غَرِيمٍ رَدَّ شَهَادَةَ الْعَدْلِ عَلَيْهِ، بِأَنْ يَقْذِفَهُ وَيَخَاصِمَهُ، (ولو شهد) العدو (لعدوه قُبِلَ،<sup>(٢)</sup> إذا كانت العداوة لا تتضمن فسقاً)، لانتفاء التُّهْمَةِ بالشهادة له، واحترز بالدينوية عن الدينية، فإنها غير مانعة، لقبول شهادة المؤمن على أهل الأديان، دون العكس<sup>(٣)</sup> مطلقاً<sup>(٤)</sup>.

(ولا تقبل شهادة كثير السهو، بحيث لا يضبط المشهود به<sup>(٥)</sup>) وإن كان عدلاً، بل ربما كان ولياً، ومن هنا قيل: نرجو شفاعته من لا تقبل شهادته، (ولا) شهادة (المُتْبِرِعِ بِإِقَامَتِهَا<sup>(٦)</sup>) قبل استنطاق الحاكم، سواء كان قبل الدعوى أم

= ولكن لا يرتكب عملاً يتنافى عدالته من هنك أو سب أو شماتة وغير ذلك.

(١) وإن لم تقبل شهادة الخالي من العداوة لكفى في ردها أن ينهال عليه غريمه بالسب والشتم لتحصل العداوة فترد شهادته، وهذا ما لم يقل به أحد.

(٢) لوجود المقتضي من العدالة، وعدم المانع، لأنه لا تهمة في حقه.

(٣) وهو شهادة أهل الأديان على المسلمين.

(٤) سواء كان المسلم مؤمناً أم مخالفاً، ويمكن أن يكون سواء كان الشاهد ذمياً أم حربياً.

(٥) لما تقدم من الخبر (فما كل صالح ميمزاً ولا محصلاً، ولا كل محصل ميمز صالح)<sup>(٦)</sup>.

(٦) إن كانت في حقوق الأدميين فلا تقبل، قبل الدعوى أو بعدها، ولكن كانت قبل سؤال الحاكم لها في مجلس الحكومة، لأن بالتبرع تنطرق التهمة إلى الشاهد أنه شهد للمدعي زوراً، بسبب حرصه على ذلك، فيمنع القبول، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، واستدل له بالنبوي (ثم يجيء قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها)<sup>(٧)</sup>، وبالنبوي الآخر (ثم يفشرو الكذب حتى يشهد الرجل وما يستشهد)<sup>(٨)</sup>، وثالث (تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا)<sup>(٩)</sup>، مع ما ورد (لا تقوم الساعة إلا على شرار الخلق)<sup>(١٠)</sup>.

وذهب صاحب المستند إلى القبول، ونسبه إلى ابن إدريس في السرائر، ونُسب القبول إلى =

(١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

(٢) كنز العمال ج ١١ ص ٥٣٤، رقم الحديث ٣٢٤٩١.

(٣) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٩١، رقم الحديث ٢٣٦٣.

(٤) دعائم الإسلام ج ٢ ص ١٥٠٨، رقم الحديث ١٨١٥.

(٥) البحار ج ٦ ص ١٨، مضمون الخبر الأول.

بعدها، للتهمة بالحرص على الأداء، ولا يصير بالرد مجروحاً<sup>(١)</sup>، فلو شهد بعد ذلك غيرها<sup>(٢)</sup> قبلت، وفي إعادتها في غير ذلك المجلس وجهان<sup>(٣)</sup>، والتبرع مانع.

(إلا أن يكون في حق الله تعالى) كالصلاة والزكاة والصوم بأن يشهد بتركها، ويُعبّر عنها ببينة الحسبة فلا يمنع، لأن الله أمر بإقامتها، فكان في حكم استنطاق الحاكم قبل الشهادة، ولو اشترك الحق كالعق و السرقة والطلاق والخلع والعفو عن القصاص، ففي ترجيح حق الله تعالى أو الآدمي وجهان<sup>(٤)</sup>، أما الوقف العام فقبولها فيه أقوى<sup>(٥)</sup>، بخلاف الخاص<sup>(٦)</sup> على الأقوى، (ولو ظهر للحاكم سبق القادح في الشهادة على حكمه) بأن ثبت كونهما صيين، أو أحدهما، أو فاسقين، أو غير ذلك (نقض)<sup>(٧)</sup> لتبين الخطأ فيه.

= الأردبيلي وصاحب الكفاية، لأن التهمة لا تضر كما تقدم، ما لم تغير نفعاً أو تدفع ضرراً، وأما النبويات فليست بحجة، لورودها من غير طرفنا، على أنها معارضة بالنبوي الآخر (ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله ﷺ، قال: أن يشهد الرجل قبل أن يُشهد)<sup>(١)</sup>، وأما لو كانت الشهادة في حقوق الله فتسمع، لأنها لو لم تُسمع لتعطل الحد، مع أنه لا مدعي لها غالباً فكل شهادة فيها تبرئة حيثيذ، وخالف الشيخ في النهاية، مع أنه وافق المشهور في المبسوط، ومخالفته للتهمة الواردة في حق التبرع، وقد عرفت ضعفها، وبناء على ما تقدم فلو اشترك الحق بين حق الله وحق الآدميين فتقبل في حق الله دون حق الآدميين، فيقطع بالسرقة بشهادة التبرع ولا يُغزم.

(١) لأن الحرص المذكور الموجب لرد شهادته ليس معصية فتسمع شهادته في مجلس آخر، وإن لم يتب عما وقع منه.

(٢) غير هذه الشهادة في دعوى أخرى.

(٣) وجه عدم القبول بقاء التهمة في الواقعة، ووجه القبول كون الشهادة الثانية مستجمعة للشرائط.

(٤) وقد عرفت أن مقتضى قولهم التفصيل فتسمع في حق الله دون حق الآدمي.

(٥) لأن الوقف العام لا مدعي له فتسمع شهادة التبرع، كحقوق الله.

(٦) فله مدع، فلا تسمع شهادة التبرع، لوجود التهمة.

(٧) لعدم أحرار الشهادة للشروط المعتبرة، فحكمه حكم بغير مستند شرعي، نعم لو حكم =

(ومستند الشهادة العلم القطعي)<sup>(١)</sup> بالمشهود به، (أو رؤيته فيما يكفي فيه) الرؤية، كالأفعال من الغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط، وتقبل فيه شهادة الأصم، لانتفاء الحاجة إلى السمع في الفعل، (أو سماعاً) في الأقوال (نحو العقود) والإيقاعات والقذف (مع الرؤية) أيضاً، ليحصل العلم

= ثم تجدد الكفر أو الفسق أو غيرهما لم يُنقض الحكم، لوقوعه بشهادة عدلين، بلا خلاف فيه ولا إشكال.

(١) وبه يصير الشاهد شاهداً، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>(١)</sup>، وخبر علي ابن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشهدنّ بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفاك)<sup>(٢)</sup>، وعن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وآله سئل عن الشهادة، فقال: ترى الشمس، على مثلها فاشهد أو دع)<sup>(٣)</sup>، ويتحقق العلم بالرؤية أو السماع أو بهما، فما يفتقر إلى المشاهدة هو الأفعال لأن آله السمع لا تدركها، كالغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط فلا يصير شاهداً فيها إلا مع المشاهدة، ولذا تقبل في هذا القسم شهادة الأصم، لعدم الحاجة إلى السمع المفقود عنده.

وعن الشيخ في النهاية والقاضي ابن حمزة أنه يؤخذ بأول كلامه لا بثانيه، استناداً إلى رواية جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن شهادة الأصم في القتل، فقال: يؤخذ بأول قوله، ولا يؤخذ بالثاني)<sup>(٤)</sup>، وهي مع ضعف السند فقوله الثاني المنافي للأول يوجب رجوعه عما شهد به أولاً فلا يقبل.

وما يفتقر إلى السماع هو النسب والإقرار والعقود والإيقاعات والشهادة على الشهادة هذا مع علمه بالملفوظ، وإلا فيفتقر إلى الرؤية حينئذ، وعليه فتصح شهادة الأعمى إذا عرف صوت الملتفظ، معرفة يزول معها الاشتباه، على المشهور، وعن الشيخ في الخلاف عدم القبول لأن الأصوات تماثل، وفيه: أن الاحتمال مندفع باليقين، إذ الكلام على تقديره، والتشكيك في ذلك تشكيك في الوجدان، وإلا لما جاز له أن يظأ حليلته، وهو منافي للضرورة، بل على القول بعدم جواز شهادته فلازمه جواز وطئه لزوجته مع عدم قبول شهادته عليها لو أقرت وهي تحته بدرهم، وهذا من الغرائب.

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.



بالتلفظ، إلا أن يعرف الصوت قطعاً، فيكفي على الأقوى، (ولا يشهد إلا على من يعرفه<sup>(١)</sup>) بنسبه أو عينه، فلا يكفي انتسابه له، لجواز التزوير، (ويكفي معرفان عدلان) بالنسب (و) يجوز أن تُسفر المرأة عن وجهها<sup>(٢)</sup> ليعرفها الشاهد عند التحمل والأداء<sup>(٣)</sup>، إلا أن يعرف صوتها قطعاً.

(ويثبت بالإستفاضة)<sup>(٤)</sup> وهي استفعال من الفيض، وهو الظهور والكثرة،

(١) أعاده مع أنه قد تقدم سابقاً ما يدل عليه، للتنبيه على عدم حصر العلم بالحقيقي، بل يشمل العلم الشرعي الحاصل من البيئة، فلو سمع الأعمى اللفظ من شخص وقامت البيئة عنده على أن التلفظ هو زيد، فيجوز للأعمى أن يشهد على زيد بذلك اللفظ، ويكون شاهد أصل لا فرع، بلا خلاف في ذلك، كما في الجواهر واعترف به في الرياض، لإطلاق خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن شهادة الأعمى، فقال: نعم إذا أثبت)<sup>(١)</sup> بناءً على كون إثباته يشمل البيئة، ويؤيده ما ورد من جواز الشهادة على المرأة إذا حضر من يعرفها، وهو خبر علي بن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام (لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة وليست بمسفرة إذا عُرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إذا كانت لا تُعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها وعلى إقرارها دون أن تسفر وينظرون إليها)<sup>(٢)</sup>.

(٢) كما في خبر ابن يقطين المتقدم.

(٣) أداء الشهادة عليها.

(٤) الاستفاضة هي توالي الأخبار عن جماعة من غير مواعدة بينهم، وعن الاسكافي أنه يثبت بها النسب فقط، وعن الاصباح ثلاثة: النسب والموت والملك المطلق، وعن النافع والتبصرة أربعة: بحذف الموت وزيادة النكاح والوقف، وعن القواعد والمبسوط والاقتصاد والتلخيص سبعة: بزيادة العتق وولاية القاضي، وعن التحرير ثمانية: بزيادة الولاء، وعن غيره بزيادة تاسع: وهو الرق، وعن آخر بزيادة عاشر: وهو العدالة، بل قيل بزيادة سبعة عشر إليها، وهي: العزل والرضاع وتضرر الزوجة والتعديل والجرح والإسلام والكفر والرشد والسفه، والحمل والولادة، والوصاية والحرية، واللوث، والغصب والدين والإعسار، والأصل فيه مرسل يونس بن عبد الرحمان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن البيئة إذا أقيمت على الحق، أمجّل للقاضي أن يقضي بقول البيئة =

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

والمراد بها هنا شياع الخبر إلى حد يفيد السامع الظن [الغالب] المقارب للعلم، ولا

إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبايح والشهادات والأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً، جازت شهادته ولا يُسأل عن باطنه<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنه ظاهر في ترتب الحكم الشرعي على الشائع بين الناس في هذه الأمور الخمسة، وهذا أجنبي عن المدعي، إذ المدعي جواز شهادة الشاهد على الواقع، استناداً إلى ما هو الشائع بين الناس.

فالإنصاف أنه لا موجب لرفع اليد عن اشتراط كون الشهادة عن علم، وأن المشهود به كالشمس والكف عند الشاهد، وعليه فلو شهد الشاهد بالواقع استناداً إلى الشيعاء فلا تقبل، نعم لو شهد بالشيعاء ثبتت الشيعاء عند القاضي، كما لو شهد الشاهد باليد أو بالاستصحاب، فإنه ثبتت اليد ولا تثبت الملكية الواقعية كما عليه المشهور، نعم قد يقال بثبوت الملكية الواقعية استناداً لليد، لخبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل، يجوز لي أن أشهد أنه له، قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: قال أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه وتبصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجوز هذا لم يقم للمسلمين سوق<sup>(٢)</sup>).

وهو ضعيف السند، ومعارض بصحيح معاوية بن وهب (قلت له: إن ابن أبي ليليل يسألني الشهادة عن هذه الدار، مات فلان وتركها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له، فقال: أشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبي ليليل يحملنا الغموس، فقال: احلف إنما هو على علمك<sup>(٣)</sup>)، وخبره الآخر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - الرجل يكون له العبد والأمة فيقول: أبتى غلامي أو أبتى أمتي فيؤخذ بالبلد، فيكلفه القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه، أفشهد على هذا إذا كلفناه، ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً، فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته، أو غاب عنك لم تشهد به<sup>(٤)</sup>)، وبما تقدم تعرف أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بالواقع استناداً إلى

(١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢.

(٣ و٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

تنحصر في عدد، بل يختلف باختلاف المخبرين، نعم يعتبر أن يزيدوا عن عدد الشهود المعدلين، ليحصل الفرق بين خبر العدل وغيره، والمشهور أنه يثبت بها (سبعة: النسب والموت والملك المطلق والوقف والنكاح والعتق وولاية القاضي)، لعسر إقامة البينة في هذه الأسباب مطلقاً<sup>(١)</sup>.

(ويكفي) في الخبر بهذه الأسباب (متاخمة العلم) أي: مقارنته (على قول قوي) وبه جزم في الدروس، وقيل: يشترط أن يحصل العلم، وقيل: يكفي مطلق الظن<sup>(٢)</sup>، حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متحماً، لإفادة قولهما الظن، وعلى المختار<sup>(٣)</sup> لا يشترط العدالة، ولا الحرية والذكورة، لإمكان استفادته<sup>(٤)</sup> من نقائضها<sup>(٥)</sup>، واحتراز بالملك المطلق عن المستند إلى سبب كالبيع، فلا يثبت السبب به<sup>(٦)</sup>، بل الملك الموجود في ضمنه، فلو شهد بالملك، وأسنده<sup>(٧)</sup> إلى سبب يثبت<sup>(٨)</sup> بالإستفاضة كالإرث قبل<sup>(٩)</sup>، ولو لم يثبت بها كالبيع قبل في أصل الملك<sup>(١٠)</sup>، لا في السبب، ومتى اجتمع في ملك استفاضة، ويذ، وتصرف

- = الاستفاضة أو اليد أو الاستصحاب، بل يشهد بما يعلم بوجوده من اليد والاستصحاب والاستفاضة والتصرف وبقية الأمارات، والحاكم ينفذ حكمه على مقتضى ما يثبت عنده.
- (١) سواء كانت البينة رجلين، أم رجلاً وامرأتين، أم رجلاً وبعيناً.
  - (٢) اختلفوا على هذه الأقوال الثلاثة مع أن المستند هو مرسل يونس المتقدم، وظاهره كفاية الظن الناشئ من الشيعاء، بل كما مال إليه صاحب الجواهر أن الشيعاء حجة وإن لم يفد الظن، تمسكاً بإطلاق المرسل المتقدم، وهو الأقوى.
  - (٣) من اختيار الظن الغالب المقارب للعلم.
  - (٤) استفادة الظن.
  - (٥) إذ قد يستفاد الظن من خبر الفاسق والعبد والأنثى.
  - (٦) بالشائع.
  - (٧) واسند الشاهد الملك.
  - (٨) يثبت السبب.
  - (٩) قول الشاهد بالملك والسبب معاً، ووجهه: أن الإرث مستند إلى الموت الذي يثبت بالاستفاضة.
  - (١٠) الملك المطلق.

بلا منازع فهو منتهى الإمكان، فللشاهد القطع بالملك<sup>(١)</sup>، وفي الإكتفاء بكل واحد من الثلاثة في الشهادة بالملك قول قوي<sup>(٢)</sup>.

(ويجب التحمل) للشهادة (على من له أهلية الشهادة<sup>(٣)</sup>) إذا دُعي إليها

(١) ولازمه الشهادة بالملك واقعاً، اعتماداً على هذه الأمور الثلاثة.

(٢) قد اطنب الأصحاب في فروعها وأحكامها، بناءً على جواز الشهادة بالواقع، اعتماداً على الاستفاضة واليد والتصرف والاستصحاب، وليس لهم إلا المرسل المتقدم، وقد عرفت عدم دلالة على ذلك فالتعين لأبدية العلم في الشهادة، وأن الشاهد يشهد بالاستفاضة أو اليد أو غيرها، وعلى الحاكم حينئذ أن يحكم على مقتضاه، ومنه تعرف ضعف الكثير من فروعهم، ومنها ما ذكره الشارح هنا في هذا الفرع وما قبله.

(٣) على المشهور شهرة عظيمة، للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿ولا ياب الشهداء﴾، قال عليه السلام: قبل الشهادة<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله: ﴿ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا﴾، قال: لا ينبغي لأحد إذا دُعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها، فذلك قبل الكتاب<sup>(٢)</sup>، وخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في قوله تعالى: ﴿ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا﴾<sup>(٣)</sup> قال عليه السلام: (إذا دعاك الرجل لتشهد له على دين أو حق لم ينبغ لك أن تقاعس عنه)<sup>(٤)</sup>، وذهب ابن إدريس إلى عدم الوجوب للأصل، وطعن في الأخبار بناءً على أصله، من عدم حجية خبر الواحد، ولأن الآية المتقدمة ظاهرة في أداء الشهادة لا في تحملها، لأن لفظ المشتق ظاهر في التلبس، ولا يطلق لفظ الشهداء حقيقة إلا بعد التحمل، فتكون الآية دالة على وجوب الأداء.

وفيه: أما الأصل فمقطع بما عرفت من الأخبار، وقد ثبت حجية الخبر الواحد كما قرر في محله، والآية قد فسرت بالتحمل كما في الصحيح المتقدم، فضلاً عن أن سياقها يدل على ذلك، حيث أمر الله تعالى أولاً بالكتابة ثم نهى الكاتب عن المخالفة، ثم أمر بالشهاد ونهى الشاهد عن الإباء، وهو ظاهر في إباته عن التحمل، ويكون صحة استعمال المشتق بلحاظ الأول مجازاً.

(٢٠١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٤.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الشهادات حديث ٧.

خصوصاً<sup>(١)</sup> أو عموماً<sup>(٢)</sup> (على الكفاية)<sup>(٣)</sup>، لقوله تعالى: ﴿ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾<sup>(٤)</sup> فسرهُ الصادق عليه السلام: بالتحمل<sup>(٥)</sup>، ويمكن جعله<sup>(٦)</sup> دليلاً عليه<sup>(٧)</sup>، وعلى الإقامة<sup>(٨)</sup>، فيأثم الجميع<sup>(٩)</sup> لو أخلوا به مع القدرة، (فلو فُقدَ سواه) فيما يثبت به وحده ولو مع اليمين، أو كان تمام العدد (تعين) الوجوب كغيره من فروض الكفاية إذا لم يُقَمَّ به غيره، (ويصح تحمل الأخرس)<sup>(١٠)</sup> للشهادة، (وأدأوه بعد القطع بمراده) ولو بمرجحين عدلين، وليساً فرعين عليه، ولا يكفي الإشارة في شهادة الناطق<sup>(١١)</sup>.

(وكذا يجب الأداء)<sup>(١٢)</sup> مع القدرة (على الكفاية) إجماعاً، سواء استدعاه

(١) بحيث دعاه باسمه.

(٢) بحيث دعا جماعة وهو منهم.

(٣) ذهب المفيد والحلي والقاضي والديلمي وابن زهرة إلى العيني، لظاهر الأمر في الآية المتقدمة والأخبار.

وعن المتأخرين أنه على الكفائي، للأصل، ولعدم العيني في الأداء ففي التحمل أولى، وللبعد بالتزام الوجوب العيني إذا دعى المائة أو المائتين أو أهل البلد بتمامهم، فالتعين هو الوجوب الكفائي حينئذ.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٥) في صحيح هشام بن سالم المتقدم وغيره.

(٦) قوله تعالى.

(٧) على وجوب التحمل كما تقدم.

(٨) الأداء، كما هو مذهب ابن إدريس، ويكون التحمل غير واجب، وقد تقدم عرضه مع ما فيه.

(٩) تفريع على قوله: «على الكفاية».

(١٠) فيصح منه تحمل الشهادة لإطلاق الأدلة، كما يصح منه أداء الشهادة بالإشارة المفهمة، كما تصح منه العقود والايقاعات، ثم إن فهم القاضي إشارته عمل بما يعلمه، وإلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته، كما يفترق الحاكم إليهما لو كان الشاهد أعجمياً والحاكم لا يعرف لغته، ثم إن المترجمين لا يكونان شهادة على شهادته، بل غميران بمعنى إشارته، فلا يلحقهما أحكام الشهادة على الشهادة.

(١١) إذ يمكنه النطق فتعين عليه، بخلاف الأخرس.

(١٢) يجب على الشاهد أداء الشهادة بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنه أثم =

ابتداء<sup>(١١)</sup> أم لا على الأشهر، (إلا مع خوف ضرر غير مستحق) على الشاهد<sup>(١٢)</sup>، أو بعض المؤمنين. واحترز بغير المستحق عن مثل ما لو كان للمشهد عليه حق على

= قلبه<sup>(١١)</sup>، ولصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه﴾، قال: بعد الشهادة<sup>(١٢)</sup>، وخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من كتّم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم، أو ليزوي مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة ولوجهه ظلّمة مد البصر، وفي وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ومن شهد شهادة حق ليحبي بها حق امرئ مسلم أتى يوم القيامة ولوجهه نور مدّ البصر تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله عز وجل يقول: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾<sup>(١٣)</sup>، هذا وظاهر الأصحاب على الكفائية هنا إن زاد الشهود عن العدد المعتبر في ثبوت الحق، ووجهه: عدم ثبوت الحق على شهادة الجميع، والأكثر على عدم الفرق في الوجوب بين استدعائه وعدمه، لعموم الأدلة المتقدمة، وذهب جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد وأبو الصلاح إلى عدم الوجوب إلا مع الاستدعاء، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة ولم يُشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت)<sup>(١٤)</sup>، وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة ولم يُشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد)<sup>(١٥)</sup>، إلا أن يعلم أن صاحب الحق لا يثبت حقه إلا بشهادته، فيجب عليه الأداء وإن لم يُشهد، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة ولم يُشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يجمل إلا أن يشهد)<sup>(١٦)</sup>، والتفصيل أقوى لموافقته الاعتبار، حيث لم يؤخذ منه التزام عند سماعه الشهادة بدون استدعاء، وهو معنى (لم يُشهد عليها) الوارد في الأخبار المتقدمة، بخلاف ما لو دعي للتحمل فتحملها قصداً، فيكون قد التزم بها فعليه الوفاء بالتزامه.

(١) لتحتمل الشهادة.

(٢) فمع الضرر لا يجب الأداء، لقاعدة نفي الضرر.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٢و٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٥و٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الشهادات حديث ٢ و٤.

الشاهد لا يطالبه به، وينشأ عن شهادته المطالبة، فلا يكفي ذلك في سقوط الوجوب<sup>(١)</sup>، لأنه ضرر مستحق. وإنما يجب الأداء مع ثبوت الحق بشهادته لانضمام من يتم به العدد، أو خَلَف المدعي إن كان مما يثبت بشاهد ويمين، فلو طلب من اثنين [قيماً] يثبت بهما لزمهما<sup>(٢)</sup>، وليس لأحدهما الامتناع بناء على الاكتفاء بحلف المدعي مع الآخر، لأن من مقاصد الاشهاد التورع عن اليمين، ولو كان الشهود أزيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على اثنين منهما كفاية، ولو لم يكن إلا واحد لزمه الأداء إن كان مما يثبت بشاهد ويمين وإلا فلا<sup>(٣)</sup>، ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشاهد وجب عليه<sup>(٤)</sup> تعريفه إن خاف بطلان الحق بدون شهادته، (ولا يقيمها) الشاهد (إلا مع العلم)<sup>(٥)</sup> القطعي.

(ولا يكفي الخطأ) بها<sup>(٦)</sup> (وإن حفظه) بنفسه، وأمن التزوير (ولو شهد معه ثقة) على أصح القولين، لقول النبي ﷺ لمن أراه الشمس: (على مثلها فاشهد، أو

(١) لأنه ضرر مستحق، بل تسميته ضرراً محل منع، لأنه حقه.

(٢) للتعين عليهما، فيجب عيناً.

(٣) لكونه لغواً عند عدم أخذ الحاكم به، فلا يجب.

(٤) على الشاهد، لتوقف الحق على ذلك.

(٥) كما تقدم.

(٦) بالشهادة، بحيث لا تجوز الشهادة بمضمون ورقة، لا يذكر الواقعة المعروفة فيها، لخبر

السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا تشهد بشهادة لا تذكرها، فإنه من شاء كتب كتاباً ونقش خاتماً)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحسين بن سعيد قال (كتب إليه جعفر بن عيسى: جعلت فداك، جاءني جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدوني على ما فيه، وفي الكتاب اسمي بخطي قد عرفته، ولست أذكر الشهادة، وقد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي أن اسمي في الكتاب، ولست أذكر الشهادة؟ أو لا تجب الشهادة علي حتى أذكرها، كان اسمي - بخطي - في الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد)<sup>(٢)</sup>.

أما ما ورد من صحيح عمر بن يزيد الآتي من جواز الشهادة بذلك إذا قامت البينة على أنه خطه، فهو مخالف لما تقدم، بل ومخالف للأخبار المتقدمة التي تضمنت العلم في =

دع)، وقيل: إذا شهد معه ثقة، وكان المدعي ثقة، أقامها بما عرفه من خطه وخاتمه، استناداً إلى رواية شاذة.

(ومن نقل عن الشيعة جواز الشهادة بقول المدعي<sup>(١)</sup> إذا كان أخاً في الله معهود الصدق، فقد أخطأ في نقله)، لإجماعهم على عدم جواز الشهادة بذلك، (نعم هو مذهب) محمد بن علي السلمغاني (العزاقري) نسبة إلى أبي العزاقر، بالعين المهملة والزاي والقاف والراء أخيراً (من الغلاة)<sup>(٢)</sup> لعنه الله، ووجه الشبهة على من

= الشهادة، فلا بدّ من رده إلى أهله، والصحيح هو خبر عمر بن يزيد (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يُشهدني على شهادة فاعرف خطي وخاتمي، ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً، فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له)<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه مشهور القدماء من جواز الشهادة، اعتماداً على الخط إذا أمن التزوير، مع التشكيك في صحة النسبة إلى القدماء، بل في الرياض قصر النسبة إلى والد الصدوق فقط.

(١) مع وجود شاهد آخر.

(٢) نص على ذلك الشيخ في رجاله<sup>(٢)</sup> في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام، وقال الشيخ في الفهرست: «محمد بن علي السلمغاني، يكنى أبا جعفر، ويعرف بابن أبي العزاقر، له كتب وروايات، وكان مستقيم الطريقة ثم تغير وظهرت منه مقالات منكرة إلى أن أخذه السلطان وقتله، وصلبه ببغداد، وله من الكتب التي عملها في حال الاستقامة كتاب التكليف، أخبرنا به جماعة عن أبي جعفر ابن بابويه عن أبيه عنه إلا حديثاً واحداً منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم»<sup>(٣)</sup>.

وفي الخلاصة: «محمد بن علي السلمغاني - بالشين المعجمة والغين المعجمة - ويكنى أبا جعفر، ويُعرف بابن أبي العزاقر - بالعين المهملة والراء والقاف والراء أخيراً - له كتب وروايات، وكان مستقيم الطريقة متقدماً في أصحابنا، فعمله الحسد لأبي القاسم بن روح على ترك المذهب والدخول في المذاهب الردية، حتى خرجت فيه توقيعات، فأخذته =

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٢) رجال الطوسي ص ٤٤٨، رقم ٦٣٦٤، طبع مؤسسة النشر الإسلامي.

(٣) فهرست الشيخ ص ١٧٧، رقم ٦٢٧، طبع دار الوفاء، بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٣.



السلطان وقتله وصلبه، وتغيرت منه مقالات منكورة، وله من الكتب التي عملها في حال الاستقامة كتاب التكليف، رواه المفيد رحمه الله إلا حديثاً منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علمه<sup>(١)</sup>.

وقد أورد الشيخ في كتاب الغيبة عدة روايات في ذمه، والذي يهمنها منها هو: خير الحسين بن إبراهيم عن أحمد بن علي بن نوح عن أبي نصر هبة الله بن محمد بن أحمد، قال: حدثني أبو عبد الله الحسين بن أحمد الحامدي البزاز، المعروف بخلام أبي علي بن جعفر المعروف بابن زهومة النوبختي، وكان شيخاً مستوراً، قال: «سمعت روح بن أبي القاسم بن روح يقول: لما عمل محمد بن علي السلمغاني كتاب التكليف قال - يعني أبا القاسم رضي الله عنه -: اطلبوه إلي لأنظره، فجازوا به فقرأه من أوله إلى آخره فقال: ما فيه شيء إلا وقد روي عن الأئمة إلا موضعين أو ثلاثة، فإنه كذب عليهم في روايتها لعنه الله<sup>(٢)</sup>».

وخبير جماعة عن أبي الحسن محمد بن أحمد بن داود وأبي عبد الله الحسين بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه أنهما قالوا: «مما أخطأ محمد بن علي في المذهب في باب الشهادة أنه روى عن العالم عليه السلام أنه قال: إذا كان لأخيك المؤمن على رجلٍ حق فدفعه، ولم يكن له من البيعة عليه إلا شاهد واحد وكان الشاهد ثقة رجعت إلى الشاهد فسألته عن شهادته، فإذا أقامها عندك شهدت معه عند الحاكم على مثل ما يشهد عنده لتلا يتوى حق امرئ مسلم».

وقال الشيخ: «واللفظ لابن بابويه وقال: هذا كذب منه لسنا نعرف ذلك، وقال في موضع آخر: كذب فيه<sup>(٣)</sup>».

ومن هذه الأخبار المتقدمة تعرف مستند كلام الشارح هنا، نعم ما قاله الشارح هنا من أنه لا يوجد في الكتاب ما يخالف إلا هذه الفتوى ناقلاً ذلك عن المفيد، فلعله قد نقله عن العلامة في الخلاصة، وقد تقدم النقل عنها، وإلا فقد سمعت كلام أبي القاسم بن روح المروي في كتاب الغيبة للشيخ أن ما يخالف هو ثلاثة مواضع أو موضحان، ولعل =

(١) الخلاصة للعلامة ص ٢٥٤، الطبعة الثانية، منشورات المطبعة الحيدرية.

(٢) غيبة الشيخ الطوسي ص ٢٥١ - ٢٥٢، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥هـ، مطبعة النعمان - النجف الأشرف.

(٣) غيبة الشيخ الطوسي ص ٢٥٢.

احتمله السيد حسن الصدر في كتابه فصل القضاء<sup>(١)</sup> على ما هو المحكي عنه .

هذا ويحتمل أن تكون المواضع الثلاثة هي : المسألة الواردة هنا في باب الشهادات ، ومسألة تحديد الكر بأن يأخذ حجراً فيرميه في وسطه فإن بلغت أمواجه من الحجر جنبتي الغدير فهو دون الكر وإن لم تبلغ فهو الكر ، ومسألة ما لو نسيت مسح قدميك وقد غسلتهما فإنه يجزيك ، لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك .

وهذه المواضع الثلاثة مذكورة في الكتاب المنسوب للإمام الرضا عليه السلام ، والمسئى بفقهِ الرضا عليه السلام ، لذلك ذهب السيد حسن الصدر في محكي كتابه فصل القضاء إلى أن هذا المنسوب هو عين كتاب التكليف مع ضميمته أن راوي كتاب التكليف هو أبو الحسن علي بن موسى بن بابويه والد الشيخ الصدوق كما نص عليه أصحاب الفهارس كالشيخ وغيره ، فيكون اللفظ الوارد في أول كتاب الفقه الرضوي هو : قال أبو الحسن وعن أبي الحسن ، وهو ابن بابويه وليس الإمام الرضا عليه السلام ، كما احتمله السيد أمير حسين القاضي ، الذي أتاه بالكتاب جماعة من أهل قم عند مجاورته لبيت الله الحرام ، وقد احتل ذلك العلامة المجلسي والدة وجماعة ، على أنه لو كان للإمام هذا الكتاب ، لوجب انتشار ذكره وذبوع صيته بين أصحاب الأئمة عليهم السلام ، ولذكر في كتب التراجم ، مع أنها خالية عنه ، مع أن أسلوبه ينم عن أنه ليس من تأليف المعصوم ، للقرائن الكثيرة الموجودة فيه من قبيل نقله عن العالم عليه السلام ومن قبيل قوله : أروي ، ومن قبيل ورود الأخيار المتعارضة فيه ، ومن قبيل الرواية عن بعض المحدثين كأبي بصير ، وقد ورد فيه الرواية عن سماعة ، وعن إسماعيل بن زياد ، وعن أبي الصباح ، وعن محمد بن سماعة ، وعن الفضيل ، وعن محمد بن مسلم عن أحدهما ، وعن منصور ابن حازم ، وعن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن ، إلى غير ذلك مما يشهد أنه ليس من أسلوب الإمام ولا من كلامه .

وذهب صاحب رياض العلماء إلى أن الفقه المنسوب هو كتاب الشرائع لوالد الصدوق ، الذي كانت العلماء تعتمد عليه عند إعواز النصوص ، وكذا احتمله السيد حسين القزويني في كتابه شرح الشرائع على ما قيل ، ولم يأت بدليل على هذا القول ، فالمتعين هو الأول ، ومع ذلك أوردنا بعض أخباره فيما تقدم وما سيأتي ، اعتماداً على خبر الشيخ في الغيبة المتقدم نقلاً عن أبي القاسم بن روح رضي الله عنه أنه موافق لما روي عن الأئمة عليهم السلام إلا في موضعين أو ثلاثة ، والله الهادي للصواب .

نسب ذلك إلى الشيعة أن هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً، وصنف كتاباً سفاهاً كتاب «التكليف»، وذكر فيه هذه المسألة ثم غلا، وظهر منه مقالات مُنكرة، فتبرأت الشيعة منه، وخرج فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدسة على يد أبي القاسم بن روح وكيل الناحية، فأخذ السلطان وقتله، فمن رأى هذا الكتاب وهو على أساليب الشيعة وأصولهم توهم أنه منهم وهم بريئون منه، وذكر الشيخ المفيد رحمه الله أنه ليس في الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة.

### (الفصل الثاني)

(في تفصيل الحقوق) بالنسبة إلى الشهود، وهي على ما ذكره في الكتاب خمسة أقسام<sup>(١)</sup>، (فمنها: ما يثبت بأربعة رجال، وهو الزنا واللواط والسحق<sup>(٢)</sup>،

(١) أما غيره فقد قسم الحقوق إلى قسمين: حق الله وحق الآدمي، وحق الله لا يثبت بشهادة النساء منفردات ولو كثرن، ولا منضمات إلا في الزنا كما سيأتي، ولا يثبت حق الله بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين.

وأما حق الآدمي فمعه ما يثبت بشاهدين كالطلاق والخلع والوكالة وغيرها، ومنه ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين كالديون، ومنه ما يثبت بالرجال والنساء منفردات أو منضمات، وهو الولادة والاستهلال، وأما تفصيل ذلك مع دليله فسأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) بلا خلاف ولا إشكال، لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾<sup>(٣)</sup>، والأخبار كثيرة على ثبوت الزنا بأربعة شهداء، سيأتي التعرض لبعضها في كتاب الحدود، لكن لا نص على ثبوت اللواط والمساحفة بأربعة شهداء، كما اعترف بذلك صاحب الجواهر، نعم قد ورد في اللواط ثبوته بالاقترار أربعماء، كما في صحيح مالك بن عطيبة عن أبي عبد الله عليه السلام (بينما أمير المؤمنين عليه السلام في ملاء من أصحابه، إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أوقبت =

(١) سورة النور، الآية: ٤.

(٢) سورة النور، الآية: ١٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٥.

= على غلام فطهرني، فقال له: يا هذا امضِ إلى منزلك لعل مرأراً هاج بك، فلما كان من الغد عاد إليه، فقال له: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرني، فقال له: اذهب إلى منزلك لعل مرأراً هاج بك حتى فعل ذلك ثلاثاً بعد مرته الأولى، فلما كان في الرابعة قال له: يا هذا، إن رسول الله ﷺ حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت، قال: وما هن يا أمير المؤمنين؟ قال: ضربة بالسيف في عتقك بالغة ما بلغت، أو إهداب - إهدار - من جبل مشدود اليدين والرجلين، أو إحراق بالنار<sup>(١)</sup> إلى آخر الخبر، وبما أن الأقرار بمنزلة الشاهد فيثبت أن المعتبر من الشهود أربعة.

وورد في المسابقة أنها كاللواط في الرجال، كما في مرسل الطبرسي عن النبي ﷺ (السحق في النساء بمنزلة اللواط في الرجال)<sup>(٢)</sup>، فما يجري في اللواط يجري في المسابقة من الأحكام.

ثم يثبت الزنا من بين هذه الثلاثة بثلاثة رجال وامرأتين، وهذا موجب للرجم، ويثبت بشهادة رجلين وأربع نساء، ولكن لا يثبت به إلا الجلد، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ (سألت عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، وإذا كان رجلان وأربع نسوة لم تجز في الرجم)<sup>(٣)</sup>، وصحيحه الآخر عنه ﷺ (سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يجرم ولكن يضرب حد الزاني)<sup>(٤)</sup>، وعدم جواز شهادتهم إنما هو في الرجم لا مطلقاً، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ﷺ (لا تجوز شهادة النساء في الهلال، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان)<sup>(٥)</sup>.

وعن الصدوقين والعلامة وأبي الصلاح عدم الحد بشهادة رجلين وأربع نساء، لأنه لو ثبت الزنا به لثبت الرجم دون الضرب، وهو كالاتجاه في قبال صحيح الحلبي المتقدم.

وعن الشيخ في الخلاف ثبوت الحد من الضرب دون الرجم، بشهادة رجل واحد وست =

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد اللواط حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد السحق والقيادة حديث ٣.

(٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٠.

ويكفي في) الزنا (الموجب للرجم ثلاثة رجال وامرأتان، وللجلد رجلان وأربع نسوة) ولو أفرد هذين<sup>(١)</sup> عن القسم الأول<sup>(٢)</sup>، وجعل الزنا قسماً برأسه، كما فعل في الدروس<sup>(٣)</sup> كان أنسب، لاختلاف حاله<sup>(٤)</sup> بالنظر إلى الأول<sup>(٥)</sup>، فإن الأولين<sup>(٦)</sup> لا يثبتان إلا بأربعة رجال، والزنا يثبت بهم، وبمن ذكر.

(ومنها) ما يثبت (برجلين) خاصة (وهي الزدّة والقذف والشرب) شرب الخمر وما في معناه<sup>(٧)</sup>، (وحد السرقة)<sup>(٨)</sup>.....

= نساء، وهو مما لا دليل عليه، وعن الاسكافي إلحاق اللواط والسحق بالزنا في ثبوتها بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين، وبشهادة رجلين وأربع نسوة، وهو أيضاً ضعيف، لعدم الدليل عليه.

(١) اللواط والسحق.

(٢) وهو الزنا.

(٣) حيث قال: «وتنقسم الحقوق بالنسبة إلى الشهود أقساماً، أحدها: ما لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال وهو اللواط والسحق، وثانيها: ما لا يثبت إلا بأربعة أو ثلاثة وامرأتين، وهو الزنا الموجب للرجم، فإن شهد رجلان وأربع نساء يثبت الجلد لا الرجم، فإن شهد رجل وست نساء، أو انفردت النساء فلا ثبوت، وفي الخلاف يثبت الجلد برجل وست نساء، وظاهر ابن الجنيّد مساواة اللواط والسحق للزنا في شهادة النساء، ومنع بعض الأصحاب من قبول رجلين وأربع نساء في الجلد، واختاره الفاضل، وظاهر رواية الحلبي ثبوته انتهى.

(٤) حال الزنا.

(٥) وهو ما يثبت بأربعة رجال.

(٦) وهما اللواط والسحق.

(٧) معنى الخمر من المسكرات كالنبيذ والفقاع.

(٨) وهذا هو ضابط حق الله ما عدا الزنا واللواط والسحاق، فإنه يثبت بشاهدين عدلين، لاطلاق ما دل على قبولهما، كقوله تعالى: «واشهدوا ذوى عدل منكم»<sup>(١)</sup>، ولورود النصوص الكثيرة الخاصة في بعضها، كخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحكم في زنديق إذا شهد عليه رجلان عدلان مرضيان، وشهد له ألف بالبراءة، يميز شهادة الرجلين ويبطل شهادة الألف، لأنه ذين =

احترز به عن نفس السرقة، فإنها<sup>(١)</sup> تثبت بهما، وبشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين بالنسبة إلى ثبوت المال خاصة، (والزكاة والخمس والنذر والكفارة) وهذه الأربعة ألحقها المصنف بحقوق الله تعالى، وإن كان للأدمي فيها حظ، بل هو المقصود منها، لعدم<sup>(٢)</sup>

= مكتوم<sup>(١)</sup>، وخير عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن أبيه عن أبائه عليهم السلام (سئل رسول الله ﷺ عن الساحر، فقال: إذا جاء رجلان عدلان فيشهدان عليه فقد حلّ دمه)<sup>(٢)</sup>، ثم لا فرق في حقوق الله بين أن تكون حدوداً كحد السرقة وشرب الخمر والردة، وبين أن تكون مالية كالخمس والزكاة والكفارات والنذور، وقيل: بل إنه يعم ما يشتمل على الخفيين من حق الله وحق الأدمي، كالبلوغ والعدة والولاء والجرح والتعديل والعفو عن القصاص والإسلام.

وقد وردت الروايات بعدم قبول شهادة النساء في الحدود التي هي حق الله تعالى. منها: صحيح جميل بن دراج ومحمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ قال: في القتل وحده، إن علياً عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم)<sup>(٣)</sup>، وخير السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (شهادة النساء لا تجوز في طلاق، ولا نكاح، ولا في حدود، إلا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه)<sup>(٤)</sup>، وخير غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام (لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في القود)<sup>(٥)</sup>، ومثله خير موسى بن إسماعيل بن جعفر<sup>(٦)</sup>.

ومقتضى هذه الأخبار عدم جواز شهادة النساء منفردات، أو منضمات إلى الرجال في الحدود، ولا يعارضها إلا ذبل خير عبد الرحمان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال)<sup>(٧)</sup>، وهو شاذ لا عامل به منا، فلا يصلح لمعارضة ما تقدم، فضلاً عن أن الكليني قد أورد الخبر مجرداً عن هذا الذيل<sup>(٨)</sup>، والكليني اضبط من الشيخ، إذ هو الذي أورد الخبر المتضمن لهذا الذيل.

(١) نفس السرقة، فيثبت نفس المال بشهادة عدلين بلا خلاف فيه، ويثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين، بناء على أن الأخير جارٍ في حقوق الأدمي المالية، وقد عرفت في بحث القضاء اختصاصه بالدين فقط.

(٢) تعليلٌ لإلحاق الأربعة بحق الله تعالى.

(٢٠١) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

(٢٠٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٤٢.

(٢٠٥ و٢٠٧ و٢٠٨) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٩ و٣٠ و٢١ و١٤.

تعين المستحق على الخصوص، وضابط هذا القسم<sup>(١)</sup> على ما ذكره بعض الأصحاب ما كان من حقوق الأدمي<sup>(٢)</sup> ليس مالاً، ولا المقصود منه المال، وهذا

(١) ظاهر كلامه أن المراد بالقسم هو حق الله تعالى غير الزنا واللواط والسحق، ولكن كلامه الآتي من كونه ليس مالاً ولا المقصود منه المال يدل على أن مراده هو القسم الأول من حقوق الأدمي، وهذا الخلط الواقع من الشارح قد أشار إليه الشيخ أحمد التوحي في حاشيته.

(٢) اعلم أن أكثر الأصحاب قسموا حقوق الأدمي إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما لا يثبت إلا بشاهدين، كالطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤية الالهة، وفي العتق والنكاح والقصاص خلاف بينهم، وضابط هذا القسم عندهم على ما في الدروس كونه من حقوق الأدمي، وهو ليس مالاً ولا المقصود منه المال.

الثاني: ما يثبت بشاهدين، وشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين، كالديون والقرض والغصب وعقود المعاوضات كالبيع والصرف والسلم والصلح والإجارة والمساقاة والرهن والوصية له والجناية التي توجب الدية، وفي الوقف خلاف، وضابط هذا القسم عندهم ما كان حق الأدمي مالياً أو المقصود منه المال.

الثالث: ما يثبت بالرجال، والنساء منضمات أو منفردات، كالولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة، وفي الرضاع خلاف، وضابط هذا القسم عندهم ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً.

أما ضابط القسم الثالث فهو منصوص، وسيأتي التعرض له، وأما ضابط القسم الثاني فهو متصّد من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤية الهلال فلا)<sup>(٣)</sup>، وقد عرفت في باب القضاء أنه محمول على الدين فقط.

وأما ضابط القسم الأول فلا دليل عليه من نص، ولذا قال في الجواهر: «ولكن لم أفق في النصوص على ما يفيد، بل فيها ما ينافية»، هذا والأكثر قسم حق الله إلى قسمين:

الأول: الزنا واللواط والسحق مما يثبت بأربعة رجال.

الثاني: ما عدا ذلك مما يثبت بشهادة عدلين، ولا يثبت بالنساء منفردات، ولا منضمات، ولا يشاهد ويمين، إلا أن المصنف هنا قسم الحقوق بتقسيم آخر بالنسبة إلى الشهود، =

الضابط<sup>(١)</sup> لا يُدخِل تلك الحقوق الأربعة فيه<sup>(٢)</sup>.

(و) منه<sup>(٣)</sup> (الإسلام والبلوغ والنولاء والتعديل والجرح والعفو عن القصاص<sup>(٤)</sup> والطلاق والخلع) وإن تضمن المال، لكنه ليس نفس حقيقته (الوكالة والوصية إليه) احتراز به عن الوصية له بمال، فإنه من القسم الثالث (والنسب والهلال<sup>(٥)</sup>)، وبهذا يظهر أن الهلال من حق الآدمي، فيثبت فيه الشهادة على الشهادة كما سيأتي.

= فتارة ما يثبت بأربعة كالزنا، وأخرى ما يثبت برجلين كبقية حقوق الله والقسم الأول من حقوق الآدمي، وثالثة ما يثبت برجلين أو رجل وامرأتين أو رجل ويمين، وهو القسم الثاني من حقوق الآدمي، ورابعة ما يثبت بالرجال والنساء منفردات أو منظمات وهو القسم الثالث من حقوق الآدمي المتقدم، وخامسة ما يثبت بالنساء، سواء ضمن للرجال أو لليمين، وهو الديون والأموال، وفيه: أن الخامس ليس قسماً على حدة بل هو مندرج تحت القسم الثاني من حقوق الآدمي المتقدم فلا داعي لجعله قسماً مستقلاً، هذا وهناك خلط بين بعض حقوق الله وبعض حقوق الناس وذلك عند التكلم فيما يثبت بشهادة عدلين.

(١) ضابط القسم الأول من حقوق الآدمي.

(٢) في حق الله تعالى، بل تبقى هذه الأربعة مندرجة تحته، ولعل من أدرجها في حق الله فلما قاله الشارح من عدم تعين المستحق لها، ومن أدرجها تحت القسم الأول من حق الآدمي فلعدم الحد فيها.

(٣) من القسم الأول من حقوق الآدمي على تقسيم الأكثر.

(٤) أما ثبوت هذه المذكورات بشهادة العدلين فهو مما لا خلاف فيه، لعموم أدلة اعتبار شهادتهما، كقوله تعالى: ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾<sup>(١)</sup>، ولا تثبت هذه المذكورات بشهادة النساء منظمات أو منفردات بلا خلاف فيه، لما سيأتي من كون شهادة النساء ثابتة في موارد خاصة، وهذه ليست منها، وأما عدم ثبوتها بالشاهد واليمين فلما تقدم في باب القضاء من اختصاصه بالدين فقط على ما هو الأقوى.

(٥) هذه المذكورات من الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب والهلال فهي تثبت بشهادة العدلين، بلا خلاف فيه، لعموم اعتبار دليلها المتقدم، وأما عدم ثبوتها بشهادة =



النساء منفردات فلا خلاف فيه، وأما ثبوتها بشهادة النساء منضعات إلى الرجال ففيه خلاف، فعلى المشهور عدم القبول للأخبار.

منها: خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود إلا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه)<sup>(١)</sup>، وصحيح العلاء عن أحدهما عليهما السلام (لا تجوز شهادة النساء في الهلال، وسألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذرة والنساء)<sup>(٢)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم (لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق)<sup>(٣)</sup>، وذيل خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام ( - إلى أن قال - وكان أمير المؤمنين عليه السلام يميز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار، ولا يميز في الطلاق إلا شاهدين عدلين، فقلت: فأتى ذكر الله تعالى قوله: ﴿فرجل وامرأتان﴾، فقال: ذلك في الدين، إذا لم يكن رجلاً فرجل وامرأتان، ورجل واحد ويمين المدعي إذا لم يكن امرأتان، قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأمير المؤمنين عليه السلام بعده عندكم)<sup>(٤)</sup>، والأخير ظاهر في أن يمين المدعي قائم مقام المرأتين، وهما قائمتان مقام الشاهد في الدين فقط، فلا تسمع شهادتهن منضعة إلى الرجال في غيره، إلا أن يقال أنه عليه السلام قد حصر ذلك في مقام تفسير قوله تعالى: ﴿فرجل وامرأتان﴾<sup>(٥)</sup>، والآية واردة في الدين، وهذا لا يفيد الحصر بنفي شهادة النساء المنضعة في غيره، واختلف كلام الشيخ في الطلاق، ففي الخلاف والنهاية المنع من قبول شهادة النساء والمنضعة إلى الرجال لخبر السكوني وصحيح ابن مسلم المتقدمين.

وذهب الشيخ في المبسوط إلى القبول، ونسبه في المسالك إلى جماعة، وقال في الجواهر: «وإن كنا لم نتحقق منهم، إلا ما يحكى عن أبي علي، أنه قال: لا بأس بشهادتهن مع الرجال في الحدود والأنساب والطلاق»، ولم اعثر على خير دال على جواز قبول شهادتهن في الطلاق.

وأما الخلع فكذلك لا يثبت بشهادتهن المنضعة، وقيل: يثبت إذا ادعاه الرجل، لأنه متضمن لدعوى المال، وهو مبني على كون الدعوى مالية أو المقصود منها المال فتقبل شهادة النساء المنضعة كما سيأتي، وهو ضعيف.

وأما الوكالة والوصية إليه والنسب والهلال سواء كان في شهر رمضان أم غيره. مما يترتب عليه حلول آجال الديون والإرث ونحوه فالمشهور على العدم لما تقدم، وعن المبسوط =

(١) و٢١ و٣ و٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٤٢ و ١٨ و ٨ و ٣٥.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(ومنها: ما يثبت برجلين، ورجل وامرأتين، وشاهد ويمين، وهو) كل ما

= قبول شهادة النساء المنضمة فيها، وعن أبي علي في كلامه المنقول سابقاً القبول في خصوص النسب، وهما ضعيفان لا مستند لهما.

هذا بالنسبة للمذكور في كلام الماتن، وأيضاً وقع الخلاف في العتق، فقيل: تسمع شهادتهن المنضمة، لأن العتق إثبات المالية للمملوك فكها عن السيد، كما عليه الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد، ورَدَّ: بأن المقصود من العتق إنما هو فك ملك، وهو ليس بمال.

وأيضاً وقع الخلاف في القصاص، فمن الأكثر القبول، للأخبار.

منها: صحيح جميل ومحمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده، إن علياً عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم)<sup>(١)</sup>، وهو محمول على ثبوت الدية بشهادتهن لا القود جمعاً بينه وبين صحيح ربيعي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تجوز شهادة النساء في القتل)<sup>(٢)</sup>، وخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود)<sup>(٣)</sup>، وعن الشيخ في الخلاف المنع من القبول، لهذين الخبرين الأخيرين وخبر محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام (لا يجوز شهادتهن في الطلاق ولا في الدم)<sup>(٤)</sup>، وهذه الأخبار محمولة على عدم جواز شهادتهن منفردات، أو بالنسبة للقود، لا الدية.

وأيضاً وقع الخلاف في النكاح، فمن جماعة القبول، منهم الصدوقان والاسكافي والعماني والحلي بل نسب إلى أكثر المتأخرين، للأخبار.

منها: خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ قال نعم)<sup>(٥)</sup>، وصحيح الحلي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: يجوز إذا كان معهن رجل، وكان علي عليه السلام يقول: لا أجيزها في الطلاق، قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم)<sup>(٦)</sup>، وخبر أبي بصير (سألته عن شهادة النساء، فقال: تجوز شهادة النساء وحدهن على ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وتجوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهن رجل، ولا تجوز في الطلاق ولا في =

(١) (٢٠٣ و ٤١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢٧ و ٢٩ و ٧.

(٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١١.

(٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

كان مالاً، أو الغرض منه المال<sup>(١)</sup>، مثل (الديون والأموال) الثابتة من غير أن تدخل في اسم الدين (والجناية الموجبة للدية) كقتل الخطأ والعمد المشتمل على

= الدم، غير أنها تجوز شهادتها في حد الزنا إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين وأربع نسوة<sup>(٢)</sup>.

وعن المفيد والديلمي وابن حمزة والحلي - بل نسبه الصيمري إلى المشهور - عدم القبول، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه)<sup>(٣)</sup>، والترجيح للأول لكثرة العدد.

(١) يشمل القرض والغصب والبيع والصرف والسلم والصلح والإجارة والمساقاة والرهن والوصية له والجناية التي توجب الدية كالخطأ وشبه العمد وقتل الحر للعبد والأب للولد والمسلم للذمي وقتل الصبي والمجنون، ويشمل المأومة والجائفة وكسر العظام وغير ذلك مما يكون متعلق الدعوى مالاً أو المقصود منه المال.

أما الدين فهو مما يثبت بشهادة عدلين، لعموم دليل اعتبارها، ويثبت بشاهد ويمين لما تقدم في كتاب القضاء، ويثبت بشاهد وامرأتين، بلا خلاف، لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾<sup>(٤)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم)<sup>(٥)</sup>، ومثلها غيرها.

وأما بقية الموارد المذكورة فإثباتها بشاهد ويمين فمحل خلاف، وقد تقدم في باب القضاء، والأقوى عدم الثبوت.

وأما إثباتها بشاهد وامرأتين، فقد يستدل للثبوت، بالآية المتقدمة، بدعوى إلغاء خصوصية المورد، وفيه: لا دليل على إلغاء الخصوصية؛ بل يظهر عدم التعدي من خبر داود الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (فقلت: فأتى ذكر الله تعالى قوله: ﴿فرجل وامرأتان﴾، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان، ورجل واحد ويمين المدعي إذا لم يكن امرأتان)<sup>(٦)</sup>.

واستدل على الثبوت بقياس شهادة المرأتين باليمين بأنه تثبت هذه الأمور بشاهد ويمين فكذلك بشاهد وامرأتين، وفيه: أما الملازمة بين شهادة المرأتين واليمين فهي مستفادة من خبر داود بن الحصين المتقدم، لكن عرفت انحصار الشاهد واليمين بالدين فقط.

(٢١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث، ٤ و ٤٢.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣٥.

التغريب بالنفس كالهاشمة والمنقّلة، وما لا قود فيه كقتل الوالد ولده، والمسلم الكافر، والحر العبد، وقد تقدم في باب الشاهد واليمين، ولم يذكر ثبوت ذلك<sup>(١)</sup> بامرأتين مع اليمين<sup>(٢)</sup>، مع أنه قوَى في الدروس ثبوته بهما، للرواية<sup>(٣)</sup>، ومساواتهما للرجل حالة انضمامهما إليه<sup>(٤)</sup> في ثبوته<sup>(٥)</sup> بهما من غير يمين<sup>(٦)</sup>.

= والأقوى أن شهادة المرأتين مع الرجل مختصة بموارد قبول الشاهد واليمين المنحصر في الدين، هذا في الحقوق والأموال، وتقبل شهادة النساء منضمات مع الرجل في القتل خاصة بالنسبة للدية لعدم ذهاب حق المسلم هذا في الحدود إلا الزنا واللواط والماسحة، وتقبل شهادتهن منفردات أو منضمات في ما لا يجوز للرجال النظر إليه، وفي النكاح تقبل شهادتهن منضمة إلى الرجال للنصوص الخاصة، وأما غير ذلك فلا، لعدم الدليل عليه، أو لأنه معارض بغيره، وسيأتي قبول شهادة المرأة الواحدة في ربع الوصية، وفي الاستهلال، ويثبت ربع الميراث.

(١) الديون والأموال والجناية الموجبة للدية.

(٢) تقدم البحث فيه في كتاب القضاء، والأكثر على الثبوت، لخبر منصور بن حازم (حدثني الثقة عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: إذ شهدت لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهذه جائز)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين، يخلف بالله أن حقه لحي)<sup>(٢)</sup>.

وخالف ابن إدريس فمنع قبول شهادة المرأتين مع اليمين، محتجاً بعدم الاجماع، وعدم تواتر الأخبار، وهو مبني على عدم جواز العمل بالخير الواحد، وهو مبني ضعيف، ثم إن المشهور على تعميم قبول شهادة المرأتين مع اليمين في كل مورد يكون متعلق الدعوى هو المال أو قصد به المال، وهو مما لا دليل عليه، وإنما صحيح الحلبي قد اقتصر على الدين فقط، ففي غيره عدم القبول للأصل.

(٣) والمقصود بها خبر منصور بن حازم المتقدم، بناء على أن لفظ الحق الوارد فيها يشمل ما كان مالاً أو ما قصد به المال، وقد عرفت أنه مختص بالدين فقط.

(٤) إلى الرجل.

(٥) ثبوت المشهود به.

(٦) والحاصل أن المرأتين والشاهد مما تقبل شهادتهن فكذا المرأتان واليمين، لأن اليمين بمنزلة الشاهد على ما تقدم من قبول الشاهد واليمين في مقام تعذر شهادة العدلين.

وبقي من الأحكام أمور تجمع حق الأدمي المالي وغيره<sup>(١)</sup>، كالنكاح والخلع والسرقة، فيثبت بالشاهد واليمين المال دون غيره<sup>(٢)</sup>، واستبعد المصنف ثبوت المهر دون النكاح، للتنافي<sup>(٣)</sup>.

(ومنها) ما يثبت (بالرجال والنساء ولو منفردات)، وضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً<sup>(٤)</sup>، (كالولادة والإستهلال) وهو ولادة الولد حياً ليرث، سُمي ذلك استهلالاً، للصوت الحاصل عند ولادته ممن حضر عادة، كتصويت من رأى

(١) وهو حق الله.

(٢) وهو ثبوت العلقه الزوجية في النكاح، والبينونة في الخلع، والحد في السرقة.

(٣) لأنهما متلازمان.

(٤) كالولادة والاستهلال وغيوب النساء الباطنة، بلا خلاف فيه، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء وحدهن بلا رجال في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه، وتجوز شهادة القابلة وحدها في النفوس)<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء في العذرة، وكل عيب لا يراه الرجل)<sup>(٢)</sup>، وخبر السكوني المتقدم (شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه)<sup>(٣)</sup>، وصحيح العلاء عن أحدهما عليه السلام (لا تجوز شهادة النساء في الهلال، وسأته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذرة والنساء)<sup>(٤)</sup>، ومثله صحيح محمد بن مسلم<sup>(٥)</sup>، وخبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (أجيز شهادة النساء في الغلام صاح أو لم يصح، وفي كل شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه)<sup>(٦)</sup>، والأخبار كثيرة.

ثم على المشهور أن ثبوت المشهود به متحقق سواء انفردن أم ضم إليهن الرجال، أما مع الانفراد فلما سمعت، وأما مع الانضمام فلأن الرجال هم الأصل في الشهادة، ولم يخالف إلا القاضي من أنه لا يجوز أن يكون معهن أحد من الرجال، وهو ضعيف.

نعم وقع الخلاف في الرضاع، فذهب المفيد وسائر وابن حمزة والعلامة في القواعد إلى قبول شهادة النساء منفردات فيه، لقوله عليه السلام (ما لا يجوز للرجال النظر إليه) كما في صحيح ابن سنان المتقدم، وقوله عليه السلام (ما لا يستطيع الرجال النظر إليه). كما في خبر السكوني المتقدم.

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٠ و ٩ و ٤٢.

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٨ و ١٩ و ١٢.

الهلال، فاشتق منه، (وعيوب النساء الباطنة) كالقَرَن والرَّتَق، دون الظاهرة كالجذام والبرص والعمى، فإنه من القسم الثاني<sup>(١)</sup>، (والرضاع) على الأقوى، (والوصية له)<sup>(٢)</sup> أي: بالمال، احتراز عن الوصية إليه<sup>(٣)</sup>، وهذا الفرد<sup>(٤)</sup> خارج من الضابط<sup>(٥)</sup>، ولو أفرده قسماً - كما صنع في الدروس - كان حسناً، ليرتب عليه

= وعن الأكثر العدم، لإمكان اطلاع الرجال عليه، فلا يندرج تحت ضابطة هذا القسم، بل عن المبسوط «فأما في الرضاع فقد روى أصحابنا أنه لا يقبل شهادتهم»، وهو بالإضافة إلى أنه مرسل، وغير موجود في الأصول المعتمدة، لم يعمل به الشيخ نفسه في المبسوط في كتاب الشهادات على ما قيل.

(١) يثبت برجلين خاصة.

(٢) لا خلاف في ثبوت ربع الوصية بشهادة المرأة الواحدة، والنصف بشهادة اثنتين، وثلاثة أرباع بشهادة ثلاث نساء، وتقام الوصى به بشهادة أربع، للأخبار.

منها: صحيح ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام (في شهادة امرأة حضرت رجلاً بوصي ليس معها رجل، فقال: يميز ربع ما أوصى بحساب شهادتها)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قضى في وصية لم يشهدا إلا امرأة، فأجاز شهادة المرأة في ربع الوصية)<sup>(٢)</sup>، وصحبت الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهدا إلا امرأة: أن تجوز شهادة المرأة في ربع الوصية، إذا كانت مسلمة غير مربية في دينها)<sup>(٣)</sup>.

(٣) فإنها وصية عهدية بخلاف السابق فإنها وصية تمليكية، والوصية العهدية لا تثبت إلا بشهادة رجلين، كما هو الأصل في كل مورد.

(٤) وهو الوصية التمليلية.

(٥) وهو ما يعسر اطلاع الرجال عليه، وكذا وقع الاتفاق على قبول شهادة المرأة الواحدة في ربع الميراث إذا شهدت باستهلاله، للأخبار.

منها: صحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل فوضعت بعد موته غلاماً ثم مات الغلام بعدما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهل وصاح حين وقع إلى الأرض ثم مات، قال: على الإمام أن يميز =

بأقي أحكامه، فإنه<sup>(١)</sup> يختص بثبوت جميع الوصية برجلين، وبأربع نسوة، وثبوت

= شهادتها في ربع ميراث الغلام<sup>(٢)</sup>، وخبر سماعة (القابلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأة واحدة)<sup>(٣)</sup>، وصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهل وصاح في الميراث، ويؤثر الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث)<sup>(٤)</sup>، ومرسل الفقيه بعد أن أورد صحيح عمر بن يزيد قال (وفي رواية أخرى: إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، وإن كن ثلاثة نسوة جازت شهادتهما في ثلاثة أرباع الميراث، وإن كن أربعاً جازت شهادتهما في الميراث كله)<sup>(٥)</sup>، ولا تقبل شهادة الواحدة في غير هذين الموردين على المشهور، نعم عن الكافي والغنية والاصباح ثبوت ربع الدية بشهادتها أيضاً، لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأة أنه دفع غلاماً في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة)<sup>(٦)</sup>، وخبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأة شهدت على رجل أنه دفع صبياً في بئر فمات، قال: على الرجل ربع دية الصبي بشهادة المرأة)<sup>(٧)</sup>، والأكثر على العدم، والخيران حجة عليهم، مع أن الأول صحيح السند، فدعوى أنها ضعيفا السند فيرجع إلى الأصل من عدم قبول شهادتها في الربع ليس في محله، ومقتضى الأخبار أن شهادة أربع نسوة بمقدار شهادة رجلين، وأن شهادتهن من دون يمين ولو كانت واحدة، وهذه وإن وردت في الاستهلال بالنسبة للميراث لكن يستفاد الحكم منها بالنسبة للوصية لو شهدت اثنتان أو ثلاث أو أربع نسوة بعد كون أخبار الوصية قد اقتضت على شهادة المرأة الواحدة.

ثم هل يتعدى عن مورد النصوص، وهو شهادة المرأة منفردة عن الرجل، إلى شهادة الرجل المنفرد، فيثبت بشهادته النصف من الوصية والميراث باعتبار كونه في قبال المرأتين، أو يكون الرجل كالمراة في ثبوت الربع فقط من غير يمين، أو تسقط شهادته أصلاً، باعتبار عدم النص إلا في المرأة، أوجه ثلاثة، فالأول باعتبار كون الرجل في قبال المرأتين في بقية الموارد، وفيه: أنه قياس لا نقول به، إذ كان الرجل في قبال المرأتين مع ضم رجل آخر أو يمين، وهنا لا ضعية.

والثاني باعتبار أنه لا يقصر عن المرأة، وفيه: أنه استحسان محض.

والثالث باعتبار عدم النص، وهو الأقوى.

(١) فإن هذا الفرد.

ربعها بكل واحدة، فبالواحدة الربع، وبالإثنين النصف، وبالثلث ثلاثة أرباع، من غير يمين، وباليمين مع المرأتين<sup>(١)</sup>، ومع الرجل<sup>(٢)</sup>، وفي ثبوت النصف<sup>(٣)</sup> بالرجل<sup>(٤)</sup>، أو الربع<sup>(٥)</sup> من غير يمين<sup>(٦)</sup>، أو سقوط شهادته أصلاً أو وجهه، من مساواته للإثنتين<sup>(٧)</sup>، وعدم النص<sup>(٨)</sup>، وأنه<sup>(٩)</sup> لا يقصر عن المرأة، والأوسط<sup>(١٠)</sup> أوسط، وأشكل منه الخنثى، وإلحاقه بالمرأة قوي<sup>(١١)</sup>، وليس للمرأة تضعيف المال ليصير ما أوصى به ربع ما شهدت به<sup>(١٢)</sup> للكذب، لكن لو فعلت استباح الموصى

- (١) بناء على قبول قول المرأتين مع اليمين في كل ما هو مال أو قصد منه المال.
- (٢) واليمين مع الشاهد، وهو أيضاً مبني على كونه جارياً في كل دعوى كان متعلقها المال أو قصد منها المال.
- (٣) نصف الوصية.
- (٤) باعتبار كونه في قبال المرأتين في بقية الموارد.
- (٥) إذ لا يقصر عن المرأة.
- (٦) كما أن المرأة يثبت بقولها الربع من غير اليمين على ما صرحت به الأخبار المتقدمة.
- (٧) دليل الوجه الأول.
- (٨) دليل الوجه الثالث.
- (٩) دليل الوجه الثاني.
- (١٠) باعتبار الدعوى بأنه يثبت الربع من غير يمين.
- (١١) للشك في ذكوريته.
- (١٢) تزيد في المشهود به ليكون ربع ما شهدت به يساوي تمام ما أوصى له، وهو محرم لحرمة الكذب، والمرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له على الرجل حق فيجحد حقه ويحلف عليه، إذ ليس عليه شيء، وليس لصاحب الحق على حقه بينة، يجوز له إحياء حقه بشهادة الزور إذا خشي ذهاب حقه، قال: لا يجوز ذلك لعللة التدليس)<sup>(١)</sup>. وفي كشف اللثام الحل وإن حرم التزوير، لمرسل عثمان بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (تكون للرجل من اخواني عندي الشهادة، ليس كلها تميزها القضاة عندنا، قال: إذا علمت أنها حق فصحتها بكل وجه حتى يصح له حقه)<sup>(٢)</sup>، وفيه: أنه لا دلالة على موردنا، بل هو ناظر إلى كيفية عرض الشهادة، لا إلى الكذب في المشهود به.

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣.



له الجميع مع علمه بالوصية لا بدونه<sup>(١)</sup>، وكذا القول فيما<sup>(٢)</sup> لا يثبت بشهادته<sup>(٣)</sup> الجميع.

(ومنها): ما يثبت (بالنساء منضحات) إلى الرجال (خاصة)، أو إلى اليمين على ما تقدم (وهو الديون والأموال) وهذا القسم داخل في الثالث<sup>(٤)</sup>، قيل: وإنما أفرد ليعلم احتياج النساء إلى الرجال<sup>(٥)</sup> فيه صريحاً، وليس بصحيح<sup>(٦)</sup>، لأن الإنضمام يصدق مع اليمين، وفي الأول<sup>(٧)</sup> تصريح بانضمامهن إلى الرجل صريحاً، فلو عكس<sup>(٨)</sup> المعتذر كان أولى، ولقد كان إبداله<sup>(٩)</sup> ببعض ما أشرنا إليه من الأقسام سابقاً التي أدرجها<sup>(١٠)</sup>، وإدراجه<sup>(١١)</sup> هو أولى، كما فعل في الدروس.

(١) بدون العلم.

(٢) في كل مورد.

(٣) شهادة الشاهد، وذلك في المرأتين والثلاث، فإنه يثبت النصف وثلاثة أرباع.

(٤) وهو ما كان متعلق الدعوى مالا أو قصد منه المال.

(٥) ولو رجل واحد، ليعلم عدم قبول شهادتهن فيه منفردات.

(٦) لأن عبارة المصنف هنا غير ظاهرة في ذلك، إذ قال المصنف «ومنها بالنساء منضحات

خاصة»، وهذا كما يصدق مع الانضمام إلى الرجال يصدق مع الانضمام إلى اليمين،

وفيه: أنه على كل حال لا تقبل شهادتهن منفردات في الديون والأموال.

(٧) في كلامه الأول عند ثبوت الدعوى في الأموال والديون قد صرح بانضمام النساء إلى

الرجل صريحاً حيث قال: «ومنها ما يثبت برجلين ورجل وامرأتين وشاهد ويعين وهو

الديون والأموال»، وأما هنا فليس بصريح بالانضمام إلى الرجل.

(٨) بأن قال ليعلم عدم احتياج النساء إلى الرجال، إذ يكفي انضمامهن إلى اليمين كان أولى،

وعلى كل فراد الماتن أنه لا يكفي شهادتهن منفردات، ولا داعي لهذا الشرح من الخارج.

(٩) إبدال هذا القسم وهو ما يثبت بالنساء منضحات خاصة.

(١٠) وهو الوصية حيث أدرجها في ضابطة ما يعسر الاطلاع عليه، مع أنها قسم برأسه.

(١١) إدراج هذا القسم الخامس تحت الثالث السابق، والمعنى: فلو استبدل هذا القسم الخامس

بالوصية المدرجة عنده في القسم الرابع لأن الوصية قسم برأسه، مع إدراج القسم

الخامس بعد استبداله في الثالث كان أولى.

## (الفصل الثالث)

(في الشهادة على الشهادة<sup>(١)</sup>): ومحلها حقوق الناس كافة<sup>(٢)</sup> بل ضابطه كل ما لم يكن عقوبة لله تعالى مختصة به إجماعاً، أو مشتركة على الخلاف (سواء كانت الحقوق (عقوبة كالقصاص، أو غير عقوبة) مع كونه حقاً غير مالي (كالطلاق والنسب والعنق، أو مالياً كالقرض، وعقود المعاوضات، وعيوب النساء) هذا وما بعده من أفراد الحقوق التي ليست مالياً، رتبها مشوشة (والولادة، والإسهال، والوكالة والوصية بقسميها) وهما الوصية إليه وله.

(١) بلا خلاف، للأخبار.

منها: خير محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد، قال: نعم، ولو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلته تمنعه عن أن يحضره وبقيمها، فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته<sup>(١)</sup>).

(٢) بل محلها كل مورد، للإطلاق في دليل اعتبارها، ما عدا الحدود، لخير طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه كان لا يميز شهادة على شهادة في حد<sup>(٢)</sup>)، وخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: (لا تجوز شهادة على شهادة في حد<sup>(٣)</sup>).

ومقتضى إطلاقها عدم الفرق فيما لو كان الحد محضاً لله كحد الزنا واللواط، أو مشتركاً بينه تعالى وبين الأدمي كحد السرقة والقذف، وهذا ما عليه المشهور، وعن المبسوط وابن حمزة وفخر المحققين والشهيد في النكت والشارح في المسالك القبول في الحد المشترك تغليباً لحق الأدمي مع استضعاف هذين الخبرين، وفيه: أنهما منجيران بعمل الأصحاب.

ثم إن دليل اعتبار الشهادة على الشهادة يشمل الزكاة والأوقاف والجهات العامة والهلال، وعن العلامة في التذكرة عدم القبول في الهلال، لأصالة البراءة مع اختصاص قبول الشهادة على الشهادة بالأموال وحقوق الأدمي فقط، وفيه: أما الأصل فمتقطع بالأخبار، على أن التمسك بأصل البراءة في مثله محل منع، وأما اختصاص مورد الشهادة على الشهادة بما ذُكر فلا دليل عليه.

(١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و٢.

(ولا يثبت في حق الله تعالى عمداً كالزنا<sup>(١)</sup> واللواط والسحق، أو مشتركاً كالسرقة والقتل، على خلاف)، منشؤه مراعاة الحقين ولم يرجح هنا شيئاً، وكذا في الدروس، والوقوف على موضع اليقين<sup>(٢)</sup> أولى، وهو اختيار الأكثر، فيبقى ضابط محل الشهادة على الشهادة ما ليس بحد.

(ولو اشتمل الحق على الأمرين<sup>(٣)</sup>) كالزنا<sup>(٤)</sup> (يثبت) بالشهادة على الشهادة (حق الناس خاصة، فيثبت بالشهادة) على الشهادة (على إقراره بالزنا نشر الحرمة) لأنها من حقوق الآدميين (لا الحد) لأنه عقوبة لله تعالى، وإنما افتقر إلى إضافة الشهادة على الشهادة<sup>(٥)</sup> ليصير من أمثلة المبحث، أما لو شهد على إقراره بالزنا شاهدان فالحكم كذلك على خلاف<sup>(٦)</sup>، لكنه<sup>(٧)</sup> من أحكام القسم السابق<sup>(٨)</sup>، ومثله<sup>(٩)</sup> ما لو شهد على إقراره بإتيان البهيمة شاهدان، يثبت

(١) كحد الزنا.

(٢) وهو غير الحد، سواء كان مخصصاً أم مشتركاً.

(٣) المراد بالحق هو سبب الحد، والمراد بالأمرين حق الله وحق الناس.

(٤) نفس الزنا حيث مشتمل على الحد، ومشتمل على نشر الحرمة بالنسبة إلى ابن الزاني أو أبيه، أما الحد فقد عرفت عدم ثبوته بالشهادة على الشهادة، أما بقية أحكامه فتثبت لإطلاق دليل اعتبار الشهادة على الشهادة، ومثله السرقة، والتفكيك بين المتلازمين في ظاهر الشريعة ليس بعزيز.

(٥) حيث أضاف الشارح لفظ «على الشهادة» لقول الماتن.

(٦) فذهب العلامة وولده في المختلف وشرح القواعد إلى عدم ثبوت الزنا بالشهادة على الاقرار مرة، لأن أصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود، فالأقرار به متوقف على أربع شهود.

وذهب الشيخ وابن إدريس إلى الثبوت بهما، كسائر الأقارير، لإطلاق دليل اعتبار البيعة، وعلى الأول لا يثبت شيء، وعلى الثاني يثبت الحد لو أقر ثلاث مرات مع هذا الاقرار المشهود به.

(٧) لكن الزنا المقر به والذي ثبت بشهادة عدلين على إقراره.

(٨) وهو ما لو كان حداً مخصصاً لله تعالى، وعليه فلو قامت الشهادة على الشهادة بإقراره بالزنا فلا يثبت الحد وتثبت بقية الأحكام.

(٩) ومثل الزنا المقر به والثابت بشهادة اثنين.

بالشهادة عليهما<sup>(١)</sup> تحريم البيهمة وبيعها، دون الحد، (ويجب أن يشهد على كل واحد عدلان<sup>(٢)</sup>) لتثبت شهادته بهما.

(ولو شهدا<sup>(٣)</sup>).....

- (١) على شاهدي الاقرار.
- (٢) لخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه كان لا يميز شهادة رجل على رجل إلا شهادة رجلين على رجل)<sup>(١)</sup>، ومثله خبر غياث بن إبراهيم<sup>(٢)</sup>، ومرسل الصدوق عن الإمام الصادق عليه السلام (إذا شهد رجل على شهادة رجل، فإن شهادته تقبل وهي نصف شهادة، وإن شهد رجلان عدلان على شهادة رجل فقد ثبتت شهادة رجل واحد)<sup>(٣)</sup>.
- (٣) لو شهد عدلان على شخص بأنه شهد على أمر، ثم نفس العدلان شهدا على شخص آخر بأنه شهد على نفس الأمر، لتحققَت الشهادة على الشهادة، ولأن شهادة الشاهد الأصلي قد ثبتت بشهادة عدلين، وهو المعتبر في الإثبات، خلافاً للمحكي عن الشافعي في أحد قوليهِ، فاعتبر الغايرة في شهود كل فرع، فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين، ومبنى الخلاف على أن الشهادة على الشهادة هل لإثبات الشهادة أو للنيابة عنها، فعلى الأول الذي هو مذهب الأصحاب يكفي شهادة اثنين على شهادة الأصل وإن لم تتغير شهود الفرع، وعلى الثاني فلا بد من أربعة في شهود الفرع، ليكون كل اثنين منهم يحكم الواحد من شهود الأصل.
- والحق ما عليه الأصحاب من أن الشهادة على الشهادة إنما هي لإثبات شهادة الأصل، ولذا لا يشترط تغاير شهود الفرع.
- بل وكذا لو شهد شاهد أصل وهو مع آخر على شهادة أصل آخر، إذ كونه شاهد أصل لا يتنافى كونه مع ذلك الغير شاهد فرع، وكذا لو شهد اثنان على جماعة كفى شهادة الاثنين على كل واحد منهم، فلو كان شهود الأصل أربعة، كشهود أربعة رجال عدول في الزنا، وشهود أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه منفردات كفى شهادة اثنين على الجميع، وعلى القول المخالف فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين، ويعتبر ثمانية شهود على الأربع من شهود الأصل، ويعتبر ستة من شهود الفرع على الرجل والمرأتين من شهود الأصل.

على الشاهدين فما زاد) كالأربعة<sup>(١)</sup> في الزنا والنسوة<sup>(٢)</sup> (جواز)، لحصول الغرض وهو ثبوت شهادة كل واحد<sup>(٣)</sup> بعدلين، بل يجوز أن يكون الأصل فرعاً لآخر<sup>(٤)</sup>، فيثبت<sup>(٥)</sup> بشهادته مع آخر، وفيما يقبل فيه شهادة النساء يجوز على كل امرأة أربع كالرجال<sup>(٦)</sup>، وقيل: لا يكون النساء فرعاً، لأن شهادة الفرع تُثبِتُ شهادة الأصل<sup>(٧)</sup>، لا ما شهد به، (ويُشترط) في قبول شهادة الفرع (تعلمر)<sup>(٨)</sup> حضور

(١) أربعة رجال.

(٢) أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه مفردات.

(٣) من شهود الأصل.

(٤) لأصل آخر.

(٥) يثبت أحد الأصلين بشهادة الأصل الآخر مع شهادة آخر عليه.

(٦) لأن البينة في النساء أربع نسوة، والبينة في الرجال شاهدان عدلان، وعليه فقد وقع بينهم الخلاف في جواز شهادة النساء فرعاً في موضع تجوز شهادتهن فيه أصلاً على قولين:

الأول: الجواز، ذهب إليه الشيخ في الخلاف، محتجاً بالأجماع والأخبار، وابن الجنيد والعلامة في المختلف وقال الأخير: «إن شهادة امرأتين تساوي شهادة رجل، فإذا شهد رجلان على رجل جاز أن تشهد أربع نسوة على ذلك الرجل قضية للتساوي»، ولازمه جواز أن تشهد أربع نسوة على امرأة، أو على أربع نساء فيما لو انفردن بها في مورد تقبل شهادتهن فيه مفردات.

الثاني: المنع، ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط وابن إدريس والعلامة في غير المختلف والمحقق في الشرائع وتردد في النافع وكذا العلامة في الارشاد، ووجه المنع أن مورد قبول شهادة النساء هو الديون والأموال فيما لو شاركهن رجل، وفيما يعسر على الرجال الاطلاع عليه فيما لو انفردن بالشهادة، وشهادة الأصل هنا ليست مالاً وليست بما يعسر الاطلاع عليه، وهو الأقوى.

(٧) وهي ليست مالاً ولا بما يعسر اطلاع الرجال عليه.

(٨) فلا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعلمر حضور الأصل على المشهور شهرة عظيمة، والمخالف

إما والد الصدوق كما عن جماعة، أو ابن الجنيد كما عن الدروس، وقد قوى عدم الاشتراط كاشف اللثام وجماعة من المتأخرين للأصل، وفيه: أنه منقطع بخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد، قال: نعم، ولو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيهما هو لعلته تمنه =

(شاهد الأصل بموت، أو مرض، أو سفر)، وشبهه، (وضابطه المشقة في حضوره) وإن لم يبلغ حد التعذر.

واعلم أنه لا يشترط تعديل الفرع للأصل<sup>(١)</sup>، وإنما ذلك فرض الحاكم، نعم يعتبر تعيينه<sup>(٢)</sup>، فلا تكفي «أشهدنا عدلان»، ثم إن أشدهما<sup>(٣)</sup> قالوا:

= عن أن يحضره ويقبها، فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته<sup>(٤)</sup>.

ويتحقق التعذر بالموت والمرض والغيبة التي يُشق معها الحضور من دون تقدير لها، وعن بعض العامة تقدير مسافة القصر، ومنهم من اعتبر تعذر الرجوع إلى منزله ليبيت فيه، وقد عرفت الضابطة من خبر محمد بن مسلم وهي (لعلّ تمنعه).

(١) ليس على شهود الفرع أن يشهدوا على صدق شهود الأصل، ولا أن يعدلوه، بل لهم إطلاق الشهادة على شهادتهم عند الحاكم، ثم الحاكم يبحث عن عدالة الأصل، خلافاً لبعض العامة كما في المسالك، وخلافاً للمفيد كما في الجواهر، حيث نقل عنه أنه لا يجوز لأحد أن يشهد على شهادة غيره إلا أن يكون عدلاً عنده مرضياً، وليس لهما مستند.

(٢) تعيين شاهد الأصل، فيشترط في الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم، كما هو واضح.

(٣) بأن قال شاهد الأصل لشاهدي الفرع: شهدا على شهادتي أي اشهد على فلان بن فلان، أو اشهدتكما على شهادتي أي أشهد...، وهو المسمى بالاسترعاء، وهو التماس شاهد الأصل رعاية شهادته والشهادة بها.

وإدنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع شاهد الأصل يُنلي بشهادته عند الحاكم، فإنه يجوز لشاهدي الفرع تحمل شهادته، وعن ابن الجنيّد منع شهادة الفرع هنا، لعدم الاسترعاء من شاهد الأصل، وهو ليس في محله، إذ الأخبار خالية عن كيفية التحمل، فيرجع فيها إلى العرف، والعرف حاكم بصدق الشهادة على الشهادة لو شهد شاهدا الفرع على الأصل بما سمعاه منه عند ادلائه بالشهادة لدى الحاكم.

وإدنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع قول الأصل عند غير الحاكم بأن قال: أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، أو يذكر السبب مثل أن يقول: من ثمن عقار أو ثوب، ويجوز لشاهدي الفرع الشهادة على الأصل بما سمعاه منه، كما عن الشيخ في =

«أشهدنا فلان أنه يشهد بكذا»، وإن سمعاهما يشهدان جازت شهادتهما عليهما، وإن لم تكن شهادة الأصل عند حاكم على الأقوى، لأن العدل لا يتسامح بذلك، بشرط ذكر الأصل للسبب، وإلا<sup>(١)</sup> فلا، لاعتیاد التسامح عند غير الحاكم به<sup>(٢)</sup>، وإنما تجوز شهادة الفرع مرة واحدة (ولا تقبل الشهادة الثالثة) على شاهد الفرع (فصاعداً)<sup>(٣)</sup>.

### (الفصل الرابع)

(في الرجوع)<sup>(٤)</sup> عن الشهادة (إذا رجعا) أي: الشاهدان فيما يعتبر فيه

= المبسوط وجماعة، لصدق الشهادة على الشهادة.

وعن المحقق والفاضل التردد في ذلك، لاحتمال أن يكون قد صدر من الأصل وعداً لا شهادة عند ذكر السبب، ومع عدمه فلا يجوز الشهادة على الأصل، إذ العادة التسامح في أمثاله في غير مجلس الحاكم، ووافقهم الشارح في الأخير. وفيه: أن العدالة تمنع المسامحة إلى هذه الغاية.

(١) وإن لم يذكر السبب، بأن قال الأصل: أشهد أنه لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا.

(٢) وفيه: أنه شهادة منه عرفاً فيصح الشهادة عليها، ولا يشترط في صدق الشهادة عرفاً قيامها عند الحاكم.

(٣) بلا خلاف فيه، لخبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام (أشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ ويزيد وينقص، قال: لا، ولكن من يحفظها عليك، ولا تجوز شهادة على شهادة على شهادة)<sup>(١)</sup>.

(٤) لو شهدا عند الحاكم ثم ماتا، أو أحدهما، أو جُنا، أو أُغمي عليهما، أو أحدهما، حكم الحاكم بشهادتهما بلا خلاف فيه، لإطلاق دليل اعتبار<sup>(٢)</sup> ادة، وكذلك لو شهدا ثم زُكيا بعد عروض هذه الأمور عليهما من الموت ونحوه، إذ التزكية اللاحقة كاشفة عن صحة شهادتهما السابقة، التي هي مستند الحكم.

ولو شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما، فإن كان قبل الحكم فالشهور على عدم جواز الحكم بشهادتهما، لأنه حكم بشهادة غير عدلين، وعن البعض كالشيخ في أحد قوليه والعلامة =

= والحلي والمحقق الجواز، لأن الاعتبار هو العدالة في الشاهدين عند الأداء لا عند الحكم، هذا كله فيما لو كانت شهادتهما في حقوق الناس، وأما لو كانت في حقوق الله كحد الزنا فلا يحكم بشهادتهما، بلا خلاف فيه كما في الجواهر والمسالك، لأن الحدود مبنية على التخفيف، لأنها تدرأ بالشبهة، وفسقهما بعد الشهادة شبهة في ثبوت الحد، وهذه الفروع لم يتعرض لها الشهيذان هنا.

ثم لو تبين أنها شهادة زور نقض حكم الحاكم حينئذ قبل الاستيفاء أو بعده، ولو كان قبل الحكم فلا يجوز للحاكم أن يحكم حينئذ، وينظر بعد الاستيفاء فإن كان المال باقياً رُدَّ على صاحبه، وإن تلف عُزِمَ الشهود مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، هذا في حقوق الأدمي، وأما في الحدود فيثبت عليهم القصاص ولولي الدم قتلها مع رد الفاضل من ديتها على وليها بلا خلاف في ذلك كله، لتبين عدم صحة الشهادة من رأس، فينتفي مستند الحكم، ولصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور، قال: إن كان الشيء قائماً بعينه رُدَّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل)<sup>(١)</sup>، ومثله صحيحه الآخر عنه عليه السلام<sup>(٢)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه)<sup>(٣)</sup>.

وهذا الفرع سيتكلم عنه الشهيذان فيما بعد وقد قدمنا الكلام فيه، ليدرك الفرق بينه وبين الفرع الآتي، وهو: ما لو رجع الشاهدان عن شهادتهما، والفرق بين الرجوع وثبوت الزور في شهادتهما هو ما لو علم الحاكم بكذبهما أو قام الخبر المقيد للعلم على ذلك فهي شهادة زور، وهذا هو الفرع المتقدم، أما لو صرح نفس الشاهدين بالكذب أو رجعا عن شهادتهما، بأن ادعيا الاشتباه أو الغلط أو النسيان في الشهادة الأولى، فهذا هو الفرع الحالي، وهذا الرجوع كالانكار بعد الاقرار، فلا يُدرى أنهم صادقون به أو لا، إذ يحتمل كذبهم في الشهادة الثانية، فتكون الشهادة الأولى صادقة، بخلاف الفرع المتقدم فهناك قطع بكذب الشهادة الأولى، وإذا تبين الفرق - الفرعين فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإن كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم الحاكم بشهادتهما بلا خلاف فيه، لمسل جميل عن أحدهما عليه السلام (قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قُضي على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به وغُرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يُعزَموا =



الشاهدان، أو الأكثر حيث يعتبر<sup>(١)</sup> (قبل الحكم امتنع الحكم)، لأنه تابع للشهادة وقد ارتفعت، ولأنه لا يدري أصدقوا في الأول، أو في الثاني، فلا يبقى ظن الصدق فيها، (وإن كان الرجوع بعده<sup>(٢)</sup> لم ينقض الحكم) إن كان

= الشهود شيئاً<sup>(٣)</sup>، وهو وإن كان وارداً في حقوق الأدمي، لكن لا خصوصية مالية للشهود به، فتطرح شهادتهما قبل الحكم في الحدود والحقوق.

(١) يعتبر الأكثر من شاهدين.

(٢) بعد الحكم، فتارة يكون الرجوع قبل الاستيفاء، وأخرى بعده، فإن كان قبل الاستيفاء وكان في حق الله كالحدود نُقض الحكم على المشهور، لأن رجوع الشاهد يحقق الشبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات، ولم يخالف أحد صريحاً، ولذا قال في الجواهر: «بل لا أجد في شيء من ذلك خلافاً محققاً، نعم في القواعد عبر بلفظ الأقرب مشعراً باحتمال العدم»، ووجه العدم كونه حكماً قد صدر من أهله ولم يُعلم له ناقض، وفيه: أن هذا لا يتنافى قيام الشبهة المانعة من استيفاء الحد.

وإن كان في حق الأدمي، فلا ينقض الحكم فيعطى المال للمشهد له على الأكثر، لما دل على نفوذ حكم الحاكم، وقد تقدم في القضاء، مع احتمال أن لا يكون الرجوع كذباً للشهادة الأولى، لأنه كالانكار بعد الاقرار، فيؤخذ بأول كلامه دون ثانيه، ويدل عليه خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أن النبي ﷺ قال: من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول وطرحنا الأخير)<sup>(٤)</sup>.

وتردد المحقق في الشرائع لحصول الشك في ميزان الحكم، إذ هو مستند إلى البيعة، التي لا تردد فيها ولا رجوع، وهنا قد رجع.

وإن كان الرجوع بعد الاستيفاء فإن كان في حق الله وقد اعترف الشهود بالكذب وكان المشهد به قتلاً أو جرحاً ثبت عليهم القصاص، وإن اعترفوا بالخطأ فعليهم الدية، لأنه شبه العمد، ولو قال بعضهم: تعدت الكذب، والآخرون اعترفوا بالخطأ، فعلى المقر بالعمد القصاص، وعلى المقر بالخطأ نصيبه من الدية، ولولي الدم قتل المقر بالعمد مع رد الغاضل من دية على وليه بلا خلاف في ذلك، لقوة السبب هنا على المباشر، وللأخبار.

منها: مرسل ابن محبوب عن أبي عبد الله عليه السلام (في أربعة شهدوا على رجل محسن بالزنا ثم رجع أحدهم بعدما قُتل الرجل، قال: إن قال الرابع - الراجع - : أوهمت، =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٤.

مالاً<sup>(١)</sup>، (وضمن الشاهدان) ما شهدا به من المال (سواء كانت العين باقية، أو نالفة) على أصح القولين. وقيل: تستعاد العين القائمة.

= ضُرب الحد وأُغرم الدية، وإن قال: تعدت، قُتل<sup>(١١)</sup>، وخبر إبراهيم بن نعيم الأزدي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قُتل رجح أحدهم عن شهادته، فقال: يُقتل الرابع - الرابع - ويؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية)<sup>(١٢)</sup>، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق، وليس الذي قُطعت يده، إنما شُبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غُرمهما نصف الدية، ولم يُجز شهادتهما على الآخر)<sup>(١٣)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فُقطعت يده، ثم رجح أحدهما فقال: شُبه علينا، غُرمنا دية اليد من أموالها خاصة، وقال في أربعة شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فُرجم ثم رجح واحد منهم، فقال: يُغرم ربع الدية إذا قال: شُبه علي، وإذا رجح اثنان فقالا: شُبه علينا غُرمنا نصف الدية، وإن رجحوا كلهم فقالوا: شُبه علينا غُرموا الدية، فإن قالوا: شهدنا بالزور قُتلوا جميعاً)<sup>(١٤)</sup>.

وإن كان الرجوع بعد الاستيفاء في حقوق الآدمي، فإن تلف المحكوم به كان على الشهود الضمان، وهذا عما لا خلاف فيه، وإن كانت عين المحكوم به باقية، فذهب الأكثر إلى عدم نقض الحكم، لما دل على نفوذه بعد صدوره من أهله مستجمعاً شرائطه، ولكن يضمن الشهود العين لصاحبها، وذهب الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وجماعة إلى أن العين تُردّ على صاحبها، مع عدم ضمان الشهود، وهذا نقض للحكم، لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور، قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أُلّف من مال الرجل)<sup>(١٥)</sup>، وفيه أنه وارد في شاهد الزور ومقامنا في الرجوع، والرجوع أعم، لاحتمال أن يكون مشتبهاً في الشهادة الأولى، بل لو صرح في الرجوع بأنه كاذب في شهادته الأولى لا يكون شاهد زور، لاحتمال أن يكون كاذباً في شهادته الثانية، فتكون الأولى صادقة.

(١) قبل الاستيفاء وبعده فلا ينقض الحكم في حقوق الآدمي.

(٢١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢٠١.

(٢٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٠١.

(٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(ولو كانت الشهادة على قتل، أو رجم، أو قطع، أو جرح) أو حد، وكان<sup>(١)</sup> قبل استيفائه لم يستوف، لأنها<sup>(٢)</sup> تسقط بالشبهة، والرجوع شبهة، والمال لا يسقط بها<sup>(٣)</sup>، وهو<sup>(٤)</sup> في الحد في معنى النقض، وفي القصاص قيل: ينتقل إلى الدية، لأنها بدل ممكن عند فوات محله، وعليه لا ينقض، وقيل<sup>(٥)</sup>: تسقط لأنها<sup>(٦)</sup> فرعه، فلا يثبت الفرع من دون الأصل، فيكون ذلك في معنى النقض أيضاً، والعبارة<sup>(٧)</sup> تدل بإطلاقها<sup>(٨)</sup> على عدم النقض مطلقاً<sup>(٩)</sup>، واستيفاء<sup>(١٠)</sup> متعلق الشهادة وإن كان حداً، والظاهر أنه<sup>(١١)</sup> ليس بمراد<sup>(١٢)</sup>، وفي الدروس: «لاريب أن الرجوع فيما يوجب الحد قبل استيفائه يُبطل الحد، سواء كان لله، أو للإنسان<sup>(١٣)</sup> لقيام الشبهة الدائرة»، ولم يتعرض للقصاص، وعلى هذا فإطلاق العبارة إما ليس

(١) الرجوع.

(٢) الحدود.

(٣) بالشبهة.

(٤) عدم الاستيفاء.

(٥) لم أجدّه قولاً لأحد، نعم قال العلامة في القواعد: «ولو رجعا قبل استيفاء القصاص لم يُستوف، وهل ينتقل إلى الدية إشكال، فإن أوجبتها رجوع عليهما»، فقد جعل القصاص من حقوق الله التي تُدرأ بالشبهة، مع أنه محل منع، ثم استشكل في ثبوت الدية باعتبار أن موجب العمد هو القصاص دون الدية، ولا تثبت الدية في العمد إلا صلحاً بعد ثبوت القصاص، والقصاص غير ثابت فكيف تثبت الدية، هذا دليل عدم ثبوتها، وأما دليل ثبوتها فباعتبار أن القصاص من غير الحدود وقد تعذر القصاص بعد الرجوع لبناه الدماء على الاحتياط التام، ولكن تثبت الدية، لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم، فينتقل إلى الدية بعد تعذر القصاص.

(٦) لأن الدية فرع ثبوت القصاص.

(٧) عبارة المصنف.

(٨) بلحاظ آخرها.

(٩) قبل الاستيفاء أو بعده.

(١٠) عطف على «عدم النقض».

(١١) أن هذا الإطلاق.

(١٢) لنقض الحكم قبل الاستيفاء في حدود الله كما عرفت.

(١٣) كحد القذف.

بجيد<sup>(١)</sup> أو خلاف المشهور، ولو كان بعد استيفاء المذكورات واتفق موته بالحد، (ثم رجعوا واعترفوا بالتعمد أقتص منهم أجمع) إن شاء وليه، وردّ على كل واحد ما زاد عن جنيته كما لو باشروا، (أو اقتص (من بعضهم) وردّ عليه ما زاد عن جنيته (ويردّ الباقيون<sup>(٢)</sup> نصيبهم) من الجناية، (وإن قالوا أخطأنا فالدية عليهم) أجمع موزعة، ولو تفرقوا في العمد والخطأ فعلى كل واحد لازم قوله، فعلى المعترف بالعمد القصاص بعد ردّ<sup>(٣)</sup> ما يفضل من ديته عن جنيته، وعلى المخطيء نصيبه من الدية.

(ولو شهدا بطلاق ثم رجعا<sup>(٤)</sup>)، قال الشيخ في النهاية: ترد إلى الأول،

(١) لنقض الحكم قبل الاستيفاء في الحد.

(٢) عند اعتراف الجميع بالكذب.

(٣) الرد من ولي الدم هنا.

(٤) فلو شهدا بالطلاق وقد حكم الحاكم ثم رجعا لم يُنقض الحكم، لما عرفت سابقاً من نفوذه، فلا إشكال من هذه الجهة.

ولكن إن كانت شهادتهما بعد الدخول من الزوج فلا يضمننا له شيئاً بالفراق الحاصل من حكم الحاكم، إذا كان الطلاق رجعياً وقد ترك الرجوع باختياره أو كان الطلاق بائناً، لأنهما لم يفوتا عليه شيئاً إلا منفعة البضع، وهي لا تُضمن بالتفويت، بلا خلاف فيه من أحد، وأما المهر الذي دفعه فهو مستقر بالدخول على كل حال، ولو كانت شهادتهما قبل الدخول من الزوج ضمننا له نصف المهر المسمى لها، لأنهما ألزماه به بسبب شهادتهما على المشهور، وقد خالف الشيخ في النهاية وتبعه أبو الصلاح الحلبي إلى أنها لو تزوجت بعد الحكم بالطلاق ثم رجعا رُدّت إلى الأول بعد العدة، وغُرم الشاهدان المهر للثاني، لموثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها، فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق؟ قال: يُضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج ثم تعتد، ثم ترجع إلى زوجها الأول)<sup>(١)</sup>، وحملت الرواية على ما لو تزوجت المرأة بمجرد شهادة الشاهدين من دون حكم الحاكم، ثم لما جاء الزوج رجعا عن الشهادة واعترفا بأنهما شهدا زوراً، فلذا ضُربا الحد كما في كل شاهد زور، فلا تكون الرواية مستنداً لقول الشيخ، وفيه: أن الرجوع إلى كتاب النهاية للشيخ يفيد أنه لم =

ويغرم المهر للثاني، وتبعه أبو الصلاح) استناداً إلى رواية<sup>(١)</sup> حسنة، حملت على تزويجها بمجرد سماع البينة، لا بحكم الحاكم، (وقال في الخلاف: إن كان بعد الدخول فلا غرم) للأول، لاستقرار المهر في ذمته به<sup>(٢)</sup> فلا تفويت، والبضع لا يُضمّن بالتفويت، وإلا<sup>(٣)</sup> لحُجِر على المريض بالطلاق<sup>(٤)</sup>، إلا أن يخرج البضع من ثلث ماله<sup>(٥)</sup>، ولأنه<sup>(٦)</sup> لا يُضمّن له<sup>(٧)</sup> لو قتلها قاتل<sup>(٨)</sup>، أو قتلت نفسها<sup>(٩)</sup>، أو حرّمت نكاحها برضاع<sup>(١٠)</sup>، (وهي زوجة الثاني)، لأن الحكم لا يتقضى بعد وقوعه،

= يذكر حكم الحاكم بعد شهادتهما، بل ذكر أن زواجهما كان بعد الشهادة كما في الرواية، قال الشيخ في النهاية: «إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت وتزوجت ودخل بها، ثم رجعا وجب عليهما الحد، وضمنا المهر للزوج الثاني وترجع المرأة إلى الأول بعد الاستبراء بعدة من الثاني»، وكلامه صحيح عند عدم حكم الحاكم، اعتماداً على الموثق الموافق للقواعد، من دون مخالفة قواعد أخرى أو نصوص، فلا يكون كلامه مخالفاً للمشهور الذي اشترط في تحرير المسألة حكم الحاكم بعد الشهادة، وعلى تحرير المسألة على مبنى المشهور لو تزوجت بعد حكم الحاكم ثم رجعا فهي للزوج الثاني لأن الحكم نافذ بعد صدوره من أهله ولا ناقض له، ثم كان على الشهيدين هنا ذكر حكم الحاكم بعد الشهادة كما عرفت.

(١) حيث إن الخبر المتقدم مشتمل سنده على إبراهيم بن عبد الحميد وهو واقفي ثقة، وعلى إبراهيم بن هاشم وهو لم يمدح ولم يذم، فلذا عبّر عنها بالموثق في المسالك باعتبار الأول، وعبّر عنها بالحسنة هنا باعتبار الثاني، وهي موثقة جزماً، لأن إبراهيم بن هاشم من مشايخ الإجازة والرواية، وهذا ما يغنيه عن التوثيق، بل هذا دال على أعلى درجات التوثيق.

(٢) بالدخول.

(٣) فلو كان البضع يُضمّن بما هو منفعة غير مستوفاة.

(٤) لأن سيفوت منافع بضع زوجته المضمونة بحسب الفرض.

(٥) وهو يجوز له التصرف في الثلث.

(٦) الشأن والواقع.

(٧) للزوج..

(٨) بدعوى أنه فوّت على الزوج منافع البضع، بل عليه إما القصاص أو الدية.

(٩) فلا تضمن له منافع بضعها.

(١٠) فيما لو ارضعت زوجته الصغيرة فتحرم المرضعة والمرتضعة عليه.

(وإن كان قبل الدخول عُزْماً للأول نصف المهر) الذي غرّمه، لأنه وإن كان<sup>(١)</sup> ثابتاً بالعقد، كثبوت الجميع بالدخول، إلا أنه كان معزّضاً للسقوط بردتها، أو الفسخ لعيب، بخلافه<sup>(٢)</sup> بعد الدخول لاستقراره مطلقاً<sup>(٣)</sup>، وهذا<sup>(٤)</sup> هو الأقوى، وبه قطع في الدروس، ونقله هنا «قولاً» كالأخر يدل على تردده فيه، ولعله<sup>(٥)</sup> لمعارضه الرواية المعتبرة.

واعلم أنهم أطلقوا الحكم في الطلاق من غير فرق بين البائن والرجعي، ووجهه<sup>(٦)</sup> حصول السبب الزيل للنكاح في الجملة، خصوصاً بعد انقضاء عدة الرجعي<sup>(٧)</sup>، فالتفويت حاصل على التقديرين<sup>(٨)</sup>، ولو قيل: بالفرق، واختصاص الحكم بالبائن كان حسناً، فلو شهدا بالرجعي لم يضمنا إذ لم يفوتنا شيئاً، لقدرته<sup>(٩)</sup> على إزالة السبب بالرجعة، ولو لم يراجع حتى انقضت العدة احتمل الحاقه<sup>(١٠)</sup> بالبائن والغرم<sup>(١١)</sup>، وعدمه<sup>(١٢)</sup>، لتقصيره بترك الرجعة، ويجب تقييد الحكم في الطلاق مطلقاً<sup>(١٣)</sup> بعدم عروض وجه مزيل للنكاح، فلو شهدا به<sup>(١٤)</sup> ففُرِّق<sup>(١٥)</sup> ورجعا<sup>(١٦)</sup>، فقامت بينة أنه كان بينهما رضاع مُحْرَم فلا عُزْم، إذ لا تفويت.

(١) نصف المهر.

(٢) بخلاف المهر.

(٣) ارتدت أو لا، وفسخت لعيب أو لا

(٤) قول الشيخ في الخلاف.

(٥) ولعل التردد فيه.

(٦) وجه الاطلاق.

(٧) فتزول العلة الزوجية بينهما.

(٨) سواء كان بائناً أم رجعياً بعد انقضاء العدة.

(٩) قدرة الزوج.

(١٠) الحاق الرجعي.

(١١) فيما يُعزَم به الشاهدان.

(١٢) عدم الإلحاق.

(١٣) بائناً أو رجعياً.

(١٤) بالطلاق.

(١٥) فُرِّق بين الزوجين.

(١٦) الشاهدان.

(ولو ثبت تزوير الشهود) بقاطع<sup>(١)</sup> كعلم الحاكم به<sup>(٢)</sup>، لا بإقرارهما، لأنه رجوع، ولا بشهادة غيرهما، لأنه تعارض (نقض الحكم)<sup>(٣)</sup> لتبين فساد، (واستبعاد المال) إن كان المحكوم به مالا، (فإن تعذر أقرموها)، وكذا يلزمهم كل ما فات بشهادتهم، (وعزروا)<sup>(٤)</sup> على كل حال) سواء كان ثبوته قبل الحكم أم بعده، فات شيء أم لا، (وشهروا) في بلدهم وما حولها، لثجنتب شهادتهم، ويرتدع غيرهم، ولا كذلك من تبين غلظه، أو رذت شهادته لمعارضة بينة أخرى، أو ظهور فسق<sup>(٥)</sup>، أو تهمة، لإمكان كونه صادقا<sup>(٦)</sup> في نفس الأمر، فلم يحصل منه<sup>(٧)</sup> بالشهادة أمر زائد<sup>(٨)</sup>.

(١) بدليل قطعي.

(٢) بالتزوير.

(٣) تقدم الكلام فيه في أول بحث الرجوع.

(٤) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (شهود الزور

يُجْلِدُونَ وليس له وقت - أي عدد معين - ذلك إلى الإمام، ويُطاف بهم حتى يُعرفوا ولا

يعودوا، قلت: فإن تابوا وأصلحوا تقبل شهادتهم بعد؟ قال: إذا تابوا تاب الله عليهم

وقُبلت شهادتهم بعد)<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إن شهود

الزور يُجْلِدُونَ حداً ليس له وقت، ذلك إلى الإمام، ويُطاف بهم حتى تعرفهم الناس،

وتلا قوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا﴾.

قلت: بَمَ تعرف توبته؟ قال: يكذب نفسه على رؤوس الأشهاد حيث يُضرب ويستغفر

ربه عز وجل، فإذا هو فعل ذلك فتمت ظهرت توبته)<sup>(٢)</sup>، وخبر غياث بن إبراهيم عن

جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان إذا أخذ شاهد زور، فإن كان غريباً بعث به

إلى حيّه، وإن كان سوقياً بعث به إلى سوقه فطيف به، ثم يجسه أياماً ثم يخلي سبيله)<sup>(٣)</sup>.

(٥) من غير الزور.

(٦) في غير الشق الأول وهو ما لو تبين غلظه.

(٧) من الشاهد.

(٨) يوجب التغيرير.



كتاب الوقف





## (كتاب الوقف)

(وهو تحبيس الأصل)<sup>(١)</sup> أي: جعله على حالة لا يجوز التصرف فيه شرعاً، على وجه ناقل له عن الملك، إلا ما استثني<sup>(٢)</sup>، (وإطلاق المنفعة) وهذا ليس

(١) عُرِفَ الوقف بأنه عقد، ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة، كما عن القواعد والتنقيح وإيضاح النافع والكفاية والنافع والمصلحة هنا، لكن في اللبنة ترك ذكر العقد كما هو المحكي عن المبسوط وفقه القرآن للراوندي والوسيلة والسرائر والجامع والمهذب البارع ومجمع البرهان.

وتحبيس الأصل هو المنع من التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملك، والمراد من إطلاق المنفعة هو إباحتها للجهة الموقوفة عليها، بحيث يتصرف فيها كيف شاء، وهذا التعريف ببعض خواصه، تبعاً للنبوي (حبس الأصل وسبل الثمرة)<sup>(٣)</sup>، والنبوي الآخر (إن شئت حبست أصله وسبلت ثمرتها)<sup>(٤)</sup>، وعُدل عن لفظ الثمرة الوارد في الخبرين إلى مطلق المنفعة لأنها أعم، وعُدل عن التيسيل إلى الإطلاق، لأنه أظهر في المراد، ولكن في الصحاح: «سبل فلان ضيعته، أي: جعلها في سبيل الله تعالى»، ومن هنا كان التعبير بالتيسيل أولى، لتضمنه معنى القرية، بخلاف الإطلاق، فإنه غير دال على ذلك، وقد عرّفه الشهيد في الدروس بأنه الصدقة الجارية، تبعاً لما ورد في النبوي (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعو له)<sup>(٥)</sup>، وهذا التعاريف لفظية أو بالأثر والخواص، فلا داعي للنقض عليها طرداً وعكساً.

(٢) كما لو أدى بقاؤه إلى الخراب.

(١) مستدرك الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢٠١.

(٢) كتر العمال ج ١٥ ص ٩٥٢، رقم الحديث: ٤٣٦٥٥.

تعريفاً، بل ذكر شيء من خصائصه، أو تعريف لفظي، موافقاً للحديث الوارد عنه ﷺ: (حبس الأصل، وسبّل الثمرة)، وإلا<sup>(١)</sup> لانتقض بالسكنى وأختيها<sup>(٢)</sup> والحبس<sup>(٣)</sup>، وهي خارجة عن حقيقته<sup>(٤)</sup>، كما يشير إليه، وفي الدروس عزّفه: بأنه الصدقة الجارية، تبعاً لما ورد عنه ﷺ: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية) الحديث.

(ولفظه الصريح) الذي لا يفتقر في دلالته عليه إلى شيء آخر<sup>(٥)</sup> (وقفت) خاصة على أصح القولين<sup>(٦)</sup> (وأما حبست وسبّلت<sup>(٧)</sup> وحرّمت وتصدقت<sup>(٨)</sup> فمفتقر إلى القرينة) كالتأبيد<sup>(٩)</sup> ونفي البيع والهبة والإرث، فيصير بذلك<sup>(١٠)</sup> صريحاً،

- (١) بحيث كان تعريفاً حقيقياً.
- (٢) وهما العمري والرقبي.
- (٣) وفي الجميع تحبّس الأصل وإطلاق المنفعة.
- (٤) حقيقة الوقف، لأنه فك ملك مع التحبّس المذكور، بخلافها، فلا فك للملك فيها.
- (٥) من قرينة.
- (٦) بلا خلاف فيه كما في المسالك، ولكن في الجواهر «نعم عن الشافعي في بعض أقواله أنها كناية عن الوقف، وعن الفاضل في التذكرة أنه من أغرب الأشياء».
- (٧) فذهب جماعة منهم العلامة في التذكرة والقواعد إلى أنهما صريحان في الوقف، ومثلهما أحبست بزيادة الهمزة، وهو المنقول عن الخلاف والغنية والجامع نظراً إلى الاستعمال العرفي لهما في الوقف مجردين، كما ورد في النبوي المتقدم (حبس الأصل وسبّل الثمرة)<sup>(١)</sup>.
- (٨) وعن الأكثر العدم، بل هما محتاجان إلى القرينة، حتى يفهم الوقف منهما، واستعمالهما في الوقف في النبوي أعم من الحقيقة.
- (٩) لا خلاف في عدم صراحة هاتين الصيغتين في الوقف، ومثلهما أبدت، فلا تحمل على الوقف إلا مع القرينة.
- (١٠) تمثيل للقرينة، وكذا ما بعده من نفي البيع والهبة والإرث.

وقيل: الأولان<sup>(١)</sup> صريحان أيضاً بدون الضميمة، ويضعف باشتراكهما بينه<sup>(٢)</sup> وبين غيره، فلا يدل على الخاص بذاته<sup>(٣)</sup>، فلا بد من انضمام قرينة تعيينه، ولو قال جعلته وفقاً<sup>(٤)</sup>، أو صدقة مؤبدة محرمة كفى<sup>(٥)</sup>، وفقاً للدروس، لأنه كالصريح، ولو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينة وقع باطناً<sup>(٦)</sup> ودين بنيته لو ادعاه<sup>(٧)</sup>، أو ادعى غيره<sup>(٨)</sup>، ويظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقاً<sup>(٩)</sup>، ولا القرية<sup>(١٠)</sup>.

أما الثاني<sup>(١١)</sup> فهو أصح الوجهين، لعدم دليل صالح على اشتراطها، وإن توقف عليها الثواب.

- (١) حبست وسببت.
- (٢) بين الوقف.
- (٣) من دون قرينة.
- (٤) ولم يقل: وقفته.
- (٥) لصراحتها في الوقف، وإن كان فيهما خروج عن صيغ الوقف المنقولة.
- (٦) في نفس الأمر.
- (٧) ادعى الوقف من اللفظ المفتقر إلى القرينة.
- (٨) لاحتمال إرادة غير الوقف منه بعد كونه ليس صريحاً فيه، بخلاف اللفظ الصريح في الوقف، فإنه يحكم عليه بالوقفية من دون توقف لمعرفة نيته.
- (٩) سواء كان الوقف على جهة عامة أم على من يمكن في حقه القبول.
- (١٠) لأنه تكلم عن الإيجاب فقط، من دون اشتراطه بالقبول أو القرية.
- (١١) القرية، فمن المفيد وابن زهرة والحلي والعلامة في القواعد والتذكرة والارشاد اشتراط القرية، بل عن الغنية والسرائر دعوى الإجماع عليه، وهو ممنوع، إذ أكثر عبارات الأصحاب خالية عنها، وعلى كلي فقد استدل على الاشتراط بإطلاق لفظ الصدقة عليه في الكثير من النصوص<sup>(١)</sup>، بل لم يذكر الوقف في النصوص الواردة في وقف أمير المؤمنين عليه السلام وسيدة النساء صلوات الله عليها إلا بلفظ الصدقة، بل وغيرهما من الأئمة عليهم السلام<sup>(٢)</sup>، ومن المعلوم اعتبار القرية في الصدقة، خصوصاً بعد هذين الصحيحين =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢٥١ وغيرهما.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤٣، والباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥٤.

وهما: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل)<sup>(١)</sup>، وصحيح هشام وحماد وابن أذينة وابن بكير وغيرهم كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل)<sup>(٢)</sup>، ومن باب التبرك تذكر خبراً متضمناً وفقاً لأمر المؤمنين عليهم السلام، وهو خبر رباعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حني سوي، تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقهن، فإذا انقضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين)<sup>(٣)</sup>.

وعن الأكثر - كما قيل - عدم الاشتراط، للأصل، ولكون فاقدها عقداً، فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٤)</sup>، بناء على اعتبار القبول فيه ولو في بعض أفرادها، وللإطلاق في النبوي (حبس الأصل وسبل الثمرة)<sup>(٥)</sup>، وللإطلاق في مكاتبة الصغار لأبي محمد الحسن بن علي عليه السلام (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله)<sup>(٦)</sup>، والأحوط وهو الأقوى اعتبار القرية، للصححين السابقين من نفي الصدقة بدون القرية، وللتصريح بها في وقف أمير المؤمنين عليه السلام كما في صحيح عبد الرحمان بن الحجاج (بعث إلي بهذه الوصية أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبد الله علي ابتغاء لوجه الله ليؤجني به الجنة ويصرفني به عن النار، ويصرف عني النار يوم تبيض وجوه وتسود وجوه، إن ما كان لي من مالي يبيع، يُعرف لي فيها وما حولها صدقة - إلى أن قال - وإن الذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بtle، حياً أنا أو ميتاً، ينفق في كل نفقة بها وجه الله في سبيل الله ووجهه وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب - إلى أن قال - هذا ما قضى به علي بن أبي طالب في أمواله هذه - إلى أن قال - ابتغاء وجه الله والدار الآخرة، والله المستعان على كل حال، ولا يحمل لأمري مسلم يؤمن بالله اليوم الآخر أن يغير شيئاً مما أوصيت به في مالي ولا يخالف فيه أمري =

(٢١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٣٠٢.

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

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

وأما الأول<sup>(١)</sup> فهو أحد القولين، وظاهر الأكثر، لأصالة عدم الاشتراط،

= من قريب ولا بعيد<sup>(٢)</sup>، وصحيحه الآخر قال (أوصى أبو الحسن عليه السلام هذه الصدقة: هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام، تصدق بأرضه في مكان كذا وكذا كلها، وحد الأرض كذا وكذا، تصدق بها كلها ونخلها وأرضها وقناتها وماءها وأرجابها - أرجابها - وحقوقها وشربها من الماء، وكل حق هولها - إلى أن قال - تصدق موسى بن جعفر بصدفته هذه وهو صحيح صدقة حسباً بتأ بتلاً مبتوتة لا رجعة فيها ولا رذ ابتغاء وجه الله والدار الآخرة، لا يحمل لئومن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها ولا يبتاعها ولا يهبها ولا ينحلها ولا يغير شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الله الأرض ومن عليها<sup>(٣)</sup>)، وصحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقة لله تعالى<sup>(٤)</sup>)، وخير عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره وقال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله<sup>(٥)</sup>)، وقد أريد من الصدقة الوقف في هذين الخبرين بالاتفاق، وهما صريحان في اشتراط القرية، وقال الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء في كتابه القيم «تحرير المجلة»: «الكتاب الخامس في الوقف، وقد جرت عادة الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيري بهذا العنوان الذي لم يرد التعبير به في الكتاب الكريم أصلاً، ولا في السنة والحديث إلا نادراً، وإنما التعبير الشائع عنه في السنة وأحاديث الأئمة سلام الله عليهم هو الصدقة والصدقة الجارية، وفي أوقاف أمير المؤمنين والزهراء سلام الله عليهم هذا ما تصدق به علي وفاطمة انتهى.

نعم قد ورد لفظ (بتأ بتلاً)، والبت هو القطع قال في مجمع البحرين: «صدقة بنة بتلة، أي: مقطوعة عن صاحبها، لا رجعة له فيها»، وقال في لسان العرب: «صدقة بنة بتلة، إذ قطعها المتصدق بها من ماله، فهي بائنة من صاحبها، قد انقطعت منه».

هذا وفي بعض الأخبار كخبر ربعي بن عبد الله المتضمن لوقف أمير المؤمنين عليه السلام داره في بني زريق لخالاته - وقد تقدم - عدم ذكر القرية، لكنه لا يصلح دليلاً، لأنه ليس في مقام البيان من هذه الجهة.

(١) القبول، فعن الأكثر عدم اشتراطه، إذ ليس في النصوص ما يدل عليه، خصوصاً ما =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥٠٢.

ولأنه إزالة ملك فيكفي فيه الإيجاب كالعنق، وقيل: يشترط إن كان الوقف على من يمكن في حقه القبول، وهو أجود، وبذلك<sup>(١)</sup> دخل في باب العقود، لأن إدخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في تمام السبب بدونه<sup>(٢)</sup> فيستصحب<sup>(٣)</sup>، فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة، من اتصاله<sup>(٤)</sup> بالإيجاب عادة، ووقوعه بالعربية، وغيرها<sup>(٥)</sup>.

نعم لو كان على جهة عامة، أو قبيلة كالفقراء لم يشترط، وإن أمكن قبول الحاكم له<sup>(٦)</sup>، وهذا هو الذي قطع به في الدروس، وربما قيل: باشتراط قبول الحاكم فيما له ولايته، وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني، ولا رضاه<sup>(٧)</sup>.

= تضمن وفقاً صادراً من أمير المؤمنين أو سيدة النساء أو بقية الأئمة عليهم السلام على ما تقدمت الإشارة إلى هذه الأخبار، ولأنه فك ملك، فيكفي فيه الإيجاب، كالعنق.

وعن جماعة منهم صاحب الجواهر اشتراط القبول مطلقاً، لإبائهم على أنه عقد، فيعتبر فيه الإيجاب والقبول كسائر العقود، ولأن إدخال شيء في ملك الغير موقوف على رضاه، لأن الأصل عدم الانتقال بدونه، وللشك في تمامية السبب بدونه فيستصحب ملك المالك.

وفصل ثالث، وهو المحقق في الشرائع والعلامة والشهيدان وغيرهم أنه إذا كان على جهة خاصة فيشترط لما ذكر، ولإمكان القبول حيثنذ، وإن كان على جهة عامة كالفقراء والمساجد فلا يعتبر، لأن الملك ينتقل فيه إلى الله تعالى، بخلاف الأول فإنه ينتقل إلى الموقوف عليه.

وعن العلامة في التذكرة الميل إلى اشتراط قبول الحاكم في الجهات العامة كما هو نائب في استيفاء القصاص والحدود، واستقره الكركي في جامعه.

(١) وبالقبول دخل الوقف في باب العقود.

(٢) بدون رضا الغير.

(٣) يستصحب ملك المالك لو وقع الوقف بدون قبول.

(٤) اتصال القبول.

(٥) كما سيأتي ذكره في عقد البيع.

(٦) للوقف العام.

(٧) للزوم الوقف بقبول البطن الأول هذا إذا اشترطنا القبول، وإلا فهو لازم عند إنشاء الإيجاب.

لتامة الوقف قبله<sup>(١)</sup> فلا ينقطع، ولأن قبوله<sup>(٢)</sup> لا يتصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له<sup>(٣)</sup>.

(ولا يلزم) الوقف بعد تمام صيغته (بدون القبض)<sup>(٤)</sup> وإن كان في جهة عامة

(١) قبل البطن الثاني.

(٢) قبول البطن الثاني.

(٣) لم يقع قبول الثاني للوقف السابق لاشتراط الاتصال.

(٤) القبض شرط في الصحة بلا خلاف فيه بين أصحابنا كما في المسالك، فكما لا يتعقد الوقف إلا بالقبول المنضم إلى الإيجاب على قول، فكذلك لا يتعقد إلا بالقبض المنضم إلى الصيغة، لصحيح صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يقف الضبعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً، فقال: إن كان وَقَفَهَا لولده ولغيرهم ثم جعل لها قِيَمًا لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يجوزونها عنه وقد بلغوا)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمره)<sup>(٢)</sup>، وصحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقة لله تعالى)<sup>(٣)</sup>، وصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل تصدق على ابنه بالمال أو الدار، أله أن يرجع فيه؟ قال: نعم، إلا أن يكون صغيراً)<sup>(٤)</sup>، وخبر أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي - فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري - عن صاحب الزمان عمل الله تعالى فرجه (وأما ما سألت عليه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه، فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه)<sup>(٥)</sup>، وخالف بعض العامة فجعله لازماً بمجرد الصيغة وإن لم يقبض، فلذا رد عليه فقهاؤنا بأن الاقباض شرط في لزوم العقد، والمراد أن القبض شرط في صحة العقد بمعنى أن القبض جزء السبب الناقل فما قبل القبض لا نقل ولا انتقال، وبعد القبض فيكون العقد والقبض هما السبب الناقل، وهذا هو مرادهم من شرط =



قبضها الناظر فيها، أو الحاكم، أو القيم المنصوب من قبل الواقف لقبضه، ويعتبر وقوعه<sup>(١)</sup> (بإذن الواقف) كغيره<sup>(٢)</sup>، لامتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، والحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه<sup>(٣)</sup>، (فلو مات) الواقف (قبله) أي: قبل قبضه المستند إلى إذنه (بطل)<sup>(٤)</sup>، .....

= اللزوم، وليس مرادهم أن العقد بنفسه يوجب النقل المتزلزل، كالملك زمن الخيار في البيع، بحيث إذا تحقق القبض انتفى التزلزل واستقر الملك ولزم، ولذا قال الشارح في المسالك: «لا خلاف عندنا في اشتراط القبض في تمامية الوقف بحيث يترتب عليه أثره، بمعنى كون انتقال الملك مشروطاً بالإيجاب والقبول والقبض، فيكون العقد جزء السبب الناقل، وتامه القبض، فقبله يكون العقد صحيحاً في نفسه لكنه ليس بناقل للملك، فيجوز فسخه قبله، ويبطل بالموت قبله، والنماء المتخلل بين العقد والقبض للواقف، وهذا يظهر أن القبض من شرائط صحة الوقف كما عتبر به المصنف وجماعة، ولكن بعضهم عتبر بأنه شرط اللزوم، ولا يريدون به معنى غير ما ذكرناه، وإن كان من حيث اللفظ محتماً لكونه عقداً تاماً ناقلاً للملك نقلاً غير لازم، كالملك في زمن الخيار للبايع، فإن النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل إليه، وليس كذلك هنا اتفاقاً، وإنما أراد بكونه شرطاً في اللزوم أن العقد لا يتم ولا يلزم بحيث يترتب أثره، أو أن العقد لا يلزم ولا يتحقق بدونه ونحو ذلك» انتهى.

(١) وقوع القبض.

(٢) من التصرفات، لأن العين ما زالت على ملك الواقف، ولا يوجب العقد القبض، بل يجوز للواقف الرجوع، فلذا اشترط الإذن في القبض.

(٣) بدون القبض.

(٤) لعدم تحقق القبض، الذي هو شرط كما عرفت، وللخصوص خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، وقال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله)<sup>(١)</sup>.

ثم لا تشترط الفورية في القبض لظاهر هذا الخبر، حيث علق البطلان بعدم القبض إلى أن يموت، ولازمة الاكتفاء بالقبض قبل الموت متى حصل، وكذا الأخبار المتقدمة في اشتراط القبض ظاهرة في عدم فوريتها بلا خلاف فيه إلا من العلامة في القواعد باعتبار أنه شرط في =

ورواية عبيد بن زرارة صريحة فيه، ومنه<sup>(١)</sup> يظهر أنه لا تعتبر فوريته.

والظاهر أن موت الموقوف عليه كذلك<sup>(٢)</sup>، مع احتمال قيام وارثه مقامه<sup>(٣)</sup>، ويفهم من نفيه اللزوم بدون<sup>(٤)</sup> أن العقد صحيح قبله<sup>(٥)</sup>، فينتقل الملك انتقالاً متزلاً يتم بالقبض<sup>(٦)</sup>، وصرح غيره - وهو<sup>(٧)</sup> ظاهره في الدروس - أنه<sup>(٨)</sup> شرط الصحة، وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينه<sup>(٩)</sup> وبين العقد<sup>(١٠)</sup>، ويمكن أن يريد هنا باللزوم الصحة، بقرينة حكمه بالبطلان لو مات قبله<sup>(١١)</sup>، فإن ذلك<sup>(١٢)</sup> من

= الصحة فيكون كالقبول من العقد، وفيه: أن فورية القبول العرفية تحقيق لعناه، وهذا غير جارٍ في القبض، فضلاً عن ظهور الأخبار المتقدمة في عدم فورية القبض.

(١) ومن الخبر.

(٢) يوجب بطلان الوقف لو مات قبل قبضه، وهو واضح، وفي التحرير للعلامة التوقف في صحته إذا قبض البطن الثاني، وفيه: أن المراد من القبض هو القبض الصادر ممن له القبول في العقد، وما هو إلا البطن الأول، كما هو الظاهر من صحيح صفوان المتقدم<sup>(١)</sup>.

(٣) في القبض، وهو بعيد جداً إلا أن يكون مراده بالوارث هنا هو البطن الثاني، وهذا ما أوجب توقف العلامة في التحرير على ما تقدم، مع أنه لا يشترط في وارث الموقوف عليه أن يكون هو البطن الثاني في الوقف، لأن الذي يُحدّد البطن الثاني هو الواقف.

(٤) بدون القبض.

(٥) قبل القبض.

(٦) قد عرفت أن مراد من صرح باللزوم ليس ذلك، بل مراده أنه شرط الصحة.

(٧) ما صرح به الغير.

(٨) أن القبض.

(٩) بين القبض.

(١٠) فالنماء للواقف بناء على أن القبض شرط الصحة، وهو للموقوف عليه بناء على أن القبض شرط في اللزوم، بالمعنى الذي ذكره الشارح هنا.

(١١) بل هو المتعين، وهذا ما جزم به الشارح في كلامه المنقول سابقاً عن المسالك.

(١٢) البطلان بموت الواقف قبل القبض.

مقتضى عدم الصحة، لا للزوم، كما صرح به في هبة الدروس، واحتمل إرادته<sup>(١)</sup> من كلام بعض الأصحاب فيها<sup>(٢)</sup>، (ويدخل في وقف الحيوان لبسه وصفه) وما شاكله<sup>(٣)</sup> (الموجودان حال العقد<sup>(٤)</sup> ما لم يستثنهما<sup>(٥)</sup>)، كما يدخل ذلك في البيع، لأنهما كالجُزء من الموقوف، بدلالة العرف، وهو الفارق بينهما وبين الثمرة<sup>(٦)</sup>، فإنها لا تدخل وإن كانت طلوعاً لم يؤبر.

(وإذا تم) الوقف (لم يميز الرجوع فيه)، لأنه من العقود اللازمة<sup>(٧)</sup>، (وشرطه) مضافاً إلى ما سلف<sup>(٨)</sup> (التنجيز)<sup>(٩)</sup> فلو علّقه على شرط، أو صفة بطل

- (١) إرادة الزوم.
- (٢) في هبة الدروس.
- (٣) كالوبر.
- (٤) بخلاف المتجددين بعد تمامية الوقف، فإنهما للموقوف عليه، بلا خلاف.
- (٥) فالصوف على ظهر الشاة واللبين في داخل الضرع حال وقفها داخلان فيما اقتضاه الوقف نظراً إلى العرف، كما لو باعها، بلا خلاف فيه بين من تعرض لهذا الفرع، كما في الجواهر.
- (٦) فالثمره على الشجرة كالحمل في داخل الشاة كلاهما لا يدخلان، لعدم دلالة العرف من لفظ الشجرة والشاة عليهما، هذا بالنسبة لما هو موجود حال العقد، وأما المتجدد بعد الوقف فلا إشكال في كونه للموقوف عليه.
- (٧) بلا خلاف ولا إشكال فيه بيننا، وهو الظاهر من الأخبار، ففي خبر عبید بن زرارة المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله)<sup>(٨)</sup>.
- خلافاً لأبي حنيفة حيث زعم أنه غير لازم، وللواقف الرجوع فيه ثم لورثته بعده، إلا أن يرضوا به بعد موته، أو يحكم به حاكم.
- هذا كله إذا صدر الوقف من الواقف في زمان الصحة، وأما لو صدر في مرض الموت فإن أجازته الورثة نفذ الوقف من الأصل، وإلا اعتبر من الثلث، لأنه كباقي منجزاته من الهبة والمحاباة في البيع بلا خلاف في ذلك، وسيأتي الدليل على ذلك في كتاب الوصايا.
- (٨) وهو القبض.
- (٩) بلا خلاف ولا إشكال، لمنافاة التعليق للعقد، لأن العقد يقتضي ترتيب أثره عليه حال وقوعه، والتعليق يقتضي المنع، ومن هنا كان التعليق على الذي لا يقتضي التفكيك بين العقد وبين أثره لا يضر، كما لو قال: وقفت إن كان اليوم الجمعة، للعالم بذلك، نعم =

إلا أن يكون واقعاً<sup>(١)</sup>، والواقف عالم بوقوعه، كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، وكذا في غيره من العقود<sup>(٢)</sup>، (والدوام)<sup>(٣)</sup> فلو قرنه بمدة، أو جعله على من ينقرض غالباً<sup>(٤)</sup> لم يكن وقفاً، والأقوى صحته حساً يبطل

= لا فرق في التعليق المبطل بين تعليق العقد على الوصف الذي لا بد من وقوعه كمجيء رأس الشهر وهو الذي يطلق عليه الصفة، وبين تعليقه على ما يجتمل وقوعه كقدوم زيد وهو المعبر عنه بالشرط كما في المسالك، وإطلاق لفظ «العقد» على «صيغة» الوقف من باب المجازة للشارح.

(١) حال العقد.

(٢) إذ التعليق يتأفي كل عقد، لا خصوص عقد الوقف.

(٣) بلا خلاف فيه، لأن الوقف شرطه التأييد، فإن لم يحصل الشرط بطل، وفي المسالك: «وقيل: إنما يبطل الوقف ولكن يصير حساً - إلى أن قال - لكن هذا إنما يتم مع قصد الحس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطان لفقد الشرط» انتهى.

(٤) كما لو وقف على البطن الأول من أولاده ولم يذكر المصرف بعدهم، فقد اختلفوا على أقوال: الأول: بطلان الوقف، وأرسله الشيخ في المبسوط عن البعض، لأن الوقف شرطه التأييد، فإذا لم يرد الواقف الوقف إلى ما يدوم لم يتحقق الشرط.

الثاني: صحته وقفاً، لصحيح علي بن مهزيار (قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليه السلام: أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليه السلام، فكتب عليه السلام: هكذا هو عندي)<sup>(١)</sup>، وصحيح الصفار (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو، فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتماً فهو صحيح مضمي، قال قوم: إن الموقت هو الذي يُذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وقال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك؟ وما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما بوقفها إن شاء الله)<sup>(٢)</sup>.

فليس المراد من الوقت في هذين الخبرين هو الأجل كما هو معناه العرفي، بل المراد به =

بانقضائها<sup>(١)</sup> وانقراضه<sup>(٢)</sup>، فيرجع<sup>(٣)</sup>.....

= تعيين الموقوف عليه، وقد اعترف الشيخ في التهذيب والاستبصار بأنه كان متعارفاً بينهم، ويشهد لهذا التفسير الصحيح الثاني، هذا ومن جهة أخرى فالموقت هو الذي فيه تعيين الموقوف عليه كما هو صريح الخبرين، دون غيره الذي لم يُعَيَّن الموقوف عليه فهو باطل، وهذا التعيين أعم من أن يُعَيَّن من ينقرض غالباً أو يدوم كما هو تفسير الموقت في الصحيح الثاني، وقد أقره الإمام عليه السلام وحكم بنفذه.

ومن جهة ثالثة فإذا كان الوقف جائزاً على من ينقرض غالباً مع أنه يشترط في الوقف التأييد لذا حمل أكثر الأصحاب الوقف هنا على الحبس، بمعنى أن الوقف باقٍ على ملك الواقف وإنما حُجست على الموقوف عليه منافعه، وحكموا برجوع الوقف إلى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم.

وصرح أكثر من واحد بأن مرادهم بصحة الوقف هنا هو الحبس، بل جعل سيد الرياض المسألة على قولين فقط، البطلان والصحة مع كون المراد بالصحة هو الحبس لا الوقف، وأصرّ صاحب الجواهر أن مراد الأصحاب من الوقف هو الوقف بمعناه المعروف، غاية أنه قسم من أقسام الوقف لأن بعض أقسامه مؤبد وهذا غير مؤبد، وغير المؤبد هذا بحكم الحبس لا أنه الحبس نفسه، كيف والحبس مختلف عن الوقف حقيقة، وغير المؤبد هذا هو المسمى بالوقف المنقطع الآخر، وهو الظاهر من الصحيح الثاني (الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله)، وهو شامل للمنقطع والمؤبد فضلاً عن التصريح بكونه وقفاً، فحملة على الحبس على خلاف الظاهر، فالمسألة على ثلاثة أقوال لا على قولين كما فعله سيد الرياض.

(١) بانقضاء المدة، وفيه: ما تقدم منه في المسالك عدم جواز صحة الحبس مع إرادة الوقف من الصيغة.

(٢) انقراض الموقوف عليه.

(٣) تفريع على ما لو جعله على من ينقرض غالباً وحكمنا بصحة الوقف بعنوان أنه وقف، لا بعنوان أنه حبس، إذ لو كان حبساً فلا إشكال في بقاءه على ملك المحبس فلا معنى للبحث في رجوعه إليه بعد انقراض الموقوف عليه.

وعلى كلٍ فقد اختلفوا فيه على أقوال:

الأول: وهو قول الأكثر، أنه يرجع إلى ورثة الواقف لأنه وقف على من ذكر فلا يتعدى به إلى غيرهم.

الثاني: انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه، كما عن المفيد وابن إدريس وقواه العلامة، لانتقال =

إلى الواقف، أو وارثه<sup>(١)</sup> حين انقراض الموقوف عليه كالولاء، ويحتمل إلى وارثه عند موته ويسترسل فيه إلى أن يصادف الإنقراض، ويسمى هذا منقطع الآخر، ولو انقطع أوله<sup>(٢)</sup>، أو وسطه<sup>(٣)</sup>، أو طرفاه<sup>(٤)</sup> فالأقوى بطلان ما بعد القطع<sup>(٥)</sup>، فيبطل الأول<sup>(٦)</sup> والأخير<sup>(٧)</sup>. ويصح أول الآخر<sup>(٨)</sup>.

= الملك إلى الموقوف عليه بالوقف قبل الانقراض، وبعده يستصحب الملك، ولأن عوده إلى الواقف بعد خروجه مفتقر إلى السبب، وهو غير موجود هنا.

الثالث: أنه يُصرف في وجوه البر، ذهب إليه ابن زهرة في الغنية وقواه العلامة في المختلف، لخروج الملك عن الواقف فلا يعود إليه، وعدم تعلق العقد بورثة الموقوف عليه مع عدم القصد إليهم فلا ينتقل إليهم، ولا يبقى شيء أقرب إلى مقصود الواقف إلا صرفه في وجوه البر.

(١) قال الشارح في المسالك: «والمعتبر وارثه عند انقراض الموقوف عليه كالولاء، ويحتمل وارثه عند موته - أي موت الواقف - مسترسلاً إلى أن يصادف الانقراض، وتظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصة، وعلى الثاني يشترك هو وابن أخيه لتلقيه من أبيه كما لو كان حياً».

(٢) كالوقف على المعدم ثم على الموجود، كما لو وقف على ابن زيد ثم على نفس زيد، وزيد لم يكن له ابن، فيبطل لأن الوقف تسليطاً على الملك في الحال، فيشترط أهلية الموقوف عليه لذلك، والمعدم لا أهلية له، بلا خلاف في ذلك.

(٣) كالوقف على الموجود ثم المعدم ثم الموجود، كما لو وقف على زيد، ثم ابنه، ثم أبيه، مع عدم تحقق ابن لزيد.

(٤) كالوقف على المعدم ثم الموجود ثم المعدم، كما لو وقف على ابن زيد ثم زيد ثم ابن زيد مع العلم بعدم تحقق ولد لزيد مطلقاً.

(٥) لاشرط أهلية الموقوف عليه للملك، والمعدم لا أهلية له.

(٦) منقطع الأول.

(٧) منقطع الطرفين.

(٨) قبل الانقطاع من منقطع الوسط، وستأتي تنمة الكلام في ذلك عند التعرض لشرائط الموقوف عليه.

(والإقباض)<sup>(١)</sup> وهو تسليط الواقف للقباض<sup>(٢)</sup> عليه<sup>(٣)</sup>، ورفع يده عنه له، وقد يغاير الإذن في القبض الذي اعتبره سابقاً<sup>(٤)</sup>، بأن يأذن فيه ولا يرفع يده عنه، (وأخراجه عن نفسه<sup>(٥)</sup>) فلو وقف على نفسه بطل وإن عقبه بما يصح الوقف عليه<sup>(٦)</sup>، لأنه حيثئذ منقطع الأول، وكذا لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء،

(١) تقدم الكلام في أن القبض شرط في صحة الوقف، وتقدم أن عقد الوقف لا يوجب القبض، فلذا جاز للواقف الرجوع بعدم القبض، ومن هنا يتبين أن القبض مشروط بإذن الواقف وهو المسمى بالإقباض، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

(٢) وهو الموقوف عليه.

(٣) على الوقف.

(٤) وفيه: أن المصنف قد اعتبر القبض بالإذن لا الإذن في القبض، والقبض بالإذن هو عين الإقباض، نعم الإقباض يغاير الإذن في القبض باعتبار ما قاله الشارح إذ قد يأذن في القبض ولا يرفع يده عن العين، ثم إن الشارح أراد أن يرفع إشكال تكرار القبض في عبائر المصنف، وكانت إجابته أن المصنف قد ذكر في السابق الإذن في القبض وهنا قد ذكر القبض بالإذن وهما متغايران، وقد عرفت عدم جدوى هذه المحاولة من الشارح، نعم سبب التكرار أن المصنف تكلم سابقاً عن شرائط العقد فذكر أن العقد غير لازم بنفسه ما لم ينضم إليه القبض خلافاً لبعض العامة، وهنا تكلم عن الإقباض، لأنه بصدد ذكر شرائط الوقف.

(٥) فلو وقف على نفسه لم يصح بلا خلاف فيه، لاقتضاء الوقف تمليك العين للموقوف عليه، ولا معنى لتمليك ملكه لنفسه بعد ثبوته له، وخالف بعض العامة بدعوى أن استحقاق الشيء وفقاً غير استحقاقه ملكاً، وهو واضح الفساد.

(٦) بحيث وقف على نفسه ثم على غيره، فهو منقطع الأول وقد عرفت بطلانه، ولكن هل يصح في حق غيره قولان، فالشهور على البطلان، لأن اللازم من الصحة أحد أمور ثلاثة معلومة البطلان، وهي: إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوع الوقف المشروط، أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف، ضرورة أنه حال الوقف إن لم يكن الموقوف عليه موجوداً فهو الأول، أو الثاني، وإن فرض أن الموقوف عليه هو البطن الثاني فهو الثالث.

وعن الشيخ في خلافه وبمسوطه الصحة، لأنه لا دليل على بطلانه كما عن الخلاف، وقد عرفت قيام الدليل على البطلان.

أو في مدة معينة<sup>(١)</sup>، نعم لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداءً، أو صار منهم شارك<sup>(٢)</sup>، أو شرط عوده إليه عند الحاجة<sup>(٣)</sup>، فالروى والمشهور اتباع شرطه،

(١) فاشترط الخيار في الوقف من دون حاجة موجب لبطان الوقف بلا خلاف فيه، لمنافاة الخيار للزوم في الوقف، لأن الزوم ينافي فسخه اختياراً، ولم يظهر الخلاف إلا من عبارة التحرير، وقال في الجواهر «لم يعلم أنها له أو للشيخ، وعلى كل حال لا ريب في شذوذها».

(٢) لأنه ليس وفقاً على نفسه بل على الجهة المخصوصة، ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبضهم بل ينتقل الوقف إلى الله تعالى، فيجوز لكل من انصف بهذه الصفة أن ينتفع بمنافه، فلو فرض أن نفس الواقف كان موصوفاً بها حال الوقف، أو بعده فلا مانع من الانتفاع، إذ ليس فيه تمليك العين لنفسه حتى يمتنع، ومنه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من المنع لأنه قد خرج الوقف عنه فلا يعود.

(٣) الفرق بين هذا وما تقدم من اشتراط الخيار هو ما لو ظهرت الحاجة لانفسخ العقد من نفسه بخلاف السابق فله الحق في الفسخ، وأن الفسخ هنا للحاجة وهناك لاختياره وإن لم تكن حاجة في البين.

والبحث من جهتين تارة في صحة هذا الشرط وأخرى على تقدير الصحة هل يكون وفقاً أم يصير بالشرط المذكور حبساً، أما الأول فذهب المعظم إلى الصحة، لخبر إسماعيل بن الفضل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له، وقد جعله لله، يكون له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله<sup>(١)</sup>، وظاهره صحة الشرط في الوقف في حال حياته وإن أوجب عليه السلام الرجوع ميراثاً بعد الموت.

وذهب الشيخ في أحد قوليه وابن إدريس والمحقق في النافع إلى البطان، لأن الشرط على خلاف مقتضى العقد، لأن الوقف يستدعي إخراج الملك عن الواقف، وإذا خرج فلا يعود إليه أبداً، والشرط منافٍ لذلك فيفسد، وبه يفسد العقد، بعد استضعاف الخير لاشتمال سنده على أبان، والظاهر أنه ابن عثمان، وحاله معلوم، لأنه فاسد المذهب، لكونه من الناوسية.

ورُد: بأن الكشي في كتابه قد نقل أن العصابة قد أجمعت على تصحيح ما يصح عن أبان والإقرار له بالفقه، فضلاً عن انجبار ضعف السند بعمل معظم الأصحاب.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٣.



ويعتبر حيثنذ<sup>(١)</sup> قصور ماله عن مؤنة سنة<sup>(٢)</sup>، فيعود عندها<sup>(٣)</sup>، ويُورث عنه لو مات وإن كان قبلها<sup>(٤)</sup>، ولو شرط أكل أهله منه صح الشرط<sup>(٥)</sup>، كما فعل النبي ﷺ

= وأما الثاني فعلى تقدير صحة الشرط كما هو الأقوى، وعند حدوث الحاجة يجوز له الرجوع ويصير ملكاً ويبطل الوقف، وإن لم يرجع أو لم يحتاج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حساً أم يستمر الوقف على حاله، فقد اختار المحقق والعلامة وجماعة الأول عملاً بالرواية المذكورة، ولأن الوقف يقتضي التأييد والشرط بتأنيه فلا بد من حمل الخبر على الحيس ولم يخرج العين عن ملك المالك، فلذا يأخذها ورثته عند موته.

وذهب المرتضى والعلامة في المختلف إلى الثاني، لأن صحة العقد تقتضي خروج العين عن ملكه، فإذا مات ولم يرجع فكيف تأخذها الورثة، وفيه: أن الرواية حجة عليهم، بعد حمل الوقف فيها على الحيس.

(١) حين عود الوقف إليه عند الحاجة.

(٢) تحقيقاً لمعنى الحاجة بعد حملها على المعنى الشرعي، إذ الحاجة حيثنذ هي الفقر الشرعي، وهو عدم تملك مؤنة السنة فعلاً أو تقديراً.

(٣) فيعود الوقف إلى المالك عند الحاجة، وظاهره انقاس العقد بمجرد ظهورها.

(٤) كان الموت قبل الحاجة، والتوريث بناء على أن الوقف حيس، لا وفقاً حقيقة كما تقدم.

(٥) لو وقف على غيره واشترط قضاء ديونه وإدراة مؤنته منه مطلقاً، أو في مدة معينة، لم يصح بلا خلاف فيه، لأن الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه، فاشترط بعض المنافع لنفسه منافع لمقتضى العقد، فيبطل الشرط والوقف معاً، وهذا لم يتعرض له الشارح هنا، ولو وقف على غيره واشترط قضاء الدين وإدراة المؤنة لأهله صح الشرط والعقد، لعدم التنافي بين الشرط ومقتضى العقد، وكذا لو شرط ذلك لأضيافه أو شرط الأكل لمن يمر به ونحو ذلك.

ففي خير أبي بصير المرادي (قال أبو جعفر عليه السلام): ألا أحدثك بوصية فاطمة ؑ؟ قلت: بلى، فأخرج حقاً أو سلفاً فأخرج منه كتاباً فقرأه: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصت به فاطمة بنت محمد ؑ أوصت بحوائطها السبعة بالعواف والدلال والبرقة والمبيت والحسنى والصفافية ومال أم إبراهيم إلى علي بن أبي طالب، فإن مضى علي فإلى الحسن، فإن مضى الحسن فإلى الحسين، فإن مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدي، تشهد الله على ذلك، والمقداد بن الأسود، والزبير بن العوام، وكتب علي بن =

بوقفه، وكذلك فاطمة عليها السلام، ولا يقدر كونهم واجبي النفقة، فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به، ولو وقف على نفسه وغيره <sup>(١)</sup> صح في نصفه على الأقوى إن اتحد، وإن تعدد فبحسبه <sup>(٢)</sup>، فلو كان <sup>(٣)</sup> جمعاً كالفقراء بطل في ربه <sup>(٤)</sup>، ويحتمل

= أبي طالب <sup>(١)</sup>، وخبر أحمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال: (سألته عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة عليها السلام، فقال: لا إنما كانت وقفاً، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه والتابعة يلزمه فيها، فلما قبض جاء العباس فاطمة عليها السلام فيها، فشهد علي عليه السلام وغيره أنها وقف على فاطمة عليها السلام، وهي: الدال والعواف والحسنى والصفافية ومال أم إبراهيم والمبيت والبرقة <sup>(٢)</sup>، هكذا أستدل، والانصاف أن الخبر الأول غير دال على المدعى، لأن ظاهره أن سيدة النساء صلوات الله عليها قد جعلت النظر على الموقوف لأمير المؤمنين عليه السلام ثم للحسن إلى آخره، وأين هذا من المدعى، نعم الخبر الثاني كافٍ في البين.

(١) فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، وهو باطل بالنسبة لنفسه، وأما بالنسبة لغيره فقد تقدم الكلام فيه، وأما لو وقف على نفسه وغيره، وكان العطف بالراو المقضي للتشريك بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون قد وقف على كل منهما النصف، فيبطل الوقف في نصف المالك، للمانع من عدم جواز تمليك الشيء للملكة، لأنه ثابت له فكيف يملكه ثانياً، ويصح الوقف في نصف الغير لعدم المانع.

وربما احتتمل كون المجموع للغير، لأن الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع بما هو مجموع، وإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصة انصرف وقف المجموع إلى الآخر، وهذا الاحتمال جارٍ بناءً على كون المجموع للغير فيما لو وقف على نفسه ثم على الغير كما اختاره الشيخ على ما تقدم، فإن كان المجموع للغير في المرتب فهنا مع التشريك أولى.

وفيه: أنه وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة، فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر، لأنه على خلاف عقد الوقف وعلى خلاف مراد العاقد.

(٢) بحيث وقف على نفسه وعلى اثنين معه، فيبطل الوقف في الثلث، ويصح في الثلثين للآخرين.

(٣) الغير.

(٤) فحمل الجمع على أقله وهو ثلاثة، فيكون للواقف الربع مع بطلان الوقف فيه، ويصح في ثلاثة أرباعه، للجمع من الفقراء، كما احتتمله في الدروس.

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

النصف<sup>(١)</sup>، والبطلان رأساً<sup>(٢)</sup>.

(وشرط الموقوف أن يكون عيناً<sup>(٣)</sup>) فلا يصح وقف المنفعة، ولا الدين، ولا المبهم، لعدم<sup>(٤)</sup> الانتفاع به مع بقاءه<sup>(٥)</sup>، وعدم<sup>(٦)</sup> وجوده خارجاً، والمقبوض والمعين بعده<sup>(٧)</sup> غيره<sup>(٨)</sup>، (مملوكة)<sup>(٩)</sup> إن أريد بالملوكية صلاحيتها له<sup>(١٠)</sup>، بالنظر إلى الواقف، ليحترز عن وقف نحو الخمر والخنزير من المسلم، فهو<sup>(١١)</sup> شرط الصحة<sup>(١٢)</sup>، .....

(١) لمقتضى التشريك بالواو بين المعطوف والمعطوف عليه، فيكون لكل منها النصف، نصف للواقف ونصف للفقراء المحمول على أقل الجمع، وهذا ما جزم به صاحب الجواهر.

(٢) احتمله الشهيد في الدروس فيما لو وقف على نفسه وعلى الفقراء المحمول على أقل الجمع، ووجه البطلان أن الوقف صحيح في جزء غير معلوم، وباطل في جزء غير معلوم، فلا بد أن يبطل في المجموع، لجهالة الصحيح منه.

(٣) بلا خلاف فيه، لأن الوقف تحييس الأصل وتسييل المنفعة، وهذا لا يتحقق إلا في الأعيان، فلذا لا يصح وقف المنفعة ولا الدين ولا الكلي، كما لو قال وقتت فرساً أو داراً ولم يعين.

أما المنفعة فوقها منافٍ للغاية المطلوبة من الوقف، من الانتفاع مع بقاء عينه، مع أن الانتفاع بالمنفعة يوجب استهلاكها شيئاً فشيئاً، وأما الدين فلأن تحييس الأصل وتسييل المنفعة الذي هو الوقف يستدعي أمراً خارجياً يحكم عليه بالتحبيس، والدين أمر كلي في الذمة لا وجود له في الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المردوم، وأما الكلي فيعرف حكمه من الدين.

(٤) تعليل لعدم جواز وقف المنفعة.

(٥) لعدم الانتفاع بالوقف مع بقاءه، ولو أنث الضمير ليرجع إلى المنفعة لكان أولى.

(٦) تعليل لعدم جواز وقف الدين والمبهم.

(٧) بعد القبض والتعيين.

(٨) غير الدين والمبهم.

(٩) إما احتراز عما لا يملك، كالخنزير فإنه لا يملكه المسلم، فلا يصح وقفه، لأنه غير داخل تحت يد المسلم حتى يتصرف به وفقاً وتحبيساً، وهذا مما لا خلاف فيه.

أو احتراز عما يملكه الغير، فإنه لا يصح وقفه مع عدم إجازة مالكة، لأن الوقف يستدعي كون الموقوف مملوكاً للواقف، حتى يحبس أصله ويسبل منفعته، بلا خلاف فيه.

(١٠) للملك.

(١١) شرط المملوكية.

(١٢) لوضوح أن وقف ما لا يملك يقع باطلاً.

وإن أريد به<sup>(١)</sup> الملك الفعلي ليحترز به عن وقف ما لا يملك وإن صلح له<sup>(٢)</sup> فهو شرط اللزوم<sup>(٣)</sup>، والأولى أن يراد به<sup>(٤)</sup> الأعم وإن ذُكر بعض تفصيله بعد، (ينتفع بها مع بقائها<sup>(٥)</sup>)، فلا يصح وقف ما لا ينتفع به إلا مع ذهاب عينه كالحبذ والطعام والفاكهة، ولا يعتبر في الإنتفاع به كونه في الحال<sup>(٦)</sup>، بل يكفي المتوقع كالعبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يُرجى زوال زمانته، وهل يعتبر طول زمان المنفعة<sup>(٧)</sup>؟ إطلاق العبارة والأكثر يقتضي عدمه<sup>(٨)</sup>،

- (١) بلفظ «الملوكة».
- (٢) وإن صلح للملك.
- (٣) يقع صحيحاً، ولكنه متوقف على إجازة المالك، وعن الكركي وابن البراج عدم الصحة، لا لأن العقد الفضولي على خلاف القواعد والضوابط، فيقتصر فيه على خصوص ما ورد من جوازه في الأخبار، وهذا ليس منها، بل لأن الوقف مشروط بنية التقرب فلا يقوم الغير مقام المالك فيها، ونيته حين الإجازة غير نافعة، لأن المقارنة مشروطة بين الصيغة والنية، فما وقع من الغير حال الصيغة لا يقوم مقام ما يصدر عن المالك، وما يقع منها حين الإجازة من المالك لا ينفع، لعدم التقارن بينها وبين الصيغة.
- (٤) من شرط الصحة واللزوم، وإن ذكر المصنف فيما بعد بعض التفصيل المتفرع على شرط اللزوم هنا.
- (٥) لأن الوقف تحييس الأصل وتسييل المنفعة، وهذا يقتضي بقاء العين مع الانتفاع بمنافعها، فلذا يصح وقف العقار والثياب والأثاث، ولا يصح وقف ما لا ينتفع به إلا بذهاب عينه، كالحبذ والطعام والفاكهة، بلا خلاف في ذلك كله.
- (٦) كونه ذا منفعة في الحال، لأنه لا يعتبر فعلية النفع في الموقف، بل يكفي تأمله لذلك، فلذا يصح وقف الجحش والفلو والعبد الصغير، بلا خلاف في ذلك، لإطلاق دليل اعتبار الوقف، كالنبوي (حبس الأصل وسبل الثمرة)<sup>(١)</sup>.
- (٧) في الموقف، فظاهر إطلاق دليل اعتبار الوقف العدم، فلذا يصح وقف ربحانة يسرع فسادها، ونُسب إلى الأكثر، وعن جماعة منهم العلامة في التحرير والتذكرة العدم لانصراف دليل اعتبار الوقف عما لا يطول زمان منفعته، ولنفاة التأبيد المراد من الوقف، وفيه: أما الانصراف فهو على مدعيه كما في الجواهر، وأما التأبيد فالمراد منه عمر العين الموقوفة، لا الأبد الزماني، وإلا لما صح وقف على الإطلاق.
- (٨) عدم اعتبار طول زمان المنفعة.

فيصح وقف ربحان يسرع فساده، ويحتمل اعتباره، لقلة المنفعة، ومنافاتها<sup>(١)</sup> للتأيد المطلوب من الوقف، وتوقف في الدروس، ولو كان<sup>(٢)</sup> مزروعاً صح<sup>(٣)</sup>، وكذا ما يطول نفعه كمسك وعنبر.

(ويمكن إقباضها)<sup>(٤)</sup> فلا يصح وقف الطير في الهواء، ولا السمك في ماء لا يمكن قبضه عادة، ولا الآبق، والمضروب، ونحوها، ولو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة، لأن الإقباض المعتبر من المالك هو الإذن في قبضه، وتسليطه عليه، والمعتبر من الموقوف عليه تسلمه<sup>(٥)</sup>، وهو ممكن، (ولو وقف ما لا يملكه وقف على إجازة المالك<sup>(٦)</sup>) كغيره من العقود، لأنه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل وقد أجاز المالك فيصح، ويحتمل عدمها<sup>(٧)</sup> هنا، وإن قيل به في غيره، لأن عبارة الفضولي لا أثر لها<sup>(٨)</sup>، وتأثير الإجازة غير معلوم، لأن

(١) منافاة القلة.

(٢) الربحان.

(٣) لطول نفعه ما دام مزروعاً.

(٤) لأن القبض شرط في صحة الوقف، فالذي لا يمكن قبضه ولا إقباضه يبطل فيه الوقف بلا خلاف فيه، كالأبق والجمل الشارد الذي يتعذر تسليمه، أما لو أمكن تسليمه فيما بعد فلا، وكذا لا يصح الوقف للطير في السماء والسمك في الماء اللذين لا يمكن قبضهما عادة.

(٥) لأن القبض غير فوري.

(٦) تقدم الكلام فيه.

(٧) عدم الصحة.

(٨) اعلم أن الاستدلال على عدم الصحة بدليلين:

الأول: أن عبارة الفضولي لا أثر لها باعتبار عدم صدورها من أهله، وإجازة المالك فيما بعد لا تجعل لها أثراً، لأن الواقع لا يتغير عما وقع عليه، نعم ورد النص - كما سيأتي - أن الإجازة مؤثرة في العقد الفضولي في البيع والنكاح، ففي غيرهما يستصحب بقاء ملك المالك إلى أن يثبت المزيل.

الثاني: أنه يشترط في عقد الوقف التقرب، وتقرب الفضولي لا يقوم مقام المالك حين العقد، وتقرب المالك حين الإجازة لا ينفع، لعدم التقارن بينه وبين الصيغة، والشارح اكتفى بالأول، وفي آخر كلامه اعتمد على الثاني.

الوقف فك ملك في كثير من موارد<sup>(١)</sup>، ولا أثر لعبارة الغير فيه، وتوقف المصنف في الدروس، لأنه نسب عدم الصحة إلى قول ولم يُقْتَب بشيء، وكذا في التذكرة، وذهب جماعة إلى المنع هنا، ولو اعتبرنا فيه التقرب قوي المنع، لعدم صحة التقرب بملك الغير.

(ووقف المشاع جائز كالمقسوم<sup>(٢)</sup>)، لحصول الغاية المطلوبة من الوقف، وهو تحبيس الأصل وإطلاق الثمرة به، وقبضه كقبض المبيع في توقفه على إذن المالك والشريك عند المصنف مطلقاً<sup>(٣)</sup>، والأقوى أن ذلك في المنقول، وغيره لا يتوقف على إذن الشريك، لعدم استلزام التولية التصرف في ملك الغير<sup>(٤)</sup>.

(وشرط الواقف الكمال) بالبلوغ والعقل<sup>(٥)</sup> والإختيار<sup>(٦)</sup> ورفع الحجر<sup>(٧)</sup>،

- (١) كالوقف على الجهات العامة التي ينتقل الوقف فيها إلى الله تعالى، وأما الوقف الخاص فإنه تملك الموقوف عليه المنفعة مع تحبيس الأصل عليه، ولذا اشترط فيه القول.
- (٢) يصح وقف المشاع بلا خلاف فيه بيننا - كما في الجواهر - لإطلاق دليل اعتبار الوقف، وخالف الشيباني من العامة، لعدم إمكان قبضه، وهو ضعيف، لأن قبضه هنا كقبضه في البيع، وعليه فقبحه متوقف على إذن الشريك إن كان منقولاً، ومتوقف على التولية فقط إن لم يكن كذلك، وسيأتي في باب البيع تحقيق معنى القبض للمنقول وغيره.
- (٣) منقولاً أو غير منقول.
- (٤) بعد كون قبض غير المنقول بالتولية فقط.
- (٥) لسلب عبارة الصبي والمجنون، كما تقدم دليله في أكثر من مورد - مع أنه سيأتي مفصلاً - في البيع وغيره، نعم وقع الخلاف في وقف من بلغ عشرأ ميمراً، فمقتضى الأصل عدم الجواز، وهذا ما ذهب إليه المشهور، وعن المقيد في المنفعة والشيخ في النهاية وابن البراج في المهذب جواز وقفه، بل نسبه في جامع المقاصد إلى المشهور، لحبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حله معروف وحق فهو جائز)<sup>(١)</sup>، وقد رميت بالشذوذ كما في المسالك.
- (٦) لسلب عبارة المكره.
- (٧) لأن المحجور عليه لسفه أو فلس لا يجوز له التصرف المالي، كما سيأتي في كتاب الحجر.

(ويجوز أن يجعل النظر) على الموقوف (لنفسه<sup>(١)</sup>، ولغيره) في متن الصيغة (فإن أطلق)<sup>(٢)</sup> ولم يشترطه لأحد (فالنظر في الوقف العام إلى الحاكم) الشرعي، (وفي غيره) وهو الوقف على معين (إلى الموقوف عليهم)، والواقف مع الإطلاق كالأجنبي<sup>(٣)</sup>.

ويشترط في المشروط له النظر، العدالة<sup>(٤)</sup>، والاهتداء إلى التصرف<sup>(٥)</sup>، ولو عرض له الفسق<sup>(٦)</sup> انعزل، فإن عاد<sup>(٧)</sup> عادت<sup>(٨)</sup> إن كان مشروطاً من الواقف،

(١) قال الشارح في المسالك: «الأصل في حق النظر أن يكون للواقف لأنه أصل، وأحق من يقوم بامضائه وصرفه في أهله، فإذا وقف فلا يخلو إما أن يشترط في عقد الوقف النظر لنفسه أو لغيره أولهما أو لا يشترط، فإن شرط لنفسه صح ولزم، وإن شرط لغيره صح بحسب ما عينه عملاً بمقتضى الشرط المشروع، وقد شرطت فاطمة عليها السلام<sup>(١)</sup> النظر في حوائطها السبعة التي وقفها لأمر المؤمنين عليهم السلام ثم الحسن ثم الحسين ثم الأكبر من ولدها، وشرط الكاظم<sup>(٢)</sup> النظر في الأرض التي وقفها للرضا عليهما آلاف التحية والثناء وأخيه إبراهيم، فإن انقرض أحدهما دخل القاسم مع الباقي إلى آخره، وهذا كله مما لا خلاف فيه انتهى، وعن ابن إدريس منع جواز اشتراط الواقف النظر لنفسه، وهو ضعيف.

(٢) فبينى الحكم تبعاً لانتقال الملك بالوقف، فإن انتقل إلى الموقوف عليه كما في الوقف الخاص فالنظر إليه، وإن انتقل إلى الله كما في الوقف على المساجد، أو انتقل إلى جنس الموقوف عليه كالوقف على جنس الفقراء والمساكين فالنظر للحاكم الشرعي.

(٣) لخروج العين عن ملكه بالوقف.

(٤) إن كان النظر إلى الواقف فالنظر إليه سواء كان عادلاً أم فاسقاً، لأنه نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه، وإن كان النظر إلى غيره بشرطه اشترطت عدالته كما هو مذهب الأصحاب على ما في الكفاية، ودعوى الاتفاق عليه كما في الرياض، ولكن نسب عدمه إلى التحرير ومال إليه صاحب الجواهر وجماعة لعدم الدليل على الاشتراط، نعم تُشترط أمانته إذا كان ناظراً على الجهات العامة، يُطمئن إلى عدم خيانه في أموال الغير.

(٥) وهو كيفية إدارة الوقف.

(٦) بناءً على اشتراط العدالة في الناظر المشروط من قبل الواقف.

(٧) عاد عدله.

(٨) نظارته، منسكاً بإطلاق اشتراطه.

ولا يجب على المشروط له القبول، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه في معنى التوكيل<sup>(١)</sup>، وحيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط<sup>(٢)</sup>، ووظيفة الناظر<sup>(٣)</sup> مع الإطلاق العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على مستحقها، ولو قُوِّض إليه بعضها<sup>(٤)</sup> لم يتعدّه، ولو جعله<sup>(٥)</sup> لاثنتين وأطلق لم يستقل أحدهما بالتصرف<sup>(٦)</sup>، وليس للواقف عزل المشروط في العقد<sup>(٧)</sup>، وله<sup>(٨)</sup> عزل المنسوب من قبله<sup>(٩)</sup> لو شرط النظر لنفسه فولاه، لأنه وكيل<sup>(١٠)</sup>، ولو آجر الناظر مدة فزادت الأجرة في المدة، أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد، لأنه جرى بالغبطة في وقته<sup>(١١)</sup>، إلا أن يكون في زمن خياره فيتعين عليه الفسخ، ثم إن شُرِّطَ له شيء عوضاً عن عمله لزم<sup>(١٢)</sup>، وليس له غيره<sup>(١٣)</sup>، وإلا فله أجرة المثل عن عمله مع قصده الأجرة به<sup>(١٤)</sup>.

- (١) فلا يجب فيه الاستمرار، وسبقه إلى ذلك الشهيد في الدروس، نعم استدل عليه في المسالك «لأنه غير واجب في الأصل فيستحب».
- (٢) فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه، فإن كان الوقف عاماً فالأول وإلا فالثاني.
- (٣) فمع التقييد فبحسب الشرط، ومع الإطلاق فما يتعارف في ذلك من العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقها وحفظ الأصل ونحو ذلك مما لا يجوز لغيره بعد فرض كون النظر على الوقف منصرفاً إلى ذلك عرفاً.
- (٤) بعض هذه الأعمال، فلا يتعداه عملاً بالشرط.
- (٥) النظر.
- (٦) لأن ظاهر الإطلاق الاجتماع على التصرف لأنه المتيقن، وكذا لو نصّ على الاجتماع، أما لو نصّ على الانفراد استقل كل منهما بالتصرف عملاً بالشرط.
- (٧) لأنه بعد العقد يصير أجنبياً عن الوقف، فضلاً عن لزوم الشرط.
- (٨) للواقف.
- (٩) من قبل الواقف.
- (١٠) والوكالة غير لازمة.
- (١١) فهو صحيح ولازم، للزوم عقد الإجارة.
- (١٢) الشرط.
- (١٣) وإن كان أقل من أجرة المثل.
- (١٤) مع قصد الناظر الأجرة بعمله، ولم يكن عمله بداعي التبرع.



(وشرط الموقوف عليه وجوده<sup>(١)</sup>)، وصحة تملكه، وإباحة الوقف عليه فلا يصح (على المعلوم ابتداء) بأن يبدأ به، ويجعله من الطبقة الأولى، فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلاً<sup>(٢)</sup>، (ويصح تبعاً) بأن يوقف عليه وعلى من يتجدد من ولده<sup>(٣)</sup>، وإنما يصح تبعية المعلوم الممكن وجوده عادة كالولد، أما ما لا يمكن وجوده كذلك<sup>(٤)</sup> - كالميت - لم يصح مطلقاً<sup>(٥)</sup>، فإن ابتداء به بطل الوقف، وإن أخره كان منقطع الآخر أو الوسط<sup>(٦)</sup>، وإن ضمه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى<sup>(٧)</sup>، (ولا على) من لا يصح تملكه شرعاً مثل

(١) شروط الموقوف عليه أربعة: وجوده، وأن يصح تملكه، وأن يكون معيناً، وأن لا يكون الوقف عليه محرماً، وهذه الشروط الأربعة مما لا خلاف فيها، بعد اقتضاء عقد الوقف وجود الموقوف عليه حتى يتحقق منه القبول، وبعد اقتضائه أهلية الموقوف عليه للتملك كالحر حتى يملك الوقف، والعقد مقتضى لتعين الموقوف عليه حتى يتحقق النقل والانتقال وإلا فلا يصح النقل إلى المجهول، والعقد مشروط بالقرينة كما تقدم، فلذا لا يصح الوقف على من يكون الوقف عليه محرماً.

وعلى هذا فلا يصح الوقف على المعلوم تفرعاً على الأول، ولا على المملوك ولا الحمل تفرعاً على الثاني، ولا على المجهول تفرعاً على الثالث، ولا على الحربي ولو كان رحماً ولا على الكنانس والبيع ولا على معونة الزناة وقطاع الطرق وشاربي الخمر ولا على كتب الضلال كالنوراة والإنجيل والرانجين تفرعاً على الرابع.

(٢) فهو منقطع الأول.

(٣) فإنه يصح بلا خلاف فيه، بحيث يمكن وجوده عادة، ويكون قابلاً للتملك عند وجوده، أما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت أو لا يقبل الملك كالمملوك، أو لم يوجد كما لو وقف على الولد ثم ولد الولد وكان الولد عقيماً فهو منقطع الآخر، ولو جعلهم وسطاً فهو منقطع الوسط.

(٤) عادة.

(٥) لا ابتداءً ولا تبعاً.

(٦) تقدم الكلام في منقطع الأول والآخر والوسط.

(٧) لأن مقتضى وقف المجموع على المجموع يقتضي التوزيع فيبطل بما يخص المعلوم مثلاً ويصح بالنسبة لغيره، ويحتل البطلان في الجميع كما هو مختار الشيخ في ما لو وقف على نفسه وغيره بالتشريك، وقد تقدم الكلام فيه.

(العبد) وإن تشبث بالحرية كأَم الولد، (وجبريل) وغيره من الملائكة والجن والبهائم، ولا يكون وقفاً على سيد العبد ومالك الدابة عندنا<sup>(١)</sup>، وينبغي أن يستثنى من ذلك<sup>(٢)</sup> العبد<sup>(٣)</sup> المُعَدُّ لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة، والدابة المُعَدَّة لنحو ذلك أيضاً، لأنه كالوقف على تلك المصلحة.

ولما كان اشتراط أهلية الموقوف عليه للملك يوهم عدم صحته على ما لا يصح تملكه من المصالح العامة كالسجد والمشهد والقنطرة، نبه على صحته وبيان وجهه بقوله: (والوقف على المساجد والقناطر<sup>(٤)</sup> في الحقيقة) وقف (على المسلمين) وإن جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم<sup>(٥)</sup>، (إذ هو مصروف إلى مصالحهم<sup>(٦)</sup>)، وإنما أفاد تخصيصه بذلك<sup>(٧)</sup> تخصيصه ببعض مصالح المسلمين، وذلك لا ينافي الصحة<sup>(٨)</sup>، ولا يرد أن ذلك<sup>(٩)</sup> يستلزم جواز الوقف على البيع والكنائس، كما يجوز الوقف على أهل الذمة<sup>(١٠)</sup>، لأن الوقف على كنائسهم وشبهها وقف على مصالحهم،

- (١) قال في المسالك: «ولا ينصرف الوقف إلى مولاة على خلاف بعض العامة حيث جوز الوقف عليه وجعله مصروحاً إلى مولاة»، وذلك لأن المولى غير مقصود من الوقف فكيف يصير إليه.
  - (٢) بما لا يصح تملكه شرعاً.
  - (٣) الوقف على العبد.
  - (٤) وغير ذلك من المصالح الراجعة إلى كل الناس أو المسلمين.
  - (٥) بما لا يكون قابلاً للتملك.
  - (٦) وكذا الوقف على أكفان الموتى ومؤنة حفر قبورهم.
  - (٧) المساجد والقناطر.
  - (٨) لأن المقصود من ذكر بعض المصالح هو المسلمون لا ما ذكر.
  - (٩) الوقف على المساجد والقناطر بما هي مصالح للمسلمين.
  - (١٠) قد عرفت اشتراط القرابة في الوقف، ولذا لا يجوز الوقف على الكافر الحربي، وأما على الذمي فقد اختلفوا في ذلك، فمن سلاز وابن البراج المنع، لقوله تعالى: ﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم﴾<sup>(١)</sup> الآية، والوقف نوع موادة، فيكون منهيّاً عنه، ولا يصح التقرب بالتهي عن.
- وعن المشهور الجواز، لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلكم في الدين ولم =

للفرق، فإن الوقف على المساجد مصلحة للمسلمين، وهي مع ذلك طاعة وقربة، فهي جهة من جهات المصالح المأذون فيها، بخلاف الكنائس، فإن الوقف عليها وقف على جهة خاصة من مصالح أهل الذمة لكنها معصية، لأنها إعانة لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرمة والكفر، بخلاف الوقف عليهم<sup>(١)</sup> أنفسهم، لعدم استلزامه المعصية بذاته، إذ نفعهم<sup>(٢)</sup> من حيث الحاجة، وأنهم عباد الله، ومن جملة بني آدم المكرمين، ومن تجوز أن يتولد منهم المسلمون لا معصية فيه، وما يترتب

= يخرجوكم من ديارهم أن تبروهم<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشيخان وأبو الصلاح وابن حزم إلى الجواز، إذا كان الذمي زحياً قريباً، للمرسل (أن صفة وقفت على أخ لها يهودي فأقرها النبي ﷺ)<sup>(٤)</sup>، والمرسل في المراسم لسلاح (وقد زوي أنه إذا كان الكافر أحد أبوي الواقف أو من ذوي رحمه، كان جائزاً)<sup>(٥)</sup>.

وعن ابن إدريس الجواز على ما لو كان أحد الأبوين فقط، والأقرب الجواز خصوصاً للمسلمين المتقدمين، مع عموم أو إطلاق اعتبار الوقف، وإمكان التقرب إلى الله بالوقف على الذمي بما هو عبد لله جلّ وعلا وهو محتاج إليه، ويرشد إليه جواز الصدقة عليه كما سيأتى.

ثم على تقدير جواز الوقف على الذمي، مع ما تقدم من جواز الوقف على المساجد باعتبار أنه وقف على المسلمين فيحتمل كون الوقف على الكنائس والبيع جائزاً إذا كانت لأهل الذمة، بناء على أن الوقف عليها وقف على أهل الذمة.

ولكنه احتمال مردود للفرق بين الجهتين، فالوقف على المساجد وقف على المسلمين في جهة خاصة وهي طاعة وقربة، وأما الوقف على الكنائس والبيع فإنه وقف على أهل الذمة في جهة خاصة وهي معصية، لأنها محل إقامة شعائر الكفر، الذي هو أبغض شيء إلى الله، وهذا بخلاف الوقف على أهل الذمة بما هم عباد الله ومن جملة بني آدم المكرمين، فليس الوقف عليهم بما هم كفرة فإنه لا يجوز، ومنه تعرف عدم جواز الوقف على الزناة وشاربي الخمر وفسقة المسلمين بما هم موصوفون بهذه الحثية.

(١) على أهل الذمة بما هم عباد الله سبحانه وتعالى.

(٢) مبتدأ لقوله: «لا معصية فيه».

(١) سورة المتحنة، الآية: ٨.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٤٢.

(٣) المراسم ١٩٨ الطبعة الأولى ١٩٨٠ م - ١٤٠٠ هـ.

عليه من إعاتتهم به على المحرم كشرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، والذهاب إلى تلك الجهات المحرمة ليس مقصوداً للواقف، حتى لو فرض قصده له<sup>(١)</sup> حكمتنا ببطلانه، ومثله الوقف عليهم لكونهم كفاراً، كما لا يصح الوقف على فسقة المسلمين من حيث هم فسقة (ولا على الزناة والعصاة) من حيث هم كذلك، لأنه إعانة على الإثم والعدوان فيكون معصية، أما لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صح، سواء أطلق أم قصد جهة محللة.

(والمسلمون من صلى إلى القبلة) أي: اعتقد الصلاة إليها وإن لم يصل<sup>(٢)</sup>، لا مستحلاً، وقيل: يشترط الصلاة بالفعل، وقيل: يختص بالمؤمن، وهما ضعيفان، (إلا الخوارج والغلاة) فلا يدخلون في مفهوم المسلمين وإن صلوا إليها، للحكم بكفرهم، ولا وجه لتخصيصه بهما<sup>(٣)</sup>، بل كل من أنكر ما علم من الدين ضرورة كذلك<sup>(٤)</sup> عنده، والنواصب كالخوارج فلا بد من استثنائهم أيضاً.

وأما المجسمة فقطع المصنف بكفرهم في باب الطهارة من الدروس وغيرها، وفي هذا الباب منها<sup>(٥)</sup> نسب خروج المشبهة منهم إلى القيل، مشعراً بتوقفه فيه، والأقوى خروجه<sup>(٦)</sup>، إلا أن يكون الواقف من إحدى الفرق فيدخل فيه مطلقاً<sup>(٧)</sup>،

(١) قصد الواقف لما ذكر من الجهات المحرمة.

(٢) كما عليه المشهور، وعن الغيد اشتراط الصلاة بالفعل، وعن ابن إدريس أن المسلم المحق - أي الشيعي الاثني عشري - إذا وقف فينصرف إلى المسلمين المحققين لشاهد الحال، ولذا قال عنه الشارح إنه يختص بالمؤمن، أي: المعتقد بإمامة الأئمة الاثني عشر عليهم السلام.

والأقوى هو الأول، لأن المسلم هو الذي اعتقد بالشهادتين واعترف من الدين بما هو ضرورة منه، ومن أهم ضرورياته الصلاة، فلذا عبر المشهور عنه بأنه من اعتقد وجوب الصلاة إلى الكعبة وإن لم يصل فعلاً، نعم لا بد من خروج من حكم بكفره كالخوارج والغلاة لعدم كونه مسلماً، ثم لا فرق فيه بين الذكور والإناث، وبين من هو مسلم بالأصالة كالبالغ وبالعبودية كالصبيان والمجانين.

(٣) تخصيص المسلم بالخوارج والغلاة.

(٤) ليس بمسلم كذلك.

(٥) من الدروس.

(٦) يجب تقييده بما إذا كان ملتفتاً إلى اللوازم الفاسدة المترتبة على التجسيم.

(٧) فيدخل في الإسلام من أي فرقة كان، إذا كانت الفرقة من فرق الإسلام المشهورة والمعروفة.

نظراً إلى قصده<sup>(١)</sup>، ويدخل الإناث تبعاً<sup>(٢)</sup>، وكذا من بحكمهم كالأطفال والمجانين، ولدلالة العرف عليه<sup>(٣)</sup>.

(والشيعة من شايح علياً عليه السلام) أي: اتبعه (وقدمه) على غيره في الإمامة، وإن لم يوافق على إمامة باقي الأئمة بعده، فيدخل فيهم الإمامية، والجارودية من الزيدية، والإسماعيلية غيرُ الملاحدة منهم، والواقفية، والفتحية، وغيرهم<sup>(٤)</sup>، وربما قيل بأن ذلك مخصوص بما إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل نحلته خاصة، نظراً إلى شاهد حاله، وفحوى قوله، وهو حسن مع وجود القرينة، وإلا فحمل اللفظ على عمومه أجد.

(والإمامية<sup>(٥)</sup>: الإثنا عشرية) أي: القائلون بإمامة الإثني عشر المعتقدون لها، وزاد في الدروس اعتقاد عصمتهم عليهم السلام أيضاً، لأنه لازم المذهب، ولا يُشترط هنا<sup>(٦)</sup>

- (١) وقد عرفت تقييده بما إذا لم يلتفت إلى لوازمه الفاسدة.
- (٢) وفيه: أن دخول الإناث بالأصالة لا بالتبعية، لأن المسلم كاسم جنس يشمل الذكر والأنثى، نعم دخول الصبيان والمجانين بالتبعية.
- (٣) على الدخول، وهو دليل ثانٍ على شمول المسلم للأنثى والصبي والمجنون.
- (٤) كما هو المشهور تمسكاً بعموم اللفظ، وعن ابن إدريس ذلك إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صُرف إلى أهل فرقته فقط، تمسكاً بشاهد الحال وفحوى القول، ونفى عنه البأس في التذكرة، وهو متجه عند قيام القرينة على ذلك وإلا فالعموم هو الحاكم.
- وقيل: لو وقف على الشيعة انصرف إلى خصوص الإمامية، وحكاه الشارح في المسالك عن البعض، وجزم به سيد الرياض وغيره من المتأخرين، تبعاً لما هو السائد في عرفنا، حيث لا يُبادر من لفظ الشيعة إلا خصوص الإمامية، وهو الأقوى.
- (٥) لو وقف على الإمامية كان للثاني عشرية، وهم القائلون بإمامتهم والمعتقدون بها، وعن الشهيد في الدروس والاعتقاد بعصمتهم أيضاً، وسيأتي ما فيه.
- (٦) لأنه لو وقف على المؤمنين فهو للثاني عشرية إن كان الواقف منهم كما هو المشهور، وعن الشيخ في النهاية أنه للثاني عشرية إذا اجتنبوا الكبائر، حملاً للمؤمن على العادل في قبال الفاسق، وفي الدروس اشترط مع الاعتقاد المذكور الاعتقاد بعصمتهم لأنه لازم المذهب، وفيه: أنه يلزمه اشتراط الاعتقاد بأفضليتهم على غيرهم، وغيره من معتقدات الإمامية المتفق عليها، فإنها لازمة للمذهب، والأول هو أولى، لأن الإيمان يطلق على معنيين: الأول: الإسلام مع اعتقاد إمامة الاثني عشر عليهم السلام.

اجتناب الكبائر اتفاقاً وإن قيل به في المؤمنين<sup>(١)</sup>، وربما أوهم كلامه في الدروس ورود الخلاف هنا أيضاً<sup>(٢)</sup>، وليس كذلك، ودليل القائل يرشد إلى اختصاص الخلاف بالمؤمنين، (والهاشمية من ولده هاشم بأبيه<sup>(٣)</sup>) أي: اتصل إليه بالأب وإن علا، دون الأم على الأقرب، (وكذا كل قبيلة) كالعلوية، والحسينية، يدخل فيها من اتصل بالمنسوب إليه<sup>(٤)</sup> بالأب دون الأم، ويستوي فيه الذكور والإناث، (وإطلاق الوقف) على متعدد (يقضي النسوية) بين أفراد<sup>(٥)</sup>، وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة، لاستواء الإطلاق والاستحقاق بالنسبة إلى الجميع، (ولو قُضِل) بعضهم على بعض (لزم)<sup>(٦)</sup> بحسب ما عَيِّن، عملاً بمقتضى الشرط.

= الثاني: الإسلام مع الاعتقاد المذكور مع العمل الصالح، بمعنى كون العمل جزءاً من الإيمان، لأن الإيمان اعتقاد بالجنان وقول باللسان وعمل بالأركان، ولا ريب أن المؤمن يحمل على الأول، لأن إرادة الثاني منه بحاجة إلى قرينة، هذا كله بالنظر إلى اللغة، وأما بالنظر إلى العرف فلفظ المؤمن في عرفنا ظاهر في خصوص العادل في قبال الفاسق.

(١) لاحتمال أن المؤمن يطلق على العادل، بخلاف الإمامي فلا مورد لهذا الاحتمال أبداً.  
(٢) في الإمامي، حيث قال في الدروس «المؤمنون والإمامية واحد، وهم القائلون بإمامة الاثني عشر وعصمتهم عليهم السلام والمعتقدون لها، وقيل: يشترط اجتناب الكبائر، وهو مبني على أن العمل ثلث الإيمان كما هو مأثور» انتهى.

فظاهر كلامه أن الخلاف في اجتناب الكبائر جارٍ في المؤمن والإمامي، مع أن الخلاف يختص بالمؤمن فقط كما عرفت، وأيضاً دليل المخالف أن العمل ثلث الإيمان ظاهر في كون الخلاف مختصاً بالمؤمن دون الإمامي.

(٣) الهاشمي من انتسب إلى هاشم بلا خلاف فيه، ويشترك فيه الذكور والإناث، ولكن الخلاف في أنه يختص بالمنتسب إليه بالأب كما عليه المشهور نظراً إلى العرف، أو يعم المنتسب إليه بالأم كما ذهب إليه السيد المرتضى نظراً إلى أن ولد البنت ولد، وفيه: أن الاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز.

(٤) إلى علي عليه السلام في العلوية، وإلى الحسين عليه السلام في الحسينية، وهكذا.

(٥) للعدل، وقاعدة للأثني نصف حصة الذكر مختصة بالإرث لورود دليل خاص.

(٦) عملاً بالشرط.

## (وهنا مسائل):

(الأولى: نفقة العبد الموقوف والحيوان) الموقوف (على الموقوف عليهم)<sup>(١)</sup> إن كانوا معينين، لانتقال الملك إليهم وهي تابعة له، ولو كان على غير معينين ففي كسبه<sup>(٢)</sup> مقدمة على الموقوف عليه، فإن قصر الكسب ففي بيت المال إن كان، وإلا وجب كفاية على المكلفين كغيره من المحتاجين إليها، ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته<sup>(٣)</sup>، ولو كان الموقوف عقاراً فنفقته حيث شرط الواقف، فإن انتفى الشرط ففي غلته، فإن قصرت لم يجب الإكمال، ولو عدمت لم تجب عمارته، بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه<sup>(٤)</sup>، (ولو عمي العبد، أو جُذِمَ) أو أُعِدَّ (انتعق)<sup>(٥)</sup>

(١) تقدم أن الوقف تارة على أشخاص معينين فهو ملك لهم وأخرى على جهة عامة كالوقف على الفقراء والمساجد والقناطر، فالوقف حينئذ ملك لله تعالى.

وعلى الأول فلو كان الوقف بحاجة إلى نفقة كالمملوك والحيوان ففيه قولان:

الأول: أن النفقة في كسبه، وهو قول الشيخ في المبسوط، لأن الغرض من الوقف انتفاع الموقوف عليه، وهذا لا يتم إلا ببقاء عينه، وعينه لا تبقى إلا بالنفقة، فهي شرط في كسبه، كعمارة العقار المأخوذة من غلته والباقي للموقوف عليه، فكذلك هنا، ولم يتعرض الشيخ لحكم غير الكاسب.

الثاني: النفقة على الموقوف عليهم، كما هو مختار المحقق والعلامة وجماعة، لأن النفقة تابعة للملك، وبحسب الفرض أن الوقف ملك للموقوف عليه فنفقته عليه، وقياس العبد والحيوان على العقار ليس في محله، لأن عمارة العقار من غلته ولو قصرت فلا تجب عمارته بخلاف المملوك والحيوان لوجوب صيانة روحيهما، وعلى الثاني إذا كان الوقف ملكاً لله تعالى، فقليل: إنها في كسبه إن كان ذا كسب وإلا ففي بيت المال، ومع عدمه وجبت كفاية على المكلفين، كغيرها من نفقات المحتاجين، ويحتمل كونها في بيت المال مطلقاً، كما في المسالك.

(٢) فهي في كسبه.

(٣) مؤنة تجهيزه حال الموت كمؤنة نفقته في حياته.

(٤) رداً على الشيخ كما تقدم.

(٥) هذه الأسباب توجب انتعاقه فهدراً كما سيأتي في باب العتق ولو كان موقوفاً، لترجيح أدلة هذه الأسباب على أدلة أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يبدل، بلا خلاف في ذلك.

كما لو لم يكن موقوفاً، (وبطل الوقف) بالعتق، (وسقطت النفقة) من حيث الملك<sup>(١)</sup>، لأنها كانت تابعة له فإذا زال زالت.

(الثانية: لو وقف في سبيل الله انصرف إلى كل قرية)<sup>(٢)</sup>، لأن المراد من السبيل الطريق إلى الله، أي: إلى ثوابه ورضوانه، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب من نفع المحاويج، وعمارة المساجد، وإصلاح الطرقات، وتكفين الموتى، وقيل: يختص بالجهاد، وقيل: بإضافة الحج والعمرة إليه، والأول أشهر، (وكذا) لو وقف (في سبيل الخير، وسبيل الثواب)<sup>(٣)</sup>، لاشتراك الثلاثة في هذا المعنى، وقيل: سبيل الثواب الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه، وسبيل الخير الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون، الذين استدانوا لمصلحتهم، والمكاتبون، والأول أقوى، إلا أن يقصد الواقف غيره.

(١) ولكن قد تجب نفقته حينئذ على الموقوف عليه من ناحية عمجه مع عدم وجود باذل لها من المسلمين وانحصار الباذل في الموقوف عليه.

(٢) لما كان السبيل هو الطريق، فسبيل الله أي: الطريق إلى ثوابه ورضوانه، لاستحالة التحيز عليه، فالوقوف في سبيل الله يُصرف في كل مصلحة يتقرب بها إلى الله تعالى كما عليه المشهور منهم الشيخ في الميسوط، وعن الشيخ في الخلاف أنه يختص بالغزاة المتطوعين دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبالحج والعمرة اثلاثاً، وعن ابن حمزة في الوسيلة اختصاصه بالمجاهدين فقط، والعرف حجة عليهما.

(٣) المشهور على أن سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب واحد، واللغة والعرف يرشدان إليه، فلو قال وقفت هذا في سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب لكان مصرفه ما تقدم في سبيل الله.

وذهب الشيخ إلى أنه يقسم اثلاثاً، ثلث للغزاة والحج والعمرة وهو سبيل الله، وثلث للفقراء والمساكين مع البدء بالأقارب وهو سبيل الثواب، وثلث إلى خمسة أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة<sup>(٤)</sup>، وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون الذين استدانوا لمصلحة أنفسهم، والمكاتبون في الرقاب، وهو سبيل الخير، وهذا تحكم لأنه بلا دليل.

(١) سورة التوبة، الآية: ٦٠.



(الثالثة: إذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين والبنات<sup>(١)</sup>)، لاستعمال «الأولاد» فيما يشمل أولادهم استعمالاً شائعاً لغة وشرعاً، كقوله تعالى: ﴿يا بني آدم، يا بني إسرائيل، ويوصيكم الله في أولادكم﴾، وللإجماع على تحريم حليمة ولد الولد ذكراً وأنثى من قوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم﴾<sup>(٢)</sup> ولقوله ﷺ: (لا تُزيموا ابني)<sup>(٣)</sup> يعني الحسن، أي: لا تقطعوا عليه بوله لما بال في حجره، والأصل في الاستعمال الحقيقية، وهذا الاستعمال كما دل على دخول أولاد الأولاد في الأولاد، دل على دخول أولاد الإناث أيضاً، وهذا أحد القولين في المسألة.

وقيل: لا يدخل أولاد الأولاد مطلقاً<sup>(٤)</sup> في اسم الأولاد، لعدم فهمه عند الاطلاق، ولصحة السلب، فيقال في ولد الولد: ليس ولدي بل ولد ولدي،

(١) كما عن المفيد والقاضي وابن البراج والخلي بل والشيخ في النهاية والتحرير واللمعة هنا لصدق الولد على الولد وولد الولد، لقوله تعالى في أكثر من آية ﴿يا بني آدم﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿يا بني إسرائيل﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾<sup>(٣)</sup>، وهو شامل لولد الولد، ولتحريم حليمة ولد الولد من قوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم﴾<sup>(٤)</sup>، إل غير ذلك من الآيات والأخبار التي استعملت لفظ «الولد» في ولد الولد.

وعن المشهور أنه لو قال: وقفت على أولادي فهو مختص بأولاده الصليبين ولم يدخل معهم أولاد الأولاد، لأن ولد الولد لا يفهم حقيقة من إطلاق لفظ الولد، وإن كان لا تمنع استعمال لفظ الولد في ولد الولد مجازاً، وأما هذه الآيات والأخبار التي استدلت بها فدخول ولد الولد إنما كان لقرائن أخرى، لا من ناحية شمول الولد لولد الولد، مع كون الاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز.

(٢) قد تقدم في الشرح تحريجها.

(٣) مجمع الزوائد ج ١ ص ٢٨٥.

(٤) سواء كان ولد ذكر أم ولد أنثى.

(١) سورة الأعراف، الآيات: ٢٦ - ٢٧ - ٣١ - ٣٥.

(٢) سورة البقرة، الآيات: ٤٠ - ٤٧ - ١٢٢.

(٣) سورة النساء، الآية: ١١.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٣.

وأجاب المصنف في الشرح<sup>(١)</sup> عن الأدلة الدالة على الدخول بأنه<sup>(٢)</sup> ثم من دليل خارج<sup>(٣)</sup>، وبأن اسم الولد لو كان شاملاً للجميع لزم الاشتراك<sup>(٤)</sup>، وإن عورض بلزوم المجاز<sup>(٥)</sup> فهو أولى، وهذا<sup>(٦)</sup> أظهر، نعم لو دلت قرينة على دخولهم كقوله: «الأعلى فالأعلى» اتجه دخول من دلت عليه<sup>(٧)</sup>، ومن خالف في دخولهم<sup>(٨)</sup> كالفاضلين فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده، فإنه حينئذ يدخل أولاد البنين والبنات بغير إشكال، وعلى تقدير دخولهم بوجوه<sup>(٩)</sup> فاشتراكهم (بالسوية)<sup>(١٠)</sup>، لأن ذلك مقتضى الإطلاق، والأصل عدم التفاضل، (إلا أن يُفَضَّل) بالتصريح<sup>(١١)</sup>، أو بقوله: على كتاب الله، ونحوه، (ولو قال: على من انتسب إلي<sup>(١٢)</sup> لم يدخل أولاد البنات) على أشهر القولين، عملاً بدلالة اللغة والعرف والاستعمال.

- (١) شرح الإرشاد المسمى بغاية المراد.
- (٢) بأن الدخول.
- (٣) لا من إطلاق لفظ الولد على ولد الولد.
- (٤) لكونه موضوعاً للولد فلو كان حقيقة في ولد الولد لكان مشتركاً بينهما، وهو على خلاف الأصل إذا الأصل عدم تعدد الوضع فيه.
- (٥) بناء على أنه للولد فقط فاستعماله في ولد الولد يكون مجازاً، فإذا دار الأمر بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى، وقد حُرر في محله أنه لا يصح التمسك بهذه الاستحسانات في مقام إثبات العلة الوضعية بين اللفظ والمعنى.
- (٦) القول الثاني من كون الولد مختصاً بالصليبي عند الإطلاق.
- (٧) من دلت القرينة على دخوله.
- (٨) فلو قال: ومن خالف في عدم دخولهم وذهب إلى الدخول كالفاضلين لكان أولى.
- (٩) من الوجوه السابقة.
- (١٠) لمقتضى العدل، وقاعدة التنصيف للأئمة المختصة بالإرث لورود دليل خاص عليها هناك.
- (١١) فيجب التفضيل عملاً بالشرط.
- (١٢) لو قال وقفت هذا على من انتسب إلي، فلا يدخل أولاد البنات، لأن ولد البنت لا يُنسب إلى أمه بل إلى أبيه، وخالف السيد المرتضى اعتماداً على أن ولد البنت ولد، وقد تقدم الكلام فيه.

(الرابعة: إذا وقف مسجداً لم ينفك وقفه<sup>(١)</sup> بخراب القرية)، للزوم الوقف، وعدم صلاحية الخراب لزواله، لجواز عودها، أو انتفاع المارة به، وكذا لو خرب المسجد<sup>(٢)</sup>، خلافاً لبعض العامة، قياساً على عود الكفن إلى الورثة عند اليأس من الميت، بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن، والفرق واضح، لأن الكفن ملك للوارث وإن وجب بذله في التكفين، بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه فك الملك كالتحرير<sup>(٣)</sup>، ولإمكان الحاجة إليه بعمارة القرية، وصلاة المارة، بخلاف الكفن.

(وإذا وقف على الفقراء، أو العلوية انصرف إلى من في بلد الواقف منهم ومن حضره<sup>(٤)</sup>) بمعنى جواز الاقتصار عليهم من غير أن يتتبع غيرهم ممن يشمله

(١) وإن خربت القرية بلا خلاف فيه بيننا، لعدم بطلان مسجديته مع إمكان الانتفاع به ولو بالمارة أو بعود الحياة إلى القرية، خلافاً لأحد من العامة حيث جوز بيعه في هذا الحال، وخلافاً لمحمد بن الحسن من العامة أيضاً حيث حكم بعوده إلى ملك الواقف، قياساً على الكفن، فيما لو أخذ السبل ميتاً ويش منه، فيرجع الكفن إلى الورثة، فكذا في المسجد. وفيه: أنه قياس مع وجود الفارق وهو: أن الكفن ملك للورثة، لأن التركة تنتقل إلى الوارث بالموت، وإن وجب عليهم صرفه في تكفين مورثهم، ولما تعدر التكفين به بطل مورد صرفه فرجع إلى ملكهم مع جواز التصرف فيه بأي مورد، وهذا يتم فيما لو كان الكفن من التركة، أما لو كان من الزكاة أو من الوقف فيرجع إلى أصله، وكذا لو كان من متبرع فيرجع إليه، وهذا بخلاف الوقف فإنه قد خرج عن ملك الواقف فكيف يعود إليه.

(٢) مع عدم خراب القرية.

(٣) العتق، فالتعق فك ملك كما سيأتي.

(٤) إذا وقف على الفقراء فهو وقف على هذه الجهة المخصوصة لا على أشخاصها، ومصرفها كل من كان فقيراً، ولكن هل يجب عليه استيفاؤهم ولو كان غائباً عن البلد الذي هو فيه، لا خلاف في أنه لا يجب بل يجوز له أن يصرف نماء الوقف في فقراء بلده ومن حضر من فقراء غيرها ولا يجب عليه تتبع الجميع، لخبر النوقلي (كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان، وهم كثير متفرقون في البلاد، فأجاب: ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان، وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبّع من كان غائباً<sup>(١)</sup>)، هذا هو =

الوصف، فلو تتبع جاز، وكذا لا يجب انتظار من غاب منهم عند القسمة، وهل يجب استيعاب من حضر؟ ظاهر العبارة ذلك، بناء على أن الموقوف عليه يستحق على جهة الاشتراك، لا على وجه بيان المصرف، بخلاف الزكاة<sup>(١)</sup>، وفي الرواية دليل عليه<sup>(٢)</sup>، ويحتمل جواز الاقتصار على بعضهم<sup>(٣)</sup>، نظراً إلى كون الجهة المعينة مصرفاً، وعلى القولين لا يجوز الاقتصار على أقل من ثلاثة، مراعاة لصيغة الجمع، نعم لا تجب التسوية<sup>(٤)</sup> بينهم، خصوصاً مع اختلافهم في المزية، بخلاف الوقف على المنحصرين، فيجب التسوية بينهم بالإستيعاب، واعلم أن الموجود في نسخ الكتاب بلد الواقف، والذي دلت عليه الرواية وذكره الأصحاب ومنهم المصنف في الدروس اعتبار بلد الوقف، لا الواقف، وهو أجود<sup>(٥)</sup>.

= تحرير المسألة مع أن السابق إلى الفهم من عبارة الماتن أن أصل الوقف منصرف إليهم، وقد عرفت أن أصل الوقف لكل فقير ولذا جاز إعطاء من حضر من غيرهم، ثم لو وقف على العلوية مثلاً وكانوا منتشرين في أكثر من بلد فالحكم كذلك، والخبر المتقدم صريح في ذلك، ثم هل يجب استيعاب فقراء البلد أو لا؟ وهو مبني على أن الوقف المذكور ظاهر في استحقاق الجميع للموقوف فالأول، أو أنه ظاهر لبيان المصرف فالثاني، وهو لا يخلو من قوة نظراً للعرف.

وعلى كلي يجب إعطاء أقل الجمع، تحقيقاً لمعنى الفقراء، وقيل: هو ثلاثة، لأنه أقل الجمع عند الحققين كما في جامع المقاصد، وقيل: اثنان بناء على أنهما أقل الجمع.

- (١) فإن آية الزكاة<sup>(٢)</sup> لبيان المصرف.
- (٢) على الاشتراك، لعدم كلمة (من) في قوله عَلَيْهِمْ في الرواية المتقدمة (وهي لمن حضر البلد)، وفيه: أنها ظاهرة في بيان المصرف، بدليل التقابل بين ما حضر وبين من هو غائب.
- (٣) فلا يجب الاستيعاب.
- (٤) سواء وجب الاستيعاب أم لا، نعم لو كان الوقف على جماعة منحصرين قد ذكروا في متن العقد فتجب التسوية لعدم جواز الترجيح بلا مرجح، بخلاف ما هنا فإن المذكور هو الجهة لا الأشخاص، وترجح البعض على البعض لا يخرج الصرف عن الجهة.
- (٥) لعسر حمل نماء الموقوف من بلده إلى بلد الواقف عند التخايير.

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

(الخامسة: إذا أجر البطن الأول الوقف<sup>(١)</sup> ثم انقرضوا تبين بطلان الإجارة في المدة الباقية)، لانتقال الحق إلى غيرهم، وحقهم وإن كان ثابتاً عند الإجارة إلا أنه مقيد بحياتهم، لا مطلقاً<sup>(٢)</sup>، فكانت الصحة في جميع المدة مراعاة باستحقاقهم لها، حتى لو آجروها مدة يُقَطَّع فيها بعدم بقائهم إليها عادة فالزائد باطل من الابتداء، ولا يباح لهم أخذ قسطه من الأجرة، وإنما أبيع في الممكن، استصحاباً للإستحقاق بحسب الإمكان، ولأصالة البقاء.

وحيث تبطل في بعض المدة (فيرجع المستأجر على ورثة الأجر)<sup>(٣)</sup> بقسط المدة الباقية<sup>(٤)</sup> (إن كان قد قبض الأجرة، وخلف تركة) فلو لم يخلف مالاً لم يجب

(١) إذا أجر البطن الأول الوقف إلى مدة معينة ثم انقرضوا أجمع في أثنائها، فإن قلنا إن الموت يبطل الإجارة في الملك المطلق فهنا أولى، وإن لم نقل بذلك، فهل يبطل هنا كما عن الخلاف والبسوط والعلامة في التذكرة والتحرير والإرشاد والشهيديين والكركي وغيرهم، بل لا أجد فيه خلافاً كما في الجواهر، لأن الوقف هنا تسبيل المنفعة على الموقوف عليه مدة حياته، فلو تبين أنه قد آجره أكثر من ذلك، بطل في الزائد لعدم ملكيته لهذه المنفعة بعد موته.

وتردد المحقق في الشرائع لإطلاق ما دل على صحة الإجارة ولزومها، ثم استظهر البطلان، ولقطع دابر احتمال التردد يقال: إن البطن الثاني يتلقى الملك من الواقف بأصل الصيغة كالْبطن الأول بخلاف الوارث، فالورث ما قبل الموت هو مالك مسلط على ماله كيف شاء، فلو أجر ماله مدة معينة ثم مات في أثنائها فالإجارة نافذة ولا يجوز للوارث الفسخ، لأنه يرث ما كان ملكاً للمالك حين موته، والمالك مسلوب المنفعة لأنه مؤجر بحسب الفرض، فلو كان البطن الثاني يتلقى الملك من البطن الأول، كان تصرف الأول فيه نافذاً في حق الثاني وليس للثاني فسخه، ولكن الثاني يتلقى الملك من المالك بأصل الصيغة، وليس للأول إلا التصرف فيه حال حياته فقط، فلذا كان للبطن الثاني الخيار بين الفسخ والإجازة في الباقي كما هو المشهور بينهم.

(٢) وإن ماتوا.

(٣) وهو البطن الأول.

(٤) قال في المسالك «المراد بمقابلة التخلف أن ينسب أجرة مثله إلى أجرة مثل مجموع المدة ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة، فلو كان قد آجره سنة بمائة مثلاً، ومات بعد انقضاء نصفها، وفرض أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوي الستين، وأجرة مثل =

على الوارث الوفاء من ماله<sup>(١)</sup> كغيرها من الديون، هذا إذا كان قد أجرها<sup>(٢)</sup> لمصلحته، أو لم يكن ناظراً، فلو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل الإجارة<sup>(٣)</sup>، وكذا لو كان المؤجر هو الناظر في الوقف مع كونه غير مستحق.

---

= النصف الماضي تساوي ثلاثين، رجع بثلاثي المائة المسماة وهكذا انتهى.

(١) من مال الوارث.

(٢) البطن الأول.

(٣) لإطلاق دليلها، بعد كون البطن الأول لهم من الأجرة ما يوازي أجرتها زمن حياتهم فقط.





كتاب العطية





## (كتاب العطية)

(وهي أي: العطية باعتبار الجنس (أربعة):

..... (الأول: الصدقة<sup>(١)</sup>)

(١) وردت الأخبار الكثيرة بالحث عليها، وأنها تدفع ميتة السوء<sup>(١)</sup>، وأنها تنفي الفقر وتزيد في العمر<sup>(٢)</sup>، وأنها جنة من النار<sup>(٣)</sup>، وقد ورد (إذا أملكتم فتاجروا الله بالصدقة)<sup>(٤)</sup>، (والصدقة باليد تدفع ميتة السوء، وتدفع سبعين نوعاً من أنواع البلاء، وتُفك عن لحيبي سبعين شيطاناً كلهم يأمره أن لا يفعل)<sup>(٥)</sup>، وفي الحديث (واتقوا النار ولو بشق تمره)<sup>(٦)</sup>، وفي آخر (بكرروا بالصدقة فإن البلاء لا يتخطاها)<sup>(٧)</sup>، وفي ثالث (من تصدق بصدقة حين يصبح اذهب الله عنه نحس ذلك اليوم)<sup>(٨)</sup>، وفي رابع (إن الله الذي لا إله إلا هو ليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعذ سبعين باباً من السوء)<sup>(٩)</sup>، وفي خامس (إن الصدقة لتدفع سبعين بليّة من بلايا الدنيا مع ميتة السوء، إن صاحبها لا يموت ميتة السوء أبداً مع ما يدخر لصاحبها في الآخرة)<sup>(١٠)</sup>، وفي سادس (ليس شيء أثقل على الشيطان من الصدقة على المؤمن، وهي تقع في يد الرب تبارك وتعالى قبل أن تقع في يد العبد)<sup>(١١)</sup>، وفي سابع (الصدقة بعشرة والقرض بشمانية =

(١) (٢١ و٢٢ و٢٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصدقة حديث ٤١٧ و٤١٨ و٤١٩.

(٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الصدقة حديث ١.

(٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الصدقة حديث ٢.

(٧) (٨ و٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الصدقة حديث ٢١.

(٩) (١٠ و٩) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الصدقة حديث ١ و٢.

(١١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصدقة حديث ١.

وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول<sup>(١)</sup> إطلاق العقد على نفس العطية لا يخلو من تساهل<sup>(٢)</sup>، بل في إطلاقه على جميع المفهومات المشهورة من البيع والإجارة وغيرهما، وإنما هو دال عليها، ويعتبر في إيجاب الصدقة وقبولها ما يعتبر في غيرها<sup>(٣)</sup> من العقود اللازمة، (وقبض<sup>(٤)</sup>.....

= عشر، وصلة الاخوان بعشرين، وصلة الرحم بأربعة وعشرين<sup>(١)</sup>، ومنه يستفاد أفضلية التصدق على الرحم، بل في الخير (لا صدقة وذو رحم محتاج)<sup>(٢)</sup>، بل يستحب تقبيل الإنسان يده بعد الصدقة، ففي الخبر (كان زين العابدين عليه السلام يقبل يده عند الصدقة، فقيل له في ذلك فقال: إنها تقع في يد الله قبل أن تقع في يد السائل)<sup>(٣)</sup>، وفي خبر آخر (ما من شيء إلا وكل به ملك إلا الصدقة فإنها تقع في يد الله تعالى)<sup>(٤)</sup>.

(١) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، بل عن المشهور اعتبار ما يشترط في العقود اللازمة باعتبار أن الصدقة لازمة لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

وفيه: أن اللزوم ناشئ من جهة القرية كما سيأتي لا من جهة العقدية، هذا فضلاً عن أن السيرة المستمرة إلى زمن المعصوم عليه السلام بل وظاهر النصوص دال على تحققها بالمعاطاة، بل هذا هو الغالب فيها.

(٢) لأنه من باب إطلاق السبب على المسبب.

(٣) من كمال المتعاقدين ومقارنة القبول للإيجاب عرفاً وغير ذلك، ولكن النصوص خالية عن ذلك كله.

(٤) بلا خلاف فيه، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث)<sup>(٥)</sup>، ومثله خبر عبيد بن زرارة<sup>(٦)</sup>، وغيرها مما تقدم في كتاب الوقف، والاستدلال مبني على أهمية الصدقة الواردة في النصوص للوقف والصدقة، ولما دل على اشتراط القبض في الهبة كما سيأتي، والصدقة هبة مع زيادة نية القرية، فالدليل الثاني متين، وإن كان في الأول ضعف ظاهر، لانصراف الأخبار المتقدمة إلى خصوص الوقف، ثم الصدقة لا توجب القبض على المتصدق، فلذا كان متوقفاً على إذنه وهو المسمى بالإقباض، فلو قبضها =

(٢٥١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الصدقة حديث ٤٥٢.

(٤٥٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الصدقة حديث ٦٥٢.

(٦٥٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥٥١.

بإذن الموجب<sup>(١)</sup>، بل بإذن المالك، فإنه لو وكل في الإيجاب لم يكن للوكيل الإقباض.

(ومن شرطها القربة<sup>(٢)</sup>) فلا تصح بدونها وإن حصل الإيجاب والقبول والقبض، للروايات الصحيحة الدالة عليه، (فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض)<sup>(٣)</sup>، لتام الملك، وحصول العوض وهو القربة، كما لا يصح الرجوع في

= المعطى له من غير رضا المالك لم تنتقل إليه، لعدم حصول الإقباض.

(١) مبني على الغالب من كون المالك هو الموجب، ولذا استدرك عليه الشارح بتخصيصه بالمالك، إذ الوكيل في الإيجاب قد لا يكون وكيلاً في الإقباض.

(٢) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لصحيح هشام وحماد وابن أذينة وابن بكير وغيرهم كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عز وجل)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرها.

(٣) لأن المقصود بها الأجر وقد حصل، فهي كالهبة المعوض عنها، ولما ورد كصحيح محمد بن مسلم المتقدم، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إنما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قبته)<sup>(٣)</sup>، وخبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يرتد في الصدقة، قال: كالذي يرتد في قبته)<sup>(٤)</sup>، وخبر سماعة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق بصدقة على حميم أ يصلح له أن يرجع فيها؟ قال: لا، ولكن إن احتاج فليأخذ من حميم من غير ما تصدق به عليه)<sup>(٥)</sup>، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشترها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث)<sup>(٦)</sup>.

وعن الشيخ في المبسوط وابن البراج في مهذبه جواز الرجوع كما جاز له الرجوع في الهبة، ورّد: بالفرق بأن المقصود بالصدقة الأجر وقد حصل فهي كالهبة المعوض عنها.

وعن الشيخ في النهاية والمفيد في القنعة عدم جواز عودها إليه بالبيع أو الهبة، نعم لو عادت بالإرث جاز لصحيح منصور المتقدم، ولكنه محمول على الكراهة، لمعارضته لعموم جواز البيع الشامل لموردنا، وكذا عموم جواز الهبة.

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٣.

(٢) ٣٥٤ و٥٤٧ و٥٩٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٧ و٤٥ و٩٠.

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

الهيئة مع التعويض، وفي تفريعه بالفاء إشارة إلى أن القربة عوض، بل العوض الأخرى أقوى من العوض الديني.

(ومفروضها محرم على بني هاشم<sup>(١)</sup> من غيرهم<sup>(٢)</sup>)، إلا مع قصور خسه<sup>(٣)</sup> لأن الله تعالى جعل لهم الخمس عوضاً عنها، وحرمها عليهم، معللاً بأنها أوساخ الناس<sup>(٤)</sup>، والأقوى اختصاص التحريم بالزكاة المفروضة، دون

- = ثم مقتضى الأخبار عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد القبض لرحم كانت أو لأجنبي.
- (١) تقدم الكلام فيه مفصلاً في كتاب الزكاة، وتقدم صحيح جعفر بن إبراهيم الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: أتحل الصدقة لبني هاشم؟ قال: إنما تلك الصدقة الواجبة على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا من مكة، لأن هذه المياه عامتها صدقة)<sup>(١)</sup>، وخبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حُرِّمت على بني هاشم ما هي؟ فقال: هي الزكاة)<sup>(٢)</sup>، وظاهر هذه الأخبار عدم تحريم الكفارة والمنذور والموصى به من الصدقات ما عدا الزكاة.
- (٢) أما منهم فلا، بلا خلاف فيه، لموثق زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: صدقات بني هاشم بعضهم على بعض تحل لهم؟ قال: نعم)<sup>(٣)</sup>، ومثله غيره.
- (٣) لموثق زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (لو كان العدل ما احتاج هاشمي ولا مطلبي إلى صدقة، إن الله جعل لهم في كتابه ما كان فيه سعتهم، ثم قال: إن الرجل إذا لم يجد شيئاً حلت له الميتة، والصدقة لا تحل لأحد منهم إلا أن لا يجد شيئاً ويكون ممن تحل له الميتة)<sup>(٤)</sup>، وبقية البحث تقدمت في كتاب الزكاة.
- (٤) كما في صحيح محمد بن مسلم وأبي بصير وزرارة كلهم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: إن الصدقة أوساخ أيدي الناس، وإن الله قد حرم علي منها ومن غيرها ما قد حرمه، وإن الصدقة لا تحل لبني عبد المطلب)<sup>(٥)</sup>، وقد روى الجمهور عن النبي ﷺ (أن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس، وإنما لا =

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ٥.

(٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ٦.

(٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ٢.

المنذورة والكفارة وغيرهما، والتعليل بالأوساخ يرشد إليه، (وتجوز الصدقة على الذمي<sup>(١)</sup>) رحماً كان أم غيره، وعلى المخالف للحق<sup>(٢)</sup>، (لا الحرابي) والناصب<sup>(٣)</sup>،

= محلّ لمحمد وآل محمد<sup>(٤)</sup>.

(١) على المشهور، لعموم استحباب الصدقة، وخصوص خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يقول: لا يذبح نسككم إلا أهل ملتكم، ولا تصدقوا بشيء من نسككم إلا على المسلمين، وصدقوا بما سواه غير الزكاة على أهل الذمة)<sup>(٥)</sup>.

ونقل الشهيد في الدروس عن الحسن بن أبي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن مطلقاً، ولعله لمكاتبة علي بن بلال (كتب إليه يسأله عن الزكاة والصدقة، هل يجوز أن أدفع زكاة المال والصدقة إلى محتاج غير أصحابي، فكتب: لا تعط الزكاة والصدقة إلا أصحابك)<sup>(٦)</sup>، وخبر سدير الصيرفي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أطمع سائلاً لا أعرفه مسلماً؟ قال: نعم اعط من لا تعرفه بولاية ولا عداوة للحق، إن الله عز وجل يقول: ﴿قولوا للناس حسناً﴾، ولا تطعم من نصب لشيء من الحق أو دعا إلى شيء من الباطل)<sup>(٧)</sup> والذمي يدعو إلى الباطل، وهما معمولان على الكراهة، جمعاً بينهما وبين خير إسحاق المتقدم، وخبر عمرو بن أبي نصر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أهل البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فنتصدق عليهم؟ قال: نعم)<sup>(٨)</sup>، وخبر عبد الله بن الفضل التوفلي عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن السائل يسأل ولا يُدرى ما هو؟ قال: اعط من وقعت له الرحمة في قلبك، فقال: اعط دون الدرهم، فقلت: أكثر ما يُعطى؟ قال: أربعة دنانير)<sup>(٩)</sup>، وقال الشارح في المسالك: «يظهر من بعض الأصحاب أن الخلاف في الصدقة على الذمي كإخلاف في الوقف عليه، وقد تقدم أن فيه أقوالاً انتهى، والأقوال هي: الجواز مطلقاً، وعدمه مطلقاً، والجواز إذا كان رحماً، والجواز إذا كان أحد الوالدين، وقد عرفت جواز الوقف عليه مطلقاً، فكذا الصدقة.

(٢) لخبر سدير المتقدم.

(٣) لجواز قتلها بأي وسيلة، فلا يجوز إعادتهما بالصدقة، ولخصوص خبر عمر بن يزيد =

(١) صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٩، وكنز العمال ج ٦ ص ٤٥٤، رقم الحديث ١٦٥٠٧.

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الصدقة حديث ٦.

(٣) (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقة حديث ٧٣ و٧٠.

(٦) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقة حديث ٤.

وقيل: بالمنع من غير المؤمن وإن كانت ندباً، وهو بعيد، (وصدقة السر أفضل<sup>(١)</sup>) إذا كانت مندوبة<sup>(٢)</sup>، للنص عليه في الكتاب والسنة، (إلا أن يتهم بالترك) فالإظهار أفضل، دفعاً لجعل عرضه عرضة للتهم، فإن ذلك أمر مطلوب شرعاً، حتى للمعصوم عليه السلام كما ورد في الأخبار<sup>(٣)</sup>، وكذا الأفضل إظهارها

= (سأله عن الصدقة على النصاب وعلى الزيدية؟ فقال: لا تصدق عليهم بشيء ولا تسفهم من الماء إن استطعت، وقال: الزيدية هم النصاب)<sup>(١)</sup>.

(١) لقوله تعالى: ﴿وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم﴾<sup>(٢)</sup>، وفي الخبر عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: صدقة السر تطفي غضب الرب تبارك وتعالى)<sup>(٣)</sup>، وفي خبر عمار الساباطي (قال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا عمار السر تطفي والله في السر أفضل من الصدقة في العلانية)<sup>(٤)</sup>، ومرسل الطبرسي (صدقة السر تطفي غضب الرب وتطفي الخطيئة كما يطفى الماء النار، وتدفع سبعين باباً من البلاء)<sup>(٥)</sup>.

(٢) وأما إذا كانت واجبة فالأفضل إظهارها، لما رواه في الغوالي عن ابن عباس عن النبي ﷺ (أن صدقة السر في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفاً، وصدقة الفريضة علانيتها أفضل من سرها بخمسة وعشرين ضعفاً)<sup>(٦)</sup>، والخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كل ما فرض الله عليك فإعلانه أفضل من إسراره، وكل ما كان تطوعاً فإسراره أفضل من إعلانه)<sup>(٧)</sup>.

(٣) قال في المسالك: «لأنه لا ينبغي أن يجعل عرضه عرضة للتهم، فقد تحزج من ذلك النبي ﷺ مع بعده عنه فغيره أولى»، وقال في الجواهر: «إلا أن يتهم في ترك المواساة فيظهرها دفعاً للتهمة التي تجنب عنها سيد الرسل ﷺ، مع بُعد عنها»، ولم أعثر في طرقنا على نص يدل على ذلك، ولعله مما روته العامة، والله العالم.

(١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقة حديث ٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧١.

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقة حديث ٣٠١.

(٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقة حديث ١٠.

(٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصدقة حديث ١٣.

(٦) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١.

لو قصد به متابعة الناس له فيها، لما فيه<sup>(١)</sup> من التحريض على نفع الفقراء<sup>(٢)</sup>.

(الثاني: الهبة<sup>(٣)</sup>)، وتسمى نحلة وعطية، وتفتقر إلى الإيجاب) وهو كل لفظ دل على تملك العين من غير عوض، كوهبتك وملكتك وأعطيتك ونحلتك وأهديت إليك وهذا لك مع نيتها<sup>(٤)</sup>، ونحو ذلك، (والقبول) وهو اللفظ الدال على الرضا، (والقبض<sup>(٥)</sup>) بإذن الواهب) إن لم يكن مقبوضاً بيده من قبل، (ولو

(١) في الإظهار.

(٢) وحسن التحريض على ذلك واضح، فلذا كان مستحباً.

(٣) وهي تملك العين مجاناً في قبال البيع الذي هو تملك العين بعوض، وهذا التقابل كالتقابل بين العارية التي هي تسليط على استيفاء المنفعة مجاناً في قبال الإجارة التي هي تسليط على استيفاء المنفعة بعوض.

ويطلق على الهبة النحلة والعطية، فالنحلة بالكسر اسم للعطية والمصدر النحل بالضم، والعطية تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به فتشمل الوقف والصدقة والهبة، واعلم أن الهدية أخص من الهبة، لأن الهدية هي إعطاء شيء مجاناً مع تعظيم الموهوب، ولا تطلق النحلة إلا على تملك العقار للأولاد أو مطلق الرحم لإدراك معاشهم شفقة عليهم، وتطلق الجائزة على إعطاء السلطان أو الوالي أو نحوهما بلحاظ خصوصيه في المعطى إليه من عمل أو صنعة.

ثم إن الهبة عقد محتاج إلى الإيجاب والقبول، ويتحققان بكل لفظ يدل على ذلك، بل يتحققان بالفعل والمعاطاة على الأقوى على ما سيأتي تفصيله في كتاب البيع، فيكفي تسليم العين وتسلمها بعنوان التملك والتملك.

(٤) نية الهبة عند الإتيان بالجملة الاسمية كـ «هذا لك»، ونحوه.

(٥) لا خلاف في أن القبض شرط في الهبة في الجملة، ولكن اختلفوا في أنه شرط صحة أو شرط لزوم، ذهب إلى الأول معظم المتأخرين، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها، والصدقة جائزة عليه)<sup>(١)</sup> وموثق داود ابن الحصين عنه عليه السلام (النحلة والهبة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها، قال عليه السلام: هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز)<sup>(٢)</sup>، ومرسل أبان عنه عليه السلام (النحل والهبة ما لم يقبضاً حتى يموت صاحبها هي بمنزلة =

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الهبات حديث ٧.

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الهبات حديث ٢.



وهو ما بيده لم يقتصر إلى قبض جديد، ولا إذن فيه<sup>(١)</sup> ولا مُضيّ زمان يمكن فيه قبضه، لحصول القبض المشروط، فأغنى عن قبض آخر، وعن مُضيّ زمان يسعه، إذ لا مدخل للزمان في ذلك مع كونه مقبوضاً، وإنما كان<sup>(٢)</sup> معتبراً مع عدم

= الميراث، وإن كان لصبي في حجره فهو جائز<sup>(٣)</sup>.

ونُسب الثاني إلى جماعة منهم أبو الصلاح والعلامة في المختلف بل وإلى الشيخين وابني حمزة والبراج، لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام «الهبية جائزة قبضت أو لم تقبض، فُسِّمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتى تقبض، وإنما أراد الناس ذلك فأخطأوا»<sup>(٤)</sup>، وخبر عبد الرحمان بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها، عُلِّمت أو لم تعلم، فهي جائزة»<sup>(٥)</sup>.

وفيه: أنهما لا يقاومان الأخبار المتقدمة المنجبة بعمل المشهور، فضلاً عن أن ظاهرهما عدم شرطية القبض أبداً، لا كونه شرطاً في اللزوم كما هو المدعى، مع أن التفريق بين الهبة والنحلة كما في صحيح أبي بصير على خلاف المذهب من اتحاد الحكم فيهما، وأيضاً لا معنى لجعل القبض شرطاً في اللزوم مع أن الهبة جائزة غير لازمة حتى بعد القبض، إلا في موارد كالهبة على ذي الرحم ونحو ذلك.

ثم إذا كان القبض شرطاً في الصحة فالمقد لا يوجهه، فيتوقف القبض على إذن المالك، لأنه تصرف في ماله، هذا كله إذا لم يكن مقبوضاً من قبله قبل الهبة، وإلا فلا داعي للإقباض بعد ذلك، لأنه مقبوض على كل حال كما عليه المشهور، وعن الشيخ ويجوز ابن سعيد لو كان الموهوب في يد الموهوب له فيشترط إذن الواهب بالقبض ولو من اقراره له ويشترط مضي زمان يمكن فيه القبض، وفيه: أنه مقبوض فلا داعي لتجديد القبض.

وعن العلامة في المختلف والتذكرة أنه لا فرق بين كونه في يد الموهوب له بإيداع أو عارية أو غصب، وعن جماعة التفريق بين القبض بإذنه سابقاً فلا يشترط تجديد القبض، وبين الغصب فيشترط تجديد القبض، حيث لا يد للغاصب عليه شرعاً فيده يد عدوان وقبضه حالة الغصب كلا قبض.

(١) في القبض.

(٢) الزمان.

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الهبات حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الهبات حديث ٤ و٣.

القبض، لضرورة امتناع حصوله بدونه<sup>(١)</sup>، وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع، أو عارية، أو غصب، أو غير ذلك، والوجه واحد، وقيل: بالفرق بين القبض بإذنه وغيره، وهو حسن، إذ لا يد للغاصب شرعاً، (وكذا إذا وهب الولي الصبي)، أو الصبية (ما في يد الولي كفى الإيجاب والقبول) من غير تجديد القبض، لحصوله<sup>(٢)</sup> بيده<sup>(٣)</sup>، وهي بمنزلة يده<sup>(٤)</sup>، ولا مُضيّ زمان، وقيل: يعتبر قصد القبض عن الطفل، لأن المال المقبوض بيد الولي له فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف وهو القصد، وكلام الأصحاب مطلق.

(ولا يشترط في الإبراء) وهو إسقاط ما في ذمة الغير من الحق (القبول)<sup>(٥)</sup>،

(١) ضرورة امتناع حصول القبض بدون الزمان.

(٢) الموهوب.

(٣) بيد الولي.

(٤) بمنزلة يد الصبي وكذا الصبية، بلا خلاف فيه، لموثق داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (النحلة والهبية ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال عليه السلام: هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز)<sup>(١)</sup>، ومثله مرسل أبان المتقدم<sup>(٢)</sup>.

قال الشارح في المسالك: «بقي في المسألة بحث آخر وهو: أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتحضر القبول لها - كما تقدمت الإشارة إليه - ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلامة (ره)، لأن المال المقبوض في يد الولي فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف وهو القصد، وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، وينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة ويلزم بذلك» انتهى، ويدفع هذا الكلام من اعتبار قصد القبض عن الطفل إطلاق الخبرين المتقدمين.

(٥) لو وهب الدين لمن هو عليه فلا يحتاج إلى قبض، لأن ما في الذمة مقبوض عليه، ولكن هل تحتاج الهبة حينئذٍ إلى القبول، فالظاهر الاحتياج لأنها عقد، وهذه الهبة تنفيذ مفاد الإبراء الذي هو إسقاط ما له في ذمة الغير، وعليه فهل يحتاج الإبراء إلى قبول، فعن المشهور العدم، لأنه إسقاط لا نقل شيء إلى الغير، فهو بمنزلة تحرير العبد، ولقوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾<sup>(٣)</sup>، حيث اكتفى في سقوط =

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

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الهبات حديث ١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

لأنه إسقاط حق، لا نقل ملك، وقيل: يشترط لاشتماله على المنة، ولا يجبر على قبولها كهبة العين، والفرق واضح<sup>(١)</sup>، (وكذا لا) يشترط (في الهبة القربة) للأصل<sup>(٢)</sup>، لكن لا يثاب عليها بدونها<sup>(٣)</sup>، ومعها<sup>(٤)</sup> تصير عوضاً كالصدقة.

(ويُكره تفضيلُ بعض الوُلد على بعض<sup>(٥)</sup>) وإن اختلفوا في الذكورة

- = الحق بمجرد العفو، والقبول لا دخل له في مسماه، وعن الشيخ في المبسوط وابن زهرة في الغنية والحلي في سرائره اشتراط القبول في الابرء، لاشتماله على المنة، فلو لم يعتبر القبول لأجبر على المنة، وأجيب بالفرق بين التملك والاسقاط.
- هذا واعلم أن الكثير منهم كالماتن والشارح هنا حرروا المسألة بلفظ الابرء، وهو خارج عن أبحاث الهبة، فالأولى البحث أولاً في هبة ما في الذمة ثم في الابرء، نعم هبة ما في الذمة تنفيذ فائدة الابرء كما عرفت، لا أنها نفسه كما قد يتوهم.
- (١) الفرق بين هبة العين المقيدة للتمليك وبين الابرء الذي هو الاسقاط.
- (٢) وللأخبار، منها: خبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (وما لم يُعطِ الله وفي الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تُحز)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى وجه الله، وقال: الهبة والنحلة يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تُحز، إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيه)<sup>(٢)</sup>، وظاهره عدم اشتراط القربة في الهبة كما هو واضح.
- (٣) إذ الثواب متوقف على التقرب.
- (٤) ومع القربة فهي صدقة كما عن العلامة في التذكرة، وضعفه ظاهر، للفرق بين القربة المحققة لمعنى الصدقة وبين القربة بصدور الهبة، فالثاني مباح صدر بداعي التقرب لأغراض مشروعة، فيرتب عليه الثواب، ولا يغير شيئاً من معناه.
- (٥) يجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية بلا خلاف فيه، إلا من ابن الجنيث حيث حُكي عنه الحرمة، وكذا عدى الحكم إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب، وهو ضعيف، لأن الناس مسلطون على أموالهم كما في النبوي<sup>(٣)</sup>، ولما سيأتي من الأخبار والمشهور على أنه جائز على كراهة، بلا فرق بين حالتي الصحة والمرض، وبين حالتي العسر واليسر، وعن العلامة في المختلف أن الكراهة عند المرض أو الاعسار، لخبر سماعة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده، فقال: أما إذا كان صحيحاً =

(٢٥١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الهبات حديث ٢٥١.

(٣) غوالي الكافي ج ٢ ص ١٣٨، حديث ٣٨٣.

والأنوثة، لما فيه من كسر قلب المفضّل عليه، وتعريضهم للعداوة، وزوي أن النبي ﷺ قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: (أكلٌ ولديك أعطيت مثله؟ قال: لا، قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم) فرجع في تلك العطية، وفي رواية أخرى:

= فهو ماله يصنع به ما شاء، وأما في مرضه فلا يصلح<sup>(١١)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله ﷺ (عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية، فقال: إن كان موسراً فنعلم، وإن كان معسراً فلا)<sup>(١٢)</sup>، وخبر جراح المدايني عن أبي عبد الله ﷺ (عن عطية الوالد لولده بيينة، قال: إذا أعطاه في صحته جاز)<sup>(١٣)</sup>، وفيه: أن الأخير ليس ظاهراً في مدعاه، بل هو ظاهر في جواز الإعطاء في حال الصحة، لأنه نافذ من الأصل، بخلاف ما لو أعطاه في حال مرض الموت، وكذا خبر سماعة، فلم يبق إلا خبر أبي بصير معترضاً بالنبوي العامي، أنه قال لبشير بن سعد لما نحل ابنه النعمان غلاماً: (أكل ولديك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: أردده)<sup>(١٤)</sup>، وفي آخر (فارجمه) وفي ثالث (فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، فرجع أبي في تلك الصدقة)، وفي رابع (لا تشهدني على جور)، مضافاً إلى ما فيه من إثارة الشحنة والبغضاء والحسد، فالأقوى الكراهة مطلقاً حيثيذ، نعم استقرب العلامة عدم الكراهة إذا كان التفضيل لمعنى يقتضيه كسدة حاجة وزمانة أو اشتغال بعلم، أو التنويه بمزيتة وفضله، وعليه يحمل فعل الاثمة ﷺ للتفضيل، وهذا الذي ذكرناه من الكراهة مطلقاً إلا ما استثنى يقتضيه الجمع بين ما تقدم وبين خبر محمد بن قيس (سألت أبا جعفر ﷺ عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض، فقال: نعم ونساءه)<sup>(١٥)</sup>، وخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ﷺ (سألت عن الرجل يكون له الولد من غير أم يفضل بعضهم على بعض؟ قال: لا بأس)<sup>(١٦)</sup>، وخبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبي عبد الله ﷺ (في الرجل يخص بعض ولده ببعض ماله، فقال: لا بأس بذلك)<sup>(١٧)</sup>، وخبر ابن جعفر عن أخيه ﷺ (سألت عن الرجل يحلّ له أن يفضل بعض ولده على بعض؟ قال: قد فضّلت فلاناً على أهلي وولدي فلا بأس)<sup>(١٨)</sup>، وخبر معاوية وأبي كهمس عن أبي عبد الله ﷺ يقول (صنع ذلك - أي التفضيل - عليّ ﷺ بابنه الحسن، وفعل ذلك الحسين بابنه عليّ، وفعله أبي بي، وفعلته

(١٩)

(١٢) (٣ و٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوصايا حديث ١١ و١٢ و١٤.

(١٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٩٢ - ٢٩٣، رقم الحديث: ١١٩٩٣ و ١١٩٩٢ و ١١٩٩٤ و ١١٩٩٥.

(١٥) (٧ و٨ و٩) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الهبات حديث ٢ و٤ و٦ و٣.

(لا تُشهدني على جور)، وحيث يفعل يستحب الفسخ مع إمكانه للخبر<sup>(١)</sup>، وذهب بعض الأصحاب إلى التحريم، وفي المختلف خصُّ الكراهة بالمرض والإعسار، لدلالة بعض الأخبار عليه، والأقوى الكراهة مطلقاً، واستثنى من ذلك ما لو اشتمل المفضَّل على معنى يقتضيه، كحاجة زائدة، وزمانة، واشتغال بعلم، أو نقص المفضَّل عليه بسفه، أو فسق، أو بدعة، ونحو ذلك.

(ويصح الرجوع في الهبة بعد الإقباض ما لم يتصرف الموهوب<sup>(٢)</sup>) تصرفاً

(١) تقدم ذكره.

(٢) اعلم أن الهبة إذا تمت بالعقد والقبض فهي من العقود الجائزة، وإن الأصل في العقود

اللزوم، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>، لدلالة الأخبار الكثيرة على جوازها.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له)<sup>(٢)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الهبة والنحلة يرجع فيهما إن شاء، حيزت أو لم تُحز، إلا لذي رحم)<sup>(٣)</sup>، وصحيح عبد الرحمان بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يهب الهبة أُرجع فيها إن شاء أم لا؟ قال عليه السلام: تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب من هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء)<sup>(٤)</sup>.

والرجوع مكروه جمعاً بين ما تقدم وبين خبر جراح المدايني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته)<sup>(٥)</sup>، وخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام (أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها)<sup>(٦)</sup>، ومثلها غيرها.

هذا ولا يجوز الرجوع فيها في موارد:

الأول: فيما إذا كانت الهبة لأحد الأبوين أو الأولاد بلا خلاف فيه، إلا من المرتضى في الانتصار حيث جعلها جائزة، وهو شاذ، والغريب أنه ادعى الاجماع، مع أن الأمر بالعكس كما عرفت، ويدل على الحكم أخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم وصحيح عبد الرحمان وعبد الله بن سليمان المتقدمان، =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

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

(٣) (٤٥٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الهبات حديث ١ و٢.

(٤) (٦٥٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الهبات حديث ٤٥٣.

وموثق داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (الهيئة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هو ميراث، فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فإنه جائز)<sup>(١)</sup>، والجائز بمعنى اللازم.

الثاني: فيما لو كانت الهيئة لذوي الرحم كما عليه المشهور، للصحيحين المتقدمين.

وعن الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والخلي في موضع من سرائره جواز الرجوع، لموثق داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت هل لأحد أن يرجع في صدقة أو هبة؟ قال: أما ما تصدق به لله فلا، وأما الهيئة والنحلة فله أن يرجع فيها، حازها أو لم يجزها وإن كانت لذوي قرابة)<sup>(٢)</sup>، ومثله مرسل أبان<sup>(٣)</sup>، وصحيح المعلل بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٤)</sup>، وهي لا تصلح لمعارضة ما تقدم لأنها أكثر عدداً، نعم عن الكفاية الجمع بينها بالحكم بالكراهة. وما عليه المشهور هو الأولى، ثم المراد بالرحم هو مطلق القريب وإن بغدت لحمته وجاز نكاحه للصدق العرفي، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يجرم نكاحه فشاذ عجوج بما عرفت.

نعم وقع الخلاف بينهم في جواز الرجوع في هبة كل من الزوجين للآخر، فذهب الفاضل وولده والمقداد وثانسي المحققين والشهيد بن جماعة إلى عدم جواز الرجوع، لصحيح زوارة عن أبي عبد الله عليه السلام (ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحجز، لأنه الله تعالى يقول: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتوهن شيئاً﴾، وقال: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾، وهذا يدخل فيه الصداق والهيئة)<sup>(٥)</sup>، وصحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السلام (عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أيجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده)<sup>(٦)</sup>، ومفهومه إن لم تكن كذلك فلا يجوز، مع العلم أن الحكم فيها من ناحية كونها زوجة، وجواز الأخذ من حيثية كونها أم ولد لأنها أمة مملوكة لسيدها، فهي وما تملك له.

وعن الأكثر الكراهة جمعاً بين ما تقدم وبين صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سئل عن رجل كانت له جارية فأذته امرأته فيها فقال: هي عليك صدقة، فقال: إن =

(١) الرسائل الباب - ٥ - من أبواب الهبات حديث ٢.

(٢) ٣ و ٤) الرسائل الباب - ٦ - من أبواب الهبات حديث ٣ وملحقه و ٤.

(٥) الرسائل الباب - ٧ - من أبواب الهبات حديث ١.

(٦) الرسائل الباب - ١٠ - من أبواب الهبات حديث ٢.

كان قال ذلك لله فليعضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها<sup>(١١)</sup>، والأقوى الأول، لصراحته بعد حمل صحيح ابن مسلم على ما قبل القبض.

الثالث: فيما لو كان الموهوب أجنبياً وقد تلفت العين فلا يجوز الرجوع على المشهور، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له)<sup>(١٢)</sup>.

وعن المرتضى جواز الرجوع مطلقاً، وهو ضعيف لعدم الدليل له، وما تقدم تعرف أنه لا فرق بين كون التلف من قبل الله تعالى وغيره، بل ومن نفس الموهوب له.

الرابع: فيما لو كان الموهوب أجنبياً وقد عُوِّض عنها ولو كان العوض يسيراً، بلا خلاف فيه حتى من السيد المرتضى، للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن ستان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا عُوِّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع)<sup>(١٣)</sup>، وصحيح عبد الرحمان بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء)<sup>(١٤)</sup>.

الخامس: فيما لو كان الموهوب له أجنبياً وقد تصرف بالهبة تصرفاً أوجب نقلها عن ملكه، أو أوجب تغيير صورتها.

وهنا اختلفوا على أقوال:

الأول: أن التصرف المذكور موجب للزوم عقد الهبة فلا يجوز الرجوع، وهو المنسوب إلى المشهور، واستدل له بخير إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام (أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، وقال رسول الله ﷺ: من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته)<sup>(١٥)</sup>، وأطال الشارح في المسالك في إقامة الأدلة على هذا القول وأنهاها إلى تسعة، ولا محصل في أكثرها، وعمدتها هذا الخبر، على أنه مشتمل على ابن عبد الحميد وهو واقفي، وعلى ابن حماد وهو غالي، وعلى =

- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الهبات حديث ٢.
- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الهبات حديث ١.
- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الهبات حديث ١.
- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الهبات حديث ١.
- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الهبات حديث ٤.

متلفاً للعين، أو ناقلاً للملك، أو مانعاً من الرد كالإستيلاء، أو مغتيراً للعين كقصارة<sup>(١)</sup> الثوب، ونجارة الخشب، وطحن الخنطة على الأقوى<sup>(٢)</sup> في الأخير،

= إبراهيم بقول مطلق وهو مشترك بين الثقة والضعيف، فضلاً عما تقدم من أنه محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين ما دل على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض.

الثاني: أن التصرف المذكور لا يوجب اللزوم، وهو مختار المحقق في الشرائع ومختصر النافع وسلاور وأبي الصلاح وقد نُسب إلى ابن الجنيد، وقد استدل لهذا القول بعمومات الأخبار المتقدمة أو إطلاقها الدالة على جواز الرجوع بعد القبض ما لم تكن الهبة لذی القربى، وفيه: أنها ليست في مقام البيان من هذه الجهة، واستدل بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له)<sup>(١)</sup>، وبقاء العين شامل لحالتي التصرف وعدمه، فيجوز الرجوع ما قبل التلف فقط.

الثالث: التفصيل بين التصرف الموجب للنقل والخروج عن الملك أو المغتير للصورة كنجارة الخشب وقصارة الثوب فإنه يوجب اللزوم وإلا كالركوب والسكنى واللبس وغيرها مما هو استيفاء المنفعة فقط فلا، وإليه ذهب ابن حمزة والشهيد في الدروس وجماعة من التأخرين، لصحيح الحلبي المتقدم، لأنه مع تغيير الصورة النوعية للهبة لا يصدق قيام الهبة بعينها، لأن التبادر بقاؤها بأوصافها التي كانت عليها، وكذا مع نقلها لا يصدق بقاؤها عرفاً، لأن ذلك منزل منزلة التلف، فضلاً عن أن الخبر منصرف إلى بقاء عينها عند الموهوب له، ومع النقل فلا يتحقق ذلك، وهذا هو الأقوى.

ثم لما كان هذا القول الثالث راجعاً إلى القول الأول وليس هو شيء مستقل، حزر جماعة المسألة على قولين، فما فعله الشارح في المسالك وجماعة من تحرير المسألة على ثلاثة أقوال ليس في محله، وعلى ما تقدم تعرف أن العمدة في مستند الحكم في المسألة هو صحيح الحلبي فقط، وهذا ما اعترف به صاحب الجواهر وصاحب العروة وغيرهما، فتكثير الأدلة والاستحسانات كما فعل الشارح في المسالك أيضاً ليس في محله.

(١) قُضِرَ الثوب أي: بيضته، والفاعل قَصَّار.

(٢) لأن الطحن مغتيرٌ لصورة الخنطة وإن بقيت حقيقتها، ولم أجد من خالف في ذلك، نعم بعض المحشين جعل الاقوائية في قبالة احتمال أن يقال: الطحن لم يغير الحقيقة، فالعين باقية وإن تغير الاسم، وهو مردود لتغير الصورة عرفاً.



وقيل: مطلق التصرف، وهو ظاهر العبارة<sup>(١)</sup>، وفي تنزيل موت المتهب منزلة التصرف، قولان: من عدم وقوعه منه<sup>(٢)</sup> فنتناوله الأدلة المجوزة للرجوع، ومن انتقال<sup>(٣)</sup> الملك عنه بالموت بفعله تعالى، وهو أقوى من نقله بفعله، وهو أقوى، وخيرة المصنف في الدروس والشرح<sup>(٤)</sup>، (أو يُعَوِّض) عنها بما يتفقان عليه، أو بمثله، أو قيمتها مع الإطلاق<sup>(٥)</sup>، (أو يكن رحماً) قريباً وإن لم يحرم نكاحه، أو يكن زوجاً أو زوجة على الأقوى، لصحيفة وزارة.

(ولو عابت لم يرجع بالأرض على الموهوب<sup>(٦)</sup>).....

(١) وقد عرفت أن مرادهم هو التفصيل.

(٢) عدم وقوع انتقال الملك منه، وهو دليل على كون الموت ليس بمنزلة التصرف الموجب للزوم، وفيه: أن ظاهر صحيح الحلبي هو جواز الرجوع ما دامت الهبة قائمة بعينها عند الموهوب له، ومع موته فتنقل إلى الوارث فلا يصدق قيامها بعينها عند الموهوب له فالأقوى أنه بمنزلة التصرف الموجب للزوم الهبة.

(٣) دليل على كون الموت بمنزلة التصرف الموجب للزوم.

(٤) شرح الارشاد المسمى بغاية المراد.

(٥) كل ذلك للأخبار التي تقدمت في المورد الرابع.

(٦) إذا رجع الواهب في الهبة حيث يجوز له الرجوع، فإما أن تكون العين بحالها لم تنفص ولم تزد ولم تتغير، أو تكون ناقصة بما يوجب الأرض أو لا، أو تكون زائدة زيادة في القيمة أو النماء المتصل أو المنفصل، أو تكون متغيرة بما يطرأ عليها من الأعمال كالنجارة والقضارة والطحن أو الامتزاج.

وعلى كل فإذا جاز للواهب الرجوع في هبته وقد عابت بزيادة أو نقصان لم يرجع بالأرض بلا خلاف فيه، لأنه حدث في عين مملوكة للموهوب له، وقد سلطه مالكاها على إتلافها مجاناً، فليست مضمونة عليه، سواء كان التعيب بفعله أم لا.

ولو زادت زيادة متصلة كالسفن على وجه تكون الزيادة جزءاً من العين فهي للواهب بلا خلاف فيه، لأن هذه الزيادة بحسب الفرض جزء من العين التي يجوز للواهب الرجوع فيها.

ولو زادت زيادة منفصلة كالثمرة والولد، فإن كانت متجددة كانت للموهوب له، لأنها نماء ملكه، وإن كانت حاصلة وقت العقد فهي للواهب، لأنها حينئذ من الهبة التي يجوز الرجوع فيها، بلا خلاف في ذلك كله، وعن ابن حمزة أن الحمل المتجدد في ملك =

وإن كان بفعله<sup>(١)</sup>، لأنها غير مضمونة عليه، وقد سلطه على إتلافها مجاناً فأبعاضها أولى، (ولو زادت زيادة متصلة) كالسَّمْن، وإن كان بعلف المُتَّهَب (فللواهب) إن جوزنا الرجوع حيثئذ، (والمنفصلة) كالولد واللبن (للموهوب له)، لأنه نماء حدث في ملكه فيختص به، سواء كان الرجوع قبل انفصالها<sup>(٢)</sup> بالولادة والحلب<sup>(٣)</sup>، أم بعده، لأنه منفصل حكماً، هذا إذا تجددت الزيادة بعد ملك المتهب بالقبض، فلو كان قبله فهي للواهب.

(ولو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث) على أجود القولين<sup>(٤)</sup> (إلا أن يميز الوارث<sup>(٥)</sup>) ومثله ما لو فعل ذلك في حال الصحة، وتأخر القبض<sup>(٦)</sup> إلى المرض، ولو شرط في الهبة عوضاً يساوي الموهوب نفذت من الأصل<sup>(٧)</sup>، لأنها معاوضة بالمثل، كالبيع بثمان المثل.

(الثالث: السكنى<sup>(٨)</sup>) وتوابعها، وكان الأولى عقد الباب للعُمري<sup>(٩)</sup>، لأنها

= الموهوب له هو جزء من العين التي هي الأم، فلو رجع الواهب في الأم كان له الحمل، وهو ضعيف جداً.

(١) وإن كان العيب بفعل الموهوب له.

(٢) انفصال الزيادة.

(٣) كالحمل واللبن، وكذا الثمرة قبل قطافها، فهي منفصلة شرعاً وإن اتصلت حساً.

(٤) كما سيأتي تفصيله في كتاب الحجر.

(٥) فلو أجاز نفذت من الأصل.

(٦) الذي هو شرط الصحة في الهبة والوقف والصدقة.

(٧) سيأتي دليله في كتاب الحجر.

(٨) كما لو قال: «اسكنتك هذه الدار مدة معينة أو مدة عمري أو مدة عمرك» وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على ملك صاحبه.

(٩) كما لو قال «اسكنتك هذه الدار مدة عمري أو عمرك»، وسميت العمري لاقتران

السكنى بالعمر، والسكنى أعم، لأن السكنى هي التسليط على سكنى الدار، سواء أطلق فقال: «اسكنتك داري» أو «لك سكناها» أم قدره بعمر أحدهما كما لو قال «لك سكنى داري مدة حياتك أو مدة حياتي»، أم قدره بزمان معين كسنة وستين مثلاً، فالجميع سكنى، وإن اختص الأخير وهو المقيد بزمان معين بلفظ الرقبى، وهو مأخوذ من =

أعم موضوعاً<sup>(١)</sup>، كما فعل في الدروس، (ولابد فيها من إيجاب وقبول<sup>(٢)</sup>) كغيرها من العقود، (وقبض)<sup>(٣)</sup> على تقدير لزومها، أما لو كانت جائزة كالمطلقة<sup>(٤)</sup> كان الإقباض شرطاً في جواز التسلط على الإنتفاع، ولما كانت الفائدة بدونها<sup>(٥)</sup> منتفية أطلق<sup>(٦)</sup> اشتراطه فيها<sup>(٧)</sup>، ويفهم من إطلاقه عدم اشتراط التقرب، وبه

= الارتقاب، وهو انتظار الأمد الذي علق عليه السكنى، أو مأخوذ من رقبة الملك، بمعنى إعطاء الرقبة للإنتفاع بها المدة المذكورة.

ويختص ما قبله وهو المفيد بمدة العمر بالعمري، وهو مأخوذ من العمر، فلذا كانت السكنى أعم، هذا مع اتحاد مورد الثلاثة في السكنى.

غير أن السكنى تختص في السكن، وأما العمري فهي أعم من ناحية المورد، إذ كما تتعلق بالسكن كذلك تتعلق بمنافع كل ما يصح وقفه من العقار والحيوان والأثاث وغيرها، فيصح أن يقول: «لك منافعها مدة عمري أو عمرك»، وكذا الرقبي، فهما أعم من السكنى بحسب المورد.

(١) لأنها تشمل السكن وغيره من منافع ما يصح وقفه، بخلاف السكنى فإنها تختص بالسكن فقط.

(٢) بل كل هذه الثلاثة تحتاج إلى إيجاب وقبول، لأنها عقد، والإيجاب كل ما أفاد التسليط المذكور بحسب المتفاهم العرفي ولا تشترط ألفاظ مخصوصة، والقبول هو كل ما دل على الرضا والقبول من الساكن، بل لا يبعد تحققهما بالفعل المفيد للتسليط والتسلط.

(٣) بلا خلاف فيه كالوقف والهبة، وهو شرط صحة كما هو كذلك في الوقف والهبة، ولا يشترط فيها قصد التقرب للأصل، وعن ابن حمزة اشتراط نية التقرب فيها، ولا دليل عليه، نعم الثواب مترتب عليها، وهذا أمر آخر.

(٤) وهي ما لو قال: «اسكنتك داري» وأطلق، فيجوز فيها الرجوع متى شاء، فلا يكون القبض شرطاً في الصحة، بخلاف ما لو قيدها بمدة معينة، فإنها تكون لازمة، ولا يصح الرجوع، فيكون القبض شرطاً في الصحة حينئذ.

(٥) بدون القبض.

(٦) ولم يذكر اللزوم على تقديره.

(٧) اشتراط القبض في السكنى، هذا واعلم أن القبض في السكنى والعمري والرقبي موجب للزومها كما عليه المشهور للأخبار.

منها: مضمرة حران (سألته عن السكنى والعمري، فقال: الناس فيه عند شروطهم، إن =

صرح في الدروس، وقيل: يشترط، والأول أقوى، نعم حصول الثواب متوقف على نيته.

(فإن أفتت بأمد) مضبوط، (أو عمر أحدهما) المُسكن أو الساكن (لزمت) تلك المدة ومادام العمر باقياً، (وإلا) تَوَقَّتْ بأمد، ولا عمر أحدهما (جاء الرجوع فيها) متى شاء، (وإن مات أحدهما) مع الإطلاق (بطلت) وإن لم يرجع<sup>(١)</sup>، كما هو شأن العقود الجائزة، بخلاف الأولين، (ويعبر عنها) أي: عن السكنى (بالعمري) إن قرنت بعمر أحدهما، (والرُقْبِي) إن قرنت بالمدة، ويفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح للسكنى، فيكونان أعم منها من هذا الوجه، وإن كانت أعم منهما من حيث جواز إطلاقها في المسكون، مع اقترانها بالعمر والمدة والإطلاق، بخلافهما.

(وكل ما صح وقفه) من أعيان الأموال (صح إعمارها وإرقابه)<sup>(٢)</sup> وإن لم

= كان شرط حياته سكن حياته، وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا، ثم يرد إلى صاحب الدار<sup>(١)</sup>، وصحيح الحسين بن نعيم عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (سألت عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته، أو له ولعقبه من بعده، قال: هي له ولعقبه كما شرط)<sup>(٢)</sup>، نعم إذا كانت السكنى مطلقة فيجوز له الرجوع متى شاء، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل أسكن رجلاً داره ولم يوقت، قال: جائز ويخرجه إذا شاء)<sup>(٣)</sup>، وعليه يحمل خير أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أن السكنى بمنزلة العارية إن أحب صاحبها أن يأخذها أخذها، وإن أحب أن يدعها فعل أي ذلك شاء)<sup>(٤)</sup>، وعن أبي الصلاح والمقنعة والغنية وجامع الشرائع أن هذه الثلاثة من السكنى وأختها تلزم إن قصد بها القرية وإلا فلا، وقيل لا تلزم مطلقاً، وهو غير معروف القائل، ولا دليل لهم سوى أصالة عدم اللزوم، وهذه الأخبار المتقدمة حجة عليهما.

(١) لانقلها إلى الوارث فتحتاج إلى عقدٍ صريح من المالك الجديد.

(٢) بلا خلاف فيه، لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل =

(٢٠١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السكنى والحيس حديث ٢٠١.

(٤٠٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السكنى والحيس حديث ٣٠١.

يكن مسكناً، وبهذا ظهر عموم موضوعهما، (وإطلاق السكنى) الشامل للثلاثة<sup>(١)</sup> حيث يتعلق بالسكن (بقتضي سكنائه بنفسه ومن جرت عادته) أي: عادة الساكن (به) أي: بإسكانه معه كالزوجة، والولد، والخادم، والضيف، والدابة إن كان في السكن موضع معد لمثلها، وكذا وضع ما جرت العادة بوضعه فيها من الأمتعة والغلة بحسب حالها<sup>(٢)</sup>، (وليس له أن يؤجرها)، ولا يعيرها، (ولا أن يسكن غيره) وغير من جرت عادته به (إلا بإذن المُسكِن)، وقيل: يجوز أن يطلقاً<sup>(٣)</sup>، والأول أشهر، وحيث تجوز الإجارة فالأجرة للساكن.

(الرابع: التحبيس<sup>(٤)</sup>)، وحكمه حكم السكنى في اعتبار العقد، والقبض،

= لذات محرم جاريته حياتها، قال: هي لها على النحو الذي قال<sup>(١)</sup>، وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الرجل يكون له الخادم تحدمه فيقول: هي لفلان تحدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت<sup>(٢)</sup>)، وهما ظاهران في جواز العمري لكل ما يصح وقفه، وكذا الحكم في الرقي بناء على اتحاد الحكم فيهما، خصوصاً لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (العمري والرقي سواء)<sup>(٣)</sup>.

- (١) فيما لو أطلق أو قيدها بالعمر أو مدة معينة.
  - (٢) على المشهور، وخالف ابن إدريس فجوز له إسكان من شاء والإجارة، لأن منفعة هذه الدار له فيجوز له التصرف فيها كيفما شاء، وفيه: أنه ليس مالكاً للمنفعة مطلقاً، بل هو مسلط على استيفاء المنفعة على الوجه المخصوص من ناحية سكنائه فيها فقط، ومن هنا تعلم أنه لا يجوز له إسكان من شاء أو إجارته إلا برضا المالك.
  - (٣) الإجارة والإسكان بدون إذن المالك.
  - (٤) وهو حبس الملك على كل ما يصح الوقف عليه، بل عن ظاهر جماعة وصريح جماعة آخرين أنه هو وقف منقطع الآخر، ولذا لم يستقصوا الكلام في عقده وشرطه ومورده وفي الحابس والمحبوس عليه وأحكامه.
- والأصل فيه صحيح ابن أذينة (كنت شاهداً عند ابن أبي ليلى وقضى في رجل جعل =

(٢٠١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السكنى والحبيس حديث ٢٠١.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السكنى والحبيس حديث ١.

والتقييد بمدة والاطلاق) وعمله كالوقف، (وإذا حبس عبده أو فرسه) أو غيرها مما يصلح لذلك (في سبيل الله، أو على زيد لزوم ذلك، مادامت العين باقية، وكذا لو حبس عبده، أو أمته في خدمة الكعبة، أو مسجد، أو مشهد).

= بعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً، فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبي ليل، وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار.

فقال ابن أبي ليل: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى: أما أن علي بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام برذ الحبيس وإنفاذ الموارث، فقال ابن أبي ليل: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل وانتابه، فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث، قال: لك ذلك، قال: فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرذ قضيته<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الرحمان الجعفي (كنت اختلف إلى ابن أبي ليل في موارث لنا ليقسمها وكان فيه حبيس، فكان يدافعي، فلما طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: أو ما علم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر برذ الحبيس وإنفاذ الموارث، قال: فأتيته ففعل كما كان يفعل، فقلت له: إن شكوتك إلى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي: كيت وكيت، قال: فحلّفتي ابن أبي ليل أنه قال ذلك فحلّفت له ففضى لي بذلك<sup>(٢)</sup>، ومكاتبة علي بن محمد (كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم ابن محمد في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات، وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين، ثم هو حرٌ بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك؟ فكتب: لا يبيعه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم)<sup>(٣)</sup>، بناء على إرادة الحبيس من الوقف كما هو مقتضى سياقه.

هذا وقد ذكر جماعة منهم العلامة في التحرير والتذكرة والشهيدان في اللمعة والروضة هنا والمسالك وفي التنقيح وغيرها أن الحبيس عقد محتاج إلى إيجاب وقبول، بل قيل: هو ظاهر الباقي.

وعن التذكرة والمسالك واللمعة والروضة هنا اعتبار القبض، وعن جماعة أنه يشترط فيه =

- (١) الرسائل الباب - ٥ - من أبواب السكنى والحبيس حديث ١.
- (٢) الرسائل الباب - ٥ - من أبواب السكنى والحبيس حديث ٢.
- (٣) الرسائل الباب - ٣ - من أبواب السكنى والحبيس حديث ٣.

وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين إطلاق العقد وتقييده بالدوام، ولكن مع الإطلاق في حبسه على زيد سيأتي ما يخالفه<sup>(١)</sup>، وفي الدروس أن الحبس على هذه القُرب غير زيد يخرج عن الملك بالعقد، ولم يذكر هو ولا غيره حكم ذلك لو قرنه بمدة، ولا حكم غير المذكورات<sup>(٢)</sup>، وبالجمله فكلامهم في هذا الباب غير منقح، (ولو حبس على رجل ولم يعين وقتاً ومات الحابس كان ميراثاً) بمعنى أنه غير لازم كالسكنى فتبطل بالموت، ويجوز الرجوع فيه متى شاء<sup>(٣)</sup>، ولو قرن فيه بمدة لزم فيها، ورجع إلى ملكه بعدها.

واعلم أن جملة أقسام المسألة كالسكنى، إما أن يكون على قربة كالمسجد، أو على آدمي، ثم إما أن يطلق، أو يقرنه بمدة، أو يصرح بالدوام، والمحبس إما أن يكون عبداً أو فرساً، أو غيرها من الأموال التي يمكن الانتفاع بها في ذلك الوجه، ففي الآدمي يمكن فرض سائر الأموال ليستوفي منافعها، وفي سبيل الله يمكن فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والأمة والدابة إذا احتيج إليها في نقل الماء ونحوه، وغيره من الأملاك ليستوفي منفعتها بالإجارة، ويُصرف على مصالحه، وكلامهم في تحقيق أحكام هذه الصور قاصر جداً فينبغي تأمله.

= القرية كالوقف، بل هو وقف منقطع الآخر، ثم الجميع قسموا الحبس تارة على الآدمي وأخرى على غيره، فإن كان على غير الآدمي مثل الكعبة والمشهد والمسجد وغيرها من مواضع التقرب لله فلا يعود الحبس إلى ملك المالك بلا خلاف فيه، لما تقدم في كتاب الوقف والصدقة من أنه ما يعطى الله تعالى فلا يجوز الرجوع فيه.

وإن كان على الآدمي فإن لم يعين وقتاً ثم مات الحابس كان ميراثاً كما دل عليه الخبران الأولان بلا خلاف، وكذا لو عين مدة وقد انقضت كان الحبس ميراثاً لورثة الحابس على تقدير موته بلا خلاف، للزوم الوفاء بالشرط، وإنما الكلام في لزوم الحبس المطلق الذي لم يقيد بمدة قبل موت الحابس، ففي القواعد أن له الرجوع متى شاء لكونه كالسكنى المطلقة وتبعه جماعة، وربما قيل بلزومه لأنه من مقتضيات العقد.

والانصاف أن المسألة من أصلها إلى غالب فروعها غير واضحة الدليل، وليست منقحة ومحذرة في كلمات الفقهاء.

(١) من رجوع العين عند موت الحابس فيما لو كان الحبس على الآدمي.

(٢) غير العبد والفرس.



كتاب المتاجر





## (كتاب المتاجر)

«المتاجر» جمع متجر وهو مفعول من التجارة، إما مصدر ميمي بمعناها كالقتل، وهو «هنا» نفس التكب، أو اسم مكان لمحل التجارة، وهي الأعيان المكتسب بها، والأول<sup>(١)</sup> أليق بمقصود العلم، فإن الفقيه يبحث عن فعل المكلف، والأعيان متعلقات فعله، وقد أشار المصنف إلى الأمرين<sup>(٢)</sup> معاً، فيلّي الثاني<sup>(٣)</sup> بتقسيمه الأول<sup>(٤)</sup>، وإلى الأول<sup>(٥)</sup> بقوله أخيراً: «ثم التجارة تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة»، والمراد بها<sup>(٦)</sup> هنا<sup>(٧)</sup> التكب بما هو أعم من البيع<sup>(٨)</sup>، فعقد الباب بعد ذكر الأقسام<sup>(٩)</sup> للبيع خاصة غير جيد، وكان أفرادها<sup>(١٠)</sup> بكتاب، ثم ذكر البيع في كتاب كغيره<sup>(١١)</sup> مما يحصل به الإكتساب كما صنع في الدروس أولى.

(١) قبل موت الحابس.

(٢) التكب.

(٣) من التكب ومتعلقه من الأعيان.

(٤) وهو الأعيان.

(٥) حيث سيقول الماتن: «وينقسم موضوع التجارة».

(٦) التكب.

(٧) بالتجارة.

(٨) حيث وقعت في أول كتاب البيع.

(٩) حيث يقع التكب بالإجارة والصلح وغيرها من عقود المعاوضات.

(١٠) أقسام ما يتكسب به.

(١١) أفراد أقسام ما يتكسب به تحت عنوان المكاسب.

## (وفيه فصول)

(الأول: ينقسم موضوع التجارة) وهو ما يُكتسب به، ويُبَحَث فيها<sup>(١)</sup> عن عوارض اللاحقة له من حيث الحكم الشرعي (إلى محرم<sup>(٢)</sup> ومكروه<sup>(٣)</sup> ومباح<sup>(٤)</sup>)، ووجه الحصر في الثلاثة أن المكتسب به: إما أن يتعلق به نهي أو لا، والثاني المباح، والأول إما أن يكون النهي عنه مانعاً من النقيض أو لا، والأول الحرام، والثاني المكروه، ولم يذكر الحكمين الآخرين وهما: الوجوب<sup>(٥)</sup> والاستحباب<sup>(٦)</sup>، لأنهما من عوارض التجارة<sup>(٧)</sup> كما سيأتي في أقسامها، (فالمحرم: الأعيان النجسة<sup>(٨)</sup>)، .....

(١) مثل الإجارة والصلح وبقية العقود.

(٢) ويبحث في التجارة عن عوارض موضوعها اللاحقة له من حيث الحكم الشرعي.

(٣) كبيع الخمر.

(٤) كبيع الأكفان.

(٥) كبيع الأشياء المباحة.

(٦) كالصناعات الواجبة الكفائية كالطبابة.

(٧) كالزراعة والرعي.

(٨) لا من عوارض موضوعها، وغرض الشارح القول إن الأعيان بما هي هي لا تتعلق بها

الأحكام الثلاثة إلا باعتبار تعلق فعل المكلف بها، وأما الأحكام الخمسة فلا تتعلق بها،

وإنما تتعلق بالتكسب بما هو فعل مكلف وإن كان في غير هذه الأعيان، كالصناعات

الواجبة والزراعة والرعي فإنها واجبة أو مستحبة ولم تتعلق بالأعيان الخارجية، فالتقسيم

الثلاثي صحيح باعتبار العين الخارجية بلحاظ فعل المكلف، والتقسيم الخماسي صحيح

باعتبار فعل المكلف للتكسب وإن لم يتعلق بالعين.

(٩) لا يجوز التكسب بها عدا ما استثنى بلا خلاف يُعتد به، كما في الجواهر، لخبر تحف

العقول عن الصادق عليه السلام في حديث (وأما وجوه الحرام من البيع والشراء فكل أمر يكون

فيه الفساد مما هو منهي عنه من جهة أكله أو شربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو

هيبته أو عاربه أو شيء يكون فيه وجع من وجوه الفساد، نظير البيع بالربا، أو البيع للميتة أو

الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش والطيور أو جلودها، أو الخمر،

أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم، لأن ذلك كله منهي عن أكله وشربه ولبسه =

كالخمر<sup>(١)</sup> المتخذ من العنب، (والثبيذ) المتخذ من التمر، وغيرهما من الأنبذة  
 كالبتع<sup>(٢)</sup> والمززر<sup>(٣)</sup>.....

= وملكه وإمساكه والتقلب فيه، فجميع تقلبه في ذلك حرام<sup>(١)</sup>، وخبر الدعائم عن أبي عبد  
 الله عليه السلام (الحلال من البيوع كل ما هو حلال من المأكول والمشروب وغير ذلك، مما هو  
 قوام للناس وصلاح ومباح لهم الانتفاع به، وما كان محرماً أصله منهياً عنه لم يجر بيعه ولا  
 شراؤه)<sup>(٢)</sup>، والنبوي المروي في الغوالي (لعن الله اليهود حُزمت عليهم الشحوم فباعوها  
 وأكلوا ثمنها، وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه)<sup>(٣)</sup>، ومثله خبر  
 الدعائم<sup>(٤)</sup>، وأما الأخبار الخاصة فسبأت التمرض لها كل في مورده.

(١) للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل ترك غلاماً له في كرم  
 له، يبيعه عنياً أو عصيراً فانطلق الغلام فعصر خمرأ ثم باعه، قال: لا يصلح ثمنه، ثم  
 قال: إن رجلاً من بني ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم راويتين من خمر، فأمر بهما  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهريقنا، وقال: إن الذي حرم شربها حرم ثمنها)<sup>(٥)</sup>، وخبر زيد بن علي  
 عن آبائه عليهم السلام قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر وعاصرها ومعتصرها وبيعها ومشتريها  
 وساقيتها وأكل ثمنها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه)<sup>(٦)</sup>.

ومنها يعرف حكم التكبس بكل مسكر مانع، لأنه خمر كما نص عليه جماعة، بالإضافة  
 إلى خبر عمار بن مروان عن أبي جعفر عليه السلام (والسحت أنواع كثيرة منها: أجور الفواجر  
 وثمر الخمر والثبيذ المسكر)<sup>(٧)</sup>، ويُعرف حكم الفقاع، لخبر سليمان بن جعفر (قلت لأبي  
 الحسن الرضا عليه السلام: ما تقول في شرب الفقاع، فقال: خمر مجهول يا سليمان فلا  
 تشربه، أما يا سليمان لو كان الحكم لي والدار لي لجلدت شاربه ولقتلت بانه)<sup>(٨)</sup>.

(٢) وهو المتخذ من العسل.

(٣) وهو المتخذ من الخنطة.

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٢.

(٣) (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتب به حديث ٨ وملحقه.

(٥) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٦) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتب به حديث ٣.

(٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٨) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

والجعة<sup>(١)</sup> والفضيخ<sup>(٢)</sup> والنقيع<sup>(٣)</sup>، وضابطها<sup>(٤)</sup> المسكر<sup>(٥)</sup> وإن لم يكن مانعاً كالحشيصة إن لم يفرض لها<sup>(٦)</sup> نفع آخر، وقصد بيعها المنفعة المحللة.

(والفُقَاع) وإن لم يكن مسكراً، لأنه خمر استصغره الناس، (والمائع النجس غير القابل للطهارة)<sup>(٧)</sup> إما لكون نجاسته ذاتية كآليات الميتة<sup>(٨)</sup>، والمبانة من الحي، أو عرضية كما لو وقع فيه نجاسة وقتلنا بعدم قبوله للطهارة كما هو أصح القولين<sup>(٩)</sup> في غير الماء النجس، (إلا الدهن)<sup>(١٠)</sup> بجميع أصنافه، (للضوء تحت

(١) وهو المتخذ من الشعير.

(٢) وهو المتخذ من البسر، أي: التمر.

(٣) وهو المتخذ من الزبيب.

(٤) ضابط الأبتدة.

(٥) وفيه: أن ضابطها النجاسة إذ حُرِّمت من ناحية نجاستها لا من ناحية إسكارها، ومنه يعرف أن تعميمه المسكر لغير المائع كالحشيصة ليس في محله، لأن الحشيصة طاهرة بالاتفاق، بالإضافة إلى أن النجس من المسكر ما كان مانعاً بالأصالة.

نعم قد يُستدل على حرمة التكبب بالحشيصة بخبر عمار بن مروان المتقدم بناءً على ما في بعض نسخ التهذيب، (والنيذ والمسكر) وهذا ما رواه الشيخ الحرّ العاملي في وسائله، والمسكر يشمل الجامد، وفيه: أن عطف المسكر بالواو على النيذ غير موجود في بعض نسخ التهذيب وغير موجود في الكافي، ويؤيده ورود الرواية نفسها في الخصال ومعاني الأخبار<sup>(١١)</sup>، ويستدل على حرمة التكبب بها بخبر الدعائم المتقدم (وما كان محرماً أصله منهيّاً عنه لم يجر بيعه ولا شراؤه)<sup>(١٢)</sup>.

(٦) للحشيصة.

(٧) لا خلاف ولا إشكال في عدم جواز التكبب بكل مايع متنجس غير قابل للطهارة، للأخبار العامة المتقدمة في بحث الأعيان النجسة.

(٨) سيأتي الدليل عليها عند الكلام في حرمة التكبب بالميتة.

(٩) قيد لعدم قبول المتنجس غير الماء للطهارة، وقد تقدم في باب الطهارة.

(١٠) فيجوز التكبب بالدهن المتنجس من زيت أو سمن أو نحوهما، بلا خلاف فيه، للأخبار.

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

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

السماء) لا تحت الظلال في المشهور، والنصوص مطلقة، فجوازه مطلقاً متجه، والاختصاص بالمشهور تعبد، لا لنجاسة دخانه، فإن دخان النجس عندنا طاهر، لاستحاله.

وقد يُعْتَلل بتصاعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل إحالة النار له بسبب السخونة إلى أن يلقى الظلال فتأثر بنجاسته.

= منها: صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: جرد مات في سمن أو زيت أو عسل، قال: أما السمن والعسل فيؤخذ الجرد وما حوله، والزيت يستصبح به)<sup>(١)</sup>، والتفصيل باعتبار كون الزيت مائعاً بحسب الغالب بخلافهما، ويستفاد ذلك من صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (إذا وقعت الفأرة في السمن فماتت فيه، فإن كان جامداً فألقها وما يليها، وإن كان ذاتياً فلا تأكله واستصبح به، والزيت مثل ذلك)<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الفأرة تقع في السمن، أو في الزيت فتموت فيه، فقال: إن كان جامداً فتنطحها وما حولها ويؤكل ما بقي، وإن كان ذاتياً فأسرح به وأعلمهم إذا بعته)<sup>(٣)</sup>، وخبر معاوية بن وهب وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام (في جرد مات في زيت ما تقول في بيع ذلك؟ فقال: بعه وبيته لمن اشتراه ليستصبح به)<sup>(٤)</sup>.

ومقتضى الأخبار عدم اشتراط الاستصباح بتحتية السماء، وهذا ما نُسب إلى جماعة، وعن المشهور الاشتراط، لما أرسله الشيخ في المسوط قال (وروى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف)<sup>(٥)</sup>، وعلى فرض العمل به فالقييد إنما هو للتعبد المحض، لا لنجاسة دخانه كما عن بعضهم في مقام التعليل لل منع منه تحت السقف، لأنه يستلزم تنجيس السقف، وفيه: أن دخان الأعيان النجسة أو المنجسة طاهر بالاستحالة كالرماد، وعلى فرض نجاسته فتنجيس السقف ليس بمحرّم، وعن المختلف استبعاد استحالة جميع الأجزاء فيبقى منها شيء يتصاعد بسبب السخونة فيؤثر في تنجيس السقف، وهو على تقديره لا يُحْكَم بالنجاسة إلا مع العلم بذلك.

على أن هذا المرسل لا يمكن العمل به لكثرة الأخبار المطلقة، وهي صادرة في مقام البيان فلا يمكن تقيدها بهذا المرسل.

(١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث (١ و٢ و٣ و٤).

(٥) المسوط ج ٦ ص ٢٨٣.

وفيه: عدم صلاحيته<sup>(١)</sup> مع تسليمه للمنع<sup>(٢)</sup>، لأن تنجيس مالك العين لها غير محرم، والمراد الدهن النجس بالعرض كالزيت غوت فيه الفأرة ونحوه، لا بالذات كآلية الميتة<sup>(٣)</sup>، فإن استعماله محرم مطلقاً<sup>(٤)</sup>، للنهي عن استعماله كذلك<sup>(٥)</sup>.

(والميتة)<sup>(٦)</sup>.....

(١) عدم صلاحية التعليل، لأن تنجيس السقف من قبل صاحبه ليس محرماً.  
(٢) إذ لا نسلم خصوصاً في السقف العالي، ولذا لا يحكم بالتنجيس إلا مع العلم بوصول هذه الأجزاء، وأنى لنا حصوله.

(٣) بل وكذا المأخوذة من الحي، فهي ميتة، ولكن خُصت بالذكر لورود الأخبار بها.  
منها: خير الوشاء (سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت: إن أهل الجبل تثقل عندهم آليات الغنم فيقطعونها، قال: هي حرام، قلت: فنستصبح بها؟ فقال: أما تعلم أنه يصيب اليد والشوب وهي حرام)<sup>(١)</sup>، وخير الكاهلي (سأل رجل أبا عبد الله وأنا عنده عن قطع آليات الغنم، فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: إن في كتاب علي عليه السلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به)<sup>(٢)</sup>، وخير أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في آليات الضأن تقطع وهي أحياء، قال: إنها ميتة)<sup>(٣)</sup>.

وهي مطلقة فتشمل حرمة الاستصباح بها ولو تحت السماء، بل يحرم كل انتفاع بها، ولكن يعارضها خبر البيزنطي صاحب الرضا عليه السلام (سألت عن الرجل يكون له الغنم يقطع من آلياتها وهي أحياء، أ يصلح أن ينتفع بما قطع؟ قال: نعم يذبيها ويُسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها)<sup>(٤)</sup>، ومثله خير الحميري في قرب الإسناد<sup>(٥)</sup>، وهو الأقوى، لجواز الانتفاع بالميتة ومنها آلياتها بكل ما لا يتوقف على طهارتها كما سيأتي.  
(٤) ولو تحت السماء.

(٥) مطلقاً.

(٦) فيحرم التكسب بها بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (السحت ثمن الميتة وثمر الكلب وثمر الخمر، ومهر البغي والرشوة في الحكم وأجر الكاهن)<sup>(١)</sup>، وفي وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام (يا علي من السحت ثمن الميتة وثمر الكلب وثمر الخمر ومهر الزانية والرشوة في الحكم وأجر الكاهن)<sup>(٢)</sup>.

(١ و٢) (٣ و٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و١ و٣.

(٥ و٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ وملحقه.

(٦ و٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩ و٥.

وأجزائها التي تحملها الحياة، دون ما لا تحمله<sup>(١)</sup>، مع طهارة أصله بحسب ذاته<sup>(٢)</sup>، (والدم)<sup>(٣)</sup> وإن فرض لها<sup>(٤)</sup> نفع حُكْمِي<sup>(٥)</sup> كالصنغ، (وأرواث وأبوال غير المأكول)<sup>(٦)</sup>.....

(١) كالشعر والصوف، فيجوز التكبس بها، لأن مناط حرمة التكبس بالميتة نجاستها كما هو صريح خبر تحف العقول المتقدم (أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام) إلى آخره، وما لا تحمله الحياة من الميتة طاهر، ومنه يُعرف جواز التكبس بالميتة الطاهرة، كميته السمك وما لا نفس له.

(٢) فيشمل الجلال، لأن نجاسته عرضية.

(٣) بلا خلاف في عدم جواز التكبس به، للأخبار العامة المتقدمة، ولمرفوع الواسطي (مرّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاة، نهاهم عن بيع الدم والغدد وأذان الفؤاد والطحال والنخاع والخصى والقضيب)<sup>(١)</sup>.

(٤) للدماء.

(٥) نفع معتد به عند العقلاء إلا أنه لا يزيد في الشيء عيناً، واستعرف أن كل هذه الأدلة الدالة على حرمة التكبس بالأعيان النجسة إنما هي من ناحية منافعها المقصودة من الأكل والشرب، كما هو الغالب لها في عصر صدور النص، وأما لو استجد لها منافع مقصودة غير متوقفة على طهارتها فيجوز التكبس بها لذلك، ومنه بيع الدم نقله للمرضى.

(٦) بلا خلاف فيه، للأخبار العامة المتقدمة، لأنهما نجسان، وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (ثمن العذرة من السحت)<sup>(١)</sup>، وهو محمول على عذرة الإنسان أو غير مأكول اللحم جمعاً بينه وبين خبر محمد بن مضارب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس ببيع العذرة)<sup>(٢)</sup>، المحمول على عذرة ما يؤكل لحمه، ويؤيد هذا الجمع خبر سماعه بن مهران (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال: إني رجل أبيع العذرة فما تقول؟ قال: حرام بيعها وثمنها، وقال: لا بأس ببيع العذرة)<sup>(٣)</sup>، ومن البعيد اختلاف الحكم في الموضوع الواحد من متكلم واحد في مجلس واحد، فلا بد من الحمل على تعدد الموضوع.

نعم إذا كان لها منفعة مقصودة غير متوقفة على الطهارة كالنسميد ونحوه فيجوز كما =

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الأطعمة المحرمة حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.



وإن فرض لهما نفع، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً<sup>(١)</sup>، لطهارتهما، ونفعهما، وقيل: بالمتع مطلقاً<sup>(٢)</sup>، إلا بول الإبل، للإستشفاء به<sup>(٣)</sup>، (والخنزير

= ستعرف، ومنه تعرف ضعف ما قاله الشارح «وإن فرض لهما نفع».

(١) حتى لو كان بولاً لغير الإبل على المشهور، لطهارتهما، ودليل حرمة التكسب المتقدم من الأخبار العامة مختص بالنجس.

(٢) روثاً كان أو بولاً كما نُسب إلى المفيد وسلار، مع عدم تحقق النسبة إليهما إلا في البول ما عدا بول الإبل، وأما الروث فيجوز التكسب به على كل حال، للسيرة القائمة على التسميد به، فضلاً عن كون دليل حرمة التكسب مختصاً بالنجس.

نعم ذهب إلى حرمة التكسب بالأبوال، عدا بول الإبل كلُّ من الشيخ في النهاية والعلامة في التذكرة والقواعد والإرشاد فضلاً عن المفيد وسلار، لحرمة شربها فيحرم البيع تبعاً لها، لأن كل ما حرم الله أصله لا يجوز بيعه ولا شراؤه، كما تقدم في خبر الدعائم المتقدم في الأخبار العامة.

وفيه: لا نسلم بحرمة شربها، فقد ذهب السيد المرتضى وجماعة إلى جواز شربها اختياراً، وقد كانت العرب - على ما قيل - تشربها، عند إعواز الماء فلا يستخبثونها، ويشير إليه موقوف عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (مثل عن بول البقر يشربه الرجل، قال: إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه، وكذلك أبوال الإبل والغنم)<sup>(١)</sup>، وخبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شرب الرجل أبوال الإبل والبقر والغنم تُنعت له من الوجع، هل يجوز له أن يشرب؟ قال: نعم، ولا بأس به)<sup>(٢)</sup>، وهما صريحان في تساوي بول الإبل مع بولهما، على أن حرمة بيعه لحرمة شربه مختص بما إذا كان شربه هو المنفعة المقصودة منه، مع أنه قيل من فوائده المقصودة التسميد به.

(٣) للأخبار.

منها: خير المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه شكأ إليه الربو الشديد، فقال: اشرب له أبوال اللقاح، فشربت ذلك فمسح الله دائي)<sup>(٣)</sup>، واللقاح هو الإبل كما عن القاموس، وخبر الجعفري (سمعت أبا الحسن موسى عليه السلام يقول: أبوال الإبل خيرٌ من ألبانها، ويجعل الله الشفاء في ألبانها)<sup>(٤)</sup>.

(١) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطعمة المباحة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطعمة المباحة حديث ٧.

(٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطعمة المباحة حديث ٣٠٨.

والكلب<sup>(١)</sup> البريان مطلقاً<sup>(٢)</sup>، (إلا كلب الصيد<sup>(٣)</sup> والماشية والزرع والحائط)<sup>(٤)</sup>

- (١) فلا يجوز التمسك بهما بلا خلاف فيه لنجاستهما، فنشملهما الأخبار العامة المتقدمة، وللأخبار، منها: مرسل ابن أبي نجران عن الرضا عليه السلام (سألت عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنازير، وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره ويقضي دينه؟ قال: لا)<sup>(١)</sup>، وخبر السكوني المتقدم (السحت ثمن الميتة وثمان الكلب)<sup>(٢)</sup>.
- (٢) حتى الجزء الذي لا تحله الحياة، لما تقدم في كتاب الطهارة من أنه نجس، ودليل حرمة التمسك منوط بالنجاسة كما عرفت.
- (٣) لا خلاف بينهم في جواز بيع كلب الصيد إلا من العماني حيث منع من بيع الكلب مطلقاً، وهو ضعيف، للأخبار الكثيرة.
- منها: خبر العامري (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد، فقال: سحت، وأما الصيد فلا بأس)<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن ثمن كلب الصيد، فقال: لا بأس بثمنه، والآخر لا يحل ثمنه)<sup>(٤)</sup>، ومفهوم خبره الآخر عنه عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ثمن الخمر ومهر البغي وثمان الكلب الذي لا يصطاد من السحت)<sup>(٥)</sup>، وخبر الوليد العماري عنه عليه السلام (عن ثمن الكلب الذي لا يصيد، فقال: سحت، وأما الصيد فلا بأس)<sup>(٦)</sup>.
- ومقتضى الأخبار جواز التمسك بكلب الصيد مطلقاً، فما عن الشيخين من تخصيصه بالسلوقي، وهو المنسوب إلى سلوق، قرية في اليمن، ليس في محله، إلا أن يراد منه مطلق الصيد، لأن أكثر كلاب هذه القرية معلّمة.
- (٤) نُسب المنع إلى جماعة من القدماء منهم المقيد في المقنعة والشيخ في النهاية والخلاف والبسوط، وابن زهرة والقاضي ويحيى بن سعيد حيث خصوا الجواز بكلب الصيد، مع أنه يمكن إرادتهم منه المثل لكل كلب ينتفع به منفعة مقصودة، وعلى كل ذهب المشهور إلى الجواز في هذه الكلاب الثلاثة التي يجمعها الكلب الحارس، لما قاله الشيخ في البسوط: «يجوز بيع كلب الصيد، وزوي أن كلب الماشية والحائط مثل ذلك»<sup>(٧)</sup>، وخبر الغوالي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث: (لا أدع كلباً بالمدينة إلا قتلته، فهرت الكلاب حتى =

(١) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

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

(٣) ٥٤ و ٥٥ و ٦٥ و ٦٦ و ٦٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٤.

(٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

كالبستان، والجرو القابل للتعليم، ولو خرجت الماشية عن ملكه، أو حُصِد الزرع، أو استغل الحائط لم يحرم اقتناؤها، رجاء لغيرها، ما لم يطل الزمان بحيث يُلْحَق بالهَراش<sup>(١)</sup>، .....

= بلغت العوالي، فقيل: يا رسول الله: كيف الصيد بها وقد أمرت بقتلها؟ فسكت رسول الله ﷺ فجاء الوحي باقتناء الكلاب التي يُنتفع بها، فاستثنى رسول الله ﷺ كلاب الصيد و كلاب الماشية و كلاب الحرث، وأذن في اقتناؤها<sup>(٢)</sup>، وما رواه أبو الفتوح في تفسيره عن أبي رافع عن النبي ﷺ في حديث: (أنه رخص في اقتناء كلب الصيد، وكل كلب فيه منفعة مثل كلب الماشية، و كلب الحائط و الزرع، و رخصهم في اقتنائه)<sup>(٣)</sup>، وخبر محمد ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا خير في الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشية)<sup>(٤)</sup>.

بل جواز التكسب بكلب الصيد إنما هو لمنفعته، وهذا يدل على جواز التكسب بكل كلب فيه منفعة، ولذا رخص في اقتنائه رسول الله ﷺ على ما في الخبر المتقدم، ومنه تعرف حكم الجرو القابل للتعليم.

(١) وهو الكلب غير الصيود وغير الحارس، هذا وليس المحرم هو خصوص بيع الأعيان النجسة بل المحرم مطلق التكسب بها من بيع أو شراء أو جعلها ثمناً في البيع وأجرة في الإجارة و عوضاً للعمل في الجمالة، ومهراً في النكاح و عوضاً في الخلع و الصلح عليها بعوض ونحو ذلك، كل ذلك محرمة ثمنها و حرمة التقلب بها كما ورد في بعض الأخبار المتقدمة، واستثنى من حرمة التكسب بالأعيان النجسة بيع الكافر بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: موثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (في شراء الروميات، فقال: اشترهن وبعهن)<sup>(٥)</sup>، وخبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - وسألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض، ويُغِير المسلمون عليهم بلا إمام يحمل شراؤهم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم)<sup>(٦)</sup>.

ومن جهة أخرى ذهب المشهور إلى عدم جواز الانتفاع بالأعيان النجسة، لقوله عليه السلام =

(٢٠١) مستدرك الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٧٦.

(٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب أحكام الدواب من كتاب الحج حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

(٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣.

= في خير تحف العقول (فجميع قلبه في ذلك حرام)<sup>(١١)</sup>، وللأمر بإهراق الخمر في صحيح ابن مسلم المتقدم<sup>(١٢)</sup>، ومنه حكم بعدم جواز الانتفاع بالمتنجس لوحدة المناط، وفيه: أن القدر الثيقن من الأخبار المتقدمة هو حرمة الانتفاع بها بما لها من منافع مقصودة، ويتوقف استيفؤها على طهارتها كالأكل والشرب، والمفروض أنها نجسة، أما لو فرض لها منافع مقصودة، وكان استيفؤها غير متوقف على طهارتها فلا، كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بالعبء الكافر من خدمته لسيدته، وعلى جواز الانتفاع بمنافع كلب الصيد والكلب الحارس، وعلى جواز الانتفاع بالدهن المتنجس بالاستصباح، وكذا يعمل صابوناً، كخبر الدعائم عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السلام في حديث: (وسئل أمير المؤمنين عليه السلام عن الدواب تقع في السمن والعسل واللبن والزيت، قال: إن كان ذاتياً أريق اللبن واسترج بالزيت والسمن - إلى أن قال - وقال في الزيت: يعمل صابوناً إن شاء)<sup>(١٣)</sup>، وخبر الجعفریات عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت، قال: الزيت خاصة يبيعه لمن يعمل صابوناً)<sup>(١٤)</sup>، ومثله خبر ابن الأشعث<sup>(١٥)</sup>.

وعلى جواز الانتفاع بألية الغنم في الاستصباح، وهو من المنافع غير المتوقفة على طهارتها، كخبر البنظفي عن الإمام الرضا عليه السلام (عن الغنم يقطع من ألياتها وهي أحياء، يصلح له أن ينتفع بما قطع؟ قال عليه السلام: نعم يذبيها ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعهها)<sup>(١٦)</sup>، ومثله خبر الحميري<sup>(١٧)</sup> في قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام.

وعلى جواز الانتفاع بجلد الميتة، كمكاتبة أبي القاسم الصيقل وولده (كتبوا إلى الرجل عليه السلام: جعلنا الله فداك، إنا قومٌ نعمل بالسيوف ليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها ونحن مضطرون إليها، وإنما علاجنا جلود الميتة والبقال والحمير الأهلية، لا يجوز في أعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها وشراؤها وبيعها ومشتها بأيدينا وثيابنا، ونحن نصلي في ثيابنا، ونحن محتاجون إلى جوابك في هذه المسألة، يا سيدنا لضرورتنا، فكتب: اجعل ثوباً للمصلاة)<sup>(١٨)</sup>، ومكاتبة قاسم الصيقل (كتبت إلى الرضا عليه السلام: إني أعمل =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٣) و٥٥) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتب به حديث ٤ و٢ و٧.

(٦) و٧) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ وملحقه.

(٨) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتب به حديث ٤.

(وآلات اللهو)<sup>(١)</sup>

= أعماد السيوف من جلود الحمر الميتة فتصيب ثيابي، فأصلي فيها؟ فكتب إلي: اتخذ ثوباً لصلاتك<sup>(٢)</sup>، وخبر سامة (سألته عن جلد الميتة المملوح وهو الكيمخت، فرخص فيه، وقال: إن لم تمسه فهو أفضل)<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علي بن الحسين عليه السلام كان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاة ألقاه وألقى القميص الذي يليه، فكان يُسئل عن ذلك فقال: إن أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة، ويزعمون أن دباغه ذكاته)<sup>(٤)</sup>، فالأقوى جمعاً بين الأخبار جواز الانتفاع بالأعيان النجسة في استيفاء منافعها غير المتوقفة على طهارتها، بل جواز التكبس بها إذا كانت هذه المنافع مقصودة معتداً بها عرفاً، كبيع الدم للمرضى كما هو الشائع في عصورنا.

ثم لا يجوز التكبس بالعين النجسة لاستيفاء منافعها المتوقفة على طهارتها كما عرفت ولكن هل يجوز بذل المال لرفع يد الاختصاص عنها؟ قيل: نعم، لعدم صدق التكبس بالنجس، بعد عدم كون المال عوضاً عنه بل عن رفع اليد عنه، وفيه: أن حق الاختصاص يختص بالمشتركات، وأما ثبوته فيما حرم الشارع جميع منافع المقصودة منه غالباً فلا دليل عليه، فبذل المال في قبال رفع اليد عن هذا الحق غير الثابت مشكل.

(١) بلا خلاف فيه، لخبر تحف العقول عن الإمام الصادق عليه السلام (وكذلك كل بيع ملهؤ به، وكل منهبي عنه مما يتقرب به لغير الله، أو يقوى به الكفر والشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه وشراؤه وإسماكه وملكه وهبته وعاريته وجميع التقلب فيه إلا في حال تدعو الضرورة إلى ذلك - إلى أن قال - : إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكل ملهؤ به، والصليبان والأصنام، وما أشبه ذلك من صناعة الأشربة الحرام، وما يكون منه وفيه الفساد محضاً، ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه وجميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها)<sup>(١)</sup>، وخبر أبي الفتوح في تفسيره عن أبي أمامة عن رسول الله ﷺ أنه قال (إن الله تعالى بعثني هدىً ورحمة للعالمين، وأمرني أن أمحو المزامير والمعازف =

(١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الأطعمة المحرمة حديث ٨.

(٣) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب النجاسات حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

من الدف والمزمار والقصب<sup>(١)</sup> وغيرها، (والصنم)<sup>(٢)</sup> المتخذ لعبادة الكفار، (والصليب) الذي يبتدعه النصارى، (وآلات القمار)<sup>(٣)</sup> كالنرد) بفتح النون،

= الأوتار والأوثان وأمور الجاهلية - إلى أن قال - إن آلات المزامير شراؤها وبيعها وتمنؤها والتجارة بها حرام<sup>(٤)</sup>.

(١) وهو غير المزمار، وهو ما يعني به الرعاة غالباً.

(٢) بل كل هياكل العبادة المتدعة بلا خلاف فيه، لخبر تحف العقول المتقدم، وخبر الدعائم عن أبي عبد الله عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الأحرار، وعن بيع الميتة والدم والخنزير والأصنام، وعن عيب الفحل، وعن ثمن الخمر، وعن بيع العذرة)<sup>(٥)</sup>، بل وصحيح ابن أذينة الوارد في بيع الخشب لمن يعمله صنماً قال: (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام: أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذ به رابط، فقال: لا بأس به، وعن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صليباناً، قال: لا)<sup>(٦)</sup>، وصحيح عمرو بن حريث عن أبي عبد الله عليه السلام (عن التوت أبيعهُ يُصنع للصليب والصنم؟ قال: لا)<sup>(٧)</sup>، وهما دالان على حرمة بيع الصليب والصنم بالأولوية.

(٣) بلا خلاف فيه، لخبر تحف العقول المتقدم، وخبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - وأما الميسر فالنرد والشطرنج، وكل قمار ميسر، وأما الأنصاب فالأوثان التي كانت تعبد بها المشركون، وأما الأزلام فالأقذاح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية، كل هذا يبعه وشراؤه والانتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم، وهو رجس من عمل الشيطان، وقرن الله الخمر والميسر مع الأوثان)<sup>(٨)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (بيع الشطرنج حرام، وأكل ثمنه سحت)<sup>(٩)</sup>، وخبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام في حديث المناهي (نهى رسول الله ﷺ عن اللعب بالنرد والشطرنج - إلى أن قال - ونهى عن بيع النرد)<sup>(١٠)</sup>.

(١) مستدرك الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٦.

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

(٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢٠١.

(٤) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

(٥) الوسائل الباب - ١٠٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

(٦) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

(والشِطْرُنَج) بكسر الشين فسكون الطاء ففتح الراء، (والبُقَيْرِي) بضم الباء الموحدة، وتشديد القاف مفتوحة، وسكون الياء المثناة من تحت وفتح الراء المهملة، قال الجوهري: «هي لعبة للصبيان، وهي كومة من تراب حولها خطوط»<sup>(١)</sup>، وعن المصنف رحمه الله: أنها الأربعة عشر<sup>(٢)</sup>.

(وبيع السلاح) بكسر السين من السيف، والرمح، والقوس، والسهم، ونحوها (لأعداء الدين)<sup>(٣)</sup> مسلمين كانوا، أم كفاراً، ومنهم قُطَاع الطريق في حال

= وظاهر الأخبار الواردة في الآت اللهو وهياكل العبادة المتدعة وآلات القمار حرمة التكسب بها لتمحُّضها بالفساد، ولازمه عدم ترتب منفعة محللة معتد بها عند العقلاء عليها، نعم لو كُسرت وخرجت عن عناوينها المحرمة وكان مادتها قيمة فيجوز التكسب بها لزوال موضوع الحكم عنها، وكذا يجوز بيعها صحيحة إن قصد مادتها واشترط على المشتري كسرها وكان المشتري ممن يوثق بديانته كما هو مختار العلامة في التذكرة وتبعه عليه جماعة.

(١) بل هي عبارة عن كومات من التراب، في إحداها شيء مستور ومن أخرجه أخذ المال المقرر له كما عن القاموس.

(٢) ففي تفسير العياشي عن الإمام الرضا عليه السلام (إن الشطرنج والنرد وأربعة عشر وكل ما قומר عليه منها فهو ميسر)<sup>(١)</sup>، وعن مجمع البحرين «أنها صفتان من الثغر في كل صنف سبع ثغور، ويوضع في هذه الثغور شيء يلعب به، والثغر حفرة صغيرة في الأرض».

(٣) بلا خلاف فيه، لحبر تحف العقول المتقدم، ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة، قال: إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس)<sup>(٢)</sup>، ولوصية النبي صلى الله عليه وآله كما في خير حماد بن عمرو وأنس بن محمد (يا علي كفر بالله العظيم من هذه الأمة عشرة: القتات - إلى أن قال - وبتاع السلاح من أهل الحرب)<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي بكر الحضرمي (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما تقول فيمن يحمل إلى الشام السروج وأداتها؟ فقال: لا بأس أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله، إنكم في هدنة، فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج =

(١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

الحرب، أو التهيؤ له، لا مطلقاً<sup>(١١)</sup>، ولو أرادوا الإستعانة به على قتال الكفار لم يجرم<sup>(١٢)</sup>، ولا يلحق بالسلح ما يُعَدُّ جُنَّةً للقتال كالدرع والبيضة وإن كره، (وإجارة المساكن والحمولة) بفتح الحاء، وهي الحيوان الذي يصلح للحمل كالإبل

= (والسلح)<sup>(١٣)</sup>، وخبر هند السراج (قلت لأبي جعفر عليه السلام: أصلحك الله إني كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم، فلما عرفني الله هذا الأمر ضقت بذلك، وقلت: لا أهل إلى أعداء الله، فقال لي: احمل إليهم وبيعهم، فإن الله يدفع بهم عدونا وعدوكم، يعني الروم، فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا، فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك)<sup>(١٤)</sup>، وخبر السراد عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إني أبيع السلاح، فقال: لا تبعه في فتنة)<sup>(١٥)</sup>، ومكاتبة أبي القاسم الصيقل (كنتت إليه إني رجل صيقل أشتري السيوف وأبيعها من السلطان، أجازت لي بيعها؟ فكتب: لا بأس به)<sup>(١٦)</sup>.

ومقتضى الأخبار حرمة بيعه للمشركين مطلقاً كما هو ظاهر الخبرين الأولين، وحرمة بيعه للمخالفين من المسلمين حال الحرب فقط، وأما في حال الهدنة فيجوز كما هو مقتضى ظاهر بقية الأخبار، وهو اختيار المستند، ومنه تعرف ضعف إطلاق الحرمة في الجميع كما عن الشيخين والحلي والديلمي والعلامة في التذكرة والمحكي عن حواشي الشهيد، وتعرف ضعف ما عن المشهور من اختصاص الحرمة بحال قيام الحرب للمشركين والمخالفين.

ثم إن غالب النصوص على حرمة بيع السلاح، وهو ما يستعمل في الحرب للغلبة كما هو معناه العرفي كالسيف والرمح والقوس والسهم، ولكن بعضها قد اشتمل على السروج والسلاح، وفي خبر هند السراج جعل مناط الحكم تقوية العدو علينا حيث قال (فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك)، وفي خبر تحف العقول جعل مناط الحكم تقوية الكفر أو الشرك أو توهين الحق حيث قال: (أو يقوى به الكفر والشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق فهو حرام) إلى آخره، فالجموع ظاهر في حرمة بيع كل ما يوجب غلبتهم علينا وتقويتهم وتوهين الحق، فتشمل الحرمة كل ما يعتمد عليه العدو ويتقوى به كالسرج والدرع والبيضة ونحو ذلك، ومن خبر تحف العقول حيث جعل المدار على توهين الحق تعرف شمول الحكم لقاطع الطريق أيضاً.

(١) فلا يشمل حال الهدنة، وقد عرفت أنه مختص بالمخالفين دون المشركين.

(٢) كما هو صريح خبر هند السراج المتقدم.



والبغال والحمير، والسفن داخلة فيه تبعاً، (للمحرم)<sup>(١)</sup> كالخمر وركوب الظلمة وإسكانهم لأجله<sup>(٢)</sup>، ونحوه، (ويبيع العنب والتمر) وغيرهما مما يعمل منه المسكر، (ليعمل مسكراً)<sup>(٣)</sup> سواء شرطه في العقد، أم حصل الإتفاق عليه، (والخشب

(١) بلا خلاف فيه، لخبر صابر عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يؤاجر بيته فيبيع فيه الخمر، قال: حرام أجره)<sup>(١)</sup>، وهو محمول على صورة اشتراط بيع الخمر في العقد أو بُني العقد على ذلك جمعاً بينه وبين صحيح ابن أذينة، قال (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينة ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنازير، قال: لا بأس)<sup>(٢)</sup>، حيث ظاهر الصحيح جواز الإجارة لمن اتفق له المحرم، وكذا في صورة علم المؤجر باستخدام المستأجر ذلك للحرام من دون اشتراط كما سيأتي دليله.

(٢) لأجل الظلم.

(٣) مع الاشتراط في متن العقد أو بناءه عليه بلا خلاف فيه، ويدل عليه خبر صابر المتقدم الوارد في إجارة البيت ليحمل فيه خمراً مع عدم خصوصية البيت والإجارة، وهو محمول على صورة الاشتراط جمعاً بينه وبين أخبار قد دلت على جواز البيع لمن يعلم أنه يعمله خمراً.

منها: صحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب والتمر ممن يعلم أنه يجعله خمراً أو سكرأ؟ فقال: إنما باعه حلالاً في الأمان الذي يحل شربه أو أكله، فلا بأس ببيعه)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن بيع عصير العنب ممن يجعله حراماً، فقال: لا بأس به تباعه حلالاً ليجمعه حراماً، فأبعده الله وأسحقه)<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي كهمس (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام فقال: لي كرم وأنا أعصره كل سنة وأجعله في الدنان، وأبيعه قبل أن يغلي، قال: لا بأس به، وإن غلا فلا يحمل بيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً)<sup>(٣)</sup>، وصحيح رفاة ابن موسى (سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره، قال: حلال، ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شراباً خبيثاً)<sup>(٤)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن بيع العصير ممن يصنعه خمراً، فقال: به ممن يطبخه أو يصنعه خلاً أحب إلي، ولا أرى بالأول بأساً)<sup>(٥)</sup>، ومن الأخير استفيد كراهة بيع العنب لمن يعلم أنه =

(٢٥١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥١.

(٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

(٥٤) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و٦.

(٧٦) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و٩.

ليصنع صنماً)، أو غيره من الآلات المحرمة، (ويكره بيعه لمن يعمله) من غير أن يبيعه لذلك، إن لم يعلم أنه يعمله وإلا فالأجود التحريم، وغلبة الظن كالعلم، وقيل: يحرم من يعمله مطلقاً<sup>(١)</sup>.

= يعمله خمرأ، ومنه تعرف ضعف ما عن جماعة منهم العلامة في المختلف والشيخ في النهاية والشهيد في حواشيه من القول بالمحرمة في صورة العلم بدون الاشتراط، ودعوى أن هذه الأخبار متعارضة مع ما ورد من عدم جواز بيع الخشب لمن يصنعه صنماً، كصحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذة صلباناً، قال عليه السلام: لا)<sup>(٢)</sup> وصحيح ابن حريث عن أبي عبد الله عليه السلام (عن التوت أبيعهم ممن يصنع الصليب أو الصنم، قال: لا)<sup>(٣)</sup>، فتحمل أخبار العنب على ما لو وقع ذلك اتفاقاً، وأخبار الخشب على صورة العلم فضلاً عن الاشتراط، فهي مردودة لصراحة أخبار العنب بالجواز في صورة العلم بأنه يصنعه خمرأ، فالأقوى اختصاص الصالحين الآخرين بموردهما من عدم جواز بيع الخشب لمن يعلم أنه يصنعه صنماً أو صليباً فضلاً عن الاشتراط ولا يتعدى به إلى غيره، ولعل للشرك خصوصية غير الخمر، ويدل عليه صدر صحيح ابن أذينة المتقدم فإنه قال (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذة برايط، فقال: لا بأس به، وعن رجل له خشب فباعه ممن يتخذة صلباناً، قال: لا)<sup>(٤)</sup>.

(١) حتى في غير صورة العلم، وما تقدم تعرف ضعف الجمع بين العنب ليعمل خمرأ وبين الخشب ليعمل صنماً.

ثم إن الشهيدين قد تركا حرمة التكسب بما لا منفعة فيه، وهو مما لا خلاف فيه، لأن بذل المال بلزانه أكل له بالباطل فيشملة قوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾<sup>(٥)</sup>، وما لا نفع فيه كالخنافس والديدان وفضلات الإنسان، وقد وقع الخلاف بينهم في عذ السباع مما لا نفع فيه، والأصح جواز بيعها للارتفاع بجلودها وريشها، لصحيح العيص عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الفهود وسباع الطير هل يلتمس التجارة فيها؟ قال عليه السلام: نعم)<sup>(٦)</sup>، وخبر أبي مخلد السراج عن أبي عبد الله عليه السلام فقد سأله =

(٢١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتب به حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٥) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(ويحرم عمل الصور المجسمة) ذوات الأرواح، واحترز بالمجسمة<sup>(١)</sup> عن

رجل عن بيع جلود النمر (فقال عليه السلام: مذبوغة هي؟ قال: نعم، قال: ليس به بأس)<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الحميد بن سعيد عن أبي الحسن عليه السلام (عن عظام الفيل، يملأ بيعة أو شراؤه الذي يجعل منه الأمشاط؟ فقال: لا بأس، قد كان لأبي منه مشط أو أمشاط)<sup>(٢)</sup>، بل من مجموع الأخبار يستفاد أن المدار في جواز التكسب على وجود منفعة محللة مقصودة مترتبة على الشيء، ولذا يصح بيع دود العلف ودود القز والنحلة والهررة، ففي صحيح محمد بن مسلم وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (ولا بأس بشمن الهرز)<sup>(٣)</sup>، بل وكل السباع والسموخ والحشرات إن ترتب عليها المنفعة المذكورة، ودعوى أن السموخ لا يجوز التكسب به ممنوعة، لعدم قيام دليل يدل على كون المسخ مانعاً من التكسب.

(١) وقع الاتفاق بينهم على حرمة تجسيم ذي الروح، وهو المسمى عندنا بالنحت، واختلفوا في الزائد تبعاً لاختلاف الأخبار، ففي بعضها حرمة التجسيم كخبر ابن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام (من أكل السحت سبعة - إلى أن قال - والذين يصورون التماثيل)<sup>(٤)</sup>، وخبر الأصبح بن نباتة (قال أمير المؤمنين عليه السلام (من جدد قبراً أو مثل مثلاً فقد خرج عن الإسلام)<sup>(٥)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر، فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان)<sup>(٦)</sup>، ومنه يظهر مفهوم اللقب في صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (لا بأس بتماثيل الشجر)<sup>(٧)</sup>، وصحيح البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل﴾، فقال: والله ما هي بتماثيل الرجال والنساء ولكنها الشجر وشبهه)<sup>(٨)</sup>، وصحيح محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: ثلاثة يعذبون يوم القيامة: من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها وليس ينفخ فيها)<sup>(٩)</sup> الخبر، بناء على أن النفخ ظاهر في كون الصورة هي المجسمة، لأنها غير ناقصة إلا من الروح =

(١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٤) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام المساكن من كتاب الصلاة حديث ١٠.

(٦) ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٢ و ١.

(٩) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

الصور المنقوشة على نحو الوسادة والورق، والأقوى تحريمه مطلقاً، ويمكن أن يريد ذلك<sup>(١)</sup> بحمل الصفة<sup>(٢)</sup> على الممثل<sup>(٣)</sup> لا المثال<sup>(٤)</sup>.

### (والغناء)<sup>(٥)</sup>

= فلذا أمر بالنسخ فيها، ومقتضى النصوص المتقدمة حرمة التجسيم لذي الروح من الإنسان والحيوان، وأما الجماد فلا، وهذا هو القدر المتيقن من فتاوى الأصحاب واختاره جماعة من المتأخرين.

وفي بعضها حرمة التصوير الشامل للتجسيم كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله، عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام (إياكم وعمل الصور، فإنكم تسألون عنها يوم القيامة)<sup>(١)</sup>، وخبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (وصنعة صنوف التصاوير ما لم يكن فيه مثال الروحاني، - إلى أن قال - : فحلل تعلمه وتعليمه)<sup>(٢)</sup>، وصحيح محمد بن مروان المتقدم بناءً على عدم تقييده بالمجسم كما استدلل به الشارح في المسالك، وفيه: أن خير ابن مروان مختص بالمجسم كما عرفت، والأولان لا بد من حملهما على المجسم جمعاً بين الأخبار، وإن كان الأحوط حرمة مطلق تصوير ذي الروح.

(١) تحريمه مطلقاً.

(٢) المجسمة.

(٣) على المصوّر الذي أريد تصويره، بحيث يكون له تجسيم، فيحرم تصويره نقشاً وتجسيماً.

(٤) وهو الشبيه، والمراد به فعل المصوّر، وهو التصوير التجسيمي دون النقشي.

(٥) لا خلاف بينهم في حرمة الغناء إلا من الكاشاني حيث نُسب إليه القول بالجواز، والأدلة كثيرة على حرمة.

منها: خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن قوله عز وجل: ﴿واجتنبوا قول الزور﴾، قال: قول الزور الغناء)<sup>(١)</sup>، ومثله مرسل ابن أبي عمير<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي بصير<sup>(٣)</sup>، وصحيح هشام المروي في تفسير القمي<sup>(٤)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سمعت يقول: الغناء مما وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية: ﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم، ويتخذها هزواً، أولئك =

(١) مستدرك الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

(٣) ٤٥ و ٦٥ و ٨٥ و ٩٠ و ٩٩ - من أبواب ما يكتب به حديث ٢ و ٨ و ٩ و ٦٦.

لهم عذاب مهين»<sup>(١١)</sup>، وقرب منها خير مهران بن محمد<sup>(١٢)</sup>، وخير الوشاء<sup>(١٣)</sup>.

وصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿والذين لا يشهدون الزور﴾، قال: الغناء)<sup>(١٤)</sup>، وخير يونس (سألت الخراساني عليه السلام عن الغناء وقلت: إن العباسي ذكر عنك أنك ترخص في الغناء، فقال: كذب الزنديق ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء فقلت: إن رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء، فقال: يا فلان، إذا ميز الله بين الحق والباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت)<sup>(١٥)</sup>، وخير عبد الأعلى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء وقلت: إنهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم حيوناً حيوناً نحيتكم، فقال: كذبوا إن الله عز وجل يقول: ﴿وما خلقنا السماء والأرض وما بينهما لاهبين، لو أردنا أن نتخذ لهواً لاتخذناه من لدنا إن كنا فاعلين، بل نكلف بالحق على الباطل فيدمنه فإذا هو زاهق ولكم الويل مما تصفون﴾، ثم قال: ويلٌ لفلان عما يصف، رجلٌ لم يحضر المجلس)<sup>(١٦)</sup>.

وعن الكاشاني جواز الغناء بما هو، وإنما يحرم لما يصاحبه من آلات اللهو ودخول الرجال والكلام بالباطل، واستدل بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، وليست بالتي يدخل عليها الرجال)<sup>(١٧)</sup>، ومثله خبره الآخر<sup>(١٨)</sup>، ومرسل الفقيه (سأل رجل علي بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت، فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة)<sup>(١٩)</sup>، وخبر قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألت عن الغناء هل يصلح في الفطر والأضحى والفرح، قال: لا بأس به ما لم يعص به)<sup>(٢٠)</sup>.

وفيه: مع ضعف أسانيدها لا تصلح لمعارضة ما تقدم من الأخبار على أن مرسل الفقيه صريح في الجارية ذات الصوت الحسن وهو أجنبي عن الغناء، وأن خبري أبي بصير =

(١١) و(٢) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١٧٧ و١١٧٨.

(٤) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣٥٥.

(٥) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.

(٦) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٥.

(٧) و(٨) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٧٣ و١٧٤.

(٩) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

(١٠) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

- بالمد - وهو مدُّ الصوت المشتمل على الترجيع المُطرب<sup>(١)</sup>، أو ما سُمِّي في العرف غناء وإن لم يُطرب<sup>(٢)</sup>، سواء كان في شعر، أم قرآن، أم غيرهما، واستثنى منه المصنف وغيره الجداء للإبل<sup>(٣)</sup>، وآخرون - ومنهم المصنف في الدروس - فعله

= صريحان في جواز الغناء في الأعراس، وهذا ما سيأتي البحث في استثنائه، ولكنه لا يدل على جواز مطلق الغناء.

(١) كما نُسب إلى المشهور، واختلفوا في تفسير المطرب، فعن جماعة أنه خفة تعري الإنسان لشدة السرور، وعن مفتاح الكرامة أنه مدُّ الصوت وتحسينه، والأولى إرجاع تحديد الغناء إلى العرف وإن لم يطرب فعلاً، بل ما كان من شأنه الإطراب، والاعتماد على العرف محتم بعد عدم ورود تحديد له من قبل الشارع.

نعم الغناء عند أهل فنه مخصوص بصوت الإنسان الذي من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه، والتناسب في الصوت له ميزان عند أهل اللحن من اليم والزير والبز والمد والارتفاع والانخفاض والاتصال والانفصال، وهذا التناسب هو المسمى بالغناء، كما يُسمى فن تناسب آلات الموسيقى بالإيقاع، ويُسمى فن تناسب الحركات الصادرة من أعضاء البدن بالرقص.

ولكن الغناء عند أهل العرف العام أعم منه، إذ قد لا يكون الصوت موقعاً على السلم الإيقاعي عندهم وهو غناء عند العرف.

فلا بد من الجزم بعدم كون مجرد مدُّ الصوت غناءً وإلا لحرم الأذان والنداء، ولا مجرد تحسينه غناءً وإلا لحرم على الكثير من النساء النطق، ففي الخبر: (كان علي بن الحسين عليه السلام يقرأ القرآن فربما مرَّ به الماز فصعق من حسن صوته)<sup>(١)</sup>، ونما تقدم تعرف إمكان تحقق الغناء في القرآن والمرائي، فدعوى عدم إمكانيته في المرائي ليس في محلها.

(٢) فعلاً.

(٣) فالمشهور على استثنائه، للنبوي (أنه قال لعبد الله بن رواحة: حرك النوق، فاندفع يرتجز وكان عبد الله جيد الجداء وكان مع الرجال، وكان أنجشة مع النساء فلما سمعه تبعه فقال عليه السلام لأنجشة: رويدك، رفقا بالقوارير)<sup>(٢)</sup>، وفي المناقب (وكان حادي بعض نسائه عليها السلام خادمه أنجشة، فقال لأنجشة: أرفق بالقوارير، وفي رواية: لا تكسر =

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

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٣٨٣ - ٣٨٤، قريب من حديث رقم ٢١٠٣١ و ٢١٠٣٢ و ٢١٠٣٣.

للمرأة في الأعراس<sup>(١١)</sup> إذا لم تتكلم بباطل، ولم تعمل بالملاهي، ولو بدف فيه صنج، لا بدونه<sup>(١٢)</sup>، ولم يسمع صوتها أجنب الرجال، ولا بأس به.

(ومعونة الظالمين بالظلم)<sup>(١٣)</sup> كالكتابة لهم، وإحضار المظلوم ونحوه، لا

= القوارير<sup>(١١)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله ﷺ: زاد المسافر الخداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء)، وفي نسخة: (ليس فيه خناء)<sup>(١٢)</sup>، ومثله خبر الجعفريات<sup>(١٣)</sup>، ومنها تعرف ضعف ما عن جماعة منهم العلامة من حرمة الغناء مطلقاً.

(١) على المشهور، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن كسب المغنيات، فقال: التي يدخل عليها الرجال حرام، والتي تُدعى إلى الأعراس ليس به بأس)<sup>(١٤)</sup>، وخبره الآخر عنه عليه السلام (المغنية التي تزف العرائس لا بأس بكسبها)<sup>(١٥)</sup>، وخبره الثالث عنه عليه السلام (أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، وليست بالتي يدخل عليها الرجال)<sup>(١٦)</sup>، والقدر المتيقن من هذه النصوص جواز الغناء حال الزفاف، وهو حال دخول المرأة إلى بيت زوجها، مع شرط عدم دخول الرجال عليهن، وأما تقييد الشارح بعدم سماع صوتهن أجنب الرجال فهو مما لا دليل عليه، بل الدليل على اشتراط عدم الدخول، وهو مطلق، وعن العلامة وجماعة النع من الغناء مطلقاً، وهو ضعيف بما سمعت من النصوص.

(٢) بدون الصنج، ولازمه جواز الضرب عليه، للنبوي (نهى عن الضرب بالدف والرقص وعن اللعب كله، وعن حضوره وعن الاستماع إليه، ولم يميز ضرب الدف إلا في الأملاك والدخول، بشرط أن يكون في البكر ولا يدخل الرجال عليهن)<sup>(١٧)</sup>، وهو مطلق يشمل ما لو كان فيه صنج أو لا، ثم المراد بالأملاك عقد النكاح، ولم يتعرض الأصحاب له ولا لاشتراط ذلك في زفاف البكر.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (العامل بالظلم والمعين له والراضي به =

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج وغيره حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب السفر إلى الحج وغيره حديث ١.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج وغيره حديث ١.

(٤) (٦٥ و ٦٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٣.

(٥) مستدرک الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٤.

= شركاء ثلاثتهم<sup>(١١)</sup>، وخير ورام بن أبي فراس في كتابه (قال عليه السلام) : من مشى إلى ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام<sup>(١٢)</sup>، وخير الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله ﷺ في حديث المناهي: (ألا ومن علق سوطاً بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعباناً من النار، طوله سبعون ذراعاً يسلمه الله عليه في نار جهنم وبئس المصير)<sup>(١٣)</sup>، وخيره الآخر عنه عليه السلام (من تولى خصومة ظالم أو أعان عليها ثم نزل به ملك الموت قال له: أبشر بلعنة الله ونار جهنم وبئس المصير)<sup>(١٤)</sup>، بل المشهور على عدم الحرمة فيما لو أعانهم على مباح، مع أن النصوص المستفيضة ناطقة بالنهي عن ذلك حتى في المستحب، ففي خير يونس بن يعقوب (قال لي أبو عبد الله عليه السلام) : لا تعنهم على بناء مسجد<sup>(١٥)</sup>، ولكن الإنصاف أن القدر المتيقن منها حرمة أربعة أمور، الأول: إيعانتهم مع صدق أنه من أعوانهم، كما في خير محمد بن عذافر عن أبيه قال أبو عبد الله عليه السلام : (يا عذافر، نبئت أنك تعامل أبا أيوب والربيع، فما حالك إذا نودي بك في أعوان الظلمة، قال: فوجم أبي، فقال له أبو عبد الله عليه السلام لما رأى ما أصابه: أي عذافر، إنما خوفتك بما خوفني الله عز وجل به، فقال محمد: فقدم أبي فما زال مغموماً مكروباً حتى مات)<sup>(١٦)</sup>، وخير ابن أبي يعفور (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من أصحابنا فقال له: جعلت فداك، إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق أو الشدة فيدعى إلى البناء بينه، أو النهر يكرهه، أو المسناة يصلحها، فما تقول في ذلك؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما أحب أني عقدت لهم عقدة، أو وكيت لهم وكاء وإن لي ما بين لابتيها، لا ولا مدة بقلم، إن أعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار حتى يحكم الله بين العباد)<sup>(١٧)</sup>، وخير السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله ﷺ) : إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمة، ومن لاق لهم دواة، أو ربط كيساً، أو مذل لهم مدة قلم، فاحشروهم معهم<sup>(١٨)</sup>.

الثاني: محبة بقائهم، لخبر صفوان الجمال (دخلت على أبي الحسن الأول عليه السلام فقال لي: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً، قلت: جعلت فداك أي =

(١١) (٣ و٢ و١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١٥ و ١٠.

(١٢) (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١٤.

(١٣) (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٨.

(١٤) (٧ و ٨) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٦ و ٣ و ١١.



شيء؟ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل - يعني هارون -، قلت: واللّه ما أكرهته أشراً ولا بطراً ولا للصيد ولا للبهو، ولكني أكرهته لهذا الطريق - يعني طريق مكة -، ولا أتولاه بنفسي، ولكن ابعت معه غلماي.

فقال لي: يا صفوان أبيع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، فقال لي: أتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحب بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم كان ورده النار.

قال صفوان: فذهبت فبعت جمالي عن آخرها، فبلغ ذلك إلي هارون، فدعاني فقال لي: يا صفوان بلغني أنك بعت جمالك، قلت: نعم، قال: ولم؟ قلت: أنا شيخ كبير وإن الغلمان لا يفون بالأعمال، فقال: هيهات هيهات، إنني لأعلم من أشار عليك بهذا، أشار عليك بهذا موسى بن جعفر، قلت: ما لي ولموسى بن جعفر، فقال: دع هذا عنك فوالله لولا حسن صحبتك لقتلتك<sup>(١)</sup>، ومرفوع سهل بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار﴾، قال عليه السلام: هو الرجل يأتي السلطان فيحب بقاءه إلى أن يدخل يده إلى كيسه فيعطيه<sup>(٢)</sup>، وخبر عياض عن أبي عبد الله عليه السلام (ومن أحب بقاء الظالمين فقد أحب أن يعصى الله)<sup>(٣)</sup>.

الثالث: معاونتهم بالباح إذا كان مسجلاً في دفترهم وديوانهم، ولعله لصدق أنه من أتباعهم وأعوانهم، كما في خبر الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام (من سؤد اسمه في ديوان الجبارين من ولد فلان حشره الله يوم القيامة حيراناً)<sup>(٤)</sup>، وفي رواية التهذيب (من سؤد اسمه في ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيراً)<sup>(٥)</sup>، وسابع مقلوب عباس، وهو تعبير شائع في الأخبار للثقة.

الرابع: إعاتنتهم بالباح إذا كان في ذلك تشييد سلطانهم، كخبر علي بن أبي حمزة (كان لي صديق من كتاب بني أمية فقال لي: استأذن لي على أبي عبد الله عليه السلام فاستأذنت له عليه فأذن له، فلما أن دخل سلّم وجلس، ثم قال: جعلت فداك إنني كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيراً وأغمضت في مطالبه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: =

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١٧.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتب به حديث ٥١.

(٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتب به حديث ٦.

(٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٩.

معونتهم بالأعمال المحللة كاختياطة، وإن كره التكسب بماله<sup>(١)</sup>، (والتنوح بالباطل)<sup>(٢)</sup> بأن تصف الميت بما ليس فيه، ويجوز بالحق إذا لم يسمعها الأجانب،

= لولا أن بني أمية وجدوا لهم من يكتب ويحبي لهم الفيء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا، ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً إلا ما وقع في أيديهم<sup>(٣)</sup>، وعلى هذا تحمل بقية الأخبار الدالة على النهي عن معاونتهم ولو بالمباح أو المستحب.

(١) مال العمل المحلل، وكره من حيث معاملة الظالمين كما في المسالك.

(٢) لخبر الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن أبائه عليهم السلام عن النبي ﷺ في حديث المناهي (أنه نهى عن الرنة عند المصيبة، ونهى عن النياحة والاستماع إليها، ونهى عن تصفيق الوجه)<sup>(٤)</sup>، وخبره الآخر عنهم عليهم السلام (قال رسول الله ﷺ: أربعة لا تزال في أمتي إلى يوم القيامة، الفخر بالأحساب والطعن في الأنساب والاستسقاء بالنجوم والنياحة، وإن النائحة إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة وعليها سربال من فطران ودرع من جرب)<sup>(٥)</sup>، وخبر الزعفراني عن أبي عبد الله عليه السلام (ومن أصيب بمصيبة فجاء عند تلك المصيبة بنائحة فقد كفرها)<sup>(٦)</sup>، وقد حملت على التنوح بالباطل بمعنى الكذب، لمسل الصدوق (قال عليه السلام: لا بأس بكسب النائحة إذا قالت صدقاً)<sup>(٧)</sup>، ويكون التنوح بالحق جائزاً وعليه تحمل الأخبار الدالة على فعل النياحة في دار الصادق عليه السلام عند موت ابنته وابنه كما في خبر الحسين بن زيد، وقيل له (أبناح في دارك، فقال: إن رسول الله ﷺ لما مات حمزة قال: لكن حمزة لا بواكي عليه)<sup>(٨)</sup>، وصحيح يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (قال لي أبي: يا جعفر أوقف لي من مالي كذا وكذا لنوادب تندبني عشر سنين، يعني أيام منى)<sup>(٩)</sup>، وفي الخبر (إنما تحتاج المرأة إلى النوح لتسيل دمعها ولا ينبغي لها أن تقول هجرأ، فإذا جاء الليل فلا تؤذي الملائكة بالنوح)<sup>(١٠)</sup>.

ولذا وردت جملة من الأخبار بجواز كسب النائحة، كخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بأجر النائحة التي تنوح على الميت)<sup>(١١)</sup>، ومرسل الصدوق (سئل الصادق عليه السلام عن أجر النائحة، فقال: لا بأس به قد نبح على رسول الله ﷺ)<sup>(١٢)</sup> =

(١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) (٥ و٣ و١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١ و١٢ و٥ و٩.

(٦) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب الدفن حديث ٢.

(٧) (١٠ و٩ و٨ و١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و٦ و٧ و١٠.

(وهجاء المؤمنين)<sup>(١)</sup> - بكسر الهاء والمد - وهو ذكر معانيهم بالشعر، ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره، ويجوز هجاء غيرهم<sup>(٢)</sup> كما يجوز لعنه.

= نعم إذا شارطت كره ذلك، لخبر حنان بن سدير عند ما طلبت منه امرأة في الحي أن يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن أجر النائحة فقال عليه السلام (تشارط؟ فقلت: والله ما أدري تشارط أم لا؟ فقال: قل لها لا تشارط، وتقبل ما أعطيت)<sup>(٣)</sup>.

(١) بلا خلاف فيه، والهجاء هو ذكر المائب وعذها، كما في القاموس، وهو يشمل النثر والشعر، وبذلك صرح الكثير من الفقهاء، نعم في المسالك والروضة هنا وجامع المقاصد تبعاً للنهاية والمصباح والقاموس تخصصه بالشعر فقط، وهو ليس في محله، لأنه على خلاف التبادر منه.

ولفظ الهجاء لم يرد في كتاب ولا في سنة، ولكن قد يكون غيبة كما لو ذكر معائبه في غيابه، وقد يكون هزاً كما لو ذكرها في حضوره، وقد يكون إذاعة لسره وتعبيراً له، وقد يذكره بما ليس فيه بداعي الذم فيكون بهتاناً، وهذه العناوين محرمة قطعاً فلذا حرم الهجاء.

ثم مقتضى ما ذكر حرمة الهجاء لمطلق المؤمن، فاسقاً كان أو عادلاً، وما ورد من جواز غيبة الفاسق بفسقه مثل خبر هارون بن الجهم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة)<sup>(٤)</sup>، إنما هو مختص بالغيبة فقط فلا يشمل الهجاء.

(٢) من المخالفين والكفار، أما الكفار فلما روته العامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر حسناً بهجومهم وقال: (إنه أشد عليهم من رشق النبال)<sup>(٥)</sup>، وأما المخالفون فالسيرة من العلماء وغيرهم قائمة على ذلك، وفي الجواهر قال: «بل لعل هجاؤهم على رؤوس الأشهاد من أفضل عبادة العباد ما لم تمنع التقية»، خصوصاً أئمتهم، لصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدي فاطهروا البراءة منهم واكثروا من سيهم والقول فيهم والوقية، وياهتوهم كي لا يطعموا في الفساد في الإسلام، ويجذرهم الناس ولا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات ويرفع لكم به الدرجات في الآخرة)<sup>(٦)</sup>، ومثله غيره.

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتب به حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٤.

(٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٤٠٣، رقم الحديث ٢١١٠٦.

(٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأمر والنهي حديث ١.

(والغيبية)<sup>(١)</sup> - بكسر المعجمة - وهو القول وما في حكمه في المؤمن بما

(١) بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿ولا يفتب بعضكم بعضاً يجب أحكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه﴾<sup>(١)</sup>، وللأخبار.

منها: خير سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (من عامل الناس فلم يظلمهم وحدثهم فلم يكذبهم ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت أخوته)<sup>(٢)</sup>، وخير سليمان بن خالد عن أبي جعفر عليه السلام (المؤمن حرام على المؤمن أن يظلمه أو يخذله أو يعتابه)<sup>(٣)</sup>، وفي ثالث (يا أبا ذر إياك والغيبة، فإن الغيبة أشد من الزنا)<sup>(٤)</sup>، وفي رابع (تحرّم الجنة على ثلاث: على المناف وعلى الغتاب وعلى مدمن الخمر)<sup>(٥)</sup>، وفي خامس (سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه)<sup>(٦)</sup>، ومقتضى الآية حرمة غيبة الأخ المختص بالمؤمن لقوله تعالى: ﴿إنما المؤمنون أخوة﴾<sup>(٧)</sup>، فيجوز غيبة المخالف كما عليه السيرة، بل هي عندهم من أفضل الطاعات وأكمل القربات كما في الجواهر، وما ذهب إليه المقدس الأردبيلي من عموم حرمة الغيبة لكل مسلم ليس في محله.

وإنما الكلام في موضوعها، فالشهور أن الغيبة ذكر أخيك بما يكرهه وهو حق، وفي الخبر (قلت: يا رسول الله وما الغيبة؟ قال: ذكرت أخاك بما يكره، قلت: يا رسول الله فإن كان فيه الذي يُذكر به، قال: اعلم أنك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبته، وإذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهته)<sup>(٨)</sup>، وأن يكون المذكور مستوراً، لخبر عبد الرحمن ابن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (الغيبة أن تقول في أخيك ما ستر الله عليه، وأما الأمر الظاهر مثل الخدة والعجلة فلا، والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه)<sup>(٩)</sup>، وخبر يحيى الأزرق (قال لي أبو الحسن عليه السلام: من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغتبه، ومن ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه، ومن ذكره بما ليس فيه فقد بهته)<sup>(١٠)</sup>، وخبر ابن سرحان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبة قال: هو أن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل وتبث عليه أمراً قد ستره الله عليه لم =

(١) سورة الحجرات، الآية: ١٢.

(٢) ٣ و٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ و١١ و١٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ١٠٩ و١٠٠ و١٠١ و١٠٢.

(٣) سورة الحجرات، الآية: ١٠.

(٤) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٩.

(٥) ١ و٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ و١١ و١٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٣ و٢.

يسوءه لو سمعه مع اتصافه به<sup>(١)</sup>، وفي حكم القول بالإشارة باليد وغيرها من الجوارح، والتحاكي بقول، أو فعل كمشية الأعرج، والتعريض كقوله: أنا لست متصفاً بكذا، أو الحمد لله الذي لم يجعلني كذا، مُعَرَّضاً بمن يفعله، ولو فعل ذلك بحضوره<sup>(٢)</sup>، أو قال فيه ما ليس به<sup>(٣)</sup> فهو أغلظ تحريماً، وأعظم تأنيماً، وإن لم يكن غيبة اصطلاحاً، واستثنى منها<sup>(٤)</sup> نصح المستشير<sup>(٥)</sup>، وجرح

= يُقم عليه فيه حد<sup>(٦)</sup>، والغيبة لا تختص باللسان بل تشمل الإشارة إلى عيوب أخيك المستورة، لما روي عن عائشة (أنها قالت: دخلت علينا امرأة، فلما ولت أوماً بيدي، أي: قصيرة، فقال ﷺ: اغتبتها)<sup>(٧)</sup>، وإن كان ظاهره تحقق الغيبة بالأمور الظاهرة، وهو غير معمول به من هذه الجهة.

- (١) وإلا كان افتراءً وبهتاناً.
- (٢) فهو إيذاء للمؤمن وتعبير له إن قصد ذمه.
- (٣) فهو بهتان.
- (٤) من الغيبة المحرمة.
- (٥) للنَّبوي (أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس حين شاورته في خطاياها: أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه)<sup>(٨)</sup>، وخبر عمر بن يزيد عن أبيه عن أبي عبد الله ﷺ (من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأي سلبه الله عز وجل رأيه)<sup>(٩)</sup>.
- (٦) جرح شهود البيئة صوتاً لأموال الناس وأعراضهم وأنفسهم، وإلا لو لم يجوز لأمكن أن يدعي الشخص ما يشاء ويقيم على دعواه من أشباه الهمج الرعاع بل والفسقة وشهودون له على ما يريد، وكذلك تجوز الغيبة لجرح الرواة الضعفاء إذ يتوقف عليه حفظ الدين وصيانة شريعة سيد المرسلين، وقد جرت سيرة أصحاب على ذلك، ولهم في ذلك كتب مفصلة، بل قوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾<sup>(١٠)</sup> الأمر بتبين حال الفاسق الحامل للخبر يدل على جواز جرح أمثاله، وهم المخبرون فيما لو تعلق خبرهم بأموال الناس وديانتهم وأعراضهم ودمائهم.

(١) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ١.

(٢) الدر المنثور ج ٦ ص ١٠٥.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٥.

(٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٢.

(٥) سورة الحجرات، الآية: ٦.

الشاهد<sup>(١)</sup>، والتظلم<sup>(٢)</sup> وسماعه، وردّ من ادعى نسباً ليس له<sup>(٣)</sup>، والقَدْخُ في مقالة، أو دعوى باطلة في الدين<sup>(٤)</sup>، والإستعانة على دفع المنكر<sup>(٥)</sup>، وردّ العاصي إلى الصلاح، وكوّن القول فيه مستحقاً للإستخفاف، لتظاهرة بالفسق<sup>(٦)</sup>، والشهادة

(١) إظهار المظلوم لما فعله به الظالم، وإن كان الظالم مستتراً به، لقوله تعالى: ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿لا يجب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم﴾<sup>(٢)</sup>، مع ضميعة ما أرسله الطبرسي في مجمع البيان في تفسير قوله تعالى: ﴿لا يجب الله الجهر...﴾ الآية، عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيفته، فلا جناح عليه أن يذكر سوء ما فعله)<sup>(٣)</sup>، فإذا جاز للضيف ذكر ما ظلم به من الضيافة اللاتفة بحقه فغيره من المظلومين أولى، وإذا جاز التظلم جاز استماعه لعدم التفكيك بينهما.

(٢) لأن مصلحة الأنساب أولى، خصوصاً إذا ترتب على دعواه اثر من الإرث والنظر إلى النساء الأجنبية.

(٣) لأن صيانة الشريعة المقدسة أولى.

(٤) بحيث لا يرتدع العاصي إلا باغتيابه، لعموم أدلة وجوب ردع المنكر، بل غيبته إحسان في حقه.

(٥) فلا غيبة للمتجاهر بالفسق، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر هارون بن الجهم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة)<sup>(١)</sup>، وخبر أبي البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، والإمام الجائر، والفاسق المعلن بالفسق)<sup>(٢)</sup>، والنبوي المشهور (لا غيبة لفاسق)<sup>(٣)</sup>، والنبوي الآخر (من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له)<sup>(٤)</sup>، و«لا» نافية للجنس فيجوز اغتيابه فيما لم يتجاهر به، بالإضافة إلى إطلاق الخبرين الأولين، فضلاً عن مفهوم خير سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (من عامل الناس فلم يظلمهم وحدتهم فلم يكذبهم ووعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته وكملت =

(١) سورة الشورى، الآية: ٤١.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٤٨.

(٣) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٧.

(٤) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٥٤.

(٧) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٣٠٦.

على فاعل المحرم حسبة<sup>(١)</sup>، وقد أفردنا لتحقيقها رسالة شريفة<sup>(٢)</sup> من أراد الإطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها.

(وحفظ كتب الضلال)<sup>(٣)</sup> عن التلف، أو عن ظهر القلب، (ونسخها ودرسها) قراءة، ومطالعة، ومذاكرة، (لغير النقض) لها، (أو الحجّة) على أهلها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لإثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها، (أو التقيّة) وبدون ذلك يجب إتلافها، إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال، وإلا اقتصر عليها<sup>(٤)</sup>، (وتعلم السحر)<sup>(٥)</sup>.....

= مروته وظهر عدله ووجبت أخوته<sup>(١)</sup>.

(١) احتساباً للأجر عند الله جلّ وعلا، وقد تقدم في باب الشهادات الأمر بتحمل الشهادة وأدائها، وهذا بحسب الغالب شهادة على الناس بما يفعلونه من المحرمات كالزنا واللواط ونحوهما.

(٢) اسمها «كشف الريبة في أحكام الغيبة».

(٣) بلا خلاف فيه، لخبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (وكل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله تعالى أو يقوى به الكفر والشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يؤمن به الحق فهو حرام محرم بيعه وشراؤه وإمساكه وملكوته وهبته وعاريتة وجميع التقلب فيه - إلى أن قال - إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً - إلى أن قال - وما يكون منه وفيه الفساد محضاً، ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه، وجميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها)<sup>(١)</sup>، ولا يخفى إمكان الاستدلال بالفقرات الثلاث، ومنها تعرف حرمة نسخها ودرسها وتدريسها والمساعدة على نشرها وقراءتها إلا للنقض عليها على أن يكون النقص من أهله.

(٤) على مواضع الضلال.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خير السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: ساحر المسلمين يقتل، وساحر الكفار لا يقتل، قيل يا رسول الله: لم لا يقتل ساحر الكفار؟ =

(١) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.

وهو<sup>(١)</sup> كلام، أو كتابة يحدث بسببه ضرر على من عمل له في بدنه، أو عقله،

قال: لأن الشرك أعظم من السحر، لأن الشرك والسحر مقرونان<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي البخري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام) قال: من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر، وكان آخر عهده بربه، وحذره أن يقتل إلا أن يتوب<sup>(٣)</sup>.

(١) الكلام في حقيقة السحر وموضوعه، وقد وقع الخلاف في حقيقته، ففي اللغة أنه كل ما لطف مأخذه ودق فهو سحر كما في لسان العرب والقاموس، أو أنه صرف الشيء عن وجهه كما عن الأزهرى، أو أنه الخدع كما نقله ابن فارس عن بعضهم، أو أنه إخراج الباطل في صورة الحق كما عن ابن فارس في مجمله.

وفي الفقه ذهب العلامة في القواعد والتحرير والتذكرة إلى أن السحر هو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقية أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة، وتبعه عليه إيضاح النافع والتنقيح والكفاية ومجمع البحرين، وزاد في المنتهى على هذا التعريف «أو عقداً»، وزاد في المسالك «أو أقسام أو عزائم»، وزاد في الدروس «والدخنة والتصوير والنفث وتصفية النفس».

وعن فخر المحققين «أن السحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية»، وعن الفاضل المقداد في التنقيح أنه «عمل يستفاد من ملكة نفسانية، يقتدر بها على أفعال غريبة بأسباب خفية».

وعن العلامة المجلسي «أنه مختص بكل أمر يخفى سببه»، ثم إن الشهيدين اعتبراً أن استخدام الملائكة والجن والشياطين من أقسام السحر، وهو على إطلاقه مشكل، نعم يصح باعتبار ما يترتب عليه من صرف الشيء عن حقيقته ظاهراً بحسب النظر والعين.

ونقل عن السيد الجزائري في شرح التهذيب: «ولما جهلت أسباب السحر وتزاحمت بها الظنون اختلفت الطرق إليه، فطريق أهل الهند تصفية النفس وتجريدها عن الشواغل البدنية بقدر الطاقة البشرية، لأنهم يرون أن تلك الآثار إنما تصدر عن النفس البشرية، ومتأخرو الفلاسفة يرون رأي الهند، وطائفة من الأتراك تعمل بعملهم أيضاً».

وطريق النبط عمل أشياء مناسبة للغرض المطلوب مضافة إلى رقية ودخنة بعزيمة في وقت مختار، وتلك الأشياء تارة تكون تماثيل ونقوشاً، وتارة عقداً بعقد والنفث عليها، وتارة كتباً تكتب وتُدْفَن في الأرض وتُطْرَح في الماء أو تعلق في الهواء أو تحرق بالنار، وتلك الرقية تضرع إلى الكوكب الفاعل للغرض المطلوب، وتلك الدخنة عقاقير منسوبة إلى =



= الكواكب لاعتقادهم أن تلك الآثار إنما تصدر عن الكواكب.

وطريق اليونان تسخير روحانيات الأفلاك والكواكب، واستنزال قواها بالوقوف لديها والتضرع إليها، لاعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن روحانيات الأفلاك والكواكب لا عن أجرامها.

- إلى أن قال - وطريق العبرانيين والقبط والعرب الاعتماد على ذكر أسماء مجهولة المعاني، كأنها أقسام وعزائم بترتيب خاص يخاطبون بها حاضراً، لاعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن الجن، وزعموا أن تلك الأقسام تسخر ملائكة قاهرة للجن انتهى كلامه.

ومن هذا الكلام الأخير تعرف أن اختلاف طرق السحر من كتابة أو استعانة بكوكب أو تسخير للجن أو تأثير بالنفس لا يكون هو السحر بل السحر هو صرف الشيء عن حقيقته ظاهراً لا واقعاً، لقوله تعالى: ﴿فإذا حبالهم وعضيهم يُخِذِلُ إليه من سحرهم أنها نسعى﴾<sup>(١)</sup>، ولقوله تعالى: ﴿سحروا أمين الناس واسترهبوهم﴾<sup>(٢)</sup>، وفي خبر الاحتجاج عندما سأل الزنديق (أيقدر الساحر أن يجعل الإنسان بسحره في صورة الكلب أو الحمار أو غير ذلك؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو أعجز من ذلك، وأضعف من أن يغيّر خلق الله، إن من أبطل ما ركبته الله وصوره وغيّره فهو شريك الله في خلقه، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم والآفة والأمراض، ولنفى البياض عن رأسه والفقر عن ساحته)<sup>(٣)</sup>، ولذا ذهب الكثير إلى أن السحر أمر تخييلي لا حقيقة له.

وذهب بعضهم كالكركي والقطفيني والأردبيلي وصاحب مجمع البحرين وصاحب الجواهر إلى أن بعضه تخييلي وبعضه حقيقي، وقد صرح صاحب مجمع البحرين بأن الحقيقي منحصر في تأثيره في التفريق بين المرء وزوجه لا غير، وتقسيمه بين الحقيقي والتخييلي هو الأقوى جمعاً بين ما تقدم وبين قوله تعالى: ﴿واتبعوا ما تتلوا الشياطين على مُلك سليمان، وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر، وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت، وما يُعلمان من أحدٍ حتى بقولا إنما نحن فتنة فلا تكفر فيتعلمون منهما ما يُفرّقون به بين المرء وزوجه وما هم بضارين به من أحدٍ إلا بإذن

(١) سورة طه، الآية: ٦٦.

(٢) سورة الأعراف، الآية: ١١٦.

(٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢، طبع النعمان ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م النجف الأشرف.

ومنه عقد الرجل عن حليلته، وإلقاء البغضاء بينهما، واستخدام الجن والملائكة<sup>(١)</sup>، واستنزال الشياطين في كشف الغائبات<sup>(٢)</sup>، وعلاج المصاب، وتلبسهم ببدن صبي، أو امرأة في كشف أمر على لسانه ونحو ذلك، فتعلم ذلك كله وتعليمه حرام، والتكسب به سُحت، ويُقتل مستحله.

والحق أن له أثراً حقيقياً وهو أمر وجداني، لا مجرد التخيل كما زعم كثير، ولا بأس بتعلمه ليتوقى به، أو يدفع<sup>(٣)</sup> سحر التنبيء به، وربما وجب على الكفاية لذلك كما اختاره المصنف في الدروس.

= الله<sup>(١)</sup>، ثم إن الحقيقي غير منحصر بتفريق المرء عن زوجه بالقلب بأن يلقي البغضاء بينهما، بل الأعم منه ومن منعه من مجامعة النساء، ففي خبر الاحتجاج المتقدم قال عليه السلام (إن الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعة النساء فجاء الطيب فعالجه بغير ذلك العلاج فأبرى)<sup>(٢)</sup>، وفي طب الأئمة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (والسحر حق، وما سلط السحر إلا على العين والفرج)<sup>(٣)</sup>، وإذا عرفت أن السحر هو صرف الشيء عن حقيقته ظاهراً لا واقعاً وإلقاء البغضاء في القلوب وجعل الرجل غير قادر على مجامعة النساء، وعرفت أن طرقه متعددة فقد يكون ذلك بتأثير تصفية النفوس، وقد يكون بالزُقي والعزائم والأقسام والكتب والمُقد مع نفث ودخنة، وقد يكون بأعمال جسدية بدعوى أنها تضرع إلى روحانيات الأفلاك والكواكب، وقد يكون بذكر أسماء مجهولة المعاني، فلعل اختلاف الطرق في تحقق السحر هو الذي أوجب اختلاف تعاريفه عند الفقهاء.

وعلى كل فقد عرفت معناه وطرقه، وهو محرم سواء أثر في بدن المسحور أو عقله أم لا، كما هو إطلاق أدلة تحريمه المتقدمة، فما عن الشهيدين من اختصاص الحرمة بالمؤثر منه خاصة ليس في محله.

(١) قد عرفت الإشكال في إطلاقه.

(٢) ليس من السحر في شيء بل من الكهانة كما سيأتي، وأما علاج المصاب بالاستنزال وتلبسهم ببدن الصبي أو المرأة فليس من السحر بشيء، نعم قد يكون من الطرق المؤدية للسحر، بمعنى أن تكون هذه المذكورات سبباً في صرف الشيء عن حقيقته ظاهراً لا باطناً.

(٣) مقتضى الأدلة عدم جواز تعلمه إلا لدفع محذور أشد.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٠٢.

(٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

(والكهانة)<sup>(١)</sup> - بكسر الكاف - وهي عمل يوجب طاعة بعض الجنّ له فيما يأمره به، وهو قريب من السحر، أو أخص منه.

(١) لا خلاف في حرمتها، للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه وآله)<sup>(١)</sup>، وخبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي: (أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن إتيان العراف، وقال: من أتاه وصدقه فقد برىء مما أنزل الله عز وجل على محمد صلى الله عليه وآله)<sup>(٢)</sup>، وقال صاحب الوسائل عقيب هذا الخبر: «فسر بعض أهل اللغة العراف بالكاهن، وبعضهم بالمنجم»، وصحيح الهيثمي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عندنا بالجزيرة رجلاً ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك فنسأله، فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب)<sup>(٣)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (السحت ثمن الميتة وثمان الكلب وثمان الخمر ومهر البغي والرشوة في الحكم وأجر الكاهن)<sup>(٤)</sup>، ومثله خبر حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام (قال: يا علي من السحت ثمن الميتة وثمان الكلب وثمان الخمر ومهر الزانية والرشوة في الحكم وأجر الكاهن)<sup>(٥)</sup>، وغير ذلك من الأخبار التي أوردتها المحدث النوري رحمه الله في كتابه<sup>(٦)</sup>، ومقتضى هذه الأخبار حرمة تعلمها وتعليمها والتكسب بها واستعمالها والإتيان إلى الكاهن يصدقه فيما يقول.

وإنما الكلام في موضوعها، ففي النهاية الأثيرية «أن الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان»، وهو ظاهر في اختصاص الكهانة بالإخبار عن المستقبل، والمشهور بين الفقهاء في تعريف الكاهن ما في القواعد للعلامة «أن الكاهن هو الذي له رائد من الجن يأتيه بالأخبار»، وهو ظاهر في الأعم من الأخبار الماضية والحالية والمستقبلية، ووقع البحث بينهم في أنها تختص بما يقذف بواسطة الشياطين أو الأعم منه وما يستفده من مقدمات الأشياء والفراصة، وإن كان الثاني له اسم خاص وهو العراف، =

(٢١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠٢.

(٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٥ و٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩٥.

(٦) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به.

= ووقع البحث في أن الكهانة تشمل الإخبار عن الأمور السفلية الأرضية أو الأعم منها ومن السماوية، والأصل في ذلك كله خير الاحتجاج فقد سأله الزنديق (فمن أين أصل الكهانة، ومن أين يجبر الناس بما يحدث؟

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فترة من الرسل، كان الكاهن بمنزلة الحاكم، يحتكمون إليه فيما يشبه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم عن أشياء تحدث، وذلك من وجوه شتى: فإسرة العين وذكاء القلب ووسوسة النفس وفتنة الروح مع قذف في قلبه، لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان ويؤديه إلى الكاهن، ويجبره بما يحدث في المنازل والأطراف، وأما أخبار السماء فإن الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك، وهي لا تحجب ولا تُرجم بالنجوم، وإنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي من خبر السماء، فيليس على أهل الأرض ما جاءهم عن الله، لإثبات الحججة ونفي الشبهة، وكان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث من الله في خلقه فيختطفها، ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن، فإذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر مما كان يجبر به فهو مما آذاه إليه الشيطان مما سمعه، وما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة، واليوم إنما تؤدي الشياطين إلى كهانها أخباراً للناس بما يتحدثون به وما يحدثونه، والشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق، ومن قاتل قتل، ومن غائب غاب، وهم بمنزلة الناس أيضاً صدوق وكذوب<sup>(١)</sup>.

وهذا الخبر اللائح منه إشارات الصدق يدل على أن الكهانة أعم من معرفة الكاهن بواسطة التابع الجنّي له أو بواسطة مقدمات وأسباب من فإسرة وذكاء، ويدل على أن الكهانة أعم من الإخبار بالأمور السفلية ومن السماوية، وإن كان عند ولادة النبي الأعظم صلى الله عليه وآله - وهذا مستفاد من أدلة أخرى - منعت الشياطين عن استراق السمع فانقطعت الكهانة المتعلقة بأخبار السماء، وبقيت الكهانة المتعلقة بالأمور السفلية، ويدل على أن الكهانة هو الإخبار عن الأعم من المستقبل والماضي والحاضر.

ثم المنع من استراق السمع قد تحقق عند ولادة النبي الأعظم صلى الله عليه وآله لما ورد في تفسير قوله =

(١) الاحتجاج ج ٢ ص ٨١ مطبعة النعمان النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.

(والقيافة)<sup>(١)</sup> وهي الإستناد إلى علامات وأمارات، يترتب عليها إلحاق نسب

= تعالى: ﴿وَأَنبَأَهُم ظُنُونًا كَمَا ظَنَنْتُمْ أَنَّ لِنَ بَيْعَتِ اللَّهِ أَحَدًا، وَأَنَا لَسْنَا السَّمَاءَ فَوْجِدْنَاهَا مَلِكْتِ حِرْسًا شَدِيدًا وَشُهَبًا، وَأَنَا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَنْ يَسْمَعُ الْآنَ يَجِدُ لَهُ شَهَابًا رَصْدًا﴾<sup>(١)</sup>، فقد ذكر في كتاب الاحتجاج للطبرسي احتجاج أمير المؤمنين عليه السلام على اليهودي عندما قال: (فإن هذا عيسى بن مريم يزعمون أنه تكلم في المهد صبيًا؟

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: لقد كان كذلك، ومحمد صلى الله عليه وآله سقط من بطن أمه واضعاً يده اليسرى على الأرض، ورافعاً يده اليمنى إلى السماء، يحرك شفثيه بالتوحيد، وبدا من فيه نورٌ رأى أهل مكة منه قصور بصرى من الشام وما يليها، والقصور الأحمر من أرض اليمن وما يليها، والقصور البيض من اسطخر وما يليها، ولقد أضاءت الدنيا ليلة وُلد النبي صلى الله عليه وآله حتى فزع الجن والأنس والشياطين، وقالوا: حدث في الأرض حدث، ولقد رأى <sup>(٢)</sup> الملائكة ليلة ولد تصعد وتنزل وتسبح وتقدس، وتضطرب النجوم وتساقط علامة لميلاده، ولقد هم إبليس بالظعن في السماء لما رأى من الأعاجيب في تلك الليلة، وكان له مقعد في السماء الثالثة والشياطين يسترقون السمع، فلما رأوا العجائب أرادوا أن يسترقوا السمع، فإذا هم قد حجبوا من السماوات كلها، ورموا بالشهب دلالة لنبوته صلى الله عليه وآله <sup>(٣)</sup>، وقال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَاتَّبَعَهُ شَهَابٌ مَبِينٌ﴾<sup>(٤)</sup>، وفي تفسير علي بن إبراهيم في تفسير هذه الآية: (فلم تزل الشياطين تصعد إلى السماء وتتجسس حتى ولد النبي صلى الله عليه وآله)<sup>(٥)</sup>.

(١) ففي الصحاح والقاموس والمصباح وتاج العروس: القائف من يعرف الآثار، وفي مجمع البحرين والنهاية الأثيرية زيادة على ذلك وهي: ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، وفي جامع المقاصد وإيضاح النافع والمسيبة والمسالك أنها إلحاق الناس بعضهم ببعض، وفي المنجد: هو الذي يعرف النسب بفرسته ونظره إلى أعضاء المولود. وأطلق جماعة الحرمة، وقبدها الشهيد بما إذا ترتب على القيافة محرم، وزاد في المسبية وجامع المقاصد والمسالك والروضة ما إذا جزم بها، هذا ولا بد من البحث تارة في =

(١) سورة الجن، الآيات: ٧ - ٩.

(٢) هكذا في الأصل.

(٣) الاحتجاج ج ١ ص ٣٣١ - ٣٣٢ طبع النعمان النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.

(٤) سورة الحجر، الآية: ١٨.

(٥) نقلاً عن تفسير نور الثقلين ج ٣ ص ٦.

تعلمها وأخرى في ترتيب الأثر عليها، فمن الناحية الأولى قال في الحدائق «لا خلاف في تحريم تعليمها»، وأشكل عليه بعدم الدليل على حرمة التعلم، وأما من الناحية الثانية بمعنى ترتيب الأثر على ما استخرجه القافي من ثبوت النسب أو نفيه، وهو المراد من القباقة المحرمة في المقام، واستدل عليه من أنه إثبات للنسب أو نفيه بالاستحسان، وهذا منافي لما قرر في الشريعة من أن الولد للفراش، واستدل عليه بخبر الجعفریات ع علي ابن أبي طالب عليه السلام (من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - وأجر القافي)<sup>(١)</sup>، والحديث المروي في مجمع البحرين قال: (وفي الحديث لا آخذ بقول قائف)<sup>(٢)</sup>، وقال في مفتاح الكرامة «وهذا الخبر لم أجده في الهداية للحر ولا في النهاية الأثرية، ولو كان من طرقنا أو طرق العامة ما شد عن هذين الكتابين»، وعلى كل فني غيره كفاية وغنى.

وبخبر زكريا بن يحيى بن النعمان الصيرفي قال: سمعت علي بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن علي بن الحسين فقال (والله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السلام)، فقال له الحسن: إي والله جعلت فداك لقد بغى عليه إخوته، فقال علي بن جعفر: إي والله ونحن عمومته بغينا عليه، فقال له الحسن: جعلت فداك كيف صنعتم فإني لم أحضركم؟ قال: قال له إخوته ونحن أيضاً: ما كان فينا إمام قط حائل اللون، فقال لهم الرضا عليه السلام: هو ابني، قالوا: فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قد قضى بالقافة، فبيتنا وبينك القافة، قال: ابعثوا أئمتهم إليهم، فأما أنا فلا، ولا تعلموهم لما دعوتوهم ولتكونوا في بيوتكم.

فلما جاؤوا أقعدونا في البستان واصطف عمومته وإخوته وأخواته واخذوا الرضا عليه السلام والبسوه جبة صوف وقلنسوة منها، ووضعوا على عنقه مسحاة، وقالوا له: ادخل البستان كأنك تعمل فيه، ثم جاؤوا بأبي جعفر عليه السلام فقالوا: ألقوا هذا الغلام بأبيه، فقالوا: ليس له ههنا أب ولكن هذا عم أبيه، وهذا عم أبيه، وهذا عمه، وهذه عمته، وإن يكن له ههنا أب فهو صاحب البستان، فإن قدميه وقدميه واحدة، فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا: هذا أبوه.

قال علي بن جعفر: فقمتم فمصصت ريق أبي جعفر عليه السلام ثم قلت له: أشهد أنك إمامي عند الله<sup>(٣)</sup> الخبير...

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) مجمع البحرين ج ٥ ص ١١٠، كتاب الفاء باب ما أوله القاف.

(٣) أصول الكافي ج ١ ص ٣٢٢ - ٣٢٣، حديث ١٤.

ونحوه، وإنما يحرم إذا رُتّب عليها محرم، أو جزم بها، (والشعبذة)<sup>(١)</sup> وهي

= وقد استدل به على التحريم باعتبار قوله ﷺ (ابعثوا أئمة إليهم فأما أنا فلا) فهو يدل على حرمة العمل بقول القائف، وفيه: أن الخبر ضعيف السند بزكريا بن يحيى، ومشمول على عرض أخوات الإمام المعصوم ﷺ على الأجانب، لقول القائف: وهذه عمته، ودعوى أنها للضرورة وهي تبيح المحظور مردودة لأن معرفة نبوة الإمام الجواد ﷺ لا تنوقف على إحضار النساء وكشف أستارهن، بالإضافة إلى أن إياه الإمام ﷺ عن دعوته للقافة لعله من أجل الزيادة في نفي الريب عنه، على أن الخبر قد تضمن عمل النبي ﷺ بقول القافة، وأنه قضى اعتماداً على ذلك، وهو المروي في كتب العامة، فالعمل به مشكل، نعم استدل على التحريم أيضاً بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله ﷺ (من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد ﷺ)، قلت: فالقافة - فالقافة خ - قال: ما أحب أن تأتيهم، وقيل: ما يقولون شيئاً إلا كان قريباً مما يقولون، فقال ﷺ: القيافة فضلة من النبوة ذهبت في الناس حين بُعث النبي ﷺ<sup>(٢)</sup> وهو غير صريح في حرمة العمل بقول القافي في الأنساب، إلا أن ما تقدم فيه الكفاية.

(١) هي الحركة السريعة أو خفة في اليد بحيث يظهر شيئاً آخر لم يكن متوقفاً، قال في القاموس «الشعبذة: الشعوذة، خفة في اليد وأخذ كالسحر، يُرى الشيء بغير ما عليه في رأي العين»، وعن العلامة عدم الخلاف في حرمتها، لخبر الاحتجاج فقد سأل الزنديق (فأخبرني عن السحر ما أصله؟ وكيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه، وما يفعل؟

قال أبو عبد الله ﷺ: إن السحر على وجوه شتى، وجهٌ منها بمنزلة الطب، كما أن الأطباء وصفوا لكل داء دواء فكذلك علم السحر، احتالوا لكل صفة آفة، ولكل عافية عامة، ولكل معنى حيلة، ونوع آخر منه خطفة وسرعة ومخاريق وخفة)<sup>(٣)</sup>، وظاهره أن الشعبذة قسم من أقسام السحر، وفيه: أنه قد عد من السحر النيمية، حيث قال ﷺ فيما بعد (وإن من أكبر السحر النيمية يُفرّق بها بين المتحابين ويجلب العداوة على المتصافيين، ويسفك بها الدماء ويهدم بها الدور ويكشف بها الستور)<sup>(٤)</sup>، فإطلاق السحر على النيمية دليل على أن الإمام ﷺ في مقام ما يطلق عليه السحر ولو مجازاً، فلم يبق إلا دعوى الإجماع على الحرمة كما عن العلامة وغيره.

(١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتب به حديث ٢.

(٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٨١ - ٨٢.

(٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

الأفعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فَيَلْبَسُ على الحس، كذا عرفها المصنف، (وتعليقها)<sup>(١)</sup> كغيرها من العلوم والصنائع المحرمة، (والقمار)<sup>(٢)</sup>

(١) تعليم الكهانة والقيافة والشعبذة، باعتبار أنها من الصناعات المحرمة فتندرج في قوله ﷺ كما في خير تحف العقول (وما يكون منه وفيه الفساد محضاً، ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه وجميع الثقل فيه من جميع وجوه الحركات)<sup>(١)</sup>.

(٢) لا خلاف في حرمة، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجسٌ من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾<sup>(٣)</sup>، والأخبار.

منها: خير الوشاء عن أبي الحسن ﷺ يقول (الميسر هو القمار)<sup>(٤)</sup>، وخبر جابر عن أبي جعفر ﷺ (لما أنزل الله على رسوله ﷺ ﴿إنما الخمر والميسر...﴾ الآية، قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما تقوم به حتى الكماب والجوز)<sup>(٥)</sup>، ومرسل العياشي عن الإمام الرضا ﷺ (الميسر هو القمار)<sup>(٦)</sup>، ومرسله الآخر عنه ﷺ (سمعتة يقول: إن الشطرنج والنرد وأربعة عشر وكل ما قومر عليه منها فهو ميسر)<sup>(٧)</sup>، بل قال الفاضل الجواد في مفتاحه: «وأما الأخبار فإنها قد تزيد على خمسة عشر خيراً، وكما تضمنت تحريم اللعب بذلك والأكل منه تضمنت حرمة حضور المجالس التي يلعب فيها والنظر إلى ذلك، وفيها الصحيح» انتهى.

وبعدما عرفت أن الميسر هو القمار فقد وقع الخلاف بينهم في معناه على أقوال:

الأول: أنه الرهن بشيء على اللعب بالآلات المعدة للقمار كالشطرنج ونحوه، كما هو ظاهر القاموس والنهاية ومجمع البحرين.

الثاني: أنه اللعب بالآلات المعدة للقمار سواء كانت برهن أم لا، كما هو ظاهر الصحاح والمصباح.

الثالث: أنه مطلق المغالبة، وهو اللعب للفوز سواء كان بألة معدة للقمار أم لا، وسواء كان برهن أم لا، وقائله غير معروف.

الرابع: أنه مطلق الرهن على اللعب سواء كان بألة معدة للقمار أم لا، وإليه ذهب جماعة، وهو الصحيح، ويدل عليه التبادر من لفظ القمار، مع شهادة بعض أهل اللغة =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٩٠.

(٣) (١٠٤٥ و١٠٤٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و٤ و١٠ و١١.



بذلك، ففي مجمع البحرين «أصل القمار الرهن على اللعب بشيء»، وفي القاموس «تقمره راهنه فغلبه»، ونحوه ما عن لسان العرب، وفي المنجد «كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئاً كان بالورق أو غيره».

بالإضافة إلى استعمال لفظ القمار على مطلق المراهنة ولو بغير الآلات الممددة للقمار في الأخبار.

منها: رواية عبد الحميد بن سعيد قال: (بعث أبو الحسن عليه السلام غلاماً يشتري له بيضاً فأخذ الغلام بيضة أو بيضتين فقامر بها، فلما أتى به أكله، فقال له مولى له: إن فيه من القمار، قال: فدعا بطشت فتضياً فقاهه<sup>(١)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (كان ينهى عن الجوز يجيء به الصبيان من القمار أن يؤكل، وقال: هو سحت<sup>(٢)</sup>)، وخبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الصبيان يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون، فقال: لا تأكل منه فإنه حرام<sup>(٣)</sup>)، وخبر ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام (سألت عن الميسر؟ قال: التفل من كل شيء، قال: الخبز والتفل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم وغيره<sup>(٤)</sup>)، وصحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام (النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قورم عليه فهو ميسر<sup>(٥)</sup>)، وخبر محمد ابن عيسى (كتب إبراهيم بن عنبسة - يعني إلى علي بن محمد عليه السلام -: إن رأى سيدي ومولاي أن يجزني عن قول الله عز وجل: ﴿يسألونك عن الخمر والميسر...﴾ الآية، فما الميسر؟ جعلت فداك، فكتب: كل ما قورم به فهو الميسر<sup>(٦)</sup>)، وخبر العلاء بن سبابة عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش، وما سوى ذلك فهو قمار<sup>(٧)</sup>).

فالمراهنة مطلقاً - سواء كانت بألة معدة للقمار أم لا - حرام، نعم يجوز اللعب من دون المراهنة بغير الآلات المعدة للقمار، كما روي مغالبة الحسن والحسين عليهما السلام بمحض من النبي ﷺ، ففي ذخائر العقبى (كان الحسن والحسين يصطرعان بين يدي النبي ﷺ)، فكان رسول الله ﷺ يقول: هن يا حسن، فقالت فاطمة: يا رسول الله، لم تقول هن يا

(١) (٣٧٢ و ٣٧٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧٦٢ و ٧٦٣.

(٢) (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

(٣) (٦٥٥) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث (١١).

(٤) (٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق والرماية حديث ٣.

حسن، فقال: إن جبرئيل عليه السلام يقول: هن يا حسين - إلى أن قال - وعن جعفر بن محمد عن أبيه أن الحسن والحسين كان يصطرعان فاطلع عليّ على رسول الله صلى الله عليه وآله وهو يقول: ويأ الحسن فقال علي: يا رسول الله على الحسين، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن جبرئيل عليه السلام يقول: ويأ الحسين<sup>(١)</sup>، وأما اللعب بالآلات المعدة للقمار كالشطرنج والنرد من دون مراهنه فلا خلاف في حرمة للأخبار.

منها: خبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما حرّم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابيط والمزامير والشطرنج وكل ملهوه به، والصلبان والأصنام وما أشبه ذلك من صناعة الأشربة الحرام وما يكون منه وفيه الفساد محضاً، ولا يكون منه ولا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه وجميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات)<sup>(٢)</sup>، وصحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام (النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قومر عليه فهو الميسر)<sup>(٣)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: النرد والشطرنج فهو الميسر)<sup>(٤)</sup>، ومرسل عبد الله بن جندب عن أبي عبد الله عليه السلام (الشطرنج ميسر والنرد ميسر)<sup>(٥)</sup>، وخبر الفضيل (سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس، النرد والشطرنج حتى انتهيت إلى السدر، فقال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قال: مع الباطل، قال: فمالك والباطل؟)<sup>(٦)</sup>، وخبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الشطرنج، والنرد، فقال: لا تقرّبوهما)<sup>(٧)</sup>، وخبر مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الشطرنج، فقال: دعوا المجوسية لأهلها لعنها الله)<sup>(٨)</sup>، ودعوى انصرافها إلى خصوص اللعب بها مع الرهن غير مسموعة، لأن الانصراف إن كان من ناحية الاستعمال فالشطرنج والنرد يطلقان على نفس الآلة، وإن كان من ناحية الغلبة فاستعمالها بدون الرهن أكثر.

بل في خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر...﴾ =

(١) ذخائر العقبى ص ١٣٤ طبع مكتبة القدسي - القاهرة - سنة ١٣٥٦.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) و٥٥) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و٢ و٤.

(٦) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٧) و٨) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠ و٧.

بالآلات المعدة له<sup>(١)</sup>، حتى اللعب بالختام، والجوز، والبيض<sup>(٢)</sup>، ولا يُملك ما يترتب عليه من الكسب، وإن وقع من غير المكلف، فيجب رده على مالكة، ولو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الولي<sup>(٣)</sup>، فإن جهل مالكة تُصدَّق به عنه، ولو انحصر في محصورين وجب التخلص منهم<sup>(٤)</sup> ولو بالصلح، (والغش)<sup>(٥)</sup> - بكسر

= الآية، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - وأما الميسر فالنرد والشطرنج وكل قمار ميسر - إلى قال - وكل هذا يبيعه وشراؤه والانتفاع بشيء من هذا حرام محرم<sup>(١)</sup>، ومن الواضح أن المراد من الشطرنج والنرد هنا نفس الآلة لا اللعب بها مع الرهن بدليل قوله فيما بعد (وكل قمار) وقوله (والانتفاع بشيء)، ومثله صحيح معمر المتقدم.

فالتحصيل حرمة اللعب مع الرهن لأنه قمار، وحرمة اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر وغيرها لهذه الأخبار، ولا خصوصية فيما ذكر إلا لكونها آلة معدة للقمار فيحرم اللعب بكل آلة معدة للقمار ولو من دون الرهن، وهذا والشطرنج أصله فارسي، ولذا قال الإمام في خبر مسعدة المتقدم (دعوا المجوسية)، وقال في المنجد عن الشطرنج «لعبة مشهورة معرّب شترنك بالفارسية، أي: ستة ألوان، وذلك لأن له ستة أصناف من القطع التي يُلعب بها فيه، وهي الشاه والفرزان والفيل والفرس والرُخ والبيدق».

وأما النرد فهو المسمى في عرفنا بالطاولة، وما توهم أنه نفس الزهر ليس في محله، قال في المنجد عن النرد: «لعبة وضعها أحد ملوك الفرس تعرفها العامة بلعب الطاولة»، وصرح في مجمع البحرين بأن الذي وضعها هو: سابور بن أردشير بن بابك.

(١) ولو من دون الرهن.

(٢) مع الرهن.

(٣) لأنه هو المكلف.

(٤) لقاعدة الاشتغال.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس منا من غشنا)<sup>(١)</sup>، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام (قال رسول الله ﷺ لرجل يبيع التمر: يا فلان أما علمت أنه ليس من المسلمين من غشهم)<sup>(٢)</sup>، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (نهى النبي ﷺ أن =

(١) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

(٢) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢٠١.

الغبين - (الخفي)، كشوب اللبن بالماء، ووضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلًا، ويكره بما لا يخفى<sup>(١)</sup>، كمزج الخنطة بالتراب والتين، وجيدها برديتها، (وتدليس الماشطة)<sup>(٢)</sup> بإظهارها في المرأة محاسنَ ليست فيها، من تحمير وجهها، ووصل

= يُشاب اللبن بالماء للبيع<sup>(٣)</sup>، وصحيح هشام بن الحكم (كنت أبيع السابري في الظلال فعز بي أبو الحسن الأول موسى عليه السلام راکبٌ فقال لي: يا هشام، إن البيع في الظلال غش، والغش لا يحل)<sup>(٤)</sup>، وخبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه قال: ومن غش مسلماً في شراء أو بيع فليس منا، ويُحشر يوم القيامة مع اليهود لأنهم أغش الخلق للمسلمين، وقال: ليس منا من غش مسلماً، وقال: ومن بات وفي قلبه غش لأخيه المسلم بات في سخط الله وأصبح كذلك حتى يتوب)<sup>(٥)</sup>.

واعلم أن الغش ليس له حقيقة شرعية أو متشرعية، وإنما الغش عرفاً يطلق على الخديعة والتدليس، ويتحقق بستر ما يخفى من غير المرغوب عند المشتري في ما يريد شراءه، وهذا لا يتحقق إلا مع علم الغاش وجهل المغشوش.

(١) أما مع عدم الخفاء فلا يتحقق الغش للتمايز، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، وبعضه أجود من بعض، قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس، ما لم يغط الجيد الرديء)<sup>(٦)</sup>، وعلى عدم التمايز حل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد، سعرهما بشيء وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً ثم يبيعهما بسعر واحد، فقال: لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه)<sup>(٧)</sup>.

(٢) التدليس هو الغش، وهو إظهار خلاف الواقع، والماشطة من اتخذت التمشيط حرفة لها، وهو من باب إضافة المصدر إلى فاعله، والتدليس لا يتحقق إلا إذا كان متعلقاً بالغير في مقام المعاملة، وعليه فالمراد تدليس الماشطة للمرأة التي يراد تزويجها أو الأمة التي يراد بيعها، أو فعل المرأة بنفسها ذلك من أجل التزويج أو البيع، وهو محرم بلا خلاف فيه، لحرمة التدليس والغش كما تقدم.

والتدليس يتحقق هنا بإظهار حسنٍ غير موجود، من وصل الشعور وتحمير الخدود أو =

(١) و٢ و٣) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتب به حديث ١٠٣ و٤.

(٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.

شعرها، ونحوه، ومثله فعل المرأة له من غير ماشطة، ولو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجة فلا تحريم.

(وتزيين كل من الرجل والمرأة بما يحرم عليه)<sup>(١)</sup> كلبس الرجل السوار،

= إخفاء عيب موجود فيها.

وأما تزيين المرأة لنفسها أو بواسطة الماشطة فيما لو كان التزيين لنفسها أو لزوجها فلا حرمة فيه، بل يستحب إذا كان لزوجها، ففي خبر سعد الإسكافي (سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلنه بشعورهن، فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها)<sup>(٢)</sup>.

(١) فهنا مسألتان:

الأولى: يحرم على الرجل لبس الحرير والذهب مطلقاً، سواء تزين بهما أم لا، بلا خلاف، للأخبار.

منها: خبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ لأمير المؤمنين عليه السلام: لا تختتم بالذهب، فإنه زينتك في الآخرة)<sup>(٣)</sup>، وخبر النعماني عنه عليه السلام (وجعل الله الذهب في الدنيا زينة النساء فحرم على الرجال لبسه)<sup>(٤)</sup>، وخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب)<sup>(٥)</sup>، ومرسل ابن بكير عنه عليه السلام (لا يلبس الرجل الحرير والديباج إلا في الحرب)<sup>(٥)</sup>.

الثانية: يحرم على الرجل التزين بما يختص بالنساء وكذا العكس، وما يختص بالنساء، هو السوار والخلخال ونحوهما والثياب المختصة بهن بحسب العادة، وما يختص بالرجال هو المنطقة والعمامة ونحوهما وثيابهم المختصة بهم بحسب العادة، وذهب المقدس الأردبيلي إلى عدم الحرمة، وذهب الشارح والفاضل الجواد في مفتاحه وجماعة إلى الحرمة، لخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ في حديث: لعن الله المحلل والمحلل له - إلى أن قال - والمتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)<sup>(٦)</sup>، وخبر زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام (أنه رأى رجلاً به تأنيث في مسجد رسول الله ﷺ =

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب لباس المصلي حديث ٥٥١.

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب لباس المصلي حديث ٢٥١.

(٤) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

والخلخال، والثياب المختصة بها عادة، ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والأصقاع، ومنه<sup>(١)</sup> تزيينه بالذهب وإن قل، والحرير إلا ما استثني<sup>(٢)</sup>، وكلبس المرأة ما يختص بالرجل، كالنظفة والعمامة.

(والأجرة على تفصيل الموتى وتكفينهم)<sup>(٣)</sup> وحلهم إلى المغتسل، وإلى القبر،

= فقال له: أخرج من مسجد رسول الله ﷺ، من لعنه رسول الله ﷺ، ثم قال على ﷺ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال<sup>(٤)</sup>، وفي حديث آخر (أخرجوهم من بيوتكم فإنهم أفذر شيء)<sup>(٥)</sup>، وبالإسناد المتقدم عن علي ﷺ (كنت مع رسول الله ﷺ جالساً في المسجد حتى أتاه رجل به تأنيث فسلم عليه، فرد عليه السلام، ثم أكب رسول الله ﷺ إلى الأرض يسترجع ثم قال: مثل هؤلاء في أمي، إنه لم يكن مثل هؤلاء في أمة إلا عذبت قبل الساعة)<sup>(٦)</sup>، ودعوى أن التشبه مخصوص بالتشبه بالطبيعة دون اللباس، لخبر أبي خديجة عن أبي عبد الله ﷺ (لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال، وهم المختنون واللاتني ينكحن بعضهن بعضاً)<sup>(٧)</sup>، فهي مردودة لأن التشبه أعم، ويؤيده خبر سماعة عن أبي عبد الله وأبي الحسن ﷺ (في الرجل يجر ثيابه؟ قال: إني لأكره أن يتشبه بالنساء)<sup>(٨)</sup>، والمرسل عن أبي عبد الله عن أبياته ﷺ (كان رسول الله ﷺ يزجر الرجل أن يتشبه بالنساء، وينهى المرأة أن تتشبه بالرجال في لباسها)<sup>(٩)</sup>.

(١) ومن تزيين الرجل بما يجرم عليه.

(٢) حال الحرب وعند القمل كما تقدم في أحكام لباس المصلي.

(٣) قال في المسالك فهذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى، وذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأجرة على ذلك لغير الولي بناء على اختصاص الوجوب به، والتأمل يُعطي أن خلاف السيد ليس خلافاً في الحكم بل في الموضوع لأنه يرى تجهيز الميت على غير الولي غير واجب فلذا جوز له أخذ الأجرة، ولم يُجوز أخذ الأجرة للولي على تجهيز الميت لأنه واجب عليه.

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤٣ و ٤٤.

(٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٦.

(٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ١.

(٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ٢.

= وعلى كلٍ اختلفت كلمات الأصحاب في مسألة جواز أخذ الأجرة على الواجب على أقوال:

الأول: حرمة أخذ الأجرة على الواجب، وهذا هو المشهور.

الثاني: ما حكاه الطباطبائي في مصابحه عن فخر المحققين من التفصيل بين التعبدى فلا يجوز وبين التوصلي فيجوز.

الثالث: ما حكاه الشيخ الأعظم في مكاسبه عن فخر المحققين من التفصيل بين الكفائي التوصلي فيجوز وبين غيره فلا يجوز.

الرابع: ما عن الرياض من الجواز في الواجب الكفائي التوصلي الذي به ينتظم المعاش، وبين المنع في غيره.

الخامس: ما عن مفتاح الكرامة من التفصيل بين ما كان الغرض الأهم منه هو الدين فلا يجوز، وبين ما كان الغرض الأهم منه هو الدنيا فيجوز.

السادس: ما ذهب إليه الشيخ الأعظم في مكاسبه من التفصيل بين العيني التعبدى والتعبدى فلا يجوز وبين الكفائي التوصلي والتخييري التوصلي فيجوز، وفي التخييري التعبدى التردد.

السابع: ما نسب للسيد المرتضى، وقد تقدم ما فيه.

الثامن: ما عن جماعة من متأخري المتأخرين من الجواز مطلقاً.

والبحت تارة في العبادية وأخرى في الوجوبية، وهما المانع التوهم لعدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات.

أما في العبادية فلا يصح أخذ الأجرة على العبادي، لأن أخذ الأجرة عليه ينافي القرية والإخلاص، فالإتيان به بداعي التقرب المترتب على داعي أخذ الأجرة ينافي الإخلاص كما هو واضح، ودعوى أن أخذ الأجرة لا ينافي الإخلاص بل يؤكد أنه في طوله لا في عرضه ممنوعة إذ يشترط في الإخلاص رجوع النية إلى الله تعالى.

ودعوى أن التقرب بداعي طلب الولد أو سعة الرزق لا ينافي الإخلاص فكذا موردنا ففيها أن التقرب بداعي طلب الولد من الله لا ينافي الإخلاص لأنه راجع إلى الله حيث هو طلب مصلحة دنيوية من الله جل وعلا، بخلاف التقرب بداعي الأجرة من شخص فإنه ليس راجعاً إلى الله فلذا نافي الإخلاص.

وعليه فلا يصح أخذ الأجرة على الواجب العبادي بل والمستحب العبادي أيضاً بناء على عمومية الدليل.

وأما البحث في الوجوبية فقد استدلل الشيخ بأن عمل الحر وإن كان مالا في نفسه لكنه إذا وجب سقط احترامه لأن الوجوب عليه رافع لاختياره ولتسلطه على الترك فهو مقهور =

وحفر قبورهم، (ودفنهم، والصلاة عليهم)، وغيرها من الأفعال الواجبة كفاية، ولو اشتملت هذه الأفعال على مندوب - كتفسيْلهم زيادة على الواجب، وتنظيفهم ووضوئهم وتكفينهم بالقطْع المندوبة، وحفر القبر زيادة على الواجب الجامع لوصفي: كتَم الریح، وحراسة الجُثة إلى أن يبلغ القامة، وشق اللحد، ونقله إلى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما لا يمكن دفنه فيه - لم يجرم التكسب به<sup>(١)</sup>.

(والأجرة على الأفعال الخالية من غرض حكَمي كالمبث)<sup>(٢)</sup> مثل الذَّهاب إلى مكان بعيد، أو في الظلمة، أو رفع صخرة، ونحو ذلك، مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء.

(والأجرة على الزنا) واللواط وما شاكلهما<sup>(٣)</sup>.

(ورُشا القاضي) بضم أوله وكسره مقصوراً، جمع رشوة بهما<sup>(٤)</sup>، وقد تقدم<sup>(٥)</sup>.

= على إيجاده ويُستوفى منه العمل من دون رضاه.

واستدل كاشف الغطاء بأن إيجاب الفعل يوجب صيرورته مملوكاً لله تعالى فلا يجوز تملكه للغير بالأجرة، واستدل بأن بذل العوض على ما يجب على الأجير لغوٌ فلذا يجرم أخذ الأجرة، واستدل بأن الإجارة متقومة بدفع العوض في قبال عمل الأجير العائد للمستأجر، والواجب على الأجير عملٌ يعود نفعه إليه لا للمستأجر فبذل المال بإزائه أكلٌ له بالباطل.

ولهذه الأدلة أو لبعضها فلا يجوز أخذ الأجرة على الواجب، سواء كان عينياً أم تعينياً أم كفائياً أم تخييرياً، عبادياً كان أو توصلياً إلا في الواجب النظامي، وهو ما وجب لحفظ النظام كالخِزف والصناعات المتوقفة عليها النظام، لأن النظام متوقف على إيجاد هذه الصناعات والحرف لا بشرط، فأخذ العوض عليها لا ينافي وجوبها، بل تحريم أخذ العوض عليها منافٍ لنظام أهل الحرف والصناعات.

(١) بالمندوب، ولكن بشرط أن لا يكون عبادياً.

(٢) فإن بذل العوض في قباله سفهي فيكون أكل المال بإزائه أكلاً له بالباطل.

(٣) من المحرمات، فإنه لا يجوز أخذ الأجرة على المحرم بعد عدم عود نفع محلل للمستأجر، وبعد عدم كون الفعل مملوكاً للمكلف لتحريمه عليه.

(٤) بالضم والكسر.

(٥) في باب القضاء.



(والأجرة على الأذان والإقامة) على أشهر القولين<sup>(١)</sup>، ولا بأس بالرزق من بيت المال، والفرق بينهما<sup>(٢)</sup> أن الأجرة تفتقر إلى تقدير العمل، والعوض، والمدة، والصيغة الخاصة، والرزق منوط بنظر الحاكم، ولا فرق في تحريم الأجرة بين كونها من معين، ومن أهل البلد والمحلة، وبيت المال، ولا يلحق بها<sup>(٣)</sup> أخذ ما أعد للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد، وإن كان مقدراً وباعثاً على الأذان، نعم

(١) بل هو المشهور كما قيل، لما تقدم من حرمة أخذ الأجرة على المستحب العبادي، ولخصوص أخبار.

منها: خير زيد بن علي عن أبيه عن آيائه عن علي عليه السلام (أنه أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين والله إني أحبك لله، فقال له: لكنني أبغضك لله، قال: ولم؟ قال: لأنك تبغي في الأذان، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً، وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من أخذ على تعليم القرآن أجراً كان حظه يوم القيامة)<sup>(٤)</sup>، وخير السكوني عن جعفر عن أبيه عن آيائه عن علي عليه السلام (آخر ما فارقت عليه حبيب قلبي أن قال: يا علي إذا صليت فصل صلاة أضعف من خلفك، ولا تتخذن مؤذناً يأخذ على أذانه أجراً)<sup>(٥)</sup>، وخير العلاء بن سبابة عن أبي جعفر عليه السلام (لا يُصلى خلف من يبغني على الأذان والصلاة أجراً، ولا تقبل شهادته)<sup>(٦)</sup>، وصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام في خبر (ورأيت الأذان بالأجر والصلاة بالأجر، ورأيت المساجد محتشية من لا يخاف الله مجتمعون فيها للغيبة وأكل لحوم أهل الحق - إلى أن قال - فكن على حذر واطلب إلى الله النجاة، واعلم أن الناس في سخط الله عز وجل وإنما يمهلهم لأمر يراد بهم فكن مترقياً)<sup>(٧)</sup>، وخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (من السحت أجر المؤذن، يعني إذا استأجره القوم يؤذن لهم، وقال: لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال)<sup>(٨)</sup>، ومنها تعرف ضعف ما ذهب إليه جماعة من الكراهة، منهم علم الهدى والكاشاني، ونقل عن الشهيد في الذكري.

(٢) بين الأجرة والرزق، وقد تقدم تفصيله في باب القضاء.

(٣) بالأجرة.

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يكتب به حديث .١

(٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الأذان والإقامة حديث .١

(٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث .٢

(٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الأمر والنهي حديث .٦

(٥) مستدرك الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأذان والإقامة حديث .٢

لا يثاب فاعله إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات.

(والقضاء)<sup>(١)</sup> بين الناس لوجوبه، سواء احتاج إليها أم لا، وسواء تعين عليه القضاء أم لا، (ويجوز الرزق من بيت المال) وقد تقدم في القضاء أنه<sup>(٢)</sup> من جملة المرتزقة منه، (والأجرة على تعليم الواجب من التكليف)<sup>(٣)</sup> سواء وجب عيناً، كالفاتحة والسورة، وأحكام العبادات العينية، أم كفاية كالتفقه في الدين، وما يتوقف<sup>(٤)</sup> عليه من المقدمات عِلماً وعملاً<sup>(٥)</sup>، وتعليم المكلفين صيغ العقود والإيقاعات ونحو ذلك.

(وأما المكروه: فكالصرف)<sup>(٦)</sup> وعلل في بعض الأخبار بأنه لا يسلم فاعله

(١) على المشهور، لوجوبه عليه، وقد تقدم حرمة أخذ الأجرة على الواجب، وللخصوص صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن قاض بين قرنين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت)<sup>(١)</sup>، وخبر عمار بن مروان المروي في الخصال عن أبي عبد الله عليه السلام (إلى أن قال - والسحت أنواع كثيرة، منها ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة، ومنها أجور القضاة وأجور الفواجر، وثمن الخمر والتبذير المسكر)<sup>(٢)</sup> الخبر.

ومما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه العلامة في المختلف من جواز أخذ الأجرة مع عدم التعين، وما ذهب إليه المفيد والقاضي من الجواز مطلقاً.

(٢)

القاضي.

(٣) وأحكام الدين، سواء كانت تكليفية أم وضعية، لما تقدم من حرمة أخذ الأجرة على الواجبات مطلقاً.

(٤)

التفقه.

(٥) كالكتابة، فيكون واجباً بالوجوب الغيري.

(٦) وكذا بيع الأكفان وبيع الطعام وبيع الرقيق واتخاذ الذبيح والنحر صنعة، بلا خلاف في كراهة المذكورات، للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فخبرتة أنه وُلد لي غلام،

قال: ألا سميت محمدًا؟ قلت: قد فعلت، قال: فلا تضرب محمدًا ولا تشتمه، جعله الله =

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي حديث ١.

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

من الربا، (وبيع الأكفان)، لأنه يتمنى كثرة الموت والوباء، (والرقيق) لقوله ﷺ (شر الناس من باع الناس)<sup>(١)</sup>، (واحتكار الطعام)<sup>(٢)</sup> وهو حبسه بتوقع زيادة السعر، والأقوى تحريمه مع استغنائه عنه، وحاجة الناس إليه، وهو اختياره في الدروس، وقد قال النبي ﷺ: (الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون)<sup>(٣)</sup>، وسيأتي الكلام في بقية أحكامه، (والذباحة) لإفضائها إلى قسوة القلب، وسلب الرحمة، وإنما تُكره<sup>(٤)</sup> إذا اتخذها حرفة وصنعة<sup>(٥)</sup>، لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى صرف دينار، أو بيع كفن، أو ذبح شاة، ونحو ذلك، والتعليل بما ذكرناه في الأخبار يرشد إليه، (والنساجة)<sup>(٦)</sup> والمراد بها ما يعم الحياكة، والأخبار متضافرة

= قرّة عين لك في حياتك، وخلف صدق بعدك، قلت: جمعت فداك في أي الأعمال أضعه؟ قال ﷺ: إذا عزلته عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت، لا تسلمه صيرفياً فإن الصيرفي لا يسلم من الربا، ولا تسلمه يتاع أكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوباء إذا كان، ولا تسلمه يتاع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار، ولا تسلمه جزراً فإن الجزار تُسلب منه الرحمة، ولا تسلمه نخاساً، فإن رسول الله ﷺ قال: شر الناس من باع الناس)<sup>(٧)</sup>.

(١) كما في خبر إسحاق المتقدم.

(٢) ما تقدم هو كراهة بيع الطعام لأنه مفضي إلى الاحتكار، وأما الاحتكار فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٣) كما في خبر ابن القداح عن أبي عبد الله ﷺ (قال رسول الله ﷺ: الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون)<sup>(٨)</sup>.

(٤) هذه المذكورات.

(٥) وهو الظاهر من الخبر حيث النهي عن التسليم إلى الصراف والجزار وبتاع الأكفان والطعام والرقيق.

(٦) للأخبار.

منها: خير أبي إسماعيل الصبقل الرازي (دخلت على أبي عبد الله ﷺ ومعني ثوبان فقال لي: يا أبا إسماعيل يجيئني من قبلكم أثواب كثيرة، وليس يجيئني مثل هذين =

(١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

بالنهي عنها، والمبالغة في ضعتها، ونقصان فاعلها، حتى نُهي عن الصلاة خلفه،

= الثوبين، فقلت: جعلت فداك، تغزلهما أم إسماعيل وأنسجهما أنا، فقال لي: حائك؟ قلت: نعم، فقال: لا تكن حائكاً، فقلت: فما أكون؟ قال: كن صيقلاً، وكانت معي مائتا درهم فاشتريت بها سيوفاً ومرابيا عتقاً، وقدمت بها الري فبعتها بريح كبير<sup>(١)</sup>، وما رواه الشارح في شرح النضلية عن جعفر بن أحمد القمي من كتابه «الإمام والمأموم» مُسنداً عن الصادق عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله ﷺ): لا تصلوا خلف الحائك ولو كان عالماً، ولا تصلوا خلف الحجام ولو كان زاهداً، ولا تصلوا خلف الدباغ ولو كان عابداً<sup>(٢)</sup>.

ثم هل النساجة والحياكة مترادفتان كما في الصحاح «نسج الثوب وحاكه واحده» وهو الظاهر من الخبر، أم أن النساجة تختص ببعض الأجناس وهو خصوص نسج الرقيق والحياكة لنسج غيره، أو أن النساجة أعم من الحياكة مطلقاً؟ احتمالات، والأظهر الأول، نعم لا تشمل النساجة نسج الخوص لعدم الصدق عرفاً، وعلى فرض الشمول فلا بد من القول بخروجه عن الكراهة، لأنه عمل بعض الأنبياء والأولياء عليهم السلام، ففي نهج البلاغة في خطبة لأمير المؤمنين عليه السلام قال (وإن شئت ثلثت بداوود عليه السلام) صاحب المزامير وقارىء أهل الجنة فلقد كان يعمل سفائف الخوص بيده، ويقول لجلسائه: أيكم يكفيني يبيعه؟ ويأكل قرص الشعير من ثمنها<sup>(٣)</sup>، وسف الخوص نسجه، وفي الاحتجاج في كتاب سلمان إلى عمر بن الخطاب في جواب كتاب كتبه إليه (وأما ما ذكرت: إني أقبلت على سف الخوص وأكل الشعير، فما هما مما يُعبر به مؤمن ويؤنب عليه، وأيم الله - يا عمر - لأكل الشعير وسف الخوص والاستغناء عن رفيع المطعم والمشرب، وعن غضب المؤمن حقه وادعاء ما ليس له بحق أفضل وأحب إلى الله عز وجل وأقرب للتقوى، ولقد رأيت رسول الله ﷺ إذا أصاب الشعير أكل وفرح به ولم يسخطه<sup>(٤)</sup>)، وفي شرح النهج لابن أبي الحديد عن أبي عمر (كان سلمان يسف الخوص وهو أمير على المدائن، ويبيعه ويأكل منه، ويقول: لا أحب أن أكل إلا من عمل يدي، وقد كان تعلم سف الخوص من المدينة)<sup>(٥)</sup>.

- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتب به حديث ١.
- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يكتب به حديث ٥.
- (٣) نهج البلاغة ج ٢ خطبة ١٥٣.
- (٤) الاحتجاج ج ١ ص ١٨٦ - ١٨٧، طبع مطبعة النعمان - النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.
- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات التجارة حديث ١.

والظاهر اختصاص النساجة والحياكة بالمغزول ونحوه<sup>(١)</sup>، فلا يُكره عمل الخوص ونحوه، بل زوّي أنه من أعمال الأنبياء والأولياء عليهم السلام، (والحجامة)<sup>(٢)</sup> مع شرط الأجرة، لا بدونها كما قيده المصنف في غيره وغيره<sup>(٣)</sup>، ودل عليه الخبر، وظاهره هنا الإطلاق، (وضراب الفحل)<sup>(٤)</sup> بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمرة والمرة المعينة أو بالمدة، ولا كراهة في ما يُدفع إليه على جهة الكرامة لأجله.

(وكسب الصبيان)<sup>(٥)</sup> المجهول أصله، لما يدخله من الشبهة الناشئة من

(١) كالفتول باليد.

(٢) مع اشتراط الأجرة على العمل المضبوط بالمدة أو العدد، ومفهومه عدم الكراهة إذا لم يشترط، ففي صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن كسب الحجام، فقال: لا بأس به)<sup>(١)</sup>، وخبر جابر عن أبا جعفر عليه السلام (احتجم رسول الله صلى الله عليه وآله، حججه مولى لبني بياضة وأعطاه، ولو كان حراماً ما أعطاه)<sup>(٢)</sup>، وهي عمولة على عدم المشاركة جمعاً بينها وبين خبر أبي بصير عن أبا جعفر عليه السلام (سألته عن كسب الحجام، فقال: لا بأس به إذا لم يشارط)<sup>(٣)</sup>، وخبر زبارة (سألته عن كسب الحجام، فقال: مكره له أن يشارط، ولا بأس عليك أن تشارطه وتماكسه، وإنما يكره له ولا بأس عليك)<sup>(٤)</sup>، ومن الأخير يعرف عدم كراهة المشاركة للمحجوم.

(٣) غير المصنف.

(٤) لا خلاف في كراهة التكبس به، بأن يؤجره لذلك، لمسل الفقيه (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن عسيب الفحل وهو أجر الضراب)<sup>(٥)</sup>، وهو المخصص لخبر حنان بن سدير (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام ومعنا فرقد الحجام - إلى أن قال - فقال له: جعلني الله فداك إن لي نيساً أكرهه، فما تقول في كسبه؟ قال: كُل كسبه فإنه لك حلال والناس يكرهونه، قال حنان: قلت: لأي شيء يكرهونه وهو حلال؟ قال: لتعبير الناس بعضهم بعضاً)<sup>(٦)</sup>، وخبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: أجر التيوس؟ قال: إن كانت العرب لتعابره به ولا بأس)<sup>(٧)</sup>.

(٥) المجهول أصله، لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجترأ الصبي على ما لا يحل له لجهله، أو لعلمه بارتفاع القلم عنه، أما لو علم أن كسبه من حلال فلا كراهة، كما أنه لو علم أنه من حرام فيجب الاجتناب عنه.

(١) و٢١ و٣ و٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يكتب به حديث ٧٦ و٧٧ و٩٠.

(٥) و٦ و٧) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتب به حديث ٣ و١ و٢.

اجترأ الصبي على ما لا يحل، لجهله، أو علمه بارتفاع القلم عنه، ولو عُلمَ اكتسابه من محلل فلا كراهة، وإن أُطلق الأكثر، كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه من محرم وجب اجتنابه، أو اجتناب ما علم منه، أو اشتبه به، ومحل الكراهة تكسب الولي به<sup>(١)</sup>، أو أخذه<sup>(٢)</sup> منه، أو الصبي<sup>(٣)</sup> بعد رفع الحجر عنه، (و) كذا يكره كسب (من لا يَحْتَبِ المَحْرَم) <sup>(٤)</sup> في كسبه، (والمباح: ما خلا عن وجه رجحان) من الطرفين بأن لا يكون راجحاً، ولا مرجوحاً لتتحقق الإباحة (بالمعنى الأخص).

(ثم التجارة) وهي نفس التكب<sup>(٥)</sup> (تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة) فالواجب منها ما توقف تحصيل مؤنثه ومؤنثه عياله الواجب النفقة عليه، ومطلق التجارة التي يتم بها نظام النوع الإنساني، فإن ذلك من الواجبات الكفائية وإن زاد على المؤنث، والمستحب ما يحصل به المستحب، وهو<sup>(٦)</sup> التوسعة على العيال، ونفع المؤمنين، ومطلق المحاويع غير المضطرين<sup>(٧)</sup>، والمباح ما يحصل به الزيادة في المال من غير الجهات الراجعة والمرجوحة، والمكروه والحرام التكب بالأعيان المكروهة والمحرمة وقد تقدمت.

## (الفصل الثاني)

(في عقد البيع وآدابه: وهو) أي: عقد البيع (الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم)<sup>(٨)</sup> وهذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفاً للبيع

- (١) بالصبي.
- (٢) أخذ الولي الكسب من الصبي.
- (٣) صرف الصبي للمال المكتسب بعد رفع الحجر عنه بالبلوغ والعقل، أما لو تصرف الصبي بما اكتسبه وكان تصرفه وتكسبه قبل البلوغ فلا كراهة في حقه لعدم التكليف.
- (٤) لنفس المناط في كسب الصبي من الشبهة الناشئة من اجترأه على فعل المحرم.
- (٥) بقرينة انقسامها إلى الأحكام الخمسة.
- (٦) المستحب.
- (٧) وإلا فلو كان مضطراً لوجب التكب لرفع اضطراره إذا توقف الرفع على تكسب الغير.
- (٨) اختلف في تعريف البيع فعن جماعة منهم الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة والقواعد والتحرير والحلي في السرائر بأنه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي، وأشكل عليه بأن الانتقال أثر للبيع وليس هو البيع نفسه، وأن =

نفسه، لأنه<sup>(١)</sup> عند المصنف وجماعة عبارة عن العقد المذكور<sup>(٢)</sup>، استناداً إلى أن ذلك<sup>(٣)</sup> هو المتبادر من معناه<sup>(٤)</sup>، فيكون<sup>(٥)</sup> حقيقة فيه<sup>(٦)</sup>، ويمكن أن يكون الضمير<sup>(٧)</sup> عائداً إلى البيع نفسه، وأن يكون إضافة «البيع»<sup>(٨)</sup> بيانية، ويؤيده أنه في الدروس عرف البيع بذلك<sup>(٩)</sup>، مزيداً قيد التراضي، وجعل جنس التعريف الإيجاب والقبول أولى من جعله اللفظ الدال<sup>(١٠)</sup> كما صنع غيره، لأنهما<sup>(١١)</sup> جنس قريب واللفظ بعيد، وباقي القيود خاصة مركبة، يخرج بها<sup>(١٢)</sup> من العقود ما لا

= الانتقال انفعال والبيع فعل.

وعن جامع المقاصد أنه نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغة مخصوصة، وعن المحقق في النافع والشهيد بأنه اللفظ الدال على النقل المذكور، وعن الوسيلة والمختلف أنه العقد الدال على الانتقال المذكور، وعن الحلبي أنه عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن وتسلميهما، وعن الشيخ في المكاسب بأنه إنشاء تمليك عين بمال، وعن بعضهم بأنه تمليك عين بعوض، وعن المحقق النائيني بأنه تبديل مال بمال، وعن المصباح المنير بأنه مبادلة مال بمال، إلى غير ذلك من التعريفات التي يعثر عليها المتبع في بطون الكتب. وكل هذه التعاريف من قبيل شرح الاسم فلا داعي للنقض عليها بالطررد أو العكس، فإنه مضبوطة للوقت.

- (١) البيع.
- (٢) العقد الدال على نقل الملك بعوض معلوم.
- (٣) العقد المذكور.
- (٤) من معنى البيع.
- (٥) البيع.
- (٦) في العقد.
- (٧) في كلام الماتن حيث قال «وهو الإيجاب والقبول».
- (٨) إلى العقد في كلام الماتن.
- (٩) حيث قال في الدروس: «كتاب البيع، قال الله جل جلاله: ﴿وأحل الله البيع وحرم الله الربا﴾، وهو الإيجاب والقبول من الكاملين الدالان على نقل العين بعوض مقدر مع التراضي».
- (١٠) الدال على نقل الملك بعوض معلوم.
- (١١) الإيجاب والقبول.
- (١٢) بالخاصة المركبة.

نقل فيه كالوديعة، والمضاربة، والوكالة، وما تضمن نقل الملك بغير عوض كالهبة والوصية بالمال، وشمل<sup>(١)</sup> ما كان ملكاً للعاقد وغيره<sup>(٢)</sup>، فدخل بيع الوكيل والولي، وخرج بالعوض المعلوم الهبة المشروط فيها مطلق الثواب<sup>(٣)</sup>، وبيع المكره<sup>(٤)</sup> حيث يقع صحيحاً<sup>(٥)</sup> إذ لم يعتبر التراضي، وهو<sup>(٦)</sup> وارد على تعريفه في الدروس<sup>(٧)</sup>، وبيع الأخرس<sup>(٨)</sup> بالإشارة وشرائه، فإنه يصدق عليه الإيجاب والقبول، ويرد على تعريف أخذ «اللفظ» جنساً كالشرائع<sup>(٩)</sup>، وبقي فيه<sup>(١٠)</sup> دخول عقد الإجازة، إذ الملك يشمل العين والمنفعة والهبة المشروط فيها عوض معين، والصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه<sup>(١١)</sup> ليس بيعاً عند المصنف والمتأخرين.

وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول المذكورين (فلا يكفي المعاطة)<sup>(١٢)</sup> وهي إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضاً عما

- (١) تعريف البيع المذكور في كلام الماتن.
- (٢) غير العاقد.
- (٣) مطلق العوض.
- (٤) عطف على بيع الوكيل والولي، والمعنى أن التعريف المذكور يشمل بيع المكره حيث لم يقيد النقل بالتراضي، فكان الأولى على الشارح إعادة الفعل بقوله وشمل أو دخل.
- (٥) كما إذا أجبره الحاكم على البيع لوفاء دينه، أو أجبر الكافر على بيع عبد مسلم تحت يده.
- (٦) بيع المكره حيث يقع صحيحاً.
- (٧) فيخرج بيع المكره عن تعريف البيع، وفيه: أن المراد من التراضي الأعم من أن يكون رغبة في البيع من قبل البائع أو جبراً من قبل الشارع فلا نقض.
- (٨) عطف على بيع المكره، أي: يدخل في تعريف البيع المتقدم، لأنه لم يشترط في البيع لفظاً بل إيجاباً وقبولاً، وإشارة الأخرس البائع إيجاب وإشارته إذا كان مشترياً قبولاً.
- (٩) فإن المحقق عزف البيع في الشرائع بأنه اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم، ويرد عليه خروج بيع الأخرس بالإشارة وشرائه كما هو واضح.
- (١٠) في تعريف المصنف للبيع، ولكن الأمر سهل بعدما عرفت أنه من قبيل شرح الاسم.
- (١١) فإن الصلح ليس بيعاً كما سيأتي بيانه في محله إن شاء الله تعالى.
- (١٢) لم يرد اسم المعاطة في آية أو رواية، وإنما عبر الفقهاء بها عن البيع الفاقد للصلفة، فالبيع العقدي هو إنشاء تمليك بعوض باللفظ، والمعاطة هي إنشاء تمليك بعوض بالفعل، =



= والناسب أن يبحث تارة في صدق معنى البيع عليها وأخرى في شمول أدلة البيع ولزومه لها، ولكن المشهور خصوصاً المتقدمين لم يلتزموا بكونها بيعاً، فلذا بحثوا تارة في إفادتها الملك أو الإباحة، وأخرى في أن الملك منزلزل أو لا، وأن الإباحة موجبة للزوم أو لا، وأن الإباحة تفيد جميع التصرفات أو بعضها إلى غير ذلك، والحق أن المعاطاة بيع فتشمله أدلة البيع ولزومه وجريان جميع الخيارات فيه، أما أنه بيع فللسيرة القطعية بين التشريعة، بل وللسيرة العقلانية القائمة على ترتيب آثار الملك من العتق والبيع والوطء والإبصاء والتوريث على المأخوذ بالمعاطاة، وهذا كاشف عن أن المعاطاة عندهم بيع فيشمها قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٣)</sup>.

ودعوى أن هذه السيرة كسائر سيرهم ناشئة من قلة مبالغتهم بالدين وتسامحهم بشريعة سيد المرسلين ﷺ مدفوعة بأن المدار على السيرة العقلانية غير المتوقفة على تأسيس من الشارع فيكفي فيها عدم الردع عنها، مع أنك قد عرفت إمضاءها بالآيات المتقدمة. وقد استدل على انحصار إنشاء البيع باللفظ بالأخبار.

منها: خير القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي ﷺ (أنه نهى عن المنايذة واللامسة وبيع الحصة)<sup>(٤)</sup>، بدعوى أنه نهى عن إنشاء البيع بهذه الأفعال، ولازمه حصر الإنشاء باللفظ، وفيه: أنه نهى عن تعيين المبيع بهذه الأفعال، فيكون النهي من ناحية جهالة المبيع وليس النهي عن إنشاء البيع بالفعل.

وخير يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيع (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بل، قال: لا بأس به، إنما يحمل الكلام ويحرم الكلام)<sup>(٥)</sup>، وهو ظاهر في انحصار البيع باللفظ، إلا أنه ضعيف السند فلا يمكن التمسك به في قبال السيرة القائمة.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ١٣.

(٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

= وصحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقير ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي شيئاً، فإنما يحرم الكلام<sup>(١)</sup>)، ومثله خير سليمان ابن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزارع فيزرع أرض آخر فيشترط ثلثاً للبذر وللبقير ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأً فإنما يحرم الكلام<sup>(٢)</sup>).

ولكنها عمولة على أن جعل الثلث للبذر أو البقر محرم وإنما عليه أن يجعل الثلث أو غيره له، ويدل عليه خير أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقير، فقال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقرأً فإنما يحرم الكلام<sup>(٣)</sup>)، وهو ظاهر في كون الثلث للبقير أو البذر هو المحرم، وهو أجنبي عن مدعى انحصار العقود بالألفاظ.

واستدل بخبر عبد الرحمان بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعته يقول: إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشتريت فقل: إنما اشتري منك الورق وما فيه من الأديم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا<sup>(٤)</sup>)، وخبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف وشرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفقين وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا<sup>(٥)</sup>)، وقريب منها خبر عثمان بن عيسى<sup>(٦)</sup>، وخبر عبد الله بن سليمان<sup>(٧)</sup>، واستدل بخبر حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبيع رجلاً يقول: أبيعك بده داوذه، وبده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا فاسد، ولكن يقول: أربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا، ويساومه على هذا فليس به بأس<sup>(٨)</sup>)، وخبر العلاء (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده داوذه، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة<sup>(٩)</sup>)، وصحيح بريد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض في أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال =

(١) و٢١٠٦٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المزارعة حديث ١٠٦٤.

(٤) و٥٦٠٦٧) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠٦٣ و٦٣٠.

(٩) و٩٨٠) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥٠٣.

البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت<sup>(١)</sup>، وخبر سماعة (سألته عن بيع الشمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعمها؟ فقال: لا، إلا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة أو بقلأ، فيقول: اشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم يخرج الشمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل<sup>(٢)</sup>)، إلى غير ذلك من الأخبار المشوثة في أبواب الفقه. غير أن الجميع لا يدل على حصر البيع باللفظ، بل يدل على تحقق البيع باللفظ، وهذا مما لا ينكر إذ البيع على قسمين عقدي وفعلي، فإنشاء التمليك تارة يكون باللفظ وأخرى بالفعل.

ثم إن السيرة قائمة على اعتبار المعاوضة بيعاً بلا فرق في الحقير والخطير، فالتفصيل المنسوب لبعض العامة بين كونها بيعاً في الحقير دون الخطير ليس في محله، هذا هو تمام الكلام في المعاوضة بحسب معناها وشمول أدلة البيع اللازم لها، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيها على أقوال.

الأول: أنها تفيد اللزوم، سواء كان الدال على التراضي لفظاً أم لا، وهو المنسوب للمفيد، على كلام في النسبة.

الثاني: اللزوم إذا كان الدال على التراضي لفظاً، وقد حكاه الشارح في المسالك عن بعض مشايخه، ومال إليه نفس الشارح هناك لولا مخالفة الإجماع، وقد استقره جماعة من المتأخرين كالأردبيلي والكاشاني والسبزواري.

الثالث: أنها تفيد الملكية المترتبة، وهو الذي اختاره المحقق الثاني، وحمل عليه كلمات القائلين بأن المعاوضة تفيد الإباحة.

الرابع: أنها تفيد الإباحة لجميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك، وقال الشارح في المسالك: «كل من قال بالإباحة قال بإباحة جميع التصرفات».

الخامس: أنها تفيد الإباحة للتصرفات غير المتوقفة على الملك، أما المتوقفة على الملك كالوطء والعتق والبيع فلا، وهو المنسوب للشهيد في حواشيه على القواعد.

السادس: أنها معاملة فاسدة، وهو المنسوب للعلامة في النهاية، ولكنه رجع عن هذا القول في كتبه المتأخرة.

السابع: ما أنسب للشيخ كاشف الغطاء أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية وليست بيعاً.

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص<sup>(١)</sup>، سواء في ذلك الجليل والحقير، على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً، (نعم يباح) بالمعاطاة (التصرف)<sup>(٢)</sup> من كل منهما فيما صار إليه من العوض، لاستلزام دفع مالكة له على هذا الوجه الإذن في التصرف فيه، وهل هي إباحة، أم عقد منزّل؟ ظاهر العبارة الأول، لأن الإباحة ظاهرة فيها ولا ينافيه قوله (ويجوز الرجوع) فيها (مع بقاء العين)، لأن ذلك لا ينافي الإباحة، وربما ظهر من بعض الأصحاب الثاني<sup>(٣)</sup>، لتعبيره بجواز فسخها الدال على وقوع أمر يوجبه.

= وما تقدم انبأ تعرف ضعف جميع هذه الأقوال، فلا داعي حينئذ للبحث في أن الإباحة المترتبة على المعاطاة هي إباحة محضة بمعنى الإذن في التصرف أو أنها بمعنى الملك المنزّل، ولا داعي للبحث في أنها تلزم عند ذهاب العين المتحقق بتلف العينين أو إحداهما أو بعض كل واحدة منهما، أو المتحقق بالنقل والتغيير إلى غير ذلك من أبحاثهم.

(١) وهذا ما فسره جماعة، ولكن قد عرفت أن المعاطاة هي إنشاء تمليك بالفعل لا بالصيغة المخصوصة.

(٢) ذهب المشهور إلى اشتراط اللفظ في البيع ولازمه أن لا تكون المعاطاة حينئذ بيعاً، ولكن تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض لإذن كل منهما للآخر في التصرف، وتفيد جواز الرجوع ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت العين لزمّت المعاوضة حينئذ لرضاهما بكون ما أخذه كل منهما عوضاً عما دفعه، فإذا تلف ما دفعه كان مضموناً على القابض إلا أن الدافع قد رضي بكون عوضه ما هو في يده، فإن كان ناقصاً فقد رضي به، وإن كان زائداً فقد رضي الآخر، ومن هذا البيان تعرف أن مقصود المتعاقدين إنما هو الملك ولكن لم يحصل لاشتراط اللفظ في البيع، ولكن وقعت الإباحة لإعطاء كل منهما الآخر سلطاً له عليها، وهذا يقتضي الإذن في التصرف بوجود التصرفات وهو معنى الإباحة، ومنه أيضاً تعرف ضعف ما عن المحقق الثاني من حمل الإباحة في كلماتهم على الملك المنزّل، ومنه تعرف ضعف ما عن صاحب الجواهر من الطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة ما يقصد بها التمليك، إذ لو لم يقصد بها التمليك لما كانت بيعاً جامعاً لجميع الشرائط ما عدا الصيغة المخصوصة.

(٣) قال الشارح في المسالك: «وعبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى - أي: الملك المنزّل -، لأنه قال: الأقوى عندي أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسح المعاوضة ما دامت العين باقية ومقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك في الجملة، وكذا تسميتها معاوضة والحكم بالزوم بعد الذهاب».

وتظهر الفائدة في النماء، فعل الثاني<sup>(١)</sup> هو للقباض مع تحقق اللزوم بعده<sup>(٢)</sup>، وعلى الأول<sup>(٣)</sup> يحتمله<sup>(٤)</sup> وعدمه، ويفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه<sup>(٥)</sup> مع ذهابها، وهو كذلك، ويصدق<sup>(٦)</sup> بتلف العينين، وإحداهما، وبعض كل واحدة منهما، ونقلها عن ملكه، وتغييرها كطحن الخنطة، فإن عين المنتقل غير باقية<sup>(٧)</sup> مع احتمال العدم<sup>(٨)</sup>، أما لبس الثوب مع عدم تغييره<sup>(٩)</sup> فلا أثر له، وفي صبغه، وقصره<sup>(١٠)</sup>، وتفصيله، وخطاطته، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة للصفة مع بقاء الحقيقة نظر<sup>(١١)</sup>، وعلى تقدير الرجوع في العين وقد استعملها من انتقلت إليه يأخذها<sup>(١٢)</sup> بغير أجر، لإذنه في التصرف مجاناً، ولو نمت وتلف النماء فلا رجوع به كالأصل<sup>(١٣)</sup>، وإلا<sup>(١٤)</sup> فالوجهان.

وهل تصير مع ذهاب العين بيعاً، أو معاوضة خاصة؟ وجهان: من

(١) الملك المتزلزل.

(٢) بعد النماء، لأن النماء تابع للعين في الانتقال وعدمه، بناء على تحقق الملك.

(٣) الإباحة.

(٤) يحتمل كون النماء للقباض تبعاً لأصله، ويحتمل كون النماء للدافع، لأن الإباحة إنما تعلقت بأصله دونه، وهو الأقرب.

(٥) عدم جواز الرجوع مع ذهاب العين لما تقدم.

(٦) يصدق ذهاب العين.

(٧) مع التغيير.

(٨) لأن التغيير في صفة من صفات العين، وما هو إلا كنسيج الغزل، وأما العين فهي باقية والأصل بقاء الملك للملك، وهو الأقوى.

(٩) عدم تغير الثوب باللبس.

(١٠) تبيضه وغسله.

(١١) من بقاء الذات فلا يصدق ذهاب العين، ومن عدم بقاء الصفة فلا يصدق بقاء العين السابقة.

(١٢) مالكة الأول الذي رجع.

(١٣) لإذنه بالتصرف بوجوه التصرفات.

(١٤) وإن لم يتلف النماء فالوجهان السابقان على القول بالإباحة.

حصرهم المعاوضات وليست أحدهما<sup>(١)</sup>، ومن اتفاهم<sup>(٢)</sup> على أنها ليست بيعاً بالألفاظ الدالة على التراضي<sup>(٣)</sup>، فكيف تصير بيعاً بالتلف.

ومقتضى المعاطة أنها مفاعلة من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة، ففي حقوق أحكامها نظراً من عدم تحققها<sup>(٤)</sup>، وحصول<sup>(٥)</sup> التراضي، وهو اختياره في الدروس على تقدير دفع السلعة دون الثمن، (ويشترط وقوعهما) أي: الإيجاب والقبول (بلفظ الماضي)<sup>(٦)</sup>

- (١) ليست المعاطة واحدة من هذه المعاوضات المعروفة فلا بد من الالتزام بأنها بيع، لأن جعلها معاوضة مستقلة محتاج إلى دليل، وهو مفقود.
  - (٢) دليل أنها معاوضة خاصة، لانفاهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف، ولكن قد عرفت أنها بيع من حين وقوعها ولا داعي لهذه الأبحاث.
  - (٣) فضلاً عن المعاطة المجردة عن هذه الألفاظ والتحقق بالافعال فقط.
  - (٤) دليل عدم حقوق أحكام المعاطة، لعدم صدق المعاطة، لأنها مفاعلة من الجانبين، وهنا لم يتحقق العطاء إلا من جانب واحد.
  - (٥) دليل لحقوق أحكام المعاطة، لصدق التراضي من الطرفين الذي هو قوام المعاطة.
- وفيه: أن المعاطة حقيقة وإن كانت لا تتم إلا بالعطاء من الجانبين إلا أنها لم ترد في آية أو رواية، وإنما وردت في كلمات الفقهاء وأزادوا بها إنشاء التملك بالافعال لا بالألفاظ، وعليه فهي متحققة فيما لو دفع البائع العين بداعي إنشاء تملكها بعوض وأخذ المشتري بداعي القبول، وكذا تتحقق المعاطة بتسليم العوض من المشتري فقط ويكون تعاطياً في بيع السلف، ومنه تعرف جريان التعاطي والمعاطة في بعض المعاملات غير البيع العقدي كالهبة والعارية والوديعة، بل تجري المعاطة في كل العقود، إلا إذا قام الدليل على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح والطلاق والتحليل والعق.
- (٦) كما هو المشهور، لأن الماضي صريح في الإنشاء بخلاف غيره من الأمر والمضارع، فالأول استدعاء والثاني أشبه شيء بالوعد، أما الماضي فهو وإن احتمل الإخبار إلا أنه أقرب إلى الإنشاء، حيث دل على وقوع مدلوله في الماضي، ومع عدم قصد الإخبار به فلا محالة يكون دالاً على تحققه حاضراً.

وفيه: أن الماضي لا يكون صريحاً في الإنشاء إلا مع القرينة كاحتياج المضارع إليها في مقام الإنشاء، والفرق تحكم، ومقتضى القواعد جواز الماضي والمضارع في إنشاء التملك الذي هو معنى البيع ما دام كلٌّ منها بحاجة إلى قرينة ولو حالية، وغلبة الماضي في =

العربي<sup>(١)</sup> (كبتت) من البائع<sup>(٢)</sup>، (واشترت) من المشتري، (وشريت) منهما،

= العقود والإيقاعات لا توجب عدم صحة إنشائها بالمضارع، بالإضافة إلى جملة من الأخبار قد دلت على جواز الإنشاء بالمضارع، كموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد وهو أبى عن أهله؟ قال: لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نكده فيما اشتري منه)<sup>(٣)</sup>، وصحيح رفاعة النخاس (سألت أبا الحسن - يعني موسى بن جعفر عليه السلام - قلت له: يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الأبقة وأعطيتهم الثمن واطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا أو كذا درهماً، فإن ذلك جائز)<sup>(٤)</sup>، وخير أبان بن تغلب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها، قال: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا واردة ولا موروثة كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهماً، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها)<sup>(٥)</sup>.

ولذا ذهب القاضي في الكامل والمهذب وجماعة من المتأخرين إلى جواز إيقاع البيع بالمضارع، بل ذهب بعضهم إلى جواز الإيقاع بالجملة الاسمية نحو: «أنا بائع»، قاصداً بها الإنشاء، وهو مبني على جواز الإنشاء بالمجاز والكناية وسيأتي.

(١) وهو المحكي عن السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق الثاني فضلاً عن الشارح، للتأسي بالنبي الأعظم صلى الله عليه وآله، ولأن اعتبار الماضي في العقود يستلزم اعتبار العربية بالأولى، وفيه: أما الأول منها فلا دليل على وجوب التأسي في كل ما صدر عن المعصوم عليه السلام، بل في خصوص ما صدر منه على سبيل المولوية، ولذا لم يتوهم أحد بوجوب النطق باللغة العربية في المحاورات والمخاطبات تأسيًا بالمعصوم عليه السلام.

وأما الثاني فتمنع الملازمة بين اعتبار الماضي واعتبار العربية، لأن الماضي ليست من خصائص اللغة العربية، بل هي موجودة في كل اللغات، على أنه قد تقدم عدم اشتراط الماضي في العقد سابقاً.

(٢) اعلم أن المشهور اشترطوا إيقاع العقود والإيقاعات اللازمة بالألفاظ الحقيقية الدالة

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعة حديث ١.

= على المعاني بلا قرينة، ولازمه عدم صحة إنشاء العقود والإيقاعات بالكنائيات والمجازات والمشارك اللفظي والمعنوي، لأنها غير صريحة في المراد، ولا تحتاجها إلى القرينة.

وفيه: عدم الدليل على هذا الاشتراط بعد كون الكناية والمجاز مما تستعملان في الإخبار ولازمه جواز استعمالها في الإنشاء.

وفصل الشيخ الأعظم في مكاسبه في المجاز، فجوز الانعقاد في المجاز المعتمد على قرينة لفظية دون المعتمد على القرينة الحالية، وذلك لرجوع إفادة المراد إلى الوضع في الأول دون الثاني، وفيه: أن الدال على المعنى في الجميع هو اللفظ ولو بتوسط قرينة لفظية أو الحالية، ومنه تعرف صحة الإنشاء بالمشارك اللفظي والمعنوي.

بل ذهب الشيخ الأعظم إلى منع الإنشاء بالمشارك اللفظي المعتمد على قرينة الحالية، ويظهر ضعفه مما تقدم.

وعلى المختار يصح الإنشاء بالحقيقة والمجاز والكنائيات والمشارك اللفظي والمعنوي ما دام اللفظ دالاً وظاهراً على المراد عرفاً إلا إذا قام دليل خاص على اعتبار لفظ خاص كما في الطلاق وسيأتي بيانه.

وعلى المشهور من اشتراط الألفاظ الصريحة الحقيقية فقد وقع النزاع بينهم في طائفة من الألفاظ من ناحية الصغرى، بمعنى: هل يصح بها الإنشاء لأنها لفظ موضوع لذلك المعنى المراد أو لا.

ومن جملة هذه الألفاظ لفظ «بعت» فهو من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لأنه مشترك لفظي بينهما كما صرح به الكثير من أهل اللغة، لكن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق بلا حاجة إلى قرينة لفظية أو الحالية، وهذا كافٍ في إنشاء البيع به، بل حتى لو احتاج إلى القرينة فلا يضر، وكذا لفظ «الاشترء» فإنه من الأضداد، لكن كثرة استعماله في الشراء توجب انصرافه كذلك عند الإطلاق من دون حاجة إلى قرينة.

وأما لفظ «الشراء» قال في القاموس: «شراه ويشتره: ملكه بالبيع وباعه كاشتره وهما ضدان» فهو من الأضداد موضوع للبيع تارة وللشراء أخرى، بل قيل لم يستعمل في القرآن إلا في البيع، كقوله تعالى: «وشروه بثمن بخس»<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: «الذين =



لأنه مشترك بين البيع والشراء، (وملكت)<sup>(١)</sup> بالتشديد من البائع، وبالتخفيف من المشتري، وتملكت<sup>(٢)</sup>، (وتكفي الإشارة) الدالة على الرضا على الوجه المعين (مع المعجز) عن النطق لخرس وغيره<sup>(٣)</sup>، .....

= يشرون الحياة الدنيا بالآخرة<sup>(٤)</sup>، وقوله تعالى: «ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله»<sup>(٥)</sup>.

ولازم كونه من الأضداد جواز إيقاع البيع والشراء به، إلا أن الشيخ الأعظم استشكل في ذلك بقلة استعماله في البيع عرفاً، مع كونه محتاجاً إلى القرينة المعينة وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء.

وفيه: أن احتياجه إلى القرينة لا يضر، وقلة استعماله في البيع عرفاً لا تمنع، بعد استعماله في البيع في القرآن.

(١) بالتشديد، لإفادته إنشاء معنى البيع، والإشكال بأنه أعم من إنشاء البيع والهبة، لأنه يدل على إنشاء التمليك وهو شامل لهما مردود بأن القرينة اللفظية أو الحالية هي المعينة لإنشاء البيع، وتوقفه على القرينة لا يضر.

(٢) وكذا لا خلاف في وقوع القبول بلفظ «قبلت ورضيت» وكل ما يدل على الرضا والقبول بالإيجاب.

(٣) كافة في لسانه، وقيام الإشارة مقام اللفظ للعاجز محل اتفاق، ويدل عليه فحوى روايات طلاق الأخرس.

منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعتزلها)<sup>(٦)</sup>، وخبر أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن طلاق الأخرس؟ قال: يلف قناعها على رأسها ويجذبه)<sup>(٧)</sup>، وصحيح ابن أبي نصر البزنطي (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون عنده امرأة، ثم يصمت فلا يتكلم، قال: يكون أخرس؟ قلت: نعم، فيعلم منه بغض لامرأته وكراهته لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يُعرف منه من فعالة، مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها)<sup>(٨)</sup>.

وإذا جاز طلاق الأخرس بالإشارة، فيجوز غيره من العقود والإيقاعات كذلك، وظاهر =

(١) سورة النساء، الآية: ٧٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٠٧.

(٣ و٤ و٥) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و٣ و١.

ولا تكفي مع القدرة<sup>(١)</sup>، نعم تنفيذ<sup>(٢)</sup> المعاطة مع الإفهام الصريح.

(ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول<sup>(٣)</sup>، وإن كان تقديمه (أحسن)، بل قيل: بتعيينه، ووجه عدم الاشتراط أصالة الصحة، وظهور كونه عقداً فيجب الوفاء به، ولتساويهما في الدلالة على الرضا<sup>(٤)</sup>، وتساوي المالكين في نقل ما يملكه إلى الآخر، ووجه التعيين<sup>(٥)</sup> الشك في ترتب الحكم مع تأخره<sup>(٦)</sup>، ومخالفته<sup>(٧)</sup> للأصل، ولدلالة مفهوم القبول على ترتبه<sup>(٨)</sup> على الإيجاب، لأنه رضي به، ومنه يظهر وجه الحسن<sup>(٩)</sup>، ومحل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت

= الأخبار أن إشارته قائمة مقام اللفظ من القادر فهو عقد لازم، بل الأخبار ظاهرة في جواز الكتابة وقيامها مقام الإشارة.

(١) على اللفظ، بناءً على انحصار العقد به.

(٢) إنشاء العقد بالإشارة مع القدرة على اللفظ يفيد المعاطة الذي لا يوجب إلا الإباحة كما هو مختار الشارح في المعاطة.

(٣) يشترط تقديم الإيجاب على القبول على الأشهر، لأن القبول مبني على الإيجاب وتابع له إذ يستحيل قبول شيء لم يحدث بعد.

وعن جماعة التفصيل بين «قبلت ورضيت وأمضيت وأنذت» فيعتبر فيها تقديم الإيجاب لما تقدم، وبين «اشترت وعلقت وملكت بالتخفيف» فلا يشترط التقديم لصدق العقد عليه بعد ضم الإيجاب إليه فيجب الوفاء به، ولجواز تقديمه في النكاح بغير إشكال كما سيأتي ففي غيره أولى، لأن النكاح فيه شائبة العادة وهو مبني على الاحتياط زيادة على غيره، ولأن المعتبر من المشتري الرضا بالإيجاب وإنشاء التملك للمبيع بإزاء تملكه العوض، وكلاهما متحققان بما ذكر، سواء تقدم الإيجاب أم تأخر، بخلاف ألفاظ القبول ونحوه فإنها متوقفة على أمر قد وقع، حتى يتحقق قبوله ورضاه به وإمضاؤه وإنفاذه له.

(٤) مع عدم دخل الترتيب في هذه الدلالة.

(٥) تعيين تقديم الإيجاب.

(٦) مع تأخر الإيجاب.

(٧) ومخالفة تقديم القبول على الإيجاب للأصل، وهو أصالة الفساد في المعاملات، بمعنى أصالة عدم ترتب الأثر عند الشك في مؤثرية السبب، وعدم ترتب الأثر هو أصالة الفساد في العقود.

(٨) ترتب القبول.

(٩) الحسن الزائد الذي أتى به الماتن بعد حكمه بجواز تقديم القبول.

كما ذكره<sup>(١)</sup> أو ابتعت أو تملكك إلى آخره، لا بقبلت وشبهه، وإن أضاف إليه<sup>(٢)</sup> باقي الأركان، لأنه صريح في البناء على أمر<sup>(٣)</sup> لم يقع<sup>(٤)</sup>.

(ويشترط في المتعاقدين الكمال) برفع الحجر الجامع للبلوغ<sup>(٥)</sup> والعقل<sup>(٦)</sup> والرشد<sup>(٧)</sup>، (والاختيار<sup>(٨)</sup>)، إلا أن يرضى المكره بعد زوال إكراهه، لأنه بالغ

(١) سابقاً عند التكلم في ألفاظ الإيجاب والقبول.

(٢) إلى لفظ القبول.

(٣) والأمر هو مضمون الإيجاب.

(٤) ومضمون الإيجاب لم يقع بعد، فكيف يتحقق القبول به مع أنه غير واقع.

(٥) فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه، بلا فرق بين كون المال له أو لغيره، على المشهور، للأخبار.

منها: خير حمزة بن حمران عن أبي جعفر عليه السلام (الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك)<sup>(١)</sup>، وخبر هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يُؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله)<sup>(٢)</sup>، نعم قال الشيخ في المبسوط (وَرَوَى أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ وَكَانَ رَشِيداً كَانَ جَائِزَ التَّصَرُّفِ)<sup>(٣)</sup>، وهو لا يصلح لمعارضة ما تقدم من الأخبار.

(٦) بلا خلاف فيه، فلا يجوز بيع المجنون وشراؤه، لفقده القصد والتمييز، المقومان لحقيقة العقد.

(٧) لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>(٤)</sup>.

(٨) فلا يصح بيع المكره ولا شراؤه بلا خلاف فيه، لاعتبار الرضا في العقد، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(٥)</sup> والرضا منتفٍ في المكره، ولا اعتبار طيب النفس كما في مرسل تحف العقول عن رسول الله ﷺ أنه قال في خطبة الوداع (أيها =

(٢٠١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب عقد البيع حديث ٢٠١.

(٣) المبسوط ج ٢ ص ١٦٣.

(٤) سورة النساء، الآية: ٦.

(٥) سورة النساء، الآية: ٢٩.

رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله<sup>(١)</sup>، وإنما متنع عدم الرضا<sup>(٢)</sup>، فإذا زال المانع أثر العقد كعقد الفضولي حيث انتهى القصد إليه من مالكة<sup>(٣)</sup>، مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة<sup>(٤)</sup>، فلما لحقت إجازة المالك أثرت، ولا تعتبر مقارنته<sup>(٥)</sup> للعقد للأصل، بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعبارة الصبي<sup>(٦)</sup>، فلا تجزئه إجازة الولي، ولا رضاه بعد بلوغه (والقصد<sup>(٧)</sup>، فلو أوقعه الغافل، أو النائم، أو الهازل

= الناس، إنما المؤمنون إخوة، ولا يجمل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه<sup>(٨)</sup>، وطيب النفس مفقود في المكره، ثم إن المكره هو الذي صدر منه العقد قاصداً لفظه ومعناه عن غير طيب نفس، فإذا رضي فيما بعد أثر العقد أثره، كعقد الفضولي الذي صدر وقد قصد لفظه ومعناه من غير المالك، فإذا لحقت الإجازة من المالك فيما بعد أثر أثره على تفصيل سيأتي، وقد صح العقد في المقامين لصدوره مستجمعاً لجميع الشرائط بدون الرضا من المالك، فإذا تعقبه الرضا - ولا دليل على اشتراط الرضا حين العقد - فيكون قد استجمع العقد جميع شرائطه فلا بد من تأثيره حينئذٍ، ومن جهة ثانية يظهر من الشارح هنا وفي المسالك ومن جماعة أن المكره غير قاصد لمدلول اللفظ وإن قصد اللفظ، وعقد الفضولي قد صدر مع عدم قصد من مالكة إلى اللفظ والمعنى معاً، وكلاهما مجبوران فيما بعد بالإجازة والرضا.

وفيه: أن جعل المكره غير قاصد للمعنى ليس في محله إذ يكون هازلاً، لا مكرهاً على البيع، بالإضافة إلى أن العقد من دون القصد لا يصححه الرضا فيما بعد كما سيأتي.

- (١) قد عرفت ما فيه.
- (٢) فإذا كان المانع عدم الرضا فلا محالة يكون قاصداً للفظه ومدلوله معاً.
- (٣) حيث لم يقصد لفظه ولا مدلوله حين صدور العقد بخلاف عقد المكره فإنه قاصد للفظه دون مدلوله على مبنى الشارح، وقياس الثاني على الأول قياس مع الفارق كما هو واضح.
- (٤) من الفضولي فقط دون المالك، وفيه: أن الفضولي قد قصد اللفظ ومدلوله معاً.
- (٥) مقارنة الرضا.
- (٦) والمجنون أيضاً، وعبارتهما مسلوقة شرعاً لما تقدم، فلم يصدر العقد صحيحاً ولا من أهله حتى يقال إنه متوقف على إجازة المالك.
- (٧) اعلم أن العاقد قد يصدر منه العقد وهو غير قاصد للفظه بالإضافة إلى عدم قصد =

لغا) وإن لحقته الإجازة، لعدم القصد إلى اللفظ أصلاً، بخلاف المكره.

وربما أشكل الفرق<sup>(١)</sup> في الهازل من ظهور قصده إلى اللفظ من حيث كونه عاقلاً مختاراً، وإنما تخلف قصد مدلوله، وألحق المصنف بذلك<sup>(٢)</sup> المكره على وجه يرتفع قصده أصلاً، فلا يؤثر فيه الرضا المتعقب كالغافل والسكران، وهو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى<sup>(٣)</sup>، فإن الظاهر من معناه حمل المَكْرَه للمَكْرَه على الفعل خوفاً على نفسه، أو ما في حكمها<sup>(٤)</sup> مع حضور عقله وتمييزه.

واعلم أن بيع المَكْرَه إنما يقع موقوفاً<sup>(٥)</sup>، مع وقوعه<sup>(٦)</sup> بغير حق، ومن ثم جاز بيعه في مواضع كثيرة، كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، ونفقة<sup>(٧)</sup>

= المعنى، كاللفظ الصادر من النائم والغالط والسكران، وأخرى يصدر منه العقد وهو قاصد للفظه دون معناه كما لو قال: «بعت على وزن خفت» وثالثة يصدر منه العقد وهو قاصد للفظه ومدلوله من دون إرادة جدية، أي: لا بداعي إنشاء التمليك، بل بداعي الهزل والمزح، ورابعة يصدر منه العقد وهو قاصد للفظه ومدلوله بداعي إنشاء التمليك ولكن لا عن طيب نفس.

فالرابع هو المكره، والثلاثة الأول مما تندرج تحت عدم تحقق القصد، وهي ليست بيعاً مؤثراً بالاتفاق، لأنه يشترط في العقد القصد إلى معناه وأن يكون بداعي إنشاء التمليك ليصدق عليه عنوان عقد البيع عرفاً، فتشمله أدلة لزوم البيع وأحكامه.

(١) لا فرق على تصوير الشارح بين الهازل والمكره، حيث قصد كل منهما اللفظ دون المعنى، ولازم ذلك صحة العقد لو تعقبه رضا الاثنین وإجازتهما، ولكن قد تقدم بيان الفارق فلا نعيد.

(٢) بغير القاصد.

(٣) الإكراه على وجه يرتفع قصده، مع أنه بعيد، لأن الإكراه هو حمله على الفعل من دون رضا، لا أن يجعل المكره يجررك لسانه من دون قصد منه أو يرتفع منه قصد معنى اللفظ.

(٤) من الخوف على العرض والولد والمال مما يجب حفظه.

(٥) موقوفاً على رضا.

(٦) وقوع الإكراه، ومراده أن بيع المكره لا يقع صحيحاً بل يقع موقوفاً على رضا إذا كان الإكراه بغير حق، أما لو كان الإكراه بحق فإنه يقع صحيحاً ثم ذكر بعض مواضع وقوع الإكراه بحق.

(٧) عطف على قوله «لوفاء دينه».

واجب النفقة، وتقويم العبد على معتق نصيبه منه<sup>(١)</sup>، وفكّه من الرق ليرث<sup>(٢)</sup>، وإذا أسلم عبد الكافر<sup>(٣)</sup>، أو اشتراه<sup>(٤)</sup> وسوّغناه، أو اشتري المصحف<sup>(٥)</sup>، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحق نفقته، والطعام عند المخرصة يشتره خائف التلف<sup>(٦)</sup>، والمحتكر<sup>(٧)</sup> مع عدم وجود غيره، واحتياج الناس إليه، ونحو ذلك.

(ويشترط في اللزوم الملك)<sup>(٨)</sup> لكل من البائع والمشتري لما ينقله من

- (١) وذلك فيما لو كان العبد مشتركاً بين اثنين أو أكثر، وأعتق أحد الشركاء نصيبه منه، فإنه ينعق كله، ويُقوّم على المعتق نصيب باقي الشركاء، فحصر باقي الشركاء تشتري من أربابها بالإكراه مع عدم رضاهم والتمن على المعتق.
  - (٢) إذا انحصر الوارث فيه، فيُجبر مولاه على بيعه عند عدم الرضا.
  - (٣) فيجبر مولاه حيثذ على بيعه، لأنه لا يصح للكافر تملك المسلم.
  - (٤) اشتري الكافر العبد المسلم، وسوّغنا هذا الشراء.
  - (٥) فيجبر الكافر على بيعه لعدم جواز تملكه.
  - (٦) فيجبر المالك على بيع طعامه لخائف التلف عند عدم الرضا.
  - (٧) على صيغة اسم المفعول، وهو معطوف على الطعام، أي: ويجبر المالك على بيع الطعام المحتكر.
  - (٨) بحيث لو أوقع الفضولي البيع لمال الغير عن ذلك الغير فبمع صحيحاً، ولا يلزم إلا بإجازة المالك على المشهور، وعن الشيخ وابني زهرة وإدريس وفخر المحققين والأردبيلي والداماد وصاحب الحدائق أنه يقع باطلاً.
- واستدل للمشهور بعمومات قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾<sup>(٢)</sup>، وعقد الفضولي مع إجازة المالك اللاحقة عقد وبيع عرفاً فيجب الوفاء به، ولخبر عروة البارقي قال: (قدم جَلَبٌ<sup>(٣)</sup>)، فأعطاني النبي ﷺ ديناراً فقال: اشتر بها شاة، فاشترت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي ﷺ بشاة ودينار، فرده عليّ وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك<sup>(٤)</sup>، وهو دال على صحة عقد =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٣) الجلب - بالتحريك - : ما جَلِب من خيل ومتاع وإبل إلى الأسواق للبيع.

(٤) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

= الفضولي في البيع والشراء، ولما دل على صحة نكاح الفضولي وأنه لازم مع الإجازة، كصحیح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجاز وإن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، ولا تحمل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جازي)<sup>(١)</sup>، وخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في عبد بين رجلين، زوجه أحدهما والآخر لا يعلم، ثم إنه علم بعد ذلك، أله أن يفرق بينهما؟ قال: للذي لم يعلم ولم يأذن أن يفرق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه)<sup>(٢)</sup>، وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عن أبيه عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه أتاه رجلٌ بعبده فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيده: فرق بينهما، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال له علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمرٌ كان بيدي فجعلته بيد غيري، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح)<sup>(٣)</sup>، وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه وهو غائب، قال: النكاح جازي، إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك)<sup>(٤)</sup>، ومثلها غيرها، وهو كثير.

وإذا جاز عقد الفضولي في النكاح فيجوز في غيره من العقود من باب أولى، لأن النكاح مبني على الاحتياط.

واستدل غير المشهور على مدعاه بأخبار.

منها: النبوي المشهور عندما قال النبي صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك)<sup>(٥)</sup>، وخبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله (ونهى عن بيع ما ليس عندك)<sup>(٦)</sup>، ومثله خبر سليمان بن صالح<sup>(٧)</sup>، وفيه: أنها محمولة على ما =

- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.
- (٥) سنن البيهقي ج ٥ ص ٥٥٤، رقم الحديث ١٠٨٥٥.
- (٦ و٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢٥٥.

العروض، (أو إجازة المالك) فبدونه يقع العقد موقوفاً على إجازة المالك، لا باطلاً من أصله على أشهر القولين، (وهي) أي: الإجازة اللاحقة من المالك (كاشفة عن صحة العقد) من حين وقوعه<sup>(١)</sup>، لا ناقلة له من حينها، لأن السبب الناقل للملك

= لو باع الفضولي لنفسه فيكون بيعاً لما ليس عنده، وأما إذا باع عن المالك فهو بيع لما يملكه البائع إذا رضي به وأجازه.

(١) من حين وقوع العقد، وقع الخلاف في أن الإجازة من المالك المصححة لبيع الفضولي هل هي كاشفة أو ناقلة؟

ذهب المشهور إلى الأول، لأن العقد سبب تام في الملك، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>، وتامه يعلم بالإجازة فوجب ترتيب آثار الملكية عليه من حين وقوعه، وإلا لو توقف الملك على العقد وعلى أمرٍ آخر للزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، وبأن الإجازة متعلقة بالعقد، وهي الرضا بمضمونه، وليس مضمونه إلا نقل العوضين من حين العقد، وأشكل على الأول بأن السبب التام للملك هو العقد مع الرضا، ومع تأخر الرضا عن العقد لم يتحقق السبب بتحقق العقد المجرد، فما قبل الرضا كيف يحصل الملك فلا بدّ من كون الإجازة ناقلة، وأشكل على الثاني بأن مضمون العقد ليس النقل من حين العقد بل النقل المجرد عن ملاحظة وقوعه في ذلك الزمان، ولكن النقل لم يثبت للعقد قبل الرضا فيتعين كون النقل بعد الرضا، وهذا كاشف عن كون الإجازة ناقلة.

ثم إن القائلين بالكشف اختلفوا في كونه كشفاً حقيقياً صرفاً كما هو ظاهر جامع المقاصد والمسالك والروضة هنا والجواهر، أو أنه كشف انقلابي بمعنى كون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير في العقد، وجاعلة إياه سبباً تاماً من حين وقوعه كما احتمله الشيخ الأعظم في مكاسبه، أو أنه كشف حكمي بمعنى ترتيب آثار الملكية من حين وقوع العقد مع عدم حصول نفس الملكية إلا حين الإجازة كما هو المنسوب إلى شريف العلماء إستاذ الشيخ الأعظم، وهناك أقوال أخرى ضعيفة في الكشف عرضنا عن ذكرها.

والإشكال ناشئ من كون الإجازة شرطاً بالاتفاق، فكيف يتم المشروط الذي هو النقل والانتقال قبلها فلا بد من كونها ناقلة، مع أن ظاهر الأخبار أنها كاشفة، ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها، وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها =



هو العقد المشروط بشرائطه، وكلها كانت حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام<sup>(١)</sup> عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الآخر.

ووجه الثاني توقف التأثير عليه<sup>(٢)</sup> فكان كجزء السبب، وتظهر الفائدة في التمام<sup>(٣)</sup>، فإن جعلناها كاشفة (فالتمام) المنفصل (التخلل) بين العقد والإجازة

= الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبوه، قال له: ارسل ابني، قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنته<sup>(٤)</sup>، فلو كانت الوليدة باقية على ملك مالكةا إلى حين الإجازة فلا يد من الحكم بضمان قيمة الولد على المشتري لقاعدة من أتلف، مع أنه لم يحكم بذلك فيدل على الكشف، وخبر أبي عبيدة (سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين، فقال: النكاح جائز، أتبما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟ قال: يُعزل ميراثها منه حتى تدرك، وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر<sup>(٥)</sup>، فلو كان مال الميت قبل الإجازة باقياً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، فهو مع ضمنية قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

وهذه الأخبار تدل على الكشف الحقيقي، لأنه الأصل من بين أنحاء الكشف، فإرادة غيره من بقية الأنحاء من هذه الأخبار بحاجة إلى قرينة، وهي مفقودة.

- (١) من حين وقوعه.
- (٢) على رضا المالك.
- (٣) فالتمام تابع لأصله، والأصل ملك للمشتري من حين العقد بناء على كاشفية الإجازة، وهو باق على ملك البائع إلى حين الإجازة بناء على ناقلتها، هذا في الثمن، وأما الثمن فعلى العكس.

(١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العيب والإماء حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

الحاصل من المبيع (للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع)، ولو جعلناها ناقلة فهما<sup>(١)</sup> للمالك المجيز<sup>(٢)</sup>، ثم إن اتحد العقد فالحكم كما ذكر، وإن ترتبت العقود على الثمن<sup>(٣)</sup>، أو الثمن<sup>(٤)</sup>، أو هما، وأجاز<sup>(٥)</sup> الجميع صح أيضاً، وإن أجاز أحدها فإن كان الثمن صح في المجاز وما بعده من العقود<sup>(٦)</sup>، أو الثمن<sup>(٧)</sup> صح وما قبله.

والفرق<sup>(٨)</sup> أن إجازة المبيع<sup>(٩)</sup> توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخرة عنه<sup>(١٠)</sup>، وتبطل السابقة لعدم الإجازة.

وإجازة الثمن توجب إنتقاله إلى ملك المجيز، فتبطل التصرفات المتأخرة عنه<sup>(١١)</sup>، حيث لم يجزها، وتصح السابقة<sup>(١٢)</sup>، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة، وإلا لم يمكن تملك ذلك الثمن، هذا إذا بيعت الأثمان

- (١) نماء الثمن ونماء الثمن.
- (٢) وهو البائع في الثمن والمشتري في الثمن لجريان الفضولي في كل منهما، لأن النماء تابع لأصله، والأصل باقٍ في ملك المالك حتى يجيز.
- (٣) ترتيب العقود كما لو باع الفضولي مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بكتاب، ثم باع الكتاب بفرس.
- (٤) كما لو باع الفضولي مال المالك بثوب، وباع المشتري ما اشتراه بكتاب وهكذا.
- (٥) أجاز المالك.
- (٦) دون ما قبله.
- (٧) وإن كان المجاز الثمن صح المجاز وما قبله من العقود دون ما بعده.
- (٨) بين الثمن والثمن في الحكم المذكور.
- (٩) الثمن.
- (١٠) والترتبة على فعل المشتري وتبطل السابقة لعدم الإجازة.
- (١١) عن المجاز.
- (١٢) وذلك فيما لو باع الفضولي مال المالك بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بثوب، ثم باع الثوب بفرس، فأجاز المالك بيع السيف بالثوب، فتملك المالك للسيف متوقف على تملكه للكتاب، وتملكه للكتاب متوقف على إجازة بيع ماله الأصلي بالكتاب، فتكون إجازة المالك للوسط إجازة مصححة للمجاز ولما قبله دون ما بعده.

في جميع العقود، أما لو تعلقت العقود بالثمن الأول مراراً<sup>(١)</sup> كان كالمثمن في صحة ما أجزى وما بعده، وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع<sup>(٢)</sup> في هذه المسألة كما فصلناه أولاً، مثاله<sup>(٣)</sup> لو باع مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بمائة، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه مشترىه بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير، فإنه لا يقتضي إجازة ما سبق، بل لا يصح سواء ولو أجاز الوسط صح وما بعده كالمثمن، نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب<sup>(٤)</sup>، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، فأجازة بيع السيف بالفرس تقتضي إجازة ما سبقه من العقود، لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشتري به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذي اشتري به وهو الثوب، فهنا يصح ما ذكره.

(ولا يكفي في الإجازة السكوت عند العقد)<sup>(٥)</sup> مع علمه به، (أو عند عرضها) أي: الإجازة (عليه)، لأن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه، بل لا بد من لفظ صريح فيها كالعقد، (ويكفي أجزت) العقد، أو البيع، (أو أنفذت، أو أمضيت، أو رضيت وشبهه) كأقرته، وأبقيته، والتزمت به، (فإن لم يميز انتزعه

(١) بأن تداول الثمن بنفسه في عدة بيوع، كما لو باع الفضولي مال المالك بمائة، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه المشتري الثاني بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير فإنه لا يقتضي إجازة ما سبق، بل لا يصح إلا سواء وما يترتب عليه من العقود كالمثمن في مسألة ترتب العقود عليه.

(٢) حيث أطلقوا أن الإجازة تصحح المجاز وما بعده في المثمن، وتصححه وما قبله في الثمن مطلقاً، من دون استثناء مسألة تداول الثمن بنفسه في عدة بيوع كما عرفت.

(٣) مثال تداول الثمن بنفسه في عدة بيوع.

(٤) وهي مسألة ترتب العقود على الثمن التي كان حكمها على عكس الحكم في المثمن.

(٥) فلا يكفي سكوت المالك مع العلم فضلاً عن الجهل ولو مع حضور العقد، لأعمية ذلك من الرضا فلا يدل عليه بلا خلاف فيه، والاكتفاء بالسكوت من البكر في النكاح للأخبار التي سيأتي التعرض لها في محله إن شاء الله تعالى، ولا يشترط لفظ مخصوص، بل كل ما يدل على الرضا الباطني، ولو بالمجاز والكناية، وحديث عروة البارقي المتقدم ظاهر في كفاية الكناية في الإجازة حيث قال ﷺ (بارك الله لك في صفقة يمينك)<sup>(١)</sup>.

من المشتري<sup>(١)</sup>، لأنه عين ماله، (ولو تصرف) المشتري (فيه بما له أجرة) كسكنى الدار، وركوب الدابة (رجع بها عليه)<sup>(٢)</sup>، بل له الرجوع بعوض المنافع وإن لم يستوفها<sup>(٣)</sup>، مع وضع يده عليها، لأنه حينئذ كالغاصب وإن كان جاهلاً، (ولو نما كان) النماء (للمالكه)<sup>(٤)</sup> متصلاً كان أم منفصلاً، باقياً كان أم هالِكاً<sup>(٥)</sup>، فيرجع عليه بعوضه وإن كان جاهلاً، وكذا يرجع بعوض المبيع نفسه لو هلك في يده،

(١) فإذا لم يميز المالك البيع يرجع في عين ماله، بلا خلاف فيه ولا إشكال، للأخبار. منها: خبر زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً ثم أتتها من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها)<sup>(١)</sup>، وصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المتبقي قيمة الولد، ويرجع على من باعه بضمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه)<sup>(٢)</sup>، مضافاً إلى عموم النبوي المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)<sup>(٣)</sup>. ومن إطلاق هذه الأخبار يعلم جواز رجوع المالك على نماء عينه، سواء كان متصلاً أم منفصلاً، وعلى منافعها المستوفاة من قبل المشتري، أما المنافع الفائتة من غير استيفاء فهل يرجع بها للمالك؟ المشهور ذلك، لعموم النبوي المتقدم، والظاهر عدم الضمان، لأن الأخبار المقدمة - وهي واردة في مقام البيان - قد دلت على ضمان المنافع المستوفاة فقط، فلو كانت غيرها مضمونة كذلك لوجب البيان.

(٢) رجوع المالك بالأجرة على المشتري في المنافع المستوفاة.

(٣) وقد عرفت ضعفه.

(٤) كما تقدم.

(٥) ما تقدم من رجوع المالك إنما كان مع بقاء العين أو نمائها، فلو تلفت العين أو نماها، كان للمالك قيمة الهالك أو مثله.

والمثلي والقيمي لم يرد في النصوص فالرجوع إلى تحديد العرف، والمشهور على أن المثلي ما تساوى أجزاؤه في القيمة، والمراد بالأجزاء الجزئيات والأفراد لا أبعاض الكل، والقيمي بخلافه.

(١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.

(٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٩، رقم الحديث ١١٤٨٢، وص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز

العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث ٢٩٨١١.

أو بعضه مع تلف بعضه بتفريط وغيره<sup>(١)</sup>، والمعتبر في القيمي قيمته يوم التلف<sup>(٢)</sup> إن كان التفاوت بسبب السوق، وبالأعلى<sup>(٣)</sup> إن كان بسبب زيادة عينية<sup>(٤)</sup>، (ويرجع<sup>(٥)</sup> المشتري على البائع بالثمن إن كان باقياً، عالماً كان أو جاهلاً)، لأنه

(١) وغير تفريط، ومراده أن للمالك حق الرجوع في صورة التلف أو الإلتلاف فضلاً عن صورة بقاء العين.

(٢) كما نسب إلى الأكثر كما في الدروس، وهو الموافق للقواعد، لأن العين ما دامت موجودة فالمالك يرجع عليها، فإذا تلفت انتقل الضمان إلى قيمتها، هذا كله إذا كان التفاوت بسبب السوق، أما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن ذلك الجزء الفائت مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة، ثم إن تفصيل الكلام في مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد سترجئه إلى بحث ضمان المصوب لاشترائهما في الكثير من الأدلة.

(٣) أعلى القيم.

(٤) ثم تلفت هذه الزيادة، هذا كله بين المالك والمشتري.

(٥) أما البحث بين المشتري والفضولي فيرجع المشتري على الفضولي بما دفعه من الثمن، إذا لم يكن المشتري عالماً أن المبيع لغير الفضولي، أو كان عالماً بذلك لكن ادعى الفضولي الإذن بالبائع من المالك، وهذا الرجوع من المشتري على الفضولي، لقاعدة المغرور يرجع على من غره، ولصحيح جميل المتقدم (ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه)<sup>(١)</sup>، ولازم جواز الرجوع بالثمن جواز الرجوع بعوضه من قيمة أو مثل عند التلف، أما مع علمه وعدم جهله بفضولية البيع فالمشهور على عدم جواز الرجوع بالثمن بلا فرق بين كونه باقياً أو تالفاً، لأن المشتري قد دفع الثمن إلى الفضولي وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزلة الإباحة له.

وأشكل عليهم الشارح في المسالك والروضة أنه يتم في صورة التلف، أما مع بقاءه فلا، لأنه ماله وهو متسلط عليه، ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، لأنه دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له، فلا بد من التفصيل، وهو المنقول عن العلامة في جملة من كتبه وولده الفخر والشهيد في الدروس والمحقق الثاني، وعن المحقق في بعض تحقیقاته جواز الرجوع بالثمن ولو كان تالفاً، لحرمة تصرف الفضولي فيه، لأنه أكل للمال بالباطل، فيكون مضموناً عليه.

ماله ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، فإنه إنما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له.

(وإن تلف قبيل) - والقائل به الأكثر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع - : (لا رجوع به مع العلم) بكونه غير مالك ولا وكيل، لأنه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزلة الإباحة، بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقاً<sup>(١)</sup>، لما ذكرناه من الوجه<sup>(٢)</sup> (وهو) مع بقاء العين في غاية البعد، ومع تلفه (بعيد مع توقع الإجازة) لأنه حينئذ لم يبحه له مطلقاً<sup>(٣)</sup>، بل دفعه متوقعاً، لكونه عوضاً عن المبيع، فيكون مضموناً له<sup>(٤)</sup>، ولتصرف البائع فيه تصرفاً ممنوعاً منه، فيكون مضموناً عليه، وأما مع بقاءه فهو عين مال المشتري، ومع تسليم الإباحة<sup>(٥)</sup> لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقاً<sup>(٦)</sup> قوياً وإن كان نادراً، إن لم يثبت الإجماع على خلافه، والواقع خلافه<sup>(٧)</sup>، فقد ذهب المحقق إلى

- (١) سواء كان الثمن باقياً أم تالفاً.
- (٢) وهو تسليطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه فيكون بمنزلة الإباحة، وفيه: أن لازمه جواز تصرف الفضولي بالثمن، مع أن الاتفاق واقع على عدم الجواز، لأنه أكل للمال بالباطل، فالأقوى جواز الرجوع مطلقاً، خصوصاً مع توقع الإجازة من المالك، فلو كان المشتري عالماً بفضولية العقد فلا يكون مسلطاً للفضولي على الثمن حتى يكون بمنزلة الإباحة لتوقعه الإجازة.
- (٣) بل في صورة انتظار وقوع الإجازة من المالك.
- (٤) فيكون الثمن مضموناً للمشتري إلى أن يؤديه الفضولي إلى مالك العين على فرض الإجازة، أو أن يرده إليه على تقدير الرد، ومنه يعلم أن الفضولي ممنوع من التصرف في الثمن فلو تصرف فهو مضمون عليه.
- (٥) الاستفادة من التسليط.
- (٦) ولو كان تالفاً.
- (٧) خلاف الإجماع، حيث ذهب المحقق إلى جواز الرجوع مطلقاً، وذهب جماعة إلى التفصيل، وما ادعاه العلامة في التذكرة من الإجماع على عدم جواز الرجوع ولو كان باقياً لم يسلم له، ولو سلم له فهو مدركي، لاحتمال أن يكون مستند المجمعين إباحة المشتري للثمن الموجبة لعدم جواز الرجوع.

الرجوع به مطلقاً<sup>(١)</sup>، وكيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه<sup>(٢)</sup> مع عدم رجوع المشتري به في حال، فإنه<sup>(٣)</sup> حينئذ لا محالة غاصب، آكل للمال بالباطل، ولا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضاً، والبائع فضولياً مع عدم إجازة المالك.

(ويرجع) المشتري على البائع (بما اغترمه) للمالك<sup>(٤)</sup>، حتى بزيادة القيمة عن الثمن، لو تلفت العين فرجع بها عليه على الأقوى، لدخوله<sup>(٥)</sup> على أن تكون له مجاناً، أما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به لرجوع عوضه<sup>(٦)</sup> إليه، فلا يجمع بين العوض والمعوض. وقيل: لا يرجع بالقيمة مطلقاً<sup>(٧)</sup>، لدخوله على أن تكون

(١) باقياً كان أو تالفاً.

(٢) حرمة تصرف الفضولي في الثمن كما تقدم.

(٣) الفضولي.

(٤) يرجع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع المستوفاة، لقاعدة

الغرور، ولصحيح جميل المتقدم حيث قال (ويرجع على من باعه بضمن الجارية، وقيمة الولد التي أخذت منه)<sup>(١)</sup>، ولازمه جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع غير المستوفاة لو قلنا بضمانها على المشتري.

ولازمه أيضاً جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه، لإصلاح العين من نفقة وإصلاح.

أما لو تلفت العين عند المشتري ورجع المالك عليه بقيمتها، وكانت القيمة أكثر من الثمن المسمى الذي دفعه إلى الفضولي فهل يرجع المشتري على الفضولي بتمام ما دفعه للمالك، أو بخصوص الثمن المدفوع للفضولي وجهان كما في المسالك والجواهر: من أن الشراء عقد ضمان وقد شُرِعَ فيه على أن تكون العين من ضمانه بحيث إذا تلفت كانت من ماله، ولازمه عدم جواز الرجوع بالزائد، ومن كون المشتري مقدماً على كون المجموع في مقابلة الثمن، ولازمه كون الزائد عليه في معنى التبرع به وإعطائه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه هذا الزائد فله أن يرجع به على الفضولي، لأنه قد غره.

(٥) لدخول المشتري على أن تكون الزيادة المذكورة له من دون عوض.

(٦) عوض الثمن الذي هو المبيع، وهو راجع إليه لثقله تحت يده.

(٧) حتى بزيادة القيمة عن الثمن، فضلاً عما قابل الثمن.

العين مضمونة عليه، كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد<sup>(١)</sup>، كما لو<sup>(٢)</sup> تلفت العين، وفيه: أن ضمانه<sup>(٣)</sup> للمثل أو القيمة أمر زائد على فوات العين الذي [قد] قديم على ضمانه وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد<sup>(٤)</sup> بمنزلة ما رجع<sup>(٥)</sup> عليه<sup>(٦)</sup> به<sup>(٧)</sup>، وقد حصل له<sup>(٨)</sup> في مقابلته نفع<sup>(٩)</sup>، بل أولى<sup>(١٠)</sup>، هذا إذا

(١) ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وهي قاعدة مشهورة عندهم، ومعناها: أن كل مال قبض بعقد صحيح فلو تلف كان من مال القايض فهو مضمون عليه كالثمن عند البائع والثمن عند المشتري، فكذلك لو قبض بعقد فاسد كالبيع والإجارة، ومدركها عموم النبي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)<sup>(١١)</sup>، وكذلك عكسها وهو: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالعارية.

(٢) حيث تلفت العين، وهو متعلق بقوله «كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد»، والمعنى حيثئذ واضح.

(٣) وحاصله: أن المشتري قدم على أن تكون العين مضمونة عليه، لكن قدم باعتبار أن يكون هذا الضمان عند تلف العين في قبالة الثمن الذي دفعه للفضولي، ولازمه أن ما زاد عن الثمن يكون زائداً على ما أقدم على ضمانه، مع كونه مغروراً من قبيل الفضولي بتحملة لهذا الضمان، لأن الفضولي جعله مقدماً على كون مجموع العين في قبالة الثمن فقط، فيكون هذا الزائد بمنزلة النماء والثمرة من حيثية إقدام المشتري على أنها له من غير عوض وقد غرّه الفضولي في ذلك عندما تحمل المشتري ضمانها للمالك، فكما أن المشتري يرجع على الفضولي بما اغترمه في قبالة النماء والثمرة وهو مما له نفع للمشتري، فكذلك يرجع المشتري على الفضولي بما دفعه أزيد من الثمن وهو مما لا نفع فيه للمشتري، بل الثاني أولى كما هو واضح.

(٤) تفريع على الجواب، والمراد به ما زاد عن الثمن.

(٥) رجع المشتري.

(٦) على الفضولي.

(٧) الضمير عائد إلى الموصول.

(٨) للمشتري.

(٩) كالثمرة والنماء.

(١٠) بل الرجوع في الزائد أولى لعدم حصول نفع فيه للمشتري.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٩، رقم الحديث ١١٤٨٢، وص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز

العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث: ٢٩٨١١.



كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع<sup>(١)</sup>، أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الشمرة، فيرجع بها أيضاً - كغيرها<sup>(٢)</sup> مما حصل له في مقابلته نفع<sup>(٣)</sup> - على الأقوى<sup>(٤)</sup>، لغروره<sup>(٥)</sup>، ودخوله<sup>(٦)</sup> على أن يكون ذلك له بغير عوض.

أما ما أنفق عليه<sup>(٧)</sup> ونحوه مما لم يحصل له في مقابلته نفع<sup>(٨)</sup> فيرجع به قطعاً (إن كان جاهلاً) بكونه مالكاً، أو مأذوناً بأن ادعى البائع ملكه، أو الإذن فيه، أو سكت ولم يكن المشتري عالماً بالحال<sup>(٩)</sup>.

(ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يُجْزِ المالك صح) البيع (في ملكه)<sup>(١٠)</sup>

(١) بأن كان الشيء يساوي عشرين فباعه الفضولي بعشرة.

(٢) كغير الزيادة.

(٣) ففي الزيادة أولى لعدم النفع له.

(٤) متعلق بقوله «يرجع بها أيضاً».

(٥) لقاعدة المغرور يرجع على من غره.

(٦) دخول المشتري.

(٧) ما أنفق المشتري على المبيع.

(٨) مما اغترمه لإصلاح المبيع.

(٩) أما لو كان المشتري عالماً بكون العقد فضولياً فلا رجوع له على الفضولي فيما اغترمه للمالك من ضمان النافع المستوفى وما أنفق على المبيع، وأما ما دفعه من الثمن للفضولي فقد عرفت حكمه سابقاً.

(١٠) بحيث باع ما يملكه وما لا يملكه بعقد واحد وثمن واحد، مضى بيعه فيما يملك، وتوقف بيعه لما لا يملك على إجازة المالك، بناء على ما تقدم من صحة بيع الفضولي، بلا خلاف معتد به، ما لم ينشأ من صحة بيعه لما يملك مع عدم الإجازة في الآخر مانع شرعي، كلزوم ربا أو بيع رقيق آبق من دون ضمنية ونحو ذلك.

وعن الأردبيلي احتمال بطلان العقد رأساً على تقدير صحة بيع الفضولي مع عدم إجازة المالك، لأن التراضي حصل على المجموع لا على البعض، وهو واضح الفساد، بل هو اجتهاد في قبال النص، لمكاتبة الصغار إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام (في رجل له قطاع أرض فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنني قد بعث فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل =

ووقف في ما لا يملك على إجازة مالكة، فإن أجاز صح البيع ولا خيار، (وإن رد (تخير المشتري مع جهله) بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع، لتبعض الصفقة، أو الشركة<sup>(١)</sup>) (فإن) فسخ رجع كل مال إلى مالكة، وإن (رضي صح البيع في المملوك) للبائع (بخصته من الثمن)، ويعلم مقدار الحصة (بعد تقويمهما جميعاً، ثم تقويم أحدهما) منفرداً، ثم نسبة قيمته<sup>(٢)</sup> إلى قيمة المجموع، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبة، فإذا قُوماً جميعاً بعشرين، وأحدهما بعشرة صح في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان، وإنما أخذ بنسبة القيمة<sup>(٣)</sup> ولم يخصه<sup>(٤)</sup> من الثمن قدر ما قُوم به لاحتمال زيادتها عنه<sup>(٥)</sup> ونقصانها، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن والمثلن على ذلك التقدير<sup>(٦)</sup>، كما لو كان قد اشترى المجموع في المثل بعشرة<sup>(٧)</sup>.

= يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟

فوقع **البيوع**: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك<sup>(١)</sup>، وظاهر الخبر وجوب البيع ولكنه بالنسبة للبائع فيما يخصه، وأما المشتري فمع إجازة الغير فلا كلام، ومع عدمها فله حق الخيار بالفسخ، لتبعض الصفقة بلا خلاف فيه مع جهله بالحال، أما لو كان عالماً بالحال فلا خيار له، لقدومه على ذلك مع علمه.

وعلى كل لا بد من تقييد الثمن على المبيع، سواء أجاز الغير أم لم يجز، حتى يأخذ كل من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصه من الثمن على فرض عدمها عند عدم فسخ المشتري بالخيار الذي ثبت له.

(١) عطف على تبعض الصفقة، بحيث لو باع مالك النصف المشاع تمام المال المشترك ولم يجز شريكه فيثبت للمشتري خيار ناشيء من عيب الشركة.

(٢) قيمته المنفردة.

(٣) وهي النصف في المثل المتقدم.

(٤) يخص المملوك.

(٥) زيادة القيمة عن الثمن المسمى في العقد.

(٦) تقدير أخذ القيمة من الثمن.

(٧) وتقدر المملوك بعشرة وغير المملوك بعشرة وكان الثمن المسمى عشرة فلو أخذ القيمة من الثمن لأخذ عشرة - وهي تساوي ثمن المملوك - في قبيل غير المملوك، فيكون قد جمع =

وإنما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد كثويين<sup>(١)</sup>، أما لو استلزم ذلك كمصراعي باب لم يُقَوِّمًا مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله<sup>(٢)</sup> إلا منفرداً، وحينئذ فيُقَوِّم كل منهما منفرداً، ويُنسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين<sup>(٣)</sup>، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة، نعم لو كانا للملك واحد<sup>(٤)</sup> فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه<sup>(٥)</sup>، مع احتمال ما قيدناه<sup>(٦)</sup>.

(وكذا لو باع ما يُمَلِّكُ) مبيعاً للمجهول (وما لا يُمَلِّكُ)<sup>(٧)</sup> كالعبد مع الحر، والخنزير مع الشاة)، فإنه يصح في المملوك<sup>(٨)</sup> بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن<sup>(٩)</sup>، (ويُقَوِّم الحر لو كان عبداً) على ما هو عليه من الأوصاف والكيفيات، (والخنزير عند مستحليه) إما بإخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم العلم، أو الظن المتأخِّم له<sup>(١٠)</sup>، أو بإخبار عدلين

- 
- = بين المملوك وثمانه، وبعبارة أخرى قد رجع إليه بمقدار ما دفعه ويكون الثمن الذي استقر عليه البيع بغير عوض.
- (١) وعبدان بحيث لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل منهما.
- (٢) وحصته وهي أحد مصراعي الباب.
- (٣) المنفردتين.
- (٤) وباعهما الفضولي فأجاز المالك البيع في أحدهما دون الآخر.
- (٥) من تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما، ثم نسبة قيمة المجاز منفرداً إلى قيمة المجموع، ثم يؤخذ من الثمن بمثل هذه النسبة.
- (٦) فيما لم يكن لاجتماعهما زيادة في القيمة، وإلا فنسب قيمة أحدهما منفرداً إلى مجموع قيمتهما منفردين لا مجتمعين، ثم تؤخذ هذه النسبة من الثمن.
- (٧) فصح البيع فيما يُمَلِّك ويبطل بالآخر، أما صحته في الأول فلو جود مقتضي مع عدم المانع فتشمله عمومات الوفاء والحلية للبيع، وأما بطلانه في الثاني فلعدم قابليته للتملك بلا خلاف في ذلك كله.
- (٨) ما يُمَلِّكُ.
- (٩) وتؤخذ هذه النسبة من الثمن.
- (١٠) والظن المتأخِّم للعلم علم عادي فتشمله أدلة حجية العلم.

مسلمين يطلعان على حاله عندهم<sup>(١)</sup>، لا منهم مطلقاً<sup>(٢)</sup>، لاشتراط عدالة المقوم، هذا مع جهل المشتري بالحال ليتم قصده إلى شرائهما<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر العلم بثمن المجموع لا الأفراد، فيوزع حيث لا يتم له، أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنه في قوة «بعثك العبد بما يخصه من الألف» إذ وُزعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن، أما مع جهله فقصده إلى شراء المجموع، ومعرفة مقدار ثمنه<sup>(٤)</sup> كاف، وإن لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء<sup>(٥)</sup>.

ويمكن جريان الإشكال في البائع<sup>(٦)</sup> مع علمه بذلك<sup>(٧)</sup>، ولا بعد في بطلانه<sup>(٨)</sup> من طرف أحدهما دون الآخر<sup>(٩)</sup>، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه<sup>(١٠)</sup> باقية، أو كان جاهلاً، وإلا<sup>(١١)</sup> جاء فيه مع علمه

(١) على حال التحذير عند مستحليه.

(٢) من المستحليين دون القيود السابقة.

(٣) ظاهر الأصحاب - كما في الجواهر - عدم الفرق في الصحة بين حالي العلم والجهل، لأن الغرر مدفوع بالعلم بالجملة، كما لو باع مملوكه ومملوك غيره مع إجازة المالك فالبيع صحيح ولازم مع أن الثمن لكل منهما غير معلوم بالتفصيل نعم هو معلوم بالجملة، وهذا كاف لنفي الغرر النتهي عنه، والعلامة في التذكرة احتمال البطلان في صورة العلم ولكنه نص على الصحة قبل ذلك، وأورد الشارح هذا الاحتمال إشكالاً في المقام، وهو ليس في محله.

(٤) ثمن المجموع.

(٥) بحيث لم يعرف معرفة تفصيلية، ولكن هناك علم إجمالي كاف لدفع الغرر، وفيه: أن نفس هذا العلم الإجمالي موجود عند علم المشتري بالحال، ولازمه صحة البيع فيما يملك.

(٦) والحكم بفساد البيع للغرر.

(٧) بالحال.

(٨) بطلان البيع.

(٩) وهو المشتري الجاهل للحال، وفيه: أنه على خلاف ظاهر الأدلة الدالة على اشتراط علمهما في صحة العقد، نعم قد تقدم أن العلم الإجمالي كاف، وهو متحقق في كلا الطرفين، سواء علما بالحال أم علم بعضهما أم جهلاً بذلك.

(١٠) عين الثمن.

(١١) وإن دفع الثمن وقد تلف وكان المشتري عالماً بالحال فيكون قد سلط البائع على إتلافه فهو =

بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالثمن.

(وكما يصح العقد من المالك يصح من القائم مقامه، وهم) أي: القائم، جمعه<sup>(١)</sup> باعتبار معنى الموصول، ويجوز توحيد نظراً إلى لفظه (سته: الأب<sup>(٢)</sup>)، والجد له<sup>(٣)</sup> وإن علا، (والوصي)<sup>(٤)</sup>.....

= بمنزلة الإذن له في ذلك فيما يرجع عليه كما هو مبنى المشهور من عدم رجوع المشتري على الفضولي في الثمن التالف، وقد تقدم صحة الرجوع، لأنه سلطه عليه في قبالة شيء لم يسلم له.

(١) حيث قال المصنف: «وهم».

(٢) بلا خلاف فيه، لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت في باب النكاح، كخبر محمد بن إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوجه أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها)<sup>(١)</sup>، وما ورد من جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك، وهذا دال على جواز اتجار الأب بمال الطفل من باب أولى، كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل أوصى لى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الريح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن في ذلك وهو حي)<sup>(٢)</sup>، ومثله غيره.

(٣) للأب، بلا خلاف فيه، لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت، كخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوجه، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً، فقال: الجد أولى بنكاحها)<sup>(٣)</sup>، وقريب منه خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام إلا أنه قال (الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد)<sup>(٤)</sup>، وذيله مطلق يشمل الجد الأعلى، أما غيره كالأم والأخ والعم والجد للأم فلا ولاية لهم على الصغير والمجنون لعدم الدليل، ومقتضى الأصل عدم ولايتهم.

(٤) بلا خلاف فيه، للأخبار.

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٢٠١.

من أحدهما، على الطفل<sup>(١)</sup> والمجنون الأصلي<sup>(٢)</sup>، ومن طراً جنونه قبل البلوغ، (والوكيل)<sup>(٣)</sup> عن المالك ومن له الولاية حيث يجوز له التوكيل، (والحاكم) الشرعي<sup>(٤)</sup>

= منها: خير محمد بن مسلم المتقدم، وخبر خالد الطويل (ابن بكير خ) (دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال أخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليل، فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فانتصت عليه ما أمرني به أبي، فقال ابن أبي ليل: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد عليّ ابنُ أبي ليل إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبي ليل فلا أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان<sup>(١)</sup>.

- (١) بالنسبة لولاية الثلاثة من الأب والجد والوصي.
- (٢) فلو طراً الجنون بعد عقله وبلوغه فهو كالسفه الطارىء يرجعان إلى الحاكم كما سيأتي تفصيله في كتاب الحجر.
- (٣) الوكيل بمنزلة الموكل بلا خلاف فيه، لإطلاق أدلة اعتبار الوكالة، كما سيأتي التعرض لها في بابها، بلا فرق بين كون الموكل مالكاً أو له الولاية على المالك.
- (٤) ثبت في باب القضاء أن المجتهد الجامع للشرائط منصوب للقضاء من قبل المعصوم عليه السلام، وللقاضي حق النظر في فصل المنازعات وقطع الشاجر والمنازعات، واستيفاء الحقوق عن مظلّم بها وإيصالها إلى مستحقيها، وله الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر أو سفه، وله حق الحجر على السفه والمفلس حفظاً للأموال، وهو ولي من لا ولي له كالغائب، وله النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها وقبض نعماتها وصرفه في سبيله مع حق جعل النظر إلى غيره، وله حق تنفيذ الوصايا على شروط الموصي، وله حق تزويج الأيامي بالأكفاء إذا عُدّ الولي، وله إقامة الحدود على مستحقيها، وهذه الأحكام ثابتة للقاضي عند العامة، راجع كتاب الأحكام السلطانية للماوردي<sup>(٢)</sup>، فنصيب المجتهد قاضياً من قبل المعصوم عليه السلام هو تنصيب له مع إثبات هذه الأحكام له عندنا، ومن جعلتها ولايته على الصغير عند عدم الولي من أب أو جد أو وصي.

(١) الوسائل الباب - ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

(٢) ص ٧٠ - ٧١، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

وبعد هذا البيان فلا داعي لإثبات ولاية القاضي على مال الصغير من باب الأمور الحسية وهي ما علم من الشارع عدم رضاه بتركها بل لا بدّ من التصدي لها، إذ التصدي غير منحصر بالقاضي، ولا داعي لإثبات ولاية القاضي على مال الصغير من باب ولاية الفقيه، وهي ولايته على التصرف في أموال الناس وأنفسهم، وهي ولاية ثابتة للنبي ﷺ وللأئمة المعصومين من بعده صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾<sup>(١)</sup>، وفي حديث الغدير الذي كثرت أسانيده - وهو من المتواتر المشهور بين الفريقين - قول النبي ﷺ (من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه)<sup>(٢)</sup>.

وهذه الولاية قد قيل بثبوتها للقاضي، لمقبولة عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله ﷺ (ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا ردّ، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله)<sup>(٣)</sup>، بدعوى أن لفظ الحاكم هو الحاكم المطلق، وفيه: أن مورد السؤال هو التحاكم، أي: الترافع إلى القاضي، فيكون مخصوصاً بالقاضي فقط، على أن الحاكم هو القاضي لغة لا الحاكم المطلق كما توهم بعض المتأخرين، واستدل للولاية بالتوقيع الشريف (وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله)<sup>(٤)</sup>، وبما ورد عن الإمام الحسين بن عليّ ﷺ مرسلًا (مباري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمانة على حلاله وحرامه)<sup>(٥)</sup>، وهذه عمدة استدلالهم على الولاية، وأما غيرها فقاصر الدلالة وأجنبي عن المطلوب كما هو واضح لمن راجعها.

وهي أيضاً أجنبية عن المدعي، إذ لو ثبت للفقيه ما ثبت للمعصوم من الولاية بالتصرف في أموال الناس وأنفسهم لما كان هناك فرق بين المعصوم وغيره فلا داعي للعصمة في الأئمة ﷺ، وأيضاً لو كان للفقيه الولاية على أموال الناس وأنفسهم لوجب عليهم إتباعه فيما ينصرف فيه، مع أن الطاعة المطلقة مختصة بالمعصوم فقط.

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٢) كتاب الغدير ج ١.

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

(٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٩.

(٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١٦.

حيث تفقد الأربعة<sup>(١)</sup>، (وأمينه) وهو منصوبه<sup>(٢)</sup> لذلك<sup>(٣)</sup>، أو ما هو<sup>(٤)</sup> أعم منه، (ويحكم الحاكم المقاض<sup>(٥)</sup>) وهو من يكون له على غيره مال فيجحده، أو لا

= ففي خبر الخثعمي (كان المفضل عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له المفضل: جعلت فداك، يفرض الله طاعة عبدٍ على العباد ويحجب عنه خير السماء؟ قال: لا، الله أكرم وأرحم وأرأف بعباده من أن يفرض طاعة عبدٍ على العباد ثم يحجب عنه خير السماء صباحاً ومساءً<sup>(١)</sup>)، وخبر أبي حمزة (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا والله، لا يكون عالمٌ جاهلاً أبداً، عالماً بشيء جاهلاً بشيء، ثم قال: الله أجل وأعز وأكرم من أن يفرض طاعة عبدٍ يحجب عنه علم سمائه وأرضه، ثم قال: لا يحجب ذلك عنه<sup>(٢)</sup>)، ومثله غيره.

والتوقيع الشريف مختص بالإفتاء، لأن الوصف مشعر بالعلية للحكم، فهم حجة بما هم رواة الأحاديث، وهذا كاشف عن مورد حجثهم، وهو الإفتاء بمضمون هذه الأحاديث، والمرسل عن سيد الشهداء صلوات الله عليه ضعيف السند على أن متنه مخصوص بالمعصومين عليهم السلام، ولا أقل من الاحتمال، وبه يبطل الاستدلال.

وقد قيل: إن الفقيه ليس له الولاية على أموال الناس وأنفسهم ولكن له الولاية في إقامة الحكومة الإسلامية وإجراء أحكام الإسلام السياسية والجزائية كالجهاد وقبول الجزية والصلح والقصاص والديات والحدود، وفيه: أن مقتضى الأصل إقامة الحكومة الإسلامية لمطلق من يريد الحكم بالحق والعدل وهو قادر على ذلك، فتخصيصه بالفقيه فقط يحتاج إلى دليل، ودعوى أن مقبولة عمر بن حفظة والتوقيع السابقين هما الدليل غير مسموعة لاختصاصهما بالقضاء والفنيا فقط كما عرفت، على أن إجراء الأحكام الجزائية كالقصاص والحدود من لوازم منصب القضاء عند العامة كما تقدم، فهذه الأحكام وإن ثبتت للفقيه لكن ثبتت له بما هو قاضٍ، لا من باب انحصار إقامة الحكومة الإسلامية فيه.

(١) وهم الأب والجدة والوصي من قبل أحدهما والوكيل.

(٢) إذا ثبت جواز النظر للمقاضي في مال اليتيم والمجنون فيثبت لوكيله، لإطلاق أدلة اعتبار الوكالة كما سيأتي في بابها.

(٣) لخصوص التصرف في مال الصغير، والمجنون بعد البلوغ، والمحجور عليه لسفه أو فلس.

(٤) ومنصوبه للأعم من التصرف في مال المذكورين وغيره.

(٥) إذا كان لإنسان حق عند الغير فلا يخلو إما أن يكون الحق عقوبة أو مالاً، فالأول كالقصاص والقذف، ولا خلاف أنه لا يد من رفع الأمر إلى الحاكم للتوصل إلى حقه، =



= لأن استيفاء القصاص والحدود من لوازم القاضي كما عرفت، ولعظم خطره، وللاحتياط في الدماء.

والثاني فإن كان عيناً في يد الغير، معترف بها أو معلوم حالها فلصاحبها الحق في انتزاعها منه ولو قهراً، ولو استلزم مساعدة ظالم، أو استلزم ضرراً كتزويق ثوب أو كسر قفل ونحو ذلك، ما لم تُثر فتنة توجب إزهاق النفوس والأموال فيجب الكف من باب رعاية الأهم، ولا يفتقر انتزاعها إلى إذن الحاكم.

وإن كان مالاً وكان ديناً وكان الغريم مقراً باذلاً لم يستقل صاحبه بانتزاعه من دون إذن الغريم لأنه المخير في جهات القضاء وله السلطنة التامة على أمواله، ولو كان الغريم جاحداً للدين ولصاحبه بيّنة تثبته عند الحاكم، فعن الأكثر جواز الاقتصاص من الغريم من دون الرجوع إلى الحاكم، لعموم الإذن في القصاص، كقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿فما قبوا بمثل ما عوقبتم به﴾<sup>(٢)</sup>، ولإطلاق جملة من الأخبار.

منها: خبر جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم)<sup>(٣)</sup>، وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل الجحود، أمجل أن أجحده مثل ما جحد؟ قال: نعم ولا تزداد)<sup>(٤)</sup>، وصحيح داود بن رزين (قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه)<sup>(٥)</sup>.

وذهب المحقق في النافع وتلميذه الآبي في كشفه والفخر في إيضاحه إلى وجوب الاستئذان من الحاكم، لأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهو إذن الحاكم، وفيه: أن التسلط على مال الغير هنا للأخبار المتقدمة، فالقول الثاني كأنه اجتهاد في قبال النص كما في الجواهر.

ولو كان الغريم جاحداً ولا يوجد لصاحب الحق بيّنة، أو له بيّنة ولكن لا يمكن الوصول إلى الحاكم، أو يمكن الوصول إليه ولكن الحاكم الذي هو القاضي غير مبسوط =

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٢) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

(٣) و٤٥٣ الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠١٣ و١٠١٤.

= اليد فيجوز لصاحب الحق الاقتصاص من مال الغريم بمقدار حقه من دون إذن الحاكم بلا خلاف فيه، وهو القدر المتيقن من الأدلة السابقة، نعم لو كان المال وديعة فهل يجوز الاقتصاص منه؟ ذهب الشيخ في النهاية وابن زهرة والقاضي وجماعة إلى التحريم، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾<sup>(١)</sup>، والأمر بالأداء ينافي جواز الاقتصاص منها، ولجملة من الأخبار.

منها: خبر ابن أبي عمير عن ابن أخ الفضيل بن يسار (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ووجدت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقلت لي: أسأله، فقلت: عماذا؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعني فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك، فقال: لا، قال رسول الله ﷺ: أمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)<sup>(٢)</sup>، وخبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ثم يستودعني مالا، ألي أن آخذ ما لي عنده؟ قال: لا، هذه الحياة)<sup>(٣)</sup>.

وعن الشيخ في الاستبصار وأكثر المتأخرين الجواز على كراهة جمعاً بين ما تقدم وبين طائفة من الأخبار.

منها: صحيح أبي العباس البقباق (أن شهاباً مارأه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال عليه السلام: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف)<sup>(٤)</sup>، وخبر علي بن سليمان (كتبت إليه: رجل غصب مالا أو جارية، ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانته أو غصبه، أمحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله)<sup>(٥)</sup>.

ومقتضى الأخبار المتقدمة أنه يجوز التفاضل سواء كان الموجود من جنس المال الذي في ذمة الغريم أم لا، خصوصاً مع ملاحظة صحيح ابن رزين حيث يأخذون منه الجارية والدابة ويقع لهم عنده المال الذي أذن الإمام عليه السلام بجواز المقاصة منه، ولازمه جواز =

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١٠٣.

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩٠٢.

يدفعه إليه مع وجوبه<sup>(١)</sup>، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهراً من جنس حقه إن وجد، وإلا فمن غيره بالقيمة، مخيراً بين بيعه من غيره ومن نفسه.

ولا يشترط إذن الحاكم وإن أمكن<sup>(٢)</sup>، لوجوده<sup>(٣)</sup> ووجود البينة المقبولة عنده<sup>(٤)</sup> في الأشهر، ولو تعذر الأخذ إلا بزيادة جاز، فتكون<sup>(٥)</sup> في يده أمانة في قول<sup>(٦)</sup> إلى أن يتمكن من ردها فيجب<sup>(٧)</sup> على الفور، ولو توقف أخذ الحق على نقب جدار، أو كسر قفل جاز<sup>(٨)</sup>، ولا ضمان على الظاهر، ويعتبر في المأخوذ كونه زائداً على المستثنى في قضاء الدين<sup>(٩)</sup>، ولو تلف من المأخوذ شيء قبل تملكه ففي ضمانه قولان<sup>(١٠)</sup>، ويكفي في التملك النية، سواء كان بالقيمة

= يبيعه للاقتصاص من ثمنه، سواء كان البيع لنفسه أم لغيره.

(١) وجوب الدفع.

(٢) أمكن الاذن.

(٣) وجود الحاكم، وهو تعليل لإمكان الاذن.

(٤) عند الحاكم.

(٥) الزيادة.

(٦) وهي أمانة شارعية لا مالكية، لأنها متوقفة على إذن من قبل الشارع، لأن الشارع أذن في المقاصة كما تقدم من الأخبار.

(٧) يجب الرد، وهو الظاهر من ذيل خبر علي بن سليمان المتقدم.

(٨) هذا إذا كان الحق عيناً كما تقدم.

(٩) وإلا فلا تجوز مقاصته، لعدم وجوب الوفاء بالدين على الغريم، لأنه مستثنى كما سيأتي الدليل في بابه.

(١٠) وذلك فيما لو كان المقبوض من مال الغير من غير جنس الحق فلا بدّ من بيعه حتى يقع التقاص في ثمنه، فلو تلف المقبوض قبل بيعه فهل يضمن صاحب الحق أو لا؟ فعن الشيخ في المسبوط وتبعه الشهيدان في المسالك وغاية المراد والأردبيلي عدم الضمان، لأن يده يد شرعية، بمعنى أنه قبض العين بإذن من الشارع.

وعن جماعة منهم المحقق والعلامة في القواعد الضمان، لأنه قبضه بخير إذن المالك لمصلحة نفسه، فيكون كقبض المرتهن الرهن بخير إذن الراهن، مع عدم المناقاة بين إذن الشارع وبين الضمان، لأن الشارع قد أذن في القبض لاستيفاء حقه، وهو أعم من الائتمان الذي لا يستعقب الضمان وبين غيره.

وأشكل عليه بأن إذن الشارع أعم من إذن المالك، وبه يُفرّق بينه وبين الرهن، ومنه يعلم =

أم بالمثل<sup>(١١)</sup>، وفي جواز المقاصة من الوديعة قولان، والمروي العدم، وحمل على الكراهة<sup>(١٢)</sup>، وفي جواز مقاصة الغائب من غير مطالبته وجهان، أجودهما العدم<sup>(١٣)</sup> إلا مع طولها<sup>(١٤)</sup> بحيث يؤدي إلى الضرر<sup>(١٥)</sup>، ولو أمكن الرجوع هنا إلى الحاكم فالأقوى توقفه عليه<sup>(١٦)</sup>.

(ويجوز للجميع) أي: جميع من له الولاية ممن تقدم (تولي طرفي العقد)<sup>(٧)</sup>  
بأن يبيع من نفسه<sup>(٨)</sup>، وعن<sup>(٩)</sup> له الولاية عليه، (إلا الوكيل)<sup>(١٠)</sup>.....

= أنه لا يستعقب الضمان، لأنه مؤتمن من قبل الشارع.

- (١) عند بيعه للعين.
- (٢) جمعاً بين الأخبار.
- (٣) بل هو المتيقن، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه.
- (٤) طول الغيبة.
- (٥) فيجوز للعنوان الثانوي.
- (٦) على إذن الحاكم، بل هو المتيقن، لأنه ولي الغائب، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً في لوازم منصب القاضي.
- (٧) فيجوز للأب مثلاً أن يبيع عن ولده من نفسه فيكون الأب مشترياً، ويجوز أن يبيع عن نفسه من ولده فيكون الأب بائعاً، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لأن المغايرة الاعتبارية كافية في تحقق طرفي العقد، وللسيرة، وإطلاق ما دل على ولايته.
- (٨) فيكون الأب مثلاً مشترياً.
- (٩) فيكون الأب مثلاً بائعاً.
- (١٠) فعن الشيخ في النهاية والخلاف وموضع المبسوط وابن إدريس - بل عن غاية المراد نسبته إلى الأكثر - عدم الجواز لعدم التوكيل له، ويشهد له صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل: اشتر لي فلا تعطه من عندك، وإن كان الذي عندك خيراً منه)<sup>(١١)</sup>، ومثله غيره، وحملت هذه الأخبار على وجود القرينة اللفظية الدالة على لزوم الشراء من غير مال الوكيل، بقرينة قوله (اشتر لي)، فلا بد أن يشتري الوكيل من غير ماله، ولذا ذهب جماعة - بل قيل هو المشهور - إلى أنه إذا أعلم الموكل جاز وإلا لم يجز، وفيه: أن البحث في التوكيل المجرد عن القرائن اللفظية والمقامية، وهو يستدعي =

والمقاص)<sup>(١)</sup> فلا يجوز توليها طرفيه<sup>(٢)</sup>، بل يبيعان من الغير، والأقوى كونهما كغيرهما، وهو اختياره في الدروس، لعدم وجود ما يصلح للتخصيص، (ولو استأذن الوكيل جاز)، لانتهاء المانع حينئذ.

(ويشترط كون المشتري مسلماً إذا ابتاع مُصحفاً)<sup>(٣)</sup>، .....

= بيع مال الموكل أو شراء شيء له مع غض البصر عن خصوصية المشتري، فالأوفق بالقواعد هو الجواز كما ذهب إليه أبو الصلاح، والعلامة في جملة من كتبه، والفخر في الإيضاح، والشهيدان.

نعم لو احتفت الوكالة بقربة ولو مقامية تدل على استثناء مال الوكيل بيعاً أو شراءً فلا بد من استثنائه تمسكاً بالقربة، ومع انتفاء القربة فيتولى الوكيل طرفي العقد، والمغايرة الاعتبارية من الأصالة والوكالة كافية في تحقق ذلك.

(١) ليس له وجهٌ إلا أن التقاص من مال الغير وبيعه لنفسه محل للتهمة، وفيه: أنه لا بد من تقييد الحكم بما إذا استلزم تولي المقاص لطرفي العقد تهماً تحكيمياً للدليل، على أن إطلاق أدلة جواز التقاص المتقدمة يفيد جواز بيع مال الغير لنفسه مع وجود التهمة.

(٢) طرفي العقد.

(٣) ذهب جماعة إلى عدم جواز بيع المصحف، للأخبار.

منها: خير عبد الرحمان بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشتريت فقل: إنما اشتري منك الورق وما فيه من الأديم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا)<sup>(١)</sup>، وموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف وشراؤها، فقال: لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفنتين وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا)<sup>(٢)</sup>، وخير سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام، قلت: فما تقول في شراؤها؟ قال: اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف، وإياك أن تشتري منه الورق وفيه القران مكتوب، فيكون عليك حراماً وعلى من باعه حراماً)<sup>(٣)</sup>، والأخير ظاهر في حرمة بيع الورق وشراؤه إذا كان البيع قد تعلق به بما هو مشتمل على القران، بخلاف غيره من الأخبار الدالة على جواز بيع الورق وشراؤه المحمولة على تعلق البيع بالورق مجرداً =

(٢٠١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.

= عن اشتماله على القرآن، ولذا لا منافاة بينه وبين غيره من الأخبار.

وعن صاحب الجواهر وجماعة الجواز على كراهة جمعاً بين ما تقدم وبين صحيح بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف وشرائها، فقال: إنما كان يوضع عند القامة<sup>(١)</sup> والمنبر، قال: كان بين الحائط والمنبر قيد مَرَّ شاة أو رجل وهو منحرف، فكان الرجل يأتي فيكتب البقرة، ويحيء آخر فيكتب السورة، كذلك كانوا، ثم إنهم اشتروا بعد ذلك، فقلت: فما ترى في ذلك؟ فقال: اشتريه أحب إلي من أن أبيعه<sup>(٢)</sup>)، وخبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء المصاحف وبيعها، فقال: إنما كان يوضع الورق عند المنبر، وكان ما بين المنبر والحائط قدر ما تمر الشاة أو رجل ينحرف، قال: فكان الرجل يأتي فيكتب من ذلك، ثم إنهم اشتروا بعد، قلت: فما ترى في ذلك؟ فقال لي: أشترى أحب إلي من أن أبيعه<sup>(٣)</sup>).

وفيه: أنهما غير ظاهرين في جواز شراء المصحف، بل هما صريحان على أن السيرة كانت قائمة على كتابة المصاحف نقلاً عن المصحف الموجود في المسجد، ثم قصرت الهمم عن تحصيل المصاحف بالكتابة، واتجهوا إلى تحصيلها بالشراء، ولكن لا بدلان على كيفية الشراء، فلذا لا بدّ من حملهما على شراء ما عدا الخط جمعاً بين الأخبار.

ثم على تقدير جواز بيع المصحف للمسلم فالمشهور على عدم جواز بيعه للكافر، للنبوي (الإسلام يعلمو ولا يُعلى عليه)<sup>(٤)</sup>، ولفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للعبد المسلم، وهو خبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمي قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيموه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقزوه عنده)<sup>(٥)</sup>، ولأن في تملك الكافر للمصحف متكاً له وإهانة وهو حرام، والأخير استحسان محض، والأول غير ظاهر الدلالة، فلم يبق إلا خبر حماد بن عيسى، وهو غير دال على عدم تملك الكافر للعبد المسلم، بل دال على تملكه لكنه يجبر على البيع، كما =

(١) أي: الحائط، لأن حائط مسجد النبي كان بقدر قامة كما تقدم في بحث مواقيت الصلاة، وسأني الإشارة إلى ذلك في خبر ابن عبد الرحيم الآتي.

(٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتب به حديث ٨.

(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتب به حديث ٤.

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ١١.

(٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

أو مسلماً<sup>(١)</sup>، لما في ملكه للأول<sup>(٢)</sup> من الإهانة، وللثاني<sup>(٣)</sup> من الإذلال، وإثبات السبيل له عليه، ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾<sup>(٤)</sup>، وقيل: يصح ويؤمر بإزالة ملكه، وفي حكم المسلم ولده الصغير<sup>(٥)</sup>، والمجنون، ومسيبه<sup>(٦)</sup>

= ذهب إليه البعض في مسألة تملك الكافر للعبد المسلم، فلذا ذهب جماعة إلى جواز بيع المصحف للكافر لو قلنا بجواز بيعه على المسلم، ولكن قد عرفت المنع على المسلم فعل الكافر من باب أولى، وفي حكم المصحف أبعاضه لصدق كلام الله المنهي عن بيعه على الجميع، هذا إذا كان البعض منفرداً، أما لو كان مذكوراً في كتاب آخر للاستشهاد ونحوه فسيأتي البحث فيه.

(١) المشهور على عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم، للنبوي المتقدم، وخبر حماد المتقدم أيضاً، ولقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾<sup>(١)</sup>، والأخير هو عمدة الدليل عند الأصحاب، لأن خبر حماد دال على جواز التملك لكنه يجبر على البيع كما هو قول ولم يُعرف قائله، ولكن الأخير ظاهر في عدم تملك الكافر من رأس، نعم عدم تملك الكافر للمسلم لنفي السبيل منحصر في التملك الاختياري، أما دخوله في ملكه بالإرث من كافر أو بقاؤه على الملك كما لو أسلم وهو في يده فلا دليل على عدم تملك الكافر له، نعم يجبر على بيعه كما في خبر حماد المتقدم، أو ينعق عليه كما لو ورث أمه كما سيأتي بحثه في باب العتق والإرث بلا خلاف في ذلك، بل قال الشارح في المسالك: «وفي حكمه - أي حكم شراء الأب لأمه فتنعق عليه - كل شراء يستعقب العتق كما لو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه ينعق عليه بمجرد الشراء، ومثله ما لو قال لغيره: اعنت عبدك المسلم عني وعلي ثمنه، إن سوغناه فإنه شراء ضمنى، وإنما يمتنع دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختياراً كالشراء والاستيهاب ونحوهما، وأما غيره كالإرث وإسلام عبده الكافر فلا، بل يجبر على بيعه بشئ المثل على الفور إن وُجد راغب، وإلا حيل بينهما بمسلم إلى أن يوجد الراغب، ونفقت زمن المهلة عليه وكسبه له انتهى.

(٢) وهو المصحف.

(٣) وهو العبد المسلم.

(٤) سورة النساء، الآية: ١٤١.

(٥) لأنه محكوم بالإسلام للتبعية، وكذا المجنون.

(٦) ومسيب المسلم.

المنفرد به<sup>(١)</sup> إن ألحقناه<sup>(٢)</sup> به<sup>(٣)</sup> فيه<sup>(٤)</sup>، ولقيطٌ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا<sup>(٥)</sup> (إلا فيمن ينعق عليه<sup>(٦)</sup>) فلا منع، لانتفاء السبيل بالعتق عليه، وفي حكمه<sup>(٧)</sup> شروط العتق عليه في البيع<sup>(٨)</sup>، ومن أقر بحريته وهو في يد غيره<sup>(٩)</sup>، وضابطه جواز شرائه حيث يتعقبه العتق قهراً.

وفي حكم البيع<sup>(١٠)</sup> تملكه له اختياراً كالهبة، لا بغيره كالإرث وإسلام عبده، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان، وإلا حيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب، وفي حكم بيعه منه<sup>(١١)</sup> إجارته له الواقعة على عينه لا على ذمته، كما لو استدان منه، وفي حكم المصحف أبعاضه<sup>(١٢)</sup>، وفي إلحاق ما

(١) احتراز عما لو شاركه الكافر في السبي.

(٢) ألحقنا المستي.

(٣) بالساي.

(٤) في الإسلام، كما هو مذهب الشيخ وجماعة، وقيل: إنما يلحق به في الطهارة فقط، وقيل: بانتفاء التبعية مطلقاً، وهو الأقوى.

(٥) وهو لقيط دار الإسلام.

(٦) على الكافر، كأحد الوالدين.

(٧) حكم من ينعق عليه.

(٨) كأن يقول للغير: اعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه، فهو متضمن لبيعه عليه بشرط العتق.

(٩) ثم اشتراه، فإنه ينعق عليه بمجرد الشراء.

(١٠) وفي حكم البيع المنوع.

(١١) وفي حكم بيع العبد المسلم من الكافر - وهو ممنوع - إجارة العبد المسلم للكافر فيما لو كانت الإجارة واقعة على عينه، لأنها سبيل، وهو منفي بحكم الآية المتقدمة، قال الشارح في المسالك: «وفي حكم البيع الإجارة الواقعة على عينه، أما على ذمته فالأجود الصحة كما لو استدان منه، وكذا رهنه عنده، أما لو وضع على يد مسلم فلا، وفي عارته قولان، أجودهما المنع، وفي إيداعه له وجهان، أجودهما الصحة، لأنه فيها خادم لا ذو سبيل» انتهى، فالمدار على نفي السبيل ليس إلا، ومنه يُعرف الحكم في هذه الموارد وغيرها.

(١٢) تقدم الكلام فيه.



يوجد منه<sup>(١)</sup> في كتاب غيره شاهداً، أو نحوه نظر، من الجزئية<sup>(٢)</sup>، وعدم صدق الاسم<sup>(٣)</sup>، وفي إلحاق كتب الحديث النبوية به<sup>(٤)</sup> وجه<sup>(٥)</sup>.

(وهنا مسائل)

(الأولى: يشترط كون المبيع مما يملك)<sup>(٦)</sup>

أي: يقبل الملك شرعاً، (فلا يصح بيع الحر، وما لا نفع فيه غالباً كالحشرات) - بفتح الشين - كالحيات والعقارب والفئران والخنافس والنمل

- (١) من المصحف.
  - (٢) بحسب الواقع فلا يجوز البيع.
  - (٣) عدم صدق اسم البيع على بعض المصحف، لأن المقصود من البيع هو مجموع الكتاب الفلاني، وهو ليس بمصحف.
  - (٤) بالمصحف.
  - (٥) بل عن المحقق الثاني أن كتب الحديث والفقه في حكم المصحف، وقد عرفت ضعف الدليل على عدم جواز شراء الكافر للمصحف لو قلنا بجواز شراء المسلم له، ومن باب أولى جواز شراء الكافر لكتب الحديث والفقه.
  - (٦) شروع في شروط العوضين بعد التكلم عن الصيغة وشرائط المتبايعين، وقد تقدم بعض شروط المبيع كالطهارة مما يتوقف استيفاء منفعته على الطهارة، وأن يكون المبيع مملوكاً بمعنى قبوله للملك، وهذا مما لا خلاف فيه كما في الجواهر، للنبوي (لا يبيع إلا فيما تملك)<sup>(١)</sup>، ولازمه أن يكون مالاً فلا يصح بيع الحر لعدم قبوله للملك، ولا يبيع ما لا منفعة فيه بحسب الغالب كالخنافس والعقارب والديدان وغيرها من الحشرات، وفضلات الإنسان كشمعه وظفره ورطوباته وإن كانت طاهرة لعدم ماليتها عرفاً، إلا لبن المرأة فيصح بيعه والمعاوضة عليه، لماليتها عرفاً، والسيرة قائمة على ذلك، وهذا كافٍ في تحقق ماليتها.
- بل مما تقدم تعرف أن دفع المال بإزاء ما لا مال له أمرٌ سفهي وأكلٌ للمال بالباطل، وكلاهما ممنوعان شرعاً، فلا تصح المعاوضة على المذكورات السابقة وعلى كل ما لا مالية له.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب عقد البيع حديث ٣.

ونحوها، إذ لا نفع فيها يُقابلُ بالمال، وإن ذكر لها منافع في الخواص<sup>(١)</sup>، وهو<sup>(٢)</sup> الخارج بقوله: «غالباً»، (وفضلات الإنسان) وإن كانت طاهرة (إلا لبن المرأة) فيصح بيعه، والمعاوضة عليه مقدراً بالمقدار المعلوم، أو المدة، لعظم الانتفاع به، (ولا الباحات قبل الحيازة)<sup>(٣)</sup>، لانتهاء الملك عنها حينئذ<sup>(٤)</sup>، والمتبايعان فيها سيان، وكذا بعد الحيازة قبل نية التملك إن اعتبرناها فيه<sup>(٥)</sup>، كما هو الأجود، (ولا الأرض المفتوحة عتوة)<sup>(٦)</sup> - بفتح العين - أي: قهراً، كأرض العراق والشام، لأنها للمسلمين قاطبة لا تملك على الخصوص، (إلا تبعاً لأثار التصرف) من بناء وشجر

- (١) في كتب الخواص التي ذكر فيها منافع الحيوانات.
  - (٢) ما ذكر له نفع في الخواص.
  - (٣) تقدم اشتراط مملوكية المبيع، ولذا لا يصح بيع المباح قبل الحيازة، لعدم تملكه من قبل البائع، بل المتبايعان فيه سواء.
  - (٤) ما قبل الحيازة.
  - (٥) اعتبرنا نية التملك في تحقق الحيازة، وسيأتي بحثه في بابه.
  - (٦) التي أخذت قهراً من يد الكفار بالحرب التي أذن فيها الإمام عليه السلام، وهذه الأرض للمسلمين قاطبة كما تقدم في باب الجهاد من غير فرق بين الفاتحين وغيرهم، ولا بين الموجودين وقت الفتح وغيرهم، للأخبار.
- منها: صحيح الخليلي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد<sup>(١)</sup> ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد<sup>(٢)</sup>).
- ولذا ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز بيعها ولا شرائها ولا هبتها ولا معاوضتها ولا تملكها ولا إجارتها ولا إرثها إلى غير ذلك من أنواع التصرفات الناقلة، وتبعه عليه ابن زهرة والعلامة وابن حمزة وغيرهم.
- وعن ابن إدريس والعلامة في المختلف والشهيديين - بل نُسب إلى مشهور المتأخرين - أنه يجوز بيعها تبعاً للأثار الموجودة فيها، والمراد بالأثار آثار التصرف كالبناء والدور والسقايات وغيرها المبنية فيها، وعن حواشي الشهيد التصريح بكون الأرض جزء المبيع، وفيه: أن الأرض ملك للمسلمين فكيف يصح بيعها؟ نعم لو قبل ببيع الآثار فقط كما هو ظاهر عبارة الخليلي في السرائر فله وجه وجيه.

(١) وهو أرض العراق وقد فتحت عتوة.

(٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

فيه، فيصح على الأقوى، وتبقى تابعة له<sup>(١)</sup> مادامت الآثار، فإذا زالت رجعت إلى أصلها، والمراد منها الحياة وقت الفتح، أما الموات فيملكها المحي ويصح بيعها<sup>(٢)</sup> كغيرها من الأملاك.

(والأقرب عدم جواز بيع رباح مكة)<sup>(٣)</sup> أي: دورها (زادها الله شرفاً، لتقل

(١) وتبقى الأرض تابعة للمتصرف.

(٢) كما تقدم في بابي الخمس والجهاد.

(٣) منع الشيخ في الخلاف والمبسوط من بيع بيوت مكة وإجارتها، وتبعه عليه العلامة في التذكرة وولده في الإيضاح والشهيد في الدروس واللمعة، بل عن فخر المحققين نسبته إلى كثير، لخبر عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ (مكة حرام وحرام يبيع رباها وحرام أجر بيوتها)<sup>(١)</sup>، بل ولأن مكة مسجد لقوله تعالى: ﴿سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى﴾<sup>(٢)</sup> والمفروض أن النبي ﷺ أسرى به من بيت خديجة أو من شعب أبي طالب أو من دار أم هاني، وعلى كل فتدل الآية مع الضميمة المذكورة أن مكة بجميع دورها مسجد، وقد ادعى الشيخ في الخلاف الإجماع على المنع.

وفيه: أما الإجماع فغير مسموع مع ذهاب الكثير إلى الجواز، وأما الآية فتسمية مكة مسجداً من باب المجاز للحرمة والشرف والمجاورة مع ضميمة ما ورد من بيع عقيل رباح أبي طالب، بل ويبيع جملة من الصحابة منازلهم<sup>(٣)</sup>، ومما يدل على كون إطلاق المسجدية على مكة من باب المجاز قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم﴾<sup>(٤)</sup>، حيث أضاف الديار إليهم، وهو كاشف عن تملكهم لها، فلا بد من إجراء قاعدة تسلط الناس على أمواهم.

وأما الخبر فهو من طرق العامة، ولا جابر له لعدم عمل المشهور به، فضلاً عن معارضته لما تقدم فلا بد من رده.

نعم صرح البعض بأن مكة من الأرض المفتوحة عنوة، ويشهد له تسمية أهلها بالطلقاء كما هو المشهور في كتب السير والتواريخ، وعن البعض أن هذا مخصوص لأعالها، وعلى كلٍ فإذا ثبت فتحها عنوة فلا خصوصية لمكة من هذه الجهة بل يجري البحث =

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٧، رقم الحديث ١١١٨٤.

(٢) سورة الإسراء، الآية: ١.

(٣) الإمتاع والإسعاد للقرظي ج ١ ص ٣٨١.

(٤) سورة الحشر، الآية: ٨.

الشيخ في الخلاف الإجماع) على عدم جوازه، (إن قلنا إنها فتحت عنوة)، لاستواء الناس فيها حيثنذ، ولو قلنا إنها فتحت صلحاً جاز، وفي تقييد المنع بالقول بفتحها عنوة مع تعليقه بنقل الإجماع المنقول بخير الواحد تنافر، لأن الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر، وإن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوة وغيره، ويبقى فيه<sup>(١)</sup> أنه على ما اختاره سابقاً من ملكه<sup>(٢)</sup> تبعاً للأثار ينبغي الجواز<sup>(٣)</sup>، للقطع بتجدد الآثار في جميع دورها عما كانت عليه عام الفتح، وربما علل المنع بالرواية عن النبي ﷺ بالنهي عنه، وبكونها في حكم المسجد، لآية الإسراء، مع أنه كان من بيت أم هانئ، لكن الخبر لم يثبت، وحقيقة المسجدية منتفية، ومجاز المجاورة والشرف والحرمة ممكن، والإجماع غير متحقق، فالجواز متجه.

### (الثانية: يشترط في المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه<sup>(٤)</sup>)، فلو باع الحمام الطائر

أو غيره من الطيور المملوكة (لم يصح، إلا أن تقضي العادة بعوده) فيصح<sup>(٥)</sup>، لأنه حيثنذ كالعبد المنفذ في الخواتج، والدابة المرسلة، (ولو باع)

= السابق من عدم جواز المعاوضة على أرضها لأنها ملك لجميع المسلمين فتتصرف المعاوضة على آثار المتصرف فيها، وعن بعضهم أنها فتحت صلحاً، وبه ينتفي البحث الترتب على أنها مفتوحة عنوة.

- (١) في قول المصنف.
- (٢) ملك الفتح عنوة.
- (٣) جواز بيع ربيع مكة.
- (٤) بلا خلاف فيه، للنبوي المشهور (نهى رسول الله عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر)<sup>(١)</sup>، والغرر هو الخطر كما عن الصحاح والمصباح والأساس والمغرب والمجمل، ومع عدم القدرة على التسليم يكون البيع خطرياً وغررياً فيبطل، بل مع عدم القدرة على التسليم يكون بذل المال بإزائه سفهاً وأكلاً له بالباطل، وهذا الشرط لا يختص بالثمن بل يجري بالثمن لعين الأدلة السابقة.

(٥) لإمكان تسليمه بعد تنزيل العادة منزلة الواقع، فيكون بمنزلة بيع العبد المنفذ في الأشغال =

المملوك (الأبق) المتعذر تسليمه (صح مع الضميمة)<sup>(١)</sup> إلى ما يصح بيعه منفرداً (فإن وجدته) المشتري وقدر على إثبات يده عليه، (وإلا كان الثمن بإزاء الضميمة)، ونُزّل الأبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدم<sup>(٢)</sup>، ولكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصح عتقه عن الكفارة، وبيعه لغيره مع الضميمة، (ولا خيار

= والدابة المرسلة في المرعى، وتردد العلامة في النهاية في الصحة بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وأن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث، وفيه: أما انتفاء القدرة في الحال فلا يضر، إذ المدار على القدرة عند الاستلام من قبل المشتري، واحتمال عدم عوده غير مانع، لأن احتمال عدم القدرة على التسليم جارٍ في كل مبيع.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح رفاة النخاس (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الأبقة، وأعطيهم الثمن واطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز)<sup>(١)</sup>، وموثق سماعاً عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد وهو أبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه)<sup>(٢)</sup>، وذيله ظاهر في كون الحصول على العبد مرجواً، وعليه يحمل الصحيح أيضاً هذا من جهة ومن جهة أخرى فالجمع بين الأخبار وبين مقتضى القواعد القاضية بالقدرة على التسليم يكون للأبق أحوال ثلاثة: أن يكون ميؤوساً منه نحو الطير في السماء والسماك في الماء فلا يصح بيعه ولو مع الضميمة، وأن يكون مقدوراً عليه للبائع أو للمشتري وهذا يصح بيعه من دون حاجة إلى ضميمة، وأن يكون مرجو الحصول فهذا يحتاج إلى الضميمة إن أريد بيعه، فيدخل حيثل في ملك المشتري بالعقد، وإذا تعذر الحصول عليه كان الثمن في قبالة الضميمة لصريح ذيل موثق سماعاً، ولا يخرج عن ملكه لأنه صار له ملكاً بالعقد فلا يخرج عنه من غير سبب، ولازمه جواز عتقه من قبل المشتري قبل العجز وبعده، وبيعه كذلك مع الضميمة قبل تحقق العجز عنه، وغير ذلك مما يترتب على الملك.

(٢) بمعنى أن الثمن لا يوزع على الضميمة وعلى الأبق بحيث إذا تعذر استلامه يرجع بحصته من الثمن كما هو مقتضى القواعد، بل يكون الثمن بتمامه بإزاء الضميمة عند تعذر استلام العبد كما هو صريح موثق سماعاً.

للمشتري مع العلم بإباقه)، لقدمه على النقص<sup>(١)</sup>، أما لو جهل جاز الفسخ إن كان البيع صحيحاً، ويشترط في بيعه<sup>(٢)</sup> ما يشترط في غيره من كونه معلوماً موجوداً عند العقد وغير ذلك، سوى القدرة على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين البيع، أو استحقاقه لغير البائع، أو مخالفاً للوصف بطل البيع فيما يقابله في الأولين<sup>(٣)</sup>، وتخيير المشتري في الأخير<sup>(٤)</sup> على الظاهر<sup>(٥)</sup>.

(ولو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع (فالأقرب عدم اشتراط الضميمة)<sup>(٦)</sup> في صحة البيع، لحصول الشرط، وهو القدرة على تسلّمه، ووجه الاشتراط<sup>(٧)</sup> صدق الإباق معه<sup>(٨)</sup> الموجب للضميمة بالنص<sup>(٩)</sup>، وكون الشرط التسليم وهو أمر آخر غير التسلم.

ويضعف بأن الغاية المقصودة من التسليم حصوله<sup>(١٠)</sup> بيد المشتري بغير مانع وهي<sup>(١١)</sup> موجودة<sup>(١٢)</sup>، والموجبة<sup>(١٣)</sup> للضميمة العجز عن تحصيله وهي مفقودة،

- 
- (١) ومع علمه بالخال فلا خيار له.
  - (٢) بيع الأبق.
  - (٣) وهما ظهور تلفه حين البيع واستحقاقه لغير البائع، هذا إذا باعه عن نفسه في الثاني، وإلا فهو عقد فضولي متوقف على إجازة المالك.
  - (٤) فيما لو ظهر مخالفاً للوصف.
  - (٥) لدخول الوصف في المبيع فلا بد من تقسيط الثمن على أجزائه وإثبات الفسخ للمشتري لمخالفة الوصف.
  - (٦) لأن المدار في القدرة على التسليم، وهو تسلم المشتري، فلو كان المشتري قادراً أو كانت العين في يده لكفى.
  - (٧) اشتراط الضميمة لو كان المشتري قادراً على تحصيله دون البائع.
  - (٨) مع إمكان التسلم.
  - (٩) وهو صحيح رفاة وموثق سماع المتقدمان.
  - (١٠) حصول المبيع.
  - (١١) الغاية المقصودة.
  - (١٢) موجودة في المقام بحسب الفرض.
  - (١٣) والغاية الموجبة.

(وعدم لحوق أحكامها<sup>(١)</sup> لو ضم<sup>(٢)</sup>) فيوزع الثمن عليهما لو لم يقدر على تحصيله، أو تلف قبل القبض، ولا يتخير لو لم يعلم بإباقه<sup>(٣)</sup>، ولا يشترط في الضميمة صحة إفرادها بالبيع<sup>(٤)</sup>، لأنه حيثئذ بمنزلة المقبوض، وغير ذلك من الأحكام، ولا يلحق بالآبق غيره مما في معناه كالبيعير الشارد، والفرس العاير<sup>(٥)</sup> على الأقوى<sup>(٦)</sup>، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق، إقتصاراً فيما خالف الأصل على المنصوص.

(أما الضال والمجحود) من غير إباق (فيصح البيع، ويراعى بإمكان التسليم)، فإن أمكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتد به، أو رضي المشتري بالصبر إلى أن يُسلمَ لزم، (وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء)، وإن شاء التزم وبقي على ملكه ينتفع به بالعتق ونحوه، ويحتمل قوباً بطلان البيع، لفقد شرط الصحة، وهو إمكان التسليم<sup>(٧)</sup>، وكما يجوز جعل الآبق مثنياً يجوز جعله ثمناً<sup>(٨)</sup>، سواء أكان

(١) أحكام الضميمة.

(٢) لو ضم العبد الآبق إلى الضميمة، والمعنى أن العبد الآبق الذي يقدر المشتري على تحصيله دون البائع لو ضم إلى الضميمة فلا يلحقها أحكامها، بحيث لو تعذر تحصيله فلا يكون الثمن في قبالتها فقط، بل يوزع الثمن عليه وعليها ويكون للمشتري حصة العبد من الثمن.

(٣) لأنه قادر على استلامه، فالعبد بالنسبة إليه غير آبق.

(٤) بخلاف السابق، فيكون الثمن في قبالتها لو تعذر استلام العبد الآبق.

(٥) من عار بيعير، أي: هام على وجهه.

(٦) مقتضى القواعد عدم جواز بيع ما لم يقدر البائع على تسليمه، لكن قام النص على جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة فيقتصر على مورده وقوفاً فيما خالف الأصل على المنصوص، ومورده العبد الآبق فلا يشمل البيعير الشارد ولا الفرس العاير، وكذا لا يشمل المملوك الذي يتعذر تسليمه من غير جهة الإباق كالمغصوب والضال والمجحود.

(٧) وهو مستلزم للفرق والسفاهة عرفاً وعادة، وهما المعيار في إثبات هذا الشرط من أصله، نعم لو حصل العلم أو الظن المناخم له بإمكان التسليم كان المصير إلى صحة البيع هو المتعين.

(٨) قد تقدم أن مورد النص المخالف للقواعد هو: جعل العبد الآبق مع الضميمة مثنياً، فهل يصح جعله كذلك ثمناً وجهان: من أنه على خلاف النص فيرجع فيه إلى القواعد =

في مقابله<sup>(١١)</sup> أبق آخر، أم غيره، لحصول معنى البيع في الثمن والمثمن.

(وفي احتياج العبد الأبق المجمعول ثمناً إلى الضميمة احتمال)<sup>(١٢)</sup>، لصدق الإباق المقتضي لها<sup>(١٣)</sup> (ولعله<sup>(١٤)</sup> الأقرب)، لاشتراكهما<sup>(١٥)</sup> في العلة المقتضية لها<sup>(١٦)</sup>، (وحيثئذ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً، والآخر مثمناً مع الضميتين، ولا يكفي في الضميمة في الثمن والمثمن (ضم أبق آخر إليه)<sup>(١٧)</sup>، لأن الغرض من الضميمة أن تكون ثمناً<sup>(١٨)</sup>) إذا تعذر تحصيله فتكون<sup>(١٩)</sup> جامعة لشرائطه<sup>(٢٠)</sup> التي من جملتها إمكان التسليم، والأبق الآخر ليس كذلك.

(ولو تعددت العبيد)<sup>(٢١)</sup> في الثمن والمثمن (كفت ضميمة

= فلا يصح، ومن أن معنى البيع الذي هو انتقال كل من العوضين إلى الآخر بالشروط المتبعة موجود فيه فيقطع بعدم مدخلية الثمن في الحكم فيسقط، وهو الأقوى.

- (١) في الثمن.
- (٢) بل هو الثمن، للعلة التي اقتضت ضم الضميمة إلى العبد الأبق في الثمن، بحيث إذا تعذر تسليمه تكون الضميمة واقعة في قبالة العوض الآخر.
- (٣) للضميمة.
- (٤) ولعل الاحتياج.
- (٥) اشتراك الثمن والمثمن إذا كانا عبداً أبقاً.
- (٦) للضميمة.
- (٧) إلى الأبق الأول، فمع إمكان تسليمهما معاً يتبين أن أحد العوضين لم يقع في قبالة شيء فيكون أكله أكلاً للمال بالباطل.
- (٨) أو مثمناً.
- (٩) الضميمة.
- (١٠) شرائط الثمن أو المثمن، ولذا اشترط في الضميمة أن تكون مالا متمولاً، وبما يصح بيعها وشرائها منفردة.
- (١١) قد تقدم أن مورد النص جعل العبد الأبق مع الضميمة مثمناً، وعديناه إلى الثمن لإسقاط خصوصية المثمن، وتعديه إلى العبيدين والثلاثة لإسقاط خصوصية الوحدة في العبد، للقطع بعدم مدخلية هذه الخصوصية في الحكم، ولازمه جواز بيع العبيدين الأبقين مع الضميمة، وجواز جعلهما كذلك ثمناً، وهكذا في الثلاثة فما فوق، نعم يشترط في الضميمة أن تكون مالا متمولاً بالنسبة لجميع العبيد في طرف، ولا يجب أن تكون =



واحدة<sup>(١)</sup> لصدق الضميمة مع الأبى، ولا يعتبر فيها كونها متمولة إذا وزعت على كل واحد، لأن ذلك يصير بمنزلة ضمائم، مع أن الواحدة كافية، وهذه الفروع من خواص هذا الكتاب، ومثلها<sup>(٢)</sup> في تضاعيفه<sup>(٣)</sup> كثير، ننبه عليه إن شاء الله تعالى في مواضعه.

### (الثالثة: يشترط في المبيع أن يكون طلاقاً<sup>(٤)</sup>، فلا يصح بيع الوقف<sup>(٥)</sup>)

= الضميمة ذات قيمة مالية لو قسمت على العبيد الموجودين في طرفها قضاء لحق الدليل الذي أوجب اشتراطها، لأنه لو تعذر تسليم العبيد كانت الضميمة صالحة أن تكون عوضاً أو معوضاً، وهذا ما يوجب اشتراط ماليتها بالنسبة لجميع العبيد لا بالنسبة إلى كل عبد لو قسمت الضميمة عليهم.

(١) في كل طرف.

(٢) ومثل هذه الفروع.

(٣) في أثناء هذا الكتاب.

(٤) ذكره المحقق والعلامة وجماعة ممن تأخر عنهما، وأبدله العلامة في القواعد بأن يكون تاماً، ومعناه أن يكون المالك غير ممنوع التصرف في ملكه بحيث لم يتعلق به حق الغير، ودليل هذا الشرط واضح، ولازمه عدم جواز بيع الوقف، وعدم جواز بيع العين المرهونة إلا بإذن المرتهن وإجازته، وعدم جواز بيع أم الولد، وهذا ما اقتصر عليه الأصحاب والا فالفروع المترتبة على هذا الشرط كثيرة.

(٥) بلا خلاف فيه، لأن الوقف على ما تقدم في بابه تحبب الأصل، والتحبب في بيعه، ولعموم قوله عليه السلام في مكاتبة الصغار (الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى)<sup>(١)</sup>، والخبر ابن راشد (سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وقرت المال خُبرت أن الأرض وقف، فقال عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رياً، قال عليه السلام: تصدق بغلتها)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرها.

وقد وقع الخلاف بينهم في جواز بيعه في بعض الموارد، وكلماتهم في هذا الاستثناء في =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

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

= غاية التشويش والاضطراب، بل قال الشارح في المسالك: «قد اضطرب فتوى الأصحاب في هذه المسألة اضطراباً عظيماً، حتى من الرجل الواحد في كتاب واحد»، والعمدة على الدليل فالكلام نارة في الوقف المؤبد وأخرى في المنقطع، أعني منقطع الآخر، والأول على قسمين فتارة يكون ملكاً للموقوف عليهم وأخرى لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فك ملك، نظير تحرير الرقبة، كالأوقاف العامة مثل المدارس والخانات والمساجد.

فالثاني من المؤبد لا يجوز بيعه بلا خلاف لعدم الملك لأحد، بل هو ملك لله جل وعلا، نعيم للمسلمين حق الانتفاع في المساجد، وكذا المسافرين في الخانات، والطلاب في المدارس وهكذا، إلا إذا ذهبت عنه فيبطل الوقف لانتفاء موضوعه عدا المساجد فتبقى عرصتها وأرضها محكومة بالمسجدية بحيث لا يجوز تنجيسها ويجب تطهيرها.

أما لو خرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فعن الشيخ الأعظم وجماعة جواز البيع لانصراف أدلة منع بيع الوقف عنه، وفيه: أنها غير مسموعة، لأنه انصراف ناشئ من قلة الوجود لا من كثرة الاستعمال في غير، وأُستدل لجواز البيع بأن العين الموقوفة هي محبوسة ما دام يمكن الانتفاع بها، فإذا بطل الانتفاع بها فهي محبوسة بماليتها دون شخصها فتبدل بعين أخرى مكانها، ولازمه أن البدل وقف لا يحتاج إلى صيغة لأن المال بحسب الفرض محبوس.

وفيه: أنه استحسان محض فلا بد من التمسك بإطلاق أدلة منع بيع الوقف، ومنه تعرف الحكم بعدم جواز بيع الوقف الذي قلّ نفعه بحيث يلحق بالعدم عرفاً.

والأول من المؤبد يجوز بيعه إذا وقع اختلاف بين أربابه الموقوف عليهم، بحيث لا يؤمن مع هذا الاختلاف إتلاف النفوس والأموال، لمكاتبة ابن مهزيار (كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام): إن فلاناً ابتاع ضيعة وجعل لك من الوقف الخمس - إلى أن قال - كتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنه ليس يأمن أن يتفاهم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب إليه بخطه: وأعلمه أن رأيي له، إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس<sup>(١)</sup>.

ويجوز بيعه فيما لو شرط الواقف بيعه عند حدوث أمرٍ من قلة نفعٍ أو احتياج الموقوف =

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٦٥٥.

العام<sup>(١)</sup> مطلقاً<sup>(٢)</sup>، إلا أن يتلاشى ويضمحل، بحيث لا يمكن الإنتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً<sup>(٣)</sup>، كحصر يبلى، ولا يصلح للإنتفاع به في محل

= عليه إلى ثمنه أو كان يبيعه أنفع، على حسب ما يذكره الواقف، لصحيح عبد الرحمان بن الحجاج (بعث إلي بهذه الوصية أبو إبراهيم عليه السلام): هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبد الله علي ابتغاء وجه الله - إلى أن قال - وأنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حل محل لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه - إلى أن قال - وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه<sup>(١)</sup>، وهو صريح في نفوذ شرط الواقف، مهما كان الشرط إذ لا خصوصية للشرط المذكور.

هذا كله في الوقف المؤبد، وأما الوقف المنقطع وهو ما إذا وقف على من يفرض، فقد تقدم في كتاب الوقف صحته، ويجوز بيعه إذ كان البيع أصلح لهم، لخبر جعفر بن حنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، وأوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثماية درهم في كل سنة ويُقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه - إلى أن قال - قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا، ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم إذا رضوا كلهم، وكان البيع خيراً لهم باعوا)<sup>(٢)</sup>، وللتوقيع الشريف في مكاتبة الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام (أنه كتب إليه: روي عن الصادق عليه السلام خبر ماثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه، وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه، فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله)<sup>(٣)</sup>، والثاني صريح في عدم اشتراط رضا الجميع.

- (١) لعدم ملكه لأحد، بل هو فك ملك كما تقدم.
- (٢) سواء كان في بيعه مصلحة أم لا، وسواء كان بقاؤه مؤدياً إلى خرابه أم لا، وسواء كان للناظر أم لغيره.
- (٣) بلا استثناء شيء.

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٣.  
(٢ و٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٩٠٨.

الوقف، وجذع ينكسر كذلك<sup>(١)</sup>، ولا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقود لمصلحه، كأجر المسجد فيجوز بيعه حينئذ<sup>(٢)</sup> وصرفه<sup>(٣)</sup> في مصلحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف<sup>(٤)</sup>، ولو<sup>(٥)</sup> لم يكن أصله موقوفاً، بل اشترى للمسجد مثلاً من غلته<sup>(٦)</sup> أو بذله له<sup>(٧)</sup> باذل<sup>(٨)</sup> صح للنظر ببيع مع المصلحة مطلقاً<sup>(٩)</sup>.

(ولو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه) في الوقف المحصور<sup>(١٠)</sup> (فالمشهور الجواز) أي: جواز بيعه حينئذ، وفي الدروس اكتفى في جواز بيعه بخوف خرابه، أو خلف أربابه المؤدي إلى فساده، وقل أن يتفق في هذه المسألة فتوى واحد، بل في كتاب واحد في باب البيع والوقف فتأملها، أو طالع شرح المصنف للإرشاد تطلع على ذلك.

والأقوى في المسألة ما دلت عليه صحيحة علي بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، وعلمه عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، وظاهره أن خوف أدائه<sup>(١١)</sup> إليهما<sup>(١٢)</sup>، أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك<sup>(١٣)</sup>، ومن هذا الحديث اختلفت

- (١) بحيث لا يصلح للانتفاع به في محل الوقف.
- (٢) حين عدم الانتفاع به مطلقاً في محل الوقف.
- (٣) صرف ثمنه في مصالح الوقف.
- (٤) فلو أمكن فيجب رعاية لغرض الواقف، قال الشارح في المسالك: «وحيث يجوز البيع يُشترى بشمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن، ويجب تحصيل الأقرب إلى صفة الموقوف، الأقرب فالأقرب».
- (٥) الواو استثنائية.
- (٦) غلة العين الموقوفة على المسجد.
- (٧) للمسجد.
- (٨) من دون وقف.
- (٩) وإن لم يتلاش ويضمحل.
- (١٠) الخاص دون العام.
- (١١) أداء الخلف.
- (١٢) إلى تلف الأموال والنفوس.
- (١٣) والمعنى: بل الشرط كون الخلف بين أربابه مظنة لتأديته إلى تلف الأموال أو النفوس.

أفهامهم في الشرط المسوّغ للبيع، ففهم المصنف هنا أن المعتبر الخلف المؤدي إلى الخراب، نظراً إلى تعليله بتلف المال، فإن الظاهر أن المراد بالمال الوقف، إذ لا دخل لغيره<sup>(١)</sup> في ذلك<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه، وإن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف ولم تكفهم غلته، أو كان بيعه أعود، أو غير ذلك مما قيل<sup>(٣)</sup>، لعدم دليل صالح عليه، وحيث يجوز بيعه يُشترى بشئ ما يكون وفقاً على ذلك الوجه إن أمكن، مراعيّاً للأقرب إلى صفته<sup>(٤)</sup> فالأقرب، والمتوّي بذلك الناظر إن كان، وإلا الموقوف عليهم إن اتحصروا، وإلا فالناظر العام.

(ولا) بيع الأمة (المستولدة) من المولى<sup>(٥)</sup>، ويتحقق الإستيلاء المانع من البيع

(١) لغير الوقف.

(٢) في التعليل المذكور، والمعنى: أن الإمام عليه السلام قد قال في مكتبة الصغار المتقدمة (فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس)، وفهم المصنف من لفظ الأموال خصوص الوقف لعدم مدخلة غيره في التعليل، فلذا جوز البيع إذا كان الخلف بين أربابه مؤدياً إلى خراب الوقف، وفيه: أن لفظ الأموال الوارد في التعليل عام يشمل الوقف وغيره فتخصيصه بالوقف ليس في محله هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعلة لجواز بيع الوقف ليست خرابه بل نفس الاختلاف بين أربابه الذي قد يؤدي إلى تلف النفوس والأموال.

(٣) بل قد عرفت جواز بيع الوقف المنقطع إذا كان بيعه أعود، وجواز بيع القسم الأول من المؤبد فيما لو شرط الواقف ذلك.

(٤) إلى صفة الوقف.

(٥) المسألة الثانية المترتبة على اشتراط كون المبيع طلقاً عدم جواز بيع أم الولد، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن الرجل يموت وله أم ولد، وله معها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ قال: أخبرك ما أوصى به علي عليه السلام في أمهات الأولاد؟ قلت: نعم، قال: إن علياً عليه السلام أوصى أيما امرأة منهن كان لها ولد فهي من نصيب ولدها<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سريّة، لها ولد أو في بطنها ولد أو لا ولد لها، فإن =

بغلوقتها في ملكه وإن لم تلجه الروح كما سيأتي، فقولته: (ما دام الولد حياً)<sup>(١)</sup> مبني على الأغلب<sup>(٢)</sup>، أو على التجوز، لأنه قبل ولوج الروح لا يُوصف بالحياة إلا مجازاً، ولو مات صارت كغيرها من إمانه عندنا، أما مع حياته فلا يجوز بيعها، (إلا في ثمانية مواضع) وهذا الجمع من خواص هذا الكتاب.

(أحدها: في ثمن رقبته مع إعسار مولاه، سواء كان حياً<sup>(٣)</sup>، أو ميتاً)،

= كان أعتقها ربها عتقت، وإن لم يعتقها حتى تُوفي فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله حق، فإن كان لها ولد وترك مالا جعلت في نصيب ولدها)<sup>(٤)</sup>.

بل يتحقق عنوان أم الولد لو كان ولدها حلاً غير مولود عند موت سيدها، لصحيح محمد ابن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج الأمة فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله، لم تلد منه شيئاً بعدما ملكها ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق)<sup>(٥)</sup>، ومفهومه عدم جواز البيع إذا حدث الحمل بعد ملكه إياها، والحمل مطلق يشمل ما لو ولجته الروح أو لا، بل يصدق حتى على المضغة، نعم لا يصدق على النطفة قبل الانعقاد.

(١) حتى تتعتق من نصيبه بعد موت سيدها بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر يونس (في أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، هي أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعنق من الورثة، فإن كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها)<sup>(٦)</sup>، وقد تقدم بعضها.

(٢) قيد الحياة للولد مبني على الأغلب أو التجوز، إذ قد عرفت أن حد المنع من بيعها وجود ولي لها من سيدها ولو كان حلاً لم تلجه الروح.

(٣) يجوز بيعها في ثمن رقبته مع إعسار المولى، بحيث لم يكن عنده ما يزيد على مستثنيات الدين، لصحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام (سألت عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته)<sup>(٧)</sup>، وهو مطلق شامل ما لو كان المولى حياً أو ميتاً، وهذا ما عليه الأكثر، وعن ابن حمزة الجزم بكونه ميتاً، لصحيح عمر بن يزيد الآخر =

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

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

أما مع الموت فموضع وفاق، وأما مع الحياة فعلى أصح القولين لإطلاق النص، والمراد بإعساره أن لا يكون له من المال ما يُوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاة الدين.

(وثانيها: إذا جنت على غير مولاها) فيدفع ثمنها في الجناية، أو رقبته إن رضي المجني عليه<sup>(١)</sup>، ولو كانت الجناية على مولاها لم يميز، لأنه لا يثبت له على ماله مال.

= (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك، قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها، فبيعت وأدّى ثمنها، قلت: فيبعمن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا<sup>(٢)</sup>، ولذا تردد الفاضلان، بل جزم باشتراط الموت جماعة من المتأخرين منهم المقدس الأردبيلي وصاحب الجواهر، ومنه تعرف أنه في حال موت المولى يجوز بيعها لفكاك رقبته بلا خلاف، وإن نسب للسيد عدم جواز بيعها مطلقاً لكن النسبة غير ثابتة.

(١) هذا في العمد، وأما الخطأ فالتخيير للمولى، ثم إن هذا الحكم ثابت لمطلق الرق كما سيأتي في بابه، فلو جنى المملوك على غير مولاة تعلقت الجناية برقبته ففي الخطأ يتخير المولى بين الفداء وبين إعطائه المجني عليه، وفي العمد إن أراد المجني عليه القصاص وإلا فله استرقاقه، أو أخذ الأرش من مولاة إن رضي به.

وعُدي الحكم إلى أم الولد لأنها رق، ولكن في المسوط في باب الديّات أن أرش جنائتها على سيدها بلا خلاف، وفي باب الاستيلاء من المسوط أن أرش الجناية متعلق برقبته بلا خلاف، ولذا نقل عن العلامة في المختلف أن الشيخ غفل عما في الديّات من المسوط بعدم التعلق برقبته، ثم مال العلامة إلى ذلك مع جعل الضمان على المولى لأنه متنع من بيعها بإحباله، وأخرجها بالإحبال عن تعلق الأرش بذمتها، فصار المولى كالتلف لمحل الأرش، فلزمه الضمان كما لو قتل المولى عبده الجاني، ويشهد له صحيح مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (أم الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، وما كان من حق الله عز وجل كان ذلك في بدنها)<sup>(٣)</sup>، وأما لو جنت على سيدها خطأ أو عمداً فسيأتي دليله في بابه مع عدم الربط بمسألة جواز بيعها.

(١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقية الحدود والتعزيرات حديث ٢.

(وثالثها: إذا عجز مولاها عن نفقتها)<sup>(١)</sup>، ولو أمكن تأديها ببيع بعضها وجب الإقتصار عليه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة.  
 (ورابعها: إذا مات قريبها ولا وارث له سواها) لتعتق وترثه، وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاة مولاها)<sup>(٢)</sup>.  
 (وخامسها: إذا كان علوقها بعد الإرثمان)<sup>(٣)</sup> فيقدم حق المرتين لسبقه، وقيل: يقدم حق الاستيلاء، لبناء العتق على التغليب، ولعموم النهي عن بيعها.  
 (وسادسها: إذا كان علوقها بعد الإفلاس) أي: بعد الحجر على المفلّس، فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال، والخلاف هنا كالرهن.

(وسابعها: إذا مات مولاها ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق وإن لم يكن ثمتاً لها)، لأنها إنما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها، ولا نصيب له مع استغراق الدين فلا تُعتق، وتُصرفُ في الدين<sup>(٤)</sup>.

- (١) فتباع من باب دفع الضرر عنها، ولذا لو أمكن دفعه ببيع بعضها اقتصر عليه من باب الوقوف فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، وفيه: أنه يمكن القول بعدم جواز بيعها مطلقاً لإطلاق أدلة المنع، ونفقتها حينئذ بعد عجز المولى في كسبها إن أمكن الاكتساب، أو كان لها كسب، وإلا ففي بيت المال، ومع عدمه فهي واجبة على عموم المسلمين كالحرة المزوجة.
- (٢) وهو مجرد اعتبار ليس إلا، ولا يصلح لتأسيس الحكم الشرعي، إذ هو ليس بأولى من إلزام المولى بعتقها ثم يدفع إليه قيمتها بسبب فوات ماله عليه فترث حينئذ قريبها.
- (٣) أو الإفلاس بحيث حُجر عليه لأنه مفلّس، والمعنى لو وطأها بعدما رهنها أو بعد ما تعلق حق الغرماء بها عند إفلاسه وخملت منه، فقيل بتقديم حق المرتين وحق الغريم لسبقه فيجوز بيعها، وقيل: يقدم حق الاستيلاء، لأنه بإحباله كالتلف لتعلق حق المرتين والغريم، فيثبت الحق حينئذ في رقبته، كما لو ماتت أم الولد فينتقل حق المرتين والغريم إلى رقبة المولى، فضلاً عن إطلاق أدلة منع بيعها.
- (٤) وقد مُنع من جواز بيعها حينئذ على قول، لأن التركة تنتقل إلى الوارث وإن كان الدين مستغرقاً، لأن الوارث مخير في جهات القضاء، وحينئذ تعتق من نصيب ولدها، وعلى الولد السعي في أداء ثمنها، خصوصاً بعد إطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدم (قلت: =



(وثامتها: بيعها على من تمتنع عليه، فإنه في قوة العتق) فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إن المنع من البيع لأجل العتق<sup>(١)</sup>، (وفي جواز بيعها بشرط العتق نظر، أقربه الجواز) لما ذكر<sup>(٢)</sup>، فإن لم يف المشتري بالشروط فسح البيع وجوباً، فإن لم يفسخه المولى احتمال انفساخه بنفسه، وفسخ<sup>(٣)</sup> الحاكم إن اتفق، وهذا موضع تاسع، وما عدا الأول من هذه المواضع غير منصوص بخصوصه، وللنظر فيه مجال، وقد حكاهما في الدروس بلفظ «قيل»، وبعضها<sup>(٤)</sup> جعله احتمالاً من غير ترجيح لشيء منها، وزاد بعضهم مواضع آخر، عاشرها: في كفن سيدها إذا لم يُخلف سواها<sup>(٥)</sup>، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه<sup>(٦)</sup>، وحادي عشرها: إذا أسلمت قبل مولاها الكافر<sup>(٧)</sup>، وثاني عشرها: إذا كان ولدها غير وارث لكونه قاتلاً، أو كافراً، لأنها لا تمتنع بموت مولاها

= فيُبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا<sup>(١)</sup>، والمراد من الدين هو الدين في ثمنها فقط، فلا يجوز بيعها في غيره.

(١) والمعنى: أن بيعها للعتق المعجل أقوى مناسبة لعدم جواز بيعها حتى تمتنع من نصيب ولدها بعد موت سيدها، والأقوائية ناشئة من أن المنع لأجل العتق عند الموت وهذا عتق معجل فيكون أولى، وفيه: أن الأولوية هنا عقلية متدرجة في القياس المحرم.

(٢) من كونه تعجيل خير فهو أولى من المنع من بيعها حتى تمتنع من نصيب ولدها عند موت سيدها، وفيه: أنه قياس محرم.

(٣) واحتمل فسح الحاكم إن اتفق وجوده.

(٤) وهو السابع والتاسع وحكى الباقي بلفظ «قيل».

(٥) بدعوى أولوية الكفن من الدين الذي فرض جواز بيعها فيه، وفيه: أن الأولوية بمنوعة، وأم الولد تنتقل إلى الوارث عند موت سيدها بسبب الوفاة فتصير حرة لانعتاقها من نصيب ولدها ولا يجوز بيع الحرة، نعم إن بذل له الكفن وإلا دُفن من غير تكفين.

(٦) على البعض.

(٧) فيجب بيعها، لنفي السبيل من الكافر على المسلم، وفيه: أنه منافٍ لحق تشبهها بالحرة، فلو قيل بوجود عتقها وأن تدفع قيمتها من بيت المال أو بالسمي من قبلها في قيمتها جمعاً بين الحقين لكان قولاً لا ينافي القواعد فلا يتعين الأول.

حينئذ، إذ لا نصيب لولدها، وثالث عشرها: إذا جنت على مولاها<sup>(١)</sup> جنابة تستغرق قيمتها، ورابع عشرها: إذا قتله خطأ<sup>(٢)</sup>، وخامس عشرها: إذا حملت في زمن خيار البائع، أو المشترك<sup>(٣)</sup> ثم فسخ البائع بخياره، وسادس عشرها: إذا خرج مولاها عن الذمة ومُلِكت أمواله التي هي منها، وسابع عشرها: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت، وثامن عشرها: إذا كانت لمكاتب مشروط، ثم فسخ كتابته، وتساع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الإستيلاء ثم أولدها، فإن حق المضمون له أسبق من حق الإستيلاء كالرهن والفلس السابقين، والعشرون: إذا أسلم أبوها، أو جدها وهي مجنونة، أو صغيرة، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه، وهذه في حكم إسلامها عنده، وفي كثير من هذه المواضع نظر<sup>(٤)</sup>.

### (الرابعة: لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنابيته من بيعه)

لأنه لم يخرج عن ملك مولاها بها<sup>(٥)</sup>، والتخيير في فكّه للمولى، فإن شاء فكّه بأقل الأمرين من أرض الجنابة وقيمتها<sup>(٦)</sup>، وإن شاء دفعه إلى المجني عليه، أو

(١) هذا على رأي بعض الأصحاب وإلا فقد عرفت أنه لا شيء في جنابيتها على مولاها، لأنه لا يثبت على ماله مال.

(٢) قال سلطان العلماء: «لم يظهر لنا وجه لقيد القتل بالخطأ».

(٣) الخيار المشترك بين المتبايعين.

(٤) لعدم النص بالخصوص بعد كون مناط الإلحاق هو الاستحسان المحض أو القياس.

ثم ما يترتب على كون المبيع طلقاً عدم جواز بيع العين المرهونة من قبل الراهن لتعلق حق الارتهان بها بلا خلاف فيه كما في الجواهر، ولعله لوضوحه لم يذكره الشهيدان هنا.

(٥) بالجنابة.

(٦) لأنه لا يجني على أكثر من نفسه، وتخيير المولى بين فكّه أو دفعه للمجني عليه سيأتي دليلاً في كتاب القصاص هذا من جهة ومن جهة أخرى تعرض الفقهاء لهذا الفرع هنا لبيان أن اشتراط كون المبيع طلقاً لا يمنع من بيع العبد الجناني بعد كون مولاها مخيراً بين فكّه وبين دفعه للمجني عليه، فإذا باعه فيتعين عليه الفداء كما هو واضح هذا إذا كانت جنابته خطأً.

وليه<sup>(١)</sup> ليستوفي من رقبته ذلك، فإذا باعه<sup>(٢)</sup> بعد الجناية كان التزاماً بالفداء على أصح القولين<sup>(٣)</sup>، ثم إن فداه وإلا جاز للمجني عليه استرقاقه فيفسخ البيع إن استوعبت<sup>(٤)</sup> قيمته، لأن حقه أسبق، ولو كان المشتري جاهلاً بعيه تخير أيضاً<sup>(٥)</sup>.

(ولو جنى عمداً فالأقرب أنه) أي: البيع (موقوف على رضا المجني عليه، أو عليه) لأن التخيير في جناية العمد إليه<sup>(٦)</sup> وإن لم يخرج عن ملك سيده، فبالثاني<sup>(٧)</sup> يصح البيع، وبالأول<sup>(٨)</sup> يثبت التخيير، فيضعف قول الشيخ ببطان البيع فيه، نظراً إلى تعلق حق المجني عليه قبله<sup>(٩)</sup>، ورجوع الأمر إليه<sup>(١٠)</sup>، فإن ذلك لا يقتضي البطان، ولا يقصر عن بيع الفضولي، ثم إن أجاز البيع ورضي بفدائه بالمال وفكه المولى لزم البيع، وإن قتله أو استرقه بطل، وتخير المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المعروض للفوات، ولو كانت الجناية في غير النفس واستوفى فباقيه مبيع، وللمشتري الخيار مع جهله، للتبعض، مضافاً إلى العيب سابقاً<sup>(١١)</sup>.

(١) ولي المجني عليه.

(٢) باعه موله.

(٣) بل هو المشهور، وعن الشيخ في الخلاف وابن إدريس أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء، وفيه: أن مقتضى القواعد صحة البيع مع إلزام المولى بالفداء بعد كونه غيراً بين فكه ودفعه إلى المجني عليه.

(٤) استوعبت الجناية قيمته، وإن لم تستوعب رجع بمقدار أرشه.

(٥) فالمشتري له الخيار مع الجهل بحال العبد ما لم يفده المولى، ولو كان عالماً بعيه لم يرجع بشيء على المولى ولا خيار له، لأنه اشتراه عالماً به راضياً بتعلق الحق به.

(٦) إلى المجني عليه.

(٧) من عدم خروجه عن ملك سيده.

(٨) من كون التخيير في جناية عمد العبد إلى المجني عليه، بحيث له الخيار بين قتله لو كانت الجناية موجبة لذلك، وبين الاسترقاق، ولذا منع الشيخ من بيعه، ولكن التخيير للمجني عليه بين قتله واسترقاقه لا يمنع من صحة بيعه من قبل المولى غاية يكون مراعى برضا المجني عليه بحيث إذا قتل أو استرق بطل البيع، ولو رضي بالمال فكه المولى ولزم البيع وهذا ما عليه المشهور.

(٩) قبل البيع.

(١٠) إلى المجني عليه من قتله أو استرقاقه.

(١١) وهو تعلق حق المجني عليه به.

## (الخامسة: يشترط علم الثمن قدراً وجنساً ووصفاً)

قبل إيقاع عقد البيع<sup>(١)</sup>، (فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين، أو اجنبي) اتفاقاً، وإن ورد في رواية شاذة «جواز تحكيم المشتري»، فيلزمه الحكم بالقيمة فما زاد، (ولا بثمن مجهول القدر وإن شوهد)<sup>(٢)</sup>، لبقاء الجهالة، وثبوت الغرر المنفي

(١) اشتراط كون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف عما لا خلاف فيه إلا من الإسكافي حيث جوز البيع إذا كان الثمن مجهولاً لأحدهما، ويرده حديث (نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر)<sup>(١)</sup>، والتعليل في حديث حماد عن ابن ميسر عن جعفر عن أبيه ﷺ (أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم)<sup>(٢)</sup>، هذا وقد ورد ما يدل على صحة البيع فيما لو حُكِمَ المشتري بتقدير الثمن، كما في صحيح رفاعة النخاس (قلت لأبي عبد الله ﷺ: سأومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمني عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستنها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له.

قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيباً بعدما مستها؟ قال: ليس لك أن تردّها، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه)<sup>(٣)</sup>، وقد عمل بمضمونها صاحب الحدائق، وباعتبار أنها منافية للقواعد الدالة على الفساد لعدم العلم بالثمن للغرر، فلا بدّ من ردها إلى أهلها.

(٢) لأن المشاهدة لا تنفي الجهالة فلا يصح البيع، خلافاً للسيد في الناصريات حيث اكتفى بالمشاهدة في العلم بالثمن عن وزنه وكتله وعدّه من غير فرق بين ثمن السلم والأجرة وغيرهما، وكذا عن الشيخ رحمه الله في المسبوط كما في الجواهر، نعم في الدروس جعل خلاف السيد في مال السلم فقط وجعل خلاف الشيخ في الموزون من الثمن حيث تكفي المشاهدة.

وعلى كل لا ريب في ضعف الخلاف لحديث نفي الغرر المتقدم، فأبي جهالة في الثمن =

(١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

معها<sup>(١١)</sup>، خلافاً للشيخ في الموزون، وللمرتضى في مال السلم، ولابن الجنيدي في المجهول مطلقاً<sup>(١٢)</sup> إذا كان المبيع ضبيرة، مع اختلافهما جنساً، (ولا مجهول الصفة) كمائة درهم وإن كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود، (ولا مجهول الجنس، وإن علم قدره)<sup>(١٣)</sup>، لتتحقق الجهالة في الجميع.

فلو باع كذلك كان فاسداً وإن اتصل به القبض، ولا يكون كالمعاطاة، لأن شرطها<sup>(١٤)</sup> اجتماع شرائط صحة البيع سوى العقد الخاص<sup>(١٥)</sup> (فإن قبض المشتري المبيع والحال هذه<sup>(١٦)</sup> كان مضموناً عليه)، لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس<sup>(١٧)</sup>، فيرجع به<sup>(١٨)</sup> وبزوائده<sup>(١٩)</sup> متصلة ومنفصلة، وبمنافعه المستوفاة وغيرها<sup>(٢٠)</sup> على الأقوى، ويضمنه (إن تلف بقيمته يوم التلف)<sup>(٢١)</sup> على

- 
- = بل والتمن توجب كون البيع غريباً، فلا بد من العلم به، ومن الواضح أن المشاهدة لا تفيد العلم بوزنه أو كيله أو عده.
- (١) مع الجهالة.
- (٢) فابن الجنيدي جوز الجهل بالتمن في مال السلم وغيره، وفيما لو كان موزوناً أو لا، بشرط كون المبيع ضبيرة مع اختلاف جنس العوضين.
- (٣) كأن يجعل الثمن مائة ولا يُدرى أنها مائة درهم أو مائة دينار.
- (٤) شرط المعاطاة.
- (٥) سوى إنشاء البيع بالصيغة، بل المعاطاة إنشاء البيع بالفعل كما تقدم، وهنا لم تتحقق جميع شرائط البيع الصحيح لعدم تحقق شروط العوضين.
- (٦) حال كون البيع فاسداً، فيكون مقبوضاً بالعقد الفاسد، وقد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)<sup>(٢٢)</sup>.
- (٧) ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالعارية، وقد تقدمت الإشارة إليه.
- (٨) بالمبيع.
- (٩) بالنماء.
- (١٠) قد عرفت في بحث عقد الفضولي عدم الرجوع في المنافع غير المستوفاة.
- (١١) كما عليه الأكثر وهو الموافق للقواعد، لأن العين ما دامت موجودة فالملك يرجع عليها، =

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٩، رقم الحديث ١١٤٨٢، وص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنت العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث ٢٩٨١١.

الأقوى، وقيل: يوم القبض، وقيل: الأعلى منه إليه<sup>(١)</sup>، وهو حسن إن كان التفاوت بسبب نقص في العين، أو زيادة، أما باختلاف السوق فالأول<sup>(٢)</sup> أحسن، ولو كان مثلياً ضمنه بمثله، فإن تعذر<sup>(٣)</sup> فقيمه يوم الإعواز على الأقوى.

### (السادسة: إذا كان العوضان من المكيال أو الموزون أو المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد)<sup>(٤)</sup>

من الكيل أو الوزن أو العدد، فلا يكفي المكيال المجهول كقصعة حاضرة وإن تراضيا به، ولا الوزن المجهول كالاتماد على صخرة معينة وإن عرفا قدرها تخميناً، ولا العدد المجهول بأن عوَّلا على ملء اليد، أو آلة يُجهل ما تشتمل عليه ثم اعتبرا العدد به، للغرر النهي عنه في ذلك كله، (ولو باع المعدود وزناً صح)<sup>(٥)</sup>، لارتفاع

= فإذا تلفت انتقل الضمان إلى القيمة، وبقيّة الأقوال سيأتي التفرص لها في بحث ضمان المغصوب، كما وعدنا سابقاً، للاشتراك في الأدلة.

ثم هذا كله فيما لو كان التفاوت بسبب السوق، وأما إذا استند التفاوت إلى نقص في العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن الجزء الفائت مضمون بالقيمة يوم تلفه كضمان الجملة.

(١) من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٢) قيمته يوم التلف.

(٣) تعذر المثلي فقيمه يوم الإعواز، كما سيأتي شرحه في ضمان المغصوب.

(٤) بعدما تقدم اشتراط العلم بالثمن لحديث نفي الغرر، كذلك يشترط العلم بالثمن على الوجه السابق لنفس الحديث أيضاً.

فلو كان البيع مما يكال أو يوزن أو يُعدُّ فلا يجوز بيعه جزافاً ولو كان مشاهدراً كالصبرة خلافاً لابن الجنيّد حيث جوّز بيع الصبرة مع المشاهدة، ولا يجوز البيع بمكيال مجهول، ولا يجوز بالوزن المجهول كصخرة معينة، ولا بالعدد المجهول كملء اليد ونحوها، ولو كان الثمن مما يكال أو يوزن أو يُعدُّ فكذلك.

(٥) فلو كان البيع مما يكال أو يوزن أو يُعدُّ عرفاً فهل يصح بيعه بغير ما تعارف تقديره به مع انتفاء الغرر بذلك، والكلام في موردين:

الأول: في بيع المكيال وزناً، وعكسه من بيع الموزون كيلاً.

الثاني: في بيع المعدود كيلاً أو وزناً.

أما الأول فالشهور على جواز بيع المكيال وزناً مع عدم جواز بيع الموزون كيلاً، لأن =

الجهالة به<sup>(١)</sup>، وربما كان أضبط، (ولو باع الموزون كيلاً، أو بالعكس أمكن الصحة فيهما)، للإنضباط<sup>(٢)</sup>، ورواية وهب عن الصادق عليه السلام، ورجحه في سلم الدروس.

(ويحتمل صحة العكس) وهو بيع المكيل وزناً، (لا الطرد<sup>(٣)</sup>)، لأن الوزن أصل للكيل) وأضبط منه، وإنما عدل إلى الكيل تسهيلاً، (ولو شق العد) في

= الوزن أصل في المقادير كلها فيكون العدول إلى الكيل من باب التسهيل، ولازمه بيع المكيل وزناً ليس بيعاً جزائياً بخلاف العكس فلا يجوز بيع الموزون كيلاً أو عدلاً.

وعن الشهيد وجماعة جواز بيع كل من المكيل والموزون بالأخر لحصول الانضباط بهما الراجع للجهالة، والخبر وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن)<sup>(١)</sup>.

وأما الثاني فقيل بجواز بيع المعدود وزناً لأن الوزن أصل في المقادير، وعن جماعة منهم صاحب الجواهر العدم، لعدم ارتفاع الجهالة به بعد كون المعارف على عدّه لا على وزنه، نعم اتفقت كلمتهم على عدم جواز بيع المعدود بالكيل لعدم ارتفاع الجهالة به، إلا إذا كان المعدود كثيراً ويصعب عدّه، فيجوز أن يكال منه كيلاً ويُعدّ ما فيه، ثم يكال الباقي ويُضرب عدد المكاييل بالعدد الموجود في الكيل المعدود ويقع البيع على المعدود الحاصل من عملية الضرب، لاغتفار التفاوت بسبب التعذر، ولصحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (سُئِلَ عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثم يُعدّ ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به)<sup>(٢)</sup>، بل ذهب جماعة إلى جواز ذلك وإن لم يتعذر العدّ، أخبر عبد الملك بن عمرو (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فاتزنهما ثم أخذ سائرهما على قدر ذلك، قال: لا بأس)<sup>(٣)</sup>، والخبر لا تقييد فيه بالعجز أو المشقة أو التعذر، ومنه تعرف جواز بيع الموزون أيضاً فيما لو وزن واحد من المبيع وقس الباقي عليه.

(١) بالوزن.

(٢) الراجع للجهالة، ومعه لا بدّ من الحكم بصحة البيع.

(٣) وهو بيع الموزون كيلاً.

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

المعدود لكثرتة أو لضرورة (اعتبر مكيال ونسب الباقي إليه)، واغتفر التفاوت الحاصل بسببه<sup>(١)</sup>، وكذا القول في المكيل والموزون حيث يشق وزنهما وكيلهما<sup>(٢)</sup>، وعبر كثير من الأصحاب في ذلك بتعذر العد<sup>(٣)</sup>، والإكتفاء بالمشقة والعسر كما فعل المصنف أولى، بل لو قيل: بجوازه مطلقاً<sup>(٤)</sup>، لزوال الغرر، وحصول العلم، واغتفار التفاوت كان حسناً، وفي بعض الأخبار<sup>(٥)</sup> دلالة عليه<sup>(٦)</sup>.

### (السابعة: يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة)

كالنصف والثلث (مشاعاً<sup>(٧)</sup>)، تساوت أجزاءه) كالحبوب والأدهان، (أو اختلفت) كالجواهر والحيوان (إذا كان الأصل) الذي بيع جزؤه (معلوماً) بما يعتبر فيه من كيل، أو وزن، أو عدّ، أو مشاهدة، (فيصح بيع نصف الصبرة المعلومة)

- (١) بسبب مشقة العدّ.
- (٢) أما مشقة الوزن فكما مرّ في خبر عبد الملك، وأما مشقة الكيل فكما لو كان المبيع عدة براميل مثلاً فيكالم أحدّها ويقاس الباقي على حساب ذلك.
- (٣) قد اشتمل صحيح ابن مسكان على عدم استطاعة العدّ، وعبر المحقق وجماعة عنه بالتعذر وظاهره التعذر حقيقة، وعبر عنه الشهيد بالتعسر، وهو ما فيه مشقة، وهو أولى لأنه هو الظاهر من الخبر.
- (٤) مع المشقة وعدمها.
- (٥) وهو خبر عبد الملك بن عمرو المتقدم.
- (٦) على الجواز مطلقاً.
- (٧) قد تقدم اشتراط العلم بالثمن والثمن، وأن الجهالة في أحدهما تبطل البيع للغرر، وعليه فلا يصح بيع جزء مجهول من معلوم كقوله: بعني شيئاً من هذا الموجود، ولا يصح بيع جزء معلوم من مجهول كقوله: بعني ثلث هذا، والموجود المشار إليه غير معلوم المقدار، بل لا بد من العلم بالجزء والعلم بالكل حتى ترتفع الجهالة، فيصح بيع جزء معلوم من معلوم، ويشترط في الجزء أن يكون مشاعاً كالنصف والثلث، وإلا تجهل المبيع لو لم يكن على نحو الإشاعة، كأن يقول: بعني شاة من هذا القطيع مع عدم تعيينها، وكذا عبداً من عبيد أو جريباً من أرض وهكذا.

بلا فرق في كون الكل متساوي الأجزاء أو متفرقها، لأن الجزء المشاع كالنصف مثلاً يتناول كل جزء فيه وهو معلوم، وإن كان هذا الجزء أقل قيمة أو أكثرها بالنسبة لجزء آخر، بلا خلاف ولا إشكال في هذا كله.



المقدار والوصف، (ونصف الشاة المعلومة) بالمشاهدة، أو الوصف، (ولو باع شاة غير معلومة من قطع بطل)<sup>(١)</sup> وإن عُلم عدد ما اشتمل عليه من الشياه وتساوت أثمانها، لجهالة عين المبيع.

(ولو باع قفيزاً من صبرة صح)<sup>(٢)</sup>، وإن لم يُعلم كمية الصبرة) لأن المبيع

(١) لأنه بيع جزء لا على نحو الإشاعة.

(٢) القفيز مكيال عند أهل العراق وهو ثمانية مكايل، والمراد من الصبرة الكومة، والصبرة إما أن تكون معلومة المقدار كأن يعلم أنها عشرة أقفرة أو تكون مجهولة المقدار، وعلى التقديرين فإما أن يبيع مجموع الصبرة، أو يبيع جزءها المعلوم كالنصف والثالث على نحو الإشاعة، أو يبيع مقداراً منها معلوماً كصاع أو قفيز، أو يبيع مجموع الصبرة على حساب كل صاع منها بكذا من الثمن، أو يبيع كل صاع منها بكذا، فالأقسام عشرة، خمسة إذا كان علماً بمقدار الصبرة، وخمسة إذا كان جاهلاً بمقدارها.

فإن كانت الصبرة معلومة المقدار فيصح البيع إلا في الصورة الأخيرة، وإن كانت الصبرة مجهولة المقدار فلا يصح البيع في ثلاثة أقسام، ووقع الخلاف في قسمين، وإليك التفصيل:

فإن كانت الصبرة معلومة المقدار وقد باع مجموع الصبرة فلا كلام في صحة البيع لعدم تطرق شيء من موانعه بعد ارتفاع الغرر والجهالة كما هو واضح وهذا هو القسم الأول. ولو باع جزءها المعلوم كالنصف على نحو الإشاعة بعد العلم بمجموع الصبرة كما هو المفروض فلا كلام في صحة البيع أيضاً لعدم الغرر وعدم الجهالة وهذا هو القسم الثاني، وقد تعرض له الماتن صراحة فيما سبق عند قوله: «فيصح بيع نصف الصبرة المعلومة»، ولو باع مقداراً منها معلوماً كصاع وقفيز بعد العلم بمجموع الصبرة والعلم باشتغال الصبرة على المبيع فلا إشكال في صحة البيع لعدم الغرر والجهالة وهذا هو القسم الثالث وهو المسمى ببيع الكلي في المعين.

ولو باع مجموع الصبرة المعلومة المقدار على حساب كل صاع منها بكذا، أو كل قفيز منها بكذا فلا إشكال في الصحة لأن المبيع أمر معلوم وكذلك الثمن فلا غرر ولا جهالة وهذا هو القسم الرابع.

ولو باع كل صاع من صبرة معلومة المقدار بكذا من الثمن ولم يُحدد عدد الأصوعة فلا ريب في البطلان لعدم العلم بالمبيع فيكون البيع غريباً وهذا هو القسم الخامس.

وإن كانت الصبرة مجهولة المقدار فلو باع مجموعها الذي هو القسم السادس أو باع جزءها =

مضبوط المقدار، وظاهره الصحة وإن لم يعلم اشتمال الصبرة<sup>(١)</sup> على القدر المبيع،

= عل نحو الإشاعة كالنصف الذي هو القسم السابع، فلا إشكال في البطلان لجهالة المبيع.

ولو باع مقدراً معيناً منها كصاع أو قفيز مع العلم باشتمال الصبرة عليه فلا بد من الحكم بالصحة لعدم جهالة المبيع، والجهل بنسبة المبيع إلى مجموع الصبرة - لأن الصبرة مجهولة المقدار - لا يضر لعدم دخالته في معرفة المبيع، وهذا هو القسم الثامن وهو المسمى بالكلّي في العتین، بل لا بد من الحكم بالصحة وإن لم يعلم باشتمال الصبرة على المبيع، غايته فإن نقصت الصبرة عنه تختير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتبعض الصفقة، وإن لم تنقص فلا كلام، وهذا ما ذهب إليه الشهيد في الدروس واللمعة، وعن الشيخ في المبسوط والخلاف اشتراط العلم باشتمال الصبرة على المبيع والإبطال البيع واستحسنه الشارح، مع تعدية الحكم للظن بالاشتمال.

ولو باع مجموع الصبرة على حساب كل صاع أو قفيز منها بكذا وهذا هو القسم التاسع فالمشهور البطلان لعدم العلم بمقدار جميع المبيع وإن علم أن كل جزء منه يساوي كذا من الثمن، وعن الشيخ في الخلاف الصحة وتبعه البعض بدعوى أن كل جزء من المبيع معلوم الثمن لكن لا يعلم كل منهما ما يدخل في كيسه وما يخرج منه، وفيه: أنه عين الجهل بمقدار المبيع وهو موجب للغرر فيبطل.

ولو باع كل صاع من الصبرة المجهولة المقدار بكذا، فلا ريب في البطلان، لأنه في صورة العلم بمقدار الصبرة قد حُكِمَ بالبطلان ففي صورة الجهل من باب أولى بعد كون المبيع غير معلوم وهذا هو القسم العاشر.

هذا تمام الأقسام من بيع القفيز أو الصاع من الصبرة هذا والماتن هنا قد تعرض للقسم الثالث والثامن صراحة ومنطوقاً، وقد تعرض بالصراحة لصحة بيع نصف الصبرة المعلومة المقدار، وهو القسم الثاني ومنه يعلم صحة بيع جميع الصبرة المعلومة المقدار وهو القسم الأول، سواء كان بيع الجميع في قبالة ثمن معين، أم بيع كل صاع منه بكذا من الثمن وهو القسم الرابع.

ثم إن الماتن اقتصر على هذه الأقسام الخمسة عند الحكم بالصحة، أربعة في المعلومة وواحد في المجهولة، ولازمه الحكم بالبطلان في الخمسة الباقية، أربعة في المجهولة وواحد في المعلومة، ولذا صرح الشارح بأن الماتن قد تعرض بكلامه للأقسام العشرة منطوقاً ومفهوماً.

(١) في صورة الجهل بمقدارها، وإلا ففي صورة العلم بمقدارها لا بد أن يعلم بالاشتمال أو بعدمه.

(فإن نقصت تخير المشتري بين الأخذ) للموجود منها<sup>(١)</sup> (بالحصّة) أي: بحضته<sup>(٢)</sup> من الثمن، (وبين الفسخ) لتبعض الصفقة.

واعتبر بعضهم العلم باشتغالها على المبيع، أو إخبار البائع به، وإلا لم يصح وهو حسن، نعم لو قيل بالإكتفاء بالظن الغالب باشتغالها عليه كان متجهاً، ويتفرع عليه ما ذكره<sup>(٣)</sup> أيضاً.

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة، ذكر المصنف بعضها منطوقاً، وبعضها مفهوماً، وجملتها أنها إما أن تكون معلومة المقدار، أو مجهولة، فإن كانت معلومة صح بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه، وبيعها كل قفيز بكذا، لا يبيع كل قفيز منها بكذا، والمجهولة يبطل بيعها في جميع الأقسام الخمسة إلا الثالث<sup>(٤)</sup>، وهل يُنزل القدر المعلوم في الصورتين<sup>(٥)</sup> على

(١) من الصبرة.

(٢) بحصة الموجود.

(٣) من ثبوت الخيار للمشتري عند نقصان الصبرة.

(٤) الثالث من صور الصبرة المجهولة المقدار، وهو القسم الثامن في الشرح، واعلم أن الثالث والثامن هما بيع الكلي في المعين.

(٥) صورة العلم بمقدار الصبرة وصورة الجهل به، وبعبارة أخرى أن يبيع الصاع أو القفيز من الصبرة هل يُنزل على أنه يبيع كلي في معين كما هو المشهور، أو أنه يبيع على أنه جزء من الصبرة على نحو الإشاعة، بمعنى لو كانت الصبرة خمسة أصوع وقد باع منها صاعاً فيكون قد باع خمسة على نحو الإشاعة ويكون الصاع عبارة عن الكسر المشاع، فالظاهر الأول، لأنه السابق إلى الفهم، ولصحيح بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن فصب في أنبار، بعضه على بعض من أجرة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، ووكل المشتري من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السلام: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع)<sup>(١)</sup>، وهو ظاهر في كون المبيع كلياً في =

الإشاعة، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة<sup>(١)</sup>؟ وجهان، أجودهما الثاني، وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها<sup>(٢)</sup>، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره.

### (الثامنة: يكفي المشاهدة عن الوصف<sup>(٣)</sup> ولو غاب وقت الابتاع)

بشرط أن يكون مما لا يتغير عادة كالأرض والأواني والحديد والنحاس، أو لا تمضي مدة يتغير فيها عادة، ويختلف باختلافها زيادة ونقصاناً، كالفاكهة والطعام والحيوان، فلو مضت المدة كذلك<sup>(٤)</sup> لم يصح، لتحقق الجهالة المترتبة على تغييره عن تلك الحالة، نعم لو احتمل الأمرين صح، عملاً بأصالة البقاء (فإن ظهر المخالفة)

= معين وإلا لو كان على نحو الإشاعة لوجب أن تكون الخسارة عليها بالنسبة، وتظهر الفائدة بين القولين فعلى كونه كلياً في معين فتعين المبيع بيد البائع، ولو تلف بعض الصبرة وبقي مقدار المبيع في الباقي فينحصر حق المشتري فيه كما هو صريح الخبر المتقدم، وعلى كونه على نحو الإشاعة فالتعين يدهما والتلف منهما بالنسبة. ثم المراد من الكلي في المعين هو الكلي الذي انحصرت أفراده في الموجود الخارجي بخلاف الكلي في الذمة فهو الكلي المتحقق بأي فرد سواء كان موجوداً أم سيوجد. والكلي المنحصرة أفراده في الموجود الخارجي غير الكلي المشروط بكون أفراده في الموجود الخارجي، فعلى الأول لو تلف الموجود الخارجي قبل القبض لتلف المبيع وهذا موجب لانفساخ العقد لتعذر التسليم، وعلى الثاني يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ليس إلا.

- (١) جملة الصبرة.
  - (٢) بعض الصبرة.
  - (٣) قد تقدم اشتراط العلم بالعوضين لرفع الغرر والجهالة، ولذا لو كان المبيع مما يوزن أو يُكال أو يُعدّ فلا يجوز بيعه جزافاً، ويجوز بيع الأرض بالمشاهدة الكافية لرفع الجهل بالمقدار وإن كانت تباع بالمساحة أيضاً، بعد فرض تعارف بيعها بالمشاهدة في بعض الأزمنة أو الأقطار، ولم يتعرض له الشهيدان هنا.
- ثم إن كل مبيع تختلف أجزاؤه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لخصوصياته الموجبة لاختلاف قيمته لرفع الجهالة وإلا كان البيع غررياً وهو مما لا إشكال فيه، بل تكفي المشاهدة السابقة في صحة العقد اللاحق مع قضاء العادة ببقاء المبيع على ما هو عليه، فإن وُجد على ما هو عليه وإلا كان للمشتري الخيار بلا خلاف فيه.
- (٤) بحيث يتغير فيها عادة.

بزيادته أو نقصانه فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا خيار، وإلا (تخبر المغبون) منهما، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشتري إن ظهر ناقصاً (ولو اختلفا في التغير<sup>(١)</sup> قدم قول المشتري مع يمينه) إن كان هو المدعي للتغير الموجب للخيار والبائع ينكره، لأن البائع يدعي علمه بهذه الصفة وهو ينكره، ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، وأصالة بقاء يده على الثمن.

وربما قيل بتقديم قول البائع، لتحقق الإطلاع<sup>(٢)</sup> المجوز للبيع، وأصالة عدم التغير، ولو انعكس الفرض بأن ادعى البائع تغيره في جانب الزيادة وأنكر المشتري احتمال تقديم قول المشتري أيضاً، كما يقتضيه إطلاق العبارة<sup>(٣)</sup>، لأصالة عدم التغير، ولزوم البيع، والظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري<sup>(٤)</sup>، وفي تقديم قول المشتري فيهما<sup>(٥)</sup> جمع بين متنافيين مدعى<sup>(٦)</sup> ودليلاً<sup>(٧)</sup>، والمشهور

(١) فقال المشتري: ليس هو على ما رأيته، وقال البائع: هو هو، فالقول قول المشتري مع يمينه على المشهور، لأصالة بقاء يده على الثمن كما في الدروس، وأصالة عدم وصول الحق إليه كما في غيرها، وهذا ما يوجب أن يكون هو المنكر، ولأن البائع يدعي علمه بهذه الصفة في المبيع حين العقد والمشتري ينكر ذلك.

وعن المحقق في الشرائع التردد لصدق المنكر على البائع الذي يترك لو تُرك، وأصالة لزوم العقد وأصالة عدم التغير الموافقين لقول البائع، ولأن المشتري هو المدعي عرفاً، لذا قيل: إن القول قول البائع مع يمينه.

(٢) من قبل المشتري، فيجوز البيع وتجري أصالة لزوم العقد.

(٣) عبارة المصنف.

(٤) من أن المشتري يدعي علم البائع بالزيادة، والبائع ينكره، مع أصالة عدم وصول الحق للبائع فيكون في معنى المنكر.

(٥) فيما لو ادعى المشتري تغير المبيع بما يوجب النقيصة، وفيما لو ادعى البائع تغير المبيع بما يوجب الزيادة.

(٦) فإذا كان المشتري في الصورة الأولى منكرأ فلا محالة يكون مدعياً في الصورة الثانية فجعله منكرأ في صورتين جمع بين المتنافيين.

(٧) لأن الدليل الذي اقتضى تقديم قول المشتري في الصورة الأولى لأنه منكر هو بعينه يقتضي تقديم قول البائع في الصورة الثانية لأنه منكر، فجعل الدليل المذكور يقتضي تقديم قول المشتري في الصورة الثانية مع أنه مدع جمع بين المتنافيين.

في كلامهم هو القسم الأول<sup>(١)</sup>، فلذا أطلق المصنف هنا<sup>(٢)</sup>، لكن نافرته تعميمه الخيار للمغبون منهما قبله، وعطفه<sup>(٣)</sup> عليه مطلقاً<sup>(٤)</sup>.

ولو اتفقا على تغييره لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتأخره<sup>(٥)</sup>، فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به، وإن احتُمل الأمران فالوجهان، وكذا لو وجداه تالفاً وكان مما يكفي في قبضه التخلية<sup>(٦)</sup> واختلفا في تقدم التلف عن البيع<sup>(٧)</sup> وتأخره<sup>(٨)</sup>، أو لم يختلفا<sup>(٩)</sup>، فإنه يتعارض أصلاً عدم تقدم كل منهما فيتساويان ويتساقطان، ويتجه تقديم حق المشتري لأصالة بقاء يده، وملكه للثمن، والعقد الناقل<sup>(١٠)</sup> قد شك في تأثيره، لتعارض الأصلين.

(١) وهو ادعاء المشتري التغيير في البيع بما يوجب النقيصة.

(٢) حيث قال: «ولو اختلفا في التغيير فُدم قول المشتري مع يمينه»، ولم يقيد التغيير بما يوجب النقيصة اعتماداً على أنه هو المعروف بين الأصحاب، ولكن اعتماده هذا منافٍ لتصحیحها الحكم من ثبوت الخيار للمغبون من البائع والمشتري، فإن المغبون أعم من المشتري في صورة ادعائه النقيصة، ومن البائع في صورة ادعائه الزيادة.

(٣) عطف قوله «ولو اختلفا» على قوله «تخير» من غير تقييد التغيير بكونه في النقصان.

(٤) بدون قيد النقصان في التغيير.

(٥) فإن شهدت القرائن الموجبة للعلم بأحدهما، حكم به من غير يمين كما في المسالك، وإلا فيحتمل الأمران من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه وهذا يقتضي تقديم قول المشتري مع يمينه، ومن أصالة عدم تقدم التغيير، وهي أصالة تأخر الحادث، وهذا يقتضي تقديم قول البائع مع يمينه.

(٦) وهو قيد للاحتراز من أن التلف قبل القبض من مال البائع بالاتفاق، ومقامنا لا يحتاج إلى القبض بل تكفي فيه التخلية.

(٧) ليكون التلف على البائع.

(٨) ليكون التلف على المشتري وإن لم يتلف في يده، لأن الفرض أنه يكفي في قبضه التخلية.

(٩) اتفقا على التلف ولم يختلفا في التقدم والتأخر لعدم علمهما به، فإنه في هذه الحالة يتعارض أصلان وهما: أصالة عدم تقدم التلف على البيع، وأصالة عدم تقدم البيع على التلف، وهما مبنيان على أصالة عدم تقدم الحادث، وهي أصالة تأخر الحادث ما شئت فستمي، وعلى كل فيتعارضان ويتساقطان فيرجع إلى الأصول الأخرى.

(١٠) دفع وهم: أما الوهم فالبيع متحقق ومقتضاه نقل الثمن إلى البائع وخروجه عن ملك =

(التاسعة: يعتبر ما يراد طعمه)<sup>(١)</sup>

كالدبس (وربَّه) كالمسك، أو يوصف على الأولى<sup>(٢)</sup> (ولو اشتراه) من غير

= المشتري فلا يصح التمسك بأصالة بقاء يد المشتري على الثمن لتحقيق الناقل عنه، والدفع: أن تأثير البيع في نقل الثمن موقوف على تقديمه على التلف وهو غير معلوم، وأصالة عدم تقدم التلف على البيع معارض بمثله فيبقى النقل المذكور مشكوكاً فيه، وتكون أصالة بقاء يد المشتري على الثمن سالمة عن المعارض.

(١) قد تقدم أن المبيع إذا اختلفت أجزاؤه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لرفع الجهالة بخصوصيته، فكذلك إذا كان المبيع من المعلوم أو المشروب أو المشوم وتمددت أنواعه بحيث يختلف الثمن باختلافها فلا بد من اختياره بالطعم أو الشرب أو الشم لرفع الجهالة، ولخير محمد بن العيص (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري)<sup>(٣)</sup>.

وكذا ما يراد لونه فلا بد من رؤيته لرفع الجهالة أيضاً، ويجوز شراء الجميع من دون الاختبار اعتماداً على الوصف، كما قام الوصف مقام المشاهدة في الفرع السابق، ولذا صح للأعمى أن يشتري الأعيان المرئية اعتماداً على الوصف من دون الرؤية بلا إشكال في ذلك أبداً، وعن السرائر احتمال عدم جواز بيع العين الحاضرة بالوصف وهو ضعيف.

وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف بعد مشاهدته وارتفاع الجهالة عنه من جهة القوام واللون ونحوهما، ولم يبق إلا الطعم أو الشم، فعن الشيخين وسائر وابن حمزة الحكم بفساد البيع إذا اشتراه من غير اختبار، وعن المحقق وابن إدريس ومن تأخر عنهما الجواز لمعوم أدلة جواز البيع السالمة عن المعارضة تمسكاً بأصل السلامة، وإلا فالكثير من الصفات لا تظهر إلا بعد ضرب من التصرفات فلو لم يكف أصل السلامة للزم الفساد في الكثير من المعاملات، نعم إن ظهر على خلاف المعروف من أصله تخير المشتري بين الرد والأرش، ويتعين الأرش لو أحدث فيه حدث، بلا فرق بين الأعمى والبصير ولم يخالف إلا سائر حيث خير الأعمى بين الرد والأرش حتى مع الإحداث، ولا ريب في فساده للإطلاق المقتضي لسقوط الرد بالتصرف كما سيأتي في باب الخيارات:

(٢) ما يشترط اختياره بالطعم والشم يكفي فيه الوصف كما يكفي الوصف بدل المشاهدة فيما يشترط مشاهدته، بل الاكتفاء بالوصف هنا أولى لعدم إمكان اختياره بالمشاهدة.

(١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

اختبار، ولا وصف، (بناء على الأصل<sup>(١)</sup>) وهو الصحة (جاز) مع العلم به من غير هذه الجهة كالقوام، واللون، وغيرها مما يختلف قيمته باختلافه، وقيل: لا يصح بيعه إلا بالاعتبار، أو الوصف كغيره، للغرر، والأظهر جواز البناء على الأصل، إحالة على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً إلا بعيب فيجوز الاعتماد عليه، لارتفاع الغرر به، كالإكتفاء<sup>(٢)</sup> برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالباً، كظاهر الضبيرة، وأنموذج المتماثل، وينجبر النقص بالخيار، (فإن خرج معيماً تخير المشتري بين الرد والأرش) إن لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على اختياره، (ويتعين الأرش لو تصرف فيه) كما في غيره من أنواع المبيع، (وإن كان) المشتري المتصرف (أعمى) لتناول الأدلة له، خلافاً لسائر حيث خيّر الأعمى بين الرد والأرش وإن تصرف.

(وأبلغ في الجواز) من غير اعتباره<sup>(٣)</sup> (ما يفسد باختياره، كالبطيخ والجوز

(١) وهو أصل السلامة في الأشياء بحسب الطبع.

(٢) قال الشارح في المسالك: «فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه، إذ ليس المراد بالأصل شرط العلم بالمبيع أن ترتفع الجهالة بكل وجه، فإن رؤية ظاهر الصبيرة ونحوها كافية مع احتمال المخالفة، وكذلك البيع بالوصف».

(٣) اعتبار الاختيار بالطعم أو الذوق أو الشم، والمعنى: ما يؤدي اختياره إلى إفساده كالجوز والبطيخ والبيض فإنه يجوز بيعه وشراؤه من غير اختبارٍ مع جهالة ما في بطنه للسيرة، من غير فرق بين شرط السلامة أو البراءة من العيوب وعدمه، وعن البعض اشتراط الصحة، وعن الشيخ وجاعة اشتراط الصحة والبراءة من العيوب، وهو ضعيف.

ثم إن تصرف فيه المشتري وظهر أنه على خلاف المعروف من طبعه يثبت له الأرش للعيب دون الرد لما عرفت من سقوط الرد عند إحداث حدث في المبيع، نعم إن لم يكن لمكسوره قيمة رجع المشتري بالثمن كله لعدم وجود عوض في مقابلة الثمن.

وهل يكون العقد حيتنئذ باطلاً من أصله؟ كما هو صريح الشيخ والحلي والعلامة في التذكرة وظاهر من تأخر عنهما، لاشتراط كون المبيع متمولاً، وهو بحسب الواقع لا قيمة له كالحشرات فلا بد من بطلان البيع من أساسه.

أو ينفخ البيع من حين تبين الفساد، كما عن الشهيد في الدروس، وجعل الأول احتمالاً ونسبه إلى ظاهر كلام الجماعة، لأنه كان مالاً متقوماً ظاهراً وقد تبين الفساد بالكسر فيكون الكسر هو المفسد، وفيه: أن الكسر قد أبان الفساد الواقعي لا أنه أحدثه.



والبيض)، لمكان الضرورة والحرج، (فإن) اشتراه فظهر صحيحاً فذاك، وإن (ظهر فاسداً) بعد كسره (رجع بأرضه)، وليس له الرد، للتصرف إن كان له قيمة، (ولو لم يكن لمكسوره قيمة) كالبيض الفاسد (رجع بالثمن أجمع)، لبطلان البيع، حيث لا يُقَابِلُ الثمنَ مالاً.

(وهل يكون العقد مفسوخاً من أصله) نظراً إلى عدم المالية من حين العقد فيقع باطلاً ابتداءً، (أو يطرأ عليه الفسخ) بعد الكسر وظهور الفساد، التفتاً إلى حصول شرط الصحة حين العقد، وإنما تبين الفساد بالكسر، فيكون هو المفسد (نظر) ورجحان الأول واضح، لأن ظهور الفساد كشف عن عدم المالية في نفس الأمر حين البيع، لا أحدث عدمها<sup>(١)</sup> حينه<sup>(٢)</sup>، والصحة مبنية على الظاهر<sup>(٣)</sup>، وفي الدروس جزم بالثاني وجعل الأول احتمالاً، وظاهر<sup>(٤)</sup> كلام الجماعة.

(و) تظهر (الفائدة<sup>(٥)</sup>) في مؤنة نقله عن الموضع) الذي اشتراه فيه إلى موضع

(١) عدم المالية.

(٢) حين الكسر.

(٣) والصحة الظاهرية لا تنافي الفساد الواقعي بحيث إذا بان الفساد الواقعي تنتفي الصحة المذكورة من رأس.

(٤) جعل الأول احتمالاً وجعله هو الظاهر من كلام الجماعة.

(٥) نكرة الخلاف تظهر في ترتيب آثار الملكية للثمن، فهي للمشتري على الأول لعدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلاً، وهي للبائع على الثاني الذي هو قول الشهيد كما هو واضح، ولم يتعرض الشهيدان لهذه الثمرة.

وتظهر في مؤنة نقل المبيع من الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول إنما هي على البائع لكونه ملكاً له فنقله عليه، وعلى الثاني إنما هي على المشتري لكون المبيع حينئذ ملكاً للمشتري فيكون نقله عليه، وهذا ما صرح به الشهيد الأول، وارتضاء جماعة منهم الشيخ الأعظم.

وخالفهم المحقق الثاني في جامعته والشهيد الثاني من كون مؤنة النقل على القولين على المشتري وليس له أن يرجع على البائع، أما على القول الثاني فواضح، وأما على الأول فلأن المبيع ملكاً للبائع بحسب الواقع ونفس الأمر وقد نقله المشتري بغير أمره، ودعوى أن المشتري مغرور لجهله بفساد البيع فيرجع على من غرّه وهو البائع ليس في محلها، =

اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري، لوقوعه<sup>(١)</sup> في ملكه، ويشكل بأنه وإن كان ملكاً للبائع حينئذ<sup>(٢)</sup> لكن نقله بغير أمره<sup>(٣)</sup>، فلا يتجه الرجوع عليه<sup>(٤)</sup> بالمؤنة، وكون<sup>(٥)</sup> المشتري هنا كجاهل استحفاق المبيع حيث يرجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور، وهو منفي<sup>(٦)</sup> هنا، لاشتراكهما في الجهل، ولو أريد بها<sup>(٧)</sup> مؤنة نقله من موضع الكسر لو كان<sup>(٨)</sup> مملوكاً وطلب مالكة<sup>(٩)</sup> نقله، أو ما في حكمه<sup>(١٠)</sup> انعكس الحكم<sup>(١١)</sup>، واتجه كونه على البائع مطلقاً، لبطلان البيع على التقديرين.

= لا تنفأ الغرر هنا، لأن الغرر لا يتحقق إلا مع علم البائع بالفساد وجهل المشتري به مع أنهما جاهلان معاً بالفساد.

وفيه: أن البيع بحسب الواقع وإن كان ملكاً للبائع إلا أنه بحسب الظاهر ملك للمشتري ويجب على البائع نسليمه وليس له الإمتناع عن نقله فيكون نقل المشتري له نقلاً بأمر البائع وإذنه، وتظهر الثمرة في أمر ثالث على ما قيل، وسيأتي حين تعرض الشارح له.

(١) تعليل للحكمين معاً.

(٢) حين القول ببطلان البيع من رأس.

(٣) بغير أمر البائع، وقد عرفت ما فيه.

(٤) على البائع.

(٥) عرض بكون المشتري مغروراً فلا بد أن يرجع على من غره، وقد تقدم شرحه.

(٦) دفع لتوهم مغرورية المشتري، وقد تقدم أيضاً.

(٧) بمؤنة النقل.

(٨) لو كان موضع الكسر.

(٩) مالك موضع الكسر.

(١٠) ما في حكم المملوك كالساجد والمشهد.

(١١) الحكم السابق على مبنى الشارح، وهو كون المؤنة على المشتري مطلقاً، وهنا ينعكس الحكم وتكون المؤنة على البائع مطلقاً على التقديرين سواء قلنا إن البيع باطل من رأسه أم منفسخ من حين ظهور الفساد، وذلك لخروجه عن ملك المشتري، وفيه: أنه خروج عن محل النزاع كما هو واضح، إذ النزاع في مؤنة نقله من موضع البيع إلى موضع الكسر، لا نقله من مكان الكسر إلى مكان آخر.

واحتمال كونه<sup>(١)</sup> على المشتري لكونه<sup>(٢)</sup> من فعله، وزوال المالية عنهما<sup>(٣)</sup> مشترك أيضاً بين الوجهين<sup>(٤)</sup>، وكيف كان<sup>(٥)</sup> فبناء حكمها<sup>(٦)</sup> على الوجهين<sup>(٧)</sup> ليس بواضح.

وربما قيل بظهور الفائدة أيضاً في ما لو تبرأ البائع من عيبه فيتجه كون تلفه من المشتري على الثاني<sup>(٨)</sup> دون الأول<sup>(٩)</sup>، ويشكل صحة الشرط على تقدير فساد الجميع<sup>(١٠)</sup>، لمنافاته لمقتضى العقد، إذ لا شيء في مقابلة الثمن، فيكون أكل مال بالباطل، وفي ما<sup>(١١)</sup> لو رضي به المشتري بعد الكسر، وفيه أيضاً نظر، لأن الرضا بعد الحكم بالبطلان لا أثر له.

(١) كون النقل.

(٢) لكون المكسور من فعله، وهو تمليل لكون النقل على المشتري مطلقاً، وعليه فالأمر مردد بين حكيمين مطلقين بلا وضوح جهة للفرق والتفصيل، فما ذهب إليه الماتن من التفصيل في مؤنة النقل على القولين سواء أريد بمؤنة النقل مؤنة نقله من موضع البيع إلى موضع الاختيار، أم أريد بها مؤنة نقله من موضع الكسر المملوك، ليس في محله.

(٣) عن البائع والمشتري بعد الكسر.

(٤) سواء قلنا ببطلان البيع من رأس أم من حين ظهور الفساد، وعليه فزوال المالية لا يصلح وجهاً لتفصيل الماتن.

(٥) سواء أريد بالمؤنة مؤنة النقل إلى موضع الكسر، أم من موضع الكسر.

(٦) حكم مؤنة النقل.

(٧) من بطلان البيع من رأس أو من حين ظهور الفساد.

(٨) وهو انفساخ العقد من حين ظهور الفساد.

(٩) وهو بطلان البيع من رأس، وهذا التفريع واضح، لأنه مع بطلان البيع من رأس لا عمل لشرط التبري، لأن الشرط بحاجة إلى وجود بيع وهو مفقود.

(١٠) وهو عند كون المكسور لا قيمة له كما هو المفروض، والمعنى: أنه لو قلنا بأن البيع ينسخ من حين ظهور الفساد وقد اشترط البائع التبري من العيوب فيكون تلفه على المشتري، ولكن يشكل صحة الشرط المذكور فيما لو كان المكسور لا قيمة له، فيتبين أن الثمن لا شيء في قبالة، فيكون أكله أكلاً للمال بالباطل.

(١١) وتظهر الفائدة فيما لو رضي المشتري بالمبيع بعد الكسر، فيصح الرضا على الثاني دون الأول، لأنه على الأول لا بيع من رأس، وفيه: أنه بعد الحكم ببطلان البيع ولو من حين الكسر فالرضا اللاحق لا أثر له.

## (العاشرة: يجوز بيع المسك في فأره)

بالهمز، جمع فأرة به أيضاً<sup>(١)</sup>، كالفأرة في غيره<sup>(٢)</sup>، وهي<sup>(٣)</sup> الجلدة المشتملة على المسك<sup>(٤)</sup> (وإن لم تفتق) بناءً على أصل السلامة، فإن ظهر بعد فتنه معيباً تخير (وفتنه بأن يدخل فيه خيط) بإبرة، ثم (يُخرج ويُشم أحوط) لترتفع الجهالة رأساً.

(الحادية عشرة: لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميعة القصب<sup>(٥)</sup>، أو غيره)

للجهالة، ولو في بعض المبيع، (ولا اللبن في الضرع) - بفتح الضاد - وهو

(١) بالهمز أيضاً.

(٢) الفأرة بغير هذا المعنى تكون بالهمزة مفردة وجمعاً.

(٣) الفأرة.

(٤) يجوز بيع المسك في فأره على المشهور بين الأصحاب، بل نفي الخلاف فيه كما عن بعضهم على ما في الجواهر، وهو مقتضى عمومات حلية البيع والسيارة السائلة عن المعارضة، وقد يُستدل لعدم الجواز بوجهين: أنه دم ولا يجوز بيع الدم لأنه نجس، وأنه مجهول ولا يجوز بيع المجهول، وفيه: أما كونه دماً بالأصالة فهو لا يقتضي نجاسته بعد الاستحالة، وأما كونه مجهولاً من ناحية أوصافه فهو لا يوجب كونه غريباً لأصل السلامة فيه بحيث لو ظهر على عكس المعروف من طبعه تخير المشتري بين الرد والأرض، والأحوط فتنه قبل الشراء لمعرفة أوصافه حتى ترتفع الجهالة بأوصافه، والفتق كما ذكره جماعة هو إدخال خيط بإبرة فيه ثم إخراجه وشمه.

(٥) والمراد به السمك الذي ليس بمشاهد ولا محصور كما يظهر من إضافته إلى الآجام، والآجام جمع أجمة بالتحريك، وهي غابة القصب كما في المسالك.

والمشهور على عدم الجواز لجهالة السمك وإن ضم إليه القصب أو غيره، لأن ضم المجهول إلى المعلوم لا يصيره معلوماً ومثله اللبن في الضرع ولو ضم إليه لبناً مخلوباً، وكذا الجلود والأصواف والأوبار والشعر على الأنعام ولو ضم إليها غيرها، وذهب الشيخ في النهاية وإبنا حمزة والبراج إلى الجواز للأخبار.

منها: مرسل البرنظي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كانت أجمة ليس فيها قصب، أخرج شيء من السمك فبياع وما في الأجمة)<sup>(١)</sup>، وظاهره المفروغية من الجواز مع القصب،

وموثق معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت =

الثدي لكل ذات خف<sup>(١)</sup>، أو ظلف<sup>(٢)</sup> (كذلك<sup>(٣)</sup>) أي: وإن ضم إليه شيئاً، ولو لبناً محلوباً، لأن ضميمة المعلوم إلى المجهول تُصَيِّرُ المعلومَ مجهولاً، أما عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق، وأما معها فالمشهور أنه كذلك<sup>(٤)</sup>، وقيل: يصح استناداً إلى رواية ضعيفة<sup>(٥)</sup>، وبالغ الشيخ فجوزَ ضميمة ما في الضرع إلى ما

= فيها قصب<sup>(١)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، فقال: تصيد كفاً من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا)<sup>(٢)</sup>، وموثق سماعة (سألته عن اللبن يُشترى وهو في الضرع فقال: لا، إلا أن يجلب منه سكرجة فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكرجة)<sup>(٣)</sup>، وخبر إبراهيم الكرخي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً، فقال: لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف)<sup>(٤)</sup>، إلى غير ذلك من الأخبار من غير تفصيل بين كونها مقصودين بالأصالة أو أحدهما، هذا ونسب الشارح في المسالك إلى المتأخرين التفصيل بين ما إذا كان المعلوم مقصوداً بالبيع كالقصب مع جعل السمك تابعاً له فيصح البيع، وبين ما لو كانا مقصودين أو قصد السمك الذي هو مجهول مع جعل القصب تابعاً فلا يصح، ثم قواه صاحب المسالك.

وفيه: أنه على خلاف إطلاق الأخبار المتقدمة، خصوصاً مع اشتغال بعضها على التعليل بأنه إذا لم يحصل المجهول فيكون الثمن في قبالة المعلوم، ومثله مثل بيع غير المقدور على تسليمه مع الضميمة فإنه جائز بالاتفاق كما تقدم.

(١) الخف للابل بمنزلة الحافر لغيرها.

(٢) الظلف لما اجتزت من الحيوانات كالبقرة والشاة، وهو بمنزلة الحافر للفرس والخف للابل.

(٣) مع الضميمة إلى معلوم.

(٤) أنه لا يجوز.

(٥) بل بعضها صحيح وبعضها موثق.

(٢١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٥ و٦.

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

يتجدد مدة معلومة، والوجه المنع، نعم لو وقع ذلك<sup>(١)</sup> بلفظ الصلح اتجه الجواز، وفضل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم، وكون المجهول تابعاً، والبطلان مع العكس، وتساويهما<sup>(٢)</sup> في القصد الذاتي، وهو حسن، وكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم.

(ولا الجلود والأصواف والأشعار على الأنعام) وإن ضم إليه غيره أيضاً، لجهالة مقداره، مع كون غير الجلود موزوناً فلا يباع جزافاً، (إلا أن يكون الصوف وشبهه مُستجزأً، أو شرط جزؤه فالأقرب الصحة)، لأن المبيع حينئذ مشاهد، والوزن غير معتبر مع كونه<sup>(٣)</sup> على ظهرها وإن استجزت<sup>(٤)</sup>، كالثمرة على الشجرة. وإن استجزت.

وينبغي على هذا<sup>(٥)</sup> عدم اعتبار اشتراط جزئه، لأن ذلك لا مدخل له في الصحة، بل غايته مع تأخيره أن يمتزج بمال البائع، وهو لا يقتضي بطلان البيع كما لو امتزجت لقطعة الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح، ولو شرط تأخيره<sup>(٦)</sup> مدة معلومة، وتبعية<sup>(٧)</sup> المتجدد بني على القاعدة السالفة، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صح، وإلا فلا.

### (الثانية عشرة: يجوز بيع دود القز<sup>(٨)</sup>، لأنه حيوان طاهر ينتفع به)

منفعة مقصودة محللة، (ونفس القز<sup>(٩)</sup> وإن كان الدود فيه، لأنه كالنوى في التمر) فلا يمتنع من بيعه، وربما احتتمل المنع، لأنه - إن كان حياً -

(١) بيع المجهول مع الضميمة إلى المعلوم.

(٢) عطف على العكس.

(٣) قيد لعدم اعتبار الوزن.

(٤) فيما بعد.

(٥) من كون المبيع مشاهداً مع عدم اعتبار وزنه حال كونه على الظهر.

(٦) عن وقت البيع.

(٧) عطف على «تأخيره» ويكون من باب بيع المجهول المنضم إلى المعلوم كما هو واضح.

(٨) بلا إشكال، لأنه حيوان طاهر وله منفعة مقصودة محللة، بل قد عرفت جواز بيع الدم وهو

نجس، وجواز بيع الكلب وهو حيوان نجس العين إذا كان لهما منفعة مقصودة محللة.

(٩) بلا إشكال فيه، لعمومات حلية البيع بعد عدم المانع.

عُرْضَةً<sup>(١)</sup> للفساد، وإن كان ميتاً دخل في عموم النهي عن بيع الميتة<sup>(٢)</sup>، وهو ضعيف، لأن عرضة الفساد لا يقتضي المنع، والدود لا يقصد بالبيع حتى يُمنع ميتة، وإلى جوابه أشار المصنف بقوله: «لأنه كالنوى»، وقد يقال: إن في النوى منفعة مقصودة كعَلَفِ الدواب، بخلاف الدود الميت<sup>(٣)</sup>، وكيف كان لا يمنع من صحة البيع<sup>(٤)</sup>.

### (الثالثة عشرة: إذا كان المبيع في ظرف بيعه)

مع وزنه<sup>(٥)</sup> معه<sup>(٦)</sup> (وأسقط ما جرت العادة به للظرف)<sup>(٧)</sup> سواء كان ما

- (١) مرفوع على أنه خبر «إن»، والمعنى: لأنه عرضة للفساد إن كان حياً، وفيه: أنه يلزم منه المنع في كثير من البيوعات، لأن غالب المبيعات عرضة للفساد.
- (٢) وفيه أيضاً: أنه داخل بالبيع فلا يضر.
- (٣) فإنه لا يصلح لشيء.
- (٤) لأنه ليس بمقصود في بيع الغزبل هو تابع.
- (٥) وزن المبيع، لأنه لا يجوز بيعه جزافاً إذا كان موزوناً.
- (٦) مع الظرف.
- (٧) وهذا الإسقاط هو المسمى بالإندار، وهذا الإسقاط للظرف من الوزن مشروط بما يحتمل أنه مساوٍ للظرف، فلو أراد الإسقاط بأكثر من وزن الظرف قطعاً أو بالأقل فلا يجوز إلا مع التراضي، ويدل عليه موثق حنان (كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له معتمر الزيات: إنا نشترى الزيت في زقاقه، ويحسب لنا فيه نقصان لكان الزقاق، فقال: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه)<sup>(١)</sup>، وخبر علي بن أبي حمزة (سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت - إلى أن قال - قلت: فإنه يطرح لظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلاً، فربما زاد وربما نقص، فقال: إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس)<sup>(٢)</sup>، وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية والجوالق فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أقل أو أكثر من ذلك، أيجل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا)<sup>(٣)</sup>، =

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

(٢) (٣) و٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ٣١.

جرت به زائداً عن وزن الظرف قطعاً، أم ناقصاً<sup>(١)</sup>، ولو لم تطرد العادة لم يجز إسقاط ما يزيد<sup>(٢)</sup>، إلا مع التراضي، ولا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلاً، وبشمن مغاير للمظروف<sup>(٣)</sup>، (ولو باعه مع الظرف) من غير وضع جاعلاً بمجموع الظرف والمظروف مبيعاً واحداً بوزن واحد (فالأقرب الجواز)<sup>(٤)</sup>، للحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة، ولا يقدح الجهل بمقدار كل منهما منفرداً، لأن المبيع هو الجملة، لا كل فرد بخصوصه، وقيل: لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما، لأنهما في قوة مبيعين، وهو ضعيف.

### (القول في الآداب: وهي أربعة وعشرون)

(الأول: التفقه فيما يتولاه) من التكسب، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا<sup>(٥)</sup>، (و) لا يشترط معرفة الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر

- = نعم إذا كان الإسقاط بالأقل أو بالأكثر قطعاً بحسب العادة، وعلم المتبايعين بذلك فيجوز لأنه مع رضا المتبايعين يجوز تضييع المال لأحدهما.
- (١) قطعاً وبشرط علم المتبايعين حتى يتحقق رضاهما.
- (٢) وكذا ما ينقص.
- (٣) بشمن مغاير لثمن المظروف.
- (٤) بلا خلاف فيه بيننا، لعمومات حلية البيع السالمة عن معارضة دليل الفرع عرفاً، والعلم بالمجموع كافٍ عن معرفة وزن أبعاض المبيع، ونسب في التذكرة إلى بعض العامة المنع لاشتراط معرفة وزن كل واحد من الظرف والمظروف، ولأن الظرف لا يباع وزناً مع كون وزن المظروف غير معروف، وفيه: أنه لا يشترط معرفة وزن كل من الظرف والمظروف بعد كون الجميع مبيعاً واحداً، فيشترط معرفة المجموع وهو معلوم بحسب الفرض، وكون الظرف لا يباع وزناً إنما هو جارٍ في بيعه منفرداً وأما مع ضمنية ما فيه من المظروف فالعادة جارية على بيعه كذلك فلا إشكال.
- (٥) للأخبار.

منها: خير الأصبح بن نباتة (سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر: يا معشر التجار، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، والله للربا في هذه الأمة أخفى من ديب النمل على الصفا، شوبوا أيمانكم بالصدق، التاجر فاجر، والفاجر في النار إلا من أخذ الحق وأعطى الحق)<sup>(١)</sup>، وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير =



الأمر بالفقه، بل (يكفي التقليد)، لأن المراد به هنا معرفتها على وجه يصح، وقد قال علي عليه السلام: (من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم).

(الثاني: التسوية بين المعاملين في الإنصاف)<sup>(١)</sup> فلا يُفَرِّق بين الماكس وغيره، ولا بين الشريف والحقير، نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيلة ودين فلا بأس، لكن يُكره للأخذ بقبول ذلك، ولقد كان السلف يُؤكِّلون في الشراء من لا يُعرف، هرباً من ذلك.

(الثالث: إقالة النادم)<sup>(٢)</sup> قال الصادق عليه السلام: (أيما عبد مسلم أقال مسلماً في بيع الله عشرته يوم القيامة)، وهو مطلق في النادم وغيره، إلا أن ترتب

= المؤمنين عليهم السلام: من اتجر بغير علم ارتطم في الربا ثم ارتطم)<sup>(٣)</sup>، ومرسل الصدوق (كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لا يقعدن في السوق إلا من يعقل الشراء والبيع)<sup>(٤)</sup>، ومرسل المفيد عن الصادق عليه السلام (من أراد التجارة فليتفقه في دينه، ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه، ومن لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط بالشبهات)<sup>(٥)</sup>، والمراد بالفقه معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بما يتولاه من التكسب قبل الشروع، لئلا يقع في الكثير مما يوجب فساد العقد، أو يقع في الربا، والأخبار مطلقة تدل على التفقه ولو بالتقليد.

(١) فلا يفرق بين الماكس وغيره بزيادة السعر على الأول أو نقصه، ولا بين الشريف والحقير، لخبر عامر بن جذاعة عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في رجل عنده بيع فسعره سعراً معلوماً، فمن سكت عنه ممن يشتري منه باعه بذلك السعر، ومن ماكسه وأبى أن يتناح منه زاده، قال: لو كان يزيد الرجلين والثلاثة لم يكن بذلك بأس، فأما أن يفعله بمن أبى عليه وكابسه، ويمنعه من لم يفعل ذلك فلا يعجبني إلا أن يبيعه بيباً واحداً)<sup>(٦)</sup>.

نعم لا بأس كما قيل بالمرعاة بنقصان الثمن للمرجح الشرعي كالإيمان وزيادته والعلم والورع والفقير مما يحسنه العقل والشرع، مع أنه قيل - كما في الجواهر - يكره للمذول له قبول ذلك، ولذا يُحكى عن السلف أنهم كانوا يوكِّلون في الشراء من لا يُعرف هرباً من ذلك.

(٢) للأخبار.

منها: خير الجمعري عن بعض أهل بيته قال (إن رسول الله ﷺ لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارته حتى ضمن له إقالة النادم، وإنظار المعسر، وأخذ الحق وافية أو غير واف)<sup>(٧)</sup>،

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢ و٣ و٤.

(٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

الغاية<sup>(١)</sup> مشعر به<sup>(٢)</sup>، وإنما يفترق إلى الإقالة (إذا تفرقا من المجلس، أو شرطاً عدم الخيار) فلو كان للمشتري<sup>(٣)</sup> خياراً فسخَ به<sup>(٤)</sup> ولم يكن محتاجاً إليها<sup>(٥)</sup> (وهل تشرع الإقالة في زمن الخيار، الأقرب نعم) لشمول الأدلة<sup>(٦)</sup> له<sup>(٧)</sup>، خصوصاً الحديث السابق، فإنه لم يتقيد بتوقف المطلوب<sup>(٨)</sup> عليها<sup>(٩)</sup>، (ولا يكاد يتحقق الفائدة) في الإقالة حينئذ<sup>(١٠)</sup> (إلا إذا قلنا هي بيع<sup>(١١)</sup>)، فترتب عليها أحكام البيع من الشفعة وغيرها، بخلاف الفسخ.

(أو قلنا: بأن الإقالة<sup>(١٢)</sup> من ذي الخيار إسقاط للخيار)، لدالتها على

= وخير هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة)<sup>(١)</sup>، وهو مطلق يشمل النادم وغيره، نعم في مرسل المقنع عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما مسلم أقال مسلماً يبيع ندامة أقاله الله عز وجل عشرته يوم القيامة)<sup>(٢)</sup>.  
 (١) وهي إقالة الله عز وجل عشرته يوم القيامة، فإن العاصي يكون نادماً في ذلك اليوم لا محالة.  
 (٢) بالندم.

(٣) الأخبار المتقدمة ظاهرة في إقالة المشتري، ولكن يستحب إقالة البائع أيضاً، للإطلاق في خبر سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (أربعة ينظر الله عز وجل إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً، أو أعاث لهفاناً، أو أعتق نسمة، أو زوّج عبداً)<sup>(٣)</sup>.  
 (٤) بالخيار.

(٥) إلى الإقالة.

(٦) أدلة مشروعية الإقالة.

(٧) لزمن الخيار.

(٨) وهو فسخ العقد.

(٩) على الإقالة، أي: طلب الإقالة، فالخبر دالٌّ على فسخ العقد عند ندم الطرف الآخر وإن لم يطلب الإقالة، وكذا لو كان له خيار.

(١٠) حين ثبوت الخيار.

(١١) كما هو رأي بعض العامة في الإقالة، وإلا فعدنا من دون خلاف أنها فسخ لا بيع، فلا فائدة في ثبوت الإقالة في زمن الخيار، لأنه قادر على الفسخ بخياره.

نعم على القول بأنها بيع يترتب عليها أحكامه من الشفعة وزيادة الثمن والتأجيل والتعجيل والخيارات وغيرها.

(١٢) طلب الإقالة.

الالتزام بالبيع، وإسقاط الخيار لا يختص بلفظ، بل يحصل بكل ما دل عليه، من قولٍ وفعلٍ، وتظهر الفائدة حينئذ<sup>(١)</sup> فيما لو تبين بطلان الإقالة<sup>(٢)</sup> فليس له الفسخ بالخيار.

(ويحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم)<sup>(٣)</sup> لما ذكرناه من الوجه، ومن ثم قيل بسقوط الخيار لمن قال لصاحبه: اختر، وهو مروى<sup>(٤)</sup> أيضاً، والأقوى عدم السقوط في الحالين<sup>(٥)</sup>، لعدم دلالة<sup>(٦)</sup> على الالتزام<sup>(٧)</sup> حتى بالالتزام<sup>(٨)</sup>، ويجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة<sup>(٩)</sup> تحصيل الثواب بها<sup>(١٠)</sup> فلا ينافي إمكان فسخه بسبب آخر<sup>(١١)</sup>، وهو<sup>(١٢)</sup> من أتم الفوائد.

(الرابع: عدم تزيين المتاع)<sup>(١٣)</sup> ليرغب فيه الجاهل، مع عدم غاية أخرى

(١) حين طلب الإقالة.

(٢) فيما لو طلبها من غير البائع أو المشتري اشتهاً بعنوان أنه صاحبه.

(٣) بأن طلب الإقالة إسقاط لخياره بالالتزام.

(٤) ففي العوالي عن النبي ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر)<sup>(١)</sup>، ولذا نُسب للشيخ سقوط الخيار لمن خیر صاحبه بذلك، مع أن النسبة للشيخ غير ثابتة، لأن المحكي عن مسوطه وخلافه خلاف ذلك كما في مفتاح الكرامة، على أن ذيل الخبر غير وارد من طرفنا، بل هو من طرق العامة مع عدم جابر له، فالأقوى عدم السقوط.

(٥) حال طلب الإقالة وطلب الإختيار.

(٦) لعدم دلالة اللفظ الصادر في الحالين.

(٧) الالتزام بسقوط الخيار.

(٨) بالدلالة الالتزامية.

(٩) من طلب الإقالة.

(١٠) وفيه: أن الثواب للمقبل لا للنادم الذي طلب الإقالة.

(١١) وهو الخيار الثابت له.

(١٢) تحصيل الثواب.

(١٣) بحيث يكون التزيين لإظهار حماسه وصفاته الموجودة فيه ليرغب فيه جاهله، وقد اعترف =

للزينة، أما تزيينه لغاية أخرى كما لو كانت الزينة مطلوبة عادة فلا بأس.

(الخامس: ذكر العيب) الموجود في متاعه (إن كان) فيه عيب ظاهراً كان، أم خفياً، للخبر<sup>(١)</sup>، ولأن ذلك من تمام الإيمان والنصيحة.

(السادس: ترك الحلف على البيع والشراء) قال ﷺ: (ويل للتاجر من لا والله ويلى والله)<sup>(٢)</sup>، وقال ﷺ<sup>(٣)</sup>: (من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الربا، والحلف، وكتمان العيب، والمدح إذا باع، والذم إذا اشترى)، وقال الكاظم عليه السلام<sup>(٤)</sup>: (ثلاثة لا ينظر الله إليهم، أحدهم رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة لا يشتري إلا بيمين، ولا يبيع إلا بيمين)، وموضع الأدب الحلف صادقاً، أما الكاذب فعليه لعنة الله.

(السابع: المسامحة فيهما)<sup>(٥)</sup>، .....

= بعضهم بعدم العثور في الأخبار على ما يدل على كراهة التزيين المذكور، أو ما يدل على استحباب الترك، نعم لو كان التزيين لإظهار صفة غير موجودة فيه فهو من الغش المحرم وقد تقدم.

(١) وهو خير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الربا والحلف وكتمان العيب والحمد إذا باع والذم إذا اشترى)<sup>(١)</sup>، وقيد جماعة منهم الشهيد في الدروس بالعيب الظاهر، لأن كتمان العيب الخفي من الغش وهو محرم، هذا والخبر مطلق يشمل الظاهر والخفي، وإن كان الحكم باستحباب ذكر العيب مختصاً بالعيب الظاهر، لأن ذكر الخفي واجب.

(٢) وهو مرسل الصدوق (قال رسول الله ﷺ: ويل لتجار أمتي من لا والله بلى والله، وويل لضعاف أمتي من اليوم وغداً)<sup>(٢)</sup>.

(٣) وهو خير السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام، وفيه: (الحمد إذا باع) كما في الوسائل لا (المدح إذا باع)، وما أورده الشارح أنسب.

(٤) وهو خير درست بن أبي المنصور عن إبراهيم بن عبد الحميد<sup>(٣)</sup>.

(٥) في البيع والشراء، للأخبار.

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢٥٥.

وخصوصاً في شراء آلات الطاهات<sup>(١)</sup> فإن ذلك موجب للبركة والزيادة، وكذا يستحب في القضاء والاقتضاء، للخير<sup>(٢)</sup>.

(الثامن: تكبير المشتري ثلاثاً<sup>(٣)</sup>، وتشهده الشهادتين بعد الشراء)<sup>(٤)</sup> وليلق

= منها: خير الحسين بن يزيد الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام (جاءت زينب العطاراة إلى نساء النبي صلى الله عليه وآله - إلى أن قال - فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا بعث فاحسني ولا تغشي - تغني خ ل - فإنه اتقى الله وأبقى للمال)<sup>(١)</sup>، وخير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: السماحة من الرباح، قال ذلك لرجل يوصيه ومعه سلعة يبيعها)<sup>(٢)</sup>، وخير إسماعيل بن مسلم عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام: (أوحى الله تعالى إلى بعض أنبيائه صلى الله عليه وآله: للكريم فكارم وللسمح فسامع وعند الشكس فالتو)<sup>(٣)</sup>.

(١) ففي خير عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان علي بن الحسين عليه السلام يقول لقهرمائه: إذا أردت أن تشتري لي من حوائج الحج شيئاً فاشتره ولا تماكس)<sup>(١)</sup>، وفي مرفوع محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام (لا تماكس في أربعة أشياء: في الأضحية والكفن وثمان النسمة والكراء إلى مكة)<sup>(٥)</sup>، ومثله غيره، وهذه الأخبار ظاهرة في بعض الطاعات، فالتعميم كما قاله الشارح في المسالك ليس عليه دليل من الأخبار.

(٢) ففي خير حنان عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: بارك الله سهل البيع سهل الشراء سهل القضاء سهل الاقتضاء)<sup>(٦)</sup>، وفي خير جابر (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: غفر الله لرجل كان فيلكم، كان سهلاً إذا باع، سهلاً إذا اشترى، سهلاً إذا قضى، سهلاً إذا استقضى)<sup>(٧)</sup>.

(٣) كما في خير محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (إذا اشتريت متاعاً فكبر الله ثلاثاً ثم قل: اللهم إني اشتريته أتمس فيه من خيرك، فاجعل لي فيه خيراً، اللهم إني اشتريته أتمس فيه من فضلك، فصل على محمد وآل محمد، واجعل لي فيه فضلاً، اللهم إني اشتريته أتمس فيه من رزقك فاجعل لي فيه رزقاً)<sup>(٨)</sup>.

(٤) لا يوجد خبر يدل على استحباب الشهادتين بعد الشراء، لأن ما ورد في الأخبار يدل على استحباب الشهادتين عند جلوس التاجر مجلسه، كما في خبر حنان عن أبيه قال أبو =

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣٠٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣٠١.

(٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣٠١.

(٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.

بعدهما: (اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من فضلك، فاجعل لي فيه فضلاً، اللهم إني اشتريته ألتمس فيه رزقاً<sup>(١)</sup>، فاجعل لي فيه رزقاً<sup>(٢)</sup>).

(التاسع: أن يقبض ناقصاً، ويدفع راجحاً<sup>(٣)</sup>، نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي إلى الجهالة) بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره<sup>(٤)</sup> تقريباً، ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده الميزان والمكيال، لأنه الفاعل للمأمور بذلك<sup>(٥)</sup>، زيادة على كونه معطياً وأخذاً<sup>(٦)</sup>.

= جعفر عليه السلام في حديث: (فإذا جلس مجلسه فقال حين يجلس: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله - إلى أن قال - فإذا قال ذلك قال له الملك الموكل به: أبشر فما في سوقك اليوم أحد أوفر حظاً منك<sup>(١)</sup>)، وقد ورد استحباب الشهادتين عند دخول السوق كما في خبر أبي عبيدة قال الصادق عليه السلام: (من قال في السوق: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله كتب الله له ألف حسنة<sup>(٢)</sup>)، وخبر سعد الخفاف عن أبي جعفر عليه السلام (من دخل السوق فنظر إلى حلوها ومرها وحامضها فليقل: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، اللهم إني أسألك من فضلك وأستجيرك من الظلم والعزم والمأثم<sup>(٣)</sup>)، إلا أن يكون ذكر الشهادتين بعد الشراء من باب التبرك واليمن، وهذا كافٍ في أدلة السنن.

(١) الوارد في الوسائل (من رزقك).

(٢) كما في خير محمد بن مسلم المتقدم، على أنه لم ينقل تمام الدعاء الوارد فيه فراجع.

(٣) للأخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الوفاء حتى يرجع<sup>(٤)</sup>)، وخير حماد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان<sup>(٥)</sup>).

(٤) مقدار الزائد، وفيه: أن العوضين معلومان على كل حال، ولا يشترط معرفة مقدار الموهوب فقيد الشارح مما لا دليل عليه.

(٥) بتحصيل الفضيلة، وهو المأمور بذلك كما في خير حماد بن بشير المتقدم.

(٦) وهذا مشترك بينه وبين المشتري فلا يصلح لترجيح البائع.

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤.

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤.

(٤ و٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ و٢.

(العاشر: أن لا يمدح أحدهما بسلّمته، ولا] يذم بسلّمه صاحبه<sup>(١)</sup>) للخير المتقدم وغيره، (ولو ذم بسلّة نفسه بما لا يشمل على الكذب فلا بأس).

(الحادي عشر: ترك الربح على المؤمنين)<sup>(٢)</sup> قال الصادق عليه السلام: (ربح المؤمن على المؤمن حرام<sup>(٣)</sup>)، إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فاريح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجارة فاريحوا عليهم وأرفقوا بهم)، (إلا مع الحاجة فيأخذ منهم نفقة يوم) له ولعِياله، (موزعة على المعاملين) في ذلك اليوم مع انضباطهم، وإلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه، كل ذلك مع شرائهم للقوت، أما للتجارة فلا بأس به مع الرفق كما دل عليه الخبر.

(الثاني عشر: ترك الربح على الموعود بالإحسان) بأن يقول له: هلّمّ أخين إليك فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه، قال الصادق عليه السلام:<sup>(٤)</sup> (إذا قال الرجل للرجل هلّمّ أخين بيعك يحرم عليه الربح)، والمراد به الكراهة المؤكدة<sup>(٥)</sup>.

(١) خير السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الربا والحلف وكتمان العيب والحمد إذا باع والذم إذا اشترى)<sup>(١)</sup>، ومرفوع أحمد بن محمد بن عيسى (كان أبو أمامة صاحب رسول الله ﷺ يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: أربع من كنّ فيه طاب مكسبه: إذا اشترى لم يعب، وإذا باع لم يمد، ولا يدلس، وفيما بين ذلك لا يخلف)<sup>(٢)</sup>.

(٢) إلا لتحصيل قوت يومه موزعاً على سائر المعاملين له من المؤمنين في ذلك اليوم للضرورة، أو كان الشراء بأكثر من مائة درهم أو الشراء للتجارة فلا كراهة في الربح، خير سليمان بن صالح وأبي شبل جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام (ربح المؤمن على المؤمن ربا، إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فاريح عليه قوت يومك، أو يشتري للتجارة فاريحوا عليهم وارفقوا بهم)<sup>(٣)</sup>.

(٣) وفي الخبر (ربا).

(٤) كما في خبر علي بن عبد الرحيم عن رجل<sup>(٤)</sup>.

(٥) للأصل وفتوى الأصحاب بعد ضعف الخبر.

(٢١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣٠٢.

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(الثالث عشر: ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه)، بل يبادر إلى قضاء حاجته ويخرج منه، لأنه مأوى الشياطين<sup>(١)</sup>، كما أن المسجد مأوى الملائكة فيكون على العكس، ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق عادة، وغيرهم<sup>(٢)</sup>.

(الرابع عشر: ترك معاملة الأدين) وهم الذين يجاسبون على الشيء الأدون، أو من لا يسره الإحسان، ولا تسوءه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه<sup>(٣)</sup>، (والمحازفين) بفتح الراء وهم الذين لا يُبارك لهم في كسبهم<sup>(٤)</sup>، قال الجوهري: «رجل مُحَارَف - بفتح الراء - أي: محدود محروم، وهو خلاف قولك مُبَارَك، وقد حُوِرِفَ كسب فلان إذا شدد عليه في معاشه، كأنه ميل برزقه عنه»،

(١) ففي مرسل الصدوق (قال أمير المؤمنين عليه السلام): جاء أعرابي من بني عامر إلى النبي صلى الله عليه وآله، فسأله عن شر بقاع الأرض وخير بقاع الأرض، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: شر بقاع الأرض الأسواق، وهي ميدان إيليس يغدو برايته ويضع كرسيه ويبث ذريته، فين مطف في فقير أو سارق في ذراع أو كاذب في سلعة، فيقول: عليكم برجل مات أبوه وأبوكم حي، فلا يزال مع ذلك أول داخل وآخر خارج، ثم قال: وخير البقاع المساجد، وأحبهم إلى الله أولهم دخولاً وآخرهم خروجاً منها<sup>(١)</sup>، وخبر جابر الجعفي عن أبي جعفر محمد بن علي الباقر عن أبيه عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله لجبرئيل: أي البقاع أحب إلى الله تعالى؟ قال: المساجد، وأحب أهلها إلى الله أولهم دخولاً إليها وآخرهم خروجاً منها، قال: فأني البقاع أبغض إلى الله تعالى؟ قال: الأسواق، وأبغض أهلها إليه أولهم دخولاً إليها وآخرهم خروجاً منها<sup>(٢)</sup>).

(٢) لإطلاق الأخبار.

(٣) وفي الفقيه نسبة التفسير الثلاثة إلى الأخبار كما في مفتاح الكرامة ثم قال: «وربما فسر الأدون بمن لا مروءة له»، والعمدة مرسل الصدوق (قال عليه السلام): إياك ومخالطة السفلة، فإن السفلة لا تؤل إلى خير<sup>(٣)</sup>، بناء على أن السفلة هم الأدون.

(٤) لخبر الوليد بن صبيح عن أبيه (قال لي أبو عبد الله عليه السلام): لا تشتتر من محارف فإن صفتها لا بركة فيها<sup>(٤)</sup>.

(٢١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.



(والمؤفين) أي: ذوي الآفة والنقص في أبدانهم، للنهي عنه في الأخبار<sup>(١)</sup>، معللاً بأنهم أظلم شيء، (والأكراد)<sup>(٢)</sup> للحديث عن الصادق عليه السلام، معللاً بأنهم حتى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء، ونهى فيه أيضاً عن مخالطتهم (وأهل الذمة)<sup>(٣)</sup> للنهي عنه، ولا يُتعدى إلى غيرهم من أصناف الكفار للأصل، والفارق<sup>(٤)</sup>، (وذوي الشبهة في المال) كالظلمة لسريان شبههم إلى ماله<sup>(٥)</sup>.

(الخامس عشر: ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يُحسب)<sup>(٦)</sup> حذراً من

(١) كما في خير ميسر بن عبد العزيز (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تعامل ذا عاهة فإنهم أظلم شيء)<sup>(١)</sup>، ومثله غيره.

(٢) لما في خبر أبي الربيع الشامي (سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت: إن عندنا قوماً من الأكراد وإنهم لا يزالون يجيئون بالبيع فنخالطهم ونبايعهم، فقال: يا أبا الربيع لا تخالطوهم، فإن الأكراد حتى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء فلا تخالطوهم)<sup>(٢)</sup>.

(٣) قيل بعدم وجود نص على كراهة البيع والشراء منهم بالخصوص، نعم ما ورد هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (لا تستعن بالمجوسي ولو على أخذ قوائم شاتك وأنت تريد ذبحها)<sup>(٣)</sup>، وهو مخصص بالمجوسي ولا يدل على اختصاص الكراهة بالبيع والشراء، وقد ورد في خبر ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يضافه المودة)<sup>(٤)</sup>، وفي خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم)<sup>(٥)</sup>، وهما غير ظاهرين في اختصاص المنع بالبيع والشراء كما هو المقصود.

(٤) الفارق هو النص المتقدم.

(٥) مال من يتعامل معهم فلذا حكم بالكراهة.

(٦) لم يرسل مثني الخنطاط عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل من نيتة الوفاء وهو إذا كال لم يُحسب أن يكيل، قال: فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون لا يوفي، قال: هذا ممن =

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الشركة حديث ١٥٤.

الزيادة والتقصان المؤديين إلى المحرّم، وقيل: يحرم حيثذ، للنهي عنه في الأخبار المقتضي للتحريم، وحمل على الكراهة.

(السادس عشر: ترك الزيادة في السلعة وقت النداء) عليها من الدلال، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إن أراد، لقول علي عليه السلام<sup>(١)</sup>: (إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنما يحرم الزيادة النداء، ويحلها السكوت).

(السابع عشر: ترك السوم) وهو الاشتغال بالتجارة (ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه<sup>(٢)</sup>، ولأنه وقت الدعاء، ومسألة الله تعالى، لا وقت تجارة، وفي الخبر<sup>(٣)</sup> (أن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد).

= لا ينبغي له أن يكيل<sup>(١)</sup>، نعم إذا أدى إلى الزيادة والتقصان فيحرم، فإطلاق الحرمة كما عن البعض ليس في محله.

(١) كما في خبر أمية بن عمرو عن الشعيري عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٢)</sup>.

(٢) كما في مرفوع علي بن أسباط (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس)<sup>(٣)</sup>.

(٣) وهو خبر الصدوق في الخصال مسنداً عن علي عليه السلام (من كان له إلى ربه حاجة فليطلبها في ثلاث ساعات، ساعة في يوم الجمعة، وساعة تزول الشمس وحين تهب الرياح وتفتح أبواب السماء وتنزل الرحمة ويصوت الطير، وساعة في آخر الليل عند طلوع الفجر، فإن ملكين يناديان: هل من نائب يُتاب عليه؟ هل من سائل يُعطي؟ هل من مستغفر فيغفر له؟ هل من طالب حاجة فتقضى له؟ فأجيبوا داعي الله واطلبوا الرزق فيما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، فإنه أسرع في طلب الرزق من الضرب في الأرض، وهي الساعة التي يقسم الله فيها الرزق بين عباده، توكلوا على الله عند ركعتي الفجر إذا صليتموها، ففيها تعطوا الرغائب)<sup>(٤)</sup>.

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الدعاء حديث ١.

(الثامن عشر: ترك دخول المؤمن في سوم أخيه)<sup>(١)</sup> المؤمن (بيعاً وشراءً) بأن يطلب<sup>(٢)</sup> ابتياع الذي يريد أن يشتريه، ويبدل زيادة عنه ليقدمه البائع، أو يبذل<sup>(٣)</sup> للمشتري متاعاً غير ما اتفق هو والبائع عليه، لقول النبي ﷺ: (لا يسوم الرجل على سوم أخيه)، وهو خير معناه النهي، ومن ثم قيل: بالتحريم، لأنه الأصل في النهي، وإنما يكره، أو يحرم (بعد التراضي، أو قربه) فلو ظهر له<sup>(٤)</sup> ما يدل على عدمه فلا كراهة ولا تحريم.

(ولو كان السوم بين اثنين<sup>(٥)</sup>) سواء دخل أحدهما على النهي، أم لا بأن ابتداء فيه معاً قيل محل النهي (لم يجعل نفسه بدلاً من أحدهما) لصديق الدخول في السوم، (ولا كراهة فيما يكون في الدلالة)، لأنها موضوعة عرفاً لطلب الزيادة مادام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بين الدلال والغريم تعلقت الكراهة، لأنه<sup>(٦)</sup> لا يكون حينئذ في الدلالة وإن كان<sup>(٧)</sup> بيد الدلال.

(١) خبير الحسين بن زيد عن أبي عبد الله عن آبائه عليهم السلام (نهى رسول الله ﷺ أن يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم)<sup>(١)</sup>، وخبر الدعائم عن رسول الله ﷺ (أنه نهى أن يساوم الرجل على سوم أخيه)<sup>(٢)</sup>، والنهي ظاهر في التحريم فلذا ذهب الشيخ في الميسر وجماعة إلى الحرمة.

وذهب المحقق وجماعة - وهو المشهور - إلى الكراهة لضعف السند، والمراد بالدخول في سوم أخيه الزيادة في الثمن الذي بذله المشتري، أو بذل مبيع للمشتري غير ما بذله البائع، إذا كان ذلك بعد تراضيهما أو قربه، أما لو ظهر منهما أو من أحدهما عدم الرضا كما لو انصرف أحدهما فلا كراهة، ثم هذا كله إذا لم يكن البيع مبيعاً على الزيادة، أما لو كان كذلك فلا كراهة في الزيادة عند زيادة الآخرين.

(٢) هذا بيان للدخول في سوم أخيه المشتري.

(٣) هذا بيان للدخول في سوم أخيه البائع.

(٤) للدخل.

(٥) بين مشتريين على مبيع واحد.

(٦) لأن الدخول.

(٧) المبيع.

(١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(وفي كراهة طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظراً) من عدم<sup>(١)</sup> صدق الدخول في السوم من حيث الطلب منه، ومن مساواته<sup>(٢)</sup> له في المعنى، حيث أراد أن يحرمه مطلوبه، والظاهر القطع بعدم التحريم على القول به في السوم، وإنما الشك في الكراهة، (ولا كراهية في ترك الملتمس منه)، لأنه<sup>(٣)</sup> قضاء حاجة لأخيه، وربما استحبت إجابته لو كان مؤمناً، ويحتمل الكراهة لو قلنا بكراهة طلبه، لإعانتة له على فعل المكروه، وهذه الفروع من خواص الكتاب.

(التاسع عشر: ترك توكل حاضر لباد<sup>(٤)</sup>) وهو الغريب الجالب للبلد وإن كان قروياً، قال النبي ﷺ: (لا يتوكل حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)، وحمل بعضهم النهي على التحريم، وهو حسن لو صح الحديث، وإلا فالكراهة أوجه، للتسامح في دليلها، وشرطه<sup>(٥)</sup> ابتداء الحضري به<sup>(٦)</sup>، فلو التمس منه الغريب فلا بأس به، وجَهْلُ<sup>(٧)</sup> الغريب بسعر البلد، فلو علم به لم يُكره، بل كانت مساعدته محض الخير، ولو باع مع النهي انعقد وإن

(١) وجه عدم الكراهة.

(٢) مساواة الطلب للدخول في سوم الغير، وهو وجه الكراهة.

(٣) الترك.

(٤) المراد بالبادي الغريب الجالب للبلد، والمعنى أن يحمل الغريب متاعاً إلى بلد فيأتيه البلدي ويقول: أنا أبيعك لك بأعلى مما تبيعه به، قبل أن يعرف السعر، لخبر عروة بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ في حديث: لا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض)<sup>(١)</sup>، وخبر جابر (قال رسول الله ﷺ: لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)<sup>(٢)</sup>.

وظاهر النهي التحريم ولذا ذهب الشيخ وابنا إدريس والبراج والعلامة في المنتهى إلى الحرمة، والمشهور على الكراهة لقصور الخبرين سنداً.

(٥) وشرط الحكم بالكراهة.

(٦) بأن يعرض البلدي التوكل على الغريب، فلو التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس.

(٧) عطف على «ابتداء الحضري».

قيل بتحريمه<sup>(١)</sup>، ولا بأس بشراء البلدي له<sup>(٢)</sup>، للأصل.

(العشرون: ترك التلقي للركبان)<sup>(٣)</sup> وهو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للبيع عليهم، أو الشراء منهم، (وحدّه أربعة فراسخ) فما دون، فلا يكره ما زاد، لأنه سفر للتجارة، وإنما يكره (إذا قصد الخروج لأجله)<sup>(٤)</sup>، فلو اتفق مصادفة الركب في خروجه لغرض لم يكن به بأس<sup>(٥)</sup>، (ومع جهل البائع، أو المشتري القادم بالسعر) في البلد، فلو علم به لم يكره، كما يشعر به تعليقه رحمته في قوله:

(١) وقلنا إن النهي يقتضي الفساد، وذلك لأن النهي قد تعلق بخارج المعاملة.

(٢) للمتاع الذي جلبه الغريب.

(٣) وهو الخروج لتلقي القاصدين إلى بلد بتجارة فيشتري منهم لبيعه في البلد، ويدل عليه أخبار.

منها: خبر عروة بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا يتلقى أحدكم تجارة خارجاً من المصر)<sup>(١)</sup>، وخبر منهال القصاب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تلق ولا تشتري ما تلقى ولا تأكل منه)<sup>(٢)</sup>، وخبره الآخر عنه عليه السلام (عن تلقي الغنم، فقال: لا تلق ولا تشتري ما تلقى، ولا تأكل من لحم ما تلقى)<sup>(٣)</sup>.

وظاهر الأخبار النهي عن تلقي الركبان للشراء منهم، فتعميم الحكم كما عن الشارح للبيع عليهم لا وجه له، ثم إن ظاهر النهي الحرمة ولذا ذهب إليها ابنا إدريس والبراج ونسب إلى الشيخ في الخلاف والمبسوط حيث عبر بلفظ «لا يجوز»، والمشهور على الكراهة لقصور الأخبار سنداً.

ثم إن حد التلقي المكروه ما دون الأربعة فراسخ، فلو زاد عن أربعة فراسخ فلا نهي، لخبر منهال القصاب (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلق، فإن رسول الله ﷺ نهى عن التلقي، قال: وما حدّ التلقي؟ قال: ما دون غدوة أو روحة، قلت: وكم الغدوة والروحة؟ قال: أربعة فراسخ)<sup>(٤)</sup>، وقال ابن أبي عمير الذي روى هذا الخبر عن عبد الرحمان بن الحجاج: (وما فوق ذلك فليس بتلقي)، ومرسل الصدوق (زوي أن حد التلقي روحة، فإذا صار إلى أربع فراسخ فهو جلب)<sup>(٥)</sup>.

(٤) لأجل التلقي.

(٥) لانصراف الأخبار المتقدمة عنه.

(١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢٥ و٢٦ و٢٧.

(٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ٦.

(لا يتلق أحدكم تجارة، خارجاً من المصر، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض)، والاعتبار بعلم من يعامله خاصة<sup>(١)</sup>.

(و) كذا ينبغي (ترك شراء ما يتلقى) ممن اشتراه من الركب بالشرائط<sup>(٢)</sup>، ومن ترتبت يده على يده وإن ترامى، لقول الصادق عليه السلام: (لا تلق ولا تشتري ما يتلقى ولا تأكل منه)، وذهب جماعة إلى التحريم، لظاهر النهي في هذه الأخبار، وعلى القولين يصح البيع<sup>(٣)</sup>، (ولا خيار للبائع والمشتري إلا مع الغبن)<sup>(٤)</sup> فيتخير المغبون على الفور في الأقوى<sup>(٥)</sup>، ولا كراهة في الشراء والبيع منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقي، وإن كان جاهلاً بسعره<sup>(٦)</sup> للأصل، ولا في بيع نحو المأكول والعلف عليهم وإن تلقى<sup>(٧)</sup>.

(الحادي والعشرون: ترك الحكمة)<sup>(٨)</sup> بالضم، وهو جمع الطعام وحبسه

(١) الاعتبار على الجهل بسعر البلد لمن يعامله خاصة، وإن علم بقية الركب بالسعر.

(٢) الموجبة للنهي عنه.

(٣) لتعلق النهي بخارج المعاملة.

(٤) كما هو المشهور، وعن ابن إدريس ثبوت الخيار لصاحب السلعة مطلقاً، للنبي (لا تلقوا الجلب، فمن تلقى فاشترى منه شيئاً، فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق)<sup>(١)</sup>، والتبوي الآخر (أنه نهى عن تلقي الركبان، وقال: من تلقاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق)<sup>(٢)</sup>، وفي ثالث (فإن تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق)<sup>(٣)</sup>، وهي قاصرة السند عن تخصيص قاعدة اللزوم في المعاوضات فضلاً عن أن ثبوت الخيار حين دخول السوق إشعار بأن الخيار عند تحقق الغبن وإلا لثبت له الخيار من حين البيع.

(٥) وقيل: إنه على التراخي، وسيأتي الكلام فيه في باب الخيارات.

(٦) بسعر البلد.

(٧) قد عرفت اختصاص النهي بالشراء منهم لا بالبيع عليهم.

(٨) وهو حبس الطعام والترصص به انتظاراً لغلاء السعر مع حاجة الناس، وقد ورد النهي عنه بالأخبار.

منها: صحيح إسماعيل بن أبي زياد عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام (لا يحتكر الطعام =

(١) كنز العمال ج ٤ ص ٦٥، رقم الحديث ٩٥٣٤.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤٣.

يتربص به الغلاء، والأقوى تحريمه مع حاجة الناس إليه، لصحة الخبر<sup>(١)</sup> بالنهي عنه عن النبي ﷺ: (وأنه لا يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ إِلَّا خَاطِئًا، وَأَنَّهُ مَلْعُونٌ)<sup>(٢)</sup>. وإنما تثبت الحكرة (في) سبعة أشياء<sup>(٣)</sup> (الحنطة والشعير والنمر والزبيب

= (إلا خاطيء)<sup>(١)</sup>، وقد أرسله الصدوق عن رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>، وصحیح أبي الفضل سالم الحنط (قال لي أبو عبد الله ﷺ: ما عملك؟ قلت: حنط وربما قدمت على نفاق، وربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرَّ عليه النبي ﷺ فقال: يا حكيم بن حزام، إياك أن تحتكر)<sup>(٣)</sup>، وما ورد في النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام في كتابه إلى مالك الأشرتر: (فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله ﷺ منع منه، وليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل واسماً لا يجهف بالفريقين من البائع والمبتاع، فمن قارف حُكْرَةً بعد نهيك إياه فنكل وعاقب من غير إسراف)<sup>(٤)</sup>، والعقاب دليل على الحرمة فضلاً عن ظهور النهي فيها، ولذا ذهب المشهور إلى الحرمة، وعن الشيخ في المبسوط والمفيد في المنفعة والمحقق في الشرائع والعلامة في المختلف وجماعة الكراهة، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ فقال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام)<sup>(٥)</sup>، وفيه: أن الكراهة في لسانهم عليه السلام أعم من الحرمة وغيرها، ومقتضى الأخبار المقدمة وغيرها حرمة احتكار الطعام مع عدم وجود باذل له مع حاجة الناس إليه.

- (١) وهو خير إسماعيل بن أبي زياد.  
 (٢) وهذا خبر ثان، وهو خير ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: الجالب مرزوق والمحتكر ملعون)<sup>(٣)</sup>.  
 (٣) المشهور على أن الحكرة تثبت في خمسة: الحنطة والشعير والنمر والزبيب والسمن، لخبر أبي البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان ينهى عن الحكرة =

(٢٥١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٨١٢.

(٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ١٣.

(٦٥٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣٥٢.

والسمن والزيت والملح)، وإنما يُكره إذا وجد باذل غيره يكتفي به الناس، (ولو لم يوجد غيره وجب البيع) مع الحاجة<sup>(١)</sup>، ولا يتقيد بثلاثة أيام في الغلاء، وأربعين

= في الأمصار فقال: ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن<sup>(١)</sup>، وخير غياث بن إبراهيم برواية الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن)<sup>(٢)</sup>، نعم برواية الصدوق قال (والزبيب والسمن والزيت) بزيادة الزيت، ولذا زاده الصدوق في المفتح والعلامة في التحرير فضلاً عن خير السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام عن النبي ﷺ (الحكرة في ستة أشياء في الحنطة والشعير والتمر والزيت والسمن والزبيب)<sup>(٣)</sup>، وعن المسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الأحكام والدروس والمسالك زيادة الملح، ولعله لشدة الحاجة - كما في الجواهر - وإلا لم نجد في شيء من النصوص الواردة إلينا.

هذا والأقوى جعل مورد الاحتكار هو الطعام كما هو مقتضى الأخبار السابقة وفيها الصحيح وغيره، لا خصوص هذه المذكورات، لأن هذه الأخبار الحاصرة بالأمور الخمسة أو الستة محمولة على حصر الطعام فيها زمن المعصوم عليه السلام أو بلده.

(١) حد الحكرة هو الحبس مع حاجة الناس، للتعليل في صحيح الحلبي المتقدم (ويترك الناس ليس لهم طعام)، وعن الشيخ وجماعة حد الحكرة ثلاثة أيام في الشدة والغلاء وأربعين يوماً في الرخاء والرخص، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (الحكرة في الخصب أربعين يوماً، وفي الشدة والبلاء ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون، وما زاد على ثلاثة أيام في العسرة فصاحبه ملعون)<sup>(١)</sup>، وخبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: أيما رجل اشترى طعاماً فكبه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع)<sup>(٢)</sup>، وهي محمولة على عدم تحقق الحاجة إلا بهذين الحدين كما هو الغالب.

وإذا حرم الاحتكار عند حاجة المسلمين فيجب عليه البيع، ولو امتنع فيجبر على البيع من قبل الحاكم، بلا خلاف فيه بين الأصحاب، ولكن لا يسع له كما هو المشهور، لخبر ابن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب عليه السلام (أن رسول الله ﷺ مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق وحيث تنظر الأبصار إليها، فقبل =

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٧.

(٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ١٠٤.

(٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٦١.



في الرُّخص، وما رُوي من التحديد بذلك محمول على حصول الحاجة في ذلك الوقت، لأنه مظهرها (ويُسَعَّرُ) عليه حيث يجب عليه البيع (إن أجمعت) في الثمن لما فيه من الإضرار المنفي، (وإلا فلا)، ولا يجوز التسعير في الرخص مع عدم الحاجة قطعاً، والأقوى أنه مع الإجحاف حيث يؤمر به<sup>(١)</sup> لا يُسَعَّرُ عليه أيضاً، بل يؤمر بالنزول عن المجحف<sup>(٢)</sup>، وإن كان في معنى التسعير، إلا أنه لا يُحصَرُ في قدر خاص<sup>(٣)</sup>.

= لرسول الله ﷺ: لو قومت عليهم، فغضب رسول الله ﷺ حتى عُرف الغضب في وجهه فقال: أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء<sup>(١)</sup>، ومرسل الصدوق (قيل للنبي ﷺ): لو سعرت لنا سعراً فإن الأسعار تزيد وتنقص، فقال ﷺ: ما كنت لألقى الله ببدعة لم يحدث لي فيها شيئاً، فدعوا عباد الله يأكل بعضهم من بعض، وإذا استصحتم فانصحو<sup>(٢)</sup>، وقيل يُسَترُ عليه كما عن المفيد وهو واضح الضعف، نعم إذا سعر سعراً فيه إجحاف بالعامّة فلا يبعد رده وإجباره على الأقل منه من دون تحديد كما عن ابن حمزة والفاضل في المختلف والشارح وجماعة لنفي الضرر، ولأنه لولا ذلك لانتفت فائدة الإجبار، وعن جماعة عدم جواز رده بل يترك له الخيار مطلقاً لخبر عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام في (تجار قدموا أرضاً فاشتركوا في البيع على أن لا يبيعوا بيعهم إلا بما أحتوا، قال: لا بأس بذلك)<sup>(٣)</sup>، وخبر حذيفة بن منصور عن أبي عبد الله عليه السلام (نفذ الطعام على عهد رسول الله ﷺ فأتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفذ الطعام، ولم يبق منه شيء إلا عند فلان، فمره يبيعه، قال: فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: يا فلان، إن المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفذ إلا شيء عندك، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه)<sup>(٤)</sup>، والثاني محمول على عدم الإجحاف جمعاً بينه وبين قاعدة نفي الضرر، والأول محمول على عدم وجود الحكمة فيما أرادوا يبيعه.

(١) بالبيع.

(٢) السعر المجحف.

(٣) بل يؤمر بالأقل منه، وبهذا يجمع بين الأخبار الناهية عن التسعير وبين دليل نفي الضرر.

(٢١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(الثاني والعشرون: ترك الربا في المعدود على الأقوى)<sup>(١)</sup>، للأخبار الصحيحة الدالة على اختصاصه بالمكيل والموزون، وقيل: يحرم فيه أيضاً، استناداً إلى رواية ظاهرة في الكراهة، (وكذا في النسيئة) في الربوي، (مع اختلاف الجنس) كالتمر بالزبيب<sup>(٢)</sup>، وإنما كره فيه، للأخبار الدالة على النهي عنه، إلا أنها في الكراهة أظهر، لقوله ﷺ: (إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم)، وقيل: بتحريمه، لظاهر النهي السابق.

(١) ذهب المشهور إلى حصر الربا المعاوضي في المكيل والموزون مع اتحاد الجنس للأخبار الكثيرة.

منها: صحيح زرارة عن أبي عبد الله ﷺ (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)<sup>(٣)</sup>، وصحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله ﷺ مثله<sup>(٤)</sup>، وعن المفيد وسلاح وأبي علي أن المعدود كالموزون والمكيل، لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله ﷺ عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، والبعير بالبعيرين، والدابة بالدابتين، فقال: كره ذلك عليّ ﷺ فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان)<sup>(٥)</sup>، وفيه: لا يصلح لقاومة ما تقدم من الحصر في المكيل والموزون على أنه لا يأبى عن الحمل على الكراهة.

(٢) والمعنى بيع المكيل أو الموزون بالآخر مع اختلاف المتجانسين نسيئة فعن القديمين والمفيد وسلاح وابن البراج والشيخ في أحد قوله المنع، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يبدأ بيد، فأما نظرة فلا يصلح)<sup>(٦)</sup>، ومثله خير زياد بن أبي غيث عنه ﷺ إلا أنه في آخره (فأما نسيئة فلا يصلح)<sup>(٧)</sup>، وعن المشهور الحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين إطلاق أخبار.

منها: النبوي (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم)<sup>(٨)</sup>.

(١ و٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ٣ و١.

(٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.

(٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.

(٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٤.

(٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.

(الثالث والعشرون: ترك نسبة الربح والوضيعة<sup>(١)</sup> إلى رأس المال<sup>(٢)</sup>) بأن يقول: بعتك بمائة وريح المائة عشرة، أو وضيعتها<sup>(٣)</sup>، للنهي عنه، ولأنه بصورة الربا، وقيل: يجرم عملاً بظاهر النهي، وترك نسبته<sup>(٤)</sup> كذلك<sup>(٥)</sup> أن يقول: بعتك بكذا وريح كذا، أو وضيعته.

(الرابع والعشرون: ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن<sup>(٦)</sup>)، للنهي عنه

(١) النقصان.

(٢) بأن ينسب الربح إلى أصل المال فيقول: بعتك المتاع بمائة، وريح المائة عشرة، أو ربح لكل عشرة درهم، أو يقول: بعتك المتاع بمائة ووضيعة المائة عشرة، وهذا مثال في المواضعة، وقد ذهب الشيخ في النهاية والمفيد في المنفعة وسلاخ في المراسم والقاضي إلى عدم الجواز، لخبر جراح المدائني قال أبو عبد الله عليه السلام (إني أكره البيع بده يازده ودوازه، ولكن أبيعه بكذا وكذا)<sup>(١)</sup>، وخبر حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبيع رجلاً فيقول: أبيعك بده دوازه، وبده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا فاسد ولكن يقول: اربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا، ويساومه على هذا فليس به بأس)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرها.

ولكن المشهور حملوها على الكراهة جمعاً بينها وبين صحيح العلاء (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازه، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المروضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة)<sup>(٣)</sup>، وذيله صريح في أن يكون البيع من دون النسبة بأن يقول: بعتك هذا المتاع بأحد عشر وهو عليّ بعشرة فهو من أدلة المنع لا الجواز، نعم استدلل للمشهور بإطلاق خبر علي بن سعيد (سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يتناع ثوباً فيطلب مني مرايحة، ترى يبيع المرايحة بأساً إذا صدق في المرايحة وسئى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ فقال: لا بأس)<sup>(٤)</sup>.

(٣) وضبيعة المائة عشرة.

(٤) نسبة الربح.

(٥) إلى رأس المال.

(٦) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع الكيل والموزون قبل قبضه، وتبعه عليه الشارح في المسالك والروضة والمحدث البحراني، للأخبار.

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و ٥ و ٣٠.

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

= منها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه) المروي في الفقيه <sup>(١)</sup> والتهذيب <sup>(٢)</sup>، وخبر علي بن جعفر المروي في قرب الإسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن رجل اشترى بيعاً كيلاً أو موزوناً هل يصلح بيعه مرابحة؟ قال: لا بأس، فإن سقى كيلاً أو وزناً فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه) <sup>(٣)</sup>، وصحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه) <sup>(٤)</sup>.

وعن الشيخ في المسوط والخلاف وابن زهرة في الغنية والعلامة في التذكرة والإرشاد بل والصدوق والقاضي أن ذلك إذا كان المبيع طعاماً لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك) <sup>(٥)</sup>، وخبر علي بن جعفر (سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يوليه فلا بأس، وسأله عن الرجل يشتري الطعام أمجل له أن يولي منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس، فإن ربح فلا بيع حتى يقبضه) <sup>(٦)</sup>.

وذهب المشهور إلى الكراهة جمعاً بين ما تقدم وبين أخبار.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس) <sup>(٧)</sup>، وخبر ابن حجاج الكرخي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار مني بعدما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبسح إلى أجل اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض) <sup>(٨)</sup>، ويشهد للكراهة خبر أبي بصير (سألت أبا 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 إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع) <sup>(٩)</sup>.

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

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

(٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢٢.

(٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و٩ و٦ و١٩.

(٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

في أخبار صحيحة جُمِلت على الكراهة، جمعاً بينها، وبين ما دل على الجواز، والأقوى التحريم، وفاقاً للشيخ رحمه الله في المبسوط مدعياً الإجماع، والعلامة رحمه الله في التذكرة والإرشاد، لضعف روايات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره<sup>(١)</sup>.

### (الفصل الثالث: في بيع للحيوان)

وهو قسمان: أناسي وغيره، ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك، وكان تملك الأول موقوفاً على شرائط، نبّه عليها أولاً، ثم عقبه بأحكام البيع، والثاني وإن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلاً آخر<sup>(٢)</sup> بحسب ما اصطلحوا عليه، فقال:

(والأناسي تملك بالسبي مع الكفر الأصلي)<sup>(٣)</sup>، وكونهم غير ذمة، واحترز

= والشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها ففي الأول علي بن حديد وهو ضعيف، وابن حجاج الكرخي في الثاني مجهول، ولذا قال «لأن أخبار المنع صحيحة منظافرة، وخبرنا التسويغ في طريق أولهما علي بن حديد وهو ضعيف والآخر مجهول فالقول بالمنع أوضح، وهو خيرة العلامة في التذكرة والإرشاد والشيخ في المبسوط، بل ادعى عليه الإجماع وجماعة من الأصحاب».

وفيه: أن أخبار الجواز منجبرة بعمل المشهور مع اعتضاها بخبر أبي بصير المتقدم وغيره.

(١) ظاهره الحرمة، ويحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين أخبار الجواز.

(٢) وهو كتاب الصيد والذباحة.

(٣) الكفر الأصلي سبب لجواز استرقاق الكافر المسمى بالمحارب، لأنه خارج عن طاعة الله ورسوله، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح رفاة النخاس (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن الروم يغزون على الصقالبة والروم، فيسرقون أولادهم من الجوارى والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخسونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائهم، ونحن نعلم أنهم قد سرقوا، وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام)<sup>(١)</sup>، وخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام =

بالأصلي عن الارتداد، فلا يجوز السبي وإن كان المرتد بحكم الكافر في جملة من الأحكام، (و) حيث يُملكون بالسبي (يسري الرق في أعقابهم)<sup>(١)</sup> وإن أسلموا (بعد) الأسر، (ما لم يعرض لهم سبب محزّر) من عتق، أو كتابة، أو تنكيل، أو رحم على وجه<sup>(٢)</sup>.

(والملقوط في دار الحرب رِقٌّ إذا لم يكن فيها مسلم) صالح لتولده منه<sup>(٣)</sup>،

= (في شراء الروميات، فقال: اشترهن وبعهن)<sup>(١)</sup>، وخبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - وسألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغير المسلمون عليهم بلا إمام أمجّل شرازم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشرائهم)<sup>(٢)</sup>، وخبر عبد الله اللحام (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها، قال: لا بأس)<sup>(٣)</sup>.

ومقتضى الأخبار جواز الاسترقاق بغير الحرب من سرقة أو شراء، وجواز الاسترقاق سواء كان في دار الحرب أم في دار الإسلام، وسواء كان المسترق مسلماً أم كافراً، نعم بشرط أن لا يكون الكافر معتصماً بذمة أو عهد، ويشهد له خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - وسألته عن أهل الذمة أصابهم جوع فأتاه رجل بولد، فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد، فقال: لا تتبع حراً، فإنه لا يصلح لك ولا من أهل الذمة)<sup>(١)</sup>.

وقيد الكفر بالأصلي لإخراج المرتد، لانصراف النصوص السابقة عنه، وإخراج المتحل للإسلام المتحصن به عن الاسترقاق للانصراف أيضاً.

- (١) لأنهم نماء الملك الذي قد فرض حصوله ما لم يحصل سبب محزّر من عتق أو كتابة أو تنكيل أو غيره على ما سيأتي بيانه في كتاب العتق.
- (٢) فإن القرابة لا تنفيذ العتق على جميع الوجوه، بل تختص في عدم ملك الولد للمعومدين من الأبوين وإن علوا، ومن الأولاد وإن نزلوا.
- (٣) بلا خلاف فيه، إلحاقاً له بأصل الدار الذي وجد فيه، كما أنه لا يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلا خلاف فيه لأصالة الحرية.

(٢١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣٥٢.

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(بخلاف) لقيط (دار الإسلام)<sup>(١)</sup> فإنه حر ظاهراً، (إلا أن يبلغ) ويرشد على الأقوى، (ويُقَرَّ على نفسه بالرق)، فيقبل منه على أصح القولين<sup>(٢)</sup>، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. وقيل: لا يقبل، لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا يتعقبها الرق بذلك، وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم، وكل مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده<sup>(٣)</sup> وجهالة نسبه، مسلماً كان أم كافراً، لمسلم أقر أم

(١) لا يملك لقيط دار الإسلام بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خير زرارة عن أبي عبد الله (اللقيط لا يُشترى ولا يباع)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حرٌ لا يباع ولا يوهب)<sup>(٢)</sup>.

(٢) من حكم بحريته ظاهراً لكونه ملفوظاً في دار الإسلام ثم أقر بالرق بعد بلوغه ففي قبول إقراره قولان: العدم، لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا يتعقبها الرق كما عن ابن إدريس ناسباً له إلى محصلي الأصحاب، والآخر القبول، لعموم النبوي (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز)<sup>(٣)</sup>، وصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرارٌ إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً)<sup>(٤)</sup>.

قال الشارح في المسالك: «ولا يخفي أن ذلك في غير معروف النسب وإلا لم يقبل قطعاً، وكذا القول في كل من أقر على نفسه بالرقية مع بلوغه وجهل نسبه، سواء كان مسلماً أم كافراً، وسواء كان المقر له مسلماً أم كافراً وإن بيع عليه قهراً».

(٣) قال الشارح في المسالك: «وهل يعتبر مع ذلك رشده، يظهر من المصنف - أي المحقق في الشرائع - عدمه، لعدم اشتراطه، واختلف كلام غيره، فمنهم من اشتراطه، ومنهم لم يشترطه من غير تعرض لعدمه، وفي التذكرة في هذا الباب اشتراطه، وفي باب اللقطة اكتفى بالبلوغ والعقل، ووجه اشتراطه واضح، لأن غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال، وهو نفسه مال، ووجه العدم أن إقراره بالرقية ليس إقراراً بنفس المال وإن ترتب عليه، كما يُسمع إقراره بما يوجب القصاص وإن أمكن رجوعه إلى المال بوجه، ويشكل فيما لو كان بيده مالٌ فإن إقراره على نفسه بالرقية يقتضي كون المال للمقر له، إلا أن يقال ثبوته تبعاً لثبوت الرقية، لا لأنه إقرار بالمال، والأقوى اعتبار الرشده انتهى».

(٢١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب اللقطة حديث ١ و ٥.

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإقرار حديث ٢.

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العتق حديث ١.

لكافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقر مسلماً، (والمسبي حال الغيبة<sup>(١)</sup>) يجوز تملكه (ولا خمس فيه) للإمام عليه السلام، ولا لفريقه<sup>(٢)</sup>، وإن كان حقه<sup>(٣)</sup> أن يكون للإمام عليه السلام خاصة، لكونه مغنوماً بغير إذنه<sup>(٤)</sup> إلا أنهم عليهم السلام أذنوا لنا في تملكه كذلك<sup>(٥)</sup> (رخصة) منهم لنا<sup>(٦)</sup>، وأما غيرنا فتقرُّ يده عليه، ويحكم له بظاهر الملك، للشبهة<sup>(٧)</sup> كتملك الخراج<sup>(٨)</sup> والمقاسمة، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً<sup>(٩)</sup>.

(ولا يستقر للرجل ملك الأصول) وهم الأبوان وأبأؤهما وإن علوا (والفروع) وهم الأولاد ذكوراً وإناثاً وإن سفلن، والإناث المحرمات كالعمة والخالة والأخت<sup>(١٠)</sup>، .....

(١) إذا كان السبي بحرب، وكانت الحرب بغير إذن الإمام عليه السلام.

(٢) وهو بنو هاشم.

(٣) حق المسي.

(٤) فيكون للإمام خاصة كما تقدم في باب الخمس.

(٥) من دون الخمس.

(٦) لأخبار التحليل، وقد تقدم عرضها في باب الخمس.

(٧) شبهة اعتقادهم بالملكية.

(٨) مع أن الخراج والمقاسمة للإمام عليه السلام.

(٩) لا غلبة ولا قهراً ولا غيلة ولا سرقة.

(١٠) وبنات الأخ وبنات الأخت بلا خلاف في ذلك كله، واقتصار البعض على ذكر البعض

ليس خلافاً في المقام قطعاً كما في الجواهر للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر الأول عليه السلام (إذا ملك الرجل والديه أو أخته

أو خالته أو عمته عتقوا، ويملك ابن أخيه وعمه، ويملك أخاه وعمه وخاله من

الرضاعة)<sup>(١)</sup>، وصحيح عبيد بن زرارة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل من

ذوي قرابته، قال: لا يملك والده ولا والدته ولا أخته ولا ابنة أخيه ولا ابنة أخته ولا

عمته ولا خالته، ويملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته، ولا يملك أمه من

الرضاعة)<sup>(٢)</sup>، وصحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا =



(نسباً) إجماعاً، (ورضاعاً) على أصح القولين<sup>(١)</sup>، للخبر الصحيح<sup>(٢)</sup>، معللاً فيه بأنه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، ولأن (الرضاع لحمه كلحمه النسب)<sup>(٣)</sup>.

= ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته، وذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً، ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال، ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته، إذا مُلكن عتقن، وقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع، وقال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجري في الرضاع مثل ذلك<sup>(٤)</sup>.

(١) بل هو المشهور، لصحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد المتقدم، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)<sup>(٥)</sup>، وصحيح الحلبي وابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأة أرضعت ابن جاريتها، فقال: تعتقه)<sup>(٦)</sup>، ومثلها غيرها.

وعن القديمين والمفيد والديلمي وابن إدريس أنه يملك هؤلاء من الرضاع، لخبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتري الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرٌ إلا ما كان من قبل الرضاع)<sup>(٧)</sup>، وصحيح الحلبي عنه عليه السلام (في بيع الأم من الرضاع؟ قال: لا بأس بذلك إذا احتاج)<sup>(٨)</sup>، وهما لا يصلحان لمعارضة ما تقدم لأنه أكثر وأشهر.

(٢) وهو صحيح ابن سنان - كما في المسالك - عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى تقطعه، يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرّم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أليس قد صار ابنها؟ فذهبت أكتبه، فقال: ليس مثل هذا يكتب)<sup>(٩)</sup>.

(٣) قال في المسالك في هذا المقام «وبقوله صلى الله عليه وسلم: الرضاع لحمه كلحمه النسب»، وقال المحقق الثاني في جامعهم في هذا المقام من بيع الحيوان: «ولظاهر قوله: الرضاع لحمه كلحمه النسب»، ولم أعرش على هذه الرواية من كتبنا، نعم ورد في الوسائل (الولاء لحمه كلحمه النسب)<sup>(١٠)</sup>.

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و٢ و٣.

(٤ و٥) التهذيب ج ٨ حديث ١١٨ - ١١٩، ص ٢٤٥.

(٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب العتق حديث ٣.

(٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العتق حديث ٦ و٧.

(ولا) يستقر (للمرأة ملك العمودين)<sup>(١)</sup> الآباء وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، ويستقر على غيرهما، وإن حرم نكاحه كالأخ والعم والخال، وإن استحب لها اعتاق المحرم، وفي إحقاق الخنثى هنا<sup>(٢)</sup> بالرجل أو المرأة نظراً، من الشك<sup>(٣)</sup> في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين، فيوجب الشك في عتقهم، والتمسك<sup>(٤)</sup> بأصالة بقاء الملك، ومن إمكانها<sup>(٥)</sup> فيعتقون، لبنائه<sup>(٦)</sup> على التغليب، وكذا الإشكال لو كان<sup>(٧)</sup> مملوكاً، وإحقاقه بالأنثى في الأول<sup>(٨)</sup>، وبالذكر في الثاني<sup>(٩)</sup> لا يخلو من قوة، تمسكاً بالأصل<sup>(١٠)</sup> فيهما.

والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر أنه يملك ابتداء بوجود سبب الملك آناً قليلاً لا يقبل غير العتق، ثم يعتقون، إذ لولا الملك لما حصل

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المرأة ما تملك من قرابتها، فقال: كل أحد إلا خمسة: أبوها وأمها وابنتها وزوجها)<sup>(١)</sup>، وعدم تملكها لزوجها من ناحية بقاء العلقة الزوجية، وإلا إذا ملكته بما هي زوجة يبطل العقد وتحرم عليه ما دام عبدها كما سيأتي في باب النكاح، ولازم هذا الحصر جواز تملكها لمن يحرم نكاحه كالأخ والعم والخال.

(٢) في صورة المالكية.

(٣) دليل عدم انعقاد ما يملكه الخنثى من النساء المحارم.

(٤) دليل ثانٍ لعدم الانعقاد.

(٥) دليل الانعقاد، والضمير راجع إلى الذكورية، والمعنى: أن الذكورية ممكنة في الخنثى فانعقاد ما يملكه من النساء المحارم ممكن.

(٦) لبناء العتق.

(٧) الخنثى، بحيث لو ملكه من ينعق عليه لو كان أنثى، كما لو ملكه الرجل ودار أمر الخنثى بين كونه عمّاً للمالك أو عمّة، فالشك في أنوثته موجب للشك في انعقاده مع التمسك بأصالة بقاء الملك، ومن إمكان الأنوثة في المملوك فيعتق لبناء العتق على التغليب، ولا يخفى ضعف الثاني في الموردين.

(٨) في المالكية.

(٩) في المملوكية.

(١٠) وهو أصالة بقاء الملك.

العتق<sup>(١)</sup>، ومن عبّر من الأصحاب بأنهما<sup>(٢)</sup> لا يملكان ذلك<sup>(٣)</sup> تجوز في إطلاقه<sup>(٤)</sup> على المستقر<sup>(٥)</sup>، ولا فرق في ذلك<sup>(٦)</sup> كله بين الملك القهري والاختياري<sup>(٧)</sup>، ولا بين الكل والبعض<sup>(٨)</sup>، فيقوم عليه باقيه إن كان مختاراً<sup>(٩)</sup> على الأقوى، وقرابة الشبهة بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنا على الأقوى، لأن الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة<sup>(١٠)</sup>، ويفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل والمرأة: أن الصبي والصبية لا يعتق عليهم ذلك<sup>(١١)</sup> لو ملكوه إلى أن يبلغوا، والأخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك<sup>(١٢)</sup>، وبعضه أصالة البراءة، وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف<sup>(١٣)</sup>.

- (١) إذ لا عتق إلا في ملك كما سيأتي في بابه.
  - (٢) الرجل والمرأة.
  - (٣) العمودين، وكذا من يجرم نكاحه من النساء بالنسبة للرجل.
  - (٤) إطلاق الملك.
  - (٥) وملكية العمودين ملك غير مستقر لتعقبه بالعتق فلذا عبّر البعض بعدم الملكية.
  - (٦) في عدم استقرار ملك الرجل للعمودين ومن حرم نكاحه من النساء، وفي عدم استقرار ملك المرأة للعمودين.
  - (٧) لإطلاق الأدلة السابقة.
  - (٨) لإطلاق الأدلة السابقة.
  - (٩) وبشرط إيساره أيضاً، إلا إذا كان الملك قهرياً كالإرث، على ما سيأتي تفصيله في باب العتق.
  - (١٠) فولد الزنا وإن كان من مائه ويتبعه لغةً لكن الشارع قد نفاه عنه، ولم يذهب إلى العكس أحد ولكنه احتمال قد يتوهم.
  - (١١) العمودان والنساء المحارم بالنسبة للرجل.
  - (١٢) كقول الفقهاء.
  - (١٣) وفيه: أن النصوص السابقة المتضمنة للفظ «الرجل والمرأة» لم تكن بصدد اشتراط بلوغ المالك ليخرج الصبي والصبية، بل إنما كان ذكرهما باعتبار أن المالك غالباً ما يكون رجلاً أو امرأة، وإلا فنصوص أم الولد كافية في انتفاع العمودين على المالك وإن كان صغيراً، وهي كثيرة.
- منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام): أيما رجل ترك سرية لها ولده أو في بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربا غنقت، وإن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله أحق، فإن كان =

(ولا تمنع الزوجية من الشراء<sup>(١)</sup>) فتبطل) الزوجية ويقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، وإن كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقاً<sup>(٢)</sup>، وهو موضع وفاق، وعُتِل ذلك<sup>(٣)</sup> بأن التفصيل في جِلّ الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، وباستلزامه<sup>(٤)</sup> اجتماع علتين على معلول واحد، ويضعف بأن علل الشرع معرّفات، وملك البعض كالكل، لأن البعض لا يتبع بعض.

(والحمل يدخل) في بيع الحامل (مع الشرط)<sup>(٥)</sup> أي: شرط دخوله لا بدونه

= لها ولد وترك مالا جُعِلت في نصيب ولدها<sup>(١)</sup>، ولذا ادعى الإجماع على عدم الفرق كاشف الغطاء في شرحه على القواعد كما في الجواهر.

(١) يجوز أن يتملك أحد الزوجين صاحبه بالشراء أو الإنهاب أو غيرها، ويستقر الملك وتبطل الزوجية، فإن كان المالك هو الزوجة حرم عليه وطء مملوكها للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: ليس بينهما نكاح)<sup>(٢)</sup>، وخبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء)<sup>(٣)</sup>، وإن كان المالك هو الزوج فيستبيحها بالملك لا بالزوجية، ويشهد له قوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾<sup>(٤)</sup>، والتفصيل قاطع للشركة.

وعُتِل أيضاً بأن بقاء الزوجية مع حدوث الملك يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي، وهو ممنوع، ورُدّ، بأن علل الشرع معرّفات.

وعلى كل لا فرق في الملك بين الكل والبعض، إذ البعض لا يتبع بعض، ولا فرق بين الدائم والمنقطع والتحليل لاتحاد المدرك.

(٢) لا تزويجاً ولا ملكاً.

(٣) بطلان الزوجية.

(٤) وباستلزام بقاء الزوجية مع حدوث الملك.

(٥) إذا وقع البيع على الحامل سواء كان إنساناً أم حيواناً فالولد للبايع على المشهور إذا لم يكن عرفاً بالتبعية، إلا أن يشترطه المشتري فهو له، بلا خلاف فيه عملاً بالشرط.

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

(٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢٥٤.

(٤) سورة المؤمنون، الآيتان: ٦٥.

في أصح القولين، للمغايرة كالثمرة، والقائل بدخوله مطلقاً<sup>(١)</sup> ينظر إلى أنه كالجاء من الأم، وفرع عليه عدم جواز استثنائه، كما لا يجوز استثناء الجزء المعين<sup>(٢)</sup> من الحيوان، وعلى المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط، لأنه تابع، سواء قال: بعنقها وحملها، أم قال: وشرطت لك حملها، ولو لم يكن معلوماً<sup>(٣)</sup> وأريد ادخاله فالعبارة الثانية ونحوها لا غير، ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد<sup>(٤)</sup> وعدمه فهو للمشتري، لأصالة عدم تقدمه<sup>(٥)</sup>، فلو اختلفا في وقت العقد<sup>(٦)</sup> قَدِم قول البائع مع اليمين، وعدم البيئة للأصل، والبييض تابع مطلقاً<sup>(٧)</sup>، - لا كالحمل - كسائر الأجزاء<sup>(٨)</sup> وما يحتويه البطن.

(ولو شرط فسقط قبل القبض رجوع) المشتري من الثمن (بنسبته)<sup>(٩)</sup> لفوات

= وعن الشيخ في المبسوط والقاضي في المهذب والجواهر أنه للمشتري مع الإطلاق بدعوى أنه جزء من الحامل فيدخل، بل لا يصح استثناءه كما لا يصح استثناء الجلد والرأس، وهو ضعيف، لعدم تعلق البيع بالحامل بما هو حامل، بل تعلق بالحيوان بما هو هو والحمل ليس جزءاً منه بخلاف الرأس والجلد.

وعلى المشهور لو شرطه المشتري يدخل وإن كان مجهولاً لأنه تابع للمعلوم، ولا فرق في الاشتراط بين قول البائع: بعنقها وحملها، أو شرطت لك حملها ونحوه، ولو لم يكن الحمل متحققاً عند البيع وأراد الاشتراط على تقدير تحققه واقعاً فالعبارة الثانية.

(١) وإن لم يشترط.

(٢) كالرأس والجلد.

(٣) متحققاً عند البيع، وأراد إدخاله على تقدير تحققه.

(٤) بأن ولدته في وقت يمتثل وجوده عند البيع.

(٥) عدم تقدم الحمل على العقد.

(٦) مع العلم بزمان تحقق الحمل، والبائع يدعي البيع بعد هذا الزمن ليكون الحمل له، والمشتري يدعي البيع قبله ليكون الحمل له، فيقدم قول البائع مع اليمين عند عدم البيئة لأصالة عدم تقدم العقد على الحمل.

(٧) سواء شرط دخوله أم لا، لأن البييض كسائر أجزاء الحيوان.

(٨) كما أن الأجزاء وما يحتويه البطن يدخل في المبيع وإن لم يشترط المشتري فكذلك البييض.

(٩) بنسبة الحمل من الثمن، وطريق ذلك أن تُقَوِّم الأمة حاملاً ومجهضاً لا حائلاً ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن.

بعض المبيع (بأن يقوم حاملاً ومجهضاً) أي: مسقطاً لا حائلاً للاختلاف<sup>(١)</sup>، ومطابقة الأول<sup>(٢)</sup> للواقع، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن.

(ويجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان) كالنصف والثلث<sup>(٣)</sup>، (لا معين) كالرأس والجلد<sup>(٤)</sup>، .....

(١) بين المجهض والحائل، إذ الإجهاض في الأمة عيب ربما نقص القيمة.

(٢) كونها مجهضاً.

(٣) بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر، لوجود مقتضي الصحة مع عدم المانع فتشمله عمومات صحة البيع وحليته والوفاء بالعقود، نعم قال في الجواهر: «أما المذبح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، وأولى منه المسلوخ، وهو مبني على أنه بالذبح يكون موزوناً وفيه بحث».

(٤) وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: القول بالصحة مطلقاً كما عن السيد في الانتصار وابن الجنيد.

الثاني: البطلان مطلقاً للجهالة، ولم يُعرف قائله.

الثالث: البطلان إلا في المذبح فالصحة كما عن العلامة في القواعد والتذكرة، وفي المختلف زيادة ما يقصد به الذبح، وهو الذي قواه الشارح في المسالك والروضة.

الرابع: الصحة مطلقاً، غايته فيما لا يقصد به الذبح يكون شريكاً بنسبة القيمة بحيث يُقوّم ثمن الجزء المعين إلى تمام قيمة الحيوان فلو كانت النسبة رباعاً مثلاً فهو شريك بهذه النسبة.

الخامس: الصحة، وهو شريك بنسبة القيمة مطلقاً فيما أريد الذبح وغيره، وهو قول ابن سعيد.

والعمدة في المسألة خير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان، اشترى أحدهما من الآخر بغيراً، واستثنى البيع - البائع - الرأس أو الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد<sup>(١)</sup>)، وخبر هارون بن حمزة الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل شهد بغيراً مريضاً وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم وأشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد، ففضى أن البعير برىء فبلغ ثمانية دنانير، فقال عليه السلام: لصاحب =

ولا يكون شريكاً بنسبة قيمته<sup>(١)</sup> على الأصح، لضعف مستند الحكم بالشركة، وتحقق الجهالة، وعدم القصد إلى الإشاعة، فيبطل البيع بذلك<sup>(٢)</sup>، إلا أن يكون مذبوحاً، أو يراد ذبحه، فيقوى صحة الشرط.

(ويجوز النظر إلى وجه المملوكة إذا أراد شراءها، وإلى محاسنها) وهي مواضع الزينة كالكفين، والرجلين، والشعر وإن لم يأذن المولى<sup>(٣)</sup>، ولا تجوز الزيادة عن

= الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال أريد الرأس والجلد فليس له ذلك، هذا الضرار، وقد أعطي حقه إذا أعطي الخمس<sup>(٤)</sup>.

وإطلاق الخبرين يدل على القول الخامس، إلا أن المستند ضعيف والجهالة متحققة والشركة المشاعة غير مقصودة، فالقول بالبطلان مطلقاً، أو في غير ما يراد ذبحه، أو يكون مذبوحاً منتهج تبعاً للقواعد المقررة، وأما الاستثناء فصحيح لإمكان تسليمه إلى المشتري.

(١) قيمة الجزء المعين.

(٢) بالجهالة وعدم القصد إلى الإشاعة.

(٣) لإطلاق الأخبار.

منها: خبر حبيب بن المعلّى الخثعمي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني اعترضت جواري المدينة فأمذيت، فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، وأما لمن لا يريد أن يشتري فإني أكرهه)<sup>(٥)</sup>، وخبر عمران الجعفري عن أبي عبد الله عليه السلام (لا أحب للرجل أن يقلب إلا جارية يريد شراءها)<sup>(٦)</sup>، وخبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها، قال: لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها، ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه)<sup>(٧)</sup>.

ومقتضى الإطلاق جواز النظر إلى محاسنها من دون إذن المولى، ومقتضاه أن الجواز المذكور مختص بمن يريد الشراء، والخبر الأخير صريح في النظر إلى المحاسن، وهي الوجه والكفان والشعر والساقان، ولذا ورد في خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها)<sup>(٨)</sup>.

وعن العلامة في التذكرة جواز النظر إلى ما دون العورة ومال إليه في الحدائق، لإطلاق الأخبار أو خصوص خبر أبي بصير المتقدم، وفيه: أنها صريحة في جواز النظر إلى محاسنها المكشوفة، نعم يزداد عليها الساق لخبر الحسين بن علوان.

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣٠٢.

(٤ و٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤٠٤.

ذلك إلا بإذنه، ومعه<sup>(١)</sup> يكون تحليلاً، يتبع ما دل عليه لفظه حتى العورة، ويجوز مس<sup>(٢)</sup> ما أبيع له نظره مع الحاجة، وقيل: يباح له النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن، وهو بعيد.

(ويستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه<sup>(٣)</sup>) أي: بعده، وقوى في الدروس اطراذه في الملك الحادث مطلقاً<sup>(٤)</sup>، (والصدقة عنه بأربعة دراهم<sup>(٥)</sup>) شرعية، (وإطعامه) شيئاً (حلواً، ويكره وطء) الأمة (المولودة من الزنا بالملك، أو بالعقد، للنهي) عنه في الخبر<sup>(٦)</sup>، .....

(١) مع إذن المولى.

(٢) لخبر أبي بصير المتقدم.

(٣) لصحيح زرارة (كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل ومعه ابن له، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما تجارة ابنك؟ فقال: التخنس، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتري شيئاً ولا عيباً، وإذا اشتريت رأساً فلا يرين ثمنه في كفة الميزان، فما من رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأقلح، وإذا اشتريت رأساً فغير اسمه، وأطعمه شيئاً حلواً إذا ملكته، وتصدق عنه بأربعة دراهم<sup>(١)</sup>).

(٤) بالشراء وغيره.

(٥) لصحيح زرارة المتقدم، وهو مستند استحباب إطعامه شيئاً حلواً.

(٦) والأخبار كثيرة.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل تكون له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي<sup>(١)</sup>)، وهو ظاهر في الكراهة، وخبر عبد الله بن سنان (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ولد زنا يُنكح؟ قال: نعم ولا تطلب ولدها<sup>(٢)</sup>)، وخبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام: الخبيثة يتزوجها الرجل، قال: لا، وقال: إن كان له أمة وطأها ولا يتخذها أم ولده<sup>(٣)</sup>)، وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس<sup>(٤)</sup>)، وخبر ثعلبة وعبد الله بن هلال عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج ولد الزنا، قال: لا =

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(٢) ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يجرم بالصاهرة حديث ١٥ و ٢٠ و ٤١.



معللاً بأن (ولد الزنا لا يفلح)<sup>(١)</sup>، وبالعار<sup>(٢)</sup>، وقيل: يجرم بناءً على كفره، وهو ممنوع، (والعبد لا يملك شيئاً)<sup>(٣)</sup>.....

= بأس، إنما يكره ذلك مخافة العار، وإنما الولد للصلب وإنما المرأة وعاء، قلت: الرجل يشتري خادماً ولد زنا فيطأها؟ قال: لا بأس<sup>(١)</sup>، وعن ابن إدريس المنع بناءً على كفر ولد الزنا وتحريم وطء الكافرة، والمقدمتان ممنوعتان، أما الأولى فلما تقدم في كتاب الطهارة، وأما الثانية فلما سيأتي في كتاب النكاح.

(١) هذا خبر رواه في الغوالي (ولد الزنا لا يفلح أبداً)<sup>(٢)</sup>، وهو لا يتضمن النهي عن التزويج بولد الزنا، فلو قال الشارح هنا كما قال في المسالك لكان أجود، قال في المسالك بعد حكم المحقق بكراهة وطء من ولدت من الزنا: «هذا هو الأجود حملاً للنهي على الكراهة، وعُلم بأن ولد الزنا لا يفلح، وبالعار».

(٢) كما في خبر ثعلبية وابن هلال المتقدم.

(٣) كما عليه الأكثر كما عن التذكرة لقوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ومن رزقناه مثاً رزقاً حسناً فهو ينفق منه سرّاً وجهراً هل يستون﴾<sup>(٣)</sup>، ووصف العبد بعدم القدرة بمنزلة الحكم عليه بذلك فهو غير قادر حتى على التملك، وقد نسب الشارح في المسالك والروضة هنا هذا القول إلى جماعة وجعل التملك في الجملة مذهب الأكثر، وعليه فقيل: إنه يملك فاضل الضريبة التي يضربها عليه مولاه، وهو المنسوب للشيخ والقاضي، لصحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضي بذلك، فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة، فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك)<sup>(٤)</sup> الحديث.

وقيل: يملك أرش الجنابة خاصة، وقيل: ما ملكه مولاه مع أرش الجنابة وفاضل الضريبة، وقيل: ما ملكه مولاه خاصة، ولم يُعرف القائل بها كما في الجواهر.

وذهب الصدوق وتبعه المحقق على أنه يملك مطلقاً ولكنه محجور عليه بالرق حتى بأذن له المولى جمعاً بين الأخبار الدالة على تملكه، وهي كثيرة ومبشورة في أكثر من باب، =

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يجرم بالمصاهرة حديث ٨.

(٢) غوالي اللئالي ج ٣ ص ٥٣٤ حديث ٢٥.

(٣) سورة النحل، الآية: ٧٥.

(٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

مطلقاً<sup>(١)</sup> على الأقوى، عملاً بظاهر الآية، والأكثر على أنه يملك في الجملة، فقيل: فاضل الضريبة وهو مروى، وقيل: أرض الجنابة، وقيل: ما ملكه مولاه معهما، وقيل: مطلقاً، لكنه محجور عليه بالرق، استناداً إلى أخبار، يمكن حملها على إباحة تصرفه في ذلك بالإذن جمعاً.

وعلى الأول<sup>(٢)</sup> (فلو اشتراه ومعه مال للبايع<sup>(٣)</sup>)، لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه<sup>(٤)</sup>، لعدم دلالة عليه، (إلا بالشرط، فيزاعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوماً لهما، أو ما في حكمه<sup>(٥)</sup>، وسلامته من الربا بأن يكون

= وسيأتي التعرض لها في كتاب العتق، وبين الآية، وقد استحسنت الشهيد في حواشيه، مع أن الشارح في المسالك والروضة هنا حمل خيار التملك على إباحة تصرفه في ذلك مع إذن المولى من دون ملكه لرقبة المال لدلالة الآية على عدم قدرته على التملك.

(١) في قبال التفصيلات الآتية.

(٢) وهو عدم التملك.

(٣) الذي هو المولى، لأن المال له مع عدم اندراج المال في اسم العبد، بل إضافته إليه إنما هي لأدنى ملائسة، والبيع قد وقع على العبد فقط، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألت عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً، فقال: المال للبايع إنما باع نفسه، إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له مال أو متاع فهو له)<sup>(١)</sup>، وخبر الزهري عن سالم عن أبيه (قال رسول الله ﷺ: من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع)<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن البراج التفصيل بأنه إذا لم يعلم به البايع فالمال له، وإذا علم فالمال للمشتري لصحيح زارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك وله مال، لمن ماله؟ فقال: إن كان علم البايع أن له مالاً فهو للمشتري، وإن لم يكن علم فهو للبايع)<sup>(٣)</sup>، ويضعف بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغة تدل عليه، مع إمكان حمل هذا الصحيح على اشتراط المال للمشتري عند علم البايع فلا تعارض، وهذا الجمع من دون شاهد ولكنه أولى من الطرح.

(٤) نفس العبد.

(٥) بأن يكون مشاهداً مما يكفي فيه المشاهدة.

الثلث مخالفاً لجنسه<sup>(١)</sup> الربوي، أو زائداً عليه<sup>(٢)</sup>، وقُبِضَ مقابل الربوي في المجلس وغيرها.

(ولو جعل العبد) لغيره (جُعلاً على شرائه لم يلزم<sup>(٣)</sup>)، لعدم صحة تصرفه بالحجر، وعدم الملك، وقيل: يلزم إن كان له مال، بناءً على القول بملكه، وهو ضعيف<sup>(٤)</sup>، (ويجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها<sup>(٥)</sup>) إن كان قد وطأها

(١) جنس المال الموجود عند العبد.

(٢) على المال الموجود عند العبد، والمعنى: أن الثمن الذي دفع في قبالة العبد بشرط ماله فالبيع المشتمل عليه صحيح إذا كان الثمن مخالفاً لجنس المال الموجود عند العبد، وإلا فيجب أن يكون زائداً عليه لتكون الزيادة في قبالة العبد، وفي هذه الصورة الأخيرة عند توافق الثمن للمال الموجود عند العبد بالجنس فما وقع من الثمن في قبالة هذا المال يجب قبضه في المجلس وغير ذلك من شروط بيع الصرف كما هو واضح، لأن المال منحصر في الذهب والفضة في العصور السابقة.

(٣) لعدم الملك، وعلى القول بملكه فهو محجور عليه فيتوقف جعله على إذن المولى، وعن الشيخ وأتباعه أنه يلزم إذا كان له مال، لخبر الفضيل (قال غلام سندي لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت قلت لمولاي: بعني بسبعماية درهم وأنا أعطيك ثلاثماية درهم، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إن كان لك يوم شرطت أن تعطيه شيء فعليك أن تعطيه، وإن لم يكن لك يومئذ شيء فليس عليك شيء)<sup>(١)</sup>.

(٤) القول بالملك.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح حفص بن البخري عن أبي عبد الله عليه السلام (وقال في رجل يبيع الأمة من رجل: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع)<sup>(١)</sup>، وخبر ربيع بن القاسم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التي لم تبلغ الحيض ويخاف عليها الحمل، قال: يستبرئ، رحمها الذي يبيعها بخمسة وأربعين ليلة، والذي يشتريها بخمسة وأربعين ليلة)<sup>(٢)</sup>، وموثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (الاستبراء على الذي يبيع الجارية واجب إن كان يطؤها، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً)<sup>(٣)</sup>، وموثق سماعة (سألت عن رجل اشترى =

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣٥٢.

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.

وإن عزل، (بحيضة، أو مضي خمسة وأربعين يوماً فيمن لا تحيض، وهي في سن من تحيض، ويجب على المشتري أيضاً استبرأها، إلا أن يجبره الثقة بالاستبراء<sup>(١)</sup>)، والمراد بالثقة العدل، وإنما عبر به<sup>(٢)</sup> تبعاً للرواية<sup>(٣)</sup>، مع احتمال الإكتفاء بمن تسكن

= جارية وهي طامت أستبرئ. رحها بحيضة أخرى أم تكفيه هذه الحيضة؟ قال: لا، بل تكفيه هذه الحيضة فإن استبرأها أخرى فلا بأس، هي بمنزلة فضل<sup>(٤)</sup>، والحاصل وجوب الاستبراء على البائع أو على المشتري وأن استبرأها بحيضة إن كانت ممن تحيض، وإلا فلو كانت في سن من تحيض وهي لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً، وأن الاستبراء واجب إذا وطأها البائع لموثق عمار المتقدم وإلا فلا يجب، لصحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إني لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها)<sup>(٥)</sup>.

ثم المشهور على عدم اختصاص الاستبراء بالبيع، بل كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبة أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء خلافاً لابن إدريس حيث خصه بالبيع فقط للأصل، وهو ضعيف، لأن ذكر البيع في النصوص المقدمة من باب المثال حيث هو الغالب من أسباب التملك، وخبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام (نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس يوم أوطاس: أن استبرؤا سباياكم بحيضة)<sup>(٦)</sup>.

(١) لخبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام (إذا اشتريت جارية فضمن لك مولاها أنها على طهر فلا بأس بأن تقع عليها)<sup>(٧)</sup>، ومرسل المفيد في المقنعة (روي أن لا بأس أن يطأ الجارية من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها وكان صادقاً في ظاهره مأموناً)<sup>(٨)</sup>، والفقه الرضوي (فإن كان البائع ثقة وذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، وإن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضة)<sup>(٩)</sup>.

(٢) بالثقة.

(٣) وهي صحيح حفص بن البخاري المتقدم، ولكنها واردة فيما لو أخبره بعدم وطئه لها لا باستبرائها، والأمر سهل لاتحاد الحكم فيهما.

- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.  
 (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.  
 (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.  
 (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣ و٦.  
 (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

النفس إلى خبره<sup>(١)</sup>، وفي حكم إخباره له بالإستبراء إخباره بعدم وطنها<sup>(٢)</sup>.

(أو تكون لامرأة)<sup>(٣)</sup> وإن أمكن تحليلها لرجل، لإطلاق النص، ولا يلحق بها<sup>(٤)</sup> العنين والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء، وإن شارك<sup>(٥)</sup> فيما ظن كونه علة، لبطلان القياس<sup>(٦)</sup>، وقد يجعل بيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلة إلى إسقاط الإستبراء<sup>(٧)</sup>، نظراً إلى إطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطنها، لأنها<sup>(٨)</sup> ليست منصوصة، ومنع العلة المستنبطة وإن كانت

(١) وهو قوي.

(٢) كما في صحيح حفص المتقدم.

(٣) يسقط استبراؤها على المشتري لو كانت الجارية لامرأة على المشهور، للأخبار.

منها: خبر رفاعة (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها، قال: لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرأها)<sup>(١)</sup>.

وعن ابن إدريس والفخر وجوب الاستبراء لاحتمال وطنها بالتحليل وهو مندفع لإطلاق الخبر، وهل يلحق بها أمة العنين والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء؟ ذهب الشارح في المسالك والروضة هنا إلى عدم الإلحاق لأنه قياس وهو باطل عندنا، وذهب صاحب الجواهر وغيره إلى الإلحاق لا للقياس الباطل في مذهبنا بل لما تقدم من أن الاستبراء من أجل العلم بوطنها من قبل المالك فلذا لو كان أميناً وأخبر بعدم وطنها سقط استبراؤها، فكذا هنا لعدم العلم بوطنها ولو بالتحليل.

(٤) بالمرأة.

(٥) شارك المذكور من العنين والمجبوب والصغير المرأة فيما ظن كونه علة لعدم الاستبراء، وهو الأمن من الوطء لعدم تحقق الدخول من قبل المالك المذكور.

(٦) تعليل لعدم الإلحاق.

(٧) كما لو وطأها المالك ثم باعها لامرأة فيجوز شراؤها حينئذ من غير استبراء، لاندراجها في أمة المرأة فيشمئطها النص المتقدم من أن أمة المرأة لا استبراء عليها إذا اشترت، والنص مطلق غير مقيد بكون سقوط الاستبراء عند الأمن من وطنها.

(٨) هذه العلة المذكورة.

مناسبة<sup>(١)</sup>، (أو تكون يائسة، أو صغيرة<sup>(٢)</sup>، أو حائضاً<sup>(٣)</sup>) إلا زمان حيضها<sup>(٤)</sup> وإن بقي منه لحظة.

(واستبراء الحامل بوضع الحمل)<sup>(٥)</sup>.....

(١) تعليل عدم وجوب الاستبراء بالأمن من وطئها إنما هي علة مستنبطة فلا تصلح مدركاً للحكم الشرعي وإن كانت مناسبة في المقام.

(٢) فالصغيرة التي لم تبلغ التسع، واليائسة التي بلغت حد اليأس فلا استبراء لهما بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن عبد الله (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 يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدة لها، والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر)<sup>(١)</sup>.

(٣) فيسقط استبراؤها، ويجوز له وطؤها إلا زمان حيضها، لموثق سماعة (سألت عن رجل اشترى جارية وهي طامث أبتبرئ، رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة، قال: لا، بل تكفيه هذه الحيضة، فإن استبرأها بحيضة أخرى فلا بأس، هي بمنزلة فضل)<sup>(٢)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن رجل اشترى جارية وهي حائض، قال: إذا طهرت فليمسها إن شاء)<sup>(٣)</sup>، وعدم جواز الوطء حال الحيض لا لأنه استبرأ بل لعدم جواز الوطء فيه بما هو حيض.

وعن ابن إدريس عدم الاكتفاء بإتمام الحيضة، وكأنه اجتهاد في مقابلة النص كما في الجواهر.

(٤) وإن سقط الاستبراء عن الحائض لكنه لا يجوز له وطؤها زمن الحيض وإن بقي منه مقدار لحظة.

(٥) اختلف كلام الأصحاب في تحريم وطء الأمة الحامل ومدته بسبب اختلاف الأخبار، ففي بعضها النهي عن وطئها حتى تضع، كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (في

الوليدة يشتريها الرجل وهي حبل، قال: لا يقربها حتى تضع ولدها)<sup>(٤)</sup>، وموثق مسعدة =

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

مطلقاً<sup>(١)</sup>، لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها، واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمة له، والأقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام لحملها، وكراهة وطئها بعدها إلا أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً<sup>(٢)</sup> على كراهة، جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على المنع مطلقاً<sup>(٣)</sup> كالسابق، وبعض على التحديد بهذه الغاية<sup>(٤)</sup>، بحمل الزائد على الكراهة.

= ابن صدقة (قال أبو عبد الله عليه السلام): يحرم من الإماء عشر: لا تجمع بين الأم والبنت، ولا بين الأختين، ولا أمك وهي حامل من غيرك حتى تضع<sup>(١)</sup>، ومثلها غيرها. وفي بعضها لا بأس بنكاحها إذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، كصحيح رفاة (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قلت: اشترى الجارية - إلى أن قال - فإن كان حلّ فمالي منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج)<sup>(٢)</sup>. فبعض الأصحاب حمل الطائفة الأولى على ما لو كان الحمل من جل أو شبهة أو كان مجهولاً، وحمل الطائفة الثانية على الحمل من الزنا، ومنهم من ألحق المجهول بالزنا، ومنهم من أسقط اعتبار الزنا، ومنهم من حمل الطائفة الثانية على التحريم والأولى على الكراهة، وهو الذي استقره الشارح في المسالك والروضة مع عدم اعتبار الزنا فيجوز فيه الوطء قبل المدة المذكورة وبعدها.

هذا وقد اضطرب فيها كلام الأساطين حتى أن العلامة في القواعد ذهب إلى ثلاثة أقوال فيه، ففي كتاب بيع الحيوان أنه يحرم وطء الحامل قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام ويكره بعده إن كان عن زنا، وفي غيره إشكال، وفي كتاب النكاح يحرم الوطء إلى الوضع فيما عدا الزنا ومجهول الحال، مع الحكم بالكراهة في المجهول بعد أربعة أشهر وعشرة أيام ونفي البأس عن الزنا، وفي كتاب الطلاق جعل الوطء مكروهاً بعد أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كان الحمل من زوج أو مول أو شبهة وقيل ذلك حراماً مع سكوته عن الزنا والمجهول.

(١) سواء كان من حل أم شبهة أم زنا أم مجهول الحال.

(٢) حتى قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام.

(٣) حتى تضع ولدها.

(٤) وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.

(ولا يحرم في مدة الإستبراء غير الوطء)<sup>(١)</sup> قبلاً ودبراً<sup>(٢)</sup> من الاستمتاع على الأقوى، للخبر الصحيح<sup>(٣)</sup>، وقيل: يحرم الجميع، ولو وطئ<sup>(٤)</sup> في زمن الإستبراء أثم وعُزِّر مع العلم بالتحريم، ولحق به الولد، لأنه فراش كوطئها حائضاً، وفي سقوط الإستبراء حينئذ وجه، لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان، والأقوى

(١) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت: اشتري الجارية - إلى أن قال - فإن كانت حبل فعمالي منها إذا أردت؟ قال: لك ما دون الفرج)<sup>(١)</sup>، وخبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري الجارية وهي حامل ما يحل له منها؟ فقال: ما دون الفرج)<sup>(٢)</sup>، وعن الشيخ في المبسوط حرمة جميع الاستمتاع، لموثق إبراهيم بن عبد الحميد (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية وهي حبل أبطؤها؟ قال: لا، قلت: فدون الفرج؟ قال: لا يقربها)<sup>(٣)</sup>، وهو محمول على الكراهة جمعاً.

(٢) كما عن المحقق الكركي وجماعة لإطلاق بعض الأخبار، كخبر محمد بن قيس المتقدم (لا يقربها حتى تضع ولدها)<sup>(٤)</sup>، وخبر الرازي عن أبيه عن الرضا عن آبائه عليهم السلام (نهى النبي صلى الله عليه وآله عن وطء الحبال حتى يضعن)<sup>(٥)</sup>، والنهي عن المقاربة يشمل الدبر.

وعن المحقق وجماعة اختصاص حرمة الوطء بالفرج فقط، وهو الظاهر من صحيح رفاعه وخبر أبي بصير المتقدمين وغيرهما، حيث عُلق النهي على الفرج، وهو ظاهر في خصوص القبل.

(٣) وهو صحيح محمد بن بزيع كما في المسالك، وقد رواه الشيخ في التهذيب والاستبصار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية - إلى أن قال - قلت: يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم ولا يقرب فرجها)<sup>(٦)</sup>.

(٤) لو وطئها المشتري في زمن الاستبراء أثم لمخالفته النهي عن مقاربتها حال الاستبراء، وعُزِّر مع العلم بالتحريم على حسب ما يراه الحاكم، ويلحق به الولد لأنها فراشه حينئذ كما لو وطئها حائضاً، وقال الشارح في المسالك: «وهل يسقط الاستبراء حينئذ نظرًا، من انتفاء فائدته وحكمته حيث قد اختلط الماءان، ولحق به الولد الذي يمكن تجده، ومن إطلاق الأمر بالاجتناب في المدة وهي باقية».

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥٣ و٥٢ و٥١.

(٤ و٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٧٠ و٧١.

(٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.



وجوب الاجتناب بقية المدة، لإطلاق النهي فيها، ولو وطأ الحامل بعد مدة الإستبراء عزل<sup>(١)</sup>، فإن لم يفعل كره بيع الولد<sup>(٢)</sup>، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به، للخير<sup>(٣)</sup> معللاً بتغذيته بنطفته، وأنه شارك في إتمامه<sup>(٤)</sup>، وليس في الأخبار تقدير القسط، وفي بعضها<sup>(٥)</sup> أنه يعتقه ويجعل له شيئاً يعيش به، لأنه غذاه بنطفته.

وكما يجب الإستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل وحادث بغيره من العقود، وبالسبي والإرث<sup>(٦)</sup>، وقضره على البيع ضعيف، ولو باعها من غير

(١) عزل استحباباً، لموثق إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً قد استبان حملها فوطأها، قال: بش ما صنع، فقلت: ما تقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليقت الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد، ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به فإنه غذاه بنطفته)<sup>(١)</sup>.

(٢) المحكي عن الشيخين والحليين والطوسي والديلمي حرمة البيع، لظاهر النهي في الموثق المتقدم، وفيه: أنه ظاهر بالكراهة بقرينة قوله (ولا يورثه) فيكون ظاهراً أنه بمنزلة الولد لا أنه ولد حقيقة ليحرم بيعه.

(٣) وهو الموثق المتقدم.

(٤) كما في خير غيات بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (من جامع أمة حبل من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترق، لأنه شارك فيه الماء تمام الولد)<sup>(٢)</sup>، وخير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله ﷺ دخل على رجل من الأنصار وإذا وليدة عظيمة البطن تختلف، فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله وبها هذا الحبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم، قال: اعتق ما في بطنها، قال: يا رسول الله بيم استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غذت سمعه وبصره ولحمه ودمه)<sup>(٣)</sup>.

(٥) وهو موثق إسحاق بن عمار المتقدم.

(٦) على المشهور، وقصر ابن إدريس وجوب بالاستبراء في البيع فقط وهو ضعيف، وقد تقدم البحث فيه فراجع.

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣ و٢.

استبراء أثم وصح البيع<sup>(١)</sup>، وغيره<sup>(٢)</sup>، ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها، لصيرورتها ملكاً له، ولو أمكن إبقاؤها برضاه<sup>(٣)</sup> مدة الإستبراء، ولو بالوضع في يد عدل وجب<sup>(٤)</sup>، ولا يجب على المشتري الإجابة.  
(ويكره التفرقة بين الطفل والأم قبل سبع سنين) في الذكر والأنثى<sup>(٥)</sup>.

(١) اثم لأنه خالف النهي، وصح البيع لأن النهي قد تعلق بأمر خارج عن حقيقته.

(٢) غير البيع من بقية العقود.

(٣) برضا المشتري.

(٤) للاستصحاب.

(٥) ذهب المشهور إلى حرمة التفرقة بين الأطفال المالك وأمهاتهم المملوكة قبل استئنائهم عنهن، للنبي (من فزق بين والدته وولدها، فزق الله بينه وبين أحبائه في الجنة)<sup>(١)</sup>، وصحيح معاوية بن عمار (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبي من اليمن، فلما بلغوا المحفة نفذت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم سمع بكاءها فقال: ما هذه؟ قالوا: يا رسول الله احتجنا إلى نفقة فبعنا ابنتها فبعث بشئنا فأتى بها، وقال: بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً)<sup>(٢)</sup>، وصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه اشترت له جارية من الكوفة، قال: فذهبت لتقوم في بعض الحاجة، فقالت: يا أمه، فقال لها أبو عبد الله عليه السلام: ألك أم؟ قالت: نعم، فأمر بها فردت، وقال: ما أمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره)<sup>(٣)</sup>، وخبر عمرو بن أبي نصر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية الصغيرة يشتريها الرجل، فقال: إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس)<sup>(٤)</sup>.

وعن الشيخ في باب العتق من النهاية والحلي والفاضل في جملة من كتبه وأول الشهيدين وابن فهد واستظهره المحقق في الشرائع أنه مكروه جمعاً بين ما تقدم وبين عموم تسلط الناس على أموالهم.

هذا وترتفع الحرمة أو الكراهة مع رضاهما، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الغلام أو الجارية وله أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار قال: لا يخرجه إلى مصر آخر إن كان صغيراً ولا يشتريه، وإن كان له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت)<sup>(٥)</sup>، بل لا ترتفع الحرمة أو الكراهة برضا الأم بل لا بد من =

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

(٣) ٤٥٣ و٥٥٣ و٥٥٣ - من أبواب الحيوان حديث ١٠٥٣ و١٠٥٣.

وقيل: يكفي في الذكر حولان، وهو أجود، لثبوت ذلك في حضانه الحرة، ففي الأمة أولى، لفقده النص هنا، وقيل: يحرم التفريق في المدة، لتضاقر الأخبار بالنهي عنه، وقد قال عليه السلام: (من فرّق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته).

(والتحريم أحوط)، بل أقوى، وهل يزول التحريم، أو الكراهة برضاها، أو رضا الأم وجهان، أجمدهما ذلك<sup>(١)</sup>، ولا فرق بين البيع وغيره على الأقوى،

= رضاهما معاً مراعاة لحق الولد.

والأخبار اقتصرت على ذكر البيع، وصرح جماعة بعدم الفرق بينه وبين غيره من النواقل للعين كالهبة وغيرها لأن المستفاد أن علة المنع هي التفرقة، فيكون ذكر البيع من باب المثال ولأنه الأغلب في النواقل، وعلى فرض المنع فهل النهي هنا لا يقتضي فساد البيع بناء على أنه متعلق بوصف خارج عن حقيقته كالبيع وقت النداء، أو يقتضي الفساد كما صرح به جماعة، بل عن التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه كما في الجواهر، لظاهر الأخبار المتقدمة المتضمنة لرد الثمن، فيكون التفريق موجباً لخروج الولد عن صلاحية المعاوضة، وهذا ما استجوده الشارح.

ثم هل يختص النهي بالتفريق بين الولد وأمه، أو يعم غيرها من الأرحام المشارك لها في الاستئناس والشفقة، فمن العلامة في التذكرة استقرب الأول وحكم بالكراهة في الثاني، والشارح وثاني المحققين ذهباً إلى الثاني، وقد صرح بالتعميم صحيح ابن سنان المتقدم.

ثم إن محل الخلاف قبل الاستغناء، أما بعده فلا إشكال في الجواز، والاستغناء يحصل ببلوغ سبع سنين من غير فرق بين الذكر والأنثى على المشهور بين الأصحاب، وذهب الشيخان في المقنعة والنهاية وابن حمزة في المراسم إلى أن الاستغناء هو استغناؤه عن الرضاع، وهذا الخلاف ليس له مستند بخصوصه كما في المسالك، نعم جعل ابن فهد أن الخلاف هنا مترتب على الخلاف في الحضانه الآتي في باب النكاح، وسيأتي أن الأخبار في الحضانه مختلفة ففي بعضها سبع مطلقاً، وفي بعضها مدة الرضاع، ولكل منهما قائل، وجمع جماعة بين الروايات بحمل السبع على الأنثى والحولين - الذين هما مدة الرضاع - على الذكر، لمناسبة الحكمة في احتياج الأنثى إلى تربية الأم زيادة على الذكر، وإذا كان هذا هو حكم الحرة فليكن مثله في الأمة لأن حقها لا يزيد على الحرة.

ثم إن موضع الخلاف بعد سقي الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز قطعاً لأنه سبب لهلاك الولد كما عن جماعة، نعم في الحدائق أنه رأى كثيراً من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بل ربما يتعدى اللبن من أمه لمرض أو موت، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبن في كثير من النساء.

(١) يزول الحكم برضاها أو رضا الأم.

وهل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة كالأخت، والعمّة، والحالة قولان، أجودهما ذلك، لدلالة بعض الأخبار<sup>(١)</sup> عليه، ولا يتعدى الحكم إلى البهيمة للأصل<sup>(٢)</sup>، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقاً<sup>(٣)</sup>، وقبله إن كان مما يقع عليه الذكاة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه، وموضع الخلاف بعد سقي الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز مطلقاً<sup>(٤)</sup>، لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما صرح به جماعة.

### (وهنا مسائل)

(الأولى: لو حدث في الحيوان عيب<sup>(٥)</sup> قبل القبض فللمشتري الرد والأرض)، أما الرد فموضع وفاق، وأما الأرض فهو أصح القولين، لأنه عوض عن جزء فائت، وإذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها، (وكذا) لو حدث (في زمن الخيار)<sup>(٦)</sup> المختص بالمشتري، أو المشترك بينه وبين البائع، أو غيره<sup>(٧)</sup>، لأن الجملة فيه مضمونة على البائع أيضاً<sup>(٨)</sup>، أما لو كان الخيار

- (١) وهو صحيح ابن سنان المتقدم.
- (٢) قال الشارح في المسالك: «ولا يتعدى الحكم إلى البهيمة اقتصاراً بالمنع على مورد النص فيجوز التفرقة بينها وبين ولدها، بعد استغنائه عن اللبن، وقبله إن كان من يقع عليه الذكاة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه».
- (٣) سواء وقع عليه الذكاة أم لا.
- (٤) سواء قلنا بالكراهة أم بالحرمة، وسواء كان الولد آدمياً أم لا.
- (٥) بل لا خصوصية في الحيوان، فلو حدث في مطلق المبيع عيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري الرد بلا خلاف فيه، ولكن هل يثبت له الأرض لو أمضاه فالمشهور على ذلك، لأن ضمان الجملة يقتضي ضمان الأجزاء، والأول ثابت في التلف قبل القبض كما سيأتي في مسألة ما لو تلف المبيع بعد العقد وقبل القبض فإنه من مال البائع فيكون الثاني مثله، وذهب الشيخ وابن إدريس إلى عدم الأرض لأصالة اللزوم في العقود، وتلف الجملة قد قام الدليل عليه، أما تلف البعض عند حدوث العيب فلا دليل عليه فالأصل براءة البائع منه.
- (٦) ولو كان بعد قبض المشتري.
- (٧) غير البائع، وهو الأجنبي.
- (٨) فكذا أجزاءها، وسيأتي دليله مفصلاً في تحقيق معنى القبض من ميث الأحكام.

مختصاً بالبايع، أو مشتركاً بينه وبين أجنبي فلا خيار للمشتري<sup>(١)</sup>، هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى، أو من البائع، ولو كان من أجنبي فللمشتري عليه<sup>(٢)</sup> الأرض خاصة<sup>(٣)</sup>، ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء<sup>(٤)</sup>.

(وكذا) الحكم (في غير الحيوان)<sup>(٥)</sup>، بل في تلف المبيع أجمع<sup>(٦)</sup>، إلا أن الرجوع فيه بمجموع القيمة<sup>(٧)</sup>، فإن كان التلف<sup>(٨)</sup> من قبل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة غيره<sup>(٩)</sup> فالتلف من البائع، وإلا<sup>(١٠)</sup> فمن المشتري، وإن

(١) خيار الرد، بل له أخذ الأرض من البائع أو الأجنبي إذا كان التعيب من أحدهما.

(٢) على الأجنبي.

(٣) قيّد للأرض بلا ردّ على البائع ولو كان للمشتري خياراً.

(٤) من أرض أو ردّ، لأنه ملكه وقد أتلفه، سواء كان للمشتري خيار أم كان الخيار لغيره.

(٥) إذ لا خصوصية للحيوان في هذه الأحكام، وسيأتي التعرض لها مفصلاً في مبحث

الأحكام عند تحقيق معنى القبض، ويأتي التعرض لها في مبحث خيار العيب أيضاً.

(٦) قبل القبض أو في زمن الخيار.

(٧) لا الثمن، هذا مع عدم الفسخ، فيكون مجموع القيمة هنا بدلاً للأرض هناك، ومع

الفسخ يرجع بالثمن فقط.

(٨) قال الشارح في المسالك: «إذا تلف المبيع بعد القبض في زمن الخيار سواء كان خيار

الحيوان أم المجلس أم الشرط فلا يخلو إما أن يكون التلف من المشتري أو من البائع

أو من الأجنبي، وعلى التقادير الثلاثة فإما أن يكون الخيار للبايع خاصة أو للمشتري

خاصة أو لأجنبي، أو للثلاثة، أو للمتبايعين، أو للبايع وللأجنبي، أو للمشتري

وللأجنبي، فجملة أقسام المسألة واحد وعشرون، وضابط حكمها أن التلف إن كان

من المشتري فلا ضمان على البائع مطلقاً لكن إذا كان له خيار أو للأجنبي واختار

الفسخ رجع على المشتري بالمثل أو القيمة، وإن كان التلف من البائع أو من أجنبي

تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين مطالبة التلف بالمثل أو القيمة إن كان

له خيار.

وإن كان الخيار للبايع والتلف أجنبي تخير كما مرّ ورجع على المشتري أو الأجنبي، وإن

كان التلف بأفة من عند الله تعالى فإن كان الخيار للمشتري أو له ولأجنبي فالتلف من

البائع وإلا فمن المشتري انتهى.

(٩) بايعاً كان أو أجنبياً.

(١٠) وإن لم يكن الخيار للمشتري.

كان التلف من البائع، أو من أجنبي وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع بالثمن<sup>(١)</sup>، وإلا<sup>(٢)</sup> رجع على التلف بالمثل، أو القيمة، ولو كان الخيار للبائع، والتلف أجنبي، أو المشتري تخير<sup>(٣)</sup>، ورجع على التلف<sup>(٤)</sup>.

### (الثانية: لو حدث)

في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري<sup>(٥)</sup> في زمن الخيار<sup>(٦)</sup> فله<sup>(٧)</sup> الرد بأصل الخيار<sup>(٨)</sup>، لأن العيب الحادث غير مانع منه<sup>(٩)</sup> هنا<sup>(١٠)</sup>، لأنه<sup>(١١)</sup> مضمون على البائع فلا يكون<sup>(١٢)</sup> مؤثراً في رفع الخيار، (والأقرب جواز الرد بالعيب أيضاً)، لكونه مضموناً<sup>(١٣)</sup>.

(وتظهر الفائدة<sup>(١٤)</sup> لو أسقط الخيار الأصلي<sup>(١٥)</sup> والمشتري<sup>(١٦)</sup> فله الرد بالعيب.

- (١) فيرجع بالثمن على البائع، وهو يرجع على الأجنبي لو كان هو التلف.
- (٢) وإن لم يفسخ.
- (٣) البائع.
- (٤) فيرجع بالمثل أو القيمة.
- (٥) سواء كان العيب من قبل الله تعالى أم من البائع أم من الأجنبي.
- (٦) سواء كان الخيار خيار حيوان أم غيره، وسواء كان الخيار مختصاً بالمشتري أم مشتركاً بينه وبين غيره.
- (٧) للمشتري.
- (٨) لأن التلف في زمن الخيار هو بمن لا خيار له، كما سيأتي مفصلاً في مبحث الخيارات.
- (٩) من الرد بالخيار.
- (١٠) في زمن الخيار.
- (١١) لأن الحيوان.
- (١٢) لا يكون العيب الحادث.
- (١٣) لكون الحيوان مضموناً على البائع، فالعيب الحادث فيه من مال البائع حيثئذ.
- (١٤) فائدة ثبوت جواز الرد بالخيار وجواز الرد بالعيب.
- (١٥) كمخيار الحيوان أو خيار المجلس.
- (١٦) وهو خيار الاشتراط.

وتظهر الفائدة أيضاً في ثبوت الخيار<sup>(١)</sup> بعد انقضاء الثلاثة<sup>(٢)</sup> وعدمه<sup>(٣)</sup>، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصة<sup>(٤)</sup> يسقط الخيار<sup>(٥)</sup>، وعلى ما اختاره<sup>(٦)</sup> المصنف (رحمه الله) يبقى<sup>(٧)</sup>، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة<sup>(٨)</sup> وإن اشترط حصوله<sup>(٩)</sup> في الثلاثة فما قبلها<sup>(١٠)</sup>، وغايته ثبوته فيها بسببين<sup>(١١)</sup> وهو غير قادح، فإنها<sup>(١٢)</sup> معرّفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن، إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق<sup>(١٣)</sup>.

(وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد (رحمه الله) (في  
الدرس) على ما نُقِلَ عنه: (لا يُرَدُّ إلا بالخيار<sup>(١٤)</sup>)، وهو<sup>(١٥)</sup> ينافي حكمه في

- (١) خيار الرد بالعيب.
- (٢) وهي ثلاثة أيام التي هي مدة خيار الحيوان.
- (٣) عدم ثبوت خيار الرد بالعيب.
- (٤) من دون اعتبار جواز الرد بالعيب كما نقل عن المحقق في مجلس درسه.
- (٥) خيار الرد بالعيب.
- (٦) من جواز الرد بالعيب أيضاً.
- (٧) يبقى خيار الرد بالعيب.
- (٨) بثلاثة أيام التي هي خيار الحيوان، لأن خيار العيب ليس فورياً كما سيأتي ذلك في بابه.
- (٩) حصول العيب.
- (١٠) ما قبل الثلاثة، وهو عبارة عما قبل العقد عندما يكون الحيوان في ملك البائع.
- (١١) وغاية الكلام ثبوت الخيار في الثلاثة أيام بسببين، من خيار الحيوان وخيار العيب، وهو غير ضائر، لأن الخيار قد يكون له أكثر من سبب، كما في اجتماع خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن في عين واحدة، وذلك لأن الأسباب الشرعية معرّفات، فيجوز اجتماعها على واحد، وليست هي علل تامة حتى يمتنع اجتماع اثنين منها على واحد.
- (١٢) الأسباب الشرعية.
- (١٣) قيد لثبوت خيار المجلس.
- (١٤) خيار الحيوان.
- (١٥) حكمه بعدم الرد إلا بالخيار.

الشرائع بأن الحدث) الموجب لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع)<sup>(١)</sup>، وكذا التلف<sup>(٢)</sup>، (مع حكمه) فيها<sup>(٣)</sup> بعد ذلك بلا فصل (بعدم الأرش فيه)<sup>(٤)</sup>، فإنه إذا كان مضموناً على البائع<sup>(٥)</sup> كالجمله لزمه<sup>(٦)</sup> الحكم بالأرش<sup>(٧)</sup>، إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً إلا ثبوت أرشه، لأن الأرش عوض الجزء الفائت، أو التخيير بينه<sup>(٨)</sup> وبين الرد<sup>(٩)</sup>، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها<sup>(١٠)</sup>، وهو الثمن<sup>(١١)</sup>.

- (١) لأنه مضمون عليه.
- (٢) لو تلف الحيوان في الأيام الثلاثة فهو من مال البائع، كما سيأتي دليhle في بحث الخيارات.
- (٣) في الشرائع.
- (٤) في العيب الحادث على الحيوان في الثلاثة، قال المحقق في الشرائع في بحث بيع الحيوان: «إذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه، وفي الأرش تردد، ولو قبضه ثم تلف أو حدث فيه حدث في الثلاثة كان من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً.
- ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار، وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، والظاهر لا»، وحيث حكم المحقق بضمان البائع في الثلاثة ثم حكم بعده بعدم الأرش لزمه القول بثبوت الرد بالعيب الحادث؛ إذ لا معنى لضمان البائع إلا جواز الرد عليه بذلك أو أخذ الأرش منه، وإذا انتفى الثاني ثبت الأول، فلذا يكون حكمه في الشرائع على التفصيل المذكور متافياً لما أفتى به في الدرس.
- (٥) كما حكم به في الشرائع أولاً.
- (٦) لزم المحقق.
- (٧) على التفصيل المتقدم، مع أنه منافٍ لما حكم به في الشرائع أخيراً.
- (٨) بين الأرش.
- (٩) الرد بالعيب، مع أنه قد جزم بنفي الأرش، فيتعين الرد بالعيب، وهو منافٍ لما أفتى به في الدرس.
- (١٠) عوض الجملة.
- (١١) إذا ردّ وفسخ، ومع عدم الرد فالرجوع بالمثل أو القيمة.



والأقوى التخيير بين الرد والأرش كالتقدم<sup>(١)</sup>، لاشتراكهما<sup>(٢)</sup> في ضمان البائع، وعدم المانع من الرد، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما (رحمه الله)، ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق، لكونه<sup>(٣)</sup> غير مضمون على البائع مع تغيير المبيع، فإن رده<sup>(٤)</sup> مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في السابق<sup>(٥)</sup> الأرش خاصة.

### (الثالثة: لو ظهرت الأمة مستحقة<sup>(٦)</sup> فأغرم)

المشتري (الوطيء العشر) إن كانت بكرأ، (أو نصفه) إن كانت ثيبأ، لما

- (١) كالعيب المتقدم على البيع والقبض، فإذا ظهر بعد القبض فإنه يوجب التخيير المذكور، وهذا ما تقدم في المسألة السابقة.
  - (٢) العيب المتقدم والعيب في الثلاثة.
  - (٣) لكون الحيوان بعد الثلاثة غير مضمون على البائع، فالعيب الحادث فيه حيثئذ ليس من مال البائع هذا فلو كان فيه عيب سابق في الثلاثة ثم طرأ عيب بعد الثلاثة كان العيب اللاحق مانعاً من الرد بالعيب السابق لتغير المبيع ويتعين على المشتري الرجوع بالأرش خاصة.
  - (٤) رد المبيع، وهو تعليل لعدم جواز الرد بالعيب اللاحق مع ثبوت العيب السابق.
  - (٥) العيب السابق، وهو العيب الذي حدث في الثلاثة.
  - (٦) من أولد جارية قد اشتراها مثلاً ثم بانث أنها مستحقة للغير، وثبت الاستحقاق بيينة شرعية أو غيرها، جاز للمالك انتزاعها من المشتري بلا إشكال ولا خلاف، ويجب على الوطيء على المشهور عشر قيمتها بدخول أرش الجنابة عليها إن كانت بكرأ بمعنى عدم ذهاب عذرتها ونصف العشر إن كانت ثيبأ، لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له، فقال: إن كان الذي زوجه إياها من غير موالها فالتكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ فقال: إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان الذي زوجه إياها وتي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولموليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرأ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، وتعتد منه عدة الأمة.
- قلت: وإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان التكاح بغير إذن المولى<sup>(٧)</sup>، =

تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري، علماً كان أم جاهلاً بالعين، ومنافعها المستوفاة، وغيرها<sup>(١)</sup>، فإن ذلك<sup>(٢)</sup> هو عوض بضع الأمة، للنص الدال على ذلك، (أو مهر المثل)<sup>(٣)</sup> لأنه<sup>(٤)</sup> القاعدة الكلية في عوض البضع بمتزلة قيمة المثل في غيره<sup>(٥)</sup>، وأطراحاً للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه، وهذا التردد توقف من المصنف في الحكم، أو إشارة إلى القولين، لا تحيير بين الأمرين

= وصحيح الفضيل بن يسار - الوارد في التحليل - (قلت لأبي عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها، قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً ويُعزَم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرة، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها)<sup>(١)</sup>، وخبر ابن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطأها، قال: يردها على الذي ابتاعها منه، ويرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرها، واختلاف مورد الأخبار مع المقام لا يضر بعد اتحاد طريق المسألين من أن نكاحه إياها إذا بانت مستحقة للخير موجب للعشر إن كانت بكرة ونصف العشر إن كانت ثيباً.

وعن الشيخ في البسوط وابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها الذي هو عوض منفعة البضع عند عدم التسمية من غير فرق بين الحرة والأمة، وهو اجتهاد في قبال النصوص المتقدمة.

(١) تقدم عدم الرجوع بالثناف غير المستوفاة، ويدل عليه خبر زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويُعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها)<sup>(١)</sup>، فذكر المنافع المستوفاة فقط مع أنه في مقام البيان دليل على عدم ضمان غيرها.

(٢) العشر إن كانت بكرة ونصفه إن كانت ثيباً.

(٣) كما هو قول الشيخ وابن إدريس.

(٤) مهر المثل.

(٥) غير البضع.

(١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح العبد والإماء حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العيوب من كتاب المتاجر حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبد والإماء حديث ٤.

والمشهور منهما الأول، (و)أغرم (الأجرة) عما استوفاه من منافعها، أو فانت تحت يده، (وقيمة الولد)<sup>(١)</sup> يوم ولادته لو كان قد أحبلها وولده حياً (رجع بها) أي: بهذه المذكورات جمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقة<sup>(٢)</sup>، لما تقدم<sup>(٣)</sup> من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يفرمه.

والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمة على مشتريها الواطئ لها، مع استيلادها، ولا فرق في ثبوت العُقْر<sup>(٤)</sup> بالوطء بين علم الأمة بعدم صحة البيع، وجهلها على أصح القولين<sup>(٥)</sup>، وهو الذي يقتضيه إطلاق

(١) سواء قلنا أنه يُغرم بالعرض ونصفه أم بأجرة المثل فالولد حرّ لتبعيته لأشرف الأبوين، ولصريح صحيح الوليد بن صبيح المتقدم، ولكن على أبيه قيمته يوم ولد حياً للأخبار.

منها: مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى جارية فأرلدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته)<sup>(١)</sup>، وصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يبيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه البتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه)<sup>(٢)</sup>.

هذا ويرجع المشتري الجاهل بالاستحقاق على البائع بما اغترمه من مهر أو أجرة أو قيمة الولد كما هو مفاد صحيح جميل المتقدم، وقد تقدم الكلام فيه في مبحث الفضولي فراجع.

(٢) أما لو كان عالماً بالاستحقاق فالولد رق للمالك، والواطئ زان ويلزمه عوض البضع ولا يرجع به ولا بما اغترمه على البائع.

(٣) في البيع الفضولي.

(٤) هو ما يؤخذ بإزاء الوطء.

(٥) لإطلاق الأخبار المتقدمة، وذهب الشهيد في الدروس إلى ثبوت المهر عند الإكراه، ولازمه أنها لو علمت ورضيت فلا مهر لها، قال في الدروس في بحث بيع الحيوان: «ولو كان عالماً بالاستحقاق والتحريم فهو زان، وولده رق وعليه المهر إن أكرهها»<sup>(٣)</sup>، =

(٢٠١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥٠٣.

(٣) الدروس ج ٣ ص ٢٣٠، طبع مؤسسة النشر الإسلامي.

العبارة<sup>(١)</sup>، لأن ذلك<sup>(٢)</sup> حق للمولى «ولا تزر وازرة وزر أخرى»<sup>(٣)</sup>، ولا تصير بذلك<sup>(٤)</sup> أم ولد، لأنها في نفس الأمر ملك غير الواطئ.

وفي الدروس لا يرجع عليه<sup>(٥)</sup> بالمهر إلا مع الإكراه<sup>(٦)</sup>، استناداً إلى أنه لا

= وحكي ذلك عن المحقق الثاني وجماعة في باب الغصب، واستدل له بأنه (لا مهر لبغي) ومع علمها وعدم الإكراه فهي بغي.

هذا وقال الشهيد في الدروس في باب الغصب في وطء الغاصب للأمة: «ولو طأوعته عامة، قيل: بسقوط المهر للنهي عن مهر البغي، ويحتمل ثبوته، لأن السقوط في الحرة مستند إلى رضاها، ورضى الأمة لا يؤثر في حق السيدة»<sup>(٧)</sup>.

وقد شاع في الكتب المتأخرة أنه قد ورد (لا مهر لبغي)، مع أنني لم أعر عليه في كتب الحديث، وكلام الشهيد في الدروس صريح في أن المستند هو النهي عن مهر البغي كما في حديث القاسم بن عبد الرحمن عن محمد بن علي عن الحسين بن علي عن أبيه عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن خصال تسعة: عن مهر البغي، وعن عسيب الدابة - يعني كسب الفحل - وعن خاتم الذهب، وعن ثمن الكلب، وعن مياثر الأرجوان، وعن ثياب القسي - وهي ثياب تنسج بالشام - ، وعن أكل لحوم السباع، وعن صرف الذهب بالذهب والفضة بالفضة وبينهما فضل، وعن النظر في النجوم)<sup>(٨)</sup>، وهو ظاهر في النهي عن أكل أجرة الزانية، وهو أجنبي عن المقام.

وعلى كل فعلى فرض وروده فهو مختص بالحرة، لأن اللام في (لبغي) ظاهرة في الاستحقاق، والحرة هي التي تستحق المهر دون الأمة إذ هو لمولاهها، وكذا لفظ المهر فهو ظاهر باختصاصه بالحرة، ولذا أطلق على الحرة المهيرة لذلك، على أن العقر هنا هو حق للمولى فعلم الأمة بعدم صحة البيع لا يسقط حقه.

(١) عبارة اللمعة هنا.

(٢) العقر.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

(٤) بالاستيلاء.

(٥) على الواطئ.

(٦) عند علمها بعدم صحة البيع.

(١) الدروس ج ٣ ص ١١٥، طبع مؤسسة النشر الإسلامي.

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.

مهر لبغي، ويضعف بما مر<sup>(١)</sup>، وأن المهر المنفي<sup>(٢)</sup> مهر الحرة بظاهر الاستحقاق<sup>(٣)</sup>، ونسبة المهر<sup>(٤)</sup>، ومن ثم يطلق عليها<sup>(٥)</sup> المهيرة، ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها مضافاً إلى ما تقدم<sup>(٦)</sup>، ولو مات ضمن القيمة.

وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكرة، أم يقتصر على أحد الأمرين<sup>(٧)</sup> وجهان، أجودهما عدم التداخل، لأن أحد الأمرين عوض الوطاء، وأرش البكارة عوض جنابة فلا يدخل أحدهما في الآخر<sup>(٨)</sup>، ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء<sup>(٩)</sup>، ولو علم مع ذلك بالتحريم كان زانياً، والولد رق، وعليه المهر مطلقاً<sup>(١٠)</sup>، ولو اختلفت حاله بأن كان جاهلاً عند البيع، ثم تجدد له العلم رجع بما غرمه حال الجهل، وسقط الباقي<sup>(١١)</sup>.

### (الرابعة: لو اختلف مولى مانون)

وغيره (في عبد أعتقه المأذون عن الغير، ولا بينة)<sup>(١٢)</sup> لمولى المأذون ولا

- (١) من أن المقر حق للمولى فلا يسقط وإن علمت الأمة بعدم صحة البيع.
- (٢) المنفي في (لا مهر لبغي).
- (٣) الاستفادة من اللام.
- (٤) الضمير في (بغي) راجع إلى ذات المهر، وذات المهر هي الحرة، ولذا أطلق عليها المهيرة.
- (٥) على الحرة.
- (٦) من العشر ونصفه والمنافع المستوفاة وقيمة الولد يوم ولادته.
- (٧) من العشر أو مهر المثل.
- (٨) بل الأقوى التداخل، لأن التفاوت بين عُقر البكر والشيب إنما هو للبكارة، وإلا للزم عدم التفاوت بينهما.
- (٩) لأنه غير مغرور.
- (١٠) علمت الأمة أو جهلت بعدم صحة البيع.
- (١١) يظهر حكمه مما تقدم.
- (١٢) أصل المسألة هو: لو كان عبد مأذون بالتجارة من قبل سيده، وقام آخر ودفع لهذا العبد مالاً ليشتري به نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي فاشتري أباه ودفع إليه بقية المال فحج به، ومات الأمر واختلف مولى العبد المأذون وورثة الأمر وموالي الأب بحيث يقول كل طرف أنه اشترى بماله.

= فعن الشيخ في النهاية والقاضي أن المعتق يُردّ إلى مولاه رقاً، ثم يحكم به لمن أقام البينة استناداً إلى رواية علي بن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام (عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي بحج عن الميت فحج عنه، وبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً، فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بماننا، وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بماننا، وقال موالى العبد: إنما اشتريت أباك بماننا، فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجّة فقد مضت بما فيها لا تُردّ، وأما المعتق فهو ردّ في الرق لموالى أبيه، وأبي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً<sup>(١)</sup>.

وابن أشيم غالٍ كما عن المحقق الثاني في جامعه والشارح في مسالكة، وهو مجهول عند غيرها، ومنتها مخالف لأصول المذهب من حيث الحكم برد العبد المعتق إلى مواليه، مع أنهم معترفون ببيعه وإن ادعوا فساد البيع حيث يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون تبديلاً لمالهم بمالهم وفي مثله يفسد البيع، ولكن بقية الأطراف تدعى صحته، ودعوى الصحة مقدمة على دعوى الفساد.

ومن حيث الحكم بمضى الحج مع أن الأمر قد أمر المأذون بأن يحج بالباقي ولم يفعل إذ دفع الباقي إلى المعتق وهو الذي حج عن الأمر.

ومن حيث الحكم بصحة الحج وهو منافي لعوده رقاً، لأنه يستلزم وقوع حجه بغير إذن سيده.

ومن حيث كون الإذن في التجارة للمولى فكيف تصح معاملة العتق من العبد المأذون في التجارة فقط ويترتب عليه صحة الحج، ومن حيث كون المأذون وكيلاً عن الأمر والوكالة تبطل بموت الموكل فيبطل البيع والعتق والحج.

هذا واعتذر العلامة عن المخالفة الأولى بحمل الرواية على أن موالى المعتق ينكرون البيع لا أنهم يدعون فساده حتى يقدم عليهم قول مدعي الصحة، ويرده أنه على خلاف ظاهر الخبر حيث ادعوا أنه اشتراه بمالهم.

وحاول الشهيد في الدروس لدفع المخالفة الأولى بحمل الرواية على أن المأذون بيده مال لمولى الأب المعتق ولغيره، ويتصادم الدعوى التكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على =

(١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

للغير (حلف المولى) أي: مولى المأذون، واستُرُق العبد المعتق، لأن يده<sup>(١)</sup> على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدماً<sup>(٢)</sup> على من خرج عند عدم البيعة<sup>(٣)</sup>.

(ولا فرق بين كونه) أي: العبد الذي أعتقه المأذون (أباً للمأذون أولاً) وإن كانت الرواية تضمنت كونه أباه، لاشتراكهما في المعنى المقضي لترجيح قول ذي اليد<sup>(٤)</sup>.

= مالكة فلذا حكم برد المعتق إلى الرق، ولا يعارض الأصل المذكور فتواهم بتقديم مدعي الصحة على مدعي الفساد، لأن دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فتسقطان.

وفيه: على تقدير التسليم أن يكون بيده مال للجميع لأن ظاهر الخير ينفي ذلك، فإن ما عدا مولى المأذون خارج والمولى داخل، لأن ما بيد المأذون تحت يد مولاه، والداخل مقدم عند تعارض الدعويين فيسقط كلام مولى الأب المعتق وكلام ورثة الميت، ومع تقديم كلام مولى المأذون لا يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة.

ودعوى الصحة المشتركة متكافئتين مردودة لأن موالي المعتق يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون البيع فاسداً، على أنه لو سلمت الصحة في جميع الدعوى فلا بد من تقديم دعوى الداخل دون الخارج.

ثم لو سلم أن يكون بيده مال للجميع، فلا يقبل إقرار المأذون فيها لغير مولاه مع تكذيب المولى له، لأنه مأذون من قبل المولى بالتجارة فقط فيقبل إقراره فيها فقط لا مطلقاً.

ولهذه المخالفات مع ضعف السند فلا بد من طرح الرواية والرجوع إلى أصول المذهب وقواعده المقررة، وهي تقتضي اطراح دعوى مولى الأب المعتق لاشتمالها على الفساد، وتبقى المعارضة بين مولى العبد المأذون وبين ورثة الأمر لاشتراكهما في دعوى الصحة، فيقدم قول مولى المأذون لأنه ذو يد.

ومنه تعرف ضعف ما ذهب إليه المحقق في النافع من أن مقتضى الأصول هو إمضاء ما فعله المأذون، وذلك لأن المأذون يقبل قوله فيما أذن له فيه وهو خصوص التجارة لا مطلقاً.

(١) يد مولى المأذون.

(٢) لأنه داخل بخلاف غيره فيكون خارجاً.

(٣) هذا الحكم على طبق أصول المذهب وقواعده بعد اطراح الرواية.

(٤) وهو مولى المأذون.

(ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله) بأن يكون قد دفع<sup>(١)</sup> للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده<sup>(٢)</sup> بماله<sup>(٣)</sup>، (وعدمه)<sup>(٤)</sup>، لأنه على التقدير الأول يدعي فساد البيع، ومدعي صحته<sup>(٥)</sup> مقدم، وعلى الثاني خارج، لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدم، والرواية تضمنت الأول، (ولا بين استجاره على حج وعدمه)، لأن ذلك<sup>(٦)</sup> لا مدخل له في الترجيح، وإن كانت الرواية تضمنت الأول.

والأصل في هذه المسألة رواية علي بن أشيم عن الباقر عليه السلام في من دفع إلى مأذون ألفاً ليعتق عنه نسمة، ويحج<sup>(٧)</sup> عنه بالباقي فأعتق أباه، وأحجه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك<sup>(٨)</sup>، وزعم كل من مولى المأذون ومولى الأب أنه اشتراه بماله فقال<sup>(٩)</sup>: (إن الحجة تمضي، ويُرَدُّ رَقاً لمولاه<sup>(١٠)</sup>) حتى يقيم الباقرن بينة، وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه، ومال إليه في الدروس، والمصنف<sup>(١١)</sup> هنا وجماعة أطرحوا الرواية، لضعف سندها، ومخالفتها لأصول المذهب في رد

(١) دفع مولى الأب.

(٢) سيد الأب.

(٣) بمال سيد الأب، وهذه الدعوى فاسدة لأن مولى الأب يدعي شراء ماله بماله وهو فاسد، ولفسادها لا تقبل دعوى مولى الأب.

(٤) بأن يدعي مولى الأب أنه لم يبعه، وأنه باقٍ على ملكه ولكن يد المأذون عليه فيقدم يد مولى المأذون لأنها حادثة بخلاف يد مولى الأب فإنها قديمة، والحادث داخل والقديم خارج وقد تقدم تقديم قول الداخل.

(٥) صحة البيع، والذي يدعي الصحة هو مولى المأذون وورثته الأمر.

(٦) من الاستجار وعدمه.

(٧) يحج نفس المأذون عن الدافع.

(٨) يدعي وارث الدافع ما تقدم من أن المأذون قد اشترى العبد بمال مورثهم وأحجه بعد موت الدافع بالباقي.

(٩) الباقر عليه السلام.

(١٠) مولى الأب.

(١١) الواو استثنائية أي: والمصنف وجماعة أطرحوا الرواية.



العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه<sup>(١)</sup>، ودعواه<sup>(٢)</sup> فساد، ومدعى الصحة مقدم، وهي<sup>(٣)</sup> مشتركة بين الآخرين<sup>(٤)</sup>، إلا أن مولى المأذون أقوى<sup>(٥)</sup> بدأ فيقدم.

واعتذر في الدروس عن ذلك<sup>(٦)</sup> بأن المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره<sup>(٧)</sup>، وبتصادم الدعاوى المتكافئة يُرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكه، قال<sup>(٨)</sup>: «ولا يعارضه<sup>(٩)</sup> فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لأنها<sup>(١٠)</sup> مشتركة بين متقابلين متكافئين فسقاطا»<sup>(١١)</sup>.

وفيهما نظر<sup>(١٢)</sup>، لمنع تكافؤهما<sup>(١٣)</sup>، مع كون من عدا مولاه<sup>(١٤)</sup> خارجاً<sup>(١٥)</sup>، والداخل مقدم فسقطا<sup>(١٦)</sup> دونه<sup>(١٧)</sup>، ولم يتم الأصل<sup>(١٨)</sup>، ومنه يظهر

- (١) مع اعتراف مولى الأب ببيع الأب.
- (٢) ودعوى مولى الأب فساد البيع، لأنه يدعي أنه اشترى الأب الذي هو عبده بماله ولا يمكن أن يكون الموضان من مالك واحد.
- (٣) دعوى الصحة.
- (٤) وهما مولى المأذون وورثة الأمر.
- (٥) لأن الأب تحت يد المأذون، ويد المأذون يد مولاه لأن العبد لا يملك.
- (٦) عن رد العبد إلى مولاه الأصلي.
- (٧) وهو مولى المأذون وورثة الأمر.
- (٨) الشهيد في الدروس ج ٣ ص ٢٣٣، طبع مؤسسة النشر الإسلامي.
- (٩) لا يعارض فتواهم الأصل المذكور من بقاء العبد على مالكه.
- (١٠) الصحة.
- (١١) وليست إحدى الدعاوى فاسدة لترجح الأخرى عليها.
- (١٢) في كلا قوليه.
- (١٣) لمنع تكافؤ الدعويين، لأن دعوى مولى الأب فاسدة ودعوى غيره صحيحة كما تقدم، وهو ردّ على قوله الأول.
- (١٤) من عدا مولى المأذون.
- (١٥) لأن يد المأذون على العبد المعتبر.
- (١٦) سقط قول مولى الأب وقول وورثة الأمر.
- (١٧) دون مولى المأذون.
- (١٨) وهو بقاء العبد على مالكه الأصلي.

عدم تكافؤ الدعويين الآخرين<sup>(١)</sup>، لخروج الأمر<sup>(٢)</sup> وورثته عما في يد المأذون التي هي<sup>(٣)</sup> بمنزلة يد سيده، والخارجة لا تكافئ الداخلة فتقدم<sup>(٤)</sup>، وإقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع<sup>(٥)</sup> فلزم أطراح الرواية، ولاشتمالها على مُضَيِّ الحجة<sup>(٦)</sup>، مع أن ظاهر الأمر حججه بنفسه ولم يفعل<sup>(٧)</sup>، وبمجمعة صحة الحج لعوده رفاً وقد حج بغير إذن سيده، فما اختاره<sup>(٨)</sup> هنا أوضح.

ونبه بقوله: «ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه» على خلاف الشيخ ومن تبعه، حيث حكموا بما ذكر<sup>(٩)</sup>، مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع<sup>(١٠)</sup>، وعلى خلاف العلامة حيث حملها<sup>(١١)</sup> على إنكار مولى الأب البيع لإفساده<sup>(١٢)</sup>، هرباً<sup>(١٣)</sup> من تقديم مدعي الفساد<sup>(١٤)</sup>، والتجاء إلى تقديم منكر بيع

(١) فلا تسقطان، وهما دعوى مولى المأذون ودعوى ورثة الأمر.

(٢) وهو الذي أمر بالعتق.

(٣) يد المأذون.

(٤) الداخلة وهي يد مولى المأذون.

(٥) لأن ما في يده لمولاه، فإقراره بأنه لغير مولاه غير مسموع.

(٦) صحة الحج.

(٧) حيث أحج أباه.

(٨) المصنف من أطراح الرواية والحكم على مقتضى الأصول والقواعد المقررة من كون المعتق لمولى المأذون هو الأوضح.

(٩) بما ذكر في الرواية من رد العبد إلى مولاه.

(١٠) مع أنه يجب تقديم قول مدعي الصحة عليه، وحيث ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه، فيكون لو ادعى الشراء من ماله فقد ادعى الفساد فلذا كان كلام المصنف تعريضاً بخلاف الشيخ.

(١١) حمل الرواية.

(١٢) تعليل لإنكار مولى الأب البيع.

(١٣) مفعول له لقوله «حملها».

(١٤) لأن تقديمه ضعيف، بل مولى الأب قد أنكر البيع من رأس والعبد عبده فيقدم قوله لأصالة بقاء ملك العبد على مالكة، وفيه: أن هذا يتم لو كان يد مولى الأب على المعتق مع أن المفروض يد المأذون عليه وقد ادعى شراءه فيقدم قول مولى المأذون لأنه داخل =

عبده، وقد عرفت<sup>(١)</sup> ضعف تقديم مدعي الفساد، ويضعف الثاني<sup>(٢)</sup> بمنافاته لمنطوق الرواية الدالة على دعوى كونه اشترى بماله.

هذا كله مع عدم البينة، ومعها<sup>(٣)</sup> تقدم إن كانت لواحد، وإن كانت لاثنين، أو للجميع بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول<sup>(٤)</sup> الحكم كما ذكر<sup>(٥)</sup>، وعلى الثاني<sup>(٦)</sup> يتعارض الخارجان<sup>(٧)</sup>، ويقوى تقديم ورثة الأمر بمرجح الصحة<sup>(٨)</sup>.

= بخلاف مولى الأب فإنه خارج، ولذا عندما ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه، فيكون لو ادعى عدم الشراء فقد أنكر البيع، وقد عرفت تقديم قول مولى المأذون حتى مع دعوى إنكار البيع فلذا كان قول المصنف تعريضاً بخلاف العلامة.

هذا بالإضافة إلى أن دعوى مولى الأب إنكار البيع مخالفة لمنطوق الرواية المتقدمة ولمفروض كلام الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسألة، وقد ذكر الشارح الرد الأول سابقاً وسيذكر الرد الثاني كما سيأتي.

(١) شروع في الرد على قول الشيخ.

(٢) شروع في الرد على قول العلامة.

(٣) مع البينة فإن كانت لواحد فيحكم له، وإن كانت لاثنين أو ثلاثة فقد تقدم في مبحث القضاء النزاع في تقديم بينة الداخل أو الخارج عند التعارض، وعرفت أن الأقوى تقديم بينة الخارج لأنه مدع والبينة من وظائف المدعي.

وعلى كل فالداخل هنا هو مولى المأذون لأن المعتق تحت يد المأذون فلا تسمع بينته هذا والخارج اثنان، وهما مولى الأب وورثة الأمر ولا بد من تعارض بينهما ولكن لا بد من تقديم بينة ورثة الأمر لأن مولى الأب يدعي فساد البيع بخلاف ورثة الأمر الذين يدعون الصحة، ومدعي الصحة مقدم على مدعي الفساد فيكون هذا مرجحاً لبينة ورثة الأمر.

(٤) من تقديم بينة الداخل.

(٥) من كون المعتق لمولى المأذون لأنه هو الداخل.

(٦) من تقديم بينة الخارج وهو الأقوى.

(٧) وهما مولى الأب وورثة الأمر.

(٨) لأنه يدعون صحة البيع بخلاف مولى الأب فيدعي فساد.

واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدد المختلفين، والمصنف اقتصر على نسبه إلى مولى المأذون<sup>(١)</sup>، وكان حقه إضافة غيره معه، وكأنه اقتصر عليه<sup>(٢)</sup> لدلالة المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادة<sup>(٣)</sup>.

### (الخامسة: لو تنازع المأذونان<sup>(٤)</sup>.....)

(١) والاختلاف لا يقع من واحد.

(٢) على مولى مأذون.

(٣) في هذه المسألة.

(٤) المملوكان المأذون لهما في التجارة إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه، فتارة يشتره لنفسه بناء على ملك العبد، وأخرى يشتره لسيده.

فعل الأول يحكم بصحة العقد السابق لأنه صدر من أهله ووقع في محله بخلاف المتأخر لعدم صحة تملك سيده، وإذا اتفقا في وقت واحد بطل العقدان لعدم صحة ترتب أثر كل منهما، مع أن ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، ويتحقق التقارن بالتأخر زمان الجزء الأخير من قبولهما، وإذا تحقق السبق ولم يعلم السابق اتجاه استخراجه بالقرعة، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وتحتاج القرعة هنا إلى رقتين يكتب في إحداها اسم أحدهما وأنه السابق وفي الأخرى اسم الآخر، وإذا شك في السبق والافتراق مع عدم العلم بالسابق فتحتاج القرعة إلى ثلاث رقع يكتب في الثالثة الافتراق، وعلى فرض خروجها يحكم بالبطلان هذا هو مقتضى القواعد، ولكن قد ورد في خبر أبي سلمة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتريان ويبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، وهذا إلى مولى هذا، وهما في القوة سواء، فاشتري هذا من مولى هذا العبد، وذهب هذا فاشتري من مولى هذا العبد الآخر، وانصرفا إلى مكانهما وثبت كل منهما بصاحبه، وقال له: أنت عبدي قد اشتريتك من سيدك، قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق، فأيهما كان أقرب فهو الذي سبق الذي هو أبعد، وإن كانا سواء فهما رد على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء، إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له إن شاء باع وإن شاء أمسك، وليس له أن يضربه)<sup>(١)</sup>، وقال الكليني والشيخ بعد روايتهما هذا الخبر: (وفي رواية أخرى: إذا كانت المسافة سواء بقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعة به كان عبده)<sup>(٢)</sup>.

والرواية الثانية محمولة بل هي ظاهرة على ما لو اشتهب السابق وهذا هو مقتضى القواعد =

## بعد شراء كل منهما صاحبه في السابق<sup>(١)</sup>

منهما ليبطل بيع المتأخر، لبطلان الإذن بزوال الملك، (ولا بينة) لهما، ولا لأحدهما بالتقدم.

(قيل: يُقرع) والقائل بها<sup>(٢)</sup> مطلقاً<sup>(٣)</sup> غير معلوم<sup>(٤)</sup>، والذي نقله المصنف وغيره عن الشيخ: القول بها، مع تساوي الطرفين، عملاً برواية وردت بذلك،

= كما تقدم، فحملها على ما لو علم الاقتران ليس في محله.

والرواية الأولى محمولة بل هي ظاهرة على ما لو اشتبه السابق، وقد عمل بها الشيخ في النهاية وبعض اتباعه، ولكنها معارضة بالقواعد القاضية بالقرعة لا بذرع الطريق، ولذا أعرض الأكثر عنها ولم يعمل بها كما في الجواهر، إلا أن يكون ذرع الطريق مفيداً للعلم بالسابق فيرتفع موضوع القرعة حينئذ، وتحمل الرواية على هذا المورد جمعاً بينها وبين القواعد القاضية بالقرعة، وهو أحسن من طرحها.

هذا وليس في الروایتين دلالة أو إشعار أن موردهما صورة الاقتران، فما عن ظاهر الشرائع من الحكم بالبطلان في صورة الاقتران ثم القول إن الروایتين واردتان في هذا المورد ليس في محله.

وعلى الثاني وهو ما لو كان الشراء لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح، لأنه صدر من أهله ووقع في محله، والآخر محتاج إلى الإجازة بناء على انقطاع الإذن عنه بزواله عن ملك سيده، فعقده حينئذ فضولي محتاج إلى إذن سيده السابق، وإن اقترنا فالظاهر الصحة لو أجزى عقدهما لأن الإذن الذي انقطع قد تجدد، ولو علم السبق واشتبه السابق وقد حصل الرد من أحدهما فالقرعة لتعيين السابق.

هذا كله إذا كان العبدان مأذونين، أما لو كانا وكيلين فيصح العقدان على كل حال لعدم انقطاع الوكالة بالخروج عن الملك بخلاف الإذن فإنه ينقطع.

(١) متعلق بقوله «لو تنازع».

(٢) بالقرعة.

(٣) سواء اشتبه السابق أم الاقتران، مع اشتباه السابق على فرض السبق.

(٤) لأن القائلين بالقرعة منهم من خصها بصورة تساوي الطرفين كما عن الشيخ في الاستبصار، ومنهم من خصها بصورة اشتباه السابق والسابق كما عن العلامة في المختلف، وعن الشيخ في النهاية أنه خصها بصورة الاقتران مع عدم ذكر حكم صورة الاشتباه، فالقول بها من دون تقييد غير معلوم.

وقيل: بها مع اشتباه السابق أو السبق.

(وقيل: يمسح الطريق<sup>(١)</sup>) التي سلكها كل واحد منهما إلى مولى الآخر، ويحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي<sup>(٢)</sup>، فإن تساويا<sup>(٣)</sup> بطل البيعان، لظهور الاقتران<sup>(٤)</sup>.

هذا إذا لم يُجْز المولى، (ولو أُجيز عقدهما فلا إشكال) في صحتها<sup>(٥)</sup>.

(ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصة) من غير توقف على إجازة (إلا مع إجازة الآخر) فيصح العقدان، ولو كانا وكيلين صحا معاً<sup>(٦)</sup>.

والفرق بين الإذن والوكالة أن الإذن ما<sup>(٧)</sup> جعلت تابعة للملك<sup>(٨)</sup>، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً<sup>(٩)</sup>، والفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إما تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه<sup>(١٠)</sup>، ولو تجرد اللفظ عن القرينة لأحدهما فالظاهر حمله على الإذن، لدلالة العرف عليه.

واعلم أن القول بالقرعة مطلقاً<sup>(١١)</sup> لا يتم في صورة الاقتران، لأنها<sup>(١٢)</sup> لإظهار المشتبه، ولا اشتباه حينئذ، وأولى بالمنع تخصيصها في هذه الحالة<sup>(١٣)</sup>.

(١) كما في رواية أبي سلمة المتقدمة.

(٢) قوة وضعفاً.

(٣) الطريق والمشي.

(٤) بحسب العادة والعرف.

(٥) وإن اقترنا كما تقدم.

(٦) بناءً على أن توكيل العبد لا يبطل ببيعه.

(٧) موصولة.

(٨) فتزول بزواله بالبيع ونحوه.

(٩) من غير تقييد بالتبعية للملك.

(١٠) من كل واحد من الخصوصيتين.

(١١) حتى مع الاقتران.

(١٢) القرعة.

(١٣) حالة الاقتران، والمخصص هو الشيخ في النهاية.

والقول بمرسح الطريق مستند إلى رواية ليست سليمة الطريق، والحكم للسابق مع علمه<sup>(١)</sup> لا إشكال فيه، كما أن القول بوقوفه<sup>(٢)</sup> مع الاقتران كذلك<sup>(٣)</sup>، ومع الاشتباه تنتج القرعة، ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقتين لإخراجه، ومع اشتباه السبق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها<sup>(٤)</sup> الاقتران ليحكم بالوقوف<sup>(٥)</sup> معه<sup>(٦)</sup>.

هذا إذا كان شراؤهما لمولاهما، أما لو كان لأنفسهما كما يظهر من الرواية<sup>(٧)</sup>، فإن أخلنا ملك العبد بطلا، وإن أجزناه صح السابق، وبطل المقارن واللاحق حتماً، إذ لا يتصور ملك العبد لسيدته.

### (السادسة: الأمة المسروقة من أرض للصلح لا يجوز شراؤها)

لأن مال أهلها محترم به<sup>(٨)</sup>، (فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلاً) بالسرقة، أو الحكم (ردّها) على بائعها، (واستعاد ثمنها) منه، (ولو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع، أو امتنع عن ردّه ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب (ضاع) على دافعه، (وقيل: تسعى) الأمة (فيه)<sup>(٩)</sup> لرواية) مسكين السمان عن الصادق<sup>(١٠)</sup> عليه السلام.

ويضعف بجهالة الراوي، ومخالفة الحكم للأصول، حيث إنها ملك للغير،

- (١) مع معلومته.
- (٢) وقوف العقد على الإجازة.
- (٣) مما لا إشكال في صحته.
- (٤) وهي الثالثة.
- (٥) الوقوف على الإجازة.
- (٦) مع الاقتران.
- (٧) حيث قال فيها: (أنت عبدي).
- (٨) بالصلح.
- (٩) في ثمنها.
- (١٠) وهي رواية مسكين السمان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل اشترى جارية سُرقت من أرض الصلح، قال: فليردها على الذي اشتراها منه ولا يقربها إن قدر عليه =

وسعيها كذلك<sup>(١)</sup>، ومالكها لم يظلمه في الثمن، فكيف يستوفيه<sup>(٢)</sup> من سعيها، مع أن ظالمه<sup>(٣)</sup> لا يستحقها ولا كسبها، ومن ثم نسبة المصنف إلى القول، تمرضاً له. ولكن يشكل حكمه<sup>(٤)</sup> بردها، إلا أن يُحمل ردها على مالكها لا على البائع،

= أو كان موسراً، قلت: جعلت فداك فإنه مات ومات عقبه، قال: فليستسعيها<sup>(١)</sup>، وعمل بها الشيخ واتباعه، ولكن الرواية ضعيفة السند لجهالة مسكين، ومنها مخالف للقواعد الشرعية من جهة رد الجارية على بائعها مع أنه ليس مالكا لها ولا وكيلاً عن المالك، ومن جهة استسعاها في ثمنها مع أن كسبها لمولاهها، فكيف يؤخذ منه مع أن الثمن لم يصل إليه، وفي الدروس استقرب العمل بالرواية واعتذر عن الإشكاليين بأن ردها على البائع لأنه تكليف له بردها إلى أهلها إما لأنه سارق أو لأنه قد ترتبت يده عليها، وباعتبار أن يده أقدم فيخطابه بالرد يكون ألزم خصوصاً مع بُعد دار الكفر، وبأن استسعاها في ثمنها جمع بين حق المشتري وحق صاحبها، وصاحبها وإن كان حربياً ولا احترام لماله لكن بالصلح أصبح محترماً بالعرض وفيه: أما عن الأول فكون البائع سارقاً أو لأنه قد ترتبت يده عليها لا يقتضي انحصار الرد به وإلا لكان الغاصب من غاصب آخر مما يجب عليه الرد على الغاصب الأول وهو باطل بالاتفاق، بل يجب ردها على مالكها فقط، وأما عن الثاني فحق المشتري عند البائع وليس عند مولى الجارية حتى تستسعي في ثمنها.

ولذا رُدت الرواية عند الأكثر هذا وذهب الحلبي إلى أنها بمنزلة اللقطة، وعن أكثر المتأخرين أنها تسلم إلى الحاكم بعد تعذر إيصالها إلى مالكها أو وكيله أو وارثه ولا تستسعي وهو أشبه بالقواعد، نعم يجوز للمشتري مطالبة البائع بالثمن مع بقائه، ومع نلغه فإن كان المشتري جاهلاً بسرقتها فكذلك، وإلا فلا، لأنه هو الذي سلطه على الإلتلاف لعلمه بالسرقة، ولا تستسعي الجارية مطلقاً لأن كسبها لمولاهها فلا يجوز أخذه بغير رضاه وإن ضاع الثمن، ومنه تعرف ضعف ما ذهب إليه المصنف هنا من وجوب ردها على البائع، إذ كيف يرددها على البائع وهو غير مالك لها.

(١) ملك للغير.

(٢) المشتري.

(٣) وهو البائع.

(٤) حكم المصنف.



طرحاً للرواية الدالة على ردّها عليه<sup>(١)</sup>، وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردّها على البائع واستساعاتها في ثمنها لو تعذر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته.

واعتذر عن الردّ إليه<sup>(٢)</sup> بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليه، وعن استساعاتها بأن فيه جمعاً بين حق المشتري وحق صاحبها، نظراً إلى أن مال الحربي فيء في الحقيقة وإنما صار محترماً بالصلح احتراماً عرضياً فلا يعارض ذهاب مال محترم<sup>(٣)</sup> في الحقيقة<sup>(٤)</sup>.

ولا يخفى أن مثل ذلك<sup>(٥)</sup> لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، وتقريبه للنص إنما يتم لو كانت الرواية مما تصلح للحجة، وهي بعيدة عنه<sup>(٦)</sup>، وتكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز دفعها إليه كما في كل غاصب، وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم، وإلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه، وهو باطل، والفرق في المال بين المحترم بالأصل والعارض لا مدخل له في هذا الترجيح، مع اشتراكهما في التحريم، وكون المثلث للثمن ليس هو مولى الأمة، فكيف يُستوفى من ماله، ويتنقض بمال أهل الذمة فإن تحريمه عارض ولا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

والأقوى إطراح الرواية بواسطة مسكين، وشهرتها لم تبلغ حد وجوب العمل بها، وإنما عمل بها الشيخ على قاعدته<sup>(٧)</sup>، واشتهرت بين أتباعه، وردّها المستنبطون لمخالفتها للأصول.

والأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكها، أو وكيله، أو وارثه، ومع

(١) على البائع.

(٢) إلى البائع.

(٣) وهو مال المشتري.

(٤) في الأصل.

(٥) وهو عدم معارضة احترام المال المحترم عرضاً لاحترام المال المحترم ذاتاً.

(٦) عن صلاحها للحجة.

(٧) وهي العمل بالرواية إذا حصل الوثوق بها في الجملة.

التعذر على الحاكم، وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً<sup>(١)</sup>، ومع تلفه إن كان المشتري جاهلاً بسرقتها، ولا تستسعي الأمة مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

### (السابعة: لا يجوز بيع عبد من عبيد)

من غير تعيين<sup>(٣)</sup>، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين، لجهالة المبيع المقتضية للبطلان، (ولا) يَبُوعُ (عبيد) كذلك، للعلة<sup>(٤)</sup>، وقيل: يصح مطلقاً<sup>(٥)</sup>، استناداً إلى ظاهر رواية ضعيفة، وقيل: يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من ضبيرة متساوية الأجزاء، ويضعف بمنع تساوي العبيد على وجه يلحق بالثلي، وضَعُفُ الصَّحَّةُ مطلقاً<sup>(٦)</sup> واضح.

(ويجوز شراؤه) أي: شراء العبد (موصوفاً) على وجه ترتفع الجهالة (سَلَمًا)، لأن ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك<sup>(٧)</sup>، وهو منه<sup>(٨)</sup>، كغيره من الحيوان إلا ما يُسْتثنى<sup>(٩)</sup>، (والأقرب جوازه) موصوفاً (حالياً) لتساويهما<sup>(١٠)</sup> في المعنى

- (١) سواء كان المشتري عالماً أم جاهلاً بسرقتها.
- (٢) سواء كان المشتري عالماً أم جاهلاً، وسواء تعذر استرداد الثمن أم لا، وسواء تلف الثمن أم لا.
- (٣) على المشهور لجهالة المبيع، وعن الشيخ في الخلاف الجواز، عملاً بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وسيأتي ذكره فيما بعد، وهو خير ضعيف السند، مخالف للقواعد، لأن المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً، وعن العلامة في المختلف جواز بيع أحدهما من غير تعيين، بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون ذلك كالصاع من الصبيرة، والأقوى المنع مطلقاً لجهالة المبيع، بعد عدم كون التساوي متحققاً في العبيد على نحو يلحقه بالثلي.
- (٤) وهي جهالة المبيع.
- (٥) مع التساوي وعدمه، وهو قول الشيخ.
- (٦) حتى في التساوي.
- (٧) على وجه ترتفع الجهالة.
- (٨) والعبد الموصوف من المسلم فيه.
- (٩) كالسلف في الجارية الحامل أو ذات الولد أو الشاة كذلك، وسيأتي دليل المنع فيها في باب.
- (١٠) الحال والسلم.

المصحح للبيع (فلو باعه) عبداً كذلك<sup>(١١)</sup> (ودفع إليه<sup>(١٢)</sup> عبدين للتخيير) أي: ليتخير ما شاء منهما (فأبق أحدهما) من يده<sup>(١٣)</sup> (بني) ضمان الأبق (على ضمان المقبوض بالسوم)، وهو الذي قبضه ليشتريه فتلف في يده بغير تفريط، فإن قلنا بضمانه كما هو المشهور<sup>(١٤)</sup> ضمن هنا، لأنه<sup>(١٥)</sup> في معناه<sup>(١٦)</sup>، إذ الخصوصية<sup>(١٧)</sup> ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١٨)</sup>، وهو<sup>(١٩)</sup> مشترك بينهما، وإن قلنا بعدم ضمانه<sup>(٢٠)</sup> لكونه مقبوضاً بإذن المالك والحال أنه لا تفريط فيكون كالودعي لم يضمن هنا<sup>(٢١)</sup>، بل يمكن عدم الضمان هنا وإن قلنا به ثمة<sup>(٢٢)</sup>، لأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة، أو مجازاً بما يؤول إليه<sup>(٢٣)</sup>، وصحيح المبيع وفاسده مضمون<sup>(٢٤)</sup>.

بخلاف صورة الفرض<sup>(٢٥)</sup>، لأن المقبوض ليس كذلك<sup>(٢٦)</sup> لوقوع البيع

- (١) موصوفاً سلماً أو حالاً.
- (٢) إلى المشتري.
- (٣) يد المشتري من غير تفريط منه.
- (٤) بل قيل بعدم الخلاف فيه، كما سيأتي دليلاً في بحث القبض.
- (٥) لأن القبض هنا.
- (٦) معنى السوم.
- (٧) خصوصية الضمان.
- (٨) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨، رقم الحديث: ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث: ٢٩٨١١.
- (٩) العموم.
- (١٠) بعدم ضمان السوم.
- (١١) في القبض للتخيير.
- (١٢) في السوم.
- (١٣) إلى البيع.
- (١٤) قد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.
- (١٥) وهو المقبوض للتخيير.
- (١٦) ليس مبيعاً بالقوة أو مجازاً بعلاقة الأؤل.

سابقاً، وإنما هو محض استيفاء حق، لكن يندفع ذلك<sup>(١)</sup> بأن المبيع لما كان أمراً كلياً، وكان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له<sup>(٢)</sup> كان في قوة المبيع، بل دفعهما للتخيير حصراً له<sup>(٣)</sup> فيهما، فيكون<sup>(٤)</sup> بمنزلة المبيع حيث إنه<sup>(٥)</sup> منحصر فيهما، فالحكم هنا<sup>(٦)</sup> بالضمان أولى منه<sup>(٧)</sup>.

(والمروي) عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف<sup>(٨)</sup>، ولكن عمل به الأكثر

(١) بأن المقبوض هنا ليس مبيعاً.

(٢) فرداً للكلي.

(٣) حصراً للكلي في العبدین المدفوعين.

(٤) فيكون القبض هنا.

(٥) حيث إن المبيع الكلي.

(٦) في الفردين.

(٧) أولى من المقبوض بالسوم، ووجه الأولوية: تحقق البيع هنا بخلاف السوم فإنه سيتحقق.

(٨) روى الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت ورذ الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبى أحدهما من عنده، قال: ليرذ الذي عنده منهما، ويقبض نصف الثمن مما أعطى من البيع - البائع خ ل - ويذهب في طلب الغلام، فإن وجده اختار أيهما شاء ورد النصف الآخر الذي أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع ونصفه للمبتاع)<sup>(١)</sup>.

والخير صريح بكون التالف بينهما ويرتفع نصف الثمن، فإن وجده اختار، وإلا كان الموجود لهما بناء على انحصار حق المشتري فيهما، وقد عمل به الشيخ في النهاية وابن البراج، بل في الدروس نسبته إلى الأكثر، وهو خبر ضعيف لجهالة ابن أبي حبيب، ومخالف للقواعد الشرعية من انحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقنضي للشركة مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الأبق، ونزل الخير على تساويهما قيمة ومطابقتهما للمبيع الكلي وصفاً، وانحصار حق المشتري فيهما حيث دفعهما إليه وعيّنهما للتخيير كما لو حصر الحق في واحد، وعدم =

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(انحصار حقه فيهما) على سبيل الإشاعة، لا كون حقه أحدهما في الجملة، (وعدم ضمانه) أي: الآبق (على المشتري فينفسخ نصف المبيع)، تنزيلاً للآبق منزلة التالف قبل القبض، مع أن نصفه مبيع (ويرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) وهو عوض التالف (ويكون) العبد (الباقى بينهما) بالنصف، (إلا أن يجد الآبق يوماً فينتخير)<sup>(١)</sup> في أخذ أيهما شاء، وهو<sup>(٢)</sup> مبني على كونهما بالوصف المطابق للمبيع وتساويهما في القيمة.

ووجه انحصار حقه فيهما كونه<sup>(٣)</sup> عنئهما للتخيير، كما لو حصر الحق في واحد، وعدم ضمان الآبق إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم، للوجه الذي ذكرناه<sup>(٤)</sup> أو غيره<sup>(٥)</sup>، أو تنزيلاً لهذا

= ضمان الآبق إما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم، أو تنزيلاً لهذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن المشتري ما يتلف فيه.

وهذا التنزيل مشكل، أما انحصار الحق فيهما ففيه: أن المبيع أمرٌ كلي لا يتشخص إلا بتشخيص البائع، ودفعه الاثنان ليتخير المشتري أحدهما ليس تشخيصاً وإن حُصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمة إلا أن يثبت شرعاً كون ذلك كافياً وهو غير ثابت. وأما تساويهما قيمة ليلحقا بمتساوي الأجزاء كما عن العلامة في المختلف حتى استوجه جواز بيع عبدٍ منهما من غير تعيين كما يجوز بيع الصاع من الصبرة، مع تنزيله على نحو الإشاعة فيكون التالف منهما والباقي لهما، ففيه: منع تساوي العبدین على وجه يلحقان بالمثل، ومنع بيع الصاع من الصبرة على نحو الإشاعة وقد تقدم سابقاً في محله، ومع ذلك فاللازم لو كانت الإشاعة متحققة عدم ارتجاع نصف الثمن.

وأما عدم ضمان الآبق فقد عرفت ما فيه، فاللازم طرح الخبر لضعفه ومخالفته للقواعد والرجوع إلى أصول المذهب وقواعده، فلا بد - كما صرح به غير واحد من الأصحاب كما في الجواهر - من الحكم بضمأن المشتري للتالف لمعوم المتقدم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)، ومن الحكم باستحقاقه المبيع فله المطالبة بالعبد الثابت في الذمة.

(١) المشتري.

(٢) حكم الرواية.

(٣) البائع.

(٤) من وقوع البيع سابقاً.

(٥) كدعوى الإجماع على ضمان المقبوض بالسوم.

التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته<sup>(١)</sup>.

ويشكل بانحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين، ومنع ثبوت الفرق بين حصره في واحد، وبقائه كلياً<sup>(٢)</sup>، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة، مع عدم الموجب لها<sup>(٣)</sup>، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآبق، وأن دفعه الاثنين ليس تشخيصاً وإن حُصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق في الذمة إلى أن يثبت المزيل شرعاً، كما لو حصره في عشرة وأكثر، هذا مع ضعف الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفة للأصول.

(وفي انسحابه<sup>(٤)</sup> في الزيادة على اثنين إن قلنا به) في الاثنين، وعملنا بالرواية (تردد)<sup>(٥)</sup> من صدق<sup>(٦)</sup> العبدین في الجملة، وعدم ظهور تأثير الزيادة، مع

- (١) قال الشارح في المسالك: «وأما بناؤه على التالف في زمن الخيار فليس بشيء إذ لا خيار هنا».
- (٢) قال الشيخ أحمد التوحي أحد المحشين على الروضة في هذا المورد: «ظاهره أن بناء كلام المستدل على منع ثبوت الفرق بين حصر الحق في واحد وبقائه كلياً، وأن ذلك يكفيه في إلحاق تعيين الحق في اثنين بتعيينه في واحد، وإجراء حكم الواحد في اثنين، فأشكلك ذلك المنع إذ الفرق ثابت، ولا يخفى ما فيه، فإن الاستدلال مبني على ثبوت عدم الفرق كما يقتضيه المنع، والذي يخطر ببالي أن العبارة كانت هكذا: ويشكل الحكم بانحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين مع ثبوت الفرق...، وذلك لأن الحكم بانحصاره في فردين لعله يعينهما للتخيير للإلحاق بتعيين الواحد الموجب لحصر الحق فيه، ومع ثبوت الفرق لا يتم الإلحاق، فاشتبه على الناسخين من الأصل، ويؤيده أن في بعض النسخ العبارة كذلك» انتهى.
- (٣) للشركة.
- (٤) جريان حكم الرواية.
- (٥) قال الشارح في المسالك: «وعلى الرواية لا يتعدى إلى غير العبيد اقتصاراً فيما خالف الأصل على المنصوص لبطلان القياس، وبه قطع الشيخ، ولو تعددت العبيد ففي انسحاب الحكم وجهان، من صدق العبدین في الجملة، والخروج عن نفس المنصوص، فإلى قلنا به - أي بالانسحاب - وكانوا ثلاثة فأبق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن، مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله، وعدم فوات شيء.
- ولو كانا أمتين أو عبداً وأمة ففيه الوجهان، وقطع في الدروس بالانسحاب الحكم هنا، ولو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان، والأولى العدم في ذلك كله لو قلنا به - أي بحكم الرواية - لما ذكرناه، أي: لكونه غير منصوص.
- (٦) دليل الانسحاب.

كون محل التخيير زائداً عن الحق<sup>(١)</sup>، والخروج<sup>(٢)</sup> عن المنصوص المخالف للأصل، فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبقى واحد فأتى المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر<sup>(٣)</sup>، ويحتمل بقاء التخيير<sup>(٤)</sup> وعدم فوات شيء<sup>(٥)</sup>، سواء حكمنا بضممان الآبق أم لا، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق.

(وكذا لو كان المبيع غير عبد كأمة<sup>(٦)</sup>) فدفع إليه أمتين أو إماء، وقطع في الدروس بثبوت الحكم هنا، (بل) في انسحاب الحكم (في أي حين كانت) كثوب وكتاب، إذا دفع إليه منه اثنين، أو أكثر التردد، من المشاركة<sup>(٧)</sup> فيما ظن كونه علة الحكم، وبطلان<sup>(٨)</sup> القياس، والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب، لأنه قياس محض لا نقول به، ولو هلك أحد العبدتين ففي انسحاب الحكم الوجهان، من أن<sup>(٩)</sup> تنزيل الإباق منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى<sup>(١٠)</sup>، ومن ضعفه<sup>(١١)</sup> بتنجيز<sup>(١٢)</sup> التنصيف من غير رجاء لعود التخيير،

- (١) إعطاء الإثنين للمشتري حتى يختار هو زيادة عن الحق، فكذلك إعطاؤه أكثر من اثنين للاختيار يكون زيادة عن الحق، بلا فرق في المقامين فما يجري في الأول يجري في الثاني.
- (٢) دليل عدم الانسحاب.
- (٣) من كون المشتري شريكاً في الباقي، ثم إذا وجد الآبق يكون المشتري بالخيار بين أخذ الآبق أو أخذ غيره.
- (٤) تخيير المشتري بين أخذ أحد الإثنين الباقيين، من دون انسحاب حكم الرواية إلى المقام، لأن حكم الرواية في مورد ما لو دفع إليه اثنين وأبقى أحدهما فقد فات محل التخيير، وأما هنا فمحل التخيير باق.
- (٥) من المبيع، إذ له اختيار عبد تام الأوصاف، بخلاف المروي في صورة الإثنين.
- (٦) لعدم خصوصية ذكورية العبد المذكور في الرواية.
- (٧) دليل الانسحاب.
- (٨) دليل العدم.
- (٩) دليل الانسحاب.
- (١٠) ووجهه واضح من عبارة الشارح.
- (١١) ومن ضعف الانسحاب.
- (١٢) بتعيين.

بخلاف الإباق<sup>(١)</sup> والأقوى عدم اللحاق، هذا كله على تقدير العمل بالرواية، نظراً إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة.

والذي أراه منع الشهرة في ذلك<sup>(٢)</sup>، وإنما حكم الشيخ بهذه ونظائرها على قاعدته<sup>(٣)</sup>، والشهرة بين أتباعه خاصة كما أشرنا إليه في غيرها، والذي يناسب الأصل<sup>(٤)</sup> أن العبدین إن كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الآبق والباقي، فإن اختار الآبق ردّ الموجود ولا شيء له، وإن اختار الباقي انحصر حقه فيه، وبُني ضمان الآبق على ما سبق<sup>(٥)</sup>، ولا فرق حيثئذ بين العبدین وغيرهما من الزائد والمخالف<sup>(٦)</sup>، وهذا هو الأقوى.

### (الفصل الرابع: في بيع الثمار، ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها)<sup>(٧)</sup>

- (١) فيحتمل العود ويرجع التخير.
  - (٢) في الرواية.
  - (٣) من العمل بالخبر إذا حصل الوثوق به في الجملة.
  - (٤) أصل المذهب وقواعده المقررة الثابتة من صحاح الأخبار.
  - (٥) من إلحاقه بضمنان السوم أو لا.
  - (٦) المخالف للعبد، كالأمة والثوب والكتاب.
  - (٧) لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها عاماً واحداً بلا ضميمة، بلا خلاف فيه كما في المسالك، ولذا نسه بعضهم إلى الضرورة كما في الجواهر، للأخبار.
- منها: خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أبو جعفر عليه السلام يقول: إذا بيع الخائض في النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته، وإذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة - الخضرخ ل - )<sup>(١)</sup>، وخبر عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: إذا عقد وصار عروفاً)<sup>(٢)</sup>، وصحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تباعه سنتين فافعل)<sup>(٣)</sup>، ومثله خبر أبي بصير<sup>(٤)</sup>، وخبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن النخل والثمرة يبتاعها الرجل عاماً واحداً قبل أن ينمر، قال: لا، حتى تنمر وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أنمرت فابتعها أربعة أعوام، وإن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل)<sup>(٥)</sup>.



وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت<sup>(١)</sup> في طلع، أو كمام<sup>(٢)</sup> (هاماً) واحداً

وعن الحدائق الجزم بالصحة قبل ظهورها، وقال: «والى هذا يميل كلام جملة من محققي  
التأخرين كالمحقق الأردبيلي والفاضل الخراساني»، اعتماداً على أخبار ظاهرة في الكراهة  
كصحيح بريد بن معاوية (سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال - فأمرت محمد بن مسلم  
أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله ﷺ في النخل، فقال أبو جعفر عليه السلام :  
خرج رسول الله ﷺ فسمع ضوضاء، فقال: ما هذا؟ ف قيل له: تباع الناس النخل،  
فقعد النخل العام، فقال عليه السلام : أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه  
الشيء ولم يجرمه<sup>(٣)</sup>، وصحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - وسئل  
عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها، فقال: قد  
اختصموا في ذلك إلى رسول الله ﷺ فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون  
الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يجرمه، ولكن فعل ذلك من أجل  
خصومتهم<sup>(٤)</sup>، وصحيح ربعي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن لي نخلاً بالبصرة فأبيعه  
وأسني الثمن وأستني الكر من التمر أو أكثر، أو العدد من النخل، فقال: لا بأس،  
قلت: جعلت فداك، بيع السنتين، قال: لا بأس، قلت: جعلت فداك إن ذا عندنا  
عظيم، قال: أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله ﷺ أحل ذلك فظالموا - فظلموا  
يب - فقال عليه السلام : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها<sup>(٥)</sup>، ولكن لا بد من تأويلها أو  
طرحها لمعارضتها للنصوص السابقة وللقواعد المقررة من كون الثمرة المدومة غير قابلة  
للنقل والانتقال قبل وجودها، لأن المبيع لا بد أن يكون موجوداً.

(١) قيدٌ للبروز إلى الوجود، قال في المسالك: «والمراد بظهور الثمرة خروجها إلى الوجود وإن  
كانت في طلوعها، وفي حديث سماعة قال: (سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها  
قبل أن يخرج طلوعها، فقال: لا، إلا أن يشتري معها غيرها، رطبة أو بقلأ، وإن لم  
تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقلأ)<sup>(٦)</sup>، تبيية على أن المراد بالظهور ما  
يشمل خروجه في الطلع، وفيه دليل على جواز بيعه عاماً مع الضميمة، إلا أنه مقطوع،  
وحال سماعة مشهور، والمراد بالعام هنا ثمرة العام، وإن وجدت في شهر واحد أو  
أقل» انتهى.

(٢) هو غلاف الطلع والتؤر.

(٢١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

(٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

بمعنى ثمرة ذلك العام وإن وجدت في شهر أو أقل، سواء في ذلك ثمرة النخل وغيرها، وهو موضع وفاق، وسواء ضم إليها شيئاً<sup>(١)</sup> أم لا (ولا) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أزيد) من عام (على الأصح)<sup>(٢)</sup>، للفرق، ولم يخالف فيه إلا

(١) أما مع عدم الضميمة فلا خلاف فيه كما عرفت، وأما مع الضميمة فالمشهور على المنع - كما في المسالك - حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع لأنه يبيع غرري، وأما لو كانت الضميمة مقصودة بالبيع كالثمرة فالظاهر الصحة وعليه تحمل موثقة سماعة المتقدمة.

(٢) ففي جواز بيعها قبل ظهور الثمرة عامين فصاعداً خلاف، فالمشهور على عدم الجواز، للانعدام الموجب لعدم تحقق البيع مع أنه يشترط في المبيع أن يكون موجوداً، وللفرق والجهالة المانعين عن صحة البيع، ولجملة من الأخبار.

منها: خبر أبي بصير المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن النخل والتمر يتناهما الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: لا، حتى تثمر وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام، وإن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل)<sup>(٣)</sup>، ومفهوم ذيله ظاهر في المنع، ومفهوم خبر أبي الربيع الشامي المتقدم (وإذا بيع ستين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة - الخضرخ ل - )<sup>(٤)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر)<sup>(٥)</sup>.

ولكن قيل: لم يصرح بالمنع أحد من القدماء قبل الفاضل، بل ذهب إلى الجواز جماعة، وقواه المحقق الثاني والشارح في المسالك، بل نسب إلى الصدوق القول به، لجملة من الأخبار الصحيحة.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين، فقال: لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنة أخرج في قابل، وإن اشترته في سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ، وإن اشترته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس)<sup>(٦)</sup>، وصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل، فقال: كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة، ولكن الستين والثلاث كان =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧١٢ و٧١٠.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

الصدوق، لصحيفة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة على الجواز، ولا يخلو من قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه<sup>(١)</sup>.

(ويجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها)<sup>(٢)</sup> إجماعاً، (وفي جوازه قبله)<sup>(٣)</sup> بعد

= يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى، قال يعقوب: وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً، قال: لا بأس إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستين<sup>(٤)</sup>، وصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن شراء النخل سنتين أجل؟ قال: لا بأس، يقول: إن لم يخرج العام شيئاً أخرج القابل إن شاء الله)<sup>(٥)</sup>.

واشتمالها على التعليل، والصراحة في الدلالة، وصحة أسانيدها، وكثرة عددها، يوجب ترجيحها على الطائفة الأولى.

(١) حيث ادعى ابن إدريس الإجماع على المنع وقال «وقد اشتبه على بعض من أصحابنا ذلك، ويظنون أنه يجوز بيعها سنتين وإن كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد، وهذا خلاف ما يجردونه في تصنيف أصحابنا وخلاف إجماعهم وأخبار أئمتهم وقتاؤهم» انتهى، ولكن في الجواهر: «إجماع ابن إدريس مردود عليه بما عن غاية المراد للشهيد من أن الأصحاب لم يذكروه صريحاً، ولا تعرض للمنع إلا جماعة منهم، ونحو ذلك في المختلف».

(٢) يجوز بيع الثمرة بعد ظهورها وبدو صلاحها، بلا خلاف فيه، لوجود المبيع حال البيع فتشمله أدلة حلية البيع، ثم لا فرق فيه بين بيعه عاماً واحداً أو عامين، ويشترط القطع وغيره، منفردة بيعت أو منضمة إلى شيء متمول مقصود بالبيع أو غيره، للإطلاق.

(٣) هل يجوز بيع الثمرة عاماً قبل بدو الصلاح وبعد ظهورها من غير ضم ما يجوز بيعه إليها وبدون شرط القطع، أو لا؟ فعن الإسكافي والصدوق في المقتن والتقي والفيد والطوسي والقاضي وابن حمزة والفاضل أنه لا يصح، وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار والحلي والآبي والفاضل في جملة من كتبه وولده فخر المحققين والشهيدين والكركي والميسي والقطيفي أنه يكره، وعن سلال أنه يراعى في الصحة وعدمها السلامة، وحجة الأول الأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشتري النخل حولاً واحداً =

(الظهور) من غير ضمنية، ولا زيادة عن عام، ولا مع الأصل، ولا بشرط القطع (خلاف، أقربيه الكراهة)، جمعاً بين الأخبار، بحمل ما دل منها على النهي على الكراهة، والقول الآخر للأكثر المنع، (وتزول) الكراهة (بالضمنية)<sup>(١)</sup> إلى ما يصح إفراده بالبيع، (أو شرط القطع)<sup>(٢)</sup> وإن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيها عليه<sup>(٣)</sup>، (أو بيعها مع الأصول)<sup>(٤)</sup> وهو في معنى الضمنية، (وبدو الصلاح)<sup>(٥)</sup> المسوغ

= حتى يطعم، وإن شئت أن تتاعه ستين فافعل<sup>(١)</sup>، ومثله خبر أبي بصير<sup>(٢)</sup>، وخبر أبي الربيع الشامي المتقدم<sup>(٣)</sup>.

وحجة الثاني هو الجمع بين هذه الأخبار وبين ما دل على الجواز كصحيح الحلبي المتقدم (- إلى أن قال - قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله ﷺ فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومة ناهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يجرمه، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)<sup>(١)</sup>، وصحيح ربيعي المتقدم<sup>(٢)</sup>، وغيرهما، وهذه الطائفة ظاهرة في الكراهة، وما تقدم تعرف ضعف القول الثالث لسلا، ولذا لم يلتفت إليه في بعض الكتب، لأنه بلا دليل.

(١) تقدم الكلام فيه فيما لو كانت قبل الظهور، فبعده من باب أولى.

(٢) قال في الجواهر: إلا خلاف عندهم في الجواز مع اشتراط القطع، حيث لا تكون المعاملة معه سفهاً، بل حكي عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً، مع أنه لا أثر له في النصوص، فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود في هذا الحال، ولا ريب في أنه مال مملوك يجوز بيعه، ولا يعتبر في الصحة تحقق القطع، بل لو رضي المالك بعد ذلك بالبقاء مجاناً أو بأجرة جاز إجماعاً في التذكرة.

(٣) على عدم القطع.

(٤) لأن هذا البيع هو بيع الثمرة مع الضمنية فيصح بالاتفاق، وقد عرفت جوازه عند البحث في جواز بيعها عامين فصاعداً قبل ظهورها، فبعد الظهور كما في مقامنا أولى.

(٥) بدو الصلاح - الذي هو شرط الصحة أو لرفع الكراهة على الخلاف المتقدم - هو احمرار البسر أو اصفراره على المشهور بين الأصحاب، لخبر الوشاء (سألت الرضا عليه السلام : هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهر، قلت: وما الزهر جعلت =

للبيع مطلقاً<sup>(١)</sup>، أو من غير كراهة هو (احمرار التمر) بالمشناة من فوق مجازاً<sup>(٢)</sup> في ثمرة النخل، باعتبار ما يؤول إليه، (أو اصفراره) فيما يصفر، (أو انعقاد ثمرة غيره)<sup>(٣)</sup> من شجر الفواكه (وإن كانت في كمام) - بكسر الكاف - جمع

= فذاك؟ قال: يحمز ويصفر وشبه ذلك<sup>(١)</sup>، وخبر علي بن أبي حمزة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل، ليس فيه غيره بسراً - غير بسر - أخضر، قال: لا، حتى يزهو، قلت: وما الزهو؟ قال: حتى يتلون<sup>(٢)</sup>)<sup>(٣)</sup>، وخبر المناهي عن النبي ﷺ (ونهى أن يبتاع الثمار حتى تزهو، يعني تصفر أو تحمر)<sup>(٣)</sup>، والنبوي الآخر (ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، وزهوه أن يحمز أو يصفر)<sup>(٤)</sup>.

وزاد المحقق في الشرائع والعلامة في الإرشاد بأن بدو الصلاح بأن تبلغ الثمرة مبلغاً يؤمن عليها العامة، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن النخل والثمرة يبتاعها الرجل عاماً واحداً قبل أن ينثر، قال: لا، حتى تنثر وتأمين ثمرتها من الآفة)<sup>(٥)</sup>، والمرجع فيه إلى العرف، ويحتمل أن الاحمرار والاصفرار هو الحد الذي يؤمن عليها من العامة فلا خلاف بين الأخبار، نعم نقل العلامة في التذكرة عن البعض أن بدو الصلاح حين طلوع الثريا لما روته العامة (أن ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تؤمن عليها العامة، فقال له عثمان بن عبد الله بن سراقه: ومتي ذلك؟ قال: إذا طلعت الثريا)<sup>(٦)</sup>، ورُذ بأن هذه التتمة من كلام ابن عمر لا قول للنبي ﷺ.

(١) من دون أي قيد بناء على الحرمة قبل بدو الصلاح.

(٢) إذ لا يقال حين الاحمرار أنه تمر بل يقال: بسر، ولكن صح إطلاق التمر عليه باعتبار أنه يؤول إليه.

(٣) اعلم أن البحث المتقدم مختص في ثمرة النخل، ولكن ظاهر النصوص والفتاوى - كما في الجواهر - اتحاد حكم ثمرة النخل مع ثمرة باقي الأشجار بالنسبة إلى ما قبل الظهور وبعده، ولكن نقل عن العلامة الفرق بين ثمرة النخل وثمره غيره، فجوز بيع الأول بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، ومنعه في الثانية، وقال في الجواهر: «إن الذي وقعنا عليه من كلامه صريح في خلافه».

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٤٥٣ و ١٤٥٤.

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢٥ و ١٢٦.

(٦) سنن البيهقي ج ٥ ص ٤٨٩، رقم الحديث ١٠٥٩٢.

أَكْمَةٌ - بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة - وهي غطاء الثمرة والثور كالرمان، وكذا لو كانت في كمامين كالجوز واللوز، وهذا هو<sup>(١)</sup> الظهور المجوز للبيع أيضاً.

ولكن حدّ الصلاح فيها أن يتعقد الحب من غير شرط الزيادة على الأشهر كما عن الكفاية، وعن الشيخ في النهاية وجماعة أن حده انعقاد الحب وتناثر الورد، وعن الشيخ في المبسوط أنه قال: «ويدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة مما تحمرّ أو تسود أو تصفرّ فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كانت مما تبيض فبأن تنموه، وهو أن ينموه فيها الماء الحلو ويصفو لونها، وإن كانت مما لا تتلون مثل التفاح فبأن يجلو ويطيب أكله، وإن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: وقد روى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد ويتعقد، وفي الكرم أن يتعقد المحصرم، وإن كان مثل القثاء والحيار الذي لا يتغير طعمه ولا لونه، فإن ذلك يؤكل صفراً فبدو صلاحه أن يتناهي عظم بعضه انتهى».

ويشهد للقول الأول موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الكرم متى يجلّ بيعه؟ قال: إذا عقد وصار عروقاً)<sup>(٢)</sup> كما في الكافي، (وصار عقوداً)<sup>(٣)</sup> كما في التهذيب، والعروق والعقود هو اسم للمحصرم بالنبطية على ما قيل، وسألت عليه فلا واسطة بين بدو الصلاح والانعقاد بخلاف ثمرة النخل إذ قد تنعقد ولا تحمر ولا تصفر إلا بعد مدة.

ويشهد للثاني خبر ابن شريح عن أبي عبد الله عليه السلام (وبلغني أنه قال في ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقيل له: وما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط وردة)<sup>(٤)</sup>، إلا أن يقال كما في الجواهر: «ولعل الانعقاد دائماً يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر» فيتحد القولان، والجمع بين هذين الخبرين وبين أخبار التلون والزهر الواردة في بيع الثمار غير ثمرة النخل - وقد تقدمت - يفيد أن الصلاح في كل ثمرة بحسب شأنها، فلا بد أن يختلف باختلاف الثمار، ولذا يقرب قول الشيخ في المبسوط وتبعه عليه ابن البراج في المهذب وغيره، وعلى هذا القول فهناك واسطة بين بدو الصلاح وبين الانعقاد.

(١) الانعقاد، وعليه فالانعقاد محقق لبدا الصلاح فلا واسطة بينهما.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٦ وملحقه.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٣.

وإنما یختلف بدو الصلاح والظهور فی النخل، ویظهر<sup>(١)</sup> فی غیرها<sup>(٢)</sup> عند جعله<sup>(٣)</sup> تنائر الزهر بعد الانعقاد، أو تلون الثمرة<sup>(٤)</sup>، أو صفاء لونها، أو الحلاوة، وطیب الأكل فی مثل التفاح، أو التُّضح فی مثل البطیخ، أو تناهی عظیم بعضه فی مثل القناء كما زعمه الشیخ رحمه الله فی المبسوط.

(ویجوز بیع الخضر بعد انعقادها)<sup>(٥)</sup> وإن لم ینتاه عظیمها (لقطة ولقطات معینة) أي: معلومة العدد، (كما یجوز شراء الثمرة الظاهرة، وما یتجدد فی تلك السنة، وفي غیرها) مع ضبط السنین، لأن الظاهر منها<sup>(٦)</sup> بمنزلة الضمیمة إلى المعدوم، سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة أم غیره.

(١) الاختلاف.

(٢) غیر ثمرة النخل.

(٣) جعل بدو الصلاح كما هو رأي الشیخ فی النهایة.

(٤) كما هو رأي الشیخ فی المبسوط.

(٥) یجوز بیع الخضر كالتیاری والبطیخ والقیاء والباذنجان بعد انعقادها وإن لم ینتاهی عظیم بعضها، بناء علی أن الانعقاد هو بدو صلاحها، وكذلك یجوز بیع البقول بعد ظهورها وبيع ما یخرط بعد تحققه، ویجوز بیعها لقطه ولقطات بالنسبة للخضر، وجزء وجزات بالنسبة للبقول، وخرطة وخرطات بالنسبة لما یخرط ورقه كالحناء والتوت، بلا خلاف فیہ، كما یشهد له موثق سماعة (سألته عن ورق الشجر هل یصلح شراؤه ثلاث خرطات؟ فقال: إذا رأیت الورق فی شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطة)<sup>(١)</sup>، وخیر معاویة بن میسرة (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن الرطبة بیعها هذه الجزة وكذا وكذا جزة بعدها، قال: لا بأس به، ثم قال: قد كان أبو یبیس الحناء كذا وكذا خرطة)<sup>(٢)</sup>.

والمرجع فی اللقطة والجزة والخرطة إلى العرف، سواء كانت اللقطات وما بعدها موجودة حال البیع، أم لم یكن موجوداً غیر الأولى، وانعدام ما عدا الأولى بعد ضمه إليها لا یضر بصحة البیع، لأنه بمنزلة المتجدد من الثمرة فی السنة أو فی العام المقبل، نعم لو باع الثانية خاصة أو ما بعدها مما لم یوجد لم یصح للجهالة.

(٦) من اللقطة.

(ويرجع في اللَّقْطَة إلى العرف) فما دل على صلاحيته للقطع يقطع، وما دل على عدمه لصغره، أو شك فيه لا يدخل، أما الأول فواضح، وأما المشكوك فيه فلاصالة بقائه على ملك مالكة، وعدم دخوله فيما أخرج باللُّقْطَة، (فلو امتزجت الثانية) بالأولى<sup>(١)</sup> لتأخير المشتري<sup>(٢)</sup> قَطْعها في أوانه (تخير المشتري بين الفسخ والشركة)، للتعيب بالشركة، ولتعذر تسليم المبيع منفرداً، فإن اختار الشركة فطريق التخلص بالصلح (ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ، لعيب الشركة نظراً، أقربه ذلك<sup>(٣)</sup> إذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه.

(وحينئذ) أي: حين إذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع، وقبض المشتري أمكن عدم الخيار للمشتري)، لأن التعيب جاء من قبله فيكون دَرَكُهُ عليه، لا على البائع كما لو حصل مجموع التلف من قبله، (ولو قيل<sup>(٤)</sup>: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقاً<sup>(٥)</sup>، لحصول النقص مضموناً على البائع كما يضمن الجملة كذلك<sup>(٦)</sup>.

(١) بحيث لو اشترى لقطعة من الخضراوات فامتزجت بالمتجددة من غير تمييز، فقد ذهب العلامة في القواعد إلى ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشراكة عند محاكاة البائع من دون فرق بين أن يكون تجدد ذلك قبل القبض أو بعده، وسواء كان الاختلاط بتفريط المشتري أم لا، وثبوت الخيار للمشتري للتعيب بالشركة وتعذر تسليم المبيع منفرداً. وأشكل عليه المحقق الثاني في جامعه بأن هذا الحكم يثبت لو كان التجدد قبل القبض مع عدم التفريط من المشتري، وأما إذا كان بعد القبض فلا خيار له لاستقرار البيع وبراءة البائع من دركه، بل قيل: بأن للبائع الفسخ حينئذ لعيب الشركة إذا لم يكن تأخير القطع بسببه، ومنه تعرف ما لو كان التأخير بتفريط المشتري قبل القبض فلا يكون مضموناً على البائع، لأن عيب الشركة إنما جاء من جهة المشتري.

(٢) هذا القيد لا داعي له بعد ملاحظة كلام الماتن.

(٣) الفسخ.

(٤) هذا القول مبني على القبض، والقول السابق مبني على التفريط.

(٥) سواء كان التفريط من المشتري أم لا.

(٦) قبل القبض.



(وإن كان بعده<sup>(١)</sup>)، فلا خيار لأحدهما)، لاستقرار البيع بالقبض، وبراءة البائع من دركه بعده (كان قوياً) وهذا القول لم يذكر في الدروس غيره جازماً به، وهو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلا فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع<sup>(٢)</sup>، وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء، ولا الجميع على الأقوى<sup>(٣)</sup>، لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة<sup>(٤)</sup> الموجبة له<sup>(٥)</sup>، كما لو بُذِل للمعيون التفاوت، ولما<sup>(٦)</sup> في قبول المسموح به من المثة.

(وكذا يجوز بيع ما يُخرط)<sup>(٧)</sup> أصل الخرط أن يَقْبُضَ باليد على أعلى القضيب ثم يُمِرُّها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، ومنه المثل السائر «دونه خرط القتاد»<sup>(٨)</sup>، والمراد هنا ما يُقَصَّدُ من ثمرته ورقه (كالحناء والتوت) بالتائين المشائين من فوق (خَرْطَةٌ وَخَرْطَاتٌ، وما يُجْرُ كَالرَّطْبَةِ)<sup>(٩)</sup> - بفتح الراء وسكون الطاء - وهي الفِصَّة<sup>(١٠)</sup> والقُضْب<sup>(١١)</sup>، (والبقل) كالننعا (جَزَّةٌ وَجَزَّاتٌ، ولا تدخل الثمرة) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقاً<sup>(١٢)</sup>، ولا غيره من العقود، (إلا في)

- (١) بعد القبض.
- (٢) وهذا جمع بين عدم القبض والتفريط، فالبيع مضمون على البائع قبل القبض لكن بشرط أن لا يكون هناك تفريط من المشتري وإلا فدركه عليه.
- (٣) وفي قبالة احتمال سقوط الخيار، لانجبار النقص التصور من القسمة والضرر الحاصل من الشركة ببذل البائع، والمعلول ينتفي بانتفاء علة.
- (٤) وهي الشركة.
- (٥) للخيار.
- (٦) دليل ثانٍ لعدم سقوط خيار المشتري ببذل البائع له ما يشاء أو بذله الجميع.
- (٧) تقدم الكلام فيه.
- (٨) والقتاد شجر له شوكة لا يتيسر خرطه لذلك.
- (٩) تقدم الكلام فيه.
- (١٠) نبات تعلقه الدواب، ويُسمَّى بذلك ما دام رطباً كما في المنجد.
- (١١) كل نبت اقتضب وأكل طرياً.
- (١٢) من أي ثمرة كانت، هذا ويجوز بيع الثمرة بعد ظهورها وبدو صلاحها على ما تقدم، ويجوز بيعها منضمة إلى الأصول وإن لم يبذ صلاحها لأنها مبيعة مع الضميمة، ولو باع =

ثمرة (التخل) فإنها تدخل في بيعه<sup>(١)</sup> خاصة (بشرط عدم التأبير)، ولو نُقل أصل النخل بغير البيع فكغيره من الشجر.

= الأصول قبل ظهور الثمرة فلا إشكال، ولو باعها بعد ظهور الثمرة وانعقادها، لم تدخل الثمرة في البيع إلا بالشرط بلا خلاف فيه، للأصل بعد عدم التبعية بين الثمرة وأصلها، وكذا لو نقل الأصول بغير البيع.

وحيث لا تدخل الثمرة في بيع أصولها وجب على المشتري إبقاؤها مجاناً إلى أوان بلوغها إذا كان المعتاد قطعها عنده وإلا قبله تبعاً للعرف، ولو اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي يجب التعمين، فإن أطلق احتمال البطلان، واحتمل التنزيل على أقل المراتب، لأنه المتيقن، واحتمل التنزيل على أعلاها صيانة لمال البائع، هذا مع أنه ما يحدث من الثمرة بعد الاتباع فهو للمشتري بلا خلاف ولا إشكال لأنها نماء ملكه، ولو امتزجا يأتي فيه الكلام المتقدم عند امتزاج المتجدد من الخضراوات.

(١) في بيع النخل، على خلاف الأصل، لأن النخلة لا تتناول ثمرتها، ولكن الحكم المذكور مما قد دلت عليه الأخبار، منها: خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى رسول الله ﷺ أن ثمر النخل للذي أثمرها إلا أن يشترط المبتاع)<sup>(١)</sup>، وخبر يحيى بن العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام (من باع نخلاً قد لقع فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله ﷺ بذلك)<sup>(٢)</sup>، وخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله ﷺ)<sup>(٣)</sup>، فمنطوقها أن النخل المؤبر ثمرته للبائع، ومفهومها إن لم يؤبر فثمرته للمشتري، والسند غير نقي، ودلالة المفهوم ضعيفة، لكن يجبر ذلك بفهم الأصحاب حيث أفتوا بهذا الحكم، مع أن الأصل يقتضي بقاء الملك للمالك وعدم انتقاله إلى المشتري بعد عدم تناول اسم النخلة لثمرتها، ولم يخالف إلا ابن حمزة حيث جعل الثمرة للبائع بعد بدو الصلاح والمشتري قبله، وهو ضعيف، لوجود هذه الأخبار، ولمخالفته للأصل المقضي لبقاء الثمرة على ملك البائع ولو بعد الصلاح.

ثم لا خلاف عندنا لو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للمناقل سواء كانت مؤبرة أم لا، وسواء كان النقل بعقد معاوضة كالإجارة والنكاح أم بغير عوض كالهبة وشبهها، وذلك لأن الحكم بكون الثمرة قبل التأبير للمشتري على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد =

(١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و٢.

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة، أو شجرات)<sup>(١)</sup> معينة، (وجزء مشاع) كالنصف، والثلث، (وأرطال معلومة، وفي هذين الفردين، وهما استثناء الجزء المشاع، والأرطال المعلومة (يسقط من الثنينا)<sup>(٢)</sup>) وهو المستثنى (بحسابه) أي: نسبه<sup>(٣)</sup> إلى الأصل (لو خاست الثمرة) بأمر من الله تعالى.

= النص، وهو البيع، وخالف الشافعي حيث ألحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياساً عليه، ونقل التعميم عن الشيخ في المبسوط والقاضي، وهو ضعيف، لحرمة القياس.

ثم إن التأبير هو تشقيق طلع الإناث وذرّ طلع الذكور فيه ليحيء رطبها أجود مما لم يؤبر، والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقي ينشقق بنفسه ويب ربح الذكور إليه، وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل وتأبير بالرياح، خصوصاً إذا كانت الذكور في ناحية الصبا فهب الصبا وقت التأبير كما في المسالك.

(١) بعينها بلا خلاف فيه ولا إشكال، وكذا يجوز استثناء جزء معين من الشجرة كعذق معين منها، نعم لو أهبم في شيء من ذلك بطل بلا خلاف فيه للجهالة في المبيع.

وكذا يجوز استثناء حصة مشاعة من الثمرة كالثلث والربع بلا خلاف فيه، ويجوز استثناء أرطال معينة على المشهور شهرة عظيمة، لصحيح ربي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام (إن لي نخلاً بالبصرة فأبيعه وأسفي الثمن، وأسثني الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل، فقال: لا بأس)<sup>(١)</sup>)، وخبره الآخر عنه عليه السلام (في الرجل يبيع الثمرة ثم يستني كلاً وتمرأ، قال: لا بأس به، وكان مولى له عنده جالساً فقال المولى: إنه ليبع ويستني أوساقاً يعني أبا عبد الله عليه السلام)، قال: فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله)<sup>(٢)</sup>.

خلافاً لأبي الصلاح منا والشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل من غيرنا، فلم يجوزوه لأداته إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد، الذي طريق معرفته المشاهدة، وهو اجتهاد في قبال النص.

(٢) بالضم اسم من الاستثناء.

(٣) نسبة المستثنى، فلو خاست الثمرة فيسقط من المستثنى إذا كان حصة مشاعة أو أرطالاً معلومة بحسابه، وقد نفى فيه الخلاف صاحب الجواهر، وطريق التوزيع: إذا كان المستثنى حصة مشاعاً فيقدر المجموع بالتخمين على فرض السلامة ثم يقاس إلى المجموع =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

(بخلاف المعين) كالشجرة والشجرات<sup>(١)</sup>، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً، فلا يسقط منها<sup>(٢)</sup> بتلف شيء من المبيع شيء<sup>(٣)</sup>، لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف الأول<sup>(٤)</sup> لأنه حق شائع في الجميع فيوزع الناقص عليهما<sup>(٥)</sup> إذا كان التلف بغير تفريط.

قال المصنف (رحمه الله) في الدروس<sup>(٦)</sup>: «وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل

= الناتج على فرض النقصان، ويؤخذ من المستثنى بهذه النسبة، فمثلاً لو قُدِّر المجموع سليماً بمئة وهو خمسون على تقدير النقصان فالنسبة النصف، وهذه النسبة يسقط من المستثنى - أعني النصف -.

وإذا كان المستثنى أرتطالاً معلومة فيقدر المجموع على فرض السلامة ثم يقدر على فرض النقصان فإذا كانت النسبة ثلثاً أو نصفاً مثلاً فيسقط منه الأرتطال المعلومة بمقدار هذه النسبة.

(١) فلو خاست الثمرة فلا يسقط من المستثنى شيء، باعتبار امتياز المبيع عنها.

(٢) من ثمرة الشجرة والشجرات المعينة.

(٣) فاعل لقوله «فلا يسقط».

(٤) وهو ما لو كان المستثنى مشاعاً أو أرتطالاً معلومة.

(٥) على المستثنى والمستثنى منه.

(٦) قال المصنف في الدروس في بحث بيع الثمار: «وللبائع استثناء حصة مشاعة من الثمرة

وأرطال معلومة فيحمل على الإشاعة، حتى لو تلف شيء سقط من الثنيا مقابلها إذا كان

بغير تفريط في الموضوعين، أما لو استثنى ثمر شجرات بعينها فلا، وقد يفهم من هذا

التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة<sup>(١)</sup> انتهى.

ومراده أن توزيع الحسارة عليهما بالنسبة دليل على أن استثناء حصة مشاعة أو أرتطال

معلومة من المبيع توجب الشراكة في كل جزء من أجزاء المبيع بنسبة المستثنى، فكذلك

يجب الحكم بالشراكة في بيع الصاع من الصبرة، بحيث يكون كل جزء من أجزاء الصبرة

مشتركاً بنسبة الصاع إلى الصبرة ولازمه كون النقص عليهما.

وقال الشارح ما مضمونه: تقدم في مسألة بيع الصاع من الصبرة - وقد تعرض لها الماتن

والشارح هنا في المسألة السابعة من مسائل شرائط المبيع - أنه بيع كلي في معين كما هو

المشهور وليس بيعاً على أنه جزء من الصبرة على نحو الإشاعة، وتقدم الدليل عليه من =

شراء صاع من الصبرة على الإشاعة، وقد تقدّم ما يرجع عدمه، ففيه سؤال للفرق.

وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة<sup>(١)</sup>: جعل الذهاب عليهما، والباقي لهما على نسبة الجزء.

وأما في الأبطال المعلومة فيعتبر الجملة<sup>(٢)</sup> بالتخمين، وينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذهاب فيسقط منه<sup>(٣)</sup> بتلك النسبة.

### (مسائل)

(الأولى: لا يجوز بيع الثمرة بجنسها)<sup>(٤)</sup> أي: نوعها الخاص كالعنب بالعنب

= أنه المنسب إلى الفهم ولصحيح يريد بن معاوية المتقدم<sup>(١)</sup>، ولازمه أن التلف على البائع ولا خسارة على المشتري.

ثم تساءل الشارح عن الفرق بين بيع الصاع من الصبرة وأن الخسارة على البائع وبين استثناء حصة مشاعة من الثمرة وأن الخسارة عليهما بالنسبة، والفرق واضح حيث إن بيع الصاع من الصبرة هو من باب الكلي في المعين كما تقدم، فهو في الذمة لا في الصبرة فالخسارة اللاحقة على الصبرة واقعة في مال البائع فقط، وأما الحصة المشاعة أو الرطل من الثمرة كما في مقامنا فليس في الذمة بل في ضمن ثمرة هذه الشجرات الموجودة خارجاً فلا عمالة إذا وقع فيها خسارة أن تكون عليهما معاً، فالفرق واضح بين الصورتين فلا وجه للسؤال.

(١) تقدم بيانه.

(٢) مجموع الثمرة على تقدير الصحة.

(٣) من المستثنى.

(٤) يجوز بيع ثمرة النخل أو غيرها إذا كانت على أصولها بالأثمان أو بالعروض أو بهما معاً، أو بغيرهما من المنافع والأعمال ونحوهما، كغيرها من أفراد المبيع بلا خلاف فيه ولا إشكال للأصل، نعم لا يجوز بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله ﷺ =

والزبيب، والرطب بالرطب والتمر، (على أصولها)، أما بعد جمعها فيصح مع التساوي<sup>(١)</sup> (فخلاً كان) المبيع ثمره، (أو غيره) من الثمار إجماعاً في الأول<sup>(٢)</sup>،

= عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة<sup>(٣)</sup>، وموثقه الآخر عنه عليه السلام (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، فقال: المحاقلة بيع النخل بالتمر، والمزابنة بيع السنبل بالحنطة)<sup>(٤)</sup>، وخير القاسم بن سلام مسنداً عن النبي ﷺ (نهى عن بيع المحاقلة والمزابنة، فالمحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر، والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر)<sup>(٥)</sup>.

وبيع ثمرة النخل بالتمر يسمى مزابنة، وهي مفاعلة من الزين، بمعنى الدفع، ومنه الرزانية لأنهم يدفعون الناس إلى النار، وهذه المعاملة سميت بذلك، لأنها مبنية على التخمين، ويكثر فيها الغبن، وكلٌ منهما يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر فيتدافعان، وهل بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر يسمى مزابنة أو لا، فالمشهور بين الأصحاب مع نص أهل اللغة على ذلك ويشهد له خبر ابن سلام المتقدم، وعن سيار أن بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر يُسمى محاقلة، ومال إليه الكاشاني والبحراني، ويشهد لهم موثق عبد الرحمان المتقدم، ولا بد من حمله على المجاز لما سمعت، ومنه تعرف أنه مبني على اللف والنشر غير المرتبين، حيث ذكر المحاقلة أولاً وفسرها أخيراً وذكر المزابنة ثانياً وفسرها أولاً.

ثم هل المزابنة تختص ببيع ثمر النخل بتمر منه فقط، وهو القدر المتيقن من المزابنة، أو يشمل بيعه بتمر ولو كان موضوعاً على الأرض على المشهور، لإطلاق الأخبار المتقدمة.

ثم هل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه كما صرح به جماعة لاختصاص المزابنة بالنخل فيبقى غيره على القواعد، وعن المشهور وهو غير متحقق كما في الجواهر أنه لا يجوز، لأنه لا يؤمن الربا، وفيه: أن الثمرة على الشجرة ليست ربوية، لأنها تباع بالمشاهدة والربا يختص بالمكيل والموزون، ومنه تعرف ضعف الاستدلال بالربا على حرمة المزابنة في ثمرة النخل أيضاً.

- (١) لأنه بعد الجمع تكون الثمرة من الموزون أو المكيل على حسب اختلاف الأزمان والبلدان فيشترط التساوي بين العوضين حذراً من البيع الربوي.
- (٢) وهو بيع ثمرة النخل بالتمر.

وعلى المشهور في الثاني<sup>(١)</sup>، تعدية<sup>(٢)</sup> للعلة المنصوصة<sup>(٣)</sup> في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي<sup>(٤)</sup> نقصانه عند الجفاف إن بيعت<sup>(٥)</sup> بيابس، وتطرق<sup>(٦)</sup> احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين، ولا فرق في المنع بين كون الثمن منها<sup>(٧)</sup>، ومن غيرها<sup>(٨)</sup>، وإن كان الأول أظهر متعاً<sup>(٩)</sup>.

- (١) وهو بيع ثمرة غير النخل من شجر الفواكه بجنسها.
- (٢) تعليل للحكم المشهور في الثاني.
- (٣) ورد في الأخبار النهي عن بيع التمر البابس بالرطب مثلاً بمثل، لأنه بعد بيه ينقص فيدخل الربا، كما ورد في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح التمر البابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب، فإذا بيس نقص)<sup>(١)</sup>، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً بمثل كيله إلى أجل، من أجل أن التمر ييس فينقص من كيله)<sup>(٢)</sup>، وخير داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح التمر بالرطب، إن الرطب رطب والتمر يابس، فإذا بيس الرطب نقص)<sup>(٣)</sup>، وإذا ثبتت العلة المنصوصة للمنع من بيع الرطب باليابس، وهي نقصان الرطب عند الجفاف، فهي تشمل المقام لو بيعت الشمرة في رؤوس شجر الفواكه بجنسها، لأن الشمرة رطبة والثمن يابس كبيع العنب بالزبيب فلا يصلح بيه مثلاً بمثل لدخول الربا.
- وفيه: عدم ثبوت العلة المنصوصة لو بيع عنب الكرم بعنب مطروح على الأرض لا بالزبيب، على أن العلة المنصوصة مختصة في الرطب والتمر إذا بيعا بالكيل أو الوزن، ومقامنا يباع بالمشاهدة فلا تجري فيه أدلة البيع الربوي.
- (٤) العلة المنصوصة.
- (٥) الشمرة حال كونها رطبة.
- (٦) دليل ثانٍ للمنع، لأن ما على الشجرة يباع بالتخمين فيأتي احتمال الزيادة في كل من العوضين، وهما ربويان فلا يجوز، وفيه: قد عرفت أن الشمرة على الشجرة ليست ربوية.
- (٧) من نفس الشجرة، وهو القدر المتيقن من الزائبة، بمعنى بيع الشمرة في رؤوس النخل بمقدار منها.
- (٨) من شجرة أخرى.
- (٩) لاتحاد الثمن والثمن.

(ويسمى في النخل مزابنة) وهي مفاعلة من الزبن، وهو الدفع، ومنه الزبانية، سميت بذلك<sup>(١)</sup> لبنائها على التخمين المقتضي للغبن، فيريد المغبون دفعه، والغابن خلافه فيتدافعان، وخصَّ التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسراً به المزابنة في صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام، وألحق به<sup>(٢)</sup> غيره لما ذكرناه<sup>(٣)</sup>، وفي إلحاق اليابس وجه<sup>(٤)</sup>، والرطب نظر.

(ولا بيع السنبل بحب منه<sup>(٥)</sup>، أو من غيره من جنسه، ويسمى محاقلة)<sup>(٦)</sup> مأخوذ من الحقل جمع حَقْلَة، وهي الساحة التي تُزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حَقْلَة، وخرج بالسنبل يبعه قبل ظهور الحب فإنه جائز، لأنه حيثئذ غير مطعوم<sup>(٧)</sup>،

(١) سميت هذه المعاملة بالمزابنة.

(٢) بالنخل.

(٣) من تعدية العلة المنصوصة وتطرق احتمال الزيادة.

(٤) إلحاق غير النخل بالنخل له وجه في اليابس، كما لو بيعت ثمرة الشجر باليابس، كبيع عنب الكرم بالزبيب، تعدية للعلة المنصوصة، ولكنه في الرطب كبيع عنب الكرم بالعنب نظراً، بل يجوز لعدم تطرق احتمال الزيادة، وفيه: قد عرفت أنه جائز مطلقاً إلا في النخل للنص.

(٥) من نفس السنبل.

(٦) تقدم دليل المنع عند الكلام في المزابنة، والمحاقلة هي بيع حب السنبل بالحب سواء كان الثمن من نفس حب السنبل الذي وقع مثمناً أم من غيره من جنس الحنطة، لإطلاق الأخبار المتقدمة أيضاً، هذا والمحاقلة مفاعلة من الحقل، والحقل جمع حَقْلَة، وهي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حَقْلَة، وأطلق اسم الحقل على الزرع مجازاً من باب إطلاق المحل على الحال، أو من باب المجاورة، فكأنه عند بيع الزرع بالزرع قد باع حقلاً بحقل لإطلاق الحقل على الزرع، فلذا سميت محاقلة.

هذا ويطلق على المبيع هنا الزرع، كما في صحيح عبد الرحمان وخير ابن سلام المتقدمين، ويطلق عليه السنبل كما في موثق عبد الرحمان المتقدم، ولذا عبّر بعض الفقهاء بالزرع وبعضهم كالماتن هنا بالسنبل.

(٧) قال في المسالك: «قال في التذكرة: لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل، سواء تساوبا جنساً أو اختلافاً، ولا يشترط التقابض في الحال»، وهو لا يخالف فيه كما في الجواهر، للأصل بعد عدم جريان الربا =



(إلا العريئة<sup>(١)</sup>) هذا استثناء من تحريم بيع المزبنة، والمراد بها النخلة تكون في دار

= فيه، لأنه ليس من الكليل أو الموزون، لأنه يباع بالمشاهدة.

(١) لو كانت نخلة شخص في دار آخر فيجوز للمالك الدار أن يشتري ثمر هذه النخلة بتمر من غيرها، وهذه هي مسألة العرية المشهورة، وهي مستثناة من تحريم بيع المزبنة، بلا خلاف فيه بيننا للأخبار.

منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (رخص رسول الله ﷺ في العرايا بأن تشتري بخرصها تمرًا، قال: والعرايا جمع عرية، وهي النخلة تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمرًا، ولا يجوز ذلك في غيره<sup>(٢)</sup>)، وخبر القاسم بن سلام مسنداً إلى النبي ﷺ (أنه رخص في العرايا، واحدها عرية، وهي النخلة التي يعربها صاحبها رجلاً محتاجاً، والإعراب: أن يبتاع تلك النخلة من المعرا بتمر موضع حاجته، قال: وكان النبي ﷺ إذا بعث الخزاز قال: خففوا الخرص فإن في المال العرية والوصية<sup>(٣)</sup>)، وكون العرية في دار الرجل موضع اتفاق بين الأصحاب كما في المسالك، وقد نص أهل اللغة على أنها «أو في بستانه»، وهو حسنٌ، لأن أهل اللغة يرجع إليهم في مثل ذلك، ولميسر الحاجة إليها كالتي في الدار كما في المسالك هذا من جهة ومن جهة أخرى سواء كانت الدار للمالك أو مستأجر أو مستعير بلا فرق في ذلك لأن الحاجة عامة في الجميع، وذلك لأن مالك الدار ممن يشق عليه الدخول إلى نخلة في داره لو كانت النخلة لغيره فكذلك مستأجر الدار أو مستعيرها.

هذا وبيع العرية يراد منه بيع ثمرها، وهذا البيع مشروط بأمر.

أولاً: كون النخلة واحدة، فلو تعددت في دار أو بستان واحد فلا يجوز بيع ثمرها بالتمر لصديق المزبنة، بعد قصر أخبار الرخصة على النخلة الواحدة على ما فهمه الأصحاب، ولكن الأخبار المتقدمة صريحة في كون الرخصة للأعم من نخلة أو نخلات بدليل قوله عليه السلام في خبر السكوني المتقدم (رخص رسول الله ﷺ في العرايا).

ثانياً: كون الثمن من غيرها، لثلا يتحد الثمن والمثمن على المشهور، واحتمل العلامة في المختلف الجواز، لإطلاق أخبار الرخصة، ولكنها منصرفة إلى غير هذا الفرض بجعل العرية هي بيع ثمرها بتمر غيرها، وأنها مستثناة من المزبنة مع أن المزبنة تشمل بيع ثمر رؤوس النخل بتمر من غيره.

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

الإنسان، أو بستانه، فيشتري مالكهما، أو مستأجرهما، أو مستعيرهما رُطْبَهَا (بخرصها<sup>(١)</sup>) ثمرأ من غيرها) مقدراً<sup>(٢)</sup> موصوفاً حالاً، وإن لم يُقبض في المجلس، أو بلغت خمسة أوسق<sup>(٣)</sup>، ولا يجوز بتمر منها<sup>(٤)</sup> لثلا يتحد العوضان، ولا يعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع، بل تكفي المطابقة ظناً، فلو زادت عند الجفاف عنه، أو نقصت لم يقدر في الصحة، ولا عريّة في غير النخل، فإن ألحقناه<sup>(٥)</sup> بالمزابنة، وإلا لم

= ثالثاً: كون البيع حالاً لثلا يدخل الربا، بل عن الشيخ اشتراط التقابض قبل التفرق تخلصاً من الربا، وفيه: أن الربا يدخل في المكيل والموزون وهذا يباع مشاهدة فلا ربا فيه.

وابعاً: عدم المفاضلة حين العقد لثلا يلزم الربا، وقد تقدم ما فيه، قال الشارح في المسالك: «لا يجب مطابقة ثمرتها لثمنها، بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه ظن الحارص لها ثمرأ بقدره، بمعنى أنها تقدر رطباً أو بسرأ أو نحوهما كم يبلغ ثمرأ إذا جفت، فيباع ثمرها بهذا المقدار ثمرأ، ثم لا يجب مطابقة هذا التقدير للثمن عند الجفاف، فلو زادت عند الجفاف عما خرصها به أو نقصت لم يكن ذلك قادحاً في الصحة عملاً بإطلاق النص، وقيل: تعتبر المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع وهو ضعيف، بل لا يجب جعل ثمرتها ثمرأ ولا اعتباره بعد ذلك بوجه لأصالة عدم الاشتراط، هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المائلة بين ثمرتها وثلثها، وفي التذكرة أن المعتبر المائلة بين ما عليها رطباً وبين الثمن ثمرأ، فيكون بيع رطب بتمر متساوياً، وجعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساوياً انتهى، ثم إن الرخصة مقصورة على النخلة، فلا يتعدى إلى غيرها من الشجر اقتصاراً فيما خالف الأصل في تحريم المزابنة على مورد النص.

- (١) الحرص هو التخمين ما على النخل من تمر.
- (٢) يجب كون الثمن مقدراً موصوفاً حالاً، وقد تقدم.
- (٣) ردّ على الشافعي حيث لم يجوز بيعها إذا كانت ثمرتها خمسة أوسق، وإطلاق الأخبار المقدمة تدفعه، وقال الأغا جمال في حاشيته تعقياً على قول الشارح: «إشارة إلى ما ذكره ابن الأثير في نهايته حيث خصّ الرخصة بما إذا كانت دون خمسة أوسق، ووجه الرد إطلاق ما دل على الجواز من غير تقدير تعبدأ انتهى.
- (٤) من العريّة، أي: لا يجوز بيع ثمرها بتمر منها.
- (٥) فإن ألحقنا غير النخل بالنخل في الحرمة، فعدم تعدي العريّة الواردة في النخل إلى غيره من سائر الأشجار في محله، وإن لم نلحقه فنفي العريّة حيثنذ لأنه لا خصوصية لها حتى يتفقد بقيودها، فيجوز بيع ثمر غير النخل سواء اتحد الشجر أم تعدد في دارٍ أو بستان أو غيرها بجنس ثمرها حيثنذ.

یتقید<sup>(١)</sup> بقیودها<sup>(٢)</sup>.

### (الثانیة: يجوز بیع الزرع قائماً)

على أصوله<sup>(٣)</sup>، سواء أحصد،<sup>(٤)</sup> أم لا، فُصِدَ فصله<sup>(٥)</sup>، أم لا، لأنه<sup>(٦)</sup> قابل للعلم<sup>(٧)</sup> مملوك فتناولته الأدلة، خلافاً للصدوق حيث شرط كونه سنبلًا، أو القصل<sup>(٨)</sup>، (وحصيداً) أي: محصوداً وإن لم يُعلم مقدار ما فيه، لأنه<sup>(٩)</sup>

(١) لم يتقيد غير النخل.

(٢) بقيود العريفة.

(٣) يجوز شراء الزرع قائماً على أصوله بشرط التيقية إلى أو أن بلوغه أو مطلقاً على المشهور، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، ثم تتركه حتى تحصده إن شئت، أو تعلفه من قبل أن يسنبل وهو حشيش)<sup>(١)</sup>، ومثله غيره.

وعن الصدوق في المنع المنع من بيع الزرع إلا بشرط القصل لعدم الأمن من الآفة، والخبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحنطة والشعير اشتري زرعاً قبل أن يسنبل وهو حشيش؟ قال: لا، إلا أن يشتري القصيل يعلفه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل)<sup>(٢)</sup>، وموثق معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك)<sup>(٣)</sup>.

وفيه: أن عدم الأمن من الآفة لا يمنع من بيع الموجود، والخبران لا يصلحان لمعارضة الطائفة الأولى، على أنهما معمولان على بيع الحب فقط وهو ممنوع، لعدم وجوده قبل أن يسنبل، بل الخبر الثاني ظاهر في ذلك، وعلى كل فلا بأس بشراء نفس الزرع في جميع أحواله إذا كان محصوداً اكتفاءً بالمشاهدة في مثله.

(٤) حان أو أن حصاده.

(٥) والقصل هو القطع.

(٦) الزرع القائم.

(٧) المعلومية التي هي شرط صحة البيع.

(٨) اشتراط قطعه.

(٩) الزرع.

(٢٠١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٠١.

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٥.

حيث<sup>(١)</sup> غير مكيل ولا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهدة، (وقصيلاً) أي: مقطوعاً بالقوة، بأن شرط قطعه قبل أن يُحصَد لعلف الدواب، فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قصله بحسب الشرط.

(فلو لم يقصله المشتري فللبائع قصله)<sup>(٢)</sup> وتفريغ أرضه منه، لأنه<sup>(٣)</sup> حينئذ ظالم، ولا حق لعرق ظالم، (وله المطالبة بأجرة أرضه) عن المدة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق<sup>(٤)</sup>، وبعد المدة التي شرطاً قصله فيها مع التحين، ولو كان شراؤه قبل أوان قصله وجب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق<sup>(٥)</sup>، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد.

ومقتضى الإطلاق<sup>(٦)</sup> جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه<sup>(٧)</sup> وإن قدر على الحاكم، وكذا أطلق جماعة.

- (١) حين كونه قائماً أو حصيداً يباع بالمشاهدة.
- (٢) إذا شرط قطعه قصيلاً وعين للمقطع مدة تعين قطعه فيها، وإن أطلق قطع في أول أوقات قطعه عادة، وإن لم يقطعه المشتري فللبائع قطعه لأنه (ليس لعرق ظالم حق)<sup>(١)</sup> ولنفي الضرر والضرار<sup>(٢)</sup>، ولكن يقطعه بإذن المشتري إن أمكن، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع دفعاً للضرر المنفي.
- وللبائع تركه والمطالبة بأجرة أرضه مدة بقاء الزرع عن الزمن الذي تأخر فيه القطع عن وقته، سواء طالب بالقطع أم لا، وسواء تمكن من القطع أم لا، لأن أجرة الأرض ثابتة لمشغولية أرض المالك بالزرع، وهي متحققة على كل حال، بل للبائع أرض الأرض إن نقصت بسببه إذا كان التأخير بغير رضاه، لتحقق الغصية التي تسلطه على أرض النقصان لو حصل بسبب البقاء.
- (٣) المشتري.
- (٤) لم يعين لقصله وقتاً معيناً.
- (٥) مع عدم ذكر المدة، للانتصاف.
- (٦) إطلاق عبارة المصنف حيث قال «فللبائع قصله» ولم يقيد بإذن الحاكم.
- (٧) من القطع.

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

(٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ و٤ و٥.

والأقوى توقفه<sup>(١)</sup> على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه<sup>(٢)</sup>، فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعاً للضرر المنفي، وله<sup>(٣)</sup> إبقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرش الأرض إن نقصت بسببه<sup>(٤)</sup>، إذا كان التأخير بغير رضاه<sup>(٥)</sup>.

### (الثالثة: يجوز أن يتقبل<sup>(١)</sup>.....)

- (١) توقف قطع البائع على إذن الحاكم.
  - (٢) إمكان إذن الحاكم.
  - (٣) للبائع.
  - (٤) بسبب بقاء الزرع.
  - (٥) بغير رضا البائع.
  - (٦) لو كان نخل أو شجر بين اثنين فيجوز بعد تخمين ثمر المجموع أن يشتري حصة صاحبه بشيء معلوم ولو كان من نفس الثمرة، وهذه هي القبالة، والأصل فيها الأخبار منها: صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر، إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم لا بأس به)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليه قيمة وقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر، وإما أعطيتكم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السموات والأرض)<sup>(٢)</sup>، ومرسل محمد بن عيسى (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم فيجيثون فيقولون: إنا قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحزر لم يجيء كما حزرت وقد نقص، قال: فإذا زاد برء عليكم؟ قلت: لا، قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه إن زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه)<sup>(٣)</sup>.
- وهذه القبالة كما تجوز في النخل وغيره من الأشجار تجوز في الزرع للمرسل المتقدم، =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤ و٢.

### لحد الشريكين بحصة صاحبه<sup>(١)</sup> من الثمرة

بخرص معلوم<sup>(٢)</sup> وإن كان منها<sup>(٣)</sup>، (ولا يكون) ذلك (بيعاً) ومن ثم لم يشترط فيه<sup>(٤)</sup> شروط البيع، بل معاملة مستقلة، وفي الدروس أنه نوع من الصلح، (و) يشكل بأنه<sup>(٥)</sup> (يلزم بشرط السلامة) فلو كان صلحاً للزم مطلقاً<sup>(٦)</sup>.

= وهذه القبالة مستثناة بالخصوص من حرمة المزابة والمحاولة معاً لهذه النصوص. وظاهر الأصحاب - كما في المسالك - أنها معاملة تقع بلفظ القبالة، وأن لها حكماً خاصاً زائداً على البيع والصلح، وهو كون الثمن والمثمن واحداً، مع عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص، ومع وقوعه بلفظ التقييل، وهو خارج عن صيغة العقدين، وعن الدروس أنها نوع من الصلح، واحتمل العلامة في التذكرة أنها نوع من البيع، وعن الدروس أيضاً أنها مشروطة بالسلامة في الثمرة بحيث لو هلكت بأجمعها فلا شيء على التقييل، ووجهه بأن العوض هنا إذا كان من المعوض ورضي به الآخر فقد رضي بكون حقه في العين لا في الذمة، فإذا تلفت العين بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة إلى دليل وهو مفقود، نعم لو كان النقص لغير آفة بل لنقصان الخرص فلا نقصان في العوض كما أنه مع الزيادة يملك المتقبل الزائد، هذا وتردد في التذكرة في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بأفة سماوية، وكذلك تردد في لزوم العقد.

والذي أوجب عدم الوضوح في هذه الأحكام أن النصوص المتقدمة قد تعرضت لأصل القبالة من دون تعرض إلى هذه الأحكام، بل إثباتها بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفة، ولذا اقتصر جماعة منهم المحقق في الشرائع على أصل الجواز، بل عن ابن إدريس أنه أشكل على أصل القبالة بأنها إن كانت بيعاً فلا تصح لكونها مزابة، وإن كانت صلحاً فلا تصح لكون العوض من نفس الثمرة، وهذا ما يوجب الغرر، ولو كان العوض في الذمة لزمّت سواء بقيت الثمرة أم لا، بعد رمي هذه الأخبار بأنها آحاد لا توجب علماً ولا عملاً فلا يصح العمل بها لعدم حجية الخبر الواحد على مبناه، وفيه: أن المبنى ضعيف، ولا بد من العمل بها ولكن لا يثبت بها إلا أصل القبالة.

(١) وهي المعوض.

(٢) قدر معلوم، وهذا هو المعوض.

(٣) من نفس الثمرة.

(٤) في التقييل.

(٥) بأن التقييل.

(٦) سواء سلمت الثمرة أم لا.

وظاهر المصنف (رحمه الله) والجماعة أن الصيغة بلفظ القبالة<sup>(١)</sup>، وظاهر الأخبار تأديبه<sup>(٢)</sup> بما دلَّ على ما اتفقا عليه، ويملك المتقبل الزائد<sup>(٣)</sup> ويلزمه لو نقص، وأما الحكم بأن قراره<sup>(٤)</sup> مشروط بالسلامة، فوجهه غير واضح، والنص خالٍ عنه، وتوجيهه<sup>(٥)</sup> بأن المتقبل<sup>(٦)</sup> لما رضي بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك، فيه<sup>(٧)</sup>: أن العوض غير لازم كونه منها<sup>(٨)</sup>، وإن جاز ذلك فالرضا بالقدر، لا به<sup>(٩)</sup> مشتركاً، إلا أن ينزل على الإشاعة كما تقدم، ولو كان النقصان لا باقاً بل للخلل في الخرص لم ينقص شيء<sup>(١٠)</sup>، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل<sup>(١١)</sup>، وبعض الأصحاب<sup>(١٢)</sup> سدَّ باب هذه المعاملة، لمخالفتها للأصول الشرعية<sup>(١٣)</sup>.

والحق أن أصلها ثابت، ولزومها مقتضى العقد<sup>(١٤)</sup>، وباقى فروعها لا دليل عليه.

- (١) فيقول أحدهما: أتقبل حصتك من الثمرة بكذا وكذا، فيقول الآخر: قبلت وشبهه، وهو مما لا دليل عليه في الأخبار المتقدمة.
- (٢) تأدي التقبل.
- (٣) لأن التقبل مبني على خرص المجموع فعليه أن يدفع لصاحبه ما ذكر في لفظ القبالة سواء كان حاصل الثمرة بمقدار التخمين أم أزيد أم أنقص.
- (٤) استقرار العقد ولزومه كما عليه الماتن هنا.
- (٥) توجيه شرط السلامة.
- (٦) وهو الطرف الآخر.
- (٧) ردٌّ من الشارح.
- (٨) من العين.
- (٩) وليس الرضا بالقدر المعلوم مشتركاً على نحو الإشاعة كما تقدم عند استثناء جزء مشاع أو أرتال معلومة.
- (١٠) من العوض.
- (١١) وهو الطرف الموجب.
- (١٢) وهو ابن إدريس.
- (١٣) لأنها إن كانت بيعاً فهي من المزابنة المحرمة، وإن كانت صلحاً فلا تصح لكون العوض من نفس الثمرة، ولو كان العوض في الذمة لزمتم سواء بقيت الثمرة أم لا.
- (١٤) لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>.

(الرابعة: يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل والفواكه والزرع<sup>(١)</sup>)  
بشروط عدم القصد<sup>(٢)</sup> وعدم الإفساد

أما أصل الجواز فعليه الأكثر، ورواه ابن أبي عمير مرسلًا عن

(١) إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع فيجوز له أن يأكل منها للأخبار.  
منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الرجل يمرّ بالنخل والسنبل والتمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال: لا بأس)<sup>(١)</sup>، وخبر محمد بن مروان (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمر بالثمرة فأكل منها، قال: كُلْ ولا تحمل، قلت: جعلت فداك، إن التجار اشتروها ونقدوا أموالهم، قال: اشتروا ما ليس لهم)<sup>(٢)</sup>.

وعن المرتضى في المسائل الصيدوية والفاضل في مكاسب المختلف والمحقق الثاني والشيخ الكبير كاشف الغطاء المنع، لصحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمرّ بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمر، يحمل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل بغير إذن صاحبه؟ وكيف حاله إن ناه صاحب الثمرة، أو أمره القيم فليس له، وكم الحذ الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحمل له أن يأخذ منه شيئاً)<sup>(٣)</sup>، مؤيداً بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه.

وحملت الصحيحة على النهي عن الحمل معه لا الأكل جمعاً بين الأخبار، وهو جمع حسن، ولا قُبِحَ في التصرف في مال الغير مع إذن الشارع.

هذا وجواز الأكل مشروط بشروط:

أحدها: كون المرور اتفاقاً، فلو كان الأكل مقصوداً من رأس لم يجز اقتصاراً على المتيقن، بل هو الظاهر من خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بالرجل يمرّ على الثمرة ويأكل منها ولا يفسد)<sup>(٤)</sup>.

ثانيها: عدم الإفساد، والمراد منه عدم الأكل الكثير، بحيث يؤثر فيها أثراً بئناً، وهذا يختلف باختلاف كثرة الثمرة وقتلتها، وكثرة المارة وقتلتهم، أو يهدم حائطاً، أو يكسر غصناً يتوقف الأكل عليه، وما يدل على عدم الإفساد خبر ابن سنان المتقدم.

ثالثها: أن لا يحمل معه شيئاً، بل يأكل في موضعه، وهذا الشرط مما دل عليه خبر محمد ابن مروان المتقدم صريحاً، وصحيح ابن يقطين حملاً.

(٢) عدم القصد إلى الأكل.

(٢١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤٠٣.

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧.

(٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢.



الصادق عليه السلام، ورواه غيره، وأما اشتراط عدم القصد فللدلالة ظاهر المرور عليه، والمراد كون الطريق قريبة منها<sup>(١)</sup> بحيث يصدق المرور عليها عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة<sup>(٢)</sup>.

وأما الشرط الثاني فرواه عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: (يأكل منها، ولا يُفسد)، والمراد به أن يأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً، ويصدق معه<sup>(٣)</sup> «الإفساد» عرفاً، ويختلف ذلك<sup>(٤)</sup> بكثرة الثمرة والمارة وقتلتهما، وزاد بعضهم عدم علم الكراهة ولا ظنها<sup>(٥)</sup>، وكون الثمرة على الشجرة<sup>(٦)</sup>.

(ولا يجوز أن يحمل) معه شيئاً منها وإن قل، للنهي عنه صريحاً في الأخبار، ومثله أن يُطعم أصحابه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الرخصة، وهو أكله بالشرط<sup>(٧)</sup>.

(وتركه<sup>(٨)</sup> بالكلية أولى)، للخلاف فيه، ولما زوي أيضاً من المنع منه، مع اعتضاده بنص الكتاب<sup>(٩)</sup> الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وبغير

(١) من الثمرة.

(٢) فلا يصدق المرور الاتفاقي، لكونه قاصداً للمرور عليها بعد قصده قطع تمام الطريق المشتمل على نفس الشجرة، فلا يجوز الأكل كما عليه جماعة.

(٣) مع التأثير البين.

(٤) الإفساد.

(٥) فلو علم الكراهة أو ظنها فلا يجوز الأكل، وفيه: أن خبر محمد بن مروان المتقدم مشعر بل ظاهر بعدم اعتبارهما.

(٦) فلو كانت الثمرة على الأرض فلا يجوز، اقتصاراً في مورد الرخصة على القدر المتيقن.

(٧) وهو ما ذكر من الشروط الثلاثة أو الخمسة.

(٨) ترك الأكل.

(٩) وهو قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾<sup>(١٠)</sup>.

تراض، ولقبح التصرف في مال الغير، وباشتمال أخبار النهي<sup>(١)</sup> على الحظر، وهو مقدم<sup>(٢)</sup> على ما تضمن الإباحة والرخصة، ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد<sup>(٣)</sup> فيما وافق الأصل فكيف فيما خالفه<sup>(٤)</sup>.

### (الفصل الخامس: في الصرف<sup>(٥)</sup>)، وهو بيع الأثمان)

وهي الذهب والفضة (بمثلها، ويشترط فيه) زيادة على غيره من أفراد البيع (التقايض في المجلس) الذي وقع فيه العقد، (أو اصطحابهما) في المشي عرفاً وإن

(١) صحيح ابن يقطين.

(٢) عند التعارض، وقد عرفت أنه لا تعارض مع إمكان الجمع، وقد حملت أخبار النهي على الحمل لا الأكل.

(٣) كالسيد وابن إدريس والطبرسي.

(٤) كالمقام، ولكن ابن إدريس قد عمل بهذه الأخبار.

(٥) الصرف لغة الصوت، وشرعاً أو متشريعاً بيع الذهب والفضة بالذهب والفضة، سواء كانا مسكوكين أم لا، وسُمي الذهب والفضة بالأثمان، لوقوعهما مقرونين بياء العوض عن الأشياء غالباً كما قيل، وسُمي هذا البيع بالصرف، لمناسبة اشتغالهما على الصوت عند تقلبيهما بالبيع والشراء.

ويشترط في بيع الصرف زيادة عما اشترط في سائر البيوع، وزيادة عما اشترط في الربويات إذ بيع الصرف منها، اشتراط التقايض في المجلس، فلو افترقا قبل التقايض بطل البيع على المشهور، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضة إلا يداً بيد)<sup>(١)</sup>، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن نزى حائطاً فاتر معه)<sup>(٢)</sup>، وعن الصدوق عدم الاشتراط، لأخبار:

منها: خبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئة، قال: لا بأس)<sup>(٣)</sup>، وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (لا بأس أن يبيع الرجل الدنانير نسيئة بماء، أو أقل، أو أكثر)<sup>(٤)</sup>، وهذه الطائفة ضعيفة السند غير =

(٢١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ٨٣.

(٤٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ١٣١١.

فارقاه<sup>(١)</sup> (إلى) حين (القبض)، ويصدق الإصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينهما عنها<sup>(٢)</sup> وقت العقد، فلو زادت ولو خطوة بطل<sup>(٣)</sup>، (أو رضاه)<sup>(٤)</sup> أي: رضا الغريم الذي هو المشتري، كما يدل عليه آخر المسألة<sup>(٥)</sup> (بما في ذمته) أي: ذمة

= منجبرة، فلا تعارض الطائفة الأولى التي عليها عمل الطائفة.

(١) فارقاً مجلس العقد متصاحبين قبل أن يتقابضا لم يبطل الصرف بلا خلاف فيه، لخصوص صحيح منصور المتقدم (وإن نزى حائطاً فاترٌ معه)، فالمعتبر هو التقابض قبل التفرق.

(٢) عن المسافة التي كانت بينهما حالة العقد.

(٣) لتحقق الافتراق، وهذا التقدير بما لا نص عليه هنا، بل ظاهر النصوص على الاصطحاب والافتراق، ولا بدّ من حملهما على المعنى العرفي، وسيأتي ماله النفع في تحقيق معنى الافتراق في خيار المجلس.

(٤) لو كان لزيد دنائير في ذمة عمرو، فأمره أن يحولها إلى دراهم، أو العكس صح، وإن تفرقا

قبل القبض، لصحيح إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تكون للرجل عندي من الدراهم الوضوح فيلقاني، فيقول: كيف سعر الوضوح اليوم؟ فأقول له: كذا، فيقول: أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضحاً؟ فأقول: بلى، فيقول لي: حولها دنائير بهذا السعر وأثبتها لي عندك، فما ترى في هذا؟ فقال لي: إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: إني لم أوازنه ولم أناقده، إنما كان كلام مني ومنه، فقال: أليس الدراهم من عندك والدنائير من عندك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس بذلك<sup>(١)</sup>، وموثق عبيد بن زرارة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لي عنده دراهم فأتيه فأقول: حولها دنائير من غير أن أقبض شيئاً، قال: لا بأس، قلت: يكون لي عنده دنائير فأتيه فأقول: حولها دراهم وأثبتها عندك، ولم أقبض منه شيئاً، قال: لا بأس<sup>(٢)</sup>).

واستشكل في هذا البيع باعتبار عدم التقابض، ورُدّ بأن ما في الذمة مقبوض، لأن المديون وكيل عن الدائن بالقبض لما أمره بتحويل ما في ذمته إلى دنائير أو دراهم، فيكون العوض أيضاً مقبوضاً ولكن بواسطة وكيله، ولذا لا مخالفة بين هذه النصوص وبين القواعد المقررة في بيع الصرف، ومنه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من إنكار ذلك من حيث عدم التقابض.

(٥) حيث قال الماتن: «إذا اشترى بما في ذمته نقداً آخر»، وهذا كاشف عن أن الغريم هو المشتري.

المديون الذي هو البائع (قبضاً) أي: مقبوضاً، أقام المصدر مقام المفعول (بوكالته<sup>(١)</sup>) إياه<sup>(٢)</sup> (في القبض)، لما في ذمته<sup>(٣)</sup>.

وذلك (فيما إذا اشترى) مَنْ له<sup>(٤)</sup> في ذمته نقد (بما<sup>(٥)</sup>) في ذمته من النقد (نقداً آخر)، فإن ذلك<sup>(٦)</sup> يصير بمنزلة المقبوض.

مثاله: أن يكون لزيد في ذمة عمرو دينار، فيشتري زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمته، ويوكله في قبضها في الذمة، بمعنى رضاه بكونها في ذمته، فإن البيع والقبض صحيحان، لأن ما في الذمة بمنزلة المقبوض بيد مَنْ هو في ذمته، فإذا جعله وكيلاً في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته، فَصَدَقَ التقابض قبل التفرق.

والأصل في هذه المسألة ما رُوي فيمن قال لمن في ذمته دراهم: (حَوَّلَهَا إِلَى دنانير، أن ذلك يصح وإن لم يتقابض)، معللاً بأن النقدين من واحد<sup>(٧)</sup>، والمصنف (رحمه الله) عدل عن ظاهر الرواية<sup>(٨)</sup> إلى الشراء بدل التحويل، والتوكيل<sup>(٩)</sup> صريحاً في القبض والرضا فيه بكونه<sup>(١٠)</sup> في ذمة الوكيل القابض، لاحتياج الرواية<sup>(١١)</sup> إلى تكلف إرادة هذه الشروط<sup>(١٢)</sup>، بجعل الأمر بالتحويل توكيلاً في تولي طرفي

- (١) وكالة الغريم الذي هو المشتري.
- (٢) للبائع الذي هو المديون.
- (٣) لما في ذمة المديون.
- (٤) الغريم.
- (٥) جار ومجرور منصوب على المفعولية محلاً لقوله «اشترى».
- (٦) إبقاء النقد الآخر في ذمة المديون بمنزلة المقبوض.
- (٧) كما في صحيح إسحاق بن عمار المتقدم.
- (٨) حيث ظاهرها التحويل.
- (٩) عطف على «الشراء»، والمعنى أن الشراء والتوكيل في القبض صريحان في القبض والرضا ببقاء العوض في ذمة المديون ليصير بمنزلة المقبوض.
- (١٠) بكون العوض.
- (١١) تعليل لعدول المصنف.
- (١٢) وهي الشراء والتوكيل في القبض والرضا بكون العوض في ذمة الوكيل القابض.

العقد، وبنائه على صحته<sup>(١١)</sup>، وصحة القبض إذا توقف البيع عليه<sup>(١٢)</sup> بمجرد التوكيل في البيع، نظراً إلى أن التوكيل في شيء إذن في لوازمه<sup>(١٣)</sup> التي يتوقف عليها<sup>(١٤)</sup>، ولما كان ذلك أمراً خفياً عدل المصنف (رحمه الله) إلى التصريح بالشروط.

(ولو قبض البعض) خاصة قبل التفرق (صح فيه<sup>(١٥)</sup>) أي: في ذلك البعض المقبوض وبطل في الباقي<sup>(١٦)</sup> (وتحيراً) معاً في إجازة ما صح فيه وفسخه<sup>(١٧)</sup>، لتبعض الصَّفَقَة (إذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض، ولو كان تأخيره<sup>(١٨)</sup> بتفريطهما فلا خيار لهما، ولو اختص أحدهما به<sup>(١٩)</sup> سقط خياره، دون الآخر، (ولا بد من قبض الوكيل) في القبض عنهما، أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين)<sup>(٢٠)</sup>.

ولا اعتبار بتفرق الوكيل وأحدهما<sup>(٢١)</sup>، أو هما<sup>(٢٢)</sup>، أو الوكيلين<sup>(٢٣)</sup>، وفي

(١) وبناء صحة التوكيل على صحة تولي طرفي العقد بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره.

(٢) على القبض.

(٣) لوازم الشيء.

(٤) على اللوازم.

(٥) لحصول مقتضي الصحة مع عدم المانع.

(٦) لحصول مقتضي البطلان، وهو التفرق قبل التقابض.

(٧) لثبوت عيب تبعض الصَّفَقَة، وهذا العيب يوجب الخيار لغير المفترط.

(٨) تأخير القبض.

(٩) بالتأخير.

(١٠) قال الشارح في المسالك، وقد أجاد: «الضابط في ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين، فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين ولا اعتبار بتفرق الوكيلين، ومتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين) انتهى.

(١١) فيما لو كان وكيل أحد المتعاقدين جالساً عند المتعاقدين الآخر حين العقد، فقام الوكيل وفارقه فلا يضر ما دام وكيلاً في القبض فقط، لأن المدار على تفرق المتعاقدين.

(١٢) تفرق الوكيل عن المتعاقدين معاً، ما دام وكيلاً في القبض فقط.

(١٣) تفرق الوكيلين، وهما موكلان في القبض فقط.

حكم مجلس العقد ما تقدم<sup>(١)</sup>، فكان يغني قوله<sup>(٢)</sup>: «قبل تفرق المتعاقدين» عنه<sup>(٣)</sup>، لشمول الثاني<sup>(٤)</sup> لما في حكم المجلس<sup>(٥)</sup>، هذا إذا كان وكيلاً في القبض، دون الصرف<sup>(٦)</sup>.

(ولو كان وكيلاً في الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلاً في القبض، أم لا (فالمعتبر مفارقتها) لمن وقع العقد معه، دون المالك، والضابط أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين، أم وكيلين.

(ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد)<sup>(٧)</sup>، لأنه حيثئذ يجمع حكم الربا والصرف، فيعتبر فيه التقابض في المجلس نظراً إلى الصرف، وعدم التفاضل نظراً إلى الربا، سواء اتفقا في الجودة والرداءة والصفة، أم اختلفا، بل (وإن كان أحدهما مكسوراً، أو رديئاً) والآخر صحيحاً أو جيد الجوهر.

- (١) وهو اصطحابهما في المشي عرفاً وإن فارقا مجلس العقد، لأن المدار على عدم التفرق بأبديانهما.
  - (٢) قول المصنف.
  - (٣) عن مجلس العقد.
  - (٤) وهو قبل تفرق المتعاقدين.
  - (٥) وهو الاصطحاب في المشي عرفاً.
  - (٦) دون بيع الصرف.
  - (٧) كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، فهو بيع صرف، لأنه بيع الأثمان بالأثمان، فيشترط فيه شروط الصرف من التقابض في المجلس وغيره، ويشترط فيه شروط البيع الربوي لأنهما موزونان، بل لا يجوز التفاضل هنا ولو تم التقابض، بلا فرق بين المصوغ والمكسور وجيد الجوهر وربيته، لصدق اتحاد الجنس فيه، نعم لو شرطت الصياغة لكانت زيادة فيصح بذل شيء في قبالتها بالإضافة إلى العوض الذي هو بمقدار العوض وزناً.
- ويجوز التفاضل إذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضة، وكذا العكس، ومنه تعرف عدم جواز بيع تراب معدن الفضة بالفضة الخالصة، ولا بترابها، من باب الاحتياط عن الوقوع في الربا، لعدم العلم بالساواة، وكذا لا يباع تراب معدن الذهب بالذهب الخالص، ولا بترابه، نعم يجوز بيع تراب أحدهما بالآخر، لعدم اتحاد الجنس، ولو مزج الترابان وجعا في صفقة، جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً، لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

(وتراب معدن أحدهما يباع بالآخر، أو بجنس غيرهما) لا بجنسه، لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا، ولو عَلِمَ زيادة الثمن عما في التراب من جنسه لم يصح هنا<sup>(١)</sup>، وإن صح في المغشوش بغيره، لأن التراب لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد.

(وترابهما) إذا جُعا، أو أريد بيعهما معاً (يباعان بهما)<sup>(٢)</sup> فينصرف كلُّ إلى مخالفه، ويجوز بيعهما<sup>(٣)</sup> بأحدهما<sup>(٤)</sup> مع زيادة الثمن على مجانسه<sup>(٥)</sup> بما يصلح عوضاً في مقابل الآخر، وأولى منهما بيعهما بغيرهما<sup>(٦)</sup>، (ولا عبارة باليسير من الذهب في النحاس) بضم النون، (واليسير من الفضة في الرصاص) بفتح الراء، (فلا يمنع من صحة البيع بذلك الجنس)<sup>(٧)</sup> وإن لم يُعلم زيادة الثمن عن ذلك

(١) كما لو باع تراب الذهب مثلاً بالذهب، وعلم أن الذهب الذي وقع عوضاً هو أكثر من الذهب المخلوط بالتراب والواقع معوضاً، وذلك لأن الزيادة في العوض لا شيء في قبالتها من العوض، إذ الزائد في المعوض عن الذهب هو التراب، وهو مما لا قيمة له. بخلاف ما لو باع الدينار المغشوش مثلاً وهو ذهب مختلط بغيره، فباعه بأكثر مما فيه من الذهب فيجوز، لأن الزائد في المعوض يكون في قبالة الغش في المعوض، وهو مما له قيمة، لأن الذهب عندما يغش يختلط بالنحاس غالباً.

- (٢) بالذهب والفضة.  
 (٣) تراب الذهب والفضة لو مزجا.  
 (٤) من الذهب أو الفضة.  
 (٥) من الذهب أو الفضة الواقعين في المعوض.  
 (٦) بغير الذهب والفضة.  
 (٧) النحاس والرصاص، والمعنى: أنه يجوز بيع الرصاص بالفضة وإن كان في الرصاص فضة يسيرة، ويجوز بيع النحاس بالذهب وإن كان في النحاس ذهب يسير، فيجوز البيع من دون اشتراط التقايض في المجلس، لعدم صدق بيع الصرف، لأنه ليس بيع أثمان بمتلها، وهو ليس بيع مجانس بمتله، فلا يجري فيه حكم الربا، وإن لم تعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير، لأنه مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع، ولصحيح عبد الرحمان بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الأسرب يشتري بالفضة، قال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به)<sup>(١)</sup>، والأسرب هو الرصاص، وخبر معاوية عن أبي عبد =

اليسير، ولم يُقبَض في المجلس ما يساويه، لأنه مضمحل، وتابع غير مقصود بالبيع، ومثله المنقوش منهما على السقوف والجدران بحيث لا يحصل منه شيء يُعتدُّ به على تقدير نزعه.

ولا فرق في المنع<sup>(١)</sup> من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينية، وهي الزيادة في الوزن، والحكمية، كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً وإن كان صنعة.

= الله ﷺ (سألته عن جوهر الأسرب وهو إذا خلص كان فيه فضة، يصلح أن يُسلم الرجل فيه الدراهم المسماة، فقال: إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك، يعني لا يُعرف إلا بالأسرب)<sup>(١)</sup>، ولأنه تابع غير مقصود بالبيع ألحق به الحلية التي يُزين بها السقوف والجدران، فإنه يجوز بيع هذه السقوف والجدران المزينة بالذهب ويكون عوضها ذهباً، وإن لم يكن الذهب الذي وقع عوضاً أكثر من الذهب الذي هو الحلية حتى تكون الزيادة في قبيل نفس السقوف والجدران، وذلك لأن الذهب الذي هو جزء من السقوف والجدران لم يكن مقصوداً بالبيع بل كان تابعاً، فيصدق أنه بيع سقف أو جدار بالذهب، وهو ليس بيع مجانس بمثله، حتى يجري فيه حكم الربا، ولا بيع صرف، حتى يشترط فيه التقابض في المجلس.

(١) سيأتي في باب الربا حرمة الزيادة في بيع المتجانسين إذا كانا من المكيل أو الموزون، بلا فرق في الزيادة بين العينية أو الحكمية، سواء كانت الحكمية شرطاً له مال أم نفع، بل حتى اشتراط الأجل في أحد العوضين يوجب الزيادة المحرمة.

ولازم ذلك عدم جواز بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم، لأن هذا الشرط من الربا، ولكن ورد جواز ذلك في رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله ﷺ (عن الرجل يقول للصانع: صنع لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة، قال: لا بأس)<sup>(٢)</sup>، وعمل بها الشيخ في النهاية وجماعة بعد حملها على بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم، وعلل ابن إدريس الجواز بأن الربا هو الزيادة في العين إذا كان العوضان من جنس واحد، وهنا لا زيادة عينية، وهذا وقيل: يقتصر بها على موردها وهو بيع الدرهم بالدرهم بشرط الصياغة المذكورة لأنها مخالفة للقواعد، وذهب الشيخ في النهاية إلى تعميم ذلك البيع، أعني: بيع الدرهم بالدرهم مع أي شرط، لعدم الفرق بين الصياغة وغيرها، ولازم مبنى ابن إدريس من أن حرمة الزيادة العينية جواز بيع مطلق =

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الصرف حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصرف حديث ١.



(وقيل: يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم، للرواية) التي رواها أبو الصباح الكتاني (رحمه الله) عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يقول للصائع: صخ لي هذا الخاتم، وأبدل لك درهماً طازجياً بدرهم غلّة، قال عليه السلام: لا بأس)، واختلفوا في تنزيل الرواية، فقيل: إن حكمها مستثنى من الزيادة المنوعة، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم، ولا يُتعدى إلى غيره، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص، وهو القول الذي حكاه المصنف (رحمه الله)، وقيل<sup>(١)</sup>: يُتعدى إلى كل شرط، لعدم الفرق<sup>(٢)</sup>، وقيل: إلى كل<sup>(٣)</sup> شرط حكمي، والأقوال كلها ضعيفة، لأن بناءها على دلالة الرواية على أصل الحكم<sup>(٤)</sup>.

(وهي غير صريحة في المطلوب)، لأنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غلّة مع شرط الصياغة من جانب الغلّة.

وقد ذكر أهل اللغة أن الطازج هو الخالص، والغلّة غيره، وهو المغشوش، وحينئذ فالزيادة الحكمية وهي الصياغة في مقابلة الغش، وهذا لا مانع منه

= المتجانسين - ولا داعي للاقتصار على بيع الدرهم بالدرهم - مع اشتراط أي شرط حكمي دون العيني.

هذا وقد قيل: إن الرواية لا تدل على مدعاهم المذكور من بيع الدرهم بالدرهم مع اشتراط الصياغة، بل تدل على الصياغة المذكورة بشرط البيع، وهذا ليس من بيع أحد المتجانسين مع الزيادة في شيء.

والانصاف أن الرواية صريحة في بيع الدرهم الطازج بدرهم غلّة مع اشتراط الصياغة، والطازج هو الخالص، كما نص عليه بعض أهل اللغة على ما في المسالك، والغلّة هو المغشوش أو المكسر، وعليه فالزيادة هنا لا توجب الربا، لأن بيع الخالص بالمغشوش مع الزيادة على أساس أن تكون الزيادة من الخالص في قبالة ما زاد من المغشوش، وهذا ليس مخالفاً للقواعد، ولذا فالرواية موافقة للقواعد، ولا داعي لردّها كما عن ابن حمزة، ولا للتردد فيها كما عن المحقق وغيره إذا سلم سندها، أو ثبت حجيتها.

(١) وهو قول الشيخ في النهاية، ولكن خصها ببيع الدرهم بالدرهم.

(٢) بين الصياغة وغيرها من الشروط.

(٣) وهو قول ابن إدريس مع تعميم المورد إلى كل بيع وإلى كل شرط غير عيني.

(٤) وهو بيع الدرهم بالدرهم مع الزيادة.

مطلقاً<sup>(١)</sup>، وعلى هذا يصح الحكم ويُتعدى<sup>(٢)</sup>، لا في مطلق الدرهم<sup>(٣)</sup> كما ذكروه ونقله عنهم المصنف (رحمه الله)، (مع مخالفتها) أي: الرواية (للأصل) لو حملت على الاطلاق<sup>(٤)</sup> كما ذكروه، لأن الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين حكمية كانت، أو عينية، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الأصل إلى هذه الرواية، مع أن في طريقها مَنْ لا يُعلم<sup>(٥)</sup> حاله.

(والأواني المصوغة من النقيدين إذا بيعت بهما<sup>(٦)</sup>).....

- (١) سواء كانت الزيادة عينية أم حكمية.
  - (٢) إلى كل زيادة.
  - (٣) بل في خصوص إبدال الطازج بالغلة.
  - (٤) على الاطلاق في الدراهم.
  - (٥) وهو محمد بن فضيل، وهو مشترك بين جماعة، بعضهم مجهول، نعم احتمل صاحب نقد الرجال أنه محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة، فراجع.
  - (٦) بالنقيدين من ذهب وفضة، هذا والمجتمع من جنسين - وهما الذهب والفضة - يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقاً، وبهما معاً لانصراف كل إلى ما يخالفه، سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا، مع معرفته قدر المجموع، وسواء أمكن تخليصهما أم لا.
- ويجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب والفضة، إذا علم زيادة العوض عما يوجد في المجتمع من جنسه بحيث يصلح الزائد ثمناً للآخر وإن قل، سواء أمكن تخليصهما أم لا، هذا هو مقتضى القواعد في بيع المتجانسين مع عدم الزيادة حذراً من الربا.
- هذا وذهب الشيخ في النهاية وتبعه عليه جماعة منهم المحقق في الشرائع إلى أن الأواني المصوغة من الذهب والفضة - وهي المراد من المجتمع في الكلام السابق - يجوز بيع كل واحد منهما بجنسه من غير زيادة مع العلم بمقداره، وبغير الجنس مع الزيادة، وإذا لم يعلم المقدار وأمکن تخليصهما لم تبع هذه الأواني بأحدهما بل بيعت بهما أو بغيرهما، وإن لم يعلم المقدار ولم يمكن التخليص وكان أحدهما أغلب بيعت هذه الأواني بالأقل منهما خاصة، وإن تساوى بيعت بهما، استناداً إلى أخبار.

منها: خير إبراهيم بن هلال (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جام فيه فضة وذهب اشتريه بذهب أو فضة؟ فقال: إن كان يقدر على تخليصه فلا، وإن لم يقدر على تخليصه فلا بأس<sup>(١)</sup>)، وخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء الذهب فيه =

معاً (جاز) مطلقاً<sup>(١)</sup>، (وإن بيعت بأحدهما) خاصة (اشترطت زيادته على جنسه)، لتكون الزيادة في مقابلة الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمناً له<sup>(٢)</sup> وإن قل، ولا فرق في الحالين<sup>(٣)</sup> بين العلم بقدر كل واحد منهما، وعدمه، ولا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر، وعدمه، ولا بين بيعها بالأقل مما فيها من التقدين، والأكثر.

(ويكفي غلبة الظن) في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لعسر العلم اليقيني بقدره غالباً، ومشقة التخليص الموجب له<sup>(٤)</sup>، وفي الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن، وهو أجد<sup>(٥)</sup>.

(وحلية السيف والمركب يعتبر فيها العلم إن أريد بيعهما)<sup>(٦)</sup> أي: الحلية

= الفضة بالذهب؟ قال: لا يصلح إلا بالدنانير والورق<sup>(١)</sup>، وخبر أبي عبد الله مولى عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن الجوهر الذي يخرج من المعدن، وفيه ذهب وفضة وصفر جميعاً، كيف نشتره؟ قال: اشتر بالذهب والفضة جميعاً)<sup>(٢)</sup>، وهي ضعيفة السند غير وافية بتمام ما ذكره الشيخ في النهاية، مع عدم الدلالة فيها على التفصيل بين التخلص وعدمه، على أنها محمولة على عدم العلم بمقدار كل منهما، فلو بيعت الأواني المصوغة منهما بهما فلا مخالفة للقواعد المقررة في باب الربا، والمستفادة من صحاح الأخبار، والمعمول بها بين الأصحاب، لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

- (١) سواء كان كل من الذهب والفضة الموجودين في الأواني مساوياً لجنسهما في العوض أم زائداً أم مختلفاً، لانصراف كل منهما إلى ما يخالفه.
- (٢) بحيث تصلح الزيادة ثمناً للجنس الآخر، وإن قل.
- (٣) هذا رد الشارح على الشيخ، والمراد من الحالين حال بيع الأواني بهما أو بأحدهما خاصة، ومن هذا الرد تعرف الضعف في كلام الشيخ المتقدم.
- (٤) للعلم اليقيني.
- (٥) بل متعين، ومع تمسر التخليص فيتعذر تحصيل العلم، فيتعين بيع الذهب أو الفضة الموجود في الأواني بغير مجانسه.
- (٦) المراكب والسيف المحلاة بالذهب أو الفضة إذا أريد بيعها، فإن علم ما فيها من ذهب أو فضة فيجوز بيعها بغير جنسها مطلقاً ولو مع عدم الزيادة، وبجنسها مع الزيادة لتكون =

(بجنسها)، والمراد ببيع الحلية والمحلّى، لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خصّ الحلية، ويعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابلة السيف والمركب إن ضمهما إليها (فإن تعذر) العلم (كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها).

والأجود اعتبار القطع<sup>(١)</sup>، وفقاً للدروس وظاهر الأكثر، فإن تعذر<sup>(٢)</sup> بيعت بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً<sup>(٣)</sup> كغيرها، وإنما خصّ المصنف موضع الاشتباه<sup>(٤)</sup>.

(ولو باعه بنصف دينار فشق<sup>(٥)</sup>) أي: نصف كامل مشاع، لأن النصف حقيقة في ذلك<sup>(٦)</sup>، (إلا أن يراد) نصف (صحيح عرفاً) بأن يكون هناك نصف مضروب<sup>(٧)</sup> بحيث ينصرف الإطلاق إليه، (أو نطقاً) بأن يُصرّح بإرادة الصحيح

= الزيادة في قبال المحلّى من سيف أو مركب.

وإن جهل مقدار الحلية فيجوز بيعها بغير جنسها ولو مع عدم الزيادة، ويجوز بيعها بجنسها بشرط القطع بزيادة الثمن عنها وإن لم يعلم مقدارها، ليكون الزائد في قبال المحلّى، من دون فرق بين إمكان نزع الحلية وعدمه.

- (١) بل هو المتعين.
- (٢) القطع.
- (٣) ولو بغير زيادة، تعذر العلم أو لا، أما إذا بيعت بجنسها فلا بد من الزيادة، ولا يجوز بيعها بالأقل لأنه موجب للربا.
- (٤) وهو بيع الحلية بجنسها.
- (٥) الشق - بفتح الشين وتشديد القاف - هو النصف من كل شيء، وأصل المسألة لو باع خمسة دراهم مثلاً بنصف دينار كان للبائع شق دينار على نحو الأشاعة بمقتضى الحقيقة اللغوية، ولا يلزم المشتري بشق دينار صحيح، بمعنى تصفيف الدينار نصفين وإعطاء البائع نصفاً منه على نحو التعيين.
- (٦) إلا أن يُصرح بالصحيح بالمعنى المتقدم، أو يكون هناك عرف حاكم، فيقدم على المعنى اللغوي، ولو اختلفت العرف حمل الإطلاق على الشق بالمعنى المشاع، بسبب عدم انضباط العرف، خلافاً للتذكرة حيث حكم بالبطالان هنا مع عدم التعيين للجهالة.
- (٧) في النصف المشاع.
- (٨) نصف منقسم عن النصف الآخر.

وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه فينصرف إليه<sup>(١)</sup>، وعلى الأول<sup>(٢)</sup> فلو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيهما، وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنهما، وعلى الثاني<sup>(٣)</sup> لا يجب قبول الكامل<sup>(٤)</sup>، (وكذا القول (في نصف درهم) وأجزائهما<sup>(٥)</sup> غير النصف.

(وحكم تراب الذهب والفضة عند الصياغة) - بفتح الصاد وتشديد الباء - جمع صائغ<sup>(٦)</sup> (حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما<sup>(٧)</sup>، وبغيرهما<sup>(٨)</sup>، وبأحدهما<sup>(٩)</sup>، مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسه، ومع الانفراد<sup>(١٠)</sup> بغير جنسه.

- (١) تفريع على كون الإطلاق محمولاً عليه.
  - (٢) صورة الإطلاق المحمول على الشق بمقتضى الحقيقة اللغوية.
  - (٣) صورة الإطلاق المحمول على الصحيح إما للتصريح أو لإرادة ذلك، وقد علم ذلك من القرائن كالعرف.
  - (٤) بل له المطالبة بنصفين صحيحين.
  - (٥) اجزاء الدينار والدرهم.
  - (٦) جمعه صاغة لا صياغة هذا من جهة ومن جهة أخرى فلعل اللفظ الوارد في كلام اللاتن هو بكسر الصاد مع تخفيف الباء فيكون مصدراً، ويبقى الكلام دالاً على تحرير موضوع المسألة، بل عبر بالمصدر غيره من الفقهاء كالمحقق في الشرائع وغيره.
  - (٧) وعلى كل فالذهب والفضة المجتمعان عند الصائغ بعد صياغة ذهب الناس وفضتها لهما نفس حكم الأواني المصوغة من الذهب والفضة، من بيع المجتمع بالذهب والفضة مطلقاً لانصراف كل إلى ما يخالفه، سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا، مع معرفة قدر المجموع، وسواء أمكن تخليصهما أم لا، ويجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب والفضة إذا علم زيادة العوض عما يوجد في المجتمع ليكون الزائد في قبالة الجنس الآخر، سواء أمكن تخليصهما أم لا.
  - (٨) بالذهب والفضة معاً ولو مع الزيادة لانصراف كل إلى ما يخالفه.
  - (٩) غير الذهب والفضة.
  - (١٠) من الذهب أو الفضة.
- (١٠) كتراب الذهب أو تراب الفضة فقط، فإنه يجوز بيعه بغير جنسه مع الزيادة، وهذا ما صرح به الشارح، ويجوز بيعه بجنسه مع المساواة حذراً من الريا.

(ويجب) على الصائغ (الصدقة به مع جهل أربابه)<sup>(١)</sup> بكل وجه، ولو علمهم في محصورين وجب التخلص منهم، ولو بالصلح، مع جهل حق كل واحد بخصوصه، ويتخير مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمتها<sup>(٢)</sup>.

(والأقرب الضمان لو ظهوروا ولم يرضوا بها) أي: بالصدقة، لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد، خرج منه ما إذا رضوا، أو استمر الاشتباه، فيبقى الباقي.

ووجه العدم إذن الشارع له في الصدقة فلا يتعقب الضمان، ومصرف هذه الصدقة الفقراء والمساكين، ويلحق بها<sup>(٣)</sup> ما شابهها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال، كالحداثة والطحن والخياطة والحبازة.

(١) فيصدق به أو يبيعه ثم يتصدق به، لأنه مجهول المالك لا يعرف أربابه كما هو الغالب، وعليه يحمل خير علي بن ميمون الصائغ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يُكْتَس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به، فأما لك وأما لأهلك، قلت: فإن فيه ذهباً وفضة وحديد فأبى شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم)<sup>(١)</sup>، نعم لو علم صاحبه وجب إرجاعه إليه لأنه ماله، ولو علم صاحبه ضمن عدد محصور وجب التحلل منه ولو بالصلح ونحوه، لأن الصدقة بمال الغير مشروطة باليأس من معرفته، وعلى هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه، وذلك عند الفراغ من العمل، فلو أقر حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ولزمه الحكم السابق.

ثم إن مصرفه مصرف الصدقات الواجبة فلو ظهر بعض المستحقين بعد الصدقة، ولم يرض بها ضمن حصته لعموم النبوي: (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)<sup>(٢)</sup>، ويحتمل العدم، لأن الشارع قد أمره بالصدقة، فهو إذن شارعي لا يتعقبه الضمان، وهو الأقوى.

(٢) بأن يبيعه ثم يتصدق بالثمن.

(٣) بالصياغة.

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

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨، رقم الحديث: ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث:

(ولو كان بعضهم معلوماً وجب الخروج من حقه) وعلى هذا<sup>(١)</sup> يجب التخلص من كل غريم يعلمه، وذلك<sup>(٢)</sup> يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو أخر حتى صار مجهولاً أتم بالتأخير، ولزمه حكم ما سبق.

### (خاتمة: الدراهم والدنانير يتعينان بالتعيين)<sup>(٣)</sup>

عندنا (في الصرف وغيره)، لعموم الأدلة الدالة على التعيين، والوفاء بالعقد، ولقيام المقتضي في غيرها<sup>(٤)</sup>، (فلو ظهر عيب في المعين)<sup>(٥)</sup> ثمناً كان، أم

(١) من وجوب الخروج من مال الذي عرف شخصه.

(٢) التخلص.

(٣) الدراهم والدنانير يتعينان بذكرهما في العقد، وهذا موضع وفاق بيننا، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود<sup>(١)</sup>، فإذا اشتملت العقود على التعيين لم يتم الوفاء بها إلا بجميع مشخصاتها، ولأن المقتضي لتعيين غيرها هو العقد، وهو حاصل هنا، ولذا لا بد من دفع نفس الدراهم والدنانير المعينة فلا يجوز دفع غيرها ولو تساوت الأوصاف، وإن تلف المعين قبل القبض انفسخ البيع ولم يكن له دفع بدله وإن ساواه، ولو كان في المعين عيب فلا يستبدل بل إما أن يرضى به أو يفسخ العقد.

وغالب مخالفينا على ذلك إلا أبا حنيفة حيث ذهب إلى أنها لا تتعين بالعقد بل بالقبض، وأثبت نقيض هذه الأحكام.

(٤) في غير الدراهم والدنانير، والمقتضي هو العقد.

(٥) والمعنى: لو اشترى دراهم بمثلها معينة، ووجد جميع ما صار إليه من الثمن من غير جنس الدراهم، بل هي رصاص ونحوه كان البيع باطلاً بلا خلاف ولا إشكال، وكذا في غير الصرف فيما لو باعه ثوباً كتناً أبيض صوفاً، بطل البيع لتخلف القصد عما وقع عليه العقد، إذ وقع العقد على العين الخارجية وهي رصاص أو صوف مع أن القصد هو الفضة أو الكتان، وليس له الإبدال لوقوع العقد على عين شخصية فلا يتناول غيرها، ولا الأرض لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين، بلا فرق في ذلك كله بين كون المعين ثمناً أو مثنياً.

وكذا الحكم فيما لو وجد بعض المعين من غير جنس الدراهم فيبطل البيع في هذا =

مثنياً (من غير جنسه) بأن ظهرت الدراهم نحاساً، أو رصاصاً (بطل) البيع (فيه)، لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء، والعقد تابع له<sup>(١)</sup>، (فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله) إن ظهر الجميع كذلك<sup>(٢)</sup>، وإلا<sup>(٣)</sup> فبالنسبة (كدراهم بدراهم، وإن كان) ما بإزائه (مخالفاً) في الجنس<sup>(٤)</sup> (صح) البيع (في) السليم<sup>(٥)</sup> وما قابله، ويجوز لكل منهما (الفسخ مع الجهل) بالعيب، لتبعض الصفة.

(ولو كان العيب من الجنس)<sup>(٦)</sup> كخشونة الجواهر، واضطراب السكة،

= البعض فقط، وللذي انتقل إليه المعين خيار تبعض الصفة، وله الإمضاء مع أخذ البعض الآخر، ولكن يأخذه بحصته من مجانسه من دون زيادة لثلا يلزم الربا. للفقهاء.

- (١) معيماً بحيث ظهر من غير جنسه.
- (٢) فإن ظهر العيب في البعض.
- (٣) كبيع دراهم بدنانير معينة.
- (٤) فيما لو ظهر العيب في البعض فقط، وأما لو ظهر العيب في الجميع فقد عرفت بطلان البيع من رأس في المجانس، ومثله في غير المجانس.
- (٥) لو اشترى دراهم بمثلها معينة فوجد جميع ما صار إليه من جنس الدراهم، ولكن به عيب، كخشونة الجواهر أو اضطراب السكة، كان له رد الجميع أو إمساكه، وليس له رد البعض فقط بتبعض الصفة، وليس له الإبدال للتعين.
- وإن كان العيب مختصاً بالبعض تخير أيضاً بين رد الجميع وإمساكه، ولكن هل له رد الميب وحده، قيل: لا، لإفضائه إلى تبعض الصفة على الآخر فيمتنع الرد، كما لو كان الميب جميعه وأراد رد بعضه، وهذا ما قطع به المحقق وجماعة، وقيل: له الاقتصار على رد الميب، لانتقال الصحيح بالبيع، وثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب، وهو لا يوجب فسخ البيع، وهذا ما رجحه العلامة في التذكرة.
- وأما الأرش فهو منفي، سواء كان العيب في الجميع أم البعض، لأن المقروض أن البيع بين دراهم ودراهم، وهما من جنس الفضة الموزونة، وهما متساويان قدراً، فلو أخذ أرش الميب لزم زيادة قدر الميب على الصحيح وهذا ما يوجب الربا، مع ضمنية أن جيد الجواهر وردية جنس واحد، نعم لو كانا مختلفين كالدراهم والدنانير جاز له أخذ الأرش ما دام في المجلس، فإن فارقاه لم يجز أن يأخذ الأرش لثلا يُعدّ صرفاً بعد التفرق.



(وكان بإزائه مجانس<sup>(١)</sup>)، فله الرد بغير أرش)، لثلا يلزم زيادة جانب المغيب المفضي إلى الربا، لأن هذا النقص حكمي، فهو في حكم الصحيح<sup>(٢)</sup>، (وفي المخالف<sup>(٣)</sup>) بإزاء المغيب (إن كان صرفاً) كما لو باعه ذهباً بفضة فظهر أحدهما معيياً من الجنس (فله الأرش في المجلس<sup>(٤)</sup>)، (والرد).

أما ثبوت الأرش فللمغيب، ولا يضر هنا زيادة عوضه للإختلاف<sup>(٥)</sup>، واعتبر كونه في المجلس للصراف، ووجه الرد ظاهر، لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه<sup>(٦)</sup>.

(وبعد التفرق له الرد، ولا يجوز أخذ الأرش من التقدين)، لثلا يكون صرفاً (بعد التفرق، ولو أخذ) الأرش (من غيرهما<sup>(٧)</sup>)، قيل) والقائل العلامة (رحمه الله): (جواز)، لأنه<sup>(٨)</sup> حيثئذ كالمعاوضة بغير الأثمان<sup>(٩)</sup> فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصراف، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرق.

ويشكل<sup>(١٠)</sup> بأن الأرش جزء من الشمن، والمعتبر فيه التقد الغالب، فإذا

(١) كبيع الدرهم بالدرهم.

(٢) لأن الجوهر الرديء كالجيد ما دام في الوزن سواء.

(٣) كبيع الدرهم بالدينار.

(٤) والتقييد بالمجلس لثلا يلزم الصراف بعد المجلس مع أنه يشترط فيه التقابض في المجلس.

(٥) الإختلاف في الجنس.

(٦) شرط الخيار المذكور، وشرطه ما لو كان جاهلاً.

(٧) غير التقدين بعد التفرق، كما لو باع أحد التقدين بالآخر ثم ظهر أحدهما معيياً في الجنس كخشونة الجوهر واضطراب السكة وتم التفرق، فهل يجوز أخذ أرش المغيب بعد المجلس من غير التقدين، قال الفاضل في التحرير والشهيدان في الدروس والمسالك بجوازه، لعدم كون الأرش صرفاً، لأنه ليس من التقدين، بل هو معاوضة بغيرها، ويكون جملة العقد الذي وقع بمنزلة بيع وصراف، فصراف باعتبار ما وقع من التقابض في المجلس بالنسبة للسليم، وبيع باعتبار الأرش بالنسبة للمغيب الذي وقع بعد المجلس.

(٨) الأرش من غير التقدين.

(٩) بغير التقدين.

(١٠) الماتن هنا توقف في الحكم والشارح جزم بعده، لأن المعروف كون الأرش جزءاً من =

اختار الأرش لزوم النقد حيثئذ<sup>(١)</sup>، واتفاقهما على غيره<sup>(٢)</sup> معاوضة<sup>(٣)</sup> على النقد الثابت في الذمة أرشاً لا نفس الأرش.

ويمكن دفعه<sup>(٤)</sup> بأن الثابت<sup>(٥)</sup> وإن كان هو النقد، لكن لما لم يتعين<sup>(٦)</sup> إلا باختياره الأرش، إذ لو ردّ لم يكن الأرش ثابتاً كان ابتداء تعلقه<sup>(٧)</sup> بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره<sup>(٨)</sup>، فيعتبر حيثئذ قبضه قبل التفرق<sup>(٩)</sup>، مراعاة للصرف، وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق، كذا يكفي دفع عوضها<sup>(١٠)</sup> قبله<sup>(١١)</sup>، .....

= الثمن، والمعتبر في الثمن هو النقد، على أن الحقوق المالية يُرجع فيها إلى التقدين، وعلى كل فلو اختار الأرش لزوم النقد، فيثبت بيع الصرف ولازمه عدم الجواز لتفرق المجلس، واختيارها هنا غير التقدين إنما هو من باب المعاوضة عن الأرش الثابت في الذمة والذي عرفت أنه نقد.

- (١) حين اختيار الأرش، ويلزم أنه صرف فيبطل لكونه بعد التفرق.
- (٢) غير النقد، وهذا هو المقروض في المسألة.
- (٣) خير لقوله: «اتفاقهما».
- (٤) دفع دليل العدم الموجب لعدم جواز قبض الأرش من غيرها بعد تفرق المجلس، وحاصل الدفع: أن الثابت من الأرش هو النقد لما تقدم، ولكن لا يثبت الأرش في ذمة الذي دفع الميعب إلا حين اختيار صاحب الخيار ذلك، إذ له الرد وأن لا يختار الأرش، فإذا اختار الأرش بعد مجلس العقد فيثبت الأرش حيثئذ في ذمة الطرف الآخر، وقد عرفت أن الثابت من الأرش هو النقد، فيثبت النقد حيثئذ في ذمة الطرف الآخر في مجلس الاختيار، وعليه فلا بد من قبض نقد الأرش في هذا المجلس.
- وما تقدم نعرف أنه وإن جاز قبض الأرش من غير التقدين في غير مجلس العقد لكن لا بد من قبض الأرش الذي هو النقد في مجلس الاختيار.
- (٥) الثابت من الأرش.
- (٦) لم يتعين الأرش.
- (٧) ابتداء تعلق النقد الذي هو بمنزلة المعاوضة عن الأرش.
- (٨) اختيار الأرش.
- (٩) عن مجلس الاختيار.
- (١٠) عوض الأثمان.
- (١١) قبل التفرق عن مجلس الاختيار.

بل مطلق<sup>(١١)</sup> براءة ذمة من يُطلب منه<sup>(١٢)</sup> منه<sup>(١٣)</sup>، فإذا اتفقا على جعله من غير التقدين جاز، وكانت المعاوضة كأنها واقعة به<sup>(١٤)</sup>.

وفيه<sup>(٥)</sup>: أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من التقدين أيضاً، ولا يقولون به، ولزومه<sup>(٦)</sup> وإن كان موقوفاً على اختياره<sup>(٧)</sup> إلا أن سببه<sup>(٨)</sup> العيب الثابت حالة العقد فقد صدق التفرق<sup>(٩)</sup> قبل أخذه وإن لم يكن<sup>(١٠)</sup> مستقراً<sup>(١١)</sup>.

والحق أنا إن اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب<sup>(١٢)</sup> لزم بطلان البيع فيما قابله<sup>(١٣)</sup> بالتفرق<sup>(١٤)</sup> قبل قبضه<sup>(١٥)</sup> مطلقاً<sup>(١٦)</sup>، وإن اعتبرنا<sup>(١٧)</sup> حالة

- (١) بل يكفي في لزوم المعاوضة مطلق براءة ذمة من يطلب منه عوض الصرف من ذلك العوض قبل التفرق، حتى لو كان الإبراء بهية.
- (٢) من يطلب منه العوض، ولفظ «منه» متعلق بـ«يطلب».
- (٣) من العوض، وهو متعلق بـ«براءة».
- (٤) بغير التقدين.
- (٥) وفي الدفع، وحاصل ما فيه أن ذلك يقتضي جواز أخذ الأرش في مجلس اختياره من التقدين أيضاً، ما دام المدار على القبض في مجلس اختيار الأرش مع أنهم لا يقولون بذلك، لما تقدم من عدم جواز أخذ الأرش من التقدين بعد مجلس العقد.
- (٦) لزوم الأرش.
- (٧) اختيار الأرش.
- (٨) سبب الأرش.
- (٩) باعتبار أن سبب الأرش حاصل حالة العقد، وأخذ الأرش تم بعده ولو في مجلس الاختيار.
- (١٠) الأرش.
- (١١) مستقراً في ذمة البائع.
- (١٢) وهو العيب.
- (١٣) السبب هو العيب، ومقابله الأرش.
- (١٤) بسبب التفرق.
- (١٥) قبل قبضه حين ثبوت السبب، وهو قبضه حالة العقد.
- (١٦) سواء كان الأرش من التقدين أم من غيرهما.
- (١٧) اعتبرنا ثبوت الأرش.

اختياره<sup>(١)</sup>، أو جعلناه<sup>(٢)</sup> تمام السبب<sup>(٣)</sup> على وجه النقل لزم جواز أخذه<sup>(٤)</sup> في مجلسه<sup>(٥)</sup> مطلقاً<sup>(٦)</sup>، وإن جعلنا ذلك<sup>(٧)</sup> كاشفاً عن ثبوته<sup>(٨)</sup> بالعقد لزم البطلان فيه<sup>(٩)</sup> أيضاً<sup>(١٠)</sup>، وعلى كل حال فالمعتبر منه<sup>(١١)</sup> النقد الغالب، وما اتفقا على أخذه أمر آخر<sup>(١٢)</sup>، والوجه الأخير<sup>(١٣)</sup> أوضح، فينتجه مع اختياره<sup>(١٤)</sup> البطلان فيما قابله<sup>(١٥)</sup> مطلقاً<sup>(١٦)</sup>، وإن رضي المدفوع لزم<sup>(١٧)</sup>.

فإن قيل<sup>(١٨)</sup>: المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف، وإنما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها<sup>(١٩)</sup> على صحة العقد، وقد حصل التقابض في كل من العوضين فلا مقتضي للبطلان، إذ وجوب

- (١) حال اختيار الأرش.
- (٢) جعلنا اختيار الأرش.
- (٣) تمام السبب لثبوت الأرش، إذ سببه مؤلف من العيب واختيار الأرش.
- (٤) أخذ الأرش.
- (٥) مجلس الاختيار.
- (٦) سواء كان من التقدين أم من غيرهما.
- (٧) اختيار الأرش.
- (٨) ثبوت الأرش.
- (٩) الأرش.
- (١٠) كما في الوجه الأول إذ يشترط القبض في مجلس العقد ولم يتم.
- (١١) من الأرش.
- (١٢) بل معاوضة على ما ثبت بالأرش.
- (١٣) من كون اختيار الأرش كاشفاً عن ثبوته بالعقد.
- (١٤) اختيار الأرش.
- (١٥) قابل الأرش، ووجه البطلان لأنه غير مقبوض في مجلس العقد.
- (١٦) سواء كان الأرش من التقدين أم لا.
- (١٧) وإن أمضى البيع ورضي بالعيب المدفوع إليه من غير أرش لزم العقد.
- (١٨) وهو قول للمحقق الثاني في جامعه، وحاصله أن الأرش يُعطى في قبال صفة فائتة في أحد العوضين، وهذا لا يحتاج إلى التقابض في المجلس، إذ التقابض شرط في عوضي الصرف لا في صفاتهما.
- (١٩) استحقاق الصفة الفائتة.

التقايض إنما هو في عوضي الصرف، لا فيما وجب بسببهما<sup>(١)</sup>.

قلنا: الأرش وإن لم يكن أحدَ العوضين، لكنه كالجُزء من الناقص منهما، ومن ثمَّ حكموا بأنه جزء من الثمن، نسبتَه إليه<sup>(٢)</sup> كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب، والتقايض الحاصل في العوضين وقع مترزلاً، إذ يَحتَمِل رده<sup>(٣)</sup> رأساً، وأخذ<sup>(٤)</sup> أرش النقصان الذي هو كتتمة العوض الناقص، فكان<sup>(٥)</sup> بمنزلة بعض العوض، والتخيير بين أخذه والعفو عنه<sup>(٦)</sup> ورد المبيع لا ينافي ثبوته<sup>(٧)</sup>، غاية التخيير بينه وبين أمر آخر<sup>(٨)</sup>، فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر<sup>(٩)</sup>.

(ولو كان) العيب الجنسي (في غير صرف)<sup>(١٠)</sup> بأن كان العوض الآخر عَرَضاً (فلاشك في جواز الرد والأرش)، إعطاءً للمعيب حكمه شرعاً<sup>(١١)</sup>، ولا مانع منه هنا (مطلقاً) سواء كان قبل التفرق، أم بعده.

(ولو كانا) أي: العوضان (غير معينين)<sup>(١٢)</sup> فله الإبدال مع ظهور العيب

(١) بسبب عوضي الصرف كصفة فائتة فيهما.

(٢) نسبة الأرش إلى الثمن.

(٣) رد المبيع.

(٤) معطوف على قوله «يَحتَمِل رده».

(٥) الأرش.

(٦) العفو عن الأرش مع إمضاء البيع.

(٧) ثبوت الأرش.

(٨) وهو الرد أو العفو.

(٩) من الرد أو العفو.

(١٠) بأن اشترى متاعاً بـدراهم، ووجد عيباً جنسياً في الدراهم كاضطراب السكة فلا شك في جواز الرد بالمعيب، والأرش، والامضاء بلا إشكال فيه قبل التفرق أو بعده، لعدم كونه صرفاً حتى يشترط فيه التقايض في المجلس، هذا وكل متاع يُسمى عرضاً سوى الدرهم والدينار فهما أثمان.

(١١) من الرد أو الأرش أو الامضاء من دون شيء آخر.

(١٢) ما تقدم كان شراء معينة بمثلها، وهنا لو اشترى دراهم في الذمة بمثلها، ووجد جميع ما صار إليه غير فضة قبل التفرق، كان له المطالبة بالبدل قطعاً، لأن العوض في الذمة وهو =

جنسياً<sup>(١)</sup> كان، أم خارجياً<sup>(٢)</sup>، لأن العقد وقع على أمر كلي والمقبوض غيره، فإذا لم يكن<sup>(٣)</sup> مطابقاً لم يتعين، لوجوده في ضمنه<sup>(٤)</sup>، لكن الإبدال (ماداماً في المجلس في الصرف)، أما بعده<sup>(٥)</sup> فلا، لأنه يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وأن الأمر الكلي باق في الذمة فيؤدي إلى فساد الصرف<sup>(٦)</sup>.

هذا إذا كان العيب من الجنس، أما غيره<sup>(٧)</sup> فالمقبوض ليس ما وقع عليه

= أمر كلي، والمدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع أن يكون فرداً للمبيع، فيطالب بحقه حيث لم يحصل التفرق قبل القبض.

وإن كان ظهر ذلك بعد التفرق بطل الصرف، لعدم القبض في المجلس، وإن ظهر ذلك في البعض طالب بالإبدال قبل التفرق، وأما بعده فيبطل الصرف فيه، لعدم التقابض ويصح في الباقي لوجود مقتضي، وكان له خيار تبعض الصفقة.

ولو خرج المدفوع معيباً بالجنس، لأنه مضطرب السكة ونحوه، وفرض كون العيب في الجميع كان غيراً بين الرد للعيب والامسك من غير أرض لثلا يلزم الربا، وكان له المطالبة بالإبدال قبل التفرق، لأن العوض أمر كلي في الذمة وهو محمول على الصحيح فله المطالبة به حينئذ، وأما بعد التفرق ففيه تردد وخلاف، فعن الشيخ وابن حزة والفاضل والمحقق الثاني والشهيد الثاني أن له ذلك، وعن الشهيد في الدروس أنه لا يجوز وهو ظاهر اللعنة هنا باعتبار أن الإبدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وأن المبيع حقيقة إنما هو البذل، وقد حصل التفرق قبل قبضه فيكون الصرف باطلاً.

ووجه الجواز أن التقابض تحقق في العوضين قبل التفرق، وكونه معيباً لا يخرج عن الجنسية ولا يخرج عن حقيقة العوض، غايته بالعيب المذكور يثبت له الخيار، ولكنه أصبح ملكاً له ونماؤه له من حين العقد إلى حين الرد، ومن ثم لو فسخ رجوع الحق إلى الذمة فيتعين أن المقبوض أولاً عوض قد قبضه قبل التفرق، وبه يتحقق شرط الصحة لهذا البيع.

- (١) كاضطراب السكة.
- (٢) كأن يظهر كونه من الرصاص.
- (٣) المقبوض.
- (٤) لوجود الكلي في فردة، والمقبوض ليس من أفرادها.
- (٥) بعد المجلس، أي: بعد التفرق.
- (٦) وسيأتي منه تقوية عكسه.
- (٧) كأن يكون العيب خارجياً بأن ظهر أنه من الرصاص مثلاً.

العقد مطلقاً<sup>(١)</sup> فيبطل بالتفرق، لعدم التقابض في المجلس.

ويحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز إبداله بعد التفرق، لصدق التقابض في العوضين قبله<sup>(٢)</sup>، والمقبوض محسوب عوضاً وإن كان معيباً، لكونه<sup>(٣)</sup> من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غاية كونه مفوتاً لبعض الأوصاف فاستدراكه ممكن بالخيار، ومن ثم لو رضي به<sup>(٤)</sup> استقر ملكه عليه، ونماؤه له على التقديرين<sup>(٥)</sup>.

بخلاف غير الجنسي<sup>(٦)</sup> وحيثئذ<sup>(٧)</sup> فإذا فسخ<sup>(٨)</sup> رجع الحق إلى الذمة، فيتعين حيثئذ<sup>(٩)</sup> كونه<sup>(١٠)</sup> عوضاً صحيحاً، لكن يجب قبض البديل<sup>(١١)</sup> في مجلس الرد، بناءً على أن الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحة سابقاً يتعين القبض حيثئذ ليتحقق التقابض.

- (١) أصلاً.
- (٢) قبل التفرق، وقد تقدم شرحه.
- (٣) لكون المعيب.
- (٤) بالمعيب.
- (٥) تقدير الرضا به، وتقدير الرد، لأن نماء المعيب المقبوض للتقابض.
- (٦) فلا يستقر ملكه عليه على تقدير الرضا، ولا يكون نماؤه له على التقديرين، لعدم وقوع العقد عليه أصلاً.
- (٧) حين الإبدال مع كون العيب جنسياً.
- (٨) فسخ في العوض المعيب ولم يفسخ أصل البيع.
- (٩) حين الفسخ.
- (١٠) كون المقبوض أولاً.
- (١١) قال الشارح في المسالك: «ولكن هل يجب قبض البديل في مجلس الرد، بناءً على أن الفسخ رَفَعَ العوض وصيّر عوضاً غير مقبوض، فإذا لم يقدح في صحة السابقة يتعين القبض حيثئذ لتحقق التقابض، أو يسقط اعتباره، من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، والأصل براءة الذمة من وجوب قبض آخر، ولأن الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل؟ وجهان أجودهما الثاني».

ويجتمل قوياً سقوط اعتباره أيضاً، لصدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، وللحكم بصحة الصرف بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت خلافه، وما وقع<sup>(١)</sup> غير كاف في الحكم بوجوب التقابض<sup>(٢)</sup>، لأنه حكم طارئ بعد ثبوت البيع.

(وفي غيره) أي: غير الصرف له الإبدال، (وإن تفرقا)، لانتفاء المانع منه<sup>(٣)</sup> مع وجود المقتضي له<sup>(٤)</sup>، وهو العيب في عين لم يتعين عوضاً.

### (الفصل السادس: في السلف<sup>(٥)</sup>)

وهو بيع (مضمون)<sup>(٦)</sup> في الذمة، مضبوط، بمال معلوم مقبوض<sup>(٧)</sup> في المجلس إلى أجل معلوم<sup>(٨)</sup>، بصيغة خاصة، (وينعقد بقوله) أي: قول المسلم وهو المشتري (أسلمت إليك، أو أسلفتك)، أو سلفتك بالتضعيف، وفي سلمتك وجه<sup>(٩)</sup>، (كذا)<sup>(١٠)</sup>.....

(١) ما وقع ثانياً من الرد.

(٢) في مجلس الرد.

(٣) من الإبدال، بعد جواز القبض فيه بعد مجلس العقد.

(٤) للإبدال.

(٥) وهو السلم، وكلاهما يفتح السين واللام، وهو ابتاع كلي بضمن حال عكس النسبة، ويقال للمشتري المسلم بكر اللام، وللبيع المسلم إليه، وللضمن المسلم، وللبيع المسلم فيه، وهو نوع من أنواع البيع، فلا بد فيه من إيجاب وقبول، وينعقد بلفظ أسلمت إليك أو أسلفتك كذا في كذا هذا من المشتري، ويقول البائع المسلم إليه: قبلت وشبهه، بلا خلاف فيه، وصدور الإيجاب من المشتري هنا من جملة أحكام السلف التي اختص بها عن باقي أفراد البيع.

(٦) بيع كلي في الذمة.

(٧) لإخراج بيع الدين بالدين فله حكم، وسيأتي البحث فيه.

(٨) سيأتي دليله.

(٩) لدلالته صريحاً على المقصود هذا بحسب اللغة، ولكن في التذكرة «ويجيء سلمت إلا أن الفقهاء لم يستعملوه».

(١٠) وهو الثمن.



في كذا<sup>(٦١)</sup> إلى كذا<sup>(٦٢)</sup>، ويقبل المخاطب) وهو المُسَلَّمُ إليه - وهو البائع - بقوله: قبلت وشبهه، ولو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع والتملك، واستلمت منك واستلمت وتسلفت وتسلفت ونحوه<sup>(٦٣)</sup>.

(ويشترط فيه<sup>(٦٤)</sup>) شروط البيع بأسرها<sup>(٦٥)</sup>، ويختص بشروط: (ذكر الجنس)<sup>(٦٦)</sup>، والمراد به هنا الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير، (والوصف الرافع للجهالة) الفارق بين أصناف ذلك النوع، لا مطلق الوصف، (بل الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً) لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدح الاختلاف اليسير غير المؤدي إليه<sup>(٦٧)</sup>، والمرجع في الأوصاف إلى العرف، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه، وحظ الفقيه منها الإجمال، والمعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة في المعين<sup>(٦٨)</sup>، (ولا يبلغ فيه الغاية) فإن بلغها وأفضى إلى عزة الوجود بطل، وإلا صح<sup>(٦٩)</sup>.

(واشترط الجيد والرديء جائز)<sup>(٦١٠)</sup>، لإمكان تحصيلهما بسهولة، والواجب

- (١) وهو المبيع.
- (٢) إلى أجل معلوم.
- (٣) والقبول من المسلم وهو المشتري بقوله: قبلت ونحوه.
- (٤) في السلف.
- (٥) وقد تقدمت في الأبحاث السابقة.
- (٦) وكذا الوصف، لأن ما يختلف لأجله الثمن اختلافاً لا يتسامح بمثله فلا بد من ذكره، ولذا لا بد من ذكر الجنس والمراد به الحقيقة النوعية، ولا بد من ذكر الوصف الموجب لاختلاف الثمن.
- (٧) إلى اختلاف الثمن.
- (٨) من أفراد النوع الواحد.
- (٩) ولا يبلغ في الوصف الغاية، لأنه يكفي ذكر الوصف المزيل لاختلاف الأثمان فقط، ولو استقصى في الأوصاف ووجد الموضوع صح السلم، وإن عرّ وجوده بطل، كما هو واضح، لتعذر المبيع غالباً.
- (١٠) بلا خلاف فيه، بل قد يقال - كما في الجواهر - بكونهما من الأوصاف التي يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما، ومن هنا حُكي عن المبسوط والتذكرة وجوب التعرض لهما.

أقل ما يطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيراً، وما يصدق عليه اسم الرديء، وكلما قلَّ الوصف فقد أحسن.

(و) شرط (الأجود والأردأ ممتنع)، لعدم الانضباط، إذ ما من جيد إلا ويمكن وجود أجود منه، وكذا الأردأ، والحكم في الأجود وفاق، وأما الأردأ فالأجود أنه كذلك.

وربما قيل بصحته، والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الرديء لتتحقق الأفضلية، ثم إذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق، وإلا فدفع الجيد عن الرديء جائز، وقبوله لازم، فيمكن التخلص بخلاف الأجود.

ويشكل بأن ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع إليه عند الحاجة مطلقاً<sup>(١)</sup>، ومن جملتها ما لو امتنع المسلم إليه من دفعه فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهراً، وذلك غير ممكن هنا، لأن الجيد غير متعين عليه فلا يجوز لغيره دفعه فيتعذر التخلص، فعدم الصحة أوضح، وتردد المصنف في الدروس.

(وكل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه)<sup>(٢)</sup>، كاللحم والخبز والنبيل

= نعم لو شرط الأجود لم يصح لتعذره بلا خلاف فيه، لأنه ما من فرد جيد إلا ويمكن أن يكون فوقه ما هو أجود منه، فلا يتحقق كون المدفوع من أفراد الحق.

وكذا لو شرط الأردأ لأنه ما من رديء إلا وهناك أردأ منه، هذا على المشهور، وعن المحقق في الشرائع أنه يصح اشتراط الأردأ، لإمكان التخلص بدفع الرديء، فإن كان هو الأردأ فهو عين الحق وإلا فيكون قد دفع الجيد عن الرديء وهو جائز.

وفيه: أنه لا يكفي هذا في صحة العقد بل يجب مع ذلك تعيين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، ويمكن تسليمه ولو بالقهر بأن يدفعه إلى الحاكم من مال المسلم إليه عند تعذر تسليمه مع أن هذين الأمرين متضبان عن الأردأ، لأنه غير متعين.

(١) سواء امتنع وجوده أم لا.

(٢) تقدم أن ذكر الجنس والوصف الراقعين للجهازلة لازم، ومنه تعرف أن كل شيء مما لا يضبط بالوصف على وجه ترتفع جهالته ولا يؤدي إلى عزة وجوده لا يصح السلم فيه قطعاً، بلا خلاف فيه كاللحم نيئ ومشويه، ويشهد له خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن السلف في اللحم، قال: لا تقرئته فإنه يعطيك مرة السمين ومرة التاوي، ومرة المهزول، اشتره معاينة يداً بيد، قال: وسألته عن السلف في روايا الماء، فقال: لا =

المنحوت) ويجوز قبله<sup>(١)</sup>، لإمكان ضبطها<sup>(٢)</sup> بالعدد والوزن، وما يبقى فيه<sup>(٣)</sup> من الاختلاف غير قادح، لعدم اختلاف الثمن بسببه<sup>(٤)</sup> بخلاف المعمول<sup>(٥)</sup>، (والجلود)<sup>(٦)</sup> لتعذر ضبطها، وبالوزن لا يفيد الوصف المعتبر، لأن أهم أوصافها السَّمْكُ ولا يحصل به<sup>(٧)</sup>، وقيل: يجوز، لإمكان ضبطه بالمشاهدة، وزدَّ بأنه خروج عن السلم، لأنه دين، ويمكن الجمع بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين، وهو غير مُجْرَج عن وضعه<sup>(٨)</sup>، كاشتراطه من غلة قرية معينة لا تحيس عادة، وحيثئذ فيكفي مشاهدة الحيوان عن الإمعان في الوصف، والمشهور المنع مطلقاً<sup>(٩)</sup>.

= تقرّبها فإنه يعطيك مرة ناقصة ومرة كاملة، ولكن اشترها معاينة بدأ بيد فهذا أسلم لك وله<sup>(١٠)</sup>، ومثله الخبز.

- (١) قبل النحت.
- (٢) ضبط الأعواد قبل النحت.
- (٣) وما يبقى في المسلم فيه من الأعواد.
- (٤) بسبب الاختلاف غير القادح.
- (٥) المنحوت.
- (٦) المشهور على المنع، للجهالة، واختلاف الخلقة، وتعذر الضبط حتى بالوزن، لأن القيمة لا ترتبط به، وعن الشيخ والقاضي الجواز مع المشاهدة، وهي تدفع المحاذير السابقة، وفيه - كما عن المحقق -: أنه بالمشاهدة يخرج عن السلم الذي عرفت كونه كلياً مضموناً في الذمة.
- وانتصر لهما الشارح في المسالك وهنا بأنه يخرج عن السلم بالمشاهدة مع تعيين المبيع، وكلام الشيخ أعم، فيمكن حمله على مشاهدة جملة كثيرة يكون السلم فيه داخلاً في ضمنها، وهذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد معين أو الغلة من قرية معينة لا تحيس عادة.
- (٧) بالوزن.
- (٨) وضع السلم.
- (٩) حتى مع المشاهدة لجملة يدخل فيها المسلم فيه.

(والجواهر واللاآء الكبار<sup>(١)</sup>)، لتعذر ضبطها) على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن، (وتفاوت الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة، أما اللاآء الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها، سواء في ذلك المتخذة للدواء، وغيرها، وكذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيناً كبعض العقيق، وهو خيرة الدروس.

(ويجوز السلم في الحبوب، والفواكه<sup>(٢)</sup>)، والخضّر، والشحم، والطيب، والحيوان كله) ناطقاً، وصامتاً، (حتى في شاة لبون)، لإمكان ضبطها، وكثرة وجود مثلها، وجهالة مقدار اللبن غير مانعة على تقدير وجوده، لأنه تابع، (ويلزم تسليم شاة يمكن أن تحلب في مقارب زمان التسليم)، فلا يكفي الحامل وإن قرب زمان ولادتها، (ولا يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حيثئذ<sup>(٣)</sup>)، فلو حلبها وسلمها أجزاء)، لصدق اسم الشاة اللبن عليها بعده<sup>(٤)</sup>.

(أما الجارية الحامل، أو ذات الولد، أو الشاة كذلك<sup>(٥)</sup>) فالأقرب . . . . .

(١) لم يفرق المحقق في الشرائع بين اللاآء الكبيرة والصغيرة لاشتراكهما في علة المنع، وهي تعذر ضبطها بحيث ترتفع جهالتها، وفرق جماعة بينهما، فجوزوه في الصغار لأنها تباع وزناً ولا يُعتبر فيها صفات كثيرة توجب تفاوت القيمة بخلاف الكبار، وعن بعضهم التفريق بين ما يتخذ للتداوي فيجوز وبين ما يتخذ للزينة فلا، وذلك لأن المأخوذ للتداوي يراد منه الوزن فقط دون الأوصاف، والأولى من الجميع إناطة ذلك إلى العرف.

(٢) بعدما عرفت جواز السلم فيما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم تعرف جوازه في الخضصر والفواكه والحبوب وكل ما تنبت الأرض، والشحم والطيب والملابس والأشربة والأدوية والألبان والسمن والحيوان الاناسي منه وغيره، حتى شاة اللبن، خلافاً للمشافعي في أحد قوليهم فتمتعهم لمجهولية اللبن، مع أن اللبن من التوايح، ويكفي في الشاة اللبن ما كان من شأنها ذلك، فيجوز تسليم شاة ليس فيها لبن، بل لو كان فيها لبن لجاز له حلبها وتسليمها بلا لبن، وإذا كان المدار في الشاة اللبن على الشاة التي من شأنها ذلك فلا يجوز تسليم الحامل وإن قرب زمن ولادتها.

(٣) حين التسليم.

(٤) بعد الحلب.

(٥) الشاة الحامل أو ذات الولد.

المنع<sup>(١)</sup>، لاعتبار وصف كل واحد منهما<sup>(٢)</sup>، فيعز اجتماعهما في واحد<sup>(٣)</sup>، ولجهالة الحمل وعدم إمكان وصفه، وقيل: يجوز في الجميع، لإمكانه<sup>(٤)</sup> من غير عسر، واعتقار الجهالة في الحمل لأنه تابع، وفي الدروس جوز في الحامل مطلقاً<sup>(٥)</sup>، وفي ذات الولد المقصود بها الخدمة، دون التسري، والأجود الجواز مطلقاً<sup>(٦)</sup>، لأن عزة وجود مثل ذلك<sup>(٧)</sup> غير واضح، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد يقتضيه.

(ولا بد من قبض الثمن قبل التفرق<sup>(٨)</sup>، أو المحاسبة به<sup>(٩)</sup> من دين عليه) أي: على المسلم<sup>(١٠)</sup> (إذا لم يشترط ذلك في العقد) بأن يجعل الثمن نفس ما في

(١) كما عن الشيخ في مبسوطه والماتن هنا في لمعته، أما في الحامل لجهالة أوصاف الحمل، وأما في ذات الولد لعزة الوجود، والمشهور على الجواز، لاعتقار الجهالة في الحمل، لأنه تابع، ولإمكان وصف الولد في ذات الولد على نحو لا يؤدي إلى عسر الوجود، والغريب من الماتن أنه استقرب المنع في الجارية الحامل هنا، مع أنه قائل بالجواز فيها في الدروس، سواء كانت حسناء أم شوهاء.

(٢) من الأم وولدها.

(٣) بالنسبة لذات الولد.

(٤) إمكان وصف كل واحد من الأم وولدها من غير استلزام عزة الوجود.

(٥) سواء كان الجارية للخدمة أم للتسري.

(٦) في الحامل وذات الولد، سواء كان ذلك للخدمة أم للتسري.

(٧) وهو اجتماع وصفي الأم والولد.

(٨) وهذا من شرائط السلم بحيث لو افترقا قبل القبض بطل العقد، وعليه الاجماع كما عن التذكرة، وظاهر ابن الجنيّد جواز تأخير القبض ثلاثة أيام، وهو متروك كما في الدروس والمسالك.

(٩) بالثمن.

(١٠) البائع الذي هو مديون للمشتري، بحيث يفرض الثمن وفاة للدين، وأصل المسألة هكذا: لو شرط المشتري أن يكون الثمن من دين له على البائع، وكان شرطاً في العقد، فالمشهور على البطلان، لأنه بيع دين بدين، فيشمله خير طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا يباع الدين بالدين)<sup>(١)</sup>، ومثله غيره.

الذمة، (ولو شرطه) كذلك<sup>(١)</sup> (بطل، لأنه بيع دين بدين) أما كون المسلم فيه ديناً فواضح، وأما الثمن الذي في الذمة فلأنه دين في ذمة المسلم، فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين، لأن نفس الدين قد قُرنَ بالباء<sup>(٢)</sup> فصار ثمناً، بخلاف المحاسبة عليه قبل التفرق إذا لم يشترط، لأنه استيفاء دين قبل التفرق، مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق، وإنما يفتقر إلى المحاسبة مع مخالفتها<sup>(٣)</sup> جنساً أو وصفاً، أما لو اتفق ما في الذمة والثمن فيهما<sup>(٤)</sup> وقع التهاثر قهرياً ولزم العقد.

= وذهب المحقق وتلميذه الآبي والفاضل في التحرير والقطيفي إلى الجواز، لأن النهي عن بيع الدين بمثله لا يشمله إلا إذا كان ديناً قبل العقد، لا لما صار ديناً في العقد، ولأن ما في الذمة بمنزلة المقبوض، ويشهد له خير إسماعيل بن عمر (أنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل، فأمر إسماعيل يسأله، فقال: لا بأس بذلك، فعاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك وقال: إني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت لا بأس، فقال: ما يقول فيها مَنْ عندكم؟ قلت: يقولون: فاسد، فقال: لا تفعله فإني أوهمت)<sup>(١)</sup>، والاعتذار بالوهم من جهة التقية، ولذا تعرف أن الحكم الواقعي هو الجواز، ولكن الجماعة حكموا بالكراهة خروجاً عن شبهة الخلاف ليس إلا.

ثم لو اشترى الدائن من المديون مبيعاً إلى أجل ولم يمين كون الثمن من الدين ولكنهما تقاصا في المجلس مع اتفاق الجنس والوصف أو تحاسباً مع الاختلاف، على أنه لو اتحد الجنس والوصف فالتقاص قهري والا فالتحاسب متوقف على التراضي وعلى كل فهو غير مشمول للنهي عن بيع الدين بالدين فلا بد من الحكم بالصحة لأن ذلك استيفاء محض قبل التفرق مع عدم ورود العقد على ما في الذمة، ومع ذلك قيل بالبطلان، لأن الثمن قد تشخص بما في الذمة فيكون بيع دين بمثله، ولأن هذا معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه، وفيه: أما الأول فلأن الثمن هنا أمر كلي وتعيينه في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، والثاني لا يضر بعد قبضه قبل التفرق.

(١) في متن العقد.

(٢) في قوله: بعت هذا بهذا.

(٣) الثمن وما في الذمة.

(٤) في الجنس والوصف.

ولكن المصنف في الدروس استشكل على هذا<sup>(١)</sup> صحة العقد، استناداً إلى أنه يلزم منه<sup>(٢)</sup> كون مورد العقد ديناً بدين، ويندفع بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا جعلاً معاً في نفس العقد متقابلين في المعاوضة، قضية للباء<sup>(٣)</sup>، وهي<sup>(٤)</sup> منتفية هنا، لأن الثمن هنا أمر كلي، وتعيينه بعد العقد في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التقاؤ والتحاسب استيفاء، لا معاوضة، ولو أثر مثل ذلك<sup>(٥)</sup> لأثر مع إطلاقه<sup>(٦)</sup>، ثم دفعه في المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً، بل قيل<sup>(٧)</sup> بجواز الصورة الثانية أيضاً، وهي<sup>(٨)</sup> ما لو جعل الدين ثمناً في العقد، نظراً إلى أن ما في الذمة بمنزلة المقبوض.

(وتقديره)<sup>(٩)</sup> أي: المسلم فيه<sup>(١٠)</sup>، أو ما يعم الثمن<sup>(١١)</sup> (بالكيل، أو الوزن

- (١) على اتفاق ما في الذمة والثمن المحقق للتهاتر، فأورد المصنف على صحة العقد أنه من بيع الدين بالدين.
- (٢) من التهاتر.
- (٣) وهي الباء الداخلة على العوض والغاضية بوجود العوض والمعوض معاً، ولذا لا يصدق بيع الدين بالدين إلا إذا كان كذلك قبل العقد.
- (٤) المقابلة بين الدينين.
- (٥) مثل الاستيفاء والتقاؤ والتتهاتر.
- (٦) إطلاق الثمن في العقد.
- (٧) عن المحقق والآبي والفاضل والمقداد والقطيفي على ما تقدم.
- (٨) الصورة الثانية.
- (٩) من شروط السلف أو السلم تقدير المبيع بالكيل أو الوزن المعروفين إذا كان مما يكال أو يوزن بلا خلاف فيه، ضرورة توقف معرفته عليهما إذا كان كذلك في المشاهدة ففي الغياب من باب أولى، ولازم ذلك لو عوّلا على صخرة مجهولة أو مكيال مجهول لم يصح السلم لأنه غرر، نعم لو كان المبيع مما تكفي مشاهدته في حال الحضور بأن يباع جزافاً فقد صرح غير واحد بوجود تقديره بالكيل أو الوزن في بيع السلم لعدم المشاهدة فيه حتى ترتفع الجهالة والغرر.
- (١٠) وهو المبيع.
- (١١) الضمير في «تقديره» شامل للمثمن والثمن وإن كان على خلاف عبارة الماتن.

المعلمين) فيما يكال، أو يوزن، وفيما لا يُضبط إلا به<sup>(١)</sup>، وإن جاز بيعه جزافاً كالحطب والحجارة، لأن المشاهدة ترفع الغرر، بخلاف الدين، واحترز بالمعلمين عن الإحالة على مكيال، أو صنجة مجهولين فيبطل، (أو العدد)<sup>(٢)</sup> في المعدود، (مع قلة التفاوت) كالصنف الخاص من الجوز واللوز، أما مع كثرتهم كالرمان فلا يجوز بغير الوزن.

والظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيين الصنف، وفي الدروس قطع بإلحاقه بالرمان المنتع به، وفي مثل الثوب يعتبر ضبطه بالذرع وإن جاز بيعه بدونته مع المشاهدة كما مر، وكان عليه أن يذكره أيضاً، لخروجه عن الاعتبارات<sup>(٣)</sup> المذكورة، ولو جعلت هذه الأشياء ثمناً فإن كان مُشاهداً لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهدة ما يكفي مشاهدته فيه، واعتبار ما يعتبر<sup>(٤)</sup>.

(وتعيين الأجل<sup>(٥)</sup> المحروس من التفاوت) بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان

(١) بالكيل أو الوزن، وهو الذي يباع جزافاً في المشاهدة فلا يمكن ضبطه في حال الغياب كما هو المفروض في السلم إلا بأحدهما.

(٢) بحيث يباع في المشاهدة عدأ كالبيض، فلا بد من عدّه في السلم لرفع الغرر، وكذا لو كان يباع جزافاً في حال الحضور فلا بدّ من بيعه بالعدّ إذا كان العدّ رافعاً للجهاالة كالبيض والجوز، دون الرمان لعدم ارتفاع الغرر إلا بالعدّ والمشاهدة ولذا يتعين بيعه وزناً في السلم وهذا ما ذهب إليه الفاضل في جملة من كتبه والشهيدان وجماعة.

وعن الشيخ والمحقق وابني زهرة وإدريس والعلامة في التذكرة أنه لا يجوز السلف في المعدود لعدم ارتفاع الجهاالة به، لكثرة اختلاف المعدود في الكبير والصغر وغيرهما، والاكتفاء بالعدّ في المشاهدة لارتفاع الغرر بها لا به.

والحق أن المدار على الانضباط الرافع للجهاالة ولاختلاف الثمن، وهذا ما يختلف باختلاف الأمصار والاعصار والأشياء المعدودة فالحالة إلى العرف هو الأولى.

(٣) من الكيل والوزن والعدّ، وخروجه لأن الثوب يباع جزافاً بالمشاهدة.

(٤) من الكيل أو الوزن.

(٥) فلو ذكر أجلاً مجهولاً، أو يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج، أو إلى أوان الحصاد، كان بيع السلم باطلاً بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: النبوي (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وإلى أجل =



إن أريد موضوعه<sup>(١)</sup>، ولو أريد به مطلق البيع لم يشترط<sup>(٢)</sup> وإن وقع بلفظ السلم،

= معلوم<sup>(١)</sup>، وخبر سماعة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به، قال: نعم إذا كان إلى أجل معلوم<sup>(٢)</sup>).  
موضوع السلم. (١)

لم يشترط الأجل لو ذكر السلم وأراد مطلق البيع، لأن الأجل شرط في السلم لا في مطلق البيع. (٢)

وأصل المسألة فيما لو ذكر السلم وازد به نفس السلم لا مطلق البيع، وكان المثلن حالاً فهل يبطل لعدم الأجل كما عن جماعة، أو يصح لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأني شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه لا يسمي له أجلاً، إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً<sup>(٣)</sup>، وظاهره جواز وقوع السلم للمثلن بشرط أن يكون عام الوجود وقت العقد كما هو صريح ذيل الخبر، وهذا ما مال إليه المحقق في الشرائع والعلامة في القواعد والشهيد الأول في الدروس واللمعة هنا، إلا أن الشارح حمل عبارته على ما لو أراد مطلق البيع من لفظ السلم، وقد تبع بذلك المحقق الثاني حيث فسر عبارة القواعد بذلك، مع أن عبارة القواعد كعبارة اللمعة هنا ظاهرة في إرادة السلم من لفظ السلم لا مطلق البيع، ولذا سيعترف الشارح فيما بعد أن الظاهر من عبارة اللمعة ما ذكرناه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فلو أراد مطلق البيع من لفظ السلم وكان المثلن حالاً فالنزاع فيه ليس من ناحية حالية المثلن في مطلق البيع، لأن الحالالية هو الأصل في البيع المعروف بل النزاع في جواز إرادة مطلق البيع من لفظ السلم، وقد ذكر الشارح للجواز دليلاً، وحاصله أن مطلق البيع عام والسلم خاص وإرادة العام من الخاص جائز بعد عدم إرادة الخاص لقربة الحلول في المثلن.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٣١، رقم الحديث ١١٠٨٣.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السلف حديث ٤.

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(والأقرب جوازه) أي: السلم (حالاً مع عموم الوجود) أي: وجود المسلم فيه (عند العقد)، ليكون مقدوراً على تسليمه حيث يكون مستحقاً.

ووجه القرب<sup>(١١)</sup> أن السلم بعض جزئيات البيع<sup>(١٢)</sup>، وقد استعمل لفظه<sup>(١٣)</sup> في نقل الملك على الوجه المخصوص<sup>(١٤)</sup> فجاز استعماله في الجنس<sup>(١٥)</sup> لدلالته عليه حيث يصرح بإرادة المعنى العام<sup>(١٦)</sup>، وذلك عند قصد الحلول، كما ينعقد البيع بملكك كذا بكذا<sup>(١٧)</sup>، مع أن التمليك موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا<sup>(١٨)</sup> أولى<sup>(١٩)</sup>، لأنه بعض أفرادها، بخلاف التمليك المستعمل شرعاً في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها<sup>(٢٠)</sup>، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية.

ومثله القول فيما لو استعمل<sup>(٢١)</sup> السلم في بيع عين شخصية<sup>(٢٢)</sup>، وأولى بالجواز<sup>(٢٣)</sup>، لأنها أبعد عن الغرر.

- 
- (١) استدلال من الشارح لجواز استعمال لفظ السلم في بيع ما يكون تسليمه حالاً، لا أنه استعمال في السلم حقيقة.
  - (٢) أحد أفراد البيع.
  - (٣) لفظ السلم.
  - (٤) وهو كون المثلن حالاً.
  - (٥) وهو مطلق البيع.
  - (٦) لأنه مع قصد الحلول في المثلن لا يعقل أن يقصد السلم، فيكون ذلك قرينة على أنه مستعمل في مطلق البيع الذي هو الجنس.
  - (٧) مع أن التمليك أهم من البيع، لكن ذكر العوض دليل على عدم إرادة الهبة، وهو الدليل على إرادة البيع.
  - (٨) إرادة البيع من لفظ السلم.
  - (٩) وجه الأولوية أن السلم بعض أفراد البيع بخلاف التمليك الذي يستعمل في الهبة، وهي مباينة لمعنى البيع، فإذا جاز استعمال المباين في مباينه فاستعمال الخاص في العام أولى.
  - (١٠) غير الهبة.
  - (١١) المتعاقدان.
  - (١٢) وكانت حاضرة.
  - (١٣) لأنها مشاهدة، ومشاهدة البيع تنفي الغرر.

والحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل<sup>(١)</sup>.

ومن التعليل<sup>(٢)</sup> يلوح وجه المنع فيهما<sup>(٣)</sup> حيث إن بناءه<sup>(٤)</sup> على البيع المؤجل مُثْمَنُهُ الثابتُ في الذمة، وقد قال النبي ﷺ: «من أسلف فليُسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، أو أجل معلوم».

وأجيب بتسليمه<sup>(٥)</sup> حيث يقصد السلم الخاص، والبحث فيما لو قصد به<sup>(٦)</sup> البيع الحال.

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف هنا - وفي الدروس وكثير - أن الخلاف مع قصد السلم<sup>(٧)</sup>، وأن المختار جوازه مؤجلاً وحالاً مع التصريح بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، ويحمل على الحلول، والذي يرشد إليه التعليل<sup>(٨)</sup> والجواب<sup>(٩)</sup> أن الخلاف فيما لو قصد به<sup>(١٠)</sup> البيع المطلق واستعمل السلم فيه<sup>(١١)</sup>

- (١) لأن المثلن إذا كان حالاً فالبايع له قدرة على تسليمه أكثر من قدرته على تسليم المؤجل، ولذا يصح بيع العين الكلية مع الحلول بلفظ السلم وكذا بيع العين الشخصية.
- (٢) كون السلم بعض أفراد البيع فيصح استعماله في مطلق البيع إذا كان المثلن حالاً سواء كان كلياً أم عيناً شخصية.
- غير أن هذا التعليل ممنوع، لأن السلم موضوع لغة وشرعاً لبيع المؤجل، فاستعماله في الحال بحاجة إلى دليل ولا دليل ثمة، مع أن النبوي قد شرط الأجل في السلم.
- (٣) في بيع الحال إذا كان كلياً أو شخصياً.
- (٤) بناء السلم.
- (٥) نسلم أن معنى السلم هو كون المبيع مؤجلاً، ولكن هذا ينفع فيما لو أطلق لفظ السلم وقصد به السلم، أما لو أطلق لفظ السلم وأريد به بيع الحال فلاستعمال مجازي ولا يشترط في المعنى المجازي شروط المعنى الحقيقي.
- (٦) بالسلم.
- (٧) ولذا لا داعي لحمل عبارة الماتن على ما لو قصد مطلق البيع كما فعله الشارح هنا.
- (٨) وهو كون السلم بعض أفراد البيع،
- (٩) وهو قول الشارح: «وأجيب بتسليمه».
- (١٠) بالسلم.
- (١١) في البيع المطلق.

بالقرائن، أما إذا أريد به<sup>(١)</sup> السلف المطلق<sup>(٢)</sup> اشترط ذكر الأجل<sup>(٣)</sup>.

(ولا بد من كونه<sup>(٤)</sup> عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل) في البلد الذي شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق<sup>(٥)</sup> على رأي المصنف هنا، أو فيما قاربه<sup>(٦)</sup> بحيث ينقل إليه عادة، ولا يكفي وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلا نادراً<sup>(٧)</sup>، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً، ولا فيما بينهما<sup>(٨)</sup>، ولو عين غلة بلد لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله إليه<sup>(٩)</sup>، ولو انعكس بأن عين غلة غيره<sup>(١٠)</sup> مع لزوم التسليم به<sup>(١١)</sup> شرطاً نقله إليه<sup>(١٢)</sup> فالوجه

(١) بالسلم.

(٢) المعنى الموضوع له أصلاً.

(٣) فيكون الشارح قد حكم ببطان ما لو أراد السلم بلفظ السلم مع كون الثمن حالاً وهو على خلاف ظاهر صحيح ابن الحجاج المتقدم، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالتعليل والجواب الواردان سابقاً لم يذكر إلا في كلام المحقق الثاني في جامعه فقط، فلا يكونان دليلاً على ما ذكره الشارح، على أن المحقق الثاني قد سبق الشارح في هذا الاشتباه، وقد ذكرنا سابقاً أن أصل المسألة عندهم فيما لو قصد السلم بلفظ السلم وقد حمل عندهما على ما لو قصد مطلق البيع.

(٤) يشترط كون الثمن موجوداً بحسب العادة وقت الحلول، ولو كان معدوماً وقت العقد، حتى تصدق القدرة على التسليم بذلك، إذ العاديات بمنزلة الموجودات.

(٥) سيأتي أنه لو أطلق مكان التسليم فيحمل على بلد العقد على مذهب المصنف، وعليه فيشترط أن يكون الثمن عام الوجود فيه عند حلول الأجل حتى تصدق القدرة على التسليم.

(٦) قارب بلد التسليم أو بلد العقد بأن كان الثمن عام الوجود في أمكنة قريبة من هذين البلدين، مع إمكان نقل الثمن من مكانه إلى هذين البلدين، تحقيقاً لصدق القدرة على التسليم تنزيلاً للعاديات منزلة الموجودات.

(٧) فلا تصدق القدرة على التسليم لعدم العادة المنزل على عدم الوجود.

(٨) بين وقت العقد ووقت الحلول، إذ المدار على صدق القدرة على التسليم وقت الحلول.

(٩) إذ الثمن المسلم فيه هو غلة البلد لا غلة غيره المنقولة إليه.

(١٠) غلة غير بلد العقد.

(١١) ببلد العقد.

(١٢) نقل الثمن من مكان وجوده إلى بلد العقد.

الصحة<sup>(١)</sup>، وإن كان يبطل مع الإطلاق<sup>(٢)</sup>، والفرق<sup>(٣)</sup> أن بلد التسليم حيثئذ بمنزلة شرط آخر<sup>(٤)</sup>، والمعتبر هو بلد<sup>(٥)</sup> المسلم فيه.

(والشهور بمجمل) إطلاقتها (على الهلالية)<sup>(٦)</sup> مع إمكانه كما إذا وقع العقد في

(١) لأنه مع تعارف نقله بعد تنزيل العاديات منزلة الموجودات يطمئن بصدق القدرة على التسليم التي هي المناط في صحة العقد هنا.

(٢) إطلاق الغلة منصرف إلى غلة بلد العقد والمفروض أنه لا غلة فيه، وإنما الموجود غلة غير البلد ولو في مكان آخر يتعارف نقله إليه، فيبطل البيع لتعذر وجود الثمن حيثئذ.

(٣) الفرق بين ما لو عين غلة بلد ولم تكن الغلة موجودة فيه بل في غيره، وبين ما لو عين غلة غير البلد وشرط التسليم في البلد الذي لم تكن الغلة فيه، فلا يكفي وجود الغلة في الغير على الأول فلا يصح البيع لتعذر وجود الثمن إذ الثمن هو غلة البلد، لا غلة غيره المنقولة إليه، وهو كافٍ على الثاني فيصح البيع.

(٤) فلذا يصح في الثاني المتقدم في الشرح.

(٥) والأول القول «والمعتبر هو غلة بلد المسلم فيه» ولذا لا يصح في الأول المتقدم في الشرح.

(٦) يحتمل الشهر عند الإطلاق على المدة بين الهلالين، مع الإمكان، وذلك فيما لو وقع العقد في أول ليلة الهلال وكان الأجل إلى شهر، بلا خلاف فيه، لأنه هو المعنى الحقيقي للشهر، نعم لو تعذر الهلالي لقريظة أو كان العقد في الأثناء وقد فرض الأجل المتصل بالعقد إلى شهر فلا بد من حمله على ثلاثين يوماً، لأنه هو المنساق بعد تعذر الحقيقي، هذا وقال الشارح في المسالك: «الأصل في الشهر عند الإطلاق الهلالي، وإنما يعدل عنه إلى العددي عند تعذر حمله على الهلالي، فمتى كان الأجل شهراً واحداً وكان العقد في أوله اعتبر الهلالي، وإن كان في أثنائه فالعددي، ولو كان الأجل شهرين فصاعداً ووقع في أثنائه، ففي اعتبار الشهر بأيهما ثلاثة أقوال - إلى أن قال :-

أحدها: اعتبار الشهرين بالهلالية أما الثاني فظاهر لوقوعه بأجمعه هلالياً، وأما الأول فلصدق مضي القدر الحاصل منه عرفاً كنصفه وثلثه مثلاً فيتم من الثالث قدر ما فات منه، حتى لو كان ناقصاً كفى إكمال ما يتم تسعة وعشرين، لأن النقص جاء في آخره وهو من جملة الأجل، والفائت من الأول لا يختلف بالزيادة والنقصان، وهذا هو الذي حكاه المصنف - أي المحقق في الشرائع - أولاً.

وثانيها: اعتبار ما عدا الأول هلالياً، ويتم الأول ثلاثين، أما الأول فلصدق الشهر الهلالي عليه، وأما الثاني وهو الأول المنكسر فلأنه بإهلال الثاني لا يصدق عليه أنه شهر هلالي فيكون عددياً - إلى أن قال - وهذا هو قول الأكثر.

أول الشهر، ولو وقع في أثنائه ففيه عدّه هلالياً بجبره مقدار ما مضى منه، أو إكماله ثلاثين يوماً<sup>(١)</sup>، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره<sup>(٢)</sup>، وعدّها<sup>(٣)</sup> ثلاثين يوماً أوجه، أوسطها الوسط، وقوّاه في الدروس، ويظهر من العبارة الأولى<sup>(٤)</sup>.

(ولو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع)<sup>(٥)</sup> أما في المؤجل فظاهر، لا اشتراط قبض الثمن قبل التفرق المتأني له، وعلى تقدير عدم منافاته لقصر الأجل<sup>(٦)</sup> يمتنع من وجه آخر، لأنه بيع الكالئ بالكالئ<sup>(٧)</sup>، فقد فسره أهل اللغة

= وثالثها: انكسار الجميع بكسر الأول، فيعتبر الكل بالعدد، وجهه أن الشهر الثاني لا يعقل دخوله إلا بعد انقضاء الأول - إلى أن قال - وإلى هذا القول ذهب الشيخ في أحد قوليّه انتهى.

(١) لا نزاع ظاهراً في أن الأجل إذا كان شهراً وتعذر حمله على الهلالي فلا بد من حمله على العددي الذي هو ثلاثون يوماً.

(٢) كما لو كان الأجل شهرين فصاعداً.

(٣) عد جميع الشهور.

(٤) وفيه منع، إذ عبارة الماتن محمولة على إمكان الحمل.

(٥) لو شرط التأجيل في بعض الثمن بطل البيع فيه قطعاً كما في الجواهر، لأنه بيع دين بدين وهو منهي عنه، ولا اشتراط قبض الثمن في السلم قبل التفرق، وفي القواعد والتذكرة بطلان البيع في الجميع، أما في المؤجل فلما تقدم، وأما في المعجل فلأن الثمن المؤجل يُقابل من المبيع قسطاً أقل مما يأخذه المعجل، لأن للأجل قسطاً، مع أن التفاوت بين المعجل والمؤجل غير معلوم، وإذا بطل في المؤجل يُجهل حينئذ ما قابل المعجل من المبيع فيبطل البيع، وفي الدروس احتمل الصحة، والتقسيط بعد العقد كما لو باع سلعين فظهرت إحداهما أنها مستحقة، فإن التقسيط اللاحق كإف وإن جهل ما يخص كل واحدة حين العقد.

(٦) بحيث يحل الأجل قبل التفرق.

(٧) قال في الجواهر: «وبيع الكالئ بالكالئ وإن لم يكن موجوداً في طرفنا وإنما هو من طرق العامة<sup>(١)</sup>، ولكن قد عمل به الأصحاب»، وقال في المصباح المنير: «وكلا الدين يكلا، مهموز بفتحيتين كلّوا، تأخره فهو كالئ بالهمز، ويجوز تخفيفه فيصير مثل القاضي، وقال =

(١) ورد من طرقهم (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ) كنز العمال ج ٤ ص ٧٧، رقم الحديث

٩٦٠٦، وسنن البيهقي ج ٥ ص ٤٧٤، رقم الحديث ١٠٥٣٦.

بأنه بيع مضمون مؤجل بمثله، وأما البطلان في الحال على تقدير بطلان المؤجل فلجهالة قسطه من الثمن وإن جعل كلاً منهما قدرأ معلوماً كتأجيل خمسين من مائة، لأن المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر مما يقابله المؤجل، لتقسيت الثمن على الأجل أيضاً، والنسبة عند العقد غير معلومة.

وربما قيل بالصحة، للعلم بجملة الثمن، والتقسيت غير مانع، كما لا يمنع لو باع ماله ومال غيره فلم يُجْزِ المالك، بل لو باع الحر والعبد بثمن واحد مع كون بيع الحر باطلاً من حين العقد كالمؤجل هنا<sup>(١)</sup>.

(ولو شرط موضع التسليم لزم)<sup>(٢)</sup>، لوجوب الوفاء بالشرط السائغ (وإلا) يشترط (اقتضى) الإطلاق التسليم (في موضع العقد)<sup>(٣)</sup> كتنظيره من المبيع المؤجل،

= الأصمعي: وهو مثل القاضي، ولا يجوز همزه، ونهى عن بيع الكالء بالكالء، أي: بيع النسبة بالنسبة، قال أبو عبيدة: وصورته أن يسلم الرجل الدرهم في طعام إلى أجل، فإذا حلَّ الأجل، يقول الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن بعني إياه إلى أجل، انتهى.

(١) فالبيع باطل فيه من حين العقد كذلك.

(٢) لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)<sup>(١)</sup>، وفي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل)<sup>(٢)</sup>، ومثله غيره.

(٣) قال الشارح في المسالك: «اختلف الأصحاب في اشتراط ذكر موضع التسليم في العقد، مع اعترافهم بأنه لا نص فيه على الخصوص، على أقوال:

أحدها: عدمه مطلقاً كما اختاره المصنف - أي المحقق - والشيخ في النهاية والعلامة في التحرير والارشاد وجماعة، لأصالة البراءة من اشتراطه، وإطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود، وجل البيع، وللإجماع على عدم اشتراطه في باقي أنواع البيع، وإن كان مؤجلاً، بل ادعى ابن إدريس الإجماع عليه هنا، وهو دعوى في محل النزاع.

ثانيها: اشتراطه مطلقاً، اختاره الشيخ في الخلاف وتبعه عليه جماعة، واستقر به الشهيد رحمه الله، ووجهه أن مكان التسليم مما يختلف فيه الأغراض - إلى أن قال - فإنه قد يكون بعيداً عن المشتري فلا يرغب في تكثير الثمن ولا في الشراء على بعض الوجوه، وقد =

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

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

هذا أحد الأقوال في المسألة، والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه<sup>(١)</sup> مطلقاً ،

= يكون قريباً فينعكس الحكم، وكذا القول في البائع، ولأن المطالبة بالمبيع فرع ثبوته في الذمة واستحقاق المطالبة به، وذلك في السلم المؤجل غير معلوم، لأنه إنما يكون عند الحلول، ولا يُعلم في أي مكان تحقق الحلول على البائع، وبهذا يفرق بينه وبين القرض، حيث انصرف إلى مكان العقد، وكذا البيع، ولا يلزم مثله في بيع النسيئة لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وإلا لكان الدليل قائماً فيه، فلا يلحق به المختلف فيه.

ثالثها: التفصيل، فإن كان في حله مؤنة وجب تعيين محله، وإلا فلا، اختاره الشيخ في المبسوط، ووجهه يُعلم مما تقدم، فإن الأغراض إنما تختلف في محل يفترق إلى المؤنة، أما غيره فلا.

ورابعها: أنهما إن كانا في بركة أو بلد غربة، قصدتهما مفارقتة اشترط تعيينه، وإلا فلا، وهو اختيار العلامة في القواعد والمختلف، ووجهه أنه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد، وليس أحد الأمكنة في غيره أولى من الآخر فيفضي إلى التنازع لجهالته، بخلاف ما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه، فإن إطلاق العقد يقتضي التسليم في بلده.

وخامسها: إن كان بحمله مؤنة أو لم يكن المحل صالحاً كالقرية اشترط تعيينه وإلا فلا، وهو خيرة العلامة في التذكرة، ووجهه مركب من القولين السابقين عليه. ولكل من الأقوال وجه، إلا أن الأخير يُضعف السابقين عليه، ويبقى الإشكال في ترجيح أحد الثلاثة، فأصالة البراءة وحمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يُرجح الأول، واختلاف الأغراض وعدم الدليل الدال على تعيين موضع العقد في التنازع يؤيد الثاني، ووجه الأخير ظاهر، ولا ريب أن التعيين مطلقاً أولى، وإنما الإشكال في ترجيح أحدهما من المترددين، بقي هنا أمور:

الأول: موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلاً، فلو كان حالاً لم يعتبر تعيين المحل قطعاً، بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد، أو في محل المطالبة إن فارقه.

الثاني: على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقاً أو على بعض الوجوه فمكانه موضع العقد أيضاً إلا أن يُعَيَّن موضع آخر فيتعين انتهى كلامه زيد في علو مقامه، ولا نزيد عليه شيئاً لأنه وافٍ بعرض الأقوال في المسألة مع أدلتها.

(١) موضع التسليم.

(٢) في قبال التفصيلات في بقية الأقوال.



وهو اختياره في الدروس، لاختلاف الأغراض باختلافه<sup>(١)</sup> الموجب لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهالة موضع الاستحقاق، لابتنائه<sup>(٢)</sup> على موضع الحلول المجهول<sup>(٣)</sup>، وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه، لكونه معلوماً.

وأما النسبته فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وفصل ثالث باشتراطه<sup>(٤)</sup> إن كان في محله مؤنة، وعدمه بعدمه، ورابع بكونهما في مكانٍ قصدُهما مفارقتَه وعدمه، وخامس باشتراطه فيهما<sup>(٥)</sup>، ووجه الثلاثة<sup>(٦)</sup> مركب من الأولين، ولاريب أن التعيين مطلقاً أولى.

(ويجوز اشتراط السائغ في العقد)<sup>(٧)</sup> كاشتراط محله إلى موضع معين، وتسليمه كذلك<sup>(٨)</sup>، ورهن<sup>(٩)</sup> وضمين<sup>(١٠)</sup>، وكونه من غلة أرض، أو بلد لا تحبس<sup>(١١)</sup> فيها غالباً، ونحو ذلك، (و) كذا يجوز (بيعه بعد حلولة)، وقبل

(١) باختلاف موضع التسليم.

(٢) ابتناء موضع الاستحقاق.

(٣) وهذا يوجب التنازع.

(٤) باشتراط تعيين موضع التسليم.

(٥) في لزوم المؤنة أو البلد الذي قصد مفارقتَه من المتبايعين.

(٦) الأقوال الثلاثة الأخيرة، أما الخامس فمركب من الرابع والثالث كما هو واضح، وأما الرابع والثالث فوجه إثبات الاشتراط فيهما أت من القول الثاني، لأن مكان التسليم مما يوجب اختلافه اختلاف الثمن والأغراض فإن كان في محله مؤنة فهو يوجب اختلاف الثمن فيه كما هو القول الثالث، وكذا إذا كانا في بلدٍ من قصدهما مفارقتَه فهو موجب لاختلاف الثمن باختلافه كما هو القول الرابع.

ووجه التنفي فيهما ناشئ من القول الأول لأنه إذا لم يكن في محله مؤنة أو كانا في بلدهما فلا دليل بخصوصه على التعيين فتجري أصالة البرامة.

(٧) يجوز اشتراط الشرط غير المخالف لكتاب الله في عقد بيع السلم، كاشتراطه في بقية أنواع البيع وبقية العقود، لمعوم النبي المتقدم (المؤمنون عند شروطهم).

(٨) في موضع معين.

(٩) بأن يطالب المشتري الرهن من البائع.

(١٠) بمعنى الضامن، فيجوز أن يطالب المشتري البائع بالضامن له.

(١١) لا تحبس الغلة بمعنى لا تفسد أو لا تنقص، لأنه يشترط في السلم أن لا يتخلف الثمن بحسب العادة.

قبضه<sup>(١١)</sup> (على الغريم، وغيره على كراهة)، للنهي عن ذلك في قوله ﷺ: (لا

(١) أما قبل حلوله فلا يجوز للاجماع المحكي في التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد وغيرها، وليس المنع لعدم ملكيته قبل الأجل ضرورة عدم مدخلته في ذلك، إذ العقد هو السبب في الملك والأجل إنما هو للمطالبة، وليس المنع لعدم القدرة على التسليم إذ من المعلوم أنها في المؤجل عند الأجل.

أما بعد الحلول وقبل القبض فمقتضى الأصول والقواعد وعموم أو إطلاق الأخبار جواز بيعه قبل القبض على الغريم وغيره بجنس الثمن وغيره، بزيادة أو نقصان أو مساواة، كان ذلك مكيلاً أو موزوناً ما لم يستلزم الربا أو غيره من المحرمات، وللأخبار.

منها: مرسل أبان عن أبي عبد الله ﷺ (في الرجل يُسلم الدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمه، فقال: لا بأس بذلك)<sup>(١٢)</sup>، وموثق ابن فضال (كتبت إلى أبي الحسن ﷺ: الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ فقال: نعم)<sup>(١٣)</sup>، من غير فرق بين الغريم كما هو مورد الأخبار وغيره، لعدم القائل بالفرق بين علماء الطائفة كما في الرياض.

وعن الأكثر كما في الدروس المنع في صورة التفاوت بزيادة إذا كان البيع بجنس الثمن لأخبار.

منها: صحيح محمد بن فيس عن أبي جعفر ﷺ (قال أمير المؤمنين ﷺ: من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل فلم يجد صاحبه، وليس شرطه إلا الورق، وإن قال: خذ مني بسر اليوم ورقاً فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أو علفه، فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقاً، لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، لا تظلمون ولا تُظلمون)<sup>(١٤)</sup>، وصحيحه الآخر عنه ﷺ (قال أمير المؤمنين ﷺ: في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفاً، خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقاً، فقال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مرة، لا يزداد عليه شيئاً)<sup>(١٥)</sup>، وصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يسلف في الحنطة والشمر مائة درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذي له فيقول: والله ما عندي إلا =

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ٥.

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ٨.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ٩ و ١٥.

= نصف الذي لك فحُذ مني إن شئت بنصف الذي لك حنطة وبنصفه ورقاً، فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه<sup>(١)</sup>.

ونُسب إلى الشيخ في التهذيب المنع فيما لو باعه بغير جنسه، لخبر علي بن جعفر (سأله عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قَوْمه دراهم فسد، لأن الأصل الذي اشترى به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم)<sup>(٢)</sup>، وهو ضعيف السند ولم تثبت دعوى العمل به للشيخ فهو مُعرض عنه بين الأصحاب.

هذا كله في السلم وأما في غيره فالأخبار فيه متعارضة، فبعضها دالٌّ على الجواز كخبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس)<sup>(٣)</sup>، وخبر الكرخي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعدما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض)<sup>(٤)</sup>.

وبعضها دال على المنع مطلقاً إلا تولية، كصحيح معاوية بن وهب عن أبي 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 الذي قام عليه)<sup>(٥)</sup>، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتريت متاعاً فيه كيلٌ أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيلٌ ولا وزن فبِعْهُ)<sup>(٦)</sup>، وبعضها دال على المنع مطلقاً كخبر حزام بن حكيم بن حزام قال: (ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت بيعه، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا تبعه حتى تقبضه)<sup>(٧)</sup>، وخبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أصحابه والياً فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهم عن بيع ما لم يقبض)<sup>(٨)</sup>، ولذا ذهب بعضهم للكرهية فيما يكال أو يوزن إذا باعه قبل القبض، كما عن المفيد والشيخ في النهاية، بل هو المشهور بين المتأخرين للجمع بين أخبار الجواز وأخبار المنع في المكيل والموزون، وبعضهم ذهب =

(٢٠١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٦ و١٢.

(٤٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٩٦.

(٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

(٧ و٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٢ و٢١.

(٨) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

تبيعن شيئاً حتى تقبضه<sup>(١)</sup>، ونحوه المحمول على الكراهة، وخصها بعضهم بالكيل والموزون، وآخرون بالطعام، وحرمه آخرون فيهما، وهو الأقوى، حملاً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره، لضعف المعارض الدال على الجواز<sup>(٢)</sup> الحامل للنهي على الكراهة، وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت<sup>(٣)</sup>، وأما بيعه قبل حلوله فلا، لعدم استحقاقه<sup>(٤)</sup> حينئذ، نعم لو صالح عليه<sup>(٥)</sup> فالأقوى الصحة<sup>(٦)</sup>.

= إلى الكراهة في الطعام كما عن المسوط والخلاف والغنية والصدوق والقاضي جمعاً بين أخبار الجواز وأخبار المنع في الطعام كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتناع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك)<sup>(١)</sup>.

هذا والشارح كما يظهر من المسالك قد جعل المسألتين من سنخ واحد وحكم بضعف أخبار الجواز الواردة هنا - أعني خبري جميل والكرخي - أما خبر جميل فلاشتمال سنده على علي بن حديد وهو ضعيف، والآخر مجهول، ولذا ذهب إلى الحرمة، وهذا ما ذهب إليه العماني أيضاً.

وفيه: أن الفرق بين مسألة السلم وغيرها واضح، ولو بملاحظة النصوص الواردة في المسألتين، ولذا قال صاحب الجواهر في مسألة بيع المشاع قبل قبضه ولم يكن مسلماً، بعدما استعرض أخبار الجواز: «مضافاً إلى النصوص الدالة على جواز بيع السلم بعد حلوله وقبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة، بناء على أن المسألتين من وإد واحد كما صرح به في الروضة والمسالك، واختار فيهما معاً الحرمة، إلا أن النصوص شاهدة بخلافه انتهى».

(١) كنز العمال ج ٤ ص ٨٧، رقم الحديث ٩٦٦٣.

(٢) وهو خبرا جميل والكرخي.

(٣) لأن خبري حزام وعمار الدالين على النهي عن بيع ما لم يقبض مطلقاً ضعيفان، والنبوي عامي.

(٤) قد عرفت أنه يملكه بمجرد العقد، وإنما المانع هو الاجماع فقط.

(٥) المسلم فيه.

(٦) بناء على أن الصلح عقد مستقل كما يظهر من المسالك هنا، فالصحة متجهة للأصل، نعم لو قلنا بأنه نوع من البيع في مورد البيع فتشمله أدلته حينئذ.

(وإذا دفع) المسلم إليه (فوق الصفة<sup>(١)</sup>) وجب القبول، لأنه خير وإحسان، فالامتناع منه عناد، ولأن الجودة صفة لا يمكن فصلها فهي تابعة، بخلاف ما لو دفع أزيد قدرأ يمكن فصله ولو في ثوب، وقيل: لا يجب، لما فيه من المنة (ودونها) أي: دون الصفة المشترطة (لا يجب) قبوله، وإن كان أجود من وجه آخر، لأنه ليس حقه مع تضرره به، ويجب تسليم الحنطة ونحوها عند الاطلاق<sup>(٢)</sup>

(١) البائع الذي سلم إليه الثمن لو دفع الثمن فإما أن يكون الثمن دون الصفة أو دون المقدار المشترطين في العقد أو مطابقاً لهما أو زائداً عليهما.

فإن كان دون الصفة أو المقدار فلا خلاف ولا إشكال من أنه لا يجب على المسلم - أي المشتري - القبول، وإن كان أجود من وجه آخر، لأنه ليس نفس حقه، نعم لو رضي المشتري به صح وبرت ذمة المسلم إليه الذي هو البائع.

وإن كان مطابقاً لهما وجب على المسلم - أي المشتري - القبول لأنه الحق الذي يطالبه به، ولا يجب على البائع أكثر منه ولا أحسن صفة.

وإن كان زائداً فتارة تكون الزيادة في الصفة وأخرى في المقدار، فإن كانت في الصفة وجب قبوله بلا خلاف معتد به كما في الجواهر إلا من ابن الجنيّد اعتماداً على صحيح سليمان بن خالد (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلّم في وصف أسنان معلومة ولون معلوم، ثم يعطى فوق شرطه، فقال: إذا كان على طيبة نفس منك ومنه فلا بأس به<sup>(٣)</sup>)، ومثله غيره، وهو صريح بعدم وجوب القبول إلا مع التراضي.

وحجة المشهور أن المعتبر في خير وإحسان فالامتناع منه عناد، ولو وجب على البائع تقديم عين الوصف لاستحالة هنا إزالة الوصف الزائد مع مساواة الثمن المدفوع لما في العقد جنساً ونوعاً وعدداً، هذا ولا ينقضي تعجبي من ترك العمل بهذه الأخبار لدليل اعتباري، مع أن الاحسان لا يجب قبوله فالامتناع حينئذ لا يكون عناداً محرماً، نعم يجب على البائع تقديم عين الموصوف فإن لم يكن في يده فلا يجب عليه إزالة الزائد بل يشترى غيره المطلوب.

وإن كانت الزيادة في المقدار كما لو قدم ثوبين والعقد على واحد فلا يجب قبول الزيادة للأصل، والمنة التي لا يخفى ما في تحملها من المشقة.

(٢) إطلاق الحنطة ونحوها في العقد.

نقية من الزوان والمدر<sup>(١)</sup>، والتراب، والقشر غير المعتاد<sup>(٢)</sup>، وتسليم التمر والزبيب جافين<sup>(٣)</sup>، والعنب والرطب صحيحين<sup>(٤)</sup>، ويُعفى عن اليسير المحتمل عادة<sup>(٥)</sup>.

(ولو رضي) المسلم (به) أي: بالأدون صفة (لزم)، لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه، كما يلزم لو رضي بغير جنسه، (ولو انقطع) المسلم فيه (عند الحلول)<sup>(٦)</sup> حيث يكون مؤجلاً ممكناً الحصول بعد الأجل عادة فاتفق عدمه (مختار) المسلم (بين الفسخ) فيرجع برأس ماله، لتعذر الوصول إلى حقه، وانتفاء الضرر، (وبين (الصبر) إلى أن يحصل، وله أن لا يفسخ ولا يصبر<sup>(٧)</sup>)، بل يأخذ قيمته

(١) وهو قطع التراب اليابس.

(٢) حلاً للشئ على المتعارف.

(٣) تحقيقاً لهما.

(٤) للانصراف.

(٥) كما هو المتعارف بين أهل العرف.

(٦) بحيث يكون المثلن غالب الوجود وقت العقد، وبحسب الطبع سيستمر إلى حين الأجل، ولكن لعارض انعدم المثلن عند الأجل، قال الشافعي في أحد قوله بفسخ البيع لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه، ويدفعه النص الآتي، بل يجوز للمشتري الصبر بلا خلاف فيه ولا إشكال، لموثق ابن بكير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها ولم يستوف سلفه، قال عليه السلام: فليأخذ رأس ماله أو لينظره)<sup>(١)</sup>.

والتعبير بأخذ رأس ماله هو تعبير آخر عن الفسخ، وللمشتري الفسخ أيضاً لأن العقد مبني على تأجيل المثلن إلى أجل معلوم، وقد حل الأجل والبائع غير مستطيع للتسليم فالانتظار حتى الاستطاعة ضررٌ على المشتري فلذا له حق الفسخ.

وعن ابن إدريس ليس له الفسخ لأصالة اللزوم في العقود، وهو كالاتجاه في قبيل النص، بل عن العلامة في المختلف في مقام الرد عليه قال: «إنه لم يوافق عليه أحد من علمائنا، ولا أظن أحداً أفتى به» انتهى.

(٧) عن حواشي الشهيد عن السيد العميد أن له مضافاً إلى الفسخ والصبر المطالبة بقيمة المسلم فيه عند الأداء، واستحسنه في المسالك ومحكي الميسية، بل جزم به الشارح هنا في الروضة، كما مال إليه سيد الرياض، لأنها البديل عند تعذر الحق، فهو كتلف المثل الذي =

حيث<sup>(١١)</sup>، لأن ذلك هو حقه، والأقوى أن الخيار ليس فورياً<sup>(١٢)</sup>، فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين<sup>(١٣)</sup>، ما لم يصرح بإسقاط حقه من الخيار، ولو كان الانقطاع بعد بذله<sup>(١٤)</sup> له ورضاه<sup>(١٥)</sup> بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعدم المطالبة<sup>(١٦)</sup>، أو بمنع البائع مع إمكانه.

وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل<sup>(١٧)</sup>، وقبل وجوده، لا العلم قبله بعدمه بعده<sup>(١٨)</sup>، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى،

= يتعذر مثله الموجب للانتقال للقيمة، وفيه: أن ظاهر موثق ابن بكير المتقدم على خلافه.

(١) حين التعذر وهو وقت حلول الأجل كما هو المفروض.

(٢) للأصل وإطلاق النص.

(٣) من الفسخ أو القيمة وقت الحلول.

(٤) بعد بذل البائع المسلم فيه للمشتري.

(٥) رضى المشتري، ثم انقطع المسلم فيه فعدمه مستند إلى تفصيل المشتري بعدم قبضه فلا خيار له، لأنه رضى بتأخير حقه ولو فات، ولا ينافيه إطلاق النص المتقدم لعدم شموله لمحل الفرض.

(٦) حق العبارة المتقدمة مع هذه العبارة أن يقال: لو طالب المشتري فبذل البائع ثم رضى المشتري بالتأخير فأنعدم المسلم فيه سقط خياره، أما لو لم يطالب بالأداء فامتنع البائع فثبت للمشتري الخيار المذكور، وكذلك يثبت الخيار لو امتنع البائع عن دفع الثمن مع إمكانه حتى عدم، ولقد أجاد في المسالك في عرض هذه الصور الثلاثة بقوله: «لو كان التأخير اقتراحاً من البائع خاصة، والحق حيثنذ أن الخيار يثبت للمشتري، كما لو كان التأخير لعارض لا اشتراكهما في المعنى بالنسبة إليه، ولا فرق حيثنذ بين أن يطالب بالأداء وعدمه، نعم لو رضى بالتأخير ثم عرض المانع فالتجته سقوط خياره».

(٧) لو مات البائع قبل الأجل فحكمه حكم الصورة السابقة فيما لو انقطع الثمن عند الحلول الموجب لخيار المشتري بين الفسخ والصبر، مع ضمنية المطالبة بالقيمة عند الحلول كما هو رأي الشارح، وكان الحكم واحداً في صورتين لأن الثمن دين في ذمة البائع فيشملة عموم ما دل على حلول ما على الميت من دين بالموت كما سيأتي بحثه في بابه، ولا ينتظر فيه الأجل فلو كان الثمن معدوماً حين الموت يجري فيه الخيار المذكور.

(٨) لو علم المشتري قبل حلول الأجل بعدم الثمن بعد الأجل، فهل يثبت له الخيار بين الفسخ والانتظار، قال في الجواهر: «لم يرجح أحدهما في القواعد والتفكير والدروس وغيرها، ولكن الأولى العدم - عدم الخيار - وفقاً للروضة والمسالك وغيرها اقتصاراً فيما =

لعدم وجود المقتضي له الآن، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ، ولو قبض البعض تخير أيضاً<sup>(١)</sup> بين الفسخ في الجميع، والصبر بين أخذ ما قبضه، والمطالبة بحصة غيره من الثمن<sup>(٢)</sup>، أو قيمة الثمن على القول الآخر<sup>(٣)</sup>، وفي تخير المسلم إليه<sup>(٤)</sup> مع الفسخ<sup>(٥)</sup> في البعض وجه قوي<sup>(٦)</sup>، لتبعض الصفقة عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له.

### (الفصل السابع: في أقسام البيع بالنسبة إلى الإخبار بالثمن<sup>(٧)</sup> وعدمه، وهو أربعة) أقسام:

لأنه إما أن يُخبره، أو لا، والثاني المساومة، والأول إما أن يبيع معه<sup>(٨)</sup> برأس المال، أو بزيادة عليه، أو نقصان عنه، والأول التولية، والثاني المراجعة، والثالث المواضعة، وبقي قسم خامس<sup>(٩)</sup>، وهو إعطاء بعض المبيع برأس

- = خالف الأصل الدال على اللزوم على المتيقن، والتفاتاً إلى عدم وجود المقتضي الآن إذ لم يستحق عليه شيئاً.
- (١) لو قبض المشتري بعض الثمن وانعدم البعض الآخر كان له حق الصبر إلى وجوده كما له حق الصبر عند تعذر الكل، وكان له أيضاً الفسخ، إما فسخ العقد بالنسبة للمتعذر فلتفويت حقه، أو فسخ جميع العقد فلتبعض الصفقة عليه عند انعدام بعض الثمن بلا خلاف في شيء من هذا، ثم من قال في تعذر الكل: إن للمشتري حق المطالبة بقيمة المعدم وقت الحلول كالشارح، كذلك يقول هنا بأن له المطالبة بقيمة المبيع المعدم.
- (٢) ومعناه الفسخ في الباقي.
- (٣) وهو قول الشارح كما عرفت عندما قال: «وله أن لا يفسخ ولا يصبر بل يأخذ قيمته حينئذ لأن ذلك هو حقه».
- (٤) وهو البائع.
- (٥) من قبل المشتري في بعض الثمن المعدم.
- (٦) لأنه مع فسخ المشتري لبعض الثمن تبعض الصفقة على البائع، لأنه أقدم على بيع تمام الثمن ولم يسلم له بل سلم به بيع البعض فله الخيار.
- (٧) هذا هو جهة التقسيم، وإلا يمكن تقسيمه باعتبارات أخرى كبيع السلف والنسيئة وهكذا.
- (٨) مع الإخبار بالثمن.
- (٩) قال في الجواهر: «وزاد أول الشهيدين التشريك، وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، =



ماله<sup>(١)</sup>، ولم يذكره كثير وذكره المصنف هنا وفي الدروس، وفي بعض الأخبار<sup>(٢)</sup> دلالة عليه، وقد تجتمع الأقسام في عقد واحد، بأن اشترى خمسة ثوباً بالسوية<sup>(٣)</sup>، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، والآخر خمسة عشر، والثالث عشرة، والرابع خمسة، والخامس لم يُبين<sup>(٤)</sup>، ثم باع مَنْ عدا الرابع نصيبهم بستين<sup>(٥)</sup> بعد إخبارهم بالحال، والرابع شُرِّك في حصته، فهو بالنسبة إلى الأول مواضعة<sup>(٦)</sup>، والثاني تولية<sup>(٧)</sup>، والثالث مرابحة<sup>(٨)</sup>، والرابع تشريك<sup>(٩)</sup>، والخامس مساومة<sup>(١٠)</sup>، واجتماع قسمين، وثلاثة، وأربعة منها على قياس ذلك، والأقسام الأربعة:

= بأن يقول: شركتك في هذا المتاع نصفه مثلاً بنصف ثمنه بعد العلم بقدره، وتبعه عليه ثاني الشهيدين بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير، وقال: وفي بعض الأخبار دلالة عليه - إلى أن قال - يمكن اندراجه في التولية بدعوى تعميمها حيثنَّه للجميع والبعض، فتكون قسمة الأصحاب حيثنَّه بحالها انتهى.

- (١) برأس مال هذا البعض.
- (٢) وهو خبر وهيب بن حفص عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلمة ويولِّه عليها، قال: إن ربح فله وإن وضع فعلية)<sup>(١)</sup>.
- (٣) فيكون لكل واحدٍ خمس الثوب، وقد اشترى كل واحد هذا الخمس بالمساومة، وهذا ليس المثال، بل المثال في بيعهم.
- (٤) بكم اشترى خمسة.
- (٥) فيكون كل واحدٍ قد باع خمسة من الثوب بخمسة عشر.
- (٦) لأنه باع خمس الثوب بخمسة عشر وهذا أقل مما اشتراه سابقاً مع إخباره برأس المال فيكون مواضعة.
- (٧) لأنه باعه بمقدار ما اشتراه مع إخباره برأس ماله فيكون تولية.
- (٨) لأنه باعه بخمسة عشر وقد اشتراه بعشرة مع إخباره برأس ماله فيكون مرابحة.
- (٩) بحيث شُرِّك في حصة من خمسة كما لو باع نصفها بنصف ثمنها.
- (١٠) لأنه لم يُخبر بأي ثمن قد اشترى خمسة من الثوب إلا أنه باعه بخمسة عشر فيكون مساومة.

(أحدها: المساومة)<sup>(١)</sup>

وهي البيع بما يتفان عليه من غير تعرض للإخبار بالثمن، سواء علمه المشتري، أم لا، وهي أفضل الأقسام.

## (وثانيها: المراجعة، ويشترط فيها العلم)

أي: علم كل من البائع والمشتري (يقدر الثمن، وقدر الربح)<sup>(٢)</sup> والغرامة، والمؤن<sup>(٣)</sup> إن ضمتها<sup>(٤)</sup>، (ويجب على البائع الصدق)<sup>(٥)</sup> في الثمن، والمؤن، وما طرأ من موجب النقص<sup>(٦)</sup> والأجل وغيره (فإن لم يحدث فيه زيادة)<sup>(٧)</sup>

(١) وهي أفضل الأقسام للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (إني لأكره بيع عشرة بإحدى عشر، وعشرة بأثني عشر ونحو ذلك من البيع، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، وقال عليه السلام: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك، وعظم علي فبعته مساومة)<sup>(١)</sup>، والمساومة أبعد عن الكذب والتدليس والتغريب.

(٢) قال في الجواهر: «ولا بد أن يكون رأس ماله معلوماً وقدر الربح معلوماً عندهما حال البيع بلا خلاف أجده فيه».

(٣) قيل: إن المؤنة للاستيفاء والغرامة للاسترباح، أو أن المؤنة بعد التحصيل لما يمونه والغرامة قبله لأجل تحصيله، وقد يطلق أحدهما على الآخر كالفقير والمسكين إذا اجتمعا افترقا وإذا افترقا اجتمعا، وقيل: إن المؤن ما يلزم الاسترباح كأجرة البيت الذي يحفظ المتاع فيه والغرامة أعم بحسب المفهوم، لأن المراد منها ما غرمه من أجرة وغيرها.

(٤) ضم المؤن والغرامة إلى رأس المال.

(٥) لحرمة أكل أموال الناس بالباطل.

(٦) كالعيب.

(٧) قال في الجواهر: «إذا كان البائع لم يحدث في المبيع حدثاً ولا غيره عما كان عليه عند البائع - أي البائع الأول - ولا حصل ذلك من غير المشتري، بل كان المبيع على الحال الذي انتقل إليه فيها فالعبرة عن الثمن أن يقول: اشتريته بكذا، أو رأس ماله كذا، أو تنوم علي، أو هو علي، أو نحو ذلك من العبارات المقيدة للمطلوب.

قال: اشتريته، أو هو علي، أو تقوّم) بكذا، (وإن زاد بفعله) من غير غرامة مالية (أخبر) بالواقع، بأن يقول: «اشتريته بكذا، وعملت فيه عملاً يساوي كذا»، ومثله ما لو عمل فيه متطوع<sup>(١)</sup>.

(وإن زاد باستجاره) عليه (ضمه فيقول: تقوّم علي) بكذا (لا اشتريت به)، لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف «تقوّم علي» فإنه يدخل فيه الثمن، وما يلحقه من أجره الكيالي، والدلال، والحارس، والمحرس<sup>(٢)</sup>، والقضار<sup>(٣)</sup>، والرفاء<sup>(٤)</sup>، والصبّاغ، وسائر المؤن المرادة للإسترباح<sup>(٥)</sup>، لا ما يُقصد به استيفاء الملك<sup>(٦)</sup>، دون الإسترباح، كنفقة العبد، وكسوته، وعلف الدابة، نعم العلف

= وإن كان قد عمل فيه ما يقتضي الزيادة في قيمته، قال: رأس ماله كذا وعملت فيه بكذا، ونحوه اشتريته أو تقوّم علي أو هو علي، ضرورة عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعبارة مستقلة انتهى.

(١) فلا يصح القول اشتريته بمائة مع أنه قد اشترى المتاع بتسعين وعمل المتطوع عشرة، بل عليه أن يقول: «اشتريته بتسعين وعمل المتطوع عشرة» كما هو الواقع، لوجوب الصدق كما تقدم، نعم ذهب جماعة إلى جواز إضافة عمل المتطوع إلى رأس المال كما يجوز إضافة عمل نفسه إلى رأس المال أو عمل الأجنبي إذا كان باستجار، وأشكل عليه بأن ما يصح إضافته إلى رأس المال هو الغرامات، وعمل المتطوع لا غرامة فيه، وهو إشكال ضعيف إذ لا دليل على حصر المضاف بالغرامة فقط، بل المدار على الإخبار عن رأس المال الحالي مع بيان الربح سواء كان رأس المال الحالي مشتملاً على عمل نفسه أم غيره، بتطوع أم باستجار إذا لم يكن بلفظ «اشتريته».

(٢) وهو المكان المحروس الذي يوضع فيه المتاع.

(٣) قال في المصباح المئير: «قصرت الثوب قصرأ بيضته، والقضارة بالكسر الصناعة والفاعل قضاراً».

(٤) قال في المصباح ما حاصله: «رفوئت الثوب رفوياً ورفياً، وهي لغة بني كعب، وفي لغة: رفاته، مهموز، إذا أصلحته، ومنه يقال: بالرفاء والبنين، أي بالاصلاح، وبين القوم رفاء، أي التحام واتفاق».

(٥) فكل شيء يُنفق على المتاع من أجل الربح إذا حُسب مع الثمن وأخبر عن الجميع بلفظ: «تقوّم علي»، فيكون التعبير صادقاً.

(٦) فلفظ «تقوّم علي» لا يشمل حتى يدخل تحته من دون تصريح.

الزائد على المعتاد للتسمين يدخل، والأجرة وما في معناها<sup>(١)</sup> لا تُضم إلى «اشترت بكذا»، (إلا أن يقول: واستأجرت بكذا) فإن الأجرة تنضم حينئذ إلى الثمن للتصريح بها.

واعلم أن دخول المذكورات ليس من جهة الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل في قوله: «بعثك بما اشتريت، أو بما قام عليّ، أو بما اشتريت واستأجرت وبيع كذا».

(وإن طرأ عيب وجب ذكره)<sup>(٢)</sup>، لنقص المبيع به عما كان حين شراؤه، (وإن أخذ أرشاً) بسببه (أسقطه)<sup>(٣)</sup> لأن الأرش جزء من الثمن، فكأنه اشتراه بما عده، وإن كان قوله: «اشتريته بكذا» حقاً<sup>(٤)</sup>، لظروء النقصان الذي هو بمنزلة الجزء، ولو كان الأرش بسبب جنابة<sup>(٥)</sup> لم يسقط من الثمن، لأنها حق متجدد لا يقتضيها

(١) لو اشترى متاعاً واستأجر عليه غيره، أو قام هو بنفسه بالعمل، فلا تنضم هذه الأجرة وما في معناها إلى الثمن بلفظ «اشترت»، نعم يصح أن يقول: «تقوم عليّ أو هذا عليّ».

(٢) بلا فرق في العيب بأفة سماوية أو بجنابته أو بجنابة أجنبي، لأن المشتري يبنى العقد على العقد الأول ويتوهم بقاء المبيع على الحالة التي اشتراها البائع، والحال أنه ليس كذلك لنقصه بحدوث العيب عما كان عليه حين شراء البائع.

(٣) وأخبر بالباقي، لأن الأرش جزء من الثمن فيكون الثمن الذي اشترى به المتاع هو الباقي فقط، ثم لو قال: «اشتريته بكذا» الذي هو مجموع الثمن الذي رجع بعضه بالأرش فهو وإن كان صادقاً من ناحية الصيغة إلا أن ظاهر العبارة أنه دفع المجموع ولم يرجع إليه شيء والمفروض ليس كذلك فيكون كذباً.

(٤) من ناحية الصيغة كما عرفت.

(٥) لو فرضنا أن السيد اشترى عبداً بثمن ثم جُني على العبد بجناية فأخذ السيد قيمة الجنابة فإنه لا يسقط من الثمن، بلا خلاف فيه ولا إشكال كما في الجواهر، لأن قيمة الجنابة نماء متجدد وقد حدث في ملك السيد كالنتاج، والفرق بين الجنابة والعيب أن العيب قد ثبت أرشه بالعقد فلو كان معيباً فينقص من الثمن بقدره بخلاف الجنابة فإنها حق أمر متجدد بعد العقد كنتاج الدابة فلا تكون جزءاً من الثمن، فلو أراد السيد أن يبيعه ويحبر برأس ماله فلا يسقط منه قيمة الجنابة كما لا يسقط نماءه الحاصل بعد العقد.

العقد كنتاج الدابة، بخلاف العيب وإن كان حادثاً بعد العقد<sup>(١)</sup> حيث يُضْمَن، لأنه بمقتضى العقد أيضاً فكان كالموجود حالته<sup>(٢)</sup>، ويُفهم من العبارة<sup>(٣)</sup> إسقاط مطلق الأرش<sup>(٤)</sup> وليس كذلك، وبما قيدناه صرح في الدروس كغيره.

(ولا يقوم أبعاض الجملة)<sup>(٥)</sup> ويُجبر بما يقتضيه التقسيط من الثمن وإن كانت متساوية، أو أُخبر بالحال<sup>(٦)</sup>، لأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع، لا الأفراد

(١) وقبل القبض، أو بعد القبض في زمن الخيار، لأن التالف فيهما جزئياً أو كلياً على البائع فيكون العيب فيهما مضموناً.

(٢) حالة العقد.

(٣) عبارة المصنف.

(٤) حتى لو كان بجناية الغير بعد الملك، وهو ليس كذلك، لأن أرش جنابة الغير لا يسقط من الثمن كالنماء المتجدد.

(٥) لو اشترى الإنسان أمتعة متعددة صفقة واحدة بثمن، ثم قَوِّم الثمن على هذه الأمتعة، وهي لا تخلو إما أن تكون متساوية في الثمن أو لا، فالأول أن يشتري خمسة أثواب صفقة واحدة بمائة درهم ثم يُقَسِّط الثمن فيكون قد اشترى الثوب الواحد بعشرين درهماً، والثاني أن يشتري عبداً وثوباً بمائة درهم ثم يقسط الثمن فعل العبد تسعين وعلى الثوب عشرة، وعلى كلا الحالين لا يجوز أن يبيع الثوب بقوله: اشتريته بعشرين على الأول أو بعشرة على الثاني وأريد ربح كذا، على المشهور شهرة عظيمة، للأخبار.

منها: خبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن، ثم يُقَوِّم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعاً، أيبعه مرابحة؟ قال: لا، حتى يبين له إنما قَوِّمه)<sup>(١)</sup>.

وقال في المسالك: «والمستند مع النص أن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، وإن تقوِّم بها - وإن تقوم الثمن بالأفراد - وقسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقاً، وهذا التعليل شامل للمماثلة والمختلفة، ورد بالتسوية على ابن الجنيد حيث جَوَّزه في المماثلة لقيصري حنطة وهو ضعيف»، لأنه اجتهاد في قبال النص.

(٦) هذا استثناء، بأن يقول: «اشترت المجموع بكذا وقوِّم الثمن عليه فأصاب هذه القطعة من المبيع كذا من الثمن»، وهو جائز لدلالة الرواية عليه، وتكون «أو» هنا بمعنى «إلا» =

وإن<sup>(١)</sup> يُقْسَط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها، أو ظهر مستحقاً.

(ولو ظهر كذبه)<sup>(٢)</sup> في الإخبار بقدر الثمن، أو ما في حكمه<sup>(٣)</sup>، أو جنسه<sup>(٤)</sup>، أو وصفه<sup>(٥)</sup>، (أو غلطه) بيينة، أو إقرار (تخبر المشتري) بين رده، وأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد، لغروره<sup>(٦)</sup>، وقيل: له أخذه بحط الزيادة وربحها<sup>(٧)</sup>، لكذبه مع كون ذلك<sup>(٨)</sup> هو مقتضى المرابحة شرعاً، ويضعف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه.

وهل يشترط في ثبوت خيار المشتري على الأول<sup>(٩)</sup> بقاؤه على ملكه وجهان،

= أن يخبر بالحال، أو بمعنى: «إلى أن يخبر بالحال».

(١) إن وصلية، والمعنى: وإن قسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف قبل قبض المشتري أو ظهر مستحقاً لغير البائع فيقسط، والتقسيط هنا لا يقتضي التقسيط هناك للنص وللاعتبار المتقدم.

(٢) لو باع مرابحة فيان أن رأس ماله أقل مما أخبر، إما بالاقرار أو بالبينة، فالبيع صحيح بلا خلاف للأصل، بعد عموم «أوفوا بالعقود»<sup>(١)</sup>، نعم لمكان الكذب في الإخبار كان المشتري بالخيار بين رده وفسخ العقد، أو امضائه بالثمن الذي وقع عليه العقد، وعن ابن الجنيد والشيخ أن المشتري يأخذ المبيع باسقاط الزيادة التي كذب فيها البائع، وفيه: أن العقد قد وقع على الثمن الذي كذب فيه البائع.

ومثله ما لو أخبر البائع بالازيد عن رأس ماله غفلة واشتباهاً لا كذباً، ومثله أيضاً ما لو أخبر بالازيد عما هو بحكم رأس ماله كأجرة الدلال وغيره من المؤن والغرامة.

(٣) كأجرة الدلال والكيال وغيرهما.

(٤) بأن يكون جنس الثمن من الدراهم فأخبر أنه اشتراه بدنانير تساوي الدراهم عدداً.

(٥) بأن يكون قد اشتراه بدراهم من الجنس الرديء فأخبر أنه اشتراه بدراهم من الجنس الجيد.

(٦) لغرور المشتري.

(٧) بحط الزيادة وما يلحقها من الربح.

(٨) الخط المذكور.

(٩) وهو القول المشهور، لأن القول الثاني لا خيار فيه، فهل يشترط ببقاء الخيار بقاء العين =

أجودهما العدم، لأصالة بقاءه مع وجود المقتضي، وعدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف، أو انتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً، أو وجود مانع من رده كالإستيلاد يرد مثله، أو قيمته إن اختار الفسخ، ويأخذ الثمن، أو عوضه<sup>(١)</sup> مع فقده.

(ولا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه) الحر، (أو ولده)، أو غيرها (حيلة<sup>(٢)</sup>)، لأنه خديعة) وتدلّيس، فلو فعل ذلك أثم وصح البيع، لكن يتخير المشتري إذا علم بين رده، وأخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه في الإخبار، (نعم لو اشتراه) من ولده، أو غلامه (ابتداءً من غير سابقة بيع عليهما)، ولا مواطأة على الزيادة، وإن لم يكن سبق منه بيع (جاز)، لانتفاء المانع حينئذ إذ لا مانع من معاملة من ذكر، (و) كذا (لا) يجوز (الإخبار بما قوّم عليه التاجر)<sup>(٣)</sup> على أن يكون

= تحت يد المشتري وجهان، وجه اشتراط بقاء العين أن الخيار قد ثبت لإزالة الضرر، والفسخ مع عدم العين عند المشتري ضررٌ على البائع لعدم عود ملكه إليه، فلا يثبت الفسخ هنا كما لا يثبت الفسخ مع تلف المبيع المعيب في يد المشتري. ووجه عدم الاشتراط أن الخيار قد ثبت قبل تلف العين، وبعد التلف يستصحب مع وجود المقتضي لثبوت الخيار الذي هو الكذب أو الغلط، والقول بأن الفسخ موجب للضرر على البائع لعدم عود ملكه إليه مدفوع بأنه إن كان مثلياً فيرد مثله، وإن كان قيمياً فترد القيمة، هذا كله إذا لم يمكن للمشتري إرجاع المبيع كما لو تلف أو نُقل عن ملكه بالعقد اللازم، أو كان تحت يده ولكن هناك مانعٌ من رده كالإستيلاد، أما إذا أمكن للمشتري إرجاعه لأن العقد غير لازم فيجب الرد بعينه.

(١) عوض الثمن، وهو قيمته عند فقد الثمن على تقدير الفسخ.

(٢) كما لو باع الرجل ولده سلعة بشرط أن يبيعه إياها بزيادة فقبل الولد ثم باعها لأبيه بالزيادة، فلا يجوز للأب أن يبيع السلعة برأس مال وهو الثمن الذي دفعه لابنه المشتمل على الزيادة المشترطة، بلا خلاف فيه، لأنه خيانة عرفاً وتدلّيس، لأن المشتري للسلعة من الأب لم يترك الماكسة إلا اعتماداً على مماكسة الأب لنفسه وثوقاً باستقصائه في النقيصة لنفسه فكان ذلك خيانة.

ولا فرق بين أن يشترط الرجل على ابنه أو خادمه الحر أو الأجنبي، نعم لو اشترى الرجل منهم سلعة بزيادة عما باعها لهم من غير تواطؤ بينهم، أو اشترى سلعة منهم ابتداءً ثم أخير بالثمن الذي دفعه إليهم جاز البيع مرابحة لعدم الخيانة قطعاً.

(٣) لو قال التاجر للدلال: هذا المتاع بألف، ولو بعته بأزيد منه فالزائد لك، فلا يجوز للدلال بيع المتاع مرابحة وأن يقول: «هذا نقوم علي أو اشتريته بألف وأريد ربح كذا»، =

له الزائد من غير أن يعقد معه البيع، لأنه كاذب في إخباره، إذ مجرد التقويم لا يوجب، (والشمن) على تقدير بيعه كذلك<sup>(١)</sup> (له) أي: للتاجر، (وللدلال الأجرة)<sup>(٢)</sup>، لأنه عمل عملاً له أجرة عادة فإذا فات المشتري رجع إلى الأجرة، ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به، واستدعاء الدلال ذلك منه، خلافاً للشيخين «رحمهما الله» حيث حكما بملك الدلال الزائد في الأول<sup>(٣)</sup> استناداً إلى

= بلا خلاف فيه، لأن التاجر لم يوجب الدلال البيع، فلا شراء بالنسبة للدلال، والمتاع الذي تحت يده إنما هو لغيره، فلا معنى لقول الدلال: «اشتريته أو تقوم عليّ بألف»، بل يكون كاذباً، وللأخبار.

منها: خير سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق - أي الدلال - وقد قوموا عليه قيمة، فيقولون: بع فما زدتك فلك، قال عليه السلام: لا بأس بذلك، ولكن لا يبيعهم مراوحة)<sup>(١)</sup>.

(١) بزيادة.

(٢) أجرة المثل عما فعله من البيع ليس إلا، لأنه عمل محترم أقدم عليه لا بداعي التبرع، ولا يملك الدلال الزائد، لأن الشمن بتمامه في قبالة الشمن الذي هو ملك التاجر، فإذا تم البيع انتقل الشمن بتمامه إلى التاجر، ولا يجب على التاجر إعطاؤه الزائد لأن الزائد مجهول فلا يصح جمالة ولا إجارة فيتعين أن له أجرة المثل سواء كان باستدعاء التاجر للدلال أم أن الدلال ابتداءه، وعن الشيخ المفيد والطوسي في المقنعة والنهاية أنه إذا كان باستدعاء التاجر فالدلال يملك الزائد دون صورة ابتداء الدلال، لأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قال لرجل: بع لي ثوباً بعشرة، فما فضل فهو لك، قال: ليس به بأس)<sup>(١)</sup>، وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يعطى المتاع فيقال له: ما زدتك على كذا وكذا فهو لك، قال عليه السلام: لا بأس)<sup>(٢)</sup>، وحملت الأخبار كما في المسالك: «ويمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتداءه جمالة، فيلزم ما عتبه، ولا يقدح فيها الجهالة، كما اعترضه ابن إدريس، لأن الجهالة في مال الجمالة إذا لم تؤد إلى النزاع غير قادح».

(٣) في صورة استدعاء التاجر للدلال.

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

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

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.



أخبار صحيحة يمكن حملها على الجمالة، بناءً على أنه لا يقدح فيها<sup>(١)</sup> هذا النوع من الجمالة.

### (وثالثها: المواضعة<sup>(٢)</sup>)

[وهي] كالمراوحة في الأحكام، من الإخبار على الوجوه المذكورة (إلا أنها بنقيسة معلومة) فتقول: «بعتك بما اشتريته، أو تقوم عليّ ووضيعة كذا، أو حطّ كذا»، فلو كان قد اشتراه بمائة فقال: «بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة» فالثمن تسعون<sup>(٣)</sup>، أو «لكل عشرة»<sup>(٤)</sup>، زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من الدرهم، لأن الموضوع في الأول من نفس العشرة، عملاً بظاهر التبعض، وفي الثاني من خارجها<sup>(٥)</sup>، فكأنه قال: «من كل أحد

(١) في الجمالة، والمعنى أن الزائد المجهول لا يضر بالجمالة.

(٢) وهي مفاعلة من الوضع بمعنى الخط، وهي التقصان قدراً من رأس المال، ولا ريب في جوازها بعد عموم النبوي: (الناس مسلطون على أموالهم)<sup>(١)</sup>.

(٣) إذ لا ريب في ظهور العبارة المذكورة من أن الموضوع هو بعض العشرة، فالمائة عشرة أعشار والموضوع من كل عشرة درهم، فيكون الموضوع عشرة والباقي تسعين، هذا وتكون «من» تبعية من قوله: «درهم من كل عشرة»، وذكر بعضهم احتمال أن تكون «من» لا ابتداء الغاية، والمعنى وضیعة درهم عند كل عشرة فيكون في كل أحد عشر درهماً وضیعة درهم، وفيه: أنه على خلاف ظاهر العبارة.

(٤) فالعشرة لا ينقص منها شيء بل ينقص عندها درهم، والمعنى في كل أحد عشر درهماً درهم وضیعة، فالثمن يكون تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزء من درهم، والوضیعة تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزء من درهم، وفي هذه الصورة قد زاد الثمن عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من درهم على الثمن في الصورة السابقة، لأن الثمن تسعون والوضیعة تسعة لو كان رأس المال تسع وتسعين بناءً على وضیعة الدرهم في كل أحد عشر درهماً، والدرهم الباقي من المائة يُقسم أحد عشر جزءاً، عشرة أجزاء منه ثمن والباقي وضیعة.

(٥) خارج العشرة.

عشر»، ولو أضاف الوضيمة إلى العشرة<sup>(١)</sup> احتمل الأمرين، نظراً إلى احتمال الإضافة للآم» و«من».

والتحقيق هو الأول، لأن شرط الإضافة بمعنى «من» كونها تبينية، لا تبعية، بمعنى<sup>(٢)</sup> كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصح إطلاقه على المضاف وغيره، والإخبار به عنه<sup>(٣)</sup> كخاتم فضة، لا جزءاً من كل<sup>(٤)</sup> كبعض القوم، ويد زيد، فإن كل القوم لا يطلق على بعضه، ولا زيد على يده، والموضوع هنا بعض العشرة<sup>(٥)</sup>، فلا يجبر بها عنه<sup>(٦)</sup> فتكون بمعنى «اللام»<sup>(٧)</sup>.

(١) بأن قال: «بعثك بمائة ووضيمة العشرة درهم»، فيحتمل أن يكون المعنى من كل عشرة درهم، ويحتمل أن يكون لكل عشرة درهم، لأن الإضافة تحتمل أن تكون بمعنى «اللام»، وتحتمل أن تكون بمعنى «من».

وذهب الشيخ وجماعة إلى أنها هنا بمعنى «من» التبعية لأنه المنساق إلى الذهن، ولكن في المسالك تبعاً للميضية أن الإضافة بمعنى «من» لا تكون إلا في «من» البيانية لا التبعية، نحو خاتم فضة وباب ساج، وهو منتف هنا، فيتعين كونها بمعنى «اللام».

(٢) بيان ل«من» البيانية.

(٣) والإخبار عن المضاف إليه بالمضاف.

(٤) التي هي «من» التبعية.

(٥) حيث قال: «بعثك بمائة ووضيمة العشرة درهم»، فالموضوع هنا بعض العشرة.

(٦) فلا يجبر بالعشرة عن بعضها.

(٧) وفيه: أن الزمخشري قد صرح في كشافه في تفسير قوله تعالى: «ومن الناس من يشترى لهو الحديث»<sup>(١)</sup>: «أنه يجوز أن تكون الإضافة بمعنى «من» التبعية، وكأنه قال: ومن الناس من يشترى بعض الحديث، الذي هو اللهو منه»<sup>(٢)</sup>، وكذا نُقل عن غيره.

وهناك جماعة توقفوا في الترجيح بين كون الإضافة بمعنى «اللام» أو بمعنى «من»، بل صرح بعضهم بالاطلاق مع عدم القرينة لتكافؤ الاحتمالين، وقد عرفت أن المنساق هو حلها على «من» التبعية.

(١) سورة لقمان، الآية: ٦.

(٢) الكشاف ج ٣ ص ٤٧٦ طبع دار الكتب العلمية، بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

(ورابعها: التولية)<sup>(١)</sup>

(وهي الإعطاء برأس المال) فيقول بعد علمهما بالثمن وما تبعه: «وليتك هذا العقد<sup>(٢)</sup>»، فإذا قبل لزمه مثله<sup>(٣)</sup> جنساً، وقدرأ، وصفة، ولو قال: «بعثك»، أكمله<sup>(٤)</sup> بالثمن، أو بما قام عليه<sup>(٥)</sup> ونحوه<sup>(٦)</sup>، ولا يفترق في الأول<sup>(٧)</sup> إلى ذكره، ولو قال: «وليتك السلعة»<sup>(٨)</sup> احتتمل في الدروس الجواز،

(١) ورد جوازها في عدة أخبار.

منها: خبر أبي بصير (سألت أبا 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، إلا أن يوليه كما اشتراه، إذا لم يربح فيه أو يضع)<sup>(١)</sup>.

(٢) قال في الجواهر: «وعلى كل حال فيقول إذا أراد عقدها - أي التولية - وليتك أو بعثك أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على النقل - الذي هو البيع - انتهى.

(٣) مثل رأس مال المتاع، لأنه يشترط في التولية مثلية رأس المال جنساً وصفة وقدرأ.

(٤) قال في الجواهر: «نعم في جامع المقاصد والمسالك أنه إذا كان العقد بغير لفظ «وليتك» وجب ذكر الثمن، وإن كان بها لم يحتج - إلى أن قال - ولعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال، بل أصل المعنى في «وليتك العقد» إعطاء السابق بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولى في العقد السابق» انتهى بتلخيص.

(٥) بأن يقول: تقوم علي إذا كان هنالك غرامة ومؤن.

(٦) وغير هذا من الألفاظ الدالة على ذلك.

(٧) التولية.

(٨) بدل القول: «وليتك العقد»، فلو كان مفعولها السلعة فقد يقال بعدم الصحة لأن المولى يوليه العقد السابق لا ما وقع عليه العقد المذكور.

وفيه: ليس هذا يمانع، لأن المولى يوليه البيع السابق، أي: ما ملكه بالبيع السابق، ولذا قال في الجواهر: «لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة، بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولاً للتولية، وإن لم تكن في صورة العقد، بل ولا إشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد، فجعل المفعول السلعة إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد في الاستغناء عن الثمن فلا ريب في مساواته له» انتهى.

(والتشريك<sup>(١)</sup> جائز) وهو أن يجعل له فيه<sup>(٢)</sup> نصيباً بما يخصه من الثمن بأن (يقول: شركتك) بالتضعيف (بنصفه بنسبة ما اشترت مع علمهما) بقدره، ويجوز تعديته بالهمزة<sup>(٣)</sup>، ولو قال: «أشركتك بالنصف» كفى<sup>(٤)</sup> ولزمه نصف مثل الثمن، ولو قال: «أشركتك في النصف»<sup>(٥)</sup> كان له الربع، إلا أن يقول: «بنصف الثمن»<sup>(٦)</sup> فيتعين النصف، ولو لم يبين الحصة كما لو قال: «في شيء منه» أو أطلق<sup>(٧)</sup> بطل، للجهل بالمبيع ويحتمل حمل الثاني على التنصيف (وهو) أي: التشريك (في الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال<sup>(٨)</sup>) لكنه يختص<sup>(٩)</sup> عن مطلق البيع<sup>(١٠)</sup> بصحته بلفظه<sup>(١١)</sup>.

- (١) هذا هو القسم الخامس الذي أضافه الشهيد الأول وتبعه الشهيد الثاني عليه.
- (٢) أن يجعل البائع للمشتري في المبيع نصيباً كالنصف مثلاً بما يخصه من الثمن وهو نصف الثمن، هذا وقد عرفت أنه من أقسام ومصاديق التولية وليس قسيماً لها.
- (٣) لأن التضعيف والهمزة يجعلان الفعل المتعدي إلى مفعول متعدياً إلى مفعولين.
- (٤) ولم يذكر نسبة الثمن مع نسبة الثمن، لأنه قال: أشركتك بالنصف أي: نصف المتاع ولم يذكر نصف ثمنه، والكفاية ناشئة من علمهما بتمام الثمن، وهو القرينة على كون نصف المتاع بنصف الثمن المعلوم، وهذا ليس بحاجة إلى قرينة لفظية مع وجود القرينة الحالية الدالة على المراد.
- (٥) نصف المتاع على أن يكون شركة بينه وبين المشتري، فيكون البائع قد جعل النصف الآخر مختصاً به، والنصف الأول مشتركاً بينهما من دون ذكر النسبة، إلا أنها محمولة على التنصيف بينهما، فيكون للمشتري نصف النصف الذي هو الربع.
- (٦) فإنها قرينة لفظية على كون المبيع هو نصف المتاع لا ربه.
- (٧) بأن قال: «شركتك في المتاع» ولم يذكر شيئاً بطل، لجهولية المبيع مع احتمال حمل لفظ «شركتك في المتاع» على التنصيف بينهما، لأن مقتضى الشركة كونه نصفين بينهما.
- (٨) برأس مال الجزء لا برأس مال الجميع.
- (٩) التشريك.
- (١٠) الذي هو التولية.
- (١١) فالتشريك تولية في الجزء والتولية بيع الكل.

(الفصل الثامن: في الربا)<sup>(١)</sup>

بالقصر، وألفه بدل من واو،<sup>(٢)</sup> (ومورده)<sup>(٣)</sup> أي: محل وروده (المتجانسان

(١) قال في المصباح المنير: «الربا: الفضل والزيادة، وهو مقصور على الأشهر، ويُبنى ربوان بالواو على الأصل - إلى أن قال - وربا الشيء يربو إذا زاد»، ومنه قوله تعالى: ﴿فلا يربوا عند الله﴾<sup>(٤)</sup>.

(٢) فيقال: ربا يربو، ولذا يكتب في المصاحف بالواو على أصله، وإن كان الرسم يقتضي كتابته بالألف.

(٣) ففي خبر محمد بن سنان (أن علي بن موسى الرضا عليه السلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسأله: وعلة تحريم الربا لما نهى الله عز وجل عنه، ولما فيه من فساد الأموال، لأن الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهماً وثمن الآخر باطلاً، فيبيع الربا وشراؤه وكسّ على كل حال، على المشتري وعلى البائع، فحرم الله عز وجل على العباد الربا لعله فساد الأموال، كما حظر على السفيه أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساده حتى يؤنس منه رشد، فلهذه العلة حرم الله عز وجل الربا، وبيع الدرهم بالدرهمين، وعلة تحريم الربا بعد البيعة لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرم، وهي كبيرة بعد البيان - إلى أن قال - وعلة تحريم الربا بالنسيئة لعله ذهاب المعروف وتلف الأموال ورغبة الناس في الربح وتركهم القرض، والقرض صنائع المعروف، ولما في ذلك من الفساد والظلم وفناء الأموال)<sup>(٥)</sup>.

وفيه تصريح بكون الربا على قسمين: ربا في البيع وربا في القرض، هذا والربا في البيع لا يكون إلا في المكيل والموزون، للأخبار.

منها: خبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)<sup>(٦)</sup>، وخبر عبيد بن زرارة (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)<sup>(٧)</sup>، وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد)<sup>(٨)</sup>، فلذا تحرم الزيادة في بيع المتجانسين إذا كانا من المكيل أو الموزون.

(١) سورة الروم، الآية: ٣٩.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١١.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ٣٠١.

(٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٣.

إذا قُدِّرا بالكيل، أو الوزن، وزاد أحدهما) عن الآخر قَدراً ولو بكونه مؤجلاً<sup>(١)</sup>.  
 وتحريمه مؤكد<sup>(٢)</sup>، وهو من أعظم الكبائر، (والدرهم منه أعظم) وزراً (من  
 سبعين زنية) - بفتح أوله وكسره<sup>(٣)</sup> - كلها بذات محرم، رواه هشام بن سالم عن  
 الصادق عليه السلام.  
 (وضابط الجنس)<sup>(٤)</sup> هنا: (ما دخل تحت اللفظ الخاص)<sup>(٥)</sup>.....

- (١) بأن يكون أحدهما معجلاً والآخر مؤجلاً لصدق الزيادة في المتجانسين.  
 (٢) فقد ورد تحريمه في الكتاب بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربوا﴾<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى:  
 ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا  
 بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾<sup>(٢)</sup>.  
 والأخبار كثيرة، منها: خبر ابن بكير (بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل  
 الربا ويسميه اللبا، فقال: لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه)<sup>(٣)</sup>، وصحيح هشام بن سالم  
 عن أبي عبد الله عليه السلام (درهم ربا أشد من سبعين زنية كلها بذات محرم)<sup>(٤)</sup>، وخبر حماد  
 ابن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله  
 في وصيته لعلي عليه السلام (يا علي، الربا سبعون جزء فأيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه في  
 بيت الله الحرام، يا علي درهم ربا أعظم عند الله من سبعين زنية كلها بذات محرم في  
 بيت الله الحرام)<sup>(٥)</sup>.  
 (٣) قال في المصباح المنير: «المقصود لغة الحجاز - أي الزنا - والمدود لغة نجد - أي الزنا»  
 - وهو ولد زنية بالكسر والفتح لغة، وعن ابن السكيت زنية وغية بالكسر والفتح.  
 (٤) لما كان الربا لا يقع إلا في المتجانسين مما يكال أو يوزن، فناسب أن يُبحث عن معنى  
 الجنس وما يندرج تحت الجنس الواحد، والمراد منه هو النوع المنطقي وهو الذي يندرج  
 تحت لفظ خاص، لأنه هو الذي تتحد الذات في جميع أفرادها، بخلاف الجنس المنطقي  
 فإن الذات بين أفرادها مختلفة ومتنوعة بتنوع الأنواع، ثم إن أهل اللغة يسمون النوع  
 المنطقي جنساً ولا مشاحة في الاصطلاح.  
 (٥) بحيث يكون مفهومه نوعاً كما عرفت.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة، الآيات: ٢٧٨ و٢٧٩.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الربا حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١٢١.

كالتمر<sup>(١)</sup> والزبيب واللحم، (فالتمر جنس) لجميع أصنافه، (والزبيب جنس) كذلك<sup>(٢)</sup> (والحنطة والشعير) هنا (جنس) واحد (في المشهور)<sup>(٣)</sup> وإن اختلفا لفظاً واشتملا على أصناف، لدلالة الأخبار الصحيحة على اتحادهما الحالية عن المعارض، وفي بعضها أن الشعير من الحنطة، فدعوى اختلافهما نظراً إلى اختلافهما صورة وشكلاً ولوناً وطعماً وإدراكاً وحساً واسماً غير مسموع، نعم هما في غير الربا كالزكاة جنسان إجماعاً، (واللحوم تابعة للحيوان)<sup>(٤)</sup> فلهذا الضأن والمعز جنس<sup>(٥)</sup>، لشمول الغنم لهما، والبقرة والجاموس جنس<sup>(٦)</sup>، والعراب والبخاتي جنس<sup>(٧)</sup>.

(ولا ربا في المعدود)<sup>(٨)</sup> مطلقاً على أصح القولين، نعم يُكرهه، (ولا بين

(١) فإنه منطبق على أصنافه وأفراده، وعليه فيحرم بيع بعض أصنافه بالبعض الآخر مع زيادة، وكذا الزبيب.

(٢) لجميع أصنافه.

(٣) للأخبار منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (الحنطة والشعير رأساً برأس، لا يزداد واحد منهما على الآخر)<sup>(١)</sup>، وخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجوز فقيز من حنطة بفقيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ثم قال: إن الشعير من الحنطة)<sup>(٢)</sup>، وخالف ابن إدريس مستدلاً بأنه لا خلاف بين المسلمين العامة والخاصة، ولا بين أهل اللغة واللسان أنهما جنسان، ويرده أن الشارع قد اعتبرهما هنا بحكم الجنس الواحد وإن كانا جنسين لغة وعرفاً.

(٤) بمعنى أن لفظ اللحم ليس جنساً بما هو حتى ينطبق على جميع مصاديق اللحم، بل يكون جنساً باعتبار إضافته للحيوان فيقال: لحم البقر ولحم الغنم وهكذا، ولذا يجوز بيع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلاً لأنهما من جنسين.

(٥) بلا خلاف، لدخولهما تحت لفظ الغنم الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدر في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف بين المعز والضأن كالاختلاف بين أفراد الإنسان.

(٦) بلا خلاف فيه، لدخولهما تحت لفظ البقر لغة.

(٧) لصدق الإبل عليهما، غايته البخاتي بفتح الباء مع تشديد الباء، وهو الإبل الخراسانية، قال في المصباح: «والعراب من الإبل خلاف البخاتي».

(٨) لا ربا إلا في المكيل أو الموزون فقط على المشهور شهرة عظيمة للأخبار.

الوالد وولده<sup>(١)</sup>

= منها: خبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)<sup>(١)</sup> وظاهره الحصر، وخبر منصور (سألت عن الشاة بالشاتين، والبيضة بالبيضتين، قال: لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً)<sup>(٢)</sup>، وخبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس به، والثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، والفرس بالفرسين، فقال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يُوزن فلا بأس به اثنين بواحد)<sup>(٣)</sup>، وعن ابن الجنيد وسائر أن المعداد كالمكيل والموزون فلا يجوز التفاضل فيه، لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديئين بالثوب المرتفع والبعير بالبعيرين، والداية بالدايتين، فقال: كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان)<sup>(٤)</sup>، وصحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يقول: عاوضني بفرسي فرسك وأزيدك، قال: لا يصلح، ولكن يقول: اعطني فرسك بكذا وكذا وأعطيك فرسي بكذا وكذا)<sup>(٥)</sup>، وهما محمولان على الكراهة جمعاً.

(١) على المشهور إلا من السيد المرتضى في المسائل الموصليات، مع أنه في الانتصار وافق جمهور الأصحاب، وحجة المشهور أخباراً.

منها: صحيح زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (ليس بين الرجل وولده، وبينه وبين عبده، ولا بينه وبين أهله ربا)<sup>(٦)</sup>، وخبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين: ليس بين الرجل وولده ربا، وليس بين السيد وعبده ربا)<sup>(٧)</sup>.

وأما السيد المرتضى فقد قال في الانتصار: «قد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت علي من الموصول وتأولت الأخبار التي يروها الأصحاب المتضمنة لنفي الربا بين من ذكرناه - إلى أن قال - واعتمدنا على نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأنني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين =

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

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

(٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.

(٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٦.

(٦ و٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الربا حديث ١٥٤.



فيجوز لكل منهما أخذ الفضل على الأصح<sup>(١)</sup>، والأجود اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب<sup>(٢)</sup>، فلا يتعدى إليه مع الأم، ولا مع الجد ولو للأب، ولا إلى ولد الرضاع، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين، مع احتمال التعدي في الأخيرين، لإطلاق اسم الولد عليهما شرعاً، (ولا) بين (الزوج وزوجته)<sup>(٣)</sup> دواماً ومتمعة على الأظهر، (ولا بين المسلم والحربي)<sup>(٤)</sup>، .....

= من ذكرنا، وغير مختلفين فيه في وقت من الأوقات، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجة ويُخص به ظاهر القرآن انتهى.

(١) بلا خلاف إلا من ابن الجنيد، وقال في المسالك: «ونبه بقوله: ويجوز لكل واحد منهما أخذ الفضل على خلاف ابن الجنيد حيث نفى الربا بين الوالد وولده بشرط أن يأخذ الوالد الفضل، وأن لا يكون للولد وارث ولا عليه دين، وإطلاق النص حجة عليه» انتهى، وقال في الجواهر: «وهو اجتهاد في مقابل النص».

(٢) نفى الربا بين الوالد والولد مختص بالولد النسبي، ولا يتعدى الحكم إلى الأم، ولا إلى الجد، ولا إلى ولد الرضاع، لحرمة القياس، وللوقوف فيما خالف الأصل على المتيقن.

ولا يوجد مخالف لكن قد يحتمل صدق الولد على ولد الرضاع، ولفظ الوالد على الجد والوالد الرضاعي، وفيه: أن الأخبار المتضمنة للولد والوالد منصرفة إلى الولد والوالد النسبي دون الرضاعي.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح زارة ومحمد بن مسلم المتقدم، ومرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة وبين زوجها ربا)<sup>(١)</sup>.

وعن الأكثر عدم الفرق بين الزوجة الدائمة والمتتمعة بها لإطلاق النص، وذهب الفاضل المقداد والصيمري والعلامة في التذكرة إلى أنها مختصة بالدائمة، لأن لفظ الأهل الوارد في صحيح زارة ومحمد بن مسلم المتقدم ينساق منه خصوص الدائمة التي هي أهل له دون المتمتع بها.

(٤) بلا خلاف فيه، إذا أخذ المسلم الفضل، لما تقدم من الأخبار، ولخبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم، ونأخذ منهم ولا نعطيهم)<sup>(٢)</sup>، ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الإسلام أو الحرب.

وعن القاضي أنه يجوز لكل من المسلم والحربي أخذ الربا من الآخر، قال في الجواهر: =

إذا أخذ المسلم الفضل،) وإلا ثبت<sup>(١)</sup>، ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والإسلام.

(ويثبت بينه) أي: بين المسلم، (وبين الذمي) على الأشهر<sup>(٢)</sup>، وقيل: لا يثبت كالحربي، للرواية المخصصة له كما خصصت غيره، وموضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أما إعطاؤه إياه فحرام قطعاً، (ولا في القسمة<sup>(٣)</sup>) لأنها ليست بيعاً، ولا معاوضة، بل هي تمييز الحق عن غيره، وَمَنْ جَعَلَهَا بَيْعاً مُطْلَقاً<sup>(٤)</sup>، أو مع اشتغالها على الرد<sup>(٥)</sup>، أثبت فيها الربا.

= «ولا ريب في ضعفه لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم».

- (١) لو عكس الأمر فأخذ الحربي الزيادة ثبت حكم الربا، وهو الحرمة.
- (٢) بل قال في الجواهر: «بل عليه عامة المتأخرين إلا النادر، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما سمعته من المرتضى، وحكي عن ابني بابويه والمفيد والقطيبي» انتهى، ودليل المخالف الاجماع المدعى من قبل السيد المرتضى، والمرسل المتقدم عن الصادق عليه السلام (ليس بين المسلم وبين الذمي ربا)<sup>(١)</sup>.
- وفيه: أن الاجماع ممنوع مع مخالفة المشهور، والمرسل لا جابر له مع ذهاب المشهور أيضاً على خلافه، على أنه محمول على الذمي الخارج عن شرائط الذمة، جمعاً بينه وبين الأخبار المقدمة التي حصرت نفي الربا بالحربي.
- (٣) لا ربا في القسمة، كما لو كانت العين مما تكال أو توزن، وهي مشتركة بين شخصين، وأراد أن يأخذ كل شريك حصته، فيصح التقسيم حتى لو أخذ أحدهما أكثر من الآخر برضاه، ولا يكون الزائد ربا، لأن القسمة هي تمييز أحد الحقيقتين، وليست بيعاً ولا معاوضة، بل في المسالك دعوى الاتفاق عليه وقال: «هذا موضع وفاق، وتنبه به - أي بذكره - على خلاف الشافعي في أحد قوله حيث جعلها مبيعاً، يثبت فيه الربا كالبيع» انتهى.

- (٤) مع عدم الرد، وذلك فيما لو كانت العين قابلة للانقسام على حصص الشركاء.
- (٥) وذلك فيما لو كانت العين المشتركة غير قابلة للانقسام على حصص الشركاء بالسوية، فيأخذ أحد الشركاء أزيد من حصته ويرد قيمة الزائد على شريكه.

(ولا يضر حُقْدُ الثنبن والزوان)<sup>(١)</sup> بضم الزاي وكسرهما، وبالهمز وعدمه، (اليسير) في أحد العوضين، دون الآخر، أو زيادة عنه، لأن ذلك لا يقدح في إطلاق المثلية والمساواة قَدْرًا، ولو خرجا عن المعتاد ضَرْبًا، ومثلهما يسير التراب وغيره مما لا يتفك الصنف عنه غالباً كالدردي<sup>(٢)</sup> في الدبس والزيت.

(ويتخلص منه) أي: من الربا إذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلاً<sup>(٣)</sup> (بالضميمة) إلى الناقص منهما، أو الضميمة إليهما، مع اشتباه

(١) إذا كانا يسيرين، وكذا لا يضر اليسير من التراب، لصدق بيع الخنطة بالخنطة في بيع المتجانسين، تنزيلاً لهذا اليسير منزلة العدم عرفاً، قال في المصباح «الزوان حَبٌّ يخالط البُرَّ فيكسبه الرداءة، وفيه لغات، ضم الزاي مع الهمز وتركه فيكون على وزن غراب، وكسر الزاي مع الواو».

(٢) وهو ما يترسب في أسفل الزيت والدبس.

(٣) كأن يبيع الدرهم بدرهمين فلا بد من إضافة ضميمة من غير جنسهما إلى الناقص، كأن يبيع درهماً وديناراً بدرهمين، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خير عبد الرحمان بن الحجاج (سألته عن الصرف - إلى أن قال - فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسين منها بألف من الدمشقية والبصرية، فقال: لا خير في هذا، أفلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها، فقلت له: اشترى ألف درهم وديناراً بألفي درهم، فقال: لا بأس بذلك، إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني، فكان يقول هذا، فيقولون إنما هذا الفرار، لو جاء رجلٌ بدينار لم يُعط ألف درهم، ولو جاء بألف درهم لم يُعط ألف دينار، وكان يقول لهم: نِعَمَ الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال)<sup>(١)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين، إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به)<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإذا كانت الضميمة في أحدهما فلا بد من كونها مع الناقص كبيع درهم ودينار بدرهمين، لتكون الضميمة في قبال الزائد، وإذا كانت الضميمة في كليهما كما لو باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين فلا بد من كون الدرهم في قبال الدينارين، والدينارُ في قبال الدرهمين حتى لا يقع التفاضل في الجنس الواحد وإن لم يقصد المتبايعان ذلك لإطلاق الأخبار.

الحال<sup>(١)</sup>، فتكون الضميمة في مقابل الزيادة.

(ويجوز بيع مُدَّ عَجْوَةٍ<sup>(٢)</sup> ودرهم بمُدَّين، أو درهمين<sup>(٣)</sup>، وبمُدَّين ودرهمين<sup>(٤)</sup> وأمداد ودرهم<sup>(٥)</sup>، ويُصرف كلُّ إلى مخالفه) وإن لم يقصده<sup>(٦)</sup>، وكذا لو ضَمَّ غير ربوي<sup>(٧)</sup>، ولا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع<sup>(٨)</sup> في مقابل الزيادة، فلو ضَمَّ ديناراً إلى ألف درهم ثَمناً لألفي درهم جاز، للرواية، وحصول التفاوت عند المقابلة<sup>(٩)</sup>، وتوزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة على بعض الوجوه لا يقدح، لحصوله حينئذ بالتقسيت، لا بالبيع، فإنه إنما وقع على المجموع بالمجموع، فالتقسيت غير معتبر ولا مفترق إليه.

نعم لو عرض سبب يوجبه<sup>(١٠)</sup> كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو

(١) بأن لا يعلم زيادة أحد العوضين عن الآخر ولكن مع الضميمة في كليهما فيصح البيع على كل حال لذهاب الضميمة من كل جانب إلى الجنس المغاير في الجانب الآخر.

(٢) العجوة على ما في مجمع البحرين: «هي ضربٌ من أجود التمر، يضرب إلى السواد من غرس النبي ﷺ بالمدينة».

(٣) بيع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهم بدرهمين.

(٤) ويجوز بيع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهم بمدين ودرهمين، ويذهب كلُّ جنس إلى ما يخالفه.

(٥) يجوز بيع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهم بأمداد ودرهم، ومناط هذه الأمثلة واحد، وقد تقدم.

(٦) يصرّف كلُّ إلى ما يخالفه وإن لم يقصده كلُّ من المتعاقدين.

(٧) بأن ضَمَّ إلى المُدَّ من العجوة ثوباً بمدين، أو بمُدَّ وثوب.

(٨) ذات قيمة سوقية تساوي الزيادة لصريح خبر عبد الرحمن المتقدم.

(٩) هذه الفروع محل وفاق بين أصحابنا كما في المسالك، وخالف الشافعي في بيع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهم بمدين، وجعله ربا لحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه، وذلك فيما لو كان الدرهم ثَمناً لمد ونصف مُدَّ بالقيمة السوقية فيكون نصف المُدَّ الباقي في قبال المُدَّ لا محالة فيقع الربا.

والجواب: أن الزيادة حصلت بمقتضى التقسيت بعد البيع ولم تحصل بالبيع، لأن البيع قد أوقع المجموع في قبال المجموع، ولا يصدق عليهما أنهما من جنس واحد مع زيادة في أحد الطرفين ليقع الربا.

(١٠) لو عرض سبب كالتلف في أحد العوضين يوجب التقسيت شرعاً، قال الشارح في المسالك: «ويشكل الحكم لو احتيج إلى التقسيت شرعاً كما لو تلف الدرهم المعين قبل =

ظهر مستحقاً وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا احتمال بطلان البيع حينئذ، للزوم التفاوت في الجنس الواحد، والبطلان<sup>(١)</sup> في مخالف التالف خاصة، لأن كلاً من الجنسين قد قوبل بمخالفه فإذا بطل بطل ما قوبل به خاصة، وهذا هو الأجود والموافق لأصول المذهب، والمصحح لأصل البيع، وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس.

ويتخلص من الربا أيضاً<sup>(٢)</sup> (بأن يبيعه بالمائل، ويهبه الزائد) في عقد واحد، أو بعد البيع (من غير شرط) للهبه في عقد البيع، لأن الشرط حينئذ زيادة في العوض المصاحب له، (أو) بأن يُقرض كل منهما صاحبه ويتبارء) بعد

= القبض أو ظهر مستحقاً مطلقاً - قبل القبض أو بعده - وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا، فإنه يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت في الجنس الواحد، كما لو باع مدأ ودرهماً بمدين ودرهمين مثلاً فإن الدرهم التالف من الثمن إذا كان نصف المبيع بأن كانت قيمة المدّ من المدين درهماً يبطل البيع في نصف الثمن فيبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلاً على الاشاعة كان النصف في كلي من الجنسين، فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابلة المدّ فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان.

ويحتمل البطلان في مخالف التالف خاصة والصحة في مخالف الباقي، لأن كلاً من الجنسين في البيع قوبل به مخالفه من الثمن فإذا بطل أحد الجزئين بطل فيما قوبل به، لأن صحة البيع منزلة على ذلك، فكذا بطلانه، والمرجح لذلك نص الأصحاب على أن كل جنس في مقابل ما يخالفه انتهى، وما ذكره أخيراً هو المتعين.

(١) واحتمل البطلان.

(٢) بعد ما ثبت مشروعية الاحتيال في التخلص من الربا وأنه فرازٌ من الباطل إلى الحق فيصح كل بيع أو معاوضة أو عقد، بحيث لا يقع التقابل بين متجانسين مع زيادة في أحدهما، ولذا قال في الجواهر: «وقد يتخلص من الربا أيضاً بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها، ثم يشتري من الآخر سلعته بالثمن الذي باع به سلعته، وحينئذ يسقط اعتبار المساواة، ضرورة عدم بيع كل منهما بالآخر حتى يشترط ذلك تحلصاً من الربا، فلو باع مثلاً وزنة من الخنطة بعشرة دراهم، ثم اشترى منه وزنتين بذلك - أي بعشرة دراهم - صح، وكذا لو وهبه أحدهما سلعته ثم وهبه الآخر الأخرى من غير معاوضة - إلى أن قال - أو أقرض صاحبه ثم أقرضه هو وتبارء، وكذا لو تبايعا متساوياً ووهبه الزيادة إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلاً انتهى.

التقايض الموجب لملك كل منهما ما اقترضه وصيرورة عوضه في الذمة.

ومثله ما لو وهب كل منهما الآخر عوضه، ولا يقدح في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات<sup>(١١)</sup>، مع أن العقود تابعة للمقصود، لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرها كافٍ في القصد إليها<sup>(١٢)</sup>، لأن ذلك<sup>(١٣)</sup> غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة، فيكفي جعلها غاية، إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد<sup>(١٤)</sup>.

(ولا يجوز بيع الرطب بالتمر)<sup>(١٥)</sup> للنص المعلن بكونه ينقص إذا جف،

(١١) وهي قصد الهبة وغيرها، وهي غير مقصودة بالذات لأن المقصود بالذات هو التخلص من الربا ولا مانع منه لأن قصد التخلص من الربا يوجب القصد إلى الهبة فيكون من قبيل الداعي إلى الداعي، وهذا لا يضر في صحة الداعي الثاني الناشئ من الداعي الأول.

(١٢) إلى العقود.

(١٣) التخلص من الربا، وحاصله: أن التخلص من الربا مترتب على العقد الصحيح أو الهبة، فإذا أردت التخلص لا بد أن تريد العقد وإذا أردت العقد فلا بد أن تريد النقل والانتقال المحققين للبيع الصحيح أو الهبة، ومن هنا تعرف أن المقصود بالذات هو التخلص من الربا، ولا يمنع من صحة العقد، لأنه يُؤلّد قصداً آخر، وهو النقل والانتقال الذي صدر العقد بداعيه.

(١٤) قال الشارح في المسالك: «فإن من أراد شراء دارٍ مثلاً ليؤجرها ويتكسب بها فإن ذلك كافٍ في الصحة، وإن كان لشراء الدار غايات أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلاء» انتهى.

(١٥) على المشهور شهرة عظيمة للأخبار.

منها: النبوي (سئل عن بيع الرطب بالتمر، قال: أينقص إذا جف؟ فقالوا له: نعم، فقال: لا، اذن)<sup>(١٦)</sup>، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب، إذا بيس نقص)<sup>(١٧)</sup>.

وعن الشيخ في المبسوط وابن إدريس الكراهة اعتماداً على خبر سماعة (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، قال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل، قال: والتمر والرطب مثلاً بمثل)<sup>(١٨)</sup>، والخبر لا يصلح لمعارضة ما تقدم من الأخبار.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.

(٢ و٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الربا حديث ٣ و١.

(وكذا كل ما ينقص مع الجفاف)<sup>(١)</sup> كالعنب بالزبيب تعديةً للعلة المنصوصة إلى ما يشاركه فيها، وقيل: يثبت في الأول من غير تعدية رداً لقياس العلة، وقيل: بالجواز في الجميع رداً لخبر الواحد، واستناداً إلى ما يدل بظاهره على اعتبار المماثلة بين الرطب واليابس، وما اختاره المصنف أقوى، وفي الدروس جعل التعدية إلى غير المنصوص أولى.

(ومع اختلاف الجنس) في العوضين (يجوز التفاضل<sup>(٢)</sup> نقداً) إجماعاً (ونسيةً)

(١) كبيع العنب بالزبيب، وعلى المشهور المنع نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف فلا تجدي المساواة وقت الابتاع، والأخبار المتقدمة قد صرحت بالعلة، وهي نعمم وتخصص، فتكون شاملة لهذه الموارد.

وذهب جماعة منهم المحقق إلى الجواز في غير التمر والرطب لحزمة القياس، واقتصاراً على المنصوص بعد خلوها من العلة المنصوصة، وفيه: أن العرف يسقط خصوصية التمر والرطب في الأخبار المتقدمة فمدار المنع على نقصانه حال جفافه فلا يد من تعدية الحكم حيثيذ، وعلى مبنى ابن إدريس لا بد من القول بالجواز هنا من باب أولى.

(٢) بلا خلاف فيه، للنبوي (إذا اختلف الجنسان فيبعوا كيف شئتم)<sup>(٣)</sup>، وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد)<sup>(٤)</sup>، ومثلها غيرها.

والأخير صريح في جواز التفاضل نقداً، ولكن هل يجوز التفاضل بين الشينين المختلفين نسبةً أو لا، ولا بد من تحرير محل النزاع وهو: لو كان العوضان من النقيدين كبيع الذهب بالفضة أو بالعكس فلا يصح نسبة لاشتراط التقابض في المجلس، ولو كان أحد العوضين من النقيدين والآخر من الأعراض كبيع المتاع بذهب أو فضة فهو جائز بلا خلاف، ولو كان كلا العوضين من الأعراض، كبيع مَدَّ من حنطة بمدين من عنب فهو محل النزاع، والمشهور على الجواز للأصل، ولعموم النبوي التقدم وغيره.

وذهب ابن الجنيد والفييد وسلاز وابن البراج إلى عدم الجواز، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد، فأما نظرة فلا يصلح)<sup>(٥)</sup>، ومثله خبر زياد بن غياث<sup>(٦)</sup>، وحمل =

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ٩ و١٤.

على الأقوى، للأصل، والأخبار، واستند المانع إلى خبر دل بظاهره على الكراهة، ونحن نقول بها.

(ولا عبرة بالأجزاء المائية في الخبز، والحلّ، والدقيق)<sup>(١)</sup> بحيث يُجهل مقداره في كل من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما، وكذا لو كانت مفقودة من أحدهما كالخبز اليابس واللّين، لإطلاق الحقيقة عليهما، مع كون الرطوبة يسيرة غير مقصودة، كقليل الزّوان والتبن في الخنطة، (إلا أن يظهر ذلك للحس ظهوراً بيّناً) بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع، مع احتمال عدم منعه مطلقاً<sup>(٢)</sup>، كما أطلقه في الدروس وغيره، لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً.

(ولا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل)<sup>(٣)</sup> كلحم الغنم بالشاة) إن كان مذبوحاً، لأنه<sup>(٤)</sup> في قوة اللحم فلا بد من تحقق المساواة، ولو كان حياً فالجواز

- = على الكراهة جمعاً بينهما وبين ما تقدم فضلاً عن أن التعبير بنفي الصلاح ظاهر بالكراهة.
- (١) فيراد به العجين أو الدقيق الموضوع في مكان ندي أكسبه رطوبة.
- (٢) سواء ظهر للحس أم لا.
- (٣) كبيع لحم الغنم بالشاة إذا كان الحيوان حياً بلا خلاف فيه إلا من ابن إدريس، وحجة المشهور خير غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان)<sup>(١)</sup>، وخبر الدعائم عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان)<sup>(٢)</sup>، وليس دليل المشهور بتحقيق الربا، لأن الحيوان الحي غير موزون بل يباع بالمشاهدة كما هو الغالب فدليلهم ما سمعته من الأخبار إلا أن ابن إدريس لم يجعلها لأنها خير واحد وهي ضعيفة السند فلا بد من الذهاب إلى الجواز، وقد قواه الشارح هنا وفي المسالك، وقد صرح في كون النزاع في الحيوان الحي العلامة في التذكرة والشارح في المسالك وغيرها في غيرها.
- نعم لو أراد بيع لحم الغنم بالشاة المذبوحة فلا بد من المساواة وإلا لتحقق الربا لأن المذبوح في قوة اللحم.
- (٤) المذبوح.

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الربا حديث ١.

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



قوي<sup>(١)</sup>، لأنه حيثئذ غير مقدر بالوزن (ويجوز) بيعه به<sup>(٢)</sup> (مع الاختلاف)<sup>(٣)</sup> قطعاً، لانتفاء المانع<sup>(٤)</sup> مع وجود المصحح<sup>(٥)</sup>.

### (الفصل التاسع: في الخيار<sup>(٦)</sup>، وهو أربعة عشر) تسمياً،

وجمه بهذا القدر من خواص الكتاب.

(الأول: خيار المجلس)<sup>(٧)</sup>.....

(١) تبعاً لابن إدريس .

(٢) بيع اللحم بالحي .

(٣) كبيع لحم الغنم بالبقر الحي .

(٤) لكونهما من جنسين فينتفي اتحاد الجنس المانع من التفاضل .

(٥) وهو اطلاقات حلية البيع .

(٦) قال في المصباح المنير: «الخيرة اسم من الاختيار، مثل القدية من الافتداء، والخيرة بفتح

الياء بمعنى الخيار، والخيار هو الاختيار، ومنه يقال له: خيار الرؤية، ويقال: هي اسم

من تحيرت الشيء مثل الطيرة اسم من تطير<sup>(١)</sup> انتهى، ولذا قال في الجواهر «في الخيار

الذي هو بمعنى الخيرة، أي: المشيئة في ترجيح أحد الطرفين، إلا أن المراد به هنا ملك

إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدة معلومة، ولا ريب في ثبوته في الجملة، بل هو

كالضروري» .

(٧) لكلي من المتبايعين خيار الفسخ ما دام في المجلس، أي: لم يفترقا، بلا خلاف فيه

للأخبار .

منها: صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار

حتى يفترقا)<sup>(١)</sup>، ومثله صحيح زرارة<sup>(٢)</sup> عنه عليه السلام، وصحيح الحلبي عن أبي عبد

الله عليه السلام (أيما رجل اشترى بيعاً فباع بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع)<sup>(٣)</sup>،

إلى غير ذلك من النصوص المصرحة بعدم الافتراق، ولذا لو تم البيع بدون اجتماع لم

يكن هناك خياراً للمجلس، فإذا لم يجتمعا حال البيع فلا يتحقق معنى الافتراق، ثم إن

الاجتماع منصرف إلى اجتماع الأبدان، والاجتماع بالأبدان مستلزم لمكان ما، وهذا

المكان هو مجلس العقد، لذا أطلق على هذا الخيار خيار المجلس، غير أنه إطلاق في

عبارة الفقهاء فقط، وأما الأخبار فقد سمعت صريحها بأنه خيار عدم الافتراق .

أضافه إلى موضع الجلوس - مع كونه<sup>(١)</sup> غير معتبر في ثبوته<sup>(٢)</sup>، وإنما المعتبر عدم التفرق<sup>(٣)</sup> - إما تجزؤاً<sup>(٤)</sup> في إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو حقيقة عرفية.

(وهو مختص بالبيع)<sup>(٥)</sup> بأنواعه<sup>(٦)</sup>، ولا يثبت في غيره<sup>(٧)</sup> من عقود المعاوضات وإن قام مقامه، كالصلح<sup>(٨)</sup>.

ويثبت للمتبايعين<sup>(٩)</sup> ما لم يفترقا، (ولا يزول بالحوادث) بينهما<sup>(١٠)</sup>، غليظاً كان أم رقيقاً، مانعاً من الاجتماع<sup>(١١)</sup> أم غير مانع، لصدق عدم التفرق معه، (ولا

(١) المجلس.

(٢) ثبت الخيار.

(٣) كما هو صريح الأخبار المتقدمة.

(٤) إطلاق خيار المجلس على خيار عدم التفرق إما إطلاق مجازي من باب إطلاق أظهر أفراده على العام، لأن أظهر أفراد عدم التفرق هو حال كونهما في مجلس واحد، أو أنه منقول عرفي.

(٥) بلا خلاف فيه، لأن التصوص السابقة قد خصته بالبيع، كقوله ﷺ المتقدم: (البيعان بالخيار).

(٦) كبيع السلم والنسيئة والرابعة والمساومة، لاندراج الجميع تحت لفظ البيع.

(٧) غير البيع من عقود المعاوضات اللازمة والجائزة، كالإجارة والوكالة.

(٨) بحيث كان أثره نفس أثر البيع من تحقق النقل والانتقال، إلا أنه لا يندرج تحت مفهوم البيع.

(٩) قال في المسالك: «إطلاق المتبايعين يشمل المالكين والوكيلين والتفرقين، لأن المتبايعين من فعلا البيع» انتهى.

(١٠) فلو ضرب بينهما حائل أو خُفر نهرٌ لا يُتخطى أو نحو ذلك، مع بقائهما على حال العقد لم يبطل الخيار لعدم صدق التفرق الموجب لرفع الخيار، بلا فرق في الحائل بين الغليظ والرقيق، أو كان جداراً من طين أو جص، بلا خلاف في ذلك كله ما عدا ما حُكي عن الشافعية في الغليظ، وأن فيه قولين، أصحهما عدم السقوط.

(١١) قال في المسالك: «لا فرق في الحائل بين الرقيق كالستر والغليظ كالحائط والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرها، لعدم صدق الافتراق بذلك، فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذي كانا عليه» انتهى.

بمفارقة) كل واحد منهما (المجلس مصطحبين)<sup>(١)</sup> وإن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما<sup>(٢)</sup> عنه<sup>(٣)</sup> حالة العقد، وأولى بعدم زواله<sup>(٤)</sup> لو تقاربا عنه<sup>(٥)</sup>.

(ويسقط باشتراط سقوطه في العقد)<sup>(٦)</sup> عنهما، أو عن أحدهما بحسب الشرط، (وياسقاطه بعده)<sup>(٧)</sup> بأن يقولوا: أسقطنا الخيار، أو أوجبنا البيع، أو التزمناه، أو اخترناه، أو ما أدى ذلك.

(ويمفارقة أحدهما صاحبه) ولو بخطوة اختياراً، فلو أكرهها أو أخذها عليه<sup>(٨)</sup>.

- (١) لعدم صدق الافتراق، هذا وقد عرفت سابقاً أن نفس المجلس ليس له مدخلة في ثبوت الخيار، فلا يتفي الخيار بانتفائه.
- (٢) والمراد به المسافة حال الاصطحاب.
- (٣) عما بينهما حال العقد، فلو تباعدا حال الاصطحاب أكثر من التباعد بينهما حال العقد ولو بخطوة ارتفع خيار المجلس، وهذا معناه أن التباعد متحقق بخطوة بلا خلاف في ذلك، لعدم تحديد الافتراق بالشرع فيكتفى بمسماه الحقيقي والعرفي، وهو متحقق بخطوة قطعاً إذا كانت بداعي الافتراق، ويؤيده صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا)<sup>(١)</sup>.
- (٤) زوال الخيار.
- (٥) عما كان بينهما حال العقد.
- (٦) بلا خلاف فيه، لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)<sup>(٢)</sup>، فلو كان الاشتراط بالسقوط من كليهما سقط خيارهما، ومن أحدهما سقط خيار صاحبه فقط.
- (٧) بعد العقد، وذلك بأن يوجبا العقد أو بأن يوجب أحدهما العقد ويرضى الآخر، وهو المسمى بالتخاير، وصورته: بأن يقولوا: اخترنا العقد أو التزمناه أو أسقطنا الخيار، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على سقوطه بإحدى الدلالات، أو أن تصدر هذه الألفاظ من أحدهما ويرضى الآخر بذلك، بلا خلاف في ذلك كله، لأن كل ذي حق له حق اسقاطه، وكما أن له حق التسلط على ماله فله حق التسلط على حقوقه.
- (٨) على التفرق فلا يسقط الخيار بلا خلاف فيه، للأصل، بعد تبادل الاختيار من النصوص =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

لم يسقط، مع منعهما من التخاير<sup>(١)</sup>، فإذا زال الإكراه فلهما الخيار في مجلس الزوال<sup>(٢)</sup>، ولو لم يُمنع من التخاير لزم العقد<sup>(٣)</sup>، (ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة) إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر<sup>(٤)</sup>.

(ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قُدِّم الفاسخ)<sup>(٥)</sup> وإن تأخر عن الإجازة، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ، دون الإجازة، لأصالتها<sup>(٦)</sup>، (وكذا) يقدم الفاسخ على المجيز (في كل خيار مشترك)، لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها.

(ولو خيَّره فسكت<sup>(٧)</sup> فخيَّارها باقٍ) أما الساكت فظاهر، إذ لم يحصل منه ما

= الدالة على سقوط الخيار بالافتراق، ولذا يصح أن يقال: لم يفترقا بل فُرِّقا.

(١) من اختيار العقد، ثم لا فرق في المنع من التخاير بين سدِّ أفواههما أو التهديد إن تكلما.

(٢) قال في الجواهر: «ولو زال الإكراه ففي فورية الخيار وتراخيه إلى حصول الافتراق قولان، أفواهها الثاني للأصل، ولأن خيار المجلس موضوع على التراخي، وهذا منه أو بدل عنه» انتهى، وهذا ما ذهب إليه الشيخ وجماعة، وذهب العلامة في التذكرة إلى أن الخيار على الفور عند زوال المانع، وإن امتد مجلس الزوال، لأن الفورية هي القدر المتيقن من ثبوته بعد ارتفاع مجلس العقد بالإكراه.

(٣) فلو أكرها على التفرق من دون الإكراه على عدم الكلام في اختيار العقد، وتفرقا سقط حق الخيار لأنهما لو أرادا استعمال حقهما بالخيار لاستطاعا بالكلام لأنهما غير مكرهين على عدم الكلام.

(٤) كما هو واضح، إذ لا ارتباط بين خيار أحدهما وخيار الآخر.

(٥) لأن الفسخ رفع للعقد الثابت، ولذا يُقدِّم ولو تأخر عن الإجازة، بل الإجازة إبقاء عقد البيع إلى حين تحقق الرفع، والمفروض أن الفسخ رفع له، فلا يضره تقدم الإجازة عليه.

(٦) بمعنى أن ما يتحقق بالإجازة هو متحقق بالأصالة من حين وقوع العقد.

(٧) لو خيَّر أحدهما الآخر بأن قال له: اختر امضاء العقد أو فسخه، فسكت الآخر، فخيار الساكت باقٍ بلا خلاف فيه للأصل، وإطلاق الأدلة، ولأن السكوت أعم من الرضا فلم يصدر منه قول أو فعل يدل على سقوط خياره، وخيار القائل باقٍ أيضاً، لأن ما صدر منه أمر بالاختيار وهو لا يدل على إسقاط خيار نفسه.

وعن الشيخ كما في المسالك وإن قال في الجواهر: «ولكن لم تعرف القائل وإن نُسب إلى الشيخ إلا أن المحكي عن مبسوطه وخلافه خلاف الحكاية» أنه يسقط، للنبوي (البيعان بالخيار ما لم



ومدة هذا الخيار (ثلاثة أيام<sup>(١)</sup>)، مبدؤها من حين العقد على الأقوى<sup>(٢)</sup>، ولا يقدر اجتماع خيارين فصاعداً، وقيل: من حين التفرق، بناء على حصول الملك به<sup>(٣)</sup> (ويسقط باسئراط سقوطه) في العقد، (أو إسقاطه بعد العقد) كما تقدم<sup>(٤)</sup>، (أو تصرفه<sup>(٥)</sup>) أي: تصرف ذي الخيار، سواء كان لازماً كالبيع أم لم

(١) على المشهور، للأخبار المتقدمة، سواء كان الحيوان إنسياً كالأمة أم لا، وعن أبي الصلاح الحلبي أن مدة الخيار في الأمة هي مدة الاستبراء، وليس له مستند صالح، بشهادة صاحب الجواهر وغيره.

(٢) من حين تمام العقد لتبادر اتصال الخيار بالعقد من النصوص السابقة، وذهب الطوسي كما في الرياض إلى أن خيار الحيوان من حين التفرق وبعد ارتفاع خيار المجلس لئلا يلزم اجتماع خيارين في زمن واحد، لكون الثاني في ظرف الأول لغوياً، ولأنهما متماثلان فاجتماعهما محال.

وفيه: أن الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار والحيثية، كخيار المجلس وخيار الرؤية فليس هما متماثلان من كل حيثية حتى يمتنع اجتماعهما، وثبت الثاني في ظرف الأول مفيد بحيث لو سقط أحدهما بئسقط يبقى الآخر، فلا يكون ثبوته لغوياً، على أن الأسباب الشرعية معرقات لا مؤثرات، حتى يُشكل علينا بامتناع اجتماع سببين على مسبب واحد.

(٣) بالتفرق.

(٤) في خيار المجلس.

(٥) لا خلاف في أن التصرف مسقط للخيار، لأن التصرف دليل الرضا بالعقد، وللأخبار.

منها: صحيح علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء<sup>(١)</sup>)، ومكاتبة الصَّفَّار (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها، أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله<sup>(٢)</sup>)، والحدث مطلق، فيشمل التصرف اللازم كالبيع أو غير لازم كالهبة، بل =

يكن كالهبة قبل القبض<sup>(١)</sup>، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة ولو في طريق الرد، ونعلها، وحلب ما يُحلب، [وليس الثوب، وقصارته، وسكنى الدار]<sup>(٢)</sup>.

ولو قَصِدَ به الاستخيار ولم يتجاوز مقدار الحاجة<sup>(٣)</sup> ففي منعه من الرد وجهان، أما مجرد سوق الدابة إلى منزله فإن كان قريباً بحيث لا يعد تصرفاً عرفياً فلا أثر له، وإن كان بعيداً مفرضاً احتمال قوياً منعه، وبالجملة فكل ما يعد تصرفاً عرفياً يمنع<sup>(٤)</sup>، وإلا فلا.

(الثالث: خيار الشرط<sup>(٥)</sup>)

= يشمل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها وحلب ما يُحلب ووطء الجارية ونحو ذلك.  
(١) قيد الهبة بذلك وإن كانت الهبة جائزة بعد القبض أيضاً، لأن بعض أنواع الهبة يلزم بعد القبض كالمعوضة والواقعة بين الرحم.

(٢) قال سلطان العلماء في وجه إيراد هذه الأمثلة لخيار الحيوان مع أنها ليست تصرفاً وانتفاعاً به: «هذا بناء على أن كون الخيار للطرفين، يعني إذا كان ثمن الحيوان الثوب أو الدار فتصرف فيهما البائع بما ذكر سقط خياره، وإلا فلا ربط لهما بخيار الحيوان الثابت للمشتري» انتهى.

وقال آخر: «إلا أن يكون الغرض التمثيل للتصرف المسقط للخيار مطلقاً ولو لم يكن في خيار الحيوان» انتهى، وقال ثالث: «إن هذه الأمثلة مضروب عليها في نسخة الأصل كما عن بعض الحواشي»، وهو الأصح.

(٣) مقدار حاجة الاستخيار، وفيه وجهان، وجه السقوط أنه قد تصرف وإن كان للاستخيار فتشمله أدلة كون التصرف مسقطاً للخيار، ووجه عدم السقوط أن أدلة التصرف المسقط للخيار منصرفة إلى التصرف المالكى الذي يصدر منه بما هو مالك لا بما هو مستخير.

(٤) وفيه: الاستفادة من الأخبار أن التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد هو المسقط للخيار، لا مطلق التصرف كركوب الدابة وحلبها ونحو ذلك، ويؤيده بعض الأخبار، وهو خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: إن كان في تلك الثلاثة أيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء)<sup>(١)</sup>.

(٥) قال في الجواهر: «بالضرورة بين علماء المذهب»، للأخبار.

وهو بحسب الشرط<sup>(١)</sup> إذا كان الأجل مضبوطاً<sup>(٢)</sup> متصلاً بالعقد أم منفصلاً<sup>(٣)</sup>، فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس.

(ويجوز اشتراطه لأحدهما، ولكل منهما، ولأجنبي عنهما<sup>(٤)</sup>)، أو عن أحدهما<sup>(٥)</sup> ولأجنبي مع أحدهما عنه<sup>(٦)</sup>، وعن الآخر<sup>(٧)</sup>، ومعهما<sup>(٨)</sup>، واشتراط الأجنبي تحكيم لا توكيل<sup>(٩)</sup> عن جعل عنه<sup>(١٠)</sup>، فلا اختيار له معه<sup>(١١)</sup>.

= منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل)<sup>(١)</sup>.

(١) فلا يتقدر بمدة، بل هو تابع لما اشترط في العقد، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة أيام.

(٢) لا يمتثل نقصان ولا الزيادة، لأن الأجل بغير المضبوط كقدوم الحاج غرر، وهو منهي عنه.

(٣) قال في الجواهر: «ولا يعتبر فيها الاتصال بالعقد كما هو صريح بعض وظاهر إطلاق آخرين، للعموم، خلافاً لما عن بعض العامة فمنعه، واحتمله الفاضل تقادياً من انقلاب اللازم جائزاً، وفيه: أنه جائز وواقع في خيار التأخير وغيره» انتهى.

(٤) بلا خلاف فيه للعموم، والأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن كليهما.

(٥) والأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن أحدهما فقط.

(٦) بمعنى أن يكون الخيار للبايع مثلاً وللأجنبي عن البايع، فالأجنبي له حق استعمال الخيار عن الذي ثبت له الخيار.

(٧) بمعنى أن يكون الخيار للبايع مثلاً وللأجنبي عن المشتري.

(٨) بمعنى أن يكون الخيار للمتعاقدين وللأجنبي، بحيث يستعمل حق الخيار عن كليهما، من دون فرق بين أن يكون لكل متعاقد أجنبي أو عن كليهما أجنبي واحد.

(٩) بمعنى أن جعل الخيار للأجنبي لا يجوز للمتعاقد أن يعزله، وهذا هو المراد بلفظ التحكيم الوارد هنا، للزوم الوفاء بالشرط من كلا المتعاقدين، وذهب أبو حنيفة وأحمد والشافعي في أحد قوليه إلى أنه توكيل.

(١٠) عن أحد المتعاقدين.

(١١) لا اختيار لأحد المتعاقدين مع الأجنبي ذي الخيار.



(واشترط المؤامرة)<sup>(١)</sup>، وهي مفاعلة من الأمر، بمعنى اشتراطهما أو أحدهما استثمار من سميّاه، والرجوع إلى أمره مدة مضبوطة، فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ، والظاهر أنه لا يتعين عليه، لأن الشرط مجرد استثماره، لا التزام قوله.

وإن أمره بالالتزام<sup>(٢)</sup> لم يكن له الفسخ قطعاً، وإن كان الفسخ أصلح، عملاً بالشرط، ولأنه لم يجعل لنفسه خياراً.

فالحاصل أن الفسخ يتوقف على أمره<sup>(٣)</sup>، لأنه<sup>(٤)</sup> خلاف مقتضى العقد<sup>(٥)</sup>، فيرجع إلى الشرط، وأما الالتزام بالعقد فلا يتوقف<sup>(٦)</sup>.

وظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب: أن المستأمر - بفتح الميم - ليس له

(١) وهي مفاعلة من الأمر، بمعنى اشتراط البائع أو المشتري أو هما استثمار من سميّاه في العقد، والرجوع إلى أمره، وهو لا خلاف فيه بيننا، لعموم الوفاء بالشرط.

نعم لا بد من تعيين مدة معلومة لهذا الشرط فلو كان مجهولاً لا يصح، وعليه فالعقد من جهة التعاقدين لازم كما هو واضح إذ الشرط ليس لهما، والعقد متوقف على أمر الأجنبي المستأمر، ولكن الأجنبي لو أمر جاز الفسخ لأحد التعاقدين الذي هو مشروط عليه الاستثمار، وليس للأجنبي الفسخ من تلقاء نفسه وكذلك أحد التعاقدين.

ثم إذا أمر الأجنبي بالفسخ بعد طلب أحد التعاقدين أمره، فهل يجب على المشروط عليه الاستثمار أن يفسخ؟ قال في الجواهر: «لا يتعين عليه امتثال أمره قطعاً»، وعلّل بأنه لا معنى لوجوب الفسخ عليه غايته بصير المشروط عليه الاستثمار مع أمر الأجنبي مالكاً للفسخ.

(٢) فلو أمر الأجنبي أحد التعاقدين المشروط عليه الاستثمار بالالتزام لم يجز للمشروط عليه أن يفسخ، لأن حق الفسخ موقوف على أمر الأجنبي به ولم يحصل، ومنه تعرف أن المشروط عليه لا يجوز له أن يفسخ لو سكت الأجنبي.

(٣) أمر الأجنبي.

(٤) الفسخ.

(٥) فلا بد من الرجوع إلى الشرط لو أراد الفسخ، والشرط هو أن يأمر الأجنبي بالفسخ، ولم يأمر به بل أمر بالالتزام.

(٦) لا على أمر الأجنبي ولا على غيره، بل لو سكت الأجنبي فلا يجوز للمشروط عليه أن يفسخ كما عرفت.

الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمر والرأي خاصة، فقول المصنف (رحمه الله):  
(فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وإن سكت فالأقرب للزوم، ولا يلزم المستأمر الاختيار) إن قرئ المستأمر بالفتح - مبنياً للمجهول - أشكل بما ذكرناه<sup>(١)</sup>.

(١) اشكال الشارح هنا على عبارة المصنف التي تكرر فيها لفظ المستأمر، فإن قرئ بالفتح، فالمراد منه الأجنبي، ومعنى العبارة حينئذ أن الأجنبي إذا فسخ أو أجاز فهو، وإن سكت فالعقد لازم وللسكوت مجال إذ لا يجب عليه اختيار الفسخ أو العقد. وهذا المعنى للعبارة معارض بما ثبت من المؤامرة عند الأصحاب من أن الأجنبي ليس له حق الفسخ ولا حق الإجازة ولا حق الاختيار.

وإن قرئ بالكسر فالمراد منه أحد المتعاقدين المشروط له الخيار بأمر غيره، ومعنى العبارة حينئذ أن المشروط له لو قال: فسخت بعد أمر الأجنبي بالفسخ، أو قال: أجزت بعد أمر الأجنبي بالإجازة فهو، ولو سكت المشروط له بعد أمر الأجنبي له سواء أمره بالفسخ أو الإجازة فيلزم العقد، لأن السكوت ليس فيه دلالة على الفسخ لينفسخ العقد، ولا دلالة على الامضاء ليلزم العقد، ولا يجب على المشروط له الاختيار بمعنى أنه لا يجب عليه قبول قول الأجنبي كما تقدم سابقاً.

وهذا المعنى للعبارة موافق لما ثبت من المؤامرة عند الأصحاب، ولكن المعنى الأول أرجح بالنسبة لظاهر عبارة المصنف كما احتمله الشارح بدليلين:

الأول: قول المصنف: «ولا يلزم المستأمر الاختيار» وهو ظاهر في الأجنبي، لأن الأجنبي لا يلزم باختيار الفسخ أو العقد، وهو غير ظاهر في المشروط له لأنه يلزمه الاختيار بعدما يأمر الأجنبي بالإجازة فلا يجوز له الفسخ.

الثاني: قوله: «وكذا كل من جعل له الخيار»، وهو ظاهر في الأجنبي لأن له الاختيار بمعنى أن يختار الفسخ أو العقد، وهذه الجملة معطوفة على الجملة الأولى، وحكم المعطوف والمعطوف عليه واحد، فلا بد أن يكون الموضوع فيهما واحداً، وبما أن الموضوع في الثانية هو الأجنبي فلا بد من كون الموضوع في الأولى هو الأجنبي، فيتعين قراءة الفتح، ولهذين الدليلين إن قرئ المستأمر بالفتح فيلزم منه ما تقدم أن الأجنبي ليس له حق الفسخ ولا الإجازة، بل له حق الأمر فقط.

هذا ما اشكله الشارح هنا على عبارة الماتن، وفيه: أن المراد من العبارة هو المشروط له الخيار فلا بد من قراءة الكسر ولا تعارض حينئذ بين العبارة وبين معنى المؤامرة عند الأصحاب، غايته يكون المعنى أن المشروط له إن قال: فسخت بعد أمر الأجنبي له =

وإن قرئ بالكسر - مبنياً للفاعل - بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال: فسخت بعد أمره له بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالإجازة لزم، وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه لزم، لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر.

وهذا الاحتمال أنسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصاً بقرينة قوله: «ولا يلزم الاختيار»، فإن اللزوم المنفي ليس إلا عمن جعل له المؤامرة، وقوله: (وكذا كل من جعل له الخيار) فإن المجهول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار، لا المشروط له إلا أن للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الأجنبي [له] بالفسخ.

وكيف كان فالأقوى أن المستأمر - بالفتح - ليس له الفسخ ولا الإجازة، وإنما إليه الأمر، وحكم امتثاله ما فصلناه، وعلى هذا<sup>(١)</sup> فالفرق بين اشتراط المؤامرة لأجنبي، وجعل الخيار له واضح، لأن الغرض من المؤامرة الإنتهاء إلى أمره، لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار.

= بالفسخ، أو قال: أجزت، بعد أمر الأجنبي له بالإجازة، فهو، وإن سكت بعدما أمره الأجنبي سواء أمره بالفسخ أو العقد فالعقد على لزمه، ولسكوته مجال إذ لا يجب على المشروط له اختيار قول الأجنبي لأنه لا يجب عليه القبول كما تقدم.

هذا والقرينة الأولى التي أتى بها الشارح، تكون دليلاً له إن فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له الاختيار أي اختيار العقد أو الفسخ، وأما لو فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له اختيار قول الأجنبي فلا تكون دليلاً كما هو واضح، ثم لو سلمنا أن المراد بالاختيار العقد أو الفسخ فهو غير متوهم ثبوته للأجنبي حتى يُنفى، لأن الأجنبي ليس له إلا الأمر فقط، فيتعين أن يكون النفي للاختيار متوجهاً للمشروط له.

والقرينة الثانية وإن كانت معطوفة على الجملة الأولى ويلزم الاتحاد بينهما، لكن يلزم الاتحاد بينهما في الحكم لا في الموضوع، وعليه فلا بد من إبقاء موضوع الجملة الأولى هو المشروط له، وموضوع الجملة الثانية هو كل من له الخيار.

(١) من كون الأجنبي ليس له حق الفسخ ولا الإجازة وإنما إليه الأمر فقط فالفرق واضح بين المؤامرة وبين جعل الخيار للأجنبي.

وعلى الأول<sup>(١)</sup> يشكل الفرق بين المؤامرة، وشرط الخيار.

والمراد بقوله: «وكذا كل من جعل له الخيار»، أنه إن فسخ أو أجاز نفذ، وإن سكت إلى أن انقضت مدة الخيار لزم البيع، كما أن المستأمر هنا<sup>(٢)</sup> لو سكت عن الأمر، أو المستأمر - بالكسر - لو سكت عن الاستثمار لزم العقد، لأن الأصل فيه اللزوم إلا بأمر خارج وهو منتف.

(ويجب اشتراط مدة المؤامرة) بوجه منضبط<sup>(٣)</sup>، حذراً من الغرر، خلافاً للشيخ حيث جوز الإطلاق.

(الرابع: خيار التأخير)<sup>(٤)</sup> أي: تأخير إقباض الثمن والتمن (عن ثلاثة) أيام

(١) على قراءة الفتح فلا يكون هناك فرق.

(٢) في قول المصنف: «وإن سكت فالأقرب للزوم».

(٣) قد أتقدم أنه مع عدم التعيين يلزم الغرر هذا على المشهور، وخالف الشيخ في المبسوط والخلاف والشافعي في أحد قوليه أنه مع إطلاق المدة يشب على التأبيد مع انتفاء التحديد.

(٤) قال العلامة في التذكرة: «من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة، لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين، وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع، والجمهور أطبقوا على عدم ثبوته، ودليلنا الاجماع انتهى، ولأن الصبر من قبل البائع مطلقاً حتى يأتي المشتري بالثمن مظنة الضرر، وهو منفي في الإسلام، وللأخبار.

منها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له)<sup>(١)</sup>، وصحيح علي بن يقطين (سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض يبعه وإلا فلا بيع بينهما)<sup>(٢)</sup>.

وظاهر الأخبار أن العقد يفسخ من تلقائه، وهذا ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط =

(فيمن باع ولا قبض) الثمن، (ولا أقبض) المبيع، (ولا شرط التأخير) أي: تأخير الإقباض والقبض، فللبائع الخيار بعد الثلاثة في الفسخ (وقبض البعض كلا قبض)<sup>(١)</sup> لصدق عدم قبض الثمن وإقباض الثمن<sup>(٢)</sup> مجتمعاً ومنفرداً<sup>(٣)</sup>، ولو قبض الجميع<sup>(٤)</sup> أو أقبضه<sup>(٥)</sup> فلا خيار وإن عاد إليه بعده<sup>(٦)</sup>.

= وصاحب الحدائق، والمشهور على أن نفي البيع بينهما هو إثبات خيار الفسخ للبائع جمعاً بين هذه الأخبار وبين عموم تسلط الناس على أموالهم، إذ قد يرضى البائع بالصبر. وشروط هذا الخيار ثلاثة:

الأول: عدم قبض الثمن، وهو مما لا خلاف فيه، وهو ظاهر النصوص.

الثاني: عدم قبض المبيع، وعليه الاجماع، إلا أن النصوص غير ظاهرة في ذلك، لأن صحيح زرارة المتقدم ظاهر في كون المشتري قبضه وأودعه عند البائع، فالمعدة الاجماع.

الثالث: الحلول وعدم شرط التأخير، ليخرج بيع النقد والنسيئة وبيع السلف، وشرطية الحلول مما لا خلاف فيها، بل هي الظاهرة من النصوص أيضاً.

(١) بلا خلاف فيه، لصدق عدم إقباض الثمن بنمائه، وخبر عبد الرحمن بن الحجاج (اشترت عملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أفاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عتياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن اقصي بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له)<sup>(١)</sup>.

(٢) وكذا قبض بعض الثمن كلا قبض، وهو معطوف على «قبض الثمن».

(٣) إن قبض البعض في الثمن والمثمن كلا قبض سواء تحقق قبض البعض القبض في كليهما أم في أحدهما، وعبارته هنا غير واضحة في مراده، وأحسن منها عبارته في المسالك حيث قال: «وقبض بعض كل واحد منهما كلا قبض مجتمعاً ومنفرداً لصدق عدم قبض الثمن وإقباض الثمن فيتناوله النص» انتهى.

(٤) في الثمن.

(٥) المثمن، فلا خيار حينئذٍ لانقضاء شرط خيار التأخير.

(٦) وإن عاد المثمن إلى البائع بعد الإقباض بنحو الوديعة فلا خيار له لعدم تحقق شرط خيار التأخير.

وشرط القبض المانع كونه<sup>(١)</sup> بإذن المالك فلا أثر لما يقع بدون، وكذا لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه<sup>(٢)</sup>، ولا يسقط بمطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة<sup>(٣)</sup>، وإن كان قرينة الرضا بالعقد.

ولو بذل المشتري الثمن بعدها<sup>(٤)</sup> قبل الفسخ ففي سقوط الخيار وجهان<sup>(٥)</sup>: ومنشؤهما الاستصحاب، وزوال الضرر.

(وتلفه) أي: المبيع (من البائع مطلقاً) في الثلاثة وبعدها<sup>(٦)</sup>، لأنه غير

(١) القبض إن تحقق يمنع ثبوت الخيار، ولكن هل قبض الثمن مشروط بإذن المشتري بحيث لو استلمه البائع بدونه فيكون كالا قبض لأنه تصرف غير مأذون، وهذا ما ذهب إليه جماعة، لظهور الأخبار في كون القبض مشروطاً بإذن صاحبه، أو أنه غير مشروط وإن كان قبض الثمن مشروطاً بإذن البائع، لأن الوارد في الأخبار إقباض الثمن وقبض الثمن، وهما ظاهران فيما قلنا، وهذا هو المستفاد من صحيح علي بن يقطين المتقدم (سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن..)<sup>(١)</sup>.

وفيه: أن الإقباض والقبض واردة في كلام السائل لا في كلام الإمام عليه السلام.

(٢) فبعد ظهور أن جميع الثمن أو بعضه ليس من مال المشتري يصدق أنه لم يقبضه تمام الثمن فيتحقق شرط الخيار.

(٣) هل مطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة مسقطه للخيار، لأن المطالبة دالة على الالتزام بالعقد وهذا ما عليه الشيخ والديلمي والحلي، أو أن المطالبة لا تدل على الالتزام، لأهمية المطالبة منه، إذ قد يطالب وهو ناوٍ على الفسخ مع رضاه بأصل العقد، بحيث هو راضٍ بأصل العقد وليس راضياً باستمراره، ولا أقل من الشك في سقوط الخيار بالمطالبة فيستصحب، ولإطلاق الأدلة، وهذا ما ذهب إليه جماعة منهم الشارح.

(٤) بعد الثلاثة.

(٥) وجه السقوط انتفاء الضرر عن البائع حينئذٍ ببذل المشتري للثمن، ذهب إليه العلامة في التذكرة، ووجه عدم السقوط أن هذا دليل اعتباري لا يصلح لتأسيس حكم بعد كون خيار التأخير ثابتاً بالأخبار، فإذا شكنا بسقوطه بعد البذل يجري الاستصحاب لإبقائه.

(٦) بلا خلاف فيه بعد الثلاثة، لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، وهذه =

مقبوض، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، ونبه بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب حيث زعم أن تلفه في الثلاثة من المشتري، لانتقال المبيع إليه، وكون التأخير لمصلحته، وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية الثابتة بالنص والإجماع.

(الخامس: خيار ما يفسد ليومه<sup>(١)</sup>)، وهو ثابت بعد دخول الليل<sup>(٢)</sup> هذا هو

= القاعدة مضمون النبوي (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه)<sup>(٣)</sup>، وهي متصدة أيضاً من الأخبار.

منها: خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: أتيتك غداً إن شاء الله، فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرده ماله إليه)<sup>(٤)</sup>.

وأما في الثلاثة فكذلك على المشهور للقاعدة المتقدمة، وعن المفيد والمرتضى وابن زهرة وسائر أنه من مال المشتري، لأن المبيع ملك للمشتري ولا تقصير من قبل البائع فيكون التلف على المشتري بل كما أن له النماء فعليه الضمان، والأقوى ما عليه المشهور.

(١) لو اشترى شيئاً يفسد من يومه، وتركه عند البائع حتى يأتيه بالثمن، فإن جاء بالثمن فهو وإلا ثبت خياراً للبائع، ومستند هذا الخيار مرسل محمد بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام أو عن أبي الحسن عليه السلام (في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له)<sup>(٥)</sup>، وارساله منجبر بعمل الأصحاب، وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث (أن رسول الله ﷺ قال: لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٦)</sup>، نعم ظاهر الخبر انفساخ العقد من تلقائه لفيه بلام الجنس، والكلام فيه كالكلام في أخبار خيار التأخير.

(٢) الخيار ثابت بعد دخول الليل وهو الظاهر من الخبر، وعبارات القدماء بالتعبير عن هذا غير وافية، قال الشيخ في النهاية «وإذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضر وغيرها، ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن، كان الخيار فيه يوماً فإن جاء المبتاع بالثمن =

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

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

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخيار حديث ١.

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

الموافق للدلول الرواية، ولكن يُشكل بأن الخيار لدفع الضرر، وإذا توقف ثبوته<sup>(١)</sup> على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه<sup>(٢)</sup> لا يندفع الضرر، وإنما يندفع بالفسخ قبل الفساد، وفرضه المصنف في الدروس خيار ما يُفسدُ المبيت، وهو حسن، وإن كان فيه خروج عن النص<sup>(٣)</sup>، لتلافيه<sup>(٤)</sup> بخبر الضرار، واستقرب تعديته<sup>(٥)</sup> إلى كل ما يتسارع إليه الفسادُ عند خوفه ولا يتقيد بالليل.

= في ذلك اليوم وإلا فلا بيع له انتهى.

وهو ظاهر في ثبوت الخيار في بياض النهار مع أنه على خلاف ظاهر الخبر، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد من أن الخيار يثبت عند أول الليل، ولذا عدل المحقق في الشرائع فقال «وإن اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن قبل الليل وإلا فلا بيع له»، وأحسن منها عبارة الشهيد في الدروس حيث قال: «خيار ما يفسده المبيت وهو ثابت للبايع عند انقضاء النهار» انتهى، وهذا وهناك إشكال على عبارة القدماء وعبارة الشرائع وحاصله أن الخيار لا يثبت إلا بعد تحقق الفساد في المبيع نهائياً كما هو الظاهر من عباراتهم مع أن ثبوت الخيار إنما يكون لدفع الضرر والفساد، ولا معنى لثبوت الخيار في مبيع قد فسد، ومن هنا تعرف أن أجود عبارة هي عبارة الشهيد في الدروس حيث جعل الفساد ناشئاً من مبيته عنده ليلاً ولذا حكم بثبوت الخيار قبل تحقق الفساد وعند أول الليل.

(١) ثبوت الخيار.

(٢) في بياض النهار.

(٣) يكون خروجاً عن النص إن حملنا لفظ «اليوم» الوارد في الخبر على بياض النهار فقط، وأما لو حملناه على اليوم واللييلة فلا، ولا بد من حمله على ذلك لثلا يثبت الخيار بعد تحقق الفساد في المبيع، وهذا ما احتمله سيد الرياض وغيره.

(٤) تلافى فساد المبيت، وهو تعليل لحسن ما قاله في الدروس، وقد عرفت أن الخبر يصلح مستنداً لما قاله في الدروس فلا داعي لتركه والتمسك بخبر الضرار.

(٥) الشهيد في الدروس حيث قال: «خامسها: خيار ما يفسده المبيت وهو ثابت للبايع عند انقضاء النهار، ويتفرع عليه كثير مما سلف، والأقرب إفراد الحكم في كل ما يسارع إليه الفساد عند خوف ذلك ولا يتقيد بالليل، ويكفي في الفساد نقص الوصف وقلة الرغبة كما في الخضراوات والرطب واللحم والعنب وكثير من الفواكه، وهل يُنزل خوف فوات السوق منزلة الفساد، فيه نظر، من لزوم الضرر بنقص السعر، ومن اقتضاء العقد للزوم والتفريط من البائع حيث لم يشترط النقد»، وما قاله الشهيد عند خوف التلف والفساد =



واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه، واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق، فعلى هذا<sup>(١)</sup> لو كان مما يفسد في يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوفه، وهذا كله متجه، وإن خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم، لقصوره عن إفادة الحكم متناً<sup>(٢)</sup> وسنداً<sup>(٣)</sup>، وخبر الضرار المتفق عليه يفيد في الجميع.

(السادس: خيار الرؤية<sup>(٤)</sup> وهو ثابت لمن لم يَر) إذا باع أو اشترى بالوصف،

= في عمله ولو لخبر الضرار، وعند خوف نقص الوصف أو فوات الرغبة فقد ذهب إلى ذلك الشارح في المسالك والمحقق الثاني وغيرهما لخبر الضرار أيضاً، ويحتمل العدم اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، هذا واعلم أن فوات السوق هو الخوف من نقص الثمن وإن بقيت الرغبة فيه، وأن فوات الرغبة يتحقق عند انعدام أو قلة رغبته وإن بقي ثمنه على حاله، وبهذا بان الفرق بين فوات السوق وفوات الرغبة.

(١) بناءً على التعدية التي استقرها المصنف فلو كان مما يفسد في يومين فيتأخر الخيار عن الليل إلى خوف تحقق الفساد، ولا يضر خروجه عن مورد النص لأن الدليل هو خبر الضرار لا نفس المرسل السابق، واحتمل العلامة في التذكرة إلى أن الخيار هنا يثبت من الليل وإن كان خوف تحقق الفساد بعد يومين، وهو ضعيف كما في المسالك وغيره.

(٢) لأنه دال على ثبوت الخيار بعد تحقق الفساد وهذا لا معنى له، واعلم أن هذا يتم لو حملنا لفظ اليوم الوارد في الخبر على بياض النهار، وقد عرفت ما فيه.

(٣) لأنه مرسل، وفيه: أنه منجبر بعمل الأصحاب، ولذا قال في المسالك: «مع أن السند مرسل لكنه لا راد له».

(٤) وهو خيار ثابت في بيع الأعيان الشخصية من غير مشاهدة، إلا أنها موصوفة بوصف رافع للضرر، ويدل على ثبوته بالإضافة إلى خبر (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(١)</sup> المتقدم خصوص صحيح جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقبله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية)<sup>(٢)</sup>.

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

ولو اشترى برؤية قديمة<sup>(١)</sup> فكذلك يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه، وكذا من طرف البائع، إلا أنه ليس من أفراد هذا القسم بقريئة قوله: «ولابد فيه من ذكر الجنس» إلى آخره<sup>(٢)</sup>، فإنه مقصور على ما لم ير [أصلاً]، إذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته.

وإنما يثبت الخيار فيما لم ير (إذا زاد في طرف البائع، أو نقص في طرف المشتري<sup>(٣)</sup>) ولو وُصف لهما فزاد ونقص باعتبارين تخيراً<sup>(٤)</sup>، وقُدّم الفاسخ منهما<sup>(٥)</sup>. وهل هو على الفور<sup>(٦)</sup> أو التراخي، وجهان: أجودهما الأول، وهو خيرته في الدروس.

= ووجه الاستدلال أن المشتري اعتقد أن ما لم يره مثل ما رآه فوقعت المعاملة، وبعد المعاملة تبين أن ما لم يره لم يكن موافقاً لبقية أجزاء الضيعة فندم من المعاملة، أو أنه رأى أكثرها وقد وُصف له الباقي ثم تبين أن الموصوف لم يكن حائزاً على الوصف.

(١) سابقة على العقد ثم ظهر المبيع على خلاف الرؤية القديمة، وكذا الثمن بالنسبة للبائع، وهذا الفرد من الخيار لا يدخل في كلام المصنف، لأن كلامه مخصوص في العين التي لم تُر، والمرئي قديماً خارج عن ذلك كما هو واضح.

(٢) وبقرينة قوله السابق «لمن لم يَر».

(٣) إذا اشترى رجلٌ عيناً خارجية موصوفة لرفع الغور، فإن خرجت العين مطابقة للأوصاف لزم البيع لعدم الوفاء بالعقود، وإن خرجت ناقصة عن بعض الأوصاف فيثبت خيار الرؤية للمشتري كما هو واضح، وهذا معنى قوله: «أو نقص في طرف المشتري».

وإذا كان البائع قد رأى العين قديماً فوصفها للمشتري على أساس الرؤية القديمة، ثم بعد المعاملة خرجت زائدة بعض الأوصاف فيثبت خياراً للبائع لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٤) بحيث كانت العين تحت يد وكيل البائع، وكلٌّ من البائع والمشتري لم يَر العين فوصفها الوكيل لكليهما، فباعها البائع على أساس ذلك الوصف للمشتري، ثم خرجت زائدة وناقصة من جهتين، كما لو وصف الوكيل الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً وعرضه ذراعاً فظهر أنه خمسة عشر ذراعاً بالطول، وأنه أكثر من ذراع العرض، فيثبت لهما الخيار، ففي الطول نقص وهو ضرر على المشتري، وفي العرض زيادة وهو ضرر على البائع، وعن الحدائق أنه موضع وفاق، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٥) فإذا كان الخيار لهما وقد أجاز أحدهما وفسخ الآخر، قُدّم الفاسخ وإن تأخر عن الاجازة كما تقدم في خيار المجلس.

(٦) على المشهور، لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد، فيقتصر فيه على مورد اليقين، وهو =

(ولا بد فيه)<sup>(١)</sup> أي: في بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية، وهو العين الشخصية الغائبة (من ذكر الجنس، والوصف) الرافعين للجهالة، (والإشارة إلى معين<sup>(٢)</sup>) فلو انتفى الوصف بطل<sup>(٣)</sup>، ولو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إيداله، (ولو رأى البعض ووصف الباقي تخيير في الجميع<sup>(٤)</sup> مع عدم المطابقة) وليس له الاقتصار على فسخ ما لم ير، لأنه مبيع واحد.

(السابع: خيار الغبن)<sup>(٥)</sup> - بسكون الباء - وأصله الخديعة، والمراد هنا البيع،

= الفورية، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحد، وذهب بعضهم منهم صاحب الجواهر إلى أنه على التراخي، لإطلاق صحيح جميل المتقدم<sup>(١)</sup>.

(١) قد عرفت أن الخيار هنا مخصوص بالعين الشخصية التي لم يرها المشتري، مع أنه لا يجوز للمشتري الإقدام على شراء شيء مجهول لأنه بيع الغرر، فلا بد من سبب يرفع جهالته، ومع عدم الرؤية فلا يبقى إلا وصف البائع لها، فلا بد من ذكر نوع العين ومن أي صنف، ويعبر عن النوع بالجنس وعن الصنف بالصفة عند الفقهاء، ولذا قال الشارح في المسالك: «إن الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية، وبالوصف اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع، ولا مشاحة في الاصطلاح» انتهى، ومن الواضح أن ذكر نوعها وصنفها كافٍ في رفع الجهالة كما هو واضح.

(٢) قيد في ثبوت خيار الرؤية لأنه إذا لم يُشر إلى معين كان الموصوف كلياً في الذمة، وعليه فإن خرجت العين وقت التسليم مطابقة للوصف فهو، وإلا أرجعها المشتري وطالب بما ثبت له في ذمة البائع، ولا يثبت له هنا خيار.

(٣) البيع، والمراد بالوصف ما هو الأعم من الصنف والجنس لعدم الفرق بينهما هنا.

(٤) في جميع المبيع بالفسخ أو الامضاء، وليس له فسخ البيع في البعض الناقص فقط دون غيره، لتبعض الصفقة على البائع حيثئذ، وهو ضررٌ متفي بحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٥) قال في الجواهر: «بلا خلاف بين من تعرض له عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقة درسه، والموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية، واستظهره في الدروس من كلام الأسكافي، لأن البيع مبني على المغالبة، ولا ريب في ضعفه» انتهى.

أو الشراء بغير القيمة<sup>(١)</sup> (وهو ثابت) في المشهور لكل من البائع والمشتري (مع الجهالة)<sup>(٢)</sup> بالقيمة (إذا كان الغبن) وهو الشراء بزيادة عن القيمة، أو البيع بنقصان عنها (بما لا يتغابن) أي: لا يتسامح (به غالباً) والمرجع فيه إلى العادة، لعدم تقديره شرعاً، وتعتبر القيمة وقت العقد، ويرجع فيها إلى البينة عند الاختلاف<sup>(٣)</sup>، وفي الجهالة إليها<sup>(٤)</sup> للمطلع على حاله، والأقوى قبول قوله فيها

= واستدل للمشهور بقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾<sup>(١)</sup>، ومن العلوم أن المغبون لو عرف الحال لا يرضى، وخير (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٢)</sup>، وخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المسترسل سحت)<sup>(٣)</sup>، وخبر ميتر عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المؤمن حرام)<sup>(٤)</sup>، وخبر أحمد بن محمد بن يحيى عن أبي عبد الله عليه السلام (ولا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل)<sup>(٥)</sup>.

(١) بغير قيمته الواقعية، لا أنه بلا قيمة أبداً، لأنه حينئذ ليس ببيعاً.

(٢) لهذا الخيار شرطان:

الأول: جهل المغبون القيمة وقت العقد، وهو بلا خلاف فيه، لأنه الظاهر من الأخبار المتقدمة، أما لو كان عالماً بالغبن وأقدم على المعاملة فلا يكون مخدوعاً ولا مغبوناً، ويجوز له الاقدام، لتسلط الناس على أموالهم.

الثاني: أن يكون في البيع زيادة أو نقصان مما لا يتسامح بها عادة عند العرف، حتى يصدق معنى الغبن، وإلا فلو كانت الزيادة أو النقصان مما يتسامح بها عرفاً، وكان وجودها كالعدم بنظر العرف، فلا يُعدّ مخدوعاً ولا مغبوناً، ولذا قال في المسالك: «فلو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح به في العادة كالدرهم في المائة بل الخمسة دراهم فيها فلا غبن، وبالجمله فلا تقدير لذلك شرعاً، وما هذا شأنه يرجع فيه إلى العادة» انتهى.

(٣) يرجع في تحديد القيمة وقت العقد إلى البينة لو اختلفا، إذا لم يعترف الغابن بما يقوله المغبون، وإلا فيؤخذ بإقراره.

(٤) إلى البينة، بحيث يقول المغبون: كنت جاهلاً بالقيمة وقت العقد، والغابن يقول: كنت عالماً، فإذا اختلف في الشرط الأول، ولقد أجاد الشارح في المسالك حيث قال: «وأما الأول - أي الشرط الأول - فإن أمكن إقامة البينة عليه فواضح، ولكن هل يقبل قول =

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

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

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٢١.

(٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٧.

بيمينه مع إمكانها<sup>(١)</sup> في حقه، ولا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت وإن انتفى موجبه<sup>(٢)</sup>، استصحاباً لما ثبت قبله، نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار.

(و) كذا (لا يسقط بالتصرف)<sup>(٣)</sup> سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون، وسواء خرج به عن الملك كالبيع أم منع مانع من رده كالإستيلاد، أم لا (إلا أن يكون المغبون المشتري، وقد أخرجه عن ملكه)<sup>(٤)</sup> فيسقط خياره، إذ لا يمكنه ردُّ

= مدعيه في الجهالة حيث يمكن في حقه، الظاهر ذلك، لأصالة عدم العلم، ولأن العلم والجهل من الأمور التي تخفى غالباً فلا يُطلع عليها إلا من قبل من هي به، ويحتمل عدم قبول قوله، لأصالة لزوم العقد، ووجوب الوفاء به، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، ويشكل بأنه ربما تعذر إقامة البيّنة ولم يمكن معرفة الخصم بالحال، فلا يمكن الحلف على عدمه فنسقط الدعوى بغير بيّنة ولا يمين، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله انتهى.

(١) إمكان الجهالة.

(٢) لم يستشكل في هذا الحكم - على ما قيل - إلا الغاضل من أنه إذا بذل الغابن التفاوت فقد أزال الضرر فيجب أن يزول الخيار، ويرد: أن الخيار قد ثبت فلا يزول إلا بدليل، ومع الشك يجري استصحابه.

(٣) والمراد بالتصرف هو التصرف السابق على ظهور الغبن، وهو الواقع من صاحب ذي الخيار وحينئذٍ فتصرفه لا يكون فيه دلالة على إسقاط الخيار، نعم لو كان التصرف بعد ظهور الغبن فيكون مسقطاً للخيار، لأنه يدل على الرضا بالعقد.

ثم إن تصرف الغابن سواء كان قبل ظهور الغبن أم بعده لا يسقط الخيار، لأن تصرفه لا يدل على رضا صاحبه - الذي هو المغبون - بالعقد.

(٤) استثناء مما تقدم، فلو تصرف المشتري المغبون بالبيع تصرفاً يمنعه من رده، كبيعه أو الاستيلاد، فإنه تصرف مسقط لخياره وإن كان قبل ظهور الغبن، لتعذر إرجاع المبيع الموجب لإسقاط حقه في الخيار، وعن جماعة - كما في الرياض - التنظر في هذا الاستثناء، إذ لو سقط حقه في الخيار عند تعذر إرجاع المبيع للزم الضرر المنفي، بل الضرر هو مثبت لخيار الغبن فكيف يسقط الخيار والضرر ما زال باقياً، وعليه فلو فسح فيدفع مثلي المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، نعم لو كان البائع الغابن هو الذي تصرف بالثمن تصرفاً يمنعه من رده كبيعه أو الاستيلاد فلا يسقط خيار المغبون للاستصحاب، فلو فسح المغبون يرجع إلى المثل أو القيمة في الثمن.

العين المنتقلة إليه ليأخذ الثمن، ومثله ما لو عرض له ما يمنع من الرد شرعاً كالإستيلاذ وإن لم يخرج عن الملك، هذا هو المشهور، وعليه عمل المصنف (رحمه الله) في غير الكتاب.

(وفيه نظر، للضرر) على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده لو قلنا بسقوط خياره به (مع الجهل) بالغبن، أو بالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هو مستند خيار الغبن، إذ لا نص فيه بخصوصه (وحيثئذ فيمكن الفسخ) مع تصرفه كذلك (والزامه بالقيمة) إن كان قيمياً، (أو المثل) إن كان مثلياً جمعاً بين الحقين (وكذا لو تلفت العين<sup>(١)</sup>)، أو استولد الأمة)، كما يثبت ذلك<sup>(٢)</sup> لو كان المتصرف المشتري، والمغبون البائع، فإنه<sup>(٣)</sup> إذا فسخ ولم يجد العين<sup>(٤)</sup> يرجع إلى المثل أو القيمة، وهذا الاحتمال<sup>(٥)</sup> متوجه، لكن لم أقف على قائل به، نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ<sup>(٦)</sup>، أو إقالة، أو غيرهما، أو موت الولد، جاز له الفسخ إن لم يناف الفورية.

واعلم أن التصرف<sup>(٧)</sup> مع ثبوت الغبن، إما أن يكون في المبيع المغبون فيه،

(١) فالمشتري المغبون لا يسقط خياره لو تلفت عين المبيع، بل يبقى له حق الخيار وإن فسخ رجوع إلى المثل أو القيمة كما لو خرج عن ملكه بالمبيع، وكذا لو استولد الأمة فقد عرفت أنه تصرف مانع من ردها شرعاً.

(٢) يثبت الخيار للمغبون لو تصرف الغابن تصرفاً ناقلاً أو مانعاً من الرد.

(٣) البائع.

(٤) العين هنا هي المبيع عند المشتري الغابن.

(٥) وهو الوارد في المتن تحت قوله «وفيه نظر للضرر»، وقد عرفت أنه منسوب لجماعة كما في الرياض على ما تقدم.

(٦) إذا أخرج المشتري المغبون المبيع عن ملكه بالمبيع ثم فسخ البيع الجديد فيجوز استعمال حقه في الخيار لزوال المانع، وكذا لو مات الولد فيجوز إخراج الأمة شرعاً عن ملكه حيثئذ، ثم هذا كله إن لم يناف الفورية، وقد وقع الخلاف في كونه على الفورية للأصل، لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد اليقين وهو الفور قضاءً لحق نفي الضرر، وهذا ما ذهب إليه ثانوي المحققين والشهيديين، أو أنه على التراخي للاستصحاب، وهذا ما استظهره صاحب الجواهر.

(٧) قال في المسالك: «وتحرير أقسام المسألة أن التصرف إما أن يكون في المبيع خاصة أو في =

= الثمن خاصة أو فيهما، وعلى التقادير الثلاثة فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما، وعلى التقادير التسعة فالتصرف إما أن يخرج عن الملك أو ما يحكمه وهو المانع من الرد أو لا، ثم المخرج وما في حكمه إما أن يزول بحيث يعود الملك إلى الناقل بغير مانع أو يستمر، ثم التصرف المانع من الرد إما أن يرد على العين أو المنفعة كالإجارة، وزوال المانع من الرد إما أن يكون قبل العلم بالعين أو بعده، فأقسام المسألة خمسة وأربعون قسماً انتهى، ومن الواضح أن ضرب التقادير التسعة للمغبون ومورد الغبن بالتقادير الأربعة للتصرف ينتج ستة وثلاثين قسماً ثم أضاف تسعة أقسام ناشئة من أحد التقادير وهو التصرف المانع من الرد، وهذه الأقسام التسعة ما قبل العلم بالعين وما بعده، مع كون التصرف وارداً على العين أو المنفعة ولم يستقص جميع التقادير.

غير أنه في الروضة فضل بنحو أعمق فجعل التصرف إما في المبيع أو في الثمن أو في كليهما، وعلى التقادير الثلاثة فالتصرف إما ناقل عن الملك أو لا، وعلى الثاني إما أن يرد على العين أو على المنفعة، وإذا ورد على العين فتارة يمنع من الرد شرعاً كالاتيلاذ وأخرى يوجب زيادة العين زيادة عينية كخرس الأرض أو حكمية كفصل الثوب أو مشوبة بالعينية والحكمية كصبغه، وثالثة يوجب نقصاناً بمبيع كقطع عضو الحيوان أو بنحو العيب كترك علف الحيوان السمين حتى صار مهزولاً، ورابعة يوجب امتزاجاً، وهذا الامتزاج إما امتزاج بجنس العين أو بغيره أو بكليهما، والامتزاج بجنس العين تارة يكون بالمساوي وأخرى بالارداً وثالثة بالأجود، والامتزاج بغيره كخلط الحنطة بالشعير، والامتزاج بهما فهو على نحو الاضمحلال كمزج الزيت بالزيت وبشيء آخر ليعمل منه صابوناً.

وإذا ورد التصرف على المنفعة فتارة على نحو اللزوم كالإجارة، وأخرى لا يوجب شيئاً كركوب الدابة ولبس الثوب مثلاً، والحاصل أن أقسام التصرف ثلاثة عشر، لأن الأخير وهو ما لا يوجب شيئاً فوجوده كالعدم، فإذا ضربت هذه الأقسام بالثلاثة أعني المبيع والثمن وكليهما فالحاصل تسعة وثلاثون، هذا وأعلم أن تقسيم التصرف غير حاصر، لأنه يمكن تقسيم التصرف الوارد على المنفعة تارة بعقد لازم وأخرى بجائز، وتقسيم الامتزاج تارة مع التمييز وأخرى مع عدمه وثالثه مع الاضمحلال وهكذا.

ثم إن مطلق التصرف الذي هو مانع إما أن يزول قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده أو لا يزول فترتقى الأقسام إلى مائة وسبعة عشر قسماً، وعلى الجميع فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما معاً فالأقسام واحد وخمسون وثلاثمائة.

أو في ثمنه، أو فيهما، ثم إما أن يخرج عن الملك، أو يمنع من الرد كالأستيلاد، أو يرد على المنفعة خاصة كالإجارة، أو يوجب تعيّر العين بالزيادة العينية كغرس الأرض، أو الحكمية كقصارة الثوب، أو المشوية كصبغه، أو النقصان بعيب ونحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوي، أو الأجدود، أو الأردأ، أو بغيرها<sup>(١)</sup>، أو بهما على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابوناً، أو لا يوجب شيئاً من ذلك.

ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم بطلان الخيار<sup>(٢)</sup>، أو بعده، أو لا يزول، والمغبون إما البائع، أو المشتري، أوهما.

فهذه جملة أقسام المسألة، ومضروبها يزيد عن مائتي مسألة، وهي مما نعم بها البلوى، وحكمها غير مستوفى في كلامهم.

وجملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البائع<sup>(٣)</sup> لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً<sup>(٤)</sup>، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغييراً يوجب زيادة القيمة، ولا يمنع من ردها أخذها، وإن وجدها متغيرة بصفة محضة<sup>(٥)</sup> كالطحن والقصارة فللمشتري أجره عمله، ولو زادت قيمة العين بها<sup>(٦)</sup> شاركه في

(١) غير العين.

(٢) المراد من بطلان الخيار هو بطلانه الموجب لأخذ العين، وذلك عند الحكم بالعوض.

(٣) وقد تصرف المشتري بأي من التصرفات السابقة فلا يسقط خيار البائع، لأصالة بقاء الخيار بالاستصحاب، مع عدم الدليل الدال على سقوطه، إذ فعل المشتري بالتصرف لا يدل على رضا البائع بالعقد، ثم إذا فسخ البائع ووجد العين باقية عند المشتري ولم تتغير تغييراً يوجب زيادة قيمتها ولا مانع من ردها أخذها البائع لأنها ملكه، وهذا مما لا شك فيه.

(٤) مهما كان تصرفه.

(٥) وهي الموجبة للزيادة الحكمية، قال في المسالك: «وفي استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوي»، وفي الروضة هنا جزم به، لأنها عمله وعمله محترم، وردّ عليه صاحب الجواهر بأن عمله قد وقع في ملكه فلا يستحق عليه عوضاً، نعم لو وقع في ملك غيره فيستحق حينئذ أجره إذا لم يكن بداعي التبرع.

(٦) لو زادت قيمة العين بالزيادة الحكمية كحرق البستان، كان المشتري شريكاً لأن الزيادة مأل للمشتري، والفرق بين هذا الفرع وبين السابق أن الزيادة الحكمية هنا لها مالية، بخلاف =



الزيادة بنسبة القيمة، وإن كان<sup>(١)</sup> صفةً من وجه، وعيناً من آخر كالصبيغ<sup>(٢)</sup> صار شريكاً بنسبته كما مر، وأولى هنا<sup>(٣)</sup>، ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالغرس<sup>(٤)</sup> أخذ المبيع وتخير بين قلع الغرس بالأرض وإبقائه بالأجرة، لأنه وضع بحق، ولو رضي ببقائه بها<sup>(٥)</sup> واختار المشتري قلعه فالظاهر أنه لا أرض له، وعليه تسوية الحفر حيثنذ، ولو كان زرعاً وجب إبقاؤه<sup>(٦)</sup> إلى أو ان بلوغه بالأجرة.

وإن وجدها ناقصة<sup>(٧)</sup> أخذها تجاناً كذلك إن شاء، وإن وجدها ممتزجة بغيرها<sup>(٨)</sup> فإن كان بمساوٍ، أو أردأ صار شريكاً إن شاء، وإن كان بأجود فقي

= الزيادة الحكمية في الفرع السابق فلا قيمة لها معتد بها عند العرف كفصل الثوب.  
(١) كان التغير.

(٢) فهو من ناحية تغير الثوب صفة، ومن ناحية كونه عرضاً موجوداً عين، وهذا مثال للزيادة المشوبة، وهذا الصبيغ ملك للمشتري فهو شريك مع البائع بنسبته.

(٣) لعينية الصبيغ هنا بخلاف الزيادة في السابق فإنها صفة محضة.

(٤) مثال للزيادة العينية، فلو أخذ البائع العين هنا - وهي الأرض بحسب المثال - كان جزءاً منها - وهو الغرس - ملكاً للمشتري، فيتخير البائع بين قلعه مع ضمان الأرض إذا نقص أو يبقيه بأجرة على المشتري جمعاً بين الحقين، لأن المشتري قد وضعه بحق حال كون الأرض ملكه.

(٥) رضي البائع ببقاء الغرس بالأرض فاختار المشتري قلعه فلا أرض للمشتري حيثنذ، لأنه هو الذي اختار القلع فيكون راضياً بما يرد عليه من النقصان فلا ضمان على البائع، بل يجب على المشتري تسوية الحفر حيثنذ لأنها بسبب عمله.

(٦) ولا يتخير البائع بين قلعه وإبقائه بالأجرة بخلاف الغرس، لأن الزرع يتلف بمجرد القلع بخلاف الغرس، مع أن الزرع له حدٌ يُنتظر بخلاف الغرس.

(٧) فتارة يكون النقص في العين المتباعدة من فعل المشتري وأخرى من فعل غيره، وعلى الثاني يأخذ البائع المغبون العين ولا شيء على المشتري لأن النقصان ليس من فعله، وعلى الأول فكذلك، لأن التصرف الواقع من المشتري قد وقع في ملكه، وهو تصرف مأذون فيه، فلا يتعقبه ضمان.

وأشكل عليه بأن النقص كالتلف، لأن النقص تلف البعض، وبالتلف يرجع البائع عند الفسخ على المشتري بالقيمة فكذا هنا.

(٨) بغير العين المتباعدة، ومراده ما لو تم الامتزاج بجنس العين كخلط الحنطة بالحنطة، وهو =

سقوط خياره، أو كونه شريكاً بنسبة القيمة، أو الرجوع إلى الصلح أوجه، ولو مزجها بغير الجنس<sup>(١)</sup> بحيث لا يتميز فكالمعدومة، وإن وجدها منتقلة عن ملكه<sup>(٢)</sup> بعقد لازم كالبيع والعتق رجوع إلى المثل، أو القيمة، وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولدة<sup>(٣)</sup>، ثم إن استمر المانع استمر السقوط<sup>(٤)</sup>، وإن زال<sup>(٥)</sup> قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه، أو مات

= تارة يكون بالمساوي أو بالأردأ أو بالأجود، فإن كان بالمساوي أو بالأردأ فالبائع بالخيار بين عدم الفسخ مع رضاه بالبيع وبين الفسخ وكون المشتري شريكاً بنسبة الزائد لاختلاط المالين، وهذا كله على تقدير عدم التمييز بين المالين.

وأشكل عليه بأن المزج بالأردأ يوجب نقصان مال البائع فيجري فيه ما جرى في الفرع السابق. وإن كان بالأجود ففيه احتمالات، سقوط خياره، لأن المشتري شريك بالأجود فلو فسخ البائع المغبون لدخل الضرر على المشتري لنقص الأجود بالخلط، وعدم سقوط خياره، لأن الضرر على المشتري بسبب فعله فيستصحب بقاء الخيار، والجمع بين الحقين بالصلح، بأن يصلح البائع المشتري على أن يبقى البائع العين عند المشتري فلا ضرر على المشتري.

(١) لو مزج زيت الزيتون بزيت الذرة، فالحكم كالحكم بأنها كالمعدومة وقد خرجت عن ملك المشتري بعقد لازم لأنه لا يمكن التمييز بينهما، فيرجع إلى المثل أو القيمة كما سيأتي، وأشكل عليه بأن المزج لا يوجب خروج العين عن المشتري غابته له الشركة، إلا أن يكون المزج مستهلكاً كوضع القليل من زيت الزيتون بزيت الذرة الكثير بحيث يُعدّ عند العرف كأنه معدوم فهنا يرجع إلى المثل أو القيمة.

(٢) ولا بد من التقييد بكون الخروج بعقد لازم كما فعل الشارح، وإلا لو كان الخروج بعقد جائز فيجب على المشتري الفسخ لترجع العين إلى البائع لأنها ملكه، وعلى كل فلو خرجت بعقد لازم فيرجع البائع هنا إلى المثل أو القيمة وهذا هو مقتضى القاعدة، إذ العين للبائع عند الفسخ فمع وجودها يرجع إليها، ومع عدمها السبب بفعل المشتري فثبت في ذمته مثلها أو قيمتها.

(٣) لأن المتنوع منه شرعاً كالممتنع عقلاً، فيرجع إلى المثل أو القيمة.

(٤) إذا استمر المانع الذي يمنع من الرجوع إلى العين إما لكونها منتقلة بعقد لازم أو مستولدة فيستمر سقوط الخيار الموجب لأخذ العين فقط، وإلا فالخيار الموجب لأخذ المثل أو القيمة ثابت كما ذكره الشارح.

(٥) إذا زال المانع، وزواله يرجع العين المتباعدة إلى المشتري إما بفسخ أو إقالة أو شرائها أو موت الولد في الأمة المستولدة، فإذا زال المانع قبل أن نحكم بوجود عوض =

الولد أخذ العين مع احتمال العدم<sup>(١)</sup>، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض، ففي رجوعه إلى العين وجهان<sup>(٢)</sup>، من بطلان حقه من العين، وكون العوض للحيلولة وقد زالت.

ولو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيارٍ أُلزم بالفسخ<sup>(٣)</sup>، فإن امتنع فسَّخه الحاكم، فإن تعذر فسَّخه المغبون، وإن وجدها منقولة المنافع<sup>(٤)</sup> جاز له الفسخ، وانتظار انقضاء المدة، وتصير ملكه من حينه وليس له فسخ الإجارة، ولو كان النقل جائزاً كالسكنى المطلقة فله الفسخ<sup>(٥)</sup>.  
هذا كله إذا لم يكن نصَّرف في الثمن تصرفاً يمنع من رده<sup>(٦)</sup> وإلا سقط

= العين أخذ البائع العين لوجود المنتضي لأنها ملكه، وعدم المانع لأن الفرض أن المانع قد ارتفع.

(١) عدم جواز أخذ البائع العين، لأن حق البائع قد بطل في العين حين وجود المانع، فلو رجعت إلى يد المشتري نشك برجوع حق البائع إليها فيستصحب العدم.

(٢) من أن حق البائع قد بطل في العين عند الحكم بالعوض فلو رجعت العين إلى يد المشتري فلا يعود حق البائع إليها استصحاباً، ومن أن حق البائع قد بطل وحكم بالعوض للحيلولة والمانع، فإذا زال المانع فلا بد أن يزول الحكم، نعم في الجواهر: «أنه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمة» انتهى، ولقد أجاد فيما أفاد، رحمه الله تعالى.

(٣) لإرجاع الحق إلى أهله، وهو دليل فسخ الحاكم أو المغبون أيضاً.

(٤) فيما لو أوقع المشتري على العين إجارة لازمة، فإما أن يفسخ البائع ويتنظر مدة الإجارة، أو يرضى بالبيع ولا يستعمل حقه بالخيار، وإذا فسخ لأن له حق الخيار صارت العين ملكه من حين الفسخ ويجب عليه الانتظار مع عدم جواز فسخه للإجارة اللازمة الواقعة على منافع العين، لأن الإجارة من فعل المشتري التي وقعت منه حال كونها ملكاً للمشتري وفعله مأذون فيه فلا يتعقبه الضمان.

(٥) البائع الذي فسخ عقد البيع بخيار الغبن فله فسخ العقد الجائز الواقع على منافع العين.

(٦) يجوز للبائع في جميع الصور المتقدمة أن يفسخ ما لم يتصرف تصرفاً مانعاً في الثمن وإلا فيسقط خياره، وقد جعله احتمالاً قوياً في المسالك، والدليل عليه أن المشتري المغبون لو تصرف في العين تصرفاً مانعاً لسقط خيار المشتري حيثئذٍ لأنه تصرف دال على الرضا بالعقد واستمراره كما تقدم، فكذا تصرف البائع في الثمن.

خياره، كما لو تصرف المشتري في العين، والاحتمال السابق<sup>(١)</sup> قائم فيهما، فإن قلنا به<sup>(٢)</sup> دفع مثله، أو قيمته<sup>(٣)</sup>.

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً<sup>(٤)</sup> فيرجع إلى عين الثمن، أو مثله، أو قيمته، وأما تصرفه فيما عُيِّنَ فيه فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم، ولا مانعاً من الرد، ولا منقصاً للعين فله ردها، وفي الناقل والمانع ما تقدم<sup>(٥)</sup>.

ولو كان قد زادها فأولى بجوازها<sup>(٦)</sup>، أو نقصها، أو مزجها، أو آجرها فوجهان، وظاهر كلامهم أنه غير مانع<sup>(٧)</sup>، لكن إن كان النقص من قبلة ردها مع الأرض، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت<sup>(٨)</sup>.

ولو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه<sup>(٩)</sup> من غير أرض إن لم يرض البائع بالأجرة، وفي خلطه بالأردأ الأرض<sup>(١٠)</sup>، وبالأجود<sup>(١١)</sup> إن بدَّلَ له بنسبته

(١) وجه التنظر السابق من المصنف يأتي عليها، لأن سقوط الخيار بالتصرف الناقل موجب للضرر على المغبون مع أن الضرر مستند خيار الغبن.

(٢) بالاحتمال السابق.

(٣) إذا فسخ المغبون بعد تصرفه الناقل فيما تحت يده فلا بد من دفع مثله أو قيمته.

(٤) سواء كان تصرفاً مانعاً أم لا، لأن تصرف أحدهما لا يدل على رضا الآخر باستمرار العقد.

(٥) من سقوط الخيار لتعذر إرجاع العين مع تنظر المصنف السابق.

(٦) فالرد أولى، لأن العين قد زادت فيرجع البائع - لو فسخ المشتري المغبون - على عين ماله مع زيادة بخلاف الصور السابقة من كون التصرف غير ناقل ولا مانع فإنه يرجع على عين ماله فقط.

(٧) التصرف بالنقص أو المزج أو الإجارة غير مانع، لأنه تصرف مأذون فيه وإن غير العين، واحتمال عدم الرد أنه لو فسخ وجب أن ترجع العين نفسها لا غير وهي متعذرة.

(٨) فمع التلف يضمن مثلها أو قيمتها، وهو رد بدل العين، فكذلك مع النقصان فعليه أن يرد العين وبدل النقص فيها.

(٩) على المغبون الذي تصرف فيما عُيِّنَ فيه، فإذا اختار الفسخ فلا بد من تخلص ماله من مال صاحبه الذي هو البائع.

(١٠) لأن المشتري هنا قد انقص العين عندما خلطها بالأردأ فعليه أرض النقصان.

(١١) فمع الفسخ، فلو بدل البائع له نسبة ما زاده فقد أنصفه وإلا فإشكال من أنه مزج العين =

فقد أنصفه، وإلا فإشكال.

(الثامن: خيار العيب<sup>(١)</sup>)، وهو كل ما زاد عن الحلقة الأصلية<sup>(٢)</sup> وهي

= بغيرها فيسقط خياره لتعذر إرجاع المبيع، ومن أنه زاد في المبيع فيكون شريكاً للبائع.

هذا وقال الشارح في المسالك: «واعلم أن هذه المسألة من المهمات، وفروعها متكررة، والأصحاب لم يحرروها على وجهها، وفي كثير من فروعها إشكال، ناشيء من عدم النص والفتوى انتهى».

(١) لو ظهر عيب في العين سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار بين فسخ العقد وبين أخذ الأرش، بلا خلاف فيه، لحديث (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(١)</sup>، ولمرسل جميل عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، قال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب)<sup>(٢)</sup>، ومثله غيره.

(٢) والضابط في العيب أن كل ما زاد أو نقص عن أصل الحلقة فهو عيب، والزيادة كالإصبع الزائد والنقصان كفوات عضو، والمستند في ذلك ما رواه في الكافي عن الحسين بن محمد عن السياري (روي عن ابن أبي ليلى أنه قدم إليه رجل خصماً له فقال: إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعراً، وزعمت أنه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبي ليلى: إن الناس يتحالفون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذي كرهت؟ قال: أيها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به، قال: اصبر حتى اخرج إليك، فإني أجد أذى في بطني، ثم دخل وخرج من باب آخر، فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له: أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعراً، يكون ذلك عيباً؟ فقال محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثني أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي ﷺ أنه قال: كل ما كان في أصل الحلقة فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن أبي ليلى: حسبك، ثم رجع إلى القوم فقصى لهم بالعيب)<sup>(٣)</sup>، وقال في المصباح المنير: «والركب بفتح الحين، قال ابن السكيت: هو منبت العانة، وعن الخليل هو للرجل خاصة، وقال الفراء: للرجل والمرأة».

(١) الرسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) الرسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٣) الرسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

خلقة أكثر النوع<sup>(١)</sup> الذي يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة<sup>(٢)</sup>، (أو نقص) عنها (عيناً كان) الزائد والناقص (كالإصبع) زائدة على الخمس، أو ناقصةً منها، (أو صفة كالحمى ولو يوماً)<sup>(٣)</sup> بأن يشتريه فيجده محمواً، أو يحتم قبل القبض وإن برىء ليومه، فإن وجد ذلك في المبيع سواء أنقص قيمته، أم زادها<sup>(٤)</sup>، فضلاً عن المساواة (فللمشتري الخيار مع الجهل) بالعيب عند الشراء (بين الرد والأرش، وهو<sup>(٥)</sup> جزء) من الثمن، نسبتبه إليه<sup>(٦)</sup> (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين) فيؤخذ

(١) أكثر أفراد النوع، حتى يعلم أنه من لوازم النوع.

(٢) هذا أصل الخلقة بحسب الذات أو بحسب الصفة.

(٣) قال في المسالك: «المعروف من حمى يوم، أنها التي تأتي في يوم من الأيام وتذهب فيه، ثم لا تعود، فلو عادت كل يوم لم تُسم حمى يوم بل حمى الورد، أو حمى بعد يوم فحمى الغب إلى آخر الأسبوع، وحينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتريه فيجده محمواً أو يحتم قبل القبض فإنه يجوز له الفسخ وإن ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم، وليس المراد بها ما يتوب يوماً معيناً من الأسبوع كما فسره بعضهم، فإن تلك لا تسمى حمى يوم، ولا ما تأتي كل يوم كما مرّه انتهى، وكلامه ظاهر في أن الحمى عيب سواء كانت حمى يوم أم حمى الورد أم حمى الغب، وهي كذلك في الأخيرين، وأما في الأول فمحل اشكال لعدم صدق العيب عليها عرفاً.

(٤) ذهب الفاضل ويحيى بن سعيد أنه يجب في العيب نقصان المالمية، وعن غيره الاطلاق بأن العيب لا يجب أن يكون موجباً للنقص، بل قد يزيد الثمن كعدم الشعر على الزكّب كما في خبر السيارى المتقدم.

(٥) الأرش.

(٦) نسبة هذا الجزء - وهو الأرش - إلى الثمن كنسبة التفاوت بين القيمتين، قيمة العين صحيحة وقيمة العين معيبة، فمثلاً عينٌ تساوي مائة بالقيمة السوقية لكنها بيعت بعشرين، ثم تبين فيها عيب، ومع العيب كانت قيمتها السوقية ثمانين، فنسبة التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، والعشرون خمس المائة التي هي القيمة السوقية حال كونها صحيحة، فيكون الأرش خمس قيمتها الشرائية أو خمس الثمن، فيرجع المشتري على البائع بخمس العشرين التي دفعها ثمناً، فيرجع بأربعة.

ولا يعقل أن يكون الأرش هو التفاوت بين القيمة السوقية حال كونها صحيحة وبين القيمة السوقية حال كونها معيبة، لأن التفاوت حينئذٍ مقداره عشرون بحسب المثال، فلو رجع المشتري على البائع بعشرين لرجع عليه بتمام الثمن الذي دفعه، فيكون قد أخذ المبتاع ولم =

ذلك (من الثمن) بأن يقوّم المبيع صحيحاً ومعيباً ويؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة، لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح، لأنه قد يحيط بالثمن، أو يزيد عليه<sup>(١)</sup>، فيلزم أخذه العوض والمعوض، كما إذا اشتراه بخمسين وقوّم معيباً بها وصحيحاً بمائة، أو أزيد، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال<sup>(٢)</sup> بخمسة وعشرين، وعلى هذا القياس.

(ولو تعددت القيم)<sup>(٣)</sup> إما لاختلاف المقومين، أو لاختلاف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع، فإن ذلك<sup>(٤)</sup> قد يتفق نادراً<sup>(٥)</sup>، والأكثر - ومنهم المصنف (رحمه الله) في الدروس - عبروا عن ذلك<sup>(٦)</sup> باختلاف المقومين (أخذت قيمة واحدة<sup>(٧)</sup>)

= يدفع في قبالة شيئاً، وجمع بين العوض والمعوض، وهذا مما لا يمكن الالتزام به.

(١) كما لو اشترى عيناً بعشرة وقيمتها السوقية مائة إذا كانت صحيحة وثمانين إذا كانت معيبة، وقيمة التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، فلو رجع المشتري بالعشرين لرجع إليه الثمن وزيادة.

(٢) وهو عندما اشترى العين بخمسين وقيمتها السوقية مائة إذا كانت صحيحة، وخمسين إذا كانت معيبة، فنسبة التفاوت بين القيمتين السوقيتين النصف، فيرجع المشتري بنصف الثمن الذي دفعه، وهو خمسة وعشرون.

(٣) بحيث اختلف أهل الخبرة في التقويم، ففي الجواهر يعمل بالصلح، وعن المفيد والمحقق والفاضل والشهيدين يعمل على الأوسط، وقال في المسالك: «المراد بالأوسط قيمةً منتزعةً من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم، فمن تلك القيمتين نصف مجموعهما، ومن الثلاثة ثلثه وهكذا، وإنما اعتبروا ذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على أخرى، ولانتفاء الوسط في نحو القيمتين والأربع، فلم يبق إلا أن يراد بالوسط معنى آخر، وهو انتزاع قيمة من المجموع، بحيث لا تكون القيمة المنتزعة أقرب إلى واحدة منها، وطريقه أن يجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك، وينسب إحداها إلى الأخرى، ويأخذ بتلك النسبة، ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة والمعيبة معاً وفي احدهما انتهى.

(٤) اختلاف قيمة أفراد ذلك النوع.

(٥) فيما إذا اختلفت الأسواق وتعددت فيكون للمصنف سعران أو ثلاثة بحسب تعدد الأسواق.

(٦) تعدد القيم.

(٧) قيمة منتزعة من مجموع القيم.

متساوية النسبة إلى الجميع<sup>(١)</sup> أي: منتزعة منه نسبتها إليه<sup>(٢)</sup> بالسوية (فمن القيمتين) يؤخذ (نصفهما)، ومن الثلاث ثلثها، (ومن الخمس خمسها) وهكذا.

وضابطه أخذ قيمة منتزعة من المجموع، نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم<sup>(٣)</sup>، وذلك لانتفاء الترجيح<sup>(٤)</sup>.

وطريقه<sup>(٥)</sup> أن تُجمَع القيم الصحيحة على حدة، والمعيبة كذلك، وتنسب إحداها إلى الأخرى، ويؤخذ بتلك النسبة<sup>(٦)</sup>.

(١) جمع القيم.

(٢) نسبة القيمة المنتزعة إلى مجموع القيم.

(٣) فلو كانت القيم ثلاثة أخذ ثلثها وهكذا.

(٤) انتفاء ترجيح قيمة على أخرى فلا بد من أخذ قيمة منتزعة من الجميع.

(٥) طريق انتزاع قيمة واحدة تكون نسبتها إلى المجموع بالسوية.

(٦) فلو قالت إحدى البيتين إن قيمة المبيع بالقيمة السوقية اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيياً، وقالت بينة أخرى: ثمانية صحيحاً وخمسة معيياً، فمجموع القيمتين الصحيحتين عشرون، ومجموع القيمتين المعيبتين خمسة عشر، والتفاوت بينهما خمسة، وهو الربع بلحاظ المجموعين، فيرجع بربع الثمن حينئذٍ فلو كان الثمن اثني عشر فالأرض ثلاثة، لأنها ربع الاثني عشر.

وعن الشهيد الأول - بل عن إيضاح النافع أنه الحق - أنه يُنسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة، ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم، ففي المثال المتقدم تفاوت ما بين المعيبة والصحيحة على قول البينة الأولى السدس، لأن الفرق بين الاثني عشر والعشرة اثنان، والاثنان سدس الاثني عشر، وعلى قول البينة الثانية هو ثلاثة أثمان، لأن الفرق بين الثمانية والخمسة ثلاثة، والثلاثة من الثمانية ثلاثة أثمان.

ومجموع النسبتين من الثمن الذي هو اثنا عشر بحسب الفرض ستة ونصف، لأن سدس الاثني عشر اثنان، وثمان الاثني عشر واحد ونصف، وثلاثة أثمانه أربعة ونصف، فإذا جمع ثلاثة أثمانه مع سدسه فيرتقى الحاصل إلى ستة ونصف، وهذا المجتمع - أعني ستة ونصف - لا بد أن يؤخذ نصفه، لأنه حاصل من قيمتين والعين لها قيمة واحدة فيكون الحاصل ثلاثة وربع، وهذا هو الأرض الذي يرجع به المشتري على البائع إذا كان الثمن اثني عشر، مع أنه على الطريقة الأولى يرجع بثلاثة وهنا يرجع بثلاثة وربع.

هذا كله إذا اختلفت البيئات في قيمته صحيحاً ومعيياً، وأما لو اختلفت في احداها فسبأي الكلام فيه.



ولا فرق بين اختلاف المؤمنين في قيمته صحيحاً، ومعيباً، وفي إحداهما<sup>(١)</sup>.

وقيل: يُنسب معيب كل قيمة إلى صحيحها، ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبتها<sup>(٢)</sup>، وهذا الطريق منسوب إلى المصنف، وعبارته هنا وفي الدروس لا تدل عليه.

وفي الأكثر يتحد الطريقان<sup>(٣)</sup>، وقد يختلفان في سير، كما لو قالت إحدى

(١) أن تتفق البيتان على القيمة الصحيحة وتختلف في المعيبة، فتتفق على أن قيمته اثنا عشر صحيحاً، ثم قالت إحداها: عشرة معيباً، وقالت الأخرى: ستة.

فمجموع القيمتين الصحيحتين أربعة وعشرون، ومجموع القيمتين المعيبتين ستة عشر، والتفاوت بين المجموعين ثمانية، ونسبته إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري بثلث الثمن حينئذٍ، فلو كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض فيرجع بأربعة.

وعلى قول الشهيد فالتفاوت بين الصحيح والمعيب على قول الأول اثنان ونسبته السدس، وعلى قول الثانية ستة ونسبتها النصف.

ومجموع النسبتين - أعني النصف والسدس - من الثمن الذي هو اثنا عشر، ثلثان، ولا بد من تنصيفه، لأن العين لها قيمة واحدة، فيكون الأرض من الثمن هو الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن وهو أربعة.

وفي هذه الصورة اتفق التقدير على الطريقتين.

ولو اتفقت البيتان على المعيبة دون الصحيحة، كان اتفقت على أن قيمته معيباً ستة، وقالت إحدى البيتين: قيمته ثمانية صحيحاً، والأخرى قالت: عشرة.

فعلى طريقة الأكثر: مجموع الصحيحتين ثمانية عشرة، ومجموع المعيبتين اثنا عشر، والتفاوت ستة، ونسبته إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن، وهو أربعة إذا كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض، وعلى طريقة الشهيد فالتفاوت بين الصحيح والمعيب على قول الأول اثنان، ونسبته الربع، والتفاوت على قول الثانية أربعة، ونسبته خسان، ومجموع النسبتين من الثمن هو (٧،٨)، ولا بد من تنصيفه لأن العين لها قيمة واحدة فيكون الأرض هو (٣،٩) من اثني عشر الذي هو الثمن.

وهذه صورة ثانية والمجموع ثلاث صور، مع ضميعة ما لو اختلفت البيتان في قيمته صحيحاً ومعيباً على ما تقدم، وهذا كله إذا كان الاختلاف بين بيتين، وأما لو تعددت البيئات بأن كانت ثلاثة أو أكثر فيعرف حكمها مما تقدم.

(٢) بنسبة القيم فلو كانت ثلاثة أخذ ثلث المجموع وهكذا.

(٣) طريق الأكثر وطريق الشهيد، والاتحاد بالنتيجة كما هو واضح، كما في الصورة الثانية =

البيتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحاً، وعشرة معيماً، والأخرى: ثمانية صحيحاً، وخمسة معيماً<sup>(١)</sup>، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيتين الربع، فيرجع برقع الثمن، وهو ثلاثة من اثني عشر لو كان كذلك<sup>(٢)</sup>، وعلى الثاني<sup>(٣)</sup> يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى وهو السدس، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف، يؤخذ نصفها: ثلاثة وربع، فظهر التفاوت.

ولو كانت ثلاثاً<sup>(٤)</sup>، فقالت إحداها: كالأولى، والثانية: عشرة صحيحاً وثمانية معيماً، والثالثة: ثمانية صحيحاً وستة معيماً، فالصحيحة ثلاثون، والمعيبة

= المتقدمة في الشرح، والأولى بالشارح أن يقول: وفي الأكثر يختلف الطريقان وقد يتحدان في يسير.

(١) هذه هي الصورة الأولى المتقدمة.

(٢) لو كان الثمن اثني عشر.

(٣) قول الشهيد.

(٤) كانت البنات ثلاثة، فقالت إحداها كالأولى في الصورة المتقدمة من كلام الشارح: بأن قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيماً، وقالت الثانية: قيمته عشرة صحيحاً وثمانية معيماً، والثالثة: ثمانية صحيحاً وستة معيماً، فعلى طريقة الأكثر القيم الصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، والتفاوت بينهما ستة، وهي خمس مجموع القيم الصحيحة، فيرجع المشتري بخمس الثمن الذي دفعه، فلو كان الثمن اثني عشر فيرجع به  $\frac{2}{10}$ ، وعلى قول الشهيد التفاوت بين الصحيح والمعيب على الأولى اثنان ونسبته السدس، وعلى الثانية اثنان ونسبته الخمس، وعلى الثالثة اثنان ونسبته الربع، ومجموع النسب من الثمن الذي هو اثنا عشر بحسب الفرض هو:  $\frac{2}{10}$ ، لأن السدس اثنان، والخمس  $\frac{2}{10}$ ، والربع ثلاثة. ولا بد من تقسيم هذا المجموع على ثلاثة، لأن العين لها قيمة واحدة فالحاصل بعد التقسيم هو:  $\frac{2}{15}$ .

والفرق بين النتيجتين هو ثلث الخمس، لأن الحاصل على الطريقة الأولى  $\frac{2}{10}$ ، والحاصل على الطريقة الثانية  $\frac{2}{15}$ ، والفرق بينهما  $\frac{1}{15}$ ، وإليك البيان:

إن الكسر إذا ضربنا مخرجه بعدد وكذلك صورته بنفس العدد تبقى قيمته على ما هي عليه من دون تغيير، وعليه فلو ضربنا  $\frac{2}{10}$  بثلاثة فالحاصل  $\frac{6}{10}$ ، من دون تغيير للقيمة، لأن القيمة في كليهما هي خمس، فلو طرحنا  $\frac{6}{10}$  من  $\frac{2}{15}$  فيبقى  $\frac{1}{15}$ ، وهذا ثلث الخمس، لأن الخمس هو  $\frac{3}{15}$ ، وتلك  $\frac{1}{15}$  كما هو واضح.

أربعة وعشرون، والتفاوت ستة هي الخمس، وعلى الثاني<sup>(١)</sup> يجمع سدس الثمن وخمسة وربعه ويؤخذ ثلث المجموع، وهو يزيد عن الأول بثلث خمس.

ولو اتفقت على الصحيحة كائني عشر<sup>(٢)</sup>، دون المعيبة، فقالت إحداهما: عشرة، والأخرى: ستة، فطريقه تنصيف المعيبين<sup>(٣)</sup>، ونسبة النصف إلى الصحيحة، أو تجمع المعيبين مع تضعيف الصحيحة وأخذ مثل نسبة المجموع إليه<sup>(٤)</sup>، وهو الثلث، وعلى الثاني<sup>(٥)</sup> يؤخذ من الأولى<sup>(٦)</sup> السدس، ومن الثانية النصف، ويؤخذ نصفه<sup>(٧)</sup>، وهو الثلث أيضاً<sup>(٨)</sup>.

ولو انعكس<sup>(٩)</sup> بأن اتفقتا على الستة معيباً، وقالت إحداهما: ثمانية صحيحاً، وأخرى: عشرة، فإن شئت جمعتهما وأخذت التفاوت، وهو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين<sup>(١٠)</sup> ونسبته إلى المعيبة، وهو الثلث أيضاً، وعلى

(١) قول الشهيد.

(٢) هذه هي الصورة الثانية المقدمة في الشرح.

(٣) تقدم شرح هذه الصورة، وشرحها قائم على جمع القيمتين المعيبتين وتكرار الصحيحتين، وأخذ نسبة المجموع إلى المجموع، وهو الثلث، وهناك طريق آخر بتنصيف المعيبين ونسبة التنصيف إلى الصحيحة فيظهر الثلث.

فالمعيبتان:  $10 + 6 = 16$ ، ونصفها ثمانية، ونسبة الثمانية إلى الاثني عشر التي هي قيمة الصحيحة على اختلاف البيتين هي الثلث، فيرجع المشتري بثلث الثمن على البائع، وثلث الثمن أربعة.

(٤) نسبة مجموع المعيبين إلى مضاعف الصحيحة.

(٥) قول الشهيد.

(٦) البيئة الأولى.

(٧) نصف المجموع من السدس والنصف، والمجموع لثان، ونصفه ثلث.

(٨) كالثالث على طريقة الأكثر، وفي هذه الصورة أتمدت الطريقتان.

(٩) هذه هي الصورة الثالثة المقدمة في الشرح.

(١٠) الصحيحتان تساوي ثمانية عشر، ناشئة من  $8 + 10$ ، ونصفها تسعة، ونسبة تفاوت التسعة إلى الستة - التي هي قيمة المعيبة -: الثلث.

الثاني<sup>(١)</sup> يكون التفاوت ربعاً<sup>(٢)</sup> وخمسين<sup>(٣)</sup>، فنصفه وهو ثمن وخمس<sup>(٤)</sup> ينقص عن الثلث بنصف خمس، وعلى هذا القياس.

(ويسقط الرد بالتصرف)<sup>(٥)</sup> في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده<sup>(٦)</sup>، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغيراً للعين أم لا، عاد إليه

(١) قول الشهيد.

(٢) مقدار التفاوت في البيعة الأولى.

(٣) مقدار التفاوت في البيعة الثانية.

(٤) فالثلث نصف الربع، والخمسة نصف الخمسين، هذا وقد عرفت سابقاً أن الأرض من الثمن الذي هو اثنا عشر هو: ٣,٩، وهو يساوي ثمناً وخمساً، لأن ثمن الاثني عشر واحد ونصف، وثلث الاثني عشر اثنان وأربعة من عشرة، فالمجموع: ٣,٩ = ٢,٤ + ١,٥. وهو ينقص عن ثلث الاثني عشر بنصف الخمس، لأن ثلث الاثني عشر أربعة، وطرح ٣,٩ من أربعة يبقى ٠,١، وهذا نسبه إلى الواحد الصحيح عُشر، والعُشر نصف الخمس.

(٥) التصرف هنا مسقط لخيار العيب، أما الأرض فباقي، كما كان التصرف مسقطاً لخيار الحيوان، فيشمل ما لو كان ناقلاً أو مانعاً من الرد، أو مغيراً للعين بزيادة أو نقصاً أو امتزاج أو غير ذلك.

بلا خلاف فيه، لمسل جميل عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب)<sup>(١)</sup>، وخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (أيما رجل اشترى شيئاً، وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمض عليه البيع ويُرَدُّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به)<sup>(٢)</sup>.

وفهم الأصحاب من «الحدث» في خبر زرارة مطلق التصرف حتى ركوب الدابة كما في خيار الحيوان، وقد عرفت أن مطلق التصرف الدال على الرضا باستمرارية العقد هو المسقط للخيار فضلاً عن الحدث الموجب للتغيير.

(٦) ولم يخالف في ذلك إلا ابن حمزة حيث جعل التصرف بعد العلم مانعاً من الأرض كما =

بعد خروجه عن ملكه أم لا، وما تقدم في تصرف الحيوان آتٍ هنا<sup>(١)</sup>، (أو حدوث عيب بعد القبض)<sup>(٢)</sup> مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا.

واحترزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيواناً وحدث فيه العيب في الثلاثة<sup>(٣)</sup> من غير جهة المشتري<sup>(٤)</sup>، فإنه حيثئذ لا يمنع من الرد ولا الأرض، لأنه مضمون على البائع.

ولو رضي البائع برده<sup>(٥)</sup> مجبوراً بالأرض، أو غير مجبور جاز.

وفي حكمه<sup>(٦)</sup> ما لو اشترى صفقة متعددة وظهر فيه<sup>(٧)</sup> عيب وتلف أحدها،

= يمنع من الرد، وردّ عليه الشارح في المسالك بقوله: «وهو ضعيف، إذ لا دلالة للتصرف على إسقاطه - أي الأرض - والأصل يقتضي بقاءه، نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد انتهى».

(١) وأن التصرف للاستخبار مسقط أو لا وهكذا.

(٢) فإنه يسقط خيار المشتري، لأنه بعد قبض المشتري لا ضمان على البائع فلو أرجعه بالعيب القديم للزم الضرر على البائع من جهة العيب الحادث، بلا فرق بين كون العيب الحادث من جهة المشتري أو من جهة أجنبي.

(٣) فيجوز للمشتري الفسخ حيثئذ وإن كان المبتاع فيه عيبان، العيب القديم قبل العقد وهو مضمون على البائع بحسب الفرض، والعيب الحادث بعد العقد في الثلاثة بالنسبة للمبتاع إذا كان حيواناً، وهو مضمون على البائع أيضاً، لأنه وقع في زمن خيار المشتري.

(٤) أما لو كان من جهته فيسقط خياره.

(٥) تقدم أن العيب الحادث بعد قبض المشتري مسقط لخيار الفسخ لأنه غير مضمون على البائع، نعم لو رضي البائع بالرد ورضي بالمبيع مع الأرض لنقصانه أو بدونه يجوز، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

(٦) حكم سقوط الرد بالعيب بعد القبض.

(٧) في المبيع، وذلك ما لو اشترى شيئين صفقة واحدة بثمن واحد، ثم تبين وجود عيب في أحدهما، فلا يجوز للمشتري رد الميعب فقط، لتبعض الصفقة على البائع، وهو ضرر منفي، فالمشتري إما أن يردهما معاً أو يأخذ الأرض، فلو تلف غير الميعب فيسقط الرد حيثئذ، لتلف بعض المبيع، فيتعذر إرجاع المبيع على البائع لو فسخ المشتري، فيتعين كذلك أخذ أرض العيب فقط.

أو اشترى إثنان صفقة<sup>(١)</sup> فامتنع أحدهما من الرد فإن الآخر يُمنع منه وله الأرش، وإن<sup>(٢)</sup> أسقطه الآخر، سواءً اتحدت العين أم تعددت، اقتسامها أم لا.

وأولى بالمنع من التفريق الوزات عن واحد<sup>(٣)</sup>، لأن التعدد هنا طارئ على العقد، سواء في ذلك خيار العيب وغيره.

وكذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعداً<sup>(٤)</sup> فظهر في أحدهما عيب، فليس له رده، بل ردهما، أو إمساكهما بأرش المعيب.

وكذا يسقط الرد، دون الأرش إذا اشترى من ينعق عليه<sup>(٥)</sup>، لانعاقه بنفس الملك، ويمكن رده إلى التصرف، وكذا يسقط الرد بإسقاطه<sup>(٦)</sup> مع اختياره الأرش أو لا معه.

(١) بأن اشترى شخصان شيئين على نحو الشركة بينهما، وكان بيع الشيئين صفقة، أي: بضمن واحد، فإن ظهر عيب في أحد الشيئين فللمشتريان الرد أو الامساك مع الأرش، وهو مما لا خلاف فيه، نعم ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه على المشهور، لأن الرد المذكور موجب لتبعض الصفقة على البائع، وهو ضرر منفي.

وعن الشيخ والقاضي والحلي وفخر المحققين أنه يجوز لأحدهما الرد دون صاحبه، لإطلاق أدلة خيار العيب، ولأن هذا العقد بمنزلة عقدين لأنه باع شخصين مع العلم بجواز رد أحدهما دون الآخر في العقدين، وهو ضعيف، لوجود الفرق الواضح.

(٢) إن وصلية، والمعنى أن الآخر الذي هو الممتنع من الرد لو أسقط أرشه فإن الأرش ثابت للأول، لأنه ماله، والناس مسلطون على أموالهم، لا على أموال غيرهم.

(٣) والمعنى أنه لو اشترى شيئاً وظهر فيه عيب سابق على العقد فيثبت له خيار العيب، فلو مات وكان له ورثة متعددون فيرثون هذا الخيار، فلو امتنع بعض الورثة عن الرد فليس لبقية الورثة الرد، لتبعض الصفقة على البائع، بل إن الحكم هنا أولى من الفرع السابق، وهو ما لو اشترى شريكان صفقة واحدة، ووجه الأولوية أن التعدد في السابق كان قبل العقد، وهنا التعدد بعد العقد، طارئ عليه ولم يكن حاصل قبله.

(٤)

تقدم الكلام فيه.

(٥) كما لو اشترى أباه الذي ينعق عليه، ثم بان فيه عيب، فيمنع المشتري من الرد، لأن رده إرجاع الأب إلى الرقية مع أنه أصبح حراً بمجرد دخوله في ملك المشتري، بل يمكن إرجاع هذا الفرع إلى صورة التصرف المانع من الرد، لأنه موجب للتقل عن الملك.

(٦) لأن الناس مسلطون على أموالهم، وهم مسلطون على حقوقهم أيضاً، والخيار حق.

(و) حيث يسقط الرد (يبقى الأرش، ويسقطان) أي: الرد والأرش معاً (بالعلم به) أي: بالعيب (قبل العقد)<sup>(١)</sup>، فإن قدومه عليه عالماً به رضا بالعيب، (وبالرضا به بعده)<sup>(٢)</sup> غير مقيد بالأرش، وأولى منه<sup>(٣)</sup> إسقاط الخيار، (وبالبراءة)<sup>(٤)</sup> أي: براءة البائع (من العيوب ولو إجمالاً) كقوله: «برئت من جميع العيوب» على أصح القولين<sup>(٥)</sup>، ولا فرق بين علم البائع والمشتري بالعيوب وجهلها<sup>(٦)</sup>، والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها، ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة<sup>(٧)</sup>، حيث تكون مضمونة على البائع، لأن

- (١) فعلم المشتري بالعيب قبل العقد موجب لرضاه به فلا يكون له خيارٌ بلا خلاف فيه .
- (٢) بعد العقد، ورضاه به تنازل عن حقه، فلا يثبت له فسخ ولا أرش .
- (٣) وأولى من الرضا ما لو صرح بإسقاط الخيار، ووجه الأولوية أن الرضا بالعيب غير صريح في إسقاط الأرش بخلاف إسقاط الخيار لأن الخيار أمر يقتضي جواز إرادة كل من الرد والأرش صريحاً، فيكون إسقاطه تصريحاً بإسقاطهما .
- (٤) بأن يقول البائع: بعتك هذا وأنا بريء من كل عيب، أو نحو ذلك، فهو مسقط للفسخ والأرش بلا خلاف فيه، لأن المشتري رضي بهذا الإسقاط في متن العقد، وهو شرط يجب الوفاء به، ولمضموم خبر زرارة المتقدم<sup>(١)</sup>، وخبر جعفر بن عيسى (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، المتاع يباع فيمن يزيد، فينادي عليه النادي، فإذا نادى عليه بريء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فرمى زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وأنه لم يعلم بها، فيقول النادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أبصدق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يُصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه السلام: عليه الثمن)<sup>(٢)</sup> .
- (٥) وهذا ما عليه الأكثر، وذهب الاسكافي والقاضي أنه لا يكفي التبني إجمالاً، بل لا بد من التفصيل، للجهالة، وهو قول مردود للأخبار المتقدمة .
- (٦) لإطلاق الأدلة، والاطلاق شامل للمبيع سواء كان حيواناً أم لا، وسواء كانت العيوب باطنة أم لا .
- (٧) بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه، وهو الحجة، ولا يقدر في الثاني أنه براءة عما لا يجب =

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢ .

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

الخيار بها ثابت بأصل العقد وإن كان السبب<sup>(١)</sup> حيثئذ<sup>(٢)</sup> غير مضمون<sup>(٣)</sup>.

(والإباق) عند البائع<sup>(٤)</sup> (وعدم الحيض) ممن شأنها الحيض<sup>(٥)</sup> بحسب سنها

= فيكون كإسقاط ما لم يثبت، لأن التبري من العيب الموجب للخيار، هو العيب الذي يوجه بحسب أصل العقد، وما هذا شأنه لا يكون إلا العيب الموجود حال العقد، لا المتجدد.

وفيه: أن العيب المتجدد بعد العقد والمضمون على البائع كعيب الحيوان في الثلاثة مما يوجب الخيار بحسب أصل العقد أيضاً.

(١) سبب الخيار وهو العيب.

(٢) حين العقد.

(٣) لأنه غير موجود.

(٤) لو أبق العبد عند المشتري بعد القبض، حيث لا يكون مضموناً على البائع، وذلك بعد الثلاثة، فلا يثبت للمشتري بهذا الإباق حق الفسخ ولا الأرش، كما في سائر العيوب الحادثة عند المشتري، كفقده عينه ونحو ذلك، وهو مما لا خلاف فيه، لمسل ابن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (ليس في الإباق عهدة)<sup>(١)</sup>، وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى علي عليه السلام أنه ليس في إباق العبد عهدة إلا أن يشترط البائع)<sup>(٢)</sup>.

نعم لو أبق عند البائع قبل قبض المشتري، كان للمشتري فسخ العقد بخيار العيب، لأن الإباق عيب، بلا خلاف فيه، لخبر أبي همام (سمعت الرضا عليه السلام يقول: يُرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص، فقلت: كيف يُرد من أحداث السنة؟ قال: هذا أول السنة، فإذا اشتريت مملوكاً فحدث به حدث من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجّة رددته على صاحبه، فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا، إلا أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده - أي البائع -)<sup>(٣)</sup>.

(٥) على مذهب الأكثر، لأن عدم الحيض لا يكون حيثئذ إلا لعارض، ويترتب عليه عدم قبولها للحمل وانحراف مزاجها، ويدل عليه صحيح داود بن فرقد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، =

(٢١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ و٢.

(٢٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.



(عيب) ويظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإباق مرةً قبل العقد<sup>(١)</sup>، وبه صرح بعضهم، والأقوى اعتبار اعتياده، وأقل ما يتحقق بمرتين، ولا يشترط إباقه عند المشتري<sup>(٢)</sup>، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد، ولو تجدد عند المشتري في الثلاثة<sup>(٣)</sup> من غير تصرّف فهو كما لو وقع عند البائع، ولا يعتبر في ثبوت عيب الحبيض مضي ستة أشهر<sup>(٤)</sup> كما ذكره جماعة، بل يثبت بمضي مدة تحييض فيها أسنانها<sup>(٥)</sup> في تلك البلاد، (وكذا الثفل<sup>(٦)</sup>) - بضم المثناة - وهو ما استقر تحت المانع من كُدرة (في الزيت) وشبهه (غير المعتاد)<sup>(٧)</sup>، أما المعتاد منه فليس بعيب، لاقتضاء طبيعة الزيت وشبهه كون ذلك فيه غالباً، ولا يشكل صحة البيع مع

= وليس بها حل، فقال: إن كان مثلها تحييض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تُردُّ منه<sup>(٨)</sup>.

وخالف ابن إدريس بناءً على أصله من المنع بالعمل بخبر الواحد، وهو ضعيف.

(١) كما ذهب إليه العلامة في التذكرة والمحقق في الشرائع وثاني المحققين في جامعهم، لظهور الأخبار المتقدمة في أن مطلق الإباق عيب، وهو يتحقق بالمرة، ولأن الإقدام عليه يوجب الجراة عليه ويصير للشيطان عليه سبيل، وشرط بعض الأصحاب اعتياده، وهو اللائح من مسوط الشيخ كما قبل، ومال إليه الشارح في المسالك، وقواء هنا، وأقل ما يتحقق بمرتين.

(٢) تقدم الكلام فيه.

(٣) ثلاثة أيام التي هي خيار الحيوان.

(٤) نُسب ذلك إلى جماعة لوروده في الخبر المتقدم، ورُدّ: بأن هذا قد ورد في السؤال فقط، والجواب لم يتقيد به، ولم يجعل الحكم دائراً مداره، ليكون قيداً فيه.

(٥) نظيراتها.

(٦) قال في المصباح المنير: «الثفل مثل قفل حثالة الشيء، وهو الثخين الذي يبقى أسفل الصافي».

(٧) فهو عيب بلا خلاف فيه، لكونه عيباً عرفياً، وخبر ميسر بن عبد العزيز عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً، فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه)<sup>(٩)</sup>.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

زيادته عن المعتاد<sup>(١)</sup> بجهالة قدر المبيع المقصود بالذات، فيجهل مقدار ثمنه، لأن مثل ذلك غير قاذح مع معرفة مقدار الجملة كما تقدم في نظائره.

(التاسع: خيار التدليس)<sup>(٢)</sup> وهو تفعيل من الدَّلَس محرَكاً<sup>(٣)</sup>، وهو الظلمة كأنَّ المدَّلَس يُظلم الأمر ويبهمه حتى يوهم غير الواقع، ومنه<sup>(٤)</sup> اشتراط صفة

= وهو صريح بأنه مع العلم بالنفل غير المعتاد فلا خيار له، لأن اقدامه مع العلم رضا منه بالمعيب، ويستثنى من ذلك ما لو جرت العادة بكون الزيت فيه مقدار من الثفل، فلا شبهة أن الزيت مع هذه العادة تكون له طبيعة ثانية، فلو خرج الزيت وفيه ثفل متعارف فلا عيب لتطابقه مع هذه الطبيعة الثانوية.

(١) قال في المسالك: «وربما أشكل الحكم فيما لو كان - الثفل - كثيراً وعلم به باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للفرور، والمشاهدة في مثل ذلك غير كافية، وربما اندفع بأن معرفة الجميع كافية كما في معرفة مقدار السمن بظروفه جملة من دون العلم بالتفصيل» انتهى.

(٢) قال في المصباح المنير: «دلس البائع تدليساً، كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه، قاله الخطابي وجماعة، ويقال أيضاً: دلس دلساً من باب ضرب، والتشديد أشهر في الاستعمال، قال الأزهري: سمعت أعرابياً يقول: ليس في الأمر وُلَس ولا دُلَس، أي لا خيانة ولا خديعة، والدُّلْسَة بالضم الخديعة أيضاً، وقال ابن فارس: وأصله من الدَّلَس وهو الظلمة» انتهى.

(٣) على قول ابن فارس.

(٤) من التدليس، هذا واعلم أن صريح عبارة الخطابي وغيره من أهل اللغة، وغيره من الفقهاء كالمسالك أن التدليس هو إخفاء عيب السلعة، وأن عبارة الأزهري أن التدليس هو الخدعة والخديعة، والثاني أعم، لأن الخديعة كما تتحقق بإخفاء عيب في السلعة تتحقق بإظهار السلعة على صفة كمالية ليست فيها، فالخديعة في الثاني بالإظهار، وفي الأول بالإخفاء.

وبما أن الأول من موارد خيار العيب حُصَّ التدليس بالثاني، وهو إظهار شيء في السلعة على خلاف واقعها.

فالتدليس إيهام المشتري أن السلعة على صفة كذا، ثم يتبين أنها ليست كذلك، وإيجاب العقد على المشتري ضرر عليه وهو منفي، بالإضافة إلى النصوص الواردة في بعض موارد التدليس، كالشاة على ما سيأتي بيانه، فالتدليس يوجب له خيار الفسخ، ويتسلطه على الفسخ يرتفع عنه الضرر، ولا دليل على الأرض هنا، بل يظهر من الجواهر الاجماع عليه.

فتفوت<sup>(١)</sup>، سواء كان من البائع أم من المشتري (فلو شرط صفة كمال كالبيكاراة، أو توهمها) المشتري كمالاً ذاتياً<sup>(٢)</sup> (كنحمبر الوجه، ووَضِل الشعر فظهر الخلاف، تخيير) بين الفسخ والإمضاء بالثمن، (ولا أرش) لاختصاصه<sup>(٣)</sup> بالعيب، والواقع ليس بعيب، بل فوات أمر زائد، ويشكل ذلك في البيكاراة<sup>(٤)</sup> من حيث إنها بمقتضى الطبيعة، وفواتها نقص يحدث على الأمة ويؤثر في نقصان القيمة تأثيراً يبيّن فيتخير بين الرد والأرش، بل يحتمل ثبوتها وإن لم يشترط<sup>(٥)</sup>، لما ذكرناه خصوصاً

(١) فلو اشترط المشتري صفة كمال في الثمن، أو البائع صفة كمال في الثمن ففادت كان للمشترط خيار الاشرط، وهو يوجب الفسخ أو الامسك من دون أرش، إلا أن هذا المورد أيضاً من موارد خيار التذليس، والفرق بينهما على ما قاله سيد الرياض: «والفرق بين خيار التذليس وخيار الاشرط، أي: تخلف الشرط، أن خيار التذليس إنما هو فيما شرط صفة كمالٍ للمبيع فظهر خلافه، والاشترط إنما هو فيما شرط غير ما هو كمال، ولو كان وصفاً، أو شرط ما ليس بوصف أصلاً، هذا مع الاشرط، وأما بدونه فالفرق ظاهر».

(٢) كما لو اشترها أنها محمرة أو ذات شعر بدون اشترط، فبانت أنها ليست كذلك، فالمشهور على أنها تدليس فيثبت له خياره، وعن الشيخ في الخلاف أنه لا خيار له، لأنه لا دليل عليه، ووجوب الوفاء بالعقد يتفيه، ورُدّ: بأن الأغراض تختلف في ذلك، فربما رغب المشتري فيما شاهد أولاً ولم يسلم له فيكون مخدوعاً بما رأى.

(٣) اختصاص الأرش، وقد تقدم الكلام فيه.

(٤) يشكل عدم ثبوت الأرش في البيكاراة، لأن البيكاراة أمرٌ تقتضيه الطبيعة الأنوثية، ففواتها عيب، فلا بد من إثبات خيار العيب له، الموجب للفسخ أو الامسك مع الأرش، وثانياً أن فوات البيكاراة نقص في الأمة، ولذا ينقص من قيمتها شيء يبيّن من المالية، وهذا كاشف عن كون عدم البيكاراة عيباً، فلا بد من ثبوت خيار العيب للمشتري لينجير الضرر الواقع عليه.

(٥) يحتمل ثبوت الرد والأرش وإن لم يشترط البيكاراة لما تقدم، هذا وذهب المشهور أن الشيوبة ليست عيباً في الإماء، لأن أكثر الإماء لا يوجدن إلا نيبات، فتكون الشيوبة بمنزلة الخلفة الأصلية وإن كانت عارضة.

وفيه: أن هذا ثابت في خصوص المجلوب من بلاد الشرك، فلا يوجب كون الطبيعة في الجميع قائمة على عدم البيكاراة، وأيضاً لو سلم كون الطبيعة في الإماء على عدم البيكاراة فلا تجري في الصغيرة التي ليست محل الوطاء، فإن أصل الخلفة والغالب فيها البيكاراة فتكون الشيوبة عيباً.

في الصغيرة التي ليست محل الوطاء، فإن أصل الخلقة والغالب متطابقان في مثلها على البكارة فيكون فواتها عيباً، وهو في الصغيرة قويٌّ، وفي غيرها مُتَّجِه، إلا أن الغالب لما كان على خلافه في الإماء كانت الثيبوبة فيهن بمنزلة الخلقة الأصلية وإن كانت عارضة.

وإنما يثبت الحكم مع العلم<sup>(١)</sup> بسبق الثيبوبة على البيع بالبينة، أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار إلى زمان البيع، بحيث لا يمكن تجدد الثيبوبة فيه عادة، وإلا فلا خيار، لأنها قد تذهب بالعلة والنزوة وغيرهما<sup>(٢)</sup>، نعم لو تجددت في زمن خيار الحيوان، أو خيار الشرط ترتب الحكم<sup>(٣)</sup>.  
ولو انعكس الفرض بأن يشترط الثيبوبة فظهرت بكرةً فالأقوى تخيره<sup>(٤)</sup> أيضاً بين الرد والإمسك بغير أرش، لجواز تعلق غرضه بذلك، فلا يقدر فيه كون البكر أتم غالباً.

= وذهب ابن البراج وصاحب الجواهر إلى أن عدم البكارة مطلقاً عيب، باعتبار أن كلما زاد عن الخلقة الأصلية أو نقص فهو عيب، والخلقة الأصلية تقتضي البكارة، فعدمها يكون عيباً، وهو الأقوى.

(١) لو شرط المشتري صفة البكارة ففاته، فلا بد أن تفوت عند البائع ليكون للمشتري خيار التدليس أو العيب، وإنما يثبت فواتها عند البائع بالبينة أو بالاقرار من البائع أو قرب زمان اختبارها لزمن البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيبوبة، أما لو تأخر زمان الاختبار فبانت ثيباً فلا يُعلم أن الثيبوبة مضمونة على البائع لاحتمال ذهاب البكارة في ملك المشتري وإن لم يكن بفعله، كذهابها بقفزة أو بغير ذلك، ومع الاحتمال لا يكون العيب مضموناً على البائع.

(٢) فالنزوة هي الوثبة من نزا أي: وثب، وغيرهما كالحرقوص، وهو على ما في الصحاح يضم الحاء دوية تأكل البيض وتدخل في فروج النساء فتأكل بكارتها.

(٣) فذهاب البكارة وإن وقع في ملك المشتري، لكن وقع في زمن خياره فيكون العيب مضموناً على البائع حينئذٍ.

(٤) عن جماعة من الفقهاء أن المشترط بالخيار بين الرد والإمسك مجاناً عملاً بقاعدة الشرط ضرورة أن هذا منه، إذ قد يتعلق للمشرط غرض بالثيبوبة لمعجزه عن اقتضاض البكر، وعن الشيخ في الميسوط والفاضل في التحرير أنه لا خيار له، لكون المعطى له أزيد قيمة مما اشترط.

(وكذا التصرية)<sup>(١)</sup> وهو جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتركها بغير حلب، ولا رضاع، فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه، فيرغب في شرائها بزيادة، وهو تدليس محرم، وحكمه ثابت (للشاة) إجماعاً، (والبقرة والناقة) على المشهور<sup>(٢)</sup>، بل قيل: إنه إجماع، فإن ثبت فهو الحجة، وإلا فالمنصوص الشاة،

(١) ففي المصباح المنير: صريت الناقة صرئ في صرية، من باب تعب، إذا اجتمع لبنها في ضرعها، ويتعدى بالحركة فيقال: صربتها صرئاً - إلى أن قال - فيقال: صربتها تصرية، إذا تركت حلبها فاجتمع لبنها في ضرعها)، وكذا عن القاموس، وفي الصحاح: (صرئت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياماً) ولم يذكر غير الشاة، وهو تدليس محرم، وفي المسالك أنه موضع وفاق، وعليه أخبار.

منها: خير الصدوق في معاني الأخبار بإسناده عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي ﷺ (لا تصروا الإبل والبقرة والغنم، من اشترى مصرئ فهو بأخر النظرين، إن شاء ردها وردّ معها صاعاً من تمر)<sup>(٣)</sup>، وقال الصدوق عقيبها: «المصرأة يعني الناقة أو البقرة أو الشاة قد صرى اللبن في ضرعها، يعني: حبس وجمع ولم يحلب أياماً»، وروى الصدوق في خير آخر (من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً، وسميت محفلة لأن اللبن جعل في ضرعها واجتمع، وكل شيء كثرت فقد حفلته)<sup>(٤)</sup>، ومن غير البعيد أن يكون التفسير من الصدوق عليه الرحمة.

والنبوي المروي في الدعائم (أنه نهي عن التصرية: وقال: من اشترى مصرأة فهي خلافة - أي: مخادعة - فليردها إن شاء إذا علم ويرد معها صاعاً من تمر)<sup>(٥)</sup>، والنبوي المروي في الفوالي (من اشترى شاة مصرأة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من التمر)<sup>(٦)</sup>.

(٢) أما في الشاة فقطعاً بلا خلاف، للمنصوص المصرحة بالشاة، وأما في الناقة والبقرة فعلى المشهور، بل عن الشيخ دعوى الإجماع عليه، وللنبوي المروي في معاني الأخبار المتقدم، والنبوي المروي في الدعائم المتقدم أيضاً (من اشترى مصرأة)، وللعلة الموجبة للخيار في الشاة فهي مشتركة بينها وبين غيرها من الناقة والبقرة.

وتردد المحقق وجماعة لعدم النص عندنا، وإنما المنصوص المقدمة عامة، ولذا قيل إن =

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٣ و٤) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخيار حديث ٣ و١.

والحاق غيرها بها قياس، إلا أن يُعَلَّل بالتدليس العام فيلحقان بها، وهو متجه، وطرّد بعضُ الأصحاب<sup>(١)</sup> الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، وفي الدروس أنه ليس بذلك البعيد للتدليس.

وتثبت التصرية<sup>(٢)</sup> إن لم يعترف بها البائع ولم تقم بها بينة (بعد اختبارها ثلاثة

= خير الصدوق إنما هو من طرق الجمهور، والقدر المتيقن منها الشاة، لأن المنصوص عندنا هو الشاة فقط، كما في خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى شاة فأسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء)<sup>(١)</sup>.

وفيه: أن خير الحلبي لا يدل على التصرية، بل على خيار الحيوان وحكم الانتفاع بلبنها في زمن الخيار، وهو أجنبي عن المدعى، وإنما عمدة الحكم في التصرية المنصوص العمامة التي تقدم بعضها، وهي منجبرة بعمل الأصحاب، وكون بعضها قد اقتصر على ذكر الشاة فقط، فالبعض الآخر قد صرح بالناقة والبقر، وبعض ثالث قد أطلق، والاطلاق يشمل الشاة وغيرها.

(١) وهو ابن الجنيد حيث طرّد الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، وفي بعض الأخبار المقدمة - مثل النبوي المروي في الدعائم (من اشترى مصراة) - ما يدل عليه، والخيار مناسب للتدليس، وفي الدروس أنه ليس ببعيد.

(٢) قال في الجواهر: «وكيف كان فتختبر المصراة للعلم بتصريتها التي لم يقر بها البائع ولا قامت بها البينة ثلاثة أيام، كما في القواعد والتذكرة واللمعة والارشاد، فإنها غالباً بها يتكشف حالها، وأنها مصراة أو لا، بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها فضلاً عن التصرية، ولذا وضع الشارع إرفاقاً بالمشتري ثلاثة أيام للخيار فيه انتهى، وكيفية الاختبار أن تختبر ثلاثة أيام فإن اتفقت الحلبات اتفاقاً تقريباً لا يخرج عن العادة بحسب حالها ونفسها ومكانها فليست مصراة، وإن اختلفت الحلبات في الثلاثة بحيث كانت ما عدا الأولى أقل فهي مصراة، وهذا كله إذا لم يثبت كونها مصراة إلا بالاختيار، وإلا فثبتت تصريتها أيضاً بإقرار البائع وبالبينة، وإذا ثبت تصريتها بالافترار أو البينة فله الخيار قبل مضي الثلاثة، وإذا ثبت بالاختبار فله الخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور، لأن الفسخ على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهو الفورية، نعم لا داعي لتوقف ثبوت الخيار على مضي ثلاثة أيام بل يثبت الخيار عند تحقق التصرية بالاختبار، =

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

أيام) فإن اتفقت فيها الحلبات عادة، أو زادت اللاحقة فليست مصراًة، وإن اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصاً عن الأولى نقصاناً خارجاً عن العادة، وإن زاد بعدها في الثلاثة يثبت الخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور، ولو ثبتت بالإقرار، أو البيئة جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة، ما لم يتصرف<sup>(١)</sup> بغير الاختبار بشرط النقصان<sup>(٢)</sup>، فلو تساوت أو زادت هبة من الله تعالى فالأقوى زواله، ومثله<sup>(٣)</sup> ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال.

(ويُرَدُّ معها) إن اختار ردّها (اللبن) الذي حلبه منها<sup>(٤)</sup> (حتى المتجدد) منه

= فلو تحقق التصرية فيثبت له الخيار حيثيذ، إلا أن يكون الاختبار لا يفيد التصرية إلا في مدة ثلاثة أيام وهو بعيد.

(١) فلو تصرف بغير الاختبار يسقط خياره، لأن التصرف مسقط للخيار على ما تقدم في خيار الحيوان وغيره.

(٢) لو ثبتت التصرية باقرار البائع أو بالبيئة فله الخيار بشرط نقصان الحلبات المتأخرة عن الحلبة الأولى، وإلا فلو تساوت أو زادت هبة من الله تعالى فالمشهور على زوال خياره حيثيذ، لزوال الموجب له، وذهب الشيخ في الخلاف إلى بقاء الخيار، لإطلاق النصوص المتقدمة.

(٣) فيسقط الخيار حيثيذ لزوال سببه كسقوط خيار التدليس بانتفاء التصرية عند حلبها من أول حلبه.

(٤) أما اللبن الموجود حال العقد فيجب رده بحسب القواعد، لأنه بعض المبيع، فالمشتري إذا فسخ عليه رد جميع المبيع، واللبن منه في المقام، ولازمه لو تلف يردّ مثل اللبن أو قيمته على المشهور، لأن اللبن مثلي فمعه تلفه يضمن مثله، ومع تعذره يضمن قيمته، لأن القيمة هي الأقرب إلى العين حيثيذ.

وعن الاسكافي والشيخ والقاضي وأبي المكارم وابن سعيد أنه يرد صاعاً من تمر، للأخبار المتقدمة.

وعن الشيخ أيضاً وجماعة أنه يرد ثلاثة أمداد من الطعام لخبر الحلبي المتقدم، وقد عرفت أن خبر الحلبي المتقدم ناظر إلى خيار الحيوان لا إلى خيار التدليس، بل هو غير ناظر إلى اللبن الموجود في ضرعها حال العقد، بل إلى المتجدد فراجع.

والأول هو الأقوى إعمالاً للقواعد بعد ضعف أخبار التصرية لأنها عامة، وانجبارها بعمل الأصحاب لا يوجب العمل بكون الصاع مكان اللبن، لاحتمال أن يكون الصاع هو القيمة الفعلية للبن الموجود في ضرعها عادة عند التصرية زمن صدور هذه الأخبار.

بعد العقد، (أو مثله لو تلف)، أما رد الموجود فظاهر لأنه جزء من المبيع، واما المتجدد فلإطلاق النص بالرد الشامل له.

ويشكل بأنه نماء المبيع الذي هو ملكه، والعقد إنما يفسخ من حينه، والأقوى عدم رده، واستشكل في الدروس، ولو لم يتلف اللبن<sup>(١)</sup> لكن تغير في ذاته أو صفته بأن عمل جيناً، أو مخيضاً ونحوهما ففي رده بالأرث إن نقص<sup>(٢)</sup>، أو مجاناً<sup>(٣)</sup>، أو الانتقال إلى بدله<sup>(٤)</sup> أوجه: أجودها الأول.

واعلم أن الظاهر من قوله: «بعد اختبارها ثلاثة» ثبوت الخيار المستند إلى الاختبار بعد الثلاثة كما ذكرناه سابقاً، وبهذا يظهر الفرق بين مدة التصرية، وخيار الحيوان، فإن الخيار في ثلاثة الحيوان فيها، وفي ثلاثة التصرية بعدها، ولو ثبت التصرية بعد البيع بالإقرار، أو البيئة فالخيار ثلاثة<sup>(٥)</sup>، ولا فورية فيها على

= وأما اللبن المتجدد بعد العقد فعن الفخر أنه كاللبن الموجود حال العقد فلا بد من رده وإلا ضمن مثله أو قيمته، ونسب الحكم إلى الأصحاب، وفيه: أن الفسخ فسخ للعقد من حينه، فاللبن المتجدد هو نماء المبيع الذي هو ملك المشتري قبل الفسخ، ولذا لو امتزج المتجدد بالموجود حال العقد ثم فسخ المشتري، صار البائع والمشتري شريكين فيه ورجعا إلى الصلح.

(١) لم يتلف اللبن الذي وجب رده إلى البائع، بل تغير في ذاته أو صفته، والتغير في الأول لو دخل اللبن في جنس آخر بحيث لا يُسمى لبناً بل جيناً أو أقطاً أو سمناً، والتغير في الثاني كالحلاوة والطراوة.

(٢) أما رده فلأنه عين ماله ولا ينتقل إلى البديل إلا مع تعذر العين، والمفروض عدمه، وأما الأرث مع النقصان فلأنه نقص حصل في مال الغير بسببه فلا بد من جبره كما في سائر المتلفات.

(٣) لأن النقص الحاصل في مال البائع وإن كان بسبب المشتري إلا أن البائع هو الذي أدخل النقص على نفسه حيث دلّس المبيع بالتصرية فكان سبب النقص.

(٤) لأن العين غير موجودة على ما كانت عليه فلا بد من مثلها وإلا فالقيمة.

(٥) ويدل عليه النبوي المروي في الغوالي<sup>(١)</sup>، وقد تقدم.



الأقوى<sup>(١)</sup>، وهو اختياره في الدروس.

ويشكل حينئذ الفرق<sup>(٢)</sup>، بل ربما قيل: بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذ<sup>(٣)</sup>، لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها<sup>(٤)</sup>.

ويندفع بجواز تعدد الأسباب، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما، ويظهر من الدروس تقييد خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً<sup>(٥)</sup>، ونقل عن الشيخ أنها<sup>(٦)</sup> لمكان خيار الحيوان.

ويشكل بإطلاق توقفه<sup>(٧)</sup> على الاختبار ثلاثة، فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونه<sup>(٨)</sup>، والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة<sup>(٩)</sup>.

(العاشر: خيار الإشتراط<sup>(١٠)</sup>) حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بانعاً ومشترياً،

(١) للاقتصار على القدر المتيقن.

(٢) بين الخيار الثابت بالتصرية التي ثبتت بالاقرار أو البينة، وبين خيار الحيوان.

(٣) حين ثبوت خيار الحيوان.

(٤) بدون التصرية.

(٥) سواء ثبتت التصرية بالاختبار أم بالاقرار أم بالبينة.

(٦) والمراد خيار التصرية، والمعنى أن خيار التصرية مكان خيار الحيوان، وعليه فهو مقيد بالأيام الثلاثة.

(٧) خيار التصرية ثلاثة أيام مطلقاً ينافي القول بكون مدة الاختبار ثلاثة، لأن مفاد القول الأول سقوط الخيار بانقضاء الثلاثة، ومفاد القول الثاني أنه يثبت بعد الثلاثة.

(٨) حيث لا تثبت التصرية بدون الاختبار.

(٩) لأن الخيار في آخر جزء من الثلاثة، فإطلاق الثلاثة عليه إطلاق مجازي، ويوجب المجاز أيضاً في ثلاثة أيام الاختبار، إذ تطلق ويراد منها ما عدا الجزء الأخير، الذي هو زمن الخيار.

(١٠) بحيث شرط أحدهما على الآخر شرطاً ولم يفب المشتري عليه بالشرط، والفرق بينه وبين خيار الشرط أن هنا اشترط شيئاً ثم فات، وبفواته يثبت له الخيار، وهناك اشترط الخيار نفسه على أن يكون له، ويدل عليه عموم الخبر (المسلمون عند شروطهم)<sup>(١١)</sup>.

(ويصح اشتراط سائغ في العقد<sup>(١)</sup>) إذا لم يؤدّ إلى جهالة في أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب والسنة، وجعل ذلك شرطاً بعد قيد السائغ تكلف<sup>(٢)</sup> (كما لو شرط تأخير المبيع) في يد البائع، (أو الثمن) في يد المشتري (ما شاء) كل واحد منهما، هذا مثال ما يؤدي إلى جهالة في أحدهما، فإن الأجل له قسط من الثمن، فإذا كان مجهولاً يجهل الثمن، وكذا القول في جانب المؤوض، (أو عدم وطء الأمة، أو شرط (وطء البائع إياها) بعد البيع مرة، أو أزيد، أو مطلقاً، هذه أمثلة ما يمنع منه الكتاب والسنة.

(و) كذا (يبطل) الشرط (باشترط غير المقذور)<sup>(٣)</sup> للمشروط عليه (كاشترطه

(١) وضابط السائغ أن لا يكون مؤدياً إلى جهالة المبيع أو الثمن، ولا مخالفاً للكتاب أو السنة، وقد نُسب هذا المعنى إلى الأصحاب.

أما الأول كاشترط تأجيل أحدهما مدة مجهولة، فيدل على بطلانه أن العوضين بما يشترط معلوميتهما، وللأجل قسط من الثمن وهو مجهول، فيتجهل العوضان أو أحدهما. وأما الثاني فيدل عليه أخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز)<sup>(١)</sup>، وخبره الآخر عنه عليه السلام (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل)<sup>(٢)</sup>، وخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (وإن كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ إلى كتاب الله عز وجل)<sup>(٣)</sup>، وخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً)<sup>(٤)</sup>.

(٢) جعل عدم مخالفة الكتاب أو السنة، وعدم التأدية إلى الجهالة شرطاً بعد قوله «سائغ» تكلف، لأن لفظ السائغ هو غير المنوع شرعاً، وهما ممنوعان شرعاً.

(٣) لأنه شرط مخالف للكتاب، لقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾<sup>(٥)</sup>.

(١ و٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١٠٢.

(٣ و٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ٥٠٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

حمل الدابة فيما بعد، أو أنّ الزرع يبلغ السنبل<sup>(١)</sup>، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله<sup>(٢)</sup>، لاشتراكهما في عدم المقدورية.

(ولو شرط تبقيّة الزرع) في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر (إلى أوان السنبل جاز)، لأن ذلك مقدور له، ولا يعتبر تعيين مدة البقاء<sup>(٣)</sup>، بل يجعل على المتعارف من البلوغ، لأنه منضبط.

(ولو شرط غير السائغ بطل) الشرط (وأبطل العقد)<sup>(٤)</sup> في أصح القولين، لامتناع بقاءه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراده، وما هو مقصود لم يسلم، ولأن

(١) يجعل الزرع سنبلًا والرطب تمرًا.

(٢) فجعل الزرع سنبلًا بفعل البائع أمرٌ غير مقدور له كما هو واضح، وأما جعل الله الزرع سنبلًا فهو مقدور لله جل وعلا، إلا أن فعل الله لا يقع تحت قدرة البائع.

(٣) قال في المسالك: «وهل يشترط تعيين المدة أم يُحال على المتعارف من البلوغ لأنه مضبوط عرفاً، الظاهر الاكتفاء بالثاني، وإطلاقهم يدل عليه» انتهى.

(٤) أما بطلان الشرط فمحل اتفاق، وقد تقدم دليله لأنه غير سائغ، وأما إبطال العقد المشتمل عليه فقولان، فعن الإسكافي والشيخ والقاضي وابني سعيد وزهرة وجماعة صحة العقد، لأن التراضي قد تعلق بكليهما فإذا امتنع أحدهما بقي الآخر، ويؤيده صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن أمة كانت تحت عبيد فاعتقت الأمة، قال: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه، وقال: وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة وأعتقتها فخيرها رسول الله ﷺ وقال: إن شاءت أن تفر عند زوجها، وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها، فقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن اعتق»<sup>(١)</sup>، وظاهر الخبر صحة عقد البيع مع فساد الشرط.

وعن الفاضل وولده والشهيد وجماعة فساد البيع بفساد الشرط، لأن التراضي لم يقع إلا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجارة لا عن تراضٍ، وبعبارة أخرى فالتراضي وقع على المقيد ومع انتفاء القيد ينتفي المقيد، والعقود تابعة للقعود، فالعقد المقيد لم يقع وهو مقصود، وما وقع هو غير المقيد وهو غير مقصود.

للشروط قسماً من الثمن فإذا بطل مجهل الثمن، وقيل: يبطل الشرط خاصة، لأنه الممتنع شرعاً دون البيع، ولتعلق التراضي بكل منهما، ويضعف بعدم قصده منفرداً، وهو شرط الصحة.

(ولو شرط عتق المملوك) الذي باعه منه (جاز)<sup>(١)</sup>، لأنه شرط سائغ، بل راجح، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق<sup>(٢)</sup>، ولو شرط عنه<sup>(٣)</sup> ففي صحته قولان: أجمدهما المنع، إذ لا عتق إلا في ملك، (فإن أعتقه) فذاك، (وإلا تخيير البائع)<sup>(٤)</sup> بين فسخ البيع، وإمضائه، فإن فسخ استرده وإن انتقل قبله عن ملك المشتري<sup>(٥)</sup>، وكذا يتخير لو مات قبل العتق فإن فسخ رجع بقيمته يوم التلف، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، وكذا لو انعتق قهراً<sup>(٦)</sup>، (وكذا كل شرط لم يسلم) لشترطه فإنه (يفيد تخيره) بين فسخ العقد المشروط فيه، وإمضائه، (ولا يجب على

(١) لو شرط البائع على المشتري بعد شراء العبد وصيرورة العبد ملكاً للمشتري أن يعتق المشتري العبد حيثنذ عن نفسه، وهو جائز بلا خلاف، لأنه شرط غير مخالف للكتاب والسنة، فيجب الوفاء.

(٢) فلو أطلق البائع فينصرف عتق العبد على المشتري، لأنه (لا عتق إلا في ملك)<sup>(١)</sup>، والعبد ملك المشتري، فعتقه المشروط منصرف إلى كونه عن المشتري.

(٣) عن البائع، ففي التذكرة: «يجوز اشتراط عتقه عن البائع عندنا خلافاً للشافعي، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة»، وذهب الفاضل في القواعد والمقدمات والشهيدان إلى عدم الجواز (لأنه لا عتق إلا في ملك) كما تقدم، وهو يوجب كون العبد في ملك من يعتق عنه مع أن العبد قد خرج عن ملك البائع، وفيه: أن الخبر دال على كون المعتق هو المالك، ولا يدل على كون المعتق عنه هو المالك.

(٤) إذا لم يلتزم المشتري بالشرط المشروط عليه من العتق فللبائع خيار الاشتراط بين الفسخ والإمضاء من دون أرش، لأن الأرض تختص بالعبء، وهو منفي هنا.

(٥) وإن انتقل العبد عن ملك المشتري ببيع مثلاً قبل الفسخ، فمع الفسخ تبطل تلك العقود المترتبة على العبد، لكونه في ملك المشتري، وفيه: أنه يمكن القول بصحة العقود الواقعة في ملك المشتري وإن فسخ البائع، غاية مع الفسخ يرجع البائع إلى القيمة كما لو كان تالفاً.

(٦) فيرجع البائع إلى القيمة حيثنذ.

المشترط عليه فعله<sup>(١)</sup>، لأصالة العدم، (وإنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ (عند عدم سلامة الشرط، ولزومه) أي: البيع (عند الإتيان به)، وقيل: يجب الوفاء بالشرط ولا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه<sup>(٢)</sup>، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، وقوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله)<sup>(٣)</sup>، فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر<sup>(٤)</sup> فسخ حينئذ إن شاء.

وللمصنف «رحمه الله» في بعض تحقیقاته تفصیل<sup>(٥)</sup>: وهو أن الشرط الواقع

- (١) فعل الشرط، والمعنى أنه لو امتنع المشتَرط عليه من فعل الشرط وكان المشروط له القدرة على إجباره فهل يجبره على الشرط، قيل - ولم ينسب إلا إلى الشهيد -: إنه لا يجبره، لأن المشتَرط عليه لا يجب عليه الوفاء بالشرط لأصالة العدم، مع كون المشروط له صاحب وسيلة إلى التخلص بالفسخ، وتكون فائدة الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضة للزوال، وعن المشهور بل عليه الإجماع كما عن الغنية أن المشروط له يجبر المشتَرط عليه بالوفاء بالعقد، لوجوب الوفاء بالشرط، لعموم الخبر (المسلمون عند شروطهم)<sup>(١)</sup> المتقدم.
  - (٢) فلو قدر على إجباره لزم ولا يثبت له الخيار.
  - (٣) هذه الزيادة لم أجد لها في الوسائل ولا في مستدرکه.
  - (٤) الحاكم، وكذا إذا لم يكن مذهبه ذلك فسخ المشروط له إن شاء.
  - (٥) هذا التفصیل قائم على التفريق بين شرط النتيجة وشرط الفعل، فالأول ما كان العقد المتضمن للشرط كافيًا في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة كما لو باعه العبد بشرط الوكالة عنه، فإنه يصير وكيلًا بمجرد البيع، والثاني ما كان العقد المتضمن للشرط غير كافٍ في تحققه بل يحتاج بعد العقد إلى عقدٍ حتى يتحقق كما لو باعه العبد بشرط أن يعتق العبد عنه، فهذا بحاجة إلى صيغة العتق بعد البيع، أو أن يبيعه العبد بشرط أن يوكله، لا أن يصير وكيلًا.
- وعلى كلٍ فالشرط الأول لازم لأن اشتراطه في العقد كافٍ في تحققه، لأنه حينئذٍ جزء من الإيجاب والقبول فيكون تابعاً لهما في اللزوم والجواز، والشرط الثاني ليس بلازم بل يُقلب العقد اللازم جائزاً، لأن العقد قد عُلق عليه، والمعلق على الممكن =

في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً، وجعل السر فيه أن اشتراط «ما العقد كاف في تحققه»<sup>(١)</sup> كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط «ما سيوجد»<sup>(٢)</sup> أمر منفصل عن العقد، وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً، والأقوى اللزوم مطلقاً<sup>(٣)</sup>، وإن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا<sup>(٤)</sup>.

(الحادي عشر: خيار الشركة<sup>(٥)</sup>، سواء قارنت العقد<sup>(٦)</sup>، كما لو اشترى

= ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً، وفيه: تقدم لزوم الوفاء بالشرط على المشروط عليه فلا معنى لهذا التفصيل، هذا فضلاً عن أن حصول شرط النتيجة من دون صيغته محل تأمل وإشكال، بالإضافة إلى أن شرط الفعل ليس أمراً ممكناً، بل أصبح لازماً عند تمام العقد، فالقول إن العقد قد علق على الممكن وما هذا شأنه يكون جائزاً ليس في محله.

- (١) شرط النتيجة.
- (٢) شرط الفعل.
- (٣) في قبالة تفصيل الشهيد.
- (٤) من عدم اللزوم مطلقاً.
- (٥) فلو اختلط المبيع بغيره في يد البائع وقبل قبض المشتري اختلاطاً لا يتميز فالجموع شركة بين البائع والمشتري، فلو دفع البائع الجميع إلى المشتري جاز، ولا كلام مع قبول المشتري، وعن الشيخ أنه يجب عليه القبول لأنه زاده فضلاً، وفيه منع، لأن في قبول المشتري منة، وضرراً لأنه قد يريد المبيع منفصلاً لا مختلطاً.

ولو امتنع البائع من دفع الجميع، فعن الشيخ أن البيع يفسخ لتعذر التسليم، ولأنه كالتلف قبل القبض، وفيه: أن المبيع أصبح كجزء مشاع، ويمكن تسليم الجزء المشاع، وهو ليس كالتلف وجداناً فالبيع صحيح، إلا أن المشتري له خيار الشركة لحصول ضرر عليه بخلط ما اشتراه بغيره إذ قد يريده منفصلاً، وقد يوجب الاختلاط نقصان القيمة السوقية للمبيع، والضرر منفي، فيثبت للمشتري خيار بين الفسخ والإمساك، وبه يرتفع الضرر، ولا حاجة إلى إثبات الأرش.

- (٦) قارنت الشركة العقد، كما لو اشترى شيئاً واحداً أو متعدداً وظهر بعضه على نحو المشاع مستحقاً لغير البائع، فالشركة بين المشتري وذلك الغير حاصلة من حين العقد.

شيئاً فظهر بعضه مستحقاً، أو تأخرت بعده<sup>(١)</sup> إلى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز) فإن المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركة والبقاء فيصير شريكاً بالنسبة<sup>(٢)</sup>، وقد يطلق على الأول<sup>(٣)</sup> تبعض الصفقة أيضاً<sup>(٤)</sup> (وقد يسمى هذا<sup>(٥)</sup> عيباً مجازاً) لمناسبته للعيب في نقص المبيع بسبب الشركة، لاشتراكهما في نقص وصف فيه<sup>(٦)</sup>، وهو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط عليه ليس بتمام، فكان كالعيب بفوات وصف فيجبر بالخيار، وإنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز، لعدم خروجه به<sup>(٧)</sup> عن خلقته الأصلية<sup>(٨)</sup>، لأنه قابل بحسب ذاته للتملك منفرداً ومشاركاً، فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه.

(الثاني عشر: خيار تعذر التسليم<sup>(٩)</sup>، فلو اشترى شيئاً ظناً إمكان تسليمه)

- (١) بعد العقد، كما لو امتزج المبيع بغيره في يد البائع وقبل قبض المشتري.
- (٢) بنسبة ما اشتراه إلى الجميع.
- (٣) ما ظهر بعض المبيع مستحقاً.
- (٤) كما يطلق عليه الشركة، فالاسم متعدد والخيار واحد، لأنه ثبت من نفي الضرر.
- (٥) الأمر الذي أوجبه الشركة في الموردين يُسمى عيباً مجازاً، ثم بين العلاقة المجازية المصححة للإطلاق بقوله: «المناسبتة للعيب في نقص المبيع»، والمعنى أن الشركة توجب منع المشتري من التصرف كيفما شاء، بل يتوقف على إذن الشريك، فالتسلط من قبل المشتري غير تام، وعدم التسلط نقص في وصف المبيع، كما كان العيب نقصاً في وصف المبيع لفوات جزء من الحلقة الأصلية.
- ولاشتراكهما في أنهما نقص في وصف المبيع صح إطلاق لفظ أحدهما على الآخر، فلذا صح إطلاق لفظ العيب على الشيء الذي أحدثته الشركة.
- (٦) في المبيع.
- (٧) لعدم خروج المبيع بما أحدثته الشركة من عدم التسلط التام.
- (٨) بخلاف العيب الذي هو نقصان أو زيادة في الحلقة الأصلية.
- (٩) لو تبايعا على شيء ظناً منهما أنه مقدور على تسليمه، ثم عجز البائع عن التسليم كما لو عُصبت العين المتباعدة وعُرف الغاصب ولا يستطيع البائع انتزاعها منه، أو أنه باع عبداً مطلقاً بحيث يذهب بغير رقيب، أو دابة مرسله ترعى كيفما شاءت، ثم عجز البائع عن تسليمهما، فإيجاب العقد حيثل على المشتري وأن ينتظر حتى يستطيع البائع التسليم ضرراً عليه، وهو منفي، فيثبت له الخيار بين الإمساك والرد.

بأن كان طائراً يعتاد عوده، أو عبداً مطلقاً<sup>(١)</sup>، أو دابة مرسلة<sup>(٢)</sup> (ثم عجز بعده<sup>(٣)</sup>) بأن أبق وشردت ولم يعد الطائر ونحو ذلك (تخيير المشتري)، لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، ولما لم ينزل ذلك منزلة التلف<sup>(٤)</sup>، لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه جُبر بالتخيير فإن اختار التزام البيع صح.

وهل له الرجوع بشيء<sup>(٥)</sup>؟ يحتمله<sup>(٦)</sup>، لأن فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض، فيكون مضموناً على البائع، ويضعف بأن الأرض ليس في مقابلة مطلق النقص، لأصالة البراءة، وعملاً بمقتضى العقد<sup>(٧)</sup>، بل في مقابلة

(١) يذهب بغير رقيب.

(٢) ترعى كيفما شاءت.

(٣) بعد الشراء.

(٤) تقدم أن التلف في المبيع من مال البائع قبل القبض، ولا بدّ حيثئذٍ من انفساخ العقد من حين التلف ويرجع المشتري على ثمنه، غير أن المتعذر تسليمه لم ينزل عندهم منزلة التالف لينفسخ العقد، لأن المشتري يمكن له أن يتصرف بالمبيع بما لا يتوقف على قبضه، كمنقذ العبد مثلاً في كفارة، أو يبيع المتعذر تسليمه مع الضميمة، أو المصالحة، فلا يفسخ العقد، نعم باعتبار الضرر على المشتري كما تقدم يُجبر بالخيار.

(٥) لو التزم المشتري بالعقد فهل يرجع بالأرض؟ لأن المبيع المتعذر تسليمه انقص قيمة من غيره.

(٦) يحتمل الرجوع، لأن النقصان في القيمة الناشء من تعذر التسليم قد وقع في يد البائع وقبل قبض المشتري كما هو المفروض، وهو مضمون على البائع ما دام في يده.

وفيه: أن الأرض قد ثبت في خيار العيب عملاً بالنصوص الخاصة المتقدمة هناك، وأما هنا فقد ثبت الخيار بحديث نفي الضرر، وإثبات الخيار للمشتري بين الفسخ والامسك جابر لهذا الضرر، لأنه بالفسخ وإرجاع الثمن عليه يرتفع الضرر عنه فلا داعي إلى إثبات الأرض له بعدما ارتفع الضرر بالخيار.

وكون تعذر التسليم موجباً لنقصان قيمة المبيع صحيح، ولكن ليس كل نقصان يوجب الأرض، بل النقص في الحلقة الأصلية أو زيادتها، كما هو ضابط العيب.

(٧) ومقتضاه الوفاء به، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup>.



العيب المتحقق بنقص الخلقة، أو زيادتها كما ذكر، وهو هنا منفي.

(الثالث عشر: خيار تبعض الصفقة<sup>(١)</sup>)، كما لو اشترى سلعتين فستحق أحدهما فإنه يتخير بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن والفسخ فيها، ولا فرق في الصفقة التبعضة بين كونها متاعاً واحداً فظهر استحقاق بعضه، أو أمتعة كما مثل هنا<sup>(٢)</sup>، لأن أصل الصفقة: «البيع الواحد» سُمي البيع بذلك، لأنهم كانوا يتصافقون بأيديهم إذا تبايعوا، يجعلونه دلالة على الرضا به<sup>(٣)</sup>، ومنه قول النبي ﷺ لعروة البارقي لما اشترى الشاة: (بارك الله لك في صفقة يمينك)<sup>(٤)</sup>، وإنما خص تبعض الصفقة هنا بالسلعتين لإدخاله الواحدة في خيار الشركة، ولو جعل موضوع تبعض الصفقة أعم<sup>(٥)</sup> - كما هو - كان أجود، وإن اجتمع حيثشذ في

(١) لو اشترى شيئاً واحداً أو متعدداً ثم ظهر أن بعض المبيع مستحق للغير، أو تلف بعض المبيع في يد البائع بحيث كان للتالف قسط من الثمن، فالمشترى له خيار تبعض الصفقة، لأن إيجاب العقد عليه ضرر، إذ أقدم على أن له المجموع ولم يسلم، وحديث (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(١)</sup> يفيء فيثبت له الخيار.

(٢) وكذلك لو اشترى سلعة أو سلعتين وتلف بعض المبيع.

(٣) بالبيع، قال في المصباح المنير: «وصفقت له بالبيعة صفقاً، ضربت بيدي على يده، وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة في العقد، فقيل: بارك الله لك في صفقة يمينك، قال الأزهرى: وتكون الصفقة للبائع والمشتري»، وظاهره أن التصاقق بعد البيع، نعم في الرياض قال في مقام تسمية البيع بالصفقة: «اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحدهما يده في يد صاحبه حال البيع، أو أنه يصفق أحدهما يده يد الآخر عند انتهاء العقد».

(٤) وهو خير عروة البارقي قال (قدم جَلَبُ فاعطاني النبي ﷺ ديناراً فقال: اشتر بها شاة، فاشترت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي ﷺ بشاة ودينار، فرده علي وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك)<sup>(٢)</sup>.

(٥) من السلعتين والواحدة.

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

السلعة الواحدة خياران، بالشركة، وتبعض الصفقة<sup>(١)</sup>، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع في مبيع واحد، لعدم التنافي.

(الرابع عشر: خيار التفليس) إذا وجد غريم المفلّس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدماً على الغرماء، وبين الضرب بالثمن معهم، (وسياي تفصيله) في كتاب الدين، (ومثله غريم الميت مع وفاة التركة) بالدين.

وقيل: مطلقاً<sup>(٢)</sup>، وكان المناسب جعله قسماً آخر، حيث تحزى الاستقصاء<sup>(٣)</sup> هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره.

### (الفصل العاشر في الأحكام: وهي خمسة)

(الأول: النقد والنسيئة) أي: البيع الحال والمؤجل، سُمي الأول نقداً باعتبار كون ثمنه منقوداً<sup>(٤)</sup> ولو بالقوة<sup>(٥)</sup>، والثاني مأخوذ من النسيء<sup>(٦)</sup>، وهو

(١) تقدم أن مدرك الخيار هو نفي الضرر، ولا يوجد إلا ضرر واحد وهو خلط ماله بمال غيره وهو يوجب خياراً واحداً، وإن أوجب عنوانين: الشركة وتبعض الصفقة عليه، إلا أن يقال: إن عليه ضررين، ضرر من ناحية عدم تسلطه التام، وضرر من ناحية أنه لم يسلم له جميع المبيع.

(٢) وإن لم تف التركة بالدين.

(٣) فلا بد من جعل غريم الميت قسماً على حدة لأنه في صدد الاستقصاء، وفيه: أن إدراج غريم الميت مع غريم المفلّس في قسم واحد لا يتنافى الاستقصاء، وإنما الذي يتنافى عدم الذكر لا عدم جعله عنواناً.

(٤) مقبوضاً، قال في المصباح المثير: «ونقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته، فيتعدى إلى مفعولين، ونقدتها له على الزيادة أيضاً فانقدها، أي: قبضها»، وقال في المسالك: «النقد مأخوذ من قولك: نقدته الدراهم، ونقدت له، أي: أعطيته، فانقدها أي: قبضها، والمراد به البيع بثمن حال، فكأنه مقبوض بالفعل أو القوة» انتهى.

(٥) فيما لو كان البيع حالاً، ولم يقبض الثمن بعد، فيطلق عليه النقد، لأن قبض الثمن لا مانع من قبضه من شرط وغيره.

(٦) قال في المسالك: «والنسيئة مأخوذة من النسيء، وهو تأخير الشيء، قال الهروي: سمعت الأزهرى يقول: أنسأت الشيء إنساء ونسيأ، اسم وضع موضع المصدر الحقيقي، والمراد بها البيع مع تأجيل الثمن وتأخيره» انتهى.

تأخير الشيء تقول: «أنسأت الشيء إنساءً» إذا أخرته، والنسيئة: اسم وضع موضع المصدر<sup>(١)</sup>.

واعلم أن البيع بالنسيئة إلى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما والتفريق أربعة أقسام:

فالأول «النقد<sup>(٢)</sup>»، والثاني «بيع الكالء بالكالء»<sup>(٣)</sup>، بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كل واحد من الغريمين صاحبه لأجل دينه<sup>(٤)</sup>.

و«مع حلول المثمن وتأجيل الثمن» هو «النسيئة».

وبالعكس «السلف»، وكلها صحيحة عدا البيع الثاني<sup>(٥)</sup>، فقد ورد النهي

(١) فالنسيئة مأخوذة من النسيء، والنسيء اسم وضع موضع المصدر الذي هو الإنساء.

(٢) وهو فيما لو كان الثمن والمثمن حالين في البيع.

(٣) قال في المصباح المنير: «وكلاً الدين يكلاً مهموز بفتحين كُلوءاً، أي: تأخر فهو كالء، بالهمز، ويجوز تخفيفه مثل القاضي، وقال الأصمعي: هو مثل القاضي ولا يجوز همزه، ونهى عن بيع الكالء بالكالء، أي بيع النسيئة بالنسيئة انتهى، وظاهر عبارته أن بيع الكالء هو بيع المتأخر، وكذا في القاموس والنهاية الأثرية.

نعم في الصحاح أن «كلاً الدين أي: حرسه وراقبه» فالكالء هو الحارس والمراقب، ولذا قال الشارح في المسالك: «على ما فسره جماعة من أهل اللغة اسم فاعل من المراقبة، كان كل واحد من التبايعين يكلاً صاحبه، أي: يراقبه لأجل ماله الذي في ذمته، وفيه إضمار، - أي في بيع الكالء - أي بيع مال الكالء بمال الكالء، أو اسم مفعول كالدافع فلا إضمار انتهى، والدافع اسم فاعل يراد به اسم مفعول أي: مدفوق، كمثل: عيشة راضية، أي: مرضية.

(٤) وفيه: أنه بهذا المعنى يحتاج إلى الاضمار، أما إذا قلنا أنه من كلاً بمعنى تأخر كما صرح به جماعة من أهل اللغة فلا حاجة إلى الاضمار، فيستقيم ظاهر اللفظ بلا تكلف ولا تقدير.

(٥) بيع الكالء بالكالء، قال في الجواهر «وكلها صحيحة عدا الثاني، فقد ورد النهي عنه بلفظ «بيع الدين بالدين»، وانعقد الإجماع بقسميه على فساده»، والرواية التي أشار إليها هي رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ): لا يباع الدين =

عنه، وانعقد الإجماع على فسادِه.

(وإطلاق البيع يقتضي كون الثمن حالاً<sup>(١)</sup> وإن شرط تعجيله) في متن العقد (أتمه)<sup>(٢)</sup>، لحصوله بدون الشرط، (فإن وقت التعجيل) بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً (تخيم) البائع (لو لم يحصل) الثمن (في الوقت) المعين<sup>(٣)</sup>، ولو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد في المشهور<sup>(٤)</sup>، ولو قيل: بشيئته مع الإطلاق أيضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسناً، للإخلال بالشرط<sup>(٥)</sup>.

(وإن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل<sup>(٦)</sup>، فلا يناط) أي: لا يعلق (بما

= بالدين<sup>(١)</sup>، وسيأتي له تمة في بابِه.

(١) وكذا الثمن بحيث لم يشترط التأجيل في أحد العوضين، للانصراف عرفاً إلى الحال، ولموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا، فقال عليه السلام: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد)<sup>(٢)</sup>.

(٢) لأن التعجيل حاصل بدون الشرط بمقتضى العقد، فإن اشترط التعجيل فيكون قد أكد مقتضى العقد.

(٣) مثال لاشتراط تأجيل الثمن، فلو عيّن البائع مدة الشرط بأن يأتيه بالثمن في يوم ما، فإن لم يف المشتري ولم يمكن إجباره على الوفاء كما تقدم فيثبت تسلط البائع على الفسخ بخيار الشرط.

(٤) بحيث لم يشترط البائع تعجيل الثمن ولم يوقته بوقت، فعلى المشهور أنه للتأكيد لما مر.

(٥) لو قيل: بتسلط البائع على الفسخ عند اشتراط التعجيل من دون توقيت له إذا أخل المشتري بالشرط عن أول وقته كان حسناً، لتخلف الشرط، هذا وأول وقته هو أول أوقات إمكانه بعد العقد متصلاً به.

(٦) اعلم أن اشتراط التعجيل والتأجيل اشتراط لأمرٍ سائغ فيجب الوفاء به، ولا خلاف فيهما، سواء طالّت المدة أم قصرت في الثاني، لإطلاق الأدلة على المشهور، وعن الاسكافي منعه إذا طالّت المدة أكثر من ثلاث سنين لخبر أحمد بن محمد (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني أريد الخروج إلى بعض الجبال - إلى أن قال - إنا إذا بعناهم بنسيئة =

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الدين حديث ١.

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

يحتتمل الزيادة والنقصان كـمقدم الحاج) أو إدراك العتّة، (ولا بالمشترك) بين أمرين<sup>(١)</sup>، أو أمور حيث لا مخصّص لأحدهما (كنفرهم) من منى، فإنه مشترك بين أمرين (وشهر ربيع) المشترك بين شهرين، فيبطل العقد بذلك، ومثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كالخميس<sup>(٢)</sup>.

(وقيل)<sup>(٣)</sup>: يصح (ويحمل على الأول) في الجميع<sup>(٤)</sup>، لتعليقه الأجل على

= كان أكثر للربيع، قال: فيعهم بتأخير سنة، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث؟ قال: لا<sup>(١)</sup>، وخبره الآخر أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام (إن هذا الجبل قد فتح على الناس من باب رزق، فقال: إن أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة، وليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، ونحن نحتمل التأخير فبأيهمم بتأخير سنة، قال: بهمم، قلت: سنتين؟ قال: بهمم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين)<sup>(٢)</sup>.

وقد حمل الخبران على الإرشاد وبذل النصح لا على النهي المولوي المترتب على مخالفته الاثم، ولذا قال في الرياض: «ولا فرق في المدة بين القصيرة والطويلة - إلى أن قال - بلا خلاف يُعلم منا في ذلك إلا ما حكى عن الاسكافي من منعه التأجيل زيادة ثلاث سنين، والأصل والعمومات وخصوص إطلاقات الباب يدفعه مع عدم وضوح مستنده» انتهى.

هذا وإذا جاز اشتراط التأجيل مهما كانت مدته فلا بدّ من ضبط الأجل، بلا خلاف فيه، لأنه مع عدم الضبط يكون بيعاً غررباً، لأن للأجل قسطاً من الثمن، فمع عدم تعيينه يلزم الجهالة في نفس الثمن.

(١) كأن يؤجل الثمن إلى شهر ربيع، وهو مشترك بين ربيع الأول وربيع الثاني، وكذا في جمادى، وكذا تأجيل الثمن للنفر من منى، وهو مشترك بين يوم الثاني عشر من ذي الحجة وبين الثالث عشر منه.

(٢) هذا مثلاً للمشارك بين أمور، فإنه قد عتّن الخميس ولم يعين أنه من أي أسبوع، وتعيين اليوم لا يتعين الأسبوع.

(٣) وقال في الجواهر: «لم نظفر بقائله».

(٤) جميع أمثلة المشترك التي ذكرها الشارح ووافقه صاحب الجواهر، غير أن سيد الرياض =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

اسم معين، وهو يتحقق بالأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد<sup>(١)</sup> ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها، أو أحدهما به، ومع القصد لا إشكال في الصحة، وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه<sup>(٢)</sup>، ويحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصدها أم لا، نظراً إلى كون الأجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، وإطلاق اللفظ منزلاً على الحقيقة الشرعية<sup>(٣)</sup>.

(ولو جعل لحال ثمناً، ولمؤجل أزيد منه<sup>(٤)</sup>، أو فاوت بين أجلين<sup>(٥)</sup>) في

= جعل الخلاف في المثال الأخير فقط.

(١) يعلمان بأن هذا الاسم المشترك يتحقق بالأول، وفيه: أن هذا العلم قصد منهما على التعيين، وهو قرينة معينة على المعنى الخاص من المشترك فيكون النزاع لفظياً.

(٢) لا عرفاً، لأن العرف لا يحملون الخميس على أول خميس، ولا شرعاً.

(٣) والمعنى أن الأجل محدد إلى خميس، وهو تحديد منضبط فينزل على الحقيقة الشرعية الثابتة في لسان الشارع، وهو أول خميس سواء قصدها أم لا، واشكل عليه في الجواهر: «أنه لا حقيقة شرعية في المقام ضرورة أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى أولهما، فليس إلا لاتضاء العرف فيه ذلك، وحينئذ فمع الانصراف عرفاً متجه انتهى».

(٤) بأن قال: بعتك هذا بدرهم نقداً، وبدرهين إلى شهرين.

(٥) بأن قال: بعتك هذا بدرهم إلى شهر، وبدرهين إلى شهرين، فقيل، والقائل الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر والفخر والفاضل المقداد والآبي والعلامة والشهيدان: إنه يبطل العقد للغرر، وللإبهام الناشئ من التردد القاضي بعدم وقوع الملك على أحدهما بالخصوص، ولخير سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن<sup>(١)</sup>)، وقد فُسر قوله (بيعين في بيع) بذلك.

وذهب جماعة من الأصحاب منهم المفيد والشيخ في النهاية وابن البراج إلى صحة البيع، وأن للبايع أقل الثمنين، لخبر محمد بن قيس - وهو صحيح السند - عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا وكذا بدأ بيد، وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت، وجعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما، وإن =

(١) الرسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

الثمن بأن قال: بعتك حالاً بمائة، وموَجَّلاً إلى شهرين بمائتين، أو مَوْجَّلاً إلى شهر بمائة، وإلى شهرين بمائتين (بطل)، لجهالة الثمن بترده بين الأمرين، وفي المسألة قول ضعيف بلزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، استناداً إلى رواية ضعيفة، (ولو أُجِّلَ البعض المعين) من الثمن وأطلق الباقي<sup>(١)</sup>، أو جعله حالاً (صح)، للإنضباط، ومثله<sup>(٢)</sup> ما لو باعه سلعتين في عقدٍ ثمنُ إحداها نقدٌ، والأخرى نسبية، وكذا لو جعله أو بعضه نجوماً معلومة<sup>(٣)</sup>.

(ولو اشتراه البائع) في حالة كون بيعه الأول (نسبية صح) البيع الثاني (قبل الأجل ويمده<sup>(٤)</sup>)، بجنس الثمن وغيره، بزيادة عن الثمن الأول، (ونقصان) عنه،

= كانت نظرة<sup>(١)</sup>، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين، بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين)<sup>(٢)</sup>، والخبران وإن كانا ناظرين إلى أن أحدهما نقدٌ والأخر نسبيةً، لكن من عمل بهما عداهما إلى ما لو باع إلى وقتين متأخرين عن العقد وفأوت بين الأجلين لعدم الفرق حينئذٍ.

(١) فالباقي المطلق منصرف إلى الحال.

(٢) مثله في الصحة ما لو باع سلعتين في عقد واحد، إحداها بنقد، والأخرى بنسيئة، فيصح البيع لوجود المقتضي مع عدم المانع من جهالة وغرر، لأن الأجل منضبط بالنسبة للنسيئة.

(٣) النجوم جمع نجم، قال في المصباح المنير: «وكانت العرب توقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالانواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحل فيه الأداء نجماً تجوزاً، لأن الأداء لا يُعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سمو الوظيفة نجماً، لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم، واشتقوا منه فقالوا: نجمت الدين بالتثقل، إذا جعلته نجوماً انتهى، وهو صحيح لوجود المقتضي مع عدم المانع من الغرر والجهالة، لأن الأجل منضبط.

(٤) إذا اشترى شيئاً نسيئةً وقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن لعدم حلول الأجل فيجوز للمشتري أن يبيع المتاع للبائع الأول ولغيره قبل حلول الأجل بزيادة عن الثمن أو =

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

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

= نقصان، نقداً أو نسيئة، بجنس الثمن أو بغيره، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لعدم دليل على المنع، مع أن مقتضى أدلة صحة البيع جوازه، وإطلاق صحيح بشار (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي، فقال: ليس هو متاعك ولا يقرك ولا غنمك)<sup>(١)</sup>، وإطلاق خير علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم، ثم اشتراه بخمسة دراهم أمجلاً؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس)<sup>(٢)</sup>، ومثلها غيرهما.

ولو كان بعد حلول الأجل، فلو كان البيع الثاني بغير جنس الثمن بزيادة أو نقصان حالاً أو مؤجلاً صح أيضاً، لعدم الدليل على المنع، مع إطلاق الخبرين السابقين، وخصوص صحيح ابن منصور (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدرامك التي لك عندي فرضي، قال: لا بأس بذلك)<sup>(٣)</sup>، وإطلاق موثق يعقوب بن شعيب (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل باع طعاماً بدراهم، فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً، قال: لا بأس، إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء)<sup>(٤)</sup>، ولو كان البيع الثاني بعد حلول الأجل بمثل الثمن جنساً من غير زيادة ولا نقصان فيصح بلا خلاف، لعدم المانع مع إطلاق أدلة صحة البيع، ولو كان البيع بجنس الثمن بزيادة أو نقصان فالمشهور على الجواز، لعدم المانع مع إطلاق أدلة صحة البيع، وإطلاق صحيح بشار وموثق ابن شعيب المتقدمين والشاملين لهذه الصورة، وذهب الشيخ في النهاية إلى المنع، لخبر خالد بن الحجاج (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حل الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني، قال عليه السلام: لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه)<sup>(٥)</sup>.

والخير شامل لكون البيع بجنس الثمن بزيادة أو نقیصة أو مساواة، إلا أن الصورة الأخيرة مخصصة، لعدم الخلاف فيها.

(٢٠١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦٠٣.

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٠.

(٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب السلف حديث ٣.



لانتفاء المانع في ذلك كله، مع عموم الأدلة على جوازه، وقيل: لا يجوز بيعه بعد حلوله بزيادة عن ثمنه الأول، أو نقصان عنه مع اتفقاها في الجنس، استناداً إلى رواية قاصرة السند والدلالة، (إلا أن يشترط في بيعه) الأول (ذلك)<sup>(١)</sup> أي: بيعه<sup>(٢)</sup> من البائع (فبيطل) البيع الأول، سواء كان حالاً أم مؤجلاً، وسواء شرط بيعه من البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور، ومستنده غير واضح.

وقد علل<sup>(٣)</sup> باستلزامه الدور، لأن بيعه له<sup>(٤)</sup> يتوقف على ملكيته له<sup>(٥)</sup>، المتوقفة<sup>(٦)</sup> على بيعه.

= وفيه: أن الخبر مختص بالطعام فتعديته إلى غيره مشكل، مع احتمال قوي للإرشاد أو الكراهة جمعاً بينه وبين ما دل على الجواز، مع أن إطلاقه شامل للصور الثلاث من زيادة أو نقصان أو مساواة فتخصيصه بغير الأخيرة لا وجه له، على أن الطعام الذي يريد بيعه ثانياً غير صريح في كونه نفس الأول المتباع، بالإضافة إلى أن خالد بن الحجاج لم يمدح ولم يذم.

(١) يشترط البائع في العقد الأول أن يبيعه المشتري نفس المتاع ثانية، فلا يصح الشرط بلا خلاف فيه كما في الرياض، وإذا فسد الشرط أفسد العقد سواء كان حالاً أم مؤجلاً، وسواء شرط البيع الثاني بعد حلول أجل الأول أم قبله، وقال في المسالك: «واختلف كلامهم في تعليل البطلان - أي: بطلان البيع - مع الشرط المذكور، فعلمه في التذكرة باستلزامه الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، ورُدَّ بأن الموقوف على حصول الشرط هو لزوم لا الانتقال، ويمنع توقف تملك المشتري على تملك البائع، بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري، ولأنه وارد في باقي الشروط كشرط العتق والبيع للغير مع صحته إجماعاً انتهى، توضيحه: أن تحقق الشرط وهو بيع المشتري ثانياً للمتباع موقوف على ملكية المشتري للمبيع، وملكية المشتري للمبيع متوقفة على تحقق الشرط الذي هو بيع المشتري ثانياً للمتباع فيلزم توقف الشيء على نفسه. ورُدَّ بتسليم التوقف الأول ومنع التوقف الثاني، لأن الموقوف في الثاني هو لزوم البيع لا أصل الملكية فاختلفت جهة التوقف فلا دور.

(٢) بيعه ثانياً.

(٣) علل بطلان البيع.

(٤) بيع المشتري المبيع للمتباع، الذي هو الشرط.

(٥) ملكية المشتري للمبيع.

(٦) وملكية المشتري للمبيع متوقفة على بيع المشتري للمتباع ثانياً، لأنه هو الشرط.

وفيه: أن التوقفَ على حصولِ الشرط<sup>(١)</sup> هو لزومُ البيعِ لا انتقاله إلى ملكه<sup>(٢)</sup>، كيف لا<sup>(٣)</sup> واشتراط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه<sup>(٤)</sup>، غايته<sup>(٥)</sup> أن تملك البائع<sup>(٦)</sup> موقوف على تملك المشتري<sup>(٧)</sup>، وأما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع<sup>(٨)</sup> فلا، ولأنه وارد في باقي الشروط<sup>(٩)</sup> خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحته إجماعاً، وأوضح لملك المشتري<sup>(١٠)</sup> ما لو جعل الشرط يبعه من البائع بعد الأجل، لتخلل ملك المشتري فيه.

(١) وهو التوقف الثاني.

(٢) ملك المشتري.

(٣) كيف لا يكون اللزوم هو التوقف على الشرط وليس أصل الملكية، مع أن البائع قد اشترط نقل المبيع من ملك المشتري إلى ملك البائع ثانياً، وهذا لا يتحقق إلا بملكية المشتري قبل ملكية البائع ثانياً.

(٤) فالشرط مستلزم لانتقال المتاع إلى المشتري.

(٥) غاية الشرط توقف الشرط الذي هو بيع البائع ثانياً على ملكية المشتري، وهذا توقف المقدمة الأولى، وأما التوقف في المقدمة الثانية فممنوع كما تقدم.

(٦) تملكه ثانياً وهذا هو الشرط.

(٧) كما في المقدمة الأولى.

(٨) وتملك البائع ثانياً هو الشرط، وتوهم توقف تملك المشتري على الشرط كما في المقدمة الثانية ممنوع كما عرفت.

(٩) لزوم الدور يرد في باقي الشروط كالتعلق والبيع على الغير، فيقال: عتق العبد الذي هو شرط في العقد الأول متوقف على ملكية المشتري له، وملكية المشتري له متوقفة على عتقه لأنه شرط.

(١٠) فلو جعل البائع الشرط بأن يبيعه إياه ثانياً بعد حلول الأجل، فمن حين العقد إلى حلول الأجل قد خرج المتاع عن ملك البائع فلو فرضنا أن المشتري لا يملك المتاع إلا عند تحقق الشرط للزم كون المتاع في مدة الأجل من غير مالك وهذا باطل.

وهذا دليل واضح على بطلان الدور، وهو أوضح من الأدلة الدالة على حصول ملكية المشتري قبل الوفاء بالشرط، وإنما الذي يترتب على الشرط حيثئذ هو لزوم الملكية، ووجه الأوضحية أن المتاع في زمن الأجل قد خرج عن ملك البائع قطعاً بالبيع الأول فلا بد من القول بتخلل ملك المشتري وثبوته فيه.

وعلى<sup>(١)</sup> بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع، ويُضَعَّف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري وإنما رتب عليه نقله ثانياً، بل<sup>(٢)</sup> شرط النقل ثانياً يستلزم القصد إلى النقل الأول<sup>(٣)</sup> لتوقفه<sup>(٤)</sup> عليه.

ولاتفاهم<sup>(٥)</sup> على أنهما لو لم يشترطاً ذلك في العقد صح وإن كان من قصدهما رده، مع أن العقد يتبع القصد، والمُصَحَّح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غيرُ منافٍ لقصد البيع بوجه<sup>(٦)</sup>، وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً<sup>(٧)</sup> بحيث لا يترتب عليه حكم الملك.

(ويجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع)<sup>(٨)</sup>.....

(١) غُلِّل بطلان البيع وهو معطوف على قوله: «وقد غُلِّل باستلزامه الدور»، والمعنى أن بعضهم قال: إن البائع لما اشترط بيعه له فهو غير قاصد لخروج المتاع عن ملكه، بل يريد إبقاء المتاع عنده، ومع عدم قصد الخروج والانتقال تكون ألفاظ البيع التي وقعت منه لغواً، لأنه غير قاصد لمعناها، لأن البيع هو مبادلة مال بمال.

وهو ضعيف، لأن الواقع من البائع كاشف عن قصد نقل المتاع إلى المشتري بالبيع الأول، نعم رتب نقله إليه ثانياً كشرط، وهذا مغاير لقصد عدم خروج المتاع من رأس، والعرف واللغة شاهدان بالفرق، بالإضافة إلى أن اشتراط نقله ثانياً مستلزم لقصد البائع لنقل المتاع إلى المشتري أولاً، وإلا لو لم يقصد النقل المذكور كيف يشترط على المشتري أن يبيعه إياه ثانياً.

(٢) بل للترقي.

(٣) وهو نقل المتاع من البائع إلى المشتري.

(٤) نقل المتاع من المشتري إلى البائع ثانياً متوقف على نقل المتاع من البائع إلى المشتري أولاً.

(٥) هذا وجه ثانٍ للتضعيف، وحاصله أنه لو قصد كلٌّ من البائع والمشتري أن يبيع المشتري المتاع للبائع بعد العقد الأول من غير أن يكون هذا القصد شرطاً في العقد الأول، فيصح العقد بلا خلاف فيه، ولم يقل أحدٌ أن العقد المسبوق بهذا القصد معناه عدم إخراج المتاع من البائع، لأنه لو قال به لحكم بالبطلان مع أن الجميع قد حكم بالصحة.

(٦) سواء شرط ذلك أم لا.

(٧) وهذا المانع مفقود هنا.

(٨) بلا خلاف فيه كما في الجواهر لحديث (لا ضرر)<sup>(١)</sup>، لأن إبقاء ذمة المشتري مشعولة قد =

مع الحلول مطلقاً<sup>(١)</sup>، (وفي الأجل)<sup>(٢)</sup> أي: بعده، (لا قبله)<sup>(٣)</sup>، لأنه غير مستحق حينئذ، وجاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإن الأغراض لا تنضبط، (فلو امتنع) البائع من قبضه حيث يجب<sup>(٤)</sup> (قبضة الحاكم) إن وجد، (فإن تعذر) قبض الحاكم ولو بالمشقة البالغة في الوصول إليه، أو امتناعه من القبض (فهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريط، وكذا كل من امتنع من قبض حقه).

ومقتضى العبارة<sup>(٥)</sup> أن المشتري يُبقيه بيده مُتميزاً على وجه الأمانة، وينبغي مع

= يحقق الضرر فيما إذا تلف الثمن ولم يقبضه البائع.

(١) سواء كان مقتضى العقد هو الحلول أم حل الثمن بعد الأجل.

(٢) بعد الأجل، ويكون من باب عطف الخاص على العام، ومنه تعرف أنه لا حاجة إلى قول الشارح «مطلقاً» فلو قال: «إلى البائع مع الحلول، وفي الأجل أي: بعده» فلا يلزم منه تكرار.

(٣) لا قبل تمامية حلول الأجل، وهنا لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بلا خلاف فيه، لحديث (المسلمون عند شروطهم)<sup>(١)</sup>، وإن طوّل المشتري بالدفع. نعم لو دفعه تبرعاً لم يجب على البائع أخذه وإن لم يكن عليه ضررٌ يأخذه، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، وفي جامع المقاصد نسبة الخلاف إلى بعض العامة، وأنه يجب على البائع القبول، لأن فائدة التأجيل هي رخصة للمشتري بالتأخير، لا عدم وجوب الأخذ على البائع، والحاصل أن مصلحة التأخير مخصصة للمشتري فلو أسقطها ودفع وجب على البائع القبض، لأنه ماله المدفوع إليه.

وفيه: منع انحصار فائدة الشرط في مصلحة الرخصة للمشتري، بل قد يتعلق للبائع بالتأخير مصلحة أيضاً، لأن الأغراض لا تنضبط، مع أنه لو سلم انحصار المصلحة للمشتري فقط فهذا لا يدل على وجوب الأخذ على البائع، بل هذا الوجوب منفي بالأصل بعد كونه غير مستحق.

(٤) أجبره الحاكم على القبض ومع تعذره قبضه الحاكم لأنه نائب البائع الممتنع، ومع تعذر الحاكم فلو تلف الثمن من غير تفريط ولا تصرف من المشتري كان التالف من مال البائع بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٥) بعدما دفعه إلى البائع وامتنع فقد تشخص الثمن في المعين المدفوع، ويكون أمانة بيد =

ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه، وأن يكون نماؤه للبائع تحقيقاً لتعيينه له.

وربما قيل<sup>(١)</sup>: «بقائه على ملك المشتري وإن كان تلفه من البائع، وفي الدروس «أن للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته»، (ولا حَجْر<sup>(٢)</sup>) في زيادة الثمن ونقصانه) على البائع والمشتري (إذا عرف المشتري القيمة)<sup>(٣)</sup>، وكذا إذا لم يعرف<sup>(٤)</sup>، لجواز بيع الغبن إجماعاً، وكأنه أراد نفي الحجر على وجه لا يترتب عليه خيار، فيجوز بيع المتاع بدون قيمته وأضعافها، (إلا أن يؤدي إلى السفه)<sup>(٥)</sup> من البائع، أو المشتري فيبطل البيع، ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة والنقصان، إما لقلتهما<sup>(٦)</sup> أو لترتب غرض آخر يقابله<sup>(٧)</sup>، كالصبر بدين حال<sup>(٨)</sup> ونحوه.

= المشتري، ولازم الأمانة أن لا يتصرف بها، ويجب عليه حفظها، ويكون نماؤها للبائع وتلفها عليه.

(١) قال في المسالك: «قيل: ويجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه، فيرجع إلى ذمته، ولو تجدد له نماء فهو له، ومقتضى ذلك أنه لا يخرج عن ملكه، وإنما يكون تلفه من البائع عقوبة له» انتهى.

وفيه: أنه لو كان التلف من مال البائع لكان مالكاً له، ومعه كيف جاز التصرف للمشتري بغير إذن المالك، وكيف يكون نماء الغير له.

(٢) لا منع.

(٣) لو بيع المتاع بزيادة عن قيمته السوقية مع علم البائع والمشتري بالقيمة السوقية، وكذا لو بيع بنقصان عنها مع علمهما بها، فالبيع صحيح ولا مانع للبائع من البيع ولا للمشتري من الشراء، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لوجود المقتضي من إطلاق أدلة صحة البيع، وعدم المانع من الغبن وغيره مع علمهما بالقيمة السوقية.

(٤) إذا لم يعرف المشتري القيمة السوقية فيجوز للبائع زيادة الثمن، لأن بيع المغبون جائز بالاتفاق، غابته يثبت للمغبون خيار الغبن عند علمه بالغبن.

(٥) كأن يبيع الدار المساوي لألف دينار بدرهم، أو يشتري الشيء المساوي لدرهم بألف دينار، فهو سفه، وبيع السفه ممنوع شرعاً كما سيأتي في بابه، هذا والسفه هو كل فعل يفعله الإنسان لغير غرض صحيح عند العقلاء.

(٦) فلة الزيادة والنقصان بنظر العرف، فيترلان منزلة العدم.

(٧) يقابل الزائد كما لو اشترى الشيء المساوي درهماً بألف دينار، لأنه نادر.

(٨) كأن يشتري ما يساوي ديناراً بدينارين بشرط أن يصير البائع الدائن على المشتري بدين حال.

(ولا يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه<sup>(١)</sup>)، ولا بدونها<sup>(٢)</sup>)، إلا أن يُشترط الأجل في عقد لازم فيلزم الوفاء به<sup>(٣)</sup>)، ويجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء، أو صلح<sup>(٤)</sup>)، (ويجب) على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلاً (ذكر الأجل في غير المساومة<sup>(٥)</sup>)

(١) لو ثبت على المشتري الثمن وهو عشرة دراهم، فلا يجوز تأجيل دفع العشرة إلى آخر الشهر بدفع اثني عشر درهماً، لأنه ربا وهو محرم، بعد كون التأجيل بيع عشرة باثني عشر.

(٢) لا يجب على البائع القبول بالتأخير ولا يلزمه التأخير لو طلبه المشتري، لأن التعجيل حقه.

(٣) ويدل عليه أخبار.

منها: خير محمد بن إسحاق بن عمار (قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخري بها وأنا أربحك، فابيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألفاً وأخره بالمال، قال: لا بأس<sup>(١)</sup>).

(٤) بلا خلاف فيه، وإذا كان على جهة الصلح فيسمى بصلح الخطيئة، ويدل عليه أخبار.

منها: مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أمحل ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم<sup>(٢)</sup>)، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذي من الذي لي كذا وكذا وأضع لك بقية، أو يقول: انقذي بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك، قال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً، يقول الله: ﴿لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾<sup>(٣)</sup>).

(٥) لو اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم أراد بيعه بغير مساومة من تولية أو مرابحة أو مواضعة فعليه أن يذكر الأجل كما يذكر الثمن، لأن للأجل قسطاً من الثمن، بلا خلاف فيه، وعليه فلو باعه من غير ذكر الأجل فقد ذهب الشيخ في النهاية وابن حمزة والاسكافي إلى أن المشتري الثاني يثبت له من الأجل ما كان للمشتري الأول - الذي هو بائع الآن - عندما اشتراه، ويدل عليه أخبار.

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ٢.

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.

فيتخير المشتري بدونه) أي: بدون ذكره بين الفسخ والرضا به حالاً، (للتدليس)، وروي أن للمشتري من الأجل مثله.

(الثاني: في القبض: إطلاق العقد)<sup>(١)</sup> بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين<sup>(٢)</sup>، أو أحدهما<sup>(٣)</sup> (يقضي قبض العوضين فيتقاضان معاً لو تمانعا)<sup>(٤)</sup> من التقدم، (سواء كان الثمن هيئاً، أو ديناً)، وإنما

= منها: صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري المتاع إلى أجل، فقال: ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إلى الأجل الذي اشتراه إليه، فإن باعه مرابحة ولم يجزه كان للذي اشتراه من الأجل مثل ذلك)<sup>(١)</sup>.

والمشهور على أن المشتري الثاني لا يكون له مثل أجل الأول بل له خيار التدليس فقط، لأن الغائت ما هو إلا كشرط صفة الكمال في الثمن، والأخبار المتقدمة وإن كان بعضها صحيح السند إلا أنها مهجورة عند الأصحاب، لأن بظاهرها تثبت الأجل للمشتري الثاني وإن كان البيع حالاً، وهو مخالف للقواعد.

(١) الإطلاق في العقد يقضي وجوب تسليم المبيع والثمن حالاً بحسب العرف، ولو لم يطلب كل منهما الآخر بذلك، فإبقاء أحد العوضين في يد الآخر بحاجة إلى إذن. واحتراز بالإطلاق عما لو شرط تأجيل أحدهما أو تسليمه قبل الآخر، فإنه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال ومن شرط تقديمه.

(٢) ولو شرط تأخيرهما وهما في الذمة لصدق أنه «بيع الكالء بالكالء»، وهو منهي عنه كما تقدم.

(٣) فلو كان أحدهما عيناً خارجياً فلا يصدق «بيع الكالء بالكالء» المنهي عنه.

(٤) لو تقدم أحدهما بدفع ما في يده قبل الآخر فهو، وإن تمانعا من التقدم يلزمان بالتفاض معاً ويجبران على ذلك، ولو كان أحدهما ممتعاً أجبر الممتنع خاصة لاختصاصه بالعصيان، كل ذلك لتساوي الحقيقتين في وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكه، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم أو التأخر، وعن الشيخ في المبسوط وابن زهرة والقاضي والحلي يجبر البائع أولاً على دفع المبيع إذا تمانعا، لأن الثمن تابع للمبيع فيجب تقديم المتبوع على التابع، ولأنه بتسليم المبيع يستقر البيع، وفيه منع، أما الأول فلاستوله العقد في إفادة الملك لكل منهما من دون تبعية لأحدهما على الآخر، وأما الثاني فالاستقرار مترتب على تسليم المبيع والثمن معاً لا على أحدهما.

لم يكن أحدهما أولى بالتقديم لتساوي الحقين في وجوب تسليم كل منهما إلى مالكة.

وقيل: يجبر البائع على الإقباض أولاً، لأن الثمن تابع للمبيع.

ويُضَعَّف باستواء العقد في إفادة الملك لكل منهما، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معاً مع إمكانه، كما يُجبر الممتنع من قبض ماله، فإن تعذر<sup>(١)</sup> فكالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله.

(ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدة معينة)<sup>(٢)</sup> كما يجوز اشتراط تأخير الثمن، (والإنتفاع به منقعة معينة) لأنه شرط سائغ فيدخل تحت العموم<sup>(٣)</sup>، (والقبض<sup>(٤)</sup> في المنقول) كالحياوان والأقمشة والمكييل والموزون والمعدود

(١) تعذر إجبار الحاكم للممتنع من إقباض ما في يده كان للآخر حبس العوض عنه حتى يجبر الممتنع، وإن تلف العوض تحت يد الآخر فهو من مال الممتنع كما تقدم في النقد والنسيئة لنفس الأدلة السابقة.

(٢) لأن الشرط لا يؤدي إلى الجهالة، وليس مخالفاً للكتاب، فيكون سائغاً، كاشتراط المشتري تأخير الثمن مدة معينة كذلك.

(٣) وهو عموم (المسلمون عند شروطهم)<sup>(١)</sup>.

(٤) القبض مما يترتب عليه آثار شرعية كصحة بيع الصرف ولزوم العقد إن أسقط الخيار، والقبض لغة هو الأخذ كما في المصباح المنير، وفي النهاية الأثيرية القبض بجميع الكف، وعن جماعة من أهل اللغة كما في الرياض القبض باليد، لكن الفقهاء اختلفوا فيه على أقوال:

إن القبض هو التخلية فيما لا ينقل، وهو النقل فيما يُنقل، ذهب إليه الماتن هنا وتبعه الشارح وذهب إليه أيضاً أبو المكارم، وقيل: إن القبض هو التخلية مطلقاً، سواء كان مما ينقل أم لا، وذهب إليه المحقق في الشرائع، وقيل: إن القبض هو التخلية فيما لا ينقل، وفي المنقول هو القبض باليد، أو الكيل والوزن فيما يوزن ويكال، أو النقل إن كان حيواناً، وهو المحكي عن البسوط وابن البراج وابن حمزة، إلى غير ذلك من الأقوال بعد اتفاقهم على أن القبض هو التخلية في غير المنقول، وإنما اختلفهم في معنى القبض =

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ٢٠١.



(نقله<sup>(١)</sup>)، وفي غيره (التخلية) بينه وبينه<sup>(٢)</sup>، بعد رفع اليد عنه، وإنما كان القبض

= في المنقول، وبما أن الشارع لم يحدد معنى القبض فلا بد من الرجوع إلى العرف، وقد يختلف معناه باختلاف المقبوض.

نعم ورد في معنى القبض صحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه<sup>(٣)</sup>)، وخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ وأوجه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: أتيتك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال مَنْ يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرذّ ماله إليه<sup>(٤)</sup>).

وصريح الثاني أن القبض هو النقل فلذا ذهب الشهيدان هنا إلى أن القبض في المنقول هو النقل، وصريح الأول - كما قيل - أن القبض هو الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، وفي الدروس إلحاق العَدِّ فيما يُعَدُّ، وقد جُمع بينه وبين المعنى العرفي، فقيل: إن القبض هو الكيل أو الوزن أو العَدُّ فيما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ، وفي غيرها من المنقول هو القبض باليد تحكيمياً للمعنى العرفي، أو النقل تحكيمياً لخبر عقبة، أو في خصوص الحيوان.

والأقوى أن القبض هو تحويل السلطنة على المتاع من المنقول منه إلى المنقول إليه، وهذا التحويل يتحقق بالتخلية في غير المنقول، وفي المنقول يختلف باختلاف نوعية المتاع هذا وسيأتي الكلام في دلالة الخبرين السابقين.

(١) استدل عليه بخبر عقبة بن خالد بالإضافة إلى المعنى العرفي، وفيه: أن خبر عقبة ضعيف السند، والعرف لا يدل على كون القبض هو النقل في كل مصاديق المنقول إذ يتحقق القبض عرفاً في كثير من الموارد بالأخذ، ومنه تعرف ما في كلام الشارح فيما بعد حيث قال: «فيرجع إلى العرف وهو دال على ما ذكر».

(٢) بين المبيع والمشتري، هذا والمراد من التخلية هو رفع البائع كل مانع يمنع المشتري من الاستيلاء عليه مع الإذن له فيه، وهو معنى القبض في غير المنقول تحكيمياً للمعنى العرفي بعد عدم ورود أمرٍ من الشارع بتحديدته.

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

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

مختلفاً كذلك، لأن الشارع لم يَحُدَّهُ فيرجع فيه إلى العرف، وهو دال على ما ذكر.

وفي المسألة أقوال أخر هذا أجودها، فمنها ما اختاره في الدروس من أنه في غير المنقول التخلية وفي الحيوان نقله، وفي المعتبر كيله، أو وزنه، أو عدده، أو نقله.

وفي الثوب وضعه في اليد، واستند في اعتبار الكيل، أو الوزن في المعتبر بهما<sup>(١)</sup> إلى صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام، وفي دلالتها عليه نظر<sup>(٢)</sup>، وإلحاق المعدود بهما<sup>(٣)</sup> قياس، والفرق بين الحيوان وغيره<sup>(٤)</sup> ضعيف. ومنها الإكتفاء بالتخلية مطلقاً<sup>(٥)</sup>، ونفى عنه البأس في الدروس بالنسبة إلى نقل الضمان<sup>(٦)</sup>، لا زوال التحريم والكراهة عن البيع قبل القبض، والعرف يأباه<sup>(٧)</sup>، والأخبار تدفعه.

- (١) بالكيل أو الوزن.
- (٢) إذ يحتمل أن يكون الخبر بصدد النهي عن بيعه قبل كيله أو وزنه وإن تحقق قبضه بوضع اليد عليه، إلا إذا كان تولية فيجوز بيعه من دون كيل أو وزن اعتماداً على كيل أو وزن البائع الأول هكذا قيل.
- (٣) كما عن الدروس.
- (٤) بحيث يكون القبض في الحيوان نقله، وفي غيره كالثوب وضعه في اليد، وهو ضعيف لعدم مطابقة المعنى العرفي للقبض.
- (٥) في المنقول وغيره كما عن الشرائع.
- (٦) قال في الدروس: «وقيل: التخلية مطلقاً، ولا بأس به في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض»، والمعنى أن البائع بالتخلية يرفع الضمان عنه لو تلف المبيع وإن لم يقبضه المشتري، ولكن لا يُسمى هذا قبضاً حتى يجوز بيع المتاع بعد التخلية، لأنه بيع ما لم يقبض، وسيأتي الخلاف فيه أنه محرم أو مكروه، وتقدم بعضه في بيع السلف فراجع.
- (٧) قال في المسالك بعد ما أورد صحيحة معاوية بن وهب أولاً ثم خبر عقبة بن خالد: «والثاني حجة على من اكتفى بالتخلية في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهة قبل القبض كالشاهد في الدروس، حيث نفى عنه البأس، فإن الخبر مصرح بأنه لا يخرج عن ضمان البائع حتى ينتقل، نعم يمكن رده نظراً إلى سنده، فبقي الكلام في تسميتها قبضاً، والأجود الرجوع في معناه إلى العرف» انتهى.

وحيث يُكتفى بالتخلية فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، ورفع يده، ويد غيره عنه إن كان، ولا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه<sup>(١)</sup> إلا أن يكون في غير بلده، بحيث يدل العرف على عدم القبض بذلك<sup>(٢)</sup>، والظاهر أن اشتغاله<sup>(٣)</sup> بملك البائع غير مانع منه وإن وجب على البائع التفريغ، ولو كان مشتركاً<sup>(٤)</sup> ففي توقيفه على إذن الشريك قولان: أجودهما عدم، لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك، نعم لو كان منقولاً توقف على إذنه، لافتقار قبضه إلى التصرف بالنقل<sup>(٥)</sup>، فإن امتنع من الإذن<sup>(٦)</sup> نصب الحاكم من يقبضه أجمع بعضه أمانة، وبعضه لأجل البيع، وقيل<sup>(٧)</sup>: يكفي حينئذ التخلية وإن

- (١) إلى المبيع، لأن ذلك لا مدخل له في معنى القبض عرفاً.
- (٢) بنفس التخلية، قال في المسالك: «نعم لو كان بعيداً بحيث يدل العرف على عدم قبضه بالتخلية كما لو كان ببلاد أخرى، اتجه اعتبار مضي الزمان، والحاصل أن مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع» انتهى.
- (٣) لو كان المبيع مشغولاً وهو في ملك البائع فرفع اليد عنه يحقق التخلية، قال في المسالك: «لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع، فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع واعتبرنا نقله، فنقله المشتري بالأمتعة كفي في نقل الضمان مطلقاً، وبجتمل توقيفه على إذن البائع في نقل الأمتعة، وإن كان عقاراً كالدار ففي الاكتفاء بالتخلية قبل نقل المتاع وجهان، أجودهما ذلك وهو خيرة التذكرة»، والوجه الآخر احتمال منه - كما في الجواهر - وهو ضعيف لصدق التخلية الموجبة للقبض وإن كان مشغولاً.
- (٤) كان المبيع مشتركاً بين البائع وغيره، وقد باع البائع حصته، فإن كان المبيع منقولاً وكان القبض متوقفاً على التصرف في حصة الشريك كوضعه في اليد أو نقله فلا بد من إذن الشريك حينئذ، وإلا فلا.
- وإن كان المبيع غير منقول فقبضه بالتخلية، ورفع يد البائع عنه لا يوجب تصرفاً في حصة الشريك فلا داعي لإذنه.
- (٥) حيث ذهب الشارح هنا إلى أن القبض في المقول هو النقل.
- (٦) امتنع الشريك من الإذن حيث يطلب إذنه فيقبضه الحاكم لدفع الضرر عن المشتري غاية ويقبض بعضه عن المشتري لأجل البيع، والبعض الآخر بعنوان الأمانة لأنه مال الشريك، ويقبض الحاكم بتحقيق القبض ويكون المشتري شريكاً مع ذلك الشريك.
- (٧) وهو العلامة في المختلف، وأنه مع امتناع الشريك يُكتفى بالتخلية فقط في تحقق معنى القبض، لأن نقله ممنوع شرعاً، لأن النقل متوقف على إذن الشريك وهو غير متحقق، والممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً فينتقل إلى التخلية.

لم يُكْتَفَ بها قبله<sup>(١)</sup>، (وبه) أي: بالقبض كيف فرض (ينتقل الضمان إلى المشتري<sup>(٢)</sup>) إذا لم يكن له خيار) مختص به، أو مشترك بينه وبين أجنبي، فلو كان الخيار لهما<sup>(٣)</sup> فتلفه بعد القبض زمنه<sup>(٤)</sup> منه<sup>(٥)</sup> أيضاً، وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض (فلو تلف قبله فمن البائع) مطلقاً<sup>(٦)</sup>، (مع أن النماء) المنفصل المتجدد بين العقد والتلف (للمشتري<sup>(٧)</sup>) ولا يُعَدُّ في ذلك، لأن التلف لا يُبطلُ البيع من أصله، بل يفسخه من حينه كما لو انفسخ بخيار.

هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي<sup>(٨)</sup>، أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن كما لو تلف من الله تعالى، وبين مطالبة المتلف بالمثل، أو القيمة، ولو كان التلف من المشتري<sup>(٩)</sup> فهو بمنزلة القبض (وإن تلف

- (١) قبل امتناع الشريك.
- (٢) إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع، وإذا تلف بعد القبض وكان للمشتري خيار فهو من مال البائع أيضاً، وقد تقدم الدليل عليهما، ولو تلف المبيع بعد القبض ولم يكن للمشتري خيار أو كان وقد تلف بعد الخيار فهو من مال المشتري لخروجه عن عهدة البائع كما هو واضح.
- (٣) للبائع والمشتري وقد تحقق القبض، فالتلف من مال المشتري بلا خلاف فيه كما في الرياض، لأن الملك قد حصل بمجرد العقد والتلف يكون على المالك حينئذٍ.
- (٤) زمن الخيار.
- (٥) من المشتري.
- (٦) سواء كان للمشتري خيار أم لا، والتلف من البائع لأنه قبل القبض.
- (٧) لأن الأصل ملكه والنماء تابع لأصله، ومما قاله الشارح تعرف أن التلف مبطل للعقد من حينه لا من أصله.
- (٨) قبل القبض كما هو المفروض، فالمشتري مخير بين الفسخ والمطالبة بالثمن، أما الفسخ فلأن التلف قبل القبض من مال البائع، وأما مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة فلأن له الحق عليه لأن جان، والرجوع إلى المثل أو القيمة لأنهما بدل المعوض، نعم لو رجع على المتلف لا يجوز له الفسخ، لأنه لو فسخ سيجمع بين العوض والمعوض وهو منهي عنه وقد تقدم دليله في الأبحاث السابقة، قال في الجواهر: «ظاهرهم الاتفاق عليه»، ومثله ما لو كان المتلف هو البائع فيرجع عليه بالثمن إن فسخ، وبالمثل أو القيمة إن أمضى العقد.
- (٩) والناع تحت يد البائع كما هو المفروض، فإتلافه بمنزلة القبض سواء كان عالماً أم جاهلاً. لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه.

بعضه، أو تعيب) من قبل الله، أو قبل البائع<sup>(١)</sup> (تخيير المشتري في الإمساك مع الأرض والفسخ)، ولو كان العيب من قبل أجنبي فالأرض عليه للمشتري إن التزم، وللبيع إن فسخ<sup>(٢)</sup>، (ولو قُصِبَ من يد البائع) قبل إقباضه<sup>(٣)</sup> (وأُسرع عوده) بحيث لم يفت من منافعه ما يُعتد به عرفاً، (أو أمكن) البائع (نزعه بسرعة) كذلك (فلا خيار) للمشتري، لعدم موجبه، (وإلا) يمكن تحصيله بسرعة (تخيير المشتري) بين الفسخ، والرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه، والإلتزام بالمبيع وارتقاب حصوله، فينتفع حيثنذ بما لا يتوقف على القبض، كعتق العبد.

ثم إن تلف في يد الغاصب<sup>(٤)</sup> فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع وإن كان قد رضي بالصبر<sup>(٥)</sup>، مع احتمال كونه قبضاً، وكذا لو رضي بكونه في يد البائع،

(١) أو الأجنبي كان للمشتري الفسخ بلا خلاف، لثلاث تبعض عليه الصفقة، ولو لم يفسخ فهل له الأرض أو لا، فإذا كان العيب أو تلف البعض من قبل الله تعالى فتردد كما في المسالك، واختار الشيخ في المبسوط أنه من المشتري، والأقوى أنه من البائع لأن جميعه مضمون على البائع فأجزاؤه أولى بالضمان، وإذا كان العيب أو النقصان من البائع أو الأجنبي فله حق الرجوع بالأرض على الجاني كما هو واضح.

(٢) بحيث لو فسخ المشتري فله الثمن، ويرجع المبيع الميب أو الذي تلف بعضه إلى البائع، والبائع يرجع على الأجنبي بالأرض، لأنه جائز حيثنذ.

(٣) فإن أمكن استعادته من يد الغاصب وجبت الاستعادة على البائع، لأن التسليم واجب عليه وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فتجب الاستعادة من باب وجوب المقدمة.

ثم إن استعادته في الزمن اليسير أو رجع المبيع لأن الغاصب قد تاب في الزمن اليسير بحيث لم يستلزم ذلك فوات منفعة ولا فوات غرض، فلا يثبت للمشتري خيار الفسخ للأصل بعد الشك في ثبوت الخيار له، ولو لم يستطع البائع استعادته بسرعة، سواء لم يستطع أبداً أم لم يستطع حتى طال المدة كان للمشتري خيار الفسخ، للضرر الحاصل عليه بفوات منافعه في المدة الطويلة.

نعم لو لم يرجع المبيع وأراد المشتري الامضاء كان له ذلك، لأنه يمكن الانتفاع بالعين بما لا يتوقف على القبض، كعتق العبد ونحو ذلك.

(٤) وقبل القبض كما هو المفروض فهو من مال البائع، ويبطل البيع لأن الانفساخ قهري حيثنذ.

(٥) لو غصب المتاع وقد رضي المشتري بالمبيع وصبر ولم يفسخ ثم تلف تحت يد الغاصب، =

وأولى بتحقق القبض هنا<sup>(١)</sup>، (ولا أجره على البائع في تلك المدة) التي كانت في يد الغاصب وإن كانت العين مضمونة عليه<sup>(٢)</sup>، لأن الأجرة بمنزلة النماء المتجدد وهو غير مضمون، وقيل: يضمنها، لأنها بمنزلة النقص الداخل قبل القبض، وكالنماء المتصل.

والأقوى اختصاص الغاصب بها (إلا أن يكون المنع منه)<sup>(٣)</sup> فيكون غاصباً إذا كان المنع بغير حق<sup>(٤)</sup>، فلو حبسه ليتقابضاً، أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم

= فهل رضاه بالصبر قبض منه، بحيث يكون تلفه في يد الغاصب تلفاً للمبيع بعد القبض ويكون من مال المشتري، وقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: «وإن كان قد رضي المشتري بالصبر، واحتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف، بل لو تصرف بالمبيع بنظر أو لمس ونحوه وهو في يد الغاصب لم يكن قبضاً عرفاً، بل الرضا بالبقاء في يد البائع ليس قبضاً، فضلاً عن يد الغاصب كما صرح به خير عفة بن خالد انتهى، وقد تقدم الخبر فراجع.

(١) إذا كان الصبر على المتاع في يد الغاصب قبضاً فالصبر على المتاع في يد البائع قبضاً من باب أولى، ووجه الأولوية أن الصبر على يد العدوان قبض كما هو المفروض فالصبر على يد الاستئمان قبض من باب أولى.

(٢) تقدم أن المتاع لو غصب من يد البائع وقبل قبض المشتري فهو مضمون على البائع، بحيث لو تلف كان من ماله، ولكن لو فاتت منافع العين المسروقة فهل يثبت على البائع أجره المنافع الفاتئة أو لا، قيل: لا أجره على البائع، لأن المضمون عليه هو العين وتوابعها من النماء المتصل، والمنفعة الفاتئة ليست من هذا القبيل، بل هي نماء المبيع المتجدد، فتكون على الغاصب فقط.

وقيل: عليه الأجرة، لأن المنافع الفاتئة بمنزلة النقص الداخل على المبيع قبل القبض، كما لو باع حيواناً سميناً فهزل قبل القبض، ولأنها بمنزلة النماء المتصل المضمون، غايته يرجع المشتري هنا على البائع، والبائع على الغاصب.

وفيه: منع ضمان كل نقص على المبيع بعد المقد وقيل القبض، مع أن جعله من النماء المتصل واضح الفساد.

(٣) من البائع، بحيث غصب المتاع وأراد الغاصب إرجاعه فمنعه البائع، فيعد البائع حيثئذ هو السبب في فوات المنافع فيضمنها، أو أنه لم يسرق المتاع وقد امتنع البائع من التسليم فكذلك.

(٤) أما لو كان المنع من البائع بحق كما لو حبس المتاع ليتقابضاً، لأن المشتري امتنع من =

قبضه فلا أجرة عليه<sup>(١)</sup>، للإذن في إمساكه شرعاً<sup>(٢)</sup>، وحيث يكون المنع سائغاً<sup>(٣)</sup> فالنفقة على المشتري، لأنه ملكه، فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليُجبره عليه، فإن تعذر أنفق بنية الرجوع ورجع كمنظائره.

(وليكن المبيع) عند إقباضه (مفرغاً)<sup>(٤)</sup> من أمتعة البائع وغيرها مما لم يدخل في المبيع، ولو كان مشغولاً بزرع لم يبلغ وجب الصبر<sup>(٥)</sup> إلى أوانه إن اختاره<sup>(٦)</sup> البائع، ولو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدم وجب أرشه على البائع، والتفريغ وإن كان واجباً<sup>(٧)</sup> إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضي المشتري بتسلمه مشغولاً تم القبض ويجب التفريغ بعده.

(ويكره بيع المكيل والموزون قبل قبضه)<sup>(٨)</sup> للنهي عنه المحمول على الكراهة

= إقباض ما في يده مقارناً لإقباض البائع ما في يده، فقد تقدم أن التلف من مال المتنع، وعن جامع المقاصد احتمال الضمان مع جواز المنع، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة، ولا يلزم من ثبوت الأول ثبوت الثاني، وهو ضعيف نظراً إلى أن جواز الحبس معناه الإذن شرعاً، وهو لا يتعقبه الضمان فيلزم الثاني من ثبوت الأول.

(١) على البائع في قبالة المنافع الفاتئة.  
(٢) فلا يتعقبه الضمان.

(٣) بحق، فالنفقة على المتاع كعلف الدابة وصيانة المتاع إنما تكون من مال المشتري، لأن المتاع ملكه فالغرم عليه كما له الغنم، ولا تكون على البائع، لأن يده يد استئمان شرعاً.

(٤) قال في المسالك: «ولا ريب في وجوب الإخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه»، وعليه فإن كان في المبيع أمتعة وجب نقلها، أو زرع حان حصاده وجب حصاده وتسوية الحفر، ولو كان في المبيع شيء لا يخرج إلا بتغيير شيء من أبنية المبيع وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم، كل ذلك من باب وجوب المقدمة.

(٥) وجب الصبر على المشتري إلى حين البلوغ جمعاً بين الحقين، لأن إخراج الزرع قبل بلوغه ضرر على البائع، وعدم تسليم العين ضرر على المشتري، فيسلم العين ويؤمر بترك الزرع إلى أوانه.

(٦) اختار البقاء.

(٧) تفريغ المبيع من مال البائع واجب على البائع من باب وجوب المقدمة غير أن المشتري لو رضي بتسلمه مشغولاً تم القبض، لأن المعنى العرفي للقبض لا يوجب التفريغ المذكور، نعم لو تحقق القبض كان على البائع فيما بعد التفريغ ليتمكن المشتري من الانتفاع بملكه.

(٨) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، وتبعه عليه الشيخ =

= والعلامة في التذكرة والارشاد والشارح في المسالك والروضة والمحدث البحراني للأخبار.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه) كما هو المروي في الفقيه<sup>(١١)</sup> والتهذيب<sup>(١٢)</sup>، وخبر علي بن جعفر المروي في قرب الاستناد عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل اشترى بيعاً كيلاً أو وزناً هل يصلح بيعه مرابحة؟ قال: لا بأس، فإن سئى كيلاً أو وزناً فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه)<sup>(١٣)</sup>، وصحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه)<sup>(١٤)</sup>.

وعن الشيخ في المبسوط والخلاف وابن زهرة في الغنية والعلامة في التذكرة والارشاد، بل والصدوق والقاضي أنه كذلك، إذا كان المبيع طعاماً، لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك)<sup>(١٥)</sup>، وخبر علي بن جعفر (سأل أخاه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإذا كان يوليه فلا بأس، وسأله عن الرجل يشتري الطعام أجل له أن يوتي منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس، فإن ربح فلا يبع حتى يقبضه)<sup>(١٦)</sup>.

وذهب المشهور إلى الكراهة جمعاً بين ما تقدم وبين أخبار دالة على الجواز.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس)<sup>(١٧)</sup>، وخبر ابن حجاج الكرخي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار مني بعدما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشتريته، وليس لك أن تدفع قبيل أن تقبض)<sup>(١٨)</sup>، ويشهد للكراهة خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى =

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

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

(٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢٢.

(٤) (٦٥٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و٩٥.

(٥) (٨٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٩٦.



جمعاً، (وقيل: يجرم إن كان طعاماً) وهو الأقوى، بل يجرم بيع مطلق المكيل والموزون، لصحة الأخبار الدالة على النهي، وعدم مقاومة المعارض لها على وجه يوجب حمله<sup>(١)</sup> على خلاف ظاهره<sup>(٢)</sup>، وقد تقدم<sup>(٣)</sup>.

(ولو ادعى المشتري نقصان المبيع)<sup>(٤)</sup> بعد قبضه (حلف إن لم يكن حضر

= طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله، قال: لا يعجنني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يؤثمه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع<sup>(١)</sup>.

والشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها، أما الأول فبعل بن حديد وهو ضعيف، والثاني بالكرخي وهو مجهول ولذا قال في المسالك: «لأن أخبار المنع صحيحة متظاهرة، وخبر التسويغ في طريق أولهما علي بن حديد وهو ضعيف، والآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح وهو خبرة العلامة في التذكرة والارشاد والشيخ في المبسوط، بل ادعى عليه الاجماع جماعة من الأصحاب» انتهى.

(١) حمل النهي.

(٢) فظاهره الحرمة، وخلافه الكراهة.

(٣) في آداب البيع وفي بيع السلف.

(٤) إذا قبض المشتري المبيع وكان مما يكال أو يوزن، لكن لم يحضر كيّله ولا وزنه، ثم ادعى نقصان المبيع فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر، لأصالة عدم وصول حقه إليه، بلا فرق بين كون النقصان قليلاً أو كثيراً، نعم لو حضر كيّله أو وزنه وقبضه ثم ادعى النقصان فالقول قوله البائع مع يمينه، لأن قول البائع موافق للظاهر، وهو أن صاحب الحق إذا حضر استيفاء حقه يجتاط لنفسه.

وقول المشتري هنا وإن كان موافقاً للأصل من عدم وصول حقه إليه، لكنه مخالف لهذا الظاهر، والغرف لا يأخذون بالأصل مع هكذا ظاهر.

بل المشتري في الصورة الثانية قوله مخالف للظاهر والأصل معاً، أما الظاهر فقد تقدم، وأما الأصل فهو وصول حقه إليه، لأنه قبضه بعدما حضر وزنه أو كيّله ولم يعترض فيكون قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه.

لا يقال: لو كان القبض اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه لكان جارياً في صورتين، لأنه يقال: هناك فرق، ففي الصورة الثانية لما حضر الاعتبار وقبض ولم يعارض ولم يطالب ببقية حقه كان قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه كما هو واضح، بخلاف الصورة الأولى =

الاعتبار)، لأصالة عدم وصول حقه إليه، (وإلا يكن) كذلك بأن حضر الاعتبار (أحلف البائع) عملاً بالظاهر، من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره محتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه، ويمكن موافقة الأصل للظاهر باعتبار آخر، وهو أن المشتري لما قبض حقه كان في قوة المعترف بوصول حقه إليه كماً، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعياً لما يخالف الأصل، ولا يلزم مثله في الصورة الأولى، لأنه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض اعترافه فهو مبني على الظاهر بخلاف الحاضر، (ولو حوّل المشتري الدعوى) حيث لا يقبل قوله في النقص<sup>(١)</sup> (إلى عدم إقباض الجميع) من غير تعرض لحضور الاعتبار وعدمه، أو معه (حلف)، لأصالة عدم وصول حقه إليه (ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى) فلا تسمع الثانية لتناقض كلاميه، وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي، كدعوى براءة الذمة من حق المدعي لو كان قد دفعه إليه بغير بينة، فإنه لو أقر بالواقع<sup>(٢)</sup> لزمه.

(الثالث: فيما يدخل في المبيع) عند إطلاق لفظه (و) الضابط أنه (يراعى فيه اللغة والعرف)<sup>(٣)</sup> العام، أو الخاص، وكذا يراعى الشرع بطريق أولى، بل هو

= فإن عدم المطالبة عند القبض لا يكون اعترافاً بوصول حقه، لأنه جاهل بقيمة ما قبض. ثم لو سلم أن قبض المتاع مع عدم المطالبة هو اعتراف، ففي الصورة الأولى هو اعتراف اعتماداً على الغير لا على حضوره، وهذا معناه أنه اعترف بوصول حقه إليه إن صدق الغير بما قدم، ولكنه تبين أن الغير لم يكن صادقاً فيجوز له دعوى النقصان، ويكون قوله في الصورة الأولى موافقاً للأصل من عدم وصول حقه إليه.

(١) في الصورة الثانية عندما حضر الاعتبار، فلو ادعى عدم قبض جميع حقه ولم يدع نقصان المبيع مع أنه حضر كيله أو وزنه، وعلى كل فلو برز دعواه بهذه الكيفية فهو منكر لموافقة قوله للأصل من عدم وصول حقه إليه، ولا يكون مخالفاً للظاهر، إذ حضوره أعم من قبض جميع حقه، بخلاف ما لو ادعى نقصان المبيع فهو يدعى أن المبيع عندما كيل كان ناقص مما في ذمة البائع مع أن حضوره يستلزم عدم النقصان، لأن الإنسان محتاط لنفسه.

(٢) لو اعترف بوجود حق للمدعي ثم ادعى أنه قد دفعه إليه فهو مدع مطالب بالبينه، ومع عدمها فالقول قول خصمه مع يمينه، ولازمه إلزامه بالواقع حيثن.

(٣) المعروف بينهم - كما في الجواهر - أن الضابطة في ذلك الاقتصار على ما يتناوله اللفظ

لغة أو عرفاً، هذا والعرف مقدم على اللغة، لأن المتبايعين من أهل العرف، والمحاورة =

مقدم عليهما، ولعلّه أدرجه في العرف لأنه عرف خاص، ثم إن اتفقت<sup>(١)</sup>، وإلا فُدم الشرعي<sup>(٢)</sup>، ثم العرفي، ثم اللغوي<sup>(٣)</sup> (ففي بيع البستان) بلفظه<sup>(٤)</sup> (تدخل<sup>(٥)</sup>) الأرض والشجر) قطعاً (والبناء)<sup>(٦)</sup> كالجدار وما أشبهه من الركائز المثبتة في داخله لحفظ التراب عن الانتقال، أما البناء المعد للسكنى ونحوه، ففي دخوله وجهان<sup>(٧)</sup>: أجودهما اتباع العادة، (ويدخل فيه الطريق، والشرب)<sup>(٨)</sup> للعرف، ولو

- = بينهم محكومة بالعرف السائد، فكذا ألفاظ المبيع، ثم إن العرف عام أو خاص، ولا يراد العرف الخاص إلا مع القرينة، هذا هو الأصل في حمل الألفاظ على المعاني عند إطلاقها، إلا إذا كان للفظ حقيقة شرعية فتقدم على العرف العام، المقدم على اللغوي، غير أن ثبوت الحقيقة الشرعية في ألفاظ المبيع شبه معدوم.
- (١) اللغة مع العرف العام والعرف الخاص وهذا نادر.
- (٢) مع قصد المتبايعين، وإلا فمع عدم القصد يُقدم العرف العام، لأنه هو الأصل عند التبادر.
- (٣) لأنه إذا عدم المعنى العرفي عاماً أو خاصاً فلا بد من حمل اللفظ على معنى، فلو لم يكن له إلا المعنى اللغوي فلا بد من حمله عليه.
- (٤) حيث ورد لفظ البستان في عقد البيع، هذا والنزاع هنا صفوي، وقد بحث فيه الفقهاء بما هم من أهل العرف واللفظة، وخصوا البحث بالألفاظ التي يكثر دورانها في عقود البيع.
- (٥) فيدخل في البيع الشجر والتخل والأرض، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن معنى البستان عرفاً ولغة هو الأرض المشجرة، قال في المصباح: «البستان هو الجنة».
- (٦) فلا ريب في دخول السور في معنى البستان كما نص عليه جامع المقاصد وغيره، لأنه معناه عرفاً، وكذا ما أشبهه من الركائز المبنية في داخله لحفظ التراب.
- (٧) من أنه من توابعه، ومن إطلاق البستان عليه ظاهراً إذا قيل باع فلان بستانه وفيه بناء، ووجه العدم عدم دخوله في مسماه لغة وعرفاً، ولذا يسمى بستاناً وإن لم يكن فيه بناء، بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر، قال في المسالك: «والأقوى في ذلك الرجوع إلى العرف، فإن عُد أنه جزء منه أو تابع له دخل وإلا فلا، ويختلف ذلك باختلاف البقاع والأزمان وأوضاع البناء»، وهو متين.
- (٨) بالكسر مورد الماء كالمشرب، قال في المسالك: «وكذا يدخل الطريق والشرب بدلالة العرف وإن لم يدخل في مفهومه».

باعه بلفظ «الكرم»<sup>(١)</sup> تناول شجر العنب، لأنه مدلوله لغة، وأما الأرض والعريش والبناء والطريق والشرب فيرجع فيها إلى العرف، وكذا ما اشتمل عليه من الأشجار وغيره، وما شك في تناول اللفظ له لا يدخل.

ويدخل (في الدار)<sup>(٢)</sup> الأرض والبناء أهلاه وأسفله، إلا أن ينفرد الأعلى عادة فلا يدخل إلا بالشرط، أو القرينة، (والأبواب)<sup>(٣)</sup> المثبتة، وفي المنفصلة كألواح الدكاكين وجهان: أجودهما الدخول، للعرف، وانفصالها للإرتفاق<sup>(٤)</sup> فتكون كاجزاء وإن انفصلت، وإطلاق العبارة يتناولها، وفي الدروس قيدها بالمثبتة فتخرج (والأغلاق المنصوبة)<sup>(٥)</sup>، دون المنفصلة كالأقفال<sup>(٦)</sup> (والأخشاب المثبتة)<sup>(٧)</sup> كالتخذة لوضع الأمتعة وغيرها، دون المنفصلة وإن انتفع بها في الدار، لأنها كالألات الموضوعة بها، (والسلم المثبت) في البناء لأنه حيثئذ بمنزلة الدرجة<sup>(٨)</sup>،

(١) لو باع البستان المزروع بشجر العنب بلفظ «الكرم» دخل شجر العنب قطعاً، لدلالة لفظ الكرم عليه بالتطبيق، قال في المسالك: «وأما الأرض والعريش والطريق والشرب والبناء فيرجع فيها إلى العرف، فإن أفاد دخولها في مساهم دخل، وإلا فلا، ولو أفاد دخول بعضها خاصة اختص به، وكذا القول في باقي الأشجار الثابتة معه، ومع الشك في تناول العرف لها لا يدخل» انتهى.

(٢) لو باع بلفظ «الدار» دخل فيها الأرض والبناء الأعلى والأسفل، بلا خلاف ولا إشكال - كما في الجواهر - إلا أن يكون الأعلى مستقلاً بما تشهد العادة بخروجه، مثل أن يكون الأعلى مساكن منفردة ولها طريق خاص ومرافق مستقلة كما في عصورنا الحاضرة.

(٣) أما المثبتة فتدخل بلا خلاف ولا إشكال قضاء للعرف، وأما المنفصلة كألواح الدكاكين فتدخل قضاء للعرف، ويحتمل عدم دخولها لأن اسم الدار لا ينطبق عليها، وهو ضعيف.

(٤) قال في المسالك: «ألواح الدكاكين المجمعولة أبواباً منقولة للإرتفاق لسعة الباب» انتهى.

(٥) بلا خلاف ولا إشكال قضاء لحق العرف، ولأنها جزء الباب الداخل في بيع الدار.

(٦) فلا تدخل قضاء للعرف.

(٧) هي الأخشاب المستدخلة في البناء، فإن لم تستدخل بل سمرت فهي رفوف، والأخشاب المثبتة تدخل، لأنها من أجزاء الدار، وأما التي سمرت فتدخل لأنها من توابع الدار بحسب العرف، وفي التذكرة نفى دخول السلالم المستقرة والرفوف والأوتاد لخروجها عن اسم الدار.

(٨) فإن كان ثابتاً فهو من توابع الدار وإلا كان كبقية الأمتعة.

بخلاف غير مثبت، لأنه كالألة، وكذا الرُقْد، وفي حكمها الخوايي المثبتة في الأرض والحيطان<sup>(١)</sup>، (والمفتاح)<sup>(٢)</sup> وإن كان منقولاً، لأنه بمنزلة الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها.

والمراد غير مفتاح القفل، لأنه تابع لِغَلْفِهِ، ولو شهدت القرينة بعدم دخوله لم يدخل، وكذا يدخل الحوض والبئر والحمام المعروف بها<sup>(٣)</sup> والأوتاد<sup>(٤)</sup>، دون الرُحَى وإن كانت مثبتة<sup>(٥)</sup>، لأنها لا تعد منها، وإثباتها لسهولة الإرتفاق بها.

(ولا يدخل الشجر) الكائن بها (إلا مع الشرط)<sup>(٦)</sup>، أو يقول: بما أغلق عليه

(١) فإن كانت مثبتة فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً وإلا فلا، والعلامة في أكثر كتبه نفي دخول الخوايي مطلقاً.

(٢) ويريد به مفتاح الاغلاق المنصوبة، لا مفتاح الأفعال المنفصلة وغير الثابتة، قال في المسالك: «وجه التردد من خروجها عن اسم الدار وكونها منقولة فتكون كالألات المنتفع بها فيها، ومن أنها من توابع الدار، وكالجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها، والأقوى الدخول إلا أن يشهد العرف بغيره كمفاتيح الأفعال» انتهى.

(٣) بالدار، والدخول لأنها من توابع الدار عرفاً.

(٤) فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً، وقد عرفت خلاف العلامة فيها سابقاً.

(٥) قال في المسالك: «التي ثبت حجرها الأسفل، وإنما لم تدخل لأنها لا تُعد من الدار لغةً ولا عرفاً، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال، وللشيخ قول بدخول الرُحَى المثبتة لصيرورتها من أجزاء الدار وتوابعها بالثبوت، والأعلى تابع للأسفل» انتهى.

(٦) لو كان في الدار نخل أو شجر فلا يدخل في بيع الدار بلفظ «الدار»، وفي التذكرة «ولو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا»، والأقوى الرجوع إلى العرف.

نعم لو قال: بعث الدار بحقوقها، فمن الشيخ في المبسوط أن الأشجار تدخل، لأنها من حقوق الدار، ورُد: بأنها ليست من حقوق الدار، ولذا قال في الجواهر: «بل لو فرض ذلك في بعض الأشجار والزرع المقصود منها نزهة الدار وحسنها، كان خارجاً عن محل النزاع، ويكون من قبيل الدخول بالقرائن، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق» انتهى، هذا وفي عرفنا الحالي دخول الأشجار في بيع الدار.

ثم لو قال: بعثك هذه الدار على ما دار عليه حائطها، أو على ما أغلق عليه بابها، فإنها تدخل قطعاً، ويشهد له مكاتبة الصغار إلى أبي محمد عليه السلام (في رجل اشترى من رجل =

بابها، أو ما دار عليه حائطها)، أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومة عليه<sup>(١)</sup>، وبذل ثمن لا يصلح إلا لهما<sup>(٢)</sup>، ونحو ذلك، (و) يدخل (في النخل الطلع إذا لم يؤبر<sup>(٣)</sup>) بتشقيق طلع الإناث، وذو طلع الذكور فيه، ليجيء ثمرته أصلح، (ولو أبر فالثمرة للبائع)، ولو أبر البعض فللكل حكمه على الأقوى<sup>(٤)</sup>، والحكم مختص بالبائع، فلو انتقل النخل بغيره<sup>(٥)</sup>.....

= أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها، أيدخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا، فوقع عَلَيْهِ : إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أعلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله<sup>(١)</sup>.

(١) على الشجر.

(٢) لا يدخل الشجر في بيع الدار إلا مع الشرط أو القرائن، ومن جملة القرائن مساومة المشتري على الشجر كمساومته على الدار، ومن جملتها أن يبذل المشتري ثمناً يصلح للدار والشجر بحيث لو لم يقصد الشجر فلا يدفع هذا الثمن بحسب العرف.

(٣) التأبير هو تشقيق طلع الإناث وذو طلع الذكور فيه، ليجيء رطبها أجود مما لم يؤبر، والعادة قائمة على الاكتفاء بتأبير البعض، والباقي يتشقق بنفسه وتهب ريح الذكور إليه، وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل ويتأبر بالرياح، خصوصاً إذا كانت الذكور في ناحية الصبا وقد هب الصبا وقت التأبير.

هذا والنخل إذا لم يؤبر وقد باعه فيدخل في المبيع طلعه، مع أن الأصل عدم دخول الثمرة في بيع الشجرة، ودخول الطلع هنا للأخبار.

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عَلَيْهِ (قال أمير المؤمنين عَلَيْهِ : من باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله ﷺ)<sup>(٢)</sup>، والاستدلال بالمفهوم.

(٤) بحيث أبر البعض والباقي غير مؤبر ولو بسبب الرياح، وعن العلامة في التذكرة أنه بصدق أنه باع نخلاً مؤبراً فثمره للبائع، وفيه: أنه باع نخلاً مؤبراً وغير مؤبر، فلا بد أن يكون لكل حكمه.

(٥) بغير البيع سواء كان بمعاوضة لازمة أم لا، فيرجع إلى القواعد من أن الثمرة لا تدخل =

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

لم يدخل الطلع مطلقاً<sup>(١)</sup> متى ظهر كالثمرة.

(و) حيث لا يدخل في البيع (يجب تبقيتها إلى أوان أخذها)<sup>(٢)</sup> عرفاً بحسب تلك الشجرة، فإن اضطرب العرف<sup>(٣)</sup> فالأغلب، ومع التساوي<sup>(٤)</sup> ففي الحمل على الأقل، أو الأكثر، أو اعتبار التعيين وبدونه يبطل، أوجه.

(وطلع الفحل) للبايع متى ظهر<sup>(٥)</sup>، (وكذا باقي الثمار مع الظهور)<sup>(٦)</sup> وهو انعقادها، سواء كانت بارزة<sup>(٧)</sup>.....

= في الشجرة لا لغة ولا عرفاً، وعليه فالثمرة للبايع سواء أبرت أم لا، بلا خلاف فيه بيننا، خلافاً للشافعي حيث سرى الحكم إلى جميع المعاوضات.  
(١) سواء أبر أم لا.

(٢) قال في المسالك عند قول المحقق: ويجب على المشتري تبقيته نظراً إلى العرف: «ظاهر العبارة أن النظر إلى العرف دليل وجوب التبقيّة على المشتري وليس ببعيد، فإن الثمرة المقطوعة قبل أوانها لا قيمة لها في الأغلب، خصوصاً ثمرة النخل، فالعادة تقتضي إبقاءها للبايع إذا باع الشجر، ويمكن أن يريد به وجوب تبقيته بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجرة في ذلك المحل، فما كانت عادته أن يؤخذ بسراً يبقى إلى أن يتناهي حلاوته، وما يؤخذ رطباً إذا تنهى ترطيبه، وما يؤخذ تمراً إذا انتهى نشافه» انتهى.

(٣) بحيث قال بعضهم تبقى لمدة، وقال البعض الآخر: تبقى لمدة أخرى، فيحمل على الأغلب، بحيث كان الانقسام بين أهل العرف فذهب أكثرهم إلى قول والباقي إلى قول ثان، فالحمل على قول الأكثر.

(٤) ولا توجد أكثرية فهنا أوجه، حمله على الأقل، اقتصاراً فيما خالف الأصل على القدر المتيقن، والأصل هو تسلط المشتري على ملكه ومنع غيره من الانتفاع به، وحمله على الأكثر، لثبوت أصل الحق للبايع وبعد انقضاء المدة القليلة يستصحب حق البايع إلى أن يثبت المزيل، والاحتمال الثالث هو وجوب تعيين مدة الإبقاء بحيث لو لم تذكر مدة الإبقاء للزم الجهالة في أحد الموضين فيبطل العقد.

(٥) تقدم أن ثمرة النخل قبل التأبير للمشتري وبعده للبايع، وهذا لا يشمل طلع الذكور من الفحل، فهي للبايع مطلقاً، قال في المسالك: «لما تقدم من أن الحكم معلق على التأبير، ولا يتحقق في الذكور، لأنه على ما عرفت ذرّ طلع الفحل في كمام الأنثى بعد شقه، والعكس وإن كان ممكناً، إلا أن الغالب خلافه، والإطلاق محمول على الغالب، بل بمنزلة عليه، فعلى هذا متى ظهرت أكمة الفحول فهي للبايع» انتهى.

(٦) لما تقدم أن الثمرة لا تدخل في الشجرة، فتبقى على ملك البايع.

(٧) كالتين.

أم مستترة في كِمام<sup>(١)</sup>، أو ورد<sup>(٢)</sup>، وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد<sup>(٣)</sup>، أو الورق<sup>(٤)</sup>، ولو كان وجوده على التعاقب<sup>(٥)</sup> فالظاهر منه حال البيع للبائع، والمتجدد للمشتري، ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

(ويجوز لكل منهما) أي: من البائع الذي بقيت له الثمرة والمشتري<sup>(٦)</sup> (السقي)<sup>(٧)</sup> مراعاة للملكة (إلا أن يستضرا) معاً فيمنعان<sup>(٨)</sup>، (ولو تقابلا في الضرر والنفع)<sup>(٩)</sup> رجحنا مصلحة المشتري، لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل، وتسليط المشتري عليه الذي يلزمه جواز سقيه، وتوقف في الدروس

- (١) كالجوز.
- (٢) الثمرة ظهرت ولكن مستترة في ورد، وهو المسمى بالزهر كالفلاح والليمون.
- (٣) كالأزهار.
- (٤) كشجر الحناء والتوت، فإنه طعام لدود الفز.
- (٥) لو كانت الثمرة ظاهرة في بعض الأشجار، وباع الجميع، ثم ظهرت الثمرة في باقي الأشجار، فما كان من الثمرة قبل العقد فهو للبائع، وما كان بعد العقد فهو للمشتري، لأنه نماء متجدد، ومع الامتزاج فلا بد من الصلح.
- (٦) الذي له الشجرة.
- (٧) سقي الشجرة، أما جواز السقي للبائع فلأن الثمرة لا تصلح إلا بسقي الشجرة فيجوز له لحقه في صلاح الثمرة، وأما جواز السقي للمشتري فلأن الشجرة ملكه فيجوز له سقيها لصلاحها ونموها، وهذا واضح، ثم إذا منع أحدهما الآخر من السقي أجبر المانع على القبول، لعدم تسلطه على منع تصرف الآخر لصلاح ماله.
- (٨) إذا كان مطلق السقي يضر الأصل والثمره، فيمنع كل منهما من السقي، وإن كان لأحدهما التسلط على ماله ويجوز له أن يضر ماله بالسقي غير أنه لا يجوز له إدخال الضرر على الآخر.
- (٩) بأن كان أحدهما يتضرر من السقي والآخر يتضرر من عدم السقي، فتقدم مصلحة المشتري، لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل وتسليط المشتري عليه، واحتمل في الدروس تقديم البائع لأن حقه أسبق، وذهب الشيخ في المبسوط إلى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح، ولكن الأول هو الأشهر، ولكن يشكل عليه فيما لو كان نقص الأصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة، فحينئذ ينبغي تقديم مصلحته - المشتري - مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعاً بين الحقين.



حيث جعل ذلك احتمالاً ونسبه إلى «الفاضل»، واحتمل تقديم صاحب الثمرة، لسبق حقه، ويشكل تقديم المشتري حيث يوجب نقصاً في الأصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة، فينبغي تقديم مصلحة البائع<sup>(١)</sup> مع ضمانه لقيمة الثمرة، جمعاً بين الحقين.

(و) يدخل (في القرية البناء)<sup>(٢)</sup> المشتمل على الدور وغيرها (والمرافق) كالطرق والساحات، لا الأشجار والمزارع<sup>(٣)</sup> إلا مع الشرط، أو العرف كما هو الغالب الآن، أو القرينة، وفي حكمها الضيعة في عرف الشام<sup>(٤)</sup>، (و) يدخل (في العبد) والأمة (ثيابه الساترة للعورة)<sup>(٥)</sup>، دون غيرها، اقتصاراً على المتيقن دخوله، لعدم دخولها في مفهوم العبد لغة، والأقوى دخول ما دل العرف عليه من ثوب، وثوبين، وزيادة، وما يتناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام والقلنسوة والخف وغيرها، ولو اختلف العرف - بالحر والبرد - دخل ما دل عليه حال البيع، دون غيره، وما شك في دخوله لا يدخل للأصل، ومثله الدابة فيدخل فيها النعل<sup>(٦)</sup>، دون آلتها، إلا مع الشرط أو العرف.

(الرابع: في اختلافهما، ففي قدر الثمن<sup>(٧)</sup> يحلف البائع مع قيام العين،

(١) وهو اشتباه بل المشتري، وقد حاول المحشون تصحيح عبارته بما لا ينفع، فراجع.

(٢) قضاء لحق العرف، فتدخل الدور والساحات والطرق.

(٣) المزارع هي بقاع تزرع وفيها بيوت يسكنها الفلاحون وقت الزراعة، فهي والأشجار خارجة لو بيعت القرية المجاورة لهما، إلا أن يشترط دخولهما أو تكون هناك قرية.

(٤) وفي حكم القرية الضيعة في عرف الشام، حيث يعبرون عن القرية بالضيعة، قال في الدروس: «ثانيها: القرية والدسكرة والضيعة في عرف أهل الشام يتناول دورها وطرقها وساحاتها لا أشجارها ومزارعها إلا مع الشرط، أو القرينة، أو يتعارف ذلك كما هو الغالب الآن» انتهى.

(٥) قضاء للعرف، بل وللقدر المتيقن من المبيع، إذ لا يمكن تقديمهما عريانين للمشتري، بل القول بدخول ما دل عليه العرف من ثيابهما هو الأقوى، بل يدخل الحزام والقلنسوة والخف وغيرها، للعرف أيضاً.

(٦) لأنه من أجزائها عرفاً، ولا يدخل المقود والرحل إلا مع الشرط، قال في الجواهر: «ولعل العرف الآن على خلافه خصوصاً في المقود».

(٧) بحيث يدعي المشتري ثمناً أقل مما يدعيه البائع، فالمشهور أن القول قول البائع مع يمينه =

والمشتري مع تلفها) على المشهور، بل قيل: إنه إجماع، وهو بعيد، ومستنده رواية مرسله، وقيل: يقدم قول المشتري مطلقاً لأنه ينفي الزائد، والأصل عدمه، وبراءة ذمته، وفيه<sup>(١)</sup> قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه<sup>(٢)</sup> خيرة التذكرة، وقيل: يتحالفان ويبطل البيع، لأن كلاً منهما مدع ومنكر، لتشخص العقد بكل واحد من الثمنين، وهو خيرة المصنف في قواعده، وشيخه فخرالدين في شرحه، وفي الدروس نسب القولين إلى الدور، وعلى المشهور لو كانت العين قائمة لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً كالبيع والعق، ففي تنزيله<sup>(٣)</sup> منزلة التلف قولان<sup>(٤)</sup>:

= إن كان المبيع قائماً، وقول المشتري إن كان تالفاً، وادعى عليه الإجماع في الغنية والخلاف وكشف الرموز، لمرسل البيزنطي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع، فقال عليه السلام: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشيء قائماً بيمينه)<sup>(١)</sup>، ومفهومه إن لم يكن قائماً فالقول قول المشتري. وهذا القول مخالف للقواعد، لأن القول قول المشتري مطلقاً، سواء كان المبيع قائماً أم تالفاً، لاتفاقهما على وقوع المبيع والبائع يدعي الزائد والمشتري ينكره، ولا بد بحسب القواعد من تقديم قول المنكر مع يمينه، وهذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا، نعم ذكره العلامة في القواعد احتمالاً، ونقله في التذكرة عن بعض العامة وقواه كما في المسالك.

وقد احتمل العلامة في الكثير من كتبه أنهما يتحالفان، لأن كلاً منهما مدع ومنكر، لأن العقد الذي تضمن الأقل يدعيه المشتري وينكره البائع، والعقد الذي تضمن الأكثر يدعيه البائع وينكره المشتري فيتحالفان ويبطل البيع، واختاره فخر المحققين في الإيضاح والشهيد في قواعده.

وفيه: أنهما متفقان على عقد واحد مع ثبوت الأقل على كل حال، وإنما الخلاف في الزائد وأحدهما يدعيه والآخر ينكره فلا بد من تقديم قول المنكر ولا وجه للتحالف.

- (١) سواء كان المبيع قائماً أم تالفاً.
- (٢) لو كان الإجماع قائماً لما خالف العلامة في التذكرة.
- (٣) تنزيل الانتقال.
- (٤) وجه تنزيل النقل منزلة التلف أن المبيع فيهما خرج عن ملك المشتري، ولا يمكن له الانتفاع =

أجودهما العدم، لصدق القيام عليها<sup>(١)</sup>، وهو البقاء، ومنع مساواته للتلف في العلة الموجبة للحكم، ولو تلف بعضه<sup>(٢)</sup>، ففي تنزيله منزلة تلف الجميع أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله أوجه، أوجهها الأول، لصدق عدم قيامها، الذي هو مناط تقديم قول البائع، ولو امتزج بغيره<sup>(٣)</sup>، فإن بقي التمييز وإن عسر

= فيه، فإذا كان هذا المعنى هو الذي أوجب تقديم قول المشتري في التلف لوجب تقديم قوله أيضاً فيما هو المساوي له من التلف الحكمي وهو النقل اللازم، ووجه عدم التنزيل أننا نمنع كون تقديم قول المشتري إنما كان لخروج المتاع عن حد الانتفاع بالنسبة إليه، بل من الجائز كون التلف الحقيقي علة لقبول قول المشتري نظراً إلى إمتناع الرجوع بالمبيع عقلاً، وهذا غير متحقق بالنقل اللازم، إذ يمكن فسحه أو الإقالة منه، مع صدق كون المبيع قائماً مع النقل اللازم فلا بد من التمسك بإطلاق الخبر ويكون القول قول البائع.

وفي المسالك: جعل الوجه الأول قولاً، والوجه الثاني إشكالاً عليه، ومن هنا قال بعض المحشين على الروضة: «المناسب أن يقال وجهان، فإن هذا الفرع غير مذكور فيما رأيناه من الكتب المبسوطة فضلاً عن الخلاف فيه» انتهى، والحق هو تقديم قول المشتري كما عرفت بمقتضى القواعد، نخرج عنها بتقديم قول البائع إذا كان المتاع قائماً عند المشتري عملاً بالخبر، ولا نتعدى إلى النقل، اقتصاراً فيما خالف الأصل على القدر التيقن.

(١) على العين.

(٢) لو قلنا بأن النقل اللازم بمنزلة التلف، فلو تلف بعضه أو انتقل بعضه فهل يُنزل منزلة تلف الجميع أوجه:

الأول: أنه ينزل منزلة تلف الجميع ويكون القول قول المشتري، لأن الخبر قدم قول البائع مع قيام المبيع، وهو ظاهر في قيام جميع المبيع، وبما أن الخبر على خلاف القواعد فيقتصر فيه على القدر التيقن وهو قيام الجميع، وفي غيره يرجع إلى القواعد فلا بد من تقديم قول المشتري.

الثاني: أنه ينزل منزلة بقاء الجميع، لأن قول المشتري - كما في الخبر - مقدم عند تلف الجميع، فلو تلف البعض فلا يقدم حينئذ.

الثالث: إلحاق كل جزء بأصله، فيقدم قول المشتري بالنسبة إلى التالف، وقول البائع بالنسبة إلى الباقي.

(٣) قال في المسالك: «ولو امتزج المبيع بغيره، فإن بقي التمييز فعينه قائمة، وإن لم يتميز احتمال بقاؤه كذلك، لأنه موجود في نفسه وإنما عرض له عدم التمييز من غيره، والمفهوم من قيام عينه وجوده، خصوصاً عند من جعل التلف في مقابلته - أي مقابلة =

التخليص، فالعين قائمة، وإلا<sup>(١)</sup> فوجهان، وعدمه<sup>(٢)</sup> أوجه، لعدم صدق القيام عرفاً، فإن ظاهره<sup>(٣)</sup> أنه أخص من الوجود.

(ولو اختلفا في تعجيله)<sup>(٤)</sup> أي: الثمن (وقدر الأجل)<sup>(٥)</sup> على تقدير اتفاقهما عليه في الجملة (وشروط رهن، أو ضمين عن البائع يحلف البائع)<sup>(٦)</sup>، لأصالة عدم ذلك كله، وهذا مبني على الغالب من أن البائع يدعي التعجيل وتقليل الأجل حيث يتفقان على أصل التأجيل، فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل، أو طوله لغرض يتعلق بتأخير القبض قُدِّم قول المشتري للأصل، (وكذا) يقدم قول البائع لو اختلفا (في قدر المبيع)<sup>(٧)</sup> للأصل.

- = قيام العين - فإنه ليس بتالف قطعاً، ويحتمل عدمه نظراً إلى ثبوت الوسطة وعدم ظهور عينه في الحسن، ويُمنع إرادة الوجود من قيام العين، وهذا كله مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله، والنوع الواحد من الخنطة كالصفراء تخلط بمثلها، أما لو خلط بغير جنسه بحيث صاراً حقيقة أخرى كالزيت يعمل صابوناً، فإنه حينئذ بمنزلة التالف، وأما تغير أوصافه بزيادة ونقصان فلا يقدح في قيام عينه بوجه انتهى.
- (١) وإن لم يبق التمييز واقعاً واندمجا ولكن لم تتألف منهما حقيقة ثالثة، كخلط الزيت الجيد بالردى.
- (٢) عدم قيام العين.
- (٣) ظاهر القيام، بمعنى أن يكون للعين وجود شخصي مميز.
- (٤) بحيث يدعي المشتري تأخير الثمن والبائع ينكره، فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، حيث إن قول البائع موافق لمقتضى العقد القاضي بالتعجيل.
- (٥) فالمشتري يدعي أن الأجل شهر مثلاً، والبائع يدعيه أنه أسبوع، فيكون ما زاد عن أسبوع مما يدعيه المشتري وينكره البائع فيقدم قول المنكر مع يمينه.
- (٦) بحيث يدعي المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود ضامن عن البائع بحيث لو تبين فساد المبيع أو مستحقاً للغير فيضمنه الضامن، أو يدعي المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود مال من البائع تحت يد المشتري يكون رهناً لسلامة المبيع، والبائع ينكر ذلك في صورتين، فيقدم قوله مع يمينه.
- (٧) بأن قال البائع: بعثك ثوباً بدرهم، فقال المشتري: بل ثوبين بدرهم، فالمشتري يدعي ثوباً زائداً في المبيع والبائع ينكره، فيقدم قول المنكر مع يمينه.

وقد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري لولا الرواية، ولا فرق بين كونه<sup>(١)</sup> مطلقاً، أو معيناً كهذا الثوب، فيقول: بل هو والآخر، هذا إذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن<sup>(٢)</sup>، كبعثك هذا الثوب بألف، فقال: بل هو والآخر بألفين.

والا قوي التحالف، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

(وفي تعيين المبيع) كما إذا قال: بعثك هذا الثوب فقال: بل هذا (بتحالفان)<sup>(٣)</sup>، لادعاء كل منهما ما ينفيه الآخر، بحيث لم يتفقا على أمر ويختلفا فيما زاد، وهو ضابط التحالف<sup>(٤)</sup>، فيحلف كل منهما معيناً واحدة على نفي ما يدعيه الآخر، لا على إثبات ما يدعيه<sup>(٥)</sup>، ولا جامعةً بينهما<sup>(٦)</sup>، فإذا حلفا انسخ

(١) كون المبيع.

(٢) كأن يقول البائع: بعثك هذا الثوب بدرهم، فقال المشتري: بل بعثني هذا وثوباً آخر بدرهين، فهنا التحالف، لأن كلاً منهما مدع ومنكر، فالبايع يدعي استحقاق درهم بذمة المشتري عوضاً عن هذا الثوب والمشتري ينكره، والمشتري يدعي استحقاق ثوبين بدرهين والبايع ينكره، وعليه لا بد من التحالف هذا على قول الشارح. وفيه: أن هنا قدراً متيقناً وأمراً مشتركاً بينهما، لأنهما متفقان على الثمن الأقل وأحد المبيعين، واختلافهما في الزائد، والمشتري يدعيه والبايع ينكره، فالقول قول البائع مع يمينه.

(٣) بأن قال البائع: بعثك هذا الثوب بكذا، فقال المشتري: بل الثوب الآخر، فهنا دعويان ولا مشترك بينهما، لأن البائع يدعي بيع الثوب الأول والمشتري ينكره، والمشتري يدعي بيع الثوب الثاني والبايع ينكره، فيتحالفان وتبطل دعواهما وبترادان، للنبوي المروي عند العامة (المتبايعان إذا اختلفا تحالفا وترادا)<sup>(١)</sup>.

(٤) بحيث كان لكل واحد منهما دعوى ولا مشترك بينهما، أما لو اتفقا على أمرٍ واختلفا في الزائد، فمدعي الزيادة مدع ومنكرها منكر، ويقدم قول المنكر حيثلذ مع يمينه.

(٥) لأنه مطالب بيمين المنكر فقط، وليس مطالباً بيمين المدعي حتى يكون يمينه لاثبات ما يدعيه.

(٦) بين نفي ما يدعيه الآخر وإثبات ما يدعيه هو.

العقد، ورجع كل منهما إلى عين ماله<sup>(١)</sup>، أو بدله<sup>(٢)</sup>، والبادي منهما باليمين من ادعي عليه أولاً<sup>(٣)</sup>، فإن حلف الأول ونكل الثاني<sup>(٤)</sup> وقضينا بالنكول ثبت ما يدعيه الحالف، وإلا حلف يميناً ثانية على إثبات ما يدعيه.

ثم إذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري، بقي على ملكه<sup>(٥)</sup> فإن كان الثوب في يده، وإلا انتزعه من يد المشتري، وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع، وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه، وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه<sup>(٦)</sup>، لاعترافه بكونه للمشتري وله ثمنه في ذمته، فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري، وله<sup>(٧)</sup> أخذ الثوب قصاصاً،

(١) لأنهما يترادان كما في النبوي المتقدم.

(٢) مثلياً أو قيمياً على تقدير تلف العين.

(٣) قال في الجواهر: فويبتدى باليمين من ادعي عليه أولاً كما في المسالك، بل هو مقرّب التذكرة، ونفى عنه البعد في جامع المقاصد، ولو تساوبا في ابراز الدعوى، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه أنه حينئذ يمين على الآخر، وإلا فالقرعة، لكن في الدروس البادي باليمين من يتفان عليه، فإن اختلفا عين الحاكم.

(٤) فيحلف الأول تسقط دعوى خصمه عليه، ومع نكول الثاني فدعوى خصمه الذي هو الأول لم تسقط، فإن قضينا بالنكول - على الخلاف المتقدم في باب القضاء - ثبت للأول حقه، وإن لم نقض بالنكول ورددنا على خصمه يمين المدعي، فعل الخصم هنا الذي هو الأول أن يحلف ثانياً، إلا أنها يمين على إثبات ما يدعيه، بعدما حلف أولاً يميناً على نفي ما يدعيه خصمه.

(٥) هذا بعد تحالفهما معاً فتسقط دعوى كل منهما في حق خصمه، والثمن الذي دفعه المشتري لا بد أن يرجع إلى المشتري هذا من جهة ومن جهة أخرى فالثوب الذي يدعيه المشتري لا بد من رده إلى البائع لأنه ملكه بعد التحالف، للابدية التراد كما تقدم، والثوب الذي يدعيه البائع وأنه باعه للمشتري فهو للمشتري لأن هذه الدعوى اعتراف من البائع بملكية المشتري لهذا الثوب، غايته يثبت للبائع قيمته في ذمة المشتري، وأما الثمن المسمى في متن العقد فقد عرفت لابدية رده إلى المشتري.

(٦) لم يكن للبائع التصرف في الثوب الذي يدعي البائع بيعه، وهو أمانة في يده.

(٧) للبائع، والمعنى أن الثوب الذي يدعي البائع بيعه وقد حكمنا أنه للمشتري فللبائع أخذه من باب القصاص عن قيمته التي ثبتت في ذمة المشتري.

وإن لم يكن قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً<sup>(١)</sup>، فإن زادت قيمته عنه<sup>(٢)</sup> فهو مال لا يدعيه أحد، وفي بعض نسخ الأصل:

(وقال الشيخ والقاضي: يحلف البائع كالاختلاف في الثمن)<sup>(٣)</sup> وضرب عليه في بعض النسخ المقروءة على المصنف «رحمه الله».

(و) حيث يتحالفان (يبطل العقد من حينه) أي: حين التحالف، لا من أصله<sup>(٤)</sup>، فتماء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع، وأما المبيع

(١) كالفرع السابق فيأخذ الثوب قصاصاً عن القيمة التي ثبتت له في ذمة المشتري، غاية الفرق بين الفرعين أن في السابق قد قبض الثمن المسمى في العقد وهنا لم يقبض، وسابقاً قد حكمتنا عليه برد الثمن المسمى.

(٢) زادت قيمة الثوب عن الثمن المسمى، وهو الثمن الذي يدعيه البائع والمشتري، فهذه الزيادة لا يدعيها أحد، أما المشتري فهو منكر لوقوع البيع على هذا الثوب التي هذه الزيادة منه، وأما البائع فلأنه معترف بأن الثوب بما فيه هذه الزيادة هو للمشتري، نعم يملك البائع قيمة الثوب التي ثبتت في ذمة المشتري من باب القصاص بشرط عدم زيادتها عن الثمن المسمى، لأنه معترف باستحقاقه للثمن المسمى، فالزائد عنه ليس له بحسب اعترافه.

(٣) مع قيام العين يحلف البائع، كما يحلف البائع لو اختلفا في قدر الثمن، للرواية المرسلة سابقاً، وفيه: أن هناك كان النزاع في قدر الثمن وهنا في التعيين وليس في القدر.

(٤) كما في القواعد والدروس، وعن التذكرة أنه من أصله، واحتج للأول بأنهما متفقان على وقوع العقد الناقل للملك فلا بد من القول بوقوع العقد، غايته مع التحالف يُفسخ العقد، ويشهد له النووي المتقدم (وترادا).

واحتج للثاني بأن اليمين أسقطت الدعوى من رأسها، فلا يثبت العقد حتى يُحكم بانفساخه.

وتظهر الفائدة فيما لو وقع التحالف بعد ملكية المشتري للعين، وقد أخرجها عن ملكه بعقد لازم كالعتق والبيع، فعلى الثاني فالعقد اللازم الذي طرأ ينزل منزلة العدم، لأنه بالتحالف يتبين أن المشتري غير مالك فتبطل العقود التي أجراها، وعلى الأول فالمشتري مالك وتصرفه فيما يملك صحيح، غايته مع التحالف ووجوب التراضٍ يرجع البائع على المشتري بالقيمة وقت الفسخ، وتظهر الفائدة أيضاً بأن تماء الثمن على القول الأول للبائع وتماء الثمن للمشتري، وعلى القول الثاني تماء الثمن للمشتري وتماء الثمن للبائع، نعم هناك إشكال وهو أن الثمن غير معين، لأن المشتري يدعي ثوباً والبائع ثوباً آخر، فكيف =

فيشكل حيث لم يتعين، نعم لو قيل به<sup>(١)</sup> في مسألة الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نماء المبيع، (و) اختلافهما (في شرط مفسد<sup>(٢)</sup> يُقَدَّم مدعي الصحة)، لأنها الأصل في تصرفات المسلم، (ولو اختلف الورثة<sup>(٣)</sup> نُزِل كل وارث منزلة مورثه) فتحلف ورثة البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع، والأجل، وأصله، وقدر الثمن مع قيام العين، وورثة المشتري مع تلفها، وقيل: يقدم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً، لأنه الأصل، وإنما خرج عنه مورثهم بالنص فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل، وله وجه، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقاً<sup>(٤)</sup> أجود<sup>(٥)</sup>، .....

= قبضه المشتري حتى يختلف في نمائه.

- (١) بالتحالف، فلو قيل به في قدر الثمن بحيث قال البائع أن هذا الشوب يكذا، وقال المشتري: إنه بأقل، وقد حكمنا بالتحالف فالمبيع هنا متعين ويكون نماءه للمشتري إذا كان الفسخ من حينه، وللبائع إذا كان من أصله.
- (٢) كأن يتفقا على التأخير، وقال أحدهما: بأنه إلى مدة معينة، وقال الآخر: بأنه إلى زمن مجهول، فيقدم قول مدعي الصحة مع يمينه، لأن الصحة هي الأصل في تصرفات مال المسلم، لقاعدة حمل فعل المسلم على الصحة.
- (٣) فلو اختلف ورثة البائع مع ورثة المشتري، فإن اختلفوا في قدر الثمن مع وجود قدر مشترك بحيث يدعي ورثة المشتري الزيادة وورثة البائع تنكرها، أو اختلفوا في الأجل بحيث يدعي ورثة المشتري وجوده وورثة البائع تنكره من أصله، أو اختلفوا في مدة الأجل بحيث يدعي ورثة المشتري زمناً وورثة البائع أقل منه، قدم ورثة البائع لأنهم منكر.
- وكذا يقدم قول ورثة البائع عند الاختلاف في قدر الثمن مع قيام العين للرواية كما قدم قول البائع كذلك.
- نعم لو اختلفوا في قدر الثمن مع تلف العين فالقول قول ورثة المشتري، لأن القول ثابت لمورثهم.
- (٤) مع قيام العين وتلفها، أما مع التلف فقد تقدم، وأما مع القيام فلانه مقتضى القواعد، لأنهم منكرون للزيادة التي يدعيها ورثة البائع، ولو عملنا بالرواية المتقدمة في البائع، لأن الرواية مخالفة للقواعد فيقتصر على القدر المتيقن، وهو وجود البائع دون ورثته.
- (٥) قال في الجواهر: «ودعوى أن كل ما ثبت للمورث ينتقل للوارث مسلمة في المال والحقوق التي تنتقل، بخلاف الفرض الذي هو من الأحكام لا من الحقوق، فما عن =



لأنه بمنزلة، ولو قلنا: بالتحالف<sup>(١)</sup> ثبت بين الورثة قطعاً.

(الخامس: إطلاق الكيل والوزن) والنقد<sup>(٢)</sup> (ينصرف إلى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع إن اتحد، (فإن تعدد فالأغلب) استعمالاً وإطلاقاً<sup>(٣)</sup>، فإن اختلفا في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر، ويمكن حينئذ وجوب التعيين<sup>(٤)</sup> كما لو لم يغلب، (فإن تساوت) في الاستعمال في المبيع الخاص (وجب التعيين)، لاستحالة الترجيح بدونه، واختلاف الأغراض، (ولو لم يعين بطل البيع) لما ذكر، (وأجرة اعتبار المبيع)<sup>(٥)</sup> بالكيل، أو الوزن، أو النقد (على البائع) لأنه لمصلحته، (واعتبار

= جماعة من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقاً في غير محله، وإن استحسنه في المسالك انتهى.

(١) عند اختلافهم في قدر الثمن، وقد تقدم أن التحالف أحد الأقوال.

(٢) عادة الفقهاء أن يتكلموا في النقد ويحيلون الكيل والوزن عليه، وفي النقد إذا عين البائع والمشتري نقداً مخصوصاً وجب الوفاء به، لوجوب الوفاء بالعقود، وإن أطلقا النقد وكانا من أهل بلد واحد انصرف الإطلاق إلى نقد بلدهما، فإن كان نقد البلد واحداً فهو، وإن كان متعدداً فإن غلب أحدهما حمل عليه، وتكون الأغلبية قرينة لتعيين أحد أفراد المشترك، وإن تساوى النقدان ولم يكن أحدهما أغلب، ولم يكن هناك تعيين من قصد أو غيره بطل البيع لجهالة الثمن.

وكذا القول في الوزن والكيل، غاية لو تعدد الوزن أو الكيل ولم يكن أحدهما أغلب بطل البيع لجهالة الثمن.

(٣) قال في المسالك: «ثم الغلبة قد تكون في الاستعمال وقد تكون في الإطلاق، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدهما، وإن كان غيره أكثر استعمالاً كما يتفق ذلك في زماننا في بعض أسماء النقود، فإن اتفقت الغلبة فيهما فلا إشكال في الحمل عليه، وإن اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالاً والآخر أغلب وصفاً، ففي ترجيح أحدهما أو يكون بمنزلة المتساوي نظراً إلى تعارض المرجحين نظر، وإن كان ترجيح أغلبية المتعارف أوجه».

(٤) يجب التعيين عند كون أحدهما أغلب استعمالاً والآخر أغلب تعارفاً كما لو تساوى النقدان ولم يغلب أحدهما على الآخر لا استعمالاً ولا إطلاقاً.

(٥) لا خلاف في أن أجرة الكيال ووزان المتاع والعداد والذراع على البائع، وكذا أجرة النقاد الذي يقذف الذهب والفضة ليعرف الصحيح من الفاسد إذا كان الثمن منهما.

وكذا لا خلاف في كون أجرة ناقد الثمن ووزانه على المشتري، كل ذلك لأن تسليم =

الثلث على المشتري، وأجرة الدلال على الأمر<sup>(١)</sup> ولو أمراه فالسابق<sup>(٢)</sup> إن كان مراد

= الثمن أو الثمن متوقف على اعتباره وتشخيصه، فمؤونة التشخيص تكون على وجب عليه التسليم من باب وجوب المقدمة.

(١) قال في المسالك: «المراد أن أجرة الدلال على من يأمره، فإن أمره الإنسان ببيع متاع فباعه له فأجرته على البائع الأمر لا على المشتري، وإن أمره إنسان أن يشتري له متاعاً ولم يأمره مالكة يبيعه فأجرته على المشتري الأمر، وإنما استحق الأجرة وإن لم يشارك عليها لأن هذا العمل مما يستحق عليه أجرة في العادة، والدلال أيضاً ناصب نفسه للأجرة فيستحق على أمره الأجرة» انتهى.

(٢) شاع بين الفقهاء هذه العبارة: أجرة الدلال على الأمر إما بائعاً وإما مشترياً، ولا يتولاهما الواحد، قال في المسالك: «ولا يتولاهما الواحد فظاهر سياق العبارة أن المراد بذلك أن الشخص الواحد لا يتولى العملين في متاع واحد، بحيث يستحق أجرة على البائع الذي أمره بالبيع، والمشتري الذي أمره بالشراء، بل لا يستحق إلا أجرة واحدة لأنه عمل واحد، ولأن البيع مبني على المكايسة والمغالبة ولا يكون الشخص الواحد غالباً ومغلوباً، والعمل بالحالة الوسطى خارج عن مطلوبيهما غالباً فيتوقف على رضاهما بذلك، وحيثئذ فمن كايس له استحق عليه الأجرة خاصة.

لكن يشكل إطلاقه بما لو كان السعر مضبوطاً عادة بحيث لا يحتاج إلى المماكسة أو كانا قد اتفقا على قدر معلوم وأرادا توليه طرفي العقد، وحيثئذ يكون عليهما أجرة واحدة بالسوية سواء اقتربا في الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجرة على السابق.

هذا إذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد، وإلا فعدم استحقاق الواحد لهما أوضح، ويحتمل على بُعد أن يكون الضمير في «يتولاهما» عائداً إلى الإيجاب والقبول المدلول عليهما بالمقام أو بالبيع أو الشراء - الواردين قبل في عبارة المحقق - تضمناً، فيكون ذهاباً إلى المنع، أو يعود الضمير إلى الأجرتين بناءً على المنع من تولي الطرفين، وعلى ذلك نزل الشهيد رحمه الله كلام الأصحاب في هذه العبارة، لأنها عبارة متداولة بينهم.

ويضعف بأن المصنف - أي المحقق في الشرائع - وكثير ممن عبر بذلك لا يرى المنع من تولي أحد الطرفين، فتتزيل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف به بمجرد احتمال إرادته، مع إمكان تنزيله على غيره بعيد جداً، وحيث كان تولي الطرفين من الواحد جائزاً عند المصنف لم يمنع استحقاق أجرتين عليهما، لأنهما عملاً متغايران، أعني الإيجاب عن البائع والقبول عن المشتري، فلو صرحا له بذلك استحق على كل واحد بحسبه، وهو راجع عرفاً إلى أجرة واحدة على المبيع موزعة عليهما انتهى.

كل منهما الماكسة معه، ولو أمراه بتولي الطرفين الإيجاب والقبول (فعليهما) أجره واحدة بالتنصيف، سواء اقترنا أم تلاحقاً، ولو منعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين، لكن لا يتجه حمل كلام الأصحاب: «أنه لا يجمع بينهما لواحد» عليه<sup>(١)</sup>، لأنه قد عبّر به من يرى جوازه<sup>(٢)</sup>، بل المراد أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد وإن أمره البائع بالبيع، والمشتري بالشراء، بل له أجره واحدة، عليهما<sup>(٣)</sup>، أو على أحدهما كما فصلناه<sup>(٤)</sup>.

(ولا يضمن الدلال)<sup>(٥)</sup> ما يتلف بيده من الأمتعة (إلا بتفريط)، والمراد به<sup>(٦)</sup> ما يشمل التعدي مجازاً أو اشتراكاً (فيحلف على عدمه) لو ادّعى عليه التفريط، لأنه أمين، فيقبل قوله في عدمه (فإن ثبت) التفريط في حقه وضمن القيمة (حلف على) مقدار (القيمة لو خالفه البائع) فادّعى أنها أكثر مما اعترف به، لأصالة البراءة

(١) على امتناع أخذ أجرتين.

(٢) جواز تولي الطرفين من واحد.

(٣) موزعة.

(٤) بحيث أمراه بالدلالة التي فيها مأكسة.

(٥) لأنه أمين، بلا خلاف ولا إشكال، والأمين لا يضمن، وأما عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)<sup>(٧)</sup> فمختص بيد العدوان، كما سيأتي بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٦) بالتفريط، والتفريط من فرط في الأمر، أي: قصر فيه فضيحه كما في الصباح المنير، وهنا ينشأ وهم، وحاصله أن المصنف خصّر ضمان الدلال في التفريط، وهو التقصير لغة كما عرفت، مع أن الإفراط من جملة أسباب الضمان، إذ يضمن الدلال مع التعدي أيضاً. وأراد الشارح دفع هذا الوهم عن المصنف وأنه قد استعمل لفظ التفريط وأراد الأعم من التقصير والتعدي على نحو عموم المجاز.

أو أن نقول إن التفريط كما يستعمل في التقصير يستعمل أيضاً في التعدي، ولذا يقال: أفرط في الأمر، أي: أسرف فيه وجاوز الحد فيكون بمعنى التعدي، وعليه فالمصنف قد استعمل لفظ التفريط وأراد كلا المعنيين على نحو عموم الاشتراك.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم الحديث

من الزائد، ولا ينافيه التفريط، وإن أوجب الإنم، كما يقبل قول الغاصب فيها<sup>(١)</sup> على أصح القولين<sup>(٢)</sup>.

### (خاتمة: الإقالة فسخ لا بيع)<sup>(٣)</sup>

عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة (في حق المتعاقدين والشفيع) وهو الشريك، إذ لا شفعة هنا بسبب الإقالة، وحيث كانت فسخاً لا بيعاً (فلا يثبت بها شفعة) للشريك، لاختصاصها<sup>(٤)</sup> بالبيع، ونبه بقوله: «في حق المتعاقدين» على خلاف بعض العامة<sup>(٥)</sup> حيث جعلها<sup>(٦)</sup> بيعاً في حقهما، ويقول:

(١) في القيمة.

(٢) فالشهور على تقديم قول الغاصب لأنه منكر، وخالف الشيخ في النهاية وقدم قول المالك وإن ادعى الزيادة، وهو ضعيف، وسيأتي بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٣) لا ريب في رجحان الإقالة ومشروعيتها للأخبار.

منها: خبر ابن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقاله الله عزته يوم القيامة)<sup>(١)</sup>.

وصيحتها أن يقول كل منهما: تقابلنا أو تفاسخنا، أو يقول أحدهما: أقلتكم فيقبل الآخر، سواء كانت إقالة أحدهما عن التماس أم لا، لتحقق معنى الإقالة في الجميع عرفاً ولغةً.

وهي عند الإمامية فسخ سواء وقعت بلفظ الإقالة أم الفسخ، وسواء وقعت قبل قبض المبيع أم بعده، وسواء كان المبيع عقاراً أم غيره، كل ذلك لإطلاق لفظ الإقالة.

وخالف بعض العامة فيعضهم قال: إن الإقالة بيع، وآخر: إنها بيع إذا كان المبيع عقاراً، وثالث: إذا كانت بعد القبض، ورابع: إذا كانت بلفظ الإقالة، وخامس: إذا كانت في حق الشفيع.

ولا ريب في ضعف الجميع، لعدم قصد البيع عند الإقالة، بل المقصود خلافه، لأنها رد ملك وليس تمليكاً جديداً، ولذا ذهبت الإمامية إلى أن الإقالة فسخ وليست بيعاً ولو وقعت بلفظ البيع لعدم قصد معنى البيع حينئذ.

(٤) الشفعة.

(٥) وهو الشافعي.

(٦) الإقالة.

«والشفيع»، على خلاف آخرين، حيث جعلوها بيعاً في حقه<sup>(١)</sup> دونهما<sup>(٢)</sup>، فيثبت له بها<sup>(٣)</sup> الشفعة، (ولا تسقط أجره الدلال) على البيع (بها<sup>(٤)</sup>)، لأنه استحقها بالبيع السابق فلا يُطله الفسخ اللاحق، وكذا أجره الوزان، والكيال، والناقد، بعد صدور هذه الأفعال، لوجود سبب الاستحقاق، (ولا تصح بزيادة في الثمن) الذي وقع عليه البيع سابقاً، (ولا ينقيصه<sup>(٥)</sup>)، لأنها فسخ، ومعناه رجوع كل عوض إلى مالكة، فإذا شُرطَ فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط، وفسدت بفساده، ولا فرق بين الزيادة العينية والحكمية، كالانتظار بالثمن.

(ويرجع) بالإقالة (كل عوض إلى مالكة) إن كان باقياً، ونماؤه المتصل تابع له<sup>(٦)</sup>،

(١) حق الشفيع.

(٢) دون المتعاقدين، وهو مذهب أبي حنيفة.

(٣) يثبت للشفيع بالإقالة.

(٤) بالإقالة، ولا أجره الوزان والناقل وغيرهم، فلا تسقط أجرتهم بالتقابل لسبق الاستحقاق على سعيه السابق قبل التقابل، والإقالة الطارئة والتي هي فسخ من حين وقوعها لا تنافي ما ثبت بسبب العقد.

(٥) بلا خلاف فيه إلا من الاسكافي، ودليلهم صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه، ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال عليه السلام : لا يصلح أن يأخذه بوضيعة)<sup>(١)</sup>، بالإضافة إلى أن الإقالة فسخ، ومقتضاه رجوع كل عوض إلى صاحبه، فإذا شرط في أحد العوضين زيادة أو نقيصة فقد شرط في الإقالة ما يخالف مقتضاها فيفسد الشرط، ويترتب عليه فسادها، لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه ولم يسلم لهما، هذا ولا فرق في المنع من الزيادة بين كونها عينية أو حكمية كأن يقبله على أن ينظره بالثمن.

(٦) للاجماع المدعى، وإلا فحسب القواعد أن يكون نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع لأن الإقالة فسخ من حينها.

ومنه تعرف أن النماء المنفصل للمشتري إذا كان نماء المبيع، وللبائع إذا كان نماء الثمن، لأنه نماء ملكه، والفسخ بالإقالة يقع من حينه.

وأما المنفصل فلا رجوع به وإن كان حلاً لم ينفصل<sup>(١)</sup>، (فإن كان تالفاً<sup>(٢)</sup> فمثلته) إن كان مثلياً، (أو قيمته) يوم التلف إن كان قيمياً، أو تعذر المثل، ولو وجده معيباً رجع بأرضه<sup>(٣)</sup>، لأن الجزء، أو الوصف الفائت بمنزلة التالف، وألفاظها تفاسخنا وتقابلنا، معاً، أو متلاحقين من غير فصل يعتد به، أو يقول أحدهما: أقلتكم فيقبل الآخر وإن لم يسبق التماس<sup>(٤)</sup>.

واحتمل المصنف في الدروس الإكتفاء بالقبول الفعلي<sup>(٥)</sup>.

- (١) لأن الحمل بنظر العرف منفصل.
- (٢) فمع وجود المبيع يرجع نفس المبيع إلى البائع، ومع تلفه يرجع بمثلته إن كان مثلياً وإلا بقيمته، وعن بعضهم أنه بقيمة يوم التلف، لأن الضمان متعلق بالعين ما دامت موجودة، فإذا تلفت تعلق الضمان بقيمتها يومئذ، وليس المراد من الضمان اشتغال الذمة بالقيمة يوم التلف، إذ لا يعقل اشتغال ذمة المالك بقيمة ماله، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين في صحة تعلق الإقالة بها، وربما احتمل القيمة يوم القبض، لأنه ابتداء الضمان، وضعفه ظاهر، لأن الضمان مع قيام العين يكون بنفس العين لا بقيمتها، وقيل بضمان أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الإقالة، وهو ضعيف، لأنه مع قيام العين لا يتعلق الضمان بالقيمة.
- (٣) أرض العيب، لأن الجزء الفائت بمنزلة التالف فيضمن كما يضمن الجميع.
- (٤) تقدم الكلام فيه.
- (٥) بأن يقول أحدهما: أقلتكم، ويدفع ما عنده فيقبض الآخر، وقبض الآخر قبول فعلي، وهو قوي، لخبر هذيل بن صدقة الطحان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله، ولم يتقد شيئاً فيبدو له فيرده، هل ينبغي ذلك له، فقال عليه السلام : لا، إلا أن تطيب نفس صاحبه)<sup>(١)</sup>.
- واحتمل الشارح - كما في المسالك - أن طيب النفس ينحقق إذا انكشف من اللفظ، ولا أقل من أنه القدر المتيقن فيقتصر عليه.
- هذا وليس ضعف قول المصنف في الدروس من جهة كون الإقالة من العقود، بل هذا باطل، لأن الأكثر على أنها ليست من العقود، وإلا لوجب فيها إيجاب وقبول، ولوجب الحكم بالبطلان لو قالوا تقابلنا معاً، لعدم تقديم أحدهما على الآخر، ولعدم صدور القبول من أحدهما، مع أنها صحيحة بالاتفاق.

## الفهرس

٥	..... (كتاب الكفارات)
٣٩	..... (كتاب النذر وتوابعه)
٥٣	..... العهد واليمين
٦٧	..... (كتاب القضاء)
٩١	..... كيفية الحكم
١١٦	..... اليمين
١٢٣	..... الشاهد واليمين
١٣٢	..... التعارض
١٤٢	..... القسمة
١٤٩	..... (كتاب الشهادات)
١٥١	..... الشاهد
١٧٨	..... تفصيل الحقوق
١٩٣	..... الشهادة على الشهادة
١٩٨	..... الرجوع
٢٠٧	..... (كتاب الوقف)
٢٣٨	..... مسائل في الوقف
٢٤٧	..... (كتاب العطية)
٢٤٩	..... الصدقة
٢٥٥	..... الهبة
٢٦٥	..... السكنى
٢٦٨	..... التحيس
٢٧١	..... (كتاب المتاجر)

٢٧٤	.....	موضوع التجارة
٢٧٤	.....	المكاسب المحرمة
٣٢١	.....	المكاسب المكروهة
٣٢٥	.....	عقد البيع
٣٦٨	.....	مسائل في البيع
٤٠٧	.....	الآداب
٤٢٨	.....	بيع الحيوان
٤٥١	.....	مسائل في بيع الحيوان
٤٧٩	.....	بيع الثمار
٤٩٢	.....	مسائل في بيع الثمار
٥٠٥	.....	بيع الصرف
٥٢٧	.....	بيع السلف
٥٥١	.....	أقسام البيع
٥٥٣	.....	المساومة، المراجعة
٥٦٠	.....	المواضعة
٥٦٢	.....	التولية
٥٦٤	.....	الربا
٥٧٦	.....	خيار المجلس
٥٨٠	.....	خيار الحيوان
٥٨٢	.....	خيار الشرط
٥٨٧	.....	خيار التأخير
٥٩٠	.....	خيار ما يفسد ليومه
٥٩٢	.....	خيار الرؤية
٥٩٤	.....	خيار الغبن
٦٠٤	.....	خيار العيب
٦١٧	.....	خيار التدليس
٦٢٤	.....	خيار الاشتراط



٦٢٩	..... خيار الشركة
٦٣٠	..... خيار تعذر التسليم
٦٣٢	..... خيار تبعض الصفقة
٦٣٣	..... خيار التغليس
٦٣٣	..... النقد والنسيئة
٦٤٦	..... القبض
٦٥٧	..... فيما يدخل في المبيع
٦٦٤	..... في اختلاف المتبايعين
٦٧٢	..... اطلاق الكيل والوزن
٦٧٥	..... الإقالة