

مَقَابِسُ الْإِسْلَامِ
وَنَهْائِشُ الْأَسْرِ

فِي أَحْكَامِ النَّبِيِّ الْخِتَارِ وَعِزَّةِ الْأَطْهَارِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

لِلْعَلَّامَةِ الْمُحَقِّقِ
الْشَيْخِ أَسَدِ اللَّهِ الشَّسْتَرِيِّ الدَّرَفَوِيِّ الْكَاطِبِيِّ
لِلتَّوْفِيقِ سَنَةِ ١٢٣٤ هـ

الجزء الرابع

تَحْقِيقُ

مُؤَسَّسَةِ الْبَيْتِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِإِيجَاءِ الْبَرْكَاتِ



٤٦٢

مَقَابِسُ الْإِفْكَارِ وَنَفَائِسُ الْأَسْرَارِ

فِي أَحْكَامِ النَّبِيِّ الْخَيْرِ وَعِزَّتِهِ الْأَظْهَارِ

لِلْعَلَّامَةِ الْمُحَقِّقِ
الْشَيْخِ أَسَدِ اللَّهِ التَّسْتَرِيِّ الدَّرَفُوِيِّ الْكَاطِمِيِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ١٢٣٤ هـ



الجزء الرابع

تَحْقِيقُ

مُؤَسَّسَةُ الْبَيْتِ لِلْإِسْلَامِ وَالْحَيَاةِ الْبَرَكَةِ

التستري الدزفولي الكاظمي أسد الله بن إسماعيل ، ١٢٣٤ هـ .
مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار وعمرته الأظهار صلوات الله
عليهم / تأليف : أسد الله بن إسماعيل التستري الدزفولي الكاظمي .
تحقيق : مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث . النجف الأشرف . نشر : مؤسسة
آل البيت عليه السلام لإحياء التراث . قم المقدسة ١٤٤٤ هـ = ١٤٠٢ ش .
ج ٦ .

الفهرسة طبق نظام فيبا .
اللغة : عربية . المصادر بالهامش .
تراجم علماء الشيعة . دراية . فقه . ألف : مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث .
النجف الأشرف . ب : العنوان .

BP ١٥٣/١
٢٩٧/٩٩٦ نظام ديوي :
٩١٣٩٣٧٤ رقم الإيداع في المكتبة الوطنية الإيرانية

شابك (ردمك) ٦-٦٤٨-٣١٩-٩٦٤-٩٧٨ / دورة ٦ أجزاء
ISBN 978 - 964 - 319 - 648 - 6 / 6 VOLS.

شابك (ردمك) ٣-٦٥٢-٣١٩-٩٦٤-٩٧٨ / ج ٤
ISBN 978 - 964 - 319 - 652 - 3 / VOL.4

الكتاب :	مقابس الأنوار ونفائس الأسرار / ج ٤
المؤلف :	أسد الله التستري الدزفولي الكاظمي
تحقيق :	مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - النجف الأشرف
الطبعة :	الأولى - ذي الحجة - ١٤٤٤ هـ
الفلم والألواح الحساسة (الزنيك) :	تيزهوش
المطبعة :	الوفاء
الكمية :	١٠٠٠ نسخة
السعر :	١٥٠٠/٠٠٠ ريال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسمه تعالى

يتزامن صدور هذا الأثر المبارك مع مرور أربعين عاماً على تشييد
مؤسسة آل البيت عليه السلام ، التي ما فتئت تبذل الجهد الأكبر لتحقيق وإحياء
تراث مدرسة العصمة والطهارة بمنهجٍ جماعيٍّ مبتكرٍ وطرحٍ قشيب
المظهر .

سائليه تبارك وتعالى إسباغ النعم وإدامة الكرم وإجزال الهمم لتبليغ
كلمة الدين الحنيف وقيم المذهب الحقّ المبين .

جميع الحقوق محفوظة ومسجلة
لمؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث

مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث

قم المقدّسة : شارع الشهيد فاطمي (دور شهر) زقاق ٩ رقم ١ - ٣

ص . ب ٣٧١٨٥/٩٩٦ هاتف : ٥ - ٧٧٣٠٠٠١ فاكس : ٧٧٣٠٠٢٠

[دليل الشيخ وابن حمزة على القول الثالث]

وأما حجة الشيخ وابن حمزة^(١) فيما خالفا به سائر الأصحاب فروايات كثيرة:

منها: ما رواه في الموثق، عن أبي عبد الله عليه السلام قال بعد كلام لا يتعلّق بالمسألة «وأي رجل اشترى جارية، فولدت منه ولداً فمات، إن شاء أن يبيعه في الدّين الذي يكون على مولاهما من ثمنها باعها، وإن كان لها ولد قوّمت على ابنها من نصيبه، وإن كان ابنها صغيراً، انتظر به حتى يكبر، ثمّ يجبر على ثمنها، وإن مات ابنها قبل أمّه، بيعت في ميراثه إن شاء الورثة»^(٢).

وما رواه في الموثق أيضاً، عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات، قال: «إن شاء أن يبيعه باعها، وإن مات مولاهما وعليه دّين، قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً، انتظر به حتى يكبر، ثمّ يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل أمّه، بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة»^(٣).

وما رواه أيضاً عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى جارية يطؤها، فولدت له ولداً، فمات ولدها، فقال: «إن شاؤوا باعوها في الدّين، الذي يكون على مولاهما من ثمنها، وإن كان لها ولد، قوّمت على

(١) النهاية: ٥٤٦-٥٤٧، الوسيلة: ٣٤٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٣٠٧/٧٥٤، الوسائل ٢١: ١٠٠، أبواب نكاح العبيد والاماء، ب ١٣، ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/٩٧، الوسائل ١٨: ٢٧٩، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ٢.

ولدها من نصيبه»^(١).

وروى الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى عليّ عليه السلام في رجلٍ توفي وله سرية لم يعتقها، قال: سبق كتاب الله، فإن ترك سيدها مالا، تجعل في نصيب ولدها، ويمسكها أولياء ولدها، حتى يكبر ولدها، فيكون المولود هو الذي يعتقها، ويكون الأولياء^(٢) الذين يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها فقد عتقت، وإن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمة، إن شاؤوا أعتقوا، وإن شاؤوا استرقوا»^(٣).

وروى الصدوق - في الحسن كالصحيح - عن محمد بن قيس عنه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سرية لها ولد، أو في بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، وإن لم يعتقها حتى توفي، فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله عز وجل أحق، قال: وإن كان لها ولد وترك مالا، تجعل في نصيب ولدها، ويمسكها أولياء ولدها حتى يكبر الولد، فيكون هو الذي يعتقها إن شاء، ويكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها^(٤) عتقت، وإن توفي عنها ولدها ولم يعتقها، فإن شاؤوا أرقوا، وإن شاؤوا أعتقوا، وقضى أمير المؤمنين عليه السلام

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦/٩٣، الوسائل ٢٣: ٢٧٩، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ٤.

(٢) ففي المصدر: الأولياء هم.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧/٩٦.

(٤) في المصدر: عن أبي جعفر.

(٥) ساقطة من «ف، حج».

في رجل ترك جاريةً وقد ولدت منه ابنةً، وهي صغيرة غير أنها تبين الكلام، فأعتقت أمها، فتخاصم فيها موالى أبي الجارية، فأجاز عتقها لأمتها^(١).

ورواه^(٢) الكليني والشيخ - في الحسن كالصحيح - عن محمد بن قيس، عنه عليه السلام نحو ذلك، وأسقطا قوله: «ويمسكها» إلى قوله: «وقضى»^(٣).

ولما ذكر الشيخ في الكتاين الحديث الصحيح المذكور قبل هذا الخبر، حمّله على ما إذا كان ثمن الجارية ديناً على المولى، ولم يقض منه شيئاً، فإنها توقف إلى أن يبلغ ولدها، فإن أعتقها - بأن يقضي دين أبيه - انعتقت، وإن لم يفعل ومات قبل البلوغ، بيعت في ثمنها إن شاؤوا، وإن شاؤوا أعتقوها وضمنوا الدين^(٤).

واستدلّ على ذلك بالموثق^(٥)، وبما دلّ على انعقاد الأم بملك الولد، مع الاستسعاء أو بدونه.

واعلم: أنّه لا يبعد أن يكون أصل هذه الأخبار - على اختلافها - خبرين، راوي الأوّل أبو بصير، وراوي الثاني محمد بن قيس، ووقع الاختلاف في نقل الرواة عنها، أو في نقلها لهم، وهي مع اعتبار أسانيدهما لا تخلو عن إبهام واضطراب.

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٣ / ٣٠٠، الوسائل ٢٣: ١٧٥، أبواب الاستيلاء، ب ٦، ح ٢.

(٢) في «ف»: وروى.

(٣) الكافي ٦: ١٩٢ / ٣، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٥ - ٣٣٦ / ٩٢.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧، الاستبصار ٤: ١٣.

(٥) الاستبصار ٤: ٤١ / ١٤.

والذي يظهر في معنى الأول - والله العالم -: أن الضمير في قوله: (فمات) راجع إلى الرجل لا الولد؛ إذ لا بدّ من فرض موت المولى لتفريع ما ذكر من الأحكام، ولم يذكر غير هذا اللفظ، فيُحمل عليه، ولتقييد البيع بأن يكون في أداء الثمن، ولا يظهر له وجه بعد موت الولد؛ لجواز بيعه حينئذٍ مطلقاً، اللهم إلا أن يُحمل على الاستحباب والأولوية، ولقوله: على مولاهما، فإنه قرينة على كون البائع غير المولى، فيكون البائع هو الولد. ويدلّ على أن الميت هو المولى أنه في الخبر الثالث لم يذكر الولد قبل قوله: «فمات»^(١)، وأتى بلفظ الجمع في قوله: «إن شاؤوا أن يبيعوها باعوها»، فيرجع إلى الورثة لا إلى المولى، ولا إلى المولي؛ لذكر «المولى» مفرداً قبله، ومفرداً ظاهراً بعده.

وأما قوله في الثاني: «وإن مات مولاهما وعليه دين»؛ فالتعليق على الشرط لأجل القيد، وهو قوله: «وعليه دين» لا المقيد. فعلى هذا ذكر لفظ (ولدها) بعد قوله: فمات - في نسخة الكافي^(٢) - لعلّه وقع سهواً.

وكذلك إطلاق البيع في الخبر الثاني وقع سهواً، وما بعده أقوى شاهد على ذلك.

ولو خُلبنا وهذا الخبر، لأمكن أن يراد بالموت أولاً موت الولد وبقاء الوالد، وذكر في الثاني: «موت الوالد»، والمراد بقاء الولد، فالميت أحدهما

(١) ذكر الولد في الرواية قبل قوله: فمات وبعدة.

(٢) هذه الرواية لم ترد في الكافي، وأنها هي منقولة في تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/ ٩٧.

خاصّةً في الصورتين، فحكم بجواز البيع في الميّت مطلقاً، ولا إشكال فيه، وحكم في الثاني: بأنّه إن كان على الميّت دين، قوّمت على ولدها، فإن كان صغيراً، انتظر به إلى أن يكبر، ثمّ يجبر على قيمتها، فإن مات ولدها يبيعت في الميراث، أي في جملة الميراث، فتكون موروثة كغيرها، وإنّما علّق على مشيئة الورثة؛ لأنّ لهم أن لا يبيعوها ويضمنون الدّين وتبقى لهم، أو يعتقوها، فإنّ حل الدّين على غير الثمن كان دليلاً على قول ابن حمزة، ويقيد الخبر بما إذا لم يكن للميّت مال يؤدّي به الدّين غيرها؛ للإجماع وسائر الأخبار.

والمراد بموت الولد: موته قبل البلوغ، ويحتمل قبل الأداء مطلقاً.

وأما حكمه في هذه الصورة: بأنّه إن كان الدّين ثمنها، عادت وولدها رقاً، فلعلّ مستنده في ذلك ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن أبي بصير أيضاً، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام - وأنا حاضر - عن رجل باع من رجل جاريةً بكرةً إلى سنة، فلمّا قبضها المشتري أعتقها من الغد، وتزوّجها وجعل مهرها عتقها، ثمّ مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال أو عقدة يوم اشتراها وأعتقها يحيط بقضاء ما عليه من الدّين في رقبتها، فإنّ عتقه وتزويجه جائز، وإن لم يكن للذي اشتراها إلى سنة وتزوّجها مال ولا عقدة يوم مات يحيط بقضاء ما عليه من الدّين في رقبتها، فإنّ عتقه ونكاحه باطل؛ لأنّه أعتق ما لا يملك، وأرى أنّها رقت لمولاه الأول»، قيل له: فإن كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوّجها، ما حال ما في بطنها؟ فقال: «الذي في بطنها مع أمّه

كهيئتها»^(١).

وهذا الخبر صحيح صريح في المدعى، وأضيف فيه بطلان التزويج والعتق أيضاً، فإذا لم يتحقق هذا الباطل من أصله، كان الحكم أولى بالثبوت، وأقل ذلك إن وجوده كعدمه.

وقد حكي القول بمقتضى الصحيح عن الإسكافي^(٢)، والشيخ في النهاية^(٣) وأتباعه.

فاتضح بما ذكرنا مستند ابن حمزة على تفصيله بتمامه.

وأما الشيخ فلعله حمل الدّين على الثمن؛ لما دلّ على أنّها لا تباع في غيره، والفرض هنا أنّها تباع إذا مات الولد قبل البلوغ، وللتقييد بالثمن في سائر الروايات المذكورة هنا.

وعلى هذا يشكل^(٤) الجمع بين فتوى الشيخ هنا، وعمله بما دلّ عليه الصحيح الآخر، فقول ابن حمزة من هذه الجهة أولى.

وأما الأكثرون من أصحابنا، فلهم أن يستدلّوا بأول الخبر الأول والثالث على جواز بيعها في ثمنها إذا لم يكن مال آخر يؤدّى منه، ووجه التقييد قد تبين ممّا سبق.

ويمكن حمل أول الثاني على ذلك أيضاً، كما قلنا، وأما بقية الأخبار فلا

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٣/ ٧٠٦، بتفاوت في بعض الالفاظ.

(٢) عنه في مختلف الشيعة ٧: ٢٩١.

(٣) النهاية: ٤٩٨.

(٤) في «ش»: فيشكل.

أعرف وجهاً لها على قولهم، كما أنه لا يتجه أول ما عدا الثاني على قول غيرهم.

ولو قلنا في صورة أن لا يكون على المولى دَيْن، ولا يفى نصيب الولد بقيمتها أنها تقوّم على الولد، فإن لم يؤدّ إلى أن مات، رجعت إرثاً بتمامها، أو ما عدا سهم الولد أمكن حمل بقية الأخبار على ذلك، فيكون قوله: وإن كان لها ولد إنما ذكر لبيان حكم أم الولد، مع قطع النظر عن الدَيْن الذي يكون هو الثمن أو غيره، فإنّ حكمها أن تقوّم على ولدها.

وأما خبر محمد بن قيس، فحمله على ما ذكره الشيخ^(١) في غاية البُعد، ولو حُمل على صورة: عدم وفاء نصيب الولد بقيمتها، كان أولى وأوفق بقوله: بيعت في ميراثه، وقوله: بيعت في ميراث الورثة إن شاؤوا، وإنما نسب الإعتاق إليه؛ لاستناد سببه - وهو أداء القيمة - إليه.

ويبقى التناقض بين خبر أبي بصير حيث يدلّ على إجبار الولد على أداء القيمة وخبر ابن قيس؛ حيث يدلّ على أنّ ذلك حقّ له، ولا يجب عليه إذا لم يرد ذلك.

ويمكن حمل الأوّل على أنّه يكلف بذلك على وجه الاستحباب، فيوافق قول مَنْ نفى السراية في الانتقال القهريّ، كالشيخ في عتق المبسوط^(٢).

أو يُحمل على ما إذا كان موسراً، والثاني على ما إذا كان معسراً، كما هو

(١) الاستبصار ٤: ١٣.

(٢) المبسوط ٦: ١٨٥.

قول بعضهم في السراية، كالشيخ في عتق الخلاف^(١).

وقال في المبسوط هنا: وإذا مات السيد جعلت من نصيب ولدها، وتنعتق عليه، فإن لم يكن هنا غيرها، انعتق نصيب ولدها، واستسعت في الباقي، وإن كان لولدها مال، أدّى بقيّة ثمنها منه، فإن لم يكن ولدها باقياً، جاز للورثة بيعها^(٢).

وقال ابن الجنيد: وإنّا تعتق عندنا إذا كان لها ولد فمات سيدها، وقد خلف ما يستحقّه ولدها بنصيبه من ميراث والده، أو يستحقّ بعضها، فيؤدّي بقيّة قيمتها؛ لقول النبي ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ فَهُوَ حُرٌّ»^(٣).

ولو مات السيد وخلف ما لا يستحقّ ولدها بنصيبه منها أمّه، ولا كان له من المال ما يؤدّي عنها قيمة ذلك، وكان الولد صغيراً، انتظر بها إلى أن يكبر، فإن أدّى حقوق باقي الورثة من قيمتها أو أدّته هي بكدها عتقت، وإن مات ابنها قبل ذلك، كان نصيب ابنها منها حُرّاً، وما بقي للورثة، إن شاؤوا أعتقوا وإن شاؤوا أرقّوا.

وهذا يقتضي حل الروايات على ما قلنا، وأنّ البيع بالنسبة إلى حصص باقي الورثة، كما يشهد به قوله: بيعت في ميراث الورثة، على أنّه لا مانع من القول ببيع الجميع، كما نقول في بيعها لأداء الثمن.

(١) الخلاف ٦: ٤٢٣.

(٢) المبسوط ٦: ١٨٥.

(٣) عوالي اللآلئ ٣: ٤٣٩/ ٢٣، سنن ابن ماجه ٤: ١٤٦/ ٢٥٢٤، مسند احمد ٥: ٦٤٣/ ١٩٦٥٤.

(٤) عنه في مختلف الشيعة ٨: ١٥٥.

ولا نفرّق بين أن تزيد قيمته عن الثمن أو لا، مع أنّه في الصورة الأولى قد ملك الولد بعضها ملكاً مستقراً، فيجب أن تعتق عليه، وقد دلّ النصّ والفتوى على جواز بيع الجميع مطلقاً.

وأما استسعاء الأمّ مع عدم وفاء نصيب الولد فلا أثر له في الروايات المذكورة في أمّ الولد أصلاً وإن أفتى به الأصحاب مطلقاً، أو مع عجز الولد. نعم، رواه الكليني بإسناده عن يونس^(١)، ولم يثبت صحّة سنده، والظاهر كونه فتوى يونس، فلا اعتداد به.

نعم، يمكن تنزيل الأخبار على أنّ عدم الحكم بذلك ربما كان لما هو الغالب من عجز النساء عن السعي في الأداء، وغاية ذلك رفع المنافاة بينها وبين دليل يدلّ على إثباته، ولم يثبت كما عرفت. والاستناد إلى ثبوته في غير هذه الصورة ممّا ذكر في محله، فلا يخلو عن نظر.

وتمام تحقيق المسألة في محله إن شاء الله، وإنّا اقتصرنا هنا على ما يتوقّف عليه الكلام في أخبار المسألة.

وأما إمضاء أمير المؤمنين عليه السلام لإعتاق بنتها مع صغرها^(٢)، فكان ذلك مستنداً إلى مصادفته لانعتاقها عليها من نصيبها، لا لنفس إعتاقها.

وأما الصحيح الأخير لأبي بصير، فللأصحاب فيه محامل كثيرة، وأبحاث شريفة، تأتي في محلّها إن شاء الله تعالى.

(١) الكافي ٦: ١٩٣/٦، الوسائل ٢٣: ١٧٣، أبواب الاستيلاء، ب ٥، ح ٣.

(٢) الكافي ٦: ١٩٢/٣، الوسائل ٢٣: ١٧٥، أبواب الاستيلاء، ب ٦، ح ١.

وقد تحصل مما ذكرنا: أنّ الأقرب جواز بيعها في ثمنها، وعدم انتظار الولد، وعدم تقويمها عليه؛ لما سبق من الروايات، وأوّل جملة من هذه الأخبار، واحتمال آخرها ما ذكرنا، وإلا فهي متناقضة لأيعمل بها، وإنّما العمل بما تقدّم؛ ولما دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها، والفرض انتفاء نصيبه أو قلّته، وسبق تعلق حقّ البائع بها.

[تنبيهات]

[الأوّل: عدم الفرق في كون الثمن كلّهُ أو بعضه ديناً]

وإذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه لا فرق بين بقاء جميع الثمن في ذمّة المولى أو بعضه؛ لاشتراك السبب، ولإطلاق الأخبار حتى صحيحة عمر بن يزيد^(١)، فإنّ قوله: لم يؤدّ ثمنها، شامل لما إذا لم يؤدّ جميعه، سواء لم يؤدّ منه شيئاً أصلاً، أو أدّى بعضه دون بعض، مضافاً إلى إطلاق أوّله وآخره، وكلام معظم الأصحاب أيضاً مطلق، وقد يوجد في بعضها اعتبار عدم أداء شيء منه^(٢) أصلاً؛ ككلام الشيخ في كتابي الأخبار^(٣)، فيما ذكره في توجيه صحيحة أبي بصير المتقدّمة، وكان ذكر ذلك من باب الفرض لا الشرط؛ ولذلك أطلق الحكم في موضع آخر من الاستبصار^(٤)، وفي سائر كتبه كغيره^(٥).

(١) الكافي ٦: ١٩٣/٥، الوسائل ٢٣: ٥٠، أبواب العتق، ب ٢٥، ح ١.

(٢) في «ش»: وفي كلام الشيخ.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/٩٧، الاستبصار ٤: ١٣-١٤/٤١.

(٤) الاستبصار ٤: ٢٧٦.

(٥) المبسوط ٦: ١٨٥، الخلاف ٦: ٤٢٣، النهاية: ٥٤٦-٥٤٧.

[الثاني: عدم الفرق بين مساواة قيمتها أو زيادتها على الدَّين أو نقصانها

عنه]

ولا فرق أيضاً بين مساواة القيمة للثمن الباقي في الدَّمة، أو نقصانها عنه، وبين زيادتها عليه، سواء وجد المشتري للبعض، مع بقاء البعض الآخر حرّاً، أو مبعوضاً، بحسب حصص الولد وسائر الورثة، أو متشبّثاً بالحرية، كما لو وقع البيع من المولى، أو لم يوجد مشتر كذلك؛ لإطلاق النصّ والفتوى، مع ندرة المساواة، وغلبة الاختلاف في مثل ذلك.

ولو بيع بعضها وأدّى بقيمته جميع الثمن، لم يجز بيع الباقي؛ لعدم كون هذا البيع في أداء الثمن، فيكون باطلاً، أمّا لو باع بعض الورثة نصيبه، أدّى ما يتعلّق به من الثمن، وحكم الباقي كما كان.

والأحوط فيما إذا كان الباقي في الدَّمة بعض الثمن، وكان بيع بعضها كافياً في الأداء، أن يقتصر عليه ولا يتعدّى عنه، وكذلك لو كان للمولى من المال ما يفي بأداء بعض الثمن.

وفي الإرشاد: ولا يصحّ بيع أمّ الولد مع وجوده، والقدرة على الثمن أو إيفائه^(١).

وقال الشهيد في شرحه: إنّه شرط في منع البيع القدرة على الثمن أو إيفائه، وهو لا يصدق إلّا بالقدرة على المجموع، أو إيفاء المجموع، فحيثُذ مفهومه صحّة بيعها إذا قدر على البعض أو في البعض، وهو جيّد إن أُريد به بيع ما يقوم بما بقي، لايبيع الجميع لو فضل عن الباقي في

والوجه ما قلنا، كما لا يخفى.

[الثالث: عدم الفرق بين شراء أحد الورثة لها أو غيرهم]

ولا فرق بين أن يشتريها أحد الورثة أو غيرهم، فلو اشتراها الولد، صح وانعتقت عليه.

[الرابع: إذا كان ثمن الجارية مؤجلاً باجل لم يجز البيع]

ولو كان الثمن مؤجلاً، لم يجز للمولى أن يبيعها قبل حلول الأجل، وإن حصل اليأس من أدائه من مالٍ آخر؛ لأنّ ذلك زمان الاستحقاق، ولإمكان الإبراء أو تبرّع آخر بالأداء.

وهل يشترط مطالبة البائع، أم لا يشترط أصلاً، بل يكتفى بالاستحقاق ولو امتنع من التسليم، أو يفرّق بين رضاه بالتأخير، وإسقاطه لحقّ الحلول وإن لم يسقط بذلك، وبين عدم المطالبة، فيجوز في الثاني دون الأوّل؟ أوجه، والأوّل مقتضى الاحتياط، والاقتصار على موضع اليقين في مخالفة الأصل، مع كون الغالب مطالبة صاحب الحقّ بحقه، والثاني مقتضى الإطلاق، والثالث طريق الجمع.

[بعض شرائط بيع أمّ الولد]

ولو تبرّع متبرّع في الأداء، فإن سلّم إلى البائع، برئت ذمة المشتري،

ولم يجوز له بيعها، وإن سلم إلى المولى أو ورثته، ففي وجوب القبول نظر، وكذلك لو رضي البائع باستسعائها في الأداء.

ولو كان للمولى مال غائب، ففي وجوب الانتظار، أو جواز البيع قبل حضوره، وجهان من إطلاق النص، ومن قوله بِإِذْنِهِ في صحيحة عمر بن يزيد: «ولم يدع من المال ما يؤدى عنه»^(١)، واشترط الأصحاب لإعساره، أو عدم تملكه لمالٍ يفي بالثمن، والمفروض خلاف ذلك، والثاني أقرب.

ولو وجد مشترٍ له ثمن يعتق عليه، أو يرضى باشتراط الإعناق، ويبدل ما يؤدى به الثمن، ففي وجوب البيع عليه دون غيره ثمن لم يكن كذلك، أو التخيير بينهما مطلقاً، أو التفصيل بين ما إذا اشتراه بما يشتره غيره به، وما إذا كان بأقل منه، فيتعين في الأول دون الثاني، أو بين ما إذا كان البائع المولى أو الورثة، أو بينهم أيضاً، [أو]^(٢) بين ما إذا انحصر الوارث في الولد، وما إذا شاركه غيره ثمن لا يعتق عليه، أو بين حصصهم في هذه الصورة، فيجب على الولد أن يبيع على من يعتق عليه إن أمكن، ولا يجب على غيره، إشكال.

وكذلك لو وجد من يشتري بعضه ثمن يعتق عليه بما يؤدى به الثمن. والأول قضية الاحتياط، وتغليب جانب الحرية، والجمع بين الحقوق، مع عدم وجود إطلاق يعارض ذلك، فلعله أولى.

(١) الكافي ٦: ١٩٣/٥، الاستبصار ٤: ١٢/٣٦، الوسائل ١٨: ٢٧٨، أبواب بيع الحيوان، ب

ولو دار الأمر بين البيع على مَنْ ينعقد عليه، ومَنْ يشترط الإعطاء، فالأول أرجح.

ولو أدى الولد ما يتعلّق من الثمن بنصيبه، انعتق نصيبه، وحكم الباقي يُعرف من مسائل السراية.

ولو أدى الجميع فإن أقبضه البائع فكالمتبرّع، وإن كان بطريق الشراء أو التقويم، ولم نقل بوجوب ذلك عليه ففي وجوب قبول باقي الورثة إشكال، والقول به هنا أقوى منه في شراء غيره ممّن ينعقد عليه.

ولو امتنع المولى من أداء الثمن، وكان موسراً، وانحصر الطريق في التقاض، ففي جواز بيع البائع لأمّ الولد مقاصّةً مستقلاً، أو مع إذن الحاكم وجه؛ تنزيلاً للإسار مع الامتناع منزلة الإعسار، ولإطلاق بعض النصوص السابقة، خرج منه الموسر الغير الممتنع، فيبقى الباقي، ولسبق تعلّق حقّه على حقّ الأمّ؛ لأنّ بناء المعاوضة على التقابض من الطرفين.

والأوجه: المنع؛ عملاً بظاهر الفتاوى، وتغلياً لجانب الحرّية، ولأنّ المنع لحقّ أمّ الولد، فلا يسقط بامتناع المولى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١).

والمعتبر في الإعسار وعدم المال: أن لا يكون للمولى ما يوفي ثمنها على المستثنى في وفاء الدّين، ويختلف ذلك في الحياة والمهات، فالمستثنى من تركة الميّت ما يخرج من الأصل قبل الدّين، كالكفن ونحوه من لوازم التجهيز.

ولافرق بين الإعسار الموجود حال البيع، والمعلوم للبائع، والمتجدّد بعده؛ لعموم الدليل.

ولو جاز للمولى بيعها لإعساره، وعدم تملكه زائداً على المستثنيات، فلم يبيع إلى أن مات، لم يجوز للوارث بيعها، إلّا مع الإعسار المعتبر بعد الموت، وهو ظاهر.

والظاهر عدم دخول الأمة في المستثنيات وإن احتاج إلى خدمتها، وكانت بحيث لو لم تكن هي المبيع، لما وجب بيعها لأداء الدين، بل لا يبعد عدم استثناء شيء أصلاً فيها إذا كانت العين المعوّض عنها باقية، فيجب على المتقل إلى رده العين بقيمتها أو ثمنها، وليس له الامتناع بلا إعسار.

وهذا هو الظاهر من فتاوى معظم الأصحاب هنا؛ حيث اعتبروا عدم تملكه لشيء آخر غيرها ممّا يوفّي ثمنها، ولم يستثنوا شيئاً، وإنّما ذكر ذلك الشهيد الثاني رحمته الله (١)، تبعاً لما استفاد من كلام الشهيد الأوّل في اللّعة (٢)؛ حيث اعتبر الإعسار، وهو في الشرع عبارة عمّا ذكر، واعتبر ذلك قبله الفاضلان في بيع الشرائع والإرشاد والقواعد (٣).

ولعل منشأه: تخيّل أنّ حقّ أمّ الولد ليس أعظم من حقوق أرباب الدين، فإذا لم يبق لهم حقّ مع الإعسار بالمعنى المذكور، فكذلك حقّها.

(١) الروضة البهيّة ٣: ٢٥٧.

(٢) اللّعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٤، قواعد الأحكام ٢: ٢٣.

وهذا مع كونه قياساً مدفوع: بأنَّ حقَّ الثمن - كما قلنا - متعلّق بكلِّ ما يملكه المشتري، فصارت أمُّ الولد وغيرها متساويتين^(١) في ذلك، فيقدّم غيرها عليها؛ رعايةً لجانب الحرّية بقدر الإمكان.

ولو استند الشهيد إلى لزوم العسر والخرج، وإلى إطلاق النصِّ الدالِّ على جواز بيعها في ثمنها بلا تقييد، فيقتصر في التقييد على موضع اليقين، لكان له وجه.

إلاَّ أنّه يمكن دفع الأوّل: بأنّه الذي أقدم على الضرر؛ حيث استولدها قبل أداء ثمنها وإن اتَّفَق أحياناً عدم الإقدام على ذلك.

ولا عبرة به مع ما سمعتُ من صحيحة أبي بصير^(٢) المتقدمة.

وبالجملة: فالمسألة موضع توقّف، والاحتياط ينبغي أن لا يُترك.

والمعتبر في الثمن مقابلته بالأمة في عقد معاوضة وإن كان صلحاً ونحوه على الأشبه؛ لمساواة الجميع في المعنى المقتضي للبيع، ولقوله عليه السلام: «في فكاك رقابهنّ»^(٣)، فذكر البيع والثمن في بعض النصوص وفي الفتاوى محمول على الغالب.

وفي إلحاق الشرائط المذكورة في البيع بالثمن إذا توقف الوفاء بها على بيعها، كما لو شرط الإنفاق على البائع مدّة معيّنة مثلاً إشكال، فإن منعنا

(١) في «ك»: مساويتين.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٣/٧٠٦، الوسائل ٢١: ١٩١، أبواب نكاح العبد والاماء، ب ٧١،

ح ١.

(٣) الكافي ٦: ١٩٣/٥، الوسائل ١٨: ٢٧٨، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ١.

من ذلك ولم يف المشتري، ثبت الخيار، ويأتي الكلام في حكم تعارض حق ذي الخيار، وحق أم الولد.

[وطئ الأمة المشتركة]

ولو وطئ الأمة المشتركة فحملت منه، قُومت عليه باقي الحصص إجماعاً، وصارت ملكه، فإذا لم يكن عنده ما يفي بالقيمة، أو مات قبل الأداء ولم يخلف ما يؤدي عنه، فالأولى إلحاقها بثلث الرقبة، كما هو الحال في ثمن حصته الأصلية إذا كان في ذمته.

ويمكن أن يقال بكونها موقوفة حين التقويم، فإذا لم يتمكن من الأداء، رجعت رقاً لأربابها؛ لأن الغرض من التقويم بقاؤها في ملكه، فإذا باعها لذلك لم يثمر شيئاً، ورجعت إلى حالها.

ولو استدان لأداء الثمن وأداه منه، أو اشتراها بذلك الثمن الذي استدان به عنه، وسلمه إلى البائع، فقد سقط حق البائع عنه وعن الأمة، وبقي حق الدين، وحكمه كسائر الديون، ويأتي البحث فيها.

وهذا هو ظاهر النصوص والفتاوى، وهو الذي يقتضيه كلام ابن إدريس في باب السراري وملك الأيمان، وفي باب أمهات الأولاد^(١)، وقال في باب ابتياع الحيوان: ولا يجوز بيعهن مع وجود أولادهن، إلا في ثمن رقابهن، بأن يكون ديناً على مولاهن، بأن يشتريها بثلث في ذمته، أو بأن يستدين ثمناً ويشتريها بعينه^(٢).

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٣٩٦-٣٩٧، و ١٢: ٣٣.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٨٣.

وذكر ابن زهرة أولاً: أنه يجوز بيع أم الولد إذا مات ولدها، أو كان حياً وثمنها ديناً على سيدها، ولا يقدر على قضائه إلا ببيعها، ثم قال: وإنما منعنا منه مع بقاء الولد وعدم الاستدانة لثمنها أو العجز عن وفائه من غيرها للدليل، وهو الإجماع على ذلك^(١)، إلى آخر كلامه.

وهذا يوهم جواز البيع لأداء الدين - الذي لأجل الثمن - مطلقاً، والأصح ما ذكرناه.

ولو كان الثمن معيناً فأتلفه المشتري، فإن كان بعد الإقباض لم يلحق قطعاً، وإن كان قبله فالإلحاق قويٌّ يمكن القول به.

ولو صالح على الثمن بشيء في الذمة، ففي إلحاقه بالثمن في الحكم نظر^(٢). ولا يخفى وجهه؛ لصدق أنه لم يؤد الثمن، وأنه دين عليه.

وجه العدم: أن الصلح إقباض للثمن، وتصرف من البائع فيه، فسقط حقه من البيع وانحصر في الذمة، أمّا لو ضمنه عنه شخص غير متبرّع، فالإشكال فيه باعتبار حق الضامن قويٌّ جداً.

ويمكن بناؤه على أن الضمان^(٣) [ضمّ]^(٤) ذمة إلى ذمة، أو نقل المال من

(١) غنية النزوع: ٢٠٨.

(٢) ساقطة من «م».

(٣) الضمان له معنيان: الأول: أنه ضمّ ذمة إلى ذمة كما تذهب إليه العامة. والثاني: أنه نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى كما تذهب إليه الامامية.

فتاوى السبكي ١: ٣٦٢، المبسوط ٢: ٣١٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس الحلي)

١١٠: ١١٠.

(٤) ما بين المعقوفتين يقتضية السياق.

ذمة إلى ذمة، فيجوز البيع على الأول لا الثاني.

والحق هو الثاني، كما دلّ عليه النصّ والفتوى، إلا أنّ في البناء على ذلك نظراً.

ولو باع أم ولده في الصورة المذكورة، أو في سائر الصّور الآتية فأمكن له شراؤها أو تملكها بغير ذلك، لم يجب عليه ذلك وإن كان معسراً عند البيع، ثمّ أيسر بعد ذلك؛ للأصل السالم عن المعارض.

ولو تملكها وكان ولدها حيّاً، ثبت لها أحكام الولد؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، وليس هذا كاستيلاد أمة غيره إذا ملكها بعد ذلك، ووجه الفرق ظاهر.

وعلى هذا، فلو كان تملكها بطريق الابتاع - مثلاً - بشيء في الذمة، وعجز عن أدائه إلاّ ببيعها، ففي إلحاق هذا الثمن بالثمن الذي قبل الاستيلاد إشكال؛ من اختصاص الفتاوى وجملة من النصوص بغير ذلك، ومن مساواتها في المعنى المقتضي للبيع، وقوله: «في فكاك رقابهن»^(١)، والإلحاق قويٌّ جدّاً.

وللفرق هنا بين علم البائع بحقيقة الحال، وبإعسار المشتري، وجهله بذلك فله التسلّط على البيع في الثاني دون الأول، إلا بعد وفاة المشتري وجه وجيه.

ولو باعها بخيار له مشروط برّد الثمن أو مطلق، وتمكّن في زمان

الخيار من ردّ مثله أو عينه، ففي وجوب الفسخ عليه نظر.

ويمكن بناؤه على أنّ البيع في زمان خيار البائع ملك له أو للمشتري، فعلى الأوّل يجب الفسخ، ولا يجب على الثاني.

ولو وُجد مَنْ يشتريها بخيارٍ له، ففي تعيينه^(١) ما سبق من الكلام في البيع على مَنْ ينعقد عليه.

ولو قلنا بعدم وجوب الفسخ لم يتعيّن عليه؛ لخلوّه عن الفائدة، وإنّما الإشكال على تقدير الوجوب؛ ولبنائه على تحقيق المالك في زمان الخيار وجه وجيه.

ولو أمكن إجارتها لأداء الثمن، ورضي البائع بالتأخير، فالأحوط عدم البيع.

وكذلك لو أمكنه الاكتساب لأدائه وإن لم نوجه لأداء سائر الديون.

وحيث إنّ هذه الفروع خالية من النصّ، ولم أقف على مَنْ تعرّض لها من الأصحاب إلّا ما أشرنا إليه، فالاحتياط فيما لم يتّضح الأمر فيها طريق النجاة.

الصورة الثانية: هي الصورة الأولى، إلّا أنّ الدّين غير ثمنها، فإن كان حيّاً لم يجز بيعها لذلك أصلاً، وهو مجمع عليه بين الأصحاب، ويدلّ عليه الأخبار السالفة، وإن مات فالمعروف من مذهب الأصحاب أنّها لا تباع لذلك أيضاً.

وحكى الشهيد^(١) في الدروس عن الشيخ في المبسوط: أنه جَوَزَ البيع حينئذٍ، إذا كان الدَّيْنُ مستغرقاً للتركة، بحيث لا يفضل عنه شيء يتعلّق به الإرث^(٢).

وحكاه المحقّق في نكاح الشرائع قولاً^(٣)، ولم ينصّ على قائله، وعزاه شارحه في المسالك إلى ابن حمزة^(٤)، واختاره في الروضة تبعاً للشهيد في اللّمة^(٥).

وهو اختيار السيوريّ في كنز العرفان، والصيمري، وظاهر بيع المسالك^(٦).

وقد تقدّم خلاف ابن حمزة، وكلامه في ذلك، وظاهره أنّه لا يعتبر إحاطة الدَّيْنِ بجميع التركة، بل متى كان عليه دَيْنٌ، ولم يخلف سواها، قُومَت على ولدها، فإذا بلغ أُلْزِمَ أداؤها، فإن لم يكن له مال استسعي فيه، فإن مات قبل البلوغ، بيعت في الدين.

ولا فرق بين أن تزيد قيمتها على الدين أو تساويه أو تنقص منه، كما هو الحال في الثمن.

واختار الشهيد في نكاح المسالك القول المشهور، وقال بأنّ الأقوى

(١) لم ينسب الشهيد هذه الصورة إلى الشيخ، بل نسب الصورة التي قبلها له.

(٢) الدروس ٢: ٢٢٢، المبسوط ٥: ٢٧٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٦٠.

(٤) مسالك الافهام ٨: ٤٦-٤٧، الوسيلة: ٣٤٣.

(٥) الروضة البهية ٣: ٢٥٨، اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٨.

(٦) كنز العرفان ٢: ١٢٩، غاية المرام ٢: ٢١، مسالك الافهام ٣: ١٧٠.

انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدّين، فيعتق^(١) نصيب الولد منها، كما لو لم يكن دّين، ويلزمه أداء مقدار قيمة النصيب من ماله^(٢).

وتوقف العلامة في المختلف، ولم ينصّ على استغراق الدّين للتركة، بل اقتصر على نقل المشهور وقول ابن حمزة^(٣).

وقال في كتاب الرهن من التذكرة: وعندنا أنّ أمّ الولد لا تخرج بالاستيلاد عن الرّقبة، بل يجوز بيعها في مواضع تأتي.

نعم، إن كان موسراً مُنع من بيعها؛ لأجل ولدها ما دام حياً، فإن مات جاز بيعها مطلقاً، وإن مات مولاه قبل، عتقت من نصيب ولدها، وقضي الدّين من التركة، وإن كان معسراً ولا تركة بيعت في الرهن، ثم قال: ثم إن كان الدّين يستغرق قيمتها بيعت بأجمعها، وإلا بيع منها بقدر الدّين، وإن أفضى التشقيص إلى نقص رعاية لحق الاستيلاد، إلى أن قال: وإن لم يوجد من يشتري البعض، يبيع الكل للضرورة، وإذا بيع شيء منها بقدر الدّين، انفكّ الرهن عن الباقي واستقرّ الاستيلاد^(٤). انتهى.

ولا يبعد أنّه قصد بيان حكم أمّ الولد مطلقاً وإن لم تكن مرهونة.

ومقتضى كلام ابن الجنيّد المذكور في الصورة السابقة: أنّ الإعتاق

(١) في المصدر: فيعتق.

(٢) مسالك الافهام ٨: ٤٧.

(٣) مختلف الشيعة ٨: ١٥٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٢٠-٢٢١.

منحصر فيما إذا كان للولد نصيب مستقرّ من أمّه، فتعتق عليه من نصيبه، وحكم الباقي كما سبق. والمسألة عندي في غاية الإشكال.

[بيان أدلة الأقوال في الصورة الثانية]

ولنذكر حجج الأقوال لينكشف حقيقة الحال:

فحجّة المشهور - بعد الأصل - صحيحة عمر بن يزيد، السابقة، حيث سأل الكاظم أولاً: لمّ باع أمير المؤمنين عليه السلام أمّهات الأولاد؟ فقال عليه السلام: «في فكاك رقابهنّ»^(١). ثمّ يبيّن ذلك بما يقتضي وقوع البيع يقيناً بعد موت المولى إذا لم يخلف ما يؤدّي منه الثمن سواها وإن شمل أوّل الكلام غير هذه الصورة أيضاً، وبيانه ذلك متناول لما إذا استغرق الثمن قيمة أمّ الولد، وربما كان هذا أظهر أفرادها، ثمّ سأله: هل يبعن فيما سوى ذلك من دّين؟ فقال: «لا».

وفي الكافي: «فيما سوى ذلك من أبواب الدّين ووجوهه»^(٢)، وهو واضح في المطلوب.

وهذا السؤال وجوابه كالنصّ في عدم جواز بيعها في أداء غير الثمن من الديون بعد موته، وإن استغرقت قيمتها.

وروايته الأخرى^(٣) - المتقدمة - دالة بإطلاقها على ذلك وإن لم يكن بهذا

(١) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٨٣ / ٣٠٠، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦ / ٩٤، الوسائل ٢٣: ١٧٥، أبواب الاستيلاء، ب ٦، ح ٢.

(٢) الكافي ٦: ١٩٣ / ٥، وعنه في الوسائل ٢٣: ١٧٠، أبواب الاستيلاء، ب ٢، ح ١.

(٣) الكافي ٦: ١٩٢ / ٢.

الوضوح.

ويدلّ عليه أيضاً أوائل موثقة أبي بصير الأولى^(١)، وروايته الثالثة^(٢)، ومرسلته^(٣) الرابعة^(٤)، كما تقدّم.

وناهيك هذه الأدلة بعد الشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعاً.

وحجة ابن حمزة: موثقة أبي بصير الثانية^(٥)، بأن يراد من الدّين فيها غير الثمن، وهو وإن كان وجيهاً في نفسه لكنه ينافي التقييد بالثمن في سائر روايات أبي بصير، فهي أوضح دلالة منها من هذه الجهة.

وكأنّ أحد الرواة نقل الحديث بالمعنى، زاعماً عدم الفرق بين الثمن وغيره من الديون، وكم من تصرّفات للرواة أوقعت مَنْ بعدهم في تشويش واضطراب.

ولا يخفى أنّ الاعتماد على هذه الرواية المخالفة للأصول مع وجود تلك الروايات المنافية لها ممّا لا وجه له.

وحجة الشيخ - في المبسوط - ومن تبعه: مادّل على أنّها تعتق من

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/٩٧، الوسائل ٢٣: ١٧٦، أبواب الاستيلاء، ب ٦، ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٣/٧٠٦، الوسائل ٢١: ١٩١، أبواب نكاح العيب، ب ٧١، ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦-٩٣.

(٤) لم يذكر المصنف لأبي بصير إلا ثلاث روايات، ولم يذكر له رسالة رابعة، بل حتى في نسبة الإرسال لأبي بصير ليست تامة، حيث إنّ المرسل لها هو ابن أبي عمير لا أبو بصير.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/٩٧.

نصيب ولدها، كروايات أبي بصير^(١) وابن قيس^(٢) المتقدمة.

وما رواه الصدوق - في الصحيح - عن صفوان بن يحيى، عن الوليد بن هشام^(٣) - وهو مجهول - عن أبي الحسن عليه السلام^(٤).

وما نقل في الكافي والتهذيب عن كتاب العباس^(٥).

وصحيحة عبد الله بن سنان المروية في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام أَوْصَى فِي أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ، الَّتِي كَانَ يَطُوفُ عَلَيْهِنَّ: مَنْ كَانَ مِنْهُنَّ^(٦) لَهَا وَلَدٌ، فَهِيَ مِنْ نَصِيبِ وَلَدِهَا»^(٧).

وروى نحو ذلك علي بن جعفر في كتابه عن أخيه^(٨) عليه السلام.

ولا يخفى أَنَّ ذلك من الأحكام العامة وإن ذكر في الوصية الخاصة،

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧-٣٣٨/٩٧، و ٩٣/٣٣٦، و ٧٠٦/٢٩٣، الوسائل ٢٣: ١٧٦،

أبواب الاستيلاء، ب ٦، ح ٤

(٢) مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيه ٣: ٨٣/٣٠٠، الكافي ٦: ١٩٢/٣، الوسائل ٢٣: ١٧٥، أبواب

الاستيلاء، ب ٦، ح ١ و ٢.

(٣) الوليد بن هشام المرادي، لم نقف على مآخذ ولا قاذح له في كتب الرجال، وإنّا اكتفوا بذكره في

أصحاب الإمام الكاظم عليه السلام.

رجال الطوسي: ٣٤٥/٥١٥٢، نقد الرجال ٥: ٢٩/٥٦٣٥، جامع الرواة ٢: ٣٠١.

(٤) مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيه ٣: ٨٤/٣٠١.

(٥) الكافي ٧: ٢٩، باب الوصية لأُمّهات الأولاد، ذيل ح ٤، تهذيب الأحكام ٩: ٢٦٠-٢٦١/

٢٢١، الوسائل ١٩: ٤١٦، كتاب الوصايا، ب ٨٢ ح ٤.

(٦) في «ك، م، ع»: فيهنّ.

(٧) مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيه ٣: ٨٢/٢٩٦.

(٨) مسائل علي بن جعفر: ١٤٧-١٤٨/١٨٤.

وقد أجمع الامامية على أنها لا تتحرّر بموت المولى، والمعروف أنها إنما تعتق من نصيب ولدها، كما دلّت عليه تلك الروايات، ومن المعلوم أنه لا نصيب له أصلاً مع استيعاب الدّين للتركة، بحيث لا يفضل منها شيء للورثة؛ إذ لا ريب في تقدّم الدّين على الإرث؛ للإجماع، وللآية^(١)، والنصوص الكثيرة^(٢)، فإذا انتفى العتق الذي كان هو الغرض من منع المولى والورثة من التصرفات، وليس بعد موت المولى أمر يترقّب للإعتاق، تعيّن جواز البيع؛ إذ الوساطة بينهما غير معقولة هنا، وهذا هو المدعى.

ويؤيد ذلك أيضاً: ما رواه الكليني والشيخ عن يونس في: أم ولد ليس لها ولد، ومات عنها ولدها، ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، فهل يجوز^(٣) لأحد تزويجها؟ قال: «لا، هي أمة، لا يحلّ لأحد تزويجها إلا بعتي من الورثة، فإن كان لها ولد وليس على الميت دين، فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن^(٤) كانت بين شركاء، فقد عتقت من نصيب ولدها، وتُسعى في بقيّة ثمنها»^(٥).

فقوله: «وليس على الميت دين»، يدلّ على أنّه إذا كان على الميت دين لم يثبت الحكم المذكور، فيحمل على صورة استغراقه لقيمتها.

(١) سورة النساء ٤: ١١ و ١٢.

(٢) منها: ما في الكافي ٧: ٢٣ / ٣، وعنه وسائل الشيعة ١٩: ٣١٩ كتاب الوصايا ب ٢٣، ح ١.

(٣) في المصدر: هل يحل.

(٤) في «ش» والمصدر: فان.

(٥) الكافي ٦: ١٩٣ / ٦، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦ - ٣٣٧ / ٩٥، الوسائل ٢٣: ١٧٣، أبواب

الاستيلاء، ب ٥، ح ٣.

وأما ما حاوله الشهيد الثاني^(١) من الجواب عن الدليل المذكور بما نقلناه عنه، فمقدوح من وجوه:

أحدها: أنَّ الاستفادة مما دلَّ على أنها تعتق من نصيب ولدها: أنَّ ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تُقَوِّم عليه أصلاً، وإنَّما الكلام في باقي الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمه هل تُقَوِّم عليه، أو تسعى هي في أداء قيمتها؟ وهذا مخالف لما ذكره رحمته الله.

ثانيها: أنَّ النصيب إذا نُسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة، بعد أداء الدَّيْن وسائر ما يخرج من الأصل، والمقصود منه النصيب المستقرّ الثابت له، لا النصيب الذي يُحكَّم بتملُّك الوارث له، تفضيلاً من بقاء المال بلا مالٍ موجود.

ثالثها: أنّه يلزمه على كلامه: أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها يساوي قيمة أمه، تُقَوِّم عليه، سواء كان هناك دَيْن مستغرق أم لا، وسواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون ونحوها يساوي قيمتها أم لا، وكذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنّه يُقَوِّم نصيبه عليه كائناً ما كان، ويسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب، ويطالب بالباقي، وهذا ممّا لا يقوله أحد من الأصحاب، وينبغي القطع ببطلانه.

رابعها: أنَّ ما ادّعاء من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب، ولا دلَّ عليه دليل يُعتمد عليه، وما يوهمه الأخبار

وكلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم من الملك؛ ولذلك لا يُحكم بانعتاق العبد الموقوف على مَنْ يعتق عليه، بناءً على صحّة الوقف، وانتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

وبالجملة: فالجمع بين فتاوى الأصحاب وأدلتهم مشكل جدّاً؛ حيث قيّدوا الدّين بأن يكون ثمناً، وحكموا بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه، وأنّ ما فضل من نصيبه يعتق بالسراية، ويسعى في أداء قيمته.

ولو قصدوا أنّ أمّ الولد أو سهم الولد مستثنى من الدّين كالكفن، عملاً بالنصوص المزبورة، فله وجه، إلّا أنّهم لا يعدّون ذلك من المستثنيات، ولا ذكر في النصوص صريحاً، فالمسألة إذن محلّ توقّف وتردّد، والله العالم.

الصورة الثالثة: إذا مات ولم يخلف لكفنه سواها، فيجوز بيعها حينئذٍ لذلك، على قولٍ حكاه الشهيد الثاني في المسالك والروضة، وزاد فيها التقييد: بأن لا يمكن بيع بعضها فيه وإلّا اقتصر عليه^(١).

والقول بجوازه حينئذٍ مع استيعاب قيمته لقيمتها مأخوذ من القول به في الصورة السابقة مع الاستيعاب؛ فإن الكفن مقدّم على الدّين، كما أنّه مقدّم على الإرث، فجوازه في الدّين المستوعب يقتضي جوازه في قيمة الكفن المستوعبة بطريق أولى؛ وللعلة المشتركة بينهما.

ويعتبر هنا: أن يمكن تحصيل كفن بقيمتها وقت الحاجة إليه، وإلّا

لم يجوز البيع، أمّا في الدين المستوعب فيجوز مطلقاً.

وحكم بعض الكفن لو احتيج إليه أو دعت الضرورة إلى الاكتفاء حكم الجميع، وكذلك غير الكفن من سائر مؤن التجهيز المقدّمة على الدّين.

أمّا غير المستوعب فلا يوجب جواز بيعها بتمامها وإن قلنا بذلك في الثمن والدّين الغير المستوعبين؛ لوجود النّصّ فيها وفقده هنا، فيقتصر على ما تندفع به الضرورة، فإن لم يمكن إلّا بيع الجميع، جاز بيعها أجمع لذلك؛ لأنّه في معنى الاستيعاب، ويلزم على القول بذلك أيضاً في الدّين الغير المستوعب.

ولعلّ الفارق بينهما: أنّه هناك متى كان جزء منها نصيب الولد، عتق عليه، وسرى إلى الجميع، ووجب على المدين الصبر إلى أن تسعى، وتؤدّي قيمة الباقي، أمّا هنا فلا يمكن الاكتفاء بالاستسعاء؛ لفوت الحاجة، إذ لا يمكن تأخير الكفن لذلك.

وعلى هذا، فلو أمكن باستسعاتها تحصيل الكفن وقت الحاجة إليه، تعيّن العتق ولم يجوز البيع، وكذلك لو قلنا بتقويمها على ولدها.

ولو تبرّع أحد بالكفن، لم يجوز البيع؛ لارتفاع الضرورة، وتغليب جانب الحرية، وعملاً بإطلاق ما دلّ على عدم جواز بيعها، فيقتصر في الخروج من ذلك على موضع اليقين، ولما روي - في الصحيح - في الدين أنّه يقضى دينه ممّا ترك إذا وجد من يكفّنه^(١).

أما لو أمكن إخراجه من بيت المال، ففي جواز ذلك وتقدمه على البيع إشكال.

الصورة الرابعة: إذا جنت على غير مولاهها، والكلام في ذلك إذا وقعت الجناية في حياة المولى، أما بعد موته فهي إما حرّة، أو باقية على الرقّة.

وحكم جنائيتها على التقديرين ظاهر، فالبحث في حكمها حال تشبّثها بالحرّة، وهي حال حياة المولى، فإن جنت عمداً وكانت جنائيتها على النفس فلوليّ المجني عليه الخيار بين أن يقتصّ منها أو يسترقّها، فإن اقتصّ فلا كلام، وإن استرقّها كانت بالنسبة إليه طلقاً، كغيرها من الممالك في جواز بيعها وهبتها وغير ذلك، وهذا أحد جهات استثناء هذه الصورة، وإن وقع البيع من غير المستولد وهو موضع نصّ ووفاق، وليس له مطالبة المولى بالفداء إجماعاً فإن تراضيا عليه، فحكمها في جواز بيعها ما يأتي في الخطأ.

ولو كانت جنائيتها على الطرف، فإن اقتصّ منها حيث جاز ذلك، فلا بحث، وإن اختار الاسترقاق، فله أن يسترقّ منها ما قابل الجناية كلاً أو بعضاً، فإن أحاطت برقبته، كانت ملكاً له طلقاً، وإلا فحكم ما استرقّ منها حكم المملوك الطلق، وحكم الباقي حكم أمّ الولد. وهذه الجهة الثانية للاستثناء.

وإن كانت خطأ فلا قصاص.

ولو لم تكن أم ولد، لكان المولى مخيراً بين دفعها إلى المجني عليه إن استوعبت^(١) الجناية قيمتها، أو دفع ما قابل جنايتها منها إن لم تستوعب، وبين فداؤها بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمتها على المشهور، وبالأرش خاصّةً على قول الشيخ^(٢) وغيره^(٣).

ولا يضمن المولى جنايته؛ لأنّ المولى لا يعقل عبداً، كما هو مبين في محله. وحيث كانت أم ولد فالمشهور بين الأصحاب أن حكمها كذلك. وحكي عن الخلاف والسرائر واستيلاد المبسوط: أنّه لا خلاف في أنّ الجناية تتعلّق برقبتها^(٤).

وعن ديّات المبسوط: أنّها على سيّدها بلا خلاف، إلّا أبا ثور فإنّه جعلها في ذمتها، تتبع بها بعد العتق^(٥).

والظاهر أنّه أراد نفي الخلاف عن العامّة في ذلك، كما يفصح عنه عبارة الخلاف^(٦)، وما قالوه هو مقتضى الإطلاقات الواردة في حكم المملوك؛ إذ لا ريب في كونها باقيةً على الملكية، وقد تباع وتورث.

ويدلّ عليه: أنّ الأصل براءة ذمّة السيّد عن الفداء، والاستيلاد إنّما

(١) في «ف»: استوعب.

(٢) المبسوط ٧: ١٦٠.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٢٦٠.

(٤) الخلاف ٥: ٢٧١-٢٧٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٣٤، المبسوط ٦: ١٨٧.

(٥) المبسوط ٧: ١٦٠.

(٦) الخلاف ٥: ٢٧١-٢٧٢.

يمنع من البيع ونحوه من التصرفات الناقلة الصادرة منه، وأقصى ما هنا أنه رفع اليد عنها ولم يلتزم بفدائها، وأين هذا من ذاك؟

ونقل عن أحد قولي الشيخ في المبسوط، وعن القاضي في المهذب: أن أرش جنائتها على سيدها^(١).

وجنح إليه العلامة في المختلف^(٢)، وهو ظاهر التهذيب^(٣) لمنعها^(٤) من بيعها باستيلاده، وعدم بلوغها حالة يتعلق الأرش بذمتها، فصار كالمثلّف بمحلّ الأرش فلزمه الضمان، كما لو أعتق أو قتل عبده الجاني.

ولما رواه الشيخ مسنداً، والصدوق مرسلأً، عن عليّ عليه السلام قال: «المتعق عن دبرٍ هو من الثلث، وما جنى هو [والمكاتب] وأمّ الولد، فالمولى ضامن لجنايتهم»^(٥).

وما رواه المشايخ عن مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أمّ الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، وما كان من حقوق الله في الحدود، فإنّ ذلك في بدنها»^(٦)، الحديث.

(١) المبسوط ٧: ١٦٠، المهذب ٢: ٤٨٨.

(٢) مختلف الشيعة ٩: ٤٦٣.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٥-٣٣٧، ١٠: ١٧٧/٦١٥، الوسائل ١٨: ٢٧٨، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ٢.

(٤) أي لمنع الجناية من بيع ام الولد.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ١٨٦/٣٦٦، من لا يحضره الفقيه ٣: ٧٣/٢٥٥، الوسائل ٢٣: ١٢٦، أبواب التدبير ب ٨، ح ٢، وما أثبتناه بين المعقوفتين منها.

(٦) الكافي ٧: ٣٠٦/١، من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٣/٣٢، تهذيب الأحكام ١٠: ١٧٧/٦١٥، الوسائل ٢٩: ١٠٩، أبواب الفصاحص ب ٢٩، ح ١.

والروايتان ضعيفتان باشتمال [الأولى]^(١) على جملة من الزيدية، و[الثانية]^(٢) على نعيم بن إبراهيم، وهو غير مذكور في الرجال وحكم الشهيد في الدروس بصحة [الثانية]^(٣)، وكأنه لاشتمال السند على الحسن بن محبوب، ويظهر من كلامه في موضع من غاية المراد^(٤): أنه ربما يستفاد توثيق من يروي عنه، مثل ابن محبوب من أصحاب الإجماع ولو بواسطة، والحق خلاف ذلك، كما حقق في محله ومع ضعفهما موافقتان للعامة، فلا تعويل عليهما.

ويمكن الحمل على أن للمولى الفداء، كما في الدروس^(٥)، أو على أن الحق متعلق بالمولى، سواء كان بالفداء، أو بدفع أم الولد؛ لأنها ماله، والمعتمد هو الأول.

فإن دفع الأمة إلى المجني عليه أو وليه، ملكها أو ما قابل الجناية منها، وله التصرف فيه بما شاء، وهذا من وجوه الاستثناء أيضاً.

وإن اختار الفداء، فإن سلمه من ماله وبقي أم الولد في ملكه، فحكمها كما كانت قبل الجناية، وفي إلحاق أرش الجناية إذا استدانه في الذمة بالثمن في جواز البيع فيه مع الإعسار نظر، والأشبه: العدم.

(١) بدل ما بين المعقوفتين في النسخ: «الأول»، والمثبت هو الصحيح.

(٢) بدل ما بين المعقوفتين في النسخ: «الثاني»، والمثبت هو الصحيح.

(٣) بدل ما بين المعقوفتين في النسخ: «الثاني»، والمثبت هو الصحيح.

(٤) الدروس ٢: ٢٢٥.

(٥) في النسخ: «غاية المرام». والمثبت هو الصحيح.

(٦) غاية المراد ٢: ٤١.

(٧) الدروس ٢: ٢٢٥.

أما لو أراد بيعها لأداء الأرش، فظاهر أبي العباس والمهذب والصيمري في غاية المرام^(١): جواز ذلك؛ حيث جعل من الصُّور المستثنيات بيعها في الجناية، وهو ظاهر المسالك والروضة^(٢) أيضاً؛ حيث جعل فائدة الاستثناء لهذه الصورة أن يدفع ثمنها أو رقبته في الجناية.

والتعبير بالثمن مع أصل الاستثناء يقتضي جواز بيعها، وإعطاء ثمنها.

والوجه في ذلك: أنّ جنائتها أسقطت حق الاستيلاد؛ ولذا جاز دفع رقبته إلى مَنْ يتصرّف فيها بما شاء، فإذا جاز ذلك، جاز بيعها ودفعها إلى المشتري أيضاً، مضافاً إلى فحوى ما دلّ على جواز بيعها في ثمنها، وقوله بَابُ «في فكاك رقابهن»^(٣)، لكنه يجب الاقتصار حيثنذ على صورة إعسار المولى^(٤)، كما هو الحال في الثمن، ولم أجد مَنْ خصّه بذلك في دفع الثمن ولا في دفع الرقبة.

وبناءً على ما ذكره الشهيد والصيمري، فهذا الوجه أظهر وجوه الاستثناء.

ومثل جناية الخطأ في ذلك: ما إذا تراضى المجني عليه أو وليه والمولى بأداء الفداء، ووجهه ظاهر.

(١) المهذب البارع ٤: ١٠٦، المهذب ٢: ٢٥٠، غاية المرام ٢: ٢٢.

(٢) مسالك الافهام ٣: ١٧٠، الروضة البهية ٣: ٢٥٧.

(٣) الكافي ٦: ١٩٣/٥، الوسائل ١٨: ٢٧٨، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ١.

(٤) في «حج»: الولي.

الصورة الخامسة: إذا جنت على مولاها جنايةً تستغرق قيمتها، و[الصورة] السادسة: إذا قتلته خطأً.

والقول بجواز بيعها في الصورتين محكي عن بعض الأصحاب في المسالك والروضة^(١)، ولم يقيد الأولى في الأول باستغراق القيمة.

وعد المحقق الكركي من الصُّور: ما إذا قتلت مولاها، وذكر بعدها: ما إذا جنت على غيره، ونسبه إلى قول؛ مشعراً بتضعيفه^(٢).

وذكر السيوري في كنز العرفان من صُّور جواز بيعها: ما إذا جنت على مولاها جنايةً تستغرق قيمتها^(٣).

ولعل وجه هذا القول هو: أن الجناية سببٌ مستقر في الملك، غير متعقبٍ باستيلاذٍ، فجاز البيع لها، كما جاز للمجني عليه أو وليه إذا كان غير المالك، فإن المالك إن لم يكن أقوى منه، لم يكن أضعف منه، أو أنها لما كانت مقتضية لصيرورتها ملكاً طلقاً للمجني عليه أو وليه، وكان الملكية موجودةً قبلها فلا يمكن حصولها، وإلا لزم تحصيل الحاصل، فأثرت حينئذٍ في حصول وصفها، وهو تماميتها وصيرورتها طلقاً، فيصح البيع حينئذٍ، مضافاً إلى تنزيل ذلك منزلة بيعها في ثمنها وفك رقبتها، وإلى أنه إذا قتلت مولاها عمداً لا تستوجب التخفيف عليها بالإعتاق، بل ينبغي المعاملة معها على عكس مرادها، كما اتفق نظير ذلك في بعض الموارد، كطلاق المريض.

(١) مسالك الافهام ٣: ١٧٠-١٧١، الروضة البهية ٣: ٢٦٠-٢٦١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٩٨.

(٣) كنز العرفان ٢: ١٢٩.

وقد ذهب بعض العامة إلى هذا القول في جناية المرهون على المولى، فقال بفكّ الرهن حيثئذٍ، وتخيير^(١) المولى حيثئذٍ في العمد بين القصاص، والعفو على مالٍ يضعه على العبد، وفي الخطأ بين العفو مجّاناً، وعلى مالٍ^(٢).

والحقّ: ما ذهب إليه معظم الأصحاب من أنّها لا تباع لذلك، وإنّما يجوز القصاص منها في العمد لا غير.

وقد نصّ على ذلك الشيخ^(٣) وغيره^(٤) في الرهن أيضاً؛ لإطلاق الأخبار المانعة من بيعها مطلقاً، أو فيما عدا ما استثنى منها، وليس ما نحن فيه من ذلك.

ولما رواه الشيخ - في القويّ - عن غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «قال عليّ عليه السلام: إذا قتلت أمّ الولد سيّدها خطأ، فهي حرة ليس عليها سعاية»^(٥).

وما رواه هو والصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنّه كان يقول: «إذا قتلت أمّ الولد سيّدها خطأ، فهي حرة ولا تبعة عليها، وإن قتلت عمداً قُتلت به»^(٦).

(١) في «ف»: تخير.

(٢) المجموع للنووي ١٣: ٣٨٢-٣٨٣.

(٣) المبسوط ٢: ٢٢٤-٢٢٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٠٣.

(٥) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩/١٦٩، الوسائل ٢٩: ٢١٥، أبواب ديّات النفس، ب ١١، ح ١.

(٦) الإستبصار ٤: ٢٧٦ / ١٠٤٥، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩ / ١٧٠، من لا يحضره الفقيه ٤:

١٢٠ / ٤١٨، الوسائل ٢٩: ٢١٥، أبواب ديّات النفس، ب ١١، ح ٢ و ٣.

وهي دالة على حكم الخطأ والعمد معاً، ومقتضاها أنه في العمد لا يستحق عليها إلا القتل إن شاء الولي، وفي الخطأ لاسبيل عليها، وهو معنى ما قالوا: إنه لا يثبت له على ماله مال.

وأما حرّيتها فمن نصيب ولدها، كما بين في غير هذين الخبرين، ونفي السعاية في الأول - مع ثبوتها فيما إذا قصر نصيب ولدها بناءً على عدم تقويم باقيها عليه - إنما هو من حيث القتل وإن ثبتت في بعض الأوقات من وجه آخر.

والظاهر أن بناء الرواية على وفاء نصيبها بقيمتها؛ ولذلك حكم بحرّيتها مطلقاً، فصَحَّ نفي السعاية مطلقاً، وضعف الخبرين أو قصور الأول منجر بالأصل والعمل والروايات الأخر.

وروى الشيخ - في الصحيح أو الموثق - عن حماد بن عيسى، عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «إذا قتلت أم الولد سيدها، سعت في قيمتها»^(١).

ويمكن حمل ذلك على ما إذا قصر نصيب ولدها، والمراد أنها تسعى في قيمتها في الجملة لا في جميعها، وبه يُجمع بين الروايات.

وجمع الشيخ بينهما في الاستبصار: بحمل الأخير على موت الولد، وكون السعي على وجه الجواز^(٢)، وفي التهذيب: بكون القتل خطأً شبيه العمد، قال: لأنَّ مَنْ يقتل كذلك يلزمه الدية إن كان حرّاً في ماله خاصّةً، وإن كان معتقاً لا مولى له، استسعى في الدية حسب ما تضمّنه الخبر، وأما

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩/١٧١، الوسائل ٢٩: ٢١٥، أبواب ديات النفس، ب ١١، ح ١.

(٢) الاستبصار ٤: ٢٧٦.

الخطأ المحض فإنه يلزم المولى، فإن لم يكن له مولى كان على بيت المال^(١).
 وكأنه بنى على أن أرش الجناية إننا يجب بعد موت المقتول، لا في آخر
 جزء من حياته، فيصادف الوجوب العتق في أم الولد، فيجب عليها الدية.
 وهذا - بعد تسليمه - يقتضي لزوم سعيها في دية المولى، لا في قيمتها،
 ويبدأ الأول - أيضاً - ظاهر، فالأولى ما ذكرناه.

وهذا الخبر - كيف كان - يدل على عدم جواز بيعها أيضاً، وهو
 المدعى، وما ذكرناه للقول الآخر مدفوع بمنع سببية الجناية للملك
 مطلقاً، وإنما هي في مواضع لم يثبت كون مسألتنا منها، وعلى تقديرها،
 فكانت كما لو اشتراها المولى بعد بيعها، أو نقلها عن الملك بأحد
 الأسباب، فالقاضي - وهو الاستيلاء - يوجب أثره من المنع من البيع،
 فلا يفيد تجدد السبب شيئاً، وتامة الملك إننا ثبت تبعاً لثبوته، فلا تثبت
 بدونه، والتنزيل منزلة الثمن لا دليل عليه، وقتلها عمداً لمولاهما يقتضي
 القصاص منها وإن عتقت لحق ولدها فغفو أولياء المولى عنها باختيارهم،
 لا يقتضي تسبب القتل للتخفيف، وهو ظاهر.

وليعلم: أنها إذا جنت على مورث مولاهما، فيثبت للمولى ما كان
 للمورث من القصاص، وأما حكم بيعها فكما لو جنت عليه.

وذكر بعضهم - كالشهيد في الدروس والعلامة في الإرشاد والقواعد
 والتحرير في الرهن^(٢): أنه إذا كانت جناية العبد المرهون على المولى، لم

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٢) الدروس ٣: ٣٩٢، إرشاد الأذهان ١: ٣٩٤، قواعد الأحكام ٢: ١٢٤، تحرير الأحكام ٢: ٤٧٢.

يكن له افتكاكه بل القصاص خاصّةً مع العمد، وإذا كانت على مورّثه، جاز له افتكاكه كما جاز لمورّثه، وعلى الفرق في الرهن يحتمل الفرق هنا أيضاً، وفيه نظر.

أمّا لو جنت على عبد مولاها، فكمولها.

الصورة السابعة: إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديته، فإنّها لو لم تكن أمّ وليد، كان مولاها بالخيار بين إمساكها ولا شيء له، وبين دفعها إلى الجاني ويتصرّف فيها بما شاء وأخذ قيمتها منه، ولا يجوز أخذ ديته منه وإبقاؤها؛ لثلاً يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، كما ذكره الأصحاب^(١) تبعاً للروايات.

فإذا كانت أمّ وليد، يحتمل ذلك أيضاً؛ لأصالة إتحاد الحكم، ولثلاً يلزم تضرر المولى بإمساكها، ويحتمل تعيين إمساكها؛ رعايةً لحال ولدها، وتغليّباً لجانب الحرّية وإن تضرّر مولاها بذلك.

ولم أجد أحداً من الأصحاب تعرّض لذلك، والمسألة من أصلها وهنا موضع إشكال.

الصورة الثامنة: إذا كان علوقها بعد الارتهان، فيقدّم حقّ المرتهن حيثنّذ، وتُباع للدين المرهونة عليه.

وقد وقع الخلاف في هذه الصورة في موضعين:

[الموضع الأول: أنه هل يجب أن تخرج من الرهن بالإحبال؟ فهؤلاء

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٢٥٤، كشف اللثام ١١: ٨٠، كفاية الأحكام ٢: ٦٤٧، الحدائق الناضرة

كلّهم متفقون على عدم بطلان الرهن بالإحبال وإن اختلفوا في وجوب الإبدال مع الإعسار وعدمه، أم تبقى مرهونة، ويُمنع المالك من التصرف فيها إلى أن تفكّ، أو تباع حيث يصحّ بيعها، كموت ولدها، وإعسار الراهن بضمنها، أو غير ذلك؟

والخلاف في هذا إنّما يتّجه بناءً على عدم جواز رهن أمّ الولد مطلقاً، أو فرض مسألتنا في صورة عدم جوازه، أمّا لو قلنا بجواز رهنها مطلقاً - كما حكى عن الإسكافي^(١) - أو في ثمنها مع الإعسار - كما اختاره الشهيد^(٢) - وكان رهن الجارية في مسألتنا في ذلك، فإذا تأخّرت الحباله عن الرهانة كان الرهانة باقيةً بطريق أولى، فالبحث منحصر فيما قلنا.

والمشهور بقاؤها ما في الرهن - كما ذكر - مطلقاً، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، والقاضي، والحلي، والفاضلين في غير التذكرة، والشهيد، والسيوري، والصيمري، وأبي العباس، والمحقق الكركي، والمقدّس الأردبيلي، وصاحب الكفاية^(٣)، ونسبه القاضي إلينا^(٤) مشعراً بإجماعنا عليه.

(١) عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٤٤-٤٤٥.

(٢) الدروس ٣: ٣٩٣.

(٣) المبسوط ٢: ٢٠٦، و٦: ١٨٥، المهذب ٢: ٥٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٧، شرائع الإسلام ٢: ٩٩، قواعد الأحكام ٢: ١١٣، تحرير الأحكام ٢: ٤٨٨ - ٤٨٩، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٦٨، الدروس ٣: ٣٩٧ - ٣٩٨، الروضة البهية ٤: ٨٤ - ٨٥، التنقيح الرائع ٢: ١٧٠، غاية المرام ٢: ١٥٢، المهذب البارع ٢: ٤٩٥ - ٤٩٦، جامع المقاصد ٥: ٨٠، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٦٦، كفاية الأحكام ١: ٥٦٤.

(٤) المهذب ٢: ٥٢.

وذهب الشيخ في الخلاف إلى أنه لا يبطل الرهن، ولكن يجب على الراهن إذا كان موسراً أن يُبدها بما يساويها في القيمة من غيرها؛ لتكون رهنًا مكانها لحرمة ولدها^(١)، واختاره ابن زهرة في الغنية، والعلامة في التذكرة^(٢).

وظاهر الغنية: جعل قيمتها رهنًا مكانها، وحكي فيها الإجماع على ذلك. وجعل العلامة في التذكرة عدم بطلان الرهن مذهبنا^(٣)؛ مشعراً بدعوى الإجماع عليه.

واحتمل أبو العباس في المهذب - احتمالاً ضعيفاً - بطلان الرهن إذا وقع الوطاء بإذن المرتن؛ لأنّ الغرض من الرهن الوثيقة، ولا وثيقة مع تسليط المالك على الوطاء، وغيره من التصرفات الموجبة للنقص، فيكون كالإذن في البيع، ثم قال: لكن الأول أولى^(٤).

وقد يستفاد من كلام المحقق في النافع بطلان الرهن مع عدم الإذن؛ حيث علّل حرمة وطاء الراهن بأنّه تعريض للإبطال^(٥).

وعلى هذا فيبطل مع إذن المرتن بطريق أولى، إلّا أنّ هذا مخصوص بما إذا ظهر حمل بالوطاء، فإنّه المستفاد من التعريض وإن عمّ صورتي الإذن

(١) الخلاف ٣: ٢٢٩.

(٢) غنية النزوع: ٢٤٤، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢١٨-٢١٩.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٣: ٢١٩.

(٤) المهذب البارع ٢: ٤٩٦.

(٥) المختصر النافع: ١٣٧.

وعدمه.

ومقتضى الاحتمال الضعيف: بطلانه بنفس الوطاء أو بالإذن فيه، وإن اختص بصورة الإذن فيه، ففي كل من الوجهين قوة من وجه، وضعف من آخر.

والمعتمد: ما هو المشهور؛ عملاً بالأصل السالم عن المعارض، في كل من بقاء الرهانة وعدم وجوب الإبدال.

وفائدتها: ما ذكرناه من التربص لموت الولد، أو سبب آخر غير الرهانة لصحة البيع، والمنع من التصرف المؤدي إلى فك الرهن بأداء الدين.

ولو قلنا بجواز البيع فالفائدة ظاهرة، ولا يلزم من كون الإجمال مانعاً من ابتداء الرهن - كما هو الفرض - أن يكون مانعاً من استدامته؛ لاحتمال الفرق، ومنع التنافي بينهما من كل وجه، وللإجماع الظاهر والمنقول في الغنية وظاهر المهذب والتذكرة^(١).

ويأتي عن الخلاف^(٢) دعوى الإجماع والأخبار على جواز بيعها في الرهن مع الاعسار، وهو يقتضي بقاء الرهانة قطعاً.

وأما دعوى صاحب الغنية^(٣) الإجماع على وجوب الإبدال مع الإيسار، وربما يشعر بها الخلاف^(٤) أيضاً، فممنوعة بما تبين من أن المشهور خلاف

(١) غنية النزوع: ٢٤٤، المهذب ٢: ٥٢، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢١٩.

(٢) الخلاف ٣: ٢٣١.

(٣) غنية النزوع: ٢٤٤.

(٤) الخلاف ٣: ٢٣٠-٢٣١.

ذلك، ولم تثبت صحّة دعواه، ولا حجّيتها مع ذلك.

ولو استندوا إلى التنافي الذي ذكرناه، فمقتضاه أن يثبت بطلان الرهانة من الأصل خصوصاً إذا وقع الوطء مع إذن المرتهن لا وجوب الإبدال؛ لعدم وقوع العقد على بدلها، ووجوبه في بعض الصور للدليل لا يقتضي وجوبه فيما نحن فيه، ولا الفرق بين صورتي الإيسار والإعسار، ولا يلزم من ثبوته في بيعها في ثمنها ثبوته في استدامة رهنها الثابت قبل الحباله؛ رجاءً للأسباب المسوّغة لبيعها أو لفكّها.

ومع ذلك كلّ، فقولهم بالفرق لا يخلو من قوّة؛ نظراً إلى أنّ المنع فرد منها ابتداءً، مع قابليّتها لتلك الفوائد على الرهن إنّما هو لكون الغرض الأهمّ من الرهن بيعها حيث اقتضاه الرهانة، وهو ممنوع، فكذا السبب المؤدي إليه، ولذلك منع فرد من الوقف أيضاً.

وحيث كان هذا المانع موجوداً فيما نحن فيه، وكان حقّ المرتهن سابقاً، فاقتضى الجمع بين الحقوق وجوب إبدالها مع تمكّن الراهن من ذلك وهو حال الإيسار، وعدمه مع عدمه كما في حال الإعسار، فابتناء الأحكام الشرعية على ذلك مرغوب عنه في الشريعة.

وهنا دقيقة: وهي أنّ الرهانة يمكن بقاؤها في حياة المولى مطلقاً، وأمّا بعد الممات فإن كان في التركة ما يفي بالديون، واستحقّق ولدها نصيباً من [أمّه]^(١) انعتقت بدخولها في ملك الورثة، وخرجت عن الرهن؛ إذ لا يُرهن الحرّ.

(١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ «أمّها». والمثبت هو الصحيح.

وإن كان الدَّين مستوعباً وانحصر فيها رهنت عليه، أو كانت قيمتها مساويةً له، فإن جَوَزا بيعها مع استيعاب الدَّين للتركة، جاز بيعها، وإن قلنا بانعتاقها واستسعاها في قيمتها، أو تقويمها على ولدها، بطل الرهانة. وإن استوعب ولم ينحصر فيها رهنت عليه، و" زادت قيمتها عليه، تساوى المرتهن وغيره فيها، فكانت كما لو لم تكن مرهونةً، بناءً على ما هو الأصح من عدم اختصاص المرتهن بالرهن، مع عدم وفاء غير الرهن بباقي الديون.

والحاصل: أن لسبق الرهن على الحباله تأثيراً في حال الحياة خاصّةً، وأمّا بعد الوفاة فحكم المرهونة وغيرها في جواز بيعها وعدمه سواء؛ لتعلّق الدَّين مطلقاً بأعيان التركة، كما بيّن في محلّه.

[الموضع] الثاني: أنّه إذا بقيت مرهونةً مطلقاً على المشهور ومع الإعسار على غيره، ففي جواز بيعها للرهن حيث يجوز البيع له أقوال:

الأول: جوازه مطلقاً، وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف، وأبي المكارم، والحلي، والعلامة في المختلف والتذكرة، والشهيدان في اللّمة والمسالك، والسيوريّ في كنز العرفان، وأبي العباس في باب الاستيلاء من المهذب، والصيمريّ في كتاب البيع من غاية المرام، والمحقّق الكركي^(١)،

(١) في «حج»: أو.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٧، الخلاف ٣: ٢٢٩-٢٣٠، غنية النزوع: ٢٤٤، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٧، مختلف الشيعة ٥: ٤١٨-٤١٩، و٤٤٤-٤٤٥، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢١٩، اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١٣٧، مسالك الافهام ٤: ٤٩-٥٠، كنز العرفان ٢: ١٢٩، المهذب البارع ٤: ١٠٥، غاية المرام ٢: ٢١، جامع المقاصد ٥: ٨٠-٨١.

وهو الذي استظهره المقدس الاردبيلي^(١)، ويظهر من السيوري^(٢).

وقال القاضي في المهذب - فيما إذا رهن جارية قد أقر بوطئها -: إنَّ الرهن صحيح مطلقاً، وإن ظهر بها حمل وولدت لستة أشهر فصاعداً إلى تمام تسعة أشهر كان الولد حُرّاً، وثبت نسبه منه، ولا تخرج الجارية من الرهن عندنا، وإذا رهن جارية وقبضها المرتهن، لم يجوز للراهن وطؤها بغير خلاف؛ لأنَّ الوطء ربما أحبلها فنقص قيمتها، وربما هلكت بالولادة^(٣).

وهذه كلها تقتضي بقاء الرهانة، حتى لو ظهر حمل سابق، كان الرهن صحيحاً عنده.

ثم قال: وإذا وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يفسخ، سواء حملت أو لم تحمل، فإن باعها بإذنه انفسخ الرهن، ولا يجب عليه قيمته مكانه^(٤).

وهذا يؤول إلى صحة البيع إذا حملت منه بعد الرهانة.

ثم ذكر بعد ذلك جملةً من المواضع التي يقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن في الإذن في الوطء، وفي الوطء وغيره مما يقتضيه إلحاق الولد أو عدمه، وفصل ما يصدق فيه كلُّ منهما بيمينه، ولما انتهى كلامه إلى ما يصدق فيه المرتهن.

(١) جمع الفائدة ٩: ١٦٦.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ١٧٠.

(٣) المهذب ٢: ٥١-٥٢.

(٤) المهذب ٢: ٥١-٥٢.

قال: وإذا حلف في هذه المسائل كان حُرّاً، وكان نسبه لاحقاً بالراهن؛ لإقراره بذلك، وحقّ المرتن لا يتعلّق به، ولا تصير الجارية في حقّه أيضاً أمّ وليد، وتُباع في دينه، فإذا عادت إلى الراهن كانت أمّ ولده^(١).

وهذا يقتضي خلاف ما ذكره سابقاً، فعبارته لا تخلو عن إبهام.

الثاني: المنع من بيعها ما دام ولدها حيّاً، وهو اختيار الفاضلين في الشرائع والتحرير، ونقله قولاً لبعضهم^(٢)، إلا أنّ الشهيد قال في الدروس: ولو كانت مرهونة في ثمن رقبتهافيبيعها أوجه^(٣).

وهو يحتمل كونه أوجه من المنع، وكونه أوجه منه في غير هذه الصورة، وكان الأول أوجه، ويمكن أن يُعدّ قولاً رابعاً، مضافاً إلى قول الشيخ^(٤) في الموضع الأول، فإنه يُعدّ خامساً.

فإن قصد الشهيد الاكتفاء بكونها مرهونة في ثمن رقبتهامطلقاً، فله وجه، وإن خصّه بصورة إعسار المولى - كما قال الشيخ^(٥) - فهو خروج عن محلّ النزاع، كما لا يخفى، ولم نقف على قائله.

وحكاه الشهيد في غاية المراد عن الشيخ في المبسوط والحلي^(٦)، ولعلّه وهم.

(١) المهذب ٢: ٥٤-٥٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٩، تحرير الأحكام ٢: ٤٨٨-٤٨٩.

(٣) الدروس ٣: ٣٩٧-٣٩٨.

(٤) المبسوط ٦: ١٨٥.

(٥) المبسوط ٦: ١٨٥.

(٦) غاية المراد ٢: ١٨٨-١٨٩.

وعلى هذا القول فيمنع^(١) الراهن من التصرفات فيها، ويُجبر على فكّها بأداء الدّين، وإن جاز في غيرها أن يوفيه من الرهن، وإذا حصل سبب آخر لجواز البيع، زال الإشكال من أصله.

الثالث: جواز بيعها مع وقوع الوطء بدون إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه، وهو محكيّ عن الشهيد في بعض تحقیقاته^(٢)، ويظهر منه التردّد في ذلك في الدروس، وكذا العلامة في الإرشاد والقواعد^(٣).

ومبنى هذه الأقوال ومرجعها إلى تعارض الأدلة المانعة من بيع أمّ الولد، والمسوّغة لبيع الرهن، فيحتمل الجمع بينهما، كما اختاره بعضهم^(٤)، ولكنّه يتوقّف على وجود شاهدٍ عليه، وليس فليس.

ويحتمل ترجيح الثانية لسبق حقّ المرتهن، فيستصحب إلى أن يُعلم زواله، ولم يُعلم هنا؛ لتعارض الأدلة، ولقوّة تلك الأدلة وكثرتها، بخلاف الأدلة الأخرى، ولما ورد في تلك الأدلة من جواز بيعها في فكّها رقابها، وفي أداء ثمنها، ولا ريب أن تعلّق حقّ المرتهن بها أشدّ من تعلّق حقّ البائع بها قبل أداء ثمنها، ولذلك قال العلامة في المختلف - في مَنْ رهن ما ابتاعه ثمّ أفلس: إنّ المرتهن أحقّ بالمال من البائع؛ لتعلّق حقّه بالعين قبل تعلّق حقّ البائع، خلافاً للإسكافيّ فقدّم حقّ البائع^(٥).

(١) في ٤م: فمنع.

(٢) الدروس ٣: ٣٩٩.

(٣) الدروس ٣: ٣٩٧، إرشاد الأذهان ١: ٣٩٣، قواعد الأحكام ٢: ١١٣.

(٤) الحقائق الناضرة ٢٠: ٢٦٩ - ٢٧١.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٤٧٣.

ولما فيه من ترجيح الفائدة المحققة - وهي أداء حق المرتهن - على الفائدة المحتملة وهي الحرّية إذا اجتمعت شروطها.

ويحتمل ترجيح الأولى؛ لما عُرف من الشرع من تغليب جانب الحرّية، وإن كانت محتملة الحصول، وترجيح أدلة الخطر على أدلة الرخصة، وما اجتمع فيه حق الله وحق العبد على ما هو للعبد، وما لا يقبل التدارك ويوجب تفويت الحق دائماً على ما يقبل التدارك؛ إذ خروج الرهن عن جواز البيع لا يقتضي سقوط الحق عن الراهن، بخلاف خروج أم الولد عن ملكه، فإنه يسقط حقها بالكلية، ويرجح بها حكمي من الإجماع في الخلاف والغنية^(١)، والأخبار المرسلة في الخلاف.

ولقد استفاد أبو العباس في رهن المهذب من قول المحقق^(٢)، وغيره^(٣):
أنّها تصير أم ولد، ولا تبطل الرهن، قال ما لفظه: وتقريرها أن نقول: هذا الكلام يتضمّن حكمين:

الأول: عدم بطلان الرهن، ووجهه سبق حق المرتهن على حق الاستيلاد، فعلى هذا لو تعذر استيفاء الدين لإفلاس الراهن وشبهه، باعها المرتهن واستوفى حقه إن كان مستغرقاً، وإن لم يستغرق باع منها بقدر حقه، وكان الباقي رقاً لما لكها، فإذا مات انعتقت بأجمعها، وسعت فيما بيع منها.

(١) الخلاف ٣: ٢٣٠-٢٣١، غنية النزوع: ٢٤٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٩.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٣، تلخيص الخلاف ٢: ٩٦.

ويحتمل قوياً تقويمها على ولدها إن كان له باقي النصيب.

ويحتمل مطلقاً، ويلزمه عتقها من ماله، وإن كان فقيراً قيل: يسعى.

الثاني: أنها أم ولد بالنسبة إلى الراهن، فيجب عليه أن يفكها من الرهن؛ كيلا يباع منها ما أمكنه، ويُمنع من التصرف فيها ببيع أو هبة أو برهن آخر عند المرتهن أو غيره، ولو ماطل حتى باعها المرتهن، وكان موسراً، وجب عليه أن يفكها بعدد من المشتري ولو بأضعاف ثمنها، ولو بيعت لإعساره ثم أيسر، لم يجب عليه الفك، ولو فكها فالأقرب صيرورتها أم ولد^(١). انتهى.

وقال الصيمري في كتاب الرهن: والمعتمد إجباره على فكها، مع القدرة عند حلول الدين لا قبله، فإن تعدّر الفك جاز بيعها، ولا يجب على المرتهن الصبر إلى إيسار المالك^(٢). انتهى.

وقال ابن سعيد في النزعة: إن كان له مال ألزم بفكاكها، وإن لم يكن له مال بيعت في الرهن^(٣).

وليعلم: أن فيما استفاده أبو العباس من كلام المحقق وغيره نظراً ظاهراً؛ لأن تلك العبارة متفق عليها بينهم إلا من ندر، وفي جواز البيع ما سمعت من الأقوال، فكيف يجمع بينهما بالمعنى الذي استفاده منها؟ بل الظاهر أن حكمهم بكونها أم ولد، لإبانة الفرق بين ما إذا وطئ جارية

(١) المهذب البارع ٢: ٤٩٦.

(٢) غاية المرام ٢: ١٥٢.

(٣) نزعة الناظر: ٨٣.

الغير ثم ملكها، وبين ما إذا وطئ جاريته وهي مرهونة، فإنه لا تصير أم ولد بالحالة في الأول؛ لعدم الملكية، بخلاف الثاني، لوجودها وإن منع من وطئها لحق الغير.

وتظهر الثمرة على قول من منع من بيعها في الرهن فيما إذا فكها بأداء الدّين ونحوه، فإنّها أم ولده، ويجري عليها حكمها.

ثم إن ما ذكره وإن كان غير بعيد في الاعتبار إلا أنّه لا دليل عليه، ولا تقتضيه الأصول المقررة، ولا الأدلة المتقدمة، فإن ما دلّ على المنع من بيع أم الولد لا يختصّ بالمولى، كصححة عمر بن يزيد^(١) وروايته وغيرهما، واختصاص بعض الأدلة به لا يقتضي التخصيص به؛ ولذلك لم نجوز مقاصّة الدّيان منها؛ حرمة ولدها وإن لم يبق للمولى حرمة بامتناعه من الأداء، وكذلك ما دلّ على جواز بيع الرهن عامّاً لأُمّ الولد وغيرها، فيما أن يحكم بمقتضى الأول أو الثاني.

والتحقيق: أن الرهن إن كان على ثمنها وكان المولى معسراً جاز البيع بلا كلام، إلا إذا أذى المولى من غيرها، فلا يُجبر على بيعها، كما هو الحال في غيرها أيضاً، وكذلك الحال في الوارث؛ إذ لا يتعيّن على المديون جهة الأداء، وهو ظاهر.

وإن لم يكن غير ذلك من الطوارئ الموجبة للعتق من العمى وغيره وإن لم يف بها فينعتق منها مقدار نصيب ولدها، وفي جواز بيع الباقي

(١) الكافي ٦: ١٩٣، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦/٩٤، من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٣/٢٩٩،

الوسائل ١٨: أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ١.

للدَّيْنِ، أو سعيها، أو تقويمها على ولدها ما تقدّم، ولا فرق بين صورتَي الرهن وعدمه، وهو أيضاً ظاهر.

وإن كان الدَّيْنُ مستوعباً، فالكلام فيه كما مضى.

وأما في حياة المولى، فلا يجوز له البيع في الدَّيْنِ غير الثمن إذا لم تكن مرهونةً عليه، وأما إذا كانت مرهونةً عليه قبل الجناية، فإن رجّحنا حقّ الولد، مُنْع من البيع مطلقاً، سواء باشره المولى أو غيره، وإن رجّحنا حقّ المرتهن جاز بيعها.

فإن تعين جهة الاستسعاء فيها لإعسار المولى وامتناعه جاز قطعاً، وإن لم يتعيّن فيها ففي اختيار هذه الجهة للمولى مع عدم المصادمة نظر.

والأقوى: المنع؛ إذ لا تزيد العمومات الدّالة على جواز بيع الرهن على العمومات الدّالة على جواز بيع الملك، فكما أنّ أدلة أمّ الولد خصّصت الثانية، خصّصت الأولى.

وأما المرتهن فبيعه موقوف على امتناع المولى الراهن أو إذنه في البيع، والثاني لا وجه له هنا؛ لأنّ المانع من بيعه مانع من إذنه للغير فيه، والأوّل خلاف الفرض.

والحاصل: أنّ بيع المولى مع تمكّنه من الأداء من غيرها باطل قطعاً؛ للعمومات السالمة عن المعارض المصادم.

وكذا بيع المرتهن الناشئ عن إذنه.

ولا يجوز له البيع مع عدم الإذن، إلّا مع عدم التمكن من إجباره ولو

يرفع أمره إلى الحاكم، كما في سائر الديون، فحينئذ إن أمكن استيفاء الحق من غيرها، فالظاهر تعين ذلك؛ لأن البيع حينئذ من باب المقاصة، وإن تعين في ذلك فقد تعارض الحقان المتصادمان، ولما كان حق المرتهن إنمّا هو في الاستيثاق وأمّا في البيع فإنمّا له منع غيره من الدّين من التقاصّ ممّا في يده، أمّا هو بنفسه فلا يزيد عمّا إذا لم يكن عنده رهن؛ لأن الواجب عليه أن يرجع إلى حاكم الشرع إن أمكن؛ ليجبر المديون على الأداء أو البيع، وإن لم يتمكّن من ذلك، باع الحاكم من ماله ما يفي به الدّين، فإن لم يكن له إلّا مال واحد تعين فيه، وإلا تخير وراعى المصلحة، كما هو شأن الوليّ، وإن تعذر جميع ذلك، استقلّ بنفسه في الاستسعاء.

وهذا جارٍ في كلّ من له دّين وامتنع المديون من الوفاء، فعلى هذا لم يجوز للمرتهن استيفاء حقه من أمّ الولد، كما لا يجوز لسائر أرباب الديون إذا لم يكن الدّين ثمنًا؛ لتساويهما في ذلك بالنسبة إلى الرهن، فكل مادّل على عدم جواز بيعها في غير الثمن من الدّين، يتناول ما نحن فيه، ولا معارض له، فلم يبق إلّا ما إذا كان المولى معسرًا ليس له ما يؤدّي به الدّين غير أمّ الولد؛ إذ لا يمكن مطالبة المولى حينئذ، ولا قهره على الأداء من غيرها، فدار الأمر بين الصبر وبين بيعها، والحقان هنا في غاية التصادم والتعارض، والمرجّحات من الطّرفين متكرّرة كما سبق.

ولا يبعد أن يستفاد ممّا دلّ على جواز بيعها في ثمنها وفكّ رقبته أن يجوز بيعها أيضًا في فكّها من الرهانة، مضافاً إلى الإجماع المنقول^(١)، وفتوى

كثير من الأصحاب^(١) بجواز البيع، فالقول بذلك هو الأقوى، خصوصاً إذا لم يأذن المرتهن في الوطء.

فقد تبين صحة ما قاله الشيخ^(٢)، وأنه الموافق للأصول، فقول ابن إدريس: إنه غير صحيح؛ لأنه مخالف لأصول مذهبنا^(٣)، لا يخفى ما فيه، بل الإيراد مقلوب عليه، والله العالم.

الصورة التاسعة: إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى وحجر الحاكم عليه، وكانت الأمة فاضلةً عن المستثنيات في وفاء الدين، وداخله في الحجر، فتباع في أداء الدين؛ لسبق تعلّق حقّ الغرماء بعينها، وهذا هو اختيار العلامة في القواعد، والشهيد في اللمعة، والسيوري في كنز العرفان، وأبي العباس في المهذب، والصيمري في غاية المرام، والمحقق الكركي في الشرح^(٤).

وقد يستفاد من العلامة في القواعد: أنّ بيعها في الدين يجب أن يكون آخرًا؛ لثلاث يقدر على حق الاستيلاد بغير موجب؛ فإنه قال: فإن أحبل فهي أمّ ولد، ولا يبطل حقّ الغرماء منها مع المقصود^(٥) دونها^(٦). ونسب

(١) الخلاف ٣: ٢٢٩-٢٣٠، غنية النزوع: ٢٤٤، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢١٩، مسالك الافهام ٤:

٤٩-٥٠، كنز العرفان ٢: ١٢٩.

(٢) الخلاف ٣: ٢٢٩-٢٣٠.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٤٥، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧، كنز

العرفان ٢: ٢٩، المهذب البارع ٤: ١٠٦، غاية المرام ٢: ٢٢، جامع المقاصد ٤: ٩٩.

(٥) في المصدر: القصور.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ١٤٥.

ذلك في الدروس إلى قول، مشيراً إلى التردد فيه.

والكلام في ذلك كما تقدّم في الرهن، والقول بالمنع هنا أقوى منه هناك؛ لعدم الوقوف على دليل من النصوص يدلّ على تعلّق حقّ الغرماء بالمال بعينه، بل غاية ما دلّت عليه: أنّ الحاكم يبيع أمواله في حقوقهم وإن حيل بينه وبينها، فقبل البيع يجري على أمواله أحكام الملك، إلّا مادّل الدليل على خلافه.

الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد جنائتها، وقد اجتمع في ذلك حقّ الجناية، وسبقه على الحباله، ويُعرف حكمه ممّا تقدّم.

الصورة الحادية عشرة: إذا وجدت في أموال المفلّس المحجور عليه، وكان الاستيلاء قبل الحجر، بل قبل الإفلاس أيضاً، ففي جامع المقاصد: أنّ في بيعها حيثنّ خلافاً^(١).

ولم أقف على قائلٍ بجواز البيع، نعم استشكل في حكمها العلامة في القواعد إذا لم يكن رهناً^(٢)، واختار ولده المنع^(٣)، كما هو ظاهر التذكرة^(٤).

وحكّم في الشرائع، والتحرير، والقواعد: أنّه لو أُولد الجارية وأفلس، جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها. وفي الأوّلين: لو طالب بثمانها جاز بيعها

(١) جامع المقاصد ٤: ٩٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٤٧.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٧١.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٤: ٦٣.

في ثمن رقبته^(١).

وهذا يقتضي أنّ جواز بيعها فيما إذا دخلت في الصورة الأولى من المستثنيات، وهذا هو الأقوى.

ولو اختار الضرب بالثمن مع سائر الغرماء، جاز بيعها فيه أيضاً، كما اختاره في المسالك^(٢).

وفيه إشكال، خصوصاً لو أدى حقّه إليه قبل بيعها؛ إذ لا يكون بيعها حينئذٍ في ثمنها.

الصورة الثانية عشرة: إذا كان علوقها منه في زمان خيار البائع، أو الخيار المشترك بينهما، وفسخ البائع بخياره، فيأخذها ويتصرّف فيها بما شاء، وهذا هو المنقول في الروضة عن بعض الأصحاب، حيث عدّ هذه الصورة من المستثنيات^(٣)، وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط، والقاضي، وأبي المكارم، وظاهر ابن إدريس^(٤).

أما الشيخ وتالياه فلتصرّيحهم ببقاء خيار البائع، واستحقاقه العقر^(٥) وقيمة الولد، وحكاية الإجماع على ذلك في الخلاف والغنية^(٦).

(١) شرائع الإسلام ٢: ١١٠، تحرير الأحكام ٢: ٥١٥، قواعد الأحكام ٢: ١٤٥، ١٤٧.

(٢) مسالك الافهام ٤: ١١٧.

(٣) الروضة البهية ٣: ٢٦١.

(٤) الخلاف ٣: ٢٤-٢٥، المبسوط ٢: ٨٣، المهذب ١: ٣٥٨، غنية النزوع ٢: ٢٢١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٤٨-٣٤٩.

(٥) العقر: المرأة إذا وطئت على شبهة، الصحاح ٢: ٦٤٧ مادة «عقر».

(٦) الخلاف ٣: ٢٥، غنية النزوع ٢: ٢٢١.

وقد صرح الشيخ في الخلاف: بأنها تصير أم وليد إذا انتقلت إلى المشتري فيما بعد^(١).

وهذه كلها نص في استحقاق البائع استردادها بعينها لا بقيمتها. ويلزم من كلام الشيخ: أنها ليست أم وليد حال فسخ البائع، فلا تُعد هذه الصورة من المستثنيات لإلصاقه لا معنى، وربما قصد عدم إجراء أحكام أم الولد عليها وإن كانت أم وليد، لكن الأول هو المناسب لمذهبه، من عدم انتقال المبيع إلى المشتري مع خيار البائع، إلا بعد انقضاء زمن الخيار.

وكيف كان، فالمقصود هو جواز استرداد البائع لها، والتصرف فيها بما شاء.

وأما ابن إدريس، فهو وإن نفى استحقاق العقر وقيمة الولد؛ لمصادفة الوطء للملك إلا أنه حكّم باستحقاقه الفسخ، وأطلق الكلام، ولم ينص على رجوعه بقيمتها، وهو ظاهر في كون الفسخ في سائر المواضع التي فيها الخيار.

وأورد على قول الشيخ باستحقاق قيمة الولد: بأنه انعقد حرّاً ولا قيمة للولد الحرّ، وعلى قوله باستحقاقه العقر: بأنه ما ورد إلا في من اشترى جارية، ووطئها وظهر بها حمل، أنه يردّها ويردّ معها العشر أو نصف العشر، ولم يرد في هذا شيء، والقياس عندنا باطل^(٢).

(١) الخلاف ٣: ٢٤.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٤٨-٣٤٩.

والمستفاد من جميع ذلك: موافقته الشيخ في استرداد الجارية بعينها، ولو كان مذهبه استرداد قيمتها، وبقاء عينها في ملك المشتري، لكان الاستناد إلى ذلك في نفي القيمة والعقر أولى.

وذهب العلامة في التحرير والقواعد، وولده في الشرح، والمحقق الكركي في شرحه إلى أنّ البائع إذا فسخ البيع رجع إلى قيمة الجارية خاصة^(١).

واختاره أبو العباس، والصيمري، والشهيد الثاني في المسالك والروضة في خيار الغبن^(٢).

والظاهر عدم الفرق بينه وبين سائر أقسام الجارية، بعد قولهم بانتقال المبيع إلى المشتري بنفس العقد في الجميع، مع عدم فرقهم بين كون الوطاء بعد ظهور الغبن أو قبله، إذا كان قبل الفسخ، والخيار عندهم وإن كان فورياً إلا أنّ أبا العباس والشهيد صرحا: بأنّه يُعذر الجاهل بالخيار أو فوريته إلى أن يعلموا بذلك، فيعتبر الفورية حينئذٍ^(٣).

ودعوى توقّف ثبوت الخيار على العلم به ممنوعة، مع أنّه لا جدوى لذلك في صورة الجهل بفوريته.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٩٥-٢٩٦، قواعد الأحكام ٢: ٧٠-٧١، إيضاح الفوائد ١: ٤٨٩، جامع المقاصد ٤: ٣١٣.

(٢) المهذب البارع ٢: ٣٧٦، غاية المرام ٢: ٣٨، مسالك الافهام ٣: ٢٠٧، الروضة البهية ٣: ٤٦٦-٤٦٥.

(٣) المهذب البارع ٢: ٣٧٦، غاية المرام ٢: ٣٨، مسالك الافهام ٣: ٢٠٧، الروضة البهية ٣: ٤٦٦-٤٦٥.

وبالجملة: فالظاهر من قواعدهم وكلماتهم طرد الحكم في الجميع.
واحتمل الشهيد الثاني بقاء الحكم لو زال المانع، كما إذا مات ولدها؛
نظراً إلى أن الحق قد زال عن العين بالاستيلاد فلا يعود^(١).
وتحقيق المسألة: أننا إن قلنا بتوقف تلك المشتري على انقضاء خيار
البائع - كما هو المحكي عن الشيخ^(٢) - فالوطة محرّم، ويوجب الحد إذا
لم يكن لشبهة.

وربما يقال بأن نفس هذه العلاقة الحاصلة للمشتري شبهة مسقطه
للحد وإن علم بحرمة الوطة، وحينئذ يجب ردّ الولد والعقر، وإن كان
لشبهة فالعقر خاصّة، أو مع قيمة الولد، وعلى أيّ تقدير لا تصير الجارية
أمّ وليد، ويجب ردّها إلى البائع، ووجهه ظاهر.

وإن قلنا بانتقاله بنفس العقد كما هو الأصحّ، فالولد حرّ والجارية أمّ
وليد قطعاً، ولا يجب على المشتري شيء من القيمة والعقر وإن قلنا بحرمة
الوطة؛ إذ العبرة في الاستيلاد بتملك الجارية والبضع، أو تملكها خاصّةً
على قول وإن حرم الوطة لأمر آخر، كما قرّر في محله.

وأما الجارية فيحتمل وجوب ردّها على البائع بعد فسخه؛ لأنّه المأخوذ
في الخيار، أصلياً كان أو مشروطاً، وسبق سببه، وعدم كون الردّ بالفسخ
بيعاً ولا تملكياً، ليندرج في الأدلة الواردة في أمّ الولد، بل تملكاً محضاً بسببه
المقرّر في الشرع، كما في الجناية الواقعة عن عميد، ويؤيده الإجماع المنقول

(١) مسالك الافهام ٣: ٢٠٧.

(٢) الخلاف ٣: ٢٢-٢٣، وعنه في تذكرة الفقهاء ٥: ٣٤.

في الخلاف والغنية^(١).

ويحتمل بقاؤها في ملك المشتري، ورجوع البائع إلى قيمتها؛ جمعاً بين حقّ الولد وذو الخيار، وتغليّباً لجانب الحرّية؛ ولما ورد في وطء الجارية المشتركة بين الواطئ وغيره من تقويمها عليه بالوطء، أو مع الحمل كما هو المشهور، فإذا ثبت ذلك مع الاشتراك، فمع الانفراد أولى، فالاستيلاد بمنزلة الإتلاف، فيتعيّن الحقّ في القيمة.

ويرد عليه: المنع من استحقاق الولد منع البائع من الفسخ، وعدم الدليل عليه أصلاً، والتغليب يعتبر في مقام الترجيح بين الحقّين مع ثبوتها، وهو منتفٍ هنا، مع أنّ جماعةً منهم في المسائل السابقة رجّحوا جهة السبق، ولم يحصروه فيما إذا لم يمكن الجمع بين الحقّين، بل عمّموه له ولغيره كما سبق.

والحمل على ما ورد في وطء المشتركة قياس مع الفارق؛ لاستقرار حكم أمّ الولد في حصّة مشاعةٍ منها، فسرى منها إلى الجميع، كما تثبت السرية في غير ذلك، وأمّا فيما نحن فيه فلم يثبت له استقرار أصلاً.

نعم، لو فسخ البائع في حصّةٍ منها دون أخرى، حيث جاز له ذلك، كما لو شرى منه بعضها بخيارٍ له، وكان مالكاً للبعض الآخر، أو شراها من شخصين وفسخ أحدهما في حصّته دون الآخر، حيث جاز له، أو شرط الخيار على هذا النحو، وبالجملّة: إذا وقع الفسخ في بعضها خاصّةً بعد الاستيلاد، اتّجه القول بالرجوع إلى قيمة ذلك البعض خاصّةً، وليس هذا

مورد المسألة المفروضة، فالمعتمد فيها إذن ما استفيد من ابن إدريس^(١).

ولو كان الخيار مشروطاً بانقضاء مدّة، أو ردّ الثمن في مدّة أو بعدها فوطئها المشتري في زمان لزوم العقد، فقول الشيخ ساقط حينئذٍ؛ لتملّك المشتري لها قطعاً، فتكون الجارية أمّ ولدٍ حرّ، فالإشكال حينئذٍ في حكم الجارية خاصّةً، والمختار هناك هو المختار هنا، والدليل الدليل، والنقض والنقض.

الصورة الثالثة عشرة: إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء الضمان منها، باع حينئذٍ لأدائه؛ لأن حقّ المضمون له أسبق من حقّ الاستيلاد، كالرهن والفلس السابقين.

والقول بذلك منقول في الروضة عن بعض الأصحاب^(٢).

وقد اتّفق الأصحاب على أنّ الضمان ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، ويترتب على ذلك عدم جواز مطالبة المضمون عنه، وإلغاء إبراء المضمون له وغيره، وفي كونه ناقلاً تامّاً كالأداء نظر.

وقد اتّفقوا على جواز اشتراط كون الضمان من مالٍ معيّن من أموال الضامن، كما هو الظاهر، ويتعلّق به حقّ المضمون له.

ووقع الإشكال في أنّ تعلّقه كتعلّق الدّين بالرهن، فلا يسقط الحقّ عن ذمّة الضامن بتلفه، أو كتعلّق الأرض بالعبد الجاني، حيث يسقط الحقّ بموته،

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٤٨-٣٤٩.

(٢) الروضة البهيّة ٣: ٢٦١.

ورفع اليد عنه إذا لم يحصل من المولى تفريط في تسليم الأرض، أو العبد.
وعلى الثاني يرجع الحقّ فيما نحن فيه إلى ذمّة المضمون عنه؛ إذ لا بدّ من
تعلّقه بذمّة، فإذا لم يكن ذمّة الضامن فذمّة المضمون، فلا يكون كالأرض
من كلّ وجه.

وإذ تبين ذلك، وعُرف سابقاً حكم سبق الرهن وحكم الجناية،
فتخريج هذه المسألة لا يصعب عليك إن شاء الله.

الصورة الرابعة عشرة: إذا كان علوقها بعد نذر كونها صدقة، أو
التصدّق بها، أو الوصيّة بها لشخص، وكان النذر مشروطاً بشرط لم
يحصل قبل الوطء، ثمّ حصل بعده، أو كان مطلقاً في الأخيرين، وكان
العلوق قبل العمل بمقتضى النذر، فيعمل بمقتضاه مطلقاً؛ لسبقه وكونه
قربةً، فإذا ملكها المتصدّق به^(١)، أو الموصى له، تصرّف فيها بما شاء، ولم
أجد من تعرّض لهذه الصورة، وكان ينبغي ذكرها كنظائرها.

وتحقيق ذلك: أنّه إن قال: إن شفى الله مريضاً في هذه السنة أو إن
لم يمت فيها فجاريتي صدقة على فلان، أو على الفقراء، فنذره صحيح،
كما يظهر من كثير من الأصحاب، بل من أعاضهم وأساطينهم إلّا من
شدّ منهم، إلّا أنّ منهم^(٢) من ذكر ذلك فيما قلناه، ومنهم^(٣) من ذكره في نذر

(١) كذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: المتصدّق بها عليه.

(٢) الخلاف ٦: ١٨٦، و٢٠٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ١٠٤، قواعد
الأحكام ٣: ٢٠٦.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٠٣، إرشاد الأذهان ٢: ٦٧.

العق، ومنهم^(١) مَنْ ذكره في نذر الأضحية والهدي، ومنهم^(٢) مَنْ ذكر الجميع أو اثنين منها.

وظاهرهم: أَنَّ المنذور يخرج عن الملك بمجرد النذر في المطلق ومع حصول الشرط في المشروط، ومع قبول المنذور له - أيضاً - إذا كان معيّناً على احتمال.

قال صاحب المدارك: لو جعله صدقةً بالنذر، خرج عن ملكه بمجرد النذر فيما قطع به الأصحاب^(٣).

وليطلب تمام تحقيق ذلك بأدلته في كتاب النذر. وعلى هذا فإذا كان علوقها بعد النذر كانت أم ولِد؛ لوقوعه في الملك.

وإن علق النذر بأمرٍ عديمٍ مستصحٍ، أو صفةٍ معلومة الحصول، فإنَّ ذلك مقتضى التعليق، فإذا حصل الشرط صارت صدقةً قهراً، ولا يمنع الاستيلاد من ذلك؛ لتأخره، وعدم دلالة أدلته على إبطال ذلك.

هذا إن قصد تملكها للمنذور له، وإذا قصد صرف ثمنها له، كما هو الظاهر من النذر للفقراء، فالأقرب إبقاؤها في ملكه، وصرف ثمنها من ماله في المنذور له؛ لعدم التعارض، ولزوم الجمع بين الحقوق الثابتة بحسب الامكان، مع احتمال ذلك في الصورة الأولى أيضاً مع إيسار المولى، أو مطلقاً، كما تقدّم في نظائرها.

(١) غنية النزوع: ١٨٩-١٩٠، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٩: ٣٩٣.

(٢) المهذب ١: ٢٥٩، ٢: ٣٥٧، و٤١١.

(٣) مدارك الأحكام ٥: ٣١.

وإذا نذر التصدّق بها على شخص، وكان مشروطاً بشرط لم يحصل بعد، فوطئها قبل ذلك وأجلها، صارت أم ولد وإن قلنا بحرمة الوطء، ووجب عليه التصدّق بها بعد حصول الشرط إن تعلّق النذر بعينها.

ويحتمل قوياً هنا بطلان النذر؛ لصيرورة المنذور مرجوحاً بالاستيلاد، والرجوع إلى القيمة جمعاً بين الحقيقتين.

ولو تعلّق النذر بقيمتها، فكما سبق.

أما لو حلف على بيعها فاستولدها، لم يجز البيع قطعاً، وانحلّ اليمين، وكذلك سائر المعاوضات.

ولو كان نذر التصدّق مطلقاً، فإن قلنا بخروجها عن الملك بالنذر، وإنّ الواجب عليه ليس إلّا الدفع والتسليم، كما في الزكاة الواجبة، وكانت العين هنا معيّنة في النذر، فلا أثر للعلوق أصلاً، ووجب العمل بمقتضى النذر، والقول بذلك قويٌّ عندي.

وإن قلنا ببقائها في الملك، كما يظهر من جماعة من الأصحاب، فإذا أجلها قبل التصدّق فالحكم كما سبق، وإيجاب العمل بالنذر هنا أقوى.

وأما نذر الوصية بها مطلقاً أو مشروطاً، فأشدّ إشكالاً؛ لامتناع تعلّق النذر بعد الاستيلاد، ولمصادفة زمان إمضاء الوصية مع زمان إرث الولد، إلّا أنّه^(١) حقّ الوصية مقدّم على الإرث، خصوصاً إذا وجب بالنذر، فإنّه كالدين.

ولو كانت الأشياء المذكورة المنذورة مشروطةً بما تأخر وجوده عن تعلّق حقّ الورثة، فالأقرب: بطلان النذر في العين؛ لانعتاقها وخروجها عن الملك قهراً، فإذا حصل الشرط لم يصادف النذر محلاً يتعلّق به.

وأما في القيمة فيحتمل البطلان بالنسبة إليها أيضاً؛ لتعلّق الحق بالعين وقد فات، ولم يمكن العمل بالنذر فينحلّ، والصحة فيها؛ إذ غاية ما في الباب كون الاستيلاد إتلافاً، وهو لا يقتضي سقوط الحقّ الثابت بالنذر، فلمّا تعذّر العين تعيّن القيمة، كما هو شأن سائر الحقوق، والتفصيل بين وقوع الوطء والإمناء اختياراً وعمداً مع العلم بالنذر، وبين ما إذا لم يكن كذلك، فالأوّل في الثاني، والثاني في الأوّل، وهو وجه قريب.

وإذا وجبت القيمة، ففي وجوبها على المولى، وخروجها من أصل التركة تبعاً للعين؛ لكونها بدلها، أو على الولد؛ لاستناد التلف إليه بدخولها في ملكه، وانعتاقها عليه إذا وقّى نصيبه بها، أو على أمّه؛ لأنّها المغتنة بسبب التلف - وهو الحرية - فعليها الغرامة والسعي في أدائها، أو جُهِ أشبهها: الأوّل.

ولمّا كانت المسألة خاليةً من النصّ والفتوى، والأصول فيها متعارضة متصادمة، فالاحتياط فيها طريق النجاة والسلامة.

الصورة الخامسة عشرة: إذا كان علوقها من مكاتبٍ مشروطٍ ثمّ فسخ مكاتبته، فللمولى أن يبيعها، وقد حكى في الروضة هذه الصورة عن

بعض الأصحاب^(١)، والكلام فيها يقع في موضعين:

[الموضع] الأول: أن المكاتب هل يجوز له بيعها قبل انفساخ كتابته، أم

لا؟

وليعلم: أن المكاتب في درجة وسطى بين الحرّية والرقية، واستقلاله في الأمور وتسلب المولى عليه، وترتب على كل من الجهتين أحكام:

منها: أنه لا يجوز له وطء أمته؛ لعدم كونه اكتساباً، مع ما فيه من التغرير لها مع الحمل المحتمل، ويجوز مع إذن المولى إجماعاً على ما حكي في الخلاف^(٢)، فإذا وطئها وأحبها، فولده موقوف وتابع له في الحرّية كلاً أو بعضاً^(٣)، وليس له أن يبيعه قطعاً؛ لمناقضته الحالين المحتملين معاً، وتشبّهه بالحرّية.

وأما أمّه^(٤) ففي كونها أم ولید بالفعل بالنسبة إلى المكاتب، فلا يصحّ له بيعها ما دام ولدها موجوداً، أو أنه لا يثبت لها حكم الاستيلاد إلّا بعد العتق قولان اختار أولهما العلامة في القواعد^(٥)، وثانيهما في التحرير، وحكى فيه عن الشيخ: أنه أطلق صيرورتها أم ولید^(٦).

ووجه الأول: أنه محكوم عليه ظاهراً بكونه مالكاً للأمة، ويجري على

(١) الروضة البهية ٣: ٢٦١.

(٢) الخلاف ٦: ٧٣٩٦.

(٣) في «ع، ك، م»: وبعضاً.

(٤) كذا في النسخ: أمها، والمثبت هو الصحيح.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٢٥٦.

(٦) تحرير الأحكام ٤: ٢٨٦، المبسوط ٦: ١٨٧.

ولده حكم الحرّ في عدم جواز البيع؛ ولذلك إذا أدى مال الكتابة حكم بكونها أمّ وليد، كما نصّ عليه في التحرير^(١) أيضاً، مع أنّه لا يعتبر الملك المتجدّد بعد الاستيلاء.

وإذا اشترى من يعتق عليه بإذن المولى، لم يجوز له بيعه، ويؤيد ذلك: أنّ بناء الحرّية على التغليب.

ووجه الثاني: أنّ حرية الولد موقوفة على حرّيته، وكون أمّه^(٢) أمّ وليد موقوف عليهما، فلا يثبت لها حكم الاستيلاء قبل ذلك، ويؤيده استصحاب الرقّة، والأوّل أوجه؛ إذ الكلام في الحكم الظاهري، والتفرقة في ذلك بين الأمور المذكورة مع اتحاد السبب لا وجه له، ويتقوى على القول بكون الكتابة بيعاً، كما اختاره جماعة من الأصحاب^(٣).

وهذا جارٍ في المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤدّ شيئاً، وإذا أدى بعض مال الكتابة تحرّر بحسابه، وتبعه في ذلك الولد، وكذلك أمّه.

[الموضع] الثاني: إذا فسخ كتابته لعجزه، وكان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً، ولم يمكن فكّه من بيت المال، فهو وولده وأمّه^(٤) رقب لمولاه، يفعل بهم ما شاء من التصرفات، اتفاقاً.

(١) تحرير الأحكام ٤: ٢٨٦.

(٢) في النسخ: أمّها، والمثبت هو الصحيح.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤١، إيضاح الفوائد ٣: ٥٩٥، غاية المراد ٣: ٣٧٠.

(٤) في النسخ: أمّها، والمثبت هو الصحيح.

فعلى قول العلامة في التحرير^(١) لم تصر الجارية أم ولید أصلاً، فلا استثناء حينئذٍ، وعلى قوله في القواعد^(٢) كانت أم ولید ظاهراً، ثم تبين خلاف ذلك، فلا استثناء حينئذٍ معنى في الظاهر لا الواقع، وهو ظاهر.

الصورة السادسة عشرة: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت، فيجوز بيعها حينئذٍ، [الصورة] السابعة عشرة: إذا أسرها المشركون، ثم ظفر بها المسلمون في غنيمتهم فاستعادوها.

والأولى من هاتين الصورتين محكية في الروضة عن بعض الأصحاب^(٣). وتحقيق المسألة: أن المسترق لها إن كان المولى، فهي أم ولده^(٤) كما كانت، وإن كان من جملة المقاتلين، فهو أحق بها، بل هو أولى بمن استولد جارية من المغنم، والكلام في تقويمها عليه كما إذا لم يكن مسترقاً ولا غنائماً.

وبيان ذلك: أن المشركين إذا غنموا من المسلمين، فإنهم لا يملكون ذلك مطلقاً، فإذا غنمه المسلمون منهم، فإن أقام أربابها البيّنة بها قبل القسمة ردت عليه بأعيانها، ولا يغرم الإمام للمقاتلة شيئاً، كما هو المنقول في التذكرة والمنتهى عن عامة أهل العلم، ونقل الخلاف في ذلك عن الزهري وعمر بن دينار^(٥)، ولا يُعأ به.

(١) تحرير الأحكام ٤: ٢٨٦.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٢٥٦.

(٣) الروضة البهية ٣: ٢٦١.

(٤) في النسخ: «ولدها»، والمثبت هو الصحيح.

(٥) تذكرة الفقهاء ٩: ٢٥٩، منتهى المطلب ١٤: ٣٨٢.

وفي حكم البيّنة، ما إذا علم الإمام أو الغانمون بهالكها، بل هو أولى من البيّنة.

وإن جاؤا بالبيّنة بعد القسمة، فلعلمائنا وللشيخ قولان في ذلك:

أحدهما: أنها تردّ على أربابها، ويردّ الإمام قيمة ذلك للمقاتلة من بيت المال؛ لثلاً ينقص القيمة، وهذا قوله في المبسوط والخلاف والاستبصار^(١).

الثاني: أنها تكون للمقاتلة، ويعطي الإمام أربابها أثمانها من بيت المال، وهذا قوله في النهاية^(٢).

وإلى الأوّل ذهب أكثر الأصحاب، وحكي في الخلاف والغنية الإجماع عليه^(٣).

وهو الذي يقتضيه عموم ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام، قال: سأله رجل عن الترك يغزون على المسلمين، فيأخذون أولادهم، فيسترقّون^(٤) منهم، أيردّ عليهم؟ قال: «نعم والمسلم أخو المسلم، والمسلم أحقّ بهاله أينما وجده»^(٥).

وما رواه عن الحسن بن محبوب في كتاب المشيخة عن ابن رثاب عن

(١) المبسوط ٢: ٢٦، الخلاف ٥: ٥٢٣، الاستبصار ٣: ٥.

(٢) النهاية: ٢٩٥.

(٣) الخلاف ٥: ٥٢٣-٥٢٤، غنية النزوع: ٢٠٥.

(٤) في المصدر: فيسرقون.

(٥) الإستبصار ٣: ٤-٧، تهذيب الأحكام ٦: ١٧٦/٨٣، الوسائل ١٥: ٩٨، أبواب جهاد

العدوّ، ب ٣٥، ح ٣.

طربالٍ عن أبي جعفر عليه السلام قال: سئل عن رجلٍ كانت له جارية، فأغار عليه المشركون، فأخذوها منه [فقال:] ^(١) «ردّت عليه»، إلى أن قال السائل: فإن لم يصبها حتى تفرّق الناس، وقسموا جميع الغنائم فأصابها ^(٢)، قال: «يأخذها من الذي هي في يده - إذا أقام البيّنة على أمير الجيش - بالثمن» ^(٣).

وروي - في الصحيح - عن ابن أبي عمير عن جميل عن رجلٍ عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجلٍ كان له عبد فأدخل دار الشرك، ثم أخذ سبيّاً إلى دار الإسلام، قال: «إن وقع عليه قبل القسم فهو له، وإن جرى عليه القسم فهو أحقّ به بالثمن» ^(٤).

وهو قابل للحمل على أنّه يردّ عليه بالثمن الذي يؤخذ من بيت المال. ويقرب منه رواية أخرى حسنة، أو صحيحة في الكافي والتهذيب ^(٥). وفيهما أيضاً في رسالة هشام بن سالم عن بعض أصحاب أبي عبد الله عنه عليه السلام: «وأما المالك، فإنّهم يقامون في سهام المسلمين، فيباعون فيعطى ^(٦) مواليتهم قيمة أثانهم من بيت مال المسلمين» ^(٧).

(١) ما بين المعقوفتين اثبتناه من المصدر.

(٢) في المصدر: فأصابها بعد.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ١٧٧/٨٦، الوسائل ١٥: ٩٩، أبواب جهاد العدو، ب ٣٥، ح ٥.

(٤) تهذيب الأحكام ٦: ١٧٦/٨٥، الوسائل ١٥: ٩٨، أبواب جهاد العدو، ب ٣٥، ح ٤.

(٥) الكافي ٥: ٤٢/٢، تهذيب الأحكام ٦: ١٧٦/٨٤، الوسائل ١٥: ٩٨، أبواب جهاد العدو،

ب ٣٥، ح ١ و٢.

(٦) في المصدر: ويعطى.

(٧) الكافي ٥: ٤٢/١، تهذيب الأحكام ٦: ١٧٥-١٧٦/٨٢.

وحمله الشيخ على التقيّة^(١)، ويمكن أن يراد بالموالي: المقاتلة الذين صاروا في سهامهم، ومعنى بيعهم: تقويمهم على أربابهم سابقاً.

وكيف كان، فالأقرب هو القول الأول، ولو قلنا بالثاني فلا يبعد تخصيصه بغير أمّ الولد؛ لأنّ بالتقويم وإعطاء ثمنها لمولاه لا يحصل الجمع بين الحقوق، بل إنّما يحصل بإعطائها بعينها لمولاه.

ويمكن حل «الجارية» في رواية طريالٍ على ما إذا كانت أمّ وليد.

هذا إذا دخلت في الغنائم، وأمّا إذا استولى عليها أحد من المسلمين سرقةً ونحوها، وجب ردّها إلى مالكها، كما نصّ عليه العلامة في التذكرة والتحرير والمنتهى^(٢) في العبد الذي أبق إلى دار الحرب، ويقتضيه الصحيح الأول السالم هنا عن المعارض، والمعتضد بسائر الأدلّة، فللاستثناء وجه في الصورة الثانية لا الأولى.

ولافرق بين لحوقها بدار الحرب باختيارها، أو باستيلاء المشركين؛ إذ المانع حقّ المولى والولد، وهو مشترك بين الجميع كما هو الفرض.

[الصورة] الثامنة عشرة: إذا خرج مولاه عن الذمّة، وملكت أمواله التي هي منها، فيتصرّف فيها بالبيع وغيره، والقول باستثناء ذلك منقول في الروضة عن بعض الأصحاب^(٣)؛ وإنّا فرض في الذمي؛ لأنّه هو الذي تجري عليه أحكام المسلمين، ويحكم باستيلاء أمته.

(١) الاستبصار ٣: ٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٩: ٢٦٢، تحرير الأحكام ٢: ١٩٤، منتهى المطلب ١٤: ٣٩١.

(٣) الروضة البهية ٣: ٢٦١.

وأما المستأمن فليس كذلك وإن كان يملك أمواله التي هي معه إذا خرج إلى دار الحرب، غير ناوٍ للعود في أمانه، وكذلك الباقية في دار الإسلام إذا مات بلا وارث، أو لم يرثه إلا حربياً غير مستأمن، فالذمّ إذا خرق الذمة صار حربياً، وجرى عليه حكم الحرب من القتل والاسترقاق وتملك أمواله.

وجوّز بعضهم^(١) ردّه إلى مأمنه، واحتمل بعضهم^(٢) وجوبه، كما لو دخل بأمانٍ أو شبه أمانٍ، فلا يجري عليه حكم الحرب إلا بعد ذلك مطلقاً، وحكّم به بعض المتأخّرين^(٣) إذا لم يكن خرقه للذمة بقتال المسلمين، أو إعانة الكفار عليهم، وإلا لم يجب ردّه، ولم يوجبه الشيخ والعلامة في جملة من كتبه، والشهيد الثاني مطلقاً^(٤).

وعلى أيّ تقدير يلزم استرقاق أمّ الولد، والتصرّف فيها بأنواع التصرفات الناقلة وغيرها، فصحّ الاستثناء حيثنّذ.

ولو كان ولدها كبيراً وبقي على الذمة أو أسلم، ففي تبعية أمّه له إلى أن يموت هو أو المولى؛ رعايةً لحرمة أو لمولاهما؛ لأنّه المالك نظر، والظاهر: الثاني.

نعم، لو صارت ملكه عتقت عليه، ولو أسلمت هي فيأتي الكلام فيه.

(١) قواعد الأحكام ١: ٥١٢.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٣٨٨.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٣٨٨، مسالك الافهام ٣: ٧٥، كفاية الأحكام ١: ٣٧٢.

(٤) المبسوط ٢: ٥٩، تحرير الأحكام ٢: ٢٢٥، حاشية الشرائع ٣١٦، مسالك الافهام ٣: ٧٥ -

[الصورة] التاسعة عشرة: إذا كان ولدها غير وارث؛ لكونه قاتلاً، فتباع حينئذ؛ لأنها لا تنعق بموت مولاهما حينئذ؛ إذ لا نصيب لولدها. واستثناء ذلك منقول أيضاً في الروضة عن بعض الأصحاب^(١)، واستثناءه أبو العباس^(٢) أيضاً وكذا الصيمري، إلا أنه قيد القاتل بكون قتله عمداً^(٣)، وهو مبني على الخلاف في أن القاتل خطأ يرث أم لا، أو يرث من غير الدية؟ وذهب أبو العباس والصيمري وغيرهما إلى الثالث^(٤)، والثاني شاذ نادر.

فإطلاق أبي العباس محمول على التقييد وإن جعل عنوان المسألة إذا كان قاتلاً^(٥)، لا كما ذكر هنا، والمقصود واضح. وفي إلحاق شبه العمد بالعمد أو بالخطأ خلاف، وعليه تبنتي هذه المسألة أيضاً.

ووجه الاستثناء إذا لم يرث نصيباً من أمه ظاهر مما ذكر^(٦) ولو قلنا بعدم الاستثناء فيما إذا استوعب الدين التركة؛ لوضوح الفرق بأن الولد يتعلق حقه في التملك بعين التركة مع الاستيعاب؛ ولذلك يصح أداء الدين من

(١) الروضة البهية ٣: ٢٦٠.

(٢) المهذب البارع ٤: ١٠٦.

(٣) غاية المرام ٢: ٢٢.

(٤) المهذب البارع ٤: ٣٥١، غاية المرام ٤: ١٦٨، النهاية ونكتها ٣: ٢٤٩/١، المهذب ٢: ١٦٢،

غنية النزوع: ٣٣٠، تحرير الأحكام ٥: ٦١.

(٥) المهذب البارع ٤: ١٠٦.

(٦) في «ف»: ذكرنا.

ماله، بخلافه مع القتل؛ لكونه أجنبياً محضاً حينئذٍ.

[الصورة] العشرون: إذا كان غير وارث؛ لكونه كافراً، وهي مذكورة في الروضة عن بعض الأصحاب^(١).

وذكر أبو العباس والصيمري صورتين:

إحداهما: إذا كان كافراً وهناك ورثة مسلمون.

والثانية: إذا ارتد عن فطرة؛ لأنه في حكم الميت^(٢).

والظاهر أن الأولى مخصوصة في كلامهما بصورة موت المولى، والثانية عامة لموته وحياته، وعبارة الروضة لا يبعد تعميمها مطلقاً.

وتحقيق المسألة: أنه إذا ارتد عن^(٣) فطرة، فارتداده مساوٍ لموته، فيجوز البيع مطلقاً، وإذا كان كافراً وأبوه مسلماً جاز بيعها بعد موت المولى إذا بقي الولد على كفره إلى أن قسّم التركة، ولو أسلم قبل ذلك فالحكم كما لو كان مسلماً وإن لم يكن قسمة؛ لاتّحاد الوارث وكان الإمام أو غيره، فالكلام مبنيٌّ على تحقيق مسألة الإرث.

والحاصل: أنه إذا أسلم الولد إسلاماً يستحقّ به الإرث، لم يجز بيعها وإلاّ جاز، ولا يقدح عدم استحقاقه بعد الولادة أو قبل الموت، وكذلك إذا كان كافراً وهناك مسلم يرث الأب غيره، وكان الأب كافراً أو مسلماً؛

(١) الروضة البهية: ٣: ٢٦٠

(٢) المهذب البار: ٤: ١٠٦، غاية المرام ٢: ٢٢.

(٣) ساقطة من «ف، ك، حج».

لاتّحاد الحكم في المسألتين.

وأما في حياة المولى، ففي جواز بيعه لها في صورتين إشكال، من العمومات المانعة من البيع، واحتمال إرث الولد بإسلامه، أو انحصار الوارث فيه مع كفر المورث^(١)، وتغليب جانب الحرّية، ومن عدم ثبوت حرمة له وهو بتلك الحال، وعدم استحقاقه شيئاً، واستصحاب بقاء الأحوال الموجودة بعد فرض موت المولى، والأوّل أولى وأحوط.

ويؤيّد: ما سبق من أنّه لا يصحّ للمولى بيعها مع استيعاب الدّين للمال وإن قلنا بجوازه بعد موته.

[الصورة] الحادية والعشرون: إذا كان غير وارث، لكونه حملاً، بأن مات المولى وكان أمته حاملّة بولده، فعزل نصيبه من التركة، ثم سقط ميتاً، إذ الوارث غيره حينئذٍ، فيملكه ويتصرّف بها شاء.

ولا يلزم عود الحرّ رقاً؛ لأنّ حرّيتها موقوفة إلى أن ينكشف حال الوضع وإن لم يتوقّف صيرورتها أمّ ولدٍ على ذلك؛ إذ المعتبر فيها العلوق كما سبق.

وهذه الصورة غير مذكورة في كلامهم وإن أمكن استنباطها من إطلاق الصيمري: كون الولد وارثاً مطلقاً^(٢)، ومن الصّور المتقدّمة.

[الصورة] الثانية والعشرون: إذا كان غير وارث؛ لكونه رقاً، ويتصوّر

(١) في «ف»: الموروث.

(٢) غاية المرام ٢: ٢٢.

ذلك فيما إذا كان هو وأبوه ذميين، وخرج هو عن الذمة، أو دخل أبوه في الذمة دونه، فاسترق ثم مات الأب، فلا يرثه حيثنذ إذا كان هناك وارث غيره، ويجوز للوارث بيعها حيثنذ.

ولو لم يكن وارث غيره ونفي^(١) التركة بقيمته أو مطلقاً على قول أجبر مولاه على بيعه، فيشتري ويعتق ويجوز التركة، بناءً على ما هو المشهور من فك الأولاد في ذلك، ولا فرق بين كونه مسلماً أو ذمياً.

وفي جواز بيع أمه في قيمته مطلقاً، أو عدمه كذلك، أو جوازه فيما إذا انحصر الميراث فيها، فيباع منها بقدر قيمته، لا إذا كان هناك ما يفي بقيمته من غيرها، أو تعين بيعها مطلقاً أو جبه.

ووجه الأول: إطلاق النص، وكون المنع من بيع أم الولد إنما هو حال حياة المولى، أو حال تملك الولد لينعتق عليه.

والأول مفقود كما هو الفرض، وكذا الثاني؛ لتأخر ملك الولد عن عتقه المتأخر عن البيع، وليس الملك اللاحق كاشفاً عن الملك متصلاً بالموت، ولذلك يصح بيع الخمر والخنازير المتخلفة عن الكافر في شراء وارثه المسلم؛ عملاً بالأصل والاستصحاب.

ووجه الثاني: عموم ما دلّ على المنع من بيع أم الولد الشامل للمقام، وآته إنما منع من بيعها في حياة المولى؛ رعاية لاحتمال انعقادها على ولدها بعد موته.

والمانع هنا أقوى مع عدم انحصار التركة فيها، وأما مع الانحصار فلدوران الأمر بين محذورين، بيع أم الولد مع كون ولده وارثاً، وبقاء الولد رقاً، ودفعها غير ممكن، ودفع أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، فيقف البيع، وتصير التركة ملكاً للإمام؛ لأنه وارث من لا وارث له، وأيضاً فالمال لا يبقى بلا مالك، فمالك الأمة ليس الميت؛ لموته، ولا غير الولد والإمام؛ لعدم جهة لتملكه، فتعين أحدهما.

فإن اشترى الولد وأعتق، انكشف كونه مالكاً بعد موت المولى، فينكشف كونها منعقة عليه، فيبطل البيع؛ لوقوعه بعد عتقها وحرّيتها.

وعلى هذا يمنع من بيع الخمر والخنازير في صورة إسلام الوارث الرقّ، ولا دليل على جوازه.

ووجه الثالث: هو ما ذكر في الثاني، إلا أنه يدعى أن دفع بقاء الولد رقاً أرجح؛ لعدم إمكان حرّيتها، ولا حرّية الأم خاصة، بخلاف الولد فإنه يمكن حرّيته، فالمرجح إمكانه والتخلّص به من دفع الحقيّن معاً، وكون حرّية الأم بتبعية حرّية الابن، والمتبوع أولى من التابع وأحقّ بالحق.

ووجه الرابع: مع الانحصار ظاهر، وأما مع عدمه فلوجوب رعاية مصلحة الولد وغبطته، ولا مصلحة في إبقاء من ينعق عليه وبيع غيره؛ ولذلك لا يجوز لوليّ اليتيم أن يشتري له من ينعق عليه، فيتعين بيعها أو ما قابل قيمة الولد منها.

وتحقيق المسألة يبتني على أمور ثلاثة:

الأول: أنه إذا دار الأمر بين رقيتها وحرية الولد، فهل يتعين الثاني؟ الوجه ذلك؛ لعموم ما دلّ على شرائه وإعتاقه، وكون المنع من بيع أمّ الولد للتوصل بها إلى عتقها، والفرض امتناعه.

الثاني: أن المالك للمال قبل شراء الولد معين واقعاً، مشتبه ظاهراً، فيكون هو الولد إذا تحقق شراؤه وعتقه، أو أنه الإمام ظاهراً أو واقعاً وإن وجب عليه أو على نائبه ومن يلي الأمر من طرفه أن يشتري الولد ويعتقه ويورثه؟ الوجه: الثاني؛ لامتناع تملك الرق وإرثه ما دام رقاً ظاهراً وواقعاً؛ عملاً بعموم الدليل، وكون الإمام وارث من لا وارث له، فهو حينئذ بمنزلة الورثة الأحرار، إذا أعتق العبد - الذي هو أقرب منهم - قبل القسمة فيما بينهم، فيمنعهم مع تملكهم للتركة قطعاً وإن كان متزلاً.

الثالث: أن الشراء هل هو بشيء في الذمة يلتزم به المشتري إلى أن يعتق الولد، فيتعلق بذمته بشيء أو بشيء من التركة، أو يتخير المشتري بينهما مطلقاً، أو يتعين الأول مع الإمكان، وإلا فالثاني؟ فالذي دلت عليه الروايات^(١) الكثيرة: أن الشراء من التركة، وأطلق في جملة من الأخبار أيضاً، والقاعدة تقتضي حمل المطلق على المقيد، إلا أنه لا يبعد القول بتخير الإمام ومن يلي الأمر من طرفه؛ لأنه المالك والمأمور بالشراء، فيتخير في الامتثال عملاً بالإطلاق؛ وحاملاً للمقيد على صورة تعذر غيره، أو على بيان أحد فردي الواجب المخير، أو الدلالة على أن الثمن يؤخذ من

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٤٩ / ١٢٦، ودعائم الإسلام ٢: ٣٢١ / ١٣٧٤، وسائل الشيعة ٢٦:

التركة، ولا يلتزم به الإمام، ولا يخرج من السهم المقرّر في فك الرقاب.
فمقتضى الأمر الأوّل: جواز بيعها إذا انحصر الطريق في شرائه في ذلك، ومقتضى الأخيرين: أنّ البيع إذا وقع في الذمّة، فإذا أعتق الولد ملك التركة بأسرها، وانعتقت أمّه عليه، وتعلّق الثمن في ذمّته، وإذا شري من التركة فالأولى والأحوط أن يكون بقيمة غير الأمّ؛ جمعاً بين الحقيّين، وتغليّباً لجانب الحرّيّة، واستصحاباً للمنع من بيعها في حياة المولى، في وجه تقدّم الإشارة إليه، وإن لم يمكن بقيمة الأمّ.

ولا يتعيّن الشراء في الذمّة؛ للرخصة المطلقة في الروايات، ولأصالة عدم وجوب الالتزام بالثمن في الذمّة، والأحوط رعايته أيضاً مع الإمكان. هذا كلّ بعد موت المولى، وأمّا حكمها في حياته، فيُعلم ممّا تقدّم في الولد الكافر بغير الارتداد عن فطرة.

ولو بقي الولد في دار الحرب ولم يسترقّ، فالظاهر إرثه لأبيه مع عدم الحاجب، فتنعتق عليه أمّه، والباقي من الفيء، فيكون للإمام خاصّة.

ولم أقف على من تعرّض لهذه الصورة ومباحثها.

[الصورة] الثالثة والعشرون: إذا لحق الولد بالأب شرعاً دون الأمّ لفجورها، كما لو أكرهته على الزنى أو تشبّهت بالمحلّلة، فإذا ملكها بعد الوطء والحمل، صارت أمّ وليد حرّ بناءً على قول الشيخ باعتبار الملك المتجدّد^(١)، وعلى أنّه لا يعتبر في صدق أمّ الولد إلحاق نسب الولد بها، بل

يكفي علوقها بوليد حرٍّ لمولاهما الآن، وهو حال تسميتها بذلك، فيرث الولد أباه ويملك الأم ولا تنعتق عليه وإن حرمت مؤبداً؛ لعدم الدليل على الانعتاق، وانتفائه بحكم الأصل، وفي هذه الصورة إشكال من وجوه.

ولو وطئ أمته المزوجة فأحبها، فعلى القول بأنها أمٌ ولید جرى أحكام النسب بين الكل، ومن منع من ذلك نفاها من الكل، وإذا حكم بعدم حقوق الولد بالأب لفجوره خاصة، لم يملك أمه، أو بعدم لحوقه بالأم خاصة لفجورها كذلك، فكمسألة السابقة وإن كانت مملوكة؛ لأنه على هذا القول يعتبر ملك البضع أيضاً، والفرض عدمه فيصير بحكم الأجنبية.

[الصورة] الرابعة والعشرون: إذا أنكر الولد أو الأم كونها ملك الأب، وقد حُكم به شرعاً، فإذا أنكره الولد لم يملك أمه فتنعتق عليه، وإذا [أنكرته] (١) الأم، فلائته وإن ملكها الولد وزالت يده عنها لكنّها لا تتحوّل؛ لاعترافها بأنها ملك غير الأب، فيمضي بعد أن زالت يد المولى والولد عنها.

ويحتمل اتّصافها في الصورتين؛ للحكم بالملكية شرعاً، وكون العتق حقاً لله، فلا يسقط بالدعوى المخالفة لظاهر الشرع.

أمّا لو ادعى أحدهما حرّيتها، فهي حرّة على أيّ حال، ولو أنكر أحدهما النسب بينهما، ففيه كلام يبيّن في محله المناسب.

(١) في جميع النسخ «أنكره». والصحيح ما أثبتناه.

واستثناء هذه الصورة بالنسبة إلى الحكم الظاهري، وأما في الواقع فلا؛ لعدم اجتماع صيرورتها أم ولید ورقيتها، وجواز بيعها في الواقع، بل في الظاهر. وهذه أيضاً غير مذكورة في كلامهم.

[الصورة] الخامسة والعشرون:

إذا عجز مولاها عن نفقتها، فُتباع على مَنْ يقدر عليها، والقول باستثنائها خيرة الشهيد في اللّمة، والسيوري في كنز العرفان، وأبي العباس، والصيمري، والمحقق الكركي^(١).

وقال الشهيد الثاني في الروضة: ولو أمكن تأديها ببيع بعضها، وجب الاقتصار عليه؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة^(٢).

وربما يستفاد من المحقق أيضاً في الشرائع: اختيار جواز البيع في هذه الصورة؛ حيث ذكر أولاً أنه يجب الإنفاق على المملوك، ثم قال: ولو امتنع من الإنفاق أُجبر على بيعه أو الإنفاق، ويستوي في ذلك القنّ والمدبر وأم الولد^(٣).

وأظهر منه كلام العلامة في التحرير؛ حيث عنون في حكم نفقة المالك تسعة مباحث، وذكر في الأول: أصل وجوب الإنفاق، وقال في الخامس: لو امتنع السيّد من الإنفاق، أُجبر عليه أو على البيع، سواء في

(١) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٧، كنز العرفان ٢: ١٢٩، المهذب

البارع ٤: ١٠٦، غاية المرام ٢: ٢٢، جامع المقاصد ٤: ٩٩.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٥٧-٢٥٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٤٠٤-٤٠٥.

ذلك القنّ والمدبّر وأمّ الولد، ولو امتنع حبسه الحاكم^(١). انتهى.

وينبغي حمل كلامهما على أصل وجوب الإنفاق، وبيان أنّه لا فرق بين التشبّث بالحرّية وعدمه، وحمل البيع على ما إذا كان صحيحاً؛ لفرضهما ذلك في صورة الامتناع، ومن المعلوم أنّه لا يسوغ بيع أمّ الولد إذا لم يكن منشؤه العجز، فالإطلاق دليل على ما قلنا.

وقال في القواعد: ولو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد، أمرت بالتكسّب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، ولو تعذر الجميع ففي البيع إشكال^(٢).

وحاصله: اعتبار عدم حصول الإنفاق، وانسداد أبوابه مطلقاً من ماله وكسبه ومالها - على القول بملكيّتها وكسبها - وعوض بُضعها - دواماً ومتعةً، بل وتحليلاً إن كان المحلّل له ينفق عليها، وكذلك المتّمع بها وإن كان عوض البُضع لا يفي بالنفقة، ومن بيت المال، ووجوه الخيرات، وتبرّع المنفقين، وإنفاق مَنْ يجب عليهم نفقتها للرحم، وقبول الهبة، وغيرها من أنواع التمليكات الممكنة، فمع التمكن من ذلك بما يتحمّل عادةً وجب الصبر على ذلك، واختياره على البيع، وله أن يعتقها.

وإذا تعذّر جميع ذلك، ودار الأمر بين الإعتاق، والبيع، والهلاك، احتمل التخيير بين الأولين مطلقاً، سواء اندفع به الضرورة أم لا؛ لما فيه

(١) تحرير الأحكام ٤: ٤٤-٤٥.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١١٧.

من تخليص نفسه من درك تلف المملوكة في ملكه، أو فيما إذا اندفع الضرورة بكلّ منهما، وإلاّ تعيّن لما يندفع به الضرورة إن اندفعت بأحدهما، وإلاّ لم يجب شيءٌ منهما، وجاز إبقاؤها في الملك.

ويحتمل المنع مطلقاً؛ عملاً بالعمومات، وتنزيلاً لها منزلة المعتقة ومن لم يتفق له مشترٍ متكفلٌ بنفقتها.

ويردّه: أنّ حفظ النفس من التلف مع الإمكان أوجب من الإبقاء؛ لإمكان اعتاقها على ولدها، ويستحيل في الحكمة إيجاب ذلك مع كونها مملوكةً تباع فيما لا تبلغ الحاجة إلى ذلك، ويجري عليها أحكام المملوك، إلاّ في جواز البيع في بعض الصّور.

ويؤيّده: ما ورد في الروايات^(١) المستفيضة من تفريق الحاكم بين الزوج والزوجة إذا عجز عن نفقتها.

وتكليفه بالعتق لو فرض دفع الضرر به إضرار به، لا يجب إلزامه به، فتعيّن جواز البيع، ولعلّه أقوى كما قال الشهيد الثاني في بحث النفقات^(٢).

ولو أمكن بيعها على من تنعتق عليه كان أولى، وفي تعيّن إشكال، وليس ببعيد؛ بناءً على جوازه مطلقاً كما يأتي.

[الصورة] السادسة والعشرون:

إذا مات قريبها وخلف تركّة ولا وارث له سواها، فتشترى من

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩-٥١٢.

(٢) مسالك الافهام ٨: ٥٠١.

مولاها لتعتق، وترث قريبها، كما هو الحال في غيرها، ويعتبر كونها ممن تفكّ لذلك، كما هو ظاهر.

والقول باستثنائها خيرة الشهيدين في اللّمة و الروضة والمسالك، والسيوريّ في كتابيه، وأبي العباس، والمحقق الكركي^(١)، واختاره ابن سعيد في النزّهة أيضاً، ونقله عن العمانيّ^(٢).

وحكى أبو العباس في المهذب إجماع الأصحاب^(٣)، وليس يبيعي، فإنّه الظاهر من إطلاق فتاوى الأصحاب في كتاب الموارث، وبه يخصّص إطلاق كلامهم.

والأصل في ذلك بعد الإجماع كما نقل: أنّ مقتضى الأخبار المانعة من بيع أمّ الولد عدم جواز بيعها هنا أيضاً؛ لأنّها إحدى أفرادها.

ومقتضى الأخبار الدالّة على أنّه يشتري المملوك إذا لم يكن وارث للحرّ سواه، وقد ورد كثير منها في الأمّ^(٤)، والأخت^(٥)، والبنت^(٦): أنّها تشتري حينئذٍ، ويجوز لملكها بيعها، وإذا امتنع فُهر على أخذ الثمن، كما ورد في

(١) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧، الروضة البهيّة ٣: ٢٥٨، مسالك الافهام ٣: ١٧٠، كنز العرفان ٢: ١٢٩، التنقيح الرائع ٤: ١٤٤-١٤٥، المهذب البارع ٤: ١٠٦، جامع المقاصد ٤: ٩٨.

(٢) نزّهة الناظر: ٨٢.

(٣) المهذب البارع ٤: ١٠٦.

(٤) الكافي ٧: ١٤٦-١٤٧/١-٣، وسائل الشيعة ٢٦: ٤٩-٥٤، أبواب موانع الإرث، ب ٢٠، ح ٣-١.

(٥) الكافي ٧: ١٤٧/٦، الوسائل ٢٦: ٥٠، أبواب موانع الارث ب ٢٠، ح ٥.

(٦) الكافي ٧: ١٤٨/٨، الوسائل ٢٦: ٥٢، أبواب موانع الارث ب ٢٠، ح ٨.

بعضها^(١)، فوجب تخصيص إحداهما بالأخرى، والترجيح لتخصيص الأولى؛ لفتوى الجماعة المذكورين من الأصحاب، وعدم مخالف لهم صريحاً، بل ظهور الموافقة لمن عداهم، وللأصل، والعمومات الدالة على صحة البيع مطلقاً، وكثرة الأخبار الثانية، وقوة دلالتها، واستحكام عمومها فيما عدا ذلك، وموافقتها للحكمة، فإن في بيعها حينئذ تعجيلاً لعتقها، وربما حصل لها مال مع ذلك، وتخليصاً لها من الاستسعاء مطلقاً على المشهور، ولأن الغرض من إبقائها إمكان عتقها على ولدها، إذا بقي بعد موت مولاها، فالتعق المنجز المعلوم التحقق أولى بالرعاية.

فإن قلت: قد تُشترى ويعرض مانع من عتقها، فتبقى محرومة من الأمرين معاً؛ لأنها لا تعتق إلا بالإعتاق.

قلنا: قد خلصت بذلك من تسلط أحدٍ عليها، وهو أولى من إبقائها في الملك، ولا بد من إعتاقها ولو بمباشرة أحد العدول مع الضرورة، ومثل هذا معلوم الوقوع عادةً، فإذا ما قالوه هو المعتمد.

[الصورة] السابعة والعشرون: إذا كانت مستولدة ذميٍّ ثم أسلمت دونه، فتباع عليه، على ما اختاره الشيخ في موضع من المبسوط وابن إدريس قائلين: إنها لا تعتق عليه، وتباع عليه عندنا^(٢)، وتبعها الفاضلان في الشرائع والتحرير، والشهيدان في غاية المراد والمسالك، والسيوري في

(١) الكافي ٧: ١٤٧/٦.

(٢) المبسوط ٦: ١٨٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٣٤.

الكنز، والصيمري، والمحقق الكركي في موضع من شرحه^(١).

وذهب الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط إلى أنها لا تُقرّ في يده، ولا يُمكن من وطئها واستخدامها، وتكون عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بحالها، ويؤمر بالإنفاق عليها ما دام ولدها باقياً^(٢).

وتبعه ابن سعيّد في النزّهة، إلّا أنّه قال: يتركها الحاكم عند مَنْ يرى تركها عنده مصلحة^(٣).

واختار العلامة في التذكرة: أنّه يحال بينهما، وتكسب في يد غيره له، ويؤخذ منه النفقة^(٤)، كما قال الشيخ.

وذهب في المختلف إلى أنّها تُستسعى في قيمتها، فإذا أدّت قيمتها عتقت^(٥).

وعزاه الشهيد في الدروس إلى تفرّده بذلك^(٦)، واختاره ولده في موضع من الإيضاح، وأبو العباس في المهذب^(٧)، وحكاه الشيخ في الخلاف عن

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٢٧، تحرير الأحكام ٤: ٢٨٥، غاية المراد ٣: ٣٩٨-٣٩٩، مسالك الافهام ١٠: ٥٢٧-٥٢٨، كنز العرفان ٢: ٤٤، ١٢٩، غاية المرام ٣: ٤٢٦، جامع المقاصد ٤: ٦٧، و ٩٨.

(٢) الخلاف ٦: ٤٢٥، المبسوط ٦: ١٨٨.

(٣) نزّهة الناظر: ٨٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٣.

(٥) مختلف الشيعة ٨: ١٥٤.

(٦) الدروس ٢: ٢٢٣.

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣٤، المهذب البارع ٤: ١٠٤.

بعض العامة^(١)، ولهم أقوال عديدة، غير أنهم لم يجوزوا بيعها كما هو طريقتهم في أم الولد.

وذهب فخر الإسلام في موضع من الإيضاح إلى أنه يجب دفع القيمة من الزكاة أو من بيت المال، ومع عدمها يجب عتقها^(٢).

وقال المحقق الكركي: إن أمكن ردّ^(٣) عوضها من الزكاة أو بيت المال لتعتق وجب؛ لأنهما مرصدان^(٤) لنحو ذلك، وإلا بيعت لترجيح جانب منع السبيل^(٥).

ويظهر من القواعد، والإرشاد، والدروس^(٦): التردد في الحكم، ومن اللّمة^(٧) عدم تجويز البيع حينئذٍ.

والأصل في المسألة: أنه قد ثبت بالإجماع والروايات عدم جواز بيع أم الولد، ولم يفرق بين أم ولد الكافر والمسلم، وثبت بالآية^(٨) أنه لا سبيل للكافر على المسلم، وأجمعوا على أنه يباع عليه، وإذا لم يوجد راغب حيل بينهما إلى أن يوجد، فيقهر على بيعه إن امتنع.

(١) الخلاف ٦: ٤٢٦.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٥.

(٣) في المصدر: دفع.

(٤) في «ف»: مرسلان.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٦٧.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ١٨، إرشاد الأذهان ٢: ٨١، الدروس ٢: ٢٢٣.

(٧) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧.

(٨) سورة النساء ٤: ١٤١.

ودلّ عليه أيضاً ما رواه الشيخ والكليني - في المرفوع - عن حماد بن عيسى، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذميّ قد أسلم، فقال: اذهبوا به فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه، ولا تقرّوه عنده»^(١).

ولمّا حصل بين المستندين تعارض في المقام، لزم الجمع أو الترجيح، فيمكن الجمع بأن يحال بينهما كما إذا لم يوجد راغب، فإنّه لم يوجد هنا أيضاً مَنْ يجوز له شراء المستولدة المسلمة، فينتظر بها وجود مشترٍ في الموضع الذي يصحّ الشراء، أو موت المولى أو الولد، أو بأن تستسعى في قيمتها لتعتق؛ لامتناع كلّ من البيع وإبقائها في ملكه، وكون القهر على العتق أو الحيلولة دائماً إضراراً بالمولى.

وبالاستسعاء تحصل الحيلولة والتخلّص من الرقيّة، وتعجيل ما يترقّب من انعقادها على ولدها، فإذا لم تؤدّ ومات المولى، عتقت من نصيب ولدها، فبذلك يحصل الجمع بين الحقوق، مع كون الاستسعاء وارداً في مواضع عديدة، أو بأن تخصّص الأدلّة المانعة من البيع بغير ما نحن فيه؛ لعدم عمومٍ فيها يطمأنّ إليه، بحيث يشمل موضع الكلام، واستثناء كثير من المواضع منها، واستحكام ما دلّ على منع بيع المسلمة على الكافر، وعدم إبقائها في ملكه، وعدم دليلٍ على الاستسعاء هنا، وكونه غالباً إضراراً بالمولى، ولا دليل على جوازه، وإمكان أن لا يفي كسبها بقيمتها،

(١) تهذيب الأحكام ٦: ٣٢٧ / ٢٨٦، الكافي ٧: ٤٣٢ / ١٩، الوسائل ٢٣: ١٠٩، أبواب العتق،

فتبقى السلطنة والسبيل، وكون الحيلولة غير قاطعة للسبيل المنفي مطلقاً، ولذا لا يكتفى بها في غير أمّ الولد، ولمخالفة هذا القول للعامة، ونسبته إلينا في المبسوط والسرائر^(١)، ولما رواه ابن سعيّد في النزّهة فقال: وفي كتاب إسحاق: روي عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أَنَّ عَلِيّاً عليه السلام كان يقول في أمّ ولد النصراني إذا أسلمت، بيعت لسيدها في قيمتها»^(٢) فالقول بذلك غير بعيد، والتوقف في محله.

وأما وجه إعتاقها من بيت المال أو مجاناً فتعارض سببي إيجاب البيع وتحريمه، ولا يمكن إثباتها ولا رفعها؛ لأنّ رفع كلّ واحد إنّما هو لثبوت الآخر، فيلزم ثبوتها، هذا خلف، فلم يكن عن إيجاب الإعتاق محيص وإن أدى إلى التخيير، وهو قول نادر، وضعفه ظاهر.

وحكى في التذكرة وجهاً ضعيفاً للشافعيّ، والأظهر عنده الحيلولة^(٣).

نعم، يتّجه القول بإعتاقهم من بيت المال، وفي تعيّن مع الإمكان نظر، وليس ببعيد.

ولو كان الإسلام قبل الاستيلاء، بأن استولدها قبل أن تخرج من يده، فهي أمّ ولد، وجواز بيعها حينئذٍ أولى منه؛ للحكم به بعد الإسلام مع تأخره عنه، فيستصحب حيث لم يعلم المعارض، وحيث قلنا بالبيع ولم تُبع عليه إلى أن مات، عتقت من نصيب ولدها، ولو رضيت ببقائها في ملك

(١) المبسوط ٦: ١٨٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٣٤.

(٢) نزّهة الناظر: ٨٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٣.

الكافر لم تُجِبْ إليه؛ لعموم الدليل، وكون ذلك حقَّ الله سبحانه وتعالى، كما مال إليه الشهيد في غاية المراد^(١)، وقطع به الشهيد الثاني في المسالك^(٢).

ولو أسلم مولاها قبل أن تباع عليه، فعلى قول الشيخ^(٣) يلزم إبقاؤها في ملكه؛ لزوال المانع، وعدم الدليل على وجوب البيع حينئذٍ، وكذا على القول بالاستسعاء؛ لتأخر العتق عن أداء القيمة، والفرص عدمه.

نعم، لو قلنا بأنها تعتق ثم تسعى في قيمتها - كما نقل^(٤) عن بعض العامة^(٥) - لم ترد إلى ملكه؛ لتفرد العتق، وعدم عود الحر رقاً.

ولو أدت بعض قيمتها، فالوجه أيضاً ما ذكر؛ لتوقف العتق على أداء الجميع؛ إذ لا دليل على عتقها قبله.

[الصورة] الثامنة والعشرون:

إذا أسلم أبوها أو جدّها وهي مجنونة أو صغيرة، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج من يده، وهذه في حكم إسلامها عنده، وحكى استثناءها في الروضة عن بعض الأصحاب^(٦)، وهذه تتصور مع سبق الإسلام الحكمي وتأخره، كما أن الإسلام الحقيقي كذلك على ما سبق، فإذا جنت وهي صغيرة واستمر إلى البلوغ، أو اتصل الصغر بالجنون،

(١) غاية المراد ٣: ٣٩٩.

(٢) مسالك الافهام ١٠: ٥٢٨.

(٣) المبسوط ٦: ١٨٨.

(٤) الخلاف ٦: ٤٢٦.

(٥) المغني ١٢: ٥٠٨.

(٦) الروضة البهية ٣: ٢٦١.

وكان إسلام أبيها أو جدّها في صغرها، فهي بحكم المسلمة، وتجري عليها أحكامها.

أمّا لو جنت بعد بلوغها كافرة، ثمّ أسلم أحدهما، ففي التبعيّة إشكال، خصوصاً على القول بسقوط الولاية.

ولو أسلم أحدهما في صغرها، فإن بلغت واستولدت وهي مسلمة تحقّقاً، فهي من الصورة السابقة.

وإنّ جُهل حالها حكم بإسلامها أيضاً، وإن لم تقبل الإسلام بعد أن عُرض عليها^(١) فهي مرتدّة، يجب حبسها واستتابتها، ولا تبقى في يد الكافر أيضاً وإن كان ارتدادها عن غير فطرة.

[الصورة] التاسعة والعشرون: إذا بيعت من قريبها الذي تنعتق عليه، كولدها وغيره، فإنه صحيح على ما اختاره الشهيد في اللّمة، والسيوري في كنز العرفان، وأبو العباس، والصيمري، والمحقّق الكركي^(٢).

ويظهر من الشهيد في الدروس^(٣) أنّه مسبوق بهذا القول، وهذا هو الظاهر من الروضة، والمسالك^(٤) واللازم من قول من جوّز بيع المسلم على الكافر إذا كان ممن ينعنق عليه.

(١) في النسخ: (عُرِضَتْ عليه)، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٨، كنز العرفان ٢: ١٢٩، المهذّب البارع ٤: ١٠٦، غاية المرام ٢: ٢٢، جامع المقاصد ٤: ٩٩.

(٣) الدروس ٢: ٢٢٢.

(٤) الروضة البهيّة ٣: ٢٥٩، مسالك الافهام ٣: ١٧٠.

وقال فخر الإسلام في الإيضاح: للاستيلاد أحكام أحدها: إبطال كلّ تصرفٍ ناقلٍ للملك عنه إلى غيره، غير مستلزمٍ للعتق بذاته، بلا شرطٍ مرتقبٍ^(١) إجماعاً، وفيه وفي أداء ثمن رقبته خلاف^(٢).

والضمير راجع إلى المستلزم للعتق لذاته، ويحتمل رجوعه إلى المستلزم بالشرط المرتقب، كما يلوح من المذهب^(٣).

والأصل في المسألة: أنّ البائع قابل لبيعها، ولذا جاز في بعض الصُّور، والمشتري قابل لتملكها، والأمة مملوكة وقابلة للانتقال، ولذا تنتقل إلى ولدها، وإنّما منع من بيعها لإمكان أن تدخل في ملك من تنعتق عليه، وتعتق عليه من نصيبه إن وفى أو منه، ومن يقوم الباقي عليه، أو استسعائها على الخلاف في ذلك، وقد يحول دون ذلك موانع مع تأخره، واحتمال طول مدته.

فإذا وُجد من تدخل في ملكه ممن تنعتق عليه، وكان فعلياً غير موقوفٍ على شيء أصلاً، ولا مفتقرٍ إلى استسعائها، فيُعلم من طريق الشرع تجويز ذلك، كما جاز العتق، فإنّه في حكمه، مع عدم عمومٍ في الأدلة المانعة، بحيث يشمل ذلك على وجه يُعتدّ به دلالةً ودليلاً.

ويمكن بناء المسألة على الخلاف في أنّ العتق يقع بعد الملك بعديةً زمانيةً، أو معه لزوماً، بمعنى أنّ الشراء سبب للعتق من غير دخولٍ في

(١) في المصدر: يرتقب.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣١.

(٣) المذهب البارع ٤: ١٠٥-١٠٦.

الملك.

وقد ذهب إلى كلِّ قومٍ كما في التنقيح^(١)، والمشهور على الأوّل، وابن إدريس على الثاني^(٢)، فيبطل على الأوّل ويصحّ على الثاني؛ لأنّه في الحقيقة إعتاق موقوف على القبول بصورة البيع، والأشبه: الجواز مطلقاً.

أمّا عتقها عن غيره الملتزم بثمانها - على القول بجوازه - فجائز هنا قطعاً، وإن قلنا بالنقل الضمنيّ، وهو قريب من الصورة المذكورة.

[الصورة] الثلاثون: إذا بيعت ثمن أقر بحرّيتها، وهذه أولى بالجواز وإن لم ينصّوا عليها هنا؛ لأنّ هذا البيع لا يقتضي تملكاً في حقّ المشتري بحسب ظاهر إقراره.

ويحتمل المنع هنا؛ لاحتمال كذب المقرّ، فيؤدّي إلى رقيّتها واقعاً، والحريّة الواقعيّة وإن تأخّرت أولى من ذلك.

ويمكن التفصيل بين تصديق الجارية له في ذلك وعدمه، فيصحّ على الأوّل دون الثاني، سواء جهلت الحال، أو أصرت على التكذيب.

[الصورة] الحادية والثلاثون: إذا بيعت بشرط العتق، فيجوز على ما نصّ عليه المحقّق الكركيّ في الشرح، والسيوريّ في الكنز، واستقرّبه الشهيد في اللمعة، واحتمله في الدروس^(٣)، ومنع منه أبو العباس في

(١) التنقيح الرائع ٣: ٤٣١.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٩٩، كنز العرفان ٢: ١٢٩، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد

الأوّل ١٣: ١٣٨، الدروس ٢: ٢٢٢.

المهذب^(١)، كما هو ظاهر المعظم.

وربما يلزم الجواز على القول به في بيع المسلم من الكافر.

والأقرب: المنع في الموضعين؛ عملاً بعموم الدليل المانع، السالم عن المعارض.

واستناد الشهيد إلى كونه في قوة العتق ممنوع؛ لأنه إن قصد شرط كونه حُرّاً بعد البيع بلا صيغة، فالشرط فاسد؛ لامتناعه، وإن جَوَز التعليق في النذر^(٢) والتدبير^(٣)، وإن قصد شرط الإعناق، فكونه في قوة العتق ظاهر المنع، خصوصاً على ما هو مختاره من أنه لا يجب على المتعاقدين أن يقيما بالشروط^(٤)، وإنما فائدته قلب العقد اللازم جائزاً بالنسبة إلى المشتري له.

وما قاله الشهيد الثاني من أنه إن لم يف المشتري بالشرط، وجب على البائع فسخ البيع، فإن لم يفسخه احتمل انفساخه بنفسه، وفسخ الحاكم إن اتفق^(٥) فلم أقف على وجهه؛ إذ لا دليل على وجوب إعادته إلى الملك بعد خروجه على وجه صحيح، ولا يمكن تعليق قيمة العقد^(٦) على حصول

(١) المهذب البارع ٤: ١٠٦.

(٢) اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١١٥.

(٣) اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ٢٦٥.

(٤) اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١٥٦.

(٥) الروضة البهية ٣: ٢٦٠.

(٦) كذا في النسخ، ولا معنى هنا لقوله: العقد أبداً، ولعله يريد العبد حيث كان هو عنوان المعاملة وإن كان كلامنا في بيع أم الولد.

الشرط المتأخر عن الملك الحاصل به، فلا يفسخ بنفسه، وإنما يجوز للحاكم أن يفسخ لو وجب على البائع وامتنع منه، وهو ممنوع.

نعم، لو قلنا بوجوب الوفاء بالشرط وأنه لا يجوز للبائع إسقاط شرط العتق وإن جاز في سائر الشروط؛ لكونه حقاً لله أو للعبد أو مشتركاً بين الجميع أمكن أن يقال بأنه إذا امتنع من العتق أعتقه الحاكم وجوباً، وإن لم يمكن الوصول إليه، قام به بعض العدول، فلصحة البيع حينئذٍ وجه، خصوصاً إذا كان المشتري ممن يوثق به.

والحق: أن ذلك كله مما لا يجدي في مقابل النص والفتوى، فالمنع هو المتجه.

[الصورة] الثانية والثلاثون: كاتبها مطلقة أو مشروطة أيضاً، واستثناء ذلك مبني على التخريج على قول من جعل الكتابة بيعاً^(١)، وقول من جوز كتابة أم الولد^(٢)، فإن صحاً معاً أنجبه الإستثناء، وبيانه في محله.

[الصورة] الثالثة والثلاثون: بيعها من نفسها تخريجاً على جواز بيع المملوك من نفسه، وجواز كتابة المستولدة، فإن صح البيع كان أولى بالجواز هنا؛ لأنه في قوة العتق المشروط فيه مال على المعتق، والظاهر جوازه وإن كان المعتق أم ولد.

[الصورة] الرابعة والثلاثون: إذا كان مولاها ذمياً وقتل مسلماً، فيدفع هو وماله إلى أولياء المقتول، كما هو المشهور بين الأصحاب، والمنقول

(١) الكافي في الفقه: ٣١٨.

(٢) الانتصار: ٣٨٤.

عليه الإجماع في الانتصار والسرائر وغيرهما^(١)، والمروئي في الصحيح^(٢) وغيره، فإذا استرقوا القاتل وملكوا أمواله، فأثم الولد منها؛ لكونها مملوكة، ولهم التصرف فيها بما شاؤوا، وإن قتلوه وقلنا بأن لهم حينئذ ماله بتهامه بمجرد الدفع، بل القتل فكذلك.

وكذلك لو قلنا بأن لهم دية المقتول، أو قيمته إن كان مملوكاً، وكان ماله مع أم ولده يفي بذلك.

ولو قلنا بأن لهم استرقاق أولادهم الصغار، وكان ولدها صغيراً فهو رق، فلا يعتق عليه أمه، بل تبقى مملوكة يتصرف فيها كغيرها.

أما لو قتلوه، وقلنا بأنهم لا يملكون ماله حينئذ، كما اختاره ابن إدريس^(٣)، أو لا يملكون ما فضل عن الدية أو القيمة، وكانت أم الولد تفضل من ذلك، وكان ولدها كبيراً أو صغيراً، وقلنا بحرّيته، فأثم الولد حينئذ تعتق عليه.

وليس ما ذكر من الأحكام لخرقه الذمة بقتل المسلم، واختصاص أولياء الدم بجميع أمواله وغيره، مع أن الحكم منصوص بخصوصه؛ فلذلك لم ندرجه في الصورة الثانية عشرة، وإن أمكن بتكليف لا حاجة إليه.

(١) الانتصار: ٥٤٧. ٥٤٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٤٦، النهاية: ٧٤٨، الوسيلة: ٤٣٤-٤٣٥، المهذب البارع: ٥: ١٨٤.

(٢) الكافي ٧: ٣١٠، من لا يحضره الفقيه ٤: ٩١/٢٩٥، تهذيب الأحكام ١٠: ٢١٧/١٢٨، الوسائل ٢٩: ٣٩، أبواب القصاص، ب ١١، ذيل حديث ١٢.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٤٦.

[الصورة] الخامسة والثلاثون: إذا استولد أمته الموقوفة عليه ثم على غيره، فهي أم وليد؛ لعلوقها بوليد حر في ملك الواطئ، بناءً على كون الموقوف ملك الموقوف عليه الخاص وإن لم يكن الملك تاماً - كما في الرهن - فتبقى موقوفة، بناءً على ترجيح جانب الوقف؛ لسبقه كما في الرهن.

فإذا مات الواطئ وانتقلت إلى البطون الآخر غير الولد، صارت ملكاً لهم، فإذا اتفق ما يصح بسببه بيع الوقف جاز لهم بيعها، وإن كان الموقوف عليه بعده ولدها، احتمل انتعاها عليه، وبقاؤها موقوفة، كما لو وقفت عليه ابتداءً، فلا يصح بيعها حينئذٍ، إلا إذا صح بيع الوقف وأم الولد؛ لاجتماع الجهتين، فإذا مات الولد وانتقلت إلى غيره كانت موقوفة خاصةً، والمسألة من أصلها في غاية الإشكال، وتحقيقها في كتاب الوقف.

[الصورة] السادسة والثلاثون: إذا جنت - وهي مسلمة - على ذمي فقتلته، وأولياؤه ذميون، ولم يدفع المولى إليهم الدية، فإنهم يسترقون الجانية، ويجب بيعها على المسلمين، ولو أمكن بيعها على مولاها كان أولى.

[الصورة] السابعة والثلاثون^(١): إذا أسلم الحربي في دار الحرب قبل الظفر به فإنه يحقن دمه، ويعصم ماله.

[الصورة] الثامنة والثلاثون: إذا وهب المريض أمته لشخص فاستولدها، ومات المريض في ذلك المرض وكان مخوفاً، ولم يخرج هبته من ثلثه، فللورثة وأرباب الديون أن يردوها، بناءً على أن المنجزات من الثلث؛ لتملك وتباع في الدين والإرث، ومنجزاته السابقة على تلك الهبة.

(١) كذا في النسخ ولا نعلم وجهاً لذكرها ضمن الصُّور المستثناة من بيع أم الد.

ويحتمل الرجوع إلى القيمة مع الإيسار أو مطلقاً، فيصبر عليه لانتظار التمكن؛ جمعاً بين الحقيقتين.

ولو قلنا ببطلان الهبة من أصلها واقعاً، خرجت مما نحن فيه.

والوجه^(١) هو الأول، فالنساء للموهوب^(٢) له حيثنّ إذا كان منفصلاً.

واعلم: أنّ بعضهم - كالكركي وغيره^(٣) - جعل من صور الاستثناء: ما إذا مات ولدها، وما إذا كان استيلاده لها قبل أن يملكها ثم ملكها، وقد علم حال الصورتين من عنوان البحث، وأخذنا حياة الولد شرطاً في المنع، والتملك لها شرطاً في الاستيلاد، فلا استثناء حيثنّ.

نعم، لا يختلف حكمها بعد موت المولى وحرّية الولد وإن لم تكن مملوكة له حال الإحبال، ولا انعقد الولد حرّاً، بل لو كانت أمّ ولده الرضاعية، عتقت على ولدها من نصيبها^(٤)؛ بناءً على ما هو الأصحّ الأشهر من عدم الفرق في ذلك بين الرضاع والنسب، ولم يجز بيعها لحرّيتها.

وفي إلحاق جميع الأحكام الجارية في المستولدة بالمعنى الشرعيّ الذي ذكرنا، نوع تأمل، وبيانه في محله.

ويستحبّ للمولى أن لا يبيع أمّ الولد الرضاعية؛ لرواية السكوني^(٥)

(١) في «ك»: فالوجه.

(٢) في «ف، حج»: للموقوف.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٩٨، تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٧٠.

(٤) كذا في النسخ ولعلّ الصحيح: نصيبه.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٩/١٤٨٨، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٠/٤٩٧، الوسائل ٢٠: ٤٠٧،

أبواب ما يحرم بالرضاع، ب ١٩، ح ١.

المتقدمة في الصورة الأولى، وكذلك أم الولد الغير المملوكة حال الإحبال بطريق أولى؛ لما فيه من الاحتياط والتخلص من الخلاف.

ولو اشتبه كون ولدها من مولاها، وكان حكمه أن يرثيه وينعتق عليه، ويعزل له من ماله ما يستعين به على حاله، احتمل تبعية أمه له في ذلك؛ لاحتمال اعتاقها عليه، وليس ببيعي.

واعلم: أن كثيراً من الأصحاب اقتصروا على الصورة الأولى في بيان حكم أم الولد، وزاد بعضهم بعض الأقسام الأخر، مع أن كثيراً منهم قالوا بكثير من هذه الأقسام، فكيف يصح حصرهم له في الأولى أو أزيد منها، مع قولهم بغيرها؟

والجواب الجامع: هو قصد الاقتصار على المنصوص بخصوصه والغالب وقوعه، وأن مرادهم أنه لا يجوز للمولى ومن بحكمه - كالوارث - أن يبيعها باختياره، وهي أم ولد، وكثير من الصور المذكورة خارجة من ذلك، كما لا يخفى.

السبب الثالث من أسباب نقص الملك: الجناية.

وهي من الأسباب العارضة المانعة من لزوم البيع، القابلة للتدارك، وإنما توجب نقصاً إذا جنى المملوك عمداً، فيقف بيعه - كلاً أو بعضاً - على الإذن، أو الإجازة من المجني عليه أو وليه؛ لأن التخيير بين القصاص والاسترقاق على قدر الجناية إليه، وأما إذا كانت خطأ فالخيار بين الفداء ودفعه إلى المجني عليه أو وليه للمولى، فله أن يبيعه ويلتزم بالفداء.

نعم، إن باعه وامتنع من الفداء، جاز لوليّ الجناية أن يفسخ البيع على حسب الجناية، وهذا يقتضي نقصاناً^(١) أيضاً، وهذا هو الذي ذهب إليه جماعة من الأصحاب^(٢).

والمسألة من المشكلات، وقد اضطربت كلماتهم فيها، وتعرضوا لحكم الجاني في بيعه ورهنه وعتقه وما في حكمها، ولما كانت المسائل متقاربة متناسبة، أحببنا إيرادها بأسرها وجمع شتاتها؛ فإنه أنسب من التفريق وأحرى، فالكلام إذن في مواضع:

[الموضع] الأول: إذا قتل العبد حرّاً عمداً، ولا يكون المولى هو الوارث له ووليّ الجناية، فهل له بيعه أو رهنه أو عتقه قبل أن يسقط عنه حقّ الجناية بعفو أو غيره، أم لا؟ فيه أقوال:

الأول: أنه يبطل الجميع، ولم أقف على ناصّ على ذلك، إلا أن الشيخ نصّ في الخلاف على بطلان رهن الجاني مطلقاً، عمداً أو خطأ، مستدلاً: بأنه إذا كان عمداً فقد استحقّ المجني عليه العبد، وإن كان خطأ تعلق الأرض برقبته، فلا يصحّ رهنه^(٣).

وهو يقتضي بطلان عتقه أيضاً كما نقل منه ابن إدريس في الجناية خطأ؛ حيث إنه تعرض لذلك^(٤)، ففي العمد بطريق أولى.

(١) في ذلك: نقصاً ما.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٦٢-٢٦٣، الحقائق الناضرة ١٨: ٤٥٨-٤٥٩.

(٣) الخلاف ٣: ٢٣٥-٢٣٦.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٥٥-٥٦.

وقد نقل ذلك عن الخلاف في المقتصر^(١)، ووجهه ما ذكر كما يظهر من المهذب^(٢).

وكذلك بطلان بيعه كما هو ظاهر، بل قد صرح في كتاب البيع ببطلانه، حيث قال: إذا كان لرجل عبد فجنى، فباعه مولاه بغير إذن المجني عليه، فإن كانت جنائياً توجب القصاص، فلا يصح البيع، وإن كانت جنائياً توجب الأرش، صح إذا التزم مولاه الأرش^(٣).

ثم استدلّ: بأنّه إذا وجب عليه القود فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه قد باع منه ما لا يملكه^(٤)؛ لأنّ ذلك حقّ المجني عليه، وأمّا إذا وجب عليه الأرش، فإنّه يصحّ بيعه؛ لأنّ رقبته سليمة من العيب، والجنّاية أرشها، فقد التزمها السيّد، فلا وجه يفسد البيع^(٥).

وظاهره: تعميم الحكم للجنّاية على النفس، أو الطرف.

وقال العلّامة في أحكام الظهار من المختلف: قال الشيخ في الخلاف: إذا كان له عبد، قد جنى جنائياً عمداً^(٦)، فإنّه لا يجزئ إعتاقه في الكفّارة، وإن كان خطأ جاز ذلك.

واستدلّ بإجماع الفرق؛ لأنّه لا خلاف بينهم أنّه إذا كانت جنّايته

(١) المقتصر: ٤٢٧.

(٢) المهذب الباب ٥: ١٧٤-١٧٦.

(٣) الخلاف ٣: ١١٧.

(٤) في المصدر: يملك.

(٥) الخلاف ٣: ١١٨.

(٦) في «م»: جنّاية عمداً.

عمداً^(١)، ينتقل^(٢) ملكه إلى المجني عليه، وإن كانت خطأ، فدية ما جناه على مولاه؛ لأنه عاقلته، وعلى هذا لا شك فيما قلناه^(٣).

وعكس في المبسوط فقال: الذي يقتضيه مذهبننا أنه إذا كان عمداً نفذ العتق؛ لأن القود لا يبطل بكونه حرّاً، وإن كان خطأً [لا ينفذ]^(٤)؛ لأنه يتعلّق برقبته، والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه^(٥).

وقال في النهاية: إذا قتل عبد حرّاً خطأً فأعتقه مولاه، جاز عتقه ولزمه دية المقتول؛ لأنه عاقلته^(٦).

وقال ابن حمزة: إذا اختار وليّ الدم في الجاني عمداً الدية، جاز عتقه في الكفّارة^(٧).

وقال ابن إدريس: ما قاله الشيخ في الخلاف في صدر المسألة غير واضح، وكذا ما قاله في استدلاله؛ لأنه قال: وإن كان خطأً جاز وأطلق الكلام، والصحيح أنه لا يجزئ، إلا إذا ضمن دية الجناية، فأما قبل التزامه وضمانه، فلا يجوز؛ لأنه قد تعلّق برقبة العبد الجاني حقّ الغير، فلا يجوز إبطاله [وما قاله في استدلاله ان مولاه عاقلته فغير صحيح، لانه لا

(١) في «م»: جنابة عميد.

(٢) في المصدر: أنه ينتقل.

(٣) الخلاف ٤: ٥٤٦.

(٤) بد ما بين المعقوفين في النسخ «نفذ». والمثبت كما في المصدر.

(٥) المبسوط ٥: ١٦١.

(٦) النهاية: ٧٥٣.

(٧) الوسيلة: ٣٥٣.

[خلاف] ولا خلاف بين أصحابنا أنّ السيّد، غير عاقلة للعبد، وإجماعهم منعقد على هذا، وشيخنا قائل به أيضاً في غير كتابه هذا في هذا الموضع، ثمّ نقل كلام المبسوط وقوّاه، وقال: يمكن القول به والاعتداد عليه^(١).

واختار العلامة بطلان العتق في العمد، إلّا بإجازة أولياء المجني عليه، وصحته في الخطأ مع الإيسار لابدونه^(٢).

وقد نقل عن الشيخ بطلانه في الدروس، والتحرير، وجامع المقاصد، وغاية المرام، والمسالك^(٣).

وأيضاً هو الظاهر من ابن الجنيد، حيث قال: من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتاً للملكه إياه، غير خارج - بارتدادٍ أو استحقاقٍ لرقبته بجنايته عن ملكه^(٤) فإنّ الجناية الموجبة للخروج عن الملك مخصوصة بالعمد، أو متناولة له وللخطأ، ومقتضى ذلك بطلان العتق والبيع أيضاً، إن لم نقل بصحة عقد الفضوليّ هنا. -

ونصّ ابن سعيّد في النزهة على أنّه لا يجوز بيعه ولا رهنه، إلّا بعد رضا وليّ المقتول^(٥).

ولا يبعد أن يقول بعدم جواز العتق أيضاً.

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٥٠٣: ١١.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٤٣٠ - ٤٣١، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٠، تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠، جامع المقاصد ٤: ٩٩، غاية المرام ٢: ٢٢، مسالك الافهام ١٠: ٥٤-٥٥.

(٤) عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٤٠.

(٥) نزهة الناظر: ٧٣.

وربما يظهر من باب القصاص من الشرائع^(١) أيضاً كما سيأتي، وكذا من الغنية والمهذب^(٢).

الثاني: أنه يبطل بيعه ورهنه، ويصح عتقه، وهو الظاهر من الشيخ في المبسوط، فقد نقل عنه في المختلف^(٣) القول ببطلان البيع وببطلان الرهن، معللاً بها سبق عن الخلاف^(٤)، وهو مقتضى بطلان العتق أيضاً، إلا أنه نقل عنه في الإيضاح وغاية المرام وكشف اللثام^(٥) أنه قال بصحته، معللاً بأن حرّيته لا تمنع القود^(٦).

وحكى عنه في التنقيح وكشف الرموز: أن له قولين في العتق^(٧)، وربما كان وجهه ما ذكر.

ونقل عن الإيضاح عن ابن إدريس: أنه ذكر قول الشيخ في المبسوط وقال: يمكن القول به، والاعتماد عليه^(٨)، ونقل عنه نحوه في غاية المرام^(٩)، ولم أقف عليه.

الثالث: أنه يبطل عتقه وبيعه، ويصح رهنه، ولم أقف على مصرّح بهذا

(١) شرائع الإسلام ٤: ٢١٥.

(٢) غنية الزوج: ٢١٠، المهذب ٢: ٩٤، ٣٧٤.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٢، مختلف الشيعة ٥: ٤٣٠-٤٣١.

(٤) الخلاف ٤: ٥٤٦.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٤٦٤، غاية المرام ٢: ٢٣، كشف اللثام ٨: ٣٤٦.

(٦) المبسوط ٥: ١٦١.

(٧) التنقيح الرابع ٤: ٤٢٣، كشف الرموز ٢: ٦٠٧.

(٨) إيضاح الفوائد ٣: ٤٦٤، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٠٢-٥٠٣.

(٩) غاية المرام ٢: ٢٣.

التفصيل، إلا أن المحقق في كتاب الرهن من الشرائع تردّد في رهنه، وقال:
والأشبه^(١) الجواز^(٢).

وقال في كتاب القصاص: إذا قتل العبد حُرّاً عمداً، فأعتقه مولاه
صحّ، ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصحّ؛ لثلاً يبطل حقّ الوليّ من
الاسترقاق كان حسناً، وكذا بيعه وهبته^(٣). انتهى.

ويمكن أن يكون هذا رجوعاً عمّا ذكره في الرهن، كما أنّه رجوع عن
تردّده في جواز البيع في كتاب البيع^(٤)، وكأنّ هذا أولى.

الرابع: أنّه يبطل عتقه ويصحّ بيعه ورهنه، وهذا أحد قوليّ العلامة في
القواعد^(٥)، وخيرة المسالك^(٦)، وهو الظاهر من الإرشاد؛ حيث حكم بعدم
جواز العتق^(٧)، وقال في كتاب الرهن بجواز الرهن^(٨)، ولم يشترط في كتاب
البيع عدم جناية العبد المبيع.

الخامس: أنّه يصحّ الجميع، وهو الذي اختاره العلامة في التحرير^(٩)،

(١) في المصدر: والوجه الجواز.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٨.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ٢١٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٦.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٣، ١١٠، و٣: ١٩.

(٦) أجاز الشهيد الثاني العتق أيضاً في باب العتق ومنعه في باب القصاص، في مسالك الافهام ٣:

١٧١، و٤: ٢٥، و١٠: ٥٥، و١٥: ١٣٥.

(٧) إرشاد الأذهان ٢: ٦٧.

(٨) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(٩) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠-٢٨١، و٥: ٤٤٩.

وأما في القواعد فَحَكَمَ بجواز بيعه وعتقه في كتاب البيع^(١)، وفي كتاب الرهن بجواز رهنه^(٢)، واختار في كتاب العتق بطلان عتقه^(٣)، وتردّد في كتاب الجنائيات في العتق، وحكم فيه بأنّ البيع والهبة يقفان على إجازة الولي^(٤).

وهذا القول هو اختيار المحقّق الكرّكي^(٥)، وظاهر الشهيد في الدروس واللمعة، حيث اختار جواز البيع والرهن في كتابيهما^(٦)، ولم يشترط في كتاب العتق عدم جنابة المعتق، وأمّا حكمه ببطلان عتق الفضولي^(٧)، فلا يقتضي بطلان ذلك، كما لا يخفى.

واعلم: أنّ الصيمري اختار جواز الرهن وبطلان العتق، وذكر الخلاف في البيع، ولم يرجّح شيئاً صريحاً، لكنّه نسب الجواز إلى المشهور، واستدل عليه بما يكشف عن اختياره أو الميل إليه^(٨).

والسيوري قطع ببطلان العتق، معللاً بأنّ العتق لا يقع موقوفاً^(٩)،

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٣

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٩٨.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٦٠١.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٩٩، و٥: ٥٨٥٧.

(٦) الدروس ٣: ٢٠٠، و٣٩٢، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٨، و

١٦٦.

(٧) الدروس ٣: ١٩٦-١٩٧، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ٢٦٢.

(٨) غاية المرام ٢: ٢٣، و١٤٢.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ٤٣٣-٤٣٤.

ولم يتعرّض لحكم البيع والرهن، وربّما يستفاد من تعليله جوازهما؛ لوقوعهما موقوفين عنده في الفضولي.

ونصّ المحقّق في النافع على اختيار بطلان العتق^(١)، ولم يذكر حكم غيره، وربما يظهر من إطلاق كلامه في غيره - مع قوله بصحّة عقد الفضوليّ - القول بصحّته.

واختار فخر الإسلام بطلان العتق^(٢)، ولم يتعرّض لغيره، وربما يقول ببطلانه أيضاً؛ لبطلان عقد الفضوليّ عنده^(٣).

ونصّ العلّامة في المختلف على صحّة بيعه ورهنه^(٤)، ولم أقف على كلامه في العتق، إلّا أنّ الصيمريّ نقل عنه أنّه قال: المعتمد أن نقول: إن كانت عمداً لم يصحّ عتقه إلّا أن يبيز أولياء المقتول^(٥).

وقال ابن زهرة لا يجوز بيع الجاني جنائياً توجب القصاص بغير إذن المجني عليه، فإنّه لا يجوز؛ لأنّه قد صار حقّاً له، وأمّا إذا كانت توجب الأرض، والتزمه السيّد، فإنه يجوز بيعه؛ لأنّه لا وجه يفسده^(٦). انتهى.

ولا يبعد أنّه يمنع من الرهن والعتق أيضاً، كما يقتضيه التعليل.

(١) المختصر النافع: ٢٩٦

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٤٦٤-٤٦٥.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٦-٤١٧.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٣٤٢-٣٤٣، ٤٣٠-٤٣١.

(٥) غاية المرام ٢: ٢٣، مختلف الشيعة ٧: ٤٣١.

(٦) غنية النزوع: ٢١٠.

وقال القاضي في رهن المَهْدَب: وإن كان العبد جنى جنايةً ثم رهن كان باطلاً، سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ؛ لأنها إن كانت عمداً كان عليه القصاص، وإن كانت خطأ كان على سيّده تسليمه إلى المجني عليه، فإن فداه سيّده سقط ما على رقبته من الأرش وبقي رهناً، وإن بيع في الجناية وكانت الجناية تستغرق الثمن، بيع فيه كله وسقط الرهن، وإن كانت لا تستغرق الثمن، بيع منه بقدرها وكان الباقي رهناً^(١). انتهى.

ومقتضى آخر كلامه: أن حكمه أولاً بالبطلان ليس على ظاهره، وإلا فالباطل كيف يصح بعد بطلانه؟ فالمراد عدم ترتّب أثره، إلا بعد سقوط الحقّ عن رقبته، ولم أفق على كلامه في غير الرهن.

[تحقيق مسألة العبد الجاني عمداً]

وتحقيق المسألة يتوقّف على بيان أمور:

أحدها: أنّه لا ريب أنّه لا خيار للمولى في قتل العمد، وإنّا الأمر يرجع إلى أولياء المقتول، فهل يملكون الجاني بنفس القتل، أو باختيارهم للاسترقاق، وأمّا قبله فإنّها يملكون الملك - كما في الشفعة والخيار - لا المملوك؟

المشهور بين الأصحاب هو الثاني، وعزي في المَهْدَب البارع إلى الأكثر^(٢)، ويظهر من بعضهم الأوّل، كما علم من الأقوال.

(١) المَهْدَب ٢: ٥٩.

(٢) المَهْدَب ٥: ١٧٦-١٧٧.

ويظهر للخلاف ثمرات، منها: تعيين مَنْ عليه مؤونة تجهيز العبد إذا قتل قصاصاً.

ويدلّ على المشهور: أنّ الأصل بقاء الملك وتملّك المنافع وعدم التملّك القهرى، وأنّ الأصل في العمد هو القصاص، والاسترقاق بدله، وأنّ المولى وأولياء المقتول لو تراضيا بالدية مثلاً، كان العبد ملكاً لمولاه، ولم يحتج إلى عقدٍ جديد من العقود الناقلة، ولو كان ملكاً لهم لافتقر تملّك المولى له إلى ذلك، كما في سائر الأملاك.

وما ورد في الأخبار المعتبرة: أنّه «يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوه»، وإن شاؤوا استرقّوه يكون عبداً لهم^(١)، فإنّ المقابلة تقضي بأنّ رقيته لهم إنّما هي بعد عفوهم عن القصاص، واختيارهم الاسترقاق.

ويمكن الاستناد للأوّل: بأنّ مقتضى الأخبار انقطاع حقّ المالك عنه، وصيرورته لأولياء المقتول يفعلون به ما شاؤوا، وهذا من آثار الملك.

وأما الاسترقاق الذي يجعل مقابلاً للقصاص، فالمراد منه الرضا ببقائه رقاً لهم، والعفو عن الاقتصاص منه، وأما مجرد الرقّة فليس منافياً للملكيّة ليجعل مقابلاً لها؛ ولذلك لو قتل المولى اقتصّ منه، إلّا إذا عفا أولياؤه عنه.

ويؤيد ذلك: جعل الاسترقاق مقابل البيع في خطأ المدبّر والمكاتب كما يأتي، فالمقصود منه ما قلنا، وهو فيما نحن فيه كناية عن العفو والرضا

(١) في المصدر: حبسوه.

(٢) الكافي ٧: ٣٠٤/٦، الوسائل ٢٩: ٩٩، أبواب القصاص، ب ٤١، ح ٢.

برقته.

وأيضاً فمقتضى الأخبار انحصار حق الأولياء في الأمرين، فإذا عفي عن القصاص خاصة سقط قطعاً، فإما أن يكون حينئذ ملكاً لمولاه، أو لهم، ولا سبيل إلى الأول؛ لمنافاته الحصر الدال على أن ارتفاع القصاص لا يكون إلا مع ثبوت الرقبة، فتعين الثاني، فيلزم حينئذ صيرورته ملكاً لهم وإن لم يختاروا التملك، وهذا هو المدعى.

ما رواه المشايخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن مكاتب قتل رجلاً خطأ؟ قال: فقال: «إن كان مولاه حين كاتبه اشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق، فهو بمنزلة المملوك يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شأوا استرقوا^(١)، وإن شأوا باعوا»، إلى أن قال في المكاتب المطلق الذي تحرر بعضه: «وأرى أن يكون ما^(٢) بقي على المكاتب مما لم يؤده رقاً لأولياء المقتول، يستخدمونه حياته بقدر ما بقي عليه، وليس لهم أن يبيعوه»^(٣) فإذا ثبت الرقبة بمجرد القتل في خطأ المكاتب المطلق، ففيما نحن فيه أولى.

وما روه أيضاً - في الصحيح - عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن مدبر قتل رجلاً عمداً، قال: فقال: «يُقتل به»، قال: قلت:

(١) في الكافي: قتلوا، وفي التهذيب: قتلوه.

(٢) في الفقيه: بها.

(٣) الكافي ٧: ٣٠٨ / ٣، من لا يحضره الفقيه ٤: ٩٥-٩٦ / ٣١٦، تهذيب الأحكام ١٠:

٢٢٧-٢٢٨ / ١٦٥، الوسائل ٢٩: ١٠٥-١٠٦، أبواب القصاص في النفس، ب ٤٦،

فإن قتل^(١) خطأ؟ قال: فقال^(٢): «يدفع إلى أولياء المقتول فيكون لهم رقاً، إن شاؤوا باعوا^(٣)، وإن شاؤوا استرقوا، وليس لهم أن يقتلوه»، قال: ثم قال: «يا أبا محمد إن المدبر مملوك^(٤)».

وهذا أيضاً يقتضي صيرورة العبد ملكاً لهم وإن لم يختاروا استرقاقه^(٥)، واختاروا الدية وعدم الاسترقاق.

وأما قيام الفداء إذا اختاره المولى مقام العبد - كما ثبت بالأدلة الأخرى - فلا ينافي ذلك بل يؤكده؛ لأنه إذا حكم برقيته لهم مع إمكان بدله فبدونه أولى.

ويلزم منه: أن الفداء جعل كسائر المملكات، فلا يفترق إلى عقد ناقلٍ لا في الخطأ ولا في العمد، إذا وقع الرضا من المولى في الأول، والتراضي من الجانبين في الثاني، فلا يلزم منه عدم التملك ابتداءً.

نعم يمكن أن يورد على دلالة الخبر: بأن اختيار المولى لرقيته كافٍ في الخطأ، كما أن اختيار أولياء المقتول لها كافٍ في العمد، فلا يلزم ثبوتها بدون ذلك أصلاً، فتأمل في ذلك.

وما رواه الشيخ عن علي بن عتبة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته

(١) في المصدر: قتله.

(٢) في الفقيه: قال.

(٣) في الكافي والتهذيب: باعوه.

(٤) الكافي ٧: ٣٠٥، ٨، مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ٩٥/٣١٥، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٦/١٦٠،

الوسائل ٢٩: ١٠٢، أبواب القصاص في النفس، ب ٤٢، ح ١.

(٥) في النسخ استرقائهم. والصحيح ما أثبتناه.

عن عبد قتل أربعة أحرارٍ واحداً بعد واحدٍ، قال: فقال: «هو لأهل الأخير من القتل، إن شأؤوا قتلوه، وإن شأؤوا استرقّوه؛ لأنّه إذا قتل الأوّل استحقّ أولياؤه، وإذا قتل الثاني، استحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثاني، فإذا قتل الثالث، استحقّ من أولياء الثاني فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع، استحقّ من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع، إن شأؤوا قتلوه، وإن شأؤوا استرقّوه»^(١).

وفيه دلالة على المطلوب من وجوه عديدة، كما لا يخفى، لكن يعارضه ما رواه الشيخ والصدوق - في الصحيح - عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: في عبد جرح رجلين؟ قال: «هو بينهما إن كانت جناية^(٢) تحيط بقيمته»، قيل له: فإن جرح رجلاً في أوّل النهار، وجرح آخر في آخر النهار؟ قال: «هو بينهما ما لم يحكم الوالي في المجرّح الأوّل»، قال: فإن جنى بعد ذلك جناية؟ قال: «جنايته على الأخير»^(٣).

وفي الفقيه بعد قوله الأوّل: «فإن كان الوالي قد حكم في المجرّح الأوّل، فدفعه إليه بجنايته فجنى بعد ذلك»، الحديث.

وقد عمل الأصحاب بهذا الخبر، إلّا الشيخ في النهاية^(٤) فعمل بالخبر

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٢-٢٢٣/١٥٢، الوسائل ٢٩: ١٠٤، أبواب القصاص، ب ٤٥،

ح ٣.

(٢) في المصدر: جنايته.

(٣) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٣/١٥٣، مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ٩٤/٣١١، الوسائل ٢٩: ٢٢٣،

كتاب الديات، ب ٤، ح ٧٠.

(٤) النهاية: ٧٥٢.

الأول، وحمله في الاستبصار^(١) على التقييد بما ذكره في الخبر الثاني، وفي تنافي الخبرين نظر.

وكيف كان فمقتضاهما الاستحقاق بنفس القتل، سواء قلنا في صورة تعدد المجني عليه أنه على الاشتراك، أو الاختصاص.

ومقتضى القاعدة: أننا إذا قلنا بصيرورته ملكاً لأولياء المقتول الأول بمجرّد القتل، فإذا جنى ثانياً، فإن أراد أرباب الجنايتين الاسترقاق، وعفوا جميعاً عن القصاص، فهو حقّ للأخير؛ لسبق ملك الأولى، فصاروا كالمولى الأول، فلا يتجدّد لهم ملك باختيار الاسترقاق، أمّا لو أرادوا القصاص أو أحدهما، ففي الاختصاص بأحدهما نظر، ألا ترى أنّه لو قتل مولاه، ثمّ غيره، لم يسقط حقّ أولياء المولى من القصاص.

ويحتمل تقديم حقّ الأولى؛ لسبقه وهو المستفاد من المبسوط^(٢).

وإذا قلنا بأنّه لا يصير ملكاً إلّا بالاسترقاق والعفو عن القصاص، فإن اختاره أولياء الأولى، اختصّ بالأخيرة، إن شاءوا استرقّوا، وإن شاءوا قتلوا، وإن جنى ثانياً قبل اختيار أولياء الأولى، فالحكم كما لو وقع الجناية دفعةً.

والاحتمال السابق جارٍ هنا.

وفي تطبيق القاعدة مع الروايتين والفتاوى إشكال ظاهر، وبيان ذلك يأتي إن شاء الله تعالى في محله، فليس هذا موضع تحقيقه.

(١) الاستبصار ٤: ٢٧٤ / ١٠٤٠.

(٢) المبسوط ٧: ٨.

وبالجملة فالقول بالاستحقاق بمجرد القتل قويٌّ جداً.

ويحتمل ثالث وهو: أنّه يخرج بذلك عن ملك المولى، كما قاله ابن الجنيّد في الارتداد^(١)؛ لتعلّق حقّ القصاص به، ولا يدخل في ملك أولياء المقتول إلّا بعد الاسترقاق، وهذا يقتضي بقاءه قبله بلا مالك، وأنّه لو قتل لم تجب مؤونة تجهيزه على شيءٍ منهما.

الثاني: إذا قلنا ببقائه في ملك مولاه إلى أن يحصل القصاص أو الاسترقاق، فاستحقاقه لهما ثابت قطعاً وإن كان القصاص هو الأصل؛ لعدم انحصار الحقّ فيه، وإنّما يملك المالك الانتفاع به قبلهما، فما كان بهذا الوصف هل هما ممّا يعدّ ذا نفع معتدّ به عادةً ليحصل مقابله بالمال أم لا؟ وهل هو ممّا ينافي مقتضاه مقتضى البيع والرهن والعق بالذات، أم لا؟

التحقيق: أنّه وإن قلنا بكونه مملوكاً للمولى صورةً إلّا أنّه ليس له أثر معلوم، ولا نفع متبين مقداره؛ لإمكان مطالبة أولياء المقتول بأحدهما في كلّ وقتٍ، ومثل هذا يسقط اعتبار ماليّته، وترفع صلاحيّته لما ذكر؛ إذ مقتضاها الدوام والاستمرار، كما أشرنا إليه في حكم البيع سابقاً.

والحقّ المذكور يقتضي منعه من الإتلاف، وما في حكمه ومعناه، فنقص الملك فيه أقوى وأشدّ منه في المرهون ونحوه، ولذلك يغلب حقّ المجني عليه، على حقّ المرتهن وغيره، كالغرماء.

ونحن وإن لم نقل بصيرورته ملكاً لأولياء المقتول إلّا أنّه بمنزلة الملك لهم في استحقاقهم مطالبة من قتل أو جرحه ولو كان مولاه كما نصّ عليه

العلامة^(١).

الثالث: أنه إذا علم المولى بما صدر من عبده، فهل هو مأمور بدفعه إلى أربابه ليستوفي^(٢) منه حقّهم، أم ليس عليه شيء؟ إلا أنهم إذا أرادوه لم يجز له منعهم، ويسوغ له إرساله؛ ليذهب حيث شاء؟

الوجه هو الأوّل إذا كان العبد في يده وتحت أمره؛ لاستيلائه على ما تعلّق به حقّ الغير، فيجب إيصاله إليه، فهو بمنزلة الأمانة عنده، ولا يضمّنه إذا هرب مثلاً، إلا إذا قرّط في الحفظ - على ما يظهر من القواعد^(٣) - أو أهربه، كما يظهر من غيره^(٤)، وللأوامر الواردة بدفعه إلى أولياء المقتول، ولا يختصّ بالحاكم وإن وجب عليه إذا طالبوا بحقّهم أن يحكم لهم بذلك، ويدفعه إليهم مع التمكنّ منه، فالأمور بالدفع أصالةً هو المولى.

ولما رواه الشيخ عن عبد الله بن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا قتل العبد الحرّ، فدفّع إلى أولياء الحرّ، فلا شيء على مواليه»^(٥)، فإنّ مفهومه يقتضي ثبوت حقّ عليهم إذا لم يدفع، فإن كان خطأً فالأمر إليهم في دفعه أو دفع فدائه، وإن كان عمداً فإلى أولياء المقتول، فوجب عليهم الدفع؛ لاستحقاقهم لرقبته.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٦٠٠-٦٠١.

(٢) الظاهر: ليستوفوا.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٠١.

(٤) كشف اللثام ١١: ٧٦.

(٥) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٢/ ١٥٠، الوسائل ٢٩: ١٠٠، أبواب القصاص، ب ٤١، ح ٦.

وما رواه الكليني عن جميل، والشيخ عنه، وعن محمد بن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام: في مدبر قتل رجلاً خطأ؟ قال: «إن شاء مولاه أن يؤدي إليهم الدية، وإلا دفعه إليهم بخدمهم»^(١) الحديث.

وقد صرح الأصحاب بأن المولى مخير في قتل الخطأ بين أداء الفداء ودفع العبد، ولما انتفى الأول في العمد تعين الثاني.

الرابع: إننا إذا قلنا بصيرورته ملكاً لأولياء المقتول بمجرد القتل، فهل لهم بيعه قبل القبض، وكذا لغيرهم أن يبيعه عنهم فضولاً، أم لا يجوز ذلك إلا بعد استقرار الملك، ورفع اليد عن القصاص، فيصح حينئذ بيعهم، لاقتضائه ذلك، بخلاف بيع غيره عنهم؟

ويحتمل جوازه ورعاية حال الإجازة، فإن حصلت كان بيع الفضولي كبيع المالك، وإلا حكم ببطلانه، كما لو قتل العبد مولاه وباعه فضولي عن أوليائه، فإن الحكم ما ذكر، وهو الأظهر، وكذلك الكلام في الرهن، أما العتق فلا يقع فضولاً.

الخامس: أن التلف الحاصل بعد قبض المبيع، إذا كان مستنداً إلى سبب سابق علم به المشتري، هل يقتضي بطلان البيع، أم لا؟

ولا ريب في الثاني، إلا إذا كان صحة العقد مع وجود ذلك السبب مراعاةً إلى انكشاف حال أثره، ولولا المراعاة لكان باطلاً، فحينئذ يحكم بالبطلان إذا تحقق التلف.

(١) الكافي ٧: ٣٠٦/١٦، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٦/١٦٢، الوسائل ٢٩: ٢١١، أبواب ديات النفس، ب ٩، ح ٣.

إذا تحققت هذه المقدمات فاعلم: أنه يترتب على الأولى - بناءً على انقطاع حق المولى عن رقبة العبد، واستحقاق أولياء المقتول لها كما قوّيناه - أنه لا يجوز للمولى عتقه مطلقاً، وكذلك بيعه ورهنه عن نفسه، ولا ينتقل ثمنه إليه، وكذلك على الاحتمال الثالث الذي ذكرناه.

ويترتب على الثانية: أنه على المشهور لا يصح عتقه أيضاً، وأما بيعه ورهنه فلا يصحّ عن أولياء المقتول؛ لعدم تملّكهم له، وأما عن أنفسهم فلا يلزم قطعاً.

وهل يصحّ ويقع مراعى، أم يبطل من أصله؟ وجهان: من أنه مأمور بالدفع - كما علم من الثالثة - ومنهيّ عن البيع والرهن، المقتضيين لوجوب دفعه إلى المشتري والمرتهن؛ لاستحالة تعلّق الأمر بهما، فلمّا ثبت الأوّل انتفى الثاني، فانتفى ملزومه، وهو وقوع العقد عن المولى، ووجه الاستلزام ظاهر؛ إذ صحّة العقد عن المالك مشروطة بالقدرة على التسليم وموجبة له، فلمّا انتفى القدرة والإيجاب لزم بطلان البيع.

ومن أن الاستلزام المذكور في غير العقد المراعى، وأما فيه فشرائطه وآثاره تعتبر مراعاةً أيضاً كأصله، كما في بيع الرهن، وأنه إذا صحّ بيع الفضوليّ، فبيع المالك الواقع مراعىً أولى بالصحة، وفيه نظر.

وعندي في ذلك توقف وإشكال، وربما يتّضح في حكم بيع المرهون حقيقة الحال.

ويترتب على الأولى والرابعة: أنه لو باعه المولى عن أولياء المقتول،

صَحَّ ذلك فضولاً، وكذلك لو رهنه، وأمّا العتق فلا يصحّ فضولاً، فيبطل لو صدر منه.

ويترتب على الخامسة: أنّه لو قلنا بصحّة بيع المالك له عن نفسه، فإذا استرقّه الأولياء أو قتلوه بطل البيع من أصله، ويرجع المشتري إلى ثمنه، ولا يكون التلف مضموناً عليه وإن علم السبب.

وفي إجراء حكم تسليم الثمن إلى الغاصب على الثمن المذكور إشكال، والوجه، ضمان البائع له، كما هو مقتضى الأصل.

فالمتحصّل: أنّ الأقوى بطلان العتق، ويقوى بطلان البيع والرهن أيضاً على إشكال.

الموضع الثاني: إذا قتل حُرّاً خطأ - كما ذكر - فهل يصحّ فيه ما ذكر، أم لا؟ وفيه أقوال:

الأول: أنّه يبطل مطلقاً ما لم يدفع الفداء قبله، أو يضمّنه لأربابه، وهذا هو الذي نصّ عليه ابن إدريس، وفهم من كلام الشيخ في الخلاف الموافقة له في ذلك في كتاب الرهن^(١)، وقد أشرنا إلى كلامه فيه.

والمحكّي عنه في المبسوط: أنّه حَكَمَ ببطلان العتق والرهن^(٢)، وظاهره بطلان البيع أيضاً.

الثاني: أنّه يصحّ البيع ويبطل غيره، وهو المحكّي في المختلف عن ابن الجنيّد، حيث قال: ولو جنّى العبد خطأ فبادر مولاه فأعتقه، جاز عتقه،

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٥٦٥٥، الخلاف ٣: ٢٣٥-٢٣٦.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٢-٢١٣، ٥: ١٦١.

ويضمن^(١) الدية كمالاً لأولياء المجني عليه، ولو ذبره متطوعاً أو كاتبه أو باعه والجناية تحيط برقبتة، بطل فعل السيّد في ذلك كلّ إن لم يجوز وليّ المقتول أو المجروح؛ لأنّه^(٢) يستحقّ رقبة العبد بما فعّله السيّد ورضي بالدية^(٣). انتهى.

وظاهره تساوي ما عدا العتق في البطلان، ويحتمل تعميم الإجازة في كلامه للسابقة على العقد واللاحقة، فيبقى حينئذٍ موقوفاً كالفضوليّ، فلا يبطل من أصله.

وقال العلامة في المختلف: والوجه التسوية بين العتق وغيره من التصرفات في أنّها تصحّ، ويضمن السيّد الدية، و^(٤) الأقلّ من الدية وقيمة العبد على الخلاف. نعم، لو كان السيّد معسراً فالوجه ما قاله ابن الجنيد، قال: ويمكن المصير إلى ما قاله ابن الجنيد؛ لأنّها رقبة تعلّقت بها الجناية، ولا^(٥) يمضي تصرّف المولى فيها كالمرهون، ويفارق العتق غيره؛ لأنّه مبنيٌّ على التغليب^(٦) والسراية^(٧).

الثالث: أنّه يبطل العتق ويصحّ غيره، وهذا هو اختيار الصيمري^(٨)،

(١) في «ف»: ضمن.

(٢) في المصدر: فأنّه.

(٣) عنه في مختلف الشيعة ٩: ٤٥٠.

(٤) في المصدر: أو.

(٥) في المصدر: فلا.

(٦) في المصدر: التغليب.

(٧) مختلف الشيعة ٩: ٤٥٠ - ٤٥١.

(٨) غاية المرام ٢: ٢٣-٢٤.

ويشعر به كلام الشهيد الثاني، حيث إنه حَكَمَ في المسالك بصحة البيع والرهن^(١)، وقال في كتاب الجنایات بعد أن ضعّف دليل المجوّزة^(٢) للعتق: فالأولى حينئذٍ تقييد الصحة بأداء المولى^(٣) الدية، سواء كان موسراً أو^(٤) معسراً، قال: وقد يشكل حينئذٍ بأنّ العتق لا يقع موقوفاً لبنائه على التغليب، بل إما أن يُحكم بصحته منجزاً أو يبطلانه^(٥). انتهى.

الرابع: أنّه يصحّ الجميع، وهو اختيار المحقّق الكركي في الشرح^(٦)، وظاهر العلامة في الإرشاد، حيث حَكَمَ بصحة العتق والرهن^(٧)، ولم يشترط في البيع عدم الجناية.

وكذا الشهيد، حيث حَكَمَ في الدروس واللمعة بجواز البيع والرهن^(٨)، ولم يشترط في المعتق عدم الجناية.

واعلم: أنّه قد اضطرب كلام الفاضلين في هذه المسألة، أمّا المحقّق فقال في النافع: الأشبه اشتراط صحة العتق بتقدّم الضمان^(٩). ولم يتعرّض

(١) مسالك الافهام ٣: ١٧١، و ٤: ٢٥.

(٢) في «حج»: المجوّز.

(٣) في «ك، حج»: الولي.

(٤) في المصدر: أم.

(٥) مسالك الافهام ١٥: ١٣٦-١٣٧.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٩٩، و ٥: ٥٧.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢، و ١: ٣٩٢.

(٨) الدروس ٣: ٢٠٠، و ٣٩٢، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٨، و

لحكم غيره.

وقال في بيع الشرائع: لا تمتنع جناية العبد من بيعه ولا من عتقه، عمداً كانت الجناية أو خطأ، على تردّد^(١).

والتردد يحتمل أن يكون في الجميع، أو في العمد مطلقاً، أو في العتق مطلقاً، وحمل في المسالك على الثاني^(٢).

وقال في رهنه: ويصحّ رهن الجاني خطأ، وفي العمد تردّد، والأشبه: الجواز^(٣)، وهذا يؤيد ما في المسالك^(٤).

وقال في كتاب القصاص: إذا قتل العبد حرّاً عمداً، فأعتقه مولاه، صحّ، ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصحّ لثلاً يبطل حقّ الولي^(٥) من الاسترقاق كان حسناً، وكذا البحث في بيعه وهبته، ولو كان خطأ قيل: يصحّ العتق، ويضمن المولى الدية، على رواية عمرو بن شمير عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام^(٦)، وفي عمرو^(٧) ضعف، وقيل: لا يصحّ إلا أن يتقدّم ضمان

(١) شرائع الإسلام ١٦: ٢.

(٢) مسالك الافهام ١٧١: ٣.

(٣) شرائع الإسلام ٩٢: ٢.

(٤) مسالك الافهام ٢٥: ٢٦-٢٧.

(٥) في «ف»: المولى.

(٦) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠/١٧٢، الوسائل ٢٩: ٢١٦، أبواب ديات النفس، ب ١٢، ح ١.

(٧) عمرو بن شمير، أبو عبد الله، عده البرقي والشيخ من أصحاب أبي عبد الله الصادق عليه السلام،

وقال النجاشي عنه: أنه ضعيف جداً.

رجال البرقي: ٢١٧/٤٨٦، رجال النجاشي: ١٢٨/٣٣٢، و٢٨٧/٧٦٥، رجال الطوسي:

الدية أو دفعها^(١).

وهذا يقتضي الميل إلى القول الثاني في العتق، وربما يظهر منه طرد الحكم في البيع أيضاً.

وأما العلامة فقال في الإرشاد^(٢) ما ذكر، وفي موضع من قصاص المختلف^(٣) ما نقلنا عنه، ومقتضاه اشتراط الإيسار في صحة تصرفاته، مع ميله إلى قول ابن الجنيّد، واختار في موضع آخر من كتاب القصاص^(٤) ما ذكره الشيخ في النهاية، حيث قال: وإذا قتل عبد حُرّاً خطأ فأعتقه مولاه، جاز عتقه ولزمه دية المقتول^(٥).

وصرح في كتاب البيع بجواز بيع الجاني عمداً^(٦)، وفي كتاب الرهن بجواز رهن الجاني مطلقاً^(٧).

وقال في بيع القواعد: ويصحّ بيع الجاني وإن كان عمداً وعتقه^(٨)، وذكر مثل ذلك في الرهن^(٩).

(١) شرائع الإسلام ٤: ٢١٥.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٢٠٥.

(٣) مختلف الشيعة ٩: ٤٥٠-٤٥١.

(٤) مختلف الشيعة ٩: ٣٤٢.

(٥) النهاية: ٧٥٣.

(٦) مختلف الشيعة ٥: ٣٤٢-٣٤٣.

(٧) مختلف الشيعة ٥: ٤٣٠-٤٣١.

(٨) في المصدر: ويجوز.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ٢٣.

(١٠) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

وقال في أحكام العيب من القواعد: لو باع الجاني خطأ، ضمن أقلّ الأمرين على رأيي، والأرشد على رأيي، وصحّ البيع إن كان موسراً، وإلاّ تخيّر المجني عليه، ولو كان عمداً وقف على إجازة المجني عليه^(١).

وقال في عتقه: وهل يصحّ عتق الجاني؟ الأقرب ذلك إن كانت خطأ وأدى المال أو ضمنه مع رضاه، وإلاّ فلا^(٢).

ومقتضاه ظاهراً اختيار بطلان العتق مطلقاً؛ لأنّه إذا أدى المال في الخطأ أو ضمنه، ورضي المجني عليه أو أولياؤه بذلك، صحّ إجماعاً.

ويحتمل أن يريد^(٣): أنّه يصحّ موقوفاً إلى أن يتحقّق أحد الأمرين إذا تأخرا عن العتق.

وقال في كتاب القصاص: ولو أعتقه مولاه بعد قتل الحرّ، ففي الصّحة إشكال. نعم، لا يبطل حقّ الوليّ من القود، ولو باعه أو وهبه وقف على إجازة الوليّ، ولو كان خطأ صحّ العتق إن كان مولى الجاني مليّاً، وإلاّ فالأقرب المنع^(٤).

واختار في التذكرة صّحة بيعه مطلقاً، وقال: أنّه الأقوى بين علمائنا^(٥)، وكذلك صّحة رهنه مطلقاً^(٦)، ولم يتعرّض لحكم عتقه في كتاب البيع

(١) قواعد الأحكام ٢: ٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٩٨.

(٣) في « ف، حج، ك »: يردّ.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٦٠١.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٥٧.

والرهن.

وأما في التحرير فَحَكَمَ في كتاب البيع بجواز بيع الجاني مطلقاً^(١)،
ويظهر من كلامه بعد ذلك: أَنَّهُ لا فرق في الصَّحَّة بين إيسار المولى وإعساره.
وَحَكَمَ في كتاب الرهن بصحَّة رهنه أيضاً مطلقاً^(٢)، ولم يتعرَّض لعقته
في كتاب العتق.

وقال في كتاب الجنایات: لو أعتقه موله بعد أن قتل عمداً حرّاً^(٣)
فالأقرب عندي الصَّحَّة، لكن لا يسقط حقُّ الوليِّ من القود والاسترقاق،
ثمَّ قال: وكذا البحث في البيع والهبة، ولو كان القتل خطأ، قيل: يصحَّ
العتق، ويضمن المولى الدية، وعليه دلَّت رواية عمرو بن شمير عن جابر
عن الباقر عليه السلام، وعمرو ضعيف، وقيل: لا يصحَّ إلا أن يتقدَّم ضمان الدية
أو دفعها^(٤). انتهى. وهذا يقتضي التردّد منه في الخطأ، بل الميل إلى المنع.

وأما غير الفاضلين ممَّن لم نذكر أقوالهم فمنهم: الشيخ في النهاية حيث
حَكَمَ بصحَّة العتق^(٥) - كما سبق - ولم يذكر غيره.

وابن زهرة^(٦)، وسمعت كلامه، ومقتضاه: جواز البيع إذا التزم المولى
بالأرش.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤٧١.

(٣) ساقطة من «ف».

(٤) تحرير الأحكام ٥: ٤٤٩.

(٥) النهاية: ٧٥٣.

(٦) غنية النزوع: ٢١٠.

والقاضي^(١) ومقتضى أول كلامه - كما سبق - هو بطلان الرهن، ومقتضى آخره وقوعه موقوفاً إلى أن ينكشف الحال.

وابن سعيّد في النزّهة فقال: إذا قتل خطأ، أو جرح جراحةً تحيط بشمّنه، لا يجوز لسَيِّده بيعه إلّا بعد أن يحمل^(٢) أقلّ الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية، أو يسلمه ليستوفي منه حقّ الجناية^(٣).

وقال أيضاً: لا يجوز رهنه إذا قتل أو جرح، إلّا بعد رضا أولياء المقتول^(٤).

وفخر الإسلام، وقد اختار في كتاب العتق: أنّ الجناية إن كانت عمداً، لم يصح العتق إلّا بإذن وليّ الدم، وإن كانت خطأ فكذا، إلّا إذا أدى المالك المال أولاً، أو ضمن كذلك^(٥).

واختار في كتاب الجنائيات: بطلان العتق في العمد، وصحته في الخطأ إن كان المولى ولياً، وبطلانه بدونه^(٦).

والسيوري، وقد حَكَم ببطلان العتق في العمد، وصحّته في الخطأ، مع سبق دفع الدية، أو ضمانه، أو رضا الولي، وبطلانه بدونه^(٧).

(١) المهذب: ٥٩.

(٢) في المصدر: يتحمّل.

(٣) نزّهة الناظر: ٧٣.

(٤) نزّهة الناظر: ٨٥ - ٨٦.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٤٦٥.

(٦) إيضاح الفوائد ٤: ٥٨٤.

(٧) التنقيح الرائع ٤: ٤٢٣ - ٤٢٤.

وأبو العباس فاختر في المقتصر جواز العتق في الخطأ^(١)، وسكت عن غيره، واحتمل قوياً في المهذب بطلانه في العمد^(٢).

والصيمري، وقد سبق فتواه، وبقي شيء، وهو: أنه ذكر أنه لا خلاف في جواز بيع الجاني، إذا كانت الجناية خطأً أو شبهه العمد^(٣)، مع نقله الخلاف في الرهن^(٤).

هذه جملة ما وقفت عليه من كلمات الأصحاب.

[تحقيق مسألة العبد الجاني خطأ]

ولنقدم لتحقيق المسألة أموراً:

الأول: أنه في الخطأ هل يتعلّق الحقّ برقبة العبد أو المولى؟ الحقّ الأوّل؛ لأنّه الجاني، والمولى لا يعقل عبده، ولنقل الإجماع عليه في المبسوط، والخلاف، والسرائر^(٥) كما سبق، ولما تقدّم من الأخبار الدالة على ذلك.

الثاني: أنه هل يصير ملكاً للوئى والفداء بدله - الذي جعله الشارع حقّاً للمولى بحيث إذا دفعه استولى على العبد وإلا بقي ملكاً للوئى - أو لا، بل هو ملك للمولى، ولا يخرج منه إلا إذا امتنع من الأداء، أو لم يتمكّن منه،

(١) المقتصر: ٤٢٨.

(٢) المهذب البارع ٥: ١٧٦.

(٣) غاية المرام ٢: ٢٢.

(٤) غاية المرام ٢: ١٤٢.

(٥) المبسوط ٥: ١٦١، الخلاف ٣: ٢٣٥ - ٢٣٦، و ٤: ٥٤٦، السرائر (ضمن موسوعة ابن

فاختار الولي استرقاقه، فيملكه حينئذٍ؟.

يحتمل الأوّل؛ لبعض الأخبار السابقة في المدبّر^(١) والمكاتب^(٢)، والثاني؛ للأصل، ولكون الخيار للمولى، وخروجه عن ملكه بمجرد الجناية منافٍ لذلك، بل هو تابع لاختياره ذلك، ولعلّ هذا هو الأقرب.

الثالث: أنّه لا ريب في أنّه لا يتعيّن على المولى دفعه إلى الولي؛ لتخيّره بينه وبين الفداء، وإنّما يجب عليه مع العجز عن الفداء، فيتعيّن الدفع، كما هو شأن الواجب المخير، إذا انحصر الممكن في بعض أفرادهِ.

الرابع: أنّه يفرق بين العمد والخطأ بما ذكر، وبأنّه ينحصر حقّ الولي إذا استولى على العبد في الاسترقاق، وليس له القصاص.

الخامس: أنّه يفرّق بين العتق والبيع والرهن، بأنّ الأوّل لا يقع من الفضوليّ قطعاً، وهل يقع من المالك مراعىً؟ إشكال، والوقوع قويٌّ؛ عملاً بالأصل وبشوته في عتق المريض إذا لم يعلم بخروجه من الثلث، فیراعى ذلك أو الإجازة.

وأما الآخران فيقعان من الفضوليّ، وفي وقوعهما مراعىً وجه قويٌّ تبين في حكم الرهن.

ويترتب على الأوّل: أنّه ليس للمولى إسقاط حقّ الولي من العبد إلّا

(١) الكافي ٧: ٣٠٥، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٦/١٦٠، الوسائل ٢٩: ١٠٢، أبواب القصاص، ب ٤٢، ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٣٠٨، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٨-٢٢٧، الوسائل ٢٩: ١٠٥، أبواب القصاص، ب ٤٢، ح ٢.

بالفداء.

وعلى الثاني: أنّه بناءً على بقاءه في ملكه تقع تصرّفاتة في الملك، وعلى خروجه، أنه يقع فضولاً فيبطل العتق، ويقف غيره على الإجازة. ولو أدى إلى الوليّ الفداء وسقط حقّه من العبد، ففي صحّة العقد إشكال تقدّم في محله.

وعلى الثالث: أنّه إن كان معسراً تعيّن عليه الدفع، فلا ينفذ التصرّف المنافي له، وإن كان موسراً وقلنا ببقاء ملكه فلا مانع من تصرّفه من هذه الجهة؛ لأنّه يكون التزاماً بالفداء فيلزم به.

وفيه إشكال؛ لاحتمال عروض الإعسار، أو البناء على الامتناع، فيقع تصرّفه إن صحّ مراعىً مطلقاً.

وعلى الرابع: أنّه ظهر قول الشيخ في المبسوط بإمضاء العتق في العمد^(١)؛ لعدم منافاة الحرّية للقوق الذي هو حقّ الوليّ بالأصالة لا في الخطأ؛ لانحصار الحقّ في الاسترقاق مع عدم الفداء، والحرّية منافية لذلك، فيبطل العتق؛ لأنّه لا يقع مراعىً، وكذلك حكم البيع والرهن إذا قلنا بأنّه لا يقع مراعىً.

وأما الخامس: ففائدته ظاهرة ممّا ذكر، وقد وردت رواية في صحّة العتق، رواها الشيخ عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد قتل حرّاً خطأً، فلمّا قتله أعتقه مولاه، قال: فأجاز

عتقه، وضمنه الدية»^(١).

ولما فيها من ضعف السند والإرسال والمخالفة لفتوى الأكثر لا تصلح حجةً يعتمد عليها في المقام.

الموضع الثالث: إذا قتل عمداً عبداً لغير المولى، فإن لم نعتبر القيمتين - كما نسب إلى إطلاق أصحابنا في التحرير^(٢) - فالبحث كالحرّ، وإن اعتبرناها^(٣) كما هو اختيار القواعد^(٤)، فإن كانت قيمة القاتل مساويةً أو أقلّ فكما ذكر، وإن كانت أكثر، ففي التحرير: إن اقتصر ظهر بطلان العتق وكان الفاضل لمولاه، ويحتمل عدم القصاص، وإن عفي عنه إلى^(٥) مالٍ وافتكّه مولاه نفذ العتق، وإلا استرقّ المولى منه بقدر قيمة عبده، وحكم بحرّية الباقي^(٦). انتهى.

وبناءً على قول الشيخ في المبسوط^(٧) إذا كان المولى معسراً لا يتمكن من ردّ فاضل القيمة ليقترض، وتعين حقّه في الاسترقاق، فيلزم تساوي العمد والخطأ حينئذٍ في بطلان العتق، إلّا فيما زاد منه عن قيمة المقتول، فيكون كعتق الشريك، وكذلك الحكم في البيع والرهن.

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠ / ١٧٢، الوسائل ٢٩: ٣١٦، أبواب ديات النفس، ب ١٢، ح ١.

(٢) تحرير الأحكام ٥: ٤٤٢-٤٤٣.

(٣) كذا، والظاهر: اعتبرناها.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٩٦، ٥٩٩، ٦٠١.

(٥) في المصدر: على.

(٦) تحرير الأحكام ٥: ٤٥٠.

(٧) المبسوط ٥: ١٦١.

ولا يبعد أن يقال بأنه إذا أعتق لا يجوز القصاص منه للعبد إلا بعد إبطال العتق؛ إذ لا يقتض من حرّ لمملوك، كما نصّ عليه في الروايات^(١) والفتاوى.

ولو جرح العبد حرّاً أو عبداً، عمداً أو خطأً، فالحكم كما ذكر في القدر المقابل للجناية، كلاً أو بعضاً، إلا أن القصاص هنا حيث جاز لا يبطل التصرف السابق إذا صحّ إلا في العتق، كما سبق.

الموضع الرابع: في حكم التصرف حيث قلنا بصحته، فإن كان عتقاً، وكانت الجناية موجبةً للاسترقاق خاصةً، بالأصل، أو لعرض كالإعسار، فإذا استرقه بطل العتق؛ لأنّ العتق النافذ في الحال يمنع من الرقبة، فالرقبة تقتضي بطلان العتق من أصله، ولو استرق بعضه صحّ في الباقي، وكان كإعتاق الشريك نصيبه.

وإن كانت موجبةً للقصاص أيضاً، فإن كان في النفس، تعيّن اختياره على قول المبسوط^(٢)، ونفذ العتق من حينه.

والأقرب بقاء الاختيار بين القصاص والاسترقاق؛ لعموم الدليل بلا معارض.

فإن قلنا بأنّ العتق لا يقع موقوفاً، حكمنا ببطلانه حينئذٍ من أصله لا محالة، وتغليب جانب الحرية إن اقتضى نفوذ العتق، فحفظ النفس

(١) الكافي ٧: ٣٠٤/٢، تهذيب الأحكام ١٠: ٢١٨/١٣١، الوسائل ٢٩: ٩٦، أبواب القصاص،

ب ٤٠، ج ٣.

(٢) المبسوط ٥: ١٦١.

يقتضي جواز الاسترقاق، وهو أولى بالرعاية.

وإن كان في الطرف فالحكم كما ذكر، فإن اقتصر نفذ العتق، وإن استرق، فإن كانت الجناية مستغرقة واسترق الجميع، بطل العتق، وإلا صحّ في الباقي كما ذكر.

وإن كانت الجناية مما يستحقّ المولى أن يفدي عنها، وتمكّن من ذلك، فمقتضى رواية جابر^(١) لزوم الفداء عليه، وهو الذي أفتى به الشيخ في النهاية^(٢) وغيره^(٣).

ويمكن الاستدلال عليه: بأنّ وضع العتق على النفوذ في الحال، ولمّا أعتق وأمكنه الفداء حكم عليه بذلك، وإنّما كان مخيراً ما لم يأت بها يرفع تخييره، فإنّ الإعطاء التزام بالفداء.

وبوجه آخر: أنّه لما كان مكلفاً بأحد الأمرين: الدفع والفداء، ولمّا أعتق لم يجر له إبطاله؛ لوجوب الوفاء بكلّ عهدٍ وعقدٍ مطلقاً، فتعذر الدفع كما لو أتلّفه، فتعيّن الآخر، وهو المطلوب.

وهذا الوجه أولى؛ إذ لما منع أن يمنع كون الالتزام موجباً للزوم مطلقاً، فإنّه يختصّ بحقّ الخيار ونحوه ممّا يختصّ الحقّ به؛ لأنّ كلّ حقّ يزول بإسقاط أهله، وأمّا فيما نحن فيه فغاياته أنّه إذا اختار شيئاً لم يجر للآخر أن يختار غيره، ولا يلزم عليه العمل بمقتضى اختياره إلا بعد العمل به،

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠/ ١٧٣، الوسائل ٢٩: ٢١٣، أبواب ديّات النفس، ب ٤٠، ح ٣.

(٢) النهاية: ٧٥٣.

(٣) المهذب ٢: ٣٩١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٦: ٥٥-٥٦، المختصر النافع: ٢٩٦.

فيجب الاستمرار عليه.

ولو رضي الوليّ بالفداء في العمد، فلا يجب على المولى قبول ذلك مع عدم التصرف، فإذا تصرف بالإعتاق، ففي وجوب القبول حينئذٍ نظر؛ من أنه يجب عليه إمضاء عتقه مع الإمكان، ومن كون المفاداة في العمد معاملةً جديدةً لا يجب عليه فعلها.

ويحتمل التفصيل بين ما إذا تقدّم رضا الوليّ بالفداء على العتق، وتأخره عنه، فيجب القبول في الأول؛ لكون الإعتاق التزاماً به، فالمعاملة قد تحققت بذلك، بخلاف الثاني، وهو قريب.

ولا يبعد أنه إذا كان رضاؤه بالإجازة للعتق أنه يجب عليه الفداء أيضاً، وهو الظاهر، وحيث امتنع المولى من الفداء فيما يرتفع حقّ الوليّ به، كان له استرقاق العبد؛ لسبق حقه.

ولو فدى العبد نفسه جاز وسقط حقّ الوليّ، وفي رجوعه إلى المولى ما ثبت في سائر الديون، ويمكن القول برجوعه هنا إليه مطلقاً إذا لم يكن متبرعاً^(١)، وإن لم يأذن له - لتعلق حقه بالأداء - فله المطالبة به.

وإن كان يبيعاً أو رهناً، فلا ريب في أنه لا يرفع الخيار الثابت للوليّ، فإن استرقّ الكلّ أو قتله - حيث جاز له ذلك - بطل الرهن.

وهل يبطل البيع من أصله، أو ينفسخ من حينه، أو يكون كالتلف الطارئ على المبيع، فيثبت الخيار للمشتري مع جهله للعيب السابق على

(١) في هـ، ك، هـ: تبرعاً.

البيع لا مع علمه، فيكون كبيع المريض الذي يخاف عليه من الموت، إذا مات بعد البيع والقبض، وبيع الأرمـد الذي يخاف عليها من العمى، فعمي بعدها وانعتق بذلك؟ أو يفرّق بين القتل والاسترقاق الثابت استحقاقه ابتداءً، والاسترقاق الذي استحقّقه بعد امتناع المولى من الفداء، أو عجزه منه، فيبطل في الأوّل من أصله لا الثاني؟

والأوّل هو الظاهر من جماعة منهم ممّن صرّح بالبطلان إذا قتل الوليّ أو استرقّ، ويكون البيع موقوفاً أو مراعىً، وهو العلّامة في التحرير، والشهيد في الدروس، والصيمري في الخطأ، بأنّه إذا لم يفد المولى كان له الانتزاع فيبطل البيع^(١).

والرابع هو الظاهر من تعبير بعضهم في الخطأ: بأنّ له خيار الفسخ إذا لم يفد المولى، كالعلّامة في القواعد والشهيد الثاني في الروضة والمسالك^(٢).

واحتمل في التذكرة في صورة القصاص: أنّ للمشتري الجاهل الأرض، وهو قسط قيمة ما بينه جانباً وغير جانٍ، ولا يبطل البيع من أصله^(٣).

والوجه هو الأوّل؛ لأنّ سبق الحقّ اقتضى بطلان البيع المنافي له، وإنّما سوّغناه على أن يكون مراعىً، فإن زالت المنافاة علمنا صحّته وإلّا فبطلانه، والفرق بينه وبين بيع المريض والأرمـد: أنّ التلف هنا على وجه

(١) تحرير الأحكام ٥: ٤٤٩، الدروس ٣: ٢٠٠، غاية المرام ٢: ٢٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٣، الروضة البهية ٣: ٢٦٢ - ٢٦٣، مسالك الافهام ٣: ١٧١.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤.

سبق الاستحقاق، وهناك على وجه حقوق الاتفاق، وإنّما السابق العيب، وهو مقتضى للخيار مع الجهل.

وإذا اختصّ الاسترقاق بالبعض، أو القصاص بالطرف، صحّ البيع والرهن في الباقي، وثبت للمشتري مع الجهل خيار تبعض الصفقة في الأوّل، وخيار العيب في الثاني، وله خيار العيب مع جهله قبل^(١) أن يستقرّ الحال مطلقاً، كما نصّ عليه الشهيدان، والمحقّق الكرّكي، والصيمري، وكذا العلّامة في العمد، وفي صورة إعسار المولى في الخطأ^(٢)، فقد يجتمع له خياران كما يتفق في غير ذلك وإن اتّحد السبب في الأصل.

وقال في التذكرة في الخطأ مع يسار المولى: إنّه لا خيار للمشتري بعدم^(٣) الضرر، فإنّ الرجوع على غيره^(٤). وهو اختياره أيضاً في التحرير^(٥).

ولو علم بالعيب قبل العيب، أو أسقط حقه منه، لم يكن له خيار أصلاً وإن تأخّر التبعض؛ لأنّ الموجب لثبوت الخيار بسببه، هو سبق السبب المؤدّي إليه على البيع أو على القبض، ولولاه لم يكن له خيار أصلاً، وقد سقط تأثيره بما ذكر، فلا يقتضي تجدد التبعض خياراً أصلاً.

وحيث كان الاختيار في الفكّ بالفداء والدفع إلى المولى، فباعه أو رهنه

(١) في ٤٠٥: قبيل.

(٢) الدروس ٣: ٢٠٠، الروضة البهية ٣: ٢٦٣-٢٦٤، جامع المقاصد ٤: ٩٩، غاية المرام ٢:

٢٢-٢٣، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤.

(٣) المصدر: لعدم.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٣.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠-٢٨١.

كان التزاماً بالفداء، ويكون ضامناً له، كما اختاره الشيخ في النهاية في العتق، ونصّ عليه العلامة في المختلف فيه، وفي سائر التصرفات، وفي التحرير والتذكرة والقواعد في البيع، والشهيدان، والصيمري فيه أيضاً، والشهيد الثاني في الرهن أيضاً^(١).

والظاهر أنه لا يلزم عليه ذلك مطلقاً، بل له تخليصه من الرهن ومن البيع حيث أمكنه ذلك ودفعه إلى الولي، بخلافه في العتق، فإذا لم يمكن التخليص وجب عليه العمل بما التزمه؛ للزوم الوفاء بمقتضى البيع والرهن، وهو يقتضي ما ذكر، أما قبل القبض حيث لم يكن شرطاً للبيع والرهن، فلوجوب الإقباض، والوفاء بالعقد مع الإمكان، والفرص تمكّنه من ذلك، فوجب عليه، وأما بعده، فلاّته لما كان الخيار إليه وقد فوّته على الولي بتصرفه كان هو المطالب بالفداء، وقد زال تخييره بينه وبين الدفع، فتعيّن الفداء؛ لأنّ في ذلك جمعاً بين الحقيقتين.

ويحتمل القول ببقاء الخيار؛ عملاً بالأصل، ولأنّ البيع والرهن لو لم يقع مراعى لبطل من أصله، ومقتضى المراعاة عدم اللزوم إلى أن تسقط جميع الحقوق عنه، فإذا لم يفده المولى لعدم وجوبه عليه في الأصل [تسلّط المجني عليه على العبد]^(٢).

وهذا هو اختيار العلامة في رهن القواعد، حيث قال: ولا يُجبر السيّد

(١) النهاية: ٧٥٣، مختلف الشيعة ٧: ٤٣١، و ٥: ٣٤٢-٣٤٣، و ٤٣٠-٤٣١، تحرير الأحكام ٢:

٢٨٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤٣-٤٤٤، قواعد الأحكام ٢: ٧٦، الدروس ٣: ٢٠٠، مسالك

الافهام ٣: ١٧١، غاية المرام ٢: ٢٢-٢٣، مسالك الافهام ٤: ٢٥-٢٦، الروضة البهية ٤: ٧١.

(٢) ما بين المعقوفتين يقتضيه السياق.

على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجني عليه^(١)، وهو خلاف مختاره في سائر كتبه^(٢).

وفي كتاب البيع من القواعد: ولو اختار المشتري الفداء فله ذلك، والبيع بحاله؛ لقيامه مقام البائع في التخيير^(٣)، كما في التذكرة، ونحوه في التحرير^(٤) من غير ذكر التعليل، وحكمه في الرجوع فيما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه كما في التذكرة^(٥).

وقال في التحرير: يرجع به عليه مع الإذن خاصة^(٦). وبه نصّ في المسالك^(٧)، وفيه وجه آخر تقدّم في العتق.

وليعلم: أنّه إذا اختار الوليّ الاسترقاق، وعفا عن القصاص، وقلنا بأنّ للمولى الخيار حيثنّذ بين الفداء والدفع مطلقاً حتى في القتل، كما احتمله بعضهم^(٨)، أو فيما إذا كان المقتول مملوكاً، كما احتمله آخر^(٩)، أو في الجروح كما اختاره العلامة في موضع من القواعد^(١٠)، أو إذا لم يحيط أرش

(١) قواعد الأحكام ٢: ١١٠-١١١.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤٧١-٤٧٢، تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٧٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤، تحرير الأحكام ٢: ٢٨١.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٢٨١.

(٧) مسالك الافهام ٣: ١٧٢.

(٨) المختصر النافع: ٢٩٥.

(٩) إرشاد الأذهان ٢: ٢٠٢.

(١٠) قواعد الأحكام ٣: ٦٠٠.

الجراحة^(١) برقبته، كما يظهر من بعض الأخبار^(٢)، فالحكم فيه كما في قتل الخطأ، بالنظر إلى تصرفات المولى قبل الفداء، وكذا الجراحة التي لا قصاص فيها.

ولو تراضى الولي والمولى على الفداء في العمد، فالحكم كما سبق.
ويظهر من العلامة في المختلف: أنه لا يجب على المولى دفعه بعد البيع^(٣)، مع أنه في الخطأ حكم بكونه التزاماً به^(٤).
وقال في أحكام العيب من القواعد: ولو كان عمداً وقف على إجازة المجني عليه، ويضمن الأقل من الأرش والقيمة، لا الثمن معها^(٥). انتهى، وهو الأقوى.

ثم إنه على المختار من الحكم ببطلان البيع من أصله بعد القتل أو الاسترقاق كلاً وإن استرق بعضه ففي البعض خاصة يرجع المشتري بالثمن على البائع، وكذا بيعه الذي ذهب عنه مقابله من العبد، إذا التزم بالعقد في الباقي.

ولا فرق في ذلك بين علمه بجنائته وبقاء حقها برقبته، وجهله بذلك، ولا بين بقاء الثمن وتلفه؛ لما ذكرنا من كونه وقع مراعى، مع كون البائع مالكا، فلا يجري عليه أحكام الغاصب.

(١) في «م»: الجناية.

(٢) الاستبصار ٤: ٢٧٤-٢٧٥/ ١٠٤١، الوسائل ٢٩: ١٠٤، أبواب القصاص، ب ٤٥، ح ١.

(٣) مختلف الشيعية ٥: ٣٤٢-٣٤٣.

(٤) مختلف الشيعية ٥: ٤٣١.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٧٦.

وقال العلامة في التذكرة والتحرير والقواعد، والمحقق الشيخ عليّ في الشرح، والشهيد الثاني في المسالك: أنّه إنّما يرجع مع الجهل لا مع العلم^(١)، قال في المسالك: لأنّه اشترى معيّباً عالماً بعيبه^(٢).

قلنا: بل اشترى معيّباً مراعىً، فإذا بطل رجع بثمنه، وإنّما أقدم على عيب المراعاة والتزلزل، لا عيب البطلان، وهُم قد اعترفوا بكونه مراعىً في العمد^(٣)، وصرّح به جماعة منهم في الخطأ^(٤).

وقال العلامة في التحرير: ولو قطع العبد يد غيره عمدًا، ثمّ بيع^(٥) وقُطعت يده عند المشتري، كان له الردّ والأرث، ولو كان المشتري عالماً قبل العقد، فلا شيء له ولم يسقط الردّ؛ لوجوب القطع في ملك البائع^(٦). انتهى.

والمراد عدم سقوطه مع الجهل لا مع العلم، فيكون رجوعاً إلى أوّل الفرض، وغرضه أن لا يسقط بزعم تجدد العيب الردّ؛ لسبق سببه.

وقال في التذكرة: ولو أوجبت قطع عضوٍ فقطع عند المشتري، فقد تعيّب في يده، فإنّ استحقاق القطع دون حقيقته، وفي منع رده بعيبه

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤٣-٤٤٤، و ١١: ٢٠٦، تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠-٢٨١، قواعد الأحكام ٧٦: ٢، جامع المقاصد ٤: ٣٤٤-٣٤٥، مسالك الافهام ٣: ١٧١-١٧٢.

(٢) مسالك الافهام ٣: ١٧٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٣، ٧٦، مسالك الافهام ٣: ١٧١، جامع المقاصد ٤: ٩٩، غاية المرام ٢: ٢٢٣-٢٢٢.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠.

(٥) في المصدر: فبيع.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٢٨١.

إشكال، وعن أحمد روايتان، ولو اشتراه علماً بعيه فلا رد ولا أرش، وبه قال الشافعي وأحمد^(١). انتهى.

والوجه: جواز الرد مع الجهل، والأرش بعيب الاستحقاق للقطع، لا بعيب القطع، ولا يمنع من الرد بالقطع؛ لسبق سببه كما سبق.

السبب الرابع من أسباب النقص: الارتداد وكل ما حدّه القتل من المحاربة واللواط وبعض أقسام الزنا.

أما الارتداد ففي منعه من البيع والرهن أقوال:

[القول] الأول: أنه لا يمنع منها مطلقاً، وهو الظاهر من المحقق الكركي، والشهيد الثاني.

أما الأول، فلأنه ذكر قول العلامة في أحكام بيع الحيوان من القواعد: ويصحّ بيع المرتد وإن كان عن فطرة على إشكال^(٢)، وعلّله: بأنّه لا يخرج بالارتداد عن كونه مملوكاً ومالاً وإن وجب قتله^(٣). واقتصر على ذلك من غير إشكال ولا بيان لوجهه.

وذكر قوله في الرهن: ويصحّ رهن المرتد وإن كان عن فطرة على إشكال^(٤) وقال: منشؤه من جواز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى، ومن أن مقصود البيع حاصل، وأما مقصود الرهن فقد لا يحصل؛ لقتل الفطري

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٤-٤٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢.

(٣) جامع المقاصد ٤: ١٦٠.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

حتماً، والآخر قد لا يتوب، ثم قال: ومما ذكرناه في حكم أم الولد من التوجيه يظهر أن الأقوى هنا الجواز^(١).

وذكر قبل ذلك في الفرق بين الاستيلاد وبين الردة والجناية: أنهما غير مانعين من البيع؛ لبقاء المالية، غاية ما في الباب: أن ذلك سبب لاستحقاق القتل، أو الاسترقاق المانعين من مقصود الرهن، وهذا غير موجود ولا معلوم الوجود، فلا مانع حينئذ، بل المانع متوقع الوجود، فهو كرهن المريض^(٢). انتهى.

وأما الثاني، فقال في المسالك: إن صحة الرهن في غير الفطري وفي الأنثى واضحة؛ لقبول توبته، فماليتها باقية فيه، أما الفطري فيشكل فيه الصحة؛ لأنه لا يُقبل توبته، ويجب إتلافه شرعاً، فتنتفي غاية الرهن وهي التوثق، ووجه الجواز جواز بيعه، وبقاء ماليتها حالة الرهن، وتعرضه للإتلاف لا يصلح للمنع، كرهن المريض المدنف، وهو أجود^(٣).

وظاهرهما: أن الجواز في البيع أظهر منه في الرهن، وظاهر الثاني في الروضة^(٤) جواز الرهن - أيضاً - مطلقاً، وإن كان في المي والمرأة أوضح.

ولا يبعد أن يكون هذا مذهب الشيخ في المبسوط، فإنه أطلق جواز

(١) جامع المقاصد ٥: ٥٧.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٥٢.

(٣) مسالك الافهام ٤: ٢٥.

(٤) الروضة البهية ٤: ٧١.

رهن المرتد^(١)، فيستفاد منه جواز البيع أيضاً، وهو يشمل الفطري وإن كان الغالب خلافه في العبيد، وكذا العلامة في الإرشاد، والشهيد في اللمعة^(٢)، حيث حكم بجواز رهنه وإن كان عن فطرة، ولم يشترط عدم الارتداد في صحة البيع مطلقاً.

وقد تقدّم كلام العلامة في القواعد^(٣)، والظاهر منه - كما فهمه الشارحان القديمان وفهمه المتأخرون^(٤) - استشكله في الفطري، وهو لا ينافي اختياره فيه للجواز وإن لم يكن كغيره. وكأنه لذلك لم يعد الارتداد فيه من موانع تمامية الملك أصلاً، وإن تعرّض للحكم في موضع آخر.

[القول] الثاني: أنه يمنع منهما مطلقاً، ولم أجد قائلاً بذلك، إلا أنه قال ابن الجنيد كما سبق: من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتاً للملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق لرقية بجنايته عن ملكه^(٥).

وهذا يقتضي مساواة البيع للرهن في المنع، إلا أن حمل كلامه على المرتد الفطري أو ما يشمله والمي المصبر على ردّه، أو الرجوع إليها مرتين أو ثلاثاً غير بعيد.

(١) المبسوط ٢: ٢١١.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١٦٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

(٤) كنز الفوائد ١: ٤١٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٤، جامع المقاصد ٥: ٥٧، مفتاح الكرامة ١٥:

٢٧٧-٢٧٨.

(٥) عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٤٠.

لكن فهم منه الصيمري^(١) القول بتعميم المنع، وربما يظهر ذلك من العلامة، والشهيد أيضاً.

[القول] الثالث: جوازهما في المَلِّيِّ والأنثى، والمنع في الذكر الفطريّ، وهو اختيار ابن سعيد في النزّهة، حيث منع منهما في الفطريّ، واقتصر عليه معللاً: بأنّه يجب قتله^(٢).

وهو يقتضي عدم ثبوته في المَلِّيِّ ابتداءً، ولا في الأنثى، وقد استقر به الشهيد في الدروس في البيع^(٣)، مع تصريحه بأنّه في المَلِّيِّ يقع مراعى بالتوبة، وأمّا في الرهن فَحَكَمَ بجوازه في المَلِّيِّ، وقال في الفطريّ: إذا فات^(٤) السلطان قيل: جاز، وهو ظاهر الشيخ^(٥)، وأطلق ابن الجنيد المنع^(٦)، وللفاضل قولان^(٧) إلّا أن تكون أمة^(٨). وهذا يقتضي التردّد منه في الصّحة في الرهن.

وحَكَمَ العلامة في بيع التذكرة في موضعين بجواز بيع غير الفطريّ، وتنتظر في صحة بيعه^(٩)، وصرّح في بيع الحيوان بجواز بيع المرتدّة

(١) غاية المرام ٢: ١٤١-١٤٢.

(٢) نزّهة الناظر: ٨٦.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٠.

(٤) في المصدر: مات.

(٥) المبسوط ٢: ٢١١.

(٦) عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٤٠.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١١٠، مختلف الشيعة ٥: ٤٤٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٢.

(٨) الدروس ٣: ٣٩١.

(٩) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٥، ٣٤٢.

مطلقاً^(١)، واستقرب في رهنها عدم صحّة رهنه، وذكر: أنّ العامة أطلقوا وقالوا يصح رهن المرتد، كما يصح بيعه^(٢).

وحكّم في بيع التحرير بالجواز في غير الفطريّ، وقال فيه: الوجه عدم صحّة بيعه على إشكال^(٣).

وقال في الرهن: يجوز رهن المرتدّ إن كان عن غير فطرة، ولا خيار للمشتري في البيع مع علمه، ثمّ قال: وإن كان عن فطرة أو لم يتب، ولم يعلم المشتري حتى قُتل، ففيه الوجهان، لكن على الثاني يثبت له الأرش، ثمّ قال: ولو رهن قاطع الطريق، فتأب قبل قدرة الإمام عليه، صحّ الرهن؛ لقبول التوبة منه، ولو كان بعدها لم يصح^(٤). انتهى، ولا يخفى ما فيه من الاضطراب.

وحكّم الصيمري بجواز رهنه مطلقاً^(٥)، ولم يتعرّض لحكم بيعه، وبنى فخر الإسلام حكم جواز الرهن في الفتوى على جواز بيعه، ثمّ احتمل منعه وإن جوّز بيعه، وقال: والأصحّ عندي أنّه لا يصحّ^(٦).

والظاهر إرادة الرهن خاصّةً، وقد ذكر في البيع وجهين^(٧)، ولم يفت

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٥٥.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٨١.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٤٧٠-٤٧١.

(٥) غاية المرام ٢: ١٤١-١٤٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ١٤.

(٧) إيضاح الفوائد ١: ٤٤٤.

بشيء.

وتحقيق المسألة: أنه لا ريب في أن مقتضى الأصل والعمومات: صحة بيع المرتد مطلقاً.

ويتخيل في توجيه بطلانه مطلقاً، أو في الفطري، أو في غير المرأة، أو غير ذلك أمور ينبغي ذكرها لينكشف الحال فيها:

الأول: أنه بالارتداد يخرج عن ملك مولاه؛ لتنزله منزلة الميت شرعاً في الإرث وغيره لو كان حرّاً، وفي بينونة زوجته منه مطلقاً، إلا أنه في الفطري يُحكم بذلك بنفس الارتداد من غير أن يوقف^(١) على شيء أصلاً، وفي غيره يُحكم به موقوفاً إلى أن يستتاب، فإن لم يتب فكالفطري، وإن تاب عاد على ما كان عليه، فهو بمنزلة الميت بمجرد الارتداد مطلقاً في ظاهر الحال، وما كان كذلك لا يصح بيعه ولا رهنه، كما أنّ المفقود الذي مضى عمره الطبيعي لا يصح عتقه؛ للحكم بموته شرعاً، ولأنه صار محكوماً عليه بوجوب القتل، والمنع من العتق ومن الانتفاع المنافي لذلك، فإذا انتفى ذلك، كان دليلاً على انتفاء الملك؛ لانتفاء آثاره، والمرأة وإن لم يجز قتلها ولا ينتقل عنها مالها إلا أنّ حكمها الحبس والضرب أوقات الصلاة، وذلك يقتضي أيضاً فوات آثار الملك؛ للحيلولة بين المولى وبينها، والمنع من الانتفاع بها.

والحاصل: أنّ المرتد بارتداده عن أمر الله صار ملكاً لله، غير مالك لنفسه إن كان حرّاً، ولا مملوكاً لغيره إن كان رقاً، بل يجري عليه أمر الله

(١) كذا في النسخ ولعل الظاهر: يوقف.

من القتل وغيره، حسبها أمر به.

ولا يعارض ذلك أمر المولى بوجه من الوجوه أصلاً، فإذَنْ لا سلطان لنفسه ولا لغير الله عليه، فلا يصحّ البيع ولا الرهن، ولا سائر التصرفات فيه أصلاً، وليس كالمستحقّ للقتل بالقصاص؛ لأنّه حقّ المخلوقين، فلا يخرج حينئذٍ عن سلطانهم، ويعفى عنه بعفوهم عنه، بخلاف ما نحن فيه، وليس أيضاً كالانعتاق؛ لاحتمال العود إلى الرقّة في بعض الصُّور، وكونه غير مالكٍ لأمره مطلقاً، وإنّما عارض حقّ المولى حقّ الله عليه، لا استقلاله بشأنه، كما هو شأن الحرّ، وكان هذا هو الوجه لما ذكره ابن الجنيّد^(١).

ويستوي فيما ذكر جميع أقسام المرتدّ وإن كان الحكم في بعضها أوضح من بعضٍ، وكذلك كلّ من استحقّ القتل حدّاً لا يمكن رفعه وإن كان الحكم في المرتدّ الفطريّ؛ لوجوب قتله على كلّ أحدٍ علم بارتداده، وامتناع عتقه.

وهذا الوجه وإن كان مستحسنّاً في الظاهر إلّا أنّ في بلوغه حدّاً يُعتمد عليه في مخالفة الأصل والعمومات إشكالاً، مع أنّا نحكم بكون كسبه لمولاه.

وأما^(٢) الحرّ إذا ارتدّ عن غير فطرة، لا يخرج ماله عن ملكه إلّا بعد ما قُتل، وعلى هذا فلا يخرج المملوك عن ملك ماله إلّا أن يقال بأنّه في حال بين حالين؛ نظراً إلى ما ذكرنا كما هو شأن المكاتب، وإثبات ذلك مشكل

(١) عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٤٠.

(٢) في «ك»: وإنّ.

بلا دليل.

الثاني: أن من لوازم صحة البيع والرهن: وجوب التسليم، والتمكين من استيفاء المنافع، وضمانه إذا أتلّفه، وغير ذلك.

وهذه مضادة لما أمر به من قتل الفطري، وحرمة تسليمه وإبقائه حيّاً، واستتابة غير الفطري، ثمّ قتله إن لم يتب، وحبس المرأة، وهذه كلّها تجب على المولى مباشرة، أو يرفع الأمر إلى الإمام أو نائبه.

والقتل يجب على كلّ أحد، ولا سيّما المولى؛ لأنّه يجري الحدود على مملوكه، كما هو المشهور بين الأصحاب، فيستحيل على الشارع أن يجمع بين هذه الأحكام المتضادة، والأخيرة ثابتة قطعاً، فوجب انتفاء الأولى، فينتفي ملزومها، وهو صحة البيع؛ لاستحالة انفكاكها عن لوازمها، وإلاّ لم يكن اللازم لازماً، هذا خلف.

الثالث: أن من شرائط البيع والرهن: القدرة على تسليم المبيع عقلاً وشرعاً، والثاني هنا منتفٍ؛ لما ذكر، وقد ينتفي الأول إذا بلغ أمره إلى مَنْ يتمكن من إجراء حدود الردّة عليه.

ومن شرائطه: أن يكون ذا نفع يُعتدّ به، والمرتدّ ليس محلاً لذلك ما لم يتب حيث تُقبل توبته.

والفرق بينه وبين المريض المدنف: أنّه يمكن الانتفاع بإعتاق المريض ونحوه، بخلاف المرتدّ، ومع ذلك فاندراجه في العمومات مع أنّها قلما تخلو من الأحكام المضادة لأحكامه مقدوح فيه.

والقول بالمراعاة في العقود الصادرة من المالك غير ظاهر الوجه، كما يُتضح في حكم الرهن، فالقول بالمنع مطلقاً قويّ متين.

وأما غير الارتداد، فقال العلامة في التحرير - بعد أن ذكر ما نقلنا في البيع -: وكذلك كلّ مَنْ وجب قتله، كالعبد في المحاربة إذا لم يتب قبل القدرة عليه، ولو تاب قبلها صحّ بيعه^(١)، وقد تقدّم كلامه في رهن قاطع الطريق. وقال أيضاً: لو رهن عبداً سارقاً أو زانياً صحّ الرهن، وكان كالعيب إذا لم يجب قتله^(٢).

واختار الشهيد في الدروس تساوي المحارب مع المرتدّ، إلّا إذا تاب قبل القدرة عليه^(٣).

واستشكل العلامة في التذكرة في بيع الفطريّ كما مضى، وقال في المحارب إذا لم يتب قبلها: إنّ الأقرب صحّة بيعه؛ لأنّه تمّن^(٤) يصحّ إعتاقه، ويملك استخدامه، فصحّ بيعه كغير القاتل، ولإمكان الانتفاع به إلى حين القتل، ويعتق فينجّر ولاء أولاده، فصحّ بيعه كالمرضى المأيوس من برئه، قال: ويحتمل العدم؛ لتحتمّ قتله وإتلاف ماليّته، وتحريم إبقائه، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه، والمنفعة الثابتة إلى قتله، لا يتمهّد بها محلاً للبيع، كمنفعة الميّت في سدّ ثقب وإطعام كلب.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٨١-٢٨٢.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٤٧١.

(٣) الدروس ٣: ٢٠٠.

(٤) في المصدر: قنّ، بدل: تمّن.

قال: والأقوى الأول؛ لثبوت أحكام الحياة، ووجوب القتل غير مانع، كمرض المأيوس من برئه، والميتة لم يكن لها نفع سابق ولا لاحق. ونَقَلَ عن الحنابلة قولان في ذلك^(١).

ولا يخفى أن المحارب الذي تعيّن قتله يجري فيه ما ذكره من الاستدلال.

وأما ما كان التخيير فيه للإمام بين الوجوه الأربعة المذكورة في الآية^(٢)، كما هو مختاره^(٣) ومختار الشهيد في المحارب غير القاتل^(٤)، ففي إطلاق ما ذكره إشكال ظاهر؛ وحيث جعلوا العنوان في التحرير والدروس من وجب قتله^(٥)، أمكن حمله على من تعيّن ذلك في حدّه، فلا يتناول ما خيّر فيه بينه وبين غيره، وإلحاق ما ثبت فيه التخيير بالجاني وما تعيّن قتله بالمرتد ليس ببعيد.

السبب الخامس: الرهن بعد لزومه بالعقد أو به وبالقبض معاً وقبل فكّه، ولا خلاف بين الأصحاب في كون الراهن ممنوعاً من البيع، ومن كلّ تصرّفٍ مخرجٍ للمرهون عن ملكه بدون إذن المرتهن ورضاه وإن اختلفت عباراتهم في تأدية ذلك.

وحكى الشيخ في الخلاف إجماعهم على أنّه لا يجوز له التصرّف في

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٥-٤٦.

(٢) سورة المائدة ٥: ٣٣.

(٣) تحرير الأحكام ٥: ٣٨١.

(٤) الدروس ٢: ٦٠.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٢٨١-٢٨٢، الدروس ٣: ٢٠٠.

الرهن بغير إذن المرتهن، وقال: إن التدبير تصرف فيجب أن يكون باطلاً^(١).

وحكى أيضاً إجماعهم وأخبارهم على أنه ليس له أن يكرى داره المرهونة، أو يسكنها غيره إلا بإذن المرتهن^(٢).

وقال أيضاً: إذا رهن شيئاً، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع أو الهبة أو الرهن أو إصداقه لامراته، لم يصح جميع ذلك، وكان باطلاً^(٣).

وقال ابن إدريس: قد أجمعوا^(٤) بغير خلاف على أنها ممنوعان من التصرف في الرهن^(٥).

وقال أيضاً: ولا يجوز للراهن أن يتصرف في الرهن بما يبطل أو ينقص حق المرتهن، كالبيع والهبة والرهن عند غيره والعتق، فإن تصرف كان تصرفه باطلاً ولم يفسخ الرهن.

وقال: إنما يفسخ إذا فعل ما يبطل به حق المرتهن منه بإذنه^(٦).

وقال صاحب المفاتيح: وليس لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر إجماعاً، إلا تصرفاً يعود نفعه عليه، بل لم يضر به إذا كان من جهة الراهن^(٧).

(١) الخلاف ٣: ٢٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) الخلاف ٣: ٢٢٧.

(٤) في المصدر: اجمعنا.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٦٨.

(٦) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٦.

(٧) مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩.

وروى العلامة في المختلف^(١) - في استدلاله على عدم جواز تزويج الأمة المرهونة - أنه قال عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»^(٢).

وأما باقي كتب الأصحاب فمشحونة بذلك، لكن منهم من قال: إنه لا يجوز، أو لا يصح بيع الرهن إلا بإذن المرتهن، ويشارك في ذلك عبارة الشرائع والقواعد والإرشاد والتحرير والتذكرة والمسالك والدروس إلا أن فيه: لا يجوز بيعه إلا برضا المرتهن^(٣).

ومنهم من ذكر سائر التصرفات أيضاً، ويشارك فيه عبارة النهاية والمهذب والوسيلة والغنية والشرائع والنافع والدروس^(٤)، وغيرها.

قال الصيمري: لا شك في المنع منه بغير إذن المرتهن، إذا كان ناقلاً للملك، كالبيع والهبة، أو ينتقص به المال، كالوطة المفضي إلى الإحبال، الموجب لنقص المالية^(٥).

ومنهم من ذكر ذلك في الراهن والمرتهن معاً بدون إذن الآخر،

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٣٩.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٦/٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٣، أرشاد الأذهان ١: ٣٦١، تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢، مسالك الافهام ٣: ١٧١، الدروس ٣: ٢٠٠.

(٤) النهاية: ٤٣٣، المهذب ٢: ٥٢، الوسيلة: ٢٦٦، غنية النزوع: ٢٤٣، شرائع الإسلام ٢: ٩٨، المختصر النافع: ١٣٧، الدروس ٣: ٣٩٧.

(٥) غاية المرام ٢: ١٥١.

ويشترك فيه عبارة المقنعة والمراسم والكافي والتحريم^(١) وغيرها، وذكروا في مواضع أخر ما يدل على ذلك أيضاً^(٢).

قال في التحرير: لا يصح وقف ما لا يصح بيعه، كأثم الولد والرهن^(٣).

وقرّع في الشرائع وغيره على اشتراط التمكن من التصرف في وجوب الزكاة: أنها لا تجب في الرهن^(٤).

ثم لمّتهم - مع ما نقلنا عنهم - اختلفوا في العقود الصادرة من الراهن قبل الإذن والفك على أقوال:

فقال جماعة منهم: إنها تقع باطلّة من الأصل، وهو الذي يقتضيه كلام الشيخ في الخلاف، وابن إدريس^(٥) كما ذكر، وكذا كلام ابن زهرة^(٦)، فإنه ذكر نحواً من العبارة الثانية لابن إدريس، مع أنهم حكموا ببطلان بيع الفضولي^(٧) أيضاً، إلا الشيخ في أحد قوليه^(٨)، فينبغي إبقاء عباراتهم على ظاهرها من فسادها من أصلها، كما قلنا.

(١) المقنعة: ٦٢٢، المراسم: ١٩٢، الكافي في الفقه: ٣٣٤، تحرير الأحكام ٢: ٤٨٨.

(٢) المقنعة: ٦٢٢، الكافي في الفقه: ٣٣٥، المراسم: ١٩٢.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٣١٢.

(٤) شرائع الإسلام ١: ١٦٧، تذكرة الفقهاء ٥: ٢٤-٢٥، مسالك الافهام ١: ٣٦١-٣٦٢.

(٥) الخلاف ٣: ٢٥٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٥٦.

(٦) غنية النزوع: ٢٤٣.

(٧) المبسوط ٣: ١٧٤، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٨٦.

(٨) الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨، النهاية: ٣٨٥.

وحكى السيوري وأبو العباس والصيمري^(١) عن الشيخ في المبسوط أنه قال ببطلان عتق الراهن وإن أجازته المرتن^(٢)، وهو مؤكد لما قلنا، ويشهد له أيضاً حكمه ببطلان التدبر^(٣)، كما لا يخفى.

وكذا أبو الصلاح^(٤)، وقد سبق كلامه في الفضولي.

وكذا الديلمي؛ حيث قال في المراسم: والراهن والمرتن ممنوعان من التصرف في الرهن، ثم قال: ومتى باع الراهن أو أعتقه إن كان عبداً أو دبره أو استخدمه، أو أراد وطأها إن كانت أمة، لم يجوز له شيء من ذلك، وهو باطل^(٥).

وكذا المفيد، حيث قال في المقنعة: فإذا رهن الإنسان شيئاً وقبضه المرتن منه، لم يكن للراهن والمرتن أن يتصرفا فيه.

ثم قال: فإن باع الراهن العقار كان بيعه مفسوخاً، وإن^(٦) استأنف إجارته كانت باطلة، وإن كان الرهن عبداً أو أمة فأعتقه مالكة لم ينعتق^(٧)، وإن دبره كان تدبيره باطلاً، وإن كاتبه لم تصح مكاتبته.

ثم قال: إن باع المرتن الرهن قبل الأجل أو بعده كان البيع باطلاً، فإن

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٧٠-١٧١، المهذب البارع ٢: ٤٩٧-٤٩٨، غاية المرام ٢: ١٥١.

(٢) المبسوط ٢: ٢٠٠.

(٣) المبسوط ٢: ٢٠٠.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٣٤-٣٣٥، ٣٥٢.

(٥) المراسم: ١٩٢.

(٦) في وف، لك: فإن.

(٧) في حج: ينعتق عليه.

أمضاه الراهن، رجع على المرتهن بما يفضل من قيمته على الدين، إن فضل ذلك^(١).

وهذا يقتضي أنه مع قوله بصحة الفضي، ووقوفه على الإجازة^(٢) يقول ببطان بيع المالك للرهن، فالبطلان المذكور أخيراً يراد به أنه لا أثر له بنفسه، بخلاف ما ذكر أولاً.

وكذا ابن حمزة حيث قال في الوسيلة: إذا ثبت الرهن لم يصح من مالكة التصرف فيه بالبيع والعتق والتدبير والهبة وغير ذلك، إلا من المرتهن، فإنه يصح بيعه منه وهبته، فإن أذن^(٣) له في التصرف صح^(٤).

والظاهر أنه أراد الإذن السابق على التصرف؛ لأنه الظاهر من الإذن، كما أن الإجازة ظاهرة في الرضا اللاحق، ومن ثمّ قبل الإذن بالإجازة في كلام الأصحاب، وهو الظاهر من القاضي في المهذب؛ حيث أطلق أنه لا يجوز لمالكة التصرف فيه على وجه.

وقال أيضاً: إذا أذن المرتهن للراهن في العتق أو الوطاء، ثمّ رجع عن الإذن، فإن كان رجوعه قبل ايقاع المأذون فيه [الفعل]^(٥)، وعلم الراهن برجوعه، فقد بطل إذنه، ولم يجوز له الوطاء ولا العتق^(٦).

(١) المقنعة: ٦٢٢.

(٢) الوسيلة: ٢٦٦.

(٣) في المصدر: إذن المرتهن.

(٤) الوسيلة: ٢٦٦.

(٥) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٦) المهذب ٢: ٥٢-٥٣.

وكذا من الشهيد في الدروس؛ حيث إنه ذكر في كتاب البيع أولاً جملة مما لا يجوز بيعه ويبطل من أصله، ثم قال: ولا يجوز بيع الرهن إلا برضا المرتهن، وذكر متصلاً به: أنه يجوز بيع الجاني مطلقاً، وقال: في العمد يكون مراعى، بل في الخطأ أيضاً^(١).

وقال في كتاب الرهن: ويمنع الراهن من كل تصرف يزيل الملك، كالبيع والهبة، أو ينافي حق المرتهن، كالرهن من آخر، أو يعرضها^(٢) للنقص كالوطة والتزويج، إلى أن قال: وليس له أن يؤجر إن كان الدَّين حالاً؛ لأنَّ الإجارة تقلِّل الرغبة فيه، وإن كان مؤجلاً والمدة لا تنقضي قبله فكذا، وإن كانت تنقضي فالأقرب البطلان؛ للتعريض بالنقص وقلة الرغبة، وكذا يمنع من الإعتاق موسراً كان أو معسراً، إلى أن قال: ولو انفكَّ الرهن لم ينفذ العتق؛ لأنَّه لا يقع معلقاً، وأولى منه إذا بيع في الرهن ثم عاد إليه، ولو أذن المرتهن في ذلك كله جاز، وقال: وكذا لا يتصرف فيه المرتهن إلا بإذن الراهن وإجازته، إلا العتق فإنه باطل إن لم يأذن^(٣). انتهى.

ولا يخفى أنَّ كلامه يدلُّ على أنَّه لا يجوز التصرف مطلقاً، ويقع باطلاً إن كان عقداً أو إيقاعاً إلا مع الإذن خاصةً، والمراد به: ما كان قبل التصرف كما سبق، ولذلك لم يقتصر عليه في صحة تصرف المرتهن، بل اكتفى بالإجازة، مع أنَّ من التصرف الوطء، ولا يجوز بالإذن المتأخر، والعتق، ولا يقع معلقاً كما نصَّ عليه.

(١) الدروس ٣: ٢٠٠.

(٢) في المصدر: يعرضه.

(٣) الدروس ٣: ٣٩٨.

نعم، ربّما يستفاد من تعليله في العتق^(١): أنّه لو انفكّ الرهن، نفذ غير العتق من التصرفات؛ لقبولها التعليق بالمعنى المشروع في الفضوليّ، بخلاف العتق، لكن ليس في ذلك دلالة منافية لما ذكرنا بحيث يعتمد عليها، ولا في تصريحه في اللّمة^(٢) بخلاف ذلك، كما لا يخفى.

وهذا هو الظاهر أيضاً من الفاضلين في كتاب البيع من الشرائع والقواعد والإرشاد، فإنّهما ذكرا: أنّه يشترط تمامية الملك، وفرعوا عليه أنّه لا يصحّ بيع الوقف، وأمّ الولد، والرهن بدون إذن المرتهن، وذكر في غير الإرشاد بعد ذلك: أنّه يجوز بيع الجاني مطلقاً وإن تردّد فيه في الشرائع^(٣)، فإنّ الظاهر من ذلك: مساواة الرهن مع عدم الإذن للوقف وأمّ الولد في بطلان بيعها من الأصل، لا أنّه يقع موقوفاً، وإلاّ فالجاني كذلك ولا سيّما في العمد، فلا وجه للفرق بينهما.

وكذلك كلام العلامة في وقف التحرير كما سبق، حيث ساوى^(٤) بين الوقف والبيع في عدم صحّتهما في أمّ الولد والرهن، مع أنّه قال ببطلان وقف الفضوليّ^(٥).

وقال في بيع التذكرة: إنّ من أبطل بيع الفضوليّ لزمه هنا^(٦)، أي بطلان

(١) الدروس ٣: ٣٩٨.

(٢) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٦٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٣، إرشاد الأذهان ١: ٣٦١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢.

(٤) في وقف: سوى.

(٥) تحرير الأحكام ٣: ٣١٢ و ٢٩٦.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢.

بيع الرهن إذا لم يكن مع الإذن.

لكنّهما نصّاً - كما يأتي - على قيام الإجازة مقام الرهن حتى في العتق^(١)،
فينبغي تنزيل كلامهما على وجه لا ينافي ذلك.

وذهب آخرون إلى أنّها لا تبطل من الأصل، وهؤلاء بين قائلٍ بأنّها
تقف على إجازة المرتهن، فإن أجاز صحّت ولزمت، وإلاّ بطلت.

وقائلٍ: بأنّها تلزم من طرف الراهن من حين وقوعها، فمتى ارتفع
المانع بأن يميز المرتهن أو ينفك الرهن نفذت.

وقائلٍ: بأنّها تلزم بالإجازة أو الانفكاك، ولم يتعرّض لغير ذلك.

ومتردّد في لزومها بالانفكاك.

فالأوّل: ظاهر الشيخ في النهاية؛ حيث حكّم أولاً بأنّه لا يجوز للراهن
أن يتصرّف في الرهن بإسكان، ولا بيع، ولا إجازة، ولا استخدام، ولا
وطء، ثم قال: ومتى باع الراهن، أو تصدّق به، أو وهبه، أو أجره، أو
عاضه من غير علم المرتهن، كان ذلك باطلاً، وكذلك إن أعتق المملوك،
أو دبّره، أو كاتبه، كان ذلك باطلاً، فإن أمضى المرتهن ما فعّله الراهن،
كان ذلك جائزاً ماضياً^(٢).

وكذلك^(٣) الفاضلان في الشرائع والنافع والإرشاد، والشهيد في

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦، ٩٨، قواعد الأحكام ٢: ٣١٢.

(٢) النهاية: ٤٣٣.

(٣) في وع، ك: وكذا.

اللّمة؛ حيث حكموا أولاً بمنعه من التصرف، وأطلقوا ثانياً أنّه يقف على إجازة المرتهن^(١)، وهذا هو الظاهر أيضاً من كلام صاحب الكفاية^(٢).

والثاني: خيرة العلامة في القواعد وولده، والمحقق الكركي في شرحه، والصيمري في الشرح والجواهر^(٣).

والثالث: خيرة العلامة في التذكرة، والشهيد الثاني في المسالك والروضة، وحكم في المختلف بوقوف عتق الراهن على إجازة المرتهن، والمحقق الكركي في تعليق الإرشاد^(٤).

والرابع: للسيوري^(٥)، وربّما يظهر من العلامة أيضاً في التحرير؛ حيث حكم في كتاب البيع أولاً بأنّه لا يجوز للمرتهن ولا للراهن بيع الرهن، إلّا بإذن الآخر، ثم قال: ولو باع كلّ منهما من دون إذن صاحبه، جاز للآخر الفسخ، إلّا أن يبيع المرتهن الوكيل^(٦).

وقال في كتاب الرهن: ليس للراهن عتق الرهن، فإن فعل كان موقوفاً على إجازة المرتهن، سواء كان موسراً أو معسراً، فإن فسخه بطل العتق

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٨، المختصر النافع: ١٣٧، إرشاد الأذهان ١: ٣٩٣، اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١٦٨.

(٢) كفاية الأحكام ١: ٥٦٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١١٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٩، جامع المقاصد ٥: ٧٤-٧٥، غاية المرام ٢: ١٥١، جواهر الكلمات: ٣٦ (مخطوط).

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢، مسالك الافهام ٤: ٤٧، الروضة البهيّة ٤: ٨٣ - ٨٤، مختلف الشيعة ٧: ٤٢٩، حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي واثاره) ٩: ٣٤٠.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ١٧٠-١٧١.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠.

واستقرّ الرهن، وإن أجازته صحّ العتق وبطل الرهن، ولو انتفت الإجازة والفسخ استقرّ الرهن، فإن بيع بطل العتق، وإن فكّ ففي نفوذ العتق حينئذ إشكال^(١). انتهى.

فكلامه في البيع وإن اقتضى مضيّ البيع مع عدم فسخ المرتهن، فيندرج فيه صورة الانفكاك، إلا أنّ التسوية بين الراهن والمرتهن في الحكم يقضي بعدم الاكتفاء بمجرد عدم الفسخ، فيكون مقصوده مجرد بيان جواز الفسخ، وكلامه في الرهن يقتضي الإشكال في نفوذ العتق بعد الفكّ، مع قوله بصحّته مع الإجازة، فيكون غير العتق كذلك.

وقد حَكَم في المقتصر بصحّة عتق الراهن مع إجازة المرتهن^(٢)، ولم يتعرّض لغيره، فيطرّد في غيره، كما أنّ غيره طرّد الحكم أيضاً في العتق، وهو ظاهر المهذب^(٣) أيضاً، لا أنّه قال فيه.

وثمره الاختلاف المذكور بين المجوزين، ظاهرة.

فإنّه على الأوّل لا يحكم بصحّتها إلا مع الإجازة، فإذا لم تتحقّق إلى أن بطل الرهن بطلت؛ إذ العبرة بإجازة المرتهن حال الرهن، لزوال اختياره بعده.

وعلى الثاني يكفي أحد الأمرين، ولا يجوز للراهن بيعه بإذن المرتهن لأداء الدين أو غيره، ولا يجوز له الإذن للمرتهن في البيع، إذا كان العقد

(١) تحرير الأحكام ٢: ٤٨٩.

(٢) المقتصر: ١٩١.

(٣) المهذب البارع ٢: ٤٩٧ - ٤٩٨.

أو الإيقاع الواقع لازماً من حيث هو لولا مصادفة الرهانة، فيقف بيعه إلى أن يصحّ للمرتن البيع قهراً، وقد سبق نظير ذلك في المستولدة.

وعلى الثالث يكفي أحد الأمرين، لكنّه يجري حكم الرهن من جواز البيع وغيره عليه.

ولا يخفى أنّ ظاهرهم الاتفاق على أنّه إذا فسخها المرتن حكم بطلانها.

وقد نصّ على الحكم بذلك العلامة في التحرير، والعميدّي في كنز الفوائد، والشهيد الثاني في كتابيه، وأبو العباس في المهذب، والصيمريّ في الكتابين^(١).

فالمرتن لا يمنع من البيع مطلقاً بسبب ذلك العقد الصادر من الراهن؛ لتمكّنه من الفسخ متى شاء.

ومتى أراد أن يأذن أحدهما للآخر في البيع جاز له الفسخ، مع أن إذنه قد يقوم مقامه، فلا جدوى لهذا الخلاف حينئذٍ، إلّا في استقلال الراهن بالفسخ قبل الفكّ، أو إذنه للمرتن في البيع قبل فسخه.

أمّا الأوّل فالظاهر أنّ أرباب القول الثالث لا يقولون بجوازه، بل ولا أرباب القول الأوّل، كما أنّهم لا يجوزون فسخ المالك، الذي عقد مع الفضوليّ على ما سبق.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٤٨٩، كنز الفوائد ١: ٤٩٧، الروضة البهية ٤: ٨٣، مسالك الافهام ٤: ٤٧، المهذب البار ٢: ٤٩٧-٤٩٨، غاية المرام ٢: ١٥١-١٥٢، جواهر الكلمات ٣٦ (مخطوط).

والمنع هنا أولى كما لا يخفى؛ لاحتمال كون الإجازة ناقلةً في الفضولي، لكونها جزء المقتضي للنقل، فلا يتم السبب قبلها كالإيجاب قبل القبول، بخلافها هنا، فإنّها كاشفة قطعاً، ولأنّ الغرض منها رفع المانع؛ ولذلك قالوا بصحة عتق الراهن مع الإجازة، مع اتّفاقهم على أنّ العتق لا يتأخّر عن صيغته حيث صحّت، فإذا تحقّقت الإجازة حُكم بلزوم العقد، وألغي فسخ الراهن، وكذا إذا انفكّ الرهن عند مَنْ يكتفي به، وإذا فسخ المرتهن أو لم يجوز إلى أن باع الرهن، أو مطلقاً، حُكم ببطلانه من هذه الجهة.

ويدلّك على هذا: أنّه لو لم يكن لازماً من طرف الراهن، لما لزم بإجازة المرتهن؛ لأنّ إجازته لا توجب حكماً على غيره، فتعيّن أن يكون لازماً من طرف الراهن كما قلنا.

وأما الثاني فيحتمل أنّ هناك لا مانع منه مطلقاً إذا قيّد البيع بوقوعه بعد الفسخ وإن أطلق الإذن.

وإن قلنا ببطلان الإذن لكونه توكيلاً فيما لا يستحقّه الموكل حال توكيله، وليس تابعاً له أيضاً فهو جارٍ على الأقوال كلّها، كما علمت.

وأما فسخه بعد الفكّ لقيامه مقام المرتهن، فلا أثر له اتفاقاً؛ لأنّ زوال حقّ المرتهن على وجه السقوط، لا التملك والاستنابة، فيلزم إمّا لزوم العقد بالفكّ، أو بطلانه؛ لعدم الإجازة.

ولو خيّر المرتهن الراهن بين بيعه، أو أداء المال من غيره، لم يكن له البيع إلّا بعد فسخ المرتهن.

فإن قلت: سبق الرهن يقتضي جواز العمل بأحكامه مطلقاً، ولا يعارضه العقد المتأخر عنه، كما أنه لو باع ماله أولاً على زيد، ثم على عمرو، جاز له تسليمه إلى زيد، والعمل بمقتضى الأول، ولا يتوقف على فسخ زيد للبيع الثاني.

قلنا: بين المقامين فرق ظاهر؛ لأنّ الرهن لا يعارض العقد المباحث عنه إلا في بعض الأحيان، وقد صدر العقد من المالك، فوجب العمل بمقتضاه إلى أن تحصل المنافاة بينه وبين مقتضى عقد الرهن، فيقدم؛ لسبقه.

وعلى هذا نقول: لو تمكّن الراهن من فكّ الرهن، وجب عليه ذلك؛ حيث اقتضاه العقد المتأخر عنه، وليس كذلك المثال المذكور؛ لأنّ البيع الثاني لا يقع عن المالك قطعاً، فيصحّ فضولاً، ولا يجب على الفضولي ولا غيره - غير الطرف الآخر إذا لم يكن فضولياً - أن يعمل بمقتضاه قبل الإجازة.

نعم إذا حصلت، حكم ببطلان ما وقع بعده منافياً له إن لم يكن أقوى منه في التأثير، وأين هذا مما ذكر؟ وإنّما نظير ذلك العقد لو صدر من المرتهن بدون إذن الراهن.

ولا يبعد أن نقول فيه أيضاً بأنّه لو أراد البيع ثانياً لحقّ الراهن - حيث يسوغ له ذلك - لم يجز له ذلك، كما أنه ليس له فسخه، وحكم إذنه للراهن في البيع قبل فسخ الراهن كعكسه في الفرض السابق.

إذا عرفت ذلك، فالكلام يقع في موضعين:

[الموضع] الأول: في أنّ العقود الصادرة من الراهن باطلة من أصلها أو موقوفة ولا ريب أنّ الذي يقتضيه الأصل والعمومات هو الثاني؛ للإجماع على بقاء الرهن في ملك الراهن، وهو يقتضي الصحة مطلقاً، إلّا فيما علم سقوط أثره وهو محلّ البحث؛ ولجريان جملة من الأدلة المذكورة في صحة بيع الفضوليّ فيما نحن فيه، وعدم جريان جملة من الأدلة المبطلّة له فيه، وأولويّة الصحة هنا مطلقاً، فحيث قلنا بصحة ذلك، لزمنا القول بصحة هذا، ولأنّه لو باع الفضوليّ الرهن، وأجازه الراهن والمرتهن، أو باعه المرتهن وأجازه الراهن، يلزمنا القول بصحّته بناءً على ما ذكرنا، فإذا صدر من الراهن كان أولى بذلك، وبذلك افترق بيع الرهن عن بيع أمّ الولد؛ حيث لم يقع فيها موقوفاً إلى أن ينكشف الحال من حرّيتها، أو موت ولدها؛ إذ هذا البيع لا يصحّ وقوعه من أحد أصلاً، بخلاف الرهن، فإنّه يصحّ بيعه موقوفاً على الإجازة من كلّ أحد غير المالك، فكيف لا يصحّ وقوعه منه مع تقويته بالملك.

على أنّا لم نقف على دليل - يُعتمد عليه في الحكم - يمنع الراهن من التصرّفات، والعمدة الإجماع، وهو مفقود فيما نحن فيه، فبقيت أدلة الصحة سالمة عن المعارض.

ولئنما اعتبرنا إجازة المرتهن أو فكّ الرهن، للزوم عقد الرهن، وكون الغرض منه التوثّق بالمرهون، وبيعه في أداء الدّين المرهون به عند الحاجة، ولا ريب أنّ تجويز نقل الراهن له إلى غيره أو إخراجه عن الملك، مفوّت

لذلك الغرض، مع لزوم رعايته، فاعتبرنا أحد الأمرين؛ دفعاً للضرر من
البين، وجعاً بين الحقيين.

ولا يخفى أنّ هذه الأدلة بأسرها مدخولة؛ لما تقدّم من نقل جماعة منهم
الإجماع على كونه ممنوعاً من التصرف، واتّفاق كلمة الأصحاب عليه كما
سبق، وحكاية الشيخ ورود الأخبار بذلك، ونقل العلامة رواية نبوية^(١)
فيه^(٢)، وظهور أنّه المناسب للغرض الباعث على وضع عقد الرهن.

فإذن لا محيص من القول بالمنع، وهو موجب للبطلان وإن كان لحقّ
الغير؛ إذ العبرة بتعلّق النهي بالعقد، لا لأمر خارج عنه، وهو كافٍ في
اقتضاء الفساد، كما اقتضاه في أمّ الولد والوقف وغيرهما، مع استواء
الجميع في كون سبب النهي حقّ الغير.

فإن قلت: يلزم حينئذٍ بطلان عقد الفضوليّ وعقد المرتهن، مع أنّ كثيراً
من الأصحاب^(٣) ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع، كما دلّت عليه
الرواية، فيلزم فساد عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعاً بالرهن أو بهال الغير فهو
محرم، ولا يخلّله الإجازة المتعقّبة، فإن كان عقداً أو إيقاعاً فإن وقع بطريق
الاستقلال في الأمر، لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنّه كذلك، كما
سبق في الفضوليّ، وإلا فلا يُعدّ تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٣٩، و ٧: ٤٢٩. انظر: مستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٦/٦.

(٢) الخلاف ٣: ٢٣١.

(٣) المقنعة: ٦٢٢، المراسم: ١٩٢، الكافي في الفقه: ٣٣٤.

من الفضوليّ قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك، وكذلك الصادر من المرتين إن وقع بطريق الاستقلال المستند على البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان، كان منهياً عنه، وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضوليّ، فلا يتعلّق به نهي أصلاً.

وأما المالك، فلمّا حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلّا مستنداً إلى ملكه؛ لانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصده النيابة، فهو منهى عنه؛ لكونه تصرّفاً مطلقاً، ومنافاته الحجر الثابت عليه، فيخصّص العمومات بها ذكر، ومجرّد الملك لا يقضي بالصحة؛ إذ الظاهر بمقتضى التأمّل الصادق: أن المراد بالملك المسوّغ للبيع هو: ملك الأصل مع التصرف فيه؛ ولذلك لم يصحّ البيع في مواضع وُجد فيها سبب الملك، وكان ناقضاً للمنع من التصرف.

ويندفع بها ذكر أيضاً: الاستناد إلى الأدلة المشتركة بين بيع الراهن والفضوليّ؛ لأنّ الحجر الخاصّ رافع للحكم العام المستفاد من تلك الأدلة.

ونمنع دعوى الأولوية أيضاً، فإنّ الحجر هو الفارق بين المقامين، وأما منع حرمة التصرف؛ لفقد الإجماع حينئذٍ بما ذكر.

وبالجملة: فالذي يظهر من تتبع الأدلة أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته، وأما إذا انتهت إلى إذن المالك، أو إجازته، أو صدرت منه وكان تصرّفه إنّها يقع على وجه الأصالة، فلا يقع

على وجهين، بل تكون فاسدةً أو صحيحةً ولازمةً إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم.

وأما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح، وهو قوله: «لم يعص الله وإنما عصي سيّده»^(١) الحديث، فهو جارٍ في مَنْ لم يكن مالكاً، كما أنّ العبد لا يملك أمر نفسه.

وأما المالك المحجور عليه، فعاصي الله بالأصالة بتصرّفه، ولا يقال: إنّه عصي المرتّين؛ لعدم كونه مالكاً، وإنما منع الله من تفويت حقّه بالتصرّف. وما ذكرناه جارٍ في كلّ مالكٍ متولٍّ لأمر نفسه إذا حَجَرَ على ماله لعارضي، كالمفلّس وغيره، فيُحكم بفساد الجميع، وربّما يتّجه الصّحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحةٍ كالشفعة، وقد تقدّم الكلام فيه.

وبالجملة: فالقول بتأثير الإجازة على نحو ما بنى عليه جماعة من المتأخرين إبطال للقواعد المعلومة من الشرع، والأحكام المقرّرة فيه ضرورةً، فالقول بالبطالان هنا - كما اختاره أساطين الفقهاء - هو الأقوى وإن كانت المسألة في غاية الإشكال، والله العالم.

[الموضع] الثاني: في أنّه إذا فكّ الرهانة قبل الإجازة والفسخ^(٢)، فهل يلزم العقد لزوال المانع، أو يبطل لتعذّر شرطه، أو يوقف على إجازة المرتّين أيضاً، لسبق استحقاقه لذلك، فتدوم وإن زال حقّه من الرهن؟

(١) الكافي ٥: ٤٧٨/٣، الوسائل ٢١: ١١٣، أبواب نكاح العبيد، ب ٢٣، ح ٥.

(٢) كذا في النسخ، ولعلّ الظاهر: أو الفسخ.

والوجوه مترتبة قوة وضعفاً.

وينبغي القطع ببطلان الثالث؛ لأنّ اختياره في الإجازة إنّما ثبت تبعاً لتعلّق حقه بالرهن، فيرتفع بزوال متبوعه.

وأقوى الوجهين الأخيرين هو الأوّل؛ لما ذكرنا من لزوم العقد من حين وقوعه من طرف الراهن، وكان للمرتهن خيار في الفسخ إذا شاء، وقد زال حقه بفكّ الرهن.

ولو قلنا بأنّ مَنْ باع شيئاً فضولاً ثمّ انتقل إليه، لزم العقد من حين النقل، فيكون لازماً هنا بطريقي أولى.

ومن هنا تبين وجه قوة القول بالبطلان؛ لامتناع صحّة صدور عقدين منه متنافيين مع كونها لازمين، فتجوز أحدهما دليل المنع من الآخر.

السبب السادس: تعلّق حقّ النذر وشبهه.

والبحث في ذلك من المهمّات، فلا بأس بأن نبسط فيه الكلام، ونكشف عن وجوه مسائله نقاب الإبهام، فنقول: إنّ النذر وشبهه لا يخلو إمّا أن تكون صيغته: لله عليّ، أو عليّ عهد الله أنّ هذا المال المعين - أو ما في حكمه - صدقة للفقراء - مثلاً - أو لفلان، أو الغنم أضحية أو هدي، أو هذا العبد حرّ، أو معتق أو تكون: لله عليّ، أو عليّ عهد الله أن أتصدّق بهذا المال على الفقراء - مثلاً - أو على فلان، أو أضحّي هذا الغنم أو أهديه، أو أحرّر هذا العبد أو أعتقه، أو نحو ذلك.

وعلى التقديرين: إمّا أن يكون مطلقاً أو مشروطاً، فأصول الصور

أربع.

[الصورة] الأولى: الصيغة الأولى إذا كانت مطلقة، بناءً على ما هو الأصح من صحة النذر المطلق، وفي صحة الصيغة المذكورة من حيث هي إشكال مبين في محله.

والذي يظهر من معظم الأصحاب - تصريحاً أو ظهوراً - هو الصحة مطلقاً، إلا في نذر الحرية إذا كان مطلقاً، فلا يظهر منهم القول بالصحة، وإذا كان معلقاً على الملك ففيه خلاف معروف بينهم، ومن أراد الإطلاع على ذلك فليتبّع كلماتهم في كتاب الزكاة، والحج، والعق، والنذر، والصيد والذباحة، وغير ذلك.

والأقوى عندي بطلان نذر الحرية مع الإطلاق، وتحقيق ذلك في محله. وحيث حكمنا بصحة النذر مع الإطلاق، فقد خرج المنذور عن ملكه بمجرد النذر، ويبطل فيه تصرفاته؛ لفقد الشرط، أعني الملك، إلا فيما إذا كان المقصود كونه صدقةً، بأن يصرف قيمته في أرباب النذر، فيصح التصرف لذلك، ويستقل به.

ويحتمل قريباً الافتقار إلى إذن الحاكم، أو استقلاله في الأمر؛ لكونه وليّ المستحقين مع عدم تعيينهم، وزوال ملك الناذر بالنذر.

والأولى وقوع التصرف برضاها وإن كان الأول أقرب، كما يظهر من الأخبار.

ولاً فيما إذا نذر المال لمعين، فردّه ولم يقبل، فينفسخ النذر على ما

استقر به العلامة في القواعد، وولده في الشرح^(١)، فلا ينتظر التمكن من تحصيل قبوله، ولا يجب السعي في إرضائه بذلك، ولا يصير ملكاً له مستقراً بمجرد النذر، حتى يجب دفعه إليه مطلقاً.

وإلا فيما إذا كان لفظ النذر: إنّه معتق، ففي الاكتفاء به في غير النذر خلاف، وينسحب فيه أيضاً، وإن كان الأقوى هو الاكتفاء به مطلقاً.

والوجه في الحكم بالخروج عن الملك - في غير المستثنيات - ظاهر؛ لأنه مقتضى صحّة النذر بالصيغة المذكورة.

وأما إرجاعه إلى ما تقتضيه الصيغة الأخرى - والفرق بينهما بأن متعلق النذر في الأولى فعل توليدي، وفي الثانية فعل أصلي - فخروج عن مقتضى الصيغة، وكذا الأدلة الدالة على صحّتها.

قال السيّد السند في المدارك - بعد أن ذكر انقطاع الحول بنذر التصدّق بالنصاب -: وأولى منه ما لو جعله صدقةً بالنذر؛ لخروجه عن ملكه بمجرد النذر، فيما قطع به الأصحاب، ثم قال: وللنظر فيه مجال^(٢). والعبرة هنا بنقله لا بنظره.

وقال العلامة في المنتهى والتذكرة: إنّ الهدى المعين بالنذر يخرج عن الملك، ويتبعه التاج^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٣: ٢٩٤، إيضاح الفوائد ٤: ٧٦.

(٢) مدارك الأحكام ٥: ٣١-٣٣.

(٣) منتهى المطلب ١١: ٢٤٢، تذكرة الفقهاء ٨: ٢٨٥.

وقال في الحكم الأول: إِنَّا لَا نَعْلَمُ خِلَافاً فِي ذَلِكَ، كَمَا فِي الْمُنْتَهَى^(١)،
وَلَا نَعْلَمُ خِلَافاً فِيهِ إِلَّا مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ، كَمَا فِي التَّذَكُّرَةِ^(٢).

لكنّه ذكر الصيغة بلفظ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَهْدِيَ هَذِهِ الْبَدَنَةَ^(٣)، فإذا انتفى
الخلاف فيه، ففي الصيغة التي ذكرناها بالطريق الأولى، بناءً على صحتها،
كما هو الفرض.

وحكى الشيخ في الخلاف^(٤) الإجماع، والأخبار على خروج
الأصححة عن الملك إذا أوجبها على نفسه بالقول، أو بالنية على الخلاف في
ذلك.

وحكى أبو العباس الإجماع على ذلك أيضاً في بعض صُور العتق
المنذور^(٥).

[الصورة] الثانية: الصيغة المذكورة إذا كانت مشروطة، فإن حصل
شرطها فالحكم كما مضى في المطلقة، وأما قبل حصول الشرط فالمنذور
باقٍ في ملكه قطعاً، فإن علم أنّه ممتنع الحصول بعد ذلك عقلاً وعادةً، فقد
سقط عنه النذر، ولا ينتظر مجيء وقت الشرط، وإن كان ممكن الوقوع،
فهو إمّا معلوم الوقوع في وقته، أو محتمل الأمرين.

(١) منتهى المطلب ١١: ٢٤٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٨: ٢٨٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٨: ٢٨٥.

(٤) الخلاف ٦: ٥٦-٥٥.

(٥) المهذب البارع ٤: ٤٢.

[التصرّف المنافي للنذر]

فالكلام في التصرف المنافي يقع في موضعين:

[الموضع] الأول: التصرف المنافي للنذر إذا كان شرطه معلوم الوقوع، كالمعلق على الوفاة المطلقة وغيره، والحق في جميع صور ذلك هو: المنع من إخراجه عن الملك ببيع أو نحوه مطلقاً؛ لمنافاته للحق المعلوم المتحقق السبب.

واحتمال تلفه قبل الوفاة - مثلاً فلا يصير حقاً لغيره أصلاً مدفوع بالأصل، وهذا هو الذي يظهر من فتاوى معظم الأصحاب، ومنهم: السيّد المرتضى في الانتصار، والسيّد ابن زهرة، وابن إدريس، وابن الجنيّد؛ حيث حكموا بأنّه لا يجوز بيع المدبّر الذي تدبيره بالنذر^(١)، ونقل السيّد الإجماع عليه^(٢)، كما يأتي في الصورة الثالثة.

ووافق الشهيد الثاني على التحريم، إلّا أنّه قال بصحة البيع والالتزام بالكفارة في منذور الحرّة بعد الوفاة، ونفى الكفارة مع النسيان قبل الجهل أيضاً^(٣).

والأقرب: هو البطلان مطلقاً؛ للنهي المقتضي لذلك، حيث تعلّق بنفس العقد، فبطلانه أولى من بطلان بيع المرهون وأمّ الولد؛ ولأنّ

(١) الانتصار: ٣٧٧ - ٣٧٨، غنية النزوع: ٢٠٩، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠:

٤١٧، عن ابن الجنيّد في مختلف الشيعة ٨: ٨٩.

(٢) الانتصار: ٣٧٨.

(٣) الروضة البهيّة ٦: ٣٣٢.

مقتضى النذر صيرورته حُرّاً بعد الوفاة، فيبطل كلّ انتقالٍ تعلق به، للتنافي بينهما وسبق سبب العتق، ولانتفاء شرط البيع، وهو تماميّة الملك بالمعنى الذي سبق، ولأنّ الناذر إنّما يملكه إلى مدّة معيّنة واقعاً، فكيف يصحّ بيعه، ويترتب عليه ملك المشتري له دائماً؟ ومن المعلوم: أنّ الفرع لا يزيد على الأصل، فالمشتري لا يملك إلّا ما ملكه البائع وملكه إياه، وهذا في غاية من الوضوح والظهور.

ثمّ في حكمه بالكفارة نظر؛ إذ لم يتعلّق النذر بفعلٍ حتى يكون حائثاً بتركه، وعليه بنى الحكم بصحّته.

وعلى القولين فالتحريم ثابت قطعاً، فلو كان نصاباً زكويّاً فحال عليه الحول، لم يجب فيه الزكاة؛ لأنّ شرط وجوبها التمكن من التصرف، وهو منتفٍ هنا.

بقي الحكم في سائر التصرفات، ولا بأس بذكرها استطراداً، لانكشاف الحكم والمسألة ممّا يُذكر فيها من الأقوال والأدلة، واغتناماً للفرصة العاجلة:

فمنها: عتق منذور الحرّيّة، والتصدّق بمنذور التصدّق في الجهة الاعتبارية في النذر، فيحتمل الجواز؛ لما في ذلك من تعجيل الخير والمساواة والاستباق، وحصول الغرض بذلك على الوجه الأتمّ الأكمل، فيكون سائغاً، ولم يتعلّق النذر بفعلٍ حتى يكون الإتيان به قبل وقت وجوبه غير مجزئ، بل تعلق بها هو حقّ للغير، ويثبت قهراً، ولما كان مقتضى الملك جواز جميع التصرفات؛ عملاً بمقتضى الأصل والعمومات، وإنّما منع منه

حقَّ المستحقِّين بالعبد^(١)، وقد وصل إليهم بذلك وإن لم يكن على جهة الاستحقاق، وحينئذٍ فإذا حصل الشرط، لم يصادف النذر محلاً قابلاً لتعلُّقه به؛ لأنَّه إنَّما تعلَّق بصيرورته حُرّاً أو صدقةً بعد حصول الشرط، وقد صار كذلك قبله، فلو صار به أيضاً، لزم تحصيل الحاصل، وهو ممتنع.

ولا يلزم عليه ضمان المثل أو القيمة، كما إذا أتلفه غيره؛ لأنَّ ذلك حيث تعلَّق النذر بفعلٍ أو بحقٍّ لم يصل إلى مستحقِّه، والفرض خلاف ذلك.

والحاصل: أنَّ غاية ما صدر من الناذر أنَّه كان مستحقاً للانتفاع بالمندور إلى مدَّة، وكان تلفه قبل انقضائها تحصيلاً، فرفع اليد عن حقِّه، وأوصل الحقَّ إلى مستحقِّه، فلا وجه لمنعه.

ويحتمل المنع؛ لصيرورة المندور في حكم المتصدَّق به أو المعتق، وإن جاز له الانتفاع إلى مدَّة، ومثل هذا لا يقتضي جواز التصدَّق أو العتق ثانياً؛ لأنَّهما إنَّما يتعلَّقان بالمملوك الدائم ولو بالقوَّة، والمملك على هذا الوجه منتفٍ هنا.

وفيه نظر؛ لجواز عتق أمِّ الولد، والمكاتب الذي لم يؤدَّ شيئاً وإن كان مطلقاً وعتق جزؤه الباقي على الرقبة، فكذلك المدبِّر المندور التدبير، والمندور الحرَّة بعد الوفاة، وغير ذلك؛ لاشتراك السبب، فالأوَّل هو الأقرب.

وهل يصحّ التكفير بالمنذور على الوجه المذكور؟ الوجه: المنع؛ لأنّ ظاهر النصّ والفتوى هو العتق المطلق، والتصدّق كذلك وإن لم نقل بفوريّة وجوب التكفير، فالمعلّق غير مأمور به، فلا يكون مجزئاً، فلو نذر احتمال الصّحة وبقاء الكفّارة في ذمّته.

ولو قلنا بإجزائه عن الكفّارة، تعيّن في ذلك المنذور، فلو أعتق غيره أو تصدّق بغيره عن الكفّارة قبل الشرط، لم يقع عن الكفّارة مع احتماله؛ لاحتمال تلف المنذور قبل الشرط، فلا يسقط عنه الكفّارة، فلا يُترك المعلوم بالمحتمل.

وفي جواز إعتاق المنذور على الوجه المذكور قبل الشرط عن الكفّارة الثابتة وجهان، والأقوى: عدم الإجزاء، وفاقاً للشهيد في الدروس^(١)، وكلامه يقتضي فرض المسألة في منذور الإعتاق والتصدّق به، فإنّه قال: ولا يجزئ المنذور عتقه أو الصدقة به وإن كان النذر معلّقاً بشرط، ولم يحصل بعد على الأقوى^(٢). انتهى، فإنّ التعميم للنذر المطلق، والمعلّق الذي حصل شرطه، مع قوله: أو الصدقة به، يقتضي إرادة ما ذكر، ويظهر من الروضة^(٣) التردّد في ذلك، والمعتمد فيما فرضناه هو المنع.

أمّا في منذور الصدقة، فلتعلّق حقّ المستحقّين به، والعتق منافٍ له، فنبطل، وأمّا في منذور العتق؛ فللأصل، وعدم تماميّة الملك، وأصالة عدم

(١) الدروس ٢: ١٨٣.

(٢) الدروس ٢: ١٨٣.

(٣) الروضة البهيّة ٦: ٣٣٢.

تداخل النذر والكفارة، لاستقلال كل منهما في السببية، ولأنه بمنزلة التالف.

وقد انقذ من ذلك: عدم جواز التصدق عن الكفارة بمنذور الصدقة أيضاً.

وهل يقع العتق في منذور العتق، والصدقة في منذور الصدقة صحيحاً في نفسه؟ يحتمل ذلك، وهو الذي يلوح من العلامة في القواعد، فإنه قال في منذور الإعتاق المشروط: إنه لو أعتقه قبل الشرط، صح ولم يجزئ عنه، ووجب عليه كفارة خلف النذر، إن حصل الشرط^(١).

وفي جواز تحرير المنذور وجسه لخدمة الكعبة، أو المسجد، أو نحو ذلك، وجهان، وكذا لو نذر تحريره لذلك، ثم أراد إعتاقه قبل حصول الشرط، والأقوى المنع مطلقاً.

وفي مكاتبة المنذور الحرية إشكال من الأصل، وكونها بمنزلة الإعتاق في كونها تعجيل خير، مع كون منافعه له قبل الشرط، وأن رضا العبد بذلك مسقط لحقه بما يمكن تعجيل الغرض به، فيتبعه حق الله سبحانه وتعالى أيضاً وإن لم يسقط بإسقاطه في غير ذلك، ومن تعلق النذر بحرّيته مجاناً والكتابة تحرير بعوض فلا يقوم مقامه، وكون الكتابة على خلاف الأصل، فيقتصر في صحتها على ما إذا تعلق بالرق المطلق؛ لأنه المتيقن، وأنها بيع عند بعض، فإذا لم يصح البيع فكذلك الكتابة.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٣٠٦.

(٢) في دفع، ك، هـ: ونحو.

وعلى الأول تبقى متزلزلة، فأَيّ السبيين حصل سابقاً انعتق به، فإذا تحرّر بعد الكتابة - كلاً أو بعضاً قبل الشرط لم يستحقّ أن يطالب بهال الكتابة، كما هو الظاهر؛ لأنّ ماله وجميع منافعه لمولاه قبل العتق، مع أنّه قد رضي بذلك، ولا بقيمته؛ لتفويت المولى عتقه مجّاناً عليه؛ لرضاه بذلك، وتعلّق النذر بالعتق، فامتنع حصوله لا بأداء القيمة، وفي حكم الكتابة عتقه بشرط المال.

ولو اتفق شيء من أسباب العتق القهريّ قبل الشرط تحرّر بذلك ولو كان منذور الصدقة.

وهل يجوز بيع المنذور الحرّيّة على مَنْ ينعتق عليه كأُمّ الولد؟ يحتمل ذلك؛ لما ذكر في العتق والكتابة.

والوجه: المنع؛ لانتفاء شرط البيع، وهو تماميّة الملك، وتعلّق النذر بعتقه مجّاناً عليه، وفي البيع تفويت لذلك؛ لاستيفائه العوض من غيره، وعدم حصول العتق في ملكه، وإنّما جازت الكتابة - ونحوها على القول بها لكون العتق بعوضٍ هو ماله حقيقةً.

ويجوز إجارته إلى مدّة يحتمل عدم حصول الشرط فيها، فإن حصل قبل انقضائها، صحّ في المنقضي، وبطل في الباقي، وثبت للمشتري^(١) الخيار إن جهل الحال، كما في إجارة الوقف.

ويجوز أيضاً سائر الانتفاعات، كوطء الأمة المنذورة الحرّيّة، فإن حملت منه صارت أُمّ ولدٍ، فإن حصل الشرط قبل الوفاة انعتقت بذلك، وإن

كان هو الوفاة ومات عنها وهي أم ولد، تحررت بالموت، ولم تحتسب على الولد؛ لتقدم سبب العتق على الإرث، وعدم دخولها في ملك الورثة حتى تعتق على ولدها، وأصالة استحقاق الولد تمام حقه من التركة.

ولو تأخر حصول الشرط عن الموت، كما لو علق العتق على موت غيره فمات بعد موته، أو على شرط تأخر حصوله عن موته، ففي تعجيل انعاقها من نصيب ولدها، أو انتظار الشرط المتقدم السببية، وجهان.

والمعتمد الأول؛ لامتناع استقرار ملك الولد لأمه، سواء طال الزمان أم قصر، بل تنعتق عليه بالملك قهراً، كما لو حصل سائر أسباب العتق القهري، فيمتنع النظرة.

وفي جواز وطء الأمة المندورة الصدقة إشكال، من وجود الملك المقتضي للجواز، وأصالة عدم الحمل، ومن كونه تعريضاً لإتلاف حق المستحقين. والوجه: أنه إذا قلنا بأن الاستيلاد ولو لشبهة إذا اتفق لا يمنع من حق المستحقين؛ لسبق سببه وإن تأخر الشرط عن الموت، فالوطء جائز.

وإن قلنا بمنعه من حقهم؛ تغليباً لجانب الحرية، ولامتناع استقرار ملك الولد عليها إذا تأخر الشرط عن الموت، فيقوى القول بالمنع.

وإن قلنا بتعلق حق المستحقين بالقيمة جمعاً بين الحقين، فتتعلق القيمة بدمّة الناذر في حياته، وبإاله بعد الموت؛ لكونه السبب في إتلاف حق المستحقين، أو بدمته إذا وجد الشرط في حياته، وبدمّة الولد فيما عدا ذلك؛ لدخولها في ملكه وانعاقها عليه، فيضمن قيمتها للمستحقين.

فعلى هذا أمكن القول بالجواز أيضاً، فالقول به - عملاً بالأصل السالم عن معارضٍ معلوم - قويٌّ جداً.

واعلم: أنه إذا حصل الشرط بعد موت العبد المنذور، بطل النذر ولو كان منذور العتق، فلو اتفق ذلك قبل التجهيز، كانت مؤونته على مولاه كغيره من المماليك.

[الموضع] الثاني: التصرف المنافي إذا كان الشرط محتمل الأمرين، فما جاز منه في الأول جاز هنا قطعاً.

والأقرب: جواز وطء المنذورة الصدقة.

وفي جواز التصرف الناقل هنا إشكال.

قال العلامة: لو علّق نذر العتق بعدم الدخول مثلاً، ولم ينو وقتاً معيناً، أو بآخرهم دخولاً، عتق في آخر جزء من حياته، وهل له بيعه قبل ذلك؟ إشكال^(١).

واختار ولده في الشرح عدم جواز إخراجه عن ملكه^(٢).

وعندي: أنه إن كان النذر مشروطاً - صريحاً أو ضمناً - بها إذا وجد الشرط، والمنذور باقٍ في ملكه، فإخراجه من الملك قبله جائز قطعاً؛ لأنّ الالتزام بالنذر حينئذٍ بالنسبة إلى بقاء المنذور في الملك، كالواجب المشروط، ولا يجب تحصيل مقدّمته إجماعاً.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٢٠٣.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٤.

ويدلّ عليه أيضاً: ما رواه الشيخ والصدوق - في الصحيح - عن محمد ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام، قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم آتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك؟ قال: «لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه»^(١).

وقد حمله الأصحاب على صورة النذر، كما ذكره في الدروس، والتنقيح، والمسالك^(٢)، وزاد في المسالك: أنه ما وقف على رادّها، إلّا ما يظهر من ابن إدريس^(٣).

وفيه دلالة على جواز البيع، وعلى سقوط النذر به وإن عادت إلى ملكه. ولعلّ ذلك نظراً إلى أنّ الظاهر المتبادر تعلّق النذر بما إذا أتاها وهي باقية في ملكه، فيسقط بزوال الملك، مع أنّه لا يصحّ نذر عتق مملوك الغير، ولا ما يملكه متجدّداً على قول، فيختصّ بالملك الموجود حال النذر وقد فرض زواله، وكان قصد هذا المعنى هو الغالب في الشرائط الاختيارية.

وإن كان النذر مطلقاً شاملاً لجميع الأحوال، وجب عليه ترك ما ينافيه من التصرفات، سواء كان تصرفاً لا يمكن معه العود إلى الملك كبيع المندور الصدقة، أو الحرّية على من تنعتق عليه، وكالتصرف المؤدّي إلى تلف العين - أو أمكن معه ذلك.

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢١ / ٤٦، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٢٩ / ٦٨، الوسائل ٢٣: ٩٤،

أبواب العتق، ب ٥٩، ح ١.

(٢) الدروس ٢: ٢٠٥، التنقيح الرائع ٣: ٤٤٤، مسالك الافهام ١٠: ٣٠٦.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ١٩-٢٠.

ووجهه: أنَّ مقتضى النذر صيرورته حُرّاً أو صدقةً بوقوع الشرط مطلقاً، ولَمَّا كانت متوقّفةً على الملك لا تتحقّق بدونه، فالالتزام بها التزام ببقائه في الملك إلى أن ينكشف الحال، فإن حصل الشرط، حصل المشروط بمجرد حصوله، كما هو قضية النذر.

لا يقال: إنَّ المانع وقوع الشرط، والأصل عدمه، فيمضي تصرّفه ظاهراً؛ لوجود المقتضي وهو الملك، وعدم العلم بالمانع، ويستمرّ إلى أن ينكشف الحال، فإن مضى الوقت الذي يمكن فيه الشرط ولم يحصل، تبين صحّته واقعاً أيضاً، وإن حصل انكشف فساد التصرّف، فيتعلّق النذر بالعين إن كانت موجودةً، وإلّا فإلى البدل أو القيمة، كما يقوله مَنْ جَوّز بيع العبد الجاني عمداً.

لأنّا نقول: ما ذكر من وجود المقتضي، وعدم العلم بحصول الشرط المانع مسلّم، إلّا أنّه لمّا قال: لله عليّ إن شفى الله مريضى فعبدى حُرّاً مثلاً، كان ذلك التزاماً بالحرّيّة على تقدير الشفاء، والالتزام بها التزام بلوازمها، فهو في معنى: لله عليّ أن أبقى عبدي في ملكي إلى أن يعتق إن حصل الشفاء، فالمانع حينئذ هو الالتزام بأبقائه قابلاً لحصول النذر، وهو موجود وإن لم يعلم سبب حصول الحرّيّة، وهذا مثل بيع المالك ماله على الفضوليّ، فإنّه يلزم أن لا يتصرّف في الثمن كما هو الظاهر ولا في المبيع؛ لالتزامه بذلك إلى أن ينكشف الحال وإن كان الأصل عدم الإجازة.

[فرع: في نذر النصاب الزكوي، أو مال الاستطاعة]

ويتفرّع على ما ذكر: حكم ما إذا كان المنذور نصاباً زكويّاً، ففي

الصورة الأولى إن حصل الشرط قبل حوول الحول تعيّن للنذر، وإن كان بعده تعلّق به الزكاة، فيخرج منه قدر ما لمستحقّها، ويصرف الباقي في أرباب النذر.

ولو كان النذر معلّقاً على حوول الحول على المنذور، وهو باقٍ في ملكه، فإنّ اتّحد المصرفان فلا ثمرة يعتدّ بها في التعيين، وإن اختلفا احتّمّل بطلان النذر في قدر الزكاة وصحّته في الباقي، وصحّته في قدر الزكاة أيضاً، فيتعلّق بالذمة، وتخصيص ذلك بما إذا كانت متعلّقة بالذمة لا بالعين، أو كان الغرض من النذر صرف القيمة لا العين، فيتعلّق النذر حينئذٍ بالذمة، والوجه الآخر قريب.

ومثله ما لو نذر التصدّق بها يملكه إذا استطاع به للحجّ، وهو متمكّن من الحجّ بدونه، فيجب الحجّ والتصدّق عليه معاً؛ عملاً بمقتضى السبب فيهما؛ لعدم التضادّ بينهما.

وفي الصورة الثانية لما كان شرط الزكاة - وهو التمكن من التصرف - متعيّناً، سقط التكليف بها إلى أن يتبيّن الحال، فإن فات الشرط احتسب الحول من ذلك الوقت.

ولو أطلق الكلام ولم تكن قرينة على تعيين أحد المعنيين، ففي حمله على الأوّل للأصل، ولظاهر الصحيحة^(١) السابقة، أو على الثاني؛ لظاهر إطلاق [الروايات]^(٢)، وجهان، ولعلّ الثاني أوجّه، والصحيحة محمولة على

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٢١/٤٦، الوسائل ٢٣: ٩٤، كتاب العتق، ب ٥٩، ح ١.

(٢) ما بين المعقوفين إضافة يقتضيها السياق.

وجود القرينة، أو خاصّة بموردها ولا يتعدّى عنه.

وأما التصرّف الغير الناقل - إذا كان مقتضياً لتعلّق حقّ الغير بالمندور كالرهن - فحكمه كالناقل فيما سبق لو وقع الشرط في الصورة الأولى، والمندور بعد مرهون لم يخرج عن الملك، فالأقرب: خروجه من الرهن، وتعيّنه للنذر؛ لبقاء الملك والنذر سبقه.

الصورة الثالثة: هي الصيغة الثانية إذا كانت مطلقة، وذلك كنذر الهبة، والوقف، والإبراء، والإعتاق، والوصيّة، والتدبير، والتصدّق، والإهداء، والصّحيّة، ونحوها، وفي حكمها المشروطة التي وقع شرطها مع بقاء العين في ملكه. والبحث هنا في موضعين:

[الموضع الأول: فيما يخرج به المندور عن الملك في هذه الصورة.

لا ريب أنّ المندور في السّنة الأولى ونظائرها لا يخرج عن الملك بالنذر، ولا بحصول الشرط، أمّا في الوصيّة والتدبير فظاهر، وأمّا في الأربعة الأولى، فلأنّ خروجه عن الملك يتبع وقوع هذه الأسباب في نذرها، وفي الآخرين وجهان.

وقد تقدّم عن العلامة - في نذر الإهداء -: أنّه يخرج عن الملك بمجرد النذر، مدّعياً أنّه لا يعلم خلافاً فيه^(١) كما سبق.

وقال ابن إدريس: إذا أوجب الهدي بالنذر ابتداءً بعينه، مثل أن قال: لله عليّ أن أهدي هذه الشاة ونحوها، زال ملكه عنها، وانقطع تصرّفه في حقّ

نفسه فيها، وهي أمانة للمساكين، وإن نتجت فلهم أيضاً^(١).

وذكر الشيخ هذه الأحكام في المنذور المعين ابتداء^(٢)، والظاهر عدم الفرق بين الإهداء والتضحية.

وعندي: أن لهذا النذر معنيين:

أحدهما: أن ينذر جعل الغنم هدياً أو أضحية.

وثانيهما: أن ينذر فعل الإهداء، والتضحية.

فعلى الأول: لا يخرج عن الملك ما لم يقل بعد النذر: جعلت هذا هدياً أو أضحية، على القول بأنه يتعين، ويخرج عن الملك بذلك وإن لم ينذر أو يهد ويضخ بهذه النية على القول الآخر.

وعلى الثاني: يخرج عن الملك بالنذر، ويصير هدياً أو أضحية بمجرد، ويجب عليه العمل بمقتضاه.

ولا يبعد صرف المطلق إلى الثاني، فإن كانت قرينة على الأول محل عليه، فأتجه كلام ابن إدريس والعلامة.

وأما نذر التصدق، فالذي يظهر من كثير من الأصحاب هو الحكم بأنه لا يخرج عن الملك بمجرد النذر، وبه نصّ الشهيد الثاني في كتابه قائلاً: إن النذر ليس هو المال، بل الصيغة الواقعة عليه، فلا يخرج عن ملكه بدونها^(٣).

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٩: ٣٩٣.

(٢) المبسوط ١: ٣٧٥.

(٣) مسالك الافهام ١١: ٤٩٨، الروضة البهية ٦: ٢٥٤.

ولا يبعد - عندي - التفصيل المذكور هنا، فإن قصد بالندر جعله صدقةً، فهو باقٍ على ملكه إلى أن يقع منه الجعل المذكور على وجه مشروع، وإن قصد نذر فعل التصدق، بأن يعطيه للمستحقين بهذه النية، خرج عن ملكه بذلك، ووجب عليه إيصاله إلى أربابه كالزكاة وغيرها.

وقد روى الشيخ والكليني - في الموثق أو الصحيح - عن محمد بن يحيى الخثعمي، قال: كُنَّا عند أبي عبد الله عليه السلام جماعةً، إذ دخل رجل من موالي أبي جعفر عليه السلام، فسَلَّمَ عليه ثم جلس وبكى، ثم قال له: جُعِلَتْ فداك، إنِّي كنت أعطيت الله عهداً - إن عافاني الله من شيء - كنت أخافه على نفسي - أن أتصدق بجميع ما أملك، وإنَّ الله عافاني منه، وقد حَوَّلْتُ عيالي من منزلي إلى قَبَةِ في خراب الأنصار، وقد حملت كلَّ ما أملك، فأنا بائع داري وجميع ما أملك، فأتصدق به؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «انطلق وقومُ منزلك وجميع متاعك وما تملك بقيمةً عادلةً واعرف ذلك، ثم اعمد إلى صحيفةٍ بيضاء فاكتب فيها جملة ما قومت^(١)، ثم انظر إلى أوثق الناس في نفسك فادفع إليه الصحيفة، وأوصه ومُرّه إن حدث بك حدث الموت أن يبيع منزلك وجميع ما تملك، فيتصدق به عنك، ثم ارجع إلى منزلك، وقم في مالك على ما كنت فيه، فكلُّ أنت وعيالك مثل ما كنت تأكل، ثم انظر كلَّ شيء تصدق فيها تستقبل^(٢) من صدقةٍ، أو صلة قرابةٍ، أو في وجوه البرِّ، فاكتب ذلك كله وأحصه، فإذا كان رأس السنة فانطلق

(١) في المصدر: قومه.

(٢) في التهذيب: تصدق به فيما يسهل، وفي الكافي: تصدق به فيما تستقبل.

إلى الرجل الذي أوصيت إليه، فمُرّه أن يخرج الصحيفة، ثم اكتب فيها جملة ما تصدّقت وأخرجت من صدقة^(١) أو برّ في تلك السنة، ثم افعل ذلك كلّ في كلّ سنة، حتّى تفي الله بجميع ما نذرت فيه، ويبقى لك منزلك ومالك إن شاء الله»، قال: فقال الرجل: فرّجت عني يا بن رسول الله، جعلني الله فداك^(٢).

والرواية معمول بها عند الأصحاب، ونصّ الشهيد في المسالك بصحّة طريقها، وتلقي الأصحاب لها بالقبول^(٣) وهي دالّة على أنّه بعد وقوع شرط النذر ينقطع تصرّفه في المنذور، إلّا بما يتعلّق بأداء النذر.

وقد سوغ عليه السلام للناذر أن يقوم المال دفعاً للضرر، ويصير ملكاً له بذلك، إلّا أنّه متزلزل إلى أن يؤدي القيمة.

وتدلّ أيضاً على أنّه إذا لم يف بنذره إلى أن مات، وجب على وليّه أن يصرف المنذور في أربابه، ويحتسب من الأصل.

ونقل صاحب البحار والوسائل عن عليّ بن جعفر في كتابه، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: وسألته عن الصدقة تجعل لله مبتوتة، هل له أن يرجع فيها؟ قال: «إذا جعلها لله فهي للمساكين وابن السبيل، فليس له أن يرجع فيها»^(٤).

(١) في المصدر: صلة.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٤٢٣ - ٤٢٥/١٣٦، الكافي ٧: ٤٥٨ - ٤٥٩/٢٣، الوسائل ٢٣: ٣١٥،

كتاب النذر والعهد، ب ١٤، ح ١.

(٣) مسالك الافهام ١١: ٣٦٦ - ٣٦٧.

(٤) بحار الأنوار ١٠: ٢٩١، وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٦/٥، مسائل علي بن جعفر: ١٩٩/٤٢٨.

ولا يبعد تعميمه لنذر كونه صدقة، أو التصدق به، دون الصدقة بالصيغة؛ إذ لا تصح مع عدم القبول من المتصدق عليه ولا الوقف؛ لأن الظاهر صرف عين الصدقة في المساكين وابن السبيل، ولا يتم في الوقف؛ ولأنه مشروط بالصيغ ويجوز الرجوع قبله.

والظاهر من الرواية فالمراد^(١) بكونها مبتوتة: أنها جعلت مقطوعة بآنة لا سلطان له عليها، ولا لأحد من ورثته، لا أنها مقطوعة، لا سلطان لأحد في عينها حتى تكون موقوفة.

[الموضع] الثاني: في التصرف في ذلك.

لا ريب في عدم جوازه في كل موضع حكمنا بخروجه عن الملك، أو يجوز منه مما يتوقف عليه الوفاء؛ لعدم التنافي.

وأما مع بقاءه في الملك، فالذي يظهر من كثير من الأصحاب هو المنع من التصرف وبطلانه.

قال العلامة في كتاب الرهن في التذكرة: إن كان النذر - أي نذر الإعتاق - مطلقاً، أو مقيداً بالتعجيل، لم يجوز له رهنه؛ لتعلق حق العتق به، ووجوب إخراجه عن ملكه، فينافي جواز رهنه، الذي يقتضي وجوب إبقائه في دين المرتهن حتى يستوفي منه، أو من غيره^(٢).

ويأتي عن ولده، وغيره - في الصورة الرابعة - ما يدل على ما ذكر.

(١) كذا في النسخ.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٦٩ - ١٧٠.

وقال السيّد المرتضى في الانتصار: ممّا انفردت به الإماميّة أنّهم فتشوا^(١) بيع المدبّر، فقالوا: إن كان ذلك التدبير تطوعاً وتبرّعاً، جاز له بيعه على كلّ حال، في دَيْنٍ وغير دَيْنٍ، كما يجوز له الرجوع في وصيته، وإن كان تدبيره عن وجوبٍ لم يحز له بيعه، ومعنى ذلك أن يكون قد نذر - مثلاً - إن برأ مريضه^(٢)، أو قدم غائبه^(٣) أن يدبّر عبده، ففعل ذلك واجباً لا تبرّعاً، قال: وما وجدنا أحداً من الفقهاء يفصل هذا التفصيل.

ثمّ استدلّ عليه - بعد الإجماع -: بأنّ التدبير إذا كان على سبيل النذر، فهو واجب عليه لازم له، فلا يجوز الرجوع فيه ولا الفسخ له، وليس كذلك التبرّع؛ لأنّه لا سبب له يقتضيه^(٤).

وقال ابن زهرة: المدبّر إن كان تدبيره واجباً - بأن يكون قضاءً لنذر - لم يحز بيعه؛ لأنّ ما عهده لا يجوز نقضه ولا الرجوع فيه، ثمّ نقل عليه الإجماع^(٥).

وقال ابن الجنيد: لا يجوز بيع المدبّر عن نذرٍ قد كان ما نذر منه^(٦)، ووجب على السيّد تدبيره^(٧).

(١) في المصدر: أن قسموا.

(٢) في المصدر: إن برىء من مرضه.

(٣) في «ف»: يرامى نفسه.

(٤) الانتصار: ٣٧٧ - ٣٧٨.

(٥) غنية التزوع: ٢٠٩.

(٦) في المصدر: فيه.

(٧) عنه في مختلف الشيعة ٨: ٨٩.

وأطلق باقي الأصحاب - كما نسبته إليهم الشهيدان^(١) - لزوم هذا النذر، وعدم جواز فسخه عن الملك وإن كان منذوراً.

ولا يخفى أن المراد بعدم الجواز هنا ليس مجرد الحرية، بل الفساد أيضاً. ولا فرق أيضاً بين وقوع التدبير وعدمه إذا كان المنذور معيناً^(٢) كما هو الفرض؛ لأنّ الموجب حيثئذ ليس هو التدبير؛ لجواز فسخه في نفسه، بل لتعلّق حقّ النذر به، فيعمّ الحكم كلّ منذورٍ وقع فيه التصرف المنافي^(٣)، بعد اجتماع شرائط وجوب النذر، بل نذر التدبير أضعف من نذر الإعتاق ونحوه؛ إذ قد قال بعضهم - كابن نما وغيره - بجواز الرجوع في التدبير المنذور ونقضه، بخلاف غيره، ولم أقف على مخالفٍ في الحكم المذكور، إلّا ما ذكره الشيخ في كتاب الضحايا من الخلاف، في ضمن المسألة التي نقلناها عنه في الصورة الأولى؛ حيث قال: فأما إن قال لعبده: الله عليّ أن أعتقك، لم يزل ملكه بلا خلاف، وأما بيعه فلا يجوز عند الشافعيّ، وعند أبي حنيفة يجوز، وهو الأقوى؛ لأنّه يبيعه ثمّ يشتريه ويعتقه^(٤).

وقال الشهيد الثاني - في منذور التدبير وفي منذور الحرّية بعد الموت: إنّه لا يجوز نقله عن ملكه، فلو فعل صحّ، ولزمته الكفّارة مع العلم^(٥). ويلزم عليه القول بالصحة والكفّارة مع العلم في كلّ موضعٍ كان

(١) الدروس ٢: ٢٣٢، الروضة البهية ٦: ٣٣١.

(٢) في «حج»: متعيناً.

(٣) في «ف»: له: النافي.

(٤) الخلاف ٦: ٥٦.

(٥) الروضة البهية ٦: ٣٣٢.

المنذور باقياً في الملك، ووقع فيه التصرف المنافي.

ولا يخفى ما بين كلامه وكلام الشيخ من المخالفة، فإن مقتضى كلامه هو: حرمة نقله عن الملك مطلقاً، مع صحته ووجوب الكفارة به كذلك، سواء أمكنه إعادته في الملك والوفاء بالنذر أم لا، وسواء التزم عند البيع بالكفارة، أم لا.

وأما الشيخ، فإنما جوزه وحكم بصحته، بناءً على عدم حرمة، وهو الأقرب كما سبق، إلا أن الكلام في وجه الحلّة، فإنه لا يتجه إلا إذا حُمِلَ على ما إذا لم يجب الإعتاق فوراً، وأمكن إعادته في الملك، وظنّ التمكن منه ولو ببذل ما يزيد عن القيمة بأضعافها، أما إذا وجب فوراً فلا يجوز البيع؛ لمنافاته له.

وكذا لو لم يتمكن بعده من الإعادة، أو لمانع شرعي، كالبيع على مَنْ ينعتق عليه، أو غيره كما لو ظنّ عدم الرضا بالبيع منه، ولا يجدي أن يشترط على المشتري بيعه عليه بعد تملكه؛ لأنّ الأقوى بطلان البيع حينئذٍ، كما دلّ عليه النصوص، وربما علّل بغيرها.

ثم إنّ القول بالمنع فيما فرضه الشيخ قويٌّ جداً، كما حكاه عن الشافعي؛ لأنّ بناء الحقوق الماليّة مع الإطلاق على التعجيل، وبالخصوص على القول بأنّ الأمر للفور، كما هو رأي الشيخ^(١).

وفي رواية محمد بن يحيى^(٢) - المتقدمة - ما يشير إلى ذلك؛ بناءً على أنّ

(١) العدة في اصول الفقه ١: ٢٢٥-٢٢٧.

(٢) الكافي ٧: ٤٥٨-٤٥٩/٢٣، تهذيب الأحكام ٨: ٤٢٣ - ٤٢٥/١٣٦، الوسائل ٢٣: ٣١٤،

أبواب كتاب النذر، ب ١٤، ح ١.

نذر التصدّق لا يوجب خروج المنذور عن الملك.

وفي فرض الأصحاب الخلاف في المشروط قبل حصول الشرط كما يأتي، وحكم كثير منهم في منذور التصدّق بأنّه غير تامّ الملك؛ لكونه ممنوعاً من التصرف فيه يقوّي ما قلناه، فينبغي أن يكون العمل على ذلك.

الصورة الرابعة: هي الصيغة الثانية إذا كانت مشروطة ولو لم يحصل بعد، والشرط حينئذٍ إما أن يكون معلوم الحصول، أو محتمل العدم، سواء كان الاحتمال مخالفاً للأصل، أو موافقاً له.

وقد اضطرب كلام الأصحاب، واختلفت^(١) فتاويهم في حكم التصرف المنافي في المنذور المذكور قبل تحقّق الشرط، فمقتضى كلام الشيخ المذكور قبيل ذلك شرعاً حليته وصحّته هنا بطريق أولى، فيشارك الحمل المذكور، ومقتضى ما ذكره الشهيد الثاني هو الصحّة، أمّا تحريره هنا فلا يظهر من ذلك الكلام.

وقال في كتاب الزكاة: لا زكاة على الممنوع منه شرعاً، أي من التصرف في أصل المال، كالراهن غير المتمكّن من فكّه ولو بيّعه، وناذر الصدقة بعينه مطلقاً، أو مشروطاً وإن لم يحصل شرطه على قول^(٢).

وقال في الكفّارات: لا يجزئ عتق المرهون إلّا مع إجازة المرتهن، ولا المنذور عتقه، والصدقة به وإن كان معلّقاً بشرط لم يحصل بعد على قول

(١) في «ف، حج»: واختلف.

(٢) الروضة البهية ١٣: ٢.

رَجَّحَ المصنّف في الدروس^(١).

وهذان الكلامان يقتضيان التردّد في حرمة التصرّف قبل الشرط، سواء كان معلوم الوقوع أو محتمل الأمرين؛ وذلك لأنّها يمنع من تعلّق الزكاة، وصحّة العتق وإن لم تمنع من صحّة البيع لاندرج في كلامه.

والظاهر منهما تعلّق النذر بالإعتاق والتصدّق، وإلاّ منذور العتق والصدقة إذا كان النذر مطلقاً، أو معلقاً بشرطٍ حاصل، مع أنّ الملكية هنا منتفية.

والظاهر من الشرط في اصطلاحهم: أن يكون محتمل الأمرين وإن كان قد يطلق على ما يعمّ معلوم الوقوع، فالجمع بينهما وبين ما نقلنا عنه قبل ذلك: إمّا بالفرق بين منذور العتق والصدقة، ومنذور الإعتاق والتصدّق، أو بين الشرط المعلوم الوقوع، ومحتمل الأمرين، فيحرم عنده النقل عن الملك في الأولين، ويتردّد في الآخرين.

وحكى في كتاب العتق عن فخر المحققين: أنّه استقرب عدم جواز التصرّف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله^(٢)، قال: وصحيحة محمد بن مسلم^(٣) حجة عليه^(٤).

(١) الدروس ٢: ١٨٣.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢١/٤٦، الوسائل ٢٣: ٩٤، أبواب كتاب العتق، ب ٥٩، ح ١.

(٥) الروضة البهية ٦: ٢٩٦.

وقال قبل ذلك بعد أن ذكر الصحيحة وما دلت عليه من الأحكام: ويتفرّع على ذلك أيضاً: جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، وهي مسألة إشكالية^(١). انتهى.

وظاهره تقوية القول بالجواز، مع أن مورد الخبر - كما سبق - العتق المعلق على الوطاء لا الإعتاق، وهو قد قوى الافتقار إلى صيغة جديدة في نذر الحرّية المعلق على الملك لا مطلقاً، فالفرق بين ما في الرواية ومنذور الحرّية بعد الموت، هو: تعليق الأوّل على الشرط، والثاني على الوصف.

وقال في المسالك: وفي الرواية أيضاً على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور. وذكر في كتاب الزكاة منها: الخلاف^(٢) ولم يرجح شيئاً.

وقال العلامة في أواخر كتاب الكفّارات من القواعد: وكذا لا يجزئ لو قال: لله عليّ إن شفى الله مريضاً أن أعتق هذا العبد فأعتقه قبله، وتجب عليه كفّارة خلف النذر إن عوفي مريضه، وصحّ العتق السابق، وفي وجوب عتق عوضه إشكال، ولو باعه ففي صحّته إشكال، وكذا في عتق عوضه^(٣).

وقال في كتاب الرهن: لو نذر العتق عند شرط، ففي صحّة رهنه قبله

(١) الروضة البهية ٦: ٢٩٦.

(٢) مسالك الافهام ١: ٣٦٠-٣٦١.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٣٠٦.

نظر^(١).

وقال في كتاب الزكاة بعد ما حكم بعدم وجوبها في منذور التصدق والمنذور جعله صدقة أو أضحية: وفي النذر المشروط نظر^(٢).

وقال في كتاب الزكاة من التذكرة: لو كان النذر مشروطاً بإشكال، ينشأ من استصحاب الملك السالم عن معارضة تعلق النذر لعدم الشرط الآن، ومن تعلق النذر به^(٣).

وحكى في المسالك عنه في النهاية: أنه جزم بالمنع من التصرف فيه حيثئذ، فتسقط الزكاة^(٤).

وقال في كتاب الرهن من التذكرة بعد العبارة المنقولة عنه آنفاً: وإن كان - أي نذر الإعتاق - مقيداً بالوقت أو الوصف، فالأقرب جواز رهنه، وهل يباع لو حلّ الدّين قبل الوصف؟ الأولى المنع؛ لأنه وإن لم يخرج عن ملكه بالنذر إلا أنه قد تعلق به حقّ لله سبحانه وتعالى، ويبيعه مبطل لذلك الحقّ^(٥).

وقال قبل ذلك: لو مات العبد في النذر المطلق أو المقيّد بالتعجيل قبل عتقه، فإن كان قد تمكّن من عتقه بعد النذر، وجب عليه الكفّارة لخلف النذر، وإن لم يتمكّن لم يجب عليه شيء.

(١) قواعد الأحكام ٢: ١١١.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٣٣٠-٣٣١.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥: ٢٦.

(٤) مسالك الافهام ١: ٣٦١، نهاية الأحكام ٢: ٣٠٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٧٠.

ولو مات في النذر المقيد قبل حصول الوصف أو الوقت لم يجب عليه شيء، سواء قلنا: إنه يجزئه عتقه قبل الوقت، أو لا؛ لأنّ الوجوب تقيّد بوقت أو وصف ولم يحصل القيد.

ولو قتله مولاه قبل عتقه، فالأقرب: وجوب الكفّارة في الأقسام الثلاثة، أمّا في المطلق والمعجل فظاهر، وأمّا في المقيّد بالأجل، فلأنّه فوّت محلّ العتق، فكانت مخالفة النذر بسببه اختياراً^(١).

وقال الشهيد في زكاة البيان: والموانع ثلاثة، أحدها: الشرع كالوقف، ثمّ قال: ومنذور الصدقة به، سواء كان النذر مطلقاً أو مشروطاً، على قول^(٢).

وقال في كفّارات الدروس: ولا يجزئ المنذور عتقه أو الصدقة به وإن كان النذر معلقاً بشرط ولم يحصل بعدّ على الأقوى^(٣).

وقال في كتاب الرهن: لو نذر عتق العبد عند شرط، ففي صحّة رهنه قبله وجهان: نعم؛ لبقاء الملك، وأصالة عدم الشرط؛ ولا؛ لأنّ سبب العتق سابق والشرط متوقّع، وعلى الأوّل لو وقع الشرط أعتق وخرج عن الرهن^(٤).

واختار ابن فهيد في الموجز عدم وجوب الزكاة في منذور التصدّق، وإن

(١) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٦٩.

(٢) البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٢: ٢٧٢.

(٣) الدروس ٢: ١٨٣.

(٤) الدروس ٣: ٣٩٥.

تعلق بشرط ولم يحصل بعد^(١).

وقال المحقق الشيخ علي في شرح قول العلامة: لو نذر العتق عند شرط، ففي صحة رهنه قبله نظر: ينشأ من بقاء الملك، فإنه لا يخرج بالنذر عن كونه مملوكاً، ومن أن المقصود بالرهن غير حاصل لأن حصول الشرط المقتضي لخروجه عن الملك مترقب، فينتفي مقصود الرهانة، فيكون باطلاً.

قال: ويضعف بأن توقع خروجه عن الملك بسبب متجدد لا يمنع صحة الرهن، كما لو رهن مريضاً؛ لأن المتعبر في صحة الرهن استجماع شرطه^(٢) حال العقد، ولا أثر لما [لم] يمكن تجده من المنافيات، بل التحقيق بناء المسألة على أن من نذر أن يفعل فعلاً عند الشرط^(٣) أو غداً، هل يحث بفعل [ما] ينافي ذلك قبل الغد، كما لو نذر أو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً مثلاً، هل يحث بإتلافه الآن، فيكون [ذلك] محرماً ويلزم به الكفارة، أم لا ؟ للأصحاب في ذلك قولان.

ووجه ابتناء هذه المسألة على ذلك: أنه على تقدير الحث يكون بيع العبد ممنوعاً منه، فيمتنع الرهن لانتفاء مقصود الوثيقة حيثئذ، وعلى العدم، لا أثر للمنافي الذي تجده ممكن، ولا ريب أن الأحوط القول بعدم الصحة^(٤).

(١) الموجز الحاوي (ضمن الرسائل العشر لابن فهد الحلبي): ١٢٧.

(٢) في المصدر: شروطه.

(٣) في المصدر: شرط.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٦٠، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

وقال فخر المحققين في شرح قول والده: وفي النذر المشروط نظر: يريد أن نذر الصدقة - مثلاً - بعين معيّنة هي نصاب زكويّ المعلق بشرط قبل حصول الشرط الذي علق عليه النذر لا يخرج عن الملك إجماعاً، لكن هل يمنع من التصرف؟ قيل: لا، وإلا لتقدم المشروط على الشرط؛ لأنّ منع التصرف إنّما هو لوجوب صرفه في النذر، فعلى هذا تجب فيه الزكاة، وينعقد عليه الحول ويخرج منه.

وقيل: بلى؛ لأنّ صحّة النذر تقتضي منعه من إخراجه عن ملكه؛ لأنّ خروجه عن ملكه يوجب بطلان النذر، ومنعه من التصرف يمنع من انعقاد الحول، فلا تجب فيه الزكاة، وهو الأصحّ عندي؛ لأنّ اجتماع انعقاد الحول الموجب للوجوب بعده مع صحّة النذر واستمراره، يمكن استلزامه للمحال وكلّ ما أمكن استلزامه للمحال فهو محال.

أمّا الأولى؛ فلائهما لو اجتمعا فوق الشرط وحال الحول، ولم يكن له إلّا تلك العين، استحقّ الفقير استحقاقاً لازماً، ومصرف النذر استحقاق لازم، وهو يستلزم اجتماع الضدين.

وأمّا الثانية؛ فضروريّة؛ لأنّه يمتنع استلزام الممكن للمحال^(١).

وقال في كتاب العتق: إذا علق نذر العتق على شرط ممكن عادةً، هل يمنع من إخراجه عن ملكه قبل حصول الشرط، أو لا؟ يحتمل منعه؛ لأنّ الحكم بمنعه مقرب له من الطاعة، فإنّه تقريب^(٢) من فعل المقدور

(١) ايضاح الفوائد ١: ١٦٩-١٧٠.

(٢) في المصدر: يقربه.

الواجب، ومبَعْدُ له عن المعصية وهو مخالفة النذر، فيكون لطفاً في الوفاء بالنذر الواجب، وكلّ ما هو لطف في واجبٍ، فهو واجب، ويحتمل عدم المنع؛ لأنّ المنع هو الوجوب، وهو مشروط بوقوع الشرط، ويستحيل تقديم المشروط على الشرط، فالمقتضي موجود والمنع منتفٍ، فصَحّ التصرف.

وقال: والأقوى عندي أنّه لا يصحّ إخراجه عن ملكه؛ لأنّ النذر الواقع الصحيح عند الشرط يؤثّر بالفعل، وقبله له صلاحية التأثير، والمحل عند الشرط يحصل فيه الأثر وهو وجوب الفعل بالفعل، وقبله هو قابل لحصول ذلك فيه، لإخراجه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير ويبعده عنه، بل يصير إلى الامتناع أقرب، ويزول قبول المحلّ؛ لأنّه سبب لامتناعه، فقد أزال حكمين شرعيّين، وليس له ذلك؛ لأنّ هذين الحكمين لازمان لصحة النذر^(١).

ثمّ إنّه ذكر بعد ذلك في ضمن مسألة ما حاصله: أنّ المنع من التصرف في قوله: لله عليّ أن أعتق هذا العبد إلّا أن يدخل أقوى منه في قوله: إن لم يدخل، وهو أقوى من قوله: إن دخل؛ نظراً إلى أنّ عدم الدخول حاصل الآن والأصل البقاء، فالدخول مانع والأصل عدمه، بخلاف الدخول إذا جعل شرطاً^(٢).

واختار في الكفّارات: أنّه يصحّ عتق المنذور عتقه بشرطٍ قبل حصوله،

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٥.

ولا يصحّ عن النذر، بل يضمن عوضه.

وأما بيعه قبله، فحكى فيه عن ابن الجنيّد أنّه قال بصحة البيع، وعدم وجوب عتق عوضه، قال: أمّا صحة البيع، فلاّنه قبل وقوع الشرط هو مالك ملكاً تامّاً، ولا مانع إلّا وجوب العتق ولم يتحقّق، ويحتمل عدمه؛ لأنّه بالنذر قد تعلّق به حقّ وجوب الوفاء بالنذر؛ ولأنّه كلّما وجبت الكفّارة عليه، كان منهياً عن فعله، لكن المقدّم حقٌّ فالتالي مثله، والملازمة ظاهرة.

وأما حقيّته، فلإطلاق المصنّف والأصحاب وجوب الكفّارة^(١) والنهي هنا يدلّ على الفساد؛ لأنّ حكمة النهي لا تتمّ إلّا به، فإنّه إنّما نهي عن البيع للوفاء بالنذر، ولا يتمّ إلّا بفساد البيع، وهو ظاهر^(٢).

ثمّ أحال حكم وجوب العوض على تقدير حصول الشرط وصحة البيع إلى المسألة السابقة.

هذه جملة ما وقفْتُ عليه من كلمات الأصحاب وفتاويهم في هذا الباب، وأدلتهم في هذه المسألة، وآثار اضطرابها لائحة بيّنة، وقد تقدّم جملة ممّا يتعلّق بالمسألة في الصورة الثانية.

[تحقيق مسألة بيع المنذور]:

وتحقيق المقام: أنّ المعلّق عليه إمّا شرط، أو وصف.

(١) في المصدر: وجوب الكفارة عليه.

(٢) إيضاح الفوائد ٤: ١٠٨.

وعلى الأول إمّا أن يكون قد أخذ في الشرط كون سببته ما دام في الملك، أو السبب الدائمة مطلقاً، أو أطلق اللفظ.

وعلى التقادير السبعة: فالتصرّف الموجب لفوات النذر على تقدير صحته، إمّا أن يكون على حسب النذر وإن كان قبل الشرط، أو على خلافه، فهذه ثماني عشرة صورة، وتبين في أربع صور:

الأولى: أن يؤخذ في المعلق عليه كون سببته ما دام في الملك صريحاً أو ضمناً، ولا ريب في أنّه لا يمنع من إخراجه عن الملك مطلقاً، مخالفاً كان للنذر أو موافقاً، إلّا أنّه ليس له حينئذ أن يقصد به أداء النذر؛ لعدم تعلق الوجوب به قبل ما علق عليه، كما هو الفرض.

فلو أعتق المنذور عتقه قبل وجود شرطه المقيّد بالملك، وقصد به أداء النذر، كان قصده لغواً.

وهل يبطل العتق؟ يحتمل ذلك؛ لأنّه لم يقع لما نوى عنه، ولم يقصد غيره، و«لكلّ امرئ ما نوى»^(١)؛ ولأنّه منهى عن العتق على هذا الوجه، فيفسد.

ويحتمل الصحة - كما يقتضيه إطلاق كلام العلامة^(٢) - لقصده العتق، والضميمة الفاسدة لا توجب فساد.

ويمكن الفرق بين العتق وغيره، فيصحّ العتق، لبناؤه على التغليب.

(١) مسائل علي بن جعفر: ٣٤٦ / ٨٥٢، الوسائل ١: ٤٨، كتاب الطهارة، ب ٥ ح ١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١١١.

الثانية: أن يقصد السببية الدائمة، وكان المعلق عليه وصفاً معلوم الوقوع، والأقرب حينئذٍ تعلق الوجوب بنفس النذر وإن تأخر زمان الفعل، كما في الاستطاعة للحج ونذره قبل زمان أدائه، وكالزوال للصلاة وإن لم يأت بمقدماتها، ودخول الليل عليه مستجمع الشرائط لصوم رمضان على قول، ونظائر ذلك، فالشارع جعل النذر سبباً لوجوب الوفاء به على نحو ما وقع.

وا احتمال تلف المنذور قبل وقوع الشرط، أو موت الناذر قبله فهذا - مع أنّ الثاني لا يرفع تعلق الحقوق المالية - إنّما يقدح في معرفة التكليف الواقعي، لا الظاهري الذي عليه مدار الأحكام، وعلى هذا يكون ممنوعاً من كلّ منافٍ للنذر بمجرد النذر.

وبوجه آخر: إنّ الالتزام بالنذر، التزام بلوازمه، ومنها: ترك المنافيات. وعلى الوجهين: يكون منهياً عن إتلاف المنذور قبل الشرط، وإخراجه عن الملك ونقله، فإن أتلّفه، فلو كان المنذور من الحقوق البدنية، توقف وجوب الكفارة على مجيء زمان الفعل، وهو ما بعد وقوع الشرط، مع استجماعه لشرائط التكليف، ونظيره: تارك غسل الجنابة في ليالي رمضان إلى أن فات زمان يمكن فيه الفعل، فإنّه إنّما يجب عليه الكفارة بعد طلوع الفجر عليه مستجمعاً للشرائط، فلو مات ولو بأنٍ قبله لم تجب عليه.

وأما الحقوق المالية، فلا تسقط أصلاً مع التمكن منها وإن كان قد يختلف المحل الذي تعلق به التكليف، حتّى إنّ لو نذر إعتاق عبده غداً، فمات قبله، وجب إعتاقه عنه؛ ولذلك ورد في مَنْ نذر إن رُزق ولدًا حجّ

به أو حجّ عنه، ثمّ مات قبل أن يفِي بنذره: أنّه يجب أن يحجّ به، أو عنه من صلب التركة^(١)، وبه أفتى الأصحاب، وإن كان الخبر موضع إشكالٍ من وجوه عديدة.

وكذا لو نذر التصدّق بإلٍ غداً، فلو أتلَف ذلك المال، أو قتل العبد، أو نكل به قبله، تعلّق به الكفّارة من حين الإتلاف، فإنّ هذا القسم من النذر متى كان مقدوراً لا ينفكّ أبداً من أحد الأمرين: الأداء أو الكفّارة، ولما امتنع الأداء هنا باختياره، تعيّن الآخر.

ويحتمل دعوى: التسوية بين القسمين، ومنع وجوب الإعتاق، والتصدّق عنه لو مات قبل الغد؛ لأنّه وإن تعلّق به الوجوب بنفس النذر إلّا أنّه لما تعلّق بفعلٍ له في الغد، ومتعلّق النذر لا بدّ من كونه مقدوراً، وهو متوقّف على بقائه في الغد، فإذا مات قبله انكشف كونه غير مقدور، فلا تجب الكفّارة عليه أيضاً إلّا في الغد مع وجود الشرائط، فسبب الوجوب حقيقةً هو الوقت أو الشرط، إلّا أنّه إنّما صار كذلك بسبب النذر.

فإن قلت: المدار في الشرائط إمّا على زمان النذر، أو زمان الفعل، أو زمانها معاً.

فعلى الأخيرين: تسقط الكفّارة بإتلاف المنذور قبل الغد؛ لانتفاء القدرة على ذلك في زمان الفعل، وهي من شرائط التكليف.

(١) انظر: الكافي ٧: ٤٥٩/٢٥، وتهذيب الأحكام ٨: ٤٢٣/١٣٥، والوسائل ٢٣: ٣١٦، كتاب

وعلى الأول: إذا كانت الشرائط مجتمعةً حال النذر، فبالإتلاف في القسمين تتعلّق الكفّارة.

قلنا: هذا بعينه جارٍ في ترك غسل الجنابة قبل الفجر، مع أنّه لو مات بآنٍ قبله لم تجب الكفّارة قطعاً، فما يجاب به عن الإشكال هناك فهو الجواب هنا.

وحلّه في المقامين بدعوى: توقّف الكفّارة على تكليفين، حقيقيٍّ وصوريٍّ شبيه بالوضعيّ، فيحصل الأول بالقدرة الحاصلة قبل زمان الفعل، مستجمعاً للشرائط في نفسه، ممّا عدا القدرة المرتفعة باختياره، فليس التكليف حينئذٍ حقيقياً؛ لامتناعه بامتناع المكلف به، وإنّما هو صوريٌّ يجري مجرى الوضعيّ في اقتضائه تعلّق الكفّارة، واستحقاق عقوبة تارك الواجب من الصوم أو غيره.

وبوجهٍ آخر: إنّ المدار على زمان الفعل باعتبار نفس الفعل، وزمان المقدّمة باعتبار المقدّمة وجوديّةً كانت أو عدميّةً فالكفّارة تتبع القدرة عليهما في الزمانين، كلّ بالنسبة إلى زمانه، ويلاحظ في القدرة على الفعل تقدير وقوع ما فاتّه باختياره من الشرائط السابقة.

وإذا تقرّر ذلك، وتبيّن تعلّق الوجوب بنفس النذر سواء قلنا باستقراره بذلك أيضاً في الحقوق الماليّة، أو متوقّفة^(١) على إدراك الوقت، أو الشرط جامعاً للشرائط فقد تعيّن المنذور للجهة المعيّنة في النذر، فيكون غيره منهياً عنه، فيأتي في التصرف المنافي ما مضى في المطلق والمشروط

(١) كذا في جميع النسخ، والصحيح: توقّفه.

بعد حصول الشرط.

وأما المجانس، كعتق منذور العتق، والتصديق بمنذور الصدقة مع اتحاد المصرف فلا يبعد القول بالصحة عن النذر حيثنذر إذا كان التعليق على وجه الشرطية لا التوقيت؛ لتحقق سبب الوجوب، كما سبق، والعلم بوقوع الشرط، كما هو الفرض، وعدم خصوصية للوقت، واشتماله على المسارعة والاستباق إلى الخير، والتخلص من الحق، وإنما جاز له التأخير تخفيفاً عليه؛ نظراً إلى شرطه، فله أن يرفع اليد عنه.

وأما إذا كان على وجه التوقيت، فلا يصح التقديم عليه.

وهل يصح على وجه التبرع في الجميع بلا كفارة، كما في منذور الحرية أو الصدقة على ما سبق؟ إشكال؛ من حيث إنه إذا جاء الوقت أو وقع الشرط، يستقر عليه التكليف بالإعتاق والتصديق بذلك المنذور، ففي التقديم مخالفة للمأمور به، وتفويت له فيبطل، فهو وإن لم يمنع منه من حيث إنه حق للعبد أو المستحقين؛ لو صول حقهم إليهم إلا أنه يمنع منه من حيث إنه حق لله ولم يحصل على وجهه.

وقد اندفع بذلك: ما استدلل به فخر المحققين: من أن العتق لا يمنع من العتق.

وأما استدلاله: بأن النذر يفيد وجوب العتق مؤخراً لا وجوب التأخير^(١)، فمردود: بأنه لما لم يكن إلا عتق واحد، فإذا وجب مؤخراً لزم

من ذلك وجوب التأخير، وإذا لم يجب جاز التقديم لا محالة، فيكون مجزئاً، ولا يقول به إلا أن يقول بأنه لا يقتضي وجوب التأخير للعتق المطلق ولا جواز التقديم، وإنما يقتضي وجوب العتق مؤخراً على أن يقع بقصد وفاء النذر.

وفيه: إنه ليس المراد وجوبه إذا آخر، بل وجوبه على أن يقع مؤخراً؛ فقد تعلق الإيجاب بالقيد والمقيد معاً، ولما لم يمكن تعدد العتق وجب التأخير. ولو لم يتعلق بالمتعلق إما بالقيد مطلقاً، أو بالقيد خاصةً، والثاني نفس وجوب التأخير، والأول يقتضي الإجزاء عن النذر كيفما وقع، وهو باطل قطعاً، فتعين أحد الوجهين الآخرين، فبطل الاستدلال.

الثالثة: أن يقصد السببية الدائمة، وكان المعلق عليه شرطاً محتمل الوقوع والعدم.

وهل يتعلق الوجوب أيضاً بنفس النذر، فتساوى في الأحكام ظاهراً مع الصورة السابقة وإن اختلفتا من وجه آخر؟ أو لا يتعلق مطلقاً إلا بتحقق الشرط، وإنما أفاد النذر جعله سبباً، أو يجب النذر إذا كان الشرط مقتضى الأصل، كعدم الدخول، أو بقاءه سالماً من المرض، وبوقوع الشرط إذا كان مخالف الأصل، كالدخول وشفاء المريض؟

يحتمل الأخير؛ تنزيلاً للثابت بالأصل قبل أن يظهر خلافه منزلة المعلوم بالعقل، وعليه بني التكليف بالشروع في الواجبات مع الجهل باستدامة الشرائط، فيلزم التفصيل بها ذكر.

والثاني؛ عملاً بمقتضى الأصل من عدم الوجوب، وعدم تحقق السبب؛ ولأنه لا فرق بين أن يقول: لله عليّ أن أحجّ إذا استطعت، أو: يأمر الله بآنك حجّ إذا استطعت، فكما أنّ الوجوب في الثاني يتوقف على وقوع السبب - وهو الاستطاعة - فكذا الوجوب في الأوّل وإن اختلفا بالأصالة والعروض؛ فإنّه لا دخل له في المدعى، بل يوجب ضعف العارض عن الأصل، لا العكس.

والأوّل تسوية بين أقسام النذر، وكون السبب هو الصفة لجمعها لشرائط الاقتضاء وانتفاء الموانع، وقد فرّق بين الأصلي والعارض والمعلّق على الوصف، فكذا في الشرط، فالنذر حيثنّذ كشرط العتق المعلّق في ضمن عقد لازم، ولمّا كان الشرط محتمل الأمرين، فالواقع منه واقعاً كمعلوم الوقوع، والمعدوم منه واقعاً كمعلوم العدم.

هذا بحسب الواقع، وأمّا في الظاهر فلا يُعلم أحد الأمرين على التعيين إلّا بالعلم بوقوع الشرط وعدمه، فإن مضى زمانه الذي يمكن وقوعه فيه ولم يقع، انكشف عدم تعلّق الوجوب بالنذر، وإن وقع شيء انكشف تعلّقه بالنذر وإن توقّف الفعل على الشرط.

وبالنظر إلى هذه الوجوه تختلف الأحكام:

فعلى الثاني لا يمنع من التصرفات إلّا بعد وقوع الشرط، فإذا وقع وكان المنذور باقياً في ملكه، وجب الوفاء بالنذر، وإن كان تالفاً أو في حكمه، فالأشبه: سقوط النذر مطلقاً وإن كان هو المتلف له؛ لامتناع تعلّقه بذلك المعين، وعدم الدليل على تعلّقه بالعوض، مع كون إتلافه

وتصرّفه على وجهٍ سائغٍ شرعاً.

نعم، لو نقله عنه بعقدٍ جائز، قوي القول بوجوب الرجوع؛ لتمكنه بذلك من الوفاء بالنذر فيكون واجباً.

ولا يبعد القول به إذا تمكّن من استرجاعه مطلقاً ولو بعقدٍ مستأنف؛ لما ذكر، وهذا إن لم يتعيّن فلا ريب أنّه أحوط، وعليه العمل.

وعلى الثالث إن كان الشرط مخالفاً للأصل، فالحكم كما ذكر.

وإن كان موافقاً، جرى عليه حكم معلوم الوقوع، فإن مضى زمان الشرط ولم يقع فيه، انكشف ارتفاع الوجوب واقعاً.

ولا يبعد القول حينئذٍ بصحّة التصرفات السابقة وإن تعلّق النهي بها ظاهراً، إلّا إذا كان مفتقراً إلى نيّة القربة كالعتق ونحوه، فالبطلان أقرب.

فإن قلت: قضيّة النذر هي الالتزام بالمنذور ولوازمها بمجرد النذر، ومن اللوازم: ترك التصرفات المنافية، فتكون منهيّاً عنها على الوجوه الثلاثة.

قلنا: الالتزام بها على حسب ما تعلّق به النذر، فلما توقّف وجوب المنذور على وقوع الشرط، فكذلك لوازمه؛ إذ لا يزيد حكم الواقع، كما هو الحكم في المالك البائع على الفضولي والمشتري منه، والحكم في التصرفات المفتقرة إلى نيّة القربة، وغيرها والمجانسة والمخالفة يعلم ممّا سبق.

الرابعة: أن يطلق اللفظ ولم يعيّن أحد الأمرين، فإن كان الشرط معلوم

الوقوع في الملك، فالحكم ظاهر ممّا سبق.

وإن كان محتمل الأمرين، فهل ينزّل على التقييد بالملك أو على الدوام؟ وجهان: من كون الأصل عدم وجوب الوفاء مطلقاً، والمتيقّن منه الأوّل فيقتصر عليه، ومن إطلاق اللفظ الشامل لجميع الأحوال، فيجري مجرى التصريح بالدوام، وهذا هو الأقرب، إلّا أن يكون قرينة على الأوّل فيُحمل عليه.

قال فخر المحقّقين في بعض مسائل نذر العتق المعلق على الدخول، أو الشرط: المعلق عليه هل هو الدخول مطلقاً، أو الدخول في الملك؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّه المفهوم من اللفظ؛ لقبوله التقييد بكلّ منهما، وصحّة تقسيمه إليهما^(١).

وكلامه هذا - وما ذكره بعد ذلك - يقتضي ترجيح الوجه الأوّل، وما ذكره من الوجه الثاني وإن كان غير ما ذكرناه؛ لأنّ الدخول في الملك غير الدخول بشرط البقاء، وهو الذي ذكرناه بعد ذلك، إلّا أنّ الأوّل موافق لما ذكرناه.

وقد انكشف بما حرّره ما يرد على جملة من كلمات الأصحاب المتقدّمة:

منها: استدلال الشهيد الثاني^(٢) بالرواية^(٣) على جواز التصرّف في العتق

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٥.

(٢) مسالك الافهام ١٠: ٣٠٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢١/٤٦، الوسائل ٢٣: ٩٤، كتاب العتق، ب ٥٩ ح ١.

المعلّق على الشرط قبل شرطه. وقد عرفت عدم تماميّته.

ومنها: ما ذكره المحقّق الشيخ علي^(١) في توجيه نظر العلامة في جواز رهن منذور العتق قبل شرطه فإنّ ما ذكره أولاً وجيه، موافق لما قلنا، ولا وجه لتضعيفه، وما ذكره ثانياً غير متّجه؛ لأنّ المعروف فرض ذلك في نذر الفعل غداً، والغد معلوم الوقوع عادةً، فالتعليق حيثنّذ على الوقت لا الشرط.

ومع ذلك، فالخلاف فيه أيضاً مبنيّ على الوجه الأوّل، فإنّ المجوّز للأكل قبل الغد يستند إلى تحقّق الملك الذي هو سبب إباحة التصرف، وانتفاء المانع الذي هو التكليف بالنذر، بناءً على أنّ سبب الوجوب مجيء الغد دون نفس النذر، والمحرم يستند إلى سببية النذر لوجوب الوفاء به وإن توقّف الفعل على الغد.

وكذا الكلام في الشرط، فما علّم وقوعه عادةً كالغد، يُعلم فيه الوجوب ظاهراً بنفس النذر، وإن كان محتمل الأمرين، فانكشاف الوجوب وعدمه متوقّف على تفرقة الواقع، ولما التزم بالنذر منع من منافياته ظاهراً.

وأما العلم بالحنث والكفّارة واقعاً فيتوقّف على إدراكه الغد، ووقوع الشرط جامعاً لشرائط التكليف.

نعم، قال بعضهم في التعليق على الغد بأنّه يكفر بنفس الأكل^(٢)، وكأنّه

(١) جامع المقاصد ٥ : ٦٠.

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ١٥٨.

للعلم بمجيء الغد، واستصحاب شرائط التكليف، أو لانحلال النذر إلى شيئين، وهما: أن لا يأكله في غير الغد، ويأكله في الغد فمتى حصلت المخالفة لأحدهما كان حائثاً، فلا فرق فيه حيثنذر بين التقديم والتأخير، وهذا هو الظاهر، ولا وجه لإجرائه فيما نحن فيه.

ثم إنَّ الرهن ليس معلوم المنافاة للنذر؛ لإمكان العود إليه، أو ظنّه، فلا يكون كالمقيس^(١) عليه.

وأيضاً فمقتضى مبناه الأوّل: كونه متزلزلاً إلى أن ينكشف الحال، فإن لم يقع الشرط تبين لزوم الرهن من طرف الراهن، وإن وقع تبين بطلان الرهن.

وعلى هذا، فلا يكون الرهن في حكم الإلتلاف، إلا إذا قال المسوّغ له بلزومه مطلقاً، وهو مخالف لما يظهر من كلامه، ولا نصّ عليه العلامة، والشهيد من بطلان الرهن بوقوع الشرط.

وكلام فخر المحققين^(٢) في الزكاة أيضاً مبنيٌّ على أن التصرف المخرج عن الملك إذا صحّ يقع لازماً؛ ولذا أدى إلى اجتماع المتنافيين. ولو قلنا ببطلان اقتضاء أحدهما لم يلزم ذلك.

وأما ما ذكره في كتاب العتق^(٣) فقريب إلى ما ذكرناه، ولا يخفى وجه تفريع مسألة الزكاة على ما قلنا.

(١) في «ع»، م، حج: كالمعين.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ١٦٩ - ١٧٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٤٨٥.

السبب السابع من أسباب النقص: أن يكون منهياً عن بيعه لحلف أو وصية.

فالأول: كما لو حلف أن لا يبيعه أو لا يُخرجه عن ملكه، والأصح أنه يصح بيعه وإن أثم بذلك، ووجبت عليه الكفارة مع العمد والعلم. ويلزم على قول مَنْ أفسد البيع وقت النداء أن يحكم بفساده أيضاً، وربما كان أولى بذلك.

ويدل على ما قلنا-بعد الأصل والعمومات-: ما رواه الكليني والشيخ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال في حديث: «الكفارة في الذي يحلف على المتاع أن لا يبيعه ولا يشتريه، ثم يبدو له، فيكفر عن يمينه»^(١).

ونقله صاحب الوسائل، عن أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن ابن أبي عمير، عن جميل، عنه عليه السلام^(٢).

وقد روى الصدوق بإسناده، عن سعد بن الحسن، عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن الرجل يحلف أن لا يبيع سلعته بكذا وكذا، ثم يبدو له؟ قال: «يبيع، ولا يكفر»^(٣).

ويمكن تنزيله على الإنكار، وعلى ما إذا كان البيع بتلك القيمة أصلح له

(١) الكافي ٧: ٤٤٦، تهذيب الأحكام ٨: ٤٠٢/٧١، الوسائل ٢٣: ٢٥١، كتاب الأيمان، ب ٢٤ ح ٥.

(٢) الوسائل ٢٣: ٢٤٣، كتاب الأيمان، ب ١٨ ح ١١.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٣٤/١١٠١، الوسائل ٢٣: ٢٤٣، كتاب الأيمان، ب ١٩ ح ١٠.

أولى له، فلا إثم، ولا كفارة عليه، كما دلّت عليه الأخبار الأخر.

وروى الشيخ، عن الحسين بن بشير، قال: سألته عن رجلٍ له جارية، حلف بيمينٍ شديدةٍ واليمين: لله عليه أن لا يبيعها أبداً وله إليها^(١) حاجة مع تخفيف المؤونة، فقال: «فِ لله بقولك له»^(٢).

ومورد هذا الخبر هو الموافق لما نحن فيه، إلا أنّه لا يقتضي صحّة البيع، ولا فساد، مع أنّ في العمل به إشكالاً ظاهراً لا يخفى؛ لاشتراك السبب في الحكم، وكون الحقّ في الجميع لله لا غير.

وليُعلم: أنّ حكم الشهيد الثاني في منذور الحرّة والتدبير بصحّة البيع ولزوم الكفارة مع العمد والعلم^(٣)، - كما سبق حكايةً - مبنيٌّ على تسويته بين تلك المسألة؛ وهذه لاشتراك السبب في الحكم، وكون الحقّ في الجميع لله لا غير.

والفرق بينهما واضح يّـن؛ إذ ليس هنا إلّا نهـي محض لأمرٍ خارجٍ، فكان كالبيع وقت النداء، بخلاف تلك المسألة، وقد مرّ الكلام فيها.

والثاني: كما لو أوصى بمالٍ لشخص، وشرط في الوصيّة أن لا يخرجـه من ملكه، أو لا يبيعه، فإذا انتقل إلى الموصى له وجب عليه العمل بمقتضى الوصيّة؛ عملاً بالعمومات، ولو باع فسد بيعه؛ لكون التملك

(١) بدل إليها في المصدر: «إلى ثمنها».

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٤١٣ - ٤١٤/١٠٨، الوسائل ٢٣: ٢٤١، كتاب الأيمان، ب ١٨ ح ٥.

(٣) الروضة البهيّة ٦: ٣٣٢.

وقع على نحوٍ خاصٍّ - كما في الوقف - لا مطلقاً، ولأنَّ حكمة النهي لا تتمُّ إلاَّ بإبطاله.

السبب الثامن من الأسباب: تعيين الهدى للذبح وسياقه بإشعاره أو تقليده، فإنَّه لا يخرج بذلك عن ملك سائقه، لكنَّه لا يجوز له إبطاله ونقله عن الملك، بل يجب ذبحه بمنى إن كان في إحرام الحج، وفي مكَّة إن كان في إحرام العمرة.

ويستثنى من ذلك: ما إذا أصابه كسر، أو عطب في الطريق، فيجوز بيعه حينئذٍ ويتصدق بثمنه، أو يشتري به بدله.

وقد نصَّ على ما ذكر جماعة من الأصحاب^(١)، ووردت به الروايات^(٢)، وربَّما جعل من ذلك أيضاً ما إذا عيَّنه عن الهدى المضمون في الذمَّة بالقول، أو بالنية.

وتفصيل الكلام في المسألة يُطلب من كتاب الحجّ.

السبب التاسع: أن يكون مشروط العتق في ضمن عقدٍ لازم.

وهذا بناءً على صيرورة الشرط لازماً، يجب الوفاء به بعد أخذه في العقد مطلقاً، أو في خصوص هذا الشرط؛ لتعلّق حقّ الله سبحانه وتعالى به والعبد، وعدم اختصاصه بالبائع أو عدم استحقاقه لذلك.

(١) المبسوط ١: ٣٧٣، شرائع الإسلام ١: ٣٠٠، قواعد الأحكام ١: ٤٤٢، الدروس ١: ٤٤٤، جامع المقاصد ٣: ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) منها: ما في الكافي ٤: ٤٩٤/٤، الوسائل ١٤: ١٣٦، كتاب الحجّ، ب ٢٧ ح ١.

فعلى هذا، لو باعه كان باطلاً، كما في منذور العتق الذي حلّ زمان وجوبه، وهذا أولى منه؛ لوقوعه في ضمن المعاوضة، وعدم إمكان التدارك بالكفارة، فلا تتمّ حكمة النهي إلا بإبطاله.

ولو قلنا بأنه يقلب العقد اللازم جائزاً، لم يمنع من البيع، بل أوجب الخيار، فيكون النقص باعتبار اللزوم لا الصحة.

ولو قلنا بأنّ المستحقّ للعتق هو المبتاع خاصّة، جاز له إسقاط الشرط، فيصحّ البيع حينئذٍ ويلزم.

وتحقيق ذلك في مباحث الشروط.

السبب العاشر: المكاتبّة المشروطة، أو المطلقة في غير ما تحرّر منه بالأداء؛ فإنّها تمنع المولى من التصرف فيه، وإخراجه عن الملك قبل الأداء، وإن كان حينئذٍ محكوماً برقيّته له كلّاً أو بعضاً، ولذلك يؤخذ في عقد الكتابة: فإذا أدّيت فأنت حرّ، ويستمرّ هذا المنع إلى أن تفسخ الكتابة؛ لعدم الأداء، أو لاتّفاقهما على التقايل بناءً على صحّته، فيكون حينئذٍ رقاً يجوز التصرف فيه كغيره.

وعدّ الكتابة من الأسباب مبنيٌّ على أمرين:

أحدهما: لزومها من طرف المولى مطلقاً، كما هو المشهور، خلافاً لابن حزمة فقال بجوازها في المشروطة^(١)، فيجوز حينئذٍ له التصرف فيه بما شاء قبل أداء جميع النجوم.

ثانيهما: أنها ليست عتقاً بعوضٍ، ولا بيعاً، كما هو مذهب أكثر المتأخرين^(١).

وأما على القول بأحدهما، فيُحكم بخروجه عن الملك ظاهراً بمجرد الكتابة.

ويؤيده: أنه يذكر في المشروطة: أنه إذا عجز فهو مردود في الرقّ. فعلى هذا، ينتفي شرط الملك لا تماميته، ويمكن القول بذلك أيضاً على القول بأنها معاملة مستقلة.

والحق: أنه رقٌّ قبل الأداء، كما كان رقّاً قبل الكتابة، وهو بالنسبة إلى الظاهر في درجة بين الحرّ والرقّ، وبذلك يُجمع بين ما يذكر في عقد مطلق الكتابة والكتابة المشروطة، فإنّ الأمرين معاً متفق عليهما.

ونقل في المسالك أيضاً اتفاقهم على جواز عتقه تبرّعاً، وقد اتفقوا على إجراء حكم العبد عليه في القصاص، والحدود^(٢).
ووجه الجمع ما ذكر.

وقد اختار الفاضلان، وابن إدريس، وغيرهم: جواز عتقه في الكفارة^(٣).

(١) كما في نهاية المرام ٢: ٢٩٦، كنز الفوائد ٣: ١٠٨، المهذب البارع ٤: ٩٣، غاية المرام ٣: ٤٠٤.

(٢) مسالك الافهام ١٠: ٤٩.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ١١٥-١١٦، شرائع الإسلام ٣: ٦٥، قواعد الأحكام ٣: ٢٩٩، الدروس ٢: ١٨٣، مسالك الافهام ١٠: ٤٩، علماً أنه قد فصل ابن إدريس، والمحقق، والشهيدان بين المطلق والمشروط، وبين من أدى من مال الكتابة شيئاً أو لم يؤدّ، فعُدّ هؤلاء من المجوّزين مطلقاً محل تأمل.

ومنعهُ الشيخ والعلامة في المختلف، ووجهها: نقصانه، كما قال المحقق في الشرائع، وغيره^(١).

وقد يوجّه المنع بأن الكتابة معاملة لازمة من طرف السيّد، وقد خرج بها عن الملك خروجاً متزلزلاً.

ويرد عليه ما ذكر، فتدبر.

السبب الحادي عشر: التدبير

وهو يوجب نقص الملك والمنع من التصرف في مواضع:

أحدها: إذا كان واجباً بنذرٍ أو شبهه، وقد مضى الكلام فيه.

الثاني: إذا علّق عتقه على موت غير المولى كزوج الأمة ومَنْ جعل له الخدمة مدّة حياته، بناءً على جواز ذلك، كما هو المشهور المنصوص^(٢).

فإذا مات المولى قبل مَنْ علّق العتق على موته، احتسب من الأصل أو الثُلث على إشكالٍ في ذلك، ولا يصحّ حينئذٍ لأحد أن يتصرّف فيه إلى أن يتحرّر وإن كان رقاً للورثة حينئذٍ؛ لامتناع بقائه بلا مالٍ، ولذلك لو مات قبل مَنْ علّق عتقه على موته تلف من مال الورثة، ولم يحتسب من الثُلث قطعاً.

والذي يلوح من الروايات وفتاوى كثيرٍ من الأصحاب: أنّه ليس

(١) المبسوط ٥: ١٦٠، الخلاف ٤: ٥٤٤، مختلف الشيعة ٧: ٤٢٧-٤٢٨، شرائع الإسلام ٣: ٦٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٨ / ٣٦٤، روضة المتقين ١٢: ٢٣٩ - ٢٤٠، الوسائل ٢١: ١٨٣،

أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٦٥ ح ١.

للمولى فسخ التدبير أيضاً.

ولذلك استشكل العلامة في القواعد في الاحتساب من الثلث إذا مات مَنْ علّق العتق على موته بعد موت المولى، فإنّ الظاهر أنّ وجهه: لزوم العتق في حياة المولى وإن اتفق تأخره عن موته فلا يكون حيثنّذ من الوصيّة؛ لعدم جواز تعلّقها بموت غير الموصي، فيحتسب من الأصل.

ويلزم على قول الشيخ في المبسوط من جواز فسخ ما جعل من الخدمة لغيره^(١) : أن يجوز فسخ التدبير أيضاً، وهو ممنوع كالأصل؛ لكونه من الرقبي، وهي لازمة، كما ذكر في محله.

وأطلق السيوري بأنّ الظاهر جواز الرجوع في هذا التدبير على القول به كغيره^(٢)، وهو ممنوع.

الثالث: إذا حملت الأمة بعد تدبيرها ما يدخل في ملك المولى، فإنّه مدبّر كأتمّه اتفاقاً، نصّاً وفتوى، لكنّه لا يصحّ رجوع المولى في تدبيره مطلقاً لا في تدبير أمّه، ولا منفرداً بناءً على ما ذهب إليه كثير من الأصحاب، ونُسب إلى الأكثر، ومنهم الشيخ في الخلاف مدّعياً عليه الإجماع^(٣).

ويدلّ عليه بعض الأخبار^(٤) الصحيحة أيضاً، فعلى هذا لا يصحّ تصرف المولى فيه، كما لا يصحّ رجوعه.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٥.

(٢) التنقيح الرائع ٣: ٤٥٨ - ٤٥٩.

(٣) الخلاف ٦: ٤١٦.

(٤) الكافي ٦: ١٨٤/٥، الوسائل ٢٣: ١٢٢، كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاء، ب ٥ ح ٢.

الرابع: إذا أراد أن يتصرّف في رقبته ببيع أو غيره قبل الفسخ، فإنّه حيثنّذ ممنوع منه؛ لنقص ملكه قبله، كما ذهب إليه كثير من الأصحاب^(١).

ومنع بعضهم من بيع الرقبة مطلقاً، إلّا أن يشترط على المشتري عتقه عند موته^(٢).

وتحقيق ذلك يُطلب من محلّه المناسب.

السبب الثاني عشر: ثبوت الخيار للبائع، أو المشتري، أو كليهما، أو غيرهما.

أمّا الأول، فإنّه يمنع من تصرّف المشتري في المبيع بنقله، أو نقل منافعه، أو تعريضه لذلك، كالرهن وإن كان ملكاً له، وجاز له الانتفاع بغير النقل، كما هو الأصحّ.

وإنما منع من النقل ونحوه؛ لمنافاته حقّ البائع من الخيار، فلا ينفذ إلّا بإذنه، كما نصّ عليه العلامة في القواعد.

وأراد بالإذن: الإجازة، أو ما يعمّها؛ ولذا قال بعد ذلك: وكذا العتق على إشكال^(٣)، فإنّ الإشكال إنّما يعقل في الإجازة لا الإذن.

ونقل في المختلف عن الشيخ في المبسوط في بيع الصرف: إنّهُ بعد التقابض إذا باع أحدهما ما قبضه قبل التخاير أو التفرّق من غير إذن بائعه

(١) الخلاف ٦: ٤١١، إيضاح الفوائد ٣: ٥٥٠.

(٢) المهذّب البار ٤: ٧٨، المقنع ٢٠٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٧٠.

لم يصحّ؛ لأنّ للبائع حقّ الخيار^(١).

واختار العلامة فيه، وفي التذكرة: إنّه يصحّ، وردّ دليله بأنّه لا يبطل حقّ البائع من الخيار، كما لو باع المشتري في زمن خيار البائع^(٢).

ونقل الشهيد في صرف الدروس القولين، واختار ما اختاره العلامة^(٣).

وقال في أحكام الخيار: وليس للبائع التصرّف في مدّة الخيار المختصّ بالمشتري، وفي جواز العكس وتصرّف كلّ منهما مع اشتراك الخيار وجهان، نعم، يترتب عليه أثره^(٤).

ومراده: التصرّف في المبيع، وهو يقتضي التردّد في الجواز لا الصحة، وإن بقي خيار الغير المتصرّف.

فقال^(٥) المحقق في النافع: وإذا كان الخيار للمشتري جاز له التصرّف، وإن لم يوجب البيع على نفسه^(٦).

وهذا بمفهومه يقتضي: المنع إذا كان الخيار للبائع، لكنّه قال في رهن الشرائع: ويصحّ الرهن في زمان الخيار سواء كان للبائع، أو المشتري، أو لهما لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه^(٧).

(١) مختلف الشيعة ٥: ١٤٥، المبسوط ٢: ٩٦.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ١٤٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٣٦.

(٣) الدروس ٣: ٣٠٢.

(٤) الدروس ٣: ٢٧١.

(٥) كذا، والظاهر: وقال.

(٦) المختصر النافع: ١٢٢.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

وظاهره: رهن المشتري للمبيع ليناسب التعليل.

وقال العلامة في القواعد: ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان^(١).

وهذا ينافي ما ذكره في البيع^(٢).

وقال في التحرير: لو باع عبداً بالخيار له، أو لهما، فرهنه المشتري في مدة

الخيار جاز، قال: وعند الشيخ لا يجوز؛ لعدم الانتقال إلّا بعد الخيار^(٣).

ثم إنهم مع ذلك بنوا حكم وجوب زكاة المبيع الذي يثبت فيه الخيار

على المشتري، على الخلاف في انتقاله بنفس العقد، أو به وبانقضاء الخيار.

وأفتوا بوجوبها عليه، واحتساب الحول من زمن العقد؛ لاختيارهم

الأول.

مع أنهم لم يقتصروا في الوجوب على اشتراط الملك، بل اعتبروا

التمكن من التصرف أيضاً.

فيلزم من ذلك: أن يحكموا بجواز البيع، وصحته ما لم ينفسخ البيع.

ولذلك قال فخر الإسلام في الإيضاح: إنّ مبنى ذلك على أنّ العقد إذا

استلزم خياراً - إمّا بإطلاقه أو باشتراطه - هل يملك المشتري ملكاً تاماً،

ويتمكن من سائر التصرفات بالعقد أو بانقضاء الخيار، ونسب الأول إلى

العلامة، والثاني إلى الشيخ^(٤).

(١) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٧٠.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٤٧٠، المبسوط ٢: ٢١١.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ١٦٩.

ولقد أجاد الشهيد الثاني في المسالك، حيث أورد على المحقق وغيره بأن الخيار متى كان للبائع أو لهما، منع المشتري من التصرفات المنافية للخيار كالبيع، والهبة، والرهن، والإجارة، (ونحوها وذلك ينافي تمامية الملك، فيصير كالوقف في إباحة الانتفاع، لا النقل)^(١) عن الملك^(٢).

ولقد سبقه إلى ذلك المحقق الميسي في تعليقاته على الشرائع، فقال: ولقائل أن يقول: متى كان الخيار للبائع أو لهما فأين تمامية الملك والمشتري ممنوع من كثير من التصرفات؟!

وقال المحقق الكركي في كتاب الهبة من الشرح في ذكر الفرق بين حق الرجوع وحق الخيار: إن الخيار حق مؤكد، ولهذا لا يمنعه تصرف المشتري مثلاً ولا يسوغ للمشتري إخراج المبيع عن ملكه، ولو فعل لم يمس، وحق الرجوع للواهب ضعيف^(٣).

وأورد الشهيد الثاني على العبارة التي نقلناها عن رهن الشرائع بأنه يشكل جواز رهن المشتري في الصورتين وهما: كون الخيار للبائع، أو لهما لما فيه من التعرض لإبطال حق البائع، قال: ومثله بيعه، وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك^(٤).

وأورد الشارح الكركي بأنه ينبغي أن يكون رهن المشتري في مدة خيار

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر هكذا: ونحوه مما يبيح التصرف بالانتفاع دون النقل.

(٢) مسالك الافهام ١: ٣٦٠.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٦٩.

(٤) مسالك الافهام ٤: ٢٥.

البائع كييعه، وقد سبق عدم صحته من دون الإجازة^(١).

وقد عُلِمَ ممّا ذكر: حال ما إذا كان الخيار لهما، أو لأجنبيّ، بناءً على ما قالوا: من استقلاله في الأمر، وعندي فيه نظر ليس هذا محلّ بيانه.

ولا يبعد أنّ للمشتري نقله عن الملك، وعتقه، ويصحّ، ولا يتوقّف على إجازة ذي الخيار؛ لوجود السبب، وهو: الملك، وأصالة عدم المانع، وعدم الفسخ، ولكنّه لا يجوز الإنلاف؛ لمنافاته لحقّ ذي الخيار، فإذا فسخ بطلت العقود السابقة وإن كان الفسخ من حينه، فإنّ ذلك إنّما يجدي بالنسبة إلى حكم المنافع، فيُحكم بكونها ملك من انتقل إليه المبيع، أو الثمن قبل الفسخ.

أمّا بالنسبة إلى العقود الواقعة في زمان الخيار، فلا يمكن القول بانفساخها حين الفسخ؛ لأنّ المبيع إنّما ينتقل إلى البائع - مثلاً - إذا فسخ من المشتري، لا ممّن اشترى منه، ولا يمكن توقيت البيع، فليتأمل في ذلك حقّ التأمل.

ولا ينافي ذلك استحقاقه لأرش العيب لو أعباه المشتري، أو غيره ممّن انتقل إليه في زمان خيار البائع، وإن كان الأقرب المنع من الإنلاف والإعابة مطلقاً، بخلاف النقل والانتفاع.

بقي الكلام في تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه، أو منه، فقد يقال بعدم جوازه إلّا بعد إيجاب العقد في الأوّل؛ لتوقّف استقرار الملك عليه،

أو الملك على قول الشيخ^(٣)، وبعد فسخه في الثاني؛ لتوقف الملك عليه على المشهور، واستقراره على قول الشيخ، فإنه بعكس الأوّل، والأمر فيه أشكل.

ويدلّ على الأوّل صريحاً وعلى الثاني فحوى: ما رواه الصدوق - في الصحيح - عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط، فيعطى الربح في أهله؟ قال: «إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرّد الثوب على صاحبه إن ردّ عليه»^(٤).

وروى الشيخ نحوه عن زيد الشحام، عنه عليه السلام^(٥).

وما رواه الشيخ والكليني، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام: قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه؟ قال: ليشهد: أنه قد رضيه، فاستوجه، ثمّ لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يُبع، فقد وجب عليه^(٦).

وبمضمونها أفتى الشيخ في النهاية، وقال: (إذا شرط المبتاع خياراً لنفسه، ثمّ أراد بيعه والتصرّف فيه قبل مضيّ ذلك الوقت، فليوجب البيع على نفسه)^(٧).

(١) الخلاف ٣: ٢٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٤، ١٣٥/٥٨٦، الوسائل ١٨: ٢٥، كتاب التجارة، ب ١٢ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٢/١١١.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٩/٩٨، الكافي ٥: ١٧٣/١٧، الوسائل ١٨: ٢٥، كتاب التجارة، ب

١٢ ح ١، وفيها: إن أمير المؤمنين قضى....

(٥) ما بين القوسين لم يرد في نهاية الشيخ التي بأيدينا، وأثبتها المحقق الحلّي في النهاية ونكتها ٢: ١٤٠.

مع أنّه قال في خيار الحيوان: فإن أحدث فيه^(١) حدثاً بأن يركب دابةً، أو يستعمل حماراً، أو يقبل جاريةً، أو يلامسها، أو يعتقها، أو يدبرها، أو يكتبها، أو غير ذلك من أنواع التصرف لزمه البيع، ولم يكن له بعد ذلك الإحداث ردّ على صاحبه على حال^(٢).

وظاهر هذا الكلام: صحّة هذه التصرفات وإن وقعت قبل الإيجاب والالتزام بالعقد؛ لأنّ فيه كفايةً - كما صرح هو به أيضاً - في خيار الشرط^(٣).
وذهب الفاضلان، وابن إدريس، وغيرهم من المتأخرين إلى: أنّه لا حاجة إلى إيجاب البيع قبل التصرف^(٤).

قال ابن إدريس: لأنّه بنفس التصرف^(٥) يبطل خياره؛ لأنّ تصرف المشتري في مدّة الخيار لزوم للعقد^(٦).

وقال العلامة في المختلف بعد ذكر ذلك: وهذه منازعة لفظية، لا طائل تحتها^(٧).

وبنى الفاضل السيوري^(٨) ذلك على: أنّ الانتقال يحصل بالعقد، أو

(١) في المصدر: فيها.

(٢) النهاية: ٣٨٧.

(٣) النهاية ونكتها ٢: ١٤٠، الخلاف ٣: ٢٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٢، قواعد الأحكام ٢: ٦٦.

(٥) في المصدر: تصرفه.

(٦) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٩٤.

(٧) مختلف الشيعة ٥: ١٠٧.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٥٠ - ٥٢.

بمضي الخيار، فعلى الثاني لا بدّ من الإيجاب دون الأوّل، فالتزاع - حيثئذٍ - معنويّ عنده.

وقال الشهيد في الدروس: التصرّف في مدّة الخيار إيجاب من المشتري وفسخ من البائع، ولا يحتاج البائع إلى الفسخ، ولا المشتري إلى الإيجاب، إلّا في رواية السكوني، وفيها: «إن أقامه في السوق ولم يبيع، فقد وجب عليه»^(١).

ولا يخفى عدم انحصار الدليل في هذه الرواية، ولعلّه إنّما ذكر آخرها للإشارة إلى تضعيف الاستدلال، فإنّ مقتضاه لزوم العقد بعرض المبيع للبيع. فعلى هذا، إذا باعه صحّ وإن لم يوجب البيع السابق قبله؛ لتقدّم العرض وما في معناه عليه غالباً أو دائماً، فلا يجب الإيجاب مطلقاً، فيُحمل على الاستحباب.

وقال الشيخ في الخلاف: وإذا أعتق المشتري في مدّة الخيار، ثمّ انقضت مدّة الخيار وتمّ البيع، فإنّه ينفذ عتقه.

ونقل الخلاف في ذلك عن أصحاب الشافعي، مستدلّين بأنّ ملكه ما تمّ، واحتجّ عليهم بما روي عنهم، من أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع بطل خياره^(٢)، وهذا قد تصرّف فيه، فينبغي أن يلزمه البيع، وإذا لزمه نفذ

(١) الدروس ٣: ٢٧٠-٢٧١، والحديث في الكافي ٥: ١٧٣/١٧، وتهذيب الأحكام ٧: ٢٩/٩٨،

الوسائل ١٨: ٢٥، كتاب الطهارة، ب ١٢ ح ١.

(٢) الكافي ٥: ١٦٩/٢، تهذيب الأحكام ٧: ٣٠/١٠٢، الوسائل ١٨: ١٣، كتاب التجارة، ب

عنته عند تمام البيع.

ثم ذكر أنه يحل له الوطء في مدة الخيار^(١)، مستدلاً بها ذكر.

ولا يخفى أنه لا حاجة إلى اعتبار انقضاء مدة الخيار؛ لبطلانه بالتصرف.

ويلزم من كلامه بطلان ما ذكره السيوري^(٢)؛ لأن المعروف نقل الخلاف في سبب الانتقال عن الخلاف لا عن النهاية، وقد حكم فيها^(٣) بوجوب تقديم الإيجاب على التصرف، لا في الخلاف.

وقال في المبسوط - فيما إذا اشترى من الصيرفي أحد النقدين، ثم أراد أن يشتري بها اشتراه منه غيره -: إنها إن تقابضا ولم يتفرقا، ولم يتخيرا صح؛ لأن شروعهما في البيع قطع للخيار وإمضاء للبيع؛ لأننا قد بينّا أنه إذا تصرف فيه أو أحدث المشتري فيه حدثاً بطل خياره^(٤).

والتحقيق: أنه على المشهور من كون سبب الانتقال إلى المشتري هو العقد، فلا حاجة إلى الإيجاب قطعاً، وعلى القول الآخر فيه وجهان.

فإن كان الخيار للمشتري خاصة - كما هو المفروض في كلام الشيخ - فالأقرب على التخيير: عدم الحاجة إليه أيضاً؛ لمقارنة الملك للتصرف، وهي كافية في صحته، مع أن ظاهر كلام الشيخ هو: انتقاله من البائع، إلا أنه

(١) الخلاف ٣: ٢٣ - ٢٤.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٥٠ - ٥٢.

(٣) أي: في تلك المسألة، علماً أنها لم ترد في نهاية الشيخ التي بأيدينا، وأثبتها المحقق الحلي في شرح النهاية. النهاية ونكتها ٢: ١٤٠.

(٤) المبسوط ٢: ٩٦.

لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد زوال الخيار، فلا معارض لتصرّفه حيثنّذ أصلاً.
وأما إذا كان الخيار لهما، فالإشكال من جهة خيار البائع، وقد مرّ
الكلام فيه.

وأما من جهة المشتري فلا فرق - على ما قلنا - بين تقديم الإيجاب على
التصرّف وعدمه، وهو ظاهر.

وأما الروايات فيمكن حملها على الاستحباب.

والأولى أن تُحمل على بيان حكم مستقلّ متعلّق بالمشتري من جهة
قصده ونّيّته، غير مرتبطّ بصحّة تصرّفه وفساده.

والمقصود: أنّه لما كان التصرّف الواقع أصالةً من طرفه قبل فسخه
موجباً للزوم البيع، فأمر بأن لا يغرم على مخالفته، ولا يبقى على ما كان
عليه من ردّ المبيع إذا شاء في زمان الخيار.

وهذا يُجمع بين الروايات وكلامي الشيخ في خيار الشرط والحيوان
من النهاية، وفي الخلاف، وكلام سائر الأصحاب.

وقد تقدّم في بعض الأخبار: أنّ المولى إذا أعتق عبده الجاني نفذ العتق،
وألزم بالفداء^(١).

هذا كلّه في حكم تقديم الإيجاب، وأما حكم تقديم الفسخ على
التصرّف فيما انتقل منه، فاستقرب العلامة في القواعد^(٢) عدم اشتراطه في

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ١٧٢/٢٣٠، الوسائل ٢٩: ٢١٦، كتاب الديات، ب ١٢ ح ١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٦٨ - ٦٩.

صحة التصرف ولا في حل الوطاء، فلا يكون شرطاً في حليّة غيره أيضاً.

وتبعه الشارح الكرّكي، وكذلك فخر الإسلام في الحكم الأوّل^(١)، ولم يتعرّض لغيره صريحاً، ويلوح منه الموافقة فيه أيضاً.

واستقرب في التذكرة: نفوذ العتق وغيره، وقال: في إباحة وطاء البائع إشكال^(٢).

وقال في التحرير: تصرّف أحد المتبايعين في مدّة الخيار - إمّا بنقل العين كالبيع، أو بإشغالها كالإجارة، والرهن، والتزويج - مبطل للخيار؛ والوجه صحة تصرّفه، سواء كان البائع أو المشتري على إشكال.

ثمّ قال: ولو أعتقه المشتري نفذ العتق، وكذا لو أعتقه البائع في خياره على إشكال، وينفسخ البيع قطعاً، ولو أعتقه ثانياً زال الإشكال^(٣).

فإشكاله أولاً وأخيراً بما هو في تصرّف البائع في المبيع إذا كان له خيار مشترك أو مختصّ به قبل الفسخ، ومثله تصرّف المشتري في الثمن كذلك.

وقال الشهيد في الدروس بعد العبارة السابقة: وفي صحة عقد البائع وجهان^(٤).

وهذا ينافي حكمه أولاً بعدم احتياج البائع إلى الفسخ^(٥).

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٠٤ - ٣٠٥، إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨ - ٤٨٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١١: ١٥٨ - ١٦١.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٩٧.

(٤) الدروس ٣: ٢٧٠ - ٢٧١.

(٥) الدروس ٣: ٢٧٠ - ٢٧١.

فإن أراد عدم احتياجه إليه في الحكم بالفسخ لا في صحّة العقد، لزم أن يكون هو المراد في عدم احتياج المشتري إلى الإيجاب، فلا وجه لذكر الرواية، كما هو ظاهر.

وذكر الشهيد الثاني في المسالك: أنه يجوز للبائع رهن المبيع سواء كان الخيار له، أو لهما ويكون فسخاً للبيع^(١).

وظاهره عدم الفرق بين الرهن وسائر التصرفات.

واعلم: أن أكثر الأصحاب لم يتعرضوا لحكم المسألة، لا من القائلين بالانتقال بالعقد، ولا من القائلين بالانتقال بزوال الخيار، إلا أن للمسألة نظائر تعرضوا لها نذكرها؛ لينكشف بها الحكم فيما نحن فيه، مع أن بعضها ممّا يتعلّق الغرض بالبحث عنه هنا:

منها: رجوع المطلق رجعيّاً إلى الرجعي^(٢)، فقد اكتفي في الحكم به بالقول وبالفعل - كالوطء وغيره - بإجماع أصحابنا، كما هو الظاهر، والمحكي في الخلاف، والغنية، وغيرهما، وقد صرح فيها وفي غيرها بإباحة الوطء أيضاً^(٣).

وقد روى محمد بن القاسم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «مَنْ غَشِيَ امرأته بعد انقضاء العدة جُلِدَ الحدّ، وإن غَشِيها قبل انقضاء العدة، كان

(١) مسالك الافهام ٤: ٢٥.

(٢) كذا في جميع النسخ، والصحيح: الرجعة.

(٣) الخلاف ٤: ٤٩٩ - ٥٠٠، غنية النزوع: ٣٧٣، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١:

٤٢٨، الجامع للشرائع: ٤٦٦.

غشيانه إياها رجعة لها»^(١).

وروى أبو بصير، عنه عليه السلام، قال: «المراجعة هي الجماع، وإلا فإنها هي واحدة»^(٢).

وروى إسحاق بن عمار، عن أبي الحسن الأول عليه السلام، قال: «الرجعة بالجماع، وإلا فإنها هي واحدة»^(٣).

وقد شرط العلامة وغيره: أن يكون الفعل واقعاً عن قصدٍ إليه، وإلى الرجعة^(٤).

واكتفى في التحرير بالأوّل ما لم يقصد عدم الرجعة، واحتمل الحكم به وإن قصده؛ نظراً إلى إطلاق النّص والفتوى^(٥).

ولا يخفى أنّه إذا حكم بالاكْتفاء بالفعل هنا، فكذا فيما نحن فيه، ولا سيّما على القول بعدم الانتقال.

إلا أنّه على المشهور ينبغي اعتبار وقوع الفعل عن قصدٍ إليه وإلى الفسخ؛ لأنّه إنّما يكون أمانةً عليه ما لم يظهر خلافه.

(١) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ٣٨/١٨، تهذيب الأحكام ١٠: ٧٤/٢٩، الوسائل ٢٨: ١٣٢، كتاب الحدود والتعزيرات، ب ٢٩ ح ١.

(٢) الكافي ٦: ٧٣/١، الوسائل ٢٢: ١٤٠، كتاب الطلاق، ب ١٧ ح ١.

(٣) الكافي ٦: ٧٤/٥، وفيه بدل «بالجماع»: «الجماع»، وما في المتن كما في الوسائل ٢٢: ١٤١، كتاب الطلاق، ب ١٧ ح ٤.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٣٤، رياض المسائل ١٢: ٢٧٧.

(٥) تحرير الأحكام ٤: ٧١.

وقد أطلق الحكم بالفسخ بالتصرّف به هنا^(١)، كما حكى بالإيجاب به كذلك^(٢).

ومنها: تفريق المولى بين أمته وعبدّه بعد التزويج لهما، وقد ذكر الفاضلان: أنّه يقع بلفظ الطلاق، وبغيره من الألفاظ الدالة على الفسخ^(٣).

وورد في جملة من الروايات^(٤) المعتبرة: منع المولى من النظر إلى عورتها ووطئها بعد ما زوّجها.

وروى الصدوق في المقنع، قال: روي: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجلٍ زوّج جاريته مملوكه، ثمّ وطأها، فضر به الحدّ»^(٥).

وورد في جملة من الروايات^(٦): أنّه إذا أراد وطأها، أمره بأن يعتزل عنها، فإذا حاضت وطأها.

وفي موثقة عمّار بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام قلت: فإن كان المملوك لم يجامعها؟ قال: «يقول لها: اعتزلي، فقد فرّقت بينكما، ثمّ يجامعها مولاهما من ساعته إن شاء، ولا عدّة عليها»^(٧).

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) لم نعتز عليه.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٦٢، قواعد الأحكام ٣: ٦١.

(٤) منها: ما في الكافي ٥: ٤٨٠/٣، الوسائل ٢١: ١٤٧، نكاح العبيد والإماء، ب ٤٤ ح ١.

(٥) المقنع: ١٨٩-١٩٠، الوسائل ٢١: ١٤٨، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٤٤ ح ٨.

(٦) منها: ما في الكافي ٥: ٤٨١/١، الوسائل ٢١: ١٥٠، نكاح العبيد والإماء، ب ٤٥ ح ٢.

(٧) الكافي ٥: ٤٨١/٣، تهذيب الأحكام ٧: ٤٠٢/٣٧٥، الوسائل ٢١: ١٥٠، نكاح العبيد

والإماء، ب ٤٥ ح ٣.

فالأمر بالاعتزال يحتمل أن يكون لتوقف حلّ الوطء عليه؛ لدلالته على الفسخ، كما قال الفاضلان، وغيرهما^(١).

ويحتمل أن يكون لإعلامهما بحقيقة الحال حتى يحصل الاعتداد، ولا يتحقق اختلاط المياه بأن يجامع العبد لجهله بالتفريق.

وقال أبو جعفر عليه السلام - في صحيحة محمد بن مسلم -: «يقول له: اعتزل امرأتك، ولا تقر بها، ثم يجسها عنه حتى تحيض، ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسّه إياها ردّها عليه بغير نكاح»^(٢).

وهذا يقتضي عدم فسخ النكاح السابق بالأمر بالاعتزال، وإنّما هو لما ذكرنا.

ومقتضى الجمع بين الروايات الأولى، والأخيرة هو: حمل الأولى على ما إذا كان العبد جامع؛ فلذلك حرّم النظر والوطء مطلقاً، وفساده ظاهر.

أو على ما إذا لم يفسخ المولى قبل ذلك، أو على ما إذا لم يقصد بهما الفسخ، بل بقاء النكاح على حاله؛ فلذلك كان محرّماً.

ومنها: الوصيّة، والظاهر اتفاق الأصحاب على جواز فسخها بالعقود الناقضة وصحتها، إلّا ما يظهر من الشيخ في التهذيب والاستبصار حيث

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٦٣، قواعد الأحكام ٣: ٦١، جامع المقاصد ١٣: ١٦١-١٦٢، مسالك الافهام ٨: ٧٤-٧٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٨١، تهذيب الأحكام ٧: ٤٠١ / ٣٧٤، الوسائل ٢١: ١٤٩، نكاح العبيد والإماء، ب ٤٥ ح ١.

اعتبر تقديم نقضها كالتدبير^(١).

وقد روى الكليني - في الحسن - عن يونس، عن بعض أصحابه، قال: قال علي بن الحسين عليه السلام: «للرجل أن يغير وصيته، فيعتق من كان أمر بملكه، ويملك من كان أمر بعتقه، ويعطي من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت^(٢)».

وروى الشيخ والصدوق نحو ذلك عنه^(٣).

وروى الشيخ - في الموثق - عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أصل الوصية أن يعتق الرجل ما شاء، ويمضي ما شاء، ويسترق من كان أعتق، ويعتق من كان استرق^(٤)».

ولا يخفى ما بين الوصية وما نحن فيه من الفرق؛ لبقاء الملك في الأول، وعدم انتقاله أصلاً، فيصح له ما فعل من التصرفات وإن لم ينقض السابق قبل اللاحق، بخلاف الثاني؛ فإن المبيع قد انتقل منه على المشهور، فيحتمل اشتراط سبق الفسخ.

ومنها: التدبير، وحكمه كالوصية، كما نص عليه في الروايات^(٥)،

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٦٧، الاستبصار ٤: ٢٩.

(٢) الكافي ٧: ١٣/٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٧/٥١١، تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٣/١٠٦، الوسائل ١٩: ٣٠٣، كتاب الوصايا، ب ١٨، ذيل ح ٢.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٣/١١٠، الوسائل ١٩: ٣٠٥-٣٠٦، كتاب الوصايا، ب ١٨ ح ٩.

(٥) الكافي ٦: ١٨٤/٣، الاستبصار ٤: ٣٠/١٦، الوسائل ٢٣: ١١٨، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء، ب ٢ ح ٢.

وكذلك التصرف الواقع بعده كالواقع بعدها، فيصح وإن لم يتقدمه نقض التدبير، كما يقتضيه إطلاق جملة من الروايات المعتمدة المشتملة على ذكر البيع^(١)، وذكر في بعضها الهبة والإصدار^(٢) أيضاً وفي بعضها الإعتاق^(٣).

وهو الذي اختاره ابن إدريس، والفاضلان، وفخر الإسلام، والصيمري، والشهيد الثاني، والآبي^(٤)، وغيرهم.

ونسب في المسالك إلى المتأخرين^(٥).

وهو أحد قولي الشيخ في الخلاف والمبسوط، حتى أنه قال في الخلاف: فأما بيعه، وهبته، ووقفه، فلا خلاف في ذلك أنه ينتقض به التدبير^(٦).

وأطلق في الكفارات جواز عتقه في الكفارة، مستدلاً بالإجماع، وبأنه ثبت عندنا جواز بيعه، فكذا إعتاقه؛ لأن أحداً لم يفرق^(٧).

(١) الكافي ٦: ١٨٣ / ١، الاستبصار ٤: ٢٧ / ١، الوسائل ٢٣: ١١٦، كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاء، ب ١ ح ٣.

(٢) الكافي ٦: ١٨٤ / ٧، الاستبصار ٤: ٣٠ / ١٤، الوسائل ٢٣: ١١٨، كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاء، ب ٢ ح ٣.

(٣) الكافي ٦: ١٨٥ / ٩، الاستبصار ٤: ٢٧ - ٢٨ / ٢، الوسائل ١٩: ٣٠٦، كتاب الوصايا، ب ١٨ ح ١١ و ١١٥: ٢٣، كتاب التدبير والمكاتب والاستيلاء، ب ١ ح ١.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٤٨، شرائع الإسلام ٣: ١٠٨، قواعد الأحكام ٣: ٢٢٧، إيضاح الفوائد ٣: ٥٤٩ - ٥٥٠، غاية المرام ٣: ٣٨٩ - ٣٩٠، مسالك الافهام ١٠: ٣٨٧ - ٣٨٩، كشف الرموز ٢: ٣٠٢ - ٣٠٣.

(٥) مسالك الافهام ١٠: ٣٧٩.

(٦) الخلاف ٦: ٤١١.

(٧) الخلاف ٤: ٥٤٥.

ومقتضاه: تعلق البيع بالرقبة، كالعتق.

وحكي عن المرتضى - أيضاً - في السرائر^(١).

ونص الشيخ في النهاية، وكذا القاضي، والإسكافي إلى^(٢): أنه لا يصح عتقه إلا بعد نقض تدبيره، وردّه إلى محض الرق^(٣).

وقال في كتابي الأخبار وظاهر النهاية، وموضع من المبسوط، والخلاف بأنّه لا يجوز بيع رقبته إلا بعد نقض تدبيره، وإلا جاز أن يبيع خدمته^(٤).

واختاره القاضي في الكامل^(٥)، وابن حمزة، والحلي، وابن زهرة^(٦).

ويظهر من المحقق في الشرائع^(٧): أن خلافهم فيما إذا لم يقصد الرجوع بالبيع.

وهو محتمل في بعض العبارات، كعبارة القاضي في المهذب، والشيخ في النهاية فيما ذكره في البيع^(٨).

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٤٩ - ٥٠، الناصريات: ٣٦٧ - ٣٦٨.

(٢) الظاهر: على.

(٣) النهاية: ٥٥٢، المهذب ٢: ٣٦٦، وعن الاسكافي في مختلف الشيعة ٨: ٨٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٣٦٧، الاستبصار ٤: ٢٩، النهاية: ٥٥٢، المبسوط ٦: ١٧٢، الخلاف ٦: ٤١١.

(٥) المصدر غير متوفّر.

(٦) الوسيلة: ٣٤٦، الكافي في الفقه: ٣١٩، غنية النزوع: ٢٠٩.

(٧) شرائع الإسلام ٣: ١٠٨ - ١٠٩.

(٨) المهذب ٢: ٣٦٦، النهاية: ٥٥٢.

ونصّ السيوري^(١) على: أنّ الخلاف فيما إذا لم يصرّح ببيع الرقبة، وإلاّ جاز، وكان رجوعاً، ولو صحّ ذلك لجاز العتق مطلقاً؛ لأنّه لا يتعلّق إلاّ بالرقبة.

وقد نصّ جماعة منهم بخلاف ذلك، كما عرفت، إلاّ أنّ ابن حمزة، والشيخ في الخلاف والمبسوط أطلقوا^(٢) الحكم بجوازه^(٣).
ومستند هؤلاء: الجمع بين الروايات.

ولا يخفى وجود ما ذكرنا من الفرق في الوصيّة هنا، إلاّ أنّه على القول الثاني يمكن الجمع بين التدبير والبيع وما في حكمه، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ التصرّف كالوطء، والعتق، وسائر العقود والإيقاعات منافية لبقاء البيع مع وقوعها أصالةً، لا عن إذن، ولا فضولاً في الأخيرة.

ومنها: الهبة المقبوضة الغير اللازمة، فللواهب الرجوع فيها قولاً وفعلاً.

وقد اختلف الأصحاب في صحّة بيعه ونحوه قبل الرجوع.

فقال الشيخ في المبسوط ببطلانه^(٤).

وتبعه القاضي في المهذب، حيث قال: إذا وهب الإنسان هبةً صحيحةً وباعها قبل القبض، كان البيع ماضياً وانفسخت الهبة، وإن كان بعد

(١) التنقيح الرائع ٣: ٤٦٠.

(٢) كذا، والظاهر: أطلقا.

(٣) الوسيلة: ٣٤٦، الخلاف ٦: ٤١١، المبسوط ٦: ١٧١.

(٤) المبسوط ٣: ٣٠٤.

القبض كان البيع باطلاً^(١).

وكذا المحقق في الشرائع، ونقل فيه قولاً بصحته^(٢).

ولم نقف على قائله صريحاً، إلا أنه ظاهر الوسيلة، حيث حكم أولاً بجواز الرجوع قبل الإقباض، وقال: فإن وهب من غيره، أو أخرجه عن ملكه، أو رهن قبل القبض، كان جميع ذلك رجوعاً.

ثم ذكر جواز الرجوع في هبة الأجنبي، مع فقد أسباب اللزوم^(٣)، ولم يعتبر أن يكون الرجوع بالقول، ولا أن العقد الواقع المحكوم بكونه رجوعاً باطلاً، بل ظاهره صحة ذلك.

وهذا القول خيرة العلامة في القواعد، والإرشاد، والمختلف، وولده في الشرح، والمحقق الكركي، والشهيد الثاني^(٤).

ويلزم من قول العلامة في التذكرة أيضاً حيث استقرب حصول الرجوع في الهبة بالفعل كما يحصل بالقول، وقال بأن الرجوع كالفسخ في زمان الخيار يحصل بهما.

وذكر: أنه إذا كان الرجوع بالبيع والهبة، ففي صحته وجهان، كما في البيع في زمان الخيار^(٥).

(١) المهذب ٢: ٩٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٦.

(٣) الوسيلة: ٣٧٨-٣٧٩.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٧-٤٠٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠، مختلف الشيعة ٦: ٢٢٨، إيضاح

الفوائد ٢: ٤١٥-٤١٦، جامع المقاصد ٩: ١٥٧-١٥٨، مسالك الافهام ٦: ٣١-٣٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٦٣-٦٥.

وذكر نحو ذلك في الإعتاق، وفي إباحة الوطء قبل الرجوع، وقد اختار في أحكام الخيار صحتها، واستشكله في إباحة الوطء - كما سبق - فكذا في الهبة^(١).

وظاهر التحرير والدروس، بل غاية المراد أيضاً: التردّد في ذلك، فاقصرنا على نقل الوجهين، ونسبنا المنع إلى الشيخ^(٢)، فعبارتهما في المقامين متقاربة.

وقال العلامة في رهن القواعد: لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على إشكال^(٣).

ولا يخفى أنه لا فرق بين الرهن وغيره، فالاستشكال جارٍ في الجميع.

وقال قبل ذلك: ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان^(٤).

وقد تقدّم ما يبيّن معناه من كلامه في التحرير، وعبارة الشرائع^(٥).

وقال الشهيد في الدروس: ورهن ذي الخيار جائز، ويكون من البائع فسحاً، ومن المشتري إجازة عند الفاضلين^(٦).

ولا يخفى ما في نسبة ذلك إليهما.

(١) تذكّر الفقهاء ١١: ١٥٨ و ١٦٠ - ١٦١.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٢٨٢، الدروس ٢: ٢٨٩، غاية المراد ٢: ٤٢٠، المبسوط ٣: ٣٠٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١١٢.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١١٠.

(٥) تحرير الأحكام ٣: ٢٨٢، شرائع الإسلام ٢: ٢٧٦.

(٦) الدروس ٣: ٣٩١، قواعد الأحكام ٢: ١١٠، شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

ومقتضى كلامه التردد؛ حيث لم يُفت بشيء، وكأنه بالنسبة إلى البائع - كما يظهر مما سبق - ولذا قال بعد ذلك: ورهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع كرهن ذي الخيار^(١).

ولا يخفى أنّ هذا هو المشابه لما نحن فيه، إلا أنّ بينهما فرقاً، وهو: أنّ حق الرجوع أضعف من حق الخيار؛ فلذا لا يمنع من التصرف، ولا يورث، فالمنع فيه مع ضعفه لا يقتضي المنع في الخيار مع قوته، خصوصاً على القول بعدم الانتقال من الأصل.

ومنها: تعيين الأزواج إذا أسلم الزوج على أكثر من أربع، فقالوا بأنّه يحصل بالفعل كالوطء.

وقال الشهيد في المسالك: ويظهر من المحقق والجماعة عدم الخلاف في ذلك عندنا^(٢).

ومنها: تعيين المعتق إذا كان غير معيّن، وكذا المطلقة، بناءً على عدم اشتراط التعيين فيهما.

وقد اختلفوا في حصول التعيين بالفعل كالوطء، إذا اختصّ الفعل أولاً بواحدة، كما هو التعيين^(٣) في الوطء؛ إذ لا يتصور الجمع فيه.

واستقرب العلامة حصوله به، وعُلّل بصيانة فعل المسلم عن المحرم، وبأنّه كوطء الجارية المبيعة في زمن الخيار، فإنّه يكون فسخاً أو

(١) الدروس ٣: ٣٩١.

(٢) مسالك الافهام ٧: ٣٧٥.

(٣) في «ف، ك»: المتعين.

إجازة^(١).

وربما بنيت المسألة على غير ذلك، فيحصل الفرق بين الإبهام واقعاً وظاهراً.

منها: تخيير البائع على مَنْ أفلس بين أخذ العين والضرب مع الغرماء، فلو أراد بيع العين قبل الرجوع، كان الحكم كما في الهبة.

واليه أشار العلامة في رهن التحرير، حيث قال: ولو باع شيئاً وأفلس المشتري بالثمن، كان للبائع أخذ العين، فلو رهنه قبله ففي كونه فسخاً للبيع [نظر]^(٢)، وكذا لو رهن الموهوب ما^(٣) يصح رجوعه فيه، هل يكون رجوعاً؟ إشكال^(٤).

ولا يخفى أنّ ظاهره التردد في كونه رجوعاً، مع أنّ ظاهرهم الخلاف في الصحة لا في كونه رجوعاً، فتدبر.

والتحقيق عندي في هذه المسائل: أنّه متى كان الفعل منافياً وقصد به الفسخ أو الاختيار صحّ وكفى، إلّا فيما يتعلّق بالفروج، فالأولى بل الأقرب تقديم الاختيار قبله إذا كان مسبوقاً بالمنع الثابت لا مطلقاً.

أما الأول؛ فلأنّ إرادة الشيء تستلزم كراهة ضده، وسبب وجود الضدّ

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٢٦، إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٢، كنز الفوائد ٢: ٥٦٤، مسالك الافهام ٩:

٥٢، كشف اللثام ٨: ٢١.

(٢) ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

(٣) في المصدر: فيها.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٤٧٠.

سبب بطلان الضد الآخر، وإلا لزم اجتماع الضدين، فتكون إرادته مقارنة بفسخ الضد، فيصح ما ترتب عليها؛ لوجود المقتضي، وانتفاء المانع.

ولا مانع من صيرورة ذلك سبباً لتملكه وتمليك شخص آخر، أو إخراجهم عن الملك كما في البيع والعق؛ لاختلاف الجهة والسبب، فإن الإرادة أثرت في الأول وإن كانت مشروطة بالاتصال بالفعل؛ لعدم كفاية النية وحدها، والفعل بنفسه أثر في الثاني، مضافاً إلى الروايات المشار إليها فيما مضى.

وما يقال من أن ملك المالك لا يصح العقد، مدفوع بما ذكر من أنه قد صار مالكاً بالإرادة المتصلة بإنشاء العقد، ولا يلزم حيثئذ صحة بيع الشفيع قبل الأخذ بالشفعة؛ نظراً إلى ثبوت ملك المالك فيه، كما في المقام؛ للفرق الذي لا يخفى على ذي بصيرة.

وأما الثاني؛ فلما أمرنا به من الاحتياط في أمر الفروج، وللروايات الواردة في وطء الأمة المزوجة، ولأنه لا بُعد في الاكتفاء بجواز البيع - ونحوه بالتملك الحاصل بالشروع فيه، بخلاف الوطء، فلا بد من كونه مسبوقاً بسبب تام في الإباحة، كما دلت عليه ظواهر الآية والنصوص.

وأما ما ذكرناه من الشرط، فلأننا نجوز وطء الزوجة الرجعية بقصد الفسخ؛ لأنها في حكم الزوجة في كثير من الأحكام، وإنما تحصل البينونة حقيقةً بانقضاء العدة، وكذا وطء العدد السائق من الأزواج؛ لأن الأمر إنما تعلق بإمساك الأربع ومفارقة الباقي، والوطء بالقصد المذكور إمساك بلا شبهة، فيكون سائغاً.

ومتى لم يقصد به الفسخ أو الاختيار، فإن كان قد تعلّق به حقٌّ للغير حُكِمَ عليه بذلك أيضاً وصحّ، وكفى إذا لم يكن مسبوقاً بالمنع، كعتق المدبّر، أو الموصى به، أو بيعه، ووطء الرجعية، بخلاف عتق الموهوب، ووطء الأمة المزوّجة من عبده.

أمّا لو قصد الوطء المحرّم، فإن كان قبل الاعتداد - مثلاً - وقصد بقاء التزويج على حاله، أو البيع فضولاً من الموهوب له، فلا ريب في عدم الحكم بالفسخ بذلك، ولا الصّحة.

بقي الكلام فيما إذا جعل ما فيه الخيار، أو الرجوع ثمناً، أو مبيعاً مع تقديم القبول على الإيجاب بناءً على جوازه أو جعل صداقاً، أو غير ذلك ممّا يقع ركناً ثانياً للعقد، فإنّه يلزم حينئذٍ وقوع ما فيه الخيار عوضاً، ويتعلّق به العقد قبل صيرورته ملكاً، ولم أقف على من تعرّض لهذه النكته.

والأقرب أنّه لا بدّ من تقديم الفسخ، أو ما يقوم مقامه من أحد ركني العقد.

ولو كان الخيار لهما وتعاقداً ثانياً على ذلك المبيع والتمن، مع اختلافٍ بالنسبة إلى العقد السابق شرطاً أو جزءاً جاز أن يتقدّم من شاء منهما، مع كون العقد صحيحاً في نفسه.

واعلم: أنّ الإشكال في بعض أقسام بيع ما فيه الخيار باعتبار عدم الملك؛ إلّا أنّه ذُكر استطراداً ومناسبةً لبعض الأقسام الأخرى، ولمشابهة الملك الحاصل بالعقد بغير التأم عند من يزعم فساد العقد، فتدبّر.

الثالث عشر من الأسباب: تعلّق حقّ الموصى له بالموصى به قبل قبوله فإنّه يمنع الوارث من التصرّف فيه قبله إذا كانت الوصيّة ممّا يجب إمضاؤها.

وهذا بناءً على اشتراط الملك بالموت والقبول، وآتاه بعد الموت قبل القبول ينتقل إلى الوارث، فلو باعه الوارث قبل ذلك، وقع فاسداً.

ويحتمل الصّحة إذا أجاز الموصى له، أو ردّه، فيقع موقوفاً إلى أن يحصل أحد الأمرين؛ لأنّ الحقّ لا يخرج منهما، ولا ينقص من الفضولي، أو التفصيل بين ما إذا ردّ فيصحّ، وإلاّ فيبطل؛ لاستقرار الملك على الأوّل، وعدم تأثير الإجازة على الثاني؛ لصدورها من غير المالك، ولا يمتنّ له حقّ ثابت عند البيع، ويُعرف حكم ذلك بما سبق في الرهن، والجناية، وغيرها.

ولو قلنا بالانتقال إلى الموصى له قهراً مستقراً، فبيع الوارث لا يقع إلّا فضولاً، أو متزلزلاً، فإذا ردّ انتقل منه إلى الوارث، فيمكن وقوع البيع فضولاً متزلزلاً، فإن قبل وأجاز لزم البيع، وإن ردّ كان كمن باع مال غيره ثمّ انتقل إليه، وقد مضى حكمه.

ولو قلنا بأنّ القبول، أو الردّ كاشف عن ملك الموصى له بعد الموت أو ملك الوارث، فيمكن وقوع البيع موقوفاً مردّداً بين أن يكون منه أو من الموصى له، فإذا أوقع^(١) العقد على وجه قابلٍ لهما صحّ البيع، كما لو جهل أنّه ملكه أو ملك غيره، أمّا لو أوقعه غيرهما فيصحّ فضولاً قطعاً وإن لم يتعيّن المالك؛ لعدم الدليل على اعتباره في صحة عقد الفضوليّ.

[السبب] الرابع عشر: تعلق حقّ الغرماء بهال المفلس أو مال الميت.

وقد تقدّم الكلام في الأوّل^(١)، وبقي الثاني، ولا ريب أنّ ديون الميت، وكذلك كلّ حقٍّ ماليٍّ عليه، وكلّ وصيّة ماضية أوصى بها غير معيّنة في مالٍ خاصّ، فإنّ جميع ذلك متعلّق بعين التركة الباقية بعد مؤونة التجهيز؛ لانحصار جهة الأداء فيها.

ولا ريب أيضاً في أنّ الوارث يتخیر في جهات القضاء، وله إمساك عين التركة وأداء الدّين من خالص ماله.

وهو إجماعيّ، كما نقله العلامة في المختلف، وغيره^(٢)، وإنّما الكلام في مواضع:

الأوّل: أنّ التركة باقية على حكم مال الميت، إلى أن يصل كلّ من نصيب أرباب الديون والإرث والوصيّة إليه فيملكها حيثنّذ أو أنّها تصير ملك الورثة وتنقل منهم إلى غيرهم، وإن كان الاستحقاق بالحقّ الذي على الميت، فنسب إلى الشيخ^(٣) وجماعة من الأصحاب اختيار الأوّل؛ لظاهر قوله سبحانه وتعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِيَتْ بِهَا أُولَئِكَ﴾^(٤).

والعلامة، وجماعة من المتأخّرين ذهبوا إلى الثاني؛ لاستحالة بقاء المال المملوك بلا مالك، ولا يصلح أحد قابل للملكية إلّا الوارث، فيتعيّن لذلك.

(١) تقدّم ذكره في السبب الثالث عشر عند قوله: منها: تخيير البائع على من أفلس....

(٢) مختلف الشيعة ٣: ١٥٠، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٣٥-٢٣٧.

(٣) الخلاف ٢: ١٤٤.

(٤) سورة النساء ٤: ١١.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٨، مستند الشيعة ١٧: ٣٢٩.

والآية محمولة على أن استقرار الملك، أو جواز التصرف، أو تعيين سهام الورثة بعد الدين والوصية الماضية؛ لأنه مقتضى الجمع بين العقل والنقل.

الثاني: أنه على القول الثاني فهل تعلق الحقوق بالتركة كتعلق الأرش برقبة الجاني، أو كتعلق الدين بالرهن؟

احتمل العلامة وغيره كلاً منهما^(١)، وذكروا لكلٍّ وجوهاً لا تزيد على إثبات المشابهة من^(٢) بعض الوجوه، وهي مع ذلك متدافعة من الطرفين.

ولا يخفى أن حكم الأمرين في أنفسهما مشكل، ولم يرد فيهما نصوص معلومة، ولا إجماع يعتمد عليه - كما سبق الكلام في ذلك - فكيف يتعدى الحكم منهما إلى ما يشابههما من بعض الوجوه، مع ما في ذلك من التدافع؟ فإنّ المشابهة وإن سلمت من التدافع لا تقتضي الاندراج في الماهية، فكيف مع التدافع؟

ولا لفظ عام فيها يشمل جميع أفرادها، فكيف يتعدى إلى المشابهة؟

وبناء الاستدلال على مثل ذلك هدم للدين^(٣)، وكأنّ من ذكر ذلك أراد بيان الحكم بالمثال، والاعتماد على الأدلة لا المشابهة، فإنّه المناسب لطريقة الإمامية.

وقد اختار جماعة من المحققين - كفخر المحققين، والمحقق الكركي^(٤) -:

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٤١، كنز الفوائد ١: ٥٤٧.

(٢) في «ش»: في.

(٣) في «ع»: الدين.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢، جامع المقاصد ٥: ٢١٦-٢١٧.

أنه تعلق مستقل برأسه، مغاير لهما، يتبع حكمه الأدلة.

وهو الحق الذي لا معدل عنه، فتعلق حينئذٍ بذمة الوارث، إلا إذا امتنع، فترجع إلى الأعيان.

الثالث: إنه هل تعلق بنهاية التركة، أو بما يقابلها منها إلا ما زاد عليها؟ استقرب العلامة الثاني^(١)، واختار فخر المحققين، والمحقق الكركي الأول^(٢).

ويتفرع على الأول أنه على القول الأول لا يصح تصرف الوارث فيها أصلاً، وفي صحة العقد الفضولي الصادر منه، أو من أجنبي احتمال، فيقف على إجازة الوصي، أو الحاكم، والورثة، وأهل الحقوق؛ لأنها وإن كانت في حكم مال الميت إلا أن حق الورثة وأرباب الحقوق متعلقة به أيضاً.

والوجه: بطلانه من الأصل.

وعلى الثاني، ففرعوا جواز التصرفات ونفوذها على تحقيق جهة التعلق، فقالوا به على كونه كتعلق الأرض دون ما إذا كان كتعلق الدين بالرهن، وقد مضى حكمهما فيما سلف.

وقد قال العلامة في رهن القواعد: لو رهن الوارث التركة وهناك دين، فالأقرب: الصحة وإن استوعب، ثم إن قضى الحق وإلا قدم حق

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٤١.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣، جامع المقاصد ٥: ٢١٨.

الدَّيْنُ^(١) وهو يقتضي اختيار الوجه الأوّل.

وقال في زكاة المختلف: إنّ التركة إنّما تصير مالاً للورثة بحيث يتمكنون من التصرف فيها كيف شاؤوا إذا خلت من وصيّة، أو ذَيْن، أما مع أحدهما فلا يثبت هذا الحكم؛ لأنّها تبقى في حكم المرهون^(٢). ويستفاد منه اختيار الثاني.

وعلى القول بالاستقلال احتمال المحقق الكركي كلّاً من الوجهين، من التمسك بالأصل، وقضيّته الجمع بين الحقيّن، ومن انتفاء فائدة التعلّق على تقدير النفوذ وأدائه إلى ضياع الحقوق، وإنّ اجتماع الحقيّن لشخصين في مالٍ يقتضي أن لا ينفذ تصرف أحدهما ما لم يختصّ به.

واختار هو الأوّل، وضعف الثاني بأنّ فائدة التعلّق تحتم الأداء على الوارث إن تصرف، والتسلّط على الفسخ إن لم يؤدّ، والضياع ممنوع حيثئذ^(٣). وإنّما يمنع اجتماع الحقيّن إذا لم يختصّ الملك بأحدهما، وإلا نفذ على الوجه المذكور، ولا مانع منه.

وقال فخر المحقّقين: الحقّ عندي: المنع من التصرف مطلقاً، قال: والضمان بالتصرف لم يكن ناقلاً^(٤).

(١) في المصدر: الديان.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١١٢.

(٣) مختلف الشيعة ٣: ١٥٠.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢١٧.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣.

وأشار بذلك إلى أنّ الحقّ متعلّق بالمال، ونقله إلى الذمة بالتصرّف والضمان لا دليل عليه، فيفسد كلّ ما أبطل التعلّق الثابت بالأوّل.

واستدلّ في كتابه على بطلان رهن الوارث للتركة قبل أداء الدّين بالآية الشريفة^(١)، قال: فالمعلّق إمّا الملك، أو جواز التصرّف، أو هما، أو لا واحد منهما، والآخر باطل، ويستحيل تعليق الملك مع بقاء جواز التصرّف مطلقاً، وهو ظاهر، فتعيّن أحد القسمين الباقيين، وأياً ما كان امتنع التصرّف قبله.

قال: ولأنّ التقدّم في قوله: من بعد، هو التقدّم الذي زاده المتكلّمون، (وهو: أنّ المتأخّر لا يجامع المتقدّم)^(٢)، كتقدّم علّة الحادث على وجوده، وتقدّم بعض أجزاء الزمان على بعض، فلا يثبت جواز تصرّفه حتى ينتفي المتقدّم، وهو المطلوب^(٣).

والكلّ مدخولة:

أما الأوّل؛ فلأنّنا إذا قلنا بصحّة التصرّف - كما هو مقتضى الملك - لا يلزم إبطال التعلّق الثابت؛ لأنّ المشتري - مثلاً - إنّما يملكه كما يملكه البائع، ولا يستقرّ زوال التعلّق إلّا بعد الأداء.

وأما الثاني، فنختار الأخير، ونقول بأنّ المعلّق استقرار الملك، أو التصرّف، أو تعيين السهام، ودعوى: بطلان ذلك، ممنوعة، ولم يقم عليها

(١) سورة النساء ٤: ١١.

(٢) بدل ما بين القوسين في المصدر: هو أنّ المتقدّم لا يجامع المتأخّر.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ١٨-١٩.

دليل أصلاً.

وأما الثالث، فينبني على كون المعلق أحد الأمرين الباقيين، وهو أول البحث.

والأقرب عندي هو: ما قرّبه من المنع؛ تمسكاً بأن الأصل هو المنع من التصرفات، وإنها حكمنا بملك الوارث لا لنص يدل عليه، بل دفعاً لاستحالة بقاء الملك بلا مالك، والاكتفاء بمثل هذا الملك الاعتباري الضعيف في إنفاذ التصرفات في محل المنع؛ لعدم انصراف الأدلة إليه، ولما ذكرنا في بيع الرهن، والجاني، ونحوهما.

ولظاهر الآية^(١)، فإن مقتضاها: أن تسلط الورثة من جميع الوجوه متأخر عن الدّين والوصية، خولف ذلك في أصل الملك؛ لما ذكر، فيبقى الباقي على المنع.

وللروايات:

منها: ما دلّ على بيع أم الولد بعد موت مولاهما في ثمن رقبتها^(٢)، وقد أجمع عليه الأصحاب، كما سبق.

فلو كان الوارث يملك التركة ملكاً يورث في نفوذ التصرفات، لحكم بحريّتها على ولدها بمجرد الموت، ولزم الحكم بالاستسعاء حينئذٍ أو بطلان البيع الأول من حين الموت، ولم يجوز بيعها في أداء ثمنها، وينبغي عدّ ذلك من المؤيّدات.

(١) سورة النساء ٤: ١١ و ١٢.

(٢) الكافي ٦: ١٩٢/٢، الوسائل ١٨: ٢٧٨، كتاب التجارة، ب ٢٤ ح ٢.

فإن قلت: مقتضى ذلك جواز البيع وقد منعت منه.

قلنا: لو جاز، لجاز مطلقاً؛ حيث رفع حق الاستيلاد، وإنها يجوز في أداء الثمن بإجازة البائع، ولا كلام في الصحة مع الإجازة.

ويظهر من الخبر الصحيح^(١) الوارد في ذلك: أن أمير المؤمنين عليه السلام هو الذي باعهن في أثانهن.

ولا كلام أيضاً في جواز مباشرة الإمام والحاكم لذلك، وإنما الكلام في بيع الوارث لنفسه مع الالتزام للدين في الذمة، أو بدونه، بل يلزم به قهراً وإن لم يلتزم به.

ومنها: ما رواه الشيخ، عن أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين، وليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله وعليه دين؟ فقال: «إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهبوا أوليائه دية القاتل فجائز، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء، وإلا فلا»^(٢).

وما رواه الشيخ - في الموثق - عن عباد بن صهيب، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة، ثم أوصى أن يخرج له ذلك فيدفع إلى من يجب له؟ قال: فقال: «جائز، يخرج ذلك من جميع المال، إنما هو بمنزلة الدين لو كان عليه، ليس للورثة شيء حتى يؤدى ما أوصى به

(١) الكافي ٦: ١٩٣/٥، الوسائل ١٨: ٢٧٨، كتاب التجارة، ب ٢٤ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٣٥٨/٣٥١، الوسائل ١٨: ٣٦٥، كتاب التجارة، ب ٢٤ ح ٢.

من الزكاة» قيل له: فإن كان أوصى بحجة الإسلام ؟ قال: «جائز، يحج عنه من جميع المال»^(١).

وما رواه - في الموثق، أو القوي - عن معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل مات وترك ثلاثمائة درهم، وعليه من الزكاة سبعمائة درهم، وأوصى أن يحج عنه ؟ قال: «يحج عنه من أقرب المواضع، ويجعل ما بقي في الزكاة»^(٢).

وما رواه المشايخ - في الصحيح - عن زرارة، قال: سألت عن رجل مات وعليه دين بقدر ثمن كفنه، قال: يجعل ما ترك في ثمن كفنه، إلا أن يتجر عليه بعض الناس، فيكفّونه^(٣)، ويقضى ما عليه مما ترك^(٤).

ومنها: ما دلّ من الروايات الكثيرة على: أنّه يُقدّم الدّين على الوصيّة، والوصيّة على الميراث، وأنّه يقسّم التركة على حسب ذلك.

وعلى هذا، فليس للورثة التصرف بحق الإرث في شيءٍ إلا بعد أداء الدّين، والوصيّة، كما هو مقتضى الآية.

فإن قلت: مقتضى جميع ذلك: أن لا خيار للوارث في جهات القضاء، مع أنّكم تقولون بذلك.

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٩ - ٢٠٠، الوسائل ١٩: ٣٥٧، كتاب الوصايا، ب ٤٠ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٠ / ٣٨، الوسائل ١٩: ٣٥٩، كتاب الوصايا، ب ٤٢ ح ١.

(٣) في الفقيه والتهذيب: فيكفّونه، وفي الكافي: فيكفّنه.

(٤) الكافي ٧: ٢٣ / ٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٣ / ٤٩٢، تهذيب الأحكام ٩: ٢٠١ / ٤١.

الوسائل ١٩: ٣٢٨، كتاب الوصايا، ب ٢٧ ح ٢.

قلنا: بعد ما أدّيت الديون فلا حقّ لأرباب الدّين حينئذٍ فيجري على التركة أحكام الإرث، ومن المعلوم: أنّه يجوز لهم أداء الدّين من أموالهم، كما يجوز لغيرهم، مع أنّ هذا الحكم قد ثبت بالإجماع، وكذلك الحكم في الوصايا، فلا يقاس عليها موضع الخلاف.

ويدلّ على الحكم غير ذلك من الروايات التي يقف عليها المتنبّع.

ويتفرّع على الثالث: أنّه إذا قلنا بأنّ الوارث يُمنع من التصرف، فهل يُمنع منه مطلقاً، حتّى لو كان دَيْنُهُ درهماً وله من المال ما لا يحصى منع الورثة من التصرف فيه مطلقاً، كما في الرهن؟ أو يختصّ بما يقابل الدّين، فله التصرف في الباقي؟ لكنّه إذا تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث. فإنّ أعسر، فللمدين فسخ تصرفاته، كما اختاره العلامة في القواعد، وولده، والشارح الكركي^(١).

والمراد: فسخ ما قابل الدّين من التصرفات، واحتمل العدم؛ لوقوع التصرف على وجه صحيح فلا يتعقّب الفسخ.

وردّ بأنّه إنّما وقع مراعى لا صحيحاً مطلقاً، وما قاله الشارحان وإن كان أقرب إلى الأصول والأدلة السابقة إلّا أنّ بعض الأخبار المعتمدة يقتضي ما قاله العلامة.

فقد روى المشايخ - في الصحيح - عن أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي، بإسناده: أنّه سئل عن رجل يموت ويترك عيالاً، وعليه دّين

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٤١، إيضاح الفوائد ٢: ٦٣، جامع المقاصد ٥: ٢١٩.

أينفق عليهم من ماله؟ قال: «إذا استيقن أنّ الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال»^(١).

ولا بأس بالإرسال، ولا بالإضمار؛ لكونهما من البنزطي، كما قرّر في محله^(٢).

وروى الشيخ والكليني - في الموثّق - عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي الحسن عليه السلام مثله، إلّا أنّه قال: «إن كان يستيقن أنّ الذي ترك يحيط بجميع دينه فلا ينفق عليهم، وإن لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال»^(٣).

وظاهر الشيخ والصدوق: العمل بذلك، مع أنّ الشيخ يقول ببقاء المال في حكم مال الميّت^(٤)، كما سبق.

ولا يبعد أن يقال بجواز التصرف للولي؛ لأنّه يجب عليه إيصال الحقوق من الدّين والإرث وغيرها إلى أربابها، ولا يحبس حقّ أحد من الورثة لأجل الدّين؛ فلذلك جاز له الإنفاق مع عدم العلم بإحاطة الدّين بجميع المال، عملاً بأصالة قلّة الدّين، وعدم منع الورثة من حقّهم

(١) الكافي ٧: ٤٣/١، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧١/٥٩٩، تهذيب الأحكام ٩: ١٩٣.

٢٧٢/١٩٤، الوسائل ١٩: ٣٣٢، كتاب الوصايا، ب ٢٩ ح ١.

(٢) كما في العدة في أصول الفقه ١: ١٥٤، مشرق الشمسين: ٢٩٦، الرواشح السّاوية: ٢٥٦، معجم رجال الحديث ١: ٦١.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤/٢٧٣، الكافي ٧: ٤٣/٢، الوسائل ١٩: ٣٣٢، كتاب الوصايا، ب ٢٩ ح ٢.

(٤) المبسوط ٤: ٢٢-٢٣.

المعلوم.

وينبغي أن يكون ذلك مبنياً على الضمان إذا انكشف الزيادة أو تلف المال قبل الوصول إلى صاحب الدَّين ومَن في حكمه وإن كان ظاهر الخبرين خلاف ذلك؛ عملاً بمقتضى الأصل والأدلة السابقة، فإنَّه حينئذٍ يلزم تصرّف الوارث بما ليس له.

وقد روى الشيخ - في الصحيح - عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنَّه قال: في رجلٍ توفّي، فأوصى إلى رجلٍ، وعلى الرجل المتوفّي دَينٌ، فعمد الذي أوصى إليه، فعزل الذي للغرماء، فرفعه في بيته، وقسّم الذي بقي بين الورثة، فسرق الذي للغرماء من الليل، ممّن يؤخذ؟ قال: «هو ضامن من^(١) حين عزله في بيته، يؤدّي من ماله»^(٢).

ورواه بسنيد آخر - فيه كلام - عن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام^(٣).

وروى الصدوق - في الموثّق - عن أبان بن عثمان، قال: سألت رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ أنّ عليه دَيناً، فقال: «يقضي الرجل ما عليه من دَينه، ويقسّم ما بقي بين الورثة» قلت: فسُرق^(٤) ما كان أوصى به في الدَّين، ممّن يؤخذ الدَّين، أمّن الورثة أم من الوصي؟ قال: «لا يؤخذ من الورثة، ولكنّ الوصي ضامن له».

(١) لم ترد في المصدر.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٨ / ٦٨٥، الوسائل ١٩: ٣٤٦، كتاب الوصايا، ب ٣٦ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٩٨ / ٦٨٦، الوسائل ١٩: ٣٤٧، كتاب الوصايا، ب ٣٦ ذيل ح ٢.

(٤) في المصدر: فيفِرّق الوصي.

ورواه الشيخ - في الصحيح - عن أبان، عن رجلٍ، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، ورواه الكليني - بسندٍ ضعيفٍ مرسلٍ - عن أبان، عن رجلٍ، الحديث^(١)، إلّا أنّهما قالَا: قلت: فسرَق ما أوصى به من الدّين، ولعلّه الظاهر.

وقد روى المشايخ - في الصحيح - عن محمّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديثٍ - قال: «وكذلك الوصي الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه، إذا وجد ربّه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»^(٢).

فينبغي أن يُحمل ما سبق على التفريط في الأداء، وإلّا فالضامن هو الوارث الذي أخذ بقيّة المال.

وبالجملة: فالقول بجواز تصرّف الوارث فيما فضل عن الدّين قبل إيصاله إلى أهله أو مَنْ يقوم مقامه موضع نظيرٍ وإشكالٍ.

[السبب] الخامس عشر: تعلّق حق المضمون له بالمال إذا شرط أداء الضمان منه.

وقد مضى الكلام فيه في الصُّور المستثناة من بيع أمّ الولد، فلا نعيده.

[السبب] السادس عشر: عدم تماميّة سبب الملك في التبرّعات، كالهبة

(١) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٧/٥٨١، تهذيب الأحكام ٩: ١٩٧ - ١٩٨/٦٨٤، الكافي ٧:

٢/٢٤، الوسائل ١٩: ٣٤٧، كتاب الوصايا، ب ٣٦ ح ٤.

(٢) الكافي ٣: ٥٥٣، ١، مَنْ لا يحضره الفقيه ٢: ١٥ - ١٦/٤٦، تهذيب الأحكام ٤: ١٢٥/٦٢،

الوسائل ٩: ٢٨٥، كتاب الزكاة، ب ٣٩ ح ١.

والصدقة والهدية قبل القبض، أو التقابض في الهبة المعوضة في وجهه، وهذا مبني على ما يتحصّل من كلام الشيخ في الخلاف؛ حيث قال في كتاب الهبات: إنّها لا تلزم إلّا بالقبض، وللواهب الرجوع فيها قبله.

ثم قال: إذا قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب، كان القبض فاسداً، ووجب عليه ردّه^(١).

وقال في كتاب الزكاة: من وهب لغيره عبداً قبل أن يهلّ شوال، فقبّله الموهوب له ولم يقبضه حتّى يهلّ شوال، ثم قبضه، فالفطرة على الموهوب له.

واستدلّ بأنّ الهبة منعقدة بالإيجاب والقبول، وليس من شرط انعقادها القبض، فإذا ثبت ذلك ثبت هذه؛ لأنّ أحداً لا يفرّق بينهما^(٢).

فإنّ مقتضى عباراته: أنّ القبض شرط للزوم، إلّا أنّه مع ذلك لا حكم للعقد في إباحة التصرف بالانتفاع أو بالنقل بالبيع أو غيره إلّا بعد القبض الواقع بإذن الواهب، فلو لم يتحقّق أصلاً إلى أن تلف المال أو فسخ الواهب، كان بلا أثر.

وتبعه في ذلك صاحب الكفاية^(٣) على ما يظهر منه، ولعلّه ظاهر السرائر والوسيلة^(٤) أيضاً.

(١) الخلاف ٣: ٥٥٥ - ٥٥٦.

(٢) الخلاف ٢: ١٤٦.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٩.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٢٦٥، الوسيلة: ٣٧٨.

ومعنى كونه شرط للزوم - مع أنّ الهبة ليست دائماً من العقود اللازمة -: إمّا كمال التأثير، بإطلاق اللزوم عليه تجوّز، أو بالنظر إلى بعض الأقسام، أو بالنظر إلى كلّ قسم منها؛ لأنها قابلة لأن تلزم مطلقاً، فما لم يتحقّق القبض لم يتحقّق اللزوم أصلاً، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، كما هو ظاهر.

وهذا القول ليس ببعيد، لكنّ معظم الأصحاب لا سيّما المتأخّرين منهم على خلاف ذلك، حتّى أنّ العلامة في التذكرة نسب القول بتوقّف الملك على القبض إلى علمائنا أجمع، ونقل أقوال العامة، وذكر منها: قولاً للشافعي بأنّ الملك موقوف على أن يوجد القبض، فإذا وُجد أثبتنا حصول الملك من وقت العقد^(١).

ولا يخفى أنّ هذا هو الذي يؤول إليه كلام الشيخ، وكأنّ العلامة غفل عن ذلك، أو بنى على كلامه في المبسوط^(٢)؛ حيث وافق فيه باقي الأصحاب. وقد ذكر فخر المحقّقين أولاً: أنّ القبض شرط في صحّة عقد الهبة - أعني: ترتّب أثره عليه - فلا يملك المتّهب الموهوب إلّا بعد القبض، قال: وعليه نصّ الأئمة عليهم السلام، وإجماع الإماميّة.

ثمّ ذكر بعد ذلك - تبعاً لوالده في المختلف -: أنّ الأصحاب اختلفوا في أن القبض شرط للزوم، أو الصحّة والانعقاد؟^(٣)

(١) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٧-٢٨ و ٣٠.

(٢) المبسوط ٣: ٣٠٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٤١٢ - ٤١٤، مختلف الشيعة ٦: ٢٣٣-٢٣٤.

ونسب الأوّل إلى القاضي، والديلمى، والطوسى، والحلى، ووالده في المختلف، وظاهر الشيخين، وحكى قول الشيخ في زكاة الفطرة.

واختار هو الثانى، مستدلاً عليه - تبعاً لوالده في المختلف - بأن الأصل بقاء الملك على ماله حتى يرد ناقل، ومع القبض الناقل متفق عليه، فيبقى الباقي على الأصل.

وذكر روایتين^(١) من الطرفين، ولم يعتمد على دالتهما، فيلزم أن يكون مراده أولاً بالملك: الملك المستقر المبيع للتصرف، وإلا لتناقضت كلماته.

مع أن القاضي في المهذب جوز بيع الواهب الموهوب بعد القبض لا قبله، وقال: إنما يلزم الهبة بالقبض بإذن الواهب.

وصرح أيضاً بأنه يثبت الملك للموهوب له من حين القبض^(٢).

والشيخ في المبسوط جعل القبض شرط للزوم^(٣)، مع أنه نص على: أن الفطرة - في المسألة المذكورة في الخلاف - على الواهب لا الموهوب له^(٤)، واختاره العلامة في المختلف^(٥) أيضاً.

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٨٤/٨٦، و ١٨٦ - ٩٧/١٨٧، الوسائل ١٩: ٢٣٣ - ٢٣٤، كتاب الوصايا، ب ٤ ح ٤ و٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٤١٤، المهذب ٢: ٩٥، المراسم: ١٩٩، الوسيلة: ٣٧٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٢٦٥، مختلف الشيعة ٦: ٢٣٤، المقنعة: ٦٥٨، المبسوط ٣: ٣٠٣، الخلاف ٢: ١٤٦.

(٣) المبسوط ٣: ٣٠٣.

(٤) الخلاف ٢: ١٤٦.

(٥) مختلف الشيعة ٣: ١٥١-١٥٢.

وبالجملة: ففي كلام الأصحاب اضطراب وتشويش؛ فلذلك نبهنا على ما يمكن معرفة الباقي منه وإن كان تمام تحقيق ذلك موكولاً^(١) إلى محله.

وأما الهدية، والصدقة، فالظاهر منهم: أنه لا فرق بينهما وبين الهبة في حكم القبض، خصوصاً على ما اختاره الشيخ في المبسوط، والقاضي في المهذب من: أن الصدقة كالهبة في الجواز وال لزوم مطلقاً^(٢).

وأما على المشهور من لزوم الصدقة بعد القبض مطلقاً، فوجه اشتراط القبض في اللزوم ظاهر حينئذٍ بلا تكلف.

[السبب] السابع عشر: عدم تمامية السبب في المعاوضات

وذلك كما في بيع الصرف قبل التقابض في المجلس، والسلم قبل قبض الثمن فيه.

وهذا مبني على ما ذكره المحقق الكركي في فرع ذكره في آخر أحكام بيع السلف، فقال: لو أسلفه، أو صارفه ولم يحصل القبض إلا بعد مدّة، حتّى حصل نماء ولم يتفرّق، فالظاهر أنّ النماء لمّن انتقل إليه عوض الباقي، ولو تفرّقاً قبل حصوله ففي مَن له النماء إشكال ينشأ من أنّ التفرّق قبل القبض موجب لبطلان العقد من حينه، أو من أصله^(٣).

فمقتضى أوّل كلامه: أن الملك والانتقال يحصل بمجرد العقد.

(١) في النسخ جميعها: موكول، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) المبسوط ٣: ٣٠٣، المهذب ٢: ٩٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٥١-٢٥٢.

ومقتضى آخر كلامه: التردّد في أنّ هذا الانتقال محكوم به واقعاً لكنّه متزلزل، أو مراعى إلى أن ينكشف الحال، فإن تقابضاً حُكم بالانتقال، وإلاّ فبعده.

وعلى الوجهين يترتّب حكم تصرّفات الواقعة قبل التقابض.

وعلى أيّ حالٍ، فلا يُحكم بصحّتها واقعاً إلاّ بعد التقابض، وإذا لم يحصل حُكم بفسادها.

ثمّ إنّ ذكر في أحكام الصرف قول العلامة، وهو: أنّه لو اشترى منه دراهم، ثمّ اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم، بطل الثاني، فإن افترقا بطلا، وبيّن وجه بطلان الثاني بأنّ انتقال العوضين في الصرف الأوّل موقوف على التقابض، فيكون كلّ منهما قد باع ما لم يصير ملكاً له.

ثمّ قال: والذي يجب أن يقال: إنّ البيع يكون حينئذٍ فضولياً^(١). انتهى.

فلو حاولنا الجمع بين عباراته، لزم أن يقال بأنّ الملك وإن حصل لكنّه كملك الموهوب له للموهوب - عند الشيخ في الخلاف^(٢) - لا أثر له في تسويغ التصرفات؛ فلذلك حكم بكون البيع الثاني فضولياً^(٣).

ولا يراد كونه فضولياً حقيقةً، وإلاّ لكان باطلاً هنا قطعاً؛ لأنّ الفرض وقوع البيع الثاني مع مَنْ باعه منه أولاً، فيكون حينئذٍ مالكاً للدراهم التي هي الثمن، والدنانير التي هي المبيع، فيكون كمن اشترى بدراهم زيد

(١) جامع المقاصد ٤: ١٨٢.

(٢) الخلاف ٢: ١٤٦.

(٣) جامع المقاصد ٤: ١٨٢.

عبده ثم ملكها.

وهو بديهيّ البطلان؛ لاتّحاد مالك العوضين حين العقد واقعاً.

ولو فرضنا تعاكس البيع الثاني، بأن يشتري أولاً دراهم بدنانير، ثم يشتري تلك الدنانير بتلك الدراهم، مع اختلافٍ بالزيادة والنقصان - مثلاً - وهذا هو الظاهر من قوله: باع كلّ منهما ما لم يصّر ملكاً له، فيكون حينئذٍ كما لو اشترى عبده من زيدٍ بدراهم زيد، ثم ملك هو الدراهم وزيد العبد بأحد المملّكات الآخر.

وهو أوضح بطلاناً من السابق.

فتعيّن إذن كون المراد: أنّه كالفضولي في الحكم بالصحة لانتقال الدراهم إلى المشتري، لكنّه لم يحصل الانتقال المعتدّ به إلّا بعد التقابض.

فعلى هذا، لا بدّ من اعتبار حصوله لصحة العقدین معاً، فيشبه حينئذٍ من باع مال غيره ثمّ ملكه وإن غايه بهما ذكرنا.

هذا غاية ما أمكنني في توجيه كلامه، وهو كما ترى، مع أنّه لا يجامع ما ذكره في النباء^(١)، كما لا يخفى.

ولو حملنا كلامه على أنّه حمل عبارة القواعد^(٢) على: وقوع بيع المشتري ثانياً مع غير البائع أولاً، كان وجه كلامه أوضح حينئذٍ إلّا أنّه لا معنى لقوله: فيكون كلّ منهما قد باع^(٣)، إلى آخره.

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٥١ - ٢٥٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ١٨٢.

إلا أن يُفرض صدور الشراء ثانياً من كلّ منهما، وهو من التكلّف بمكان، وينبغي أن يُنزه كلام مثل هذا الفاضل المحقّق عنه.

وقال الشهيد في الدروس: لو اشترى منه أحد النقيدين بالآخر ولما يقبضه، ثم اشترى به نقداً آخر، بطل الشراء الثاني، ولو تفرّقاً بطل الأوّل أيضاً، ومع قبض الأوّل يصحّ العقد الثاني وإن لم يتفرّقاً أو يتخيراً؛ لأنّ نفس العقد يبطل خيار المجلس^(١).

وفي هذا إشارة إلى ما في المبسوط^(٢)، ودلالة على اتّحاد المتعاقدين في البيعين، كما هو ظاهر.

ثمّ قال: وقال ابن إدريس: إن كان النقد المبتاع أولاً معيّناً، صحّ العقد الثاني إذا تقابضا في المجلس، وإن كان في الذمّة بطل الثاني؛ لأنّه بيع دَيْنٍ بدَيْنٍ^(٣). انتهى.

وقال الشيخ في النهاية: إذا باع الإنسان دراهم بالدنانير لم يجز له أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها، إلّا بعد أن يقبض الدنانير، ثمّ يشتري بها دراهم إن شاء^(٤).

وربّما يكون هذا مبنيّاً على ما اختاره من: المنع من بيع ما يكال أو يوزن قبل القبض، كما ذكره العلّامة في المختلف^(٥)، فلا يدلّ على أنّ المنع لعدم

(١) الدروس ٣: ٣٠٠.

(٢) المبسوط ٢: ٩٧-٩٨.

(٣) الدروس ٣: ٣٠٠، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٧٥-٣٧٦.

(٤) النهاية: ٣٨١.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ١٣٨.

الملك.

ويرد عليه: أنّ الشيخ نصّر في النهاية على عدم حرمة ذلك، وكذا في المبسوط، والخلاف في غير الطعام^(١).

وقال في موضع من الخلاف: الثمن إذا كان معيناً يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفاً، فإن كان في الذمة أيضاً يجوز^(٢).

وهذه كلّها منقولة في أحكام القبض من المختلف^(٣)، فما أدري ما الوجه في توجيه ما ذكره في كلام الشيخ^(٤)؟

فالوجه ما نُقل عن المحقق في نكت النهاية^(٥)، وهو الذي نقلناه عن المحقق الكركي^(٦).

وقال أيضاً في الخلاف: إذا كان مع إنسانٍ دراهم صحاح يريد أن يشتري بها مكسرةً أكثر منها وزناً، فاشترى بالصحاح ذهباً، ثم اشترى بالذهب مكسرةً أكثر من الصحاح، كان جائزاً بعد أن يتقابضاً ويتفرّقاً بالأبدان، ولا فرق بين أن يكون ذلك مرّةً، أو مكرراً^(٧) منه^(٨).

(١) النهاية في مجرد الفقه والفتوى: ٣٩٨، المبسوط ٢: ١١٩-١٢٠، الخلاف ٣: ٩٧.

(٢) الخلاف ٣: ٩٩.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٣٠٢-٣٠٣.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ١٣٨.

(٥) نكت النهاية ٢: ١٢٧-١٢٨.

(٦) جامع المقاصد ٤: ١٨٢.

(٧) في المصدر: متكرراً.

(٨) الخلاف ٣: ٧٢.

وقال في المبسوط: إذا كان معه مائة درهم صحاح، وأراد أن يشتري بها مكسرة أكثر وزناً منها فاشتري بالصحاح ذهباً، ثم اشترى بالذهب مكسرة أكثر من الصحاح، صح إذا تقابضا وافترقا بالأبدان، سواء كان مرة، أو متكرراً.

ثم قال: إن التخاير بعد التقابض يقوم مقام التفرق.

وقال أيضاً: وإن تقابضا، ولم يتفرقا، ولم يميزا صح؛ لأن شروعهما في البيع قطع للخيار وإمضاء للبيع^(١).

وهذا يدل على أن مراده بالتقابض المشروط هو: ما يكون بين البيعين وإن كان الثاني لا بد فيه من التقابض أيضاً لكنه معلوم من الحكم العام، وعبارته في النهاية، والخلاف^(٢) كاشفة عن ذلك أيضاً، كما عرفت.

ومقتضى عبارة المبسوط اتحاد المتعاقدين في البيعين، كما قلنا.

ولما ذكرنا قال بعد ذلك: وإن باعه قبل التخاير، أو التفرق من غير بائعه لم يصح؛ لأن لبائعه^(٣) حق الخيار^(٤).

وقال في التذكرة في أحكام الخيار: لو تقابضا في عقد الصرف، ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازاه قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم

(١) المبسوط ٢: ٩٦.

(٢) النهاية: ٣٨١، الخلاف ٣: ٩٧-٩٩.

(٣) في المصدر: للبائع.

(٤) المبسوط ٢: ٩٦.

بعضيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصي^(١).

وقال في أحكام الصرف: لو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأرادا الافتراق، لزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما، فإن تفرقا قبله كان ذلك رباً، وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة، ولا يغني تفرقهما؛ لأن فساد العقد إنما يكون به شرعاً، كما أنّ العقد مع التفاضل فاسد، ويأثم به^(٢).

ونقل هذا القول في المختلف عن الشيخ، وقال: في تحريم المفارقة قبل المفاسخة نظر، فإنّ المفارقة تقتضي المفاسخة، نعم، لو كره الآخر وطالب بحقه لم يجز المفارقة ولا المفاسخة^(٣).

ولا يخفى أنّ ثبوت الخيار في المجلس يقتضي جواز الفسخ، فكيف حكم بالمنع؟

وقال أيضاً في التذكرة: لو اشترى الإنسان من غيره دراهم بدنانير، ثم اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم، بطل الثاني؛ لأنّه بيع الموزون قبل قبضه، وهو منهى، فإن افترقا بطل العقدان معاً؛ للتفرّق قبل التقابض في الصرف^(٤).

وبذلك أفتى في التحرير تبعاً للمحقق في الشرائع، والنافع^(٥)، وتركنا

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٦.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ١٤٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٧.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٣١٥، شرائع الإسلام ٢: ٥٨، المختصر النافع: ١٢٨.

التعليل، لكنهما قالوا بكرة بيع المكيل والموزون قبل القبض^(١).

واختار السيوري في التنقيح - على ما استفاد منه -: أن الانتقال يحصل بالعقد لكنه متزلزل، كالبيع في زمن الخيار، فإن قبض لزم، وإلا بطل.

وبناءً على ذلك، قال: وإذا ملك صحّ البيع الثاني؛ لأنه اشترى بثمن مملوك له، وصحّ البيع الأول أيضاً؛ لأنه وإن لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها، وهو الدنانير، وقبض العوض كقبض المعوض^(٢). انتهى.

أقول: ما ذكره هو الموافق لما ذكره ابن إدريس بعد نقل عبارة النهاية^(٣)، حيث قال: إن لم يتفارقا من المجلس إلا بعد قبض الدراهم المبتاعة بالدنانير التي على المشتري الأول، فلا بأس بذلك وإن لم يكن قبضه الدنانير التي هي ثمن الدراهم الأولى المبتاعة.

ثم قال: هذا إذا عينا الدراهم الأخيرة المبتاعة، فإن لم يعينها فلا يجوز ذلك؛ لأنه يكون بيع دين بدين^(٤). انتهى.

ونسب الشهيد الثاني القول بالبطلان إلى الأكثر، وعلمه بما نقلناه عن المحقق^(٥)، وبما ذكره العلامة^(٦) بناءً على القول بمنع بيع الموزون قبل

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٧، النهاية ونكتها ٢: ١٦٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٢٢، قواعد الأحكام ٨٦: ٢.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٩٨ - ٩٩.

(٣) النهاية: ٣٨١.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٧٥، ٣٧٦.

(٥) المختصر النافع: ١٢٨، شرائع الإسلام ٢: ٥٨.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٧.

قبضه.

ثم قال: وينبغي القول بالصحة مطلقاً إذا تقابضا قبل التفرّق، وغاية ما يحصل في البيع الثاني أن يكون فضولياً، فإذا لحقه القبض صح^(١).
ويرد عليه: ما فهم من كلامنا سابقاً.

وقال العلامة في القواعد: لو كان لأحدهما على الآخر ذهب، وللآخر على الأول دراهم، فتصارفا بما في ذمتهما، جاز من غير تقابضٍ على إشكالٍ، ومنشأه اشتماله على بيع دينٍ بدّين، قال: أمّا لو تباريا، أو اصطلاحاً جاز^(٢).

وذكر الشهيد في الدروس نحو ذلك الكلام الأخير^(٣).

ولا يخفى أنّه لا معنى للتباري والصلح قبل الملك، فهذا يقتضي حصول الملك بالعقد، ويحصل التقابض بهما.

هذا كلّ في الصرف، وأمّا السلف فظاهره: أنّ القبض فيه كالتقابض في الصرف.

وقد نصّ العلامة في القواعد على إجازة إحالة المشتري بالثمن إذا قبضه البائع من المحال عليه قبل التفرّق، وكذا جوّز المحاسبة بعد العقد من دينه على البائع^(٤).

(١) مسالك الافهام ٣: ٣٣٤-٣٣٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٠.

(٣) الدروس ٣: ٣٠٠.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٠.

وذكر ولده في وجه جواز الحوالة: أنّه قد حصل القبض قبل التفرّق، قال: وقيل: لا؛ لأنّ الحوالة معاوضة فلا يصحّ على ثمن السلم قبل قبضه، قال: والأقوى الصّحة^(١).

ونقل العميدي: أنّ على كتاب المصنّف حاشية بخطّه، ما هذه صورته: قال بعض الشافعيّة لا يصحّ؛ لأنّ الحقّ بالحوالة تحوّل إلى ذمّة المحال عليه، فيكون أدأؤه عن نفسه لا عن المسلم^(٢).

وهذا مذكور في التذكرة أيضاً وقد حكم فيها بصّحة الحوالة والمحاسبة، والمصالحة عن الثمن بهالٍ.

وقال أيضاً: لو كان الثمن عبداً، فأعتقه البائع قبل القبض صحّ^(٣).

وقال أيضاً: لا يشترط استمرار قبض الثمن، فلو سلّمه المشتري إلى البائع، ثمّ ردّه البائع إليه وديعةً قبل التفرّق، جاز بلا خلاف، ولو ردّه عليه بدّين كان له عليه قبل التفرّق صحّ؛ لأنّه قد ملكه بالعقد، واستقرّ ملكه بالقبض^(٤). وهذه العبارة نصّ في الباب.

وجوّز الشهيد في اللمعة المحاسبة به من دينٍ عليه قبل التفرّق إذا لم يشترط ذلك^(٥).

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٦٣.

(٢) كنز الفوائد ١: ٤٣١.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٧.

(٥) اللمعة الدمشقيّة (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٥٠.

وقال الشهيد الثاني في شرحها - تبعاً للشهيد في الدروس -: إنه لو اتفق ما في الذمة والثلث جنساً ووصفاً، وقع التهاثر قهرياً ولزم العقد^(١)، ولكن استشكل صحة العقد - حيثئذ - في الدروس^(٢).

هذه جملة ما وقفتُ عليه من كلمات الأصحاب، وفتاويهم.

والتحقيق عندي: أنه لما كان الظاهر من قول الأصحاب: أن المبيع يملك بالعقد، وقال بعضهم: إنه يُملك به وبانقضاء الخيار^(٣)، و^(٤) أطلقوا كلامهم، فشمّل بيع الصرف والسلم أيضاً فالقول بكونه يُملك بالقبض يُعدّ قولاً ثالثاً، فلا عبرة به.

وقد استفيد ذلك أيضاً من كلام ابن إدريس، والعلامة، والسيوري، والكركي، بل ومن كلام الشهيدين^(٥) أيضاً.

والأدلة أيضاً تقضي به؛ لأن الأسباب الناقلة جعلت عبارة عن البيع وغيره، ولا يتوقف صدق ماهية البيع على القبض قطعاً، فلزم من ذلك القول بأن الملك يحصل بنفس البيع.

ولما دلّت فتاوى الأصحاب وإجماعهم والروايات على أن الصحة

(١) الروضة البهية ٣: ٤٠٩.

(٢) الدروس ٣: ٣٠٠.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥، كشف الرموز ١: ٤٦١.

(٤) في «ش»: وقد.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٧٥ - ٣٧٦، قواعد الأحكام ٢: ٤٠، التنقيح الرائع ٢: ٩٨، جامع المقاصد ٤: ٢٠٠، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٥٠ - ١٥١، الروضة البهية ٣: ٤٠٨ - ٤٠٩.

مشروطة بالقبض أو التقابض والصحة عبارة: عن ترتب الأثر حكماً بأنّه لا أثر للبيع، ولا حكم له إلا بعد حصول الشرط، فيكشف بذلك حصول الملك من حين العقد، وهو مثل ما قاله الشيخ في الخلاف في حكم الهبة^(١)، كما سبق.

إلا أنّه في الهبة للواهب الخيار قبل القبض، ولا يُجبر عليه أصلاً، وفي البيع مع بقاء خيار المجلس كذلك، فإنّ الاختيار في الأصل يقتضي الاختيار في التوابع أيضاً لا^(٢) محالة، وإذا زال بأحد المسقطات قبل التقابض احتمل جواز المطالبة بالإقباض، كما قاله العلامة في التذكرة^(٣)؛ لعموم قوله سبحانه وتعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، والعدم؛ للأصل، ولاختصاص الآية بالعقود الصحيحة، ولا يحكم بصحة هذا العقد قبل التقابض، فالأمر بالوفاء لا يكون إلا بعده.

وأما الحكم بحرمة التفارق قبل التقابض والتفاسخ برضاها أو أمر آخر^(٥).

وأما إذا رضي أحدهما دون الآخر، فحكمه في الحليّة والحرمة مبنيٌّ على المسألتين معاً.

(١) الخلاف ٣: ١٥ و ٥٥٥-٥٥٦.

(٢) في النسخ: (بلا)، والظاهر ما أثبتناه.

(٣) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٩.

(٤) سورة المائدة ٥: ١.

(٥) كذا قوله: (وأما الحكم بحرمة آخر) من دون الجواب

وعلى ما قلنا يمكن حمل كلام المحقق، والمحقق الكركي، والشهيد الثاني^(١) بأن الملك المنفي هو الملك المصحح للعقد لا مطلقاً، على آنا غنيون عن تأويل كلامهم إلى الموافقة بعدما ثبت الحكم بالأدلة.

فقد ثبت بها ذكرنا: أن الملك غير تام قبل القبض أو التقابض، وهو المطلوب.

[السبب] الثامن عشر: تعلق حق الشفعة بالمال، والتملك بها قبل الاستقرار.

أما الأول فمانع من لزوم تصرفات من انتقل إليه المال مطلقاً ما دام الحق ثابتاً، فإن الشفيع إذا أخذ بحقه، أبطل تصرفاته المنافية.

ولو طلب الشفيع ولم يثبت الملك بعد، احتُمل قوياً: منع الشريك من التصرف، كما ذكره العلامة في التذكرة^(٢)؛ لتعلق حق الشفيع به، وتأكده بالطلب.

ويؤيده: ما ذكره أكثر الأصحاب - كما نقله جماعة^(٣) - من ضمان الشريك ما حصل بسببه من النقص بعد الطلب، مستدلين بأن حقه تعلق بالعين، فلم يكن للمشتري إحداث نقص فيه فيضمنه له حينئذ.

وفي المسالك: كون تصرفه بالملك لا ينافي ضمانه كتصرف الراهن،

(١) شرائع الإسلام ٢: ٥٨، المختصر النافع: ١٢٨، جامع المقاصد ٤: ٢٠٠، الروضة البهية ٣: ٤٠٨-٤٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٣٨١، الدروس ٣: ٣٧١، جامع المقاصد ٦: ٤١٩.

وهذا منه؛ لاشتراكهما في تعلق حق العين^(١).

وأما الثاني فمبنيٌّ على بعض الأقوال المنقولة في السبب المملّك، فإنّ لهم قولين في أنّه هل يتمّ الملك بمجرد الأخذ القولي بدون تسليم الثمن، أم يتوقّف عليه؟

وعلى الأوّل فهل يكون دفع الثمن أو ما في حكمه جزءاً من السبب المملّك، أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي؟ وذكر فيه وجهان.

وقد قوى المحقّق الكركي: أنّ الملك يثبت بالأخذ باللفظ، ولا يتوقّف على دفع الثمن أصلاً^(٢).

ويظهر من كلام العلامة، والشهيد في الدروس^(٣) عدم حصوله بمجرد ذلك.

فإذا قلنا بحصول الملك بالأخذ، فلا يبعد القول بتزلزله وعدم تماميّته إلّا بعد دفع الثمن أو ما يقوم مقامه، كرضى المشتري بالصبر، أو كون الثمن في البيع وقع مؤجّلاً.

[السبب] التاسع عشر: كونه مملوكاً وُلد من أمةٍ قد اشتراها مولاهما وهي حبلى فإنّه لا يحلّ له وطؤها حتّى يمضي عليها أربعة أشهر، ويجب عليه العزل لو وطئ بعد ذلك.

(١) مسالك الافهام ١٢: ٣٢٦.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٩٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٤٦-٢٤٧، الدروس ٣: ٣٧١.

فإن وطأها قبل مضي الأربعة أشهر، أو بعد ذلك ولم يعزل عنها، فإنه لا يحل له حينئذ بيع الولد؛ لأنه قد غداه، وأناه بنطفته، وينبغي أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطاً، ويعوله في حياته، ولا ينسب إليه بالبنوة.

وهذا بناءً على ما اختاره المفيد في المقنعة^(١)، وتبعه في ذلك جماعة من الأصحاب، وإن اختلفوا في بعض ما ذكر:

فقال الشيخ في النهاية: وإذا اشترى الرجل جارية حبلى، فوطئها قبل أن يمضي عليها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يبيع ذلك الولد؛ لأنه غداه بنطفته، وكان عليه أن يعزل له من ماله شيئاً ويعتقه، وإن كان وطؤه فيها بعد انقضاء الأربعة الأشهر وعشرة أيام، جاز له بيع الولد على كل حال، وكذلك إن كان الوطء قبل انقضاء الأربعة أشهر وعشرة أيام إلا أنه عزل عنها، جاز له بيع ولدها على كل حال^(٢).

وقال القاضي في المهذب: فإن اشترىها وهي حامل، لم يجوز له أن يطأها في الفرج حتى تضع حملها، فإن مضى لها أربعة أشهر وعشرة أيام، جاز له أن يطأها في الفرج، والأفضل له أن لا يفعل ذلك، فإن فعل ولم يعزل عنها، لم يجوز له أن يبيع ولدها، والأفضل له أن يوصي له بشيء من ماله إذا حضرته الوفاة^(٣).

وقال الديلمي في المراسم: ومن اشترى أمة حاملاً لم يجوز له أن يطأها

(١) المقنعة: ٥٤٤.

(٢) النهاية: ٥٠٧.

(٣) المهذب ٢: ٢٤٦.

حتّى يتمّ لها أربعة أشهر، فإن وطأها، فليعزل عنها، فإن وطأها قبل مضيّ الأربعة أشهر لم يجوز له بيع ولدها، وينبغي له أن يعزل له من ميراثه قسطاً في حياته^(١).

وقال أبو الصلاح في الكافي: ولا يحلّ وطء الحامل من غيره حتّى يمضي لها أربعة أشهر، إلّا دون الفرج، وفيه بشرط عزل الماء، واجتنابها حتّى تضع أولى، وإذا وطء الحامل لم يحلّ له بيع ولدها، ولا الاعتراف به ولداً، ولكن يجعل له قسطاً من ماله؛ لأنّه غذاه بنطفته^(٢).

وقال ابن حمزة في الوسيلة: وأمّا الحامل فإن مرّ عليها من وقت الحمل أربعة أشهر وعشرة أيّام جاز له وطؤها، ولم يجوز له وطؤها قبل ذلك، فإن وطأها لم يجوز له بيع ولدها؛ لأنّه غُدّي بنطفته، وعليه أن يعتقه ويعطيه شيئاً من ماله^(٣).

وقال ابن زهرة في الغنية: فإن كانت حاملاً لم يجوز له وطؤها في الفرج، حتّى يمضي لها أربعة أشهر إلّا بشرط عزل الماء، فإن لم يعزل لم يجوز له بيع الولد، ولا أن يعترف به ولداً، بل يجعل له قسطاً من ماله؛ لأنّه غذاه بنطفته، بدليل إجماع الطائفة^(٤).

وظاهر الصدوق العمل برواية إسحاق بن عمّار^(٥) الآتية حيث قال في

(١) المراسم: ١٥٦.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٠٠-٣٠١.

(٣) الوسيلة: ٣٠٨.

(٤) غنية النزوع: ٣٦٠.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٤/١٣٥١.

الفقيه: باب الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيجامعها، ثم ذكر هذه الرواية، واقتصر عليها وهو دليل العمل بظاهرها.

وكذا الكليني حيث إنه عقد باباً لذلك، وذكر الروايات الثلاثة^(١) الآتية مقتصرأً عليها، ورواية إسحاق أشملها للأحكام، فظاهره العمل بها، ويحتمل الاقتصار على حرمة البيع.

والمعروف بين المتأخرين كراهة بيع الولد^(٢)، والتحريم قوي جداً؛ لذهاب كثير من أساطين الفقهاء إليه^(٣)، ونقل بعضهم الإجماع عليه^(٤).

ولما رواه المشايخ - في الموثق كالصحيح، أو الصحيح - عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً، وقد استبان حملها فوطئها، قال: «بئس ما صنع - إلى أن قال -: إن كان عزل عنها فليتق الله ولا يعد^(٥)، وإن كان لم يعزل عنها، فلا يبيع ذلك الولد، ولا يورثه، ولكن يعتقه، ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به، فإنه قد غداه بنطفته»^(٦).

(١) في النسخ جميعها: الثلاث، والوجه ما أثبتناه.

(٢) كما في الروضة البهية ٣: ٣١٧، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٧٩-٢٨٠، كشف اللثام ٧: ٥٤٢ - ٥٤٣، الحدائق الناضرة ١٩: ٤٤٥.

(٣) كما في المقنعة: ٥٤٤، الكافي في الفقه: ٣٠٠-٣٠١، النهاية: ٥٠٧، المهذب ٢: ٢٤٦.

(٤) غنية النزوع: ٣٦٠.

(٥) في «ف» قد.

(٦) في الكافي والتهذيب: يعود.

(٧) الكافي ٥: ٤٨٧/١، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٤/١٣٥١، تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٥-٢٦٦

/ ٦١٦، الوسائل ٢١: ٩٤، كتاب نكاح العبد والإماء، ب ٩ ح ١.

وما رواه الكليني والشيخ - في الموثق أو الصحيح - عن غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «مَنْ جامع أُمَّةً حَبْلِي مِنْ غَيْرِهِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْتَقَ وَلَدَهُ»^(١) ولا يَسْتَرْقُ؛ لِأَنَّهُ شَارَكَ فِيهِ الْمَاءَ تَمَامًا^(٢) الولد»^(٣).

وما رواه عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَى رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَإِذَا وَلِيدَةٌ عَظِيمَةُ الْبُطْنِ تَخْتَلِفُ، فَسَأَلَ عَنْهَا، فَقَالَ: اشْتَرَيْتَهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَبِهَا هَذَا الْحَبْلُ، قَالَ: اقْتَرِبْتُهَا»^(٤)؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ بِمِ^(٥) اسْتَحَقَّ الْعَتَقَ؟ قَالَ: لِأَنَّ نَظْفَتَكَ غَذَّتْ سَمْعَهُ، وَبَصَرَهُ، وَلَحْمَهُ، وَدَمَهُ»^(٦).

وهذه الأخبار مع حجّة الأولين، وقرب الأخير إلى القبول، واعتضاد بعضها ببعض، واتفاق الأصحاب - إِلَّا مَنْ شَذَّ مِنْهُمْ - على العمل بها في الجملة، واشتمالها على التعليل، وظهور دلالتها في وجوب الإعتاق وحرمة البيع، وموافقتها للاحتياط، وخلوها عن معارضٍ يعتدّ به، فالعمل بها لا بأس به عندي.

والعجب من المتأخرين؛ حيث علموا بها، وتركوا العمل بظواهرها،

(١) في المصدر: ولدها.

(٢) في التهذيب: إتمام.

(٣) الكافي ٥: ٤٨٨ / تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٦/٦١٨، الوسائل ٢١: ٩٥، كتاب نكاح العبيد

والإماء، ب ٩ ح ٢.

(٤) في المصدر: أقربتها.

(٥) في المصدر: وبها.

(٦) الكافي ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨/٢، تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٦/٦١٧، الوسائل ٢١: ٩٥، كتاب

نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ٣.

مع أنّها لو كانت ضعيفةً لجاز العمل بها؛ لما ذُكر من المؤيّدات، فكيف تركوها؟ مع أنّ الأمر فيها كما عرفت، فإنّهم بين قائلٍ باستحباب الإعتاق إذا وطئها قبل الأربعة الأشهرٍ وعشرة أيّامٍ ولم يعزل عنها، كما في النزّهة^(١).

وقائلٍ بكرهه بيعه، واستحباب عزل نصيبٍ له، من غير الحكم بالإعتاق، كما في الشرائع، والتحرير، والإرشاد^(٢).

ومقتصرٍ على كراهة البيع، كما في النافع، والمختلف، والتنقيح^(٣)، والحكم بعدم التحريم، كما في السرائر^(٤).

وبين تاركٍ لما ذكر من أصله، كالشهيد في اللعة^(٥) وغيره.

ولو تأمل الناظر في المصّرّحين في المسألة، لوجد القائلين بالمختار أولى بالاتباع، وأقرب إلى الاعتبار، كيف لا؟! وإليهم ينتهي استنباط الأحكام من دلائلها، وعليهم يعوّل في تمييز حقّها من باطلها، كما لا يخفى.

[التنبية على أمور]

إذا عرفت ذلك، فينبغي التنبية على أمور:

الأوّل: إنّ الرواية الأولى مخصوصة بصورة عدم العزل، والتعليل في

(١) نزّهة الناظر: ١١٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٧٢، تحرير الأحكام ٢: ٤٠٨، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٦.

(٣) المختصر النافع: ١٣٢، مختلف الشيعة ٧: ٢٨٣-٢٨٤، التنقيح الرائع ٢: ١٢٤.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٤٢١.

(٥) اللعة الدمشقيّة (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٤٢-١٤٣.

الأخيرتين يقتضي ذلك أيضاً كما هو ظاهر، فالحكم حرمةً أو كراهةً مختصة بهذه الصورة، وهو الذي أفتى به الأصحاب.

وربما يوهم كلام الديلمي^(١) عدم الاختصاص بذلك، فيحمل على ذلك أيضاً جمعاً بين الأقوال والأدلة، مع اتحاد المدرك ظاهراً، وانصراف الإطلاق إلى عدم العزل، وإيحاء أول كلامه إليه أيضاً وعلى هذا الفتوى والعمل.

الثاني: إن الروايات خالية من التقييد بمدة، وظهرها ثبوت الحكم في جميع مدة الحمل، ويؤكد ما في الرواية الأولى من التصريح باستبانة الحمل، ومن قوله ﷺ: «فليتنق الله ولا يعد»، فإن النهي عن العود شامل لباقي المدة، والسبب والأثر في البدء والعود واحد، كما هو الظاهر.

وما في الرواية الأخيرة، من قوله ﷺ: «وإذا وليدة عظيمة البطن وقول مولاهما: «اشتريتها يا رسول الله وبها هذا الحمل»، وما في الروايات بأسرها من التعليل بالتغذية ولا سيما الأخيرة، لأن خلقه السمع، والبصر، وسائر الجوارح لا يكون قبل الأربعة أشهر.

ويزيد الإطلاق تأكيداً ما ورد من النهي عن وطء الحامل بغير وضوء مطلقاً؛ معللاً بأنه: «إذا قضى ولد يكون أعمى القلب»^(٢)، فلنظف الرجل تأثير في الحمل مطلقاً.

(١) المراسم: ١٥٦.

(٢) علل الشرائع ٢: ٥١٤ - ٥١٦ / ضمن الحديث ح ٥، الوسائل ١: ٣٨٥، كتاب الوضوء، ب

وقد أطلق النهي عن وطء الحامل في صحيحة محمد بن قيس^(١)، وصحيحة مسعدة بن زياد^(٢)، والنبوية المروية في عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام^(٣)، وإحدى صحيحتي رفاعه بن موسى^(٤)، وغيرها من الروايات الكثيرة مع التصريح في الثلاثة الأول بأن النهي ثابت إلى زمان الوضع، والإشارة إلى ذلك في الرواية الرابعة، حيث قال: «أحلتها آية، وحرمتها أخرى، فأنا ناه عنها نفسي وولدي»، فإن الظاهر أن آية التحريم هي قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٥)، وهي بنفسها من المؤيدات أيضاً وبضميمة الرواية يصير حجة على المطلوب.

وقد وردت شبيهة هذه الآية في الجمع بين الأختين المملوكتين، وأشير بالتحريم إلى آية: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٦)، كما تومئ إليه رواية العياشي^(٧).

هذا مضافاً إلى أن الحمل لا يُعلم غالباً إلا بعد مضي مدة مديدة،

(١) الكافي ٥: ٤٧٥/٣، الوسائل ١٨: ٢٦٣، أبواب بيع الحيوان، ب ١٢ ح ٢.

(٢) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٦ / ١٣٦٠، تهذيب الأحكام ٨: ٦٨٧/٢٨٨، الوسائل ٢٠:

٣٩٧، كتاب نكاح العبيد والإماء، ب ٨ ح ٩.

(٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٦٩/٢٧١، الوسائل ٢١: ٩٣، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٨

ح ٧.

(٤) الكافي ٥: ٤٧٤ - ٤٧٥ / ١، الوسائل ١٨: ٢٦٢، أبواب بيع الحيوان، ب ١٢ ح ١.

(٥) سورة الطلاق ٤: ٦٥.

(٦) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٧) تفسير العياشي ١: ٣٨٣ / ٩٢٠.

والنهي متعلق بحال العلم، فيتأخر عن أربعة أشهر، أو ما يقرب منها غالباً، وغير ذلك مما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب النكاح.

ولم أقف على معارضٍ لها إلا ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن الحسن بن محبوب، عن رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام، قلت: أشتري الجارية فتمكث عندي الأشهر بلا طمث، وليس ذلك من كبر، قلت: وأريتها النساء، فيقلن^(١) ليس لها^(٢) حبل، أفلي أن أنكحها في فرجها؟ قال: فقال: «إن الطمث قد يحبسه^(٣) الريح من غير حمل، فلا بأس أن تمسّها في الفرج»، قلت: فإن كانت حبل، فما لي منها إن أردت؟ فقال: «لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا بأس بنكاحها في الفرج»^(٤).

وقد رواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب^(٥)، وذكر الرواية إلى قوله: «ما دون الفرج»^(٦)، وهذا مما يضعف الاستدلال بالرواية، كما لا يخفى على من تأمل صدرها^(٧).

(١) في المصدر: فقلن.

(٢) في المصدر: بها.

(٣) في المصدر: تحبسه.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٤ - ٢٦٥ / ٦١٤، الوسائل ٢١: ٨٦، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب

٤ ح ١، ٩٢ الباب ٨ أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٥) في المصدر زيادة: عن رفاعه.

(٦) الكافي ٥: ٤٧٥ / ٢، الوسائل ٢١: ٨٦، كتاب أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٤ ذيل ح ١.

(٧) في «ع، ك، م»: صورها، وفي «ف»: صدورها.

مع أنّ راوي الخبر قد روى ما يخالف تلك الزيادة، كما سبق في الصحيح، والشيخ - الذي هو راوي الزيادة - قال في الخلاف: إذا اشترى أمة حاملاً كره له وطؤها قبل أن يمضي^(١) لها أربعة أشهر، فإذا مضى لها^(٢) ذلك لم (يكن له وطؤها حتى تضع)^(٣)، وقال الشافعي وغيره: لا يجوز له وطؤها (في الفرج)^(٤)، دليلنا إجماع الفرقة، والأصل الإباحة وعدم المانع^(٥). انتهى.

فقد خالف هو الرواية صريحاً، وحكم على عكسها، وظاهره دعوى إجماع الإمامية، بل غيرهم - أيضاً - على حرمة الوطء بعد المدة المذكورة، ومع ذلك ففي مقاومة هذا الخبر على ما فيه لما ذكرنا من الأدلة نظر واضح وإن كان موافقاً لفتوى الأكثر.

ولئن تنزلنا عن جميع ذلك، فليس بصريح في الجواز مع عدم العزل، ولا مع كون الولد رقاً للمشتري، فيحتمل أن يكون رقاً للبائع، أو حرّاً من غيره، فليس بمنافٍ صريحاً لما دلّ عليه الروايات الثلاث من حرمة البيع، مع كون الولد رقاً له مع عدم العزل مطلقاً.

فالمتّجه حيثئذٍ هو العمل بإطلاقها، كما هو ظاهر الصدوق والكليني^(٦)،

(١) في «حج»: وإذا.

(٢) في المصدر: يصير.

(٣) بدل ما بين القوسين في المصدر: مضت بها.

(٤) بدل ما بين القوسين في المصدر: لم يكره وطئها في الفرج.

(٥) بدل ما بين القوسين في المصدر: حتى تضع.

(٦) الخلاف ٥: ٨٥.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٤، الكافي ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨.

ونصّ المفيد مع حكمه بتحريم الوطء مع عدم العزل مطلقاً^(١)، ويحتمله المهذب والكافي^(٢).

الأول أظهر في الموافقة، وهذا هو الأقوى عندي، خلافاً لنصّ النهاية^(٣)، وظاهر المراسم، والوسيلة والغنية^(٤)، وهي غير متوافقة في تعيين المدة، ففي الثاني والأخير اعتبار أربعة أشهر، وفي الباقي زيادة عشرة أيام، كما نصّ عليه في رواية رفاعة^(٥)، وهو الأقرب بناءً على التقييد.

وأما القائلون بكراهة البيع واستحباب العتق، فبين مخصّص له بما قبل أربعة أشهر وعشرة أيام، كما في النزّهة^(٦)، وأحكام الولادة من القواعد^(٧)، ومطلقاً للحكم مع عدم العزل كالمختلف مع تعليله بالتغذية^(٨)، وقائل بذلك مع عدم العزل مطلقاً، وهو ظاهر الشرائع والتحرير والإرشاد، وبيع القواعد، وكذا الروضة، والتنقيح، وجامع المقاصد، والدروس معزياً له إلى المشهور^(٩).

(١) المقنعة: ٥٤٤.

(٢) انظر: المهذب ٢: ٢٤٦، والكافي في الفقه: ٣٠٠-٣٠١.

(٣) النهاية: ٥٠٧.

(٤) المراسم: ١٥٦، الوسيلة: ٣٠٨، غنية النزوع: ٣٦٠.

(٥) الكافي ٥: ٤٧٥/٢، تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٤ - ٢٦٥/٦١٤، الوسائل ٢١: ٨٦، أبواب

نكاح العيب والإماء، ب ٤ ح ١.

(٦) نزّهة الناظر: ١١٤.

(٧) قواعد الأحكام ٣: ١٠٠.

(٨) مختلف الشيعة ٧: ٢٨٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٧٢، تحرير الأحكام ٢: ٤٠٨، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٦، قواعد الأحكام

٢: ٣٢، الروضة البهية ٣: ٣١٦-٣١٧، التنقيح الرائع ٢: ١٢٤، جامع المقاصد ٤: ١٥٦،

الدروس ٣: ٢٢٨-٢٢٩.

والمذكور في التنقيح والدروس: كراهة البيع في الوطء بعد الأربعة والعشر مع عدم العزل^(١)، والأول أصرح في ذلك.

وفي جامع المقاصد قال - بعد قول العلامة: فإن وطئها، عزل استحباباً -: أي: حيث يجوز له الوطء؛ لدلالة الأخبار عليه^(٢).

وقد قال العلامة بعد ذلك: فإن لم يعزل كره بيع ولدها^(٣)، وهو قد وافق على هذا الحكم.

وفي الروضة، قال: ولو وطئ الحامل بعد مدة الاستبراء عزل، فإن لم يفعل كره بيع الولد، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به؛ للخبر، معللاً بتغذيته بنطفته، وأنه شارك في إتمامه.

وقد قال قبل ذلك بأن الأقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيامٍ لحملها، وكراهة وطئها بعدها، إلا أن يكون من زنى فيجوز مطلقاً على كراهية^(٤).

فيكون المراد: أنه إذا استبرأ وتبين الحمل، وكذلك إذا استبرأ للحمل بالمدة المذكورة؛ لأنها مدة استبراء، ولذا قال في اللمعة: واستبراء الحامل بوضع الحمل^(٥).

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٢٤، الدروس ٣: ٢٢٨، ٢٢٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٥٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢.

(٤) الروضة البهية ٣: ٣١٦-٣١٧.

(٥) اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٤٣.

ويلزم من كلام هؤلاء: ثبوت الحكم مع عدم العزل في موضع التحريم قبل المدة، أو بعدها بطريق أولى، كما لا يخفى.

وأما عبارة النافع فلا تخلو من إجمال؛ لأنه قال: ولا توطأ الحامل حتى يمضي حملها أربعة أشهر، ولو وطئها عزل، ولو لم يعزل كره بيع ولدها^(١).

ولا يبعد إبقاؤها على إطلاقها؛ لتوافق ظاهر عبارة الشرائع^(٢).

ونحن لو قلنا بالكرهية لم نشك في ثبوتها مطلقاً؛ لإطلاق الأخبار مع التسامح في أمرها.

ولو قيل بأن التغذية والمشاركة في إتمام الولد قبل تمام خلقته، فيكون قبل المدة، فهو ممّا لا مستند له، والأخبار - كما عرفت - تقضي بخلافه.

الثالث: إنّ الذي اتّفقت على ذكره الروايات الثلاث هو الأمر بالإعتاق، والذي اتّفقت عليه فتاوى الأصحاب - إلّا صاحب النزهة^(٣) - هو المنع من البيع كراهةً، أو تحريماً، ومن هنا أشكل الأمر.

فأمّا الروايات فما دلّ منها على الأمر بالاعتاق^(٤) يقتضي المنع، سيّما وأنّ الرواية الثانية^(٥) دلّت على النهي عن الاسترقاق، والثالثة^(٦) دلّت على

(١) المختصر النافع: ١٣٢.

(٢) شرائع الإسلام: ٧٢: ٢.

(٣) نزهة الناظر: ١٤٤.

(٤) الكافي: ٥: ٤٨٧/١، الوسائل: ٢١: ٩٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ٢.

(٥) الكافي: ٥: ٤٨٨/٣، الوسائل: ٢١: ٩٥، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ٢.

(٦) الكافي: ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨/٢، تهذيب الأحكام: ٨: ٦١٧/٢٦٦، الوسائل: ٢١: ٩٥، أبواب

نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ٣.

أنّ الإعتاق على وجه الاستحقاق؛ لحصول أمرٍ فيه لا يجامع البقاء على الرقيّة، فيقتضي المنع من البيع، كما هو ظاهر.

وأما الأصحاب فلم يصرح أحد منهم بوجوب الإعتاق، إلّا الشيخ في النهاية، وابن حمزة في الوسيلة^(١)، ولا باستحبابه إلّا صاحب النزّهة، والعلامة في موضعٍ من القواعد^(٢).

لكن الصدوق والكليني^(٣) عملاً بمضمون الأخبار - كما هو الظاهر - فيكونان موافقين للأوّل.

وكلام الكليني أدلّ على ذلك؛ لذكره الروايات الثلاث وإن كان كلام الصدوق أدلّ لما ذكر في صدر الكتاب^(٤)؛ فإنّه أوضح في اعتياده على رواياته ممّا ذكره الكليني في صدر كتابه^(٥).

والكلّ - إلّا مَنْ شدّ منهم - ذكروا إعطائه شيئاً من ماله، إمّا وجوباً، كما هو ظاهر النهاية والوسيلة والغنية والكافي والفقيه وكافي الكليني^(٦)، أو استحباباً، كما هو نصّ المهذب، وعامة المتأخّرين، وظاهر المقنعة والمراسم^(٧).

(١) النهاية: ٥٠٧، الوسيلة: ٣٠٨.

(٢) نزّهة الناظر: ١١٤، قواعد الأحكام: ٣: ١٠٠.

(٣) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٤، الكافي ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨.

(٤) مَنْ لا يحضره الفقيه ١: ٣.

(٥) الكافي ١: ٨ - ٩.

(٦) النهاية: ٥٠٧، الوسيلة: ٣٠٨، غنية النزوع: ٣٦٠، الكافي في الفقه: ٣٠٠ - ٣٠١، مَنْ لا

يحضره الفقيه ٣: ٢٨٤، الكافي ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨.

(٧) المهذب ٢: ٢٤٦، جامع المقاصد ٤: ١٥٦، الروضة البهيّة ٣: ٣١٧، الدروس ٣: ٢٢٩،

المقنعة: ٥٤٤، المراسم: ١٥٦.

وظاهرهم: أنّ ذلك على وجه التملك، وبطريق استقلال الولد في أمره كسائر ورثته وقرابته، فيلزم من ذلك قابليّته للتملك، وهو منافٍ للرقيّة، فيدلّ على الاعتراف أيضاً كما أنّ الأمر بالإعتراف يدلّ على الأمر بالتملك، ويُسمّى ذلك: دلالة الاقتضاء، فيما يستند إلى الشرع.

وقد تنبّه - في الجملة - لذلك المحقّق الكركي في تعليق الإرشاد، حيث قال: وهل هذا الاستحباب - أي: استحباب عزل نصيب له من ميراثه - مع كونه رفقاً، أو على تقدير حرّيته بعقٍ ونحوه؟

يحتمل الأوّل؛ لأنّ الأمر به خرج مخرج زيادة الاحتياط؛ لإمكان اختلاط الماء المتجدّد بالحمل.

ويحتمل الثاني؛ إذ لا معنى لعزل النصيب له حال رقيّته^(١)، ولأنّ الرقيق لا يرث مع تحقّق نسبته^(٢)، فغيره أولى^(٣).

وظاهره: أنّه بناءً على الثاني يختصّ الاستحباب بها إذا اتّفق العتق، فينتفي بانقضاءه.

ولا يخفى بعده من إطلاق النصّ والفتوى، فالحمل على ما ذكر أولى، سيّما وأنّ الأصحاب لم يظهر لهم مستند فيما ذكروه سوى ما ذكرناه من الروايات، وهي متّفقة الدلالة على الأمر بالإعتراف وإن اختلفت في التصريح بالنهي عن البيع، فيلزمهم الحكم بذلك قطعاً.

(١) في المصدر: رقه.

(٢) في المصدر: نسبه.

(٣) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٩: ٣٥٨.

وأيضاً، لم نجد روايةً دالةً على عزل مالٍ له، إلا رواية إسحاق بن عمار^(١)، وقد ذكر فيها ذلك بعد الأمر بالإعتاق، وأتبع المجموع بالتعليل بالتغذية، فالقول بالعزل مطلقاً مع عدم العتق خالٍ ظاهراً من المستند.

وكان على المحقق الكركي أن يحتمل ثالثاً - مع قطع النظر عما قلنا - وهو: أنه يقوم الولد، فإن كان ذلك المال مساوياً لقيمته أعتق به، أو أزيد أعتق وأعطى الباقي، أو أنقص أعتق منه بحسابه وسعى في الباقي، كما حكم بذلك الأصحاب^(٢) بلا خلافٍ منهم، على ما ذكره جماعة منهم في مَنْ أوصى لمملوكه ببالي، وأمضيت وصيته من الثلث، أو بإجازة من الورثة، وقد دلّ عليه بعض الأخبار أيضاً.

ولولا دلالة الأخبار هنا على الاعتاق من غير ذلك المال، وفتوى جماعة من الأصحاب بذلك، لكان المتّجه هو ذلك؛ لاندرج عزل المال له بعد الوفاة تحت إطلاق الوصية، و^(٣) إن قلنا بوجوبه، ولزوم إمضائه من الأصل، أو كونه كسائر سهام الورثة وإن نقص عنها في الكمية.

ومّا يدلّ على ما ذكرناه في الإعتاق: أنّ النهي عن بيع الولد حرمةً أو كراهةً معلّلٌ بعلّة تقتضي استمرار الحكم، وعدم اختصاصه بالمولى الواطئ حال الحمل وإن كان هو السبب لذلك، وبه تعلق النهي ابتداءً، فإنّه لا ينافي الدوام، سيّما بالنسبة إلى الورثة الذين يملكون التركة على

(١) الكافي ٥: ٤٨٧/١، الوسائل ٢١: ٩٤، أبواب نكاح العبد والإماء، ب ٩ ح ١.

(٢) فقه الرضا عليه السلام ٢٩٩-٣٠٠، المهذب ٢: ١٠٧، مختلف الشيعة ٦: ٣٢٨-٣٢٩، الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٣١-٥٣٢.

(٣) الظاهر أنّ حرف الواو زائدة.

وجه التبعية، ومن المعلوم أنه لا معنى لبقائه رقاً غير جائز البيع أو مكروهه دائماً، مع ظهور سرية الحكم إلى نسله وذريته؛ لسرية علته، فإنّ هذا ممّا لا نظير له في الشريعة، خصوصاً على القول بالحرمة.

وبالجملة: فنحن لما بنينا على العمل بالروايات - كما اتفق عليه معظم الأصحاب - وقلنا بحرمة البيع، فلا محيص لنا حينئذٍ من القول بوجوب الإعتاق، كما هو الظاهر منها، ويقتضيه الاحتياط أيضاً.

الرابع: إنّ ما يجعل له من المال هو على سبيل الوجوب - كما هو ظاهر جماعة منهم - أو على الاستحباب كما هو اختيار آخريين وجهان: من ظاهر الإجماع - المحكي في الغنية^(١) - والصحيحة الأولى^(٢)، ومن الأصل وعموم الأدلة الواردة في الإرث، وخلو الروايتين الأخيرتين^(٣) من ذلك، وقلة الموجبين، وهذا أولى، وإن كان الأوّل أحوط.

وعلى الوجهين، فهل هو عطية منجزة في الحياة، فيجري عليها حكم المنجزات على اختلافها في الصحة أو المرض، وعلى وجه الوجوب أو الندب، أو وصية محضة، ويتبع تركته بعد الوفاة كسائر الوصايا الواجبة أو المندوبة، أو وصية بمنزلة الإرث، أو أنّه مخير بين الثلاثة، أو الأوّل وأحد الآخرين؟ أو جبه.

(١) غنية النزوع: ٣٦٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٨٧/١، الوسائل ٢١: ٩٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ١.

(٣) الكافي ٥: ٤٨٧ - ٤٨٨/٢ - ٣، الوسائل ٢١: ٩٤ - ٩٥، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح

وربما يظهر الأوّل من الوسيلة^(١)، والثاني ظاهر المهذب^(٢)، بل صريحه،
وعبارة الباين تحتمله والثالث.

والفائدة ظاهرة، فإنّه على الأوّل يمضي من الأصل مع الوجوب، أو
وقوعه في غير مرض الموت مطلقاً، ويبنى في غير ذلك على الخلاف
المعروف في المنجزات.

وعلى أيّ حال، لا يحسب^(٣)، ولا يستحبّ غير ذلك في تركته إذا وقع
بهذا القصد، لا مطلقاً.

وعلى الثاني يمضي من الثلث، بناءً على القول بالندب قطعاً، وعلى
القول بالوجوب يحتمل ذلك، وإمضاؤه، كسائر الحقوق الماليّة الواجبة.

والأوّل أقرب؛ لأنّه وإن كان من الحقوق الماليّة وليس كالعبادات
البدنيّة في الأصل لكنّه لما توقف إمضاؤه والمطالبة به على الوصيّة، فخالف
بذلك سائر الحقوق الماليّة، فلزم أن يتبع حكم الوصيّة لتوقفها عليه.

وعلى الثالث يزاحم الورثة فيما بقي من الدين والوصيّة وجوباً أو
ندباً، بمعنى: أنّه يستحبّ للميت التوصية به، وللورثة إمضاؤه من
سهامهم.

والفائدة على الوجهين الأخيرين تُعرف ممّا ذكر. والمسألة لا تخلو من
إشكاليّ، والرواية لا تخلو من إجمال.

(١) الوسيلة: ٣٠٨.

(٢) المهذب ٢: ٢٤٦.

(٣) في «ف»: يحسب.

وقوله: «لا يورثه» لا يدفع الثالث والأخيرين؛ لأنّ الظاهر أنّ المراد: نفي الإرث التامّ الثابت له كسائر الورثة.

وأما إتباع ذلك بقوله: «ولكن يعتقه، ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به» يومئ إلى أنّه أمر يمضي بعد وفاته، فعليه أن يختار ما يحكم بأمضائه حيث أمكن مطلقاً، ولعلّ ذلك أحوط وأولى، خصوصاً على القول بالوجوب.

ثمّ إنّّه إذا لم يوص به، ولا أعطاه شيئاً في حياته، سقط على القول بالنسب، ويحتل بقاء الاستحباب في حقّ الوصي والورثة.

وأما على الوجوب، فالظاهر سقوطه مطلقاً؛ عملاً بمقتضى الأصل المؤيد بعدم التعيّن في الشرع، وبعدم كونه حقّاً ثابتاً متعلّقاً بهاله في حياته ليتبع به بعد وفاته، بل هو تكليف محض، ويحتل بثبوته كسائر الحقوق المالّية.

وأما مقداره، فيحتل تعيين ذلك بالسُدس مطلقاً؛ لأنّه عبّر عنه في الرواية بشيءٍ من ماله^(١)، فلو عيّنه كان الأمر إليه، ولما لم يعيّن كان عبارةً عن السُدس، كما هو المتفق عليه نصّاً^(٢) وفتوى^(٣) في مَنْ أوصى بشيءٍ من ماله.

(١) الكافي ٥: ٤٨٧/١، الوسائل ٢١: ٩٤، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٩ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٠/١.

(٣) كما في فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩، المقنع: ٢٠٩، النهاية: ٦١٣، جواهر الفقه: ١٥٠، السرائر

(ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٢٨٣.

ويحتمل ذلك فيما إذا كان أقل من سهام الورثة أو الأولاد خاصّة، لا فيما إذا ساواها أو زاد عليها.

ويحتمل أن يكون العبرة بكونه شيئاً يعيش به، كما ذكر في الخبر^(١)، وليس المراد دوام العيش به، بل ما يصدق عليه ذلك في العادة، حيث وسعه التركة على نحو ما ذكر في وجه الإخراج، وإن لم تسعه التركة اكتفي بما هو المقدور.

وهذه الوجوه محتملة في الجملة؛ حيث أوصى به وأراد التعيين^(٢)، أمّا لو أوصى له بشيء من ماله ولم يعين، فالمراد: الأوّل، أو اقتصر على لفظ الرواية، فالمراد، هو الثالث.

واعلم: أنّ التقييد بكونه شيئاً يعيش به غير مذكور في كلام الأصحاب. وقال المحقّق الكركي في التعليق: لا نعرف في تقدير النصيب تصريحاً لأحد^(٣).

وظاهر قولهم: نصيب، يشير إلى نقصانه عن سهام الورثة.

وقال الشهيد الثاني في الروضة: وليس في الأخبار تقدير القسط، وفي بعضها أنّه: «يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به؛ لأنّه غذاه بنطقته»^(٤)،

(١) المتقدّم آنفاً.

(٢) في «ف»: التعيّّن.

(٣) الحاشية على الإرشاد (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٩: ٣٥٨.

(٤) الكافي ٥: ٤٨٧ / ١.

(٥) الروضة البهية ٣: ٣١٧.

وذكر نحو ذلك في المسالك^(١).

ولا يخفى أنه لا مستند للحكم فيها وقفنا عليه إلا هذا الخبر، فينبغي النظر في مدلوله، ولفظ: النصيب مذكور في كلام جماعة من الأصحاب، وفي دلالة على ما قاله تأمل أيضاً إلا أن في الرواية وما في معناها من الفتاوى ما يومئ إلى ذلك، ولا يذهب عنك^(٢) أن هذه كلها أمارات الاستحباب، كما هو المختار.

الخامس: إن النهي عن البيع يقتضي فساداً أيضاً بناءً على التحريم؛ لأن حكمة النهي لا تتم إلا بإبطاله، والأمر بالإعتاق يقتضي وجوبه عليه في حياته.

فإن امتنع، فهل للحاكم إجباره عليه، وإن لم يمكن باشره بنفسه، أو لا؟ وجهان، ويترتب عليهما حكمه بعد الوفاة.

فعلى الأول لا يدخل في الميراث ووجب إعتاقه.

وعلى الثاني يسقط التكليف ويكون كسائر التركة.

وعلى الأول لو كان هناك دين لا يفي به غيره من التركة، ففي تقديم العتق أو الدين وجهان.

والأول أولى في الجميع؛ للعلّة المقتضية لدوام الحكم بالمنع من البيع، ولزوم العتق.

(١) مسالك الأفهام ٣: ٣٨٩.

(٢) في وف: عليك.

وفي عتقه في الكفارة إشكال من العمومات المقتضية للإجزاء، ومن أصالة عدم تداخل الأسباب، وانتفاء الرقبة الخاصة بعد التغذية.

وهذا كأنه أولى مع أنه أحوط.

واعلم: أنَّ المتأخرين وإن كان رأيهم التعرّض لأمثال هذه التفريعات إلا أنهم لما بنوا على كراهة البيع واستحباب العتق والإعطاء تسامحوا في هذه المسائل^(١).

[السبب] العشرون: كونه مملوكاً وُلد من حرٍّ شريك في أمةٍ حال الوطء أو كان وطؤه بشبهة^(٢) نكاح أو ملك، وقد حكم بتقويمه عليه، فإنه يمنع المالك من التصرّف فيه كلاً أو بعضاً إلا التقويم.

وهذا مبنيٌّ على انعقاد الولد رقاً، وانعتاقه بالتقويم أو الأداء، وقد أشرنا إلى ذلك في مسألة الفضولي، والتفصيل موكول إلى المحال المناسبة له.

[السبب] الحادي والعشرون: تدافع السبب المملّك والمزِيل له دائماً والمسألة مفروضة فيما لو قهر حربياً حربياً ينعتق عليه وأراد بيعه، فأطلق ابن حمزة في كتاب العتق من الوسيلة: إنه يجوز تملك مَنْ سبي، ومن سرق، وَمَنْ اشترى من آبائهم، ومن قراباتهم^(٣)، وأزواجهم، وَمَنْ سباهم

(١) كما في الجامع للشرائع: ٤٦٢، قواعد الأحكام ٣: ١٠٠، الدروس ٣: ٢٢٩، الروضة البهية

٣: ٣١٧، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٢) في (ع، ك، م) لشبهة.

(٣) في المصدر: وقراباتهم.

وإن كان كافراً^(١).

وكذلك ابن إدريس في عتق السرائر، فقال: لا بأس أن يشتري الإنسان ما يسبي بعض الكفار من بعض، ولا بأس أيضاً أن يشتري من الكافر أولاده وزوجته، أو أحد ذوي أرحامه، ويكون ذلك حلالاً له، ويسوغ له التصرف فيه كيف شاء إذا كانوا مستحقين للسبي^(٢).

وكذلك العلامة في عتق التحرير^(٣)، ففيه ما في السرائر.

وعزا ولده في الإيضاح إلى الأصحاب: أنهم أطلقوا جواز البيع هنا^(٤).

وجمع الشيخ رحمته الله بين الروايات الآتية، فحمل ما دلّ على الجواز على قصد الحرب؛ لاختصاص دليل المنع بأهل الذمة^(٥).

ونقل العلامة في كتاب الجهاد من المنتهى والتذكرة عن بعض أصحاب الشافعي أنه قال: ولو أنّ حريباً باع من المسلمين امرأته وقد قهرها جاز، ولو باع أباه أو ابنه بعد قهرهما لم يجز؛ لأنه إذا قهر زوجته، ملكها فيصح بيعها، وإذا قهر أباه أو ابنه ملكه فعتق عليه، فلا يجوز بيعه^(٦)، ولم يتعرّض العلامة لإبطاله ولا تسليمه، وربّما يظهر منه الميل إليه.

(١) الوسيلة: ٣٤٠.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ١٢.

(٣) تحرير الأحكام ٤: ١٩١.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٦.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٩٤.

(٦) منتهى المطلب ١٤: ٢٥١، تذكرة الفقهاء ٩: ١٤٩.

وقال المحقق في عتق الشرائع: ولو اشترى إنسان من حرّبيٍّ ولده، أو زوجته، أو أحد ذوي أرحامه، كان جائزاً وملكه؛ إذ هم فيء في الحقيقة^(١)، وتبعه العلامة في عتق القواعد^(٢).

وقال في كتاب البيع منه، وكذا من^(٣) التذكرة: وكلّ حرّبيٍّ قهر حرّبيّاً فباعه صحّ، وإن كان [أخاه]^(٤)، أو زوجته، أو من ينعتق عليه كابنه، وبنته، وأبويه على إشكالٍ، ينشأ من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض، ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر. والتحقيق: صرف الشراء إلى الاستنفاذ، وثبوت الملك للمشتري بالتسلّط، وفي لحوق أحكام البيع حينئذٍ نظر.

وهذه عبارة القواعد^(٥)، ونحوها عبارة التذكرة^(٦)، وكذا في الإرشاد، إلّا أنّه أسقط النظر الأخير، وزاد قبل قوله: وكلّ حرّبيٍّ: ويجوز شراء ما يسييه الظالم من الكافر، وأخته، وبنته، وزوجته^(٧).

وتبع فخر الإسلام والده في كونه استنفاذاً، وفي التردّد في إلحاق أحكام البيع^(٨).

(١) شرائع الإسلام ٣: ٩٤.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ١٩٧-١٩٨.

(٣) في «م»: في.

(٤) ما بين المعقوفتين أثبتناه من المصدر.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٩.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٠٩.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٦-٣٦٧.

(٨) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٦.

وظاهر السيّد الشارح^(١): عدم إلحاقها؛ بناءً على ما هو الفرض من كونه استنقاذاً.

وقال الشهيد في كتاب البيع من الدروس: ولو اشترى حريباً من مثله جاز، ولو كان مَمَّنْ ينعق عليه، قيل: كان استنقاذاً؛ حذراً من الدور لو كان شراءً، ولا يلحق به أحكام البيع بالنسبة إلى المشتري، وروى ابن بكير تسميته شراءً^(٢).

وقال قبل ذلك في كتاب العتق: ولو اشترى من الكافر قريبه جاز وإن كان مَمَّنْ ينعق عليه، ويكون استنقاذاً لا شراءً من جانب المشتري، فلا يثبت فيه خيار المجلس والحيوان، والأقرب أن له ردّه بالعيب وأخذ الأرض^(٣).

واختار المحقق الكركي في الشرح: كونه استنقاذاً، ولحوق أحكام البيع بالنسبة إلى البائع لا المشتري، وتردّد في جواز الردّ بالعيب وأخذ الأرض^(٤).

ونصّ في التعليق على أنّه بناءً على صرف البيع إلى الاستنقاذ لا يلحقه أحكام البيع أصلاً.

وحكى عن الدروس كونه كالبيع بالنسبة إلى المشتري؛ دفعاً لتضرّره،

(١) كنز الفوائد ١: ٤٠٣.

(٢) الدروس ٣: ٢٢٧.

(٣) الدروس ٢: ١٩٥.

(٤) جامع المقاصد ٤: ١٣١-١٣٢.

وقال: إنه غير متّجه بعد الصرف إلى الاستنقاذ^(١).

واختار الشهيد الثاني في المسالك: كونه استنقاذاً، وحكّم أولاً بأنّه لا يلحقه أحكام البيع ولا يعتبر فيه شرائطه، ثم استشكل قول الشهيد بإجراء حكم العيب بالنسبة إلى المشتري، وتعرّض لدفع الإشكال.

ثم قال: وهذا كلّه يتمّ إذا لم يكن مال الحربيّ معصوماً بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان، فلا يجوز أخذ ماله بغير سببٍ مبيحٍ له شرعاً.

وقال: وحينئذٍ يتّجه صحّة البيع، ولزوم أحكامه التي من جملتها جواز ردّه معيّباً، وأخذ أرشه^(٢). انتهى.

ثم إنّ الظاهر من فرضهم المسألة في الحربيّين، ومن كلامهم في الجهاد: أنّه لو كان القاهر (لمن ينعق عليه)^(٣) من الحربيّين مسلماً أو ذميّاً، عتق عليه وارتفع يده عنهم، وليس لدوام قهره له أثر في جواز البيع، ولا في جواز بذل شيء له لاستنقاذه وتملكه وإن كان لو لحق دار الحرب جاز لغيره سببه وتملكه؛ لكونه حربيّاً لا يد لمسلم ولا لمسلم عليه، لا فعلاً ولا استدامةً؛ نظراً إلى زوال يد قريبه عنه بالعتق، ولم يتجدّد غيره، والولاء أيضاً منتفٍ في الذمي مطلقاً، وكذا في المسلم؛ لاختصاصه بالعتق الاختياري لا القهري.

وبالجملة: فالمسألة من المشكلات، والفرق غير واضح.

(١) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٣٦٠.

(٢) مسالك الافهام ١٠: ٢٧١.

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «م»، وبدله في «ك، حج»: ممن ينعق.

والتحقيق: أنَّ القهر إمَّا أن يكون مستنداً إلى استيلاء شرعيٍّ، ككونه زوجاً ووالداً للصغير، أو إلى غيره، كما في ما عدا ذلك.

أما الأول فإمَّا أن يكون مستأمناً، أو حربياً محضاً، وقد روى الشيخ - بسندٍ مشتملٍ على اثنين من أصحاب الإجماع - عن عبد الله اللحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى^(١) من رجلٍ من أهل الشرك ابنته، فيتخذها؟ قال: «لا بأس»^(٢).

وروى أيضاً بهذا الإسناد عنه، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة رجلٍ من أهل الشرك، يتخذها^(٣)؟ قال: فقال: «لا بأس»^(٤).

وحملها الشيخ على أهل الحرب^(٥)؛ لما رواه هو والكليني، عن زكريّا بن آدم، عن الرضا عليه السلام، قال: وسألته عن أهل الذمة أصابهم جوع، فأتى^(٦) رجل بوليد^(٧)، فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد؟ فقال: قال: «لا يبتاع حرٌّ^(٨)؛ فإنه لا يصلح لك، ولا من أهل الذمة»^(٩).

(١) في المصدر: يشتري.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٩٤ / ٣٣٠، الوسائل ١٨: ٢٤٦، أبواب بيع الحيوان، ب ٣ ح ٢.

(٣) في المصدر زيادة: أم ولد.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٩٣ / ٣٢٩، الوسائل ١٨: ٢٤٧، أبواب بيع الحيوان، ب ٣ ح ٣.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٩٤ / ذيل ح ٣٣١.

(٦) في الكافي و«ف»، ك: «ك»؛ فأتاه.

(٧) في الكافي: بولده، وفي التهذيب: بوليد له.

(٨) في «ف»، ك: «ك»؛ تبتع حرّاً.

(٩) تهذيب الأحكام ٧: ٩٤ / ٣٣١، الكافي ٥: ٢١٠ / ٨، الوسائل ١٨: ٣٤٦، أبواب بيع الحيوان،

قال الشيخ: هذا الخبر مخصوص بأهل الذمة؛ لأنهم لا يستحقون السبي، لدخولهم تحت الجزية^(١).

ولا يخفى: أن قوله بإلزام: «لا بأس» يحتمل أن يراد به: عدم البأس باتخاذها أمة، أو به وبالشراء أيضاً وعلى التقديرين يعم المستأمن وغيره.

وظاهر الخبرين كونه شراء حقيقة، فيمكن الأخذ بظاهرهما، كما هو ظاهر من بعض من تقدم من الأصحاب، ويخصّ بهما ما دلّ على اشتراط الملك وتمايمته.

ولكن قصور سند الخبرين ودالتهما والإجماع على اعتبار الشرطين يقتضي ترك العمل بظاهرهما؛ وذلك لأنّ الظاهر من حال الحربيّ أنّه لم يقصد تملك ابنته، أو زوجته بقهرهما، وفي الاكتفاء بالقصد الضمني الحاصل بالبيع نظر، مع أنّه قد لا يجوز ذلك في دينه.

ولو سلّم حصول التملك وبطلان الزوجية بذلك، فغاية ذلك صحة بيع الزوجة بعد صيرورتها أمة بقصد الملك وحصول القهر.

وأما البنت فتملك بالقهر أولاً لقبولها^(٢) ذلك؛ عملاً بالإطلاقات، ولا يستقر^(٣)، بل يعتق عليه قهراً؛ عملاً بها أيضاً فليس هناك زمان للملك يحصل فيه البيع.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٩٤ / ذيل ح ٣٣١.

(٢) في «ع»: بقبولها.

(٣) كذا ورد، ومراده: ولا يستقرّ الملك.

وأما استمرار القهر، فقد يقال: إنه يمنع من حصول العتق، ومن الخروج عن الملك وإن لم يكن موجباً لحصول ملكٍ آخر غير ما حصل أولاً؛ إما لمنع شمول الروايات للحري بل تختصّ بالمسلم ومن يجري عليه حكمه كالذمي أو لأنّ القريب قابل للملك، والحري قابل لأن يملك، والسبب - وهو: القهر - دائم، فتأثيره ابتداءً يقتضي التأثير دائماً؛ لدوام السبب، فلا يحصل العتق، أو لأنّ العتق المستفاد منها هو الثابت المستقرّ الذي يكون له أثر وفائدة، ولا يتحقق هنا على هذا الوجه، فيمنع حصوله مطلقاً، أو لتخصيص تلك الأخبار بالخبر الدالّ على جواز شراء البنت، مع ما ثبت من أنّه: لا بيع إلا في ملك^(١).

وعلى هذا، فيصحّ البيع مع قصد التملّك بالقهر ولو ضمناً، ويتبعه أحكامه من الطرفين.

ولا فرق حينئذ بين الحربي المحض والمستأمن وإن كان لتملّك الأول سبب آخر غير البيع؛ إذ لا امتناع من اجتماع الأسباب، وتختلف الآثار باختلافها.

وقد يقال بأنّ القهر المبتدأ صار سبباً للعتق، حتّى يمكن تحقّق القهر ثانياً؛ إذ لا يقال في من اشترى حربياً: إنه ملكه بالقهر، فالملك المتجدّد بالقهر لا بدّ أن يكون مسبوقاً بعدمه.

وعلى هذا فيتوارد الملك والعتق ويدوم ذلك بحسب الآيات،

(١) كما في عوالي اللآلي ٢: ٢٤٧/١٦، كنز العرفان ٢: ٣٤، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١ ح ٣.

فلا مكن الحكم بأحدهما دون الآخر، فلا يحصل حينئذٍ مقتضى للبيع، وهو: الملك، مع أنّ البيع يلحقه لغيره والعق لذاته، وما بالذات مقدّم على ما بالغير، فيكون الشراء حينئذٍ استنفاذاً، ومعناه: بذل عوضٍ عن يدٍ شرعيّةٍ في نفس الأمر أو ظاهراً، أو غير شرعيّة.

وقد يُسمّى الأخير بالافتداء.

والأوّل كما نحن فيه، والثاني كما في نفس الأمر إذا استولى عليه ظاهراً. ويدلّ على هذا ما دلّ على جواز شراء زوجة الكافر وبنته، من غير تفصيلٍ بين قصده للملك بالقهر وعدمه، فلو لم يكن استنفاذاً لكان ينبغي التفصيل في ذلك، مع أنّ الغالب عدم قصد الملك.

وعلى هذا فالوجه في عدم جواز استنفاذ قريب المسلم منه هو: الاحترام الحاصل بسبب إسلامه، وأنّ المسلم لا بدّ من إجراء أحكام الإسلام عليه، ومن أحكامه انعتاق قريبه عليه أصلاً، فلا يبقى للبد أثر أصلاً، بخلاف الكافر، فإنّه إذا كان حربيّاً جاز الاستيلاء عليه وعلى أمواله مطلقاً، ولما منع الاستئمان من ذلك اعتبر رضاه بأيّ نحوٍ حصل.

ثمّ إنّ على هذا القول لا يجري عليه أحكام البيع أصلاً إن كان الحربي غير مستأمن، بل يجوز الاستيلاء على أمواله بأيّ طريقٍ أمكن.

وإن كان مستأمناً^(١) فماله محترم، وكذلك ما تعلّق به من الأزواج والأولاد.

ولما حصل الاستيلاء على وجه البيع، فله أن يطالب بأحكامه كلّها، حتى لو أراد الاسترداد بالخيار^(١) كان له ذلك.

وأما المشتري فالسبب الأصلي لتملكه واقعاً وإن كان هو الاستنقاذ إلا أنّ السبب الظاهر الذي به جاز الاستيلاء هو البيع، فيكون كسائر المعاملات الواقعة مع الحربي، فكما أنّه يثبت أحكام البيع في غير ذلك - كالتقاضي في الصرف وغير ذلك - فكذلك هنا، فجواز الاستنقاذ مصحح للبيع، ولما صحّ وقع على ما هو عليه.

وعلى هذا فللمشتري أن يطالبه بأرش المعيب، والوفاء بالشروط، لالتزام الحربي بذلك.

ولو كان المبيع ممتنعاً ينعقد على المشتري، جرى عليه أحكامه، فقصّد الاستنقاذ إنّما يؤثر في بعض الأشياء؛ لكون البائع سفيهاً، فإنّه لا يوجب فساد البيع، وكذلك لو كان صغيراً على إشكال.

وقد تبين بما قلنا: وجاهة ما سبق عن المسالك، فليتأمل في ذلك؛ فإنّه من المشكلات.

وكذلك تبين: حكم القسم الثاني، وهو: ما إذا قهر حربيّ حربيّاً، وباعه، إلّا أنّه ينبغي أن يُعلم: أنّ القاهر لو صار مقهوراً في بلد الإسلام، فهل يصحّ شراؤه من القاهر؟

وكذلك المتصاحبان لو قهر أحدهما الآخر في بلد الإسلام؟

والتحقيق: أنَّ المستأمن يحفظ ماله ورقبته إلى أن يخرج من الأمان، فليس لحربيٍّ أن يقهره، ولو كان قاهراً وكان الأمان له ثم صار مقهوراً، فالقاهر مملوك يجوز شراؤه دون المقهور؛ لاستثاناه.

وعلى ذلك قياس مسائل الباب.

[السبب] الثاني والعشرون: اشتراك يقتضي رجوع الأمر في القسمة إلى غير المالك وعدم تمكنه من البيع قبله معيناً ولا مشاعاً، وذلك كالغنيمة قبل القسمة، فإنها مشتركة بين الغانمين، وقسمتها إلى الإمام.

فإن قلنا بأنَّ الملك موقوف على القسمة وتعيين السهام، فلا يجوز البيع قبله؛ لعدم الملك.

وإن قلنا بحصوله بمجرد الاستيلاء؛ لامتناع بقاء المال بلا مالك، وليس هو الحربي ولا الإمام، فتعين أن يكون الغانمين، فيكون كل شيء من الغنيمة مشتركاً بينهم، ولكنَّ القسمة إلى الإمام، فإذا باع أحدهم نصيبه المشاع، أو باع معيناً، ففي صحّة الأوّل وكذا الثاني في نصيبه نظر.

وكذلك لو أعتق عبداً من الغنيمة.

ويترتب على ذلك حكم ما إذا كان في الغنيمة من يعتق على أحدهم.

وقد اختار الشيخ في ذلك: أنّه يعتق قدر نصيبه منه، والباقي للغانمين، وقال: إنّ الذي يقتضيه المذهب، قال: وقد قيل: إنّ لا يعتق عليه أصلاً إن لم يقسمه الإمام في حصّته، أو حصّة جماعة هو أحدهم^(١).

والأول خيرة العلامة في المختلف والقواعد^(١)، ونقله في التحرير عن الشيخ.

وقال أيضاً: لو أعتق بعض الغانمين عبداً من الغنيمة قبل القسمة، فإن كان ممن لا يثبت فيه الملك كالرجل، لم يصحّ (فيه العتق)^(٢)، وإن كان ممن يملك كالمرأة والصبيّ، فالأقرب صحّة عتق نصيبه، وتقويم الباقي عليه، فيطرح في الغنيمة إن كان موسراً، وإن كان معسراً صحّ عتق نصيبه^(٣).

وقال فيه أيضاً: وإذا حاز المسلمون الغنائم وجمعوها، ثبت حقّهم فيها وملكوها، سواء جمعوها في دار الحرب أو دار الإسلام، ويثبت لكلّ من الغانمين حقّ الملك في جزءٍ مشاعٍ غير معيّن، وإنما يتعيّن باختيار الإمام.

ثمّ حكّم فيه بأنّه لو باع أحد الغانمين غيره شيئاً أو أقرضه، فإن كان المشتري من الغانمين أقرّ في يد المشتري والمقترض، وكان أحقّ به، ولم يصحّ البيع ولا القرض، وكان عليه ردّه إلى المغنم إذا خرج إلى دار الإسلام، وإن كان من غيرهم بطل البيع والقرض، واستعيد من القابض^(٤).

وذكر نحوه هذا^(٥) في القواعد، وقال: ولو كان الثمن من غير الغنيمة لم يملكه البائع، وردّه على المشتري^(٦).

(١) مختلف الشيعة ٤: ٤٢٩ - ٤٣٠، قواعد الأحكام ١: ٤٩٥.

(٢) بدل ما بين القوسين في المصدر: عتقه.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٦٨ - ١٦٩.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٥٩ - ١٦١.

(٥) في «ف»: ذلك.

(٦) قواعد الأحكام ١: ٤٩٢.

وذكر في المنتهى جميع ما نقلناه عن التحرير، وقال: إن ملك كل واحد منهم غير مستقر في شيء بعينه أو جزء مشاع، بل للإمام أن يعين نصيب كل واحد بغير اختياره، بخلاف سائر الأملاك المشتركة التي يتوقف تملك المعين فيها على الاختيار، فالحاصل: أنه ملك ضعيف^(١).

وقال فيما إذا كان المشتري من الغانمين: إنه لا يصح البيع؛ لعدم الاختصاص، قال: وقيل: يصح بيعه في قدر نصيبه، وليس بصحيح، أما أولاً: فلا أنه لا يعلم وقوعه في المستحقين له؛ لجواز أن يسهمه الإمام غيره، وأما ثانياً: فلا أن نصيبه مجهول.

المطلب الثاني: في أقسام البيع

وفيه مباحث:

الأول: في بيع الحيوان

مقباس

[مَنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَدَفَعَ لَهُ عَبْدَيْنِ لِيُخْتَارَ فَأَبَقَ أَحَدُهُمَا]

إذا اشترى عبداً ودفع البائع إليه عبدین، وقال له: اذهب بهما فاختر أيهما شئت وردّ الآخر، وقد قبض الثمن، فذهب بهما المشتري، فأبق أحدهما من عنده، فقد روى المشايخ الثلاثة - بأسانيدهم التي لا تخلو عن ضعفٍ وقصور^(١) - عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، والشيخ أيضاً بإسناده - عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام ما مضمونه: أنَّ المشتري يرّد الباقي منهما إلى البائع، ويأخذ نصف الثمن منه، ويتطلّب الأبق، فإنّ وجده، اختار ما شاء منهما، وردّ نصف الثمن الذي أخذه، وإن لم يجده كان العبد الباقي مشتركاً بينه، وبين البائع بالمناصفة^(٢).

(١) في «ع، ك، م»: أو قصور.

(٢) الكافي ٥: ٢١٧/١، مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٨٨ / ٣٣٠، تهذيب الأحكام ٧: ٨٧/٣٠٨

و ١٠٠ / ٣٥٤، الوسائل ١٨: ٢٦٨، أبواب بيع الحيوان، ب ١٦ ح ١ وذيله.

ووقع الاختلاف والاضطراب في فتاوى متقدمي الأصحاب، ومتأخريهم في الباب.

واستشكل جماعة منهم في توجيه الخبر، بحيث يوافق أصولهم وقواعدهم المقررة، العقلية والنقلية.

ويمكن أن يقال في بيان ذلك: إنهم صرّحوا في بيع الصرف - تبعاً لما ورد في الأخبار -: أنه يكفي في التقابض المعتبر فيه تسليم جملة مشتملة على ما في الذمة والمراد: كفاية ذلك مع رضا الطرفين به، فلو امتنع أحدهما لم يُجبر عليه.

وصرّحوا بأنّ الزائد أمانة في يد القابض، وهو يتناول الزائد بعد إفراد الحقّ وقبله.

وإنّما اختلفوا فيما إذا سلّم أحدهما الزائد بلا تعمّد، فمنهم من جعله أيضاً أمانة غير مضمونة على القابض.

ومنهم من جعله أمانة مضمونة عليه، ولا غرض لنا في ذلك.

والظاهر: أنّه لا فرق فيما ذكر بين المثليّ - كالنقود في الصرف - والقيمي كالعبيد فيما نحن فيه.

وعلى هذا، فالخبر مبنيّ على بيع عبد موصوفٍ في الذمة بما يرتفع عنه الغرر والجهالة، وهو يصحّ؛ عملاً بالخبر، والأصل، والعمومات السالبة عن المعارض.

وإنّما اعتبرنا الوصف الرافع للغرر والجهالة؛ للإجماع، وغيره من

الأدلة، ولذلك حملنا عليه الخبر وإن لم يصرّح فيه بذلك.

وينزل إطلاق السؤال فيه أيضاً على ذلك؛ لما يظهر من الجواب، ولأنّ فعل المسلم يُحمل على الصحيح، حيث لم يُعلم خلافه بلا ارتياب، ولما دفع البائع عبدين ليختار المشتري أحدهما ويرد الآخر، ورضي المشتري بذلك وأخذهما، تعيّن حقّه فيهما سواء كانا مطابقين، أو أحدهما للوصف المذكور في البيع، كما هو الظاهر أم لا، بناءً على رضا الطرفين بتسليم غير المطابق ممّا في الذمّة.

وعلى أيّ حال لا بدّ من بناء الخبر على قصد التعيين فيهما، ورضا المتبايعين بذلك، وهذا إن لم يكن ظاهراً من الخبر فليس منافياً له.

والحكم المذكور في الجواب كاشف عن أنّه المراد وإن لم يصرّح به في السؤال، ولا بأس بارتكاب ذلك، ولا يخرج الخبر به عن مقتضى قواعدهم مع احتماله بل ظهوره.

فإذا تعيّن المبيع فيهما، وحصل إقباض الثمن بتمامه - كما ذكر في الخبر - ثمّ أبق أحدهما قبل اختيار المشتري من دون تفريطٍ منه، كما هو الظاهر الذي لم يذكر دعوى خلافه، فقد وقع هذا الإباق، الذي هو كالتلف بعد الإقباض، الرافع لضمان البائع، وكان أحد العبدین لا على التعيين مال المشتري، ومضموناً عليه لا على التعيين أيضاً أمانةً عنده للبائع، غير مضمونةً عليه، أمر، أو اختير له [أن^(١)] يذهب في طلب الآبق، أي: باختياره من دون إجبارٍ له عليه أمراً قبله بطريق الإرشاد، أو الوجوب

(١) ما بين المعقوفين أضفناه اقتضاءً للسياق.

على بعض الوجوه أن يسلم العبد الموجود إلى البائع، فيسترجع منه نصف الثمن بدلاً عن نصف العبد الذي أبقاه عنده مراعاةً للاحتياط.

وإنما لم يؤذن له في اختيار أحدهما بعد الإباق؛ لعدم تناول إطلاق البائع لمثل ذلك، إلا أن يختار المشتري الآبق، وهو خلاف مقصوده، ولا يتصور أن يقدم عليه عادة؛ فلذلك لم يذكر في الخبر، فالضمان ارتفع عن البائع بقبض المشتري للعبدین، والتعيين حقّ للبائع وقد حصل منه في الجملة بإقباضه لهما، وحصر حقّ المشتري فيهما.

وأما تعيين أحدهما بخصوصه، فقد جعله للمشتري، وله فسخه؛ لعدم لزومه.

ومن ثمّ كان للمشتري قبل الفسخ أن يختار أيهما شاء، ويملكه بمجرد اختياره له، ولا يتوقف على مراجعة البائع ورضاه ثانياً.

ولو تلفا معاً بإباقٍ أو غيره، لم يكن للمشتري أن يطالبه أصلاً، ولما لم يتناول كلام البائع أولاً - نظراً إلى ظاهر حاله، بل لفظه أيضاً - إلا تفويض الأمر إلى المشتري، مع وجود العبدین معاً باختياره أحدهما وردّه الآخر، اقتصر عليه، فليس له اختيار الموجود، وجعل الآبق للبائع مع عدم ردّه إليه.

ولا مانع من العمل بالخبر في ذلك، ولا يحكم بمخالفته لقواعد الأصحاب؛ لتضمّنه لمثله.

ثمّ حَكَم فيه بأنّ المشتري إذا طلب الآبق ووجده، اختار أيهما شاء؛

عملاً بإطلاق تفويض الاختيار السابق الشامل لحال وجودهما مطلقاً، فإذا اختار أحدهما، ردّ نصف الثمن الذي ارتجعه إلى البائع؛ لوصول حقه إليه بالتام، فيجب عليه تسليم حقّ البائع إليه بتمامه أيضاً.

وإذا لم يجد الآبق، ولم يختره هو ولا البائع باختيارهما كما هو الظاهر المعتاد فحينئذ لا يمكن الحكم بكونه مال البائع بتمامه، ولا مال المشتري بتمامه؛ للزوم الترجيح بلا مرجح، وهو ممتنع.

ولا البناء على كون التعيين - الذي هو حقّ للبائع - باقياً له بعد الإباق، فله أن يعين حقّ المشتري في الآبق؛ وذلك لابتنائه على مطابقته للوصف المأخوذ في العقد حتّى يجبر المشتري على قبوله، وعلى كونه مضموناً على المشتري، والأوّل غير معلوم، والثاني مخالف لما سبق.

ولا البناء على القرعة؛ لاختصاصها بالمشكل المجهول ظاهراً المعلوم واقعاً، والمشكل هنا مجهول فيها؛ لعدم تحقّق التعيين المميّز بين الحقيّين، وعدم ادّعاء أحدهما لذلك حتّى يرجع فيه إلى القرعة، أو غيرها ممّا يقطع به الخصومة، فلزم بحكم العقل والضرورة: أن يجعل الباقي مشتركاً بينهما، والتالف كذلك.

وهذا إمّا على وجه التنجيز، أو المراعاة إلى أن يتبيّن أمر الآبق، فإن مات قبل اختيار أحدهما له وتصرّفه فيه بعق، أو بيع مع الضميمة، أو غيرهما تعيّن ما ذكر، وإن رجع أمكن رجوع الحكم على ما كان.

وعلى أيّ حال: يردّ نصف الثمن إلى البائع أيضاً وإن لم يصرّح به في

الخبر؛ لوضوحه، والاكتفاء بما ذُكر في صورة وجدان الآبق، ولأنّه إنّما ارتجع النصف أولاً عوضاً عن نصف العبد الموجود الذي أبقاه عند البائع، ولم يعلم في ذلك الوقت حاله، لا عن نصف الآبق، وإلا كان له أن يرتجع كلّ من البائع بعد تسليم الموجود له.

أو لا يرتجع شيئاً منه؛ لأنّ الآبق إن كان مضموناً بتمامه على البائع، فالباقي للمشتري، وعليه تمام الثمن، فلما سلّمه إلى البائع لزم أحد الأمرين، وإن كان على المشتري، فعليه تسليم الباقي إلى البائع، وعدم ارتجاع شيء من الثمن، وإن كان الحال مجهولاً إلى أن يتبيّن أمر الآبق، فلا يخلو واقعاً ممّا ذُكر.

غايته أنّه إذا وجده فله أن يختاره أو الباقي، فعليه كلّ الثمن أيضاً، وأمّا إذا لم يجده فحكمه واقعاً ما ذُكر، فلا يكون ارتجاع النصف لكونه عوضاً عن نصف الآبق الذي هو كالتالف، فتعيّن أن يكون عن نصف الباقي الذي اشتبه أولاً أمره.

ولما صار الباقي مشتركاً بينهما انكشف حاله، ووصل حقّ المشتري إليه بتمامه، فلزمه تسليم الثمن بتمامه أيضاً إلى البائع، فالذهاب مشترك بينهما أيضاً ويلحقه حكم الملكية في العتق والإرث والبيع مع الضميمة، وغيرها.

وعلى هذا، ينطبق الخبر^(١) على قواعد الأصحاب، وأخبارهم، ولا ينافيها بحيث يطرح لذلك، وإن اشتمل - بناءً على بعض الوجوه - على ما لا يمكن الحكم به لولاه، فإنّ الأمر فيه هيّن، كما لا يخفى.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٨٧/ ٣٠٨، الوسائل ١٨: ٢٦٨، أبواب بيع الحيوان، ب ١٦ ح ١.

ولأنها لم يذكر فيه جواز اختيار أحد المتاعين للآبق قبل الطلب وبعده وإن لم يوجد أصلاً؛ لمخالفته العادة لا الشريعة.

وقد استبان ممّا بيّناه: أنّه ليس في الخبر ما يوجب القدح فيه من جهة مضمونه، وقد رواه المشايخ الثلاثة^(١) بأسانيدهم، في بعضها: ابن أبي عمير، والسند إليه في أعلى مراتب الصحة، وهو يرويه بواسطة واحدة عن محمد بن مسلم - الذي هو في أعلى مراتب الوثاقة - عن الباقر عليه السلام، والواسطة أبو حبيب، أو ابن أبي حبيب^(٢)، وحاله غير معلوم الآن عندي.

ورواه الشيخ، عن الصادق عليه السلام بطريق آخر^(٣)، لا قدح فيه إلّا من جهة النوفلي^(٤)، أو السكوني^(٥)، وأخبارهما معمول بها كثيراً.

فإذا تعدّد الخبر والسند على هذا النهج، كان العمل به غير مستبعد وإن قطع النظر عمّا ذكر.

ومع ذلك، فقد عزا في الدروس إلى الأكثر العمل به^(٦)، وكذا في الروضة، وزيد فيها: إنّ العمل به نظراً إلى انجبار ضعفه بما ادّعوه^(٧) من:

(١) الكافي ٥: ٢١٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٨/٣٣٠، تهذيب الأحكام ٧: ٨٧/٣٠٨، الوسائل ١٨: ٢٦٨، أبواب بيع الحيوان، ب ١٦ ح ١.

(٢) راجع: نقد الرجال: ٥: ١٣٧/٥٩٦٣، معجم رجال الحديث ٢٢: ١١٢/١٤٠٩٤.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٠/٣٥٤، الوسائل ١٨: ٢٦٩، أبواب بيع الحيوان، ب ١٦ ذيل ح ١.

(٤) نقد الرجال: ٥: ٣٠٢-٣٠٣/٦٥٣٥.

(٥) نقد الرجال: ٥: ٢٨٤-٢٨٥/٦٤٤٤.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٠.

(٧) في المصدر: زعموه.

الشهرة، والذي أراه: منع الشهرة في ذلك، وإنّا حكم الشيخ (به) وبنظائره على طريقته^(١) فالشهرة بين أتباعه خاصّة، كما أشرنا إليه في غيره^(٢).

أقول: إنّه لم يذكر فيها - وفي جملة من الكتب - إلّا الخبر الأوّل، وربّما وقفوا على بعض أسانيده، ولم يذكر في بعض الكتب^(٣) إلّا الخبر الثاني خاصّة، وقلّ من ذكر الخبرين^(٤) معاً بأسانيدهما - تفصيلاً، أو إجمالاً - في الكتب الفقهيّة.

وربّما يظهر من الشيخ في موضعٍ من الخلاف: دعوى الإجماع على العمل بهما، إلّا أنّه نزّلها على بيع عبدٍ من عبيد، على أنّ للمشتري أن يختار ما شاء منهما، واقتصر على الحكم بجواز ذلك^(٥)، ولم يذكر بقيّة الأحكام التي في الخبر.

وقوى بطلان ذلك في موضعٍ آخر من الخلاف^(٦)، وكان عليه أن يعمل بالخبر، ولا ينزّله على ما ذكر.

وقد عمل بظاهره في النهاية^(٧)، وتبعه القاضي في الكامل كما نقل عنه في المختلف^(٨)، إلّا أنّهما لم يصرّحا بأنّ التالف على المتبايعين معاً، وعلى

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر: بهذه ونظائرها على قاعدته.

(٢) الروضة البهيّة ٣: ٣٥٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٢٧.

(٤) الوافي ١٦: ١١١٩، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٩٤، باعة الفقيه ١: ١٦٦.

(٥) الخلاف ٣: ٣٨ - ٣٩.

(٦) الخلاف ٣: ٢١٧.

(٧) النهاية: ٤١١.

(٨) مختلف الشيعة ٥: ٢٥٢.

المشتري أداء جميع الثمن، بل اقتصر على ما في الخبر، فيمكن حمل كلامهما على ما حمل عليه، ولا يستقيم بمجرد قولهما: دعوى الأكثرية، والشهرة، وإن استظهر العمل به من الكليني^(١) أيضاً؛ لنقلهما له بلا معارضي.

فلعل مبنى هذه الدعوى على ما لم أقف عليه من فتاوى سائر العلماء المتقدمين، أو من يقرب منهم.

وعلى ذلك - أيضاً - مبنى ما في جامع المقاصد، من: نسبة العمل بالخبر إلى الشيخ وجمع من الأصحاب، ثم إلى الشيخ والجماعة^(٢).

وأما^(٣) المتأخرون منهم، فقد حكى عنهم الكركي في تعليق الإرشاد، الحكم بخلاف ظاهر الخبر، وهو ضمان المشتري للآبق^(٤) بقيمته، ومطالبة البائع بالمبيع الذي في ذمته^(٥).

وعزا في الدروس إلى الحليين القول بضمان المشتري للآبق، كالمقبوض بالسوم^(٦)، إتما مع كون الآبق مورد العقد، كما هو مختار ابن إدريس، أو مطلقاً، كما هو مختار غيره.

وقد صرح بما ذكره ابن إدريس^(٧)، وبالغ في القدح بالخبر، بكونه خبر

(١) الكافي ٥: ٢١٧.

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٤٩.

(٣) في «ع، ك، م»: أما.

(٤) في «حج»: الآبق.

(٥) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٣٦٣ - ٣٦٤.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٠.

(٧) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٨٦ - ٤٨٧.

واحد لا يجوز العمل به ؛ لمخالفته لما عليه الأمة بأسرها، ومنافاته لأصول مذهب أصحابنا، وفتاويهم، وتصانيفهم، وإجماعهم. ولا يخفى ما فيه.

وقد خالف ظاهر الخبر العلامة في جملة من كتبه^(١)، وأوله في المختلف^(٢) بما لا وجه له.

وخالفه المحقق أيضاً في نكت النهاية^(٣).

واستحسن مخالفته في الشرائع والنافع أيضاً مع نوع تردّد في ذلك^(٤).

وحكي عنه المخالفة - بقولٍ مطلقٍ - في الدروس^(٥) - كما عرفت - وفي غيره، وخالفه أيضاً ابن فهد في المقتصر، والصيمري في الشرح، والكركي في جامع المقاصد، وتعليق الإرشاد، والشهيد في المسالك، والروضة^(٦).

ويظهر من الشهيد في الدروس واللمعة^(٧) نوع تردّد في الحكم.

وقد فصل السيوري بما لا جدوى في ذكره، إلّا أنّه أقرب إلى الصواب

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٢٧-٣٢٨، تحرير الأحكام ٢: ٤١٠، قواعد الأحكام ٢: ٣١.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) النهاية ونكتها ٢: ١٩٧-١٩٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٧٣-٧٤، المختصر النافع: ١٣٣.

(٥) الدروس ٣: ٢٣٠-٢٣١.

(٦) المقتصر: ١٨٥، غاية المرام ٢: ١١٠-١١١، جامع المقاصد ٤: ١٤٩-١٥٠، حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٣٦٣-٣٦٤، مسالك الافهام ٣: ٣٩٥-٣٩٧، الروضة البهية ٣: ٣٤٧-٣٥١.

(٧) الدروس ٣: ٢٣٠-٢٣١، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٣-١٣٥.

كتاب البيع..... ٣١٧.

من كلام غيره، وحكى هو عن بعض الفضلاء كلاماً في المقام^(١)، يقف عليه من أراحه.

وقد ذكروا في بيان المسألة، وتوجيه الخبر، أو طرحه، أشياء كثيرة لم نتصدّ هنا لذكر مثلها.

إلا أنّه ينبغي أن يُعلم: أنّ المسألة ليست مبنية على بيع نصف كلّ من العبدین المعيّنين، كما حكى عن بعضهم في توجيه الخبر^(٢).

ولا على بيع نصفين كلّين حتّى يكون الاختيار لأحدهما، كالتقسيم الواقع برضى الطرفين؛ لظهور الخبر، بل صراحته في خلاف ذلك، ولا سيّما على ما فهموه من ارتجاع المشتري نصف الثمن مطلقاً، إلّا إذا وجد الآبق واختاره أو غيره.

ولا على بيع واحدٍ كلٍّ من العبدین مشاعٍ وإن فرض تساويهما من كلّ وجه، كما قاله العلامة في المختلف^(٣)؛ وذلك لما ذكر، ولا سيّما مع ندرة هذا الفرض على تقدير وقوعه، ولمنع جواز بيعه كالمثليّ، ومنع تنزيله على الإشاعة، مع تعلّقه بالعبد الكلّيّ والفرد المنتشر، لا بالأجزاء النسبيّة المشاعة، كالنصف ونحوه، ولزوم استحقاق البائع حينئذٍ جميع الثمن في صورة عدم وجدان الآبق، كما في صورة وجدانه، كما فهمه هو وغيره من الخبر - كما مرّ - ولزوم استحقاقه ثمن نصف الآبق الذي هو للبائع أيضاً

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٣٣-١٣٥.

(٢) المهذب البارع ٢: ٤٦٤-٤٦٥، جامع المقاصد ٤: ١٤٩.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٢٥٤.

مع ذلك؛ بناءً على كونه في يد المشتري للتخيير والاختيار مع توانيه فيه، وفي ردّ حقّ البائع، أو بدونه، كالمقبوض بالسوم على المشهور، لا المشترك التالف في يد أحد الشريكين بلا تفريطٍ بعد قبضه بإذن شريكه.

ولزوم الفرق حيثنّذ بين كون الإباق في مدّة الخيار التي مبدؤها العقد وما بعده، ولا أثر لذلك في الخبر، ولا في كلام العلامة وغيره، فإن خصّ الخيار ببيع المعينّ طوّل بدليله، مع إطلاق المستند وعموم الحكمة.

ولا على ضمان المقبوض بالسوم، أو عدمه؛ لتقدّم السوم والبيع، وإعطاء البائع المالك باختياره العبدین لاستيفاء المشتري ما عليه من الدّين، ولا دليل على إلحاق هذا بذلك إلّا عموم ما تناولهما معاً، وهو ممنوع في الضمان، مع منافاته لما دلّ على حكم الأمانة فيما زاد على الحقّ؛ ولما تقدّم عنهم في بعض مسائل الصرف، مع كون التقابض شرطاً في صحّته، وعدم تماميّة البيع والتملّك للمقبوض؛ ولما في الذمّة بدونه، فيكون أقرب إلى المقبوض بالسوم، بخلاف ما نحن فيه، فله حكم مستقل بنفسه.

وأما ما يقال من أنّ المقبوض بالسوم مبيع بالقوّة، أو مجازاً بما يؤول إليه^(١)، فيكون مضموناً على قابضه، أو فاسد البيع يوجب الضمان مع القبض كصحيحه، ثمّ يترتّب على مخالفته لما نحن فيه؛ لسبق البيع فيه، أو يجعل أولى منه بالضمان ؛ لأنّ كلّاً من العبدین في قوّة المبيع، فمع كونه مجرد وهم وخيالٍ لا دليل عليه يلزم الفرق بين الحيوان التالف قبل الثلاثة من زمان القبض، وبين غيره.

فإن بُيِّ ما في الخبر على ذلك، أو على كون التخيير قبل الاختيار بمنزلة الخيار الذي يوجب كون ضمان الحيوان التالف في وقته من البائع الذي لا خيار له، أو على كون الإباق لا يزيد على هلاك المبيع في مدة الخيار أُورد عليه بما ظهر مما سبق، وبأنّ الخيار إنّما هو في البيع المعيّن ولو إشاعة قبل العقد، وربّما جرى في المعيّن بعده أيضاً قبل التلف، على أن يكون مبدأ الثلاثة من زمان التعيين أو القبض، وما نحن فيه ليس كذلك، والقياس عليه قياس مع الفارق.

نعم، يلزم حيثنّ بطلان إطلاق كلام ابن إدريس، وغيره.

وليعلم: أنّه يمكن التلقيق بين بعض ما ذكر من الوجوه، ولا يختلف الحكم على بعضها وإن اختلف وجهه، وينبغي المحافظة على ما في الآيات والأخبار ما دام إليه سبيل؛ لعدم انضباط ما يستند إلى غيرها.

ومن الغريب أنّ صاحب الحقائق^(١) ترك العمل هنا بالخبر؛ لمخالفته الأصول، والقواعد المتقرّرة، وهو ينافي طريقته المستمرة.

وعلى ما قلنا، ينسحب الحكم فيما إذا كان التلف بغير الإباق، وفيما إذا زاد المدفوع على اثنين، أو كان المبيع والمدفوع أمةً، أو ثوباً، أو غيرهما، أو عبداً وأمةً إذا دفع أكثر من واحدٍ من كلّ منهما، ولا يجري في العبد والأمة المتّحدين، كما يظهر من الدروس^(٢) وغيره؛ لأنّهما ليسا محلاً للتخيير

(١) الحقائق الناضرة ١٩: ٤٧١ - ٤٧٣.

(٢) الدروس ٣: ٢٣١.

٣٢٠.....مقابس الانوار/ ج٤

والاختيار، مع تعلق البيع بواحدٍ منهما، أو بكلِّ منهما، كما لا يخفى،
فليتدبر جميع ذلك بعين البصيرة.

المبحث الثاني: في بيع الثمار

وفيه مقامان:

المقام الأول: في أنواعها

وهي ستة:

الأول: ثمرة النخل

مقباس

لا يجوز بيع ثمرة العام الواحد منفردة قبل ظهورها إجماعاً، كما هو الظاهر والمحكي في المختلف، والتذكرة، والإيضاح، وكنز الفوائد، والدروس، والتنقيح، وتعليق الإرشاد، وغاية المرام، وجواهر الكلمات^(١). وكذا في غاية المراد والمسالك معبراً فيهما: بعدم الخلاف في ذلك^(٢).

(١) مختلف الشيعة ٥: ٢٢١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥، إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥، كنز الفوائد ١: ٤١٣، الدروس ٣: ٢٣٤، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤ - ١٠٥، حاشية الإرشاد (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٣٤٦، غاية المرام ٢: ٩١، جواهر الكلمات: ٢٠ (مخطوط).

(٢) غاية المراد ٢: ٤٠، مسالك الافهام ٣: ٣٥٣.

وفي الروضة والمفاتيح معبراً فيهما: بالاتفاق عليه^(١).

وفي التحرير مذكوراً فيه: أنه يبطل قولاً واحداً^(٢).

وكذا في الخلاف والمبسوط، والغنية^(٣)، إلا أن المذكور فيهما^(٤) عدم جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فيشمل ما قبل الظهور مع أنه هو أولى.

وربما يتفق الأمران في بعض الثمار.

وكذا في السرائر محكياً فيه إجماع المخالف والمؤالف على الحكم فيما نحن فيه، وهو ظاهر التذكرة وغيرها^(٥) أيضاً.

ولم أقف على مخالفٍ يُعتدّ به في ذلك إلا ما يظهر من صاحب المجمع؛ حيث رجّح القول على الجواز^(٦)، ولم ينصّ على الفتوى به، ولكنه المحصل من كلامه، وتبعه في ذلك صاحب الكفاية^(٧).

وربما يستفاد أيضاً من المقنعة، والتهذيب، والاستبصار، والنزهة^(٨).

ففي المقنعة: ويكره بيع الثمار سنة واحدة قبل أن يبدو صلاحها، ولا بأس ببيعها سنتين أو أكثر من ذلك؛ لأنها إن خاست في سنة زكت في

(١) الروضة البهية ٣: ٣٥٤، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٦.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٣.

(٣) الخلاف ٣: ٨٤-٨٥، المبسوط ٢: ١١٣-١١٤، غنية النزوع ١: ٢١٢.

(٤) أي: كتابي المبسوط والغنية، فتأمل.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٩٦-١٩٨.

(٧) كفاية الأحكام ١: ٥٠٧-٥٠٨.

(٨) المقنعة: ٦٠٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، الاستبصار ٣: ٨٨، نزهة الناظر: ٧٩.

أخرى على الغالب في العادات، وإذا بدا صلاح بعض الثمرة جاز بيعها جميعاً، ولم يكن بيعها مكروهاً.

ثم قال: ويكره بيع الخضراوات قبل أن يبدو صلاحها، كما يكره ذلك في النخل، ولا يفسد بيعه ذلك، ولا بأس ببيع ما يخرج حملاً بعد حمل، كالباذنجان، والقثاء، والخيار، والبطيخ، وأشباهه، والأولى في الاحتياط بيع كل حمل منه إذا خرج وبدا صلاحه، ولا بأس ببيع الرطبة الجزة والجزتين، والقطعة والقطعتين، وإذا خاست الثمرة المتباعة قبل ظهورها، كان للبائع قدر ما غلت دون ما انعقد به الثمن^(١)، فإن كان قد قبض الجميع سلفاً، رجع المبتاع عليه بقدر ما بقي من السلف^(٢). انتهى.

ووجه الاستفادة: أنه لم يتعرض لمنع بيعها قبل الظهور في شيء من الصُّور المذكورة في السنة الأولى وغيرها، وأطلق جوازه قبل بدو الصلاح مطلقاً، مع كراهية في ثمرة السنة الواحدة، وحكم بعدمها إذا بدا صلاح بعضها، ولا فرق حيثئذ في الباقي بين ظهوره وعدمه، كما يأتي، فيرتفع الكراهة من الوجهين بذلك.

ثم ذكر حكم ما إذا خاست الثمرة قبل ظهورها، وهو يعم خيسان الكلّ، والبعض.

ويستفاد منه: أن العلة المذكورة في بيعها سنتين شاملة لما إذا خاست قبل ظهورها، ولما إذا وقع البيع قبل ذلك وإن خاست بعده، مع أن

(١) في «م»: الثمر.

(٢) المقنعة: ٦٠٢.

المذكور في الصحيح: «إن لم يخرج في هذه السنة، أخرج في قابل»^(١)، فمراده أيضاً هو ذلك؛ إذ لم نقف على غير هذا الخبر يدل على ما ذكرناه.

ثم إنه سمي إعطاء الثمن قبل ذلك سلفاً، وهو يومئذ إلى عدم وجود المبيع في ذلك الوقت أصلاً.

وفي التهذيب - بعد ذكر موثقة أبي بصير، الآتية، وغيرها من الروايات -: الأصل في هذا الخبر: أنَّ الأحوط أن لا يشتري الثمرة سنة واحدة إلا بعد أن يبدو صلاحها، فإن اشترت فلا تشتري إلا بعد أن يكون معها شيء آخر، فإن خاست كان رأس المال فيما بقي، ومتى اشترى من غير ذلك لم يكن البيع باطلاً، لكن يكون فاعله قد فعل مكروهاً.

وقد صرح بذلك - في الأخبار التي قدّمناها - أبو عبد الله عليه السلام، منها: حديث الحلبي: «وأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ذلك؛ لأجل قطع الخصومة، الواقعة بين الصحابة، ولم يجرمه»^(٢).

وكذلك ذكر ثعلبة بن يزيد^(٣)، وزاد فيه: أنه إنّا نهاهم ذلك العام بعينه دون سائر الأعوام^(٤).

(١) الكافي ٥: ١٧٥/٢، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢.

(٢) الكافي ٥: ١٧٥/٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣/٣٦٤، الاستبصار ٣: ٨٧/١٠، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢.

(٣) في الكافي: عن ثعلبة عن بريد، وفي التهذيب: عن ثعلبة بن زيد عن بريد.

(٤) الكافي ٥: ١٧٤-١٧٥/١، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٤-١٠٥/٣٦٦، الاستبصار ٣: ٨٨/١٢، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١.

وفي حديث يعقوب بن شعيب: «إِنَّ أَبِي عليه السلام كَانَ يَكْرَهُ ذَلِكَ»^(١)، ولم يقل: إِنَّهُ كَانَ يَحْرَمُهُ.

وعلى هذا الوجه: لا تنافي بين الأخبار. ونحوه عبارة الاستبصار^(٢).

والظاهر من العبارة ومن الروايات المشار إليها: هو تساوي الحكم قبل الظهور وبعده قبل بدوّ الصلاح، وأنّ ذلك مكروه إلّا مع الضميمة، أو تعدّد السنة.

وربّما يلوح من تسويته بين الروايات الثلاث أنّ المراد بالطلوع والحمل - في رواية ثعلبة، ويعقوب - هو: بلوغ الثمرة، كما في رواية الحلبي.

ولكن فيه ما لا يخفى؛ لأنّه لم يذكر التسوية من كلّ وجه، وليس كلامه في مقام بيان ذلك.

ومثل هذا في كلام الشيخ - على تقدير ظهور التسوية من كلّ وجه - غير عزيز، ويمكن الحمل على اختلاف مراتب الكراهة.

وفي النزّهة: عدّ البيوع المحرمة ضابطاً لها في ستّة وستّين موضعاً، وعدّ منها: بيع الثمرة سنةً واحدةً قبل بدوّ صلاحها، من غير أن يضيف إليها شيئاً آخر، وذكر الخلاف في ذلك^(٣).

والمستفاد من إطلاق الكراهة وعدم التعرّض للفرق بين ما قبل

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦/٣٧٣، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٣، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، الاستبصار ٣: ٨٨.

(٣) نزّهة الناظر: ٧٩.

الظهور وما بعده، وعدم عدّ الأوّل من المحرّمات، مع بنائه على الاستقصاء هو: القول بالكراهة مطلقاً.

نعم، يشكل حينئذٍ نسبة ذلك إلى ابن إدريس، مع أنّه قد صرح بعدم جواز بيعها قبل الظهور ولو كان في سنتين^(١)، فهذا يقتضي تخصيص الحكم بما بعد الظهور، وربّما يومئ إليه اعتبار عدم اشتراط القطع في الحال؛ فإنّه يشعر بكونها قابلةً لذلك مطلقاً.

وقد عدّ أيضاً من أقسام السلف المحرّم: بيع التمر من نخلٍ معيّن، والفاكهة من شجرٍ معيّن^(٢).

وهذا أيضاً ربّما يلوح منه المنع فيما نحن فيه وإن لم يكن من السلف؛ إذ لو كان منه لما جاز بعد الظهور أيضاً إذا كان البيع تعلّق بالثمرة المنتفع بها عادةً.

ولا يذهب عليك أنّ الظاهر ما قلناه أولاً وإن غفل في نسبته إلى ابن إدريس.

وأما غير النزهة ممّا سبق، فظاهر السرائر والمختلف وغيرهما: حل ما فيها على ما بعد الظهور^(٣)، وهو خلاف الظاهر، كما سبق.

فإن استندوا في ذلك إلى ظهور الحكم بين الأصحاب، ووضوح عدم تعلّق البيع بالمعدوم بالكلّيّة، وأنّ الظاهر من إطلاق بيع الثمرة: بيع ما

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨.

(٢) نزهة الناظر: ٧٨.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨، مختلف الشيعة ٥: ٢٢٤.

كانت موجودة، فهو كما ترى.

ويرد على الأولين: أن دعوى الإجماع والوضوح في السنتين في زمان الشيخين محل نظر.

كيف، والصدوق مخالف في ذلك^(١)! ولم نقف على قائل بالمنع قبلهما، ومعلوم أن كلامهما في السنتين مثله في السنة الواحدة.

ويرد على الوجه الأخير: لزوم اعتبار ظهور الكل، مع أنه لا يعتبر إجماعاً.

وربما يؤيد ذلك: أن الشيخ لم يفرد ما قبل الظهور بحكم في شيء من كتبه، بل إما حَكَمَ بتحريم بيعها قبل بدو الصلاح، كما في كتب فتاويه^(٢)، أو بكراهته، كما في كتب الأخبار^(٣).

والظاهر: أن المبحوث عنه في الجميع واحد؛ وحيث حمل الروايات المانعة في الباب بأسرها على الكراهة، وسيأتي أن منها: ما ورد في المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها، وقد عمل بها الشيخ على الحمل المذكور، فتعين قوله بالكراهة حينئذ بل نحن لو حملنا الروايات بأسرها على الكراهة، لم يكن لنا محيص من العمل بمقتضاها، ورفع اليد عن الأصول المقررة، كما هو ظاهر.

(١) المقنع: ٣٦٦.

(٢) المبسوط ١١٣: ١١٤، النهاية: ٤١٥، الخلاف ٣: ٨٨-٩٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، الاستبصار ٣: ٨٨.

والعجب من الشيخ رحمته الله كيف اقتصر في الجمع على ما ذكر، ولم يذكر الفرق^(١) بين الحالتين وجهاً له أصلاً، وهو أقوى مما دلّ على تسويته بينهما، كما لا يخفى.

وكيف كان، فالأصحّ هو القول الأول؛ للإجماع المشتهر النقل، بل المحصل لندرة المخالف، ورجوع الشيخ عنه في كتب الفتاوى، وعدم دلالة الجمع على الفتوى، مع ذكره في الاستبصار في وجه الجمع - بين موثقة عمار^(٢)، الآتية في حكم أنواع الثمار المختلفة - ما يقتضي التردد في الحمل على الحرمة، أو الكراهة، وتجويز كلّ منهما، وإن لم يبلغ كلامه هنا في الدلالة كلامه فيما مضى.

ويمكن احتمال كلام غيره غير ما قلناه؛ ولاشتمال البيع المذكور على جهات الغرر؛ لجهالة^(٣) حصول المبيع، وكذا الحاصل على فرض حصوله قدرأ ووصفاً، فيكون باطلاً؛ عملاً بالأدلة المقررة في ذلك، كما سبق.

وللروايات، وفتاوى الأصحاب في تضاعيف المسائل المساوية لما نحن فيه، أو المقاربة، أو الراجحة عليه، فإنّها قاضية بعدم جواز البيع فيها مطلقاً، أو مع عدم الضميمة المعلومة.

والمستفاد منها - على كثرتها -: عدم اختصاص الحكم بالمنع بمواردها الخاصّة وإن أمكن ذلك في الحكم بالجواز مع الضميمة.

(١) كذا، والظاهر: للفرق.

(٢) الاستبصار ٣: ٨٩ - ٩٠ / ١٥.

(٣) في «ش»: بجهالة.

ولأنّه إن صحّ البيع ولزم من حينه، لزم تملك البائع للثمن من غير عوضٍ مقابلٍ في بعض الصور، كما إذا لم يظهر شيء أصلاً، وهو خلاف الحكمة المقرّرة في وضع المعاوضات، كما دلّ عليه شواهد الاعتبار والروايات.

وإن توقّف الحكم بالصحة على ظهور الثمرة، فهو خلاف وضع البيع الصادر من المالكين، ولا يقول به المخالف، ويخالفه: أدلّته الآتية، وإن توقّف اللزوم على ذلك فكذلك، مع أنّه يلزم المحذور الأوّل أيضاً كما لا يخفى.

وأما دعوى: حصول العلم العادي بظهور شيء من الثمرة، وهو كافٍ في صحة البيع كما لو كان موجوداً؛ ولذلك صحّ بيع الطير المعتاد رجوعه، والعبد المرسل إلى التجارة أو الحاجة، ونحوهما، فإنّ العادة جارية مجرى الوجود، والتمكّن من تسليمه بالفعل، فيندفع الغرر ومخالفة الحكمة، كما لو كان بعض الثمرة موجوداً بالفعل.

ففيها: أنّه لو سلّمت فإنّما هو في الأشجار الكثيرة، بحيث بلغت حدّاً يجوز الاستسلاف منها لا في غير ذلك، فيلزم القول بالتفصيل، أو المنع مطلقاً، والأوّل باطل بالإجماع، فتعيّن الثاني.

وإنّما صحّ البيع فيما ذكر بعد العلم بالوجود، واكتفي بالعادة في القدرة على التسليم لا في نفس الوجود، والمفروض هنا اعتبار العادة في الوجود، فبين المقامين فرق ظاهر، ولا يلزم من ثبوت الحكم في أحدهما ثبوته في الآخر، وهو ظاهر.

وفي تتبّع الأشباه والنظائر كفاية في ذلك، ولأنّ البيع مشروط بالملك؛ عملاً بإطلاق الفتاوى والنصوص، والمعدوم ليس بمملوك قطعاً لا ظاهراً ولا واقعاً فلا يصحّ بيعه؛ لأنّ المناط هو: الملك الفعلي، كما هو مقتضى الأدلة، ولا يجدي صلاحيته للتملك، وإلاّ لجاز بيع المباحات قبل الحيازة بطريق أولى؛ لوجودها والتمكّن من تملّكها غالباً.

وحصول الملك القهريّ هنا على سبيل الاتفاق وعدم اليد المنافية بالفعل لا يكفي في الحكم بالفرق وصحة البيع؛ ولذا لا يجوز بيع ما ينبت في الأرض المملوكة قبل إنباته، وإنّما جاز الإجارة في المنافع والمعاوضة عليها، للضرورة القاضية بذلك، وهي منتفية هنا.

وقد تلخّص ممّا ذكر: دلالة الأصول المتقنة والقواعد المقرّرة المحكمة على بطلان البيع المذكور، مضافاً إلى الروايات الواردة في الباب، وهي كثيرة كادت تكون متواترة،

منها: الصحيحان اللذان رواهما الشيخ في باب المزارعة عن محمّد وعبيد الله الحليّين، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «تقبل الثمار إذا تبيّن لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر، وإن لم يتبيّن لك ثمرها فلا تستأجره»^(١).

والثمار تشمل: ثمار النخل وغيره، ولا قائل بالفرق هنا والتقبّل

(١) في المصدر: تستأجرها.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ / ٨٩٠، الوسائل ١٩: ٦١، كتاب المزارعة والمساقاة، ب ١٩

والاستئجار بمعنى: الاشتراء، أو في حكمه، وهو ظاهر كوجهه، والنهي ظاهر في التحريم.

وما رواه الشيخ والكليني - في الموثق - عن عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: «إذا عقد وصار عروقا»^(١).

وفي التهذيب: «صار عقوداً، والعقود: اسم الحِضْرَم بالنبطية»^(٢). ولعلّ الزيادة من الشيخ؛ ولذلك خلا الكافي عنه على ما وقفت عليه وذكر كذلك في الوسائل^(٣).

وأما في الوافي، فنقل عن الكافي أولاً: صار عروقا، العرق: اسم الحِضْرَم بالنبطية.

وذكر في البيان ما لفظه: في بعض نسخ الكافي: كتب تفسير العرق على الهامش، ولم يجعل من الأصل، وفي بعضها وفي التهذيب أيضاً: صار عقوداً. والعقود: اسم الحِضْرَم بالنبطية، وهو أظهر^(٤). انتهى.

وكيف كان، فمقتضاه: عدم حلية بيع الكرم قبل انعقاد ثمرته، فكذلك النخل؛ لعدم القائل بالفرق.

ومنها: ما رواه الشيخ، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل

(١) الكافي ٥: ١٧٨/١٨.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠١-١٠٢/٣٥٨.

(٣) الوسائل ١٨: ٢١٢، أبواب بيع النار، ب ١ ح ٦.

(٤) الوافي ١٧: ٥٣٩ ح/ ١٧٧٩٤ وذيله.

عن النخل والتمر^(١) يبتاعها^(٢) الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: «لا، حتى يثمر، وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أثمرت، فابتعها أربعة أعوام مع ذلك العام، أو أكثر من ذلك، أو أقل^(٣)».

ومنها: ما رواه المشايخ - في الموثق - عن سماعة، قال: سألت عنه عن بيع الثمرة، هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج ثمرها؟ فقال: «لا، إلا أن يشتري معها غيرها، رطبة، أو بقلًا، فيقول: أشتري منك هذه الرطبة، وهذا النخل، وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة، كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل»، قال: وسألته عن ورق الشجر، هل يصلح شراؤه ثلاث خرطابٍ أو أربع خرطابٍ؟ قال: «إذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطة^(٤)».

وروى الشيخ السؤال الثاني مفرداً^(٥)، والسند واحد.

ووجدتُ فيما وقفتُ عليه من نسخ الفقيه: أنه ذكر: يصحّ، بدل يصلح، فالدلالة حينئذٍ أوضح، ولا يقدر الإضمار هنا، كما هو ظاهر.

ومنها: ما رواه الكليني والشيخ بسندٍ مشتملٍ على معلى بن

(١) في «ش» والتهذيب: والتمر.

(٢) في الاستبصار: يبتاعها.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٧/١١٠، الاستبصار ٣: ٨٨ - ٨٩ / ٣٠٢، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٢.

(٤) الكافي ٥: ١٧٦/٧، مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٣/٥٧٨، الاستبصار ٣: ٨٦-٨٧/٢٩٥، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٧/١٠٥، الوسائل ١٨: ٢٢١، أبواب بيع الثمار، ب ٥ ح ٢.

محمد^(١) عن الحسن بن عليّ الوشاء، قال: سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: «لا يجوز بيعه حتى يزهر»، قلت: وما الزهر فجعلت فداك؟ قال: «يحمّر، ويصفرّ، وشبه ذلك»^(٢).

ورواه الصدوق - في الصحيح - عن الوشاء^(٣) وهو ثقة^(٤)، أو كالثقة، وأسقط قوله: وشبه ذلك.

وما رواه الشيخ والصدوق - في باب المزارعة^(٥) - عن أبي الربيع الشامي، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أبو جعفر عليه السلام يقول: إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة، فلا يباع»^(٦) حتى تبلغ ثمرته، وإذا بيع ستين أو ثلاثاً، فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة»^(٧).

(١) قال النجاشي: معلى بن محمد البصري، أبو الحسن، مضطرب الحديث والمذهب، وكنهه قرية، وأما السيد بحر العلوم في فوائده نقل عن المجلسي قوله: لم نطلع على خبر يدل على اضطرابه في الحديث والمذهب... وقوله أيضاً: ولا يضرّ ضعفه؛ لأنه من مشايخ الإجازة، وفي كتاب المعراج نقلاً عن بعض معاصريه: القول بصحة حديثه؛ لكونه من المشايخ. رجال النجاشي: ٤١٨ / ١١١٧، الفوائد الرجالية ٣: ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٢) الكافي ٥: ١٧٥ / ٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٣، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٣ / ٥٨٠، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٣.

(٤) الحسن بن علي بن زياد الوشاء، أبو محمد، من وجوه هذه الطائفة. رجال النجاشي: ٣٩ - ٨٠ / ٤٠.

(٥) لم يرد هذا الحديث في باب المزارعة، بل ورد في باب بيع الثمار من كتابي: الفقيه، والاستبصار.

(٦) في المصدر: يباعن.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥ - ١٠٦ / ٣٧٢، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٣، من لا يحضره الفقيه ٣:

١٥٧ - ١٥٨ / ٦٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٢، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٧.

وما رواه الشيخ - في الموثق - عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»^(١).

وما رواه الشيخ - في الصحيحين^(٢) - عن سليمان بن خالد - وهو ثقة^(٣)، أو كما يكون الثقة - قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن كان يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنتين، فافعل»^(٤).

وما رواه الصدوق - في حديث مناهي النبي صلى الله عليه وآله - قال: «ونهى أن تباع الثمار حتى تزهر، يعني: تصفر، أو تحمر»^(٥).

وما رواه في المعاني بإسناده عن أبي عبيد القاسم بن سلام، بإسناد متصل عنه عليه السلام: «أنه نهى عن المخاضرة، وهو: أن تباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهي خضراء بعد، ويدخل في المخاضرة بيع الرطاب، والبقول، وأشباهاها، ونهى عن بيع التمر قبل أن يزهر، وزهوه: أن يحمر، أو يصفر». قال: وفي حديث آخر: «نهى عن بيعه قبل أن تشقق، ويقال: يشقق،

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧/ ٣٧٥، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩١، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٠.

(٢) المراد من قوله: الصحيحين، يعني: وجود سنيين صحيحين للرواية.

(٣) سليمان بن خالد بن دهقان بن نافله، كان قارئاً، فقيهاً، وجهاً، توفي في حياة أبي عبد الله عليه السلام فتوَّجَّع لفقده. رجال النجاشي: ١٨٣/ ٤٨٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦/ ٣٧٤، الاستبصار ٣: ٨٥ / ٢٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٩.

(٥) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ٤، الوسائل ١٨: ٢١٥، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٤.

كتاب البيع..... ٣٣٥

والتشقيح، هو: الزهو أيضاً وهو معنى قوله: حتى يأمن العاهة، والعاهة: الآفة تصيبه^(١).

وما رواه علي بن جعفر في كتابه، والحميري بإسناده عنه في قرب الإسناد، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن بيع النخل، أيجل إذا كان زهواً^(٢)؟ قال: إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه وشرؤه.

قال: وسألته عن السلم في النخل قبل أن يطلع؟ قال: «لا يصلح السلم في النخل»^(٣).

وكان المراد بالسلم، هو: بيعه قبل الظهور، كما سبق في عبارة المقنعة^(٤)، وأما بيع ما في الذمة فظاهر أنه لا كراهة فيه، فضلاً عن الحرمة.

وما رواه في كتابه، قال: وسألته عن شراء النخل سنتين^(٥) أيجل؟ قال: «لا بأس، تقول: إن لم يخرج العام شيئاً، أخرج القابل شيئاً». وسألته^(٦) عن شراء النخل سنة واحدة أ يصلح؟ قال: «لا يشتري حتى يبلغ»^(٧).

(١) معاني الأخبار: ٢٧٨.

(٢) في «ف»: زهراً.

(٣) مسائل علي بن جعفر: ١٢١ - ١٢٢/٧٤ و٧٦، قرب الإسناد: ٢٦٣/١٠٤٣ - ١٠٤٤، الوسائل ١٨: ٢١٦، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢٠.

(٤) المقنعة: ٦٠٢.

(٥) في المصدر: سنتين، أو أربعة.

(٦) في «ش»، ع، ك، م: وسأله، وهي تصحيف قطعاً.

(٧) مسائل علي بن جعفر: ١٦٩/٢٨٣ - ٢٨٤.

ومنها: ما رواه الشيخ والكليني، عن غير واحد، عن إسماعيل بن الفضل^(١) - وهو ثقة - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك؟ قال: «إذا كان له في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت، فبيع ذلك كله حلال»^(٢).

وهذا يدل بمفهومه على عدم حلية بيع الثمرة، الغير المدركة، مع عدم الضميمة.

وما رواه الكليني والشيخ - في الصحيح - عن يعقوب بن شعيب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها، فلا بأس ببيعها جميعاً»^(٣).

والدلالة نظراً إلى المفهوم المفيد لوجود البأس مع عدم إدراك شيء منها، والمراد منه: الحرمة بسائر الروايات، ولأنه في اللغة بمعنى: العذاب^(٤)، حتى قيل: إن نفي البأس أمانة الكراهة^(٥).

وما رواه الشيخ - في الموثق - عن عمارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

(١) إسماعيل بن الفضل بن يعقوب بن الفضل بن عبد الله، من أصحاب أبي جعفر الباقر وأبي عبد الله الصادق عليه السلام، ثقة من أهل البصرة. رجال الطوسي: ١٢٤ / ١٢٤٥، و ١٥٩ / ١٧٨٤، خلاصة الأقوال: ٥٣ - ٥٤ / ٢٩، رجال ابن داود: ٥١ / ١٩٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ - ١٠٣ / ٣٦١، الكافي ٥: ١٧٥ - ١٧٦ / ٦، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ١.

(٣) الكافي ٥: ١٧٥ / ٥، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٢، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ١.

(٤) تاج العروس ٨: ١٩٥ (بأس).

(٥) كما في الوافي ٧: ٤٦٦، مناهج الأخبار: ١٨٢، كفاية الأحكام ٢: ٥٣٤.

سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها ؟ قال: «إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فأطعم بعضها، فقد حل بيع الفاكهة كلها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يُطعم، فإن كان أنواعاً متفرقة فلا يباع شيء منها حتى يُطعم كل منها وحده، ثم تباع تلك الأنواع»^(١).

وما رواه الشيخ والكليني، عن علي بن أبي حمزة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل وشجر، منه ما قد أطعم ومنه ما لم يُطعم، قال: «لا بأس به إذا كان فيه ما قد أطعم» قال: وسألته عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غير بسرٍ أخضر، فقال: لا، حتى يزهو، قلت: وما الزهو ؟ قال: «حتى يتلون»^(٢).

ورواه الصدوق عنه، مقتصرأ على السؤال الأول^(٣)، ودلالة الثاني بالمنطوق الأول، والأول بالمفهوم.

وبالأس وإن كان قد يطلق على الكراهة إلا أنه هنا محمول على التحريم؛ لآخر الرواية، وسائر الأدلة.

ومنها: ما رواه الشيخ - في الموثق - عن معاوية بن عمار، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام، يقول: «لا تشتري^(٤) الزرع ما لم يسنب، فإذا كنت تشتري

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١١١ - ١١٢ / ٣٩١، الاستبصار ٣: ٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ / ٣٥٩، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٤، الكافي ٥: ١٧٦ / ٨، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٣ / ٥٧٩، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ذيل ح ٣.

(٤) في «ك، ع، م» والاستبصار: لا تشتري.

أصله فلا بأس بذلك، أو^(١) ابتعت نخلاً فابتعت أصله ولم يكن فيه حمل، لم يكن به بأس^(٢).

وهو يقتضي المنع من بيع حاصل الزرع والنخل قبل ظهور السنبل والثمرة، وأن الحكم فيها واحد.

والمراد بالأصل: نفس الزرع الذي هو الحشيش، لا البذر، كما توهم، فإذا اشترى الحشيش بنفسه جاز، سواء كان للقصيل، أو شرط التبقية إلى أن يسنبِل، كما سيأتي.

وما رواه الصدوق، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن الحنطة والشعير، أشترى زرعه قبل أن يسنبِل وهو حشيش، قال: «لا، إلا أن تشتريه لقصيل تعلفه الدواب، ثم تتركه إن شاء حتى يسنبِل»^(٣).
ووجه الاستدلال معلوم ممّا مر.

وما رواه الشيخ - في الموثق - عن سماعه - في باب المزارعة - قال: سألت عن الرجل يستأجر الأرض وفيها نخل، أو ثمرة سنتين أو ثلاثاً، فقال: «إن كان يستأجرها حتى يبين طلع الثمرة وتعقد، فلا بأس، وإن استأجر^(٤) سنتين، أو ثلاثاً فلا بأس أن يستأجرها قبل أن تطعم»^(٥).

(١) في الاستبصار: لو.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٧٠/٦٣٧، الاستبصار ٣: ١١٣/٤٠٢، الوسائل ١٨: ٢٢٠، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٣ و ٢٣٥، ب ١١ ح ٥.

(٣) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٩/٦٥٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ١٠.

(٤) في المصدر: استأجرها.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٢٣٩/٨٨٥، الوسائل ١٩: ٦١، كتاب المزارعة والمساقاة، ب ١٩ ح ٢.

والمراد بالاستئجار: الاشتراء مجازاً؛ لأن الثمرة تُعدّ من المنافع بالنسبة إلى الأشجار وإن كانت بنفسها من الأعيان.

ويشهد به النبوي: «حَبَسَ الْأَصْلَ، وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ»^(١). وهو يعمّ وقف الشجرة.

والمراد: استئجار الأرض لمنافعها، واشترط أثمارها مع ذلك.

وقد يُحمل على المساقاة مجازاً، وهو كما ترى.

وما رواه الشيخ، عن محمد بن شريح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى ثمرة نخلٍ سنتين، أو ثلاثاً، وليس في الأرض غير ذلك النخل؟ قال: «لا يصلح إلا سنةً، ولا تشتري^(٢) حتى يبين^(٣) صلاحه» قال: وبلغني أنّه قال في ثمرة الشجرة: «لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته» فقيل له: وما صلاح ثمرته؟ فقال: «إذا عقد بعد سقوط ورده»^(٤).

ولعلّ أول الرواية محمول على التقية، أو استثناء السنة عن الحكم بالكراهة، وأنّ الغرض: أنّ مقتضى الجواز هو السنة، فإذا اجتمع شرائطها صحّ ضمّ الباقي.

وقيل في معناه: أي: يكره أن لا يشتري إلا سنة العام الواحد بدون

(١) الخلاف ٣: ٥٣٨، عوالي اللآلي ٢: ٢٦٠/١٤، مسند الشافعي: ١٤٤٨/٤٩٦.

(٢) في المصدر: تشتري.

(٣) في الاستبصار: يتبين، وفي التهذيب: تبين.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠/٣٨٨، الاستبصار ٣: ٨٩/٢٠٣، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع

الثمار، ب ١ ح ١٣.

الضميمة^(١)، وهو كما ترى.

ومنها: ما رواه الكليني والشيخ - في الحسن كالصحيح، أو الصحيح - عن الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين، أو أربع^(٢) سنين؟ فقال: «لا بأس به، تقول: إن لم تخرج في هذه السنة أخرج في قابل، وإن اشتريته سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ، وإن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس»^(٣).

ورواه الصدوق^(٤) - في الصحيح - وأسقط قوله: وإن اشتريته، إلى آخره.

فهذه الأخبار - على كثرتها واعتبار أسانيد كثير منها - دالة على المطلوب، منطوقاً، أو مفهوماً، أو فحوى، أو الاستعانة ببعض الأمارات الخارجية، كما سبق.

وقد اعتضدت بالأصول المقررة، وإجماع الإمامية، بل الأمة، فلا مناص عن العمل بها والحكم بمقتضاها.

[حجة القول بالجواز]:

احتج القائل بالجواز - بعد الأصل، والعمومات - بما رواه المشايخ في

(١) ملاذ الأخيار ١١: ٨٨.

(٢) في «ع، ك، م» وأربع.

(٣) الكافي ٥: ١٧٥/٢، الاستبصار ٣: ٨٧/٢٩٩، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١

ح ١.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٢/٥٧٦، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢.

آخر الرواية الأخيرة عن الحلبي، قال: وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض، فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها؟ فقال: «قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله ﷺ، وكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة، ولم يحرمه، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم»^(١).

وروى الصدوق - في الصحيح - في العلل عن عبد الله بن سنان، عنه ﷺ، قال: قلت له: الرجل يبيع الثمرة المسماة^(٢) الحديث.

وما رواه الكليني - في الصحيح - عن ثعلبة، عن بريد، قال: سألت أبا جعفر ﷺ عن الرطبة تباع^(٣) قطعتين، أو ثلاث قطعات؟ فقال: «لا بأس»، قال: فأكثر^(٤) السؤال عن أشباه هذا^(٥)، فجعل يقول: «لا بأس به»، فقلت^(٦): أصلحك الله - استحياء من كثرة ما سألته وقوله: «لا بأس به» - إن من يلينا يفسدون علينا هذا كله!! فقال: «أظنهم سمعوا حديث رسول الله ﷺ في النخل»، ثم حال بيني وبينه رجل، فسكت، فأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر ﷺ عن قول رسول الله ﷺ في النخل، فقال أبو جعفر ﷺ: «خرج رسول الله ﷺ فسمع ضوضاء

(١) الكافي ٥: ١٧٥/٢، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٢/٥٧٦، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣/٣٦٤،

الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ذيل ح ٢.

(٢) علل الشرائع ٢: ٥٨٩/٣٥، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ذيل ح ٢.

(٣) في المصدر زيادة: قطعة.

(٤) في المصدر: وأكثر.

(٥) في المصدر: هذه.

(٦) في المصدر زيادة: له.

فقال: ما هذا ؟ فقيل له: يبايع^(١) الناس بالنخل، فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا تشتروا^(٢) النخل العام حتى يطلع فيه شيء^(٣)، ولم يحرمه^(٤).

ورواه الشيخ^(٥) - في الصحيح - لكنّه^(٦) قال: عن ثعلبة، عن بريد^(٧)، وذكر في مقام الجمع^(٨) - أيضاً - ذلك، وجعل الرواية له لا لبريد، والظاهر أنّه سهو؛ لأنّه غير مذكور في الرجال^(٩)، والحجّال يروي عن ثعلبة بن ميمون، كما هو ظاهر.

(١) في المصدر: تباع.

(٢) في المصدر: يشتروا.

(٣) في «حج، ك»: الشيء.

(٤) الكافي ٥: ١٧٤-١٧٥/١، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٤-١٠٥/٣٦٦، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ذيل ح ١.

(٦) هذه الرواية رواها الكليني والشيخ بإسنادهما، عن ثعلبة، عن بريد العجلي، عن الإمام الباقر عليه السلام، هكذا أثبت في المطبوع منهما، وفي نسخ المقابس - أيضاً - فلا يبقى معنى لقول المصنّف: لكنّه عن ثعلبة عن بريد، نعم، ورد في هامش التهذيب المطبوع: أنّه صحّف في جلّ النسخ ب: ثعلبة بن زيد، فعلم المصنّف يقصد تلك النسخ المصحّفة. تهذيب الأحكام ٧: ١٠٤، الهامش رقم ٥.

(٧) التأمّل في روايتي الشيخ الكليني والشيخ الطوسي المذكورتين أعلاه لا يرى أيّ فرق بينهما، فكلاهما عن ثعلبة عن بريد، ولا أدري علّة استدراك المصنّف بقوله: لكنّه قال: عن ثعلبة عن بريد، فعلم هناك نسخة فيها: - عن ثعلبة بن فلان - لم تصل إلينا - ولأجلها حصل هذا الاستدراك، فيرجى الانتباه.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧.

(٩) قال الأردبيلي في جامع الرواة: في التهذيب في باب بيع الثمار، الظاهر أنّ ثعلبة بن زيد اشتباه لعدم وجوده في كتب الرجال. جامع الرواة ١: ١١٨.

وما رواه الكليني والشيخ - في الصحيح - عن ربعي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي نخلاً بالبصرة، فأبيعه، وأسمي الثمن، وأستثني الكر من التمر، أو أكثر، أو العذق^(١) من النخل؟ قال: «لا بأس»، قلت: جعلت فداك، أبيع الستين^(٢)؟ قال: «لا بأس»، قلت: جعلت فداك، إن ذا عندنا عظيم، قال: «أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله ﷺ أحل ذلك، فتظالموا^(٣)»، فقال عليه السلام: لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها^(٤).

وما رواه الشيخ - في الصحيح - عن يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل؟ فقال: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة، ولكن الستين أو الثلاث، كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة، حمل في السنة الأخرى»، قال^(٥): وسألته عن الرجل يتاع النخل والفاكهة قبل أن تطلع، فيشتري ستين، أو ثلاث سنين، أو أربعاً؟ قال: «لا بأس، إنما يكره شراء سنة واحدة، قبل أن تطلع مخافة الآفة، حتى تستين^(٦)».

فهذه الأخبار مع صحتها دالة منطوقاً صريحاً، أو صراحةً في بعض وظهوراً في آخر على أن المنع من بيعها قبل الظهور كان على وجه الكراهة،

(١) في «ف»: العدد.

(٢) في التهذيب: السنين.

(٣) في التهذيب: فتظالموا.

(٤) الكافي ٥: ١٧٥/٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ - ١٠٤/٣٦٥، الاستبصار ٣: ٨٧ - ٨٨

/ ٣٠٠، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٤.

(٥) في المصدر زيادة: يعقوب.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦/٣٧٣، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨.

أو الإرشاد لرفع النزاع لا التحريم.

ويؤيدها: الأصل والعمومات، مع اندفاع الغرر بالعادة المستمرة التي لا تتخلف في ظهور شيءٍ ما من الثمرة إلا نادراً.

مضافاً إلى الروايات الدالة على جواز بيعها سنتين بلا كراهة، ولا تحريم^(١)، فلو كان الحكم في السنة على وجه التحريم لما ارتفع بضمّ السنة الأخرى؛ لأنّه ليس إلا كضمّ آبقٍ إلى آبقٍ، ومجهولٍ مع مثله، ونحو ذلك، ومعلوم أنّه لا يزيده إلا جهالةً وغرراً؛ لزيادة الثمن بزيادة المبيع، فيزيد المحذور.

أما على الكراهة، فلما كانت العادة كافيةً في جواز البيع، فكلما قويت خفّت الكراهة، وربما انتفت، ومعلومٌ أنّ تخلف الثمرة في السنتين في غاية البعد.

ويؤيد الحكم أيضاً: ما دلّ على جواز البيع بعد الظهور قبل بدوّ الصلاح، وقد افتى به جماعةٌ من الأصحاب^(٢) مطلقاً، أو في أكثر من سنة، ومعلومٌ أن لا فائدة للثمرة غالباً إلا بعد بدوّ الصلاح، فهو المقصود بالبيع غالباً.

واحتمال الآفة كما يوجد قبل الظهور فكذلك هنا فحيث ارتفع المحذور هنا، نظراً إلى ما هو الغالب المعتاد فكذلك فيما قبل الظهور.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥/٣٦٨، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١١ وورد ذيله في ٢٢١، ب ٥ ح ٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٧-٣٤٩، تلخيص الخلاف ٢: ٣٨.

وأما الروايات السابقة فبين ضعيفة الدلالة أو السند، أو قاصرة فيهما، أو في أحدهما، فتُحمل على هذه الروايات الواضحة بما ذكرنا، مع نهاية بُعدها عن مذاهب العامة؛ حيث لا قائل بها منهم أصلاً، وقد أُشير فيها إلى ذلك، كما لا يخفى.

والجواب: أما عن الأصل والعمومات فظاهرٌ ممّا سبق.

وأما عن الروايات، فقد يجاب عن الرواية الأولى بأنّ الظاهر منها هو: السؤال عن بيع الكلّي المشترط كونه من أرض كذا، فلا يخالف الروايات السابقة.

ويدلّ على إرادة ذلك أمورٌ:

الأوّل: إنّ المستفاد من قوله: «الثمرة المسماة من أرض»: أن تقبض^(١) المبيع إنّما وقع على هذا الوجه، ولم يعيّن أكثر من ذلك، ومن المعلوم: أنّ بيع أثمار الأشجار بعينها يعتبر فيها تعيين الأشجار، وتشخيصها، ومشاهدتها، أو ما يقوم مقام المشاهدة، فظهر أنّ المراد ما ذكر، ولا يبعد حينئذٍ أنّ المراد بالمسماة: المعينة قدرأ، فإنّ ذلك استعمالٌ شائعٌ، كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾^(٢) وغير ذلك.

الثاني: فرض السائل هلاك ثمرة تلك الأرض كلّها، وهو يناسب ما قلنا. والمقصود: أنّه لم يوجد شيءٌ يمكن الوفاء منه، ولا يبعد كون الثمرة عامة الوجود في تلك الأرض، ويحمل السؤال على ذلك ليصحّ البيع. ولو

(١) كذا، والصحيح: قبض.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

كان المراد: أثمار أشجار معلومة، لكان المناسب ذكر حال تلك الأشجار التي هي للبائع، ولم تكن فائدة في ذكر ما عداها، ودعوى أن ذكر ذلك للكشف عن أنه لم يقع تقصير من البائع في السقي، وغيره من الأمور الموجبة للإثمار، وأنه بيان للواقع وقد كان اتفق ذلك.

وربما احتمل مع ذلك وجوب أداء البائع ما باعه من سائر الثمار، كما روي في من باع أرضاً بأذرع مسماة، ثم تبين نقصها من ذلك أنه يكمل من أرضٍ غيرها إن كان للبائع أرض بجنبها^(١).

الثالث: إن ظاهر الرواية وقوع هذا السؤال عقيب السؤال السابق، ومعلوم أنه بعد ذلك لا يبقى محل لهذا السؤال.

ودعوى: كون الغرض السؤال عن صحة البيع المذكور المنهي عنه، بعيدة جداً من وجوه لا تخفى.

ولو كان الغرض السؤال عن حكم هلاك الثمرة بعد وقوع البيع، ففيه أن فيما سبق كفاية في ذلك؛ إذ بعد بيان بطلان البيع؛ للنهي الدال عليه رجع كل مالٍ إلى مالكة.

وأيضاً فلم يذكر في الجواب ما يكشف عن الحكم المذكور.

الرابع: إنه لو لم يكن المراد ما ذكر، لزم التناقض بين الجوابين؛ إذ في الأول نهى عنه، وفرق بين السنة وأزيد منها، وذكر في الثاني أنه أمرٌ مباح، إنما نهى النبي ﷺ قوماً عن ذلك لخصومة وقعت بينهم.

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥١/٦٦٣، الوسائل ١٨: ٢٧-٢٨، أبواب الخيار، ب ١٤ ح ١.

وأما على ما قلنا، فإنّما لم يتعرّض الأصحاب لكرهية بيع السلف قبل بلوغ الثمرة؛ فلورود النهي في قضية لمصلحة خاصة، ومثل ذلك لا يعدّ من الأحكام الشرعية حتّى يتعرّض لها، حتّى أنّ مقتضى الخبر الثاني اختصاصه بالعامّ الخاصّ - كما فهمه الشيخ رحمته الله - فلا يعمّ سائر الأعوام، ولا سائر الناس ممّن لم يقع بينهم خصومة، أو ليس من شأنهم ذلك.

ويمكن أيضاً حمل الخبر على البيع الحالي الواقع بعد وجود الثمرة قبل بلوغه، وربّما كان هذا هو الأظهر.

على أنّ أوّل الخبر ظاهر الدلالة على المطلوب، وآخره محتمل لما ذكرنا، ولا يظهر منه المخالفة لما قلنا، فلزم العمل بأوّل، أو سقوط الاستدلال من أصله، فتبقى الأدلة السابقة خالية عن المعارض.

وقد ذكر جملة ممّا قلنا أستاذنا الأعظم في تعليقاته على شرح الإرشاد^(١)، ولا يخفى ما فيه؛ فإنّ الظاهر اتحاد القضية المذكورة فيما عدا الرواية الأخيرة، كما أشار إليه في الوجه الأخير.

والمستفاد منها - بعد التأمل الصادق - هو: ما فهمه الشيخ^(٢) وغيره من تعلّق البيع بالثمرّة المعينة.

فقول السائل: الثمرة المسماة أي: المعينة وذلك بالتشخيص لأشجارها

(١) الاستبصار ٣: ٨٨.

(٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ١٤١-١٤٣.

(٣) الاستبصار ٣: ٨٧-٨٨ / ٢٩٩ و ٣٠٠.

المعلومة؛ ولذلك لم يذكر الأجل.

وأما قصد البيع حالاً، فخلاف الظاهر مع وقوعه قبل أوان البيع.

وأما فرض هلاك ثمرة الأرض كلها فمع وقوعه في كلام السائل ربّما كان الوجه فيه إظهار عدم وقوع تفريط في السقي ونحوه، أو أنّه لم يبق من المبيع شيء أصلاً، مع احتمال كون ثمرة تلك الأرض بتمامها مبيعة.

وأما دعوى وقوع السؤال الثاني عقيب الأوّل، فممنوعة؛ إذ ليس في الكلام دلالة عليه.

وقد علمت أنّ الصدوق روى الثاني - في العلل - عن ابن سنان^(١) مقتصرأ عليه، وذكر فيه أنّه سؤال عن ذلك، فلا يبعد اتحاد السؤال، فرواه ابن سنان السائل، والحلي السامع.

ولو فرضنا وقوعه عقيب، فلم ينع في الأوّل عن البيع المذكور مطلقاً، بل وقع التفصيل بين السنة الواحدة والستين، وقد وقع السؤال الثاني عن البيع مطلقاً ولم يقيد بالسنة، وقد ذكر في الجواب: أنّ النبي ﷺ نهى عنه ولم يحرمه؛ وكان سببه الخصومة^(٢).

وعلى هذا، فلا مانع من نهى الإمام عنه أيضاً بالخصومة المحتملة دائماً، كما وقعت في زمان النبي ﷺ، فالسؤال الثاني، إمّا عمّا يعمّ السنة فصاعداً ويكون سؤالاً مستقلاً، ولا إشكال حينئذ، أو عن مطلق البيع حيثما يصحّ، أو عن البيع ستين، بناءً على وقوع السؤال الثاني عقيب الأوّل.

(١) علل الشرائع: ٢ / ٥٨٩، الوسائل ١٨ : ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١، ذيل ح ٢.

(٢) علل الشرائع: ٢ / ٥٨٩، الوسائل ١٨ : ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١، ذيل ح ٢.

والفرض: السؤال عن حكم ما إذا اتفق هلاك الثمرة، وقد حكم في الجواب بأن نهي النبي ﷺ لم يكن على وجه التحريم، فنهى الإمام أولاً كذلك.

ويستفاد منه حينئذٍ عدم بطلان البيع بهلاك الثمرة.

نعم، لو لم يقبض الشجرة كان البيع باطلاً، وهو أمر آخر.

وقد تبين بما ذكر وجه ارتفاع التناقض بين الجوابين، فالأولى في الجواب أن يقال: إن السؤال الثاني مطلق، ولم يذكر فيه أن البيع قبل الظهور، ولا أنه في السنة الواحدة، فيُحمل على ما جرت به العادات من ابتياع الثمرة بعد ظهورها كلاً أو بعضاً، أو على أكثر من السنة بعد الظهور، أو مطلقاً؛ بناءً على جوازه؛ جمعاً بين الروايات.

وأما خبر بريد^(١)، فمطلق أيضاً لا صراحة فيه على محل النزاع.

وأما قوله: «فقد^(٢) النخل العام»، فبناءً على نسخة: تقديم القاف على العين، يدل على عدم الحمل فيه أصلاً.

ففي القاموس: قعدت النخلة: حملت سنة ولم تحمل أخرى^(٣).

فالمراد حينئذٍ: إنه لم يحمل، ولم يقم بثمره، ومنه ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٤) اللاتي قعدت عن الولد، وعن الحيض، وعن الزوج.

(١) الكافي ٥: ١٧٤/١، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١.

(٢) في «ف»: فمقد.

(٣) القاموس المحيط ١: ٦٢٢ (قعد).

(٤) سورة النور ٢٤: ٦٠.

وكذلك على نسخة: تقديم العين على القاف.

وأما على نسخة تقديم القاف على العين، فهو الظاهر أيضاً وإن احتمل غيره.

وكيف كان، فلا يدل صريحاً على وقوع البيع في ذلك العام، وإنما دلّ على عدم الحمل فيه، فربما كان البيع وقع على أكثر من سنة بعد الظهور في السنة الأولى، وكان القعود في السنة الثانية خاصة، وقد يشعر به وقوع السؤال عن بيع الرطبة قطعتين أو ثلاثاً، وعن أشباه هذا.

وقول النبي ﷺ: «أما إذا فعلوا فلا تشتروا»^(١) النخل العام حتى يطلع فيه شيء، ولم يحرمه^(٢)، فالظاهر كون المراد بالفعل هو: الخصومة، كما ذكر في غيره من الروايات^(٣).

ويحتمل إرادة الابتاع؛ بناءً على كون قوله: «فلا تشتروا» بصيغة الغائب، أو البيع إن كان بصيغة الخطاب، وليس المراد بالعام: عاماً واحداً، وإلا كان المناسب التنكير، ولا عام القعود بالنسبة إلى ثمرته؛ إذ لا يقع الشراء فيه بعد انكشاف عدم الحمل.

فالمراد: العام القابل، ولا يقصد اختصاص الحكم به، بل الحكم شاملٌ لسائر الأعوام القابلة وإن كان سبب النهي ما وقعت بينهم من الخصومة، إذ لا يؤمن وقوعها بين سائر الناس؛ ولذلك أطلق النهي في باقي

(١) في المصدر: فلا يشتروا.

(٢) الكافي ٥: ١٧٤-١٧٥/١، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١، ذيل ح ١.

(٣) الاستبصار ٣: ٨٧/٢٩٩، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١، ح ٢.

الروايات كراهةً، أو تحريماً، فيكون المراد هو: النهي عن اشتراء ثمرة النخل قبل ظهورها، وأنه ليس على وجه التحريم، وهو - كما عرفت - يحتمل النهي عن ضمّ السنة الثانية مع الأولى، ويشعر به رواية ربعي^(١)، فيُحمل على ذلك؛ جمعاً بين الأخبار.

والمقصود هو: الردّ على جمهور العامة غير مالك؛ حيث منعوا من بيع غير الظاهر في السنة، أو السنة الثانية مطلقاً ولو ضمّ إليه ما ظهر وبدا صلاحه في السنة.

وأما الرواية الأخيرة، فالكراهة فيها أعمّ من الكراهة في عرف المشتري؛ فإنّها تستعمل في التحريم كثيراً، وقد روي - في الصحيح - في بعض أحكام الربا: «إنّه كان عليّ عليه السلام يكره ذلك، ولم يكن [يكره] الحلال»^(٢)، فتأمل فيه.

ثمّ إنّنا لو سلّمنا دلالة هذه الأخبار، فلا تعارض ما قدّمناه من الأخبار، مع ما ذكرنا فيها.

(١) الكافي ٥: ١٧٥/٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣-١٠٤/٣٦٥، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١، ح ٤.

(٢) الكافي ٥: ١٨٨/٧، الوسائل ١٨، ١٥١، أبواب الربا، ب ١٥ ح ١، والحديث بسنده، هو: محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب، عن سيف التمار قال: قلت لأبي بصير: أحبّ أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق، قال: فسأله أبو بصير عن ذلك، فقال: «هذا مكروه»، فقال أبو بصير: ولم يكره؟ فقال: «إنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر؛ لأنّ تمر المدينة أدونها، ولم يكن عليّ عليه السلام يكره الحلال».

وأما باقي المؤيّدات المذكورة فالجواب عنها ظاهرٌ لا يخفى.

واعلم: أنّه لا فرق عندنا بين بيعها على مالك الأصل والأجنبي، كما ذكره العلامة في التحرير^(١)، وهو الذي يقتضيه إطلاق الأدلّة والفتاوى.

وقال صاحب المفاتيح - بعد اختياره جواز بيع الثمار قبل ظهورها -: أكثر من سنة، أو مع الضميمة المعلومة، أو بشرط القطع، أمّا بدون الشروط الثلاثة فلا يجوز اتفاقاً، إلّا ما جوّزه العلامة من بيعها على مالك الأصل، قال: ووجهه غير معلوم^(٢). انتهى.

والموجود في التحرير ما سمعت، وفي التذكرة هو: الفرق بين الحالين بعد الظهور قبل بدوّ الصلاح^(٣)؛ بناءً على اشتراطه، وهو المنقول عنه في المسالك^(٤).

فالظاهر: أنّ ما في المفاتيح وهُمّ، كونه في جواز البيع بشرط القطع، مع فرض الكلام قبل الظهور.

ولو أراد به بدوّ الصلاح، فدعواه: الاتفاق على البطلان بدون الشروط الثلاثة، لا وجه لها؛ لأنّ جواز البيع قبله بعد الظهور قول كثير من الأصحاب، كما يأتي.

ولو أراد: بيع الورد ونحو ذلك ممّا يوجد قبل الثمرة، ففي تسميته

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٣.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ٥٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٤: ٣٤٩.

(٤) مسالك الافهام ٣: ٣٥٤-٣٥٥.

ثمرة تسامح.

وينبغي أن يعلم: أنّ المراد بالعام الواحد - حيثما ذكر هنا -: عام الثمرة، فلو كانت تحمل - عادةً - في السنة مرتين، فهما ثمرة عامين، وحكمهما حكمهما، والمراد بثمره العام: ما وجدت فيه ولو كانت في شهرٍ أو أقل، وهو ظاهرٌ.

مقباس

[عدم جواز بيع الثمرة قبل الظهور متضمنة إلى غيرها من الثمار المباعة]
لا يجوز بيع الثمرة قبل الظهور منضمّة إلى غيرها من الثمار المباعة وإن قطع من أشجارها، ولا أكثر من عامٍ على الأقرب.
أمّا الأوّل، ففيه أقوال:

[القول] الأوّل: ما اخترناه، وهو الظاهر من معظم المانعين فيما سبق؛ حيث أطلقوا المنع، واقتصروا على اعتبار الضميمة لرفع التحريم، أو الكراهة بعد الظهور.

وقد صرح الشيخ في الخلاف والمبسوط بعدم جواز بيع بستانٍ لم يبدُ صلاحه مع بستانٍ بدا صلاحه، مدّعيّاً عليه في الأوّل إجماع الفرقة وأخبارهم^(١)، وهو كالنصّ في المنع هنا.

ومَن نصّ على الحكم هنا العلامة في المختلف والتحرير، وابنه في الشرح، والشهيدان في الدروس والروضة، والصيمري في الشرح،

والمحقق الكركي، وكذلك المحقق في الشرائع، حيث قال في بيع أثمار الأشجار: وهل يجوز بيعها سنتين فصاعداً قبل ظهورها؟ قيل: نعم، والأولى المنع؛ لتحقق الجهالة، وكذا لو ضم إليها شيئاً قبل انعقادها^(١). وهذا ظاهرٌ في اختيار المنع.

وكذا ابن إدريس؛ فإنه بعد اختياره الجواز قال: والذي أعتمدته، وأعمل عليه، وأفتي به: أنه لا يصحّ بيعه قبل أن يطلع ومعها شيء^(٢).

وهذا هو الظاهر أيضاً من صاحب الوسيلة؛ حيث قال: ولا يصحّ بيع ما فيه غررٌ، إلا إذا ضمّ معه ما لم يكن فيه غررٌ.

وقال في تعداد الغرر: إنّ الغرر الداخل في بيع السلف، مثل بيع المجر - وهو: بيع ما في الأرحام - وثمرة شجرة بعينها قبل بدوّ صلاحها سنةً.

لكنّه فسّر الغرر: بما لا يمكن ضبطه وتحصيله بالمقدار، ولا يؤمن فيه التلف قبل التسلم^(٣).

فربما يظهر منه: خروج المعلوم المعلوم من ذلك، كما فيما نحن فيه.

[القول] الثاني: تجويزه مطلقاً، عزاه صاحب الإيضاح إلى بعض

(١) مختلف الشيعة ٥: ٢٢٤، تحرير الأحكام ٢: ٣٩٣، إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥ - ٤٤٦، الدروس ٣: ٢٣٤، الروضة البهية ٣: ٣٥٥، غاية المرام ٢: ٩٢، جامع المقاصد ٤: ١٦٣، شرائع الإسلام ٢: ٦٤.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩.

(٣) الوسيلة: ٢٤٥ - ٢٤٦.

الفقهاء^(١)، وربّما كان من العامة.

وهو خيرة الكفاية والمجمع والمفاتيح^(٢).

وإليه ميل غاية المراد، بل الشرائع، وجامع المقاصد^(٣)، وغيرهما.

وظاهر العبارة السابقة للمحقق^(٤): وجود القائل بذلك ممّن سبق.

وربّما يلزم ذلك الشيخ؛ حيث قال في النهاية بجواز بيع شيءٍ محلوبٍ من اللبن مع ما في الضرع في الحال، أو مدّة من الزمان.

وقال: وإن جعل معه عرضاً آخر كان أحوط^(٥)، فإنّ الاستفادة من كلامه هنا وسائر المواضع: أنّه جعل هذا مطّرداً هنا أيضاً مع ورود النصّ فيه بخصوصه، كما يأتي.

[القول] الثالث: جوازه على سبيل التبعية للضميمة، لا الأصالة، وهو الذي اختاره العلامة في التذكرة، والشهيد الثاني في المسالك^(٦).

وقال صاحب الكفاية: والمشهور بينهم عدم جواز بيعها عاماً واحداً مع الضميمة أيضاً؛ حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع^(٧).
ويلوح منه: أنّ المشهور جوازه مع الضميمة المقصودة.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥.

(٢) كفاية الأحكام ١: ٥٠٧ - ٥٠٨، مجمع الفائدة ٨: ١٩٦، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٥.

(٣) غاية المرام ٢: ٩٢، شرائع الإسلام ٢: ٦٣، جامع المقاصد ٤: ١٦٢ - ١٦٣.

(٤) في صفحة: ٣٥٤.

(٥) النهاية: ٤٠٠.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥ - ٣٤٦، مسالك الافهام ٣: ٣٥٣.

(٧) كفاية الأحكام ١: ٥٠٧ - ٥٠٨.

ولعلّه قصد الشهرة المتأخّرة، واستفادها من فتاوى المتأخّرين في بيع السمك مع القصب في الآجام، ونحو ذلك؛ حيث فصلوا بها ذكر، كما نقله هو عنهم هنالك.

ولا يخفى أنّ هذا شيءٌ ذكره العلامة، وتبعه جماعةٌ من المتأخّرين في ضمّ المجهول مع المعلوم^(١).

وأما ضمّ المعدوم مع الموجود المترقّب الوجود، فلم أقف على مصرّح به على التفصيل المذكور، إلّا من ذكرناه.

نعم، قد ذكر ذلك أيضاً في محتمل الوجود عند البيع، أو مضمونه. وقد علّل العلامة في التذكرة بطلان بيع حبل الحبلّة بمعنييه بالجهالة^(٢)، وذكر في^(٣) كتبه^(٤) القاعدة المذكورة، فيتناول المعدوم أيضاً.

وقال الشهيد في الروضة - في بيع السمك في الآجام، واللبن [في الضرع]^(٥) في ذكره القول بالجواز بالضميمة -: وبالغ الشيخ، فجوّز ضميّة ما في الضرع إلى ما يتجدّد مدّة معلومة، ثمّ حكى عن آخرين التفصيل المذكور في ضمّ كلّ مجهولٍ مع معلوم.

وذكر في بيع الأصواف على الأنعام: أنّه لو شرط تأخير مدّة معلومة وتبعيّة المتجدّد بني على القاعدة السابقة، فإن كان المقصود بالذات هو:

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٥١، كفاية الأحكام ١: ٥٠٧-٥٠٨، الحقائق الناضرة ١٩: ٣٢٩-٣٣٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٦٨-٦٩.

(٣) في «ع» زيادة: باقي.

(٤) نهاية الأحكام ٢: ٣٤٥-٣٤٦.

(٥) ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

الموجود، صحّ، وإلا فلا^(١).

وكيف إن تمت قاعدة التبعية، لزم طردها في كلّ فاقد الشروط، وقابل لجعله مستحقاً للغير، على نحو ما فُصل في محله.

ثمّ لا يخفى أنّه صرّح الشهيد الثاني - في بيع الحامل مع حملها -: إنّهُ إن كان الحمل معلوماً فجاز جعله جزءاً للمبيع تبعاً وشرطاً، وإلاّ تعيّن جعله شرطاً^(٢).

فيلزم عليه: أن يقول به هنا على وجه الشرطيّة؛ لكونه عند البيع، وكأنّه سوّغ جعله جزءاً؛ لما دلّ عليه الأخبار في ضمّ السنين، والثمرة الموجودة مع المعدومة، فتأمّل ذلك.

لنا على ما اخترناه: ما تقدّم من الأدلّة؛ فإنّها قاضية بالمنع مطلقاً، إلّا ما ندر منها، ويأتي الكلام فيه.

ويؤكّد ذلك: ما دلّ منها على اختصاص الجواز بالضميمة التي هي من الثمار المبعة بأن يعدّ منها عادةً، كصحيحتي الحلبيّين^(٣)، وصحيحة يعقوب بن شعيب^(٤)، وموثقة عمّار^(٥)، وآخر موثقة سماعة^(٦)، وقويّة

(١) الروضة البهيّة ٣: ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) مسالك الافهام ٣: ٣٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ / ٨٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٢، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ١.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٠١-١٠٢ / ٣٥٨، الوسائل ١٨: ٢١٢، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٦.

(٦) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ / ٣٦٠، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار،

إسماعيل بن الفضل^(١)، ورواية علي بن أبي حمزة^(٢)، مضافاً إلى الإجماع المنقول في الخلاف^(٣).

احتجّ المجوّز: بزوال الغرر مع الضميمة.

وفيه منع ظاهرٌ، ولا سيّما إذا كانت الضميمة غير مقصودة.

وبموثقة سماعة، المتقدمة^(٤)، ولا يقدح إضمارها؛ لظهور كون المسؤول هو: الصادق عليه السلام، ويحتمل الكاظم عليه السلام؛ لأنّه من أصحابهما عليهما السلام، ومضممراته معروفةٌ، موثوقٌ بها.

ولا قدحٌ بكونه واقفياً، على تقدير تسليمه لحجّة الموثق، ولا سيّما هذا؛ لتوثيق النجاشي^(٥) له مرتين، مع عدم التعرّض لمذهبه؛ ولأنّ الظاهر عدم إدراكه للرضا عليه السلام؛ وربما يقال بوفاته في زمن الصادق عليه السلام، ففي قدح الوقف حينئذٍ نظرٌ.

ومقتضى التعليل فيها هو: الاكتفاء بالضميمة مطلقاً مجانسةً أو مخالفةً.

ويؤكد ذلك جملةٌ من الروايات^(٦) الواردة في بيع الآبق، وسمك

(١) الكافي ٥: ١٧٥-١٧٦/٦، الاستبصار ٣: ٨٧/٧، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٢.

(٢) الكافي ٥: ١٧٦/٨، الاستبصار ٣: ٨٦/٢٩٤، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٣.

(٣) الخلاف ٣: ٨٤، و٨٨-٨٩.

(٤) تقدّمت في الصفحة السابقة، بالهامش رقم ٤.

(٥) رجال النجاشي: ١٩٣/٥١٧.

(٦) الكافي ٥: ٢٠٩/٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٧/٥٤٠، الوسائل ١٧: ٣٥٣، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١١ ح ٢.

الآجام^(١)، وما في بطون الأنعام مع الأصواف^(٢)، ولبن الضرع^(٣).

وقد روى الأخيرة سماعاً - في الموثق - مضمراً في الكافي، والتهذيب^(٤)،
ومسنداً إلى الصادق عليه السلام في الفقيه، وقد علّل الحكم فيها بنحو ما علّل في
الموثقة هنا.

وقد عمل بها جماعة من الأصحاب، وأجمعوا على ذلك في الآبق، وهي
- على كثرتها وحجّة بعضها - متعاضد بعضها ببعض، ومؤيدة بما روي في
الضميمة المجانسة، مع عمل الأصحاب بها.

والتنزيل على الفرق بالتبعية والأصالة طرح لها، إلا أن يكتفى بالتبعية
الجعلية أو الشرعية، فيرتفع النزاع بين القولين الأخيرين.

واعلم: أنا وإن قوينا العمل بهذه الأخبار في مواردنا الخاصة؛ اكتفاءً
بالتبعية الجعلية الشرعية فيها إلا أننا لا نظرد الحكم، ولا نعدّيه إلى غيرها.

وهذه الموثقة لم أجد عاملاً يُعتدّ به هنا عليها، وقد ذكر في الدروس في
أواخر بيع الثمار: أنها متروكة، ومعارضة بما ذكرنا، وقابلة بالحمل^(٥) على

(١) الكافي ٥: ١٩٤ - ١٩٥ / ١١، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٠ / ٥٥١، الوسائل ١٧: ٣٥٥،
أبواب عقد البيع وشروطه، ١٢ ح ٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ - ١٤٧ / ٥٣٩، الوسائل الشيعة ١٧: ٣٥١ - ٣٥٢، أبواب عقد
البيع وشروطه، ب ١٠ ح ١.

(٣) الكافي ٥: ١٩٤ / ٦، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ / ٥٣٧، الوسائل ١٧: ٣٤٩، أبواب عقد
البيع وشروطه، ب ٨ ح ٢.

(٤) نفس المصدر.

(٥) كذا في جميع النسخ، والصحيح: للحمل.

ما بعد الظهور وإن كان بعيداً، أو على كون الرطوبة والبقل من النبات الموجود في البستان المشتمل على الثمار، فيعدّ حينئذٍ كالجُزء الموجود من الثمار^(١).

وقد ذكر في آخرها ما يقتضي اعتبار المجانسة في بيع ورق الشجر خرطةً وخرطاتٍ، فالأولى إذن هو: المنع في الضميمة الخارجة. وأما حجة القول الأخير فمعلومةٌ ممّا ذكر في تأسيس القاعدة، وكذلك الجواب عنها، وليرجع في تحقيق ذلك إلى محله.

وليُعلم: أنّ العلامة ذكر في التذكرة: أنّه إن باعها منضمّةً إلى الأصول، فالوجه: البطلان، إلّا أن يجعل انضمامها على سبيل التبعية، فلا يضرّ فيها الجهالة، كأساسات الحيطان، وأصول الأشجار.

أمّا إذا جُعِلت جزءاً مقصوداً بالبيع^(٢)، ففيه الإشكال، ومقتضى^(٣) النصّ: الجواز.

ثمّ ذكر حكم الانضمام مع غير الثمرة، وذكر النصّ المجوّز، وقوى العدم^(٤).

ولا يخفى أنّ المفروض عدم ظهورها، فأَيّ معنى لبيعها مع الأصول؟ لأنّه إذا ملك الأصول دخل في ملك المشتري ما يوجد من الثمار، وإن

(١) الدروس ٣: ٢٤١.

(٢) في المصدر: من المبيع.

(٣) في المصدر: يقتضي.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥-٣٤٦.

ظهر ما هو بدو الثمرة، وليس نفسها، أو باعها وأجر منافعتها على واحد في عقد واحد، فلا إشكال في جواز بيعه مع الأصول، وليس هذا من بيع الثمرة المعدومة، ولا إشكال فيه أصلاً، كما نسبته إلى النص.

والظاهر: أن مقصوده: أنه إن جعل الثمن في مقابل الأصول مع أثارها، على أن كلاً مستقلاً في القصد، والثمره في نفسها - وإن لم تظهر - قابلة لأن تكون مستحقة لغير مالك الأصل.

وهذا في غير ما نحن فيه وإن لم يكن من مقاصد العقلاء غالباً لكنه قد يقصد لإثبات خيار تبعض الصفقة إذا ظهرت الثمرة مستحقة للغير بوجه من الوجوه، فإنه مع الإطلاق يكون الخيار للعيب، ومع التصريح بالجزئية لتبعض الصفقة. وقد يفرق بينهما في بعض الأحكام.

وكذلك لو خيف من كونها غير مثمرة، فإذا بيع مع الأصل مطلقاً، ولم يثمر سنة - مثلاً - لم يقدح في البيع أصلاً.

ولو بيع وثمرته فلم يثمر، وزع الثمن على المجموع، وإن كان تقويم الثمرة يُعرف بتقويم الأصل معها وبدونها.

وعلى أي حال فإذا اتفق ذلك، أشكل صحة البيع، كما لو قال: بعثك الدار ومنافعها، قاصداً كونها جزءاً مقصوداً بالبيع، إن أمكن ذلك في ثمرة النخل، كما هو المفروض في كلامه.

ويمكن أيضاً فرض ما ذكره فيما إذا تعدد مستحق الثمرة ومالك الأصل، وبيعا منضمين، بناءً على عدم اشتراط اتحاد المالك في الضمان.

وعلى التقديرين، فما ذكره من النصّ المجوّز لم أقف عليه، وهو أعلم بما قال.

وأما الحكم الثاني - وهو: عدم جواز بيعها أكثر من عام - فلم أقف على ناصّ عليه، إلّا الحلّي، والمحقّق في النافع، والعلامة في كتبه، وولده في الشرح، والصيمري، والكركي في الشرح^(١).

وحكى الشهرة عليه مستفيضةً في المختلف، وكنز الفوائد، والدروس، وغاية المراد، وغاية المرام، والجواهر، وجامع المقاصد، وتعليق الإرشاد، والمسالك^(٢).

وذكر في الدروس والجواهر والروضة: أنّه لم يخالف فيه إلّا الصدوق^(٣).

ولذلك تردّد الشهيد الثاني في بلوغه حدّ الإجماع^(٤).

وقد حكاه صريحاً الحلّي في السرائر، فقال: وقد يشتهر على كثيرٍ من أصحابنا ذلك، ويظنّون أنّه يجوز بيعها ستين وإن كانت فارغةً وقت

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨، المختصر النافع: ١٢٩، تحرير الأحكام ٢:

٣٩٣، قواعد الأحكام ٢: ٣٣، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٥ - ٣٤٦، إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥،

غاية المرام ٢: ٩١، جواهر الكلمات: ٢٠ (مخطوط)، جامع المقاصد ٤: ١٦٣.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٢٢٣، كنز الفوائد ١: ٤١٣، الدروس ٣: ٢٣٤، غاية المراد ٢: ٤٠، غاية

المرام ٢: ٩١، جواهر الكلمات: ٢٠ (مخطوط)، جامع المقاصد ٤: ١٦١، حاشية إرشاد

الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي) ٩: ٣٤٦، مسالك الافهام ٣: ٣٥٣.

(٣) الدروس ٣: ٢٣٤، جواهر الكلمات: ٢٠ (مخطوط)، الروضة البهية ٣: ٣٥٤.

(٤) مسالك الافهام ٣: ٣٥٣.

قال: وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا، وخلاف إجماعهم، وأخبار أئمتهم عليهم السلام، وفتاويهم^(١).

وغلظه العلامة في المختلف؛ نظراً إلى خلاف الصدوق في ذلك^(٢).

واستشكله الشهيد في غاية المراد، قال: لأنّ الأصحاب لم يذكروه صريحاً، ولا تعرّض للمنع منه إلا جماعة منهم^(٣).

أقول: فلا تخلو دعواه الشهرة عن إشكال أيضاً، ولقد أجاد فيما قال، فقد سمعت كلام المقنعة، وكتابي الأخبار، والنزهة^(٤).

وأطلق الشيخ في الخلاف: جواز بيعها أكثر من سنة قبل بدوّ صلاحها، ناقلاً عليه إجماع الفرق، وأخبارهم، ومخالفة العامة كلّهم في ذلك^(٥).

وكذا أطلق في النهاية، فقال: ومتى أراد بيع الثمرة سنتين فصاعداً، جاز أن يبيعها وإن لم يبدّ صلاحها، فإن خاست في سنة زكت في أخرى^(٦).

ثم ذكر الجواز في السنة قبل ذلك مع الضميمة المخالفة والمجانسة^(٧).

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٢٢٣.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٣.

(٤) المقنعة: ٦٠٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، الاستبصار ٣: ٨٩، نزهة الناظر: ٧٤ - ٧٥.

(٥) الخلاف ٣: ٨٤ - ٨٥.

(٦) في المصدر: الأخرى.

(٧) النهاية: ٤١٥.

وكذلك أطلق الحلبي^(١)، وكذلك ابن حمزة في موضعين من الوسيلة، ذاكراً لذلك في أحدهما فيما يدفع به الغرر الموجود في السنة بسبب الضميمة، وذكر مع ذلك: بيع الثمار إذا أدرك بعضها، وقد جَوَّز أيضاً في موضع آخر: بيع الجزء الثانية، والثالثة منفردةً عن الأولى في الرطبة وأمثالها^(٢).

وكذلك ابن زهرة حيث إنّه بعد ذكر شرط المعلومية والقدرة على التسليم قال: ولما ذكرناه من الشرطين نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها.

ثمّ قال: ويجوز عندنا خاصّةً بيعها مطلقاً سنتين فصاعداً؛ لأنّها إن خاست في سنة زكت في أخرى.

ثمّ استدلّ عليه بالأصل، والعمومات، والإجماع.

وقد قرع على الشرطين: بطلان بيع حبل الحبلّة، والمضامين، والملاقيح^(٣)، فلا يبعد تعميم كلامه كغيره لما قبل الظهور.

كما أنّه أعمّ أيضاً منه في كلام المخالفين.

وإن قلنا بأنّ الظاهر تعلّق البيع بالموجود؛ لأنّه المتبادر من اللفظ المتداول في مجاري العادات فيما لم يعلم خلافه، فيكون الحكم حينئذٍ غير مذكورٍ في كلام هؤلاء الجماعة.

(١) الكافي: ٣٥٦.

(٢) الوسيلة: ٢٤٦ و ٢٥٣.

(٣) غنية النزوع: ٢١٢ - ٢١٣.

وقد صرح الصدوق في المقنع بالجواز، فقال: ولا يجوز بيع النخل إذا حمل حتى يزهو وهو أن يحمرّ أو يصفرّ، ولا يجوز أن يشتري النخل قبل أن تطلع ثمرته سنة؛ مخافة الآفة حتى تستبين، ولا بأس أن يشتريه سنتين، أو ثلاث سنين، أو أربعة، أو أكثر من ذلك؛ وعلة ذلك: أنّه إن لم يحمل في هذه السنة حمل في قابل، فإن^(١) اشترته سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ^(٢). انتهى.

ولا يخفى أنّ الأصحاب قد اعترفوا بمخالفته في الحكم، مع أنّ ما ذكره من التعليل هو الموجود فيما وقفنا عليه من الأخبار، أو ما في معناه، كما سبق، فلا يبعد أن يكون هو المراد لغيره ممّن عبّر بقوله: إن خاست في سنة زكت في أخرى.

وكيف كان، فالجواز قول الصدوق وكثير من أصحابنا فيما نسبته الحلّي إليهم^(٣)، ولعله أراد المعاصرين له.

واختاره جمع من المتأخرين، كصاحب المجمع، والمفاتيح، والمحجّة، والكفاية، ومال إليه المحقّق في الشرائع بعد التردّد فيه، وكذلك السيوريّ، وكذا الشهيد في غاية المراد، والمحقّق الكركي في تعليق الإرشاد، حيث قال: إنّّه قويّ لكنّ العمل بالمشهور^(٤).

(١) في المصدر: وإن.

(٢) المقنع: ١٦٣.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨.

(٤) مجمع الفائدة: ٨: ٢٠٠-٢٠١، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٥-٥٦، المحجّة البيضاء ٣: ١٦١، كفاية الأحكام ١: ٥٠٨، الشرائع ٢: ٦٣، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤-١٠٥، غاية المراد ٢: ٤٢-٤٣، حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٦: ٣٤٦-٣٤٧.

وقوّاه في الشرح أيضاً، وكذلك الشهيد الثاني في كتابيه، بشرط عدم ثبوت الإجماع على خلافه^(١).

واختاره العلامة أولاً في التذكرة: ثمّ احتمل قوياً المنع، وذكر في موضع آخر بعد ذلك ما يقتضي البناء على الثاني^(٢).

والمسألة محلّ تردّد وإشكال، والأشبه الأوّل؛ للأصول المقرّرة في بيعها سنة، وجملّة من الروايات، كصحيحتي الحليّين^(٣)، وهما كالنصّ في المطلوب، وموثّقة سماعة، الأخيرة^(٤)، ودالّتها بالمفهوم، والبأس^(٥) فيه للتحريم، كما سبق. مع أنّ الصدوق لا يقول بالكلّ هنا، ورواية أبي بصير^(٦) - وفيها ضعف سنداً ودلالة - ورواية أبي الربيع^(٧)، وموثّقة سماعة، الأولى^(٨)؛ لإطلاق المنع في أولها، وعدم الاكتفاء بتعدد الخراطات في آخرها.

ويؤيّد ذلك إطلاق روايات عمّار، والوشاء، والحميريّ، وإسماعيل بن الفضل، وعليّ بن أبي حمزة، ويعقوب بن شعيب، والنبويّات^(٩).

(١) جامع المقاصد ٤: ١٦١، الروضة البهيّة ٣: ٣٥٤-٣٥٥، مسالك الافهام ٣: ٣٥٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٧ و٣٥٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ / ٨٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٤.

(٤) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٥) في «م:» البأس.

(٦) الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩١، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٠.

(٧) الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٣، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٧.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ / ٣٦٠، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٩) الكافي ٥: ١٧٥-١٧٦ / ٣ و ٦، من لا يحضره الفقيه ٤: ٤، قرب الإسناد: ٢٦٣ / ١٠٤٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢-١٠٣ / ٣٥٩ و ٣٦١ و ٣٦٢، ١١١-١١٢ / ٣٩١،

الوسائل ١٨: ٢١١ و ٢١٦-٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٣ و ١٧ و ب ٢ ح ١-٣ و ٥.

والحق: أنه لا وجه للاستدلال بهذه الإطلاقات كلها أو جُلّها؛ لاشتغالها على اعتبار بدوّ الصلاح وما في معناه، ولا يعتبر ذلك في السنتين إجماعاً، فلا بد من تقييدها بالسنة، فيسقط الاحتجاج بها، مع أنها مطلقة لا تعارض ما يأتي من الأدلة.

وبذلك أيضاً يعرف ضعف دلالة رواية أبي بصير، وأنّ المقصود منها: أنّ ظهور الثمرة بحيث تأمن من الآفة موجبٌ لصحة البيع سنةً فما زاد، ومفهومه: ارتفاع الإيجاب الكلّي مع عدم الظهور المذكور، فيكفي فيه السلب الجزئي، مع أنّه لا وجه لكلّيته، كما عرفت، فتدبر.

احتجّ المجوّز: بموثقة أبي بصير، وصحيحتي سليمان بن خالد، ورواية عليّ بن جعفر، وصحيحة الحلبي، وصحيحة يعقوب بن شعيب^(١).

ويؤيّده: إطلاق ما رواه الشيخ والكليني، عن معاوية بن ميسرة، قال: سألتُ أبا عبد الله عليه السلام عن بيع النخل سنتين؟ قال: «لا بأس به»^(٢).

والجواب: أمّا عن الأولين، فبأنّ الإطعام جعل فيهما غاية المنع في الحول الواحد، وهو بمعنى البلوغ و بدوّ الصلاح؛ لبقاء المنع قبله، كما نصّ عليه الصدوق^(٣)، ودلّ عليه الأخبار.

(١) مسائل علي بن جعفر: ١٢١ - ١٢٢/٧٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٢ و ١٠٦/٣٧٤، الاستبصار ٣: ٨٦ - ٨٧ / ٢٩١ و ٢٩٩، الوسائل ١٨: ٢١٠ و ٢١٤ و ٢١٦ - ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢ و ١٠ ح ١٧ و ذيل ح ١٨ و ب ٢ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥ / ٣٦٨، الكافي ٥: ١١/١٧٧، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١١ و رد فيه صدر الحديث ٢٢١، ب ٤ ح ٣ و رد فيه ذيله.

(٣) المقنع: ١٦٣.

ويستفاد ذلك من كتب اللغة أيضاً.

ففي الصحاح: إذا أدرك ثمرها، وأطعمت البسرة: إذا^(١) صار لها طعمٌ وأحدث^(٢) الطعم، وهو: افتعل من الطعم^(٣)، ونحوه القاموس^(٤).

وقال صاحب المغرب: أطعمت الثمرة: أدركت، ومنه: نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم^(٥).

وقد صرح في الصحاح أنّ أدرك الغلام، وأدرك الثمر بمعنى^(٦): بلغ^(٧).

وأما ما في الغريبين، حيث قال: وفي حديث الدجال: أخبروني عن نخل بستان هل اطعم^(٨)؟ أي: أثمر، يقال: لأرض^(٩) فلان في^(١٠) الشجر المطعم كذا^(١١): يعني: المثمر^(١٢)، وذكر نحو ذلك في المغرب^(١٣).

(١) في المصدر: أي.

(٢) في المصدر: وأخذت.

(٣) الصحاح ٤: ١٦٠١ (طعم).

(٤) القاموس المحيط ٤: ٢٠٣ (طعم).

(٥) المغرب في ترتيب المغرب: ٢٩١ مادة (طعم).

(٦) في المصدر: أي.

(٧) الصحاح ٤: ١٣٠٠ (درك).

(٨) سنن الترمذي ٣: ٢٥٧ / ٢٢٥٣، مسند أبي يعلى ٢: ٣٢٨ / ٢١٧٥.

(٩) في المصدر زيادة: هل.

(١٠) في المصدر: بأرض.

(١١) في المصدر: من.

(١٢) في المصدر: كذا وكذا.

(١٣) الغريبين في القرآن والحديث ٤: ١١٧١ (باب الطاء مع العين).

(١٤) المغرب في ترتيب المغرب: ٢٩١ (طعم).

وقال صاحب القاموس: أدرك الشيء: بلغ وقته^(١).

ويمكن إرجاعه إلى ما في الصحاح كما هو المستفاد من تتبع الأخبار، والاستعمالات في الإطعام، والإدراك، فإنه وإن وقع النهي فيهما عن شراء النخل «حتى تطعم»^(٢) لكن المراد: ثمره، كما هو ظاهر.

فغاية ما يستفاد منهما: جواز بيعه سنتين قبل بدو الصلاح، وهو يعم الظهور وعدمه، فيحمل على الأول؛ جمعاً بين الأخبار؛ ولأنه هو المتبادر المنساق إلى الفهم من مجاري العادات، كالنقد في نقد البلد ونحوه.

نعم، يشكل الأمر على مَنْ حمل الإطعام على الظهور، وجوّز بيعه حولاً واحداً بعده قبل بدو الصلاح.

ولهم أن يحملوا النهي على ما يعمّ التحريم والإطعام على ما قلنا، أو يحملوا قوله: «وإن شئت أن تبتاعه سنتين»^(٣) على أنه إذا أطمع جاز بيعه سنتين وإن لم يحصل الإطعام بالنسبة إلى السنة الثانية، ويكون هذا هو الوجه في التقييد أولاً بالحوّل الواحد إن روعي مفهومه.

ولا يخفى بُعده، سيّما بعد النظر إلى باقي الروايات.

وأما روايتا عليّ بن جعفر والحليّ^(٤)، فتُحملان على البيع بعد الظهور؛

(١) القاموس المحيط ٣: ٤٣٨ (درك).

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦ / ٣٧٤، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٩.

(٣) نفس المصدر.

(٤) مسائل علي بن جعفر: ١٦٩ / ٢٨٣، الكافي ٥: ١٧٥ / ٢، الوسائل ١٨: ٢١٠ و ٢١٦، أبواب

بيع الثمار، ب ١ ح ٢ و ٢١.

لما قلنا.

ولا ينافيه التعليل؛ لأنّ المراد بالإخراج المترقّب في إحدى السنتين، هو الإخراج المعتدّ به، بحيث لو وجد لصحّ في السنة الواحدة، وقد اعتبر البلوغ فيها في الخبرين وغيرهما.

وعلى هذا يمكن حمل الحمل، والطلوع في رواية ابن شعيب^(١) وإن كان بعيداً، ويشهد لما ذكرنا رواية سماعة الأخيرة^(٢).

وأما رواية ابن ميسرة^(٣)، فالجواب عنها ظاهرٌ، وعمدته ما قلنا، فلا تعارض الأخبار السابقة وإن كانت معتبرة، مشتملة على الصحاح الظاهرة الدلالة، معتضدة بالأصل والعمومات؛ لاعتبار جملة من تلك الأخبار، واعتضادها بعمل معظم الأصحاب الناصين على المسألة، والقواعد المقررة، والاحتياط في الجملة.

مقابس

[جواز بيع الثمرة بعد بدوّ صلاحها]

إذا ظهرت الثمرة وبدا صلاحها، جاز البيع مطلقاً إجماعاً؛ وللنصوص^(٤) المعتبرة، وعليها يُحمل سائر الألفاظ الموجودة في الروايات،

(١) الكافي ٥: ١٧٦/٩، الاستبصار ٣: ٢٩٢/٨٦، الوسائل ١٨: ٢٢١، أبواب بيع الثمار، ب ٥ ح ١.

(٢) الكافي ٥: ١٩٤/٦، الوسائل ١٧: ٣٤٩، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ٨ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥/٣٦٨، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١١ ورد فيه صدر الحديث، وفي ٢٢١، ب ٤ ح ٣ ورد ذيله.

(٤) في «ف»: للنصوص.

أو ينزل بعضها على الاستحباب؛ باعتبار اختلاف مراتب بدو الصلاح.
وأما ما دلّ على عدم جواز البيع أكثر من سنة مع الشرط المذكور،
كرواية محمد بن شريح^(١) فمطروح^(٢)، أو محمول على ما سبق.
وإذا ظهرت ولم يبدُ صلاحها، ففي جواز بيعها مطلقاً، أو المنع إلا في
المواضع المستثنيات قولان مشهوران.

والأوّل هو المشهور بين المتأخّرين، وهو خيرة المقنعة، والتهذيب،
والاستبصار، والمراسم، والسرائر، والنزهة، والقواعد، والتحريم،
والمختلف، والإيضاح، وكشف الرموز، والدروس، واللمعة، وغاية
المرام، والجواهر، وجامع المقاصد، وتعليق الإرشاد، والمسالك،
والروضة، والمجمع، والمفاتيح، والكفاية^(٣).

ويظهر من السرائر^(٤) وجود موافق لصاحب المراسم في القول

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠/٣٨٨، الوسائل ١٨: ٢١٤؛ أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٣.

(٢) في وع، ك، م، فمطرح.

(٣) المقنعة: ٦٠٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، الاستبصار ٣: ٨٨، المراسم: ١٧٧، السرائر (ضمن
موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦ - ٤٩٧، نزهة الناظر: ٧٤ - ٧٥، قواعد الأحكام ٢: ٣٣،
تحرير الأحكام ٢: ٣٩٣، مختلف الشيعة ٥: ٢٢١، إيضاح الفوائد ١: ٤٤٦، كشف الرموز
١: ٥٠٤ - ٥٠٥، الدروس ٣: ٢٣٤، اللمعة الدمشقة (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣:
١٤٦، غاية المرام ٢: ٩٢، جواهر الكلمات: ٢٠ (مخطوط)، جامع المقاصد ٤: ١٦٢، حاشية
إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٩: ٣٤٦ - ٣٤٧، مسالك الافهام ٣:
٣٥٥، الروضة البهية ٣: ٣٥٥، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٢٠٣، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٥،
كفاية الأحكام ١: ٥٠٨.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٧.

بالمرعاة، كما يأتي، ويكون قائلاً بالجواز الذي كلامنا فيه.

ومستندهم: الأصل، والعمومات، والإجماع على جواز بيعها حيثئذ ستين، فيكون صالحاً لتعلق البيع بها، فيصح مطلقاً^(١)، كما يصح لسائر الأسباب الشرعية.

وكذا على جوازه بشرط القطع، فيصح بشرط التبقية، والإطلاق المنصرف إليه أيضاً؛ لكونه من الشروط السائغة قطعاً، ولذا جاز في غير ما نحن فيه إجماعاً، وأنه لا فائدة في اعتبار بدو الصلاح إلا تجويز التلف بالآفة قبله، وهو لا يصلح للمنع؛ لتطرق ذلك في سائر الأشياء التي يجوز بيعها اتفاقاً.

والروايات الخاصة المستفيضة، حتى قال ابن إدريس: إنها كثيرة جداً ربما بلغت حدّ التواتر^(٢).

والذي وقفنا عليه منها: صحيحتا الحلبيين^(٣)، وقد اعتبر فيهما: تبين بعض حملها، وهو ظاهرٌ في الظهور، ويؤكد ذلك أنه منع فيهما بدونه مطلقاً سنةً وأكثر.

فلو أريد به: بدو الصلاح، لجاز أكثر من سنةً بدونه من غير تحريم ولا كراهية، وهو خلفٌ؛ ولما قلنا جعلناه دليلاً على المنع قبل الظهور مطلقاً.

(١) في «ش»: قطعاً.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٤، و٢٤١ / ٨٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب

وصحیحتي الحلبي وابن سنان، وصحیحة بريد^(١)؛ بناءً على أن الطلوع فيها بمعنى: بدو الصلاح؛ لما سبق.

وصحیحة ربعي، وصحیحة ابن شعيب^(٢)؛ بناءً على أن الحمل والطوع بمعنى بدو الصلاح؛ للحكم فيها بالكراهة، والفرق بين السنة وما زاد.

ويؤيده موثقة سماعة^(٣) الأولى؛ بناءً على جواز البيع مع الضميمة قبل الظهور، فإنه يستفاد منها حيثئذ جواز البيع بعده مطلقاً.

وقد نصّ في جملة من الصحاح المذكورة: أن نهي النبي ﷺ عنه لم يكن على وجه التحريم، بل بسبب الخصومة، وعلى وجه الإرشاد أو الكراهة، وأشير فيها إلى توهم العامة في فهم الحرمة، والفتوى بها.

ويعضدها أن جمهور العامة أفتوا بالحرمة، كما نُقل عنهم، وإنّا نُقل الجواز عن أبي حنيفة خاصّة في صورة الإطلاق المنزّل عنده على اشتراط القطع^(٤)، وهو خلاف مقالة الأصحاب.

والقول الثاني هو الأشهر فيما سلف، كما يظهر من النافع^(٥).

ونسب إلى الأكثر في الروضة والمسالك^(٦).

(١) علل الشرائع ٢: ٥٨٩ / ٣٥، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ - ١٠٤ / ٣٦٤ و ٣٦٦، الاستبصار

٣: ٨٧ / ٢٩٩، الوسائل ١٨: ٢٠٩ - ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١ و ٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ - ١٠٤ / ١٠٦ و ٣٦٥، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٢ و ٨٧ -

٨٨ / ٣٠٠، الوسائل ١٨: ٢١١ و ٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١ و ٨.

(٣) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٤٨ و ٣٥٠.

(٥) المختصر النافع: ١٢٩.

(٦) الروضة البهية ٣: ٣٥٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٥.

وحكي عليه الإجماع في الخلاف، والمبسوط، والغنية^(١).

وهو اختيار هذه الثلاثة^(٢)، والنهاية، والمختصر، والمقنع، والكافي، والوسيلة، والشرائع^(٣).

وحكاه الشهيد عن بعض كتب العلامة، وكتابي القاضي وأراد بهما: المهذب^(٤)، والكامل^(٥) كما هو الظاهر وبالأول: التلخيص أو التبصرة^(٦).

ومستندهم: الاحتياط، والإجماعات المنقولة المعتمدة بالشهرة السالفة^(٧)، وأن البيع قد تعلق بالثمرة المنتفع بها لا بالموجودة كما هي هي؛ لصحة ذلك إجماعاً.

والمفروض أنها لم تبلغ حد الانتفاع حال البيع، وليس إيصالها إلى هذا الحد مقدوراً للبائع، فيكون البيع حينئذٍ في الحقيقة بيعاً للمعدوم الغير المقدور على تسليمه، فيلزم الغرر المنهي عنه كما قبل الظهور، فيبطل، فالمانع إذن ذلك لا مجرد تجويز التلف، وقد ظهر الفرق بين ما نحن فيه، وشرط القطع.

(١) الخلاف ٣: ٨٤-٨٥، المبسوط ٢: ١١٣، غنية النزوع: ١١٢.

(٢) أي: الخلاف، والمبسوط، والغنية.

(٣) النهاية: ٤١٤، المختصر النافع: ١٢٩، المقنع: ١٦٣، الكافي في الفقه: ٣٥٦، الوسيلة: ٢٥٠، شرائع الإسلام ٢: ٦٣.

(٤) غاية المراد ٢: ٤٩، المهذب ١: ٣٨٠.

(٥) المصدر غير متوفر.

(٦) تلخيص المرام: ١٠٦، تبصرة المتعلمين: ١٠١.

(٧) في «ش»: السابقة.

وأما الستان فقد خرجا عن القاعدة بالنص والإجماع، مع ضعف الغرر، فتبقى معمولاً بها فيما عدا ذلك.

مضافاً إلى الروايات الخاصة، منها: صحيحة الوشاء أو حسنته، وهي صريحة في المنع، وصحichtا سليمان بن خالد، أو موثقتاه، وموثقة أبي بصير وروايته، وروايته علي بن جعفر، أو صحichtاه، ومرسلة إسماعيل بن الفضل، وهي كالموثقة، وموثقتا عمار، وهما كالنص في المنع، وصحيحة^(١) الحلبي، ورواية ابن^(٢) شريح، ورواية ابن أبي حمزة، ورواية أبي الربيع، والنبويات، وكذا موثقتا سماعه، وصحيحة ابن شعيب الأولى في وجهه، وفحوى موثقة ابن عمار، ورواية أبي بصير في الزرع^(٣).

فهذه الروايات - على كثرتها واعتضادها بما ذكر، واعتبار أسانيد أكثرها وصحة جملة منها، وصراحة أخرى - تدل على المنع، وهي العمدة في إثبات جملة من الأحكام السابقة والآتية وإن وجب تخصيص بعضها في السنة الواحدة كما هو الظاهر الغالب، وقد عمل بها الأصحاب على ظاهرها، أو تنزيلها على الكراهة، وليس كذلك أكثر الروايات المعارضة

(١) في «حج»: صحيحتي، والصحيح: وصحichtا.

(٢) لم ترد في «حج».

(٣) مسائل علي بن جعفر: ١٢١ - ١٢٢ / ٧٤، و١٦٩ / ٢٨٤، الكافي ٥: ١٧٥ / ٣، من لا يحضره الفقيه ٤: ٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٠١ - ١٠٣ / ٣٥٨ و ٣٦٠ و ٣٦٤، و ١٠٥ - ١٠٧ / ٣٧٢ و ٣٧٥، و ١١٠ - ١١١ / ٣٨٧ و ٣٨٨ و ٣٩١، و ١٤٦ / ٥٣٨، و ١٧٠ / ٦٣٧، الاستبصار ٣: ٨٥ - ٨٧ / ٢٩٠ - ٢٩٢ و ٢٩٤ و ٢٩٦، الوسائل ١٨: ٢١٠، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢، و ٢١٢ - ٢١٩، ب ١ ح ٦ - ١٠، و ١٢ - ١٣، و ١٧، و ٢٢، و ب ٢ ح ٢ و ٣ و ٥، و ب ٣ ح ١ و ٣.

لها؛ لأنّها متروكة الظاهر، وقابلةٌ لبعض المحامل المخرجة لها عن الدلالة على المدّعى - كما سبق - وإن اعتضدت بالعمومات، والمخالفة للعامة، فالقول بالمنع قويٌّ، وإن كانت المسألة محلّ تردّد وإشكالٍ، وللتوقّف فيها مجالٌ.

ولعلّه لذلك اقتصر المحقّق في النافع على جعل الثاني هو الأشهر^(١)، والعلامة في الإرشاد على نقل القولين^(٢) من غير ترجيح، وكذا الشهيد في غاية المراد، وأبو العباس في كتابيه^(٣)، ولقد أجادوا، كما لا يخفى.

ومّا يقوّي الثاني: الشهرة القديمة، واتّفاق كلمة أربابه، بخلاف الأول؛ لتبدّد الشهرة، واضطراب كلمة أربابه، وذهاب الأقدمين منهم إلى ما لم يوافقهم عليه من بعدهم، كما سيّتين.

واعلم: أنّه لو قيل بالأوّل فيما إذا قصد بيع الثمرة الموجودة، وشرط التبعية، أو أطلق بحيث ينصرف إليها، وبالثاني فيما إذا قصد بيعها على أنّها تبلغ حدّ الانتفاع، لكان له وجهٌ وجيهٌ، وبه يُجمع بين القواعد المتعارضة، والأدلة المتقابلة.

لكني^(٤) لم أجد مصرّحاً بذلك، ولا شاهد عليه من الأخبار، فهو بالإعراض عنه حقيقٌ؛ إذ خرج عن سواء الطريق، وإن لم يتبادر من

(١) المختصر النافع: ١٢٩.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٧ - ٤٩، المهذب البارع ٢: ٤٣٦ - ٤٣٧، المختصر: ١٧٩.

(٤) في «ع»: لكن.

الأخبار المانعة إلا القسم الثاني^(١)، فيحكم بالجواز في الأول؛ نظراً إلى الأصل والعمومات، وربما يشهد لذلك الأخبار الآتية في بيع الزرع.

وكيف كان فطريق الاحتياط سبيلٌ إلى النجاة.

وعلى القول بالجواز، فلا ريب في الكراهة؛ للأخبار المانعة المنزلة على ذلك، مع التصريح عليه^(٢) في بعض الروايات المذكورة في أدلة الجواز، كصحيحة ابن شعيب^(٣)، وقد أفتى المجوزون بها، إلا نادراً منهم لم يتعرض للحكم.

ثم إن المشهور بين المجوزين هو: القول بصحة العقد واقعاً من حينه؛ لاجتماع شرائطه، فلو هلكت الثمرة قبل بدو الصلاح أو بعده، كان الحكم في ذلك التالف كما لو وقع البيع بعده، وحكمه: أنه إن حصل القبض الشرعي قبل التلف، كان من مال المشتري، وإلا فمن مال البائع.

وحكى في التحرير عن الشيخ أنه قال: ولو قلنا: إنه يفسخ في مقدار التالف، كان قوياً^(٤). ولعل ذلك كلامه في المبسوط^(٥).

وأما في الخلاف فحكم بما قلنا^(٦)، وأطلق في النهاية: أنه من مال

(١) في «ف»: الأول.

(٢) كذا في جميع النسخ، والصحيح: به.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦/٣٧٣، الاستبصار ٣: ٨٦/٢٩٢، الوسائل ١٨: ٢١٣، أبواب

بيع الثمار، ب ١ ح ٨.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٩.

(٥) المبسوط ٢: ١١٦.

(٦) الخلاف ٣: ٨٧.

المشتري إن وقع البيع بعد بدوّ الصلاح، ومن البائع إن وقع قبله^(١)؛ بناءً على بطلان البيع عنده.

وذكر نحو ذلك صاحب الوسيلة^(٢)، وهو منزّل على ما إذا حصل القبض؛ لما تقرّر عندهم: من أنّ المبيع مطلقاً قبل القبض مضمونٌ على البائع، وحيث كان التلف من مال المشتري، فالعقد باقٍ على صحّته لا محالة، وإذا كان من مال البائع وكان من قبَل الله، انفسخ العقد من حينه، أو من أصله على الخلاف في ذلك، وإلاّ فللمشتري الخيار. وقد يُبيّن مفصّلاً في محله.

وإذا تحقّق ذلك، فاعلم: أنّه قال المفيد في المقنعة: إذا خاست الثمرة المبتاعة قبل ظهورها، كان للبائع قدر ما غلت دون ما انعقد به الثمن، فإن كان قد قبض الجميع سلفاً، رجع المبتاع عليه بقدر ما بقي من السلف^(٣). وتبعه في ذلك الديلمي، فقال: متى خاست الثمرة المبتاعة (سنة واحدة)^(٤) قبل بدوّ صلاحها، فللبائع ما غلت، دون ما انعقد عليه البيع من الثمن^(٥).

والظاهر: أنّ مراد المفيد: هو ما إذا كان في السنة الواحدة، أمّا فيما زاد

(١) النهاية: ٤١٥.

(٢) الوسيلة: ٢٥٠.

(٣) المقنعة: ٦٠٢.

(٤) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٥) المراسم: ١٧٧.

على ذلك فيرتفع الضمان بالضميمة، كما يدل عليه ما سبق عنه من التعليل تبعاً للروايات، فالظرف - وهو: قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها - قيدٌ للابتياح، ويؤيده أنه قال بعد ذلك: وَمَنْ ابْتَاعَ ثَمَرَةً فَأَصَابَتْهَا جَائِحَةٌ، فليس له على البائع دركٌ في شيءٍ من ذلك^(١). انتهى.

فيختصّ بما عدا الصورة المذكورة.

ومقتضى تخصيص الحكم بهذه الصورة: انتفاؤه فيما إذا وقع البيع بعد بدو الصلاح، فالظاهر حينئذٍ: أنّ غاية الضمان في الصورة الأولى هو: بدو الصلاح لا القطع وإن احتمل ذلك نظراً إلى إطلاق العبارة، ولو جعلنا الظرف قيداً للفعل كان صريحاً فيما قلنا.

وعلى الوجهين، فالحكم بالضمان إن كان مع عدم القبض، فلا بدّ من التقيد به، ولا فرق حينئذٍ بين البيع في الصورتين.

وإن حصل القبض فلا ضمان مطلقاً فيهما؛ لحكمهما بالجواز فيهما، وإن كره إحداهما، فالفرق تحكّم.

ولذلك عزا الحلّي إلى الديلمي ومَنْ قال مقاله: أنّ البيع قبل بدو الصلاح وإن كان على كراهيةٍ إلاّ أنّه مراعى بشرط السلامة.

وجعل ذلك قولاً ثالثاً في أصل المسألة، واختار هو: الصحة من حينه، ونسبه إلى المفيد^(٢).

(١) المقتعة: ٦٠٣.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦ - ٤٩٧.

وكانّه غفل عن آخر عبارة المقنعة، أو وقف على فتوى أخرى للمفيد.

وتبعه المحقق في الشرائع فجعله قولاً ثالثاً^(١) ولم يصرح بقائله.

وأما متأخرو الأصحاب، فبين من جعله أحد قولي الديلمي، كما في الإيضاح^(٢)، وقوله، كما في غاية المرام، وتعليق الإرشاد^(٣)، وظاهره، كما في غاية المراد، والتنقيح، والمسالك^(٤)، وقوله وقول المفيد، كما في المهذب، والمقتصر^(٥).

ومنهم من اقتصر على ذكر العبارة معزياً لها إلى الديلمي، كما في الدروس^(٦)، أو مع المفيد أيضاً، كما في المختلف وكشف الرموز^(٧).

ولا يبعد أن يبنى كلامهما على أنّه لما كان الثمرة المنتفع بها المقصودة بالبيع، هي ما بعد بدوّ الصلاح إلى أوان القطع، وهي حال البيع غير موجودة على هذا الوجه، ولذلك سمّاه المفيد بـ: السلف^(٨)، فالقبض المعتبر: هو ما وقع بعد بدوّ الصلاح، فلو هلك قبله ولو حصل القبض كانت مضمونة على البائع.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٦٣.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥. ٤٤٦.

(٣) غاية المرام ٢: ٩٢، حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي) ٩: ٣٤٧.

(٤) غاية المراد ٢: ٥٠، التنقيح الرائع ٢: ١٠٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٥.

(٥) المهذب البارع ٢: ٤٣٦ - ٤٣٧، المقتصر: ١٧٩.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٤.

(٧) مختلف الشيعة ٥: ٢٢١، كشف الرموز ١: ٥٠٤.

(٨) المقنعة: ٦٠٢.

وعلى هذا، فظهور الثمرة ومشاهدتها مصححٌ للبيع هنا، كما أنَّ عموم الوجود مع تعيين القدر والأجل مصححٌ للسلف وإن اشتركا في عدم الوجود حال البيع، فيُحكم باللزوم من الطرفين، ويُجريان أحكام الملك عليها إلى أن يأتي زمان القبض، فإن تلف قبله بطل العقد، وإلا صحَّ.

ولولا اعتبار ذلك لحكم بالمنع عن البيع المذكور، كما أشرنا إليه في التفصيل الأخير.

وهذا نظير ما اعتبره من الأصحاب في تقبل أحد الشريكين حصة الآخر بقدرٍ معيّن من اشتراط السلامة من الآفة^(١)، فتدبر.

وقد تبين ممّا قلنا^(٢): وجه استفادة القول بالمراعاة من الحكم المذكور، وكذلك مستنده، وقد يُجعل وجهه الجمع بين الأخبار المختلفة.

والجواب عنهما معاً ظاهرٌ.

أمّا الثاني: فلمناقاته لها.

وأما الأوّل: فلاّته على هذا يلزم الحكم بالبطلان؛ لعدم القدرة على التسليم، وهي شرطٌ لصحة البيع.

واعلم: أنّه لو قلنا بجواز البيع قبل الظهور، فلا بد من القول قبل الظهور بالمراعاة إلى أن يظهر، أو إلى أن يبدو الصلاح؛ إذ لو لا ذلك لكان أكل مالٍ بالباطل، وخروجاً عن مقتضى المعاوضة.

(١) رياض المسائل ٩: ٤٤٢.

(٢) في ٩٠: قلت.

وتعبير المفيد بقوله: قبل ظهورها^(١)، يمكن إبقاؤه على ظاهره، كما سبق، فيوافق ما قلنا.

مقباس

[في المستثنيات من منع بيع الثمرة]

يستثنى من المنع - تحريماً، أو كراهةً - مواضع:

الأول: بيعها أكثر من عام.

وهو متفق على جوازه عندنا نصّاً وفتوى، وقد حكى الإجماع عليه في الخلاف، والغنية، والسرائر، والتذكرة، والتنقيح، والمهذب البارع، وجامع المقاصد^(٢).

ونفى عنه الخلاف في كشف الرموز، وغاية المراد، وغاية المرام^(٣)، ويفصح عنه أيضاً كلام الباقرين.

وربما توهم عبارة اللمعة^(٤): وقوع الخلاف السابق فيه، وهو من باب المسامحة.

ولا فرق عندنا في الخلاف المذكور بين الإطلاق، أو شرط التبقية،

(١) المتنعة: ٦٠٢.

(٢) الخلاف ٣: ٨٤، ٨٥، غنية النزوع: ٢١٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥١، ٣٥٨، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤، المهذب البارع ٢: ٤٣٧، جامع المقاصد ٤: ١٦٠، ١٦١.

(٣) كشف الرموز ١: ٥٠٣، غاية المراد ٢: ٤٧، غاية المرام ٢: ٩٢.

(٤) اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٤٦.

ويجب التبقية مع الإطلاق، كما نصّوا عليه، فيتّحد الحكم فيهما.

وتفرّد صاحب كشف الرموز في النزاع الأوّل^(١)، والحكم بالمنع في الثاني^(٢)، فيلزم عليه أن لا يوجب التبقية مع الإطلاق، وهو توهمٌ، بل الحكم بالجواز مع شرط التبقية أولى منه مع الإطلاق؛ لعدم تبادره من النصوص المانعة، وكون المبيع حينئذٍ هو الموجود، والشرط أمرٌ خارجٌ عنه، وليس كذلك الإطلاق إلّا إذا أوجبنا القطع - حينئذٍ - فيرجع إلى شرط القطع، فيصحّ كما لو شرط.

ولم أجد قائلاً بذلك إلّا ما نقل عن أبي حنيفة في الخلاف^(٣)، وغيره؛ فإنّه خالف جمهور العامة في تجويز هذه الصورة خاصّةً، وهو محجوجٌ.

فلا يبقى - على هذا - وجهٌ للمراعاة أصلاً، وظاهرهم: عدم الكراهة أيضاً، كما نصّ عليه في المقنع، والمقنعة^(٤)، وغيرهما.

وحكي عليه الإجماع في السرائر^(٥).

ويدلّ عليه من النصوص: صحيحة ابن شعيب، وصحيحنا ابن خالدي^(٦)، وغيرها، فما دلّ على إطلاق المنع قبل بدوّ الصلاح محمولٌ على

(١) كذا في جميع النسخ، والظاهر مراده: في الأوّل، كما يقتضيه السياق.

(٢) كشف الرموز ١: ٥٠٣ - ٥٠٤.

(٣) الخلاف ٣: ٨٥.

(٤) المقنع: ١٦٣، المقنعة: ٦٠٢.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦ / ٣٧٤، الاستبصار ٣: ٨٥ - ٨٦ / ٢٩٠ و ٢٩٢، الوسائل ١٨:

٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨ - ٩.

غير موضع الاستثناء.

الثاني: بيعها بشرط القطع.

ولا ريب في جوازه أيضاً، وحكي عليه الإجماع في الستة الأول، وكشف الرموز^(١).

ونفي عنه الخلاف في الأخيرين^(٢)، والكراهة منتفية أيضاً، كما هو ظاهر الأصحاب.

ولم ينصّ على استثنائه من إطلاق المنع في المقنع، والمقنعة، والنهاية، وكتابي الأخبار، والكافي.

والتحقيق: أنّه خارجٌ من الإطلاق؛ لأنّ الظاهر منه قصد التبقية سواء أطلق العقد أو شرط فيه ذلك ويشهد لذلك كلام بعضهم في الزرع.

وعلى أيّ حالٍ، فلا إشكال في الحكم؛ تمسكاً بالأصل السالم عن المعارض، لعدم تناول إطلاق المنع لذلك، ولظهور الأخبار في أنّ اعتبار بدو الصلاح ليس تعبدّاً محضاً، بل لتعلّق البيع بما يقصد وصوله إليه، فاعتبر تأخره عنه، وهو منتفٍ هنا.

ولأنّه لا اختلاف بين بيعها على الشجرة بشرط القطع، وبيعها بعد القطع، والثاني جائزٌ إجماعاً، فكذا الأول.

(١) الخلاف ٣: ٨٥، غنية النزوع: ٢١٢، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٧، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤، المهذب البارع ٢: ٤٣٧، كشف الرموز ٥٠٣: ١.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٧، غاية المرام ٢: ٩٢.

والفرق بإمكان الوزن في الثاني غير مُجْدٍ؛ لقيام المشاهدة مقامه، كما هو كذلك بعد بدو الصلاح.

وينبّه على ذلك: الروايات الآتية في الزرع.

ولعلّ الوجه في عدم تعرّض الأخبار لذلك مع ذكر حكم الزرع هو وجود الانتفاع المعتدّ به في الثاني دون الأوّل، ولا يقصده العقلاء غالباً.

أمّا إمكان الانتفاع به فشرطٌ لصحة البيع، فلو خلا عنه لم يجز، كما نصّ عليه في التنقيح^(١).

والعبرة بكونه شيئاً يقابل بالمال ولو يسيراً، لا على الانتفاع الملحوظ في الثمرة؛ ولعدم خلوّها عن الاتّصاف بذلك - إلّا نادراً - أطلقوا الحكم بالجواز.

وعلى هذا، ينبغي أن يُحمل ما في التذكرة من الحكم بالجواز مطلقاً وإن لم ينتفع به، كالجوز والكمثري، ونسبّ المنع إلى بعض الشافعية، واستند هو إلى الأصل^(٢)، ولا يجري فيما ذكرنا.

ولو انحصر انتفاع المشتري في قطعها لتضرّره بذلك لمجازة^(٣) ونحوها، ففي جواز البيع حينئذٍ نظرٌ، والوجه: المنع.

نعم، يجوز التراضي على قطعها بعوض وبدونه، ولا إشكال فيه.

وحيث جاز بيعها بشرط القطع، جاز جعلها ضميمةً لغيرها ممّا

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٠٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٤-٣٥٥.

(٣) جازة مجازة: أي ما طله، تاج العروس ٦: ١٨٥ (جرر).

يشترط فيه التبقية، كسائر الضمانات، على ما يأتي.

وإذا^(١) شرط القطع صحّ البيع، وإذا تراضيا بعدد على التبقية مجّاناً، أو بأجرة، جاز، ولا إشكال فيه، وقد حكى على جوازه الإجماع في التذكرة^(٢).

الثالث: بيعها مع الضميمة، فيجوز إجماعاً، كما في التذكرة، وكشف الرموز، والتنقيح، والمهذب، وغاية المرام^(٣).

ونفي الخلاف في السرائر، والمختلف، وغاية المرام، وغاية المرام^(٤) أيضاً. وقد فرض محلّ الخلاف السابق فيما عدا ذلك في كلام جماعة منهم غير مَنْ ذُكر، فظاهرهم كون الحكم مقطوعاً به عندهم.

وقال في التحرير في بيع الحبوب المزروعة: إنّه لو باعها قبل بدو الصلاح مع الأرض جاز إجماعاً^(٥).

وقد نصّ على أصل الحكم في كتب الفاضلين، والشهيدين، والإيضاح، والنزهة، وكتابي الأخبار، والنهاية^(٦)، إلّا أنّه عبّر فيها بما

(١) في «حج»: فإذا.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥١، كشف الرموز ١: ٥٠٣، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤، المهذب البارع ٢: ٤٣٧، غاية المرام ٢: ٩٣.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٨، مختلف الشيعة ؟؟؟؟؟، غاية المرام ٢: ٤٧، غاية المرام ٢: ٩٢.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٦٣، قواعد الأحكام ٢: ٣٣، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٤٦، الروضة البهية ٣: ٣٥٥، إيضاح الفوائد ١: ٤٤٥ - ٤٤٦، نزهة الناظر: ٧٤ - ٧٥، الاستبصار ٣: ٨٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٧، النهاية: ٤١٥.

كانت شيئاً من غلة الأرض من الخضر أو غيره، والظاهر قصد التعميم، بل تقدّم عن ظاهرها ونصّ الوسيلة اكتفاؤهما بالضميمة في كلّ ما فيه غرر^(١)، فلا يلزم مخالفته في الحكم هنا؛ حيث لم يتعرّض إلّا للأولين، وترك الثالث وأطلق المنع.

نعم، لم يُذكر في المقنع، والمقنعة، والغنية، والخلاف، مع أنّه قد حكم فيه بطلان بيع بستانٍ لم يدرك ثمره مع آخر قد أدرك، مستدلاًّ عليه بالإجماع والعمومات^(٢).

وتحقيق المقام: أنّه إن كانت الضميمة من جملة الثمار المبيعة، بأن كانت قد بدا صلاحها، فلا ريب في الصحة وعدم المنع أصلاً.

وقد نصّ عليه في المقنعة، والخلاف، حاكياً على جوازه الإجماع^(٣)، بل يجوز ضمّ الموجودة مع المعدومة، كما نصّ عليه في الغنية^(٤)، وظاهرها: دعوى الإجماع عليه.

ويدلّ على الحكم: الصحيحة الأولى لابن شبيب، وموثقة عمّار، وصحيحنا الحلبيين، ورواية علي بن أبي حمزة، وغيرها^(٥).

وإن كانت أصول الأشجار، جاز أيضاً كما وإن كان ثمرة موجودة لم

(١) النهاية: ٤١٥، الوسيلة: ٢٤٥.

(٢) الخلاف ٣: ٨٨ - ٩٠.

(٣) المقنعة: ٦٠٢، الخلاف ٣: ٨٨ - ٩٠.

(٤) غنية النزوع: ٢١٢.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١١١ - ١١٢/٣٩١ و ٢٤١/٨٩٠، الاستبصار ٣: ٨٦/٢٩٢ و ٢٩٤،

الوسائل ١٨: ٢١٣ و ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨ و ب ٢ ح ٤ - ٥.

يبد صلاحها ولكن شرط قطعها، أو بيعت سنتين فكذاك.

وإن كانت غير ذلك، فإن كان بستاناً ضمّ مع آخر ففيه الخلاف، كما يأتي.
وفيا عدا ذلك فالأصحّ الجواز؛ لفحوى ما دلّ على جواز بيعها
سنتين، والتعليل المروي فيه، وعلى جواز ضمّ ثمار السنة، وعلى الاكتفاء
بها قبل خروج الطلع، كما في موثقة سماعة الأولى^(١).

ولا يخالف ذلك إلا الإطلاقات المانعة، وهي منزلة على ما ذكر،
وموثقة عمّار في البساتين^(٢)، ويأتي النظر فيها.

ولقائل أن يفرّق بين الضميمة المجانسة المتّحدة عرفاً مع المبيع
والمخالفة، كما فرّق بينهما في بيع المعدوم من الثمرة مع الموجود،
والاحتمال كافٍ في المنع بعد دلالات الإطلاقات الكثيرة عليه، فلا يتمّ
الاستدلال إلا بموثقة سماعة^(٣)، وهي بظاهرها غير معمولٍ بها، ومعارضة
بموثقة عمّار^(٤)، وجملة من الروايات الدالة على اعتبار كون المدرك بعضاً
من تلك الثمار المبعة، كصحيحة ابن شعيب الأولى، وصحيحتي
الحليين، ورواية علي بن أبي حمزة^(٥).

(١) الكافي ٥: ١٧٦/٧، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٢) في «ف، حج»: البساتين.

(٣) الاستبصار ٣: ٨٩/٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٥.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢/٣٦٠، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٠١ - ١٠٢/٣٥٨ و ١١١ - ١١٢/٣٩١، الوسائل ١٨: ٢١٢ و ٢١٨،

أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٦ و ب ٢ ح ٥.

(٦) الكافي ٥: ١٧٦/٨، تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١/٨٩٠، الاستبصار ٣: ٨٦/٢٩٢ و ٢٩٤،

الوسائل ١٨: ٢١٣ و ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨ و ب ٢ ح ٣ - ٤.

وأما قوله بِهِ في قوّة إسماعيل بن الفضل - في بيع الثمرة قبل أن تدرك -: «إذا كان له في تلك الأرض بيعٌ له غلّةٌ قد أدركت، فبيع ذلك كله حلالاً»^(١)، فقد اعتبر فيه كونها في تلك الأرض.

والظاهر كون المراد: وجود شجرٍ له ثمرةٌ قد أدركت؛ لأنّ السؤال وقع عن بيع الثمرة.

وموثقة سماع لا تدلّ على عموم الحكم، كما مضى، فإن ثبت الإجماع على التعميم فهو الحجّة المخصّصة للعمومات، وحمل المفاهيم على ما هو الغالب من أنّ المتبايعين للثمرة إنّما يقصدان بيعها خاصّةً، مع أنّ السؤال إنّما وقع عنها لا غير.

ثمّ إنّنا حيث جوّزنا البيع مع الضميمة، فيعتبر فيها ما يعتبر في ضميمة الأبق من صلاحيتها لإفرادها بالبيع واتّحاد المالك، وهذا جارٍ في السنتين أيضاً والوجه فيه ما سبق هناك.

مع أنّه المتبادر من النصوص المجوّزة، فيجب الاقتصار عليها.

الرابع: بيعها مع الأصل.

وجوازه منصوصٌ عليه في الوسيلة، والشرائع، والنافع، والدروس، واللمعة^(٢).

(١) الكافي ٥: ١٧٥ - ١٧٦/٦، الاستبصار ٣: ٨٧/٢٩٦، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٢.

(٢) الوسيلة: ٢٥٠، شرائع الإسلام ٢: ٦٣، المختصر النافع: ١٣٠، الدروس ٣: ٢٣٤، اللمعة الدمشقيّة (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٤٦.

وحكى عليه الإجماع في التذكرة، والتنقيح^(١).

ونفى عنه الخلاف في الغنية^(٢).

وقد نصّ عليه غيرهم في حكم ما إذا بيع الشجرة المثمرة، فحكموا بدخول الثمرة مع الشرط مطلقاً، وبدونه في بعض الصُّور^(٣).

والظاهر عدم اختصاص الشرط بها إذا جعل شرطاً، بل لو جعل جزءاً من المبيع جاز، كما هو الظاهر منهم، وإن أُوهم خلافه كلام بعضهم كصاحب الوسيلة^(٤).

وكيف كان، فالحكم مقطوعٌ به في كلامهم، وأرجعه الشهيد الثاني^(٥) إلى الضميمة، حتّى أنّه لم يجد وجهاً لإفراده في كلام بعضهم.

ولعلّ الوجه في إفراده - وإن اشتركا في المقتضي للصحة - هو أنّ الضميمة وضعها على كونها تابعة، وإن كانت هي الأصل والسبب في الصحة، وليس الثمرة إذا بيعت مع الأصل كذلك، بل هي التابعة غالباً، حتّى أنّها قد تندرج في بيعه، وقد يكتفى بشرطها فيه، فيكون أولى بالحكم.

على أنّه يمكن أن يقال بأنّها قد تلحق بشرط القطع وهو فيما إذا قصد بيع مجموع ما هو الموجود المشاهد وإنّما يبيعها المشتري لكون المجموع في

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٦، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤.

(٢) غنية النزوع: ٢١٢.

(٣) مسالك الأفهام ٣: ٣٥٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٤٤.

(٤) الوسيلة: ٢٥٠.

(٥) الروضة البهية ٣: ٣٥٥، حاشية شرائع الإسلام: ٣٦٩.

ملكه، فالبيع قد تعلق بالأصل وبالثمرة الموجودة على ما هي عليه كسائر الأوراق، وليس معنى البيع بشرط القطع إلا ذلك.

وقد يقصد بيع الثمرة على أنها ثمرة، فيلحق بيع المجموع حينئذٍ بالبيع مع الضميمة.

ويظهر ثمرة الوجهين: فيما لو تعدد المالك للثمرة والأصل، فيبطل بيع الثمرة إذا كان على وجه الضميمة كما سبق ويصح إذا قصد بيعها على ما هي عليه سواء كان ملكها بشرط القطع أو مطلقاً فيسقط حقه عمن ملكها كذلك.

ويظهر أيضاً: فيما إذا ظهر الأصل مستحقاً للغير، فيبطل بيع الثمرة على الأول، ويصح على الثاني، ويراعى في التقويم قيمتها على الحالة المقصودة في البيع.

ويدل على أصل الحكم - بعد ما علم مما سبق -: ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن معاوية بن عمار، قال: سمعتُ أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا تشتري الزرع ما لم يسنبِل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك، أو ابتعت نخلاً فابتعت أصله ولم يكن فيه حملٌ، لم يكن به بأس»^(١).

ولعل المراد: ابتعت ثمرة النخل فابتعت الأصل معها ولم تدرك جاز؛ إذ لو خلا النخل عن الحمل رأساً، فلا دخل لهذا البيع ببيع الثمرة، ولا إشكال فيه أصلاً.

اللَّهَمَّ إِلَّا إِنْ^(١) كان المقصود بذلك بيان مثالٍ يعلم به حال بيع الزرع قبل أن يسنبِل.

ويدلّ عليه أيضاً: سائر الروايات الواردة في بيع الزرع، كما يأتي، وما دلّ على: أنّه إذا اشترط المشتري ثمرة النخل كانت له إن أُبرت قبل البيع، وإلا دخلت في بيع الأصل، فإذا دخلت في بيعه حيثنذ، جاز ذكره قطعاً. وإذا صحّ إشراطها^(٢) بعد التأبير، جاز بمعنييه قبل بدوّ الصلاح وبعده؛ عملاً بالإطلاق.

وأيضاً يجوز بيع الحامل مع حملها، وذات اللبن مع لبنها، فكذاك الشجرة مع ثمرها؛ للاشتراك في العلة المسوّغة.

قال العلامة في التذكرة: لو شرط بائع الأصل والثمرة قطع الثمرة قبل بدوّ الصلاح لم يجز؛ لتضمّنه الحجر عليه في ملكه^(٣).

وقد ذكر ذلك جماعة من العامة^(٤)، وفيه نظر؛ لأنّه شأن كثير من الشروط الصحيحة، وينبغي القطع بالجواز إذا كان في بقائها مفسدة عليه. ومنه ينكشف الجواز مطلقاً؛ لأنّ الصّحة لا تناط بالحكم والمصالح الجزئية.

الخامس: بيعها على مالك الأصل، ذكره العلامة في القواعد، فقال:

(١) في «ف»: إذا.

(٢) كذا في جميع النسخ، والظاهر: اشترطها.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٦.

(٤) فتح العزيز ٩: ٦١، البيان في فقه الشافعي ٥: ٢٤٠.

كتاب البيع..... ٣٩٣

ولو بيعت على مالك الأصل، أو باع الأصل واستثنى الثمرة، فلا يشترط إجماعاً^(١).

ولإنما ذكر الحكم الثاني ردّاً على مَنْ زعم من العامة: أنّ الاستثناء كالتملّك المبتدأ^(٢)، وفساده ظاهرٌ.

وأما الحكم الأوّل، فلم أقف على موافقٍ له صريحاً من الأصحاب، وقد قال في التذكرة: إنّهُ لا يشترط حينئذٍ اشتراط القطع عندنا؛ لما مرّ.

ثمّ نقل الخلاف عن جماعةٍ من العامة المشتريين لذلك في غير هذه الصورة^(٣)، وظاهره تفريع المسألة على الخلاف السابق في جواز البيع بعد الظهور.

وقال في التحرير - بعد ذكره الأحكام المتقدّمة للثمار -: ولا فرق عندنا بين بيعها على مالك الأصل والأجنبيّ^(٤).

ونصّ الشيخ في الخلاف على التسوية بينهما في الحكم^(٥)، وهو الذي اختاره الشهيدان في الدروس، وظاهر المسالك، والصيمري في الشرح^(٦)،

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٣.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٧-٣٤٨ و ٣٥٥.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٣.

(٥) نصّ الشيخ في الخلاف على المنع في مفروض المسألة، وحكاه عنه الشهيد في الدروس، حيث قال: قال الشيخ:..... فباع الثمرة من صاحب الأصول فلا يصحّ أيضاً قبل بدوّ الصلاح.

الخلاف ٣: ٨٧، الدروس ٣: ٢٣٤.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٤، مسالك الأنهام ٣: ٣٥٤-٣٥٥، غاية المرام ٢: ٩٢-٩٣.

وهو الذي يقتضيه إطلاق فتاوى باقي الأصحاب.

نعم، يظهر من المحقق الكركي ارتضاؤه لما في القواعد، وعَلَّله بتبعيّة الأصل^(١).

وعَلَّله الشهيد وغيره: بأنّه كالجمع بينهما في عقدٍ واحدٍ^(٢).

وضَعّفوه بعدم العقد هنا على الجمع.

والتحقيق: ما بيّناه سابقاً من أنّ صحّة الجمع قد تلحق بالضميمة، وقد تلحق بشرط القطع.

وعلى الثاني لا فرق بين البيع مع الأصل، وعلى مالكة؛ لتعلّق البيع حيثنّذ بالثمرة الموجودة، فتبعيّة المشتري لها لكون الجميع ملكه، فالوجه هو: التفصيل بين القصدين.

ولعلّ العلامة إنّما ادّعى الإجماع على الجواز^(٣)، نظراً إلى ما هو الظاهر من أنّ البيع حيثنّذ يقع على الوجه الصحيح، فكلامه وجيةٌ في محلّه، وإن كان في دعوى الإجماع نظراً.

مقابس

[في بيان حدّ بدوّ الصلاح في النخل]

اختلفت عبارات الأصحاب في حدّ بدوّ الصلاح في النخل:

(١) جامع المقاصد ٤: ١٦٢.

(٢) الدروس ٣: ٢٣٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٣.

فعبّر عنه الصدوق في المقنع بالزهو، مفسراً بالاحمرار والاصفرار^(١).

وقال الشيخ في الخلاف: ولا عبرة بطلوع الثريا في بدو الصلاح في الثمار، بل المراعى منه (بدو صلاحها بنفسها بالبلوغ و)^(٢) التلون، وذكر: أنه لا خلاف في الاكتفاء بذلك^(٣).

وقال في النهاية: وإن كان نخلاً فحين يصفر البُسْر ويتلون^(٤).

وقال الفاضلان في النافع، والقواعد، والتحرير، والتذكرة: إنه الاحمرار أو الاصفرار^(٥)، وهو المحكي عن الأصفهاني^(٦)، والصهرشتي^(٧). واختاره الشهيدان، والمحقق الكركي في ظاهر الشرح، حيث قال: إنه المشهور، وعليه دل أكثر الأخبار^(٨).

ومرجع^(٩) هذه العبارات إلى اعتبار التلون من الخضرة إلى غيره من الألوان، المعتاد عروضها أولاً في تلك النخلة حمرة كان أو صفرة أو سواداً

(١) المقنع: ١٦٣.

(٢) بدل ما بين القوسين في المصدر: صلاحها بأنفسها بالبلوغ أو.

(٣) الخلاف ٣: ٨٨.

(٤) النهاية: ٤١٤ - ٤١٥.

(٥) المختصر النافع: ١٢٩، قواعد الأحكام ٢: ٣٣، تحرير الأحكام ٢: ٣٩٤، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٨.

(٦) لم نعثر عليه.

(٧) غاية المراد ٢: ٤٣.

(٨) اللعة دمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٤٦، الروضة البهية ٣: ٣٥٥، جامع المقاصد ٤: ١٦١ - ١٦٢.

(٩) في «م»: وترجع.

فلا اختلاف فيها في المعنى.

ويوافقها ما ذكره الشيخ في المبسوط، حيث قال: بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة ممّا تحمّر أو تصفرّ، فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كانت ممّا تبيّض فبأن تتموّه، وهو أن ينمو فيه الماء الحلو ويصفرّ^(١) لونه، وإن كان ممّا لا يتلون مثل التفاح فبأن يحلو ويطيب أكله، إلى أن قال: وقد روى أصحابنا: أنّ التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصّة^(٢). وتبعه في ذلك القاضي في المهذب، كما حكى عنه^(٣).

ولا مخالفة فيهما لما سبق فيما يتلون من النخل، فإن أدرج في عبارته الأولى خاصّة - كما يقتضيه آخر كلامه - فلا مخالفة أصلاً.

وقال ابن إدريس: فإن كانت ثمرة النخل وكانت ممّا تحمّر أو تسود أو تصفرّ فبدو الصلاح فيها ذلك، وإن كانت بخلاف ذلك فحين يتموّه فيها الماء [يصفو]^(٤) الحلو ويصفرّ لونها، ولا يعتبر التموّه، والتلون، والحلاوة عند أصحابنا إلّا في^(٥) النخيل خاصّة، فإن كانت الثمرة ممّا تتورّد فبدو صلاحها أن ينتثر^(٦) الورد، إلى آخر كلامه^(٧).

(١) في «ف»: ويصفر.

(٢) المبسوط ٢: ١١٤.

(٣) المهذب ١: ٣٨٠ - ٣٨١، غاية المراد ٢: ٤٦، مفتاح الكرامة ١٣: ٤٦٩.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في المصدر والنسخ: «يصفر». والصحيح ما أثبتناه كما يقتضيه قوله المصنّف فيما يأتي «وزيد في السرائر اعتبار التموّه والحلاوة والصفاء في غير ذلك».

(٥) في المصدر زيادة: ثمرة.

(٦) في المصدر: ينتثر.

(٧) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩.

والضمير في قوله: وإن كانت، راجعٌ إلى ثمرة النخل.
ونقل العلامة عبارته بالمعنى، معرباً عن إرجاعه إلى غيرها من الثمار^(١)،
وهو خلاف الظاهر.

فهذه العبارات متوافقةٌ في اعتبار التلّون فيما يتلّون من النخل، وزيد في
السرائر: اعتبار التّموّه، والحلاوة، والصفاء في غير ذلك.
ويحتمله المبسوط، والمهذّب^(٢)، ولعلّ ترك باقي الأصحاب لذلك؛
لندرتة إن فرض وجوده.

وحكى الشهيدان والمحقّق الكركي قولاً بأنّه عبارةٌ عن بلوغ غايةٍ
يؤمن عليها الفساد^(٣) ولم يذكروا قائله، ولا وقفتُ عليه، إلّا ما يظهر من
ابن زهرة في الغنية، حيث إنّهُ أطلق أوّلاً اعتبار بدوّ الصلاح، ثمّ قال: فإذا
بدا صلاحها وأمنت العاهة جاز بيعها على كلّ حالٍ^(٤).

فقوله: وأمنت العاهة، تفسيرٌ لما قبله؛ إذ لا يعتبر غير بدوّ الصلاح
إجماعاً، وهو مقتضى أوّل كلامه أيضاً؛ فإنّ ما ذكر في مقام التفسير
والبيان مع الكشف عن علّة الحكم.

وقال المحقّق في الشرائع - في ثمرة النخل -: وبدوّ الصلاح: أن
تصفّر، أو تحمّر، أو تبلغ مبلغاً يؤمن عليها العاهة^(٥).

(١) مختلف الشيعة ٥: ٢٢٥.

(٢) المبسوط ٢: ١١٤، المهذّب ١: ٣٨٠-٣٨١.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٣، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦، جامع المقاصد ٤: ١٦١.

(٤) غنية النزوع: ٢١٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٦٣.

وقال العلامة في الإرشاد - في مطلق الثمار -: إنه الاحمرار، أو الاصفرار، أو بلوغ غاية يؤمن عليها الفساد، أو ينعقد حبّ الزرع والشجر^(١).

والظاهر أنّ المراد بالشجر: غير النخل، فيوافق كلام المحقق فيه، وهما يحتملان الإشارة إلى الخلاف، كما استظهره الكركي في التعليق^(٢)، أو قصد التخيير، كما استظهره الشهيدان^(٣)، أو اختلاف الأخبار، أو القول والخبر، أو التنويع في التلون وغيره.

وحكى العلامة القول الأول عن أكثر الجمهور، ثم قال: وحكي عن بعض الفقهاء أنّه قال: بدوّ الصلاح في الثمار بطلوع الثريّا، مستدلاً برواية ابن أبي عمر^(٤) حيث روى عن النبي ﷺ: أنّه ينهى عن بيع الثمار حتّى يذهب العاهة، ف قيل لابن عمر: متى ذلك؟ قال: إذا طلع الثريّا^(٥).
وحكاه الشيخ عن بعض الناس مستدلاً بالرواية أيضاً^(٦).

ولا ريب في أنّه من العامة^(٧)، فلا وجه لجعل ذلك قولاً في المسألة، كما فعله الكركي في الشرح^(٨)، وقد احتمل ما ذكرناه أيضاً وكان عليه أن يقطع به.

(١) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣.

(٢) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي) ٩: ٣٤٨.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦.

(٤) في جميع النسخ: ابن أبي عمير. وهو تصحيف، والمثبت كما في المصدر.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٩، سنن البيهقي ٥: ٣٠٠، مسند أحمد ٢: ١٣٣/٤٩٩٢.

(٦) الخلاف ٣: ٨٨.

(٧) نيل الأوطار ٥: ٢٧٦.

(٨) جامع المقاصد ٤: ١٦١-١٦٢.

وقد يجعل ذلك وجهاً لمعرفة الأمن من الآفة في مقابل الرجوع إلى أهل الخبرة، وهذا هو مقتضى الرواية.

وعلى الوجهين فهو من الفساد بمكان؛ لأن الثمار مختلفة جداً باعتبار ظهورها وبلوغها، والانتفاع بها في بلد واحد، فضلاً عن البلاد المختلفة، فكيف يناط الحكم فيها على أمر واحد، وهو مستحيل قطعاً.

فإن قصد: أنه إذا اتفق ذلك كان علامة، لعدم لزوم أطراد العلامة، (فالأمر سهل)^(١)، ولكنه لم يخرج بذلك عن الفساد، كما هو ظاهر، ويكفي فيه صدوره ممن صدر منه، فلم يبق إذن إلا القولان الأولان، أو الثلاثة.

والثاني لم يوجد به قائل صريحاً، ولا يخلو عن إبهام؛ إذ الأمن من الآفة لم يُعلم أنه من جهة حال الثمرة، أو الزمان، أو المجموع.

والأول أقرب إلى اللفظ، والثاني إلى ما نقل من ابن عمر، والثالث إلى الاعتبار؛ لأن الحكمة تتم بجميع ذلك.

وعلى الأول والأخير هل يعتبر حال كل ثمرة مبيعة بنفسها، ويرجع فيها إلى أهل الخبرة، أو يراعى في ذلك ضابطة عامة يُعرف منها حال الجميع؟

والأول بعيدٌ من الحكمة؛ لما في ذلك من التأدية إلى الاضطراب، والمشقة، والاختلاف.

فالظاهر الثاني، وحينئذ يتعين القول الأول في النخل؛ لانطباق الضابطة المعتبرة فيه مع الروايات الآتية، وفتاوى أعظم العلماء، واعتبار

(١) بدل ما بين القوسين في «ف»: فالأمر أسهل، وفي «م»: والأمر أسهل.

أهل الخبرة.

ثم إنّه أُطلق: بدوّ الصلاح، في جملة من كتب الأصحاب، كالمقنعة، والكافي، والوسيلة، بل الغنية^(١).

وظاهرهم بعدم تعيين العلامة الخاصّة هو: الرجوع إلى العرف والعادة، ومعناه: إمّا ظهور صلاحها منها - لقوّتها من الفساد - فيرجع إلى الثاني، أو صلاحيّتها للانتفاع - لكونها على صفة تُطلب من تلك الثمرة غالباً، نظراً إلى أدنى مراتبها، فعلامته حينئذٍ هو الأوّل.

هذا ما يتعلّق بالأقوال، والمعتمد منها: هو الأوّل؛ لما ذكره الشيخ في الخلاف: من أنّه لا خلاف في الاكتفاء بذلك^(٢)، فما عداه إن وافقه فذاك، وإن تأخّر عنه فلا حاجة إليه، وإن تقدّم فلا اعتماد عليه غير معلوم، والأصل عدم حصول الشرط، واستصحاب المنع، ولأنّ الروايات بين معتبرة لبدوّ الصلاح، كما ذكره الأصحاب، وهي صحيحة ربعي الواردة في النخل ونحوها، ورواية محمد بن شريح في النخل وغيره^(٣).

ومعتبرة للبلوغ، كصحيحة الحلبيّ، ورواية أبي الربيع الواردين في النخل وغيره، وبعض روايات علي بن جعفر، الواردة في النخل، ومعتبرة للإطعام، كصحيحة سليمان بن خالد، وموثقة أبي بصير، الواردين في النخل، وإحدى روايتي علي بن أبي حمزة، وموثقة عمّار في الفواكه،

(١) المقنعة: ٦٠٢، الكافي في الفقه: ٣٥٦، الوسيلة: ٢٥٠، غنية النزوع: ٢١٢.

(٢) الخلاف ٣: ٨٨.

(٣) الكافي ٥: ١٧٥، الاستبصار ٣: ٨٩/٢٠٣.

ومعتبرة للإدراك، كصحيحة ابن شعيب، وقوية إسماعيل بن الفضل،
الواردتين في مطلق الثمرة، ومعتبرة للزهو، المفسر بالتلون، كإحدى
روايته ابن أبي حمزة في النخل، أو المفسر بالاحمرار أو الاصفرار، كما في
صحيحة الوشاء، الواردة في النخل، أو حسنته، ومع زيادة: وشبه ذلك،
كما رواها في الكافي بسندٍ مشتملٍ على معلى بن محمد^(١).

ونحوها النبوية المروية في الفقيه - في مطلق الثمار - وفيها: «نهى أن تباع
الثمار حتى تزهو، يعني: أن تصفرّ أو تحمرّ»^(٢)، ولا يبعد كون التفسير من
الصادق عليه السلام، أو أحد آبائه ؛ لا اتصال الرواية بهم.

وقد سبق عن المعاني رواياتٌ عديدة، ذكر في إحداها المخاضرة، وفي
أخرى الزهو، وفي الثالث التشقيح، وفي الرابعة الأمن من العاهة^(٣).

وفسر الجميع في المعاني بما يرجع إلى معنى واحد.

فإن كان التفسير من أبي عبيدة، فكلامه حجةٌ فيما يتعلق باللغة، مع أنّ
الظاهر استنادها إلى النقل النبوي.

وإن كان من طرق العامة، فقد روى الشيخ في الخلاف رواياتٍ في

(١) مسائل علي بن جعفر: ١٢١ - ١٢٢ / ٧٤، الكافي ٥: ١٧٥ / ٣، و ١٧٦ / ٨، تهذيب الأحكام
١٠٢: ٧ - ١٠٣ / ٣٦١، و ١٠٥ - ١٠٦ / ٣٧٢، و ١٠٧ / ٣٧٥، و ١١١ - ١١٢ / ٣٩١، الاستبصار
٣: ٨٥ / ٢٩٠، و ٨٦ / ٢٩٤، و ٨٧ / ٢٩٧، و ٢٩٩، و ٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٠ -
٢١١، و ٢١٣، و ٢١٦ - ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢ - ٤، و ٧، و ٩، و ١٣، و ١٦ و
١٧، و ب ٢ ح ١ - ٣ و ٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٤.

(٣) منها: معاني الأخبار: ٢٧٨، الوسائل ١٨: ٢١٥، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٥ - ١٦.

ذلك:

منها: أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل: يا رسول الله وما تزهي؟ قال: «حتى تحمر».

ومنها: «نهى عن بيعها حتى تشقق، قيل: وما تشقق؟ قال: «تحمّر، وتصفّر، ويؤكل منها».

ومنها: قال: «لا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها»، قيل: وما بدو صلاحها؟ قال: «حتى تذهب عاهتها، ويخلص طيبها».

ومنها: «نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم».

ومنها: «نهى عن بيع العنب حتى يسودّ، وعن بيع الحبّ حتى يشتدّ»^(١).

وقد تقدّم في رواية أبي بصير^(٢) في النخل وغيره: اعتبار الإثمار وأمن ثمرتها من الآفة.

وقد ذكر في كتب اللّغة في معنى جملة من الألفاظ ما يقارب ما ذكر.

ففي القاموس: زها البسر: تلون، كأزهي وزها، والغلام: شبّ.

وفيه: أشقح البُسْر: لَوْن، كشقّح، والنخل أزهي، والشقحة بالضمّ: البسرة المتغيّرة المحمّرة.

وفيه: المخاضرة: بيع الثمار قبل بدو صلاحها^(٣).

(١) الخلاف ٣: ٨٦-٨٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠/٣٨٧، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٢.

(٣) القاموس المحيط ١: ٤٦٨ (زهو) و٢: ٣٢ (خضر) و٤: ٤٩١ (زهو).

وفي الصحاح: الزهو: البسر الملوّن، يقال: إذا ظهرت الحمرة والصفرة في النخل: قد ظهر فيه الزهو، وأهل الحجاز يقولون: الزهو بالضمّ، وزها النخل زهواً وأزهى أيضاً لغةً حكّاها أبو زيد، لم يعرفها الأصمعيّ. وفيه: أشقح النخل: أزهى، وكذلك التشقيح، ونهى عن بيعه قبل أن يشقح.

وذكر في المخاضرة ما مرّ عن المعاني، وقال: الخضيرة: النخلة التي ينتشر بسرّها وهو أخضر^(١).

وفي المغرب: المخاضرة: بيع الثمار خضراً لما يبدو صلاحها.

وفيه: زها البسر وأزهى: احمرّ واصفرّ، ومنه الحديث: «نهى عن بيع ثمرة النخل حتّى يزهو»، ويروى: «يزهي»، والزهو: الملوّن من البسر؛ لتسميته بالمصدر.

وفيه: أشقح النخل وشقّح: إذا تغيّر البسر للاصفرار بعد الاخضرار^(٢).

وفي الغريبين روى حديث «يزهو»، «ويزهي»، وقال: قال شمرٌ: قال ابن الأعرابي: زها النخل يزهو: إذا ظهرت ثمرته، وأزهى: إذا احمرّ واصفرّ، وقال غيره: يزهو خطأ في النخل، إنّها هو يزهي لا غير.

وفيه: قال القتيبي: في معنى: وعليه حلّة شقحيّة: هي الحمراء، ومنه

(١) الصحاح ١: ٣٣٣ (شقح)، و٢: ٥٥٩ و٥٦٠ (خضر)، و٥: ١٨٨٩ - ١٨٩٠ (زها).

(٢) المغرب: ١٤٧ (خضر)، و٢١٤ (زهى)، وفيه: منه الحديث: «نهى عن بيع ثمر النخل حتّى يزهو»، ويروى: «حتّى يزهي»، والزهو: الملوّن من البسر، تسمية بالمصدر، و٢٥٤ (شقح).

الحديث: «نهى عن بيع الثمرة قبل أن يشقح»، قال الأصمعي: إذا تغيرت البصرة إلى الحمرة، قيل: هي^(١) شقحة، وقد أشقحت النخلة^(٢).

وقد ظهر مما ذكر: أن بدو الصلاح وإن أجمعوا على اعتباره إلا أنه لم يذكر إلا نادراً في بعض الروايات الغير معتبرة، وفي صحيحة ربعي^(٣) الدالة: على أن اعتباره للإرشاد أو الكراهة، وأما باقي الروايات فخالية منه.

وما اعتبر فيها من البلوغ والإطعام والإدراك لم يذكر لها حد، فعلم أن مرجعها إلى ما هو المعلوم في العرف والعادة، وظاهر حصولها بالتلون فيما له لون، والتموه بالماء الحلو في غيره.

وقد كشف ذلك ما اعتبر فيه التلون، أو الاحمرار والاصفرار، كما في الحسن - كالصحيح - المؤيد بسائر الروايات النبوية، وزيد في الأخير - كما عرفت - ما يشبه ذلك ليندرج سائر الألوان.

ويظهر من النظر فيها: أن اعتبار التلون ليس لخصوصية فيه، بل لكشفه عن حصول الحالة المعتبرة في الجميع، وهي صيرورتها على صفة تطلب فيه غالباً للانتفاع، بالنظر إلى أدنى مراتبها.

وزيد ذلك كشفاً بما دلّ على اعتبار الضميمة قبل بدو الصلاح لا بعده^(٤)، فعلم أن العبرة فيه بكونها على صفة الانتفاع بالثمرة بالفعل، كما

(١) في المصدر: هذا.

(٢) الغريين في القرآن والحديث ٣: ٨٤٢ - ٨٤٣ و ١٠١٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٦ / ٣٧٣، الاستبصار ٣: ٨٧ - ٨٨ / ٣٠٠، الوسائل ١٨: ٢١١،

أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ / ٨٩٠، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٤.

قلنا.

وأما ما دلّ: على اعتبار الأمن من الآفة^(١)، فرواية ضعيفة قابلة للحمل على ما قلنا؛ لأنها إذا بلغت إلى تلك الصفة لم يحتج إلى رعاية ما بعدها من الأحوال؛ لحصول الانتفاع الفعلي، وقد أمنت من الآفات المانعة منه.

ولو كان المراد: بلوغها حدّاً يأمن فيه من الآفة إلى أوان الجذاذ، فالروايات الأخر تدلّ على حصوله بما قلنا، وإلا لم تحلّ عنه جُلّ الروايات على كثرتها واعتبارها، وقد أُشير إلى ذلك في المعاني^(٢).

فبدوّ الصلاح المجمع على اعتباره يحصل بمعنييه بما قلنا، فإذا نل وجه للتردد في الحكم، ولا البناء على التخيير، وقد عاضد ذلك الإجماع المستفاد من الخلاف، والسرائر^(٣)، والمعتضد بالشهرة المحقّقة والمنقولة، وعدم مخالف فيه صريحاً، فالقول به متعيّن.

واعلم: أنّه حيث اعتبر بدوّ الصلاح فلا يشترط حصول ذلك في جميع الثمرة المبعة، بل إذا حصل في بعضٍ وضمّ معه الباقي جاز بالإجماع، والنصوص المستفيضة، كصحيفة بن شعيب، وموثقة عمّار، وقوية ابن الفضل، ورواية ابن أبي حمزة، وغيرها، كصحيفة بريد^(٤) في وجه سبق.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠/٣٨٧، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٢.

(٢) معاني الأخبار: ٢٧٨، الوسائل ١٨: ٢١٥، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٦.

(٣) الخلاف ٣: ٨٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩.

(٤) الكافي ٥: ١٧٤/١، يستخرج من التهذيب ٧: ١٠٢ و ١٠٦/٣٥٩، و ٣٦١، ٣٧٣،

الاستبصار ٣: ٨٦ - ٨٧/٢٩٢ و ٢٩٤ و ٢٩٦، و ٨٩ و ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٥٩، أبواب

أحكام العقود، ب ١١ ح ١، و ٢١٣ و ٢١٧ - ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨، و ب ٢ ح

ولو اكتفينا بالظهور جاز البيع بظهور البعض، كما في بيع الظاهر مع المتجدّد، كما في القواعد^(١)؛ لوجود الضميمة المسوّغة، ولفحوى ما دلّ على جواز ضمّ السنة الثانية فصاعداً مع الأولى بعد ظهور ثمرتها، فجواز الضمّ في السنة الواحدة أولى، ولصحيحتي الحليين، وموثقة ساعة، ورواية أبي الربيع^(٢).

وبما قلنا نخصّص الروايات المانعة بإطلاقها من بيع كلّ ثمرة إلى أن تظهر.

ولا فرق بين ضمّ المجانسة والمخالفة، والموجودة والمعدومة إذا كان الجميع في بستانٍ واحد، أو أرضٍ^(٣) واحدة عرفاً.

ولو أدرك ثمرة بستانٍ، ففي جواز بيع بستانٍ آخر معه لم يدرك قولان: المنع، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، والخلاف، والاستبصار^(٤)، كما عزا إليه في الكشف^(٥).

وبه حكّم المحقّق في الشرائع أولاً، ثمّ قال: وفيه تردّد^(٦).

(١) قواعد الحكم ٣٥: ٢.

(٢) الكافي ٥: ١٧٦/ ٧، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥-١٠٦ / ٣٧٢ و ٢٤١ / ٨٩٠، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٣٩٣، الوسائل ١٨: ٢١٢ و ٢١٨-٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٧ و ب ٢ ح ٤ و ب ٣ ح ١.

(٣) في «حج»: وأرض.

(٤) المبسوط ٢: ١١٤، الخلاف ٣: ٨٨، الاستبصار ٣: ٨٩-٩٠.

(٥) كشف الرموز ١: ٥٠٥.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٦٣.

وربما يومئ إليه كلام الحلي، حيث قال: وإن كان في بستان واحد [ثمار]^(١) مختلفة، وبدا صلاح بعضها، جاز بيع الجميع، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه^(٢).

والجواز هو اختيار النافع، والمختلف، والتذكرة، والسرائر، والدروس، وكشف الرموز، وغاية المرام، والمسالك^(٣).

وعزا إلى الأكثر في المهذب^(٤)، وإلى الباقيين غير الشيخ في المقتصر^(٥)، ولعله استنبطه من إطلاقهم جواز البيع مع الضميمة.

احتج الشيخ: بإجماع الفرق، وأخبارهم، وبإطلاق ما دلّ على المنع، خرج منه ما إذا أدرك بعض ثمار البستان الواحد، فبقي الباقي على المنع^(٦)، ولأنّ الظاهر من صحيحة ابن شعيب، ورواية ابن أبي حمزة، ورواية أبي الربيع^(٧): اعتبار كون المدرك والظاهر في ذلك البستان الذي يراد بيعه، وقد نصّ على ذلك في موثقة عمّار، فإنّه لما سئل عنه عليه السلام: عن الفاكهة

(١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: «نخلًا». والمثبت كما في المصدر.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٠.

(٣) المختصر النافع: ١٣٠، المختلف ٥: ٢٢٤، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥١، السرائر (ضمن

موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٠، الدروس ٣: ٢٣٥، كشف الرموز ١: ٥٠٥-٥٠٦، غاية

المرام ٢: ٩٣، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦-٣٥٧.

(٤) المهذب البارع ٢: ٤٣٨.

(٥) المقتصر: ١٨٠.

(٦) الخلاف ٣: ٩٠.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٧-١٥٨ / ٦٩٠، الاستبصار ٨٦: ٣/ ٢٩٢ و ٢٩٤، الوسائل ١٨:

٥٩، أبواب أحكام العقود، ب ١١ ح ١، و ٢١٣ و ٢١٧-٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٧ و ٨.

متى يحل بيعها ؟ قال: «إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فأطعم بعضها، فقد حل بيع الفاكهة كلها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم، فإن كان أنواعاً متفرقة، فلا يباع شيء منها حتى يطعم كل نوع منها وحده، ثم تباع تلك الأنواع»^(١).

ووجه الدلالة: أنه اعتبر أولاً اتحاد الموضع مع كثرة الفاكهة، وحكم بأنه إذا أطعم بعضها حل بيع الجميع، والمراد بيعه في عقد واحد قطعاً، فيدل بمفهومه على عدم حلّيته مع تعدد الموضع، ثم صرح بالمفهوم، فقبول قيد الكثرة باتحاد النوع، واتحاد الموضع بالتفرق، وحكم فيه بالمنع من البيع ما لم يدرك كل نوع منه وحده، فالحكم في الجميع هو بيع الجميع في عقد واحد.

ويبقى الإشكال في النوع الواحد المتفرق في المواضع، ويمكن فهمه من المفهوم والإجماع المركب.

احتج المجوزون: بالإجماع على جواز البيع مع الضميمة القابلة لإفرادها بالبيع، والفرض أن أحد البساتين كذلك، وبإطلاق صحيحتي الحلبيين، وبقوية ابن الفضل^(٢)، حيث أطلق فيها: إذا كانت له في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت، فبيع ذلك كله حلال.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١١١ - ١١٢ / ٣٩١، الاستبصار ٣: ٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٩،

أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٥.

(٢) الكافي ٥: ١٧٥ - ١٧٦ / ٦، تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ / ٨٩٠، الاستبصار ٣: ٨٧ / ٢٩٦،

الوسائل ١٨: ٢١٧ - ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٢ و ٤.

ويمكن منع الإجماع مطلقاً، كيف وقد ادعى الشيخ الإجماع على المنع هنا^(١)؟!، وتخصيص الإطلاق مع ضعفه بما ذكر من الأدلة.

وأما قوّة ابن الفضل فمع ما فيها من الإرسال اعتبر فيها كون الضميمة في تلك الأرض، ولا يقول المجوّز بذلك، فهي بالدلالة على المنع أظهر، مع أنّ غاية ما فيها أن تكون مطلقة، فتقيّد بها ذكر.

ويمكن الجواب عن حُجج الشيخ:

أما عن الإجماع فلتفرّده بذلك فيما وقفنا عليه، إلّا ما يوهمه كلام الحلبي^(٢).

وعن الإطلاقات بما سبق من الإجماعات وغيرها في الضميمة، ومعلوم أنّه لا فرق بين البستان وغيره في صحّة الضمّ بعد صلاحيّته للأفراد بالبيع.

وأما عن الروايات فإنّ موردها - غير المؤثقة - هو شراء البستان الواحد، فلذلك اعتبر إدراك بعضه.

بقيت المؤثقة، ويعارضها مؤثقة سماع^(٣)، بعد حملها على كون البيع بعد الظهور، وهو أرجح؛ لاعتضادها بالإجماعات المنقولة في مطلق الضميمة، وللشهرة العظيمة فيها.

ويمكن ترجيح الأولى بالأصل وبإضمار الثانية، وترك ظاهرها عند

(١) الخلاف ٣: ٩٠.

(٢) الكافي في الفقه ٣٥٦.

(٣) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

الأصحاب، فالمسألة لذلك موضع تردد وإشكال.

والتحقيق: أن البستان الآخر إما أن يظهر فيه ولم تدرك، أو لم تظهر فيه أصلاً.

والثاني يمكن إدراجه تحت إطلاقهم: عدم جواز بيع المعدومة بالضميمة، وإنما خرج من ذلك الثمرة المتجددة في البستان أو الشجرة الواحدة، فيبقى الباقي على المنع، والأول يندرج تحت إطلاقهم جواز بيع الظاهر مع الضميمة، ولو جَوَزناه مطلقاً وإن لم يبد صلاحه فلا إشكال.

ويظهر من الدروس، والمسالك^(١): تفريع الحكم على اشتراط بدو الصلاح، وأنه على عدمه يصح بلا إشكال.

ويظهر من السيوري حكمه بالصحة^(٢)؛ نظراً إلى الاكتفاء بالظهور. وكلاهما كما ترى.

ويمكن تنزيل موثقة عمّار^(٣) على ما إذا قصد كون كل من ثمرة المواضع المتعددة مقصوداً بالبيع بنفسه، لا على وجه التبعية للموجودة، فلا ينافي الجواز على هذا الوجه، وقد تُحمّل على تعدد العقود، وقد عرفت ما فيه. فإذاً الحكم موضع تردد، والأشبه: الجواز، كما قال المحقق^(٤).

(١) الدروس ٣: ٢٣٥، مسالك الأفهام ٣: ٣٥٦-٣٥٧.

(٢) التنقيح الرابع ٢: ١٠٧-١٠٨.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١١١-١١٢ / ٣٩١، الاستبصار ٣: ٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٩،

أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٥.

(٤) المختصر النافع: ١٣٠.

ثمّ إنّنا حيث جوّزنا بيع المدرك مع غيره، أو الظاهر مع المعلوم، فإنّما يصحّ إذا كان المقصود أولاً وبالذات أو ثانياً وبالجعل هو: ما يصحّ بيعه، والآخر يكون تابعاً، فيجري عليه لو تلف أو عاب أو لم يظهر من أصله حكم الأبق مع الضميمة.

ويزيد هنا: أنّ عدم الظهور الكاشف عن عدم كونه متعلّقاً للبيع لا يوجب فساد البيع، بخلاف ما إذا انكشف عدم وجود الأبق وموته قبل العقد، فإنّه يُحكم حينئذ بفساد البيع فيه، كما سبق.

والحاصل: أنّ الضميمة ترفع المحذور الحاصل من الجهة الموجبة للمنع ولوازمها، أمّا سائر الجهات فلا، والمانع في الأبق عدم القدرة على التسليم؛ بسبب الامتناع، وعدم وصوله إلى اليد لا الموت قبل العقد، فإنّ استصحاب البقاء يجوز البيع، ويرفع^(١) المنع من هذه الجهة.

أمّا المانع هنا فعدم الظهور في وقته، أو عدم البلوغ إلى حدّ بدوّ الصلاح، فلا ضمان من هذه الجهة أصلاً، إلّا بتعدّد أو تفريط.

النوع الثاني: ثمرة سائر الأشجار.

مقباس

[عدم جواز بيع سائر الثمار سنةً قبل الظهور]

لا يجوز بيعها سنةً واحدة قبل الظهور، والكلام فيه كما مرّ في النخل ولا أكثر من سنة.

والخلاف هنا كاخلاف ثمة على ما نصّ عليه العلامة في التذكرة^(١)، وغيره، لكنّ الصدوق إنّها تعرّض للنخل خاصّة^(٢)، والمحقق في الشرائع تردّد، وقال: والمرويّ الجواز، وتردّد هنا، وقال: الأولى المنع^(٣).

والعلامة حكّم هناك أولاً في التذكرة بالجواز، ثمّ قال: ويحتمل قوياً المنع، وقال هنا أولاً: الأقوى عندي المنع، وأحال البحث والاختلاف فيه على ما هناك^(٤).

ولا يخفى أنّ جملة من الروايات المسوّغة وإن اختصّت بالنخل إلّا أنّ أخرى منها معتمّة، كصحيحتي الحلبي وابن شعيب ذكر فيها النخل وغيره^(٥).

وقد علّل الحكم في النخل في رواية عليّ بن جعفر بما يقتضي التعميم لغيره^(٦).

وقد ذكر الصدوق العلة المذكورة في الروايات في النخل وغيره^(٧)، فيلزمه القول بالتعميم أيضاً، مع أنّ الظاهر عدم الفرق في ذلك.

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٥٩.

(٢) المقنع: ١٦٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٦٣ - ٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٤٦ - ٣٤٧ و ٣٥٩.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٤، و ١٠٦ / ٣٧٣، الوسائل ١٨: ٢١٠ و ٢١٣، أبواب بيع

الثمار، ب ١ ح ٢ و ٨.

(٦) مسائل علي بن جعفر: ١٢١ - ١٢٢ / ٧٤، و ١٦٩ / ٢٨٤، الوسائل ١٨: ٢١٦ - ٢١٧، أبواب

بيع الثمار، ب ١ ح ١٧ و ٢٢.

(٧) المقنع: ١٦٣.

ولا مع الضميمة، والخلاف فيه كما مر، ومستند الجواز وهو موثقة سماعة^(١) ذكر فيه النخل وغيره، وكذلك مستند المنع.

ويجوز بيعها بعد الظهور في المواضع المستثناة هناك، والخلاف فيها وفي ما عداها كالخلاف هناك على ما صرحوا به^(٢).

[حد بدو الصلاح]

وقد وقع الخلاف أيضاً في حدّ بدو الصلاح الرافع للمنع مطلقاً. ولكنّه ربما يظهر من بعض المشترطين لبّدو الصلاح هناك عدم اعتباره هنا؛ نظراً إلى ما ذكره في حدّه، كما يأتي. فاعلم: أنّ للأصحاب هنا أقوالاً:

الأوّل: ما ذكره الشيخ في المبسوط، حيث قال: بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة ممّا يحمّر، أو يصفرّ، أو يسودّ، فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، وإن كان ممّا يبيّض فبأن يتمّوه، وهو: أن ينمو فيه الماء الحلو ويصفر لونه، وإن كان ممّا لا يتلون مثل التفّاح، فبأن يحلو ويطيب أكله، وإن كان مثل البطّيخ، فبأن يقع فيه النضج.

قال: وقد روى أصحابنا: إنّ التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصّة، وأمّا ما يتورّد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد وينعقد، وفي الكرم أن ينعقد الحُضرم، وإن كان مثل القثاء^(٣) والخيار الذي لا يتغيّر طعمه ولا لونه، فإنّ

(١) الكافي ٥: ١٧٦/٧، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٢) الحدايق الناضرة ١٩: ٣٣٠ - ٣٣١.

(٣) القثاء: الخيار، لسان العرب ١: ٢٨ (قثاء).

ذلك يؤكل صغاراً، فبدوّ صلاحه فيه أن يتناهى عظم بعضه^(١). وهذا أيضاً هو المحكي عن القاضي في المهذب^(٢).

وقوله: وإن كان مثل القثاء، إلى آخره، من فتاويه، لا ممّا روى الأصحاب، وبه صرّح الشهيد في غاية المراد^(٣).

وأما ما قبله فمن الرواية، كما صرّح به هو أيضاً.

وهذا القول هو الذي نقله العلامة في التذكرة عن الشافعي^(٤)، وإنّما زاد عليه بذكر رواية الأصحاب.

الثاني: ما ذكره في الخلاف من أنّه عبارة عن صلاحها في أنفسها بالبلوغ، والتلون^(٥).

وهو لا يخلو من إجمال، ويمكن أن يكون تفصيله ما ذكره في المبسوط.

الثالث: ما ذكره في النهاية، وهو: الأمور الثلاثة^(٦) التي عزّاه في المبسوط إلى رواية الأصحاب.

وقال الصيمري في الشرح: إنّهُ المشهور عند المتأخّرين^(٧).

(١) المبسوط ٢: ١١٤.

(٢) المهذب ١: ٣٨٠-٣٨١.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٥-٤٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦١.

(٥) الخلاف ٣: ٨٨، وفيه: أو التلون.

(٦) النهاية: ٤١٤-٤١٥.

(٧) غاية المرام ٢: ٩٣-٩٤.

وقال الشهيد في الشرح - في ثمرة الأشجار -: إنه المشهور، ثم نقله عن الشيخ في النهاية، والإسكافي، والقاضي في الكامل، والحلي، والعلامة في التحرير^(١)، ولكنه أسقط اعتبار انعقاد الحِضْرَم في الكرم، بل اقتصر على ذكر انعقاد الحبّ وتناثر الورد^(٢)، ولعله أدخله في انعقاد الحبّ.

وقد علمت فتوى النهاية.

وأما الحلي فقال في آخر الكلام الذي مرّ عنه في النخل: فإن^(٣) كان الثمرة ممّا يتورّد، فبدوّ صلاحها أن ينتثر^(٤) الورد، و [في الكرم أن^(٥)] ينعقد^(٦) الحِضْرَم، وإن كان^(٧) غير ذلك فحين يخلق ويشاهد، قال: وقال بعض المخالفين: إن كان مثل القثاء والخيار الذي لا يتغيّر طعمه ولا لونه، فبدوّ صلاحه أن يتناهى عظم بعضه، وقد قلنا: إنّ أصحابنا لم يعتبروا بدوّ الصلاح، إلّا فيما اعتبروه من النخل والكرم، وانتثار^(٨) الورد في الذي يتورّد^(٩).

(١) غاية المراد ٢: ٤٥، النهاية: ٤١٤ - ٤١٥، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩ -

٥٠٠، تحرير الأحكام ٢: ٣٩٤.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٥ - ٤٦.

(٣) في المصدر: وإن.

(٤) في المصدر: ينتثر.

(٥) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٦) في المصدر: وفي الكرم أن ينعقد.

(٧) في المصدر: كانت.

(٨) في المصدر: وانتثار.

(٩) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩ - ٥٠٠.

وأما العلامة: فقد أفتى بها أفتى به الحلّي^(١).

وهو اختيار الشهيد في الدروس، ومال إليه في الشرح، لكنّه قال فيما عدا النخل والكرم بأنّه انعقاد الحبّ وتناثر الورد^(٢)، والظاهر عدم اختلاف المعنى.

الرابع: إنّ انعقاد الحبّ مطلقاً، وهو اختيار الشرائع والنافع والتذكرة واللمعة، ويحتمله الإرشاد^(٣).

ونقل السيوري في التنقيح قولين: قول الشيخ في المبسوط، والقول باعتبار انعقاد الحبّ وتناثر الورد، ونسب الثاني إلى المحقّق في كتابيه، وقال: إنّ المشهور^(٤). وكأنّه لم يجد منافاة بين القولين.

وزعم: أنّ الانعقاد إنّما يكون فيما له ورد مع التناثر أيضاً في التحرير^(٥). وقال الشهيد: إنّ المحقّق والعلامة في أكثر كتبه وافقاً ما في النهاية، إلّا أنّها لم يذكرنا تناثر الورد، حتّى قيل: إنّ قول المحقّق في الشرائع: ولا يشترط زيادة على ذلك^(٦)، إشارة إلى نفي قول الشيخ في النهاية، وأتباعه، باشتراط نثر الورد^(٧). انتهى.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٤.

(٢) الدروس ٣: ٢٣٥، غاية المراد ٢: ٤٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٦٣، المختصر النافع: ١٣٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٠، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٤٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ١٠٧، المبسوط ٢: ١١٤، شرائع الإسلام ٢: ٦٣، المختصر النافع: ١٣٠.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٤.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٦٣ - ٦٤.

(٧) غاية المراد ٢: ٤٦.

ثم لا يخفى أنّه قال العلامة في القواعد: وأمّا ثمرة الشجر فيجوز بيعها مع الظهور، وحدّه انعقاد الحبّ، ولا يشترط الزيادة على رأي^(١).

وذكر الصيمري نحو ذلك في الجواهر^(٢)، وذكر بدل رأيي: على الأشهر؛ فمقتضاهما: أنّ الظهور هو الانعقاد.

وقال في الإرشاد: إنّها يجوز بيعها بعد ظهورها، وفي اشتراط بدوّ الصلاح - الذي هو الاحمرار والاصفرار، أو بلوغ غاية يؤمن عليها الفساد، أو ينعقد حبّ الزرع والشجر، أو الضميمة، أو بشرط القطع - قولان^(٣).

فمقتضاه: أنّ الظهور غير الانعقاد، كما يظهر من كلام غيره ممّن سبق.

وقال ولده في الإيضاح - بعد ذكر ما في القواعد -: الخلاف هنا في موضعين:

الأوّل: انعقاد الحبّ هل هو عبارة عن مجرّد الظهور، أو عن بدوّ الصلاح هنا؟ فالشيخ في المبسوط على الأوّل، واختاره ابن إدريس، وقال بعض الأصحاب بالثاني، نقله الشيخ في المبسوط، ونقل ابن إدريس عن بعض الأصحاب: بدوّ الصلاح فيما له ورد: تناثر^(٤) الورد، وفي الكرم انعقاد الحِضْرَم، وفي غير ذلك الحلاوة.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٣.

(٢) جواهر الكلمات: ٢٠ - ٢١ (مخطوط).

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣.

(٤) في المصدر: وانتشار.

الثاني: اشتراط الزيادة، والبحث فيه كما مرّ في النخل^(١).

ولا يخفى صحّة ما عزاؤه إلى المبسوط^(٢)، لا ما عزاؤه إلى ابن إدريس؛ لأنّه قال في غير الكرم: وما له ورد بأنّ بدوّ صلاحها هو الخلق والمشاهدة^(٣).

نعم، آخر كلامه يقتضي أنّ هذا إسقاطٌ لاعتبار بدوّ الصلاح هنا لا خلاف في بيان حدّه.

وأما نقله عن ابن إدريس: أنّه نقل عن بعض الأصحاب ما ذكره، فلم أقف عليه.

وبالجملة: فكلامه مضطرب، كما لا يخفى.

وقال المحقّق الكرّكي - بعد ذكر قول العلامة: وحدّه انعقاد الحبّ -:
وقيل: حدّه أن يتموّه فيها الماء الحلو، أو يصفرّ^(٤) لونه، وقيل غير ذلك،
وما ذكره المصنّف أصحّ.

ومقتضى كلامه: أنّ الظهور، هو: انعقاد الحبّ، وأنّ بدوّ الصلاح
غيره، وصريح عبارة التذكرة، وغيرها: أنّ بدوّ الصلاح هو: انعقاد
الحبّ، فيكون الظهور غيره، فعلى تجويز بيعها بعد الظهور وقبل بدوّ
الصلاح تباع قبل الانعقاد، والظاهر: الجواز مطلقاً وإن كان الأحوط
اعتبار الانعقاد.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٤٦.

(٢) المبسوط ٢: ١١٤.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٠.

(٤) في المصدر: ويصفرّ.

وبالجواز صرح في التذكرة^(١)، وهو ظاهر المختلف، والإرشاد^(٢).
انتهى.

ولا يخفى ما في نقله الخلاف أولاً في حدّ الظهور؛ لأنّ الأقوال في حدّ بدوّ الصلاح لا في الظهور، كما هو ظاهر.

وأما ما ذكره بعد ذلك فيرد عليه ما ذكره الشهيد الثاني في كتابيه: من أنّه بناءً على أنّ بدوّ الصلاح هو: الانعقاد، يتحد وقت الظهور المجوّز للبيع عندنا، وبدوّ الصلاح المجوّز عند الباقيين؛ إذ ليس بينهما واسطة، وإنّما (يظهر على قولي الشيخ في المبسوط، والنهاية)^(٣).

ثمّ قال: وعلى تقدير اعتباره فالأجود ما اختاره المحقّق، وقال: إنّ مستند القولين أخبار لا تبلغ حدّ الصحّة^(٤).

هذه جملة ما وصلت إلّي من عبارات الأصحاب، وقد تقدّم القول باعتبار أمن الثمرة من الآفة مطلقاً، وهو يعمّ النخل وغيره.

وتحقيق المقام: أنّك قد علمت اختلاف الروايات الواردة في غير النخل، كاختلاف ما ورد منها في النخل، فقد اعتبر فيها بدوّ الصلاح، كرواية محمّد بن شريح^(٥)، أو البلوغ، كصحيحة الحلبي، ورواية أبي

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٠-٣٦١.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٢٢٥-٢٢٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣، جامع المقاصد ٤: ١٦٣.

(٣) بدل ما بين القوسين في المصدر: تظهر الفائدة على القولين المنفيين.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ٣٥٧-٣٥٨، الروضة البهية ٣: ٣٥٥-٣٥٦، المبسوط ٢: ١١٤، النهاية:

٤١٤-٤١٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠ / ٣٨٨، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٣.

الربيع^(١)، أو الإطعام، كموثقة عمار، وإحدى روايتي علي بن أبي حمزة^(٢)، أو الإدراك، كصحيحة ابن شعيب، وقوية ابن الفضل^(٣)، أو الزهو، المفسر بالاحمرار أو الاصفرار، كما في النبوة الواردة في مطلق الثمار^(٤).

وقد ورد ذلك في النخل خاصة في صحيحة الوشاء^(٥).

والتلون مطلقاً فيه في إحدى روايتي علي بن أبي حمزة^(٦).

وقد سبق في رواية محمد بن شريح أنه قال: وبلغني أنه قال في ثمرة الشجر: «لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته»، فقليل له: وما صلاح ثمرته؟ فقال: «إذا عقد بعد سقوط ورده»^(٧).

وفي موثقة عمار، قال: سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: «إذا عقد وصار عقوداً، والعقود: اسم الحِضْرَم بالنبطية»^(٨).

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٤، و١٠٥-١٠٦ / ٣٧٢، الوسائل ١٨: ٢١٠ و٢١٣، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٢ و٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ / ٣٥٩، الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٤، و٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٣ و٥.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢-١٠٣ / ٣٦١، و١٠٦ / ٣٧٣، الوسائل ١٨: ٢١٣، و٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٨ و ب ٢ ح ٢.

(٤) صحيح مسلم ١٠: ١٨٤ / ١٥٥٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٣، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٣.

(٦) الاستبصار ٣: ٨٦ / ٢٩٤، الوسائل ١٨: ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٣.

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠ / ٣٨٨، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٣.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ١٠١-١٠٢ / ٣٥٨، الوسائل ١٨: ٢١٢، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٦.

وفي رواية أبي بصير: اعتبار الإثمار وأمن ثمرته من الآفة^(١).

وقد حكى الشيخ في مطلق الثمار: أنه لا خلاف في الاكتفاء فيها بالبلوغ والتلون^(٢).

ونسب في المبسوط إلى رواية أصحابنا ما ذكر في روايتي عمار وابن شريح^(٣).

ونسب الحلّي^(٤) ذلك إلى أصحابنا، ونقل عنهم أيضاً أنهم لم يعتبروا بدو الصلاح إلا في النخل، والكرم، وما فيه ورد، وأنهم لم يعتبروا التموه، والتلون، والحلاوة إلا في النخل.

ولا تسمع دعواه ذلك، مع ما علمت من اختلاف فتاوى أصحابنا.

والمحصل من الروايات هو: أن بدو الصلاح وما في معناه معتبر في الثمار كلّها على وجه اللزوم أو الرجحان، على الاختلاف المتقدم، ومتى اعتبر كان عبارة عن بلوغ الثمرة حدّاً يُنتفع بها في ذلك بحسب العادة، كما سبق.

وقد ورد في النخل وغيره في أكثر الروايات على نهج واحد، وحيث عرف هناك بالتلون ونحوه فيُعرف هنا في كلّ شيء بحسبه، فيصحّ جملة

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١١٠ / ٣٨٧، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٢.

(٢) الخلاف ٣: ٨٨.

(٣) المبسوط ٢: ١١٤، تهذيب الأحكام ٧: ١١٠ و ١١١ - ١١٢ / ٣٨٨، ٣٩١، الاستبصار ٣:

٨٩ / ٣٠٤، الوسائل ١٨: ٢١٤ و ٢١٨، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١٣، وب ٢ ح ٥.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩ - ٥٠٠.

مما ذكره الشيخ من التفصيل.

والمرجع في تحقيقه إلى العرف والعادة، ويؤكد ذلك موثقة عمار، الدالة على اعتبار انعقاد الحُضرم^(١).

ونسبه الحلّي إلى الأصحاب^(٢).

والظاهر حصول بدوّ الصلاح بذلك، ولا يلزم حلاوته وتموّهه بالماء الحلو، أو التلّون، وإن كان كلام الشيخ يوهّم اعتبارها.

وأما رواية ابن شريح، فمع ضعفها لا يعتبر^(٣) سائر الروايات مع كثرتها واعتبار أسانيد جملة منها.

ولا يبعد كون الانعقاد الحاصل بعد تناثر الورد هو: الانعقاد التام، الذي تبلغ به الثمرة حدّ الانتفاع، فيرتفع الاختلاف حينئذٍ بين الروايات، فالمدار فيما عدا الأمرين على العرف والعادة، والضابط: البلوغ إلى أدنى مراتب الانتفاع، ولا يكفي مجرد الحلو والمشاهدة، كما قاله الحلّي^(٤)، إذ لا يُسمّى ذلك ببِدوّ الصلاح، ولا بغيره من الألفاظ المذكورة في الروايات، ولذلك التزم أخيراً بعدم اعتبار بدوّ الصلاح هنا، مع جعله له قبل ذلك نفس الحلو^(٥) والمشاهدة، فالمكتفون بالانعقاد، إن جعلوا صحّة

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠١ - ١٠٢ / ٣٥٨، الوسائل ١٨: ٢١٢، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ٦.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٩.

(٣) كذا في جميع النسخ، والعبارة ناقصة غير تامة، ولا مرتبطة بها بعدها.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٠، وفيه: الخلق والمشاهدة، وليس الحلو

والمشاهدة، فتأمل.

(٥) في السرائر: الخلق.

البيع حاصلة بذلك، وخصّوا بدوّ الصلاح بالنخل فله وجه وإن خالف الروايات الكثيرة.

وإن أرادوا: أنّه نفس بدوّ الصلاح، فهو ظاهر الفساد، وإن بنوا على أن بدوّ الصلاح هو: صيرورته بحيث يؤمن من الآفة، وادّعوا: أن نفس الانعقاد كافٍ في ذلك في غير النخل، فهو محلّ نظر وإشكال، والأقرب عندي هو الرجوع إلى الضابطة المذكورة.

النوع الثالث:

ثمرة الخضروات المثمرة، كالبطيخ والخيار ونحوهما، ولا يصحّ بيعها قبل الظهور كغيرها، ويصحّ بعد بدوّ صلاحها إجماعاً.

وفي بيعها قبله بعد انعقادها قولان، كما في غيرها:

أحدهما: المنع، وهو خيرة المبسوط، والنهاية، والمهذب، والوسيلة^(١).

وظاهر إطلاق المبسوط^(٢)، دعوى الإجماع عليه، ولم أقف على فتوى باقي المانعين هنا، إلّا أنّ الإسكافي حكى عنه الشهيد: أنّه شرط ابيضاض السنبل في جواز بيعه^(٣)، فظاهره اعتبار بدوّ الصلاح هنا أيضاً، وقد نقل عنه وعن القاضي في الكامل: أنّها اعتبار الانعقاد وتناثر الورد في سائر الأشجار غير النخل^(٤)، فربّما يكتفيان بنحو ذلك هنا.

(١) المبسوط ٢: ١١٤، النهاية: ٤١٥، المهذب ١: ٣٨١، الوسيلة: ٢٥٠.

(٢) المبسوط ٢: ١١٤.

(٣) غاية المراد ٢: ٤٦.

(٤) غاية المراد ٢: ٤٥ و ٤٦.

وأما الصدوق فلم يذكر بدوّ الصلاح إلّا في النخل^(١).
والحليان اعتبراه في الثمار مطلقاً، واستثنيا بيعها سنتين^(٢).
والظاهر من لفظ الثمار ومن الاستثناء: عدم دخول الخضر في ذلك،
مع احتماله وإن خصّ الاستثناء بغيرها.

وثانيهما: الجواز مع الكراهة، كما اختاره المفيد^(٣)، أو بدونها، كما يظهر
من الحلّي، والفاضلين، والشهيدين، وغيرهم من المتأخرين، فأطلقوا
الجواز^(٤)، ولم يذكروا الكراهة، كما ذكروها في النخل، والقول بالجواز هو
اللازم من باقي المجوّزين في النخل.

وقد سبق عن الحلّي: أنّ الأصحاب لم يعتبروا بدوّ الصلاح، إلّا في
المواضع الثلاثة المتقدّمة^(٥)، وقد ذكر ذلك ردّاً على من اعتبر تناهي عظم
البعض في الخيار ونحوه، ونسبه إلى بعض المخالفين.

والمستفاد من كلامه: اكتفاء الأصحاب هنا بالظهور والانعقاد، وهذا
القول مع اشتهاره موافق للأصول والعمومات.

ولم أقف على دليل يعتمد عليه في المنع هنا إلّا ما يوهمه إطلاق بعض

(١) المقنع: ١٦٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٦، غنية النزوع: ٢١٢.

(٣) المقنعة: ٦٠٢.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٩٦ - ٤٩٧، شرائع الإسلام ٢: ٦٤، تذكرة

الفقهاء ١٠: ٣٦١، اللعة الدمشقيّة (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٤٦، الروضة

البهية ٣: ٣٥٥، جامع المقاصد ٤: ١٦٤.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٠.

الأخبار الواردة في الثمار، كالنبوة^(١)، وقوية إسماعيل بن الفضل^(٢) وغيرهما^(٣)، ويشكل الاعتماد عليها، مع ما فيها من القصور سنداً ودلالةً، والمعارضة بالأخبار المعتبرة الدالة على جواز بيع الثمار بعد الظهور مطلقاً.

وما رواه سماعه - في الموثق - قال: وسألته عليه السلام عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات، أو أربع خرطات؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت من خرطة»^(٤)، فاكتمى بوجود الورق سواء بلغ حد الانتفاع، أو القطع، أو لم يبلغ، فما يباع بالخرطات كذلك، فالقول بالجواز أقوى.

أما قبل الانعقاد فلا يجوز بيعها وإن كانت ورداً.

وقال المحقق الكركي: مقتضى ما في التذكرة وغيرها من أنه لا يجوز بيعها قبل ظهورها وانعقادها هو: اعتبار بدو الصلاح، فلا يجوز عندما يكون ورداً قبل الانعقاد^(٥).

وقد تقدّم عنه في ثمار الأشجار: أنه جوّز بيعها قبل الانعقاد^(٦)، فيلزمه القول به هنا؛ عملاً بمقتضى الأصل السالم عن المعارض، وهو أتمّ منه هناك، فيكون أولى بالجواز.

(١) صحيح مسلم ١٠: ١٨٤ / ١٥٥٥.

(٢) الاستبصار ٣: ٨٧ / ٢٩٦، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٣، الوسائل ١٨: ٢١١، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ذيل ح ٢.

(٤) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، الوسائل ١٨: ٢٢١، أبواب بيع الثمار، ب ٤ ح ٢.

(٥) جامع المقاصد ٤: ١٦٤.

(٦) جامع المقاصد ٤: ١٦٣.

فاتفقهم^(١) هنا ظاهراً على اعتبار الانعقاد دليل على اعتباره هناك أيضاً.

وعلى القول باعتبار بدو الصلاح، فلو بيعت قبله مع الضميمة جاز على القول بجوازه هناك.

ولو بيعت مع الأصول فلا ريب في جوازه، كما لو بيعت بشرط القطع.

وهل يقوم ضمّ اللقطة الثانية فصاعداً مقام السنة الثانية؟ وجهان أوجهها: العدم، بل قد يستشكل فيه بعد بدو الصلاح أيضاً كما يأتي.

وحكم بعضهم بكراهته، مع أنه لا كراهة هناك أصلاً.

وبدو الصلاح هنا هو: نضج البطيخ، وتناهي عظم بعض الخيار ونحو ذلك، كما سبق عن المبسوط والمهذب^(٢).

وقد اتفق المتأخرون على عدم اعتبار تناهي العظم في صحة البيع.

وربما يظهر من جماعة منهم: عدم اعتباره في بدو الصلاح أيضاً.

والعبرة عندي بالضابطة السابقة، فيما إذا بلغت أدنى حدّها المنتفع به عادة، فهو بدو الصلاح.

وإذا انعقد بعض الثمرة على المختار، أو بدا صلاحها على القول الآخر، جاز بيعها مع الباقي الذي لم يوجد، كما نصّ عليه صاحب

(١) في «ف»: واتفقهم.

(٢) المبسوط ٢: ١١٤، المهذب ١: ٣٨٠ - ٣٨١.

الوسيلة، فقال: جواز الحاصل مع غيره^(١).

وكذا الشيخ في الخلاف، فقال: إذا باع الحمل الموجود وما يحدث بعد من الأحمال دون الأصول، كان البيع صحيحاً.

ثم نقل الإجماع عليه، وحكى الخلاف، عن الشافعي، فقال ببطلان الجميع^(٢).

ومقتضى كلامهما: جواز بيع الموجود مع كل ما سيوجد بعد ذلك في تلك الأصول.

وهو المستفاد من المقنعة، ففيها: ولا بأس ببيع ما يخرج حملاً بعد حمل، كالباذنجان، والقثاء، والخيار، والبطيخ، وأشباهه، قال: والأولى في الاحتياط بيع كل حمل منه إذا خرج وبدا صلاحه^(٣).

ونحوها عبارة النهاية، مع أنه ذكر فيها قبل ذلك: ولا يجوز بيع الخضر والفاكهة قبل أن يبدو صلاحها^(٤).

فالمراد - حيثئذ -: ضم الحمل الذي بدا صلاحه مع سائر الأحمال التي توجد.

وقال العلامة في التذكرة: ويصح بيعها منضمة إلى الثمرة التي لم يند صلاحها.

(١) الوسيلة: ٢٥٣.

(٢) الخلاف ٣: ٩٠.

(٣) المقنعة: ٦٠٢.

(٤) النهاية: ٤١٥.

قال: وإذا باع البطيخ وغيره من الخضضر بعد بدو الصلاح في الجميع أو بعضه، صحّ مطلقاً عندنا^(١).

ثم إن كثيراً من الأصحاب اقتصروا هنا على جواز بيعها لقطة ولقطات، ونص جماعة منهم على وجوب تعيين اللقطة بالعدد، وهو مقتضى كلام غيرهم أيضاً.

وقال الشهيد الثاني في المسالك - في شرح قول المحقق: ويجوز بعد انعقادها لقطة ولقطات -: مقتضى اشتراط الانعقاد كون جميع اللقطات موجودة حال البيع، والأقوى الاكتفاء بوجود الأولى، وتكون الباقية بمنزلة المنضم، فلو باع الثانية خاصة، أو ما بعدها مما لم يوجد لم يصح؛ للجهالة^(٢). انتهى.

ولا يخفى أن المراد: أنه بعد الانعقاد يجوز بيع تلك اللقطة الموجودة خاصة، وسائر اللقطات يعني: مع تعيينها فالمسوّغ للقطة واللقطات أمر واحد هو: الانعقاد حال البيع، على أن اعتبار وجود سائر اللقطات مما لا يكاد يتصور، كما أشار إليه الأردبيلي^(٣)، إلا بأن يفرض وجود جميع الثمرة وظهورها، وقد بلغ زمان التقاط بعضها دون بعض، فيباع للقطة الموجودة وغيرها من اللقطات المتعلقة بتلك الموجودة.

وفيه ما لا يخفى من التمثل والتكلف؛ فإن الأولى في مثل ذلك لو

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦١.

(٢) مسالك الأفهام ٣: ٣٥٩.

(٣) مجمع الفائدة ٨: ٢١٠.

كتاب البيع.....٤٢٩

اتَّفَقَ أن تباع الثمرة الموجودة بأسرها، ويُحَكَّم بتبعية كُلِّ منها إلى أوانها، ولا تباع حينئذٍ باللقطات.

ثمَّ إنَّ مقتضى كلامه: اعتبار وجود اللقطة الأولى بأسرها، وهو ممنوع، بل يكفي وجود بعضها.

وقال الحلِّي: لا يجوز بيع الخضروات قبل أن تظهر، ولا يجوز بيع (حمل يخرج)^(١) قبل ظهوره.

ثمَّ قال: وقد روي جوازه، والأحوط ما قلناه؛ لأنَّ ذلك غرر^(٢).

وسأيت عن ابن حمزة^(٣) أنه جَوَّزَ بيع الجزّة الثانية، أو الثالثة وحدها فيما تجزّ، فلا يبعد قوله بذلك فيما يلقط، بل هو أولى بالجواز، كما سيظهر.

وتحقيق المقام: أنه إذا بلغت الثمرة زمان الالتقاط، صحَّ بيعها بمشاهدتها قطعاً، ويجوز بيع سائر اللقطات المعيّنة عدداً معها؛ لفحوى ما دلَّ على جواز بيع الثمار مع الضميمة^(٤)، وما دلَّ على جواز بيع الثمار ستين فصاعداً، وما دلَّ على جواز ما يجرّ أو يخرط^(٥)، بتعيين الجزّات والخرطات.

وميجوز أيضاً عدم تعيين اللقطات، بأن يباع الموجود وكلّ ما يوجد بعد ذلك وإن اختصَّ البيع بالثمرّة دون الأصول؛ لحكاية الشيخ الإجماع

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر: ما يخرج حملاً بعد حمل.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٥.

(٣) الوسيلة: ٢٥٣.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٣ / ٣٦٢، الوسائل ١٨: ٢١٧، أبواب بيع الثمار، ب ٢ ح ١.

(٥) الكافي ٥: ١٧٧ / ١١، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥ / ٣٦٨، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع

الثمار، ب ١ ح ١١ وورد ذيل الحديث في ٢٢١، ب ٤ ح ٣.

عليه^(١)، ولفحوى ما ذكرنا، ولأنه يجوز بيع ثمار الأشجار الموجودة منها في السنة، وما سيوجد منها في تلك السنة، وهذه اللقطات كلّها ثمرة سنة واحدة وإن اختلف زمان التقاطها، كما يختلف زمان سائر ثمار أشجار السنة.

ولا فرق في ذلك بين أن يتعيّن عدد لقطاتها عادة وعلمًا ذلك أو لا وإن لم تبلغ زمان الالتقاط، فإن لم يظهر شيء منها أصلاً لم يميز بيعها مطلقاً، ولا يلزم من فتوى الوسيلة^(٢) جواز ذلك، كما لا يخفى.

كيف؟! وقد صرح هو باعتبار بدوّ الصلاح هنا، وعدم جواز بيعها قبله؟

نعم، ربما يستفاد من المقنعة^(٣) جواز ذلك، وقد سبق الكلام فيه.

وإن ظهرت الثمرة ولم يَبْدُ صلاحها، بني على الخلاف السابق، فإن جَوَزنا بيعها قبل بدوّ الصلاح، جاز بيع جميع الثمرة الموجودة، وما يوجد بعد ذلك؛ لما مرّ، وكذلك لو بدا صلاحها.

ولو ظهر البعض، أو بدا صلاحه جاز ذلك أيضاً كما في سائر الثمار، ويجعل الموجود أصلاً، والمعدوم على وجه الضميمة والتبعية.

ويجوز أيضاً في الصُّور كلّها بيع اللقطة الأولى وإن وقع البيع قبل أوان الالتقاط؛ لأنّ المصحّح للبيع هو الموجود المشاهد، وعين المعدوم بها هو

(١) الخلاف ٣: ٩٠.

(٢) الوسيلة: ٢٥٣.

(٣) المقنعة: ٦٠٢.

معين عرفاً وعادةً، وهو كافٍ في مثله.

وربما يستشكل ذلك؛ لعدم تعيين ما يدخل في اللقطة الأولى، والمشاهد ليس كله مبيعاً؛ إذ ربما يأتي زمان الالتقاط ولم يبلغ جميع المشاهد ذلك الحد.

ويُدفع بأنّ ظهور بعض ما هو قابل الالتقاط كافٍ في جواز البيع المذكور، والعادة توجب تعيين ما يلتقط في المرة الأولى في الجملة، وهذا كافٍ في الصحة؛ ولهذا لو بلغ أوان الالتقاط، وبيعت اللقطة الأولى، جاز وإن لم يشاهد كلّ ما هو قابل للالتقاط، بل يكتفى بمشاهدة كاشفة عن حقيقة الحال في العادة، وحينئذ يجوز أيضاً بيع سائر اللقطات منضمةً مع الأولى إذا عُنيت بالعدد.

وهل يجوز بيعها منفردة؟ فالمشهور هو المنع، ويلزم على قول ابن حمزة^(١) جواز ذلك.

ويمكن التفصيل بين ما إذا وجد بعض ما يعلم عدم التقاطه في المرة الأولى، ودخوله في اللقطة المبيعة، وما إذا لم يوجد ذلك، فيبطل الثاني؛ لتعلقه بالمعدوم، ويصحّ الأول؛ لتعلقه بالموجود مع المعدوم فيصحّ، كما لو بيع الباقي بعد الالتقاط بلا فصل مع ما سيوجد.

ولعلّ المنع مطلقاً أولى؛ لعدم انضباط ما عدا الأولى من اللقطات، إلّا بالتقاط الأولى.

النوع الرابع: أوراق الأشجار المطلوب ورقها، سواء انحصر في ذلك، أو كان لها ثمرة أيضاً كالحِثَاء، والتوت، ونحوهما، والخضر المطلوب جزّها، كالرطبة^(١)، والكراث، وشبهها.

ويجوز بيع كلّ منها مع أصوله مطلقاً، منفرداً عن الأرض، أو معها، ويجوز بيعه منفرداً عن الأصول بعد الظهور.

وهل يعتبر بدوّ الصلاح عند مَنْ اعتبره هناك؟ وجهان، ولم أجد [مَنْ] نصّ [مَنْ] الأصحاب [على] هذا القول هنا.

وقد تقدّم عن معاني الأخبار^(٢) في معنى المخاضرة: أنّه يدخل فيها أيضاً بيع الرطاب، والبقول، وأشباهاها.

والأصحّ هو: الاكتفاء بالظهور، سواء بلغت حد الخطر والجزّ، أم لا.

ويجوز حينئذٍ بيع الموجود منها، وما يتجدّد بعد ذلك في تلك السنة.

ويجوز أيضاً ضمّ سائر السنين المعيّنة في أوراق الأشجار الباقية.

ويجوز أيضاً بيعها خرطةً وخرطاط، وجزّةً وجزّات فيما يتخلّف بالقطع مع تعيينها عدداً.

ويجوز أيضاً بيع الموجود خاصّةً بشرط القطع.

وعلى القول بجواز بيع الثمرة سنتين فصاعداً قبل الظهور، يحتمل

(١) الرطبة: روضة الفصفصة ما دامت خضراء... وهي علف للدواب، وقيل: إنّها نبات

كالبرسيم. تاج العروس ٢: ٢٥ (رطب)، و٣: ١٠٦ (قت)، المعجم الوسيط: ٣٥١ (رطب).

(٢) معاني الأخبار: ٢٧٨.

جواز بيع الخرطتين فصاعداً قبل الظهور، دون الجزّتين فصاعداً؛ لأنّه لا أصل له ظاهراً - ويرجع إلى معرفة المجزوز تقريباً - ولا فرع ظاهراً، بخلاف المخروط، ذكر ذلك العلامة في التذكرة^(١).

والصحيح هو المنع مطلقاً؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الدليل.

نعم، لو بيع أوراق المخروط في السنتين قبل ظهورها، أمكن القول بصحّته تخريجاً على ما ذكر.

ويدلّ على الأحكام المذكورة ما يأتي في الزرع.

وما رواه المشايخ - في الموثّق، كما سبق - عن سماعة، قال: سألته عليه السلام عن بيع الثمرة، هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ قال: «لا، إلّا أن يشتري معها شيئاً آخر غيرها رطبةً، أو بقلّاً، فيقول: أشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة، كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل»^(٢).

وما رواه الشيخ، عن ثعلبة بن يزيد - في الصحيح، كما سبق - قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين، أو ثلاث قطعات؟ فقال: «لا بأس»، وأكثرُ السؤال عن أشباه هذا، فقال: «لا بأس به»^(٣).

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٤ - ٣٦٥.

(٢) الكافي ٥: ١٧٦/٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٣/٥٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢/٣٦٠،

الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٤/٣٦٦، الوسائل ١٨: ٢٠٩، أبواب بيع الثمار، ب ١ ح ١.

وما رواه المشايخ - في الموثق - عن سماعة في حديث تقدم قال: وسألته عليه السلام عن ورق الشجر، هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت من خرطه»^(١).

وما رواه الشيخ والكليني، عن معاوية بن ميسرة - في حديث - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرطبة نبيعها هذه الجزة، وكذا كذا جزة بعدها؟ فقال: «لا بأس به» ثم قال: «قد كان أبي يبيع الحنّاء كذا وكذا خرطة»^(٢).

وهل يجوز بيع ما عدا الخرطة الأولى، أو الجزة الأولى منفردة؟ فيه الوجوه الثلاثة السابقة، والمشهور منها هو: المنع.

ونقل الجواز في الدروس عن ابن حمزة في الجزة، فإنه قال: يجوز بيع الرطبة وأمثالها، الجزة الأولى، أو الثانية، أو الثالثة، أو جميعاً، وكذلك ورق التوت والحنّاء والأس خرطة أو خرطتين^(٣).
وحكي في المختلف^(٤) إلى قوله: وكذلك.

وقال^(٥) في المختلف: وهو يشعر بجواز بيع الثانية منفردة، وليس

(١) الكافي ٥: ١٧٦ / ٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٣ / ٥٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥ / ٣٦٧،

الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٥ / ٣٦٨، الكافي ٥: ١٧٧ / ١١، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع

الثمار، ب ١ ح ١١.

(٣) الدروس ٣: ٢٣٥.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٢٣٤.

(٥) في جميع النسخ زيادة: قال، وهو من سهو النسخ.

بمعتمده؛ لأنّه بيع مجهول، فلا يصحّ بانفراده، بخلاف ماله ضمّه إلى الموجود^(١).

ولعلّ جعله من باب الإشعار مبنيّ على احتمال إرادة بيع الثالثة بعد الأولى، أو الثالثة بعد الثانية وإن كان الظاهر هو الثانية أو الثالثة باعتبار زمان البيع أو ما يعمّ الجميع، ولا يبعد أن يريد ما قلنا؛ لأنّه فيما يباع لقطة، إلّا بعد بدوّ الصلاح، مع أنّه قد يبقى من الموجود حال البيع ولا يدخل في اللقطة الأولى، بخلاف المتخلف في الجزّ.

نعم، قد لا يبلغ بعضها حدّ الجزّ في الجزّة الأولى، ويبقى الأصل بعد الجزّ مطلقاً؛ لعدم استتصاله من أصله، فلا يبعد القول بالجواز لذلك، كما مرّ في بيع ماعدا اللقطة الأولى منفردة، والمنع مطلقاً أولى؛ اقتصاراً على ما هو المتيقّن من جواز بيع المعدوم، أو ضمّه مع الموجود، على أنّه لا أثر بارزاً قبل الجزّة الأولى من الجزّة الثانية فما بعدها، وقد لا يوجد من الجزّة الثانية أيضاً إن وقع البيع قبل أو ان الجزّة الأولى.

ولم يفرّق المخالف بين الصّور المذكورة أصلاً، فتدبّر.

النوع الخامس: الخضر التي يقصد منها ما هو مستور في الأرض، كالثوم، والبصل، وشبههما، فإن بيع الورق البارز وحده جاز، كما في الكراث ونحوه.

وإن بيع مع المستور في الأرض، جاز أيضاً سواء جعل البارز هو

الأصل والمستور ضميمه، أو قصد المجموع، أو المستور خاصة، وسواء ضمّ مع الأرض، أو منفرداً عنها.

والحاصل: أنّه يجوز بيع الورق مع الأصل، والورق خاصة مطلقاً.

وقال الشيخ في الخلاف: الفجل المغروس في الأرض، والشلجم، والجزر إذا اشتري ورقه بشرط القطع، أو بغير شرط^(١)، أو أصله بشرط القلع، أو بشرط التبقية، فإنّه يجوز، وقال الشافعي: إن اشترى ورقه بشرط القطع جاز، وإن لم يشترط^(٢) ذلك لم يصحّ، وأمّا بيع أصله فإنّه لا يجوز على حالٍ.

ثمّ استدلّ الشيخ بعموم الآية^(٣)، وعدم الدليل على المنع^(٤).

وربما يظهر منه جواز بيع الأصل وحده، وهو ممنوع.

وقال العلامة في التحرير: لو باع ما المقصود منه مستور كالجزر، لم يصحّ حتّى يقطع ويشاهد، ولو كان الظاهر مقصوداً كالبصل، فالوجه: جوازه منفرداً ومع أصوله، وكذا لو كان معظم المقصود مستوراً، على إشكال^(٥).

وقال في القواعد: لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور، كالجزر، والثوم،

(١) في المصدر: شرطه.

(٢) في المصدر: يشرط.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٧٥.

(٤) الخلاف ٣: ٦٥ - ٦٦.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٦.

إلا بعد قلعه ومشاهدته^(١).

وقال في التذكرة: إذا كان المقصود مستوراً في الأرض، لم يجوز بيعه إلا بعد قلعه، كالجزر^(٢)، والثوم، والبصل، وبه قال الشافعي؛ للجهالة لانتفاء المشاهدة والوصف، ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع والإبقاء، خلافاً للشافعي في الإبقاء. والشلجم نوعان: منه ما هو مستور لا يجوز بيعه قبل قلعه، ومنه ما يكون ظاهراً، فيجوز بيعه بشرط القطع والتبعية^(٣).

وقال الشهيد في الدروس: وجوز ابن الجنيّد بيع ما المقصود منه مستور، كالجزر^(٤)، والثوم، والبصل، ومنعه جماعة، والأقوى الأوّل؛ تحكيماً للعرف، وأولى بالجواز الصلح^(٥).

وقال المحقّق الكرّكي: ما ذكره من تحكيم العرف غير ظاهر؛ فإنّ ذلك مجهول؛ إذ المقصود منه غير مرئي ولا موصوف، والتحقيق: أنّه لا يجوز بيعاً، بل صلحاً^(٦).

هذا ما وقفْتُ عليه من كلمات الأصحاب.

ولا يخفى أنّهم جوّزوا بيع الثمرة الموجودة وإن قلّت مع المدومة وإن

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٧.

(٢) في جميع النسخ: كالجوز، وما أثبتناه من المصدر، وهو الصحيح.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٨-٣٦٩.

(٤) في «ف، ك، حج»: كالجوز، والظاهر كونه من سهو النساخ.

(٥) الدروس ٣: ٢٣٨.

(٦) جامع المقاصد ٤: ١٨٠.

كثرت، وكذلك بيع الثمرة بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط القطع وإن قلّ نفعه، بل صرح بعضهم بجوازه وإن لم ينتفع به.

وجوّزوا أيضاً بيع الثمرة المستورة في كمّاتها.

والتأمل في جميع ذلك يقضي بجواز بيع الأصول مع الورق البارز إذا كان قابلاً للبيع وإن كان المقصود غيره، وأنّ مشاهدة البارز تغني عادةً عن مشاهدة الأصل قبل القطع.

ويؤيده موثقة سماعه، الدالة على جواز بيع البقل^(١)، فإنّه يشمل جميع أقسامه، ومنه ما نحن فيه، مع أنّه لم يرد نصّ في منعه، مع عموم البلوى به، فالقول بالجواز مطلقاً هو الأقوى.

نعم، لو بيع الأصل وحده، فالمنع متّجه، خصوصاً إذا قطع ورقه ولم يبق إلا الأصل المستور.

النوع السادس: الزروع كزرع الحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب لاريب في جواز بيعها قبل الحصاد بالمشاهدة.

ولا فرق بين بيع الحبّ مع الأصل، أو الحبّ خاصّة، ولا بين كونه في سنبله، كالحنطة، أو بارزاً كالشعير، وعليه إجماع الأصحاب.

ويدلّ عليه الروايات الكثيرة، منها: ما ورد في المحاقلة^(٢).

وللشيخ في المبسوط، والقاضي قول بالمنع من بيع الحنطة في سنبلها،

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٢ / ٣٦٠، الوسائل ١٨: ٢١٩، أبواب بيع الثمار، ب ٣ ح ١.

(٢) الكافي ٥: ٢٧٥ / ٦، الوسائل ١٨: ٢٣٦، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٧.

حيث قالوا في حكم ما يدخل في المبيع: إذا باع أرضاً وفيها حنطة قد أخرجت السنابل واشتدت، وشرط السنابل للمشتري، فإن البيع في السنابل يبطل، ولا يبطل فيها عداها من الأرض^(١).

وقد علل الحكم قبل ذلك في نظيره بأنه مقصود وهو مغيب، فلا يصح شراؤه.

وقد رجع عن ذلك، فقال في المبسوط بجواز بيع الحنطة في كمامها، وكذا في الخلاف، بل جَوَزَ فيهما بيع الأرض مع البذر المودع فيها^(٢)، وهو أكثر جهالة من السنبل الظاهر، كما هو ظاهر.

وخالف في ذلك بعض العامة أيضاً فَمَنَعَ من بيع الحنطة في سنبلها، ووافقنا كثير منهم على الجواز^(٣).

ويشترط في بيع الحبوب ظهورها، فلا يجوز بيعها قبل ذلك؛ للغرر المنهي عنه.

ولما رواه الشيخ - في الموثق - عن معاوية بن عمار، قال: سمعتُ أبا عبدالله عليه السلام، يقول: «لا تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك»^(٤).

وعليه يُحمَل ما رواه الصدوق، عن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام،

(١) المبسوط ٢: ١٠٢، المهذب ١: ٣٧٥.

(٢) المبسوط ٢: ١٠٢ و ١١٥ - ١١٦، الخلاف ٣: ٨٤.

(٣) الخلاف ٣: ٨٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٧٠ / ٦٣٧، الوسائل ١٨: ٢٣٥، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٥.

قال: سألته عن الحنطة والشعير، أشتري زرعه قبل أن يسنبل وهو حشيش؟ قال: «لا، إلا أن تشتريه لقصيل يعلفه الدواب، ثم يتركه إن شاء حتى يسنبل»^(١).

وإذا ظهرت جاز بيعها وإن لم يبد صلاحها أو لم تبيض بعد.

وقال الإسكافي باشرط الابيضاض، كما حكى عنه في التحرير، وغاية المراد^(٢).

ولم أقف على موافق له من أصحابنا على ذلك، ولا مستند له من رواياتهم، وإنما روي ذلك من طرق العامة.

فعن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة^(٣).

وروي عنه أيضاً: إنه ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يفرك^(٤)، وهو: أن يبلغ أو أن يفرك^(٥).

وقد روي عن أنس بن مالك: أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد^(٦).

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٩ / ٦٥٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ١٠.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٦، غاية المراد ٢: ٥٠.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٣٠٣.

(٤) نفس المصدر.

(٥) هذه العبارة أخذها المصنف مع الحديث من الخلاف ٣: ٩١.

(٦) سنن أبي داود ٣: ٢٢٢ / ٣٣٧١، سنن ابن ماجه ٣: ٥٦٠ / ٢٢١٧.

وهو بإطلاقه يقتضي جواز البيع مع اشتداد الحبّ مطلقاً، ولو قبل الإيضاض، فيحمل الأولان على الاستحباب.

والمشهور: عدم اعتبار بدوّ الصلاح، وجعله في التحرير أقوى^(١)، وهو يقتضي وجود القائل باشتراطه، ولم أقف عليه، وهو هنا: عبارة عن اشتداد الحبّ، كما نصّ عليه في التذكرة^(٢)، فتدلّ عليه النبوية.

والأصحّ: الجواز مطلقاً بعد الانعقاد؛ عملاً بالأصل والعمومات. ويجوز بيع الأصول مطلقاً سواء شرط القطع أو التبقية، مطلقين أو مقيدّين بمدة معيّنة فيجوز بيعها في الأقوال كلّها وإن لم يسنبل، وهو المشهور.

خلافاً لظاهر الصدوق في المقنع، في باب المزارعة وغيرها، فقال: لا يجوز أن يشتري زرع حنطة أو شعير قبل أن يسنبل - وهو حشيش - إلا أن يشتريه للقصيل تعلفه الدواب^(٣).

وقد روى الخبر الدالّ على ذلك في الفقيه، وهو خبر أبي بصير^(٤) المتقدّم، وهو محمول على ما إذا بيع الحبّ.

ويمكن حمل كلام الصدوق على ذلك أيضاً، وإن اشتهر نقل الخلاف عنه، فإنّه قد روى المرسل^(٥) الآتي قبل ذلك متصلاً به، وهو صريح في

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٠.

(٣) المقنع: ١٧٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٩/٦٥٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ١٠.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٨/٦٥١، الوسائل ١٨: ٢٣٦، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٧.

جواز البيع وإن لم يقصد القصيل.

ويدل على المشهور: ما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح أو الحسن كالصحيح - عن الحلبي، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا بأس أن تشتري زرعاً أخضر، ثم تتركه حتى تحصده إن شئت، أو تعلفه من قبل أن يسنبل وهو حشيش»^(١).

وما رواه - في الحسن - عن بكير بن أعين، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا بأس أن تشتري الزرع والقصيل»^(٢) أخضر، ثم تتركه إن شئت حتى يسنبل، ثم تحصده، وإن شئت أن تعلف دابتك قصيلاً فلا بأس به قبل أن يسنبل، فأما إذا سنبل فلا تعلفه رأساً رأساً، فإنه فساد»^(٣).

وما رواه الشيخ - في الموثق - والكليني^(٤) - في الصحيح - عن سليمان ابن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، فإن شئت تركته حتى تحصده، وإن شئت علفته»^(٥) حشيشاً^(٦).

وما رواه هو والصدوق في الفقيه - في الموثق - عن سماعة، قال: سألته

(١) في «ك، حج»: بأن.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٦٨/ ٦٢٩، الكافي ٥: ٢٧٤ / ١، الوسائل ١٨: ٢٣٤، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ١.

(٣) في المصدر: أو القصيل.

(٤) الكافي ٥: ٢٧٤ / ٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٦٩ / ٦٣١، الوسائل ١٨: ٢٣٥، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٣.

(٥) لم يذكر الكليني رواية سليمان بن خالد.

(٦) في التهذيب: «قبعه». بدل «علفته».

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ١٧٠ / ٦٣٩، الوسائل ١٨: ٢٣٦، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٧.

عن شراء القصيل يشتره الرجل فلا يقصله، ويبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطة، وقد اشتراه من أصله، و(ما كان)^(١) على أربابه من خراج فهو^(٢) على العالج؟ قال: «إن كان اشترط حين اشتراه إن شاء قطعه قصيلاً^(٣) وإن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا، وإلا فلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلًا^(٤)».

ورواه في المقنع مرسلًا عن أبي عبد الله عليه السلام.

ورواه بطريق آخر موثق عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام مثل ذلك، وزاد فيه: «فإن فعل فإن عليه (حقه ونقصه)^(٥)، وله ما خرج منه^(٦)».

ورواه الصدوق والكليني - في الموثق - عنه^(٧) أيضاً.

وما رواه الشيخ والكليني - بسند لا بأس به إلا بسهل - عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام عن^(٨) زرع بيع وهو حشيش، ثم سنبل؟ قال: «لا بأس، إذا قال: أبتاع منك^(٩) من هذا الزرع، وإذا اشتراه وهو حشيش، فإن شاء

(١) ما بين القوسين لم يرد في التهذيب.

(٢) في التهذيب: أو هو.

(٣) لم ترد في التهذيب.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٦٧-١٦٨ / ٦٢٦، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٨ / ٦٥١.

(٥) المقنع: ١٧٣.

(٦) بدل ما بين القوسين في المصدر: طسقه ونفقته، والطسق: الوظيفة من خراج الأرض.

الصالح ٤: ١٥١٧ (طسق).

(٧) تهذيب الأحكام ٧: ١٦٨ / ٦٢٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٠ / ٦٥٨.

(٨) الكافي ٥: ٢٧٥ / ٧.

(٩) في المصدر «في» بدل «عن».

(١٠) في المصدر زيادة: ما يخرج.

أعفاه، وإن شاء تربّص به^(١).

وهذه الروايات على كثرتها واعتبار أسانيدها، ورواية الصدوق بنصّها، وموافقتها للأصل والشهرة^(٢) بين الأصحاب، والمخالفة للعامة دالة على عدم انحصار صحة بيع الزرع فيما إذا قصد القصيل، فلا يعارضها خبر أبي بصير^(٣) مع ضعفه وندوره، واحتماله لما ذكرنا، كما هو ظاهر موثقة ابن عمّار^(٤).

واعلم: أنّ كلام الأصحاب هنا لا يخلو عن إيهام، فقال الشيخان في المتنعة، والنهاية: ولا بأس ببيع الزرع قصيلاً، وعلى المبتاع قطعه قبل أن يسنبل، فإن لم يقطعه كان البائع بالخيار، إن شاء قطعه وإن شاء تركه^(٥).

ولم يذكرنا ممّا يتعلّق بالزرع غير ذلك، فربما يوهّم موافقتها الصدوق في اشتراط القصل قبل أن يسنبل.

وذكر ابن إدريس نحو ذلك، ثمّ قال: فأما إذا باع الزرع مطلقاً عن شرط القطع والقصل، أو مشروطاً بالتبقيّة، فلا يجوز للبائع قطعه، ويجب عليه تبقيته إلى أوان الحصاد، ولا أجرة له في تبقيته.

ثمّ حكى عن النهاية ما نقلنا عنها، وقال: والمراد بقوله وَالْبَقِيَّةُ: ولا بأس

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٦٨ / ٦٢٨، الكافي ٥: ٢٧٥ / ٤، الوسائل ١٨: ٢٣٦، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٩.

(٢) في «حج، ع، ك، م»: والمشتهر.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٩ / ٦٥٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ١٠.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٧٠ / ٦٣٧، الوسائل ١٨: ٢٣٥، أبواب بيع الثمار، ب ١١ ح ٥.

(٥) المتنعة: ٦٠٢، النهاية: ٤١٥.

بيع الزرع قصيلاً، على ما قلناه من أنه يبيعه للقطع والقصل، فلاجل هذا قال: وعلى المبتاع قطعه^(١).

قلت: ويدلّ على ذلك - مع وضوحه - ما ذكره في باب الغرر، حيث قال: ولا يجوز أن يشترط ما ليس في مقدوره، مثل: أن يبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا، والرطب على أن يجعله تمرًا، وإن^(٢) باع ذلك بشرط أن يدعه في الأرض، و الشجر^(٣) إلى وقت ما يريد المبتاع، كان البيع صحيحاً^(٤).
وقد نصّ على ذلك في سائر كتب الأصحاب أيضاً^(٥).

وقال المحقق في الشرائع - في ثمره الأشجار -: وإذا انعقد جاز بيعه مع أصوله ومنفرداً، إلى أن قال: وكذا السنبل، سواء كان بارزاً كالشعير، أو مستتراً كالخنطة، مفردة^(٦) ومع أصوله، قائماً وحصيذاً^(٧).

ثم قال: يجوز بيع الزرع قصيلاً، فإن لم يقطعه، فللبائع قطعه^(٨).

وقال في النافع: ويصحّ بيع ثمرة الشجرة ولو كان في كمامه^(٩) منضماً إلى

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٠٥ - ٥٠٦.

(٢) في المصدر: فإذا.

(٣) في المصدر: أو الشجر.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٥) النهاية: ٤٠٢، شرائع الإسلام ٢: ٤٠، مسالك الأفهام ٣: ٢٧٠.

(٦) في «حج»: منفردة، وفي المصدر: منفرداً.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٦٤.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٦٧.

(٩) في المصدر: أكمامه.

أصوله ومنفرداً وكذا يجوز بيع الزرع قائماً وحصيماً^(١).

وقال العلامة في القواعد: والزرع يجوز بيعه، سواء انعقد السنبل فيه أو لا، قائماً وحصيماً، منفرداً ومع أصوله، بارزاً كان كالشعير، أو مستتراً كالحنطة، والعدس، والهرطمان، والباقلاء ثم قال: ولو باع الزرع بشرط القصل وجب قطعه على المشتري^(٢).

ومقتضاه: جواز بيعه منفرداً عن الأصول وإن لم ينعقد السنبل.

والظاهر أن المراد: جواز بيعه كذلك بعد وجوده.

ومحصّله: جواز بيع الموجود من الزرع مطلقاً، فإن لم يكن فيه سنبل فالمبيع هو الأصول قائماً وحصيماً وإن كان فيه سنبل جاز بيع المجموع، وحال إفراده عن الأصل، وكلّ ذلك قائماً كان أو حصيماً.

أما حمل الأصول على المستور في الأرض فهو كما ترى، وإن كان محتملاً، كما يومئ إليه عبارة التحرير^(٣).

وقال في التحرير: يجوز بيع ما يُجَزّ مرّة بعد أخرى بعد ظهوره جزءاً وجزّات، بشرط القطع وغيره، سواء كان قصيلاً أو غيره من البقول.

ثم قال: يجوز بيع الزرع سنبلاً، قائماً وحصيماً، سواء كان بارزاً كالشعير، أو مستتراً كالحنطة، منفرداً أو منضماً مع أصوله، سواء شرط القطع أم لا، ويجوز بيعه قبل أن يسنبل بشرط القطع والتبقيّة.

(١) المختصر النافع: ١٣٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٣-٣٤.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٥.

ثم قال: يجوز بيع الحب وإن لم يبيّض بعد، ولا فرق بين أن يبيعه قبل بدو الصلاح، بشرط القطع أو بشرط التبقية في الجواز.

ثم قال: يجوز بيع الجوز، واللوز، والباقلَاء الأخضر في قشريه، سواء كان مقطوعاً أو في شجرة - وكذا يجوز بيع الحب المشتد في سنبله^(١).

وقال في الإرشاد في بيع الثمار: إنما يجوز بيعها بعد ظهورها، قال: وفي اشتراط بدو الصلاح قولان.

وذكر في جملة تفاسيره انعقاد حبّ الزرع، وقد تقدّم كلامه، ومقتضاه جواز بيع الحب قبل انعقاده، بناءً على عدم اشتراط بدو الصلاح.

ثم قال: ويجوز بيع الزرع والسنبل قائماً و حصيداً، إلى أن قال: وبيع الزرع قصيلاً، وعلى المشتري قطعه^(٢).

وقال في المختلف: المشهور أنّه يجوز بيع الزرع قبل أن يسنبل وبعده. ونقل في ذلك خلاف الصدوق^(٣).

وقال في التذكرة: إنّ بدو الصلاح في الزرع عند اشتداد الحبّ

وقال أيضاً: يجوز بيع الزرع قصيلاً بشرط القطع، ولو باعه بشرط التبقية جاز.

ثم قال: ولو باع الزرع بعد اشتداد الحبّ، فهو كما لو باع الثمرة بعد

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٩٤-٣٩٧.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٣-٣٦٤.

(٣) المختلف ٥: ٢٢٧.

بدوّ الصلاح.

وقال أيضاً: السنبِل يجوز بيعه سواء كان حبّه ظاهراً كالشعير، والسلت، أو مستوراً كالحنطة، والعدس، والسّمسم قبل بدوّ الصلاح وبعده، بشرط القطع والتبقيّة ومطلقاً.

وقال أيضاً: لو باع الزرع قبل ظهور الحبّ^(١) فلا بأس.

وقال أيضاً: لو اشترى الزرع قصيلاً مع أصوله صحّ، فإن قطعه فنبت فهو له، إلى أن قال: فلو^(٢) لم يشترط المشتري الأصل فهو لصاحبه، فإذا قصله المشتري ونبت كان للبائع، ولو لم يقصله كان شريكاً للبائع، ويحكم بالصلح^(٣).

وقال الشهيد في الدروس: ويجوز بيع الزرع قائماً وحصيذاً، بارزاً كان أو لا، وبيع سنبله خاصّة، قال: ومنع الصدوق من بيع الزرع قبل السنبِل إلّا مع القصل، والوجه: الجواز.

وقال أيضاً: وما يتجدّد من القصل بعد قطعه للبائع، إلّا أن يقع الشراء على الأصول^(٤).

وقال في اللمعة: يجوز بيع الزرع قائماً على أصوله، وحصيذاً، وقصيلاً^(٥).

(١) في المصدر زيادة: بالحبّ.

(٢) في المصدر: ولو.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٦٠ و ٣٦٥-٣٦٧ و ٣٩٩ و ٤٠٩.

(٤) الدروس ٣: ٢٣٦ و ٢٣٩.

(٥) اللمعة الدمشقيّة (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٤٧.

كتاب البيع..... ٤٤٩

وعَمَّ الشهيد الثاني القائم للمحصّد وغيره، وما قصد قصله أم لا،
وفسّر الحصيد بالمحصود على وجه الأرض، والقصيل بما قصد قصله، بأن
شُرط في بيعه ذلك^(١).

الفهرس

1

- ٥ دليل الشيخ وابن حمزة على القول الثالث
- ١٤ التنبيه الأول: عدم الفرق في كون الثمن كله أو بعضه ديناً
- التنبيه الثاني: عدم الفرق بين مساواة قيمتها أو زيادتها على الدَّين أو نقصانها عنه
- ١٥ التنبيه الثالث: عدم الفرق بين شراء أحد الورثة لها أو غيرهم
- ١٦ التنبيه الرابع: إذا كان ثمن الجارية مؤجلاً باجل لم يجز البيع
- ١٦ بعض شرائط بيع أم الولد
- ١٦ وطى الأمة المشتركة
- ٢١ الصورة الأولى: ولو وطى الأمة المشتركة فحملت منه
- ٢١ الصورة الثانية: هي الصورة الأولى، إلا أن الدَّين غير ثمنها
- ٢٤ بيان أدلة الأقوال في الصورة الثانية
- ٢٧ الصورة الثالثة: إذا مات ولم يخلف لكفنه سواها
- ٣٢ الصورة الرابعة: إذا جنت على غير مولاه
- ٣٤ الصورة الخامسة: إذا جنت على مولاه جناية تستغرق قيمتها
- ٣٩ الصورة السادسة: إذا قتلته خطأ
- ٣٩ الصورة السابعة: إذا جنى حُرَّ عليها بما فيه دينها
- ٤٣ الصورة الثامنة: إذا كان علوقها بعد الارتهان
- ٤٣ الموضوع الأول: أنه هل يجب أن تخرج من الرهن بالإحبال
- ٤٣

- الموضع الثاني: أنه إذا بقيت مرهونة مطلقاً مع الإعسار على غيره..... ٤٨
- الصورة التاسعة: إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى وحجر الحاكم عليه... ٥٧
- الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد جنائتها..... ٥٨
- الصورة الحادية عشرة: إذا وجدت في أموال المفلس المحجور عليه..... ٥٨
- الصورة الثانية عشرة: إذا كان علوقها منه في زمان خيار البائع وفسخ البائع بخياره..... ٥٩
- الصورة الثالثة عشرة: إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء الضمان منها..... ٦٤
- الصورة الرابعة عشرة: إذا كان علوقها بعد نذر وكان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده..... ٦٥
- الصورة الخامسة عشرة: إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخ مكاتبته..... ٦٨
- الموضع الأول: أن المكاتب هل يجوز له بيعها قبل انفساخ كتابته أم لا..... ٦٩
- الموضع الثاني: إذا فسخ كتابته لعجزه..... ٧٠
- الصورة السادسة عشرة: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت..... ٧١
- الصورة السابعة عشرة: إذا أسرها المشركون..... ٧١
- الصورة الثامنة عشرة: إذا خرج مولاها عن الذمة وملكت أمواله التي هي منها..... ٧٤
- الصورة التاسعة عشرة: إذا كان ولدها غير وارث لكونه قاتلاً..... ٧٦
- الصورة العشرون: إذا كان غير وارث لكونه كافراً..... ٧٧
- الصورة الحادية والعشرون: إذا كان غير وارث لكونه حلاً..... ٧٨

- ٧٨ الصورة الثانية والعشرون: إذا كان غير وارث لكونه رقاً.....
- ٨٢ الصورة الثالثة والعشرون: إذا لحق الولد بالأب شرعاً دون الأم لفجورها
- ٨٣ الصورة الرابعة والعشرون: إذا أنكر الولد أو الأم كونها ملك الأب
- ٨٤ الصورة الخامسة والعشرون: إذا عجز مولاها عن نفقتها.....
- الصورة السادسة والعشرون: إذا مات قريبها وخلف تركته ولا وارث له
- ٨٦ سواها.....
- ٨٨ الصورة السابعة والعشرون: إذا كانت مستولدة ذميّة ثمّ أسلمت دونه....
- الصورة الثامنة والعشرون: إذا أسلم أبوها أو جدّها وهي مجنونة أو
- ٩٣ صغيرة ثمّ استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج من يده.....
- ٩٤ الصورة التاسعة والعشرون: إذا بيعت من قريبها الذي تنعتق عليه.....
- ٩٦ الصورة الثلاثون: إذا بيعت ممن أقر بحرّيتها
- ٩٦ الصورة الحادية والثلاثون: إذا بيعت بشرط العتق
- ٩٨ الصورة الثانية والثلاثون: كتابتها مطلقة أو مشروطة أيضاً
- الصورة الثالثة والثلاثون: بيعها من نفسها تخريباً على جواز بيع المملوك
- ٩٨ من نفسه
- ٩٨ الصورة الرابعة والثلاثون: إذا كان مولاها ذميّاً وقتل مسلماً
- ١٠٠ الصورة الخامسة والثلاثون: إذا استولد أمته الموقوفة عليه ثم على غيره ...
- ١٠٠ الصورة السادسة والثلاثون: إذا جنت وهي مسلمة على ذميّ فقتلته
- ١٠٠ الصورة السابعة والثلاثون: إذا أسلم الحرّ في دار الحرب قبل الظفر به ..

- الصورة الثامنة والثلاثون: إذا وهب المريض أمته لشخصٍ فاستولدها
 ومات المريض في ذلك المرض ١٠٠
- السبب الثالث لنقص الملك: الجناية ١٠٢
- الموضع الأول: إذا قتل العبد حرّاً عمداً ١٠٣
- تحقيق مسألة العبد الجاني عمداً ١١١
- الموضع الثاني: إذا قتل حرّاً خطأً ١٢١
- تحقيق مسألة العبد الجاني خطأً ١٢٩
- الموضع الثالث: إذا قتل عمداً عبداً لغير المولى ١٣٢
- الموضع الرابع: إن كان عتقاً وكانت الجناية موجبةً للاسترقاق ١٣٣
- السبب الرابع لنقص الملك: الارتداد وكلّ ما حدّه القتل من المحاربة
 واللواط وبعض أقسام الزّنا ١٤٢
- السبب الخامس لنقص الملك: الرهن بعد لزومه بالعقد أو به وبالقبض معاً
 وقبل فكّه ١٥١
- الموضع الأول: أنّ العقود الصادرة من الراهن باطلة من أصلها أو موقوفة ١٦٥
- الموضع الثاني: إذا فكّ الرهانة قبل الإجازة والفسخ ١٦٨
- السبب السادس لنقص الملك: تعلّق حقّ النذر وشبهه ١٦٩
- الصورة الأولى: وهي الصيغة الأولى إذا كانت مطلقةً ١٧٠
- الصورة الثانية: وهي الصيغة الأولى إذا كانت مشروطةً ١٧٢
- التصرف المنافي للنذر ١٧٣

٤٥٧	كتاب البيع
١٧٣	الموضع الأول: إذا كان شرطه معلوم الوقوع
١٨٠	الموضع الثاني: التصرف المنافي إذا كان الشرط محتمل الأمرين
١٨٢	فرع في نذر النصاب الزكوي أو مال الاستطاعة
١٨٤	الصورة الثالثة: هي الصيغة الثانية إذا كانت مطلقة
١٨٤	الموضع الأول: فيما يخرج به المنذور عن الملك في هذه الصورة
١٨٨	الموضع الثاني: في التصرف المنافي في ذلك
١٩٢	الصورة الرابعة: هي الصيغة الثانية إذا كانت مشروطة
٢٠٠	تحقيق مسألة بيع المنذور
	السبب السابع من أسباب النقص: أن يكون منهياً عن بيعه لحلف أو وصية
٢١٢	
٢١٤	السبب الثامن من الأسباب: تعيين الهدي للذبح وسياقه بإشعاره أو تقليد
٢١٤	السبب التاسع: أن يكون مشروط العتق في ضمن عقد لازم
٢١٥	السبب العاشر: المكاتب المشروطة أو المطلقة في غير ما تحرر منه بالأداء
٢١٧	السبب الحادي عشر: التدبير
٢١٩	السبب الثاني عشر: ثبوت الخيار للبائع أو المشتري أو كليهما أو غيرهما
٢٤٤	السبب الثالث عشر: تعلق حق الوصي له بالموصى به قبل قبوله
٢٤٥	السبب الرابع عشر: تعلق حق الغرماء بهال المفلس أو مال الميت
	السبب الخامس عشر: تعلق حق المضمون له بالمال إذا شرط أداء الضمان
٢٥٦	منه

- السبب السادس عشر: عدم تمامية سبب الملك في التبرعات ٢٥٦
- السبب السابع عشر: عدم تمامية السبب في المعاوضات ٢٦٠
- السبب الثامن عشر: تعلق حق الشفعة بالمال، والتملك بها قبل الاستقرار ٢٧٢
- السبب التاسع عشر: كونه مملوكاً له ولد من أمة ٢٧٣
- السبب العشرون: كونه مملوكاً ولد من حرّ شريك في أمة ٢٩٤
- السبب الحادي والعشرون: تدافع السبب المملّك والمزيل له دائماً ٢٩٤
- السبب الثاني والعشرون: اشتراك يقتضي رجوع الأمر في القسمة إلى غير المالك وعدم تمكّنه من البيع ٣٠٤
- المطلب الثاني: في أقسام البيع ٣٠٧
- المبحث الأول: في بيع الحيوان ٣٠٧
- مقباس: من اشترى عبداً ودفع له عبيدين ليختار فأبقى أحدهما ٣٠٧
- المبحث الثاني: في بيع الثمار ٣٢١
- المقام الأول: في أنواعها ٣٢١
- النوع الأول: ثمرة النخل ٣٢١
- مقباس: لا يجوز بيع ثمرة العام الواحد منفردة قبل ظهورها إجماعاً ٣٢١
- مقباس: عدم جواز بيع الثمرة قبل الظهور متضمنة إلى غيرها من الثمار المبيعة ٣٥٣
- القول الأول: إطلاق المنع والاقتصار على اعتبار الضميمة لرفع التحريم ٣٥٣
- القول الثاني: تجويزه مطلقاً ٣٥٤

٤٥٩	كتاب البيع.....
٣٥٥	القول الثالث: جوازه على سبيل التبعية للضميمة لا الأصالة.....
٣٧٠	مقباس: جواز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها.....
٣٨٢	مقباس: في المستثنيات من منع بيع الثمرة.....
٣٨٢	الأول: يبيعها أكثر من عام.....
٣٨٤	الثاني: يبيعها بشرط القطع.....
٣٨٦	الثالث: يبيعها مع الضميمة.....
٣٨٩	الرابع: يبيعها مع الأصل.....
٣٩٢	الخامس: يبيعها على مالك الأصل.....
٣٩٤	مقباس: في بيان حد بدو الصلاح في النخل.....
٤١١	النوع الثاني: ثمرة سائر الأشجار.....
٤١١	مقباس: عدم جواز بيع سائر الثمار سنة قبل الظهور.....
٤١٣	حد بدو الصلاح.....
	القول الأول: إن كانت الثمرة مما يحمر أو يصفر أو يسود فبدو الصلاح
٤١٣	فيها حصول هذه الألوان.....
٤١٤	القول الثاني: صلاحها في أنفسها بالبلوغ والتلون.....
٤١٤	القول الثالث: وهو الأمور الثلاثة.....
٤١٦	القول الرابع: أنه انعقاد الحب مطلقاً.....
٤٢٣	النوع الثالث: ثمرة الخضروات المثمرة.....
٤٢٣	القول الأول: المنع.....

٤٦٠.....مقابس الانوار/ ج٤

٤٢٤ القول الثاني: الجواز مع الكراهة.

٤٣٢ النوع الرابع: أوراق الأشجار المطلوب ورقها.

٤٣٥ النوع الخامس: الخضر التي يقصد منها ما هو مستور في الأرض.

٤٣٨ النوع السادس: الزروع كزرع الخنطة والشعير وغيرهما من الحبوب.