

و لا يجوز أن يبتاع الإنسان من الصياد ما يضرب بشبكته لأنّ ذلك مجهول.

و لا بأس أن يشتري الإنسان أو يتقبل بشيء معلوم، جزية رءوس أهل الذمة، و خراج الأرضين، و ثمرة الأشجار، و ما فى الآجام من السموك، إذا كان قد أدرك شيء من هذه الأجناس، و كان البيع فى عقد واحد، لأنّه يؤمن من الغرر، على ما رواه بعض أصحابنا [1] و لا يجوز ذلك ما لم يدرك شيء من هذه الأجناس، أورد ذلك شيخنا فى نهايته، فى باب الغرر. [2]

و الأولى عندى ترك العمل بذلك، لأنّ هذا بيع مجهول، و لا يرجع فى مثل هذا إلى أخبار آحاد.

و روى أنّه لا بأس أن يشتري الإنسان تبين البيدر، لكلّ كر من الطعام تبنة، يعنى تبين الكر، فالهاء ضمير الكر - بشيء معلوم، و إن لم يكل بعد الطعام. [3]

أورد هذه الرواية شيخنا أبو جعفر فى نهايته فى باب الغرر. [4]

و الأولى ترك العمل بها، لأنّه شراء مجهول، و مبيع غير معلوم وقت العقد، و البيع يحتاج فى صحته إلى أن يكون معلوم المقدار، وقت العقد عليه، و هذا غير معلوم و لا محصل، فالبيع باطل، لأنّه لا فرق بين ذلك، و بين من قال بعتك هذه الصبرة الطعام، كل قفيز بدينار، و لم يخبركم فيها وقت البيع و العقد، و لا كالهذا ذلك الوقت، و يكون العقد و الصحة موقوفاً على كيلها، فإذا كالهذا، صح البيع المتقدم، و هذا باطل بالإجماع.

و لا يجوز بيع ما فى الآجام من السمك، لأنّ ذلك مجهول فإن كان فيها شيء من القصب، فاشتره، و اشتري معه ما فيها من السموك، لم يكن به بأس، و كذلك إن أخذ شيئاً من السمك، و باعه إياه مع ما فى الأجمة، كان البيع ماضياً، لأنّه يؤمن مع ذلك الغرر، على ما روى. [2]

و الاحتياط عندى، ترك العمل بهذه الرواية لأنها من شواذ الأخبار، لأنّ المعلوم، إذا أضيف إلى المجهول، و المجهول إذا أضيف إلى المعلوم، صير ذلك المعلوم مجهولاً، و هذه كلها أخبار آحاد، يوردونها فى أبواب الغرر، و بيع المجازفة، فلا تترك الأصول، و يرجع إليها، بل لا يعرج عليها.

و كلّ شراب مسكر، حكمه حكم الخمر، على السواء، قليلاً كان أو كثيراً، نياً كان أو مطبوخاً، و كذلك حكم الفقاع حكمه، شربه، و عمله، و التجارة فيه، و التكسب به حرام، محظور، بغير خلاف بين فقهاء أهل البيت (عليهم السلام)، فإنّ إجماعهم منعقد على ذلك.

و كل طعام أو شراب، حصل فيه شيء من الأشربة المحظورة، أو شيء من المحرمات و النجاسات، فإن شربه، و عمله، و التجارة فيه، و التكسب به، و التصرف فيه، حرام محظور.

و جميع النجاسات، محرّم التصرف فيها و التكسب بها على اختلاف أجناسها، من سائر أنواع العذرة، و روث ما لا يؤكل لحمه، و بوله، و لا بأس بأبوال و أرواث ما يؤكل لحمه.

و قال شيخنا أبو جعفر، فى نهايته: و الأبوال و غيرها، إلا أبوال الإبل خاصة، فإنّه لا بأس يشربه و الاستشفاء به عند الضرورة. [1]

و الصحيح من المذهب، أن بول الإبل، و بول غيرها مما يؤكل لحمه، سواء لا بأس بذلك، لأنّه طاهر عندنا، بلا خلاف بيننا، سواء كان لضرورة، أو غير ضرورة، و إنما أورد شيخنا هذا الخبر، إيرادا، لا اعتقادا.

و بيع الميتة، و لحم الخنزير، و ما أهل لغير الله به، و بيع الخنافس، و الجعلان، و بنات وردان، و العقارب، و الحيات، و كلّ شيء لا منفعة فيه، حرام محظور، و كذلك بيع سائر المسوخ، و شراؤها، مما يكون نجس العين، نجس السور.

و قال شيخنا أبو جعفر، فى نهايته: و بيع سائر المسوخ، و شراؤها، و التجارة فيها، و التكسب [2] بها، محظور، مثل القرده، و الفيلة، و الدببة، و غيرها من أنواع المسوخ. [3]

و قال شيخنا فى نهايته: و لا يجوز بيع شيء من الكلاب، إلا كلب الصيد خاصة، فإنّه لا بأس ببيعه، و الانتفاع بثمنه. [1]

و قد قلنا فيما تقدّم من كتابنا هذا، أنّ بيع كلب الزرع، و كلب الحائط، و كلب الماشية أيضا جائز، و دليلنا على موافقة شيخنا فى غير كتاب النهاية، و إنّما أورد فى النهاية ألفاظ الأحاديث، إيرادا، آحادا و متواترة، و لم يحضر فيها شيئا، كما اعتذر به لنفسه، فى خطبة مبسوطه.

و أهل الذمّة سواء كانوا يهودا أو نصارى أو مجوسا، إذا باعوا ما لا يجوز للمسلم بيعه، من الخمر، و الخنزير، و غير ذلك، ثمّ أسلم كان له المطالبة بالثمن، و كان حلالا له، و إذا أسلم و فى ملكه شيء من ذلك، لم يجز له بيعه على حال.

و قد روى [2] أنّه إذا كان عليه دين، جاز أن يتولّى بيع ذلك غيره، ممن ليس بمسلم، و يقضى بذلك دينه، و لا يجوز له أن يتولاه بنفسه، و لا أن يتولّى عنه غيره من المسلمين.

ولا بأس ببيع الموجود فى الوقت بالصفة وإن لم يشاهده المبتاع فى الحال.

فإن قبضه ووجده على الصفة التى ابتاعه عليها كان البيع ماضيا. وإن كان بخلاف الصفة كان مردودا. ولا يصح بيع الموصوف مشروطا من أصله - ولا بأس ببيعه مطلقا بغير اشتراط. والمشتراط من أصله كبيع الحنطة من أرض مخصوصة، والثمره من شجرة بعينها، والسخولة من غنم على حبالها [1]، والزيت من الزيتون الغلانى،

والدهن من سمسسم بعينه، والثوب عن غزل امرأة مسماء - لأن ذلك ربما خالف الصفة، بل هو غير مضمون لجواز فوته.

ولا بأس ببيع ذلك مطلقا من غير إضافة إلى أصل مخصوص من بين الأصول بعد أن تميز [2] بالصفات مما عداه، كبيع كر من الحنطة الضريبة [3] النقية، وكر من الشعير النقي الصحيح، وقفيز من السمسسم، ومأة رطل من التمر، ومأة من الزبيب، وسخل حولي، وعشرة أمانان من الدهن، ومأة رطل من اللبن، وعشرة أثواب من المنير [4]، أو الكتان، أو الحرير، طول كل واحد منها كذا، وعرضه كذا، وسلكه [5] كذا، ولونه كذا، وما أشبه ذلك مما يتحدد بالوصف، ويتميز بالنعت.

فإن لم يوصف شيء مما ذكرناه بما يتبين به مما سواه كان البيع باطلا.
فإن نسب إلى أصله مع الصفة كان أيضا باطلا على ما قدمناه.

مسألة ٥٥٣: لو كان المشتري جاهلا بأن المضموم ملك الغير أو حر أو مكاتب [1] أو أم ولد ثم ظهر له، فقد قلنا: إن البيع يصح فيما هو ملكه، ويبطل في الآخر إن لم يجز المالك، ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء فيما يصح بيعه بقسطه من الثمن؛ لأنه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الفسخ. ولو كان عالما، صح البيع أيضا ولا خيار له.

وقطع الشافعي بالبطلان فيما إذا كان عالما، كما لو قال: بعثك عبدى بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان، وليس كذلك لو كان المضموم إلى العبد مكاتباً أو أم ولد؛ لأن المكاتب وأم الولد يتقومان بالإتلاف، بخلاف الحر المضموم إلى العبد [2].

وليس بعيدا عندى من الصواب البطلان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو كونه مما لا ينتقل إليه بالبيع، كالمكاتب وأم الولد، والصحة فيما إذا كان المضموم ملك الغير.
مسألة ٥٥٤: لو باع خلا وخمرا، أو مذكاة وميته، أو شاء وخنزيرا، صح البيع فيما يصح بيعه، وبطل في الآخر، ويقوم الخمر عند مستحليه وكذا الخنزير، وبسط [3] الثمن عليهما.

الفصل الرابع: العوضان ويشترط فيهما أمور: الأول: الطهارة.

مسألة ٨: يشترط في المعقود عليه الطهارة الأصلية، فلا تضر النجاسة العارضة مع قبول التطهير.
ولو باع نجس العين كالخمر والميته والخنزير، لم يصح إجماعا، لقوله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾ * [1] * حرمت عليكم الميته [2] * (والأعيان لا يصح تحريمها، وأقرب مجاز إليها جميع وجوه الانتفاع، وأعظمها البيع، فكان حراما. ولقول جابر: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) - وهو بمكة - يقول: "إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميته والخنزير والأصنام. [3]"

وما عرضت له النجاسة إن قبل التطهير، صح بيعه، ويجب إعلام المشتري بحاله، وإن لم يقبله، كان كنجس العين.

وقال أبو حنيفة: يجوز [1].

أما بعد الدباغ: فكذلك عندنا، لأنه لا يطهر به، خلافا للجمهور، وقد تقدم [2] ذلك.

أما عظام الميتة: فيجوز بيعها ما لم تكن من نجس العين، كالكلب والخنزير، ولهذا جاز بيع عظام الفيل. ولبن الشاة الميتة حرام لا يصح بيعه.

وعلى قول الشيخ [3] يجوز بيعه.

فروع: أ - لحم المذكي مما لا يؤكل لحمه لا يصح بيعه، لعدم الانتفاع به في غير الأكل المحرم. ولو فرض له نفع ما، فكذلك، لعدم اعتباره في نظر الشرع.

ب - لا يصح بيع الترياق، لأنه يحرم تناوله، لاشتماله على الخمر ولحوم الحيات. ولا يحل التداوى به إلا مع خوف التلف. وكذا سم الأفاعي لا يحل بيعه [4].

أما السم من الحشائش: فإن كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليلا، لم يجز بيعه، لعدم نفعه. وإن أمكن التداوى بيسيره، جاز بيعه.

ج - الأليات المقطوعة من الشاة الميتة أو الحية لا يحل بيعها

الثاني: كل ما يكون المقصود منه حراما، كآلات اللهو، كالعود، وآلات القمار، كالنرد والشطرنج، وهياكل العبادة، كالصنم، وبيع السلاح لأعداء الدين وإن كانوا مسلمين؛ لما فيه من الإعانة على الظلم، وإجارة السفن والمساكن للمحرمات، وبيع العنب ليعمل خمرا، والخشب ليعمل صنما وآلة قمار، ويكره بيعهما على من يعمل ذلك من غير شرط، والتوكيل في بيع الخمر وإن كان الوكيل ذميا.

وليس للمسلم منع الذمي المستأجر داره من بيع الخمر فيها سرا. ولو أجره لذلك، حرم.

ولو أجر دابة لحمل خمر، جاز إن كان للتخليل والإراقة، وإلا فلا.

ولا بأس ببيع ما يكن من آلة السلاح على أعداء الدين وإن كان وقت الحرب.

الثالث: بيع ما لا ينتفع به، كالحشرات، مثل: الفأر والحيات والخنافس والعقارب والسباع مما لا يصلح للصيد، كالأسد والذئب والرخم والحدأة والغراب وبيوضها، والمسوخ البرية، كالقرد وإن قصد به حفظ المتاع، والدب، أو بحرية، كالجرى والسلاحف والتمساح.

ولو قيل بجواز [بيع] [1] السباع كلها؛ لفائدة الانتفاع بجلودها، كان حسنا.

ويجوز بيع الفيل والهر، وما يصلح للصيد، كالفهد، وبيع دود القز والنحل مع المشاهدة وإمكان التسليم.

وكذا يجوز بيع عام الوجود، كالماء والتراب والحجارة.

ولأنه غير مقدور على تسليمه، فأشبهه الطير في الهواء.

وقال بعض علمائنا بالجواز [1]، وبه قال شريح وابن سيرين - [2] واشترى ابن عمر من بعض ولده بعيرا

شاردا - [3] لأنه مملوك، فصح.

فروع: أ - لو باع الآبق على من هو في يده أو على من يتمكن من أخذه، صح، لانتفاء المانع.

ب - لو باع الآبق منضمًا إلى غيره، صح، فإن لم يظفر به، لم يكن له رجوع على البائع بشئ، وكان الثمن في مقابلة الضميمة، لقول الصادق (عليه السلام): " فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه. [4] "

ج - الضال يمكن حمله على الآبق، لثبوت المقتضى، وهو: تعذر التسليم. والعدم، لوجود المقتضى لصحة البيع، وهو العقد. فعلى الأول يفتقر إلى الضميمة، ولو تعذر تسليمه، كان الثمن في مقابلة الضميمة.

وعلى الثاني لا يفتقر، ويكون في ضمان البائع إلى أن يسلمه أو يسقط عنه.

ومنع الشافعي من بيع الضال كالآبق، لتعذر التسليم. [6] [5]

وإنما يحتاج إلى معرفة التساوى فيها.

والجواب عما قاله أبو حنيفة: أنه خطأ؛ لأن المكيل والموزون يجوز أن يكون جزافا في البيع والصدق، فلو تعلق بقدره، لم يجز. وما استشهد به فإنما كان كذلك؛ لأن المكيل والموزون ينتقص ولا ضرر فيه، والثوب ينتقص بقطعه، فلهذا اختلفا، لا لما ذكره.

وما قاله الشافعي ضعيف؛ لأننا نمنع الاكتفاء بالمشاهدة عن معرفة القدر في بيع الأعيان، بخلاف المذروع، فإنه غير واجب العلم بقدر الذرع وكذا العدد.

إذا ثبت ما قلناه، فلا بد من ضبط صفات الثمن، فما لا يضبط بالوصف -مثل الجواهر والأخلاق - لا

يجوز أن يكون رأس مال السلم، وإنما يجوز أن يكون رأس المال ما جاز أن يسلم فيه.

هذا إذا لم يكن مشاهدا، وأما إذا كان مشاهدا، فلا حاجة إلى الوصف، بل تجب معرفة القدر، سواء كان مثليا أو لا. وبالجمله، كل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون رأس مال السلم، فإن لم يعرف صفاته، عينه، فإن انفسخ السلم؛ لانقطاع المسلم فيه، رد رأس المال إن كان موجودا، ومثله إن كان مفقودا وله مثل، وإن لم يكن له مثل، رد قيمته. ولو اختلفا في قدره أو قيمته، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه غارم.

5- [ما دل] على طهارة العاج و عظام الفيل [5] ونحو ذلك. فما في المراسم و الوسيلة و عن الإصباح من نجاسة لعبابها [6] المسوخ ضعيف لا نعرف له مأخذاً يعتد به، كالمحكى عن صريح أئمة الخلاف من نجاسة المسوخ كلها [7]، و ظاهر بيعه؛ حيث علل عدم جواز بيع القرد بالإجماع على أنه مسخ نجس، و أنه لا يجوز بيع ما كان كذلك [8]، كالمحكى عن بيع مبسوطه حيث قال: لا يجوز بيع الأعيان النجسة كالكلب و الخنزير و جميع المسوخ. [9] مع احتمال العطف فيه على المشبه [أى الأعيان النجسة] لا المشبه به. و احتمال قراءة ما فى الخلاف «النجاسة» بالحاء المهملة أو بالجيم على إرادة معناها من الخبائث و نحوها، لا المعنى المتعارف، كما يؤيده:

1- حكمه فى الخلاف أيضاً بجواز التمشيط بالعاج و استعمال المداهن منه مدعىً عليه الإجماع .[10]

2- و ما حكى عنه فى الاقتصاد: «أنّ غير الطير على ضربين: نجس العين و نجس الحكم، فنجس العين هو الكلب و الخنزير، فإنّه نجس العين نجس السور نجس اللعاب، و ما عداه على ضربين: مأكول و غير مأكول، فما ليس بمأكول كالسباع و غيرها من المسوخات مباح السور، و هو نجس الحكم [11] » انتهى .

فيخرج عن الخلاف حينئذٍ، و إلّا لم نعرف له دليلاً يعتدّ به على النجاسة بالمعنى المعروف، بل ظاهر الأدلّة خلافه كما عرفت، و عدم جواز البيع -بعد تسليمه- أعمّ من النجاسة كما هو واضح. فبان لك من ذلك حينئذٍ أنّ قول المصنّف [و الأظهر الطهارة فى محلّه].

(ف) نقول المحرم أنواع الأول الأعيان النجسة ذاتا كالخمر والأنبذة المسكرة والفقاع وغيرها من النجاسات التى عرفت فى كتاب الطهارة ، عدا الكلب الذى ستعرف البحث فيه ، والرق الكافر فإنه لا خلاف ولا إشكال فى جواز التكبس به ، ولعل عدم استثناء المصنّف له ، لان محل البحث فى النجاسات من حيث عدم قبولها التطهير بغير الاستحالة ، وهو يقبله بالإسلام الذى ليس باستحالة قطعاً ، اما المرتد عن فطرة فالمتجه عدم جواز التكبس به بناء على عدم قبول توبته ظاهراً وباطناً ، ولعل من جوز بيعه كالمحقق الثانى على ما حكى عنه بل قيل : انه ربما ظهر ذلك أيضاً من رهن المبسوط والتحرير بناء على قبول توبته باطناً ، وقد فرغنا من البحث فى بطلانه فى كتاب الطهارة واما العصير العنبى إذا نش وغلا من قبل نفسه حتى صار خمراً فحكمه حكمه ، وإذا غلا بالنار ولم يذهب ثلثاه وقلنا بنجاسته فيمكن القول بجواز بيعه ، لقبوله التطهير ، بالنقص الذى ليس استحالة ، فلا يندرج فى عنوان البحث ، ولو قلنا بأن ذلك منها ، وانه قبله كان خمراً اتجه عدم جواز بيعه كما نص عليه بعضهم ، وان كان الأقوى الأول ، وكيف كان فلا خلاف يعتد به ، فى حرمة التكبس فى الأعيان النجسة التى لا تقبل الطهارة بغير الاستحالة ، لقول [2] الصادق عليه السلام فى خبر

الثالث من الشروط أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه إجماعاً فى محكى التذكرة وكنز الفوائد وحواشى التحرير ، فلا يصح بيع ما يتعذر تسليمه كالطير فى الهواء والسمك فى الماء كما عن المبسوط الإجماع عليهما ، والتذكرة فى الأول منهما ، وفى الثانى نسبته إلى أكثر العلماء كالإمامية والفقهاء الأربعة من الجمهور وغيرهم ، ثم قال ولا نعلم لهم مخالفاً ، وعن الغنية واعتبرنا أن يكون أى المعقود عليه مقدوراً على تسليمه ، تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك فى الماء والطير فى الهواء ، فان ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف ، نعم قد يظهر من هذه العبارة بل وغيرها عند التأمل أن المراد من هذا الشرط عدم جواز بيع ما يعجز عن تسليمه كالأمثلة السابقة ، وقد يطلق اشتراط القدرة على ارادة كون العجز مانعاً ، نحو ما ذكره فى كون القدرة شرطاً فى التكاليف ، وتظهر الشمره

فى المشكوك فىه ، فإنه بناء على شرطية القدرة ىمتنع بىعه ، بخلافه بناء على مانعية العجز ومما ىرشد إلى ذلك أنهم قد ذكروا الإجماع كما عرفت على اشتراط القدرة ، مع أنهم قد حكوا الخلاف فى أمور .

منها بىع الضال فإنه قد قىل فىه وجوه الأول صحة بىعه مع الضميمة لا مطلقا ، غير مراعى بالتسلىم وإن لم أجد به مصرحا على التعىین ، كما اعترف به بعض الأساطین الثانى صحته مطلقا مراعاة بالتسلىم ، فلو تعذر تخیر المشترى ، وهو اختیار اللمعة والمعالـم ، الثالث صحة بىعه مترددا بین الحاقه بالآبق فىفتقر إلى الضميمة ووقوعه مراعى مطلقا ، فلا ىحتاج إليها قاله فى التذكرة والقواعد ، الرابع بطلان بىعه منفردا ، مع التردد فىه منضمـا ، وفى التقسىط والاختصاص على تقدیر الصحة وتعذر التسلىم وهو للعلامة فى النهایة ، الخامس البطلان مطلقا كما فى ظاهر الروضة والمسالك وحواشى التحریر ، ومنها بىع الضالة وفىها احتمالات أولها الصحة بشرط الضميمة ، إلحاقا لها بالآبق لأنها فى معناه بل هى أولى منه بها ، فان الآبق ممتنع على صاحبه بخلاف الضالة وإن كان فىه منع ، لأن الآبق لتمدنه ىظهر امره ولا كذلك

وأما التکسب بالخنزیر وجمیع أجزائه وجلد الکلب وما ىكون منه فلا خلاف أجده فى عدم جوازه ، بل ىمكن تحصیل الإجماع علیه ، مضافا إلى ما سمعته من الأدلة السابقة الدالة على ذلك نعم سستمع فىما یأتى إنشاء الله جوازه فى بعض الکلاب ، كما أنه لا إشکال فى جوازه بأخیه أى الکافر حربیا کان أم ذمیا لمسلم کان أم لکافر ذمى أو حربى وإن کان هو من الأعیان النجسة ، إلا أن ذلك لا ىمنع من بىعه بإجماع المسلمین والنصوص کخبر إسماعیل بن الفضل [١١]

النوع الثانى مما ىحرم التکسب به لتحریم ما قصد به من الغایات التى وضع لها الشىء کآلات اللهو مثل العود والزمر وهیاكل العبادة المبتدعة كالصليب والصنم وآلة القمار كالنرد والشطرنج ونحو ذلك بلا خلاف أجده فىه بل الإجماع بقسمیه علیه والنصوص ففى خبر [١١] تحف العقول عن الصادق علیه السلام «إنما حرم الله الصناعات التى هى حرام کلها ، التى ىجىء منها الفساد محضا ، نظیر البرابط والمزامیر والشطرنج ، وكل ملهـو به والصلبان والأصنام وما أشبه ذلك ، إلى أن قال : فحرام تعلیمه والعمل به وأخذ الأجرة علیه ، وجمیع التقلب فىه من جمیع وجوه الحركات » وفى خبر أبى بصیر المروى [٢] عن مستطرفات السرائر عن جامع البزنطى عن الصادق علیه السلام أيضا « بىع الشطرنج حرام وأكل ثمنه سحت واتخاذها كفر ، واللعب بها شرک والسلام على اللاهى معصية وكبيرة ، والخائض یده فیها كالخائض یده فى لحم الخنزیر والمرسل المقلب لها أى الشطرنج كالمقلب لحم الخنزیر » بل فى شرح الأستاذ أن ظاهر الإجماع والأخبار عدم جواز العمل ، والاستعمال والانتفاع والإبقاء والاکتساب بجمیع وجوهه من عبر فرق بین قصد الجهة المحللة وغيرها ، ولا بین قصد المادة وقصد الصورة لكن فى المسالك إن أمکن الانتفاع بها فى غیر الوجه المحرم ، على تلك الحالة منفعة مقصودة ، فاشترها لتلك المنفعة ، لم ىبعد جواز بىعها إلا أن هذا الفرض نادر فالظاهر أن ذلك الموضوع المخصوص لا ىنتفع به

جزء منها عشرة معينة فاشترى واحدة منها على البدل ، كان المتجه فيه حينئذ البطلان نحو ما سمعته في الصاع من الصيعان المتشخصة ، فضلا عن الشاة من الشياه الموجودة ، والعبد من عبيد مخصوصين ، وبالجمله المدار في الصحة والبطلان على متعلق نفس عقد البيع ، فان كان الكلى البدلى بطل لصدق الجهالة عرفا ، وإن كان المطلق صح لصدق المعلوماتية ، بل قد عرفت أنه أولى بذلك من الكلى غير المعين في صبره ، ضرورة زيادته عليه بوصف كونه من هذه الصبره فتأمل ، هذا.

ولكن الانصاف عدم دليل صالح للفرق بين الصاع عن الصبره وبين الصاع في الصيعان المتمايضة ، بل ولا بين العبد من العبيد المفروض تساويهم في الصفات التي تلاحظ في البيع على وجه ترتفع به الجهالة ، ويصح انتزاع كلى منها موصوف بهذه الصفات ، يكون موردا للبيع في الذمه ، ودعوى أنه يغتفر في بيع الكلى في الذمه ما لا يغتفر في بيع الكلى في الخارج خالية عن الدليل ، بل مقتضى العمومات الصحة بعد صدق المعلوماتية عرفا بنحو ذلك ، اللهم إلا أن يكون إجماعا والله العالم.

بقى الكلام في الذراع من الأرض والثوب ويمكن أن يكون الوجه فيما ذكره ، أنه لمكان اختلاف الأفراد فيهما اختلافا فاحشا لا يصح بيع الكلى فيهما ، لعدم إمكان ضبطه على وجه ترتفع به الجهالة ، ولذا لو عينهما من طرف خاص صح ، لكون المبيع فيهما مشخصا لا كليا ، والرضا بالذراع من هذا الثوب أو هذه الأرض المعلومين لدى المشتري لا يصير المبيع نفسه معلوما ، بل أقصاه الرضا بأي ذراع كان من هذا الثوب أو من هذه الأرض ، وهو غير كاف في صحة البيع المعتبر فيه شرعا معلوماتية المبيع نفسه ، وإلا لجاز بيع المجهول بالتراضي كما هو واضح ، نعم يتجه الصحة لو فرض إمكان الضبط بالوصف الراجع للجهالة

[في حرمة بيع العنب على أن يعمل خمرا]

قوله و الأول إما أن يكون إلخ

أقول لا يخفى أن الأول على ما ذكره ما كان راجعا إلى بذل المال في مقابل المحرم فقط فلا وجه لتقسيمه إلى القسمين ففي العبارة تشويش هذا مع أن الثاني أيضا ينقسم إلى القسمين المذكورين فلا وجه للتخصيص بالأول ثم إنه يبقى فرض آخر وهو أن يشترط عليه أحد الأمرين من التحليل أو التخمر و الظاهر صحته فإنه ليس منحصرا في المحرم فتدبر

قوله و يدل عليه إلخ

أقول و يدل عليه أيضا قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (إن اللّٰه إذا حرم شيئا حرم ثمنه فتدبر

قوله مضافا إلى كونها إعانة إلخ

أقول سيأتي أن كونه إعانة على الإثم لا يقتضي البطلان فانتظر ثم لا يخفى أن إجارة الشيء لينتفع به في المحرم تتصور على وجهين أحدهما أن يكون التملك واردا على خصوص المنفعة المحرمة بأن يوجر الدابة مثلا لحمل الخمر بأن لا يملك منهما إلّا هذه المنفعة بحيث تكون عنوانا الثاني أن يكون واردا على المنفعة و لكن اشترط عليه الاستيفاء على الوجه المحرم كأن يملكه منفعة الدابة و اشترط أن ينتفع بها بحمل الخمر و الفرق أنه لو خالف و حمل عليها غير الخمر كان استيفاء لغير المملوك على الأول بخلافه على الثاني فإن غايته أن يكون تاركا للعمل بالشروط و لا يخفى أن البطلان في الأول ممّا لا إشكال فيه و أمّا في الثاني فهو محلّ الإشكال و مقتضى القاعدة ابتناؤه على كون الشرط الفاسد مفسدا إلّا أن المصنف سيذكر أنه غير مبني عليه

قوله فتأمل

أقول وجهه أن كون الشيء قدرا متيقنا غير كونه منصوصا نظير ما مر في تعارض قوله (ع) (ثمن العذرة سحت مع قوله (ع) (لا بأس ببيع العذرة

قوله و الفرق بين مؤجره إلخ

أقول لا يخفى ما في هذا الفرق فإن اشتراط عدم بيع شيء إلّا الخمر أيضا بعيد عن المسلم نعم كثيرا ما يعلمون أنه لا يبيع غيرها و مع ذلك يقدمون على الإجارة و مثل هذا يجري في الصنم و الصليب أيضا فتدبر

[الأولى في حرمة بيع المصحف و فروعها]

قوله ففي موثقة سماعة إلخ

أقول ظاهر هذه الرواية عدم جواز بيع الورق و مقتضى الأخيرتين جوازه فيحصل المنافاة بينها و دفعها في الجواهر بحمل الأخيرتين على إرادة شراء الورق قبل أن يكتب بها على أن يكتب بها فيكون العقد في الحقيقة متضمنا لمورد البيع و مورد الإجارة بقرينة قوله و ما عملته يدك بكذا و كذا لعدم صلاحية العمل للبيع فلا بد من تنزيله على الإجارة قلت و الأولى في دفع المنافاة أن يقال المراد من الخبر الأول المنع عن بيع الورق على حد بيع سائر الكتب و المراد من الأخيرتين بيعه بقصد استثناء الكتابة و من هذا يظهر أن البيع الممنوع هو بيع المصحف بمعنى الورق المتضمن للخط على حدّ سائر الكتب لا بيع نفس الخط فإنه غير قابل للبيع و البيع المجوز إنّما هو بيعه بقصد بيع ما عدا الكتابة بمعنى عدم ملاحظتها في مقام البيع فافهم و اغتنم

أقول لعلّ المراد أنه يعتبر أن يكون المالك حين العقد قادرا على التسليم و راضيا بالعقد و إن كان الرضا و القدرة غير حاصلين حينه بل بعد ذلك و في المقام ليس كذلك و إلّا فإن أريد وجوب حصول ذلك حين العقد فمن المعلوم أن المالك في سائر الفضوليات أيضا غير راض حين العقد و حينئذ فحاصل جواب المصنف (قدّس

سرّه (أنّ دليل الرضا لا يقتضى أزيد من كون المالك حال الإجازة راضيا و لا دليل على اعتبار رضا المالك حين البيع و أمّا القدرة على التسليم فهي و إن كانت معتبرة في المالك حين العقد و لا يكفي حصولها للمالك حال الإجازة إلّا أنّ ذلك لا يضرّ في ما نحن بصددّه إذ الكلام إنّما هو بعد الفراغ من وجود هذا الشرط قلت فيه أوّلا أنّه التزام بورود الإشكال إذ ليس لنا مورد في مسألتنا هذه كون الشرط المفروض و هو القدرة على التسليم حاصلًا لأنّ من له العقد و هو المالك حال الإجازة غير مالك حال العقد و ليسقادرا على التسليم فلا بدّ من الحكم بالبطلان دائما بخلاف سائر الفضوليات فإنّ المالك حال العقد هو الذي له العقد و هو قادر على التسليم و إن لم يكن العاقد قادرا إلّا أن يكون غرض المصنف (قدّس سرّه) منع اعتبار قدرة من له العقد و هو المالك حال الإجازة بل يكفي قدرة المالك حال العقد و إن لم يكن مجيزا و هو كما ترى و ثانيا لا فرق بين شرط الرضا و شرط القدرة فكما يمكن أن يقال لا دليل على اعتبار أزيد من رضا المالك حين الإجازة فكذا يمكن أن يقال لا دليل على اشتراط قدرة من له البيع حال البيع بل يكفي قدرته حال الإجازة و ذلك لأنّ هذا الشرط إنّما يعتبر بالنسبة إلى من له العقد و يصير مخاطبا بوجوب الوفاء و هو المالك حين الإجازة و إنّما يصير مخاطبا بذلك حينها فيكفي حصول القدرة له حينها و الأولى في تقرير الاستدلال إسقاط شرط الرضا و تخصيص الإشكال بالقدرة على التسليم بأن يقال إنّ من شرائط صحّة البيع القدرة على التسليم حاله و هي و إن كانت مفقودة في الفضولي إلّا أنّا اكتفينا في سائر الفضوليات بحصولها للمالك المجيز و في المقام ليس كذلك إذ المناط رضا من له البيع و هو المالك حين الإجازة و ليس

تاب التجارة وهو مبني على فصول الأول فيما يكتسب به وهو ينقسم إلى :محرم، ومكروه، ومباح. فالمحرم منه أنواع: الأول: الأعيان النجسة كالخمر، والأنبذة، والفقاع .[1] وكل مائع نجس، عدا الأدهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء .[2]والميتة. والدم. وأرواث وأبوال ما لا يؤكل لحمه، وربما قيل :بتحريم الأبوال كلها، إلا بول الإبل خاصة، والأول أشبه.

والخنزير وجميع أجزائه.. وجلد الكلب، وما يكون منه .[3] الثاني: ما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللهو، مثل العود والزمزم. وهياكل العبادة المبتدعة، كالصليب والصنم. وآلات القمار كالنرد والشطرنج. وما يفضى [4]إلى المساعدة على محرم، كبيع السلاح لأعداء الدين، وإجارة المساكن والسفن للمحرمات، وكبيع العنب ليعمل خمرا، وبيع الخشب ليعمل صنما. ويكره :بيع ذلك لمن يعملها .[5]

الخامس :أن يكون المبيع معلوما فلا يجوز بيع ما يكال، أو يوزن، أو يعد جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول .[85]

ويجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبة مشاعا، سواء كانت أجزاؤه متساوية أو متفاوتة .[86]

ولا يجوز ابتياع شئ مقدر منه [87]، إذا لم يكن متساوى الأجزاء، كالذراع من الثوب، أو الجريب من الأرض، أو عبد من عبيدين أو من عبيد، أو شاة من قطيع. وكذا لو باع قطيعا واستثنى منه شاة أو شيئا غير مشار إلى عينها. [88]

ويجوز ذلك فى المتساوى الأجزاء، كالقفيز من كر. وكذا يجوز لو كان من أصل مجهول، كبيع مكوك من صبرة، مجهولة القدر. [89]

وإذا تعذر عد ما يجب عده، جاز أن يعتبر بمكيال ويؤخذ بحسابه. [90]
ويجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسح [91]، ولو مسح كان أحوط، لتفاوت الغرض فى ذلك، وتعذر إدراكه بالمشاهدة. [92] وتكفى مشهدة المبيع عن وصفه، ولو غاب وقت الابتىاع [93]، إلا أن تمضى مدة جرت العادة بتغير المبيع فيها [94]، وإذا احتمل التغيير،

وأن يكون المشتري مسلما، إذا أبتاع عبدا مسلما [64]، وقيل: يجوز ولو كان كافرا، ويجبر على بيعه من مسلم، والأول أشبه.

ولو أبتاع الكافر أباه المسلم هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه الجواز، لانتفاء السبيل بالعتق. [65]
ومنها: ما يتعلق بالمبيع وقد ذكرنا بعضها فى الباب الأول [66] ونزيد ها هنا شروطا: الأول: أن يكون مملوكا. فلا يصح بيع: الحر. وما لا منفعة فيه كالخنafs والعقارب، والفضلات المنفصلة عن الإنسان كشعره وظفره ورطوباته عدا اللبن. ولا مما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته [67] كالكلأ والماء والسموك والوحوش قبل اصطيادها. والأرض المأخوذة عنوة [68]، وقيل: يجوز بيعها، تبعا لآثار المتصرف [69]، وفى بيع بيوت مكة تردد، والمروى المنع.

وأما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه، وماء النهر لمن حفره، ومثله كان ما يظهر فى الأرض من المعادن فهى لمالكها تبعا لها. [70]

الثانى: أن يكون طلقا [71] فلا يصح بيع الوقف، ما لم يؤد بقاؤه إلى خرابه، لاختلاف بين أربابه، ويكون البيع أعود، على الأظهر .. [72] ولا بيع أم الولد، ما لم يمت، أو فى ثمن رقبته مع إفسار مولاها، وفى اشتراط موت المالك تردد. [73] ولا بيع الرهن إلا مع

[الثانى: أن يكون طلقا]

الثانى: أن يكون طلقا، فلا يصح بيع الوقف (٢)، ما لم يؤد بقاؤه إلى

للحرمة و الشرف و المجاورة. و قد أضاف اللّٰه سبحانه دورها إلى أربابها في قوله:

لِلْفَقْرِ إِيَّاهُ الْمُهْاجِرِينَ الَّذِينَ أَخْرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ [1] و المفهوم منه الملك.

قوله: «مَا ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه، و ماء النهر لمن حفره.»

(1) فيجوز بيعه جملة و بيع بعضه كيلا و وزنا و جزافا، و لو على الشاطئ لآته مال مملوك متمول.

قوله: «فلا يصح بيع الوقف. إلخ.»

(2) قد اضطربت فتوى الأصحاب في هذه المسألة اضطرابا عظيما، حتى من الرجل الواحد في الكتاب الواحد، كما وقع للمصنف ((رحمه الله)) (فإنه هنا شرط في جواز بيعه ثلاثة شرائط: اختلاف أربابه بحيث يؤدي بقاءه إلى خرابه، و كون البيع أعود، و في الوقف اكتفى في الجواز بوقوع الخلف بين أربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب. و هنا شرط الأداء إليه، و لم يشترط مع ذلك كون البيع أعود.

و الأقوى في هذه المسألة ما دلّت عليه صحيحة على بن مهزيار [2] من جواز البيع إذا وقع بين أرباب الوقف خلف شديد. و علله (عليه السلام) (بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس. و الظاهر أن خوف أدائه إليهما أو الى أحدهما ليس بشرط، بل ظاهره أنه عرضة لذلك. و ما عدا هذه الصورة لا دليل عليه.

نعم، في رواية [3] جعفر بن حنان [4] جواز بيعه مع حاجة أربابه إليه بحيث لا يكفيهم غلته إذا اتفقوا عليه كلهم و كان البيع خيرا لهم. و عمل بها بعض

الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه]

الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه، فلا يصح بيع الآبق منفردا، و يصح منضما (١) إلى ما يصح بيعه. و لو لم يظفر به، لم يكن له رجوع على البائع (٢)، و كان الثمن مقابلا للضميمة.

المشتري يرجع بالثمن أيضا. و إن كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه. و لو كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء، لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه.

ثم إن فداء السيد أو المشتري فالبيع بحاله، و إلّا بطل مع الاستيعاب. و فداء المشتري له كقضاء دين غيره، يعتبر في رجوعه عليه اذنه فيه.

قوله: «فلا يصح بيع الآبق منفردا و يصح منضمّا. إلخ.»

(1) أي إلى ما يصحّ بيعه منفردا فتخرج ضميمته إلى آبق آخر، و ما لا ينفرد بالبيع لقلته و نحوه. و يعتبر كونها من مالک العبد ليستحق جميع الثمن، إذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع صحه بيعه. و في صحیحه رفاعه [1] عن الكاظم عليه السلام (دلیل علیه. و كما يجوز بيع الواحد منضمًا فكذا الأكثر. و لو كان مع الثمن المتمول آبق آخر صحّ أيضا لوجود المقتضى في الجميع. و انما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه، فلو أمكن صحّ، و إن سمى آبقا. و لو أمكن للمشتري خاصة فالأقوى الجواز.

و لا يلحق به غيره مما في معناه، كالبعير الشارد و الفرس العائر على الأقوى، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص. فعلى هذا يبطل البيع للغرر. و يحتمل الصحة مراعاة بالتسليم.

قوله: «و لو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع. إلخ.»

(2) بمعنى أنه لا يوزّع عليها و على الآبق و يرجع بحصته منه، بل ينزّل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم. و ليس المراد أن الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن في الضميمة إذا تعذر تحصيله - كما يقتضيه ظاهر العبارة بل ظاهر عبارة الجميع - لأن الآبق جزء من المثلث، و البيع قد وقع عليهما، و القدرة على تسليمه ليست شرطا في صحه البيع، و مقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثلث. فلما تخيل من ذلك

[الخامس: أن يكون المبيع معلوما]

الخامس: أن يكون المبيع معلوما، فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافا (١) و لو كان مشاهدا كالصبرة (٢)، و لا بمكيال مجهول.

و يجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبة مشاعا، سواء كانت أجزاءه متساوية أو متفاوتة.

و لا يجوز ابتياع شيء مقدّر منه، إذا لم يكن متساوي الأجزاء، كالذراع من الثوب (3)،

فالوصفية كالصنعة لا يستحق بسببها شيء. و بالجملة فحكمه مع العلم حكم الغاصب. و هذا هو أصح الأقوال في المسألة. و المصنف لم يذكر فيها خلافا استضعافا لها، مع أنه أشار إليه في مختصره. [1]

قوله: «فلا يجوز بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جزافا.»

(1) هذا هو المشهور و عليه الفتوى. و ذهب بعض الأصحاب [2] إلى جوازه مع المشاهدة. و هو ضعيف.

قوله: «و لو كان مشاهدا كالصبرة.»

(2) جوز ابن الجنيّد [3] بيع الصبرة مع المشاهدة دون غيرها، فلذا خصّها المصنف بالذكر، و هو ضعيف.

قوله: «و لا يجوز ابتياع شيء مقدّر منه- إلى قوله- كالذراع من الثوب.»

(3) أي شيء مقدّر غير معين كذراع منه. أمّا لو عينه في جهة كما لو قال من هذا الطرف إلى حيث ينتهي، ففي صحته قولان، أجودهما الصحة، لانتفاء الغرر بذلك. و لو قصدا بالمعّين الإشاعة و كان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشرة

[الاولى: لا يجوز بيع شيء من الكلاب إلّا كلب الصيد]

الاولى: لا يجوز بيع شيء من الكلاب (١) إلّا كلب الصيد. و في كلب الماشية و الزرع و الحائط تردد، و الأشبه المنع. نعم، يجوز إجارتها.

قوله: «لا يجوز بيع شيء من الكلاب. إلخ.»

(1) لا خلاف في جواز بيع كلب الصيد في الجملة، لكن خصّه الشيخ (([1] رحمه الله)) (بالسلوقي. كما لا خلاف في عدم صحة بيع كلب الهراش، و هو ما خرج عن الكلاب الأربعة و لم يكن جروا. و الأصح جواز بيع الكلاب الثلاثة، لمشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوّغ لبيعه. و دليل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة. و في حكمها الجر و القابل للتعليم. و لا يشترط في جواز اقتنائها وجود ما أضيفت إليه، فلو هلكت الماشية أو باعها، و حصد الزرع، و استغلّ الحائط لم يزل ملكه عنها. و كلب الدار ملحق بكلب الحائط.

و اعلم أنّ العلامة في النهاية [2] استشكل جواز بيع كلب الصيد مطلقا. و في القواعد [3] ما يؤذن بالخلاف فيه. لكن ادّعى جماعة من الأصحاب الإجماع عليه [4]، كما بيناه. و لا نعلم خلافا لأحد منهم في غير السلوقي، فإن كان فيه خلاف فهو ضعيف جدّا، بل الظاهر عدمه. و يمكن كون الإشكال و الخلاف عائدين إليه بالنظر إلى مجموع أفراد، و ان حصل الاتفاق على بعضها. و أمّا إجارتها فلا إشكال في جوازها، لأنّ لها منافع محللة مقصودة، و هو الفارق بين البيع و الإجارة نظرا إلى نجاسة أعيانها.

ينضمّ إليه غيره، و نقل [1] نحو ذلك عن التقى و القاضي. و قد نسب جماعة [2] إليهم الخلاف لمكان هذا الإطلاق، و ليس بتلك المكان من الظهور، و إلّا لأمكن نسبة الخلاف أيضا إلى كلّ من اقتصر على قوله «و لا يصحّ بيع الآبق منفردا» و القيود معتبرة في عباراتهم إلّا أن يكون نظرهم إلى غير ذلك كما يظهر ذلك على الممارس، و نظرهم على تقدير الخلاف إلى إطلاق النصّ- و قد عرفت الحال فيه- و إلى كون

الشرط التسليم، و هو غير موجود.

و فيه :أن الغاية القصوى من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع و هى موجودة، و الموجب للزميمة إنما هو العجز عن تحصيله و هو مفقود.

و عن أبى على أنه إن ضمنه البائع للمشتري صحّ بيعه [3]، و اختاره فى «المختلف» [4] و اقتصر فى «التحرير» على نسبته إليه [5]، و كأنّ الشهيد فى «حواشيه» [6] مال إليه.

و فى «إيضاح النافع» للفاضل القطيفى أنّ القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط إلّا أنّها شرط فى أصل صحّة البيع، فلو قدر على التسلم صحّ البيع و إن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكّن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه، و لا يرجع على البائع عدم القدرة إذا كان المبيع على ذلك مع العلم، فيصحّ بيع المغصوب و نحوه، نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً لم تصحّ المعاوضة عليه بالبيع، لأنّه فى معنى أكل مال بالباطل. و ربما احتمل إمكان المصالحة عليه. و من هنا تعلم أنّ قوله - يعنى المحقق فى النافع - «لو باع الآبق منفرداً لم يصحّ» إنّما هو مع عدم رضا المشتري أو عدم علمه أو كونه بحيث لا يتمكّن منه

[فى اشتراط القدرة على التسليم]

و القدرة على التسليم، فلا يصحّ بيع الطير فى الهواء إذا لم تقض العادة بعوده، و لا السمك فى الماء إلّا أن يكون محصوراً (1).

***** فى اشتراط العلم بالعوضين]

قوله قدّس سرّه: (و العلم، فلا يصحّ بيع المجهول و لا الشراء به، و لا تكفى المشاهدة فى المكيل و الموزون و المعدود سواء كان عوضاً أو ثمنًا، بل لا بدّ من الاعتبار بأحدها) أجمع علماؤنا على أنّ العلم شرط فى العوضين كما فى «التذكرة» [2] و فى «الغنية» اشترطنا أن يكون المعقود عليه معلوماً، لأنّ العقد على المجهول باطل بلا خلاف [3]، انتهى.

قلت: يجب أن يكون المبيع معلوماً ليعرف ما ملك بإزاء ما بذل، و معلوم أنّه لا يشترط العلم بالمبيع من كلّ وجه، بل يجب العلم بثلاثة أشياء: عين المبيع و قدره و وصفه (و صفته - خ ل). و المراد بالعلم العلم العادى الذى ينتفى معه الغرر كما سيأتى بيانه و برهانه.

[المسألة] الثانية يحرم بيع العذرة النجسة

[1] من كلّ حيوان على المشهور، بل فى التذكرة كما عن الخلاف:- الإجماع على تحريم بيع السرجين

النجس. [2]

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدم من الأخبار رواية يعقوب ابن شعيب: «ثمن العذرة من السحت .[4]» [3]

نعم، في رواية محمد بن المضارب «: [5] لا بأس ببيع العذرة. [6]»

و جمع الشيخ بينهما بحمل الأوّل على عذرة الإنسان، و الثاني على عذرة البهائم .[7]

الأولى يجوز بيع المملوك الكافر، أصلياً كان أم مرتداً مِلِّيّاً،

بلا خلافٍ ظاهر، بل ادّعى عليه الإجماع [1]، و ليس ببعيد، كما يظهر للمتتبع في المواضع المناسبة لهذه المسألة، كاسترقاق الكفار و شراء بعضهم من بعض، و بيع العبد الكافر إذا أسلم على مولاه الكافر، و عتق الكافرة، و بيع المرتد، و ظهور كفر العبد المشتري على ظاهر الإسلام، و غير ذلك.

القطيفي (١) المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط في اصل صحة البيع.

فلو قدر (2) على التسلم صح البيع و إن لم يكن البائع قادراً عليه.

بل لو رضى بالابتيع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه، و لا يرجع (3) على البائع، لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصح (4)

-خلاصة الكلام أن اشتراط القدرة في تسليم البيع كان مسلماً بين الأصحاب، و الاختلاف في اعتبارها و عدم اعتبارها نشأ من زمن الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، فإنه أوّل من استشكل في شرطيتها و لم يعتبرها (قدس سرهما)، و لم تكن المسألة ذات شأن عند فقهاءنا القدامى (رضوان الله عليهم).

(1) يأتي شرح حياته و مؤلفاته في (أعلام المكاسب).

(2) أي المشتري.

(3) أي ليس للمشتري خيار جواز فسخ المعاملة، و الرجوع على البائع إذا كان البيع برضى المشتري، و علمه بعدم قدرة البائع على التسليم.

(4) الفاء تفريع على ما افاده الفاضل القطيفي: من عدم حق الرجوع للمشتري على البائع إذا كان شراؤه منه برضاه، و علمه بعدم قدرة البائع على التسليم. أي ففي ضوء ما ذكرنا يصح بيع الشيء المغصوب إذا كان المشتري -

***** قوله: «لا تبعه

حتى تكيله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهره ثانياً بقرينة استثناء بيع التولية :-أنّ المراد غير الكيل المشترك في صحّة العقد، لم يعلم له وجه؛ إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحة و غيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و الثاني، و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قرينةً على عدم إرادته؛ لاشتراك التولية مع غيرها في توقّف صحتهما على الاعتبار، لأنّ السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه. ثمّ الجواب بالفرق بين المكيلو الموزون لا يمكن إرجاعهما [1] إلى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثاني، بل الكلام سؤالاً و جواباً نصّ في إرادة قابليّة المبيع قبل القبض للبيع و عدمها.

فالأولى أنّ استثناء التولية ناظرٌ إلى الفرق بين البيع مكايلاً بأن يبيعه ما اشتراه على أنّه كيلٌ معيّن، فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثمّ إقباضه بين أن يولّيه البيع الأول من غير تعرّضٍ في العقد لكيله و وزنه، فلا يعتبر توسط قبضٍ بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأول.

و بالجملة، فليس في الصحيحة تعرّضٌ لصورة كيل الشيء أولاً قبل البيع ثمّ العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل، و أنّ بيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيلٍ جديد لقبض البيع الأول، لا لاشتراط معلوميّة المبيع في البيع الثاني، أم لا؟ بل ليس في كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرّضٌ لهذه الصورة.

فيحمل على نصفه المختص به ويحتمل ان يكون شهادة على شريكه فيحمل على حصة شريكه، وحيث انه لا معين في البين حتى يكون موجبا للحمل على الاقرار أو على الشهادة فيحمل على النصف من مجموع الحصتين فيكون اقرارا بالنسبة إلى نصف نصيبه وشهادة على نصف حصة شريكه، وهذا بخلاف ما إذا كان كلامه نصا في الشهادة كما إذا قال اشهد ان نصف الدار لفلان فانه يحمل على الشهادة على شريكه كما قال به الشيخ الكبير (قده) أو كان نصا في الاقرار بأن قال اقر بان نصف الدار له فانه يجب حمله (ح) على الاقرار على نفسه، وهذا وان لم يكن المذكورا في كلام الشيخ الكبير إلا ان لازم حمل ما كان نصا في الشهادة على الشهادة على حصة شريكه هو حمل النص على الاقرار على الاقرار على نفسه كما لا يخفى. قوله (قده) مسألة لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله (الخ) لا فرق في انضمام ما لا يملك إلى ما يملك وبيعهما معا صفقة واحدة بين ان يكون ما لا يملك غير مملوك شرعا كما مثله بالخمير والخنزير حيث انهما مال عرفا وانما سلب عنهما المالية شرعا، وبين ان يكون مسلوبا عنه المالية والملك عرفا كالحشرات، ولا بين علم المتعاملين أو احدهما بكونه مما لا يملك أو بفساد بيعه إذا علم به وبين جهلهما أو جهل احدهما به موضوعا أو حكما. قوله (قده) ويدل عليه اطلاق مكاتبة الصفار (الخ) لا اشكال في فساد البيع فيما لا يملك واما بالنسبة إلى ما يملك فهو صحيح وقد ادعى عليه الاجماع

كما نقله عن جامع المقاصد ومحكى الغنية، واستدل عليه بالطلاق مكاتبه الصغار المتقدمة من قوله عليه السلام لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء فيما يملك (وتقريب دلالتها) ان قوله عليه السلام وقد وجب الشراء

مالية العوضين بحيث كانت المبادلة بين المالكين وأما كون الطرفين مما لهما اعتبارا لوجود قبل البيع فليس بمعتبر ولا دليل على اعتباره أصلا (وتقريب الثاني) أن الكلى قبل البيع لا يكون مملوكا إذ لا يملك الانسان في ذمته شيئا مع أن المعتبر في البيع مملوكية العوضين لكل من انتقل عنه على ما هو مفاد " لابيع الا في ملك " وهذا الاشكال أيضا كما ترى مختص ببيع الكلى في الذمة، ضرورة اعتبار ملكية الدين في ذمة الغير السابق على وقوع البيع عليه (والجواب عنه) أن الملكية المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع ولذا يصح بيع الولي لماله الولاية على بيعه مع أنه ليس ملكا له، والمراد بالملك في قوله لابيع إلا في ملك هو السلطنة على البيع، واستعمال الملك بمعنى السلطنة شائع عرفا قال الله تعالى " قالوا ما اخلفنا موعداك بملكنا " وقوله عز من قائل " رب انى لأملك إلا نفسى وأخى " ونظائرهما كثيرة ولا شبهة أن الانسان مسلط على اعتبار شيئى في ذمته وهذه السلطنة هي المصححة للبيع). فان قلت بناء على ما تقدم من أن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفى الاضافة مع بقاء أصل الاضافة على ماهى عليه لابد قبل البيع من اعتبار الكلى مملوكا في ذمة البائع لكى يجعله البايذ بالبيع طرفا لاضافة المشتري ويجعل الثمن طرفا لتلك الاضافة القائمة بالكلى حتى يتحقق التبديل فى الطرفين، وهذا المعنى مناف مع اعتبار الكلى فى الذمة بالبيع قبله (قلت) ليس المعتبر فى البيع إلا كون المبيع منتقلا عن البائع الى المشتري وهو حاصل بالبيع ولا يكون لاعتبار الازيد منه دليل حتى يكون الالتزام به موجبا للاشكال، هذا ما يعتبر فى المعوض. قوله (قده) وأما العوض لاشكال فى صحة كون العوض منفعة سواء

***** ٨٨ *****

المستدرک عن بعض الكتب المعتبرة ولعله مدرک القائلين باعتبار العلم فى العوضين فى باب البيع بأزيد مما يرتفع به الغرر (والجواب عنه) ان العلم بالعوضين من المتعاقدين حاصل حين البيع بالنسبة إلى المجموع و هذا كاف فى رفع الغرر ولا يحتاج إلى العلم بما يخص كل جزء من اجزاء المبيع لو وزع الثمن عليها حين البيع وإلا يلزم كون اكثر البيوع غرريا لو لم نقل كلها لعدم العلم من المتعاقدين حين البيع بما يخص بكل جزء من البيع من مقدار الثمن (واما الاجماع) فالقدر المتيقن منه هو بطلان البيع مع الجهل بالثمن من جميع الوجوه لا ما إذا علم بوجه وان كان مجهولا من وجه آخر (واما النص) فهو ايضا لا يدل على ازيد من اعتبار العلم حين البيع بمعنى العلم بالثمن الواقع فى مقابل المثلث ولا يدل على اعتبار العلم بكل جزء من الثمن الذى يخص بما يقابله من اجزاء المبيع بعد التحليل والتقسيم، كيف وإلا لزم بطلان اكثر البيوع كما عرفت، هذا مضافا

إلى دلالة رواية الصفار المتقدمة على عدم اعتبار العلم بما يقابل اجزاء المبيع بعد التوزيع من اجزاء الثمن حيث ان الحكم بوجوب الشراء ومضيه فيما يملك دليل على كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع في مقابل المثلث كما لا يخفى. قوله (قده) نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري (الخ) مقتضى ما تقدم من كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع في مقابل مجموع المثلث هو عدم الفرق بين صورة علم كل من البائع والمشتري بكون جزء من المبيع في هذا البيع مما لا يملك أو جهلهما به أو علم احدهما مع جهل الآخر إذ العلم المعتبر في صحة البيع وهو العلم بمجموع الثمن و المثلث حاصل منهما في جميع هذه الصور (لكن المحكى) عن التذكرة

مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، { 1 } فإن الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد وفي التذكرة انه اجماع. وفي المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء. وعن الغنية انه انما اعتبرنا في المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف [اعتبار القدر على التسليم { 1 } قوله الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم وقبل الشروع في اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور: الأول: ان ذكر هذا الشرط في شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين، وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر والعبد الأبق ونحوهما، بل ربما يقال انه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحيه قصور العاقد - كما لو تعاوضا على عين معينة وهما في السجن ولا يرجي اطلاقهما منه - لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع. واما ما افاده المحقق النائيني (قدس سره) في وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية. الثاني: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه تقادرا على التسليم وطراً العجز يدخل ذلك في طرو العيب الموجب لثبوت الخيار. وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، وتعذره الموجب للخيار. ولعل هناك فرقا آخر، وهو انه إذا كان البائع غير قادر ولكن كان المشتري

مسألة: العلم بقدر المثلث كالمثلث شرط { ١ } باجماع علمائنا كما عن التذكرة، وعن الغنية العقد على المجهول باطل، بلا خلاف. وعن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا وان شوهد اجماعا. وفي السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف والأصل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور { ٢ } وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعتبرة { ٣ } منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم، ثم ان صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته، قال لا يصلح إلا بكيل. قال وما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام وفي رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة والإيراد على دلالة الصحيحة [إليه له ولو كانت ازيد لابد من رد الزايد لاشتراطه وفيه: انه خلاف

الظاهر جدا وان تم ما افاده المصنف قدس سره ولم نورد عليه: بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيرها فضوليا وان كان عاما لغيرها لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن - وايضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت. والا فيرد الصحيح الى اهله وعلى أى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة. عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا { ١ } لا خلاف ولا اشكال فى انه شترط فى المبيع ان يكون معلوما فلا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود الا مع معرفة المقدار باحدها فلا يباع المكيل والموزون والمعدود جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة ولا العدد المجهول كملاً اليد ونحوها بلا خلاف، وعن غير واحد: دعوى الأجماع عليه. { ٢ } ويشهد له حديث نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر

*****٨