فمن ثم لا يجب ابقاؤه دايما لكن لا يجوز ازالته حال الا من غا النخلة فهو كثمرتها فانها وان لم تدخل في مسماها لكن يجب ابقاوها الى
اوان البلوغ عرفا ثم تسوغ الازالة ولو شرط ابقا الفرخ دايما فلا بحث في وجوبه فايده ذكر في الدروس دخول الفراخ في بيع النخلة
بصيغة قيل وهو يشعر بتردده في ذلك وكانه ينظر الى انها جزء باعتبار حصولها من اصول النخلة الداخلة في مسماها وعكس الاظهر
بانها وان تخلقت من اصول النخلة الا ان العرف اقتضى خروجها عن الجزئية وعدها نخلة اخرى هذا اذا لم تكن نابتة في نفس المغرس لكن
نبتت فيه فاشكال قوله وليس له الابقاء في المغرس ميتة الا ان يستخلف عوضا من فراخها المشترط الاستثناء منها من محذوف اي
ليس له ابقاء النخلة في المغرس بعد موتها في حال الا في حال استخلافها عوضا من فراخها بشرط ان يكون مشترط الابقاء اما انه لا يبقى
ميتة فهو ظاهر لانها لا تعد نخلة وانما هي حطب فيجب ازالتها وهل يجب ابقاء اصلها رجاء ان تنبت ظاهر العبارة عدم ذلك لان
اصول النخلة انما كان بالتبعية لها وقد زالت ويحتمل الوجوب لوجوب ابقا المجموع فلا يسقط الحكم بزوال بعضه هذا اذا لم يشترط ابقاوه
فلو شرط وكان الفرخ وقت موت النخلة موجودا فانه يجب ابقاوه عملا بالشرط وان لم يكن موجودا فهل يجب الابقا رجا وجوده
عدم وجوب الابقا للاصل استقلالا فيه تردد منشاه من الشك في المقتضي ومن رجا النفع واعلم ان الاستثناء الواقع في العبارة
منقطع لان ابقا النخلة الميتة لا يجب على حال وان الي اصلها ثم ان ابقا الاصول على تقدير اشتراط ابقا الفرخ المستخلف انما يجب
بزواله مخبرا بالفرخ فان لم يكن مضرا فعلى مقتضى عبارة المصنف السابق من عدم وجوب ابقا الاصول استقلالا لا يجب
كان اطلاق جملة الاستثنا يقتضي وجوب الابقا مع الاستخلاف مطلقا والتحقيق انه ان وجب ابقاوه بالاستقلال لم ينعقد
الفرخ ولا باشتراط العادة والا لم يجب الا اذا حصل المتبوع والعبارة لا تنطبق على واحد من الامرين قوله ولا يندرج الثمرة المؤبرة
فيها قبل لفظ التابير باص في اصل المصنف قوله سوا كانت في كمام وقد تفتح عنها او لم يكن قد تفتح او كانت بارزة الكمام التابير
فلو استقلب النخلة بغيره من صلح او غيره في الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد اي بغير عوض والصلح جايز بغير عوض
وقيل الاولى رد الضمير الى الصلح اي وغير صلح اقول لا ريب ان المتبادر عود الضمير الى الصلح لكن يشكل عليه ان قوله او وجه بعوض
الي اوه يصير مستدركا لاندراج ذلك كله في غير الصلح وعود الضمير الى العوض على ما فيه من التكلف يقتضي وقوع الصلح بغير عوض
بانه في عقود المعاوضات وهي تقتضي عوضين ولا يبعد ان يكون نظرهم في ذلك الى ان الصلح في الدين على بعضه صحيح
للبعض فيقتضي وقوع الهبة بلفظ الصلح ولا دلالة فيه لانه على ذلك التقدير صلح مشتمل على عوضين فان البعض والكل
ويحصل منه باعتبار مقتضاه ما يحصل من الهبة للبعض كما في البيع المشتمل على المحاباة اما وقوع الهبة بلفظ الصلح فلا دليل عليه
قيل لو كان هذا معاوضة حقيقة لزم الربا في الربوي قلنا لما كان احد العوضين داخلا في الاخر وان غايره مغايرة
يتحقق شرط الربا وتحقق شرط الصلح بتغاير العوضين قوله اذا ظهرت الثمرة بعد البيع فهي للمشتري اذا لم يكن موجودة حال العقد
العبارة بان ظهور الثمرة بعد البيع يقتضي عدم كونها موجودة وقت العقد اذ لو كانت موجودة حين البيع لم يتحقق ظهورها بعد
لا يراد عند العقد بها من ظهور الثمرة الا بروزها الى الوجود لا زوال الساتر عنها الا ان يحمل الظهور على بدو الصلاح نظرا الى
بعوض التلف فكانها غير ظاهرة او ان الانتفاع بها قبله بعيد وكانت غير ظاهرة وفيه بالاخص فان مدار الحكم على
فبدو الصلاح لا غ قوله لو كان المقصود من الشجرة الورد فان كان موجودا حال العقد فهو للبائع وان لم يكن
والياسمين وغيرهما وللشيخ قول بالدخول حكاه في التحرير قوله انما يعتبر التابير في الاناث من النخل اي انما يعتبر في كون الثمرة
حتى اذا لم يتحقق التابير يكون للمشتري نظرا الى الغالب قوله لان التابير هو شق اكمة النخل الاناث وذر طلع الفحل فيها
جمع كمام وهذا التعليل جار على الوصف الغالب فان شق اكمة النخل وذر طلع الاناث فيها ممكن وقد نقل انه يفعل
الا ان ذلك لندرته لا يقدح ويحمل التابير على الغالب واعلم ان الشق ليس هو نفس التابير وانما هو مقدمته بل التابير هو ذر

وكمام الانثى ونحوه ففي العبارة تسامح قوله فهي للمشتري في طلع الفحل ان كان موجودا حال البيع اي تحقق اذ كان اعتبار التابير انما
هو في الاناث ليكون الثمرة للبائع وبدونه للمشتري قوله سوا اتحد النوع او اختلف وسوا اتحد البستان او تعدد حاول بذلك
الرد على بعض الشافعية الفارقين بين ما اذا اتحد النوع فيستوي كل في الحكم وما اذا تعدد وكذا رد على من فرق بين البستان الواحد
والمتعدد قوله اما لو كان بعض النخل مؤبرا وبعضه غير مؤبر احتمل دخول غير المؤبر خاصة وعدم الدخول مطلقا لعموم وجه الاحتمال الاول
ان النص دل على ان البايع يستحق الثمرة بعد تابيرها وتعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية فيكون التابير هو العلة فمتى وجد ترتب عليه
حكمه واما توجيه الاحتمال الثاني بعسر التميز فقد قيل عليه ان ذلك لو ثبت موجب لفساد العقد اذا كان مقصودا بالبيع لما يلزم من الجهالة
اذ العقد بحصوله حين العقد وهذا غير وارد لامكان ان يراد عسر التميز بعد تابير الباقي ونظير عبارة التذكرة تجي احتمال ثالث
وهو الدخول مطلقا فانه قال لو ابر بعض النخل كان جميع طلعها للبايع ولا اشترط لبقاء الثمرة على ملكه تابير جميع طلعها لما فيه من العسر
وعدم الضبط وساق الكلام الى ان قال وهو اولى من العكس فان المعنوم من العكس كون جميعها الحاقا لما لم يؤبر بما ابر لصدق عدم التابير
في المجموع والاحتمال الاول لا يخلو من قوة وهو ظاهر اختيار الدروس وان كان الثاني غير بعيد اقتصارا على فيما خالف الاصل على موضع
الوفاق قوله لا يدخل الغصن اليابس ولا السعف اليابس على اشكال الغصن يقال في الشجر والسعف في النخل والاشكال فيهما منشاوه
من انه كان قد ادمن انه باستحقاق القطع عادة قد ينحل عن الجزئية والاول اقوى تمسكا بالاستصحاب ووقوفا مع المعلوم ولان من حلف
لا يمس جزءا من شجرة يحنث بمس غصنها اليابس كما ذكره في التذكرة قوله ولو خيف الضرر الكثير فالاقرب جواز القطع وكذا لو كان قوله عليه السلام
لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فان قيل قد التزمه بالعقد قلنا لا نسلم لان العقد اذا عري عن الشرط نزل على الغالب والغالب عدم الضرر الكثير
فان قيل قد سبق في باب بيع الثمار انه اذا تعارض نفع احدهما وضرر الاخر قدمنا مصلحة المشتري قلت هذا ايضا معتقد بعدم كون الضرر
كثيرا او المرجع في الكثرة والقلة الى العادة وقد استدل الشارح على الاقرب بما تقرر في الكلام من انه لا يجوز تكليف يتخصص بالتكليف على
لطف او غير خاصة لا للمكلف به وهو غير مستقيم لان هذا ليس من هذا القبيل وانما هو من حيث التزام البايع تحمل الضرر بايقاع البيع فان
تحقق ذلك ثبت والا فلا وسوق العبارة يقتضي كون فرض المسئلة فيما اذا باع الاصول وبقيت الثمرة له فلو باع الثمرة وبقيت الاصول
للبايع فحكمها مستفاد مما سبق في بيع الثمار والقوي على الاقرب قوله وفي دفع الارش نظر ينشا من جواز القطع فلا يجب لعدم الدليل
ومن ان فيه جمعا بين الحقين والحق ضعف هذا النظر جدا والاحتمال الاول هو الاقوى للمنع من جواز القطع بغير ارش فيمتنع الحكم
والان فيه ضررا على المشتري والضرر لا يزول بالضرر قوله فان لم يتميزا فهما شريكان لان الشركة عبارة عن امتزاج المالين بحيث لا يتميزان
قوله فان لم يعلما قدر ما لكل منهما اصطلحا اي على قدر عدم التميز ان لم يعلما قدر المالين لا طريق الى الخلاص الا الصلح والمعادل
محذوف تقديره وان علماه اقتسماه فان قيل كيف يعلمان قدر ما لكل منهما مع عدم التميز قلت قد يتصور ذلك فيما اذا كان المبيع
اربع نخلات مثلا قدرا منها اثنتان وثمرتها جميعا متساوية فان قدر ما لكل واحد منهما النصف وان لم يتميز الا الان قوله
الافسخ لامكان التسليم مقتضى العبارة ان اختلاط المالين وقع قبل التسليم فيشكل ح عدم ثبوت الفسخ لان الشركة عيب فاذا حدث
قبل القبض ثبت به الفسخ فان قلت لعل مراد المصنف بقوله لامكان التسليم امكان تسليم البايع الى المشتري جميع الثمرة فانه يجبر على القبول
ح عند الشيخ لانه زاده فضلا فيكون المصنف قائلا بمقالة الشيخ وقد سبق نظيره في بيع الثمار اذا اختلطت اللقطة بالمبيعة قلت
هذا ممكن لكن قوله في مسئلة اختلاط طعام المشتري بطعام البايع قبل القبض فله الفسخ ينافي ذلك فان الشيخ قايل بالحكم في المسئلتين
معا فيستوي بينهما في عدم الفسخ اذا سلم الجميع وثبوته مع عدمه والذي اختاره المصنف في المختلف انه اذا كان الامتزاج قبل التسليم
ثبت الخيار للمشتري ولا يجب عليه قبول هبة البايع حصته وهذا هو الاصح قوله الا ان يشترط المشتري فيصح ظهر اولا ولا يضر الجهالة لانه
تابع اجاب عن سوال السايل ان ضم المجهول الى المعلوم فيما اذا لم يكن الزرع قد ظهر يصير المعلوم مجهولا بان الجهالة التابع لا تقدح

Copyright © King Saud University