

إِمْلَأْهُ بِالْطَّالِبِ

إِلَى الْمَكْسِبِ

شَرْحُ وَافٍ بِمَوْضِعِ الْكَلَامِ بِمَعْنَى مَنْ يَكُونُ شَكْلًا لَهُ

وَأَبْدَاءُ مَقَاصِدِهِ فِي إِجْمَالٍ وَتَوْضِيحٍ

تَالِيَةٍ

أَنْ يَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمِثْلِ

الْجَمْعِ الْفَعْلِيِّ وَالْمَعْنَى الْفَعْلِيَّةِ الْإِزْنِيَّةِ

وَدَامَ ظِلُّهُ

الْجَمْعُ الْفَعْلِيُّ

مِنْ سِتَّةِ أَرْبَعِينَ

طَبْعُ

أحمد الرشيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

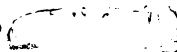
إيصال الطالب إلى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابدأ مقاصده في إيجاز وتوضيح .

القسم الخامس من كتاب البيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، و صلى الله على محمد وآله الطاهرين و
لعنة الله على اعدائهم اجمعين •

و بعد فهذا هو القسم الخامس من البيع  من كتابنا
(ايصال الطالب) فى شرح الكتاب (المكاسب) للشيخ الفدآية الله
الشيخ مرتضى الانصارى قدس سره و يشرع فى صور جواز بيع الوقف •
كتبته عسى ان يستفيد به المبتدى •
وجعله الله ذخرا ليوم فاقتى •
كربلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسينى الشيرازي

صور جواز البيع

اذ عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور .
الاولى : ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
كالحيوان المذبح ، والجذع البالى ، والحصير الخلق .
والاقوى جواز بيعه ، وفاقالمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم
لعدم جريان ادلة المنع .
اما الاجماع ، فواضح .
واما قوله : لا يجوز شراء الوقف ، فلانصرافه الى غير هذه الحالة

(اذا عرفت جميع ما ذكرنا) حول ان اى وقف يباع ، واى وقف
لا يباع (فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور)
الصورة (الاولى : ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع
بقاء عينه) وانما يمكن الانتفاع به اذا بدّل الى غيره (كالحيوان المذبح)
الذى كان وقفا ، ثم ذبح ، فانه لا يمكن الانتفاع بعينه ، وانما يمكن
الانتفاع به اذا بيع ، واشترى بثمنه حيوان حى (والجذع البالى ، و
الحصير الخلق) وما اشبه ذلك ، كالأجر القديم الذى لا ينتفع به فى البناء
(والاقوى جواز بيعه ، وفاقالمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم)
وانما يجوز بيعه (لعدم جريان ادلة المنع) عن بيع الوقف للمقام .
(اما) عدم جريان (الاجماع ، فواضح) ان : المشهور ذهبوا الى
جواز البيع .

(واما قوله) عليه السلام (لا يجوز شراء الوقف ، فلانصرافه الى غير
هذه الحالة) ان : المتفاهم عرفان هذه العبارة : ان الوقف ليس

واما قوله عليه السلام : الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ، فلا يدل على المنع هنا ، لانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف .

وليس منها عدم بيعه ، بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر فى متن العقد

كالملك ، فليس له اطلاق احوالى يشمل ، حتى حالة عدم الانتفاع .
(واما قوله عليه السلام : الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ، فلا يدل على المنع هنا) اى فى باب عدم الانتفاع بالوقوف (لانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف) يعنى : ان الوقف يكون على الكيفية التى وقفها صاحب الملك ، فان وقفه مسجداً او مدرسة او حسينية ، فلا يتغير عن الكيفية الموقوفة ، كان ينقلب المسجد مدرسة ، او بالعكس ، ولا ربط للعبارة بالبقاء للوقوف حتى ينافى البيع للعبارة .

(وليس منها) اى من الكيفية (عدم بيعه) اى البيع وعدم البيع لا يرتبطان بالكيفية (بل عدم جواز البيع من احكام الوقف) كما ان جواز بيع الشئ الذى يشتريه المشتري ، ليس داخلى مفهوم البيع ، وانما يجوز للمشتري ان يبيعه ، لان جواز البيع من احكام الملك (وان ذكر) عدم البيع (فى متن العقد) للوقف ، بان قال : وقفت وقفا لا يباع ، فان الذكر فى متن العقد لا يوجب ان يدخل عدم جواز البيع فى كيفية الوقف و مفهومه كما انه لو ذكر البائع جواز بيع المشتري لما يشتريه لم يكن ذكره لاجازة البيع موجبا لدخول جواز البيع فى مفهوم عقد البائع ، بل

.....

للاتفاق على انه لافرق بين ذكره فيه ، وتركه ، وقد تقدم ذلك •
 وتضعيف قول من قال بىطلان العقد اذا حكم بجواز بيعه •
 ولو سلم ان المأخوذ فى الوقف ابقاء العين ، فانما هو مأخوذ فيه
 من حيث كون

هو من احكام الملك ، سواء ذكره البائع ، ام لم يذكره
 وانما قلنا : بان ذكر عدم جواز البيع فى عقد الوقف لا يوجب دخوله
 فى مفهوم الوقف (للاتفاق على انه لافرق بين ذكره) اى عدم البيع (فيه)
 اى فى الوقف (وتركه) فانه من الاحكام (وقد تقدم ذلك) وانه لافرق
 بين الذكر والترك •

(و) تقدم (تضعيف قول من قال بىطلان العقد) اى عقد الوقف
 (اذا حكم بجواز بيعه) لانه راي تنافيا بين جواز البيع ، وبين حقيقة
 الوقف •

قال : فاذا جاز البيع دل ذلك على بطلان الوقف ، وقد ردناه
 هناك •

اذ عدم جواز البيع من احكام الوقف ، لامن حقيقة الوقف ، فكما انه
 اذا قلنا : بعدم جواز بيع المشتري لما اشتراه لم يكن ذلك ينافى حقيقة
 البيع ، كذلك اذا قلنا : بجواز بيع الوقف لم يكن ذلك ينافى حقيقة الوقف
 (ولو سلم ان المأخوذ فى الوقف ابقاء العين) بحيث يكون ابقاء
 العين داخلا فى مفهوم الوقف ، لانه حكم من احكام الوقف - كما اخترناه -
 (فانما هو) اى ابقاء العين (مأخوذ فيه) اى فى الوقف (من حيث كون

المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين ، والمفروض تعذره هنا .
 والحاصل : ان جواز بيعه هنا غير مناف لماقصده الواقف في وقفه
 فهو ملك للبطون ، يجوز لهم البيع اذا اجتمع اذن البطن الموجود ، مع
 اولياء سائر البطون ، وهو الحاكم او المتولى .
 والحاصل : ان الامر دائر بين تعطيله ، حتى يتلف بنفسه ، وبين
 انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين

المقصود) بالوقف (انتفاع البطون به) اى بالوقف (مع بقاء العين) لامن
 حيث ان بقاء العين من مقومات الوقف (والمفروض تعذره) اى انتفاع
 البطون (هنا) فيما اذا لم يكن الوقف قابلا للانتفاع ، فاذا انتفت العلة
 اى جهة انتفاع البطون ، انتفى المعلول اى بقاء العين .
 (والحاصل : ان جواز بيعه هنا) اى فى صورة عدم الانتفاع
 بالعين (غير مناف لماقصده الواقف في وقفه) اذ : قصد الواقف البقاء
 مادام ينتفع به (فهو) اى الموقوف (ملك للبطون ، يجوز لهم البيع اذا
 اجتمع اذن البطن الموجود ، مع) اذن (اولياء سائر البطون) التى لم
 توجد بعد (وهو الحاكم او المتولى)
 وهذا الكلام تقريبا انه لا ينافى الوقف للبيع اذا سقط عن الانتفاع
 لان المنافى ان كان الشرع ، فقد عرفت عدم شمول الادلة ، وان كان
 جعل الواقف ، فقد عرفت ان الواقف يريد الوقف مادام الانتفاع .
 (والحاصل : ان الامر دائر بين تعطيله ، حتى يتلف بنفسه ، و
 بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف) بان يبيعه ويأكل ثمنه (وبين

.....

تبديله بما يبقى وينتفع به الكل .

والاول تضييع مناف لحق الله ، وحق الواقف ، وحق الموقوف عليه

وبه يندفع استصحاب المنع .

مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى

الوقف ، وهو انتفاع جميع البطون بعينه وقد ارتفع قطعاً ، فلا يبقى

ماكان فى ضمنه .

تبديله بما يبقى وينتفع به الكل) من هذا البطن و سائر البطون .

(والاول) اى تعطيله حتى يتلف (تضييع مناف لحق الله وحق

الواقف ، وحق الموقوف عليه) لان الله لا يحب فساد المال ، والواقف

يريد انتفاع البطون ، والبطون لهم حق فى الوقف .

(وبه) اى بكونه تضييعا مناف للحقوق الثلاثة (يندفع استصحاب

المنع) فلا يقال : انه كان ممنوع البيع ، فاذا شككنا فى انه هل جازيعة

ام لا ؟ كان الاصل بقاء المنع .

وانما يندفع لان التضييع حرام ، فهو كالدليل الذى اذا جاء لم

يكن مجال للاصل .

(مضافا الى) ان الاستصحاب بنفسه لا يجرى لعدم بقاء الموضوع

السابق ، لـ (كون المنع السابق) عن البيع انما كان (فى ضمن وجوب

العمل بمقتضى الوقف ، وهو) اى مقتضى الوقف (انتفاع جميع البطون

بعينه) اى عين الوقف (وقد ارتفع) انتفاع جميع البطون (قطعاً) لما

عرفت : من انه آئل الى الخراب وعدم الانتفاع اصلاً (فلا يبقى ماكان فى ضمنه)

واما الثانى : فمع منافاته لحق سائر البطون ، يستلزم جواز بيع البطن

الاول .

اذ : لافرق بين اتلافه ، ونقله .

والثالث : هو المطلوب .

نعم : يمكن ان يقال : اذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعدادة

العادى الى آخر البطون ، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم ،

فينتهى

اى فى ضمن وجوب العمل ، ومصادق ((ما)) المنع عن البيع .

والحاصل : ان الممنوع ، هو بيع لما ينتفع به البطون ، وانتفاع

البطون قد زال ، فالمنع يزول ، فلا مجال لاستصحاب المنع .

(واما الثانى) وهو انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف (فمع منافاته

لحق سائر البطون ، يستلزم جواز بيع البطن الاول) فيثبت جواز البيع

فى الجملة .

(اذ : لافرق بين اتلافه ، و) بين (نقله) .

(والثالث) وهو تبديله بما يبقى وينتفع به الكل (هو المطلوب)

فثبت جواز البيع والتبديل .

(نعم : يمكن ان يقال) لوجه عدم وجوب التبديل (اذا كان الوقف

مما لا يبقى بحسب استعدادة العادى الى آخر البطون) كالدار ، فان

البناء لا يبقى لبطون متعددة (فلا وجه لمراعاتهم) اى البطون (بتبديله بما

يبقى لهم) بان تباع اذا آلت الى الخراب ، وتشتري مكانها دار اخرى — مثلا (فينتهى

ملكه الى من ادرك آخر ازمنة بقاءه ، فتأمل .

وكيف كان ، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة ، فلا وجه لترخيص
البطن الموجود في اتلافه .

و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن
الموجود ، و فاقالمن تقدم ممن يظهر

ملكه) اى ملك الوقف للبطون (الى من ادرك آخر ازمنة بقاءه) كالبطن
الثالث مثلا .

وعليه فلاحق للبطن الرابع من اول الامر (فتأمل) فانه اذا كان
كذلك ، يلزم عدم ابدية اى وقف ، و هذا خلاف ما التاموا عليه .
ولا يخفى : ان هذا الكلام مما يؤيد ما ذكرناه سابقا من : ان الملكية
للووقف ليست بحيث تشمل الملك الى الابد .

و ربما يؤيد هذا بما اذا وقف لسكنى اولاده و اولاد اولاده و هكذا فان
الجيل الثالث البالغ عدد هم خمسين مثلا لا يمكن سكناهم فيه ، فالامر
دائر بين البيع و تقسيم الثمن بينهم ، و بين ايجار قسم من الباقيين .
و الثانى خلاف ظاهر كلام الواقف فلا يبقى الا الاول ، فتأمل .

(وكيف كان ، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة ، فلا وجه
لترخيص البطن الموجود في اتلافه) فاللزام جواز بيعه و تبديله .

(و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن
الموجود) لان الوقف كان لجميعهم ، فكيف يكون بدل الوقف لبعضهم
فقط « (وما ذكرنا) » هو ان البطون لها حق في الوقف (و فاقالمن تقدم ممن يظهر

.....
منه ذلك كالاسكافى ، والعلامة ، ولده ، والشهيد ، والمحقق
الثانى ، وحكى عن التنقيح ، والمقتصر ، ومجمع الفائدة لاقتضاء
البدلية ذلك .

فان المبيع اذا كان ملكا للموجودين بالفعل ، وللمعدومين بالقوة
كان الثمن كذلك فان الملكية اعتبار عرفى او شرعى يلاحظها المعتبر عند
تحقق اسبابها .

فكما ان الموجود مالك لفعلامادام موجود ابتليك الواقف ، فكذلك المعدوم

منه ذلك) اى حق البطون فى الثمن (كالاسكافى ، والعلامة ، ولده ،
والشهيد ، والمحقق الثانى ، وحكى عن التنقيح ، والمقتصر ، و
مجمع الفائدة لاقتضاء البدلية) اى بدلية الثمن للوقف (ذلك) اى عدم
اختصاصه للبطن الموجود فقط .

(فان المبيع) اى الوقف (اذا كان ملكا للموجودين بالفعل ، و
للمعدومين بالقوة) بمعنى ان ايا منهم صار موجودا كان له حق فى الوقف
(كان الثمن كذلك) للكل بالنسبة (فان الملكية اعتبار عرفى او شرعى)
بان النى الشارع الاعتبار العرفى ، واسس تأسيسا جديدا (يلاحظها)
اى الملكية (المعتبر) المضى اعتباره (عند تحقق اسبابها) التى هى
اسباب بنظر المعتبر .

(فكما ان) البطن (الموجود مالك له) اى للوقف (فعلامادام) البطن
(موجود ابتليك الواقف) للبطن (فكذلك) البطن (المعدوم مالك له)

شأننا بمقتضى تملك الواقف .

وعدم تعقل الملك للمعدوم ، انما هو فى الملك الفعلى ، لا الشأنى

و دعوى : ان الملك الشأنى ليس شيئاً محققاً موجوداً .

يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود فلو جاز ان تخرج

العين الموقوفة الى ملك الغير بعوض ، لا يدخل فى ملك المعدوم

شأننا بمقتضى تملك الواقف) .

(و) ان قلت : كيف يعقل الملك للمعدوم .

قلت : (عدم تعقل الملك للمعدوم ، انما هو فى الملك الفعلى ، لا

الشأنى) اذ : معنى الشأنى ، انه لو وجد لملك ، بالاضافة الى ان الملك

اعتبار ، والاعتبار يمكن تعلقه بالموجود و بالمعدوم .

الا ترى انك تقول : التناقض محال ، فتحمل المحالية على التناقض

مع ان احد طرفيه معدوم و الالزم وجود المتناقضين .

(و دعوى : ان الملك الشأنى ليس شيئاً محققاً موجوداً) فلا يترتب

عليه اثر حتى تقولوا ان الثمن ملك للمعدوم ، ككونه ملكاً للموجود .

(يكذبها) اى يكذب هذه الدعوى (انشاء الواقف له كانشائه لملك)

البطن (الموجود)

ولا يعقل انشاء العدم اى ان المنشاء بعد الانشاء يوجد فى عالم

الاعتبار ، كما ان المخلوق بعد اليجاد يوجد فى عالم الموجودات (فلو

جاز ان تخرج العين الموقوفة) الساقطة عن الانتفاع (الى ملك الغير)

المشتري (بعوض) يتصف ذلك العوض بانه (لا يدخل فى ملك المعدوم

.....
على نهج دخول المعوض ، جاز ان تخرج بعوض ، لا يدخل فى ملك
الموجود .

واليه اشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى ، حيث قال : انه
يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الاول ، اذ يستحيل ان يملك
لاعلى حده ، خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة .
واختاره المحقق فى الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول .

على نهج دخول المعوض) اى ان دخوله شأنى كما ان دخول اهل
الوقف كان شأنيا (جاز ان تخرج) العين (ب) مقابل (عوض ، لا يدخل)
ذلك العوض (فى ملك) البطن (الموجود) .

فكما انكم تقولون ان العوض يدخل فى ملك الموجود ، لانه عوض وقف
لهم ، كذلك يلزم ان تقولوا ان العوض يدخل فى ملك البطن المعدوم
لانه عوض وقف لهم .

(واليه) اى الى قولنا : فلو جاز ، الخ (اشار الشهيد قدس سره
فى الفرع الآتى ، حيث قال : انه يعنى الثمن صار مملوكا) لكل البطنين
(على حد الملك الاول) اى نفس الموقوفة (اذ يستحيل ان يملك) الثمن
(لاعلى حده) اى لاعلى النحوالذى كان الاصل مملوكا ، اذ : هذا بدل وكل
بدل حكمه حكم المبدل (خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة) كعبارة المفيد
والانتصار ، حيث ان ظاهرهما ان الثمن ملك للموجودين فقط .

(واختاره المحقق فى الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول)
حيث ان العبد الموقوف لجماعة اذ اقتل كانت ديته لاولئك الجماعة ، وقد

ولعل وجهه ان الوقف، ملك للبطن الموجود، غاية الامر تعلق حق البطون اللاحقة فاذا فرض جواز بيعه، انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا .

ولا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن، ولا دليل عليه .
ومجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم اذ : لاعموم لفظيا يقتضى البدلية والتنزيل .

افتى المحقق بانها للبطن الاول الموجودين، لالكل البطون .
(ولعل وجهه) اى وجه اختصاص الموجودين بثمان الوقف (ان الوقف، ملك للبطن الموجود، غاية الامر تعلق حق البطون اللاحقة)
اما انه ملك للبطن الموجود، فلانه لا يمكن ملك المعدوم .
واما انه متعلق لحق البطون، فلان الواقف جعله كذلك، و
الشارع امضى اعتبار الواقف (فاذا فرض جواز بيعه، انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا) .

(و) ان قلت : فكيف صار حق البطون .
قلت : (لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن) ايضا و
لا دليل عليه) اى على التلازم المذكور .

(ومجرد البدلية) للثمن (لا يوجب ترتب جميع اللوازم) كما ان الخمس بدل عن الزكاة، ولا يترتب عليه جميع اللوازم المترتبة على الزكاة (اذ : لاعموم لفظيا يقتضى البدلية) حتى نقول : بان العموم ظاهر فى ترتب جميع الآثار (و) عموم (التنزيل) حتى فى تعلق حق البطون .

.....

بل هو بدل له فى الملكية و مايتبعها من حيث هو ملك .

وفيه ان ماينقل الى المشتري ان كان هو الاختصاص الموقت
الثابت للبطن الموجود ، لزم منه رجوع المبيع - بعد انعدام البطن -
السابق - الى البطن اللاحق ، فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا ، وان كان
هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول الا بالنقل ، فهو لا يكون
الابثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له فالثمن لهم على نحو الثمن

(بل هو بدل له فى الملكية و مايتبعها من حيث هو ملك)

هذا غاية ما يمكن ان يوجه به قول القائل بان الثمن للبطن الموجود

فقط .

(وفيه ان ماينقل) لعين الوقف (الى المشتري) فيما باعه البطن
الموجود (ان كان هو الاختصاص الموقت) بعمر البطن الموجود (الثابت)
ذلك الاختصاص (للبطن الموجود) بان لا يكون المبيع عين الوقف ، بل
مقدار اختصاص البائع بالوقف ، كمدة عشرين سنة الذى هو منتهى عمر
البطن الموجود (لزم منه رجوع) الوقف (المبيع) - بعد انعدام البطن
السابق - بالموت (الى البطن اللاحق ، فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا)
بل يملكه مدة عمر البطن البائع فقط (وان كان) النقل الى المشتري
(هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول الا بالنقل كسائر الاعيان
المبيعة حتى يصبح الوقف ملكا للمشتري) (فهو) اى النقل هكذا (لا يكون
الابثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له) اى للوقف .

وعلى هذا (فالثمن لهم) اى للبطن (على نحو الثمن)

و ما ذكرنا تعرف ان اشتراك البطون فى الثمن ، اولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الواقف ، فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة اليه ، بخلاف الثمن فانه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية .

فكما ان فى الثمن اختصاص للبطن الموجود واختصاص للبطن المستقبلي كذلك الثمن يكون له اختصاصان ولا يحق للبطن الموجود الاستئثار به لان فيه حقا لغيره ايضا .

(وما ذكرنا) من ان نقل جميع الاختصاصات يوجب تعلق حق البطون بالثمن ايضا (تعرف ان اشتراك البطون فى الثمن) للوقف (اولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول) الذى كان وقفا لجماعة (حيث انه) اى الثمن الذى هو دية (بدل شرعى) ف (يكون الحكم به) اى بكونها للبطون (متأخرا عن تلف الوقف) اذ : الشارع حكم بانه اذا مات العبد تعلقت ديته بذمة القاتل فمرتبة الدية متأخرة عن مرتبة العبد (فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة اليه) اى الى ثمن العبد الذى هو الدية (بخلاف الثمن) فى بيع الوقف (فانه يملكه من يملكه) اى يملك الثمن من يكون مالكا للوقف (بنفس خروج الوقف عن ملكهم) خروجا (على وجه المعاوضة الحقيقية) فاذا ذهب الثمن جاء الثمن بنفس ذهاب الثمن ، بخلاف العبد المقتول ، فان حكم الشارع بالدية فاصل بين قتل العبد وبين تعلق الدية بذمة القاتل .

.....

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض .

ومن هنا اتضح ايضا ، ان هذا اولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا ، لان حق الرهنية متعلق بالعين ، من حيث انه ملك لمالكه الاول ، فجاز ان يرتفع الى بدل بارتفاع ملكية المالك الاول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فانه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود ، بل اختصاص مؤقت .

(فلا يعقل) فى مقام البيع (اختصاص العوض) الذى هو الثمن (بمن لم يختص بالمعوض) اى البطن الموجود الذى لم يختص بالوقف (ومن هنا) الذى ذكرنا ان بدل الوقف يكون بدلا بمجرد خروج الوقف عن الملك (اتضح ايضا ، ان هذا) الذى ذكرناه من تعلق حق البطن بالثمن (اولى بالحكم) الذى ذكرناه (من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا)

كالمالوان كتاب زيد ، كان رهنا عند عمرو ، فباع الكتاب بقلم ، فان القلم يكون رهنا عند عمرو ايضا ، فاذا كان بدل الرهن متعلقا لحق المرتهن كان بدل الوقف متعلقا للبطن بطريق اولى .

وجه الاولوية (لان حق الرهنية متعلق بالعين ، من حيث انه ملك لمالكه الاول) وهو الذى رهن الكتاب (فجاز ان يرتفع) حق الرهن (الى بدل بارتفاع ملكية المالك الاول) فلا يكون بدله رهنا (بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم) فى باب الوقف (فانه) اى الاختصاص (ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود ، بل اختصاص مؤقت)

.....
 نظير اختصاص البطن الموجود منشأً بانشاءه مقارن له بحسب
 الجعل متأخر عنه فى الوجود .

وقد تبين مما ذكرنا : ان الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع
 البطون على ترتيبهم فان كان مما يمكن ان يبقى و ينتفع منه البطون على
 نحو المبدل و كانت مصلحة البطون فى بقاءه

بعدم البطن المعدوم .

(نظير اختصاص) الوقف ب (البطن الموجود منشأً) هذا الاختصاص
 للبطن المعدوم (بانشاءه) اى بنفس الانشاء الحاصل للبطن الموجود
 (مقارن) ذلك الاختصاص للمعدوم (له) اى الاختصاص الحاصل
 للموجود (بحسب الجعل) الواقفى الذى امضاه الشارع ، اذ : الواقف
 انشاء انشاء واحد لهما (متأخر) الاختصاص للمعدوم (عنه) اى عن
 الاختصاص للموجود (فى الوجود)

وعليه : يكون بدل الوقف اولى بالحكم ، من بدل الرهن ، فاذا قلنا :
 بان بدل الرهن يكون متعلقا لحق المرتهن ، يكون بدل الوقف اولى
 بكونه متعلقا لحق البطن اللاحق المعدوم حالا .

(وقد تبين مما ذكرنا) فى وجه الاشكال على كلام المحقق (ان الثمن)
 للوقف (حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم)

فالْبطن الاول ، مقدم على الثانى ، والثانى مقدم على الثالث ، وهكذا
 (فان كان) المبدل (مما يمكن ان يبقى و ينتفع منه البطون على نحو المبدل)
 كأن كان بدل الدار الموقوفة بدار اخرى (و كانت مصلحة البطون فى بقاءه

.....

ابقى والآبدل مكانه ما هو اصلح .

ومن هنا ظهر: عدم الحاجة الى صيغة الوقف فى البدل ، بل نفس البدلية يقتضى كونه كالمبدل .

ولذا علله الشهيد فى غاية المراد بقوله : لانه صار مملوكا على حدّ الملك الاول .

اذ يستحيل ان يملك لاعلى حدّه .

ثم ان

ابقى) - بالمجهول - اى ابقى البدل (والآبدل مكانه) اى مكان البدل (ما هو اصلح) وهكذا .

(ومن هنا) الذى ذكرنا ، ان البدل محكوم بجميع احكام الوقف ، بمجرد كونه بدلا (ظهر : عدم الحاجة الى صيغة الوقف فى البدل ، بل نفس البدلية يقتضى كونه) اى البدل - فى كونه وقفا - (كالمبدل) .

(ولذا) الذى انه كالمبدل فى جميع الامور (علله) اى عدم الاحتياج الى صيغة الوقف (الشهيد فى غاية المراد بقوله : لانه) اى البدل (صار مملوكا) للموقوف عليهم (على حدّ الملك الاول) اى مثل ملكهم لاصل الوقف (اذ يستحيل ان يملك) البدل (لاعلى حدّه) لا مثل الملك الاول .

(ثم ان) مقتضى القاعدة المتقدمة من جريان جميع آثار الوقف الاول على البدل ان يكون الوقف البدل ممنوع التصرف فيه ، ولو تبدل الى الاصح ، كاصل الوقف ، كما ان مقتضاه ايضا ان لا يجوز التبديل من اصل الى البدل الا بالمائل مع الامكان ، فالدار تبدل بالدار وان كان

هذا العين حيث صارت ملكا للبطون ، فلمهم ، او لوليهم ان ينظر فيه ويتصرف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ، ولو بالابدال بعين اخرى اصلح لهم بل قد يجب اذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق .
وليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه ، الا لعذر ، لان ذلك كان حكما من احكام الوقف الابتدائى .
وبدل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون ، فلا يترتب عليه جميع احكام الوقف الابتدائى .

الحمام والדكان اصلح ، وانفع مثلا .
و منه يظهر الاشكال فيما اختاره الشيخ ره بقوله : ان (هذا العين)
اى البدل (حيث صارت ملكا للبطون ، فلمهم ، او لوليهم) اذا كان لهم
ولى (ان ينظر فيه ، ويتصرف فيه) اى فى البدل (بحسب مصلحة جميع
البطون ، ولو بالابدال) لهذا البدل (بعين اخرى اصلح لهم) من
البدل الاول (بل قد يجب) على الولي ابدال البدل ببديل آخر (اذا
كان تركه) اى ترك البدل (يعد تضييعا للحقوق)
كما اذا كان ايجار البدل مائة ولو بدل كان ايجاره خمسمائة .
(وليس) البدل (مثل الاصل) اى اصل الوقف (ممنوعا عن بيعه ،
الا لعذر) حتى لا يجوز تبديله بالاصلح (لان ذلك) اى عدم جواز التبديل
(كان حكما من احكام الوقف الابتدائى) مقابل الوقف البدلى .
(وبديل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون) فقط لافى جميع
احكام الوقف (فلا يترتب عليه) اى على البدل (جميع احكام الوقف الابتدائى)

.....
 و مما ذكرنا ايضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر
 التذكرة ، والارشاد ، و جامع المقاصد ، و التنقيح و المقتصر ، و مجمع
 الفائدة ، بل قد لا يجوز ، اذا كان غيره اصلح لان الثمن اذا صار ملكا
 للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين ، فاللزام ملاحظة مصلحتهم ،
 خلافا للعلامة ، و ولده ، و الشهيد ، و جماعة ، فوجبوا المماثل مع الامكان
 لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف .
 وفيه : مع عدم انضباط غرض الواقف اذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف

و قد عرفت الاشكال في هذا الكلام .

(و مما ذكرنا) من ان البدل ليس محكوما بحكم اصل الوقف (ايضا
 يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة ، والارشاد
 و جامع المقاصد ، و التنقيح ، و المقتصر ، و مجمع الفائدة ، بل قد لا يجوز)
 شراء المماثل (اذا كان غيره) اى غير المماثل (اصلح) لان المماثل حينئذ
 يكون تضييعا .

وانما لا يجب شراء المماثل (لان الثمن اذا صار ملكا للموقوف عليهم
 الموجودين و المعدومين ، فاللزام ملاحظة مصلحتهم) فان كانت المصلحة
 فى غير المماثل ، لزم شراء غير المماثل (خلافا للعلامة ، و ولده و الشهيد
 و جماعة) آخرين (فوجبوا المماثلة مع الامكان ، لكون المثل اقرب الى
 مقصود الواقف) و اللازم اتباع مقصود الواقف .

(وفيه : مع عدم انضباط غرض الواقف) بانه المماثل ، او غير
 المماثل (اذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف

.....
 عينا خاصة ، وقد يتعلق بكون منفعة الوقف مقداراً معيناً من دون تعلق
 غرض بالعين ، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته ، كما لو وقف
 بستاناً لينتفعوا بثمرته ، فبيع ، فداراً لمريين ان يشتري بثمنه بستاناً فى
 موضع لا يصل اليهم الا قيمة الثمرة ، وبين ان يشتري ملكاً آخر تصل اليهم
 اجرة منفعته .

فان الاول وان كان مماثلاً ، الا انه ليس اقرب الى غرض الواقف
 انه لا دليل على وجوب ملاحظة الاقرب الى مقصوده ، انما اللزوم ملاحظة
 مدلول كلام فى انشاء الوقف

عينا خاصة) كالدائر مثلاً ، فاللزوم المماثل (وقد يتعلق بكون منفعة الوقف
 مقداراً معيناً من دون تعلق غرض بالعين) كما لو كان غرضه الانتفاع بالف
 دينار كل سنة ، واشترى الدكان اولاً لهذا الغرض ، ثم صار الدكان لا ينفع
 بهذا القدر ، وانما نفع الحمام الف دينار مثلاً (وقد يكون الغرض خصوص
 الانتفاع بثمرته) من غير نظر الى العين ، ولا الى مقدار الايجار (كما لو
 وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته ، فبيع) البستان لاحد مجوزات البيع (فدار
 المربى ان يشتري بثمنه بستاناً فى موضع لا يصل اليهم الا قيمة الثمرة و
 بين ان يشتري ملكاً آخر تصل اليهم اجرة منفعته) كالدائر التى تجزر .

(فان الاول) اى البستان (وان كان مماثلاً ، الا انه ليس اقرب الى
 غرض الواقف) اذ : غرض الثمرة ، وهو لا يحصل فى اى منهما (انه)
 مبتدئ لقوله ((وفيه)) (لا دليل على وجوب ملاحظة الاقرب الى مقصوده
 انما اللزوم ملاحظة مدلول كلام فى انشاء الوقف) حتى تتبع اللفظ فى

ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها .

فالحاصل : ان الوقف مادام موجودا بشخصه ، لا يلاحظ فيه الامدلول كلام الواقف و اذا بيع وانتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الاصلحتهم هذا ، قال العلامة في محكي التذكرة كل مورد جزوا ببيع الوقف ، فانه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف ، فان امكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان اولى ، و الاجاز شراء كل ما يصح وقفه ، و الا

اشترأ البديل (ليجرى الوقف على حسب ما يوقفها اهلها) فاذا لم يكن لكلام دلالة خاصة ، كان البديل مطلقا ، فاللازم اشترأ الاصلح ، وان لم يكن هناك اصلح جاز كل واحد من الابدال .

(فالحاصل : ان الوقف مادام موجودا بشخصه ، لا يلاحظ فيه الا مدلول كلام الواقف) في انه يجب ان يبقى ، كما قال الواقف (و اذا بيع وانتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الاصلحتهم) وقد عرفت ان البديل بحكم كونه كالاصل يجب ان يتبع فيه كلام الواقف ايضا .

اللهم الا ان يقال : ان اللازم ملاحظة قصد الواقف عرفا ، من جهة ملاحظة الموقوف عليهم ، لان دليل الوقف والتبديل لا يستفاد منهما اكثر من ملاحظة قصد الواقف (هذا) قال العلامة في محكي التذكرة كل مورد جزوا ببيع الوقف ، فانه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف ، فان لم يكن شراء مثل تلك العين (الموقوفة) مما ينتفع به كان اولى ، و الاجاز شراء كل ما يصح وقفه ، و الا (يمكن شراء كل ما يصح وقفه لان الثمن كان قليلا

.....
 صرف الثمن الى الموقوف عليه ، يعمل فيه ماشاء ، لان فيه جمعاً بين
 التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النصّ
 الدال على عدم جواز مخالفة الواقف ، حيث شرط التأييد ، فاذا لم يمكن
 التأييد بحسب الشخص ، وامكن بحسب النوع ، وجب لانه موافق لغرض
 الواقف ، و داخل تحت الاول الذى وقع العقد عليه .

ومراعاة الخصوصية الكلية يفضى الى فوات الغرض باجمعه

جدا وان الوقف كان معرضاً للسيطرة عليه ، من قبل الظالم ، او ما اشبه
 (صرف الثمن الى الموقوف عليه ، يعمل فيه ماشاء) كسائر امواله (لان فيه)
 اى فى الترتيب الذى ذكرناه من المعائل وغير المعائل ، و الصرف فى
 مصلحة الموقوف عليه (جمعاً بين التوصل الى غرض الواقف من نفع
 الموقوف عليه على الدوام ، وبين النصّ الدال على عدم جواز مخالفة
 الواقف ، حيث شرط التأييد) وبين الغرض الخاص للواقف فى كون
 الموقوفة شيئاً خاصاً ، كالدار والبستان مثلاً (فاذا لم يمكن التأييد بحسب
 الشخص ، وامكن بحسب النوع ، وجب) فان امكن بحسب الصنف
 كالدار بدلا عن الدار ، كان مقدماً ، والا فالدار تبدل بالبستان مثلاً
 (لانه موافق لغرض الواقف) فان غرضه من باب تعدد المطلوب (وداخل)
 البديل (تحت) الوقف (الاول الذى وقع العقد) اى عقد الوقف (عليه)
 (و) اذا اردنا (مراعاة الخصوصية الكلية) لا مراعاة الكلية بما هى
 كلية ، بل قلنا : ان اللازم بقاء العين ، والا فلا بد لها فان ذلك
 (يفضى) وينتهى (الى فوات الغرض باجمعه) وهذا خلاف تعدد

ولان قصر الثمن على البايعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع انهم يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الاول وتعذر وجودهم حال الوقف .

قال بعض علمائنا ، والشافعية : ان ثمن الوقف قيمة الموقوف اذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى ، انتهى .
ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول فى كلامه ره

المطلوب الظاهر من حالة الواقفين المشمول لقوله صلى الله عليه وآله وسلم الوقوف الخ .

(ولان قصر الثمن على البايعين) بان يتصرفوا فيه (يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق) الذى قرره الواقف لهم (بغير وجه)
اذ : لوجه لاخراج البطون من الاستحقاق شرعا ، ولا عقلا (مع)
اى والحال (انهم) اى البطون اللاحقة (يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الاول)

(وتعذر وجودهم حال الوقف) اى عدمهم لا يسوجب سقوط حقهم
اذ : الحق لا ينافى بالوجود لا شرعا ولا عرفا .

(وقال بعض علمائنا ، والشافعية : ان ثمن الوقف) اذا بيع (قيمة الموقوف اذا تلف) اذا تلفه متلف حيث يجب عليه دفع القيمة اى ان الثمن والقيمة كليهما فى حال واحد (فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى) لكنه عندنا غير مختار لما عرفت من الدليل (انتهى) كلام العلامة
(ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول فى كلامه ره) فمن مواقع الرد

الصورة الاولى من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

ثم ان المتولى للبيع ، هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من

قبل سائر البطون .

ويحتمل ان يكون هذا الى الناظر ان كان لانه المنصوب لمعظم

الامور الراجعة الى الوقف .

الا ان يقال : بعدم انصراف وظيفته المجعلولة من قبل الواقف الى

التصرف فى نفس العين

—على مذاق المصنف ره — قوله فان امكن شراء مثل تلك العين الخ ،

اذ : لا يجب شراء المثل عند المصنف ، وقوله : و الاجاز شراء كل ما يصح

الخ اذ : لا بد من شراء الاصلح ، وقوله : فاذا لم يمكن الخ فان المصنف لا يعتبر امكان

التايبه ، اما مواقع القبول ، فسائر الاحكام التى ذكرها يوافق المصنف ره عليهما .

(ثم ان المتولى للبيع ، هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم

من قبل سائر البطون) فان الحاكم قيم على ما لا قيم له .

(ويحتمل ان يكون هذا الى الناظر) للوقف (ان كان) للوقف ناظر

من قبل الواقف (لانه المنصوب لمعظم الامور الراجعة الى الوقف)

وانما قال : معظم الامور ، لان بعض الامور الاخر راجعة الى

البطون ، واذا لم يكن للوقف ناظر تصل النوبة الى الحاكم .

(الا ان يقال) فى وجه عدم توليه (بعدم انصراف وظيفته المجعلولة

من قبل الواقف الى التصرف فى نفس العين) بالبيع وما اشبه .

وعليه : فلاحق للناظر فى بيع العين ، وانما له حق فى تصدى

الشئون المربوطة بالعين مادامت العين موجودة .

.....

و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف .

و يحتمل بقائها التعلق حقه بالعين الموقوفة ، فيتعلق ببديلها .

ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه

كالنقدين ، فلا يجوز دفعه الى البطن الموجود ، لما عرفت من كونه

كالمبيع مشتركابين جميع البطون .

و حينئذ فيوضع عندامين ، حتى يتمكن من شراء ما

(و الظاهر) لدى المصنف (سقوط نظارته) اى نظارة الناظر

المجعولة من قبل الواقف (عن بذل الوقف) لان النظارة كانت على العين

لا على البذل .

(و يحتمل بقائها) اى النظارة (لتعلق حقه) اى الناظر (بالعين

الموقوفة ، فيتعلق ببديلها) لان بدل العين فى حكم العين من جميع

الجهات ، الا ما خرج بالدليل ، وليست النظارة خارجة بدليل .

(ثم انه لو لم يمكن شراء بدله) فيما اذا باع الوقف (و لم يكن الثمن

مما ينتفع به مع بقاء عينه) اذ لو امكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كما لو كان

الثمن شاة مثلا وجب الابقاء ، لانه اقرب الى مقصد الواقف (كالنقدين)

فيما لم يمكن اجارتها لا انتفاع المستأجر من بقاءها عنده مثلا (فلا يجوز دفعه)

اى الثمن (الى البطن الموجود) يتصرف فيه كما يشاء (لما عرفت من كونه)

اى الثمن (كالمبيع) اى الوقف (مشتركابين جميع البطون) فلا يمكن

تخصيص بطن واحد به .

(و حينئذ ، فيوضع) الثمن (عندامين ، حتى يتمكن من شراء ما

ينتفع به ، ولو مع الخيار الى مدة •

ولو طلب ذلك البطن الموجود ، فلا يبعد وجوب اجابته ، ولا يعطل

الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار •

ينتفع به) اما بدلا للوقف ، او مكانا للثمن بقاء الثمن حتى يمكن اشتراؤه بدل الوقف (ولو مع الخيار الى مدة) بان يشتري بالثمن دارا ببيع خيار الى سنة مثلا ، ثم يفسخ متولى الثمن المعاملة بعد سنة ، ليشترى بالثمن ما يمكن الانتفاع به وقفا ، او بدلا ، حتى يتسنى الوقف والاشترائه بخيار ، فيما اذا كان الاشتراء كذلك اصلح ، او كان الشئ المرغوب فيه لا يتوفر فى الحال الحاضر فيشتري بالثمن شيئا خياريا حتى اذا تسنى الشئ المطلوب فسخ البيع ، واشترى بالثمن ذلك الشئ المطلوب •

(ولو طلب ذلك) الاشتراء الخيارى — فيما لم يمكن الاشتراء غير

الخيارى — (البطن الموجود ، فلا يبعد وجوب اجابته) لان للبطن حقا فى الثمن ، كما ان للناظر حق النظارة ، و طلبه مشروع (ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار)

اذ لا وجه للتعطيل ، فان عدم الشراء تضييع لحق البطن الموجود

الذى يطلب الشراء وليس فيه منافاة لحق الوقف او حق البطون ، بخلاف

عدم الشراء ، فانه تضييع لحق البطن الموجود الذى طلبه بلا جهة •

ويحتمل عدم وجوب الاجابة ، اذا البطن لم يكن له هذا الحق ، فمن

اين يوجد له هذا الحق ؟ بعد بيع الوقف •

.....

نعم لو رضى الموجود بالتجاره وكانت المصلحة فى التجارة جازم

المصلحة الى ان يوجد البدل .

والريح تابع للاصل .

ولا يملكه الموجودون ، لانه جزء من البيع ، وليس كالنماء الحقيقى

ثم لافرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف ، بين

عرض الخراب لكه ، او بعضه فيباع البعض المخروب ، ويجعل بدله

ما يكون وقفا ولو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب

(نعم لو رضى) البطن (الموجود بالتجاره) اى بالثمن عوضا ان

يشترى به شئ خيارى (وكانت المصلحة فى التجارة ، جاز) الاتجار (مع

المصلحة الى ان يوجد البدل) فانه يشتري البدل وان كان ربح البدل

اقل من ربح الاتجار ، لان البدل اقرب الى الوقف والى قصد الواقف .

(و) اذا اتجر بالثمن ، ف (الريح تابع للاصل) فى وجوب ابقائه .

(ولا يملكه الموجودون ، لانه جزء من المبيع ، وليس كالنماء

الحقيقى) الذى هو لارباب الوقف ، فكونه مسمى بالربح اعتبارى محض ، و

الافهـو فى الحقيقة جزء من الثمن الذى ربح .

(ثم لافرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف ، بين

عروض الخراب لكه ، او بعضه) لان الدليل انما دل على جواز البيع حال

الخراب ، وذلك شامل لخراب البعض ، و خراب الكل على حد سواء (ف)

اذا خرب البعض (يباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفا ولو

صرف ثمنه) اى ثمن المبيع (فى باقيه) فيما خرب البعض (بحيث يوجب

زيادة منفعته ، جاز مع رضا الكل ، لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطون ،
 فلمهم التصرف فيه على ظن المصلحة .

و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف
 فيجوز

زيادة منفعته ، جاز) الصرف (مع رضا الكل) اى كل الموقوف عليهم ، اذ
 لا دليل على ان يكون المُشْتَرى وقفا جديا .

وعليه فيجوز صرف الثمن سواء كان للكل او للبعض فى وقف آخر
 كمالو باع الدار الموقوفة و صرف ثمنها فى خان موقوف مثلا (لما عرفت من
 كون الثمن ملكا للبطون ، فلمهم التصرف فيه على ظن المصلحة) اى اذا
 ظن انه مصلحة .

والاكتفاء بالظن انما هو لانه الغالب الذى يعتمد عليه العقلاء اذ
 العلم لا يحصل غالبا كما لا يخفى .

(و منه) اى و مما ذكرنا من جواز صرف ثمن البعض المخروب فى
 البعض الباقي (يعلم جواز صرفه) اى الثمن (فى وقف آخر عليهم) اى على
 نفس الموقوف عليهم ، اما وقف آخر لغيرهم فذلك خلاف كون الوقف
 المبيع وقفا عليهم ، اذا كان الوقف الآخر (على نحو هذا الوقف) لاعلى
 وقف عليهم غير هذا النحو ، مثلا لو كان لهم ثلاثة دور موقوفة ، داران وقف
 لسكناهم ، ودار وقف لان ينتفعوا بايجارها ، كان للالزام لى بيع احدها لدارين
 ان يصرف ثمنها فى الدار الاخرى التى هى للسكنى ، لا الدار التى هى للايجار
 وذلك لوضوح ان الاقرب الى الدار المبيعة هى الدار التى للسكنى (فيجوز

.....

صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم .

ولو خرب بعض الوقف ، و خرج عن الانتفاع وبقى بعضه محتاجا الى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة ، فهل يصرف ثمن المخروب الى عمارة الباقي ، وان لم يرض البطن الموجود ، وجهان آتيان فيما اذا احتاج اصلاح الوقف - بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة - الى صرف منفعته الحاضرة التى يستحقها البطون الموجود اذا لم يشترط الواقف

صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم) .

(ولو خرب بعض الوقف ، و خرج عن الانتفاع) بحيث جازييعه (وبقى بعضه محتاجا الى عمارة لا يمكن بدونها) اى بدون العمارة (انتفاع البطون اللاحقة ، فهل يصرف ثمن المخروب الى عمارة الباقي ، وان لم يرض البطن الموجود) او يتوقف ذلك على رضاية البطن الموجود ، و الا يشتري به مكان آخر اذا لم يرض البطن الموجود بذلك (وجهان)

الاول : يصرف فى عمارة الباقي مطلقاً رضى الموجود ، ام لا ؟ لان

الباقي اقرب الى المبيع .

الثانى : لا يصرف الا برضاهم ، لانه لا فرق بين الامرين ، و حيثان

الموجود هم ذوا التصرف لا يجوز التعدى عن رضاهم .

ثم ان هذين الوجهين (آتيان فيما اذا احتاج اصلاح الوقف - بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة - الى صرف منفعته) اى منفعة الوقف (الحاضرة التى يستحقها البطن الموجود اذا لم يشترط الواقف

-
- اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم .
- و هنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل .

- اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم) .
- اما اذا اشترط فلا اشكال فى ان صرف المنفعة فى الاصلاح مقدم على القسمة .
- وانما كان وجهان فى صورة عدم الاشتراط ، لاحتمال ان المنفعة ملك لهذا البطن ، فكيف يصرف فى الموقوف مع عدم رضاهم ؟
- واحتمال ان بقاء الوقف الذى هو مراد الواقف مقدم على انتفاع هذا البطن بالمنفعة الموجودة .
- نعم لو دار الامر - فيما كان الوقف لبطين فقط - بين انتفاع هذا البطن او البطن اللاحق لم يبعد تقدم هذا البطن .
- (و هنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل) مثل انه اذا لم يف الثمن بالمعائل التام ، فهل يقدم غير المعائل الناقص .
- مثلا ثمن الدار المبيعة يفى بدكان كامل او نصف دار ، فايهما يقدم ؟
- وانه اذا كان شراء المثل صلاحا للموجودين و شراء غيره صلاحا لغيرهم ، او بالعكس ، او كان احدهما اصلح للوقف والآخر اصلح للبطن .
- مثلا شراء الدكان اصلح للوقف ، حيث يبقى بدون احتياج الى تعمير او ضريبة حكومية ، و شراء الدار اصلح للبطن حيث ان اجارها اكثر ، و هكذا من عشرات الفروع الاخر .

الصورة الثانية : ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه كدار انهدمت ، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدا به ، فان كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به الا ما كان منفعة كمنفعة العرصة ، فلا ينبغي الاشكال فى عدم الجواز .

وان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعة اكثر من منفعة العرصة بل يساوى منفعة الدار

(الصورة الثانية) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة

(ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفا)
 بالحمل الشائع الصناعى (انه لا منفعة فيه) وان كان فى الواقع والحقيقة له منفعة قليلة (كدار) موقوفة) انهدمت ، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدا به) كمالو كانت اجرة الاصل مائة و اجرة العرصة خمسة مثلا (فان كان ثمنه على تقدير البيع) اى ان يباع (لا يعطى به) اى بذلك الثمن (الا ما كان منفعة كمنفعة العرصة) كما انه لو بيعت العرصة اعطى بثمنها دار اجرتها خمسة دنانير مثلا ، كما هى اجرة العرصة (فلا ينبغي الاشكال فى عدم الجواز) اذ لا مبرر للبيع اطلاقا .

(وان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعة اكثر من منفعة العرصة)
 كمالو كان ايجار الدار المشتراة بثمن العرصة عشرين ، بينما ثمن العرصة خمسة (بل يساوى منفعة الدار) السابقة ، كمالو كانت منفعة الدار الموقوفة مائة ، و منفعة العرصة عشرين ثم اذا اشترينا بثمن العرصة دارا

.....
 ففى جواز البيع وجهان ، من عدم الدليل على الجواز مع قيام المقتضى
 للمنع وهو ظاهر المشهور ، حيث قيّدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه
 بحيث لا يجدى نفعاً .

وقد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بانه لو انهدمت الدار
 لم تخرج العرصة من الوقف ، ولم يجوز بيعها .
 اللهم الا ان يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور على النفع المعتدّ
 به بحسب حال العين .

اخرى كانت منفعتها ايضا مائة (ففى جواز البيع وجهان ، من عدم الدليل
 على الجواز مع قيام المقتضى للمنع) وهو حرمة بيع الوقف (وهو ظاهر
 المشهور ، حيث قيّدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً)
 والعرصة حسب الفرض لها نفع وان كان قليلاً .

(وقد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بانه لو انهدمت الدار
 لم تخرج العرصة من الوقف) وهذا شاهد لعدم جواز البيع ، اذ :
 بالانهدام لا تخرج العرصة عن كونها وقفاً (ولم يجوز بيعها) هذا مؤكداً لما
 استفيد من كلامه السابق ، ومن ان الفائدة الجزئية كالفائدة ، فيكون
 بقاء الوقف خلاف غرض الواقف — وقد اسقط المصنف هذا الشق الذى
 هو عدل لقوله « (من عدم الدليل) » لانه واضح ، ولان قوله « (اللهم »
 يشير اليه — .

(اللهم الا ان يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور) حيث اجازوا
 البيع فى صورة عدم النفع (على النفع المعتدّ به بحسب حال العين) اى ان

.....
 فان الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار، اذا صار عرصة يؤجر كل سنة خمسة دراهم او عشرة لغرض جزئى كمجمع الزبائل ونحوه يصدق عليه انه لا يجدى نفعا .

وكذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انهارها و هلاك اهلها، و لا تكون تسلب منافع اراضيها رأسا .

و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها كثيرا ما تستأجر

هذا النفع ليس يعدّ نفعاً المثل هذا العين، وان كان هو نفع فى الجملة فى نظر الواقع والحقيقة (فان الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار، اذا صار عرصة يؤجر كل سنة خمسة دراهم او عشرة) دراهم (لغرض جزئى كمجمع الزبائل ونحوه) بان تستعمل العرصة لجمع الزبائل (يصدق عليه انه لا يجدى نفعا) لان هذا ليس نفعاً للحمام لان جهة الاستعمال فى جمع الزبائل فيه و لا من حيث الاجرة .

(وكذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انهارها) يقال غار الماء و غار النهر اذا ذهب مائه (و هلاك اهلها) او نزوحهم عنها .

وقوله « بغور » خبر « خرابها » (و لا تكون تسلب منافع اراضيها) سلبا (رأسا) بحيث لا تكون لها منفعة اصلا، ومع ذلك يطلق عليها الخراب (و يشهد لهذا) الذى ذكرنا من صدق الخراب وان لم ينعهد النفع الجزئى (ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها) اى الدار المنهدمة (كثيرا ما تستأجر

للاغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى اطلاق كلام كل

من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعا .

و يشمله الاجماع المدعى فى الانتصار والغنية .

لكن الخروج بذلك عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف

الذى هو حبس العين ، وعموم قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف مشكل .

ويؤيد المنع : حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة

للاغراض الجزئية) فان التحرير جعل الهدم موجبا لصدق الموت على

الدار مما يدل على عدم الاعتناء بالمنافع الجزئية .

وعلى هذا (فالظاهر دخول الصورة المذكورة) اى الصورة الثانية

(فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه) اى الوقف خرابا (بحيث

لا يجدى نفعا) اذ النفع القليل كلانفع .

(ويشمله) اى ما اذا خرب حتى كان نفعه جزئيا (الاجماع المدعى

فى الانتصار والغنية) المتقدم .

(لكن الخروج بذلك) اى بالخراب الموجب للنفع الجزئى (عن

عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين) بان

نجز البيع خلافا لحبس الواقف - الذى كان له هذا الحبس - (و) عن

(عموم قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف) الشامل لصورة الخراب فى

الجملة ، مع بقاء الانتفاع القليل (مشكل) لانه لا وجه لهذا الخروج

الا احتمال شمول ادلة الصورة الاولى للصورة الثانية .

(ويؤيد المنع : حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة

المنقلعة ، بناءً على جواز الانتفاع بها في وجوه اخرى ، كالسقيف ، وجعلها جسرا ، ونحو ذلك .

بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى ره لفظيا حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به في منفعة اخرى - الاتفاق على المنع ، اذا حصل فيه انتفاع ، ولو قليلا كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا .

المنقلعة) التي كانت موقوفة ، فانقلعت (بناءً على جواز) اى امكان (الانتفاع بها) بتلك النخلة (فى وجوه اخرى) غير الثمرة (كالسقيف ، و جعلها جسرا ، ونحو ذلك) كالاسطوانة لحفظ السقف ، مع ان هذه المنافع جزئية بالنسبة الى النخلة ، فلو كانت النخلة المثمرة دنيا را كانت المنقلعة مائة فلس مثلا .

(بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى ره لفظيا) فان الشيخ يجوز البيع ، والحلى يمنع .

وانما جعل العلامة النزاع بينهما لفظيا (حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به) اى بالوقف (فى منفعة اخرى) وعدم تجويز الحلى على صورة الانتفاع فى الجملة (الاتفاق) خبر لقوله ((ظاهر المختلف)) (على المنع ، اذا حصل فيه انتفاع ، ولو قليلا) .

اذ حمل كلام المجوز على صورة عدم الانتفاع ، معناه ان لا يجوز فى صورة الانتفاع (كما يظهر) المنع فى صورة الانتفاع القليل (من التمثيل بجعله) اى النخل (جسرا) فانه انتفاع قليل جدا ، ومع ذلك لم يجوز

نعم : لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم امكن الحكم بالجواز ، لانصراف قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ، الى غير هذه الحالة .

وكذا حبس العين ، وتسبيل المنفعة ، انما يجب الوفاء بمادامت المنفعة المعتد بها موجودة ، و الا فمجرد حبس العين و امساكه ولو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الاولى .
ثم ان الحكم المذكور جار فيما اذا صارت منفعة الموقف قليلة لعارض آخر

البيع فى هذه الصورة .

(نعم : لو كان) الانتفاع (قليلا فى الغاية) اى فى غاية القلة (بحيث يلحق بالمعدوم) كما لو كان نفع بستان الفا ، فصار واحدا (امكن الحكم بالجواز ، لانصراف قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ، الى غير هذه الحالة) اى حالة النفع القليل .

(وكذا) ظاهر كلام الواقف الذى هو (حبس العين ، وتسبيل المنفعة ، انما يجب الوفاء به مادامت المنفعة المعتد بها موجودة ، و الا) يجز البيع فى حال النفع الملحق بالعدم (فمجرد حبس العين و امساكه ولو من دون منفعة) معتد بها (لو وجب الوفاء به) اى بالحبس بان يبقى محبوسا (لمنع عن البيع فى الصورة الاولى) و هى صورة عدم المنفعة اطلاقا .

(ثم ان الحكم المذكور) اى جواز البيع ، او عدم جواز على الاختلاف المتقدم (جار فيما اذا صارت منفعة الموقف قليلة ، لعارض آخر

.....

غير الخراب ، لجريان ما ذكرنا فيه .

ثم انك قد عرفت فيما سبق ، انه ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا يكون
الامع بطلان الوقف ، وعرفت وجه النظر فيه .

ثم وجه بطلان الوقف فى الصورة الاولى ، بفوات شرط الوقف
المراعى فى الابتداء والاستدامة فهو كونه العين مما ينتفع بهام بقاء عينها

غير الخراب) كمالوان القرية صارت منفورا عنها ، فهجر اكثر اهلها حتى
صار ايجار الدكان بعشرة بعد ان كان بالف مثلا ، او وجد فى الدار
دودا وما اشبه سبب قلة الرغبة فيها الى حد ما يسمى بعدم الانتفاع .

وانما نقول بجواز البيع فى هذه الصورة (لجريان ما ذكرنا) من
الدلة فى جواز البيع حالة الخراب (فيه) اى فى غير الخراب —
العوارض المشابهة للخراب لوحدة للمناط .

(ثم انك قد عرفت فيما سبق ، انه ذكر بعض) وهو الجواهر (ان
جواز بيع الوقف لا يكون ، الامع بطلان الوقف ، وعرفت وجه النظر فيه) وانه
لا وجه للقول بالبطلان ، وانما البيع يوجب ابطال الوقف .

(ثم وجه ذلك البعض) بطلان الوقف فى الصورة الاولى اى صورة
عدم الانتفاع (بفوات شرط الوقف المراعى) — بصيغة المفعول — اى الشرط
الذى روعى (فى الابتداء والاستدامة ، وهو) اى الشرط (كون العين
مما ينتفع بهام بقاء عينها) فان هذا الشرط لو لم يكن موجودا من الابتداء
لم يصح الوقف اصلا .

اذ الوقف عبارة عن حبس العين وتسبيل المنفعة ، كما انه لو فقد

وفيه ما عرفت سابقا : من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد ، مع انه لا دليل عليه .
 مضافا الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة ،
 فان الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده احين النقل .
 فانه قد يخرج المبيع عن المالية ، ولا يخرج بذلك عن ملك
 المشتري .

هذا الشرط فى الاثناء لم يبق مقدم الوقف فيبطل .
 (وفيه ما عرفت سابقا : من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد) مقابل الوقف غير المؤبد كما تقدم (مع انه لا دليل عليه) اى على البطلان .
 (مضافا الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور) اى الانتفاع مع بقاء العين (فى الاستدامة) واما الدليل خاص بالابتداء فقط (فان الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده احين النقل) فقط .
 (ف) مثلا (انه قد يخرج المبيع عن المالية ، ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري) .
 و واضح انه يشترط النقل بالمالية ، فقد اشترطت الملكية فى
 الابتداء لافى الاستدامة .
 والحاصل : انه لا دليل على ان كل شرط يشترط فى الابتداء
 يشترط فى الاستدامة ايضا .
 ثم اشار المصنف الى الاشكال فى قول الجواهر : بان اجازة الشارع

.....
مع ان جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان ، بل يوجب خروج الوقف
عن اللزوم الى الجواز كما تقدم .

ثم ذكر انه قد يقال بالبطلان ايضا : بانعدام عنوان الوقف ، فيما
لذا وقف يستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية ، فخربت حتى خرجت
عن قابلية ذلك ، فانه وان لم تبطل منفعتها اصلا ، لا مكان الانتفاع بها
دارا مثلا ، لكن ليس من عنوان الوقف ، و

للمبيع لازمها البطلان للوقف بقوله .

(مع ان جواز بيعه) اي الوقف (لا يوجب الحكم بالبطلان) اي بطلان
الوقف قبل البيع (بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم) اي لزوم البقاء (الى
الجواز) اي جواز البقاء وجواز البيع ، والمراد بالجواز الاعم حتى من
الوجوب اي وجوب البيع (كما تقدم) الكلام في ذلك عند نقل كلام الجواهر
(ثم ذكر) الجواهر (انه قد يقال بالبطلان) للوقف (ايضا) كبطلانه
فيما اذا انعدمت فائده او قلت (بانعدام عنوان الوقف ، فيما اذا وقف
بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية) بان كان من باب وحدة
المطلوب ، لا من باب تعدد المطلوب ، فانه قد يريد الواقف اعاشة ذويه
و يريد ان يكون بستانا حتى اذا لم يكن بستانا اوقفه ايضا ، وقد يريد وقف
البستان بما هو بستان حتى انه اذا لم يكن بستانا لم يوقفه (فخربت حتى
خرجت عن قابلية ذلك) اي كونه بستانا (فانه وان لم تبطل منفعتها)
اي البستان (اصلا ، لا مكان الانتفاع بها دارا مثلا) بل و بنفس مقدار
الانتفاع السابق (لكن ليس) الانتفاع الداري (من عنوان الوقف ، و

.....
 احتمال بقاء العرصۃ على الوقف باعتبار انها جزء من الوقف ، و هى باقية
 و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه فيه ، لا يقتضى بطلانه فيها .
 يدفعه ان العرصۃ كانت جزءا من الموقوف من حيث كونه بستانا ،
 لا مطلقا ، فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه .
 ولو فرض ارادة وقفها ليكون بستانا او غيره ، لم يكن اشكال فى بقائها
 لعدم ذهاب عنوان الوقف .

احتمال بقاء العرصۃ على الوقف) بعد بطلان كونه بستانا (باعتبار انها)
 اى العرصۃ (جزء من الوقف ، و هى) اى العرصۃ التى هى جزء (باقية)
 (و خراب غيرها) اى غير العرصۃ — كالبناء — و «(خراب)» مبتدأ (و
 ان اقتضى بطلانه) اى الوقف (فيه) اى فى العين كالبناء (لا يقتضى
 بطلانه) اى الوقف (فيها) اى فى العرصۃ ، فاللازم القول بعدم بطلان
 الوقف .

(يدفعه) خبر «(و خراب)» (ان العرصۃ كانت جزءا من الموقوف من
 حيث كونه) اى الموقوف (بستانا ، لا مطلقا) سواء كان بستانا او غير
 بستان (فهى) اى العرصۃ (حينئذ) اى حين كان الوقف بعنوان كونه
 بستانا (جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه) اى خراب ذلك العنوان و
 بخراب العنوان يخرب الجزء ايضا ،

(و لو فرض ارادة) الواقف (وقفها) اى البستان (ليكون بستانا او
 غيره ، لم يكن اشكال فى بقائها) اى الموقوفة للعرصۃ حين ذهاب
 البستان (لعدم ذهاب عنوان الوقف) الذى هو الاعم من البستان .

وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية : من انه لو اوصى بدار ، فانه دمت قبل موت الموصى ، بطلت الوصية ، لانتفاء موضوعها .

نعم : لو لم يكن الدارية ، والبستانية ، ونحو ذلك ، مثلاً عنوانا للوقف وان قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقف على حسب ما يقبله ، لم يبطل الوقف بتغير احواله .

(وربما يؤيد ذلك) الذى ذكرنا من انه لو كان الوقف على عنوان البستان بما هو بستان ، ثم ذهب كونه بستانا ، بطل الوقف (فى الجملة) لالكية ، اذ ليس البابان من مقولة واحدة ، ولا دليل على وحدة المناط فى البابين (ما ذكره فى باب الوصية : من انه لو اوصى بدار ، فانه دمت قبل موت الموصى ، بطلت الوصية ، لانتفاء موضوعها) اى الدار ، فان الوصية كالوقف فى انها لو تعلقت بشئ خاص ثم ذهب ذلك العنوان ، بطلت ، اذ يذهب الموضوع يذهب الحكم .

(نعم : لو لم يكن الدارية ، والبستانية ، ونحو ذلك ، مثلاً عنوانا للوقف وان قارنت) الدارية والبستانية (وقفه) اى وقف ذلك الموقوف ، بان كان فى حال الوقف دارا او بستانا - مثلاً - (بل كان المراد به) اى بالدار والبستان الموقوفين (الانتفاع به) اى بالدار والبستان (فى كل وقت) وان بقى عنوان الدارية والبستانية ، ام لا ، (على حسب ما يقبله) اى يقبله من الصور كالدار تقبل ان تكون بستانا ، وهكذا ، وبالعكس (لم يبطل الوقف بتغير احواله) لان العنوان باق ، وببقاء العنوان يبقى

ثم ذكر ان فى عود الوقف الى ملك الواقف، او وارثه بعد البطلان
او الموقوف عليه وجهين .

اقول يرد على ما قد يقال بعد الاجماع على ان انعدام العنوان
لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع، وان اختلفوا فيه عند الخراب
او خوفه لكنه غير تغيير العنوان، كما لا يخفى انه

الوقف .

(ثم ذكر) الجواهر (ان فى عود الوقف الى ملك الواقف، او وارثه)
اذا مات الواقف (بعد البطلان) للوقف بذهاب العنوان فيما كان مقيدا
على نحو وحدة المطلوب (او) عوده الى (الموقوف عليه وجهين)
وجه لعوده الى الواقف، لانه اخرجته عن ملكه بمقدار بقاء العنوان
فاذا ذهب العنوان عاد الى المالك .

وجه لعوده الى الموقوف عليه، لانه خرج عن ملك الواقف بالوقف
وصار متعلق حق الموقوف عليه، فاذا بطل الوقف كان ملكا لهم، دون
الواقف، فان الواقف انقطعت علاقته عن الوقف .

(اقول) الى هنا كان كلام الجواهر، ومن هنا كلام الشيخ من
الايراد على الجواهر (يرد على ما قد يقال) اى قول الجواهر (بعد الاجماع
على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وان
اختلفوا فيه) اى فى البطلان او جواز البيع والترديد لان صاحب الجواهر
يقول بالبطلان وغيره يقولون بجواز البيع (عند الخراب او خوفه) اى خوف
الخراب (لكنه) اى الخراب (غير تغيير العنوان، كما لا يخفى انه) (انه)

لا وجه للبطلان بانعدام العنوان ، لانه ان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا فى قوله : وقفت هذا البستان فلا شك انه ليس الاكفولة : بعث هذا البستان ، او وهبته فان التملك المعلق بعنوان ، لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان ، فالبستان اذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى وان لم يكن فى ضمن عنوان البستان ، وليس التملك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات .

وان اريد بالعنوان

فاعل ((يرد)) (لا وجه للبطلان) اى بطلان الوقف (بانعدام العنوان)

فاؤلا : اجماع على عدم البطلان .

وثانيا : لا مقتضى له (لانه ان اريد بالعنوان) الذى يبطل فيبطل الوقف (ما جعل مفعولا فى قوله : وقفت هذا البستان) او هذه الدار مثلا (فلا شك انه ليس الاكفولة : بعث هذا البستان ، او وهبته ، فان الوقف المعلق بعنوان مثل (التملك المعلق بعنوان ، لا يقتضى دوران الملك) و الوقف (مدار العنوان ، فالبستان اذا صار ملكا) للمشتري بان باعه مالكة (فقد ملك منه) اى المشتري (كل جزء خارجى) من عرصة واشجار (وان لم يكن فى ضمن عنوان البستان) وكذلك الوقف ، والهبة وغيرهما (وليس التملك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات) حتى اذا تبدل العنوان يتبدل الحكم ، كالحكم بالقصر المعلق على عنوان المسافرين ، والحكم بوجوب النفقة المعلق على عنوان الزوجية ، وهكذا .

(وان اريد بالعنوان) الذى قال الجواهر : ان انعدامه يوجب

.....

شئ آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف والعلم .

ولا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا او قصدا فى

الموضوع زيادة على عنوانه .

واما تأييد ما ذكر بالوصية ، فالمناسب ان يقايس مانحن فيه بالوصية

بالبستان

بطلان الوقف (شئ آخر) غير عنوان البستانية (فهو خارج عن مصطلح

اهل العرف والعلم) فان مصطلحهم فى العنوان : ما جعل مفعولا فى

قوله وقفت هذا البستان .

(ولا بد من بيان المراد منه) اى من العنوان (هل يراد ما اشترط

لفظا) اى قال وقفت بشرط ان يبقى بستانا (او قصدا فى الموضوع زيادة

على عنوانه) اى عنوان الموضوع ، بان قصد « بستان » الموضوع بعنوان انه

بستان ، لا بالاعم من البستان وغيره ، الصادق ذلك الاعم على العرصة

بعد خراب البستان .

والحاصل : ان هناك ثلاث تصورات .

الاول : « عنوان البستان »

الثانى : « البستان بشرط البستانية شرط اللفظيا »

الثالث : « (البستان المقصود كونه بحالة البستانية) »

(واماتا ييد) الجواهر (ما ذكر) من انه لو خرج البستان عن البستانية

بطل الوقف (بالوصية) فى مثال مالواوصى بالدار ، فانه دمت فى حيوة

الموصى مما اوجب بطلان الوصية (فالمناسب ان يقايس مانحن فيه بالوصية بالبستان

بعد تمامها ، و خروج البستان عن ملك الموصى بموته ، و قبول الموصى له ، فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة .
 نعم : الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقاءها وبطلانها من جهات
 اخر .

ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج

بعد تمامها) اى تمام الوصية (و) بعد (خروج البستان عن ملك الموصى)
 - بصيغة الفاعل - (بموته ، و قبول الموصى له) للوصية (فهل يرضى احد)
 من الفقهاء (بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة) و الوقف من
 هذا القبيل ، لا من قبيل انه داء الدار قبل موت الموصى ، اذ قبل الموت
 لم تتم الوصية ، بخلاف انه داء البستان بعد الوقف ، فانه قد تم الوقف
 (نعم : الوصية قبل تمامها) بان لم يمض الوصى (يقع الكلام فى
 بقاءها) اى الوصية (و بطلانها من جهات اخر) غير جهة انتفاء العنوان
 كجهة بعد الموت و قبل القبول ، او جهة بعد الموت و قبل القبض و
 القبول ، او بعد القبض قبل القبول ، اى ان الوصية هل تبطل ، ام لا ؟
 اذا طرأ عليها طارئ غير الخراب ، اما من جهة الخراب بعد تمامية
 الوصية - الذى هو المقيس عليه - فلا وجه للقول بالبطلان ،
 فتأمل .

(ثم ما ذكره) الجواهر (من الوجهين) اى قوله « ان فى عود الوقف
 وجهين » (مما لا يعرف له) اى للوجهين - و المراد وجه العود الى
 الواقف - (وجه ، بعد اطباق كل من قال بخروج

الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه ابدًا .

الصورة الثالثة : ان تخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق

بالمعدوم والاقوى هنا : المنع وهو الظاهر من الاكثر فى مسألة النخلة المنقلعة حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها ، محتجاً بأنه : لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه ، لان الوجه الذى

الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه) اى الى الواقف (ابدًا) وفيه : ان عدم قول احد ، لا ينفى ان له وجهاً وجيبها كما لا يخفى، والله العالم .

(الصورة الثالثة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة

(ان تخرب) ارض الوقف (بحيث تقل منفعته) قلة عرفية ، لا قلة قليلة جداً ، اذ : المنصرف من القلة ، القلة العرفية ، ولذا قال (لكن لا الى حدّ يلحق بالمعدوم) فى نظر العرف (والاقوى هنا : المنع) عن بيع الوقف ، وذلك لاطلاق ادلة منع بيع الوقف ، ودليل الاستثناء لا يشمل هذه الصورة (وهو) المنع (الظاهر من الاكثر فى مسألة النخلة المنقلعة) اذ اكانت موقوفة ، فانقلعت بسبب السيل ، ونحوه فهل يجوز بيعها ، ام لا ؟ فان النخلة المنقلعة لها منفعة قليلة ، اذ يمكن جعلها فى السقف ونحوه ، ومع ذلك لم يجوز الاكثر بيعها (حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها) خلافاً للاكثر (محتجاً) للجواز (بأنه : لا يمكن الانتفاع بها) منفعة معتادها عرفاً ، اذ منفعة النخلة الاثمار ، لا جعلها فى السقف مثلاً (الا على هذا الوجه) اى البيع ، فلذا يجوز بيعها (لان الوجه الذى

.....

شرطه الواقف قد بطل ، ولا يرجى عوده .

ومنه الحلّى ، قائلاً ، ولا يجوز بيعها : بل ينتفع بها بغير البيع

مستند الى وجوب ابقاء الوقف على حاله ، مع امكان الانتفاع .

وزوال بعض المنافع ، لا يستلزم زوال جميعها ، لا مكان التسقيف

بها ، ونحوه وحكى موافقته عن الفاضلين ، والشهيدين ، والمحقق

الثاني واكثر المتأخرين .

شرطه الواقف) فى الانتفاع ، وهو الاثمار (قد بطل ، ولا يرجى عوده) .

اذ : النخلة بعد الانقلاع لا تثبت فى الارض مرة ثانية لتنمو .

(ومنعه) اى الجواز (الحلّى ، قائلاً : ولا يجوز بيعها ، بل ينتفع

بها بغير البيع) فلم يبطل اثر الوقف حتى يجوز البيع (مستنداً) اى ان

الحلّى استند فى عدم جواز بيع الوقف (الى وجوب ابقاء الوقف على حاله

مع امكان الانتفاع) فى جعله فى السقف ونحوه .

(و) ان قلت : قد زال نفع اعطاء النخلة الثمرة .

قلت : (زوال بعض المنافع ، لا يستلزم زوال جميعها) وزوال الجميع

هو ميزان جواز البيع (لا مكان التسقيف بها) اى بالنخلة (ونحوه)

كجعلها جسراً ، او باباً ، او ما اشبه ذلك . .

(وحكى موافقته) اى موافقة الحلّى فى عدم جواز البيع (عن الفاضلين)

المحقق ، والعلامة ، (والشهيدين) الاول والثانى (والمحقق الثانى)

الكركى (واكثر المتأخرين) عن هؤلاء العلماء ، هذا .

وحكى فى الايضاح عن والده قدس سرهما ان النزاع بين الشيخ والحلى ، لفظى .

واستحسنه ، لان فى تحليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها والحلى فرض وجود منفعته ، ومنع لذلك بيعها وقيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدل لها الوقف كما هو الظاهر من تحليل الشيخ

(و) لكن (حكى) فخر المحققين ولد العلامة (فى) كتابه (الايضاح عن والده) العلامة الحلى (قدس سرهما ان النزاع) فى جواز البيع وعدمه (بين الشيخ والحلى ، لفظى) اذ الشيخ يجوز البيع ، فى ما لا نفع لها اطلاقا ، والحلى لا يجوز البيع ، فيما لها نفع فى الجملة .
(واستحسنه) اى ان الايضاح استحسن نظر ولده (لان فى تحليل الشيخ) لجواز بيع النخلة (اعترافا بسلب جميع منافعها) هو يجوز البيع فى هذه الصورة .

(والحلى فرض وجود منفعته) اى منفعة الوقف (ومنع لذلك) لوجود المنفعة (بيعها)

فكلام المجوز فى موضوع ، وكلام المانع فى موضوع آخر (وقيل) القائل صاحب المقابيس ، قال فى بيان كلام العلامة ولده فى وجه كون النزاع بين الشيخ والحلى لفظيا (يمكن بناء نزاعهما) الشيخ والحلى (على رعاية) وملاحظة (المنفعة المعدل لها الوقف كما هو الظاهر من تحليل الشيخ) فوجه كون النزاع بينهما لفظيا ان الشيخ يقول : المنفعة المعدل لها الوقف هى الانمار .

ولا يخلو عن تأمل •

وكيف كان : فالأقوى هنا المنع •

وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب •

فلا يجوز بذلك البيع إذا قلنا بجواز بيعه ، إذا كان أعود وسيجئ

تفصيله •

الصورة الرابعة :

فحيث لا أثمار ، فلا منفعة •

والحلى يقول : المنفعة المعدّ لها الوقف كلّ منفعة — حتى

التسقيف — فحيث للنخلة منفعة التسقيف ، لم يجز البيع •

(و) لكن هذا الجمع الذى ذكره صاحب المقابيس (لا يخلو عن

تأمل)

إذا الكلام فى المنفعة مطلقا ، لا المنفعة المعدّ لها الوقف •

(وكيف كان) سواء كان وجه لفظية النزاع ما ذكرناه ، أو ما ذكره

المقابيس (فالأقوى هنا) فى قلة المنفعة (المنع) عن بيع الوقف •

(وأولى منه بالمنع) عن البيع (ما لو قلّت منفعة الوقف من دون

خراب) كما إذا بقيت النخلة قائمة لكن صار ثمرها العشر مثلا •

(فلا يجوز بذلك) أى بسبب القلة (البيع) للنخلة (إذا قلنا بجواز

بيعه) بيع الوقف (إذا كان) البيع (أعود) وانفع (وسيجئ تفصيله) فى

الصورة الرابعة انشاء الله تعالى •

(الصورة الرابعة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة

ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه ، و ظاهر المراد منه ان يكون ثمن الوقف ازيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه .

وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد ، وقد تقدم عبارته ، فراجع .
و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود ، وقد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون ، اذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه .

(ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه ، و ظاهر المراد منه) اى من كونه اعود (ان يكون ثمن الوقف ازيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه) .

مثلا لو كانت الدار قائمة مدة خمسين سنة التى هى مدته وجود الموقوف عليه ، كان ايجارها كل سنة عشرين دينارا ، فالمجموع الف دينار ولو بيعت الدار كان ثمنها خمسة آلاف و نفع خمسة آلاف اذا وضع فى التجارة ، كان كل سنة خمسين دينارا مثلا .

(وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد) بل والسيد ، و جملة من المتأخرين ، كما فى الجواهر (وقد تقدم عبارته ، فراجع) حتى ترى هل تدل على ما نسب اليه ، أم لا ؟

(و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود) حيث ان نفع الثمن يعطيهم كل سنة خمسين ، بينما نفع الموقوفة كل سنة عشرون (و قد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون ، اذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه)

والاقوى : المنع مطلقا ، وفاقا للاكثر ، بل الكل ، بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك .

وعلى تقديره فقد تقدم عن التحرير : ان كلام المفيد متأول . وكيف كان ، فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع ، وهو : وجوب العمل على طبق انشاء الواقف .

اذ : الانفعالية حينئذ ، يجب ان تلاحظ بالنسبة الى الكل ، حتى يطلق عليه الانفعالية بقول مطلق ، والا فلا يطلق عليه الانفعالية الا فى الجملة .

واما اذا لم نقل بوجوب شراء البديل ، بل قلنا : بان الثمن يأكله البطن الموجود فقط ، فاللازم ملاحظة الانفعالية بالنسبة اليهم فقط . (والاقوى : المنع مطلقا) سواء كان انفع بالنسبة اليهم ، ام بالنسبة الى جميع البطون (وفاقا للاكثر ، بل الكل ، بناء على ما تقدم) قبل اسطر من قولنا (وقد تقدم عبارته فراجع) حيث ان فيه تعريضا بان عبارته لا تدل على ما نسب اليه (من عدم دلالة قول المفيد على ذلك) الذى نسب اليه .

(وعلى تقديره) اى تقدير ان عبارته دالة على البيع (فقد تقدم عن التحرير : ان كلام المفيد متأول) الى صورة عدم الفائدة فى بقاء الوقف . (وكيف كان) سواء افتى المفيد بذلك ، ام لا (فلا اشكال فى المنع) عن البيع (لوجود مقتضى المنع ، وهو : وجوب العمل على طبق انشاء الواقف) و البيع والتبديل مخالفان لانشاءه .

.....

وقوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف ، وغير ذلك •

وعدم ما يصلح للمنع عدارواة ابن محبوب عن على بن رثاب ، عن جعفر بن حنان ، قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام : عن رجل وقف غلّة له على قرابته من ابيه ، وقرابته من أمّه ، واوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم فى كل سنة ، ويقسّم الباقي على قرابته من ابيه ، وقرابته من أمّه ، فقال عليه السلام : جائز للذى اوصى له بذلك ، قلت : ارايت ان لم تخرج من غلّة تلك الارض التى اوقفها الاّ

(وقوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف) كما تقدم (وغير ذلك) من

الادلة الدالة على المنع عن بيع الوقف •

(وعدم ما يصلح للمنع) عن المقتضى ، ان يفيد جواز البيع اذا كان

الثمن انفع (عدارواة ابن محبوب عن على بن رثاب ، عن جعفر بن حنان ، قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام : عن رجل وقف غلّة له) اى ارضا ذات غلّة ، وانما اطلق عليها غلّة ، بعلاقة الحال والمحلّ (على قرابته من ابيه ، وقرابته من أمّه ، واوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه) اى بين الواقف وبين ذلك الرجل (قرابة بثلاثمائة درهم فى كل سنة ، ويقسّم الباقي) بعد الثلاثمائة (على قرابته من ابيه وقرابته من أمّه) هذا تكرار كما لا يخفى (فقال عليه السلام : جائز للذى اوصى له بذلك) اى للرجل الذى اوصى له بثلاثمائة درهم فى كل سنة (قلت : ارايت ان لم تخرج من غلّة تلك الارض التى اوقفها الاّ

.....
 خمسمائة درهم ، فقال عليه السلام : اليس في وصيته ان يعطى الذى
 اوصى له من الغلة ثلثمائة درهم ، ويقسم الباقي على قرابته من ابيه
 وامه ، قلت : نعم ، قال عليه السلام : ليس لقرابته ان يأخذ وامن
 الغلة شيئاً ، حتى يوفى الموصى له ثلثمائة درهم ، ثم لهم ما يبقى بعد
 ذلك ، قلت : رأيت ان مات الذى اوصى له ، قال عليه السلام : ان مات
 كانت له ثلثمائة درهم لورثته يتوارثونها مابقى احد منهم ، فان انقطع
 ورثته ولم يبق منهم احد كانت ثلثمائة درهم لقرابة الميت ، يرد الى ما
 يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا بقيت الغلة قلت :
 فللورثة

خمسمائة درهم) اى ما ذاب هذه الخمسمائة (فقال عليه السلام : اليس
 فى وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلثمائة درهم ، ويقسم
 الباقي على قرابته من ابيه وامه قلت : نعم) هكذا كانت الوصية (قال
 عليه السلام : ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئاً ، حتى يوفى
 الموصى له) اى يعطى لذلك الرجل (ثلثمائة درهم ، ثم لهم) اى للقرابة
 (ما يبقى بعد ذلك ، قلت : رأيت ان مات الذى اوصى له ، قال
 عليه السلام : ان مات كانت له ثلثمائة درهم لورثته ، يتوارثونها ما دام
 (بقى احد منهم ، فان انقطع ورثته) بان لم يكن للرجل ورثة (ولم يبق
 منهم احد كانت ثلثمائة درهم لقرابة الميت ، يرد) ويرجع ذلك الثلثمائة
 (الى) سائر (ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم) اى بين الموقوف عليهم
 (يتوارثون) القرابة (ذلك) المال (ما بقوا بقيت الغلة قلت : و) هل (للورثة

من قرابة الميت ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ، ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ، قال : نعم ، اذا رضوا كلهم ، وكان البيع خيراً لهم باعوا ، و الخبر المروى عن الاحتجاج ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان جعلنى الله فداه ، انه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ، ان الوقف اذا كان على قوم باعيا نهم و اعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه ، وكان ذلك اصلح لهم ان يبيعوا ، فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم ، ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ، ام لا يجوز ؟ الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك ، و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه .

فاجاب عليه السلام : اذا كان الوقف على امام المسلمين ، فلا يجوز

من قرابة الميت ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا) الى ثمن الارض (ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ، قال : نعم) لهم ان يبيعوا (اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا) الى آخر الخبر (و) مثله (الخبر المروى عن الاحتجاج ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان جعلنى الله فداه ، انه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ، ان الوقف اذا كان على قوم باعيا نهم و اعقابهم) كالذرية ، لا مثل الطلبة او المساكين ، فان الوقف هنا للعصفوان ، لا لشخص رقبته (فاجتمع اهل الوقف على بيعه ، وكان ذلك اصلح لهم ان يبيعوا ، فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم ، ان لم يجتمعوا كلهم على ذلك) البيع (و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه) اى سئله عليه السلام عن المسألة السابقة ، وعن هذه المسألة .

(فاجاب عليه السلام : اذا كان الوقف على امام المسلمين ، فلا يجوز

بيعه ، و اذا كان على قوم من المسلمين ، فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين ان شاء الله .

دلّت على جواز البيع ، اما في خصوص ما ذكره الراوى ، و هو كون البيع اصلح ، و اما مطلقا بناءً على عموم الجواب .
لكنه مقيد بالاصلح ، لمفهوم رواية جعفر .
كما انه يمكن حمل اعتبار رضى الكل فى رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما فى بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج .

بيعه ، و اذا كان على قوم من المسلمين ، فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين ان شاء الله) اى جائز سواء باع بعضهم او باع كلهم .

(دلّت) هذه الرواية المروية عن الاحتجاج (على جواز البيع ، اما فى خصوص ما ذكره الراوى ، و هو كون البيع اصلح ، و اما مطلقا) كبيع سائر الاملاك (بناءً على عموم الجواب) اذ الم يقيد بالامبالا صلحية .
(لكنه) اى الجواب (مقيد بالاصلح ، لمفهوم رواية جعفر) المتقدمة التى دلّت على اشتراط جواز البيع بكونه اصلح للموقوف عليهم .
(كما انه يمكن حمل اعتبار رضى الكل فى رواية جعفر) حيث اعتبرت رضى الكل فى جواز البيع (على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره) اى رضى الكل (بما فى بيع كل واحد) حصته الخاصة (بقرينة رواية الاحتجاج) التى قالت مجتمعين و متفرقين .

.....
 ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيّعة
 الامام عليه السلام عن الوقف .

والجواب اما عن رواية جعفر فبانها انما تدل على الجواز مع حاجة
 الموقوف عليهم ، لا لمجرد كون البيع انفع .

فالجواز مشروط بالا مرين كما تقدم عن ظاهر النزّهة ، وسيجئ
 الكلام في هذا القول بل يمكن ان يقال : ان المراد بكون البيع خيرا لهم
 مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ، ليكون منشأ الارادته .

فليس مراد الامام عليه السلام : بيان اعتبار ذلك

(ويؤيد المطلب) اي جواز بيع الوقف (صدر رواية ابن مهزيار الآتية
 لبيع حصّة ضيّعة الامام عليه السلام عن الوقف) بل وبعض الروايات الاخر
 كرواية امير المؤمنين عليه السلام الآتية ، وغيرها .

(والجواب اما عن رواية جعفر فبانها انما تدل على الجواز مع
 حاجة الموقوف عليهم ، لا لمجرد كون البيع انفع) الظاهر خصوصا من اخير
 الرواية الجواز في صورة رضاية البائع ، وكون البيع انفع .

(فالجواز مشروط بالا مرين) الحاجة ، وكون البيع انفع (كما تقدم
 عن ظاهر النزّهة ، وسيجئ الكلام في هذا القول) وانه هل يصح البيع
 في هذا الحال ، ام لا ؟ (بل يمكن ان يقال : ان المراد بكون البيع خيرا
 لهم مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ، ليكون) النفع الملحوظ (منشأ
 لارادته) لان المراد خيرية واقعية يستحق موضوع الاعود والانفع .

(فليس مراد الامام عليه السلام : بيان اعتبار ذلك) اي الخير

.....

تعبداً .

بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل يعنى اذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه ، جاز ، كما يقال : اذا اردت البيع ورأيتنه اصلح من تركه ، فبيع .

وهذا مما لا يقول به احد .

ويحتمل ايضا : ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل .

(تعبداً) بان يكون الشارع اجاز البيع فى حال كونه خيراً واقعاً .

(بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل اى الواقع الفرضى الذى هو رؤية الموقوف عليه كون البيع خيراً) يعنى اذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه ، جاز ، كما يقال : اذا اردت البيع ورأيتنه اصلح من تركه ، فبيع) .

(و) الحاصل : ان الرواية ان كان معناها ان البيع اذا كان اصلح واقعاً جاز ، كما يقوله النزهاء فى الجملة فسأتى الكلام فيه .

وان كان : معناها ان الموقوف عليه اذا رأى البيع اصلح ف (هذا مما لا يقول به احد) فيلزم طرح الرواية ، لانها معرض عنها .

(ويحتمل ايضا : ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة) التى التت بالموقوف عليه (التى فرضها السائل) فلا يرتبط بما نحن فيه الذى هو كون البيع انفع .

وعن المختلف وجماعة : الجواب عنه بعدم ظهوره فى المؤبد ،

لاقتصاره على ذكر الاعقاب •

وفيه نظر ، لان الاقتصار فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص

اذ يصح ان يقال : فى الوقف المؤبد انه وقف على الاولاد مثلا •

وحينئذ فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل اذا كان بين المؤبد

وغيره فرق فى الحكم ، فانهم •

(وعن المختلف وجماعة : الجواب عنه بعدم ظهوره) اى الحديث

(فى) الوقف (المؤبد لاقتصاره على ذكر الاعقاب) فقط دون اضافة

((الى ان يرث الله الارض ومن عليها)) مثلا •

(وفيه نظر) بل ظاهر الرواية الوقف المؤبد (لان الاقتصار) على

ذكر الاعقاب فقط (فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص) بما اريد به

الاعقاب فقط لا المؤبد •

(اذ يصح ان يقال : فى الوقف المؤبد انه وقف على الاولاد مثلا)

دون ان يقال واولاد الاولاد ، الى ان يرث الله الارض •

(وحينئذ) اى حين اقتصر على ذكر الاعقاب او الاولاد المحتمل

للمؤبد ، وغيره (فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل

اذا كان بين المؤبد وغيره فرق فى الحكم) بجواز بيع غير

المؤبد ، وعدم جواز بيع المؤبد (فانهم) فانه

لا وجه لهذه المحامل بعد ظهور الرواية فى المعنى الاول ، وليست

معرضا عنها ، فاللازم العمل بها •

وكيف كان ، ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعالية ، اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهرة عبارة المفيد المتقدمة .

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى .

ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز ، كان الثمن للبطن الاول البائع يتصرف فيه على ما شاء .

ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة

(وكيف كان) الامر فى احتمالات محامل الرواية (ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعالية ، اشكال) اما ما فيها من الاشكال فهو منافاتها لادلة الوقف ، وللسيرة ، وما اشبه واما وجه الاشكال فقد بينه بقوله (مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهرة عبارة المفيد المتقدمة) .

لكنك عرفت ان غير المفيد ايضا افتى بذلك .

(ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى) من الاشكال فيها ، و عدم القائل ايضا ، فتأمل .

(ثم لو قلنا فى هذه الصورة) اى الصورة الرابعة فيما كان البيع اعود (بالجواز ، كان الثمن للبطن الاول البائع يتصرف فيه على ما شاء) لانه ظاهر النص والفتوى ، اذ : لو لا تصرفه فائ فرق بين بقاء الوقف او تبديله بالثمن .

(ومنه) اى من لزوم تصرف البطن الاول (يظهر وجه آخر لمخالفة

.....
 الروائتين للقواعد ، فان مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله
 كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع ، فيكون تجويز
 البيع فى هذه الصورة ، والتصرف فى الثمن رخصة من الشارع للبائع فى
 اسقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع ، نظير الرجوع فى الهبة المتحقق
 ببيع الواهب ، لثلايقع البيع على المال المشترك ،

الروائتين للقواعد) المقررة فى الوقف ، مما استفيد من النص والسياسة
 (فان مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك) مشتركا
 بين البطون (كما تقدم من استحالة) عرفية (كون بدله ملكا لخصوص
 البائع) .

اذ : كيف يمكن ان يكون المبدل ملكا لكل البطون ، والبديل ملكا
 لخصوص بطن واحد .

وعليه (فيكون تجويز) الشارع (البيع فى هذه الصورة) اى صورة
 الانفعالية (والتصرف فى الثمن رخصة من الشارع للبائع فى اسقاط
 حق البطون (اللاحقين آنا ما قبل البيع) .

اذ : لوبقى حقهم لم يكن للبطن ان يبيع ، وكيف يبيع ما هو متعلق
 لحق غيره (نظير الرجوع) من الواهب (فى الهبة المتحقق) ذلك
 الرجوع (ببيع الواهب) فان البيع دليل على ان الهبة رجعت الى
 الواهب آنا ما ، ثم وقع البيع عليها ، اذ : لا يبيع الا فى ملك .

وانما نقول انه رخصة من الشارع فى اسقاط حق اللاحقين (لثلايقع
 البيع على المال المشترك) اى الوقف الذى هو مشترك بين البطون

فيستحيل كون بدله مختصا .

الصورة الخامسة : ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة .

وقد تقدم عن جماعة ، تجويز البيع فى هذه الصورة ، بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه ، ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة .
ويرده ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الارض لمؤنة سنة الموقوف عليهم ، كما لا يخفى ، وهذا اقل مراتب الفقر الشرعى ، و
المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة والحاجة
الشديدة ، وبينها وبين مطلق الفقر عموم

(فيستحيل) اى حتى يكون محالا (كون بدله مختصا) .

وجه الاستحالة : لانه يخرج المثل من كيس من لا يدخل فى كيسة الثمن .

(الصورة الخامسة) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة

(ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة) احتجا واما معها الى البيع .

(وقد تقدم عن جماعة ، تجويز البيع فى هذه الصورة ، بل عن

الانتصار) للسيد (والغنية) لابن زهرة (الاجماع عليه ، ويدل عليه

رواية جعفر المتقدمة) فى الصورة الرابعة .

(ويردّه ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الارض

لمؤنة سنة الموقوف عليهم ، كما لا يخفى ، وهذا اقل مراتب الفقر الشرعى) و

كلما اشتدت الحاجة كان اظهر مصداقا للفقر الشرعى ، كما لا يخفى (و

المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين) للبيع فى هذه الصورة (اعتبار

الضرورة والحاجة الشديدة ، وبينها) اى الضرورة (وبين مطلق الفقر عموم

.....

من وجه ، اذ قد يكون فقيرا ، ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه .

وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الاوقات لمن يقدر على مؤنة سنته .

فالرواية بظاهرها غير معمول بها ، مع انه قد يقال : ان ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضى الكل ، وكون البيع انفع ، ولولم يكن حاجة .

من وجه ، اذ قد يكون فقيرا ، ولا يتفق له حاجة شديدة . بل مطلق الحاجة) اى لا يوجد له حاجة مطلقا لشديدة ولا قليلة (لوجدانه) اى الفقير (من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه) اى على نفسه .

(وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الاوقات لمن يقدر على مؤنة سنته) كما لو اتفق له مرض ، او ما شبهه .

(ولكن الانصاف : ان هذا صرف اشكال صوري ، اذ : وجدان مال الفقراء لا يدفع صدق الحاجة الشديدة ، وكذلك ذو الحاجة فقير فى هذا الحال .

ولو اردنا الاشكال فى الروايات بمثل هذه الاشكالات لم يبق الا اقل الروايات سالمة عن الاشكال .

(ف) قوله (الرواية بظاهرها غير معمول بها) محل منع (مع انه قد يقال : ان ظاهر الجواب) للامام عليه السلام فى رواية جعفر (جواز البيع بمجرد رضى الكل ، وكون البيع انفع ، ولولم يكن حاجة) فالرواية غير مربوطة بالصورة الخامسة .

.....

وكيف كان : فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان
المعتضدان بفتوى جماعة ، وفى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز
البيع ، وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص
بالبطن الموجود مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين ، وجماعة من القدماء
الى الخلاف بل معارضته بالاجماع المدعى فى السرائر اشكال .

الصورة السادسة : ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة او اذا كان
فيه مصلحة

(وكيف كان : فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان)
من الانتصار والغنية (المعتضدان بفتوى جماعة ، وفى الخروج بهما
عن قاعدة عدم جواز البيع) الذى هو الاصل فى كل وقف (وعن قاعدة
وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنه)
اى دعوى الاجماع على الجواز (بمصير جمهور المتأخرين ، وجماعة من
القدماء الى الخلاف) وانهم لم يجوزوا البيع ، فكيف يتحقق الاجماع
(بل معارضته) اى اجماع الجواز (بالاجماع المدعى فى السرائر)
على عدم جواز البيع (اشكال) مبتدأ ، خبره ما تقدم من قوله « وفى
الخروج بهما »

(**الصورة السادسة**) من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة
(ان يشترط الواقف) عند اجراء الصيغة (بيعه) اى الوقف كلا او بعضا
(عند الحاجة) لنفسه او للموقوف عليهم (او اذا كان فيه) اى فى البيع
(مصلحة) ولو بدون حاجة .

البطن الموجود ، او جميع البطون ، او عند مصلحة خاصة على حسب ما
يشترط .

فقد اختلف كلمات العلامة ، ومن تأخر عنه في ذلك .

فقال في الارشاد : ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج
والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمنه ، فالوجه الجواز ، انتهى .
وفي القواعد : ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه
وشراء غيره بثمنه ، او عند خرابه ، وعطلته ،

والصلاح المشترط اما بالنسبة الى (البطن الموجود) لدى البيع
(او جميع البطون) الحاضرة والمستقبله (او عند مصلحة خاصة) لا للبطون
بل لاعتبارات اخر (على حسب ما يشترط) الواقف .
(فقد اختلف كلمات العلامة ، ومن تأخر عنه في ذلك) اى جواز
البيع بالاشتراط .

(فقال في الارشاد : ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج
والمؤن من قبل الظالم) بان اراد الظالم اخذ خراج باهض ومونة كثيرة
من الوقف ، فنبيعه لتخلص من اعطاء المال للظالم (وشراء غيره بثمنه ،
فالوجه الجواز ، انتهى) كلام الارشاد .

(وفي القواعد : ولو شرط) الواقف (بيعه) اى الوقف (عند
الضرورة كزيادة خراج) من الظالم ، بل او العادل ايضا (وشبهه) اى
شبه الخراج كمالوعين الظالم ضريبة جديدة ظلما ، او صارت مؤنًا لسقى
وشبهه كثيرة (وشراء غيره بثمنه ، او) شرط بيعه (عند خرابه ، وعطلته) عن

او خروجه عن حد الانتفاع ، او قلة نفعه ، ففي صحة الشرط اشكال .

ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظراً انتهى .

و ذكر في الايضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة

قال : فاذا جاز بغير شرط ، فمع الشرط اولى .

وفي وجه المنع ان الوقف للتأييد ، والبيع ينافيه

قابلية ما وقف لاجله (او خروجه عن حد الانتفاع ، او قلة نفعه ، ففي صحة الشرط اشكال) .

اذ المألوف من الشرط ، ان يكون في العقود ، لافي الايقاعات ،

كالطلاق والعتق ، والوقف شبيه بالايقاع .

(ومع البطلان) اي لوقلنا ببطلان هذا الشرط ، لانه شرط فاسد

(ففي ابطال) اي الشرط (الوقف نظراً) للخلاف في ان الشرط الفاسد

هل هو مفسد ، ام لا ؟ (انتهى) كلام القواعد .

(و ذكر) فخر المحققين (في الايضاح في وجه الجواز) لبيع الوقف

عند الشرط المذكور (رواية جعفر بن حنان المتقدمة ، قال) الايضاح

(فاذا جاز) بيع الوقف (بغير شرط ، فمع الشرط اولى) لانه جائز من جهة

الشرط ، ومن جهة اصل الوقف ، كما انه لو وجبت صلاة الظهر في نفسها

فمع النذر اولى ، لاجتماع جهتي الوجوب فيها .

(و ذكر الايضاح (في وجه المنع) عن بيع الوقف مع الشرط (ان

الوقف للتأييد ، والبيع ينافيه) فلا يصح اشتراطه لانه خلاف مقتضى الوقف

.....

قال : و الاصح ان لا يجوز بيع الوقف بحال ، انتهى .

و قال الشهيد فى الدروس : و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم

او وقوع الفتنة بينهم ، فاولى بالجواز ، انتهى .

ويظهر منه ان للشرط تأثيرا ، و انه يحتمل المنع من دون

الشرط ، و التجويز معه .

و عن المحقق الكركى انه قال : التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع

الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف ، اذ ابلغ تلك الحالة ، لانه شرط

مؤكد و ليس بمناف للتأبيد المعتبر فى الوقف ، لانه

(قال : و الاصح ان لا يجوز بيع الوقف بحال) من الاحوال ، سواء

اشترط ، ام لا : (انتهى) كلام الايضاح .

(و قال الشهيد فى الدروس : و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم)

اي حاجة ارباب الوقف (او وقوع الفتنة بينهم ، فاولى بالجواز) من جواز

البيع بدون الاشتراط (انتهى) .

(و يظهر منه) اي من كلام الدروس (ان للشرط تأثيرا) فى الجواز

(و انه يحتمل المنع) عن البيع (من دون الشرط ، و) يحتمل (التجويز

معه) اي مع الشرط .

(و عن المحقق الكركى انه قال : التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز

بيع الوقف) كالخراب ، و الاختلاف ، و نحوهما (يجوز اشتراط البيع فى

الوقف ، اذ ابلغ) الوقف (تلك الحالة ، لانه) اي الشرط المذكور (شرط

مؤكد) بصيغة اسم الفاعل (و ليس بمناف للتأبيد المعتبر فى الوقف لانه)

مقيّد واقعا بعدم حصول احد اسباب البيع .

والا ، فلا للمنافاة ، فلا يصح حينئذ حبسا لان اشتراط شراء شئ بثمنه ، يكون وقفا منافا لذلك ، لاقتضائه الخروج عن المالك ، فلا يكون وقفا ولا حبسا

اي التأييد في الوقف (مقيّد واقعا بعدم حصول احد اسباب البيع) عن التأييد .

(والا) نقل في موضع بجواز البيع (فلا) يصح الاشتراط (للمنافاة) بين الشرط المجوّز ، وبين مقتضى الوقف الذي هو التأييد .
وعلى هذا (فلا يصح حينئذ حبسا) بمعنى انه اذا شرط في الوقف او الحبس ان يبيعه و يشتري بثمنه ما يكون وقفا ، لم يصح وقفا ولا حبسا .
اما الوقف : فلانه شرط البيع ، وهو مناف للوقف .

واما الحبس : فلانه ذكر ان يشتري بثمنه شيئا ليوثقه ، و الحبس لا يكون ثمنه وقفا (لان اشتراط شراء شئ بثمنه) اي بثمن المحبوس (يكون) ذلك المشتري (وقفا منافا لذلك) الحبس ان : الحبس ليس مؤبدا حتى يجب ان يشتري بثمنه شيئا ليوثق مكان المحبوس (لاقتضائه) اي شرط شراء شئ بثمن الحبس ليكون وقفا (الخروج) للمال المحبوس (عن) ملك (المالك) والحال ان الحبس لا يوجب الخروج عن الملك .

وعلى هذا (فلا يكون) الموقوف المشتري ببيعه و الاشتراء بثمنه (وقفا) لانه مناف لاشتراط البيع (ولا حبسا) لانه مناف لتبديل ثمنه الى شئ آخر ليبقى وقفا

انتهى .

أقول : يمكن ان يقال : بعد التمسك في الجواز بعموم الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ، و : المؤمنون عند شروطهم ، بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف ، فلعله مناف لاطلاقه .
ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته ،

(انتهى) .

(اقول : يمكن ان يقال : بعد التمسك في الجواز) اي جواز الاشتراط في الوقف ، وانه نافذ (بعموم الوقف على حسب ما يوقفها اهلها) حيث دل على ان الكيفية التي يوقف الواقف الوقف على تلك الكيفية تكون نافذة ، و الاشتراط من كيفية الوقف (و : المؤمنون عند شروطهم) فانه اعم من شرط الوقف ، او غير الوقف (بعدم) متعلق بـ « يقال » (ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف) اذ : الوقف عبارة عن تحبيس الاصل و تسبيل الثمرة ، اما التأبيد فلا (فلعله) اي الاشتراط (مناف لاطلاقه) اي اطلاق الوقف ، اذ : التحبيس ظاهر في الدوام .
(ولذا) الذي ليس جواز البيع مناف لمقتضى الوقف (يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته) و لو كان البيع منافيا للمقتضى ، لم يجز البيع اضلا .

مثلا : هل يمكن بيع بدون ثمن ؟

ومن عدم امكان ذلك يستكشف ان عدم الثمن مناف لمقتضى البيع .
اما امكان بيع مع عدم النقدية يستكشف منه ان النقدية من مقتضى

فان التحقيق - كما عرفت سابقا - ان جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فاذا بيع خرج عن كونه وقفا .

ثم انه لو سلم المناقاة، فانما هو بيعه للبطن الموجود، و اكل ثمنه و اما تبديله بوقف آخر، فلا تنافى بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبسا، كونه محبوسا من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، و اما حبس شخص الوقف فهو لا زم لا طلاقه وتجرده عن مسوغات

الاطلاق لا يقتضى اصل البيع (فان التحقيق - كما عرفت سابقا -) في ردّ كلام الجواهر (ان جواز البيع، لا يبطل الوقف، بل هو) حين جواز بيعه (وقف يجوز بيعه) وهذا كاشف عن ان جواز البيع لا ينافى مقتضى اصل الوقف (فاذا بيع خرج عن كونه وقفا) لانتفاء الموضوع .

(ثم انه لو سلم المناقاة) بين الاشتراط وبين الوقف (فانما هو) اى المنافى للوقف (بيعه للبطن الموجود، و اكل ثمنه) بان يكون المنافى اكل الثمن بعد البيع (و اما تبديله) بعد البيع (بوقف آخر، فلا تنافى بينه) اى بين البيع الذى يعقبه التبديل (و بين مفهوم الوقف) .

وعلى هذا (فمعنى كونه) اى الوقف (حبسا، كونه محبوسا من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق) بان يبعه و يأكل ثمنه (و اما حبس شخص الوقف) بان لا يباع حتى لاجل التبديل (فهو لا زم لا طلاقه) اى اطلاق الوقف (و تجرّده عن مسوغات

الابدال شرعية كانت ، كخوف الخراب ، او بجعل الواقف ، كالاشرط
فى متن العقد ، فتأمل .

ثم انه روى صحيحا فى الكافى ما ذكره اميرالمؤمنين عليه السلام، فى
كيفية وقف ماله فى عين ينبع ، وفيه ، فان اراد - يعنى الحسن عليه
السلام - ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين ، فليفعّل ان شاء
لا حرج عليه فيه وان شاء جعله سرى الملك

الابدال شرعية كانت) تلك المسوّغات للابدال (كخوف الخراب) او
الخراب الفعلى (او بجعل الواقف ، كالاشرط فى متن العقد) الواقف
بان يشترط ان يبيعه البطن متى ما عرض بعض العوارض (فتأمل) فان
الظاهر ان منع الشخص من لوازم مفهوم الوقف لا لوازم اطلاقه فلاشرط
محل اشكال .

(ثم انه) يدل بعض الروايات انه لا منافات بين الوقف والبيع
اذا اشترط الواقف ذلك ، فقد (روى صحيحا فى الكافى ما ذكره اميرالمؤمنين
عليه السلام ، فى كيفية وقف ماله فى عين ينبع) و هى عين قرب المدينة
(وفيه) اى فى لفظ وقف الامام عليه السلام (فان اراد - يعنى الحسن
عليه السلام - ان يبيع نصيبا من المال) الموقوف (ليقضى به الدين ،
فليفعّل ان شاء ، لا حرج عليه) فانه دال على صحة الاشرط (فيه) اى فى
لفظ الوقف (وان شاء) الحسن عليه السلام (جعله) اى جعل الحسن
عليه السلام الوقف (سرى الملك) السرى بالتشديد فعيل بمعنى الشريف
من اضافة الصفة الى الموصوف ، اى جعله ملك الشريف الذى هو ملك

وان ولدعلیّ و موالیهم و اموالهم الى الحسن بن علی .
وان كانت دار الحسن بن علی غیر دار الصدقة فبداله ان يبيعها
فليبيعها ان شاء ولا حرج عليه فيه فان باع ، فانه يقسم ثمنه ثلاثة اثلث ،
فليجعل ثلثاني سبيل الله ، ويجعل ثلثاني بني هاشم و بني المطلب ،

طلق ، لا قيد فيه كالانسان السريّ الذي لاعبودية و قيد فيه .
وهذا ايضا يدل على جواز اشتراط تبديل الوقف الى الملك (وان)
جملة مستأنفة (ولدعلیّ و موالیهم) اي عبیدهم (و اموالهم الى الحسن
بن علی) اي انه الناظر في امورهم ، و المكلف بقيام مصالحهم و ذلك
وصاية من الامام عليه السلام ، او بيان لان الحسن عليه السلام امام ،
فله ذلك .

(وان كانت) جملة مستأنفة اخرى (دار الحسن بن علی) التي
سكن الحسن عليه السلام فيها (غير دار الصدقة) بان لم يسكن في الدار
الموقوفة (فبداله) اي ظهر للحسن عليه السلام (ان يبيعها) اي يبيع
دار الوقف ، لانه لم يحتج اليها ، لان له دار ملكية هو ساكن فيها
(فليبيعها ان شاء) .

وهذا ايضا يدل على جواز اشتراط الواقف بيع الموقوف عليه الوقف
(ولا حرج عليه) اي على الحسن عليه السلام (فيه) اي في بيع دار الصدقة
(فان باع ، فانه يقسم ثمنه) اي ثمن الدار ، و تذکیر الضمير باعتبار كونها وقفا
(ثلاثة اثلث ، فليجعل ثلثاني سبيل الله ، ويجعل ثلثاني بني هاشم و بني المطلب ،

.....

وثلثا في آل أبي طالب ، وانه يضعه فيهم حيث يراه الله .

ثم قال وان حدث في الحسن ، او في الحسين حدث فان الآخر منهما ينظر في بنى على ، الى ان قال فانه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم ، وانه يشترط على الذي يجعله اليه ان يترك هذا المال على اصوله ، وينفق الثمرة حيث امره من سبيل الله ، ووجهه ، وذوى الرحم من

وثلثا في آل أبي طالب ، وانه اي الحسن عليه السلام (يضعه) اي الثلثين (فيهم) في آل هاشم ، ومطلب ، وطالب (حيث يراه الله) اي ان الاختيار بيده ، لانه يجب عليه ان يقسم بينهم بالسوية .

(ثم قال) الامام عليه السلام (وان حدث في الحسن ، او في الحسين) المتولين للوقف ، ولهما النظارة طولا (حدث) كالموت (فان الآخر منهما ينظر في بنى على) اي يكون ناظرا عليهم ، كما اذا سافر الحسن عليه السلام ، فالحسين ناظر ، وهكذا .

فان هذه الفقرة ايضا تدل على اختيار الحسين عليه السلام كاختيار الحسن عليه السلام فله ان يبيع الوقف حسب التفصيل المتقدم (الى ان قال) الامام عليه السلام (فانه) اي الثاني من الحسن والحسين (يجعله) اي الوقف — بعد موته — (في رجل يرضاه من بنى هاشم ، وانه يشترط على الذي يجعله) اي الوقف (اليه) بان يجعله متوليا على الوقف (ان يترك هذا المال) الموقوف (على اصوله ، وينفق الثمرة حيث امره) اي في الموارد المقررة (من سبيل الله ، ووجهه) اي ما كان لوجه الله تعالى وقرية اليه — عطف بيان — (وذوى الرحم من

بنى هاشم ، وبنى المطلب ، و القريب و البعيد ، لا يباع شئ منه ، ولا يوهب ولا يورث ، الرواية .

و ظاهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به .
و السند صحيح ، و التأويل مشكل ، و العمل اشكل .

بنى هاشم ، وبنى المطلب ، و القريب و البعيد ، لا يباع شئ منه ، و لا يوهب ، ولا يورث) الى آخر (الرواية) مما يدل على ان كلام الامام فى الوقف ، و ان جواز بيعه بحسب شرطه عليه السلام كان خاصا بالامامين الحسن و الحسين عليهما السلام .

(و ظاهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود) الذى هو اول السلسلة (فضلا عن البيع لجميع البطون) اى للبطون المتأخرة ، فانه يفهم منه بطريق اولى (و) جواز (صرف ثمنه) اى الوقف المبيوع (فيما ينتفعون به) فضلا عن تبديله الى وقف آخر .

(و السند) للرواية (صحيح) كما عرفت (و التأويل) بانه لم يكن وقفا (مشكل) لانه خلاف ظاهر الرواية (و العمل) بها (اشكل) لان معنى الوقف بقاء العين ، و هذا هو المفهوم لدى العرف الظاهر من اطلاقات ادلة الوقف .

لكن الانصاف لزوم العمل بها بعد صحة السند ، و ظهور الدلالة له وعدم الاعراض .

و لو اردنا المناقشة فى الروايات بهذه المناقشات لم تبق جملة

.....
 الصورة السابعة ان يؤدى بقاءه الى خرابه ، علما او ظنا ، و هو
 المعبر عنه بخوف الخراب فى كثير من العبارات المتقدمة .

والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه ، وقد يكون لاله ،
 والخراب المعلوم ، والمخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا
 معتدّاه ، وقد يكون على وجه نقص المنفعة .

واما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر

كبيرة من الرواية سليمة ، ولا وجه لذلك اطلاقا .

(الصورة السابعة) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها فى الجملة
 (ان يؤدى بقاءه الى خرابه ، علما او ظنا) بان نعلم : انه اذا بقى خرب ،
 او نظن ذلك (و هو المعبر عنه بخوف الخراب فى كثير من العبارات
 المتقدمة) بل الخوف اعم حتى من الوهم العقلائى ، فاذا كانت
 سيارة من كل ثلاث سيارات تصطم ، فان احتمال اصطدام كل سيارة
 وهم ، لانه احتمال فى مقابل احتمال عدم الاصطدام ، ومع ذلك فهو
 خوف عقلائى .

(والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه ، وقد يكون لاله)
 اى لا للخلف بين الارباب (والخراب المعلوم والمخوف) منه (قد يكون
 على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدّاه) بان لا يكون له نفع يعتنى به
 العقلاء لمثل هذا الوقف (وقد يكون على وجه نقص المنفعة) كما لو كان
 نفع بستان الف دينار ، فصار مائتين وخمسين - مثلا - .

(واما اذا فرض جواز الانتفاع به) اى بالوقف (بعد الخراب بوجه آخر)

كانتفاعه السابق ، او ازيد ، فلا يجوز بيعه ، الاعلى ما استظهره بعض من
تقدم كلامه سابقا من ان تغيير عنوان الوقف يسوّغ بيعه وقد عرفت ضعفه .
وقد عرفت من عبارات جماعة تجويز البيع فى صورة التأديّة الى
الخراب ، ولو لغير الاختلاف .
ومن اخرى تقييدهم به .

الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال

كالانتفاع بعرضة الدار المخروبة لجعلها محلا للوقوف الاغنىم
للبيع - مثلا - (كانتفاعه السابق ، او ازيد) بان كان ايجار العرصة
كايجار الدار مائة - مثلا - او مائة وخمسين بعد ان كان ايجار الدار
مائة (فلا يجوز بيعه ، الاعلى ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا
من ان تغيير عنوان الوقف) كتغيير الدار الى العرصة (يسوّغ بيعه)
كما تقدم عن الجواهر (وقد عرفت ضعفه) اى ضعف كلام الجواهر .
(وقد عرفت) فيما تقدم (من عبارات جماعة تجويز البيع فى صورة
التأديّة الى الخراب ، ولو لغير الاختلاف) اى خرابا ليس ناشئا من
اختلاف ارباب الوقف ، بل لعوارض اخرى ، كهجرة اهل القرية - مثلا - .
(و) عرفت (من) جماعة (اخرى تقييدهم) جواز البيع فى صورة
التأديّة الى الخراب (به) اى بما اذا كان ناشئا من الاختلاف ، والله
العالم .

(الصورة الثامنة) من المصورات التى يجوز بيع الوقف فيها (ان يقع بين
الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال) بسبب الصرف فى

٧٧ الصورة التاسعة والعاشرة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

والنفس وان لم يعلم او يظن بذلك ، فان الظاهر من بعض العبارات السابقة ، جوازه لذلك ، خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب .

الصورة التاسعة : ان يؤدى الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال ، فضلا عن خصوص الوقف .

الصورة العاشرة : ان يلزم فساد يستباح منه النفس .
والاقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب

الشكايات ، والهدايا ، والرشوات ، وما شبه (و النفس) بالقتال ، و الاغتيا ل (وان لم يعلم او يظن بذلك) بل كان صرف الاحتمال العقلاني (فان الظاهر من بعض العبارات السابقة ، جوازه) اى البيع (لذلك) اى للاختلاف المؤدى الى تلف الاموال و النفوس حكما ، ا و احتمالا (خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب) و سيأتى الدليل على ذلك .

(الصورة التاسعة) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها (ان يؤدى الاختلاف بينهم) اى بين ارباب الوقف (الى ضرر عظيم من غير تقييد) للضرر (بتلف المال ، فضلا عن) ضرر (خصوص الوقف) و سيأتى دليل هذا ايضا .

(الصورة العاشرة) من صور جواز بيع الوقف فيها (ان يلزم) من بقاء الوقف (فساد يستباح منه النفس) قتل ، وجرحا ، و ما شبه .
(والاقوى الجواز) لبيع الوقف (مع تأدية البقاء الى الخراب) علما

على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً ، سواء كان لاجل الاختلاف ، ا و غيره والمنع فى غيره من جميع الصور .

اما الجواز فى الاول فلما مر من الدليل على جواز بيع ماسقط عن الانتفاع فان الغرض من عدم البيع ، عدم انقطاع شخصه فاذا فرض العلم او الظن بانقطاع شخصه فدار الامر بين انقطاع شخصه ، ونوعه وبين انقطاع شخصه لانوعه .

او ظنا ، او احتمالا عقلائيا (على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً ، سواء كان) عدم الانتفاع (لاجل الاختلاف) المؤدى الى الخراب (او غيره) كهجرة اهل البلد مما يؤدى الى خراب الابنية ، وتركها ، او ما اشبه ذلك (والمنع) عن البيع (فى غيره) اى غير ما ادى البقاء الى الخراب (من جميع الصور) .

(اما الجواز فى الاول) اى صورة اداء البقاء الى الخراب (فلما مر من الدليل على جواز بيع ماسقط عن الانتفاع) .

وجه الاستدلال بذلك ، ما ذكره بقوله : (فان الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه) اى شخص الوقف ، وهو عبارة اخرى عن بقائه (فاذا فرض العلم او الظن) المعتبر عند العقلاء فى الموضوعات ، و لذا يجرون على حسبه حتى فى الامور المهمة (بانقطاع شخصه) اى فى المستقبل ، لان بقائه يؤدى الى خرابه (فدار الامر بين انقطاع شخصه (وانقطاع (نوعه) معاً بان يخرّب ، فلا شخص ، ولا بدل (وبين انقطاع شخصه لانوعه) بان يبدل الوقف حتى يبقى فرد آخر من النوع ، ولا يذهب

-
- كان الثانى اولى ، فليس فيه منافاة لغرض الواقف اصلا .
- واما الادلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الاجماع .
- وانصراف النصوص الى غير هذه الصورة .
- واما الموقوف عليهم ، فالمفروض اذن الموجود منهم، وقيام الناظر

- النوع بالكلية (كان الثانى) و هو انقطاع شخصه لانوعه (اولى) .
- اذ هناك دليلان على حرمة بيع الوقف .
- الاول : انه مناف لغرض الواقف ، و الواقف بما كان مالكا محترم
- الغرض .

- الثانى : الادلة الشرعية ، وكلا الدليلين لا يجريان فى المقام .
- اما الاول : لما اشار اليه بقوله : (فليس فيه منافاة لغرض الواقف اصلا) بل غرض الواقف المنكشف من اغراض العقلاء مثله هو بقاء النوع .
- (و اما الادلة الشرعية فغير ناهضة) بحرمة مثل هذا البيع للتبديل (لاختصاص الاجماع) الدال على حرمة بيع الوقف بغير هذه الصورة ،
- لان الفقهاء بانفسهم استثنوا من حرمة البيع هذه الصورة .
- (وانصراف النصوص) الدالة على عدم جواز بيع الوقف (الى غير هذه الصورة) التى تؤدى فيها البقاء الى الخراب .
- (و) ان قلت : فى الوقف حق للبطون الموقوف عليهم ، و البيع مناف لحقهم .

- قلت : (اما الموقوف عليهم ، فالمفروض اذن الموجود منهم) فى البيع (و قيام الناظر

العام، والخاص مقام غير الموجود .

نعم : قد يشكل الامر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل او كون البدل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي .

وما ذكر

العام) وهو الحاكم الشرعى (والخاص) وهو المتولى المنصوب من قبل الواقف (مقام غير الموجود) فيأذن فى البيع .

(نعم : قد يشكل الامر) فى بيع الوقف المؤدى بقائه الى خرابه (فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه) فلم يرضوا فى البيع (للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل) كما لو كان وجدان البدل يحتاج الى سنة من التفتيش ففى هذه السنة يتضرر البطن الموجود حيث لانفع لهم اذا بيع الوقف (او كون البدل) الذى يشتري عاجلا لعدم تضرر البطن الموجود (قليل المنفعة بالنسبة الى) البطن (الباقي) حيث يوجب عدم رضى الناظر الذى يجب عليه ملاحظة نفع البطون اللاحقة ، فانه يدور الامر حينئذ بين الضررين ، اما ان يشتري بالثمن حالا مكان بعيد حتى لا يتضرر البطن الموجود ، لكنه مستلزم قلة المنفعة فى المستقبل لعدم رغبة المستأجرين فى الآتى الى مكان بعيد، او يصبر حتى يوجد مكان قريب يشتري بالبدل لكنه مستلزم لعدم انتفاع البطن الموجود مدة سنة بالبدل .

(وما ذكر) من ان البيع انما هو لعدم تفويت النوع بالاضافة الى

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

يظهر انه يجب تأخير البيع الى آخر ازمة اماكن البقاء ، مع عدم فوات الاستبدال فيه .

و مع فوته ، ففى تقديم البيع اشكال .
ولو دار الامر بين بيعه و الاستبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة

فوات الشخص (يظهر انه يجب تأخير البيع الى آخر ازمة اماكن البقاء)
على الوقف (مع عدم فوات الاستبدال فيه) اى فى آخر ازمة البقاء .

اذا الاصل فى الوقف : الابقاء ، الا اذا كان الابقاء موجبا لفوت النوع
و الشخص ، فانه حينئذ يجوز البيع و ذلك آخر ازمة الامكان .

(و مع فوته) اى فوت الاستبدال فى آخر ازمة اماكن البقاء (ففى
تقديم البيع) على آخر ازمة اماكن البقاء (اشكال) كما لو ان الفوت كان
فى شهر رمضان ، فهل تقدم البيع فى شهر شعبان حتى لا يفوتنا
الاستبدال لتوفر المثل فى شهر شعبان ، او نؤخر البيع الى شهر
رمضان تحفظا على ابقاء الوقف ، وان فاتنا البديل حينذاك بل يبقى
الثلث للموقوف عليهم لكل وجه .

وجه التأخير فى البيع الابقاء على شخص الوقف .

و وجه التقديم الابقاء على نوع الوقف .

اقول و فى العبارة احتمال آخر كما لا يخفى .

(ولو دار الامر بين بيعه) اى الوقف (و الاستبدال به) حتى ينتفع
البطن الموجود ، ويبقى النوع لسائر البطون (و بين صرف منفعته الحاصلة

مدة من الزمان لتعميره ، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة او حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهان ، لا يخلوا ولهما عن قوة اذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته

مدة من الزمان) كايجاره عشر سنوات ، واخذ الاجرة و تعميرمبها (لتعميره) حتى يبقى شخص الوقف ، ولكن لا ينتفع به البطن الموجود في مدة عشر سنوات (ففي ترجيح حق البطن) الحاضر (الذي يفوته المنفعة) في هذه المدة ، فنقول باجارته و صرف الاجرة في تعمير شخص الوقف ، فان الواقف اراد شخص الوقف ، و البطون تعلق حقهم بشخص الوقف (المتعلق) حق الواقف ، و حق البطون ، (بشخص الوقف وجهان ، لا يخلوا ولهما) و هو ترجيح حق البطن الموجود بالتبديل (عن قوة) .

اذلا وجه لضياع حق البطن الموجود ، وقد تقرر في الفقه انه لو دار الامر بين ان يصلى الانسان الركعة الاولى عن جلوس ، او الركعة الثانية ، كان الواجب عليه ان يصلى الركعة الاولى قياما .

وكذلك اذا دار بين ان يفطر اول يوم من شهر رمضان ، او ثاني يوم منه ، و هكذا .

وفي المقام لو دار الامر بين فوت نفع البطن الموجود و هو خلاف غرض الواقف ، او فوت نفع البطن المتأخر ، و هو خلاف غرض الواقف ايضا ، يلزم ان تقدم حق البطن الموجود لانه اتباع لغرض الواقف المقدم على غرضه بالنسبة الى البطن اللاحق (اذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته) اي منافع نفس الوقف

.....
 مقدما على الموقوف عليه .

وقد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من : ان بقاء الوقف على حاله - والحال هذه - اذاعة واتلاف للمال و هو منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا .

ولعله اراد الجواز ، بالمعنى الاعم ، فلا يرد عليه انه يدل على وجوب البيع .
 وفيه ان المحرم هو

(مقدما) حال عن الاصلاح (على الموقوف عليه) فانه حينئذ يعمر الوقف باجرته ، ولا يعطى مدة الاجارة نفعه الى البطن الموجود ، وذلك حسب شرط الواقف نفسه .

(وقد يستدل على الجواز) اى جواز البيع (فيما ذكرنا) من اداء بقاء الوقف الى خرابه (بما عن التنقيح من : ان بقاء الوقف على حاله) بدون بيع و تبديل (- والحال هذه -) اى مما يؤدى بقاءه الى خرابه (اذاعة واتلاف للمال ، و هو) اى اتلاف المال (منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا) و ترتفع حرمة بيع الوقف .

(ولعله اراد) بالجواز (الجواز ، بالمعنى الاعم) الشامل للوجوب ايضا مقابل الحرمة (فلا يرد عليه) ما ذكره صاحب المقاييس (انه) اى الدليل المذكور (يدل على وجوب البيع) فلا يناسبه قوله (فيكون البيع جائزا) بل اللازم ان يقول (فيكون البيع واجبا) .

(وفيه) اى فى الاستدلال المذكور لجواز بيع الوقف (ان المحرم هو

.....
 اضاعه المال المسلط عليه ، لا ترك المال الذى لا سلطان عليه الى ان
 يخرب بنفسه ، و الا لزم وجوب تعمير الاوقاف المشرفة على الخراب بغير
 البيع مهما مكن مقدّما على البيع او اذا لم يمكن البيع .
 والحاصل : ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح ،
 و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود ، لا غير .

اضاعه المال المسلط عليه) اى الذى كان للانسان سلطة على ذلك
 المال (لا) ان المحرم (ترك المال الذى لا سلطان) ولا تسلط للانسان
 (عليه الى ان يخرب بنفسه ، و الا) فلو حرم ترك المال حتى يخرب (لزم
 وجوب تعمير الاوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع) اى يعمر بدون
 ان يباع (مهما مكن) التعمير (مقدّما) للتعمير (على البيع) ابقاء على
 شخص تلك الاوقاف (او اذا لم يمكن) التعمير بدون ان يباع فاللازم
 تعميره ب (البيع) بان يباع الوقف ، و يبدل الى مكان آخر ، و حيث ان
 اللازم ، و هو قوله « لزم » باطل ، فالملزوم ، و هو قول المستدل - اى
 التنقيح - ايضا باطل .

ولا يخفى عليك ما فى كلام الشيخ من الاشكال ، لعدم التلازم .
 (والحاصل : ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح) الا ان يؤل
 الدليل الى ما يرجع الى الدليل السابق ، من انه خلاف غرض الواقف
 او ما اشبه ذلك .

(و يتضح فساده) اى فساد دليل التنقيح (على القول بكون الثمن
 للبطن الموجود ، لا غير) اذا بقاء الوقف حتى ينهدم اسهل من بيعه ، و

و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف ، و التذكرة ، و المذهب ، و غاية المرام ، من : ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذر فيجوز اخراجه عن حده تحصيلاً للغرض منه ، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض ، كما انه لو تعطل الهدى ذبح فى الحال و ان اختص بموضع ، فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المعتذر .

اكل ثمنه ، فان فى الابقاء امتدادا ، و لو مؤقتا ، و غرض الواقف بخلاف البيع و اكل ثمنه ، فان فيه اذها باله .

(و يتلوه) اى دليل التنقيح الذى استدل به لجواز البيع فى صورة اداء البقاء الى الخراب (فى الضعف ما عن المختلف ، و التذكرة ، و المذهب ، و غاية المرام ، من : ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذر) استيفاء المنافع ، لان بقاءه يؤدى الى خرابه (فيجوز اخراجه) اى الوقف (عن حده) بالبيع و الاستبدال (تحصيلاً للغرض منه) اى من الوقف (و الجمود على العين) هذا مبتدء ، و خبره (« تضييع ») بان يبقى الوقف حتى يخرب (مع تعطيلها) فى المستقبل لغرض ان بقائها يؤدى الى خرابها (تضييع للغرض) الذى من اجله اوجب الشارع بقاء الوقف (كما انه لو تعطل الهدى) الذى يساق الى الكعبة بكسر رجل ، او ما اشبه ، لم ينتظر به حتى يموت ، بل (ذبح فى الحال) لادراك بعض الفوائد المترتبة عليه (و ان اختص) الهدى حسب التشريع (بموضع) خاص و هو مكة (فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته) بل اجاز الشارع ذبحه حيث تعطل (لتخلص المعتذر) اى تخلصه من العطب .

.....
 وفيه ان الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف ،
 لانه الذى دل عليه صيغة الوقف والمفروض تعذره ، فيسقط ، وقيام
 الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص ، لكونه اقرب الى مقصود الواقف ،
 فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر
 اصل الغرض .
 فالاولى

(وفيه) اى فى هذا الدليل الذى ذكره المختلف وغيره (ان الغرض
 من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف ، لانه) اى لان الاستيفاء
 من شخصه ، هو (الذى دل عليه صيغة الوقف) اذ علق الواقف الوقف بالشخص
 الخاص (والمفروض تعذره) اى تعذر الاستيفاء من الشخص (فيسقط)
 الغرض (وقيام الانتفاع بالنوع) ببديله (مقام الانتفاع بالشخص ، لكونه)
 اى البديل (اقرب الى مقصود الواقف ، فرع) وجود (الدليل على وجوب
 اعتبار ما هو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر اصل الغرض) وليس
 هنا دليل على ذلك .

لكن الانصاف ان الاعتبار العرفى هو : ان الواقف اراد الشخص ، و
 مع تعذره اراد النوع ، وهذا الاعتبار العرفى كاف فى لزوم الاخذ به ،
 لان الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ، شامل له .
 وكيف كان .

(فالاولى) عند المصنف ره ، ان لا نقول : بان المقتضى للبقاء
 موجود ، وانما هناك دليل على جواز البيع والتبديل فى صورة ا د ا

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها —

.....
 منع جريان ادلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة راسا وجعل ذلك
 مؤيدا .

واما المنع فى غير هذا القسم من الصورة السابعة وفيما عداها
 من الصور اللاحقة فلعوم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل
 الغلة فى ملكك ، فان ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع
 بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه الموجب لحمل فعل البائع على

البقاء الى الخراب ، بل (منع جريان ادلة المنع) عن بيع الوقف (مع
 خوف الخراب المسقط) ذلك الخراب (للمنفعة راسا وجعل ذلك)
 الدليل الذى ذكره المختلف وغيره (مؤيدا)
 هذا كله وجه جواز البيع بالنسبة الى ما ذكره المصنف بقوله ((و
 الاقوى الجواز))

(واما المنع) عن البيع (فى غير هذا القسم من الصورة السابعة
 وفيما عداها) اى الصورة السابعة (من الصور اللاحقة) وهى الثامنة و
 التاسعة والعاشر (فلعوم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ، و
 لا تدخل الغلة فى ملكك ، فان ترك الاستفصال فيه) اى فى المنع حيث
 ان الامام اطلق النهى عن الاشتراء ، ولم يقل : ان وقع خلف بين اربابه
 — مثلا — فاشتره ، وان لم يقع فلا تشتتر .

فترك الاستفصال (عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف) من
 الواقف (على بعض الوجوه المجوزة ، وعدمه) اى عدم وجود الوجه
 المجوز (الموجب) ذلك اى عدم العلم (لحمل فعل البائع على

.....

الصحة — يدل على ان الوقف مادام له غلة لا يجوز بيعه .

وكذا قوله عليه السلام : الوقف على حسب ما يوقفها اهلها .

ومادل على انه يترك حتى يرثها وارث السماوات والارض .

هذا كله مضافا الى الاستصحاب في جميع هذه الصور ، وعدم الدليل

الوارد عليه عدا المكاتب المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوز هذه

الصور فيها ، وهى مكاتبه ابن مهزيار ،

الصحة — يدل) عدم الاستفصال (على ان الوقف مادام له غلة) ولوقليلا

— فى مقابل عدم الغلة الذى قلنا بالجواز حينئذ — (لا يجوز بيعه) .

(وكذا قوله عليه السلام : الوقف على حسب ما يوقفها اهلها)

فانه دال على اطلاق وجوب الابقاء عليها .

(ومادل على انه يترك حتى يرثها وارث السماوات والارض)

لكن يمكن ان يقال : ان هذه الادلة من قبيل العناوين الاولى ،

لا اطلاق لها من هذه الجهة ، وانما يجب ان نلتصم بالمخصص فان

وجد فهو ، والا كان اللازم البقاء على مقتضى الوقف .

(هذا كله مضافا الى الاستصحاب) لوجوب ابقاء الوقف (فى جميع

هذه الصور) السابعة وما بعدها — لو شككنا فى ان العوارض هل هى

مزية لحكم الوقف ، أم لا ؟ (وعدم الدليل الوارد عليه) اى على

الاستصحاب (عدا المكاتب المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوز

هذه الصور) اى الصور السابعة وما بعدها (فيها) اى فى المكاتبه ،

اذ لا دليل لهم سواها (وهى مكاتبه ابن مهزيار) التي هى حجة و

قال كتبت الى ابي جعفر الثانى ان فلانا ابتاع ضيعة فوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس ، ويسئلك عن رأيك فى بيع حصتك من الارض وتقويمها على نفسه بما اشتراها او يدعها موقوفة ، فكتب الى اعلم فلانا انى امره ببيع حصتى من الضيعة ، وايصال ثمن ذلك الى ان ذلك راى ان شاء الله تعالى او يقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له ، فكتبت اليه ان الرجل ذكر

معمول بها ، فلا اشكال فيهما من هاتين الجهتين (قال كتبت الى ابي جعفر الثانى) و هو الجواد عليه السلام (ان فلانا ابتاع ضيعة ، فوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس) و الاربعة الاخماس الاخر لغيرك (ويسئلك عن رأيك فى بيع حصتك من الارض) ليرسل لك ثمنها (او تقويمها) اى الحصة (على نفسه) حتى يشتريها هو واقف الضيعة (بما اشتراها) بالقيمة التى اشترى الارض .

فمثلا اشترى الارض بالف ، فيعطيك مائتين قيمة الخمس (او يدعها موقوفة) فلا يجوز له ان يبيعها لك ، ولا ان يشتريها منك (فكتب) الامام عليه السلام (الى) اى وهو ابن مهزيار (اعلم فلانا) بصيغة الامر من باب الافعال على وزن اكرم (انى امره) متكلم وحده من فعل المستقل من امر يأمر (ببيع حصتى من الضيعة ، وايصال ثمن ذلك) المبيع (الى) ان ذلك راى ان شاء الله تعالى (كلمة تبرك محض لاشراطية ، كما لا يخفى) او يقومها على نفسه (فيشتره هو ويرسل الثمن الى) ان كان ذلك (التقويم على نفسه) (اوفق له) اى للواقف (فكتبت) اى ابن مهزيار (اليه) اى الى ابي جعفر عليه السلام - ايضا - (ان الرجل) الواقف (ذكر

ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا ، وانه ليس يأمن ان يتفاهم ذلك بينهم بعده ، فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف ، ويدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك امرته فكتب عليه السلام بخطه واعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين ارباب الوقف ان يبيع الوقف امثل فليبيع ، فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس ، الخبر حيث انه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة بناء

ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة) وهي الاربعة اخماس الاخر (اختلافا شديدا ، وانه ليس يأمن ان يتفاهم) ويشدد (ذلك) الاختلاف (بينهم بعده) اي بعد ان يحدث الواقف (فان كان ترى) ايها الامام عليه السلام (ان يبيع) الواقف (هذا الوقف ، ويدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك امرته) اي ثمن حصته (فكتب عليه السلام بخطه واعلمه) فعل امر من باب الافعال (ان رأى ان كان) الواقف (قد علم) بسبب (الاختلاف بين ارباب الوقف ان يبيع الوقف امثل) اي احسن (فليبيع ، فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس) الى آخر (الخبر)

وجه الاستدلال بهذا الخبر (حيث انه يمكن الاستدلال للجواز) اي جواز بيع الوقف (بها) اي بهذه المكاتبه (في القسم الثاني من الصورة السابعة) والمراد بذلك صورة اداء البقاء الى الخراب في الجملة ، لا الخراب الكلي (بناء) علة للاستدلال بالخبر للقسم الثاني

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

على ان قوله عليه السلام : فانه الخ ، تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف وان المراد بالمال هو الوقف فان ضمّ النفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف ، لان المناط فى الحكم هو اجتماع الامرين كما لا يخفى ، فيكون حاصل التعليل انه كل ما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه .

وفيه :

(على ان قوله عليه السلام : فانه) ربما جاء فى الاختلاف (الخ ، تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف) اى هذا الاثر للاختلاف وهو الخراب ، هو العلة الوحيدة (وان المراد بالمال) - اى قوله عليه السلام ((الاموال)) (هو الوقف) لان القسم الثانى من الصورة السابعة كان مدارها صرف اداءه بقاءه الى الخراب فى الجملة (فان ضمّ) الامام عليه السلام (النفوس) الى الاموال حيث قال ((تلف الاموال و النفوس)) (انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف ، لان المناط فى الحكم) بجواز البيع (هو اجتماع الامرين) تلف الاموال و النفوس معاً بل يكفى تلف الاموال فقط فى الجملة (كما لا يخفى) اذا ظاهر : ان ذلك من باب الترقى ، لا من باب مدخلية الاجماع (فيكون حاصل التعليل) لجواز البيع (انه كل ما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه) ولو لم يكن من جهة اختلاف ارباب الوقف ، ولو كان فيه تلف بعض المال .

(وفيه) انه بناء على ما ذكرتم ، لا يكون كلام العلماء الاخصص من الدليل اذا دل على جواز البيع فى صورة الاحتمال ، وكلام العلماء دل على

ان المقصود جواز بيعه اذا ادى بقاءه الى الخراب علما او ظنا ، لا مجرد كونه ربما يؤدى اليه المجامع للاحتمال المساوى او المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ((ربما)) كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله .

ولا ظن احداً يلتزم لجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقاءه الى الخراب ، لان كلمات من غير بهذا العنوان - كما عرفت - بين قولهم ادى بقاءه الى خرابه ، وبين قولهم يخشى او يخاف خرابه .
والخوف - عند المشهور كما يعلم من سائر موارد

جواز البيع فى صورة العلم بالخراب او الظن ، ف (ان المقصود) للعلماء (جواز بيعه اذا ادى بقاءه الى الخراب علما او ظنا ، لا مجرد كونه ربما يؤدى اليه) اى الى الخراب (المجامع) اى ((ربما)) يجتمع (للاحتمال المساوى) اى يتساوى فى الاحتمال الخراب وعدمه (او المرجوح) اى ان الخراب مرجوح (على ما هو الظاهر من لفظ ((ربما))) الوارد فى الرواية (كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله) اى استعمالات ((ربما))

ولا ظن احداً يلتزم لجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقاءه الى الخراب (

وانما لا يلتزم به احد) لان كلمات من غير بهذا العنوان - كما عرفت - بعضها (بين قولهم انى بقاءه الى خرابه ، وبين قولهم يخشى او يخاف خرابه) والخوف لا يشمل الاحتمال المتساوى ، فكيف بالمرجح .

(و) ذلك لان (الخوف عند المشهور كما يعلم من سائر موارد

.....
 اما الاقائهم مثل قولهم يجب الافطار ، و التيمع مع خوف الضرر ، و يحرم
 السفر مع خوف الهلاك — لا يتحقق الا بعد قيام اماره الخوف .
 هذا مع ان مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأسا و هو القسم
 الاول من الصورة السابعة الذى جوزنا فيه البيع ، فلا يشمل الخراب الذى
 لا يصدق معه التلف .

مع انه لا وجه — بناءً على عموم التعليل — للاقتصار على خوف
 خراب خصوص الوقف ، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف

اطلاقاقتهم مثل قولهم يجب الافطار ، و التيمع مع خوف الضرر ، و يحرم السفر
 مع خوف الهلاك — لا يتحقق الا بعد قيام اماره الخوف) .
 لكن الانصاف ان هذا الاشكال من المصنف فى غاية الاشكال ، بل
 الظاهر من الرواية هو ما ذكره مجوز البيع .

(هذا) اشكال على التمسك بالرواية (مع ان) هناك اشكالا آخر ،
 اذ (مناط الجواز) للبيع (على ما ذكر) فى الرواية (تلف الوقف رأسا) لانه
 قال « تلف الاموال » و الجمع المحلى باللام يفيد العموم ، و ذلك لا يكون
 الا بالخراب الكامل (و هو القسم الاول من الصورة السابعة الذى جوزنا
 فيه البيع ، فلا يشمل الخراب) فى الجملة (الذى لا يصدق معه التلف)
 كما هو محل الكلام فى القسم الثانى من الصورة السابعة .

(مع انه لا وجه — بناءً على عموم التعليل —) وان العلة هى تلف
 المال فى الجملة (للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف ، بل كلما
 خيف تلف مال) يصدق عليه « تلف الاموال » (جاز بيع الوقف) .

واما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع فى الصورة الثامنة
وهى صورة وقوع الاختلاف الذى ربما اوجب تلف الاموال والنفوس، فهو
ان الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، الا ان قوله «فانه ربما الخ» مقيد
بالاختلاف الخاص، وهو الذى لا يؤمن معه من التلف، لان العلة تقيد
المعلول، كما فى قولك : لا تأكل الرمان لانه حامض .

وهذا ايضا لا يبعد القول به، فليس هذا اشكالا على التمسك بالرواية
لكلام المشهور .

هذا كله تقريب الاستدلال بالمكاتبة لجواز البيع فى القسم الثانى
من الصورة السابعة، وهو تلف بعض الاموال، اى ادى البقاء الى خراب
الوقف فى الجملة .

اما ادائه الى خرابه خرابا كاملا فقد تقدم عن المصنف اجازة البيع
فى هذا القسم .

(واما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع فى الصورة الثامنة
وهى صورة وقوع الاختلاف) بين ارباب الوقف (الذى ربما اوجب) ذلك
الاختلاف (تلف الاموال والنفوس، فهو ان الحكم بالجواز) لبيع الوقف
(معلق على الاختلاف، الا ان قوله «فانه ربما الخ» مقيد بالاختلاف
الخاص، وهو) الاختلاف (الذى لا يؤمن معه من التلف، لان العلة
تقيد المعلول، كما فى قولك : لا تأكل الرمان لانه حامض) فانه يقيد النهى
بالرمان الحامض، كما ان العلة تعم ايضا، فانه يستفاد منه عرفا ان كل
حامض ولو لم يكن رمانا فانه محظور .

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

وفيه ان اللازم على هذا تعميم الجواز فى كل مورد لا يؤمن معه من تلف الاموال والنفوس ، وان لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم فيجوز بيع الوقف ، لاصلاح كل فتنة ، وان لم يكن لها دخل فى الوقف .
اللهم الا ان يدعى سوق العلة مساقاً لتقريب لا التعليل الحقيقى حتى يعدى الى جميع موارد هـ .

(وفيه ان اللازم على هذا) اى بناءً على كون العلة مخصصة (تعميم الجواز) اى جواز البيع (فى كل مورد لا يؤمن معه من تلف الاموال والنفوس ، وان لم يكن) عدم الامن (من جهة اختلاف الموقوف عليهم) لما عرفت من ان العلة كما تخصص ، كذلك تعميم .
والسرّ ان المدار العلة ، وكثيراً ما يكون بين العلة المذكورة وبين المعلول ، العموم من وجه ، كما بين الرمان والحموضة (فيجوز بيع الوقف لاصلاح كل فتنة ، وان لم يكن لها) اى لتلك الفتنة (دخل فى الوقف) كما لو كان هناك فتنة بين طائفتين لا تخمد الا اذا صرفنا مالا والمال ليس عندنا الابان نبيع الوقف .

(اللهم الا ان يدعى سوق العلة) وذكرها (مساقاً لتقريب) اى ان العلة تقريبية (لا التعليل الحقيقى حتى يتعدى الى جميع موارد هـ) .
و المراد بالعلة التقريبية الحكمة التى وجودها وعدمها ليسامداراً للحكم ، بل هى علة فى الجملة ، مثل عدم اختلاط المياه علة للعدة ، فان العدة لا تدور مدار الاختلاط .

اذ ربما كان اختلاطاً واعدة ، كما فى نكاح الامة المسبية .

.....
 لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع و هو الذى فهمه
 الشهيد ره فى الروضة كما تقدم كلامه ، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف
 للمشهور ، فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات

و ربما لم يكن اختلاطا و كانت عدة كفاى نكاح من علمنا ببرائة رحمها .
 وعلى هذا فتلف الاموال علة لبيع الوقف لكن لا كل تلف الاموال بل
 تلف الاموال فى صورة خاصة .

(لكن تقييد الاختلاف حينئذ) اى حين كان الاختلاف حكمة للبيع
 لاعلة (بكونه مما لا يؤمن) بسببه من تلف الاموال و النفوس (ممنوع) .
 اذ الحكمة لا تلاحظ فى الحكم ، بل اللازم ان نقول : ان الاختلاف
 سبب جواز البيع ، سواء كان هناك خوف ذهاب الاموال و النفوس ، ام لا .
 كما نقول ان طلاق الزوج علة للعدة ، سواء كان هناك اختلاط المياه
 ام لا .

والحاصل : ان كان خوف التلف علة ، لزم التعميم ، ولا يقول به احد .
 و ان كان حكمة ، لزم ان يكون الاختلاف سببا ، و لو علمنا عدم هدر
 الاموال و النفوس (و هو) اى عدم تقييد الاختلاف بكونه مما لا يؤمن (الذى
 فهمه الشهيد ره فى الروضة كما تقدم كلامه ، لكن الحكم) بجواز البيع (على
 هذا الوجه) اى مجرد وجود الاختلاف بدون خوف هدر الاموال و النفوس
 (مخالف للمشهور ، فلا يبقى حينئذ) اى حين كان فى كل من احتمال
 العلية و الحكمية اشكال (وثوق بالرواية) يمكن ان يعمل بها (بحيث يرفع
 اليد بها) اى بسبب هذه الرواية (عن العمومات

و القواعد ، مع ما فيها من ضعف الدلالة ، كما سيجئ اليه الاشارة .

ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة ورده .

واما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة فهو ان ضم تلف النفس

الى تلف الاموال مع ان خوف تلف النفس يتبعه خوف تلف المال غالبا

يدل على اعتبار بلوغ الفتنة فى الشدة الى حيث يخاف منه تلف النفس .

و القواعد ، مع ما فيها من ضعف الدلالة ، كما سيجئ اليه الاشارة) اى الى

وجه الضعف اى ضعف دلالتها على كون مورد السؤال الوقف ، وكذلك

لم يحصل قبض ، مع ان القبض شرط فى الوقف .

وهذا تمام الكلام فى الصورة الثامنة من صور بيع الوقف .

(ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال) لجواز بيع الوقف (على الصورة

التاسعة ورده) .

اما تقريب الاستدلال : فبان يحمل « ربما » فى الرواية على التعليل

الحقيقى ، ويحمل ذكر تلف الاموال و النفس على المثال ، للضرر العظيم .

واما رده : فبانه يلزم جواز بيع الوقف كلما حصل الضرر ، ولولا من

جهة الاختلاف ولا يلتزم بذلك القائل بالصورة التاسعة ، كما لا يخفى .

(واما تقريب الاستدلال) بهذه الرواية (على الصورة العاشرة) و

هو ان يستلزم فساد يستباح به النفس (فهو ان ضم تلف النفس الى

تلف الاموال) فى الرواية (مع ان خوف تلف النفس يتبعه خوف تلف

المال غالبا) اذ الغالب ان لا تلف النفس الاو معه تلف المال (يدل

على اعتبار بلوغ الفتنة فى الشدة الى حيث يخاف منه تلف النفس) .

ولا يكفى بلوغها الى مادون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط .
 وفيه : ان اللازم على هذا عدم اختصاص موجب فساد بوقوع الفتنة
 بين الموقوف عليهم ، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة .
 مع ان ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه

فذكر تلف الاموال انما هو لاجل غلبة ملازمة تلف المال لتلف النفس
 لان لتلف المال مدخلية فى الجواز .
 (ولا يكفى بلوغها) اى الفتنة (الى مادون ذلك) اى دون تلف
 النفس (بحيث يخاف منه) اى من وقوع الفتنة (تلف المال فقط) .
 والحاصل : ان ذكر تلف المال من باب الملازمة ، لا من باب انه
 موضوع ، اوله مدخلية فى الموضوع فالمعيار لتلف النفس فقط .
 (وفيه : ان اللازم على هذا) الذى ذكرتم ، من ان المناط : خوف
 تلف النفس (عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم)
 اذ خوف تلف النفس اعم من ذلك (بل) لو كان المناط خوف تلف النفس
 (يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة) مع انه لا يقول بذلك احد .
 (مع ان ظاهر الرواية كفاية) الاحتمال .
 والفقهاء يقولون بانه لا بد من العلم او الظن ، فالرواية اعم من
 المدعى — وهذا اشكال آخر — .

اما كون الرواية ظاهرة فى الاحتمال ، لقوله « ربما » .
 واما الفقهاء : فقد عرفت انهم قالوا بلزوم الظن او العلم .
 فظاهر الرواية كفاية (كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه) اى فى ذلك

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

تلف الاموال و النفوس ، و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التى يستباح بها الانفس .

و الحاصل : ان جميع الفتاوى المتقدمة فى جواز بيع الوقف الراجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علما ، او ظنا ، او احتمالا ، الى مطلق الفساد ، او فساد خاص ، او اعتبار الاختلاف مطلقا ، او اختلاف خاص مستندة الى ما فهم اربابها من المكاتبة المذكورة .
و الاظهر فى مدلولها هو :

الاختلاف (تلف الاموال و النفوس ، و المقصود) للفقهاء من الصورة العاشرة (كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التى يستباح بها) اى بسبب تلك الفتنة (الانفس) قطعاً ، لا « ربما » كما هو ظاهر الرواية .

(و الحاصل : ان جميع الفتاوى المتقدمة فى جواز بيع الوقف الراجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علما ، او ظنا ، او احتمالا ، الى مطلق الفساد) فى الاموال و الانفس (او فساد خاص) كالفساد فى الانفس (او اعتبار الاختلاف مطلقا) بين ارباب الوقف لجواز البيع سواء كان قلة المنفعة او عدم المنفعة ، او كان اختلافا فقط او اختلافا مؤديا الى تلف الاموال و النفوس (او اختلاف خاص) يؤدى الى عدم المنفعة ، او يؤدى الى تلف الاموال و النفوس (مستندة الى ما فهم اربابها) اى اصحاب تلك الفتاوى (من المكاتبة المذكورة) .

(و الاظهر فى مدلولها) الذى يجب ان نقول به لجواز بيع الوقف (هو :

.....
 اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس، لا مطلق
 الاختلاف ، لان الذيل مقيّد ولا خصوص المؤدّى علما او ظنا لان موارد
 استعمال لفظة «ربما» اعم من ذلك ، ولا مطلق ما يؤدّى الى المحذور والمذكور
 لعدم ظهور الذيل فى التعليل ، بحيث يتعدّى عن مورد النصّ

اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس (احتمال الاعقليا (لا مطلق الاختلاف) الذى ليس فيه احتمال تلف الاموال والنفوس (لان الذيل) للرواية ، وهو قوله عليه السلام : فانه ربما جاء فى الاختلاف الخ (مقيّد) بصيغة اسم الفاعل ، بمعنى ان صدر الرواية وان علق جواز البيع بصورة الاختلاف ، لكن ظاهر الذيل انه قيد للاختلاف ، فان علمنا انه لا ينتهى الاختلاف الى تلف مال او نفس ، لم يكن وجه لبيع الوقف (ولا خصوص) الاختلاف (المؤدّى علما او ظنا) .
 واما قلنا : لا خصوص (لان موارد استعمال لفظة «ربما») فى ذيل الحديث (اعم من ذلك) اى من خصوص المؤدّى علما او ظنا ، فان ظاهر «ربما» انه قد يكون ذلك للعاقبة السيئة ، لا اننا نعلم او نظن ، العاقبة السيئة (ولا مطلق ما يؤدّى الى المحذور) اى ما كان بيع الوقف لرفع كل فتنه خارجية ، وان لم تكن تلك الفتنة من الاختلاف حول الوقف (المذكور) اى ما كان فيه تلف تلك الاموال والنفوس بان وقعت مثلا فتنة حول امرئة ، فان بعنا الوقف وقسمنا ثمنه على اطراف النزاع لم يقع تلف مال او نفس وان لم نبع كان خوف تلف الاموال والنفوس ، فانه لا يصح بيع الوقف حينئذ (لعدم ظهور الذيل فى التعليل ، بحيث يتعدّى عن مورد النص)

• وان كان فيه اشارة الى التعليل .

وعلى ما ذكرنا فالمكاتبة غير مفتى بها عند المشهور ، لان الظاهر اعتبارهم العلم او الظن باداء بقاءه الى الخراب غير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال والانفس ،

فانه ربما كان ظاهر العلة ان الحكم يدور مدارها .

• وربما كان ظاهرها ان الحكم معلق بالصدر والذيل .

مثلا لو قال الطبيب لذى الحمى : لا تاكل الرمان لانه حامض ، فهم

منه ان العلة الحموضة ، وان تحققت فى ضمن الخل .

واما ان قال المؤمن انى احب المسجد الفلانى لانه اكبر ، لم يفهم

منه ان العلة الكبر وان تحقق فى ضمن الزوجة ، بل فهم منه ان العلة

هو المسجد الاكبر .

وامنحن فيه من القبيل الثانى اى ان العلة الاختلاف فى الوقف

المحتمل ادائه الى تلف الاموال والنفوس (وان كان فيه) اى فى الذيل

(اشارة الى التعليل) وان خوف التلف علة منحصرة بدون مدخلية كون

ذلك للاختلاف فى الوقف .

(وعلى ما ذكرنا) من ان جواز البيع خاص بصورة الاختلاف الذى

ربما يؤدى الى تلف الاموال والنفوس (فالمكاتبة غير مفتى بها عند

المشهور ، لان الظاهر) من كلامهم (اعتبارهم العلم او الظن باداء بقاءه

الى الخراب) وذلك (غير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و

الانفس) .

فتكون النسبة بين فتوى المشهور، و مضمون الرواية، عموماً من وجه .
 لكن الانصاف ان هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، وقصور
 مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لان اختلاف فتاوى المشهور انما
 هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي انيط به الجواز من قوله
 عليه السلام : ان كان قد علم

وعلى هذا (فتكون النسبة بين فتوى المشهور، و مضمون الرواية،
 عموماً من وجه) لان الاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الاموال و النفس،
 قد يكون مع العلم او الظن باداء بقاءه الى الخراب، وقد يكون بدونه،
 كما ان العلم او الظن باداء بقاءه الى الخراب، قد يكون مع الاختلاف
 الذي ربما جاء فيه تلف الاموال و النفس، وقد يكون بدونه .
 (لكن الانصاف ان هذا) اى كون مضمون الرواية و فتوى المشهور
 بينهما عموماً من وجه (لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، وقصور
 مقاومتها) (قصور) عطف على « ضعف » اى لا يمنع من جبر القصور الذى
 فى المكاتبه فانها لا تقاوم (للعمومات المانعة) عن بيع الوقف (بالشهرة)
 متعلق بـ « جبر » .

وجه « لا يمنع » ان المكاتبه معمول بها، والعمل يجبرها فتمكن ان
 تقاوم ما دل على المنع عن بيع الوقف .

وانما قلنا : لا يمنع (لان اختلاف فتاوى المشهور انما هو من حيث
 الاختلاف في فهم المناط الذى انيط به) اى بذلك المناط (الجواز)
 لبيع الوقف (من قوله عليه السلام) بيان « المناط » (ان كان قد علم

.....

الاختلاف، المنضم الى قوله: فانه ربما جاء فى الاختلاف .

واما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهى على تقدير قصورها منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل عدم ظهورها فى المؤبد لعدم ذكر البطن اللاحق

الاختلاف، المنضم الى قوله: فانه ربما جاء فى الاختلاف) وانه هل المناط الامر ان معا، او الصدر وحده، او الذيل وحده، و الافعلى كل حال، المشهور عملوا بهذه المكاتبه .

(و) ان قلت: ان المكاتبه لا يمكن ان يعمل بها من جهة اخرى، و هى ان ظاهرها فى الوقف غير المقبوض، و من المعلوم ان القبض اذا لم يتحقق فى الوقف لم يتحقق الوقف .

قلت (اما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد) مقابل المنقطع (التام) مقابل غير المقبوض (فهى) اى المكاتبه (على تقدير قصورها) دالة بعدم دلالتها فى ان الموضوع للحكم الوقف المؤبد التام (منجبرة بالشهرة) اى ان الشهرة تقم دلالتها، حيث ان المشهور فهموا منها الوقف المؤبد التام، و ان لم يكن فيها دلالة على ذلك (فيندفع بها) اى بالشهرة (ما يدعى من قصور دلالتها من جهات) عديدة، فلا يمكن التمسك بها لجواز بيع الوقف (مثل عدم ظهورها فى المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق) فلا يمكن الاستدلال بالمكاتبه لاستفادة جواز بيع الوقف المؤبد .

و ظهورها فى عدم اقباض الموقوف عليهم ، وعدم تمام الوقف كما
عن الايضاح .

واوضحه الفاضل المحدث المجلسى ، وجزم به المحدث البحرانى
ومال اليه فى الرياض ، قال الاول فى بعض حواشيه على بعض كتب
الاخبار انه يخطر بالبال انه يمكن حمل الخبر على ما اذا لم يقبضهم
الضيعة الموقوفة عليهم ، ولم يدفعها اليهم .
وحاصل السؤال ان الواقف يعلم

(و) مثل (ظهورها فى عدم اقباض الموقوف عليهم ، و) ذلك موجب
ل (عدم تمام الوقف) فلا يمكن الاستدلال بها ، لجواز بيع الوقف المقبوض
الذى تم الوقف فيه .

وقوله : وعدم ، عطف بيان لقوله « وظهورها » (كما عن الايضاح)
الاشكال فى المكاتبه بهذا الاشكال .

(واوضحه) اى الاشكال (الفاضل المحدث المجلسى ، وجزم به
المحدث البحرانى) صاحب الحقائق (ومال اليه) اى الى الاشكال
المذكور (فى الرياض ، قال الاول) اى الايضاح (فى بعض حواشيه على
بعض كتب الاخبار انه يخطر بالبال انه يمكن حمل الخبر على ما اذا)
الواقف (لم يقبضهم) اى الموقوف عليهم (الضيعة الموقوفة عليهم ، ولم
يدفعها) اى الضيعة (اليهم) واذا لم يحصل القبض لم يتم الوقف
فيجوز بيعه ، فلاتدل المكاتبه على جواز بيع الموقوف التام وقفه .

(وحاصل السؤال) اى سؤال الراوى فى المكاتبه (ان الواقف يعلم

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

.....
انه اذا دفعها اليهم يحصل بينهم الاختلاف، ويشتدّ لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع اليهم فى تلك الضيقة، او فى امر آخر، فهل يدعها موقوفة ويدفعها اليهم؟ او يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد، ويدفع اليهم ثمنها ايها افضل، انتهى موضع الحاجة.

والانصاف انه توجيه حسن لكن ليس فى السؤال ما يوجب ظهوره فى ذلك فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال فى الجواب

انه اذا دفعها) اى الضيقة الموقوفة (اليهم يحصل بينهم الاختلاف، و يشتدّ) الاختلاف، وانما يعلم الواقف (لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع اليهم فى تلك الضيقة، او) لعلم من قرائن الاحوال حصول الاختلاف منهم (فى امر آخر، ف) سؤال الراوى فى انه (هل يدعها) اى الضيقة (موقوفة ويدفعها اليهم، او يرجع عن الوقف) .

وانما يتمكن ان يرجع عن الوقف (لعدم لزومه بعد) اذ لم يحصل القبض، وبدون القبض لا يكون الوقف لازما (ويدفع اليهم ثمنها) تبرعا (ايها افضل) من الابقاء على الوقف، او البيع ودفع الثمن (انتهى موضع الحاجة) من كلام الايضاح .

(والانصاف انه توجيه حسن) فى حدّ ذاته (لكن ليس فى السؤال ما يوجب ظهوره) اى ظهور السؤال (فى ذلك) الذى ذكره فى التوجيه (فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال فى الجواب) للامام، فان الامام لم يفصل بين صورة اقتباس الوقف، وعدم الاقتباس، بل اطلق الجواب بجواز البيع فيدل الجواب على جواز البيع ولو حصل اقتباس.

.....
 كما ان عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع ، اذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك ، يوجب ثبوت الحكم للمؤبد .
 والحاصل : ان المحتاج الى الانجبار بالشهرة ، ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد ، لا تعيين ما انيط به الجواز

(كما ان عدم ذكر البطن اللاحق) في السؤال (لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع) حتى يقال : ان الرواية لا تدل على جواز بيع الوقف المؤبد ، وانما يدل على جواز بيع الوقف المنقطع ، ولا اشكال في ذلك .

وانما لا يوجب (اذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون) ومنتهى الامر انه مطلق شامل للموقت والمؤبد .
 (فترك) الامام عليه السلام (الاستفصال عن ذلك) و هل انه مؤبد او منقطع ؟ (يوجب ثبوت الحكم) بجواز البيع (للمؤبد) ايضا ، بل لنا ان نقول : ان الظاهر من الوقف كونه مؤبدا ، الا اذا دل دليل على انه موقت (والحاصل : ان) الشئ (المحتاج الى الانجبار بالشهرة ، ثبوت حكم الرواية) بجواز البيع (للوقف التام المؤبد) مقابل الوقف الناقص الذي ليس بقبض ، و الوقف المنقطع يعنى ان الرواية دلالتها على جواز البيع للتام المؤبد ضعيفة - اذ الدليل هو عدم الاستفصال - فالشهرة تجبر ضعف الدلالة (لا) ان المحتاج الى الانجبار بالشهرة (تعيين ما انيط به الجواز) اي الميزان لجواز بيع الوقف - سواء اكان

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

من كونه مجرد الفتنة ، او مايؤدى الفتنة اليه ، او غير ذلك مما تقدم من
الاحتمالات فى الفقرتين المذكورتين .

نعم تحتاج الى الاعتضاد بالشهرة من جهة اخرى ، وهى ان مقتضى
القاعدة كما عرفت : لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون
و ظاهر الرواية تقريره للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين
فلا بد اما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة

تاماً مؤبداً ام لا ؟ - (من كونه) مناط الجواز (مجرد الفتنة) وان لم تؤد
الى شئ (او مايؤدى الفتنة اليه) من ذهاب الاموال والانس (او غير
ذلك مما تقدم من الاحتمالات فى الفقرتين المذكورتين) اى قوله عليه
السلام : ان كان قد علم الاختلاف ، وقوله عليه السلام : فانه ربما .
وانما لا يحتاج هذا الى الشهرة ، لان المكاتبه دالة من هذه الجهة
وانما اللازم ان نرى مدى ظهورها وكيفية دلالتها ، اذا انجباراً ما يكون
لضعف الدلالة ، اضعف السند ، لا للدلالة الظاهرة .

(نعم تحتاج) المكاتبه (الى الاعتضاد بالشهرة من جهة
اخرى ، وهى ان مقتضى القاعدة كما عرفت : لزوم كون بدل الوقف كنفسه
مشتركا بين جميع البطون) لان الواقف جعله هكذا ، والشرع امضاه .
(و ظاهر الرواية) المكاتبه (تقريره) اى الامام عليه السلام (للسائل
فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين) وهذا يحتاج الى الانجبار
بالشهرة ، لان دلالة الرواية ليست من القوة بحيث تكفى لخرق القاعدة
الا اذا انضمت الشهرة اليها (فلا بد اما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة)

.....
 الا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آناءً ، قبل البيع لتقع
 المعاوضة فى مالهم .

واما من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس الذى
 لا اشكال فى بقاءه على ملك الواقف ، او على الوقف غير التام ، لعدم القبض

بان نقول : ان الوقف وان كان لجميع البطون ومقتضى ذلك ان يبدل
 الوقف ايضا يكون لجميع البطون - اذ العوض يدخل فى كيس من خرج
 المعوض من كيسه - الا انا نقول ان معاوضة الوقف خارجة عن قاعدة
 المعاوضة بدليل المكاتبة المنجبرة بالشهرة (الا) ان نقول : لانحتاج
 الى اخراج الوقف عن مقتضى المعاوضة (بتكلف سقوط حق سائر البطون
 عن الوقف آناءً ، قبل البيع) فالوقف يكون - آناءً - للبطن الموجود فقط
 (لتقع المعاوضة فى مالهم) .

ومن المعلوم ان البديل يدخل فى كيسهم فقط حينئذ ، بدون ان
 يكون ذلك خلاف دليل المعاوضة .

(واما من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس) لا الوقف
 المنقطع المصطلح الذى وقع الخلاف فيه ، فى انه هل يبقى على ملك
 الواقف ، ام لا ؟ كما سيأتى الكلام حوله (الذى لا اشكال فى بقاءه على
 ملك الواقف) وحينئذ يحق للواقف ان يبيعه ، ويعطى ثمنه للمحبوس
 عليهم ، لانه ملكه ، ولا خلاف لمقتضى قاعدة المعاوضة فى الرواية حينئذ ،
 كما لا يحتاج الى الالتزام بالملك الآتى (او على الوقف غير التام ، لعدم
 القبض) .

.....
 اول عدم تحقق صيغة الوقف ، وان تحقق التوطين عليه وتسميته وقفا
 بهذا الاعتبار .

و يؤيدّه تصدى الواقف بنفسه للبيع الا ان يحمل على كونه ناظرا ،
 او يقال : انه اجنبى استأذن الامام (ع) فى بيعه عليهم حسبة ، بل
 يمكن ان يكون قد فهم الامام عليه السلام

وفيه ايضا خلاف لمقتضى قاعدة المعاوضة ، ولا حاجة الى القول
 بالملك الآنى (اول) القول ب (عدم تحقق صيغة الوقف ، وان تحقق)
 من المالك (التوطين) والبناء (عليه) اى على ان يكون وقفا (و) عليه
 يكون (تسميته وقفا) والحال انه ليس بوقف (بهذا الاعتبار) اى باعتبار
 توطين المالك على ان يكون وقفا .

(و يؤيدّه) اى كونه بعد ملك الواقف ، لانه حبس ، اول عدم قرائته
 الصيغة ، اول عدم اقباضه (تصدى الواقف بنفسه للبيع) اذ لوكل الوقف
 لم يكن ملكا للواقف بل صار ملكا للموقوف عليهم ، فاية جهة لتصدى الواقف
 لبيع ما خرج عن ملكه ، ولا ربط له به ، فتأمل (الا ان يحمل) تصديه للبيع
 لاعلى كونه بعد ملكه ، بل (على كونه) اى الواقف (ناظرا) على الوقف ،
 ولذا تصدى لبيعه وان خرج عن ملكه بسبب الوقف التام (او يقال : انه)
 اى المالك لم يتصدّل للوقف لانه باق على ملكه ، فانه (اجنبى) وانما
 (استأذن الامام (ع) فى بيعه عليهم حسبة) اى قرية الى الله تعالى ،
 لقطع النزاع الذى نشأ بسبب وقفه (بل يمكن ان يكون) الحديث المكاتبه
 غير مربوط بالوقف المؤبد التام ، لانه (قد فهم الامام عليه السلام) وفهمه

من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها ، مع ان المركز في الاذهان اشتراك جميع البطون في الوقف، وبدله ان مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف ، لا نقطاعه ، اولعدم تمامه . ويؤيده ان ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للامام عليه السلام هو هذا النحو ايضا الا ان يصلح هذا الخلل ، وامثاله ،

حجة ، فيكون ما اجازاه عليه السلام من بيع الوقف انما هو في صورة عدم تمامية الوقف - وتكون المكاتبه حينئذ اجنبية من موضع الكلام الذي هو جواز بيع الوقف - (من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها) لانه ذكره ارسال المسلمات (مع ان المركز في الاذهان للمشرعة) اشتراك جميع البطون في الوقف ، (وفي بدله ان مورد السؤال) مفعول « فهم الامام » (هو الوقف الباقي على ملك الواقف ، لا نقطاعه) اي الحبس الذي هو وقف منقطع الآخر ، ولا يخرج الوقف بذلك عن ملك الواقف (اولعدم تمامه) اي لم يحصل القبض ليكون وقفا شرعيا ، بل هو باق على ملك الواقف .

(ويؤيده) هذا تأييد آخر لعدم كون مورد السؤال في المكاتبه الوقف المصطلح (ان ظاهر صدره) اي صدر الحديث المكاتبه (المتضمن لجعل الخمس من الوقف للامام عليه السلام هو هذا النحو) اي ملكا محبوسا ، لا وقفا تاما (ايضا) كما ان ظاهره ان اربعة الاخماس الاخر ايضا ملك محبوس للموقوف عليهم ، لانه وقف اصطلاحى مؤبد تام (الا ان يصلح هذا الخلل) في المكاتبه ، وهو ظهورها في الملك المحبوس (وامثاله) من

بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام .

ويقال : انه لا باس يجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكلف الالتزام لسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند ارادة البيع .

او نمنع تقرير الامام للسائل فى قسمة الثمن الى الموجودين .

و يبقى الكلام

الاشكالات الاخر التى تقدمت ورودها على المكاتبه (بفهم الاصحاب)

من المكاتبه (الوقف المؤبد) لا الحبس (التام) لا غير المقبوض .

(و) ثم يقال : انه لا باس يجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا

لقاعدة المنع عن بيع الوقف بان يكون بيع الوقف مطلقا محظورا ، الا فى

مورد ذلك الخبر (و موجبا) عطف على مخصصا (لتكلف الالتزام) اى لان

نتكلف بان نلتزم (لسقوط حقّ اللاحقين) اى البطون اللاحقه (عن

الوقف) متعلق بسقوط (عند ارادة البيع) اى عند ما يريد البطن الموجود

بيع الوقف ليسقط حق البطون اللاحقه آتاما ، لانه لو لم يسقط يلزم ان

يدخل العوض فى كيس البطن الموجود ، بينما يخرج المعوض - وهو

الوقف - من كيس كل البطون ، وقد عرفت ان ذلك مستحيل .

(او) نقول : ان الخبر المكاتبه مخصص لعمومات المنع و (نمنع تقرير

الامام للسائل فى قسمة الثمن الى الموجودين) فلا يلزم ان نقول بان

الوقف يصبح آتاما للموجودين - الذى هو خلاف القاعدة - .

(و يبقى الكلام) بعد الفراغ عن الكلام فى حجية المكاتبه ففى

فى تعيين المحتملات فى مناط جواز البيع ، وقد عرفت الاظهر منها •
 لكن فى النفس شئ من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من
 بين المحتملات ، و هو الاختلاف المؤدى علما وظنا الى تلف خصوص مال
 الوقف ، و نفوس الموقوف عليهم ، كان اولى •

تخصيصها للعمومات المنع ، وعن الكلام حول ان الثمن للموجودين فقط
 او لكل البطون (فى تعيين المحتملات فى مناط جواز البيع) و انه هل
 هو الاختلاف المؤدى الى تلف الاموال و النفوس او مجرد الاختلاف ، او
 لمجرد دفع تلف الاموال و النفوس ، و ان لم يكن ذلك فى الوقف فى
 نفسه ، و انما يبيع الوقف لاطفاء فتنه خارجية (وقد عرفت الاظهر منها) اى
 من هذه المحتملات عندنا •

(لكن فى النفس شئ من الجزم بظهوره) اى ظهور الاحتمال
 الذى استظهرناه فان « ربما » و ان كانت كثيرا ما تستعمل فى الاحتمال
 - و هذا هو الذى استظهرناه بدون قيد الاداء الى تلف الاموال و
 النفوس - الا ان « ربما » ايضا كثيرا ما تستعمل فى مقام العلم و الظن ،
 فلا وجه لتعيين المعنى الاول (فلو اقتصر) فى جواز بيع الوقف (على
 المتيقن من بين المحتملات ، و هو الاختلاف المؤدى علما وظنا الى
 تلف خصوص مال الوقف ، و نفوس الموقوف عليهم ، كان) الاخذ بهذا
 المتيقن (اولى) اذ هذه الصورة خارجة عن حرمة بيع الوقف
 قطعاً ، اما ما عداها فيبقى على اصالة التحريم ، لانها مشمولة
 لعمومات المنع عن البيع •

والفرق بين هذا ، والقسم الاول من الصورة السابعة الذى
جوزنا فيه البيع ان المناط فى ذلك القسم العلم او الظن بتلف الوقف
رأساً .

والمناط هنا خراب الوقف الذى يتحقق به تلف المال وان لم
يتلف الوقف ، فان الزائد من المقدار الباقى مال قد تلف ، وليس المراد
من التلف فى الرواية تلف الوقف رأساً ، حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم
اذ : لا يناسب هذا ما هو الغالب فى تلف الضيعة التى هى مورد الرواية

(والفرق بين هذا) القسم — بناء على هذا المعنى الذى ذكرناه —
(والقسم الاول من الصورة السابعة الذى جوزنا فيه البيع) مع ان بادى
الرأى يظن اتحاد القسمين (ان المناط فى ذلك القسم) الاول — من
الصورة السابعة (العلم او الظن بتلف الوقف رأساً) اى تلف مجموع الوقف
(والمناط هنا) فى مانحن فيه الذى دل عليه المكاتبة (خراب
الوقف) اى تلف بعضه فقط (الذى يتحقق به) اى بذلك الخراب (تلف
المال) فى الجملة (وان لم يتلف الوقف) كله (فان الزائد من المقدار
الباقى) الذى لم يخرب ، كما اذا فرضنا ان الوقف يسوى الفاقد خرب منه
ستمائة ، فان الاربعمائة باقية ، والزائد عليها (اى الستمائة) (مال
قد تلف ، و) على هذا (ليس المراد من التلف فى الرواية تلف الوقف
رأساً ، حتى يتحد) هذا القسم (مع ذلك القسم المتقدم) اى القسم
الاول من الصورة السابعة . (اذ : لا يناسب هذا) اى تلف الوقف كله
(ما هو الغالب فى تلف الضيعة التى هى) اى الضيعة (مورد الرواية)

.....١٠٠

فان تلفها غالبا بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها .

ثم ان الظاهر من بعض العبارات المتقدمة ، بل المحكى عن الاكثر ان الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود ، الا ان ظاهر كلام جماعة ، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد ، هو انه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف ، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان .

وهذا منه قدس سره مبنى على وجه ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمة الثمن على الموجودين

المكاتبة و انما لا يناسب التلف الكلى لمورد الرواية (فان تلفها) اى الضيعة (غالبا بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها) و ذلك بتلف البعض لا تلف الكل .

(ثم ان الظاهر من بعض العبارات المتقدمة ، بل المحكى عن الاكثر ان الثمن فى هذا البيع) للوقف (للبطن الموجود) فقط (الا ان ظاهر كلام جماعة ، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد ، هو انه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به) اى بذلك الاشتراء (الخلف) والخلاف بين اربابه (تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان) .

اذ : مطلوب الواقف البقاء للوقف ، لكن لما لم يمكن بقاء عين الوقف بيعه ، ثم يشتري بالثمن لكل واحد و جماعة من الموقوف عليهم قطعة خاصة حتى يرتفع الخلف .

(وهذا) الكلام (منه) اى من جامع المقاصد (قدس سره مبنى على وجه ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمة الثمن على الموجودين) اذ

.....
 اوعلى منع العمل بهذا التقرير فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من
 اشتراك جميع البطون فى البذل كالمبدال .
 لكن الوجه الثانى

لو كانت الرواية ظاهرة عنده لم يكن وجه للاشتراء الذى ذكره (او
 على) ظهور الرواية فى قسمة الثمن ، لكن بنائه « ره » على (منع العمل
 بهذا التقرير) اى تقرير الامام لظاهر كلام السؤال من توزيع القيمة على
 البطن الموجود (فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة) بين
 الوقف و ثمنه .

اذ مقتضاها ان يدخل الثمن فى كيس كل البطون حيث خرج
 المثل من كيس الكل (من اشتراك جميع الذين فى البذل) الذى هو
 الثمن (ك) اشتراك جميعهم فى (المبدال) الذى هو الوقف .

(لكن الوجه الثانى) اى ما قلناه بقولنا « اوعلى » اى ان كان
 محذورا المحقق الكركى من عدم القسمة بين البطن الموجود هو كونه خلاف
 مقتضى المعاوضة ، فكيف افتى بالقسمة بين الموجودين فقط فى صورة
 البيع للحاجة الشديدة .

اذ المناطق فى المسئلتين — مسألة البيع للخراب والفتنة و مسألة
 البيع للحاجة الشديدة — واحد .

فانه ان امكن كون الثمن يدخل فى كيس غير من خرج المثل من
 كيسه ، لزم ان نقول بالقسمة فى المسئلتين .
 وان لم يمكن لزم ، ان نقول بعدم القسمة فى صورة الحاجة ايضا ،

ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن مايباع للحاجة الشديدة ، تمسكا
برواية جعفر ، فتعين الاول و هو منع التقرير .
لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الرواية .

واما الوقف المنقطع و هو ما اذا وقف على من ينقرض - بناء على
صحته - كما هو المعروف فاما ان نقول : ببقائه على ملك الواقف .
واما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم ، وعلى الثانى

اذ : عدم القسمة فى المسئلة الفتنة و الخراب للوقف (ينافى قوله) اى
المحقق الثانى (باختصاص الموجودين بثمن مايباع للحاجة الشديدة
تمسكا برواية جعفر) المتقدمة (فتعين) ان يكون مراد المحقق الوجه
(الاول و هو منع التقرير) اى تقرير الامام للسائل فى قسمة الثمن بين
الموجودين .

(لكنه) اى منع التقرير (خلاف مقتضى التأمل فى الرواية) انظارها
ان الامام قررّ كلام السائل ، نيرد الاشكال على المحقق الثانى فى
منعه التقسيم على البطن الموجود .

هذاتمام الكلام فى الوقف المؤبد ، وانه هل يجوز بيعه ام لا ؟
(واما الوقف المنقطع و هو ما اذا وقف على من ينقرض - بناء على
صحته) كما اذا وقف على زيد الذى لا عقب له مثلا (كما هو المعروف) اى
صحة الوقف المنقطع (فاما ان نقول : ببقائه على ملك الواقف) و انما هو
حبس على الموقوف عليه لمدة بقاءه .

(واما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم ، و بناء على الثانى)

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

فاما ان يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم

واما ان يقال : بعوده الى ملك الواقف .

واما ان يقال : بصيرورته فى سبيل الله .

فعلى الاول لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك ، وفى جواز

للاوقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم

الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به .

وهو انتقاله الى الموقوف عليهم (فاما ان يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل

منهم الى ورثتهم عند انقراضهم) الورثة الذين ليسوا بموقوف عليهم .

(واما ان يقال : بعوده الى ملك الواقف) عند انقراضهم .

(واما ان يقال : بصيرورته فى سبيل الله) لانه انقطع عن الواقف و

لم يدخل فى ملك الموقوف عليهم .

(فعلى الاول) وهو ان لا يكون ملكا للموقوف عليه بل باقيا على

ملك الواقف (لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك) وقد ورد : لا بيع

الانى ملك (وفى جوازه) اى البيع (للاوقف مع جهالة مدة استحقاق

الموقوف عليهم) لان الواقف لا يعلم متى ينقرض الموقوف عليهم حتى

ينفك الملك عن الوقف (اشكال) من انه ملكه ، فيصح له بيعه ، و (من

حيث لزوم الغرر) وقد نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر

(ب) سبب (جهالة وقت استحقاق) المشتري (التسليم) من البائع

(التام) بدون تقيد بكونه محبوسا (على وجه ينتفع) المشتري

(به) وهذا من اعظم اقسام الغرر .

ولذا منع الاصحاب - كما فى الايضاح على ما حكى عنهم - بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة مدة العدة مع كثرة التفاوت .
نعم المحكى عن جماعة ، كالمحقق ، والشهيدى فى المسالك و الدروس ، وغيرهم صحة البيع فى السكنى الموقته بعمر واحد هما

(ولذا منع الاصحاب - كما فى الايضاح على ما حكى عنهم - بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء) لا المعتدة بالاشهر ، لانها لا تحيض ، و هى فى سنّ من تحيض ، فانه لا يحق لها ان تخرج من البيت الذى طلقت فيه ، ولا يحق للزوج او غيره ان يخرجها من ذلك البيت .
و المراد بالاقراء الحيضات ، فانها اذا طلقت فى طهر غير المواقعة ثم مرت عليها ثلاث حيضات ، خرجت عن العدة بمجرد الحيض الثالث .
ومن المعلوم ان الحيض يتقدم ويتأخر و ان كانت المرأة ذات عدة و انما منعوا بيع دارها (لجهالة مدة العدة) فلا يعلم المشتري وقت استحقاق الدار ، و ذلك غرر يمنع عن جواز البيع (مع كثرة التفاوت) بين محتملات اوقات تحقق الحيض الثالث الموجب لخروجها عن العدة الذى يترتب على ذلك الخروج استحقاق المشتري لتسلم الدار .
(نعم المحكى عن جماعة ، كالمحقق ، والشهيدى فى المسالك ، و الدروس ، وغيرهم ، صحة البيع فى السكنى) اى فيما لو اسكن المالك الدار للانسان بنحو الحبس الشوعى المذكور فى كتاب الوقف (الموقته) تلك السكنى (بعمر احد هما) اى احد من المالك و الساكن مع ان وقت انتهاء عمر احد هما مجهول .

بل ربما يظهر من محكى التنقيح ، الاجماع عليه ولعله اما المنع
 الغرر ، واما النص ، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح او الحسن
 عن الحسين بن نعيم ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل
 داره سكنى لرجل زمان حيوته ولعقبه من بعده ، قال عليه السلام : هى
 له ولعقبه من بعده ، كما شرط ، قلت فان احتاج الى بيعها يبيعها
 قال : نعم قلت : فينقض البيع السكنى ، قال

(بل ربما يظهر من محكى التنقيح ، الاجماع عليه) اى على صحة
 بيع السكنى ، وهذا ما يؤيد جواز بيع المالك للوقف فيما نحن فيه كهذه
 المسألة فى جهالة المدة الموجبة لجهالة وقت التسليم (ولعله) اى جواز
 بيع السكنى (اما المنع الغرر) فان تقدم ايام ، او شهور ، او سنوات ، لا يضر
 عرفا (واما النص ، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة) اصحاب الكتب الاربعة
 الصدوق ، والكلينى ، والشيخ (فى الصحيح ، او الحسن عن الحسين
 بن نعيم ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى
 رجل زمان حيوته) اى حيوة ذلك الرجل الجاعل (ولعقبه) اى عقب
 الجاعل (من بعده) اى بعد ان مات الجاعل — هذا حسب ما يستظهر
 من لفظ الرواية — (قال عليه السلام : هى) الدار (له) اى للجاعل (و
 لعقبه من بعده) اذ : السكنى لا تخرج الملك عن ملك الجاعل (كما
 شرط) الجاعل (قلت فان احتاج) الجاعل (الى بيعها) هل يبيعها
 قال (عليه السلام) نعم قلت : فينقض البيع السكنى (بان يبطل السكنى
 فيحق ان يسلم الجاعل المسكن للمشتري بمجرد السكنى) (قال)

لا ينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت ابي يقول : قال ابو جعفر لا ينقض البيع الاجارة ، ولا السكنى ، ولكن يبيعه على ان الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه ، حتى ينقضى السكنى على ما شرط ، الخبر .
ومع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة ، ولده ، والمحقق الثانى ولو باعه

عليه السلام : (لا ينقض البيع السكنى) .

ثم قال عليه السلام (كذلك) الذى ذكرت لك (سمعت ابي يقول : قال ابو جعفر) الباقر عليه السلام (لا ينقض البيع الاجارة) فان آجر زيد داره من عمره ، ثم باعها زيد من خالده ، لا يوجب البيع بطلان الاجارة بل تبقى الاجارة على حالها ، فاذا انقضت مدة الاجارة كان عليه ان يسلمها الى المشتري (ولا السكنى) اى لا ينقض البيع السكنى ، فاذا انقضت مدة السكنى ، كان للمشتري ان يتسلم الدار (ولكن يبيعه على) شرط (ان الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه ، حتى ينقضى السكنى على) نحو (ما شرط) الى آخر (الخبر) .

وهذا الخبر صريح فى ان جهالة مدة السكنى لا توجب عدم جواز البيع .

(ومع ذلك) الخبر الصريح فى جواز البيع (فقد توقف فى المسألة العلامة ، ولده ، والمحقق الثانى) وذلك لقوة الدالة الدالة على منع البيع الغررى مما يوجب التأويل فى الرواية او رد علمها الى اهلها .
(ولو باعه) الواقف فى الوقف المنقطع ، حيث قلنا بان الموقوف

من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر
ويحتمل العدم لان معرفة المجموع المركب من ملك البائع، وحق

المشتري لا يوجب معرفة المبيع .

وكذا لو باعه ممن انتقل اليه حق الموقوف عليه .

نعم لو انتقل الى الواقف ثم باع، صحّ جزماً .

و

يبقى ملكاً للواقف (من الموقوف عليه المختص) ذلك الموقوف عليه (بمنفعة
الوقف، فالظاهر جوازه) وان اشكلنا فى جواز بيعه للاجنبى (لعدم
الغرر) فى المقام، اذ الموقوف يبقى تحت تصرف الموقوف عليه قطعاً
بالوقف، وقطعه بالملك .

(ويحتمل العدم) اى عدم جواز البيع ايضاً، اذ هو غرر (لان معرفة
المجموع المركب من ملك البائع) بعد نهاية الوقف (وحق المشتري) حال
الوقف (لا يوجب معرفة المبيع) اذ لم يعرف المشتري انه فى وقت يملك
المبيع .

(وكذا لو باعه) اى الواقف باع الموقوف (ممن انتقل اليه حق الموقوف
عليه) بان كان الوقف بحيث يصحّ ان ينقله الموقوف عليه عن نفسه الى
غيره، ثم نقله الموقوف عليه و بعد ذلك باعه الواقف للمنقول اليه .

(نعم لو انتقل) الحق من الموقوف عليه (الى الواقف) نفسه، حتى
اصبح الحق للواقف كما ان عين الملك له (ثم باع صحّ جزماً) لانه لا غرر هنا
(و) ان قلت: يمكن ان نجوز البيع حال كونه حقاً للموقوف عليه،

.....
 اما مجرد رضى الموقوف عليهم ، فلا يجوز البيع من الاجنبى ، لان المنفعة مال لهم ، فلا ينتقل الى المشتري بلا عوض .

اللهم الا ان يكون على وجه الاسقاط لو صححناه منهم .
 او يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ، ونقل
 المنفعة من قبل الموقوف عليهم ، فيكون العوض مؤزعا عليهما .
 ولا بد ان يكون ذلك

اذا هم رضوا بذلك ، وان يسلموا الملك الى المشتري .
 قلت : (اما مجرد رضى الموقوف عليهم ، فلا يجوز البيع من الاجنبى)
 الذى هو ليس بموقوف عليه ، فى مقابل ما اذا باعه الواقف من نفس
 الموقوف عليهم (لان المنفعة مال لهم) اى للموقوف عليهم (فلا ينتقل
 الى المشتري بلا عوض) اذ : كيف يمكن ان تخرج المنفعة من كيسهم
 ليدخل عوضها فى كيس الواقف .
 (اللهم الا ان يكون) رضى الموقوف عليهم (على وجه الاسقاط لو
 صححناه منهم) اى من الموقوف عليهم ، بان قلنا ان لهم حق اسقاط
 حقهم فى الوقف .

(او) نقول : بانه (يكون المعاملة) اى بيع الوقف برضى الموقوف عليهم
 مركبة من نقل العين من طرف الواقف ، ونقل المنفعة) وهى حق
 السكنى (من قبل الموقوف عليهم ، فيكون العوض مؤزعا عليهما) بان يقوم
 الملك مسلوب المنفعة الى خمسين سنة ، ويقوم منفعة الملك بخمسين سنة
 (و) على هذا (لا بد ان يكون ذلك) اى نقل العين والمنفعة

على وجه الصلح لان غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة .

و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه : لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز ، سواء اراد بيع الوقف او بيع الموقوف عليه ،

كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع ، ولو من دون رضى مالك الانتفاع او المنفعة

(على وجه الصلح) من المالك و الموقوف عليه بالنسبة الى المشتري ، لاعلى وجه البيع (لان غيره) اى غير الصلح (لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما) فان البيع مبادلة مال بمال ، لا مبادلة المنفعة بالمال (خصوصا مع جهالة المنفعة) فان الطرفين فى البيع يجب ان يكونا معلومين ، فكيف يمكن نقل المنفعة المجهولة بالبيع ، فلا بد ان اذن الصلح (و مما ذكرنا) من انه لا يصح البيع للجهالة (يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه : لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى الوقف (المنقطع) الآخر (جاز) البيع (سواء اراد) صاحب التنقيح (بيع الوقف ، او بيع الموقوف عليه) بان يبيع الواقف برضاية الموقوف عليه او يبيع الموقوف عليه برضاية الواقف .

(كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى) اى يدل على جواز الانضمام (حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع ، ولو من دون رضى مالك الانتفاع او المنفعة) فانه اذا اجاز بيع المالك استقلالا بدون

نعم : لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما فى السكنى على قول - صحّ ما ذكره ، لا مكان سقوط الحق بالاسقاط بخلاف المال ، فتأمل .

رضى الموقوف عليه ، جاز بيع المالك منضما الى رضى الموقوف عليه بطريق اولى ، و مالك الانتفاع هو من قال له المالك انتفع به كالا باحة ، ولا يملك المنفعة حتى يجوز له المعاضة على المنفعة ، بخلاف مالك المنفعة المستأجر الذى يملك منفعة الدار مثلا .

(نعم) استثناء عما تقدم من عدم صحة بيع الواقف حتى مع رضى الموقوف عليه (لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما فى السكنى على قول -) والقول الآخر ان السكنى حالها حال الاجارة ، فكما يملك المستأجر المنفعة كذلك يملك الساكن منفعة العين (صحّ ما ذكره) التنقيح من صحة بيع المالك برضى الموقوف عليه (لا مكان سقوط الحق بالاسقاط) فان الساكن يسقط حقه فى العين ، فيكون الملك خالصا اصلا ومنفعة للمالك فيصح له بيعه (بخلاف المال) فانه اذا كان مالكا للمنفعة لم يصح اسقاط الساكن حقه ، لانه مال له ، والمال لا يسقط (فتأمل) لانه كما يمكن اسقاط الحق يمكن اسقاط المال بمعنى المنفعة ، كما نرى صحة ذلك فى باب الاجارة ، فان للمستأجر ان يسقط حقه حتى يخلص الملك للمالك ، وكذلك ما نحن فيه .

ويمكن ان يكون : فتأمل ، اشارة الى انه لا يصح للساكن اسقاط حقه مطلقا حتى لو قلنا بان مالكا للانتفاع اذ : السكنى عقد قرره الشارع و

.....
 و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس ان شاء
 الله تعالى .

وعلى الثانى فلا يجوز البيع للواقف ، لعدم الملك : ولا للموقوف عليه
 لاعتبار الواقف بقائه فى يدهم الى انقراضهم .
 وعلى الثالث : فلا يجوز البيع للموقوف عليه ، وان اجاز الواقف
 لمنافاته لاعتبار الواقف فى الوقف بقاء العين كما لا يجوز ايضا للواقف

لا دليل على انه يمكن للسكان او الواقف اسقاطه ، فيكون لازما .
 (وتمام الكلام فى هذه المسائل) اى مسألة انه هل السكنى حق
 الانتفاع ، او ملك المنفعة ، وعلى اى ، فهل يحق للسكان اسقاطه ،
 ام لا ؟ (فى باب السكنى و الحبس) من كتاب الوقف (ان شاء الله تعالى)
 (وعلى الثانى) وهو القول بانتقال المنقطع الى الموقوف عليهم و
 انهم يملكونه ملكا مستقرا (فلا يجوز البيع للواقف ، لعدم الملك) اذ بناء على
 هذا القول انتقل المال منه الى الموقوف عليه (ولا للموقوف عليه) وان كان
 المال ملكا لهم (لاعتبار الواقف بقائه) اى المال (فى يدهم ، الى
 انقراضهم) فهو كملك المحجور .

(وعلى الثالث) وهو انتقال المال الى الموقوف عليه ، لكن اذا
 انقرضوا انتقل المال الى الواقف (فلا يجوز البيع للموقوف عليه ، وان اجاز
 الواقف) بيعهم (لمنافاته) اى منافات البيع (لاعتبار) اى للذى اعتبره
 (الواقف فى الوقف بقاء العين) و البيع مناف للوقف المعتبر بقاءه
 (كما لا يجوز ايضا للواقف) بيعه ، وان كان المال ينتقل اليه حين انقراض

.....
 الغير المالك فعلا وان اجاز الموقوف عليه الا اذا جوزنا بيع ملك الغير
 مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال بناء على ان الموقوف عليه الذى هو
 المالك فعلا ليس له الاجازة ، لعدم تسلطه على النقل فاذا انقرض
 الموقوف عليه ، و ملكه الواقف ، لزم البيع .
 ثم انه قد اورد على القاضى قدس سره حيث

الموقوف عليه ، لانه (الغير المالك فعلا) بل مالك فى المستقبل ، ولا بيع
 الا فى ملك (وان اجاز الموقوف عليه) الذى هو المالك فعلا اذا الموقوف
 عليه له حق السكنى فى ملك محجور عليه و المالك المحجور عليه لا يستحق
 البيع حتى يتمكن من اجازة البيع (الا اذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم
 اعتبار مجيز له فى الحال) .

وحينئذ يصح للمالك الواقف البيع ، فانه بيع لملك الغير اى
 الموقوف عليه ، ولا مجيز فعلا اذا المالك ليس له حق الاجازة لانه ليس
 بماله الآن ، و الموقوف عليه ليس له حق الاجازة لانه يملك العين محجورا
 ولا يحق له البيع حتى تكون الاجازة بيده .

وقوله « مع عدم الخ » انما يصح (بناء على ان الموقوف عليه الذى
 هو المالك فعلا ليس له الاجازة ، لعدم تسلطه على النقل) وانما له
 الانتفاع فقط (فاذا انقرض الموقوف عليه ، و ملكه الواقف ، لزم البيع)
 لانه وجد المجيز الآن .

(ثم انه قد اورد على القاضى قدس سره) بالتهافت فى كلامه (حيث

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع ، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف .

و يمكن دفع التنافى بكونه قائلاً بالوجه الثالث ، من الوجوه المتقدمة وهو ملك الموقوف عليهم ثم عوده الى الواقف الا ان الكلام فى ثبوت هذا القول بين من اختلف فى مالك الموقوف فى الوقف المنقطع .
و يتضح ذلك فى مراجعة المسألة فى كتاب الوقف .

جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع (وهذا يقتضى ان يكون ملكاً للموقوف عليه) مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف) وهذا يقتضى عدم جواز بيع الموقوف عليه .

(و يمكن دفع التنافى) بين كلامى القاضى ره (بكونه قائلاً بالوجه الثالث ، من الوجوه المتقدمة) فى الوقف المنقطع (وهو) ان يكون الموقوف (ملك الموقوف عليهم) الآن (ثم عوده الى) ملك (الواقف) بعد الانقراض ، اذ ابقى فى ملك الموقوف عليهم (الا ان الكلام فى ثبوت هذا القول) اى كون الوقف للموقوف عليهم ثم يرجع الى ملك الواقف (بين من اختلف فى مالك الموقوف) اذ المسلم ان هناك قولين :

قول بانه ملك الواقف .

وقول بانه ملك الموقوف عليهم من الاول الى الاخير (فى الوقف المنقطع)

اما القول الثالث فى وجود القائل به اشكال .

(و يتضح ذلك) الاشكال فى وجود هذا القول (فى مراجعة

المسألة فى كتاب الوقف) .

وعلى الرابع : فالظاهر ان حكمه حكم الوقف المؤبد ، كما صرح به المحقق الثاني - على ما حكى عنه - لانه حقيقة وقف مؤبد ، كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص .

ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فانما هو بالنسبة الى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف .

واما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فان قلنا : بعدم تملكهم

(وعلى الرابع) وهو رجوع الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم الى سبيل الله (فالظاهر ان حكمه حكم الوقف المؤبد ، كما صرح به المحقق الثاني - على ما حكى عنه -)

وانما كان حاله حال الوقف المؤبد (لانه حقيقة وقف مؤبد) اذ مادام الموقوف عليه موجوداً فهو محجور ، وبعده ايضاً محجور ، لكونه في سبيل الله ، فيكون حاله (كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص)

وعليه فما ذكرناه في المؤبد يأتي هنا ايضاً .

(ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع) من الاقوال والاحتمالات (فانما هو بالنسبة الى البطن الذي لا بطن بعده) بحيث يكون البطن اللاحق (يتلقى الملك) الموقوف (من الواقف) فان بناء الفقهاء ان كل بطن يتلقى الملك من الواقف لا من البطن الذي سبقه .

(واما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم) فيما علمنا بانقراضهم كبيع الاب مع وجود ابن له عقيم (فان قلنا : بعدم تملكهم)

.....

للمنقطع ، فهو كما تقدم •

واما على تقدير القول بملكهم ، فحكم بيع غير الاخير من البطون حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد فيشترك معه فى المنع فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصورة التى جوزنا لا شترك دليل المنع والجواز • ويتشارك ان ايضا فى حكم الثمن بعد البيع •

اى البطون (ل) الوقف (المنقطع ، فهو كما تقدم) من انه لا يحق له البيع •

(واما على تقدير القول بملكهم) اى مالكية كل بطن للوقف فى زمان وجود ذلك البطن (فحكم بيع غير الاخير من البطون ، حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد) كما تقدم الكلام فيه (فيشترك) المنقطع (معه) اى مع المؤبد (فى المنع) عن البيع (فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصورة التى جوزنا لا شترك دليل المنع والجواز) فى المؤبد والمنقطع — فى هذه الصورة —

(ويتشارك ان ايضا) المنقطع والمؤبد (فى حكم الثمن بعد البيع) فما قلنا بانه تكليف الثمن فى المؤبد ، نقول به فى المنقطع فى هذه الصورة ولا يخفى ان هناك فارقا بين صورتين ، فتتظير احد هما بالآخر محل اشكال ، والله العالم •

مسئلة

و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا ، صيرورة المملوكة ام ولد
لسيدّها ، فان ذلك يوجب منع المالك عن بيعها ، بلاخلاف بين
المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة ، وفي بعض الاخبار
دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الاسلام ، مثل ما روى من قول
امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع امة ارضعت ولده ، قال له
خذ بيدها و قل من يشتري ام ولدى

(مسألة : و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا ، صيرورة المملوكة
ام ولد لسيدّها) بان كانت له مملوكة فا ولدها (فان ذلك يوجب منع
المالك عن بيعها ، بلاخلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن
مجمع الفائدة ، وفي بعض الاخبار دلالة على كونه من المنكرات فى
صدر الاسلام ، مثل ما روى من قول امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله
عن بيع امة ارضعت ولده) وليست بأم ولد له ، وانما ام ولد رضاعية (قال
له) عليه السلام استنكارا (خذ بيدها و قل من يشتري ام ولدى) فاذا ثبت
الحكم فى ام الولد الرضاعية يثبت الحكم فى ام الولد النسبية بطريق اولى
لكن الظاهر انه لم يقل احد بحرمة بيع ام الولد الرضاعية ، فيكون
كلام الامام من باب الانكار العرفى ، لا الشرعى ، فلا يثبت الحكم فى ام
الولد الرضاعية .

و هناك فى الوسائل فى الباب الثالث و الثمانين من نكاح العبيد

.....

وفى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق ، او مستلزم للنقل كالرهن ، كما يظهر من تضايف كلماتهم فى جملة من الموارد .
منها : ما جعل أم الولد ملكا غير طلق ، كالوقف والرهن .

والاماء دلالة على عدم جواز البيع اذا ولدت الولد وهى امة له ، لا ما اذا ولدت وهى زوجة له ، وان اشتراها بعد ذلك .
نعم فى الخبر الآتى : لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد ، دلالة على حرمة البيع مطلقا .

اللهم الا ان ينص بخبر الوسائل كما سيأتى (وفى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك) كالصلح والهبة وجعلها بدل الاجارة ، وما اشبه ذلك (الغير المستعقب بالعتق) مقابل النقل الذى يتعقبه العتق ، كما لو باعها من ابنها ، اذا الانسان لا يملك العمودين - كما قرر فى كتاب العتق - (او مستلزم للنقل) عطف على « ناقل » اى ان مثل هذا التصرف ايضا فى حكم النقل الموجب لبطلانه (كالرهن) فانه اذا لم يعط المدين دينه كان الدائن يحق له ان يبيع الوثيقة ليستوفى من ثمنها طلبه (كما يظهر) عدم جواز كل تصرف ناقل ، او مستلزم للنقل (من تضايف) و خلال (كلماتهم فى جملة من الموارد)

(منها : ما جعل أم الولد ملكا غير طلق ، كالوقف والرهن) اى انهم يقولون ، ان ام الولد ملك ، ولكنهما ليس ملكا طلقا ، كما ان الوقف والرهن ملك ، ولكنهما ليسا طلقا .

وقد عرفت : ان المراد من الطلق تمامية الملك والاستقلال فى التصرف .
فلو جاز الصلح عنها وهبتها ، لم يخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم
جواز ايقاع عقد البيع عليها كما ان المجهول الذى يصح الصلح عنه وهبته
والا براء عنه ولا يجوز بيعه ، لا يخرج عن كونه طلقا .

(وقد عرفت ان المراد من الطلق تمامية الملك ، والاستقلال فى
التصرف) عطف على تمامية .

(فلو جاز الصلح عنها) اى عن أم الولد (و) جاز (هبتها لم يخرج
عن كونها طلقا) فقولهم ليست بطلق دليل على عدم جواز الصلح عنها او
هبتها ، كما هو شأن كل ملك غير طلق ، كالوقف والمرهون ، وليس
المراد عدم جواز بيعها فقط ، اذ : (بمجرد عدم جواز ايقاع عقد البيع
عليها) لا تخرج عن الطلقية .

والحاصل : ان قولهم انها ليست بطلق ، يدل على عدم جواز
تصرف ناقل عليها ، لانه دليل على عدم جواز البيع فقط ، بان يجوز
اجراء سائر التصرفات عليها .

اذ كثيرا ما لا يجوز البيع بالنسبة الى شئ ومع ذلك لا يخرج عن الطلقية
واليه اشار بقوله : (كما ان المجهول الذى يصح الصلح عنه ، وهبته
و لا براء عنه) اى ابراء الذمة عن ذلك المجهول (ولا يجوز بيعه ، لا يخرج
عن كونه طلقا) .

فمرادهم بانها ليست بطلق ، انها لا يصح كل تصرف ناقل فيها ،
بيعا كان او غيره .

فى عدم جواز بيع أم الولد

.....

ومنها : كلماتهم فى رهن أم الولد فلا حظها .

ومنها : كلماتهم فى استيلاد المشتري فى زمان خيار البائع ، فان المصرح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن ، ان البائع لو فسخ يرجع الى القيمة لا متناع انتقال أم الولد كذا فى كلام العلامة ، ولده ، و جامع المقاصد ذلك ايضا فى زمان مطلق الخيار .

ومنها : كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ، ردًا وقبولا

(ومنها : كلماتهم فى رهن أم الولد فلا حظها) فان ظاهرهم فى

تلك الكلمات عدم صحة كل تصرف ناقل .

(ومنها : كلماتهم فى استيلاد المشتري) للجارية التى يشتريها

(فى زمان خيار البائع) كما لو اشترى الانسان جارية ، وكان للبائع خيار الى سنة مثلا ، ثم ان المشتري استولد الجارية فى هذه المدة ، فهل للبائع الاخذ بالخيار بعقضى جعل الخيار لنفسه ، أم لا يحق له ؟

لان الامة صارت أم ولد للمشتري ، فلا يمكن نقلها من ملك المشتري الى البائع حتى النقل بالخيار (فان المصرح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن ، ان البائع لو فسخ) والحال ان المشتري استولد الجارية

(يرجع) البائع (الى القيمة) فياخذ قيمة الجارية من المشتري ، لاعينها (لا متناع انتقال أم الولد) من المشتري الى البائع (كذا فى كلام العلامة ولده ، و جامع المقاصد ذلك ايضا) يرجع البائع الى القيمة ، لا العين

(فى زمان مطلق الخيار) الاقسام الاخر للخيار لا فقط خيار الغبن .

(ومنها : كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ، ردًا وقبولا) أى سواء

.....

فانها كالصریحة فی ان الممنوع مطلق نقلها ، لخصوص البيع .
وبالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فی ثبوت حکم البيع لغيره —
النواقل .

ومع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من
النواقل ، للاصول وخلق كلام المعظم عن حکم غير البيع ، وقد عرفت
ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم فی الموارد المختلفة ومع ذلك فهو
الظاهر من المبسوط

من رد ان الشئ الفلانی يكون مستثنى ، ام قبل كون الشئ الفلانی
مستثنى ، فان ظاهرهم المنع عن مطلق الانتقال (فانها) ای كلماتهم
(كالصریحة فی ان الممنوع مطلق نقلها ، لخصوص البيع)

(وبالجملة فلا يبقى للمتأمل) فی كلماتهم (شك فی ثبوت حکم البيع
لغيره من النواقل) لا ان المنع خاص بالبيع فقط .

(ومع ذلك كله) ما عرفت من ادلة كون المنع عام لكل ناقل (فقد
جزم بعض سادة مشايخنا) يعنى سيد المناهل (بجواز غير البيع من
النواقل ، للاصول) ای اصالة شمول ادلة تلك النواقل لام الولد واصله
صحة تلك النواقل ، واصله سلطة المالك (و) ل (خلق كلام المعظم)
من الفقهاء (عن حکم غير البيع ، و) لكن خلق كلام المعظم محل نظر .

اذ : (قد عرفت ظهوره) ای ظهور المنع عن النواقل (من تضاعيف)
و ثانيا (كلمات المعظم فی الموارد المختلفة ومع ذلك) الظهور —
التضاعيف (فهو) ای المنع (الظاهر) من كلام الآخرين (من المبسوط

فى عدم جواز بيع أم الولد

.....
والسرائر، حيث قالأ : اذا مات ولد هاجاز بيعها ، وهبتها ، والتصرف فيها بسائر انواع التصرف .

وفى الايضاح قد ادعى الاجماع صريحا على المنع عن كل ناقل، و
ارسله بعضهم كصاحب الرياض ، و جماعة ارسال المسلمات، بل عبارة
بعضهم ظاهرة فى دعوى الاتفاق حيث قال : ان الاستيلاد مانع من صحة
التصرفات الناقلة من ملك المولى الى ملك غيره ، او المعرّضة لها للدخول
فى ملك غيره ، كالرهن على خلاف فى ذلك

والسرائر، حيث قالأ : اذا مات ولد هاجاز بيعها ، وهبتها ، والتصرف
فيها بسائر انواع التصرف) فان المفهوم من هذا الكلام : ان قبل موت
الولد لا يصح سائر التصرفات فيها لانه لا يصح خصوص البيع فقط .

(وفى الايضاح قد ادعى الاجماع صريحا على المنع عن كل ناقل ، و
ارسله) اى المنع عن سائر التصرفات (بعضهم كصاحب الرياض و جماعة
ارسال المسلمات) و كانه لا يخالف للمسألة اطلاقا (بل عبارة بعضهم
ظاهرة فى دعوى الاتفاق عن سائر التصرفات الناقلة (حيث قال : ان
الاستيلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى الذى استولدها
(الى ملك غيره ، او) التصرفات (المعرّضة لها) اى لام الولد (للدخول
فى ملك غيره ، كالرهن) فانه وان لم يكن ناقلا ، الا انه يعرض الوثيقة
— كام الولد — للنقل الى ملك الدائن (على خلاف فى ذلك) اى فى
التصرف المعرّض .

.....
ثم ان عموم المنع لكل ناقل ، وعدم اختصاصه بالبيع ، قول جميع المسلمين .

والوجه فيه ظهور ادلة المنع المعنونة بالبيع فى ارادة مطلق النقل فان مثل قول امير المؤمنين فى الرواية السابقة : خذبيدها ، وقل من يشتري ام ولدى ، يدل على ان كون مطلق نقل ام الولد الى الغير كان من المنكرات .

وهو مقتضى التأمل فيما سيجئ من اخبار بيع ام الولد فى ثمن رقبتها وعدم جوازه فى ماسوى ذلك .

(ثم ان عموم المنع) عن نقل ام الولد (لكل ناقل ، وعدم اختصاصه)
اي اختصاص النقل (بالبيع ، قول جميع المسلمين)
(والوجه فيه) اى فى ان علماء المسلمين كلهم قالوا بالمنع (ظهور
ادلة المنع المعنونة بالبيع) اى التى ذكر فيها البيع فلفظ (فى ارادة
مطلق النقل) (فى) متعلق بـ (ظهور) (فان مثل قول امير المؤمنين)
عليه السلام (فى الرواية السابقة) فى اول المسألة (خذبيدها ، وقل
من يشتري ام ولدى ، يدل على ان كون مطلق نقل ام الولد الى الغير
كان من المنكرات) اذ العرف لا يفهم من مثل هذا الكلام الا استتكار نقل
الولد لخصوص البيع - بقرينة الحكم والموضوع - .

(وهو) اى كون الممنوع مطلق النقل لخصوص البيع (مقتضى التأمل
فيما سيجئ من اخبار بيع ام الولد فى ثمن رقبتها ، وعدم جوازه) اى البيع
(فى ماسوى ذلك) اى سائر الضرورات .

فى عدم جواز بيع أمّ الولد

هذا ، مضافاً الى ما اشتهر و ان لم نجد نصّاً عليه من ان الوجه فى المنع هو بقاءها رجاءاً الانعتاقها من نصيب ولد ها بعد موت سيّد ها •

والحاصل : انه لا اشكال فى عموم المنع لجميع النواقل •

ثم ان المنع مختص بعدم هلاك الولد ، فلو هلك جاز ، اتفاقاً ، فتوى و نصّاً •

ولو مات الولد ، وخلف ولداً ، ففى اجراء حكم الولد عليه ، لا صالة بقاء المنع ولصدق الاسم

(هذا ، مضافاً الى ما اشتهر) بين الفقهاء (و ان لم نجد نصّاً عليه من ان الوجه فى المنع) عن بيع أمّ الولد (هو بقاءها) فى ملك المستولد (رجاءاً الانعتاقها من نصيب ولد ها بعد موت سيّد ها) المستولد لها ، فان هذه العلة عامّة شاملة للبيع وغيره •

لكن لا يخفى ان مثل هذا الاشتهار انما يكون وجهها الظهور كلما تم فى المنع عن مطلق النقل ، لكنه لا يكون دليلاً •

(والحاصل : انه لا اشكال فى عموم المنع لجميع النواقل) لا خصوص البيع فقط (ثم ان المنع مختص بعدم هلاك الولد) وعليه (فلو هلك جاز) البيع (اتفاقاً ، فتوى و نصّاً) اذ بارتفاع الموضوع ، يرتفع الحكم ، و أمّ الولد غير صادقه الآن و المشتق ليس حقيقة فى ما انقضى خصوصاً بقرينة ما تقدم من اشتهار ان المنع لاجل رجاء الانعتاق من حصّة ولدها (ولو مات الولد ، وخلف ولداً ، ففى اجراء حكم الولد عليه لا صالة بقاء المنع) اذ يشك فى ان المنع هل ارتفع ، ام لا ؟ (ولصدق الاسم)

.....

فيندرج في اطلاق الادلة ، وتغليباً للحرمة ، •

او العدم لكونه حقيقة في ولد الصلب ، وظهور ارادته من جملة من الاخبار واطلاق مادّل من النصوص والاجماع على الجواز بعد موت ولدها •

او التفصيل بين كونه وارثاً لعدم ولد الصلب للمولى وعدمه

لانها تسمى أم ولد - الآن - كما يصدق « حلائل ابنائكم » لزوجة ولد الولد (فيندرج في اطلاق الادلة) المانعة عن بيع أم الولد (وتغليباً للحرمة) اذ رأينا من موارد الشرع المختلفة ان الشارع يعيل الى المنع عن بيع الانسان ، والى ارادة عتق الانسان ، والمنع عن بيع أم الولد اقرب الى الانعتاق ، لانها تعتق من نصيب حفيد ها في بعض الاحيان . (او العدم) اي عدم اجراء حكم الولد على ولد الولد (لكونه) اي (الولد) (حقيقة في ولد الصلب) لا ولد الولد •

وذلك لانصراف ولد الولد عن اطلاق لفظة « الولد » (وظهور ارادته) اي ولد الصلب (من جملة من الاخبار) كالاتى بعضها (و) ل (اطلاق مادّل من النصوص والاجماع على الجواز) اي جواز البيع (بعد موت ولدها) فان الاطلاق شامل لما اذا كان للولد ولده ، ولما اذا لم يكن للولد ولد •

(او التفصيل بين كونه) اي ولد الولد (وارثاً لعدم ولد الصلب للمولى) من غير هذه الجارية - اذ ولد الولد يقوم مقام والده في ارث الجّد اذا لم يكن والده موجوداً - (وعدمه) اي عدم كونه وارثاً •

فى معنى أمّ الولد

لمساوات الاول مع ولد الصلب فى الجهة المقتضية للمنع وجوه ، حكى أو لها عن الايضاح ، وثالثها عن المذهب البارع ، ونهاية المرام ، وعن القواعد والدروس وغيرهما التردد .

بقى الكلام فى معنى أم الولد ، فان ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل ، اذ لا يصدق الولد الابا لولادة لكن المراد هنا مجازا ولدها ولو حملا للمشاركة .

وانما انفصل بهذا التفصيل (لمساوات الاول) وهو ما اذا كان ولد الولد وارثا (مع ولد الصلب فى الجهة المقتضية للمنع) وهى عتق الامة من ارث ولدها (وجوه ، حكى أو لها) وهو المنع عن البيع (عن الايضاح وثالثها) وهو التفصيل (عن المذهب البارع ، ونهاية المرام ، وعن القواعد والدروس وغيرهما التردد) فى المسألة .

والظاهر ان الشيخ ايضا مردد وان كان لا يبعد الجواز لان المستثنى من ادلة السلطنة صورة وجود الولد فى ماعداه يرجع الى ادلة السلطنة (بقى الكلام فى معنى أمّ الولد ، فان ظاهر اللفظ) عند الفهم العرفى (اعتبار انفصال الحمل ، اذ لا يصدق الولد الابا لولادة) فالمرءة الحامل لا تسمى أمّ ولد (لكن المراد هنا مجازا ولدها) اى اذا كان لها ولد (ولو حملا للمشاركة) وهو مجاز يؤل ويشرف الى الحقيقة ، كمن اقترب المدينة يقال دخلها ، والمرءة الحامل تسمى والدة مجازا بالمشاركة — لكن لا يخفى ان المجاز خلاف القاعدة الا اذا كان له ظهور —

ويحتمل ان يراد الولادة من الوالد دون الوالدة .

وكيف كان فلا اشكال ، بل لا خلاف فى تحقق الموضوع بمجرد الحمل
ويدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد ، عن ابي عبد الله عليه
السلام فى الرجل يزوّج الجارية تلد منه اولاد اثم يشتريها فتمكث عنده
ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ، ثم يبدوله فى بيعها ، قال : هى
امته انشاء باع مالم يحدث عنده حمل ، وان شاء اعتق .

(ويحتمل) ان تكون هى امّ ولد بالحقيقة لا مجازاً بالمشاركة ، ب (ان
يراد الولادة من الوالد دون الوالدة) فان الوالد انما يسمى والد الانفصال
المنى منه ، و اذا تحقق الوالد تحققت الوالدة للتضاييف بين الوالد و
الوالدة ، والولد .

لكن لا يخفى ان هذا وان كان صحيحاً بالدقة ، لكنه لا يصح عند
الظهور العرفى ، مضافاً الى ان تحقق الوالدة يكون بتحقيق الوالد غير تام
(وكيف كان) سواء قلنا بصدق (امّ الولد) عرفاً ، ام لا (فلا
اشكال ، بل لا خلاف فى تحقق الموضوع) الموجب لحرمة البيع (بمجرد
الحمل) ولونطفة .

(ويدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد ، عن ابي عبد الله عليه
السلام فى الرجل يزوّج الجارية تلد منه اولاد اثم يشتريها فتمكث عنده)
بعد الاشتراء (ما شاء الله) من الزمان (لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ،
ثم يبدوله) اى يظهر للرجل - اى يريد - (فى بيعها ، قال : هى امته
انشاء باع مالم يحدث عنده حمل ، وان شاء اعتق) فانه دليل على ان

وفى رواية السكونى عن جعفر بن محمد قال : قال على بن الحسين صلوات الله عليهم اجمعين فى مكاتبة يطاءها مولاها فتحيّل فقال عليه السلام : يردّ عليها مهر مثلها وتسعى فى رقبتهها ، فان عجزت فهى من امهات الاولاد .

لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل ، نظر ، لان زمان الحكم بعد تحقق السعى والعجز عقيب الحمل ، والغالب ولج الروح حينئذ .

الحمل مانع .

(وفى رواية السكونى عن جعفر بن محمد قال : قال على بن الحسين صلوات الله عليهم اجمعين فى) امة (مكاتبة يطاءها مولاها فتحيّل) ما حكمها ؟ (فقال عليه السلام : يردّ عليها مهر مثلها) لان الوطى كان حيث لا يجوز له ان يطاء ، اذ المكاتبة تملك امر نفسها ، وليس كسائر الاماء الخالصة للمولى (وتسعى) هى (فى) فك (رقبتهها) بمقتضى عقد المكاتبة (فان عجزت) عن دفع مال الكتابة (فهى) لا تباع ، لانها (من امهات الاولاد) فان الظاهر : كون الحمل صار سبباً لان تكون ام ولد .

(لكن فى دلالتها) اى رواية السكونى (على ثبوت الحكم بمجرد الحمل ، نظر ، لان زمان الحكم) اى حكم الامام عليه السلام بانها من امهات الاولاد (بعد تحقق السعى والعجز) لانه عليه السلام قال « تسعى . . فان عجزت » (عقيب الحمل ، والغالب ولج الروح حينئذ)

ثم الحمل يصدق بالعضة اتفاقا ، على ما صرح فى الرياض ، و
استظهره بعض آخر ، و حكاه عن جماعة هنا وفى باب انقضاء عدة الحامل
وفى صحيحة ابن الحجاج ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام
عن الحبل يطلقها زوجها ، ثم تضع سقطا ثم اولم يتم ، او وضعت ضعة
اتنقضى عدتها عنها ؟ فقال عليه السلام : كل شئ وضعته يستبين انه
حمل ثم اولم يتم فقد انقضت عدتها ، وان كانت

فالرواية تدل على ان كونها لم ولد انما تتحقق بعد ولوج الروح لا بمجرد
الحمل فتأمل .

(ثم الحمل يصدق بالعضة اتفاقا ، على ما صرح) به (فى الرياض ،
واستظهره بعض آخر) العضة حين تكون النطفة كاللحم المضغ ، و
هى بعد النطفة ، والعلة التى هى قطعة دم منجمدة (و حكاه عن
جماعة هنا) فى مسألة بيع ام الولد (وفى باب انقضاء عدة الحامل) بانها
اذ اطرحت العضة انقضت عدتها فى باب الطلاق .

(وفى صحيحة ابن الحجاج ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام
عن الحبل يطلقها زوجها ، ثم تضع سقطا ثم السقط (اولم يتم) وضعت
مضعة ، اتنقضى عدتها عنها ؟) اى عن المضعة ، بمعنى ان تكون المضعة
سببا لانقضاء العدة (فقال عليه السلام : كل شئ وضعته) الحامل بحيث
(يستبين) و يظهر (انه حمل) لا ما اذا لم يكن الشئ الموضوع فيه ظهور
الحملية ، بان لم يعلم كونه مبدء نشوادمى ، ام لا (ثم) ذلك الشئ
الموضوع (اولم يتم ، فقد انقضت عدتها وان كانت) ذلك الشئ اسقطته

.....
مضغة الخ .

ثم الظاهر صدق الحمل على العلقه .
وقوله عليه السلام وان كانت مضغة ، تقرير لكلام السائل لبيان
لاقل مراتب الحمل – كما عن الاسكافى – .
وح فیتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه ، كما عن بعض ، بل عن

المرثه (مضغة الخ) .

(ثم الظاهر) عند العرف (صدق الحمل على العلقه) لان العرف
يسمّون المرثه حينئذ حاملا .

(و) ان قلت : ظاهر كلام الامام ((وان كانت مضغة)) ان ما دون
المضغة لا يسبب سقوطها انقضاء عدتها ، فيدل على انه لا يصدق عليها
حامل ، اذا كان ما فى بطنها علقه .

قلت : (قوله عليه السلام وان كانت مضغة تقرير لكلام السائل)
الذى سئل عن المضغة (لبيان لاقل مراتب الحمل – كما عن الاسكافى –)
حيث انه جعل اقل مراتب الحمل المضغة .

فكلام الامام مثل ان يسئل سائل هل تتحقق دية الانسان بقتل
صبي له عمره عشر سنوات ، فيجاب بانه يتحقق وان كان للصبي عشر
سنوات ، فانه لا يدل على عدم الدية ، فيما اذا كان العمر اقل من عشر
سنوات .

(وح فیتجه الحكم بتحقيق الموضوع) ام عدم جواز بيع ام الولد
(بالعلقه ، كما عن بعض) الفتوى به (بل عن

الايضاح ، والمهذب البارع الاجماع عليه ، وفي المبسوط فيما اذا اقلت جسد اليس فيه تخطيط ، لا ظاهر ولا خفى لكن قالت القوابل انه مبدء خلق آدمي ، وانه لو بقي لخلق و تصور قال قوم انها لا تصير أم ولد بذلك ، وقال بعضهم تصير أم ولد ، وهو مذ هبنا ، انتهى .
ولا يخلو عن قوة ، لصدق الحمل .

واما النطفة فهي بمجرد هالاعبوة بها ما لم تستقر في الرحم ، لعدم صدق كونها حاملا .

وعلى هذا الفرد ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بها في العدة

الايضاح ، والمهذب البارع الاجماع عليه ، (و) قال الشيخ (في المبسوط فيما اذا اقلت جسد اليس فيه تخطيط) للعضاء (لا ظاهر) للعين (و لا خفى) تعرف بدقة نظر وامعان (لكن قالت القوابل انه) اي الجسد الملقى (مبدء خلق آدمي ، وانه لو بقي) في رحم امه (لخلق) بالمجهول (و تصور) بالصورة (قال قوم انها لا تصير أم ولد بذلك ، وقال بعضهم) انها تصير أم ولد ، وهو مذ هبنا ، انتهى) كلام المبسوط .

(و) هذا (لا يخلو عن قوة ، لصدق الحمل) الذي عرفت انه المناط (واما النطفة) قبل العلقه اي المعنى الذاهب الى الرحم (فهي بمجرد هالاعبرة بها) في صدق الحمل ، وصدق أم الولد (ما لم تستقر في الرحم لعدم صدق كونها حاملا) بل هي من قبيل الشئ العابر .

(وعلى هذا الفرد) اي النطفة قبل استقرارها (ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بها في العدة) فلو وطئها شبهة مثلاث

وامامع استقرارها فى الرحم ، فالمحكى عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها ، وهو الذى قواه فى المبسوط فى باب العدة ، بعد ان نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة ، به مستدلا بعموم الآية والاخبار و مرجعه الى صدق الحمل .
ودعوى : ان اطلاق الحامل مجاز بالمشاركة

قبل استقرار المنى فى الرحم سقط ، لم تنقض بذلك عدة وطى الشبهة — مثلا —

(وامامع استقرارها فى الرحم ، فالمحكى عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها) اى بالنطفة ، فهى تكون أمّ ولد (وهو الذى قواه فى المبسوط فى باب العدة ، بعد ان نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة به) اى باسقاط النطفة المستقرة (مستدلا) لما ذكره من انقضاء العدة بالاسقاط للنطفة (بعموم الآية) وهى قوله تعالى « واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » حيث يصدق انها وضعت حملها اذا الوضع اعم من الوضع التام والناقص (والاخبار) الدالة على ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل .

(و مرجعه) اى مرجع استدلال الشيخ بعموم الآية والاخبار الى صدق الحمل) اذ لو اصدق الحمل لم تكن الآية والاخبار شاملة له .
(ودعوى : ان اطلاق الحامل) على المراءة التى تحمل النطفة المستقرة (مجاز بالمشاركة) لانها تؤل وتشرف على الحمل حين تكون النطفة مضغة ، او ما اشبه ، وليس الصدق حقيقة ، فلا تشملها الآية و

.....
يكدّ بها التأمل في الاستعمالات .

وربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ مع انه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ .

نعم في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك .
نعم قوى التحرير موافقته فيما تقدم عن الشيخ في مسألة الجسد الذي ليس فيه التخطيط ، ونسب القول المذكور الى الجامع ايضا .

الاخبار ، لان المطلق يشمل الافراد الحقيقية ، لا المجازية (يكدّ بها التأمل في الاستعمالات) فان العرف يرى ان المرفق بمجرد استقرار النطفة في رحمها حامل .

(وربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ) في صدق أم الولد بمجرد استقرار النطفة (مع انه لم يزد فيه) في التحرير (على حكاية الحكم عن الشيخ)

(نعم في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك) اى موافقة الشيخ بل الظاهر ان نقل الفقيه كلام الفقيه الاخر ساكتا عليه ، يدل على انه موافق له ، والا لما ذاسكت عليه .

(نعم قوى التحرير موافقته) اى الشيخ (فيما تقدم عن الشيخ فى مسألة الجسد الذى ليس فيه التخطيط ، ونسب القول المذكور الى الجامع ايضا) فمذهب التحرير والجامع ان الجسد ايضا اذا كان مبدء نشو آدمى يكون موجبا لصدق أم الولد .

.....

واعلم ان ثمرة تحقق الموضوع فيما اذا اقلت المملوكة مافى بطنها
انما تظهر فى بيعها الواقع قبل الالتقاء فيحكم ببطلانها اذا كان الملقى حملا .
واما بيعها بعد الالتقاء ، فيصح بلا اشكال ،
وحينئذ فلو وطئها المولى ، ثم جاءت بولد تام ، او غير تام فيحكم
ببطلان البيع الواقع بين اول زمان العلوق ، وزمان الالتقاء ، وعن
المسالك الاجماع على ذلك فذكر صور القاء المضغة والعلقه ، والنطفه
فى باب العدة انما هو لبيان انقضاء العدة بالالتقاء ، و

(واعلم ان ثمرة تحقق الموضوع) اى صدق أم الولد (فيما اذا اقلت
المملوكة مافى بطنها انما تظهر فى بيعها الواقع قبل الالتقاء) اذ : لا ثمرة
بعد الالتقاء ، لجواز البيع على كل حال ، سواء صدقت أم الولد ، ام لا
(فيحكم ببطلانها) اى البيع (اذا كان الملقى حملا) بان يصدق عليه انه حمل
(واما بيعها بعد الالتقاء ، فيصح بلا اشكال) فانه بطريق اولى يكون
مجوزا لبيعها اذا مات ولدها .

(وحينئذ) اى حين كان العلوق موجبا لصدق أم الولد (فلو وطئها
المولى ، ثم جاءت بولد تام ، او غير تام فيحكم ببطلان البيع الواقع بين
اول زمان العلوق) اى انعقاد النطفه (وزمان الالتقاء ، وعن المسالك
الاجماع على ذلك)

وعلى هذا (فذكر صور القاء المضغة ، والعلقه ، والنطفه فى
باب العدة) اى عدة الطلاق ، اما عدة الوفاة فانها بعد الاجلين كما
لا يخفى (انما هو لبيان انقضاء العدة بالالتقاء ، و ذكرها

فى باب الاستيلاء لبيان كشفها عن ان المملوكة بعد الوطى صارت أم ولد لان البيع الواقع قبل تحقق العلة صحيح الا ان تصير النطفة علة .
ولذا عبر الاصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلوق الذى هو اللقاح
نعم : لو فرض عدم علوقها بعد الوطى الى زمان صح البيع قبل
العلوق .

ثم المصريح به فى كلام بعض حاكياله عن غيره ، انه لا يعتبر فى
العلوق ان يكون بالوطى فيتحقق

(فى باب الاستيلاء لبيان كشفها) اى هذه الامور الثلاثة (عن ان
المملوكة بعد الوطى صارت أم ولد ، لا لبيان) ان البيع الواقع قبل تحقق
العلة صحيح الا ان تصير النطفة علة) فحينئذ لا يصح البيع .
(ولذا) الذى مرادهم تحديد زمان صيرورتها أم ولد لا بيان صحة
البيع قبل العلة (عبر الاصحاب عن سبب الاستيلاء) الموجب لعدم بيع
الامة (بالعلوق الذى هو اللقاح) واستقرار النطفة ، لا صيرورتها مضغة
او علة ، او ما اشبه .

(نعم : لو فرض عدم علوقها بعد الوطى الى زمان) بان دخلت
النطفة ، ولكنها لم تستقر ، لا ضراب ، او ما اشبه (صح البيع قبل
العلوق) اذ لم تستقر النطفة بعد ، وكذلك لو فرض ان النطفة افرغت
فى كيس اصطناعى ، وبعد البيع افرغت فى الرحم - مثلا - .

(ثم المصريح به فى كلام بعض حاكياله عن غيره ، انه لا يعتبر فى
العلوق ان يكون بالوطى ، فيتحقق) يجذب الرحم من المحل الذى

فى معنى أم الولد

بالمساحقة لان المناط هو الحمل ، وكون ما يولد منها ولد للمولى شرعا
فلا عبرة بعد ذلك بانصراف الاطلاقات الى الغالب ، من كون الحمل
بالوطى .

نعم : يشترط فى العلوق بالوطى ان يكون الوطى على وجه يلحق
الولد بالواطى ، وان كان محرما ، كما اذا كانت فى حيض ، او ممنوعة
الوطى شرعا لعارض آخر .

افترغ فيه منى الرجل ، كما يتحقق (بالمساحقة) ايضا بان يساق الرجل
امته بدون ادخال ، فيعلق المنى برحمها كما يتحقق ايضا بمساحقة المرأة
التي وطئها الزوج بالامة بحيث يدخل منى الرجل منها الى الامة (لان
المناط هو الحمل ، وكون ما يولد منها ولد للمولى شرعا) وهذا المناط
متحقق فى المساحقة (فلا عبرة بعد ذلك) اى بعد تحقق المناط (بانصراف
الاطلاقات الى الغالب ، من كون الحمل بالوطى) اذ هذا الانصراف
بدوى ، لا يوجب تغيير وجهة اللفظ .

(نعم : يشترط فى العلوق بالوطى ان يكون الوطى على وجه يلحق
الولد بالواطى ، وان كان) الوطى (محرما ، كما اذا كانت) الامة (فى حيض
او ممنوعة الوطى شرعا لعارض آخر) كما لو كان فى حال الاحرام او صيام
شهر رمضان ، او كان ناذرا عدم الوطى ، او ما اشبه ذلك .

اما اذا لم يكن الوطى على وجه يلحق به الولد ، فلا اشكال فى عدم
كونه مانعا عن البيع ، كما اذا زنى بامة الغير فحبلت ، ثم صارت ملكا له اذ
الزنا لا ينقلب حلالا بالملكية المستقبلية كما ان حرمة الوطى لحيض ، او ما

.....

اما الامة المزوجة فوطيها زنا لا يوجب لحوق الولد .

ثم ان المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك ، فلو ملكها بعد الحمل ، لم تصر أم ولد ، خلافا للمحكى عن الشيخ وابن حمزة فاكتميا بكونها أم ولد قبل الملك .

ولعله لا طلاق العنوان .

و وجود العلة وهى كونها فى معرض الانعتاق

اشبه ، لا يوجب نفى الولد .

نعم : لو قلنا بجريان الاعان فى الامة لنفى الولد كان اللازم ان

لا يكون الولد لللاعن ، فلا بأس ببيعها .

(اما الامة المزوجة) والمشاركة ، والمعتدة ، وما اشبه (فوطيها

زنا) ف (لا يوجب لحوق الولد)

نعم الوطى بالشبهة يوجب لحوق الولد ، لكن انما يحرم ذلك اذا لم

نشترط كون الولد يعلق فى ملك الواطى كما تقدم فى بعض الروايات ، او

كانت مزوجة فوطئها المولى شبهة - مثلا - .

(ثم ان المشهور اعتبار الحمل) المحرم للبيع (فى زمان الملك ،

فلو ملكها بعد الحمل ، لم تصر أم ولد ، خلافا للمحكى عن الشيخ وابن

حمزة فاكتميا بكونها أم ولد قبل الملك) ايضا .

(ولعله لا طلاق العنوان) فان عنوان أم الولد ، يطلق على ما لو

كان الولد سابقا على الملك ، او لاحقا بالملك .

(و وجود العلة) المانعة عن البيع (وهى كونها فى معرض الانعتاق

.....
 من نصيب ولدها •

ويردّ الاول ، منع اطلاق يقتضى ذلك ، فان المتبادر من أمّ الولد ،
 صنف من اصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية ،
 كالمدبر والمكاتب •
 والعلة المذكورة غير مطردة ، ولا منعكسة •

من نصيب ولدها) اذ : لافرق فى ذلك بين سبق الولد على الملك ، او
 لحوقه •

(ويردّ الاول) اى صدق العنوان (منع اطلاق) لعنوان «أمّ الولد»
 (يقتضى ذلك) اى شمول العنوان لولد كان سابقا على الملك (فان
 المتبادر من أمّ الولد ، صنف من اصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة
 لها) اى للجوارى (بوصف المملوكية) اى المملوكة تكون أمّ ولد وغير أمّ ولد
 فاذا صارت صاحبة ولد ، وهى ليست مملوكة للاب ، لم تسم أمّ ولد
 اصطلاحا (كالمدبر والمكاتب) فانهما عنوانان للمملوك لا يصدقان على كل
 مورد تحقق المعنى اللغوى لهذين اللفظين ، كما اذا قال انسان لعبد
 غيره اوصى بان يحركك بعد وفاتى ، واعطى القائل المال لصاحب العبد
 لان يحزر عبده بعد ان توفى معطى المال •

(والعلة المذكورة) اى كون السبب لعدم البيع الانعتاق من
 حصة ولدها (غير مطردة ، ولا منعكسة)

اما عدم الاطراد اى عدم جمع الافراد ، فان هناك بعض امهات
 الاولاد تباع ، كما اذا كانت الامة المستولدة مات قريب لها ، ولا وارث للميت

.....

مضافا الى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة .

ثم ان المنع عن بيع أم الولد ، قاعدة كلية مستفادة من الاخبار كروايتي السكوني ، ومحمد بن مارد المتقدمتين ، وصحيفة عمر بن يزيد الآتية وغيرها .

ومن الاجماع على انها لا تباع ، الا لامر

فانها تشرى من ذلك المال ، وتعتق وتعطى ما بقى من الارث فالعلة موجودة هنا ومع ذلك تباع .

واما عدم الانعكاس اى عدم منع الاغيار فان هناك بعض امهات الاولاد لا تباع مع عدم وجود العلة - اى انها لا تعتق من نصيب ولدها - كما اذا كان ولدها مرتدا اذا المرتد لا يرث .

(مضافا الى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة) الدالة على عدم تحقق أم الولد بالعلوق قبل الملك .

(ثم) هل مقتضى القاعدة الكلية عدم بيع أم الولد الا اذا دل الدليل على جواز البيع ، ام العكس اى جواز بيع أم الولد الا اذا دل الدليل على عدم جواز البيع .

الظاهر الاول ، ف (ان المنع عن بيع أم الولد ، قاعدة كلية مستفادة من الاخبار ، كروايتي السكوني ومحمد بن مارد المتقدمتين ، وصحيفة عمر بن يزيد الآتية وغيرها) كقول امير المؤمنين عليه السلام ، خذ بيدها وقل من يشتري ام ولدى - كما تقدم -

(ومن الاجماع) عطف على « (من الاخبار) » (على انها لا تباع ، الا لامر

يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلا داعنى تشبثها
 بالحرية .

ولذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز الا بعد اقامة الدليل الخاص
 فلا بد من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها ، حتى تثبت
 بالدليل ثبوت ما هو اولى بالملاحظة فى نظر الشارع من الحق المذكور .
 فلا يصغى اذا الى منع الدليل على المنع كلية ، والتمسك باصالة
 صحة البيع من حيث قاعدة : تسلط الناس على اموالهم ، حتى يثبت

يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلا د اى اذا كان
 هناك حق يغلب على حقها الحاصل بالاستيلا بيعت ، والا لم تبع (اعنى
 تشبثها بالحرية) فان التشبث بالحرية حق لها قد حصل بالاستيلا .

(ولذا) الذى ذكرنا ان مقتضى القاعدة عدم الجواز ، الا اذا قام
 الدليل على الجواز ، ف (كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز الا بعد اقامة
 الدليل الخاص) ولو كان الاصل الجواز ، الا ما خرج ، احتاج المنع الى
 الدليل (فلا بد من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة) قاعدة اصالة المنع
 عن البيع ، الا ما خرج (المجمع عليها ، حتى تثبت بالدليل ثبوت ما هو اولى
 بالملاحظة فى نظر الشارع من الحق المذكور) اى حقها الحاصل بالاستيلا .
 (فلا يصغى اذا) والحال هذه (الى منع الدليل على المنع) اى الى
 كلام من يقول انه لا دليل على المنع عن بيع ام الولد (كلية) اى المنع
 الكلى (والتمسك باصالة صحة البيع من حيث قاعدة : تسلط الناس على
 اموالهم) فالجواز هو الاصل (حتى يثبت

المخرج .

ثم ان المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلية المذكورة فى الجملة .

لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره ، عموم المنع ، وعدم الاستثناء ، وهو غير ثابت ، وعلى تقدير الثبوت ، فهو ضعيف .
يرده ، مضافا الى ما استعرف من الاخبار قوله فى صحيحة زرارة ، وقد سأله عن ام ولد ، قال : تباع وتورث ، وحدها حد الامة بناء على حملها على

المخرج) الدال على عدم جواز البيع .

(ثم ان المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلية المذكورة)
اي كلية عدم جواز البيع (فى الجملة) فى بعض الموارد الآتية .
(لكن المحكى فى السرائر عن السيد) المرتضى (قدس سره ، عموم المنع ، وعدم الاستثناء) اصلا (وهو) اى كون السيد قاتلا بهذا القول (غير ثابت ، وعلى تقدير الثبوت ، فهو ضعيف) لوجود النص والفتوى على الجواز فى بعض الصور .

(يرده ، مضافا الى ما استعرف من الاخبار قوله) فاعل « يرده » (فى صحيحة زرارة ، وقد سأله عن ام ولد قال : تباع وتورث) اى يرثها اولياء المولى فى مقابل انها تعتق بعد المولى (وحدها حد الامة) فان الامة والعبد فى باب الحدود والتعزيرات لها اقل من حد الحر ، بمعنى انها ليست حرة حتى يكون حدها حد الاحرار (بناء على حملها على

.....

انها قد تعرض لها ما يجوز ذلك .

واما المواضع القابلة للاستثناء وقد وقع التكلم فى استثنائها لاجل وجود ما يصلح ان يكون اولى بالملاحظة من الحق فهى صور يجمعها تعلق حق للغير بها او تعلق حقها بتعجيل العتق او تعلق حق سابق على الاستيلاء او عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل .

انها قد تعرض لها ما يجوز ذلك (اى البيع بان بطل مقتضى كونها ام ولد .

(واما المواضع القابلة للاستثناء) فهى اربعة .

الاول : البائع او غير البائع كما اذا كان المولى مديونا .

الثانى : لحق نفسها .

الثالث : لحق سابق على الاستيلاء - وبين هذا وبين الاول عموم

مطلق - .

الرابع : عدم تحقق الحكمة المانعة عن بيعها - كما سيأتى تفصيلها -

(وقد وقع التكلم فى استثنائها) فقد ناقش بعض الفقهاء فى هذه المواضع

(لاجل وجود ما يصلح ان يكون اولى بالملاحظة من الحق) اى حق

الاستيلاء و « لاجل » علة ل « القابلة للاستثناء » (فهى صور يجمعها) .

« ١ » (تعلق حق للغير بها) سواء كان الحق للبائع او لغيره .

« ٢ » (او تعلق حقها) بنفسها (بتعجيل العتق) .

« ٣ » (او تعلق حق سابق على الاستيلاء .

« ٤ » (او عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل) وهى كون بقائها

موجبا لعتقها من حصة ولدها من ارث المولى ، كما اذا كان ولدها قاتلا

.....

فمن موارد القسم الاول ما اذا كان على مولا هادين ، ولم يكن له ما يؤدى هذا الدين .

والكلام فى هذا المورد قد يقع فيما اذا كان الدين ثمن رقبته .
و يقع فيما اذا كان غير ثمنها ، وعلى الاول : يقع الكلام تارة بعد موت المولى ، واخرى فى حال حيوته .
اما بعد الموت فالمشهور الجواز ، بل عن الروضة انه موضع وفاق ، وعن جماعة انه لا خلاف فيه ، ولا ينافى ذلك

او كافرا ، او ما شبهه مما يمنع عن ارثه .
(فمن موارد القسم الاول) وهو تعلق حق للغير بها (ما اذا كان على مولا هادين ، ولم يكن له) اى للمولى (ما يؤدى هذا الدين) .
(والكلام فى هذا المورد قد يقع فيما اذا كان الدين ثمن رقبته)
بان اشتريها المولى نسيئة ، ولم يدفع الثمن ، ومات ، فانها تباع ليؤدى بثمنها دين البائع .
(و قد يقع) الكلام (فيما اذا كان) دين المولى (غير ثمنها ، وعلى الاول) وهو ما اذا كان الدين ثمن رقبته (يقع الكلام تارة بعد موت المولى ، واخرى فى حال حيوته) .

فاللزام ان نتكلم فى باب دين المولى من ثلاث جهات .
(اما بعد الموت) بان كان المولى مديونا لثمن رقبته ، ومات ولم يكن عنده شئ يؤدى به ذلك الدين (فالمشهور الجواز) لبيعها (بل عن الروضة انه موضع وفاق ، وعن جماعة انه لا خلاف فيه ، ولا ينافى ذلك) اى

مخالفة السيد فى اصل المسألة ، لانهم يريدون نفى الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع ام الولد ، او القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبته فى مقابل صورة حياة المولى المختلف فيها .

وكيف كان فلاشكال فى الجواز فى هذه الصورة لا لما قيل من قاعدة : تسلط الناس على اموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة الى المنع فى خصوص هذا المال ، بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح

دعوى عدم الخلاف (مخالفة السيد) المرتضى (فى اصل المسألة) اى اصل مسألة جواز بيع ام الولد ، لانه لا يجوز البيع مطلقا (لانهم) اى المدعون للاتفاق (يريدون نفى الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع ام الولد) مطلقا ، سواء فى ثمن رقبته ، او غير ثمن رقبته (او القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبته) فقط (فى مقابل صورة حياة المولى المختلف فيها) فان بعض المجوزين للبيع فى حالة موت المولى ، لم يجوز البيع فى حالة حياة المولى .

(وكيف كان) سواء اعتبرنا خلاف السيد ضارا بدعوى الاخلاف ، ام غير ضاربه (فلاشكال فى الجواز) لبيع ام الولد (فى هذه الصورة) اى صورة دين المولى لثمن رقبته بعد موت المولى (لا لما قيل من قاعدة : تسلط الناس على اموالهم) .

وانما قلنا « لا لما ٠٠ » (لما عرفت من انقلاب القاعدة) فى باب ام الولد (الى المنع فى خصوص هذا المال) اى ام الولد (بل لما رواه المشايخ الثلاثة) الكلينى ، والصدوق ، والشيخ (فى الصحيح)

عن عمر بن يزيد ، قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام ، اسئلك عن مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه امهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقابهن ، قلت فكيف ذلك قال : ايمارجل اشترى جارية ، فاولدها ، ولم يؤد ثمنها ، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ منها ولد ها وبيعت وادى ثمنها ، قلت : فتباع فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية اخرى لعمر بن يزيد ، عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن ام الولد تباع فى الدين قال : نعم ، فى ثمن رقبته ، ومقتضى اطلاقها بل اطلاق الصحيحة — كما قيل —

عن عمر بن يزيد ، قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام ، اسئلك عن مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه امهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقابهن ، قلت فكيف ذلك (اى كيف يكون الامر حتى يكون البيع جائزا) قال : ايمارجل اشترى جارية ، فاولدها ، ولم يؤد ثمنها ، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه) ثمن الجارية (اخذ منها ولد ها ، وبيعت ، وادى ثمنها ، قلت فـ) هل (تباع فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية اخرى لعمر بن يزيد ، عن ابي الحسن عليه السلام ، قال سألته عن) بيع (ام الولد) هل (تباع فى الدين ؟ قال : نعم ، فى ثمن رقبتهما و) لا يخفى ان (مقتضى اطلاقها) لانها لم تقيد البيع بما بعد موت المولى (بل اطلاق الصحيحة — كما قيل —) ان لها اطلاقا يشمل حالتى الحيوة

ثبوت الجواز مع حيوة المولى ، كما هو مذهب الأكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان وعن نهاية المرام ، والكفاية ان المنع نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة .

وربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييد ها بالصحيحة السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى ، كما يشهد به قوله عليه السلام فيها ولم يدع من المال الخ ، فيدل على نفى الجواز عما سوى هذا الفرد .

والموت وان كان الظاهر انه لا اطلاق لها ، لظاهر قوله « ولم يدع من المال » .

اما القائل بالاطلاق ، فكانه فهم ان القيد غالبى لانه قيد احترازى (ثبوت الجواز) لبيع الامة (مع حيوة المولى ، كما هو مذهب الأكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان) المحقق و العلامة (وعن نهاية المرام ، والكفاية) للسبزوارى (ان المنع) قول (نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة) التقوية من النهاية والكفاية — لا من المصنف كما لا يخفى .

(وربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييد ها) اى رواية عمر بن يزيد (بالصحيحة السابقة) اى صحيحة عمر ايضا (بناء على اختصاص الجواز فيها) اى فى الصحيحة (بصورة موت المولى) فالرواية مقيدة بالصحيحة (كما يشهد به) اى بان الصحيحة خاصة بصورة الموت (قوله عليه السلام فيها) اى فى الصحيحة (ولم يدع من المال الخ ، فيدل) هذا القيد (على نفى الجواز عما سوى هذا الفرد) وهو حالة حيوة المولى ، وانما يكون هذا القيد فى

اما للورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الاولاد ، فيدل

على الحصر .

واما لان نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعه

فى الدين مع حياة المولى .

واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح .

الصحيحة احترازا .

(اما للورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الاولاد ، فيدل

على الحصر) لانه حينئذ فى مقام التحديد ، ومقام التحديد دال على الحصر .

(واما لان نفى الجواز فى ذيلها) حيث قال الراوى : قلت فتباع

فيما سوى ذلك من دين ؟ قال لا (فيما سوى هذه الصورة) اى صورة موت

المولى (يشمل بيعه فى الدين مع حياة المولى) فحياة المولى خارجة

عن جواز البيع ، اما مفهومها ، واما منطوقها .

(واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح) .

اما اندفاع التوهم الاول ، فلان الكلام ليس فى موارد جواز بيع ام

الولد مطلقا حتى يكون التقييد ذا مفهوم ، واما الكلام فى مورد بيع امير

المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد .

واما اندفاع التوهم الثانى : فلان قوله « فيما سوى ذلك » كما يحتمل

ان يكون المراد منه سوى حالة الموت - فيكون له مفهوم بعدم الجواز فى

حالة الحياة - كذلك يحتمل ان يكون المراد منه سوى حالة الدين

المتعلق برقيبتها ، فيشمل حالة الحياة والموت .

نعم : يمكن ان يقال فى وجه القوة بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع ، الظاهر فى الدين فى كون البائع غير المولى فيما بعد الموت ان النسبة بينها وبين رواية ابن مارد المتقدمة ، عموم من وجه .

ولا يخفى عليك عدم وضوح اندفاع التوهم لما يرد على الاندفاعين من الاشكال .

(نعم : يمكن ان يقال فى وجه القوة) اى قوة اختصاص جواز البيع بما بعد الموت (بعد الغض) و الاغماض (عن دعوى ظهور قوله : تباع ، الظاهر فى الدين فى كون البائع غير المولى) (فى) متعلق بـ (ظهور) (فيما بعد الموت) اى كون البيع بعد الموت .

وانما كان ظاهرا فى ذلك ، لان « تباع » بصيغة المجهول يدل على مجهولية البائع ، ولو كان البائع المولى لم يكن وجه للتيان به مجهولا ، بل مقتضى الكلام ان يقول « بيعه » .

وانما قال « بعد الغض » لانه لو اردنا ان نأخذ بهذا الظاهر ، ولم نغض عنه ، يكون هذا منافيا لرواية ابن مارد ، لاعم من وجه ، اذ ظاهر رواية ابن مارد البيع فى حال الحيوة ، لانه قال « انشاء باعها » فان كان ظاهرا « تباع » فى هذه الرواية : البيع بعد الموت ، تكون النسبة بين الروايتين التافى والمباينة ، لا العموم من وجه (ان النسبة بينها) اى بين صحيحة عمر (وبين رواية ابن مارد المتقدمة ، عموم من وجه) .

اذ الصحيحة شاملة لحالة الموت والحيوة ، لكنها خاصة بثمن الرقبة .
ورواية ابن مارد شاملة لثمن الرقبة وغيره ، لكنها خاصة بحالة الحيوة .

.....
 فيرجع الى اصاله المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة
 المجمع عليها .

نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج الى المخصص .
 فيقال بمنع الاجماع فى محل الخلاف ، سيما مع كون المخالف جل
 المجمعين بل كلهم الانادر .

و حينئذ فالمرجع الى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم .

(ف) فى مورد الاجتماع وهوشن الرقبة فى حال الحياة ، حيث تجتمع
 الروايتان ، واحد يهما يجوز البيع ، والاخرى تمنع البيع (يرجع الى
 اصاله المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها) وهى
 قاعدة المنع عن بيع ام الولد ، الا ما خرج .

(نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه) اى عموما يشمل حتى
 مثل حالة المولى فيما لو اراد ان يبيعهافى دين نفسها (بحيث تحتاج)
 القاعدة المانعة (الى المخصص) لجواز بيعها فى هذه الصورة .

(فيقال) فى وجه شمول القاعدة لهذه الصورة (بمنع الاجماع) على
 عدم جواز البيع (فى محل الخلاف) وهو صورة حيوة المولى (سيما مع
 كون المخالف) اى الذى يجوز البيع — مخالف للمنع عن بيعها فى هذه
 الصورة — (جل المجمعين بل كلهم الانادر) فكيف يتحقق الاجماع على
 المنع فى هذه الصورة .

(و حينئذ) اى حين منع الاجماع (فالمرجع) فى صورة حيوة المولى
 (الى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم) .

.....

لكن التحقيق خلافه ، وان صدر هو عن بعض المحققين لان المستفاد من النصوص والفتاوى : ان استيلاء الامة يحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها الا اذا كان هناك حق اولى منه بالمراعات .

وربما توهم معارضة هذه القاعدة وجوب اداء الدين ، فيبقى قاعدة السلطنة ، واصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبتهما قبل الاستيلاء . ولا يعارضها اصالة بقاء المنع حال الاستيلاء ، قبل العجز عن ثمنها ،

وعليه فيجوز بيع الامة فى ثمن رقبتهما .

(لكن التحقيق خلافه ، وان صدر هو عن بعض المحققين) وهو صاحب المقاييس كما قيل (لان المستفاد من النصوص والفتاوى : ان استيلاء الامة يحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها الا اذا كان هناك حق اولى منه) اى من حقها (بالمراعات) ولم يعلم ان الحق فى حال حيوة المولى اولى من حقها .

(وربما توهم معارضة هذه القاعدة) اى قاعدة حق الامة مع حق (وجوب اداء الدين) الذى هو حق للبائع فيتساقتان (فيبقى قاعدة السلطنة) للمولى على ماله (و) قاعدة (اصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبتهما قبل الاستيلاء) « قبل » ظرف « لجواز » اى استحباب الجواز ، فيرجع اليهما فيجوز بيعها .

(ولا يعارضها) اى لا يعارض اصالة نقل بقاء جواز البيع (اصالة بقاء المنع حال الاستيلاء ، قبل العجز عن ثمنها) .

.....
 لان بيعها قبل العجز ليس بيعها في الدين كما لا يخفى .
 ويندفع اصل المعارضة بان ادلة وجوب اداء الدين مقيدة
 بالقدرة العقلية .
 والشرعية ،

فهنا استصحابان ، استصحاب المنع الذي كان قبل العجز ، و
 استصحاب الجواز الذي كان قبل الاستيلاد .
 لكن استصحاب المنع لا يعارض استصحاب الجواز (لان بيعها قبل
 العجز ليس بيعها في الدين) فتبدل الموضوع بالنسبة الى المنع ،
 فالمرأة قبل العجز غير المرأة بعد العجز .
 والدليل انما دل على عدم الجواز في صورة عدم العجز ، بان لم
 يكن بيعها لاجل الدين ، فاذا تبدل الموضوع لم يكن مجال لاستصحاب
 المنع ، ويبقى استصحاب جواز البيع قبل الاستيلاد بلا معارض (كما
 لا يخفى) هذا كلام من اجاز البيع حال الحيوة .
 (ويندفع) هذا التوهم الذي توهمه مجيز البيع حال الحيوة
 (اصل المعارضة) اي التعارض بين قاعدة حق المستولدة في نفسها
 المانع عن بيعها ، وبين قاعدة وجوب اداء الدين (بان ادلة وجوب
 اداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية) فاذا لم يكن للانسان قدرة عقلية ولم
 يجب اداء الدين .

(و) القدرة (الشرعية) فانه اذا قدر عقلا لكنه كان مالا للمستثنيات
 لم يجب شرعا بيعها و اداء الدين من ثمنها .

.....

وقاعدة المنع ينفى القدرة الشرعية كما فى المرهون ، والموقوف .

فالاولى فى الانتصار لمذهب المشهور ان يقال : برجحان اطلاق

رواية عمرين يزيد على اطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها فى ثمن رقبتها ، كما يشهد به قوله عليه السلام : فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ، ثم يبدوله فى بيعها ،

(وقاعدة المنع) الاستفادة من ان لها حقانى نفسها بمجرد

الاستيلاء (ينفى القدرة الشرعية) فان الشارع اذا قال : لا تبع الشئ

الفانى ، فانه لا قدرة للانسان على اداء الدين فحاله كما لو كان مديونا

له وقف ، فان منع الشارع عن بيع الوقف ، يمنع عن كونه قادرا على

اداء الدين .

اذ المعارضة بين القاعدتين ، وانما المقدم منهما قاعدة المنع (كما

فى المرهون والموقوف) فان ملك الانسان لهما ، لا يوجب جواز بيعها

فى اداء الدين .

(فالاولى فى الانتصار لمذهب المشهور) القائلين بجواز بيع ام

الولد فى حال حيوة المولى (ان يقال : برجحان اطلاق رواية عمرين يزيد

الدالة على الجواز (على اطلاق رواية ابن مارد) وان كان بينهما عموم

من وجه (الظاهر) ذلك الاطلاق فى رواية ابن مارد (فى عدم كون بيعها

فى ثمن رقبتها ، كما يشهد به) اى عدم كون البيع فى ثمن الرقبة (قوله

عليه السلام : فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ، ثم

يبدوله فى بيعها) .

مع ان ظاهر البداء فى البيع ينافى الاضرار اليه لاجل ثمنها .
وبالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت ، لا اشكال فى
رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل .
مضافا الى اعتضادها بالشهرة المحققة ، والمسألة محل اشكال .
ثم على المشهور من الجواز فهل يعتبر فيه عدم مايفى به الدين ،

وقوله : الظاهر ، اشارة الى وجر جحان اطلاق رواية عمر على رواية ابن مارد
هذا (مع ان ظاهر البداء فى البيع) حيث قال عليه السلام :
يبدوله فى بيعها (ينافى الاضرار اليه) اى الى البيع (لاجل ثمنها)
والالعبر بانه اضطر .

وهذا وجه اخر لتقديم رواية عمر على رواية ابن مارد .
(وبالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية) اى رواية عمر (فيما بعد
الموت ، لا اشكال فى رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع)
متعلق بـ (دلالة) (كما يظهر بالتأمل) .

ووجهه ما ذكرناه ، مما اشار اليه بقوله (الظاهر فى عدم كون بيعها .. الخ) .
(مضافا الى اعتضادها) اى رواية عمر الصحيحة (بالشهرة المحققة)
القائلة بجواز البيع حال حيوة المولى (والمسألة) بعد (محل اشكال)
لولا الشهرة .

(ثم على المشهور من الجواز) اى جواز بيع المولى امته المستولدة
لاداء دين رقبته اذ الم يجد المولى ما يؤدى به دينها (فهل يعتبر فيه)
اى فى الجواز (عدم) وجدان المولى (مايفى به الدين ،

ولو من المستثنيات ، كما هو ظاهر اطلاق كثير ، او مما عداها كالماعن جماعة الاقوى هو الثانى ، بل لا يبعد ان يكون ذلك مراد من اطلاق ، لان الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النص والفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعهما من جهة الاستيلاد ، فتكون ملكا طلقا ، كسائر الاملاك التى يؤخذ

ولو من المستثنيات ، كما هو ظاهر اطلاق كثير)

فاللزام ان لا يكون للمولى اى شئ ، لامن مستثنيات الدين ، و لامن غير المستثنيات حتى يجوز له بيع المستولدة (او ماعداها) اى ماعدا المستثنيات ، فاذا كان عنده المستثنيات ، ولم يكن عنده غيرها ، جاز بيعها ، لان المستثنيات لاتباع فى الدين ، فوجودها غير ضارّ بجواز بيع المستولدة (كما عن جماعة الاقوى هو الثانى) فيجوز بيعها وان كان عنده المستثنيات (بل لا يبعد ان يكون ذلك) اى « عدم وجود ماعدا المستثنيات » (مراد من اطلاق) وقال : يجوز البيع اذا لم يكن عند المولى شئ .

فمراده ب « شئ » ماعدا المستثنيات .

وانما قلنا « الاقوى الثانى » (لان الحكم بالجواز) اى جواز بيع المستولدة (فى هذه الصورة) اى صورة بيعها لاجل اداء دين رقبتهما (فى النص والفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعهما من جهة الاستيلاد) اى ان الاستيلاد اوجب مانعا عن بيعها ، فاذا لم يكن للمولى شئ يؤدى به ثمنها ارتفع المانع وجاز البيع (فتكون) الامة فى هذا الحال الذى ارتفع المانع (ملكا طلقا ، كسائر الاملاك التى يؤخذ

.....

المالك بيعهما من دون بيع المستثنيات .

فحاصل السؤال في رواية عمر بن يزيد انه هل تباع أم الولد في

الدين؟ على حد سائر الاموال التي تباع فيه .

وحاصل الجواب تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبة فيكون ثمن

الرقبة بالنسبة الى أم الولد ، كسائر الديون بالنسبة الى سائر الاموال

المالك) اي يجب على المالك (بيعهما من دون بيع المستثنيات) اي من

دون ان يؤخذ المالك ببيع المستثنيات .

وان شئت قلت: المستفاد من دليل المستثنيات، ان الشارع لم

يعتبرها مالا يؤدي به الدين ، فهذا المولى لامل له - وان كان له

المستثنيات - .

واذا لم يكن له مال صدق عليه قوله عليه السلام «و لم يدع من

المال ما يؤدي عنه»

(فحاصل السؤال ، في رواية عمر بن يزيد انه هل تباع أم الولد في

الدين؟ على حد) ومثل (سائر الاموال التي تباع فيه) اي في الدين و

من المعلوم ان المستثنيات لا تباع في الدين .

(و حاصل الجواب تقرير ذلك) اي جواز البيع (في خصوص ثمن

الرقبة فيكون ثمن الرقبة بالنسبة الى أم الولد) لا كل دين على المولى

(كسائر الديون) التي تجوز بيع مال المولى (بالنسبة الى سائر الاموال)

للمولى .

فالفارق فقط : هو ان بيع أم الولد في دين رقبته وبيع سائر

فى الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

وماذكرنا يظهر: انه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج اليه المولى للخدمة فلا تباع فى ثمن رقبتها، لان غاية الامر كونها بالنسبة الى الثمن كجارية اخرى يحتاج اليها .
وماذكرنا يظهر الوجه فى استثناء الكفن ومؤنة التجهيز، فاذا كان للميت

الاموال فى كل دين .

اما لزوم ان يكون خارجا من المستثنيات فهذا مشترك بين أم الولد وغير أم الولد، اى لا تباع المستثنيات لافى دين رقة ام الولد، ولا فى دين آخر من سائر ديون المولى .

(وماذكرنا) من ان وجود المستثنيات لا يضرب بجواز بيع أم الولد (يظهر: انه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج اليه المولى للخدمة، فلا تباع فى ثمن رقبتها) بل يبقى الدين على المولى حتى يؤدى من مكان آخر .

نعم تباع بعد موت المولى (لان غاية الامر فى حال احتياج المولى اليها (كونها) اى أم الولد (بالنسبة الى الثمن) اى ثمن نفسها (كجارية اخرى يحتاج) المولى (اليها)

فكما لا تباع تلك الجارية لاداء ثمن أم الولد، كذلك لا تباع أم الولد لاداء ثمن نفسها .

(وماذكرنا) من ان أم الولد تباع، ولا تباع مستثنيات الدين (يظهر الوجه فى استثناء الكفن ومؤنة التجهيز) الواجبة (فاذا كان للميت

كفن ، و أم ولد بيعت في الدين ، دون الكفن ، اذ يصدق ان الميِّت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها لان الكفن لا يؤدى عنه الدين .
ثم انه لافرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع ، او استدان الثمن ، واشترى به .

امالو اشترى في الذمة ثم استدان ما اوفى به البائع ، فليس بيعها بيعها في ثمن رقبته بل رقبته بل رقبته بل رقبته بل رقبته . فتأمل .

كفن ، و أم ولد) وكان الميِّت مديوناً لثمنها (بيعت) أم الولد (في الدين دون الكفن) بل يكفن به الميِّت (اذ يصدق ان الميِّت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها) اي عدا أم الولد (لان الكفن لا يؤدى عنه الدين) فحاله حال المستثنيات .

(ثم انه لافرق) في بيع أم الولد في ثمن رقبته (بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع) بان اشتراها بالذمة (او استدان الثمن ، واشترى به) لصدق الدليل الدال على انه ثمن لنفسها .

(امالو اشترى) الامة (في الذمة ثم استدان ما اوفى به البائع) هل تباع ، ام لا ؟ يحتمل العدم ، لانه (ليس بيعها في ثمن رقبته) بل في دين آخر على المشتري لانسان آخر غير البائع (بل ربما تأمل في) جواز بيعها في صورة (ما قبله) اي اذا استدان الثمن واشترى به (فتأمل) اذ يصدق في جميع الصورة انه دين رقبة الامة ، حتى اذا دار الدين دورات متعددة ، كمالو اشترى الامة في الذمة ثم استدان دارا و باعها موادى بثمنها ثمن الامة — مثلاً — .

ولا فرق بين بقاء جميع الثمن فى الذمة ، او بعضه ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن او زيادتها عليه .

نعم لو امكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المبرر
التصريح به .

ولو كان الثمن مؤجلاً ، لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الاجل و
ان كان مأيوساً عن الاداء عند الاجل .

(ولا فرق) فى جواز بيعها (بين بقاء جميع الثمن فى الذمة ، او
بعضه) كما لو اشترى الامة بمائة و نقد منها تسعين ، و بقى عشرة فى ذمته
لا طلاق النص والفتوى (ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن او زيادتها
عليه) كما لو نقصت قيمة الامة الآن عن قيمتها التى اشترت بها ، فكانت
قيمتها وقت الاشتراء مائة ، والآن تسوى خمسين ، او بالعكس .

(نعم لو امكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه) لان الاصل عدم
الجواز الا بمقدار الضرورة بعد ما علمنا من الشارع نفرة عن بيعها (كما عن
غاية المراد التصريح به) وهل انه لو امكن ايجارها او عملها حتى يوفر
الثمن جاز البيع ام لا ؟ احتمالان ، من : اطلاق الاداة ، ومن العلة
المذكورة من الاقتصار بمقدار الضرورة .

ثم لو امكن بيعها ممن تنعتق عليه و من غيره ، فهل يقدم الاول ام
هما متساويان ؟ احتمالان .

(ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الاجل و
ان كان) المولى (مأيوساً عن الاداء عند الاجل) اذ الضرورات تقدر

.....
 وفى اشتراط مطالبة البائع ، والاكتفاء باستحقاقه ولو امتنع عن التسلم .

او الفرق بين رضاه بالتأخير ، واسقاطه لحق الحلول ، وان لم يسقط بذلك وبين عدم المطالبة فيجوز فى الثانى دون الاول .
 وجوه ، احوطها الاول .
 ومقتضى الاطلاق الثانى .

بقدرها .

لكن لو خاف عدم الاشتراء عند الاجل ، او خاف موت الجارية اذا صبر عليها الى ذلك الوقت ، او خاف نقص قيمتها بما لا يتمكن سدّ البقية احتمل جواز البيع ، لاطلاق الادلة المجوزة .

(وفى اشتراط مطالبة البائع) فى جواز البيع (او الاكتفاء باستحقاقه) اى استحقاقه اى استحقاق البائع الثمن (ولو امتنع) البائع (عن التسلم) للمال - ولو وصلية - .

(او الفرق بين رضاه) اى البائع (بالتأخير واسقاطه لحق الحلول وان لم يسقط الحق) بذلك اى بالاسقاط (وبين عدم المطالبة فيجوز) البيع (فى الثانى دون الاول)

(وجوه ، احوطها الاول) اى اشتراط مطالبة البائع .

(ومقتضى الاطلاق الثانى) اذ اطلاق الادلة المجوزة شامل لجميع

صور الاستحقاق .

اللهم الا ان يقيد بدليل : الضروات تقدر بقدرها .

.....

ولو تبرع متبرع بالاداء فان سَلَّم الى البائع ، برئت ذمة المشتري ولا يجوز بيعها .

وان سَلَّم الى المولى ، او الورثة ففى وجوب القبول نظر .
وكذا الورضى البائع باستسائها فى الاداء .
ولو دار الامر بين بيعها من ينعق عليه ، او بشرط العتق و
بيعها من غيره ففى وجوب تقديم الاول وجهان .

(ولو تبرع متبرع بالاداء) لثمن الجارية (فان سَلَّم) الثمن (الى
البائع ، برئت ذمة المشتري ، ولا يجوز بيعها) حينئذ لانقضاء الموضوع
الموجب لانقضاء الحكم .

(وان سَلَّم) الثمن (الى المولى ، او) الى (الورثة) بعد موت
المولى (ففى وجوب القبول نظر) اذ القبول نوع اكتساب ، ولم يدل
الدليل على انه يجب الاكتساب لاداء الثمن .

(وكذا الورضى البائع باستسائها فى الاداء) بان لا يبيعها
المولى ، وانما تسعى هى لاداء ثمنها ، فانه لا دليل على انه يجب
على المولى القبول .

بل اطلاق ادلة جواز البيع يدل على عدم وجوب الاستسعاء .
(ولو دار الامر بين بيعها من ينعق عليه) كالعمودين (او) يبيعها
(بشرط العتق) بان كان هناك مشتري شترها ويشترط عليه ان يعتقها
ومشتري آخر لا يقبل هذا الشرط (وبيعها من غيره) الذى لا يعتقها
لا تنعق عليه (ففى وجوب تقديم الاول وجهان) من اطلاق الادلة ، فلا

ولو ادى الولد ثمن نصيبه انتعق عليه و حكم الباقي يعلم من مسائل السراية .

ولو ادى ثمن جميعها ، فان اقبضه البائع فكالمتبرع وان كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر ، من الاطلاق ومن الجمع بين حقي الاستيلاد والدّين .

يجب ، ومن ان العتق اقرب الى ميل الشارع ورغبته فيجب .

(ولو ادى الولد ثمن نصيبه) بعدموت المولى الوالد ، بان ادى ثمن المقدار الذى يرثه منها — على تقدير الارث — (انتعق عليه) لان الولد لا يملك اياه او امه (و حكم الباقي) الذى لم ينعتق (يعلم من مسائل السراية) فان بناء العتق على التغليب .

فربما نقول بذلك فاللازم حينئذ عتق الامة كلا ، والسعى فى ثمن

الباقي .

وربما لا نقول بذلك فاللازم بيع الباقي و اداء باقى الثمن للبائع .

(ولو ادى) ولدها (ثمن جميعها ، فان اقبضه البائع فكالمتبرع)

تنتعق هى (وان كان بطريق الشراء) بان اراد الولد شراء امه من المولى ، او الورثة (ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر ، من الاطلاق) اى اطلاق الادلة الدالة على ان المولى او الورثة يجوز لهم البيع لكل من اراد و افلا يجب عليهم بيعها من ولدها لتنتعق (و من الجمع بين حقي الاستيلاد) المقتضى لحبلها بحيث تنتعق (والدّين) المقتضى لبيعها لاداء ثمنها الى البائع ، فاللازم على هذا بيعها من ولدها .

ولو امتنع المولى من اداء الثمن من غير عذر فليجوز بيع البائع
لها مقاصّة مطلقا ومع اذن الحاكم وجه .

وربما يستوجه خلافه لان منع البيع لحق ام الولد ، فلا يسقط بامتناع
المولى .

ولظاهر الفتاوى .

وتغليب جانب الحرية وفى الجميع نظر

(ولو امتنع المولى من اداء الثمن) لها (من غير عذر) بان كان
متمكنا ، ولكنه لم يؤدّع صيانا (فليجوز بيع البائع لها مقاصّة) لا خذ ما يطلبه
(مطلقا) ولو بدون اذن الحاكم الشرعى (او مع اذن الحاكم وجه) .
اذ من المحتمل لزوم استيذان الحاكم فى كل مقاصّة فهنا يجب ايضا .
ومن المحتمل عدم وجوب استيذانه مطلقا فهنا لا يجب ايضا .

(وربما يستوجه) اى يقال الاوجه (خلافه) اى عدم جواز بيع ام الولد
مقاصّة ، حتى باذن الحاكم (لان منع البيع) انما هو (لحق ام الولد ،
فلا يسقط بامتناع المولى) لانه لا تزر وازرة وزر اخرى .
(ولظاهر الفتاوى) الدالة على انه لا تباع الا فى ثمن نفسها فى
صورة عدم المولى .

(و ل) (تغليب جانب الحرية) المقتضى لعدم جواز مقاصّة البائع
من نفس ام الولد (وفى الجميع نظر) .

اذ يرد على الاول : ان حق البائع مقدم على حق ام الولد والمولى .
وعلى الثانى : ان الفتاوى انما هى فى صورة اتمام المولى للاعطاء

و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها في عقد مساومتها وان كان صلحا .
 وفي الحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن ، كما اذا اشترط
 الانفاق على البائع مدة معينة اشكال .
 وعلى العدم لو فسخ البائع

اما صورة عدم اقدامه فلا وجه ، لسقوط حق البائع .
 وعلى الثالث : انه لا دليل بتغليب جانب الحرية مطلقا حتى في
 امثال هذه المسألة ، هذا .
 ولكن للقائل في المسألة مجال واسع (و المراد بثمنها ما جعل عوضا
 لها في عقد مساومتها) اي حين اريد التبادل وانتقالها الى المولى
 الجديد (وان كان) العقد (صلحا) لوضوح ان ليس المراد الاشتراء
 بما هو اشتراء ، بل العرف يرى ان الاشتراء فرد من افراد الكلى .
 (وفي الحاق الشرط المذكور) اي الشرط الذي يذكر (في متن
 العقد بالثمن ، كما اذا اشترط الانفاق على البائع مدة معينة) في ضمن
 اشترائها ، كما لو اشتراها بمائة بشرط ان ينفق على البائع سنة كاملة مما
 يوجب ان يخسر المشتري مائة اخرى ايضا ، فلم يكن للمشتري هذه المائة ،
 فهل له ان يبيع الامة لسد هذه النفقة (اشكال) من انه كالثمن فيجوز
 البيع ، ومن ان المال الآتي على ذمة المشتري بسبب الشرط لا يسمى
 ثمن ، فلا يجوز البيع .

(وعلى العدم) بان قلنا : ان الشرط لا يلحق بالثمن ، فلا يجوز
 للمشتري بيعها (لو فسخ البائع) حيث رأى ان المشتري بالشرط

فان قلنا : بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت .
وان قلنا : بمنعه عنه فينتقل الى القيمة .

ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ فى اداء القيمة ، امكن القول بجواز
استردادها ، لان المانع عنه هو عدم انتقالها ، فاذا لم يكن بدّ من نقلها
لاجل القيمة ، لم يمنع على ردّها الى البائع ، كما لو بيعت على البائع فى

(ف) هل يتمكن البائع من فسخ المعاملة و استرداد الامه وقد استولدها
المشتري ، ام لا ؟ احتملان .

ف (ان قلنا : بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ) فى كل
مكان كان للبائع الفسخ (استردت) بعد ان فسخ البائع المعاملة .
(وان قلنا : بمنعه) اى الاستيلاء (عنه) اى عن الاسترداد (فينتقل
الى القيمة) فاذا لم يف المشتري بالشرط ، وفسخ البائع ، اخذ القيمة
من المشتري ، لكن لما كان المشتري غير قادر على اعطاء القيمة كان له ان
يبيع الجارية ، ويصدق انها بيعت فى ثمن رقبته .

(ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ فى اداء القيمة) لدلالة النص والفتوى
عليه (امكن القول بجواز استردادها) فاذا فسخ البائع استرد هـ ا من
دون حاجة الى القول باسترداد القيمة وبيعها ، لرد المشتري القيمة
الى البائع (لان المانع عنه) اى عن الاسترداد (هو عدم انتقالها)
من ملك المشتري الذى اولدها (فاذا لم يكن بدّ) وعلاج (من نقلها
لاجل القيمة ، لم يمنع عن ردّها الى البائع) اذ لافرق بين الانتقالين
(كما لو بيعت على البائع فى

• ثمن رقيبتها .

هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها .

واما بيعها في دين آخر .

فان كان مولاها حيا ، لم يجز اجماعا على الظاهر المصريح به في

كلام بعض .

وان كان بعد موته ، فالمعروف من مذهب الاصحاب المنع ايضا ،

لا صالة بقاء المنع في حال الحيوة .

• ثمن رقيبتها)

(هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها) .

وهناك فروع اخرا ضرب عنها المصنف « ره » والسكوت عنها اجمل ،

لان المسألة خارجة عن محل الاستيلاء فعلا ، وان كانت في زمن وجود

العبيد والاماء من اكثر المسائل دورا ، والله المستعان .

(واما بيعها في دين آخر) كما لو كان المولى مدينا لا جليها ، او لاجل

غيرها ، مثلا كان مدينا في نفقات شفائها من المرض ، او نفقات نفس المولى .

(فان كان مولاها حيا ، لم يجز اجماعا على الظاهر المصريح به) اي

بالاجماع (في كلام بعض) لان الكل في المذكور في الروايات المانع عن

بيعها شامل لهذا الفرد ايضا .

(وان كان بعد موته ، فالمعروف من مذهب الاصحاب المنع ايضا ،

لا صالة بقاء المنع في حال الحيوة) (في « متعلق » المنع) اي استحباب

المنع الى ما بعد الموت .

ولا طلاق روايتى عمر بن يزيد المتقدمين منطوقا ومفهوما •
 وبهما يخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز ، مما يتخيل صلاحيته
 لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد ، كمفهوم مقطوعة يونس فى أم ولد
 ليس لها ولد ، مات ولدها ، ومات عنها صاحبها ، ولم يعتقها ، هل
 يجوز لأحد تزويجها ؟ قال : لا ، لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة
 وإن كان لها ولد ، وليس على الميت دين ، فهى للولد ، وإذا
 ملكها الولد عتقت بملك

(ولا طلاق روايتى عمر بن يزيد) الصحيحة ، وغيرها (المتقدمين)
 فى مسألة البيع فى ثمن نفسها (منطوقا ومفهوما)
 فإن الصحيحة كانت صريحة فى عدم جواز البيع فى سائر الموارد و
 الرواية كانت دالة بالمفهوم •
 (وبهما يخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز ، مما يتخيل صلاحيته
 لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد) وما يتخيل صلاحية ، هو كمفهوم
 مقطوعة يونس فى أم ولد ليس لها ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ، ولم
 يعتقها ، هل يجوز لأحد تزويجها ؟ قال : لا ، لا يحل لأحد تزويجها
 إلا بعق من الورثة

المراد التزويج بدون رضاية الورثة ، فإن ذلك لا يصح إلا بعد
 عتقها أما تزويجها بأجازة المولى أى الورثة فإن ذلك لا يحتاج إلى العتق
 (وإن كان لها ولد ، وليس على الميت دين ، فهى للولد) من
 باب ارثه عن والده (وإذا ملكها الولد) بالارث (عتقت ب) مجرد (ملك

ولد هالها ، وان كانت بين شركاء ، فقد عتقت من نصيبه و تستمعى فى
بقية ثمنها خلافا للمحكى عن المبسوط ، فجوز البيع حينئذ مع استغراق
الدين .

والجواز ظاهر للثمتين ، وكنز العرفان ، والصيمرى ، ولعل
وجه تفصيل الشيخ : ان الورثة لا يرثون مع الاستغراق ، فلا سبيل الى
انعتاق أم الولد الذى

ولد هالها ، وان كانت الامه (بين شركاء ، فقد عتقت من نصيبه) اى
نصيب ولدها ، كما لو كان المشترك فيها ولدا ، وورثة آخرين للمولى (و
تستسعى) الامه (فى بقية ثمنها) اى بقايا ثمن رقبته ، فان مفهوم قوله
عليه السلام « وليس على الميت دين » انه لو كان عليه دين ، لم تكن
هى للولد ، بل تصرف فى الدين .

وهذا مطلق شامل لما يكون الدين فى ثمن رقبته ، او كان فى
جهة اخرى (خلافا للمحكى عن المبسوط ، فجوز البيع حينئذ) اى حين
كان المولى مديونا لدين آخر غير ثمن رقبته (مع استغراق الدين) بان
كان الدين مثالا لفا ، او اكثر ، و ثمنها الفا .

(والجواز ظاهر للثمتين ، وكنز العرفان ، والصيمرى ، ولعل
وجه تفصيل الشيخ) بين الدين المستغرق فيجوز بيعها ، وبين الدين
غير المستغرق ، فلا يجوز بيعها (ان الورثة لا يرثون مع الاستغراق) اى
استغراق الدين لثمن الامه (فلا سبيل الى انعتاق أم الولد) اذ المال
يبقى فى ملك الميت ، وينتقل الى الديان لا الى الورثة (الذى)

هو الغرض من المنع عن بيعها •

وعن نكاح المسالك : ان الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا
وان منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فينعتق
نصيب الولد منها كما لولم يكن دين ، ويلزمه اداء قيمة النصيب من ماله
وربما ينتصر للمبسوط على المسالك

صفة ((انعتاق)) (هو الغرض من المنع عن بيعها) اذ لولا قصـد
الانعتاق فبأى سبب آخر يمنع بيعها •

وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الدين مستغرقا ، كما لو كان الدين
الفا ، والامة بالف ومائة ، فانه يكون لولد هانصيب ، وبذلك النصيب
تنتعق منها بقدر حصته ، فلا يجوز البيع لان بناء الحرية على التغليب و
اللازم ان تستعصى فى بقية الثمن •

(وعن نكاح المسالك : ان الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا)
سواء كان الدين مستغرقا ، ام لا ؟

(وان منع من التصرف بها) اى بالتركة (على تقدير استغراق
الدين) كسائر الاملاك المحجورة على اربابها (فينعتق نصيب الولد
منها) اى من الامم المستولدة (كما لولم يكن دين ، ويلزمه) اى الولد
(اداء قيمة النصيب من ماله) لان المفروض ان المال كله يجب ان يصرف
فى الديان •

(وربما ينتصر للمبسوط على المسالك) فيقال : بان مقتضى القاعدة
ما ذكره الشيخ من : انه مع استغراق الدين لا سبيل لانعتاق أم الولد ،

أولاً بان المستفاد معادل على انها تعتق من نصيب ولدها ، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب ، من غير ان يقوم عليه اصلاً .
وانما الكلام في باقى الحصص ان لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمه هل تقوم عليه ، او تسعى هي في اداء قيمتها .

لا كما قاله المسالك من انه مع الاستغراق ايضا تعتق الأم (أولاً بان المستفاد معادل على انها تعتق من نصيب ولدها ، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب ، من غير ان يقوم عليه اصلاً)
فالولد اذا كان مستحقاً للنصيب ، بان لم يكن الدين مستغرقاً اعتقت أم الولد من نصيبه .

اما اذا لم يكن له نصيب بل كان اللازم ان يعطى الولد المال - بالنتيجة - لم يشمل : دليل انعقاد الأم من حصته .
(وانما الكلام في باقى الحصص) اذا كان نصيب الأم من الولد ربعها مثلاً ، فثلاثة الارباع الباقية كيف تكون في ما (ان لم يف نصيبه) اي نصيب الولد من الارث (من جميع التركة بقيمة أمه) « بقيمة » متعلق ب « لم يف » (هل تقوم) الحصص الباقية كالثلاثة ارباع في المثال (عليه) اي على الولد حتى يجب عليه اعطاء قيمة ثلاثة الارباع (او تسعى هي في اداء قيمتها) الباقية .

والحاصل : انه لا كلام في صورة استغراق الدين ، وانما الكلام في صورة كون الدين غير مستغرق ، مما يسبب عدم وفاء نصيب الولد بقيمة الأم كاملة ، او لم يكن دين ، لكن كانت قيمة الأم اكثر من نصيب الولد .

وثانيا : بان النصيب اذا نسب الى الوارث فلا يراد منه ، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين ، وسائر ما يخرج من الاصل والمقصود منه النصيب المستقر الثابت ، لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له تفصيًّا من لزوم بقاء الملك بلا مالك .

وثالثا : ان ما ادعاه من الانعتاق على الولد يمثل هذا الملك مما

(وثانيا : بان النصيب) للولد (اذا نسب الى الوارث) بان قيل نصيب الوارث (فلا يراد منه ، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين ، و) بعد اداء (سائر ما يخرج من الاصل) كالكنف ، وما اشبه (والمقصود منه النصيب المستقر الثابت) الذى يبقى للاخير فى ملك الوارث (لا) ان المراد ب (النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له) ويقال : بانه ملك للوارث — لانه ملك حقيقة — بل (تفصيًّا) وتخلصا (من لزوم بقاء الملك بلا مالك) اذ لو كان الدين مستغرقا فالعمال بالنتيجة للديان ، لكن لا مالك له فعلا الا الوارث ، اذ الميِّت ليس قابلا للملك ، والديان لا يملكون المال تلقيا من الميِّت ، بل لابد من القول بان الورثة هم المالكون ، لكنه محجور عليهم .

وانما نقول بذلك حتى لا يلزم بقاء الملك بدون المالك ، فمثل هذا المال ليس للولد فيه نصيب واقعى حتى يشمله قولهم : ان الام تعتق من نصيب الولد .

(وثالثا : ان ما ادعاه) المبسوط (من الانعتاق على الولد يمثل هذا الملك) المحجور الذى ليس فيه للولد نصيب واقعى (مما

.....

لم ينصّ عليه الاصحاب ، ولا دلّ عليه دليل معتبر .

وما يوهمه الاخبار ، وكلام الاصحاب من اطلاق الملك فالظاهر ان المراد به غير هذا القسم .

ولذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعقد عليه بناء على صحة الوقف ، وانتقال الموقوف الى الموقوف عليه .

لم ينصّ عليه الاصحاب ، ولا دلّ عليه دليل معتبر (فكيف يقال : بعثت الأم من هذا الملك .

(و) ان قلت : هذا ملك ، فيشمله الاخبار والفتوى .

قلت : (ما يوهمه الاخبار ، وكلام الاصحاب من اطلاق الملك) على هذا المال الذي خلفه الميت (فالظاهر ان المراد به غير هذا القسم) من الملك المحجور .

فقول الاصحاب : بان الام تنعقد من ملك الولد ، لا يراد به الا الملك المطلق ، لا الملك المحجور - كالتركة فيما اذا كان الدين مستغرقا -

(ولذا) الذي لا يشمل الملك في كلام الاصحاب ، والاخبار للملك

المحجور (لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعقد عليه) فيما اذا

وقف مالك العبد عليه على ولد العبد - مثلاً - فان الاب لو صار ملكاً للولد

ينعقد عليه ، لكن اذا لم يكن ملكاً محجوراً كما في المثال حيث ان العبد

وقف (بناءً على صحة الوقف) اي صحة وقف العبد على ابنه مثلاً (وانتقال

الموقوف الى الموقوف عليه) اما لو لم نقل بصحة مثل هذا الوقف ، او قلنا

بصحته لكن قلنا : بانه لا ينتقل الموقوف الى الموقوف عليه ، خرج ذلك

.....

ورابعا : انه يلزم على كلامه انه متى كان نصيب الولد من اصل
التركة باجمعها يساوى قيمة امه ، تقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق
ام لا :

وسواء كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الديون ، ونحوها يساوى
قيمتها ، ام لا :

وكذلك لو ساوى نصيبه من الاصل ، نصفها ، او ثلثها ، او غير
ذلك ، فانه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان ، ويسقط من القيمة نصيبه الباقي

عن التمثيل به .

(ورابعا : انه يلزم على كلامه) اى كلام المبسوط (انه متى كان
نصيب الولد من اصل التركة باجمعها) اى تمام التركة (يساوى قيمة امه
تقوم) الام (عليه) اى على الولد (سواء كان هناك) على الميت (دين
مستغرق) للتركة (ام لا) بل الدين لا يستغرق .

(و) حين كان الدين غير مستغرق (سواء كان نصيبه الثابت فى
الباقي) من التركة (بعد الديون ، ونحوها) اى نحو الديون كالقسن
(يساوى قيمتها ، ام لا)

(وكذلك) هذا عطف على قوله ((يساوى قيمة امه)) (لو ساوى نصيبه)
اى الولد (من الاصل ، نصفها ، او ثلثها) اى نصف قيمة الام او ثلث
قيمة الام (او غير ذلك) كما لو كان ربعها ، او ثلثها - الى غير ذلك من
النسب الكسرية - (فانه يقوم نصيبه عليه) اى على الولد (كائنا ما كان)
النصيب (ويسقط من القيمة نصيبه الباقي

.....

الثابت ان كان له نصيب ، و يطلب بالباقي •

و هذا ما لا يقوله احد من الاصحاب ، و ينبغى القطع ببطلانه

الثابت ان كان له نصيب (باق ثابت ، بان كان الدين غير مستغرق) و يطلب (الولد (بالباقي) الذى هو ازيد من نصيبه •

(و هذا ما لا يقوله احد من الاصحاب ، و ينبغى القطع ببطلانه)

والحاصل : ان الصور اربع ، لان نصيب الولد اما يساوى قيمة امه
اولا يساوى •

و فى صورة التساوى الدين اما مستغرق ، او غير مستغرق •

و فى صورة الدين غير مستغرق اما نصيبه الثابت فى الباقي يساوى
قيمتها ، اولاً .

(١) نصيب الولد يساوى قيمة امه و الدين مستغرق •

(٢) نصيب الولد يساوى قيمة امه و الدين غير مستغرق ، لكن نصيب

الولد الثابت فى الباقي يساوى قيمتها •

(٣) نصيب الولد لا يساوى قيمة امه و الدين غير مستغرق لكن نصيب

الولد الثابت فى الباقي لا يساوى قيمتها •

(٤) نصيب الولد لا يساوى قيمة امه و الامثلة على ذلك •

(١) نصيب الولد خمسون و الدين مائة و قيمتها خمسون ، وقد خلف

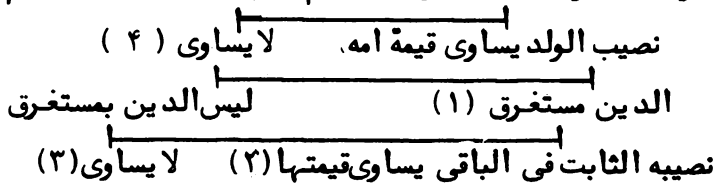
الميت ولدين و تركته مائة ، فان نصيب الولد و هو خمسون يساوى عشر
قيمة الامه لكن الدين مستغرق •

(٢) الصورة السابقة باستثناء كون الدين خمسين «لامائة» و

باستثناء كون قيمتها خمسا وعشرين « لا خمسين » فان نصيب الولد ليس اقل من قيمة امه ، والدين ليس بمستغرق ، ونصيب الولد الثابت فـى الباقي « بعد اخراج الدين » يساوى قيمتها اذ يبقى للولد بعد الدين خمس وعشرون ، وذلك يساوى قيمتها .

(٣) نصيب الولد خمسون والدين خمسون ، وقيمتها ثلاثون ، فان نصيب الولد الباقي لا يساوى قيمتها ، اذ نصيبه الباقي خمسة وعشرون ، وقيمتها اكثر من ذلك بخمسة .

(٤) نصيب الولد خمسون والدين خمسون ، وقيمتها مائة ، فان نصيب الولد لا يساوى قيمة امه بل قيمة الام اكثر ، وهذه صور الاقسام .



ثم ان مرجع الوجوه الثلاثة الاول التى اورد ها صاحب المقابيس على الشهيد الى الاشكال فى انه لا دليل على ان الولد يعتق امه من مال آخر غير ماله الذى ورثه .

و مرجع الوجه الرابع الى انه تلزم الغرامة على الولد وذلك خلاف الاجماع ، فالدليل موجود على بطلان هذا الوجه .

هذا حاصل كلام المقابيس على الشهيد فى المسالك انتصارا للكلام المبسوط ، قال الشيخ فى صدر رد المقابيس انتصارا للشهيد الثانى .

ويمكن دفع الاول بان المستفاد من ظاهر الادلة انعتاقها من نصيب ولدها ، حتى مع الدين المستغرق ، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد .

لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد ، قهرا بقيمة نصيبه .
او وجوب بيعها في القيمة جمعابين ما دل على الانعتاق على الولد

(ويمكن دفع الاول) اى ما ذكر بقوله ((اولاً)) (بان المستفاد من ظاهر الادلة) الدالة على ان أم الولد تعتق من نصيب ولدها (انعتاقها من نصيب ولدها ، حتى مع الدين المستغرق ، فالدين) على المولى الاب (غير مانع من انعتاقها على الولد) وذلك لاطلاق دليل ان الوالد ينعتق من مال ولده .

(لكن ذلك) الانعتاق من نصيب الولد (لا ينافي اشتغال ذمة الولد ، قهرا بقيمة نصيبه) بان يعطى قيمة ما يصبه من الارث ، فاذا كان نصيب الولد مائة - من الارث - وكانت قيمة الأم مائة انعتقت الأم في مقابل نصيب الولد ، وكان على الولدان يعطى مائة للذين يطلبون من ابيه حيثما كان الدين مستغرقا .

(او وجوب بيعها في القيمة) بان يعطى الولد قيمة نصيبه ، فاذا لم يتمكن من اداء قيمة النصيب ، بيعت أم الولد لاداء دين الولد الذى ركبه من جراء انعتاق أمه .

وانما نقول : بانعتاق الأم من جانب ، وجوب اعطاء الولد قيمة نصيبه من جانب آخر (جمعابين ما دل على الانعتاق على الولد

الذى يكشف عنه اطلاق النهى عن بيعها •

وبين ما دلّ على ان الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان •

غاية الامر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص ، وعدم كونه كسائر الاموال التى يكون للوارث الامتناع عن اداء مقابلها ، و دفع عينها الى الديان فيكون لهم اخذ العين

الذى يكشف عنه) اى عن الانعتاق على الولد (اطلاق النهى عن بيعها) فان الاطلاق شامل لما اذا كان على المولى دين مستغرق اولم يكن عليه دين مستغرق •

(وبين ما دلّ على ان الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين) استقرارا (على وجه يسقط حق الديان)

فالدليل الاول - اى الاطلاق - يقول بالانعتاق •

والدليل الثانى ((- اى ما دل على ان الوارث لا يستقر •)) يدل على اشتغال ذمة الولد بقيمة نصيبه •

(غاية الامر) فى تقديم حق انعتاق الام على حق الديان (سقوط حقهم) اى الديان (عن عين هذا المال الخاص) اى أم الولد (وعدم كونه) اى ام الولد (كسائر الاموال التى يكون للوارث الامتناع عن اداء مقابلها ، و) يكون له (دفع عينها الى الديان) بل على الوارث ان يعطى مقابل هذا المال ((اى ام الولد)) الى الديان ، وتنعتق ام الولد من حصته فى الارث (فيكون لهم) اى للديان (اخذ العين) اى أم الولد

.....

إذا امتنع الوارث من اداء ماقابل العين .

والحاصل ان مقتضى النهى عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على اخذها ، ولو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة .

وعدم تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين ابيه .

ولازم ذلك انعقادها على الولد .

(إذا امتنع الوارث من اداء ماقابل العين) اى قيمة أم الولد وهذا

اشارة الى ما ذكره قبلا ((او وجوب بيعها فى القيمة))

(والحاصل) من الجمع بين دليلى حق أم الولد ، وحق الديان

(ان مقتضى النهى عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى)

وانما قال ((غير ثمنها)) لانه تقدم انه يجوز بيعها فى ثمن رقبته

اذا كان الدين مستغرقا بان لم يكن للمولى ما يؤدى به ثمن الامة (عدم

تسلط الديان على اخذها) اى اخذ أم الولد من باب دينهم (ولو مع

امتناع الولد عن فكها بالقيمة) بان امتنع من اعطاء قيمة الأم للديان لتنفك

الأم .

(وعدم) عطف على ((عدم)) (تسلط الولد على دفعها وفاء) عن

دين ابيه) لان دليل الانعقاد مانع عن دفعها .

(ولازم ذلك) اى لازم عدم تسلط الديان ، ولا الولد على رقبة الامة

(انعقادها على الولد) قهرا من نصيبه من الارث .

فى الموارد المستثناة من عدم جواز بيع أم الولد

فيتردد الامر حينئذ بين سقوط حق الديان عما قبلها من الدين، فتكون أم الولد نظير مؤنة التجهيز التى لا يتعلق حق الديان بها • وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على من: تلف فى ملكه، وتنعتق عليه وهو الولد •

وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها • وبين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلم ان يؤجروها مدة طويلة

يفى

(فيتردد الامر) فى شأنها وشأن الديان (حينئذ) اى حين عدم حق الديان فى اخذها، وعدم حق الولد فى اعطائها (بين سقوط حق الديان عما قبلها من الدين) فيكون حال الميت كانه لام ولد له، فاللازم تقسيم الديان بقية التركة بالنسبة (فتكون أم الولد نظير مؤنة التجهيز التى لا يتعلق حق الديان بها) اى بام الولد - اصلا - •

(وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها) اى قيمة أم الولد - لاعينها - تعلقا (على من تلف) أم الولد (فى ملكه، وتنعتق عليه)

((وتنعتق عطف على)) من ((تلف)) والمراد ب ((من)) وبضمير ((ملكه)) ((عليه)) : الولد •

ولذا قال (وهو الولد) بان يأخذ الديان قيمة الأم من الولد • (وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى) هى بعد عتقها (فيها) اى فى قيمة نفسها •

(وبين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلم ان يؤجروها مدة طويلة) فى

اجرتها بد ينهم ، كما قيل يتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس .
ولا اشكال فى عدم جواز رفع اليد عماد ل على بقاء حق الديان
متعلقا بالتركة فيدور الامر بين الوجهين الاخيرين ، فتنتعق على كل حال
و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا الى التأمل .

اجرتها بد ينهم) او يصالحوا عن اجرتها ، او ما شبه ذلك (كما قيل يتعلق
حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس) فاذا افلس انسان وحجر عليه الحاكم
باع امواله ، وزعها فى الديان ، لكنه لا يبيع ام ولده ، وانما يؤجرها
اجارة طويلة بمقدار قيمتها ويوزع الاجرة على الديان .

(و) حيث دار الامر بين ان لا يتعلق بها حق الديان اصلا
- كالتجهيز - وبين ان يتعلق على احد الوجوه المذكورة ، (لاشكال
فى عدم جواز رفع اليد عماد ل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة)

اذ لا وجه لذلك بعد اطلاق الادلة (فيدور الامر بين الوجهين
الاخيرين) اى ان يتعلق حق الديان على الولد ، وان يتعلق حق
الديان على نفسها ، اما برقيبتها ، او بمنافعها (فتنتعق) أم الولد (على
كل حال) سواء قلنا بهذا الوجه ، او بذلك .

(و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا الى التأمل)

اذ يحتمل ان يتعلق الحق على نفسها لانه لا تزور و زراخرى .
و يحتمل ان يتعلق الحق على ولدها ، لانه المكلف بعقدها فيما
اذا كان له نصيب ، فيسحب الحكم الى صورة ما لم يكن له
نصيب .

وما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى .

فان مقتضى المنع عن بيعها مطلقا ، او فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها .

ومنه يظهر : الجواب عن الوجه الثالث

(وما ذكرنا) فى دفع الاشكال الاول (يظهر اندفاع الوجه الثانى)
القائل بان المراد « نصيب الولد » فى قولهم « تعتق الام من نصيب الولد » انما هو النصيب الذى يكون له بعد اداء الدين ، لان المراد النصيب الذى امكن ان يكون له اذ لم يكن على الميت دين .

(فان مقتضى المنع عن بيعها) اى ما دل على المنع من بيع أم الولد (مطلقا) سواء فى دين رقبته ، او دين غير رقبته (او فى دين غير ثمنها) — بان قلنا : بانه يجوز بيعها فى دين رقبته ، وانما لم يجز ان تباع فى دين غير رقبته — (استقرار ملك الوارث عليها) اى ان الوارث — الذى هو الولد — ثابت ملكه لها ، بمعنى انها ملك للولد من نصيب الولد ، فلا يمكن ان تباع .

وبمجرد ان صارت ملكا للولد اعتقت ، فاذا كان هناك دين مستغرق او غير مستغرق — للمولى الميت — يجب ان يعالج ذلك الدين ، اما بتغريم الولد ، او تغريم ام الولد فى سعيها ، او فى عملها بان تؤجر و تعطى الاجرة للديان — كما تقدم — .

(ومنه يظهر : الجواب عن الوجه الثالث) القائل بان الولد

لا يملك الام بالارث ، اذا كان على المولى دين مستغرق .

اذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على ان يكون لهم اخذها عند امتناع الوارث من الاداء فلا مانع عن انعقادها .
ولا جامع بينها وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق ، كما هو ملك للبطن السابق .
واما ما ذكره رابعاً فهو انما ينافى الجزم

واذا لم يملكها الولد لم تنعقد (اذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها) تعلقاً (على ان يكون لهم اخذها عند امتناع الوارث من الاداء) اذ هي متشبثة بالحرية (فلا مانع) بعد هذا الثبوت (عن انعقادها) .

اذ المانع عن الانعقاد انما هو حق الديان .
فاذا قلنا بانه لاحق لهم فيها ، كان اللازم القول بالانعقاد .
(و) القول : بانها كالوقف غير تام ، اذ (لا جامع بينها) اى الامة (وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق ، كما هو ملك للبطن السابق) فان تعلق حق البطن اللاحق بالعبد الموقوف ، مانع عن انعقاد العبد على البطن السابق — اذا كان البطن السابق ولداً للعبد الموقوف — .

وهنا ليس كذلك ، اذ الديان لاحق لهم فى الامة المستولدة حتى يوجب حقهم عدم صحة انعقاد الامة على ولدها .

(و اما ما ذكره رابعاً) القائل : بان لازم انعقادها اعطاء الولد لنفسها فى كل الصور ، وهنا ما لا يقول به احد (فهو انما ينافى الجزم) اى

بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقا بالولد •

اما اذا قلنا : باستسعائها فلا يلزم شئ •

فالضابط حينئذ انه تنعق على الولد مالم يتعقبه ضمان من نصيبه فان كان مجموع نصيبه او بعض نصيبه يملكه مع ضمان اداء ما قبله من الدين ،

ان نجزم (بكون قيمتها بعد الانعتاق) اى بعد ان انعتقت (متعلقا بالولد) اذ يلزم منه ما لا يقول به احد — كما تقدم — •

(اما اذا قلنا : باستسعائها) اى بانها تسعى لاداء قيمتها ، او قلنا : بانها تجبر ويصرف بدل ايجارها فى ثمنها (فلا يلزم شئ) من القول بما يخالف الاجماع •

(فالضابط حينئذ) اى حين قلنا : باستسعائها (انه تنعق على الولد مالم يتعقبه) اى يتعقب عتقه (ضمان من نصيبه) بان لم يضمن الولد ان يعطى شيئا من كيسه او بعض نصيبه اى لم يجب العتق ان يعطى الولد تمام ثمنها ، او بعض ثمنها ، وذلك بان كان الارث الذى ورثه الولد يكفى بانعتاقها ، بان لم يكن الدين على المولى بحيث يوجب انعتاق ام الولد خسارة على الولد (فان كان مجموع نصيبه) اى نصيب الولد (او بعض نصيبه) بحيث (يملكه) الولد (مع ضمان اداء ما قبله من الدين)

مثلا : كانت ام الولد مائة ، ولا نصيب للولد — لكون الدين مستغورا — او كان نصيبه من الارث خمسين ، لكون الدين ذهب بنصف حصة

.....

كان ذلك فى رقبته .

ومّا ذكرنا يظهر ايضا انه لو كان غير ولد ها ايضا مستحقا لشيئ منها

بالارث لم يملك نصيبه مجانا ، بل اما ان يدفع الى الديان ما قابل

الولد - مثلا - حتى اذا اريد ان يكون الانعتاق من نصيب الولد ، لزم على الولدان يؤدى ويضمن المائة او الخمسين الذى يقابل ثمن أم الولد (كان ذلك) - اى ما قابل - ف « ذلك » راجع الى الموصول اى « ما » - (فى رقبته) كلاً - كالمائة - او بعضا كالخمين .

وقوله « فان كان » شرط ، وقوله « كان ذلك » جزاء .

وحاصل هذا الكلام : ان الولد لا يخسر شيئاً ، بل الخسارة عليها وعليه فلا يلزم ما ذكره صاحب المقابيس فى اشكاله الرابع من انه يلزم من خسارة الولد خلاف الاجماع .

(ومّا ذكرنا) من ان الولد لا يخسر ، وانما للخسارة على نفس ام الولد فى سعيها (يظهر ايضا انه لو كان غير ولد ها ايضا مستحقا لشيئ منها بالارث) كالمومات الاب ، وخلف الجارية فقط ، وكان وارثه ولدين - مثلا - حيث ان الجارية تنصف بينهما ، وكان على المولى فيمن يستغرق كل الامة ، فان الامة تعتق وتكلف الامة باعطاء دين الديان لم يملك نصيبه) وكذلك « يدفع » بالمجهول اى لم تملك ام الولد نصيب سائر الورثة (مجانا) حتى يكون عتقها ضررا على غير ولد ها حتى يجب على الولد الثانى ان يعطى من كيسه نصف الدين (بل اما ان يدفع الى الديان) وهو الوارث الذى سبب انعتاق ام الولد ذهاب نصيبه (ما قابل

نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينتعق نصيب غير ولدها عليه
مع ضمانها اضمن ولدها قيمة حصته التى فكها من الديان .
واما ان يخلص بينها وبين الديان ، فتنتعق ايضا عليهم

نصيبه) اى نصيب ذلك الديان (فتسعى أم الولد) لاداء ذلك النصيب
من الدين (كما لو لم يكن دين)

فكما كان يحصل الولد الاخر على نصيبه اذا لم يكن دين من سعى
أم الولد .

كذلك يحصل الديان - الان - على دينهم من سعى أم الولد ،
فالتشبيه بـ « كما » لاجل افادة وجوب سعى أم الولد فى الحالتين
(فينتعق نصيب غير ولدها) « غير الولد » كالولد الثانى فى المثال
(عليه) اى على غير الولد ، بمعنى ان الولد الثانى يخسر عين الامة ،
اذا الانعتاق انما يكون من باب السراية رغما على الولد الثانى ، ولكن
الانعتاق لا يوجب خسارة الولد الثانى ، بل (مع ضمانها) اى أم الولد
بان تسعى لاداء حصة الولد الثانى (اضمن ولدها) بان يكون الضمان
على ولدها (قيمة حصته) اى حصة غير ولدها ، فالضمير مصداقه « الولد
الثانى » فى مثالنا (التى فكها من الديان) فان المفروض ان الولد الثانى
اعطى الديان ما كان عليه - فى قبال حصته من الارث - اى اعطى
نصف قيمة الامة ، و الامة اعتقت ، فاللازم ان ياخذ الولد حصته حتى
لا يخسر شيئا (واما ان يخلص بينها) اى بين أم الولد (وبين الديان
فتنتعق ايضا عليهم) اى على الديان ، لانهم لا يتمكنون من استملاكها

.....

مع ضمانها ، او ضمان ولدها ما قابل الدين لهم .

واما حرمان الديان عنها عينا وقيمة وارث الورثة لها واخذ غير ولدها قيمة حصته منها ، او من ولدها وصرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لادلة ثبوت حق الديان من غير ان يقتضى النهى

فى قبال دينهم (مع ضمانها) فى سعيها (او ضمان ولدها ما قابل الدين لهم) اذ لا وجه لخسارة الديان .

فاما ان نقول : انها تضمن ، لان الحرية كانت فى كيسها .

واما نقول : ان ولدها يضمن ، لانه سبب حريتها وخسارة الديان ، اذ لو لا هذا الولد لم تتحرر الامة حتى لا يتمكن الديان من استرقاقها فى قبال دينهم .

(واما) بفتح الهزء - وجوابه فهو باطل - (حرمان الديان عنها)

اى عن هذه الامة (عينا وقيمة) بان نقول : بانه ليس لهم ، لاعينها ولا قيمتها (وارث الورثة لها) بان ترث الورثة للامة لكنها لما اعتقت كان نصيب ولدها ضررا على الولد ، اما نصيب سائر الورثة ، فالامة او الولد مكلف باعطائهم نصيبهم (و) ذلك ، ب (اخذ غير ولدها) من سائر الورثة (قيمة حسنة) اى حصة غير ولدها (منها) بان تسعى هى لسد القيمة (او من ولدها) بان يكون مكلفا باعطاء القيمة لسائر الورثة (وصرفها) اى سائر الورثة يصرفون القيمة التى اخذوها (فى غير الدين) اى سائر شئونهم الشخصية (فهو باطل) جواب « اما » (لمخالفته لادلة ثبوت حق الديان) ولما اذا يذهب حق الديان هذرا (من غير ان يقتضى النهى

عن التصرف فى أم الولد لذلك •

وما ذكرنا يظهر مافى قول بعض من اورد على مافى المسالك بما ذكرناه ان الجمع بين فتاوى الاصحاب وادلتهم مشكل جداً حيث انهم قيد والدين

عن التصرف فى أم الولد لذلك) اى لحرمان الديان •

فان الجمع بين النهى عن التصرف فى أم الولد ، وبين حق الديان ، ان يأخذ الديان القيمة امامنها ، او من ولدها ، لان يبطل حقهم •

(وما ذكرنا) من الجمع بين حق أم الولد ، وحق الديان ، بسقوط حق الديان عن عينها ، وثبوت حقهم فى قيمتها ، اما على نفسها ، او على ولدها (يظهر مافى قول بعض من اورد على مافى المسالك بمننا ذكرناه) والمورد صاحب المقابيس (ان الجمع) مقول القول (بين فتاوى الاصحاب وادلتهم ، مشكل جداً)

اذا ادلتهم تقتضى غير قولهم ، اذ دليلهم يقول : بان حق الديان يسقط — بعقتضى ان الامة تنعتق فان لازم انها تعتق سقوط حقهم — وهم لا يقولون بسقوط حق الديان لانهم يقولون : بان سقوط حق الديان من العين فقط •

وقوله ((حيث)) بيان من صاحب المقابيس لفتاوى الاصحاب حتى يظهر ان فتاواهم تخالف دليلهم (حيث انهم قيد والدين) الذى اذا كان على المولى كان على الامة السعى ، لفكه ، او على ولدها ان

بكونه ثمنا ، و حكموا بانها تعتق على ولد هامن نصيبه و أنّ مافضل عن نصيبه ينعق بالسراية ، و تسعى فى اداء قيمته .

ولو قصدوا ان أم الولد ، او سهم الولد ، مستثنى من الدين كالكفن عملا بالنصوص المزبورة فله وجه .

الا انهم لا يعدون ذلك من المستثنيات

يدفعه (بكونه ثمنا) لها ، اما سائر الديون فليس على الامة او ولدها اداء تلك الديون (و حكموا بانها تعتق على ولد هامن نصيبه) اى نصيب الولد (و أنّ مافضل عن نصيبه) كما لو كان نصيبه نصف الامة (ينعق بالسراية ، و تسعى) الامة (فى اداء قيمته) فاذا كان هذا فتوى الاصحاب و ادلتهم تقتضى سقوط حق الديان ، كان بين دليلهم و فتويهم تخالفا (و) ان قلت : لا تخالف بين الفتوى و الدليل ، اذ فتويهم هو جوب سعى الامة ، او ولدها لاداء الدين انما هو حسب جوب اداء ديون الميت ، و دليلهم الدال على سقوط حق الديان يراد به سقوطه عن الامة لان الامة المستولدة كالكفن .

قلت : (لو قصدوا ان أم الولد) كلافهما اذا كانت كلهما من سهم الولد (او سهم الولد) منها فيما اذا كانت بعضهما من سهم الولد (مستثنى من الدين ، كالكفن ، عملا بالنصوص المزبورة) حتى انها تفرض كانها لم تكن ، فتوافق فتويهم دليلهم ، اذ دليلهم سقوط حق الديان ، و فتويهم استثناء ام الولد كالكفن (فله وجه) اذ لا يلزم التخالف بين الدليل و الفتوى (الا انهم لا يعدون ذلك) اى ام الولد (من المستثنيات) من الدين

.....

ولا ذكر فى النصوص صريحا ، انتهى .

وانت خبير بان النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان كما

لا يخفى .

ومنها : تعلق كفن مولاها بها على ما حكاه فى الروضة ذلك بشرط

عدم كفاية بعضها له بناء على ما تقدم

(ولا ذكر فى النصوص صريحا) بتصريح اسم أم الولد ، كما صرحت النصوص

باسم الكفن (انتهى) كلام صاحب المقابيس .

(وانت خبير بان النصوص المزبورة) التى دلت على عدم تعلق

حق الديان بأم الولد (لا تقتضى سقوط حق الديان) رأسا عن عين أم

الولد ، وعن قيمتها ، بل انما دلت على سقوط حقهم عن عينها ، وذلك

لا ينافى ثبوت حقهم فى قيمتها - فتسعى هى او ولد هافى اداء حق

الديان - .

فلا يكون بين فتوى المشهور ، وبين دليلهم تنافيا ، اذ فتويهم

تعلق حق الديان بقيمتها ، و دليلهم سقوط حقهم عن عينها ، ولا يحتاج

الى تكلف ان نجعل ام الولد كالكفن (كما لا يخفى) والمسألة تحتاج الى

كثير من التأمل والله العالم .

(ومنها : تعلق كفن مولاها بها) بان لا يكون كفن ولا مال غيـر

المستولدة (على ما حكاه فى الروضة ذلك بشرط عدم كفاية بعضها) اى

بعض الامة (له) اى للكفن ، بان كان ثمن الكفن مستغرا لقيمة الامة .

وانما نقول : باستثناء هذه الصورة عن منع بيع الامة (بناء على ما تقدم

نظيره في الدين ، من ان المنع لغاية الارث و هو مفقود مع الحاجة الى الكفن .

وقد عرفت ان هذه حكمة غير مطردة ولا منعكسة .
واما بناءً على ما تقدم من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع ان الكفن يتقدم على الدين
فبيعها له اولى ، بل اللازم ذلك ايضا ، بناءً على حصر

نظيره في الدين) الذي كان على المولى (من ان المنع) عن بيع الامة
(لغاية الارث) اى لاجل ان يرث ولدها ، فتتحرر هي من ارث ولدها
(و هو) اى المنع لغاية الارث (مفقود مع الحاجة الى الكفن) اذ الكفن
لا يبقى محل للارث اذ الكفن مقدم على الارث .
(و) لكن هذا الاستثناء فيه اشكال .

اذ (قد عرفت) في مسألة الدين (ان هذه) الحكمة : اى المنع عن
البيع لاجل الارث (حكمة غير مطردة) فلا يشمل كل الافراد (ولا منعكسة)
فلا تمنع الاغيار .

(و اما بناءً على ما تقدم من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين) اى
سائر ديون المولى (مع ان الكفن يتقدم على الدين) فالقياس هكذا ،
الكفن مقدم على الدين و الدين مقدم على حق الامة ، فالكفن مقدم على
حق الامة .

(فبيعها) اى أم الولد (له) اى للكفن (اولى) من بيعها في سائر
الديون (بل اللازم ذلك) اى بيعها في الكفن (ايضا ، بناءً على حصر

الجواز فى بيعها و ثمنها على ما تقدم من ان وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها ، لا يعلم عن بيعها .

فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد ، والا لصرف مقابله فى ثمنها ولم تبع .

ومن ذلك يظهر النظر فيما قيل من : ان هذا القول مأخوذ من

القول

الجواز فى بيعها و ثمنها) وان لم نقل بجواز البيع فى غير الثمن .

بناءً (على ما تقدم من ان وجود مقابل الكفن) فى تركه المولى .

كما اذا ترك المولى جارية و ديناراً ، والدينار كان مقابل الكفن — اى تكون قيمة الكفن ديناراً — (الممكن صرفه) اى صرف ذلك المقابل (فى ثمنها) اى ثمن الكفن (لا يعلم عن بيعها) اى بيع ام الولد فى دين رقبته ، فان الدينار لا يعطى للدين لتسلم أم الولد .

(فيعلم من ذلك) اى من عدم صرف المال فى الدين ، بل يحفظ

للكفن ، و تباع الامة (تقديم الكفن على حق الاستيلاد ، والا) يكن الكفن مقدماً على حق الاستيلاد (لصرف مقابله) اى مقابل الكفن — وهو الدينار فى المثال — (فى ثمنها) اى ثمن الامة الذى كان المولى مديوناً له (ولم تبع) الامة .

(ومن ذلك) الذى ذكرناه ، من انه تباع الامة فى ثمن رقبته ، و

لا يعطى المال الذى عند المولى لدين الامة بل يشتري بذلك المال الكفن (يظهر النظر فيما قيل من : ان هذا القول) اى قول جواز بيع الامة فى الكفن (مأخوذ من القول

.....

بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب .

و توضيحه : انه اذا كان للميت المديون ام ولد ، ومقدار ما يجهز به
نقد اجتمع هنا حق الميت ، وحق بايع ام الولد ، وحق ام الولد ، فاذا
ثبت عدم سقوط حق بايع ام الولد دار الامر بين اهمال حق الميت بترك
الكفن ،

واهمال حق ام الولد ببيعها .

فاذا حكم بجواز بيع ام الولد حينئذ

بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب (بمعنى انه ان لم نقل بذلك
بل قلنا : بان جواز بيعها انما هو في مجرد شمن نفسها ، لزم ان نقول :
بانها لا تباع في الكفن .

(و توضيحه) اي توضيح قولنا « يظهر » (انه اذا كان للميت المديون
ام ولد ، ومقدار ما يجهز به) كالدینار - في المثال - (فقد اجتمع هنا
حق الميت) بان يكفّن (وحق بايع ام الولد) في ثمن رقبته (وحق ام
الولد) في انفكاكها (فاذا ثبت عدم سقوط حق بايع ام الولد) لشمول
اطلاق الادلة له ، بان كان الواجب اداء قيمة ام الولد (دار الامر بين
اهمال حق الميت) بان يعطى الدينار - في المثال - للبائع وتعتق
الامة ، ولا يكفن الميت .

والاهمال انما هو (بترك الكفن) كما عرفت

(واهمال حق ام الولد ببيعها) ليؤدى حق البائع ويكفن الميت بالدينار .
(فاذا حكم بجواز بيع ام الولد حينئذ) اي حين دار الامر بين اهمال

بناءً على ما تقدم فى المسألة السابقة ، كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد .

ولازم ذلك تقديمه عليهما مع عدم الدين وانحصار الحق فى الميت وأم الولد .

اللهم الا ان يقال : لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها ، وثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين ، اقتضى الجمع بينهما

حق الميت او حق أم الولد (بناءً على ما تقدم فى المسألة السابقة ، كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد)
ومنه يستكشف : انه كلما دار الامر بين حق أم الولد ، او حق الميت قدم حق الميت .

(ولازم ذلك تقديمه) أى حق الميت (عليها) أى على حق أم الولد (مع عدم الدين) على الميت (و) ذلك فى صورة (انحصار الحق فى الميت ، وأم الولد) بأن دار الامر بين ان لا يكفّن الميت ، او تباع أم الولد .

(اللهم الا ان يقال) فى وجه تقديم حق أم الولد (لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد) بأن كان الميت مديوناً لثمن أم الولد (على حقها) أى حق أم الولد ، لان أم الولد تباع فى الدين (وثبت بعموم النص) الدال على تقديم الكفن على كل شئ (تقديم الكفن على الدين ، اقتضى الجمع بينهما) أى بين دليل تقديم دين ثمنها وتقديم

تخصيص جواز صرفها في ثمنها بما اذا لم يحتج الميت الى الكفن بنفسه
او لبذل باذل ، او بما اذا كان للميت مقابل الكفن ، لان مقابل الكفن
غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها ، لزم من صرفها في الثمن
تقديم الدين على الكفن

الكفن (تخصيص جواز صرفها) اي صرف الامة (في ثمنها) بان تباع و
يعطى ثمنها للبائع (بما اذا لم يحتج الميت الى الكفن بنفسه) بان كان له
كفن (او لبذل باذل) للكفن .

وعليه : فاذا لم يكن للميت كفن ولا بذل باذل ، لزم صرف ثمنها
في الكفن ، لتقدم الكفن على الدين (او) تخصيص جواز الصرف (بما
اذا كان للميت مقابل الكفن) اي مال يمكن ان يشتري به الكفن (لان
مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين) اذا الكفن مقدم على الدين ، كما
عرفت (فلو لم يكن غيرها) بان لم يكن للمولى غير الامة ولا كفن له (لزم من
صرفها في الثمن) اي ثمن نفسها (تقديم الدين على الكفن)

وقد عرفت : ان الكفن مقدم على الدين .

والحاصل : ان هناك دليلين ، بينهما عموم من وجه ، دليل تقديم
الكفن على الدين وهو خاص بالكفن وعام يشمل صورة كون الدين ثمن
رقبتها ام لا .

و دليل بيعها للصرف ثمنها في رقبته فانها خاص بكون الدين ثمن
رقبتها ، وعام يشمل صورة الاحتياج الى الصرف في الكفن ام لا .

فيجتمعان في صورة الاحتياج الى صرفها في الكفن مع كون الدين

اما اذا لم يكن هناك دين و تردد الامر بين حقها و حق مولاها الميت فلا دليل على تقديم حق مولاها ليخص به قاعدة : المنع عن بيع ام الولد ، عدا ما يدعى من قاعدة : تعلق حق الكفن بمال الميت .
 لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما اذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه والاستيلاد من ذلك الحق .
 ولو فرض

ثمن رقبته

لكن حيث عرفنا من الخارج اهمية الكفن و انه مقدم على كل شئ ،
 لزم ان تخصص جواز صرفها فى ثمن رقبته بما اذا لم يبق الميت بشئ من الكفن
 و الالزم تقديم الكفن على صرفها فى ثمن رقبته ، فتأمل .
 (اما اذا لم يكن هناك دين) على المولى (و تردد الامر بين حقها)
 بان تعتق من نصيب ولدها (و حق مولاها الميت) بان تباع فى الكفن
 (فلا دليل على تقديم حق مولاها) فى الكفن على حقها فى الحرية
 (ليخصص به) اى بذلك الدليل (قاعدة : المنع عن بيع ام الولد ، عدا ما
 يدعى من قاعدة : تعلق حق الكفن بمال الميت) فيقدم الكفن على حقها
 (لكن الظاهر) من دليل الكفن لدى الفهم العرفى (اختصاص
 تلك القاعدة) اى قاعدة تعلق حق الكفن (بما اذا لم يتعلق به اى بمال
 الميت (حق سابق) على حق الكفن (مانع من التصرف فيه اى فى المال
) و الاستيلاد من) قبيل (ذلك الحق) السابق لانه سابق على الكفن .
 (ولو فرض) ان لم نقل بتقديم حق الاستيلاد على حق الكفن ، بان

.....
تعارض الحقين ، فالمرجع الى اصاله فساد بيعها قبل الحاجة الى
الكفن ، فتأمل .

نعم : يمكن ان يقال : نظير ما قيل في الدين ، من ان الولد يرث نصيبه ، وينعتق عليه ، ويتعلق بذمته مؤنة التجهيز او تستسعى امه ولو بايجار نفسها في مدة واخذ الاجرة قبل العمل ، وصرفها في التجهيز والمسئلة محل اشكال .

قلنا : ب (تعارض الحقين) وتساقطهما ، لزم ان نلتصس دليلا آخر
(فالمرجع الى اصاله فساد بيعها قبل الحاجة الى الكفن)

فاذا شك في انه هل انقلب البيع صحيحا بعد الحاجة الى الكفن ،
ام لا ؟ كان استصحاب الفساد محكما (فتأمل) اذ لا مجال للاستصحاب
لتبدل الموضوع وانما يكون المرجع اصاله صحة البيع .

(نعم : يمكن ان يقال) في باب تعارض حق الاستيلاد وحق الكفن
(نظير ما قيل في الدين) اذا تعارض مع حق الاستيلاد (من ان الولد يرث نصيبه ، وينعتق عليه ، ويتعلق بذمته) اي ذمة الولد (مؤنة التجهيز) للميت (او تستسعى امه) اي ام الولد (ولو بايجار نفسها في مدة ، واخذ الاجرة قبل العمل) فيما اذا توقف الكفن على اخذ الاجرة قبل العمل ، والافلو تمكنت من ان تعطى نفسها متعة - مثلا - مقهار ساعة لتحصل ثمن الكفن لم يحتج الامر الى التقييد بكون اخذ الاجرة قبل العمل (وصرفها في التجهيز) للميت (والمسئلة محل اشكال) من قوة حق الحرية ، ومن قوة دليل الكفن بعد ان لم يكن دليل على كون

.....

ومنها ما اذا جنت على غير مولاها فى حيوته .

اما بعد موته فلا اشكال فى حكمها ، لانها بعد موت المولى تخرج عن

التشبت بالحرية ، اما الى الحرية الخاصة ، او الرقية الخاصة .

وحكم جنايتها عمدا انه ان كانت فى مورد ثبت القصاص ، فللمجنى

عليه القصاص نفسا كان او طرفا .

التجهيز بذمة الولد ، او فى سعيها باجارة ، او نحوها .

(ومنها) اى من موارد بيع أم الولد وانتقالها عن مولاها (ما اذا

جنت على غير مولاها) فان الجناية توجب ان يكون للمجنى عليه حق

استرقاق الجانى (فى حيوته) اى فى حيوة المولى .

(اما بعد موته) بان جنت بعد ان مات المولى (فلا اشكال فى حكمها)

اى حكم أم الولد (لانها بعد موت المولى تخرج عن التشبت) والتعلق

(بالحرية ، اما الى الحرية الخاصة) فيما اذا اعتقت من نصيب ولد هنا

فتكون الجناية جناية حر ، لا جناية عبد (او الرقية الخاصة) فيما اذا

بيعت فى ثمن رقبته ، او ما اشبه ، فانها مملوكة حينئذ وتكون جنايتها

من جناية العبد ، فتأمل .

(وحكم جنايتها عمدا انه) اى الشأن (ان كانت) الجناية (فى مورد

ثبت القصاص ، فللمجنى عليه) او ذوبه (القصاص نفسا كان) بان قتلت

نفسا فلذى المقتول ان يقتلها (او طرفا) كما لو فقئت عين انسان ،

فللمجنى عليه ان يفتأ عينها .

وله استرقاقها كلا ، او بعضا على حسب جنايتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا .

وربما تخيل بعض انه يمكن ان يقال : ان رقبته للمجنى عليه لا تزيد على رقبته للمالك الاول لانها تنتقل اليه على حسب ما كانت عند الاول . ثم ادعى انه يمكن ان يدعى ظهور ادلة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة ، في عدم بيع ام الولد مطلقا .

(وله) اي المجنى عليه (استرقاقها كلا) اذا كانت الجناية بحيث تكون مستوعبة لثمنها كلا (او بعضا) اذا كانت الجناية بقدر بعض ثمنها (على حسب جنايتها) وبقدر الجناية (فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا) للمجنى عليه او ذويه .

(وربما تخيل بعض) وهو صاحب الجواهر (انه يمكن ان يقال: ان رقبته) اي ام الولد (للمجنى عليه) اذ تنتقل الامة اليه بالاسترقاق (لا تزيد على رقبته للمالك الاول) اي المالك الذي استولدها .

فكما ان الاول لا يحق له ان يبيعها ، كذلك المالك الثاني ، فهي رق محجور عند الاول وعند الثاني (لانها تنتقل اليه) اي الى المالك الثاني (على حسب ما كانت عند الاول) فهي تنتقل في حال كونها محجورة (ثم ادعى) صاحب الجواهر (انه يمكن ان يدعى ظهور ادلة المنع) عن بيع ام الولد (خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في عدم بيع ام الولد مطلقا) «في» متعلق ب «(ظهور)»

ومعنى مطلقا ، انها سواء كانت عند المالك الاول ، او المالك

والظاهر ان مراده بامكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا والافهو
احتمال مخالف للاجماع والنص الدال على الاسترقاق الظاهر فى
صيرورة الجانى رقا خالصا .

وماوجه به هذا الاحتمال من انها تنتقل الى المجنى عليه على
حسب ما كانت عند الاول فيه :

الثنائى .

(و) لكن اورد الشيخ على الجواهر ، بان (الظاهر ان مراده
بامكان القول المذكور) حيث ((يمكن ان يدعى)) (مقابل امتناعه عقلا)
اى ان هذا القول ليس بممتنع عقلا (والا) يرد الاحتمال العقلى (فهو
احتمال مخالف للاجماع والنص)

فليس الاحتمال احتمالا من الادلة والظواهر (الدال على الاسترقاق)
اى استرقاق المجنى عليه للعبد الجانى ، .

وقوله ((الدال)) صفة للاجماع والنص ، بلعتبر اكل واحد ، مثل
قوله ((فانظر الى طعامك وشرابك لم يتسنه)) (الظاهر) ذلك الاسترقاق
(فى صيرورة الجانى رقا خالصا) لا رقا محجورا بحيث لا يتمكن المجنى
عليه من نقله وانتقاله .

(وماوجه) صاحب الجواهر (به) الضمير عائد الى ((ما)) (هذا
الاحتمال) اى احتمال كونه محجورا عند المجنى عليه (من انها تنتقل
الى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الاول)

فكما كانت محجورة عند الاول ، كذلك تكون محجورة عند الثانى (فيه :

.....
انه ليس فى النص ، الا الاسترقاق ، وهو جعلها رقاله ، كسائر الرقيق
لانتقالها عن المولى الاول اليه حتى يقال : انه انما كان على نحو
الذى كان للمولى الاول .

والحاصل ان المستفاد بالضرورة من النص والفتوى : ان الاستيلاء
يحدث للامة حقا على مستولدها ، يمنع من مباشرة بيعها ، ومن البيع
لغرض عائد عليه ، مثل قضاء ديونه ، وكفنه ، على خلاف فى ذلك

انه ليس فى النص ، الا الاسترقاق) اى النص الدال على ان للمجنى
عليه استرقاق العبد الجانى (وهو) اى الاسترقاق — لغة وعرفاً —
(جعلها رقاله ، كسائر الرقيق ، لانتقالها عن المولى الاول اليه) اى
الى المجنى عليه (حتى يقال : انه) اى الانتقال (انما كان على نحو
الذى كان للمولى الاول) بالاضافة الى الفرق بين المولى الاول والثانى .
فانها مستولدة للمولى الاول وليست كذلك للثانى .

كما انها اذا بيعت لدين او كفن ، لم تكن عند المولى الثانى
بمنزلتها عند المولى الاول .

(والحاصل) فى رد الجواهر القائل بانها محجورة عند الثانى (ان
المستفاد بالضرورة) والبداهة (من النص والفتوى : ان الاستيلاء
يحدث للامة حقا على مستولدها ، يمنع) ذلك الحق (من مباشرة بيعها
ومن البيع لغرض عائد عليه) اى الى المولى — وذلك بعدم موته —
(مثل قضاء ديونه ، وكفنه) اى كفن المولى (على خلاف فى ذلك) فى ان
حق الاستيلاء هل يمنع عن البيع لاجل الدين والكفن ، ام لا ؟ — كما

وان كانت الجناية خطأ ، فالمشهور انها كغيرها من المعاليك يتخير المولى بين دفعها ، او دفع ما قابل الجناية منها الى المجنى عليه ، وبين ان يقديها باقل الامرين على المشهور او بالارش ،

تقدم نقل الخلاف — هذا كله فيما اذا كانت جناية المستولدة عمدا .
(وان كانت الجناية خطأ ، فالمشهور انها) اى ام الولد (كغيرها من المعاليك) الخالصة الملكية (يتخير المولى بين دفعها) الى المجنى عليه ليسترقها (او دفع ما قابل الجناية منها الى المجنى عليه) فان كانت الجناية تسوى نصفها ، دفع المولى نصفها او ثلثها دفع ثلثها او هكذا .

وقوله ((او)) للتفصيل اى دفعها فيما كانت الجناية مستوعبة ودفع بعضها فيما اذا لم تكن الجناية مستوعبة (وبين ان يفديها) باعطاء الغدية الى المجنى عليه (باقل الامرين) من قيمتها وقيمة الجناية ، مثلا اذا فقت عينا واحدة لانسان — ومن المعلوم ان قيمة العين الواحدة خمسمائة دينار — .

فان كانت قيمة الامة اربعمائة اعطى المولى اربعمائة — لانه لا يجنى الجانى اكثر من قيمته — .

وان كانت قيمة الامة ستمائة دفع خمسمائة فقط ، وهذا معنى اقل الامرين (على المشهور) فى ان المولى مخير بين اقل الامرين (او بالارش) عطف على اقل الامرين — بمعنى انه ليس اقل الامرين ، بل الارش ، اى قيمة الجناية من غير فرق بين ان تكون اقل من قيمة الامة او

.....

على ما عن الشيخ وغيره .

وعن الخلاف والسرائر ، واستيلاد المبسوط : انه لاخلاف في ان جنايتها تتعلق برقبتها لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سيدها بلاخلاف ، الا من ابي ثور . فانه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق ، و هو مخالف لما في الاستيلاد من المبسوط .

وربما يوجه بارادة نفى الخلاف بين العامة .

اكثر او مساويا - (على ما عن الشيخ وغيره) فانهم لم يخيروا المولى بين دفع ما قابل الجناية منها ، او اعطاء اقل الامرين بل قالوا بدفع ما قابل الجناية ، او الارش .

(وعن الخلاف والسرائر ، واستيلاد المبسوط : انه لاخلاف في ان جنايتها تتعلق برقبتها) بمعنى عدم الخلاف في انها تنتقل بسبب الجناية وليس حق الاستيلاد مانعا عن انتقالها (لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سيدها بلاخلاف ، الا من ابي ثور) من العامة (فانه) اي ابا ثور (جعلها) اي جنايتها (في ذمتها تتبع بها) وتؤخذ قيمة الجناية من الامة (بعد العتق ، و) لا يخفى ان (هو) اي ما في ديات المبسوط (مخالف لما في الاستيلاد من المبسوط) اذ كون الجناية عليها مخالف لكون الجناية على سيدها .

(وربما يوجه) الجمع بين كلامي المبسوط (بارادة نفى الخلاف)

في باب الديات (بين العامة) بقرينة استثناء ابي ثور والمراد ببياح الاستيلاد عدم الخلاف بين الخاصة .

.....

وربما نسب اليه الغفلة ، كما عن المختلف .

والاظهر ان المراد بكونها على سيدها عود خسارة جنايتها على السيد فى مقابل عدم خسارة المولى لامن عين الجانى ، ولا من مال آخر .
وكونها فى ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق ، وليس المراد وجوب فدائها .

وعلى هذا ايضا

(وربما نسب اليه) اى الى الشيخ (الغفلة) فى دعواه عدم الخلاف تارة هكذا ، وتارة هكذا (كما عن المختلف) فانه قال : ان الشيخ غفل حيث ادعى عدم الخلاف ، مرة هكذا ، ومرة هكذا .

(والاظهر) انه لا تنافى بين كلامى الشيخ ، ف(ان المراد بكونها) اى الخسارة (على سيدها) ليس انها ليست فى رقبتها ، بل بمعنى (عود خسارة جنايتها على السيد فى مقابل عدم خسارة المولى) اصلا (لامن عين الجانى ، ولا من مال آخر)

اذ المولى على اى تقدير خاسر ، سواء اخذت عين الامة ، واخذت قيمة الجناية من المولى ، بدليل انه مقابل كلام ابى ثور الذى لا يجعل الجناية على المولى اطلاقا .

(وكونها) اى الجناية ، عطف على « عدم » (فى ذمة نفسها تتبع بها) اى تتبع الامة بتلك الخسارة (بعد العتق ، وليس المراد وجوب فدائها) حتى يقع التنافى بين كلامى الشيخ .

(وعلى هذا) يعنى كون الخسارة بالنتيجة من كيس السيد (ايضا

.....

يحمل مافى رواية مسمع ، عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : ام الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها وما كان من حقوق الله فى الحدود فان ذلك فى بدنها .

فمعنى كونها على سيدها : ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجناية شيئاً .

ومثلها ما ارسل عن على عليه السلام ، فى المعتق عن دبر ، فهو من الثلث وماجنى هو و أم الولد ، فالمولى ضامن لجنايتهم .
والمراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى المرد دبين ملكه

يحمل) كما حمل كلام الشيخ (مافى رواية مسمع ، عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : أم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها) بمعنى ان الخسارة تقع على السيد اما فى عين الامة ، او فى خسارة المولى لقيمة الجناية (وما كان من حقوق الله فى الحدود) كما اذا زنت ، او سرت (فان ذلك فى بدنها) يجرى عليها الحد .

(فمعنى كونها على سيدها : ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجناية شيئاً) حتى يتبع بها بعد العتق .

(ومثلها ما ارسل عن على عليه السلام ، فى المعتق عن دبر) اى من قال له المولى : انت حرد بر وفاتى (فهو من الثلث) لانه كالوصية (وماجنى هو) اى المدبر (وأم الولد) فالمولى ضامن لجنايتهم)

(والمراد من جميع ذلك) كلام الشيخ والروايات (خروج دية الجناية من مال المولى المرد) ذلك المال للمولى (بين ملكه) اى ملك

الجاني أو ملك آخر .

وكيف كان فاطلاقات حكم جنائية مطلق المملوك سليمة عن المخصص ولا يعارضها أيضا اطلاق المنع عن بيع أم الولد لان ترك فداائها والتخلية بينها ، وبين المجنى عليه ليس نقالها ، خلافا للمحكي عن موضع من المبسوط ، والمهذب ، والمختلف من تعيين الفداء على السيد

المولى الذى هو (الجاني) بنفسه ، بان يسترقه المجنى عليه (أو ملك آخر) للمولى .

(وكيف كان فاطلاقات حكم جنائية مطلق المملوك سليمة عن المخصص) فى باب أم الولد .

فمادل على ان المولى يخير أو المجنى عليه يخير بين جعل الجناية فى نفس العبد الجاني ، أو فى مال آخر للمولى يشمل مالوكان الجاني أم ولدا أيضا .

اذ لا مخصص لتلك الادلة يوجب خروج أم الولد عن هذا الحكم بان يجب اعطاء الجناية من مال آخر للمولى .

(ولا يعارضها) أى لا يعارض اطلاق حكم جنائية مطلق المملوك (أيضا) أى كماله يكن هناك مخصص لها (اطلاق المنع عن بيع أم الولد) وانما لا يعارض (لان ترك) المولى (فداائها) بان لم يعط قيمة جنايتها من ماله (والتخلية بينها ، وبين المجنى عليه ليس نقالها) حتى يشملها دليل المنع عن نقل أم الولد (خلافا للمحكي عن موضع من المبسوط ، والمهذب ، والمختلف من تعيين الفداء على السيد) وانه

ولعله للروایتين المؤیدتين بان استيلاء المولى هو الذى ابطال
 احد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر بناءً على انه لا فرق بين ابطال احد
 طرفى التخيير بعد الجناية ، كما لو قتل ، او باع عبده الجانى و بين ابطاله
 قبلها كالا استيلاء الموجب لعدم تأثير اسباب الانتقال فيها .

وقد عرفت معنى الروایتين .

والمؤيد مصادرة

ليس فى رقيبتها .

(ولعله للروایتين) رواية مسمع والمرسلة (المؤیدتين بان استيلاء
 المولى هو الذى ابطال احد طرفى التخيير) اى الاسترقاق ، لانها لا تنقل
 (فتعين عليه) اى على المولى الطرف (الآخر) وهو الفداء (بناءً على انه
 لا فرق بين ابطال احد طرفى التخيير) اى الاسترقاق (بعد الجناية
 كما لو قتل ، او باع عبده الجانى) فانه مكلف بدفع الفداء الى المجنى
 عليه (و بين ابطاله قبلها) اى قبل الجناية (كالا استيلاء الموجب لعدم
 تأثير اسباب الانتقال) كالجناية التى هى من اسباب الانتقال (فيها)
 اى فى الامة متعلق ب « عدم »

(و) لكن لا يخفى ما فى هذا الكلام ، اذ (قد عرفت معنى الروایتين)
 بمعنى ان نتيجة الخسارة على المولى امانى عين مملوكة ، او فى كيسه
 الخاص ، لان معناهما الانحصار بالفداء .

(والمؤيد) الذى ذكره (مصادرة) اى الاستدلال بالمطلوب على
 المطلوب ، فان كون استيلاء المولى ابطال اخذ طرفى التخيير اول الكلام

لا يبطل به اطلاق النصوص .

ومنها : ما اذا جنت على مولاها ، بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى ، فهل تعود ملكا طلقا ، بجنائتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها ، كما هو المحكى عن الرضة عن بعض .
وعدها السيورى من صور الجواز ، ام لا كما هو المشهور ، اذ لم يتحقق بجنائتها على مولاها الاجواز الاقتصاص منها .
واما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل .

(لا يبطل به) اى بمثل هذا المؤيد الذى هو مصادرة (اطلاق النصوص) الواردة فى باب العبد الجانى ، وان للمجنى عليه استرقاقه .
(ومنها) اى من اسباب جواز انتقال ام الولد (ما اذا جنت على مولاها بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى) كما لو اعمت عينى المولى مثلا (فهل تعود) الامة (ملكا طلقا ، ب) سبب جنائتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها) كان يبيعها مثلا (كما هو المحكى عن الرضة عن بعض) العلماء .

(وعدها) اى الجناية على مولاها (السيورى من صور الجواز) اى جواز نقل الامة المستولدة (ام لا) تعود ملكا طلقا (كما هو المشهور ، اذ لم يتحقق بجنائتها على مولاها الاجواز الاقتصاص منها) كان يعمى المولى عينها اقتصاصا فى المثال السابق .

(واما الاسترقاق) بان يسترقها المولى (فهو تحصيل للحاصل) اذ لا يعقل رقية ثانية عليها بعد رقيتها الاولى .

وما يقال : فى توجيهه من ان الاسباب الشرعية تؤثر بقدر الامكان
فاذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق امكن ان يتحقق للمولى اثر جديد، وهو
استقلال جديد فى التصرف فيها .
مضافا : الى ان استرقاقها ترك القصاص كفكاك رقابهن الذى انيط
به الجواز فى صحيحة ابن يزيد المتقدمة .

(وما يقال : فى توجيهه) اى توجيه الاسترقاق (من ان الاسباب
الشرعية) كالا سباب العقلية (تؤثر بقدر الامكان)
كما انه لو كان كل واحد من السهمين قاتلا ، وضرب بسهم فتاخر
موته ساعة ، ثم ضرب بسهم ثان عجل هذا السهم الثانى موته ، بدون ان
يكون سببا مستقلا لعدم معقولية اجتماع علتين فى معلول واحد .
كذلك اذا صارت يده نجسة بالدم الذى يكتفى فى غسله بالمرة ، ثم
تنجست بالبول الذى يحتاج الى المرتين ، اثر البول نجاسة زائدة بان
احتاجت اليد الى غسليتين .
وعليه (فاذا لم تؤثر الجناية) على المولى (الاسترقاق) لانه لا قابلية
للمملوك ان تتضاعف مملوكيته (امكن ان يتحقق للمولى اثر جديد، وهو
استقلال) للمولى (جديد فى التصرف فيها) اذ لم يكن له استقلال قبل
الجناية ، بحكم كونها ام ولد .
(مضافا : الى ان استرقاقها ترك القصاص كفكاك رقابهن الذى
انيط به) اى بفك الرقاب (الجواز فى صحيحة ابن يزيد المتقدمة)
اى كما انه اذا كان المولى مديونا فى رقبتهما جاز بيعهما لفك رقبتهما

.....
 مضافا الى ان المنع عن التصرف لاجل التخفيف لا يناسب الجانى

عمدا .

فمندفع بما لا يخفى .

عن الثمن الذى على المولى ، كذلك اذا كانت جانية ، جاز فك رقبتها
 عن القصاص بالاسترقاق .

والحاصل : ان فك رقبتها عن القصاص (حتى لا يقتص منها)
 مثل فك رقبتها عن الثمن « ببيعها واداء دين رقبتها » فكما يجوز الثانى
 يجوز الاول .

(مضافا الى ان المنع عن التصرف) فى الامة الجانية بان يمنع
 المولى ، فلا يجوز له بيعها (لاجل التخفيف) عليها ، لكونها ام ولد
 (لا يناسب) هذا التخفيف (الجانى عمدا) اذا الجانى عمدا يؤخذ
 بالشدّة ، لا باللطف والتخفيف .

(فمندفع) خبر (ما يقال) (بما لا يخفى)

اما كون الاسباب الشرعية تؤثر بقدر الامكان فهو صحيح ، لكن
 المنصرف من ادلة استرقاق المجنى عليه للجانى ، اذا كان المجنى عليه
 اجنبيا لا ما اذا كان مولى للجانى ، واما ان ترك القصاص كفّ الرقبة تباع
 الامة فى كليهما ، ففيه اشكال اذا النص دل على بيعها لاجل اعطاء ثمنها
 فقياس الاسترقاق على البيع ، وقياس فكها من القصاص على فكها من
 الدين مع الفارق .

واما ان كون المنع عن البيع لاجل التخفيف ، فهو وان كان مسلما

واما الجناية على مولاها خطأ ، فلا اشكال فى انها لا يجوز التصرف فيها ، كما لا يخفى .

وروى الشيخ فى الموثق عن غياث عن جعفر عن ابيه ، عن على عليه السلام ، قال : ام الولد اذا قتلت سيدها خطأ فنهى حرّة لا سعاية عليها .

وعن الشيخ والصدوق باسنادهما عن وهب بن وهب ، عن جعفر ، عن ابيه صلوات الله عليها : ان ام الولد اذا قتلت سيدها خطأ فنهى حرّة لا سبيل عليها وان قتلت عمدا قتلت به .

لكنه حكمة ، ولا دليل على انه علة تامة حتى يدور الحكم مداره ، والا فاذ اخذت ام الولد فى الزنا او فى سائر المعاصى لزم ان يقال : بجواز بيعها ، لانها تؤخذ بالشدة لا باللطف .

(واما الجناية على مولاها خطأ فلا اشكال فى انها لا يجوز التصرف فيها ، كما لا يخفى)

(وروى الشيخ فى الموثق عن غياث ، عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام ، قال : ام الولد اذا قتلت سيدها خطأ فنهى حرّة) يعنى من نصيب ولدها (لا سعاية عليها) لا قصاصا ولا بقاء فى العبودية .

وعن الشيخ والصدوق باسنادهما عن وهب بن وهب ، عن جعفر ، عن ابيه صلوات الله عليها : ان ام الولد اذا قتلت سيدها خطأ فنهى حرّة لا سبيل عليها وان قتلت عمدا قتلت به) يعنى اذا لم يعف الولي ، ثم ان عفى اعتقت من نصيب ولدها اذا القاتل لا يرث ، اما ولد القاتل فيرث .

وعن الشيخ عن حماد عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام
اذا قتلت أم الولد مولاها سعت فى قيمتها •

ويمكن حملها على سعيها فى بقية قيمتها ، اذا قصر نصيب ولدها
وعن الشيخ فى التهذيب والاستبصار : الجمع بينهما بغير ذلك
فراجع •

ومنها : ما اذا جنى حرّ عليها

(وعن الشيخ عن حماد عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام)
قال : (اذا قتلت أم الولد مولاها سعت فى قيمتها)

وحيث ان السعى لوجه له ظاهرا ، لانها ان كانت ذات ولد
اعتقت من نصيب ولدها ، وان مات ولدها بقيت فى الرقية حملها الشيخ
المرتضى وغيره على محامل ، كما قال ره •

(ويمكن حملها على سعيها فى بقية قيمتها ، اذا قصر نصيب
ولدها) كما لو كان نصيب ولدها من الارث بمقدار نصف قيمتها ، فانها
تسعى لاداء النصف الآخر من القيمة •

(وعن الشيخ فى التهذيب ، والاستبصار : الجمع بينهما بغير
ذلك ، فراجع)

فحمل الخبر الاخير فى محكى التهذيب على كون القتل شبه عمد ،
فان كان حراسعى فى اداء الدية ومحكى الاستبصار حمله على صورة
موت الولد ، وكون السعى على جهة الجواز •

(ومنها) اى من موارد جواز بيع أم الولد (ما اذا جنى حرّ عليها)

بما فيه ديتها فانها لو لم تكن مستولدة ، كان للمولى التخيير بين دفعها الى الجاني واخذ قيمتها ، وبين امساكها ولا شئ له ، لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض .

ففى المستولدة يحتمل ذلك .

و يحتمل ان لا يجوز للمولى اخذ القيمة ، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة .

جناية دون القتل — كما لا يخفى — (بما فيه ديتها) كان فقئت عينيه ، او صلمت اذنيها ، او ما اشبه (فانها لو لم تكن مستولدة ، كان للمولى التخيير بين دفعها الى الجاني واخذ قيمتها) لا الدية (وبين امساكها ولا شئ له) اى للمولى من الدية .

وانما نقول بهذا التخيير (لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض) اذ لو ابقاها المولى لنفسه واخذ الدية ، لزم ان يكون المولى جمع بين الامة وبين قيمتها ، هذا هو الحكم فى المملوك غير المستولدة — كما ذكره جمع من الفقهاء — .

(ففى المستولدة يحتمل ذلك) التخيير ايضا فيكون قد جاز نقل ام الولد (و يحتمل ان) لا يحق للمولى اعطائها واخذ قيمتها ، بل عليه الشق الثانى من التخيير اى الابقاء عليها بدون اخذ شئ .

ف (لا يجوز للمولى اخذ القيمة) واعطائها (ليلزم منه) اى من اخذ المولى للقيمة (استحقاق الجاني للرقبة) ويكون سببا لنقل ام الولد .

.....
 واما احتمال منع الجانى عن اخذها وعدم تملكه لها بعد اخذ الدية منه
 فلا وجه له لان الاستيلاء يمنع عن المعاوضة او مافى حكمها ، لاعتنا اخذ
 العوض بعد اعطاء المعوض بحكم الشرع .
 والمسألة من اصلها موضع اشكال ، لعدم لزوم الجمع بين العوض و
 المعوض ، لان الدية عوض شرعى عمافات بالجناية ، لاعتنا رقة العبد

(واما احتمال منع الجانى عن اخذها) اى اخذ الامة (وعدم تملكه
 لها) اى ان الجانى لا يملك الامة « وعدم » عطف على « منع » (بعد
 اخذ) مولاها (الدية منه) اى من الجانى (فلا وجه له)
 لانه اولاً جمع بين العوض و المعوض عند المولى .
 وثانياً (لان الاستيلاء يمنع عن المعاوضة) كالبيع (او مافى حكمها)
 كالصلح على المستولدة بشئ (لاعتنا اخذ) الجانى (العوض) وهى الامة
 (بعد اعطاء) الجانى (المعوض) وهو الدية (بحكم الشرع) متعلق ب
 « اخذ » هذا .

(و) لكن (المسألة من اصلها موضع اشكال ، لعدم لزوم الجمع بين
 العوض و المعوض) فيما اذا اخذ المولى الدية (لان الدية عوض شرعى
 عمافات بالجناية ، لا) انها عوض (عن رقة العبد) و الا لزم عدم جواز اخذ
 الدية فيما لم تكن مستحقة للقيمة ايضا .

اذ كما لا يجوز الجمع بين العوض و المعوض ، كذلك لا يجوز الجمع
 بين المعوض و بعض العوض هذا .

ثم كيف يمكن ان تكون الجناية بلا غرامة اصلا بعد شمول الادلة

.....

و تمام الكلام فى محله .

ومنها : ما اذا الحقت بدار الحرب ، ثم استرقت ، حكاها فى الروضة وكذا لو اسرها المشركون ، ثم استعادها المسلمون ، فكانه فيما اذا اسرها غير مولاها ، ولم يثبت كونها امة المولى الابعد القسمة ،

للحر والعبد على حد سواء .

ولو اشكل بهذا الاشكال فى العبد لزم مثله فى الحر فانه كيف يجوز للانسان ان يأخذ الف دينار - مثلا - قيمة نفسه فيما اذا اعمى الجانى عينيه والحال ان نفسه باقية لم تزهق (و تمام الكلام فى محله) فى باب الجناية على العبد .

(ومنها) اى من موارد جواز بيع ام الولد (ما اذا الحقت بدار الحرب ثم استرقت) اذا لحقها بدار الحرب يوجب رفع عصمة الاسلام بتوابعه منها (حكاها فى الروضة ، وكذا لو اسرها المشركون ، ثم استعادها المسلمون ، فكانه) اى كان اطلاق هذا الكلام مقيد بثلاثة شروط .

الاول : (فيما اذا اسرها غير مولاها) اذ لو كان الذى اسرها هو مولاها لم يكن وجه لان تكون قسمة بين المسلمين ، بل حالها حال ما اذا اخذ الكافر الحربى عبائة زيد ثم استعادها زيد منه ، فان تملك الحربى لمال المسلم لا يسبب خروج المال عن ملك المسلم .

الثانى : (ولم يثبت كونها امة المولى الابعد القسمة) اى بعد ان قسم الامام الغنائم ، اذ لو ظهر انها امة لانسان مسلم لم يجوز قسمتها لما تقدم فى الشرط الاول .

.....

وقلنا بان القسمة لا تنقض ويغرم الامام قيمتها مالها .

لكن المحكى عن الاكثر والمنصوص انها ترد على مالها ، ويغرم

قيمتها للمقاتله .

ومنها : ما اذا خرج مولاها عن الذمة ، وملكتم امواله التى هى منها

ومنها : ما اذا كان مولاها ذميا ، وقتل مسلما ، فانه يدفع هو و

امواله الى اولياء المقتول .

الثالث : (وقلنا بان القسمة) التى اجراها الامام وانائبه (لا تنقض و

يغرم الامام قيمتها مالها) من بيت المال ، حيث ان غرامات الامام على

بيت المال فانه لو لم تجتمع هذه الشروط الثلاثة لم يكن وجه لانتقال ام

الولد عن ملك مولاها .

(لكن المحكى عن الاكثر) عدم تمامية الشرط الثالث (و) ذلك لان

(المنصوص انها) بعد القسمة (ترد على مالها ، ويغرم) الامام من

بيت المال (قيمتها للمقاتلة) اى المجاهدين الذين وقعت ام الولد فى

سهمهم .

(ومنها) اذا كانت امة لذمى فى (ما اذا خرج مولاها عن الذمة ، و

ملكتم) بالمجهول اى ملك المسلمون (امواله التى هى) ام الولد (منها)

اى من تلك اموال ، اذ لو خرج الذمى عن الذمة صارت امواله مباحة لكل

المسلمين ، ومن هذا القبيل لو خرج المعاهد عن المعاهدة .

(ومنها) اى من صور جواز بيع ام الولد (ما اذا كان مولاها ذميا ، و

قتل مسلما ، فانه يدفع هو و امواله) التى هى منها (الى اولياء المقتول)

هذا ما ظفرت به من موارد القسم الاول ، وهو ما اذا عرض لام الولد حق
للغير اقوى من الاستيلاء .

واما القسم الثانى : وهو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولى بالمراعات
من حق الاستيلاء .

فمن موارد ما اذا اسلمت وهى امة ذمى فانها تباع عليه بناء على
ان حق اسلامها المقضى لعدم سلطنة الكافر عليها اولى من حق

بل ينبغى ان يعد من هذا القسم ايضا ما اذا كان الكافر فى دينه جواز
بيع ام الولد ، لقاعدة : الزموم بما التزموا به ، التى تطابق النص و
الاجماع عليها .

(هذا ما ظفرت به من موارد القسم الاول) الذى يجوز فيه بيع ام الولد
او نقلها بسائر انحاء النقل (وهو ما اذا عرض لام الولد حق للغير اقوى
من الاستيلاء) فان حق الغير يقدم على حق الاستيلاء .

(واما القسم الثانى : وهو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولى
بالمراعات من حق الاستيلاء)

(فمن موارد ما اذا اسلمت وهى امة ذمى)

وانما لم يذكر مطلق الكافر ، اذ لو كان للمسلمين سلطة عليه لزم
محاربه بحكم : ان الكافر الحربى يحارب حتى يسلم ، او يعطى الذمة
فلا مجال لجبره على بيع ام ولد ، فتأمل (فانها تباع عليه) اى على الذمى
(بناء على ان حق اسلامها المقضى لعدم سلطنة الكافر عليها اولى من حق

الاستيلاء المعرض للعتق •

ولو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع : عمومات صحة البيع ، دون قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم ، المقتضية لعدم جواز بيعها عليه ، لان المفروض ان : قاعدة السلطنة ، قد ارتفعت بحكومة ادلة نفى سلطنة الكافر على المسلم ، فالمالك ليس مسلطا قطعا ولاحق له فى عين الملك جزما •

الاستيلاء المعرض للعتق) فان علة البيع الموجبة لخلاصها من الكافر موجودة الآن ، فلا وجه للصبر حتى يموت الكافر ويؤثر حق الاستيلاء اثره فى ذلك الوقف •

(ولو فرض تكافؤ) و تعادل (دليلهما) دليل الاستيلاء ، ودليل عدم سلطة الكافر على المؤمن ، بحيث لم يكن احدهما مقدما على الآخر (كان) اللازم القول بتساقطهما •

وحينئذ ، ذ (المرجع : عمومات صحة البيع) مثل : احل الله البيع و تجارة عن تراض (دون قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم ، المقتضية) قاعدة السلطنة (لعدم جواز بيعها) اى الامة (عليه) اى على الكافر • وانما نقول : بان المرجع عمومات صحة البيع (لان المفروض ان : قاعدة السلطنة قد ارتفعت بحكومة ادلة نفى سلطنة الكافر على المسلم ، فالمالك) الكافر (ليس مسلطا) على المسلمة (قطعا ، ولاحق له) اى للكافر (فى عين الملك) اى ذات المسلمة (جزما)

فدليل السلطنة ساقط ، ويبقى التعارض بين دليل الاستيلاء ، و

.....
 انما الكلام فى تعارض حقى ام الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز
 كونها مقهورة بيد الكافر .

و من حيث كونها فى معرض العتق ، فلا يجوز اخراجها من هذه
 العرضة .

والظاهر ان الاول اولى للاعتبار وحكومة قاعدة نفى السبيل على
 جل القواعد .

دليل عدم سلطة الكافر على المسلم .

(انما الكلام فى تعارض حقى ام الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز
 كونها مقهورة بيد الكافر) المقتضى لجواز بيعها الآن .

(و من حيث كونها فى معرض العتق ، فلا يجوز اخراجها من هذه
 العرضة) لانها لو بيعت الآن ، فاذا مات الكافر المولى لها لم تعتق .

(والظاهر) من الادلة (ان الاول) اى دليل عدم السبيل
 (اولى)

اولا (للاعتبار) فان الاسلام له من الشرف ما يوجب ان لا يبقى مسلم
 تحت كافر اطلاقا ، حتى اذا سبب خروجه عن ملكية الكافر ضررا مستقبلا
 عليه .

مثلا : لو اوجب بيع المسلم على الكافر ان لا يكون للامة زوج و هى
 بحاجة اليه لان المشتري لها من الكافر الآن امرئة ولا يوجد رجل يشتريها
 (و) ثانيا : ل (حكومة قاعدة نفى السبيل) و هى قوله تعالى :
 ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (على جل القواعد) كقاعدة :

ولقوله صلى الله عليه وآله : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه .

وما ذكرنا ظهر انه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل اسلامها

لان الشك انما هو فى طرو ما هو مقدم على حق الاستيلاء .

والاصل عدمه ، مع

السلطنة ، وقاعدة : تجارة عن تراض ، وقاعدة الزوجية ، فانه لو اسلمت

الزوجة لم تبق فى حباله زوجها الكافر ، وقاعدة : لاضرر ، فيما اذا اوجب

خروج المسلم عن تحت الكافر ضررا الى غيرها من القواعد .

(و) رابعا : (لقوله صلى الله عليه وآله : الاسلام يعلو ولا يعلى

عليه) فان بقائها حتى تعتق عند موت الكافر موجب لكون الاسلام ، قد على

عليه .

(وما ذكرنا) من تقديم دليل نفى السلطنة على المؤمن ، على حق

الاستيلاء (ظهر انه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع) عن بيعها (قبل

اسلامها) بان يقال : انها حال كفرها لم يجز بيعها ، لانها لم ولد فاذا

اسلمت وشككتا فى جواز بيعها ، كان مقتضى الاستصحاب العدم .

وجه الظهور : وجود الادلة الاجتهادية كما عرفت ، فلا مجال

للاصل العملى .

اما وجه القائل بالاستصحاب ما ذكره بقوله : (لان الشك انما هو فى

طرو ما هو مقدم على حق الاستيلاء) بان يقال : هل طرو — بسبب

الاسلام — على هذه المرئة ما هو مقدم على حق الاستيلاء ، ام لا ؟

(والاصل عدمه) اى عدم الطرو ، فيستصحب عدم جواز البيع (مع

.....

امكان معارضة الاصل بمثله ، لو فرض فى بعض الصور تقدم الاسلام على المنع عن البيع .

ومع امكان دعوى ظهور : قاعدة المنع ، فى عدم سلطنة المالك ، وتقديم حق الاستيلاء على حق الملك ، فلا ينافى تقديم حق آخر لها على هذا الحق .

ومنها : ما اذا عجز مولاها عن

امكان معارضة الاصل بمثله)

هذا رد آخر ، لا استحباب المنع عن بيعها ، بان يقال : هناك استحبابان ، استحباب يدل على جواز البيع ، واستحباب يدل على عدم جواز البيع ، فيتساقط الاصلان ويرجع الى عموم حق الاسلام (لو فرض فى بعض الصور تقدم الاسلام على المنع عن البيع) كما لو اسلمت قبل العلوق ، ثم علق الولد بها ، فانها قبل العلوق كانت جائزة البيع ، ونشك فى ان علوقها هل صار سببا للمنع عن بيعها ، الاصل العدم .

(و) هناك رد ثالث لاصالة عدم جواز البيع ، وهو ما اشار اليه بقوله : (مع امكان دعوى ظهور : قاعدة المنع ، فى عدم سلطنة المالك) فالمالك ليس مسلطا على البيع (وتقديم حق الاستيلاء على حق الملك) (وتقديم) عطف على «عدم سلطنة» (فلا ينافى) هذا المنع (تقديم حق آخر لها) اى للامة و هو حق الاسلام (على هذا الحق) و هو حق الاستيلاء فلاستيلاء مقدم على الملك و الاسلام مقدم على الاستيلاء .

(ومنها) اى من اقسام القسم الثانى (ما اذا عجز مولاها عن

نفقتها ، ولو فى كسبها ، فتباع على من ينفق عليها ، على ما حكى عن
 اللعة وكنز العرفان ، و ابي العباس ، والصيمرى ، والمحقق الثانى ،
 وقال فى القواعد لو عجز عن الانفاق على ام الولد امرت بالتكسب ، فان
 عجزت انفق عليها من بيت المال ، ولا يجب عتقها ، ولو كانت الكفاية
 بالتزويج ، وجب .

ولو تعذر الجميع فى البيع اشكال ، انتهى .

نفقتها ، ولو فى كسبها) بان لم يف كسب الامة لسد نفقاتها (فتباع على
 من ينفق عليها ، على ما حكى) الجواز فى هذه الصورة (عن اللعة ،
 وكنز العرفان ، و ابي العباس ، والصيمرى ، والمحقق الثانى ، وقال
 فى القواعد) ذكر المصنف كلام القواعد للاشارة الى انه مخالف بجواز
 بيعها فى هذه الصورة (لو عجز) المولى (عن الانفاق على ام الولد
 امرت) بصيغة المجهول (بالتكسب) لتستعيش من كسبها (فان عجزت
 عن الكسب الكافى) انفق عليها من بيت المال (لانه معد لمصالح المسلمين
 ولسد حاجات الفقراء) (ولا يجب) على المولى (عتقها) وان كان العتق
 موجبا لسد حاجاته (ولو كانت الكفاية) لمعيشتها (بالتزويج ، وجب)
 لوجوب سد حاجاته على المولى بكيفية محللة والزواج من تلك الكيفيات .
 (ولو تعذر الجميع) من الكسب و بيت المال و التزويج (فى البيع
 اشكال) من انه : بيع ام ولد فلا يجوز و من انه :
 لمصلحتها و سد حاجاتها فيجوز (انتهى) كلام
 العلامة .

و ظاهره عدم جواز البيع مهما امكن الانفاق من مال المولى او كسبها او مالها او عوض بضعها او وجود من يؤخذ بنفقتها او بيت المال ، و هو حسن و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع ايضا ، و فرضها كالحرفى وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها و لو فرض عدم ذلك ايضا ،

او كون ذلك ضررا عظيما عليها فلا يبعد الجواز لحكومة ادلة : نفى الضرر و لان رفع هذا عنها اولى من تحملها ذلك رجاء ان تنعتق من نصيب

(و ظاهره عدم جواز البيع مهما امكن الانفاق) و لو بغير الطرق التى ذكرها (من مال المولى ، او كسبها ، او مالها) ان كان لها مال (او عوض بضعها) بالزواج (او وجود من يؤخذ) شرعا (بنفقتها) كالعمودين مثلا (او بيت المال ، و هو) اى كلام العلامة (حسن ، و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع ايضا) اى كما يمنع عن البيع فى صورة وجود احد الامور المذكورة .

(و لا يبعد) فرضها كالحرفى وجوب سد رمقها كفاية) اى وجوبا كفاييا (على جميع من اطلع عليها) اى على حالها (و لو فرض عدم ذلك ايضا) احتمل جواز اخذها بالقوة كعام المجاعة .

(او كون ذلك ضررا عظيما عليها) بحيث يكون دليل : لاضرر مقدما على دليل : عدم بيعها (فلا يبعد الجواز لحكومة ادلة : نفى الضرر) على ادلة عدم جواز البيع (و لان رفع هذا) الضرر (عنها) اى عن المستولدة (اولى من تحملها ذلك) الضرر (رجاء ان تنعتق من نصيب

.....

ولد هـامع جريان ما ذكرنا اخيرا فى الصورة السابقة من احتمال ظهور ادلة المنع فى ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا لاعلى حقهـا الآخر فتدبر .

ومنها : بيعها على من تنعتق عليه ، على ما حكى من الجماعة

ولدها ، فى المستقبل هذا .

و هناك وجه آخر لجواز البيع ايضا ، اشار اليه بقوله : (مع جريان ما ذكرنا اخيرا فى الصورة السابقة) بقولنا (فلينا فى تقديم حق آخر لها على هذا الحق) (من احتمال ظهور ادلة المنع فى ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا)

فحق الاستيلاء مقدم على قاعدة : سلطنة المالك (لاعلى حقهـا الآخر) اى حق نفس المستولدة ، و (الآخر) صفة (حقهـا) و المراد بحقهـا الاخر — هنا — حق سد حاجاتها (فتدبر) فان دليل الاستيلاء قوى جدا ، فلا يمكن تقديم حق آخر لها على حق الاستيلاء .

نعم لتقديم : لاضرر وجه قوى ، لكن ذلك فيما اذا توقف دفع الضرر بالبيع ، والا فان امكن بمادون البيع — ولو بالرهن و ما اشبه — كان ما دون البيع مقدما .

(ومنها) اى من صور القسم الثانى بان يكون لنفسها حق اولى بالمراعات من حق الاستيلاء (بيعها على من تنعتق عليه) كالعمودين ، الآباء ، والابناء (على ما حكى من الجماعة

.....
 المتقدم اليهم الاشارة ، لان فيه تعجيل حقها ، وهو حسن ، لو علم
 ان العلة حصول العتق .

فلعل الحكمة انعقاد خاص .

اللهم الا ان يستند الى ما ذكرنا اخيرا في ظهور ادلة المنع : او
 يقال : ان هذا عتق في الحقيقة .

و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق .

فلولم يف المشتري

المتقدم اليهم الاشارة) اللعة ، وكنز العرفان الخ (لان فيه) اى فى
 هذا البيع (تعجيل حقها) بالعتق (وهو حسن ، لو علم ان العلة) فى
 عدم جواز بيعها (حصول العتق) بعدم موت المولى .

(فلعل الحكمة انعقاد خاص) لسبب ارث الولد ، لان الشارع
 لاحظ خدمتها الكاملة للمولى ، ثم عتقها اجلال لحق الامومة ، وهذا
 غير حاصل فى البيع للعمودين .

(اللهم الا ان يستند) لجواز بيعها ممن ينعقد (الى ما ذكرنا
 اخيرا في ظهور ادلة المنع) فى ترجيح حق الاستيلاء على حق مالکها
 لاعلى حقها الآخر (او يقال : ان هذا) البيع ممن ينعقد عليه (عتق فى
 الحقيقة) فلا يمنعه ادلة المنع عن بيع المستولدة .

(و يلحق بذلك) اى ببيعها ممن ينعقد عليه (بيعها بشرط العتق)
 لانه عتق لها فى الحقيقة .

(فلولم يف المشتري) بان لم يعتقها عمدا ، او لموت ، او نحوه

.....

احتمل وجوب استردادها كما عن الشهيد الثانى .

و يحتمل اجبار الحاكم ، و العدول للمشتري على الاعتاق .

او اعتاقها عليه قهرا .

و كذل بيعها ممن اقر بحريتها .

و يشكل بانه ان علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع واخذ الثمن

(احتمل وجوب استردادها) على البائع (كما عن الشهيد الثانى)

اذا انما جاز البيع لاجل العتق ، فاذا لم تعتق لزم ابطال البيع .

(و يحتمل اجبار الحاكم) للمشتري بالعتق ، لان الحاكم ولى

المخالف للشرع (و) اجبار (العدول) من المؤمنين ، اذا لم يوجد الحاكم

الشرعى و نائبه ، فان الولاية بعد الحاكم لعدول المؤمنين و قوله :

(للمشتري) متعلق « بالاجبار » (على الاعتاق)

(او) يحتمل (اعتاقها عليه قهرا) بان تنعتق ام الولد على المشتري

عتقا تلقائيا ، بلا احتياج الى اعتاق المشتري لها ، لان « المؤمنون عند

شروطهم » يفيد الوضع .

(و كذل) حال (بيعها ممن اقر بحريتها) اذ بمجرد الدخول فى

ملك المقر تنعتق هى عليه .

(و يشكل) بيعها ممن تنعتق عليه حسب اقراره بحريتها (بانه ان

علم المولى صدق المقر) بانها حرة (لم يجز له البيع واخذ الثمن) اذ

البيع بنظر المشتري باطل ، فكيف يأخذ المولى الثمن منه .

و قد تحقق فى موضعه انه لا يمكن ان يكون بيع باطلا من جانب ، و

.....

فى مقابل الحر .

وان علم بكذبه لم يجز ايضا ، لعدم جواز بيع ام الولد .
ومجرد صيرورتها حرة على المشتري فى ظاهر الشرع - مع كونها
ملكه فى الواقع وبقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشتري - لا يجوز
البيع ، بل الحرية الواقعية وان تأخرت اولى من الظاهرية وان
تعجلت .

ومنها ما اذا مات قريبها ، وخلف تركة ، ولم يكن له وارث سواها
فتشتري من مولاها

صحيحا من جانب آخر .

فاخذ الثمن (فى مقابل الحر) غير جائز .

(وان علم بكذبه لم يجز ايضا ، لعدم جواز بيع ام الولد) اذنى
الواقع انها لا تتحرر بمجرد اقرار المشتري بانها حرة .
(ومجرد صيرورتها حرة على المشتري فى ظاهر الشرع - مع كونها
ملكه فى الواقع) ان صح البيع ، لانه اذا صح البيع صارت ملكا للمشتري
واقعا (وبقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشتري) اذ الاقرار لا يغير
الواقع عن واقعه (لا يجوز البيع ، بل الحرية الواقعية وان تأخرت)
حتى موت المولى (اولى من) الحرية (الظاهرية ، وان تعجلت) اولوية
لازمة لا اولوية راجحة - كما لا يخفى .

(ومنها) اى من صور القسم الثانى (ما اذا مات قريبها ، وخلف
تركة ، ولم يكن له وارث سواها ، فتشتري) الامة المستولدة (من مولاها

فى الموارد المستثناة من عدم جواز بيع ام الولد

.....

للعق ، و ترث قريبها و هو مختار الجماعة السابقة ، و ابن سعيد فى
النزهة ، و حكى عن العمانى ، و عن المهذب اجماع الاصحاب عليه ، و
بذلك يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع .

مضافا الى ظهورها فى رفع سلطنة المالك ، و المفروض هنا عدم كون

البيع باختياره بل يباع عليه لو امتنع .

ومن موارد القسم الثالث : وهو ما يكون الجواز

للعق (اى لان تعق (و) بعد العتق (ترث قريبها) اذ العبد لا يرث (و)
هو مختار الجماعة السابقة) اللمعة ، و كنز العرفان الخ (و ابن سعيد فى
النزهة ، و حكى عن العمانى ، و عن المهذب اجماع الاصحاب عليه ، و
بذلك) اى بالاجماع (يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع) عن بيع
ام الولد .

اذ الامر دائر بين تقديم اخبار الارث الدالة على ان العبد يشترى

و يعتق و يرث .

و بين تقديم اخبار المنع عن بيع ام الولد ، و الاجماع يرجح الاول ،

و ان كان بين الطائفتين عموم من وجه .

(مضافا الى) وجود وجه آخر لتقديم اخبار الارث ، و هو (ظهورها)

اى اخبار المنع عن البيع (فى رفع سلطنة المالك) على المستولدة (و)

المفروض هنا) فى مسألة اشتراكها (عدم كون البيع باختياره) اى اختيار

المالك (بل يباع عليه لو امتنع) عن البيع .

(ومن موارد القسم الثالث) من اقسام بيع ام الولد (و هو ما يكون الجواز

.....
 لحق سابق على الاستيلاء ما اذا كان علوقها بعد الرهن فان المحكى عن
 الشيخ ، والحلى ، وابن زهرة ، والمختلف ، والتذكرة ، واللمعة و
 المسالك ، والمحقق الثانى ، والسيورى ، وابى العباس والصيمرى :
 جواز بيعها حينئذ .

ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن بالاستيلاء اللاحق
 بعد تعارض ادلة حكم الرهن و ادلة المنع عن بيع ام الولد فى دين غير
 ثمنها .

خلافا للمحكى عن الشرائع والتحرير ، فالمنع مطلقا

لحق سابق على الاستيلاء ما اذا كان علوقها بعد الرهن (بان رهن المولى
 امته غير الحامل ، ثم اجاز له المرتهن ان يواقعها ، فواقعها فحبست
) فان المحكى عن الشيخ ، والحلى ، وابن زهرة ، والمختلف ، و
 التذكرة ، واللمعة والمسالك والمحقق الثانى ، والسيورى ، وابى
 العباس ، والصيمرى : جواز بيعها حينئذ) اى حين كان الحق سابقا
 على الاستيلاء .

(ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن) السابق بالاستيلاء
 متعلق بالبطلان ، اى لم يبطل بسبب الاستيلاء (اللاحق بعد تعارض
 ادلة حكم الرهن) المقتضية لجواز البيع (و ادلة المنع عن بيع ام الولد
 فى دين غير ثمنها) و اذا تساقتا كان اللازم الرجوع الى استصحاب
 جواز البيع .

(خلافا للمحكى عن الشرائع والتحرير ، فالمنع مطلقا) وان الرهن

.....
وعن الشهيد فى بعض تحقيقاته : الفرق بين وقوع الوطى باذن

المرتتهن ، و وقوعه بدونه .

وعن الارشاد والقواعد التردد ، و تمام الكلام فى باب الرهن .

ومنها : ما اذا كان علوقها بعد افلاس المولى ، و الحجر عليه ، و كانت فاضلة عن المستثنيات فى اداء الدين ، فتباع حينئذ كفاى القواعد ، و اللعة ، و جامع المقاصد ، و عن المذهب ، و كنز العرفان ، و غاية المرام

لا يقتضى جواز البيع .

(وعن الشهيد) الاول (فى بعض تحقيقاته : الفرق بين وقوع

الوطى) من الراهن (باذن المرتتهن) فلا يجوز البيع (و وقوعه) اى
الوطى (بدونه) اى بدون اذن المرتتهن ، فيجوز البيع .

(وعن الارشاد والقواعد التردد) فى المسئلة (و تمام الكلام فى

باب الرهن) و لو شك و لم يجر الاستصحاب كان اللازم الرجوع الى
عمومات المنع .

(ومنها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) و حمله

(بعد افلاس المولى ، و) بعد (الحجر عليه ، و) قد (كانت) الامة فاضلة

عن المستثنيات فى اداء الدين) اذ الحجر انما يوجب بيع الزائد عن

المستثنيات ، اما ما كان من المستثنيات فانه لا يباع لاجل الدين

(فتباع) الامة المستولدة (حينئذ) اى حين وجود الشرطين الحجر ، و

كونها زائدة عن المستثنيات (كفاى القواعد ، و اللعة ، و جامع المقاصد

(و حكى ايضا) عن المذهب ، و كنز العرفان ، و غاية المرام

لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها .

ولا دليل على بطلانه بالاستيلاء ، وهو حسن ، مع وجود الدليل

على تعلق حق الغرماء بالاعيان .

اما لولم يثبت الا الحجر على المفلس فى التصرف و وجوب بيع

الحاكم امواله فى الدين ، فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع

فى نفسه ، فتأمل ، و تمام الكلام فى باب الحجر انشاء الله

لما ذكر) فى باب الرهن (من سبق تعلق حق الديان بها) على حق

الاستيلاء .

والحق السابق يمنع من الحق اللاحق الا اذا ثبت ان اللاحق اقوى .

(ولا دليل على بطلانه) اى بطلان حق الديان (بالاستيلاء ، وهو

حسن ، مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالاعيان) اذ تكون الامة

بنفسها حينئذ متعلقة لحق الغرماء ، وهو حق سابق .

(اما لولم يثبت) من ادلة الحجر (الا الحجر على المفلس فى

التصرف) فى امواله (و وجوب بيع الحاكم امواله فى الدين) لان امواله

صارت متعلقة لحق الغرماء (فلا يؤثر) الحجر (فى دعوى اختصاصها بما

هو قابل للبيع فى نفسه ، فتأمل) .

لعله اشارة الى ان القول : بان الحجر انما هو حجر عن التصرف

لا عبارة عن تعلق حق الغرماء بالاموال ، لا ينفع فى دفع البيع عن ام

الولد ، اذ المنع عن التصرف ليس الا مقدمة لاجل البيع ، و الانفاوجه

الحجر لولم يرد بيع الشئ المحجور (و تمام الكلام فى باب الحجر انشاء الله

.....
 تعالى .

ومنها : ما اذا كان علوقها بعد جنائيتها .

وهذا فى الجناية التى لا يجوز البيع لو كانت الجناية لاحقة بل

تلزم المولى بالفداء .

واما لو قلنا : بان الجناية اللاحقة ايضا ترفع المنع ، لم تكن فائدة

فى فرض تقديمها .

تعالى) .

(ومنها) اى من موارد القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) وحملها

(بعد جنائيتها) فان حق الجانى المتعلق باسترقاقها مقدم على حق

الاستيلاء .

(وهذا) المورد انما ينفع (فى الجناية التى لا يجوز البيع) لام الولد

فى تلك الجناية (لو كانت الجناية لاحقة) وهى التى يتخير المولى بين

الفداء واعطائها (بل تلزم المولى بالفداء) فان هذه الجناية لو كانت

بعد الاستيلاء كان على المولى الفداء .

اما لو كانت قبل الاستيلاء كان المولى مخيرا بين الفداء وبين

اعطائها .

(وامالو قلنا : بان الجناية اللاحقة) على الاستيلاء (ايضا) كالجناية

السابقة (ترفع المنع) عن البيع (لم تكن فائدة فى فرض تقديمها) اى

تقديم الجناية ، لانها اولا واخيرا على حد سواء .

ومنها : ما اذا كان علوقها في زمن خيار بايعها ، فان المحكى عن الحلّى جواز استردادها مع كونها ملكا للمشتري .
ولعله لاقتضاء الخيار ذلك ، فلا يبطله الاستيلاد ، خلافا للعلامة ،
وولده ، والمحقق ، والشهيد الثانيين ، وغيرهم فحكموا بانه اذا فسخ رجوع بقيمة ام الولد ولعلّه لصيرورتها منزلة التالف .
والفسخ بنفسه لا يقتضى الاجل العقد من زمان الفسخ كان لم يكن .

(ومنها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها في زمن خيار بايعها) بان باع البائع الامة وجعل لنفسه الخيار مدة ، ثم ان المشتري احبلها في زمن الخيار (فان المحكى عن الحلّى جواز استردادها مع كونها) الآن (ملكا للمشتري) .
وانما قال « مع كونها » لفادة انها تنتقل ، حتى لا يتوهم انها لم تصبح ملكا للمشتري ، فليس من باب انتقال ام الولد .
(ولعله) اى جواز النقل عن ملك المشتري بعد الاستيلاد (لاقتضاء الخيار ذلك) الاسترداد (فلا يبطله الاستيلاد) لان حق المشتري سابق على الاستيلاد (خلافا للعلامة ، وولده ، والمحقق ، والشهيد الثانيين ، وغيرهم فحكموا بانه اذا فسخ) البائع (رجوع بقيمة ام الولد) لا الى عينها (ولعلّه لصيرورتها) بعد ان اصبحت ام ولد (منزلة التالف) .
(و) ان قلت : ان الفسخ يقتضى رد العين وهى موجودة الآن .
قلت : (الفسخ بنفسه) مع قطع النظر عن لوازمه المترتبة عليه (لا يقتضى الاجل العقد من زمان الفسخ) لان اول العقد (كان لم يكن)

واما وجوب رد العين فهو من احكامه لو لم يمتنع عقلا ، او شرعا ، و
المانع الشرعى كالعقلى .

نعم : لو قيل ان الممنوع انما هو نقل المالك ، او النقل من قبله
لديونه .

اما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره فلم يثبت
فلامانع شرعا من

ولذا فالنماء فى ما بين العقد والفسخ للمالك الثانى .

ولو كان الفسخ ابطالا من حين العقد ، كان اللازم ان يكون النماء
للمالك الاول .

(واما وجوب رد العين فهو من احكامه) اى احكام الفسخ ، لانه
نفس الفسخ (لو لم يمتنع) رد العين (عقلا) كما لو كان تالف حقيقة (ا و
شرعا) كما فى المقام ، حيث ان ام الولد لا يمكن ان تنتقل من ملك مولاها
الذى احبها (والمانع الشرعى كالعقلى) فى انه يمنع عن الاحكام
الشرعية المترتبة لولا المانع .

(نعم : لو قيل ان الممنوع انما هو نقل المالك) لام الولد (او
النقل من قبله) اى قبل المالك (لديونه) كما لو بيعت فى ديون المالك ،
حيث تقدم انه لا يصح .

(اما الانتقال عنه) اى عن المالك ، لا باختيار المالك ، ولا لاجل
المالك (بسبب يقتضيه الدليل) فى حال كون ذلك السبب (خارج عن
اختياره) — صفة بسبب — (فلم يثبت) منع ذلك الانتقال (فلامانع شرعا من

استرداد عينها .

والحاصل : ان منع الاستيلاء عن استرداد بايعها لها يحتاج

الى دليل مفقود .

اللهم الا ان يدعى ان الاستيلاء حق لام الولد مانع عن انتقالها

عن ملك المولى لحقه ، او لحق غيره .

الا ان يكون للغير حق اقوى ، او سابق يقتضى انتقالها ، والمفروض

استرداد عينها) بعد الفسخ .

وانما قال المصنف « نعم لو قيل » اشعاراً بضعف هذا القيل ، لانه

يفهم حق الامة من دليل « لا تباع » فلا فرق بين ان يكون سبب النقل ،

المولى ، او غيره ، وعليه فاللازم على المولى دفع القيمة .

(والحاصل : ان منع الاستيلاء عن استرداد بايعها) اى بائع

الامة (لها يحتاج) المنع (الى دليل مفقود) اذ مقتضى القاعدة : ان يكون

للبيع حق الاسترداد .

(اللهم الا ان يدعى ان الاستيلاء حق لام الولد مانع عن انتقالها

عن ملك المولى لحقه) اى لاجل حق المولى بان يكون حق المولى سبباً

لانتقال كما اذا كان المولى مديوناً (او لحق غيره) اى غير المولى ، كما

اذا كان لحق ذى الخيار - فى المثال - .

(الا ان يكون للغير حق اقوى) ولو كان حقاً ثابتاً بعد الاستيلاء

(او) حق (سابق) كحق طالب ثمن الامة (يقتضى) ذلك الحق (انتقالها)

اى الامة (والمفروض

.....
 ان حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق .

بل يقتضى انتقالها مع الامكان شرعا ، والمفروض ان تعلق حق
 ام الولد مانع شرعا كالعتق والبيع ، على القول بصحتها فى زمان
 الخيار ، فتأمل .

ومنها : ما اذا كان علوقها بعد اشتراط اداء مال الضمان منها ،

ان حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق) اى فى جميع الصور .
 (بل يقتضى انتقالها مع الامكان شرعا) اذ بدون الامكان لا يحكم
 الشارع بالانتقال (والمفروض ان تعلق حق ام الولد مانع شرعا) عن
 الانتقال (كالعتق والبيع ، على القول بصحتها فى زمان الخيار) .
 فكما انه اذا كان للبائع الخيار فاعتقه المشتري فى زمن الخيار ، او
 باعه المشتري فى زمان الخيار لم يكن للبائع بعد الفسخ رد العين بل
 له ان يسترد القيمة .

كذلك اذا احبلها المشتري لم يكن للبائع رد هابل يسترد قيمتها
 (فتأمل) اذ عدم حق للبائع فى الاسترداد اول الكلام ، فالاستدلال به
 مصادرة .

(ومنها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) اى حملها
 (بعد اشتراط اداء مال الضمان منها) كما اذا باع زيد لعمره شيئا فاخذ
 عمرو خالد اضا من اللثمن ، وقال خالد انى اؤدى مال الضمان من هذه
 الجارية ، فانه اذا احبلها المولى بعد ذلك كان الضمان سابقا على
 الاستيلاء

بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه ، من جواز اشتراط الاداء من مال معين
فيتعلق به حق الضمون له .

و حيث فرض سابقا على الاستيلاد فلا يزاحم به على قول محكى فى
الروضة .

ومنها : ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة ، اذا كان النذر
مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطى ، ثم حصل بعده ، بناءً على ما ذكره
من خروج المندور كونها

(بناءً على ما استظهر) اى قال بعض الفقهاء انه الظاهر (الاتفاق عليه
من جواز اشتراط الاداء من مال معين) بمعنى انه لا يشترط ان يكون
الضمان فى الذمة (فيتعلق به) اى بهذا المال المعين (حق الضمون
له) الذى هو زيد .

(و حيث فرض) ان حق الضمون له (سابقا على الاستيلاد فلا يزاحم)
الاستيلاد (به) اى بهذا الحق (على قول محكى فى الروضة) مقابل قوله
آخر ، و هو ان حق الاستيلاد اقوى ، فلا فرق بين ان يكون الحق الآخر
سابقا و لاحقا .

(ومنها) اى من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها بعد نذر
جعلها صدقة ، اذا كان النذر مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطى ، ثم
حصل بعده) كما اذا نذر ان جاء ولده اعطى امته صدقة ثم احبلها قبل
مجئ الولد ، ثم جاء الولد ، و انما يجوز استيلادها قبل حصول النذر ، و
تخرج عن ملكه بعد حصوله (بناءً على ما ذكره من خروج المندور كونها

.....

صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق وبعد حصول الشرط فى المعلق ، كما حكاها صاحب المدارك عنهم فى باب الزكوة .

و يحتتمل كون استيلادها كاتلافها فيحصل الحنث و يستقر القيمة ، جمعا بين حقى أم الولد والمنذور له .

ولو نذر التصديق بها فان كان مطلقا ، و قلنا : بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فلاحكم للعلوق .

صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر فى (المطلق) كما لو نذر ان تكون جاريته صدقة (وبعد حصول الشرط فى) النذر (المعلق) كمثل نذر الصدقة بمجئ الولد (كما حكاها صاحب المدارك عنهم فى باب الزكوة) فقبل مجئ الولد ، حيث ان الامة له جاز استيلادها ، وبعد مجئ الولد خرجت الجارية عن ملك الناذر الى الجهة المنذورة لها .

(و يحتتمل كون استيلادها كاتلافها) حيث انها خرجت عن قابلية الانتقال عن ملك الناذر (فيحصل الحنث) لانه اتلف متعلق النذر (و يستقر) على الناذر (القيمة) بان يصرف قيمتها الى الجهة المنذورة (جمعا بين حقى أم الولد) كى تبقى مقدمة للعق (والمنذور له) حيث انه اذا تعذرت العين اعطى البدل .

(ولو نذر التصديق بها) اى بالامة — قبل الاستيلاد — نذر مطلقا (فان كان) نذرا (مطلقا ، و قلنا : بخروجها عن الملك بمجرد ذلك) النذر (كما حكى عن بعض) كما تقدم (فلاحكم للعلوق) يوجب تحريم الانتقال عن ملك الناذر ، اذا العلوق انما حصل فى ملك الغير ، لافى ملك

.....
وان قلنا : بعدم خروجها عن ملكه ، احتمال تقديم حق المنذور له
في العين ، وتقديم حق الاستيلاء ، والجمع بينهما بالقيمة .
ولو كان معلقا فوطئها قبل حصول الشرط صارت ام ولد ، فاذا حصل
الشرط وجب التصديق بها ، لتقدم سببه .
ويحتمل انحلال النذر لصيرورة التصديق مرجوحا بالاستيلاء ، مع
الرجوع الى القيمة

الناذر .

(وان قلنا : بعدم خروجها عن ملكه) اي ملك الناذر ، وانما صارت
متعلق حق الغير فقط (احتمال تقديم حق المنذور له في العين) فلا
حكم للاستيلاء (وتقديم حق الاستيلاء) فلا حكم للنذر (والجمع
بينهما) اي بين الحقين (بالقيمة) بان تبقى العين لحق الاستيلاء ، و
يجب على الناذر دفع القيمة في جهة النذر لحق النذر .
(ولو كان) النذر (معلقا) كما لو نذر ان جاء ولده فهي صدقة لزيد
(فوطئها قبل حصول الشرط) كمجئ الولد في المثال (صارت ام ولد ،
فاذا حصل الشرط) بان جاء الولد (وجب التصديق بها) اي بالمستولدة
(لتقدم سببه) اي سبب التصديق ، وهو النذر على الاستيلاء .
(ويحتمل انحلال النذر) وبطلانه لسبب الاستيلاء (لصيرورة
التصدق مرجوحا بالاستيلاء) اذا المستولدة لا تخرج عن ملك المستولد ،
وقد شرطوا ان يكون متعلق النذر راجحا (مع الرجوع الى القيمة) اي
انحلال غير تام ، بل انحلال في العين فقط ، بان تعطى قيمة الامة لجهة

او بدونه ، و تمام الكلام يحتاج الى بسط تام لا يسعه الوقت .
 ومنها : ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابتها ،
 فللمولى ان يبيعها ، على ما حكاه فى الروضة عن بعض الاصحاب ،
 بناءً على ان مستولده ام ولد بالفعل غير معلق على عتقه ،

الصدقة (او بدونه) اى بدون الرجوع الى القيمة (و تمام الكلام يحتاج
 الى بسط تام لا يسعه الوقت) المعد للاشارة الى مسائل الاستيلاد اذا
 تعارضت مع حقوق اخرى .

ولا يخفى ان القسم والعهد كذلك مع ادنى تفاوت .
 (ومنها) اى من مسائل صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها) و
 حملها (من مكاتب مشروط) و هو ما اذا قال المولى لعبده : انت حرا اذا
 اعطيت كذا ديناراً - مثلاً - بشرط ان تكمل المبلغ ، مقابل المكاتب المطلق
 الذى يكون حرّا كل مقدار اعطى فى مقابله .

مثلاً : اذا كان مال المكاتب مائة فاعطى عشرة حرره عشرة ، بخلاف ما اذا
 كان مكاتباً مشروطاً فانه لا يحرر جزء منه الا بعد اعطاء تمام المائة (ثم
 فسخت كتابته) لتأخير اداء مال الكتابة مثلاً كان الشرط اداء مال الكتابة
 الى سنة فلم يؤدّ (فللمولى ان يبيعها ، على ما حكاه فى الروضة عن
 بعض الاصحاب) .

وانما يكون هذا من المستثنيات (بناءً على ان مستولده) اى امة
 المكاتب (ام ولد بالفعل) قبل الحرية للمكاتب (غير معلق على عتقه)
 فكون الامة ام ولد ، لا تتوقف على عتق الواطى ، بل لو كان الواطى عبداً

فلا يجوز له بيع ولدها .

والقسم الرابع وهو ما كان ابقائها فى ملك المولى غير معرض لها للعتق ، لعدم توريث الولد من ابيه ، لاحد موانع الارث ، او لعدم ثبوت النسب من طرف الام والاب واقعا لفجور ،

صدقتم ام الولد على الحامل منه (فلا يجوز له بيع ولدها) .

وانما نشترط هذا الشرط ، لانه اذا قلنا : بان صدق ام الولد تتوقف على حرية الواطى - حرية فعلية ، ولا تكفى الحرية الاقتضائية - لم تصدق ام الولد فى المقام ، اذا الواطى ليس حرا فعلا حال الاستيلاد ، فاذا لم تتحقق ام الولد ، لا يكون هذا من المستثنيات .

وانما يحتمل وجوب الحرية الفعلية للواطى فى صدق ام الولد ، لانه اذا لم يكن حرا لم يرث الولد حتى تكون ام الولد فى معرض الحرية .
اذ من المعلوم : ان الام تعتق من نصيب الولد من الارث والعبد لا يرث ، فتأمل .

(والقسم الرابع) من صور الاستثناء عن بيع ام الولد (وهو ما كان ابقائها) اى ام الولد (فى ملك المولى غير معرض لها للعتق ، لعدم توريث الولد من ابيه ، لاحد موانع الارث) كالكفر والعبودية (او لعدم ثبوت النسب من طرف الام والاب واقعا) قيد « لعدم ثبوت النسب » (لفجور) فان ولد الزنا لا يرث اباؤه ولا امه .

وانما ذكرنا « الام والاب » لانه ان كانت الزانية الام فقط ، لم تصبح ام ولد شرعا ، وان كان الزانى الاب فقط ، لم يرث الولد منه حتى

.....

او ظاهرا باعتراف .

ثم انالم نذكر فى كل مورد من موارد الاستثناء الا قليلا من كثير ما يتحمله الكلام ، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه .

تنتقى منه امه من نصيبه من الارث (او ظاهرا) وان كان النسب موجودا واقعا (باعتراف) او لعان ، او جهل ، او ما شبهه .
كما لوقال الاب : انه ليس بولده .

اولاعن المرءة بما يسبب نفى الولد منه ان صح لعان الامة - مثلا - .
او جهل بان الولد له ولم يكن اثبات شعى ، فانه لا يرث حينئذ ظاهرا وان كان ولده واقعا و كان وارثا فى الحقيقة فتأمل .

(ثم انالم نذكر فى كل مورد من موارد الاستثناء الا قليلا من كثير ما يتحمله الكلام ، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه) اذ المستثنيات متوقفة على تنقيح المباحث فى باب النذر ، والحجر ، والرهن ، والمكاتبه ، و غيرها ، كما لا يخفى .

مسئلة

ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا ، كونه مرهونا ، فان الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون وحكى عن الخلاف اجماع الفرقة ، و اخبارهم على ذلك .
وقد حكى الاجماع عن غيره ايضا وعن المختلف فى باب تزويج الامة المرهونة انه ارسل عن النبى صلى الله عليه وآله : ان الراهن والمرتهن ممنوعات من التصرف .

(مسألة) مربوطة بشرائط العوضين التى منها كون الملك طلقا (ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا ، كونه مرهونا ، فان الظاهر) من كلام الفقهاء (بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون وحكى عن الخلاف اجماع الفرقة ، و اخبارهم على ذلك) عدم جواز بيع المرهون .

(وقد حكى الاجماع عن غيره ايضا وعن المختلف فى باب تزويج الامة المرهونة انه ارسل عن النبى صلى الله عليه وآله : ان الراهن والمرتهن ممنوعات من التصرف) .

و اطلاقه يشمل البيع كسائر التصرفات فلا اشكال ولا كلام من هذه

الناحية .

وانما الكلام فى ان بيع الراهن هل يقع باطلا من اصله او يقع موقوفا على الاجازة ؟ او سقوط حقه باسقاطه ، او بالفك .

فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم ، الاول ، الا ان صريح الشيخ فى النهاية ، وابن حمزة فى الوسيلة ، وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم ، هو كونه موقوفا ، وهو الاقوى ، للعمومات السليمة عن المخصص لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة

(وانما الكلام فى ان بيع الراهن هل يقع باطلا من اصله او يقع موقوفا على الاجازة) من المرتهن (او) موقوفا على (سقوط حقه) اى حق المرتهن (باسقاطه) بان يقول المرتهن : اسقطت حقى عن الرهن ، او اسقطت العين ، وتلقائيا يسقط الرهن (او بالفك) باذاء الراهن مال المرتهن حتى تنفك الوثيقة « التى هى الرهن » .

(فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم ، الاول) اى ان البيع يقع باطلا (الا ان صريح الشيخ فى النهاية ، وابن حمزة فى الوسيلة ، و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم ، هو كونه) اى البيع (موقوفا) لا باطلا (و هو الاقوى) فلا يبطل البيع من رأسه (للعمومات السليمة عن المخصص) مثل : اوفوا بالعقود ، و : تجارة عن تراض ، و : احل الله البيع ، وما شبه . و مادّل على المنع عن تصرف الراهن والمرتهن لا يصلح مخصصا للعمومات (لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة) ذلك المعقد .

و المراد بالمعقد اللفظ الذى انصب عليه الاجماع .

مثلا لو قال : « الراهن ممنوع عن التصرف اجماعا كانت الجملة

.....
 فى المنع عن التصرف، هو الاستقلال، كما يشهد به عطف المرتهن على
 الراهن، مع ما ثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا، لا باطلا .
 وعلى تسليم الظهور فى بطلان التصرف رأسا .
 فهى موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه .

معقدا» (فى المنع عن التصرف، هو الاستقلال) بان يكون البيع نافذا
 بلا حاجة الى اذن اوفك .

و ذلك لمناسبة الحكم والموضوع، فان العرف يرى ان المنع من
 جهة حق المرتهن فاذا اجاز وسقط حقه فلا منع (كما يشهد به) اى بكون
 المنع انما هو فيما اذا كان مستقلا (عطف المرتهن على الراهن) .
 قالوا : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف (مع ما ثبت فى
 محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا) على اجازة الراهن (لا باطلا) من
 رأسه .

(وعلى) تقدير (تسليم الظهور) لعبارة « الراهن والمرتهن —
 ممنوعان من التصرف » (فى بطلان التصرف رأسا) بلا توقف على الاجازة
 اوفك، بل لا تنفع الاجازة والفك فى التصحيح .
 (فهى) اى البطلان الناشئ من الظهور المذكور (موهونة بمصير
 جمهور المتأخرين على خلافه) .

وكيف يمكن ان يقال : الشئ الفلانى له ظاهر كذا، والحال ان
 الفقهاء ذوى الفهم الثاقب لم يفهموا هذا الظهور .

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة ، معللا
بانه : لم يعص الله ، وانما عصى سيده ،

اذ المستفاد منه ان كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع
ويحصل التأثير بارتفاع المنع ، وحصول الرضا ، وليس ذلك كمعصية
الله اصاله فى ايقاع العقد التى لا يمكن ان يلحقها رضى الله تعالى .
هذا كله مضافا الى فحوى ادلة صحة الفضولى

(هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة) من
المولى (معللا بانه : لم يعص الله ، وانما عصى سيده) اى ليست معصية
كشرب الخمر ، والافعصيان المولى عصيان لله تعالى ايضا « فاذا اجاز »
المولى « جاز » النكاح .

(اذ المستفاد منه) اى من هذا التعليل (ان كل عقد كان النهى
عنه لحق الآدمى) لالان الله ابطله ، كالربا (يرتفع المنع) عن ذلك
العقد (ويحصل التأثير) للعقد (بارتفاع المنع ، و) ب (حصول الرضا)
من ذى الحق (وليس ذلك كمعصية الله اصاله فى ايقاع العقد) « فى »
متعلق بمعصية ، اى ان اصل العقد ليس بمعصية (التى لا يمكن ان
يلحقها رضى الله تعالى) فبيع المرهون ايضا كذلك .

(هذا كله) وجه الاستدلال لصحة بيع المرهون (مضافا الى فحوى
ادلة صحة الفضولى) اى المناط الموجود فى صحة الفضولى موجود فى
المقام ، بل الصحة هنا اولى ، لان الفضولى يفقد رضى المالك والاستناد
اليه - فان الاستناد لازم فان معنى قوله تعالى : بالعقود ، عقودكم - و

.....
لكن الظاهر من التذكرة ان كل من ابطال عقد الفضولى ابطال العقد

هنا .

وفيه نظر لان من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله (ص):

لا بيع الا فى ملك ، لا يلزمه البطلان هنا .

بل الاظهر ما سيحى عن ايضاح النافع من : ان الظاهر وقوف

هذا العقد ، وان قلنا ببطلان الفضولى .

وقد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان

متسكبا بظاهر الاجماع والاعبار المحكية على

فى المقام يفقد الرضا فقط فلو قلنا بصحة الفضولى كان المقام اولى بالصحة .

(لكن الظاهر من التذكرة ان كل من ابطال عقد الفضولى ابطال

العقد هنا) فى الرهن .

(وفيه نظر) اذ لو قلنا ببطلان الفضولى لم يلزم البطلان هنا (لان

من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله (ص) : لا بيع الا فى

ملك ، لا يلزمه البطلان هنا) اذ المفروض ان المرهون ملك للبائع .

(بل الاظهر ما سيحى عن ايضاح النافع من : ان الظاهر وقوف

هذا العقد) اى عقد بيع الرهن ، على الاجازة من المرتهن (وان قلنا

ببطلان الفضولى) .

(وقد ظهر من ذلك) الذى ذكرناه من ان مقتضى الادلة الصحة

بشرط اجازة المرتهن (ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول

البطلان) لبيع الراهن (متمسكا بظاهر الاجماع والاعبار المحكية على

المنع والنهى قال : وهو موجب للبطلان وان كان لحق الغير اذ العبرة بتعلق النهى بالعقد كالا مخرج منه .

وهو كاف فى اقتضاء الفساد كما اقتضاء فى بيع الوقف ، وام الولد ، وغيرهما مع استوائهما فى كون سبب النهى حق الغير .

(المنع) عن البيع (والنهى) عنه (قال : وهو) اى كل من المنع والنهى (موجب للبطلان) لان الاوامر والنواهي المتعلقة بالعقود تقتضى الوضع (وان كان) كل من المنع والنهى (لحق الغير) لالحق الله تعالى (اذ العبرة) فى البطلان (بتعلق النهى بالعقد) نهيا (كالا مخرج منه) .

اذ النهى قد يكون لا مخرج ، كالنهى عن البيع وقت النداء من يوم الجمعة فانه لا يقتضى الفساد ، ولذا قال الواصحة المعاملة وان كان المتعامل آثما ، لان النهى خارج عن ذات المعاملة .

وقد يكون النهى لا مرداخل كالنهى عن بيع المجهول ، فانه يوجب البطلان ، والنهى فى المقام من هذا القبيل .

(وهو) اى النهى لا مخرج (كاف فى اقتضائه الفساد) بالنسبة الى المعاملة (كما اقتضاء) اى النهى ، للفساد (فى بيع الوقف ، و) بيع (ام الولد ، وغيرهما) كالمجهول (مع استوائهما) اى بيع الرهن ، و بيع ام الولد والوقف (فى كون سبب النهى حق الغير) فكما يبطل بيع الوقف وام الولد كذلك يبطل بيع الموهون .

ثم اورد على نفسه بقوله : فان قلت : فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولى وعقد المرتهن ، مع ان كثيرا من الاصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن فى المنع ، كما دلت عليه الرواية ، فيلزم بطلان عقد الجميع اوصحته .
فالفارق تحكم . قلنا : ان التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم ، ولا تحل له الاجازة المتعقبة .

(ثم اورد على نفسه بقوله : فان قلت : فعلى هذا) الذى ذكرتم من بطلان بيع الرهن لان فيه حقا للغير (يلزم بطلان عقد الفضولى وعقد المرتهن) لان فى المرهون حقا للراهن (مع ان كثيرا من الاصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن فى المنع) فاذا بطل عقد الراهن — لم يزل بطلان عقد المرتهن (كما دلت عليه) اى التساوى بين الراهن و المرتهن (الرواية) حيث قال صلى الله عليه وآله : الراهن و المرتهن ممنوعان (فيلزم بطلان عقد الجميع اوصحته) اى صحة عقد الجميع .
(فالفارق) بين الراهن بالبطلان ، وبين المرتهن و الفضولى بالصحة (تحكم . قلنا : ان التصرف المنهى عنه) على ثلاثة اقسام : الانتفاع ، و العقد الاستقلالى ، و غير الاستقلالى و الفضولى لا يقصد الاستقلال و المرتهن لا يقصد الاستقلال صحيح و الراهن حيث انه يقصد الاستقلال — بحكم ان المال ماله — باطل ، فالفارق الاستقلال و عدم الاستقلال (ان كان انتفاعا بمال الغير) كالجلوس فى دار الناس بغير اذنهم (فهو محرم ، ولا تحل له الاجازة المتعقبة) و انما فائدة الاجازة المتعقبة ارتفاع الضمان .

.....
وان كان عقد او ايقاعا ، فان وقع بطريق الاستقلال لاعلى وجه
النيابة عن المالك .

فالظاهر انه كذلك ، كما سبق فى الفضولى .
والا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى ، فالعقد الصادر عن الفضولى
قد يكون محرما .

وقد لا يكون كذلك .
وكذا الصادر عن المرتهن ، ان وقع بطريق الاستقلال المستند الى
البناء على ظلم الراهن وغصب حقه ، او الى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان

(وان كان عقد او ايقاعا ، فان وقع بطريق الاستقلال لاعلى وجه
النيابة عن المالك) كما لو باع الغاصب لنفسه .

(فالظاهر انه كذلك) باطل ايضا ، و محرم (كما سبق فى الفضولى) .
(والا) يقع بطريق الاستقلال (فلا يعد) ذلك التصرف (تصرفا
يتعلق به النهى ، فالعقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرما) اذا وقع
استقلال لاعلى وجه النيابة عن المالك .

(وقد لا يكون كذلك) اى محرما ، وذلك فيما اذا وقع نيابة عن
المالك .

(وكذا) العقد (الصادر عن المرتهن ، ان وقع بطريق الاستقلال
المستند الى البناء على ظلم الراهن وغصب حقه) بان باع لنفسه ، و
اراد التصرف فى الزائد عن مقابل الدين (او الى زعم التسلط عليه) اى
الى المرهون (بمجرد الارتهان ،

• كان منهيا عنه .

وان كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرد اجراء الصيغة ، فلا يزيد عن عقد الفضولى ، فلا يتعلق به نهى اصلا .
واما المالك فلما حجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع الاستنداء الى ملكه ، وانحصار المالكية فيه ولا معنى لقصد النيابة ، فهو منهى عنه ، لكونه تصرفا مطلقا ، ومنافيا للحجر الثابت عليه .
فيتخصص العمومات بما ذكر .

• كان منهيا عنه) وباطلا .

(وان كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرد اجراء الصيغة) و
ايقاع العقد (فلا يزيد عن عقد الفضولى ، فلا يتعلق به) اى بهذا العقد
(نهى اصلا) ولا يكون باطلا .

(واما وجه البطلان فى عقد (المالك) الراهن (فلما حجر على
ماله برهنه) اى بسبب ان رهنه (وكان عقده لا يقع الاستنداء الى ملكه)
اى انه انما يوقع العقد على المرهون ، لانه ماله (وانحصار المالكية فيه)
عطف على مستند) (ولا معنى لقصد النيابة) اذ المال ماله (فهو منهى
عنه ، لكونه تصرفا مطلقا) لم يؤخذ فيه رضى المرتهن ، مع ان المرتهن ذ و
حق فى المال (ومنافيا للحجر الثابت عليه) اى على المال ، او على
تصرف الراهن .

(فيتخصص العمومات) الدالة على صحة البيع ، مثل : احل الله

البيع ، و : الناس مسلطون على اموالهم (بما ذكر) من ان مال محجور .

.....
 ومجرد الملك لا يقضى بالصحة اذ الظاهر - بمقتضى التأمل - ان
 الملك المسوّغ للبيع هو ملك الاصل ، مع ملك المتصرف فيه .
 ولذا لم يصح البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملك ، وكان ناقصا ،
 للمنع عن التصرف .
 ثم قال : وبالجمله ، فالذى يظهر بالتتبع فى الادلة ، ان العقود
 مالم تنته الى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على اجازته .

(ومجرد الملك) للراهن (لا يقضى بالصحة) للعقد الواقع عليه
 (اذ الظاهر) من النص والفتوى (- بمقتضى التأمل -) فى الادلة
 (ان الملك المسوّغ للبيع هو ملك الاصل ، مع ملك المتصرف فيه) اى ان
 يملك المتصرف اصل الشئ ، وان يملك المتصرف فى ذلك الشئ .
 فلو ملك الاصل ولكنه لم يملك المتصرف فيه - بان كان محجورا
 عليه - لم يصح التصرف .
 (ولذا) الذى يشترط الصحة بملك المتصرف (لم يصح البيع فى
 مواضع وجد فيها) اى فى تلك المواضع (سبب الملك ، و) لكنه (كان
 ناقصا ، للمنع عن التصرف) « للمنع » متعلق بـ « ناقصا » كالصبي والمفلس
 والمالك للوقف الخاص ، وام الولد ، وهكذا .
 (ثم قال) المعاصر (وبالجمله ، فالذى يظهر بالتتبع فى الادلة ،
 ان العقود مالم تنته الى المالك) بان كان العاقد غير المالك كالفضولى
 (فيمكن وقوعها موقوفة على اجازته) كما يظهر من رواية عروة البارقى و
 روايات نكاح العبيد وغيرها .

واما اذا انتهت الى اذن المالك ، او اجازته ، او صدرت منه و كان تصرفه على وجه الاصاله فلا تقع على وجهين ، بل تكون فاسدة ، ا و صحيحة لازمة اذا كان وضع العقد على اللزوم .

واما التعليل المستفاد من الرواية المروية فى النكاح من قوله عليه السلام : لم يعص الله و انما عصى سيده الخ ، فهو جاز فيمن لم يكن له مال ، كما ان العبد لا يملك من نفسه ، و اما المالك المحجور عليه ، فهو عاص

(و اما اذا انتهت) العقود (الى اذن المالك ، او اجازته) الاذن السابق على العقد ، و الاجازة لاحقة عليه (او صدرت) العقود (منه) اى من المالك مباشرة (و كان تصرفه على وجه الاصاله) عطف بيان على « صدرت منه » (فلا تقع على وجهين) متزلزلا و مراعى ، بان تكون صحيحة تارة و فاسدة اخرى (بل تكون فاسدة) اذا لم يكن هناك الشرائط المعتبرة فى العقود (او صحيحة لازمة) اذا توفرت الشرائط (اذا كان وضع العقد على اللزوم) شرط لقوله « لازمة » كالبيع و نحوه ، لاجراجه مثل الهبة ، حيث ان صحتها لا تلازم لزومها .

(و اما التعليل المستفاد من الرواية المروية فى النكاح من قوله عليه السلام : لم يعص الله و انما عصى سيده الخ ، ف) هذا لا يدل على ان الراهن لم يعص الله ببيعه ، و انما عصى المرتهن ذى الحق ، فاذا اجاز المرتهن جاز ، اذ (هو) اى التعليل (جاز فيمن لم يكن له مال ، كما ان العبد لا يملك) العقد (من نفسه ، و اما المالك) الذى يملك من نفسه كالراهن (المحجور عليه ، فهو عاص

.....
 'الله تعالى بتصرفه ، ولا يقال : انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا ، وانما
 منع الله من تفويت حقه بالتصرف .

و ما ذكرناه جار فى كل مالك متمول لا مر نفسه اذا حجر على ماله
 لعارض ، كالفلس ، وغيره ، فيحكم بفساد الجميع .
 وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة

الله تعالى بتصرفه) اذا الله سبحانه لم يأذن لهذا التصرف (ولا يقال :
 انه عصى المرتهن) كما قيل فى العبد انه عصى سيده (لعدم كونه مالكا)
 اى المرتهن ليس بمالك (وانما منع الله من تفويت حقه) اى حق المرتهن
 (بالتصرف) اى تصرف الراهن فى المال ، فهو منع من الله ابتداءً ، لا
 انه منع الله تابع لعصيان المرتهن ، كما كان فى العبد ، حيث ان
 منع الله له كان تابعا لمنع السيد .

(و ما ذكرناه) من ان التصرف فى مال نفسه المتعلق لحق الغير
 فاسد (جار فى كل مالك متول لا مر نفسه) ممن كان محجورا على ماله
 (اذا حجر على ماله لعارض ، كالفلس) فانه اذا تصرف الفلّس كان تصرفه
 باطلا ، لانه محتاج الى اجازة الغرماء (وغيره) كالمرضى فى ازيد من
 الثلث ، على قول (فيحكم بفساد الجميع) اى جميع تصرفات المالك
 المحجور .

(وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة
 كالشفعة) كالشريك الذى يبيع حقه من غير الشريك ، فان المبيع
 محجور لمصلحة الشريك ، لكن تصرفه نافذ وليس بباطل .

فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء ، هو الاقوى ، انتهى .
ويرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه
الاستقلال .

و يبيعه على وجه النيابة .

و منع اقتضاء مطلق النهى لالا مخرج للفساد .

اولا : ان نظير ذلك يتصور فى بيع الراهن ، فانه

وكيف كان (فالقول بالبطلان هنا) فى بيع الراهن (كما اختاره
اساطين الفقهاء ، هو الاقوى) التفريع لاصل مسألة بيع الراهن لا لـ
« ربما » (انتهى) اى كلام المعاصر فى وجه بطلان بيع الراهن .
(ويرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم) بالصحة (بين بيع ملك
الغير على وجه الاستقلال) كما يفعله الغاصب والجاهل بان المبيع
مال الناس ، بل يزعم انه مال نفسه .

(و) بين (يبيعه على وجه النيابة) عن المالك ، كما يفعله الفضول ،
بل مقتضى القاعدة صحة كليهما كما تقدم فى باب بيع الفضولى .
(و) بعد (منع اقتضاء مطلق النهى لالا مخرج للفساد) .
اذ النهى اذا كان ارشاديا يقتضى الفساد .

اما اذا كان مولويا لم يكن مقتضيا للفساد كما حقق فى الاصول فى باب
ان النهى عن المعاملة هل يقتضى الفساد ، ام لا ؟

(اولاً : ان نظير ذلك) اى بيع الفضولى متوقفاً للاجازة وعدمها
تارة ، وبيعه استقلالاً تارة اخرى (يتصور فى بيع الراهن ، فانه) اى

.....
 قد يبيع رجاءاً لاجازة المرتهن ، ولا ينوى الاستقلال ، وقد يبيع جاهلاً بالرهن ، او بحكمه ، او ناسياً ، ولا حرمة فى شئ من ذلك .
 وثانياً : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن ، على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعنى قولهم : الراهن والمرتهن ممنوعان ، ومعلوم ان المنع فى المرتهن انما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفاً .

الراهن (قد يبيع رجاءاً لاجازة المرتهن ، ولا ينوى الاستقلال ، وقد يبيع جاهلاً بالرهن) موضوعاً (او بحكمه) وانه لا يجوز له البيع الا باجازة المرتهن (او ناسياً) للموضوع او الحكم (ولا حرمة فى شئ من ذلك) اى البيع جهلاً بالموضوع او الحكم ، او نسياً لهما .
 واذا لحرمة لافساد ، فان المستشكل اراد ان يستدل على الفساد بالحرمة ، ولذا رده الشيخ بهذا الرد .

(وثانياً : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن) عن التصرف (كونه) استقلالاً ، لا فضولة رجاءاً لاجازة ، فهو (على نحو منع المرتهن) فى كونه ممنوعاً استقلالاً ، لا برجاءاً لاجازة (على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعنى) بالمعقد (قولهم : الراهن والمرتهن ممنوعان ، ومعلوم ان المنع) عن التصرف (فى المرتهن ، انما هو على وجه) الاستقلال ، فـ (لا ينافى وقوعه) اى البيع من المرتهن (موقوفاً) كما يقع البيع من المرتهن موقوفاً .

.....
 وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على
 سبيل الاستقلال ، وعدم مراجعة صاحبه فى ذلك .
 واثبات المنع ازيد من ذلك يحتاج الى دليل ، ومع عدمه ، يرجع
 الى العمومات .
 واما ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه
 مستند الى الفرق بينهما ، فلم اتحقق الفرق بينهما

(وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن والوفاء) بعد ذلك
 (بمقتضاه) بان تسليم المال الى المشتري (على سبيل الاستقلال ، وعدم
 مراجعة صاحبه) اى صاحب الرهن - وهو المالك - (فى ذلك) الوفاء
 بمقتضى العقد .

(واثبات المنع) عن التصرف (ازيد من ذلك) اى ازيد من التصرف
 الاستقلالى - بان يكون التصرف المتوقف على اجازة الراهن ايضا ممنوعا
 - (يحتاج الى دليل) مفقود (ومع عدمه) اى عدم الدليل (يرجع الى
 العمومات) الدالة على صحة الفضولى .

و اذا تحقق الامر فى المرتبه كان الراهن مثله فى جواز التصرف
 على نحو الفضولية والتوقف على اجازة الطرف الآخر .

(واما ما ذكره) المعاصر (من منع جريان التعليل فى روايات العبد
 فيما نحن فيه) اى بيع الراهن ، وهو قوله (واما التعليل المستفاد)
 (مستندا) فى منعه (الى الفرق بينهما) بين نكاح العبد ، وبين بيع
 الراهن (فلم اتحقق الفرق بينهما) .

.....
 بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير، فان منع الله - جل
 ذكره - من تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير
 من غير فرق بين بيع الفضولى، ونكاح العبد، وبيع الراهن .
 واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد .
 ففيه ان الحكم فيهما تعبد .
 ولذا لا يؤثر الاذن السابق فى صحة البيع .

اذ كل منهما ليس معصية ذاتية كشرب الخمر، بل عصيان، لانه
 تصرف فى حق الغير، فاذا اجاز الغير « ذى الحق » جاز (بل الظاهر
 كون النهى فى كل منهما) اى من نكاح العبد، وبيع الراهن (لحق
 الغير، فان منع الله - جل ذكره - من تفويت حق الغير ثابت فى كل
 ما كان النهى عنه لحق الغير) لا لاجل امر ذاتى حاصل فى نفس المنهى
 عنه (من غير فرق بين بيع الفضولى، ونكاح العبد، وبيع الراهن) و
 سائر معاملات الفضول، كاجارته، ومضاربه، ومزارعته، ومساقاته، و
 غيرها .

(واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد)
 فكما لا يصح هذين، لا يصح بيع الراهن .
 (ففيه ان الحكم فيهما) بيع الوقف وام الولد (تعبد) لا امر ذاتى
 فيهما .

(ولذا لا يؤثر الاذن السابق) من مالك ام الولد، ومالك الوقف
 (فى صحة البيع) بخلاف بيع الرهن حيث لانهى ذاتى فيه، ولذا

فقياس الرهن عليه فى غير محله .

وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب ، بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا ، بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق .

ويندرج فى ذلك الفضولى ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمريض ، وعقد الزوج لبنت اخت زوجته ، او اخيها ،

يؤثر اذن المرتهن السابق فى صحة البيع .

(فقياس الرهن عليه) على بيع الوقف وام الولد (فى غير محله) .

(وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب) التى تظهر من كلامهم فى باب الفضولى وغيره (بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى) فى رفع المنع (اذنه السابق) بان كان المحذور فقط عدم اذن ذى الحق (لا يقتضى) اجراء المعاملة بدون الاذن السابق (الابطال) للمعاملة (رأسا) سواء اجاز بعد ذلك ذو الحق ، ام لا (بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه) اى على ذلك التعامل ، اذا اراد العامل ترتيب الاثر (مستقلا من دون مراجعة ذى الحق) لا سابقا ولا لاحقا .

ويندرج فى ذلك (اى فى الذى قلنا انه يستفاد من طريقة الاصحاب) الفضولى ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمريض ، وعقد الزوج لبنت اخ ، او بنت (اخسا) اى ادخال امرئة على عمتها وخالتها

وللأمة على الحرية، وغير ذلك .

فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب
الآثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون
مدخلية رضا غير المتعاقدين .

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناءً على ما سيجيئ من :
ان ظاهرهم كون الاجازة هنا كاشفة، حيث انه يلزم منه كون مال غير الراجح

(وللأمة على الحرية، وغير ذلك) كعقد المرتهن .

فان الفضولى يحتاج الى اجازة ذى الحق، والمفلس الى الغرماء
والمريض فيما زاد عن الثلث الى الورثة، وعقد المراءة الى اجازة العمه
الخالة والزوجة الحرية .

(فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب
الآثر المقصود من العقد عرفاً) (عرفاً) قيد « للمقصود » (وهو) اى المقصود
(صيرورته) اى العقد (سبباً مستقلاً لآثاره) اى آثار العقد (من دون
مدخلية رضا غير المتعاقدين) فان هنا الرضى ذى الحق « الذى هو
غير المتعاقدين » مدخلا، فان المتعاقدين هما الراجح والمشتري، و
لرضى المرتهن مدخل، وهكذا فى سائر الموارد التى ذكرناها .

(وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا) فى بيع الراجح .

وهذا الوجه انما يكون (بناءً على ما سيجيئ من : ان ظاهرهم كون
الاجازة هنا كاشفة) لاناقله، وهذا الوجه هو (حيث انه يلزم منه) اى من
كون بيع الراجح صحيحاً (كون مال غير الراجح

.....

— وهو المشتري — رهنا للبائع .

وبعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد ، اعنى ما قبل الاجازة .

وهذا نظير ما تقدم فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من انه على تقدير صحة البيع ، يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع .

— وهو المشتري —) اذا المال بمجرد البيع ينتقل الى المشتري — بناءً على كشف اجازة المرتهن من سبق انتقال المال ، من حين البيع — (رهنا للبائع) اى لفائدة البائع ، اذا البائع هو المديون .

(وبعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان) اذا الرهن يقتضى بقاء الوثيقة فى ملك الراهن ليقترض منه المرتهن ، اذا لم يعط الراهن دينه والبيع معناه انه لا يملك الراهن الوثيقة (فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد ، اعنى ما قبل الاجازة) من المرتهن .

(وهذا نظير ما تقدم فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من) الاشكال فى صحة مثل هذا البيع ، ف (انه على تقدير صحة البيع ، يلزم كـون الملك لشخصين فى الواقع) بناءً على الكشف ، اذا لوباع زيد مال ابيه يوم الخميس ثم ملكه يوم الجمعة بسبب موت الاب ، فان بين الخميس و الجمعة المال للاب ، لانه المالك ، وللابن لان ملكية يوم الجمعة للابن يكشف عن صحة البيع فى يوم الخميس .

فكما ان هما متنافيان ، كذلك فى مانحن فيه البيع والرهن متنافيان .

و يدفعه ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع .
والالجرى ذلك فى عقد الفضولى ايضا لان فرض كون المجيز مالكا
للمبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة .
واما ما يلزم فى مسألة : من باع شيئا ملكه ، فلا يلزم فى مسألة اجازة
المرتهن .

(ويدفعه) اى اشكال التتافى بين الرهن والبيع (ان القائل)
بصحة بيع الراهن (يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع) فان
معنى الاجازة ان المرتهن رفع اليد عن كون دينه فى مقابل الوثيقة ، بل
اكتفى بان يكون له دين على الراهن بدون الوثيقة .
(والا) فلجرى هذا الاشكال فى باب بيع الراهن (لجرى ذلك)
الاشكال (فى عقد الفضولى ايضا) مع ان المعاصر لا يستشكل فى عقد
الفضولى (لان فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك
مالكين) المجيز والمشتري (لملك واحد قبل الاجازة) المجيز لانه المالك
واقعا ، والمشتري لان الاجازة كاشفة عن صحة البيع من حين البيع .
(واما ما يلزم) من الاشكال (فى مسألة : من باع شيئا ملكه ، فلا
يلزم فى مسألة اجازة المرتهن) اذا اشكال « من باع » فى لزوم ان يكون
لشئ واحد مالكان .

ومن المعلوم ان المرتهن ليس مالكا حتى يلزم وجود مالكين على ملك
واحد فيما بين العقد والاجازة .

نعم يلزم فى مسألة افتكاك الرهن ، وسيجئ التنبيه عليه انشاء الله تعالى .

ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة ، او ناقلة هو الكلام فى مسألة الفضولى .

ومحصله ان مقتضى القاعدة النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف .

والقول بالكشف هناك يستلزمه

(نعم يلزم) الاشكال (فى مسألة افتكاك الرهن) لانه بين العقد والاجازة يجب ان يكون المال رهنا ولا رهنا .

اذ بمقتضى انه مرهون فهو رهن ، وبمقتضى ان الاجازة كاشفة عن ملك المشتري من حين العقد يلزم ان لا يكون رهنا ، وهما متنافيان (و سيجئ التنبيه عليه انشاء الله تعالى) هذا .

(ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن) لبيع الراهن (كاشفة) عن صحة البيع من حين العقد (او ناقلة) من حين الاجازة (هو الكلام فى مسألة الفضولى) .

فمن قال بالكشف هناك ، يقول بالكشف هنا .

ومن قال بالنقل هناك ، يقول بالنقل هنا .

(ومحصله ان مقتضى القاعدة) التى تقدم تقريرها فى باب الفضولى

(النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار ، هو الكشف) .

(و) من المعلوم : ان (القول بالكشف هناك) فى باب الفضولى (يستلزمه)

هنا بالفحوى ، لان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى ، وهى هنا من قبيل رفع المانع .

ومن اجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن ، مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة .

و

اى الكشف (هنا) فى باب بيع الراهن (بالفحوى) والاولوية ، لان البائع فى باب الفضولى ليس مالكا ، وفى باب الراهن البائع مالك (لان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى) فى باب الفضولى ، فقبل الاجازة لم يتم المقتضى (وهى) اى اجازة المرتهن (هنا) فى باب الرهن (من قبيل رفع المانع) بعد وجود المقتضى .

ومن المعلوم : ان المقتضى ان لم يتم ، كان معناه عدم وجود العلة ، بخلاف ما اذا تم المقتضى ، ولكنه كان مانعا عن التأثير .

ولذا فالصحة هنا اولى من الصحة فى باب الفضولى .

فالقول بالكشف فى باب الرهن اولى من القول بالكشف فى باب الفضولى . (ومن اجل ذلك) الذى ذكرنا ان باب الرهن اولى بالصحة من باب الفضولى (جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن ، مع ان الايقاعات) التى منها العتق (عندهم لا تقع مراعاة) بالاجازة .

(و) ان قلت : ليس ذلك لاجل اولوية باب الرهن من باب الفضولى بل لاجل بناء العتق على التغليب ، بمعنى انه مهما وجدت راحة العتق حصل العتق .

الاعتذار عن ذلك - ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثاني
 فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد
 المرهون - مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة
 قدس سره فى تلك المسئلة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن .
 هذا اذا رضى المرتهن بالبيع، و اجازته .

قلت هذا غير تام، اذ (الاعتذار عن ذلك) اى عن وقوع العتق
 الفضولى فى باب الرهن (- ببناء العتق على التغليب، كما فعله
 المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى
 على العبد المرهون -) اذ ربما تكون هذه الجناية موجبة لسقوط العبد
 عن الوثيقية الكاملة، كما اذا كان الدين مائة وكان العبد يسوى مائة، و
 بعد ان فقت عيناه بواسطة جناية الجانى كانت قيمته خمسين دينارا -
 مثلا - فاذا عفى الراهن عن الجانى كان معناه اسقاط الرهن -
 الوثيقية الكاملة .

فهذا الاعتذار (مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق) لا بانه
 من باب التغليب، و « مناف » خبر « الاعتذار » (مع ان العلامة قدس
 سره فى تلك المسئلة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن) فان انفك الرهن
 كان عفو المالك فى محله، و الا لم يكن لعفوه اثر اذ هو عفو فى حق الغير .
 (هذا) الذى ذكرناه من بيع الراهن، و انه صحيح كالفضولى، و
 ليس باطلا - كما ادعاه المعاصر - (اذا رضى المرتهن بالبيع، و اجازته) .
 انما قال « و اجازته » لان الرضى الباطنى لا ينعف بدون الاجازة المظهرة له .

.....
 اما اذا اسقط حق الرهن ففى كون الاسقاط كاشفا ، او ناقلا ، كلام

يأتى فى افتتاحك الرهن او ابراء الدين .

ثم انه لا اشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازة ، وهو واضح وهل
 ينفع الاجازة بعد الرد ؟ وجهان من : ان الرد فى معنى عدم رفع اليد
 عن حقه ، فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولى لان المجيز
 هناك فى معنى احد المتعاقدين .

(اما اذا اسقط حق الرهن) بان خرجب الوثيقة عن كونها وثيقة ، و
 رجعت الى مالهما مطلقة بدون تعلق بها (ففى كون الاسقاط كاشفا)
 حتى يكون البيع واقعا من حال العقد (او ناقلا) حتى يكون البيع
 حاصل من حال اسقاط حق الرهن (كلام يأتى فى افتتاحك الرهن او ابراء
 الدين) الذى كان الرهن بازائه ، بان ابراء المرتهن الدين الذى لم على الراهن .
 (ثم انه لا اشكال فى انه لا ينفع الرد) من المرتهن ، لمعاملة
 الراهن (بعد الاجازة) فان اجاز المرتهن ثم استثنى واراد الرد لم ينفع
 رده (وهو واضح) اذا الاجازة اوجبت صحة العقد اللازم ، و بعد انعقاد
 العقد ليس مجال لرده (وهل ينفع الاجازة بعد الرد ؟) كما لو سمع
 المرتهن ان الراهن باع ، فقال رد دت ، ثم اراد اجازته (وجهان) .
 وجه المنع (من : ان الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه ، فله
 اسقاطه) اى اسقاط الرد – بان يرفع اليد عن حقه – (بعد ذلك ، وليس
 ذلك) الرد فى المقام (كرد بيع الفضولى) حيث تقدم انه لا مجال للاجازة
 بعد ذلك (لان المجيز هناك) فى بيع الفضولى (فى معنى احد المتعاقدين)

وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر، بخلافه
 هنا فان المرتهن اجنبي له حق فى العين .
 ومن : ان الايجاب المؤثر انما يتحقق برضاء المالك و المرتهن ،
 فرضاء كل منهما جزئى مقوم للايجاب المؤثر .
 فكما ان ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم .
 كذلك رد المرتهن ، وهذا

والاجازة قائمة مقام احد ركضى العقد .
 (وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر) فلو
 قال البائع بعت ، فقال المشتري ، لم اشتر ، فانه يبطل قول البائع « بعت »
 ولو قبل الاشتراء بعد ذلك ، لعدم تحقق « العقود » فلا يشمل : اوفوا
 بالعقود (بخلافه) اى الرد (هنا) فى باب الرهن (فان المرتهن اجنبي)
 وانما (له حق) فقط (فى العين) وانما الراهن هو المالك فاذا اسقط
 حقه اثر العقد اثره .
 (و) وجه ان الرد موجب لعدم فائدة فى اسقاطه (من : ان الايجاب
 المؤثر انما يتحقق برضاء المالك و المرتهن) لان لهما معا الحق فى الملك
 (فرضاء كل منهما جزئى مقوم للايجاب المؤثر) فايهما لم يتحقق لم يتحقق
 النقل و الانتقال .
 فكما ان ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم) اذ
 لا يتحقق صدق : اوفوا بالعقود .
 (كذلك رد المرتهن) (يوجب عدم الانعقاد ، وان اجاز بعد ذلك (وهذا

.....
هو الاظهر من قواعدهم .

ثم ان الظاهر: ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرح به فى التذكرة، وحكى عن فخر الاسلام، والشهيد فى الحواشى وهو الظاهر عن المحقق، والشهيد الثانيتين .
ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك، كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط، او البراء، او بغيرهما، نظرا الى ان

هو الاظهر من قواعدهم) وان كان العرف يرى عدم البأس بالقبول بعد الرد .

(ثم ان الظاهر: ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة) فاذا باع الراهن ثم - قبل رد المرتهن - فك الرهن كان البيع صحيحا (لسقوط حق المرتهن) الذى كان مانعا عن نفوذ البيع (بذلك) الفك (كما صرح به فى التذكرة، وحكى عن فخر الاسلام، والشهيد فى الحواشى وهو الظاهر عن المحقق، والشهيد الثانيتين) صاحب جامع المقاصد و شرح اللمعة .

(ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك) للرهن (كما احتمله فى القواعد، بل) لا ينفع فى تصحيح البيع (مطلق السقوط) لحق المرتهن (الحاصل) ذلك السقوط (بالاسقاط) بان اسقط المرتهن حقه فى الرهن (او البراء) بان ابرأ الراهن من الدين اصلا (او بغيرهما) كما لو صالح عن حقه بشئ مثلا، او ورث الراهن المرتهن .

وانما قال هؤلاء: بعدم فائدة البراء ونحوه فى لزوم البيع (نظرا الى ان

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه .
والفرق بين الاجازة والفك ان مقتضى ثبوت الحق له ، هو صحة
امضائه للبيع الواقع في زمان حقه ، وان لزم من الاجازة سقوط حقه ،
فيسقط حقه بلزوم البيع .

وبالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه
اعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك ،

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه) اى حق المرتهن (بعد
ذلك) التصرف (لا يؤثر في تصحيحه) اى تصحيح البيع .
(و) ان قلت : فلماذا اتقولون بانه اذا اجاز المرتهن ، كان البيع
نافذا ؟ و اى فرق بين الاجازة وبين الفك ؟

قلت : (الفرق بين الاجازة والفك ان مقتضى ثبوت الحق له) اى
للمرتهن (هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقه ، وان لزم من
الاجازة سقوط حقه) اى حق المرتهن ، و (ان) وصلية ، اى لامنافاتين
وجود الحق للمرتهن سابقا على الاجازة ، وسقوط حقه بالاجازة (فيسقط
حقه بلزوم البيع) الحاصل ذلك للزوم بالاجازة .

(وبالجملة فالاجازة) من المرتهن (تصرف من المرتهن في الرهن
حال وجود حقه اعنى حال العقد) اى عقد الراهن على المرهون ، اذ
المرتهن له الحق في المرهون حال عقد الراهن عليه (بما) متعلق ب
(تصرف) (يوجب سقوط حقه) فهو (نظير اجازة المالك) للفضولى .

اذ كلا من المرتهن و المالك صاحب حق في المال الواقع عليه العقد

.....
 بخلاف الاسقاط، او السقوط بالابراء، او الاداء، فانه ليس فيه دلالة على
 مضى العقد حال وقوعه .

فهو اشبه شئ ببيع الفضولى، او الغاصب لنفسهما ثم تملكهما .
 وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة، مضافا الى استصحاب عدم اللزوم
 الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود بناء على ان هذا العقد غير لازم قبل
 السقوط، فيستصحب حكم الخاص .

(بخلاف الاسقاط) اى اسقاط حق المرتهن فى المال المرهون (او
 السقوط) لحقه (بالابراء، او الاداء، فانه ليس فيه دلالة على مضى العقد
 حال وقوعه) اى وقوع العقد .

(فهو) اى عقد الراهن ثم سقوط حق المرتهن (اشبه شئ ببيع
 الفضولى، او الغاصب لنفسهما) لا للمالك (ثم تملكهما) للمال .
 (وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة) لان حق المالك حال العقد
 لم يسقط باجازه من المالك، فهو بيع لمال الغير من دون اجازته (مضافا
 الى استصحاب عدم اللزوم) فيما اذا باع الراهن ثم سقط حقه، فان
 البيع قبل سقوط حقه لم يكن لازما، فاذا شك فى اللزوم، كان استصحاب
 عدم اللزوم محكما (الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود) اذ المعنى (عقودكم)
 و سابقا لم يكن عقودكم، فاذا شك فى انه صار بالاسقاط عقودكم، ام لا،
 كان استصحاب عدم محكما (بناء على ان هذا العقد) اى عقد الراهن
 (غير لازم قبل السقوط) لحق المرتهن (فيستصحب حكم الخاص) اى
 كون الراهن ممنوعا من التصرف الذى خصص عموم : اوفوا بالعقود .

.....
 وليس ذلك محل التمسك بالعام ، اذ ليس فى اللفظ عموم زمانى ،
 حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد
 السقوط داخلا فى العام .
 ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم
 صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ، ما لم يتحقق

(وليس ذلك محل التمسك بالعام) اى : اوفوا بالعقود (اذ ليس
 فى اللفظ) اى « لفظ اوفوا بالعقود » (عموم زمانى) بان يقال : اوفوا
 بالعقود ، شامل لكل عقد ، ولكل زمان ، فبيع الراهن يجب الوفاء به فى
 كل زمان حين العقد وبعد العقد قبل السقوط ، وبعد العقد بعد
 السقوط ، خرج من هذا العام الزمانى حال العقد وقبل السقوط -
 لتخصيص « الراهن ممنوع من التصرف » لهذا العام - فيبقى بعد
 السقوط داخلا فى عموم : اوفوا .

لكن هذا التمسك بالعموم الزمانى غير تام ، اذ ليس فى « اوفوا » عموم
 زمانى (حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط) اى
 سقوط حق المرتهن (فيبقى ما بعد السقوط داخلا فى العام) اى العموم
 الزمانى المستفاد من « اوفوا » .

(ويؤيد ما ذكرناه) من عدم فائدة سقوط حق المرتهن فى تصحيح
 بيع الراهن (بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة
 نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه) فانه لو تزوج بدون اذن السيد
 ثم اعتق ، لم ينفعه العتق فى صحة النكاح ، مع انه ملك امره حالا (ما لم يتحقق

.....

- الاجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا .
- ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور من جهة : ان عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس الالمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك ، بتسليط المالك .
- فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى ، وانما هو من جهة المانع .
- فاذا زال أثر المقتضى .

- الاجازة) من السيد (ولو) كانت الاجازة (بالرضا المستكشف) ذلك الرضا (من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا) .
- (ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور) اى احتمال عدم نفوذ عقد الراهن ، بعد ان سقط حق المرتهن (من جهة : ان عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس الالمزاحمة حق المرتهن) اذ حق المرتهن يحول دون نفوذ عمل الراهن المالك (المتقدم) ذلك الحق (على حق المالك ب) سبب (تسليط المالك) المرتهن على ماله .
- ومن المعلوم : ان المالك اذا سلط احدا على ماله تسليطا لازما ، لم يكن له ان يرجع عن ذلك التسليط ، ولذا يقدم تسليطه المرتهن على سلطة نفسه على نفس المال .
- (فعدم الأثر) اى أثر معاملة الراهن وبيعه (ليس لقصور فى المقتضى) اى ملكية المالك الراهن (وانما هو من جهة المانع) وهو حق المرتهن .
- (فاذا زال) المانع (أثر المقتضى) الذى هو الملك ولا يتوقف على

و مرجع ماذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفادة من نحو:
 افو باب العقود ، و: الناس مسلطون على اموالهم ، و نحو ذلك عامة .
 و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى
 هو اسبق .

فاذا زال المزاحم وجب تأثير السبب .
 و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب ،

اجازة المرتهن .

(و مرجع ماذكرنا) من عدم الاحتياج الى اذن المرتهن ، بعد
 سقوط حقه (الى ان ادلة سببية البيع) للنقل و الانتقال (المستفادة)
 تلك السببية (من نحو : افو باب العقود ، و: الناس مسلطون على اموالهم
 و نحو ذلك) نحو : احلّ الله البيع (عامة) تشمل كل زمان و مكان و
 غيرهما من سائر المزايا و الخصوصيات .

(و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى
 هو) اى حق المرتهن (اسبق) من حق الراهن فى البيع .
 (فاذا زال المزاحم وجب تأثير السبب) الذى هو الملكية بدون
 شرط او قيد .

(و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع) بان يقال : مادام الملك
 مرهونا كان البيع متوقفا على اجازة المرتهن .

فاذا فك الرهن نشك فى انه هل زال التوقف ، ام لا ؟ فالاصل بقاء التوقف .
 و انما لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع (للعلم بمناط المستصحب)

وارتفاعه •

فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم •

واما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق، لان المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده، قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح •

و هو حق المرتهن (و) العلم ب (ارتفاعه) اذ بعد الفك لاحق المرتهن •
 (فالمقام من باب وجوب العمل بالعام) الذى هو: اوفوا بالعقود، ونحوه (لا من مقام استصحاب حكم الخاص) الذى هو كون الراهن ممنوعاً من التصرف (فافهم) اذ ان صحة البيع بعد الفك لا ينافى توقف البيع على الاجازة، لانه كان تصرفانى المال الذى للمرتهن حق فيه و سقوط حق المرتهن — فى حال البيع — بالفك خلاف الاستصحاب •
 (واما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده) حيث تقدم ان ظاهر بعض الروايات عدم فائدة تحريره فى اللزوم اذا لم يجوزه السيد (فهو قياس مع الفارق، لان المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده، قصور تصرفاته) اى العبد (عن الاستقلال فى التأثير) •

فذلك من باب عدم المقتضى (لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح)

حتى يكون من باب وجود المانع •

وامانحن فيه من باب وجود المانع، لا من باب عدم المقتضى — كما تقدم — •

اذ لامناقات بين كونه عبداً ، و كونه زوجاً .
 ولاجل ما ذكرنا لتصرف العبد لغير السيد ببيع او غيره ، ثم اعتق
 العبد ، لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف هذا .
 ولكن مقتضى ما ذكرنا سقوط حق الرهانة بالفك ، والاسقاط ، او
 البراء ، او غير ذلك ،

(اذ لامناقات بين كونه عبداً ، و كونه زوجاً) اذ الزوجية خصوصاً فى
 مثل المتعة لا تنافى حق المولى اطلاقاً .
 وهذا دليل على انه انما لا ينفذ النكاح لعدم تمامية المقتضى .
 (ولاجل ما ذكرنا) من ان تصرف العبد لعدم المقتضى لوجود
 المانع ، ولذا لا ينفع عقده فى تصحيح زواجه السابق - فى حال كونه
 عبداً - (لو تصرف العبد) تصرفاً منافياً لحق السيد (لغير السيد) بان
 كان التصرف لاجنبى (ببيع او غيره ، ثم اعتق العبد ، لم ينفع) العتق
 (فى تصحيح ذلك التصرف) اذ التصرف - حال وقوعه - كان فى حق
 المولى ، والعق لا يوجب تقلب ذلك التصرف من كونه فى حق المولى ،
 الى كونه تصرفاً جائزاً (هذا) وجه عدم صحة قياس بيع الراهن بنكاح
 العبد .

(ولكن مقتضى ما ذكرنا) من كون الفك موجبا لعدم الاحتياج الى
 اجازة المرتهن « كون » خبر « مقتضى » (سقوط حق الرهانة بالفك ، او
 الاسقاط) اى اسقاط المرتهن لكون الشئ رهنا عنده ، وان كان لم
 يسقط دينه (او البراء) اى ابراء الدين فيسقط الرهن تبعاً (او غير ذلك)

فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقا

ناقلا و مؤثرا من حينه ، لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه ، خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من ان مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه ، فان هذا غير متحقق فى افتكاك الرهن .

فهو نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك

كالصلح على الدين ، او على حقه فى الرهن - مثلا - (ناقلا) خبر «كون» (و مؤثرا من حينه) اى حين البراء (لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه) اذ المانع عن نفوذ البيع الآن - حين البراء - ارتفع ، فالآن يؤثر العقد اثره .

اما قبل ذلك فوجود المانع يمنع عن تأثير العقد ، لا تأثيرا حال وقوع العقد ، ولا تأثيرا عند الفك ، كشفا (خصوصا) قيد « لا كاشفا » (بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من ان مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه) لا معناها امضاء العقد من حين الاجازة . و انما قلنا « خصوصا » (فان هذا) اى الامضاء من حين العقد (غير متحقق فى افتكاك الرهن) اذ حال العقد لو نفذ البيع لزم ان يكون ملك المشتري رهنا فى مقابل دين البائع .

(فهو) اى بيع الرهن (نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع) اى تملك الفضولى لماباعه ، كما لو باع مال ابيه ثم ورثه من الاب (حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك

.....
 المالك الاول ، لامن حين العقد ، والالزم فى المقام كون ملك الغير
 رهنا لغير ماله ، كما يلزم فى تلك المسألة كون المبيع لمالكين فى زمان
 واحد لوقلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا .

ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد ، هو القول بالكشف .
 وقد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على المرهون
 ان الفك يكشف عن صحته .

المالك الاول (كزمان موت الاب (لامن حين العقد ، والا) فلو قلنا
 بالكشف (لزوم فى المقام) اى بيع الراهن الرهن ، ثم فك الرهن (كون
 ملك الغير رهنا لغير ماله) اذ معنى الكشف انه من حين العقد « حال
 كونه رهنا » للمشتري والحال ان المديون للمرتهن هو البائع (كما
 يلزم) على الكشف (فى تلك المسألة) اى مسألة : من باع ثم ملك (كون
 المبيع لمالكين فى زمان واحد) الاب لانه المالك قبل ان يموت ، و
 المشتري من الابن ، لغرض ان الموت كشف عن الانتقال من حين العقد
 (لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير) فى النقل والانتقال (من حين العقد
 هذا) ما يقتضيه القواعد .

(ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد) اى عقد الراهن اذ اجاز
 المرتهن (هو القول بالكشف) فيرد عليهم الاشكال المتقدم ، وهو لزوم
 ان يكون ملك المشتري رهنا بالدين البائع ، وهذا خلاف قواعد الرهن .

(وقد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على
 المرهون) « على » متعلق بـ « الجانى » (ان الفك) للرهن (يكشف عن صحته)

ويدل على الكشف ايضا ما استدلوا به على الكشف فى الفضولى من ان العقد سبب تام الى آخر ما ذكره فى الروضة، وجامع المقاصد .
ثم ان لازم الكشف - كما عرفت فى مسألة الفضولى - لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن والمشتري فلا يجوز له فسخه بل، ولا ابطاله بالاذن للمرتهن فى البيع .

اى صحة العفو، وهذا مؤيد للكشف ايضا .

(ويدل على الكشف ايضا) اى كون فك الرهن كاشفا عن الانتقال من حين العقد (ما استدلوا به على الكشف فى) بيع (الفضولى من ان العقد سبب تام) فهو يؤثر اثره (الى آخر ما ذكره فى الروضة ، وجامع المقاصد) .

وهنا فى باب الرهن ايضا يستدل بنفس الدليل .

والجواب عنه ان العقد غير المقترن بالاجازة من ذى الحق ليس سببا تاما ، فاذا حقت الاجازة صار المسبب تاما وفى هذا الحال يؤثر اثره .
(ثم ان لازم الكشف - كما عرفت فى مسألة الفضولى - لزوم العقد قبل اجازة المرتهن) لزوما (من طرف الراهن) البائع (والمشتري) لانهما اجرايا العقد ، فلا شأن لهما فى الفسخ ، كما ان المشتري فى بيع الفضولى ، لو اشترى من الفضولى ، لم يكن له حق فى الفسخ ، وانما الامر متوقف على اجازة المالك فقط (فلا يجوز له) اى للراهن (فسخه) اى العقد (بل ، ولا ابطاله) ابطالا - لا بالفسخ - بل (بالاذن للمرتهن فى البيع) اذ لا فرق بين الفسخ والابطال فى انه ليس من حق البائع بعد ان

نعم يمكن ان يقال : بوجوب فكه من مال آخر ، اذ لا يتم الوفاء بالعقد

الثانى الا بذلك .

فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع .

ويمكن ان يقال : انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه

واما دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب ، ولذا لا يجب على من باع مال

الغير لنفسه

خرج المال من يده ببيعه له .

(نعم يمكن ان يقال) انه اذا لم يحق للراهن الاذن للمرتهن

بالبيع ، وكان مديونا له ، كان اللازم تدارك الدين (بوجوب فكه) اى

الرهن (من مال آخر ، اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى) اى عقد البيع

(الا بذلك) اى بفك الرهن من مال آخر .

(فالوفاء بمقتضى الرهن) بان يبقى المال مرهونا (غير مناف للوفاء

بالبيع) بان يفك الرهن من مال آخر ، ويعطى المرهون الى المشتري

— جمعا بين الحقين — .

(ويمكن ان يقال : انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز

نقضه) فلا يجوز للبائع الراهن ان ينقض البيع الذى اوقعه المرهون (و

امادفع حقوق الغير) بان يفك المال حتى يرتفع حق المرتهن —

المرهون « المبيع » (وسلطنته) عطف على « حق » اى دفع سلطنة الغير

اى سلطنة المرتهن على المال (فلا يجب ، ولذا) الذى لا يجب دفع حق

الغير (لا يجب على من باع مال الغير لنفسه) كالغاصب ، او الجاهل بانه

.....

ان يشتريه من مالكة ، ويدفعه اليه - بناءً على لزوم العقد بذلك - .
وكيف كان ، فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن
ذلك وان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن ،

مال غيره ، ثم علم بعد ان باعه (ان يشتريه من مالكة ، ويدفعه اليه) الى المشتري .
ولو كان دفع حق الخير واجبا مقدمة للوفاء بالعقد وجب اشتراء
الغاصب والجاهل .

واما عدم الوجوب فى المقام ، فلانه لم يقل به احد ، ولم يدل عليه
دليل (- بناءً على لزوم العقد بذلك -) اى باشتراء الغاصب و
دفعه الى المشتري .

واما اذا لم نقل بلزوم العقد بذلك ، وقلنا : ان الغاصب اذا
اشترى المال من المالك ، لم يلزم العقد الذى احدثه مع المشتري ،
فاوضح فى عدم لزوم الاشتراء ، اذا اى دليل لوجوب الاشتراء والحال
انه لا يترتب عليه لزوم ، ولا يمكن ان يترتب جواز على لزوم - فى امثال
المقام - اى ان الشارع يلزم الانسان بان يأتى بشئ حتى يرتب الشارع
على ذلك الشئ امرا جائزا ، بحيث ان شاء فعله الملتزم عليه وان شاء لم يفعله .

(وكيف كان ، فلو امتنع) البائع الراهن عن فك الرهن بمال آخر
(فهل يباع عليه) الرهن ، بان يبيعه المرتهن لاستيفاء حقه ، وهذا
معنى (لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك) بيع الرهن اذا لم يؤد
الراهن الدين (وان لزم من ذلك) اى بيع المرتهن المال (ابطال
بيع الراهن) الذى باع المال للمشتري فضولة - بدون اذن المرتهن -

لتقدم حق المرتهن او يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر ، جمعاً
بين حقى المشتري والمرتهن ، اللازمين على الراهن البايع
وجهان .

و مع انحصار المال فى المبيع ، فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن .

(لتقدم حق المرتهن) على حق المشتري فيبطل حق المشتري بسبب
حق المرتهن (او يجبر الحاكم الراهن على فكه) اى الدين (من مال
آخر) دون المرهون .

وانما يجبر (جمعابين حقى المشتري والمرتهن) لاقتضاء الرهن
ذلك وهو الجمع بين الحقين .

فكونه رهناً يقتضى فكه ، وكونه مبيعاً يقتضى الوفاء بالبيع للمشتري
(اللازمين على الراهن البايع) لانه رهن وباع (وجهان) خبر (فهل يباع) .
(و مع انحصار المال) اى مال الراهن (فى المبيع) بان لم يكن
له مال آخر يمكن اداء دين الراهن منه (فلا اشكال فى تقديم حق
المرتهن) على حق المشتري ، لتقدمه الزمانى ، فان البيع وقع على
ما فيه حق للغير .

.....

مسئلة

اذ اجنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله ، او بعضه .
فالا قوى صحة بيعه و فاقا للمحكى عن العلامة ، و الشهيد ، و المحقق
الثانى ، و غيرهم ، بل فى شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه لم يخرج ،
باستحقاقه للقتل ، او الاسترقاق عن ملك مولاة ، على ما هو المعروف عن
عدا الشيخ فى الخلاف كما سيجئ .
و

(مسئلة : اذ اجنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله)
كما لو قتل انسانا (او) استرقاق (بعضه) كما اذا جرح بما قيمته مثلا عشرة ، و
الحال ان العبد قيمته مائة .

(فالا قوى صحة بيعه) من مولاة (و فاقا للمحكى عن العلامة ، و الشهيد
و المحقق الثانى ، و غيرهم ، بل فى شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه)
اى العبد (لم يخرج ، ب) سبب (استحقاقه للقتل ، او الاسترقاق) من
جانب المجنى عليه (عن ملك مولاة) « عن » متعلق ب « لم يخرج » على
ما هو المعروف (من عدم خروجه عن ملك مولاة) (عن عدا الشيخ فى
الخلاف كما سيجئ) فانه قال بخروجه عن ملك مولاة .

و اذا قلنا بهذا القول لم يصح بيعه للمولى اذ ليس بماله — فى
هذا الحال — .

(و) ان قلت : انه و ان لم يخرج عن ملك مولاة ، لكنه متعلق حق
المجنى عليه .

.....

تعلق حق المجنى عليه به ، لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به .
و مجرد اماكن مطالبة اولياء المجنى عليه له فى كل وقت بالا سترقاق
او القتل ، لا يسقط اعتبار ماليته .

وعلى تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا
على افتكاكه عن القتل والاسترقاق ، فان افتكك لزم ، والا بطل

قلت : (تعلق حق المجنى عليه به) اى بالعبد (لا يوجب خروج
الملك) الذى هو العبد (عن قابلية الانتفاع به) بان ينتفع به مولاه
بيعه او ماشيه ، لاستصحاب بقاء حق الانتفاع .
(و مجرد اماكن مطالبة اولياء المجنى عليه) فيما اذا قتل وليهم (له)
اى للعبد (فى كل وقت) مطالبة (بالا سترقاق او القتل ، لا يسقط اعتبار
ماليته) لمولاه ، حتى يقال : بانه ليس بعد الجنائية بمال ، لانه فى معرض
التلف — اذ ليس كل معرض تلف موجب للخروج عن المالية — .
(وعلى تقدير تسليمه) اى تسليم انه ليس بمال للمولى الآن — بعد
الجنائية — (فلا ينقص ذلك) اى سقوطه عن المالية (عن بيع مال الغير)
فضولة .

فكما يجوز بيع مال الغير متوقفا على اجازته ، كذلك يجوز بيع هذا
العبد متوقفا على اجازة اولياء المجنى عليه (فيكون) بيع المولى للعبد
الجانى (موقوفا) فى لزومه (على افتكاكه عن القتل والاسترقاق) اما بهبة
اولياء المجنى عليه ، او باعطاء مولى العبد البدل لهم ، او نحو ذلك (فان
افتكك) العبد (لزم) البيع الذى اجراه المولى عليه (والا) يفتك (بطل

البيع من اصله .

ويحتمل ان يكون البيع غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار ، لوقوعه في ملكه ، .
غاية الامر ان كون المبيع عرضة لذلك ، يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الارمد اذا عمى ، والمريض اذا مات بمرضه .

البيع من اصله) اى بطلانا من حين العقد لا من حين تبين عدم الافتكاك او من حين القتل او الاسترقاق .

(ويحتمل ان يكون البيع) من المولى (غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار) بان يخسر المشتري .
اما في زمن الخيار فانه من مال البائع ، اذا تلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، كما دل عليه النص و الفتوى ، و يأتى تفصيله فى باب الخيارات انشاء الله تعالى .
وانما يكون تلفه من المشتري (لوقوعه) اى التلف (فى ملكه) لا فى ملك البائع .

(غاية الامر) فى عدم تحمل المشتري للتلف (ان كون المبيع عرضة لذلك) اى فى معرض التلف (يوجب الخيار) للمشتري (مع الجهل) بانه عرضة للتلف ، لانه مال ناقص (كالمبيع الارمد) الذى بعينه رمد (اذا عمى ، والمريض اذا مات بمرضه) و كان المشتري جاهلا ، فان له الخيار فى الفسخ و الرجوع الى ثمنه ، وعدم الفسخ حتى يكون التلف من كيسه لا من كيس البائع .

ويرده ان المبيع اذا كان متعلقا لحق الغير، فلا يقبل ان يقع لازما لدائه الى سقوط حق الغير، فلا بد اما ان يبطل، واما ان يقع مراعى .
وقد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله، ومدخلية الغير فيه ، وقوع بيعه مراعى لا باطلا .

وبذلك يظهر الفرق بين مانحن فيه ، وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت ، والارمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد .

(ويرده) اى يرد الاحتمال المذكور (ان المبيع اذا كان متعلقا لحق الغير، فلا يقبل) البيع (ان يقع لازما لدائه) اى للزوم (الى سقوط حق الغير، فلا بد اما ان يبطل) من اصله (واما ان يقع مراعى) باجازه الغير .

(وقد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله) اى العبد الجانى - فى المقام - (ومدخلية الغير فيه) وهو اولياء المجنى عليه (وقوع بيعه) اى المالك (مراعى) باجازه الاولياء (لا باطلا) لانه مقتضى الجمع بين الحقين .

(وبذلك) الذى ذكرنا من وجود حق الغير فى العبد الجانى (يظهر الفرق بين مانحن فيه ، وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت ،) العبد (الارمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب) ذلك العمى (للانعقاد) فان العبد اذا عمى او اقعد انعتق ، كما تقرر فى كتاب العتق .

فان الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنة المالك مانعا
عن نفوذ تملكه منجزا ، بخلاف تعلق حق الغير .

اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ
تملكه منجزا ، لان للبائع سلطنة مطلقة عليه ، وكذا للمشتري .
ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذى الحق .
غاية الامر ان له التسلط على ازالة ملكهما بالاتلاف ، او التملك .

(فان الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنة المالك) فى
حال كون ذك النقصان (مانعا عن نفوذ تملكه) العبد للغير تملكيا (منجزا
بخلاف تعلق حق الغير) بالعبد فانه مانع عن نفوذ تملك المالك تملكيا
منجزا .

(اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ
تملكه) اى تملك البائع للعبد الجانى تملكيا (منجزا ، لان للبائع سلطنة
مطلقة عليه) اى على العبد الجانى ، اذا السلطنة المطلقة التى كانت قبل
الجنائية لم يسقطها شئ (وكذا للمشتري) اذا اشتراه ، سلطنة مطلقة عليه .
(ولذا) الذى للبائع والمشتري سلطنة مطلقة (يجوز التصرف لهما
فيه) اى فى العبد (من دون مراجعة ذى الحق) الذى هو ولى المجنى
عليه .

(غاية الامر) رعاية لحق المجنى عليه (ان له التسلط على ازالة
ملكهما) اى ملك البائع والمشتري (بالاتلاف) بان يقتل العبد
قصاصا (او التملك) بان يسترقه .

و هذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى ، وعدم استقرار الملك .
 و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير و
 حق المجنى عليه غير المانع فعلا .
 غاية الامر انه مانع شأننا .
 و كيف كان فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف : البطلان ، فانه قال
 فيما حكى عنه : اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولا به غير اذن المجنى
 عليه ، فان كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع ، وان كانت جنايته
 توجب الارش .

(و هذا) الحق للمجنى عليه (لا يقتضى وقوع العقد مراعى) باجازه
 المجنى عليه (وعدم استقرار الملك) (لعدم) عطف « وقوع » .
 (و بما ذكرنا) من السلطنة المطلقة للبائع فى العبد الجانى (ظهر
 الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير) فلا يجوز للمالك ان يبيع
 المرهون الاعلى نحو الفضولى (و) بين (حق المجنى عليه) فى العبد
 الجانى (غير المانع فعلا) قبل الاتلاف و الاسترقاق .
 (غاية الامر انه مانع شأننا) لان المجنى عليه لا اخذ بحقه .
 (و كيف كان) سواء قلنا بان تصرف المالك فى العبد لازم ، او مراعى
 (ف) هو خلاف الشيخ ، اذ (قد حكى عن الشيخ فى الخلاف : البطلان)
 لبيع العبد الجانى (فانه قال فيما حكى عنه : اذا كان لرجل عبد جان
 فباعه مولا به غير اذن المجنى عليه ، فان كانت جنايته توجب القصاص)
 كما لو كان قاتلا (فلا يصح البيع ، وان كانت جنايته توجب الارش) كما لو سلم

صح ، اذا التزم مولاہ الارش ثم استدل بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه ، لانه قد باع منه ما لا يملكه ، فانه حق للمجنى عليه .

واما اذا وجب عليه الارش صح ، لان رقبته سليمة ، والجناية ارشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع ، انتهى وقد حكي عن المختلف انه حكي عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جناية فانه لا يجزى عتقه من الكفارة ، وان كان خطأ ، جاز ذلك واستدل باجماع الفرقة ، فانه لا خلاف بينهم انه اذا كانت ~~جنايته~~

اذن انسان (صح) البيع (اذا التزم مولاہ الارش ثم استدل) لعدم الصحة في الفرع الاول (بانه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه ، لانه) اى المولى (قد باع منه) اى من هذا العبد (ما لا يملكه) وانما لا يملكه المولى (فانه) اى العبد (حق للمجنى عليه) ولا يصح بيع حق الغير .

(واما اذا وجب عليه الارش) فقط (صح) البيع (لان رقبته) اى العبد (سليمة) اذ ليس على رقبته قصاص (والجناية ارشها) «ارشها» بدل الاشتمال من «الجناية» (فقد التزمه السيد) وبعد ذلك لا حق للمجنى عليه في العبد (فلا وجه يفسد البيع ، انتهى وقد حكي عن المختلف انه حكي عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جناية فانه لا يجزى عتقه عن الكفارة) الواجبة على المظاهر (وان كان) جنى (خطأ ، جاز لك) اى عتقه (واستدل باجماع الفرقة ، فانه لا خلاف بينهم انه اذا كانت جنايته

عمدا ينتقل ملكه الى المجنى عليه .

و ان كان خطأ اقدية ما جناه على موله ، انتهى .

و ربما يستظهر ذلك من عبارة الاسكا فى المحكية عنه فى الرهن ، و

هى ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتا لملكه اياه غير خارج

بارتداد ، او استحقاق الرقبة ، جنائته عن ملكه انتهى .

و ربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع ايضا فى كتاب القصاص

حيث قال : اذا قتل العبد حرا عمدا ، فاعتقه موله صح ولم يسقط القود .

عمدا ينتقل ملكه) اى العبد (الى المجنى عليه) فلا يصح عتقه فى ظهار او

غيره .

(و ان كان خطأ اقدية ما جناه على موله) و لذا يصح عتقه (انتهى) .

(و ربما يستظهر ذلك) اى عدم بقاء ملك المولى على الجانى عمدا

(من عبارة الاسكا فى المحكية عنه فى) باب (الرهن ، وهى) اى العبارة

هذه (ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتا) اى ثابتا غير متزلزل ،

و ذلك (لملكه) اى الراهن (اياه) للمرهون (غير خارج) العبد الذى

يريد ان يرهنه (بارتداد ، او) ب (استحقاق الرقبة) بان يكون العبد

للغير (ب) سبب (جنائته) اى العبد (عن ملكه) متعلق ب « خارج »

(انتهى) كلام الاسكا فى .

(و ربما يستظهر البطلان) لرهن العبد الجانى عمدا (من عبارة

الشرائع ايضا فى كتاب القصاص : حيث قال : اذا قتل العبد) انسانا

(حرا عمدا ، فاعتقه موله صح) العتق (و لم يسقط القود) اى حق القصاص

و لو قيل لا يصح لئلا يبطل حق المولى من الاسترقاق كان حسنا ، و
وكذا بيعه وهبته ، انتهى .

لكن يحتمل قويا ان يكون مراده بالصحة وقوعه لازما غير متزلزل ، كوقوع
العتق ، لانه الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه
عن القتل والاسترقاق .

لولى المجنى عليه .

(و لو قيل لا يصح) العتق (لئلا يبطل حق المولى من الاسترقاق)
اذ حق المولى اذا سقط عنه بالعتق لم يتمكن ولى الميت من استرقاق
العبد ؛ و الحال انه مخير بين القضا ص و الاسترقاق ، فكيف يجوز ان
يفعل المولى فعلا يوجب سقوط حق الاسترقاق ؟

فهذا القول (كان حسنا ، و كذا بيعه وهبته) اى لا يجوز ان (انتهى) .
عبارة الشرائع .

(لكن يحتمل قويا ان يكون مراده بالصحة) — فى البيع والهبة —
اى الصحة التى نفاها الشرائع (وقوعه لازما غير متزلزل ، كوقوع العتق) فان
ظاهر عطفهما عليه ، انهما مثله فى اللزوم .

فكما ان العتق لا يكون متزلزلا ، كذلك البيع والهبة (لانه) اى اللازم
منهما ، هو (الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى) و متزلزلا
(بافتكاكه عن القتل والاسترقاق) « بافتكاكه » متعلق (بمراعى) .

فالشرائع لا ينفى وقوع البيع و امثاله حتى يقال « يظهر من عبارة
الشرائع البطلان » و انما ينفى وقوع البيع و امثاله لازما ، بل يقول هو بان

وكيف كان فالظاهر من عبارة الخلاف : الاستناد فى عدم الصحة الى عدم الملك ، و هو ممنوع ، لاصالة بقاء ملكه .
 و ظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الاخبار فى بقاء الملك .
 نعم فى بعض الاخبار ما يدل على الخلاف .

البيع مراعى ، فان فكه المولى صح البيع ، والا كان للمجنى عليه ان يقتل او يسترق .

والحاصل ان الشرائع ناف للزوم لاصل البيع ، فليس هو فى عداد القائلين بالبطلان .

(و كيف كان) سواء كان الشرائع قائلا بالبطلان ، او بالصحة (فالظاهر من عبارة الخلاف : الاستناد فى عدم الصحة الى عدم الملك) يعنى ان العبد حيث يخرج بالجناية عن ملك المولى الى ملك المجنى عليه ، لايصح اجراء معاملة عليه (و هو ممنوع) اى عدم الملك .

اولا : (لاصالة بقاء ملكه) فان شككنا هل ان العبد يخرج عن ملك المولى بالجناية ، ام لا ؟ كانت اصالة بقاء الملك محكمة .

(و) ثانيا : ل (ظهور لفظ الاسترقاق) و ان للمجنى عليه استرقاق العبد الجانى (فى بعض الاخبار فى بقاء الملك) لمولاه ، اذ لو انتقل العبد بمجرد الجناية الى المجنى عليه ، لم يكن معنى للاسترقاق ، و ان خرج عن ملك المولى و لم يدخل فى ملك احد لزم بقاء الملك بدون المالك .
 (نعم فى بعض الاخبار ما يدل على الخلاف) اى عدم الملك للمولى بعد جناية العبد .

ويمكن ان يكون مراد الشيخ بالملك : السلطنة عليه ، فانه ينتقل الى المجنى عليه .

و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبنيا على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق بحق للغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما فى الرهن .

لكن لعل الظاهر منها كون مال العبد الى ذلك ، لانه مقتضى الجمع بين ظاهر لفظ الاسترقاق وبين ظاهر بعض الاخبار المنافية لذلك . (ويمكن ان يكون مراد الشيخ) بخروج العبد عن ملك المولى ، بالجناية (بالملك) المنفى (السلطنة) من المولى (عليه) اى على العبد . اى لا سلطنة للمولى على العبد سلطنة مطلقة ، كما قبل الجناية (فانه) اى الشأن (تنتقل) السلطنة (الى المجنى عليه) وان بقى الملك للمولى - على حاله - .

(و يكون عدم جواز بيعه من المولى) - على ما ذكره الشيخ - (مبنيا على المنع عن بيع الفضولى) مطلقا (المستلزم) ذلك المنع عن بيع الفضولى (للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير ينافيه) اى ينافى ذلك الحق (السلطنة المطلقة من المشتري عليه) اى على المنع .

والحاصل : ان الشيخ لا يقول بعدم الملك ، وانما يقول بعدم الملك المطلق ، فليس الشيخ - على هذا - مخالفا للمشهور (كما فى الرهن) . فان حق المرتهن يوجب عدم سلطنة الراهن سلطنة مطلقة ، لانه يوجب عدم ملك الراهن اصلا .

مسئلة

اذا جنى العبد خطاء اصح بيعه على المشهور ، بل فى شرح الصيمرى انه لا خلاف فى جواز بيع الجانى اذا كانت الجنائية خطاء ، اوشبه عمد و يضمن المولى اقل الامرين من قيمته ، ودية الجنائية .
و لو امتنع كان للمجنى عليه اولوية انتزاعه ، فيبطل البيع .
و كذا لو كان المولى معسرا

(مسألة : اذا جنى العبد خطاء اصح بيعه على المشهور ، بل فى شرح الصيمرى انه لا خلاف فى جواز بيع الجانى اذا كانت الجنائية خطاء) محضا ، كما اذا وقع من السطح ، فقتل انسانا (اوشبه عمد) كما اذا اراد ان يرمى الغزال ، فاصاب السهم انسانا (و يضمن المولى اقل الامرين من قيمته) اى قيمة العبد (ودية الجنائية)
فاذا كانت القيمة مائتو الدية مائة وخمسين ، ضمن المائة فقط —
لما ذكرنا فى بابه : من ان الجانى لا يجنى على اكثر من قيمته — .
و اذا كان العكس كانت عليه دية الجنائية ، و هى مائة ، كما هو واضح (و لو امتنع) من اعطاء اقل الامرين (كان للمجنى عليه اولوية انتزاعه) و لا يحق للمشتري الممانعة ، لانه اولى من المشتري (فيبطل البيع) اذ هو مال تعلق به حق المجنى عليه فلا يكون بيعه مستقرا .
(و كذا لو كان المولى معسرا) لا يتمكن من اداء بدل الجنائية

.....
 فللمشتري الفسخ مع الجهالة ، لتزلزل ملكه ما لم يفديه المولى ، انتهى .
 و ظاهره انه اراد نفى الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد ، الا ان
 المحكى عن السرائر والخلاف : انه لا يجوز ، الا اذا افداه المولى ، او
 التزم بالفداء ، الا انه اذا باع ضمن .
 و الاوفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع ، لكونه ملكا لمولاه .
 و تعلق حق الغير لا يمنع عن ذلك ، لان كون المبيع مال الغير ،
 لا يوجب بطلان البيع رأسا ، فضلا عن تعلق حق الغير .

(فللمشتري الفسخ) للبيع (مع الجهالة) بحال العبد (لتزلزل ملكه)
 للعبد (ما لم يفديه المولى) فللمشتري خيار العيب (انتهى) شرح الصيمرى
 (و ظاهره انه اراد نفى الخلاف عن الجواز) لبيع العبد الجانى
 (قبل التزام السيد) الفدية (الا ان المحكى عن السرائر والخلاف : انه
 لا يجوز) البيع (الا اذا افداه المولى) بان اعطى الفدية وفك رقبة العبد
 (او التزم بالفداء) وان لم يفد فعلا (الا انه اذا باع ضمن) الفدية .
 (و الاوفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع) .
 و المراد بالقواعد ما بينه بقوله : (لكونه ملكا لمولاه) فيشملة قوله : احل
 الله البيع ، و تجارة عن تراض ، و الناس مسلطون ، و ما شبهه .
 (و تعلق حق الغير) اى المجنى عليه بهذا العبد (لا يمنع عن
 ذلك) البيع (لان كون المبيع مال الغير) كما فى الفضولى (لا يوجب
 بطلان البيع رأسا) كما تقدم فى مبحث الفضولى (فضلا عن تعلق حق
 الغير) و العمدة شمول الادلة لهما اى للفضولى ولمتعلق حق الغير .

.....
 و لعل ماعن الخلاف و السرائر مبنى على اصلهما من بطلان الفضولى
 و ماشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير ، كما يؤمى اليه
 استدلال الحلى على بطلان البيع قبل التزامه .
 و ضمانه بانه قد تعلق برقبة الجانى ، فلا يجوز ابطاله .
 و مرجع هذا المذهب الى انه لا واسطة بين لزوم البيع و بطلانه ،

(و لعل ماعن الخلاف و السرائر) من البطلان فى بيع العبد
 الجانى (مبنى على اصلهما من بطلان الفضولى ، و ماشبهه من كل بيع
 يلزم من لزومه) اى من لزوم ذلك البيع (بطلان حق الغير) سواء كان
 المبيع مالا للغير ، او متعلقا لـ حق الغير (كما يؤمى اليه) اى الى هذا الاصل
 (استدلال الحلى على بطلان البيع قبل التزامه) .
 (و ضمانه) اى التزام المولى بالفدية عن العبد الجانى ، و ضمانه
 لاعطاء الفدية — و ضمانه : عطف بيان — (بانه) اى الحق للمجنى عليه
 (قد تعلق برقبة الجانى ، فلا يجوز) للمولى (ابطاله) اى هذا الحق ،
 بسبب البيع .
 (و مرجع هذا المذهب) للحلى ، و للشيخ (الى انه لا واسطة بين
 لزوم البيع و بطلانه) .

فالببيع اما باطل ، و اما لازم ، لانه لو كان هناك واسطة و هى البيع
 الجائز لم يصح القول بان البيع يوجب بطلان الحق .
 اذ يرد هذا الاستدلال « حينئذ » بانه لا يلزم البيع ابطال الحق ،
 لان البيع جائز ، و مع فرض الجواز لا يبطل الحق .

فاذاصح البيع ابطال حق الغير .

وقد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى باجازه ذى الحق او سقوط حقه فاذا باع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الدية ، او اقل الامرين على الخلاف ، وقع مراعى ، فان فداء المولى اورضى المجنى عليه بضمانه فذاك ، والا انتزعه المجنى عليه من المشتري .
وعلى هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه .

(فاذاصح البيع ابطال حق الغير) هذا تفريع على قوله « انه لا واسطة » اى لازم عدم الواسطة ، اما بطلان البيع ، و اما بطلان حق الغير .

(و) لكن عدم الواسطة غير صحيح اذ (قد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى باجازه ذى الحق) كالمجنى عليه - فى المثال - (او سقوط حقه) بمسقط آخر (فاذا باع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الدية او اقل الامرين) من قيمة العبد و الدية (على الخلاف) فوانه ماذا يجب على المولى (وقع) البيع (مراعى) فى النفوذ (فان فداء المولى او رضى المجنى عليه بضمانه) اى ضمان المولى بان التزم بان يعطى الفدية ، و ان لم يعطها بعد (فذاك) لان البيع حينئذ يكون لازما حيث ينتقل الحق من العبد (والا) بان لم يفده المولى و لم يضمه (انتزعه المجنى عليه من المشتري) لغرض كون البيع مراعى .

(وعلى هذا) الذى ذكرناه (فلا يكون البيع) للعبد الجانى (موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه) بل انه فداء او كان هناك مسقط آخر ،

قال فى كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد على فداء الجانى
وان رهنه او باعه ، بل يتسلط المجنى عليه ، فان استوعبت الجنائية
القيمة بطل الرهن ، والآفى المقابل ، انتهى .
لكن ظاهر العلامة فى غير هذا المقام هو : ان البيع بنفسه التزام
بالفداء .

فهو ، والا كان للمجنى عليه حق انتزاع العبد من المشتري .
(قال) العلامة (فى كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد
على) اعطاء (فداء) العبد (الجانى وان رهنه) السيد (او باعه ، بل
يتسلط المجنى عليه) بين اخذ الفداء وبين اخذ نفس العبد ، فان
اعطاه المولى الفدية فهو ، والآجاز له انتزاع العبد (فان استوعبت
الجنائية القيمة) اى قيمة العبد كما لو كانت الجنائية مائة و القيمة مائة و
خمسين (بطل الرهن ، والآف) البطلان للرهن و البيع (فى المقابل)
للجنائية فقط اى فى المائة فى المثال — وهى تعادل ثلثى العبد — .
اما الثلث الثالث فلا وجه للبطلان لان البيع و الرهن وقعا فى مال
المولى ، بلا مانع .

نعم اذا كان المشتري والمرتهن جاهلين بالواقع ، كان لهما خيار
تبعض الصفقة (انتهى) كلام العلامة ، وانما نقل المصنف هذا الكلام
تأييد الفتواه .

(لكن ظاهر العلامة فى غير هذا المقام هو : ان البيع) من المولى
للعبد الجانى (بنفسه التزام) من المولى (بالفداء) فالمولى يجبر على

.....
 ولعل وجهه انه يجب على المولى حيث تعلق - بالعبد وهو مال
 من امواله وفي يده - حق يتخير المولى في نقله عنه ، الى ذمته ان
 يوفى حق المجنى عليه ، اما من العين او من ذمته فيجب عليه اما تخلص
 العبد من المشتري بفسخ او غيره .

واما ان يفديه من ماله ، فاذا امتنع المشتري من رده والمفروض عدم
 سلطنة البائع على اخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد ، وجب عليه دفع الفداء .

دفع الفدية .

(ولعل وجهه) اي وجه كون البيع التزاما بالفداء (انه) اي الفداء
 (يجب على المولى حيث تعلق -) فاعله « حق » الاتى (بالعبد وهو)
 اي العبد (مال من امواله وفي يده - حق) فاعل « تعلق » يتصف ذلك
 الحق بانه (يتخير المولى في نقله) اي ذلك الحق (عنه) اي عن العبد
 (الى ذمته) بان يعطى الفداء (ان يوفى) فاعل « يجب » (حق المجنى
 عليه ، اما من العين او من ذمته) بان يعطى نفس العبد في مقابل الجناية
 او يعطى مالا آخر ادا الفاء المافى ذمته (فيجب عليه) اي على المولى (اما
 تخلص العبد من المشتري) بعد ان باعه المولى (بفسخ او غيره) فيفسخ
 في ما اذا كان له خيار ، او يستقيل المشتري و ذلك ليعطى عين العبد
 الى المجنى عليه .

(واما ان يفديه من ماله ، فاذا امتنع المشتري من رده و المفروض
 عدم سلطنة البائع على اخذه) اي العبد من المشتري (قهرا) .
 واما لا يتسلط على اخذه قهرا (للزوم الوفاء بالعقد ، وجب عليه دفع الفداء)

.....

و يرد عليه ان فداء العبد غير لازم قبل البيع .

و يبيعه ليس اتلافاله حتى يتعين عليه الفداء .

و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الرفع يده لرفع يد الغير بل

هذا اولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته

الخدشة فى وجوب

لانه اذا تعذر احد المرين البدلين وجب البدل الآخر .

(و يرد عليه) اى على هذا الوجه الذى استوجهنا به كلام العلامة

القائل بوجوب اعطاء البدل على المولى (ان فداء العبد غير لازم قبل

البيع) اى قبل ان يبيعه المولى ، بل يكون للمولى ان يعطى نفس العبد

او ان يفديه .

(و يبيعه ليس اتلافاله) و محواله من الوجود (حتى يتعين عليه

الفداء) بحجة انه احد البدلين .

(و) ان قلت : انه يجب على المولى الوفاء بالبيع ، فكيف يمكن ان

يعطى نفس العبد للمجنى عليه بعد ان باعه .

قلت : (وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الرفع يده) اى ان يرفع المولى

يده من العبد و فاءا للبيع (لرفع يد الغير) الذى هو المجنى عليه ،

فان : اوفوا ، توجه الى البائع ، لا الى الذى له حق فى المبيع (بل هذا)

اى العبد الجانى (اولى بعدم وجوب الفك) اى لا يجب على المولى فكه

بالفداء ، بل له ان لا يفكه حتى يأخذه المجنى عليه ، فيبطل البيع (من

الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته) اى مسألة الرهن (الخدشة فى وجوب

الفك على الراهن بعد بيعه ، لتعلق الدين هناك بالذمة و تعلق الحق هنا بالعين ، فتأمل .

ثم ان المصرح به فى التذكرة ، والمحكى عن غيرها : ان للمشتري فك العبد .

و حكم رجوعه الى البائع ، حكم قضاء الدين عنه

الفك على الراهن بعد بيعه) فاذا باع الراهن الرهن ، لم يجب عليه ان يعطى الدين ، بل له ان لا يعطيه حتى يأخذ المرتهن حقه من نفس المرهون .
و انما مانحن فيه اولى (لتعلق الدين هناك) فى باب الرهن — (بالذمة) و انما العين وثيقة (و تعلق الحق هنا بالعين) اذ الجناية تتعلق برقبة الجانى ، فاذا لم يجب الفك فيما تعلق بالذمة لم يجب الفك فيما تعلق بالعين بطريق اولى .

فاذا كان الدين فى ذمة المولى و مع ذلك لم يجب عليه اعطائه ، كان الاولى عدم لزوم اعطاء الفداء — الذى لم يتعلق بذمة المولى — (فتأمل) اذ البيع بمنزلة التلف كما ذكره فى غير مورد .
فقول المصنف « و بيعه ليس اتلافه » محل اشكال .

(ثم ان المصرح به فى التذكرة ، والمحكى عن غيرها : ان للمشتري فك العبد) بان يعطى ثمن الجناية ليبقى له العبد .

(و حكم رجوعه الى البائع) بان يرجع المشتري الى البائع ، و يأخذ منه ما داه الى المجنى عليه (حكم قضاء الدين عنه) فان الانسان اذا قضى دين المدين ، فان كان باجازه منه ، جاز له الرجوع اليه و

.....

واخذ ما اداه من المديون ، وان لم يكن باذن منه لم يكن المديون
مجبورا فى اداء ما اداه الدافع .

وفى ما نحن فيه هكذا ، فانه اذا كان المشتري دفع قيمة الجنالية
باذن البائع ، كان له الرجوع اليه ، والا لم يكن له ذلك ، وفى
المسألة موارد للمناقشة ، كما لا يخفى والله
العالم .

مسئلة

الثالث من شروط العوضين ، القدرة على التسليم ، فان الظاهر
الاجماع على اشتراطها فى الجملة ، كما فى جامع المقاصد ، وفى التذكرة
انه اجماع ، وفى المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك فى الماء
ولا الطير فى الهواء .

وعن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه
تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك ، كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء .
فان ما هذه حاله لا يجوز بيعه ،

(مسألة : الثالث من شروط العوضين ، القدرة على التسليم ، فان
الظاهر الاجماع على اشتراطها) اى القدرة على التسليم – فى صحة
البيع – (فى الجملة) لا مطلقا ، كما سيأتى تفصيله (كما فى جامع المقاصد
وفى التذكرة : انه اجماع ، وفى المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع
السمك فى الماء) كالنهر والبحر ، لا مثل الحوض وما شبهه (ولا الطير
فى الهواء) غير الممكن اخذه عرفا .

(وعن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا
عليه) بان يقدر البائع على تسليمه (تحفظا) ولاجل الاخراج (مما لا يمكن
فيه ذلك) اى مقدورا (كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء) وما
اشبههما .

(فان ما هذه حاله) بان لم يقدر البائع على تسليمه (لا يجوز بيعه ،

بلاخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك بانه نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر ، وهذا غرر .

والنهى هنا يوجب الفساد اجماعا ، على الظاهر المصرح به فى موضع من الايضاح .
واشتهار الخبرين الخاصة والعامة يجبر ارساله .

بلاخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك (اى عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه) بانه نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر) وفى حديث آخر نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر .

و المراد اما « الخديعة » اذا كان الغرر متعديا .

واما الخطر والضرر والغفلة ، وما شبه ، اذا كان الغرر لازما (و هذا غرر) لان بيع ما لم يعلم حاله ، وانه هل يتمكن المشتري من الوصول اليه ، ام لا يعد فى عداد « الغرر » عرفا ؟ .

(والنهى هنا) فى باب المعاملات (يوجب الفساد اجماعا) وليس مثل النهى عن البيع وقت النداء (على الظاهر) من النهى فى المعاملة لالا مخرج ، فان العرف يستفيدون من النهى : الفساد (المصرح به فى موضع من الايضاح) فدلالة الخبر على الفساد ، لا باس بها .

(و) اما السند ، فـ (اشتهار الخبر بين الخاصة والعامة) فى كتب الفتاوى ، وبعض كتب الاخبار (يجبر ارساله) لان الشهرة تكشف عن ان المشهور وجد واما يوجب حجتيه و لذا استندوا اليه ، بعد ان علمنا انهم لا يفتنون الاعلى طبق الخبر الموثق .

اماكون مانحن فيه غررافهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء
 و اهل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء ، والطير فى الهواء .
 مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة صادق عليه .
 و المروى عن امير المؤمنين عليه السلام : انه عمل ما لا يؤمن معه من
 الضرر .

هذا كله بالنسبة الى الكبرى ، و ان البيع الغررى فاسد .
 و (اما) بالنسبة الى الصغرى و ان مثل مانحن فيه من صغريات
 الغرر ، ف (كون مانحن فيه غررافهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و
 اهل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء ، و الطير فى الهواء)
 هذا وجه الاستدلال بكلمات الفقهاء و اللغويين .
 (مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة) اى المعنى
 للفظ « الغرر » (صادق عليه) اى على بيع السمك فى الماء .
 فاهل اللغة بعضهم صرح بهذا المثال و الى هذا اشار بقوله
 « الفقهاء و اهل اللغة » .
 و بعضهم ذكر للغرر معنى ينطبق على المقال ، و الى هذا اشار
 بقوله « ذكره اهل اللغة » .
 (و) كذلك يصدق عليه (المروى عن امير المؤمنين عليه السلام : انه)
 اى الغرر (عمل ما لا يؤمن معه من الضرر) .
 و من المعلوم ان بيع الطير و السمك ، من هذا القبيل .

وفى الصحاح الغرة الغفلة، والغار الغافل، وَاغْرَهُ اى اتاه على غرة منه، واغتر بالشئ اى خدع به، والغرر الخطر، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء، والطير فى الهواء، الى ان قال: والتغريض حمل النفس على الغرر، انتهى وعن القاموس ما ملخصه: غره غراو غرورا، وغرة بالكسر فهو مغرور، وغرير كاميرو خدعه واطمعه فى الباطل، الى ان قال: غرر بنفسه تغريرا، وغرة اى عرضها للمهلكة، والاسم الغرر محركة، الى ان قال: والغار الغافل،

(وفى الصحاح الغرة الغفلة، والغار الغافل) وهذا بمعنى لازم، اما بمعنى المتعدى فالغار هو المغفل، لانه يقال غره، فهو غار وذلك مغرور (واغره اى اتاه على غرة منه) اى غفلة (واغتر بالشئ اى خدع به، والغرر الخطر) كانه معنى آخر للغرر، غير الغفلة (ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء، والطير فى الهواء) ومثلهما بيع الوحش فى الصحراء (الى ان قال: الصحاح) والتغريض حمل النفس على الغرر، انتهى، وعن القاموس ما ملخصه: غره غراو غرورا) — اى له مصدران — (وغره بالكسر) اى ان اصله غره على وزن حَسِبَ (فهو مغرور، وغرير كاميرو) بمعنى (خدعه واطمعه فى الباطل، الى ان قال: القاموس) غرر بنفسه تغريرا (من باب التفعيل) (وغرة) مصدر آخر (اى عرضها للمهلكة، والاسم) اى اسم المصدر (الغرر) على وزن ضرر (محركة) الوسط (الى ان قال: والغار الغافل) اذا كان من اللازم، اما اذا كان من المتعدى فهو المغفل

واغترغل ، و الاسم الغرة بالكسر ، انتهى .

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى عن بيع الغرر ، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري ، و باطن مجهول ، وقال الازهرى : بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة .
و يدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر فى الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة ، و انى لاكره ان اغرربها اى احملها على غير ثقة ، و به سمى

(و اغترغل ، و الاسم) اى اسم المصدر (الغرة بالكسر انتهى) كلام القاموس :
(وعن النهاية) لابن اثير (بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى) اى الرسول صلى الله عليه وآله (عن بيع الغرر ، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري) و يخدعه (و باطن مجهول) لا يوافق ظاهره (وقال) اللغوى (الازهرى : بيع الغرر ما كان على غير عهدة) فلا يتعهد البائع جودة الجنس وصحته (ولا ثقة) من المشتري بان البائع لا يغش ولا يخدع (و يدخل فيه) اى فى بيع الغرر (البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول) كما اذا كان الثمن او المثلن مجهولا جنسا او قد رااو وصفا (وقد تكرر) لفظ الغرر (فى الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة) فاذا عطبت و هلكت فليس لى بد لها ، و لذا لا تمكن من الاستهانة بهذه النفس (و انى لاكره ان اغرربها اى احملها على غير ثقة) بان اعمل شيئا لا اثق بانه هل يوجب الهلاك او النجاة ؟ (و به) اى بسبب ان الشيطان يحمل الانسان على ما لا يوثق بعواقبه (سمى

الشیطان غرورا ، لانه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك مايسوءه
 انتهى . و قد حكى ايضا عن الاساس ، و المصباح ، و المغرب و الجمل ، و
 المجمع تفسير الغرر بالخطر ، مثاله فى الثلاثة الاخيرة ببيع السمك
 فى الماء ، و الطير فى الهواء ، و فى التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع
 الغرر بهذين .

و مراده من التفسير التوضيح بالمثال .

و ليس فى المحكى عن النهاية

الشیطان غرورا بفتح الغين ، كما قال سبحانه « وَلَا يُغْنِيكُمْ بِاللَّهِ الْغُرُورُ »
 اى الشيطان الذى يغش الانسان (لانه يحمل الانسان على محابه)
 اى الذى يحبه الانسان من شهوات الدنيا (و وراء ذلك مايسوءه) اى مايسبب
 الاسائة الى الانسان ، و عذابه من العقاب المعد فى الآخرة (انتهى و
 قد حكى ايضا عن الاساس ، و المصباح ، و المغرب و الجمل ، و المجمع)
 اى مجمع البحرين (تفسير الغرر بالخطر ، مثاله) اى للغرر (فى
 الثلاثة الاخيرة) المغرب و الجمل و المجمع (ببيع السمك فى الماء ، و
 الطير فى الهواء ، و فى التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذين)
 اى السمك و الطير .

(و مراده) اى التذكرة (من التفسير) فى قوله « فسروا » (التوضيح

بالمثال) اى وضحو التفسير بهذا المثال ، لان المثال تفسير حقيقة ،
 كما لا يخفى .

(و ليس فى) التفسير (المحكى عن النهاية) حيث فسر الغرر بـ

منافات لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل .

و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر، سواء
تعلق الجهل باصل وجوده، ام بحصوله فى يد من انتقل اليه ام بصفاته
كما او كيفا .

و ربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من
حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق

« ظاهر يغر المشتري » (منافات لهذا التفسير) بالسك و الطير .

وجه المنافات ، انهما ليس لهما ظاهر يغر المشتري .

و انما لا منافات (كما يظهر بالتأمل) اذ الطير و السمك ايضا لهما
ظاهر يغر المشتري ، فان المشتري يزعم انه يتمكن من الوصول الى الطيرو
السمك فرخصها غالبا ، بسبب غرره و خدعته ، فاذا اقدم و اشترى تبين له
انه لا يتمكن من الحصول عليهما ، فيذهب ماله بدون بدل .

(و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر، سواء
تعلق الجهل باصل وجوده) كما لو اشترى شيئا لا يعلم انه موجود ، ام
لا (ام) الجهل (بحصوله فى يد من انتقل اليه) كالسمك و الطير حيث
لا يعلم هل انه يتمكن من اخذهما ، ام لا ؟ (ام بصفاته ؟ كما) كما لا يعلم
انه من او منين (او كيفا) كما لا يعلم بانه جيد او ردي مما تتفاوت فيه
الربعات .

(و ربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من
حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره) اى لا يعلم كيفه او كمه (لا مطلق

الخطر الشامل لتسليمه وعدمه ، ضرورة حصوله فى بيع كل ثائب خصوصا اذا كان فى بحر ونحوه ، بل هو اوضح شئ فى بيع الثمار ، والزرع ، و نحوهما .

والحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة فى مبيع مجهول الحال بالنسبة الى التسلم وعدمه ، خصوصا بعد جبره

الخطر الشامل لتسليمه وعدمه) فلا يشمل الغرر مثل بيع الطير فى الهواء والسك فى الماء ، اذا علم المشتري وصفهما وكهما .

وانما لا يشمل الغرر الجهل بالتسليم (ضرورة حصوله) اى الجهل بالتسليم (فى بيع كل غائب) كما اذا باعه ماله فى بلد آخر (خصوصا اذا كان فى بحر ونحوه) من المواضع التى يكثر العطب فيها ، فانه يصح هذا البيع بلا اشكال ، مع انه مجهول التسليم .

فلو كان الغرر شاملا لكل مجهول التسليم ، لزم بطلان بيع كل غائب لكن بيع الغائب ليس باطلا ، فليس بيع مجهول التسليم باطلا (بل هو) اى الجهل بالقدرة على التسليم (اوضح شئ فى بيع الثمار ، والزرع) كالقت والخضروات (و نحوهما) كورق التوت والحناء ، فانه غالبا لا يعلم الانسان هل تحصل آفة لا يتمكن البائع بسببها من التسليم ام لا تحصل ؟ (والحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة) اى القاء

المشتري ماله فى الخطر (فى مبيع مجهول الحال) جهلا (بالنسبة الى التسلم) حيث لا يعلم انه هل يقدر على تسلم المتاع ، ام لا ؟ (وعدمه) اى عدم التسلم (خصوصا بعد جبره) اى فيما لو لم يقدر على التسلم

بالخيار لو تعذر .

وفيه ان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله .

فلوجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين .

واحتمال ارادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله

(بالخيار لو تعذر) التسلم .

وعليه : فالغرر خاص بالجهل الكمي او الكيفي ، لا الجهل من حيث التسلم وعدم التسلم .

(وفيه ان) الغرر شامل لجهل التسلم ايضا اذا (الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري) وعدم حصوله في يده (اعظم من الجهل بصفاته) اي صفات المبيع (مع العلم بحصوله) و بعد كون اللفظ عاما .

(فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين) اي بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، فان المثال نص في شمول الغرر لما تعذر تسليمه .

(و) ان قلت : لعلمهم انما مثلوا بالمثاليين لان الطير و السمك في الماء مجهولان من حيث الصفات اذ الانسان لا يعلم صفات السمك في الماء ولا الطير في الهواء ، وان شاهد هما من بعيد فامثال لاجل الجهل بصفات المبيع لا لاجل عدم القدرة على التسليم .

قلت : (احتمال ارادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله)

فى يده ، يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز
عن التسليم ، لا للجهاالة بالصفات .

هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى
المذكور على اعتبار القدرة على التسليم .

كما يظهر من الانتصار : حيث قال فيما حكى عنه : و مما انفردت به
الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق ، مع الضميمة ولا يشتري وحده ،
الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري وخالف باقى الفقهاء فى ذلك ، و

اي المبيع (فى يده ، يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما فى كلمات
الفقهاء للعجز عن التسليم ، لا للجهاالة بالصفات) .

و من الظاهر : ان تمثيل هؤلاء ، وهؤلاء بالمثاليين من باب واحد ،
لان تمثيل الفقهاء من باب الجهل بحصوله ، و تمثيل اللغويين من باب
الجهل بصفاته .

(هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى
المذكور على اعتبار القدرة على التسليم) فلا بد ان يشمل النبوى القدرة
على التسليم ، اذ ما يستفاده العرف من رواية لا بد وان يكون هو ظاهر
الرواية بحكم : **وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِبَلْسَانٍ قَوْمِهِ** .

(كما يظهر من الانتصار : حيث قال فيما حكى عنه : و مما انفردت به
الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق ، مع الضميمة ، ولا يشتري وحده
الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري ، وخالف باقى الفقهاء) من
العامة (فى ذلك ، و

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال الى ان قال : و يقول مخالفونافى منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبينانهاى عن بيع الغررالى ان قال وهذا ليس بصحيح ، لان هذا البيع يخرجها عن ان يكون غررا انضمام غيره اليه ، انتهى . وهو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى ، على اشتراط القدرة على التسليم .

و الظاهر اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به كما يظهر للمتبع ، و سيجئ فى عبارة الشهيد التصريح به .

وكيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعد ها اللغة

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال) و لو مع الضميمة (الى ان قال) الانتصار) و يقول مخالفونافى منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبينانهاى عن بيع الغررالى ان قال) السيد (وهذا) اى كونه بيع غرر (ليس بصحيح ، لان هذا البيع يخرجها عن ان يكون غررا انضمام غيره) اى غير الآبق ، و انضمام فاعل « يخرجها » (اليه) اى الى الآبق (انتهى . و هو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى ، على اشتراط القدرة على التسليم) فليس الغرر خاصا بالجهل بالصفات .

(و الظاهر) من تعرضهم للمسئلة فى كل كتاب رايناها (اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به) اى بالنبوى (كما يظهر للمتبع ، و سيجئ فى عبارة الشهيد التصريح به) اى بهذا الاستدلال .

(وكيف كان فالدعوى المذكورة) اى « واحتمال ارادتهم الخ » (مما لا يساعد ها اللغة) لانهم ذكروا مثال الغرر ببيع الطير و السمك مستدلين

ولا العرف ولا كلمات اهل الشرع .

و ما بعد ما بينه و بين ماعن قواعد الشهيد ره : حيث قال : الغرر ما كان له ظاهر محبوب ، وباطن مكروه ، قال بعضهم و منه قوله تعالى : متاع الغرور ، و شرعا هو جهل الحصول ، و مجهول الصفة فليس غررا ، و بينهما عموم و خصوص من وجه ،

بعضهم بالنبوى (ولا العرف) لانهم يرون الغرر شاملا للجهل بالحصول ايضا (ولا كلمات اهل الشرع) كما عرفت عن الانتصار وغيره .
 (و ما بعد ما بينه) اى « واحتمال ارادتهم » (و) ما (بين ما عن قواعد الشهيد ره : حيث قال : الغرر ما كان له ظاهر محبوب ، و باطن مكروه ، قال بعضهم) اى فسر الغرر بهذا التفسير بعض (و منه قوله تعالى : متاع الغرور) اى ان الدنيا متاع ظاهره يغتر الانسان ويخدعه و باطنه عذاب وعقاب (و شرعا هو) اى الغرر (جهل الحصول) فخصص الشهيد الغرر بما جهل حصوله اما ما جهل صفاته فلم ير الشهيد ان الغرر يشملها و اما المجهول الذات و المعلوم الحصول (و مجهول الصفة) المعلوم الصفة (فليس غررا و بينهما) اى الغرر و الجهل (عموم و خصوص من وجه) .

، و لا يخفى ان للجهل اقساما ، كالجهل بالجنس « هل هو حيوان

او ليس بحيوان » .

و النوع « هل هو انسان ام لا ؟ » .

و الصنف « هل هو زنجى ام لا ؟ » .

لوجود الغرر بدون الجهل فى العبد الآبق ، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن ، ووجود الجهل بدون الغرر فى المكيل والموزون و المعدود اذا لم يعتبر .

وقد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ، ام فضة ، ام نحاس ام صخر؟ و يوجدان معافى العبد الآبق المجهول الصفة .

و الشخص « هل هو زيدا ام لا ؟ » .

و العدد اى الكم « هل عشرة ام تسعة؟ » والكيف « هل هو ابيض ام لا ؟ » الى غير هامن انواع الجهالات (لوجود الغرر) الحصولى (بدون الجهل) فى الصفات (فى العبد الآبق ، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن) وصفا يزيل الجهالة به (ووجود الجهل) الوصفى (بدون الغرر) الحصولى (فى المكيل والموزون و المعدود) كالبصر والحنطة و البيض (اذا لم يعتبر) باحد الثلاثة ، بان باعه اعتباطا ، فان القدر و العدد مجهول لكن لا غرر فى حصوله ، لغرض ان البائع يسلمه و الجنس حاضر .

(وقد يتوغل) الا يغال الدخول فى الشئ الى اواخره كالا يغال فى الصحراء ، و فى البئر ، وما اشبه (فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ، ام نحاس ، ام صخر) و هذا من مجهول الصفات (و يوجدان) و هذا مادة الاجتماع فى « العموم من وجه » الحاصل بين الجهل و الغرر (معا) الجهل الحصولى و الجهل الوصفى (فى العبد الآبق المجهول الصفة) فانه غرر و جهل .

ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول

الوجود .

و تارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود .

و بالجنس كحب لا يدري ماهو و سلعة من سلع مختلفة .

و بالنوع كعبد من عبيد .

و بالقدر ككيل لا يعرف قدره .

و البيع الى مبلغ السهم .

و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين .

(ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول

الوجود) بان احتملنا انه مات وفنى .

(و تارة بالحصول كالعبد الآبق) المجهول الحصول (المعلوم

الوجود) .

(و) تارة (بالجنس كحب لا يدري ماهو) حنطة ام دخن ، والمراد

الجنس المنطقى (و سلعة من سلع مختلفة) كما لا يدري حطب او قماش

او ذهب .

(و) تارة (بالنوع كعبد من عبيد) والمراد هنا الصنف والشخص .

(و) تارة (بالقدر ككيل لا يعرف قدره) هل يأخذ منا ، ام منا ونصفا ؟

(و) تارة (البيع) للارض (الى مبلغ السهم) اذ لا يدري ان السهم

كم يذهب ، فلا يدري اذرع الارض المبيعة .

(و) تارة (بالعين) اى الشخص (كثوب من ثوبين مختلفين) فانه

و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب ولو
اشترط ان يبدو الصلاح لا محالة ، كان غررا عند الكل كما لو اشترط صيرورة
الزرع سنبلًا .
و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع اجماعًا .

جهل بالعين .

(و) تارة يتعلق الجهل و الغرر (بالبقاء) بان لا يعلم هل يبقى
المبيع الى وقت التسليم ، ام لا ؟ (كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند
بعض الاصحاب) حيث قالوا ببطلان البيع .
و بدو الصلاح في كل ثمرة بحسبها ، ففي العنب قبل التحصير ، و
في التمر قبل الاحمرار و الاصفرار ، و في الحبوب قبل انعقاد الحب ، و
هكذا (ولو اشترط) المشتري على البائع (ان يبدو الصلاح لا محالة)
بان يقول : انا اشتري منك بشرط ان يبدو صلاحه في المستقبل (كان)
البيع (غررا عند الكل) من جهة انه مجهول الحصول ، و مجهول البقاء ،
لانه لا يعلم هل تبقى الثمرة ، ام لا ؟ و لا يعلم على تقدير البقاء ، هل
يبدو صلاحها ، ام لا ؟ بخلاف ما اذا لم يشترط ، فانه جهل بالبقاء فقط
و هو غرر عند البعض (كما لو اشترط صيرورة الزرع سنبلًا) فانه لا يعلم هل
يصير سنبلًا ، ام لا ؟ و هو غرر .

(و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين) كما اذا لم يعلم
انه عبد ، او امة ، حمار او فرس ، و هكذا ، كما تقدم في بعض
الامثلة (و هو ممتنع اجماعًا) فاذا باع كذلك بطل البيع .

وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كاسّ الجدار وقطن الجبّة و
هو معفو عنه اجماعاً ، ونحوه اشتراط الحمل .
وقد يكون مردداً بينهما وهو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة ،
والمضاربة ، و الثمرة قبل بدو الصلاح

(وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته) اى قلة الغرر (كاسّ الجدار)
الموجود فى الارض ، فان الغالب عدم التحقيق عنه هل هو من آجر جيد ،
او آجر ردى .
نعم : يلزم ان يكون حسب المتعارف مما يتسامح به العرف اما لو كان
اسس بيت رفيع من الطين كان غرراً (وقطن الجبّة) اى القطن الذى
يوجد فى داخل الجبّة ، فانه لا يعلم قدره ، ولا يعلم هل هو جيد ، او ردى
(وهو) اى الغرر بهذا المقدار الجزئى (معفو عنه اجماعاً) فلا يبطل
البيع بجهالته (ونحوه اشتراط الحمل) فانه غرر معفو عنه ، اذ لا يعلم
انه هل يكمل ، او يسقط ، و هل ذكر او انثى ، الى غيرها من جهات الجهل .
(وقد يكون) الغرر (مردداً بينهما) اى بين الفساح فيه وغير المتسامح فيه
(وهو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة والمضاربة) فانه ان كان جزافاً زائداً
لا يتسامح فيه و يوجب الغرر ، كما اذا لم يعلم ان المال عشرة او مائة و
ان كان جزافاً فى الجملة بحيث يتسامح فيه عرفاً ، فانه لا يوجب الغرر .
كما اذا تردد بين ان يكون عشرة مثاقيل او تسعة و نصف ، فان
الدرهم والدنانير السابقة كانت تحك بكثرة التداول حتى تنقص فى
الجملة (و الثمرة قبل بدو الصلاح) اذ بعضها يبدو صلاحها متأخراً و

والآبق لغير ضميمة، انتهى، و فى بعض كلامه تأمل، ككلامه الآخر فى شرح الارشاد، حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة، تعيينها غرر، فيكون منها عنه .
اما الصغرى فلجواز عد مها او ظهورها مستحقة فينفسخ البيع .

بعضها متقدما (و الآبق لغير ضميمة) فانه قد يكون الضميمة ببلا يوجب رفع الغرر، كما اذا باع عليه كبريت مع الآبق و قد يوجب التسامح، كآبقو عبد حاضر (انتهى) كلام الشهيد (و فى بعض كلامه تأمل) .
كتخصيصه الغرر بالجهل بالحصول، مع انك قد عرفت ان الغرر اعم .
و كالتهاقت بين اول كلامه الذى خصص الغرر بالجهل بالحصول، و بين آخر كلامه الذى جعل الغرر اعم من الجهل بالحصول و الجهل بالصفات و ما شبه، الى غير ذلك (ك) التامل فى (كلامه الآخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا)
فاذا باع شيئا بدينار كان الدينار كلها، اما اذا عينه فى دينار خاص تعين .

فانهم (قالوا) مفعول « ذكر » (يعنى المخالفين من العامة، تعيينها)
بان يبيع بدينار شخصى - مثلا - (غرر، فيكون منها عنه) فلا يصح البيع اذا كان الثمن شخصيا .

(اما الصغرى) و ان التعيين غرر (فلجواز عد مها) اى ان ينعدم الامر الشخصى، بان يتلف الدينار (او ظهورها مستحقة) كان يظهر ان الدينار للغير (فينفسخ البيع) وهذا غرر وجهالة .

واما الكبرى فظاهرة، الى ان قال قلنا : ان نمنع الصغرى لان
 الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه وبيع عليه ، وما ذكره
 لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه ، انتهى .
 فان مقتضاه انه لو اشترى الآبق ، او الضال المرجو الحصول بثمن
 قليل لم يكن غررا ، لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل ، رجاء النفع
 الكثير .

(واما الكبرى) وهى كون الغرر منهى عنه (فظاهرة) لان الغرر
 منهى عنه فى النص و الفتوى (الى ان قال) الشهيد فى جواب الاشكال
 (قلنا : ان نمنع الصغرى) وان البيع الشخصى غرر (لان الغرر احتمال
 مجتنب عنه فى العرف) فان العرف لا يقدمون على الغرر (بحيث لو تركه)
 اى ترك الاجتناب عن الغرر (وبيع عليه) وقيل له لماذا اقدمت على هذه
 المعاملة الغررية (وما ذكره) العامة من ان البيع الشخصى غرر
 (لا يخطر ببال) انه غرر (فضلا عن اللوم عليه) اى فضلا من ان يلام مرتكب
 هذا البيع (انتهى) كلام الشهيد .

(فان مقتضاه) اى مقتضى كلامه : ان الغرر احتمال مجتنب عنه (انه
 لو اشترى الآبق ، او الضال المرجو الحصول بثمن قليل) كما لو اشترى عبدا
 قيمته مائة دينار - مثلا - (لم يكن غررا ، لان العقلاء يقدمون على الضرر
 القليل ، رجاء النفع الكثير) فلا يلام العاقل عليه ، فلا يكون غررا - بهذا
 الميزان الذى ذكره الشهيد - مع انه غرر
 قطعاً .

وكذا لو اشترى المجهول المرددين ذهب ونحاس بقيمة النحاس بناءً على المعروف من تحقق الغرر، بالجهل بالصفة، وكذا اشراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا .

فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع فى المعاملات، وليس منوطا، بالنهى من العقلاء ليخص

(وكذا لو اشترى المجهول المرددين ذهب ونحاس بقيمة النحاس)
 فان المشتري لا يلام على ذلك عند العرف، مع انه غرر ومنوع عنه شرعا .
 وانما تكون هذه المعاملة غررا (بناءً على المعروف من تحقق الغرر ب) سبب (الجهل بالصفة) فان الجهل بكونه ذهبا ونحاساً جهل بالصفة (وكذا اشراء مجهول المقدار) كما اذا لم يعلم انه منّ او نصف منّ (بثمن المتيقن منه) بثمن نصف منّ (فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه) ولم يشتر (اعتذارا بكونه خطرا) ومع ان العقلاء يرغبون فيه فهو غرر، فليس الميزان للغرر ما ذكره الشهيد بقوله « لان الغرر احتمال مجتنب عنه الخ » .

(فالاولى) ان يقال : (ان هذا النهى) عن الغرر - ولو كان غررا محبوبا للعرف - (من الشارع) تعبدى .

وذلك (لسد باب المخاطرة) اى الاقدام على الخطر (المفضية الى التنازع فى المعاملات ، وليس) الغرر المحرم (منوطا) ما اذا كان هناك (النهى من العقلاء ليخص

مورده بالسفهاء او المتسفة .

ثم انه قد حكى عن الصدوق فى معانى الاخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المناذرة والعلامة ، وبيع الحصة بكونها غررا مع انه لاجهالة فى بعضها ، كبيع المناذرة - بناءً على ما فسر به - من انه قول احدهما لصاحبه انبذ الى الثوب ، وانبذه اليك ، فقد وجب البيع ، وبيع الحصة بان يقول : اذ انبذت الحصة

مورده) اى مورد الضرر (بالسفهاء او المتسفة) اى الذين هم عقلاء ، و لكن يعملون اعمال السفهاء .

والحاصل : ان الغرر الشرعى اعم من الغرر العرفى ، فربما لا يكون هناك غرر عرفا ، و لكن الشارع يراه غررا .

(ثم انه قد حكى عن الصدوق فى) كتاب (معانى الاخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المناذرة والعلامة وبيع الحصة بكونها غررا) و لذا ابطالها الشارع (مع انه لاجهالة فى بعضها ، كبيع المناذرة - بناءً على ما فسر به) الصدوق (به) ضمير فسر يعوده الى « بيع المناذرة » و ضمير « به » عائد الى « ما » ومصادقه « المعنى » (من انه قول احدهما) اى احدا المتعاملين (لصاحبه انبذ الى الثوب ، وانبذه اليك) .

الاول يقوله المشتري ، والثانى يقوله البائع (فقد وجب) بهذا النبذ (البيع ، و) مثل (بيع الحصة) عطف على « بيع المناذرة » (بان يقول : اذا نبذت الحصة) على الثوب الذى اریده

فقد وجب البيع .

و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر والله العالم .
 وكيف كان فلاشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم
 بالنبوى المذكور ، الا انه اخص من المدعى ، لان ما يمتنع تسليمه عادة -
 كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

(فقد وجب البيع) بهذا النبذ للحضاة .

و بيع الملامسة هو ان يجعل ايجاب البيع لمس المتاع .
 (و لعله كان) الامر فى هذه المعاملات (على وجه خاص يكون فيه
 خطر) و الالف بهذا التفسير الذى ذكرناه لاغرر فى شئ من ذلك ، وان كان
 له وجه بطلان من جهة اخرى ، و هو انه لا عقد فى هذه المعاملات اذا
 قلنا ببطلان المعاطات .

و انما الكلام فى قول الصدوق بان هذه المعاملات غررية ، ولذا هي باطلة .
 ولعل المراد بالوجه الخاص ان يكون تعيين المبيع بالنبذ واللمس والقاء الحصاة بدون
 معرفة الخصوصيات قبل النبذ واللمس واللقاء كان يقول المشتري ارم الحصاة على
 هذه الاثواب بغياى ثوب وصلت يكون ذلك الثوب لى بهذا الثمن فانه مجهول .

وكذلك اذا كان النبذ واللمس على مجهول ، فانه من قبيل القمار (والله العالم) .
 (وكيف كان) سواء صدق الغرر فى بيع المناذرة واخويه ، ام لا .
 (فلاشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور)
 نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر (الا انه) اى النبوى (اخص من
 المدعى ، لان ما يمتنع تسليمه عادة - كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و

نحوه ليس فى بيعه خطر، لان الخطر انما يطلق فى مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا .

لكن هذا الفرد يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة .
و كون اكل الثمن فى مقابله اكال للمال بالباطل بل لا يعد ما لعرفنا

نحوه) كالطير فى الهواء الذى يمتنع وصول اليد اليه ، والوحش الفار فى الصحراء (ليس فى بيعه خطر) حتى يصدق الغرر (لان الخطر انما يطلق فى مقام يحتمل السلامة ، ولو) احتمالا (ضعيفا) .

ومن المعلوم : ان الغريق الممتنع خروجه لا يحتمل فيه السلامة حتى يسمى خطرا مثلا الانسان المريض المحتمل سلامته وصحته يسمى مخطورا ، اما المتيقن موته لا يسمى مخطورا .

وكيف كان فلا استدلال بالنبوى لبطلان بيع الغريق غير تمام . اذ النبوى لا يشمل (لكن هذا الفرد) الغريق - مثلا - (يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة) .

و المعاملات السفهائية باطلة ، لقوله تعالى : ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التى جعل الله لكم بها قايما ، ولان المنصرف من ادلة المعاملة هى العقلائية منها ، لاحتى السفهائية .

(و كون اكل الثمن فى مقابله اكال للمال بالباطل) فيشملة قوله تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، بل يشمله مناط الغرور ، اذ لو كان المخطور مخطورا ، فالمتيقن عدم الوصول اليه يكون مخطورا بطريق اولى (بل لا يعد ما لعرفنا) .

وان كان ملكا ، فيصح عتقه ، ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه ، الا انه لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا .

ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك ، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

ومن المعلوم : ان البيع مبادلة مال بمال (وان كان ملكا) وقد ذكروا في موضعه ان الملك اعم من المال ، فحبة للمحنة ملك وليست بمال (فيصح عتقه) في العبد الآبق - وهذا من توابع الملك ، اذ لا تعلق الا في ملك - (ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه) بل هو الآن لمالكه ، فاذا تمكن انسان آخر منه لا يصح له التصرف فيه لانه مال الناس (الا انه) اي كونه ملكا له آثار خاصة (لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا) .

فان العرف لا يراه ماله ، فلا مالية له شرعا ، اذ الشرع علق احكامه على ما كان مالا عرفا ، الا ما خرج بالدليل مما يراه العرف مالا ، ولا يراه الشرع كالخمر والخنزير عند اهلها .

(ولذا) الذي ليس بمال (يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك) فمن سبب اباق العبد او اطلاق الطير يجب عليه ان يعطى للمالك تمام قيمته (فيملكه) اي التمام (مع بقاء العين على ملكه) اي ملك المالك (على ما هو ظاهر المشهور) فاذا كسر الشخص انا انسان ، كانت اجزاء الاناء للمالك مع انه يجب على الكاسر ان يعطى للمالك تمام قيمة الاناء ، ولو لم تكن الاجزاء المكسورة ملكا لم يكن لها اختصاص بالمالك .

ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر .

منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله صلى الله عليه وآله : لا تبع ما ليس عندك ، بناءً على ان كونه عنده لا يراد به الحضور ، لجواز بيع الغائب ، والسلف ، اجماعاً ، فهى كناية لاعتبار مجرد الملك لان المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام .

ولاعتبار مجرد السلطنة عليه ، والقدرة على تسليمه ، لمنافاته لتمسك

(ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط) اى شرط القدرة على

التسليم (بوجوه اخر) .

(منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله) فى كتب الفتاوى (من قوله صلى الله عليه وآله : لا تبع ما ليس عندك ، بناءً على ان كونه عنده) المفهوم من الحديث ، وانه يشترط ان يكون المبيع عند البائع (لا يراد به الحضور) والوجود الآن عند البائع (لجواز بيع الغائب) الذى ليس بحاضر عند البائع (والسلف) الذى ليس بموجود الآن (اجماعاً ، فهى) اى الكون عند البائع ، والتأنيث باعتبار الخبر اى « كناية » (كناية لاعتبار مجرد الملك) اى لا تبع ما لا تملك (لان المناسب حينئذ) اى حين كان المراد مجرد الملك (ذكر لفظة اللام) بان يقول : لا تبع ما ليس لك ، لان يقول « ما ليس عندك » .

(و) ايضاً كناية (لاعتبار مجرد السلطنة عليه ، والقدرة على تسليمه) حالاً او مستقبلاً ، حتى يكون المعنى : لا تبع ما لا تقدر على تسليمه ؛ و لا سلطنة لك عليه (لمنافاته) اى هذا المعنى (لتمسك

العلماء من الخاصة و العامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالکها، خصوصا اذا كان وكيلاعنه فى بيعه، و لو من نفسه، فان السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا، مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية

العلماء من الخاصة و العامة بها) اى بهذه الرواية (على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالکها) اى ان العلماء قالوا لا يجوز للانسان ان يبيع لعمرو دار زيد، ثم يشتري الدار ويعطيها لعمرو.

و استد لوالعدم جواز ذلك بقوله صلى الله عليه وآله ((لا تبع ما ليس عندك)) .

و هذا الاستدلال دليل على انه ليس معنى هذه الرواية ((لا تبع ما لا سلطنة لك عليه لاحالا ولا بعدا)) اذ لو كان معناها هذا، لزم عدم صحة الاستدلال المذكور، اذ البائع فى المثال يكون له سلطة على الدار فيما بعد البيع (خصوصا اذا كان) البائع فى المثال (وكيلاعنه) اى عن المالك (فى بيعه، و لو) بيعا (من) قبل (نفسه) كما لو قال مالك الدار للبائع : بع الدار و لو لنفسك .

و انما قلنا خصوصا (فان السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا) للبائع، لان المالك سلطه على المال (مع انه مورد الرواية عند الفقهاء) و انه لا يصح البيع، لانه من بيع ما ليس عنده .

و حيث ان الرواية لم تكن كناية عن ذلك و لا ذاك (فتعين ان يكون كناية)

عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد ،
حتى كانه عنده ، وان كان غائبا .

وعلى اى حال فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته ، او بحمله

اى يكون لفظ «عندك» كناية (عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف
على الملك مع كونه تحت اليد ،حتى كانه) اى المال (عنده) اى عند
البائع (وان كان) المال (غائبا) فى بلد آخر مثلا .

والحاصل : ان الاحتمالات المردودة فى الرواية ثلاثة .

الاول : — «لاتبع مالا تملك» .

الثانى : — «لاتبع مالا سلطة لك عليه لاحالا ولا مستقبلا» .

الثالث : — «لاتبع مالىس حاضرا» .

اذ الاول : يقتضى ان يقول : «لاتبع مالىس لك» .

والثانى يقتضى صحة بيع مالىس له حالا ويكون له مستقبلا ، مع ان

العلماء استدلوا بهذه الرواية على بطلان هذا البيع .

والثالث : يقتضى بطلان بيع السلف ، والحال انه صحيح

قطعا ، اذ فالمعنى : لاتبع مالا قدرة لك على تسليمه ، فاذا كانت له

قدرة على التسليم بان كان مالكا وتحت يده حتى كانه عنده ، جاز

بيعه .

(وعلى اى حال) ايا كان معنى الرواية ، فانها تشمل البيع

الفضولى (فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه) اى عن هذا الحديث (ب)

سبب (ادلته) الدالة على صحة البيع الفضولى (او بحمله) اى حمل :

-
- على النهى المقتضى لفساده ، بمعنى عدم وقوعه لبايعة لو اراد ذلك
 - وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على مانحن فيه ممكن
 - واما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الازمنة
 - من بيع الشئ غير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه و دفعه الى المشتري .
-

لاتبع ، في الحديث (على النهى المقتضى لفساده) اى فساد البيع ،
 لا النهى المقتضى للحرمة - مع صحة البيع - من قبيل « ذروا البيع »
 حيث قالوا بالحرمة والصحة (بمعنى عدم وقوعه) اى البيع (لبايعه)
 الفضول (لو اراد) البائع (ذلك) اى كون البيع لنفسه .

• وقوله وعلى اى حال ، دفع اشكال مقدر ، وهو انه كيف فسر .
 ثم الحديث يبقى عليه اشكال انه كيف لا يصح بيع ما ليس عنده ، و
 الحال ان انرى صحة بيع الفضول ، مع ان الفضول ليس عنده المال .
 والجواب ، ان بيع الفضول اما تخصيص للحديث ، او تخصص .
 (وكيف كان) الامر (فتوجيه الاستدلال بالخبر) اى : لاتبع ما ليس
 عندك (على مانحن فيه ممكن) عرفا ، اى ظاهر ، والمراد بمانحن فيه -
 اشتراط القدرة على التسليم - .

(واما الايراد عليه) اى على الاستدلال بهذا الحديث لمانحن فيه
 (بدعوى ان المراد به) اى بما ليس عندك (الاشارة الى ما هو المتعارف
 فى تلك الازمنة) ازمئة صدور الرواية (من بيع الشئ غير المملوك ، ثم
 تحصيله بشرائه ونحوه) اى نحو الشراء كالصلح ، والاستيهاب (ودفعه
 الى المشتري) .

فمدفوع : بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد ، وليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد .
 نعم يمكن ان يقال : ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى ، بل النبوى الأول ايضا فساد البيع ، بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر ، وتحقق كونه عنده .
 ولو ابيت الاعن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

فليس الحديث مربوطا بالقدرة على التسليم ، كما هو مناط الاستدلال .
 (فمدفوع : بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد) بل لفظه عام (و ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد) .
 فان المورد لا يخص كما ذكرنا فى الاصول ، الا اذا كان المورد من القوة بحيث يوجب الانصراف الصارف للظهور العرفى وكيف يمكن ادعاء مثل ذلك هنا .

(نعم يمكن ان يقال : ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى) لا تتبع ما ليس عندك (بل النبوى الأول ايضا) نهى النبى عن الغرر (فساد البيع) الذى لا يقدر البائع على تسليمه ، لانه غرر ، ولأنه ليس عنده (بمعنى عدم كونه) اى البيع (علة تامة لترتب الأثر المقصود) .

فالحديثان ارشاد الى عدم اللزوم (فلا ينافى) عدم العلية التامة (وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر ، وتحقق كونه عنده) فاذا زال الغرر ، بان قدر بعد ذلك على التسليم ، وصدق انه عنده ، لزوم البيع ، والابطال .
 (ولو ابيت الاعن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد

.....
 رأسا المنافية لوقوعه مراعى دارالأمرين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، و
 بين اخراج بيع الرهن وبيع مايملكه بعد البيع، وبيع العبد الجانى
 عمدا وبيع المحجور لرق، اوسفه، اوفلس، فان البائع فى هذه الموارد

رأسا) وان العقد الذى لا يقدر العاقد على تسليمه فاسد، لانه مراعى
 (المنافية) تلك اللغوية (لوقوعه) اى العقد (مراعى) ومتزلزا (دار
 الأمرين) ان نقول بأن الظاهر للحد يثين، وان كان الفساد الا انه
 لا بد ان تصرفها الى ارادة كون العقد مراعى .

وبين ان نقول بابقاء الظاهر على ظاهره، لكن نخرج من هذا
 الظاهر بعض المعاملات التى هى غرر، وليست عنده ومع ذلك قالوا
 بصحتها .

ولكن التخصيص خلاف الظاهر - الظاهر الآبى عن التخصيص -
 فلا بد من القول بصرف الظاهر الى ارادة كون العقد مراعى، وهذا مراده
 بقوله : دارالأمرين (ارتكاب خلاف هذا الظاهر) الذى هو الفساد، و
 خلافه كونه «مراعى» (وبين) القول بهذا الظاهر، ولكن (اخراج بيع
 الرهن وبيع مايملكه بعد البيع، وبيع العبد الجانى عمدا) الذى هو
 متعلق حق المجنى عليه، ولا يعلم هل يرضى بالبدل ام لا؟ فبيعه غرر
 ويصدق عليه انه ليس عنده - (وبيع) الشخص (المحجور) عليه (لرق)
 اذ العبد لا يجوز له ان يتصرف فى ماله الا باجازة سيده (اوسفه) فان
 معاملته متوقفة على اجازة الولي (اوفلس) فان معاملة الفلاس متوقفة
 على اجازة الغرماء (فان البائع فى هذه الموارد

عاجز شرعاً من التسليم ، ولا رجحان لهذه التخصيصات ، فحينئذ لا مانع
عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى
بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتبر به .

وقد صرح الشهيد فى اللعة بجواز بيع الضال والمحجور عن غير
إباق مراعى بإمكان التسليم ، واحتمله فى التذكرة

عاجز شرعاً من التسليم ، (و) حيث دار الأمر بين خلاف الظاهر ، وبين هذه
التخصيصات ، نقول : (لا رجحان لهذه التخصيصات) كما تقدم ، فاللزام
ان نقول بالأول - أى خلاف الظاهر - (فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع
بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء) البائع (التمكن منه) أى من التسليم
(مراعى بالتمكن منه) حال عن « بيع كل ما » (فى زمان لا يفوت الانتفاع
المعتبر به) « فى » متعلق بالتمكن .

أما إذا كان التمكن فى زمان فات الانتفاع المعتبر به ، فهذا موجب
لعدم وقوع البيع .

اذ البيع انما هو للانتفاع ، فإذا كانت القدرة فى زمان لا منفعة فيه
أصلاً ، أو فات الانتفاع المعتبر به ، فلا بيع .

(وقد صرح الشهيد فى اللعة بجواز بيع الضال) الذى ضل
وضاع (والمحجور) الذى استولى عليه انسان وجده ، وهو مال هذا
الانسان البائع (عن غير إباق) بان يكون العبد غير أبى بل ضالاً او
او محجوراً (مراعى بإمكان التسليم) من البائع ، بان تمكن البائع من
وجدان الضال واخذ المحجور (واحتمله) أى الجواز العلامة (فى التذكرة

.....
 لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر،
 بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما عرفت من الايضاح .
 ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين
 الى صاحبه ، فيجب ان يكون مقدورا لاستحالة التكليف الممتنع .
 ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا
 منعنا الملازمة .

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء (الذين افتوا به في مختلف
 المسائل) اتفاقهم على فساد بيع الغرر ، بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما
 عرفت من الايضاح (لاصحة البيع ولو في الجملة .
 (ومنها) اى من الادلة التي اقيمت على اشتراط صحة العقد
 بالقدرة على التسليم (ان لازم العقد) عرفا و شرعا (وجوب تسليم كل من
 المتبايعين) البائع والمشتري (العوضين) البائع للثمن ، والمشتري
 للثمن (الى صاحبه ، فيجب ان يكون) التسليم (مقدورا لاستحالة التكليف
 الممتنع) اذ : اما لا يجب التسليم وهو خلاف « (اللازم) المذكور ، او
 يجب بدون القدرة عليه ، وهذا تكليف بغير المقدور وهو باطل .
 (ويضعف) هذا الاستدلال (بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب
 التسليم وجوبا مطلقا) سواء كان العاقد متمكنا من التسليم ، ام لا (منعنا
 الملازمة) فمن اين ؟ ان لازم العقد وجوب التسليم ، بل ورد في الشرع
 بعض الموارد التي يصح العقد ، ولا يجب التسليم ، كبيع الآبق مع
 الضميمة ، والعرف لا يرى بذلك بأسا ، خصوصا اذا كان هناك غرض في

.....
وان اريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن ، كما لو تجدد

العجز بعد العقد .

وقد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب .

ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط .

بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه ، كما لو كان مقصود المشتري اشتراء والده الآبق لا يعتق ، او كان مقصوده عتق الآبق كفارة او شبهها .

(وان اريد مطلق وجوبه) اى وجوب فى الجملة (فلا ينافى كونه) اى الوجوب فى الجملة (مشروطا بالتمكن ، كما لو تجدد العجز بعد العقد) فان العقد صحيح ، ومع ذلك لا يجب التسليم ، لان العجز موجب لعدم وجوب غير المقدور ، اما خيار المشتري حينئذ فهو كلام آخر ، اذ كلامنا فى صحة العقد ، وانها ليست مشروطة بتمكن التسليم .

(وقد يعترض) ما ذكرناه من ان الوجوب فى الجملة لا ينافى كون الوجوب مقيد بالتمكن (باصالة عدم تقييد الوجوب) اى وجوب التسليم « بالتمكن » بل يجب التسليم مطلقا ، حتى اذا لم يتمكن كان البيع باطلا وهذا الأصل عبارة عن ما هو اللازم عقلا وشرعا — كما تقدم — .

(ثم يدفع) هذا الاعتراض (بمعارضته) أى اصل وجوب التسليم ، بدون قيد باشتراط القدرة (باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط) صحته بالقدرة على التسليم .

خرج من هذا الأصل المورد الذى علمنا باشتراط الصحة بالتمكن

من التسليم ، وبقيت صورة عدم القدرة خارجة ، فاصالة صحة البيع محكمة .

.....

وفى الاعتراض و المعارضة نظر واضح ، فافهم •
ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه ولا يتم
الا بالتسليم •

(وفى الاعتراض) اى قوله « قد يعترض » (و المعارضة) اى قوله
« ثم يدفع » (نظر واضح) •
امافى الاعتراض : فلانه يريد بنفى تقيد التمكن اثبات اطلاق الوجوب
وهذا اصل مثبت •
وامافى المعارضة : فلأنه يريد باصالة عدم اعتبار القدرة اثبات ان
البيع سبب تام ، وهذا ايضا اصل مثبت (فافهم) بأنه اذا اريد بالأصل :
الاصل العملى ، كان الاشكال على الاعتراض و المعارضة وارداً •
اما لو اريد من الأصل : الاطلاق ، يعنى ان « اوفوا بالعقود » يفيد
الوجوب المطلق ، ولا يتوجه الى العاقد الا بعد امكن التسليم ، فلا يلزم
التسليم لو لم يتمكن •
ولم يرد عليه اشكال لزوم كون الأصل مثبتا •
وان شئت قلت : ان « اوفوا » يقول : فيه يعقدك ، سواء قدرت
على التسليم ، ام لا •

(ومنها) اى من الادلة على اشتراط القدرة على التسليم (ان
الغرض من البيع انتفاع كل منهما) البائع والمشتري (بما يصير اليه) من
التمن الى المشتري ، والتمن الى البائع (ولا يتم) الغرض (الا بالتسليم)
فمع عدم امكن التسليم لا يحصل الغرض ، واذا لم يحصل الغرض لم يصح

• ويضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم .
 بل منع عدم كون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسليم ، لا الانتفاع المطلق .

ومنها ان بذل الثمن على غير المقدور سفه ، فيكون ممنوعا واكله اكلا بالباطل .

• البيع

(ويضعفه) اولا : (منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم) .
 لا مكان ان يريد البائع جعل الثمن — غير المقدور على تسلمه — حقا له على الغاصب مثلا .

وامكان ان يريد المشتري جعل الثمن « العبد الآبق » معتوقا لا ذرا ، نذرا ، او كفارة ، او ما شبهه .

(بل) يرد عليه ثانيا : (منع عدم كون الغرض منه الا الانتفاع بعد التسليم ، لا الانتفاع المطلق) الممكن بدون التسليم .

و ثالثا : بأن تخلف الغرض لا محذور فيه اذا كان على نحو الداعى .
 الا ترى ان صاحب الضيف اذا اشترى خبزا للضيف ، ثم ذهب الضيف لم يكن له ارجاع الخبز وان كان قد تخلف غرضه .

(ومنها) اى من الأدلة على اشتراط القدرة على التسليم (ان بذل) المشتري (الثمن على غير المقدور سفه ، فيكون ممنوعا) لأن المعاملة السفهائية باطلة (و) يكون (اكله) اى البائع للثمن (اكلا) للمال (بالباطل) فيشملة قوله تعالى « لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ » .

وفيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها، بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فانهم .

ثم ان ظاهر معاهد الاجماع - كما عرفت - كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف، وقد اكد الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء

(وفيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول) كما لو اشترى العبد الآبق الذى ثمنه الحقيقى الف، بعشرة (ليس سفها، بل تركه) اى ترك البيع (اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه) ولذا ترى العقلاء يغامرون بأنفسهم وأموالهم فى المخاطر رجاء حصولهم على اموال كثيرة (فانهم) اذ تختلف مراتب الاحتمال، فاطلاق الجواز كاطلاق المنع، كلاهما محل مناقشة .

(ثم ان ظاهر معاهد الاجماع - كما عرفت -) فى اول المسألة (كون القدرة) على التسليم (شرطا) فى صحة البيع (كما هو كذلك) القدرة شرط (فى التكاليف) .

فكما انه لا تكليف بدون القدرة، كذلك لاصحة للبيع بدون القدرة على التسليم (وقد اكد الشرطية) للقدرة (فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم) .

والظاهر من عدم الجواز عدم الجواز وضعاً، وعدم جواز ترتيب الاثر تكليفاً (فينتفى) البيع (المشروط) بالقدرة على التسليم (عند انتفاء

الشرط .

ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع
 لان القدرة شرط .
 قال ويظهر الثمرة فى موضع الشك .

(الشرط) اى القدرة على التسليم .

(ومع ذلك كله فقد استظهر بعض) وهو الجواهر (من تلك
 العبارة) اى عبارة الغنية (ان العجز) عن التسليم (مانع ، لان القدرة
 شرط) لصحة البيع .

(قال) الجواهر (وتظهر الثمرة) فى ان القدرة شرط ، او العجز
 مانع (فى موضع الشك) .

اذ : لو كانت القدرة شرطا ، فاذا اشكنا فى القدرة كان الأصل
 عدمها ، ويلزم القول بعدم صحة البيع .

اما لو كان العجز مانعا ، فاذا اشكنا فى وجود المانع كان اللازم
 تحكيم اطلاقات : او فواب العقود ، وما شبه ، حتى يثبت المانع ، ويلزم
 القول بصحة البيع .

وكذلك فى كل مورد دار امر الضدين بين ان يكون احدهما شرطا ،
 او الآخر مانعا .

مثلا : لو كان الغصب مانعا وشك فيه استصحب عدم الغصب ، ولزم
 القول بصحة الصلاة المأتى بها فى موضع مشكوك الغصبية .

اما لو كانت الاباحة شرطا ، فمع الشك فى الاباحة لا يمكن الحكم

ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة وجعله دليلا على ان القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز .

وفيه مع ما عرفت : من ان صريح معاقد الاجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة ان العجز امر عدمى ، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صفا او نوعا وجنسا ان يقدر ،

بصحة الصلاة ، اذا الشرط يحتاج الى العلم والاحراز .

(ثم ذكر) الجواهر (اختلاف الأصحاب فى مسألة) بيع (الضال و الضالة) هل يجوز اولا ؟ (وجعله) اى الاختلاف (دليلا على ان القدر المتفق عليه) اى الذى اتفق العلماء على بطلان البيع فيه ، فيما لا قدرة للمالك على تسليمه (ما اذا تحقق العجز) عن التسليم ، ولا يعم صورة الشك .

فالمورد الذى اختلف العلماء فى انه هل يصح البيع ، ام لا ؟ كبيع الضال و الضالة ، هو ما اذا شك فى امكان التسليم .

والمورد الذى اتفقوا على انه لا يصح البيع ، هو ما اذا علم بعدم امكان التسليم ، مع جعل العجز فى المقامين مانعا ، لان القدرة شرطا .
(وفيه مع ما عرفت : من ان صريح معاقد الاجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة) تلك العبارة (بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء) اى لا بالانتفاء عند الوجود (هى شرطية القدرة) « هى » خبر « ان صريح » ان العجز امر عدمى ، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صفا او نوعا وجنسا ان يقدر) اى ان العجز عدم ملكة .

وقد تقرر فى موضعه ان عدم الملكة قد ينسب الى الصنف الذى من

فكيف يكون مانعا ، مع ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم .

ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لاثمة فيه لافى صورة الشك الموضوعى او الحكمى ، ولا فى غيرهما

شأنه الملكة ، وقد ينسب الى النوع وقد ينسب الى الجنس .

مثلا عدم اللحية بالنسبة الى زيد عدم ملكة ، لأن صنفه وهو الانسان الأبيض ، او نوعه وهو مطلق الانسان ، او جنسه وهو الحيوان ، من شأنه ان يكون ملتحيا .
فعدم القدرة من شخص ، شأن صنفه او نوعه او جنسه القدرة ، يكون عدم ملكة .

فالأول : كالعاقدة البائع ماله ، والثانى : كالعاقدة المعاوض ، و
الثالث : كمطلق العاقدة الشامل للوكيل ايضا .

واذا كان العجز عن التسليم امرا عدما (فكيف يكون) العجز (مانعا)
عن صحة البيع (مع ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم) كالحدث فى الصلاة ، فانه يسمى مانعا ، لأنه يلزم من وجوده عدم الصلاة .

فقول الجواهر ان العجز عن التسليم مانع ، لان القدرة شرط ، لا وجه له .
(ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه) اى على عدم القدرة ، لأنه عدم مضاف (لاثمة فيه) .

فقول الجواهر « ويظهر الثمرة فى موضع الشك » لا وجه له (لافى صورة الشك الموضوعى او) الشك (الحكمى ، ولا فى غيرهما) .

فانا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها،
اولامعه فالأصل عدمها

فالشك الموضوعي هو ما اذا كانت الشبهة مصداقية، كمالو شككنا
في ان القدر الخارج من ادلة الصحة « بسبب العجز عن التسليم » هو
ما اذا تعذر التسليم، او الأعم منه ومن التعسر، كما اذا كان العبد في
مكان لا يعلم انه يتعذر او يتعسر الوصول اليه .

والشك الحكمي هو ما اذا علمنا حال الموضوع كالعجز غير المستمر
مثلا وشك في حكمه من جهة الشك في ان الخارج من ادلة الصحة و
هو العاجز، هل قيد بالاستمرار كي لا يخرج العجز غير المستمر، ام لم
يقيد بالاستمرار كي يخرج ؟

والشك غيرهما هو ما اذا كانت الشبهة مفهومية، كمالو شككنا في ان
العبد الآبق في مكان يتعسر الوصول اليه هل يصدق عليه القدرة، ام لا؟
للشك في ان مفهوم القدرة هو الاعم من عدم التعذر، وعدم التعسر
او خاص بعدم التعذر .

وانما قلنا : بعدم الثمرة (فانا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز)
و هل ان البائع في صورة تعسر الوصول الى المبيع، قادر او عاجز؟ -
وهذا يراد به الشك الموضوعي - (مع سبق القدرة) بان كان العبد
في مكان سهل التناول ثم صار في مكان آخر صعب التناول (فالأصل
بقائها) اي القدرة (اولامعه) اي لامع سبق القدرة، بان كان العبد
في مكان متعذر التناول، ثم صار في مكان متعسر التناول (فالأصل عدمها)

اعنى العجز سواء جعل القدرة شرطا او العجز مانعا .

واذا شككنا فى ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر،
او العجز فى الجملة .

اوشككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - ام خصوص التعذر

اي عدم القدرة (اعنى العجز) اى تجرى اصاله العجز (سواء جعل
القدرة شرطا او العجز مانعا) .

اذ الاستصحاب كما يحقق الشرط يحقق المانع .

فاذا شك الانسان فى الوضوء وكان سابقا متوضئا واستصحاب ، تحقق الشرط .
واذا شك فى ان الدم الخارج من الداخل حتى يكون مانعا من
الصلاة - على القول بأن دم القروح الداخلة ليس معفوا عنه - ام من
الخارج ، وكان سابقا يجرى الدم من الداخل ، كان مقتضى الاستصحاب
الحكم بالمانعية .

(واذا شككنا) وهذا للشك الحكمى (فى ان الخارج عن عمومات
الصحة هو العجز المستمر ، او العجز فى الجملة) ولو لم يكن مستمرا ،
كما لو كان وقت البيع عاجزا عن التسليم ، لكنه بعد ذلك يرتفع العجز و
يتمكن من التسليم ، لغرض ان العبد يندم ويرجع عن الاباق او الضالة توجد .

(اوشككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم التعسر) بان كان الوصول
الى البيع متعسرا (- كما حكى -) هذا التفسير للعجز (ام خصوص
التعذر) وهذا مثال للشك الموضوعى المفهومى .

اذ الشك فى الموضوع قد يكون مصداقيا ، وقد يكون مفهوميا .

فالا لزام التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا .

والحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انما يصح ويثمر فى الضدين ، مثل الفسق و العدالة لان فيما نحن فيه كالعلم والجهل

مثلا : اذا قال المولى اكرم العلماء فقد يكون الشك « فى ان زيدا عالم ام لا ؟ من جهة اننا لانعلم هل قرأ النحو ام لا ؟ » وهذا شك موضوعى من جهة الشبهة المصداقية ، وقد يكون الشك « فى ان زيدا عالم ام لا من جهة اننا لانعلم هل قارى النحو يسمى عالما ام لا ؟ مع اننا نعلم انه لو كان يسمى عالما » وهذا شك موضوعى من جهة الشبهة المفهومية (فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا) .

ففرق صاحب الجواهر بين شرطية القدرة ، و مانعية العجز ليس كما ينبغي . (والحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انما يصح ويثمر فى الضدين ، مثل الفسق و العدالة) فاذا كانت العدالة شرطا - ولم تحرز عدالة زيد - لم تصح الصلاة خلفه ، لعدم احراز الشرط ، واما اذا كان الفسق مانعا ، ولم تحرز العدالة ولا الفسق ، صحت الصلاة خلفه ، لاصالة عدم المانع - الذى هو الفسق - (لان فيما نحن فيه) اى القدرة و العجز (كالعلم و الجهل) مما كان بينهما عدم و ملكة كمالو شك بين اشتراط القدرة و بين مانعية العجز ، فلا ثمة تترتب على كون القدرة شرطا او العجز مانعا ، لعدم جريان اصالة عدم المانع .

.....
 واما اختلاف الاعحاب فى مقابلة مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك
 فى القدرة والعجز ومبنيًا على كون القدرة شرطًا والعجز مانعًا كما يظهر من

مثلا : لايجزى اصل عدم العجز لان العجز معناه عدم القدرة ،
 فاصل عدمه معناه اصل عدم ، عدم القدرة والنفي فى النفي اثبات ،
 فمعناه اصل القدرة وهذا الأصل غير صحيح ، لعدم حالة سابقة
 للقدرة — حسب الفرض — .

(واما اختلاف الاعحاب فى مقابلة مسألة الضال والضالة) الذى جعله
 الجواهر مدركا لنفسه (فليس لشك المالك) البائع (فى القدر وقوال العجز)
 اى لأجل كون المالك شاكفا فى قدرته على التسليم او عجزه (و) ليس
 (مبنيًا على كون القدرة شرطًا والعجز مانعًا) .

فان الجواهر قال : ان اختلاف الأصحاب فى صحة بيع الضال و
 الضالة مبنى على صورة شك المالك فى انه قادر ام عاجز عن تسليم
 المبيع ؟ مع البناء على مانعية العجز لشرطية القدرة .

يعنى ان الأصحاب بنائهم على ان العجز مانع ، ثم قالوا لو شك
 المالك فى انه قادر او عاجز ، هل يصح بيعه للضال ، ام لا ؟

فاختلفهم فى هذه الصورة « صورة شك المالك » مبنى على بنائهم
 مانعية العجز « لشرطية القدرة » .

والمصنف يقول ليس كلام الأصحاب و اختلافهم على حسب ما ذكره
 الجواهر (كما يظهر) انه « ليس لشك المالك
 الخ » (من

ادلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجئ عند التعرض لحكمها .
ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم،
فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعد مهال استحقاق التسليم،
كما لا يقدر عد مهال قبل الاستحقاق

ادلتهم على الصحة) فيمن قال : ان بيع الضال والضالة صحيح (و
الفساد) في من قال : ان البيع فاسد ، فادلتهم على الفساد حديث
نفى الغرر ، والاجماع المدعى على الفساد و ادلتهم على الصحة
المناقشة في دليلي الفساد وقولهم بشمول المطلقات لبيع الضال و
الضالة (بل لما سيجئ عند التعرض لحكمها) و انه هل هو صحيح ام
فاسد ؟ عند قول المصنف « و اما الضال » .

(ثم ان العبرة في الشرط المذكور) اي القدرة على التسليم - و
هذا الكلام رجوع الى اصل مسألة اشتراط القدرة على التسليم في صحة
البيع ، بعد ان تمت المناقشة لكلام صاحب الجواهر (انما هو في زمان
استحقاق التسليم) فاللازم قدرة البائع على تسليم البيع وقدرة المشتري
على تسليم الثمن عند الوقت المحدد للتسليم (فلا ينفع وجودها) اي
القدرة (حال العقد اذا علم بعد مهال استحقاق التسليم) .

مثلا : كان قادرا على التسليم يوم الجمعة عند اجراء العقد ، لكنه
كان عاجزا يوم السبت حال اشتراط التسليم .

و انما نقول باعتبار القدرة حال استحقاق التسليم ، لانه انصرف
من النص والفتوى (كما لا يقدر عد مهال) اي عدم القدرة (قبل الاستحقاق)

ولو حين العقد و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا اذ اكانت العين فى يد المشتري .

و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما اذا اشترى من ينعتق عليه فانه ينعتق بمجرد الشراء ، ولا سبيل لأحد عليه و فيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد ، اما لا شرط تأخير مده .

و اما لتزلزل العقد ، كما اذا اشترى فضولا ، فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها .

للتسليم (ولو) كان عدم القدرة (حين العقد و يتفرع على ذلك) اى اعتبار القدرة حين الاستحقاق (عدم اعتبارها) اى القدرة (اصلا اذا كانت العين فى يد المشتري) و ذلك لأن التسليم حاصل .

(و) كذلك لا يعتبر القدرة على التسليم (فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما اذا اشترى من ينعتق عليه) مثلا اشترى الولد اباه (فانه ينعتق بمجرد الشراء ، ولا سبيل لأحد) لا البائع ولا المشتري (عليه) لأن الحر لا سبيل لأحد عليه (و فيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد ، اما لا شرط تأخير مده) اى التسليم (مده) من الزمان كسنة مثلا .

(و اما لتزلزل العقد ، كما اذا اشترى فضولا ، فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك) فانه فى هذين الموردين لا يستحق التسليم عند العقد (فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها) اى قبل الاجازة .

ولا يخفى ان عطف « و فيما اذا لم يستحق » على سابقه

لكن يشكل — على الكشف — من حيث انه لازم من طرف الأصيل
 فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذا انتقل اليه مالم يقد رعلى تحصيله .
 نعم هو حسن فى الفضولى من الطرفين .
 ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكه ،

(لكن يشكل) عدم القدرة على التسليم قبل الاجازة بناءً (— على
 الكشف —) اى القول بأن الاجازة كاشفة (من حيث انه) اى العقـد
 (لازم من طرف الأصيل) على ماتقدم فى باب الفضولى انه لوباع الفضول
 شيئاً المشتر اصيل ، كان البيع لازماً من طرف المشتري وان كان متزلاً من
 طرف البائع .

وعلى انه لازم من طرف الاصيل (فيتحقق الغرر بالنسبة اليه) اى
 الى الاصيل (اذا انتقل اليه مالم يقد رعلى تحصيله) وهذا غرر و خطر .
 (نعم هو) اى عدم اعتبار القدرة على التسليم (حسن) بناءً على
 النقل ، اذ لم ينتقل الى المشتري المبيع الا بعد الاجازة فلا غرر .

كذلك حسن (فى الفضولى من الطرفين) اذ لم يكن البيع لازماً من
 اى طرف ، فلا غرر لالبائع ولا للمشتري ، وانما الانتقال والنقل بعد الاجازة .
 (ومثله) اى مثل الفضولى (بيع) الراهن (الرهن قبل اجازة
 المرتهن او فكه) اى فك الرهن ، فانه ان كان المشتري اصيلاً فهو مثل
 الفضولى من طرف واحد وان كان المشتري فضولياً فهو مثل الفضولى من
 الطرفين ، اذ عمل الراهن فضولى ، وان كان فرق بينه وبين الفضولى
 فى البيع ، بان الفضول فى البيع لاعلاقة له بالمال ، والراهن —

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم
فى المجلس موقوف على تحققه ، فلا يلزم غرر .

الفضولى له علاقة بالمال ، لكن هذا الفرق لا يوجب تفاوتاً بينهما من حيث
مانحن فيه (بل وكذا لو لم يقدر) أى لا تعتبر القدرة (على تسليم ثمن
السلم) .

السلم هو ان يبيع الانسان المتاع ليعطيه فى المستقبل و يأخذ
الثن حالا فانه لا تعتبر القدرة حال العقد (لأن تأثير العقد) فى النقل
والانتقال (قبل التسليم) للثن (فى المجلس) اذ يعتبر فى السلم
تسليم الثمن فى المجلس (موقوف) ذلك التأييد (على تحققه) أى تحقق
التسليم (فلا يلزم غرر) لو لم يقدر على التسليم .

اذ قبل التسليم لا يتحقق الانتقال اصلا ، اذ التسليم جزء من اجزاء
العقد ، بيع الصرف والسلم ، والغرر انما يتحقق اذا تم العقد ولم
يقدر على الشرط — الذى هو التسليم — فعدم التسليم فى باب الصرف
مثل عدم القبول .

فكما انه اذا جرى البائع الايجاب ولم يجز المشتري القبول لم يكن
غرر ، اذ المنهى عنه العقد الغررى ، ولا عقد فى المقام ، كذا اذا حصل
الايجاب والقبول فى باب السلم ، ولم يحصل التسليم لم يكن غرر ، اذ
المنهى عنه العقد الغررى ، ولا عقد فى المقام ، فان من مقومات عقد
السلم التسليم .

ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط .
ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاصح ،
بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد اذا اتفق حصوله
فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد ، ولا العلم بتحققها
فيما بعد . والحاصل :

(ولو تعذر التسليم) للثمن في باب السلم (بعد العقد) بأن كان
التسليم مقدورا حال العقد ، وتعذر بعد ان اجريا الايجاب والقبول
(رجع الى تعذر الشرط) لا الى عدم تحقق العقد .
(ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد) « حال »
ظرف لـ « تعذر » اي ان الشرط اذا كان متأخرا ، لكن هذا الشرط تعذر
حال العقد (غير قاصح) ان حال العقد لا يشترط هذا الشرط ، وانما
يشترط الشرط بعد العقد ، لفرض انه شرط متأخر (بل لا يقدح) ولا يضر
(العلم بتعذره) اي الشرط (فيما بعده) اي بعد العقد ، بأن علم حال
العقد ، انه لا يتمكن من التسليم - الذي هو شرط - بعد العقد (في
تأثير العقد) الجار متعلق بـ « لا يقدح » (اذا اتفق حصوله) اي الشرط
حال بعد العقد (فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد)
فلا يشترط في صحة العقد ان يتمكن العاقد من التسليم - تمكنا حال
العقد - (ولا) يشترط (العلم بتحققها) اي الشروط (فيما بعد) اي
العقد .

(والحاصل) ان التسليم في بعض العقود من شرط العقد ، وفي

ان تعذر التسليم مانع فى بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط تأثيره .

و السرفيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور .
و بعبارة اخرى الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام النقل

بعض العقود من احكام العقد ، فالتسليم فى بيع الصرف و السلم من شرط العقد بحيث ان حال التسليم حال جزء العقد ، و التسليم فى سائر البيوع من احكام البيع المترتبة على البيع و (ان تعذر التسليم مانع) عن الصحة (فى بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط تأثيره) اذ الصحة ترتفع بسبب المانع .

اما اذا كان التسليم شرطاً ، فالصحة لا تأتى اصلاحاً حتى يقال بأنها ارتفعت — فان العقد لم يتحقق اصلاً — .

(والسرفيه) اى فى ان التعذر للتسليم مانع فى مثل البيوع العادية ، لا فى مثل العرف و السلم ، و ضمير (فيه) راجع الى (الحاصل) (ان التسليم فيه) اى فى ما كان التسليم شرطاً ، لا حكماً — كالصرف و السلم — (جزء الناقل) اذ المشروط عدم ، عند عدم شرطه (فلا يلزم غرر — من تعلقه) اى تعلق الناقل — وهو العقد — (بغير المقدور) بخلاف ما اذا كان التسليم حكماً ، فان العقد قد تم ، فهو غرر اذ الميقدور على التسليم .

(و بعبارة اخرى) لتوضيح ان تعذر التسليم فى السلم ليس غرراً ، بخلاف البيع العادى (الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام النقل) فى سائر البيوع ، فاذا لم يقدر كان البيع غرراً ، اما فى الصرف و السلم

ولهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده
والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض
حاصل في يد المشتري .
فالقبض مثل الاجازة - بناءاً على النقل - واولى منها - بناءاً
على الكشف - .

فالنقل لا يتحقق الا بالتسليم .

فعدم التسليم يوجب عدم البيع ، لانه يوجب كون البيع غريباً .
(ولهذا) الذى ذكرنا من ان الاعتبار بالقدرة انما هو بعد تمام
النقل (لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده) اى
بعد القبول (والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل
وهو القبض) فى باب الصرف والسلم (حاصل فى يد المشتري) بخلاف
سائر البيوع فان المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - والجزء
الأخير هو القبول - ليس حاصل فى يد المشتري .

(فالقبض) فى باب الصرف والسلم (مثل الاجازة) فى بيع الفضولى
(- بناءاً على النقل -) .

فكما ان الاجازة متممة ، وليست امراً خارجاً عن الناقل ، كذلك القبض
فى الصرف والسلم (واولى منها) اى من الاجازة (- بناءاً على
الكشف -) اذا الاجازة - بناءاً على الكشف - لاشأن لها فى الناقلية ، و
انما هى كاشفة محضة عن تحقق النقل سابقاً ، بخلاف القبض فان له
مدخل فى النقل بحيث لولاه لم يكن نقل .

وكذلك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه
 — بناءً على اشتراط القبض — انما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب
 احرازه حين الرهن ولا العلم بتحقيقه بعده .

فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد
 اثره ، وسيجئ الكلام فى باب الرهن .
 اللهم الا ان يقال : ان المنفى فى النبوى

(وكذلك الكلام فى عقد الرهن) فلا يقدح فى صحة المعاملة عدم
 القدرة على التسليم بأن عقد للرهن مالا يقدر على تسليمه (فان اشتراط
 القدرة على التسليم فيه) أى فى عقد الرهن (— بناءً على اشتراط
 القبض —) أى قبض المرتهن للعين المرهونة (انما هو) أى اشتراط
 القدرة (من حيث اشتراط القبض) فالقدرة على التسليم لاجل شرطية
 القبض (فلا يجب احرازه) أى هذا الشرط ، أى لا يجب ان يكون قادراً على
 التسليم (حين الرهن ولا العلم بتحقيقه) أى هذا الشرط وهو القدرة
 (بعده) أى بعد عقد الرهن .

(فلو رهن ما يتعذر تسليمه) كما لو كان طيراً فى الهواء (ثم اتفق
 حصوله فى يد المرتهن) بأن أخذ الطير (اثر العقد اثره ، وسيجئ الكلام
 فى باب الرهن) وانه لا يشترط القدرة ولا العلم بالقدرة ، حال الرهن ان شاء الله تعالى .
 (اللهم الا ان يقال) فى وجه اشتراط القدرة على التسليم فى بيع
 الصرف والسلم والرهن (ان المنفى فى النبوى) القائل لا غرر مضمون
 (نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر) وفى حديث آخر (عن

هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم ، اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض او غير مقدور ، غرر عرفا ، لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لاعرفى ، فيصدق الغرر والخطر عرفا وان لم يتحقق شرعا ، اذ قبل التسليم لا انتقال ، وبعده لا خطر .

(هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا) سواء كان الغرر الدقى ام لم يكن (فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم ، اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض) « قبل » ظرف « للمجهول » بأن كان الثمن مجهولا ، لم يعلم انه دينار ام درهم - مثلا - (او غير مقدور) بأن كان العوض طيرافى الهواء - ولا يخفى ان غير المقدور هو محل البحث ، لا المجهول ، وانما ذكر المجهول من باب التنظير والتقريب الى الذهن - (غرر عرفا) وانما كان غررا عرفا (لأن اشتراط القبض في نقل العوضين) اى النقل والانتقال (شرعى لاعرفى) فانه لو كان عرفيا لم يكن غررا ، اذا العرف كان يرى ان النقل لم يحدث قبل القبض ، فأين الغرر فى امر لم يتحقق بعد ، اما حيث كان العرف يرى ان العقد هو سبب النقل ، ولا يرى القبض الا امرا خارجا ، يرى حصول الغرر فى هذه المعاملة المتحققة بمجرد العقد (فيصدق الغرر والخطر عرفا) فهو منهى عنه (وان لم يتحقق) الغرر (شرعا ، اذ قبل التسليم لا انتقال) فان الشارع يرى ان متم علة الانتقال القبض ، وقوله « اذ » علة « لم يتحقق » وحيث انه لا انتقال فلا امر يوجب الغرر (وبعده) اى بعد التسليم (لا خطر) فمن اين يأتى الغرر والخطر .

.....

لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا .

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه ، لا عن

المالك ما لا يقدر على تسليمه .

اللهم الا ان يمنع الغرر العرفى

(لكن النهى) فى « لاغرر » (و الفساد) للبيع اذا النواهى فى

المعاملات تدل على الفساد اذا لم تكن نهيا عن الخارج ، و مثال

النهى الخارجى « و ذروا البيع » حيث قالوا بصحة البيع (يتبعان بيع

الغرر عرفا) لا بيع الغرر شرعا .

(و من هنا) حيث ان الغرر المنهى عنه هو العرفى لا الشرعى

(يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه ، لا) ان باع (عن

المالك ما لا يقدر على تسليمه) فانه و ان كان النقل لم يتم بعد ، اذ هو

متوقف على اجازة المالك ، فلاغرر شرعا ، لكنه غرر عرفى ، فيكون منهيا عنه

و فاسدا .

و هذا بخلاف ما اذا باع عن المالك ، و المالك قادر على التسليم ،

فان البائع الحقيقى — و هو المالك قادر على التسليم — و الاعتبار

بالبائع الحقيقى لا بمجرى صيغة العقد ، و لذا لا يشترط تمكن الوكيل فى

اجراء العقد ، من التسليم ، بل الميزان تمكن المالك .

(اللهم) رجوع الى ان عدم القدرة على التسليم فى باب الصرف و

السلم ، لا يوجب الغرر ، فيصح البيع ، اذا قدر بعد تمام العقد على التسليم

(الا ان يمنع الغرر العرفى) فلا يبطل بيع الصرف و السلم ، اذا لم يكن

بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر فان العرف اذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا ، وهكذا ، فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة .

المشتري قادرا على التسليم - حال العقد - اى لا يبطلان من جهة الغرر (بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا) انما هو (على وجه لا يلزم منه خطر) .

اذ الشارع قبل القبض لا يعترف بالمعاملة - لأن جزءا منها « و هو القبض » لم يتحقق بعد - فلا غرر من جهة انه لا معاملة ، و بعد القبض - حيث تتم المعاملة - لا خطر (فان العرف اذا اطلعوا على انعقاد العبد الآبق (القريب) للمشتري ، بأن كان العبد ابال للمشتري - مثلا - (بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا) .

وعليه : فالعرف انما يحكم بالخطر لجهالته بالموازين الشرعية ، اما اذا اطلع عليها لم يحكم بالخطر ، فكما ان العرف يرى خطرا فى شراء العبد الآبق ، لكن اذا اطلع على ان الشارع يحكم بعدم تمامية المعاملة قبل القبض ، يرى انه لا خطر ، لأنه لا معاملة متحققة (وهكذا) فى كل مورد عرف العرف الميزان الشرعى الذى لا يوجب الخطر ، اضرب عن رؤيته التى كان يراها بأنه خطر (فالمناط صدق الغرر عرفا) لاعرفا مطلقا ، بل (بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة) .

فان رأى العرف ان الشارع رتب الأثر على المعاملة رأى ان فيه خطورة

فتأمل .

ثم ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال - فى ايضاح النافع - ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لانها شرط فى أصل صحة البيع ، فلو قدر على التسلم

وان رأى ان الشارع لم يرتب الأثر على المعاملة - كالأصرف والسلم قبل القبض - لم يرفيه خطراً ، اذ لا خطر فيما لا اثر له (فتأمل) فان العرف يرى الخطر ، لأنه انما يرى موازين نفسه ، لا الموازين الشرعية ، والا كانت الاحالة فى الموازين الى العرف توجب الدور ، اذ معنى العرف حينئذ كان هو الشرع ، فيكون الاحالة من الشرع الى العرف الذى يراد به الشرع ايضاً .

ومهذا - اى بقوله فتأمل - انتهى المصنف الى ان بيع الصرف و السلم فيما لا قدرة حال البيع على التسليم يكون غرراً موجباً للبطلان ، وان قدر المشتري على التسليم بعد العقد ، وسلم الثمن لأن المعاملة الغرورية باطلة ، وان خرجت بعد ذلك عن كونها غرورية .

(ثم ان الخلاف فى اصل المسألة) اى مسألة اشتراط القدرة على التسليم (لم يظهر الا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال - فى ايضاح النافع - ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط) لأنه الذى ينتفع به ، بالنسبة الى الثمن (لا انها شرط فى أصل صحة البيع ، فلو قدر المشتري (على التسلم) واخذ

.....
 صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرا عليه ، بل لورضى مع علمه بعدم
 تمكن البائع من التسليم جاز ، وينتقل اليه ولا يرجع على البائع لعدم
 القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه .
 نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم تصح المعاوضة
 عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل

المشمن بنفسه (صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرا عليه) اى على
 التسليم (بل لورضى) المشتري بالابتياح (مع علمه بعدم تمكن البائع
 من التسليم جاز) البيع (وينتقل) المبيع (اليه) اى الى المشتري بعد
 ان صح البيع (ولا يرجع) المشتري (على البائع) .
 واحتمال الرجوع انما هو لعدم القدرة اى لا يحق للمشتري ان
 يرجع الى البائع بأخذ ثمنه منه بحجة ان البائع لا يقدر على تسليم المبيع
 بأن يفسخ المعاملة (اذا كان البيع على ذلك) اى مبني على ان البائع
 لا يكلف بالتسليم ، و « اذا » شرط لـ « لا يرجع » (مع العلم) بأنه لا يقدر
 على التسليم ، و « مع العلم » توضيح لقوله « على ذلك » او ان المراد
 « اذا كان البيع على غير المقدور تسليمه مع علم المشتري » (فيصح بيع
 المغصوب ونحوه) اذا علم المشتري ذلك ، ونحوه المغصوب كالملقى فى
 مكان لا يصل البائع اليه .

(نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا) لان البائع
 لا يتمكن عليه مع تمكن الغير ، بل لا يتمكن كل احد كالشئ الملقى فى البحر
 مثلا (لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى اكل مال بالباطل) وقد قال

وربما احتمل امكان المصالحة عليه .

ومن هنا يعلم ان قوله « يعنى المحقق فى النافع » لو باع الآبق منفرد الم يصح ، انما هو مع عدم رضى المشتري ، او مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا .

ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم ، انتهى .

وفيه ما عرفت من الاجماع و لزوم الغرر غير المنفذ بعلم المشتري

تعالى : لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل .

(وربما احتمل امكان المصالحة عليه) لأن مبنى المصالحة على

التسامح ، ولذا لا يشترط فيه ما يشترط فى سائر المعاملات .

(ومن هنا) الذى ذكرنا ان القدرة على التسليم ليست شرطا (يعلم

ان قوله « يعنى المحقق فى النافع » لو باع الآبق منفرد الم يصح ، انما

هو) اى كونه لم يصح (مع عدم رضى المشتري ، او مع عدم علمه) بأنه

آبق ، وعدم الرضى بمعنى كونه مكرها على البيع (او كونه) اى الآبق

(بحيث لا يتمكن منه عرفا) لان البائع فقط لا يتمكن منه ، و « لا يتمكن »

بصيغة المجهول .

(ولو اراد) المحقق (غير ذلك) الذى ذكرناه (فهو غير مسلم ، انتهى) .

(وفيه ما عرفت من الاجماع) على عدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه

(و لزوم الغرر غير المنفذ) ذلك الغرر (بعلم المشتري) فان علم

المشتري بان البائع لا يقدر على التسليم ، لا يرفع الغرر .

وانما الغرر ليس مندفعاً

لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه ، الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة ، فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري ، وفيه مافيه .
ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع ، و انما المقصد الاصلى هو التسلم .

و من هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الاسكانى ، و العلامة و كاشف الرموز ، و الشهيدين ، و المحقق الثانى ، و

(لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه) كما ان الشارع نهى عن الربا و لا يؤثر فيه رضا المعطى و عدم رضاه (الا ان يجعل الغرر هنا) فى باب البيع (بمعنى الخديعة ، فيبطل) الغرر « فاعل » المعاملة (فى موضع تحققه) اى الموضع الذى كان فيه خديعة (و هو عند جهل المشتري) اذ عند علمه لا يسمى خديعة (و فيه مافيه) اذ ليس الغرر بمعنى الخديعة كما قلناه سابقا .

(ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط) اى عند ما نشترط القدرة على التسليم (الا بالتبع) لشرط آخر - هو شرط واقعى - (و انما المقصد الاصلى هو التسلم) اى اخذ المشتري للمال .

(و من هنا) الذى ليس التسليم شرطا بل التسلم (لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة) للبيع (كما عن الاسكانى ، و العلامة و كاشف الرموز ، و الشهيدين ، و المحقق الثانى ، و

.....
 عن ظاهر الانتصار : ان صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما
 انفردت به الامامية ، وهو المتجه ، لأن ظاهر معاقد الاجماع بضميمة
 التتبع فى كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر ، وغيره مختص بغير ذلك .
 ومنه يعلم ايضا انه لو لم يقدر احد هما على التحصيل لكن يوثق
 بحصوله فى يد احد هما عند استحقاق المشتري للتسليم ، كما لو اعتاد الطائر
 العود صح ، وفاقا للفاضلين ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، وغيرهم .

نعم عن نهاية الاحكام : احتمال العدم

عن ظاهر الانتصار) للسيد المرتضى (ان صحة بيع الآبق على من يقدر
 على تسلمه مما انفردت به الامامية) فيتبين انه اجماع (و هو) اى كفاية
 القدرة على التسلم (المتجه ، لان ظاهر معاقد الاجماع بضميمة التتبع
 فى كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر ، وغيره) ككونه اكالا للمال بالباطل
 (مختص بغير ذلك) اى غير صورة تمكن المشتري من التسلم ، اذ لو قدر
 المشتري على التسلم لم يكن غرر ، ولا اكل للمال بالباطل .

(ومنه يعلم ايضا) اى مما ذكرنا من عدم اشتراط التسليم (انه لو لم
 يقدر احد هما) البائع او المشتري (على التحصيل) للمتاع (لكن يوثق
 بحصوله فى يد احد هما عند استحقاق المشتري للتسليم ، كما لو) باع
 الطائر فى الهواء فيما لو (اعتاد الطائر العود) بعد ساعة مثلا (صح ، و
 فاقا للفاضلين ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، وغيرهم) اذ لا غرر و
 لا اكل للمال بالباطل ، ولا اجماع على البطلان حينئذ .

(نعم عن نهاية الأحكام : احتمال العدم) اى عدم صحة بيع الطائر

بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم ، وان عود الطائر غير موثوق به ، اذ ليس له عقل باعث .

وفيه ان العادة باعثة كالعقل ، مع ان الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة وكانت مما لا يتسامح فيه ، كسنة او ازيد ففى بطلان البيع ، لظاهر الاجماع المحكية ، ولثبوت الغرر اوصحته لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا . ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا

المعتاد للعود (بسبب انتفاء القدرة فى الحال) اى حال البيع (على التسليم ، وان عود الطائر غير موثوق به ، اذ ليس له) اى للطائر (عقل باعث) على العود حتى يعتمد على عقله .

(وفيه ان العادة باعثة) على العود (كالعقل) الذى هو باعث على العود (مع ان الكلام على تقدير الوثوق) فقله « غير موثوق به » خارج عن مفروض المسألة (و لو لم يقدر) البائع و المشتري (على التحصيل) للبيع (و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة) حيث يمكن التحصيل بعد ذلك المدة (و كانت) تلك المدة (مما لا يتسامح فيه ، كسنة او ازيد) مثلا (ففى بطلان البيع لظاهر الاجماع المحكية) على عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه (ولثبوت الغرر) عرفا (اوصحته للاطلاقات وعدم تمامية وجهى البطلان ، من الاجماع و الغرر) لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا .

(و لذا حكم مدعيه) اى مدعى الاجماع (بالصحة هنا) فى صورة

.....

والغرر منفى مع العلم بوجوب الصبر عليه الى انقضاء مدة كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة ، وجهان ، بل قولان ، تردد فيهما فى الشرائع ، ثم قوى الصحة ، وتبعه فى محكى السرائر ، والمسالك ، والكفاية وغيرها .
نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة .
ولو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة ، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ، وفى الصحة اشكال ، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين .

التمكن بعد مدة (والغرر منفى مع العلم) من المشتري (بوجوب الصبر عليه) أى على تسلم المتاع (الى انقضاء مدة) كسنة مثلا (كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة) فانه لا غرر (وجهان ، بل قولان) خبره ما تقدم من قوله « فى بطلان البيع » (تردد فيهما فى الشرائع ، ثم قوى الصحة ، وتبعه فى محكى السرائر ، والمسالك ، والكفاية ، وغيرها) .

(نعم) اذا قلنا بالصحة كان (للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة) امام العلم فلا ، اذ هو اقدم على ذلك .
(ولو كان مدة التعذر) أى تعذر التسليم (غير مضبوطة عادة ، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها) سنة او اكثر او اقل (وفى الصحة) أى صحة البيع (اشكال ، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء) لأنه لا يعلم فى كم مدة تنقضى الاقراء الثلاثة بخلاف المعتدة بالاشهر ، لانها فى سن من تحيض ولا تحيض .
وانما اشكلوا فى ذلك (لجهالة وقت تسليم العين) وفى المقام

وقد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف للوقف المنقطع .
 ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين ، لأن الغرر لا يندفع
 بمجرد القدرة الواقعية .
 ولو باع ما يعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع و تجدد ها
 بعد ذلك ، صح ، لأن المناط القدرة و لو لم يتجدد بطل .
 والمعتبر هو الوثوق

ايضا كذلك .

ومن انه لا يعد غررا ، حيث يعلم المشتري بذلك ، لكن الاشكال لما
 كان اقرب فى نظر المصنف لم يتعرض الى وجه الصحة .
 (وقد تقدم بعض الكلام فيه) اى فى صورة جهالة المدة (فى بيع
 الواقف للوقف المنقطع) فراجع .
 (ثم ان الشرط) اى شرط القدرة على التسليم (وهى القدرة
 المعلومة للمتبايعين ، لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية) التى
 يجهلها المتعاقدان .

(ولو باع ما يعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع) اى كان
 عاجزا ، وكان عجزه فى نفس زمان البيع ، لا انه حدث العجز بعد ذلك
 (و تجدد ها) اى القدرة (بعد ذلك ، صح) لأن المناط القدرة وقت
 التسليم وهى حاصلة (و لو لم يتجدد) القدرة (بطل) لأنه بيع ما لا يقدر
 على تسليمه ، وزعمه انه قادر لا يصحح الشرط الواقعى المفقود .
 (والمعتبر) فى صحة البيع بالاضافة الى القدرة الواقعية (هو الوثوق)

فلايكفى مطلق الظن ، ولا يعتبر اليقين .

ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد ، اذا كان مالكا ، لا ما اذا كان
وكيلا فى مجرد العقد ، فانه لاعبرة بقدرته كما لاعبرة بعلمه .

واما لو كان وكيلا فى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل اجنبيا عن
هذه المعاملة ، فلا اشكال فى كفاية قدرته .

و هل يكفى قدرة الموكل ؟ الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك اذا علم

بالقدرة على التسليم (فلايكفى مطلق الظن) لأن الظن لا يوجب رفع اسم
الغرض (ولا يعتبر اليقين) اذ يرفع الغرض العرفى بالوثوق ، فلا يحتاج الى
ازيد من ذلك .

(ثم لا اشكال فى) اشتراط (اعتبار قدرة العاقد ، اذا كان) العاقد
(مالكا ، لا ما اذا كان) وكيلا فى مجرد العقد ، فانه لاعبرة بقدرته كما لاعبرة
بعلمه) بخصوصيات المبيع .

اذ هو آلة محض ، و الأدلة المشترطة للعلم و القدرة منصرفة عن
مثل الآلة ، كما انه كذلك فى باب النكاح و الاجارة وغيرهما .

(و اما لو كان وكيلا فى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل اجنبيا عن
هذه المعاملة) كالوكيل المفوض الذى هو يبيع و يشتري بدون علم
الموكل اصلا ، و انما بوكالة له للوكيل فحسب (فلا اشكال فى كفاية قدرته)
لأنه المنصرف من الأدلة حيث ان عمل الوكيل هنا هو عمل الأصل .

(و هل تكفى قدرة الموكل) بدون قدرة الوكيل المفوض (الظاهر
نعم مع علم المشتري بذلك) بأن الموكل قادر (اذا علم

• بعجز العاقد

فان اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك •

وربما قيد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشتري بتسليم الوكيل ورضى

المالك برجوع المشتري عليه •

• بعجز العاقد

وانما قلنا بعلم المشتري بقدرة الموكل ، لما تقدم من ان الشرط هو

القدرة المعلومة لا القدرة الواقعية •

وانما قلنا باشتراط العلم بعجز العاقد - وهذا شرط لعلم المشتري

بأن الموكل قادر - يعنى ان المشتري اذا علم بأن العاقد عاجز ، وان

الموكل قادر ، كفى فى رفع الغرر ، اذ المعيار قدرة واقعية على التسليم ،

وعلم المشتري بتلك القدرة الواقعية ، وكلا الأمرين حاصلان •

(فان اعتقد) المشتري (قدرته) اى الموكل على التسليم (لم يشترط

علمه بذلك) اى بعجز القاصد ، اذ تكفى الاعتقاد بالقدرة ، مع وجود

القدرة الواقعية ، وكلاهما حاصل •

(وربما قيد) والمقيد العلامة الطباطبائى كما حكى (الحكم بالكفاية)

اى بكفاية قدرة الموكل ، مضافا الى ان الحكم مقيد بعلم المشتري (بما

اذا رضى المشتري بتسليم الوكيل) فقدره الموكل مشروطة بثلاثة امور :

الأول : علم المشتري •

والثانى : رضى المشتري بتسليم الوكيل •

(و) الثالث : (رضى المالك برجوع المشتري عليه) اى على المالك •

و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى ، لأن التسليم
المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة .
وقدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها ، وحصل التراضى بها
حال البيع لأن بيع المأذون لا يكفى فيه قدرة الآذن مطلقا بل مع
الشرط المذكور ،

(و فرع على ذلك) التقييد المذكور (رجحان الحكم بالبطلان) اى
بطلان المعاملة (فى الفضولى ، لأن التسليم المعتبر من العاقد غير
ممكن قبل الاجازة) من المالك .

فان التسليم الذى يعتبره الشارع تسليما ، هو التسليم المقارن
لرضى المالك ، والعاقد الفضولى لا يتمكن من هذا التسليم قبل ان
يجيز المالك العقد .

(و) ان قلت : للمالك قدرة على التسليم .

قلت : القدرة وحدها لا تكفى فى الصحة ، اذ (قدرة المالك انما تؤثر)
فى صحة العقد (لو بنى العقد عليها) بأن عقد اعتمادا على قدرة المالك
(وحصل التراضى بها) اى بتلك القدرة (حال البيع) وليس الفضولى كذلك .

والحاصل ان الشرط الثالث مفقود فى الفضولى (لأن بيع المأذون)
اى الوكيل — مثلا — (لا يكفى فيه) اى فى كون ذلك البيع صحيحا (قدرة
الآذن مطلقا) سواء بنى العقد على تلك القدرة ، ام لا (بل مع الشرط
المذكور) اى مبنيا على قدرة المالك .

فان الانسان الوكيل قد يبيع مال الموكل باعتبار انه وكيل عنه ، و

و هو غير متحقق فى الفضولى .

و البناء على القدرة الواقعية باطل ، اذ الشرط هى القدرة المعلومة دون الواقعية ، الى ان قال : والحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد ، وبعد ها ان وجدت لم تنفع .

بالبناء على قدرة المالك ، وقد يبيع مال الموكل باعتبار كونه غاصبا ، بمعنى انه لا يريد اعطاء الثمن للمالك ، وانما يقصد ان الثمن مال نفسه ، وان الثمن عائد الى كيس نفسه - كالوكيل اذ انوى الغصب - (و هو) اى اشتراط رضى المالك برجع المشتري اليه (غير متحقق فى الفضولى) اذ المالك لم يجوز البيع فكيف يرضى برجع المشتري اليه ؟ و اذ ارضى بالبيع خرج عن كونه فضوليا .

(و) ان قلت : تكفى فى صحة الفضولى القدرة الواقعية للمالك .

قلت : (البناء على القدرة الواقعية باطل ، اذ الشرط) لصحة المعاملة (هى القدرة المعلومة) للمشتري المبني عليها البيع (دون) القدرة (الواقعية ، الى ان قال : والحاصل ان القدرة) على التسليم (قبل الاجازة لم توجد) .

اذ المعتبر القدرة المبني عليها المبيع ، و هذه القدرة تتوقف على رضى المالك ، فاذا لم يحصل رضى المالك لم تكن قدرة على التسليم : (التسليم المثمر) فان التسليم بدون رضى المالك لم يكن تسليما مثمرا شرعا (و بعد ها) اى بعد الاجازة (ان وجدت) القدرة (لم تنفع) لأن القدرة معتبرة حين العقد لا بعد العقد .

.....

ثم قال : لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولى بارضاء المالك وانه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، لان هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع .
غاية الأمر حصوله بالفحوى ، وشاهد الحال ، وهما من انواع الاذن

(ثم قال : لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولى بارضاء المالك ، وانه) اى المالك (لا يخرج عن رأيه فيتحقق له) اى للفضولى (بذلك) اى بسبب هذا الوثوق (القدرة على التسليم حال العقد) فليس قدرة بعد العقد — كى تقولوا انها لا تنفع — .

لأننا نقول : صورة الوثوق ليست فضوليا وكلامنا فى الفضولى (لان هذا الفرض) اى فرض وثوق الفضولى (يخرج الفضولى عن كونه فضوليا) وانما يخرج (لمصاحبة الاذن للبيع) وكلاما صاحب البيع الاذن من المالك لم يكن فضوليا .

(غاية الأمر) ليس اذنا صريحا ، بل (حصوله بالفحوى) و (ب) شاهد الحال ، وهما) اى الفحوى وشاهد الحال (من انواع الاذن)
و المراد من الفحوى : ما يظهر من الكلام بقرائن لفظية ، التى منها الأولوية المستفادة من الكلام ، مثلا « لا تقل لهما أف » تدل دلالة لفظية بالضرورة العرفى على « لا تضربهما »

و المراد بشاهد الحال القرائن العقلية الموجودة عند التكلم ، او

ما اشبه .

مثلا : شاهد الحال يدل على ان الصديق لا يمنع من دخول

فلا تكون فضوليا ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولوسلمنا بقاءه على الصفة
فمعلوم ان القائلين بصحته الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض
وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ، ثم فى تفريع الفضولى ، ثم فى
الاعتراض الذى ذكره ، ثم فى الجواب عنه اولا وثانيا تأمل ، بل نظر ،

الصديق فى داره وان لم يكن هناك كلام (فلا تكون) المعاملة (فضوليا)
لأنها ما لا اذن فيها (ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولوسلمنا بقاءه) اى
الفضولية (فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولى لا يقصرون الحكم) بصحة
الفضولى (على هذا الفرض) اى فرض الوثوق برضى المالك .

وعلى هذا يلزم بطلان الفضولى فى صورة عدم الوثوق برضى المالك
وعلى الأول يلزم بطلان كل فضولى - لعدم القدرة على التسليم -

مع ان المشهور قائلون بصحة الفضولى مطلقا .

(وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى) اى عدم كفاية قدرة المالك
الموكل على التسليم واعتبار رضى المشتري بتسليمه فى كفاية قدرته (ثم
فى تفريع الفضولى) اى لو كانت قدرة الوكيل على التسليم معتبرة ، فيلزم
بطلان الفضولى (ثم فى الاعتراض الذى ذكره) بقوله : لا يقال (ثم فى
الجواب عنه اولا) بقوله : لأن هذا الفرض الخ (وثانيا) بقوله : ولوسلمنا
(تأمل ، بل نظر)

اما الاول : فلأن المعتبر فى الفضولى قدرة المالك على التسليم
ولو مجردة عن التراضى ، لعدم دليل على هذا التقييد وشمول
العمومات وارتفاع الغرر .

و اما التفريع عليه فلأن اعتبار القدرة في الوكيل لا يلزم اعتبارها
في الفضولى ، لأن العاقد الوكيل كالأصيل بخلاف الفضولى •
و اما فى الاعتراض فلأنه مبنى على صحة المبنى ، وقد عرفت الاشكال
فيه •

و اما فى الجواب الأول فلأن الوثوق بالرضا لا يخرج المعاملة عن
كونها فضولية ، كما تقدم الكلام فيه فى مبحث الفضولى •
و اما فى الجواب الثانى فلأنه موقوف على المبنى وقد عرفت الاشكال
فيه (فتدبر)

اذ بعض الاشكالات التى اورد ها على القائل ليس بوارد •
مثلا : التلازم بين الوكيل العاقد والفضولى حاصل بل الأولوية
فلأنه اذا بطل معاملة الوكيل المفوض مع انه وكيل ، فالأولى بطلان معاملة
الفضولى •

مسئلة

لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا ، كما فى التذكرة ، بل اجماعا كما عن الخلاف ، والغنية ، والرياض ، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ، ومع احتماله بيع غرر منفى اجماعا ، نصا وفتوى ، خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله الاسكافى - حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري ، او يضمنه البائع انتهى ، و

(مسألة : لا يجوز بيع) العبد (الآبق منفردا) بأن يبيعه بدون ضم ضميمة (على المشهور بين علمائنا ، كما فى التذكرة ، بل اجماعا كما عن الخلاف ، والغنية ، والرياض ، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز) لا يخفى ان مقتضى التدرج الى الأقوى تقديم « بلا خلاف » عن « اجماعا » (لأنه مع اليأس عن الظفر) بالعبد الآبق يكون (بمنزلة التالف) فأكل المال فى مقابله اكل بالباطل (ومع احتماله) اى احتمال الظفر (بيع غرر ، منفى) اى لا يصح بيع الغرر (اجماعا نصا وفتوى) ولو قال « نصا وفتوى اجماعا » لعله كان اليق (خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله الاسكافى - حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري) و ان لم يقدر عليه البائع (او يضمنه البائع) بأنه ان لم يقدر على تسليمه رد الثمن الى المشتري ، ومعنى هذا صحة البيع فى الجملة (انتهى ، و

قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى ايضاح النافع : منع اشتراط القدرة على التسليم .

وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فى باب العتق خصوصاً مع تقييد الاسكان بصورة ضمان البائع ، فانه يندفع به الغرر عرفاً لكن سيأتى ما فيه .
فالعدة الانتفاع بعقده ، وله وجه لولا النص الآتى ، والاجتماعات المتقدمة .

قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى ايضاح النافع : منع اشتراط القدرة على التسليم (فى مطلق المعاملات ، وعليه فبيع الآبق لا بأس به فى نظره .)
وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به فى باب العتق وهو انتفاع عظيم مرغوب فيه .
لكن يمكن ان يستشكل فيه بأنه لو صح — بناءً على امكان العتق — للزم ان يقال : بأنه لا يلزم العلم بخصوصيات العبد ايضاً ، لا مكان الانتفاع بالمجهول فى باب العتق ، ولا يقول بذلك أحد (خصوصاً) نقول بصحة بيع الآبق (مع تقييد الاسكان بصورة ضمان البائع ، فانه يندفع به الغرر عرفاً) واذ لا غرر ، صح البيع (لكن سيأتى ما فيه) اى فى اندفاع الغرر بالضمان .

(فالعدة) فى وجه الجواز — لو قيل به — (الانتفاع بعقده ، وله وجه) وجيه (لولا النص الآتى ، والاجتماعات المتقدمة) هذا اولاً .

مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجها عن الغرر .
وكما لا يجوز جعله مثنى لا يجوز جعله منفردا ثمنا ، لا اشتراكها فى
الأدلة .

وقد تردد فى اللعنة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثنى
ان قرب اخيرا المنع منفردا .
ولعل الوجه الاستناد فى المنع عن جعله مثنى الى النص و
الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالتمن دون

(مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات) كالعبد الآبق للعتق فقط
دون سائر الانتفاعات الكثيرة التى يكون العبد قابلا لها (لا يخرجها عن
الغرر) والالجاز كل بيع غررى لأنه قابل لبعض الانتفاعات .
(و) لا يخفى انه (كما لا يجوز جعله) اى الآبق (مثنى) كذلك لا يجوز
جعله منفردا ثمنا ، لا اشتراكها فى الأدلة)

والفرق ان العبد قد يعتبر مثنى ، فيقال : بعثك هذا العبد
بدينار ، وقد يعتبر ثمنا ، فيقال : بعثك هذه الدار بهذا العبد ، و
العلامة دخول الباء .

(وقد تردد فى اللعنة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثنى و
ان قرب اخيرا المنع منفردا) اى منع بيع منفردا بدون ضمنية .
(ولعل الوجه) اى وجه ترديده فى الثمن (الاستناد فى المنع عن
جعله مثنى الى النص والاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالتمن) فيبقى
الثمن بلا مانع ، فيشمله دليل صحة جعل كل مال ثمنا (دون) استناده

.....

نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق .

ويؤيده حكمه بجواز بيع الضال والمجروح ، مع خفاء الفرق بينهما

وبين الآبق فى عدم القدرة على التسليم .

الى (نفى الغرر) اى ان الشهيد لا يستدل على منع جعل الآبق مثمنا بنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (الممكن منعه) حتى فى المثلث .

وانما يمكن منعه (ب) سبب (جواز الانتفاع به فى العتق)

والحاصل : انه استند الى النص والاجماع ، وهما ظاهران فى

المثلث ، ولم يستند الى دليل نفى الغرر ، حتى يقال : ان الغرر منفى فى المثلث فكيف بالثلث ؟ وتكون النتيجة جواز جعل الآبق ثمنا .

(ويؤيده) اى انه استند الى النص والاجماع فى المنع عن جعله

مثمنا ، لا الى نفى الغرر (حكمه) اى الشهيد (بجواز بيع الضال والمجروح

الذى جرده الغاصب ، فليس للمالك قدرة عليه (مع خفاء الفرق بينهما)

اى الضال والمجروح (وبين الآبق فى عدم القدرة على التسليم) فلو

كان دليله فى نفى الغرر للزم القول بعدم الجواز فى الضال والمجروح

ايضا .

ثم ان المصنف قال « مع خفاء » ولم يقل « مع عدم الفرق »

ولعل وجهه ان الآبق منتقل فيصعب الوصول اليه ، بخلاف الضال

فانه اسهل من حيث الوصول اليه ، والمجروح يمكن الوصول اليه

بسهولة بندم الجاحد ، بخلاف الآبق فانه غالبا لا يرجع ، فتأمل .

ونظير ذلك مافى التذكرة حيث ادعى اولاً : الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر .

ثم قال : والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً الى ان قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز ، وحكاه عن بعض العامة ايضاً ، ثم ذكر الضال ولم يحتمل فيه الاجواز البيع منفرداً ، واشترطه الضميمة فان

(ونظير ذلك) اى نظير مافى اللمعة من الفرق بين بيع الآبق ، وبيع الضال مع خفاء الفرق .

وانما كان كلام التذكرة مثل كلام اللمعة لأنه فى بيع الآبق اقتصى بالبطلان ، وفى بيع الضال تردد ، ونقل فيه قولين (مافى التذكرة حيث ادعى اولاً : الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم) وانما يشترط القدرة (ليخرج البيع عن كونه بيع غرر) اذ ما لا قدرة للانسان على تسليمه يكون بيعه غررياً .

(ثم قال : والمشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفرداً) بدون ضمّ ضميمة (الى ان قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز ، وحكاه) اى الجواز (عن بعض العامة ايضاً ، ثم ذكر الضال) وانه هل يجوز بيعه ، ام لا ؟ (ولم يحتمل فيه الاجواز البيع منفرداً ، واشترطه الضميمة) اى يحتمل ان يجوز بيعه منفرداً ، ويحتمل ان يجوز بيعه مع الضميمة .

وانما قلنا : كلام التذكرة نظير كلام اللمعة فى خفاء الفرق (فان

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر .

والتوجيه يحتاج الى تأمل .

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث) .

الفقرة الأولى : دعوى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم .

والفقرة الثانية : وقوع النزاع فى انه هل يصح بيع الآبق منفردا ، ام لا ؟

والفقرة الثالثة : تردده فى جواز بيع الضال منفردا (ظاهر) اذلو

كانت القدرة شرطا اجماعا ، فكيف اختلف الأصحاب فى بيع الآبق ؟ وكيف

تردد هو فى بيع الضال ؟ مع انه لا قدرة فيهما .

ثم كيف فرق بين الآبق والضال بجعل المشهور عدم جواز بيع

الآبق ، وجعل بيع الضال مورد تردد .

(والتوجيه يحتاج الى تأمل) .

اذ يمكن ان يقال : لاتنافى بين ادعاء الاجماع على اشتراط القدرة

« وهى الكبرى » وبين الاختلاف فى بيع الآبق و تردده فى بيع الضال

« وهى الصغرى » وذلك للاشكال فى كون المثالين من مصاديق الكبرى .

اذ المراد ببعض العلماء المجوزين لبيع الآبق « الاسكافى » وذلك

اجاز فى صورة ضمان البائع ، فلا غرر .

والاجماع على القدرة انما كان لأجل انه بدونها غرر .

واما تردده فى الضال فلأن المستند للمجمعين يمكن ان يكون نهى

النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر ، وفى بيع الضال لا غرر - لما تقدم

فى كلام اللعة من الفرق بين الآبق والضال - .

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه؟ فيعتبر فيه القدرة على التسليم، وجهان، بل قولان، من عمومات الصلح، وما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته بل مطلقا واختصاص الغرر المنفى بالبيع .

ومن هذا ظهر زيف التنافي الثاني الذي اشرنا اليه بقولنا : « ثم كيف فرق الخ » وذلك لأنك قد عرفت الفرق بين الآبق والضال، فتأمل .
(وكيف كان فهل يلحق بالبيع) في اعتبار القدرة على التسليم (الصلح عما يتعذر تسليمه) كما لو صالح عن عبده الآبق (فيعتبر فيه القدرة على التسليم) ام لا يلحق بالبيع، فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم (وجهان، بل قولان) .

وجه عدم الاعتبار (من عمومات الصلح، وما علم من التوسع فيه) فان مبنى الصلح على التساهل والتسامح (لجهالة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته) .

كما اذا علم زيد ان عمرو على ذمته حقا، لكنه لم يعلم ان حقه حق ملك، او حق تحجير، او حق دعوى في مسألة قضاء، او غيرها، فانه يصح لزيد ان يصالح عمروا عن حق عمرو عليه، بدينار مثلا (بل مطلقا) حتى اذا لم يتعذر، ولا يتعسر معرفة المصالح عنه .

(و) ان قلت : دليل لا غرر، يشمل الصلح ايضا .

قلت : الظاهر (اختصاص الغرر المنفى بالبيع) اذ الحديث نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، هذا هو وجه عدم اعتبار القدرة

ومن ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع ، حتى انهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالأجارة ، والمزارعة ، والمساقات ، والجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح .

وظاهر المسالك فى مسألة رهن مالا يقدر على تسليمه

فى باب الصلح .

(و) اما وجه اعتبار القدرة (من ان الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع ، حتى انهم يستدلون به) اى بأن الغرر موجب للبطلان (فى غير المعاوضات كالوكالة) فاذا كانت الوكالة غررية كانت باطلة ، كما لو قال : وكلت فى القيام بشأن مجهول من شئونى (فضلا عن المعاوضات كالأجارة ، والمزارعة ، والمساقات ، والجعالة) فاللازم ان يكون الصلح ايضا كذلك ، اذا كان غرريا يكون باطلا (بل قد يرسل فى كلماتهم) والخبر مذكور فى مستدرک الوسائل (عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الاساطين) التفصيل ب (جريان الاشتراط) اى اشتراط عدم الغرر (فيما لم يبين على المسامحة من الصلح) فالصلح المبنى على المسامحة لا غرر فيه ، والصلح غير المبنى على المسامحة فيه الغرر .

(و ظاهر المسالك فى مسألة رهن مالا يقدر على تسليمه) كرهن

على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه .
واما الضال والمجود ، والمغصوب ، ونحوها مما لا يقدر على
تسليمه ، فالأقوى فيها عدم الجواز ، وفاقالجماعة ، للغرر المنفى المعتضد
بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم ، الا ان يوهن بتردد
مدعيه - كالعلامة فى التذكرة - فى صحة بيع الضال منفردا او يمنع
الغرر خصوصا فيما يرا دعتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع

الآبق (على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن) .

اما على القول باشتراط القبض فى الرهن فلا يصح مطلقا لأن
شرط القبض مفقود (جواز الصلح عليه) بأن يقوم الصلح مقام الرهن ، و
حيث ان الرهن الغررى لا يصح ، نجعل مكان الرهن الصلح ، لان الصلح
الغررى لا بأس به ، هذا تمام الكلام فى بيع الآبق الذى عنوانا المسألة به .

(واما الضال والمجود ، والمغصوب ، ونحوها) كالمدفون فى
مكان مجهول (مما لا يقدر على تسليمه ، فالأقوى فيها عدم الجواز) اى عدم
جواز بيعها (وفاقالجماعة) من الفقهاء (للغرر المنفى المعتضد) دليل
نفى الغرر (بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم ، الا ان
يوهن) الاجماع (بتردد مدعيه - كالعلامة فى التذكرة - فى صحة بيع
الضال منفردا) .

واذا كان الأمر اجماعا كيف يتردد عليه (و يمنع الغرر خصوصا فيما
يراد عتقه) بأن كان الضال عبدا مثلا و اراد المشتري ان يعتقه (بكون
المبيع قبل القبض مضمونا على البائع) .

.....

وامافوات منفعته مدة رجاء الظفر به ،فهو ضرر قد اقدم عليه .
وجهاالته غير مضرة ،مع امكان العلم بتلك المدة ،كضالة يعلم انها
لولم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك

فانه لا يخلو الأمر عن ثلاثة لأنه اما ان يجد الضال فوراً ، او بعد مدة
او لا يجد اصلاً .

اما اذا وجده — بعد العقد فوراً — فلا غرر .
واما اذا لم يجده فالتلف قبل القبض من مال مالكة فلا غرر ايضا على
المشتري .

واما اذا وجده بعد مدة ، فان فوائده فى تلك المدة وان خسرها
المشتري لكنه هو الذى اقدم على هذه الخسارة والانسان اذا اقدم
على الضرر ، لم يكن ينفيه دليل : لا ضرر .
والى هذا أشار بقوله :

(وامافوات منفعته) اى منفعة المبيع (مدة رجاء الظفر به ،فهو ضرر
قد اقدم عليه) المشتري .

(و) ان قلت : لانقول بالبطلان من جهة الضرر حتى تقولوا ، انه
بنفسه قد اقدم على هذا الضرر ، بل انما طل من حيث الجهالة بتلك المدة .
قلت : (جهالته) اى جهالة ذلك الضرر (غير مضرة ، مع امكان العلم
بتلك المدة ، كضالة يعلم انها لولم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد
ذلك) فان المدة وان كانت مجهولة ، لكنها آتلة الى العلم ، ولا دليل
على بطلان مثل هذه الجهالة ، وانما الجهالة الموجبة للبطلان الجهالة

وكذا فى المصوب والمنهوب .

والحاصل : انه لاغرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف

المقتضى لانفساخ البيع من اصله .

وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم الثمن

فانه لاخطر حينئذ فى البيع خصوصام العلم بمدة الرجاء التى يفوت

الانتفاع بالبيع فيها ، هذا .

المطلقة (وكذا) الكلام (فى) بيع (المصوب والمنهوب) فيصح بيعها .

(والحاصل : انه لاغرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم

التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله) .

فمع وجدانه لاغرر، ومع عدم الوجدان يبطل البيع ، فلاغرر ايضا .

(و) ان قلت : الثمن يبقى مدة عند البائع ، حتى يتبين البطلان و

هذا ضرر على المشتري .

قلت : هذا غير صحيح بعد (فرض عدم تسلط البائع على مطالبته)

اى مطالبة المشتري (بالثمن) وانما لا يحق له المطالبة (لعدم تسليم

الثمن) اذ لا يحق لكل من الطرفين تسليم ما بيده الا مقارنا لتسليم الآخر

ما عنده) فانه لاخطر حينئذ فى البيع خصوصام العلم بمدة الرجاء التى

يفوت الانتفاع بالبيع فيها) اى فى تلك المدة ، وهذا عبارة اخرى عما

ذكره بقوله «مع امكان العلم بتلك المدة الخ» (هذا) غاية ما يقال فى

صحة بيع الضال ونحوه .

و ليكن يدفع جميع ما ذكر ان المنفى فى حديث الغرر— كما تقدم
— هو ما كان غررا فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية
الثابتة للبيع .

ولذا قوينافىما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره
شرعا بالتسليم .

و

(و ليكن يدفع جميع ما ذكره) من الاستدلال لصحة البيع (ان
المنفى فى حديث الغرر— كما تقدم—) تفسير الحديث (هو ما كان غررا
فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع) كوجوب
التسليم ونحوه .

(ولذا) الذى ذكرنا من « قطع النظر عن الأحكام الخ » (قوينافى
فىما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم)
كالصرف والسلم ،

فان بعضا قالوا ، لا غرر فى الصرف والسلم ، لأنه قبل التسليم—
لا يتحقق البيع ، وبعد التسليم لا غرر .

فأجبنا عنهم بأن المناط الصدق العرفى ، والعرف يرى وجود الغرر
قبل التسليم ، وان التسليم من الأحكام الشرعية ، فالبيع غرر ، وكلما كان
غرريا ، كان باطلا .

(و) نقول : يمثل ذلك فى باب الضال والمجهود ، فانه وان كان
المبيع قبل القبض فى ضمان البائع لما ورد من ان التلف قبل القبض من

من المعلوم : ان بيع الضال وشبهه ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع بل يحكمون - بعد ملاحظة اعدام المشتري على شرائه - بكون تلفه منه فى الانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا .

و مما ذكر يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم . فان تسلم قبل مدة لا يفوت

مال مالكة ، الا ان هذا من الأحكام الشرعية ، و الا فالعرف يرى وقوع البيع و ان البيع غررى ، فيشملة دليل : نفى الغرر .

اذ (من المعلوم : ان بيع الضال وشبهه) كالمجود (ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع) بل هذا حكم شرعى (بل يحكمون بعد ملاحظة اعدام المشتري على شرائه) اى شراء الضال - مثلا - (بكون تلفه منه) اى من المشتري (فى الانفساخ ب) سبب (التلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا) فلا ربط له برفع الغرر . هو بيع غررى ، كبيع الضال ، وعليه فيشملة دليل : نفى الغرر .

(و مما ذكر) من انه بيع غررى عرفا ، فيشملة دليل نفى الغرر (يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم) . و اراد القائل بهذا رفع الضرر عن المشتري ، لأنه ان سلم لاضرر و لا غرر فالبيع صحيح ، و ان لم يسلم حيث كان الضرر و الغرر كان البيع باطلا .

(فان تسلم) المشتري المتاع (قبل مدة) مديدة بحيث (لا يفوت

الانتفاع المعتد به والاتخير بين الفسخ والامضاء، كما استقر به فى
اللمعة، فان ثبوت الخيار يحكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض
فيه العجز عن تسلّم المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفافى البيع
المبطل له لكن قدمرت المناقشة فى ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل
هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للمبيع

الانتفاع المعتد به) كان البيع صحيحا (والاتخير بين الفسخ والامضاء)
فان فسخ فلا بيع، وان امضى فقد اقدم هو على ضرر نفسه، والانسان
لو اقدم على ضرر نفسه لم يشمله دليل : لاضرر ولا ضرار (كما استقر به فى
اللمعة) اى قال الأقرب الحكم بصحة البيع مراعى .

وانما لا يجدى هذا الكلام من اللمعة (فان ثبوت الخيار حكم شرعى
عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه) اى فى ذلك البيع الصحيح
(العجز عن تسلّم) المشتري (المبيع) يعنى اذا لم يكن البيع غرريا ثبت
فيه الخيار فيما اذا عجز المشتري على تسلّم المبيع (فلا يندفع به) اى
بالخيار (الغرر الثابت عرفافى البيع المبطل) ذلك الغرر (له) اى لذلك
البيع .

هذا و (لكن قدمرت المناقشة فى ذلك) اى فى كون ان نفى الغرر
بالنسبة الى ما كان غررافى نفسه عرفافى قطع النظر عن الأحكام الشرعية
(بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا) الغرر العرفى (بعد اطلاعهم على
الحكم الشرعى اللاحق للمبيع) .

فان المبيع بأحكامه الشرعية اللاحقة له اما غرر او ليس بغرر، لان

من ضمانه قبل العلم، ومن عدم التسلط على مطالبة الثمن فانهم .
ولو فرض اخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على
ان يكون له الخيار اذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة أيام، امكن
جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفاً .

المبيع مجرداً عن الأحكام الشرعية اما غرر و اما ليس بغرر (من ضمانه
قبل العلم، ومن عدم التسلط على مطالبة الثمن) « من » بيان « الحكم
الشرعي » اي ان العرف يرى انه هل يضمن شرعاً المبيع قبل التسليم ؟
فان كان مضموناً على البائع، لا يرى انه غرر، وان لم يكن مضموناً يرى انه
غرر، وكذلك يرى العرف هل انه يسلط المشتري على المطالبة فهو غرر،
او لا يسلط فهو غرر (فانهم) فان العرف يرى الغرر وان عرف الحكم
الشرعي .

وحيث ان الظاهر من ادلة نفي الغرر، الغرر العرفي، فليس
المناط فيه الغرر الشرعي، كسائر الموضوعات التي علق عليها الأحكام
اثباتاً ونفياً .

(ولو فرض اخذ المتبايعين لهذا الخيار) اي خيار الفسخ اذا لم
يسلم البائع المبيع في مدة لا يفوت الانتفاع المعتبر به (في متن العقد،
فباعه على ان يكون له) اي للمشتري (الخيار اذا لم يحصل المبيع في
يده الى ثلاثة أيام، امكن جوازه) اي جواز البيع (لعدم الغرر حينئذ) اي
حين هذا الشرط (عرفاً) اذا المشتري يعلم انه اما ان يحصل بيده المال
خلال الثلاثة او يبقى ثمنه كما كان .

ولذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوف بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد .

ولعله لهذا اختار فى محكى المختلف تبعاً للاسكانى - جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع ، فان الظاهر منه اشتراط ضمانه .
وعن حاشية الشهيد ظهور الميل اليه و

(ولذا) الذى ذكرنا بأنه لا غرر عرفاً (لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوف بالصفات المعينة) الرافعة للغرر عرفاً (من بيع الغرر) وان احتمل عدم وجود تلك الصفات فى المبيع (لان ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه) اى الوصف (فيه) اى فى البيع .

فلا فرق بين ان يقول : بعتك الدابة ، بشرط أن تكون بيضاء سميئة ، او ان يقول : بعتك الدابة البيضاء السميئة (الموجب) ذلك الاشتراط (للتسلط على الرد) اذ الم يجد المشتري الوصف كما قال البائع .

(ولعله لهذا) الذى ذكرنا من انه لا غرر عرفاً اذ جعل المشتري الخيار لنفسه لمدة معينة (اختار فى محكى المختلف - تبعاً للاسكانى - جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع) بأن قال : ان جاء فلك ، وان لم يجرى فأنت لست مسئولاً واناضاً من له (فان الظاهر منه) اى من هذا الكلام الذى ذكره المختلف والاسكانى (اشتراط ضمانه) اى ان البائع يشترط ضمان نفسه فيما اذا لم يأت الآبق .

(وعن حاشية الشهيد ظهور الميل اليه) اى الى كلام المختلف (و

.....
 ان كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل .

ان كان قد يرد على هذا) الكلام الذى ذكره المختلف (عدم اندفاع
 الغرر باشتراط الضمان) اذ الغرر أمر عرفى وهو صادق هنا (فتأمل)
 حيث ان الغرر انما يكون اذا كان الثمن فى الخطر، ولا خطر فى
 مقام الاشتراط .

مسئلة

يجوز بيع الآبق مع الضميمة فى الجملة كما عن الانتصار، وكشف
الرموز، و التنقيح، بل بلاخلاف كما عن الخلاف حاكيافيه كما عن الانتصار
اطباق العامة على خلافه .
و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا حيث حكى
احتجاج العامة بالغرر فانكره مع الضميمة، وفيه اشكال .
و الأولى لنا التمسك قبل الاجماعات المحكية المعتضة بمخالفة من
جعل الرشد فى مخالفتهم

(مسألة : يجوز بيع الآبق مع الضميمة فى الجملة) فى مقابل السلب
الكلى (كما عن الانتصار، وكشف الرموز، و التنقيح، بل بلاخلاف كما عن
الخلاف) لشيخ الطائفة (حاكيافيه) اى فى الخلاف (كما حكى ايضا) عن
الانتصار (للسيد المرتضى) (اطلاق العامة على خلافه) و انه لا يجوز بيع
الآبق .

(و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا) فليس هذا
استثناء عن عدم جواز بيع الغرر، و انما هو تخصص (حيث حكى) الانتصار
(احتجاج العامة) لعدم الجواز (بالغرر) و انه بيع غررى (فانكره) اى
كونه غررا اذ اكان المبيع الآبق (مع الضميمة، وفيه) اى فى كلام الانتصار
(اشكال) لأنه غرر عرفا - فهو من باب التخصيص، لا من باب التخصص .
(و الأولى لنا التمسك قبل الاجماعات المحكية المعتضة بمخالفة
من جعل الرشد فى مخالفتهم) من العامة و « جعل » بصيغة المجهول

.....
 بصحيحة رفاة النحاس قال : قلت : لأبى الحسن عليه السلام ، أ يصلح
 ان اشترى من القوم الجارية الآبقة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها انا ؟
 قال عليه السلام : لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم ثوبا او متاعا ، فتقول
 لهم اشترى منكم جاريتم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهم ، فان ذلك
 جائز ، و موثقة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل قد يشتري
 العبد و هو آبق عن اهله ، قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه
 شيئا ، فيقول اشترى منك هذا الشئ و عبدك بكذا و كذا درهم ، فان لم
 يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه .

اشارة الى قوله عليه السلام : خذ ما خالف العامة فان الرشد فى خلافهم
 (بصحيحة رفاة النحاس) بالخاء المعجمة ، و هو بائع العبيد (قال :
 قلت : لأبى الحسن عليه السلام ، ا يصلح ان اشترى من القوم الجارية
 الآبقة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها) اى الجارية (انا) كيما اجد ها و اردها
 من الاباق (قال عليه السلام : لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم ثوبا
 او متاعا) معها (فتقول لهم اشترى منكم جاريتم فلانة و هذا المتاع بكذا
 و كذا درهم ، فان ذلك) البيع لها مع الضميمة (جائز ، و موثقة سماعة عن
 ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله
 قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا) آخر (فيقول اشترى
 منك هذا الشئ و عبدك بكذا و كذا درهم) فانه يصح (فان لم يقدر على
 العبد كان الذى نقده فيما) اى فى مقابل ما (اشترى معه) فلا يذهب
 ثمنه هباءا .

و ظاهر السؤال فى الأولى .

و الجواب فى الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان وهو الظاهر

ايضاً من معاهد الاجماعات المنقولة .

فالمأبوس—عادة — من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع، لأن بذل جزء من الثمن فى مقابلة لو لم يكن سفهاً او اكلاً للمال بالباطل ، لجاز جعله ثمناً يباع به مستقلاً ، فالمانع عن استقلاله

(و ظاهر السؤال فى) الرواية (الأولى) حيث قال « و اطلبها انا » .

(و الجواب فى) الرواية (الثانية) حيث قال عليه السلام : « فان لم

يقدر » (الاختصاص) لجواز البيع مع الضميمة (بصورة رجاء الوجدان و هو الظاهر ايضاً من معاهد الاجماعات المنقولة) اذ لو لا رجاء الوجدان لم يكن وجه لطلبها ، و لا وجه لقوله عليه السلام : فان لم يقدر ، فانك لا تقول ان لم تقدر على تحريك هذا الجبل ، و انما تقول « ان » اذا كان محتملاً للأمرين .

(فالمأبوس—عادة — من الظفر به الملحق بالتالف) عرفاً (لا يجوز

جعله جزءاً من المبيع) .

و انما لا يجوز (لأن بذل) المشتري (جزء من الثمن فى مقابلة) اى

مقابل الآبق المأبوس منه (لو لم يكن سفهاً) و المعاملة السفهائية باطلة

(او اكلاً للمال بالباطل) فيشملة قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل (لجاز جعله ثمناً) اى جعل ذلك الجزء (يباع به) اى بهذا

الجزء الآبق (مستقلاً) اذا (فالمانع عن استقلاله

.....
 بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع ، للنهي عن الغرر السليم عن المخصص .
 نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط ، ونحوه وايضا
 الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها ،

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع) و ذلك (للنهي عن الغرر السليم عن
 المخصص) .

لكن ربما يقال : ان كان الاستدلال بالحديث فلا دلالة فيه اذ
 ما ذكر من الدلالة ضعيف للغاية و ان كان ربما يلتفت اليه بعد الالفاظ ،
 والغرر لو كان موجبا لم يكن فرق بين البيع مستقلا وتبعيا ، وكثيرا ما
 لا يجوز بيع الشيء مستقلا ويجوز تبعيا ، كما لو جهل مقدار الجزء وعلم
 مقدار الكل ، او جهل ثمن الجزء وعلم ثمن الكل ، فانه لا يصح بيع الجزء
 ويصح بيع الكل .

(نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط ، ونحوه) علي
 نحو الشرط الذي ذكرنا في المسألة السابقة انه يجوز بيع الآبق وحده
 مع الشرط - لأنه ليس بغيره - .

والمراد بنحو الشرط جعل مدة الظفر بالآبق محل انصباب العقد
 فقد يقول اشترى منك الثوب والآبق « المأيوس عن وجدانه » بشرط انه
 اذا لم اجد له فلى الفسخ ، وقد يقول اشترى منك العبد الذي اجد له الى
 مدة كذا (وايضا) كما استظهرنا رجاء الوجدان ، في صحة بيع الآبق مع
 الضميمة (الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها) فيصح حينئذ بيع
 العبد الآبق مع الضميمة .

واما صحة بيعها منفردة ، فلا يظهر من الرواية ، ولا يكفى ضم المنفعة الا اذا فهمنا من قوله : فان لم يقدر ، الى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن ، فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال او كناية عن نقل مال او حق عليه مع الآبق ، لتلايخلو الثمن عن المقابل ،

(واما صحة بيعها) اى الضميمة (منفردة ، فلا يظهر من الرواية ، ولا يكفى ضم المنفعة) الى الآبق ، كأن يقول : بعثك الآبق و منفعة هذه الدار سنة بكذا دينار ، اذ المنفعة لا يصح بيعها مجردة ، فان البيع مبادلة مال بمال ، وقد تقدم ان المال هو العين ، لا المنفعة (الا اذا فهمنا من قوله : فان لم يقدر ، الى آخر الرواية تعليل الحكم) بالجواز مع الضميمة (بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن) سواء يصح بيع الضميمة منفردة - كالعين - ام لا ، كالمنفعة (فيكون ذكر اشتراء الضميمة معه من باب المثال) فان الامام عليه السلام : انما قال لفظ « الاشتراء » بالنسبة الى الضميمة باعتبار كون « ما يشتري » مقابلا للثمن ، لا باعتبار لزوم صدق « الاشتراء » حتى يوجب خروج مثل « المنفعة » مما لا يصح شرائه (او ان لفظ « الاشتراء » فى الرواية) كناية عن نقل مال او حق عليه (اى على البائع ، اى جعل حق للمشتري على نفسه ، نقلا) مع الآبق ، لتلايخلو الثمن عن المقابل (البيع سبب للنقل ، و الكناية ذكر السبب و ارادة المسبب ، فقد ذكر الامام عليه السلام بيع الثوب و اراد مطلق النقل ، لأن النقل مسبب عن البيع ، و الفرق بين « المثال » و « الكناية » ان فى الكناية يلزم السببية و المسببية ، وليس كذلك المثال .

فتأمل .

ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشتري الا انه لو بقى على اباقة وصار فى حكم التالف لم يرجع على البائع بشئ وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قبله من الثمن ، فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن

فلو قال اكرم زيداً - و اراد العالم ، لا خصوص زيد - كان زيد مثالا ، لا كناية ، اذ ليس زيد سببا لسائر العلماء ، بخلاف ما لو قال : بع الثوب ، و اراد نقله بأى وجه كان ، لا خصوص البيع - فانه يصلح ان يكون كناية اذ البيع سبب النقل ، فالقائل جعله كناية عن مطلق النقل (فتأمل) فانه كيف نحمل الشراء على العموم - كناية او مثالا - و ظاهر اللفظ يأباهما . و لا دليل من الخارج على ارادة الاعم .

(ثم انه لا اشكال فى انتقال الآبق الى المشتري) اذا اشتراه مع الضميمة (الا انه لو بقى على اباقة وصار فى حكم التالف) كان لم يعلم اين هو؟ ومضت مدة طويلة (لم يرجع على البائع بشئ) لأن المشتري هو الذى اقدم على مثل هذا المال ، وقد اجازه الشارع (وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قبله من الثمن) .

فان القاعدة تقول : التلف قبل القبض من مال مالكة (ان) وصليّة اى انا نقول بالقاعدة المذكورة ، الا فى هذا المقام (فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر) المشتري (على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن) بأن كان الثمن كلافى مقابل الضميمة فقط ، فليس الآبق مبيعا

ليكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق فى يده كما يوهمه
ظاهر المحكى عن كاشف الرموز، من ان الآبق مادام آبقاً، ليس مبيعاً فى
الحقيقة ولا جزء مبيع، مع انه ذكر بعد ذلك ما يدل على ارادة ما ذكرنا،
بل معناها انه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذى هو فى حكم التلف
الموجب للرجوع بما يقابله التالف

اصلاً (ليكون) تفريع على كون المعاوضة بين الضميمة فقط والضمن
(المعاوضة على المجموع) الآبق والضميمة (مراعاة) ومعلقة (لحصول
الآبق فى يده) اى يد المشتري، فان حصل الآبق فى يد المشتري كان
الضمن بازاء المجموع وان لم يحصل كان الثمن بازاء الضميمة فقط (كما
يوهمه) اى كون المعاوضة مراعاة (ظاهر المحكى عن كاشف الرموز) .
وحاصل كلام كاشف الرموز (من ان الآبق مادام آبقاً، ليس مبيعاً فى
الحقيقة ولا جزء مبيع) .

وانما ننفى هذا الكلام، لأن الظاهر من بيع الآبق مع الضميمة ان
الآبق جزء، سواء تمكن المشتري عليه، ام لا (مع انه) اى كاشف الرموز
(ذكر بعد ذلك) اى بعد هذا الكلام (ما يدل على ارادة ما ذكرنا) من انه
صار ملكاً للمشتري فان بقى على اباقة لم يرجع المشتري على البائع
بشئ جزماً، لقاعدة «التلف قبل القبض من مال مالكة» (بل معناها)
اى معنى الرواية (انه لا يرجع المشتري ب) سبب (تعذر الآبق) التعذر
(الذى هو فى حكم التلف) التلف (الموجب للرجوع) الى البائع، اذا
تلف الثمن قبل القبض (بما) اى بمقدار من الثمن (يقابله التالف) الضمير

• بما يقابله من الثمن .

ولو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري اشكال .

ولو تلفت الضميمة قبل القبض ، فان كان بعد حصول الآبق في اليد

فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة ،

عائد الى (ما) و « بما » متعلق ب (الرجوع) (بما يقابله من الثمن) متعلق

ب « لا يرجع » اى لا يرجع المشتري « بما يقابل التالف من الثمن » وان كان

مقتضى القاعدة « الرجوع بما يقابله التالف » .

(ولو تلف) الآبق (قبل اليأس) من الظفر به (ففي ذهابه على

المشتري اشكال) بل يحتمل ان يكون ذاهبا على البائع لقاعدة : التالف

قبل القبض من مال ماله .

وانما نحتمل هذا ، لأنه ان كان تلف بعد اليأس ، كان ذاهبا من

كيس المشتري قطعاً ، حيث ان المشتري هو الذى أقدم على ذلك ، اما

اذا تلف قبل اليأس ، فالمشتري لم يقدم على ذلك ، فتشمله قاعدة : التالف

قبل القبض .

(ولو تلفت الضميمة قبل القبض) كمالو باع الآبق وكتائبهم تلف

الكتاب قبل ان يقبضه (فان كان) تلف الضميمة (بعد حصول الآبق في

اليدين) بان حصل المشتري على العبيد ثم تلف الكتاب عند البائع (فالظاهر

الرجوع) اى رجوع المشتري (بما قابله الضميمة) اى بالمقدار من الثمن

الذى يقابل الكتاب .

فان كان الثمن مائة ومقابل الكتاب عشرة رجع المشتري الى البائع

.....
 لا مجموع الثمن ، لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقا بعد الحصول
 فى اليد ، وكذا لو كان بعد اتلاف المشتري له مع العجز عن التسلم كما
 لو ارسل اليه طعاما مسموما لأنه بمنزلة القبض .
 وان كان قبله ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعا للضميمة .

بعشرة فقط (لا مجموع الثمن) فلا يحق للمشتري ان يقول للبائع اعطنى
 كل المائة .

وانما يتوهم حقه فى الرجوع الى كل الثمن بحجة ان الآبق ليس
 مقابلا للثمن ، وانما مقابل الثمن الكتاب فقط ، فاذا تلف الكتاب كان
 للمشتري ان يأخذ كل الثمن .

وانما نرد هذا التوهم (لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقا
 لا بعد الحصول فى اليد) فاذا حصل الآبق فى اليد وزع عليه الثمن فيكون
 تسعون من الثمن فى مقابل العبد ، وعشرة فى مقابل الكتاب ، فاذا تلف
 الكتاب كان للمشتري حق الرجوع الى عشرة فقط (وكذا) لا يرجع المشتري
 الى مجموع الثمن لو تلف الضميمة (لو كان) تلف الضميمة (بعد اتلاف
 المشتري له) اى للآبق (مع العجز عن التسلم) اى تسلم الآبق (كما لو
 ارسل) المشتري (اليه) اى الى العبد (طعاما مسموما) فقتله (لأنه) اى
 اتلافه (بمنزلة القبض) فان المتلف ضامن .

(وان كان) تلف الضميمة (قبله) اى قبل الحصول الا بق فى اليد
 (ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعا للضميمة) لأن المصحح لبيع الآبق
 هو الضميمة ، فاذا فسدت الضميمة بتلفها من ملك البائع ، انفسخ بيع

او بقاءه بمقابلته من الثمن وجهان ، من ان العقد على الضميمة اذا صار كأن لم تكن تبعه العقد على الآبق لأنه كان سبباً في صحته .
 ومن انه كان تابعاً له في الحدوث فساداً اذا تحقق تملك المشتري له ، فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً ، هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه ، وبين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء

الآبق ، لأنه صار بدون ضميمة (او بقاءه) اي بيع الآبق (بمقابلته من الثمن) كالتسعين في المثال (وجهان) .
 وجه الانفساخ (من ان العقد على الضميمة اذا صار كأن لم تكن) بسبب تلفه قبل القبض (تبعه العقد على الآبق) في الانفساخ (لأنه) اي البيع على الضميمة (كان سبباً في صحته) اي في صحة بيع الآبق .
 (و) وجه عدم الانفساخ (من انه) اي الآبق (كان تابعاً له) اي لبيع الضميمة (في الحدوث فساداً اذا تحقق تملك المشتري له) اي الضميمة اي انه اذا تحقق تملك المشتري للضميمة ، كان بيع الآبق تابعاً له في الحدوث (فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً) وذلك فيما اذا تلف قبل القبض (هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه) اي بين الضميمة - و تذكير الضمير باعتبار (المتاع) مثلاً - (وبين ما يخصه من الثمن) كالعشرة في المثال ، وعليه فلا يبطل البيع بالنسبة الى الآبق (لا الحكم الآخر) اي عدم صحة البيع بالنسبة الى الآبق (الذي كان ذلك الحكم الآخر (يتبعه) اي يتبع الضميمة (في الابتداء) حتى يقال

لكن ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا ، ولا يوضع له شئ منه ابدأ على تقدير عدم الظفر به .
 ومن هنا ظهر حكم مالوفرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط ،
 لا اشتراط خيار يخص بها .

انه كما اذا لم تكن الضميمة فى الابتداء كان بيع الآبق باطلا ، كذلك اذا لم تكن الضميمة بعد ذلك بأن تلفت الضميمة .
 (لكن) الظاهر انه لو تلف الكتاب كان للمشتري الحق فى ان يسترجع كل الثمن .

اذ (ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلا ، ولا يوضع)
 اى لا يطرح (له) اى للآبق (شئ منه) اى من الثمن (ابدأ على تقدير عدم الظفر به) اى بالآبق .

وعليه فاذا كان الثمن كله فى مقابل الكتاب و تلف الكتاب ، كان للمشتري الرجوع فى المائة دينار كله ، لافى العشرة فقط .

(ومن هنا) الذى ذكرنا حكم تلف الضميمة قبل القبض (ظهر حكم مالوفرض فسخ العقد) — لا الانفساخ بسبب تلف الضميمة ، كما كان هو الفرع السابق — (من جهة الضميمة فقط ، لا اشتراط خيار يخص بها) اى بالضميمة .

كما لو قال : اشتريت منك الآبق و الكتاب بمأة ، ولى خيار فسخ الكتاب ، ثم فسخ الكتاب ، فان فيه احتمالين :
 احتمال انفساخ كل العقد ، او العقد بالنسبة الى الكتاب فقط .

.....
 نعم لو عقد على الضميمة فضولا ولم يجز مالها ، انفسخ العقد بالنسبة

الى المجموع .

ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا اما بعد القدرة عليه وقبلها

كان له الرجوع بارشه كذا قيل .

(نعم لو عقد) البائع (على الضميمة فضولا) بأن باع زيد عبدا لآبق

وكتاب عمرو بمائة و (لم يجز مالها ، انفسخ العقد بالنسبة الى المجموع)

لأن العقد بالنسبة الى المجموع لم يتحقق اصلا ، وعقد الآبق فقط

لا يصح .

(ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا) على العقد (اما بعد

القدرة عليه) اي على الآبق (او قبلها) اي قبل القدرة (كان له الرجوع

بارشه) اي ارش العيب (كذا قيل) .

مسئلة

المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا ، فلو باع بحكم احدهما بطل اجماعا ، كما عن الخلاف ، والتذكرة ، و اتفاقا ، كما عن الروضة ، و حاشية الفقيه للسلطان ، و فى السرائر ، فى مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله بان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل ، بلاخلاف بين المسلمين ، و الأصل فى ذلك حديث : نفى الغرر المشهور بين المسلمين . و يؤيده التعليل فى رواية حماد بن ميسرة عن

(مسألة : المعروف) بين الفقهاء (انه يشترط العلم بالثمن قدرا) كأن يعلمان الثمن عشرة او مائة مثلا (فلو باع) البائع المتاع (بحكم احدهما) كأن قال : بعثك الكتاب بأى مقدار شئت انا ، او شئت انت (بطل) البيع (اجماعا ، كما عن الخلاف ، و التذكرة ، و اتفاقا ، كما عن الروضة ، و حاشية) من لا يحضره (الفقيه للسلطان ، و) قال ابن ادريس (فى السرائر ، فى مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله) اى انه قال : بأن البيع باطل (ب) سبب (ان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل ، بلاخلاف بين المسلمين ، و الأصل فى ذلك) اى ان الدليل فى وجه البطلان (حديث : نفى الغرر ، المشهور بين المسلمين) اذ البيع المجهول ثمنه غرر قطعاً ، و النهى الوارد فى الحديث يستفاد منه الوضع لا التكليف .

(و يؤيده) اى البطلان (التعليل فى رواية حماد بن ميسرة عن

جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم .

لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة قال سألت
اباعدا لله عليه السلام ، فقلت له : ساومت رجلا بجمارية له فباعنيها بحكمي
فقبضتها منه ، ثم بعثت اليه بألف درهم ، فقلت له : هذه الف درهم
حكمي ، عليك ان تقبلها فأبى ان يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل ان
ابعث اليه بألف درهم ، فقال عليه السلام : اري ان تقوم

جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم) اذا الدينار و الدرهم - في ازمة
الروايات - كانا يختلفان نسبة ، فربما كان قيمة الدرهم عشر قيمة الدينار
و ربما اقل او اكثر .

(لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة) و انه يصح البيع
اذا اوكل الثمن بحكم احد المتبايعين (قال سألت ابا عبد الله عليه
السلام فقلت له : ساومت رجلا بجمارية له) بأن اشترى الجارية منه
(فباعنيها بحكمي) اي بقيمة اعينها أنا (فقبضتها) اي الجارية (منه) اي
من الرجل (ثم بعثت اليه بألف درهم ، فقلت له : هذه الف درهم
حكمي ، عليك ان تقبلها فأبى ان يقبلها مني) لان قيمتها كان في نظر
البائع اكثر من الألف (وقد كنت مستتها) وطئت الجارية (قبل ان
ابعث اليه بألف درهم) فماذا اصنع ؟ (فقال عليه السلام : اري ان تقوم

الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة ، وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت : ارأيت ان اصبت بهاعيبا بعد ان مستها قال : ليس عليك ان تردها عليه و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها

الجارية بقيمة عادلة) هى قيمة مثلها فى العرف (فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه) كما لو كان الف وخمسائة مثلاً (كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة) بأن تعطيه الخمسائة زيادة على الألف (وان كان قيمتها اقل) كما لو كان ستمائة مثلاً (مما بعثت اليه) كالألف فى المثال (فهو له) يحتمل ان يكون المراد من ((فهو)) الأقل .

و يحتمل ان يراد الألف .

اما الأول : فلأنه القيمة العادلة .

واما الثانى : فلانه المقدار الذى قصده المشتري ، وقد علق الامر على قصده فهو اللازم لا الاقل (قال قلت : ارأيت) اخبرنى (ان اصبت بهاعيبا بعد ان مستها) فهل لى ان اردها ؟ واسترجع الألف؟ قال ليس عليك) اى ليس لك (ان تردها عليه) لان الوطى يمنع الرد (ولك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب) اى الأرض ، فلو كانت قيمة الصحيحة الفاو المعيبة ثمانمائة ، فله ان يسترد مأتين (لكن التأويل فيها متعين)

و انما يجب التأويل (لمنافاة ظاهرها) اى ظاهر لزوم القيمة العادلة

لصحة البيع وفساده .

فلايتوهم جواز التمسك بها للصحة هذا البيع ، اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص .
نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد

و ظاهر انه لا يحق له ردها بالعيب (لصحة البيع وفساده) اى ان هذه الرواية ظاهرها ينافى كون البيع صحيحا ، و ينافى كون البيع فاسدا .
اما انه ينافى كون البيع صحيحا ، لانه ان كان صحيحا لم يكن وجه للقيمة العادلة ، اذ معنى الصحة كون اللزوم القيمة المسماة لا المثل ، و ان كان فاسدا لم يكن وجه لعدم تمكن المشتري من ارجاع الجارية حال كونها معيبة لانه ان كان البيع فاسدا كان المشتري قد وطى جارية الغير فعليه ان يردها ويرد اجرة الوطى .

(فلايتوهم جواز التمسك بها) اى بهذه الرواية (لصحة هذا البيع) اى البيع الذى يكون مجهول الثمن (اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص) بل اللزوم للقيمة المسماة - وهى القيمة التى علقت على ارادة المشتري ، وقد اراد اعداء الألف - .

(نعم هي) الرواية (محتاجة الى ازيد من هذا التأويل) الذى ذكرناه فى حال فرض كون البيع صحيحا (بناء على القول بالفساد)
اذ : بناء على الصحة يمكن توجيه الرواية بان الثمن اذا كان بنظر احدهما جاز .

.....
 بان يراد من قوله ((باعنيها بحكمى)) قطع المساومة على ان اقومها على نفسى
 بقيمتها العادلة فى نظرى حيث ان رفاة كان نخاسا يبيع ويشترى الرقيق
 فقومها رفاة على نفسه بألف درهم ، اما معاطاة و اما مع انشاء الايجاب
 وكالة ، و القبول اصالة ، فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك ،
 لظهور غبن له فى البيع و ان رفاة مخطئ فى القيمة

اما بناء على الفساد ، لا يمكن توجيه الرواية بانه كيف لم يجوز له
 الامام عليه السلام ارجاع الجارية فى صورة العيب ؟ مضافا الى ان الفساد
 مخالف لقوله : ((باعنيها)) وقوله : ((لو لم يقبلها)) وقوله : ((ان كان
 قيمتها اكثر فعليك ان ترد)) (بأن يراد) هذا متعلق بقوله ((التأويل
 فيها متعين)) او قوله ((ازيد من هذا التأويل)) - فان مفاد العبارتين
 واحد - (من قوله ((باعنيها بحكمى)) قطع المساومة) و القرار بينى وبين
 البائع (على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة فى نظرى) بان وكله
 فى المعاملة ، لان البائع اجرى المساومة .

و من المعلوم : ان الموكل لا تلزم معرفته بمقدار الثمن فيما اذا
 كان الوكيل مغوضا (حيث ان رفاة كان نخاسا) النخاس هو الذى
 (يبيع و يشتري الرقيق) اى العبيد (فقومها رفاة على نفسه بألف درهم
 اما معاطاة) بان لم يجر الايجاب و القبول (و اما مع انشاء الايجاب
 وكالة) عن صاحب الجارية (و القبول اصالة) عن نفسه (فلما مسها و بعث
 الدراهم) الالف (لم يقبلها) اى الدراهم (المالك ، لظهور غبن له)
 اى للمالك (فى البيع ، و ان رفاة مخطئ فى القيمة) اذا المنصرف من

او لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به .

وقوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكثر ، فعليك ان ترد ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد امساك الجارية حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية ، فيسقط خياره ببذل التفاوت

امثال هذه الوكالات التقويم بالقيمة العادلة ، لقيمة اعتبارية .

(او) لم يقبلها المالك - لالتخطئة رفاة في القيمة - بل (لثبوت خيار الحيوان) الشامل للحيوان الانسى ايضا (للبائع على القول به) اى بوجود خيار الحيوان في العبيد ايضا .

(و) ان قلت : اذا كان الرد من باب الخيار ، بأن فسخ المالك المعاملة فكيف قال الامام عليه السلام ((عليك ان ترد ما نقص)) ؟ اذ : مع الفسخ لا بيع ، فلا يكلف المشتري برد الناقص ؟

قلت : (قوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكثر ، فعليك ان ترد ما نقص) لا ينافي الفسخ بالخيار ، لانه (اما ان يراد به) اى بوجوب رد الناقص (لزوم ذلك) الرد (عليه) اى على المالك (من باب ارضاء المالك اذا اراد) المشتري (امساك الجارية)

و انما يمسك المشتري الجارية بعد فسخ المعاملة ، و رجوعها الى المالك (حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية ، فيسقط خياره) اى المالك (ببذل التفاوت) بين القيمة الواقعية ، و بين القيمة التى عينها المشتري .

فالمعنى انك ايها المشتري اسقط خيار البائع بسبب اعطائه التفاوت

واما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد وتعين عليه قيمتها اذا فسخ البائع .

وقد يحمل على صورة تلف الجارية .

وينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها انتهى .

وكيف كان فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري ، وانصراف الثمن

فمعنى « عليك ان ترد » ان ذلك عليك اذا اراد البائع الفسخ ، و اردت انت ارضاء المالك لئلا يفسخ .

(واما ان يحمل على حصول الحبل) فى الجارية (بعد المس) لان

المشتري وطئها (فصارت ام ولد وتعين عليه قيمتها اذا فسخ البائع)

كما لو اشترى جارية وكان للبائع خيار الفسخ ، فانه لو احبلها

المشتري لم يكن للبائع اخذها اذا فسخ البيع ، بل اللازم ان يأخذ

القيمة اذا فسخ ، لان ام الولد لا تنتقل .

(وقد يحمل) حملا ثالثا - اى قوله عليك ان ترد - (على صورة تلف

الجارية) فان ذا الخيار اذا فسخ المعاملة ، وقد تلف قبل ذلك المتاع ،

كان لذى الخيار اخذ القيمة .

(و) لكن هذا الحمل غير تام .

اذ (ينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها انتهى) اذ ظاهر

هذه الفقرة وجود الجارية حية .

(وكيف كان فالحكم بصحة البيع) الذى كان ثمنه معلقا (بحكم

المشتري ، وانصراف الثمن) - فى مثل هذا البيع

الى القيمة السوقية لهذه الرواية - كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف
واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعت و يكون للمشتري الخيار .

و يردّه ان البيع فى نفسه اذا كان غررافه باطل ، فلا يجبره الخيار

(الى القيمة السوقية) فلا يحق للمشتري ان يحكم باقل ، ولا حق للبائع
ان يريد الاكثر ،

فالحكم بالصحة (لهذه الرواية - كما حكى عن ظاهر الحدائق)
الفتوى به (ضعيف) لما عرفت من انها مخالفة للنص والفتوى .
(واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعت) سابقا .

كما لو باع البائع من هذا الجنس بسعر خاص لجماعة من الناس ،
فيقول للمشتري : بعتك بمثل السعر الذى بعته به قبلا ، فيما اذا لم
يعلم المشتري ذلك السعر ، اما اذا علم فلا اشكال فى الصحة .
و يحتمل ان يكون المراد بـ « (بعت) » الثانى « (اشتريت) » أى ابيعك
بالسعر الذى اشتريته بذلك السعر (ويكون للمشتري) اذا علم الثمن
(الخيار) فى الفسخ والامضاء ، و كأنه جعل الخيار قدرا كالحسارة
المشتري و ندّمه اذا رأى الثمن غاليا .

(و يردّه ان البيع فى نفسه اذا كان غررافه باطل ، فلا يجبره
الخيار) بالاضافة الى ان الخيار يحتاج الى دليل ، وهو مفقود فى
المقام .

.....
 و اما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن
 حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الاسكافى فى مسألة القدرة على
 التسليم .

(و) ان قلت: فكيف تقولون ب صحة البيع فيما اذا لم يره المشتري؟ و
 اشتراه بالاوصاف، فانه ايضا غرر، لكنه يجبر بخيار الرؤية .
 قلت: (اما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه) يكون (بمنزلة
 اشتراطها) اى اشتراط تلك الاوصاف (المانع) ذلك الاشتراط (عن
 حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الاسكافى فى مسألة القدرة على
 التسليم) فلا يكون هناك غرر، بخلاف المقام .
 فصحة البيع هناك وجبره بخيار الرؤية لا توجب القول بصحة البيع
 هنا -

مسئلة

العلم بقدر الثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا كما عن التذكرة، و
عن الغنية العقد على المجهول باطل بلاخلاف، وعن الخلاف : ما
يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا وان شوهده، اجماعا، وفي السرائر : ما يباع
وزنا فلا يباع كيلا بلاخلاف .

والاصل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور وفي خصوص الكيل
والوزن خصوص الاخبار المعتبرة منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى
من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم

(مسألة العلم بقدر الثمن) كيلا ، او وزنا ، او عدا ، او ذرعا ، او
ما اشبه (ك) العلم بقدر (الثمن شرط) في صحة البيع (باجماع علمائنا
كما عن التذكرة ، وعن الغنية العقد على المجهول) المقدار (باطل
بلاخلاف ، وعن الخلاف) لشيخ الطائفة (ما يباع كيلا فلا يصح بيعه
جزافا) بلا كيل (وان شوهده ، اجماعا ، وفي السرائر : ما يباع وزنا فلا يباع
كيلا بلاخلاف) و مراده ما اذا لم يكن الكيل طريقا الى الوزن ودليلا عليه
(والاصل في ذلك) اى الدليل على اعتبار العلم بقدر الثمن
(ما تقدم من النبوى المشهور) نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر
الشامل للزوم العلم بالثمن كيلا ، وزنا موعدا ، وغيرها (وفي خصوص
الكيل والوزن) لاسائر خصوصيات الثمن (خصوص الاخبار المعتبرة منها
صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا) هو وعاء من
القطن ، او شبهه (بكيل معلوم) بأن كان ذلك العدل كيلا معلوما

ثم ان صاحبه قال للمشتري: ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل، فان فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعته، قال عليه السلام: لا يصلح الا بكيل، قال عليه السلام، و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام.

وفى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة.
والايراد على دلالة الصحيحة بالاجمال او باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع

(ثم ان صاحبه) اى البائع (قال للمشتري: ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل، فان فيه) اى فى هذا العدل (مثل ما فى الآخر الذى ابتعته) اى اشتريته (قال عليه السلام: لا يصلح الا بكيل)

ثم (قال عليه السلام، و) كل ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة) بلا معرفة القدر (هذا) البيع بدون العلم بالكيل (مما يكره من بيع الطعام)

و المراد بالكراهة: التحريم، لانها تستعمل فيه لغة وعرفا وان كان فى اصطلاح المتشعبة يغلب استعمالها فى الكراهة مقابل التحريم.
(وفى رواية الفقيه) قال عليه السلام: (فلا يصح بيعه مجازفة) و هذا اصرح من ذلك.

(و الايراد على دلالة الصحيحة بالاجمال) لانه لا يعلم انه هل المراد ب ((سميت فيه كيلا)) ما من شأنه يكال، او ما سمي البائع فيها لكيل (او باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع) والحال

غير وجيه لان الظاهر من قوله : سميت فيه كيلا : انه يذكر فيه الكيل
فهى كناية عن كونه مكيلا فى العادة .

اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذا لك الظاهر فى
التنوع مع انه ليس من الطعام مالا يكال ، ولا يوزن الا فى مثل الزرع قائما
يبعد ارادة هذا المعنى فتأمل .

واما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول

ان البائع مصدق فيما يقول ، لانه ذو اليد .

فهذا الايراد (غير وجيه ، لان الظاهر من قوله : سميت فيه كيلا ،
انه يذكر فيه الكيل) اى انه من الامور المكيلة (فهى) اى عبارة الامام
عليه السلام (كناية عن كونه مكيلا فى العادة) فلا جمال فيه .

(اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذا لك) اى مكيلا
(الظاهر فى التنوع) وان الطعام على نوعين نوع يذكر فيه الكيل و
نوع لا يذكر فيه الكيل (مع انه ليس من الطعام مالا يكال ، ولا يوزن الا
فى مثل الزرع) كالنعناع ، والكراث ، وما شبههما (قائما، يبعد ارادة
هذا المعنى) اى كونه مكيلا ، بل المراد التسمية فيما يصح بيعه بلا كيل
فلا تكون الرواية دليلا على مسألتنا (فتأمل) اذ كون الطعام اما مكيلا او
موزنا يوجب حمل ((سميت)) على التوضيح لا التنوع فيكون الوصف من
قبيل ((ولا طائر يطير بجناحيه)) فتكون الرواية دليلا لاشترط الكيل فى
المكيلات .

(واما الحكم بعدم تصديق البائع) وانه خلاف المشهور (فمحمول

فى اشتراط العلم بقدر المثلثين

على شرائه سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم يطمئن بتصديقه ، لا شرائه
على انه القدر المعين الذى اخبر به البائع فان هذا لا يصدق عليه
الجزاف .

قال فى التذكرة لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا
وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد او نقص لم
يجز .

واما نسبته الكراهة الى

على شرائه) ذلك العدل (سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم يطمئن
المشتري (بتصديقه ، لا) انه محمول على (شرائه على انه القدر المعين
الذى اخبر به البائع)

وانما تحمل الرواية على ذلك المعنى لا هذا المعنى (فان هذا) اى
لو اشترى باعتبار القدر المعين (لا يصدق عليه الجزاف)

فتسمية الامام اياه مجازفة شاهدة على ارادة الحمل الاول - اى على
شرائه سواء زاد او نقص - ويدل على كفاية الشراء بكلام البائع كلمات
الفقهاء .

(قال فى التذكرة لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح
عندنا) وان لم يكمل الآن .

(وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن) دون ان يكون البيع
لذلك القدر ، بل (سواء زاد او نقص لم يجز) لانه مجهول وغرر .
(واما نسبته) اى لامام عليه السلام فى الرواية السابقة (الكراهة الى

هذا البيع ، فليس فيه ظهور فى معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح فى الفساد .

وفى الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سألت عن شراء الطعام وما يكال و يوزن بغير كيل ولا وزن ، فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل او وزن تشتري منه مرا بحة ، فلا بأس ان اشتريته منه ، و لم تكله او لم تنزه اذا اخذه المشتري الاول بكيل او وزن و قلت له عند البيع انى اربحك كذا وكذا ، ودلالاتها اوضح من الاولى

هذا البيع ، فليس) مضرا بما نقوله من البطلان .

اذ : ليس (فيه) اى فى لفظ الكراهة (ظهور فى معنى المصطلح)
فى كلام المتشعبة ، فى المرجوح ، (يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح) فى الرواية (فى الفساد) حتى يقال : بأنه يجمع بين اللفظين يكون مثل هذا البيع مكرها .

(و فى الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سألت عن شراء الطعام وما يكال و يوزن) فيما اذا اشترى (بغير كيل ولا وزن فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل او وزن ، تشتري قبل ذلك (منه مرا بحة) بأن فتعطيه ثمننا اكثر من الثمن الذى اشتراه بذلك الثمن ، كما لو اشترى الطعام بثمانين فتعطيه مائة (فلا بأس ان اشتريته منه ، و لم تكله او لم تنزه اذا اخذه المشتري الاول) اى البائع لك ، او البائع للبائع - مثلا - (بكيل او وزن ، و قلت له) اى للبائع (عند البيع انى اربحك كذا وكذا ، ودلالاتها اوضح من الاولى)

و رواية ابان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لابی عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه واخذناه بكيلاه قال عليه السلام : لا بأس ، قلت : ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال عليه السلام : اما انت فلاتبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتري .

وفحوى رواية أبى العطار وفيها : قلت فاخرج الكر ، والكرين

اذ مفهوم الحديث : انه اذا لم يكن كيل او وزن ففيه البأس وظاهر البأس البطلان ، اذ هو المنصرف من اللفظ عند الاطلاق فى باب المعاملات .

(و رواية ابان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لابی عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله ، فصدقناه واخذناه بكيلاه) بدون ان نكيله من جديد (قال عليه السلام : لا بأس ، قلت : ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال عليه السلام : اما انت فلا تبعه حتى تكيله)

فان هذه الرواية (دلت على عدم جواز البيع بغير كيل ، الا اذا اخبره البائع فصدقه المشتري)

والظاهر من « امانت الخ » الكراهة ، وجهها ان المشتري لا يعلم كون كلام البائع عادقا قطعاً ، ولذا ينبغى له الاحتياط فى عدم البيع حتى يكيله هو ليأمن من تبعات المعاملة .

(وفحوى رواية أبى العطار ، وفيها : قلت فاخرج الكر ، والكرين)

.....
 فيقول الرجل اعطني بكيلك ، فقال عليه السلام : اذا ائتمنت فلا بأس به
 ومرسلة ابن بكير عن رجل سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل
 يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل ، فقال : اما ان يأخذ
 كله بتصديقه ، واما ان يكيله كله ، فان المنع من التبعض المستفاد منه
 ارشادى محمول على انه ان صدقه فلاحاجة الى كلفة كيل البعض ، و الا
 فلا يجزى كيل البعض .

الكر كيل خاص يعادل الفاو مأتا رطل بالعراقي ، كما فى باب ماء الكر
 (فيقول الرجل) المشتري (اعطني بكيلك) الذى كلت انت بدون حاجة
 الى كيل جديد (فقال عليه السلام : اذا ائتمنتك) فى قولك : انه كذا كرا
 (فلا بأس به) فان مفهومه البأس فى صورة عدم الائتمان فكيف بصورة
 عدم الكيل اصلاً بأن يبيعه جزافاً (ومرسلة ابن بكير عن رجل سئلت
 ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ
 البقية بغير كيل) هل يجوز ذلك ، ام لا ؟ (فقال : اما ان يأخذ كله
 بتصديقه) بدون كيل ، لانه اذا صدقة لم يحتج الى كيل البعض (واما
 ان يكيله كله) اذا لم يصدقه فى كيله ، وهذا شبه ارشاد ، والا فانه اذا
 صدقه جاز ان يأخذ بعضه كيلاً وبعضه باخباره .

ولذا قال المصنف (فان المنع من التبعض المستفاد منه) اى من
 الحديث (ارشادى محمول على انه ان صدقة فلاحاجة الى كلفة كيل
 البعض ، و الا) يصدقه (فلا يجزى كيل البعض)

.....

و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء .
 وكيف كان ففى مجموع ما ذكر من الاخبار ، و ما لم يذكر مافيه ايماء
 الى المطلب ، من حيث ظهوره فى كون الحكم مفروغا عنه عند السائل و
 تقرير الامام كفاى رواية كيل ما لا يستطاع عده ، و غيرها ، مع ما ذكر من
 الشهرة المحققة ، و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسئلة .

(و يحتمل الرواية) احتمالا خارجا عما نحن فيه ب (الحمل على
 استيفاء المبيع بعد الاشتراء) بانه اذا اشترى مثلا كراكليا فاراد الاستيفاء
 كان الاستيفاء بالكيل ، فتكون الرواية خارجة عن محل كلامنا .
 (و كيف كان) سواء قلنا بعدم دلالة بعض هذه الاخبار او دلالتها
 (ففى مجموع ما ذكر من الاخبار ، و ما لم يذكر مافيه ايماء الى المطلب)
 اى وجوب الكيل او الوزن ، ايماء (من حيث ظهوره) اى ظهور ما فيه
 الايماء (فى كون الحكم) بلزوم الكيل و الوزن (مفروغا عنه عند السائل و
 تقرير الامام) اى لم يردعه الامام بان يقول : لا حاجة الى الكيل و الوزن
 (كفاى رواية كيل ما لا يستطاع عده) فعن ابي عبد الله عليه السلام : انه
 سأل عن الجوز لا نستطيع ان نعهده ، فيقال بمكيال ، ثم يعدم مافيه ، ثم
 يكال ما بقى على حساب ذلك العدد ، قال : لا بأس به (و غيرها) مما
 ذكر فى الوسائل و المستدرک فى كتاب التجارة (مع ما ذكر من الشهرة
 المحققة) بين الفقهاء (و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسئلة) و لو
 نوقش فى مثل هذه المسألة ، لكانت أغلب المسائل قابلة
 للمناقشة .

ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر
الشخصى وان كانت حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع فى
الغرر، كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

(ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر
الشخصى) حتى اذا لم يكن فى معاملة غرر جاز البيع بدون الكيل و
الوزن .

كما ان حكم العدة ليس منوطا باختلاط المياه .
وحكم غسل الجمعة ليس منوطا بوساخة بدن المغتسل ، وهكذا .
نعم هناك بعض الاحكام تدور مدار الشخصيات كالضرر ، والعسر
والحرج ، فانه لو كان استعمال الماء ضررا للجميع من فى المدينة
الابهذا الشخص لم يجز لهذا التيمم ، وان جاز لسائر من فى المدينة
(وان كانت حكمته) اى حكمة ايجاب الكيل والوزن (سد باب المسامحة
المفضية) تلك المسامحة - الحاصلة بعدم الكيل والوزن - (الى
الوقوع فى الغرر)

و معنى الحكمة ان الشارع لاحظ انه لو اباح البيع بدون كيل او
وزن ، لوقع كثير من الناس فى الغرر ، وبهذه الملاحظة شرع الحكم
للعوم .

وانما لم يخصص الحكم بمن يقع فى الغرر ، لانه ان خصص الحكم
بهم لوقع من يزعم عدم الغرر ، فى الغرر لان بعض الناس يزعم انه لا غرر
فيقدم على المعاملة ، فيقع فى الغرر (كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

الشروط فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك
الشرط .

فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل ، و الوزن ، و ان لم يكن فى شخص
المقام غرر كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله فى الميزان من جنسه
او غيره المتساوى له فى القيمة فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل
بمقدار كل من العوضين

(الشروط) كالعلم بجنس المبيع (فى بعض المعاملات) كالبيع - دون
الصلح - (رفع المنازعة المتوقعة) تلك المنازعة (عند اهمال ذلك الشرط)
و حينئذ يشترط ذلك الشرط ، و ان علمنا بعدم المنازعة .
و انما يشترط ، لان المنازعة اخذت حكمة لاعلة .
و اما معرفة ان الحكم تابع للعلة او الحكمة ، فمنوطه بلسان الدليل
كما لا يخفى .

(فحينئذ) اى حين كان اعتبار الكيل و الوزن حكمة لاعلة (فيعتبر
التقدير بالكيل و الوزن ، و ان لم يكن فى شخص المقام غرر ، كما لو
باع) البائع (مقداراً من الطعام) كالحنطة (بما يقابله فى الميزان من
جنسه) كما لو اراد هذا الحنطة البغدادية و ذاك الحنطة الشمالية ،
فبدل احد هما حنطته بالآخر ، بان ملاء كفتى الميزان حنطة متقابلة
(او غيره) كما لو باع الحنطة بالسكر (المتساوى له فى القيمة) فيما كانت
القيمتان متساويتين (فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع) وجود (الجهل
بمقدار كل من العوضين) لانهما لا يعرفان ان المقدار كيلو ، او كيلوان

لانه مساو للآخر فى المقدار .

و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب
و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير ، فلو
فرض اندفاع الغرر بغير التقدير ، كفى ، كما فى الغرض المزبور .
و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن
الواقع .

و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله ، كما لو
دفع

(ل) انهما يعلمان بـ (انه مساو للآخر فى المقدار) و مع ذلك لا يجوز .
(و) لكن (يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار) اى
اطلاقات كلمات الفقهاء ، و الاخبار الدالة على اشتراط الكيل و الوزن
(على المورد الغالب ، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين
موقوفا على التقدير) اى الكيل و الوزن (فلو فرض اندفاع الغرر بغير
التقدير ، كفى ، كما فى الغرض المزبور) و هو مقابلة الجنسين فى كفى
الميزان ، او الجنس الواحد مثلا ، و كما اذا كان قيمة السكر نصف قيمة
الحنطة ، فاخذ مقدار من الحنطة و اعطى ضعفه سكرامثلا .
(و كما اذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن
الواقع) فانه لا يحتاج الى الكيل و الوزن لانصراف الاطلاقات عن مثل
ذلك .

(و كما اذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وضع الميزان لمثله ، كما لو دفع

.....
 فلسا و اراد به دهنال حاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز لماتراضيا
 عليه من التخمين .

ولا منافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون ، و عدم دخول
 الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة ، اولكثرته كزبرة
 الحديد ، كمائه عليه فى القواعد ، و شرحها و حاشيتها .
 و مما ذكرنا يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فانها و
 ان كانت من الموزون .

فلسا و اراد به دهنال حاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز بماتراضيا
 عليه من التخمين) .

(و) ان قلت : كيف يمكن ان يكون الشئ مكيلا و موزنا ؟ و لا يكون
 الميزان و المكيال موضوعين لمثل ذلك الشئ و هل هذا الاتهام ؟
 قلت : (لا منافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون و عدم
 دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة) فان
 معنى كونه مكيلا كون جنسه كذلك و معنى عدم وضع الكيل له عدم وضع
 الكيل لهذا الشخص — كما عرفت فى المثال — (او لكثرة كزبرة الحديد
 كمائه عليه فى القواعد ، و شرحها و حاشيتها) و ان كان جنس الحديد
 مما يكال .

(و مما ذكرنا) من انصراف الاطلاقات عن بعض الموارد الموجب ذلك
 الانصراف لعدم وجوب الوزن (يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس
 المسكوكة فانها و ان كان من الموزون) لكونه نحاسا و نحوه .

ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها ، الا انها عند وقوعها ثمناً
 حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ما ليتهلا لا يتوقف على وزنها فهي
 كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن .
 وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة
 كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان ، وكذا الدرهم والدينار الخالصان
 فانهما وان كانا من الموزون ويدخل فيهما الربا اجماعاً .
 الا ان ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضاً من

(ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها) لان المكيل والموزون
 يدخله الربا (الا انها عند وقوعها ثمناً) لا بد لافي باب الربا ، كما لو اعطى
 فلسافى مقابل فلسين ، فانه في باب الربا يعتبر التساوى في الوزن
 (حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ما ليتهلا لا يتوقف على وزنها) بل يجوز
 جعله ثمناً بدون ان يعرف كم له من الوزن (فهى كالقليل والكثير من
 الموزون الذي لا يدخله الوزن) فلا يحتاج التعامل بها الى الوزن .
 (وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة) او
 المركبة من غيرهما من سائر الفلزات ، او ما شبه الفلز (كأكثر نقود بغداد
 في هذا الزمان) بل وفي زماننا ايضاً (وكذا الدرهم) الفضى (والدينار)
 الذهبي (الخالصان فانهما وان كانا من الموزون ويدخل فيهما الربا
 اجماعاً) حيث ان المكيل والموزون يدخل فيهما الربا والذهب والفضة
 من الموزونات .

(الا ان ذلك) اي كونهما موزوناً (لا ينافي جواز جعلهما عوضاً من

.....

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك اصلا .

و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة
اغلبهم بوزنها .

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما

دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك اصلا)

والظاهر ان اعتبار الكيل والوزن من جهة لزوم الغرر فى صورة
عدمهما ، فاذا انتفى الغرر لم يشمله دليل لزوم الكيل والوزن .
(و يؤيد ذلك) الذى ذكرنا من عدم لزوم معرفة الوزن فى المسكوكات
وان كانت من الموزونات (جريان سيرة الناس) المتشعبة على المعاملة
بهما) اى بالدرهم والدينار (من دون معرفة اغلبهم بوزنها) والسيرة
متصلة الى زمان المعصوم .

فان النقود فى زمنهم عليهم السلام لم تكن معلومة الوزن لاغلب
الناس ، ومع ذلك لم يرد دليل يدل على لزوم الوزن ، بل كافوا
يتعاملون بهما بدون ردع من الائمة عليهم السلام ولا ارشاد منهم عليهم
السلام بل تقريرهم كما فى قصة الامام الباقر حيث امر بضرب السكة .
و من المعلوم : انه لو كان لا يجوز التعامل الا بمعرفة الوزن لكان
اللازم البيان ، فعدم الدليل دليل لعدم .

(نعم يعتبرون) الناس (فيهما) اى فى الدرهم والدينار (عدم
نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما) اى الوضع الذى قرره ضارب
السكة لهما عند وضع السكة .

من حيث تفاوت قيمتها بذلك ، فالنقص فيهما عند هم بمنزلة العيب .
 و من هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه عشا وخيانة ، و بهذا
 يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود ، و شبهها حيث ان نقصان
 الوزن لا يؤثر في قيمتها ، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه .
 و الى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمان ، قال

و انما يعتبرون عدم النقص (من حيث تفاوت قيمتها) اى المسكوكات
 (بذلك) النقص (فالنقص فيهما عند هم) اى عند الناس (بمنزلة العيب)
 فاذا كان وزن الدينار المتعارف مثقلا ، ثم كان انقص من ذلك كان
 معيبا .

نعم لا يبعد عدم اعتبار نقص قليل جدا ما يسببه التداول ، اذ
 التداول الكثير يوجب حك بعض الذهب .

(ومن هنا) الذى ان النقص عيب (لا يجوز اعطاء الناقص منهما) اى
 من الدرهم و الدينار (لكونه عشا وخيانة ، و بهذا) اى بعدم اعتبار
 النقص في الدرهم و الدينار (يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود
 و شبهها) من المسكوكات التى ليست ذهبا وفضة (حيث ان نقصان
 الوزن لا يؤثر في قيمتها) اى الفلوس (فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه)
 نقصا يتسامح بمثله و ذلك لان مالية الدرهم و الدينار بالوزن ، بخلاف
 الفلوس و نحوها فماليتهما بالسكة ، و هذا انما هو فى القديم ، اما فى
 الحال الحاضر فالغالب ان المالية للنقود الفضية ايضا بالسكة .

(و الى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمان ، قال

قلت: لابی عبدالله عليه السلام؛ اشترى الشئ بالدرهم، فاعطى الناقص الحبة والحببتين، قال عليه السلام: لاحتى تبينه، ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم الاوضاحية التى تكون عندنا عدا .
و بالجمله فاناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله، مدار الغرر الشخصى قريب فى الغاية الى ان الظاهر كونه مخالفا لكلمات الاصحاب فى موارد كثيرة .

قلت: لابی عبدالله عليه السلام، اشترى الشئ بالدرهم، فاعطى الدرهم (الناقص) بمقدار (الحبة والحببتين، قال عليه السلام: لاحتى تبينه) للآخذ (ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم الاوضاحية التى تكون عندنا عدا) اى ما كان اعتباره بالعد - لقيمة السكة - لا ما كان اعتباره بالوزن لعدم قيمة السكة .

و الدراهم الاوضاحية كانت دراهم مغشوشة، يتعامل الناس بها باعتبار السكة، لا باعتبار الوزن بخلاف الدراهم الفضية فان التعامل بها كان لاجل الوزن و لم يكن للسكة فيها اعتبار .

(و بالجمله فاناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله، مدار الغرر الشخصى)

فكلما وجد الغرر الشخصى لم يجز البيع بلاكيل او وزن .

و كلما لم يوجد الغرر الشخصى جاز البيع بدون الكيل والوزن (قريب فى الغاية الى ان الظاهر كونه) اى يكون المنط ذ لك) مخالفا لكلمات الاصحاب فى موارد كثيرة) بل ظاهراً ان الغرر اخذ على نحو الحكمة لا العلة .

.....
ثم ان الحكم فى المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل
و الموزون بلا خلاف ظاهر .

و يشير اليه بل يدل عليه تقرير الامام عليه السلام فى الرواية الآتية
المتضمنة لتجوز الكيل فى المعدود المتعذر عدّه .

و يظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلى المناقشة فى ذلك بل
الميل الى منعه .

و جواز بيع المعدود مشاهدة و يردّه رواية الجواز الآتية .

(ثم ان الحكم فى المعدود) كالجوز و البيض (و وجوب معرفة
العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلا خلاف ظاهر) فلا يجوز بيع البيض
اعتباطا بدون معرفة عدده .

(و يشير اليه) اى الى اعتبار العدد (بل يدل عليه تقرير الامام
عليه السلام فى الرواية الآتية المتضمنة لتجوز الكيل فى المعدود) الكثير
(المتعذر عدّه) فانه لولا اعتبار العدد لم يكن وجه للزوم الكيل فيما اذا
تعذر العدد .

(و يظهر من المحكى عن المحقق الاردبيلى المناقشة فى ذلك)
اى فى لزوم العد فى المعدود (بل الميل الى منعه) اى منع لزوم العد
(و جواز بيع المعدود مشاهدة) و ذلك لعدم الدليل فى المعدود
فيجوز الاخذ باطلاق عدم الاشتراط فيما اذا لم يكن غررا (و يردّه رواية
الجواز الآتية)

و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها باعدادها كالجزر و
 البيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب .
 وعدّ العلامة البطيخ والباذنجان فى المعدودات ، حيث قال فى
 شروط السلم من القواعد : ولا يكفى فى السلم وصحة العدفى
 المعدودات بل لابد من الوزن فى البطيخ والباذنجان والرمان وانما
 اكتفى بعدها فى البيع للمعاينة افتى .
 وقد صرح فى التذكرة بعدم الربا فى البطيخ والرمان اذا كان رطباً

(والمراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها باعدادها) جمع
 عدد (كالجزر والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب) فان مقدار
 المالية فى هذه الثلاثة لاتعرف بالعدد بل بالمشاهدة .
 (وعدّ العلامة البطيخ والباذنجان فى المعدودات حيث قال فى
 شروط السلم من القواعد : ولا يكفى فى السلم وصحة العدفى
 المعدودات) فيما اذا باعها سلماً .
 و بيع السلم هو ان يعطى المشتري الثمن لياخذ المثلث بعد مدة
 من الزمان (بل لابد من الوزن فى البطيخ والباذنجان والرمان)
 قال (وانما اكتفى بعدها) و جاز العدد بدون الوزن (فى البيع
 للمعاينة) اى لاجل كونها تشاهد ، فاذا فقدت المشاهدة - كما فى
 العلم - وجب التعيين بالوزن (انتهى) كلام العلامة .
 (وقد عرح فى التذكرة بعدم الربا فى البطيخ والرمان اذا كان
 رطباً) اى فاكهة مقابل ما اذا جفّ حبّ الرمان لاجل الامراق ويسمى

.....
 لعدم الوزن ، و ثبوته مع الجفاف ، بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و
 المشمش ايضا غير موزونة و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر احيانا
 بعدم الوزن ، فالظاهر ان تقدير المال عرفاني المذكورات بالوزن لا
 بالعدد كما في الجوز و البيض .

بالفارسية ((اناردان)) (لعدم الوزن) فانه لا يعتبر الوزن عرفانيهما ،
 لتعارف بيعهما - في زمن العلامة ((ره)) - عدا (و ثبوته) اي الوزن (مع
 الجفاف) في حب الرمان و في البطيخ ايضا ، فانه يتعارف في بعض
 البلاد تجفيف البطيخ ايضا (بل يظهر منه) اي من العلامة (كـ
 القثاء) بالفارسية ((خيار)) (و الخوخ و المشمش ايضا غير موزونة ، وكل
 ذلك) اي عدم اعتبار الوزن في الامثلة التي ذكرها العلامة (محل تأمل
 لحصول الغرر احيانا بعدم الوزن ، فالظاهر) عند الشيخ ((ره)) (ان
 تقدير المال عرفاني المذكورات) في كلام العلامة (بالوزن لا بالعدد كما)
 ان التقدير بالعدد (في الجوز و البيض) لكن الظاهر ، الاعتبار بالبلد
 الذي يباع فيه كما ذكره في باب الربا .

و الغرر الجزئي مثل الغرر في الجوز و البيض غير مانع و لو شك
 في لزوم الوزن فالاصل عدم لاطلاق : احل الله البيع .

قربها جدا

—————

سيصدر الجزء التاسع من الكتاب والقسم

السادس من البيع انشاء الله تعالى .

الناشر

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٢
الصورة الاولى من جواز بيع الوقف	٣
الصورة الثانية من جواز بيع الوقف	٣٢
الصورة الثالثة من جواز بيع الوقف	٤٧
الصورة الرابعة من جواز بيع الوقف	٥٠
الصورة الخامسة من جواز بيع الوقف	٦٢
الصورة السادسة من جواز بيع الوقف	٦٤
الصورة السابعة من جواز بيع الوقف	٧٥
الصورة الثامنة من جواز بيع الوقف	٧٦
الصورة التاسعة والعاشرة من جواز بيع الوقف	٧٧
فى عدم جواز بيع ام الولد	١٣٠
فى معنى ام الولد	١٣٩
فى الموارد القابلة لاستثناء بيع ام الولد	١٥٥
فى الموارد المستثناة من عدم جواز بيع ام الولد	١٧٩

الصفحةالموضوع

٢٥٢		فى اسباب خروج الملك عن كونه طلقاً
٢٩٣		فى ما اذا جنى العبد عمد ايجوز بيعه
٣٠٤		فى ما اذا جنى العبد خطأ١ يجوز بيعه
٣١٣		فى ان القدرة على التسليم شرط فى العوضين
٣٥٣		فى ثمره التردد بين شرطية الشئ ومانعية مقابله
٣٨١		فى جواز بيع العبد الآبق منفرداً
٣٩٨		فى جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة
٤١٠		فى اشتراط العلم بمقدار الثمن
٤١٩		فى اشتراط العلم بمقدار الثمن
٤٣٩		محتويات الكتاب