

آية الله العظام
أبا الحسن محمد الحسيني البهارى
دام شره

إِحْسَانُ الظَّالِمِ

إِلَى الْمُكَاوِتِ

شرح ملخص بحسب الكتاب، يعرض حكمه في كل الأئمة
وابدأه مقاصده فليجاز وتوسيع

مكتبة الإيمان
الدار الشفاعة



a32101



007371758b

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

DUE JUN 15, 1995

All
8-81.

Shirazi, Muhammad al-Mahdi al-Husayni

آية الله العجاد

أحْمَاجُ الرَّئِيْسِيْدِ مُحَمَّدِ الْحَسَيْنِيِّ الشَّهِيرِ ازِيْ
دَامَ ظِلْلَهُ

ايصال الطالب إِيْصَالُ الطَّالِبِ

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابداً مقاصده في ايجاز وتوضيح .

القسم الخامس من كتاب البيع

(Arab)

HC499

Z9P773

1970

Jur'9

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآلـه الطـاهريـن و
لعنة الله على اعدائهم اجمعـين .

وبعـد فـهـذـا هـوـ الـقـسـمـ الـخـامـسـ مـنـ الـبـيـعـ
(ايـصالـ الطـالـبـ) فـى شـرـحـ الـكـتـابـ (المـكـاـسـبـ) لـلـشـيـخـ الفـدـآـيـةـ اللـهـ
الـشـيـخـ مـرـتضـىـ الـانـصـارـىـ قـدـسـ سـرـهـ وـ يـشـرـعـ فـىـ صـورـ جـواـزـ بـيـعـ الـوقـفـ .
كـتـبـتـهـ عـسـىـ أـنـ يـسـتـفـيدـ بـهـ الـمـبـدـىـ .
وـ جـعـلـهـ اللـهـ ذـخـراـ لـيـومـ فـاقـتـىـ .

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى كربلاء المقدسة

صور جواز البيع

اذ اعرفت جميع ما ذكرناه اعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور
الاولى : ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
كالحيوان المذبوح ، والجذع البالى ، والحصير الخلق .
والاقوى جواز بيعه ، وفأقال من عرفت من تقدم نقل كلماته —
لعدم جريان ادلة المنع .
اما الاجتماع ، فواضح .

(اذا عرفت جميع ماذكرنا) حول ان اى وقف يباع ، واى وقف لا يباع (فاعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صورا

الصورة (الاولى) : ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع
بقاء عينه) وانما يمكن الانتفاع به اذا بدل الى غيره (كالحيوان المذبح)
الذى كان وقفا ، ثم ذبح ، فانه لا يمكن الانتفاع بعينه ، وانما يمكن
الانتفاع به اذا بيع ، واشترى بثمنه حيوان حتى (والجذع البالى ، و
الحصير الخلق) وما اشبه ذلك ، كالأجر القديم الذى لا ينتفع به فى البناء
(والاقوى جواز بيعه ، وفأقالمن عرفت من تقدم نقل كلماتهم)
وانما يجوز بيعه (لعدم جريان ادلة المنع) عن بيع الوقف لل مقام
(اما) عدم جريان (الاجماع ، فواضح) اذ : المشهور ذهبوا الى
جواز البيع .

(وأما قوله عليه السلام (لا يجوز شراء الوقف، فلانصرافه الى غير هذه الحالة) اذ : المتفاهم عرفا من هذه العبارة : ان الوقف ليس

ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

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

وليس منها عدم بيعه ، بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر في 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) اي في باب عدم الانتفاع بالوقف (لانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف) يعني : ان الوقف يكون على الكيفية التي وقفها صاحب الملك ، فان وقفه مسجد او مدرسة او حسينية ، فلا يتغير عن الكيفية الموقوفة ، كان ينقلب المسجد مدرسة ، او بالعكس ، ولا ربط للعبارة بالبقاء للوقوف حتى ينافي البيع للعبارة .

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

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

للاتفاق على انه لا فرق بين ذكره فيه ، و تركه ، وقد تقدم ذلك .
و تضييف قول من قال ببطلان العقد اذا حكم بجواز بيعه .
ولو سلم ان المأمور في الوقف ابقاء العين ، فانما هو مأمور فيه
من حيث كون

هو من احكام الملك ، سواء ذكره البائع ، او لم يذكره
وانماقنا : بان ذكر عدم جواز البيع في عقد الوقف لا يوجب دخوله
في مفهوم الوقف (للاتفاق على انه لا فرق بين ذكره) اى عدم البيع (فيه)
اى في الوقف (وتركه) فانه من الاحكام (وقد تقدم ذلك) و انه لا فرق
بين الذكر والترك .

(و) تقدم (تضييف قول من قال ببطلان العقد) اى عقد الوقف
(اذا حكم بجواز بيعه) لانه راي تنافيابين جواز البيع ، وبين حقيقة
الوقف .

قال : فاذ اجاز البيع دل ذلك على بطلان الوقف ، وقد ردناه
هناك .

اذ عدم جواز البيع من احكام الوقف ، لامن حقيقة الوقف ، فكمانه
اذ اقلنا : بعدم جواز بيع المشتري لما اشتراه لم يكن ذلك ينافي حقيقة
البيع ، كذلك اذ اقلنا : بجواز بيع الوقف لم يكن ذلك ينافي حقيقة الوقف
(ولو سلم ان المأمور في الوقف ابقاء العين) بحيث يكون ابقاء
العين داخل في مفهوم الوقف ، لانه حكم من احكام الوقف - كما اخترناه -
(فانما هو اى ابقاء العين (مأمور فيه) اى في الوقف (من حيث كون

٦ ا يصل الطالب الى المكاسب - البيع

المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين ، والمفروض تعذرها هنا .
والحاصل : ان جواز بيعه هناء غير مناف لمقصده الواقع في وقفه
 فهو ملك للبطون ، يجوز لهم البيع اذا اجتمع اذن البطن الموجود ، مع
أولياء سائر البطون ، وهو الحاكم او المحتولى .
والحاصل : ان الامر دائير بين تعطيله ، حتى يتلف بنفسه ، وبين
انتفاع البطن الموجود به بالاتفاق و بين

المقصود) بالوقف (انتفاع البطون به) اى بالوقف (مع بقاء العين) لامن
حيث ان بقاء العين من مقومات الوقف (والمفروض تعذرها) اى انتفاع
البطون (هنا) فيما اذا لم يكن الوقف قابلا للانتفاع ، فاذ انتفت العلة
اى جهة انتفاع البطون ، انتفى المعلول اى بقاء العين .
(والحاصل : ان جواز بيعه هنا) اى في صورة عدم الانتفاع
باليدين (غير مناف لمقصده الواقع في وقفه) اذ : قصد الواقع البقاء
مادام ينتفع به (فهو) اى الموقوف (ملك للبطون ، يجوز لهم البيع اذا
اجتمع اذن البطن الموجود ، مع) اذن (اولياء سائر البطون) التي لم
توجد بعد (وهو الحاكم او المحتولى)

وهذا الكلام تقرير انه لا ينافي الوقف للبيع اذا سقط عن الانتفاع
لان المنافي ان كان الشرع ، فقد عرفت عدم شمول الا دلة ، وان كان
جعل الواقع ، فقد عرفت ان الواقع يريد الوقف مادام الانتفاع .
(والحاصل : ان الامر دائير بين تعطيله ، حتى يتلف بنفسه ، و
بين انتفاع البطن الموجود به بالاتفاق) بان يبيعه و يأكل ثمنه (و بين

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....
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 في ضمن وجوب العمل بمقتضى
الوقف ، وهو انتفاع جميع البطون بعينه وقد ارتفع قطعا ، فلا يبقى
ما كان في ضمنه .

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

(والاول) اي تعطيله حتى يتلف (تضييع مناف لحق الله وحق
الواقف ، وحق الموقوف عليه) لأن الله لا يحب فساد المال ، والواقف
يريد انتفاع البطون ، والبطون لهم حق في الوقف .

(وبه) اي بكونه تضييع مناف للحقوق الثلاثة (يندفع استصحاب
المنع) فلا يقال : انه كان من نوع البيع ، فاذاشكنا في انه هل جاز بيعه
ام لا ؟ كان الاصل بقاء المنع .

وانما يندفع لأن التضييع حرام ، فهو كالدليل الذي اذ جاء لم
يكن مجال للالصل .

(مضافا الى) ان الاستصحاب بنفسه لا يجري لعدم بقاء الموضوع
السابق ، لـ (كون المنع السابق) عن البيع انما كان (في ضمن وجوب
العمل بمقتضى الوقف ، وهو) اي مقتضى الوقف (انتفاع جميع البطون
بعينه) اي عين الوقف (وقد ارتفع) انتفاع جميع البطون (قطعا) لما
عرفت : من انه آهل الى الخراب وعدم الانتفاع اصلا (فلا يبقى ما كان في ضمنه)

٨ ا يصل الطالب الى المكاسب - البيع

واما الثاني : فمع منافاته لحق سائر البطون ، يستلزم جواز بيع البطن
الاول .

اذ : لا فرق بين اطلاقه ، و نقله .

والثالث : هو المطلوب .

نعم : يمكن ان يقال : اذا كان الوقف مملا يبقى بحسب استعداده
العادى الى آخر البطون ، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم ،
فيneathى

اى في ضمن وجوب العمل ، ومصداق ((ما)) المنع عن البيع .

والحاصل : ان المنوع ، هو بيع لما ينتفع به البطون ، وانتفاع
البطون قد زال ، فالمنع يزول ، فلامجال لاستصحاب المنع .

(واما الثاني) و هو انتفاع البطن الموجود به بالاطلاق (فمع منافاته
لحق سائر البطون ، يستلزم جواز بيع البطن الاول) فثبتت جواز البيع
في الجملة .

اذ : لا فرق بين اطلاقه ، و بين (نقله) .

(والثالث) و هو تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل (هو المطلوب)
فثبتت جواز البيع والتبديل .

(نعم : يمكن ان يقال) لوجه عدم وجوب التبديل (اذا كان الوقف
مملا يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون) كالدار ، فان
البناء لا يبقى لبطون متعددة (فلا وجه لمراعاتهم) اي البطون (بتبدلهم بما
يبقى لهم) بان تباع اذا آلت الى الخراب ، وتشترى مكانها دارا اخرى - مثلا (فيneathى)

الصورة الاولي من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

ملكه الى من ادرك آخر ازمنة بقائه ، فتأمل .

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

وماذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود ، وفأقالمن تقدم ممّن يظهر

ملكه) اي ملك الوقف للبطون (الى من ادرك آخر ازمنة بقائه) كالبطن الثالث مثلاً .

وعليه فلاحق للبطن الرابع من اول الامر (فتامل) فانه اذا كان كذلك ، يلزم عدم ابدية اي وقف ، وهذا خلاف ما التاموا عليه ولا يخفى : ان هذا الكلام مما يؤيد ما ذكرناه سابقاً من : ان الملكية للواقف ليست بحيث تشمل الملك الى الابد .

وربما يؤيد هذا بما اذا وقف لسكنى اولاده و اولاد اولاده و هكذا فان الجيل الثالث البالغ عددهم خمسين مثلاً يمكن سكتاهم فيه ، فالامر دائر بين البيع و تقسيم الثمن بينهم ، وبين ايجار قسم من الباقيين .

والثانى خلاف ظاهر كلام الواقف فلا يبقى الا الاول ، فتأمل .

(وكيف كان ، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة ، فلا وجہ

لترخيص البطن الموجود في اتلافه) فاللازم جواز بيعه و تبدلاته .

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

ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

.....
منه ذلك كالاسكافى ، والعلامة ، ولده ، والشهيدين ، والمحقق
الثانى ، وحکى عن التقىج ، والمقتصر ، وجمع الفائدة لاقتنـا
البدلية ذلك .

فإن البيع اذا كان ملكاً للموجودين بالفعل ، وللمعدومين بالقوة
كان الثمن كذلك فإن الملكية اعتبار عرفي او شرعى يلاحظها المعتبر عند
تحقق اسبابها .

فكمما ان الموجود مالك لفعلاماً دام موجوداً بتمثيل الواقع، فذلك المعدوم

منه ذلك) اي حق البطون في الثمن (كالاسكافى ، والعلامة ، ولده ،
والشهيدين ، والمحقق الثنـى ، وحکى عن التقىج ، والمقتصر ، و
جمع الفائدة لاقتنـا البدلية) اي بدلية الثمن للوقف (ذلك) اي عدم
اختصاصه للبطن الموجود فقط .

(فان البيع) اي الوقف (اذا كان ملكاً للموجودين بالفعل ، و
للمعدومين بالقوة) بمعنى ان اي منهم صار موجوداً كان له حق في الوقف
(كان الثمن كذلك) للكل بالنسبة (فان الملكية اعتبار عرفي او شرعى)
بان الغى الشارع الاعتبار العرفي ، واسس تأسيساً جديداً (يلاحظها)
اي الملكية (المعتبر) المضى اعتباره (عند تحقق اسبابها) التي هي
أسباب بنظر المعتبر .

(فكمما ان) البطن (الموجود مالك له) اي للوقف (فعلاماً دام) البطن
(موجوداً بتمثيل الواقع) للبطن (كذلك) البطن (المعدوم مالك له)

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....

شأنها بمقتضى تمليلك الواقع .

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

و دعوى : ان الملك الشأنى ليس شيئاً محققاً موجوداً .

يكذب بها انشاء الواقع له كأن شائه لملك الموجود فلو جاز ان تخرج

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

شأنها بمقتضى تمليلك الواقع) .

(و) ان قلت : كيف يعقل الملك للمعدوم .

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

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

اعتباره ، والاعتبار يمكن تعلقه بالموجود وبالمعدوم .

الاترى انك تقول : التناقض محال ، فتحمل المحالية على التناقض .

مع ان احد طرفيه معدوم والا لزم وجود المتناقضين .

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

عليه اثر حتى يقولوا ان الثمن ملك للمعدوم ، كونه ملكاً للموجود .

(يكذب بها) اي يكذب هذه الدعوى (انشاء الواقع له كأن شائه لملك)

البطن (الموجود)

ولا يعقل انشاء العدم اي ان المنشاء بعد انشاء يوجد في عالم

الاعتبار ، كما ان المخلوق بعد الايجاد يوجد في عالم الموجودات (فلو

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

المشتري (بعوض) يتصرف بذلك العوض بأنه (لا يدخل في ملك المعدوم

..... على نهج دخول المعرض ، جاز ان تخرج بعوض ، لا يدخل في ملك
الموجود .

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

على نهج دخول المعرض) اي ان دخوله شأنى كما ان دخول اهل
الوقف كان شأنيا (جاز ان تخرج) العين (ب) مقابل (عوض ، لا يدخل)
ذلك العوض (في ملك) البطن (الموجود) .
فكم انكم تقولون ان العوض يدخل في ملك الموجود ، لانه عوض وقف
لهم ، كذلك يلزم ان تقولوا ان العوض يدخل في ملك البطن المعدوم
لأنه عوض وقف لهم .

(واليه) اي الى قولنا : فلو جاز ، الخ (اشار الشهيد قدس سره
في الفرع الآتي ، حيث قال : انه يعنى الثمن صار مملوكا) لكل البطن
(على حد الملك الاول) اي نفس الموقوفة (اذ يستحيل ان يملك) الثمن
(لا على حده) اي لا على النحو الذي كان الاصل مملوكا ، اذ : هذا بدل وكل
بدل حكم المبدل (خلافا ظاهرا بعض العبارت المتقدمة) كعبارة الغيد
والانتصار ، حيث ان ظاهر هما ان الثمن ملك للموجودين فقط .

(واختاره المحقق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول)
حيث ان العبد الموقوف لجماعة اذ اقتل كانت ديته لا ولئك الجماعة ، وقد

الصورة الاولى من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

و لعل وجهه ان الوقف ، ملك للبطن الموجود ، غاية الامر تتعلق
حق البطنون 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 ترتيب جميع اللوازم اذ : لاعموم لفظيـا
يقتضى البدلية والتنزيل .

افتى المحقق بانه للبطن الاول الموجودين ، لا للكل البطنون .
(ولعل وجهه) اي وجہ اختصاص الموجودین بثمن الوقف (ان
الوقف ، ملك للبطن الموجود ، غاية الامر تتعلق حق البطنون اللاحقة)
اما انه ملك للبطن الموجود ، فلانه لا يمكن ملك المعدوم .
واما انه متعلق لحق البطنون ، فلان الواقع جعله كذلك ، و
الشارع امضى اعتبار الواقع (فاذا فرض جواز بيعه ، انتقل الثمن الى من
هو مالك له فعلا) .

(و) ان قلت : فكيف صار حق البطنون .

قلت : (لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن) ايضا (و
لا دليل عليه) اي على التلازم المذكور .

(ومجرد البدلية) للثمن (لا يوجب ترتيب جميع اللوازم) كما ان التحمس
بدل عن الزكوة ، ولا يترب عليه جميع اللوازم المتربة على الزكوة (اذ :
لا عموم لفظيا يقتضى البدلية) حتى نقول : بان العموم ظاهر في ترتيب
جميع الآثار (و) عموم (التنزيل) حتى في تعلق حق البطنون .

بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك
وفيه أن ما ينقل إلى المشتري أن كان هو الاختصاص الموقت
الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع - بعد انعدام البطن
السابق - إلى البطن اللاحق، فلا يملأه المشتري ملكاً مستمراً، وإن كان
هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون
الابثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو المثلث

(بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك)
هذا غاية ما يمكن أن يوجه به قول القائل بأن الثمن للبطن الموجود
فقط .

(وفيه أن ما ينقل) لعين الوقف (إلى المشتري) فيما باعه البطن
الموجود (إن 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 الذي هو منتهي عمر
البطن الموجود (لزم منه رجوع) الوقف (المبيع - بعد انعدام البطن
السابق -) بالموت (إلى البطن اللاحق)، فلا يملأه المشتري ملكاً مستمراً
بل يملأه مدة عمر البطن البائع فقط (وإن كان) النقل إلى المشتري
هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل كسائر الأعيان
المبيعة حتى يصبح الوقف ملكاً للمشتري (فهو) أي النقل هكذا (لا يكون
الابثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له) أي للوقف .
وعلى هذا (فالثمن لهم) أي للبطون (على نحو المثلث)

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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

فكمما ان في المثلث اختصاص للبطن الموجود و اختصاص للبطن المستقبل

كذلك الثمن يكون له اختصاصان ولا يحق للبطن الموجود الاستئثار

به لأن فيه حالات غيره ايضا .

(ومعاذ كرنا) من أن نقل جميع الاختصاصات يوجب تعلق حق البطون بالثمن ايضا (تعرف ان اشتراك البطون في الثمن) للوقف (اولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول) الذي كان وقف الجماعة (حيث انه اى الثمن الذي هوية (بدل شرعى) ف (يكون الحكم به) اى بكونه للبطون (متاخرا عن تلف الوقف) اذ : الشارع حكم بأنه اذا مات العبد تعلقت ديته بذمة القاتل فمرتبة الديمة متاخرة عن مرتبة العبد (فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة اليه) اى الى ثمن العبد الذي هو الديمة (بخلاف الثمن) في بيع الوقف (فانه يملكه من يملكه) اى يملك الثمن من يكون مالك الوقف (بنفس خروج الوقف عن ملكهم) خروجا (على وجه المعاوضة الحقيقة) فاذا ذهب المثلث جاء الثمن بنفس ذهاب المثلث ، بخلاف العبد المقتول ، فان حكم الشارع بالديمة فاصل بين قتل العبد وبين تعلق الديمة بذمة القاتل .

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض .
 ومن هنا اتضحت ايضا ، ان هذا اولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا ، لأن حق الرهنية متعلق بالعين ، من حيث انه ملك لمالكه الاول ، فجاز ان يرتفع الى بدل بارتفاع ملكية المالك الاول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود ، بل اختصاص موقت .

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

كمالا و ان كتاب زيد ، كان رهنا عند عمرو ، فباع الكتاب بقلم ، فان القلم يكون رهنا عند عمرو ايضا ، فاذا كان بدل الرهن متعلقا بالحق المرتهن كان بدل الوقف متعلقا للبطنون بطريق اولى .

وجه الا ولوية (لأن حق الرهنية متعلق بالعين ، من حيث انه ملك لمالكه الاول) وهو الذي رهن الكتاب (فجاز ان يرتفع) حق الرهن (الى بدل بارتفاع ملكية المالك الاول) فلا يكون بدل له رهنا (بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم) في باب الوقف (فإنه) اي الاختصاص (ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود ، بل اختصاص موقت)

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....

نظير اختصاص البطن الموجود منشأه بانشائه مقارن له بحسب
الجعل متاخر عنده في الوجود .

وقد تبين معاذينا : ان الثمن حكم حكم الوقف في كونه ملكاً الجميع
البطون على ترتيبهم فان كان ما يمكن ان يبقى وينتفع منه البطون على
نحو العدل وكانت مصلحة البطون في بقائه

بم歸 البطن المعدوم .

(نظير اختصاص) الوقف ب (البطن الموجود منشأ) هذا الاختصاص
للبطن المعدوم (بانشائه) اي بنفس الانشاء الحاصل للبطن الموجود
(مقارن) ذلك الاختصاص للمعدوم (له) اي الاختصاص الحاصل
للموجود (بحسب الجعل) الواقعى الذى امضاه الشارع ، اذ : الواقع
انشاء انشاء واحداً لهما (متاخر) الاختصاص للمعدوم (عنه) اي عن
الاختصاص للموجود (في الوجود)

وعليه : يكون بدل الوقف اولى بالحكم ، من بدل الرهن ، فاذاقتنا
بان بدل الرهن يكون متعلقاً الحق المرتهن ، يكون بدل الوقف اولى
بكونه متعلقاً الحق اللاحق للمعدوم حالاً .

(وقد تبين معاذينا) في وجه الاشكال على كلام المحقق (ان الثمن)
للوقف (حكم حكم الوقف في كونه ملكاً الجميع البطون على ترتيبهم)
فالبطن الاول ، مقدم على الثاني ، والثاني مقدم على الثالث ، وهكذا
(فان كان) البدل (ما يمكن ان يبقى وينتفع منه البطون على نحو العدل)
كان كان بدل الدار الموقوفة بدار اخرى (وكانت مصلحة البطون في بقائه)

ابقى والآبدل مكانه ما هو اصلاح .

و من هنا ظهر : عدم الحاجة الى صيغة الوقف في البدل ، بل نفس البدلية يقتضي كونه كالبدل .

ولذا علل الشهيد في غاية المراد بقوله : لانه صار ملوكا على حد

الملك الاول .

اذ يستحيل ان يملك لاعلى حدّه .

ثم ان

ابقى) - بالمجھول - اى ابقى البدل (والآبدل مكانه) اى مكان البدل (ما هو اصلاح) وهكذا .

(ومن هنا) الذى ذكرنا ، ان البدل محکوم بجميع احكام الوقف ، بمجرد كونه بدلا (ظهر : عدم الحاجة الى صيغة الوقف في البدل ، بل نفس البدلية يقتضي كونه) اى البدل - في كونه وقا - (كالبدل) .

(ولذا) الذى انه كالبدل في جميع الامور (عله) اى عدم الاحتياج الى صيغة الوقف (الشهيد في غاية المراد بقوله : لانه) اى البدل (صار ملوكا) للموقوف عليهم (على حد الملك الاول) اى مثل ملكهم لا يصل 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 من نوع التصرف فيه ، ولو تبدلا إلى اصلاح ، كاصل الوقف ، كما ان مقتضاها ايضا ان لا يجوز التبديل من الاصل الى البدل الا بالعمايل مع الامكان ، فالدار تبدل بالدارون كان

الصورة الاولى من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

هذا العين حيث صارت ملكا للبطون ، فلهم ، 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 منوعا عن بيعه ، الاعذر ، لأن ذلك كان حكما
من احكام الوقف الابتدائى .

وبدل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون ، فلا يتترتب عليه
جميع احكام الوقف الابتدائى .

الحمام والدكان اصلاح ، وانفع مثلا .

و منه يظهر الاشكال فيما اختاره الشيخ ره بقوله : ان (هذا العين
او البديل (حيث صارت ملكا للبطون ، فلهم ، او لوليهم) اذا كان لهم
ولى (ان ينظر فيه ، ويتصرف فيه) او في البديل (بحسب مصلحة جميع
البطون ، ولو بالابدال) لهذا البديل (بعين اخرى اصلاح لهم) من
البدل الاول (بل قد يجب) على الولى ابدال البديل ببدل آخر (اذا
كان تركه) او ترك البديل (يعد تضييعا للحقوق)

كما اذا كان ايجار البديل مائة ولو بدل كان ايجاره خمس مائة .

(وليس) البديل (مثل الاصل) او اصل الوقف (منوعا عن بيعه ،
الاعذر) حتى لا يجوز تبديله بالاصلاح (لأن ذلك) او عدم جواز التبديل
(كان حكما من احكام الوقف الابتدائى) مقابل الوقف البديل .

(وبدل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون) فقط لا في جميع
احكام الوقف (فلا يتترتب عليه) او على البديل (جميع احكام الوقف الابتدائى)

و ماذا كرنا ايضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة ، والارشاد ، و جامع المقاصد ، و التقىح و المقتصر ، و مجمع الفائدة ، بل قد لا يجوز ، اذا كان غيره اصلح لان الثمن اذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين ، فاللازم ملاحظة مصلحتهم ، خلافاً للعلامة ، و ولده ، و الشهيد ، و جماعة ، فاوجبوا المماثلة مع الامكان لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف .

وفيه : مع عدم انضباط غرض الواقف اذا قد يتعلق غرضه بكون الموقوف

و قد عرفت الاشكال في هذا الكلام .

(وماذا كرنا) من ان البديل ليس محكماً بحكم اصل الوقف (ايضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة ، والارشاد و جامع المقاصد ، و التقىح ، و المقتصر ، و مجمع الفائدة ، بل قد لا يجوز) شراء المماثل (اذا كان غيره) اي غير المماثل (اصلح) لان المماثل حينئذ يكون تفضيغاً .

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

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

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

عيتا خاصة، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيناً من دون تعلّق
غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمنته، كما لو وقف
بستانالينتفوأبثرته، فبيعه، فدارالاً مربين أن يشتري بثمنه بستانافى
موضع لا يصل اليهم الاقية الشمرة، وبين أن يشتري ملكاً آخر تصل اليهم
اجرة منفعته.

فإن الاول وإن كان مماثلاً، إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف
انه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنما اللازم ملاحظة
مدلول كلام في إنشاء الوقف

عيناً خاصة) كالدار مثلاً، فاللازم المعايير (وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف
مقداراً معيناً من دون تعلّق غرض بالعين) كما لو كان غرضه الانتفاع بالف
دينار كل سنة، وشتري الدكان أولاهذه الغرض، ثم صار الدكان لا ينفع
بهذا القدر، وإنما نفع الحمام ألف دينار مثلاً (وقد يكون الغرض خصوص
الانتفاع بثمنته) من غير نظر إلى العين، ولا إلى مقدارالايجار (كما لو
وقف بستانالينتفوأبثرته، فبيعه) البستان لاحدمجوزات البيع (فدار
الاً مربين أن يشتري ملكاً آخر تصل اليهم اجرة منفعته) كالدار التي تتجزء.
(فإن الاول) اي البستان (وان كان مماثلاً، إلا أنه ليس أقرب إلى

غرض الواقف) اذ : غرضه الشمرة، وهو لا يحصل في اي منها (انه)
مبتدء لقوله ((وفيه)) (لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده
إنما اللازم ملاحظة مدلول كلام في إنشاء الوقف) حتى تتبع اللفظ في

ليجري الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها .

فالحاصل : ان الوقف مادام موجود بشخصه ، لا يلاحظ فيه الا مدلو ل كلام الواقع و اذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم هذا ، قال العلامة في محكى التذكرة كل مورد جوزنا ببيع الوقف ، فإنه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف ، فان امكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان اولى ، والا جاز شراء كل ما يصح وقفه ، و الا

اشتراء البديل (ليجري الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) فاذا لم يكن ل كلام دلالة خاصة ، كان البديل مطلقا ، فاللازم اشتراء الاصل ، وان لم يكن هناك اصل جاز كل واحد من الا بدال .

(فالحاصل : ان الوقف مادام موجود بشخصه ، لا يلاحظ فيه الا مدلو ل كلام الواقع) في انه يجب ان يبقى ، كما قال الواقع (و اذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم) وقد عرفت ان البديل بحكم كونه كالاصل يجب ان يتبع فيه كلام الواقع ايضا .

اللهم الا ان يقال : ان اللازم ملاحظة قصد الواقع عرفا ، من جهة ملاحظة الموقوف عليهم ، لأن دليل الواقع والتبدل لا يستفاد منها اكثر من ملاحظة قصد الواقع (هذا قال العلامة في محكى التذكرة كل مورد جوزنا ببيع الوقف ، فإنه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف ، فان امكن شراء مثل تلك العين) الموقفة (مما ينتفع به كان اولى ، والا جاز شراء كل ما يصح وقفه ، و الا) يمكن شراء كل ما يصح وقفه لأن الثمن كان قليلا

الصورة الاولى من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

صرف الثمن الى الموقوف عليه ، يعمل فيه ماشاء ، لأن فيه جماعيين
التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النص
الدال على عدم جواز مخالفه الواقف ، حيث شرط التأييد ، فاذالميمكن
التأييد بحسب الشخص ، وامكن بحسب النوع ، وجب لانه موافق لغرض
الواقف ، وداخل تحت الاول الذي وقع العقد عليه

و مراعاة الخصوصية الكلية يفضى الى فوات الغرض باجمعه

جداً اوان الوقف كان معرض للسيطرة عليه ، من قبل الظالم ، او ما اشبه
(صرف الثمن الى الموقوف عليه ، ي العمل فيه ماشاء) كسائر امواله (لان فيه)
اى في الترتيب الذي ذكرناه من المماطل وغير المماطل ، والصرف في
مصلحة الموقوف عليه (جماعيين التوصل الى غرض الواقف من نفع
الموقوف عليه على الدوام ، وبين النص الدال على عدم جواز مخالفه
الواقف ، حيث شرط التأييد) وبين الغرض الخاص للواقف في كون
الموقوفة شيئاً خاصاً ، كالدار والبستان مثلاً (فاذالم يمكن التأييد بحسب
الشخص ، وامكن بحسب النوع ، وجب) فان امكن بحسب الصنف
كالدار بدل عن الدار ، كان مقدماً ، والا فالدار تبدل بالبستان مثلاً
(لانه موافق لغرض الواقف) فان غرضه من باب تعدد المطلوب (داخل)
البدل (تحت) الوقف (الاول الذي وقع العقد) اي عقد الوقف (عليه)
(و) اذا ردنا (مراعاة الخصوصية الكلية) لا مراعاة الكلية بما هي
كلية ، بل قلنا : ان اللازم بقاء العين ، والافلا بدله لها فان ذلك
(يفضى) وينتهي (الى فوات الغرض باجمعه) و هذا اخلاف تعدد

و لان 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 كقيمة الموقوف اذا اختلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى ، انتهى .
ولا يخفى عليك موقع الرد و القبول في كلامه ره

المطلوب الظاهر من حالة الواقعين المشمول لقوله صلى الله عليه وآله
 وسلم الوقف الخ .

(و لان قصر الثمن على البايعين) بان يتصرفوا فيه (يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق) الذى قرر الواقف لهم (بغير وجه)
اذا : لا وجه لاخراج البطون من الاستحقاق شرعا ، ولا عقلا (مع)
اى الحال (انهم) اى البطون اللاحقة (يستحقون من الوقف كما
يستحق البطن الاول)

(وتعذر وجودهم حال الوقف) اى عدمهم لا يوجب سقوط حكم
اذا : الحق لا يناظر بالوجود لا شرعا ولا عرفا .

(وقال بعض علمائنا ، والشافعية : ان ثمن الوقف) اذا بيع (كقيمة الموقوف اذا اختلف) اذا اختلفه مختلف حيث يجب عليه دفع القيمة اى ان الثمن والقيمة كلها معا في حال واحد (فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى) لكنه عند ناعير مختار لمعرفت من الدليل (انتهى) كلام العلامة
(ولا يخفى عليك موقع الرد و القبول في كلامه ره) فمن موقع الرد

الصورة الاولى من الصور التي 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 المنصب لمعظم
الامور الراجعة الى الوقف .

الا ان يقال : بعدم انصراف وظيفته المجعلة من قبل الواقف الى
التصرف في نفس العين

على مذاق المصنف ره — قوله فان امكن شراء مثل تلك العين الخ ،
اذ : لا يجب شراء المثل عند المصنف ، و قوله : والاجاز شراء كل ما يصح

الخ اذ لابد من شراء الاصلح ، و قوله : فاذ لم يمكن الخ فان المصنف لا يعتبر امكان
التبييد ، اما موقع القبول ، فسائر الاحكام التي ذكرها يوافق المصنف ره عليهم ما

(ثم ان المتولى للبيع ، هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم
من قبل سائر البطون) فان الحاكم قيم على ما لاقيم له .

(ويحتمل ان يكون هذا الى الناظر للوقف (ان كان) للوقف ناظر
من قبل الواقف (لانه المنصب لمعظم الامور الراجعة الى الوقف)

و انما قال : معظم الامور ، لان بعض الامور الاخر راجعة الى
البطون ، و اذا لم يكن للوقف ناظر تصل التوبة الى الحاكم .

(الا ان يقال) في وجه عدم توليه (بعدم انصراف وظيفته المجعلة
من قبل الواقف الى التصرف في نفس العين) بالبيع وما اشبه .

وعليه : فلاحق للناظر في بيع العين ، و انما له حق في تصدّى
الشئون المرتبطة بالعين مادامت العين موجودة .

والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف .

ويحتمل بقائهما التعلق حقه بالعين الموقوفة ، فيتعلق ببدلها .
ثم انه لو لم يمكن شراء بدلها ولم يكن الثمن مما ينفع به مع بقاء عينيه
كالنقدين ، فلا يجوز دفعه الى البطن الموجود ، لما عرفت من كونه
كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون .

و حينئذ فيوضع عند امين ، حتى يتمكن من شراء ما

(والظاهر) لدى المصنف (سقوط نظارته) اى نظارة الناظر
المجوعة من قبل الواقف (عن بدل الوقف) لأن النظارة كانت على العين
لا على البدل .

(ويحتمل بقائهما) اى النظارة (لتتعلق حقه) اى الناظر (بالعين
الموقوفة ، فيتعلق ببدلها) لأن بدل العين في حكم العين من جميع
الجهات ، الا ما خرج بالدليل ، وليس النظارة خارجة بدليل .

(ثم انه لو لم يمكن شراء بدلها فيما اذا باع الوقف (ولم يكن الثمن
ما ينفع به مع بقاء عينيه) اذلو امكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كمالوكان
الثمن شاة مثلاً وجب الابقاء ، لانه اقرب الى مقصد الواقف (النقدين)
فيما لم يكن اجراته الانتفاع المستأجر من بقائهما عند مثلاً (فلا يجوز دفعه)
اى الثمن (إلى البطن الموجود) يتصرف فيه كما يشاء (لمعرفت من كونه)
اى الثمن (كالمبيع) اى الوقف (مشتركاً بين جميع البطون) فلا يمكن
تخصيص بطن واحد به .

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

الصورة الاولى من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

.....
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 بدل للوقف ، او مكانا للثمن ابقاء اللثمن حتى يمكن اشتراء
بدل الوقف (ولو مع الخيار الى مدة) بان يشتري بالثمن دارا بيع خيار
الى سنة مثلا ، ثم يفسخ متولى الثمن المعاملة بعد سنة ، ليشتري
بالثمن ما يمكن الانتفاع به وفقا ، او بدل ، حتى يتسرى الوقف والاشتاء
بخيار ، فيما اذا كان الاشتراء كذلك اصلاح ، او كان الشئ المرغوب
فيه لا يتتوفر في الحال الحاضر فيشتري بالثمن شيئا خياريا حتى اذا تنسى
الشئ المطلوب ففسخ البيع ، و اشتري بالثمن ذلك الشئ المطلوب .

(ولو طلب ذلك) الاشتراء الخيارى — فيما لم يمكن الاشتراء غير
ال الخيارى — (البطن الموجود ، فلا يبعد وجوب اجابته) لأن للبطن حقا
في 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 و ليس فيه منافاة لحق الوقف او حق البطون ، بخلاف
عدم الشراء ، فإنه تضييع لحق البطن الموجود الذى طلبه بلا جهله .

ويحتمل عدم وجوب الاجابة ، اذا البطن لم يكن له هذا الحق فمن
اين يوجد له هذا الحق ؟ بعد بيع الوقف .

نعم لو رضى الموجود بالاتّجاريه وكانت المصلحة فى التجارة جاز مع
المصلحة الى ان يوجد البديل .
والربح تابع للاصل .

ولا يملكه الموجودون ، لانه جزء من البيع ، وليس كالنماء الحقيقى
ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف ، بين
عروض الخراب لكله ، او بعضه في باع البعض المخرب ، و يجعل بدل له
ما يكون وقاولاً لو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يجب

(نعم لو رضى) البطن (الموجود بالاتّجاريه) اي بالثمن عوض ان
يشتري به شئ خيارى (و كانت المصلحة في التجارة ، جاز) الاتّجاري (مع
المصلحة الى ان يوجد البديل) فانه يشتري البديل وان كان ربح البديل
اقل من ربح الاتّجاري ، لأن البديل اقرب الى الوقف والى قصد الواقع .
(و) اذا اتجر بالثمن ، ذ (الربح تابع للاصل) في وجوب ابقاءه .
(ولا يملكه الموجودون ، لانه جزء من المبيع ، وليس كالنماء
الحقيقي) الذي هو لراب الوقف ، فكونه مسمى بالربح اعتباري محسن ، و
الافهم في الحقيقة جزء من الثمن الذي ربح .

(ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف ، بين
عروض الخراب لكله ، او بعضه) لأن الدليل انما دل على جواز البيع حال
الخراب ، و ذلك شامل لخراب البعض ، و خراب الكل على حد سواء (ف)
اذا خرب البعض (في باع البعض المخرب و يجعل بدل له ما يكون وقاولاً
صرف ثمنه) اي ثمن المبيع (في باقيه) فيما خرب البعض (بحيث يجب

الصورة الا ولی من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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

و منه يعلم جواز صرفه في 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 المشترى وقاً جديداً .

وعليه فيجوز صرف الثمن سواء كان للكل او للبعض في وقف آخر
كمالاً باع الدار الموقوفة و صرف ثمنها في خان موقوف مثلاً (لما عرفت من
كون الثمن ملکا للبطون ، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة) اى اذا
ظن انه مصلحة .

والاكتفاء بالظن انما هو لانه الغالب الذي يعتمد عليه العقلاً اذ
العلم لا يحصل غالباً كاماً لا يخفى .

(و منه) اى و ماذا كرنا من جواز صرف ثمن البعض المخرب فى
البعض الباقى (يعلم جواز صرفه) اى الثمن (في وقف آخر عليهم) اى على
نفس الموقوف عليهم ، اما وقف آخر لغيرهم فذلك خلاف كون الوقف
المبيع وقاً عليهم ، اذا كان الوقف الآخر (على نحو هذا الوقف) لا على
وقف عليهم غير هذا النحو ، مثلاً لو كان لهم ثلاثة دور موقوفة ، داران وقف
لسكانهم ، و دار وقف لأن ينتفعوا بایجارها ، كان اللازم لدی بيع احدى الدارين
ان يصرف ثمنها في الدار الأخرى التي هي للسكنى ، لا الدار التي هي للايجار
و ذلك لوضوح ان الأقرب إلى الدار المبيعة هي الدار التي للسكنى (فيجوز

صرف ثمن ملك مخرب في تعمير وقف آخر عليهم .

ولو خرب بعض الوقف ، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجا إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة ، فهل يصرف ثمن المخرب إلى عمارة الباقى ، وإن لم يرض البطن الموجود ، وجهاً آتى في ما إذا احتاج اصلاح الوقف - بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة - إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقع

صرف ثمن ملك مخرب في تعمير وقف آخر عليهم .

(ولو خرب بعض الوقف ، وخرج عن الانتفاع) بحيث جاز بيعه (و بقى بعضه محتاجا إلى عمارة لا يمكن بدونها) أي بدون العمارة (انتفاع البطون اللاحقة ، فهل يصرف ثمن المخرب إلى عمارة الباقى ، وإن لم يرض البطن الموجود) أو يتوقف ذلك على رضاية البطن الموجود ، والا يشتري به مكان آخر إذا لم يرض البطن الموجود بذلك (وجهاً)
الاول : يصرف في عمارة الباقى مطلقاً راضياً الموجود ، أملاً؟ لأن الباقى أقرب إلى المبيع .

الثاني : لا يصرف إلا برضاهما ، لأنه لا فرق بين الأمرين ، بحيث أن الموجود هم ذووا التصرف لا يجوز التعدى عن رضاهما .

ثم إن هذين الوجهين (آتى في ما إذا احتاج اصلاح الوقف - بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة - إلى صرف منفعته) أي منفعة الوقف (الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقع

الصورة الاولى من الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

.....

اخرج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم .

و هنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل .

اخرج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم) .

اما اذا اشترط فلاشكال فى ان صرف المنفعة فى الاصلاح مقدم

على القسمة .

وانما كان وجهاً 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 لبطنيين 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 بالمعاملات التام ، فهل يقدم غير المعامل الناقص .

مثلاً ثمن الدار المبيعة يفى بذكأن كامل او نصف دار ، فاييهما يقدم ؟

وانه اذا كان شراء المثل صلاح للموجودين و شراء غيره صلاح الغيرهم ،

او بالعكس ، او كان احد هما اصلاح للوقف والآخر اصلاح للبطون .

مثلاً شراء الدكان اصلاح للوقف ، حيث يبقى بدون احتياج الى

تعمير او ضريبة حكومية ، و شراء الدار اصلاح للبطون حيث ان ايجارها

اكثر ، وهكذا من عشرات الفروع الاخر .

الصورة الثانية : ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتمد به بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه كدار انهدمت ، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدابه ، فان كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به الا ما كان منفعته كمنفعة العرصة ، فلا ينبغي الاشكال فى عدم الجواز .

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

(الصورة الثانية) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها في الجملة (ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتمد به بحيث يصدق عرفا بالحمل الشائع الصناعي (انه لا منفعة فيه) وان كان في الواقع والحقيقة له منفعة قليلة (دار) موقوفة (انهدمت ، فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدابه) كما لو كانت اجرة الاصل مائة واجرة العرصة خمسة مثلا (فان كان ثمنه على تقدير البيع) اي ان بيع (لا يعطى به) اي بذلك الثمن (الا ما كان منفعته كمنفعة العرصة) كما انه لو بيعت العرصة اعطى بثمنها دار اجرتها خمسة دنانير مثلا ، كما هي اجرة العرصة (فلا ينبغي الاشكال في عدم الجواز) اذ لا يبرر للبيع اطلاقا .

(وان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته اكبر من منفعة العرصة كما لو كان ايجار الدار المشترأة بثمن العرصة عشرين ، بينما ثمن العرصة خمسة (بل يساوى منفعة الدار) السابقة ، كما لو كانت منفعة الدار الموقوفة مائة ، و منفعة العرصة عشرين ثم اذا اشترينا بثمن العرصة دارا

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

ففي جواز البيع وجهان، من عدم الدليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع وهو ظاهر المشهور، حيث قيد وا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً.

وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف، ولم يجز بيعها.

اللهم الا ان يحمل النفع المنفى في كلام المشهور على النفع المعتمد به بحسب حال العين.

اخري كانت منفعتها ايضا مائة (ففي جواز البيع وجهان، من عدم الدليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع) وهو حرم بيع الوقف (وهو ظاهر المشهور، حيث قيد وا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً) والعرضة حسب الفرض لها نفع وان كان قليلاً.

(وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف) وهذا اشاهد لعدم جواز البيع، اذ : بالانهدم لا تخرج العرصة عن كونها وقفاً (ولم يجز بيعها) هذا مؤكدة لما استفيد من كلامه السابق، ومن ان الفائدة الجزئية لكافائدة ، فيكون بقاء الوقف خلاف غرض الواقع - وقد اسقط المصنف هذا الشق الذي هو عدل لقوله ((من عدم الدليل)) لانه واضح ، ولا ن قوله ((اللهم)) يشير اليه - .

((اللهم الا ان يحمل النفع المنفى في كلام المشهور) حيث اجازوا البيع في صورة عدم النفع (على النفع المعتمد به بحسب حال العين) اي ان

.....
.....
فان الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار، اذا صار عرصة يؤجر كل
سنة خمسة دراهم او عشرة لغرض جزئى كمجمع الزبائل و نحوه يصدق
عليه انه لا يجدى نفعاً .
وكذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انها رها و هلاك اهلها، و
لاتكون تسلب منافع اراضيها رأساً .
و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة
مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها كثيراً ما تستأجر

هذا النفع ليس يعدّ فعال مثل هذا العين، و ان 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
(للغرض جزئى كمجمع الزبائل و نحوه) بان تستعمل العرصة لجمع
الزبائل (يصدق عليه انه لا يجدى نفعاً) لأن هذا ليس فعال للحمام لامن
جهة الاستعمال فى جمع الزبائل فيه و لا من حيث الاجرة .
(وكذا القرية الموقوفة، فان خرابها بغور انها رها) يقال غال الماء
و غار النهر اذا ذهب مائه (و هلاك اهلها) او نزوحهم عنها .
وقوله ((بغور)) خبر ((خرابها)) (ولاتكون تسلب منافع اراضيها)
سلباً (رأساً) بحيث لا تكون لها منفعة اصلاً، ومع ذلك يطلق عليها الخراب
(ويشهد لهذا) الذى ذكرنا من صدق الخراب و ان لم ينعدم
النفع الجزئى (ما تقدم عن التحرير، من جعل عرصة الدار المنهدمة
مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها) اي الدار المنهدمة (كثيراً ما تستأجر

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

للاغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة في اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً ويشمله الاجماع المدعى في الانتصار والغنية.

لكن الخروج بذلك عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين ، وعموم قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف مشكل .. ويفيد المنع : حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة

للاغراض الجزئية) فان التحرير جعل الهدم موجباً للصدق الموت على الدار ما يدل على عدم الاعتناء بالمنافع الجزئية .

وعلى هذا فالظاهر دخول الصورة المذكورة اى الصورة الثانية (في اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه) اى الوقف خراباً (بحيث لا يجدى نفعاً) اذا النفع القليل كلانفع (ويشمله) اى ما اذا خرب حتى كان نفعه جزئياً (الاجماع المدعى في الانتصار والغنية) المتقدم .

(لكن الخروج بذلك) اى بالخراب الموجب للنفع الجزئي (عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين) بان نجز البيع خلاف الحبس الواقف - الذي كان له هذا الحبس - (و) عن (عموم قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف) الشامل لصورة الضرر فى الجملة ، مع بقاء الانتفاع القليل (مشكل) لانه لا وجه لهذا الخروج الا احتمال شمول ادلة الصورة الاولى للصورة الثانية .

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

.....
المنقلعة، بناءً على جواز الانتفاع بهافي وجوه اخر، كالتسقيف، وجعلها جسرا، ونحو ذلك.

بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى ره لفظيا حيث نزل تجويز الشیخ 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 (في وجوه اخر) غير الثمرة (كالتسقيف، وجعلها جسرا ، ونحو ذلك) كala سطوانة لحفظ السقف ، مع ان هذه المنافع جزئية بالنسبة الى النخلة ، فلو كانت النخلة المثمرة دنيارا 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 الشیخ على صورة عدم امكان الانتفاع به) اى بالوقف (في منفعة اخرى) - وعدم تجويز الحلى على صورة الانتفاع في 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 مجوز في صورة الانتفاع (كما يظهر) المنع في صورة الانتفاع القليل (من التمثيل بجعله) اى التخل (جسرا) فانه انتفاع قليل جدا ، ومع ذلك لم يجوز

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

نعم : لو كان قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز ، لا نصراف قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ، إلى غير هذه الحاله .

وكذا حبس العين ، وتسبييل المنفعة ، إنما يجب الوفاء بما دامت المنفعة المعتمد بها موجودة ، وال مجرد حبس العين وأمساكه ولو من دون منفعة لو وجوب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى .
ثم أن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقف قليلة لعارض آخر

البيع في هذه الصورة .

(نعم : لو كان) الانتفاع (قليلاً في الغاية) أي في غاية القلة (بحيث يلحق بالمعدوم) كما لو كان نفع بستان الفا ، فصار واحداً (أمكن الحكم بالجواز ، لا نصراف قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ، إلى غير هذه الحاله) أي حالة النفع القليل .

(وكذا) ظاهر كلام الواقف الذي هو (حبس العين ، وتسبييل المنفعة ، إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتمد بها موجودة ، والا) يجز البيع في حال النفع الملحق بالعدم (فمجرد حبس العين وأمساكه ولو من دون منفعة) معتمد بها (لو وجوب الوفاء به) أي بالحبس بـان يبقى محبوساً (لمنع عن البيع في الصورة الأولى) وهي صورة عدم المنفعة اطلاقاً .

(ثم أن الحكم المذكور) أي جواز البيع ، أو عدم جواز على الاختلاف المتقدم (جار فيما إذا صارت منفعة الموقف قليلة ، لعارض آخر

غیر الخراب، لجريان ماذكرنا فيه .

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

ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الاولى ، بفوات شرط الوقف
المراعي في الابتداء والاستدامة وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها

غير الخراب) كمالوان القرية صارت منفورة عنها ، فهجر اثراً لها حتى
صار ايجار الدكان بعشرة بعدان كان بالف مثلاً ، او وجد في الدار
دوداً او ما اشبه سبب قلة الرغبة فيها الى حدّ ما يسمى بعدم الانتفاع .
وانما نقول بجواز البيع في هذه الصورة (لجريان ماذكرنا) من
الادلة في جواز البيع حالة الخراب (فيه) اي في غير الخراب من
العوارض المشابهة للخراب لوحدة المعنـاط .

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

(ثم وجه) ذلك البعض (بطلان الوقف في الصورة الاولى) اي صورة
عدم الانتفاع (بفوات شرط الوقف المراعي) - بصيغة المفعول - اي الشرط
الذى روعى (في الابتداء والاستدامة ، وهو) اي الشرط (كون العين
ما ينتفع بها مع بقاء عينها) فان هذا الشرط لو لم يكن موجوداً من الابتداء
لم يصح الوقف اصلاً .

اذا الوقف عبارة عن حبس العين و تسبييل المنفعة ، كما انه لو فقد

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

و فيه ما عرفت سابقاً : من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً

لا وجه له في الوقف المؤيد ، مع انه لا دليل عليه .

مضافاً الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة ،

فإن الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل .

فأنه قد يخرج المبيع عن المالية ، ولا يخرج بذلك عن ملك

المشتري .

هذا الشرط في الانتفاء لم يبق مقدم الوقف فيبطل .

(و فيه ما عرفت سابقاً : من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً

لا وجه له في الوقف المؤيد) مقابل الوقف غير المؤيد كما تقدم (مع انه لا دليل عليه) اي على البطلان .

(مضافاً الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور) اي الانتفاع

مع بقاء العين (في الاستدامة) و انما الدليل خاص بالابتداء فقط (فان

الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل) فقط .

(ذ) مثلاً (انه قد يخرج المبيع عن المالية ، ولا يخرج بذلك عن

ملك المشتري)

واوضح انه يشترط النقل بالمالية ، فقد اشترطت الملكية في

الابتداء في الاستدامة .

والحاصل : انه لا دليل على ان كل شرط يشترط في الابتداء

يشترط في الاستدامة ايضاً .

ثم اشار المصنف الى الاشكال في قول الجواهر : بان اجازة الشارع

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

نم ذكر انه قد يقال بالبطلان ايضا : بانعدام عنوان الوقف ، فيما
اذا اوقف بستانانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية ، فخربت حتى خرجت
عن قابلية ذلك ، فانه وان لم تبطل منفعتها اصلا ، لامكان الانتفاع بها
داراما ثلا ، لكن ليس من عنوان الوقف ، و

للبيع لا زمها 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
(نم ذكر) الجواهر (انه قد يقال بالبطلان) للوقف (ايضا) كبطلانه
فيما اذا انعدمت فائده او قلت (بانعدام عنوان الوقف ، فيما اذا اوقف
بستانانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية) بان كان من باب وحدة
المطلوب ، لامن باب تعدد المطلوب ، فانه قد يرید الواقع اعاشه ذويه
ويريدان يكون بستاناحتى اذالم يكن بستانانا وقفه ايضا ، وقد يرید وقف
البستان بما هو بستان حتى انه اذالم يكن بستانالم يوقفه (فخربت حتى
خرجت عن قابلية ذلك) اي كونه بستانانا (فانه وان لم تبطل منفعتها)
اي البستان (اصلا ، لامكان الانتفاع به ادا راما ثلا) بل وبنفس مقدار
الانتفاع السابق (لكن ليس) الانتفاع الدارى (من عنوان الوقف) و

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

احتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف، وهي باقية وخراب غيرها أو أن اقتضى بطلانه فيه، لا يقتضى بطلانه فيها.
يدفعه أن العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستانًا،
لامطلاقاً، فمما حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه.
ولوفرض أراده وقفها ليكون بستانًا وغيره، لم يكن أشكال في بقائهما
لعدم ذهاب عنوان الوقف.

احتمال بقاء العرصة على الوقف) بعد بطلان كونه بستانًا (باعتبار أنها)
أي العرصة (جزء من الوقف، وهي) أي العرصة التي هي جزء (باقية)
(وخراب غيرها) أي غير العرصة - كالبناء - و ((خراب)) مبتدأ (و
أن اقتضى بطلانه) أي الوقف (فيه) أي في العين كالبناء (لا يقتضى
بطلانه) أي الوقف (فيها) أي في العرصة، فاللازم القول بعدم بطلان
الوقف.

(يدفعه) خبر ((وخراب)) (أن العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه) أي الموقوف (بستانًا، لامطلاقاً) سواء كان بستانًا أو غيره بستان (فهي) أي العرصة (حينئذ) أي حين كان الوقف بعنوان كونه بستانًا (جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه) أي خراب ذلك العنوان وبخراب العنوان يخرب الجزء أيضاً
(ولوفرض أراده الوقف (وقفها) أي البستان (ليكون بستانًا أو غيره، لم يكن أشكال في بقائهما) أي الموقوفية للعرصة حين ذهاب البستان (لعدم ذهاب عنوان الوقف) الذي هو الأعم من البستان.

و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية: من أنه لو أوصى بدار، فانهدمت قبل موته، بطلت الوصية، لانتفاء موضوعها.

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

(و ربما يؤيد ذلك) الذي ذكرنا من أنه لو كان الوقف على عنوان البستان بما هو بستان، ثم ذهب كونه بستان، بطل الوقف (في الجملة) لا كليلة، اذ ليس البابان من مقوله واحدة، ولا دليل على وحدة المناسط في البابين (ما ذكره في باب الوصية: من أنه لو أوصى بدار، فانهدمت قبل موته، بطلت الوصية، لانتفاء موضوعها) اى الدار، فان الوصية كالوقف في أنها لو تعلقت بشئ خاص ثم ذهب ذلك العنوان، بطلت، اذ بذلك الموضع يذهب الحكم.

(نعم: لو لم يكن الدارية، والبستانية، ونحو ذلك، مثلاً عنواناً للوقف وان قارنت) الدارية والبستانية (وقفه) اى وقف ذلك الموقف، بان كان في حال الوقف داراً او بستانًا - مثلاً - (بل كان المراد به) اى بالدار والبستان (في كل وقت) وان بقى عنوان الدارية والبستانية، ام لا، (على حسب ما يقبله اى يقبله من الصور كالدار تقبل ان تكون بستانًا ، وهكذا ، وبالعكس لم يبطل الوقف بتغيير احواله) لأن العنوان باق، وبقاء العنوان يبقى

الصورة الثانية من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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 اختلافوا فيه عند الخراب اخوته 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) وجہ لعوده الى الواقف، لانه اخرجه عن ملكه بمقدار بقاء العنوان فاذذهب العنوان عاد الى المالك .

ووجه لعوده الى الموقوف عليه ، لانه خرج عن ملك الواقف بالوقف وصار متعلق حق الموقوف عليه ، فاذ ابطل الوقف كان ملكا لهم دون الواقف ، فان الواقف انقطعت علاقته عن الوقف .

(اقول) الى هنا كان كلام الجواهر ، ومن هنا كلام الشيخ من الا يردد على الجواهر (يرد على ما قد يقال) اي قول الجواهر (بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وان اختلافوا فيه) اي في البطلان او جواز البيع والتردد لان صاحب الجوهر يقول بالبطلان وغيره يقولون بجواز البيع (عند الخراب اخوته) اي خوف الخراب (لكنه) اي الخراب (غير تغيير العنوان ، كما لا يخفى انه) ((انه))

لا وجه للبطلان بانعدام العنوان ، لانه ان اريد بالعنوان ماجعل
مفعولا في قوله : وقت هذا البستان فلاشك انه ليس الاكتوله : بعث هذا
البستان ، او وهبته فان التعليل المتعلق بعنوان ، لا يقتضى دوران الملك
مدار العنوان ، فالبستان اذا اصار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي وان
لم يكن في ضمن عنوان البستان ، وليس التعليل من قبيل الاحكام
الجعلية المتعلقة بالعنوانات .
وان اريد بالعنوان

فاعل ((يرد)) (لا وجه للبطلان) اى بطلان الوقف (بانعدام العنوان)
فاؤلاً : اجماع على عدم البطلان .

وثانياً : لا مقتضى له (لانه ان اريد بالعنوان) الذى يبطل فيبطل
الوقف (ما جعل مفعولا في قوله : وقت هذا البستان) او هذه الدار
متلا (فلاشك انه ليس الاكتوله : بعث هنا البستان ، او وهبته ، فـان)
الوقف المتعلق بعنوان مثل (التعليل المتعلق بعنوان ، لا يقتضى دوران
الملك) و الوقف (مدار العنوان ، فالبستان اذا اصار ملكا) للمشتري بان
باعه مالكه (فقد ملك منه) اى المشتري (كل جزء خارجي) من عرصة واشجار
(وان لم يكن في ضمن عنوان البستان) وكذلك الوقف ، والهبة وغيرها
(وليس التعليل من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات) حتى
اذا تبدل العنوان يتبدل الحكم ، كالحكم بالقصر المتعلق على عنوان
المسافر ، والحكم بوجوب النفقة المتعلق على عنوان الزوجية ، وهكذا .
(وان اريد بالعنوان) الذى قال الجواهر : ان انعدامه يوجب

الصورة الثانية من الصور التي يجزي بع الوقف فيها

.....

شئ آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف والعلم .

ولابد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا او قصدا فـى

الموضوع زيادة على عنوانه .

واما تأييد ما ذكر بالوصية ، فالمناسـب ان يقـايس ما نـحن فيه بالوصـية

بالبستان

بطلان الوقـف (شئ آخر) غير عنوان البـستانـية (فهو خـارج عن مـصـطلـح
اـهـلـ الـعـرـفـ وـ الـعـلـمـ) فـاـنـ مـصـطـلـحـهـمـ فـىـ العـنـواـنـ : مـاجـعـلـ مـفـعـلـاـفـىـ
قولـهـ وـقـفـتـ هـذـاـ الـبـسـtanـ .

(ولا بد من بيان المراد منه) اي من العنوان (هل يراد ما اشترط
لفظا) اي قال وقفـتـ بشـرـطـ انـ يـبـقـىـ بـسـtanـ (او قـصـداـفـىـ المـوـضـوـعـ زـيـادـةـ
عـلـىـ عـنـواـنـ المـوـضـوـعـ) ، باـنـ قـصـدـ «ـبـسـtanـ»ـ المـوـضـوـعـ بـعـنـواـنـ انهـ
بـسـtanـ ، لاـ باـلـاعـمـ مـنـ الـبـسـtanـ وـغـيرـهـ ، الصـادـقـ ذـلـكـ الـاعـمـ عـلـىـ الـعـرـضـةـ
بعـدـ خـرـابـ الـبـسـtanـ .

والحاـصلـ : انـ هـنـاكـ ثـلـاثـ تـصـورـاتـ .

اـلـاـولـ : «ـعـنـواـنـ الـبـسـtanـ»ـ

اـلـثـانـىـ : «ـالـبـسـtanـ بـشـرـطـ الـبـسـtanـيـةـ شـرـطـ الـفـظـيـاـ»ـ

اـلـثـالـثـ : «ـالـبـسـtanـ المـقـصـودـ كـوـنـهـ بـحـالـةـ الـبـسـtanـيـةـ»ـ

(وـاماـ تـأـيـيدـ)ـ الجـواـهـرـ (ـ ماـذـكـرـ)ـ منـ انهـ لـوـ خـرـجـ الـبـسـtanـ عـنـ الـبـسـtanـيـةـ

بـطـلـ الـوـقـفـ (ـ بـالـوـصـيـةـ)ـ فـىـ مـثـالـ مـالـوـ اـوـصـىـ بـالـدـارـ ، فـاـنـهـ دـمـتـ فـىـ حـيـوـةـ

الـمـوـصـىـ مـاـ وـجـبـ بـطـلـانـ الـوـصـيـةـ (ـ فـاـلـمـنـاـ سـبـانـ يـقـاـيسـ مـاـ نـحـنـ فـيـهـ بـالـوـصـيـةـ بـالـبـسـtanـ

بعد تمامها ، و خروج البستان عن ملك الموصى بعوته ، و قبول الموصى
له ، فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة .
نعم : الوصية قبل تمامها يقع الكلام في باقها وبطلانها من جهات
آخر .

ثم ما ذكره من الوجهين مملا لا يعرف لموجه بعد اطباقي كل من قال بخروج

بعد تمامها) اي تمام الوصية (و) بعد (خروج البستان عن ملك الموصى)
- بصيغة الفاعل - (بعوته ، و قبول الموصى له) للوصية (فهل يرضى احد)
من القهاء (بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة) والوقف من
هذا القبيل، لا من قبيل انهدام الدار قبل موت الموصى ، اذ قبل الموت
لم تتم الوصية ، بخلاف انهدام البستان بعد الوقف ، فانه قد تم الوقف
(نعم : الوصية قبل تمامها) بان لم يمت الموصى (يقع الكلام في
باقتها) اي 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 ، اي ان الوصية هل تبطل ، ام لا ؟
اذاطر عليهما طاري غير الخراب ، اما من جهة الخراب بعد تمامية
الوصية - الذى هو المقيس عليه - فلا وجه للقول بطلان ،
فتامل .

(ثم ما ذكره) الجوهر (من الوجهين) اي قوله « (ان فى عود الوقف
وجهين) » (مملا لا يعرف له) اي للوجهين - و المراد وجه العود الى
الوقف - (وجه ، بعد اطباقي كل من قال بخروج

الصورة الثالثة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....

الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه ابداً

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

بالمعدوم والاقوى هنا : المنع وهو الظاهر من الاكثر في مسئلة النخلة

المنقلعة حيث جوز الشيخ في محكى الخلاف بيعها ، محتاجاً أنه لا يمكن

الانتفاع بها على هذا الوجه ، لأن الوجه الذي

الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه اي الى الواقف (ابداً)

وفيه : ان عدم قوله احد ، لا ينفي ان له وجهاً وجيهاً كاماً يخفى ، و

الله العالم .

(الصورة الثالثة) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها في الجملة

(ان تخرب) ارض الوقف (بحيث تقل منفعته) قلة عرفية ، لقلة قليلة

جداً ، اذ : المنصرف من القلة ، القلة العرفية ، ولذا قال (لكن لا الى

حد يلحق بالمعدوم) في 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 في مسئلة النخلة المنقلعة)

اذا كانت موقوفة ، فانقلعت بسبب السيل ، و نحوه فهل يجوز بيعها ،

ام لا ؟ فان النخلة المنقلعة لها منفعة قليلة ، اذا يمكن جعلها في السقف

و نحوه ، و مع ذلك لم يجوز الاكثر بيعها (حيث جوز الشيخ في محكى

الخلاف بيعها) خلافاً للأكثر (محتاجاً) للجواز (بأنه : لا يمكن الانتفاع بها)

منفعة معتدلاً بها عرفاً ، اذ منفعة النخلة الا ثمار ، لا جعلها في السقف

مثلاً (الا على هذا الوجه) اي البيع ، فلذا يجوز بيعها (لأن الوجه الذي

شرطه الواقع قد بطل ، ولا يرجى عوده .
 ومنعه الحلّى ، قائلاً : ولا يجوز بيعها : بل ينتفع بها بغير البيع
 مستنداً الى وجوب ابقاء الوقف على حاله ، مع امكان الانتفاع .
 وزوال بعض المنافع ، لا يستلزم زوال جميعها ، لامكان التسقيف
 بها ، ونحوه وحکى موافقته عن الفاضلين ، والشهددين ، والمحقق
 الثاني واكثر المتأخرین .

شرطه الواقع) في الانتفاع ، وهو الايثمار (قد بطل ، ولا يرجى عوده) .
 اذ : النخلة بعد الانقلاب لا تثبت في الارض مرة ثانية لتنمو .
 (ومنعه) اي الجواز (الحلّى ، قائلاً : ولا يجوز بيعها ، بل ينتفع
 بها بغير البيع) فلم يبطل اثر الوقف حتى يجوز البيع (مستند) اي ان
 الحلّى استند في عدم جواز بيع الوقف (الى وجوب ابقاء الوقف على حاله
 مع امكان الانتفاع) في جعله في السقف ونحوه .
 (و) ان قلت : قد زالت نفع اعطاء النخلة الثمرة .
 قلت : (زوال بعض المنافع ، لا يستلزم زوال جميعها) وزوال الجميع
 هو ميزان جواز البيع (لامكان التسقيف بها) اي بالنخلة (ونحوه)
 كجعلها جسرا ، او بابا ، او ما اشبه ذلك .

(وحکى موافقته) اي موافقة الحلّى في عدم جواز البيع (عن الفاضلين)
 المحقق ، والعلامة ، والشهددين ، الاول والثاني (والمحقق الثاني)
 الکركي (واكثر المتأخرین) عن هؤلاء العلماء ، هذا .

الصورة الثالثة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....

وحكى في الإيضاح عن والده قدس سرهما نزاع بين الشيخ

والحلى ، لفظى .

واستحسن ، لأن في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها
والحلى فرض وجود منفعته ، ومنع لذلك بيعها وقيل يمكن بناءً
نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو ظاهر من تعليل الشيخ

(ولكن حكى) فخر المحققين ولد العلامة (في) كتابه (الإيضاح
عن والده) العلامة الحلى (قدس سرهما نزاع) في جواز البيع و
عدمه (بين الشيخ والحلى ، لفظى) إذاً الشيخ يجوز البيع ، في ما لا
نفع لها أطلاقاً ، والحلى لا يجوز البيع ، فيما لا نفع في الجملة .

(واستحسن) أي أن الإيضاح استحسن نظر ولده (لأن في تعليل
الشيخ) لجواز بيع النخلة (اعترافاً بسلب جميع منافعها) هو يجوز البيع
في هذه الصورة .

(والحلى فرض وجود منفعته) أي منفعة الوقف (وبمنع لذلك)
لوجود المنفعة (بيعها)

فكلام المجوز في موضوع ، وكلام المانع في موضوع آخر (وقيل)
القائل صاحب المقايس ، قال في بيان كلام العلامة ولده في وجه
كون النزاع بين الشيخ والحللى لفظياً (يمكن بناءً نزاعهما) الشيخ والحللى (على
رعايته) ولاحظة (المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو ظاهر من تعليل الشيخ)
فوجه كون النزاع بينهما لفظياً أن الشيخ يقول : المنفعة المعدّ لها
الوقف هي الانمار .

ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

و لا يخلو عن تأمل .

و كيف كان : فالاقوى هنا المنع .

واولى منه بالمنع مالو قلت منفعة الوقف من دون خراب .

فلا يجوز بذلك البيع اذاقلنا بجواز بيته ، اذا كان اعود وسيجيئ

تفصيله .

الصورة الرابعة :

فح حيث لا اثمار ، فلامنفعة .

والحلّى يقول : المنفعة المعدّ لها الوقف كـل منفعة - حتى

التسييف - فحيث للنخلة منفعة التسييف ، لم يجز البيع .

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

تأمل)

اذا الكلام فى المنفعة مطلقا ، لا المنفعة المعدّ لها الوقف .

(و كيف كان) سواء كان وجه لفظية النزاع ما ذكرناه ، او ما ذكره

المقابيس (فالاقوى هنا) فى قلة المنفعة (المنع) عن بيع الوقف .

واولى منه بالمنع (عن البيع) مالو قلت منفعة الوقف من دون

خراب (كما اذا ابقيت النخلة قائمة لكن صار ثمرها العشر مثلا .

(فلا يجوز بذلك) اي بسبب القلة (البيع) للنخلة (اذاقلنا بجواز

بيته) بيع الوقف (اذا كان) البيع (اعود) و انفع (وسيجيئ تفصيله) فى

الصورة الرابعة انشاء الله تعالى .

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

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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

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

(ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه ، و ظاهر المراد منه) اي من كونه اعود (ان يكون ثمن الوقف ازيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجadamente وجود الموقوف عليه) -

مثلا لو كانت الدار قائمة مدة خمسين سنة التي هي مدة 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 المتأخرین ، كافي الجواهر (وقد تقدم عبارته ، فراجع) حتى ترى هل تدل على مانسب اليه ، ام لا ؟

(وزبادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود) حيث ان نفع الثمن يعطىهم كل سنة خمسين ، بينما نفع الموقوفة كل سنة عشرون (او قد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون ، اذا اقيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه)

والاقوى : المنع مطلقا ، وفأفاللاكثر ، بل الكل ، بناءا على ما تقدم
من عدم دلالة قول المفيد على ذلك .

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

اذ : الانفعية حينئذ ، يجب ان تلاحظ بالنسبة الى الكل ، حتى
يطلق عليه الانفعية بقول مطلق ، والافلا يطلق عليه الانفعية الافقى
الجملة .

واما اذا لم نقل بوجوب شراء البدل ، بل قلنا : بان الثمن يأكله
البطن الموجود فقط ، فاللازم ملاحظة الانفعية بالنسبة اليهم فقط .
(والاقوى : المنع مطلقا) سواء كان افع بالنسبة اليهم ، ام بالنسبة
الى جميع البطون (وفأفاللاكثر ، بل الكل ، بناءا على ما تقدم) قبل اسطر
من قولنا « وقد تقدم عبارته فراجع » حيث ان فيه تعرضا بان عبارته
لاتدل على مانسب اليه (من عدم دلالة قول المفيد على ذلك) الذى
نسب اليه .

(وعلى تقديره) اي تقدير عبارته دالة على البيع (فقد تقدم عن
التحrir : ان كلام المفيد متأول) الى صورة عدم الفائد تقى بقاء الوقف .
(وكيف كان) سواء افتى المفيد بذلك ، ام لا (فلا اشكال في المنع)
عن البيع (الوجود مقتضى المنع ، وهو : وجوب العمل على طبق انشاء
الواقف) والبيع والتبدل مخالفان لانشاءه .

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

وقوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف، وغير ذلك .

وعدم ما يصلح للمنع عد اروایة ابن محبوب عن على بن رئاب، عن جعفر بن حنان ، قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام : عن رجل وقف غلة له على قرابتة من ابيه ، وقرباته من امه ، واوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ، ويقسم الباقى على قرابتة من ابيه ، وقرباته من امه ، فقال عليه السلام : جائز للذى اوصى له بذلك ، قلت : ارأيت ان لم تخرج من غلة تلك الارض التي اوقفها الا

(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 (عد اروایة ابن محبوب عن على بن رئاب ، عن جعفر بن حنان ، قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام : عن رجل وقف غلة له) اي ارض ذات غلة ، وانما اطلق عليه غلة ، بعلاقة الحال والمحل (على قرابتة من ابيه ، وقرباته من امه ، واوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه) اي بين الواقع وبين ذلك الرجل (قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ، ويقسم الباقى) بعد الثلاثمائة (على قرابتة من ابيه ، وقرباته من امه) هذا تكرار كمالا يخفى (فقال عليه السلام : جائز للذى اوصى له بذلك) اي للرجل الذى اوصى له بثلاثمائة درهم في كل سنة (قلت : ارأيت ان لم تخرج من غلة تلك الارض التي اوقفها الا

خمسة دارهم ، فقال عليه السلام : اليه في وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلاثة دارهم ، ويقسم الباقى على قرابتة من ابيه وامه ، قلت : نعم ، قال عليه السلام : ليس لقرابتة ان يأخذوا امان الغلة شيئا ، حتى يوفى الموصى له ثلاثة دارهم ، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك ، قلت : ارأيت ان مات الذى اوصى له ، قال عليه السلام : ان مات كانت له ثلاثة دارهم لورثته يتوارثونها ما بقى احد منهم ، فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد كانت ثلاثة دارهم لقرابة الميت ، يرد الى ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة قلت :
فللورثة

خمسة دارهم) اي ماذا بهذه الخمسة (فقال عليه السلام : اليه في وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلاثة دارهم ، ويقسم الباقى على قرابتة من ابيه وامه قلت : نعم) هكذا كانت الوصية (قال عليه السلام : ليس لقرابتة ان يأخذوا من الغلة شيئا ، حتى يوفى الموصى له) اي يعطى لذلك الرجل (ثلاثة دارهم ، ثم لهم) اي للقرابة (ما يبقى بعد ذلك ، قلت : ارأيت ان مات الذى اوصى له ، قال عليه السلام : ان مات كانت له ثلاثة دارهم لورثته ، يتوارثونها ما) دام (بقى احد منهم ، فان انقطع ورثته) بان لم يكن للرجل ورثة (ولم يبق منهم احد كانت ثلاثة دارهم لقرابة الميت ، يرد) ويرجع ذلك الثلاثة (الى) سائر (ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم) اي بين الموقوف عليهم (يتوارثون) القرابة (ذلك) المال (ما بقوا وبقيت الغلة قلت : فـ هل (للورثة

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

من قرابة الميت ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ، ولم يفهم ما يخرج من الغلة ، قال : نعم ، اذا رضاوكلهم ، وكان البيع خيراً لهم باعوا ، والخبر المروي عن الاحتجاج ان الحميري كتب الى صاحب الزمان جعلنى الله فداء ، انه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ، ان الوقف اذا كان على قوم باعياهم و اعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه ، وكان ذلك اصلاح لهم ان يبيعوا ، فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم ، ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ، ام لا يجوز ؟ الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك ، وعن الوقف الذي 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 يفهم ما يخرج من الغلة) ، قال : نعم) لهم ان يبيعوا (اذا رضاوكلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا) الى آخر الخبر (و مثله (الخبر المروي عن الاحتجاج ان الحميري كتب الى صاحب الزمان جعلنى الله فداء ، انه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ، ان الوقف اذا كان على قوم باعياهم و اعقابهم) كالذرية ، لامثل الطلبة او المساكين ، فان الوقف هنا للعفوان ، لالشخص رقبته (فاجتمع اهل الوقف على بيعه ، وكان ذلك اصلاح لهم ان يبيعوا ، فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم ، ان لم يجتمعوا كلهم على ذلك) البيع (وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه) اي سئله عليه السلام عن المسألة السابقة ، وعن هذه المسألة .

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

بيعه ، واذا كان على قوم من المسلمين ، فليبيع كل قوم ما يقدرون على
بيعه مجتمعين و متفرقين ان شاء الله .
دللت على جواز البيع ، اما في خصوص ما ذكره الرواوى ، وهو كون
البيع اصلح ، واما مطلقاً بناءً على عموم الجواب .
لكته مقيد بالاصلح ، لمفهوم رواية جعفر .
كما انه يمكن حمل اعتبار رضى الكل في رواية جعفر على صورة بيع
 تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج .

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

(دللت) هذه الرواية المروية عن الاحتجاج (على جواز البيع ، اما
في خصوص ما ذكره الرواوى ، وهو كون البيع اصلح ، واما مطلقاً) كبيع
سائر الاملاك (بناءً على عموم الجواب) اذا لم يقيده الامام بالاصلحية .
(لكته) اي الجواب (مقيد بالاصلح ، لمفهوم رواية جعفر) المتقدمة
التي دللت على اشتراط جواز البيع بكونه اصلح للموقوف عليهم .
(كما انه يمكن حمل اعتبار رضى الكل في رواية جعفر) حيث اعتبرت
رضائية الكل في جواز البيع (على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره) اي رضى
الكل (بما في بيع كل واحد) حصته الخاصة (بقرينة رواية الاحتجاج)
التي قالـت مجتمعين و متفرقين .

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....

و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضئيلة

الا مام 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 بالامرین كما تقدم عن ظاهر النزهة ، وسيجيئ

الكلام في هذا القول بل يمكن ان يقال : ان المراد بكون البيع خيرا لهم

مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ، ليكون منشاءاً لا رادته .

فليس مراد الا مام عليه السلام : بيان اعتبار ذلك

(ويؤيد المطلب) اي جواز بيع الوقف (صدر رواية ابن مهزيار الآتية

لبيع حصة ضئيلة الا مام عليه السلام عن الوقف) بل وبعض الروايات الآخر

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 رضائية البائع ، وكون البيع انفع .

(فالجواز مشروط بالامرین) الحاجة ، وكون البيع انفع (كما تقدم

عن ظاهر النزهة ، وسيجيئ الكلام في هذا القول) و انه 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 (منشاءاً

لرادته) لان المراد خيرية واقعية يستحق موضوع الاعدود والانفع .

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

تعبد١

بل العرا ببيان الواقع الذى فرضه السائل يعني اذا كان الا مرعلى ما ذكرت من المصلحة فى بيته جاز ، كما يقال : اذا اردت البيع ورأيته اصلاح من تركه ، فبع .
وهذا مملا يقول به احد .
ويحتمل ايضاً : ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل .

(تعبد٢) بان يكون الشارع اجاز البيع فى حالكونه خيرا واقعا .
(بل المراد ببيان الواقع الذى فرضه السائل اي الواقع الفرضى الذى هو رؤية الموقوف عليه كون البيع خيرا (يعنى اذا كان الا مرعلى ما ذكرت من المصلحة فى بيته جاز ، كما يقال : اذا اردت البيع ورأيته اصلاح من تركه ، فبع) .

(و) الحال : ان الرواية ان كان معناها ان البيع اذا كان اصلاح واقع اجاز ، كما ي قوله النزهة فى الجملة فسألتى الكلام فيه .
وان كان : معناها ان الموقوف عليه اذا رأى البيع اصلاح فـ (هذا مملا يقول به احد) فيلزم طرح الرواية ، لانها معرض عنها .
(ويحتمل ايضاً : ان يراد من الخبر هو خصوص رفع الحاجة التي المقت بالموقوف عليه (التي فرضها السائل) فلا يرتبط بما نحن فيه الـ الذي هو كون البيع انفع .

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

و عن المختلف و جماعة : الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤيد ،

لاقتضاره على ذكر الاعقاب .

وفي نظره ، لأن الاقتضار في مقام الحكایة لا يدل على الاختصاص

اذا يصح ان يقال : في الوقف المؤيد انه وقف على الاولاد مثلاً .

و حينئذ فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل اذا كان بين المؤيد

و غيره فرق في الحكم ، فافهم .

(وعن المختلف و جماعة : الجواب عنه بعدم ظهوره) اي الحديث

(في) الوقف (المؤيد لاقتضاره على ذكر الاعقاب) فقط دون اضافة

« الى ان يرث الله الارض ومن عليها » مثلاً .

(وفي نظره) بل ظاهر الرواية الوقف المؤيد (لأن الاقتضار) على

ذكر الاعقاب فقط (في مقام الحكایة لا يدل على الاختصاص) بما يريد به

الاعقاب فقط لا المؤيد .

(اذا يصح ان يقال : في الوقف المؤيد انه وقف على الاولاد مثلاً)

دون ان يقال و اولاد الاولاد ، الى ان يرث الله الارض .

(و حينئذ) اي حين اقتصر على ذكر الاعقاب او الاولاد المحتمل

للمؤيد ، و غيره (فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل

اذا كان بين المؤيد و غيره فرق في الحكم) بجواز بيع غير

المؤيد ، و عدم جواز بيع المؤيد (فافهم) فانه

لا وجه لهذه المحامل بعد ظهور الرواية في المعنى الاول ، و ليست

معروضاً عنها ، فاللازم العمل بها .

وكيف كان ، ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيه من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعية ، اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدماً يوهّم ظاهر عبارة المفید المتقدمة .

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري .

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

و منه يظهر وجه آخر لمخالفته

(وكيف كان) الا مرفى احتمالات محامل الرواية (ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيه من الاشكال على جواز البيع بمجرد الانفعية ، اشكال) اما ما فيه من الاشكال فهو منافاته الا دلة الوقف ، وللسيرة ، وما اشبه واما وجه الاشكال فقد بينه بقوله (مع عدم الظفر بالقائل به عدماً يوهّم ظاهر عبارة المفید المتقدمة) .

لكنك عرفت ان غير المفید ايضاً افتى بذلك .

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

(ثم لو قلنا في هذه الصورة اي 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 فاي فرق بين بقاء الوقف او تبديله بالثمن .

(ومنه) اي من لزوم تصرف البطن الاول (يظهر وجه آخر لمخالفته

الصورة الرابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

الروايتين للقواعد ، فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بده له كذلك كما تقدم من استحالة كون بده ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصورة ، والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق اللاحقين آناماً قبل البيع ، نظير الرجوع في المهمة المتحقق ببيع الواهب ، لثلايق البيع على المال المشترك ،

الروايتين للقواعد) المقررة في الوقف ، مما استفید من النص والسيرة (فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بده كذلك) مشتركاً بين البطون (كما تقدم من استحالة) عرفية (كون بده ملكاً لخصوص البائع) .

اذ : كيف يمكن ان يكون البديل ملكاً لكل البطون ، و البديل ملكاً لخصوص بطن واحد .

وعليه (فيكون تجويز) الشارع (البيع في هذه الصورة) اي صورة الانفعية (والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق) البطون (اللاحقين آناماً قبل البيع) .

اذ : لو قي حقهم لم يكن للبطن ان يبيع ، وكيف يبيع ما هو متعلق لحق غيره (نظير الرجوع) من الواهب (في المهمة المتحقق) ذلك الرجوع (ببيع الواهب) فان البيع دليل على ان المهمة رجعت الى الواهب آناماً ، ثم وقع البيع عليها ، اذ : لا بيع الا في ملك

وانما نقول انه رخصة من الشارع في إسقاط حق اللاحقين (لثلايق البيع على المال المشترك) اي الوقف الذي هو مشترك بين البطون

فسيتحيل كون بدله مختصاً

الصورة الخامسة: ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.

وقد تقدم عن جماعة، تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن الانتصار

والغنية الاجماع عليه، ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة.

ويردّه ان ظاهر الرواية انه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤنة

سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى، وهذا أقل مراتب الفقر الشعري، و

المأمور من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة وال الحاجة

الشديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم

(فسيتحيل) اي حتى يكون محالا (كون بدله مختصا).

ووجه الاستحاله: لانه يخرج المثمن من كيسه من لا يدخل في كيسه الثمن.

(الصورة الخامسة) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها في الجملة

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

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

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

رواية جعفر المتقدمة) في الصورة الرابعة.

(ويردّه ان ظاهر الرواية انه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض

لمؤنة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى، وهذا أقل مراتب الفقر الشعري) و

كلما اشتدت الحاجة كان اظهرا مصداقا للقرآن الشعري، كما لا يخفى (و

المأمور من عبائر من تقدم من المجوزين) للبيع في هذه الصورة (اعتبار

الضرورة وال الحاجة الشديدة، وبينها) اي الضرورة (وبين مطلق الفقر عموم

الصورة الخامسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

من وجهه، اذ قد يكون فقيراً، ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة
لوجود أنه من مال القراء ما يجب التوسيعة عليه.

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

فالرواية بظاهرها غير معمول بها، مع أنه قد يقال: إن ظاهر
الجواب جواز البيع بمجرد رضى الكل، وكون البيع انفع، ولو لم يكن حاجة.

من وجهه، اذ قد يكون فقيراً، ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة
إلى لا يوجد له حاجة مطلقاً شديدة ولا قليلة (لوجود أنه) إى القير (من
مال القراء ما يجب التوسيعة عليه) إى على نفسه.

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

(ولكن الانصار: أن هذا صرف أشكال صوري، اذ: وجود مال
للقراء لا يدفع صدق الحاجة الشديدة، وكذلك ذو الحاجة فقير في
هذا الحال).

ولو اردنا أشكال في الروايات بمثيل هذه الأشكالات لم يبق إلا
أقل الروايات سالمة عن الأشكال.

(ف) قوله (الرواية بظاهرها غير معمول بها) محل منع (مع أنه قد
يقال: إن ظاهر الجواب) للإمام عليه السلام في رواية جعفر (جواز
البيع بمجرد رضى الكل، وكون البيع انفع، ولو لم يكن حاجة) فالرواية
غير مربوطة بالصورة الخامسة.

وكيف كان : فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان
 المعتصدان بفتوى جماعة ، وفى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز
 البيع ، وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص
 بالبطن الموجود مع ونه بمصير جمهور المتأخرین ، وجماعة من القدماء
 الى الخلاف بل معارضته بالاجماع المدعى فى السرائر اشكال .
الصورة السادسة : ان يشترط الواقع بيعه عند الحاجة او اذا كان

فيه مصلحة

(وكيف كان : فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان)
 من الانتصار والغنية (المعتصدان 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 ونه)
 اى دعوى الاجماع على الجواز (بمصير جمهور المتأخرین ، 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 الواقع) عند اجراء الصيغة (بيعه) اى الوقف كلاما او بعضا
 (عند الحاجة) لنفسه او للموقوف عليهم (او اذا كان فيه) اى فى البيع
 (مصلحة) ولو بدون حاجة .

الصورة السادسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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

فقد اختلف كلمات العلامة ، و من تأخر عنده في ذلك .

فقال في الارشاد : ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخروج
والعون من قبل الظالم و شراء غيره بثمنه ، فالوجه الجواز ، انتهى .
وفي القواعد : ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه
و شراء غيره بثمنه ، او عند خرابه ، و عطلته ،

والصلاح المشترط اما بالنسبة الى (البطن الموجود) لدى البيع
(او جميع البطون) الحاضرة و المستقبلة (او عند مصلحة خاصة) لا للبطون
بل لاعتبارات اخرا على حسب ما يشترط) الواقف .

(فقد اختلف كلمات العلامة ، و من تأخر عنده في ذلك) اي جواز
البيع بالاشتراط .

(قال في الارشاد : ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخروج
والعون من قبل الظالم) بان اراد الظالم اخذ خراج باهض و مئنة كثيرة
من الوقف ، فنبيشه لنتخلص من اعطاء المال للظالم (و شراء غيره بثمنه ،
فالوجه الجواز ، انتهى) كلام الارشاد .

(وفي القواعد : ولو شرط) الواقف (بيعه) اي الوقف (عند
الضرورة كزيادة خراج) من الظالم ، بل او العادل ايضا (و شبهه) اي
شبه الخراج كما لو عين الظالم ضريبة جديدة ظلما ، او صارت مئنة السقى
و شبهه كثيرة (و شراء غيره بثمنه ، او) شرط بيعه (عند خرابه ، و عطلته) عن

او خروجه عن حد الانتفاع ، او قلة نفعه ، ففى صحة الشرط اشكال
و مع البطلان ففى ابطال الوقف نظر، انتهى .
و ذكر فى الايضاح فى وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة
قال : فاذا جاز بغير شرط ، فمع الشرط اولى .
وفى وجه المنع ان الوقف للتأييد ، والبيع ينافي

قابلية ماقف لاجله (او خروجه عن حد الانتفاع ، او قلة نفعه ، ففى صحة
الشرط اشكال) .

اذ المألف من الشرط ، ان يكون فى العقود ، لا فى الایقادات ،
الطلاق والعقد ، والوقف شبيه بالایقادات .
(و مع البطلان) اي لو قلنا ببطلان هذا الشرط ، لانه شرط فاسد
(ففى ابطال) اي الشرط (الوقف نظر) للخلاف فى ان الشرط الفاسد
هل هو مفسد ، ام لا ؟ (انتهى) كلام التواعد .
(و ذكر) فخر المحققين (فى الايضاح فى 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 فى نفسها
مع النذر اولى ، لا جتمع جهتي الوجوب فيها .
(و) ذكر الايضاح (فى وجه المنع) عن بيع الوقف مع الشرط (ان
الوقف للتأييد ، والبيع ينافي) فلا يصح اشتراطه لانه مختلف مقتضى الوقف

الصورة السادسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

قال : والاصح ان لا يجوز بيع الوقف بحال ، انتهى .
وقال الشهيد في الدروس : ولو شرط الواقع بيعه عند حاجتهم او وقوع الفتنة بينهم ، فاولى بالجواز ، انتهى .
ويظهر منه ان للشرط تأثيرا ، وانه يحتمل المنع من دون الشرط ، والتوجيز معه .

وعن المحقق الكركي انه قال : التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف ، اذا بلغ تلك الحالة ، لانه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف ، لانه

(قال : والاصح ان لا يجوز بيع الوقف بحال) من الاحوال ، سواء اشترط ، او لا : (انتهى) كلام الا يضاهي .

(وقال الشهيد في الدروس : ولو شرط الواقع بيعه عند حاجتهم اي حاجة ارباب الوقف (او وقوع الفتنة بينهم ، فاولى بالجواز) من جواز البيع بدون الاشتراط (انتهى) .

(ويظهر منه) اي من كلام الدروس (ان للشرط تأثيرا) في الجواز (وانه يحتمل المنع عن البيع (من دون الشرط ، و) يحتمل (التوجيز معه) اي مع الشرط .

(وعن المحقق الكركي انه قال : التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف) كالخراب ، والاختلاف ، و نحوهما (يجوز اشتراط البيع في الواقع ، اذا بلغ) الواقع (تلك الحالة ، لانه) اي الشرط المذكور (شرط مؤكد) بصيغة اسم الفاعل (و ليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف لانه)

مقيّد واقعًا بعدم حصول أحد أسباب البيع.

وَالْفَلَلِلْمَنَافَةِ فَلَا يَصْحُ حِينَئِذٍ حَبْسَالَانْ اشْتَرَاطٌ شَرَاعْ شَيْءٍ بِثَمَنِهِ، يَكُونُ وَقْفًا مَنَافٍ لِذَلِكَ، لَا قِتَاضَاهُ الْخُرُوجُ عَنِ الْمَالِكِ، فَلَا يَكُونُ وَقْفًا وَلَا حَبْسًا

اى التأييد فى الوقف (مقيد واقعاب عدم حصول احد اسباب البيع) عن
التأييد .

(والا) نقل فى موضع بجواز البيع (فلا) يصح الاشتراط (للمنافات)
 بين الشرط المجوز ، وبين مقتضى الوقف الذى هو التأبيد .
 وعلى هذا (فلا يصح حينئذ حبسا) بمعنى انه اذا شرط فى الوقف
 او الحبس ان يبيعه ويشتري بثمنه ما يكون وقفا ، لم يصح وقاولا حبسا .
 اما الوقف : فلانه شرط البيع ، و هو مناف للوقف .

واما الحبس : فلا نه ذكر ان يشتري بثمنه شيئاً ليوقفه ، و الحبس لا يكون ثمنه وقفاً (لان اشتراط شراء شئ بثمنه) اي بثمن المحبوس (يكون) ذلك المشتري (وقفامناف لذلك) الحبس اذ : الحبس ليس مُؤيداً حتى يجب ان يشتري بثمنه شيئاً ليوقف مكان المحبوس (لاقتضائه) اي شرط شراء شئ بثمن الحبس ليكون وقفاً (الخروج) للمال المحبوس (عن) ملك (المالك) و الحال ان الحبس لا يوجب الخروج عن الملك .

وعلی هذا (فلايكون) الموقوف المشترط بيعه والا شراء يتمثل
(وقفا) لانه مناف لا شرط البيع (ولا حبس) لانه مناف لتبدل
تمثله الى شيء آخر ليتحقق وقف

الصورة السادسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

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 منافي المقتضى الوقف ، فلعله مناف لاطلاقه . ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرور مسوغاته ،

(انتهى) .

(أقول : يمكن ان يقال : بعد التمسك في الجواز) اي جواز الاشتراط في الوقف ، و انه نافذ (بعموم الوقف على حسب ما يوقفها اهلها) حيث دل على ان الكيفية التي يوقف الواقع 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 منافي المقتضى الوقف) اذ : الوقف عبارة عن تحبيس الاصل و تسبييل الثمرة ، اما التأييد فلا (فلعله) اي الاشتراط مناف لاطلاق الوقف ، اذ : التحبيس ظاهر في الدوام .
 (ولذا) الذي ليس جواز البيع مناف لمقتضى الوقف (يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرور مسوغاته) ولو كان البيع منافي المقتضى ، لم يجز البيع اصلا .

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

فإن التحقيق - كما عرفت سابقاً - أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً .

ثم أنه لو سلم المنافاة، فإنما هو بيعه للبطن الموجود، و أكل ثمنه وأمات بد ile بوقف آخر، فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً، كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملك على نحو الملك المطلق، وأما بحسب شخص الوقف فهو لازم لا طلاقه وتجرّده عن مسوغات

الطلاق لا مقتضى أصل البيع (فإن التحقيق - كما عرفت سابقاً) في ردّ كلام الجواد (أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو) حين جواز بيعه (وقف يجوز بيعه) وهذا كاشف عن أن جواز البيع لا ينافي مقتضى أصل الوقف (فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً) لانتفاء الموضوع .

(ثم أنه لو سلم المنافاة) بين الاشتراط وبين الوقف (فإنما هو) أى المنافي للوقف (بيعه للبطن الموجود، و أكل ثمنه) بان يكون المنافي أكل الثمن بعد البيع (واما تبديله) بعد البيع (وقف آخر، فلا تنافي بينه) أى بين البيع الذي يعقبه التبديل (و بين مفهوم الوقف) .

وعلى هذا (معنى كونه) أى الوقف (حبساً، كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملك على نحو الملك المطلق) بان يباعه و يأكل ثمنه (واما بحسب شخص الوقف) بان لا يباع حتى لاجل التبديل (فهو لازم لا طلاقه) أى اطلاق الوقف (و تجرّده عن مسوّغات

الصورة السادسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

الابدال شرعية كانت ، كخوف الخراب ، او بجعل الواقف ، كلاشتراط
في متن العقد ، فتأمل .

ثم انه روى صحيحًا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام، في
كيفية وقف ماله في عين ينبع ، وفيه ، فإن أراد — يعني الحسن عليه
السلام — أن يبيع نصيبياً من المال ليقضى به الدين ، فليفعل إن شاء
لأحرج عليه فيه وأن شاء جعله سرّ الملك

الابدال شرعية كانت) تلك المسوغات للابدال (كخوف الخراب) و
الخراب الفعلى (او بجعل الواقف ، كلاشتراط في متن العقد) للواقف
بان يتشرط ان يباعه البطن متى ما عرض بعض العوارض (فتأمل) فان
الظاهر ان منع الشخص من لوازمه مفهوم الوقف لالوازمه اطلاقه فالاشتراط
 محل اشكال .

(ثم انه) يدل بعض الروايات انه لا منافات بين الوقف والبيع
اذ اشتربط الواقف ذلك ، فقد (روى صحيحافي الكافي ما ذكره أمير المؤمنين
عليه السلام ، في كيفية وقف ماله في عين ينبع) وهى عين قرب المدينة
(وفيه) اي في لفظ وقف الامام عليه السلام (فان أراد — يعني الحسن
عليه السلام — أن يبيع نصيبياً من المال) الموقوف (ليقضى به الدين ،
فليفعل إن شاء ، لأحرج عليه) فإنه دال على صحة الاشتراط (فيه) اي في
لفظ الوقف (وان شاء) الحسن عليه السلام (جعله) اي جعل الحسن
عليه السلام الوقف (سرّ الملك) السرّ بالتشديد فعيل بمعنى الشريف
من اضافة الصفة الى الموصوف ، اي جعله ملك الشريف الذي هو ملك

وَانْ وَلَدَعْلَىٰ وَمَوَالِيهِمْ وَامْوَالِهِمْ إِلَى الْحَسْنَ بْنَ عَلَىٰ .

وَانْ كَانَتْ دَارُ الْحَسْنَ بْنَ عَلَىٰ غَيْرَ دَارِ الصَّدَقَةِ فَبِدَالْهُ اَنْ يَبِيعَهَا
فَلَيَبِيعَهَا اَنْ شَاءَ وَلَا حَرْجٌ عَلَيْهِ فَإِنْ بَاعَ ، فَانَّهُ يَقْسِمُ ثُمَّنَهُ ثَلَاثَةً اَثْلَاثَ ،
فَلَيَجْعَلْ ثَلَاثَتِي سَبِيلَ اللَّهِ ، وَيَجْعَلْ ثَلَاثَتِي بْنَى هَاشِمٍ وَبْنَى الْمُطَلَّبِ ،

طَلْقٌ ، لَا قِيدٌ فِيهِ كَالا نَسَانُ السَّرِّيُّ الَّذِي لَا عَبُودِيَّةُ وَقِيدٌ فِيهِ .

وَهُذَا يَضَادُ عَلَى جَوَازِ اشتِرَاطِ تَبْدِيلِ الْوَقْفِ إِلَى الْمُلْكِ (وَانْ) جَمْلَةً مُسْتَأْنَفَةً (وَلَدَعْلَىٰ وَمَوَالِيهِمْ) اَى عَبِيدِهِمْ (وَامْوَالِهِمْ إِلَى الْحَسْنَ
بْنَ عَلَىٰ) اَى اَنَّهُ النَّاظِرُ فِي اَمْوَالِهِمْ ، وَالْمَكْلُوفُ بِقِيَامِ مَصَالِحِهِمْ وَذَلِكَ
وَصَايَةُ مِنَ الْاِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، او بِيَانِ لَانَ الْحَسْنَ عَلَيْهِ السَّلَامُ اَمَا مُ
فَلَهُ ذَلِكُ .

(وَانْ كَانَتْ) جَمْلَةً مُسْتَأْنَفَةً اُخْرَى (دارُ الْحَسْنَ بْنَ عَلَىٰ) الَّتِي سُكِنَ
الْحَسْنَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِيهَا (غَيْرُ دَارِ الصَّدَقَةِ) بَانَ لَمْ يُسْكُنْ فِي الدَّارِ
الْمُوقَفَةِ (فَبِدَالْهُ) اَى ظَهَرَ لِلْحَسْنَ عَلَيْهِ السَّلَامِ (اَنْ يَبِيعَهَا) اَى يَبِيعَ
دَارَ الْوَقْفِ ، لَا نَهُ لَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهَا ، لَانَ لَهُ دَارٌ مُلْكِيَّةٌ هُوَ سَاكِنٌ فِيهَا
(فَلَيَبِيعَهَا اَنْ شَاءَ) .

وَهُذَا يَضَادُ عَلَى جَوَازِ اشتِرَاطِ الْوَاقِفِ بَيعِ الْمُوقَفِ عَلَيْهِ الْوَقْفِ
(وَلَا حَرْجٌ عَلَيْهِ) اَى عَلَى الْحَسْنَ عَلَيْهِ السَّلَامِ (فِيهِ) اَى فِي بَيعِ دَارِ الصَّدَقَةِ
(فَإِنْ بَاعَ ، فَانَّهُ يَقْسِمُ ثُمَّنَهُ) اَى ثُمَّنَ الدَّارِ ، وَتَذَكِيرُ الضَّمِيرِ بِاعتِبَارِ كُونِهَا وَقْفًا
ثَلَاثَةً اَثْلَاثَ ، فَلَيَجْعَلْ ثَلَاثَتِي سَبِيلَ اللَّهِ ، وَيَجْعَلْ ثَلَاثَتِي بْنَى هَاشِمٍ وَبْنَى الْمُطَلَّبِ ،

الصورة السادسة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

وثلاثي آل أبي طالب ، وأنه 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 ، وأنه يستشرط على الذي يجعله اليه ان يترك هذا المآل على
أصوله ، وينفق الثمرة حيث امره من سبيل الله ، ووجهه ، وذوى الرحم من

وثلاثي آل أبي طالب ، وأنه اي الحسن عليه السلام (يضعه) اي
الثلثين (فيهم) في آل هاشم ، وطلب ، 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) المتوليين للوقف ، ولهم النظارة طولا (حدث) كالموت (فان
الآخر منها 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 ، وأنه
يشترط على الذي يجعله) اي الوقف (اليه) بان يجعله متوليا على
الوقف (ان يترك هذا المآل) الموقوف (على اصوله ، وينفق الثمرة حيث
امرها) اي في الموارد المقررة (من سبيل الله ، وجهه) اي ما كان لوجه
الله تعالى وقربة 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 في الوقف لنفس البطن الموجود فضلا
عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به .
والسند صحيح ، والتأويل مشكل ، والعمل 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 في
الوقف ، وان جواز بيعه حسب شرطه عليه السلام كان خاصا بالامامين
الحسن والحسين عليهما السلام .

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

(والسند) للرواية (صحيح) كما عرفت (و التأويل) بأنه لم يكن
وقفا (مشكل) لانه خلاف ظاهر الرواية (و العمل) بها (اشكال) الان 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 الدلاله
و عدم الاعراض .

ولواردنا المناقشة في الروايات بهذه المناقشات لم تبق جملة

الصورة السابعة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

الصورة السابعة ان يؤدى بقائه الى خرابه، علماً وظناً، وهو
المعبر عنه بخوف الضرر في كثير من العبارات المتقدمة.
والإداء الى الضرر قد يكون للخلف بين اربابه، وقد يكون لاله،
والضرر المعلوم، والمحظى قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع فرعاً
معتدلاً، وقد يكون على وجه نقص المنفعة.
واما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الضرر بوجه آخر

كبيرة من الرواية سليمة ، ولا وجه لذلك اطلاقا .

(الصورة السابعة) من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها في الجملة
ان يؤدى بقائه الى خرابه ، علماً وظناً) بـان نعلم : انه اذا بقى خرب ،
او نظن ذلك (وهو المعتبر عنه بخوف الخراب في كثير من العيائـر
المتقدمة) بل الخوف اعم حتى من الوهم العقلائي ، فاذا كانت
سيارة من كل ثلاث سيارات تصطدم ، فـان احتمال اصطدام كل سيارة
و هـم ، لـانه احتمـال في مقابل احتمـال عدم الاصـطدام ، و مع ذلك فهو
خـوف عـقلائي .

(والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه ، وقد يكون لا له)
 اى للخلف بين الارباب (والخراب المعلوم والمخفف) منه (قد يكون
 على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتدّاً به) بان لا يكون له نفع يعنى به
 العقلاء لمثل هذا الوقف (وقد يكون على وجه نقص المنفعة) كما لو كان
 نفع بستان الف دينار ، فصار مائتين و خمسين - مثلا - .

(واما إذا فرض جواز الانتفاع به) اي بالوقف (بعد الخراب بوجه آخر)

.....
كانتفاعة السابق ، او ازيد ، فلا يجوز بيعه ، الاعلى ما استظربره بعض من
تقدم كلامه سابقان ان تغير عنوان الوقف يسّوغ بيعه وقد عرفت ضعفه .
وقد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة التأدية الى
الخراب ، ولو لغير الاختلاف .
و من اخرى تقييد هم به .

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

كالانتفاع بعرضة الدار المخربة لجعلها محل وقف الاغتراب
للبيع - مثلا - (كانتفاعة السابق ، او ازيد) بان كان ايجار العرصة
كايجار الدار مائة - مثلا - او مائة و خمسين بعد ان كان ايجار الدار
مائة (فلا يجوز بيعه ، الاعلى ما استظربره بعض من تقدم كلامه سابق
من ان تغير عنوان الوقف) كتغير الدار الى العرصة (يسّوغ بيعه)
كم ان قدمن عن الجوادر (وقد عرفت ضعفه) اي ضعف كلام الجوادر .
(وقد عرفت) فيما تقدم (من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة
التأدية الى الخراب ، ولو لغير الاختلاف) اي خرابا ليس ناشئا من
اختلاف ارباب الوقف ، بل لعارض اخر ، كهرارة اهل القرية - مثلا -
(و) عرفت (من) جماعة (اخرى تقييد هم) جواز البيع في صورة
التأدية الى الخراب (به) اي بما اذا كان ناشئا من الاختلاف ، والله
العالم .

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

٢٧ 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 يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير
تقييد بتلف المال ، فضلا عن خصوص الوقف .

الصورة العاشرة : ان يلزم فساد يستباح منه الانفس .

والاقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب

الشكایات ، والهدایا ، والرشوات ، وما شبه (و النفس) بالقتل ، و
الاغتيال (وان لم يعلم او يظن بذلك) بل كان صرف الاحتمال
العقلائی (فان الظاهر من بعض العبارات السابقة ، جوازه) اى البيع
(لذلك) اى للاختلاف الموجب الى تلف الاموال و النفوس حكما ، او
احتمالا (خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب) وسيأتي
الدليل على ذلك

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

(الصورة العاشرة) من صور جواز بيع الوقف فيها (ان يلزم) من بقاء
الوقف (فساد يستباح منه الانفس) قتلا ، وجراحا ، وما شبه .
والاقوى الجواز لبيع الوقف (مع تأدية البقاء الى الخراب) علما

على وجه لا ينفع به نفعاً يعتد به عرفاً ، سواء كان لاجل الاختلاف ، او غيره والمنع في غيره من جميع الصور .

اما الجواز في الاول فلما مرّ 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 لا نوعه .

او ظناً ، او احتمالاً عقلائياً (على وجه لا ينفع به نفعاً يعتد به عرفاً ، سواء كان) عدم الانتفاع (لاجل الاختلاف) المؤدي الى الخراب (او غيره) كهرجة اهل البلد مما يؤدي الى خراب الابنية ، لتركها ، او ما اشبه ذلك (والمنع) عن البيع (في غيره) اي غير ما ادى البقاء الى الخراب (من جميع الصور) .

(اما الجواز في الاول) اي صورة اداء البقاء الى الخراب (فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ماسقط عن الانتفاع) .

وجه الاستدلال بذلك ، ماذكره بقوله : (فان الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه) اي شخص الوقف ، وهو عبارة اخرى عن بقائه (فاذا فرض العلم او الظن) المعتبر عند العقلاء في الموضوعات ، و لذا يجرؤون على حسبه حتى في الامور المهمة (بانقطاع شخصه) اي في المستقبل ، لأن بقائه يؤدي الى خرابه (فدار الامر بين انقطاع شخصه و انقطاع (نوعه) معاً) بان يخرب فلا شخص ولا بدل (و بين انقطاع شخصه لانوعه) بان يبدل الوقف حتى يبقى فرد آخر من النوع ، ولا يذ هب

الصورة العاشرة من الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

كان الثاني أولى ، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً .
واما الأدلة الشرعية غير ناهضة لاختصاص الاجماع .
وانصراف النصوص الى غير هذه الصورة .
واما الموقوف عليهم ، فالمفهوم اذن الموجود منهم ، وقيام الناظر

النوع بالكلية (كان الثاني) وهو انقطاع شخصه لانواعه (أولى) .
اذ هناك دليلان على حرمة بيع الوقف .
الاول : انه مناف لغرض الواقف ، والواقف بما كان مالكا محترم
الغرض .

الثاني : الا أدلة الشرعية ، ولا الدليلين لا يجريان في المقام .
اما الاول : لما شار اليه بقوله : (ليس فيه منافاة لغرض الواقف
اصلاً) بل غرض الواقف المنكشف من اغراض العقلاً مثله هو باع النوع .
(واما الأدلة الشرعية غير ناهضة) بحرمة مثل هذا البيع للتبدل
(لاختصاص الاجماع) الدال على حرمة بيع الوقف بغير هذه الصورة ،
لان الفقهاء بأنفسهم استثنوا من حرمة البيع هذه الصورة .
(وانصراف النصوص) الدالة على عدم جواز بيع الوقف (الى غير
هذه الصورة) التي تؤدي فيها البقاء الى الخراب .
(و) ان قلت : في الوقف حق للبطون الموقوف عليهم ، والبيع
مناف لحقهم .
قلت : (اما الموقوف عليهم ، فالمفهوم اذن الموجود منهم) في
البيع (وقيام الناظر

العامّ، والخاصّ مقام غير الموجود .

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

و معاذکر

العام) وهو الحاكم الشرعي (والخاص) وهو المأمور المنصوب من قبل الواقف (مقام غير الموجود) فيأذن في 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 وجдан البدل) كمالوكان وجدان
البدل يحتاج الى سنة من التفتیش ففى هذه السنة يتضرر البطن
الموجود حيث لانفع لهم اذا بيع الوقف (او كون البدل) الذى يشتري
اجلا لعدم تضرر البطن الموجود (قليل المنفعة بالنسبة الى) البطن
(الباقي) حيث يجب عدم رضایة الناظر الذى يجب عليه ملاحظة نفع
البطون اللاحقة ، فانه يدور الامر حينئذ بين الضربين ، اما ان يشتري
بالثمن حالا مکان بعيد حتى لا يتضرر البطن الموجود ، لكنه مستلزم قلة
المنفعة في المستقبل لعدم رغبة المستأجرين في الآتي الى مكان بعيد ،
او يصبر حتى يوجد مکان قريب يشتري بالبدل لكنه مستلزم لعدم انتفاع
البطن الموجود مدة سنة بالبدل .

(و معاذك) من أن البيع إنما هو لعدم تفويت النوع بالإضافة إلى

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

يظهر انه يجب تأخير البيع الى آخر ازمنة امكان البقاء ، مع عدم فوات
الاستبدال فيه .

ومع فوته ، ففى تقديم البيع اشكال .

ولودار الا أمر بين بيعه والاستبدال به وبين صرف منفعته الحاصلة

فوات الشخص (يظهر انه يجب تأخير البيع الى آخر ازمنة امكان البقاء)
على الوقف (مع عدم فوات الاستبدال فيه) اي فى آخر ازمنة البقاء .
اذااصل فى الوقف : الابقاء ، الا اذا كان الابقاء موجبا لفوت النوع
والشخص ، فإنه حينئذ يجوز البيع وذلك آخر ازمنة الامكان .

(ومع فوته) اي فوت الاستبدال فى آخر ازمنة امكان البقاء (ففى
تقديم البيع) على آخر ازمنة امكان البقاء (اشكال) كمالا وان الفوت كان
فى شهر رمضان ، فهل نقدم البيع فى شهر شعبان حتى لايفوتنا
الاستبدال لتتوفر المثل فى شهر شعبان ، او نؤخر البيع الى شهر
رمضان تحفظا على ابقاء الوقف ، وان فاتنا البديل حينذاك بل يبقى
الثمن للموقوف عليهم لكل وجه .

وجه التأخير فى البيع الابقاء على شخص الوقف .

ووجه التقديم الابقاء على نوع الوقف .

اقول وفي العبارة احتمال آخر كما لا يخفى .

(ولودار الا أمر بين بيعه) اي الوقف (والاستبدال به) حتى ينتفع
البطن الموجود ، ويبقى النوع لسائر البطون (وبين صرف منفعته الحاصلة

مدة من الزمان لتعميره ، ففى ترجيح حق البطن الذى يفوته المنفعة او حق الواقف وسائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهاً ،
ا) يخلوا و لهم عن قوة اذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته

مدة من الزمان) كايجاره عشر سنوات ، واخذ الاجرة و تعمير مبها (التعميره)
حتى يبقى شخص الوقف ، ولكن لا ينتفع به البطن الموجود فى مدة
عشر سنوات (ففى ترجيح حق البطن) الحاضر (الذى يفوته المنفعة) فى
هذه المدة ، فنقول باجارتة و صرف الاجرة فى تعمير شخص الوقف ، فان
الواقف اراد شخص الوقف ، و البطون تعلق حقهم بشخص الوقف
(المتعلق) حق الواقف ، و حق البطون ، (بشخص الوقف وجهاً ، لا
يخلوا و لهم) و هو ترجيح حق البطن الموجود بالتبديل (عن قوة)
اذ لا 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 قياماً
وكذلك اذا دار بين ان يفطر اول يوم من شهر رمضان ، او تانى
يوم منه ، وهكذا .

وفى المقام لو دار الامر بين فوت نفع البطن الموجود و هو خلاف
غرض الواقف ، او فوت نفع البطن المتأخر ، وهو خلاف
غرض الواقف ايضاً ، يلزم ان نقدم 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

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

.....
مقدما على الموقف عليه .

وقد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقية من : ان بقاء
الوقف على حاله - والحال هذه - اضاعة و اتلاف للمال وهو منهى
عنه شعافيكون البيع جائزا .
ولعله اراد الجواز ، بالمعنى الاعم ، فلا يرد عليه انه يدل على وجوب
البيع .

وفيه ان المحرّم هو

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

(وقد يستدل على الجواز) اي جواز البيع (فيما ذكرنا) من اداء بقاء
الوقف الى خرابه (بما عن التنقية من : ان بقاء الوقف على حاله) بدون
بيع و تبدل (- والحال هذه -) اي مماؤدی بقائه الى خرابه
(اضاعة و اتلاف المال ، وهو) اي اتلاف المال (منهى عنه شعافيكون
البيع جائز) و ترتفع حرمة بيع الوقف .

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

(وفيه) اي في الاستدلال المذكور لجواز بيع الوقف (ان المحرّم هو

ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

اضاعة المال المسلط عليه ، لا ترك المال الذى لا سلطان عليه الى ان يخرب بنفسه ، واللزم وجوب تعمير الا وقف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما امكن مقدما على البيع او اذا لم يمكن البيع .
والحاصل : ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح .
ويتضح فساده على القول بكون الشمن للبطن الموجود ، لا غير .

اضاعة المال المسلط عليه) اي الذى كان للانسان سلطة على ذلك المال (لا) ان المحرم (ترك المال الذى لا سلطان) ولا تسلط للانسان (عليه الى ان يخرب بنفسه ، والا) فلو حرم ترك المال حتى يخرب (لزم وجوب تعمير الا وقف المشرفه على الخراب بغير البيع) اي يعمر بدون ان يباع (مهما امكن) التعمير (مقدما) للتعمير(على البيع) ابقاء على شخص تلك الاوقاف (او اذا لم يكن) التعمير بدون ان يباع فاللازم تعميره ب (البيع) بان يباع الوقف ، ويبدل الى مكان آخر ، وحيث ان اللازم ، وهو قوله «لزم» باطل ، فالملزوم ، وهو قول المستدل - اي التنقح - ايضا باطل .

ولا يخفى عليك ما في 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 الواقع او ما اشبه ذلك .

(ويتضح فساده) اي فساد دليل التنقح (على القول بكون الشمن للبطن الموجود ، لا غير) اذا بقاء الوقف حتى ينهدم اسهل من بيعه ، و

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

وَيَتَلوُهُ فِي الضعفِ مَا عَنِ الْمُخْتَلِفِ، وَالْتَذَكْرَةِ، وَالْمَهْذَبِ، وَغَایَةِ
الْعَرَامِ، مِنْ: أَنَّ الْغَرْضَ مِنَ الْوَقْفِ اسْتِيَافًا مَنَافِعَهُ وَقَدْ تَعَذَّرَ فِي جُوزِ
أَخْرَاجِهِ عَنْ حَدِّهِ تَحْصِيلًا لِلْغَرْضِ مِنْهُ، وَالْجَمْودُ عَلَى الْعَيْنِ مَعَ تَعْطِيلِهَا
تَضِيِّعًا لِلْغَرْضِ، كَمَا نَهَا لَوْ تَعَطَّلَ الْهَدَى ذِبْحُ فِي الْحَالِ وَانْ اخْتَصَّ
بِمَوْضِعٍ، فَلَمَّا تَعَذَّرَ مَرَاعَاةُ الْمَحْلِ تَرَكَ مَرَاعَاتَهُ لِتَخلُصِ الْمَعْتَذِرِ.

اَكْلُ ثُمنِهِ، فَانِ فِي الْابْقَاءِ امْتِدَادًا، وَلَوْ مُوقْتاً، وَغَرضُ الْوَاقْفِ بِخَلَافِ
الْبَيعِ وَاَكْلُ ثُمنِهِ، فَانِ فِيهَا ذَرَّةٌ هَا بَالَهِ .

(وَيَتَلوُهُ) أَيْ دَلِيلُ التَّنْقِيقِ الَّذِي أَسْتَدَلَّ بِهِ لِجُوازِ الْبَيعِ فِي صُورَةِ
اِدَاءِ الْبَقَاءِ إِلَى الْخَرَابِ (فِي الضعفِ مَا عَنِ الْمُخْتَلِفِ، وَالْتَذَكْرَةِ، وَ
الْمَهْذَبِ، وَغَایَةِ الْعَرَامِ، مِنْ: أَنَّ الْغَرْضَ مِنَ الْوَقْفِ اسْتِيَافًا مَنَافِعَهُ وَ
قَدْ تَعَذَّرَ اسْتِيَافًا الْمَنَافِعُ، لَا نَبْقَائِهِ يُؤْدَى إِلَى خَرَابِهِ (فِي جُوزِ أَخْرَاجِهِ)
أَيْ الْوَقْفِ (عَنْ حَدِّهِ) بِالْبَيعِ وَالْإِسْتِبْدَالِ (تَحْصِيلًا لِلْغَرْضِ مِنْهُ) أَيْ مِنَ
الْوَقْفِ (وَالْجَمْودُ عَلَى الْعَيْنِ) هَذَا مِبْدَءٌ، وَخَبْرُهُ (تَضِيِّعُهُ) بَانِ يَبْقَى
الْوَقْفُ حَتَّى يُخْرَبُ (مَعَ تَعْطِيلِهَا) فِي الْمُسْتَقْبِلِ لِغَرْضِ أَنْ بَقَائِهِ يُؤْدَى
إِلَى خَرَابِهِ (تَضِيِّعُهُ لِلْغَرْضِ) الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ أَوجَبَ الشَّارِعُ بَقَاءَ الْوَقْفِ
(كَمَا نَهَا لَوْ تَعَطَّلَ الْهَدَى) الَّذِي يُسَاقُ إِلَى الْكَعْبَةِ بِكَسْرِ رَجْلٍ، أَوْ مَا
أَشْبَهُ، لَمْ يَنْتَظِرْ بِهِ حَتَّى يَمُوتَ، بَلْ (ذِبْحُ فِي الْحَالِ) لَا دَرَاكَ بِعَضُّ
الْفَوَائِدِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَيْهِ (وَانْ اخْتَصَّ) الْهَدَى حَسْبَ التَّشْرِيفِ (بِمَوْضِعِ)
خَاصٍ وَهُوَمَكَةٌ (فَلَمَّا تَعَذَّرَ مَرَاعَاةُ الْمَحْلِ تَرَكَ مَرَاعَاتَهُ) بَلْ اجْزاَ الشَّارِعَ
ذِبْحَهِ حَيْثُ تَعَطَّلَ (لِتَخلُصِ الْمَعْتَذِرِ) أَيْ تَخلُصَهُ مِنَ الْعَطَبِ .

و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف ،
لأنه الذى دل عليه صيغة الوقف والمفروض تعذرها ، فيسقط ، وقيام
الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص ، لكونه أقرب إلى مقصود الواقف ،
فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر
اصل الغرض .
فلا ولی

(وفيه) أي في هذا الدليل الذي ذكره المختلف وغيره (ان العروض
من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف ، لأن) أي لأن الاستيفاء
من شخصه ، هو (الذي دل عليه صيغة الوقف) اذ علق الواقف الوقف بالشخص
الخاص (والعروض تعذرها) أي تعذر الاستيفاء من الشخص (فيسقط)
الغرض (وقيام الانتفاع بالنوع) ببدلها (مقام الانتفاع بالشخص ، لكونه)
أي البدل (أقرب إلى مقصود الواقف ، فرع) وجود (الدليل على وجوب
اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر اصل الغرض) وليس
هنا دليل على ذلك .

لكن الانصار أن الاعتبار العرفي هو : أن الواقف أراد الشخص ، و
مع تعذرها أراد النوع ، وهذا الاعتبار العرفي كاف في لزوم الاخذ به ،
لان الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ، شامل له .
وكيف كان .

(فلا ولی) عند المصنف ره ، أن لا نقول : بان المقتضى للبقاء
موجود ، وإنما هناك دليل على جواز البيع والتبديل في صورة إدعا

منع جريان أدلة المعن مع خوف الخراب المسلط للمنفعة راساً وجعل ذلك
• مؤيداً.

واماً الممنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة وفيما عداها من الصور اللاحقة فلعموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكه ، فإن ترك إلا استفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعد مما الموجب لحمل فعل البائع على

البقاء الى الخراب، بل (منع جريان ادلة المنع) عن بيع الوقف (مع حوف الضرر المسقط) ذلك الخراب (للمنفعة راساً وجعل ذلك) الدليل الذي ذكره المختلف وغيره (مؤيداً) هذا كله وجه جواز البيع بالنسبة الى ما ذكره المصنف بقوله ((والاقوى الجواز))

(واما المぬع عن البيع (في غير هذا القسم من الصورة السابعة
وفيما عداها) اي الصورة السابعة (من الصور اللاحقة) وهى الثامنة و
الحادية عشرة (فلعموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف، و
لاتدخل الغلة في ملك ، فان ترك الاستفصال فيه) اي في المぬع حيث
ان الامام اطلق النهى عن الاشتراك ، ولم يقل : ان وقع خلفيين اربابه
- مثلا - فاشتره ، وان لم يقع فلا تستشر .

فترك الاستفصال (عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف) من الواقع (على بعض الوجوه المجوزة، وعدمه) اى عدم وجود الوجه المجوز (الموجب) ذلك اى عدم العلم (الحمل 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 اكله ضافا الى الاستصحاب في جميع هذه الصور ، وعدم الدليل الوارد عليه عدا المکاتبة المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوز هذه الصور فيها ، وهي مکاتبة ابن مهزيار ،

الصحة - يدل عدم الاستفصال (على ان الوقف مادام له غلة) ولو قليلا - في مقابل عدم الغلة الذي قلنا بالجواز حينئذ - (لا يجوز بيعه) .
(وكذا قوله عليه السلام : الوقف على حسب ما يوقفها اهلها)
فانه دال على اطلاق وجوب البقاء عليها .

(ومادل على انه يترك حتى يرثها وارث السماوات والارض)
لكن يمكن ان يقال : ان هذه الادلة من قبيل العناوين الاولية ،
لا اطلاق لها من هذه الجهة ، وانما يجب ان نلتمس المخصص ، فان
وجده فهو ، والا كان اللازم البقاء على مقتضى الوقف .

(هذا اكله ضافا الى الاستصحاب) لوجوب البقاء على الوقف (في جميع هذه الصور) السابعة وما بعدها - لو شكتنا في ان العوارض هل هي مزيلة لحكم الوقف ، أم لا ؟ (وعدم الدليل الوارد عليه) اي على الاستصحاب (عدا المکاتبة المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوز هذه الصور) اي الصور السابعة وما بعدها (فيها) اي في المکاتبة ، اذ لا دليل لهم سواها (وهي مکاتبة ابن مهزيار) التي هي حجة و

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيْعُ الْوَقْفِ فِيهَا

قال كتب الى ابي جعفر الثاني ان فلانا ابتعضيعة فاقفها وجعل لك
في الوقف الخامس ، ويسئلك عن رأيك في بيع حستك من الا رضا وتقويمها
على نفسه بما اشتراها او يدعها موقوفة ، فكتب الى اعلم فلانا نى أمره
ببيع حستى من الضيوعة ، وا يصل ثمن ذلك الى ان ذلك رايى ان شاء
الله تعالى او يقيمها على نفسه ان كان ذلك اوفق له ، فكتب اليهان الرجل ذكر

معمول بها ، فلا اشكال فيها من هاتين الجهتين (قال كتب الى
ابي جعفر الثاني) و هو الجواب عليه السلام (ان فلانا ابتعضيوعة ،
فاقفها وجعل لك في الوقف الخامس) والاربعة الا خماس الاخر لغيرك
(ويسئلك عن رأيك في بيع حستك من الا رضا) ليرسل لك ثمنها (او
تقويمها) اي الحصة (على نفسه) حتى يشتريها هو واقتضيوعة (بما
اشتراها) بالقيمة التي اشتري الا رضا .

فمثلا اشتري الا رضا بالف ، فيعطيك مائتين قيمة الخس (او يدعها
موقوفة) فلا يجوز له ان يبيعها لك ، ولا ان يشتريها منك (فكتب) الامام
عليه السلام (الى) اي وهو ابن مهزيار (اعلم فلانا) بصيغة الا مر من باب
الافعال على وزن اكرم (انى امره) متكلم وحدة من فعل المستقبل من
امر يأمر (ببيع حستى من الضيوعة ، وا يصل ثمن ذلك) المبيع (الى
ان ذلك رايى ان شاء الله تعالى) كلمة تبرك محضر لشرطية ، كما
لا يخفى (او يقيمها على نفسه) فيشتريه هو ويرسل الثمن الى (ان كان
ذلك) التقويم على نفسه (اوفق له) اي للواقف (فكتب) اي ابن مهزيار
(اليه) اي الى ابي جعفر عليه السلام - ايضا - (ان الرجل) الواقف (ذكر

ايصال الطالب الى المكاسب - البيع

ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنه ليس
يؤمن أن يتفاهم ذلك بينهم بعده، فان كان ترى أن بيع هذا الوقف،
ويدفع إلى 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 بيع
الوقف امثل فليبيع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس،
الخبر حيث انه يمكن الاستدلال للجواز بهافي القسم الثاني من الصورة

السابعة بناء

ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة) وهي الاربعة اخmas الآخر
(اختلافاً شديداً، وأنه ليس يؤمن أن يتفاهم) ويشتد (ذلك) الاختلاف
(بينهم بعده) اي بعدها يحدث الواقف (فإن كان ترى) أيها الإمام
عليه السلام (ان بيع) الواقف (هذا الوقف، ويدفع إلى 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 بيع الوقف امثل) اي احسن
(فليبيع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس) الى آخر
(الخبر)

وجه الاستدلال بهذه الخبر (حيث انه يمكن الاستدلال للجواز)
اي جواز بيع الوقف (بهما) اي بهذه المكاتب (في القسم الثاني من
الصورة السابعة) والمراد بذلك صورة اداء البقاء إلى الخراب في
الجملة، لا الخراب الكل (بناء) علة للاستدلال بالخبر للقسم الثاني

فِي الصُّورَاتِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

عَلَى أَنْ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : فَإِنَّهُ لِخُ ، تَعْلِيلٌ لِجَوازِ الْبَيعِ فِي صُورَةِ
الْاِخْتِلَافِ وَأَنَّ الْمَرَادَ بِالْمَالِ هُوَ الْوَقْفُ فَإِنْ ضَمَ النُّفُوسَ إِنَّمَا هُوَ لِبِيَانِ
الضَّرَرِ الْآخِرِ الْمُتَرَبِّعُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ ، لَاَنَّ الْمَنَاطِ فِي الْحُكْمِ هُوَ اِجْتِمَاعُ
الْاِمْرِينَ كَمَا لَا يَخْفَى ، فَيَكُونُ حَاصِلًا التَّعْلِيلُ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ الْوَقْفُ فِي مَعْرِضِ
الْخَرَابِ جَازَ بِيَعِهِ .

وَفِيهِ :

(عَلَى أَنْ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : فَإِنَّهُ رِبْمَاجَاءٌ فِي الْاِخْتِلَافِ (لِخُ ، تَعْلِيلٌ
لِجَوازِ الْبَيعِ فِي صُورَةِ الْاِخْتِلَافِ) أَى هَذَا الْاِثْرُ لِلْاِخْتِلَافِ وَهُوَ الْخَرَابُ ،
هُوَ الْعُلَةُ الْوَحِيدَةُ (وَأَنَّ الْمَرَادَ بِالْمَالِ) – أَى قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ («الْاِمْوَال»)
(هُوَ الْوَقْفُ) لَاَنَّ الْقُسْمَ الثَّانِي مِنَ الصُّورَةِ السَّابِعَةِ كَانَ مَدَارِهَا صَرْفُ
أَدَاءِ بَقَائِهِ إِلَى الْخَرَابِ فِي الْجَملَةِ (فَإِنْ ضَمَ) الْاِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ (الْنُّفُوسُ)
إِلَى الْاِمْوَالِ حِيثُ قَالَ «تَلْفُ الْاِمْوَالِ وَالْنُّفُوسِ» (إِنَّمَا هُوَ لِبِيَانُ الضَّرَرِ
الْآخِرِ الْمُتَرَبِّعُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ ، لَاَنَّ الْمَنَاطِ فِي الْحُكْمِ) بِجَوازِ الْبَيعِ (هُوَ
اِجْتِمَاعُ الْاِمْرِينَ) تَلْفُ الْاِمْوَالِ وَالْنُّفُوسِ مُعَابِلٌ يَكْفِي تَلْفُ الْاِمْوَالِ فَقَطُ
فِي الْجَملَةِ (كَمَا لَا يَخْفَى) اِذَا الظَّاهِرُ : أَنَّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ التَّرْقِيِّ ، لَا مِنْ
بَابِ مَدْخَلِيَّةِ الْاجْمَاعِ (فَيَكُونُ حَاصِلًا التَّعْلِيلُ) لِجَوازِ الْبَيعِ (أَنَّ كُلَّ مَا
كَانَ الْوَقْفُ فِي مَعْرِضِ الْخَرَابِ جَازَ بِيَعِهِ) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جَهَةِ اِخْتِلَافِ
أَرْيَابِ الْوَقْفِ ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ تَلْفٌ بَعْضِ الْمَالِ .

(وَفِيهِ) أَنَّهُ بِنَاءً عَلَى مَا ذُكِرْتُمْ ، لَا يَكُونُ كَلَامُ الْعُلَمَاءِ الْأَخْصُّ مِنَ الدَّلِيلِ
اِذَا الدَّلِيلُ دَلَلَ عَلَى جَوازِ الْبَيعِ فِي صُورَةِ الْاِحْتِمَالِ ، وَكَلَامُ الْعُلَمَاءِ دَلَلَ عَلَى

ان المقصود جواز بيعه اذا ادى بقائه الى الخراب علما او ظنا ، لا مجرد كونه ربما يؤدي اليه المجامع للاحتمال المساوى او المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ((ربما)) كما لا يخفى على المتبع لموارد استعمالاته .
ولاظن احداً يلتزم لجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقائه الى الخراب ، لأن كلمات من ^{غير} بهذا العنوان - كما عرفت - بين قولهم ادى بقائه الى خرابه ، وبين قولهم يخشى او يخاف خرابه .
والخوف - عند المشهور كما يعلم من سائر موارد

جواز البيع في صورة العلم بالخراب او الظن ، ف (ان المقصود) للعلامة (جواز بيعه اذا ادى بقائه الى الخراب علما او ظنا ، لا مجرد كونه ربما يؤدي اليه) اي الى الخراب (المجامع) اي ((ربما)) يجتمع (للاحتمال المساوى) اي يتساوى في الاحتمال الخراب و عدمه (او المرجوح) اي ان الخراب مرجوح (على ما هو الظاهر من لفظ ((ربما)) الوارد في الرواية (كما لا يخفى على المتبع لموارد استعمالاته) اي استعمالات ((ربما)) (ولا اظن احداً يلتزم لجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقائه الى الخراب)

وانما لا يلتزم به احد (لان كلمات من ^{غير} بهذا العنوان - كما عرفت - بعضها (بين قولهم ^{ان} بقائه الى خرابه ، وبين قولهم يخشى او يخاف خرابه) والخوف لا يشمل الاحتمال المتساوى ، فكيف بالمرجوح .

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

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

ا طلاقاتهم مثل قولهم يجِبُ الافطار ، و التيم مع خوف الضرر ، ويحرم السفر مع خوف ال�لاك — لا يتحقق الا بعد قيام امارة الخوف .
هذا مع ان مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً و هو القسم الاول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع ، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف .

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

ا طلاقاتهم مثل قولهم يجِبُ الافطار ، و التيم مع خوف الضرر ، ويحرم السفر مع خوف ال�لاك — لا يتحقق الا بعد قيام امارة الخوف) .
لكن الانصار ان هذا الاشكال من المصنف في غاية الاشكال ، بل الظاهر من الرواية هو ما ذكره مجوز البيع .

(هذا) اشكال على التمسك بالرواية (مع ان) هناك اشكالاً آخر ،
اذ (مناط الجواز) للبيع (على ما ذكر) في الرواية (تلف الوقف رأساً) لانه قال « تلف الاموال » و الجمع المحلى باللام يفيد العموم ، و ذلك لا يكون الا بالخراب الكامل (وهو القسم الاول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع ، فلا يشمل الخراب) في الجملة (الذي لا يصدق معه التلف) كما هو محل الكلام في القسم الثاني من الصورة السابعة .
(مع انه لا وجه — بناءً على عموم التعليل) و ان العلة هي تلف المال في الجملة (للاقتصر على خوف خراب خصوص الوقف ، بل كلما خيف تلف مال) يصدق عليه « تلف الاموال » (جاز بيع الوقف) .

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

و هذا ايضاً لا يبعد القول به ، فليس هذا شكلاً على التمسك بالرواية لكلام المشهور .

هذا كله تقريب الاستدلال بالمكاتبة لجواز البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة ، وهو تلف بعض الاموال ، اي ادى البقاء الى خراب الوقف في الجملة .

اما ادائه الى خرابه خراباً كاماً فقد تقدم عن المصنف اجازة البيع في هذا القسم .

(واما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة وهي صورة وقوع الاختلاف) بين ارباب الوقف (الذي 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 (الذي لا يؤمن معه من التلف ، لأن العلة تقيد المعلول ، كما في قوله : لا تأكل الرمان لانه حامض) فانه يقييد النهي بالرمان الحامض ، كما ان العلة تعم ايضاً ، فانه يستفاد منه عرفان كل حامض ولو لم يكن رماناً فانه محظوظ .

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

وَفِيهِ أَنَّ الْلَّازِمَ عَلَى هَذَا تَعمِيمِ الْجَوازِ فِي كُلِّ مُورَدٍ لَا يُؤْمِنُ مَعَهُ مِنْ
تَلْفِ الْأَموَالِ وَالنُّفُوسِ، وَأَنَّ لَمْ يَكُنْ مِنْ جَهَةِ اخْتِلَافِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ
فِي جُوزِ بَيعِ الْوَقْفِ، لِاَصْلَاحِ كُلِّ فَتْنَةٍ، وَأَنَّ لَمْ يَكُنْ لَهَا دُخُلٌ فِي الْوَقْفِ ۝
اللَّهُمَّ إِنَّمَا يَدْعُى سُوقُ الْعَلَةِ مَسَاقٌ لِلتَّقْرِيبِ لَا لِالتَّعْلِيلِ الْحَقِيقِيِّ
حَتَّى يَعْدِي إِلَى جَمِيعِ مَوَارِدِهِ ۝

(وَفِيهِ أَنَّ الْلَّازِمَ عَلَى هَذَا) أَيْ بَنَاءً عَلَى كُونِ الْعَلَةِ مُخْصَّصةً
(تَعمِيمُ الْجَوازِ) أَيْ جَوازُ الْبَيعِ (فِي كُلِّ مُورَدٍ لَا يُؤْمِنُ مَعَهُ مِنْ تَلْفِ الْأَموَالِ
وَالنُّفُوسِ، وَأَنَّ لَمْ يَكُنْ) عَدْمُ الْأَمْنِ (مِنْ جَهَةِ اخْتِلَافِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ)
لَمَّا عَرَفْتُ مِنْ أَنَّ الْعَلَةَ كَمَا تَخَصُّ، كَذَلِكَ تَعْمَمْ ۝
وَالسَّرَّ أَنَّ الْمَدَارَ الْعَلَةِ، وَكَثِيرًا مَا يَكُونُ بَيْنَ الْعَلَةِ الْمُذَكُورَةِ وَبَيْنَ
الْمَعْلُولِ، الْعُمُومَ مِنْ وَجْهِهِ، كَمَا بَيْنَ الرَّمَانِ وَالْحَمْوَضَةِ (فِي جُوزِ بَيعِ الْوَقْفِ
لِاَصْلَاحِ كُلِّ فَتْنَةٍ، وَأَنَّ لَمْ يَكُنْ لَهَا) أَيْ لِتَلْكَ الْفَتْنَةِ (دُخُلٌ فِي الْوَقْفِ)
كَمَالُوكَانْ هَنَاكْ فَتْنَةٌ بَيْنَ طَائِفَتَيْنِ لَا تَخْمَدُ إِلَّا إِذَا صَرَفْنَا مَالًا وَالْمَالَ لَيْسَ
عِنْدَنَا إِلَّا بَانْ نَبِيعُ الْوَقْفِ ۝

(اللَّهُمَّ إِنَّمَا يَدْعُى سُوقُ الْعَلَةِ) وَذَكْرُهَا (مَسَاقُ التَّقْرِيبِ) أَيْ
أَنَّ الْعَلَةَ تَقْرِيبَةً (لَا لِالتَّعْلِيلِ الْحَقِيقِيِّ حَتَّى يَعْدِي إِلَى جَمِيعِ مَوَارِدِهِ ۝
وَالْمَرَادُ بِالْعَلَةِ التَّقْرِيبَةُ الْحَكْمَةُ الَّتِي وَجُودُهَا وَعْدٌ مِنَ الْيَسَامِدَارِ
لِلْحُكْمِ، بَلْ هِيَ عَلَةٌ فِي الْجَملَةِ، مُثْلِّ دَعْمِ اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ عَلَةً لِلْعُدَدِ، فَإِنَّ
الْعُدَدَةَ لَا تَدْوِرُ مَدَارَ الْاخْتِلَاطِ ۝
إِذْ رِيمَا كَانَ اخْتِلَاطًا وَلَا عُدَدًا، كَمَا فِي نَكَاحِ الْأَمَةِ الْمُسْبِيَّةِ ۝

لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مملاً يومن من نوع و هو الذى فهمه الشهيد ره فى الروضة كما تقدم كلامه ، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للشهرور ، فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليديها عن العمومات

و ربما لم يكن اختلاطاً أو كانت عدّة كما في نكاح من علمنا ببرائته رحمةها .
وعلى هذا اختلف الأموال علة لبيع الوقف لكن لا كل تلف الأموال بل
تلف الأموال في صورة خاصة .

(لكن تقييد الاختلاف حينئذ) اي حين كان الاختلاف حكمة للبيع
اعلة (بكونه مملاً يومن) بسببه من تلف الأموال والنفوس (من نوع) .
اذا الحكمة لا تلاحظ في الحكم ، بل اللازم ان نقول : ان الاختلاف
سبب جواز البيع ، سواء كان هناك خوف ذهاب الأموال والنفوس ، أم لا .
كمانقول ان طلاق الزوج علة للعدّة ، سواء كان هناك اختلاط المياه
ام لا .

والحاصل : ان كان خوف التلف علة ، لزم التعميم ، ولا يقول بها أحد .
وان كان حكمة ، لزم ان يكون الاختلاف سبباً ، ولو علمنا عدم هدر
الأموال والنفوس (وهو) اي عدم تقييد الاختلاف بكونه مملاً يومن (الذى
فهمه الشهيد ره فى الروضة كما تقدم كلامه ، لكن الحكم) بجواز البيع (على
هذا الوجه) اي مجرد وجود الاختلاف بدون خوف هدر الأموال والنفوس
(مخالف للشهرور ، فلا يبقى حينئذ) اي حين كان في كل من احتمال
العلية و الحكمة اشكال (وثوق بالرواية) يمكن ان يعمل بها (بحيث يرفع
اليديها) اي بسبب هذه الرواية (عن العمومات)

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

و القواعد ، مع ما فيها من ضعف الدلالة ، كما سيجيء إليه الإشارة .

ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة ورده .

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة فهو أن ثم تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الانفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس .

و القواعد ، مع ما فيها من ضعف الدلالة ، كما سيجيء إليه الإشارة) أي إلى وجه الضعف أي ضعف دلال التهاب على كون مورد السؤال الوقف ، وكذلك لم يحصل قبض ، مع أن القبض شرط في الوقف .

و هذا اتم الكلام في الصورة الثامنة من صور بيع الوقف .

(و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال) لجواز بيع الوقف (على الصورة التاسعة ورده) .

اما تقريب الاستدلال : فبيان يحمل « ر بما » في الرواية على التعليق الحقيقى ، ويحمل ذكر تلف الأموال والانفس على المثال ، للضرر العظيم .

واما ردده : فبانه يلزم جواز بيع الوقف كلما حصل الضرر ، ولو لا من جهة الاختلاف ولا يلتزم بذلك القائل بالصورة التاسعة ، كما لا يخفى .

(واما تقريب الاستدلال) بهذه الرواية (على الصورة العاشرة) وهو أن يستلزم فساد يستباح به الانفس (فهو أن ثم تلف النفس إلى تلف الأموال) في الرواية (مع أن خوف تلف الانفس يتبعه خوف تلف المال غالباً) اذا غالب ان لا تختلف النفس الا و معه تلف المال (يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس) .

ولا يكفي 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
لالان لتلف المال مدخلية في الجواز .
(ولا يكفي بلوغها) اي الفتنة (الى مادون ذلك) اي دون تلف
النفس (بحيث يخاف منه) اي من وقوع الفتنة (تلف المال فقط) .
والحاصل : ان ذكر تلف المال من باب الملازمة ، لامن بباب انه
موضوع ، اوله مدخلية في الموضوع فالمعيار تلف 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 بأنه لا بد من العلم او الظن ، فالرواية اعم من
المدعى - وهذا اشكال آخر .

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

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

.....
تَلْفُ الْأَمْوَالِ وَالنُّفُوسِ، وَالْمَقْصُودُ كَمَا يُظَهِّرُ مِنْ عِبَارَةِ الْجَامِعِ الْمُتَقْدِمَةِ
هُوَ اعْتِبَارُ الْفَتْنَةِ الَّتِي يُسْتَبَحُ بِهَا الْأَنْفُسُ .

وَالْحَالُ : أَنْ جَمِيعَ الْفَتاوِيِ الْمُتَقْدِمَةِ فِي جَوَازِ بَيعِ الْوَقْفِ
الرَّاجِعَةِ إِلَى اعْتِبَارِ ادَاءِ بَقَاءِ الْوَقْفِ عَلَيْهَا، أَوْ ظَنِّهَا، أَوْ احْتمَالِهَا، إِلَى
مَطْلُقِ الْفَسَادِ، أَوْ فَسَادِ خَاصٍ، أَوْ اعْتِبَارِ الْاِخْتِلَافِ مَطْلَقاً، أَوْ اِخْتِلَافِ
خَاصٍ مُسْتَنْدَةً إِلَى مَفْهُومِ ارْبَابِهَا مِنَ الْمَكَاتِبِ الْمُذَكُورَةِ .

وَالْأَظْهَرُ فِي مَدْلُولِهَا هُوَ :

الْاِخْتِلَافُ (تَلْفُ الْأَمْوَالِ وَالنُّفُوسِ، وَالْمَقْصُودُ) لِلْفَقِيرِ مِنَ الصُّورَةِ
الْعَاشِرَةِ (كَمَا يُظَهِّرُ مِنْ عِبَارَةِ الْجَامِعِ الْمُتَقْدِمَةِ) هُوَ اعْتِبَارُ الْفَتْنَةِ الَّتِي
يُسْتَبَحُ بِهَا) أَيْ بِسَبِّبِ تَلْكَ الْفَتْنَةِ (الْأَنْفُسِ) قَطْعاً، لَا «رِبَّا» كَمَا هُوَ
ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ .

(وَالْحَالُ : أَنْ جَمِيعَ الْفَتاوِيِ الْمُتَقْدِمَةِ فِي جَوَازِ بَيعِ الْوَقْفِ
الرَّاجِعَةِ إِلَى اعْتِبَارِ ادَاءِ بَقَاءِ الْوَقْفِ عَلَيْهَا، أَوْ ظَنِّهَا، أَوْ احْتمَالِهَا، إِلَى
مَطْلُقِ الْفَسَادِ) فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ (أَوْ فَسَادِ خَاصٍ) كَالْفَسَادِ فِي
الْأَنْفُسِ (أَوْ اعْتِبَارِ الْاِخْتِلَافِ مَطْلَقاً) بَيْنَ ارْبَابِ الْوَقْفِ لِجَوَازِ الْبَيْعِ سَوَاءً
كَانَ قَلَّةُ الْمَنْفَعَةِ أَوْ دُمُّ الْمَنْفَعَةِ، أَوْ كَانَ اِخْتِلَافُهُ فَقْطَ أَوْ اِخْتِلَافُهُ مَوْدِيَا
إِلَى تَلْفِ الْأَمْوَالِ وَالنُّفُوسِ (أَوْ اِخْتِلَافُهُ خَاصَّاً) يُؤْدِي إِلَى دُمُّ الْمَنْفَعَةِ،
أَوْ يُؤْدِي إِلَى تَلْفِ الْأَمْوَالِ وَالنُّفُوسِ (مُسْتَنْدَةً إِلَى مَفْهُومِ ارْبَابِهَا) أَيْ
صَاحِبِ تَلْكَ الْفَتْنَةِ (مِنَ الْمَكَاتِبِ الْمُذَكُورَةِ) .

(وَالْأَظْهَرُ فِي مَدْلُولِهَا) الَّذِي يُجِبُّ أَنْ نَقُولَ بِهِ لِجَوَازِ بَيعِ الْوَقْفِ (هُوَ :

اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الا موال والنفوس، لامطلق الاختلاف ،لان الذيل مقيد ولا خصوص المؤدى علماء او ظنالاً موارد استعمال لفظة «ربما» اعم من ذلك ،لامطلق ما يؤدى الى المحدث والمذكور لعدم ظهور الذيل فى التعليل ،بحيث يتعدى عن مورد النص

اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الا موال والنفوس) احتمالاً عقلاً (لامطلق الاختلاف) الذى ليس فيه احتمال تلف الا موال و النفوس (لان الذيل) للرواية ،و هو قوله عليه السلام : فانه ربما جاء في الاختلاف الخ (مقيد) بصيغة اسم الفاعل ،معنى ان صدر الرواية و ان علق جواز البيع بصورة الاختلاف ،لكن ظاهر الذيل انه قيد للاختلاف ،فان علمنا انه لا ينتهي الاختلاف الى تلف مال او نفس ، لم يكن وجه لبيع الوقف (ولا خصوص) الاختلاف (المؤدى علماء او ظنا) .
وانماقلنا : لا خصوص (لان موارد استعمال لفظة «ربما») فى ذيل الحديث (اعم من ذلك) اي من خصوص المؤدى علماء او ظنا ،فان ظاهر «ربما» انه قد يكون ذلك للعقوبة السيئة ،لا ان انعلم او نظن ،العقوبة السيئة (ولامطلق ما يؤدى الى المحدث) اي ما كان بيع الوقف لرفع كل فتنة خارجية ،و ان لم تكن تلك الفتنة من الاختلاف حول الوقف (المذكور) اي ما كان فيه تلف تلك الاموال و النفوس بان وقعت مثلاً فتنته حول امرئه ،فان بعنا الوقف و قسمنا ثمنه على اطراف النزاع لم يقع تلف مال او نفس و ان لم نبع كان خوف تلف الا موال و النفوس ،فانه لا يصح بيع الوقف حينئذ (لعدم ظهور الذيل فى التعليل ،بحيث يتعدى عن مورد النص)

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

وأن كان فيه اشارة الى التعليل .

وعلى ماذ كرنا فالمحاكاة غير مفتى بها عند المشهور، لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن باداء بقائه إلى الخراب غير الملائم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال والأنفس،

فانه ربما كان ظاهر العلة أن الحكم يدور مدارها .

و ربما كان ظاهرها أن الحكم معلق بالصدر والذيل .

مثلاً لو قال الطبيب لدى الحمى : لا تأكل الرمان لانه حامض، فهم

• منه ان العلة الحموضة ، وان تتحققت في ضمن الخلّ .

واما إن 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.

و مانحن فيه من القبيل الثاني اي ان العلة الاختلاف في الوقف
المحتمل ادائه الى تلف الاموال و النفوس (و ان كان فيه) اي في الذيل
(اشارة الى التعليل) و ان خوف التلف علة منحصرة بدون مدخلية كون
ذلك للاختلاف في الوقف .

(وعلى ما ذكرنا) من ان جواز البيع خاص بصورة الاختلاف الذى ربما يؤدى الى تلف الاموال و النقوص (فالملکاتية غير مفتى بها عند المشهور ، لأن الظاهر) من كلامهم (اعتبارهم العلم او الظن باداء بقائه الى الخراب) و ذلك (غير الملائم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و الانفس) .

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

وعلى هذا (ف تكون النسبة بين فتوى المشهور ، ومضمون الرواية ،
 عموماً من وجه) لأن الاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الاموال والانفس ،
 قد يكون مع العلم او الظن باداء بقائه الى الخراب ، وقد يكون بدونه ،
 كما ان العلم او الظن باداء بقائه الى الخراب ، قد يكون مع الاختلاف
 الذي ربما جاء فيه تلف الاموال والانفس ، وقد يكون بدونه .

(لكن الانصاف ان هذا) اي كون مضمن الرواية وفتوى المشهور
 بينهما عموماً من وجه (لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية ، وقصور
 مقاومتها) « قصور » عطف على « ضعف » اي لا يمنع من جبر القصور الذي
 في المکاتبة فانها لا تقاوم (للعمومات المانعة) عن بيع الوقف (بالشهرة)
 متعلق بـ « جبر » .

وجه « لا يمنع » ان المکاتبة معمول بها ، والعمل يجبرها فلتتمكن ان
 تقاوم مادل على المنع عن بيع الوقف .

وانماقلنا : لا يمنع (لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث
 الاختلاف في فهم المناط الذي انيط به) اي بذلك المناط (الجواز)
 لبيع الوقف (من قوله عليه السلام) بيان « المناط » (ان كان قد علم

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

الاختلاف، المنضم إلى قوله: فإنه ربما جاء في الاختلاف.

وأمام دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام ،

فهي على تغير قصورها منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتهما من جهات، مثل عدم ظهورها في المؤيد لعدم ذكر البطن الملاحق

الاختلاف، المنضم إلى قوله: فانه ربما جاء في الاختلاف) وانه هل
المناط الامر ان معا او الصدر وحده او الذيل وحده، والافعلى
كل حال، المشهور علوا بهذه المكاتبة.

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

قلت (اما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤيد) مقابل المنقطع (التأم) مقابل غير المقبض (فهي) اي المكاتبة (على تقدير قصورها) دالة بعدم دلالتها في أن الموضوع للحكم الوقف المؤيد التام (منجبرة بالشهرة) اي ان الشهرة تتم دلالتها ، حيث ان الشهور فهموا منها الوقف المؤيد التام ، وان لم يكن فيها دلالة على ذلك (فيندفع بها) اي بالشهرة (ما يدعى من قصور دلالتها من جهات) عديدة ، فلا يمكن التمسك بها الجواز ببيع الوقف (مثل عدم ظهورها في المؤيد ، لعدم ذكر البطن اللاحق) فلا يمكن الاستدلال بالمكاتبة لاستفادة جواز بيع الوقف المؤيد .

و ظهورها في عدم اقراض الموقوف عليهم ، وعدم تمام الوقف كما
عن الايضاح .

و اوضحه الفاضل المحدث المجلسى ، و جزم به المحدث البحرينى
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 في عدم اقراض الموقوف عليهم ، و ذلك موجب
ل (عدم تمام الوقف) فلا يمكن الاستدلال بها ، لجواز بيع الوقف المقبوض
الذى تم الوقف فيه .

وقوله : عدم ، عطف بيان لقوله « و ظهورها » (كمانع الايضاح)
الاشكال فى المکاتبة بهذا الاشكال .

(واوضحه) اي الاشكال (الفاضل المحدث المجلسى ، و جزم به
المحدث البحرينى) صاحب الحدائق (مال اليه) اي الى الاشكال
المذكور (فى الرياض ، قال الاول) اي الايضاح (فى بعض حواشيه على
بعض كتب الاخبار انه يخطر بالبال انه يمكن حمل الخبر على ما اذا)
الواقف (لم يقبضهم) اي الموقوف عليهم (الضيعة الموقوفة عليهم ، ولم
يدفعها) اي الضيعة (اليهم) و اذا لم يحصل القبض لم يتم الوقف
فيجوز بيعه ، فلاتدل المکاتبة على جواز بيع الموقوف التام وقفه .

(وحاصل السؤال) اي سؤال الراوى فى المکاتبة (ان الواقف يعلم

فِي الصُّورِ الَّتِي يَجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

اَنَّهُ اَذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِمْ يَحْصُلُ بَيْنَهُمُ الْاِخْتِلَافُ، وَيَشْتَدُّ لِحْصُولِ الْاِخْتِلَافِ
بَيْنَهُمْ قَبْلَ الدَّفْعِ إِلَيْهِمْ فِي تَلْكَ الْضَّيْعَةِ، اَوْ فِي اَمْرٍ اُخْرَ، فَهُلْ يَدْعُهَا
مُوقَفَةً وَيَدْفَعُهَا إِلَيْهِمْ؟ اَوْ يَرْجِعُ عَنِ الْوَقْفِ لِعدَمِ لِزُومِهِ بَعْدِهِ، وَيَدْفَعُ
إِلَيْهِمْ ثُمَّنَهَا اَيْمَانًا اَفْضَلَ، اَنْتَهَى مَوْضِعُ الْحَاجَةِ.

وَالْاِنْصَافُ اَنَّهُ تَوْجِيهُ حَسَنٌ لَكِنْ لَيْسُ فِي السُّؤَالِ مَا يُوجِبُ ظَهُورُهِ
فِي ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ رُفعُ الْيَدِعَنِ مُقتَضِيِّ تَرْكِ الْاسْتِفْصالِ فِي الْجَوابِ

اَنَّهُ اَذَا دَفَعَهَا) اَيِّ الْضَّيْعَةِ المُوقَفَةِ (إِلَيْهِمْ يَحْصُلُ بَيْنَهُمُ الْاِخْتِلَافُ، وَ
يَشْتَدُّ) الْاِخْتِلَافُ، وَانْمَا يَعْلَمُ الْوَاقِفُ (لِحْصُولِ الْاِخْتِلَافِ بَيْنَهُمْ قَبْلَ
الْدَّفْعِ إِلَيْهِمْ فِي تَلْكَ الْضَّيْعَةِ، اَوْ) لِعَلْمِ مِنْ قَرَائِنِ الْاِحْوَالِ حَصْولِ
الْاِخْتِلَافِ مِنْهُمْ (فِي اَمْرٍ اُخْرَ، فَ) سُؤَالُ الرَّاوِيِّ فِي اَنَّهُ (هُلْ يَدْعُهَا)
اَيِّ الْضَّيْعَةِ (مُوقَفَةً وَيَدْفَعُهَا إِلَيْهِمْ، اَوْ يَرْجِعُ عَنِ الْوَقْفِ) .

وَانْمَا يَتَمَكَّنُ اَنْ يَرْجِعَ عَنِ الْوَقْفِ (لِعدَمِ لِزُومِهِ بَعْدِهِ) اَذْلَمُ يَحْصُلُ
الْقِبْضُ، وَبِدُونِ الْقِبْضِ لَا يَكُونُ الْوَقْفُ لازِمًا (وَيَدْفَعُهَا اَيْمَانًا) تَبُرِّعًا
(اَيْمَانًا اَفْضَلَ) مِنْ اَبْقَاءِ عَلَى الْوَقْفِ، اَوْ الْبَيْعِ وَدَفْعِ الثَّنَنِ (اَنْتَهَى
مَوْضِعُ الْحَاجَةِ) مِنْ كَلَامِ الْايْضَاحِ .

(وَالْاِنْصَافُ اَنَّهُ تَوْجِيهُ حَسَنٌ) فِي حَدَّذَاتِهِ (لَكِنْ لَيْسُ فِي السُّؤَالِ
مَا يُوجِبُ ظَهُورُهُ) اَيِّ ظَهُورِ السُّؤَالِ (فِي ذَلِكَ) الَّذِي ذُكِرَ فِي التَّوْجِيهِ
(فَلَا يَجُوزُ رُفعُ الْيَدِعَنِ مُقتَضِيِّ تَرْكِ الْاسْتِفْصالِ فِي الْجَوابِ) لِلَّامَامِ، فَإِنْ
اللَّامَامُ لَمْ يَفْصُّلْ بَيْنَ صُورَةِ اَقْبَاضِ الْوَقْفِ، وَعَدَمِ اَقْبَاضِهِ، بَلْ اَطْلَقَ
الْجَوابَ بِجَوازِ الْبَيْعِ فِي دَلِيلِ الْجَوابِ عَلَى جَوازِ الْبَيْعِ وَلَوْ حَصْلَ اَقْبَاضِهِ .

كما ان عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، اذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤيد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك، يوجب ثبوت الحكم للمؤيد.

والحاصل: ان المحتاج الى الانجبار بالشهرة، ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤيد، لا تعيين ما انطط 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 المؤيد، وانما يدل على جواز بيع الوقف المنقطع، ولا اشكال في ذلك.

وانما يوجب (اذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤيد على ذكر بعض البطون) و منتهى الامر انه مطلق شامل للموقت والمؤيد.

(فترك) الامام عليه السلام (الاستفصال عن ذلك) و هل انه مؤيد او منقطع؟ (يوجب ثبوت الحكم) بجواز البيع (للمؤيد) ايضاً، بل لنا ان نقول: ان الظاهر من الوقف كونه مؤيداً، الا اذا دل دليل على انه موقت

(والحاصل: ان) الشئ (المحتاج الى الانجبار بالشهرة، ثبوت حكم الرواية) بجواز البيع (للوقف التام المؤيد) مقابل الوقف الناقص الذي ليس بمقبوض، و الوقف المنقطع يعني ان الرواية دلالتها على

جواز البيع لل تمام المؤيد ضعيفة – اذ الدليل هو عدم الاستفصال – فالشهرة تجبر ضعف الدلالة (لا) ان المحتاج الى الانجبار بالشهرة

(تعين ما انطط به الجواز) اي الميزان لجواز بيع الوقف – سواء كان

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

من كونه مجرد الفتنة، أو ما يؤدي الفتنة إليه، وغير ذلك مما تقدم من
الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين.

نعم تحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، وهي أن مقتضى
القاعدة كما عرفت: لزوم كون بدل الوقف نفسه مشتركاً بين جميع البطون
و ظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين
فلا بد أمان رفع اليد عن مقتضى المعاوضة

تاماً مُؤيداً ملماً؟ — (من كونه) مناط الجواز (مُجرد الفتنة) وإن لم تؤدّ
إلى شئ (أو ما يؤدى الفتنة إليه) من ذهاب الأموال والأنفس (أو غير
ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين) أي قوله عليه
السلام: أن كان قد علم الاختلاف، وقوله عليه السلام: فانه ربما
وانما لا يحتاج هذا إلى الشهرة، لأن المكاتبة داله من هذه الجهة
وانما اللازم ان نرى مدى ظهورها وكيفية دلالتها، اذا انجباراً نما يكون
لضعف الدلالة، اوضع السند، لالدلالة الظاهرة.

(نعم تحتاج) المكاتبة (إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة
آخر)، وهي أن مقتضى القاعدة كما عرفت: لزوم كون بدل الوقف نفسه
مشتركاً بين جميع البطون) لأن الواقف جعله هكذا، والشرع امضاه.
(و ظاهر الرواية) المكاتبة (تقريره) أي الإمام عليه السلام (للسائل)
في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين) وهذا يحتاج إلى انجبار
بالشهرة، لأن دلاله الرواية ليست من القوة بحيث تكفى لخرق القاعدة
الا اذا انضمت الشهرة إليها (فلا بد أمان رفع اليد عن مقتضى المعاوضة)

الابتكف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آناماً ، قبل البيع لتقع
المعاوضة في ما لهم .

وامان حمل السؤال على الوقف المنقطع اعني الحبس الذي
لاشكال في بقائه على ملك الواقف ، او على الوقف غير التام ، لعدم القبض

بان نقول : ان الوقف وان كان لجميع البطون ومقتضى ذلك ان بدل
الوقف ايضا يكون لجميع البطون – اذا العوض يدخل في كيس من خرج
المعوض من كيسه – الا اننا نقول ان معاوضة الوقف خارجة عن قاعدة
المعاوضة بدلليل المكاتبة المنجبرة بالشهرة (الا) ان نقول : لانحتاج
إلى اخراج الوقف عن مقتضى المعاوضة (بتتكلف سقوط حق سائر البطون
عن الوقف آناماً ، قبل البيع) فالوقف يكون – آناماً – للبطن الموجود فقط
(لتقع المعاوضة في ما لهم) .

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

(وامان حمل السؤال على الوقف المنقطع اعني الحبس) (لا الوقف
المنقطع المصطلح الذي وقع الخلاف فيه ، في انه هل يبقى على ملك
الواقف ، ام لا ؟ كما سيأتي الكلام حوله (الذي لاشكال في بقائه على
ملك الواقف) وحينئذ يحق للواقف ان يبيعه ، ويعطي ثمنه للمحبوس
عليهم ، لانه ملکه ، ولا خلاف لمقتضى قاعدة المعاوضة في الرواية حينئذ ،
كمالا يحتاج الى الالتزام بالملك الآنى (او على الوقف غير التام ، لعدم
القبض) .

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيْعُ الْوَقْفِ فِيهَا

.....

أَوْ لِعدَمِ تَحْقِيقِ صِيغَةِ الْوَقْفِ ، وَانْ تَحْقِيقَ التَّوْطِينَ عَلَيْهِ وَتَسْمِيَتِهِ وَقْفًا

بِهَذَا الاعتبار .

وَيُؤْيدُهُ تَصْدِي الْوَاقِفِ بِنَفْسِهِ لِلْبَيْعِ إِلَّا يَحْمِلُ عَلَى كُونِهِ نَاظِرًا ،

أَوْ يُقَالُ : أَنَّهُ أَجْنبِي اسْتَأْذَنَ الْإِمَامَ (ع) فِي بَيْعِهِ عَلَيْهِمْ حُسْبَةً ، بَلْ

يُكَوِّنُ قَدْفَهُمُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ

وَفِيهِ أَيْضًا الْخَلَافُ لِمَقْتَضِيِّ قَاعِدَةِ الْمَعاوِضَةِ ، وَلَا حَاجَةُ إِلَى القُولِ

بِالْمُلْكِ الْآتِيِّ (أَوْ لـ) القُولُ بـ (عدَمِ تَحْقِيقِ صِيغَةِ الْوَقْفِ ، وَانْ تَحْقِيقَ)

مِنَ الْمَالِكِ (التَّوْطِينِ) وَالْبَنَاءِ (عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى أَنْ يَكُونَ وَقْفًا (وَعَلَيْهِ

يَكُونُ (تَسْمِيَتِهِ وَقْفًا) وَالْحَالُ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْفٍ (بِهَذَا الاعتبار) أَيْ بِاعتبارِ

تَوْطِينِ الْمَالِكِ عَلَى أَنْ يَكُونَ وَقْفًا .

(وَيُؤْيدُهُ) أَيْ كُونِهِ بَعْدَ مُلْكِ الْوَاقِفِ ، لَا نَهُ حَبْسٌ ، أَوْ لِعدَمِ قِرَائِتِهِ

الصِّيَغَةِ ، أَوْ لِعدَمِ اقْبَاضِهِ (تَصْدِي الْوَاقِفِ بِنَفْسِهِ لِلْبَيْعِ) اذ لَوْكَلَ الْوَقْفَ

لَمْ يَكُنْ مَلْكًا لِلْوَاقِفِ بل صَارَ مَلْكًا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ ، فَإِيَّاهُ جَهَةُ تَصْدِي الْوَاقِفِ

لِلْبَيْعِ مَاخِرَجٌ عَنْ مُلْكِهِ ، وَلَا رِبْطٌ لَهُ بِهِ ، فَتَأْمُلُ (إِلَّا يَحْمِلُ) تَصْدِيَهُ لِلْبَيْعِ

لَأَعْلَى كُونِهِ بَعْدَ مَلْكَالِهِ ، بل (عَلَى كُونِهِ) أَيْ الْوَاقِفِ (نَاظِرًا) عَلَى الْوَقْفِ ،

وَلَذَا تَصْدِي لِبَيْعِهِ وَانْ خَرَجَ عَنْ مُلْكِهِ بِسَبِيلِ الْوَقْفِ التَّامِ (أَوْ يُقَالُ : أَنَّهُ

أَيْ الْمَالِكِ لَمْ يَتَصَدَّلْ لِلْوَقْفِ لَا نَهُ بَاقٌ عَلَى مُلْكِهِ ، فَإِنَّهُ (أَجْنبِي) وَانْمَا

(اسْتَأْذَنَ الْإِمَامَ (ع) فِي بَيْعِهِ عَلَيْهِمْ حُسْبَةً) أَيْ قَرْبَةُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ،

لِقْطَعِ النِّزَاعِ الَّذِي نَشَأَ بِسَبِيلِ وَقْفِهِ (بل يُكَوِّنُ أَنَّهُ) الْحَدِيثُ الْمَكَاتِبَةُ

غَيْرُ مَرْبُوطٍ بِالْوَقْفِ الْمُؤْبَدِ التَّامِ ، لَا نَهُ (قَدْفَهُمُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ) وَفَهْمُهُ

من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها ، مع ان
المرکوز في الاذهان اشتراك جميع البطون في الوقف، وبدلہ ان مورد
السؤال هو الوقف الباقى على ملك الواقف ، لانقطاعه ، او لعدم تمامه .
و يؤيدہ ان ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للامام
عليه السلام هو هذا النحو ايضا الا ان يصلح هذا الحال ، و امثاله ،

حجۃ ، فيكون ما اجازه عليه السلام من بيع الوقف انما هو في صورة عدم
تمامية الوقف - و تكون المکاتبة 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 المرکوز في الاذهان)
المتشيعة (اشتراك جميع البطون في الوقف ، و) في (بدلہ ان مورد
السؤال) مفعول « فهم الامام » (هو الوقف الباقى على ملك الواقف ،
لانقطاعه) اى الحبس الذي هو وقف منقطع الآخر ، ولا يخرج الوقف
 بذلك عن ملك الواقف (او لعدم تمامه) اى لم يحصل القبض ليكون وقفا
 شرعا ، بل هو باق على ملك الواقف .

(و يؤيدہ) هذا تأييد آخر لعدم كون مورد السؤال في المکاتبة الوقف
المصطلح (ان ظاهر صدره) اى صدر الحديث المکاتبة (المتضمن لجعل
الخمس من الوقف للامام عليه السلام هو هذا النحو) اى ملکا محبوسا ،
لا وقفاتاما (ايضا) كما ان ظاهره ان اربعة الا خمس الاخر ايضا ملک
محبوس للموقوف عليهم ، لانه وقف اصطلاحی مؤبد تام (الا ان يصلح هذا
الحال) في المکاتبة ، و هو ظهورها في الملك المحبوس (و امثاله) من

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

بِفَهْمِ الاصْحَابِ الْوَقْفِ الْمُؤْبِدِ التَّامَّ .

وَيُقَالُ : أَنَّهُ لَا يَبْسُ بِجَعْلِ الْخَبَرِ الْمُعْتَضِدِ بِالشَّهْرَةِ مُخْصَصًا لِقَاعِدَةِ الْمَنْعِ عَنْ بَيعِ الْوَقْفِ وَمُوجَبًا لِلتَّكْلِيفِ الْإِلْتَزَامِ لِسَقْطِ حَقِّ اللاحِقِينَ عَنِ الْوَقْفِ عِنْ دِارَادَةِ الْبَيعِ .
أَوْ نَمْنَعُ تَقْرِيرَ الْأَمَامَ لِلْسَّائِلِ فِي قَسْمَةِ الثَّمَنِ إِلَى الْمَوْجُودِينَ .
وَيَبْقَىُ الْكَلَامُ

الاشكالات الاخر التي تقدمت ورود ها على المكاتب (بفهم الاصحاب)
من المكاتب (الوقف المؤبد) لا الحبس (التام) لغير المقبوض .

(و) ثم (يقال : انه لا يبْس بِجَعْلِ الْخَبَرِ الْمُعْتَضِدِ بِالشَّهْرَةِ مُخْصَصًا لِقَاعِدَةِ الْمَنْعِ عَنْ بَيعِ الْوَقْفِ) بَانِ يَكُونُ بَيعُ الْوَقْفِ مُطْلَقًا مُحَظَّرًا ، إِلَيْهِ مُوْرَدُ ذَلِكَ الْخَبَرِ (وَمُوجَبًا) عَطْفُ عَلَى مُخْصَصًا (لِلتَّكْلِيفِ الْإِلْتَزَامِ) أَيْ لَأَنْ نَتَكَلَّفَ بَانِ نَلْتَزَمُ (لِسَقْطِ حَقِّ اللاحِقِينَ) أَيْ الْبَطُونَ اللاحِقَةَ (عَنِ الْوَقْفِ) مُتَعَلِّقَ بِسَقْطِ (عِنْ دِارَادَةِ الْبَيعِ) أَيْ عِنْ دَمَارِ الْبَطْنِ الْمَوْجُودِ بَيعُ الْوَقْفِ لِيَسْقُطْ حَقُّ الْبَطُونِ اللاحِقَةَ آنَّا مَا ، لَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ يَلْزَمُ أَنْ يَدْخُلَ الْعُوْضُ فِي كِيسِ الْبَطْنِ الْمَوْجُودِ ، بَيْنَمَا يَخْرُجُ الْمَعْوِضُ – وَهُوَ الْوَقْفُ – مِنْ كِيسِ الْبَطُونِ ، وَقَدْ عُرِفَتْ أَنَّ ذَلِكَ مُسْتَحِيلٌ .

(أ) نَقُولُ : أَنَّ الْخَبَرَ الْمَكَاتِبَةَ مُخْصَصًا لِعُوْمَاتِ الْمَنْعِ وَ(نَمْنَعُ تَقْرِيرَ الْأَمَامَ لِلْسَّائِلِ فِي قَسْمَةِ الثَّمَنِ إِلَى الْمَوْجُودِينَ) فَلَا يَلْزَمُ أَنْ نَقُولَ بَانِ الْوَقْفِ يَصْبِحُ آنَامًا لِلْمَوْجُودِينَ – الَّذِي هُو خَلَافُ الْقَاعِدَةِ – .

(وَيَبْقَىُ الْكَلَامُ) بَعْدَ الفَرَاغِ عَنِ الْكَلَامِ فِي حِجَّةِ الْمَكَاتِبِ فِي

فى تعين المحتملات فى مناطق جواز البيع، وقد عرفت الا ظهر منها .
لكن فى النفس شئ من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتىقين من
بين المحتملات، وهو الاختلاف المؤدى علمًا وظناً الى تلف خصوص مال
الوقف، ونفوس الموقوف عليهم، كان اولى .

تخصيصها العمومات المعنى ، وعن الكلام حول ان الثمن للموجودين فقط
او لكل البطون (في تعين المحتملات فى مناطق جواز البيع) وانه هل
هو الاختلاف المؤدى الى تلف الاموال و النفوس او مجرد الاختلاف ، او
لمجرد دفع تلف الاموال و النفوس ، وان لم يكن ذلك في الوقف في
نفسه ، وانما بيع الوقف لاطفاء فتنة خارجية (وقد عرفت الا ظهر منها) اي
من هذه المحتملات عندنا .

(لكن فى النفس شئ من الجزم بظهوره) اي ظهور الاحتمال
الذى استظهرناه فان «(ربما)» وان كانت كثيراً ما تستعمل فى الاختقال
- وهذا هو الذى استظهرناه بدون قيد الاداء الى تلف الاموال و
النفوس - الا ان «(ربما)» ايضاً كثيراً ما تستعمل فى مقام العلم والظن ،
فلا وجہ لتعين المعنى الاول (فلو اقتصر) في جواز بيع الوقف (على
المتيقين من بين المحتملات) ، وهو الاختلاف المؤدى علمًا وظناً الى
تلف خصوص مال الوقف، ونفوس الموقوف عليهم، كان) الاخذ بهذه
المتيقين (اولى) اذا هذه الصورة خارجة عن حرمة بيع الوقف
قطعاً ، اما ماعداها فيبقى على اصالة التحرير ، لانها مشمولة
لعمومات المعنى عن البيع .

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَالْقَسْمِ الْأَوَّلِ مِنَ الصُّورِ السَّابِعَةِ الَّذِي
جُوزَنَافِيهِ الْبَيعُ أَنَّ الْمَنَاطِ فِي ذَلِكَ الْقَسْمِ الْعِلْمُ أَوَ الظُّنُونُ بِتَلْفِ الْوَقْفِ
رَأْسًا .

وَالْمَنَاطِ هَنَا خَرَابُ الْوَقْفِ الَّذِي يَتَحَقَّقُ بِهِ تَلْفُ الْمَالِ وَانْلَمْ
يَتَلْفُ الْوَقْفَ، فَإِنَّ الْزَّائِدَ مِنَ الْمَقْدَارِ الْبَاقِي مَالٌ قَدْ تَلَفَّ، وَلَيْسَ الْمَرَادُ
مِنَ التَّلَفِ فِي الرِّوَايَةِ تَلَفُ الْوَقْفِ رَأْسًا، حَتَّى يَتَّحِدَ مَعَ ذَلِكَ الْقَسْمِ الْمُتَقْدِمِ
إِذْ : لَا يَنْسَبُ هَذَا مَا هُوَ الْغَالِبُ فِي تَلَفِ الضَّيْعَةِ الَّتِي هِيَ مُوْرَدُ الرِّوَايَةِ

(وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا) الْقَسْمُ - بِنَاءً عَلَى هَذَا الْمَعْنَى الَّذِي ذُكِرَنَاهُ -

(وَالْقَسْمِ الْأَوَّلِ مِنَ الصُّورِ السَّابِعَةِ الَّذِي جُوزَنَافِيهِ الْبَيعُ) مَعَ أَنْ بَادِيَ
الرَّأْيِ يَظْنُنُ اتِّحَادَ الْقَسْمَيْنِ (أَنَّ الْمَنَاطِ فِي ذَلِكَ الْقَسْمِ) الْأَوَّلَ مِنَ
الصُّورِ السَّابِعَةِ (الْعِلْمُ أَوَ الظُّنُونُ بِتَلْفِ الْوَقْفِ رَأْسًا) إِذْ تَلَفُ مَجْمُوعُ الْوَقْفِ
(وَالْمَنَاطِ هَنَا) فِي مَا نَحْنُ فِيهِ الَّذِي دَلَّ عَلَيْهِ الْمَكَاتِبُ (خَرَابُ
الْوَقْفِ) إِذْ تَلَفُ بَعْضُهُ فَقَطْ (الَّذِي يَتَحَقَّقُ بِهِ) إِذْ بِذَلِكِ الْخَرَابِ (تَلَفُ
الْمَالِ) فِي الْجَمْلَةِ (وَانْلَامَتْ الْوَقْفُ) كَمَهْ (فَإِنَّ الْزَّائِدَ مِنَ الْمَقْدَارِ
الْبَاقِي) الَّذِي لَمْ يَخْرُبْ، كَمَا إِذْ أَفْرَضْنَا إِنَّ الْوَقْفَ يَسُوءُ الْفَاقِدَ خَرَبَ مِنْهُ
سِتْمَائَةً، فَإِنَّ الْأَرْبِعِمَائَةَ بَاقِيَةً، وَالْزَّائِدُ عَلَيْهَا «إِذْ السِّتْمَائَةُ» (مَالٌ
قَدْ تَلَفَّ، وَإِلَى هَذَا) لَيْسَ الْمَرَادُ مِنَ التَّلَفِ فِي الرِّوَايَةِ تَلَفُ الْوَقْفِ
رَأْسًا، حَتَّى يَتَّحِدَ) هَذَا الْقَسْمُ (مَعَ ذَلِكَ الْقَسْمِ الْمُتَقْدِمِ) إِذْ الْقَسْمُ
الْأَوَّلُ مِنَ الصُّورِ السَّابِعَةِ (إِذْ : لَا يَنْسَبُ هَذَا) إِذْ تَلَفُ الْوَقْفِ كُلُّهُ
(مَا هُوَ الْغَالِبُ فِي تَلَفِ الضَّيْعَةِ الَّتِي هِيَ) إِذْ الضَّيْعَةُ (مُوْرَدُ الرِّوَايَةِ)

فان تلفها غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها .
 ثم ان الظاهر من بعض العبارت المتقدمة ، بل المحکى عن الاكثر
 ان الثمن في 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 الواقع بحسب الامكان .
 وهذا منه قدس سره مبني على وجه ظهور الرواية في تقرير السائل
 في قسمة الثمن على الموجودين

المكاسبة وانما لا يناسب التلف الكلى لمورد الرواية (فان تلفها) اي الضيوعة
 (غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها) وذلك بتلف
 البعض لا تلف الكل .

(ثم ان الظاهر من بعض العبارت المتقدمة ، بل المحکى عن الاكثر
 ان الثمن في 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) اي بذلك الاشتراط (الخلف) والخلاف
 بين اربابه (تحصيلاً لمطلوب الواقع بحسب الامكان) .

اذ : مطلوب الواقع البقاء للوقف ، لكن لمام يمكن بقاء عين الوقف
 ببيع ، ثم يشتري بالثمن لكل واحد او جماعة من الموقوف عليهم قطعة خاصة
 حتى يرتفع الخلف .

(وهذا الكلام) منه) اي من جامع المقاصد (قدس سره مبني على
 وجه ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين) اذ

فِي الصُّورِ الَّتِي يَجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

 أَوْ عَلَى مَنْعِ الْعَمَلِ بِهَذَا التَّقْرِيرِ فِي مُخَالَفَةٍ مُقْتَضِي قَاعِدَةِ الْمُعاوِضَةِ مِنْ
 اشْتِراكِ جَمِيعِ الْبَطْوَنِ فِي الْبَدْلِ كَالْمُبَدْلِ
 لِكَنَ الْوَجْهُ الثَّانِي

لَوْ كَانَتِ الرِّوَايَةُ ظَاهِرَةً عَنْهُ لَمْ يَكُنْ وَجْهُ لِلَاشْتِرَاءِ الَّذِي ذُكِرَهُ (أَوْ
 عَلَى) ظَهُورِ الرِّوَايَةِ فِي قَسْمَةِ الثَّمَنِ، لَكِنْ بِنَائِهِ «رَه» عَلَى (مَنْعِ الْعَمَلِ
 بِهَذَا التَّقْرِيرِ) أَيْ تَقْرِيرِ الْإِمامِ لِظَاهِرِ كَلَامِ السُّؤَالِ مِنْ تَوزِيعِ القيمةِ عَلَى
 الْبَطْنِ الْمُوجُودِ (فِي مُخَالَفَةٍ مُقْتَضِي قَاعِدَةِ الْمُعاوِضَةِ) بَيْنِ
 الْوَقْفِ وَثَمَنِهِ.

أَذْ مُقْتَضَاهَا إِنْ يَدْخُلَ الثَّمَنُ فِي كِيسِ كُلِ الْبَطْوَنِ حِيثُ خَرَجَ
 الثَّمَنُ مِنْ كِيسِ الْكُلِّ (مِنْ اشْتِراكِ جَمِيعِ الْبَطْوَنِ فِي الْبَدْلِ) الَّذِي هُوَ
 الثَّمَنُ (كَ اشْتِراكِ جَمِيعِهِمْ فِي (الْمُبَدْلِ) الَّذِي هُوَ الْوَقْفِ.
 (لَكَنَ الْوَجْهُ الثَّانِي) أَيْ مَا قَلَّنَا بِقُولِنَا («أَوْ عَلَى») أَيْ أَنْ كَانَ
 مَحْذُورًا مَحْقُوقًا مِنْ عَدَمِ الْقَسْمَةِ بَيْنِ الْبَطْنِ الْمُوجُودِ هُوَ كُونُهُ خَلَافٌ
 مُقْتَضِي الْمُعاوِضَةِ، فَكِيفَ أَفْتَى بِالْقَسْمَةِ بَيْنِ الْمُوجُودِ بِنْ فَقْطِ صُورَةِ
 الْبَيعِ لِلْحاجَةِ الشَّدِيدَةِ.

أَذْ الْمَنَاطُ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ – مَسْأَلَةُ الْبَيعِ لِلْخَرَابِ وَالْفَتْنَةِ وَمَسْأَلَةُ
 الْبَيعِ لِلْحاجَةِ الشَّدِيدَةِ – وَاحِدٌ

فَإِنْهُ أَنْ أَمْكَنْ كُونَ الثَّمَنِ يَدْخُلُ فِي كِيسِ غَيْرِ مَنْ خَرَجَ الثَّمَنُ مِنْ
 كِيسِهِ، لَزَمَ أَنْ نَقُولَ بِالْقَسْمَةِ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ .
 وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَزَمْ، أَنْ نَقُولَ بِعَدَمِ الْقَسْمَةِ فِي صُورَةِ الْحاجَةِ أَيْضًا،

ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة ، تمسكا
برواية جعفر ، فتعين الاول وهو منع التقرير .
لکنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية .

واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينفرض - بناءً على
صحته - كما هو المعروف فاما ان نقول : ببقاءه على ملك الواقع .
واما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم ، وعلى الثاني

اذ : عدم القسمة في المسئلة الفتنة والخراب للوقف (ينافي قوله) اى
الحق الثاني (باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة
تمسكا برواية جعفر) المتقدمة (فتعين) ان يكون مراد المحقق الوجه
(الاول وهو منع التقرير) اى تقوير الامام للسائل في قسمة الثمن بين
الموجودين .

(لکنه) اى منع التقرير) خلاف مقتضى التأمل في الرواية) اذ ظاهرها
ان الامام قرر كلام السائل ، فيرد الاشكال على المحقق الثاني فـ
منعه التقسيم على البطن الموجود .

هذا اتام الكلام في الوقف المؤيد ، وانه هل يجوز بيعه ام لا ؟
(واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينفرض - بناءً على
صحته) كما اذا وقف على زيد الذي لاقب له مثلا (كما هو المعروف) اى
صحة الوقف المنقطع (فاما ان نقول : ببقاءه على ملك الواقع) وانما هو
حبس على الموقوف عليه لمدة بقائه .

(واما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم ، و) بناءً (على الثاني)

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

فَإِمَّا أَنْ يَمْلُكُوهُ مُلْكًا مُسْتَقْرًا بِحِيثُ يَنْتَقِلُ مِنْهُمْ إِلَى وَرَثَتْهُمْ عِنْدَ اِنْقَرَاضِهِمْ

وَإِمَّا أَنْ يُقالُ : بِعُودِهِ إِلَى مُلْكِ الْوَاقِفِ .

وَإِمَّا أَنْ يُقالُ : بِصِيرَوْرَتِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ .

فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يُجُوزُ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمُ الْبَيْعُ لِعدَمِ الْمُلْكِ ، وَفِي جَوَازِهِ

لِلْوَاقِفِ مَعَ جَهَالَةِ مَدَةِ اِسْتِحْقَاقِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمُ اِشْكَالٌ مِّنْ حِيثِ لِزُومِ

الْغَرْرِ بِجَهَالَةِ وَقْتِ اِسْتِحْقَاقِ التَّسْلِيمِ التَّامِ عَلَى وَجْهِ يَنْتَفِعُ بِهِ .

وَهُوَ اِنْتِقالُهُ إِلَى الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ (فَإِمَّا أَنْ يَمْلُكُوهُ مُلْكًا مُسْتَقْرًا بِحِيثُ يَنْتَقِلُ مِنْهُمْ إِلَى وَرَثَتْهُمْ عِنْدَ اِنْقَرَاضِهِمْ) الْوَرَثَةُ الَّذِينَ لَيْسُوا بِمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ .

(وَإِمَّا أَنْ يُقالُ : بِعُودِهِ إِلَى مُلْكِ الْوَاقِفِ) عِنْدَ اِنْقَرَاضِهِمْ .

(وَإِمَّا أَنْ يُقالُ : بِصِيرَوْرَتِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ) لَا نَهَا اِنْقِطَاعَ عَنِ الْوَاقِفِ وَ

لَمْ يَدْخُلْ فِي مُلْكِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ .

(فَعَلَى الْأَوَّلِ) وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ مُلْكًا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ بَلْ بِاِقْبَابِهِ عَلَى

مُلْكِ الْوَاقِفِ (لَا يُجُوزُ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمُ الْبَيْعُ لِعدَمِ الْمُلْكِ) وَقَدْ وَرَدَ : لَا بَيْعٌ

إِلَّا فِي مُلْكِ (وَفِي جَوَازِهِ) أَيْ الْبَيْعِ (لِلْوَاقِفِ مَعَ جَهَالَةِ مَدَةِ اِسْتِحْقَاقِ

الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ) لَأَنَّ الْوَاقِفَ لَا يَعْلَمُ مَتَى يَنْتَرِضُ الْمُوقَوفُ عَلَيْهِمْ حَتَّى

يَنْفَكُ الْمُلْكُ عَنِ الْوَقْفِ (اِشْكَال) مِنْ أَنَّهُ مُلْكُهُ ، فَيَصْحُ لَهُ بَيْعُهُ وَ (مِنْ

حِيثِ لِزُومِ الْغَرْرِ) وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْغَرْرِ

(ب) سَبَبُ (جَهَالَةِ وَقْتِ اِسْتِحْقَاقِ) الْمُشْتَرِيِّ (التَّسْلِيمِ) مِنِ الْبَائِعِ

(الْتَّامِ) بِدُونِ تَقْيِيدٍ بِكُونِهِ مَحْبُوسًا (عَلَى وَجْهِ يَنْتَفِعُ) (الْمُشْتَرِيِّ

(بِهِ) وَهُذَا مِنْ أَعْظَمِ اِقْسَامِ الْغَرْرِ .

ولذا منع الاصحاب - كافي الايضاح على ماحکى عنهم - بيع
مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهة مدة العدة مع كثرة التفاوت .
نعم المحکى عن جماعة ، كالمحقق ، والشهیدین فی المسالک و
الدروس ، وغيرهم صحة البيع فی السکنی الموقته بعمر احد هما

(ولذا منع الاصحاب - كافي الايضاح على ماحکى عنهم - بيع
مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء) لا المعتدة بالاشهر ، لأنها لا تحيف ، و
هي فی سن من تحيف ، فانه لا يحق لها ان تخرج من البيت الذي
طلقت فيه ، ولا يحق للزوج او غيره ان يخرجها من ذلك البيت .
والمراد بالاقراء الحيضات ، فانها اذا اطلقت في طهر غير المواقعة
ثم مرت عليها ثلث حيضات ، خرجت عن العدة بمجرد الحيض الثالث .
ومن المعلوم ان الحيض يتقدم ويتأخر وان كانت المرأة ذات عدة
وانها من عوایبع دارها (لجهة مدة العدة) فلا يعلم المشترى وقت
استحقاق الدار ، وذلك غرر يمنع عن جواز البيع (مع كثرة التفاوت) بين
محتملات اوقات تتحقق الحيض الثالث الموجب لخروجها عن العدة
الذى يتربى على ذلك الخروج استحقاق المشترى لتسليم الدار .
(نعم المحکى عن جماعة ، كالمحقق ، والشهیدین فی المسالک ، و
الدروس ، وغيرهم ، صحة البيع فی السکنی) اى فيما لو اسكن المالك
الدار للانسان بنحو الحبس الشعیي المذكور فی كتاب الوقف (الموقته)
تلك السکنی (بعمر احد هما) اى احد من المالك والساکن مع ان وقت
انتهاء عمر احد هما مجهول .

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

.....
 بل ربما يظهر من محكى التنجيح ، الاجماع عليه و لعله اما المنع
 الغرر ، و اما النص ، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح او الحسن
 عن الحسين بن نعيم ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل
 داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده ، قال عليه السلام : هى
 له و لعقبه من بعده ، كما شرط ، قلت فان احتاج الى بيعها بيعها
 قال : نعم قلت : فينقض البيع السكنى ، قال

(بل ربما يظهر من محكى التنجيح ، الاجماع عليه) اى على صحة
 بيع السكنى ، وهذا مما يؤيد جواز بيع المالك للوقف فيما نحن فيه كهذه
 المسألة في جهالة المدة الموجبة لجهالة وقت التسليم (ولعله) اى جواز
 بيع السكنى (اما المنع الغرر) فان تقدم ايام ، او شهور ، او سنوات ، لا يضر
 عرفا (و اما النص ، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة) اصحاب الكتب الاربعة
 الصدوق ، والكليني ، والشيخ (في الصحيح ، او الحسن عن الحسين
 بن نعيم ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى
 رجل زمان حياته) اى حية 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 (بيعها
 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 ابى يقول : قال ابو جعفر لا ينقض
البيع الاجارة ، ولا السكنى ، ولكن يبيعه على ان الذى يشتريه لا يملك
ما اشتراه ، حتى ينقض السكنى على ما شرطه ، الخبر .
ومع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة ، و ولده ، والمحقق الثاني
ولو باعه

عليه السلام : (لا ينقض البيع السكنى) .
ثم قال عليه السلام (كذلك) الذى ذكرت لك (سمعت ابى يقول :
قال ابو جعفر) الباقى 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
يعلمها الى المشتري (ولا السكنى) اي 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 ينقض 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 ، و ولده ، والمحقق الثاني) و ذلك لقوة الادلة الدالة على
منع البيع الغرى ما يوجب التأويل فى الرواية او رد علمها الى اهلها .
(ولو باعه) الواقع فى الوقف المنقطع ، حيث قلنا بان الموقف

في الصور التي يجوز بيع الموقف فيها

.....
من الموقف عليه المختص بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر
و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع، و حق
المشتري لا يوجب معرفة المبيع.

وكذا لو باعه من انتقل اليه حق الموقف عليه.

نعم لو انتقل الى الواقف ثم باعه، صحّ جزماً.

و

يبقى ملكاً للواقف (من الموقف عليه المختص) ذلك الموقف عليه (بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه) وان اشkenافى جواز بيعه للاجنبى (العدم الغرر) في القام، اذا الموقف يبقى تحت تصرف الموقف عليه قطعاً بالوقف، وقطعه بالملك.

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

(وكذا لو باعه) اي الواقف باع الموقف (من انتقل اليه حق الموقف عليه) بان كان الوقف بحيث يصحّ ان ينقله الموقف عليه عن نفسه الى غيره، ثم نقله الموقف عليه وبعد ذلك باعه الواقف للمنقول اليه.

(نعم لو انتقل) الحق من الموقف عليه (إلى الواقف) نفسه، حتى أصبح الحق للواقف كما ان عين الملك له (ثم باع صحّ جزماً) لانه لا يغرنها (و) ان قلت: يمكن ان نجّوز البيع حال كونه حقاً للموقف عليه،

اما مجرد رضى الموقوف عليهم ، فلا يجوز البيع من الاجنبي ، لأن المنفعة مال لهم ، فلابد ان ينتقل الى المشتري بلا عرض .

اللهم الا ان يكون على وجه الاسقاط لصلاحناه منهم .
او يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ، و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم ، فيكون العرض موزعا عليهم .
ولابد ان يكون ذلك

اذا هم رضوا بذلك ، و ان يسلعوا الملك الى المشتري .
قلت : (اما مجرد رضى الموقوف عليهم ، فلا يجوز البيع من الاجنبي)
الذى هو ليس بمحظوظ عليهم ، فى مقابل ما اذا باعه الواقف من نفس الموقوف عليهم (لان المنفعة مال لهم) اى للموقوف عليهم (فلابد ان ينتقل الى المشتري بلا عرض) اذا : كيف يمكن ان تخرج المنفعة من كيسهم
ليدخل عرضها فى كيس الواقف .

(اللهم الا ان يكون) رضى الموقوف عليهم (على وجه الاسقاط لصلاحناه منهم) اى من الموقوف عليهم ، با ان قلنا ان لهم حق اسقاط حقهم فى الوقف .

(او) نقول : بأنه (يكون المعاملة) اى بيع الوقف برضى الموقوف عليهم (مركبة من نقل العين من طرف الواقف ، و نقل المنفعة) و هى حق السكنى (من قبل الموقوف عليهم ، فيكون العرض موزعا عليهمما) با ان يقوم الملك مسلوب المنفعة الى خمسين سنة ، و يقوم منفعة الملك خمسين سنة (و) على هذا (لابد ان يكون ذلك) اى نقل العين والمنفعة

فى الصور التى يجوز بيع الوقف فيها

.....
على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين والمنفعة كليهما خصوصاً
مع جهالة المنفعة .

ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التقىج من أنه: لاتفاق
الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع الوقف
أو بيع الموقوف عليه .

كما يدل عليه كلامه المحكى عنه في مسألة السكنى حيث أجاز
استقلال مالك العين بالبيع، ولو من دون رضى مالك الانتفاع والمنفعة

(على وجه الصلح) من المالك والموقوف عليه بالنسبة إلى المشتري ،
ل وعلى وجه البيع (لأن غيره) أي غير الصلح (لا يتضمن نقل العين و
المنفعة كليهما) فإن البيع مبادلة مال بمال ، لمبادلة المنفعة بالمال
(خصوصاً مع جهالة المنفعة) فإن الطرفين في البيع يجب أن يكونا
معلومين ، فكيف يمكن نقل المنفعة المجهولة بالبيع ، فلا بد أذن من الصلح
(ومما ذكرنا) من أنه لا يصح البيع للجهة (يظهر وجه التأمل
فيما حكى عن التقىج من أنه: لاتفاق الواقف والموقوف عليه على البيع
في) الوقف (المنقطع) الآخر (جاز) البيع (سواء أراد) صاحب التقىج
(بيع الوقف ، أو بيع الموقوف عليه) بأن يبيع الواقف برضاه الموقوف عليه
أو ببيع الموقوف عليه برضاه الواقف .

(كما يدل عليه كلامه المحكى عنه في مسألة السكنى) أي يدل على
جواز الانضمام (حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ، ولو من دون
رضى مالك الانتفاع والمنفعة) فإنه إذا أجاز بيع المالك استقلالاً بدون

نعم : لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك لمنفعة
ـ كافي السكنى على قولـ صـحـ مـاـذـكـرـهـ ، لا مكان سقوط الحق بالاسقطـ
ـ بخلاف المال ، فتأمل .

رضي الموقوف عليه ، جاز بيع المالك منضما الى رضي الموقوف عليه بطريق
اولى ، و المالك الانتفاع هومن قال له المالك انتفع به كالاباحة ، ولا يملك
ـ المنفعة حتى يجوز له المعاوضة على المنفعة ، بخلاف مالك المنفعة
ـ كالمستأجر الذى يملك منفعة الدار مثلا .

(نعم) استثناء عما تقدم من عدم صحة بيع الواقع حتى مع رضاية
ـ الموقوف عليه (لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك لمنفعة
ـ كافي السكنى على قولـ) و القول الآخر ان السكنى حالها حال
ـ الاجارة ، فكما يملك المستأجر المنفعة كذلك يملك الساكن منفعة العين
ـ (صحـ مـاـذـكـرـهـ) التقييم من صحة بيع المالك برضاهـ المـوـقـوـفـ عـلـيـهـ (لامـكانـ
ـ سـقـوـطـ الحـقـ بـالـاسـقـاطـ) فـانـ السـاـكـنـ يـسـقـطـ حـقـهـ فـيـ العـيـنـ ، فـيـكـونـ
ـ الـمـالـكـ خـالـصـاـ اـصـلـاـ وـ مـنـفـعـةـ لـلـمـالـكـ فـيـصـحـ لـهـ بـيـعـهـ (ـ بـخـلـافـ المـالـ) فـاـنـهـ
ـ اـذـاـكـانـ مـاـكـالـلـمـنـفـعـةـ لـمـ يـصـحـ اـسـقـاطـ السـاـكـنـ حـقـهـ ، لـاـنـهـ مـاـلـ لـهـ ، وـالـمـالـ
ـ لـاـ يـسـقـطـ (ـ فـتـأـمـلـ) لـاـنـهـ كـمـاـ يـمـكـنـ اـسـقـاطـ الحـقـ يـمـكـنـ اـسـقـاطـ المـالـ بـعـنـىـ
ـ الـمـنـفـعـةـ ، كـمـاـنـىـ صـحـةـ ذـلـكـ فـىـ بـاـبـ الـاجـارـةـ ، فـاـنـ لـلـمـسـتـأـجـرـ اـنـ يـسـقـطـ
ـ حـقـهـ حـتـىـ يـخـلـصـ الـمـلـكـ لـلـمـالـكـ ، وـذـلـكـ مـاـنـحـنـ فـيـهـ .
ـ وـ يـمـكـنـ اـنـ يـكـونـ :ـ فـتـأـمـلـ ، اـشـارـةـ اـلـىـ اـنـهـ لـاـ يـصـحـ لـلـسـاـكـنـ اـسـقـاطـ
ـ حـقـهـ مـطـلـقـاـحتـىـ لـوـقـلـنـاـ بـاـنـهـ مـالـكـ لـلـاـنـتـفـاعـ اـذـ :ـ السـكـنـىـ عـقـدـ قـرـرـهـ الشـارـعـهـ وـ

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسَائلِ فِي بَابِ السُّكْنِيِّ وَالْحَبْسِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَعَلَى الثَّانِي فَلَا يُجُوزُ الْبَيعُ لِلْوَاقِفِ، لِعدَمِ الْمُلْكِ: وَلَا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ لاعتبار الواقف بقائه في يدهم إلى انقارضهم .

وَعَلَى الثَّالِثِ: فَلَا يُجُوزُ الْبَيعُ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَجَازَ الْوَاقِفُ لِمَنَافَاتِهِ لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين كمالاً يجوز أيضاللواقف

لَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَمْكُنُ لِلسَاكِنِ أَوِ الْوَاقِفِ اسْقاطُهُ، فَيَكُونُ لَازْمًا .

(وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذِهِ الْمَسَائلِ) أَيْ مَسْأَلَةٌ أَنَّهُ هَلْ السُّكْنِيُّ حَقُّ الانتفاعِ، أَوْ مُلْكُ الْمَنْفعةِ، وَعَلَى أَيِّهِ، فَهُنَّ يَحْقُّ لِلسَاكِنِ اسْقاطُهُ، أَمْ لَا؟ (فِي بَابِ السُّكْنِيِّ وَالْحَبْسِ) مِنْ كِتَابِ الْوَقْفِ (إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) (وَعَلَى الثَّانِي) وَهُوَ القَوْلُ بِاِنْتِقَالِ الْمُنْقَطِعِ إِلَى الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ وَأَنَّهُمْ يَمْلُكُوهُ مَلْكًا مُسْتَقْرًا (فَلَا يُجُوزُ الْبَيعُ لِلْوَاقِفِ، لِعدَمِ الْمُلْكِ) أَذْ بَنَاهُ عَلَى هَذَا القَوْلِ اِنْتَقَالُ الْمَالِ مِنْهُ إِلَى الْمُوقَوفِ عَلَيْهِ (وَلَا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ) وَإِنْ كَانَ الْمَالُ مَلْكًا لَهُمْ (لاعتبار الواقف بقائه) أَيْ الْمَالِ (فِي يَدِهِمْ، إِنْ أَنْقَرَضُوهُمْ) فَهُوَ كِلِّ الْمُلْكِ الْمُحْجُورِ .

(وَعَلَى الثَّالِثِ) وَهُوَ اِنْتِقَالُ الْمَالِ إِلَى الْمُوقَوفِ عَلَيْهِ، لَكِنْ إِذَا انْقَرَضُوا اِنْتَقَالُ الْمَالِ إِلَى الْوَاقِفِ (فَلَا يُجُوزُ الْبَيعُ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَجَازَ الْوَاقِفُ) بِيَعْهُمْ (لِمَنَافَاتِهِ) أَيْ مَنَافَاتِ الْبَيعِ (لاعتبار الْبَيعِ) أَيْ لِلَّذِي اُعْتَبِرَهُ (الْوَاقِفُ فِي الْوَقْفِ بِقَاءَ الْعَيْنِ) وَالْبَيعُ مَنَافٌ لِلْوَقْفِ الْمُعْتَبَرِ بِقَائِمِهِ (كَمَا يُجُوزُ أَيْضًا لِلْوَاقِفِ) بِيَعْهُ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ حِينَ انْقَرَضَ .

الغير المالك فعلا وان اجاز الموقوف عليه الا اذا جوزنا بيع ملك الغير
مع عدم اعتبار مجيئ له في الحال بناء على ان الموقوف عليه الذي هو
المالك فعل وليس 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 في المستقبل ، ولا بيع
الافي ملك (وان اجاز الموقوف عليه) الذي هو المالك فعلا اذا الموقوف
عليه له حق السكتى في ملك محجور عليه والمالك المحجور عليه لا يستحق
البيع حتى يتمكن من اجازة البيع (الا اذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم
اعتبار مجيئ له في الحال)

و حينئذ يصح للمالك الواقف البيع ، فانه بيع لملك الغير رأى
الموقوف عليه ، ولا مجيئ فعل اذا المالك ليس له حق الاجازة لانه ليس
بطاله الان ، والموقوف عليه ليس له حق الاجازة لانه يطير العين محجورا
ولا يحق له البيع حتى تكون الاجازة بيده .

وقوله « مع عدم الحال » انتيا يصح (بناء على ان الموقوف عليه الذي
هو المالك فعل وليس له الاجازة ، لعدم تسلطه على النقل) وانما له
الانتفاع فقط (فاذا انقرض الموقوف عليه ، و ملكه الواقف ، لزم البيع)
لانه وجد المحيزا الان .

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

فِي الصُّورِ الَّتِي يُجُوزُ بَيعُ الْوَقْفِ فِيهَا

جُوزٌ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ بَيعُ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ ، مَعَ قَوْلِهِ بِبَقَاءِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ عَلَى مَلْكِ الْوَاقِفِ .

وَيُمْكِنُ دُفُعُ التَّنافِيِّ بِكُونِهِ قَائِلاً بِالْوَجْهِ الثَّالِثِ ، مِنَ الْوَجْهِ الْمُتَقْدِمَةِ وَهُوَ مَلْكُ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ ثُمَّ عُودَهُ إِلَى الْوَاقِفِ إِلَيْهِمْ الْكَلَامُ فِي ثَبَوتِ هَذَا الْقَوْلِ بَيْنَ مَنْ اخْتَلَفَ فِي مَالِكِ الْمُوقَوفِ فِي الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ .
وَيَتَضَرُّرُ ذَلِكَ فِي مَرَاجِعَةِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ .

جُوزٌ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ بَيعُ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ) وَهَذَا يَقْضِي أَنْ يَكُونَ مَلِكًا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِ (مَعَ قَوْلِهِ بِبَقَاءِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ عَلَى مَلْكِ الْوَاقِفِ) وَهَذَا يَقْضِي عَدْمَ جُوازِ بَيعِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِ .

(وَيُمْكِنُ دُفُعُ التَّنافِيِّ) بَيْنَ كَلَامِ الْقَاضِيِّ رَهْ (بِكُونِهِ قَائِلاً بِالْوَجْهِ الثَّالِثِ ، مِنَ الْوَجْهِ الْمُتَقْدِمَةِ) فِي الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ (وَهُوَ) أَنْ يَكُونَ مَلِكًا لِلْمُوقَوفِ (مَلِكًا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ) إِلَيْهِمْ (ثُمَّ عُودَهُ إِلَيْهِ) مَلِكًا (الْوَاقِفِ) بَعْدَ إِلَاقَرَاضِ ، إِذَا بَقَى فِي مَالِكِ الْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ (إِلَيْهِمُ الْكَلَامُ فِي ثَبَوتِ هَذَا الْقَوْلِ) أَيْ كَوْنِ الْوَقْفِ لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى مَلِكِ الْوَاقِفِ (بَيْنَ مَنْ اخْتَلَفَ فِي مَالِكِ الْمُوقَوفِ) إِذَا مُسْلِمُهُ أَنْ هُنَاكَ قَوْلَيْنِ :
قُولٌ بِإِنَّهِ مَلِكًا لِلْوَاقِفِ .

وَقُولٌ بِإِنَّهِ مَلِكًا لِلْمُوقَوفِ عَلَيْهِمْ مِنَ الْأَوَّلِ إِلَى الْآخِيرِ (فِي الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ)

أَمَا الْقَوْلُ الثَّالِثُ فَفِي وُجُودِ الْقَائِلِ بِهِ أَشْكَالٌ .

(وَيَتَضَرُّرُ ذَلِكَ) إِلَى أَشْكَالٍ فِي وُجُودِهِ ذَلِكَ الْقَوْلِ (فِي مَرَاجِعَةِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ) .

وعلى الرابع : فالظاهر ان حكمه حكم الوقف المؤيد ، كما صرّح به المحقق الثاني - على ما حکى عنه - لانه حقيقة وقف مؤيد ، كما لو صرّح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص .

ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فاما هو بالنسبة الى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقع .
واما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعد هم فان قلنا : بعد عدم تملّكهم

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

وانما كان حال الوقف المؤيد (لانه حقيقة وقف مؤيد) اذ مادام الموقوف عليه موجود فهو محجور ، وبعد اهله ايضا محجور ، لكونه في سبيل الله ، فيكون حاله (كما لو صرّح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص)

وعليه فما ذكرناه في المؤيد يأتي هنا ايضا .

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

(واما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعد هم) فيما علمنا با انقراضهم كبيع الاب مع وجود ابن له عقيم (فان قلنا : بعد عدم تملّكهم

في الصور التي يجوز بيع الوقف فيها

للمنتقطع ، فهو كما تقدم

واماعلى تقدير القول بملكتهم ، فحكم بيع غير الاخير من البطون
حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤيد فيشتراك معه في المنع في الصور
التي منعنا في الجواز في الصورة التي جوزنا لا شراك دليل المنع والجواز .
ويتشاركان اضافي حكم الثمن بعد البيع .

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

(واماعلى تقدير القول بملكتهم) اى مالكية كل بطن للوقف في زمان
وجود ذلك البطن (فحكم بيع غير الاخير من البطون ، حكم بيع بعض
البطون في الوقف المؤيد) كما تقدم الكلام فيه (فيشتراك) المنتقطع (معه)
اى مع المؤيد (في المنع) عن البيع (في الصور التي منعنا ، وفي الجواز
في الصورة التي جوزنا لا شراك دليل المنع والجواز) في المؤيد
المنتقطع - في هذه الصورة -

(ويشاركان ايضا) المنتقطع والمؤيد (في حكم الثمن بعد البيع) فما
قلنا بانه تكليف الثمن في المؤيد ، نقول به في المنتقطع في هذه الصورة
ولا يخفى ان هناك فارقا بين الصورتين ، فنتظير احد هما بالآخر محل
اشكال ، والله العالم .

مسئلة

ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلاقا ، صيرورة المطلقة ام ولد سيدها ، فان ذلك يوجب منع المالك عن بيعها ، بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكم عن مجمع الفائدة ، وفي بعض الاخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الاسلام ، مثل ما روى من قول امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع امة ارضعت ولده ، قال له خذ بيدها وقل من يشتري ام ولدى

(مسألة : و من اسباب خروج الملك عن كونه طلاقا ، صيرورة المطلقة ام ولد سيدها) بان كانت له مطلقة فا ولد لها (فان ذلك يوجب منع المالك عن بيعها ، بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكم عن مجمع الفائدة ، وفي بعض الاخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الاسلام ، مثل ما روى من قول امير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع امة ارضعت ولده) وليس بام ولد له ، وانما ام ولد رضاعية (قال له) عليه السلام استنكارا (خذ بيدها وقل من يشتري ام ولدى) فاذ اثبتت الحكم في ام الولد الرضاعية يثبت الحكم في ام الولد النسبية بطريقا ولو لكن الظاهر انه لم يقل احد بحرمة بيع ام الولد الرضاعية ، فيكون كلام الامام من باب الانكار العرفي ، لا الشعري ، فلا يثبت الحكم في ام الولد الرضاعية .

وهناك في الوسائل في الباب الثالث والثمانين من نكاح العبيد

في عدم جواز بيع أم الولد

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق ، او مستلزم
للنقل كالرهن ، كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد .
منها : ماجعل أم الولد ملکاً غير طلق ، كالوقف والرهن .

والاما دلالة على عدم جواز البيع اذا ولدت الولد و هي امة له ، لا مَا
اذا ولدت و هي زوجة له ، و ان اشتراها بعد ذلك .

نعم في الخبر الآتي : لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات
الاولاد ، دلالة على حرمة البيع مطلقا .

اللهم الا ان ينص بخبر الوسائل كما سأيأني (و في حكم البيع كل
تصرف ناقل للملك) كالصلح والهبة وجعلها بدل الاجارة ، وما اشبه
ذلك (الغير المستعقب بالعتق) مقابل النقل الذي يتعقبه العتق ، كما
لوباعها من ابنتها ، اذا الانسان لا يملك العمودين - كما قررت في كتاب
العتق - (او مستلزم للنقل) عطف على « ناقل » اي ان مثل هذا التصرف
ايضا في حكم النقل الموجب لبطلانه (كالرهن) فاته اذا لم يعط المدينون
دينه كان الدائن يحق له ان يبيع الوثيقة ليستوفى من ثمنها طلبه (كما
يظهر) عدم جواز كل تصرف ناقل ، او مستلزم للنقل (من تضاعيف) و
خلال (كلماتهم في جملة من الموارد)

(منها : ماجعل أم الولد ملکاً غير طلق ، كالوقف والرهن) اي انهم
يقولون ، ان ام الولد ملك ، ولكنها ليس ملکاً طلقا ، كما ان الوقف و
الرهن ملك ، ولكنها ليسا طلقا .

وقد عرفت: ان المراد من الطلق تامة الملك والاستقلال في التصرف.
 فلو جاز الصلح عنها و هبته ، لم يخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم
 جواز ايقاع عقد البيع عليها كما ان المجهول الذي يصح الصلح عنه وهبته
 والا براء عنه ولا يجوز بيعه ، لا يخرج عن كونه طلقاً .

(وقد عرفت ان المراد من الطلق تامة الملك ، والا استقلال فى
 التصرف) عطف على تامة .

(فلو جاز الصلح عنها) اي عن ام الولد (و) جاز (هبتهالم يخرج
 عن كونها طلقاً) قولهم ليست بطلاق دليل على عدم جواز الصلح عنها او
 هبتهما ، 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 انهاليس بطلاق ، يدل على عدم جواز
 تصرف ناقل عليها ، لانه دليل على عدم جواز البيع فقط ، بان يجوز
 اجراء سائر التصرفات عليها .

اذ كثيراً ما لا يجوز البيع بالنسبة الى شيء ومع ذلك لا يخرج عن الطلقية
 واليه اشار بقوله: (كما ان المجهول الذي يصح الصلح عنه ، وهبته
 ولا براء عنه) اي ابراء الذمة عن ذلك المجهول (ولا يجوز بيعه ، لا يخرج
 عن كونه طلقاً) .

فمرادهم بانهاليس بطلاق ، انه لا يصح كل تصرف ناقل فيها ،
 بيعاً كان او غيره .

فى عدم جواز بيع أم الولد

.....

و منها : كلماتهم فى رهن أم الولد فلا حظها .

و منها : كلماتهم فى استيلاد المشتري فو ، زمان خيار البائع ، فان المصح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن ، ان البائع لو فسخ يرجع الى القيمة لامتناع انتقال أم الولد كذافى كلام العلامة ، ولده ، و جامع المقاصد ذلك ايضاً زمان مطلق الخيار .

و منها : كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ، رد او قبولا

(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) كمالاً و اشتري الانسان جارية ، وكان للبائع خيار الى سنة مثلاً ، ثم ان المشتري استولى الجارية فى هذه المدة ، فهل للبائع الاخذ بال الخيار بمقتضى جعل الخيار لنفسه ، أم لا يحق له ؟ لأن الامة صارت أم ولد للمشتري ، فلا يمكن نقلها من ملك المشتري الى البائع حتى النقل بال الخيار (فان المصح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن ، ان البائع لو فسخ) والحال ان المشتري استولى الجارية (يرجع) البائع (الى القيمة) فيأخذ قيمة الجارية من المشتري ، لا عينها (لامتناع انتقال أم الولد) من المشتري الى البائع (كذافى كلام العلامة ولده ، و جامع المقاصد ذلك ايضاً) يرجع البائع الى القيمة ، لا العين (فى زمان مطلق الخيار) الاقسام الاخر للخيار لافقط خيار الغبن .

(ومنها : كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ، رد او قبولا) اى سواء

فانها كالصريحة في ان الممنوع مطلق نقلها ، لا خصوص البيع .
و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من
النواقل .

ومع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من
النواقل ، للاصول و خلو كلام معظم عن حكم غير البيع ، وقد عرفت
ظهوره من تضاعيف كلمات معظم في الموارد المختلفة و مع ذلك فهو
الظاهر من المبسوط

من ردان الشئ الفلانى يكون مستثنى ، ام قبل كون الشئ الفلانى
مستثنى ، فان ظاهرهم المنع عن مطلق الانتقال (فانها) اي كلماتهم
(الصريحة في ان الممنوع مطلق نقلها ، لا خصوص البيع)
(وبالجملة فلا يبقى للمتأمل) في كلماتهم (شك في ثبوت حكم البيع
لغيره من النواقل) الا ان المنع خاص بالبيع فقط .

(ومع ذلك كله) مما عرفت من ادلة كون المنع عاما لكل ناقل (فقد
جزم بعض سادة مشايخنا) يعني سيد المناهى (بجواز غير البيع من
النواقل ، للاصول) اي اصالة شمول ادلة تلك النواقل لام الولد و اصالة
صحة تلك النواقل ، و اصالة سلطة المالك (و) لـ (خلو كلام معظم)
من الفقهاء (عن حكم غير البيع ،) ولكن خلو كلام معظم محل نظر .
اذ : (قد عرفت ظهوره) اي ظهور المنع عن النواقل (من تضاعيف)
و ثانيا (كلمات معظم في الموارد المختلفة و مع ذلك) الظهور من
التضاعيف (فهو) اي العنف (الظاهر) من كلام الآخرين (من المبسوط

فـى عدم جواز بيع أـم الـولد

والـسـرـائـر، حيث قـالـاـ: اذا مـاتـ ولـدـهاـ جـازـ بـيـعـهاـ، وهـبـتهاـ، وـالتـصـرفـ
فيـهاـ باـسـائـرـ انـوـاعـ التـصـرفـ .

وـفـىـ الاـيـضـاحـ قدـادـعـ الـاجـمـاعـ صـرـيـحـاـ عـلـىـ المـنـعـ عـنـ كـلـ نـاقـلـ، وـ
ارـسلـهـ بـعـضـهـمـ كـصـاحـبـ الـرـياـضـ، وـجـمـاعـةـ اـرـسـالـ الـمـسـلـمـاتـ، بلـ عـبـارـةـ
بعـضـهـمـ ظـاهـرـةـ فـىـ دـعـوىـ الـاـتـفـاقـ حيثـ قـالـ: انـ الاـسـتـيـلـادـ مـانـعـ منـ صـحـةـ
الـتـصـرفـاتـ النـاقـلـةـ منـ مـلـكـ الـمـوـلـىـ الـىـ مـلـكـ غـيرـهـ، اوـ المـعـرـضـةـ لـهـاـ الدـخـولـ
فـىـ مـلـكـ غـيرـهـ، كالـرهـنـ عـلـىـ خـلـافـ فـىـ ذـلـكـ

والـسـرـائـرـ، حيثـ قـالـاـ: اذا مـاتـ ولـدـهاـ جـازـ بـيـعـهاـ، وهـبـتهاـ، وـالتـصـرفـ
فيـهاـ باـسـائـرـ انـوـاعـ التـصـرفـ) فـانـ المـفـهـومـ منـ هـذـاـ الـكـلامـ: انـ قـبـلـ مـوـتـ
الـولـدـ لاـ يـصـحـ سـائـرـ التـصـرفـاتـ فـيهـاـ لـاـ انـهـ لاـ يـصـحـ خـصـوصـ الـبـيعـ فـقـطـ .

(وـفـىـ الاـيـضـاحـ قدـادـعـ الـاجـمـاعـ صـرـيـحـاـ عـلـىـ المـنـعـ عـنـ كـلـ نـاقـلـ، وـ
ارـسلـهـ) ايـ المـنـعـ عنـ سـائـرـ التـصـرفـاتـ (بـعـضـهـمـ كـصـاحـبـ الـرـياـضـ، وـجـمـاعـةـ
ارـسـالـ الـمـسـلـمـاتـ) وـكانـهـ لـاـ مـخـالـفـ لـلـمـسـأـلـةـ اـطـلـاقـاـ (بلـ عـبـارـةـ بـعـضـهـمـ
ظـاهـرـةـ فـىـ دـعـوىـ الـاـتـفـاقـ عـنـ سـائـرـ التـصـرفـاتـ النـاقـلـةـ (حيثـ قـالـ: انـ
الـاـسـتـيـلـادـ مـانـعـ منـ صـحـةـ التـصـرفـاتـ النـاقـلـةـ منـ مـلـكـ الـمـوـلـىـ(الـذـيـاـسـتـولـدـ هـاـ
(الـىـ مـلـكـ غـيرـهـ، اوـ) التـصـرفـاتـ (المـعـرـضـةـ لـهـاـ) ايـ لـامـ الـولـدـ (لـلـدـخـولـ
فـىـ مـلـكـ غـيرـهـ، كالـرهـنـ) فـانـهـ وـانـ لمـ يـكـنـ نـاقـلـ، الاـ انـهـ يـعـرضـ الوـثـيقـةـ
ـ كـامـ الـولـدـ ـ لـلـنـقـلـ الـىـ مـلـكـ الدـائـنـ (عـلـىـ خـلـافـ فـىـ ذـلـكـ) ايـ فـىـ
ـ التـصـرفـ المـعـرـضـ .

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

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

و هو مقتضى التأمل فيما سيجيئ من اخبار بيع ام الولد في ثمن رقبتها
و عدم جوازه في ماسوى ذلك .

(ثم ان عموم المنع) عن نقل ام الولد (لكل ناقل ، وعدم اختصاصه)
اى اختصاص النقل (بالبيع ، قول جميع المسلمين)
(والوجه فيه) اى في ان علماء المسلمين كلهم قالوا بالمنع (ظهور
ادلة المنع المعنونة بالبيع) اى التي ذكر فيها البيع فقط (في ارادة
مطلق النقل) (في) متعلق بـ (ظهور) (فان مثل قول امير المؤمنين)
عليه السلام (في الرواية السابقة) في اول المسألة (خذ بيدها ، وقل
من يشتري ام ولدى ، يدل على ان كون مطلق نقل ام الولد الى الغير
كان من المنكرات) اذا العرف لا يفهم من مثل هذا الكلام الا استنكار نقل
الولد لاصحوص البيع - بقرينة الحكم و الموضع - .

(وهو) اى كون المنوع مطلق النقل لاصحوص البيع (مقتضى التأمل
فيما سيجيئ من اخبار بيع ام الولد في ثمن رقبتها ، وعدم جوازه) اى البيع
(في ماسوى ذلك) اى سائر الضرورات .

فى عدم جواز بيع أم الولد

هذا ، مضافاً إلى ما اشتهر وان لم نجد نصاً عليه من ان الوجه فى
المنع هو بقائهما رجاءً الانعتاقها من نصيب ولد هابعد موت سيدها

والحاصل : انه لا إشكال فى عموم المنع لجميع النواقل .

ثم ان المنع مختص بعدم هلاك الولد ، فلو هلك جاز ، اتفاقاً ،
فتوى ونصاً .

ولومات الولد ، وخلف ولدا ، ففى اجراء حكم الولد عليه ، لا صالة
بقاء المنع ولصدق الاسم

(هذا ، مضافاً إلى ما اشتهر بين الفقهاء (وان لم نجد نصاً عليه
من ان الوجه فى المنع) عن بيع أم الولد (هو بقائهما) فى ملك المستولد
(رجاءً الانعتاقها من نصيب ولد هابعد موت سيدها) المستولد لها ، فإن
هذه العلة عامة شاملة للبيع وغيره .

لكن لا يخفى ان مثل هذا الاشتئار انما يكون وجهاً ظهور كل ماتهم
فى المنع عن مطلق النقل ، لكنه لا يكون دليلاً

(والحاصل : انه لا إشكال فى عموم المنع لجميع النواقل) لا خصوص
البيع فقط (ثم ان المنع مختص بعدم هلاك الولد) وعليه (لو هلك
جاز) البيع (اتفاقاً ، فتوى ونصاً) اذ بارتفاع الموضوع ، يرتفع الحكم ، و
أم الولد غير صادقة الآن والمشتق ليس حقيقة في ما انقضى خصوصاً
بقرینة ما تقدم من اشتئار ان المنع لاجل رجاءً الانعتاق من حصة ولدها
(ولومات الولد ، وخلف ولدا ، ففى اجراء حكم الولد عليه لا صالة
بقاء المنع) اذ تشک في ان المنع هل ارتفع ، ام لا ؟ (ولصدق الاسم)

فيندرج في اطلاق الادلة، وتغليبا للحرمة،

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

او التفصيل بين كونه وارث العدم ولد الصلب للمولى وعدمه

لانها تسمى أم ولد - الآن - كما يصدق « حلائل ابناءكم » لزوجة ولد الولد (فيندرج في اطلاق الادلة) المانعة عن بيع أم الولد (وتغليبا للحرمة) اذ رأينا من موارد الشرع المختلفة ان الشارع يعييلى الى المنع عن بيع الانسان، والى ارادة عتق الانسان، والمنع عن بيع ام ولد الولد اقرب الى الانعتاق، لانها تعنق من نصيب حفيدها في بعض الاحيان. (او العدم) اى عدم اجراء حكم الولد على ولد الولد (لكونه) اى « الولد » (حقيقة في ولد الصلب) لا ولد الولد .

وذلك لانصراف ولد الولد عن اطلاق لفظة « الولد » (و ظهور ارادته) اى ولد الصلب (من جملة من الاخبار) كالآتي بعضها (واحد اطلاق مادل من النصوص والاجماع على الجواز) اى جواز البيع (بعد موت ولد ها) فان الاطلاق شامل لما اذا كان للولد ولد، ولما اذا لم يكن للولد ولد .

(او التفصيل بين كونه) اى ولد الولد (وارث العدم ولد الصلب للمولى) من غير هذه الجارية - اذ ولد الولد يقوم مقام والده في ارث الجد اذا لم يكن والده موجودا - (وعدمه) اى عدم كونه وارثا .

فى معنى أم الولد

لمساوات الاول مع ولد الصلب فى الجهة المقتضية للمنع وجوه ، حکى او
لها عن الا يباح ، وثالثها عن المهدب البارع ، ونهاية العرام ، وعن
القواعد والدروس وغيرهما التردد .

بقى الكلام فى معنى أم الولد ، فان ظاهر اللفظ اعتبار انفصال
الحمل ، اذ لا يصدق الولد الا بالولادة لكن العراد هنا مجازا ولها ولو
حمل للمشارفة .

وانما نفصل بهذا التفصيل (لمساوات الاول) وهو ماذا كان ولد
الولد وارثا (مع ولد الصلب فى الجهة المقتضية للمنع) و هو عتق الامة
من ارث ولدها (وجوه ، حکى او لها) و هو المنع عن البيع (عن الا يباح
و الثالثها) وهو التفصيل (عن المهدب البارع ، ونهاية العرام ، وعن
القواعد والدروس وغيرهما التردد) في المسألة .

والظاهر أن الشيخ ايضا مرددا وان كان لا يبعد الجوازلان المستثنى
من ادلة السلطنة صورة وجود الولد ففي ماده يرجع الى ادلة السلطنة
(بقى الكلام فى معنى أم الولد ، فان ظاهر اللفظ (عند الفهم
العرفي) اعتبار انفصال الحمل ، اذ لا يصدق الولد الا بالولادة) فالمرئه
الحامى لا تسمى أم ولد (لكن العراد هنا مجازا ولدها) اي اذا كان لها
ولد (ولو حمل للمشارفة) وهو مجاز يؤل ويشرف الى الحقيقة ، كمن
اقرب المدينة يقال دخلها ، و المرئه الحامى تسمى والدة مجازا
بالمشاركة - لكن لا يخفى ان المجاز خلاف القاعدة الا اذا كان
له ظهور -

و يـحـتـمـلـ انـ يـرـادـ الـولـادـةـ مـنـ الـوالـدـ دونـ الـوالـدـةـ .
وـ كـيـفـ كـانـ فـلـاـشـكـالـ ،ـ بـلـ لـاـخـلـافـ فـىـ تـحـقـقـ الـمـوـضـوعـ بـمـجـرـدـ الـحـمـلـ
وـ يـدـلـ عـلـيـهـ الصـحـيـحـ عـنـ مـحـمـدـ بـنـ مـارـدـ ،ـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ
الـسـلـامـ فـىـ الرـجـلـ يـزـوـجـ الـجـارـيـةـ تـلـدـ مـنـهـ اـوـلـاـ دـاـشـ يـشـتـرـيهـاـ فـتـمـكـثـ عـنـدـهـ
ماـشـاءـ اللـهـ لـمـ تـلـدـ مـنـهـ شـيـئـاـ بـعـدـ مـاـ مـلـكـهـ ،ـ ثـمـ يـبـدـوـلـهـ فـىـ بـيـعـهـاـ ،ـ قـالـ :ـ هـىـ
أـمـتـهـ اـنـشـاءـ باـعـ مـالـ يـحـدـثـ عـنـدـهـ حـمـلـ ،ـ وـ اـنـشـاءـ اـعـتـقـ .

(وـ يـحـتـمـلـ)ـ اـنـ تـكـوـنـ هـىـ اـمـ وـلـدـ بـالـحـقـيـقـةـ لـاـ مـجـازـاـ بـالـمـشـارـفـةـ ،ـ بـ(ـ اـنـ
يـرـادـ الـولـادـةـ مـنـ الـوالـدـ دونـ الـوالـدـةـ)ـ فـانـ الـوالـدـ اـنـمـاـ يـسـعـىـ وـالـدـالـاـ نـفـصـالـ
الـمـنـىـ مـنـهـ ،ـ وـ اـذـ اـتـحـقـقـ الـوالـدـ تـحـقـقـ الـوالـدـةـ لـلـتـضـاـيفـ بـيـنـ الـوالـدـوـ
الـوالـدـةـ ،ـ وـ الـولـدـ .

لـكـنـ لـاـ يـخـفـىـ اـنـ هـذـاـ وـاـنـ كـانـ صـحـيـحـاـ بـالـدـقـةـ ،ـ لـكـهـ لـاـ يـصـحـ عـنـدـ
الـظـهـورـ الـعـرـفـ ،ـ مـضـافـاـاـلـىـ اـنـ تـحـقـقـ الـوالـدـةـ يـكـوـنـ بـتـحـقـقـ الـوالـدـغـيـرـتـاـمـ
(ـ وـ كـيـفـ كـانـ)ـ سـوـاـ قـلـنـابـصـدـقـ (ـ اـمـ الـولـدـ)ـ عـرـفـاـ ،ـ اـمـلاـ (ـ فـلـاـ
اـشـكـالـ ،ـ بـلـ لـاـخـلـافـ فـىـ تـحـقـقـ الـمـوـضـوعـ)ـ الـمـوـجـبـ لـحـرـمـةـ الـبـيـعـ (ـ بـمـجـرـدـ
الـحـمـلـ)ـ وـلـونـطـفـةـ .

(ـ وـ يـدـلـ عـلـيـهـ الصـحـيـحـ عـنـ مـحـمـدـ بـنـ مـارـدـ ،ـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ
الـسـلـامـ فـىـ الرـجـلـ يـزـوـجـ الـجـارـيـةـ تـلـدـ مـنـهـ اـوـلـاـ دـاـشـ يـشـتـرـيهـاـ فـتـمـكـثـ عـنـدـهـ)
بـعـدـ اـشـتـرـاءـ (ـ ماـشـاءـ اللـهـ)ـ مـنـ الزـمـانـ (ـ لـمـ تـلـدـ مـنـهـ شـيـئـاـ بـعـدـ مـاـ مـلـكـهـاـ ،ـ
ثـمـ يـبـدـوـلـهـ)ـ اـىـ يـظـهـرـ لـلـرـجـلـ – اـىـ يـرـيدـ – (ـ فـىـ بـيـعـهـاـ ،ـ قـالـ :ـ هـىـ اـمـتـهـ
اـنـشـاءـ باـعـ مـالـ يـحـدـثـ عـنـدـهـ حـمـلـ ،ـ وـ اـنـشـاءـ اـعـتـقـ)ـ فـاـنـهـ دـلـيلـ عـلـىـ اـنـ

فى معنى أم الولد

.....
وفى رواية السكونى عن جعفر بن محمد قال : قال على بن الحسين
صلوات الله عليهم اجمعين فى مكاتبة يطأها مولا هافتobil قال عليه
السلام : يردد عليهما مهر مثلها و تسعى فى رقبتها ، فان عجزت فهى من
امهات الاولاد .

لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل ، نظر ، لأن زمان
الحكم بعد تحقق السعي والعجز عقىب الحمل ، والغالب ولوح الروح
حيئنذ .

الحمل مانع .

(وفى رواية السكونى عن جعفر بن محمد قال : قال على بن
الحسين صلوات الله عليهم اجمعين فى) امة (مكاتبة يطأها مولا ها
فتحيل) ما حكمها ؟ (قال عليه السلام : يردد عليهما مهر مثلها) لأن الوطنى
كان حيث لا يجوز له ان يطأ ، اذ المكاتبة تلوك امر نفسها ، وليس
ksamير الاماء الخالصة للمولى (و تسعى) هي (فى) فك (رقبتها)
بعقاضى عقد المكاتبة (فان عجزت) عن دفع مال الكتابة (فهى) اتباع ،
لانها (من امهات الاولاد) فان الظاهر : كون الحمل صار سببا لان
 تكون ام ولد .

(لكن فى دلالتها) اي رواية السكونى (على ثبوت الحكم بمجرد
الحمل ، نظر ، لأن زمان الحكم) اي حكم الامام عليه السلام بانها من
امهات الاولاد (بعد تتحقق السعي والعجز) لانه عليه السلام قال
((تسعى .. فان عجزت)) (عقىب الحمل ، والغالب ولوح الورح حينئذ)

ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقاً ، على ما صرخ في الرياض ، و
استظهروه بعض آخر ، وحکاه عن جماعة هنا وفى باب انقضاء عدة الحامل
وفي صحيح ابن الحجاج ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام
عن الحبل يطلقها زوجها ، ثم تضع سقطات او لم يتمّ ، او وضعه مضغة
انقضى عدتها عنها ؟ فقال عليه السلام : كل شئ وضعته يستبين انه
حمل تم او لم يتم فقد انقضت عدتها ، وان كانت

فالرواية تدل على ان كونها ام ولدانما تتحقق بعد ولوج الروح لا بمجرد
الحمل فتأمل .

(ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقاً ، على ما صرخ) به (في الرياض)
واستظهروه بعض آخر) المضغة حين تكون النطفة كاللحم المضوغ ، و
هي بعد النطفة ، والعلقة التي هي كقطعة دم منجمدة (وحکاه عن
جماعة هنا) في مسألة بيع ام الولد (وفي باب انقضاء عدة الحامل) بانها
اذا اطربت المضغة انقضت عدتها في باب الطلاق .

(وفي صحيح ابن الحجاج ، قال سئلت ابا الحسن عليه السلام
عن الحبل يطلقها زوجها ، ثم تضع سقطات تم) السقط (او لم يتمّ او وضعه
مضغة ، انقضى عدتها عنها ؟) اي عن المضغة ، بمعنى ان تكون المضغة
سببا لانقضائه العدة (فقال عليه السلام : كل شئ وضعته) الحامل بحيث
(يستبين) ويظهر (انه حمل) لاما اذا لم يكن الشئ الموضوع فيه ظهور
الحملية ، بان لم يعلم كونه مبدئ نشود من ، املا (تم) ذلك الشئ
الموضوع (او لم يتمّ ، فقد انقضت عدتها وان كانت) ذلك الشئ اسقطته

مضغة الخ .

ثم الظاهر صدق الحمل على العلقة .

وقوله عليه السلام وان كانت مضغة ، تقرير لكلام السائل لا بيان

لاقل مراتب الحمل - كما عن الاسكافى - .

وح فيتجه الحكم بتحقق الموضوع بالعلقة ، كما عن بعض ، بل عن

المرئية (مضغة الخ) .

(ثم الظاهر) عند العرف (صدق الحمل على العلقة) لأن العرف

يسعون المرئية حينئذ حاملاً

(و) ان قلت : ظاهر كلام الامام « (وان كانت مضغة) » ان ما دون

المضغة لا يسبب سقوطها النقضاء عدتها ، فيدل على انه لا يصدق عليها
حاملاً ، اذا كان مافي بطنه علقة .

قلت : (قوله عليه السلام وان كانت مضغة تقرير لكلام السائل)

الذى سئل عن المضغة (لا بيان لاقل مراتب الحمل - كما عن الاسكافى -)

حيث انه جعل اقل مراتب الحمل المضغة .

فكلام الامام مثل ان يسئل سائل هل تتحقق دية الا نسان بقتل

صبي له عمره عشر سنوات ، فيحاجب بأنه يتحقق وان كان للصبي عشر
سنوات ، فإنه لا يدل على عدم الدية ، فيما اذا كان العمر اقل من عشر
سنوات .

(و فيتجه الحكم بتحقق الموضوع) ام عدم جواز بيع ام الولد

(بالعلقة ، كما عن بعض) الفتوى به (بدل عن

الا يضاح ، والمذهب البارع الاجماع عليه ، وفى المبسוט فيما اذا القت جسدليس فيه تخطيط ، لا ظاهر ولا خفى لكن قالت القوابيل انه مبدء خلق آدمى ، وانه لو بقى لخلق وتصور قال قوم انه لا تصير ام ولد بذلك ، وقال بعضهم تصير ام ولد ، وهو مذهبا ، انتهى .
ولا يخلو عن قوة ، لصدق الحمل .
واما النطفة فهى بمجرد هالاعبة بها مالم تستقر فى الرحم ، لعدم صدق كونها حاملا .

وعلى هذا الفرد ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بهافى العدة

الا يضاح ، والمذهب البارع الاجماع عليه ، وقال الشيخ (فى المبسوت فيما اذا القت جسدليس فيه تخطيط) للاعضاء (لا ظاهر للعيان (و لا خفى) تعرف بدقة نظر وامعان (لكن قالت القوابيل انه) اى الجسد الملقى (مبدء خلق آدمى ، وانه لو بقى) فى رحم امه (الخلق) بالمجھول (وتصور) بالصورة (قال قوم انه لا تصير ام ولد بذلك ، وقال بعضهم انها تصير ام ولد ، وهو مذهبا ، انتهى) كلام المبسوت .
(و) هذا (لا يخلو عن قوة ، لصدق الحمل) الذى عرفت انه العناط (واما النطفة) قبل العلقة اى المعنى الذى اذهب الى الرحم (فهى بمجرد هالاعبة بها) فى صدق الحمل ، وصدق ام الولد (ما لم تستقر فى الرحم لعدم صدق كونها حاملا) بل هي من قبيل الشئ العابر .
(وعلى هذا الفرد) اى النطفة قبل استقرارها (ينزل اجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بهافى العدة) فلو وظئها بشبهة مثلثم

في معنى أم الولد

وأمام استقرارها في الرحم، فالمحكم عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها، وهو الذي قواه في المبسوط في باب العدة، بعد أن نقل عن المخالفين عدم انتفاء العدة، به مستدلاً بعموم الآية والأخبار ومرجعه إلى صدق الحمل.

و دعوى: أن إطلاق الحامل مجاز بالمشاركة

قبل استقرار المني في الرحم سقط، لم تنقض بذلك عدة وطى الشبهة
— مثلاً —

(وأمام استقرارها في الرحم، فالمحكم عن نهاية الشيخ تتحقق الاستيلاد بها) أي بالنطفة، فهى تكون أمّ ولد (وهو الذي قواه في المبسوط في باب العدة، بعد أن نقل عن المخالفين عدم انتفاء العدة به) أي باسقاط النطفة المستقرة (مستدلاً) لما ذكره من انتفاء العدة بالاسقاط للنطفة (بعموم الآية) وهي قوله تعالى «وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن» حيث يصدقانها وضعت حملها اذا ذا الوضع اعم من الوضع التام او الناقص (والأخبار) الدالة على أن انتفاء عدة الحامل ببعض الحمل.

(و مرجعه) أي مرجع استدلال الشيخ بعموم الآية والأخبار (إلى صدق الحمل) اذا لولا صدق الحمل لم تكن الآية والأخبار شاملة له.

(و دعوى: أن إطلاق الحامل) على المرأة التي تحمل النطفة المستقرة (مجاز بالمشاركة) لأنها تؤل و تشرف على الحمل حين تكون النطفة مضغة، او ما أشبه، وليس الصدق حقيقة، فلا تشتملها الآية و

يُكَذِّبُهَا التأْمَلُ فِي الْاسْتِعْمَالَاتِ ٠

وَرِبِّيَ يَحْكُى عَنِ التَّحْرِيرِ موافقة الشَّيْخِ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَزُدْ فِيهِ عَلَى حَكَايَةِ
الْحُكْمِ عَنِ الشَّيْخِ ٠

نَعَمْ فِي بَعْضِ نَسْخِ التَّحْرِيرِ لِفَظِ يَوْهَمْ ذَلِكَ ٠

نَعَمْ قَوِيَ التَّحْرِيرِ موافقتِهِ فِيمَا تَقْدِمُ عَنِ الشَّيْخِ فِي مَسَأَلَةِ الْجَسَدِ الَّذِي
لَيْسْ فِيهِ التَّخْطِيطُ، وَنَسْبُ القَوْلِ الْمَذْكُورِ إِلَى الْجَامِعِ اِيْضًا ٠

الا خبار، لأن المطلق يشمل الأفراد الحقيقة، لا المجازية (يُكَذِّبُهَا
التأْمَلُ فِي الْاسْتِعْمَالَاتِ) فان العرف يرى ان المرئي مجرد استقرار النطفة
في رحمها حامل ٠

(وَرِبِّيَ يَحْكُى عَنِ التَّحْرِيرِ موافقة الشَّيْخِ) فِي صَدْقَةِ أُمِّ الْوَلَدِ بمُجرَدِ
استقرار النطفة (مع انه لم يزد فيه) في التحرير(على حكایة الحکم عن
الشیخ)

(نَعَمْ فِي بَعْضِ نَسْخِ التَّحْرِيرِ لِفَظِ يَوْهَمْ ذَلِكَ) اى موافقة الشَّيْخِ بِلِ
الظَّاهِرِ ان نَقْلَ الْفَقِيْهِ كَلَامَ الْفَقِيْهِ الْآخِرِ سَكَّتَ عَلَيْهِ ، يَدُلُّ عَلَى اَنَّهُ موافَق
لَهُ، وَالَّا لَمَا ذَاسَكَتْ عَلَيْهِ ٠

(نَعَمْ قَوِيَ التَّحْرِيرِ موافقتِهِ) اى الشَّيْخِ (فِيمَا تَقْدِمُ عَنِ الشَّيْخِ فِي
مَسَأَلَةِ الْجَسَدِ الَّذِي لَيْسْ فِيهِ التَّخْطِيطُ، وَنَسْبُ القَوْلِ الْمَذْكُورِ إِلَى الْجَامِعِ
اِيْضًا) فَمَذَهَّبُ التَّحْرِيرِ وَالْجَامِعِ اَنَّ الْجَسَدَ اِيْضًا اَذَا كَانَ مَبْدُّ نَشَوَ
آدَمَى يَكُونُ مَوْجِبًا لِصَدْقَةِ اُمِّ الْوَلَدِ ٠

فِي مَعْنَى أُمِ الْوَلَدِ

.....

واعلم ان ثمرة تحقق الموضوع فيما اذا القت الملوكة ما في بطنها
انما تظهر في بيعها الواقع قبل اللقاء فيحكم ببطلانه اذا كان الملقى حملها
واما بيعها بعد اللقاء ، فيصح بلا اشكال ،

وحيئنذا فلو وظئها المولى ، ثم جاءت بولد تام ، او غير تام فيحكم
ببطلان البيع الواقع بين اول زمان العلوق ، وزمان اللقاء ، وعن
المسالك الاجماع على ذلك فذكر صور اللقاء الضغة والعلقة ، والنطفة
في باب العدة انما هو لبيان انقضاء العدة باللقاء ، و

(واعلم ان ثمرة تتحقق الموضوع) اي صدق ام الولد (فيما اذا القت
الملوكة ما في بطنها انما تظهر في بيعها الواقع قبل اللقاء) اذا : لاثمرة
بعد اللقاء ، لجواز البيع على كل حال ، سواء صدقت ام الولد ، او لا
(فيحكم ببطلانه) اي البيع (اذا كان الملقى حملها) بان يصدق عليه انحمل
(واما بيعها بعد اللقاء ، فيصح بلا اشكال) فانه بطريق اولى يكون
مجوزا لبيعها اذا مات ولدها .

(وحيئنذا) اي حين كان العلوق موجبا للصدق ام الولد (فلو وظئها
المولى ، ثم جاءت بولد تام ، او غير تام فيحكم ببطلان البيع الواقع بين
اول زمان العلوق) اي انعقاد النطفة (وزمان اللقاء ، وعن المسالك
الاجماع على ذلك)

وعلى هذا (فذكر صور اللقاء الضغة ، والعلقة ، والنطفة في
باب العدة) اي عدة الطلاق ، او عدة الوفاة فانها بعد الاجلين كما
لا يخفى (انما هو لبيان انقضاء العدة باللقاء ، وذاكرها

فـى بـاب الـاستـيـلـاد لـبـيـان كـشـفـهـاـعـن انـالـمـلـوـكـة بـعـدـالـوـطـى صـارـتـاـمـ وـلـدـ
لـاـنـالـبـيـعـوـاقـعـقـبـلـتـحـقـقـالـعـلـقـةـصـحـيـحـاـلـاـنـتـصـيرـالـنـطـفـةـعـلـقـةـ.
ولـذـاعـبـرـالـاصـحـابـعـنـسـبـبـالـاسـتـيـلـادـبـالـعـلـوـقـالـذـىـهـوـالـلـقـاحـ
نعمـ:ـلـوـفـرـضـعـدـمـعـلـوـقـهـاـبـعـدـالـوـطـىـاـلـىـزـمـانـصـحـّـالـبـيـعـقـبـلـ
الـعـلـوـقـ.
.

ثـمـالـمـصـرـحـبـهـفـىـكـلـامـبعـضـحـاـكـيـاـلـهـعـنـغـيـرـهـ،ـاـنـهـلـاـيـعـتـبـرـفـىـ
الـعـلـوـقـاـنـيـكـونـبـالـوـطـىـفـيـتـحـقـقـ

(فـى بـاب الـاستـيـلـاد لـبـيـان كـشـفـهـاـ)ـاـىـهـذـهـاـلـاـمـوـرـالـثـلـاثـةـ(عـنـاـنـ)
الـمـلـوـكـةـبـعـدـالـوـطـىـصـارـتـاـمـوـلـدـهـلاـ(بـيـانـ(اـنـالـبـيـعـوـاقـعـقـبـلـتـحـقـقـ
الـعـلـقـةـصـحـيـحـاـلـاـنـتـصـيرـالـنـطـفـةـعـلـقـةـ)ـفـحـيـنـئـذـلـاـيـصـحـالـبـيـعـ.
(ولـذـاـ)ـالـذـىـمـرـادـهـمـتـحـدـيدـزـمـانـصـيـرـوـرـتـهـاـاـمـوـلـدـلـاـبـيـانـصـحـةـ
الـبـيـعـقـبـلـالـعـلـقـةـ(عـبـرـالـاصـحـابـعـنـسـبـبـالـاسـتـيـلـادـ)ـالـمـوـجـبـلـعـدـمـبـيـعـ
الـاـمـةـ(بـالـعـلـوـقـالـذـىـهـوـالـلـقـاحـ)ـوـاسـتـقـرـاـرـالـنـطـفـةـ،ـلـاـصـيـرـوـرـتـهـاـاضـفـةـ
اوـعـلـقـةـ،ـاوـماـاـشـبـهـ.
.

(نعمـ:ـلـوـفـرـضـعـدـمـعـلـوـقـهـاـبـعـدـالـوـطـىـاـلـىـزـمـانـ)ـبـاـنـدـخـلـتـ
الـنـطـفـةـ،ـوـلـكـنـهـاـلـمـتـسـقـرـ،ـلـاـضـطـرـابـ،ـاوـماـاـشـبـهـ(ـصـحـّـالـبـيـعـقـبـلـ
الـعـلـوـقـ)ـاـذـلـمـتـسـقـرـالـنـطـفـةـبـعـدـ،ـوـكـذـلـكـلـوـفـرـضـاـنـالـنـطـفـةـاـفـرـغـتـ
فـىـكـيسـاـصـطـنـاعـىـ،ـوـبـعـدـالـبـيـعـاـفـرـغـتـفـىـالـرـحـمــمـثـلاــ.
.

(ثـمـالـمـصـرـحـبـهـفـىـكـلـامـبعـضـحـاـكـيـاـلـهـعـنـغـيـرـهـ،ـاـنـهـلـاـيـعـتـبـرـفـىـ
الـعـلـوـقـاـنـيـكـونـبـالـوـطـىـفـيـتـحـقـقـ)

بـجـذـبـالـرـحـمــمـعـلـلـاـلـذـىـ

فِي مَعْنَى أُم الْوَلَد

.....
بِالْمَسَاحَةِ لَانَ الْمَنَاطِ هُوَ الْحَمْلُ، وَكُونُ مَا يُولَدُ مِنْهَا وَلَدُ الْمَلْوَلِ شُرْعًا
فَلَا عَبْرَةُ بَعْدِ ذَلِكَ بِانْصَارَفِ الْأَطْلَاقَاتِ إِلَى الْغَالِبِ، مِنْ كُونِ الْحَمْلِ
بِالْوَطَنِ.

نعم : يشترط في العلوق بالوطني أن يكون الوطني على وجه يلحق
الولد بالوطني ، وإن كان محربا ، كما إذا كانت في حيض ، أو منوعة
الوطني شرعاً لعارض آخر .

افرغ فيه من الرجل ، كما يتحقق (بالمساحة) أيضاً بان يساحق الرجل
امته بدون ادخال ، فيتعلق المنى برحمها كما يتحقق أيضاً بمساحة المرأة
التي وطئها الزوج بالامة بحيث يدخل مني الرجل منها إلى الامة (لأن
المناط هو الحمل ، وكون ما يولد منها ولد الملولى شرعاً) وهذا المناط
متتحقق في المساحة (فلا عبرة بعد ذلك) أي بعد تحقق المناط (بانصراف
الاطلاقات إلى الغالب ، من كون الحمل بالوطني) اذا هذا الانصراف
بدوى ، لا يوجب تغيير وجہة اللفظ .

(نعم : يشترط في العلوق بالوطني أن يكون الوطني على وجه يلحق
الولد بالوطني ، وإن كان) الوطني (محربا ، كما إذا كانت) الامة (في حيض
او منوعة الوطني شرعاً لعارض آخر) كما لو كان في حال الاحرام او صيام
شهر رمضان ، او كان نادراً عدم الوطني ، او ما اشبه ذلك .

اما اذا لم يكن الوطني على وجه يلحق به الولد ، فلا اشكال في عدم
كونه مانعاً عن البيع ، كما إذا زنى بأمة الغير فحبلت ، ثم صارت ملكاً له اذا
الزنالا ينقلب حلالاً بالملكية المستقبلة كما ان حرمته الوطني لحيض ، او ما

اما الامة المزوجة فوطبيها زنا لا يوجب لحقوق الولد .

ثم ان العشهرور اعتبار الحمل في زمان الملك ، فلو ملكها بعد الحمل ، لم تصر ام ولد ، خلافاً للمحکى عن الشيخ وابن حمزه فاكتفيما تكونها ام ولد قبل الملك

ولعله لا طلاق العنوان .

ووجود العلة وهي كونها في معرض الانعتاق

اشبه ، لا يوجب نفي الولد .

نعم : لو قلنا بجريان اللعن في الامة لنفي الولد كان السلام ان لا يكون الولد لللاعن ، فلا يأس ببيعها .

(اما الامة المزوجة) والمشتركة ، والمعتدة ، وما اشبه (فوطبيها زنا) ف (لا يوجب لحقوق الولد)

نعم الوطى بالشبهة يوجب لحقوق الولد ، لكن انما يحرم ذلك اذا لم يشترط كون الولد يعلق في ملك الواطى كما تقدم في بعض الروايات ، او كانت مزوجة فوطبيها المولى شبهة - مثلاً -

(ثم ان العشهرور اعتبار الحمل) المحرّم للبيع (في زمان الملك ، فلو ملكها بعد الحمل ، لم تصر ام ولد ، خلافاً للمحکى عن الشيخ وابن حمزه فاكتفيما تكونها ام ولد قبل الملك) ايضاً

(ولعله لا طلاق العنوان) فان عنوان ام الولد ، يطلق على ما لو كان الولد سابقاً على الملك ، او لا حقاً بالملك .

(وجود العلة) المانعة عن البيع (وهي كونها في معرض الانعتاق

فِي مَعْنَى أُم الْوَلَدِ

.....

· مِنْ نَصِيبِ وَلَدَهَا ·

وَيَرِدُّ الْأَوْلُ ، مَنْعِ اطْلَاقِ يَقْتَضِي ذَلِكُ ، فَإِنِ الْمُتَبَادِرُ مِنْ أُمِ الْوَلَدِ ،
صَنْفٌ مِنْ أَصْنَافِ الْجَوَارِيِّ بِاعتِبَارِ الْحَالَاتِ الْعَارِضَةِ لِهَا بِوَصْفِ الْمُمْلُوكَيَّةِ ،
كَالْمَدْبُرِ وَالْمَكَاتِبِ ·

وَالْعَلَةُ الْمَذَكُورَةُ غَيْرُ مُطْرَدَةٌ ، وَلَا مَنْعَكَسَةٌ ·

مِنْ نَصِيبِ وَلَدَهَا) أَذْ : لَا فَرْقٌ فِي ذَلِكَ بَيْنِ سَبْقِ الْوَلَدِ عَلَى الْمَلِكِ ، أَوْ
لِحُوقَهِ ·

(وَيَرِدُّ الْأَوْلُ) أَى صَدْقَ الْعَنْوَانِ (مَنْعِ اطْلَاقِ) لِعَنْوَانِ («أُمِ الْوَلَدِ»)
(يَقْتَضِي ذَلِكُ أَى شُمُولِ الْعَنْوَانِ لِوَلَدِ كَانَ سَابِقاً عَلَى الْمَلِكِ (فَإِنِ
الْمُتَبَادِرُ مِنْ أُمِ الْوَلَدِ ، صَنْفٌ مِنْ أَصْنَافِ الْجَوَارِيِّ بِاعتِبَارِ الْحَالَاتِ الْعَارِضَةِ
لِهَا) أَى لِلْجَوَارِيِّ (بِوَصْفِ الْمُمْلُوكَيَّةِ) أَى الْمُمْلُوكَةِ تَكُونُ أُمّاً وَلَدَ وَغَيْرِ أُمّاً وَلَدَ
فَإِذَا صَارَتْ صَاحِبَةً وَلَدَ ، وَهِيَ لَيْسَتْ مُمْلُوكَةً لِلَّابِ ، لَمْ تَسْمَّ أُمّاً وَلَدَ
أَصْطَلَاحًا (كَالْمَدْبُرِ وَالْمَكَاتِبِ) فَإِنَّهُ مَاعِنَوْنَانِ لِلْمُمْلُوكِ لَا يَصِدِّقَانِ عَلَى كُلِّ
مُورَدٍ تَحْقِيقَ الْمَعْنَى الْلِّغُوِيِّ لِهَذِينِ الْلَّفْظَيْنِ ، كَمَا إِذَا قَاتَلَ اِنْسَانٌ لِعَبْدِ
غَيْرِهِ أَوْصَى بَانِ يَحرِرُكَ بَعْدِ وَفَاتِي ، وَاعْطَى الْقَائِلَ الْمَالَ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ
لَانِ يَحرِرُ عَبْدَهُ بَعْدَ اِنْ تَوَفَّى مَعْطِيَ الْمَالِ ·

(وَالْعَلَةُ الْمَذَكُورَةُ) أَى كَوْنِ السَّبِبِ لِعَدَمِ الْبَيْعِ الْأَنْعَثَاقِ مِنْ
حَصَّةِ وَلَدَهَا (غَيْرُ مُطْرَدَةٌ ، وَلَا مَنْعَكَسَةٌ)

اِمَّا عَدَمِ الْاِطْرَادِ اِمَّا عَدَمِ جَمْعِ الْاِفْرَادِ ، فَإِنِ هُنَاكَ بَعْضُ اِمْهَاتِ
الْاِلَادِ تَبَاعُ ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الْاِمَّةُ الْمُسْتَوْلِدَةُ مَاتَ قَرِيبَ لَهَا ، وَلَا وَارِثَ لِهِيَّ

· مضافاً الى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة ·

ثم ان المنع عن بيع أم الولد ، قاعدة كلية مستفادة من الاخبار
كروايتها السكونى ، و محمد بن مارد المتقدمة ، و صححه عمر بن يزيد
الآتية وغيرها ·

و من الاجماع على انه الاتباع ، الا لا مر

فانها تشرى من ذلك المال ، و تعنق و تعطى ما بقى من الارث فالعلة
موجودة هنا و مع ذلك تباع ·

واما عدم الانعکاس اى عدم منع الاغيارة فان هناك بعض امهات
الاولا دلا تباع مع عدم وجود العلة - اى انه الاتباع من نصيب ولدها -
كما اذا كان ولد هامرتد اذ المرتد لا يرث ·

(مضافاً 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 ام الولد ، قاعدة كلية
مستفادة من الاخبار ، كروايتها السكونى و محمد بن مارد المتقدمة ، و
صححه عمر بن يزيد الآتية وغيرها) يقول امير المؤمنين عليه السلام ،
خذ بيد ها وقل من يشتري ام ولدى - كما تقدم -

(و من الاجماع) عطف على « من الاخبار » (على انه الاتباع ، الا لا مر)

في معنى ام الولد

يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلاد اعني تشبيتها
· بالحرية .

ولذا كل من جوز البيع في 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 في نظر الشارع من الحق المذكور .
فلا يصحى اذا الى منع الدليل على المنع كليه ، و التمسك باصاله
صحة البيع من حيث قاعدة : تسلط الناس على اموالهم ، حتى يثبت

يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلاد) اي اذا كان
هناك حق يغلب على حقها الحاصل بالاستيلاد بيعت ، والالم تبع (اعني
تشبيتها بالحرية) فان التشبيث بالحرية حق لها قد حصل بالاستيلاد .

(ولذا) الذي ذكرنا ان مقتضى القاعدة عدم الجواز ، الا اذا قام
الدليل على الجواز ، ف (كل من جوز البيع في 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 اصاله المنع
عن البيع ، الا ما خرج (المجمع عليها ، حتى تثبت بالدليل ثبوت ما هو اولى
بالملاحظة في نظر الشارع من الحق المذكور) اي حقها الحاصل بالاستيلاد .
(فلا يصحى اذا) و الحال هذه (الى منع الدليل على المنع) اي الى
كلام من يقول انه لا دليل على المنع عن بيع ام الولد (كليه) اي المنع
الكلى (والتمسك باصاله 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 ، مضافاً إلى ما مستعرف من الاخبار قوله فى صحيحه زرارة ، وقد سأله عن ام ولد ، قال : تباع و تورث ، وحد واحد الامة بناءً على حملها على

المخرج) الدال على عدم جواز البيع .

(ثم ان المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلية المذكورة)
اى كلية عدم جواز البيع (فى الجملة) فى بعض الموارد الآتية .
(لكن المحكى فى السرائر عن السيد) المرتضى (قدس سره ، عموم المنع ، وعدم الاستثناء) اصلاً (وهو) اى كون السيد قاتلاً بهذا القول
(غير ثابت ، وعلى تقدير الثبوت ، فهو ضعيف) لوجود النص والفتوى
على الجواز فى بعض الصور .

(يرده ، مضافاً إلى ما مستعرف من الاخبار قوله) فاعل « يرده » (فى صحيحة زرارة ، وقد سأله عن ام ولد قال : تباع و تورث) اى يرثها اولياً
المولى فى مقابل انه اتعتق بعد المولى (وحدها حد الامة) فان الامة
والعبد فى باب الحدود و التعزيرات لها اقل من حد الحر ، بمعنى
انه ليست حرمة حتى يكون حد ها احد الاحرار (بناءً على حملها
على

في الموارد القابلة لاستثناء بيع ام الولد

انها قد تعرض لها ما يجوز ذلك .

واما الموضع القابلة للاستثناء وقد وقع التكلم في استثنائهما الحال وجود ما يصلح ان يكون اولى باللحظة من الحق فهى صور يجمعها تعلق حق للغير بها او تعلق حقها بتعجيل العتق او تعلق حق سابق على الاستيلاد او عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل .

انها قد تعرض لها ما يجوز ذلك) اي البيع باى بطل مقتضى كونها ام ولد .

(واما الموضع القابلة للاستثناء) فهى اربعة .

الاول : البائع او غير البائع كما اذا كان المولى مدينا .

الثانى : لحق نفسها .

الثالث : لحق سابق على الاستيلاد - وبين هذا وبين الاول عموم

مطلق - .

الرابع : عدم تتحقق الحكمة المانعة عن بيعها - كما سيأتي تفصيلها -

(وقد وقع التكلم في استثنائهما) فقد ناقش بعض الفقهاء في هذه الموضع

(الحال وجود ما يصلح ان يكون اولى باللحظة من الحق) اي حق الاستيلاد و «الاجل» («القابلة للاستثناء») (فهي صور يجمعها) .

«١» (تعلق حق للغير بها) سواء كان الحق للبائع او لغيره .

«٢» (او تعلق حقها) بنفسها (بتتعجيل العتق) .

«٣» (او تعلق حق سابق على الاستيلاد .

«٤» (او عدم تتحقق الحكمة المانعة عن النقل) وهى كون بقائهما

موجبا العتقا من حصة ولدها من ارث المولى ، كما اذا كان ولد هاتان لا

فمن موارد القسم الاول ما اذا كان على مولا هادين ، ولم يكن له ما يؤدى هذا الدين

والكلام في هذا المورد قد يقع فيما اذا كان الدين ثمن رقبتها .
ويقع فيما اذا كان غير ثمنها ، وعلى الاول : يقع الكلام تارة بعد
موت المولى ، و اخرى في حال حيته .
اما بعد الموت فالمشهور الجواز ، بل عن الروضة انه موضع وفاق ، و
عن جماعة انه لا خلاف فيه ، ولا ينافي ذلك

او كافرا ، او ما الشبهه مما يمنع عن ارثه .

(فمن موارد القسم الاول) او هو تعلق حق للغير بها (ما اذا كان
على مولا هادين ، ولم يكن له) اي للمولى (ما يؤدى هذا الدين) .
(والكلام في هذا المورد قد يقع فيما اذا كان الدين ثمن رقبتها)
بان اشتريها المولى نسيئة ، ولم يدفع الثمن ، و مات ، فانها تباع
ليؤدى بثمنها دين البائع .

(و قد (يقع) الكلام (فيما اذا كان) دين المولى (غير ثمنها ، وعلى
الاول) او هو ما اذا كان الدين ثمن رقبتها (يقع الكلام تارة بعد موت
المولى ، و اخرى في حال حيته) .

فاللازم ان نتكلم في باب دين المولى من ثلاثة جهات .
(اما بعد الموت) بان كان المولى مدعيوناً ثمن رقبتها ، و مات و
لم يكن عنده شيء يؤدى به ذلك الدين (فالمشهور الجواز) لبيعها (بل
عن الروضة انه موضع وفاق ، وعن جماعة انه لا خلاف فيه ، ولا ينافي ذلك) اي

في الموارد القابلة لاستثناء بيع ام الولد

مخالفة السيد في اصل المسألة ، لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين
بلاستثناء في بيع ام الولد ، او القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبتها
في مقابل صورة حية المولى المختلف فيها .

وكيف كان فلاشكال في الجواز في هذه الصورة لاماقييل من
قاعدة : تسلط الناس على اموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة الى
المنع في خصوص هذا المال ، بل لمارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح

دعوى عدم الخلاف (مخالفة السيد) المرتضى (في اصل المسألة) اي
اصل مسألة جواز بيع ام الولد ، لانه لا يجوز البيع مطلقاً (لأنهم) اي
المدعون للاتفاق (يريدون نفي الخلاف بين القائلين بلاستثناء في بيع
ام الولد) مطلقاً ، سواء في ثمن رقبتها ، او غير ثمن رقبتها (او القائلين
باستثناء بيعها في ثمن رقبتها) فقط (في مقابل صورة حية المولى
المختلف فيها) فان بعض المجوزين للبيع في حالة موت المولى ، لم
يجوز البيع في حالة حية المولى .

(وكيف كان) سواء اعتبرنا خلاف السيد ضاراً بدعوى الالحاد ، او
غير ضاريه (فلاشكال في الجواز) لبيع ام الولد (في هذه الصورة) اي صورة
دين المولى لثمن رقبتها بعد موت المولى (لاماقييل من قاعدة : تسلط
الناس على اموالهم) .

وانماقلنا «لما» ((لما عرفت من انقلاب القاعدة) في باب ام الولد
(الى المنع في خصوص هذا المال) اي ام الولد (بل لمارواه المشايخ
الثلاثة) الكليني ، والصدوق ، والشيخ (في الصحيح

عن عمر بن يزيد ، قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام ، اسئلتك عن
مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله
وسلامه عليه امهات الولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقبهن ، قلت
فكيف ذلك قال : اي مارجل اشتري جارية ، فاولدها ، ولم يؤدّ ثمنها ، ولم
يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ منها ولدها وبيعت وأدى ثمنها ، قلت : فتباع
فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية اخرى لعمر بن
يزيد ، عن ابى الحسن عليه السلام قال سأله عن ام الولد تباع فى الدين
قال : نعم ، فى ثمن رقبتها ، ومتى اطلاقها بابل اطلاق الصحيحه
ـ كما قبل ـ

عن عمر بن يزيد ، قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام ، اسئلتك عن
مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله
وسلامه عليه امهات الولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقبهن ، قلت
فكيف ذلك) اي كيف يكون الامر حتى يكون البيع جائز(قال : اي ما
رجل اشتري جارية ، فاولدها ، ولم يؤدّ ثمنها ، ولم يدع من المال ما
يؤدى عنه) ثمن الجارية (اخذ منها ولدها ، وبيعت ، وأدى ثمنها ،
قلت فهل (تباع فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية
اخرى لعمر بن يزيد ، عن ابى الحسن عليه السلام ، قال سأله عن) بيع
(ام الولد) هل (تباع فى الدين ؟ قال : نعم ، فى ثمن رقبتها و)
لا يخفى ان (متى اطلاقها) لانها لم تقيد البيع بما بعد موت المولى
(بل اطلاق الصحيحه) كما قبل ـ ان لها اطلاقا يشمل حالته الحية

في الموارد القابلة لاستثناء بيع المولى

ثبوت الجواز مع حيota المولى ، كما هو مذهب الاكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان وعن نهاية المرام ، والكافية ان المنع نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة .

وربما يتوجه القوة من حيث توهm تقيدها بالصحيحة السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى ، كما يشهد به قوله عليه السلام فيهما او لم يدع من المال الخ ، فيدل على نفي 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 غالبي لا انه قيد احترازي (ثبوت الجواز) لبيع الامة (مع حيota المولى ، كما هو مذهب الاكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان) المحقق و العلامة (وعن نهاية المرام ، والكافية) للسبزواري (ان المنع) قول نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة التقوية من النهاية والكافية - لا من المصنف كما لا يخفى - .

(وربما يتوجه القوة من حيث توهm تقيدها) اى رواية عمر بن يزيد بالصحيحة السابقة) اى صحيحة عمر ايضا (بناء على اختصاص الجواز فيها) اى في الصحيحة (بصورة موت المولى) فالرواية مقيدة بالصحيحة (كما يشهد به) اى بان الصحيحة خاصة بصورة الموت (قوله عليه السلام فيهما) اى في الصحيحة (ولم يدع من المال الخ ، فيدل) هذا القيد (على نفي الجواز عما سوى هذا الفرد) وهو حالة حيota المولى ، وانما يكون هذا القيد في

.....
اما لورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الارواح ، فيدل
على الحصر .

واما لا ان نفى الجواز فى ذيلها فما سوى هذه الصورة يشعل بيده
فى الدين مع حيota المولى .
واندفاع التوهm بكل وجهيه واضح .

الصحيحة احترازاً .

(اما لورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الارواح ، فيدل
على الحصر) لانه حينئذ فى مقام التحديد ، ومقام التحديد دال على الحصر .
(واما لا ان نفى الجواز فى ذيلها) حيث قال الرواى : قلت فتباع
فيما سوى ذلك من دين؟ قال لا (فيما سوى هذه الصورة) اي صورة موت
المولى (يشعل بيده فى الدين مع حيota المولى) فحيota المولى خارجة
عن جواز البيع ، اما مفهومها ، واما منطقها .
(واندفاع التوهm بكل ووجهie واضح) .

اما اندفاع التوهm الاول ، فلان الكلام ليس فى موارد جواز بيع ام
الولد مطلقا حتى يكون التقييد ذا مفهوم ، وانما الكلام فى مورد بيع امير
المؤمنين عليه السلام امهات الارواح .

واما اندفاع التوهm الثاني : فلان قوله «فيما سوى ذلك» كما يحتمل
ان يكون المراد منه سوى حالة الموت – فيكون له مفهوم بعدم الجواز فى
حالة الحية – كذلك يحتمل ان يكون المراد منه سوى حالة الدين
المتعلق برقبتها ، فيشعل حالة الحية و الموت .

فِي الْمَوَارِدِ الْقَابِلَةِ لَا سْتَثْنَاءً بَعْدَ اِمْرُولِدِ

نعم : يمكن أن يقال في وجه القوة بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع ، الظاهر في الدين في كون البائع غير المولى فيما بعد الموت ان النسبة بينها وبين رواية ابن مارد المتقدمة ، عموم من وجه .

و لا يخفى عليك عدم وضوح اندفاع التوهם لما يرد على الاندفعين من الاشكال .

(نعم : يمكن أن يقال في وجه القوة) اي قوة اختصاص جواز البيع بما بعد الموت (بعد الغض) والاغراض (عن دعوى ظهور قوله : تباع ، الظاهر في الدين في كون البائع غير المولى) «في» متعلق بـ «ظهور» (فيما بعد الموت) اي كون البيع بعث الموت .

وانما كان ظاهرا في ذلك ، لأن «تباع» بصيغة المجهول يدل على مجهولية البائع ، ولو كان البائع المولى لم يكن وجه للاتيان به مجهولا ، بل مقتضى الكلام ان يقول «بيعه» .

وانما قال «بعد الغض» لانه لواردنا ان نأخذ بهذه الظاهرة ، ولم نغض عنه ، يكون هذا منافي الرواية ابن مارد ، لا عم من وجه ، اذ ظهر رواية ابن مارد البيع في حال الحيوة ، لانه قال «انشاء باعها» فان كان ظاهر «تباع» في هذه الرواية : البيع بعد الموت ، تكون النسبة بين الروايتين التنافي والمبaitة ، لا العموم من وجه (ان النسبة بينها) اي بين صحيحة عمر) وبين رواية ابن مارد المتقدمة ، عموم من وجه) .

اذ الصحيحة شاملة لحالة الموت والحياة ، لكنها خاصة بمن الرقبة .

ورواية ابن مارد شاملة لشمن الرقبة وغيره ، لكنها خاصة بحالة الحياة .

فيرجع الى اصالة المعن الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة
المجمع عليها .

نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج الى المخصص
فيقال بمنع الاجماع في محل الخلاف ، سيعامن كون المخالف جل
المجمعين بل كلهم الانادر .
و حينئذ فالمرجع الى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم .

(ف) في مورد الاجتماع وهو ثمن الرقبة في حال الحيوة ، حيث تجتمع
الروايتان ، واحد يهتما بجوز البيع ، والاخرى تمنع البيع (يرجع الى
اصالة المعن الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها) وهي
قاعدة المعن عن بيع ام الولد ، الا ما خرج .

(نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه) اي عموماً يشمل حتى
مثل حالة المولى فيما لو اراد ان يبيعها في دين نفسها (بحيث تحتاج)
القاعدة المانعة (إلى المخصص) لجواز بيعها في هذه الصورة .

(فيقال) في وجه شمول القاعدة لهذه الصورة (منع الاجماع) على
عدم جواز البيع (في محل الخلاف) و هو صورة حياة المولى (سيعامن
كون المخالف) اي الذي يجوز البيع - مخالف المعن عن بيعها في هذه
الصورة - (جل المجمعين بل كلهم الانادر) فكيف يتحقق الاجماع على
المنع في هذه الصورة .

(و حينئذ) اي حين منع الاجماع (فالمرجع) في صورة حياة المولى
إلى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم .

في الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

لكن التحقيق خلافه، وأن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد من النصوص والفتاوي: أن استيلاد الأمة يحدث لها حقماناً عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعات.

ويماتوهم معارضة هذه القاعدة وجوب أداء الدين، فيبقى قاعدة السلطنة، وأصالةبقاء جواز بيعها في ثمن رقتها قبل الاستيلاد. ولا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاد، قبل العجز عن ثمنها،

وعليه فيجوز بيع الأمة في ثمن رقتها.

(لكن التحقيق خلافه، وأن صدر هو عن بعض المحققين) وهو صاحب المقاييس كما قبل (لأن المستفاد من النصوص والفتاوي: أن استيلاد الأمة يحدث لها حقماناً عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى من حقوقها (بالمراعات) ولم يعلم أن الحق في حال حياة المولى أولى من حقوقها.

(ويماتوهم معارضه هذه القاعدة) أي قاعدة حق الأمة مع حق (وجوب أداء الدين) الذي هو حق للبائع فيتسقطان (فيبقى قاعدة السلطنة) للمولى على ماله (و) قاعدة (أصالة بقاء جواز بيعها في ثمن رقتها قبل الاستيلاد) «قبل» ظرف «لجواز» أي استصحاب الجواز، فيرجع اليها فيجوز بيعها.

(ولا يعارضها) أي لا يعارض أصالة نقل بقاء جواز البيع (أصالة بقاء المنع حال الاستيلاد، قبل العجز عن ثمنها).

لان بيعها قبل العجز ليس بيعها في الدين كما لا يخفى .
ويندفع اصل المعاوضة با ان ادلة وجوب اداء الدين مقيدة
بالقدرة العقلية .
والشرعية .

فهنا استصحابان ، استصحاب المنع الذى كان قبل العجز ، و
استصحاب الجواز الذى 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 انماذل على عدم الجواز في صورة عدم العجز ، با ان لم
يكن بيعها الاجل الدين ، فاذا تبدل الموضوع لم يكن مجال لاستصحاب
المنع ، ويبقى استصحاب جواز البيع قبل الاستيلاد بلا معارض (كما
لا يخفى) هذاكلام من اجازات البيع حال الحيوة .
(ويندفع) هذا التوهم الذى توهمه مجيز البيع حال الحيوة
(اصل المعاوضة) اي التعارض بين قاعدة حق المستولدة فى نفسها
المانع عن بيعها ، وبين قاعدة وجوب اداء الدين (با ان ادلة وجوب
اداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية) فاذا لم يكن للانسان قدرة عقلية ولم
يجب اداء الدين .
(و) القدرة (الشرعية) فانه اذا اقدر عقلا لكنه كان مالكا للمستثنىات
لم يجب شرعا ببيعها او اداء الدين من ثمنها .

في الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

و قاعدة المنع ينفي القدرة الشرعية كمافى المرهون ، و الموقوف .
فالا ولى في الانتصار لمذهب المشهور ان يقال : برجحان اطلاق
رواية عمر بن يزيد على اطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها
في ثمن رقتها ، كما يشهد به قوله عليه السلام : فتمكث عندك ماشاء الله
لم تلد منه شيئاً بعد مملكها ، ثم يبدوله في بيعها .

(و قاعدة المنع) المستفادة من ان لها حقاً في نفسها ببساطة مجرد
الاستيلاد (ينفي القدرة الشرعية) فان الشارع اذا قال : لا تبع الشيء
الفلاني ، فإنه لا قدرة للإنسان على اداء الدين فحاله كما لو كان مد يواناً
له وقف ، فان منع الشارع عن بيع الوقف ، يمنع عن كونه قادرًا على
اداء الدين .

اذا معارضه بين القاعدتين ، و انما المقدم منها قاعدة المنع (كما
في المرهون و الموقوف) فان ملك الانسان لهما ، لا يوجب جواز بيعها
في اداء الدين .

(فالا ولى في الانتصار لمذهب المشهور) القائلين بجواز بيع أم
الولد في حال حيota المولى (ان يقال : برجحان اطلاق رواية عمر بن يزيد)
الدلالة على الجواز (على اطلاق رواية ابن مارد) و ان كان بينهما عموم
من وجہ (الظاهر) ذلك الاطلاق في رواية ابن مارد (في عدم كون بيعها
في ثمن رقتها ، كما يشهد به) اي عدم كون البيع في ثمن الرقبة (قوله
عليه السلام : فتمكث عندك ماشاء الله لم تلد منه شيئاً بعد مملكها ، ثم
يبدوله في بيعها) .

مع ان ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار اليه لاجل ثمنها .
وبالجملة وبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت ، لا اشكال في
رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل .
 مضافاً الى اعتراضاتها بالشهرة المحققة ، والمسألة محل اشكال .
ثم على المشهور من الجواز فهل يعتبر فيه عدم مأيسي به الدين ،

وقوله : الظاهر ، اشاره الى وجوب رجحان اطلاق رواية عمر على رواية ابن مارد
هذا (مع ان ظاهر البداء في البيع) حيث قال عليه السلام :
يبدوله في بيعها (ينافي الاضطرار اليه) اي الى البيع (لاجل ثمنها)
والالعبر بأنه اضطر .

وهذا وجه اخر لتقديم رواية عمر على رواية ابن مارد .
(وبالجملة وبعد منع ظهور سياق الرواية) اي رواية عمر (فيما بعد
الموت ، لا اشكال في رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع)
متعلق بـ (دلالة) (كما يظهر بالتأمل) .

ووجهه ما ذكرناه ، مما اشار اليه قوله (الظاهر في عدم كون بيعها .. الخ) .
(مضافاً الى اعتراضاتها) اي رواية عمر الصححة (بالشهرة المحققة)
القائلة بجواز البيع حال حيوة المولى (والمسألة) بعد (محل اشكال)
لولا الشهرة .

(ثم على المشهور من الجواز) اي جواز بيع المولى امته المستولدة
لاداء دين رقبتها اذا لم يجد المولى ما يؤدي به دينها (فهل يعتبر فيه)
اي في الجواز (عدم) وجدان المولى (مأيسي به الدين ،

فِي الْمَوَارِدِ الْقَابِلَةِ لِاستِنْهَا بِعِصَمِ الْوَلَدِ

وَلَوْ مِنَ الْمُسْتَنِيَّاتِ، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ أَطْلَاقُ كَثِيرٍ، أَوْ مَاعِدَّا هَا كَمَاعِنَ جَمَاعَةِ
الْأَقْوَى هُوَ الثَّانِي، بَلْ لَا يَبْعَدُ إِنْ يَكُونُ ذَلِكَ مَوَادِنَ اطْلَقَ، لَأَنَّ الْحُكْمَ
بِالْجَوَازِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فِي النَّصِّ وَالْفَتْوَى مُسَوْقٌ لِبَيَانِ ارْتِفَاعِ الْمَانِعِ
عَنْ بَيْعِهِ مِنْ جَهَةِ الْاسْتِيَّلَادِ، فَتَكُونُ مُلْكًا طَلْقًا، كَسَائِرِ الْإِمْلَاكِ الَّتِي يُؤْخَذُ

وَلَوْ مِنَ الْمُسْتَنِيَّاتِ، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ أَطْلَاقُ كَثِيرٍ)

فَاللَّازِمُ أَنْ لَا يَكُونَ لِلْمَوْلِيِّ أَى شَيْءٍ، لَا مِنَ الْمُسْتَنِيَّاتِ الدِّينِ، وَ
لَا مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَنِيَّاتِ حَتَّى يُجَوزَ لَهُ بَيْعُ الْمُسْتَوْلَدَةِ (أَوْ مَاعِدَّا هَا) أَى مَاعِدَّا
الْمُسْتَنِيَّاتِ، فَإِذَا كَانَ عِنْدَهُ الْمُسْتَنِيَّاتِ، وَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ غَيْرُهَا، جَازَ
بَيْعُهَا، لَأَنَّ الْمُسْتَنِيَّاتِ لَا تَبْاعُ فِي الدِّينِ، فَوُجُودُهَا غَيْرُ ضَارٍ بِجَوَازِ
بَيْعِ الْمُسْتَوْلَدَةِ (كَمَا عَنْ جَمَاعَةِ الْأَقْوَى هُوَ الثَّانِي) فَيُجَوزُ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ
عِنْدَهُ الْمُسْتَنِيَّاتِ (بَلْ لَا يَبْعَدُ إِنْ يَكُونُ ذَلِكَ) أَى «عَدْ وَجُودِ مَاعِدَّا
الْمُسْتَنِيَّاتِ» (مَوَادِنَ اطْلَقَ) وَقَالَ: يُجَوزُ الْبَيْعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَ
الْمَوْلِيِّ شَيْءٌ .

فَمَوَادِهِ بِ«شَيْءٍ» مَاعِدَّا الْمُسْتَنِيَّاتِ

وَانْتَهَى «الْأَقْوَى الثَّانِي» (لَأَنَّ الْحُكْمَ بِالْجَوَازِ) أَى جَوَازِ بَيْعِ
الْمُسْتَوْلَدَةِ (فِي هَذِهِ الصُّورَةِ) أَى صُورَةِ بَيْعِهِ الْأَجْلِ أَدَاءَ دِينِ رَقْبَتِهِ
(فِي النَّصِّ وَالْفَتْوَى مُسَوْقٌ لِبَيَانِ ارْتِفَاعِ الْمَانِعِ عَنْ بَيْعِهِ مِنْ جَهَةِ
الْاسْتِيَّلَادِ) أَى أَنَّ الْاسْتِيَّلَادَ أَوْجَبَ مَانِعًا عَنْ بَيْعِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ
لِلْمَوْلِيِّ شَيْءٌ يَؤْدِي بِهِ ثُمَّنَهَا ارْتِفَاعُ الْمَانِعِ وَجَازَ الْبَيْعُ (فَتَكُونُ) الْأَمَةُ فِي
هَذَا الْحَالِ الَّذِي ارْتِفَاعُ الْمَانِعِ (مُلْكًا طَلْقًا، كَسَائِرِ الْإِمْلَاكِ الَّتِي يُؤْخَذُ

المالك بيعها من دون بيع المستثنـات .

فحاصل السؤـال في رواية عمر بن يزيد انه هل تباع أم الولد في
الدين؟ على حد سائر الاـموال التي تباع فيه .

وحاصل الجواب تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبة ففيكون ثمن
الرقبة بالنسبة الى أم الولد ، كسائر الديون بالنسبة الى سائر الاـموال

الملك) اي يجب على المالك (بيعها من دون بيع المستثنـات) اي من
دون ان يؤخذ المالك ببيع المستثنـات .

وان شئت قلت : المستفاد من دليل المستثنـات ، ان الشارع لم
يعتبرها مـالاً يؤدى به الدين ، فهـذا المولى لـامـال له – وان كان له
المستثنـات – .

واذا لم يكن له مـال صدق عليه قوله عليه السلام «ولم يدع من
المـال ما يؤدى عنه»

(فـحاصل السـؤـال ، في رواية عمر بن يزيد انه هل تباع أم الـولدـى
الـدين؟ على حد) ومـثل (سـائر الاـموال التي تبـاع فيه) اي فيـيـنـ وـ
منـ المـعـلـومـ انـ المـسـتـثـنـاتـ لاـتـبـاعـ فـيـ الدـينـ .

(وـحاـصلـ الجـوابـ تـقـرـيرـ ذـلـكـ) اي جـواـزـ الـبـيعـ (فـيـ خـصـوصـ ثـمـنـ
الـرـقـبـةـ فـيـكـونـ ثـمـنـ الرـقـبـةـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ أمـ الـوـلـدـ) لاـكـلـ دـيـنـ عـلـىـ الـمـوـلـىـ
(كـسـائـرـ الـدـيـونـ) التـيـ تـجـوزـ بـيـعـ مـالـ الـمـوـلـىـ (بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ سـائـرـ الـأـمـوـالـ)
لـلـمـوـلـىـ .

فالفارق فقط : هو ان بـيـعـ أمـ الـوـلـدـ فـيـ دـيـنـ رـقـبـتـهـ وـ بـيـعـ سـائـرـ

في الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

ومما ذكرنا يظهر: أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج اليه المولى للخدمة فلابد من رقبتها، لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها.

ومما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤنة التجهيز، فإذا كان للميت

الاموال في كل دين.

اما لزوم ان يكون خارجا من المستثنيات فهذا مشترك بين أم الولد وغير أم الولد، اي لا تباع المستثنيات لافي دين رقبة أم الولد، ولا في دين آخر من سائر ديون المولى.

(ومما ذكرنا) من ان وجود المستثنيات لا يضر بجواز بيع أم الولد (يظهر: انه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج اليه المولى للخدمة، فلا تباع في ثمن رقبتها) بل يبقى الدين على المولى حتى يؤدي من مكان آخر.

نعم تباع بعد موت المولى (لان غاية الأمر في حال احتياج المولى اليها) اي أم الولد (بالنسبة إلى الثمن) اي ثمن نفسها (كجارية أخرى يحتاج إليها) المولى (اليها)

فكم لا تباع تلك الجارية لاداء ثمن أم الولد، كذلك لا تباع أم الولد لاداء ثمن نفسها.

(ومما ذكرنا) من ان أم الولد تباع، ولا تباع مستثنيات الدين (يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤنة التجهيز) الواجبة (فإذا كان للميت

كفن ، و أمّ ولد بيعت في الدين ، دون الكفن ، اذ يصدق ان الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها لان الكفن لا يؤدى عنه الدين .
ثم انه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع ، او استدان الثمن ، وأشتري به .

اما لو اشتري في الذمة ثم استدان ما اوفى به البائع ، فليس بيعها
ببيعها في ثمن رقبتها بل ربما تأمل في ماقبله ، فتأمل .

كفن ، و أمّ ولد) و كان الميت مد يونا ثمنها (بيعت) أمّ الولد (في الدين دون الكفن) بل يكفي بـ الميت (اذ يصدق ان الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها) اى عدا أمّ الولد (لان الكفن لا يؤدى عنه الدين) فحاله حال المستثنيات .

(ثم انه لا فرق) في بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها (بين كون ثمنها
بنفسه دينا للبائع) بـ ان اشتراها بالذمة (او استدان الثمن ، واشتري
به) لـ صدق الدليل الدال على انه ثمن لنفسها .

(اما لو اشتري) الامة (في الذمة ثم استدان ما اوفى به البائع فـ) هل
تابع ، ام لا ؟ يـ حـ تـ حـ عـ لـ العـ دـ مـ ، لـ اـ نـ هـ (ليس بـ بـ يـ بـ عـ هـ اـ فـ ثـ نـ مـ رـ قـ بـ تـ هـ) بل في
دين آخر على المشتري لـ اـ نـ سـ اـ نـ آـ خـ رـ غـ يـرـ الـ بـ اـ يـعـ (بل ربما تأمل في) جواز
بـ يـ بـ عـ هـ اـ فـ صـ وـ رـةـ (مـاقـبـلـهـ) اـ يـ اـ ذـ اـ سـ تـ دـ اـنـ الـ ثـ مـ نـ وـ اـ شـ تـ رـيـ بـهـ (فـ تـ اـ مـلـ) اـ ذـ
يـ صـ دـ قـ فـ يـ جـ مـ يـعـ الـ صـ وـ رـةـ اـ نـهـ دـ يـنـ رـقـ بـةـ الـ اـ مـةـ ، حـتـىـ اـ ذـ اـ دـ اـ رـ الـ دـ يـنـ دـ وـ رـاتـ
مـتـعـدـدـةـ ، كـمـ اـ لـوـ اـ شـ تـ رـيـ الـ اـ مـةـ فـيـ الـ ذـ مـةـ ثـمـ اـ سـ تـ دـ اـنـ دـارـ اوـ باـعـهـاـ مـوـاـدـىـ
بـ ثـمـنـهـاـ ثـمـ الـ اـ مـةـ بـثـمـنـهـاـ ثـمـ الـ اـ مـةـ مـثـلاـ .

فى الموارد القابلة لاستثناء بيع أمّ الولد

• • • • •
ولفرق بين بقاء جميع الثمن في الذمة ، او بعضه ولا بين نقصان
قيمتها عن الثمن او زيادتها عليه .
نعم لو امكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المراد
التصریح به .

ولو كان الثمن موجلاً ، لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الاجل و
ان كان مأيوسا عن الاداء عند الاجل .

(ولفرق) في جواز بيعها (بين بقاء جميع الثمن في الذمة ، او
بعضه) كما لو اشتري الامة بمائة و نقد منها تسعين ، و بقى عشرة في ذمتها
لا طلاق النص والفتوى (ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن او زيادتها
عليه) كما لو نقصت قيمة الامة الآن عن قيمتها التي اشتريت بها ، فكانت
قيمتها وقت الاشتراك مائة ، والآن تسوى خمسين ، او بالعكس .

(نعم لو امكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه) لأن الاصل عدم
الجواز الا بقدر الضرورة بعد ما علمنا من الشارع نفرة عن بيعها (كما عن
غاية المراد التصریح به) وهل انه لو امكن ايجارها او عملها حتى يوفر
الثمن جاز البيع ام لا ؟ احتمالان ، من : اطلاق الادلة ، ومن العلة
المذكورة من الاقتصار بقدر الضرورة .

ثم لو امكن بيعها من تنتعق عليه و من غيره ، فهل يقدم الاول ام
هما متساويان ؟ احتمالان .

(ولو كان الثمن موجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الاجل و
ان كان) المولى (مأيوسا عن الاداء عند الاجل) اذا الضرورات تقدر

وفي اشتراط مطالبة البائع ، او الاكتفاء باستحقاقه ولو امتنع عن التسلّم .

او الفرق بين رضاه بالتأخير ، واسقاطه لحق الحلول ، وان لم يسقط بذلك وبين عدم المطالبة فيجوز في الثاني دون الاول .
وجوه ، احوطها الاول .
ومقتضى الطلق الثاني .

بقدرها .

لكن لو خاف عدم الاشتراك عند الاجل ، او خاف موت الجاري فاذا صبر عليهما الى ذلك الوقت ، او خاف نقص قيمتها بما لا يمكن سدّ الباقيه احتمل جواز البيع ، لا طلاق الادلة المجوزة .

(وفي اشتراط مطالبة البائع) في جواز البيع (او الاكتفاء باستحقاقه) اي استحقاق البائع الثمن (ولو امتنع) البائع (عن التسلّم) للمال - ولو وصليه - .

(او الفرق بين رضاه) اي البائع (بالتأخير واسقاطه لحق الحلول وان لم يسقط) الحق (بذلك) اي بالاسقاط (وبين عدم المطالبة فيجوز) البيع (في الثاني دون الاول)

(وجوه ، احوطها الاول) اي اشتراط مطالبة البائع .

(ومقتضى الطلق الثاني) اذا طلاق الادلة المجوزة شامل لجميع صور الاستحقاق .

اللهم الان يقييد بدلليل : الضروات تقدر بقدرها .

فِي الْمَوَارِدِ الْقَابِلَةِ لَا سْتَنَا، بِيعِ امَّ الْوَلَد

.....

وَلَوْ تَبَرَّعَ مُتَبَرِّعًا بِالْأَدَاءِ فَإِنْ سَلَّمَ إِلَى الْبَايِعِ، بَرِئَتْ ذَمَّةُ الْمُشْتَرِي

وَلَا يَجُوزُ بِيعُهَا

وَإِنْ سَلَّمَ إِلَى الْمَوْلَى، أَوِ الْوَرَثَةِ فَفِي وجوبِ الْقِبُولِ نَظَرٌ

وَكَذَّ الْوَرْضِيُّ الْبَايِعُ بِاسْتِسْعَائِهِ فِي الْأَدَاءِ

وَلَوْ دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ بَيْعَهَا مِنْ يَنْعَقُ عَلَيْهِ، أَوْ بِشَرْطِ الْعَتْقِ وَ

بَيْعَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَفِي وجوبِ تَقْدِيمِ الْأَوْلِ وَجَهَانَ

(وَلَوْ تَبَرَّعَ مُتَبَرِّعًا بِالْأَدَاءِ) لِثَنَنِ الْجَارِيَةِ (فَإِنْ سَلَّمَ) الثَّنَنُ (الَّتِي
الْبَايِعُ، بَرِئَتْ ذَمَّةُ الْمُشْتَرِيِّ، وَلَا يَجُوزُ بِيعُهَا) حِينَئِذٍ لَا نِتَفَا، الْمُرْضُوُعُ
الْمُوجُبُ لَا نِتَفَا، الْحُكْمُ

(وَإِنْ سَلَّمَ) الثَّنَنُ (إِلَى الْمَوْلَى، أَوِ إِلَى الْوَرَثَةِ) بَعْدَ مَوْتِ
الْمَوْلَى (فِي وجوبِ الْقِبُولِ نَظَرًا إِذَا الْقِبُولُ نُوعُ الْاِكْتَسَابِ، وَلَمْ يَمْدُلْ
الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ يَجُبُ الْاِكْتَسَابُ لِادَاءِ الثَّنَنِ)

(وَكَذَّ الْوَرْضِيُّ الْبَايِعُ بِاسْتِسْعَائِهِ فِي الْأَدَاءِ) بَانْ لَا يَبِيعُهَا
الْمَوْلَى، وَأَنْمَاتِسْعَى هِيَ لِادَاءِ ثَنَنِهَا، فَانَّهُ لَدَلِيلٍ عَلَى أَنَّهُ يَجُبُ
عَلَى الْمَوْلَى الْقِبُولُ

بَلْ اطْلَاقُ ادَلةِ جَوَازِ الْبَيْعِ يَدُلُّ عَلَى عَدْمِ وجوبِ الْاسْتِسْعَاءِ

(وَلَوْ دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ بَيْعَهَا مِنْ يَنْعَقُ عَلَيْهِ) كَالْعُمُودِيْنِ (أَوْ بَيْعَهَا
(بِشَرْطِ الْعَتْقِ) بَانْ كَانَ هُنَاكَ مُشْتَرِيُّهَا وَيُشْتَرِطُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَقِهَا
وَمُشْتَرِّئًا لَا يَقْبِلُ هَذَا الشَّرْطُ (وَبَيْعَهَا مِنْ غَيْرِهِ) الَّذِي لَا يَعْتَقِهَا
لَا تَنْعَقُ عَلَيْهِ (فِي وجوبِ تَقْدِيمِ الْأَوْلِ وَجَهَانَ) مِنْ اطْلَاقِ الْاِدَلةِ، فَلَا

.....
ولو ادى الولد ثمن نصيبيه انعق عليه وحكم باقى يعلم من
مسائل السراية .

ولو ادى ثمن جميعها ، فان اقبضه البائع فكالمتبرع وان كان
بطريق الشراء ففى وجوب قبول ذلك على الورثة نظر ، من الاطلاق ومن
الجمع بين حق الاستيلاد والدين .

يجب ، ومن ان العتق اقرب الى ميل الشارع ورغبتها فيجب
(ولو ادى الولد ثمن نصيبيه) بعد موت المولى الوالد ، بان ادى
ثمن المقدار الذى يرثه منها - على تقدير الاirth - (ان عتق عليه) لان
الولد لا يملك اباه او امه (وحكم باقى الذى لم ينعتق) (يعلم من مسائل
السراية) فان بناء العتق على التغليب .
فربما نقول بذلك فاللازم حينئذ عتق الامة كلا ، و السعى فى ثمن
الباقي .

وربما لا نقول بذلك فاللازم بيع باقى وادى باقى الثمن للبائع
(ولو ادى) ولدها (ثمن جميعها ، فان اقبضه البائع فكالمتبرع)
تنعتق هى (وان كان بطريق الشراء) بان اراد الولد شراء امه من
المولى ، او الورثة (ففى وجوب قبول ذلك على الورثة نظر ، من الاطلاق)
اي اطلاق الا دلة الدالة على ان المولى او الورثة يجوز لهم البيع لكل
من اراد وافلا يجب عليهم بيعها من ولد ها تنتعقت (و من الجمع بين حق
الاستيلاد) المقتصى لحبلها بحيث تنعتق (والدين) المقتصى لبيعها
لادى ثمنها الى البائع ، فاللازم على هذا بيعها من ولد ها .

فِي الْمَوَارِدِ الْقَابِلَةِ لَا سْتِثْنَاءَ بِعِصَمِ اُمِ الْوَلَدِ

 وَلَوْ امْتَنَعَ الْمَوْلَى مِنْ اَدَاءِ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ عَذْرٍ فَلِجُوازِ بَيعِ الْبَائِعِ
 لِهَا مَقَاصِدَ مُطْلَقاً وَمَعَ اذْنِ الْحَاكِمِ وَجْهٌ
 وَرِبَّما يُسْتَوْجَهُ خَلَافَهُ لَا نَعْنَعِ الْبَيعِ لِحَقِّ اُمِ الْوَلَدِ، فَلَا يَسْقُطُ بِامْتِنَاعِ
 الْمَوْلَى.
 وَلَظَاهِرُ الْفَتاوَىِ
 وَتَغْلِيبُ جَانِبِ الْحُرْيَةِ وَفِي الْجَمِيعِ نَظَرٌ

(وَلَوْ امْتَنَعَ الْمَوْلَى مِنْ اَدَاءِ الثَّمَنِ) لِهَا (مِنْ غَيْرِ عَذْرٍ) بَانِ كَانِ
 مُمْكِناً، وَلَكِنَّهُ لَمْ يُؤْدِ عَصِيَّانَا (فَلِجُوازِ بَيعِ الْبَائِعِ لِهَا مَقَاصِدَ) لَا خَدْمَاءِ يَطْلُبُهُ
 (مُطْلَقاً) وَلَوْ بَدَوْنَ اذْنِ الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ (أوْ مَعَ اذْنِ الْحَاكِمِ وَجْهٌ)
 اذْنِ الْمُحْتَلِ لِزُومِ اسْتِيَادِ اُمِ الْوَلَدِ فَهُنَّا يُجْبِي اِيْضَاً
 وَمِنْ الْمُحْتَلِ عَدْمُ وَجْبِ اسْتِيَادِ اُمِ الْوَلَدِ فَهُنَّا لَا يُجْبِي اِيْضَاً
 (وَرِبَّما يُسْتَوْجَهُ) اَى يَقَالُ الا وَجْهُ (خَلَافَهُ) اَى عَدْمِ جُوازِ بَيعِ اُمِ الْوَلَدِ
 مَقَاصِدَ، حَتَّى بِاُذْنِ الْحَاكِمِ (لَا نَعْنَعِ الْبَيعِ) اَنْمَاهُو (لِحَقِّ اُمِ الْوَلَدِ)،
 فَلَا يَسْقُطُ بِامْتِنَاعِ الْمَوْلَى) لَا نَهُ لَا تَزَرُّ وَازْرَةٌ وَزَرٌ اُخْرَى
 (وَلَظَاهِرُ الْفَتاوَىِ) الدَّالَّةُ عَلَى اَنَّهُ لَا تَبَاعُ اَلْفَيْ ثَمَنٍ نَفْسَهَا فِي
 صُورَةِ عَدْمِ الْمَوْلَى.

(وَلَ) (تَغْلِيبُ جَانِبِ الْحُرْيَةِ) الْمُقْتَضِي لِعَدْمِ جُوازِ مَقَاصِدِ الْبَائِعِ
 مِنْ نَفْسِ اُمِ الْوَلَدِ (وَفِي الْجَمِيعِ نَظَرٌ)
 اذْ يَرْدُعُنِي الاَوْلُ: اَنْ حَقِّ الْبَائِعِ مَقْدُومٌ عَلَى حَقِّ اُمِ الْوَلَدِ وَالْمَوْلَى.
 وَعَلَى الثَّانِي: اَنَّ الْفَتاوَى اَنْمَاهُ فِي صُورَةِ اَقْدَامِ الْمَوْلَى لِلْاعْطَاءِ

و المراد بثمنها ما جعل عوضا لهافي عقد مساومتها و ان كان صلحا .
وفي الحال الشرط المذكور في متن العقد بالثمن ، كما اذا اشترط
الانفاق على البائع مدة معينة اشكال .
وعلى العدم لوفسخ البائع

اما صورة عدم اقدامه فلا وجاهة ، لسقوط حق البائع .
وعلى الثالث : انه لا دليل بتغليب جانب الحرية مطلقا حتى في
امثال هذه المسألة ، هذا .
ولكن للسائل في المسألة مجال واسع (و المراد بثمنها ما جعل عوضا
لهافي عقد مساومتها) اي حين يريد التبادل و انتقالها إلى المولى
الجديد (و ان كان) العقد (صلحا) لوضوح ان ليس المراد الاشتراك
بما هو اشتراك ، بل العرف يرى ان الاشتراك فرد من افراد الكل .
(وفي الحال الشرط المذكور) اي الشرط الذي يذكر (في متن
العقد بالثمن ، كما اذا اشترط الانفاق على البائع مدة معينة) في ضمن
اشتراكها ، كما لو اشتراها بعائمة 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
ثمنا ، فلا يجوز البيع .
(وعلى العدم) بان قلنا : ان الشرط لا يلحق بالثمن ، فلا يجوز
للمشتري بيعها (لوفسخ البائع) حيث رأى ان المشتري بالشرط

في الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

.....
فإن قلنا : بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ استردت .
وان قلنا : بمنعه عنه فينتقل إلى القيمة .

ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء القيمة ، امكن القول بجواز
استردادها ، لأن المانع عنه هو عدم انتقالها ، فإذا لم يكن بدّ من نقلها
لأجل القيمة ، لم يمنع على ردّها إلى البائع ، كما لو بيعت على البائع في

(ف) هل يمكن البائع من فسخ المعاملة واسترداد الألة وقد استولدها
المشتري ، أم لا ؟ احتمالان .

ف (أن قلنا : بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ) في كل
مكان كان للبائع الفسخ (استردت) بعد ان فسخ البائع المعاملة .
(وان قلنا : بمنعه) أي الاستيلاد (عنه) أي عن الاسترداد (فينتقل
إلى القيمة) فإذا لم يف المشتري بالشرط ، وفسخ البائع ، أخذ القيمة
من المشتري ، لكن لما كان المشتري غير قادر على اعطاء القيمة كان له ان
يبيع الجارية ، ويصدق أنها بيعت في ثعن رقبتها .

(ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء القيمة) لدلالة النص والفتوى
عليه (امكنا القول بجواز استردادها) فإذا فسخ البائع استرد لها من
دون حاجة إلى القول باسترداد القيمة وبيعها ، لرد المشتري القيمة
إلى البائع (لأن المانع عنه) أي عن الاسترداد (هو عدم انتقالها)
من ملك المشتري الذي أولدها (إذا لم يكن بدّ) وعلاج (من نقلها
لأجل القيمة ، لم يمنع عن ردّها إلى البائع) اذا لفرق بين الانتقالين
(كما لو بيعت على البائع في

ثمن رقبتها .

هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها .

واما بيعها في دين آخر .

فإن كان مولاً حياً، لم يجز اجمعوا على الظاهر المصح به في
كلام بعض .

وان كان بعد موته ، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً ،
لا صالة بقاء المنع في حال الحياة .

ثمن رقبتها) .

(هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها) .

وهناك فروع أخرى أضرب عنها المصنف «ره» والسكوت عنها مجمل ،
لان المسألة خارجة عن محل الاستيلاد فعلاً ، وان كانت في زمن وجود
العبد والأماء من أكثر المسائل دورة ، والله المستعان .

(واما بيعها في دين آخر) كمالukan المولى مدینونا جلها ، او لاجل
غيرها ، مثلاً كان مديوناً نفقات شفائها من المرض ، او نفقات نفس المولى .

(فإن كان مولاً حياً ، لم يجز اجمعوا على الظاهر المصح به) ا)
بالاجماع (في كلام بعض) لأن الكلى المذكور في الروايات المانع عن
بيعها شامل لهذا الفرد أيضاً .

(وان كان بعد موته ، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً ،
لا صالة بقاء المنع في حال الحياة) (في) متعلق بـ (المنع) اي استصحاب
المنع إلى ما بعد الموت .

في الموارد المستثنى من عدم جواز بيع أم الولد

و لا طلاق روایتى عمرین يزيد المعتقد متين منطوقا و مفهوما .
وبهما يخصّص مادل بعمومه على الجواز ، مما يتخيّل صلاحية
لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد ، كمفهوم مقطوعة يونس في أم ولد
ليس لها ولد ، مات ولدها ، و مات عنها أصحابها ، ولم يعتقها ، هل
يجوز لأحد تزويجها ؟ قال : لا ، لا يحل لأحد تزويجها إلا بعتق من الورثة
وان كان لها ولد ، و ليس على الميت دين ، فهو للولد ، و اذا
ملأها الولد عتق بسملك

(ولا طلاق روایتی عمر بن یزید) الصحيحه ، وغيرها (المتقد متین)
فی مسألة البيع فی ثمن نفسها (منطوقاً ومفهوماً)
فإن الصحيحه كانت صريحة في عدم جواز البيع في سائر الموارد و
الرواية كانت دالة بالمفهوم .

(وبهـما يخصـص مـا دلـ بعـمومـه عـلـى الـجـواـز ، مـا يـتـخـيل صـلاـحيــة
لتـخـصـيـص قـاعـدـة المـنـع عـن بـيع اـم الـولـد) وـ ما يـتـخـيل صـلاـحيــة ، هـو (كـفـهــرـومـ
مـقـطـوـعـة يـونـسـفـى اـمـولـدـ لـيـسـ لـهـاـ ولـدـ مـاتـ ولـدـ هـاـ وـمـاتـ عـنـهـاـ صـاحـبـهاـ ، وـ لـمـ
يـعـقـهاـ ، هـلـ يـجـوزـ لـاـ حدـ تـزوـيجـهـاـ ؟ قـالـ : لـاـ ، لـاـ يـحـلـ لـاـ حدـ تـزوـيجـهـاـ
اـلـاـ بـعـقـدـ مـنـ الـورـثـةـ)

المراد التزويج بدون رضاية الورثة، فان ذلك لا يصح الا بعد
عتقه اما تزويجها باجازة المولى اى الورثة فان ذلك لا يحتاج الى العتق
(وان كان لها ولد ، وليس على الميت دين ، فهو للولد) من
باب ارثه عن والده (واذا ملكها الولد) بالاولت (عتقت بـ) مجرد (ملك

ولد هالها ، وان كانت بين شركاء ، فقد عتقت من نصيبيه و تستسعنى فى
بقية ثمنها خلافا للمحكى عن المبسوط ، فجوز البيع حينئذ مع استغراق
الدين .

والجواز ظاهر المعتبرين ، وكنز العرفان ، والصimirى ، ولعل
وجه تفصيل الشيخ : ان الورثة لا يرثون مع الاستغراق ، فلا سبيل الى
انعتاق ام الولد الذى

ولد هالها ، وان كانت الامة (بين شركاء ، فقد عتقت من نصيبيه) اي
نصيب ولدها ، كمالو كان المشترك فيها ولدها ، و ورثة آخرين للمولى (و
تستسعنى) الامة (فى بقية ثمنها) اي بقايا ثمن رقبتها ، فان مفهوم قوله
عليه السلام « وليس على الميت دين » انه لو كان عليه دين ، لم تكن
هي للولد ، بل تصرف في الدين .

وهذا مطلق شامل لما يكون الدين في ثمن رقبتها ، او كان في
جهة اخرى (خلافا للمحكى عن المبسوط ، فجوز البيع حينئذ) اي حين
كان المولى مد يوان الدين آخر غير ثمن رقبتها (مع استغراق الدين) بان
كان الدين مثلا للفنا ، او اكثر ، وثمنها الفا .

(والجواز ظاهر المعتبرين ، وكنز العرفان ، والصimirى ، ولعل
وجه تفصيل الشيخ) بين الدين المستغرق فيجوز بيعها ، وبين الدين
غير المستغرق ، فلا يجوز بيعها (ان الورثة لا يرثون مع الاستغراق) اي
استغراق الدين لثمن الامة (فلا سبيل الى انعتاق ام الولد) اذا المال
يبقى في ملك الميت ، وينتقل الى الديان لا الى الورثة (الذى)

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْدَةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَيعِ أُمِّ الْوَلَدِ

.....

هُوَ الْغَرْضُ مِنَ الْمَنْعِ عَنْ بَيْعِهَا .

وَعِنْ نَكَاحِ الْمَسَالِكِ : أَنَّ الْأَقْوَى اِنْتِقالَ التِّرَكَةِ إِلَى الْوَارِثِ مُطْلَقاً
وَأَنْ مَنْ مِنَ الْتَّصْرِيفِ بِهَا عَلَى تَقْدِيرِ اِسْتِغْرَاقِ الدِّينِ فَيَنْعَتِقَ
نَصْبِ الْوَلَدِ مِنْهَا كَمَا لَوْلَمْ يَكُنْ دِينٌ ، وَيُلْزِمُهُ أَدَاءً قِيمَةَ النَّصْبِ مِنْ مَالِهِ
وَرِبَّما يَنْتَصِرُ لِلْمُبَسوِطِ عَلَى الْمَسَالِكِ

صَفَةُ «الْانْعَتَاقِ» (هُوَ الْغَرْضُ مِنَ الْمَنْعِ عَنْ بَيْعِهَا) إِذْ لَوْلَا قَدْ
الْانْعَتَاقُ فَبِإِيْسَ سَبِبَ آخَرَ يَمْنَعُ بَيْعَهَا .

وَهَذَا بِخَلْفِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الدِّينُ مُسْتَغْرِقاً ، كَمَا لَوْكَانَ الدِّينُ
الْفَاءُ ، وَالْأَمْمَةُ بِالْفَ وَمَا يَهُ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَوْلَدَهَا نَصْبِ ، وَبِذَلِكَ النَّصْبِ
تَنْعَتِقُ مِنْهَا بِقَدْرِ حَصْتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لَا نَبْنَاءً الْحُرْيَةِ عَلَى التَّغْلِيبِ وَ
الْلَّازِمِ أَنْ تَسْتَعْصِيَ فِي بَقِيَّةِ الثَّمَنِ .

(وَعِنْ نَكَاحِ الْمَسَالِكِ : أَنَّ الْأَقْوَى اِنْتِقالَ التِّرَكَةِ إِلَى الْوَارِثِ مُطْلَقاً)
سَوَاءً كَانَ الدِّينُ مُسْتَغْرِقاً ، أَمْ لَا ؟

(وَأَنْ مَنْ مِنَ الْتَّصْرِيفِ بِهَا) أَيْ بِالْتِرَكَةِ (عَلَى تَقْدِيرِ اِسْتِغْرَاقِ
الْدِينِ) كَسَائِرِ الْإِمْلَاكِ الْمُحْجُورَةِ عَلَى اِرْبَابِهَا (فَيَنْعَتِقَ نَصْبِ الْوَلَدِ
مِنْهَا) أَيْ مِنَ الْأُمُّ الْمُسْتَوْلَدَةِ (كَمَا لَوْلَمْ يَكُنْ دِينٌ ، وَيُلْزِمُهُ) أَيْ الْوَلَدِ
(أَدَاءً قِيمَةَ النَّصْبِ مِنْ مَالِهِ) لَا نَفْرُوضَ أَنَّ الْعَالَمَ كَلَّهُ يَجِبُ أَنْ يَصْرُفَ
فِي الدَّيَانِ .

(وَرِبَّما يَنْتَصِرُ لِلْمُبَسوِطِ عَلَى الْمَسَالِكِ) فَيَقُولُ : بَيْانُ مَقْضَى الْقَاعِدَةِ
مَا ذُكِرَهُ الشَّيْخُ مِنْ : أَنَّهُ مَعَ اِسْتِغْرَاقِ الدِّينِ لَا سَبِيلٌ لِلْانْعَتَاقِ أُمِّ الْوَلَدِ ،

أولاً بان المستفاد ممادل على أنها تعتق من نصيب ولد ها ، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب ، من غير ان يقوم عليه اصلا .
وانما الكلام في باقي الحصص ان لم يف نصبيه من جميع التركة
بقيمة أمّه هل تقوم عليه ، او تسعى هي في اداء قيمتها .

لاكما قاله المسالك من انه مع الاستغرار ايضا تعتق الام (أولاً بان المستفاد ممادل على أنها تعتق من نصيب ولد ها ، ان ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب ، من غير ان يقوم عليه اصلا)
فالولد اذا كان مستحقاللنسبة ، بان لم يكن الدين مستغرقا
اعتقى أمّ الولد من نصبيه .

اما اذا لم يكن له نصيب بل كان اللازم ان يعطى الولد المال
- بالنتيجة - لم يشعله : دليل انتهاك الام من حصته .
(وانما الكلام في باقي الحصص) اذا كان نصيب الام من الولد
ريعها مثلا ، فثلاثة الارباع الباقية كيف تكون في ما (ان لم يف نصبيه) اي
نصيب الولد من الارث (من جميع التركة بقيمة أمّه) «بقيمة» متعلق بـ
«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 استغرار الدين ، وانما الكلام في
صورة كون الدين غير مستغرق ، مما يسبب عدم وفاء نصيب الولد بقيمة
الام كاملة ، او لم يكن دين ، لكن كانت قيمة الام اكثرا من نصيب الولد .

فى الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

و ثانياً : بان النصيب اذا نسب الى الوارث فلا يراد منه ، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين ، وسائر ما يخرج من الاصل و المقصود منه النصيب المستقر الثابت ، لا النصيب الذى يحكم بمتلك الوارث له تفصياً من لزوم بقاء الملك بلا مالك .

و ثالثاً : ان ما ادعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما

(و ثانياً : بان النصيب) للولد (اذا نسب الى الوارث) بان قبل نصيب الوارث (فلا يراد منه ، الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين ، و) بعد اداء (سائر ما يخرج من الاصل) كالكفن ، وما اشبه (و المقصود منه النصيب المستقر الثابت) الذى يبقى للاخير في ملك الموارث (لا) ان المراد بـ (النصيب الذى يحكم بمتلك الوارث له) ويقال : بانه ملك للوارث - لا انه ملك حقيقة - بل (تفصياً) و تخلصاً (من لزوم بقاء الملك بلا مالك) اذ لو كان الدين مستغرقاً بالمال بالنتيجة للديان ، لكن لا مال له فعلاً الا الوارث ، اذ الميت ليس قابلاً للملك ، والديان لا يملكون المال تلقياً من الميت ، بل لا بد من القول بان الورثة هم المالكون ، لكنه محجور عليهم .

و انما 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 .

(و ثالثاً : ان ما ادعاه) المبسوط (من الانعتاق على الولد بمثل 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 فالظاهران

المراد به غير هذا القسم.

ولذا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه بناءً على
صحة الوقف، وانتقال الموقوف الى الموقوف عليه.

لم ينصّ عليه الاصحاب، ولا دلّ عليه دليل معتبر) فكيف يقال : بعتقد
اللام من هذا الملك.

(و) ان قلت : هذا ملك ، فيشمله الاخبار و الفتوى .

قلت : (ما يوهمه الاخبار، وكلام الاصحاب من اطلاق الملك) على
هذا المال الذى خلفه الميت (فالظاهران المراد به غير هذا القسم)
من الملك المحجور .

قول الاصحاب : بان الام تنتعى من ملك الولد ، لا يراد به الا
الملك الطلق ، لا الملك المحجور . كالتركة فيما اذا كان الدين مستغرقا –
(ولذا) الذى لا يشمل الملك فى كلام الاصحاب ، والاخبار للملك
المحجور (لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه) فيما اذا
وقف مالك العبد عبده على ولد العبد – مثلا – فان الاب لو صار ملكا للولد
ينعتق عليه ، لكن اذا لم يكن ملكا محجورا كما فى المثال حيث ان العبد
وقف (بناءً على صحة الوقف) اي صحة وقف العبد على ابنه مثلا (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

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَثْنَاهُ مِنْ عَدْمِ جَوازِ بَيعِ أُمِّ الْوَلَدِ

وَرَابعًا : أَنَّهُ يَلْزَمُ عَلَى كَلَامِهِ أَنَّهُ مَتَى كَانَ نَصِيبُ الْوَلَدِ مِنْ أَصْلِ التَّرْكَةِ بِالْجَمْعِ يَسَاوِي قِيمَةَ أُمِّهِ ، تَقْوِيمُهُ عَلَيْهِ سَوَاءٌ كَانَ هُنَاكَ دِينٌ مُسْتَخْرِقٌ أَمْ لَا :

وَسَوَاءٌ كَانَ نَصِيبُهُ الثَّابِتُ فِي الْبَاقِي بَعْدِ الدِّيُونِ ، وَنَحْوُهُ يَسَاوِي قِيمَتِهَا ، أَمْ لَا :

وَكَذَلِكَ لَوْسَاوِي نَصِيبُهُ مِنْ أَصْلِ ، نَصْفِهِ ، أَوْ ثُلُثِهِ ، أَوْغَيْرِ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ نَصِيبُهُ عَلَيْهِ كَائِنًا مَا كَانَ ، وَيَسْقُطُ مِنْ القيمةِ نَصِيبُهُ الْبَاقِي

عَنِ التَّمثيلِ بِهِ .

(وَرَابعًا : أَنَّهُ يَلْزَمُ عَلَى كَلَامِهِ أَيْ كَلَامِ الْمُبَسْطَ (أَنَّهُ مَتَى كَانَ نَصِيبُ الْوَلَدِ مِنْ أَصْلِ التَّرْكَةِ بِالْجَمْعِ) أَيْ تَكَامُ التَّرْكَةِ (يَسَاوِي قِيمَةَ أُمِّهِ تَقْوِيمُهُ أُمِّ (عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْوَلَدِ (سَوَاءٌ كَانَ هُنَاكَ) عَلَى الْمَيِّتِ (دِينٌ مُسْتَخْرِقٌ) لِلتَّرْكَةِ (أَمْ لَا) بَلْ الدِّينُ لَا يَسْتَغْرِقُ .

(وَ) حِينَ كَانَ الدِّينُ غَيْرُ مُسْتَغْرِقٍ (سَوَاءٌ كَانَ نَصِيبُهُ الثَّابِتُ فِي الْبَاقِي) مِنَ التَّرْكَةِ (بَعْدِ الدِّيُونِ ، وَنَحْوُهُ) أَيْ نَحْوُ الدِّيُونِ كَالْكَفَنِ (يَسَاوِي قِيمَتِهَا ، أَمْ لَا)

(وَكَذَلِكَ) هَذَا عَطْفُ عَلَى قَوْلِهِ « يَسَاوِي قِيمَةَ أُمِّهِ » (لَوْسَاوِي نَصِيبِهِ) أَيْ الْوَلَدِ (مِنْ أَصْلِ ، نَصْفِهِ ، أَوْ ثُلُثِهِ) أَيْ نَصْفُ قِيمَةِ أُمِّ أَوْ ثُلُثُ قِيمَةِ أُمِّ (أَوْغَيْرِ ذَلِكَ) كَمَا لَوْكَانَ رِبْعُهَا ، أَوْ ثُلُثِيهَا - إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ النَّسْبِ الْكُسْرِيَّةِ - (فَإِنَّهُ يَقُولُ نَصِيبُهُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْوَلَدِ (كَائِنًا مَا كَانَ) النَّصِيبُ (وَيَسْقُطُ مِنْ القيمةِ نَصِيبُهُ الْبَاقِي

.....

الثابت ان كان له نصيب ، ويطلب بالباقي .

و هذا امما لا يقوله احد من الاصحاب ، و ينبغي القطع ببطلانه

الثابت ان كان له نصيب) باق ثابت ، بان كان الدين غير مستغرق (و
يطلب) الولد (بالباقي) الذى هو ازيد من نصبيه .

(و هذا امما لا يقوله احد من الاصحاب ، و ينبغي القطع ببطلانه)
والحاصل : ان الصور اربع ، لان نصيب الولد اما يساوى قيمة امه
اولا يساوى .

وفي صورة التساوى الدين اما مستغرق ، او غير مستغرق .
وفي صورة الدين غير مستغرق اما نصبيه الثابت فى الباقي يساوى
قيمتها ، اولا .

(١) نصيب الولد يساوى قيمة امه والدين مستغرق .
(٢) نصيب الولد يساوى قيمة امه والدين غير مستغرق ، لكن نصيب
الولد الثابت فى الباقي يساوى قيمتها .

(٣) نصيب الولد لا يساوى قيمة امه والدين غير مستغرق لكن نصيب
الولد الثابت فى الباقي لا يساوى قيمتها .

(٤) نصيب الولد لا يساوى قيمة امه والامثلة على ذلك .
(١) نصيب الولد خمسون و الدين مائة و قيمتها خمسون ، وقد خلف
الميت ولدين و تركته مائة ، فان نصيب الولد هو خمسون يساوى عشر
قيمة الامة لكن الدين مستغرق .

(٢) الصورة السابقة باستثناء كون الدين خمسين «لامائة» و

باستثناء كون قيمتها خمساً وعشرين «لا خمسين» فان نصيب الولد ليس أقل من قيمة امه ، والدين ليس بمستغرق ، ونصيب الولد الثابت فى الباقى «بعد اخراج الدين» يساوى قيمتها اذا يبقى للولد بعد الدين خمس وعشرون ، و ذلك يساوى قيمتها .

(٣) نصيب الولد خمسون والدين خمسون ، وقيمتها ثلاثون ، فان نصيب الولد الباقى لا يساوى قيمتها ، اذا نصبيه الباقى خمسة وعشرون ، وقيمتها اكثرب من ذلك بخمسة .

(٤) نصيب الولد خمسون والدين خمسون ، وقيمتها مائة ، فان نصيب الولد لا يساوى قيمة امه بل قيمة الام اكثرب ، وهذه صور الاقسام .

نصيب الولد يساوى قيمة امه . $\frac{1}{4}$ لا يساوى (٤)

الدين مستغرق $\frac{1}{4}$ ليس الدين مستغرق (١)

نصبيه الثابت فى الباقى يساوى قيمتها $\frac{1}{4}$ لا يساوى (٢)

ثم ان مرجع الوجوه الثلاثة الاولى التي اورد ها صاحب المقابيس على الشهيد الى الاشكال في انه لا دليل على ان الولد يعتق امه من مال آخر غير ماله الذي ورثه .

ومرجع الوجه الرابع الى انه تلزم الغرامه على الولد وذلك خلاف الاجماع ، فالدليل موجود على بطلان هذا الوجه .

هذا حاصل كلام المقابيس على الشهيد في المسالك انتصار الكلام المبوسط ، قال الشيخ في صدر رد المقايس انتصار الشهيد الثاني .

و يمكن دفع الاول بان المستفاد من ظاهر الاadle انعتاقها من نصيب ولدها ، حتى مع الدين المستغرق ، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد .

لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد ، قهرا بقيمة نصبيه . او وجوب بيعها في القيمة جماعيين مادل على الانعتاق على الولد

(و يمكن دفع الاول) اي ما ذكر بقوله ((اولا)) (بان المستفاد من ظاهر الاadle على ان ام 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 نصبيه) بان يعطى قيمة ما يصيبه من الارث ، فاذا كان نصيب الولد مائة - من الارث - وكانت قيمة الام مائة انعتقت الام فـى مقابل نصيب الولد ، وكان على الولد ان يعطى مائة للذين يطلبون من ابيه حينما كان الدين مستغرقا .

((او وجوب بيعها في القيمة) بان يعطى الولد قيمة نصبيه ، فاذا لم يتمكن من اداء قيمة النصيب ، بيعت ام الولد لاداء دين الولد الذى ركبه من جراء انعتاق امه .

وانما نقول : بانعتاق الام من جانب ، و وجوب اعطاء الولد قيمة نصبيه من جانب آخر (جماعيين مادل على الانعتاق على الولد

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْدَةِ مِنْ عَدَمِ جُوازِ بَيعِ اُمّ الْوَلَدِ

الذى يكشف عنه اطلاق النهى عن بيعها .

وبين ما دل على ان الوارث لا يستقر له ما يقابل نصيه من الدين
على وجه يسقط حق الديان .

غاية الامر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص ، وعدم كونه
كسائر الاموال التي يكون للوارث الامتناع عن اداء مقابلها ، ودفع
عینهَا إلَى الْدِيَانِ فَيَكُونُ لَهُمْ أَخْذُ الْعِينِ

الذى يكشف عنه) اى عن الانعتاق على الولد (اطلاق النهى عن بيعها)
فإن الاطلاق شامل لما إذا كان على المولى دين مستغرق

أو لم يكن عليه دين مستغرق .

(وبين ما دل على ان الوارث لا يستقر له ما يقابل نصيه من الدين)
استقرارا (على وجه يسقط حق الديان)

فالدليل الاول - اى الاطلاق - يقول بالانعتاق .

والدليل الثاني ((اى ما دل على ان الوارث لا يستقر .)) يدل
على اشتغال ذمة الولد بقيمة نصيه .

(غاية الامر) في تقديم حق انعتاق الام على حق الديان، (سقوط
حقهم) اى الديان (عن عين هذا المال الخاص) اى ام الولد (عدم
كونه) اى ام الولد (كسائر الاموال التي يكون للوارث الامتناع عن اداء
مقابلها ، و) يكون له (دفع عینهَا إلَى الْدِيَانِ) بل على الوارث ان يعطي
مقابل هذا المال ((اى ام الولد)) الى الديان ، وتنعدم ام الولد من
حصته في الارث (فيكون لهم) اى للديان (أخذ العين) اى ام الولد

إذا امتنع الوارث من اداء مقابل العين.

والحاصل أن مقتضى النهى عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها بعد موته عدم تسلط الديان على اخذه ، ولو مع امتنان الولد عن فكه بالقيمة .

وعدم تسلط الولد على دفعها وفاءً عن دين أبيه.

• لازم ذلك ان تناقشه على الولد .

اذا امتنع الوارث من اداء مقابله العين) اى قيمة ام الولد وهذا
 اشارة الى ما ذكره قبلـا ((او وجوب بيعها فى القيمة))
 (والحاصل) من الجمع بين دليلى حق ام الولد ، وحق الدّيان
 (ان مقتضى النهى عن بيع ام الولد فى دين غير ثعنها بعد موت المولى)
 وانماقال ((غير ثعنها)) لانه تقدم انه يجوز بيعها فى ثعن رقبتها
 اذا كان الدين مستغرقاً بان لم يكن للمولى ما يؤدى به ثعن الامة (عدم
 تسلط الدّيان على اخذها) اى اخذ ام الولد من باب دينهم (ولو مع
 امتناع الولد عن فكهها بالقيمة) بان امتنع من اعطاء قيمة ام الـدّيان لتنفك
 الـام .

(وعدم) عطف على ((عدم)) (تسلط الولد على دفعها) اعن دين أبيه) لأن دليل الانعتاق مانع عن دفعها .
(ولازم ذلك) أي لازم عدم تسلط الديان ، ولا الولد على رقبة الامة
انعتاقها على الولد) قهر امن نصبيه من الارث .

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

فيترد دالا مر حينئذ بين سقوط حق الديان عما قبلها من الدين،

فتكون أم الولد نظير مؤنة التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها .

وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على من تتلف في ملكه، و

تنعدق عليه وهو الولد .

وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها ، فتسعى فيها .

وبين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم ان يؤجروها مدة طولية

يفي

(فيترد دالا مر) في شأنها أو شأن الديان (حينئذ) اي حين عدم حق الديان في اخذها ، وعدم حق الولد في اعطائها (بين سقوط حق الديان عما قبلها من الدين) فيكون حال الميت كانه لا ام ولده ، فاللازم تقسيم الديان بقيمة التركة بالنسبة (فتكون أم الولد نظير مؤنة التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها) اي بام الولد - اصلا .

(وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها) اي قيمة أم الولد - لاعينها -

تعلقا (على من تتلف) أم الولد (في ملكه ، و تنعدق عليه)

« و تنعدق عطف على » من « تتلف » و المراد بـ « من » وبضمير

« ملكه » « عليه » : الولد .

ولذا قال (وهو الولد) بان يأخذ الديان قيمة الام من الولد .

(وبين ان يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها ، فتسعى) هي

بعد عتقها (فيها) اي في قيمة نفسها .

(وبين ان يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم ان يؤجروها مدة طولية تغطي

اجرتهابـ ينهم ، كماقيل يتعلق حق الغرماء بمنافع آم ولد المفلس .
لا اشكـال فـى عدم جواز رفع الـيدعـمال على بـقاء حق الـديـان
مـتعلـقاـ بالـترـكـةـ فيـدـورـ الـامـرـ بـيـنـ الـوـجـهـيـنـ ،ـ فـتـنـعـقـ عـلـىـ كلـ حـالـ
وـيـبـقـىـ التـرـجـيـحـ بـيـنـ الـوـجـهـيـنـ مـحـتـاجـاـ لـ التـأـمـلـ .

اجرتهابـ ينهم) او يـصالـحـواـ عنـ اـجـرـتهاـ ،ـ اوـ ماـشـبـهـ ذـلـكـ (ـ كـماـقـيلـ يـتـعـلـقـ
حقـ الغـرـماـءـ بـمـنـافـعـ آـمـ وـلـدـ المـفـلـسـ)ـ فـاـذـ الـفـلـسـ اـنـسـانـ وـحـجـرـ عـلـيـ الـحـاـكـمـ
بـاعـ اـموـالـهـ ،ـ وـزـعـهـاـفـىـ الـدـيـانـ ،ـ لـكـنـهـ لـاـ يـبـيـعـ آـمـ وـلـدـهـ ،ـ وـاـنـعـاـيـؤـجـرـهـاـ
اجـارـةـ طـوـيـلـةـ بـمـقـدـارـ قـيمـتـهاـ وـيـوزـعـ الـاجـرـةـ عـلـىـ الـدـيـانـ .

(ـ وـ)ـ حـيـثـ دـارـ الـامـرـيـنـ اـنـ لـاـ يـتـعـلـقـ بـهـاـ حقـ الـدـيـانـ اـصـلـاـ
ـ كـالـتـجـهـيزــ وـبـيـنـ اـنـ يـتـعـلـقـ عـلـىـ اـحـدـ الـوـجـوهـ الـمـذـكـورـهـ ،ـ فـ (ـ لـاـشـكـالـ
ـ فـىـ عـدـمـ جـواـزـ رـفـعـ الـيـدـعـمالـ عـلـىـ بـقاءـ حقـ الـدـيـانـ مـتـعـلـقاـ بـالـترـكـةـ)
اـذـ لـاـ وـجـهـ لـذـكـ بـعـدـ اـطـلاقـ الـادـلـهـ (ـ فـيـدـورـ الـامـرـ بـيـنـ الـوـجـهـيـنـ .

ـ الـاخـيـرـيـنـ)ـ اـىـ انـ يـتـعـلـقـ حقـ الـدـيـانـ عـلـىـ الـوـلـدـ ،ـ وـاـنـ يـتـعـلـقـ حقـ
ـ الـدـيـانـ عـلـىـ نـفـسـهـاـ ،ـ اـمـ اـبـرـقـبـتهاـ ،ـ اوـ بـمـنـافـعـهاـ (ـ فـتـنـعـقـ عـلـىـ آـمـ الـوـلـدـ(ـ عـلـىـ
ـ كـلـ حـالـ)ـ سـوـاـ قـلـنـابـهـذـاـ الـوـجـهـ ،ـ اوـ بـذـكـ (ـ وـيـبـقـىـ التـرـجـيـحـ بـيـنـ الـوـجـهـيـنـ مـحـتـاجـاـ لـ التـأـمـلـ)ـ

ـ اـذـ يـحـتـمـلـ اـنـ يـتـعـلـقـ الحقـ عـلـىـ نـفـسـهـاـ لـاـ تـزـرـ وـازـرـةـ وـزـراـخـرـىـ .

ـ وـيـحـتـمـلـ اـنـ يـتـعـلـقـ الحقـ عـلـىـ الـوـلـدـهـ ،ـ لـاـنـهـ الـمـكـلـفـ بـعـقـبـهـاـ فـيـماـ
ـ اـذـ اـكـانـ لـهـ نـصـيـبـ ،ـ فـيـسـحـبـ الـحـكـمـ اـلـىـ صـورـةـ مـالـ يـكـنـ لـهـ

ـ نـصـيـبـ .

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنَاةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَيعِ أُمِّ الْوَلَدِ

وَمَا ذَكَرْنَا يُظَهِّرُ اندفاعَ الوجهِ الثَّانِيَ ٠

فَإِنْ مَقْضِيَ الْمَنْعِ عَنْ بِيعِهَا مُطْلِقاً ، أَوْ فِي دِينِ غَيْرِ ثَنْفِهَا اسْتِقْرَارٌ

مِلْكُ الْوَارِثِ عَلَيْهَا ٠

وَمِنْهُ يُظَهِّرُ : الْجَوابُ عَنِ الْوَجْهِ الثَّالِثِ

(وَمَا ذَكَرْنَا) فِي دُفَعِ الْأَشْكَالِ الْأَوَّلِ (يُظَهِّرُ اندفاعَ الوجهِ الثَّانِيَ)
الْقَائلُ بِإِنَّ الْمَرَادَ «نَصِيبَ الْوَلَدِ» فِي قَوْلِهِمْ «تَعْتَقُ الْأُمُّ مِنْ نَصِيبِ
الْوَلَدِ» إِنَّمَا هُوَ النَّصِيبُ الَّذِي يَكُونُ لَهُ بَعْدَادَاءُ الدِّينِ ، لَا إِنَّ الْمَرَادَ
النَّصِيبُ الَّذِي أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ إِذَا مُلِكَ عَلَى الْمَيْتِ دِينَ ٠

(فَإِنْ مَقْضِيَ الْمَنْعِ عَنْ بِيعِهَا) إِنْ مَادِلَ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ بَيعِ أُمِّ الْوَلَدِ
(مُطْلِقاً) سَوَاءً فِي دِينِ رَقْبَتِهَا ، أَوْ دِينِ غَيْرِ رَقْبَتِهَا (أَوْ فِي دِينِ غَيْرِ
ثَنْفِهَا) — بَإِنْ قَلَنا : بِإِنْ يَحُوزَ بِيعِهَا فِي دِينِ رَقْبَتِهَا ، وَإِنْ عَالَمَ يَجِزَانَ
تَبَاعَ فِي دِينِ غَيْرِ رَقْبَتِهَا — (اسْتِقْرَارُ مِلْكِ الْوَارِثِ عَلَيْهَا) إِنْ مِنَ الْوَارِثِ
— الَّذِي هُوَ الْوَلَدُ — ثَابَتْ مُلْكُهُ لَهَا ، بِمَعْنَى أَنَّهَا مُلْكُ الْوَلَدِ مِنْ نَصِيبِ
الْوَلَدِ ، فَلَا يَمْكُنُ أَنْ تَبَاعَ ٠

وَبِعِجْرَادِ أَنْ صَارَتْ مُلْكًا لِلْوَلَدِ اعْتَقَتْ ، فَإِذَا كَانَ هُنَاكَ دِينٌ مُسْتَغْرِقٌ
أَوْ غَيْرُ مُسْتَغْرِقٍ — لِلْمَوْلَى الْمَيْتِ — يَجِبُ أَنْ يُعَالِجَ ذَلِكَ الدِّينُ ، إِمَّا
بِتَغْرِيمِ الْوَلَدِ ، أَوْ تَغْرِيمِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي سَعِيهَا ، أَوْ فِي عَمَلِهَا بَإِنْ تَؤْجِرَ وَ
تَعْطِي الْأَجْرَةَ لِلْدِيَانِ — كَمَا تَقْدِمُ — ٠

(وَمِنْهُ يُظَهِّرُ : الْجَوابُ عَنِ الْوَجْهِ الثَّالِثِ) الْقَائلُ بِإِنَّ الْوَلَدَ
لَا يَمْلِكُ أُمَّ بِالْأَرْثِ ، إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دِينٌ مُسْتَغْرِقٌ ٠

اذا بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على ان يكون لهم اخذها
عند امتناع الوارث من الاداء فلامانع عن انعتاقها .

ولاجامع بينها وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق ، كما هو
ملك للبطن السابق .

واما ما ذكره رابعا فهو انما ينافي الجزم

واذا لم يملكونها الولد لم تتعنق (اذا بعد ما ثبت عدم تعلق حق
الديان بعينها) تعلقا (على ان يكون لهم اخذها عند امتناع الوارث من
الاداء) اذا هي متشبقة بالحرية (لامانع) بعدها الثبوت (عن
انعتاقها) .

اذا المانع عن الانعتاق انما هو حق الـ دـيـان .

فاذ اقلنا بانه لاحق لهم فيها ، كان اللازم القول بالانعتاق .

(و) القول : بانها كالوقف غير تمام ، اذا (لاجامع بينها) اي الامة
(و) وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق ، كما هو ملك للبطن السابق)
فان تعلق حق البطن اللاحق بالعبد الموقوف ، مانع عن انعتاق
العبد على البطن السابق - اذا كان البطن السابق ولدا للعبد
الموقوف - .

وهنا ليس كذلك ، اذا الديان لاحق لهم في الامة المستولدة حتى
يوجب حقهم عدم صحة انعتاق الامة على ولدها .

(واما ما ذكره رابعا) القائل : بان لازم انعتاقها اعطاؤه الولد
لشغاف كل الصور ، وهذا ملا يقال به احد (فهو انما ينافي الجزم) اي

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَثْنَاهُ مِنْ عَدَمِ جُوازِ بَيعِ أَمِ الْوَلَدِ

بِكُونِ قِيمَتِهَا بَعْدَ الْانْعَتاقِ مُتَعْلِقاً بِالْوَلَدِ

اِمَا اذَا قَلَنَا : بِاسْتِسْعَائِهَا فَلَا يَلْزَمُ شَيْءاً

فَالضَّابطُ حِينَئِذٍ اَنَّهُ تَنْعَتِقُ عَلَى الْوَلَدِ مَالِمٍ يَتَعْقِبُهُ ضَمَانٌ مِنْ نَصِيبِهِ

فَإِنْ كَانَ مَجْمُوعُ نَصِيبِهِ أَوْ بَعْضُ نَصِيبِهِ يَمْلِكُهُ مَعَ ضَمَانٍ اِدَاءً مَاقِبَلَهُ مِنَ الدِّينِ ،

اِنْ نَجَمَ (بِكُونِ قِيمَتِهَا بَعْدَ الْانْعَتاقِ) اَيْ بَعْدَ اَنْ تَنْعَتِقَ (مُتَعْلِقاً بِالْوَلَدِ) اَذْ يَلْزَمُ مِنْهُ مَا لَا يَقُولُ بِهِ اَحَدٌ - كَما تَقْدِمُ -

(اِمَا اذَا قَلَنَا : بِاسْتِسْعَائِهَا) اَيْ بِاَنَّهَا تَسْعَى لِادَاءِ قِيمَتِهَا ، اَوْ

قَلَنَا : بِاَنَّهَا تُؤْجِرُ وَيُصْرَفُ بَدْلُ اِيجَارِهَا فِي ثَمَنِهَا (فَلَا يَلْزَمُ شَيْءاً) مِنَ القُولِ بِمَا يَخَالِفُ الاجْمَاعَ .

(فَالضَّابطُ حِينَئِذٍ) اَيْ حِينَ قَلَنَا : بِاسْتِسْعَائِهَا (اَنَّهُ تَنْعَتِقُ عَلَى الْوَلَدِ مَالِمٍ يَتَعْقِبُهُ) اَيْ يَتَعْقِبُ عَنْهُ (ضَمَانٌ مِنْ نَصِيبِهِ) بَانَ لَمْ يَضْمُنِ الْوَلَدُ اَنْ يَعْطِي شَيْئاً مِنْ كِيسِهِ أَوْ بَعْضِ نَصِيبِهِ اَيْ لَمْ يَجِدْ الْعَتْقَ اَنْ يَعْطِي الْوَلَدَ تَامَّاً ثَمَنِهَا ، اَوْ بَعْضَ ثَمَنِهَا ، وَذَلِكَ بَانَ كَانَ الْأَرْثُ الَّذِي وَرَثَهُ الْوَلَدُ يَكْفِي بِاَنْعَتِقَهَا ، بَانَ لَمْ يَكُنِ الدِّينُ عَلَى الْمَوْلَى بِحِيثِ يُوجَبُ اَنْعَتاقُ اَمِ الْوَلَدِ خَسَارَةً عَلَى الْوَلَدِ (فَإِنْ كَانَ مَجْمُوعُ نَصِيبِهِ اَيْ نَصِيبُ الْوَلَدِ اَوْ بَعْضُ نَصِيبِهِ) بِحِيثِ (يَمْلِكُهُ) الْوَلَدُ (مَعَ ضَمَانٍ اِدَاءً مَاقِبَلَهُ مِنَ الدِّينِ)

مَثَلاً : كَانَتْ اَمِ الْوَلَدِ مَائِهًةً ، وَلَا نَصِيبٌ لِلْوَلَدِ - لِكُونِ الدِّينِ مُسْتَغْرِقاً -

اوْ كَانَ نَصِيبُهُ مِنَ الْأَرْثِ خَسِينَ ، لِكُونِ الدِّينِ ذَهَبٌ بِنَصْفِ حَصَةٍ

.....
كان ذلك في رقبتها

ومما ذكرنا يظهر ايضا انه لو كان غير ولدها ايضا مستحقا الشئ منها
بالارث لم يملك نصيبيه مجانا ، بل اما ان يدفع الى الديان ماقابل

الولد - مثلا - حتى اذا اريد ان يكون الانعتاق من نصيب الولد، لزم
على الولدان يؤدى ويضمن المائة او الخمسين الذى يقابل ثمناً للولد
(كان ذلك) - اى ماقابل - ف « ذلك » راجع الى الموصول اى (ما) -
(في رقبتها) كلاما - كالمائة - او بعضاً كالخمسين .

وقوله « فان كان » شرطه و قوله « كان ذلك » جزاء .
وحاصل هذا الكلام : ان الولد لا يخسر شيئا ، بل الخسارة عليها
وعليه فلا يلزم ماذكره صاحب المقابيس في اشكاله الرابع من انه
يلزم من خسارة الولد خلاف الاجماع .

(ومما ذكرنا) من ان الولد لا يخسر ، وانما الخسارة على نفس ام
الولد في سعيها (يظهر ايضا انه لو كان غير ولدها ايضا مستحقا الشئ
منها بالارث) كمال مات الاب ، وخلف الجارية فقط ، وكان وارثه ولدين
- مثلا - حيث ان الجارية تتصف بينهما ، وكان على المولى دين
يستغرق كل الاممة ، فان الاممة تعتق وتكلف الاممة باعطاء دين الديان الم
يملك نصيبيه) وكذلك (يدفع) بالمجهول اى لم تملك ام الولد نصيبي
سائر الورثة (مجانا) حتى يكون عتقها ضررا على غير ولد ها حتى يجب على
الولد الثاني ان يعطى من كيسه نصف الدين (بل اما ان يدفع الى
الديان) وهو الوارث الذى سبب انعتاق ام الولد هاب نصيبيه (ماقابل

فِي الْمُؤْرِدِ الْمُسْتَنَاةِ مِنْ عَدْمِ جَوَازِ بَعْثَامَ الْوَلَدِ

نَصِيبِهِ فَتَسْعَى أَمَّ الْوَلَدِ كَمَا لَوْلَمْ يَكُنْ دِينٌ فَيَنْعَتِقُ نَصِيبُهُ غَيْرُ وَلَدِهِ عَلَيْهِ
مَعْضُمَهَا أَضْمَانُ وَلَدِهِ أَقِيمَةُ حَصْتِهِ الَّتِي فَكَهَا مِنَ الدِّيَانِ .
وَإِمَّا إِنْ يَخْلُسِي بَيْنَهَا وَبَيْنَ الدِّيَانِ ، فَيَنْعَتِقُ أَيْضًا عَلَيْهِمْ

نَصِيبِهِ) أَيْ نَصِيبُ ذَلِكَ الدِّيَانِ (فَتَسْعَى أَمَّ الْوَلَدِ) لَادَاءً ذَلِكَ النَّصِيبِ
مِنَ الدِّينِ (كَمَا لَوْلَمْ يَكُنْ دِينٌ)
فَكَمَا كَانَ يَحْصُلُ الْوَلَدُ الْأَخْرَى عَلَى نَصِيبِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ دِينٌ مِنْ سَعْيِ
أَمَّ الْوَلَدِ .

كَذَلِكَ يَحْصُلُ الدِّيَانُ - إِلَآن - عَلَى دِينِهِمْ مِنْ سَعْيِ أَمَّ الْوَلَدِ،
فَالْتَّشِبِيهُ بِـ (كَمَا) لَاجْلِ افَادَةِ وجُوبِ سَعْيِ أَمَّ الْوَلَدِ فِي الْحَالَتَيْنِ
(فَيَنْعَتِقُ نَصِيبُهُ غَيْرُ وَلَدِهِ) «غَيْرُ الْوَلَدِ» كَالْوَلَدِ الثَّانِي فِي الْمُتَّسَابِ
(عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى غَيْرِ الْوَلَدِ ، بِمَعْنَى أَنَّ الْوَلَدِ الثَّانِي يَخْسِرُ عِنْ الْأَمْمَةِ ،
إِذَا نَعْتَاقَ أَنَّمَا يَكُونُ مِنْ بَابِ السَّرَايَةِ رَغْمَاً عَلَى الْوَلَدِ الثَّانِي ، وَلَكِنْ
الْأَنْعَتَاقُ لَا يَوْجِبُ خَسَارَةَ الْوَلَدِ الثَّانِي ، بَلْ (مَعْضُمَهَا) أَيْ أَمَّ الْوَلَدِ
بَانِ تَسْعِي لَادَاءِ حَصَةِ الْوَلَدِ الثَّانِي (أَضْمَانُ وَلَدِهِ) بَانِ يَكُونُ الضَّمَانُ
عَلَى وَلَدِهِ (قيمةُ حَصْتِهِ) أَيْ حَصَةُ غَيْرِ وَلَدِهِ ، فَالضَّمِيرُ مَصْدَاقُهِ «الْوَلَدِ
الثَّانِي» فِي مَثَالِنَا (الَّتِي فَكَهَا مِنَ الدِّيَانِ) فَإِنَّ الْمُفْرُوضَ أَنَّ الْوَلَدِ الثَّانِي
أُعْطِيَ الدِّيَانَ مَكَانَ عَلَيْهِ - فِي قِبَالِ حَصْتِهِ مِنَ الْإِرَثِ - أَيْ أُعْطِيَ
نَصْفَ قِيمَةِ الْأَمْمَةِ ، وَالْأَمْمَةُ اعْتَقَتْ ، فَاللَّازِمُ أَنْ يَأْخُذَ الْوَلَدُ حَصْتَهُ حَتَّى
لَا يَخْسِرَ شَيْئاً (وَإِمَّا إِنْ يَخْلُسِي بَيْنَهَا) أَيْ بَيْنَ أَمَّ الْوَلَدِ (وَبَيْنَ الدِّيَانِ)
فَيَنْعَتِقُ أَيْضًا عَلَيْهِمْ) أَيْ عَلَى الدِّيَانِ ، لَا نَهُمْ لَا يَتَمَكَّنُونَ مِنْ اسْتِمْلاكِهَا

.....
 مع ضمانها ، او ضمان ولد ها مقابل الدين لهم .
 و اما حرمان الديان عنها عيناً و قيمة وارث الورثة لها او اخذ غير ولد لها
 قيمة حصتها منها ، او من ولد ها و صرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته
 لادلة ثبوت حق الديان من غير ان يقتضي النهي

في قبال دينهم (مع ضمانها) في سعيها (او ضمان ولد ها مقابل الدين
 لهم) اذا لا وجه لخسارة الديان .

فاما ان نقول : انها تضمن ، لأن الحرية كانت في كيسها .
 واما نقول : ان ولد ها يضمن ، لأن سبب حرمتها وخسارة الديان ،
 اذ لو لا هذا الولد لم تتحرر الامة حتى لا يتمكن الديان من استرقاقها
 في قبال دينهم .

(واما) بفتح الممزة - وجوا به فهو باطل - (حرمان الديان عنها)
 اي عن هذه الامة (عيناً وقيمة) بان نقول : بانه ليس لهم ، لا عينها ولا
 قيمتها (وارث الورثة لها) بان ترث الورثة للامة لكنها الماعتقى كان نصيب
 ولد ها ضررا على الولد ، اما نصيبسائر الورثة ، فالامة او الولد ملائكة
 باعطائهم نصيبهم (و) ذلك ، بـ (اخذ غير ولد ها) من سائر الورثة (قيمة
 حصتها) اي حصة غير ولد ها (منها) بان تسعى هي لسدّ القيمة (او من
 ولد ها) بان يكون ملفا باعطاء القيمة لسائر الورثة (وصرفها) اي سائر
 الورثة يصرفون القيمة التي اخذوها (في غير الدين) اي سائر شئونهم
 الشخصية (فهو باطل) جواب «اما» (لمخالفته لادلة ثبوت حق
 الديان) ولماذا يذهب حق الديان هدرا (من غير ان يقتضي النهي

فِي الْعَوَارِدِ الْمُسْتَنَاةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَعْثَامِ الْوَلَدِ

.....

عَنِ التَّصْرِيفِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لِذَلِكَ ٠

وَمَا ذَكَرْنَا يُظَهِّرُ مَا فِي قَوْلِ بَعْضِ مَنْ أَوْرَدَ عَلَى مَا فِي الْمَسَالِكِ بِمَا
ذَكَرْنَاهُ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ فِتاوَى الاصْحَابِ وَادْلِتْهُمْ مَشْكُلٌ جَدًّا حِيثُ أَنَّهُمْ
قِيدٌ وَالدِّينُ

عَنِ التَّصْرِيفِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لِذَلِكَ) أَى لحرمان الديان ٠

فَإِنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ النَّهْيِ عَنِ التَّصْرِيفِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، وَبَيْنَ حَقِّ
الْدِيَانِ ، أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَانَ القيمةَ امَانِهَا ، أَوْ مِنْ وَلَدَهَا مِلْأًا نَيْطِلُ
حَقَّهُمْ ٠

(وَمَا ذَكَرْنَا) مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ حَقِّ أُمِّ الْوَلَدِ ، وَحَقِّ الدِّيَانِ، بِسَقْطِ
حَقِّ الدِّيَانِ عَنِ عِينِهَا ، وَثِبَوتِ حَقَّهُمْ فِي قِيمَتِهَا ، امَّا عَلَى نَفْسِهَا ، امَّا
عَلَى وَلَدَهَا (يُظَهِّرُ مَا فِي قَوْلِ بَعْضِ مَنْ أَوْرَدَ عَلَى مَا فِي الْمَسَالِكِ بِمَا
ذَكَرْنَاهُ وَالْمُورَدُ صَاحِبُ الْمَقَابِيسِ (أَنَّ الْجَمْعَ) مَقْولُ القَوْلِ (بَيْنَ فِتاوَى
الاصْحَابِ وَادْلِتْهُمْ، مَشْكُلٌ جَدًّا)

إِذَا دَلَّتْهُمْ تَقْتِضِي غَيْرَ قَوْلِهِمْ، اذ دليلهم يقول : بَانَ حَقِّ الدِّيَانِ
يَسْقُطُ - بِمَقْتضَى أَنَّ الْأَمَّةَ تَتَعَقَّقُ فَإِنْ لَازَمَ أَنْهَا تَعْتَقَ سَقْطُ حَقَّهُمْ - وَ
هُمْ لَا يَقُولُونَ بِسَقْطِ حَقِّ الدِّيَانِ، لَا نَهْمَ يَقُولُونَ : بَانَ سَقْطُ حَقِّ الدِّيَانِ
مِنَ الْعَيْنِ فَقْطَ ٠

وَقُولُهُ « حِيثُ » بِيَانُ مَنْ صَاحِبُ الْمَقَابِيسِ لِفِتاوَى الاصْحَابِ حَتَّى
يُظَهِّرُ أَنَّ فِتاوَاهُمْ تَخَالَفُ دَلِيلِهِمْ (حِيثُ أَنَّهُمْ قِيدٌ وَالدِّينُ) الَّذِي
إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْلَى كَانَ عَلَى الْأَمَّةِ السُّعْيُ ، لِفَكِهِ ، أَوْ عَلَى وَلَدَهَا إِنْ

بكونه ثمنا ، و حكموا بانها تعتق على ولد هامن نصبيه و ان ماضل عن
نصبيه ينعتق بالسرایة ، و تسعى في اداء قيمته .
ولو قصدوا ان ام الولد او سهم الولد ، مستثنى من الدين كالكفن
عملا بالنصوص المزبورة فله وجه .
الا انهم لا يعدون ذلك من المستثنىات

يدفعه (بكونه ثمنا) لها ، اما سائر الديون فليس على الامة او ولدها
اداء تلك الديون (و حكموا بانها تعتق على ولد هامن نصبيه) اي نصيب
الولد (و ان ماضل عن نصبيه) كما لو كان نصبيه نصف الامة (ينعتق
بالسرایة ، و تسعى) الامة (في اداء قيمته) فاذا كان هذا فتوى الاصحاب
و ادلتهم تقتضى سقوط حق الديان ، كان بين دليلهم و فتواهم ت الخالفا
(و) ان قلت : لا تخالف بين الفتوى والدليل ، اذ فتواهم بوجوب
سعى الامة ، او ولد ها اداء الدين انما هو حسب وجوب اداء دين
الميت ، و دليلهم الدال على سقوط حق الديان يراد به سقوطه عن
الامة لان الامة المستولدة كالكفن .

قلت : (لو قصدوا ان ام الولد) كلام فيما اذا كانت كلها من سهم الولد
(او سهم الولد) منها فيما اذا كانت بعضها من سهم الولد (مستثنى
من الدين ، كالكفن ، عملا بالنصوص المزبورة) حتى انها تفرض كأنها مال
تكن ، فتوافق فتواهم دليهم ، اذ دليلهم سقوط حق الديان ، و فتواهم
استثناء ام الولد كالكفن (فله وجه) اذ لا يلزم التخالف بين الدليل والفتوى
(الا انهم لا يعدون ذلك) اي ام الولد (من المستثنىات) من الدين

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

وانت خبیر بان النصوص المزبورة لا تقضي سقوط حق الديان كما

لایخفی

و منها : تعلق كفن مولاها بهم أعلى ماحكاه في الروضة ذلك بشرط

عدم كفاية بعضها له بناءً على ماتقدم

(ولا ذكر في النصوص صريحاً) بتصریح اسم أم الولد، كما صرحت النصوص
باسم الكفن (انتهی) كلام صاحب المقابلین .

(وانت خبیر بان النصوص المفبركة) التي دلت على عدم تعلق حق الديان بام الولد (لا تقتضى سقوط حق الديان) رأسا عن عين ام الولد ، وعن قيمتها ، بل انما دلت على سقوط حقوقهن عن عينها ، وذلك لاني نافى ثبوت حقوقن فى قيمتها - فتسعى هي او ولدها فى اداء حق الديان - .

فلا يكون بين فتوى المشهور، وبين دليلهم تنافياً، اذ فتوىهم
تعلق، حق الديان بقيمتها، ودليلهم سقوط حقهم عن عينها، ولا نحتاج
إلى تكليف أم الولد كالكفن (كمالاً يخفى) والمسألة تحتاج إلى
كثير من التأمل والله العالم.

(و منها : تعلق كفن مولاها بها) بان لا يكون كفن ولا مال غير المستولدة (على ماحكاه فى الروضة ذلك بشرط عدم كفاية بعضها) اى بعض الامة (له) اى للكفن ، بان كان ثمن الكفن مستغرقاً لقيمة الامة . و انما نقول : باستثناء هذه الصورة عن منع بيع الاموال على ما تقدم

نظيره في الدين ، من ان المنع لغاية الارث و هو مفقود مع الحاجة الى
الكفن .

وقد عرفت ان هذه حكمه غير مطردة ولا منعكسة .
واما بناءً على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع
ان الكفن يتقدم على الدين
فببيعها له اولى ، بل اللازم ذلك ايضا ، بناءً على حصر

نظيره في الدين) الذى كان على المولى (من ان المنع) عن بيع الامة
(غاية الارث) اي لاجل ان يرث ولدتها ، فتتحرر هى من ارث ولدتها
(وهو) اي المنع لغاية الارث (مفقود مع الحاجة الى الكفن) اذا الكفن
لا يبقى محلالا رث اذا الكفن مقدم على الارث
(و) لكن هذا الاستثناء فيه اشكال .

اذا (قد عرفت) في مسألة الدين (ان هذه) الحكمه : اي المنع عن
البيع لاجل الارث (حكمه غير مطردة) فلا يشمل كل الافراد (ولا منعكسة)
فلا تمنع الا غيارات .

(واما بناءً على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين) اي
سائر ديون المولى (مع ان الكفن يتقدم على الدين) فالقياس هكذا ،
الكفن مقدم على الدين والدين مقدم على حق الامة ، فالكفن مقدم على
حق الامة .

(فببيعها) اي امّ الولد (له) اي للكفن (اولى) من بيعها فى سائر
الديون (بل اللازم ذلك) اي بيعها فى الكفن (ايضا ، بناءً على حصر

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْهَاةِ مِنْ عَدْمِ جَوَازِ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ

الْجَوَازُ فِي بَيْعِهَا وَ ثُمَنِهَا عَلَى مَا تَقْدِيمُهُ مِنْ أَنْ وُجُودَ مُقَابِلَ الْكَفْنِ الْمُعْكَنِ
صَرْفَهُ فِي ثُمَنِهَا ، لَا يَعْلَمُ عَنْ بَيْعِهَا .

فَيَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ تَقْدِيمُ الْكَفْنِ عَلَى حَقِّ الْاِسْتِيَلَادِ ، وَاللَّصْرُوفُ مُقَابِلُهُ
فِي ثُمَنِهَا وَلَمْ تَبْعَدْ .

وَ مِنْ ذَلِكَ يَظْهُرُ النَّظرُ فِيمَا قَيَّلَ مِنْ : أَنَّ هَذَا القَوْلُ مُأْخُوذُ مِنْ

الْقَوْلِ

الْجَوَازُ فِي بَيْعِهَا وَ ثُمَنِهَا) وَ أَنَّ لَمْ نَقْلُ بِجَوَازِ الْبَيْعِ فِي غَيْرِ الثُّمَنِ .

بِنَاءً (عَلَى مَا تَقْدِيمُهُ مِنْ أَنْ وُجُودَ مُقَابِلَ الْكَفْنِ) فِي تَرْكَةِ الْمُوْلَى .

كَمَا إِذَا تَرَكَ الْمُوْلَى جَارِيَةً وَ دِينَارًا ، وَ الدِّينَارُ كَانَ مُقَابِلُ الْكَفْنِ
إِذَا تَكُونَ قِيمَةُ الْكَفْنِ دِينَارًا - (الْمُعْكَنُ صَرْفُهُ) إِذَا صَرْفَ ذَلِكَ الْمُقَابِلُ
(فِي ثُمَنِهَا) إِذَا ثُمَنَ الْكَفْنُ (لَا يَعْلَمُ عَنْ بَيْعِهَا) إِذَا بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ فِي دِينِ
رَقْبَتِهَا ، فَإِنَّ الدِّينَارَ لَا يُعْطَى لِلَّدِينِ لِتَسْلِيمِ أُمِّ الْوَلَدِ .

(فَيَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ) إِذَا مِنْ عَدْمِ صَرْفِ الْمَالِ فِي الدِّينِ ، بَلْ يَحْفَظُ
لِلْكَفْنِ ، وَ تَبَاعُ الْأَمْمَةُ (تَقْدِيمُ الْكَفْنِ عَلَى حَقِّ الْاِسْتِيَلَادِ ، وَ الْأَمْمَةُ) يَكُنُّ
الْكَفْنُ مَقْدِمًا عَلَى حَقِّ الْاِسْتِيَلَادِ (الصَّرْفُ مُقَابِلُهُ) إِذَا مُقَابِلُ الْكَفْنِ - وَهُوَ
الدِّينَارُ فِي الْمَثَالِ - (فِي ثُمَنِهَا) إِذَا ثُمَنَ الْأَمْمَةُ الَّتِي كَانَ الْمُوْلَى مَدِيْنَةً
لَهُ (وَلَمْ تَبْعَدْ) الْأَمْمَةُ .

(وَ مِنْ ذَلِكَ) الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، مِنْ أَنَّهُ تَبَاعُ الْأَمْمَةُ فِي ثُمَنِ رَقْبَتِهَا ، وَ
لَا يُعْطَى الْمَالُ الَّذِي عَنْدَ الْمُوْلَى لَدِينِ إِلَّا مَمْبَلٌ يُشْتَرَى بِذَلِكَ الْمَالِ الْكَفْنُ (يَظْهُرُ
النَّظرُ فِيمَا قَيَّلَ مِنْ : أَنَّ هَذَا القَوْلُ) إِذَا قَوْلُ جَوَازِ بَيْعِ الْأَمْمَةِ فِي الْكَفْنِ (مُأْخُوذُ مِنْ القُلْلِ)

بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب .

و توضيحه : انه اذا كان للميت المديون ام ولد او مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت ، و حق بايع ام الولد ، و حق ام الولد ، فاذا ثبت عدم سقوط حق بايع ام الولد دار الامر بين اعمال حق الميت بترك الكفن .

و اعمال حق ام الولد ببيعها .

فاذ احکم بجواز بيع ام الولد حينئذ

بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب) بمعنى انه ان لم نقل بذلك بل قلنا : بان جواز بيعها انما هو فى مجرد شعن نفسها ، لزم ان نقول : بانها الاتباع فى الكفن .

(و توضيحه) اى توضيح قولنا «يظهر») (انه اذا كان للميت المديون ام ولد ، و مقدار ما يجهز به) كالدينار - فى المثال - (فقد اجتمع هنا حق الميت) بان يكفن (و حق بايع ام الولد) فى شعن رقبتها (و حق ام الولد) فى انفكاكها (فاذا ثبت عدم سقوط حق بايع ام الولد) لشمول اطلاق الادلة له ، بان كان الواجب اداء قيمة ام الولد (دار الامرين اعمال حق الميت) بان يعطى الدينار - فى المثال - للبائع و تعتق الامة ، ولا يكفن الميت .

و الا اعمال انما هو (بترك الكفن) كما عرفت

(و اعمال حق ام الولد ببيعها) ليؤدى حق البائع ويكفن الميت بالدينار .
فاذ احکم بجواز بيع ام الولد حينئذ) اى حين دار الامرين اعمال

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

بناءً على ما تقدم في المسألة السابقة، كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد

ولازم ذلك تقديمها مع عدم الدين وانحصر الحق في الميت وام الولد

اللهم الا ان يقال : (لماثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن ام الولد على حقوقها ، وثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين ، اقتضى الجمع بينهما

حق الميت او حق ام الولد (بناءً على ما تقدم في المسألة السابقة، كان معناه تقديم حق الميت على حق ام الولد) ومنه يستكشف : انه كلما دار الامر بين حق ام الولد ، او حق الميت قدم حق الميت

(لازم ذلك تقديمها اي حق الميت(عليها) اي على حق ام الولد (مع عدم الدين) على الميت (و) ذلك في صورة (انحصر الحق في الميت، وام الولد) بان دار الامر بين ان لا يكفل الميت، او تباع ام الولد .

(اللهم الا ان يقال) في وجه تقديم حق ام الولد (لماثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن ام الولد) بان كان الميت مد يوناً ثمن ام الولد (على حقوقها) اي حق ام الولد ، لأن ام الولد تباع في الدين (وثبت بعموم النص) الدليل على تقديم الكفن على كل شيء (تقديم الكفن على الدين ، اقتضى الجمع بينهما) اي بين دليل تقديم دين ثمنها وتقديم

تخصيص جواز صرفها في ثمنها بما إذا لم يتحتاج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل ، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن ، لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها ، لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن

الকفن (تخصيص جواز صرفها) أى صرف الامة (فى ثمنها) بان تباع و يعطى ثمنها للبائع (بما إذا لم يتحتاج الميت إلى الكفن بنفسه) بان كان له كفن (او لبذل باذل) للكفن .

وعليه : فإذا لم يكن للميت كفن ولا بذل باذل ، لزم صرف ثمنها في الكفن ، لتقديم الكفن على الدين (او) تخصيص جواز الصرف (بما إذا كان للميت مقابل الكفن) أى مال يمكن أن يسترثى به الكفن (لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين) إذا الكفن مقدم على الدين ، كما عرفت (فلو لم يكن غيرها) بان لم يكن للمولى غير الامة ولا كفن له (لزم من صرفها في الثمن) أى ثمن نفسها (تقديم الدين على الكفن) وقد عرفت : ان الكفن مقدم على الدين .

والحاصل : ان هناد ليلين ، بينهم اعموم من وجه ، دليل تقديم الكفن على الدين وهو خاص بالكفن و عام يشمل صورة كون الدين ثمن رقبتها املا .

ودليل بيعها الصرف ثمنها في رقبتها فانه خاص بكون الدين ثمن رقبتها ، و عام يشمل صورة الاحتياج إلى الصرف في الكفن املا . فيجتمعان في صورة الاحتياج إلى صرفها في الكفن مع كون الدين

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

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

أم الولد، عدا ما يدعى من قاعدة: تعلق حق الكفن بمال الميت.

لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما اذا لم يتعلق بها حق سابق

مانع من التصرف فيه والاستيلاد من ذلك الحق.

ولو فرض

ثمن رقبتها.

لكن حيث عرفنا من الخارج أهمية الكفن و انه مقدم على كل شيء،

لزم ان تخصص جواز صرفها في ثمن رقبتها بما اذا لم يبق الميت بشؤون الكفن
والا لزم تقديم الكفن على صرفها في ثمن رقبتها، فتأمل.

(اما اذا لم يكن هناك دين) على المولى (وتردد الامر بين حقها)

بان تعتق من نصيب ولدها (وحق مولاها للميت) بان تباع في الكفن

(فلا دليل على تقديم حق مولاها) في الكفن على حقها في الحرية

(ليخصص به) اي بذلك الدليل (قاعدة: المنع عن بيع أم الولد، عدا ما

يدعى من قاعدة: تعلق حق الكفن بمال الميت) فيقدم الكفن على حقها

(لكن الظاهر) من دليل الكفن لدى الفهم العرفي (اختصاص

تلك القاعدة) اي قاعدة تعلق حق الكفن (بما اذا لم يتعلق بها اي بمال

الميت (حق سابق) على حق الكفن (مانع من التصرف فيه اي في المال

(والاستيلاد من) قبيل (ذلك الحق) السابق لانه سابق على الكفن.

(ولو فرض) ان المعلم نقل بتقدم حق الاستيلاد على حق الكفن، بان

.....
تعارض الحقين ، فالمرجع الى اصالة فساد بيعها قبل الحاجة الى
ال柩 ، فتأمل .

نعم : يمكن ان يقال : نظير ماقيل في الدين ، من ان الولد يرث
نصيبه ، وينتزع عليه ، ويتعلق بذلك مؤنة التجهيز او تستسعى امه
ولو بايجار نفسها فى مدة واخذ الاجرة قبل العمل ، وصرفها فى
التجهيز و المسئلة محل اشكال .

قلنا : ب (تعارض الحقين) وتساقطهما ، لزم ان نلتمس دليلا آخر
(فالمرجع الى اصالة فساد بيعها قبل الحاجة الى الكفن)
فاذاشك فى انه هل انقلب البيع صحيحا بعد الحاجة الى الكفن ،
ام لا ؟ كان استصحاب الفساد محكمـا (فتأمل) اذ لا مجال للاستصحاب
لتبدل الموضوع وانما يكون المرجع اصالة صحة البيع .

(نعم : يمكن ان يقال) في باب تعارض حق الاستيلاد وحق الكفن
(نظير ماقيل في الدين) اذا تعارض مع حق الاستيلاد (من ان الولد
يرث نصيبيه ، وينتزع عليه ، ويتعلق بذلك) اي دمة الولد (مؤنة
التجهيز) للبيت (او تستسعى امه) اي ام الولد (ولو بايجار نفسها فى
مدة ، واخذ الاجرة قبل العمل) فيما اذا توقف الكفن على اخذ الاجرة
قبل العمل ، والافلو تمكنت من ان تعطى نفسها متعة - مثلا - مقدار
ساعة لتحصل تمن الكفن لم يحتاج الامر الى التقيد بكون اخذ الاجرة
قبل العمل (وصرفها فى التجهيز) للبيت (و المسئلة محل اشكال) من
قوه حق الحرية ، ومن قوه دليل الكفن بعد ان لم يكن دليل على كون

فِي الْمُوْرَادِ الْمُسْتَنْدَةِ مِنْ عَدَمِ جُوازِ بَيعِ أُمِّ الْوَلَدِ

.....
.....
.....

وَمِنْهَا مَا إِذَا جَنَتْ عَلَى غَيْرِ مُولَاهٍ فَهُوَ حَيَّهُ

اَمَّا بَعْدُ مَوْتِهِ فَلَا شَكَالٌ فِي حُكْمِهِ ، لَا نَهَا بَعْدُ مَوْتِ الْمَوْلَى تَخْرُجُ عَنِ

التَّشْبِيتِ بِالْحُرْيَةِ ، اَمَا إِلَى الْحُرْيَةِ الْخَالِصَةِ ، لَوْ الرَّقِيقَةِ الْخَالِصَةِ .

وَحُكْمُ جَنَاهِيْتِهِ اَعْمَدَ اَنَّهُ اَنْ كَانَتْ فِي مُورَدِ ثَبِيتِ الْقَاصِصِ ، فَلِلْمَجْنِي

عَلَيْهِ الْقَاصِصُ نَفْسَاكَانَ اَوْ طَرْفَا .

التَّجهِيزُ بِذَمَّةِ الْوَلَدِ ، اَوْ فِي سَعِيهِ بِاَجَارَةِ ، اَوْ نَحْوِهَا .

(وَمِنْهَا) اَى مِنْ مَوَارِدِ بَيعِ اُمِّ الْوَلَدِ وَ اِنْتِقالِهَا عَنْ مُولَاهَا (مَا إِذَا

جَنَتْ عَلَى غَيْرِ مُولَاهَا) فَإِنِّي جَنَاهِيْتُهُ تَوجُّبَ اَنْ يَكُونَ لِلْمَجْنِي عَلَيْهِ حَقَّ

اسْتِرْقَاقِ الْجَانِيِّ (فِي حَيَّوْهِ) اَى فِي حَيَّوْهِ اُمِّ الْوَلَدِ .

(اَمَّا بَعْدُ مَوْتِهِ) بَانِ جَنَتْ بَعْدَ اَنْ مَاتَ الْمَوْلَى (فَلَا شَكَالٌ فِي حُكْمِهِ)

اَى حُكْمُ اُمِّ الْوَلَدِ (لَا نَهَا بَعْدُ مَوْتِ الْمَوْلَى تَخْرُجُ عَنِ التَّشْبِيتِ) وَ التَّعْلِقُ

بِالْحُرْيَةِ ، اَمَا إِلَى الْحُرْيَةِ الْخَالِصَةِ) فِيمَا إِذَا اَعْتَقَتْ مِنْ نَصِيبِ وَلَدِهِنَا

فَتَكُونُ الْجَنَاهِيْةُ جَنَاهِيْةُ حَرِّ ، لَا جَنَاهِيْةُ عَبْدٍ (اَوْ الرَّقِيقَةِ الْخَالِصَةِ) فِيمَا إِذَا

بَيَعْتُ فِي ثَمَنِ رَقْبَتِهَا ، اَوْ مَا اَشْبَهُ ، فَانِّي مَلْوَكَةُ حِينَئِذٍ وَ تَكُونُ جَنَاهِيْتُهَا

مِنْ جَنَاهِيْةِ الْعَبْدِ ، فَتَأْمُلُ .

(وَحُكْمُ جَنَاهِيْتِهِ اَعْمَدَ اَنَّهُ اَى الشَّانِ (اَنْ كَانَتْ) الْجَنَاهِيْةُ (فِي مُورَدِ

ثَبِيتِ الْقَاصِصِ ، فَلِلْمَجْنِي عَلَيْهِ) اَوْ ذَوِيهِ (الْقَاصِصُ نَفْسَاكَانَ) بَانِ قَتَلَتْ

نَفْسَافَلْذَوِيِّ الْمَقْتُولَ اَنْ يَقْتُلُوهَا (اَوْ طَرْفَا) كَمَا لَوْ فَقَتَتْ عَيْنَ اَنْسَانَ ،

فَلِلْمَجْنِي عَلَيْهِ اَنْ يَفْقَأْ عَيْنَهَا .

وله استرقاقها كلا ، او بعضا على حسب جنائيتها فيصير المقدار المسترق منها ملماطا .

و ربما تخيل بعض انه يمكن ان يقال : ان رقبتها للمجنى عليه لا تزيد على رقبتها للملك 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 الجنائية بحيث تكون مستوعبة لنفعها كلا (او بعضا) اذا كانت الجنائية بقدر بعض ثمنها (على حسب جنائيتها) وبمقدار الجنائية (فيصير المقدار المسترق منها ملماطا) للمجنى عليه او ذويه .

(و ربما تخيل بعض) و هو صاحب الجواهر (انه يمكن ان يقال : ان رقبتها) اي ام الولد (المجنى عليه) اذا تنتقل الامة اليه بالاسترقة (لاتزيد على رقبتها للملك الاول) اي الملك الذي استولدها فكما ان الاول لا يحق له ان يبيعها ، كذلك المالك الثاني ، فهو رق محجور عند الاول و عند الثاني (لانها تنتقل اليه) اي الى المالك الثاني (على حسب ما كانت عند الاول) فهو تنتقل في حال دونها 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))

و معنى مطلقا ، انها سواء كانت عند المالك الاول ، او المالك

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

والظاهر أن مراده بـ«مكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً والاق هو احتمال مخالف للجماع و النص الدال على الاسترقة الظاهري صيروحة الجنى رقا خالصاً .

وما وجه به هذا الاحتمال من أنه انتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول فيه :

الثاني .

(و) لكن أورد الشيخ على الجوادر، بـ«الظاهر أن مراده بـ«مكان القول المذكور» حيث «يمكن أن يدعى»» (مقابل امتناعه عقلاً) أي أن هذا القول ليس بمعنون عقلاً (وألا) يرد الاحتمال العقلاني (فهو احتمال مخالف للجماع و النص)

فليس الاحتمال احتمالاً من الأدلة والظواهر (الدال على الاسترقة) أي استرقة المجنى عليه للعبد الجنى ،

وقوله «الدال» صفة للجماع و النص ، بل يعتبر كل واحد ، مثل قوله «فانظر إلى طعامك و شرابك لم يتسن» (الظاهر بذلك الاسترقة في صيروحة الجنى رقا خالصاً) لا رقاب محجوراً بحيث لا يمكن المجنى عليه من نقله و انتقاله .

(وما وجه) صاحب الجوادر (به) الضمير عائد إلى «ما» (هذا الاحتمال) أي احتمال كونه محجوراً عند المجنى عليه (من أنه انتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول)

فكم كانت محجورة عند الأول ، كذلك تكون محجورة عند الثاني (فيه:

انه ليس في النص ، الا الاسترقة ، 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 و الفتوى : ان الاستيلاد
يحدث لlama حقا على مستولد ها ، يمنع من مباشرة بيعها ، ومن البيع
لغرض عائده عليه ، مثل قضاe دينه ، وكفنه ، على خلاف فى ذلك

انه ليس في النص ، الا الاسترقة) اى النص الدال على ان للمجنى
عليه استرقة العبد الجانى (وهو) اى الاسترقة - لغة وعرفا -
(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) بالإضافة الى الفرق بين المولى الاول والثانى .
فانها مستلدة للمولى الاول وليس كذلك للثانى .
كما انها اذا بيعت لدین او كفن ، لم تكن عند المولى الثانى
بمتزلفتها عند المولى الاول .

(والحاصل) في رد الجوادر القائل بانها ممحورة عند الثانى (ان
المستفاد بالضرورة) والبداية (من النص و الفتوى : ان الاستيلاد
يحدث لlama حقا على مستولد ها ، يمنع ذلك الحق (من مباشرة بيعها
و من البيع لغرض عائده عليه) اى الى المولى - و ذلك بعد موته -
(مثل قضاe دينه ، وكفنه) اى كفن المولى (على خلاف فى ذلك) فى ان
حق الاستيلاد هل يمنع عن البيع لاجل الدين والكفن ، ام لا ؟ - كما

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

وأن كانت الجنائية خطاءً، فالمشهور أنها كغيرها من المعاليم يتخير المولى بين دفعها، أو دفع مقابل الجنائية منها إلى المجنى عليه، وبين أن يقدر بها باقل إلا مرين على المشهور أوبالارش،

٠ تقدم نقل الخلاف – هذا كله فيما اذا كانت جنائية المستولدة عمداً
وأن كانت الجنائية خطاء ، فالشهرور انها) اي ام الولد(كغيرها
من المالك) الحالصة الملكية (يتخير المولى بين دفعها) الى المجنى
عليه ليسترقها (او دفع مقابل الجنائية منها الى المجنى عليه) فان
كانت الجنائية تسوى نصفها ، دفع المولى نصفها او ثلثها دفع ثلثها او
هكذا .

وقوله ((او)) للتفصيل اى دفعها فيما كانت الجنائية مستوعة ودفع بعضها فيما اذا لم تكن الجنائية مستوعة (و بين ان يفديها) باعطاء الفدية الى المجنى عليه (باقل الامرين) من قيمتها و قيمة الجنائية ، مثلا اذا افاقت عينا واحدة لانسان - ومن المعلوم ان قيمة العين الواحدة خمسين ائمة دينار .

فإن كانت قيمة الأمة أربعين مائة اعطنى المولى أربعين مائة - لأنـه

لا يجني الجاني أكثر من قيمته -

وأن كانت قيمة الامة ستمائة دفع خسمائة فقط، وهذا معنى أقل الامرين (على المشهور) في أن المولى مخّير بين أقل الامرين (أو بالارش) عطف على أقل الامرين - بمعنى أنه ليس أقل الامرين، بل الارش، أي قيمة الجنائية من غير فرق بين أن تكون أقل من قيمة الاماوى

على ما عن الشيخ وغيره

وعن الخلاف والسرائر، واستيلاد المبسوط: انه لا خلاف في ان جنايتها تتعلق برقبتها لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سيدتها بلا خلاف، الا من ابي ثور. فانه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق، وهو مخالف لما في الاستيلاد من المبسوط.

و ربما يوجه بارادة نفي الخلاف بين العامة.

اكثر او مساوياً - (على ما عن الشيخ وغيره) فانهم لم يخروا المولى بين دفع مقابل الجناية منها، او اعطاء اقل الا مرين بل قالوا بدفع مقابل الجناية، او الارش.

(وعن الخلاف والسرائر، واستيلاد المبسوط : انه لا خلاف في ان جنايتها تتعلق برقبتها) بمعنى عدم الخلاف في انها تنتقل بسبب الجناية وليس حق الاستيلاد مانعاً عن انتقالها (لكن عن ديات المبسوط ان جنايتها على سيدها بلا خلاف، الا من ابي ثور) من العامة (فانه اي ابا ثور (جعلها) اي جنايتها (في ذمتها تتبع بها) و تؤخذ قيمة الجناية من الامة (بعد العتق)، ولا يخفى ان (هو) اي ما في ديات المبسوط (مخالف لما في الاستيلاد من المبسوط) اذا تكون الجناية عليها مخالف لكون الجناية على سيدها.

(و ربما يوجه) الجمع بين كلامي المبسوط (بارادة نفي الخلاف) في باب الديات (بين العامة) بقرينة استثناء ابي ثور والمراد بباب الاستيلاد عدم الخلاف بين الخاصة.

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْهَا مِنْ عَدْمِ جَوَازِ بَعْثَامِ الْوَلَدِ

وَرِبِّيَانِسْبِ الْيَهِ الْغَفْلَةِ، كَمَا عَنِ الْمُخْتَلِفِ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمَرَادَ بِكُونِهَا عَلَى سَيِّدِهَا عُودَ خَسَارَةٍ جَنَاحِتَهَا عَلَى
السَّيِّدِ فِي مُقَابِلِ عَدْمِ خَسَارَةِ الْمَوْلَى لَا مِنْ عَيْنِ الْجَانِيِّ، وَلَا مِنْ مَالِ آخَرِ
وَكُونِهَا فِي ذَمَّةِ نَفْسِهَا تَتَبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعَتْقِ، وَلَيْسَ الْمَرَادُ وَجْهُ
فَدَائِهَا.

وَعَلَى هَذَا يَضِّا

(وَرِبِّيَانِسْبِ الْيَهِ) أَيْ إِلَى الشَّيْخِ (الْغَفْلَةِ) فِي دُعَوَاهِ عَدْمِ الْخَلَافِ
تَارَةً هَذَا، وَتَارَةً هَذَا (كَمَا عَنِ الْمُخْتَلِفِ) فَإِنَّهُ قَالَ : أَنَّ الشَّيْخَ غَفَلَ
حِيثُ ادْعَى عَدْمَ الْخَلَافِ، مَرَّةً هَذَا، وَمَرَّةً هَذَا.
(وَالْأَظْهَرُ) أَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ كَلَامِ الشَّيْخِ، وَذَلِكَ (أَنَّ الْمَرَادَ بِكُونِهَا)
أَيْ الْخَسَارَةِ (عَلَى سَيِّدِهَا) لَيْسَ انْهَا لِيْسَ فِي رَقْبَتِهَا، بَلْ بِمَعْنَى
(عُودِ خَسَارَةٍ جَنَاحِتَهَا عَلَى السَّيِّدِ فِي مُقَابِلِ عَدْمِ خَسَارَةِ الْمَوْلَى) اصْلَـا
(لَا مِنْ عَيْنِ الْجَانِيِّ، وَلَا مِنْ مَالِ آخَرِ)

أَذْلَـا الْمَوْلَى عَلَى أَيْ تَقْدِيرٍ خَاسِرٍ، سَوَاءً اخْتَرْتَ عَيْنَ الْأَمَّةِ، وَاخْتَرْتَ
قِيمَةَ الْجَنَايَةِ مِنَ الْمَوْلَى، بَدْلِيلٍ أَنَّهُ مُقَابِلٌ كَلَامِ أَبِي ثُورِ الْذِي لَا يَجْعَلُ
الْجَنَايَةَ عَلَى الْمَوْلَى أَطْلَاقًا.

(وَكُونِهَا) أَيْ الْجَنَايَةِ، عَطْفٌ عَلَى «عَدْمِ» (فِي ذَمَّةِ نَفْسِهَا تَتَبَعُ
بِهَا) أَيْ تَتَبَعُ الْأَمَّةَ بِتَلْكَ الْخَسَارَةِ (بَعْدَ الْعَتْقِ، وَلَيْسَ الْمَرَادُ وَجْهُ
فَدَائِهَا) حَتَّى يَقْعُدَ التَّنَافِي بَيْنَ كَلَامِ الشَّيْخِ.

(وَعَلَى هَذَا) يَعْنِي كَوْنِ الْخَسَارَةِ بِالْمُتْتَجَهِ مِنْ كِيسِ السَّيِّدِ (أَيْضاً

يحمل مافى رواية مسمع ، عن ابى عبد الله عليه السلام ، قال : ام الولد
جنايتها فى حقوق الناس على سيد ها واما كان من حقوق الله فى الحدود
فان ذلك فى بدنها .

فمعنى كونها على سيد ها : ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجناية
 شيئاً .

ومثلها ما ارسل عن على عليه السلام ، فى المعتق عن دبر ، فهو
من الثالث و ماجنى هو و ام 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 : ام الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيد ها)
يعنى 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 سرقت (فان ذلك فى بدنها) يجري عليها الحد .

(فمعنى كونها على سيد ها : ان الامة بنفسها لا تتحمل من الجناية
شيئاً) حتى يتبع بها بعد العتق .

(ومثلها ما ارسل عن على عليه السلام ، فى المعتق عن دبر) اي
من قال له المولى : انت حرد بر وفاتى (فهو من الثالث) لانه كالوصية
(و ماجنى هو) اي المدبر (و ام الولد فالمولى ضامن لجنايتهم)
(والمراد من جميع ذلك) كلام الشيخ و الروايات (خروج دية
الجناية من مال المولى المرد) ذلك المال للمولى (بين ملكه) اي ملك

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

الجاني أو ملك آخر

وكيف كان فاطلاقات حكم جنائية مطلق الملعوك سلية عن المخصوص
ولا يعارضها ايضا اطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائهما
والتخلية بينها ، وبين المجنى عليه ليس نقلالهما ، خلافا للمسحى عن
موضع من المبسوط ، والمذهب ، وال مختلف من تعين الفداء على السيد

المولى الذي هو (الجاني) بنفسه ، بان يسترقه المجنى عليه (او ملك
آخر) للمولى .

(وكيف كان فاطلاقات حكم جنائية مطلق الملعوك سلية عن
المخصوص) في باب أم الولد .

فعادل على ان المولى يخير او المجنى عليه يختار بين جعل
الجنائية في نفس العبد الجاني ، او في مال آخر للمولى يشمل مالوكان
الجاني او ولدا ايضا .

اذ لا مخصوص لتلك الاadle يوجب خروج أم الولد عن هذا الحكم
بان يجب اعطاء الجنائية من مال آخر للمولى .

(ولا يعارضها) اي لا يعارض اطلاقات حكم جنائية مطلق الملعوك
(ايضا) اي كمال ي肯 هناك مخصوص لها (اطلاق المنع عن بيع أم الولد)
وان عملا يعارض (لأن ترك) المولى (فدائهما) بان لم يعط قيمة جنائيتها
من ماله (و التخلية بينها ، وبين المجنى عليه ليس نقلالهما) حتى
يشملها دليل المنع عن نقل أم الولد (خلافا للمسحى عن موضع من
المبسوط ، والمذهب ، وال مختلف من تعين الفداء على السيد) وانه

ولعله للروایتین المؤید تین بان استیلاد المولی هو الذی ابطل
احد طرفی التخییر فتعین علیه الآخريناء على انه لا فرق بين ابطال احد
طرفی التخییر بعد الجنایة ، کمالو قتل ، او باع عبده الجنائی و بین ابطاله
قبلها کالا استیلاد الموجب لعدم تأثیر اسباب الانتقال فیها
و قد عرفت معنی الروایتین .

و المؤید مصادرة

ليس في رقبتها .

(ولعله للروایتین) رواية مسمع والمرسلة (المؤید تین بان استیلاد
المولی هو الذی ابطل احد طرفی التخییر) ای الاسترقاء ، لأنها لا تنقل
(فتعین علیه) ای على المولی الطرف (الآخر) وهو الفداء (بناءً على انه
لا فرق بين ابطال احد طرفی التخییر) ای الاسترقاء (بعد الجنایة
کمالو قتل ، او باع عبده الجنائی) فانه مكلف بدفع الفداء الى المجنى
عليه (وبین ابطاله قبلها) ای قبل الجنایة (کالا استیلاد الموجب لعدم
تأثیر اسباب الانتقال) كالجنایة التي هي من اسباب الانتقال (فيها)
ای في الامة متعلق ب « عدم »

(و) لكن لا يخفى ما في هذا الكلام ، اذ (قد عرفت معنی الروایتین)
معنی ان نتیجة الخسارة على المولی اما في عین مملوکة ، او في كيسه
الخاص ، لأن معناهما الانحصار بالفاء .

(و المؤید) الذي ذكروه (مصادرة) ای الاستدلال بالمطلوب على
المطلوب ، فان كون استیلاد المولی ابطل اخد طرفی التخییر اول الكلام

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

لا يبطل به أطلاق النصوص

ومنها : ما إذا جنت على مولاها ، بما يجب صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى ، فهل تعود ملاظقا ، بجنايتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها ، كما هو المحكم عن الروضة عن بعض .
وعدها السيوري من صور الجواز ، أم لا كما هو المشهور ، اذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها الا جواز الاقتراض منها .
واما الا استرقاق فهو تحصيل للحاصل .

(لا يبطل به) اي بمثل هذا المؤيد الذي هو مصادرة (اطلاق النصوص) الواردة في باب العبد الجنائ ، وان للمجني عليه استرقاقه
(ومنها) اي من اسباب جواز انتقال ام الولد (ما إذا جنت على مولاها بما يجب صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى) كما لو اعمت عيني المولى مثلا (فهل تعود) الا ملة (ملاظقا ، بـ) سبب (جنايتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها) كان يبيعها مثلا (كما هو المحكم عن الروضة عن بعض) العلماء .

(وعدها) اي الجنائية على مولاها (السيوري من صور الجواز) اي جواز نقل الامة المستولدة (املا) تعود ملاظقا (كما هو المشهور ، اذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها الا جواز الاقتراض منها) كان يعمي المولى عينيه باقصاصه المثال السابق .

(واما الا استرقاق) بان يسترققها المولى (فهو تحصيل للحاصل) اذ لا يعقل رقية ثانية عليها بعد رقبتها الا ولی .

و ما يقال : في توجيهه من ان الاسباب الشرعية تؤثر بقدر الامكان فاذا لم تؤثر الجنائية الاسترقة امكن ان يتحقق للمولى اثر جديده و هو استقلال جديده في التصرف فيها .

ضافا : الى ان استرقة الترك القصاص كفلاك رقابهن الذي انيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة .

(وما يقال : في توجيهه) اي توجيه الاسترقة (من ان الاسباب الشرعية) كالاسباب العقلية (تؤثر بقدر الامكان)

كمانه لو كان كل واحد من السبعين قاتلا ، و ضرب بسهم فتاخر موته ساعة ، ثم ضرب بسهم ثان عجل هذا السهم الثاني موته ، بدون ان يكون سببا مستقلالعدم معقولية اجتماع علتين في معلول واحد .
كذلك اذا صارت يده نجسة بالدم الذي يكتفى في غسله بالمرة ، ثم تنجست بالبول الذي يحتاج الى المرتين ، اثر البول نجاسة زائدة بان احتاجت اليه الى غسلتين .

وعليه (فاذا لم تؤثر الجنائية على المولى) (الاسترقة) لانه لا قابلية للمملوك ان يتضاعف ملوكيته (امكن ان يتحقق للمولى اثر جديده و هو استقلال) للمولى (جديده في التصرف فيها) اذ لم يكن له استقلال قبل الجنائية ، بحكم كونها ام ولد .

(ضافا : الى ان استرقة الترك القصاص كفلاك رقابهن الذي انيط به) اي بفك الرقاب (الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة) اي كمانه اذا كان المولى مديونا في رقبتها اجاز بيعها لمن يقتبها

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

.....

ضالاً إلى أن المنع عن التصرف لاجل التخفيف لا يناسب الجنين

عدها

فمندفع بما لا يخفى .

عن الثمن الذي على المولى ، كذلك اذا كانت جانية ، جاز فك رقبتها
عن القصاص بالاسترقة .

والحاصل : ان فك رقبتها عن القصاص « حتى لا يقتضي منها »
مثل فك رقبتها عن الثمن « ببيعها واداء دين رقبتها » فكما يجوز الثاني
يجوز الاول .

(ضالاً إلى أن المنع عن التصرف) في الأمة الجانية بان يمنع
المولى ، فلا يجوز له بيعها (لاجل التخفيف) عليها ، لكونها ام ولد
(لا يناسب) هذا التخفيف (الجنى عدها) اذا الجنى عمد ايؤخذ
بالشدة ، لا باللطف والتفيف .

(فمندفع) خبر « ما يقال » (بما لا يخفى)

اماكون الاسباب الشرعية تؤثر بقدر الامكان فهو صحيح ، لكن
المنصرف من ادلة استرقة الجنى عليه للجنى ، اذا كان الجنى عليه
اجنبياً ما اذا كان مولى للجنى ، واما ان ترك القصاص كفك الرقبة تباع
الأمة في كليهما ، وفيه اشكال اذا النص دل على بيعها لاجل اعطائهنها
قياس الاسترقة على البيع ، وقياس فكه من القصاص على فكه من
الدين مع الفارق .

واما ان كون المنع عن البيع لاجل التخفيف ، فهو وان كان مسلماً

.....
واما الجنائية على مولا هاخطا ، فلاشكال في أنها لا يجوز التصرف
فيها ، كملا يخفى .

وروى الشيخ في المؤتمن عن غياث عن جعفر عن أبيه ، عن على
عليه السلام ، قال : ام الولد اذا قتلت سيد هاخطاء فهو حرّة لاسعاية
عليها .

وعن الشيخ والصدق باسنادهما عن وهب بن وهب ، عن جعفر ،
عن أبيه صلوات الله عليهما : ان ام الولد اذا قتلت سيد هاخطاء فهو
حرّة لاسبيل عليها وان قتلته عمد اقتلته به .

لكنه حكمة ، ولا دليل على انه علة تامة حتى يدور الحكم مداره ، والافاذا
اخذت ام الولد في الزنا او في سائر المعااصي لزم ان يقال : بجواز
بيعها ، لأنها تخذ بالشدة لا باللطف .

(واما الجنائية على مولا هاخطاء فلاشكال في أنها لا يجوز التصرف
فيها ، كملا يخفى)

(وروى الشيخ في المؤتمن عن غياث ، عن جعفر عن أبيه عن على
عليه السلام ، قال : ام الولد اذا قتلت سيد هاخطاء فهو حرّة) يعني من
نصيب ولدها (لاسعاية عليها) لاقصاصا ولا بقاء انى العبودية .

وعن الشيخ والصدق باسنادهما عن وهب بن وهب ، عن جعفر ،
عن أبيه صلوات الله عليهما : ان ام الولد اذا قتلت سيد هاخطاء فهو
حرّة لاسبيل عليها وان قتلته عمد اقتلته به) يعني اذا لم يعف الولي ، ثم
ان عفى اعتقت من نصيب ولدها اذا القاتل لا يرث ، اما ولد القاتل فيرث .

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

.....

وعن الشيخ عن حماد عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام

اذا قتلت أم الولد مولاً هاست في قيمتها .

ويمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها ، اذا قصر نصيب ولدها

وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار : الجمع بينهما بغير ذلك

فراجع .

ومنها : ما إذا جنى حرّ عليها

(وعن الشيخ عن حماد عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام)

قال : (اذا قتلت أم الولد مولاً هاست في قيمتها)

وحيث ان السعى لا وجه له ظاهراً ، لأنها ان كانت ذات ذات ولد

اعتقى من نصيب ولدها ، وأن مات ولد ها بقيت في الرقية حملها الشيخ

المرتضى وغيره على محامل ، كما قال ره .

(ويمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها ، اذا قصر نصيب

ولدها) كمال وكان نصيب ولدها من الأرض بعقدر نصف قيمتها ، فانها

تسعى لاداء النصف الآخر من القيمة .

(وعن الشيخ في التهذيب ، والاستبصار : الجمع بينهما بغير

ذلك ، فراجع)

فحمل الخبر الاخير في محكى التهذيب على كون القتل شبه عمد ،

فان كان حراسى في اداء الديمة ومحكى الاستبصار حمله على صورة

موت الولد ، وكون السعى على جهة الجواز .

(ومنها) اي من موارد جواز بيع أم الولد (ما إذا جنى حرّ عليها)

بما فيه ديتها فانها ولو لم تكن مستولدة ، كان للمولى التخيير بين دفعها
إلى الجاني وأخذ قيمتها ، وبين امساكها ولا شيء له ، لئلا يلزم الجمع

بين العرض والمعوض .

ففي المستولدة يحتمل ذلك .

ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ، ليلزم منه استحقاق الجاني
للرقبة .

جناية دون القتل - كمala يخفى - (بما فيه ديتها) كان فقئت عينيهما ، او
صلمت اذنيهما ، او ما اشبه (فانها لو لم تكن مستولدة ، كان للمولى
التخيير بين دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها) لا الديمة (وبين امساكها
ولا شيء له) اي للمولى من الديمة .

وأنما نقول بهذا التخيير (لئلا يلزم الجمع بين العرض والمعوض)
إذ لا يبقاء المولى لنفسه وأخذ الديمة ، لزم أن يكون المولى جمع بين
الامة وبين قيمتها ، هذا هو الحكم في المثلوك غير المستولدة - كما
ذكره جمع من الفقهاء .

(ففي المستولدة يحتمل ذلك) التخيير أيضاً يكون قد جاز نقل أم الولد
(ويحتمل أن) لا يحق للمولى اعطائهما وأخذ قيمتها ، بل عليه
الشق الثاني من التخيير اي البقاء عليها بدون أخذ شيء .

ف (لا يجوز للمولى أخذ القيمة) واعطائهما (ليلزم منه) اي من أخذ
المولى للقيمة (استحقاق الجاني للرقبة) ويكون سبباً بالنقل أم الولد .

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْثَأَةِ مِنْ عَدَمِ جُوازِ بَيعِ امْلَوْدِ

.....

وَإِمَّا احْتِمَالُ مَنْعِ الْجَانِيِّ عَنِ اخْذِهِ وَعَدْمِ تَمْكِهِ لَهَا بَعْدَ اخْذِ الدِّيَفِنَهُ

فَلَوْجَهُ لَهُ لَأَنَّ الْاسْتِيلَادَ يَمْنَعُ عَنِ الْمَعَاوِضَةِ أَوْ مَافِي حُكْمِهَا، لَا عَنِ اخْذِ

الْعَوْضِ بَعْدَ اعْطَاءِ الْمَعْوَضِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ .

وَالْمَسْأَلَهُ مِنْ أَصْلِهَا مَوْضِعُ اشْكَالِهِ، لَعَدَمِ لِزُومِ الْجَمْعِ بَيْنِ الْعَوْضِ وَ

الْمَعْوَضِ، لَأَنَّ الدِّيَهُ عَوْضٌ شَوَّعِيٌّ عِمَافَاتٌ بِالْجَنَاهِيَهُ، لَا عَنْ رَقْبَهُ الْعَبْدِ

(وَإِمَّا احْتِمَالُ مَنْعِ الْجَانِيِّ عَنِ اخْذِهِ) إِيْ اخْذُ الْأَمَمَهُ (وَعَدْمِ تَمْكِهِ
لَهَا) إِيْ أَنَّ الْجَانِيِّ لَا يَمْلِكُ الْأَمَمَهُ «وَعَدْم» عَطْفٌ عَلَى «مَنْع» (بَعْدَ
اخْذِ) مُولَاهَا (الْدِيَهُ مِنْهُ) إِيْ مِنْ الْجَانِيِّ (فَلَوْجَهُ لَهُ
لَا نَهُ اولاً جَمْعَ بَيْنِ الْعَوْضِ وَالْمَعْوَضِ عِنْدَ الْمَوْلَى) .

وَثَانِيَا (لَأَنَّ الْاسْتِيلَادَ يَمْنَعُ عَنِ الْمَعَاوِضَةِ) كَالْبَيْعِ (أَوْ مَافِي حُكْمِهَا)
كَالصَّلْحِ عَلَى الْمَسْتَوْلَهَ بِشَيْءٍ (لَا عَنِ اخْذِ) الْجَانِيِّ (الْعَوْضِ) وَهِيَ الْأَمَمَهُ
(بَعْدَ اعْطَاءِ) الْجَانِيِّ (الْعَوْضِ) وَهِيَ الْدِيَهُ (بِحُكْمِ الشَّرْعِ) مَتَعْلِقٌ بِ
«اخْذ» هَذَا .

(وَلَكِنَّ) (الْمَسْأَلَهُ مِنْ أَصْلِهَا مَوْضِعُ اشْكَالِهِ، لَعَدَمِ لِزُومِ الْجَمْعِ بَيْنِ
الْعَوْضِ وَالْمَعْوَضِ) فِيمَاذَا اخْذَ الْمَوْلَى الْدِيَهُ (لَأَنَّ الدِّيَهُ عَوْضٌ شَوَّعِيٌّ
عِمَافَاتٌ بِالْجَنَاهِيَهُ، لَا) ائْتَهُ عَوْضَ (عَنْ رَقْبَهُ الْعَبْدِ) وَالْأَلْزَمَ عَدَمَ جُوازِ اخْذِ
الْدِيَهُ فِيهَا مَلِمَ تَكُنْ مُسْتَوْعِبَهُ لِلقيمةِ ايْضاً .

اَذْ كَمَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنِ الْعَوْضِ وَالْمَعْوَضِ، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ
بَيْنِ الْمَعْوَضِ وَبَعْضِ الْعَوْضِ هَذَا .

ثُمَّ كَيْفَ يَمْكُنُ أَنْ تَكُونَ الْجَنَاهِيَهُ بِلَا غَرَامَهُ اَصْلًا بَعْدَ شَمْوَلِ الْاَدَلَهِ

و تمام الكلام في محله .

و منها : ما إذا الحقت بدار الحرب ، ثم استرقت ، حكاہ فى الروضة
وكذا الواسرها المشركون ، ثم استعادها المسلمين ، فكانه فيما إذا اسرها
غير مولاها ، ولم يثبت كونها أمة المولى وبعد القسمة ،

للحر و العبد على حد سواء .

ولو اشكل بهذا الاشكال في العبد لزم مثله في الحر فإنه كيف
يجوز للإنسان ان يأخذ الف دينار - مثلا - قيمة نفسه فيما اذا اعمى
الجانى عينيه و الحال ان نفسه باقية لم تزهد (و تمام الكلام في محله)
في باب الجنائية على العبد .

(و منها) اي من موارد جواز بيع ام الولد (ما اذا الحقت بدار الحرب
ثم استرقت) اذل حقوقها بدار الحرب يوجب رفع عصمة الاسلام بتواقيعه
منها (حكاہ فى الروضة ، وكذا الواسرها المشركون ، ثم استعادها
المسلمون ، فكانه) اي كان اطلاق هذا الكلام مقيد بثلاثة شروط .

الاول : (فيما اذا اسرها غير مولاها) اذ لو كان الذى اسرها هو
مولا هال م يكن وجه لان تكون قسمة بين المسلمين ، بل حالها حال ما اذا
اخذ الكافر الحربي عبائة زيد ثم استعادها زيد منه ، فان تملك الحربي
لماض المسلم لا يسبب خرج المال عن ملك المسلم .

الثانى : (ولم يثبت كونها أمة المولى الا بعد القسمة) اي بعد ان
قسم الامام الغنائم ، اذ لو ظهر انهما امة لانسان مسلم لم يجز قسمتها
لما تقدم في الشرط الاول .

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

و قلنا بـان القسمة لا تتنقض و يغـرم الإمام قيمتها المالـكـها
لكن المحـكـى عنـ الاـكـثـر وـ المـنـصـوصـ انـهـاـ تـرـدـ عـلـىـ مـالـكـهاـ ،ـ وـ يـغـرمـ
قيـمـتـهـ الـمـقـاتـلـهـ .ـ

وـ منـهـاـ :ـ ماـذـاـ خـرـجـ مـوـلاـهـاـ عـنـ الـذـمـةـ ،ـ وـ مـلـكـتـ اـموـالـهـ التـىـ هـيـ مـنـهـاـ
وـ منـهـاـ :ـ ماـذـاـ كـانـ مـوـلاـهـاـذـمـيـاـ ،ـ وـ قـتـلـ مـسـلـمـاـ ،ـ فـاـنـهـ يـدـفـعـ هـوـ وـ
اـموـالـهـ الـىـ اـولـيـاءـ الـمـقـتـولـ .ـ

الـثـالـثـ :ـ (ـ وـ قـلـنـاـ بـانـ القـسـمـةـ)ـ الـتـىـ اـجـراـهـاـ الـامـامـ اوـنـائـيـهـ(ـلاـ تـنـقـضـ وـ
يـغـرمـ الـامـامـ قـيـمـتـهـ الـمـالـكـهاـ)ـ مـنـ بـيـتـ الـمـالـ ،ـ حـيـثـ اـنـ غـرـامـاتـ الـامـامـ عـلـىـ
بـيـتـ الـمـالـ فـاـنـهـ لـوـ لمـ تـجـمـعـ هـذـهـ الشـرـوـطـ الـثـلـاثـةـ لـمـ يـكـنـ وـجـهـ لـاـنـتـقـالـ اـمـ
الـوـلـدـعـنـ مـلـكـ مـوـلاـهـاـ .ـ

(ـ لـكـنـ المحـكـىـ عنـ الاـكـثـرـ)ـ عـدـمـ تـعـاـمـيـةـ الشـرـطـ الـثـالـثـ (ـ وـ ذـلـكـ لـاـنـ
(ـ المـنـصـوصـ انـهـاـ)ـ بـعـدـ القـسـمـةـ (ـ تـرـدـ عـلـىـ مـالـكـهاـ ،ـ وـ يـغـرمـ)ـ الـامـامـ مـنـ
بـيـتـ الـمـالـ (ـ قـيـمـتـهـ الـمـقـاتـلـهـ)ـ اـىـ الـمـجـاهـدـيـنـ الـذـيـنـ وـقـعـتـ اـمـ الـوـلـدـ فـيـ
سـهـمـهـ .ـ

(ـ وـ منـهـاـ)ـ اـذـاـكـانـتـ اـمـةـ لـذـمـىـ فـىـ (ـ ماـذـاـ خـرـجـ مـوـلاـهـاـ عـنـ الـذـمـةـ ،ـ وـ
ملـكـتـ)ـ بـالـمـجـهـولـ اـىـ مـلـكـ الـمـسـلـمـونـ (ـ اـمـوـالـهـ التـىـ هـىـ)ـ اـمـ الـوـلـدـ (ـ منـهـاـ)
اـىـ مـنـ تـلـكـ اـمـوـالـ ،ـ اـذـلـوـ خـرـجـ الـذـمـىـ عـنـ الـذـمـةـ صـارـتـ اـمـوـالـهـ مـبـاحـقـلـ
الـمـسـلـمـينـ ،ـ وـ مـنـ هـذـاـ القـبـيلـ لـوـ خـرـجـ الـمـعـاهـدـعـنـ الـمـعـاهـدـةـ .ـ

(ـ وـ منـهـاـ)ـ اـىـ مـنـ صـورـ جـواـزـ بـيـعـ اـمـ الـوـلـدـ (ـ ماـذـاـ كـانـ مـوـلاـهـاـذـمـيـاـ ،ـ وـ
قتـلـ مـسـلـمـاـ ،ـ فـاـنـهـ يـدـفـعـ هـوـ وـ اـمـوـالـهـ)ـ التـىـ هـىـ مـنـهـاـ (ـ الـىـ اـولـيـاءـ الـمـقـتـولـ)

هذا ما اظفرت به من موارد القسم الاول ، وهو ما اذا عرض لام الوليد
للغير اقوى من الاستيلاد .

واما القسم الثاني : وهو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولى بالمراعات
من حق الاستيلاد .

فمن موارده ما اذا اسلمت وهي امة ذمى فانها تابع عليه بناء على
ان حق اسلامها المقتضى لعدم سلطنة الكافر عليها اولى من حق

بل ينبغي ان يعد من هذا القسم ايضا ما اذا كان الكافر في دينه جواز
بيع ام الولد ، لقاعدة : الزموهم بما التزموا به ، التي تطابق النصوص
الاجماع عليها .

(هذا ما اظفرت به من موارد القسم الاول) الذي يجوز فيه بيع ام الولد
او نقلها باسائر احياء النقل (وهو ما اذا عرض لام الوليد حق لغير اقوى
من الاستيلاد) فان حق الغير يقدم على حق الاستيلاد .

(واما القسم الثاني : وهو ما اذا عرض لها حق لنفسها اولى
بالمراعات من حق الاستيلاد)

(فمن موارده ما اذا اسلمت وهي امة ذمى)

وانما مالم يذكر مطلق الكافر ، اذ لو كان لل المسلمين سلطة عليه للزم
محاريته بحكم : ان الكافر الحربي يحارب حتى يسلم ، او يعطي الذمة
فلا مجال لجبره على بيع امولداته ، فتأمل (فانها تابع عليه) اي على الذمة
(بناء على ان حق اسلامها المقتضى لعدم سلطنة الكافر عليها اولى من حق

الاستيلاد المعرض للعتق.

ولو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع : عمومات صحة البيع ، دون قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم ، المقتضية لعدم جواز بيعها عليه ، لأن المفروض أن : قاعدة السلطنة ، قد ارتفعت بحكمة ادلة نفي سلطنة الكافر على المسلم ، فالملك ليس مسلطًا قطعاً • ولا حق له في عين الملك جزماً .

الاستيلاد المعرض للعتق) فان علة البيع الموجبة لخلاصها من الكافر
موجودة الآن، فلا وجه للصبر حتى يموت الكافر و يؤثر حق الاستيلاد اثره
في ذلك الوقف.

(ولو فرض تكافؤ) وتعادل (دليلهما) دليل الاستيلاد، ودليل عدم سلطة الكافر على المؤمن، بحيث لم يكن أحد هما قدما على الآخر (كان) اللازم القول بتساقطهما.

و حينئذ ، فـ (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 نفي سلطنة الكافر على المسلم ،
فالملك) الكافر (ليس مسلطا) على المسلمة (قطعا ، ولا حق له) اى
للكافر (في عين الملك) اى ذات المسلمة (جزما)
فدليل السلطنة ساقط ، و يبقى التعارض بين دليل الاستيلاد ، و

انما الكلام في تعارض حق ام الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز
كونها مقهورة بيد الكافر ،
و من حيث كونها في معرض العتق ، فلا يجوز اخراجها من هذه
العرضة .

والظاهر ان الاول اولى للاعتبار وحكومة قاعدة نفي السبيل على
جل القواعد .

دليل عدم سلطة الكافر على المسلم

(انما الكلام في تعارض حق ام الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز
كونها مقهورة بيد الكافر) المقتضى لجواز بيعها الآن .
(و من حيث كونها في معرض العتق ، فلا يجوز اخراجها من هذه
العرضة) لأنها لو بيعت الآن ، فاذ امات الكافر المولى لها لم تعتق .
(والظاهر) من الادلة (ان الاول) اى دليل عدم السبيل
(اولى)

اولاً (للاعتبار) فان الاسلام له من الشرف ما يوجب ان لا يبقى مسلم
تحت كافر اطلاقاً ، حتى اذا سبب خروجه عن ملكية الكافر ضرراً مستقبلاً
عليه .

مثلاً : لو اوجب بيع المسلم على الكافر ان لا يكون لlama زوج و هي
بحاجة اليه لأن المشتري لها من الكافر الآن امرأة ولا يوجد رجل يشتريها
(و) ثانياً : لـ (حكومة قاعدة نفي السبيل) وهي قوله تعالى :
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (على جل القواعد) كقاعدة :

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع ام الولد

.....
..... ولقوله صلى الله عليه وآلـهـ : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه .

ومما ذكرنا ظهر انه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل اسلامها

لان الشك انما هو في طرـوـ ما هو مقدم على حق الاستيلاد .

والاصل عدمه ، مع

السلطنة ، وقاعدة : تجارة عن تراض ، وقاعدة الزوجية ، فانه لو اسلمت الزوجة لم تبق في حالة زوجها الكافر ، وقاعدة : لاضرر ، فيما اذا اوجب خروج المسلم عن تحت الكافر ضررا الى غيرها من القواعد .

(و) رابعا : (لقوله صلى الله عليه وآلـهـ : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه) فان بقائـها حتى تعـقـعـ عند مـوتـ الكـافـرـ مـوجـبـ لـكونـ الاسلامـ ، قدـعـلىـ عليهـ .

(ومما ذكرنا) من تقديم دليل نفي السلطنة على المؤمن ، على حق الاستيلاد (ظهر انه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع) عن بيـعـهاـ (قبل اسلامهاـ) بـاـنـ يـقـالـ : انـهاـ حـالـ كـفـرـهـ الـالـمـ يـجـزـ بـيـعـهاـ ، لـاـنـهـ اـمـ وـلـدـ فـاـذـ اـسـلـمـتـ وـشـكـنـافـيـ جـواـزـ بـيـعـهاـ ، كـانـ مـقـضـىـ الاـسـتـصـاحـ بـالـعـدـمـ .
وجه الظهور : وجود الادلة الاجتهادية كما عرفت ، فلامجال
للأصل العملي .

اما وجه القائل بالاستصحاب ما ذكره بقوله : (لان الشك انما هو في طرـوـ ما هو مقدم على حق الاستيلاد) بـاـنـ يـقـالـ : هل طـرـءـ بـسـبـبـ الاـسـلـامـ — على هذه المرئـةـ ما هو مـقـدمـ على حقـ الاستـيـلـادـ ، اـمـ لاـ؟ـ
(والأصل عدمه) اي عدم الطـرـوءـ ، فيـيـسـتـصـاحـ بـعـدـ جـواـزـ الـبـيـعـ (معـ

.....
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 الاستيلاد على حق الملك ، فلا ينافي تقديم حق آخر لها
على هذا الحق .

ومنها : ما اذا عجز مولاها عن

امكان معارضه الاصل بمثله)
هذا رد آخر ، لا ستصحاب المنع عن بيعها ، بان يقال : هناك
استصحابان ، استصحاب يدل على جواز البيع ، واستصحاب يدل على
عدم جواز البيع ، فيتساقط الاصلان ويرجع الى عموم حق الاسلام (لو
فرض فى بعض الصور تقدم الاسلام على المنع عن البيع) كما لوالاسلمت
قبل العلوق ، ثم علق الولد بها ، فانها قبل العلوق كانت جائزة البيع ،
ونشك فى ان علوقها اهل صار سببا للمنع عن بيعها ، الاصل عدم .
(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 الاستيلاد على حق الملك) ((وتقديم) اعطاف
على ((عدم سلطنة)) (فلا ينافي) هذا المنع (تقديم حق آخر لها) اي
للامة وهو حق الاسلام (على هذا الحق) وهو حق الاستيلاد فالاستيلاد
مقدم على الملك والاسلام مقدم على الاستيلاد .
(ومنها) اي من اقسام القسم الثاني (ما اذا عجز مولاها عن

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْهَا مِنْ عَدْمِ جَوَازِ بَيعِ امِ الْوَلَدِ

.....

نفقتها ، ولو في كسبها ، فتباع على من ينفق عليها ، على ماحكى عن
اللمعة وكتنز العرفان ، وأبى العباس ، والصيمري ، والمحقق الثاني ،
وقال في القواعد لوعجز عن الإنفاق على ام الولد امرت بالتكسب ، فان
عجزت أنفق عليها من بيت المال ، ولا يجب عتقها ، ولو كانت الكفاية
بالتزويج ، وجوب .

ولو تذر الجميع ففي البيع اشكال ، انتهى .

نفقتها ، ولو في كسبها) بان لم يف كسب الامة لسد نفقاتها (فتباع على
من ينفق عليها ، على ماحكى) الجواز في هذه الصورة (عن اللمعة ،
وكتنز العرفان ، وأبى العباس ، والصيمري ، والمحقق الثاني ، وقال
في القواعد) ذكر المصنف كلام القواعد للإشارة الى انه مخالف بجواز
بيعها في هذه الصورة (لوعجز) المولى (عن الإنفاق على ام الولد
امرت) بصيغة المجهول (بالتكسب) ل تستعيش من كسبها (فان عجزت)
عن الكسب الكافي (انفق عليها من بيت المال) ل انه معذ لمصالح المسلمين
و لسد حاجات القراء (ولا يجب) على المولى (عتقها) وان كان العتق
موجبا لسد حاجاته (ولو كانت الكفاية) لمعيشتها (بالتزويج ، وجوب)
لوجوب سد حاجاته على المولى بكيفية محللة و الزواج من تلك الكيفيات .
(ولو تذر الجميع) من الكسب و بيت المال و التزويج (ففي البيع
اشكال) من انه : بيع ام ولد فلا يجوز و من انه :
لمصلحتها او سد حاجاتها فيجوز (انتهى) كلام

العلامة .

و ظاهره عدم جواز البيع مهما امكن الانفاق من مال المولى او كسبها او مالها او عوض بضمها او وجود من يؤخذ بنفقتها او بيت المال ، وهو حسن و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع ايضا ، و فرضها كالحرق في وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها ولو فرض عدم ذلك ايضا ،

او تكون ذلك ضررا عظيماً عليها فلا يبعد الجواز لحكومة ادلة : نفي الضرر ولا ان رفع هذا اعتنـاـ اوـلىـ من تحـمـلـهاـذـلـكـ رـجـاءـ انـتـنـعـقـ منـنـصـيـبـ

(وظاهره عدم جواز البيع مهما امكن الانفاق) ولو بغير الطرق التي ذكرها (من مال المولى ، او كسبها ، او مالها) ان كان لها مال (او عوض بضمها) بالزواج (او وجود من يؤخذ) شرعا (بنفقتها) كالعمودين مثلا (او بيت المال ، وهو) اي كلام العـلامـةـ (حـسـنـ ، وـمـعـ عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع ايضا) اي كما يمنع عن البيع فـى صورة وجود احد الا مور المذكورة .

(و) لا يبعد (فرضها كالحرق في وجوب سد رمقها كفاية) اي وجوباـ كـفـائـياـ (على جميع من اطلع عليها) اي على حالـهاـ (ولو فرض عدم ذلك ايضا) احتمل جواز اخذها بالقوة كعام المـجـاعـةـ .

(او تكون ذلك ضررا عظيماً عليها) بحيث يكون دليل : لاضرر مقدما على دليل : عدم بيعها (فلا يبعد الجواز لحكومة ادلة : نفي الضرر) على ادلة عدم جواز البيع (ولا ان رفع هذا) الضرر (عنها) اي عـنـ المسـتوـلدـةـ (اوـلىـ منـتـحـمـلـهاـذـلـكـ) الـضـرـرـ (رـجـاءـ انـتـنـعـقـ منـنـصـيـبـ

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع الولد

ولد هامع جريان ماذ كرنا أخيراً في الصورة السابقة من احتمال ظهور
أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاد على حق المالكين على حقها الآخر
فتذهب .

ومنها : بيعها على من تتعتق عليه ، على ماحكي من الجماعة

ولدها) في المستقبل هذا .

وهناك وجه آخر لجواز البيع أيضا ، أشار إليه بقوله : (مع جريان
ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة) بقولنا (فلا ينافي تقديم حق آخر لها
على هذا الحق) (من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاد
على حق المالكين)

فحق الاستيلاد مقدم على قاعدة : سلطنة المالك (لا على حقها
الآخر) أي حق نفس المستولدة ، و (الآخر) صفة (حقها)
والمراد بحقها الآخر - هنا - حق سد حاجاتها (فتذهب)
فإن دليل الاستيلاد قوى جدا ، فلا يمكن تقديم حق آخر لها على
حق الاستيلاد .

نعم لتقديم : لاضرر وجه قوى ، لكن ذلك فيما إذا توقف دفع الضرر
بالبيع ، والافان امكن بمادون البيع - ولو بالرهن وما اشبه - كان ما
دون البيع مقدما .

(ومنها) أي من صور القسم الثاني بأن يكون لنفسها حق أولى
بالعراءات من حق الاستيلاد (بيعها على من تتعتق عليه)
كالعموديين ، الآباء والأبناء (على ماحكي من الجماعة

المتقدم اليهم الاشارة ، لأن فيه تعجيل حقها ، وهو حسن ، لوعلم
ان العلة حصول العتق .

فللعل الحكمة انعتاق 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) اللمعة ، و كنز العرفان الخ (لان فيه) اي في
هذا البيع (تعجيل حقها) بالعتق (وهو حسن ، لوعلم ان العلة) في
عدم جواز بيعها (حosal العتق) بعد موت المولى .

(فللعل الحكمة انعتاق خاص) لسبب اirth الولد ، لأن الشارع
لا حظ خدمتها الكاملة للمولى ، ثم عتقها اجلالا للحق الامومة ، وهذا
غير حاصل في البيع للعمودين .

(اللهم الا ان يستند) لجواز بيعها من ينعتق (الى ما ذكرناـ
اخيرا في ظهور ادلة المنع) في ترجيح حق الاستيلاد على حق ما لا يـ
لعلى حقها الآخر) او يقال : ان هذا البيع من ينعتق عليه (عتق في
الحقيقة) فلا يمنعه ادلة المنع عن بيع المستولدة .

(و يلحق بذلك) اي ببيعها من ينعتق عليه (بيعها بشرط العتق)
لانه عتق لهافي الحقيقة .

(فلولم يف المشتري) بان لم يعتقد ابدا ، او لموت ، او نحره

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنَاةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَيعِ امِ الْوَلَدِ

.....
اَحْتَلَ وَجْبَ اسْتِرْدَادِهَا كَمَا عَنِ الشَّهِيدِ الثَّانِي

وَيَحْتَلُ اجْبَارَ الْحَاكِمِ، وَالْعَدْوَلَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْاعْتَاقِ
اوَاعْتَاقَهَا عَلَيْهِ قَهْرًا

وَكَذَلِكَ بِيَعْهَا مِنْ اقْرَبِ بُحْرِيَّتِهَا

وَيُشَكَّلُ بَانَهُ أَنْ عَلِمَ الْمُولَى صَدْقَ الْمَقْرَرِ لَمْ يَجِزْ لَهُ الْبَيعُ وَأَخْذُ الثَّمَنِ

(اَحْتَلَ وَجْبَ اسْتِرْدَادِهَا) عَلَى الْبَائِعِ (كَمَا عَنِ الشَّهِيدِ الثَّانِي)

اَذَا نَاجَازَ الْبَيعَ لِاجْلِ الْعَتْقِ، فَإِذَا لَمْ تَعْتَقْ لَزَمْ ابْطَالُ الْبَيعِ

(وَيَحْتَلُ اجْبَارَ الْحَاكِمِ) لِلْمُشْتَرِي بِالْعَتْقِ، لَأَنَّ الْحَاكِمَ وَلِسِنِ

الْخَالِفِ لِلشَّرْعِ (وَ) اجْبَارَ (الْعَدْوَلِ) مِنْ الْمُؤْمِنِينِ، اَذَا لَمْ يَوْجِدْ الْحَاكِمُ

الشَّرْعِيُّ وَنَائِبُهُ، فَإِنَّ الْوَلَايَةَ بَعْدَ الْحَاكِمَ لِعَدْوَلِ الْمُؤْمِنِينَ وَقَوْلُهُ:

(لِلْمُشْتَرِي) مَتَعْلِقٌ «بِالْاجْبَارِ» (عَلَى الْاعْتَاقِ)

(اَوْ) يَحْتَلُ (اعْتَاقَهَا عَلَيْهِ قَهْرًا) بَانَ تَنْعَقَ امِ الْوَلَدَ عَلَى الْمُشْتَرِي

عَتْقَاتِلْقَائِيَاً، بِلَا حِتْيَاجٍ إِلَى اعْتَاقِ الْمُشْتَرِي لَهَا، لَأَنَّ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ
شَرْوُطِهِمْ» يَقِيدُ الْوَضْعَ

(وَكَذَلِكَ) حَالٌ (بِيَعْهَا مِنْ اقْرَبِ بُحْرِيَّتِهَا) اَذْ بِمُجْرِدِ الدُّخُولِ فِي

مَلَكِ الْمَقْرَرِ تَنْعَقُ هِيَ عَلَيْهِ

(وَيُشَكَّلُ) بِيَعْهَا مِنْ تَنْعَقٍ عَلَيْهِ حَسْبَ اقْرَارِهِ بُحْرِيَّتِهَا (بَانَهُ أَنْ

عَلِمَ الْمُولَى صَدْقَ الْمَقْرَرِ) بَانِهِ حَارِّةَ (لَمْ يَجِزْ لَهُ الْبَيعُ وَأَخْذُ الثَّمَنِ) اَذْ

الْبَيعُ بِنَظَرِ الْمُشْتَرِي باطِلٌ، فَكِيفَ يَأْخُذُ الْمُولَى الثَّمَنَ مِنْهُ

وَقَدْ تَحَقَّقَ فِي مَوْضِعِهِ أَنَّهُ لَا يَمْكُنُ أَنْ يَكُونَ بَيعًا بِاطِلًا مِنْ جَانِبِهِ، وَ

فـى مقابل الحر .

وـان علم بـذـهـلـهـ لـمـ يـجـزـ اـيـضاـ ، لـعـدـمـ جـواـزـ بـيـعـ اـمـ الـوـلـدـ .
وـمـجـرـدـ صـيـرـورـتـهـ حـارـةـ عـلـىـ المشـتـرـىـ فـىـ ظـاهـرـ الشـرـعـ - مـعـ كـونـهـ مـلـكـالـهـ فـىـ الـوـاقـعـ وـبـقـائـهـاـفـىـ الـوـاقـعـ عـلـىـ صـفـةـ الرـقـيـةـ لـلـمـشـتـرـىـ - لـاـ يـجـزـزـ
الـبـيـعـ ، بـلـ الـحـرـيـةـ الـوـاقـعـيـةـ وـانـ تـأـخـرـتـ اـولـىـ مـنـ الـظـاهـرـيـةـ وـانـ
تعـجلـتـ .

وـمـنـهاـ ماـ اـذـامـاتـ قـرـيبـهـاـ ، وـخـلـفـ تـرـكـهـ ، وـلـمـ يـكـنـ لـهـ وـارـثـ سـواـهـاـ
فـتـشـتـرـىـ مـنـ مـوـلاـهـاـ

صـحـيـحـاـنـ جـانـبـ آـخـرـ .

فـاخـذـ الشـمـنـ (ـفـىـ مقابلـ الـحرـ)ـ غـيرـ جـائزـ .

(ـوـانـ علمـ بـذـهـلـهـ لـمـ يـجـزـ اـيـضاـ ، لـعـدـمـ جـواـزـ بـيـعـ اـمـ الـوـلـدـ)ـ اـذـفـىـ
الـوـاقـعـ اـنـهـاـلـاـ تـتـحـرـرـ بـعـدـرـ اـقـرـارـ المشـتـرـىـ بـاـنـهـ حـارـةـ .

(ـوـمـجـرـدـ صـيـرـورـتـهـ حـارـةـ عـلـىـ المشـتـرـىـ فـىـ ظـاهـرـ الشـرـعـ - مـعـ كـونـهـ مـلـكـالـهـ فـىـ الـوـاقـعـ)ـ اـنـ صـحـ الـبـيـعـ ، لـاـنـهـ اـذـاصـحـ الـبـيـعـ صـارـتـ مـلـكـالـلـمـشـتـرـىـ
وـاقـعـاـ (ـوـبـقـائـهـاـفـىـ الـوـاقـعـ عـلـىـ صـفـةـ الرـقـيـةـ لـلـمـشـتـرـىـ -)ـ اـذـاـاـقـرـارـلـاـ يـغـيرـ
الـوـاقـعـعـنـ وـاقـعـهـ (ـلـاـ يـجـزـزـ الـبـيـعـ ، بـلـ الـحـرـيـةـ الـوـاقـعـيـةـ وـانـ تـأـخـرـتـ)
حتـىـ مـوـتـ الـمـوـلـىـ (ـاـولـىـ مـنـ)ـ الـحـرـيـةـ (ـالـظـاهـرـيـةـ ، وـانـ تعـجلـتـ)ـ اـولـوـيـةـ
لـازـمـةـ لـاـ اـولـوـيـةـ رـاجـحةـ - كـمـاـلـاـ يـخـفـىـ - .

(ـوـمـنـهاـ)ـ اـىـ منـ صـورـ القـسـمـ الثـانـىـ (ـماـاـذـامـاتـ قـرـيبـهـاـ ، وـخـلـفـ
تـرـكـهـ ، وـلـمـ يـكـنـ لـهـ وـارـثـ سـواـهـاـ ، فـتـشـتـرـىـ)ـ الـاـمـةـ الـمـسـتـوـلـةـ (ـمـنـ مـوـلاـهـاـ

فی الموارد المستثناء من عدم جواز بيع ام الولد
 للعتق ، و ترث قريبها او هو مختار الجماعة السابقة ، و ابن سعيد في
 النزهة ، و حکى عن العماني ، وعن المهدّب اجماع الاصحاب عليه ، و
 بذلك يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع .
 مضافاً الى ظهورها في رفع سلطنة المالك ، و المفروض هنا عدم كون
 البيع باختياره بل بيع عليه لواطنع .
 ومن موارد القسم الثالث : وهو ما يكون الجواز

للعتق) اى لان تعتق (و) بعد العتق (ترث قريبها) اذا العبد لا يرث (و
 هو مختار الجماعة السابقة) اللمعة ، و كنز العرفان الخ (وابن سعيد في
 النزهة ، و حکى عن العماني ، وعن المهدّب اجماع الاصحاب عليه ، و
 بذلك) اى بالاجماع (يمكن ترجيح اخبار الارث على قاعدة المنع) عن بيع
 ام الولد .

اذا امر داير بين تقديم اخبار الارث الدالة على ان العبد يشتري
 و يعتق و يرث .

وبين تقديم اخبار المنع عن بيع ام الولد ، و الاجماع يرجع الاول ،
 و ان كان بين الطائفتين عموم من وجهه .

(مضافاً الى) وجود وجه آخر لتقديم اخبار الارث ، و هو (ظهورها)
 اى اخبار المنع عن البيع (في رفع سلطنة المالك) على المستولدة (و
 المفروض هنا) في مسألة اشتراها (عدم كون البيع باختياره) اى اختيار
 المالك (بل بيع عليه لواطنع) عن البيع .

(ومن موارد القسم الثالث) من اقسام بيع ام الولد (وهو ما يكون الجواز

ل الحق سابق على الاستيلاد ما إذا كان علوقها بعد الرهن فان المحكى عن الشیخ ، والحلّى ، وابن زهرة ، والمختلف ، والتذكرة ، واللمعة و المسالك ، والمحقق الثاني ، والسيورى ، وابن العباس والصيمرى : جواز بيعها حينئذ .

ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن بالاستيلاد اللاحق بعد تعارض ادلة حكم الرهن وادلة المنع عن بيع ام الولد في دين غير ثمنها .

خلافاً للمحكى عن الشرائع والتحrir، فالمنع مطلقاً

ل الحق سابق على الاستيلاد ما إذا كان علوقها بعد الرهن) بان رهن المولى امته غير الحامل ، ثم اجاز له المرتهن ان يواعقها ، فواعقها فاحبالت (فان المحكى عن الشیخ ، والحلّى ، وابن زهرة ، والمختلف ، والتذكرة ، واللمعة و المسالك و المحلاق الثاني ، والسيورى ، وابن العباس ، والصيمرى : جواز بيعها حينئذ) اى حين كان الحق سابقاً على الاستيلاد .

(ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن) السابق بالاستيلاد متعلق بالبطلان ، اى لم يبطل بسبب الاستيلاد (اللاحق بعد تعارض ادلة حكم الرهن) المقتضية لجواز البيع (وادلة المنع عن بيع ام الولد في دين غير ثمنها) و اذا ساقطا كان اللازم الرجوع الى استصحاب جواز البيع .

خلافاً للمحكى عن الشرائع والتحrir، فالمنع مطلقاً (وان الرهن

فـى الموارـت المستـنـاة من عـدـم جـواـز بـيع اـم الـولـد

وـعـن الشـهـيد فـى بـعـض تـحـقـيقـاتـه : الفـرق بـيـن وـقـوع الوـطـى باـذـن

الـعـرـتـهـنـ، وـوقـوعـهـ بـدـونـهـ .

وـعـن الاـرشـادـ وـالـقوـاعـدـ التـرـدـدـ ، وـتـامـ الـكـلامـ فـى بـابـ الـرـهـنـ .
وـمـنـهـ : ماـاـذاـكـانـ عـلـوـقـهـاـ بـعـدـ اـفـلاـسـ الـمـوـلـىـ ، وـالـحـجـرـ عـلـيـهـ ، وـ
كـانـتـ فـاضـلـةـ عـنـ الـمـسـتـنـيـاتـ فـىـ اـدـاءـ الـدـيـنـ ، فـتـبـاعـ حـيـنـئـذـ كـماـفـىـ الـقـوـاعـدـ ،
وـالـلـمـعـةـ ، وـجـامـعـ الـمـقـاصـدـ ، وـعـنـ الـمـهـذـبـ ، وـكـنـزـ الـعـرـفـانـ ، وـغـاـيـةـ الـمـرـامـ

لـاـ يـقـضـىـ جـواـزـ الـبـيعـ .

(وـعـنـ الشـهـيدـ) الاـولـ (فـىـ بـعـضـ تـحـقـيقـاتـهـ : الفـرقـ بـيـنـ وـقـوعـ
الـوـطـىـ) منـ الـراـهـنـ (باـذـنـ الـعـرـتـهـنـ) فـلـاـ يـجـوزـ الـبـيعـ (وـوقـوعـهـ) اـىـ
الـوـطـىـ (بـدـونـهـ) اـىـ بـدـونـ اـذـنـ الـعـرـتـهـنـ ، فـيـجـوزـ الـبـيعـ .

(وـعـنـ الاـرشـادـ وـالـقوـاعـدـ التـرـدـدـ) فـىـ الـمـسـئـلـةـ (وـتـامـ الـكـلامـ فـىـ
بـابـ الـرـهـنـ) وـلـوـشـكـ وـلـمـ يـجـرـ الـاستـصـاحـ كـانـ الـلـازـمـ الرـجـوعـ إـلـىـ
عـمـومـاتـ الـمـنـعـ .

(وـمـنـهـ) اـىـ مـنـ صـورـ الـقـسـمـ الثـالـثـ (ماـاـذاـكـانـ عـلـوـقـهـاـ) وـحـلـهـاـ
(بـعـدـ اـفـلاـسـ الـمـوـلـىـ ، وـ) بـعـدـ (الـحـجـرـ عـلـيـهـ ، وـ) قـدـ (كـانـ) الـأـمـةـ (فـاضـلـةـ
عـنـ الـمـسـتـنـيـاتـ فـىـ اـدـاءـ الـدـيـنـ) اـذـ الـحـجـرـ اـنـمـاـ يـجـبـ بـيعـ الزـائـدـ عـنـ
الـمـسـتـنـيـاتـ ، اـمـاـمـاـ كـانـ مـنـ الـمـسـتـنـيـاتـ فـاـنـهـ لـيـبـاعـ لـاجـلـ الـدـيـانـ
(فـتـبـاعـ) الـأـمـةـ الـمـسـتـولـةـ (حـيـنـئـذـ) اـىـ حـيـنـ وجودـ الشـرـطـينـ الـحـجـرـ ، وـ
كـونـهـاـ زـائـدـةـ عـنـ الـمـسـتـنـيـاتـ (كـماـفـىـ الـقـوـاعـدـ ، وـالـلـمـعـةـ ، وـجـامـعـ الـمـقـاصـدـ
وـ) حـكـىـ اـيـضاـ (عـنـ الـمـهـذـبـ ، وـكـنـزـ الـعـرـفـانـ ، وـغـاـيـةـ الـمـرـامـ

لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها
و لا دليل على بطلانه بالاستيلاد ، وهو حسن ، مع وجود الدليل
على تعلق حق الغرماء بالاعيان .

اما لو لم يثبت الا الحجر على المفلس في التصرف و وجوب بيع
الحاكم امواله في الدين ، فلا يؤثر في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع
في نفسه ، فتأمل ، و تمام الكلام في باب الحجر انشاء الله

لما ذكر في باب الرهن (من سبق تعلق حق الديان بها) على حق
الاستيلاد .

والحق السابق يمنع من الحق اللاحق الا اذا ثبت ان اللاحق اقوى .
(ولا دليل على بطلانه) اي بطلان حق الديان (بالاستيلاد ، وهو
حسن ، مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالاعيان) اذا تكون الامة
بنفسها حينئذ متعلقة لحق الغرماء ، وهو حق سابق .

(اما لو لم يثبت) من ادلة الحجر (الا الحجر على المفلس في
التصرف) في امواله (و وجوب بيع الحاكم امواله في الدين) لان امواله
صارت متعلقة لحق الغرماء (فلا يؤثر) الحجر (في دعوى اختصاصها بما
هو قابل للبيع في نفسه ، فتأمل) .

لعله اشارة الى ان القول : بان الحجر انما هو حجر عن التصرف
لا عباره عن تعلق حق الغرماء بالاموال ، لا ينفع في دفع البيع عن ام
الولد ، اذا المنع عن التصرف ليس الا مقدمة لاجل البيع ، والاما وجده
الحجر لو لم يرد بيع الشيء المحجور (و تمام الكلام في باب الحجر انشاء الله

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع ام الولد

.....
تعالى .

و منها : ما إذا كان علوقها بعد جنائيتها .

و هذه في الجنائية التي لا يجوز البيع لو كانت الجنائية لاحقة بل
تلزم المولى بالفداء .

و أما لو قلنا : بأن الجنائية اللاحقة أيضاً ترفع المنع ، لم تكن فائدة
في فرض تقديمها .

تعالى) .

(و منها) أي من موارد القسم الثالث (ما إذا كان علوقها) و حملها
(بعد جنائيتها) فإن حق الجانى المتعلق باسترقاقها مقدم على حق
الاستيلاد .

(وهذا) المورد إنما ينفع (في الجنائية التي لا يجوز البيع) لام الولد
في تلك الجنائية (لو كانت الجنائية لاحقة) وهي التي يتخير المولى بين
الفداء و اعطائهما (بل تلزم المولى بالفداء) فإن هذه الجنائية لو كانت
بعد الاستيلاد كان على المولى الفداء .

اما لو كانت قبل الاستيلاد كان المولى مخيراً بين الفداء و بين
اعطائهما .

(و أما لو قلنا : بأن الجنائية اللاحقة) على الاستيلاد (أيضاً) كالجنائية
السابقة (ترفع المنع) عن البيع (لم تكن فائدة في فرض تقديمها) أي
تقديم الجنائية ، لأنها أولاً و أخيراً على حد سواء .

و منها : ما اذا كان علوقها فى زمن خيار بايعها ، فان المحكى عن
الحلى جواز استرداد هامع كونها ملكا للمشتري .
ولعله لاقتضاء الخيار ذلك ، فلا يبطله الاستيلاد ، خلافا للعلامة ،
ولده ، و المحقق ، و الشهيد الثانيين ، وغيرهم فحكموا بأنه اذا افسخ رجع
بقيمة ام الولد و لعله لصيورتها منزلة التالف .
و الفسخ بنفسه لا يتضمن الا جعل العقد من زمان الفسخ كان لم يكن .

(و منها) اي من صور القسم الثالث (ما اذا كان علوقها فى زمن
 الخيار بايعها) بان باع البائع الامة و جعل لنفسه الخيار مدة ، ثم ان
المشتري احبلها فى زمن الخيار (فان المحكى عن الحللى جواز استردادها
مع كونها) الان (ملكا للمشتري) .

وانماقال « مع كونها » لافادة انهما تنتقل ، حتى لا يتوجه انهما مل
تصبح ملكا للمشتري ، فليس من باب انتقال ام الولد .

(ولعله) اي جواز النقل عن ملك المشتري بعد الاستيلاد (لاقتضاء
ال الخيار ذلك) الاسترداد (فلا يبطله الاستيلاد) لان حق المشتري
سابق على الاستيلاد (خلافا للعلامة ، و لده ، و المحقق ، و الشهيد
الثانيين ، وغيرهم فحكموا بأنه اذا افسخ) البائع (رجع بقيمة ام الولد)
لالي عينها (ولعله لصيورتها) بعد ان أصبحت ام ولد (منزلة التالف) .
(و) ان قلت : ان الفسخ يتضمن رد العين و هي موجودة الان .

قلت : (الفسخ بنفسه) مع قطع النظر عن لوازمه المترتبة عليه
(لا يتضمن الا جعل العقد من زمان الفسخ) لا من اول العقد (كان لم يكن)

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنَدَةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَيعِ أَمِ الْوَلَدِ

وَأَمَّا وَجُوبُ رَدِ الْعَيْنِ فَهُوَ مِنْ أَحْكَامِهِ لَوْلَمْ يَمْتَنِعْ عُقْلًا، أَوْ شَرْعًا، وَ
الْمَانِعُ الشَّرِعيُّ كَالْعُقْلِيُّ .

نَعَمْ : لَوْقَيْلَ أَنَّ الْمَنْعَ اِنْمَا هُوَ نَقلُ الْمَالِكِ، أَوْ النَّقلُ مِنْ قَبْلِهِ
لَدِيْونَهِ .

أَمَّا الانتِقالُ عَنْهُ بِسَبَبِ يَقْضِيهِ الدَّلِيلُ خَارِجًا عَنْ اِخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَثْبِتْ
فَلَامَانِعٌ شَرِيعَانِ

وَلَذَا إِنَّمَا فِي مَابَيْنِ الْعَقْدِ وَالْفَسْخِ لِلْمَالِكِ الثَّانِيِّ .

وَلَوْ كَانَ الْفَسْخُ اَبْطَالًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ ، كَانَ الْلَّازِمُ أَنْ يَكُونَ النَّمَاءُ
لِلْمَالِكِ الْأَوَّلِ .

(وَأَمَّا وَجُوبُ رَدِ الْعَيْنِ فَهُوَ مِنْ أَحْكَامِهِ) أَيْ أَحْكَامُ الْفَسْخِ ، لَأَنَّهُ
نَفْسُ الْفَسْخِ (لَوْلَمْ يَمْتَنِعْ) رَدُّ الْعَيْنِ (عُقْلًا) كَمَا لَوْ كَانَ تَالِفَاحِيقَةُ (أَوْ
شَرْعًا) كَافِيَ الْمَقَامُ ، حِيثُ أَنْ أَمِ الْوَلَدِ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَنْتَقِلْ مِنْ مُلْكِ مُولَاهَا
الَّذِي أَحْبَلَهَا (وَالْمَانِعُ الشَّرِعيُّ كَالْعُقْلِيُّ) فِي أَنَّهُ يَمْنَعُ عَنِ الْأَحْكَامِ
الشَّرِيعَيَّةِ الْمُتَرْتِبَةِ لَوْلَا الْمَانِعُ .

(نَعَمْ : لَوْقَيْلَ أَنَّ الْمَنْعَ اِنْمَا هُوَ نَقلُ الْمَالِكِ) لَامِ الْوَلَدِ (أَوْ
الْنَّقلُ مِنْ قَبْلِهِ) أَيْ قَبْلُ الْمَالِكِ (لَدِيْونَهِ) كَمَا لَوْ بَيَعْتُ فِي دِيْونِ الْمَالِكِ ،
حِيثُ تَقْدِمُ أَنَّهُ لَا يَصْحُ

(أَمَّا الانتِقالُ عَنْهُ) أَيْ عَنِ الْمَالِكِ ، لَا بِإِخْتِيَارِ الْمَالِكِ ، وَلَا جَنَاحُ
الْمَالِكِ (بِسَبَبِ يَقْضِيهِ الدَّلِيلِ) فِي حَالِ كُونِ ذَلِكَ السَّبِبُ (خَارِجًا عَنْ
إِخْتِيَارِهِ) – صَفَةً بِسَبَبِ – (فَلَمْ يَثْبِتْ) مَنْعُ ذَلِكَ الانتِقالِ (فَلَامَانِعٌ شَرِيعَانِ

استرداد ادعينها .

والحاصل : ان منع الاستيلاد عن استرداد بايعها يحتاج
الى دليل مفقود .

اللهم الا ان يدعى ان الاستيلاد 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 ادعينها) بعد الفسخ .

وانما قال المصنف «نعم لو قيل» اشعاراً بضعف هذا القيل ، لانه
يفهم حق الامة من دليل «الاتباع» فلافرق بين ان يكون سبب النقل ،
المولى ، او غيره ، وعليه فاللازم على المولى دفع القيمة .
(والحاصل : ان منع الاستيلاد عن استرداد بايعها) اى بائع
الامة (لها يحتاج) المنع (الى دليل مفقود) اذ مقتضى القاعدة : ان يكون
للبائع حق الاسترداد .

(اللهم الا ان يدعى ان الاستيلاد حق لام الولد مانع عن انتقالها
عن ملك المولى لحقه) اى لاجل حق المولى بان يكون حق المولى سبباً
للانقال كما اذا كان المولى مدينا (او لحق غيره) اى غير المولى ، كما
اذا كان لحق ذي الخيار - في المثال - .

(الا ان يكون للغير حق اقوى) ولو كان حقاً ثابعاً بعد الاستيلاد
(او) حق (سابق) كحق طالب ثمن الامة (يقتضى) ذلك الحق (انتقالها)
اى الامة (والمفروض

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْدَةِ مِنْ عَدَمِ جُوازِ بَيعِ امِ الْوَلَدِ

اَنْ حَقَ الْخِيَارِ لَا يَقْضِي اِنْتِقَالَهَا بِقُولِ مُطْلَقٍ ٠

بَلْ يَقْضِي اِنْتِقَالَهَا مَعَ الْامْكَانِ شَرْعًا ، وَالْمُفْرُوضُ أَنْ تَعْلُقُ حَقُّ امِ الْوَلَدِ مَانِعٌ شَرْعًا كَالْعُقْدِ وَالْبَيْعِ ، عَلَى الْقُولِ بِصَحِّتِهِمَا فِي زَمَانِ الْخِيَارِ ، فَتَأْمُلْ ٠

وَمِنْهَا : مَا إِذَا كَانَ عَلُوقُهَا بَعْدَ اِشْتِرَاطِ اِدَاءِ مَالِ الضَّمَانِ مِنْهَا ،

اَنْ حَقَ الْخِيَارِ لَا يَقْضِي اِنْتِقَالَهَا بِقُولِ مُطْلَقٍ) اَيْ فِي جَمِيعِ الصُّورِ ٠

(بَلْ يَقْضِي اِنْتِقَالَهَا مَعَ الْامْكَانِ شَرْعًا) اَذْ بَدَوْنَ الْامْكَانِ لَا يَحْكُمُ الشَّارِعُ بِالِانتِقَالِ (وَالْمُفْرُوضُ أَنْ تَعْلُقُ حَقُّ امِ الْوَلَدِ مَانِعٌ شَرْعًا) عَنِ الِانتِقَالِ (كَالْعُقْدِ وَالْبَيْعِ ، عَلَى الْقُولِ بِصَحِّتِهِمَا فِي زَمَانِ الْخِيَارِ) ٠

فَكَمَا اَنَّهُ اذَا كَانَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارِ فَاعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي فِي زَمَانِ الْخِيَارِ ، او بَاعَهُ الْمُشْتَرِي فِي زَمَانِ الْخِيَارِ لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ بَعْدَ الفَسْخِ رَدُّ الْعَيْنِ بَلْ لَهُ اَنْ يَسْتَرِدَ القيمةً ٠

كَذَلِكَ اذَا حَبَلَهَا الْمُشْتَرِي لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ رَدُّهَا بَلْ يَسْتَرِدُ قِيمَتَهَا (فَتَأْمُلْ) اَذْ عَدَمَ حَقُّ لِلْبَائِعِ فِي الِاستِرْدَادِ اَوْلَى الْكَلامِ ، فَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ مَصَادِرَةٌ ٠

(وَمِنْهَا) اَيْ مِنْ صُورِ الْقُسْمِ الثَّالِثِ (مَا إِذَا كَانَ عَلُوقُهَا) اَيْ حَمْلُهَا (بَعْدَ اِشْتِرَاطِ اِدَاءِ مَالِ الضَّمَانِ مِنْهَا) كَمَا اَذَا بَاعَ زِيدُ لِعُمُرِهِ شَيْئًا فَاخْذَ عُمُرَوْ خَالِدًا ضَمَانَ الْلَّثَمَنِ ، وَقَالَ خَالِدًا اَنِ اَوْدِي مَالِ الضَّمَانِ مِنْ هَذِهِ الْجَارِيَةِ ، فَانِهِ اذَا حَبَلَهَا الْمُولَى بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ الضَّمَانُ سَابِقًا عَلَى الِاسْتِيلَادِ

بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه، من جواز اشتراط الاداء من مال معين
فيتعلق به حق الضمون له .
وحيث فرض سابقاً على الاستيلاد فلا يزال به على قول محکى في
الروضة .

ومنها : ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة ، إذا كان النذر
مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطى ، ثم حصل بعده ، بناءً على ما ذكره
من خروج المنذر وكونها

(بناءً على ما استظهر) اي قال بعض الفقهاء انه الظاهر (الاتفاق عليه
من جواز اشتراط الاداء من مال معين) بمعنى انه لا يتشرط ان يكون
الضمان في الذمة (فيتعلق به) اي بهذه المال المعين (حق الضمون
له) الذي هو زيد .

(وحيث فرض) ان حق الضمون له (سابقاً على الاستيلاد فلا يزال به)
الاستيلاد (به) اي بهذه الحق (على قول محکى في الروضة) مقابل قوله
آخر ، وهو ان حق الاستيلاد أقوى ، فلافرق بين ان يكون الحق الآخر
سابقاً ولاحقاً .

(ومنها) اي من صور القسم الثالث (ما إذا كان علوقها بعد نذر
جعلها صدقة ، إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطى ، ثم
حصل بعده) كما اذا نذر ان جاء ولده اعطي امته صدقة ثم احبلها قبل
مجيء الولد ، ثم جاء الولد ، وانما يجوز استيلادها قبل حصول النذر ، و
تخرج عن ملكه بعد حصوله (بناءً على ما ذكره من خروج المنذر وكونها

في الموارد المستثناء من عدم جواز بيع أم الولد

صداقة عن ملك النازر بمجرد النذر في المطلق وبعد حصول الشرط في
المعلق ، كما حكاه صاحب المدارك عنهم في باب الزكوة .
ويحتمل كون استيلادها كاتفاقها فيحصل الحث و يستقر القيمة ،
جمعاً بين حق أم الولد والمنذور له .

ولو نذر التصدق بها فإن كان مطلقاً ، وقلنا : بخروجها عن الملك
بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فلاحكم للعلوق .

صداقة عن ملك النازر بمجرد النذر في) النذر (المطلق) كما لو نذر أن تكون جاريته صدقة (وبعد حصول الشرط في) النذر (المعلق) كمثال نذر الصدقة بمجيء الولد (كما حكاه صاحب المدارك عنهم في باب الزكوة) فقبل مجيء الولد ، حيث أن الأمة له جاز استيلادها ، وبعد مجيء الولد خرجت الجارية عن ملك النازر إلى الجهة المنذورة لها .

(ويحتمل كون استيلادها كاتفاقها) حيث أنها اخرجت عن قابلية الانتقال عن ملك النازر (فيحصل الحث) لانه اتفق متعلق النذر (و
يستر) على النازر (القيمة) بان يصرف قيمتها إلى الجهة المنذورة
(جعاً بين حق أم الولد) كي تبقى مقدمة للعتق (والمنذور له) حيث انه اذا تعذرت العين اعطى البديل .

(ولو نذر التصدق بها) اي بالامة - قبل الاستيلاد - نذر مطلقاً
(فإن كان) نذراً (مطلقاً ، وقلنا : بخروجها عن الملك بمجرد ذلك)
النذر (كما حكى عن بعض) كما تقدم (فلا حكم للعلوق) يوجب تحريم
الانتقال عن ملك النازر ، اذا العلوق انما حصل في ملك الغير ، لافي ملك

وان قلنا : بعدم خروجها عن ملكه ، احتمل تقديم حق المندور له في العين ، و تقديم حق الاستيلاد ، والجمع بينهما بالقيمة .
 ولو كان متعلقاً بفواتها قبل حصول الشرط صارت أم ولد ، فاذ احصل الشرط وجب التصدق بها ، لتقديم سببه .
 و يحتمل انحلال النذر لصيروحة التصدق مرجحاً بالاستيلاد ، مع الرجوع الى القيمة

النادر .

(وان قلنا : بعدم خروجها عن ملكه) اي ملك النادر ، و انعصارت متعلق حق الغير فقط (احتمل تقديم حق المندور له في العين) فلا حكم للاستيلاد (و تقديم حق الاستيلاد) فلا حكم للنذر (والجمع بينهما) اي بين الحلين (بالقيمة) بان تبقى العين لحق الاستيلاد ، و يجب على النادر دفع القيمة في جهة النذر لحق النذر .
 (ولو كان) النذر (معلقاً) كمال نذر ان جاء ولده فهو صدقة لزید (فوطئها قبل حصول الشرط) كمجيء الولد في المثال (صارت أم ولد ، فاذ احصل الشرط) بان جاء الولد (وجب التصدق بها) اي بالمستولدة (لتقديم سببه) اي سبب التصدق ، و هو النذر على الاستيلاد .

(و يحتمل انحلال النذر) وبطلانه لسبب الاستيلاد (لصيروحة التصدق مرجحاً بالاستيلاد) اذا المستولدة لا تخرج عن ملك المستولد ، وقد شرطوا ان يكون متعلق النذر راجحاً (مع الرجوع الى القيمة) اي انحلال غير تام ، بل انحلال في العين فقط ، بان تعطى قيمة الامة لجهة

فِي الْمَوَارِدِ الْمُسْتَنْدَةِ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ بَيعِ امِ الْوَلْدِ

أَوْ بَدْوَنِهِ، وَتَعَامِ الْكَلامِ يَحْتَاجُ إِلَى بَسْطِ تَامٍ لَا يَسْعُهُ الْوَقْتُ .
وَمِنْهَا : مَاذَا كَانَ عَلَوْقَهَا مِنْ مَكَاتِبِ مُشْرُوطٍ ثُمَّ فَسَخَتْ كَتَابَتِهِ ،
فَلِلْمُولَى أَنْ يَبِيعَهَا ، عَلَى مَاحْكَاهُ فِي الرُّوضَةِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ،
بَنَاءً عَلَى أَنْ مُسْتَوْلِدَتِهِ أَمْ وَلَدٌ بِالْفَعْلِ غَيْرِ مَعْلَقٍ عَلَى عَنْقِهِ ،

الصَّدَقَةِ (أَوْ بَدْوَنِهِ) أَيْ بَدْوَنِ الرُّجُوعِ إِلَى القيمةِ (وَتَعَامِ الْكَلامِ يَحْتَاجُ
إِلَى بَسْطِ تَامٍ لَا يَسْعُهُ الْوَقْتُ) الْمُعَدُّ لِلَاشارةِ إِلَى مَسَائِلِ الْأَسْتِيلَادِ إِذَا
تَعَارَضَتْ مَعَ حُوقُوقِ أُخْرَى .

وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْقُسْمَ وَالْعَهْدَ كَذَلِكَ مَعَ ادْنَى تَفَاوُتٍ .
(وَمِنْهَا) أَيْ مَنْ مَسَائِلُ صُورِ الْقُسْمِ الثَّالِثِ (مَاذَا كَانَ عَلَوْقَهَا) وَ
حَلْمَهَا (مِنْ مَكَاتِبِ مُشْرُوطٍ) وَهُوَ مَاذَا قَالَ الْمُولَى لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حَرَادًا
أَعْطَيْتُكَ ذَادِيْنَارًا - مَثلاً - بِشَرْطِ أَنْ تَكْمِلَ الْمُبْلَغَ ، مَقَابِلَ الْمَكَاتِبِ الْمُطْلَقِ
الَّذِي يَكُونُ حَرَّاً كَلَ مَقْدَارِ اعْطَى فِي مَقْابِلِهِ .

مَثلاً : إِذَا كَانَ مَالُ الْمَكَاتِبِ مَائَةً فَاعْطَى عَشَرَةً حُرْرَعْشَرَهُ ، بِخَلْافِ مَاذَا
كَانَ مَكَاتِبِ مُشْرُوطٍ فَانَّهُ لَا يَحْرُرُ جُزًّا مِنْهُ إِلَّا بَعْدِ اعْطَاءِ تَعَامِ الْمَائَةِ (ثُمَّ
فَسَخَتْ كَتَابَتِهِ) لِتَأْخِيرِ ادَاءِ مَالِ الْكِتَابِ مَثلاً كَانَ الشَّرْطُ ادَاءُ مَالِ الْكِتَابِ
إِلَى سَنَةٍ فَلَمْ يُؤْدَ (فَلِلْمُولَى أَنْ يَبِيعَهَا ، عَلَى مَاحْكَاهُ فِي الرُّوضَةِ عَنْ
بَعْضِ الْأَصْحَابِ) .

وَإِنْمَا يَكُونُ هَذَا مِنَ الْمُسْتَنْدَيَاتِ (بَنَاءً عَلَى أَنْ مُسْتَوْلِدَتِهِ) أَيْ أَمَةُ
الْمَكَاتِبِ (أَمْ وَلَدٌ بِالْفَعْلِ) قَبْلَ الْحُرْيَةِ لِلْمَكَاتِبِ (غَيْرِ مَعْلَقٍ عَلَى عَنْقِهِ)
فَكُونُ الْأَمَةِ أَمْ وَلَدٌ ، لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى عَنْقِ الْوَاطِئِ ، بَلْ لَوْكَانِ الْوَاطِئِ عَبْدًا

فلا يجوز له بيع ولد ها .

والقسم الرابع وهو ما كان ابقاءها فى ملك المولى غير معرض لها للعتق ، لعدم توريث الولد من ابيه ، لاحد موانع الارث ، او لعدم ثبوت النسب من طرف الام والاب واقع الفجور ،

صدقت ام الولد على الحامل منه (فلا يجوز له بيع ولد ها) .

وانما ناشترط هذا الشرط ، لانه اذا اقلنا : بان صدق ام الولد تتوقف على حرية الواطى - حرية فعلية ، ولا تكفى الحرية الاقتضائية - لم تصدق ام الولد في المقام ، اذ الواطى ليس حرا فعلا حال الاستيلاد ، فاذ الام تتحقق ام الولد ، لا يكون هذا من المستثنىات .

وانما يحتمل وجوب الحرية الفعلية للواطى في صدق ام الولد ، لانه اذا الام يكن حرا لم يرث الولد حتى تكون ام الولد في معرض الحرية .
اذ من المعلوم : ان الام تتعق من نصيب الولد من الارث والعبد لا يرث ، فتأمل .

(والقسم الرابع) من صور الاستثناء عن بيع ام الولد (و هو ما كان ابقاءها) اي ام الولد (في ملك المولى غير معرض لها للعتق ، لعدم توريث الولد من ابيه ، لاحد موانع الارث) كالكفر والعبودية (او لعدم ثبوت النسب من طرف الام والاب واقعها) قيد « لعدم ثبوت النسب » (لفجور) فان ولد الزنا لا يرث اباء 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 في كل مورد من موارد الاستثناء القليل من كثير ما يتحمله الكلام ، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه .

تنعدق منه امه من نصيبيه من الارث (او ظاهرا) وان كان النسب موجودا واقعا (باعتراف) او لعan ، او جهل ، او ما شبه .

كمالوقال الاب : انه ليس بولده .

او لاعن المرأة بما يسبب نفي الولد منه ان صح لعan الامة - مثلا - .

او جهل بان الولد له ولم يكن انبات شرعى ، فانه لا يرث حينئذ

ظاهرا وان كان ولده واقعا وكان وارثا في الحقيقة
فتأمل .

(ثم انالم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء القليل من كثير ما

يتتحمله الكلام ، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه) اذا المستثنىات متوقفة

على تنقح المباحث في باب النذر ، والحجر ، والرهن ، والمكاثبة ، و

غيرها ، كما لا يخفى .

مسئلة

ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلاقا ، كونه مرهونا ، فان الظاهر
بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون
و حكى عن الخلاف اجماع الفرقه ، و اخبارهم على ذلك .
و قد حكى الاجماع عن غيره ايضا عن المختلف في باب ترويج الامة
المرهونة انه ارسل عن النبي صلى الله عليه وآلـه : ان الراهنـ والمرتهـنـ
مـنـوـعـاتـ منـ التـصـرـفـ .

(مـسـأـلـةـ) مـرـيـوـطـةـ بـشـرـائـطـ العـوـضـيـنـ التـىـ مـنـهـاـكـوـنـ الـمـلـكـ طـلـقاـ (وـمـنـ)
اسـبـابـ خـرـوجـ الـمـلـكـ عـنـ كـوـنـهـ طـلـقاـ ، كـوـنـهـ مـرـهـوـنـاـ ، فـاـنـ الـظـاهـرـ) مـنـ كـلـامـ
الـفـقـهـاءـ (بلـ المـقـطـوـعـ بـهـ اـلـتـفـاقـ عـلـىـ دـعـمـ اـسـتـقـلـالـ الـمـالـكـ فـيـ بـيـعـ مـلـكـهـ
الـمـرـهـوـنـ وـ حـكـىـ عـنـ الـخـلـافـ اـجـمـاعـ الـفـرـقـهـ ، وـ اـخـبـارـهـمـ عـلـىـ ذـلـكـ (عـدـمـ)
جوـازـ بـيـعـ الـمـرـهـوـنـ .

(وـ قدـ حـكـىـ الـاجـمـاعـ عـنـ غـيـرـهـ اـيـضاـ عـنـ الـمـخـتـلـفـ فـيـ بـابـ تـرـوـيـجـ
الـاـمـةـ الـمـرـهـوـنـةـ اـنـهـ اـرـسـلـ عـنـ النـبـيـ صـلـىـ اللـهـ عـلـيـهـ وـآلـهـ : اـنـ الـراـهـنـ وـ
الـمـرـتـهـنـ مـنـوـعـاتـ منـ التـصـرـفـ) .

وـ اـطـلاـقـهـ يـشـعـلـ الـبـيـعـ كـسـائـرـ التـصـرـفـاتـ فـلـاـ اـشـكـالـ وـ لـاـ كـلـامـ مـنـ هـذـهـ
الـنـاحـيـةـ .

في أسباب خروج الملك عن كونه طلاقا

و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاقا من أصله أو يقع
موقعا على الإجازة؟ أو سقوط حقه باسقاطه، أو بالفك.

فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم، الاول، الا ان صريح
الشيخ في النهاية، و ابن حمزة في الوسيلة، و جمهور المتأخرین عدا
شاذ منهم، هو كونه موقعا، و هو الأقوى، للعمومات السليمة عن المخصص
لأن معقد الاجتماع والأخبار الظاهرة

(و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاقا من أصله أو يقع
موقعا على الإجازة) من المرتهن (أو) موقعا على (سقوط حقه) اي حق
المرتهن (باسقاطه) بان يقول المرتهن: اسقطت حقى عن الرهن، او
اسقطت العين، و تلقائيا يسقط الرهن (أو بالفك) بادئ الراهن مال
المرتهن حتى تنفك الوثيقة «التي هي الرهن».

(فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم، الاول) اي ان البيع يقع
باطلاقا (الا ان صريح الشيخ في النهاية، و ابن حمزة في الوسيلة)، و
جمهور المتأخرین عدا شاذ منهم، هو كونه) اي البيع (موقعا) لا باطلاقا (و
هو الأقوى) فلا يبطل البيع من رأسه (للعمومات السليمة عن المخصص)
مثل: اوفوا بالعقود، و: تجارة عن تراض، و: احل الله البيع، وما اشبه.
و مادا على المنع عن تصرف الراهن و المرتهن لا يصلح مخصصا
للعمومات (لان معقد الاجتماع والأخبار الظاهرة ذلك المعقد).
و المراد بالمعقد اللفظ الذي انصب عليه الاجتماع.

مثلا لو قال: «الراهن منع عن التصرف اجماعا كانت الجملة

في المنع عن التصرف، هو الاستقلال، كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن، مع مثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً .
وعلى تسليم الظہور في بطلان التصرف رأساً .
فهي موهنة بمصير جمهور المتأخرین على خلافه .

معقداً) (في المنع عن التصرف، هو الاستقلال) بان يكون البيع نافذاً
بلا حاجة الى اذن او فك .

وذلك لمناسبة الحكم والموضوع، فان العرف يرى ان المنع من
جهة حق المرتهن فاذ لا جاز وسقط حقه فلامنع (كما يشهد به) اي بكون
المنع انما هو فيما اذا كان مستقلأ (عطف المرتهن على الراهن) .
قالوا : الراهن والمرتهن متنوعان من التصرف (مع مثبت في
محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً) على اجازة الراهن (لا باطلاً) من
رأسه .

(وعلى) تقدير (تسليم الظہور) لعبارة «الراهن والمرتهن
متنوعان من التصرف» (في بطلان التصرف رأساً) بلا توقف على الاجازة
او فك، بل لا تنفع الاجازة و الفك في التصحيح .
(فهي) اي البطلان الناشئ من الظہور المذكور (موهنة بمصير
جمهور المتأخرین على خلافه) .

وكيف يمكن ان يقال : الشئ الفلانى له ظاهر كذا ، والحال ان
الفقها ذوى الفهم الثاقب لم يفهموا هذالظہور .

في أسباب خروج الملك عن كونه طلقا

.....
هذا كله مضافاً إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة، معللاً

بأنه: لم يعص الله، وإنما عصى سيده،

إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع

ويحصل التأثير بارتفاع المنع، وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية

الله اصلة في ايقاع العقد التي لا يمكن ان يلحقها رضي الله تعالى.

هذا كله مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي

(هذا كله مضافاً إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة) من المولى (معللاً بأنه: لم يعص الله، وإنما عصى سيده) أي ليست معصية شرب الخمر، والافعصيان المولى عصيان للمتعالى أيضاً «فاذاجاز» المولى «جاز» النكاح.

(إذ المستفاد منه) أي من هذا التعلييل (ان كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي) لأن الله أبطله، كالريا (يرتفع المنع) عن ذلك العقد (ويحصل التأثير) للعقد (بارتفاع المنع، وبـ (حصول الرضا) من ذي الحق (وليس ذلك كمعصية الله اصلة في ايقاع العقد) (فـ) متعلق بمعصية، أي ان اصل العقد ليس معصية (التي لا يمكن ان يلحقها رضي الله تعالى) فبيع المرهون ايضاً كذلك.

(هذا كله) وجه الاستدلال لصحة بيع المرهون (مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي) أي المناط الموجود في صحة الفضولي موجود في المقام، بل الصحة هنا الأولى، لأن الفضولي يفقد رضي المالك والاستناد إليه – فان الاستناد لازم فان معنى قوله تعالى: بالعقود، عقودكم – و

عن عمر بن يزيد ، قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام ، اسئلتك عن
مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله
وسلامه عليه امهات الولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقابهن ، قلت
فكيف ذلك قال : اي مارجل اشتري جارية ، فاولدها ، ولم يؤدّ ثمنها ، ولم
يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ منها ولدها وبيعت وأدى ثمنها ، قلت : فتباع
فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية اخرى لعمر بن
يزيد ، عن ابى الحسن عليه السلام قال سأله عن ام الولد تباع في الدين
قال : نعم ، فى ثمن رقبتها ، ومقتضى اطلاقها بـ اطلاق الصحيحـة -
ـ كما قبل -

عن عمرين يزيد ، قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام ، اسئلتك عن
مسألة ، فقال عليه السلام : سل ، قلت : لم باع امير المؤمنين صلوات الله
وسلامه عليه امهات الولاد ؟ قال عليه السلام : فى فكاك رقابهن ، قلت
فكيف ذلك) اى كيف يكون الامر حتى يكون البيع جائز(قال : اي مـا
رجل اشتري جارية ، فاولدها ، ولم يؤدّ ثمنها ، ولم يدع من المال ما
يؤدى عنه) ثمن الجارية (اخذ منها ولدها ، وبيعت ، وأدى ثمنها ،
قلت فـ هل (تباع فيما سوى ذلك من دين قال عليه السلام : لا وفى رواية
اخرى لعمررين يزيد ، عن ابى الحسن عليه السلام ، قال سأله عن) بـيع
(ام الولد) هل (تباع فى الدين ؟ قال : نعم ، فى ثمن رقبتها و)
لا يخفى ان (مقتضى اطلاقها) لانهالم تقيد البيع بما بعد موت المؤلى
(بل اطلاق الصحيحـة - كـما قبل -) ان لها اطلاقـا يـشمل حالتـى الحـيـوة

فِي الْمَوَارِدِ الْقَابِلَةِ لَا سْتُثْنَاءً بِعِيمِ الْوَلَدِ

.....

ثبوت الجواز مع حياة المولى ، كما هو مذهب الاكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان وعن نهاية العرام ، والكافية ان المنع نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة .

و ربما يتوهם القوة من حيث توهم تقيدها بالصحيحه السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى ، كما يشهد به قوله عليه السلام فيها او لم يدع من المال الخ ، فيدل على نفي الجواز عماسوى هذا الفرد .

والموت وان كان الظاهر انه لا اطلاق لها ، لظاهر قوله « ولم يدع من المال » .

اما القائل بالاطلاق ، فكانه فهم ان القيد غالبي لانه قيد احترازي (ثبوت الجواز) لبيع الامة (مع حياة المولى ، كما هو مذهب الاكثر ، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، نعم : تردد فيه الفاضلان) المحقق و العلامة (وعن نهاية العرام ، والكافية) للسبزواري (ان المنع) قول (نادر ، لكنه لا يخلو عن قوة) التقوية من النهاية والكافية – لا من المصنف كمالا يخفى .

(و ربما يتوهם القوة من حيث توهم تقيدها) اي رواية عمر بن يزيد (بالصحيحه السابقة) اي صحيحه عمر ايضا (بناء على اختصاص الجواز فيها) اي في الصحيحه (بصورة موت المولى) فالرواية مقيدة بالصحيحه (كما يشهد به) اي بان الصحيحه خاصة بصورة الموت (قوله عليه السلام فيها) اي في الصحيحه (ولم يدع من المال الخ ، فيدل) هذا القيد (على نفي الجواز عماسوى هذا الفرد) وهو حالة حياة المولى ، و انما يكون هذا القيد في

.....
اما لورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الولاد ، فيدل على الحصر .

واما لا نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعه فى الدين مع حياة المولى .
و اندفاع التوهם بكلام وجهيه واضح .

الصحيحة احترازاً .

(اما لورود هافى جواب السؤال عن موارد بيع امهات الولاد ، فيدل على الحصر) لانه حينئذ فى مقام التحديد ، ومقام التحديد دال على الحصر .
(واما لا نفى الجواز فى ذيلها) حيث قال الراوى : قلت فتباع فيما سوى ذلك من دين؟ قال لا (فيما سوى هذه الصورة) اي صورة موت المولى (يشمل بيعه فى الدين مع حياة المولى) فحيوة المولى خارجة عن جواز البيع ، اما مفهوما ، واما منطقا .
(واندفاع التوهם بكلام وجهيه واضح) .

اما اندفاع التوهם الاول ، فلان الكلام ليس فى موارد جواز بيع ام الولد مطلقا حتى يكون التقييد ذا مفهوم ، وانما الكلام فى مورد بيع امير المؤمنين عليه السلام امهات الولاد .

اما اندفاع التوهם الثاني : فلان قوله «فيما سوى ذلك» كما يحتمل ان يكون المراد منه سوى حالة الموت – فيكون له مفهوم بعدم الجواز فى حالة الحية – كذلك يحتمل ان يكون المراد منه سوى حالة الدين المتعلق برقبتها ، فيشمل حالة الحية والموت .

في الموارد القابلة لاستئناف بيع أم الولد

نعم : يمكن أن يقال في وجه القوة بعد الغرض عن دعوى ظهور قوله تباع ، الظاهر في الدين في 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 الاندفعين من الاشكال .

(نعم : يمكن ان يقال في وجه القوة) اي قوة اختصاص جواز البيع بما بعد الموت (بعد الغرض) والاغراض (عن دعوى ظهور قوله : تباع ، الظاهر في الدين في كون البائع غير المولى) (في) متعلق بـ « ظهور » (فيما بعد الموت) اي كون البيع بعث الموت .

وانما كان ظاهراً في ذلك ، لأن « تباع » بصيغة المجهول يدل على مجهولة البائع ، ولو كان البائع المولى لم يكن وجه للاتيان به مجهولاً ، بل مقتضى الكلام ان يقول « بيعه » .

وانما قال « بعد الغرض » لأن لواردنا ان نأخذ بهذه الظاهرة ، ولم نغض عنه ، يكون هذا منافي الرواية ابن مارد ، لا عم من وجه ، اذ ظهر الرواية ابن مارد البيع في حال الحيوة ، لأنه قال « انشاء باعها » فان كان ظاهر « تباع » في هذه الرواية : البيع بعد الموت ، تكون النسبة بين الروايتين التنافي وال牴牾 ، لا العموم من وجه (أن النسبة بينها) اي بين صحيحة عمر) وبين رواية ابن مارد المتقدمة ، عموم من وجه .

اذ الصحيحة شاملة لحالة الموت والحياة ، لكنها خاصة بشمن الرقبة .
رواية ابن مارد شاملة لشمن الرقبة وغيره ، لكنها خاصة بحالات الحياة .

.....
فيرجع الى اصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة
المجمع عليها .

نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج الى المخصص .
فيقال بمنع الاجماع في محل الخلاف ، سيمامع كون المخالف جل
المجمعين بل كلهم الانادر .
و حينئذ فالمرجع الى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم .

(ف) في مورد الاجتماع وهو ثمن الرقبة في حال الحياة ، حيث تجتمع
الرواياتان ، واحد يهتم بجوز البيع ، والاخرى تمنع البيع (يرجع الى
اصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها) وهى
قاعدة المنع عن بيع ام الولد ، الاماخرج .

(نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه) اي عموماً يشمل حتى
مثل حالة المولى فيما لو اراد ان يبيعها في دين نفسها (بحيث تحتاج)
القاعدة المانعة (الى المخصص) لجواز بيعها في هذه الصورة .

(فيقال) في وجه شمول القاعدة لهذه الصورة (منع الاجماع) على
عدم جواز البيع (في محل الخلاف) او هو صورة حياة المولى (سيما مع
كون المخالف) اي الذي يجوز البيع - مخالف للمنع عن بيعها في هذه
الصورة - (جل المجمعين بل كلهم الانادر) فكيف يتحقق الاجماع على
المنع في هذه الصورة .

(و حينئذ) اي حين منع الاجماع (فالمرجع) في صورة حياة المولى
(الى قاعدة : سلطنة الناس على اموالهم) .

في الموارد القابلة لاستثناء بيع أم الولد

.....

لكن التحقيق خلافه، وأن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد

من النصوص والفتاوي: أن استيلاد الأمة يحدث لها حقمانعاً عن نقلها

الاذا كان هناك حق أولى منه بالمراعات .

و ربما توهם معارضه هذه القاعدة وجوب اداء الدين، فيبقى قاعدة

السلطنة، واصالةبقاء جواز بيعها في ثمن رقبتها قبل الاستيلاد .

ولا يعارضها اصاله بقاء المنع حال الاستيلاد ، قبل العجز عن

ثمنها ،

وعليه فيجوز بيع الأمة في ثمن رقبتها .

(لكن التحقيق خلافه، وأن صدر هو عن بعض المحققين) وهو

صاحب المقاييس كمقاييس (لأن المستفاد من النصوص والفتاوي: أن

استيلاد الأمة يحدث لها حقمانعاً عن نقلها اذا كان هناك حق أولى

منه) اي من حقوقها (بالمراعات) ولم يعلم أن الحق في حال حياة العولى

أولى من حقوقها .

(وربما توهם معارضه هذه القاعدة) اي قاعدة حق الأمة مع حق

(وجوب اداء الدين) الذي هو حق للبائع فيتساقطان (فيبقى قاعدة

السلطنة) للمولى على ماله (و) قاعدة (اصاله بقاء جواز بيعها في ثمن

رقبتها قبل الاستيلاد) « قبل » ظرف « لجواز» اي استصحاب الجواز ،

فيرجع اليه ما فيجوز بيعها .

(ولا يعارضها) اي لا يعارض اصاله نقل بقاء جواز البيع (اصاله

بقاء المنع حال الاستيلاد ، قبل العجز عن ثمنها) .

واما اذا انتهت الى اذن المالك ، او اجازته ، او صدرت منه و
كان تصرفه على وجه الا صالة فلاتقع على وجهين ، بل تكون فاسدة ، او
صحيحة لازمة اذا كان وضع العقد على اللزوم .

واما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله عليه
السلام : لم يعص الله وانما عصى سيده الخ ، فهو جائز فيمن لم يكن له
مال ، كما ان العبد لا يملك من نفسه ، واما المالك المحجور عليه ، فهو عاص

(واما اذا انتهت) العقود (الى اذن المالك ، او اجازته او اذن
السابق على العقد ، والاجازة لاحقة عليه (او صدرت) العقود (منه)
اى من المالك مباشرة (وكان تصرفه على وجه الا صالة) عطف بيان على
« صدرت منه » (فلا تقع على وجهين) متزلزا و مراعي ، بان تكون صحيحة
تارة و فاسدة اخرى (بل تكون فاسدة) اذا لم يكن هناك الشرائط
المعتبرة في العقود (او صحيحة لازمة) اذا توفرت الشرائط (اذا كان
وضع العقد على اللزوم) شرط لقوله « لازمة » كالبيع و نحوه ، لا خراج
مثل الهبة ، حيث ان صحتها الالزام لزومها .

(واما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله
عليه السلام : لم يعص الله وانما عصى سيده الخ ، فـ) هذا لا يدل على
ان الراهن لم يعص الله ببيعه ، وانما عصى المرتهن ذى الحق ، فاذا
اجاز المرتهن جاز ، اذ (هو) اي التعليل (جائز) فيمن لم يكن له مال ،
كما ان العبد لا يملك) العقد (من نفسه ، واما المالك) الذي يملك من
نفسه كالأهلن (المحجور عليه ، فهو عاص

في أسباب خروج الملك عن كونه طلقا

.....
الله تعالى بتصرفه ، ولا يقال : انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا ، وانما
منع الله من تقوية حقه بالتصرف .

وما ذكرناه جار في كل مالك متول لا من نفسه اذا احجز على ماله
لعارض ، كالفلس ، وغيره ، فيحكم بفساد الجميع .

وربما يتوجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعية

الله تعالى بتصرفه) اذا الله سبحانه لم يأذن له هذا التصرف (ولا يقال :
انه عصى المرتهن) كما يقيل في العبد انه عصى سيده (العدم كونه مالكا)
اى المرتهن ليس به مال (وانما منع الله من تقوية حقه) اي حق المرتهن
(بالتصرف) اي تصرف الراهن في المال ، فهو منع من الله ابتداء ، لا
انه منع الله تابع لعصيان المرتهن ، كما كان في العبد ، حيث ان
منع الله له كان تابعاً منع السيد .

(وما ذكرناه) من ان التصرف في مال نفسه المتعلق لحق الغير
فاسد (جار في كل مالك متول لا من نفسه) من كان محجوراً على ماله
(اذا احجز على ماله لعارض ، كالفلس) فانه اذا تصرف المفلس كان تصرفه
باطلاً ، لانه يحتاج الى اجازة الغرماء (وغيره) كالمريض في ازيد من
الثالث ، على قول (فيحكم بفساد الجميع) اي جميع تصرفات المالك
المحجور .

(وربما يتوجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة
الشفعية) كالشريك الذي 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 .
ويردع عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه
الاستقلال .

وبيعه على وجه النيابة .

ومنع اقتضاء مطلق النهي لاامر خارج 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) اي كلام المعاصر فى وجه بطلان بيع الراهن .
(ويردع عليه بعد منع الفرق في الحكم) بالصحة (بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال) كما يفعله الغاصب والجاهل بان المبيع مال الناس ، بل يزعم انه مال نفسه .

(و) بين (بيعه على وجه النيابة) عن المالك ، كما يفعله الفضول ،
بل مقتضى القاعدة صحة كل فيما كما تقدم في باب بيع الفضولي .
(و) بعد (منع اقتضاء مطلق النهي لاامر خارج للفساد) .
اذ النهي اذا كان ارشاديا اقتضى الفساد .

اما اذا كان مولويال مقتضيا للفساد كما حرق في الاصل في باب
ان النهي عن المعاملة هل يقتضي الفساد ، ام لا ؟

(اولا : ان نظير ذلك) اي بيع الفضولي متوقع الاجازة وعدمها
تارة ، وبيعه استقلالا تارة اخرى (يتصور في بيع الراهن ، فانه) اي

في أسباب خروج الملك عن كونه طلاقا

قد يبيع رجاء لاجازة المرتهن، ولا ينوي الاستقلال، وقد يبيع جاهلا بالرهن، او بحكمه، او ناسيا، ولا حرجمة في شيء من ذلك .

و ثانيا : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن ، على ما يتضمنه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعني قولهم : الراهن و المرتهن ممنوعان ، ومعلوم ان المنع في المرتهن انما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفا .

الراهن (قد يبيع رجاء لاجازة المرتهن ، ولا ينوي الاستقلال ، وقد يبيع جاهلا بالرهن) موضوعا (او بحكمه) و انه لا يجوز له البيع الا باجازة المرتهن (او ناسيا) للموضوع او الحكم (ولا حرجمة في شيء من ذلك) اى البيع جهلا بالموضوع او الحكم ، او نسيانا للهما .

واذ لا حرجة لافساد ، فان المستشكل اراد ان يستدل على الفساد بالحرمة ، ولذا رد الشیخ بهذه الرد .

(و ثانيا : ان المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الراهن(عن التصرف (كونه) استقلالا ، لا فضولة رجاء لاجازة ، فهو (على نحو منع المرتهن) في كونه ممنوعا استقلالا ، لا بر جاء لاجازة (على ما يتضمنه عبارة معقد الاجماع والاخبار اعني) بالمعقد (قولهم : الراهن و المرتهن ممنوعان ، ومعلوم ان المنع (في المرتهن ، انما هو على وجه) الاستقلال ، ف (لا ينافي وقوعه) اى البيع من المرتهن (موقوفا) كما يقع البيع من المرتهن موقوفا .

وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على
سبيل الاستقلال ، وعدم مراجعة صاحبه في ذلك .
واثبات المنع ازيد من ذلك يحتاج الى دليل ، ومع عدمه ، يرجع
الى العمومات .

واما ما ذكره من منع جريان التعلييل في روايات العبد فيما نحن فيه
مستند الى الفرق بينهما ، فلم يتحقق الفرق بينهما

(وحاصله يرجع الى منع العقد على الرهن و الوفاء) بعد ذلك
(بمقتضاه) بان تسلیم المال الى المشتري (على سبيل الاستقلال ، وعدم
مراجعة صاحبه) اي صاحب الرهن — و هو المالك — (في ذلك) الوفاء
بمقتضى العقد .

(واثبات المنع) عن التصرف (ازيد من ذلك) اي ازيد من التصرف
الاستقلالي — بان يكون التصرف المتوقف على اجازة الراهن ايضا من نوعا
— (يحتاج الى دليل) مقود (ومع عدمه) اي عدم الدليل (يرجع الى
العمومات) الدالة على صحة الفضولي .

واذا تحقق الامر في المرتهن كان الراهن مثله في جواز التصرف
على نحو الفضولية والتوقف على اجازة الطرف الآخر .

(واما ما ذكره) المعاصر (من منع جريان التعلييل في روايات العبد
فيما نحن فيه) اي بيع الراهن ، و هو قوله « واما التعلييل المستفاد »
(مستند) في منعه (الى الفرق بينهما) بين نكاح العبد ، وبين بيع
الراهن (فلم يتحقق الفرق بينهما) .

في أسباب خروج الملك عن كونه طلاقا

.....
بل الظاهر كون النهى في كل منهم بالحق الغير، فان منع الله - جل ذكره - من تفويت حق الغير ثابت في كل مكان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولي، ونناح العبد، وبيع الراهن.
واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد .
ففيه ان الحكم فيما تبعه
ولذا يؤثر الاذن السابق في صحة البيع .

اذ كل منها ليس معصية ذاتية كشرب الخمر، بل عصيان ، لانه تصرف في حق الغير، فاذا اجاز الغير «ذى الحق» جاز (بل الظاهر كون النهى في كل منها) اي من نناح العبد، وبيع الراهن (الحق الغير، فان منع الله - جل ذكره - من تفويت حق الغير ثابت في كل مكان النهى عنه لحق الغير) لاجل امر ذاتي حاصل في نفس المنهى عنه (من غير فرق بين بيع الفضولي، ونناح العبد، وبيع الراهن) وسائر معاملات الفضول ، كاحارته ، ومضاربته ، ومزارعته ، ومساقاته ، وغيرها .

(واما ما ذكره من المساوات بين بيع الراهن وبيع الوقف وام الولد)
فكم لا يصح هذين ، لا يصح بيع الراهن .
(ففيه ان الحكم فيما تبعه) بيع الوقف وام الولد (تعبد) لامر ذاتي فيهما .

(ولذا يؤثر الاذن السابق) من مالك ام الولد ، ومالك الوقف
(في صحة البيع) بخلاف بيع الرهن حيث لانه ذاتي فيه ، ولذا

.....
فقياس الرهن عليه في غير محله .

وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب ، بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذي يكفى اذنه السابق لا يقتضى الا بطال رأسا ، بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتيب الاثر عليه مستقلامن دون مراجعة ذى الحق .

ويندرج في ذلك الفضولي ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمرifض ، وعقد الزوج لبنت اخت زوجته ، او اخيها ،

يؤثر اذن العرتهن السابق في صحة البيع .

(فقياس الرهن عليه) على بيع الوقف وام الولد (في غير محله) .
(وبالجملة : فالمستفاد من طريقة الاصحاب) التي تظهر من كلامهم في باب الفضولي وغيره (بل الاخبار : ان المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذي يكفى) في رفع المنع (اذنه السابق) بان كان المحدور فقط عدم اذن ذى الحق (لا يقتضى) اجراء المعاملة بدون الاذن السابق (الا بطال) للمعاملة (رأسا) سواء اجاز بعد ذلك ذى الحق ، ام لا (بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتيب الاثر عليه) اي على ذلك التعامل ، اذا اراد العامل ترتيب الاثر (مستقلامن دون مراجعة ذى الحق) لاسابقا ولا لاحقا .

(ويندرج في ذلك) اي في الذي قلنا انه يستفاد من طريقة الاصحاب (الفضولي ، وعقد الراهن ، والمفلس ، والمرifض ، وعقد الزوج لبنت اخت زوجته ، او) بنت (اخيها) اي ادخال امرئه على عمتها او خالتها

فِي اسْبَابِ خُرُوجِ الْمَلْكِ عَنْ كُونِهِ طَلْقاً

وَلِلَّامَةِ عَلَى الْحَرَةِ، وَغَيْرِ ذَلِكِ ٠

فَان النهى في جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتيب الاثر المقصود من العقد عرفاً ، و هو صيرورته سبباً مستقلالاً ثاره من دون مدخلية رضاً غير المتعاقدين ٠

و قد يتخيّل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناءً على ما سيجيئ من :
ان ظاهراً كون الاجازة هناكAshfa، حيث انه يلزم منه كون مال غير الراهن

(وللامنة على الحرّة ، وغير ذلك) كعقد المرتهن ٠

فان الفضولي يحتاج الى اجازة ذى الحق ، والمفلس الى الغرماء
والعریض فيما زاد عن الثلث الى الورثة ، وعقد المرأة الى اجازة العمدة
الخالة والزوجة الحرّة ٠

(فان النهى في جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتيب
الاثر المقصود من العقد عرفاً) « عرفاً » قيد « للمقصود » (و هو اي المقصود
(صيرورته) اي العقد (سبباً مستقلالاً ثاره) اي آثار العقد (من دون
مدخلية رضاً غير المتعاقدين) فلن هنا الرضى ذى الحق « (الذى هو
غير المتعاقدين) مدخل ، فان المتعاقدين هما الراهن والمشتري ، و
لرضى المرتهن مدخل ، و هكذا في سائر الموارد التي ذكرناها ٠

(وقد يتخيّل وجه آخر لبطلان البيع هنا) في بيع الراهن .
وهذا الوجه انما يكون (بناءً على ما سيجيئ من : ان ظاهراً كون
الاجازة هناكAshfa، وهذا الوجه هو (حيث انه يلزم منه) اي من
كون بيع الراهن صحيحاً (كون مال غير الراهن

.....
.....
.....
.....
.....
و هو المشتري — رهناللبايع

وبعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فما زمان
واحد ، اعني ما قبل الاجازة .

و هذا انظير ما تقدم في مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من انه على
تقدير صحة البيع ، يلزم كون الملك لشخصين في الواقع .

— و هو المشتري —) اذا الماء بمجرد البيع ينتقل الى المشتري — بناءً
على كشف اجازة المرتهن من سبق انتقال الماء ، من حين البيع —
(رهناللبايع) اي لفائدة البائع ، اذا البائع هو المديون .
(و بعبارة اخرى الرهن والبيع متنافيان) اذا الرهن يقضى بقاء
الوثيقة في ملك الراهن ليقتضي منه المرتهن ، اذا الماء يعطى الراهن دينه
والبيع معناه انه لا يملك الراهن الوثيقة (فلا يحكم بتحققهما فما زمان
واحد ، اعني ما قبل الاجازة) من المرتهن .

(و هذا انظير ما تقدم في مسألة : من باع شيئاً ملكه ، من) الاشكال
في صحة مثل هذا البيع ، ف (انه على تقدير صحة البيع ، يلزم كون
الملك لشخصين في الواقع) بناءً على الكشف ، اذا لم يوضع زيد مال ابيه يوم
الخميس ثم ملكه يوم الجمعة بسبب موت الاب ، فان بين الخميس و
الجمعة المال للاب ، لانه المالك ، ولابن لان ملكية يوم الجمعة للابن
يكشف عن صحة البيع في يوم الخميس .

فكمان هما متنافيان ، كذلك في ما نحن فيه البيع والرهن متنافيان .

فى اسباب خروج الملك عن كونه طلاقا
.....
و يدفعه ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع
والاجرى ذلك فى عقد الفضولى ايضاً ان فرض كون المجيز مالكا
للبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة .
واما ما يلزم فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، فلا يلزم فى مسألة اجازة
المرتهن .

(و يدفعه) اي اشكال التناقض 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) فلوجرى هذا الاشكال فى باب بيع الراهن (لاجرى ذلك)
الاشكال (فى عقد الفضولى ايضاً) مع ان المعاصر لا يستشكل فى عقد
الفضولى (لأن فرض كون المجيز مالكا للبيع نافذ الاجازة ، يوجب تملك
مالكين) المجيز و المشتري (لملك واحد قبل الاجازة) المجيز لانه المالك
واقعاً ، و المشتري لا ان الاجازة كافية عن صحة البيع من حين البيع .
(واما ما يلزم) من الاشكال (فى مسألة : من باع شيئاً ملكه ، فلا
يلزم فى مسألة اجازة المرتهن) اذا اشكال « من باع » فى لزوم ان يكون
لشئ واحد مالكان .
و من المعلوم ان المرتهن ليس مالكا حتى يلزم وجود مالكين على ملك
واحد فيما بين العقد والاجازة .

نعم يلزم في مسألة افتتاح الرهن ، وسيجيء التنبية عليه انشاء الله تعالى .

ثم ان الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة ، او ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي .

وبحصله ان مقتضى القاعدة النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف .

والقول بالكشف هناك يستلزم

(نعم يلزم) الاشكال (في مسألة افتتاح 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 ، وهم متنافيان (وسيجيء التنبية عليه انشاء الله تعالى) هذا .

(ثم ان الكلام في كون الاجازة من المرتهن) البيع الراهن (كاشفة) عن صحة البيع من حين العقد (او ناقلة) من حين الاجازة (هو الكلام في مسألة الفضولي) .

فمن قال بالكشف هناك ، يقول بالكشف هنا .

ومن قال بالنقل هناك ، يقول بالنقل هنا .

(وبحصله ان مقتضى القاعدة) التي تقدم تقريرها في باب الفضولي (النقل ، الا ان الظاهر من بعض الاخبار ، هو الكشف) .

(و) من المعلوم : ان (القول بالكشف هناك) في باب الفضولي (يستلزم)

فِي أَسْبَابِ خُرُوجِ الْمُلْكِ عَنْ كُونِهِ طَلْقَا
.....
هَنَاءِ الْفَحْوِيِّ، لَأَنَّ اِجَازَةَ الْمَالِكِ أَشْبَهُ بِجُزءِ الْمُقْتَضِيِّ، وَهِيَ هَنَاءُ مِنْ قَبْلِ
رُفْعِ الْمَانِعِ ·
وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكِ جُوزُوا عَتْقُ الرَّاهِنِ هَنَاءً مَعَ تَعْقِبِ اِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ،
مَعَ أَنَّ الْإِيقَاعَاتِ عِنْدِهِمْ لَا تَقْعُدُ مَرَاعَاةً ·
وَ

أَيُّ الْكَشْفِ (هُنَا) فِي بَابِ بَيْعِ الرَّاهِنِ (بِالْفَحْوِيِّ) وَالْأُولَوِيَّةِ، لَأَنَّ
الْبَائِعَ فِي بَابِ الْفَضْلِيِّ لَيْسَ مَالِكًا، وَفِي بَابِ الرَّاهِنِ الْبَائِعُ مَالِكٌ (لَأَنَّ
اِجَازَةَ الْمَالِكِ أَشْبَهُ بِجُزءِ الْمُقْتَضِيِّ) فِي بَابِ الْفَضْلِيِّ، فَقَبْلِ اِجَازَةِ لِمَ
يَتِ الْمُقْتَضِيِّ (وَهِيَ أَيُّ اِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ) فِي بَابِ الرَّهْنِ (مِنْ
قَبْلِ رُفْعِ الْمَانِعِ) بَعْدِ وُجُودِ الْمُقْتَضِيِّ ·
وَمِنْ الْمُعْلَمِ: أَنَّ الْمُقْتَضِيَّ أَنْ لَمْ يَتِ، كَانَ مَعْنَاهُ دُمُّ وَجْهَدٌ
الْعَلَةُ، بِخَلْفِ مَا إِذَا تَمَّ الْمُقْتَضِيُّ، وَلَكِنَّهُ كَانَ مَانِعًا عَنِ التَّأْثِيرِ ·
وَلَذَا الصَّحَّةُ هُنَا أَوْلَى مِنَ الصَّحَّةِ فِي بَابِ الْفَضْلِيِّ ·
فَالْقُولُ بِالْكَشْفِ فِي بَابِ الرَّهْنِ أَوْلَى مِنَ القُولِ بِالْكَشْفِ فِي بَابِ الْفَضْلِيِّ ·
(وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكِ) الَّذِي ذُكِرَنَا إِنَّ بَابَ الرَّهْنِ أَوْلَى بِالصَّحَّةِ مِنَ
بَابِ الْفَضْلِيِّ (جُوزُ وَعْتُقِ الرَّاهِنِ هَنَاءً مَعَ تَعْقِبِ اِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ، مَعَ أَنَّ
الْإِيقَاعَاتِ) الَّتِي مِنْهَا الْعَتْقُ (عِنْدَهُمْ لَا تَقْعُدُ مَرَاعَاةً) بِالْإِجَازَةِ ·
(وَ) أَنْ قَلْتَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَا جَلْ أُولَوِيَّةُ بَابِ الرَّهْنِ مِنْ بَابِ الْفَضْلِيِّ
بَلْ لِأَجْلِ بَنَاءِ الْعَتْقِ عَلَى التَّغْلِيبِ، بِمَعْنَى أَنَّهُ مَهْمَا وَجَدَتْ رَائِحَةُ
الْعَتْقِ حَصَلَ الْعَتْقُ ·

الاعتذار عن ذلك — ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جنائية الجاني على العبد المرهون — مناف لتمسكهم في العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة قدس سره في تلك المسألة قد جوز العفو مراعي بفك الرهن
هذا اذا رضى المرتهن بالبيع ، واجازه .

قلت هذا غير تمام، اذ (الاعتذار عن ذلك) اي عن وقوع العتق الفضولي في باب الرهن (— ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جنائية الجاني على العبد المرهون —) اذ ربما تكون هذه الجنائية موجبة لسقوط العبد عن الوثيقية الكاملة، كما اذا كان الدين مائة و كان العبد يسوى مائة ، و بعد ان فقتت عيناه بواسطة جنائية الجاني كانت قيمته خمسين دينارا — مثلاً — فاذا اعفى الراهن عن الجاني كان معناه اسقاط الرهن عن الوثيقية الكاملة .

فهذا الاعتذار (مناف لتمسكهم في العتق بعمومات العتق) لا يانه من باب التغليب ، و «مناف» خبر «الاعتذار» (مع ان العلامة قدس سره في تلك المسألة قد جوز العفو مراعي بفك الرهن) فان انفك الرهن كان عفو المالك في محله ، و الالم يكن لعفوه اثر اذ هو عفو حق الغير .
(هذا) الذي ذكرناه من بيع الراهن ، و انه صحيح كالفضولي ، و ليس باطلاقاً — كما ادعاه المعاصر — (اذا رضى المرتهن بالبيع ، واجازه) .
انما قال «واجازه» لأن الرضى الباطنى لا ينفع بدون الاجازة المظهرة له .

في أسباب خروج الملك عن كونه طلاقا

اما اذا اسقط حق الرهن ففي كون الاسقاط كاشفا ، او ناقلا ، كلام
يأتى في افتراك الرهن او ابراء الدين .

ثم انه لا اشكال في انه لا ينفع الرد بعد الاجازة ، وهو واضح و هل
ينفع الاجازة بعد الرد ؟ وجها من : ان الرد في معنى عدم رفع اليد
عن حقه ، فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن العجيز
هناك في معنى احد المتعاقدين .

(اما اذا اسقط حق الرهن) بان خرجب الوثيقة عن كونها وثيقة ، و
رجعت الى ما لا يمطلقه بدون تعلق بها (ففي كون الاسقاط كاشفا)
حتى يكون البيع واقعا من حال العقد (او ناقلا) حتى يكون البيع
حاصل من حال اسقاط حق الرهن (كلام يأتي في افتراك الرهن او ابراء
الدين) الذي كان الرهن بازائه ، بان ابرء المترهن الدين الذي لم على الراهن .
(ثم انه لا اشكال في انه لا ينفع الرد) من المترهن ، لمعاملة
الراهن (بعد الاجازة) فان اجاز المترهن ثم استثنى وارد الرد لم ينفع
رده (و هو واضح) اذا اجازه او جبت صحة العقد اللازم ، وبعد ان عقاد
العقد ليس مجال لرده (و هل ينفع الاجازة بعد الرد ؟) كما لو سمع
المترهن ان الراهن باع ، فقال ردت ، ثم اراد اجازته (وجها)
وجه المنع (من : ان الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه ، فله
اسقاطه) اي اسقاط الرد - بان يرفع اليد عن حقه - (بعد ذلك ، وليس
ذلك) الرد في المقام (كرد بيع الفضولى) حيث تقدم امثالا مجال للاجازة
بعد ذلك (لان العجيز هناك) في بيع الفضولى (في معنى احد المتعاقدين)

وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر، بخلافه هناfan المرتهن اجنبي له حق في العين .
ومن : ان الا يحاب المؤثر انما يتحقق برضاء المالك والمرتهن ، فرضاً كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر .
فكمان ردّ المالك في الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم .
كذلك رد المرتهن ، وهذا

والاجازة قائمة مقام احد ركى العقد .

(وقد تقرر ان ردّ احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر) فلو قال البائع بعث ، فقال المشتري ، لم اشتري ، فانه يبطل قول البائع «بعث» ولو قبل الاشتراك بعد ذلك ، لعدم تحقق «العقود» فلا يشعله : اوفوا بالعقود (بخلافه) اي الرد (هنا) في باب الرهن (فان المرتهن اجنبي) وانما (له حق) فقط (في العين) وانما الراهن هو المالك فاذ السقط حقه اثر العقد اثره .

(ووجه ان الرد موجب لعدم فائدة في اسقاطه (من : ان الا يحاب المؤثر انما يتحقق برضاء المالك والمرتهن) لأن لهم معا الحق في الملك (فرضاً كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر) فايهم الالم يتتحقق لم يتم تتحقق النقل والا نتقال .

(فكمان ردّ المالك في الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم) اذ لا يتحقق صدق : اوفوا بالعقود .

(كذلك رد المرتهن) يوجب عدم الانعقاد ، وان اجاز بعد ذلك (وهذا

هو الا ظهر من قواعدهم .

ثم ان الظاهر : ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك ، كما صرحت به في التذكرة ، و حتى عن فخر الاسلام ، والشهيد الثانيين .
الشهيد في الحواشى و هو الظاهر عن المحقق ، والشهيد الثانيين .
ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك ، كما احتمله في القواعد ، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط ، او الابراء ، او بغيرهما ، نظرا الى ان

هو الا ظهر من قواعدهم) و ان كان العرف يرى عدم الأساس 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) الذي كان مانعا عن نفوذ البيع (بذلك) الفك (كما صرحت به في التذكرة ، و حتى عن فخر الاسلام ، والشهيد في الحواشى و هو الظاهر عن المحقق ، والشهيد الثانيين) صاحب جامع المقاصد و شرح الملة .

(و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك) للرهن (كما احتمله في القواعد ، بل) لا ينفع في تصحیح البيع (مطلق السقوط) لحق المرتهن (الحاصل) ذلك السقوط (بالاسقاط) بان اسقط المرتهن حقه في الرهن (او الابراء) بان ابرأ الراهن من الدين اصلا (او بغيرهما) كما لو صالح عن حقه بشئ مثلا ، او ورث الراهن المرتهن .

وانما قال هؤلاء : بعدم فائد ما لا براء و نحوه في لزوم البيع (نظرا الى ان

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه بذلك لا يؤثر في تصحیحه .
و الفرق 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 الراهن حال وجود حقه
اعنى حال العقد بما يجب سقوط حقه نظير اجازة المالك ،

الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن ، وسقوطه) اى حق المرتهن (بعد
ذلك) التصرف (لا يؤثر في تصحیحه) اى تصحیح البيع .
(و) ان قلت : فلماذا اتقولون بأنه اذا اجاز المرتهن ، كان البيع
نافذا ؟ واي 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 لامنافات بين
وجود الحق للمرتهن سابقا على الاجازة ، وسقوط حقه بالاجازة (فيسقط
حقه بلزوم البيع) الحاصل ذلك اللزوم بالاجازة .

(و بالجملة فالاجازة) من المرتهن (تصرف من المرتهن في الراهن
حال وجود حقه اعنى حال العقد) اى عقد الراهن على المرهون ، اذ
المرتهن له الحق في المرهون حال عقد الراهن عليه (بما) متعلق بـ
«تصرف» (يجب سقوط حقه) فهو (نظير اجازة المالك) للفرضى
اذ كل من المرتهن و المالك صاحب حق في المال الواقع عليه العقد

في أسباب خروج الملك عن كونه طلقا

.....
بخلاف الاسقاط، أو السقوط بالابراء، أو الاداء، فإنه ليس فيه دلالة على
مضي العقد حال وقوعه .

فهو اشبه شيء ببيع الفضولى، او الغاصب لنفسه ماثم تملكتها .
وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة، مضافاً الى استصحاب عدم اللزوم
الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود بناً على ان هذا العقد غير لازم قبل
السقوط، فيستصحب حكم الخاص .

(بخلاف الاسقاط) اي اسقاط حق المرتهن في المال المرهون (او
السقوط) لحقه (بالابراء، او الاداء، فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد
حال وقوعه) اي وقوع العقد .

(فهو) اي عقد الراهن ثم سقوط حق المرتهن (اشبه شيء ببيع
الفضولى، او الغاصب لنفسه) لمالك (ثم تملكتها) للمال .

(وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة) لأن حق المالك حال العقد
لم يسقط بجازة من المالك، فهو بيع لمال الغير من دون اجازته (مضافاً
إلى استصحاب عدم اللزوم) فيما اذا باع الراهن ثم سقط حقه، فان
البيع قبل سقوط حقه لم يكن لازماً، فإذا شكل في اللزوم، كان استصحاب
عدم اللزوم محكماً (الحاكم على عموم : اوفوا بالعقود) اذا المعنى (عقودكم)
وسابقاً لم يكن عقودكم، فإذا شكل في انه صار بالاسقاط عقودكم، ام لا ،
كان استصحاب العدم محكماً (بناءً على ان هذا العقد) اي عقد الراهن
(غير لازم قبل السقوط) لحق المرتهن (فيستصحب حكم الخاص) اي
كون الراهن منعوان التصرف الذي خصص عموم : اوفوا بالعقود .

وليس ذلك محل التمسك بالعام، اذ ليس في اللفظ عموم زمانى،
حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد
السقوط داخلا في العام .

ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم
صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ، مالم يتحقق

(وليس ذلك محل التمسك بالعام) اي : اوفوا بالعقود (اذ ليس
في اللفظ) اي «لفظ اوفوا بالعقود» (عموم زمانى) بان يقال : اوفوا
بالعقود ، شامل لكل عقد ، وكل زمان ، فبيع الراهن يجب الوفاء به فى
كل زمان حين العقد و بعد العقد قبل السقوط ، وبعد العقد بعد
السقوط ، خرج من هذا العام الزمانى حال العقد و قبل السقوط –
لتخصيص «الراهن من نوع من التصرف» لهذا العام – فيبقى بعد
السقوط داخلا في عموم : اوفوا .

لكن هذا التمسك بالعموم الزمانى غير تام ، اذ ليس في « اوفوا » عموم
زمانى (حتى يقال : ان المتيقن خروجه ، هو العقد قبل السقوط) اي
سقوط حق المرتهن (فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام) اي العموم
الزمانى المستفاد من « اوفوا » .

(ويؤيد ما ذكرناه) من عدم فائدة سقوط حق المرتهن في 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 اعتقد ، لم ينفعه العتق في صحة النكاح ، مع انه ملك امره حالا (مالم يتحقق

في أسباب خروج الملك عن كونه طلقا

الاجازة ولو بالرضا المستكشف من سكت السيد مع علمه بالنكاح هذا .
ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور من جهة : ان عدم
تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس الالزاحمة حق المرتهن المتقدم
على حق المالك، بسلطط المالك .

فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى ، وانما هو من جهة المانع .
فاذ ازال أثر المقتضى .

الاجازة) من السيد (ولو) كانت الاجازة (بالرضا المستكشف) ذلك الرضا
(من سكت السيد مع علمه بالنكاح هذا) .

(ولكن الانصاف : ضعف الاحتمال المذكور) اي احتمال عدم نفوذ
عقد الراهن ، بعد ان سقط حق المرتهن (من جهة : ان عدم تأثير بيع
المالك في زمان الرهن ليس الالزاحمة حق المرتهن) اذ حق المرتهن يتحول
دون نفوذ عمل الراهن المالك (المتقدم) ذلك الحق (على حق المالك
ب) سبب (سلطط المالك) المرتهن على ماله .

ومن المعلوم : ان المالك اذا سلط احدا على ماله سلططا ازما ،
لم يكن له ان يرجع عن ذلك التسلط ، ولذا يقدّم تسلطه المرتهن
على سلطة نفسه على نفس المال .

(عدم الأثر) اي اثر معاملة الراهن وبيعه (ليس لقصور في
المقتضى) اي ملكية المالك الراهن (وانما هو من جهة المانع) وهو
حق المرتهن .

(فاذ ازال) المانع (أثر المقتضى) الذي هو الملك ولا يتوقف على

و مرجع ما ذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفاده من نحوه:
او فوای بالعقود ، و : الناس مسلطون على اموالهم ، و نحو ذلك عامة .
و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمه حق المرتهن الذى
هو اسبق .

فاذ ازال الغرام وجب تأثير السبب .
ولامجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب ،

اجازة المرتهن .

(و مرجع ما ذكرنا) من عدم الاحتياج الى اذن المرتهن ، بعد
سقوط حقه (الى ان ادلة سببية البيع) للنقل والانتقال (المستفاده)
تلك السببية (من نحوه : او فوای بالعقود ، و : الناس مسلطون على اموالهم
و نحو ذلك) نحوه : احل الله البيع (عامة) تشمل كل زمان و مكان و
غيرهما من سائر العزایا و الخصوصيات .

(و خروج زمان الرهن يعلم من جهة مزاحمه حق المرتهن الذى
هو اي حق المرتهن (اسبق) من حق الراهن فى البيع .

(فاذ ازال الغرام وجب تأثير السبب) الذى هو الملكية بدون

شرط او قيد .

(ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع) بان يقال : مادام الملك
مرهونا كان البيع متوقفا على اجازة المرتهن .

فاذ افك الرهن نشك في انه هل زال التوقف ، ام لا ؟ فالاصل بقاء التوقف .
وانما لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع (للعلم بمناط المستصحب)

فِي أَسْبَابِ خُرُوجِ الْمُلْكِ عَنْ كُونِهِ طَلْقاً

.....
وَأَرْتِفَاعِهِ ..

فَالْعَقَامُ مِنْ بَابِ وَجْبِ الْعَلْمِ بِالْعَامِ، لَا مَنْ قَامَ اسْتِصْحَابُ حُكْمِ
الخَاصِ، فَافْهَمْ ..

وَأَمَقْيَاسُ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى نِكَاحِ الْعَبْدِ بِدُونِ اذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ قِيَاسٌ
مَعَ الْفَارِقِ، لَانَّ الْمَانِعِيَّةَ عَنْ سَبْبِيَّةِ نِكَاحِ الْعَبْدِ بِدُونِ اذْنِ سَيِّدِهِ، قَصْرُ
تَصْرِفَاتِهِ عَنِ الْإِسْتِقْلَالِ فِي التَّأْثِيرِ، لَا مَزَاحِمَةٌ حَقِّ السَّيِّدِ لِمَقْتَضِيِ النِّكَاحِ ..

وَهُوَ حَقُّ الْمَرْتَهِنِ (وَ) الْعَلْمُ بِ(اِرْتِفَاعِهِ) اذْبَعْدِ الْفَكِ لَا حَقُّ الْمَرْتَهِنِ ..

(فَالْعَقَامُ مِنْ بَابِ وَجْبِ الْعَلْمِ بِالْعَامِ) الَّذِي هُوَ: اُفْوَا بِالْعَقْدِ،
وَنَحْوُهُ (لَا مَنْ قَامَ اسْتِصْحَابُ حُكْمِ الْخَاصِ) الَّذِي هُوَ كُونُ الرَّاهِنِ
مِنْ نَوْعِ الْتَّصْرِيفِ (فَافْهَمْ) اذْانَ صَحَّةِ الْبَيْعِ بَعْدِ الْفَكِ لَا يَنَافِي تَوْقِفِ
الْبَيْعِ عَلَى الْإِجَازَةِ، لَا نَهَا كَانَ تَصْرِفَانِ الْمَالِ الَّذِي لِلْمَرْتَهِنِ حَقُّ فِيهِ وَ
سُقُوطُ حَقِّ الْمَرْتَهِنِ - فِي حَالِ الْبَيْعِ - بِالْفَكِ خَلَافُ اسْتِصْحَابِ ..

(وَأَمَقْيَاسُ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى نِكَاحِ الْعَبْدِ بِدُونِ اذْنِ سَيِّدِهِ) حِيثُ
تَقْدِمُ أَنَّ ظَاهِرَ بَعْضِ الْرِّوَايَاتِ عَدَمُ فَائِدَةِ تَحْرِيرِهِ فِي الْلَّزُومِ إِذَا لَمْ
يُجُوزْهُ السَّيِّدُ (فَهُوَ قِيَاسٌ مَعَ الْفَارِقِ، لَانَّ الْمَانِعِيَّةَ عَنْ سَبْبِيَّةِ نِكَاحِ
الْعَبْدِ بِدُونِ اذْنِ سَيِّدِهِ، قَصْرُ تَصْرِفَاتِهِ) أَيْ الْعَبْدُ (عَنِ الْإِسْتِقْلَالِ فِي
التَّأْثِيرِ) ..

فَذَلِكَ مِنْ بَابِ عَدَمِ الْمَقْتَضِيِّ (لَا مَزَاحِمَةٌ حَقِّ السَّيِّدِ لِمَقْتَضِيِ النِّكَاحِ)
حَتَّى يَكُونَ مِنْ بَابِ وَجْدَ الْمَانِعِ ..

وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ بَابِ وَجْدَ الْمَانِعِ، لَا مِنْ بَابِ عَدَمِ الْمَقْتَضِيِّ - كَمَا تَقْدِمُ - ..

اذا لامنافات بين كونه عبدا ، وكونه زوجا .
 ولاجل ما ذكرنا للتصرف العبد لغير السيد ببيع او غيره ، ثم انعتق
 العبد ، لم ينفع في تصحیح ذلك التصرف هذا .
 ولكن مقتضى ما ذكرنا سقوط حق الرهانة بالفک ، او الاصساق ، او
 الا براء ، او غير ذلك ،

(اذا لامنافات بين كونه عبدا ، وكونه زوجا) اذا الزوجية خصوصاً
 مثل المتعة لاتنافي حق المولى اطلاقا .
 وهذا دليل على انه انما لا ينفذ النكاح لعدم تمامية المقتضى .
 (ولاجل ما ذكرنا) من ان تصرف العبد لعدم المقتضى للوجود
 المانع ، ولذا لا ينفع عتقه في تصحیح زواجه السابق - في حال كونه
 عبدا - (لو تصرف العبد) تصرف امنافياً لحق السيد (لغير السيد) بان
 كان التصرف لا جنبي (ببيع او غيره ، ثم انعتق العبد ، لم ينفع) العتق
 (في تصحیح ذلك التصرف) اذا التصرف - حال وقوعه - كان في حق
 المولى ، والعتق لا يوجب تقلب ذلك التصرف من كونه في حق المولى ،
 الى كونه تصرف اجائزها (هذا) وجده عدم صحة قياس بيع الراهن بنكاح
 العبد .

(ولكن مقتضى ما ذكرنا) من كون الفک موجباً لعدم الاحتياج الى
 اجازة المرتهن « كون » خبر « مقتضى » (سقوط حق الرهانة بالفک ، او
 الاصساق) اي اسقاط المرتهن لكون الشئ رهنا عنده ، وان كان لم
 يسقط دينه (او الا براء) اي براء الدين فيسقط الرهن تبعاً (او غير ذلك)

في اسباب خروج الملك عن كونه طلاقا

نacula و مؤثرا من حينه ، لا كاشفا عن تأثير العقد من حين و قوعه ، خصوصا
بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من
انه مقتضى مفهوم الاجازة امساء العقد من حينه ، فان هذا غير متحقق
في افتاك الرهن .

فهو نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع حيث انه لا يسع القائل
بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك

الصالح على الدين ، او على حقه في الرهن - مثلا - (نacula) خبر
«كون» (و مؤثرا من حينه) اي حين الابراء (لا كاشفا عن تأثير العقد من
حين و قوعه) اذا المانع عن نقود البيع الآن - حين الابراء - ارتفع ،
فالآن يؤثر العقد اثره .

اما قبل ذلك فوجود المانع يمنع عن تأثير العقد ، لا تأثير حال وقوع
العقد ، ولا تأثير عند الفك ، كشفا (خصوصا) قيد «لا كاشفا» (بناء على
الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة من قارب عصرنا ، من ان : مقتضى
مفهوم الاجازة امساء العقد من حينه) لامتناها امساء العقد من حين الاجازة .
وانماقلنا «خصوصا» (فان هذا) اي الامساء من حين العقد (غير
متحقق في افتاك الرهن) اذا حال العقد لو نفذ البيع لزم ان يكون ملك
المشتري رهنا في مقابل دين البائع .

(فهو) اي بيع الرهن (نظير بيع الفضولى ، ثم تملكه للمبيع) اي
تملك الفضولى لما باعه ، 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 ، والالزام في المقام كون ملك الغير
رهنالغير مالكه ، كما يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان
واحد لوقلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا .

ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد ، هو القول بالكشف .
وقد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجانى على المرهون
ان الفك يكشف عن صحته .

الملك الاول) كرمان موت الاب (لامن حين العقد ، والا) فلو قلنا
بالكشف (لزم في المقام) اي بيع الراهن الرهن ، ثم فك الرهن (كون
ملك الغير رهنالغير مالكه) اذ معنى الكشف انه من حين العقد «حال
كونه رهنا » للمشتري والحال ان المديون للمرتهن هو البائع (كما
يلزم) على الكشف (في تلك المسألة) اي مسألة : من باع ثم ملك (كون
البيع لمالكين في زمان واحد) الاب لانه الملك قبل ان يموت ، و
المشتري من ابن ، لغرض ان الموت كشف عن الانتقال من حين العقد
(لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير) في النقل والانتقال (من حين العقد
هذا) ما يقتضيه القواعد .

(ولكن ظاهر كل من قال : بلزوم العقد) اي عقد الراهن اذا 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 في مسألة عفو الراهن عن الجانى على
المرهون) (على) متعلق بـ (الجانى) (ان الفك) للرهن (يكشف عن صحته)

فِي اسْبَابِ خَرُوجِ الْمَلْكِ عَنْ كُونِهِ طَلْقاً

وَيَدُلُّ عَلَى الْكَشْفِ أَيْضًا مَا اسْتَدَلَّوا بِهِ عَلَى الْكَشْفِ فِي الْفَضْولِ مِنْ
أَنَّ الْعَقْدَ سَبَبَ تَامَ إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الرُّوْضَةِ، وَجَامِعُ الْمَقَاصِدِ .
ثُمَّ أَنَّ لَازِمَ الْكَشْفِ – كَمَا عُرِفَتْ فِي مَسَأَلَةِ الْفَضْولِ – لِزُومِ الْعَقْدِ
قَبْلِ اِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ مِنْ طَرْفِ الرَّاهِنِ وَالْمُشْتَرِيِّ فَلَا يَجُوزُ لَهُ فَسْخُهُ بَلْ، وَ
لَا بَطَالُهُ بِالاِذْنِ لِلْمُرْتَهِنِ فِي الْبَيعِ .

أَيْ صَحَّةِ الْعَفْوِ، وَهَذِهِ أَمْوَادٌ لِلْكَشْفِ أَيْضًا .

(وَيَدُلُّ عَلَى الْكَشْفِ أَيْضًا) أَيْ كَوْنِ فَكِ الرَّهْنِ كَاشِفًا عَنِ الْاِنْتِقَالِ
مِنْ حِينِ الْعَقْدِ (مَا اسْتَدَلَّوا بِهِ عَلَى الْكَشْفِ فِي) بَيعِ (الْفَضْولِ مِنْ أَنَّ
الْعَقْدَ سَبَبَ تَامَ فِيهِ) فَهُوَ يُؤْثِرُ اِثْرَهُ (إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الرُّوْضَةِ، وَجَامِعِ
الْمَقَاصِدِ) .

وَهَنَافِي بَابِ الرَّهْنِ أَيْضًا يَسْتَدِلُّ بِنَفْسِ الدَّلِيلِ .

وَالْجَوابُ عَنْهُ أَنَّ الْعَقْدَ غَيَرَ الْمُقْتَرِنِ بِالْاِجَازَةِ مِنْ ذِي الْحَقِّ لِيُسَّ
سِبِّيَا تَامًا ، فَإِذَا حَقَّتِ الْاِجَازَةُ صَارَ الْمُسَبِّبُ تَامًا وَفِي هَذِهِ الْحَالِ يُؤْثِرُ اِثْرَهُ .
(ثُمَّ أَنَّ لَازِمَ الْكَشْفِ – كَمَا عُرِفَتْ فِي مَسَأَلَةِ الْفَضْولِ – لِزُومِ الْعَقْدِ
قَبْلِ اِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ) لِزُومِهَا (مِنْ طَرْفِ الرَّاهِنِ) الْبَائِعُ (وَالْمُشْتَرِي) الْانْهِمَاءُ
أَجْرِيَا الْعَقْدِ ، فَلَا شَأْنَ لِهِمَا فِي الْفَسْخِ ، كَمَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ فِي بَيعِ الْفَضْولِ ،
لَوْ اِشْتَرَى مِنَ الْفَضْولِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقٌّ فِي الْفَسْخِ ، وَأَنَّمَا أَمْرُ مُتَوْقِفٍ عَلَى
اِجَازَةِ الْمَالِكِ فَقَطَ (فَلَا يَجُوزُ لَهُ) أَيْ لِلْرَاهِنِ (فَسْخُهُ) أَيْ الْعَقْدِ (بَلْ ،
وَلَا بَطَالُهُ) بَطَالًا – لَا بِالْفَسْخِ – بَلْ (بِالاِذْنِ لِلْمُرْتَهِنِ فِي الْبَيعِ)
إِذَا لَفَقَ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْبَطَالِ فِي أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ بَعْدَ اِنْ

نعم يمكن ان يقال : بوجوب فكه من مال آخر، اذ لا يتم الوفاء بالعقد
الثاني الا بذلك .

فالوفاء بعقتضى 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 مدینا له ، كان اللازم تدارك الدين (بوجوب فكه) اي
الرهن (من مال آخر ، اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني) اي عقد البيع
(الا بذلك) اي يفك الرهن من مال آخر .

(فالوفاء بعقتضى الرهن) بان يبقى المال مرهونا (غير مناف للوفاء
بالبيع) بان يفك الرهن من مال آخر ، ويعطى المرهون الى المشتري
ـ 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
اما دفع حقوق الغير) بان يفك المال حتى يرتفع حق المرتهن من
المرهون «المبيع» (وسلطنته) عطف على «حق» اي دفع سلطنة الغير
ـ اى سلطنة المرتهن على المال (فلا يجب ، ولذا) الذى لا يجب دفع حق
الغير (لا يجب على من باع مال الغير لنفسه) كالغاصب ، او الجاھل بأنه

في اسباب خروج الملك عن كونه طلقا

.....
ان يشتريه من مالكه، 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 مالكه، ويدفعه اليه) اى الى المشتري .
ولو كان دفع حق الغير واجبا مقدمة للوفاء بالعقد وجب اشتراط
الغاصب والجاهر .

واما عدم الوجوب في المقام، فلانه لم يقل به احد ، ولم يدل عليه
دليل (- بناءً على لزوم العقد بذلك -) اى باشتراك الغاصب و
دفعه الى المشتري .

واما اذا لم نقل بل لزوم العقد بذلك ، وقلنا : ان الغاصب اذا
اشترى المال من المالك، لم يلزم العقد الذي احدثه مع المشتري ،
فاوضح في عدم لزوم الاشتراك ، اذا دليل لوجوب الاشتراك والحال
انه لا يترب عليه لزوم ، ولا يمكن ان يترب جواز على لزوم - في امثال
المقام - اى ان الشارع يلزم الانسان بان يأتي بشئ حتى يرتب الشارع
على ذلك الشئ امرا جائز ، بحيث ان شاء فعله الملتزم عليه وان شاء لم يفعله .
(وكيف كان، فلو امتنع) البائع الراهن عن فك الرهن بحال آخر
(فهل يباع عليه) الرهن ، بان يبيعه المرتهن لاستيفاء حقه ، وهذا
معنى (ل الحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك) بيع الرهن اذا لم يردد
الراهن الدين (وان لزم من ذلك) اى بيع المرتهن المال (ابطال
بيع الراهن) الذي باع المال للمشتري فضولة - بدون اذن المرتهن -

لتقدم حق المرتهن او يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر، جمعا بين حق المشتري والمرتهن، اللازمين على الراهن البائع وجهاً .

و مع انحصر المال في البيع ، فلا إشكال في 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 (جماعيين حق المشتري والمرتهن) لاقتضاء الرهن ذلك وهو الجمع بين الحقين .

فكونه رهنا يقتضي فكه ، وكونه مبيعا يقتضي الوفاء بالبيع للمشتري (اللازمين على الراهن البائع) الا انه راهن وباع (وجهاً) خبراً «فهل بيع» .
 (ومع انحصر المال) اى مال الراهن (في البيع) بان لم يكن له مال آخر يمكن اداء دين الراهن منه (فلا اشكال في تقديم حق المرتهن) على حق المشتري ، لتقدمه الزمانى ، فان البيع وقع على ما فيه حق للغير .

.....

مسئلة

اذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله ، او بعضاه .
فالاقوى صحة بيعه و فاقا للمحکى عن العلامة ، والشهيد ، والمحقق
الثانى ، وغيرهم ، بل في شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه لم يخرج ،
باستحقاقه للقتل ، او الاسترقاق عن ملك مولاه ، على ما هو المعروف عن
عدا الشیخ فی الخلاف كما سیجيء .
و

(مسئلة : اذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله ، او استرقاق كله)
كمالو قتل انسانا (او) استرقاق (بعضاه) كما اذا جرحت بمقيمته مثلاعشرة ، و
الحال ان العبد قيمته مائة .

فالاقوى صحة بيعه من مولاه (و فاقا للمحکى عن العلامة ، والشهيد
والمحقق الثانى ، وغيرهم ، بل في شرح الصيمرى انه المشهور ، لانه)
اى العبد (لم يخرج ، ب) سبب (استحقاقه للقتل ، او الاسترقاق) من
جانب المحنق عليه (عن ملك مولاه) (عن) متعلق بـ (لم يخرج) (على
ما هو المعروف) من عدم خروجه عن ملك مولاه (عن عد الشیخ فی
الخلاف كما سیجيء) فانه قال بخروجه عن ملك مولاه .

واذا اقلنا بهذه القول لم يصح بيعه للمولى اذا ليس بماله – فـ
هذا الحال – .

(و) ان قلت : انه وان لم يخرج عن ملك مولاه ، لكنه متعلق حق
المجنى عليه .

فی جواز بیع العبد الجنی عمداً

.....
تعلق حق المجنى عليه به ، لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به .
و مجرد امكان مطالبة اولياء المجنى عليه له في كل وقت بالاسترقة
او القتل ، لا يسقط اعتبار ماليته .

وعلى تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفاً
على افتراكه عن القتل والاسترقة ، فان افتک لزم ، والابطل

قلت : (تتعلق حق المجنى عليه به) اى بالعبد (لا يوجب خروج
الملك) الذى هو العبد (عن قابلية الانتفاع به) بان ينتفع به مولاوه
ببيع او ما اشبهه ، لا استصحاب بقاء حق الانتفاع .

(و مجرد امكان مطالبة اولياء المجنى عليه) فيما اذا قتل ولهم (له)
اى للعبد (في كل وقت) مطالبة (بالاسترقة او القتل ، لا يسقط اعتبار
مولاه) حتى يقال : بانه ليس بعد الجنائية بمال ، لانه في معرض
التلف - اذا 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 .

فكمما يجوز بيع مال الغير متوقفاً على اجازته ، كذلك يجوز بيع هذا
العبد متوقفاً على اجازة اولياء المجنى عليه (فيكون) بيع المولى للعبد
الجنى (موقوفاً) في لزومه (على افتراكه عن القتل والاسترقة) اما بهبة
ولياء المجنى عليه ، او باعطائهم مولى العبد البديل لهم ، او نحوزلك (فان
افتک) العبد (لزم) البيع الذى اجرأه المولى عليه (والا) يفتک (بطل

البيع من اصله .

ويحتمل ان يكون البيع غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري فى غير زمن الخيار ، لوقوعه فى ملكه ، .

غاية الامر ان كون المبيع عرضة لذلك ، يوجب الخيار مع الجهل
كالمبيع الا رد اذا عمى ، و المريض اذا مات بمرضه .

البيع من اصله) اى بطلانا من حين العقد لا من حين تبين عدم الافتتاح او من حين القتل او الاسترقاق .

(ويحتمل ان يكون البيع) من المولى (غير متزلزل ، فيكون تلفه من المشتري فى غير زمن الخيار) بان يخسر المشتري .

اما فى زمن الخيار فانه من مال البائع ، اذا التلف فى زمن الخيار من لا خيار له ، كما دل عليه النص و الفتوى ، و يأتي 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 (المبيع الا رد) الذى بعينه رد (اذا عمى ، و المريض اذا مات بمرضه) و كان المشتري جاهلا ، فان له الخيار فى الفسخ و الرجوع الى ثمنه ، و عدم الفسخ حتى يكون التلف من كيسه لا من كيس البائع .

فِي جَوَاز بَيع الْعَبْد الْجَانِي عَمْدًا

و يردہ ان المبيع اذا كان متعلقاً بالغير، فلا يقبل ان يقع
لازماً دائئراً الى سقوط حق الغير، فلا بد اماً ان يبطل ، واماً ان يقع مراعي .
وقد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع في ماله ، ودخلية
الغير فيه ، وقوع بيعه مراعي لا باطلأ .

وبذلك يظهر الفرق بين مانحن فيه ، و بين بيع المريض الذي
يخاف عليه من الموت ، و الارمدا الذي يخاف عليه من الععم الموجب
للانعتاق .

(و يرد الاحتمال المذكور) ان المبيع اذا كان متعلقاً
لحق الغير ، فلا يقبل) البيع (ان يقع لازماً دائئراً) اي اللزوم (الى سقوط
حق الغير ، فلا بد اماً ان يبطل) من اصله (واماً ان يقع مراعي) باجازة
الغير .

(و قد عرفت : ان مقتضى عدم استقلال البائع في ماله) اي العبد
الجانى - في المقام - (و دخلية الغير فيه) و هو اولياً المجنى عليه
(وقوع بيعه) اي المالك . (مراعي) باجازة الاولياً (لا باطل) لانه مقتضى
الجمع بين الحقين .

(وبذلك) الذى ذكرنا من وجود حق الغير في العبد الجانى
(يظهر الفرق بين مانحن فيه ، و بين بيع المريض الذي يخاف عليه
من الموت ، و) العبد (الارمدا الذي يخاف عليه من الععم الموجب) ذلك
العمى (للانعتاق) فان العبد اذا عمى او اقعده انعتقاً ، كما تقرر في كتاب
العتق .

فان الخوف في المثالين لا يوجب نقصاناً في سلطنة المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً ، بخلاف تعلق حق الغير .

اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزاً ، لأن للبائع سلطنة مطلقة عليه ، و كذا للمشتري .
ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذي الحق .
غاية الامر ان له التسلط على ازالة ملكهما بالاتفاق ، او التملك .

(فان الخوف في المثالين لا يوجب نقصاناً في سلطنة المالك) في حال كون ذلك النقصان (مانعاً عن نفوذ تملكه) العبد للغير تملكه(منجزاً)
بخلاف تعلق حق الغير) بالعبد فانه مانع عن نفوذ تملك المالك تملكه
منجزاً .

(اللهم الا ان يقال : ان تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تملكه) اي تملك البائع للعبد الجانبي تملكه(منجزاً ، لأن للبائع سلطنة مطلقة عليه) اي على العبد الجانبي ، اذا السلطنة المطلقة التي كانت قبل الجنائية لم يسقطها شيء (و كذا للمشتري) اذا اشتراه سلطنة مطلقة عليه .
(ولذا) الذي للبائع والمشتري سلطنة مطلقة (يجوز التصرف لهما فيه) اي في العبد (من دون مراجعة ذي الحق) الذي هو على المجنى عليه .

(غاية الامر) رعاية لحق المجنى عليه (ان له التسلط على ازالة ملكهما) اي ملك البائع والمشتري (بالاتفاق) بان يقتل العبد
قصاصاً (او التملك) بان يسترقه .

فی جواز بیع العبد الجانی عمدا

و هذالا يقتضی وقوع العقد مراعی ، و عدم استقرار الملك .
وبما ذكرنا ظهر الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير و
حق المجنى عليه غير المانع فعلا .
غاية الامرانه مانع شأننا .

و كيف كان فقد حکى عن الشيخ في الخلاف : البطلان ، فانه قال
فيما حکى عنه : اذا كان لرجل عبد جان فباعه مولاه بغير اذن المجنى
عليه ، فان كانت جنایته توجب القصاص فلا يصح البيع ، و ان كانت جنایته
توجب الا رش .

(وهذا) الحق للمجنى عليه (لا يقتضي وقوع العقد مراعی) با جازة
المجنى عليه (و عدم استقرار الملك) (« وعدم ») عطف « وقوع » .
(وبما ذكرنا) من السلطنة المطلقة للبائع في العبد الجانی (ظهر
الفرق بين حق الراهن المانع من تصرف الغير) فلا يجوز للملك ان يبيع
المرهون الاعلى نحو الفضولی (و) بين (حق المجنى عليه) في العبد
الجانی (غير المانع فعلا) قبل الاتلاف والاسترقاء .
غاية الامرانه مانع شأننا) لأن المجنى عليه الاخذ بحقه .

(و كيف كان) سواء قلنا بان تصرف المالك في العبد لازم ، او مراعی
(ف) هو خلاف الشيخ ، اذ (قد حکى عن الشيخ في الخلاف : البطلان)
لبيع العبد الجانی (فانه قال فيما حکى عنه : اذا كان لرجل عبد جان
فباعه مولاه بغير اذن المجنى عليه ، فان كانت جنایته توجب القصاص)
كمالوكان قاتلا (فلا يصح البيع ، و ان كانت جنایته توجب الا رش) كمالو صلم

صح ، اذا التزم مولاه الا رش ثم استدل بأنه اذا وجب عليه القو فلایصح
بيعه ، لانه قد باع منه مالا يملكه ، فإنه حق للمجنى عليه .

واما اذا وجب عليه الا رش صح ، لأن رقبته سليمة ، والجناية
ارشها فقد التزم السيد فلا وجده يفسد البيع ، انتهى وقد حکى عن المختلف
انه حکى عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على
الجاني عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جنائية فإنه لا يجزي عتقه
من الكفارة ، وان كان خطاء ، جاز ذلك واستدل باجماع الفرقة ، فإنه
لا خلاف بينهم انه اذا كانت جنائيه

اذن انسان (صح) البيع (اذا التزم مولاه الا رش ثم استدل) لعدم
الصحة في الفرع الاول (بأنه اذا وجب عليه القو فلایصح بيعه ، لانه) اي
المولى (قد باع منه) اي من هذا العبد (مالا يملكه) و ان مالا يملكه المولى
(فإنه) اي العبد (حق للمجنى عليه) ولا يصح بيع حق الغير .

(واما اذا وجب عليه الا رش) فقط (صح) البيع (لان رقبته) اي العبد
(سليمة) اذ ليس على رقبته قصاص (والجناية ارشها) «ارشها». بدل
الاشتمال من «الجناية» (فقد التزم السيد) وبعد ذلك لا حق للمجنى
عليه في العبد (فلا وجده يفسد البيع ، انتهى وقد حکى عن المختلف انه
حکى عنه في كتاب الظهار : التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني
عمدا ، حيث قال : اذا كان عبد قد جنى جنائية فإنه لا يجزي عتقه عن
الكفارة) الواجبة على المظاهرون (وان كان) جنى (خطاء ، جاز ذلك) اي
عتقه (واستدل باجماع الفرقة ، فإنه لا خلاف بينهم انه اذا كانت جنائيه

..... عمد اينتقل ملکه الى المجنى عليه .

و ان كان خطاء افادية ماجناه على مولاه ، انتهى .

و ربما يستظره ذلك من عبارة الا سكافی المحکیة عنه في الرهن ، و
هي ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتاً لملکه اياه غير خارج
بارتداد ، او استحقاق الرقبة ، جنایته عن ملکه انتهى .

و ربما يستظره البطلان من عبارة الشرائع اضافي كتاب القصاص
حيث قال : اذا قتل العبد حرا عمد ، فاعتقه مولاه صح ولم يسقط القود .

عدم اينتقل ملکه) اى العبد (الى المجنى عليه) فلا يصح عتقه في ظهار او
غيره .

(و ان كان خطاء افادية ماجناه على مولاه) و لذا يصح عتقه (انتهى)
(و ربما يستظره ذلك) اى عدم بقاء ملك المولى على الجانی عمد
(من عبارة الا سكافی المحکیة عنه في) باب (الرهن ، وهي) اى العبارة
هذه (ان من شرط الرهن ان يكون الرهن مثبتاً) اى ثابتغيرمتزلزل ،
و ذلك (لملکه) اى الراهن (اياه) للرهون (غيرخارج) العبد الذي
يريدان يرهنه (بارتداد ، او) ب (استحقاق الرقبة) بان يكون العبد
للغير (ب) سبب (جنایته) اى العبد (عن ملکه) متعلق بـ « خارج »
(انتهى) كلام الا سكافی .

(و ربما يستظره البطلان) لرهن العبد الجانی عمد (من عبارة
الشرائع اضافي كتاب القصاص : حيث قال : اذا قتل العبد) انسانا
(حرا عمد ، فاعتقه مولاه صح) العتق (و لم يسقط القود) اى حق القصاص

ايصال الطالب الى المكاسب البيع

٣٠١

.....
ولو قيل لا يصح لثلاي بطل حق المولى من الاسترقة كان حسنا ، و
وكذا بيعه وهبته ، انتهى .

لكن يحتمل قوله ان يكون مراده بالصحة وقوعا زما غير متزلزل ، كموقع
العتق ، لانه الذى يبطل به حق الاسترقة دون وقوعه مراعى بافتراكه
عن القتل والاسترقة .

لوى العجني عليه .

(ولو قيل لا يصح) العتق (لثلاي بطل حق المولى من الاسترقة)
اذ حق المولى اذا سقط عنه بالعتق لم يتمكن لوى الميت من استرقة
العبد ؛ و الحال انه مخير بين القصاص والاسترقة ، فكيف يجوز ان
يفعل المولى فعله يجب سقوط حق الاسترقة ؟

فهذا القول (كان حسنا ، و كذا بيعه وهبته) اى لا يجوز ان (انتهى) .

عبارة الشرائع .

(لكن يحتمل قوله ان يكون مراده بالصحة) - فى البيع والهبة -
اى الصحة التى نفاحتها الشرائع (وقوعه لا زما غير متزلزل ، كموقع العتق) فان
ظاهر عطفهما عليه ، انهما مثله فى المزوم .

فكمان العتق لا يكون متزلزا ، كذلك البيع والهبة (لانه) اى اللازم
منهما ، هو (الذى يبطل به حق الاسترقة دون وقوعه مراعى) و متزلزا
(بافتراكه عن القتل والاسترقة) « بافتراكه » متعلق (بمراعى) .

فالشرع لا ينفي وقوع البيع و امثاله حتى يقال « يظهر من عباره
الشرع البطلان » و انما ينفي وقوع البيع و امثاله لازما ، بل يقول هو بيان

فـى جواز بـيع العـبد الجـانى عـمداً

و كـيف كان فالظـاهر من عـبارة الخـلاف : الاستـناد فـى عدم الصـحة
إلى عدم الملك ، و هو منـوع ، لا صـالة بـقاء مـلكه .
و ظـهور لـفـظ الاستـرقـاق فـى بعض الـأـخـبـار فـى بـقاء الملك .
نعم فـى بعض الـأـخـبـار ما يـدل عـلـى الخـلاف .

الـبـيع مـرـاعـى ، فـان فـكـه المـولـى صـح الـبـيع ، و الـاـكـان لـلـمـجـنى عـلـى اـن يـقـتـل
او يـسـتـرقـ .

و الـحاـصـل ان الشـرـائـع نـافـلـلـزـوم لاـاـصـل الـبـيع ، فـليـس هـو فـى
عـدـاد القـائـلـين بـالـبـطـلـان .

(و كـيف كان) سـوـاء كان الشـرـائـع قـائـلـا بـالـبـطـلـان ، او بـالـصـحة (فالـظـاهـر
من عـبارة الخـلاف : الاستـنـاد فـى عدم الصـحة إـلـى عدم الملك) يـعنـى ان
الـعـبـد حـيـث يـخـرـج بـالـجـنـايـة عـن مـلـك المـولـى إـلـى مـلـك المـجـنى عـلـى ، لـيـصـح
اجـراء معـاملـة عـلـى (و هو منـوع) اـلـى عدم الملك .

اـولاً : (لاـصـالـة بـقاء مـلكـه) فـان شـكـناـهـل ان العـبـد يـخـرـج عن مـلـك
المـولـى بـالـجـنـايـة ، اـم لا ؟ كـانت اـصـالـة بـقاء الملك مـحـكـمة .

(و) ثـانـيا : لـ(ظـهـور لـفـظ الاستـرقـاق) و ان لـلـمـجـنى عـلـى عـلـى اـسـترـقاـق
الـعـبـد الجـانـى (فـى بعض الـأـخـبـار فـى بـقاء الملك) لـمـولاـه ، اـذ لـو اـنـتـقلـ
الـعـبـد بـمـجـردـالـجـنـايـة إـلـى المـجـنى عـلـى ، لـم يـكـن مـعـنى لـلاـسـترـقاـق ، و ان
خـرـج عن مـلـك المـولـى و لم يـدـخـل فـى مـلـك اـحـد لـزـبـقاءـالـمـلـك بـدـونـالـمـالـك .
(نـعـم فـى بعض الـأـخـبـار ما يـدـل عـلـى الخـلاف) اـلـى عدم الملك
لـلـمـولـى بـعـدـجـنـايـةـالـعـبـد .

و يمكن ان يكون مراد الشیخ بالملك : السلطنة عليه ، فانه ينتقل
الى المجنى عليه .

ويكون عدم جواز بيعه من المولى مبنيا على المنع عن بيع الفضولي
المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق بحق للغير ينافيه السلطنة المطلقة
من المشترى عليه كما في الرهن .

لكن لعل الظاهر منها كون مال العبد الى ذلك ، لانه مقتضى
الجمع بين ظاهر لفظ الاسترقاق وبين ظاهر بعض الاخبار المنافية لذلك .
(و يمكن ان يكون مراد الشیخ) بخروج العبد عن ملك المولى ،
بالجناية (بالملك) المغنى (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) و ان بقى
الملك للمولى — على حاله — .

(ويكون عدم جواز بيعه من المولى) — على ما ذكره الشیخ — (مبنيا
على المنع عن بيع الفضولي) مطلقا (المستلزم) ذلك المنع عن بيع
الفضولي (للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير ينافيها) اى ينافي
ذلك الحق (السلطنة المطلقة من المشترى عليه) اى على المنع .
والحاصل : ان الشیخ لا يقول بعدم الملك ، و انما يقول بعدم
الملك المطلق ، فليس الشیخ — على هذا — مخالف للمشهور (كما فسّر)
الرهن) . فان حق المرتهن يوجب عدم سلطنة الراهن سلطنة مطلقة ،
للانه يوجب عدم ملك الراهن اصلا .

مسئلة

اذا جنى العبد خطأً اصح بيعه على المشهور، بل في شرح الصيمرى
انه لا خلاف في جواز بيع الجنى اذا كانت الجنائية خطأً، او شبه عمد
و يضمن المولى اقل الا مرين من قيمته، و دية الجنائية
ولو امتنع كان للمجنى عليه اولوية انتزاعه، فيبطل البيع
وكذا الوakan المولى معسرا

(مسألة : اذا جنى العبد خطأً اصح بيعه على المشهور ، بل في
شرح الصيمرى انه لا خلاف في جواز بيع الجنى اذا كانت الجنائية
خطأً) محضا ، كما اذا وقع من السطح ، فقتل انسانا (او شبه عمد) كما اذا
اراد ان يرمي الغزال ، فاصاب السهم انسانا (و يضمن المولى اقل الامرين
من قيمته) اي قيمة العبد (و دية الجنائية)
فاذ اذا كانت القيمة ما فوق الدية مائة و خمسين ، ضمن المائة فقط -

لما ذكرنا في بابه : من ان الجنى لا يجني على اكثر من قيمته .
و اذا كان العكس كانت عليه دية الجنائية ، و هي مائة ، كما هو واضح
(ولو امتنع) من اعطاء اقل الا مرين (كان للمجنى عليه اولوية
انتزاعه) و لا يحق للمشتري الممانعة ، لانه اولى من المشتري (فيبطل
البيع) اذ هومال تعلق به حق المجنى عليه فلا يكون بيعه مستقرا .
(وكذا الوakan المولى معسرا) لا يتمكن من اداء بدل الجنائية

فللمشتري الفسخ مع الجهالة ،لتزلزل ملكه مالم يفديه المولى ،انتهى .
و ظاهره انه اراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد ،الا ان
المحكى عن السرائر والخلاف : انه لا يجوز ، الا اذا افداء المولى ، او
التزم بالفداء ، الا انه اذا باع ضمن .

والا وفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع ، لكونه ملك المولا .
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 (مالم يفديه المولى) فللمشتري خيار العيب (انتهى) شرح الصimirي
(و ظاهره انه اراد نفي الخلاف عن الجواز) لبيع العبد الجانى
(قبل التزام السيد) الفدية (الا ان المحكى عن السرائر والخلاف : انه
لا يجوز) البيع (الا اذا افداء المولى) بان اعطى الفدية و فك رقبة العبد
(او التزم بالفداء) و ان لم يفدي علا (الا انه اذا باع ضمن) الفدية .
والا وفق بالقواعد ان يقال : بجواز البيع .

والمراد بالقواعد ما بينه بقوله : (لكونه ملك المولا) فيشمله قوله : احل
الله البيع ، وتجارة عن تراض ، و الناس مسلطون ، و ما اشبه .
(و تعلق حق الغير) اي المجنى عليه بهذه العبد (لا يمنع عن
ذلك) البيع (الان كون المبيع مال الغير) كما في الفضولي (لا يوجب
بطلان البيع رأسا) كما تقدم في مبحث الفضولي (فضلا عن تعلق حق
الغير) و العمدة شمول الادلة لهم اى للفضولي ولتعلق حق الغير .

فـى صـحة بـيع العـبد الـجـانـى خـطاً

و لـعل مـا عن الخـلـاف و السـرـائـر مـبـنـى عـلـى اـصـلـهـمـا مـن بـطـلـانـ الفـضـولـى
و ماـشـبـهـهـ من كـلـ بـيـعـ يـلـزـمـ من لـزـومـهـ بـطـلـانـ حـقـ الغـيرـ، كـماـيـؤـمـىـ اليـهـ
استـدـلـالـ الـحـلـىـ عـلـىـ بـطـلـانـ الـبـيـعـ قـبـلـ التـزـامـهـ .

و ضـمـانـهـ باـهـ قدـ تـعـلـقـ بـرـقـبـةـ الـجـانـىـ ، فـلاـيـجـوزـ اـبـطـالـهـ .
و مـرـجـعـ هـذـاـ المـذـهـبـ إـلـىـ أـنـهـ لـاـ وـاسـطـةـ بـيـنـ لـزـومـ الـبـيـعـ وـ بـطـلـانـهـ .

(و لـعلـ مـا عنـ الخـلـافـ وـ السـرـائـرـ) مـنـ بـطـلـانـ فـىـ بـيـعـ الـعـبـدـ
الـجـانـىـ (مـبـنـىـ عـلـىـ اـصـلـهـمـاـ مـنـ بـطـلـانـ الفـضـولـىـ ، وـ ماـشـبـهـهـ منـ كـلـ بـيـعـ
يـلـزـمـ منـ لـزـومـهـ) اـىـ مـنـ لـزـومـ ذـلـكـ الـبـيـعـ (بـطـلـانـ حـقـ الغـيرـ) سـوـاـ كـانـ
الـبـيـعـ مـاـلـ لـلـغـيرـ ، اوـ مـتـعـلـقـ حـقـ الغـيرـ (كـماـيـؤـمـىـ اليـهـ) اـىـ إـلـىـ هـذـاـ اـصـلـ
(استـدـلـالـ الـحـلـىـ عـلـىـ بـطـلـانـ الـبـيـعـ قـبـلـ التـزـامـهـ) .

(وـ ضـمـانـهـ) اـىـ التـزـامـ الـمـوـلـىـ بـالـفـدـيـةـ عـنـ الـعـبـدـ الـجـانـىـ ، وـ ضـمـانـهـ
لـاعـطـاءـ الـفـدـيـةـ — وـ ضـمـانـهـ : عـطـفـ بـيـانـ — (بـاـهـ) اـىـ الـحـقـ لـلـمـجـنـىـ عـلـىـهـ
(قدـ تـعـلـقـ بـرـقـبـةـ الـجـانـىـ ، فـلاـيـجـوزـ) لـلـمـوـلـىـ (اـبـطـالـهـ) اـىـ هـذـاـ الـحـقـ ،
بـسـبـبـ الـبـيـعـ .

(وـ مـرـجـعـ هـذـاـ المـذـهـبـ) لـلـحـلـىـ ، وـ لـلـشـيـخـ (إـلـىـ أـنـهـ لـاـ وـاسـطـةـ بـيـنـ
لـزـومـ الـبـيـعـ وـ بـطـلـانـهـ) .

فـالـبـيـعـ اـمـاـ باـطـلـ ، وـ اـمـاـ لـازـمـ ، لـاـنـهـ لـوـكـانـ هـنـاكـ وـاسـطـةـ وـ هـىـ الـبـيـعـ
الـجـائـزـ لـمـ يـصـحـ القـوـلـ بـاـنـ الـبـيـعـ يـوـجـبـ بـطـلـانـ الـحـقـ .
اـذـ يـرـدـ هـذـاـ اـسـتـدـلـالـ (حـيـئـذـ) بـاـهـ لـاـ يـلـزـمـ الـبـيـعـ اـبـطـالـ الـحـقـ ،
لـاـنـ الـبـيـعـ جـائـزـ ، وـ مـعـ فـرـضـ الـجـواـزـ لـاـ يـبـطـلـ الـحـقـ .

فاذ اصح البيع ابطل حق الغير .

وقد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى بجازة ذى الحق او سقوط حقه فاذ اباع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الديه ، او اقل الا مرين على الخلاف ، وقع مراعى ، فان فداء المولى اورضى المجنى عليه بضمائه فذاك ، والا انتزعه المجنى عليه من المشتري .

وعلى هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه .

(فاذ اصح البيع ابطل حق الغير) هذ اتفريع على قوله « انه لا واسطة » اي لازم عدم الواسطة ، اما بطلان البيع ، واما بطلان حق الغير .

(و) لكن عدم الواسطة غير صحيح اذ (قد تقدم غير مرة انه لا مانع من وقوع البيع مراعى بجازة ذى الحق) كالمحنى عليه - في المثال - (او سقوط حقه) بمسقط آخر(فاذ اباع المولى فيما نحن فيه قبل اداء الديه او اقل الا مرين) من قيمة العبد والديه (على الخلاف) فـ فيـ نـهـاـيـهـ اـيـجـبـ عـلـىـ الـمـوـلـىـ (ـ وـ قـعـ)ـ الـبـيـعـ (ـ مـرـاعـىـ)ـ فـىـ النـفـوذـ (ـ فـاـنـ فـدـاءـ الـمـوـلـىـ اوـ رـضـىـ الـمـوـلـىـ)ـ عـلـىـ الـمـحـنىـ عـلـىـ بـضـمـائـهـ)ـ ايـ ضـمـانـ الـمـوـلـىـ بـاـنـ التـزـمـ بـاـنـ يـعـطـىـ الـفـدـيـةـ ،ـ وـ انـ لـمـ يـعـطـهـ بـعـدـ (ـ فـذـاـكـ)ـ لـاـنـ الـبـيـعـ حـيـنـئـذـ يـكـونـ لـازـمـاـحـيـثـ يـنـتـقـلـ الـحـقـ مـنـ الـعـبـدـ (ـ وـ الـاـ)ـ بـاـنـ لـمـ يـفـدـهـ الـمـوـلـىـ وـ لـمـ يـضـمـنـهـ (ـ اـنـتـزـعـهـ الـمـحـنىـ عـلـىـ الـمـشـتـرـىـ)ـ لـغـرـضـ كـوـنـ الـبـيـعـ مـرـاعـىـ .

(وعلى هذا) الذى ذكرناه (فلا يكون البيع) للعبد الجانى (موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه) بل انه فداء او كان هناك مسقط آخر ،

في صحة بيع العبد الجنى خطاء

قال في كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد على فداء الجنى
وان رهنه او باعه ، بل يتسلط المجنى عليه ، فان استواعت الجنائية
القيمة بطل الرهن ، والآفقي المقابل ، انتهى .

لكن ظاهر العلامة في غير هذا المقام هو : ان البيع بنفسه التزام
بالفداء .

فهو ، والا كان للمجنى عليه حق انتزاع العبد من المشتري .

(قال) العلامة (في كتاب الرهن من القواعد : ولا يجبر السيد
على) اعطاء (فداء) العبد (الجنى وان رهنه) السيد (او باعه ، بل
يتسلط المجنى عليه) بين اخذ الفداء و بين اخذ نفس العبد ، فان
اعطاه المولى الفدية فهو ، والآجاز له انتزاع العبد (فان استواعت
الجنائية القيمة) اي قيمة العبد كمالو كانت الجنائية مائة و القيمة مائة و
خمسين (بطل الرهن ، والآف) البطلان للرهن و البيع (في المقابل)
للجنائية فقط اي في المائة في المثال – و هي تعادل ثلثي العبد .
اما الثالث الثالث فلا وجہ للبطلان لأن البيع و الرهن وقعا في مال
المولى ، بلامانع .

نعم اذا كان المشتري و المرتهن جاھلين بالواقع ، كان لهم خيار
تبیض الصفقة (انتهى) كلام العلامة ، و انما نقل المصنف هذا الكلام
تأييد الفتواه .

(لكن ظاهر العلامة في غير هذا المقام هو : ان البيع) من المولى
للعبد الجنى (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 ، امامن العين او من ذمته فيجب عليه اما تخلص العبد من المشتري بفسخ او غيره .

واما ان يفديه من ماله ، فاذا امتنع المشتري من رد له والمحظوظ عدم سلطنة البائع على اخذه قهراللزوم 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 بذلك الحق بأنه (يتخير المولى في نقله) اي ذلك الحق (عنه) اي عن العبد (الى ذمته) بان يعطى الفداء (ان يوفى) فاعل « يجب » (حق المجنى عليه ، امامن العين او من ذمته) بان يعطى نفس العبد في مقابل الجنائية او يعطى ما لا آخر ادائها المألف 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 رد له والمحظوظ عدم سلطنة البائع على اخذه) اي العبد من المشتري (قهرا) .
وانما لا يتسلط على اخذه قهرا (للزوم الوفاء بالعقد ، وجب عليه دفع الفداء)

في صحة بيع العبد الجانى خطأ

و يرد عليه ان فداء العبد غير لازم قبل البيع .

وبيعه ليس اتلافا له حتى يتعمى عليه الفداء .

و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى الارفع يده لارفع يد الغير بل

هذا اولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته

الخدشة فى وجوب

لأنه اذا تعذر احد الامرين البديلين وجب البديل الآخر .

(و يرد عليه) اي على هذا الوجه الذى استوجها به كلام العلامة

القائل بوجوب اعطاء البديل على المولى (ان فداء العبد غير لازم قبل

البيع) اي قبل ان يباع المولى ، بل يكون للمولى ان يعطى نفس العبد

او ان يفديه .

(وبيعه ليس اتلافا له) و محواله من الوجود (حتى يتعمى عليه

الفداء) بحجة انه احد البديلين .

(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 الارفع يده) اي ان يرفع المولى

يده من العبد وفاءا للبيع (لارفع يد الغير) الذى هو المجنى عليه ،

فإن : اوفوا ، توجه الى البائع ، لا الى الذى له حق فى المبيع (بل هذا)

اي العبد الجانى (اولى بعدم وجوب الفك) اي لا يجب على المولى فكه

بالفداء ، بل له ان لا يفكه حتى يأخذ المجنى عليه ، فيبطل البيع (من

الرهن الذى تقدم فى آخر مسئلته) اي مسألة الرهن (الخدشة فى وجوب

الفك على الراهن بعد بيعه ، لتعلق الدين هناك بالذمة و تعلق الحق هنا بالعين ، فتأمل .

ثم ان المتصح به في 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 .
وانما مانحن فيه اولى (لتعلق الدين هناك) في باب الرهن
(بالذمة) و انما العين وثيقة) و تعلق الحق هنا بالعين) اذا الجنائية تتعلق برقبة الجانى ، فاذا لم يجب الفك فيما تعلق بالذمة لم يجب الفك فيما تعلق بالعين بطريق اولى .

فاذا كان الدين في ذمة المولى و مع ذلك لم يجب عليه اعطائه ،
كان الاولى عدم لزوم اعطاء الفداء — الذي لم يتعلق بذمة المولى —
(فتأمل) اذا البيع بمنزلة التلف كما ذكروه في غير مورد .

فقول المصنف « و بيعه ليس اتلافا له » محل اشكال .

(ثم ان المتصح به في التذكرة ، والمحكى عن غيرها : ان للمشتري فك العبد) بان يعطى ثمن الجنائية ليبقى له العبد .

(و حكم رجوعه الى البائع) بان يرجع المشتري الى البائع ، و يأخذ منه ما داداه الى المجنى عليه (حكم قضاء الدين عنه) فان الانسان اذا قضى دين المدين ، فان كان باجازة منه ، جاز له الرجوع اليه و

فى صحة بيع العبد الجانى خطأ

.....
واخذ ما اداه من المديون ، وان لم يكن باذن منه لم يكن المديون
مجبرا 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 ، وفي
المسألة موارد للمناقشة ، كما لا يخفى والى
العالم .

مسئلة

الثالث من شروط العوضين ، القدرة على التسليم ، فان الظاهر
الاجماع على اشتراطها في الجملة ، كافى جامع المقاصد ، وفي التذكرة
انه اجماع ، وفي المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك فى الماء
ولا الطير فى الهواء .

و عن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه
تحفظا مالا يمكن فيه ذلك ، كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء .
فان ما ذكره 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 سيأتي تفصيله (كما فى جامع المقاصد
وفى التذكرة : انه اجماع ، وفي المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع
السمك فى الماء) كالنهر والبحر ، لامثل الحوض و ما اشبهه (ولا الطير
فى الهواء) غير الممكن اخذه عرفا .

(و عن الغنية : انه انما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدورا
عليه) بان يقدر البائع على تسليمه (تحفظا) ولاجل الارباح (مالا يمكن
فيه ذلك) اى مقدورا (كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء) وما
اشبههما .

(فان ما ذكره حاله) بان لم يقدر البائع على تسليمه (لا يجوز بيعه ،

فى ان القدرة على التسليم شرط فى العوضين

بخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك بانه نهى النبو صلى الله عليه وآلہ عن بيع الغرر .

والنهى هنا يوجب الفساد اجماعا ، على الظاهر المصرح به فى

موضع من الايضاح .

واشتهر الخبرين الخاصة والعامية يجبر ارساله

بخلاف ، واستدل فى التذكرة على ذلك) اى عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه (بانه نهى النبو صلى الله عليه وآلہ عن بيع الغرر) وفي حديث آخر نهى النبي صلى الله عليه وآلہ عن الغرر .

والمراد اما (الخديعة) اذا كان الغرر متعديا .

واما الخطرو الضررو الغفلة ، وما شبه ، اذا كان الغرر لاما (وهذا غرر) لان بيع مالم يعلم حاله ، وانه هل يتمكن المشتري من الوصول اليه ، ام لا يعده بعداد « الغرر) عرفا ؟ .

(والنهى هنا) فى باب المعاملات(يوجب الفساد اجماعا) وليس

مثل النهى عن البيع وقت النداء (على الظاهر) من النهى فى المعاملة لا امر خارج ، فان العرف يستفيدون من النهى : الفساد (المصرح به فى موضع من الايضاح) فدلالة الخبر على الفساد ، لا باس بها .

(واما السند ، ف(اشتهر الخبر بين الخاصة والعامية) فى كتب

الفتاوى ، وبعض كتب الاخبار (يجر ارساله) لان الشهرة تكشف عن ان المشهور وجدا ما يوجب حجيته ولذا استندوا اليه ، بعد ان علمنا انهم لا يفتون الاعلى طبق الخبر المؤوثق .

اما كون مانحن فيه غرافيهم الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء
واهل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء ، والطير في الهواء .
مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثرا هيل اللغة صادق عليه .
و المروى عن امير المؤمنين عليه السلام : انه عمل مالا يؤمن معه من
الضرر .

هذا كله بالنسبة الى الكبرى ، و ان البيع الغرري فاسد .
(اما) بالنسبة الى الصغرى و ان مثل مانحن فيه من صغريات
الغرر ، ف (كون مانحن فيه غرافيهم الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و
اهيل اللغة ، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء ، والطير في الهواء)
هذا وجه الاستدلال بكلمات الفقهاء و اللغويين .
(مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثرا هيل اللغة) اي المعنى
للفظ « الغرر » (صادق عليه) اي على بيع السمك في الماء .
فاهل اللغة بعضهم صرح بهذا المثال و الى هذا اشار بقوله
« الفقهاء و اهل اللغة » .

وبعضهم 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)
اي الغرر (عمل مالا يؤمن معه من الضرر) .
و من المعلوم ان بيع الطير و السمك ، من هذا القبيل .

وفي الصحاح الغرة الغلة، والغار الغافل، واغره اي اتاه على غرة منه، واغربالشئ اي خدع به، والغرر الخطر، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء، والطير في الهواء، الى ان قال : والتغريب حمل النفس على الغرر ، انتهى وعن القاموس ماملخصه : غرء غرا وغرورا ، وغرة بالكسر فهو مغرور، وغير كامير خدعا واطمعه في الباطل ، الى ان قال : غرر بنفسه تغريها ، وتغرة اي عرضها للهلكة ، والاسم الغرر محركة ، الى ان قال : والغار الغافل ،

(وفي الصحاح الغرة الغلة، والغار الغافل) وهذا بمعنى اللازم ، اما بمعنى المتعدى فالغار هو المغفل ، لانه يقال غره ، فهو غار و ذلك مغرورا (و اغره اي اتاه على غرة منه) اي غلة (و اغربالشئ اي خدع به ، والغرر الخطر) كانه معنى آخر للغرر ، غير الغلة (ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء، والطير في الهواء) و مثلم ما بيع الوحش في الصحراء (الى ان قال) الصحاح (والتغريب حمل النفس على الغرر ، انتهى ، وعن القاموس ماملخصه : غرء غرا وغرورا) - اي انه مصدر ان - (ونغره بالكسر) اي ان اصله غرره على وزن حَسَبَه (فهو مغرور ، وغير كامير) بمعنى (خدعه و اطمعه في الباطل ، الى ان قال) القاموس (غرر بنفسه تغريها) من باب التفعيل (وتغرة) مصدر آخر (اي عرضها للهلكة ، والاسم) اي اسم المصدر (الغرر) على وزن ضرر (محركة) الوسط (الى ان قال : والغار الغافل) اذا كان من اللازم ، اما اذا كان من المتعدى فهو المغفل

واعتزل الغفل ، والاسم الغرة بالكسر ، انتهى .

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى عن بيع الغرر ، وهو ما كان له ظاهر يغير المشتري ، و باطن مجھول ، وقال الا زهرى : بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة .

و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكتابها المتبایعان من كل مجھول وقد تكرر في الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفساً واحدة ، و انى لا كره ان اغرويهما اى احملها على غير ثقة ، و به سمعى

(و اعتزل الغفل ، والاسم المصدر (الغرة بالكسر انتهى) كلام القاموس : (وعن النهاية) لابن اثیر) بعد تفسير الغرة بالكسر ، بالغفلة : انه نهى) اى الرسول صلى الله عليه وآله (عن بيع الغرر ، وهو ما كان له ظاهر يغير المشتري) و يخدعه (و باطن مجھول) لا يوافق ظاهره (وقال) اللغوى (الا زهرى : بيع الغرر ما كان على غير عهدة) فلا يتعدى عهدة البائع جودة الجنس و صحته (ولا ثقة) من المشتري بان البائع لا يغش ولا يخدع (و يدخل فيه) اى في بيع الغرر (البيوع التي لا يحيط بكتابها المتبایعان من كل مجھول) كما اذا كان الثمن او المثمن مجھولاً جنساً او قدراً او وصفاً (وقد تكرر) لفظ الغرر (في الحديث ، و منه حديث مطرف ان لى نفساً واحدة) فاذا عطبت و هلكت فليس لى بدلها ، و لذا لا يمكن من الاستهانة بهذه النفس (و انى لا كره ان اغرويهما اى احملها على غير ثقة) بان اعمل شيئاً لا اثق بانه هل يوجب ال�لاك او النجاة ؟ (وبه) اى بسبب ان الشيطان يحمل الانسان على ما لا يوثق بعواقبه (سمعى

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
الشيطان غرورا ، لانه يحمل الانسان على محا به وراء ذلك مايسؤه
انتهى . وقد حكى ايضا عن الاساس ، والمصباح ، والمغرب والجمل ، و
المجمع تفسير الغرر بالخطر ، ممثلا له في الثلاثة الاخيرة ببيع السمك
في الماء ، والطير في الهواء ، وفي التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع
الغرر بهذهين .

و مراده من التفسير التوضيح بالمثال .

وليس في المحکى عن النهاية

الشيطان غرورا)فتح الغين ، كما قال سبحانه « وَلَا يَعْرِّفُنَّكُمْ بِاللَّهِ الْغَرُورُ »
اى الشيطان الذي يغش الانسان (لانه يحمل الانسان على محا به)
اى الذي يحبه الانسان من شهوات الدنيا (ووراء ذلك مايسؤه) اى مايسكب
الاسئلة الى الانسان ، وعذابه من العقاب المعدى الاخرة (انتهى و
قد حكى ايضا عن الاساس ، والمصباح ، والمغرب والجمل ، والمجمع)
اى مجمع البحرين (تفسير الغرر بالخطر ، ممثلا له) اى للغرر (في
الثلاثة الاخيرة) المغرب والجمل والمجمع (ببيع السمك في الماء ، و
الطير في الهواء ، وفي التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذهين)
اى السمك والطير .

(و مراده) اى التذكرة (من التفسير) في قوله « فسروا » (التوضيح

بالمثال) اى وضحا التفسير بهذه المثال ، لان المثال تفسير حقيقة ،

كمالا يخفي .

(وليس في) التفسير (المحکى عن النهاية) حيث فسر الغرر بـ

منافات لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل .

و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل باصل وجوده ، ام بحصوله في يد من انتقل اليه بصفاته كما او كيما .

وربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق

« ظاهر يغدر المشتري » (منافات لهذا التفسير) بالسمك و الطير .

وجه المنافات ، انهما ليس لهما ظاهر يغدر المشتري .

وانما منافات (كما يظهر بالتأمل) اذا الطير و السمك ايضا هما ظاهر يغدر المشتري ، فان المشتري يزعم انه يتمكن من الوصول الى الطير و السمك فرخصها غالبا ، بسبب غرره و خدعته ، فاذ اقدم و اشتري تبين له انه لا يتمكن من الحصول عليهما ، فيذهب ما له بدون بدل .

(و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل باصل وجوده) كما لو اشتري شيئا لا يعلم انه موجود ، ام لا (ام) الجهل (بحصوله في 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 كيما) كما لا يعلم بأنه جيد اوردى مما تتفاوت فيه الغبات .

(و ربما يقال : ان المنساق من الغرر المنهى عنه : الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره) اى لا يعلم كيف او كمه (لا مطلق

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

الخطر الشامل لتسليميه وعده ، ضرورة حصوله في بيع كل عائد خصوصا اذا كان في بحرو نحوه ، بل هو اوضح شئ في بيع الشمار ، والزرع ،
نحوهما .

والحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجھول
الحال بالنسبة الى التسلیم وعده ، خصوصا بعد جبره

الخطر الشامل لتسليميه وعده) فلا يشمل الغرر مثل بيع الطير فى
الهواء والسمك فى الماء ، اذا علم المشتري وصفهما وكمهما
وانمالا يشمل الغرر الجهل بالتسليم (ضرورة حصوله) اي الجهل
بالتسلیم (في بيع كل عائد) كما اذا باعه مالا له في بلد آخر (خصوصا
اذا كان في بحرو نحوه) من المواقع التي يكثر العطاب فيها ، فانه يصح
هذا البيع بلا شكال ، مع انه مجھول التسلیم .

فلو كان الغرر شامل لكل مجھول التسلیم ، لزم بطلان بيع كل عائد
لكن بيع الغائب ليس بطلاقا ، فليس بيع مجھول التسلیم بطلاقا (بل هو)
اي الجهل بالقدرة على التسلیم (او اوضح شئ في بيع الشمار ، والزرع)
كالقط والخضروات (و نحوهما) كورق التوت والحناء ، فانه غالبا لا يعلم
الانسان هل تحصل آفة لا يمكن البائع بسببه من التسلیم اما لا تحصل ؟
(وبالحاصل : ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة) اي القاء
المشتري ماله في الخطر (في مبيع مجھول الحال) جهلا (بالنسبة الى
التسليم) حيث لا يعلم انه هل يقدر على تسلم المتعاق ، ام لا ؟ (وعدمه)
اي عدم التسلیم (خصوصا بعد جبره) اي فيما لو لم يقدر على التسلیم

بالخيار لو تعذر .

و فيه ان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله .

فلا وجہ لتقييد کلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين .

واحتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهاز الصفات المبيع لا الجهل بحصوله

بالخيار لو تعذر) التسلّم .

وعليه : فالغرر خاص بالجهل الكُم او الكيفي ، لا الجهل من حيث التسلّم وعدم التسلّم .

(وفيه ان) الغرر شامل لجهل التسلّم ايضا اذا (الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري) و عدم حصوله في يده (اعظم من الجهل بصفاته) اي صفات المبيع (مع العلم بحصوله) و بعد كون اللفظ عاما .

(فلا وجہ لتقييد کلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين) اي بيع السمك في الماء و الطير في الهواء ، فان المثال نص في شمول الغرر لما تعذر تسلیمه .

(و) ان قلت : لعلمهم انما مثلوا بالمثالين لأن الطير و السمك في الماء مجھولان من حيث الصفات اذ الانسان لا يعلم صفات السمك في الماء ولا الطير في الهواء و ان شاهد هما من بعيد فالمثال لا جل الجهل بصفات المبيع لا اجل عدم القدرة على التسلیم .

قلت : (احتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهاز الصفات المبيع لا الجهل بحصوله)

في ان القدرة على التسليم شرط في الموضعين

فـي يـدـهـ ، يـدـفـعـهـ مـلـاحـظـةـ اـشـتـهـارـ التـمـثـيلـ بـهـمـافـيـ كـلـمـاتـ الـفـقـهـاءـ للـعـجـزـ عنـ التـسـلـيمـ ، لـلـجـهـالـةـ بـالـصـفـاتـ .

هـذـاـمـضـافـاـلـىـ اـسـتـدـلـالـ الفـرـيقـيـنـ مـنـ اـلـعـامـةـ وـالـخـاصـةـ بـالـنـبـوـيـ المـذـكـورـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ .

كـماـيـظـهـرـ مـنـ اـلـانتـصـارـ :ـ حـيـثـ قـالـ فـيـمـاـحـكـىـ عـنـهـ :ـ وـ مـاـانـفـرـدـتـ بـهـ الـأـمـامـيـةـ القـوـلـ بـجـواـزـ شـرـاءـ الـعـبـدـ الـآـبـ ،ـ مـعـ الـضـمـيـمـةـ وـ لـاـ يـشـتـرـىـ وـحـدـهـ ،ـ الـإـذـاـكـانـ بـحـيـثـ يـقـدـرـ عـلـىـ الـمـشـتـرـىـ وـ خـالـفـ بـاـقـىـ الـفـقـهـاءـ فـىـ ذـلـكـ ،ـ وـ

اـىـ الـمـبـيـعـ (ـ فـىـ يـدـهـ ،ـ يـدـفـعـهـ مـلـاحـظـةـ اـشـتـهـارـ التـمـثـيلـ بـهـمـافـيـ كـلـمـاتـ الـفـقـهـاءـ للـعـجـزـ عـنـ التـسـلـيمـ ،ـ لـلـجـهـالـةـ بـالـصـفـاتـ)ـ .

وـ مـنـ الـظـاهـرـ :ـ اـنـ تـمـثـيلـ هـوـلـاءـ ،ـ وـ هـوـلـاءـ بـالـمـثـالـيـنـ مـنـ بـابـ وـاحـدـ ،ـ لـاـنـ تـمـثـيلـ الـفـقـهـاءـ مـنـ بـابـ الـجـهـلـ بـحـصـولـهـ ،ـ وـ تـمـثـيلـ الـلـغـوـيـنـ مـنـ بـابـ الـجـهـلـ بـصـفـاتـهـ .

(ـ هـذـاـمـضـافـاـلـىـ اـسـتـدـلـالـ الفـرـيقـيـنـ مـنـ اـلـعـامـةـ وـالـخـاصـةـ بـالـنـبـوـيـ المـذـكـورـ عـلـىـ اـعـتـبـارـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ)ـ فـلـاـبـدـاـنـ يـشـمـلـ الـنـبـوـيـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ ،ـ اـذـمـاـيـسـتـفـيـدـهـ الـعـرـفـ مـنـ رـوـاتـةـ لـاـ بـدـوـانـ يـكـونـ هوـ ظـاهـرـ الـرـوـاـيـةـ بـحـكـمـ :ـ وـ مـاـأـرـسـلـنـاـمـنـ رـسـوـلـ إـلـيـلسـانـ قـوـمـ .

(ـ كـماـيـظـهـرـ مـنـ اـلـانتـصـارـ :ـ حـيـثـ قـالـ فـيـمـاـحـكـىـ عـنـهـ :ـ وـ مـاـانـفـرـدـتـ بـهـ الـأـمـامـيـةـ القـوـلـ بـجـواـزـ شـرـاءـ الـعـبـدـ الـآـبـ ،ـ مـعـ الـضـمـيـمـةـ ،ـ وـ لـاـ يـشـتـرـىـ وـحـدـهـ ،ـ الـإـذـاـكـانـ بـحـيـثـ يـقـدـرـ عـلـىـ الـمـشـتـرـىـ ،ـ وـ خـالـفـ بـاـقـىـ الـفـقـهـاءـ)ـ مـنـ الـعـامـةـ (ـ فـىـ ذـلـكـ ،ـ وـ

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال الى ان قال : ويقول مخالفونا في منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبيه انتهى عن بيع الغرر الى ان قال وهذا ليس بصحيح ، لأن هذا البيع يخرج عن ان يكون غرراً انضمام غيره اليه ، انتهى . وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم .
والظاهر اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع ، وسيجيء في عبارة الشهيد التصريح به .
وكيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة

ذهبوا الى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال) ولو مع الضمية (الى ان قال) الانتصار (ويقول مخالفونا في منع بيعه على انه بيع غرر، وان نبيه انتهى عن بيع الغرر الى ان قال) السيد (وهذا) اي كونه بيع غرر (ليس بصحيح ، لأن هذا البيع يخرج عن ان يكون غرراً انضمام غيره) اي غير الآبق ، وانضمام فاعل (يخرجه) (اليه) اي الى الآبق (انتهى . وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم) فليس الغرر خاصا بالجهل بالصفات .

(والظاهر) من تعرضهم للمسألة في كل كتاب رأيناهم (اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به) اي بالنبوى (كما يظهر للمتتبع ، وسيجيء في عبارة الشهيد التصريح به) اي بهذه الاستدلال .

(وكيف كان فالدعوى المذكورة) اي «(واحتمال ارادتهم الخ)» (مما لا يساعدها اللغة) لأنهم ذكروا مثال الغرر ببيع الطير والسمك مستدلين

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
• ولا العرف ولا كلمات اهل الشرع .

و ما بعد ما بينه وبين ماعن قواعد الشهيدره : حيث قال : الغرر
ما كان له ظاهر محبوب ، وباطن مكروه ، قال بعضهم ومنه قوله تعالى :
متع الغرور ، و شرعا هو جهل الحصول ، و مجھول الصفة فليس غررا ، و
بينهما عموم و خصوص من وجه ،

بعضهم بالنبوى (ولا العرف) لأنهم يرون الغرر شامل للجهل بالحصول
ايضا (ولا كلمات اهل الشرع) كما عرفت عن الانتصار وغيره .

(وما بعد ما بينه) اي « واحتمال ارادتهم » (و) ما (بين ما عن
قواعد الشهيدره : حيث قال : الغرر ما كان له ظاهر محبوب ، وباطن
مكروه ، قال بعضهم) اي فسر الغرر بهذه التفسير بعض (ومنه قوله
تعالى : متع الغرور) اي ان الدنيا متع ظاهره يغرس الانسان ويخدعه
و باطنه عذاب و عقاب (و شرعا هو) اي الغرر (جهل الحصول) فخصص
الشهيد الغرر بما جهل حصوله اماما جهل صفاتة فلم ير الشهيد ان الغرر
يشمله و اما المجهول الذات والمعلوم الحصول (و مجھول الصفة)
المعلوم الصفة (فليس غررا و بينهما) اي الغرر و الجهل (عموم و
خصوص من وجه) .

، ولا يخفى ان للجهل اقساما ، كالجهل بالجنس « هل هو حيوان
او ليس بحيوان » .

والنوع « هل هو انسان ام لا ؟ » .

والصنف « هل هو زنجي ام لا ؟ » .

لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق، اذا كان معلوم الصفة من قبل او وصف الآن، وجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود اذا لم يعتبر.

وقد يتوجّل في الجهة الـة كحجر لا يدرى اذ هب ، ام فضة ، ام حاس ام صخر؟ و يوجد ان معافى العبد الآبق المجهول الصفة .

والشخص « هل هو زيد ام لا؟ » .

والعدد اي الـم « هل عشرة ام تسعه؟» والـكيف « هل هو ابيض ام لا؟» الى غيرها من انواع الجـهـالـات (لوجود الغـرـرـ) الحصولـيـ(بدون الجـهـلـ) فيـ الصـفـاتـ (فيـ العـبـدـ الآـبـقـ ، اذا كانـ مـعـلـومـ الصـفـةـ منـ قـبـلـ اوـ وـصـفـ الآـنـ) وـصـفـاـيـزـيلـ الجـهـالـةـ بـهـ (وجودـ الجـهـلـ) الوـصـفـيـ (بدونـ الغـرـرـ) الحصولـيـ (فيـ المـكـيلـ وـالـمـوـزـونـ وـالـمـعـدـودـ) كالـجـمـعـ وـالـخـطـةـ وـالـبـيـضـ (اذاـ لمـ يـعـتـبرـ) باـحدـ الثـلـاثـةـ ، باـنـ باـعـهـ اعتـباـطاـ ، فـانـ الـقـدـرـ وـالـعـدـدـ مـجـهـولـ لـكـنـ لـاـغـرـرـ فـيـ حـصـولـهـ ، لـغـرـضـ اـنـ الـبـائـعـ يـسـلـمـهـ وـالـجـنـسـ حـاضـرـ .

(وقد يتوجّل) الا يغال الدخول في الشـئـ الىـ اـواـخـرـهـ كـاـلاـ يـغـالـ فيـ الصـحـراـ ، وـفـيـ الـبـيـرـ ، وـماـ اـشـبـهـ (فيـ الجـهـالـةـ كـحـجـرـ لاـ يـدـرـىـ اـذـ هـبـ اـمـ فـضـةـ ، اـمـ نـحـاسـ ، اـمـ صـخـرـ) وـهـذـاـ مـجـهـولـ الصـفـاتـ (وـيـوـجـدـانـ) وـهـذـاـمـادـةـ الـاجـتمـاعـ فـيـ «ـالـعـمـومـ مـنـ وـجـهـ»ـ الـحـاـصـلـ بـيـنـ الجـهـلـ وـالـغـرـرـ (مـعـاـ)ـ الجـهـلـ الحـصـولـيـ وـالـجـهـلـ الوـصـفـيـ (فيـ العـبـدـ الآـبـقـ المـجـهـولـ الصـفـةـ)ـ فـاـنـهـ غـرـرـ وـجـهـلـ .

فی ان القدرة على التسلیم شرط في العوضین

و يتعلّق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول

الوجود .

وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود .

و بالجنس كحب لا يدرى ما هو و سلعة من سلع مختلفة .

و بالنوع كعبد من عبيد .

و بالقدر ككيل لا يعرف قدره .

والبيع الى مبلغ السهم .

و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين .

(و يتعلّق الغرر والجهل تارة بالوجود ، كالعبد الآبق المجهول
الوجود) بان احتملنا انه مات و فنى .

(و تارة بالحصول كالعبد الآبق) المجهول الحصول (المعلوم
الوجود) .

(و) تارة (بالجنس كحب لا يدرى ما هو) حنطة ام دخن ، والمراد
الجنس المنطقى (و سلعة من سلع مختلفة) كما لا يدرى حطب او قماش
او ذهب .

(و) تارة (بالنوع كعبد من عبيد) و المراد هنا الصنف او الشخص .

(و) تارة (بالقدر ككيل لا يعرف قدره) هل يأخذ منا ، ام منا نصفا ؟

(و) تارة (البيع) للارض (الى مبلغ السهم) اذ لا يدرى ان السهم
كم يذهب ، فلا يدرى اذرع الارض المبيعة .

(و) تارة (بالعين) اي الشخص (كثوب من ثوبين مختلفين) فانه

.....
و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب ولو
اشترط ان يbedo الصلاح لامحالة ، كان غررا عند الكل كما لو اشترط صيورة
الزرع سنبلا .
والغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع اجمعياً .

جهل بالعين .

(و) تارة يتصل الجهل والغرر (بالبقاء) بان لا يعلم هل يبقى
المبيع الى وقت التسليم ، ام لا ؟ (كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند
بعض الاصحاب) حيث قالوا ببطلان البيع .
وبعد الصلاح في كل ثمرة بحسبها ، ففي العنبر قبل التحرير ، و
في التمر قبل الاحمرار والاصفاراده وفي الحبوب قبل انعقاد الحب ، و
هكذا (ولو اشترط) المشتري على البائع (ان يbedo الصلاح لامحالة)
بان يقول : انا اشتري منك بشرط ان يbedo صلاحه في المستقبل (كان)
البيع (غررا عند الكل) من جهة انه مجرهول الحصول ، و مجرهول البقاء ،
لانه لا يعلم هل تبقى الثمرة ، ام لا ؟ ولا يعلم على تقدير البقاء ، هل
يبعد صلاحها ، ام لا ؟ بخلاف ما اذا لم يشترط ، فإنه جهل بالبقاء فقط
و هو غرر عند البعض (كما لو اشترط صيورة الزرع سنبلا) فإنه لا يعلم هل
يصير سنبلا ، ام لا ؟ وهو غرر .

(و) الغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين) كما اذا لم يعلم
انه عبد ، او امة ، حمار او فرس . وهكذا ، كما تقدم في بعض
الامثلة (وهو ممتنع اجمعياً) فاذ اباع كذلك بطل البيع .

فِي أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطٌ فِي الْعُوْضِينِ

وَقَدْ يَكُونُ بِمَا يَتَسَامَحُ بِهِ عَادَةً لِقُلْتَهُ كَاسَ الْجَدَارِ وَقَطْنُ الْجَبَّةِ وَ
هُوَ مَغْفُوعٌ عَنْهُ اجْمَاعًا، وَنَحْوِهِ اشتِرَاطُ الْحَمْلِ ·
وَقَدْ يَكُونُ مَرْدَدًا بَيْنِهِمَا وَهُوَ مَحْلُ الْخَلَافِ كَالْجَزَافِ فِي مَالِ الْإِجَارَةِ،
وَالْمَضَارِبَةِ، وَالثَّمَرَةِ قَبْلِ بَدْءِ الصَّلَاحِ

(وَقَدْ يَكُونُ بِمَا يَتَسَامَحُ بِهِ عَادَةً لِقُلْتَهُ) أَيْ قَلْةُ الْغَرْرِ (كَاسُ الْجَدَارِ)
الْمُوجَدُ فِي الْأَرْضِ، فَإِنَّ الْفَالِبِعَدُمُ التَّحْقِيقِ عَنْهُ هُلْ هُوَ مِنْ آجِرِ جَيْدِ،
أَوْ آجِرِ رَدَّى ·

نَعَمْ : يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ حَسْبَ الْمُتَعَارِفِ مَا يَتَسَامَحُ بِهِ الْعُرْفُ أَمَّا الْوَكَانِ
أَسْسُ بَيْتِ رَفِيعٍ مِنَ الطِّينِ كَانَ عَرَرًا (وَقَطْنُ الْجَبَّةِ) أَيْ الْقَطْنُ الَّذِي
يُوجَدُ فِي دَاخْلِ الْجَبَّةِ، فَإِنَّهُ لَا يَعْلَمُ قَدْرُهُ، وَلَا يَعْلَمُ هُوَ جَيْدٌ، أَوْ رَدَّى
(وَهُوَ) أَيْ الْغَرْرُ بِهَذَا الْمَقْدَارِ الْجَزِئِيِّ (مَغْفُوعٌ عَنْهُ اجْمَاعًا) فَلَا يُبْطِلُ
الْبَيْعُ بِجَهَالَتِهِ (وَنَحْوِهِ اشتِرَاطُ الْحَمْلِ) فَإِنَّ عَرَرًا مَغْفُوعٌ عَنْهُ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ
أَنَّهُ هُلْ يَكُمْلَ، أَوْ يَسْقُطَ، وَهُلْ ذَكْرٌ أَوْ اِنْشَىٰ، إِلَى غَيْرِهِ مِنْ جَهَاتِ الْجَهَلِ ·
(وَقَدْ يَكُونُ) الْغَرْرُ (مَرْدَدًا بَيْنِهِمَا) أَيْ بَيْنِ الْمُتَسَامِحِ فِيهِ وَغَيْرِ الْمُتَسَامِحِ فِيهِ
لَوْهُ مَحْلُ الْخَلَافِ كَالْجَزَافِ فِي مَالِ الْإِجَارَةِ وَالْمَضَارِبَةِ) فَإِنَّهُ أَنَّ كَانَ جَزَافًا زَائِدًا
لَا يَتَسَامَحُ فِيهِ وَيُوجَبُ الْغَرْرُ، كَمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمَالَ عَشْرَةً أَوْ مَائَةً وَ
أَنَّ كَانَ جَزَافًا فِي الْجَملَةِ بِحِيثِ يَتَسَامَحُ فِيهِ عَرْفًا، فَإِنَّهُ لَا يُوجَبُ الْغَرْرُ ·
كَمَا إِذَا تَرَدَّدَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَشْرَةً مَثَاقِيلَ أَوْ تِسْعَةً وَنَصْفَ، فَإِنَّ
الدرَّاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ السَّابِقَةَ كَانَتْ تَحْكَمُ بِكَثْرَةِ التَّدَاوِلِ حَتَّى تَنْقصُ فِي
الْجَمْلَةِ (وَالثَّمَرَةِ قَبْلِ بَدْءِ الصَّلَاحِ) إِذَا بَعْضُهَا يَبْدُو صَلَاحَهَا مُتأخِّرًا وَ

و الآبق لغير ضمية ، انتهى ، وفي بعض كلامه تأمل ، كلامه الآخر فى شرح الارشاد ، حيث ذكر فى مسألة تعين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة ، تعينها غرر ، فيكون منهيا عنه .
اما الصغرى فلジョاز عدمها او ظهورها مستحقة فينفسخ البيع .

بعضها مقدما (و الآبق لغير ضمية) فانه قد يكون الضمية ببالا يوجب رفع الغرر ، كما اذا باع عليه كبريت مع الآبق وقد يوجب التسامح ، كآبق و عبد حاضر (انتهى) كلام الشهيد (وفي بعض كلامه تأمل) .
كتخصيصه الغرر بالجهل بالحصول ، مع انك قد عرفت ان الغرام .
وكالتهاقت بين اول كلامه الذى خص الغرر بالجهل بالحصول ،
وبين آخر كلامه الذى جعل الغرام من الجهل بالحصول والجهل
بالصفات وما اشبه ، الى غير ذلك (ك) التامل فى (كلامه الآخر) شرح
الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا)
فاذاباع شيئا بدinar كان الدینار كلها ، اما اذا عينه فى دینار خاص
تعيين .

فانهم (قالوا) مفعول « ذكر » (يعنى المخالفين من العامة ، تعينها)
بان يبيع بدinar شخصى - مثلا - (غرر ، فيكون منهيا عنه) فلا يصح البيع
اذا كان الثمن شخصيا .

(اما الصغرى) و ان التعين غرر (فلジョاز عدمها) اى ان ينعدم
الامر الشخصى ، بان يتلف الدینار (او ظهورها مستحقة) كان يظهر ان
الدینار للغير (فينفسخ البيع) و هذا غرر و جهالة .

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

واما الكبri فظاهرة، الى ان قال قلنا : ان نمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتبعنه في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه، و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه، انتهى .

فإن مقتضاه انه لو اشتري الآبق، او الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا، لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل، رجاء النفع الكبير .

(واما الكبri) و هي كون الغرر منهى عنه (ظاهرة) لأن الغرر منهى عنه في النص و الفتوى (الى ان قال) الشهيد في جواب الاشكال (قلنا : ان نمنع الصغرى) و ان البيع الشخصي غررا لأن الغرر احتمال مجتبعنه في العرف) فان العرف لا يقدمون على الغرر (بحيث لو تركه اي ترك الاجتناب عن الغرر) وبخ عليه) وقيل له لماذا اقدمت على هذه المعاملة الغررية (و ما ذكره) العامة من ان البيع الشخصي غرر (لا يخطر ببال) انه غرر(فضلا عن اللوم عليه) اي فضلامن ان يلام مرتكب هذا البيع (انتهى) كلام الشهيد .

(فان مقتضاه اي مقتضى كلامه : ان الغرر احتمال مجتبعنه(انه لواشتري الآبق، او الضال المرجو الحصول بثمن قليل) كما لواشتري عبدا قيمته مائة بدینار - مثلا - (لم يكن غررا، لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل، رجاء النفع الكبير) فلا يلام العاقل عليه، فلا يكون غررا - بهذا الميزان الذي ذكره الشهيد - مع انه غرر قطعا .

و كذلك اشتري المجهول المردود بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس
بناءً على المعروف من تحقق الغرر ، بالجهل بالصفة ، وكذلك اشراءً مجهول
المقدار بشمن المتيقن منه ، فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء ، بل
يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً .

فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية
إلى التنازع في المعاملات ، وليس منوطا ، بالنها من العقلاء ليخص

(وكذلك اشتري المجهول المردود بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس)
فإن المشتري لا يلام على ذلك عند العرف ، مع أنه غير ممنوع عنه شرعاً .
وانما تكون هذه المعاملة غرراً (بناءً على المعروف من تتحقق الغرر
بسبب (الجهل بالصفة) فإن الجهل بكونه ذهباً أو نحاساً جهل
بالصفة (وكذا اشراءً مجهول المقدار) كما إذا لم يعلم أنه منّ أو نصف منّ
(بشن المتيقن منه) بشمن نصف منّ (فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء
بل يوبخون من عدل عنه) ولم يستتر (اعتذاراً بكونه خطراً) ومع أن العقلاء
يرغبون فيه فهو غرر ، فليس الميزان للغرر ما ذكره الشهيد بقوله « لأن
الغرر احتمال مجتنب عنه الخ » .

(فالاولى) ان يقال : (ان هذا النهى عن الغرر) ولو كان غرراً
محبوباً للعرف - (من الشارع) تعبدى .
و ذلك (لسدّ باب المخاطرة) اي الاقدام على الخطورة المفضية
إلى التنازع في المعاملات ، وليس) الغرر المحرم (منوطاً) ما إذا كان
هناك (النها من العقلاء ليخصّ

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
موردہ بالسفہاء او المتسفہة .

ثم انه قد حکى عن الصدوق في معانى الاخبار تعلييل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المناذة والملامسة، وبيع الحصاة بكونها أغراضاً مع انه لا جهالة في بعضها، كبيع المناذة - بناً على مافسره به - من انه قول احد مالصاحبه انبذ الى التوب ، او انبذه اليك ، فقد وجب البيع ، وبيع الحصاة بان يقول : اذا نبذت الحصاة

موردہ) ای مورد الضرر (بالسفہاء او المتسفہة) ای الذین هم عقلاء ، و لكن یعملون اعمال السفہاء .

والحاصل : ان الغرر الشعري اعم من الغرر العرفي ، فربما لا يكون هناك غرر عرفا ، ولكن الشارع يراه غررا .

(ثم انه قد حکى عن الصدوق في) كتاب (معانى الاخبار تعلييل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المناذة والملامسة وبيع الحصاة بكونها أغراضاً) ولذا ابطلها الشارع (مع انه لا جهالة في بعضها ، كبيع المناذة - بناً على مافسره) الصدوق (به) ضمير فسره يعود الى « بيع المناذة » و ضمير « به » عائد الى « ما » ومصادقه « المعنى » (من انه قول احدهما) ای احد المتعاملين (لصاحبه انبذ الى التوب ، او انبذه اليك) .

الاول يقوله المشترى ، و الثاني يقوله البائع (فقد وجب) بهذه النبذ (البيع ، و) مثل (بيع الحصاة) عطف على (بيع المناذة) (بان يقول : اذا نبذت الحصاة) على الثوب الذي اريده

فقد وجب البيع .

ولعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر والله العالم .
وكيف كان فلاشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم
بالنبوى المذكور ، الا انه اخص من المدعى ، لأن ما يمتنع تسليمه عادة —
كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و

(فقد وجب البيع) بهذه النبذ للحظة .

وبيع الملامسة هو ان يجعل ايجاب البيع لمس المتعاق .
(ولعله كان) الا مر في هذه المعاملات (على وجه خاص يكون فيه
خطر) والاف بهذالتفسير الذى ذكرناه لا يترافق فى شئ من ذلك ، وان كان
له وجہ بطلان من جهة اخرى ، و هو انه لا يقد في هذه المعاملات اذا
قلنا ببطلان المعاطات .

وانما الكلام في قول الصدوق بان هذه المعاملات غزيرية ، ولذا هي باطلة .
ولعل المراد بالوجه الخاصل ان يكون تعين المبيع بالنبذ واللمس والقاء الحصاة بدون
معرفة الشخصيات قبل النبذ واللمس والقاء كأن يقول المشتري ارم الحصاة على
هذه الاشواط بغير اى ثواب وصلت يكون ذلك الثواب لبيهذا الشمن فانه مجهول .

وكذلك اذا كان النبذ واللمس على مجهول ، فانه من قبيل القمار (والله العالم) .
(و كيف كان) سواء صدق الغرر في بيع المناذرة و اخويه ، ام لا .
(فلاشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور)
نهى النبي صلى الله عليه وآلـهـ عن الغرر (الا انه) اى النبوى (اخص من
المدعى ، لأن ما يمتنع تسليمه عادة — كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و

في أن القدرة على التسليم شرط في العوضين

نحوه ليس في بيته خطر، لأن الخطر إنما يطلق في مقام يتحمل السلامة
ولو ضعيفاً .

لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة
وكون أكل الثمن في مقابله أكلالللمال بالباطل بل لا يعد ما لا عرفنا

نحوه) كالطير في الهواء الذي يمتنع وصول اليه ، والوحش الفار
في الصحراء (ليس في بيته خطر) حتى يصدق الغرر (لأن الخطر إنما
يطلق في مقام يتحمل السلامة ، ولو احتمالاً ضعيفاً) .

ومن المعلوم : أن الغريق الممتنع خروجه لا يتحمل فيه السلامة حتى يسمى خطراً
مثلاً الإنسان المريض المحتمل سلامته وصحته يسمى مخطوراً ، أما
المتيقن موته لا يسمى مخطوراً .

وكيف كان فالأستدلال بالنبوى لبطلان بيع الغريق غير تمام ، إذ
النبي لا يشمله (لكن هذا الفرد) الغريق - مثلاً - (يكفى في الاستدلال
على بطلانه بلزوم السفاهة) .

والمعاملات السفهائية باطلة ، قوله تعالى : ولا تؤتوا السفهاء
أموالكم التي جعل الله لكم بها قياماً ، ولا منصرف من أدللة المعاملة
هي العقلائية منها ، لا حتى السفهائية .

(وكون أكل الثمن في مقابله أكلالللمال بالباطل) فيشمله قوله
تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، بل يشمله مناط الغرور ، إذ لو
كان المخطور مخطوراً ، فالمتيقن عدم الوصول إليه يكون مخطوراً بطريق
أولى (بل لا يعد ما لا عرفنا) .

.....
وان كان ملكا ، فيصح عتقه ، ويكون لمالكه لو فرض التمكّن منه ، الا انه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا .

ولذا يجب على عاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك ، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

و من المعلوم : ان البيع مبادلة مال بمال (وان كان ملكا) وقد ذكروا في موضعه ان الملك اعم من المال ، فحبة المحنطة ملك و ليست بمال (فيصح عتقه) في العبد الآبق - وهذا من توابع الملك ، اذ لا عتق الا في ملك - (ويكون لمالكه لو فرض التمكّن منه) بل هو الآن لمالكه ، فاذا تمكّن انسان آخر منه لا يصح له التصرف فيه لانه مال الناس (الانه اي كونه ملكا له آثار خاصة (لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا) .

فإن العرف لا يراه ماله ، فلامالية له شرعا ، اذ الشرع علق احكامه على مكان ما لا عرفا ، الامر خرج بالدليل مما يراه العرف مالا ، ولا يراه الشرع كالخمر والخنزير عند اهلها .

(ولذا) الذي ليس بمال (يجب على عاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك) فمن سبب ابقاء 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 انانا انسان ، كانت اجزاء الاناء للمالك مع انه يجب على الكاسران يعطى للمالك تمام قيمة الاناء ، ولو لم تكن الاجزاء المكسورة ملكا لم يكن لها اختصاص بالمالك .

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر .

منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله صلى الله عليه وآله : لاتبع ماليس عندك ، بناءً على ان كونه عند لا يراد به الحضور ، لجواز بيع الغائب ، والسلف ، اجماعا ، فهنى كنایة لاعن مجرد الملك لان المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام .

ولاعن مجرد السلطنة عليه ، و القدرة على تسليمه ، لمنافاته لتمسك

(ثم : انه ربما يستدل على هذا الشرط) اي شرط القدرة على التسليم (بوجوه اخر) .

(منها : ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله) في كتب الفتاوى (من قوله صلى الله عليه وآله : لاتبع ماليس عندك ، بناءً على ان كونه عند) المفهوم من الحديث ، و انه يشترط ان يكون البيع عند البائع (لا يراد به الحضور) و الوجود الآن عند البائع (لجواز بيع الغائب) الذى ليس بحاضر عند البائع (و السلف) الذى ليس بموجود الآن (اجماعا ، فهنى) اي الكون عند البائع ، و التأنيث باعتبار الخبر اي « كنایة » (كنایة لاعن مجرد الملك) اي لاتبع مالا تملك (لان المناسب حينئذ) اي حين كان العراد مجرد الملك (ذكر لفظة اللام) بان يقول : لاتبع ماليس لك ، لان يقول « ماليس عندك » .

(و) ايضا كنایة (لاعن مجرد السلطنة عليه ، و القدرة على تسليمه) حالا او مستقبلا ، حتى يكون المعنى : لاتبع مالا تقدر على تسليمه : و لسلطنة لك عليه (لمنافاته) اي هذا المعنى (لتمسك

العلماء من الخاصة وال العامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائهما من مالكها ،خصوصا اذا كان وكيلاعنه في بيته، ولو من نفسه ،فإن السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا ،مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية

العلماء من الخاصة وال العامة بها) اي بهذه الرواية (على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائهما من مالكها) اي ان العلماء قالوا لا يجوز للانسان ان يبيع لعمرو دار زيد ، ثم يشتري الدار ويعطيها عمرو .

واستدلوا على عدم جواز ذلك بقوله صلى الله عليه وآلـه « لا تبع ما ليس عندك » .

وهذا الاستدلال دليل على انه ليس معنى هذه الرواية « لا تبع مالا سلطنة لك عليه لحاله ولا بعدها » اذ لو كان معناها هذا ، لزم عدم صحة الاستدلال المذكور ، اذ البائع في المثال يكون له سلطة على الدار فيما بعد البيع (خصوصا اذا كان) البائع في المثال (وكيلاعنه) اي عن المالك (في بيته ، ولو) بيعا (من) قبل (نفسه) كما لو قال المالك الدار للبائع : بع الدار ولو لنفسك .

وانماقلنا خصوصا (فإن السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا) للبائع ، لأن المالك سلطه على المال (مع انه مورد الرواية عند الفقهاء) و انه لا يصح البيع ، لانه من بيع ما ليس عنده .

وحيث ان الرواية لم تكن كناية عن ذلك ولا ذاك (فتعين ان يكون كناية)

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد ،

حتى كانه عنده ، وان كان عائبا .

وعلى اي حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته ، او بحمله

اي يكون لفظ «عندك» كافية (عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف

على الملك مع كونه تحت اليد ، حتى كانه) اي المال (عندك) اي عند

البائع (وان كان) المال (عائبا) في بلد آخر مثلا .

والحاصل : ان المحتملات المردودة في الرواية ثلاثة .

الاول : - «لاتبع ما لا تملك» .

الثانى : - «لاتبع ما لا سلطة لك عليه لحاله ولا مستقبلا» .

الثالث : - «لاتبع ما ليس حاضرا» .

اذ الاول : يقتضى ان يقول : «لاتبع ما ليس لك» .

والثانى يقتضى صحة بيع ما ليس له حاله ويكون له مستقبلا، مع ان

العلماء استدلوا بهذه الرواية على بطلان هذا البيع .

والثالث : يقتضي بطلان بيع السلف ، والحال انه صحيح

قطعا ، اذ فالمعنى : لاتبع ما لا قدرة لك على تسليمه ، فاذا كانت له

قدرة على التسليم بان كان مالكا وتحت يده حتى كانه عنده ، جاز

بيعه .

(وعلى اي حال) ايها كان معنى الرواية ، فانها تشمل البيع

الفضولي (فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه) اي عن هذا الحديث (ب)

سبب (ادلته) الدالة على صحة البيع الفضولي (او بحمله) اي حمل :

على النهى المقتضى لفساده ، بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك .
وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على مانحن فيه ممكن .
واما الاراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الا زمنة
من بيع الشئ غير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه الى المشتري .

لاتبع ، في الحديث (على النهى المقتضى لفساده) اى فساد البيع ،
النهى المقتضى للحرمة – مع صحة البيع – من قبيل «ذروا البيع»
حيث قالوا بالحرمة والصحة (بمعنى عدم وقوعه) اى البيع (لبايده)
الفضول (لو اراد) البائع (ذلك) اى كون البيع لنفسه .
وقوله وعلى اى حال ، دفع اشكال مقدر ، و هو انه كيف فسر .
ثم الحديث يبقى عليه اشكال انه كيف لا يصح بيع ما ليس عنده ، و
الحال انما يصح بيع الفضول ، مع ان الفضول ليس عنده المال .
والجواب ، ان بيع الفضول اما تخصيص للحديث ، او تخصص .
(وكيف كان) الامر (فتوجيه الاستدلال بالخبر) اى : لا تبيع ما ليس
عندك (على مانحن فيه ممكن) عرفا ، اى ظاهر ، و المراد بمانحن فيه –
اشترط القدرة على التسليم .

(واما الاراد عليه) اى على الاستدلال بهذه الحديث لمانحن فيه
(بدعوى ان المراد به) اى بما ليس عندك (الإشارة الى ما هو المتعارف
في تلك الا زمنة) ازمنة صدور الرواية (من بيع الشئ غير المملوك ، ثم
تحصيله بشرائه ونحوه) اى نحو الشراء كالصلاح ، و الاستيهاب (ودفعه
الى المشتري) .

فـى ان القدرة على التسلیم شرط فى العوضين

فـمدفعـ : بعدم الشـاهـدـ على اختـاصـهـ بـهـذـاـ المـورـدـ ، وـلـيـسـ فـىـ الاـخـبـارـ المـتـضـمـنـةـ لـنـقـلـ هـذـاـ الـخـبـرـ ماـيـشـهـدـ بـاـخـصـاصـهـ بـهـذـاـ المـورـدـ .
نعم يمكن ان يقال : ان غـاـيـةـ ماـيـدـلـ عـلـيـهـ هـذـاـ النـبـوـيـ ، بل النـبـوـيـ
الـأـوـلـ اـيـضاـ فـسـادـ الـبـيـعـ ، بـمـعـنـىـ عـدـمـ كـوـنـهـ عـلـةـ تـامـةـ لـتـرـتـبـ الـأـثـرـ المـقـصـودـ
فـلـايـنـافـيـ وـقـوـعـهـ مـرـاعـيـ بـاـنـتـفـاءـ صـفـةـ الغـرـرـ ، وـتـحـقـقـ كـوـنـهـ عـنـدـهـ .
ولـوـ اـبـيـتـ الـاعـنـ ظـهـورـ النـبـوـيـنـ فـىـ الـفـسـادـ بـمـعـنـىـ لـغـوـيـةـ الـعـقـدـ

فـلـيـسـ الـحـدـيـثـ مـرـيـطـاـ بـالـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـیـمـ ، كـمـاـ هـوـمـنـاطـ الـاسـتـدـلـالـ .
(فـمـدـفعـ : بـعـدـ الشـاهـدـ عـلـىـ اختـاصـصـهـ بـهـذـاـ المـورـدـ) بـلـ لـفـظـهـ عـامـ (وـ
لـيـسـ فـىـ الاـخـبـارـ المـتـضـمـنـةـ لـنـقـلـ هـذـاـ الـخـبـرـ ماـيـشـهـدـ بـاـخـصـاصـهـ بـهـذـاـ المـورـدـ) .
فـانـ الـمـورـدـ لـاـ يـخـصـ كـمـاـذـ كـرـوـافـىـ الـاـصـوـلـ ، الاـذـاـ كـاـنـ الـمـورـدـ مـنـ
الـقـوـةـ بـحـيـثـ يـوـجـبـ الـاـنـصـارـ الـصـارـفـ لـلـظـهـورـ الـعـرـفـيـ وـكـيـفـ يـمـكـنـ اـدـعـاءـ
مـثـلـ ذـلـكـ هـنـاـ .

(نـعـمـ يـمـكـنـ انـ يـقـالـ : انـ غـاـيـةـ ماـيـدـلـ عـلـيـهـ هـذـاـ النـبـوـيـ) لـاتـبعـ ماـ
لـيـسـ عـنـدـكـ (بلـ النـبـوـيـ الـأـوـلـ اـيـضاـ) نـهـىـ النـبـيـ عـنـ الغـرـرـ (فـسـادـ الـبـيـعـ)
الـذـىـ لـاـ يـقـدـرـ الـبـائـعـ عـلـىـ تـسـلـیـمـهـ ، لـاـنـهـ غـرـرـ ، وـلـأـنـهـ لـيـسـ عـنـدـهـ (بـمـعـنـىـ
عـدـمـ كـوـنـهـ) اـىـ الـبـيـعـ (عـلـةـ تـامـةـ لـتـرـتـبـ الـأـثـرـ المـقـصـودـ) .
فـالـحـدـيـثـ اـرـشـادـاـلـىـ عـدـمـ الـلـزـومـ (فـلـايـنـافـيـ) عـدـمـ الـعـلـيـةـ التـامـةـ
(وـقـوـعـهـ مـرـاعـيـ بـاـنـتـفـاءـ صـفـةـ الغـرـرـ ، وـتـحـقـقـ كـوـنـهـ عـنـدـهـ) فـاـذـاـ زـالـ الغـرـرـ ،
بـاـنـ قـدـرـ بـعـدـ ذـلـكـ عـلـىـ التـسـلـیـمـ ، وـصـدـقـ اـنـهـ عـنـدـهـ ، لـزـمـ الـبـيـعـ ، وـلـاـ بـطـلـ .
(وـلـوـ اـبـيـتـ الـاعـنـ ظـهـورـ النـبـوـيـنـ فـىـ الـفـسـادـ بـمـعـنـىـ لـغـوـيـةـ الـعـقـدـ)

رسالة المنافاة لوقوعه مراعي داراً لأمر بين ارتکاب خلاف هذا الظاهر، وبين اخراج بيع الرهن وبيع ما يملکه بعد البيع، وبيع العبد الجانی عمداً او بيع المحجور لرقّ، او سفة، او فلس، فان البائع في هذه الموارد

(رأسا) وان العقدالذى لا يقدر العاقدعلى تسليمه فاسد، لانه مراعى
 (المنافية) تلك اللغوية (لوقوعه) اى العقد (مراعى) ومتزلزا (دار
 الأمر بين) ان نقول بأن الظاهر للحديثين، وان كان الفسادالا انه
 لا بدان نصرفها الى اراده كون العقدمراعى .

وبين أن نقول ببقاء الظاهر على ظاهره، لكن نخرج من هذا الظاهر بعض المعاملات التي هي غرر، وليس عند ذلك قالوا بصحتها.

ولكن التخصيص خلاف الظاهر- الظاهر الآبى عن التخصيص-
فلا بد من القول بصرف الظاهر الى اراده كون العقد مراعى، وهذا امراء
بقوله : دارالأمررين (ارتكاب خلاف هذاالظاهر) الذى هو الفساد، و
خلافه كونه «مراعى» (وبين) القول بهذهالظاهر، ولكن (اخراج بيع
الرهن وبيع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجانى عدرا) الذى هو
متعلق حق المجنى عليه، ولا يعلم هل يرضى بالبدل ام لا ؟ فبيעה غرر
ويصدق عليه انه ليس عنده - (وبيع) الشخص (السحجور) عليه (لرق)
اذا العبد لا يجوز له ان يتصرف فى ماله الا باجازة سيده (او سفه) فان
معاملته متوقفة على اجازة الولى (او فلس) فان معاملة الفلس متوقفة
على اجازة الغرماء (فان البائع فى هذه الموارد

في أن القدرة على التسليم شرط في العوضين

عاجز شرعاً عن التسليم، ولا رجحان لهذه التخصيصات، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعي بالتمكن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتبده .

وقد صرحت الشهيد في اللمعة بجواز بيع الضال والمحجور عن غير أباق مراعي بامكان التسليم، واحتمله في التذكرة

عاجز شرعاً عن التسليم، وحيث دار الأمر بين خلاف الظاهر، وبين هذه التخصيصات، نقول : (لا رجحان لهذه التخصيصات) كما تقدم، فاللازم أن نقول بالأول - أي خلاف الظاهر - (فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء البائع (التمكن منه) أي من التسليم (مراعي بالتمكن منه) حال عن «بيع كل ما» (في زمان لا يفوت الانتفاع المعتبده) (في) متعلق بالتمكن .

اما اذا كان التمكن في زمان فات الانتفاع المعتبده، فهذا موجب لعدم وقوع البيع .

اذا البيع انما هو للانتفاع ، فإذا كانت القدرة في زمان لا منفعة فيه اصلا ، او فات الانتفاع المعتبده ، فلا بيع .

(وقد صرحت الشهيد في اللمعة بجواز بيع الضال) الذي ضلّ وضاع (والمحجور) الذي استولى عليه انسان وجده و هو مال هذا الانسان البائع (عن غير اباق) بان يكون العبد غير آبق بل ضالا او او محجورا (مراعي بامكان التسليم) من البائع ، بان تمكن البائع من وجدان الضال و اخذ المحجور (واحتمله) اي الجواز العلامة (في التذكرة

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر،
بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما عرفت من الاوضح .
و منها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتباعين العوضين
الى صاحبه ، فيجب ان يكون مقدورا واستحالة التكليف الممتنع .
ويضعف بأنه ان اريдан لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا
منعا للملازمة .

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء (الذين افتوا به في مختلف
السائل (اتفاقهم على فساد بيع الغرر ، بمعنى عدم تأثيره رأسا ، كما
عرفت من الاوضح) لاصحة البيع ولو في الجملة .
(ومنها) اي من الادلة التي اقيمت على اشتراط صحة العقد
بالقدرة على التسليم (ان لازم العقد) عرفا و شرعا (وجوب تسليم كل من
المتباعين) البائع والمشتري (العوضين) البائع للممتنع ، والمشتري
للممتنع (الى صاحبه ، فيجب ان يكون) التسليم (مقدورا واستحالة التكليف
الممتنع) اذ : اما لا يجب التسليم وهو خلاف « اللازم » المذكور ، او
يجب بدون القدرة عليه ، و هذا تكليف بغير المقدور و هو باطل .
(ويضعف) هذا الاستدلال (بأنه ان اريдан لازم العقد وجوب
التسليم وجوبا مطلقا) سواء كان العاقد متمكنا من التسليم ، ام لا (منعا
للملازمة) فمن اين ؟ ان لازم العقد وجوب التسليم ، بل ورد في الشرع
بعض العوارد التي يصح العقد ، ولا يجب التسليم ، كبيع الآبق من
الضميمة ، و العرف لا يرى بذلك بأسا ، خصوصا اذا كان هناك غرض في

في أن القدرة على التسليم شرط في العرضين

.....
وان أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتع肯، كما لو تجدد
العجز بعد العقد .

وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب .

ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيد البيع بهذه الشرط .

بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه، كما لو كان مقصود المشتري اشتراه
والده الآبق لا يعتقد ، أو كان مقصوده عتق الآبق كفارة أو شبهها .
(وان أريد مطلق وجوبه) اي وجوبافي الجملة (فلا ينافي كونه) اي
الوجوب في الجملة (مشروطا بالتع肯 ، كما لو تجدد العجز بعد العقد)
فإن العقد صحيح ، ومع ذلك لا يجب التسليم ، لأن العجز موجب لعدم
وجوب غير المقدور ، أما خيار المشتري حينئذ فهو كلام آخر ، اذ كلامنا في
صحة العقد ، وأنه ليست مشروطة بتمكن التسليم .

(وقد يعترض) ما ذكرناه من أن الوجوب في الجملة لا ينافي كون
الوجوب مقيدا بالتع肯 (باصالة عدم تقيد الوجوب) اي وجوب التسليم
« بالتع肯 » بل يجب التسليم مطلقا ، حتى اذ لم يتمكن كان البيع باطلا
وهذا الأصل عبارة عن ما هو اللازم عقلا و شرعا - كما تقدم - .

(ثم يدفع) هذا الاعتراض (بمعارضته) اي أصل وجوب التسليم ،
بدون قيد باشتراط القدرة (باصالة عدم تقيد البيع بهذه الشرط) صحته
بالقدرة على التسليم .

خرج من هذا الأصل المورد الذي علمنا باشتراط الصحة بالتع肯
من التسليم ، ويقيت صورة عدم القدرة خارجة ، فاصالة صحة البيع محكمة .

.....
وفى الاعتراض والمعارضة نظر واضح ، فافهم .
و منها ان الغرض من البيع اتفاق كل منهما بما يصير اليه ولا يتم
الا بالتسليم .

(وفى الاعتراض) اي قوله «قد يعتريض» (والمعارضة) اي قوله
«ثم يدفع» (نظر واضح) .

اما فى الاعتراض : فلانه يريد بنفى تقييد التمكن اثبات اطلاق الوجوب
وهذا اصل مثبت .

واما فى المعارضه : فلانه يريد باصالة عدم اعتبار القدرة اثبات ان
البيع سبب تام ، وهذا ايضا اصل مثبت (فافهم) بأنه اذا يريد بالأصل :
الاصل العملى ، كان الاشكال على الاعتراض والمعارضة وارداً .

اما المواريد من الأصل : الاطلاق ، يعني ان «اوفوا بالعقود» يفيد
الوجوب المطلق ، ولا يتوجه الى العاقد الا بعد امكان التسليم ، فلا يلزم
التسليم لو لم يتمكن .

ولم يرد عليه اشكال لزوم كون الأصل مثبتا .

وان شئت قلت : ان «اوفوا» يقول : في بعقدك ، سواء قدرت
على التسليم ، ام لا .

(و منها) اي من الادلة على اشتراط القدرة على التسليم (ان
الغرض من البيع اتفاق كل منهما) البائع والمشتري (بما يصير اليه) من
المعنى الى المشتري ، و الثمن الى البائع (ولا يتم) الغرض (البالتسليم)
فعى عدم امكان التسليم لا يحصل الغرض ، واذا لم يحصل الغرض لم يصح

فِي أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطٌ فِي الْعُوْضَيْنِ

وَيُضْعِفُهُ مَنْعُ تَوقُّفِ مَطْلَقِ الْاِنْتِفَاعِ عَلَى التَّسْلِيمِ .

بَلْ مَنْعُ دُمَّ كُونِ الْغَرْضِ مِنْهُ الْاِنْتِفَاعِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، لَا الْاِنْتِفَاعُ
الْمَطْلُقُ .

وَمِنْهَا إِنْ بَذَلَ الثَّمَنَ عَلَى غَيْرِ الْمَقْدُورِ سَفَهٌ ، فَيَكُونُ مَعْنَوْعًا وَأَكْلَهُ
أَكْلًا بِالْبَاطِلِ .

البَيعُ .

(وَيُضْعِفُهُ أَوْلًا : (مَنْعُ تَوقُّفِ مَطْلَقِ الْاِنْتِفَاعِ عَلَى التَّسْلِيمِ) .

لَا مَكَانَ أَنْ يَرِيدَ الْبَائِعَ جَعْلَ الثَّمَنَ — غَيْرَ الْمَقْدُورِ عَلَى تَسْلِمِهِ —
حَقَّالِهِ عَلَى الْغَاصِبِ مَثَلًا .

وَمَكَانَ أَنْ يَرِيدَ الْمُشْتَرِيَ جَعْلَ الثَّمَنَ «الْعَبْدُ الْآبِقُ» مَعْتَوْقًا
لَادًا نَذَرًا ، أَوْ كَفَارَةً ، أَوْ مَا شَبَهَ .

(بَلْ) يَرِيدُ عَلَيْهِ ثَانِيَا : (مَنْعُ دُمَّ كُونِ الْغَرْضِ مِنْهُ الْاِنْتِفَاعِ بَعْدَ
التَّسْلِيمِ ، لَا الْاِنْتِفَاعُ الْمَطْلُقُ) الْمُمْكِنُ بِدُونِ التَّسْلِيمِ .

وَثَالِثًا : بَأْنَ تَخْلُفُ الْغَرْضُ لَا مَحْذُورٌ فِيهِ إِذَا كَانَ عَلَى نَحْوِ الدَّاعِيِّ .
إِلَاتِرِيَّ أَنْ صَاحِبُ الضِّيفَ إِذَا شَتَرَ خَبْزَ الضِّيفِ ، ثُمَّ ذَهَبَ الضِّيفُ
لِمَ يَكُنْ لَهُ ارْجَاعُ الْخَبْزِ وَأَنْ كَانَ قَدْ تَخْلَفَ غَرْضُهِ .

(وَمِنْهَا) أَيْ مِنَ الْأَدْلَةِ عَلَى اسْتِرَاطِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ (أَنْ
بَذَلَ) الْمُشْتَرِيَ (الْثَمَنَ عَلَى غَيْرِ الْمَقْدُورِ سَفَهٌ ، فَيَكُونُ مَعْنَوْعًا) أَنَّ الْمُعَالَمَةَ
السَّفَهَائِيَّةَ بَاطِلَةً (وَ) يَكُونُ (أَكْلَهُ) أَيْ الْبَائِعَ لِلْثَمَنِ (أَكْلًا) لِلْمَالِ
(بِالْبَاطِلِ) فَيَشْمَلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» .

و فيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكبير المحتمل الحصول ليس سفها ، بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سنه ، فافهم .

ثم ان ظاهر معاقد الاجتماعات - كما عرفت - كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف ، وقد اكد الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع مالا يمكن فيه التسليم ، فينتفي المشروع عند انتفاء

(وفيه : ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكبير المحتمل الحصول) كمالا وشتى العبد الآبق الذى ثمنه الحقيقى الف ، عشرة (ليس سفها ، بل تركه) اي ترك البيع (اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سنه) ولذاته العقلاء يغامرون بأنفسهم وأموالهم فى المخاطر رجاء حصولهم على اموال كثيرة (فافهم) اذ تختلف مراتب الاحتمال ، فاطلاق الجواز كاطلاق المنع ، كلها محل مناقشة .

(ثم ان ظاهر معاقد الاجتماعات - كما عرفت -) فى اول المسألة (كون القدرة) على التسليم (شرطا) فى صحة البيع (كما هو كذلك) القدرة شرط (فى التكاليف) .

فكمانه لا تكليف بدون القدرة ، كذلك لاصحة للبيع بدون القدرة على التسليم (وقد اكد الشرطية) للقدرة (فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع مالا يمكن فيه التسليم) .

والظاهر من عدم الجواز عدم الجواز وضعا ، وعدم جواز ترتيب الاثر تكليفا (فينتفي) البيع (المشروع) بالقدرة على التسليم (عند انتفاء

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
الشرط .

و مع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع
لأن القدرة شرط .

قال ويظهر الثمرة في موضع الشك

الشرط) اي القدرة على التسليم .

(و مع ذلك كله فقد استظهر بعض) وهو الجواهر (من تلك
العبارة) اي عبارة الغنية (ان العجز) عن التسليم (مانع ، لأن القدرة
شرط) لصحة البيع .

(قال) الجواهر (و تظهر الثمرة) في ان القدرة شرط ، او العجز
مانع (في موضع الشك) .

اذ : لو كانت القدرة شرطا ، فاذا اشكتنا في القدرة كان الأصل
عدمها ، و يلزم القول بعدم صحة البيع .
اما لو كان العجز مانعا ، فاذا اشكتنا في وجود المانع كان اللازم
تحكيم اطلاقات : او فوا بالعقود ، و ما شبه ، حتى يثبت المانع ، و يلزم
القول بصحة البيع .

و كذلك في كل مورد دار امر الضدين بين ان يكون احد هما شرطا ،
او الآخر مانعا .

مثلا : لو كان الغصب مانعا و شك فيه استصحاب عدم الغصب ، و لزم
القول بصحة الصلاة المأتمى بها في موضع مشكوك الغصبية .

اما لو كانت الاباحة شرطا ، فمع الشك في الاباحة لا يمكن الحكم

.....
ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز .

و فيه مع ما عرفت : من أن صريح معاقد الاجتماع خصوصاً عباره الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة أن العجز أمر عدمي ، لأن عدم القدرة عن من شأنه صنفاً و نوعاً وجنساً يقدر ،

بصحة الصلاة ، اذا الشرط يحتاج الى العلم والاحراز .

(ثم ذكر) الجواهر (اختلاف الأصحاب في مسألة) بيع (الضال و الضالة) هل يجوز اولاً ؟ (و جعله) اي الاختلاف (دليلاً على ان القدر المتفق عليه) اي الذي اتفق العلماء على بطلان البيع فيه ، فيما لا القدرة للملك على تسليمه (ما اذا تتحقق العجز) عن التسليم ، ولا يعم صورة الشك . فالمورد الذي اختلف العلماء في انه هل يصح البيع ، ام لا ؟ كبيع الضال والضالة ، هو ما اذا شك في امكان التسليم .

و المورد الذي اتفقا على انه لا يصح البيع ، هو ما اذا علم بعدم امكان التسليم ، مع جعل العجز في المقامين مانعاً ، لان القدرة شرطاً .
(وفيه مع ما عرفت : من أن صريح معاقد الاجتماع خصوصاً عباره الغنية المتأكدة) تلك العبارة (بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء) اي لا بالانتفاء عند الوجود (هي شرطية القدرة) « هي » خبر « ان صريح » (ان العجز أمر عدمي ، لأن عدم القدرة عن من شأنه صنفاً و نوعاً وجنساً يقدر) اي ان العجز عدم ملحة .

و قد تقرر في موضعه أن عدم الملكة قد ينبع إلى الصنف الذي من

٣٥٠

في ان القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
فكيف يكون مانعا ، مع ان المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده عدم .

ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لاثمرة فيه لافي صورة الشك
الموضوعي او الحكمي ، ولا في غيرهما

شأنه الملكة ، وقد يناسب الى النوع وقد يناسب 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 .
عدم القدرة من شخص ، شأن صنفه او نوعه او جنسه القدرة ،
يكون عدم ملكة .

فالأول : كالعاقد البائع ماله ، والثاني : كالعاقد المعاوض ، و
الثالث : كمطلق العاقد الشامل للوكيل ايضا .
واذا كان العجز عن التسليم امرا عديما (فكيف يكون) العجز(مانعا)
عن صحة البيع (مع ان المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده
العدم) كالحدث في الصلاة ، فإنه يسمى مانعا ، لأنه يلزم من وجود عدم
الصلاحة .

فقول الجواهر ان العجز من التسليم مانع ، لأن القدرة شرط ، لا وجده .
(ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه) اي على عدم القدرة ، لأنه
عدم مضاف (لاثمرة فيه) .

فقول الجواهر « ويظهر الثمرة في موضع الشك » لا وجده (لافي
صورة الشك الموضوعي او) الشك (الحكمي ، ولا في غيرهما) .

فانا اذا شكتنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالاصل بقائهما
او لامعه فالاصل عدمها

فالشك الموضوعى هو ما اذا كانت الشبهة مصداقية، كما لو شككتنا
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 فى
مكان لا يعلم انه يتغدر او يتعرّض للوصول اليه .

والشك الحكوى هو ما اذا علمنا حال الموضوع كالعجز غير المستمر
متلا وشك فى حكمه من جهة الشك فى ان الخارج من ادلة الصحة و
هو العاجز، هل قيد بالاستمرار كى لا يخرج العجز غير المستمر، ام لم
يقيد بالاستمرار كى يخرج ؟

والشك غيرهما هو ما اذا كانت الشبهة مفهومية، كما لو شككتنا فى ان
العبد الآبق فى مكان يتغدر الوصول اليه هل يصدق عليه القدرة، ام لا؟
للشك فى ان مفهوم القدرة هو الاعم من عدم التعذر، وعدم التعسر
او خاص بعدم التعذر .

وانماقلا : بعدم الثمرة (فانا اذا شكتنا في تتحقق القدرة والعجز)
وهل ان البائع فى صورة تعسر الوصول الى البيع قادر او عاجز؟ -
وهذا يراد به الشك الموضوعى - (مع سبق القدرة) بان كان العبد
فى مكان سهل التناول ثم صار فى مكان آخر صعب التناول (فالاصل
بقائهما) اي القدرة (او لامعه) اي لامع سبق القدرة، بان كان العبد
فى مكان متغدر التناول ، ثم صار فى مكان متغدر التناول (فالاصل عدمها)

في أن القدرة على التسليم شرط في العوضين

.....
اعنى العجز سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً .
و اذا شكنا في ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر،
او العجز في الجملة .
او شكنا في ان المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - ام خصوص التعذر

اى عدم القدرة (اعنى العجز) اى تجري اصالة العجز (سواء جعل
القدرة شرطاً أو العجز مانعاً) .

اذا لا استصحاب كما يتحقق الشرط يتحقق المانع .
فاذاشك الانسان في الموضوع وكان سابقاً متضاًعاً او استصحاب ، تتحقق الشرط .
و اذا شك في ان الدم الخارج من الداخل حتى يكون مانعاً من
الصلة - على القول بأن دم القرorch الداخلية ليس معفواً عنه - ام من
الخارج ، وكان سابقاً يجري الدم من الداخل ، كان مقتضى الاستصحاب
الحكم بالمانعية .

(و اذا شكنا) و هذا الشك الحكم (في ان الخارج عن عمومات
الصحة هو العجز المستمر، او العجز في الجملة) و لو لم يكن مستمراً ،
كم لو كان وقت البيع عاجزاً عن التسليم ، لكنه بعده ذلك يرتفع العجز و
يتتمكن من التسليم ، لغرض ان العبد يندم و يرجع عن الاباق او الضالة توجد .
(او شكنا في ان المراد بالعجز ما يعم التعسر) بان كان الوصول
إلى البيع متعرضاً (- كما حكى -) هذا التفسير للعجز (ام خصوص
التعذر) و هذا امثال للشك الموضوعي المفهومي .
اذا الشك في الموضوع قد يكون مصدراً ، وقد يكون مفهومياً

فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا .

والحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انا يصح ويشرفي الضدين ، مثل الفسق والعدالة لاما ان حن فيه كالعلم والجهل

مثلا : اذا قال المولى اكرم العلماء فقد يكون الشك « في ان زيد ا عالم ام لا ؟ من جهة انا لا نعلم هل قرأ النحوام لا ؟ » وهذا ششك موضوعي من جهة الشبهة المصداقية ، وقد يكون الشك « في ان زيد ا عالم ام لا من جهة انا لا نعلم هل قارى النحو يسمى عالما ام لا ؟ مع انا نعلم انه لو كان يسمى عالما » وهذا ششك موضوعي من جهة الشبهة الفهومية (فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا او العجز مانعا) .

فرق صاحب الجواهر بين شرطية القدرة ، ومانعية العجز ليس كما ينبغي .

(و الحاصل : ان التردد بين شرطية الشئ و مانعية مقابله انا يصح ويشرفي الضدين ، مثل الفسق والعدالة) فاذ ا 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 - الذي هو الفسق - (لاما ان حن فيه) اي القدرة والعجز (كالعلم والجهل) مما كان بينهما عدم و ملامة كماله شك بين اشتراط القدرة وبين مانعية العجز ، فلا ثمرة تترتب على كون القدرة شرطا او العجز مانعا ، لعدم جريان اصالة عدم المانع .

في بيان ثمرة الترد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

واما اختلاف الاصحاب في مقابلة مسألة الضال والضاله فليس لشك المالك

في القدرة والعجز ومبنيا على كون القدرة شرطاً والعجز مانعاً كما يظهر من

مثلاً : لا يجري اصل عدم العجز لأن العجز معناه عدم القدرة ،
فاصل عدمه معناه اصل عدم ، عدم القدرة والنفي في النفي اثبات ،
فمعناه اصل القدرة وهذا لا يصح ، لعدم حالة سابقة
للقدرة - حسب الفرض - .

(واما اختلاف الاصحاب في مقابلة مسألة الضال والضاله) الذي جعله
الجواهر مدركاً لنفسه (فليس لشك المالك) البائع (في القدرة والعجز)
إي لأجل كون المالك شاكافى قدرته على التسليم او عجزه (و) ليس
(مبنياً على كون القدرة شرطاً والعجز مانعاً) .

فإن الجواهر قال : إن اختلاف الأصحاب في صحة بيع الضال و
الضاله مبني على صورة شك المالك في أنه قادر أم عاجز عن تسليم
المبيع ؟ مع البناء على مانعية العجز لشرطية القدرة .
يعنى أن الأصحاب بنائهم على أن العجز مانع ، ثم قالوا ولو شك
المالك في أنه قادر أو عاجز ، هل يصح بيعه للضال ، أم لا ؟
فاختلافهم في هذه الصورة « صورة شك المالك » مبني على بنائهم
مانعية العجز « لا شرطية 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 سيجيء عند التعرض لحكمها .
ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم ،
فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعد مهاحال استحقاق التسليم ،
كم لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق

ادلتهم على الصحة) فيمن قال : ان بيع الضال والضالة صحيح (و
الفساد) في من قال : ان البيع فاسد ، فادلتهم على الفساد حد يث
نفي الغرر ، والاجماع المدعى على الفساد و ادلتهم على الصحة
المناقشة في دليلي الفساد و قولهم بشمول المطلقات لبيع الضال و
الضالة (بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها) و انه هل هو صحيح ام
فاسد ؟ عند قول المصنف « واما 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 الجوهر (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 مهاحال استحقاق التسليم) .

مثلا : كان قادرًا على التسليم يوم الجمعة عند اجراء العقد ، لكنه
كان عاجزا يوم السبت حال اشتراط التسليم .

وانما نقول باعتبار القدرة حال استحقاق التسليم ، لانه الصنرف
من النص والفتوى (كما لا يقدر عدمها) اي عدم القدرة (قبل الاستحقاق)

فـى بـيـان ثـمـرـة التـرـد دـبـيـن شـرـطـيـة الشـئـ وـمـاـعـيـهـ مـقـابـلـهـ

وـلـوـحـينـ العـقـدـ وـيـتـفـرـعـ عـلـىـ ذـلـكـ عـدـمـ اـعـتـبـارـهـاـ اـصـلـاـذـ اـكـانـتـ العـيـنـ فـىـ يـدـ الـمـشـتـرـىـ .

وـفـيـالـمـ يـعـتـبـرـ التـسـلـيمـ فـيـهـ رـأـسـاـكـماـاـذـاـشـتـرـىـ منـ يـنـعـتـقـ عـلـيـهـ فـانـهـ
يـنـعـتـقـ بـمـجـرـدـ الشـرـاءـ ،ـ وـلـاـ سـبـيلـ لـأـحـدـ عـلـيـهـ وـفـيـاـذـاـلـمـ يـسـتـحـقـ التـسـلـيمـ
بـمـجـرـدـ العـقـدـ ،ـ اـمـاـلـاـشـتـرـاطـ تـأـخـيرـهـ مـدـةـ .
وـاـمـالـتـرـلـزـلـ عـقـدـ ،ـ كـمـاـذـاـشـتـرـىـ فـضـلـاـ ،ـ فـانـهـ لـاـ يـسـتـحـقـ التـسـلـيمـ
اـلـبـعـدـ اـجـازـةـ الـمـالـكـ فـلـاـ يـعـتـبـرـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ قـبـلـهـ .

لـلـتـسـلـيمـ (ـوـلـوـ)ـ كـاـنـ عـدـمـ الـقـدـرـةـ (ـحـيـنـ عـقـدـ وـيـتـفـرـعـ عـلـىـ ذـلـكـ)ـ اـىـ
اعـتـبـارـ الـقـدـرـةـ حـيـنـ اـلـسـتـحـقـاقـ (ـعـدـمـ اـعـتـبـارـهـ)ـ اـىـ الـقـدـرـةـ (ـاـصـلـاـذـاـ
كـانـتـ الـعـيـنـ فـىـ يـدـ الـمـشـتـرـىـ)ـ وـذـلـكـ لـأـنـ التـسـلـيمـ حـاـصـلـ .

(ـوـ)ـ كـذـلـكـ لـاـ يـعـتـبـرـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ (ـفـيـالـمـ يـعـتـبـرـ التـسـلـيمـ فـيـهـ
رـأـسـاـكـماـاـذـاـشـتـرـىـ منـ يـنـعـتـقـ عـلـيـهـ)ـ مـثـلـاـشـتـرـىـ الـوـلـدـاـبـاـهـ (ـفـانـهـ يـنـعـتـقـ
بـمـجـرـدـ الشـرـاءـ ،ـ وـلـاـ سـبـيلـ لـأـحـدـ)ـ لـاـبـائـعـ وـلـاـعـشـتـرـىـ (ـعـلـيـهـ)ـ لـأـنـ الـحرـ
لـاـ سـبـيلـ لـأـحـدـ عـلـيـهـ (ـوـفـيـاـذـاـلـمـ يـسـتـحـقـ التـسـلـيمـ بـمـجـرـدـ العـقـدـ ،ـ اـمـاـ
لـاـشـتـرـاطـ تـأـخـيرـهـ)ـ اـىـ التـسـلـيمـ (ـمـدـةـ)ـ مـنـ الزـمـانـ كـسـنـةـ مـثـلـ .

(ـوـ)ـ اـمـالـتـرـلـزـلـ عـقـدـ ،ـ كـمـاـذـاـشـتـرـىـ فـضـلـاـ ،ـ فـانـهـ لـاـ يـسـتـحـقـ التـسـلـيمـ
اـلـبـعـدـ اـجـازـةـ الـمـالـكـ)ـ فـانـهـ فـيـ هـذـيـنـ الـمـوـرـدـيـنـ لـاـ يـسـتـحـقـ التـسـلـيمـ عـنـدـ
الـعـقـدـ (ـفـلـاـ يـعـتـبـرـ الـقـدـرـةـ عـلـىـ التـسـلـيمـ قـبـلـهـ)ـ اـىـ قـبـلـ اـجـازـةـ .
وـلـاـ يـخـفـىـ اـنـ عـطـفـ (ـوـفـيـاـذـاـلـمـ يـسـتـحـقـ)ـ عـلـىـ سـابـقـهـ

مـحـلـ مـنـاقـشـةـ .

لكن يشكل — على الكشف — من حيث انه لازم من طرف الأصيل
فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذا انتقل اليه مالم يقدر على تحصيله .
نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين .
ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكه ،

(لكن يشكل) عدم القدرة على التسليم قبل الاجازة بناءً (— على
الكشف —) اي القول بأن الاجازة كاشفة (من حيث انه) اي العقد
(لازم من طرف الأصيل) على ما تقدم في باب الفضولي انه لبائع الفضولي
شيء المشترى اصيل ، كان البيع لازما من طرف المشتري وان كان متزلا من
طرف البائع .

وعلى انه لازم من طرف الأصيل (فيتحقق الغرر بالنسبة اليه) اي
إلى الأصيل (اذا انتقل اليه مالم يقدر على تحصيله) وهذا غرر و خطر .
(نعم هو) اي عدم اعتبار القدرة على التسليم (حسن) بناءً على
النقل ، اذ لم ينتقل إلى المشتري البيع الا بعد الاجازة فلا غرر .

كذلك حسن (في الفضولي من الطرفين) اذ لم يكن البيع لازما من
اي طرف ، فلا غرر للبائع ولا للمشتري ، وانما اانتقال والنقل بعد الاجازة .
(ومثله) اي مثل الفضولي (بيع) الراهن (الرهن قبل اجازة
المرتهن او فكه) اي فك الراهن ، فانه ان كان المشتري اصيلا فهو مثل
الفضولي من طرف واحد وان كان المشتري فضولي فهو مثل الفضولي من
الطرفين ، اذ عمل الراهن فضولي ، وان كان فرق بينه وبين الفضولي
في البيع ، بان الفضولي في البيع لاعلاقة له بالمال ، والراهن

في بيان ثمرة الترد بين شرطية الشئ ومانعية مقابله

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم
في المجلس موقف على تتحققه ، فلا يلزم غرر .

الفضولى له علاقة بالمال ، لكن هذا الفرق لا يوجب تفاوتاً بينهما من حيث
ما نحن فيه (بل وكذا لو لم يقدر) اي لا تعتبر القدرة (على تسليم ثمن
السلم) .

السلم هو ان يبيع الانسان المتعاع ليعطيه في المستقبل ويأخذ
الثمن حالاً فانه لا تعتبر القدرة حال العقد (لأن تأثير العقد) في النقل
والانتقال (قبل التسليم) للثمن (في المجلس) اذ يعتبر في السلم
تسليم الثمن في المجلس (موقف) ذلك التأييد (على تتحققه) اي تحقق
التسليم (فلا يلزم غرر) لو لم يقدر على التسليم .

اذ قبل التسليم لا يتحقق الانتقال اصلاً ، اذ التسليم جزء من اجزاء
العقد فـ بـيع الـ صـرـفـ وـ السـلـمـ ، وـ الغـرـرـ اـنـماـ يـتـحـقـقـ اـذـ اـتـمـ العـقـدـ وـ لمـ يـقـدرـ عـلـىـ الشـرـطـ -ـ الذـىـ هـوـ التـسـلـيمـ -ـ فـعـدـمـ التـسـلـيمـ فـيـ بـابـ الـصـرـفـ
مـثـلـ دـمـ القـبـولـ .

فـكـماـنـهـ اـذـ اـجـرـىـ الـبـائـعـ اـلـاـ يـجـابـ وـ لمـ يـجرـ المشـتـرىـ القـبـولـ لـمـ يـكـنـ
غرر ، اـذـ المـنـهـىـ عـنـهـ العـقـدـ الغـرـرـ ، وـ لـاـ عـقـدـ فـيـ المـقـامـ ، كـذـاـذـ اـحـصـلـ
اـلـيـجـابـ وـ القـبـولـ فـيـ بـابـ السـلـمـ ، وـ لمـ يـحـصـلـ التـسـلـيمـ لـمـ يـكـنـ غـرـرـ ، اـذـ
المـنـهـىـ عـنـهـ العـقـدـ الغـرـرـ ، وـ لـاـ عـقـدـ فـيـ المـقـامـ ، فـاـنـ مـنـ مـقـومـاتـ عـقـدـ
الـسـلـمـ التـسـلـيمـ .

ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط .
ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح ،
بل لا يقبح العلم بتعذر ره فيما بعده في تأثير العقد اذا اتفق حصوله
فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد ، ولا العلم بتحقّقها
فيما بعد . والحاصل :

(ولو تعذر التسليم) للثمن في باب السلم (بعد العقد) بأن كان
التسليم مقدورا حال العقد، و تعذر بعد ان اجريا الا يجاب والقبول
(رجع الى تعذر الشرط) لا الى عدم تحقق العقد .

(ومن المعلوم : ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد) «حال»
طرف لـ «تعذر» اي ان الشرط اذا كان متأخرا ، لكن هذا الشرط تعذر
حال العقد (غير قادح) اذا حال العقد لا يشترط هذا الشرط ، وانما
يشترط الشرط بعد العقد ، لفرض انه شرط متأخر (بل لا يقبح) ولا يضر
(العلم بتعذر ره) اي الشرط (فيما بعده) اي بعد العقد ، بأن علم حال
العقد ، انه لا يمكن من التسليم - الذي هو شرط - بعد العقد (في
تأثير العقد) الجار متعلق بـ «لا يقبح» (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 بتحقّقها) اي الشروط (فيما بعد) اي
العقد .

(والحاصل) ان التسليم في بعض العقود من شرط العقد ، وفي

في بيان ثمرة التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

.....
ان تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط
تأثيره .

والسر فيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلق بمغير المقدور .

وبعبارة اخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل

بعض العقود من احكام العقد ، فالتسليم في بيع الصرف والسلم من
شرط العقد بحيث ان حال التسليم حال جزء العقد ، والتسليم في
سائر البيوع من احكام البيع المترتبة على البيع و(ان تعذر التسليم
مانع) عن الصحة (في بيع يكون التسليم من احكامه ، لا من شروط تأثيره)
اذا الصحة ترفع بسبب المانع .

اما اذا كان التسليم شرطا ، فالصحة لا تأتى اصلاح حتى يقال بأنها
ارتفعت – فان العقد لم يتم تحقق اصلاح .

(والسر فيه) اي في ان التعذر للتسليم مانع في مثل البيوع
العادية ، لافي مثل العرف والسلم ، وضمير «فيه» راجع الى «الحاصل»
(ان التسليم فيه) اي في ما كان التسليم شرطا ، لا حكما – كالصرف والسلم
– (جزء الناقل) اذا المشروط عدم ، عند عدم شرطه (فلا يلزم غرر من
تعلقه) اي تعلق الناقل – وهو العقد – (بغير المقدور) بخلاف ما اذا
كان التسليم حكما ، فان العقد قد تم ، فهو غرر اذا لم يقدر على التسليم .

(وبعبارة اخرى) لتوضيح ان تعذر التسليم في السلم ليس غريرا ،
بخلاف البيع العادي (الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل)
في سائر البيوع ، فاذا لم يقدر كان البيع غريرا ، اما في الصرف والسلم

ولهذا لا يقبح كونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده
والمفروض ان البيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل وهو القبض
حاصل في يد المشتري .

فالقبض مثل الاجازة - بناءً على النقل - و اولى منها - بناءً
على الكشف .

فالنقل لا يتحقق الا بالتسليم .

عدم التسليم يوجب عدم البيع ، لانه يجب كون البيع غرريا .
(ولهذا) الذي ذكرنا من ان الاعتبار بالقدرة انما هو بعد تمام
النقل (لا يقبح كونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده) اي
بعد القبول (والمفروض ان البيع بعد تتحقق الجزء الاخير من الناقل
وهو القبض) في باب الصرف والسلم (حاصل في يد المشتري) بخلاف
سائر البيوع فان البيع بعد تتحقق الجزء الاخير من الناقل - والجزء
الاخير هو القبول - ليس حاصلا في يد المشتري .

(فالقبض) في باب الصرف والسلم (مثل الاجازة) في بيع الفضولي
(- بناءً على النقل -) .

فكما ان الاجازة متممة ، وليست امرا خارجا عن الناقل ، كذلك القبض
في الصرف والسلم (و اولى منها) اي من الاجازة (- بناءً على
الكشف -) اذا الاجازة - بناءً على الكشف - لاشان لها فني الناقليه ، و
انما هي كاشفة محضره عن تتحقق النقل سابقا ، بخلاف القبض فان لم
مدخلافي النقل بحيث لواه لم يكن نقل .

في بيان ثمرة التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

و كذلك الكلام في 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 .

فلورهن ما يتذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المترهن اثر العقد
اثره، وسيجيئ الكلام في باب الرهن .
اللهم الا ان يقال : ان المنفي في النبوى

(وكذلك الكلام في عقد الرهن) فلا يقتدح في صحة المعاملة عدم
القدرة على التسليم بأن عقد للرهن مالا يقدر على تسليمه (فان اشتراط
القدرة على التسليم فيه) اي في عقد الرهن (- بناءً على اشتراط
القبض -) اي قبض المترهن للعين المرهونة (انما هو اي اشتراط
القدرة (من حيث اشتراط القبض) فالقدرة على التسليم لاجل شرطية
القبض (فلا يجب احرازه) اي هذا الشرط، اي لا يجب ان يكون قادر على
التسليم (حين الرهن ولا العلم بتحقيقه) اي هذا الشرط وهو القدرة
(بعده) اي بعد عقد الرهن .

(فلورهن ما يتذر تسليمه) كما لو كان طيرا في الهواء (ثم اتفق
حصوله في يد المترهن) بأن أخذ الطير (اثر العقد اثره، وسيجيئ الكلام
في باب الرهن) وأنه لا يشترط القدرة ولا العلم بالقدرة، حال الرهن ان شاء الله تعالى .
(اللهم الا ان يقال) في وجه اشتراط القدرة على التسليم في بيع
الصرف والسلم والرهن (ان المنفي في النبوى) القائل لاغرر مضمون
(نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر) وفي حديث آخر «عن

هو كل معاملة يكون بحسب العرف غرراً فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم، اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض او غير مقدر، غرر عرفاً، لأن اشتراط القبض في نقل العوسطين شرعاً لا يعترض، فسيصدق الغرر والخطر عرفاً وان لم يتحقق شرعاً، اذ قبل التسلیم لانتقاله وبعد الاختطاف.

(الغرر) هو كل معاملة يكون بحسب العرف غرراً سواءً كان الغرر الدقيق أم لم يكن (فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم، إذا وقع على عرض مجرهول قبل القبض) «قبل» ظرف «للجهول» لأن كان الثمن مجرهولاً، لم يعلم أنه ديناراً مدرهماً - مثلاً - (أو غير مقدوراً) لأن العوض طيرافي الهوا - ولا يخفى أن غير المقدور وهو محل البحث، لا المجرهول، وإنما ذكر المجرهول من باب التتزيير والتقريب إلى الذهن - (غرر عرفاً) وإنما كان غرراً عرفاً (لأن اشتراط القبض في نقل العوضين) أى النقل: والانتقال (شرعى لاعرفى) فإنه لو كان عرفياً لم يكن غرراً، إذ العرف كان يرى أن النقل لم يحدث قبل القبض، فأين الغرر في أمر لم يتحقق بعد، أما حيث كان العرف يرى أن العقد هو سبب النقل، ولا يرى القبض إلا أخارجاً، يرى حصول الغرر في هذه المعاملة المتحققة بمجرد العقد (فيصدق الغرر والخطر عرفاً) فهو منهى عنه (وان لم يتحقق) الغرر (شرعاً، أذ قبل التسليم لانتقال) فان الشارع يرى أن متم علة الانتقال القبض، وقوله «أذ» علة «لم يتحقق» وحيث أنه لانتقال فلامر يجب الغرر (وبعد) أى بعد التسليم (الخطر) فمن أين يأتي الغرر والخطر.

فِي بَيَانِ ثُمَرَةِ التَّرْدَدِ بَيْنِ شَرْطِيَّةِ الشَّوْءِ وَمَانِعِيَّةِ مَقْبَلِهِ

.....

لَكُنَ النَّهْيُ وَالْفَسَادُ يَتَبَعَانِ بَيْعَ الْغَرْرِ عَرْفًا ·

وَمِنْ هَنَا يَمْكُنُ الْحُكْمُ بِفَسَادِ بَيْعِ غَيْرِ الْمَالِكِ إِذَا بَاعَ لِنَفْسِهِ، لَا عَنْ

الْمَالِكِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ·

اللَّهُمَّ إِنْ يَمْنَعَ الْغَرْرُ الْعَرْفِيُّ

(لَكُنَ النَّهْيُ) فِي «الْأَغْرِر» (وَالْفَسَادُ) لِلْبَيْعِ إِذَا نَوَاهِي فِي
الْمَعَامِلَاتِ تَدْلِي عَلَى الْفَسَادِ إِذَا مَلِمْ تَكُنْ نَهْيًا عَنِ الْخَارِجِ، وَمَثَلًا
النَّهْيُ الْخَارِجِيُّ «وَذَرُوا الْبَيْعَ» حِيثُ قَالُوا بِصَحةِ الْبَيْعِ (يَتَبَعَانِ بَيْعَ
الْغَرْرِ عَرْفًا) لَا بَيْعَ الْغَرْرِ شَرْعًا ·

(وَمِنْ هَنَا) حِيثُ أَنَّ الْغَرْرَ الْمَنْهَى عَنْهُ هُوَ الْعَرْفُ لَا الشَّرْعُ
(يَمْكُنُ الْحُكْمُ بِفَسَادِ بَيْعِ غَيْرِ الْمَالِكِ إِذَا بَاعَ لِنَفْسِهِ، لَا) إِنْ بَاعَ (عَنْ
الْمَالِكِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ) فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ النَّقلُ لَمْ يَتَمْ بَعْدَ، إِذَا هُوَ
مَتْوَقِفٌ عَلَى اِجَازَةِ الْمَالِكِ، فَلَا غَرْرٌ شَرْعًا، لَكِنَّهُ غَرْرٌ عَرْفِيٌّ، فَيَكُونُ مَنْهَى عَنْهُ
وَفَاسِدًا ·

وَهُذَا بَخْلَافُ مَا إِذَا بَاعَ عَنِ الْمَالِكِ، وَالْمَالِكُ قَادِرٌ عَلَى التَّسْلِيمِ،
فَإِنَّ الْبَاعِيْحَ الْحَقِيقِيُّ – وَهُوَ الْمَالِكُ قَادِرٌ عَلَى التَّسْلِيمِ – وَالْاعْتَبَارُ
بِالْبَاعِيْحَ الْحَقِيقِيُّ لَا بِمَجْرِيِّ صِيَغَةِ الْعَقْدِ، وَلَذَا لَا يُشْتَرِطُ تَمْكِينُ الْوَكِيلِ فِي
اجْرَاءِ الْعَقْدِ، مِنَ التَّسْلِيمِ، بَلِ الْمِيزَانِ تَمْكِينُ الْمَالِكِ ·

(اللَّهُمَّ) رَجُوعُ إِلَى أَنَّ عَدَمَ الْقَدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ فِي بَابِ الْصِّرْفِ وَ
الْسِّلْمِ، لَا يُوجِبُ الْغَرْرَ، فَيَصْحُّ الْبَيْعُ، إِذَا أَقْدَرَ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ عَلَى التَّسْلِيمِ
(إِنْ يَمْنَعَ الْغَرْرُ الْعَرْفِيُّ) فَلَا يُبْطِلُ بَيْعَ الْصِّرْفِ وَالْسِّلْمِ، إِذَا مَلِمْ يَكُنْ

بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر فان العرف اذا اطلعوا على انتقام القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا ، وهكذا ، فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة .

المشتري قادر على التسليم - حال العقد - اي لا يبطلان من جهة الغرر (بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا) انما هو (على وجه لا يلزم منه خطر) .

اذا الشارع قبل القبض لا يعترف بالمعاملة - لأن جزء منها (وهو القبض) لم يتحقق بعد - فلا يندر من جهة انه لا معاملة، وبعد القبض، - حيث تتم المعاملة - لاخطر (فان العرف اذا اطلعوا على انتقام) العبد الآبق (القريب) للمشتري ، بأن كان العبد بالمشتري - مثلا - (بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا) .

وعليه : فالعرف انما يحكم بالخطر لجهالته بالعواذين الشرعية ، اما اذا اطلع عليه الامر يحكم بالخطر ، فكمان العرف يرى خطاقي شراء العبد الآبق ، لكن اذا اطلع على ان الشارع يحكم بعدم تمامية المعاملة قبل القبض ، يرى انه لا خطر ، لأنه لا معاملة متحققة (و هكذا) في كل مورد عرف العرف الميزان الشرعي الذي لا يوجب الخطر ، اضرب عن روئي الثالثي كان يراها بأنه خطر (فالمناط صدق الغرر عرفا) لا عرفا مطلقا ، بل (بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة) .

فإن رأى العرف ان الشارع رتب الأثر على المعاملة رأى ان فيه خطرا .

في بيان ثمرة التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

.....
فتأمل .

ثم ان الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفي
المعاصر للمحقق الثاني حيث حکى عنه انه قال - في ایضاح النافع -
ان القدرة على التسلیم من صالح المشتري فقط لانها شرط في اصل
صحة البيع ، فلو قدر على التسلیم

وان رأى ان الشارع لم يرتب الأثر على المعاملة - كالصرف والسلم
قبل القبض - لم يرفيه خطرا ، اذا لا خطر فيما لا اثر له (فتأمل) فأن العرف
يرى الخطير ، لأنه انما يرى موازين نفسه ، لا الموازين الشرعية ، والا كانت
الا حالة في الموازين الى العرف توجب الدور ، اذ معنى العرف حينئذ
كان هو الشرع ، فيكون الا حالة من الشرع الى العرف الذي يراد به
الشرع ايضا .

وبهذا - اي بقوله فتأمل - انتهى المصنف الى ان بيع الصرف و
السلم فيما لا قدرة حال البيع على التسلیم يكون غررا موجبا للبطلان ، وان
قدر المشتري على التسلیم بعد العقد ، وسلم الثمن لأن المعاملة
الغربية باطلة ، وان خرجت بذلك عن كونها غريرة .

(ثم ان الخلاف في اصل المسألة) اي مسألة اشتراط القدرة على
التسلیم (لم يظهر الا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني حيث
حکى عنه انه قال - في ایضاح النافع - ان القدرة على التسلیم من
صالح المشتري فقط) لأنه الذي ينفع به ، بالنسبة الى المثمن (لا
انها شرط في اصل صحة البيع ، فلو قدر المشتري (على التسلیم) و اخذ

صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرًا عليه ، بل لورضى مع علمه بعدم
تمكن البائع من التسليم جاز ، وينتقل اليه ولا يرجع على البائع بعدم
القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه .
نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفاً ملتصق بالبائع
عليه بالبيع لأنه في معنى اكل مال بالباطل

الشمن بنفسه (صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرًا عليه) اي على
التسليم (بل لورضى) المشتري بالابتهاج (مع علمه بعدم تمكن البائع
من التسليم جاز) البيع (وينتقل) المبيع (اليه) اي الى المشتري بعد
ان صح البيع (ولا يرجع) المشتري (على البائع) .

واحتمال الرجوع انما هو (عدم القدرة) اي لا يحق للمشتري ان
يرجع الى البائع بأخذ ثمنه منه بحججة ان البائع لا يقدر على تسليم المبيع
بأن يفسخ المعاملة (اذا كان البيع على ذلك) اي مبنية 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 العقد و تسليمه مع علم المشتري» (فيصح بيع
المغصوب ونحوه) اذا علم المشتري ذلك ، ونحوه المغصوب كملقى في
مكان لا يصل البائع اليه .

(نعم : اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفاً) لان البائع
لا يتمكن عليه مع تمكن الغير ، بل لا يتمكن كل احد كالشئ الملقى في البحر
متلا (لم تصلح المعاوضة عليه بالبيع لأنه في معنى اكل مال بالباطل) وقد قال

فِي بَيَانِ ثُمَرَةِ التَّرْدِ بَيْنَ شَرْطِيَّةِ الشَّئْ وَمَانِعِيَّةِ مُقَابِلِهِ

وَرِيمَا احْتَمَلَ أَمْكَانَ الْمَسَالِحةِ عَلَيْهِ .

وَمِنْ هَنَا يَعْلَمُ أَنْ قُولَهُ «يُعْنِي الْمَحْقُقُ فِي النَّافِعِ» لِوَبَاعِ الْآبِقِ
مُنْفَرِدًا لِمَ يَصِحُّ، اِنْمَا هُوَ مَعَ دُرُجِ الْمُشَتَّرِيِّ، أَوْ مَعَ دُرُجِ عِلْمِهِ أَوْ كُونِهِ
بِحَيْثُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ عِرْفًا .

وَلَوْ أَرَادَ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مُسْلِمٍ، اِنْتَهَى .

وَفِيهِ مَا عَرَفْتُ مِنْ الْاجْمَاعِ وَلِزْوَمِ الْغَرْرِ غَيْرِ الْمَنْدُفعِ بِعِلْمِ الْمُشَتَّرِيِّ

تَعَالَى : لَا تَأْكُلُوا مَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ .

(وَرِيمَا احْتَمَلَ أَمْكَانَ الْمَسَالِحةِ عَلَيْهِ) لِأَنْ مَبْنَى الْمَسَالِحةِ عَلَى
الْتَّسَامِحِ، وَلَذِلِكَ يُشْتَرِطُ فِيهِ مَا يُشْتَرِطُ فِي سَائِرِ الْمَعَامِلَاتِ .

(وَمِنْ هَنَا) الَّذِي ذَكَرْنَا إِنَّ الْقَدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لِيُسْتَ شَرْطًا (يَعْلَمُ
أَنْ قُولَهُ «يُعْنِي الْمَحْقُقُ فِي النَّافِعِ» لِوَبَاعِ الْآبِقِ مُنْفَرِدًا لِمَ يَصِحُّ، اِنْمَا
هُوَ) أَيْ كُونِهِ لَمْ يَصِحُّ (مَعَ دُرُجِ الْمُشَتَّرِيِّ، أَوْ مَعَ دُرُجِ عِلْمِهِ) بِأَنَّهُ
آبِقُ، وَدُرُجِ الرُّضْيِ بِمَعْنَى كُونِهِ مُتَرَهِّعًا عَلَى الْبَيْعِ (أَوْ كُونِهِ أَيْ الْآبِقُ
(بِحَيْثُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ عِرْفًا) لَا إِنَّ الْبَاعِيْعَ فَقْطَ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ، وَ(«لَا يَتَمَكَّنُ»)
بِصِيفَةِ الْمَجْهُولِ .

(وَلَوْ أَرَادَ) الْمَحْقُقُ (غَيْرُ ذَلِكَ) الَّذِي ذَكَرْنَا هُوَ (فَهُوَ غَيْرُ مُسْلِمٍ، اِنْتَهَى) .

(وَفِيهِ مَا عَرَفْتُ مِنْ الْاجْمَاعِ) عَلَى دُرُجِ جَوَازِ الْبَيْعِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ

(وَلِزْوَمِ الْغَرْرِ غَيْرِ الْمَنْدُدفعِ) ذَلِكَ الْغَرْرُ (بِعِلْمِ الْمُشَتَّرِيِّ) فَإِنْ عَلِمَ
الْمُشَتَّرِيُّ بِإِنَّ الْبَاعِيْعَ لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، لَا يَرْفَعُ الْغَرْرَ .

وَانْمَا الْغَرْرُ لِيُسْتَ مَنْدُفعًا

لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه ، الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى
الخدية ، فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري ، وفيه ما فيه .
ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على
التسليم ليست مقصودة بالاشتراك الا بالتابع ، و انما المقصود الأصلى هو
التسليم .

و من هنا لو كان المشتري قادر دون البائع كفى في الصحة كما عن
الاسكافى ، والعلامة وكاشف الرموز ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، و

(لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه) كما ان الشارع نهى عن الرياء
لا يؤثر فيه رضا المعطى وعدم رضاه (الا ان يجعل الغرر هنا) فى باب
البيع (بمعنى الخدية ، فيبطل) الغرر « فاعل » المعاملة (فى موضع
تحقيقه) اي الموضع الذى كان فيه خدية (و هو عند جهل المشتري)
اذ عند علمه لا يسمى خدية (وفيه ما فيه) اذ ليس الغرر بمعنى الخدية
كما قلناه سابقا .

ثم ان الظاهر - كما اعترف به بعض الاساطين - ان القدرة على
التسليم ليست مقصودة بالاشتراك) اي عند ما تشرط القدرة على التسليم
(الا بالتابع) لشرط آخر - هو شرط واقعى - (و انما المقصود الأصلى هو
التسليم) اي اخذ المشتري للمال .

(ومن هنا) الذى ليس التسليم شرطاً قبل التسلم (لو كان المشتري
قادراً دون البائع كفى في الصحة) للبيع (كما عن الاسكافى ، والعلامة
وكاشف الرموز ، والشهيدين ، والمحقق الثانى ، و

في بيان ثمرة الترد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

عن ظاهر الانتصار: أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الامامية، وهو المتوجه، لأن ظاهر معاقد الاجتماع بضميمة التتابع في كلماتهم واستدلالاتهم بالغرض، وغيرهم مختص بغير ذلك .
ومنه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر أحد هما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد أحد هما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتمد الطائر العود صحيحاً، فا قال للفاضلين، والشهداء، والمحقق الثاني، وغيرهم .

نعم عن نهاية الأحكام : احتمال العدم

عن ظاهر الانتصار) للسيد المرتضى (أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الامامية) فيتبين أنه اجماع (وهو) أي كفاية القدرة على التسلّم (المتوجه، لأن ظاهر معاقد الاجتماع بضميمة التتابع في كلماتهم واستدلالاتهم بالغرض، وغيره) كونه أكل للمال بالباطل (مختص بغير ذلك) أي غير صورة تمكن المشتري من التسلّم، اذ لو قدر المشتري على التسلّم لم يكن غرر، ولا أكل للمال بالباطل .

(ومنه يعلم أيضا) أي ماذكرنا من عدم اشتراط التسليم (أنه لو لم يقدر أحد هما) البائع أو المشتري (على التحصيل) للبائع (لكن يوثق بحصوله في يد أحد هما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو) بائع الطائر في الهواء فيما لو (اعتماد الطائر العود) بعد ساعة مثلاً (صح، وفافق للفاضلين، والشهداء، والمحقق الثاني، وغيرهم) اذ لا غرر ولا أكل للمال بالباطل، ولا اجماع على البطلان حينئذ .

(نعم عن نهاية الأحكام : احتمال العدم) أي عدم صحة بيع الطائر

.....
..... بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم، وان عود الطائر غير موثوق به، اذ ليس له عقل باعث .

وفيه ان العادة باعثة كالعقل، مع ان الكلام على تقدير الوثائق
ولو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة وكانت
معالاً يتسامح فيه، كسنة او ازيد ففي بطلان البيع، لظاهر الاجماعات
المحكية، ولثبوت الغرر او صحته لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً .
ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا

المعتاد للعود (بسبب انتفاء القدرة في الحال) اي حال البيع (على
التسليم، وان عود الطائر غير موثوق به ، اذ ليس له) اي للطائر (عقل
بااعث) على العود حتى يعتمد على عقله .

(وفيه ان العادة باعثة) على العود (كالعقل) الذي هو باعث
على العود (مع ان الكلام على تقدير الوثائق) فقوله «غير موثوق به»
خارج عن مفروض المسألة (ولو لم يقدر) البائع والمشتري (على
التحصيل) للبيع (و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة) حيث يمكن
التحصيل بعد ذلك المدة (وكانت) تلك المدة (معالاً يتسامح فيه،
كنسة او ازيد) مثلاً (ففي بطلان البيع لظاهر الاجماعات المحكية) على
عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه (ولثبوت الغرر) عرفاً (او صحته
للاطلاقات وعدم تمامية وجهي البطلان، من الاجماع والغرر) لأن
ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً .

(ولذا حكم مدعيه) اي مدعى الاجماع (بالصحة هنا) في صورة

في بيان ثمرة التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

و الغرر منفى مع العلم بوجوب الصبر عليه الى انقضاء مدة كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة، وجهاهان، بل قولان، تردد فيهمافي الشرائع، ثم قوى الصحة، و تبعه في محكى السرائر، والمسالك، والكافية وغيرها.

نعم للمشترى الخيار مع جهله بفوائط منفعة الملك عليه مدة .

ولو كان مدة التغدر غير مضبوطة عادة، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها، ففي الصحة اشكال، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتمدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين .

المعنى بعد مدة (و الغرر منفى مع العلم) من المشترى (بوجوب الصبر عليه) اي على تسلم المتعاق (إلى انقضاء مدة) كسنة مثلا (كما اذا اشترط تأخير التسليم مدة) فإنه لا يغرر (وجهان، بل قولان) خبره ما تقدم من قوله «ففي بطلان البيع» (ترد فيه ما في الشرائع، ثم قوى الصحة، و تبعه في محكى السرائر، والمسالك، والكافية، وغيرها) .

(نعم) اذا اقلنا بالصحة كان (للمشتري الخيار مع جهله بفوائط منفعة الملك عليه مدة) امامع العلم فلا، اذ هو اقدم على ذلك .

(ولو كان مدة التغدر) اي تغدر التسليم (غير مضبوطة عادة ، كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها) سنة او اكثر او اقل (ففي الصحة) اي صحة البيع (اشكال، من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتمدة بالاقراء) لأنه لا يعلم في كم مدة تنقضى الاقراء ثلاثة بخلاف المعتمدة بالاشهر، لانها في سن من تحيف و لا تحيف . و انما اشكلوا في ذلك (لجهالة وقت تسليم العين) ففي المقام

وقد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقع للوقف المنقطع .
ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتباين ، لأن الغرر لا يندفع
بمجرد القدرة الواقعية .

ولوباع مايعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع و تجددها
بعد ذلك ، صح ، لأن المناط القدرة ولو لم يتجدد بطل .
والمعتبر هو الوثيق

ايضا كذلك .

ومن انه لا يدع غررا ، حيث يعلم المشترى بذلك ، لكن الاشكال لما
كان اقرب في نظر المصنف لم يتعرض الى وجه الصحة .
(وقد تقدم بعض الكلام فيه) اي فى صورة جهازة العدة (فى بيع
الواقع للوقف المنقطع) فراجع .
(ثم ان الشرط) اي شرط القدرة على التسليم (و هي القدرة
المعلومة للمتباين ، لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية) التي
يجعلها المتعاقدان .

(ولوباع مايعتقد التمكن ، فتبين عجزه فى زمان البيع) اي كان
عاجزا ، وكان عجزه فى نفس زمان البيع ، لأن حدث العجز بعد ذلك
(وتجددها) اي القدرة (بعد ذلك ، صح) لأن المناط القدرة وقت
التسليم (و هي حاصلة (ولو لم يتجدد) القدرة (بطل) لأن بيع مالا يقدر
على تسليمه ، وزعمه انه قادر لا يصح الشرط الواقعى المفقود .
(والمعتبر) فى صحة البيع بالإضافة الى القدرة الواقعية (هو الوثيق)

فِي بَيَانِ ثُمَرَةِ التَّرْدِ دِيْبَنْ شَرْطِيَّةِ الشَّئْ وَ مَانِعِيَّةِ مَقَابِلِهِ

فَلَا يَكُنْ مَطْلُقُ الظَّنِّ ، وَ لَا يُعْتَدُ بِالْيَقِينِ .

ثُمَّ لَا إِشْكَالٌ فِي اعْتِبَارِ قَدْرَةِ الْعَاقِدِ ، إِذَا كَانَ مَالِكًا ، لَمَّا ذَادَ كَانَ
وَكِيلًا فِي مَجْرِدِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ لَا عِبْرَةُ بِقَدْرَتِهِ كَمَا لَا عِبْرَةُ بِعِلْمِهِ .

وَأَمَّا لَوْ كَانَ وَكِيلًا لِلْبَيْعِ وَ لَوْازِمِهِ بِحِيثِ يَعْدُ الْمَوْكِلُ أَجْنِبِيًّا عَنْ
هَذِهِ الْمَعَالَمَةِ ، فَلَا إِشْكَالٌ فِي كَفاِيَةِ قَدْرَتِهِ .

وَهُلْ يَكْفِي قَدْرَةُ الْمَوْكِلِ ؟ الظَّاهِرُ نَعَمْ مَعْلُومُ الْمُشْتَرِي بِذَلِكِ إِذَا عَلِمَ

بِالْقَدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ (فَلَا يَكُنْ مَطْلُقُ الظَّنِّ) لِأَنَّ الظَّنِّ لَا يُوجِبُ رُفعَ اسْمِ
الْغَرْرِ (وَ لَا يُعْتَدُ بِالْيَقِينِ) إِذَا يَرْفَعُ الْغَرْرُ الْعُرْفَ بِالْوُثُوقِ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى
أَزِيدَ مِنْ ذَلِكَ .

(ثُمَّ لَا إِشْكَالٌ فِي) اشتِراطِ (اعْتِبَارِ قَدْرَةِ الْعَاقِدِ ، إِذَا كَانَ) الْعَاقِدِ
(مَالِكًا ، لَمَّا ذَادَ كَانَ وَكِيلًا فِي مَجْرِدِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ لَا عِبْرَةُ بِقَدْرَتِهِ كَمَا لَا عِبْرَةُ
بِعِلْمِهِ) بِخَصْوَصِيَّاتِ الْبَيْعِ .

إِذْ هُوَ آلَةٌ مَحْضٌ ، وَ الأَدَلَّةُ الْمُشْتَرِطَةُ لِلْعِلْمِ وَ الْقَدْرَةِ مُنْصَرِفَةُ عَنْ
مَثْلِ الْآلَةِ ، كَمَا إِنَّهُ كَذَلِكَ فِي بَابِ النِّكَاحِ وَ الْإِجَارَةِ وَغَيْرِهِمَا .

(وَأَمَّا لَوْ كَانَ وَكِيلًا لِلْبَيْعِ وَ لَوْازِمِهِ بِحِيثِ يَعْدُ الْمَوْكِلُ أَجْنِبِيًّا عَنْ
هَذِهِ الْمَعَالَمَةِ) كَالْوَكِيلُ الْغَوْفُوسُ الَّذِي هُوَ بَيْعٌ وَ يُشْتَرِى بِدَوْنِ عِلْمِ
الْمَوْكِلِ أَصْلًا ، وَ انْعَابُوكَالَّةُ لَهُ لِلْوَكِيلِ فَحَسْبٌ (فَلَا إِشْكَالٌ فِي كَفاِيَةِ قَدْرَتِهِ)
لِأَنَّهُ الْمُنْصَرِفُ مِنَ الْأَدَلَّةِ حِيثُ أَنَّ عَمَلَ الْوَكِيلِ هُنَّا هُوَ عَمَلُ الْأَصْلِ .

(وَهُلْ تَكْفِي قَدْرَةُ الْمَوْكِلِ) بِدَوْنِ قَدْرَةِ الْوَكِيلِ الْغَوْفُوسِ (الظَّاهِرُ
نَعَمْ مَعْلُومُ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ) بِأَنَّ الْمَوْكِلَ قَادِرًا (إِذَا عَلِمَ

بعجز العاقد .

فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك .

و ربما يقيد الحكم بالكتابية بما إذا أرضي المشتري بتسليم الوكيل ورضي المالك برجوع المشتري عليه .

بعجز العاقد) .

وانما قلنا بعلم المشتري بقدرة الموكلا ، لما تقدم من أن الشرط هو القدرة المعلومة لا القدرة الواقعية .

وانماقلنا باشتراط العلم بعجز العاقد - و هذا شرط لعلم المشتري بأن الموكلا قادر - يعني أن المشتري اذا علم بأن العاقد عاجز ، وأن الموكلا قادر ، كفى في رفع الغرر ، اذا المعيار قدرة واقعية على التسليم ، وعلم المشتري بتلك القدرة الواقعية ، و كلاؤاً مرين حاصلان .

(فإن اعتقد) المشتري (قدرته) أي الموكلا على التسليم (لم يشترط علمه بذلك) أي بعجز القاصد ، إذ تكفي الاعتقاد بالقدرة ، مع وجود القدرة الواقعية ، و كلاهما حاصل .

(و ربما يقيد العلامة الطبا طبائى كما حكى (الحكم بالكتابية) أي بكتابية قدرة الموكلا ، مضافاً إلى أن الحكم مقيد بعلم المشتري (بما إذا أرضي المشتري بتسليم الوكيل) فقدرة الموكلا مشروطة بثلاثة أمور : الأول : علم المشتري .

والثاني : رضي المشتري بتسليم الوكيل .

(و) الثالث : (رضي المالك برجوع المشتري عليه) أي على المالك .

في بيان ثمرة الترد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولى ، لأن التسليم
المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة .

وقدرة المالك انما تؤثر لو بني العقد عليها، وحصل التراضى بها
حال البيع لأن بيع المأذون لا يكفى فيه قدرة الآذن مطلقاً مـع
الشرط المذكور ،

(وفرع على ذلك) التقييد المذكور (رجحان الحكم بالبطلان) أى
بطلان المعاملة (في الفضولى ، لأن التسليم المعتبر من العاقد غير
ممكن قبل الاجازة) من المالك .

فإن التسليم الذى يعتبره الشارع تسلیماً ، هو التسلیم المقارن
لرضى المالك ، والعـاقد الفضولي لا يمكن من هذا التسلیم قبل ان
يجیز المالک العـقد .

(و) أن قلت : للـمالـك قـدرـة عـلـى التـسلـيم .

قلت : الـقدرـة وـحدـهـا تـكـفى فـي الصـحةـ ، اـذ (قـدرـةـ الـمالـكـ انـماـ تـؤـثـرـ)
فـي صـحةـ الـعـقـدـ (لـوـ بـنـىـ الـعـقـدـ عـلـيـهـاـ) بـأـنـ عـقـدـ اـعـتـمـادـاـ عـلـىـ قـدرـةـ الـمالـكـ
(وـحـصـلـ التـراضـىـ بـهـاـ) أـىـ بـتـلـكـ الـقـدرـةـ (حـائـلـ الـبـيـعـ) وـلـيـسـ الـفـضـولـىـ كـذـلـكـ .
وـالـحـاـصـلـ أـنـ الشـرـطـ الثـالـثـ مـفـقـودـ فـيـ الـفـضـولـىـ (لـأـنـ بـيـعـ الـمـأـذـونـ)
أـىـ الـوـكـيلـ - مـثـلاـ - (لـاـ يـكـنـىـ فـيـهـ) أـىـ فـيـ كـوـنـ ذـلـكـ الـبـيـعـ صـحـيـحاـ (قـدرـةـ
الـآـذـنـ مـطـلـقاـ) سـوـاءـ بـنـىـ الـعـقـدـ عـلـىـ تـلـكـ الـقـدرـةـ ، اـمـ لـاـ (بـلـ مـعـ الشـرـطـ
المـذـكـورـ) أـىـ مـبـنـىـ عـلـىـ قـدرـةـ الـمـالـكـ .

فـاـنـ الـإـنـسـانـ الـوـكـيلـ قـدـ يـبـيـعـ مـاـ الـمـوـكـلـ باـعـتـبـارـ اـنـ وـكـيلـ عـنـهـ ، وـ

و هو غير متحقق في الفضولي .

والبناء على القدرة الواقعية باطل ، اذا الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية ، الى ان قال : والحال ان القدرة قبل الاجازة لم توجد ، وبعد ما ان وجدت لم تتفع .

بالبناء على قدرة المالك ، وقد يبيع مال الموكل باعتبار كونه غاصباً ،
يعنى انه لا يريد اعطاء الثمن للملك ، وانما يقصد ان المثمن مال نفسه ،
وان الثمن عائد الى كيس نفسه - كالوكيل اذا نوى الغصب - (وهو)
اى اشتراط رضى المالك برجوع المشتري اليه (غير متحقق في الفضولي)
اذا المالك لم يجوز البيع فكيف يرضى برجوع المشتري اليه ؟ و اذا رضى
بالبيع خرج عن كونه فضوليما .

(و) ان قلت : تكفى في صحة الفضولي القدرة الواقعية للملك .
قلت : (البناء على القدرة الواقعية باطل ، اذا الشرط) الصحة المعاملة
(هي القدرة المعلومة) للمشتري المبني عليها البيع (دون) القدرة
(الواقعية ، الى ان قال : والحال ان القدرة) على التسليم (قبل
الاجازة لم توجد) .

اذا المعتبر القدرة المبني عليها البيع ، و هذه القدرة تتوقف على
رضى المالك ، فإذا لم يحصل رضى المالك لم تكن قدرة على التسليم :
((التسليم المثير)) فان التسليم بدون رضى المالك لم يكن تسلیماً مثيراً
شرعاً (وبعدها) اي بعد الاجازة (ان وجدت) القدرة (لم تتفع)
لأن القدرة معتبرة حين العقد لا بعد العقد .

في بيان ثمرة الترد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

.....
ثم قال : لا يقال انه قد يحصل التوقي للضولي بارضاً المالك وانه
لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، لأن
هذا الفرض يخرج الضولي عن كونه فضولياً لصاحبة الاذن للبيع .
غاية الأمر حصوله بالفحوى ، وشاهد الحال ، وهو من انواع الاذن

(ثم قال : لا يقال انه قد يحصل التوقي للضولي بارضاً المالك ، و
انه) اى المالك (لا يخرج عن رأيه فيتحقق له) اى للضولي (بذلك) اى
بسبب هذا التوقي (القدرة على التسليم حال العقد) فليس قدرة بعد
العقد - كى تقولوا انه لا تنفع - .

لأننا نقول : صورة التوقي ليست فضولياً ولا منافي الضولي (لأن هذا
الفرض) اى فرض وثوق الضولي (يخرج الضولي عن كونه فضولياً)
وانما يخرج (لصاحبة الاذن للبيع) وكل مصاحب البيع الاذن من
المالك لم يكن فضولياً .

(غاية الأمر) ليس اذنا صريحاً ، بل (حصوله بالفحوى ، و) بـ (شاهد
الحال ، وـ) اى الفحوى وشاهد الحال (من انواع الاذن)
والمراد من الفحوى : ما يظهر من الكلام بقرائن لفظية ، التي منها
الأولوية المستفادة من الكلام ، مثلاً « لا تقل لهم أتف » تدل دلالة
لفظية باللزم العرفى على « لا تضررهم »
والمراد بشاهد الحال القرائن العقلية الموجودة عند التكلم ، او
ما اشبه .

مثلاً : شاهد الحال يدل على ان الصديق لا يمنع من دخول

فلاتكون فضوليا ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولو سلمنا بقائه على الصفة فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقتصرن الحكم على هذا الفرض وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي ، ثم في تفريع الفضولي ، ثم في الاعتراض الذي ذكره ، ثم في الجواب عنه اولا وثانيا تأمل ، بل نظر ،

الصديق في داره وان لم يكن هناك كلام (لاتكون) المعاملة (فضوليا) لأنها مالا اذن فيها (ولا يتوقف صحته على الاجازة ، ولو سلمنا بقائه) اي الفضولية (فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقتصرن الحكم) بصحة الفضولي (على هذا الفرض) اي فرض الوثوق برضى المالك .

وعلى هذا يلزم بطلان الفضولي في صورة عدم الوثوق برضى المالك وعلى الأول يلزم بطلان كل فضولي – لعدم القدرة على التسليم – مع ان المشهور قائلون بصحة الفضولي مطلقا .

(وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي) اي عدم كفاية قدرة المالك الموكل على التسليم و اعتبار رضى المشتري بتسليمه في كفاية قدرته (ثم في تفريع الفضولي) اي لو كانت قدرة الوكيل على التسليم معتبرة ، فيلزم بطلان الفضولي (ثم في الاعتراض الذي ذكره) بقوله : لا يقال (ثم في الجواب عنه اولا) بقوله : لأن هذا الفرض الخ (وثانيا) بقوله : ولو سلمنا (تأمل ، بل نظر)

اما الاول : فلأن المعتبر في الفضولي قدرة المالك على التسليم ولو مجردة عن التراضي ، لعدم دليل على هذا التقييد و شمسول العمومات وارتفاع الغرر ،

فـ بـ يـاـنـ ثـرـةـ التـرـدـ بـيـنـ شـرـطـيـهـ الشـئـ وـ مـانـعـيـهـ مـقـابـلـهـ

.....
.....

وـ اـمـاـ التـفـرـيـعـ عـلـيـهـ فـلـأـنـ اـعـتـبـارـ الـقـدرـةـ فـىـ الـوـكـيلـ لـاـ يـلـازـمـ اـعـتـبـارـهـ
فـىـ الـفـضـولـىـ ،ـ لـأـنـ الـعـاـقـدـ الـوـكـيلـ كـاـلـأـصـيلـ بـخـلـافـ الـفـضـولـىـ .ـ
وـ اـمـاـ فـيـ الـاعـتـرـاضـ فـلـأـنـ مـبـنـىـ عـلـىـ صـحـةـ الـمـبـنـىـ ،ـ وـ قـدـعـرـفـ الـاشـكـالـ
فـيـهـ .ـ

وـ اـمـاـ فـيـ الـجـوـابـ الـأـوـلـ فـلـأـنـ الـوـثـوقـ بـالـرـضـاـ يـخـرـجـ الـمـعـاـمـلـةـ عـنـ
كـوـنـهـ اـفـضـولـىـ ،ـ كـمـاـ تـقـدـمـ الـكـلـامـ فـيـ مـبـحـثـ الـفـضـولـىـ .ـ
وـ اـمـاـ فـيـ الـجـوـابـ الـثـانـىـ فـلـأـنـ مـوـقـفـ عـلـىـ الـمـبـنـىـ وـ قـدـعـرـفـ الـاشـكـالـ
(ـ فـتـ بـ رـ)ـ

اـذـ بـعـضـ الـاشـكـالـاتـ الـتـىـ اوـرـدـهـاـ عـلـىـ القـائـلـ لـيـسـ بـوارـدـ .ـ
مـثـلاـ :ـ التـلـازـمـ بـيـنـ الـوـكـيلـ الـعـاـقـدـ وـ الـفـضـولـىـ حـاـصـلـ بـلـ الـأـوـلـيـةـ
فـلـأـنـ اـذـ اـبـطـلـ مـعـاـمـلـةـ الـوـكـيلـ الـمـفـوضـ مـعـ اـنـهـ وـكـيلـ ،ـ فـاـأـوـلـىـ بـطـلـانـ مـعـاـمـلـةـ
الـفـضـولـىـ .ـ

مسئلة

لا يجوز بيع الآبق منفرد أعلى المشهور بين علمائنا، كما في التذكرة،
بل أجماعاً كما عن الخلاف، والغنية، والرياض، وبخلاف كما عن كشف
الرموز لأنَّه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف، ومع احتماله بيع غرر منفي
اجماعاً، نصاً وفتوى، خلاف الماحكاه في التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله
الاسكافى - حيث أنَّ المحكى عنه أنه لا يجوز أن يسترِّي الآبق وحده إلا
إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمنه البائع انتهى، و

(مسئلة: لا يجوز بيع العبد (الآبق منفرداً) بأن يباعه بدون ضم
ضميمة (على المشهور بين علمائنا، كما في التذكرة، بل أجماعاً كما عن
الخلاف، والغنية، والرياض، وبخلاف كمان كشف الرموز)
لا يخفى أن مقتضى التدرج إلى الأقوى تقديم «(بخلاف)» عن
«(اجماعاً)» (لأنَّه مع اليأس عن الظفر) بالعبد الآبق يكون (بمنزلة
التالف) فأكل المال في مقابله أكل بالباطل (ومع احتماله) إى احتمال
الظفر (بيع غرر، مثني) إى لا يصح بيع الغرر (اجماعاً نصاً وفتوى)
ولو قال «نصاً وفتوى اجماعاً» لعله كان اليق (خلاف الماحكاه في
التذكرة عن بعض علمائنا - ولعله الاسكافى - حيث أنَّ المحكى عنه أنه
لا يجوز أن يسترِّي الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري) و
أنَّ لم يقدر عليه البائع (أو يضمنه البائع) بأنه ان لم يقدر على تسليمه
ردَّ الثمن إلى المشتري، ومعنى هذا صحة البيع في الجملة (انتهى، و

في بيع العبد الآبق

.....
قد تقدم عن الفاضل القطيفي في اياض النافع : منع اشتراط القدرة
على التسليم .

وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة في خصوص الآبق
لحصول الانتفاع به في باب العتق خصوصاً مع تقييد الا سكافى بصورة
ضمان البائع ، فانه يندفع به الغرر عرفاً لكن سيأتى مافيه .
فالعمدة الانتفاع بعتقه ، وله وجه لولا النص الآتي ، والاجماعات
المتقدمة .

قد تقدم عن الفاضل القطيفي في اياض النافع : منع اشتراط القدرة على
التسليم) في مطلق المعاملات ، وعليه فبيع الآبق لا بأس به في نظره .
(وقد عرفت ضعفه ، لكن يمكن ان يقال بالصحة في خصوص الآبق
لحصول الانتفاع به في باب العتق) وهو انتفاع عظيم مرغوب فيه .
لكن يمكن ان يستشكل فيه بأنه لو صحي - بناءً على امكان العتق -
للزام ان يقال : بأنه لا يلزم العلم بخصوصيات العبد ايضاً ، لاما كان
الانتفاع بالمجهول في باب العتق ، ولا يقول بذلك أحد (خصوصاً)
نقل بصحبة بيع الآبق (مع تقييد الا سكافى بصورة ضمان البائع ، فإنه
يندفع به الغرر عرفاً) و اذا لاغرر ، صح البيع (لكن سيأتى مافيه) اي في
اندفاع الغرر بالضمان .

(فالعمدة) في وجه الجواز - لو قيل به - (الانتفاع بعتقه ، و
له وجه) وجيه (لولا النص الآتي ، والاجماعات المقدمة)
هذا اولاً .

.....
مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجه عن الغرر .
وكمالا يجوز جعله مثمنا لا يخرج عن الغرر .
لاشتراكهما في الأدلة .

وقد ترد في الملمدة في جعله مثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا او
ان قرب اخيرا المنع منفردا .
ولعل الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثمنا إلى النص و
الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمعنى دون

(مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات) كالعبد الآبق للعتق فقط
دون سائر الانتفاعات الكثيرة التي يكون العبد قابلا لها (لا يخرجه عن
الغرر) والالجاز كل بيع غرر لأنه قابل لبعض الانتفاعات .
(و لا يخفى انه (كمالا يجوز جعله) اي الآبق (مثمنا) كذلك (لا يجوز
جعله منفردا) لاشتراكهما في الأدلة)
والفرق ان العبد قد يعتبر مثمنا ، فيقال : بعتك هذا العبد
بدينار ، وقد يعتبر مثمنا ، فيقال : بعتك هذه الدار بهذا العبد ، و
العلامة دخول الباب .

(وقد ترد في الملمدة في جعله مثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و
ان قرب اخيرا المنع منفردا) اي منع بيع منفرد بدون ضعفه .
(ولعل الوجه) اي وجه ترد يده في الثمن (الاستناد في المنع عن
جعله مثمنا إلى النص والاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمعنى) فيبقى
الثمن بلا مانع ، فيجعله دليل صحة جعل كل مال ثمنا (دون) استناده

نفي الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق
ويؤيده حكمه بجواز بيع الضال والمتجهود ، مع خفاء الفرق بينهما
وبين الآبق في عدم القدرة على التسليم .

إلى (نفي الغرر) أي أن الشهيد لا يستدل على منع جعل الآبق مثمنا
بنهاي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (الممكن منعه) حتى في
الثمن .

وانما يمكن منعه (بـ) سبب (جواز الانتفاع به في العتق)
والحاصل : أنه استند إلى النص والإجماع ، وهم ظاهرون في
الثمن ، ولم يستند إلى دليل نفي الغرر ، حتى يقال : إن الغرر منفي
في الثمن فكيف بالثمن ؟ وتكون النتيجة جواز جعل الآبق ثمنا .
(ويؤيده) أي أنه استند إلى النص والإجماع في المنع عن جعله
مثمنا ، لا إلى نفي الغرر (حكمه) أي الشهيد (بجواز بيع الضال والمتجهود)
الذى جحده الغاصب ، فليس للملك قدرة عليه (مع خفاء الفرق بينهما)
أى الضال والمتجهود (وبين الآبق في عدم القدرة على التسليم) فلو
كان دليلا في نفي الغرر للزم القول بعدم الجواز في الضال والمتجهود
 ايضا .

ثم إن المصنف قال « مع خفاء » ولم يقل « مع عدم الفرق »
ولعل وجيهه أن الآبق متنقل فيصعب الوصول إليه ، بخلاف الضال
فإنه أسهل من حيث الوصول إليه ، والمتجهود يمكن الوصول إليه
بسهولة بندم الجاحد ، بخلاف الآبق فإنه غالبا لا يرجع ، فتأمل .

و نظير ذلك مافي التذكرة حيث ادعى اولا : الاجماع على اشتراط
القدرة على التسلیم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر .

ثم قال : والمشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردًا إلى أن
قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز، وحکاه عن بعض العامة أيضًا، ثم
ذكر الضال ولم يحتفل فيه بالإجواز البيع منفردًا ، او اشتراطه الضميمة

فَان

(ونظير ذلك) أى نظير ما فى اللمعة من الفرق بين بيع الآبق، وبيع الضال مع خفاء الفرق.

وانما كان كلام التذكرة مثل كلام اللمعة لأنها في بيع الآبق افتى
بالبطلان ، وفي بيع الضال تردد ، و نقل فيه قولين (مافى التذكرة
حيث أدعى أولا : الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم)
وانما يشترط القدرة (ليخرج البيع عن كونه بيع غرر) اذ ما لا قدرة
للانسان على تسليمه يكون بيعه غريبا .

(ثم قال : و المشهور بين علمائنا الممنوع عن بيع الآبق منفرداً)
بدون ضمّ ضعيمية (الى ان قال : وقال بعض علمائنا : بالجواز ، وحكاه)
اي الجواز (عن بعض العامة ايضاً ، ثم ذكر الضال) وانه هل يجوز
بيعه ، ام لا ؟ (ولم يحتمل فيه الاجواز البيع منفرداً ، او اشتراطه
الضعيمية) اي يحتمل ان يجوز بيعه منفرداً ، و يحتمل ان يجوز بيعه مع
الضعيمية .

وانماقلنا : كلام التذكرة نظير كلام اللمعة في خفاء الفرق (فان

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر
و التوجيه يحتاج الى تأمل .

التنافى بين هذه الفقرات الثلاث)

الفقرة الأولى : دعوى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم .
والفقرة الثانية : وقوع النزاع في أنه هل يصح بيع الآبق منفرداً أم لا ؟
والفقرة الثالثة :: تردد في جواز بيع الضال منفرداً (ظاهر) أذلو
كانت القدرة شرطاً جماعاً ، فكيف اختلف الأصحاب في بيع الآبق ؟ وكيف
تردد هو في بيع الضال ؟ مع أنه لا قدرة فيهما .
ثم كيف فرق بين الآبق والضال بجعل المشهور عدم جواز بيع
الآبق ، وجعل بيع الضال مورداً تردد
(و التوجيه يحتاج الى تأمل) .

اذ يمكن ان يقال : لامتنافى بين ادعاء الاجماع على اشتراط القدرة
« وهي الكبري » وبين الاختلاف في بيع الآبق وتردد في بيع الضال
« وهي الصغرى » وذلك للاشكال في كون المثالين من مصاديق الكبري .
اذ المراد ببعض العلماء المجوزين لبيع الآبق « الا سكافى » وذلك
اجاز في صورة ضمان البائع ، فلا غرر .

والاجماع على القدرة انما كان لأجل أنه بدونها غرر .
واما تردد في الضال فلأن المستند للمجمعين يمكن ان يكون نسبي
النبي صلى الله عليه وآلـهـ عنـ الغـرـرـ ، وفى بيع الضال لاغرـ لـما تـقدـمـ
فى كلام اللـمعـةـ منـ الفـرقـ بـيـنـ الآـبقـ وـالـضـالـ - .

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عمما يتذرع به تسلیمه؟ فيعتبر فيه القدرة على التسلیم، وجهان، بل قولان، من عمومات الصلح، و ماعلم من التوسيع فيه لجهة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته بل مطلقاً واختصاص الغرر المنفي بالبيع .

و من هذا اظهر زيف التنافي الثاني الذي اشرنا اليه بقولنا : « ثم كيف فرق الخ » و ذلك لأنك قد عرفت الفرق بين الآبق والضال ، فتأمل . (وكيف كان فهل يلحق بالبيع) في اعتبار القدرة على التسلیم (الصلح عمما يتذرع به تسلیمه) كما المصالح عن عبده الآبق (فيعتبر فيه القدرة على التسلیم) أم لا يلحق بالبيع، فلا يعتبر فيه القدرة على التسلیم (وجهان، بل قولان) .

ووجه عدم الاعتبار من عمومات الصلح، وما علم من التوسيع فيه) فان مبني الصلح على التساهل والتسامح (لجهة المصالح عنه اذا تعذر او تعسر معرفته) .

كما اذا علم زيد ان لعمرو على ذمته حقاً، لكنه لم يعلم ان حقه حق ملك، او حق تحجير، او حق دعوى في مسألة قضاء، او غيرها، فإنه يصح لزيد ان يصالح عمروا عن حق عمرو عليه، بدinar مثلاً (بل مطلقاً) حتى اذا لم يتذرع، ولا يتتعسر معرفة المصالح عنه .

(و) ان قلت : دليل لاغرر، يشمل الصلح ايضاً .

قلت : الظاهر (اختصاص الغرر المنفي بالبيع) اذا الحديث نهى النبي صلى الله عليه وآلـهـ عن بيع الغرر، هذا هو وجـهـ عدم اعتبار القدرة

وَمِنْ أَنَّ الدَّائِرَ عَلَى السَّنَةِ الْأَصْحَابِ نَفَى الغَرْرَ مِنْ غَيْرِ اخْتِصَاصٍ
بِالْبَيْعِ، حَتَّى إِنَّهُمْ يَسْتَدِلُونَ بِهِ فِي غَيْرِ الْمَعَاوِضَاتِ كَالْوَكَالَةِ فَضْلًا عَنِ
الْمَعَاوِضَاتِ كَالْإِجَارَةِ، وَالْمَزَارِعَةِ، وَالْمَسَاقَاتِ، وَالْجَعَالَةِ بَلْ قَدْ يُرْسَلُ
فِي كَلْمَاتِهِمْ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَنَهَى عَنِ الغَرْرِ وَ
قَدْ رُجِحَ بَعْضُ الْأَسَاطِينَ جَرِيَانُ الْاِشْتِرَاطِ فِيمَا لَمْ يَبْيَنْ عَلَى الْمَسَامِحةِ مِنْ
الصَّلَحِ.

وَظَاهِرُ الْمَسَالِكِ فِي مَسَالَةِ رَهْنِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ

فِي بَابِ الْصَّلَحِ.

(وَ) أَمَوْجَهُ اعْتِبَارِ الْقَدْرَةِ (مِنْ أَنَّ الدَّائِرَ عَلَى السَّنَةِ الْأَصْحَابِ
نَفَى الغَرْرَ مِنْ غَيْرِ اخْتِصَاصٍ بِالْبَيْعِ، حَتَّى إِنَّهُمْ يَسْتَدِلُونَ بِهِ) أَيْ بِأَنِّ
الْغَرْرِ مَوْجِبٌ لِلْبَطْلَانِ (فِي غَيْرِ الْمَعَاوِضَاتِ كَالْوَكَالَةِ) فَإِذَا كَانَتِ الْوَكَالَةُ
غَرْرِيَّةً كَانَتِ بَاطِلَّةً، كَمَالُو قَالَ : وَكُلُّتِ فِي الْقِيَامِ بِشَأنِ مَجْهُولٍ مِنْ شَيْءٍ
(فَضْلًا عَنِ الْمَعَاوِضَاتِ كَالْإِجَارَةِ، وَالْمَزَارِعَةِ، وَالْمَسَاقَاتِ، وَالْجَعَالَةِ)
فَالْلَّازِمُ أَنْ يَكُونَ الْصَّلَحُ أَيْضًا ذَلِكُ، إِذَا كَانَ غَرْرِيًّا يَكُونُ بَاطِلًا (بَلْ قَدْ
يُرْسَلُ فِي كَلْمَاتِهِمْ) وَالْخَبَرُ مَذْكُورٌ فِي مُسْتَدِرِكِ الْوَسَائِلِ (عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى
اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَنَهَى عَنِ الغَرْرِ وَقَدْ رُجِحَ بَعْضُ الْأَسَاطِينَ) التَّفَصِيلُ
بِ(جَرِيَانِ الْاِشْتِرَاطِ) أَيْ اشْتِرَاطِ دُمُودِ الغَرْرِ (فِيمَا لَمْ يَبْيَنْ عَلَى الْمَسَامِحةِ
مِنْ الْصَّلَحِ) فَالْمَصْلُحُ الْمَبْنَى عَلَى الْمَسَامِحةِ لَا غَرَرُ فِيهِ، وَالْصَّلَحُ غَيْرُ
الْمَبْنَى عَلَى الْمَسَامِحةِ فِيهِ الغَرْرُ.

(وَظَاهِرُ الْمَسَالِكِ فِي مَسَالَةِ رَهْنِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ) كَرْهَنِ

على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه .
واما الضال والمحجود ، والمغصوب ، ونحوهما مالا يقدر على
تسليمها ، فالأقوى فيها عدم الجواز ، وفما قال الجماعة ، للغرر المنفي المعتمد
بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسلیم ، الا ان يوهن بتعدد
مدعيه - كالعلامة في التذكرة - في صحة بيع الضال منفرد او يمنع
الغرر خصوصا فيما يراد عتقه تكون البيع قبل القبض مضمونا على البائع

الآبق (على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن) .

اما على القول باشتراط القبض في الرهن فلا يصح مطلقاً لأن
شرط القبض مفقود (جواز الصلح عليه) بأن يقوم الصلح مقام الرهن ، و
حيث ان الرهن الغرري لا يصح ، نجعل مكان الرهن الصلح ، لأن الصلح
الغرري لا يأس به ، هذا اتمام الكلام في بيع الآبق الذي عنونا المسألة به .

(واما الضال والمحجود ، والمغصوب ، ونحوها) كالمدفون في
مكان مجهول (مالا يقدر على تسليمها ، فالأقوى فيها عدم الجواز) اي عدم
جواز بيعها (وفما قال الجماعة) من القهاء (للغرر المنفي المعتمد) دليل
نفي الغرر (بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسلیم ، الا ان
يوهن) الاجماع (بتعدد مدعيه - كالعلامة في التذكرة - في صحة بيع
الضال منفرداً) .

واذا كان الأمر اجماعاً كيف يتعدد عليه (ويمنع الغرر خصوصاً ما
يراد عتقه) بأن كان الضال عبداً مثلاً او أراد المشتري ان يعتقه (بكون
البيع قبل القبض مضموناً على البائع) .

واما فوائد منفعته مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد أقدم عليه .
ووجهاته غير مضررة، مع امكان العلم بتلك المدة، كضالة يعلم انها
لولم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك

فانه لا يخلو الاً من عن ثلاثة لأنه اما ان يجد الضال فورا ، او بعد مدة
او لا يجد اصلا .

اما اذا وجد له - بعد العقد فورا - فلا غرر .
واما اذا لم يجده فالتلف قبل القبض من مال مالكه فلا غرر ايضا على
المشتري .

واما اذا وجد له بعد مدة ، فان فوائده في تلك المدة وان خسرها
المشتري لكنه هو الذي اقدم على هذه الخسارة والانسان اذا اقدم
على الضرر ، لم يكن ينفيه دليل : لاضرر .

والى هذا اشار بقوله :

(واما فوائد منفعته) اي منفعة المبيع (مدة رجاء الظفر به ، فهو ضرر
قد اقدم عليه) المشتري .

(و) ان قلت : لا نقول بالبطلان من جهة الضرر حتى تقولوا ، انه
بنفسه قد اقدم على هذا الضرر، بل انها بطل من حيث الجهة بتلك المدة .
قلت : (وجهاته) اي جهة ذلك الضرر (غير مضررة، مع امكان العلم
بتلك المدة، كضالة يعلم انها لو لم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد
ذلك) فان المدة وان كانت مجرولة، لكنها آئلة الى العلم، ولا دليل
على بطلان مثل هذه الجهة، وانما الجهة الموجبة للبطلان الجهة

وكذا فى المقصوب والمنهوب .

والحاصل : انه لا يترعرع فى البيع كون اليأس عنه فى حكم التلف
المقتضى لانفساخ البيع من اصله .

وفرض عدم تسلط البائع على مطالبه بالثمن لعدم تسليم المتن
فانه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوته
الانتفاع بالبيع فيها ، هذا .

المطلقة(وكذا) الكلام (في) بيع (المقصوب والمنهوب) فيصح بيعها .
(والحاصل : انه لا يترعرع فى البيع كون اليأس عنه فى حكم
التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله) .

فمع وجود انلاغرر، ومع عدم الوجد ان يبطل البيع ، فلا يترعرع ايضا .
(و) ان قلت : الثمن يبقى مدة عند البائع ، حتى يتبيّن البطلان و
هذا ضرر على المشتري .

قلت : هذا غير صحيح بعد (فرض عدم تسلط البائع على مطالبه)
أى مطالبة المشتري (بالثمن) وانما يتحقق له المطالبة (العدم تسليم
المتن) اذا لا يتحقق لكل من الطرفين تسليم ما بيده الا مقارناً بالتسليم الآخر
ما عنده (فانه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى
يفوته الانتفاع بالبيع فيها) اى في تلك المدة ، وهذا عبارة أخرى عما
ذكره بقوله « مع امكان العلم بتلك المدة الخ » (هذا) غاية ما يقال في
صحة بيع الضال ونحوه .

ول يكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث الغرر - كما تقدم
- هو ما كان غررا في نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية
الثابتة للبيع .

ولذا قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره
شرعيا بالتسليم .

و

(ول يكن يدفع جميع ما ذكره) من الاستدلال لصحة البيع (أن
المنفي في حديث الغرر - كما تقدم -) تفسير الحديث (هو ما كان غررا
في نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع) كوجوب
التسليم ونحوه .

(ولذا) الذي ذكرنا من «قطع النظر عن الأحكام الخ» (قوينا
فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم)
كالصرف والسلم ،

فإن بعض قالوا ، لا غرر في الصرف والسلم ، لأنه قبل التسليم —
لا يتحقق البيع ، وبعد التسليم لا غرر .

فأجبنا عنهم بأن المناط الصدق العرفي ، والعرف يرى وجود الغرر
قبل التسليم ، وأن التسليم من الأحكام الشرعية ، فالبيع غرر ، وكل ما كان
غرريا ، كان باطلًا .

(و) نقول : بمثل ذلك في باب الفضال والمحود ، فإنه وإن كان
المبيع قبل القبض في ضمان البائع لما ورد من أن التلف قبل القبض من

من المعلوم : ان بيع الضال و شبهه ليس ممحوكما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع بل يحكمون - بعد ملاحظة اقدام المشتري على شرائه - تكون تلفه منه فى الانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا .

وما ذكر يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم . فان تسلم قبل مدة لا يفوت

مال مالكه ، الا ان هذا من الأحكام الشرعية ، والافتراض يرى وقوع البيع وان البيع غرر ، فيشمله دليل : نفى الغرر .

اذ (من المعلوم : ان بيع الضال و شبهه) كالمحجود (ليس ممحوكما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع) بل هذا حكم شرعى (بل يحكمون بعد ملاحظة اقدام المشتري على شرائه) اي شراء الضال - مثلا - (كون تلفه منه) اي من المشتري (فى الانفساخ بـ) سبب (التلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا) فلاريط له برفع الغرر مما هو بيع غرر ، كبيع الضال ، وعليه فيشمله دليل : نفى الغرر .

(وما ذكر) من انه بيع غرر عرفا ، فيشمله دليل نفى الغرر (يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم) . واراد القائل بهذا ارفع الضرر عن المشتري ، لأنه ان سلم لاضرر ولا غرر فالبيع صحيح . وان لم يسلم حيث كان الضرر والغرر كان البيع باطلأ .

(فان تسلم) المشتري المتأخر (قبل مدة) مديدة بحيث (لا يفوت

الانتفاع المعتب به والا تخير بين الفسخ والامضاء، كما استقر به فى اللمعة، فان ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم البيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفافى البيع المبطل له لكن قد مرت المناقشة فى ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للبيع

(الانتفاع المعتب به) كان البيع صحيحاً (والاتخیر بين الفسخ والامضاء) فان فسخه فلا بيع، وان امضى فقد اقدم هو على ضرر نفسه، والانسان لو اقدم على ضرر نفسه لم يشمله دليل : لاضرر ولا ضراراً (كما استقر به فى اللمعة) اي قال الأقرب الحكم بصححة البيع مراعى .

وانما لا يجدى هذا الكلام من اللمعة (فان ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه) اي في ذلك البيع الصحيح (العجز عن تسلّم) المشتري (البيع) يعني اذا لم يكن البيع غير ثابت فيه الخيار فيما اذا عجز المشتري على تسلّم البيع (فلا يندفع به) اي بالخيارات (الغرر الثابت عرفافى البيع المبطل) ذلك الغرر (له) اي بذلك البيع .

هذا او (لكن قد مرت المناقشة فى ذلك) اي في كون ان نفى الغرر بالنسبة الى ما كان غرراً فى نفسه عرفافى قطع النظر عن الأحكام الشرعية (منع اطلاق الغرر على مثل هذا) الغرر العرفى (بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للبيع) .

فان البيع بأحكامه الشرعية اللاحقة له اما غرر او ليس بغرر، لأن

.....
من ضمانه قبل العلم، ومن عدم التسلط على مطالبه الثمن فافهم .
ولوفرض اخذ المتباعين لهذا الخيار في متن العقد ،فباعه على
ان يكون له الخيار اذا لم يحصل البيع في يده الى ثلاثة أيام ،امكن
جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا .

المبيع مجرد ا عن الأحكام الشرعية اما غرر و اماليس بغرر(من ضمانه
قبل العلم ، و من عدم التسلط على مطالبه الثمن) « من » بيان « الحكم
الشرعى» اي ان العرف يرى انه هل يضمن شرعاً البيع قبل التسلیم ؟
فإن كان مضموناً على البائع ، لا يرى انه غرر ، و إن لم يكن مضموناً يرى انه
غرر ، وكذلك يرى العرف هل انه يسلط المشتري على المطالبة فهو غرر ،
او لا يسلط فهو غرر (فافهم) فان العرف يرى الغرر و ان عرف الحكم
الشرعى .

وحيث ان الظاهر من ادلة نفي الغرر ، الغرر العرفي ، فليس
المناط فيه الغرر الشرعي ، كسائر الموضوعات التي علق عليها الأحكام
اثباتاً او نفياً .

(ولو فرض اخذ المتباعين لهذا الخيار) اي خيار الفسخ اذا لم
يسلم البائع البيع في مدة لا يفوت الانتفاع المعتبده (في متن العقد ،
فباعه على ان يكون له) اي للمشتري (الخيار اذا لم يحصل البيع في
يده الى ثلاثة أيام ، امكناً جواز البيع (لعدم الغرر حينئذ) اي
حين هذا الشرط (عرفا) 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 الاختار في محكى المختلف تبعاً للإسكافي - جواز بيع الآبق اذا ضمته البائع ، فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه .
وعن حاشية الشهيد ظهور العيل اليه و

(ولذا) الذي ذكرنا بأنه لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوف بالصفات المعينة) الراجعة للغرر عرفاً (من بيع الغرر) و ان احتمل عدم وجود تلك الصفات في المبيع (لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه) اي الوصف (فيه) اي في البيع .

فلا فرق بين ان يقول : بعتك الدابة ، بشرط أن تكون بيضاء سمعينة ، او ان يقول : بعتك الدابة البيضاء السمعينة (الموجب) ذلك الاشتراط (للتسلط على الرد) اذا لم يجد المشتري الوصف كما قال البائع .

(ولعله لهذا) الذي ذكرنا من انه لا يعد عرفاً اذا جعل المشتري الخيار لنفسه لمدة معينة (اختار في محكى المختلف - تبعاً للإسكافي - جواز بيع الآبق اذا ضمته البائع) بأن قال : ان جاء فلك ، وان لم يجيء فأنت لست مسؤولاً وانضام من له (فإن الظاهر منه) اي من هذا الكلام الذي ذكره المختلف والاسكافي (اشتراط ضمانه) اي ان البائع يشترط ضمان نفسه فيما اذا لم يأت الآبق .

(وعن حاشية الشهيد ظهور العيل اليه) اي 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) اذا الغرر أمر عرفى وهو صادق هنا (فتأمل)
حيث ان الغرر انما يكون اذا كان الثمن فى الخطر، ولا خطر فى
مقام الاشتراط .



مسألة

يجوز بيع الآبق مع الضمية في الجملة كما عن الانتصار، وكشف الرموز، و التنقية ، بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكيا فيه كما عن الانتصار اطباقي العامة على خلافه .

و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضمية عن كونه غررا حيث حكى احتجاج العامة بالغرر فانكره مع الضمية ، وفيه أشكال .

و الأولى لنا التمسك قبل الا جماعات المحكية المعتمدة بمخالفته من

جعل الرشد في مخالفتهم

(مسألة : يجوز بيع الآبق مع الضمية في الجملة) في مقابل السلب الكلى (كما عن الانتصار ، وكشف الرموز ، و التنقية ، بل بلا خلاف كما عن الخلاف) لشيخ الطائفة (حاكيا فيه) أى في الخلاف (كما حكى أيضا عن الانتصار) للسيد المرتضى (اطباقي العامة على خلافه) و انه لا يجوز بيع الآبق .

(و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضمية 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 غرر (فانكره) أى كونه غررا اذا كان المبيع الآبق (مع الضمية ، وفيه) أى في كلام الانتصار (اشكال) لأنه غرر عرفا - فهو من باب التخصيص ، لا من باب التخصص .

(و الأولى لنا التمسك قبل الا جماعات المحكية المعتمدة بمخالفته من جعل الرشد في مخالفتهم) من العامة و « جعل » بصيغة المجرم

بصحيحة رفاعة النخاس قال : قلت : لأبي الحسن عليه السلام ، أ يصلح ان اشتري من القوم الجارية الآبة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها انا ؟ قال عليه السلام : لا يصلح شرائهما الا ان تشتري منهم ثوابا او متعة ، فتقول لهم اشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتعة بذاد او كذاد رهما ، فان ذلك جائز ، و موثقة سعادة عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله ، قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا ، فيقول اشتري منك هذا الشيء و عبده بذاد او كذاد رهما ، فان لم يقدر على العبد كان الذي نقه فيما اشتري معه .

اشارة الى قوله عليه السلام : خذ ما خالف العامة فان الرشد في خلافهم (بصحيحة رفاعة النخاس) بالخاء المعجمة ، و هو باائع العبيد (قال : قلت : لأبي الحسن عليه السلام ، أ يصلح ان اشتري من القوم الجارية الآبة و اعطيهم الثمن ، و أطلبها) اي الجارية (انا) كيما اجد ها وارد ها من الباقي (قال عليه السلام : لا يصلح شرائهما الا ان تشتري منهم ثوابا او متعة) فتقول لهم اشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتعة بذاد او كذاد رهما ، فان ذلك) البيع لهامع الضمية (جائز ، و موثقة سعادة عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله قال عليه السلام : لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا) آخر (فيقول اشتري منك هذا الشيء و عبده بذاد او كذاد رهما) فانه يصح (فان لم يقدر على العبد كان الذي نقه فيما) اي في مقابل ما (اشتري معه) فلا يذهد ثمنه هباء .

فى جواز بيع الآبق مع الضمية

٤٠٠

و ظاهر السؤال فى الأولى .

والجواب فى الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان وهو الظاهر
ايضام معاقد الاجتماعات المنقوله .

فالمايوس - عادة - من الظرف به الملحق بالتالف لا يجوز جعله
جزءاً من البيع، لأن بذل جزء من الثمن في مقابلة لو لم يكن سفهـاً أو
أكلـالـلـمـالـ بـالـبـاطـلـ، لـجـازـ جـعـلـهـ ثـمـنـاـيـاعـ بـهـ مـسـتـقـلاـ، فـالـمـانـعـ عـنـ اـسـتـقـالـلـهـ

(و ظاهر السؤال فى) الرواية (الأولى) حيث قال « واطلبـهاـاـناـ » .

(والجواب فى) الرواية (الثانية) حيث قال عليه السلام : « فـانـ لمـ يـقـدـرـ » (الاختصاص) لـجـواـزـ بـيـعـ مـعـ الضـمـيـمـةـ (بـصـورـةـ رـجـاءـ الـوـجـدـانـ وـ هـوـ الـظـاهـرـ) ايضـامـ معـاقـدـ اـجـمـاعـاتـ الـمـنـقـولـهـ) اـذـ لـوـ لـارـجـاءـ الـوـجـدـانـ لـمـ يـكـنـ وـجـهـ لـطـلـبـهـاـ ، وـ لـأـوـجـهـ لـقـولـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ : فـانـ لـمـ يـقـدـرـ ، فـانـكـ لـاتـقـولـ انـ لـمـ تـقـدـرـ عـلـىـ تـحـرـيـكـ هـذـاـ الجـبـلـ ، وـ اـنـمـاـتـقـولـ « اـنـ » اـذـاـكـانـ مـحـتمـلاـ
للـأـمـرـيـنـ .

(فالمايوس - عادة - من الظرفـيـهـ المـلـحـقـ بـالتـالـفـ) عـرـفـاـ (لا يـجـوزـ
جـعـلـهـ جـزـءـاـنـ بـيـعـ) .

وـ اـنـمـاـ يـجـوزـ (لأنـ بـذـلـ) الـمـشـتـرـىـ (جـزـءـ منـ الثـمـنـ فيـ مقابلـهـ) اـىـ
مقـابـلـ الآـبـقـ الـمـاـيـوـسـ مـنـهـ (لـوـ لـمـ يـكـنـ سـفـهـاـ) وـ الـمـعـاـمـلـةـ السـفـهـائـيـةـ بـاـطـلـةـ
(اوـ اـكـلـالـلـمـالـ بـالـبـاطـلـ) فـيـشـمـلـهـ قـولـهـ تـعـالـىـ : لـأـتـأـكـلـوـاـ مـوـالـكـ بـيـنـكـمـ
بـالـبـاطـلـ (لـجـازـ جـعـلـهـ ثـمـنـاـ) اـىـ جـعـلـ ذـلـكـ الجـزـءـ (بـيـاعـهـ) اـىـ بـهـذـ اـ
الـجـزـءـ الآـبـقـ (مـسـتـقـلاـ) اـذـاـ (فـالـمـانـعـ عـنـ اـسـتـقـالـلـهـ)

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع ، للنهى عن الغرر السليم عن المخصوص .
نعم يصح تعلكه على وجه التبعية للبيع باشتراط ، ونحوه وايضا
الظاهر اعتبار كون الضمية ما يصح بيعها ،

بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع) وذلك (للنوى عن الغرر السليم عن
المخصوص) .

لكن ربما يقال : ان كان الاستدلال بالحديث فلادلاله فيه اذ
ما ذكر من الدلاله ضعيف للغاية وان كان ربما يلتفت اليه بعد الالفات ،
والغرر لو كان موجباً مم ي肯 فرق بين البيع مستقل او تبعا ، وكثيراً ما
لا يجوز بيع الشئ مستقل او يجوز تبعا ، كما لو جهل مقدار الجزء وعلم
مقدار الكل ، او جهل ثمن الجزء وعلم ثمن الكل ، فإنه لا يصح بيع الجزء
ويصح بيع الكل .

(نعم يصح تعلكه على وجه التبعية للبيع باشتراط ، ونحوه) على
نحو الشرط الذى ذكرنا فى المسألة السابقة انه يجوز بيع الآبق وحده
مع الشرط - لأنه ليس بغرر .

والمراد بنحو الشرط جعل مدة الظفر بالآبق محل انصباب العقد
فقد يقول اشتري منك الثوب والآبق « المأيوس عن وجده » بشرط انه
اذالم اجده فلى الفسخ ، وقد يقول اشتري منك العبد الذى اجده الى
مدة كذا (وايضا) كما استظهربنارجاء الوجدان ، فى صحة بيع الآبق مع
الضمية (الظاهر اعتبار كون الضمية ما يصح بيعها) فيصح حينئذ بيع
العبد الآبق مع الضمية .

في جواز بيع 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 تعلييل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن ، فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال او كنایة عن نقل مال او حق عليه مع الآبق ، لئلا يخلو الثمن عن المقابل ،

(واما صحة بيعها) اي الضميمة (منفردة ، فلا يظهر من الرواية) ، و لا يكفى ضم المنفعة) الى الآبق ، لأن يقول : بعثتك الآبق و منفعة هذه الدارسة بكمدادينارا ، اذا المنفعة لا يصح بيعها مجرد ، فان البيع مبادلة مال بمال ، وقد تقدم ان المال هو العين ، لا المنفعة (الا اذا فهمنا من قوله : فان لم يقدر ، الى آخر الرواية تعلييل الحكم) بالجواز مع الضميمة (بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن) سواء يصح بيع الضميمة منفردة - كالعين - ام لا ، كالمنفعة (فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال) فان الامام عليه السلام : انما قال لفظ « الاشتراط » بالنسبة الى الضميمة باعتبار كون (ما يشتري) مقابل للثمن ، لا باعتبار لزوم صدق « الاشتراط » حتى يوجب خروج مثل « المنفعة » مما لا يصح شرائمه (او) ان لفظ « الاشتراط » في الرواية (كنایة عن نقل مال او حق عليه) اي على البائع ، اي جعل حق للمشتري على نفسه ، نقا (مع الآبق ، لئلا يخلو الثمن عن المقابل) البيع سبب للنقل ، و الكنایة ذكر السبب و اراده المسبب ، فقد ذكر الامام عليه السلام بيع الثوب وأراد مطلق النقل ، لأن النقل مسبب عن البيع ، و الفرق بين « المثال » و « الكنایة » ان في الكنایة يلزم السببية و المسببية ، و ليس كذلك المثال .

ثم انه لا اشكال في انتقال الآبق الى المشتري الا انه لو بقى على اباقه وصار فى حكم التاليف لم يرجع على البائع بشئ وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن ، فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضمية والثمن

فلو قال اكرم زيداً - واراد العالم ، لا خصوص زيد - كان زيد مثلاً ،
 لا كنایة ، اذ ليس زيد سبباً للسائل العلماء ، بخلاف ما لو قال : بع الثوب ، و
 اراد نقلماً وجه كان ، لا خصوص البيع - فانه يصلح ان يكون كنایة اذ
 البيع سبب النقل ، فالسائل جعله كنایة عن مطلق النقل (فتامل) فانه
 كيف نحمل الشراء على العموم - كنایة او مثلاً - وظاهر اللفظ يأباهما .
 ولا دليل من الخارج على ارادة الاعم .

(ثم انه لا اشكال في انتقال الآبق الى المشتري) اذا اشتراه مع الضمية (الا انه لو بقى على اباقه وصار فى حكم التاليف) كان لم يعلم اين هو؟ ومضت مدة طولية (لم يرجع على البائع بشئ) لأن المشتري هو الذى اقدم على مثل هذا المالم ، وقد اجازه الشارع (وان اقتضى قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن) .

فإن القاعدة تقول : التلف قبل القبض من مال مالكه «ان» وصلية اي أنا نقول بالقاعدة المذكورة ، الا في هذا المقام (فليس معنى الرواية انه لو لم يقدر) المشتري (على الآبق وقعت المعاوضة على الضمية و والثمن) بأن كان الثمن كلامي مقابل الضمية فقط ، فليس الآبق مبيعا

في جواز بيع الآبق مع الضميمة

ليكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق في يده كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز، من أن الآبق مادام آبقاءً، ليس مبيعًا في الحقيقة ولا جزء مبيع، مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على ارادة ماذكرنا، بل معناها أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابل له التالف

أصلاً (ليكون) تفريع على كون المعاوضة بين الضميمة فقط والثمن (المعاوضة على المجموع) الآبق والضميمة (مراعاة) وملقة (لحصول الآبق في يده) أي يد المشتري، فان حصل الآبق في يد المشتري كان الثمن بازاء المجموع وان لم يحصل كان الثمن بازاء الضميمة فقط (كما يوهمه) أي كون المعاوضة مراعاة (ظاهر المحكى عن كاشف الرموز) .
وحاصل كلام كاشف الرموز (من أن الآبق مادام آبقاءً، ليس مبيعًا في الحقيقة ولا جزء مبيع) .

وانعانتنى هذا الكلام، لأن الظاهر من بيع الآبق مع الضميمة ان الآبق جزء، سواء تمكن المشتري عليه، أم لا (مع أنه) أي كاشف الرموز (ذكر بعد ذلك) أي بعد هذا الكلام (ما يدل على ارادة ماذكرنا) من انه صار ملكاً للمشتري فان بقى على اباقه لم يرجع المشتري على البائع بشيء جزماً، لقاعدة ((التلف قبل القبض من مال مالكه)) (بل معناها) أي معنى الرواية (أنه لا يرجع المشتري بـ) سبب (تعذر الآبق) التعذر (الذى هو في حكم التلف) التلف (الموجب للرجوع) الى البائع، اذا تلف الثمن قبل القبض (بما) أي بقدر من الثمن (يقابل له التالف) الضمير

بما يقابلها من الثمن .

ولو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري أشكال .
ولو تلتف الضميمة قبل القبض ، فإن كان بعد حصول الآبق في اليد
فالظاهر الرجوع بما يقابلها الضمية .

عائد إلى «ما» و «بما» متعلق بـ «الرجوع» (بما يقابلها من الثمن) متعلق
بـ «لا يرجع المشتري» «بما يقابل التالف من الثمن» وإن كان
مقتضى القاعدة «الرجوع بما يقابل التالف» .

(ولو تلف) الآبق (قبل اليأس) من الظرف به (ففي ذهابه على
المشتري أشكال) بل يحتمل أن يكون ذهابا على البائع لقاعدة: التلف
قبل القبض من مال مالكه .

وانما يحتمل هذا ، لأنه إن كان تلف بعد اليأس ، كان ذهابا من
كيس المشتري قطعا ، حيث أن المشتري هو الذي أقدم على ذلك ، أما
إذا تلف قبل اليأس ، فالمشتري لم يقدم على ذلك ، فتشمله قاعدة: التلف
قبل القبض .

(ولو تلتف الضميمة قبل القبض) كمال باب الآبق وكتاب تم تلف
الكتاب قبل أن يقبضه (فإن كان) تلف الضميمة (بعد حصول الآبق في
اليد) بان حصل المشتري على العبيد ثم تلف الكتاب عند البائع (فالظاهر
الرجوع) أي رجوع المشتري (بما يقابلها الضمية) أي بالقدر من الثمن
الذي يقابل الكتاب .

فإن كان الثمن مائة و مقابل الكتاب عشرة رجع المشتري إلى البائع

في جواز بيع الآبق مع الضميمة

لمجموع الثمن ، لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقاً بعد الحصول
في اليد ، و كذلك كان بعد اتلاف المشتري له مع العجز عن التسلّم كما
لو أرسل إليه طعاماً مسماً لأنه بمنزلة القبض .
وان كان قبله في انفساخ البيع في الآبق تبعاً للضميمة

بعشرة فقط (لامجموع الثمن) فلا يحق للمشتري أن يقول للبائع اعطني
كل المائة .

وإنما يتورّهم حقه في الرجوع إلى كل الثمن بحجة أن الآبق ليس
مقابلاً للثمن ، وإنما مقابل الثمن الكتاب فقط ، فإذا اتلاف الكتاب كان
للمشتري أن يأخذ كل الثمن .

وإنما ترد هذا التورّم (أن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقاً
لابعد الحصول في اليد) فإذا حصل الآبق في اليد وزع عليه الثمن فيكون
تسعون من الثمن في مقابل العبد ، وعشرة في مقابل الكتاب ، فإذا اتلاف
الكتاب كان للمشتري حق الرجوع إلى عشرة فقط (وكذا) لا يرجع المشتري
إلى مجموع الثمن لو تلف الضميمة (لو كان) تلف الضميمة (بعد اتلاف
المشتري له) أي للآبق (مع العجز عن التسلّم) أي تسلّم الآبق (كما لو
أرسل) المشتري (إليه) أي إلى العبد (طعاماً مسماً) فقتله (لأنه) أي
اتلافه (بمنزلة القبض) فإن المتفاضل من .

(وان كان) تلف الضميمة (قبله) أي قبل الحصول الآبق في اليد
(في انفساخ البيع في الآبق تبعاً للضميمة) لأن المصحح لبيع الآبق
هو الضميمة ، فإذا فسدت الضميمة بتلفها من ملك البائع ، انفسخ بيع

او بقائه بماقابلة من الثمن وجهان ، من ان العقدعلى الضمية اذا صار
كان لم تكن تبعه العقدعلى الآبق لأنه كان سبباً في صحته .
و من انه كان تابعاً له في الحدوث فسازاً تحقق تملك المشتري له ،
فاللازم من جعل الضمية لأن 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 ضمية (او بقائه) اي بيع الآبق (بماقابلة من
الثمن) كالتسعين في المثال (وجهان) .

وجه الانفساخ (من ان العقدعلى الضمية اذا صار كان لم تكن)
بسبب تلفه قبل القبض (تبعه العقدعلى الآبق) في الانفساخ (لأنه) اي
البيع على الضمية (كان سبباً في صحته) اي في صحة بيع الآبق .
(و) وجه عدم الانفساخ (من انه) اي الآبق (كان تابعاً له) اي لبيع
الضمية (في الحدوث فسازاً تتحقق تملك المشتري له) اي الضمية .

اي انه اذا تتحقق تملك المشتري للضمية ، كان بيع الآبق تابعاً
في الحدوث (فاللازم من جعل الضمية لأن لم يعقد عليها رأساً) وذلك
فيما اذا تلف قبل القبض (هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه) اي بين
الضمية - و تذكير الضمير باعتبار « المثال » مثلاً - (وبين ما يخصه من
الثمن) كالعشرة في المثال ، و عليه فلا يبطل البيع بالنسبة الى الآبق
(لا الحكم الآخر) اي عدم صحة البيع بالنسبة الى الآبق (الذي كان)
ذلك الحكم الآخر (يتبعه) اي يتبع الضمية (في الابتداء) حتى يقال

فـى جواز بيع الآبق مع الضميمة

.....

لكن ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلاً، ولا يوجد

له شئ منه ابداً على تقدير عدم الظرف به .

ومن هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط .

لا شرط خيار يخص بها .

انه كما اذا لم تكن الضميمة في الابتداء كان بيع الآبق باطلأ، كذلك اذا

لم تكن الضميمة بعد ذلك بأن تلتف الضميمة .

(لكن) الظاهر انه لو تلف الكتاب كان للمشتري الحق في ان يسترجع

كل الثمن .

اذ (ظاهر النص انه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن اصلاً، ولا يوجد)

اى لا يطرح (له) اى للآبق (شئ منه) اى من الثمن (ابداً على تقدير
عدم الظرف به) اى بالآبق .

وعليه فاذا كان الثمن كله في مقابل الكتاب وتلف الكتاب ، كان
للمشتري الرجوع في المائة دينار كله ، لا في العشرة فقط .

(و من هنا) الذى ذكرنا حكم تلف الضميمة قبل القبض (ظهر حكم
ما لو فرض فسخ العقد) - لا الا نسخ بسبب تلف الضميمة ، كما كان هر
الفرع السابق - (من جهة الضميمة فقط ، لا شرط خيار يخص بها) اى
بالضميمة .

كما لو قال : اشتريت منك الآبق و الكتاب بـ مائة ، ولـ خيار فـ سـ خـ
الكتاب ، ثم فـ سـ خـ الكتاب ، فـ انـ فيهـ اـحـتمـالـيـن :

احتمال انساخ كل العقد ، او العقد بالنسبة الى الكتاب فقط .

نعم لوعقد على الضمية فضولا ولم يجز مالكها ، انفسخ العقد بالنسبة
إلى المجموع .

ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقاً أما بعد القدرة عليه أو قبلها
كان له الرجوع بارشه كذا قيل .

(نعم لوعقد) البائع (على الضمية فضولا) بأن باع زيد عبد ما الآبق
وكتاب عمرو بيهه ولم يجز مالكها ، انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع
لأن العقد بالنسبة إلى المجموع لم يتحقق أصلا ، وعقد الآبق فقط
لا يصح .

(ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقاً) على الغقد (اما بعد
القدرة عليه) اي على الآبق (أو قبلها) اي قبل القدرة (كان له الرجوع
بارشه) اي ارش العيب (كذا قيل) .

مسئلة

المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراء ، فلو باع بحكم احدهما
بطل اجماعا ، كما عن الخلاف ، والتذكرة ، واتفاقا ، كما عن الروضة ، و
حاشية الفقيه للسلطان ، وفي السرائر ، في مسألة البيع بحكم المشتري
ابطاله بيان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل ، بل اخلاف بين
ال المسلمين ، والأصل في ذلك حديث : نفي الغرر المشهور بين المسلمين .
و يؤيده التعليل في رواية حماد بن ميسرة عن

(مسألة : المعروف) بين الفقهاء (انه يشترط العلم بالثمن
قدراء) لأن يعلمان الثمن عشرة او مائة مثلا (فلو باع) البائع المتع
(بحكم احدهما) لأن قال : بعتك الكتاب بأى مقدار شئت أنا ، او شئت
انت (بطل) البيع (اجماعا ، كما عن الخلاف ، والتذكرة ، واتفاقا ، كما
عن الروضة ، وحاشية) من لا يحضره (الفقيه للسلطان ، و) قال ابن
ادريس (في السرائر ، في مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله) اى انه
قال : بأن البيع باطل (ب) سبب (ان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه
باطل ، بل اخلاف بين المسلمين ، والأصل في ذلك) اى ان الدليل
في وجه البطلان (حديث : نفي الغرر ، المشهور بين المسلمين)
اذ البيع المجهول ثمنه غرر قطعا ، والنهى الوارد في الحديث يستفاد
منه الوضع لا التكليف .

(و يؤيده) اى البطلان (التعليل في رواية حماد بن ميسرة عن

جعفر عن أبيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم .

لكن في صحيحة رفاعة النخاس ماظاهره المنافاة قال سأله
اباعبد الله عليه السلام ، فقلت له : ساومت رجل بجارية 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 مستهدا قبل ان
ابعث اليه بألف درهم ، فقال عليه السلام : ارى ان تقوم

جعفر عن أبيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم
لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم) اذا الدينار والدرهم - في ازمنة
الروايات - كانا يختلفان نسبة ، فربما كان قيمة الدرهم عشر قيمة الدينار
و ربما اقل او اكثر .

(لكن في صحيحة رفاعة النخاس ماظاهره المنافاة) و انه يصح البيع
اذا اوكل الثمن بحكم احد المتباهعين (قال سأله اباعبد الله عليه
السلام فقلت له : ساومت رجل بجارية له) بأن اشتري الجارية منه
(فباعنيها بحكمي) اي بقيمة اعينها أنا (فقبضتها) اي الجارية (منه) اي
من الرجل (ثم بعثت اليه بالف درهم ، فقلت له : هذه الف درهم
حكمي ، عليك ان تقبلها فأبى ان يقبلها مني) لان قيمتها كان في نظر
البائع اكتر من الألف (وقد كنت مستهدا) و طئت الجارية (قبل ان
ابعث اليه بألف درهم) فماذا اصنع ؟ (فقال عليه السلام : ارى ان تقوم

في اشتراط العلم بمقدار الثمن

الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان ترد مانقص من القيمة ، وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت : ارأيت ان اصيّت بهاعيبا بعد ان مستها قال : ليس عليك ان ترد لها عليه ذلك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيوب لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها

الجارية بقيمة عادلة) هي قيمة مثلا في العرف (فإن كان قيمتها أكثر مما بعثتها اليه) كمالوكان الف و خمسمائة مثلا (كان عليك ان ترد مانقص من القيمة) بأن تعطيه الخمسمائة زيادة على الألف (وان كان قيمتها اقل) كمالوكان ستمائة مثلا (ما بعثت اليه) كالألف في المثال (فهو له)
يحتمل ان يكون المراد من « فهو » الأقل .
ويحتمل ان يراد الألف .

اما الأول : فلأنه القيمة العادلة .

واما الثاني : فلانه المقدار الذي قصده المشتري ، وقد علق الامر على قصدته فهو اللازم لا الأقل (قال قلت : ارأيت) أخبرني (ان اصيّت بهاعيبا بعد ان مستها) فهل لي ان ارد لها؟ واسترجع الألف؟ (قال ليس عليك) اي ليس لك (ان ترد لها عليه) لأن الوطى يمنع الرد (ولك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيوب) اي الأرش ، فلو كانت قيمة الصديحة الفاو المعيبة ثمانمائة ، فله ان يسترد مائتين (لكن التأويل فيها متعين)

وانما يجب التأويل (لمنافاة ظاهرها) اي ظاهر لزوم القيمة العادلة

لصحة البيع وفساده .

فلا يتوهم جواز التمسك بها الصحة هذا البيع ، اذ لو كان صحيحاً ملماً يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص .
نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناءً على القول بالفساد

و ظاهر انه لا يحق له رد ها بالعيوب (لصحة البيع وفساده) اى ان هذه الرواية ظاهراً ينافي كون البيع صحيحاً ، و ينافي كون البيع فاسداً .
اما انه ينافي كون البيع صحيحاً ، لانه ان كان صحيحاً ملماً يكن وجهاً للقيمة العادلة ، اذ معنى الصحة كون اللازم القيمة المسماة لا المثل ، و ان كان فاسداً ملماً يكن وجهاً لعدم تمكن المشتري من ارجاع الجارية حال كونها معيبة لانه ان كان البيع فاسداً كان المشتري قد وطى جاريته الغير فعلية ان يردها او يرد اجرة الوطى .

(فلا يتوهم جواز التمسك بها) اى بهذه الرواية (لصحة هذا البيع) اى البيع الذي يكون مجحولاً الثمن (اذ لو كان صحيحاً ملماً يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تتحقق البيع بثمن خاص ! بل اللازم القيمة المسماة - وهي القيمة التي علقت على اراده المشتري ، وقد اراد اعطاء الألف - .

(نعم هي) الرواية (محتاجة الى ازيد من هذا التأويل) الذي ذكرناه في حال فرض كون البيع صحيحاً (بناءً على القول بالفساد) اذ : بناءً على الصحة يمكن توجيه الرواية بان الثمن اذا كان بنظر احد هما جاز .

في اشتراط العلم بمقدار الثمن

بان يراد من قوله ((باعنيه باب حكمي)) قطع المساومة على ان اقوّمها على نفسى
بقيمتها العادلة فى نظرى حيث ان رفاعة كان نخاساً يبيع ويشتري الرقيق
فقومها رفاعة على نفسه بآلف درهم ، امامعاطاة واما مع انشاء الايجاب
وكالة ، والقبول اصاله ، فلما مسها وبعث الدرارهم لم يقبلها المالك ،
لظهور غبن له فى البيع وان رفاعة مخطئ فى القيمة

اما بناءً على الفساد ، لا يمكن توجيه الرواية بانه كيف لم يجوز له الامام عليه السلام ارجاع الجارية في صورة العيب ؟ مضافاً الى ان الفساد مخالف لقوله : ((باعنيها)) و قوله : « لو لم يقبلها » و قوله : « ان كان قيمتها اكثر فعليك ان ترد » ((بأن يرداد)) هذا متعلق بقوله « التأويل فيه ما تعيين » او قوله « ازيد من هذا التأويل » — فان مفادة العبارتين واحد — (من قوله ((باعنيها بحكمي)) قطع المساومة) و القرار بينى وبين البائع (على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة فى نظرى) بان وكله فى المعاملة ، لان البائع اجرى المعاملة

و من المعلوم : ان الموكل لا تلزم معرفته بمقدار الثمن فيما اذا كان الوكيل مغوضا (حيث ان رفاعة كان نخاسا) النخاس هو الذى (يبيع و يشتري الرقيق) اى العبيد (فقومها رفاعة على نفسه بـ الاف درهم امامعاطاة) بان لم يجر الايجاب والقبول (و امامع انشاء الايجاب وكالة) عن صاحب الجارية (و القبول اصالة) عن نفسه (فلما مسها وبعث الدراهם) الاف (لم يقبلها) اى الدراهم (المالك، لظهور غبن له) اى للملك (في البيع ، و ان رفاعة مخطئ في القيمة) اذ المنصرف من

او لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به .
وقوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكتر ، فعليك ان ترد مانقص 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 الوكلات التقويم بالقيمة العادلة ، لقيمة اعتباطية .
(او) لم يقبلها المالك – لا لتخطئة رفاعة في القيمة – بل (لثبوت
 الخيار الحيوان) الشامل للحيوان الانسي 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 مانقص» ؟ اذ : مع
الفسخ لا بيع ، فلا يكلف المشتري برد الناقص ؟

قلت : (قوله عليه السلام : ان كان قيمتها اكتر ، فعليك ان ترد ما
نقص) لا ينافي الفسخ بال الخيار ، 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)

وانما يمسك المشتري الجارية بعد فسخ المعاملة ، ورجعها الى
المالك (حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية ، فيسقط خياره) اى
المالك (ببذل التفاوت) بين القيمة الواقعية ، وبين القيمة التي
عينها المشتري .

فالمعنى انك ايها المشتري اسقط خيار البائع بسبب اعطائه التفاوت

في اشتراط العلم بمقدار الثمن

واما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد وتعيين
عليه قيمتها اذا فسخ البائع .

وقد يحمل على صورة تلف الجارية .
وينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها [انتهى] .
وكيف كان فالحكم بصحمة البيع بحكم المشتري ، وانصراف الثمن

فمعنى «عليك ان ترد») ان ذلك عليك اذا اراد البائع الفسخ ،
واردت انت ارضاً المالك لثلاي فسخ .

(واما ان يحمل على حصول الحبل) في الجارية (بعد المس) لان
المشتري وظئها (صارت ام ولد وتعيين عليه قيمتها اذا فسخ البائع)
كمالاً اشتري جارية و كان 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) حملة ثالثاً - اي قوله عليك ان ترد - (على صورة تلف
الجارية) فان ذا الخيار اذا فسخ المعاملة ، وقد تلف قبل ذلك المتع ،
كان لدى الخيار اخذ القيمة .

(و) لكن هذا الحمل غير تمام .

اذ (ينافيه قوله فيما بعد : فليس عليك ان ترد ها [انتهى]) اذا ظاهر
هذه الفقرة وجود الجارية حية .

(وكيف كان فالحكم بصحمة البيع) الذي كان ثمنه معلقاً (بحكم
المشتري ، وانصراف الثمن) - في مثل هذا البيع

.....
الى القيمة السوقية لهذه الرواية - كما حکى عن ظاهر الحدائق ضعيف
واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعت و يكون للمشتري الخيار .

و يردء ان البيع فى نفسه اذا كان عرافه باطل ، فلا يجبره على الخيار

(الى القيمة السوقية) فلا يحق للمشتري ان يحكم باقل ، ولا حق للبائع
ان يريد الاكثر ،

فالحكم بالصحة (لهذه الرواية - كما حکى عن ظاهر الحدائق)
الفتوى به (ضعيف) لما عرفت من انه ام خالفة للنص و الفتوى .
(واضعف منه ما عن الاسكافى من تجويز قول البائع : بعتك بسعر
ما بعت) سابقاً .

كمالو باع البائع من هذا الجنس بسعر خاص لجماعة من الناس ،
فيقول للمشتري : بعتك بمثل السعر الذى بعثه به قبل ، فيما اذا لم
يعلم المشتري بذلك السعر ،اما اذا علم فلا شکال في الصحة .
ويحتمل ان يكون المراد بـ ((بعث)) الثاني ((اشتريت)) اي بيعك
بالسعر الذى اشتريته بذلك السعر (ويكون للمشتري) اذا علم الثمن
(الخيار) في الفسخ والامضاء ، و كانه جعل الخيار قد راك الخسارة
المشتري و ندمه اذا رأى الثمن غالياً .

(و يردء ان البيع فى نفسه اذا كان عرافه باطل ، فلا يجبره
على الخيار) بالإضافة الى ان الخيار يحتاج الى دليل ، وهو مفقود فى
المقام .

.....
واما بيع خيار الروية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن
حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الا سكافى فى مسألة القدرة على
التسليم .

(و) ان قلت : فكيف تقولون بصححة البيع فيما اذا لم يره المشتري؟ و
اشتراه بالاوصاف ، فانه ايضا غرر ، لكنه يجبر ب الخيار الروية .
قلت : (اما بيع خيار الروية فذكر الاوصاف فيه) يكون (بمنزلة
اشتراطها) اى اشتراط تلك الاوصاف (المانع) ذلك الاشتراط (عن
حصول الغرر ، كما تقدم عند حكاية قول الا سكافى فى مسألة القدرة على
التسليم) فلا يكون هناك غرر ، بخلاف المقام .
فصحة البيع هناك وجبره ب الخيار الروية لا توجب القول بصححة البيع
هنا .

مسئلة

العلم بقدر المثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا كما عن التذكرة، و
عن الغنية العقد على المجهول باطل بلا خلاف، وعن الخلاف : ما
ي Bauer كيل فلا يصح بيعه جزاها وان شوهد ، اجماعا ، وفي السرائر : ما ي Bauer
وزنا فلا ي Bauer كيل بلا خلاف .

والاصل في ذلك ما تقدم من النبوى المشهور وفي خصوص الكيل
والوزن خصوص الاخبار المعتبرة منها صحيحة الحلبي في رجل اشتري
من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم

(مسألة العلم بقدر المثمن) كيلا ، او وزنا ، او وعدا ، 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
بلا خلاف ، وعن الخلاف) لشيخ الطائف (ما ي Bauer كيل فلا يصح بيعه
جزاها) بلا كيل (وان شوهد ، اجماعا ، وفي السرائر : ما ي Bauer وزنا فلا ي Bauer
كيل بلا خلاف) و مراده ما اذا لم يكن الكيل طريقا الى الوزن و دليلا عليه
(والاصل في ذلك) اي الدليل على اعتبار العلم بقدر المثمن
(ما تقدم من النبوى المشهور) نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر
الشامل للزوم العلم بالثمن كيلا ، وزنا ، وعدا ، وغيرها (وفي خصوص
الكيل والوزن) لا سائر خصوصيات المثمن (خصوص الاخبار المعتبرة منها
صحيبة الحلبي في رجل اشتري من رجل طعاما عدلا) هو وعا من
القطن ، او شبيهه (بكيل معلوم) بأن كان ذلك العدل كيل معلوما

في اشتراط العلم بقدر المثمن

ثم ان صاحبه قال للمشتري : ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل ،
فان فيه مثل ما في الآخر الذى ابتعته ، قال عليه السلام : لا يصلح
الابكيل ، قال عليه السلام ، و ما كان من طعام سميت فيه كيلافان لا يصلح
مجازفة هذا ما يكره من بيع الطعام .

و فى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة .

والا يراد على دلالة الصحيحة بالاجمال او باشتمالها على خلاف
المشهور من عدم تصديق البائع

(ثم ان صاحبه) اي البائع (قال للمشتري : ابتع منى هذا العدل الآخر
بغير كيل ، فان فيه) اي فى هذا العدل (مثل ما في الآخر الذى
ابتعته) اي اشتريته (قال عليه السلام : لا يصلح الابكيل)
ثم (قال عليه السلام ، و) كل (ما كان من طعام سميت فيه كيلافان)
لا يصلح مجازفة بلا معرفة القدر (هذا) البيع بدون العلم بالكيل
(مما يكره من بيع الطعام)

و المراد بالكراءه : التحرير ، لانها استعمل فيه لغة و عرفا و ان كان
فى اصطلاح المتشرعا يغلب استعمالها فى الكراهة مقابل التحرير .
(و فى رواية الفقيه) قال عليه السلام : (فلا يصح بيعه مجازفة) و
هذا اصرح من ذلك .

(و الا يراد على دلالة الصحيحة بالاجمال) لانه لا يعلم انه هل
المراد ب ((سميت فيه كيلا)) مامن شأنه يقال ، او ما سمع البائع فيما يكيل
(او باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصدق البائع) وال الحال

غير وجيه لأن الظاهر من قوله : سميت فيه كيلاً أنه يذكر فيه الكيل
فهي كناية عن كونه مكيلاً في العادة .

اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر في
التنويع مع انه ليس من الطعام مالا يأكل ، ولا يوزن الا في مثل الزرع قائماً
بعد اراده هذا المعنى فتأمل .

واما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول

ان البائع مصدق فيما يقول ، لانه ذو اليد .
فهذا الاراد (غير وجيه ، لأن الظاهر من قوله : سميت فيه كيلاً ،
انه يذكر فيه الكيل) اي انه من الامور المكيلة (فهي) اي عبارة الامام
عليه السلام (كناية عن كونه مكيلاً في العادة) فلا جمال فيه .

(اللهم الا ان يقال : ان توصيف الطعام بكونه كذلك) اي مكيل
(الظاهر في التنويع) وان الطعام على نوعين نوع يذكر فيه الكيل و
نوع لا يذكر فيه الكيل (مع انه ليس من الطعام مالا يأكل ، ولا يوزن الا
في مثل الزرع كالنعناع ، والكراث ، وما شبيههما (قائماً، بعد اراده
هذا المعنى) اي كونه مكيل ، بل المراد التسمية فيما يصح بيعه بلا كيل
فلا تكون الرواية دليلاً على مسألتنا (فتتأمل) اذا كون الطعام اما مكيل او
موزنا يوجب حمل « سميت » على التوضيح لا التنويع فيكون الوصف من
قبيل « ولا طائر يطير بجناحيه » فتكون الرواية دليلاً شرطاً على الكيل في
المكيلا .

(واما الحكم بعدم تصدق البائع) وانه خلاف المشهور (فمحمول

فى اشتراط العلم بقدر المثمن

.....
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 صحيتنا
وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد او نقص لم

يجز .

وامانسته الكراهة الى

على شرائه) ذلك العدل (سواء زاد او نقص خصوصا اذا لم يطمئن)
المشتري (بتصديقها ، لا) انه محمول على (شرائه على انه القدر المعين
الذى اخبر به البائع)

وانما نحمل الرواية على ذلك المعنى لا هذا المعنى (فان هذا) اي
لو اشتري باعتبار القدر المعين (لا يصدق عليه الجزاف)
فتسمية الامام اياه مجازفة شاهدة على اراده الحمل الاول - اي على
شرائه سواء زاد او نقص - ويدل على كفاية الشراء بكلام البائع كلمات
الفقراء .

(قال فى التذكرة لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح
عندنا) وان لم يكل الان .

(وقال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن) دون ان يكون البيع
لذلك القدر ، بل (سواء زاد او نقص لم يجز) لانه مجرور وغرض .

(وامانسته) اي الامام عليه السلام فى الرواية السابقة (الكراهة الى

هذا البيع ، فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد .

وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سأله عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل ولا وزن ، فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجل فى طعام قد كيل او وزن تشتري منه مراقبة ، فلا بأس ان اشتريته منه ، ولم تكله او لم تزنه اذا اخذه المشتري الاول بكيل او وزن و قلت له عند البيع انى اربحك كذا كذا ، و دلالتها اوضح من الاولى

هذا البيع ، فليس) مضراب ما نقوله من البطلان .

اذ : ليس (فيه) اى في لفظ الكراهة (ظهور في معنى المصطلح) في كلام المتشرعا ، في المرجوح ، (يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح) في الرواية (في الفساد) حتى يقال : بأنه يجمع بين اللفظين يكون مثل هذا البيع مكرها .

(وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة ، قال سأله عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن) فيما اذا اشتري (بغير كيل ولا وزن فقال عليه السلام : اما ان تأتى رجل فى طعام قد كيل او وزن ، تشتري) قبل ذلك (منه مراقبة) بأن فتعطيه ثمنا اكثرا من الثمن الذى اشتراه بذلك الثمن ، كما لو اشتري الطعام بثمانين فتعطيه مائة (فلا بأس ان اشتريته منه ، ولم تكله او لم تزنه اذا اخذه المشتري الاول) اى البائع لك ، او البائع للبائع - مثلا - (بكيل او وزن ، و قلت له) اى للبائع (عند البيع انى اربحك كذا كذا ، و دلالتها اوضح من الاولى)

في اشتراط العلم بقدر المثمن

ورواية أبان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لا بى عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كالم ، فصدقناه وأخذناه بكيله 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 أبي العطار وفيها : قلت فاخذ الكرو ، والكرين

اذ مفهوم الحديث : انه اذا لم يكن كيل او وزن ففيه ^{البأس} وبيانا هر**الباء** **البطلان** ، اذ هو المنصرف من اللفظ عند الاطلاق في باب المعاملات .

(و رواية أبان عن محمد بن حمران ، قال قلت : لا بى عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كالم ، فصدقناه وأخذناه بكيله) 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)

فإن هذه الرواية (دلت على عدم جواز البيع بغير كيل : الا اذا اخبره ^{البائع} فصدقه المشتري)

والظاهر من « اما انت الخ » الكراهة ، ووجهها ان المشتري لا يعلم كون كلام ^{البائع} عادقا قطعا ، ولذا ينبغي له الاحتياط في عدم البيع حتى يكيله هو ليأمن من تبعات المعاملة .

(و فحوى رواية أبي العطار ، وفيها : قلت فاخذ الكرو ، والكرين)

فيفقول الرجل اعطنيه بكيل ، فقال عليه السلام : اذا ائتمنك فلا بأس به ومرسلة ابن بكر عن رجل سئلت اباعبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل ، فقال : اما ان يأخذ كله بتصديقه ، واما ان يكيل كله ، فان المنع من التبعيض المستفاد منه ارشادى محمول على انه ان صدقه فلا حاجة الى كلفة كيل البعض ، و الا فلا يجزى كيل البعض .

الكر كيل خاص يعادل الفا و مائة رطل بالعربي ، كمائى باب ما ء الكر (فيقول الرجل) المشتري (اعطنيه بكيل) الذى كلت انت بدون حاجة الى كيل جديد (فقال عليه السلام : اذا ائتمنك) فى قوله : انه كذا كرا (فلا بأس به) فان مفهومه اليس فى صورة عدم الائتمان فكيف بصورة عدم الكيل اصلاً لأن يبيعه جزاها (و مرسلة ابن بكر عن رجل سئلت اباعبد 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 يحتاج الى كيل البعض (اما ان يكيل كله) اذا لم يصدقه فى كيله ، وهذا شبه ارشاد ، والافانه اذا صدقه جاز ان يأخذ بعضه كيل او بعضه باخباره .

ولذا قال المصنف (فان المنع من التبعيض المستفاد منه) اى من الحديث (ارشادى محمول على انه ان صدقه فلا حاجة الى كلفة كيل البعض ، و الا) يصدقه (فلا يجزى كيل البعض)

فی اشتراط العلم بقدر المثمن

.....

و يحتمل الروایة الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراط .

و كيف كان ففي مجموع ما ذكر من الاخبار ، و مالم يذكر ممافيه ايماء الى المطلب ، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه عند السائل و تقرير الامام كمافي رواية كيل ما لا يستطيع عده ، وغيرها ، مع ما ذكر من الشهرة المحققة ، و الاتفاقيات المنقوله كفاية في المسئلة .

(و يحتمل الروایة) احتمالا خارجا عما نحن فيه بـ (الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراط) بانه اذا اشتري مثلا كرارا كليا فاراد الاستيفاء كان الاستيفاء بالكيل ، فتكون الروایة خارجة عن محل كلامنا .

(و كيف كان) سواء قلنا بعدم دلالة بعض هذه الاخبار او دلالتها (ففي مجموع ما ذكر من الاخبار ، و مالم يذكر ممافيه ايماء الى المطلب) اي وجوب الكيل او الوزن ، ايماء (من حيث ظهوره) اي ظهور مافيته ايماء (في كون الحكم) بلزم الكيل و الوزن (مفروغا عنه عند السائل و تقرير الامام) اي لم يردعه الامام بان يقول : لاحاجة الى الكيل والوزن (كمافي رواية كيل ما لا يستطيع عده) فعن ابي عبد الله عليه السلام : انه سأله عن الجوز لا نستطيع ان نعده ، في قال بمكيال ، ثم يعد مافيته ، ثم يقال ما باقى على حساب ذلك العدد ، قال : لا بأس به (وغيرها) مما ذكر في الوسائل و المستدرك في كتاب التجارة (مع ما ذكر من الشهرة المحققة) بين الفقهاء (و الاتفاقيات المنقوله كفاية في المسئلة) ولو نوقش في مثل هذه المسألة ، ل كانت اعلى المسائل قابلة للمناقشة .

.....
ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر
الشخصى و ان 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 .
و حكم غسل الجمعة ليس منوطا بوساخة بدن المغتسل ، وهكذا .
نعم هناك بعض الاحكام تدور مدار الشخصيات كالضرر ، والعسر
والحرج ، فانه لو كان استعمال الماء ضررا الجميع من فى المدينة
الا بلهذا الشخص لم يجز لهذا التيم ، وان جاز لسائر من فى المدينة
(وان كانت حكمته) اي حكمة ايجاب الكيل و الوزن (سد باب المسامحة
المفضية) تلك المسامحة - الحاصلة بعدم الكيل و الوزن - (الى
الوقوع فى الغرر)

و معنى الحكمة ان الشارع لا حظ انه لو اباح البيع بدون كيل او
وزن ، لوقع كثير من الناس فى الغرر ، وبهذه الملاحظة شرع الحكم
المعمول .

وانما لم يخصح الحكم بمن يقع فى الغرر ، لانه ان خصص الحكم
بهم لوقع من يزعم عدم الغرر ، فى الغرر لأن بعض الناس يزعم انه لا غرر
فيقدم على المعاملة ، فيقع فى الغرر (كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض

فى اشتراط العلم بقدر المثمن

.....
الشروط فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك
الشرط .

فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل ، والوزن ، وان لم يكن فى شخص
المقام غرر كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابلها فى الميزان من جنسه
او غيره المتساوى له فى القيمة فانه لا يتصور هنا غرر اصلاح الجمل
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 .
وانما يشترط ، لأن المنازعة اخذت حكمة لاعلة .
واما معرفة ان الحكم تابع للعلة او الحكمة ، فمنوطه بلسان الدليل
كمالا يخفى .

(فحينئذ) اي حين كان اعتبار الكيل و الوزن حكمة لاعلة (فيعتبر
التقدير بالكيل و الوزن ، وان لم يكن فى شخص المقام غرر ، كما لو
باع) البائع (مقدارا من الطعام) كالحنطة (بما يقابلها فى الميزان من
جنسه) كما لو اراد هذا الحنطة البغدادية و ذاك الحنطة الشمالية ،
فبدل احد هما حنطته بالآخر ، بان ملاعا كفتى الميزان حنطة متناسبة
(او غيره) كما لو باع الحنطة بالسكر (المتساوى له فى القيمة) فيما كانت
القيمتان متتساوين (فانه لا يتصور هنا غرر اصلاح) وجود (الجمل
بمقدار كل من العوضين) لانهما لا يعرفان ان المقدار كيلو ، او كيلوان

.....

لأنه مساو للآخر في المقدار .

ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيماء الاخبار على المورد الغالب
وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير، فلو
فرض اندفاع الغرر بغير التقدير، كفى، كما في الفرض المذبور .
وكما اذا كان للمتباعين حد سقوى بالقدر نادر التخلف عن
الواقع .

وكما اذا كان المبيع قليلاً ميتعارف وضع الميزان لمثله، كما لو
دفع

(ل) انهم يعلمون بـ (انه مساو للآخر في المقدار) و مع ذلك لا يجوز .
(و) لكن (يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيماء الاخبار) اي
اطلاقات كلمات الفقها، و الاخبار الدالة على اشتراط الكيل والوزن
(على المورد الغالب، وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين
موقوفا على التقدير) اي الكيل والوزن (فلو فرض اندفاع الغرر بغير
التقدير، كفى، كما في الفرض المذبور) و هو مقابلة الجنسين في كفتي
الميزان، او الجنس الواحد مثلا، وكما اذا كان قيمة السكر نصف قيمة
الحنطة، فاخذ مقدار من الحنطة و اعطى ضعفه سكرامثلا .
(وكما اذا كان للمتباعين حد سقوى بالقدر نادر التخلف عن
الواقع) فانه لا يحتاج الى الكيل والوزن لان صراف الاطلاقات عن مثل
ذلك .

(وكما اذا كان المبيع قليلاً ميتعارض وضع الميزان لمثله، كما لو دفع

فلساو اراد به دهنا الحاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز لماتراضا
عليه من التخمين .

ولامنافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون ، و عدم دخول
الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثالثة من الحنطة ، اولكرته كزبرة
الحديد ، كما نبه عليه في القواعد ، و شرحها و حاشيتها .

ومماذ كرنا يتوجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فانها و
ان كانت من الموزون .

فلساو اراد به دهنا الحاجة فان الميزان لم يوضع لمثله ، فيجوز بماتراضا
عليه من التخمين) .

(و) ان قلت : كيف يمكن ان يكون الشئ مكيلا و موزنا ؟ و لا يكون
الميزان و المكيل موضوعين لمثل ذلك الشئ و هل هذا الاتهاف ؟
قلت : (لامنافات بين كون الشئ من جنس المكيل و الموزون و عدم
دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثالثة من الحنطة) فان
معنى كونه مكيلا تكون جنسه كذلك و معنى عدم وضع الكيل له عدم وضع
الكيل لهذا الشخص - كما عرفت في المثال - (او لكرته كزبرة الحديد
كما نبه عليه في القواعد ، و شرحها و حاشيتها) و ان كان جنس الحديد
مما يقال .

(ومماذ كرنا) من انصراف الاطلاقات عن بعض الموارد الموجب بذلك
الانصراف لعدم وجوب الوزن (يتوجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس
المسكوكة فانها و ان كان من الموزون) لكونه تحسا و نحوه .

ولذا اصرح في التذكرة بوقوع الربا فيها ، الا انها عند وقوعها ثمنها حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها فهو كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن .

وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة أكثر نقود بغداد في هذا الزمان ، وكذا الدرهم والدينار الخالصان فانهم ما وان كانوا من الموزون ويدخل فيهما الربا جماعاً .
الآن ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضاً من

(ولذا اصرح في التذكرة بوقوع الربا فيها) لأن المكيل والموزون يدخله الربا (الانها عند وقوعها ثمنها) لا بد لافى باب الربا ، كما لو اعطي فلساً في مقابل فلسرين ، فإنه في باب الربا يعتبر التساوى في الوزن (حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها) بل يجوز جعله ثمناً بدون ان يعرف كم له من الوزن (فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن) فلا يحتاج التعامل بها إلى الوزن .

(وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة) او المركبة من غيرهما من سائر الفلزات ، او ما شبه الفلز (أكثر نقود بغداد في هذا الزمان) بل وفي زماننا ايضاً (وكذا الدرهم) الفضي (والدينار) الذهبي (الخالصان) فانهم ما وان كانوا من الموزون ويدخل فيهما الربا جماعاً) حيث ان المكيل والموزون يدخل فيهما الربا والذهب والفضة من الموزونات .

(الآن ذلك) اي كونهما موزوناً (لا ينافي جواز جعلهما عوضاً من

في اشتراط العلم بقدر المثمن

.....

دون معرفة بوزنها العدم غرر في ذلك أصلاً

و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة

أغلبهم بوزنها

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنها المقرر في وضعهما

دون معرفة بوزنها العدم غرر في ذلك أصلاً

والظاهر أن اعتبار الكيل والوزن من جهة لزوم الغرر في صورة

عد مهما ، فاذا انتفى الغرر لم يشمله دليل لزوم الكيل والوزن .

(و يؤيد ذلك) الذي ذكرنا من عدم لزوم معرفة الوزن في المسكوكات

و ان كانت من الموزونات (جريان سيرة الناس) المتشرعاً (على المعاملة

بهما) اي بالدرهم والدينار (من دون معرفة غالبيهم بوزنها) والسيرة

متصلة الى زمان المعصوم .

فإن النقود في زمنهم عليهم السلام لم تكن معلومة الوزن لغالب

الناس ، ومع ذلك لم يرد دليلاً على لزوم الوزن ، بل كافوا

يتعاملون بها بدون ردع من الآئمة عليهم السلام ولا ارشاد منهم عليهم

السلام بل تقريرهم كما في قصة الإمام الباقر حيث امر بضرب السكة .

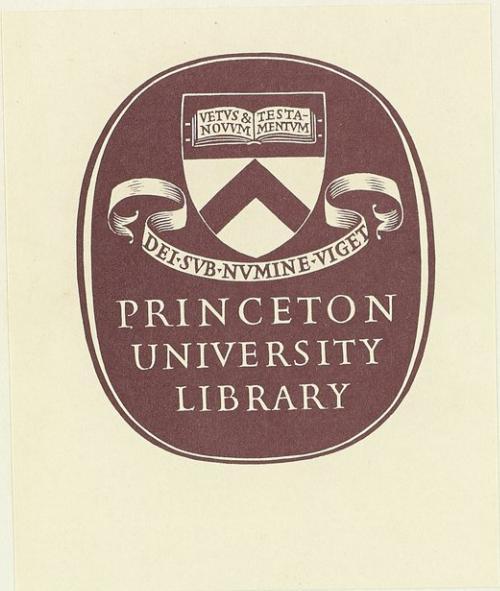
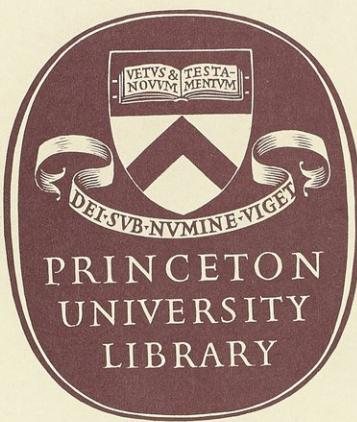
و من المعلوم : انه لو كان لا يجوز التعامل إلا بمعرفة الوزن لكان

اللازم البيان ، فعدم الدليل دليل العدم .

(نعم يعتبرون) الناس (فيهما) اي في الدرهم والدينار (عدم

نقصانها عن وزنها المقرر في وضعهما) اي الموضع الذي قرره ضارب

السكة لهما عند وضع السكة .



HC499
.Z9P773
iur'9

NEC