

هَدْيٌ إِلَى طَرِيقِ رَبِّكَ

إِلَى

شَرْحِ الْمَكْسِبِ

تَأليف

سَيِّدِ أَوْلِيَاءِ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ

ابن حجر العسقلاني

الناشر

مكتبة دار التراث في بيروت

بيروت - لبنان

# هُدَى إِلَى طَائِفَةِ الْبُحْرَى

إِلَى

شَرْحِ الْمِكَاثِبِ

تَأليفُ

سَيِّمَةَ آيَةَ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ الْمُرَّوَّجِيِّ

الجزء السابع



الناشر

مؤسسة الفكر العربي

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

**THE ARABIC HISTORY**

Publishing & Distributing

**مؤسسة التاريخ العربي**

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس ٨٥٠٧١٧ - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440 - 455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، و الصَّلَاة و السلام على سيّد  
الأنبياء و المرسلين محمّد و آله الطيبين الطاهرين ، لا سيّما  
الإمام المبين و غياث المضطرّ المستكين عجل الله تعالى  
فرجه الشريف ، و اللعن المؤبّد على أعدائهم أجمعين .





## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### لفت نظر

لا يخفى على الأساتذة الكرام و الإخوة الأفاضل أن كتاب « هدى الطالب » مجموعة محاضرات ألقاها سماحة السيد الوالد عليه السلام حينما كان في مهد العلم مدينة النجف الأشرف و أثناء تواجده في مدينة الأهواز بعد هجرته إلى إيران.

و كانت طريقته كتابة ما يليه من المحاضرات، فحصل من مجموع ذلك هذا الشرح الذي حاز إستقبلاً وافرأ في المحوزات العلمية. و كان آخر ما كتبه بحث الأراضى، و حالت المنية دون أمنيته و هي إتمام الكتاب، فجزاه الله تعالى عن العلم و أهله خير الجزاء، و حشره مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

هذا و كان قد كتب تعليقاً آخر على المكاسب دونه أيام تدريسه إياه في مرتبة السطح على غرار « قوله ... قوله ... » و هو و إن تكفل شرح كثير من العبارات الغامضة، كما و تضمن التعليق على بعض الأبحاث أيضاً، لكنه يختلف مع ما مضى من كتاب « هدى الطالب » من حيث التوضيح و التعليق، فكان اللازم توحيد ما كتبه أولاً مع المطبوع من حيث المنهجية، و ذلك بإضافة بعض المطالب إليه.

و قد أمرني عليه السلام - قبيل وفاته - بتابعة المشروع إتماماً للفائدة، فقمْتُ بإمثال أمره - مع الاعتراف بقصد الكفاءة العلمية - و اقتصرْتُ غالباً على إكمال ما كان يختص بتوضيح الكتاب، معتمداً على ما دونه أعلام شراح المكاسب و محشيه، كالسيد الفقيه الطباطبائي و الشيخ الفقيه المامقاني و المحقق الخراساني و المحقق التقي الشيرازي و المحقق النائيني و المحقق الإصفهاني و المحقق الإيرواني و السيد العلامة الإشكوري و العلامة الشهيدي و غيرهم من الأجلة، و أخص بالذكر ما إستفدته من محاضرات شيخنا الاستاذ، العالم

العامل، الفقيه المحقق، سماحة آية الله الكبرى الشيخ الوحيد الخراساني متعنا الله بدوام ظلّه.  
هذا مضافاً إلى إستخراج ما تيسّر لي إستخراجه من الأقوال المنقولة في المكاسب،  
خصوصاً ما عبّر عنه شيخنا الأعظم رحمته بمثل « و ربما يستدل، و قد تخيّل، كما توهم،  
و لا ينتقض، و دعوى، و تعميم الحجّة، و الإراد عليه، و قد يقال، و ربما قيّد » و نحوه،  
و ذلك بالتبع في الكتب التي عاصر المصنّف مؤلفيها أو قارب عصرهم، كالمصاييح و شرح  
القواعد و مفتاح الكرامة و المقابس و كشف الظّلام و المستند و العناوين و شرح خيارات  
اللمعة و الجواهر و غيرها، و أوردتُ - غالباً - نصّ العبارة تسهيلاً للأمر.

و لذلك كلّ أرجو من الأساتذة الكرام أن يُحمّلوني مسؤولية ما يجدونه من خلل  
أو قصور في الأداء و تبين المراد، أو خطأ في التخريج.

و ختاماً أسأله تعالى القبول و التوفيق لإكماله، و أن ينفع به إخواننا المحصلين، إنّه  
خير موفق و معين.

قم المقدسة - شعبان المعظم ١٤٢٤

أقل الطلبة

محمد علي الموسوي المروّج

## الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ<sup>١)</sup> : أن يخرب بحيث يسقط عن الإنتفاع المعتدُّ به ، بحيث

### الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ : أن يخرب الوقف بحيث يقل نفعه

١) تقدم في الصورة الأولى أن عنوان « خراب الوقف فعلاً » جامع بينها وبين الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ والثَّالِثَةُ ، و أن الفارق بينها عدم إستعداد العين للبقاء في الأولى ، وإستعدادها له في الأخيرتين<sup>١)</sup> (\*).

ففي الصَّوْرَةُ الأولى يكون الإنتفاع بالموقوفة مساوياً لإتلافها، كما في أكل لحم الحيوان المذبوح، ولذا دار الأمر فيها بين إبقاء العين حتّى تتلف، وينتهي أمد الوقف بتلفها، وهو تضييع محرّم، و بين تبديلها، لكون البديل بقاءً لمالية نفس الموقوفة.

و في الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ - التي هي محلّ البحث - لا يوجب عدمُ التبدّل تلفَ العين بالمرّة و لا تعذرُ الإنتفاع بها كَلِيَّةً، بل يبقى مقدار يسير من المنفعة، كالدار الموقوفة التي إنهدمت فخرجت عن قابليّة السكْنى فيها ، و لكن أمكن إيجار العرصة - التي

---

(\* ) كما أنّه ﷺ فرّق بين الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ و الثَّالِثَةُ بقَلَّةِ المنفعة في الثَّانِيَّةُ بما يلحق بالمعدوم عرفاً ، لقوله : « لا تبلغ شيئاً معتدّاً به » و قوله : « يصدق عليه أنّه لا يجدي نفعاً » و قوله : « و إلاّ فمجرد حبس العين و إمساكها و لو من دون المنفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصَّوْرَةُ الأولى ». و قلّتها في الثَّالِثَةُ بما لا يلحق

هي جزء الموقوفة - بشيءٍ قليل، كما لو كان أجرة الدار كلَّ شهرٍ عشرةً دنائير،  
و أجرة العرصة - كذلك - درهمين.

ففي هذه الصّورة يقع التّزاحم بين أمرين تعلّقَ غرض الواقف بكلِّ منهما.  
الأوّل : حفظ خصوصيّة العين ، لكونها بخصوصيّة محبوسة للموقوف عليه.  
ولازمُهُ رفع اليد عن الانتفاع الخاص كالسكنى.  
الثاني : حفظ خصوصية المنفعة المسبّلة حتى إذا توقف على تبديل العرصة  
بدار أخرى. وسيأتي في (ص ٢١) ترجيح هذا على الأمر الأوّل.

بالمعدوم عرفاً، كما هو صريح قوله فيها : « أن يخرب بحيث يقل منفعته، لكن لا إلى  
حد يلحق بالمعدوم » و لا بدّ أن يكون نظره إلى الصورة الثانية التي يلحق فيها ندرة  
المنفعة بالمعدوم، هذا.

و لكن يشكل الفرق المزبور بما أفيد : من أن المراد بقلة المنفعة في الصّورة  
الثانية إن كان ما تقدم في كلامه من لحوقها بالمعدوم - كما في إجارة عرصة الدار  
بدرهمين شهراً - لم يصحّ الإستدراك عليه بقوله : « نعم لو كان قليلاً في الغاية بحيث  
يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز » لإتّحاد الإستدراك مع ما قبله موضوعاً، و هو  
ندرة المنفعة بحيث يكون بحكم العدم عرفاً.

و إن كان مراده من القلة ندرة المنفعة بالنسبة إلى ما كان عليه العين قبل  
الخراب مع كونها شيئاً معتداً به عرفاً - كما إذا كان أجرة العرصة نصف أجرة الدار  
حال عمرانها - فالإستدراك المزبور و إن كان في محلّه، لتعدّد الموضوع، إلا أنه يلزم  
إتّحاد الصّورة الثانية و الثالثة<sup>١١</sup>.

و الحاصل: أن عدّ الصورة الثانية مستقلة منوط بترك الإستدراك المزبور، ليتعدد  
موضوع البحث فيها و في الثالثة.

يصدق عرفاً<sup>(١)</sup> أنه لا منفعة فيه<sup>(٢)</sup>، كدارٍ إنهدمت، فصارت عرصة تؤجر للإنتفاع بها<sup>(٣)</sup> بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به. فإن كان ثمنه<sup>(٤)</sup> على تقدير البيع لا يُعطى به إلا ما كان منفعته<sup>(٥)</sup> كمنفعة العرصة، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز.

لكن المصنف رحمه الله فصل هنا بين فرضين، و اختار عدم جواز البيع في أحدهما، و استشكل في الآخر.

ثم تعرض لأمرين آخرين :

أحدهما : حكم قلة المنفعة لموجب غير الخراب، كالإستغناء عن الخانات الموقوفة على المسافرين - في هذه الأزمنة - لإعتياد السفر بالسيارات و الطائرات و نحوهما.

ثانيهما : حكم وقف العنوان، و سيأتي البحث فيهما.

(١) و إن لم يصدق « عدم النفع » حقيقةً، من جهة وجود نفع يسير فيه، كما مرَّ في إجارة عرصة الدار بدرهمين مثلاً.

(٢) هذا الضمير و ضمير « أنه » و المستتر في « يخرب ، يسقط » راجعة إلى الوقف.

(٣) أي : بالعرصة، و قوله : « بأجرة » متعلق بـ « تؤجر ».

(٤) أي : ثمن الوقف، و هذا هو الفرض الأول، و هو : أن تكون قيمة العرصة بحيث يتعذر شراء شيء بها يكون منفعته أزيد من أجرة العرصة، كما إذا كان قيمتها عشرة دنانير، و أجزتها شهراً درهمين، و لو بيعت لم يتيسر شراء شيء - بالثمن - يكون غماؤه أزيد من درهمين. و حكم هذا الفرض منع البيع، لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، و لم يحرز مسوغ البيع بعد.

(٥) أي : منفعة المُعطى بالثمن، و المراد بالمعطى هو البديل المشتري بثمان الوقف.

و المقصود مساواة عائدة البديل و البديل.



و إن كان<sup>(١)</sup> يُعطى بئمنه<sup>(٢)</sup> ما يكون منفعته<sup>(٣)</sup> أكثر من منفعة العرصة، بل يساوي منفعة الدار<sup>(٤)</sup>، ففي جواز البيع وجهان :  
من عدم دليل على الجواز<sup>(٥)</sup> مع قيام المقتضي للمنع.

(١) معطوف على « فإن كان » وهذا هو الفرض الثاني، و هو : أن يكون ثمن العرصة - على تقدير البيع - وافياً بشراء دكان مثلاً يُؤجر بدنانير، فتزيد منفعة البديل على منفعة العرصة فعلاً، أعني بها الدرهمين.  
و في جواز البيع في هذا الفرض و عدمه وجهان ، سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٢) أي: بئمن الوقف.

(٣) أي: منفعة المعطى، و هو البديل، كما إذا كانت العرصة في سوق يتخذ فيه محلات للتجارة، أو كانت في شارع عام يبذل لها ثمن كثير، و نحوها مما يعدّ أجرة نفس العرصة قليلاً بالنسبة إلى منفعة البديل.

(٤) أي: منفعة الدار قبل إهدامها، فإذا كانت أجزتها شهراً عشرة دنانير، كان منفعة ما يشتري بئمن العرصة عشرة دنانير أيضاً. والوجه في الإضراب واضح، لأنّ شبهة جواز البيع تتأكد عند مساواة البديل لمنفعة نفس الدار الموقوفة المنهدمة.

(٥) هذا وجه منع البيع، و حاصله : وجود المقتضي و فقد المانع. أمّا وجود المقتضي فلتعلّق غرض الواقف بحبس العين الخاصة كالدار التي تكون العرصة جزأها، و المفروض إمضاء الشارع هذا الإنشاء، بمثل « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ». و أمّا فقد المانع، فلأنّ مسوغ البيع هو خراب الوقف بحيث لا يجدي نفعاً، فيجوز بيع الوقف الساقط عن النفع بالمرّة كما تقدّم في الصورة الأولى. و لكن لا ريب في عدم صدق هذا المانع على المقام، لفرض عود منفعة قليلة من العرصة إلى الموقوف عليهم. و يشهد لمنع جواز البيع تصريح العلامة رحمته بعدم جواز بيع عرصة الدار المنهدمة، لبقائها على الوقف.

و هو<sup>(١)</sup> ظاهر المشهور، حيث قيّدوا الخراب الموسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدي نفعاً<sup>(٢)</sup>.

و قد تقدّم<sup>(٣)</sup> التصريح من العلامة في التحرير بأنه « لو إنهدمت الدّار لم تخرج العرصة من الوقف، و لم يجز بيعها »<sup>(٤)</sup>.

اللهم إلا<sup>(٥)</sup> أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتدّ به

(١) أي: عدم جواز البيع في هذا الفرض ظاهر فتوى المشهور بجواز البيع إذا لم يجد نفعاً أصلاً، فمورد بقاء شيء من النفع - كما في المقام - خارج عن جواز البيع.  
(٢) تكرر قيّد « عدم إجداء النفع » في كثير من العبارات التي نقلها المصنف رحمته في أوّل المسألة، ففي المقنعة « أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً » و في الانتصار: « متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً » و في المراسم: « حتّى لا ينتفع به على أيّ وجه كان » و في جامع المقاصد: « إذا خرب و اضمحلّ بحيث لا ينتفع به » و غيرها فراجع<sup>(٦)</sup>.

(٣) غرضه رحمته من الإستشهاد بعبارة التحرير أن منع البيع عند عود شيء من النفع يستفاد من مفهوم قولهم: « بجواز البيع بحيث لا يجدي نفعاً ». و من المعلوم أن دلالة المفهوم بالظهور لا بالصراحة، و لكن العلامة صرح بمنع بيع العرصة و ببقاء وقفيتها.

(٤) ظاهره الإستدراك على قوله: « من عدم دليل على الجواز » فيكون مقصوده بيان وجه جواز البيع، و كان الأنسب بسلاسة العبارة أن يقال: « و من أن النفع المنفي ... ».

و كيف كان فتوضيح ما أفاده: أن مراد المشهور - الذين قيّدوا جواز البيع بعدم

«١» هدى الطالب، ج ٦، ص ٥٦٥

«٢» المصدر، ص ٥٥٨، ٥٦٠، ٥٦٣ و ٥٦٨

بحسب<sup>(١)</sup> حال العين ، فإنّ الحمام<sup>(٢)</sup> الذي يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت

إجداء النفع - ليس عدم ترتب المنفعة على الوقف بالدقة العقلية حتى يكون حصول النفع القليل مانعاً عن البيع، بل المراد سلب النفع المعتدّ به المناسب للعين الموقوفة، فلو خربت بحيث كان ما يصل إلى الموقوف عليه يسيراً ملحقاً بالمعدوم جاز بيعها عند المشهور أيضاً، ضرورة عدم كون البيع منافياً لغرض الواقف من حبس العين و تسبيل الثمرة، لأنّ مقصوده من حبس العين تسبيل منفعة خاصة كالسكنى في الدار، فسقوطها عن تلك المرتبة يوجب خروج الوقف موضوعاً عن قوله ﷺ : « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ». و من المعلوم أنّ أدلة حلّ البيع و الوفاء بالعقود تقتضي صحة تبديلها بشيءٍ آخر.

و يشهد لكون المراد من النفع المنفي هو النفع المعتدّ به كلامُ العلامة في وقف التحرير، من « جعل عرصة الدار المنهدمة الساقطة عن المنفعة بالكلية مواتاً وجهاً في المسألة » وجه الشهادة : أنّ العرصة لاتصير مسلوية بالمنفعة بالدقة العقلية، بل قد يستفاد منها بإيجارها لبعض الأغراض كجعلها مزبلة أو محلاً لبيع أنقاض الأبنية و نحوها. و لكن لما كانت هذه الأجرة بحكم المعدوم بالنسبة إلى أجرة الدار العامرة إتجه القول بخروجها عن الوقف، و صيرورتها مواتاً يجوز للكل التصرف فيها.

(١) يعني: أن لكل عين موقوفة منفعة تناسبها، فإن كانت معتدّاً بها لم يجز بيعها، و إن كانت قليلة غير معتنى بها جاز بيعها. مثلاً إن كانت الدار تؤجر سنة بألف دينار، فالمقدار المعتدّ به خمسمائة دينار، فلو إنهدمت و استؤجرت العرصة بخمسة دنانير لم تكن هذه المنفعة القليلة مقصودةً و لا مناسبةً لمنفعة الدار، و لا يصدق على العرصة « أنّها ذات منفعة » بل يصدق - عرفاً - كونها مسلوية بالمنفعة.

(٢) غرضه التمثيل للنفع غير الّلائق بالموقوفة، كما إذا كانت أجرة الحمام العامر مائة دينار أو تسعين، و استؤجر عرصتها بعشرة دراهم، ضرورة عدم صدق « وصول النفع إلى الموقوف عليه » على هذه الإجارة.

عرصة تُوجَر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي - كجمع الزبائل<sup>(١)</sup> ونحوه - يصدق<sup>(٢)</sup> عليه : أنه لا يجدي نفعاً<sup>(٣)</sup> . وكذا القرية<sup>(٤)</sup> الموقوفة، فإن خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها، و لا تكون<sup>(٥)</sup> بسلب [ تُسلب ] منافع أراضيها رأساً . و يشهد لهذا<sup>(٦)</sup> ما تقدّم عن التحرير : من جعل عرصة الدار المنهدمة

(١) جمع « زبالة » بمعنى الفضولات و القاذورات. و لكن لم أظفر في اللّغة بهذا الجمع و لا بمفرده بلفظ « زبالة » التي هي اسم موضع . قال في اللّسان : « الزبيل - بالكسر - السرّيق و ما أشبهه »<sup>(١)</sup> و لعلّ القاعدة تقتضي جمعه على « أزبال » كمنظائره من « حبر ، و شبل » . و الغرض إيجار العرصة لجعلها مزبلة، أو لغرض البضائع فيها.

(٢) خبر « فإن الحمّام » و ضمير « عليه » راجع إلى الحمّام.

(٣) و قد تقدّم عن المشهور جواز البيع عند صدق « لا يجدي نفعاً » على الوقف.

(٤) هذا مثال آخر لصدق « عدم النفع » عرفاً على المنفعة النادرة، فلا يكون

خراب القرية الموقوفة بإمتناع الإنتفاع بها مطلقاً حتى بإجارة أراضيها بأجرة قليلة، بل يكون بغور نهرها و هلاك أهلها ممّا يوجب سلب معظم منافعها كالزراع. فيصدق عليها مع ما فيها من النفع الجزئي الملحق بالمعدوم « أنها لا تُجدي نفعاً » فيجوز بيعها حينئذٍ.

(٥) الأولى « يكون » لرجوع الضمير المستتر إلى خراب القرية، و بناءً على ما

في نسختنا من قوله « و لا تكون تُسلب » فالضمير المستتر راجع إلى القرية، أي : و لا تكون القرية الخيرية مسلوّبة المنفعة بالمرّة. و الأولى سوق العبارة هكذا : « لا بسلب ... »، و يكون « لا » نافية عاطفة.

(٦) أي : لحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتدّ به، المقصود من

مواتاً لا ينتفع بها بالكلية<sup>(١)</sup>، مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية.  
فالظاهر<sup>(٢)</sup> دخول الصورة المذكورة<sup>(٣)</sup> في إطلاق كلام كل من سوغ البيع  
عند خرابه، بحيث لا يجدي نفعاً. ويشمله<sup>(٤)</sup> الإجماع المدعى في الانتصار<sup>(٥)</sup>  
و الغنية.

### العين الموقوفة.

- (١) عبارة التحرير هي: «و لو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية - كدار  
إنهدمت و عادت مواتاً و لم يتمكّن من عمارتها - كان وجهاً». فموضوع الحكم  
بعود الأرض مواتاً هو عدم الإنتفاع بها كليّةً، و إن بقي شيء يسير من فوائدها.
- (٢) هذا نتيجة حمل النفع المنفي - في كلام المشهور - على المعتدّ به، و حاصله :  
أنّ حكمهم بجواز بيع الوقف - إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً - مطلق، يشمل صورتين،  
إحداها : سلب تمام المنفعة، و الأخرى : سلب جُلّ المنفعة. و لم يقيد هذا الإطلاق  
بسقوط العين عن تمام المنفعة، حتّى لا يجوز البيع عند بقاء شيء منها.
- (٣) و هي خروج العين عن النفع المعتدّ به.
- (٤) الأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الصورة المذكورة، يعني : أن دليل  
حكمهم بجواز البيع عند الخراب هو الإجماع، الشامل للصورتين المتقدمتين على حدّ  
سواء .
- (٥) قال السيّد رحمته في كلامه المتقدم: «و تما انفردت الإمامية به القول بأنّ  
الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه» ثم  
قال المصنف رحمته: «ثمّ إحتجّ بإتفاق الإمامية».
- و قال السيد أبو مكارم رحمته: «و يجوز عندنا بيع الوقف...» و كلمة «عندنا»  
ظاهرة في إجماع الإمامية، فراجع<sup>(١)</sup>.

لكن<sup>(١)</sup> الخروج بذلك<sup>(٢)</sup> عن<sup>(٣)</sup> عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف، الذي هو حبس العين<sup>(٤)</sup>، و عموم<sup>(٥)</sup> قوله **عَلَيْهِ**: « لا يجوز شراء الوقف » مشكل<sup>(٦)</sup>.

(١) غرضه **تَوْجُّهٌ** - بعد بيان وجه منع البيع و جوازه - ترجيح المنع، و حاصله : وجود المقتضى لعدم جواز بيع الوقف المسلوب نفعه، و فقد المانع عنه. و تقدّم بيانها في (ص ١٠).

(٢) أي: بمجرد صيرورة جُلّ منفعة الوقف مسلوبةً، و بقاء شيء يسير منها.

(٣) متعلق بـ « الخروج » يعني: أن سلب المنفعة المعتدّ بها لا يجوز البيع مع ظهور دليلين في المنع.

أحدهما: عموم « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » الدال على إمضاء ما أنشأه الواقف من حبس العين أبداً، و منعها عن الحركة الاعتبارية، سواء بقيت العين على ما كانت عليه حال الوقف أم خربت بما يقلّ نفعها. ولا مخصّص للعموم المزبور حسب الفرض.

ثانيهما: عموم « لا يجوز شراء الوقف » الظاهر في منع المعاملة تبعداً، سواء أكان منع البيع مأخوذاً في إنشاء الوقف أم غير مأخوذ فيه، و تقريب الظهور : أن كلمتي « الشراء و الوقف » من قبيل الجنس الواقع في حيز النفي، و من شأنه إفادة العموم. و لا فرق في عدم الجواز بين كون الوقف عامراً و خراباً، كما لا فرق بين قلّة عوائده و كثرتها، و لم ينهض دليل على تخصيص عموم الحرمة حتى يجوز الشراء حال قلّة المنفعة.

(٤) يعني: حبسها أبداً، سواء صرّح الواقف بالتأييد أم لم يصرّح به، فإن غرضه حال الإنشاء هو حبس العين دائماً على الموقوف عليه .

(٥) معطوف على « عموم » أي : الخروج عن عموم نفي جواز البيع.

(٦) خبر قوله: « لكن الخروج » و منشأ الإشكال : عدم المخصّص.



و يؤيد المنع<sup>(١)</sup> حكم أكثر<sup>(٢)</sup> من تأخر عن الشيخ بالمنع<sup>(٣)</sup> عن بيع النخلة

(١) بعد ترجيح منع البيع بالعمومين المزبورين، أيده بفتوى جماعة من الفقهاء - المتأخرين عن شيخ الطائفة - بمنع بيع النخلة المنقلعة، فإن المنفعة المقصودة المسبلة حال الإنشاء هي ثمرتها، وهي منتفية بعد القلع، فإن أمكن الانتفاع بها لغرض آخر كالترسيق، وجعلها جسراً على جدولٍ ونحوهما مما يكون أجنبيّاً عن جهة الوقف - ولا يكون منفعة معتداً بها - لم يجز بيعها، ويتعين الإنتفاع المزبور من ترسيقٍ وشبهه. وهذا يؤيد منع المصنف رحمته من البيع.

و التعبير بالتأييد لأجل كونه مختار أكثر من تأخر عن شيخ الطائفة، و من المعلوم عدم كون حكم الأكثر - بل المشهور - من الحجج الشرعية، لكنه صالح للتأييد.

و إن تعذر الانتفاع بالنخلة المنقلعة مطلقاً كانت الفتوى المزبورة أجنبية عمّا نحن فيه من بقاء منفعة قليلة، لتعدد موضوع المسألتين.

(٢) كالحلّي و المحقق و العلامة و فخر المحققين و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم كما في مفتاح الكرامة و المقابس<sup>(١)</sup>، قال المحقق رحمته: «و لو إنقلعت نخلة من الوقف، قيل: يجوز بيعها، لتعذر الانتفاع إلاّ بالبيع. و قيل: لا يجوز، لإمكان الانتفاع بالإجارة للترسيق و شبهه. و هو أشبه «<sup>(٢)</sup>».

(٣) متعلق بـ «حكم».

(١) مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٩٢، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٢.

(٢) «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٢٢٠ و ٢٢١. و لاحظ السرائر، ج ٣، ص ١٦٧: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٤٣ (المجربة)؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٥: تحرير الأحكام، ج ١، ص ٢٩٠ (ج ٣، ص ٣١٧، الطبعة الحديثة)؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٩٣: الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٧٩: جامع المقاصد، ج ٩، ص ٧٢: مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٤٠٠: حاشية الإرشاد المطبوعة مع غاية المراد، ج ٢، ص ٤٥١: كفاية الأحكام، ص ١٤٢.

المنقلعة بناءً<sup>(١)</sup> على جواز الانتفاع بها في وجوه آخر كالتسقيف، وجعلها جسراً، ونحو ذلك<sup>(٢)</sup>.

بل<sup>(٣)</sup> ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلي **لِلَّهِ لَفْظِيًّا**.

(١) قيد لكون حكم الأكثر مؤيداً للمنع عن البيع، وقد عرفت وجه البناء، إذ مع سقوط الوقف عن المنفعة بالمرّة يتعدّد موضوع مسألتنا - وهي بقاء المنفعة القليلة - مع موضوع حكمهم بمنع بيع النخلة المنقلعة.

(٢) كَأَنْ تُعْمَلَ زورقاً.

(٣) غرضه الترقّي - من كون منع البيع فتوى الأكثر - إلى كونه مجمعاً عليه، وهو إن كان إجماعاً تعديبياً كان حجةً على منع البيع، وإن كان محتمل المدركية كان مؤيداً أقوى من مؤيدية حكم الأكثر.

أما توضيح النزاع بين شيخ الطائفة و ابن إدريس **يَرْتَبُهَا** فهو : أنه ذهب في كتاب الخلاف إلى جواز بيع النخلة المنقلعة مستدلاً عليه « بأنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه »<sup>(١)</sup> أي على وجه البيع، فيتعيّن بيعها.

ورده الحلي بقوله: « يمكن الإنتفاع بهذه النخلة من غير بيعها، وهو أن تُعمل جسراً أو زورقاً، إلى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها. وقد بينا أن الوقف لا يجوز بيعه. فعلى هذا التحرير : لا يجوز بيعها و ينتفع بها مَنْ هي وقف عليه بغير البيع »<sup>(٢)</sup>.  
و إدعى في المختلف أن النزاع بينهما لفظي، لا معنوي، قال **رَبُّهُ** : « لأن الشيخ فرَضَ سلب منافعها، على ما ذكره في دليله، و ابن إدريس فرَضَ لها منافع غير الثمرة ».

و حاصل توجيه العلامة لكلام الشيخ **رَبُّهُ** هو : أنه لو خرب الوقف، فإن سقط

«١» الخلاف ، ج ٣ ، ص ٥٥١ ، كتاب الوقف ، المسألة : ٢٣

«٢» السرائر ، ج ٣ ، ص ١٦٧

حيث<sup>(١)</sup> نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الإنتفاع به في منفعة أخرى<sup>(٢)</sup> - الإتفاق<sup>(٣)</sup> على المنع إذا حصل فيه إنتفاع ولو قليلاً<sup>(٤)</sup> كما يظهر<sup>(٥)</sup> من التمثيل بجعله جسراً.

عن الانتفاع بالكلية جاز بيعه. وإن أمكن الانتفاع به في منفعة أخرى - غير ما عينه الواقف - كتقطيع النخلة للتسقيف أو لصنع زورق، لم يجز بيعها عند الكل. وعلى هذا لم يجوز شيخ الطائفة البيع في صورة إمكان الإنتفاع بالوقف في غير ما أراد الواقف، بل هو كأكثر من تأخر عنه من المانعين. ثم رجح العلامة جواز البيع في مورد سلب منافع العين و شراء بدل له أو صرف الثمن فيما كان تُصرف فيه منفعة نفس الوقف، أو غير ذلك، فراجع<sup>(٦)</sup>. و سيأتي في الصورة الثالثة البحث عن كون النزاع معنوياً أو لفظياً. فلاحظ (ص ٥٣).

(١) هذا تقريب جعل المنازعة بين العَلَمين لفظياً، وقد عرفته آنفاً.  
(٢) يعني: غير المنفعة المقصودة التي سبّلها الواقف، كالشمر الذي هو ثمرة النخلة الموقوفة.

(٣) خبر قوله: «ظاهر المختلف» و وجه الظهور ما عرفته من أن المخالف في المسألة هو الشيخ، و بعد حمل تجويز البيع على مورد سلب المنافع مطلقاً لا يبقى مخالف لحكمهم بمنع البيع إن بقي شيء من المنفعة.

(٤) فلا يكون النفع اليسير ملحقاً بالمعدوم حتى يسوغ البيع، فلا تُلحق هذه الصورة الثانية بالصورة الأولى.

(٥) هذا مثال للإنتفاع القليل بالنخلة الموقوفة، و منفعة الجسر و إن كان معتنى بها لكنها قليل بالقياس إلى ثمرة النخلة.

نعم<sup>١</sup>،

هذا كله في ترجيح منع البيع، و سياتي المناقشة في كلا الدليلين، و هما عموم « الوقوف » و عموم « لا يجوز شراء الوقف » فانتظر.

(١) ظاهره الإستدراك عمّا تقدم في أول الصورة الثانية من قوله: « أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به » فيكون مقصوده بالاستدراك تجويز البيع عند ندرة المنفعة بحيث يلحق بالمعدوم.

لكن تقدّم في أول الصورة - كما نبّه عليه المحقق الإيرواني رحمته "١" أيضاً - عدم تعدّد الموضوع قبل قوله: « نعم » و بعده، لأنه رحمته صرّح « بأنّه يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه » ففعلّ الأولى بتديل « نعم » بـ « و الأولى أن يقال: لو كان الانتفاع قليلاً... الخ » و هو أعلم بما أثبتته في الكتاب، جزاه الله عن العلم و أهله خير الجزاء.

و كيف كان فتوضيح وجه جواز البيع هو عدم جريان دليل المنع مع فرض وجود المقتضي للصحة. إذ المانع إمّا قوله عليه: « لا يجوز شراء الوقف » و إمّا كون حقيقة الوقف حبس العين و تسهيل الثمرة، و حيث إن هذا الإنشاء ممضى شرعاً بمثل قوله عليه: « الوقوف بحسب ما يقفها أهلها » فلا يصح البيع حتى مع ندرة المنفعة.

و المفروض عدم مانعيّة شيءٍ منهما.

أمّا الأوّل - و هو قوله عليه: « لا يجوز شراء الوقف » - فلأنّ شموله للوقف المسلوب المنفعة يكون بالإطلاق الأحوالي، فلا يصحّ بيع الوقف في كلتا حالتها العمران و الخراب. لكن تقدّم في الصورة الأولى منع الإطلاق "٢"، لإنصراف النهي إلى ما ينتفع به البطن الموجود فعلاً، و ما يكون قابلاً لإنتفاع البطن اللاحق، فلا نهي

«١» حاشية المكاسب، ج.١، ص ١٧٦

«٢» راجع هدى الطالب، ج.٦، ص ٦١٤ و ٦١٥

لو كان قليلاً في الغاية بحيث يُلحق بالمعدوم أمكن<sup>(١)</sup> الحكمُ بالجواز.

عمّا لا نفع فيه (\*).

و أما الثاني - أعني به كون حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة، و هو ممّا يجب الوفاء به - فلأن غرض الواقف و إن كان حبس العين الخاصة كالدار، و تسبيل الثمرة الخاصة كالسكنى فيها، إلاّ أن غرضه من حبس العين الخاصة يكون تابعاً لغرضه الأصلي و هو التسبيل الخاص، فبانتفاء المنفعة لا غرض للواقف في حبس العين أصلاً. و لو فرض أن مقصوده حبس العين و إمساكها مطلقاً حتى لو صارت مسلوبة المنفعة لزم القولُ بمنع بيعها في الصورة الأولى. مع أنه تقدّم هناك كون التبديل رعايةً لحقّ الواقف و الموقوف عليه، فكذا يجوز بيعها في الصورة الثانية التي سقطت العين عن المنفعة المعتدّ بها.

(١) جواب الشرط في « لو كان » و الوجه في الإمكان وجود المقتضي لصحة البيع و فقد المانع.

(\* ) و أفيد في وجه الانصراف أيضاً: أن قوله ﷺ - بعد هذه الفقرة : و لا تدخل الغلّة في ملكك - ظاهر فيما كانت له منفعة معتدّ بها، فلا يشمل محلّ البحث<sup>(١)</sup>.

لكن يمكن أن يقال : إن الحديث الشريف مشتمل على جملتين مستقلتين، و ليست الثانية تنتم للأولى حتى تكون قرينةً على إختصاص النهي عن البيع بما إذا كان عامراً ينتفع به بمقدار معتدّ به، و تقدم في أول المسألة نقل وجهين عن صاحب المقابس ﷺ في تقريب الاستدلال، أحدهما بجملة « لا يجوز شراء الوقف » و الآخر بجملة « و لا تدخل الغلّة في ملكك » فراجع<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني ﷺ، ج ١، ص ١٧٦

(٢) هدى الطالب، ج ٦، ص ٦١٤ و ٦١٥

لإنصراف<sup>(١)</sup> قوله **طَلَيْلًا**: « لا يجوز شراء الوقف » إلى غير هذه<sup>(٢)</sup> الحالة.  
 وكذا<sup>(٣)</sup> « حبسُ العين و تسبيل المنفعة » إنما يجب الوفاء به مادام  
 المنفعة المعتدّ بها موجودة<sup>(٤)</sup>. وإلا<sup>(٥)</sup> فمجرد حبس العين و إمساكه<sup>(٦)</sup> - و لو  
 من دون منفعة - لو وجب الوفاء به **لَمَنَعَ**<sup>(٧)</sup> عن البيع في الصورة الأولى.

(١) تعليل للإمكان، و غرضه نفي ما يتوهم كونه مانعاً، و هو إمّا إطلاق النهي  
 في رواية ابن راشد، و المفروض إنصرافه إلى حالة وجود المنفعة. و إمّا وجوب الوفاء  
 بإنشاء الواقف و العمل على طبقه من حبس العين أبداً، و قد عرفت أيضاً عدم  
 مانعيته.

(٢) أي: غير حالة كون المنفعة في غاية القلّة بحيث تُلحق بالمعدوم.

(٣) هذا نفي المانع الثاني، و قد تقدم بيانه، و الأولى سوق العبارة هكذا:  
 « و لأنّ حبس ... » فيكون معطوفاً على « لانصراف ».

(٤) يعني: أن « حبس العين أبداً » مقدمة للتوصل إلى تسبيل المنفعة، فمع سلبها  
 لم يكن حبس العين متعلق غرض الواقف حتى يجب الوفاء به بإبقاء الموقوفة على  
 حالها.

(٥) يعني: و إن وجب الوفاء بعقد الوقف مطلقاً حتى مع سلب المنفعة المعتدّ بها،  
 لزم منع البيع في الصورة الأولى أيضاً حفظاً لغرض الواقف و هو حبس العين الخاصة،  
 مع أنه لا ريب في جواز البيع هناك، كما عرفت.

و الأولى بسلاسة العبارة حذف « و إلاّ » أو جملة « فمجرد حبس العين ...  
 الوفاء به » بأن يقال: « و إلاّ لَمَنَعَ وجوب الوفاء عن البيع في الصورة الأولى »  
 و الأمر سهل.

(٦) الأولى تأنيث الضمير، لكون « العين » مؤنثاً سماعياً.

(٧) أي: لَمَنَعَ وجوب حبس العين عن البيع حتى في الصورة الأولى، لوحدة  
 المناط، و هو تعلق غرض الواقف بحبس عين خاصة. و وجوب الوفاء بالعقد مانع



ثم إن الحكم المذكور<sup>(١)</sup> جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلةً لعارض<sup>(٢)</sup> آخر غير الخراب، لجرىان<sup>(٣)</sup> ما ذكرنا فيه.

ثم إنك<sup>(٤)</sup> قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعضٌ: أن جواز بيع الوقف

عن البيع في كلتا صورتين، وحيث جاز التبديل هناك فكذا هنا.

هذا تمام الكلام في ما إذا كان منشأ ندرة المنفعة خراب الوقف، و سيأتي حكم

ما لو كان منشأ قلة المنفعة غير الخراب.

(١) و هو جواز بيع الوقف المسلوب معظم منفعته لأجل الخراب، مع الإشكال

الذي ذكره بقوله: «لكن الخروج بذلك... مشكل». فيقال بجواز البيع لو قلت المنفعة

مع قابلية الموقوفة للإنتفاع بها، كما إذا وقف بعيراً للسقي فاستغني عنه بعد وضع

أنابيب الماء، أو وقف خاناً لنزول الزوار و المسافرين فيه، فتعطل بعد قطع المسافات

البعيدة بالطائرات و السيارات، و كذا لو وقف داراً على ذريته ليسكنوها بأنفسهم،

و لم يمكنهم ذلك لوقوعها في محلة لا يقيم فيها - فعلاً - ذوا المروات، و نحو ذلك مما

تكون العين فيه عامرةً، و لكن لا ينتفع بها في الجهة المقصودة للوقف.

فما تقدم من وجه جواز البيع و منعه يجري هنا أيضاً، و بعد ترجيح جانب

الجواز هناك - من جهة أن حبس العين مقدمة لتسبيل الثمرة المعينة، و بانتفائها ينتفي

حقيقة التسبيل المأخوذ في الوقف، و لا يبقى مجال لحفظ خصوصية العين المسلوبة

منفعتها - نقول بجواز البيع هنا، لوحدة المناط.

(٢) المراد به ما يكون كاللازم غير المفارق بحسب العادة، كالأمثلة المتقدمة.

(٣) تعليل لقوله: «جارٍ» و ضمير «فيه» راجع إلى الموصول في قوله:

«فيما» و هو مورد قلة المنفعة لعارضٍ غير الخراب.

(٤) ما أفاده المصنف رحمته هنا إلى آخر الصورة الثانية تعريض بكلام صاحب

الجواهر رحمته من إلتزامه بفساد الوقف في موردين:

أحدهما: خراب الوقف على وجهٍ تنحصر منفعته المعتد بها في إلتلافه، كالحصير

لا يكون إلا مع بطلان الوقف، و عَرَفَتَ وجه النظر فيه<sup>(١)</sup>. ثم وَجَّه<sup>(٢)</sup> بطلان الوقف

و الجذع و نحوهما مما يكون الإنتفاع به بإتلاف العين كالإحراق.  
ثانيهما : إنعدام عنوان الوقف، كما إذا وقف بستاناً ملاحظاً في إنشائه عنوان  
« البستان » فخرّب، و سقط عن كونه بستاناً.

و قد ذَهَبَ صاحب الجواهر رحمته إلى بطلان الوقف في هذين الموردين بَعْدَ  
حكمه بأن تجوز بيع الوقف كاشف عن بطلانه، لإمتناع إجتماع المتنافيين، كما تقدّم  
توضيحه في أوائل المسألة، فراجع<sup>(١)</sup>.

و توضيح ما أفاده في المورد الأوّل هو: أن الوقف مؤلّف من أمرين أحدهما  
حبس العين، و الآخر تسبيل المنفعة، و من المعلوم تفرع التسبيل على وجود الثمرة  
خارجاً، و لا فرق في إناطة صحة الوقف بوجود كلّ من العين و منفعتها بين الإبتداء  
و الاستدامة، فكما يعتبر وجودها حدوثاً كذلك يعتبر بقاءً، فلو خربت الموقوفة  
و لم ينتفع بها بطل و قفيتها، ضرورة إنتفاء المركّب بانتفاء أحد أجزائه كانتفائه بانعدام  
تمام الأجزاء.

و المحاصل: أن الشرط الدخيل في صحة الوقف - و هو كون العين ذات ثمرّة  
مسبّلة - يقتضي إنتهاء أمد الوقف بانتفاء الثمرة.

(١) أي : في ما ذكره البعض من بطلان الوقف بجواز بيعه، و تقدم إيراد المصنف  
عليه بقوله: « و فيه: أنه إن أُريد من بطلانه إنتفاء بعض آثاره ... فهذا لا محصل له.  
و إن أُريد به إنتفاء أصل الوقف - كما هو ظاهر كلامه - ففيه: مع كونه خلاف  
الإجماع ... أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه » فراجع<sup>(٢)</sup>.

(٢) أي : جعلَ صاحبُ الجواهر رحمته الوجهَ في بطلان الوقف - في الصورة الأولى

«١» هدى الطالب، ج ٦، ص ٥٢٣ إلى ٥٢٥

«٢» المصدر، ص ٥٣٧ إلى ٥٣٩

في الصورة الأولى بفوات شرط<sup>(١)</sup> الوقف المراعى في الإبتداء والإستدامة، وهو<sup>(٢)</sup> كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها.

و فيه<sup>(٣)</sup> : ما عرفت سابقاً من أن بطلان الوقف بعد إنعقاده صحيحاً

المتقدمة - فوات شرط الوقف. قال تتو : « و الظاهر تحقق البطلان فيما لو خرب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتد بها منه في إتلافه، كالحصير و الجذع و نحوهما ... و وجه البطلان حينئذٍ فقدان شرط الصحة في الإبتداء المراعى في الاستدامة بحسب الظاهر، و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقائها »<sup>(٤)</sup>.

(١) المراد بالشرط في عبارة الجواهر المتقدمة مقوم الوقف، ولذا عبّر عنه بشرط الصحة، و هذا الشرط ملحوظ في الوقف حدوثاً و بقاءً. فلو فرض بقاء العين على الوقفية - مع فرض إنتفاء الثمرة - لم يكن حبسها مقدمة لتسييلها كما هو واضح.

(٢) أي: أن الشرط المراعى إبتداءً و إستدامةً هو كون العين مما ينتفع بها مع بقائها.

(٣) ناقش المصنف تتو في ما تقدم من الجواهر بوجوه أربعة :

الأول: أنه لا وجه لبطلان الوقف المؤبد بمجرد إنتفاء المنفعة. توضيحه : أن الكلام تارةً في إنتهاء الوقف المنقطع، و هو الموقت بأمدٍ محدود كجعل داره وقفاً على قوم مخصوصين، فينتهي الوقف بإتقراضهم، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في (ص ١٩٧).

و أخرى في إنتهاء أمد الوقف المؤبد بإنتفاء الثمرة المسبلة، و عدمه، و هو محلّ

البحث.

فذهب صاحب الجواهر إلى أنه كان وقفاً صحيحاً، و قد إنتهى أمدُه بزوال المنفعة، و أورد عليه المصنف بأنه « لا وجه له » و ظاهره إمتناعه ثبوتاً، لإستلزام

البطلان إنقلاب الشيء عمّا هو عليه، إذ مع وقوع الوقف المؤبد صحيحاً يمتنع إنقلابه و صيرورته باطلاً بنفاد المنفعة.

الثاني : أن القصور في جهة الإثبات، بمعنى أنه لو سلّمنا إمكان إنقلاب الوقف المؤبد إلى المنقطع كان البطلان منوطاً بوفاء الدليل به، لئلا يكون من القول بغير العلم، لعدم نهوض دليل بالخصوص على الخروج عن مقتضى قوله ﷺ: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها». و عليه فلا حجة على بطلان الوقف بفوات المنفعة.

الثالث : أن الشرط المزبور - و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها - وإن كان دخيلاً في الوقف، لوضوح كون الغاية من حبس العين تسبيل ثمرتها، إلا أنه يكفي في إنعقاد الوقف صحيحاً وجود المنفعة حال حدوث الوقفية و إنشائها، و أمّا اعتبار إستمرارها فلم يقدّم عليه دليل.

و الشاهد على كفاية وجود هذا الشرط ابتداءً هو ملاحظة شروط سائر العقود الناقلة، كمالية العوضين في باب البيع، فهي معتبرة حين الإنشاء، لكون البيع مبادلة مال بمال. و لا يقدح في صحته و ترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المالية بيد المشتري، كما إذا اشتري خلاً فتخمر، أو سقوط الثمن عن المالية بيد البائع إذا كان من الأنواط التي تنسخها الحكومات، فإنّ السقوط عن المالية لا يوجب الخروج عن الملك.

الرابع : أن جواز بيع الوقف في مورد طروء المسوّغ له لا يوجب إنتهاء أمد الوقف، و بطلانه، بل يتبدل لزوم الوقف بالمجواز و التزلزل، فإن بيع بطل، و إن لم يبيع بقي وقفاً، لما تقدّم في أوائل المسألة من أن مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، و من المعلوم أن جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف. و عليه فتجوزيز البيع شرعاً تخصيص في دليل لزوم الوقف، و صيرورته جائزاً بعد عروض المسوّغ.

لا وجه له<sup>(١)</sup> في الوقف المؤبد<sup>(٢)</sup>. مع أنه<sup>(٣)</sup> لا دليل عليه. مضافاً إلى أنه<sup>(٤)</sup> لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الإستدامة، فإن<sup>(٥)</sup> الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه<sup>(٦)</sup> قد يخرج المبيع عن المائيّة، ولا يخرج بذلك<sup>(٧)</sup>

هذا توضيح المناقشة - بوجوه أربعة - في المورد الأوّل مما تقدم في كلام صاحب الجواهر رحمته.

(١) إمّا لإستحالة إنقلاب الشيء عمّا هو عليه. فمع فرض تحقق شرط الصحة - وهو تسبيل الثمرة ابتداءً، و وقوع الوقف الصحيح - يمتنع بطلانه. نعم لا مانع من جواز إبطاله بالعقد الناقل.

و إمّا للزوم محذور الخلف لو قيل بصيرورة الوقف الدائم منقطعاً ينتهي أمده بنفسه بطرود الخراب. ولذا لم يقل أحدٌ ممن أجاز بيع الوقف ببطلانه كما تقدّم آنفاً.  
(٢) كما هو محلّ الكلام، و يظهر منه عدم البأس في بطلان الوقف المنقطع - بمعنى إنتهاء أمده - بسلب المنفعة.

(٣) الضمير للشأن، وهذا هو الوجه الثاني، و محصله - كما عرفت - عدم قيام دليل على بطلان الوقف في محلّ البحث، فلا منحصص لعموم « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » المقتضي لبقاء العين على صفة الوقفية بعد إنتفاء الثمرة.  
(٤) الضمير للشأن، وهذا هو الوجه الثالث، و تقدّم تقريبه آنفاً.

(٥) تعليل لقوله: « لا دليل » يعني: أن أدلة شروط العقود ظاهرة في كفاية وجود الشرط حدوثاً، و لا دليل على إعتبار وجودها بقاءً، سواء أكانت معتبرة في المتعاقدين أم في العوضين.

(٦) الضمير للشأن، وهذا بيان لكفاية وجود الشرط ابتداءً.

(٧) أي: بالسقوط عن المائيّة. و حيث إن النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، فلا بأس بإنتفاء أحدهما و بقاء الآخر. و المراد بالملك ظاهراً ما هو أعم من النسبة الخاصة بين المالك و المملوك، و من حقّ الإختصاص الثابت في مثل الخمر

عن ملك المشتري<sup>(١)</sup>. مع أن<sup>(٢)</sup> جواز بيعه لا يوجب الحكمَ بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم<sup>(٣)</sup> (\*).

المنقلب عن الخلل.

(١) بأن يدخل في ملك البائع مرةً أخرى من جهة فساد البيع، الناشئ من فقد شرط المالية بقاءً.

(٢) هذا هو الوجه الرابع المتقدم آنفاً.

(٣) يعني في قوله: «إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع، لا بجوازه...» فلاحظ<sup>(٤)</sup>.

(\* ينبغي بيان أمرين :

أحدهما : وجهٌ مناسبة التعرض لكلام صاحب الجواهر رحمته الله في هذه الصورة الثانية.

ثانيهما: في تمامية ما أورده المصنف عليه في المقطع الأوّل وهو إنتفاء المنفعة. أمّا الأمر الأوّل، فلعلّ المناسب نقل كلام الجواهر بتمامه في مسألة بطلان الوقف بطروء المسوّغ، و عدمه، إذ ليس في الموردين المذكورين هنا إلا تطبيق تلك الكبرى. وكذا البحث في ما يترتب على البطلان من إنتقال الوقف إلى الواقف أو الموقوف عليه. ولو تعيّن إقتطاع هذين الموردين كان المناسب جداً التعرض للمورد الأوّل منهما في الصورة الأولى، كما هو مقتضى صريح المصنف رحمته الله « ثمّ وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى ».

نعم البحث عن زوال العنوان يناسب الصورة الثانية كما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته الله .<sup>(٥)</sup>

«١» هدى الطالب، ج ٦، ص ٥٢٩ إلى ٥٣١

«٢» حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني رحمته الله، ج ١، ص ٢٦٨



و أما الأمر الثاني، فقد أورد على مناقشة المصنف رحمته بأجنيبتها عمّا في الجواهر، وذلك لأن حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة، و حيث إن مفهوم التسبيل متقوم ذاتاً بالثمرة فلا يعقل بقاء الحبس و إنتفاء الثمرة الموجب لإنتفاء التسبيل، بلا فرق بين الإبتداء و الإستدامة. فلا يعقل وقفٌ مجردٌ عن المنفعة. و لو فُرض بقاء العين - بلا ثمرة - على الحبس كان وقفها بقاءً بمعنى آخر أي حبسها من دون منفعة. و هذا مغاير لمعنى الوقف حال الإنشاء من حبس العين و تسبيل الثمرة. و الحاصل : أنّ المركب ينتفى بإنتفاء أحد أجزائه. هذا بناءً على تركب ماهية الوقف.

و بناءً على كون حقيقته حبساً للعين لتسبيل الثمرة، فإنتفاء الحبس بإنتفاء غايته أوضح، لفرض كون التحبيس مقدّمة للتوصل إلى تسبيل المنفعة، و أنّ ما لا منفعة فيه لا تحبّس للعين لأجل تلك المنفعة المعدومة. قال المحقق الإصفهاني رحمته : « إذ الحبس لأجل التوصل إلى غايةٍ لا يعقل بقاؤه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغاية » . و بالجملة : لما كان تسبيل المنفعة دخيلاً في حقيقة الوقف و مقوماً لماهيته تعيّن بطلانُه و إنتهاؤه بإنتفاء مقومه.

و حينئذ فإعتبار إشمال العين على الثمرة ليس شرطاً تعدياً خارجاً عن حقيقة الوقف، لیتجه التفصيل بين الإبتداء و الاستدامة بكفاية وجوده حدوثاً و عدم إعتباره بقاءً يقال تارةً بأنه لا وجه له، و أخرى بأنه لا دليل على إعتباره في الإستدامة، و ثالثةً بالإستشهاد بشرط المالية في البيع مما لا ريب في إعتباره حال العقد لا إلى الأبد. إذ في الأوّل : ما تقدم من كون تسبيل الثمرة مقوماً للوقف حدوثاً و بقاءً، و لا ريب في إنتفاء الشيء بإنتفاء مقومه. فعدم البطلان مما لا وجه له. و في الثاني : أنّ الشرط المزبور ليس أمراً تعدياً خارجاً عن حقيقة الوقف

حتى يُطلب الدليلُ عليه، بل هو المُنشأ بإنشاء الواقف . فكما لا يعقل وقفٌ ما لا نفع فيه حدوثاً، فكذا لا يعقل ذلك بقاءً.

مضافاً إلى عدم كون هذا الوجه مغايراً للأوّل، إذ لو كان ممتنعاً لم يعقل قيام الدليل عليه، وإن قام الدليل على البطلان كان هو الوجه.

و في الثالث : أنه ليس أمراً مغايراً لقوله في الوجه الثاني : « لا دليل عليه » و الدليل عليه تقوم حقيقة الوقف بتسبيل الثمرة، فنتهي بإنقائها.

و أمّا تنظير المقام بشرائط العقود كمالية العوضين، فيشكل بأنّ الوقف ليس من هذا القبيل، إذ حقيقة الوقف هي تحييس الأصل و تسبيل المنفعة. و من المعلوم أنّ هذا العنوان لا يتحقق إلا ببقاء العين مع الانتفاع بها، فمع عدم إمكان الانتفاع بها مع بقائها لا يصح وقفها. و هذا بخلاف شروط العقود الناقلة كمالية العوضين، فإذا زالت مالية أحدهما بعد تمامية العقد و القبض لا يبطل العقد، بل يبقى على ملكية من إنتقل إليه و إن خرج عن المالية.

و عليه فالأولى تنظير الوقف بالإجارة المتوقفة على وجود المنفعة في المدة ليستوفيها المستأجر، و لا يكفي كون العين ذات منفعة حال العقد، و لذا يبطل بسقوطها عن قابلية الإنتفاع بها بعده.

و الحاصل : أن دعوى كفاية وجود شرائط العقود في الإبتداء دون الاستدامة تتجّه في ما يكون خارجاً عن ماهية العقد، لا فيما يتقوم به.

و لا يخفى أن المحقق الإيرواني رحمته - بعد إبطال وجوه المناقشة الثلاثة و إرجاعها إلى وجه واحد - احتمل تارةً و إستظهر أخرى أن شيخنا الأعظم رحمته إستفاد من تعبير الجواهر بـ « شرط الصحة » أنّ تسبيل الثمرة أمر زائد على حقيقة الوقف، و لذا أورد عليه بأنه لا وجه له و لادليل عليه. مع أنّ مقصود صاحب الجواهر من شرط صحة الوقف دَرُ الفصل المقوم للماهية، و معه لا يبقى موضوع للإيراد عليه رحمته.

## ثم ذَكَرَ: <sup>(١)</sup> أنه قد يقال بالبطلان

(١) يعني : ذَكَرَ ذلك البعض، و هو صاحب الجواهر رحمته ، و هذا بيان المورد الثاني الذي إلتزم رحمته فيه بصحة وقف العنوان، و بطلانه - أي إنتهاء أمده - بمجرد زواله و إن لم يكن من الوقف المنقطع المصطلح.

و الفرق بينه و بين سابقه هو : أن الزائل - في السابق - الفصل المقوم للوقف بما هو وقف أعني تسبيل المنفعة المأخوذ في ماهية الوقف مهما كانت الموقوفة. و الزائل في هذا المورد هو موضوع الوقف، من جهة إنعدام الوصف و العنوان المجعول وقفاً. و كيف كان فينبغي الإشارة إلى ما أفاده صاحب الجواهر رحمته في باب الوقف من أنحاء أخذ عنوان في الإنشاء، ثم توضيح العبارة المنقولة منه في المتن، فنقول : إنه إذا وقف داراً أو بستاناً على أولاده :

فتارةً : يكون المقصود موضوعية العنوان المأخوذ في صيغة الوقف بنحو تمام الموضوع، كقوله : « هذه الدار وقف عليهم ما دامت داراً » فينتهي وقفها بانهدامها و تغيير الصورة الدارية سواء أمكن الانتفاع بها أم إمتنع. و هذا وقف منقطع الآخر، لأن المجعول للموقوف عليهم هو الملكية المحدودة ببقاء العنوان. و فرقه مع الوقف المنقطع - المقابل للمؤبد - هو أن الانتطاع هنا بانقضاء الموقوف، و في المنقطع المتعارف بانقضاء الموقوف عليهم.

لكن ظهر بما ذكرناه في التوضيح إمكان مغايرة مناط الإشكال الأوّل للآخرين، بجعله ناظراً إلى مقام الثبوت، و جعلهما ناظرين إلى مقام الإثبات.

و في الرابع : أنه لم يتعرض صاحب الجواهر هنا لبطلان الوقف بطروء المسوّغ حتى يقال : إن تجويز البيع ينافي لزوم الوقف لا حقيقته، فإن كلامه متمحض في إنتهاء الوقف بسلب المنفعة. و لو فرض إرادة جواز البيع من البطلان كان إشكال المصنف عليه مبنائياً، و قد سبق البحث فيه.

وأخرى: يكون المقصود موضوعية العنوان لا بنحو التحديد ببقاء الدار عامرة، بل للإنتفاع بها داراً، كما إذا قال: «وقفها داراً» بمعنى أنه ينتفع بها داراً، فيستمر وقفها بعد إهدامها ما دامت صالحة للإنتفاع بها. فإذا خرجت عن قابلية الانتفاع - على وجه لا يرجى عودها - أمكن القول ببطلان وقفها.

وثالثة: يكون المقصود من وقف الدار تسبيل منفعتها، سواء أكانت داراً - كما هي حال الوقف - أم غيرها، بأن تجعل خاناً أو حماماً، أو نحوهما، فيكون أخذ عنوان «الدار» في الإنشاء مشيراً إلى وقفية الذات - وهي العرصة المعنونة بعنوان الدار - ولذا يجوز تغيير هيئتها إختياراً.

ورابعة: يكون غرض الواقف - كما في الصورة الثالثة - تسبيل منفعة الدار، لكن علم إرادة الدوام منه، بأن يتعدد المطلوب الواقف، فمادام الانتفاع بها داراً ممكناً تعين ذلك، ولا يجوز تغييرها، ولو إهدمت جاز الانتفاع بها مطلقاً إما بإحداث دارٍ مثلها أو حمام أو غيرها.

هذا ما أفاده في كتاب الوقف<sup>١</sup>.

وأما كلامه هنا فمحصّله: أنّ غرض الواقف من قوله: «وقف البستان على أولادي» إن كان هو النحو الأول أي كان حبس البستان على الموقوف عليهم حبساً محدوداً وموقتاً ببقاء عنوان «البستان» - لكونه ملحوظاً جهةً تقييدية تدور الوقفية مداره - كان لازمه البطلان بالإهدام، و خروج العرصة عن الوقفية، و لا عبرة بإمكان الانتفاع بها بنحوٍ آخر. و يتجه البحث حينئذٍ عن رجوعها إلى الواقف أو صيرورتها ملكاً طلقاً للموقوف عليهم.

فإن قلت: لا وجه لخروج العرصة عن الوقفية بعد زوال عنوان «البستان»

أيضاً<sup>(١)</sup> بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً - مثلاً - ملاحظاً<sup>(٢)</sup> في عنوان وقفه<sup>(٣)</sup> البستانية، فخربت<sup>(٤)</sup> (\*) حتى خرجت عن قابلية ذلك<sup>(٥)</sup>،

لكونها جزءاً من الموقوفة، إذ « البستان » مركب من العرصه و الأشجار، و من المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفية - لتبدها بأخشاب - لا يوجب إنتفاء وقفية العين.

قلت : إن العرصه و إن كانت جزءاً من الموقوفة، إلا أن الواقف لم يجعلها وقفاً لا بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان « البستان » و إنتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفية العرصه من جهة فقد الشرط.

و إن كان غرضُ الواقف حبسَ العرصه على الموقوف عليهم على النحو الثالث أو الرابع، لم يقدح ذهاب عنوان « البستان » في استمرار وقف العرصه، هذا.

(١) يعني : كبطلان الوقف في صورة الخراب.

(٢) حال من ضمير الفاعل المستتر في « وَقَفَ ».

(٣) أي : وقف البستان.

(٤) كذا في الجواهر أيضاً، و الأولى « فخر ، خرج » لرجوع الضمير المستتر

إلى البستان.

(٥) أي : عن قابلية كونه بستاناً.

(\*) الأولى تبديل قوله : « فخربت » بأن يقول : « فتبدلت » إذ الكلام في ذهاب

العنوان الذي أخذ موضوعاً في إنشاء الوقف، لا مشيراً. فالمدار على ذهاب العنوان سواء أكان ذلك بالخراب أم بغيره، كما إذا وقف بنت مخاض فصارت بنت لبون، و هكذا، فإن العنوان قد تبدل بدون الخراب.

نعم لا بأس بذكر الخراب من باب المثال، لكونه في سياق سابقه من كون

إنعدام المنفعة المعتد بها لأجل الخراب. و الأمر سهل.

فإنه<sup>١)</sup> و إن لم تبطل منفعتها أصلاً، لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس<sup>٢)</sup> من عنوان الوقف. وإحتمال<sup>٣)</sup> بقاء العرصة<sup>٤)</sup> على الوقف، بإعتبار أنها جزء من الوقف، وهي باقية<sup>٥)</sup>. و خراب<sup>٦)</sup>

١) مقصوده بقاء مقدار معتد به من المنفعة بعد إنعدام الصورة البستانية، كتشديد دورٍ على الأرض، فينبغي الحكم ببقاء وقفها حينئذ، لكن لما كان المَجْعول وقفاً هو عنوان « البستان » كان مقتضاه بطلان وقف العرصة أيضاً كما تقدم آنفاً.  
٢) أي : ليس الانتفاع بالعرصة - ببناء دارٍ فيها - مقصوداً من وقف عنوان « البستان ».

٣) مبتدء، خبره « يدفعه » و غرض صاحب الجواهر تبيُّه من بيان الاحتمال دفعُ إمكان القول ببقاء العرصة على الوقفية بعد خراب البستان. و تقدم بقولنا : « فإن قلت ... ».

٤) بفتح العين و سكون الراء المهملة كـ « سجدة » و هي « كل موضع واسع لا بناء فيه »<sup>١)</sup>.

٥) فينبغي بقاء وقفيتها، و عدم زوالها بانعدام وصفها، أي : كونها بستاناً.

٦) مبتدء، خبره « لا يقتضي » و هذا تنمة الاحتمال المزبور، يعني : أن خراب البستان. يقتضي بطلان الوقف في خصوص البستان، و لا يقتضي بطلان الوقف في العرصة.

ثم إن ما في المتن من جملة « و خراب غيرها ... بطلانه فيها » موافق لما في الطبعة الحجرية من الجواهر<sup>٢)</sup>، و هو الصحيح . و الموجود في الطبعة الأخيرة « و خراب غيرها و إن إقتضى بطلانه فيها » خطأ قطعاً، و لم يُشَر إلى ما سقط من العبارة في جدول التصويب.

١) « لسان العرب . ج . ٧ . ص ٥٣ »

٢) « جواهر الكلام . مجلد المتاجر . ص ٧٧ »

غيرها<sup>(١)</sup> وإن إقتضى بطلانه فيه لا يقتضى<sup>(٢)</sup> بطلانه فيها، يدفعه<sup>(٣)</sup>: أن<sup>(٤)</sup> العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه<sup>(٥)</sup> بستاناً<sup>(٦)</sup>، لا مطلقاً<sup>(٧)</sup>. فهي<sup>(٨)</sup> حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه . و لو فرض<sup>(٩)</sup> إرادة وقفها لتكون<sup>(١٠)</sup>

(١) أي : غير العرصة، و المراد بالغير هو عنوان البستان.

(٢) يعني : أن إنتهاء أمد وقف البستان لا يستلزم إنتهاء أمد وقف العرصة.

(٣) أي : يدفع الإحتمال، و تقدم توضيح الدفع بقولنا : « قلت ... ».

(٤) الجملة مرفوعة محلاً ، لكونها فاعلاً لـ « يدفعه ».

(٥) أي : كون الموقوف.

(٦) يعني : أن هذه الحيثية تقيديه، فبذهاب عنوان البستان تزول الوقفية عن

العرصة أيضاً.

(٧) هذا قرينة على كون وقفية العرصة بنحو وحدة المطلوب، إذ ملحوظ

الواقف موضوعية العنوان بنحو وحدة المطلوب، لا بنحو تعدد المطلوب حتى يبقى حكم أحدهما بعد زوال حكم الآخر.

(٨) يعني : فالعرصة حين كون الموقوف عنوان البستان - لا بذاتها - تكون

جزءاً للعنوان الذي زال وقفه بزوال البستان.

(٩) هذا تقريب بقاء وقفية العرصة كما تقدم في الفرض الرابع.

(١٠) أي : سواء أكانت الموقوفة بستاناً كما هو كذلك فعلاً، أم داراً، كما لو

خرّب البستان و بني دار فيها.

و عليه فالمراد بقوله : « لتكون » - بقرينة ما سيأتي من قوله : « و إن قارنت

وقفه » - أن البستان موجود بالفعل، و معمول الواقف وقف كل من الذات و العنوان

بنحو تعدد المطلوب.

و ليس المراد وقف خصوص الأرض بدون الأشجار الموجودة بالفعل، و إنما

يجب على الموقوف عليه جعلها بستاناً في المستقبل من جهة إشرطه عليه. و ذلك

بستاناً أو غيره لم يكن<sup>(١)</sup> إشكالاً في بقائها، لعدم<sup>(٢)</sup> ذهاب عنوان الوقف.  
و ربما يؤيد ذلك<sup>(٣)</sup>

لأن لازم وقف هذه الأرض وجوب قلع الأشجار الفعلية - الباقية على ملك  
الواقف - مقدمة لفرس أشجار فيها.

(١) جواب الشرط، و ضمير « بقائها » راجع إلى « وقفها » و تأنيث الضمير  
باعتبار إضافة « وقف » إلى ضمير المؤنث الراجع إلى العرصة.

(٢) يعني : لم يكن ملحوظ الواقف عنوان « البستان » كي ينتهي وقف العرصة،  
بل كان الملحوظ وقف الذات و العنوان بنحو تعدد المطلوب.

(٣) المشار إليه هو بطلان وقفية العرصة فيما كان الموقوف عنوان البستان،  
و غرض صاحب الجواهر رحمته تأييد إنتهاء مدة وقف العرصة - بذهاب العنوان - بما  
ذكره في باب الوصية من أنه لو أوصى بدارٍ لزيدٍ، فإنهدمت، ثم مات الموصي،  
بطلت الوصية، لكون الموصى به عنوان « الدار » الذي هو إسم مجموع العرصة  
و البناء، و المفروض فوات المركب بفوات أحد أجزائه، و لا تنتقل أرضها إلى الموصى  
له، بدعوى : تعلق الوصية بكل جزءٍ جزءٍ من الدار، سواء أكانت عامرة أم منهمة.

قال المحقق رحمته : « لو أوصى له بدارٍ فانهدمت و صارت براحاً، ثم مات الموصي،  
بطلت الوصية، لأنها خرجت عن إسم الدار. و فيه ترددٌ »<sup>(٤)</sup>.

و بين صاحب الجواهر وجه التردد و رده، فراجع<sup>(٥)</sup>.

و بالجملة : فالترامهم ببطلان الوصية بانهدام الدار - من جهة زوال عنوان  
الموصى به و هو الدار - صالح لتأييد ما تقدم من سقوط العرصة عن الوقفية بزوال  
عنوان البستان.

(١) « شرائع الإسلام » ج ٢، ص ٢٦٠

(٢) « جواهر الكلام » ج ٢٨، ص ٤٦٣



في الجملة<sup>(١)</sup> ما ذكره في باب الوصية من أنه لو أوصى بدارٍ، فإنهدمت<sup>(٢)</sup> قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لإنتفاء موضوعها (\*).

و الوجه في التأييد - دون الشهادة - وجود الفرق بين الوصية بالعنوان و بين وقف العنوان - بعد اشتراكهما في تقييدية الجهة و العنوان - و هو : أن تقييدية العنوان ملحوظة في الوصية حدوثاً فقط، بمعنى أن يكون المنقول بسبب الوصية إلى المنقول إليه عنوان « الدار ».

و أما بعد الانتقال إليه و صيرورتها مالكا للموصى له فهو بالخيار بين إبقائها على العنوان الداري و بين إعدامها. و هذا بخلاف الوقف، فإن العنوان إذا لوحظ فيه على جهة القيدية فهو ملحوظ كذلك حدوثاً و بقاءً.

(١) الظاهر كون هذه الكلمة قيداً للمؤيد و هو فرع الوصية، و مراد صاحب الجواهر رحمته الإشارة إلى مورد حكمهم بالبطلان، و هو ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي، و إلاً كان رجوعاً عن الوصية بلاريب. قال الشهيد الثاني رحمته : « و موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي، و إلاً كان رجوعاً<sup>(٣)</sup> ».

و لعله أشار بقوله : « في الجملة » إلى تفصيل بعضهم بين كون الموصى به داراً معينة، فلا تبطل الوصية بها، و بين كون الموصى به داراً من دوره - على نحو الكلي في المعين - فإنهدمت جميع دوره، فالوصية باطلة. فراجع.

(٢) لا بفعل الموصي، و إلاً كان رجوعاً عن الوصية، لا من بطلان الوصية بانتفاء موضوعها.

(\* ) مقتضى إتحاد الوقف و الوصية في هذا الحكم جعله دليلاً لا مؤيداً،

فلاحظ الجواهر.

نعم<sup>(١)</sup> لو لم تكن الدارية و البستانية و نحو ذلك<sup>(٢)</sup> مثلاً عنواناً للوقف و إن<sup>(٣)</sup> قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به<sup>(٤)</sup> في كل وقتٍ على حسب ما يقبله<sup>(٥)</sup>، لم يبطل<sup>(٦)</sup> الوقف بتغير أحواله.  
ثم ذكر<sup>(٧)</sup> أن في عود الوقف

(١) إستدراك على قوله: « قد يقال بالبطلان » و غرض صاحب الجواهر رحمته الإشارة إلى بقاء وقفية العرصة إن كان الملحوظ وقف المعنون - لا البستان - لا بنحو تمام الموضوع و لا جزئه، و إنما أخذ في الإنشاء للإشارة إلى أن متعلق الوقف هو الذات.

و الوجه في جعله عنواناً مشيراً هو مقارنة الوقفية و البستانية.

و الظاهر إنطباق ما تقدم في الفرض الثالث على قوله: « نعم » و لم يظهر وجه للجزم بكونه تكراراً لقوله: « لو فرض » كما زعمه العلامة الشهيد رحمته <sup>(١)</sup>.

(٢) كعنوان « الحمّام » إن كان المقصود وقف الذات الباقية بعد خرابه.

(٣) وصلية، يعني: لا فرق في كون مقصود الواقف وقف العرصة بين إقترانها بكونها بستاناً أو داراً، و بين عدم الإقتران، كما إذا لم يُغرس فيها الأشجار بعد، أو لم يُبنَ فيها دارٌ كذلك.

(٤) هذا الضمير و ضميراً « وقفه ، به » راجعة إلى الوقف، المراد به الموقوف.

(٥) الضمير المستتر راجع إلى الوقف، و البارز إلى الموصول المراد به الانتفاع.

(٦) جواب الشرط في « لو لم تكن ».

هذا تمام ما أفاده صاحب الجواهر في المورد الثاني أعني به بطلان وقف العنوان

بمجرد تغير أحواله، ثم ذكرَ إحتمالين بعد بطلان الوقف، سيأتي بيانهما.

(٧) يعني: ذكرَ ذلك البعض، و هو صاحبُ الجواهر، قال رحمته <sup>(١)</sup>: « ثم على فرض

إلى ملك الواقف<sup>(١)</sup> أو وارثه<sup>(٢)</sup> - بعد البطلان - أو الموقوف عليه<sup>(٣)</sup> وجهين<sup>(٤)</sup>.

بطلان الوقف بذلك - أي بانعدام العنوان - فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع؟ أو للموقوف عليه وورثته، وجهان... الخ».

و وجه العود إلى الواقف أو ورثته هو: أن خروج الموقوفة عن ملكه ودخولها في ملك الموقوف عليه كان محدوداً ببقاء العنوان الملحوظ حين الإنشاء من بستان أو دارٍ وإمكان الانتفاع الخاص به، ومع إنتفاء ذلك الوجه يعود إلى ملك الواقف إن كان حيّاً، وإلى وارثه إن كان ميتاً.

و وجه صيرورته ملكاً طلقاً للموقوف عليه هو: خروج العين عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليه، ملكاً غير طلقٍ بمعنى منعه عن التصرف فيها بالانتفاع المنافي لبقاء العين في الملك ما دامت قابلةً لتلك المنفعة. ومع فرض ذهاب العنوان وبطلان الوقف به تصير ملكاً طلقاً له، لأن المنع من مطلق التصرف كان محدوداً بما رسمه الواقف من عنوان، فيرتفع المنع بانتفاء العنوان.

ثم رجّح صاحبُ الجواهر رحمته في كتاب البيع هذا الوجه، و إستشهد له بالتص و الفتوى الجوزين للموقوف عليهم بيع الوقف، كما قوئى في كتاب الوقف رجوعه إلى الواقف أو ورثته.

(١) إن كان حيّاً حين إنعدام عنوان الوقف.

(٢) إن مات الواقف قبل زوال العنوان.

(٣) معطوف على « الواقف » والمراد يعود الوقف إلى الموقوف عليه صيرورته ملكاً طلقاً له، وإلا فالملكية المقيدة بالعنوان كانت ثابتة له إلى حال بقائه.

(٤) إسم « إن » و الجملة منصوبة محلاً على المفعولية لـ « ذكر ».

هذا ما أفاده صاحب الجواهر، و ناقش المصنف فيه و في تأييده بفرع الوصية و فيما رتب عليه من وجهين في مآل الوقف بعد نفاذ العنوان، و سيأتي بيان الكل إن شاء الله تعالى.

أقول<sup>١</sup>:

(١) ناقش المصنف في ما أفاده صاحب الجواهر رحمته - من بطلان الوقف بزوال العنوان - بوجهين :

الأول : مخالفته للإجماع على أن زوال العنوان غير مُبطلٍ للوقف، و هذا الإجماع إدعاه صاحبُ الجواهر أيضاً في مسألة بقاء وقف عرصّة الدار المنهدمة، قال : « إذا إنهدمت الدار ... لم تخرج العرصّة بذلك عن الوقف، و لم يجوز بيعها. بلا خلافٍ أجده بين من تعرّض له ... » لكنه رحمته جعل مورد البحث - أعني وقف عنوان الدار - غير مندرج في معقد الإجماع<sup>١</sup>.

و عليه فاحتجاج المصنف رحمته بإتفاق الأصحاب مبني على إطلاق حكمهم ببقاء وقف العرصّة بعد إنهدام الدار، سواء أكان الملحوظ عنوان الدار أم لا، فراجع<sup>٢</sup>.

و المحاصل : أن الفقهاء وإن اختلفوا في حكم بيع الوقف إذا خرب أو حُشي خرابه، فمنهم من جوز البيع، و منهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح في إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمة بينهما، لكون النسبة بين الخراب و سقوط العنوان عموماً من وجه، لصدق « تغيير العنوان » دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفة حيواناً بسناً خاص كبنت لبون أو بنت مخاض مثلاً، فإذا تجاوزتُهما عن هذا الحد، فقد تغير العنوان مع عدم صدق الخراب.

و لصدق « الخراب » بدون « تبدل العنوان » في الأرض الموقوفة للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها. ولتصادقهما في الدار المنهدمة و البستان الذي خرب، و زال عنوان بستانيته.

١ « جواهر الكلام » ج ٢٨ ، ص ١٠٨

٢ « المصدر » ص ١٠٩

يرد على [ ذلك ] <sup>(١)</sup> ما قد يقال - بعد الإجماع على أن إنعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل <sup>(٢)</sup> و لاجواز البيع، و إن اختلفوا فيه <sup>(٣)</sup> عند الخراب أو <sup>(٤)</sup> خوفه، لكنّه <sup>(٥)</sup> غير تغير العنوان،

فالنتيجة : أن إستمرار الوقف بعد نفاذ العنوان مجمع عليه. و معه لا وجه للإلتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر رحمته الله. هذا توضيح الوجه الأول، و سيأتي الوجه الثاني.

(١) كذا في نسختنا، و الظاهر عدم الحاجة إلى هذه الكلمة، كما لم تُذكر في بعض النسخ المصححة، فكأنه قال: «إنه : يرد - على ما أفاده في الجواهر من قوله : قد يقال بالبطلان أيضاً... - أولاً مخالفته للإجماع... الخ».

(٢) الوجه في الإتيان بـ « بل » هو : أن موضوع جواز البيع هو الوقف أي ما كان باقياً على وقفيته، فلو لم يجز البيع بعد إنعدام العنوان كان بقاء وقفية العين أوضح وجهاً.

(٣) أي : في جواز البيع، فمنعه ابن إدريس <sup>(١)</sup>، و جوّزه جماعة، فراجع الأقوال <sup>(٢)</sup>.

(٤) الإتيان بـ « أو » للتنبية على إختلاف عبارات المجوزين، فمنهم من جوّز البيع عند الخراب كسلار <sup>(٣)</sup>، و منهم من جوّزه عند خوف الخراب و خشيته، كالشهيد في الدروس <sup>(٤)</sup>.

(٥) أي : لكنّ « خراب الوقف » المختلف حكمه أمرٌ، و « إنعدام العنوان » أمرٌ آخر، لكون النسبة بينهما عموماً من وجه، كما تقدم آنفاً.

«١» راجع هدى الطالب ، ج ٦ ، ص ٥٤٥

«٢» المصدر ، ص ٥٤٧ و ما بعدها

«٣» المصدر ، ص ٥٦٣

«٤» المصدر ، ص ٥٦٧

كما لا يخفى - أنه<sup>١)</sup> لا وجه للبطلان بانعدام العنوان،

١) الجملة مرفوعة محلاً على أنها فاعل قوله: « يرد » و هذا ثاني وجهي المناقشة، و ينبغي الإشارة إلى أمرين قبل توضيحه :

الأول : أن الفرق بين الأحكام التكليفية المتعلقة بالعناوين، و بين الأحكام الوضعية. هو : أن الحكم التكليفي يقف على نفس العنوان و لا يسري إلى المعنون، كالأمر بالصلاة، فإن مركب الوجوب هو عنوان « الصلاة » الفاني في المعنون، لا نفس المعنون أعني به مصداقه الخارجي، لما تقرر من إمتناع اتصافه بالوجوب، ضرورة أن الخارج ظرف سقوط الأمر لا ثبوته.

و هذا بخلاف الأحكام الوضعية، فيمكن تعلقها بالأشخاص و بالطبائع و بالعناوين، فلو قال: « الدار ملك زيد » كان متعلق الحكم هو الموجود الخارجي أعني المعنون بعنوان الدار، و لو قال: « الخمر نجس » كان المتعلق لبأ الجزئيات الخارجية، و يكون العنوان عبرةً و طريقاً إلى ما في الخارج.

و عليه فمعنى مملوكية الدار لزيد كون كل جزء جزء منها ملكاً له، بلا دخل لعنوان « الدراية » فيه.

الثاني : أن حقيقة الوقف إمّا حبس العين على الموقوف عليه أو تملكها له أو غيرها. و لا ريب في كون معمول الواقف إعتباراً وضعياً، لا تكليفاً. و لا يقتضي تعلقه بعنوان الدار أو البستان تحديد حبس العين على الموقوف عليه بزمان إستمرار الصورة البستانية أو الدارية حتى لا تكون الأجزاء الخارجية مملوكةً للموقوف عليه أو محبوسةً عليهم.

إذا تقررَ هذان الأمران، قلنا في توضيح الوجه الثاني : إن منشأ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوان خاص في صيغة الوقف، كقوله: « وقفتُ البستان على أولادي ». و لكن يُسأل من صاحب الجواهر رحمته عمّا أراد من كلمة « العنوان » فإمّا أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به في مقام الجعل كالمثال المزبور،

لأنه<sup>١١</sup> « إن أريد بـ « العنوان » ما جُعِلَ مفعولاً<sup>١٢</sup> في قوله: « وقتتُ هذا البستان » فلا شك [ في ]<sup>١٣</sup> أنه ليس إلا كقولهِ : « بعثُ هذا البستان » أو : « وهبتهُ » فإن<sup>١٤</sup> التملك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك

و إما أن يكون مراده به أمراً آخر كالشرط المبني عليه الإنشاء أو المصرح به فيه، بأن يقول: « وقتتُ هذا البستان على ذريتي مادام بستاناً ». و المفروض عدم إقتضاء شيءٍ منهما بطلان الوقف بنفاد العنوان.

أما الأول فلأن وقفية البستان لا تكون مقصورةً على هذا العنوان، بل تسري إلى كل جزءٍ منه، و تقدّم آنفاً سراية الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوياتها بلا فرق بين الملكية الحاصلة بالوقف أو بالبيع أو بالهبة.

و الشاهد على تعلق الملكية بالمعنون أنه لو قال: « بعثك هذا البستان » و تغيرت صورته البستانية بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصه و الأجزاء ملكاً للمشتري. فكذا الحال في الوقف الذي يكون حقيقته إيقافاً للعين عن النقل الإعتباري أو تملكاً أو قصرأ، سواء إستمرّ العنوان أم تغير. و أما الثاني فسيأتي.

(١) تحليل لقوله: « لا وجه » و تقدم بيان عدم الوجه بناءً على أول شقيّ التريد.

(٢) المفعول به هو كلمة « هذا » و « البستان » بدل أو عطف بيان له.

(٣) هذه الكلمة لم توجد في نسختنا، و إنما أثبتناها تبعاً لما في بعض النسخ، و مناسبةً لكلمة الشك.

(٤) تحليل لوحدة مدلول « وقتتُ هذا البستان، و : بعته، و : وهبته » في أن الدار مفعول به في الجمع. فكما أن البائع يملك البستان من المشتري على نحو ملكيته له من الذات و العنوان، و لا يكون تملكه مقصوراً على عنوان « البستان ». فلو زال العنوان بقي ملكية المشتري للعرصة لكونها جزءاً من المبيع . فكذا في الوقف يملك

مدار العنوان (\*). فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كل جزءٍ خارجي و إن لم يكن<sup>١</sup> في ضمن عنوان « البستان ». و ليس<sup>٢</sup> التملك من قبيل الأحكام الجعلية<sup>٣</sup> المتعلقة بالعنوانات.

و إن أُريد<sup>٤</sup> بـ « العنوان » شيءٌ آخر ، فهو خارج عن مصطلح أهل

الموقوف عليه كل جزءٍ من العين.

(١) أي : و إن لم يكن كل جزءٍ منه جزءاً لعنوان البستان، إذ بعد ذهاب العنوان لاتعنون العرصة بجزئيتها له فعلاً، بل كانت جزءاً له قبل ذهابه.

(٢) هذا دفع دخل مقدر، حاصله : مقايسة الملكية و الحبس بالأحكام التكليفية الموقوفة على عناوينها كوجوب الصلاة. و تقدم الدفع بما ذكرناه في الأمر الأول في (ص ٤١) فراجع.

(٣) يعني : الجعولة بالأصالة و الإستقلال، و هي خصوص التكليفية، لوضوح عدم كون الوضعيات - عند المصنف - جعولةً كذلك كما تقدم في أوّل البيع، فراجع<sup>١</sup>.

(٤) هذا هو الشق الثاني من المنفصلة، و حاصله : أن مراد صاحب الجواهر رحمته بالعنوان إن لم يكن وقوع الكلمة مفعولاً به في مقام الإنشاء، بأن كان المراد شيئاً آخر كالإشتراط، قلنا : إن إرادة الشرط من العنوان غير معهودة عند العرف و أهل العلم.

(\* ) إلا أن يفرق بينهما بما أفاده السيد رحمته من كون البستان مورداً في البيع و الهبة، و عنواناً في الوقف<sup>٢</sup>.

و لعلّه لأنّ غرض الواقف من حبس العنوان تسبيل منفعة خاصة، فكان المنشأ تسبيل منفعة هذا العنوان، لا منفعة العرصة التي غرست الأشجار فيها. و المفروض أن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها. و هذا بخلاف البيع.

«١» هدى الطالب، ج ١، ص ١٢٢ إلى ١٢٨

«٢» ملحقات العروة الوثقى، ج ٢، ص ٢٥٤



العرف و العلم، و لابدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما إشتراط لفظاً أو قصداً في<sup>(١)</sup> الموضوع زيادةً على عنوانه ؟

و أمّا تأييد ما ذُكر<sup>(٢)</sup> بالوصية فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصية

مع أنّ إشتراط التوقيت لا يُجدي فيما رامه تَبَيَّنَ من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواء أكان الشرطُ مصرحاً به كما لو قال : « وقفْتُ هذا على أن يكون بستاناً أو: مادام بستاناً » أم منوياً - من غير دلالة عليه في الإنشاء - كما لو إقتصَر على جملة : « وقفْتُ هذا البستان » بانياً على كونه موقتاً ببقاء البستان.

وجهُ عدم الإجداء : منافاة جعل الملكية المحدودة - للموقوف عليه - للتأيد الذي إعتبروه في الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدلة الشروط و بخصوص « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ».

(١) متعلق بـ « ما اشترط » يعني : أنّ إشتراط العنوان في العين الموقوفة يكون تارةً ملفوظاً به و أخرى مقصوداً.

و كان المناسب تميم المطلب بأن يقال : « و صحته محل تأمل » و نحو ذلك، و إلّا كان إطلاق العنوان على الشرط مجرد الخروج عن مصطلح القوم، و هو بحث لفظي، و المهم بيان حكم هذا الشرط صحةً و فساداً و إفساداً.

هذا مناقشة المصنف في أصل ما أفاده صاحب الجواهر تَبَيَّنَ من بطلان الوقف بانعدام العنوان، و بقي الكلام في تأييده بفرع الوصية.

(٢) من بطلان الوقف بزوال العنوان، و حاصل المناقشة : أنّ ما ذكره في باب الوصية لا يؤيد بطلان الوقف فيما نحن فيه، لإفتراقهما موضوعاً، فإنّ مدعى الجواهر تمامية الوقف هنا و كونه ملكاً فعلياً للموقوف عليه مادام العنوان باقياً، و المناسب تأييده بكون الملك فعلياً للموصى له، و هو فيما إذا تمت الوصية بعنوان كالدّار، فزال العنوان، كما إذا أوصى بدار لزيد فعات الموصي ثم إنهدمت الدار، فإنّها تبقى على ملك الموصى له، لصيرورة الملكية المنشأة بالوصية فعليةً بالموت. فتكون هذه المسألة

نظير الوقف على العنوان.

و حينئذ فإن إلتزم الفقهاء بخروج الدار المنهدمة عن ملك الموصى له إلى ورثة الموصي كانت متحدة مع المقام. و إن لم يلتزموا بدوران ملك الموصى له مدار العنوان، بل تبقى العرصة على ملكه، كان منافياً لما رامه صاحب الجواهر. و من المعلوم أن حكمهم بانتقال الملك إلى الموصى له بموت الموصي و قبول الموصى له<sup>١</sup> شاهد على أن الملكية المنشأة بالوصية و إن كانت متعلقة بعنوان الدار، إلا أن المتعلق حقيقة هو ذات المعنون، و أن العنوان معرف محض.

و بعبارة أخرى : كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كل منهما بعنوان الدار مثلاً، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. و مقصود المصنف رحمته بإبطال التأييد، ثم التنظير بفرع آخر.

أما بطلان التأييد فللفرق بين المسألتين، و هو : إقتضاء الوقف على العنوان صيرورة الموقوفة ملكاً فعلياً للعنوان، بخلاف مسألة الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصي شأنياً لا فعلياً .

مضافاً إلى : أن الموصى به هو عنوان « البستان » حال موت الموصي، بشهادة حكمهم بعدم إعتبار وجود الموصى به حال الوصية. فلو تغير عنوان البستان لم يكن الموصى به موجوداً حال الموت، و الموجود حاله - و هو العرصة - مغايراً للموصى به، فتبطل الوصية من هذه الجهة، لا من جهة إعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية.

و أما التنظير فتقريبه : أن الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التي صارت بعنوانها ملكاً فعلياً للموصى له بقبوله و بموت الموصي، ثم زال العنوان، فإنهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، و بعوده إلى ورثة الموصي . و هذا كاشف عن

بالبستان بعد تمامها<sup>(١)</sup>، و خروج<sup>(٢)</sup> البستان عن ملك الموصي بموته و قبول الموصى له. فهل يرضى أحدٌ بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة<sup>(٣)</sup>؟ نعم<sup>(٤)</sup> الوصية قبل تمامها

عدم موضوعية العنوان، و كونه معرفاً. فليكن الوقف مستمراً بعد ذهاب العنوان، لوحدة المناط .

(١) أي : تمام الوصية، و وجه المناسبة ما تقدم من فعلية ملك الموقوف عليه و الموصى له لو زال العنوان بعد الموت.

(٢) معطوف على التمامية، و هو أثرها.

(٣) فينبغي أن لا يرضى صاحبُ الجواهر بطلان الوقف بصيرورة البستان عرصةً.

(٤) غرضه أن منشأ بطلان الوصية قبل تمامها ليس ما زعمه صاحبُ الجواهر من تغير العنوان، بل لعدم وجود الموصى به - و هو البستان - حال موت الموصي، فهو نظير بطلانها من جهات أخرى :

منها : رجوع الموصي عن وصيته قولاً أو فعلاً، إمّا بالتصرف الإعتباري في الموصى به ببيع أو هبة أو وقف أو غيرها. و إمّا بالتصرف الخارجي.

قال المحقق رحمته الله : « و كذا - أي يتحقق الرجوع - لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعامٍ فطحنه، أو بدقيقٍ فعجنه أو خبزَه »<sup>(١)</sup>.

و منها : تلف الموصى به ، كما لو أوصى بعبده فمات قبل موت الموصي<sup>(٢)</sup>.

و منها : عدم بقاء الإسم لو كان بفعل غير الموصي.

و منها : رد الوصية بعد الموت و قبل قبوله<sup>(٣)</sup>.

«١» شرائع الإسلام ، ج ٢ ، ص ٢٤٤

«٢» المصدر ، ص ٢٦٠

«٣» المصدر ، ص ٢٤٣

يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات<sup>(١)</sup> أخر.  
ثم ما ذكره من الوجهين<sup>(٢)</sup> مما لا يُعرف له وجه، بعدَ إطباق كلِّ مَنْ قال  
بمخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عودته إليه أبداً (\*).

(١) لا يخفى أن الجهات المتقدمة لم يقع كلام - في بقاء الوصية و بطلانها - في  
جميعها، لعدم دعوى الخلاف في بعضها كالبطالان بالرجوع و فوات المتعلق، نعم عدم  
صدق الإسم - إن كان بفعل غير الموصي - يقع الكلام في مبطليته لها و عدمها.  
(٢) أحدهما: رجوع العين بعد زوال العنوان إلى ورثة الموقوف عليه كما قوَاه في  
كتاب البيع، و تقدم في (ص ٣٨).

ثانيهما: رجوعه إلى الواقف أو ورثته كما قوَاه في كتاب الوقف، و إستظهره من  
مكاتبة الصفار و غيرها، فراجع<sup>(١)</sup>.

و حاصل مناقشة المصنف في هذا المقطع من كلام صاحب الجواهر رحمته هو :  
أنّ الوقف على العنوان يكون من الوقف المؤبد، لا المنقطع. و قد أطبق الفقهاء  
- القائلين بمخروج العين عن ملك الواقف - على عدم عودتها إليه أو إلى ورثته.  
و يستفاد هذا الإجماع من غير موضع من السرائر، كقوله في عدم جواز إنتفاع الواقف  
بما وقفه: « لما بيناه و أجمعنا عليه من أنه لا يصحّ وقفه على نفسه، و أنّه بالوقف قد  
خرج عن ملكه و لا يجوز عودته إليه بحال »<sup>(٢)</sup> فعدم دخوله في ملك الواقف متفق  
عليه.

(\* ) الظاهر أنّ المصنف رحمته إقتصر على ما أفاده صاحب الجواهر في كتاب  
البيع، فأورد عليه بأنّ عود الوقف المؤبد إلى الواقف و ورثته مخالف للإجماع.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٥٧

«٢» السرائر، ج ٣، ص ١٥٥

و عليه فلا ينبغي إبداء احتمال رجوع الوقف إلى الواقف، خصوصاً مع تقويته في كتاب الوقف كما سيأتي نقل كلامه في التعليقة.  
هذا تمام الكلام في الصورة الثانية.

لكن صريحه ﷺ في كتاب الوقف كونه من المنقطع، كقوله في تقوية رجوع العين إلى الواقف أو ورثته: «لأنَّ عقد الوقف - بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه - إنما يقتضى نقلها عن المالك مادام الموقوف عليه غير منقرض. ومتى صار غير موقّت صار باطلاً مردوداً على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأوّل، فلا يحتاج حينئذٍ إلى سبب جديد، لأنَّ الناقل عن مقتضى الملك إنما نقل هذا المقدار. وليس هذا من التوقيت في الملك أو في الوقف، الذي حكينا الإجماع على عدم جوازه، ضرورة كون ذلك الذي فد أخذت فيه المدّة غايةً، لا ما إذا جاءت تبعاً لإنقراض الموقوف عليه»<sup>١١</sup>.

و كقوله في صور وقف العنوان كالدّار المنهدمة: «أحدها: وقفها مادامت داراً، فانهدمت، و الظاهر كونها من منقطع الآخر»<sup>١٢</sup>.

و بالجملة: فمناقشة المصنف مبنية على كون المقام من الوقف المؤبد حتى يتجه تمسكه بالإجماع على عود المال إلى الواقف.

إلا أن يقال: إن الغرض إبطال إنقطاع الوقف هنا، ثم الإيراد على الجواهر بأنّه بعد تسليم كونه من المؤبد لا سبيل لإبداء احتمال رجوعه إلى الواقف. فتأمل.

و كيف كان فالظاهر أن الملكية المنشأة بالوقف على العنوان محدودة ببقائه. بمعنى أنه أخرج الدار عن ملكه مادامت داراً مثلاً، و هي ممكنة ثبوتاً، و إقتضاء

«١» جواهر الكلام . ج ٢٨ . ص ٥٧

«٢» المصدر . ص ١٠٩

« الوقوف » و نحوه صحتها شرعاً، نظير ما نقله المحقق الشيرازي عن بعض الأعلام في ملكية الأرض المحيية من أنّها تحدث بحدوث صفة الإحياء، و تدوم بدوامها. و كملكية الخللّ التابعة لبقاء عنوان خليته أو حليته، فإذا زال عنه ذلك خرج عن الملكية. و دعوى أنّه راجع إلى مزيلية الخراب أو الخمرية أو الحلية عريّة عن البيئته<sup>١</sup>. و قد يفصل في المقام بين تبدل الصورة النوعية عرفاً - مع بقاء المادة الهيولانية المتصورة بصورة أخرى، كصيرورة النخلة خشبةً، لمباينتهما، فيبطل الوقف، كما قال به صاحب الجواهر<sup>٢</sup> و بين عدم تبدلها كذلك، و إن تبدلت بالدقة، فيستمر. و الوجه فيه كون قوام الوقف بالصورة النوعية العرفية<sup>٣</sup>.

و نوقش فيه : بأن شيئية الأشياء و إن كانت بصورها النوعية العرفية أو العقلية، إلا أنّها لا تقابل بالمال في المعاوضة، و إنما توجب زيادة مالية المادة.

و عليه فإذا وقف دكاناً أو داراً كان ظاهره وقف مادتهما، و لا تدور الوقفية مدار نفس الصور و العناوين، لعدم إنفكاكها عن المواد، بل لا يبقى لوقف العنوان - بدون وقف المعنون - معنى محصل، لكونهما متحدين خارجاً. فزوال الوقف بزوال المادة و صورتها، هذا<sup>٤</sup>.

مضافاً إلى : أن الوقف لو كان متعلقاً بالعنوان - لا بالعين الخارجية - فإن بقي في ملك الواقف شيء منها ليجوز له قلعها بعد يبسها لم يكن معنى لكونها للموقوف عليه، و إن لم يبق شيء منها في ملك الواقف كيف تصير ملكاً له بعد زوال العنوان ؟ لكن يمكن أن يقال : إنّ هذا تام في الأوصاف الدخيلة في الرغبات، كما إذا اشترى عبداً كاتباً، فتبين كونه أمياً، فيصح، و ثبت له خيار تخلف الوصف، بعد وحدة

«١» حاشية المكاسب . القسم الثاني . ص ٢٦

«٢» منية الطالب ، ج ١ ، ص ٣٥٠ : المكاسب و البيع ، ج ٢ ، ص ٣٩٤

«٣» مصباح الفقاهة . ج ٥ ، ص ٢٠٩ إلى ٢١٢

حقيقة المبيع عرفاً في الكاتب و غيره. و هذا بخلاف تعدد الصور المتحددة مادة لعدم كون المادة المشتركة مناطاً لوحدة الحقيقة، لأن مورد المعاملة هو الصورة الخاصة. ففرق بين كون المبيع غنماً و بين كونه جسماً مركباً من أعضاء. و المرجع في تعيين كون مورد المعاملة هو الصورة أو المادة العرف.

و أما ما أفاده في حكم النخلة الموقوفة فقد عرفت تصريح صاحب الجواهر رحمته من خروج الوقف بتمامه عن ملك الواقف مؤقتاً و محدوداً ببقاء العنوان، فيعود إليه بعد زواله. و الإشكال من ناحية اختصاص الملك بالمرسل أمر آخر. مضافاً إلى النقض بعود الوقف إلى الواقف بعد إنقراض البطون.

الصورة الثالثة : أن يخرب بحيث يقلُّ منفعتُه، لكن لا إلى حدِّ يلحق بالمعدوم<sup>(١)</sup>. و الأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة.

الصورة الثالثة : إذا خرب الوقف بحيث تقلُّ منفعتُه

(١) تقدّم توضيحُ الفرق بين هذه الصورة و سابقتها في (ص ٧) و أن مورد الكلام هنا بقاء شيءٍ من منفعة العين بعد خرابها.

و لا يخفى أن لقلّة المنفعة - كما نبّه عليه المحقق الإيرواني رحمته - فرضين :

أحدهما : أن تقلّ المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها، سواء

أكان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاصٍّ منها.

ثانيهما : أن تزول المنفعة المقصودة بالمرّة، مع بقاء منفعةٍ غير مقصودة، أو

حدوث هذه مقارناً لزوال ما قصد.

و الظاهر أنّ النزاع بين مجوزّ البيع و مانعه يكون في الفرض الثاني، بشهادة

تعرضهم لحكم النخلة المنقلعة، ضرورة أنّه لم يبق شيء من الثمرة التي سبّلها الواقف،

و إنّما الكلام في مانعية الإنتفاع الجزئيّ بالتسقيف و شبهه عن البيع، و عدمها. و أما

لو كانت النخلة مثمرةً و قلّ تمرّها، لم يجز بيعها، هذا.

ثم إنّ المصنف رحمته قوىّ منع البيع هنا وفاقاً للأكثر، كما تقدّم نقله مؤيداً للمنع

في الصورة الثانية، فراجع (ص ١٦).



حيث جَوَزَ الشَّيْخُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي مُحْكَمِ الْخِلَافِ بَيْعَهَا، مُحْتَجًّا بِأَنَّهُ « لَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا عَلَىٰ هَذَا الْوَجْهِ <sup>(١)</sup>، لِأَنَّ الْوَجْهَ الَّذِي شَرْطُهُ الْوَاقِفُ قَدْ بَطَلَ <sup>(٢)</sup>، وَ لَا يُرْجَىٰ عَوْدُهُ » <sup>(٣)</sup>. وَمَنْعَهُ <sup>(٤)</sup> الْحَلِّيُّ قَائِلًا: « وَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا، بَلْ يَنْتَفَعُ بِهَا بِغَيْرِ الْبَيْعِ، مُسْتَنْدًا إِلَىٰ وَجُوبِ إِبْقَاءِ الْوَقْفِ عَلَىٰ حَالِهِ مَعَ إِمْكَانِ الْإِنْتِفَاعِ. وَ زَوَالُ بَعْضِ <sup>(٥)</sup> الْمَنَافِعِ لَا يَسْتَلْزِمُ زَوَالَ جَمِيعِهَا، لِإُمْكَانِ التَّسْقِيفِ بِهَا وَ نَحْوِهِ <sup>(٦)</sup>».

(١) أي : على وجه البيع و الإنتفاع بثمنها.

(٢) هذا التعليل - بظاهره - لا يلائم ما قبله من قوله: « إلا على هذا الوجه »

الظاهر في إنتفاء جميع وجوه الإنتفاع بنحو السلب الكلي.

و وجه التنافي : دلالة قوله : « لأن الوجه الذي ... » على إنتفاء خصوص

المنفعة المقصودة للواقف، و أنه لا عبرة بسائر الإنتفاعات.

لكن يرتفع التنافي بأن قوله: « إلا على هذا الوجه » لا يدل على حصر الإنتفاع

بالبيع، و سقوط جميع وجوه الإنتفاع، بل المراد عدم العبرة بسائر الإنتفاعات، لعدم

كونها مقصودة للواقف، و إلا لو سقطت العين عن المنفعة بالمرّة لم يجز بيعها، إذ كيف

يُباع ما لا منفعة له أصلاً، و سيأتي في (ص ٥٣) بيان ما أَرَادَهُ الشَّيْخُ مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ.

(٣) أي : و مَنْعُ إِبْنِ إِدْرِيسَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الْبَيْعَ، إِسْتِنَادًا إِلَىٰ وَجُوبِ إِبْقَاءِ الْوَقْفِ عَلَىٰ

حَالِهِ، لِأَنَّهُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَ تَسْبِيلُ الثَّمَرَةِ، فَإِنَّ تَسْبِيلَ الثَّمَرَةِ الْمَسْبُوتَةِ فَهَوُ، وَ إِلَّا

فَالصَّرْفُ فِي مَنَفَعَةٍ أُخْرَىٰ.

(٤) كعدم إثمار النخلة بسبب قلعها، فإنه لا يستلزم فوات منفعة أخرى، كأن

يُعمل منها زورق أو جسر، أو يُسَقَّفَ بِهَا بَيْتٌ مِثْلًا.

«١» الخلاف ، ج ٣ ، ص ٥٥١ - ٥٥٢ ، كتاب الوقف ، المسألة : ٢٣

«٢» السرائر ، ج ٣ ، ص ١٦٧

و حُكي موافقته<sup>(١)</sup> عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و أكثر المتأخرين.  
 و حُكي في الإيضاح عن والده رحمته : أن النزاع بين الشيخ و الحلّي لفظي.  
 و إستحسنه<sup>(٢)</sup> ، لأنّ في تعليل الشيخ<sup>(٣)</sup> إعترافاً بسلب جميع منافعها، و الحلّي  
 فَرَضَ وجود منفعة، و مَنَعَ لذلك بيّهما<sup>(٤)</sup> .  
 قيل<sup>(٥)</sup> : و يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف، كما هو

(١) أي : موافقة الحلّي، و الموافق جماعة، و الحاكي صاحب المقابس رحمته "٢".  
 (٢) يعني : و استحسن فخرُ المحققين كونَ النزاع لفظياً بين شيخ الطائفة و الحلّي،  
 لمغايرة موضوع المنع و الجواز، و ذلك لأنّ الشيخ إعترف بسلب جميع المنافع فجوز  
 البيع، و الحلّي فَرَضَ بقاء بعضها فمنعه. فلو سلب جميع منافع الموقوفة يكون الحلّي  
 مجوزاً، كما أنه لو بقي شيء منها لكان الشيخ مانعاً. و هذا هو معنى النزاع اللفظي.  
 (٣) المقصود من تعليل الشيخ هو الجملة الأولى أعني قوله : « لا يمكن الإنتفاع  
 بها إلّا على هذا الوجه » و إلّا لم يتجه نسبة ذلك إلى الشيخ بملاحظة قوله : « لأنّ  
 الوجه الذي شرطه الواقف ... ».

(٤) القائل صاحبُ المقابس رحمته "٣"، و غرضه جعل النزاع بين العَلَمَيْنِ معنوياً بأن  
 يتحد موضوع الجواز و المنع.

و حاصله : أن المدار على المنفعة التي أعدت العين الموقوفة لها كالثمرة المترتبة  
 على البستان، أو على مطلق المنفعة العائدة من العين كالسكنى المترتبة على الدار، فإذا  
 خرب البستان و بُني داراً لم تخرج العين عن الوقفية، فيكون النزاع بين الشيخ  
 و الحلّي معنوياً، لأنّ مناط الجواز عند الشيخ إنتفاء خصوص المنفعة المقصودة،  
 و إن بقيت سائر المنافع، لقوله : « لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل »، و مناطه

«١» إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٩٣

«٢ و ٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٢، لكنه قال : « كما نقل »، و الحاكي لها عن الجماعة هو  
 السيد العاملي رحمته، فراجع مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٩٢، و تقدمت المصادر في (ص ١٦)، فلاحظ.

## الظاهر من تعليل الشيخ<sup>(١)</sup> (\*) . و لا يخلو عن تأمل<sup>(٢)</sup> .

عند الحلبي هو إنتفاء مطلق المنفعة، لا خصوص ما شرطه الواقف.

(١) غرض صاحب المقابس من تعليل الشيخ هو قوله: «لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل» فانه كالصريح في دوران البيع منعاً و جوازاً مدار ما سبّله الواقف من منفعة وجوداً و عدماً، و أنه لا عبرة بوجود منفعة أخرى، قال في المقابس: «و يمكن بناء الخلاف على رعاية المنفعة المعدّة ذلك الوقف لها، و عدمها، فالشيخ على الأول، و الحلبي على الثاني. و هذا هو الظاهر من التعليل كما لا يخفى»<sup>(١)</sup>.

(٢) لعل وجه التأمل عدم مساعدة كلامهما على هذا التوجيه، أمّا الشيخ رحمته فلأنه علّل أولاً جواز البيع بقوله: «لأنه لا يمكن الإنتفاع بها إلا على هذا الوجه» و معناه حصر المنفعة - بقول مطلق - في البيع، لا نفي المنفعة المعدّة لها الوقف. ثم علّل هذا الحصر بقوله: «لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل» و ليست هذه الجملة تعليلاً لأصل جواز البيع حتى يقال بأنّ مناط الجواز بنظر الشيخ إنتفاء المنفعة المقصودة للواقف.

(\*) لكن تعليل الجواز في المبسوط يأبى احتمال إرادة مطلق الإنتفاع، فلاحظ قوله: «إذا قُطعت نخلة من أرض الوقف، أو إنكسرت، جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنّه تعذّر الإنتفاع بها على هذا الوجه الذي شرطه، و هو أخذ ثمرتها». و هذا هو مفاد عبارة الخلاف «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل».

و عليه فليس ما أفاده المحقق الشوشري رحمته بعيداً عن التعليل. و يعود النزاع بينه و بين الحلبي معنوياً، كما يظهر أيضاً من الفقيهين السيد العاملي و صاحب الجواهر رحمته، فلاحظ<sup>(٢)</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٢

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٩٢؛ جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ١١٠

و كيف كان<sup>(١)</sup>، فالأقوى هنا المنع.  
 وأولى منه<sup>(٢)</sup> بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب<sup>(٣)</sup>، فلا يجوز  
 بذلك<sup>(٤)</sup> البيع، إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان<sup>(٥)</sup> أعود، و سيجيء تفصيله<sup>(٦)</sup>.

و أما الحلّي فلدلالة قوله: « و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها »  
 على دوران منع البيع مدار وجود منفعة ما للوقف، و لا يُجدي زوال خصوص المنفعة  
 المعدّ لها الوقف. و عليه فبناء النزاع على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف بعيد عن مساق  
 الكلامين.

(١) يعني : سواء أكان النزاع بينهما لفظياً أم معنوياً، فالمختار في المسألة هو منع  
 بيع الوقف الذي بقي مقدار من منفعته. و الوجه في المنع وجود المقتضي و فقد المانع،  
 بالتقريب المتقدم في الصورة الثانية، فراجع ( ص ٨).

(٢) الضمير راجع إلى « هنا » المراد به خراب الوقف بما يقلّ نفعه، و هذا هو  
 الفرع الملحق بالصورة الثالثة. و وجه أولوية منع البيع فيه : أن الموضوع لجواز البيع  
 - عند القائل به - هو « خراب الوقف » بأن يكون قلة المنفعة لأجل خراب العين،  
 و من المعلوم عدم صدقه في فرض عمرانها.

نعم يمكن القول بجواز البيع هنا إستناداً إلى ما سيأتي في الصورة الرابعة من  
 جواز بيع الوقف لو كان أنفع بحال الموقوف عليه.

(٣) كما إذا استغني عن مثل الحمام الموقوف، و عن الحان الموقوف على الزوار  
 و المسافرين، كما تقدم في الصورة الثانية، فراجع ( ص ٢٢).

(٤) أي : فلا يجوز البيع بقلة المنفعة التي منشؤها خراب العين.

(٥) أي : كان البيع أعود، و ضمير « بيعه » راجع إلى الوقف.

(٦) في الصورة الرابعة، و لم يختار المصنف تجزؤ جواز البيع، لقوله في ( ص ٨٧ ) :

« و الأقوى المنع مطلقاً وفاقاً للأكثر ».

هذا ما يتعلق بالصورة الثالثة، و به تمّ الكلام في بيع الوقف لأجل الخراب،  
 و سيأتي حكم بيعه لجهات أخرى كالحاجة إلى الثمن و غيرها.

الصورة الرابعة : أن يكون بيعُ الوقف أنفعَ و أعودَ للموقوف عليه<sup>(١)</sup>.  
و ظاهر المراد منه<sup>(٢)</sup> : أن يكون ثمنُ الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً

---

الصورة الرابعة : إذا كان بيع الوقف أصلح للموقوف عليه

(١) مورد البحث في هذه الصورة بقاء الوقف عامراً لم يطرأ عليه الخراب، خلافاً لما سبق في الصور الثلاث، و لم تكن حاجة شديدة للموقوف عليه إلى البيع لصرف الثمن في المؤونة كما سيأتي في الصورة الخامسة إن شاء الله تعالى.  
فمحلّ الكلام هو البيع لمجرد كونه أصلح بحال الموقوف عليه. و تعرّض المصنف رحمه الله لجهتين :

إحداهما : راجعة إلى موضوع المسألة، أعني المقصود بأنفعية البيع.

و ثانيتهما : راجعة إلى الحكم، و هو المنع الذي ذهب إليه الجُلّ، أو الجواز المنسوب إلى الشيخ المفيد. و سيأتي الكلام في كل منهما إن شاء الله تعالى.  
(٢) أي : من كون البيع أنفع، و هذا إشارة إلى الجهة الأولى.

و توضيحها : أن المراد بقاء أصل الثمن و زيادة نفعه - أو نفع بدله - على ما يعود فعلاً إلى الموقوف عليه. كما إذا كانت أجرة الدار الموقوفة مائة دينار شهراً، و لو بيعت بعشرة آلاف و ضارب بالثمن كان الربح الحاصل للموقوف عليه - في الشهر - مائتين. فتزيد حصة كل واحد من الموقوف عليهم على ما حصل بالإجارة. و كذا لو أبدل الثمن بخانٍ أو دكانٍ، و كانت الأجرة مائتي دينار شهراً.  
و ليس المراد بأنفعية البيع صرفُ أصل الثمن في البطن الموجود، ضرورة كون

مدّة وجود الموقوف عليه<sup>(١)</sup>.

و قد نُسب<sup>(٢)</sup> جواز البيع هنا إلى المفيد<sup>(٣)</sup>،

البيع أنفع - بهذا المعنى - من إبقاء الوقف و الإنتفاع به تدريجاً.  
و المحاصل : أن المقصود بكون البيع أعود و أصلح للموقوف عليه زيادة المنفعة التدريجية - الحاصلة من الثمن أو البدل - على ما ينتفع فعلاً من نفس الموقوفة.  
ثم إن الأنفعية تُلاحظ تارةً بالنسبة إلى خصوص البطن الموجود، مع الغرض عن الطبقة اللاحقة، و أخرى مطلقاً أي بالنسبة إلى جميع البطن، بحيث لو قيل بجواز البيع إعتبر كونه أعود لجميع البطن، لا للطبقة الموجودة خاصةً، و سيأتي في العبارة التنبيه عليه.

(١) و هو كل بطنٍ من البطن، يعني : أن النفع الواصل إلى كل طبقة - من ثمن الموقوفة أو بدلها - أزيد مما ينتفع به من نفس الوقف.

(٢) المناسب جماعةٌ كالفاضل الآبي<sup>(١)</sup> و الشهيد<sup>(٢)</sup> و الفاضل الصيمري - على ما حكاه عنه في المقابس<sup>(٣)</sup> - و المحقق الثاني<sup>(٤)</sup> و غيرهم، ففي كشف الرموز : « فهل يجوز تغيير الوقف أو بيعه لمصلحة ؟ قال الثلاثة و سلّار : نعم، لو كان أنفع للموقوف عليهم و أصلح » و مراده بالثلاثة الشيخ المفيد و السيد المرتضى و الشيخ الطوسي.  
و في الدروس : « و جَوَزَ المفيدُ بيعه إذا كان أنفع من بقائه »<sup>(٥)</sup>.

(٣) ظاهره إنحصار القائل بالجواز في الشيخ المفيد رحمته. لكن عرفت نسبة جواز

«١» كشف الرموز ، ج ٢ ، ص ٥٢ و ٥٣ ، و نقله السيد العاملي في مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٢٥٦ ، و في ج ٩ ، ص ٨٦

«٢» غاية المراد ، ج ٢ ، ص ٢٤

«٣» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٤٣

«٤» جامع المقاصد ، ج ٤ ، ص ٦٨ ، و كذا السيد العاملي في مفتاح الكرامة ، ج ٩ ، ص ٨٨

«٥» الدروس الشرعية ، ج ٢ ، ص ٢٧٩

و قد تقدّم<sup>(١)</sup> عبارته، فراجع.

البيع إلى غيره أيضاً و إن لم تخلُ عن تأمّل. و كذا نسبه الشهيد الثاني رحمته إلى الشهيد و المحقق الثاني، فراجع<sup>(٢)</sup>.

(١) غرضه التأمل في نسبة الجواز إلى الشيخ المفيد رحمته، فإن العبارة التي استفيد منها تجويزه للبيع - إذا كان أنفع بحال الموقوف عليه - هي قوله: «الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم ... أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدرّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله».

و محصله: جواز الرجوع في صورتين:

الأولى: إمتناع التقرب إليه تعالى بمعونة الموقوف عليهم و صلّتهم.

الثانية: كون تغيير الشرط أنفع للموقوف عليه، بناءً على أن يكون مقصوده رحمته من تغيير الشرط تبديل العين الموقوفة. و على هذا تتّجه نسبة جواز بيع الوقف - إن كان أعود - إلى الشيخ المفيد، هذا.

و لكن الظاهر عدم وفاء العبارة بذلك، لما في «تغيير الشرط» من احتمالين: أحدهما: ما تقدم من إرادة تغيير شرط من شرائط الموقوفة مع إبقاء الوقف بحاله، فلو غيّر شرط عدم البيع أو شرط الدوام و كان أنفع بالموقوف عليه إنتقلت الوقفية إلى الثمن أو البدل. كما إذا قال الواقف: «تصدقتُ بهذه الدار صدقة جارية مؤبدة لا تباع و لا توهب على أولادي بشرط أن يتهجّدوا» فالمراد تجويز تغيير شرط - كشرط عدم بيعها - إن كان أنفع بحال الموقوف عليه. و بناءً على هذا الإحتمال ينبغي أن يراد بكلمة «الرجوع عن الوقف» في

(١) «مسالك الأفهام»، ج ٥، ص ٣٩٩

(٢) «المقنعة»، ص ٦٥٢، و تقدم كلامه في الأقوال، فراجع ج ٦، ص ٥٥٧

و زيادة النفع<sup>(١)</sup> (\*) قد تُلاحَظ بالنسبة إلى البطن الموجود ، و قد تُلاحَظ

جملة المستثنى منها فسخُ الشرط المأخوذ في صيغة الوقف، لا فسخ أصل الوقف و العدول عنه.

ثانيهما : أن يراد من « تغيير الشرط » الرجوع عن أصل الوقف و إبطاله رأساً و جعله كأن لم يكن. و بناءً على هذا الاحتمال لا يكون جواز الرجوع أنفع للموقوف عليهم، بل هو أنفع للواقف المباشر للبيع.

إلا أن تُوجّه الأنفعية لهم بإرادة صرف الثمن فيهم، أو التصديق على كل واحد منهم بما يستحقه، و لكن لا قرينة في عبارة الشيخ المفيد على هذا التوجيه.

و يمكن ترجيح الإحتمال الثاني على الأول بقرينة كلمة « الرجوع » و بيانه : أن المراد بالرجوع في الصورة الأولى - و هي إمتناع إعانة الموقوف عليهم شرعاً - ما هو ظاهره من فسخ أصل الوقف ، و ينبغي أن يكون هذا المعنى هو المراد - بمقتضى السياق - من الرجوع في الصورة الثانية . و حينئذ يتعين حمل قوله : « تغيير الشرط » على الإحتمال الثاني، أعني به تغيير ما إشتراطه في الإنشاء من عدم بيع الوقف كليّةً ، و تغييره بتجوزيب البيع لا إلى بدل ، هذا.

و لو قيل بعدم قرينية كلمة « الرجوع » على العدول عن أصل الوقف ، فلا أقلّ من إجمال عبارة الشيخ المفيد رحمته و عدم ظهورها فيما نسب إليه من جواز البيع إن كان أعود للموقوف عليه، هذا.

(١) يعني : أن زيادة منفعة الثمن - أو البدل - على منفعة نفس العين الموقوفة قد تُلاحَظ بالنسبة إلى البطن الموجود، فاللازم على متولّي البيع رعاية مصلحة خصوص البطن الموجود ، و عدم العبارة بمنفعة المعدومين ، و هذا مبني على ما تقدم

(\*) هذه الجملة راجعة إلى موضوع المسألة من زيادة نفع البيع على بقائه، لا إلى أصل جواز البيع و المنع، فلعلّ الأولى التعرض لها قبل قوله : «و قد نسب ... الخ».



بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل<sup>(١)</sup> بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.  
و الأقوى المنع مطلقاً<sup>(٢)</sup>،

في الصورة الأولى<sup>(٣)</sup> من إنتهاء أمد الوقف بالبيع و إنتقال الثمن إلى البطن الموجود، بدعوى : أن الوقف على تقدير بقائه يصير ملكاً للبطن اللاحق، و بيعه يُبطل هذا التقدير، فلذا يختص الثمن بالموجود.

و أمّا بناءً على كون الثمن ملكاً فعلياً للموجود و شأنياً للمعدوم - كما حققه المصنف رحمته هناك<sup>(٤)</sup> - فلا بد من ملاحظة زيادة المنفعة للجميع، و لا يحل بيع الموقوفة لو إختصت زيادة منفعة البديل أو الثمن بالبطن الموجود.

(١) و أمّا إذا قيل بالإختصاص بالبطن الموجود - كما إختاره المحقق رحمته و غيره في دية العبد الموقوف المقتول<sup>(٥)</sup> - كفى كون البيع أنفع بحال البطن الموجود من إبقاء نفس الموقوفة.

(٢) هذا بيان المختار، و المراد بالإطلاق ما يقابل التفصيل بين حاجة الموقوف عليهم إلى البيع، و عدمه. كما نقله السيد الفقيه العاملي<sup>(٦)</sup> عن النهاية و الجامع. و عدّه المحقق الشوشتری قولاً ثانياً في المسألة، فقال: «إنه يجوز البيع إذا كان أنفع بشرط الحاجة الضرورية إلى ذلك، و قد قال بذلك كثير من الأصحاب»<sup>(٧)</sup>.

و تقييد جواز البيع يظهر من الشهيد رحمته في غاية المراد، كما نسبه إليه في الجواهر<sup>(٨)</sup>.

«١» راجع هدى الطالب، ج ٦، ص ٦٣٢

«٢» هدى الطالب، ج ٦، ص ٦٢٧

«٣» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١٩

«٤» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٥٧

«٥» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤٥

«٦» غاية المراد، ج ٢، ص ٢٨ و ٣٠؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٦٤

وفاقاً للأكثر<sup>(١)</sup>، بل الكلّ، بناءً<sup>(٢)</sup> على ما تقدّم<sup>(٣)</sup> من عدم دلالة قول المفيد

(١) كما يظهر من المقابس، فإنه بعد نقل القول الثالث - وهو المنع مطلقاً سواء أكانت حاجة أم لم تكن - أفاد: أن المانع عن البيع هنا إما يمنع بيع الوقف مطلقاً كالإسكافي والحلي رحمهما، وإما يمنعه في الجملة ولم يجوزه فيما كان البيع أنفع، قال رحمهما: «و منهم من لم يحكم ببطلان بيعه لبعض الأسباب، إلا أنه أسقط منها صورة الحاجة، وكون البيع أنفع من هذه الجهة، وهم: الشيخ في المبسوط وظاهر الخلاف، ومحتمل كتابي الأخبار، والمحقق في بيع الشرائع ووقفه، وظاهر وقف النافع كما فهمه الشهيد أيضاً، والعلامة في المختلف والتلخيص وبيع القواعد والإرشاد والتذكرة والتحرير ووقفها، والشهيدان في الدروس واللمعة والروضة والمسالك، والفاضل السيوري في التنقيح، وأبو العباس في المختصر وظاهر المهذب، والصميري في بيع غاية المرام ووقفه، وصاحب المفاتيح، وجملة ممن تأخر عنه»<sup>(٤)</sup>.

و عليه فالشهرة محققة على منع البيع فيما كان أعود، وهي تجدي في تحقق الإعراض الموهن لمستند الجواز، وهما روايتا جعفر والحميري.

(٢) قيد لـ «بل الكل» غرضه دعوى الإجماع على المنع، وأن الشهرة المحضة - دون الاتفاق - مبنية على وجود المخالف في المسألة، ولما كان المجوز منحصراً في الشيخ المفيد ولم يكن لكلامه ظهور في تجويز البيع - إن كان أعود - لم يصحّ عدّه مخالفاً، ولا إستيحاش من دعوى الإجماع على المنع حينئذ.

و لو سلّم ظهور كلامه في جواز البيع لزم تأويله وحمّله على ما لا يخالف القواعد، كما أفاده العلامة رحمهما في التحرير.

(٣) مراده مما تقدم إما ما أشار إليه من قوله قبل سطرين بقوله: «وقد تقدم عبارته». وإما ما نقله عن تحرير العلامة، من كونه متأولاً، و عقبه المصنف بقوله

على ذلك<sup>(١)</sup>، و على تقديره<sup>(٢)</sup> فقد تقدم عن التحرير : أن كلام المفيد متأولٌ.  
و كيف كان<sup>(٣)</sup> ، فلا إشكال في المنع ، لوجود مقتضي المنع<sup>(٤)</sup> ، و هو<sup>(٥)</sup> وجوب

هناك : « و لعلّه من شدة مخالفته للقواعد لم يرتضِ بظاهره للمفيد ... »<sup>(١)</sup> ، و ظاهر  
السكوت إرتضاؤه لأصل الحمل و التأويل.

(١) أي : على جواز البيع إن كان أعود.

(٢) أي : تقدير دلالة قول المفيد على جواز البيع.

(٣) يعني : سواء أمكن توجيه كلام الشيخ المفيد ليتحقق الإجماع على المنع، أم  
لم يمكن و تحققت الشهرة عليه، فلا إشكال في عدم جواز بيع الوقف إن كان أصلح  
بحال الموقوف عليهم. و الدليل على الدعوى وجود المقتضي و فقد المانع.

أما المقتضي فأمران :

أحدهما : عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود و العهود، و عدم نقضها،  
و هو شامل للوقف الذي حقيقته حسب الأصل عن النقل و الإنتقال مطلقاً، سواء  
أكان يبعه أصلح بحال الموقوف عليه، أم لم يكن.

و ثانيهما : خصوص ما ورد في الوقف، كقوله عليه السلام : « الوقوف على حسب  
ما يقفها أهلها » الدال على وجوب العمل على طبق ما رسمه الواقف من تحبب  
الأصل على الموقوف عليه. و كقوله عليه السلام : « لا يجوز شراء الوقف » الظاهر في منع بيع  
الوقف و تغييره و تبديله.

و أما المانع - أي ما يجوز البيع إذا كان أنفع - فما يدعى كونه مانعاً رواية ابن  
حنّان و مكاتبة الحميري، و سيأتي قصورهما عن إثبات جواز البيع.

(٤) أي : منع البيع فيما كان أعود.

(٥) يعني : و المقتضي للمنع هو ما دلّ - عموماً و خصوصاً - على وجوب

العمل على طبق الإنشاء.

العمل على طبق إنشاء الواقف، و قوله <sup>(١)</sup> **« لا يجوز شراء الوقف »** <sup>(٢)</sup>،  
و غير ذلك <sup>(٣)</sup>. و عدم <sup>(٤)</sup> ما يصلح للمنع <sup>(٥)</sup>، عدا رواية ابن محبوب <sup>(٥)</sup> عن علي بن  
رثاب عن جعفر بن حنّان [ حيان ] <sup>(٦)</sup>

(١) معطوف على « وجوب » يعني : و كذا يقتضي المنع عن البيع مادلاً على  
النهي عن خصوص بيع الوقف و شرائه.

(٢) كالإجماع المتقدم في أوّل المسألة على عدم جواز بيع الوقف،  
و كالنبوي **« المرسل الدال على أن : الوقف تحبّس الأصل و تسبيل الثمرة »**.

(٣) معطوف على « وجود مقتضي المنع ».

(٤) يعني : المنع عن تأثير مقتضي المنع، فكأنه قال : « و عدم ما يصلح للجواز  
عدا ... » فإن نفي النفي يؤول إلى الإثبات، نحو « زيد ليس بعديم المال » أي : هو  
ذو مال.

(٥) إستدل الشهيد هذه الرواية على مدعاه من جواز البيع عند الحاجة إن كان  
أعود، قال **« و أمّا الذاكرون الحاجة - أي جواز البيع عند حاجة الموقوف  
عليهم - فيمكن تعويلهم على ما رواه جعفر بن حيان ... و هذه تتضمّن قيد كون  
البيع أعود عند الحاجة »** <sup>(٦)</sup>. ثم قال : « و الأجود العمل بما يقتضيه الحديثان  
السالفان » <sup>(٧)</sup> و أحد الحديثين في كلام الشهيد هو خبر جعفر.

(٦) هذا الخبر لا يخلو من بحث سنداً و دلالةً. أمّا السند فلجهالة جعفر. و عدم

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٠٣، الباب ٦ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث : ١

«٢» عوالي اللئالي، ج ٢، ص ٢٦١، الحديث : ٥، رواه عنه في مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٤٧،

الباب ٢ من أبواب الوقف، ح.

«٣» غاية المراد، ج ٢، ص ٢٨

«٤» المصدر، ص ٣٠

« قال : سألتُ<sup>(١)</sup> أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ

إحراز وثاقته، و العمدة وقوع ابن محبوب في السند، و هو مجدٍ عند مَنْ يرى كفاية صحة الطريق إلى مَنْ أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، مطلقاً سواء روى عن مجهولٍ بلا واسطةٍ أو معها كما في المقام، لأن ابن محبوب يروي عن علي بن رثاب، و هو عن جعفر. فيحكم بإعتبار الخبر حينئذٍ. و لعلّه لهذا وصفه العلامة المجلسي التقي رحمته الله بالقوي كالصحيح<sup>(٢)</sup>».

لكن المبني محلّ تأمل، كما تعرضنا له في شرح الكفاية، فراجع<sup>(٣)</sup>. و لعلّه عدّه ولده العلامة من المجهول<sup>(٤)</sup>.

و أمّا الشهرة العملية الجابرة لضعف السند فغير محققة في المقام بناءً على ذهاب الأكثر إلى المنع مطلقاً.

و أمّا الدلالة فالرواية تشتمل على فقرات متعددة، و هي غير صافية من الإشكال كما سيأتي التعرض لجملة منها، و لا بد من توجيهها بما لا يُخالف القواعد، كما تصدّى غير واحدٍ له، فراجع<sup>(٥)</sup>.

و الغرض من نقلها الإستدلال بالسؤال الأخير المتكفل لحكم بيع الوقف عند الحاجة، و تجويزه عليه السلام له بشرطين :

أحدهما : رضا الموقوف عليهم بأجمعهم.

و ثانيهما : كون البيع خيراً لهم من إبقائه، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) هذا هو السؤال الأول، و لعلّ مراد السائل : أنّ الواقف وقف أرضاً مزروعة على قرابته من أبويه ، و شرط في صيغة الوقف : أن يعطي الموقوف عليهم - بعد موت

«١» روضة المتقين ، ج ١١ ، ص ١٥٨

«٢» منتهى الدراية ، ج ٨ ، ص ١٤٥

«٣» ملاذالأخبار ، ج ١٤ ، ص ٦٠٦

«٤» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥٠ و ٥١

وقف غلّة<sup>(١)</sup> له على قرابته<sup>(٢)</sup> من أبيه، و قرابته من أمّه،

الواقف - مقدار ثلاث مائة درهم من عوائد الموقوفة لرجلٍ مادام حيّاً، و لعقبه بعد موته، بأن قال: « هذه الأرض وقف على قرابتي، و شرطتُ عليهم إعطاء ثلاث مائة درهم - بعد موتي - لزيد ثم لعقبه ».

فالمراد بالوصية هنا الشرط على الموقوف عليهم بإعطاء شيءٍ للرجل معلقاً على موت الواقف، بحيث تكون نماءات الوقف بتمامها ملكاً للموقوف عليهم قبل موت الواقف، و كذلك تكون لهم و لورثتهم بعد إنقراض ذلك الرجل و عقبه.

و ليس المراد بالوصية هنا معناها المهود من العقد المستقل لِيشكّل بأن الوصية إن كانت بعد إجتماع شرائط الوقف فهي باطلة، لعدم بقاء المال على ملك الموصي حتى يصح الإيضاء به. و إن كانت قبلها صحّت و بطل الوقف.

كما أن الظاهر عدم إرادة الإستثناء من الوقف، بأن يستثنى الواقف مقداراً من منفعة الوقف لنفسه ثم أوصى به لذلك الرجل، كأن يقول: « و قفّتُ هذه الأرض على قرابتي و إستثنيتُ من علّتها ثلاث مائة درهم » إذ لو كان كذلك لزم دخول الدراهم في ملك ورثة الواقف بعد إنقراض الموصي له. مع أنه عليه السلام جعلها للموقوف عليهم.

(١) قال الشهيد رحمته الله: « المراد بالغلّة هنا أرض الغلّة، فحُذف المضاف للعلم به »<sup>(١)</sup>.

و يشهد له قوله السائل في السؤال الثاني: « رأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها » لرجوع الضمير إلى الأرض لا إلى الغلّة.

و كذا قوله عليه السلام في جواب السؤال الثالث: « يردّ إلى ما يخرج من الوقف » فيكون المراد بالموصول الغلّة، و بالوقف نفس الأرض.

(٢) إستفاد العلامة و غيره من إقتصار السائل - في مقام حكاية الوقف - على

وأوصى<sup>(١)</sup> لرجلٍ ولعقبه<sup>(٢)</sup> من تلك الغلّة - ليس<sup>(٣)</sup> بينه وبينه قرابة - بثلاثمائة<sup>(٤)</sup> درهم في كل سنة، ويقسم الباقي<sup>(٥)</sup> على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه. فقال عليه السلام: جائزٌ للذي أوصى له بذلك<sup>(٦)</sup>.

قلت : أ رأيتَ<sup>(٧)</sup> إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلاّ خمسمائة درهم ؟ فقال<sup>(٨)</sup> : أليسَ في وصيّته أن يُعطى الذي أوصى له من الغلّة

ذكر القرابة : أن مورد السؤال وقف منقطع، لا مؤبد، فتكون الرواية أجنبية عن بيع المؤبد إذا كان أنفع. وسيأتي في (ص ٨٠).

(١) تقدّم أنفاً بعض احتمالات الوصية، وأن الظاهر عدم إرادة وقف بعض الأرض والإيصاء بمنافع بعضها الآخر. وذلك لدلالة قوله عليه السلام : « أ رأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي وقفها » على أن تمام الأرض موقوفة.

(٢) المراد بالعقب مطلق الوارث لا خصوص الأولاد، وذلك بقرينة قوله عليه السلام : « لورثته يتوارثونها » أعم من أن يكون الوارثُ ولدًا أو غيره.

(٣) يعني : أن الرجل الموصى له ليس من القرابة التي وقفت عليهم الأرض.

(٤) متعلق بـ « أوصى » فالمال الموصى به ثلاثمائة درهم في كل سنة من منافع الأرض يجب إعطاؤها للرجل.

(٥) يعني : ما بقي من الغلّة بعد إخراج ثلاثمائة درهم منها.

(٦) أي : بثلاثمائة درهم، وجواب الإمام عليه السلام إمضاء لإنشاء الواقف و تنفيذ لوصيته، ولعلها كانت شرطاً في الوقف كما تقدّم أنفاً.

(٧) كأنّ السائل تعجب من تنفيذ هذه الوصية من جهة أن إستحقاق الموصى له للثلاثمائة درهم - على كل حال - قد يوجب النقص في حصة الموقوف عليهم، كما إذا كان تمام الغلّة خمسمائة درهم، فنصيب كل واحد منهم من المائتين الباقيتين قليل جداً.

(٨) يعني : فقال الإمام عليه السلام - لإزالة تعجب السائل - بلزوم العمل بالوصية

ثلاثمائة درهم، و يُقسَم الباقي على قرابته من أبيه وأمه ؟ قلت : نعم<sup>(١)</sup>. قال : ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يُوفى<sup>(٢)</sup> الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم<sup>(٣)</sup> ما يبقى بعد ذلك.

قلت : أ رأيتَ<sup>(٤)</sup> إن مات الذي أوصى له<sup>(٥)</sup> ؟ قال : إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته<sup>(٦)</sup> يتوارثونها ما بقي أحدٌ منهم. فإن إنقطع ورثته<sup>(٧)</sup>، و لم يبقَ منهم أحدٌ كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت.

(١) أي : نعم ورد في وصية الواقف إخراجُ ثلاثمائة درهم على كل حال، سواء بلغت الغلّة آلافاً من الدراهم أم كانت خمسمائة درهم.

(٢) يعني : حتى يتم للموصى له ثلاثمائة درهم، و تصل إليه.

(٣) أي : للقرابة بعد إيفاء الثلاثمائة للموصى له.

(٤) هذا سؤال عن حكم الموصى به لو مات الموصى له، و أن الدراهم لورثته أو ترجع إلى الموقوف عليهم.

(٥) كذا في نسخ الكتاب و الوسائل، و هو موافق لما في الكافي، و لكن في التهذيب « أوصى » و الأولى ما في المتن.

(٦) أي : لقبِ الموصى له الذين أوصى الواقف بإعطاء الثلاثمائة درهم لهم بعد موت الموصى له. و المراد بالتوارث ليس هو الإرث المصطلح ليجري عليه الأحكام المختصة به مثل كون حظُّ الذكر ضعف الأنثى، بل المراد به إستحقاق الأعتاب ما كان للموصى له بعد موته و إن كان تلقّيه للموصى به من الموصي لا من الموصى له، نظير إستحقاق البطن اللاحق للمعين الموقوفة بعد إنقراض البطن السابق، فإنه ليس من الإرث المصطلح. و وجه مشابهة هذين - أعني الوصية و الوقف - بالإرث هو توقف إستحقاق اللاحق على فقد السابق.

(٧) أي : فإن لم يبق أحدٌ من ورثة الموصى له إنقطع حكمُ الوصية، فالثلاثمائة درهم لقرابة الواقف من أبيه و أمّه الذين أوقف الأرض عليهم.



يرد<sup>(١)</sup> إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك<sup>(٢)</sup> ما بقوا و بقيت الغلة.

قلت<sup>(٣)</sup> : فللورثة من<sup>(٤)</sup> قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا<sup>(٥)</sup> ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال<sup>(٦)</sup> : نعم ، إذا رضوا كلهم، وكان البيع خيراً

(١) أي : يرجع الموصى به - و هو الثلاثمائة درهم - إلى الموقوف عليهم، و تنضم إلى سائر نماءات الموقوفة، فيقسم الجميع بينهم.

(٢) المشار إليه هو ما يخرج من الوقف. و التوارث هنا بمعنى إستحقاق كل بطن بعد إنقراض سابقه، لا بمعنى تلقي الملك من السابق.

(٣) هذا السؤال الأخير محل الاستشهاد بالرواية على جواز بيع الوقف إن كان أنفع، و السائل فرض حاجة الموقوف عليهم و عدم كفاية الغلة لهم كما سيظهر.

(٤) كذا في نسخ الكتاب و كذا في الوسائل و الكافي ، و لكته في التهذيب « فللورثة قرابة الميت » بدون حرف الجرّ. و المراد بالقرابة هم الموقوف عليهم في صدر الرواية أي أقرباء الواقف من أبيه و أمه، و المراد بالورثة هم نفس القرابة بناءً على خلو العبارة من حرف الجرّ. و كذا بناءً على ذكر « من » لإحتمال كونها بيانيةً ، فكأنه قال : لورثة الواقف الذين هم الموقوف عليهم.

نعم بناءً على كونها تبعية، فالمراد بقرابة الواقف ما يعمّ البطن الموجود و البطون المتأخرة، و بالورثة ورثة الميت شرعاً كالبطن الحاضر.

(٥) المراد من الحاجة ما ينطبق على الصورة الرابعة أعني بيع الموقوفة و تبديلها بشيء آخر يكون الإنتفاع به أزيد مما يعودهم من أصل الوقف فعلاً، لأنّ غرض السائل تكميل نفع الموقوفة إلى حدّ يفي بمؤنتهم، و هذا الغرض يقتضي أن يكون جواز البيع لأجل التبديل بما هو خير للموقوف عليهم و أنفع لهم.

و سيأتي من المصنف إبداء إحتمال آخر، فلاحظ (ص ٧٧).

(٦) هذا جواب الإمام عليه السلام ، و هو تجوز البيع، لكن لا كما فرضه السائل من

لهم، باعوا»<sup>(١)</sup>.

و الخبر<sup>(٢)</sup> المروي عن الإحتجاج : أن الحميري كتب إلى صاحب الزمان

الحاجة، بل بشرطين :

أحدهما : رضى جميع الموقوف عليهم، فلا عبرة برضى بعض دون بعض.

و ثانيهما : كون البيع خيراً لهم.

و يحتمل في جواب الإمام عليه السلام بـ « نعم » تصديق السائل في جواز البيع عند الحاجة، لكن بشرطين آخرين، و عدم كفاية الحاجة التي فرضها السائل، فإن اجتمعت الحاجة و الرضا و الخير جاز البيع، و إلا فلا.

و يحتمل أن يكون تقريراً لأصل جواز البيع، فكأنه عليه السلام عدل في الجواب إلى أن شرط جواز البيع هو كونه خيراً لهم و أنفع بحالهم من إبقاء الأرض.

و هذا الإحتمال الثاني هو مبنى الإستدلال برواية جعفر بن حيّان على جواز بيع الوقف إن كان أعود من دون تقييده بالحاجة.

(١) معطوف على « رواية ابن محبوب » أي : « وعدا الخبر المروي ... » و هذا الخبر لاشتماله على مضمون الخبر السابق يمكن أن يستدل به على جواز بيع الوقف إن كان أنفع. و البحث فيه سنداً و دلالةً. أما السند فالرواية مكاتبة الحميري رضي الله عنه إلى الإمام الحجّة عجل الله تعالى فرجه الشريف و جعلنا فداءه ، رواها أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي رضي الله عنه في الإحتجاج، و هو يروي عن الحميري بواسطة واحدة. و لو نوقش في ما روي في الإحتجاج مرسلأمكن التعويل على خصوص توقيعات الناحية المقدسة إلى الحميري بمانقله النجاشي رضي الله عنه - على ما حكاه عنه في المقابس - من قوله :

«١» وسائل الشريعة ، ج ١٣ ، ص ٣٠٦ ، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ، الحديث : ٨ ، رواه عن الكافي ، ج ٧ ، ص ٣٥ ، كتاب الوصايا ، باب ما يجوز من الوقف و الصدقة ... الحديث : ٢٩ ، و الفقيه ، ج ٤ ، ص ١٧٩ ، الحديث : ٦٣٠ ، و تهذيب الأحكام ، ج ٩ ، ص ١٣٣ ، الحديث ٥٦٥ ، و نقل جملة منه في الإستبصار ، ج ٤ ، ص ٩٩ ، الباب ٦١ ، الحديث : ٦

– جعلني الله فداه – : «أُتِيَ رُوِي عن الصادق عليه السلام خبر مَأْتورٌ<sup>(١)</sup> (\*) : أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم ، فاجتمع أهل الوقف على بيعه ، و كان

» و قال لنا أحمد بن الحسين : وقعت هذه المسائل إلى في أصلها، و التوقيعات بين السطور «<sup>(٢)</sup>». و ظاهره الإطلاع على تمام ما كتبه الحميري إليه عليه الصلاة و السلام، هذا.

و أما الدلالة فالمكاتبة تشتمل على حكيمين سألهما الحميري منه عليه السلام :

الأول : حكم بيع الوقف الخاص لو لم يجتمع الموقوف عليهم على البيع،

و بيانه : أن الحميري روى مرسلاً عن الإمام الصادق عليه السلام جواز بيع الوقف بشرطين :

أحدهما : كونه أصلح من إبقائه، و ثانيهما : إتفاقهم على البيع. فتردد الحميري في

جواز البيع عند فقد شرط الإجتماع. فأجابه عليه السلام بجواز ذلك.

الثاني : حكم الوقف الذي لا يجوز بيعه أصلاً، فأجاب عليه السلام بأن ما لا يجوز بيعه

هو الوقف على الإمام عليه السلام.

(١) يحتمل أن يكون هذا الخبر المأثور هو خبر جعفر بن حيّان كما قيل، أو

خبراً آخر مشتملاً على نفس المضمون وإن لم يصل إلينا. و حينئذ لو تم سندُ المكاتبة

كشفت عن صدور الجملة الأخيرة من رواية ابن حنّان عن الإمام الصادق عليه السلام.

(\*) كذا في الوسائل نقلاً عن الإحتجاج، لكن فيه « روى عن الفقيه في بيع

الوقف خبر مأثور » و « الفقيه » يُطلق غالباً على الإمام المظلوم المعصوم موسى

الكاظم عليه الصلاة و السلام. فنفي البعد عن كون ذلك عين رواية جعفر بن حيّان

– كما في المقابس و غير واحد من الحواشي<sup>(٣)</sup> – ضعيف، لعدم رواية ابن حيان عن

الإمام الكاظم عليه السلام ، فلاحظ.

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥٢

«٢» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥١ ، حاشية المحقق الإصفهاني رحمته الله ، ج ١ ، ص ٢٧١ ، حاشية المحقق

الإيرواني رحمته الله ، ج ١ ، ص ١٧٨

ذلك أصلح، لهم<sup>(١)</sup> أن يبيعوه<sup>(٢)</sup>.

فهل<sup>(٣)</sup> يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك<sup>(٤)</sup>؟

و عن الوقف<sup>(٥)</sup> الذي لا يجوز بيعه ؟

فأجاب عليه السلام : إذا كان الوقفُ على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه<sup>(٦)</sup>. و إذا

كان<sup>(٧)</sup> على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدر<sup>(٨)</sup>

(١) الجملة خبر قوله: « ان الوقف » و جملة « إذا كان ... أصلح » معترضة.

(٢) بهذا يتم الخبر المأثور عن الإمام الصادق عليه الصلاة والسلام .

(٣) هذا سؤال الحميري من الإمام عليه السلام حول الخبر المأثور، و قد تقدم وجه

تردده الداعي للسؤال منه عليه السلام.

(٤) أي : على البيع.

(٥) هذا هو السؤال الثاني، و هو تحديد الوقف الممنوع بيعه، بلا دخل لإجتماع

الموقوف عليهم في الجواز، و لعلّ مورد سؤاله الوقف العام، لكون متوليه الإمام عليه السلام ،

أو الوقف على الإمام الذي لا يحلّ لأحد أن يتصرف فيه ببيع و غيره، كما ورد النهي عنه في مكاتبة أخرى.

(٦) هذا جواب السؤال الثاني، و حاصله : أن الوقف على عنوان « إمام

المسلمين » - المنطبق على الأئمة المعصومين عليهم السلام ، أو شخصه المقدّس عليه السلام - يحرم

أن يتصدى الغير لبيعه من جهة عدم كونه مالكاُ لأمر هذا الوقف حتى ينفذ تصرفه فيه.

(٧) هذا جواب السؤال الأوّل، و ظاهره تعميم جواز بيع الوقف الخاص لكلتا

حالتي إجتماع أهل الوقف و تفرقهم. فإن اجتمعوا فالمبيع تمام الموقوفة، و إن تفرقوا

فالمبيع خصوص حصّة البائعين.

(٨) الظاهر إرادة القدرة الشرعية، يعني : بقدر ما يستحقه البائع من الوقف،

على بيعه مجتمعين<sup>(١)</sup> و متفرقين، إن شاء الله «<sup>(٢)</sup>».

دلّت<sup>(٣)</sup> على جواز البيع، إمّا في خصوص ما ذكره الراوي - وهو كون

فلا ينفذ بيع مازاد على حصته.

(١) الإجماع على البيع هو إتفاق كلمة أهل الوقف، سواء باعوه صفقة واحدة،

أم باع كل منهم حصته. و الاتفاق إختلاف أنظارهم في البيع، بأن يريده بعضهم دون بعض.

(٢) غرض المصنف رحمته تقريب دلالة هذه المكاتبة على جواز البيع، و محصله :

أن قوله عليه: « فليبع كل قوم » يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يكون تجويز بيع البعض لحصته من الوقف مشروطاً بكونه أعود

و أنفع للموقوف عليه. و منشأ هذا الإحتمال كون جواب الإمام عليه ناظراً للسؤال،

و صدوره في مورد فرض السائل أصلحية البيع، لقوله : « و كان ذلك أصلح ».

و عليه فلا منافاة بين هذه المكاتبة و بين رواية جعفر المجوّزة للبيع إذا كان أنفع

و أصلح، فهما متوافقتان في الحكم.

ثانيهما : أن يكون تجويز بيع البعض مطلقاً و غير مقيد بكونه أنفع، لعدم ورود

قيد « الأصلح » في جواب الإمام عليه ، و إمّا ورد في سؤال السائل، و العبرة بإطلاق

الجواب، لإحتمال عدم دخل « الأصلح » في جواز بيع كل واحد من أهل الوقف

حصته.

و بناءً على هذا الوجه يقع التنافي بين جواز البيع مطلقاً - سواء أكان أنفع أم

لا - و بين مفهوم الجملة الشرطية في قوله عليه في خبر جعفر « إذا رضوا كلهم و كان

البيع خيراً لهم » لظهوره في إنتفاء الجواز بإنتفاء رضا الكل، أو بإنتفاء خيرية البيع.

و يرتفع التنافي بتقييد إطلاق البيع - في المكاتبة - بمفهوم رواية جعفر ، و نتيجة

«١» الإحتجاج . ج ٢ . ص ٣١٢ - ٣١٣ . الوسائل . ج ١٣ . ص ٣٠٦ . ٣٠٧ . الباب ٦ من أبواب أحكام

الوقف و الصدقات . الحديث : ٩

البيع أصلح - و إمّا مطلقاً، بناءً<sup>(١)</sup> على عموم الجواب. لكنّه<sup>(٢)</sup> مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر.

كما أنّه يمكن<sup>(٣)</sup> حملُ إعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام

التقييد إختصاص جواز البيع بكونه أنفع.

(١) قيد لـ « مطلقاً » يعني : أن دلالة المكاتبه على إطلاق جواز البيع مبنية على عدم قرينية السؤال على ما يراد من الجواب. فلو قيل بإختصاص الجواب بمورد السؤال لم يكن إطلاق في البين، كما تقدم آنفاً.

(٢) أي : لكنّ إطلاق جواز البيع مقيد بمفهوم الجملة الشرطية في قوله ﷺ : « إذا رضوا كلهم، و كان البيع خيراً لهم » كما تقدم آنفاً.

(٣) الضمير للشأن، و غرضه توكيد قرينية كل واحد من الخبرين على التصرف في الآخر، فكما أن مفهوم خبر جعفر مقيد لإطلاق جواز البيع بناءً على الإحتمال الثاني في المكاتبه، فكذا تكون المكاتبه قرينة على التصرف في خبر جعفر.

و بيانه : أن قوله ﷺ فيه : « نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم » يدلّ بمفهوم الشرط على عدم نفوذ البيع بفقد كل واحد من الشرطين، و هما رضا الكل و كون البيع خيراً. و عليه فلا عبرة برضا بعض أهل الوقف في بيع حصّة نفسه منه. و من المعلوم منافاة هذا المفهوم لقوله ﷺ في منطوق المكاتبه : « فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين » الصريح في صحة بيع كل حصّة برضا أربابه. و يرتفع هذا التنافي برفع اليد عن ظهور خبر جعفر في كون رضا الكل شرطاً تعديتياً لجواز البيع كشرطية الأعودية، بل يقال : إن أريد بيع تمام الوقف لزم رضا الجميع، عملاً بظاهر قوله ﷺ : « إذا رضوا كلهم »، كما هو الحال في التصرف في سائر الأملاك المشتركة و متعلقات الحقوق. و إن أريد بيع بعض أهل الوقف نصيبه منه كفى رضاه، و لا يكون رضا الجميع شرطاً في البيع، على ما هو صريح المكاتبه.

الوقف، لا إعتباره<sup>(١)</sup> في بيع كل واحد، بقرينة<sup>(٢)</sup> رواية الإحتجاج.  
و يؤيد المطلب<sup>(٣)</sup> صدرُ رواية ابن مهزيار الآتية<sup>(٤)</sup> لبيع حصّة ضيعة  
الإمام عليه السلام من الوقف.

و يؤيد هذا الحمل ما ورد في صدر مكاتبة ابن مهزيار من قوله عليه السلام: « أعلم  
فلاناً أُمي أمره ببيع حصّتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، إن ذلك رأيتُ إن شاء  
الله تعالى » ضرورة أن أمره عليه الصلاة والسلام ببيع حصّته دليل على كفاية رضا كل  
واحد من أهل الوقف ببيع حصّته.

(١) أي : إعتبار رضا الكل، و عدم توقف صحته على إجتماعهم عليه.

(٢) هذا و قوله : « على صورة » متعلقان بـ « حمل » .

(٣) المراد من المطلب حملُ خبر جعفر على صورة بيع تمام الوقف، و نتيجته

جواز بيع كل قوم نصيبه منه.

و أمّا جعله مؤيداً - لا دليلاً - فإمّا لإحتمال إرادة الهبة من قوله : « و جعل  
لك في الوقف الخمس » بأن يكون الوقف بالنسبة إلى أربعة أخماس الضيعة، فيكون  
خمسها هبةً له عليه السلام.

و إن كان خلاف الظاهر، لأنّ قوله : « إبتاع ضيعة فأوقفها » ظاهر في كون  
الوقف شاملاً لتمام الضيعة.

و إمّا لعدم ظهورها في حكم الوقف المؤيد.

و إمّا لعدم تحقق القبض كما سيأتي التعرض له في الصورة العاشرة فراجع  
(ص ١٧٩).

(٤) سيأتي في (ص ١٥١) إستدلال مَنْ جَوّزَ بيع الوقف - في الصور الأربع

الأخيرة - بها، فانتظر.

هذا كلّهُ ما يتعلّق بقوله فسي (ص ٦٣) : « و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية

... » أي جواز البيع إن كان أعود، دليلاً و مؤيداً.

و الجواب<sup>(١)</sup> : أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها<sup>(٢)</sup> إنّما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرد كون البيع أنفع (\*).

(١) أجاب المصنف رحمته عن الإستدلال بالخبرين على الجواز، فعن الأوّل بوجوه أربعة، و عن الثاني بوجهين منها، و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا هو الوجه الأوّل، و حاصله : أن الدليل أخص من المدعى.

توضيحه : أن الغرض من الإستدلال بخبر جعفر بن حيّان إثبات جواز بيع الوقف لمجرد كونه أنفع، سواء إنضمت جهة أخرى - من حاجة أو ضرورة شديدة - إليه، أم لا. مع أن الخبر يدلّ على إناطة الجواز بحاجة الموقوف عليهم أيضاً، لأنّ قوله عليه : « نعم » ناظر إلى الجواز في مفروض السؤال و هو الحاجة ، لكنه عليه قيده بكونه أصلح لهم. و مقتضاه توقف نفوذ البيع على إجتماع الأمرين. و بهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجة و الأعودية كابن سعيد و الشهيد رحمتهما.

هذا مع الغض عن الشرط الآخر المذكور في جوابه عليه من إعتبار رضی

(\* ) هذا ينافي ما سيأتي في الصورة الخامسة، من قوله : « مع أنه قد يقال ... »

الظاهر في إلغاء قيد الحاجة. و لم يتأمل فيه المصنف رحمته.

نعم، لا بأس بالزام من يكتفى بكون البيع أعود بما ورد في خبر جعفر بن حيّان، بناءً على كون « نعم » دالاً على تقرير جواز البيع عند الحاجة، فلو كان عدولاً عنه إلى كفاية كونه خيراً لم يتجه ما في المتن.

كما أن الجواب الثالث أيضاً مبني على إعتبار قيد الحاجة، حتى يقال بأنّها المراد من الخير. و أمّا الجواب الثاني فمبني على إلغاء الحاجة، و كون مناط جواز البيع الصلاح و النفع، فلاحظ.



فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزّه<sup>(١)</sup>. و سيجيء الكلام في هذا القول<sup>(٢)</sup>.

بل يمكن أن يقال<sup>(٣)</sup>: إن المراد بكون البيع خيراً لهم : مطلق النفع الذي

الجميع، و إلا فيكون جواز البيع دائراً مدار أمور ثلاثة : الاحتياج و رضا الجميع و الأعدوية. و على كل حال فلا تدل الرواية على كون المناط في جواز البيع الأعدوية بالاستقلال.

فإن قلت : يمكن إلغاء قيد « الحاجة » لكونه مأخوذاً في السؤال، لا في جواب الإمام عليه السلام، كما تقدّم نظيره في الإستدلال بالمكاتبة من احتمال دلالتها على الجواز مطلقاً لا مشروطاً بالأصلحية، حيث قال : « و إمّا مطلقاً بناءً على عموم الجواب ». فتعام المناط رضا الكل و الأعدوية، فيتجه الإستناد إلى الخبر لجواز البيع إن كان أصح. و إمّا قيد « رضى الكل » فهو إمّا ظاهر في بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحدٍ ببيع نصيبه، فلا دلالة فيه على إعتبار الإجتماع حتى بالنسبة إلى بيع بعض الوقف. و إمّا لا يُؤخذ به من جهة تقييده بالمكاتبة.

قلت : لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور « نعم » في الجواز في موضوع الحاجة، غايته زيادة الشرطين، لا تخطئة السائل في أصل دخل الحاجة في نفوذ البيع.

(١) حيث قال فيها : « أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة و يكون بيع الوقف أصح لهم »<sup>(١)</sup>.

(٢) أي : القول بجواز البيع لو إحتاج الموقوف إليهم إلى البيع، و سيأتي في الصورة الخامسة.

(٣) هذا هو الوجه الثاني مما أجاب به عن الإستدلال بالرواية، و حاصله : أنه يمكن إرادة مطلق النفع من « الخير » في قوله عليه السلام : « و كان البيع خيراً لهم » فالمراد

حينئذٍ : كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يُقدِّمون غالباً على فعلٍ إلا إذا كان أرجح من تركه. و من المعلوم أن الأعدوية بهذا المعنى تما لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذٍ شرطاً تعدياً، بل أمراً إرتكازياً عقلاً.

و بعبارة أخرى : المقصود من هذا الوجه إسقاط خبر جعفر عن الإعتبار بإبداء احتمال آخر في كلام الإمام عليه السلام لم يقل به أحد، فيشكل العمل به من جهة مخالفته للإجماع.

و توضيحه : أنه عليه السلام عدل عمّا فرضه السائل - من الحاجة إلى البيع - إلى قوله عليه السلام : « إذا كان خيراً لهم ». و هذه الجملة يحتمل كونها قيداً لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطية على إنتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الإستدلال. و يحتمل كونها مبيّنة للموضوع بمعنى أنه عليه السلام جوزّ بيع الوقف، و لم يعلِّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، و إمّا أتى بجملة « إذا كان خيراً » تمهيداً لذكر الجواب، و هو « باعوا في مورد حاجتهم » و تنبيهاً على أن رعاية الخير و الصلاح يكون من قبيل الداعي الذي يلاحظه العقلاء في معاملاتهم و أفعالهم الإختيارية، حيث إن إقدامهم على المعاملة مطلقاً - سواء أكان المبيع وقفاً أو ملكاً طلقاً - و ترجيح الفعل على الترك منوط عادةً برعاية النفع و المصلحة، و من المعلوم أن هذا الأمر الإرتكازي العقلاني لا يتوقف على بيان الشارع.

و عليه تكون هذه الشرطية « إذا كان خيراً باعوا » نظير الجمل الشرطية المسوقة لبيان الموضوع، و قد تقرر عدم إنعقاد المفهوم لها ، لكون السلب فيها بانتفاء الموضوع، لا المحمول، فكأنه عليه السلام قال : « إذا كان في بيع الوقف نفعٌ ليس في عدمه، فليبيعوا، لأنهم لا يُقدمون على فعلٍ إختياري إلا أن يكون فيه الصلاح و الخير ». و معناه عدم كون ا ع شرطاً تعدياً لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمر إرتكازي.

يلاحظه الفاعل<sup>(١)</sup> ليكون منشأ لإرادته<sup>(٢)</sup>. فليس<sup>(٣)</sup> مراد الإمام عليه السلام بيان إعتبار ذلك<sup>(٤)</sup> تعبدًا، بل المراد بيان الواقع<sup>(٥)</sup> الذي فرضه السائل، يعني: إذا كان الأمرُ

و بناءً على هذا الإحتمال يجوز بيع الوقف بمجرد إقترانه بالمنفعة. و هذا يخالف للإجماع، لعدم إلتزامهم بكفاية مطلق النفع في البيع، و إنما يقع البحث في جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فيه و عدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع إحتمال إرادة مطلق الخير و النفع من قوله عليه السلام: « خيراً لهم » و ذلك بقرينة سبق السؤال عما إذا كان البيع أصح، فالمتحصل من الجواب إناطة الجواز بكون البيع أنفع من تركه، و عدم كفاية مطلق الخير الموجب لحدوث إرادة البيع و إختياره على تركه.

و عليه ينطبق جوابه عليه السلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع. قلت: لا سبيل لمنع الإحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمة « الأصح » قرينةً على المراد من الخير، فكذا العكس أي قرينية « الخير و مطلق النفع » على ما يراد من « الأصح » و يكون الجواب حينئذٍ وارداً مورد السؤال، و ليس أجنبيًا عنه. و عليه فلا شاهد لسد باب الإحتمال المزبور، و هو موجب لطرح الخبر، لمخالفته للإجماع.

(١) يعني: أن فاعل الفعل الإختياري - من بيع و غيره - يُلاحظ مطلق النفع، فيُقَدِّم على العمل.

(٢) أي: لإرادة الفاعل و العامل، فالمصدر مضاف إلى الفاعل، أو إلى المفعول و هو « الفعل » المستفاد من كلمة « الفاعل ».

(٣) هذا نتيجة إحتمال إرادة مطلق النفع.

(٤) أي: إعتبار مطلق النفع الموجب لإختيار فعل شيءٍ على تركه.

(٥) يعني: مفروض السؤال هو كون بيع الوقف ذا مصلحةٍ بالنسبة إلى تركه.

على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز. كما يقال : إذا أردت البيع و رأيتَه أصلح من تركه فَبِع. وهذا <sup>(١)</sup> مما لا يقول به أحدٌ (\*).

و يحتمل أيضاً <sup>(٢)</sup> أن يراد من « الخير » خصوص رفع الحاجة التي

(١) أي : جواز بيع الوقف - إن كان فيه مصلحة - لا يقول به أحد، فلا وجه للعمل بهذا الخبر المخالف للإجماع.

(٢) يعني : كما يحتمل إرادة مطلق النفع - كما تقدم في الوجه الثاني - فكذا يحتمل ... الخ ، وهذا هو الوجه الثالث، و حاصله : أن الخير - بقرينة السؤال - يمكن أن يراد به رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، فيكون المسوّغ للبيع حينئذٍ رفع حاجة الموقوف عليهم، لا كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الرواية غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الإستدلال بها عليه.

و بعبارة أخرى : يحتمل في قوله للمنفعة : « و كان خيراً باعوا » - من جهة كونه مسبوقاً بالسؤال عن حكم حاجة الموقوف عليهم و عدم كفاية غلّة الموقوفة لمؤنتهم - إرادة رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، لا زيادة المنفعة. فكأنه للمنفعة قال : « و كان البيعُ وافيّاً بالحاجة باعوا » و هذه الحاجة محتملة لأمرين :

أحدهما : أن يكون إحتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفة ليُصرف في شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظراً إلى كون التصرف في نفس الثمن أنفع - في رفع الحاجة - من إبقاء العين و الإنتفاع بالغلّة غير الوافية لهم. و بناءً على هذا الإحتمال تصلح الرواية للإستدلال بها في الصورة الخامسة الآتية، و هي البيع لرفع الحاجة.

(\* لا يخفى أن مخالفة الإجماع كافية في رفع اليد عن الظهور فضلاً عن إسقاط الإحتمال. فحتمية على معنى لا يقول به أحد ثم طرحها لأجله أمر غريب<sup>(١)</sup>.

فَرَضَهَا السَّائِلُ<sup>(١)</sup> .

و عن المختلف و جماعة: الجواب<sup>(٢)</sup> عنه بعدم ظهوره في المؤبد،

ثانيهما : أن يكون إحتياجهم إلى نفع زائد لتفي الغلّة بمؤنتهم، بأن يكون الباعث على البيع تكميل النفع حتى يفي بها، و هذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الإنتفاع به أزيد.

و ليس الخبر ظاهراً في الإحتمال الثاني ليكون دليلاً على جواز البيع في الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الإحتمال الأوّل، فيصير مدلوله أجنبيّاً عمّا نحن فيه، هذا.

(١) بقوله: « فللورثة ... أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة ».

(٢) غرضه الإشارة إلى جواب آخر عن خبر جعفر بن حيّان، و هو كونه أجنبيّاً عمّا نحن فيه من جواز بيع الوقف المؤبد، و ذلك لإقتصار الواقف - كما ذكره السائل - على قرابة الأب و الأمّ بما ظاهره إنقطاع الوقف، و عدم تعرض الواقف لمثل قوله: « فإن انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين ». فالإقتصار على ذكر الأ عقاب يدل على كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً (\*) فلا تكون الرواية دليلاً على المدعى، و هو بيع الوقف المؤبد.

قال العلامة في التذكرة و المختلف بعد نقل الخبر: « فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأييد »<sup>(١)</sup>.

(\*) أو لقوله في آخر الخبر « و لورثة قرابة الميت » إذ لو كان الوقف مؤبداً

(١) « مختلف الشيعة ، ج ٦ ، ص ٢٨٩ : تذكرة الفقهاء ، ج ٢ ، ص ٤٤٤ و نسبة صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد و أبي العباس ابن فهد و الصميري أيضاً ، فراجع مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥٠ : التنقيح الرابع ، ج ٢ ، ص ٣٢٩ : المهذب البارع ، ج ٣ ، ص ٦٧ : غاية المرام (مخطوط) ، ج ١ ، ص ٤٨٧ ، و استظهره صاحب الجواهر أيضاً و إن عبّر عن الرواية بالمكاتبة ، فراجع جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٣٧٢ و ٣٧٣

لإقتصاره<sup>(١)</sup> على ذكر الأعقاب<sup>(٢)</sup>.  
و فيه<sup>(٣)</sup> نظر،

و لعلّ الأولى تأخير هذه المناقشة عن الوجه الرابع الآتي بقوله: «مع عدم الظفر بالقاتل به» لفرض أن شبهة إنقطاع الوقف محلّ نظر عنده وإن أمر بالفهم بعده.  
(١) هذا الضمير و ضميراً «عنه، ظهوره» راجعة إلى خبر جعفر بن حيّان و الأولى تأنيهاً بلحاظ رجوعها إلى «رواية جعفر».

(٢) هذا من النقل بالمعنى، إذ الموجود في خبر جعفر «قربته من أبيه و قربته من أمّه»، و لفظ «الأعقاب» مذكور في مارواه الحميري عن الإمام الصادق عليه السلام.

(٣) يعني: و في الجواب المذكور في المختلف نظراً، وجه النظر: أن إقتصار السائل - في مقام حكاية فعل الواقف - على ذكر خصوص قرابة الأب و قرابة الأم، و عدم تعقيبه بمثل «فإن إنقرضوا... لا يشهد بإنقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يُقتصر في المؤبد على ذكر صنفٍ من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو إنقرضوا.

كانوا من الموقوف عليهم، لشمول «قرابة الميت» للقريب مع الوساطة أيضاً. فالتعبير عنهم بالورثة كاشف عن كون الموقوف عليهم هم الطبقة الأولى خاصة، و تكون الطبقة الثانية ورثةً للقرابة الموقوف عليهم، و ليست منهم.

و لكن أجيب عنه بعدم شهادة التعبير المتقدم بإنقطاع الوقف، لوجود مثله في الوصية أيضاً، إذ الموصى له ليس خصوص الرجل، بل هو و عقبه، و مع ذلك عبّر في ذيل الرواية عن العقب بالورثة، لقوله: «و إن انقطع ورثته».

و بالجملة: فالتعبير عن الطبقة اللاحقة - وفقاً و وصيةً - بالورثة لا يدلّ على أن إستحقاقهم للعين أو للمنفعة بالإرث دون الوقف و الوصية<sup>(١)</sup>.

لأن الإقتصار<sup>(١)</sup> في مقام الحكاية لا يدل على الإختصاص<sup>(٢)</sup>، إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد: إنه وقف على الأولاد مثلاً<sup>(٣)</sup>. وحينئذ<sup>(٤)</sup> فعلى الإمام عليه السلام

و حيث كان الإقتصار متعارفاً في كلا قسمي الوقف، أمكن التمسك بالإطلاق الناشي من ترك الإستفصال، إذ لو اختلف حكم الوقف المنقطع - في جواز البيع عند الحاجة - عن المؤبد كان المناسب أن يكلف السائل تعيين كون الوقف المزبور موقفاً أو مؤبداً. ولما لم يستفصل الإمام عليه السلام و بين الحكم بقوله: «نعم إذا رضا كلهم و كان خيراً لهم باعوا» كشف عن إتحاد قسمي الوقف في جواز البيع إن كان خيراً للموقوف عليهم.

و هذا الجواب أفاده المحقق الثاني، و إرضاه جمع منهم صاحب المقابس، فقال: «و يحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرض في أول السؤال بذكرها. و مثل ذلك شائع في الإستعمال. و لما كانت حكاية الحال محتملة، و ترك الإستفصال في الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدم عن المحقق الكركي. و ليس ببعيد و إن كان ظاهر اللفظ يساعد الأول، و هو الإقتطاع<sup>(٥)</sup>».

(١) أي: إقتصار السائل - في مقام حكاية صورة الوقف - لا مقام جعل الوقف و إنشائه، إذ لو إقتصر الواقف على خصوص قرابة الأبوين في الإنشاء كان منقطعاً.  
(٢) أي: إختصاص الوقف بالقرابة و أعقابهم حتى يكون وقفاً منقطعاً.  
(٣) من دون إضافة قوله: «فإذا إنقرضوا فهو للفقراء مثلاً» فعدم التصريح بمن يوقف عليه بعد الأولاد غير قادح في كون الوقف مؤبداً.

(٤) يعني: فحين عدم دلالة حكاية صورة الوقف على الإختصاص، فلو كان جواز البيع مختصاً بالمنقطع كان المناسب أن يستفصل الإمام من السائل: أن المسؤول

أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم<sup>(١)</sup>.  
و كيف كان<sup>(٢)</sup> ففي الإستدلال بالرواية - مع ما فيها من الإشكال<sup>(٣)</sup> -

عنه موقت أو مؤبد، مع أنه ﷺ لم يستفصل.

(١) لعلّه إشارة إلى أنه لا مورد في الخبر للإستفصال، لظهور قوله ﷺ :  
« يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّة » في كون السؤال عن الوقف المؤبد.

و يمكن تأييده بأن السؤال مسوق لحكم ما جعله الواقف للموصى له، لا لحكم  
الوقف، فلا مجال لإستظهار تعيين المؤبد من إطلاق الحكاية.

أو إشارة إلى عكس ما ذكر، بأن يقال : إن ظاهر الحكاية هو حكاية تمام  
الواقعة، و أن الموقوف عليهم هم القرابة، و بعد هذا الظهور في الإنقطاع لا محل  
للإستفصال ليكون تركه دالاً على عموم الجواب.

(٢) يعني : سواء أمكن التفصي من شبهة إختصاص الخبر بالوقف المنقطع، أم  
لم يمكن، فإن الإستدلال بها على الصورة الرابعة مشكل، لما عرفت من الوجوه الثلاثة،  
مضافاً إلى إشكالين آخرين، و هما ما ذكره في المقابس من الجمع بين الوقف  
و الوصية، و إعراض الجل أو الكل عنه.

(٣) هذا إشارة إلى الإشكال المذكور في المقابس، و هذا لفظه :

« ثم الظاهر من الوقف هو الوقف المعروف، فقوله : - أوصى لرجل ... الخ -  
يدلّ على أن إستحقاق ذلك الرجل بطريق الوصية الجارية بعد موت الواقف، و يلوح  
من قوله : - و يقسم الباقي - في موضعين : أن إستحقاق القرابة أيضاً على هذا  
الوجه.

فإن كان الوقف قد إستكمل شرائطه فكيف حكم ﷺ بإمضاء الوصية ؟  
و إن لم يستكمل شرائطه أصلاً أمضيت الوصية و بطل الوقف، و رجع رقبه الأرض  
و منافعها الخارجة عن الوصية ميراثاً، و لم يثبت فيه حكم توارث القرابة لغلتها دائماً.  
و إن كان الوقف معلقاً على الموت كان باطلاً أيضاً.



على<sup>(١)</sup> جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال<sup>(٢)</sup>، مع عدم الظفر بالقائل به<sup>(٣)</sup>، عدا ما يؤهّمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة<sup>(٤)</sup>.

و إن وقع مطلقاً و لم يحصل إقباض، فأوصى ثم أقبض لها القرابة، فإن كان الإقباض فسخاً للوصية مضى الوقف و بطلت الوصية. و إن لم يكن فسخاً فكيف يمكن الجمع بين الأمرين معا ؟ فالحديث موضع إعضال و إشكال.

و يخطر بالبال في حله وجوه :

الأول : أن يراد بالوقف الوصية، و لا يجب تقدير المضاف حينئذ، و لا حاجة إلى الحمل على الدوام، لتعلق الوصية بالمنفعة و المنقطع بلا إشكال. و لما أوصى بدوام إنتفاع القرابة من منافع تلك الأرض - و ظاهره أن القسمة بالسوية لا على النصّ المعترى في الإرث - سمى ذلك بالوقف، ولوّح بعد ذلك بما يقتضي كونه على وجه الوصية. و حينئذ يرتفع الإشكال المذكور « ثم أجاب رحمته بوجوده أخر، فلاحظ<sup>(١)</sup> ».

(١) متعلق بـ « الإستدلال ».

(٢) مبتدئ مؤخر لقوله : « ففي الإستدلال » فكأنه قال : « و كيف كان فإشكال في الإستدلال ».

(٣) أي : بالجواز، و هذا وجه رابع في الجواب عن الإستدلال بالرواية، و حاصله : أنه بعد الغض عن الإشكالات المتقدمة - و تسليم ظهورها في جواز البيع بمجرد الأعودية - تكون الرواية معرضاً عنها، لعدم الظفر بمن قال بمضمونها، فمن جهة الإعراض لا يمكن الإستناد إليها.

(٤) تقدّمت عبارته في (ص ٥٨) و تقدّم وجه عدم ظهورها في جواز بيع الوقف المؤبد.

و قيل أيضاً بعدم دلالة عبارته على ذلك أصلاً، لأنها ناظرة إلى حكم الوقف

و ممّا ذكرنا<sup>(١)</sup> يظهر الجواب عن رواية الحميري.

ثمّ لو قلنا<sup>(٢)</sup> في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأوّل البائع يتصرّف

قبل القبض، و من المعلوم أنّ القبض إمّا شرط في الصحة و إمّا شرط في اللزوم، و على التقديرين لا مانع عن الرجوع. فمفروض كلامه قبل القبض، كما أنّ مفروضه الرجوع عن الشرط لا جواز البيع.

لكن يمكن التأمل في هذا الوجه بعدم كون القبض شرطاً لصحة الوقف أو لزومه - إلاّ في بعض الصور - عند الشيخ المفيد رحمته كما إدعاه في المقابس و إستشهد بكلماته، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(١) يعني : يجري في المكاتبه ماذكرناه من الوجه الثاني، و هو إرادة مطلق النفع من كلمة « الأصحح » الواردة في ما رواه الحميري عن الإمام الصادق عليه السلام، كما تقدم توضيحه في (ص ٧٧).

كما يجري الوجه الرابع في المكاتبه، و هو إعراض الأصحاب، المتقدم في (ص ٨٤) فراجع (\*).

(٢) هذا الكلام إلى آخر الصورة جواب آخر عن القول « بجواز بيع الوقف إن كان أعود » كما ورد في كلام بعضهم . و محصله : إبطال الوقف و إختصاص الثمن

(\* و لعلّ الأوّل في الجواب عن المكاتبه أن يقال : إنّها سبقت لبيان جواز البيع فيما ثبت جوازه مع التفرق و الإجماع، فهي في مقام نفي إعتبار رضا الجميع في البيع. و أمّا جواز بيعه فلا بد أن يثبت من تقريره - صلوات الله عليه و عجل الله تعالى فرجه الشريف - لما رواه السائل مرسلأً، و هو ذو احتمالات كثيرة، فيصير مجعلاً لا يصح الإستدلال لا بالمكاتبه و لا برواية جعفر بن حيّان بناءً على إعتبار سندها سواء أكانت هي عين ما رواه السائل مرسلأً أم غيرها.

فيه على ما شاء.

بالبطن الموجود، مع أنه لا يمكن الإلتزام به.

و توضيحه : أن ما ذُكر في عنوان الصورة الرابعة - من جواز البيع إن كان أعود أو أدرّ أو أنفع - و ما إستدل به عليه و هو خبر جعفر بن حيّان و المكاتبه، يقتضيان إختصاصَ الثمن بالبطن الموجود. أمّا ظهور عنوان المسألة - كما مرّ في مثل عبارة النزّهة - فلأنّ العائده - كما قيل - هي المنفعة المالية التي تعود إلى الشخص، فمعنى « كون البيع أعود » كونه أكثر فائدة من المنفعة التدريجية بالغلة و نماء الوقف. و من المعلوم أن صدق « البيع أعود » منوط بما إذا جاز للبطن البائع صرف الثمن في مؤونه نفسه، لا بأن يبدل الوقف بما يكون فائدته أزيد من فائدة المبدل.

و أمّا ظهور الدليل في إختصاص الثمن بالبطن الموجود فلدلالة خبر جعفر على تجويز البيع - مع حاجة الموقوف عليهم - في رفع حاجتهم، بصرف نفس الثمن (\*).

و كذا المكاتبه، فإنّه عليه السلام جعل حقّ البيع لهم، و ظاهره تملكهم للثمن. و لم يستفصل عليه السلام - في ترخيص البيع - عن أن حصة البعض مما يمكن بقاء بدله بعد البيع و إنتفاع البطون اللاحقة به أم لا. و حيث إن الثمن في صورة تعذر إنتفاع البطون يكون ملكاً طلقاً للبائع، فكذا في صورة إمكان إنتفاعهم، لإتحاد حكم البيع. و المحاصل : أن مقتضى عنوان المسألة و الدليل عليه إختصاص الثمن بالبطن الموجود. و هذا مخالف لما تقدم في الصورة الأولى من أن الموقوفة ملك فعلي للموجود،

(\* ) إلا أن يقال : إن الإحتياج - الذي هو ربما يكون قرينةً على كون البيع لرفع حاجتهم المتوقف على صرف الثمن في مصالح البطن الموجود - مفقود في المكاتبه، بل هي مسوقة لبيان جواز البيع مجتمعين و متفرقين، و لا إطلاق لها بالنسبة إلى صرف الثمن في البطن الموجود.

و منه <sup>(١)</sup> يظهر وجهٌ آخر <sup>(٢)</sup> لمخالفة الروايتين للقواعد ، فإن <sup>(٣)</sup> مقتضى كون العين مشتركةً بين البتون كونُ بدله كذلك <sup>(٤)</sup> ، كما <sup>(٥)</sup> تقدم <sup>(٦)</sup> من إستحالة كون بدله ملكاً لخصوص البائع ، فيكون <sup>(٧)</sup> تجويز البيع في هذه الصورة

و شأنى للمعدوم. و مقتضى المعاوضة الشركة و تعلق حق المعدومين بالثمن على حدّ تعلقه بالثمن. و بهذا يظهر مخالفة الخبرين للقواعد المسلّمة، هذا.

(١) أي : و من كون الثمن مختصاً بالبتن الأوّل يظهر ... الخ.

(٢) يعني : غير الوجوه المتقدمة من إعراض الأصحاب عن العمل بهما و غير ذلك.

(٣) هذا بيان المخالفة بوجهٍ آخر، و هو إقتضاء البدلية قيام الثمن مقام الثمن في ما له من إضافة.

(٤) أي : مشتركة بين البتون.

(٥) كذا في النسخ، و الأوّل « لما ».

(٦) حيث قال : « و مما ذكرنا يظهر : أن الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البتن الموجود ... لإقتضاء البدلية ذلك ... »، فراجع <sup>(٨)</sup>.

(٧) غرضه توجيه إختصاص الثمن بالموجودين بما لا يلزم مخالفته لمفهوم المعاوضة و المبادلة.

و بيانه : أنه لو سلّم دلالة الروايتين على جواز البيع و صرف الثمن في مؤونة الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم في إسقاط حقّ الطبقات المتأخرة آنأ قبل البيع، و بطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصة بالموجودين، و لازمه إختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركة المعدومين فيه حينئذ.

و نظيرُ إسقاط حقّ اللاحقين ما ذكروه في التملك الآني في تصرف ذي الخيار

و التصرف<sup>(١)</sup> في الثمن رخصة<sup>(٢)</sup> من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللّاحقين  
 آنامًا قبل البيع - نظير<sup>(٣)</sup> الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لثلاً<sup>(٤)</sup> يقع البيعُ  
 على المال المشترك، فيستحيل<sup>(٥)</sup> كون بدله مختصاً.

و الواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإنّ مقتضى  
 توقف البيع على الملك عود المال إلى ملكه آنًا - و تحقق الرجوع عن الهبة - ليقع  
 البيع في ملكه.

(١) يعني : التصرف الإختصاصي في ثمن الوقف، كالتصرف في أموالهم المختصة

٣٣٠

(٢) خبر قوله : « فيكون ».

(٣) يعني : كما أن بيع الواهب كاشف عن رجوعه، و إلغاء ملكية المتهب.

(٤) يعني : أن الداعي على هذا التوجيه هو عدم وقوع البيع على مشترك، مع

كون بدله مختصاً.

(٥) أي : حتى يستحيل، و هذا متفرع على المنفي - و هو وقوع البيع على المال

المشترك - إذ لو كان المبدل مشتركاً بين جميع البطون إمتنع - بمقتضى المعاوضة - كون

البدل مختصاً بالبطن الموجود.

هذا تمام الكلام في الصورة الرابعة.

الصورة الخامسة : أن يلحق الموقوفَ عليهم ضرورةٌ شديدة<sup>١١</sup> .  
و قد تقدّم عن جماعةٍ تجويز البيع في هذه الصورة ، بل عن الإنتصار<sup>١٢</sup>

---

الصورة الخامسة : حاجة الموقوف عليهم إلى الثمن

(١) تقدم الفرق بين موضوع الحكم في هذه الصورة و سابقتها في (ص ٥٦)  
فالمقصود هنا الإنتفاع بالثمن بصرفه في حاجة الموقوف عليهم. و في المسألة قولان :  
أحدهما : الجواز. قال به جماعة كالشيخ المفيد و السيد المرتضى و شيخ  
الطائفة و سلّار و أبي المكارم و ابن حمزة و الراوندي و غيرهم. ففي المنفعة :  
« و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حلّه ». و تكرّر هذا المضمون في  
كلماتهم المنقولة أوّل المسألة<sup>١٣</sup>. و إستدلّ عليه بوجهين و هما : الإجماع و خبر جعفر  
بن حيّان .

ثانيهما : المنع. و هو ظاهر من لم يستثن هذه الصورة من منع البيع كالمحقق  
و العلامة و الصميري و غيرهم، لقصور دليل الجواز.

(٢) قال السيد : « و مما انفردت الإمامية به القول بأن ... و أنّ أرباب الوقف  
متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه ». و قال السيد أبو المكارم :  
« و يجوز عندنا بيع الوقف ... أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى  
بيعه » و ظهور<sup>١٤</sup> « مما انفردت به الإمامية » و « عندنا » في الإجماع لا يُنكر.

و الغنية : الإجماع عليه. ويدلّ عليه<sup>(١)</sup> رواية جعفر المتقدمة.  
و يرده<sup>(٢)</sup>: أن ظاهر الرواية

(١) أي : على الجواز، بتقريب: أنه عليه الصلاة و السلام جوزّ البيع في مفروض كلام السائل، و هو إحتياج الموقوف عليهم و عدم كفاية الغلّة لمصارفهم، و ذلك بعد تقييد مطلق الحاجة بالشديدة بالإجماع المدعى على عدم جواز بيع الوقف لمطلق الحاجة.

ثمّ إن الغرض صرف نفس الثمن في مؤونة الموقوف عليهم. و هذا ينطبق على المقام من جواز بيع الوقف إذا لحق حاجة بأهل الوقف، و ليس المراد تبديل الموقوفة بما يزيد نفعه على منفعتها.

(٢) ناقش المصنف رحمته في كلا وجهي الجواز، ففي الخبر بوجهين، و في الإجماع بوجوه أربعة، و قدّم الإيراد على الخبر.

أما الوجه الأوّل فمحصله : عدم مطابقة الدليل و الدعوى، لما بين عنوان « الضرورة الشديدة أو الحاجة الشديدة » و بين « الحاجة و عدم كفاية الغلّة » - الوارد في خبر جعفر - من العموم من وجه، و من المعلوم أن الدليل المتكفل لحكم أحد العامين من وجه قاصر عن إثبات حكم العام الآخر.

و بيانه : أن موضوع سؤال الراوي ليس هو الضرورة الشديدة حتى يكون جوابه لا تجوزاً للبيع في الصورة الخامسة، بل هو « إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة » و المحتاج الذي لا يكفيه الغلّة و المنفعة هو الفقير الشرعي الذي عرقوه في كتاب الزكاة بـ « من يقصر ماله عن مؤونة سنته » كما في الشرائع<sup>(١)</sup>.

و الوجه في ظهور الرواية في الفقير الشرعي هو : أن قوله : « إذا احتاجوا » و إن كان بمقتضى حذف المتعلق شاملاً لكل ما يحتاجون إليه في أمور معيشتهم، لكن

أنه يكفي<sup>(١)</sup> في البيع عدم كفاية غلّة الأرض

ضمّ قوله: «و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة» إليه يدلّ على وجدان ما يكفهم لبعض معيشتهم، فحاجتهم إلى مال آخر غير الغلّة التي لا تفي بمؤونتهم يكون في بعض السنة، وهذا هو الفقير الشرعي. كما أن ظاهر السؤال تكرر عدم كفاية الغلّة في سنين عديدة، و لم يختص بعام واحد، إذ لم يقيد عدم وفاء الغلّة ببعض السنين، فيكون ظاهر حكاية الحال عدم إستغناء الموقوف عليهم بهذه الغلّة.

و الوجه في تقييد عدم كفاية الغلّة بالسنة هو كون المتعارف ملاحظة المعاش سنةً كاملةً.

و على هذا فكأنّ الراوي سأل عن حكم بيع الموقوفة بعد إنطباق حدّ الفقير الشرعي على أهل الوقف، و إنحصار علاج فقرهم في البيع. و من المعلوم أجنبية هذا عن جواز البيع للضرورة الشديدة، المعبر عنها بالإضرار العرفي، لكون النسبة بينهما عموماً من وجه، فيجتمعان تارةً، كما إذا كان فاقداً لمؤونة السنة اللاتقة بشأته، و حصلت له حاجة شديدة إلى صرف مالٍ في غير مؤونته المتعارفة، كمرضٍ أو حرق مثلاً، فيتصادق عليه عنوانا «الفقير و المحتاج بشدة».

و يفترقان أخرى، فقد يكون فقيراً غير واجدٍ لمصرف سنته، فينق على نفسه مما ينطبق عليه من الحقوق الشرعية، و لم يكن له حاجة شديدة لبيع شيئاً من أمواله. و قد يكون محتاجاً - مع عدم صدق الفقير عليه لوجدانه مؤونة سنته - كما إذا أصابه مرض أو حرق، فاضطرّ إلى صرف مالٍ كثير ربما يكون أزيد من مؤونة سنته.

و عليه فلما كان بين العنوانين عموم من وجه، و كان جواب الإمام عليه السلام تجويزاً للبيع في مورد عدم الكفاية - أي الفقر - لم يمكن الإستدلال بالخبر على جواز البيع في مورد الضرورة و الإضرار. هذا توضيح الوجه الأول. و أما الوجه الثاني، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) لقوله عليه السلام: «نعم» الظاهر في وروده مورد السؤال، و هو عدم كفاية الغلّة.



لمؤونة سنة<sup>(١)</sup> الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا<sup>(٢)</sup> أقل<sup>(٣)</sup> مراتب الفقر الشرعي. والمأخوذ<sup>(٤)</sup> في عبارة من تقدم من المحوزين إعتبار الضرورة والحاجة الشديدة، وبينها وبين مطلق<sup>(٥)</sup> الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً<sup>(٦)</sup> ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق<sup>(٧)</sup> الحاجة،

(١) تقييد عدم كفاية الغلّة بـ « السنّة » إمّا لأنّ المتعارف عند الناس ملاحظة فقرهم وغناهم بالنسبة إلى قصور المال عن مؤونة السنة، وفائدها. وإمّا لأنّ سياق كلام السائل يعطي عدم كفاية غلّة الأرض إلى حصول غلّة أخرى من نفس تلك الموقوفة، ولعلّها لم تغل أكثر من مرة في كل سنة.

(٢) أي : عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة أهل الوقف يجعلهم فقراء، فيجوز لهم بيع الوقف.

(٣) التعبير بالأقل لأجل كون عدم وجدان مؤونة سنة كاملة - فعلاً أو قوة - موجباً للخروج من عنوان « الغنى » إلى عنوان « الفقر »، وحينئذٍ فأشدّ مراتب الفقر هو أن لا يملك مؤونة يوم واحد.

(٤) مبتدأ، خبره « إعتبار » يعني : أن ظاهر الرواية لا ينطبق على العنوان الوارد في كلمات المحوزين، وهو الحاجة أو الضرورة الشديدة. ووجه عدم الإنطباق ما سيذكره من كون النسبة بين الحاجة والفقر عموماً من وجه.

(٥) التعبير بـ « مطلق الفقر » لأجل أن الفقير وإن كان محتاجاً، لكن بمطلق الحاجة لا بالحاجة المطلقة التي هي الشدة والضرورة، والمفروض تجويز البيع لمطلق الفقر، لا للمرتبة الشديدة منه حتى يتحد مع المضطرّ.

(٦) هذا مورد إفتراق الفقر عن الحاجة الشديدة، بصدق « الفقر » دون الحاجة الشديدة.

(٧) معطوف على « حاجة شديدة » فلا يتفق للفقير مطلق الحاجة حتى يتحد مع مطلق الفقر و يجوز بيع الوقف حينئذٍ. وعليه فما جوزّه الفقهاء لم يدل عليه خبر

لوجدانه<sup>(١)</sup> من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. و قد يتفق<sup>(٢)</sup> الحاجة و الضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة سنته. فالرواية<sup>(٣)</sup> بظاهاها غير معمول بها.  
مع أنه قد يقال<sup>(٤)</sup> : إن ظاهر

جعفر، و ما دل على جواز بيعه لم يرد في تعبيرهم.

(١) أي : وجدان الفقير، و هذا من إضافة المصدر إلى فاعله.

(٢) هذا مورد إفتراق الحاجة عن الفقر، إذ قد يحتاج الغني إلى بيع شيء من أمواله لرفع الضرورة.

(٣) هذا نتيجة كون النسبة عموماً من وجه، يعني : أن خبر جعفر و إن دل على جواز بيع الوقف بمجرد إنطباق حدّ الفقير الشرعي على الموقوف عليهم، لعدم كفاية الغلّة لمصارفهم، و لكن هذا الظاهر غير معمول به ، فيسقط الخبر بإعراض الأصحاب عنه، لأن الفقهاء بين مانع عن البيع مطلقاً، و بين مجوز له عند الحاجة الشديدة، لا عند عدم وفاء الغلّة بمؤونة أهل الوقف.

(٤) هذا ثاني وجهي المناقشة في رواية جعفر، و تقدم في الصورة الرابعة أيضاً، و حاصله : أن « الحاجة و عدم كفاية الغلّة » و إن ورد في السؤال ، لكن جواب الإمام عليه السلام بـ « نعم » ليس تحويزاً للبيع إن احتاج أهل الوقف إلى بيعه، بل تصديق لأصل الجواز، و لكن إذا توفّر شرطان، و هما رضا الكل و كون البيع أنفع.

و على هذا فتكون الحاجة مورداً في الخبر لا قيداً حتى يستدل به على الصورة الخامسة من فرض حقوق ضرورة شديدة بالموقوف عليهم. فالرواية أجنبية عن المقام. و القائل بهذا الوجه - ظاهراً - صاحبا المقابس و الجواهر. ففي المقابس : « و أما الجواب بقوله : - نعم - فقد إعتبر فيه رضا الكل، و كون البيع أنفع لهم أي لجميعهم ... » ثم ذكّر استقلال الجواب عن السؤال و عدم العبرة بالحاجة<sup>(٥)</sup>.

الجواب<sup>(١)</sup> جواز البيع بمجرد رضا الكل، وكون البيع أنفع و لو لم يكن حاجة.  
و كيف كان<sup>(٢)</sup>، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان  
المعتضان بفتوى جماعة. و في الخروج<sup>(٣)</sup> بهما عن قاعدة عدم جواز البيع<sup>(٤)</sup>  
و عن قاعدة وجوب<sup>(٥)</sup> كون الثمن على تقدير البيع غير مختص<sup>(٦)</sup> بالبطن الموجود

و في الجواهر: «... على أن المذكور شرطاً في السؤال لم يتعرض له في  
الجواب، الظاهر في الإكتفاء في جواز البيع بعد رضى الكل بكون البيع خيراً  
لهم...»<sup>(٧)</sup>.

(١) يعني: بعد إلغاء الحاجة المذكورة في السؤال، و العدول عنها إلى رضا الكل  
و كونه أنفع.

(٢) يعني: سواء تمت المناقشة الثانية في رواية جعفر، أم لم تتم - بأن كانت  
الحاجة قيداً أيضاً لا مورداً - فالرواية لأجل الإعراض الموهن لها لا تصلح حجة  
على جواز بيع الوقف عند الضرورة الشديدة إلى الثمن. و ينحصر الدليل في  
الإجماعين المنقولين المعتضدين بفتوى جماعة بالجواز.  
و لكن يشكل الإستناد إليهما لوجه أربعة.

(٣) خبر مقدم لقوله: «إشكال» فكأنه قال: و إشكال في الخروج بالإجماعين  
عن قاعدة... الخ.

(٤) أي: عدم جواز بيع الوقف، للإجماع و النصوص الخاصة. و هذا هو الوجه  
الأول، و حاصله: أن الخروج عن هذه القاعدة المسلمة منوط بحجة شرعية كما  
تحققت في الصورة الأولى. و لكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى  
« لا يجوز بيع الوقف » و لا أقل من شبهة كونهما مدرَكَيْن، لإحتمال إستناد المجمعين  
- لو سلّم إتفاق الفقهاء على الجواز - إلى مثل رواية جعفر القاصرة دلالة.

(٥) هذا هو الوجه الثاني، و حاصله: أن مجوزي البيع للضرورة الشديدة

- مع وهنه<sup>(١)</sup> بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف<sup>(٢)</sup>، بل<sup>(٣)</sup> معارضته<sup>(٤)</sup> بالإجماع المدعى في السرائر - إشكالاً.

يخصون الثمن بالبطن البائع، مع إقتضاء المعاوضة إشتراكه بين الموجود و اللاحق. فالخروج عما يقتضيه المبادلة - بالإجماعين المزبورين - مشكل.

(١) أي : وهن الإجماعين، و هذا هو الوجه الثالث. و محصله : منع صغرى الإجماع، لعدم إتفاق الأصحاب على الجواز، و معه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه ؟  
(٢) أي : إلى منع بيع الوقف عند الحاجة و الضرورة، و هذا المنع مذهب جماعة من القدماء كالاسكافي، و نسب إلى الصدوق و القاضي و الحلبي<sup>(١)</sup>، و كذا المتأخرين كالمحقق و العلامة و الشهيدين و غيرهم<sup>(٢)</sup>.

(٣) هذا هو الوجه الرابع، و غرضه أن المنع ليس فتوى جماعة معدودة حتى لا تقدر في إجماع السيدين <sup>بإجماع</sup>، بل هو فتوى الكل، على ما إدّعه الحلبي، و حينئذ يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، و حيث لا مرجح لأحدهما فيتساقطان، و لا يبقى حجة على جواز البيع.

و على هذا فكلمة « بل » هنا للترقي من الوهن إلى سقوطه بالتعارض.

(٤) أي : معارضة إجماع السيدين. و المناسب تثنية الضمير هنا و في « وهنه » رعاية للمرجع، كما روعي في ضمير « بهما ».  
هذا تمام الكلام في الصورة الخامسة.

«١» تقدم نقل كلماتهم في الأقوال، فراجع ج ٦، ص ٥٤٧-٥٥٣

«٢» المصدر، ص ٥٦٥-٥٦٨

## الصورة السادسة : أن يشترط الواقفُ بيعه عند الحاجة<sup>(١)</sup>،

### الصورة السادسة : أن يشترط الواقف بيع الوقف

(١) يعني : الحاجة إلى صرف ثمن الموقوفة في مؤونة الموقوف عليهم، كما تقدم في الصورة الخامسة. ثم إنه ينبغي تقديم أمرين قبل توضيح المتن :

الأول : أن المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف في صيغة الوقف سلطنة الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديدة إلى ثمنه، أو إذا إقتضته مصلحة البطن الموجود خاصة أو مصلحة البطون، كأن يقول : « وقفتُ الدار على ذريتي و شرطتُ عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو إحتاجوا إلى ذلك، أو إقتضت مصلحةهم تبديل الوقف بعين أخرى. أو إذا آلت إلى الخراب » أو نحو ذلك مما يكون بنفسه - و مع الغض عن الشرط - مجوزاً للبيع.

و ليس المقصود من الشرط جواز بيعها لنفس الواقف إذا إحتاج إلى ثمنها. و ذلك لبطلان شرط الرجوع في الصدقة المتقرب بها إليه تعالى.

الثاني : الظاهر عدم تعرض من سبق العلامة لحكم هذه الصورة، بشهادة عدم ورودها في الأقوال المنقولة أوائل المسألة، و لم ينسبها السيد العاملِي رحمته إلى من تقدم على العلامة<sup>(٢)</sup>. نعم، نسب صاحب المقابس إلى الحلبي جواز إشتراطه في الوقف المنقطع لا المؤبد، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(١) مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٩٣

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٣، الكافي في الفقه، ص ٣٢٥

أو إذا كان فيه<sup>١</sup> مصلحة البطن الموجود، أو جميع<sup>٢</sup> البطن، أو عند<sup>٣</sup> مصلحة خاصة<sup>٤</sup>

و كيف كان فالأقوال في المسألة أربعة :

الأول : نفوذ الشرط و جواز البيع، ذهب إليه العلامة في الإرشاد<sup>١</sup>،  
و الشهيدان<sup>٢</sup>، و هو مختار المصنف رحمتهما و جماعة كأصحاب مفتاح الكرامة و المقابس  
و الجواهر رحمتهما.

الثاني : الإشكال في صحة هذا الشرط كما هو صريح القواعد.

الثالث : تفصيل المحقق الثاني بين كون الشرط عروض الموسّغ للبيع فيجوز،  
و بين مطلق المصلحة فلا يجوز<sup>٣</sup>.

الرابع : فساد الشرط، و عدم جواز البيع بحال، كما هو مذهب المانع عن بيع  
الوقف مطلقاً أو في خصوص المقام، بزعم منافاة هذا الشرط لمقتضى الوقف و حقيقته،  
أو مخالفته للكتاب و السنة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) أي : في البيع، فقد يكون البيع و التبديل مصلحةً لخصوص البطن الموجود،  
و قد يكون مصلحةً لجميع البطن، كما إذا قال : « وقفت الدار على أن تباع إن كان  
بصلاح خصوص الموجودين ».

(٢) كما إذا قال : « وقفت الدار و شرطت بيعها إن إقتصته مصلحة جميع  
البطن، فلا يجوز البيع لو كان خيراً للبطن الوجود خاصة ».

(٣) معطوف على قوله : « عند الحاجة ».

(٤) في قبال مطلق المصلحة المفروض في قوله : « إذا كان فيه مصلحة » و المراد  
بالمصلحة الخاصة ما ورد في كلمات العلامة و الشهيد رحمتهما من تضرر الموقوف عليهم

«١» إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٥٥

«٢» الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٧٩، غاية المراد، ج ٢، ص ٤٥٢

«٣» جامع المقاصد، ج ٩، ص ٧٣

على حسب ما يشترط (\*).

بالضريبة التي يجعلها الظالم، أو خراب الموقوفة، أو خروجها عن حيز الإنتفاع، أو وقوع الفتنة بين أربابه، و نحو ذلك، فكلُّ منها مصلحة خاصة مجوزة للبيع بدون الشرط.

(\* لا يخفى أن المصنف رحمه الله جمع في عنوان هذه الصورة السادسة بين كلام العلامه و الشهيد، و لذلك لم يقيد جواز الشرط بـ « شراء غيره بثمنه ».

و بيانه : أن المواضع التي وردت في عبارة القواعد - كزيادة الخراج و الخراب و قلة النفع - لو جاز إشتراط بيع الوقف فيها كان الغرض تبديل الوقف بعين أخرى، كما هو حال البيع بطروء هذه الحالات بدون الشرط.

و لكن الشهيد رحمه الله - في عبارته المذكورة في المتن - عنون هذه الصورة بشرط البيع عند الحاجة أو الفتنة، و أهمل قيد « شراء البدل » لوضوح أن جواز البيع لسد حاجة أرباب الوقف غير مشروط بالتبديل على ما سبق في الصورة الخامسة، و لعله لهذا قال : « و في شراء بدله في هذه المواضع نظر، من أنه أقرب إلى التأييد، وهو خيرة إين الجنيد، و من زوال المتعلق، و هو قول الشيخ ».

و الحاصل : أن المصنف لأجل تعميم العنوان للبيع عند الحاجة - أو لمصلحة أخرى كالفتنة و الخلف بين الموقوف عليهم - أسقط القيد المأخوذ في عبارتي الإرشاد و القواعد من وجوب تبديل الوقف بغيره. و هذا لا ينافي وجوب صرف الثمن في شراء البدل في بعض المواضع، رعاية لحق البطون.

و عليه فما في كلام الفقيه المامقاني رحمه الله من « أن مراد المصنف ليس تجويز البيع بالشرط مطلقاً، و لو بدون التبديل، بل المقيد به، و ذلك بقرينة قوله بعد أسطر : - ثم إنه لو سُلّم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه، و أما تبديله بوقف

فقد اختلف كلماتُ العلامَةِ و مَنْ تأخَّر<sup>(١)</sup> عنه في ذلك<sup>(٢)</sup>. فقال في الإرشاد: «و لو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر<sup>(٣)</sup> - كالحراج و المؤن من قبَل الظالم - و شراء<sup>(٤)</sup> غيره بثمانه،

(١) يلوح من هذه الكلمة أن مَنْ تقدّم العلامَةِ لم يستثنِ هذه الصورة من عموم منع بيع الوقف.

(٢) أي: في نفوذ الشرط، وعدمه.

(٣) كذا في النسخ، و في الإرشاد: «عند حصول ضررٍ به» و المقصود تضرر الموقوف عليه بعدم عود منفعة الوقف إليه، لكثرة المؤن التي يأخذها الجائر.

(٤) تقدم في التعليقة وجه الحاجة إلى تقييد نفوذ الشرط المزبور بشراء البديل، في قبال صرف الثمن في مؤونة أهل الوقف للضرورة الشديدة إليه. كما ظهر وجه الإستغناء عنه في عنوان المصنف لهذه الصورة.

آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف - فالظاهر أنه إعتد في إفادة هذا القيد على وروده في عبارتي الإرشاد و القواعد<sup>(١)</sup>. لا يخلو من شيء، لما تقدم من عدم إقتصار الماتن على ما في العبارتين، كما إقتصر صاحب المقابس عليه<sup>(٢)</sup>، لعدم ذكر الحاجة و مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون فيهما حتى يكون إهمال القيد من جهة الإتكال على وروده فيهما.

و أما قول المصنف: «ثم إنّه لو سلم المنافاة ...» فلا يتعين للقرينية على أن مراده التبدل في جميع مواضع الشرط، لإحتمال إرادة التفصيل بين كون شرط البيع هو الخراب و الضرر فيجب، و لا ينافي التأييد المعتبر في الوقف، و بين كونه الحاجة إلى صرف الثمن. فيتحقق التنافي في بادئ النظر، و يندفع بأن المنافاة للإطلاق لا لمقتضى الوقف. و عليك بالتأمل في العبارة.

(١) غاية الآمال . ص ٤٥٢

(٢) مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٦٢ و ٦٣



فألوجه<sup>(١)</sup> الجواز « إنتهى »<sup>(٢)</sup>.

و في القواعد: « و لو شرطَ بيعه عند الضرورة<sup>(٢)</sup> - كزيادة خراج و شبهه - و شراء غيره بتمنه، أو عند خرابه و عطلته، أو خروجه عن حدّ الإنتفاع، أو قلّة<sup>(٣)</sup> نفعه،

(١) جواب الشرط في قوله: « و لو شرط » و سيأتي دليل الجواز.

(٢) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في القواعد « عند الضرر به » و كذا في متن الإيضاح<sup>(٢)</sup> و جامع المقاصد<sup>(٣)</sup> و مفتاح الكرامة<sup>(٤)</sup>، و هو الأنسب بتمثيله بزيادة الخراج و المؤن كما عبّر به في الإرشاد أيضاً. بل المتعين ذلك بقريئة وجوب شراء البدل، مع أنّ جواز البيع في مورد الضرورة و الحاجة إلى الثمن غير مشروط بالتبديل كما سبق في الصورة الخامسة.

و كيف كان فالمذكور في القواعد إشتراط بيعه بطرؤه إحدى حالات أربع :

الأولى : الضرر الناشئ من زيادة الخراج.

الثانية : خراب الوقف و صيرورته عاطلاً لا ينتفع به.

الثالثة : خروجه عن حدّ الإنتفاع لجهة أخرى غير الخراب، كوقوع الدار

الموقوفة في محلة لا يسكنها أرباب الوقف و لا يتيسّر لهم إيجارها.

الرابعة : قلّة عوائد الوقف. و تقدم الكلام في حكم بيع الوقف في الصورة

الأولى و الثانية و الثالثة - عند طرؤه إحدى الحالات الثلاث الأخيرة - فراجع.

(٣) هذا و قوله: « أو عند خرابه ، أو خروجه » معطوفة على قوله: « عند

الضرورة ».

«١» إرشاد الأذهان ، ج ١ ، ص ٤٥٥

«٢» إيضاح الفوائد ، ج ٢ ، ص ٣٩٣

«٣» جامع المقاصد ، ج ٩ ، ص ٧٢

«٤» مفتاح الكرامة ، ج ٩ ، ص ٩٣

ففي<sup>١</sup> صحة الشرط إشكال. و مع البطلان<sup>٢</sup> في إبطال الوقف نظر<sup>٣</sup> « إنتهى<sup>٤</sup> ». و ذكّر<sup>٥</sup> في الإيضاح في وجه الجواز<sup>٦</sup> رواية جعفر بن حنّان المتقدمة. قال: « فإذا جاز بغير شرطٍ فمع الشرط أولى<sup>٧</sup> ».

(١) جواب الشرط في قوله: « و لو شرط » وهذا هو القول الثاني في المسألة. و سيأتي بيان منشأ الإشكال.

(٢) أي: لو بنينا على بطلان شرط بيع الوقف عند طروء أحد المسوّغات، فهل يبطل نفس الوقف؟ لكون الشرط الفاسد مفسداً، أم يصحّ الوقف و يلغو الشرط، لعدم سراية فساد الشرط إلى الوقف.

(٣) وجه النظر ما أفاده فخر المحققين رحمهم الله بقوله: « جعل الشيخُ العقود المتضمنة للشرط ليست معلقةً عليها، بل هي عقود و شروط، و بطلان أحد الجزئين لا يستلزم بطلان الآخر. و يحتمل البطلان، لأنه إنّما أوقعه على هذا التقدير، و لا يعلم رضاه بدونهُ ... » ثمّ رجّح عدم مفسدية الشرط هنا، لكون الوقف تبرعاً محضاً، بخلاف العقود المعاوضيّة التي يكون للشرط مدخل في العوض، فراجع.

(٤) مقصوده رحمهم الله بيان منشأ الإشكال في نفوذ الشرط، لا منشأ النظر في بطلان الوقف و صحته.

(٥) أي: جواز شرط البيع عند حصول مصلحة خاصة من تضرر أو خراب أو قلة منفعة.

(٦) عبارة الإيضاح هي: « فإذا جاز بيعه بغير شرطٍ فمعه أولى ». و وجه الأولوية: ثبوت جواز البيع في مثل الخراب و الحاجة الشديدة و نحوهما - عند من يرى ذلك - بأصل الشرع، و بدون إشتراط الواقف، فيكون الشرط مؤكداً لجواز البيع.

و في <sup>(١)</sup> وجه المنع : أن الوقف للتأييد، و البيعُ ينافيه. قال : و الأصح أنه لا يجوز بيعُ الوقف بحالٍ <sup>(٢)</sup> « إنتهى » <sup>(١)</sup>.  
 و قال الشهيدُ في الدروس : « و لو شرط الواقفُ بيعه عند حاجتهم <sup>(٣)</sup> أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز » إنتهى <sup>(٢)</sup>.

(١) معطوف على « في وجه الجواز » يعني : وجهُ فخرُ المحققين المنعُ بأنَّ الوقف ... الخ. و محصل وجه المنع : منافاةُ إشتراطِ البيعِ - بطروءِ حالةٍ - للتأييدِ المقوم للوقف، و قد تقرر في بحث الشرط المأخوذ في العقد إعتباراً عدم مناقضته لحقيقة المنشأ، لإمتناع القصد الجدِّي إلى المتنافيين، كما إذا إشتراط عدم العوض في العقود المعاوضية، كالبيع على أن لا يكون ثمن للمبيع، و الإجارة بلا أجرٍ.  
 و كذا الحال في الوقف الذي حقيقته حسب العين - دائماً - عن التصرفات الناقلة، فيمتنع إنشاء هذا المعنى و شرط البيع المنافي للحبس، و لذلك يبطل الشرط، بل مقتضى إنتفاء الإرادة الجديدة بطلان أصل الوقف. هذا.  
 و لا يخفى أن منافاة البيع للتأييد تكون من جهة أخذ الشرط المناقض لمقتضى الوقف كما هو ظاهر كلام الفخر بشهادة ما سيأتي من مناقشة المحقق الكركي فيه.  
 و يمكن أن تكون المنافاة لما عُلِم من السُّنة، مثل ما دلَّ على النهي عن شراء الوقف، فلا تتقوم ماهية الوقف بمنع البيع، و حينئذٍ فشرط البيع يخالف ما عُلِم إعتباره في الوقف تعبداً، و هو عدم البيع.

(٢) هذه الجملة هي منشأ نسبة منع بيع الوقف مطلقاً إلى فخر المحققين رحمهم الله.  
 (٣) تقدم في (ص ٩٨) أن الشهيد رحمهم الله لم يقيد نفوذ شرط البيع بشراء بدل بالثمن - كما قيده به العلامة رحمهم الله - و وجهه : أنه جعل الشرط بيع الوقف عند الحاجة إلى

و يظهر منه<sup>(١)</sup> أنّ للشرط تأثيراً، و أنّه<sup>(٢)</sup> يحتمل المنع من دون الشرط، و التجويزُ معه.

و عن المحقق الكركي أنّه قال: «التحقيق<sup>(٣)</sup> أنّ

صرف الثمن في مؤونة الموقوف عليهم، و معه لا مورد للتقييد المذكور في الإرشاد و القواعد.

(١) يعني: يظهر من قول الشهيد: «فأولى بالجواز» أنّ لشرط البيع عند الحاجة أو الفتنة تأثيراً في جواز البيع، إذ لولا تأثير هذا الشرط لم يكن للأولوية معنىً محصلاً.  
(٢) معطوف على « أنّ للشرط » و الظاهر كونه مفسراً له، بقرينة قول فخر المحققين: « فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى » فالمراد من الأولوية كون الجواز مع الشرط أوضح وجهاً من الجواز بدون الشرط، كما في طروء الخراب و الفتنة و الحاجة إلى ثمنه.

و يحتمل أن يراد من الأولوية القدر المتيقن من جواز البيع، بحيث لو قيل بالمنع منه بعروض المسوّغات قيل بجوازه بالشرط.

و لكن يُشكل هذا الإحتمال بأنّ دليل نفوذ الشرط مقيد بعدم كونه محللاً للحرام، فلو لم يُحرز جواز البيع بطروء حالة على الوقف إمتنع إحرازه بالشرط. و عليه فالأولى أن يراد بالأولوية ما ذكرناه أولاً. و يتعيّن حمل قوله: « يحتمل المنع » على الإحتمال غير المصادم للظهور، فكأنه قال: « أن بيع الوقف بلا شرط و إن كان محتتمل المنع، لكنه جائز لو خرب أو قل نفعه أو كان أعود للموقوف عليهم. و هذا الجواز أظهر لو شرط الواقف البيع عند حصول المسوّغ ».

(٣) محصل كلام المحقق الثاني رحمته هو التفصيل بين كون الشرط مسوّغاً للبيع بنفسه، و بين عدمه. و استدل على نفوذ الشرط في الشق الأوّل بوجود المقتضي و فقد المانع عنه.

أما وجود المقتضي فلأنّ شرط بيع الوقف بطروء بعض الحالات عليه جائز في

كلّ موضع<sup>١</sup> قلنا بجواز بيع الوقف

نفسه، فيجب الوفاء به بمقتضى « المؤمنون عند شروطهم ». و الوجه في جوازه وفاء الأدلة الخاصة بجواز بيعه بحصول بعض الأسباب كالخراب والحاجة ونحوهما. و عليه يكون شرط البيع عند حصول تلك الحالات مؤكداً للجواز الثابت بأصل الشرع.

و أما فقد المانع فلأنّ المانع المدعى في كلام الفخر رحمته هو التأييد المأخوذ في إنشاء الوقف، و لكنه غير مانع، و ذلك لأنّ حبس العين أبداً و منع بيعه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع، لفرض صحة بيعه بعروض مثل الخراب أو قلة المنفعة حتى لو أخذ التأييد في الصيغة.

و عليه فشرط البيع عند حصول السبب ليس إلاّ إظهاراً للقيّد الدخيل في تأييد الوقف.

نعم يختص نفوذ الشرط بإحراز كون السبب مسوّغاً للبيع في نفسه. فلو شك في جواز بيع الوقف لمجرد كونه أعود و أصلح للموقوف عليهم لم ينفع جعله شرطاً، بل يوجب البطلان، فلا ينعقد وقفاً و لا حبساً كما سيأتي توضيحه.

(١) هذه العبارة ليست نصّ كلام المحقق الثاني رحمته، لمغايرتها له كثيراً، و إنّما هي محصّله و مضمونه، و إعتد المصنف على نقل صاحب المقابس<sup>١</sup>، لقوله فيه : « و قال المحقق الكركي : التحقيق ... » إلى آخر ما في المتن.

و كيف كان فمراد المحقق الكركي رحمته من المواضع التي يجوز فيها بيع الوقف هو المواضع الثلاثة المتقدمة في نقل الأقوال، حيث قال : « إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع : أحدها : إذا خرب و إضمحل ... . ثانيها : إذا حصل خلف بين أربابه. ثالثها : إذا لحق بالموقوف عليهم حاجة شديدة ... » و إستدلّ على كل منها في كتاب الوقف، فراجع<sup>٢</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٣

«٢» جامع المقاصد، ج ٩، ص ٦٩ و ٧٠

يجوز<sup>(١)</sup> إشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنه<sup>(٢)</sup> شرط مؤكّد، و ليس<sup>(٣)</sup> بمنافٍ للتأييد المعتبر في الوقف، لأنه<sup>(٤)</sup> مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب المنع<sup>(٥)</sup> [ البيع ]. و ما لا<sup>(٦)</sup> فلا، للمنافاة، فلا يصح<sup>(٧)</sup> حينئذٍ حبساً.

- (١) لعموم « المؤمنون عند شروطهم » و هذا بيان المقتضي لنفوذ شرط البيع.
- (٢) أي : لأنّ إشتراط البيع يكون شرطاً مؤكّداً لما دلّ على جواز البيع عند عروض المسوّغ.
- (٣) أي : و ليس إشتراط البيع بمنافٍ لمقتضى الوقف. و هذا إبطال للمانع عن صحة الشرط المزبور.
- (٤) أي : لأنّ التأييد مقيدٌ تحسب جعل الشارع - بعدم عروض المسوّغ.
- (٥) كذا في نسختنا. و هو موافق لما في المقابس، و في بعض نسخ الكتاب « البيع » بدلاً عن المنع، و هو أولى و المراد واضح.
- (٦) معطوف على « كل موضع » و هذا بيان الشق الثاني من التفصيل. يعني : و كل موضع لم نقل بجواز بيع الوقف فيه لم نقل بجواز إشتراط البيع فيه، لكون إشتراط جواز بيعه حينئذٍ منافياً لحقيقة الوقف المتقومة بالتأييد، و الشرط المخالف لمقتضى العقد فاسد و مفسد و إن لم نقل بفسدية الشرط الفاسد في سائر الموارد، لأنّ الشرط المخالف لحقيقة العقد يخلّ بقصد مضمون العقد، و مع إختلال القصد لا عقد حتى يجب الوفاء به.
- (٧) سقط هنا أسطر من كلام المحقق الكركي، و جملة « فلا يصح ... الخ » ليست نصّاً عبارته، و على كلّ فمقصوده من قوله : « فلا يصح » دفعُ دخلٍ أورده المحقق على نفسه، و حاصل الدخل : قياس شرط البيع - في غير المواضع التي يجوز فيها البيع - بموارد أخرى كشرط رجوع الوقف إلى الواقف عند حاجته، فكما يصحّ الشرط المزبور و يحكم بكونه حبساً، فكذا في المقام. و لا وجه للحكم بإبطال الشرط من جهة منافاته للتأييد.

لأنَّ<sup>(١)</sup> إشتراط شراء شيءٍ بثمنه يكون وقفاً منافعاً لذلك<sup>(٢)</sup>، لإقتضائه<sup>(٣)</sup> الخروج عن المالك، فلا يكون<sup>(٤)</sup> وقفاً ولا حبساً<sup>(٥)</sup> «<sup>(١)</sup> إنتهى». أقول: [ و ] يمكن أن يقال<sup>(٥)</sup>

و حاصل الدفع : أن القياس مع الفارق، ضرورة بقاء العين المحبوسة على ملك الحابس، بخلاف المقام، لأن شرط الواقف البيع و تبادل العين بما يكون وقفاً يُنافي بقاء العين على ملكه، و معه لا وجه لصحة شرط البيع. و مقتضاه فساد الإنشاء، و عدم كونه حبساً، لكون العين في الحبس باقيةً على ملك الحابس، فإذا بيعت كان ثمنها للحابس.

(١) تعليل لعدم تعنون الإنشاء المزبور بكونه حبساً، و تقدّم وجهه آنفاً.

(٢) أي : لكونه حبساً.

(٣) تعليل للتنافي، يعني : لأن إشتراط شراء شيءٍ بثمنه يكون وقفاً يقتضي خروج الثمن عن ملك الحابس، مع وضوح بقائه عليه.

(٤) هذا نتيجة بطلان إشتراط البيع في الإنشاء و مبطليته للوقف، و عدم وقوعه حبساً.

أما الأوّل فلعدم قصد التأييد المعتبر في حقيقة الوقف.

و أما الثاني فلما تقدم آنفاً من بقاء العين المحبوسة على ملك الحابس، فلا يصحّ شراء شيءٍ بثمنه و وقفه، لأنه يقتضي خروج الثمن عن ملك مالك العين المحبوسة، و المفروض بقاؤه على ملكه فلا يصحّ وقفه.

(٥) غرضه المناقشة في الشق الثاني من تفصيل جامع المقاصد - و هو قوله : « و ما لا فلا للمنافاة » - و حاصله : أن مجرد عدم جواز البيع بدون الشرط في بعض المواضع - كما إذا كان أعود و أصلح لأهل الوقف - لا يوجب عدم جوازه مع

الشرط بعد وجود المقتضى له و فقد المانع عنه.

أما المقتضى الذي إعترف المحقق الثاني رحمته بوفائه بإثبات الجواز فأمر : أحدها : عموم مكاتبة الصفار، و ثانيها : عموم « المؤمنون عند شروطهم » و ثالثها : نصٌ خاص لم يتمسك به في جامع المقاصد.

أما تقريب دلالة المكاتبة فهو : أن قوله عليه السلام : « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » إمضاء للوقف على حسب الكيفية التي رسمها الواقف، بمعنى كون الإمضاء مطابقاً للإنشاء، فإن جعله مطلقاً فمطلقاً، و إن جعله مشروطاً بالسلطنة على البيع لمصلحة كان ممضياً كذلك. و ليس مدلول المكاتبة تأسيس حكم تعدي كحرمة بيع الوقف حتى يكون أجنياً عن تنفيذ الشرط المزبور.

و أما دلالة عموم « المؤمنون عند شروطهم » فلظهور كلامه عليه السلام في جعل إلتزام المؤمن بشرطه، و عدم مفارقتة له و لا التخلف عنه. و مقتضى إطلاق كونه عند شرطه وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً، و عدم نفوذ هدمه و مخالفته وضماً. و حيث إن إنشاء الواقف متضمن للسلطنة على بيع الوقف لمطلق المصلحة فهو شرط نافذ، و يصح للموقوف عليهم العمل به.

و أما النصّ الخاص، فهو صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج الحاكية لما أوقفه أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين ، و سيأتي تقريب الإستشهاد به. هذا بيان المقتضى. و أما عدم المانع، فلأن المانع المتوهم منفاة شرط البيع للتأييد المقوم للوقف كما سبق في كلام فخر المحققين و المحقق الثاني رحمته . و لكن الظاهر عدم تحقيق التنافي هنا، لأن شرط بيع الوقف ينافي إطلاق الوقف لا مقتضاه و ماهيته.

و بيانه : أن الشرط المأخوذ في العقد تارة يكون مضاداً لحقيقته، كما إذا كان مفهوم البيع « تمليك عين بعوض » فاشترط فيه أن يكون بلا ثمن، و هو في قوة أن لا يكون البيعُ بيعاً، و بطلانه واضح، لإمتناع قصد المتقابلين و المتضادين. و إستحالة



- بعد التمسك<sup>(١)</sup> في الجواز بعموم « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها »  
و<sup>(٢)</sup> « المؤمنون عند شروطهم » -

إمضاءهما شرعاً حتى لو تحقق القصد من غير الملتفت.

و أخرى يكون منافياً لإطلاق العقد، بحيث لو لا الإشرط كان الإطلاق مقتضياً لذلك الأمر، كإنصراف إطلاق عقد البيع إلى كون الثمن من نقد البلد، فإن إشرط نقداً آخر كان منافياً لهذا الإطلاق لا لذات البيع. وهكذا الحال في سائر العقود.

و الظاهر أن التنافي بين الوقف و شرط البيع يكون من القسم الثاني، بمعنى: أن الوقف - على تقدير عدم تقييده بشيء - يقتضي التأيد، فلا تأيد مع شرط الواقف. و هذا يؤكد ثبوت العقد لا أنه ينافيه. و هو نظير شرط الرجوع في الهبة، و شرط خيار الفسخ في المعاملة في كونه منافياً للزوم العقد لا لحقيقته.

و الشاهد على إجتماع الوقف مع جواز البيع هو بقاء وقفية العين عند التجرد عن الشرط و طرؤ حالة أحرز كونها مسوغة للبيع، و أن المبطل لوقفيتها إنشاء البيع خارجاً، لا تجويز بيعها شرعاً.

نعم بناءً على كون جواز البيع مضاداً لحقيقة الوقف - كما اختاره صاحب الجواهر<sup>(٣)</sup> - كان شرط البيع مضاداً لحقيقة الوقف، لكن تقدم في أوّل المسألة منعه، فراجع.

و المتحصل: أن المقتضي لمشروعية شرط البيع موجود، و المانع عنه مفقود، من دون تفصيل بين القسمين.

(١) كما تمسك المحقق الثاني<sup>(٤)</sup> و غيره بهذا العموم، و غرضه إثبات المقتضي لصحة الشرط.

(٢) معطوف على « عموم » أي: و بعموم « المؤمنون ». و التعبير بالعموم لأجل عدم ورودها في خصوص شرط بيع الوقف.

بعدم<sup>١١</sup> ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف،

(١) متعلق بـ « يقال » و هذا ناظرٌ إلى نفي المانع عن شمول العمومين المزبورين لشرط البيع، و المانع هو التنافي المذكور في جامع المقاصد. و ليس قوله : « بعدم » مناقشة أخرى في تفصيل المحقق الثاني، بل هو متمم للمناقشة، لوضوح أنّ مجرد عموم « الوقوف » و « المؤمنون » لا يصلح دليلاً لنفوذ شرط البيع، ما لم يحرز عدم منافاة الشرط لمقتضى الوقف، إذ مع منافاته له يبطل عند الكلّ.

فإن قلت : إن التعبير بـ « عدم ثبوت » لا يجدي في رفع المانع، فيشكل بأنّ المناط في التمسك بدليل الشروط هو إحراز عدم التنافي بين الشرط و مقتضى العقد لا إحتتماله.

و كما لا وجه للتمسك بأدلة الوقوف و الشروط في فرض العلم بالمنافاة كما هو واضح، فكذلك في فرض الشك فيها. أما بالنسبة إلى عموم « الوقوف » فللشك في عقديته، إذ لو كان الشرط منافياً واقعاً لم يكن عقد حتى يُمضى شرطه الضمني. و أما بالنسبة إلى عموم « المؤمنون » فلتعنون الشرط بعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد. و عليه فلا بد من إثبات عدم التنافي، ثم التمسك بدليلي الوقوف و الشروط، إذ التمسك بهما حينئذ يكون تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية. و يتعين الرجوع إلى الأصول العملية، و مقتضاها في المقام عدم جواز البيع للإستصحاب.

قلت : نعم، مجرد عدم ثبوت التنافي لا يكفي في التمسك بالعمومين، إلا أن غرض المصنف رحمته - بقرينة الإستشهاد بجواز بيع الوقف بطرء المسوّغ - هو ثبوت عدم التنافي، و إنّما عبّر بعدم الثبوت « تنزيلاً على هو المعارف في المخاصمات عند المتأدبين من عدم المسارعة إلى الإنكار »<sup>١٢</sup>.

فعلمه<sup>(١)</sup> منافع لإطلاقه<sup>(٢)</sup>، و لذا<sup>(٣)</sup> يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤه مسوغاته، فإن التحقيق - كما عرفت سابقاً<sup>(٤)</sup> - أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقفٌ يجوز بيعه، فإذا بيعَ خرجَ عن كونه وقفاً.  
ثم إنه لو سلّم<sup>(٥)</sup> المنافاة فأما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه.

(١) أي : فلعلّ شرط جواز البيع، و هذا أيضاً لتعيين المنافاة للإطلاق، لا لمقتضى الوقف، و ليس المراد مجرد احتمال التنافي للإطلاق، و تقدم في توضيح عدم المانع الفرقُ بين منفاة شرط البيع لماهية الوقف، فيبطل، و بين منفاة لإطلاقه فيصح.

(٢) لإقتضاء إطلاق الوقف التأييد، و عدم سلطنة الموقوف عليهم على إبطاله بالبيع.

(٣) أي : و لأجل منفاة جواز البيع للإطلاق - لا للحقيقة - يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤه مسوغاته، و هذا الإجتماع ظاهر قول المحقق الثاني رحمته : « إن كل موضع يجوز فيه بيع الوقف »<sup>(١)</sup>، فيمكن إلزامه بصحة شرط البيع أيضاً، لنفوذ الشرط المخالف لإطلاق العقد.

(٤) يعني : قبل التعرض لكلام الشيخ الكبير و صاحب الجواهر رحمتهما، حيث قال : « ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع، لا بجوازه ... » فراجع<sup>(٢)</sup>.

(٥) هذا وجهٌ ثانٍ للخدشة في المنافاة المتقدمة في كلام المحقق الثاني رحمته، و محصله : أن تعليل بطلان شرط البيع بالتنافي أخص من المدعى، توضيحه : أن المواضع التي جَوَزَ الشارع فيها بيع الوقف - بنظر المحقق الثاني رحمته - على نحوين :

و أمّا تبدّله بوقف آخر<sup>(١)</sup> فلا تنافي بينه<sup>(٢)</sup> و بين الوقف.

فمعنى كونه حبساً<sup>(٣)</sup> : كونه محبوساً من أن يتصرّف فيه بعض طبقات

فتارةً يجب شراء البديل بالثمن، و هما موضعان، أحدهما : خراب الوقف و اضمحلاله. و ثانيهما : حصول خلف بين أربابه.

و أخرى لا يجب التبديل، لكون الغرض من تجويز البيع صرف الثمن في حاجة أرباب الوقف، إذا لحقهم حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلّة و غيرها.

و على هذا، فإن لم يكن شرط سلطنة الموقوف عليهم على البيع منافياً لماهية الوقف - بأن كان منافياً لإطلاقه و عدم تقييده - فلا كلام كما مرّ في الوجه الأوّل.

و إن كان الشرط المزبور منافياً لمفهوم الوقف - و هو حبس العين أبداً و تسهيل الثمرة - كان لازمه التفصيل بين أنحاء شرط البيع، بأن يقال : إن كان الغرض من الشرط صيرورة الثمن ملكاً طلقاً للبطن الموجود - كما في مورد جواز البيع لرفع الحاجة و الضرورة - كان منافياً لمقتضى الإنشاء من التأييد و بقاء العين مهما أمكن لتدرّج منافعتها على البطن. و إن كان المقصود من الشرط تبدّل الوقف و تعلق حق البطن بالبديل على حدّ تعلقه بالبديل لم يكن الشرط مضاداً للتأييد. و من المعلوم أنّ المواضع المعدودة في قواعد العلامة رحمته قد صرّح فيها بشراء بدل الوقف بالثمن، كالبيع فراراً من زيادة الخراج.

و عليه فلا وجه لمنع شرط البيع في جميع الموارد بزعم المنافاة ، بل ينبغي التفصيل بين المواضع، مع أنّ المحقق الثاني رحمته لم يفصّل بينها.

(١) كما هو صريح كلام العلامة رحمته : « ولو شرط بيعه عند الضرر ... و شراء غيره بثمنه ... ».

(٢) أي : بين التبديل المستند إلى الشرط.

(٣) هذه الجملة : فع دخل مقدّر يرد على قوله : « فلا تنافي بينه و بين

الوقف » و تقريب الدخل : أنّ شرط بيع الوقف و تبدّله بوقف آخر - كما إذا

شرط البيع عند الخراب أو الفتنة - يُتأني مفهوم الوقف، كمنافاته له إذا شرط البيع بالحاجة إلى الثمن.

و وجه المنافاة : أن حقيقة الوقف عندهم « تحببب الأصل - أي عين خاصة - و تسببب المنفعة » و المراد من حبسها هو المنع عن النقل و الإنتقال، و من المعلوم إمتناع القصد إلى المتنافيين، و هما : إنشاء الحبس، و إنشاء السلطنة على عدم الحبس بالبيع.

و الحاصل : أن الشرط المزبور يضاد مفهوم الوقف، لا إطلاقه حتى يقال بجوازه و نفوذه بعموم أدلة الشروط.

و تقرببب الدفع : أن معنى الوقف و إن كان تحبببب الأصل، إلا أن حبس عين خاصة على نحوين، فتارةً يكون المراد حبس شخصها مطلقاً، فلا محالة يكون إشتراط جواز بيعها و التصرف فيها منافياً لوقفها بذاتها.

و أخرى يكون المراد حبسها مقيداً، بمعنى منع تصرف بعض البطون في العين الموقوفة على وجه تصرف المالك في ملكه الطلق من بيعه متى شاء، و تصرفه في الثمن كيفما شاء. و لا منافاة حينئذٍ بين الوقف و بين شرط البيع عند عروض مصلحة، كما لا منافاة بينه و بين حصول مسوغ شرعي للبيع كالخراب، فكأنه قال : « حبستُ هذه العين عن التصرفات المالكية كبيعها متى شاء أهلُ الوقف من دون إستبدالها بعين أخرى، و شرطتُ بيعها عند عروض كذا و إستبدالها. أي حبستها بنفسها أو ببدها ».

و عليه فكون وقف العين بمعنى حبسها بشخصها هو مقتضى الإطلاق، و عدم إشتراط حبسها بما هي مال، بأن يقول : « وقفْتُ هذه الدار على ذريتي » لظهور ترك التقييد بالتبديل - عند عروض مصلحة - في حبس نفس العين بخصوصيتها، فلو إشتراط جواز التبديل كان قرينةً على التوسعة في الحبس و تعلقه بماليتها لا بشخصها،

المُلك على نحو الملك المطلق<sup>(١)</sup>. و أمّا حبسُ شخص<sup>(٢)</sup> الوقف فهو لازمٌ لإطلاقه<sup>(٣)</sup> و تجرّده عن مسوّغات الإبدال، شرعيةً كانت كخوف الخراب، أو يجعل الواقف كالإشتراط في متن العقد، فتأمل<sup>(٤)</sup>.

كما إذا قال: «حبستها بنفسها أو ببدلها».

فالمتحصل: عدم التنافي - في موارد إشتراط التبديل - بين مفهوم الوقف و بين الشرط، هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ تفصيل المحقق الثاني رحمته بين أنحاء الشرط. و منه ظهر مختار المصنف في المسألة، و سيأتي الاستدلال على نفوذ الشرط بالنص الخاص.

(١) لجواز التصرف في الملك المطلق بالبيع و الهبة و نحوها متى شاء المالك، ثم التصرف في ثمن البيع كذلك. و لكن البطون ممنوعة من هذا النحو من التصرف في العين الموقوفة.

(٢) أي: حبس شخص العين متفرع على إطلاق الحبس و تجرده عما يجوز البيع، إمّا يجعل الشارع كالخراب و شبهه، أو يجعل الواقف كمورد الإشتراط في متن العقد.

و نظير الوقف في اللزوم و الجواز عقدُ البيع، فقد يكون جائزاً فيما لو إشترط فيه الخيار لجهة، أو حكّم الشارع بجواز الفسخ كما لو تبين كون المبيع معيباً. و قد يكون لازماً كما إذا بقي على إطلاقه، و لم يحدث بعده أمر مسوّغ للفسخ شرعاً، هذا. (٣) في قبالة التصريح في الوقف بحبس العين أو بدلها عند طرؤ المسوّغات، فلا يكون شخص العين محبوساً حينئذ.

(٤) لعلّه إشارة إلى عدم تعدد الوقف بالنسبة إلى العين الموقوفة و بدلها بعد البيع، بل الوقفية تُنشأ بالنسبة إلى نفس العين. و عليه فإن كان حبس شخصها مقتضى إطلاق العقد صحّ إشتراط البيع حتى مع أكل الثمن. و إن كان مقتضى مطلق الوقف لم يصح حتى لو شرط كون الثمن وقفاً.

ثم إنه روى<sup>١١</sup> صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف

أو إلى : أن شرط جواز البيع بدون المسوغات الشرعية قد ينافي ما أفاده المصنف عليه السلام في الأمر الرابع مما يعتبر في صحة الشرط - وهو عدم مخالفته للكتاب والسنة - من أن حكم الموضوع قد يثبت من حيث الذات و مجرداً عن العناوين الطارئة عليه كالمباحات، فينفذ الشرط، لكونه مغيراً لموضوع الدليل، كتغيره بعروض عنوانٍ عليه كالمقدمة أو النذر أو إطاعة الوالدين. وقد يثبت الحكم للموضوع على نحو لوازم الماهية بأن كان لدليله عموم أو إطلاق ناظر إلى العناوين الخارجية الطارئة عليه، كغالب المحرمات والواجبات، فيكون إشتراط خلافه إلتزاماً بماخالف الكتاب والسنة، لما تقدم في أوائل المسألة من أن منع البيع وصف لنوع الوقف، حيث قال عليه السلام : « و إن كان الإنصاف ما ذكرنا من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع »<sup>١٢</sup> هذا.

(١) لا بأس بنقل جُمَلٍ من صدر الرواية عن الكافي، وهي : أن عبد الرحمان بن الحجاج، قال : « بعثَ إليَّ أبو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام ، وهي : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به و قضى به في ماله عبدُ الله عليُّ إبتغاء وجه الله ليولجني به الجنة و يصرفني به عن النار، و يصرف النار عني، يوم تبيضُ وجوهٌ و تسودُ وجوه : أن ما كان لي من مالٍ يبيع - يعرف لي فيها و ما حولها - صدقةً و رقيقها ... إلى أن قال عليه السلام : و إن الذي كتبتُ من أموالِي هذه صدقة واجبة بتلة، حياً أنا أو ميتاً، يُنفق في كلِّ نفقةٍ يبتغى بها وجهُ الله في سبيل الله و وجهه، و ذوي الرَّحْم من بني هاشم و بني المطلب، و القريب و البعيد، فإنه يقوم على ذلك الحسنُ بن عليٍّ ، يأكل منه بالمعروف، و يُنفقه حيث يراه الله عزَّ و جلَّ في حلٍّ محلَّل لا حرج عليه فيه. فإن أراد ... » إلى آخر ما في المتن.

ماله في عين ينبع<sup>(١)</sup>، وفيه<sup>(٢)</sup>: «فإن أراد - يعني الحسن عليه السلام - أن يبيع نصيباً من<sup>(٣)</sup> المال ليقضي<sup>(٤)</sup> [ فيقضي ] به الدين فليفعل إن شاء.

و مورد الإستدلال بهذه الصحيحة فقرتان أو ثلاث.

(١) قال العلامة الطريحي رحمته الله: «و يَنْبُعُ - بالفتح فالسكون و ضم الموحدة - قرية كبيرة بها حصن، على سبع مراحل من المدينة، نُقِلَ : أنه لما قسم رسول الله صلى الله عليه وآله الفيء أصاب علي عليه السلام أرضاً، فاحتفر عيناً، فخرج منها ماء ينبع في الماء، كهيئة عنق البعير، فسماها عين ينبع»<sup>(١)</sup>.

و قال ابن منظور: «و بناحية الحجاز عينُ ماءٍ يقال لها ينبع، تسقي نخيلاً لآل علي بن أبي طالب»<sup>(٢)</sup>.

و قال الفيروز آبادي: «يَنْبُعُ ك - ينصُر - حصن له عيون و نخيل و زروع بطريق حاج مصر»<sup>(٣)</sup>.

(٢) أي : و في مذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية الوقف هو قوله عليه السلام: «فإن أراد ... الخ».

(٣) أي : نصيباً من أعيان الوقف، و هذه الفقرة مما يستدل بها على ما نحن فيه من جواز الإشتراط في ضمن الوقف، بإعطاء السلطنة للموقوف عليه على البيع. و سيأتي في آخر الكلام المحامل المذكورة في كلمات الفقهاء.

(٤) كذا في نسختنا، و لكن في الكافي و التهذيب و الوسائل: «فيقضي». و يمكن الإستدلال بهذه الجملة على جواز بيع الوقف لحاجة البطن الموجود، و صرف ثمنه في رفع تلك الحاجة، فتأمل.

«١» مجمع البحرين ، ج ٤ ، ص ٣٩٤

«٢» لسان العرب ، ج ٨ ، ص ٣٤٥

«٣» القاموس المحيط ، ج ٣ ، ص ٨٧



لا حرج عليه<sup>(١)</sup> فيه. و إن شاء<sup>(٢)</sup> جعله شروى<sup>(٣)</sup> [سري] الملك. و إن<sup>(٤)</sup> ولد علي<sup>(٥)</sup> و موالهم و أموالهم إلى الحسن بن علي. و إن كانت<sup>(٥)</sup> دار الحسن بن علي

(١) أي : لا حرج على الإمام المجتبي عليه الصلاة و السلام في بيع نصيب من أعيان الموقوفة لأجل أداء ما عليه من ديون.

(٢) أي : و إن أحب الإمام المجتبي عليه السلام جعل نصيباً من الوقف ملكاً خالصاً لنفسه. و هذه فقرة ثانية تدل على جعل السلطنة على إبطال بعض الوقف.

(٣) كذا في نسختنا، و لكن في الكافي «سري الملك» و في الوسائل نقلاً عن التهذيب «شروى الملك» و كذا في الوافي. و لكن الموجود في التهذيب «شراء الملك». و كيف كان فمعنى «السري» «النفيس»<sup>(١)</sup> و الرفيع<sup>(٢)</sup>، فالمراد بـ «سري الملك» شريف الملك و رفيعه، و هذا كناية عن جعل الوقف ملكاً طلقاً، فإن رفعة الملك و شرافته بتمامية سلطنة المالك عليه، و هو يستلزم بطلان الوقف حينئذ، و هو أعلى من شرط البيع، فلاحظ.

و معنى «شروى الملك» مثله<sup>(٣)</sup>، يعني : يجعل الوقف كالمملك الطلق يتصرف فيه بما شاء.

(٤) الجملة مستأنفة أو معطوفة على «فإن أراد» يعني : ورد في هذه الصحيحة : أن أمر وُلدِ علي<sup>(٤)</sup> و أموالهم بيد الحسن عليه السلام، و ليس المقصود تعيين الناظر للوقف، لما تقدم بقوله عليه السلام : «و أنه يقوم على ذلك الحسن» فالمراد هنا جعل الولاية بمعنى آخر.

(٥) يعني : و إن كان الإمام المجتبي عليه السلام ساكناً في غير دار الصدقة، و لم يكن محتاجاً إلى سكنها، فإن أراد عليه السلام أن يبيع دار الصدقة و يقسم ثمنها أثلاثاً فليفع.

«١» مجمع البحرين، ج ١، ص ٢١٦

«٢» لسان العرب، ج ١٤، ص ٣٧٨

«٣» مجمع البحرين، ج ١، ص ٢٤٥. لسان العرب، ج ١٤، ص ٤٢٨

غيرَ دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء<sup>(١)</sup>، [ و ]<sup>(٢)</sup> لا حرج عليه فيه. فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، و يجعل ثلثاً في بني هاشم و بني المطلب، و ثلثاً في آل أبي طالب، و إنه<sup>(٣)</sup> يضعه فيهم حيث يراه الله.»

ثم قال: « و إن حدث<sup>(٤)</sup> في الحسن أو في الحسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر في بني علي.»

و قد يستشهد بهذه الفقرة أيضاً على جواز بيع الوقف بالشرط، بتقريب: أن المراد بدار الصدقة دار موقوفة، بأن كانت في جملة ما أوقفه أمير المؤمنين عليه السلام لسكنى الإمام المجتبي عليه السلام، و جعل سلطنة بيع هذه الدار له عليه السلام إن لم يتخذها مسكناً لنفسه. و يحتمل بعيداً إرادة بيع غير دار الصدقة من الدار المملوكة للإمام المجتبي صلوات الله و سلامه عليه، و يكون تقسيم ثمنها حينئذٍ شرطاً من الواقف على الموقوف عليه في ضمن عقد الوقف.

(١) فكأنه عليه السلام وقف الدار بهذه الكيفية: « هذه وقف على أبي محمد الحسن عليه السلام و إن إستغنى عن سكنها جاز له بيعها.»

(٢) كذا في النسخ، و ليست « الواو » في الكافي و التهذيب و الوسائل.

(٣) يعني: و إن الإمام المجتبي عليه السلام القائم بالوقف يضع الحِصص على حسب ما يراه، و مقتضاه عدم إعتبار المساواة في تقسيم ثلث بني هاشم، و ثلث آل أبي طالب.

(٤) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الكافي و التهذيب و الوسائل: « و إن حدث بحسنٍ و بحسين.» و حاصله: أن أمير المؤمنين عليه السلام جعل ولاية الوقف للسبطين عليه السلام مقدماً للأكبر منهما، ثم شرط على سيد الشهداء عليه السلام أن ينصب قيماً على الوقف من سائر أولاد أمير المؤمنين عليه السلام من كان مرضياً في هداة و إسلامه و أمانته، و إلا ففي أولاد السبطين عليه السلام كذلك، و إلا ففي رجل من آل أبي طالب و ذوي آرائهم، و إلا ففي رجل من بني هاشم، مع الإشتراط على كل واحد من

إلى أن قال: « فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم ، وإنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك [ هذا ] <sup>(١)</sup> المال <sup>(٢)</sup> على أصوله ، وينفق الثمرة <sup>(٣)</sup> حيث أمره به من سبيل الله ووجهه ، وذوي الرحم من بني هاشم وبنو المطلب والقريب والبعيد ، لا يباع شيء منه ولا يوهب ولا يورث ... » الرواية <sup>(٤)</sup> «<sup>(١)</sup>» .  
وظاهرها <sup>(٥)</sup> جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود ،

الأولياء العمل بما رسمه ﷺ ، وعدم بيعه ، فيكون جواز البيع مختصاً بالسبطين ﷺ .

(١) كذا في نسختنا ، وليست كلمة « هذا » في الكافي والتهذيب والوسائل .

(٢) أي : ترك الأعيان الموقوفة ، والمراد بتركها عدم بيعها ، بأن يُبقيها على

حالتها لينتفع البطن بمنافعها ، فيكون شرط البيع مختصاً بالمحسنين صلوات الله عليهما .

(٣) كذا في نسختنا وجملة من النسخ ، وهو موافق لما في التهذيب والوسائل ،

ولكن في الكافي « وينفق ثمره حيث أمرته به » .

(٤) يعني : أن للصحيحة تنمة ، وفي آخرها تاريخ كتابة صورة الوقف ومكانها

والشهود عليها ، وهي « هذا ما قضى به عليٌّ في ماله ، الغد من يوم قدم مسكن ،

شهد أبو شمر بن أبرهة ، وصعصعة بن صوحان ، وسعيد بن قيس ، وهياج ابن أبي

الهياج . وكتب عليٌّ بن أبي طالب بيده لعشر خلون من جمادى الأولى سنة سبع

و ثلاثين » .

(٥) تقدم آنفاً وجه ظهور فقرات ثلاث من هذه الصحيحة في جواز شرط البيع .

أولها : قوله ﷺ : « فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين ،

فليفعل إن شاء » .

ثانيها : قوله ﷺ : « وإن شاء جعله سرياً للملك » .

«١» الكافي ، ج ٧ ، ص ٤٩-٥١ ، باب صدقات النبي وفاطمة والأئمة ﷺ ، الحديث : ٧ : التهذيب ،

ج ٩ ، ص ١٤٦ ، الحديث ٥٥ من كتاب الوقوف والصدقات : الوسائل ، ج ١٣ ، ص ٣١٣ ، الباب ١٠ من

أبواب أحكام الوقوف والصدقات ، الحديث : ٤

فضلاً<sup>(١)</sup> عن البيع لجميع البطون، و صرف ثمنه فيما ينتفعون به. و السندُ صحيح، و التأويل مشكل<sup>(٢)</sup>،

ثالثها : قوله ﷺ : « و إن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فليبعها إن شاء ». و لكن أمير المؤمنين ﷺ شرط في هذه الفقرة توزيع الثمن على وجه خاص، و لم يجعله مختصاً بالإمام المجتبي ﷺ .

(١) الوجه في الإتيان بـ « فضلاً » هو أن البيع لأجل صرف الثمن في منفعة جميع البطون أقرب إلى غرض الواقف من جواز بيعه و إختصاص الثمن بالبطن الموجود. و كيفية إجتماع البطون على البيع تكون بقيام وليّ البطون اللاحقة بالبيع بإنضمام البطن الموجود.

(٢) يعني : بعد تمامية أصالتي الصدور و الظهور يُشكل تأويل الصحيحة حتى تكون أجنبية عن المقام، و هو شرط البيع في الوقف.

و قد قيل في توجيه قوله ﷺ : « فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال، فليبع » أمور :

الأول : أن ما كتبه أمير المؤمنين ﷺ محمول على الوصية و أجنبي عن الوقف، بشهادة جملتين :

إحداها : قوله ﷺ : « هذا ما أوصى به و قضى به في ماله عبد الله عليّ ... » . و ثايتها : قوله في أواخرها : « و لا يحلّ لأمرٍ مسلم يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يغيّر شيئاً مما أوصيتُ به في مالي ... » و لا مانع من إستثناء بعض المال للوصي. ففرضه ﷺ الإيضاء بالأموال المدرجة في كتابه لمن يقوم بالأمر بعده.

و فيه : أن كلمة « الوصية » وردت في أثناء الكتاب مقترنة بما يدل على الوقف المصطلح، و هو قوله ﷺ : « و إن الذي كتبتُ من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة، حياً أنا أو ميتاً » فإن الصدقة الموصوفة بكونها بتلة - أي منقطعة عن المتصدق حال حياته و خارجة عن ملكه - لا تنطبق إلّا على الوقف، ضرورة جواز التصرف

و الرجوع في الوصية قبل المات. فحملها على التأكيد في وصية ماكتبه عليه السلام ينافي قوله عليه السلام: «حيّاً أنا أو ميتاً».

و عليه فلا بد من رفع اليد عن معنى « الوصية » في الفترتين المتقدمتين، بأن لا يكون المراد بها ما استقر عليه إصطلاح الفقهاء من العهد بشيء بعد الموت، بل المراد ما بعمّ ذلك و تدبير شؤون أمواله، سواء أكان تصرفه منجزاً أم معلقاً، فيكتبها بعنوان الإيصال لمن يقوم بالأمر بعده، ومعناه جعل كل واحد - بما كتبه - في موقعه، وهذا المعنى شائع في الاستعمال.

الثاني : أنه عليه السلام وهب الأموال لهما عليه السلام ، و كتب الوقف لنوع المصلحة، كذا احتمله العلامة المجلسي رحمته الله ، و لكنه خلاف الظاهر جداً، مع عدم قرينة عليه، فلا يصار إليه.

الثالث : أنه عليه السلام إشتراط بيع الحاصل من الوقف و ثمرته لأداء الدين، لا بيع الرقبة، كما احتمله العلامة المجلسي رحمته الله أيضاً و غيره<sup>١</sup>.

و فيه : أن المناسب لذلك التعبير بـ « فإن أراد أن يقضي به الدين فلا حرج عليه » ليكون مناسباً لقوله قبله : « يقوم على ذلك الحسن بن علي، ويأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد ... في حلٍّ محلل لا حرج عليه » و لا حاجة إلى التصريح بكلمة البيع مقدمة لقضاء الدين، إذ لما كان المال الموقوف من الضياع و المزارع كان أكله بالمعروف في كل وجه محلل، و كذا أداء الدين منوطاً ببيع بعض الحاصل، فذكرُ البيع و العدول عن الضمير إلى الإسم الظاهر - و هو نصيب من المال - يدلان على جواز بيع نفس الوقف.

الرابع : أن غاية ما يدل عليه هو جواز بيع الوقف عند الحاجة كأداء الدين ،

لا مطلقاً كما هو مورد البحث، فيكون الصحيحُ أخصّ من المدعى، و هو جواز شرط البيع لكلِّ مصلحة<sup>١١</sup>.

و لكنّه غير ظاهر أيضاً، لما تقدّم في شرح فقرات الصحيحة من ظهور كلام أمير المؤمنين عليه السلام في إعطاء السلطنة على البيع، وهذا هو الإشتراط. و قرينة حصر التمكّن من وفاء الدين في بيع نصيب من الوقف مفقودة. و لو سلّم لم يجر هذا الإحتمال في تجويزه عليه السلام إتخاذ نفس الوقف سري الملك، لعدم فرض الحاجة فيه إلى بيعه مقدّمة لرفع الضرورة.

الخامس : أن النصيب الذي جاز بيعه لهما عليهما السلام خارج من الوقف، بمعنى أن الأمير عليه السلام وقف أمواله يبيع و استثنى نصيباً منها، و فوّض تعيين النصيب إلى السبطين عليه السلام ، فيتوقف تحديد مقدار الموقوف أيضاً على تعيين ذلك النصيب، و لا مانع منه، فان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها، كذا أفاده في المقابس<sup>١٢</sup>.

و لكن مخالفته لظاهر الصحيحة من كون النصيب من جملة الأموال الموقوفة و عدم إستثنائه منها مما لا تنكر.

هذا ما قيل في حمل بيع نصيب من المال.

و أمّا قوله عليه السلام : « و إن شاء جعله سري الملك » فاستقرب صاحبُ المقابس عليه السلام أن الإذن في جعل الوقف مثل الملك وقع على وجه المبالغة في أمر التولية، و في إستحقاقهما عليه السلام للمنافع. و كان أمير المؤمنين عليه السلام عالماً بأنهما لا يفعلان إلا ما هو الصحيح المشروع، و لا يقتطعان شيئاً من الوقف، هذا.

و لكنك خبير ببعدها هذا الحمل، لعدم قرينة عليه، مع كونه في سياق قوله عليه السلام : « فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال » و قد استبعد صاحبُ المقابس حمله على الإذن

١١ حاشية العلامة السيد الإشكوري على المكاسب . ص ١٧٠

١٢ مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٥٦

و العمل أشكل<sup>(١)</sup>.

في أداء الدين من الوقف، فراجع المقابس<sup>(٢)</sup>». و أمّا قوله عليه السلام: «و إن كان دار المحسن غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها» فقد يؤول - كما في المقابس أيضاً - بأن دار الصدقة غير داخله في الأموال التي حكم عليها في أوّل هذا الخبر بأنها صدقة واجبة بتلة، لأنّ الموقوف هو ماله يبيع و ما حولها و بوادي القري و بديّة و بأذنية، و كلّها ضياع و مزارع، و لم تشمل على دار يسكنها الإمام المجتبي عليه السلام. و حينئذٍ فعلل دار الصدقة التي فوّض أمرها إلى الإمام المجتبي عليه السلام كانت داراً جعل له سكنها مادامت الحاجة، و بعده عليه السلام بعنوان الوصية يفعل ما أمره عليه السلام به، و من المعلوم أن «الصدقة» كما تطلق على الوقف كذلك تطلق على السكنى و الرقبى و العمرى، هذا.

و لكن يمكن ترجيح احتمال إرادة الموقوفة من «دار الصدقة» بما في ذيل الصحيحة من أمره عليه السلام بأن يترك المال و لا يباع منه شيء و لا يوهب و لا يورث، فيكون شرط البيع توسعةً للسبطين عليه السلام تشريفاً لهما.

(١) لإعراض المشهور عنه، بل ادعى العلامة المجلسي رحمته الله مخالفة الصحيحة للمقطوع به عند الأصحاب<sup>(٢)</sup>، و من المعلوم أن عدم الإعتناء بما قطعوا به في غاية الإشكال كما لا يخفى على أهله. خصوصاً مع ورودها في بيع الوقف العام، و تقدم منع بيعه.

هذا تمام الكلام في حكم الصورة السادسة، و تحصل أن الإشتراط مجوّز للبيع، عملاً بأدلة الشروط و بعموم «الوقف».

(١) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٥٦.

(٢) ملاذ الأخيار، ج ١٤، ص ٤٣٥.

## الصورة السابعة : أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً<sup>١١</sup> (\*)

الصورة السابعة : أداء بقاء الوقف إلى خوف الخراب

(١) تقدم في الصورة الأولى الفرق بينها وبين هذه الصورة، و أن مفروض الكلام هنا عدم الخراب فعلاً، و إنما يخاف خراب الموقوفة لو بقيت على حالها. و تقدم في نقل الأقوال ما استظهره المصنف من وحدة مضمون تعابير الفقهاء بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه تارة، و بخوفه أخرى، و بخشيته ثالثة، و قال: « فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأدية بقاءه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين »<sup>١٢</sup>.

و عنوان هذه الصورة بنحو الإطلاق - في قبال من قيد جواز البيع بكون منشئه خلف أرباب الوقف - موافق لما في المقابس من قوله : « الصورة الثالثة : أن يباع خوفاً من أن يؤول إلى الخراب أو التلف، و فيها أيضاً أقوال ... نالها : الجواز في المؤبد أو مطلقاً، و هو قول الشيخ و ابن سعيد في كتابيه ... الخ » و اختاره هو رحمته فراجع<sup>٢</sup>.

(\*) لا يخفى منافاة تفسير خوف الخراب هنا بالعلم أو الظن به لما سيذكره في الصورة الثامنة من تفسير الخوف بما هو أعم منهما و من الإحتمال، مع أن الوارد في كلمات الأصحاب إما خوف الخراب أو خشيته، و إما خشية وقوع فتنة بين أربابه

١١ هدى الطالب . ج ٦ . ص ٥٧٢

٢ مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٦١ و ٦٢



و هو المعبر عنه بـ « خوف الخراب » في كثير من العباير المتقدمة<sup>(١)</sup>.  
و الأداء إلى الخراب<sup>(٢)</sup> قد يكون للخلف<sup>(٣)</sup> بين أربابه، و قد يكون<sup>(٤)</sup> لا له.

ثم إن المصنف رحمه الله قسم هذه الصورة تارةً بالنظر إلى منشأ خوف خراب الوقف، و أخرى بالنظر إلى ما يبقى من المنفعة بعد الخراب.  
أما التقسيم الأول فمنشأ الأداء إلى الخراب إما خلف الموقوف عليهم، و إما غيره كعدم تمكنهم من عمارة الوقف و ترميمه، فهنا فرضان.  
و أما التقسيم الثاني فله فرضان أيضاً، ضرورة أن الخراب المعلوم أو المظنون قد يبلغ حداً تسقط العين به عن الانتفاع المعتدّ به، فالباقي كالمعدوم، و قد لا يبلغ هذا الحد، و إنما يوجب نقص المنفعة. فهذه فروض أربعة ستأتي أحكامها.  
(١) ففي الميسوط: « إذا خيف على الوقف الخراب » و في الغنية « خيف خرابه » و قريب منهما ما في الوسيلة و فقه القرآن و جامع الشرائع و الزهة و وقف الشرائع، و القواعد، و التحرير و الإرشاد، و بيع التذكرة و الدروس<sup>(١)</sup>.  
(٢) هذا هو المقسم الأول، و هو بإعتبار منشأ الأول إلى الخراب.  
(٣) هذا أول الفرضين من المقسم الأول، كما تقدم. و إسناد الخراب إلى الخلف مبني على الغالب من كون الإختلاف موجباً لترك الإقدام على ترميم الوقف، فيؤول الأمر إلى الخراب، و إلاً فلا ملازمة بين الخلف و الخراب كما هو واضح.  
(٤) أي: قد يكون الخراب لا للخلف بين الأرباب، بل لموجب آخر.

كما في التحرير، أو « يخاف منه تلف الأموال » كما في جامع المقاصد.  
و عليه فاختصاص الخوف بالعلم و الظن في الصورة السابعة، و عمومه للإحتمال في الثامنة غير ظاهر الوجه.

و الخرابُ المعلوم<sup>(\*)</sup> أو المخوفُ قد يكون على حدِّ سقوطه من الإنتفاع نفعاً معتدّاً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

و أمّا<sup>(٢)</sup> إذا فرضَ جواز الإنتفاع به بعد الخراب بوجهٍ آخر، كإنتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه، إلاّ على ما استظهره بعضُ مَنْ تقدّم كلامه سابقاً<sup>(٣)</sup> : من أن تغيّر عنوان الوقف يُسوِّغ بيعه.

(١) هذا هو المقسم الثاني، و هو بإعتبار خراب الوقف كليّةً، أو بما يبقى مقدار معتد به من المنفعة.

(٢) هذا فرض ثالث من المقسم الثاني، و غرضه تبيُّه إستثناء هذا الفرض من موضوع البحث في الصورة السابعة، أعني به كون الخراب موجباً لنقص المنفعة أو لقلته بما لا يعتد به.

و محصل هذا الفرض : ما إذا أمكن الإنتفاع بالوقف - بعد خرابه - بوجهٍ آخر، كالبستان الذي يبست أشجاره فقطعت، فأجرت العرصة للزراعة مثلاً، و كانت الأجرة أزيد من عوائد البستان أو مثلها. و حكم هذا الفرض عدم جواز بيع الوقف حينئذٍ، إلاّ على مبنئ صاحب الجواهر تبيُّه من بطلان وقفية العين بإنعدام عنوانها الملحوظ حين الوقف، و قد تقدم تفصيله في الصورة الثانية، فراجع.

و الحاصل : أن موضوع البحث في الصورة السابعة هو ندرة المنفعة بعد الخراب، أو مجرد نقصها و إن كانت معنئ بها.

(٣) حيث قال : « ثم ذكر - يعني صاحب الجواهر - أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بإنعدام عنوان الوقف، فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيّة » فراجع (ص ٣٠).

(\*) هذه الكلمة مستدركة، لفرض شمول « المخوف » للمعلوم و المظنون

بمقتضى تفسير الخوف بالعلم أو الظن.

و قد عرفت<sup>(١)</sup> ضعفه.

و قد عرفت<sup>(٢)</sup> من عبارة جماعة تجوز البيع في صورة التأدية إلى الخراب و لو لغير الإختلاف، و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة : أن يقع بين الموقوف عليهم إختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس<sup>(٣)</sup>،

(١) بقوله: «أقول : يرد على ما قد يقال بعد الإجماع على أن إنعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف ... الخ» فراجع (ص ٣٩).

(٢) غرضه ﷺ الإشارة إلى ما ورد في كلمات الأصحاب حول هذه الصورة السابعة، و ظاهره وجود قولين في المسألة : أحدهما : إطلاق جواز البيع، مهما كان منشأ الأداء إلى الخراب، و هو المحكي عن النهاية.

ثانيهما : تقييد جواز البيع بكون المنشأ إختلاف أرباب الوقف، و هو للأكثر، كما يظهر بملاحظة كلماتهم المنقولة أوائل المسألة<sup>(١)</sup>. و سيأتي تفصيل المصنف ﷺ.

الصورة الثامنة : وقوع الإختلاف مع خوف تلف المال أو النفس

(٣) نقل صاحب المقابس ﷺ عنوان هذه الصورة قولاً خامساً في حكم بيع الوقف لدفع الخلف أو لرفعه، فقال : «خامسها : أنه يجوز إذا حصل خلف بين أربابه بحيث يخاف منه الإقضاء إلى تلف الأموال و النفوس، و هو إختيار المحقق الكركي في تعليق الإرشاد ...»<sup>(٢)</sup>. و يستفاد أيضاً من الشهيدين ﷺ و ممن<sup>(٣)</sup> أخذ بصحيفة ابن مهزيار الآتية التي ورد فيها جواز البيع إذا خيف تلف الأموال و النفوس.

و تقدم في الكلمات المنقولة أوائل المسألة « أو يخاف من وقوع خلف بينهم

«١» لاحظ : هدى الطالب ، ج ٦ ، ص ٥٦٢-٥٦٧

«٢» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥٨

«٣» غاية المراد ، ج ٢ ، ص ٣٠ . الروضة البهية ، ج ٣ ، ص ٢٥٥

و إن<sup>(١)</sup> لم يعلم أو يظنّ ذلك<sup>(٢)</sup>.

فإنّ الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك<sup>(٣)</sup>، خصوصاً<sup>(٤)</sup> من عبّر بالإختلاف الموجب لخوف الخراب.

يؤدّي إلى فساده - أي فساد الوقف - «<sup>(١)</sup>» كما في مهذب القاضي رحمته، من دون عطف « النفوس » على الأموال.

و كيف كان فهذه الصورة تشارك السابعة في جامع الخوف، و تفارقها بأمر:

الأول: أخذ خصوصية الخلف بين أهل الوقف في الثامنة دون السابعة.

الثاني: أخذ خصوصية العلم أو الظن بالخراب مستقلاً، في السابعة، و لحاطِ

خوف أحد الأمرين من تلف المال أو النفس في الثامنة.

الثالث: تفسير الخوف في السابعة بالعلم أو الظن، و في الثامنة بما يعم

الإحتمال.

(١) حرف الوصل ظاهر في شمول الخوف و عدم الأمن لما يعم العلم و الظنّ

و الإحتمال.

(٢) المشار إليه هو تلف المال أو النفس، و المراد بتلف المال هنا تلف الوقف كما

استظهره الشهيد الثاني رحمته «<sup>(٢)</sup>».

(٣) أي: جواز البيع لخوف أداء الإختلاف إلى تلف المال أو النفس، كقول

العلامة رحمته: «و كذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه» «<sup>(٣)</sup>».

(٤) توضيحه: أن بعض الفقهاء جوزّ البيع عند أداء بقاء الوقف على حاله - مع

خلف أربابه - إلى الخراب، كالشاهد الثاني رحمته، و المحقق و العلامة في بيع الشرائع

«١» المهذب، ج ٢، ص ٩٢

«٢» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٥٥

«٣» تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٥ (ج ٢، ص ٢٧٩، الطبعة الحديثة)

الصورة التاسعة : أن يؤدي الاختلافُ بينهم إلى ضررٍ عظيم<sup>(١)</sup>، من غير تقييد بتلف المال<sup>(٢)</sup>، فضلاً عن خصوص الوقف.

و القواعد. و من المعلوم ظهور « الأداء » في العلم و الإطمئنان بترتب خراب الوقف على بقائه مع ما بين الموقوف عليهم من المنازعة، فلا عبرة حينئذٍ بظنّ الأداء إليه و احتمالاً.

و هذا بخلاف مَنْ عبّر من الفقهاء - و هم الأكثر - بخوف الخراب أو خشيته أو « لا يؤمن ... » فإنّ « خوف الخراب » يشمل العلم و الظن و الإحتمال الموهوم، إذ « الخوف » هو الحالة النفسانية الناشئة عن مجرد الإحتمال و إن كان موهوماً جداً.

#### الصورة التاسعة : اداء الخلف إلى ضرر عظيم

(١) هذه الصورة مذكورة في كلام ابن سعيد رحمته الله، لقوله: « أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم »<sup>(١)</sup> و لعله متحد مع ما في تهذيب شيخ الطائفة من تجويز البيع « لو أدى كونه وفقاً إلى ضررٍ أو إلى اختلاف، و هرج و مرج، و خراب الوقف »<sup>(٢)</sup>.

و كيف كان فتختلف هذه الصورة مع سابقتها بأمرين :

الأول : عدم أخذ الخوف فيها، بل المناط إفضاء بقاء الوقف إلى تلف الوقف أو تلف مال آخر أو فتنة عظيمة و فساد كبير مع أن عنوان الصورة السابعة و الثامنة « خوف الخراب » كما تقدم.

الثاني : أخذ خوف خصوص الخراب فيهما، بخلاف هذه، إذ لا خصوصية لتلف الوقف هنا.

(٢) أي : تلف مالٍ غير العين الموقوفة، لما سيأتي في مكاتبة ابن مهزيار من

«١» نزهة الناظر، ص ٧٤

«٢» تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣١

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح به الأنفس<sup>(١)</sup>.  
و الأقوى<sup>(٢)</sup>: الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به  
نفعاً يعتدّ به عرفاً، سواء كان لأجل الإختلاف أو غيره.

تجوز البيع لتلف الأموال و النفوس، و لا خصوصية لتلف الوقف. و أمّا تعميم الضرر  
للتقص في العرض فلعدم إختصاص الضرر المنفي بالتقص المالي كما قرّر في محلّه.

الصورة العاشرة: أداء بقاء الوقف إلى فسادٍ تستباح به الأنفس

(١) هذا العنوان قريب من كلام ابن سعيد أيضاً، حيث قال: «أو خيف وقوع  
فتنة بينهم تستباح بها الأنفس»<sup>(٣)</sup> و تقدم في الأقوال نقله عن تعليق الإرشاد  
للمحقق الكركي، و الحاكي له هو السيد العاملي رحمته، إلا أن المنقول عنه في المقابس  
كما تقدم في (ص ١٢٦) الأداء إلى تلف الأموال و النفوس.

و هذه الصورة كالتاسعة لم يؤخذ فيها الخوف، و ظاهر اللزوم هو العلم  
بإستباحة الأنفس لو بقي الوقف بحاله، و انحصر سد الفتنة في بيعه، و لا يكفي مجرد  
الإحتمال حينئذٍ أو عدم الأمن من إستباحة الأنفس.

و فرقها مع الصور الثلاث المتقدمة توقف جواز البيع هنا على تلف النفوس  
خاصة، و لاعبرة بتلف الوقف أو سائر الأموال.

### حكم الصور الأربع

(٢) فصل المصنف رحمته في بيع الوقف - في الصور الأربع الأخيرة - فجوزّه في  
قسم من الصورة السابعة، و هو أداء بقاء الوقف - علماً أو ظناً - إلى سقوطه عن  
الإنتفاع المعتد به، سواء أكان منشأ الخراب إختلاف أرباب الوقف أم غيره. و الشاهد  
على إرادة الجواز في خصوص هذا القسم هنا ما سيأتي في (ص ١٤٩) من  
قوله: «و أما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة».

و المنع<sup>(١)</sup> في غيره من جميع الصور.

أما الجواز في الأول<sup>(٢)</sup>، فلما مرّ من الدليل<sup>(٣)</sup> على جواز بيع ما سقط عن الإنتفاع<sup>(٤)</sup>، فإن<sup>(٥)</sup> الغرض من عدم البيع عدم إنتقطاع شخصه.

و منَعَ البيع في نقص المنفعة كما منعه في الصور التالية لها، فهنا دعويان. و يقع الكلام فعلاً في أول شقّي التفصيل.

و قد استدل على الجواز بوجود المقتضي و دفع ما يحتمل كونه مانعاً عن البيع، ثم نقل وجهين آخرين للجواز و ناقش فيها، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

(١) معطوف على « الجواز » أي : أن الأقوى منع البيع في سائر الصور.

(٢) و هو ما لو أدّى بقاء الوقف إلى الخراب علماً أو ظناً. و قد إستدل على جواز البيع فيه بوجوه ثلاثة كما سيأتي، أوّلها : ما في المتن من وجود المقتضي و فقد المانع. ثانيها : ما ذكره في التنقيح. ثالثها : ما نُقل عن العلامة و جماعة.

(٣) ما استدل به المصنف على جواز البيع هنا - من وجود المقتضي و فقد المانع - تقدم مستوفى في الصورة الأولى. و ظاهرُ المتن دفع المانع، و أمّا المقتضي فغير مذكور في العبارة إتكالاً على وضوحه.

و المراد بالمقتضي في مقام الإثبات هو العمومات المقتضية لصحة البيع، كقوله تعالى : ﴿ أحل الله البيع ﴾ و ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ و ﴿ تجارة عن تراض ﴾.

و أما المانع فالمذكور في المتن هو الحقوق المتعلقة بالعين الموقوفة، أعني بها حق الشارع و الواقف و الموقوف عليهم.

(٤) حيث قال في الصورة الأولى : « لعدم جريان أدلة المنع. أما الإجماع ...

الح »<sup>(١)</sup>.

(٥) هذا دفع المانع من ناحية غرض الواقف ، و تقريب الغرض : أن مقصود

الواقف من حبس عين خاصة أبداً هو بقاؤها بشخصها لتكون صدقةً جاريةً ينتفع بها معنوياً، كما ينتفع الموقوف عليهم بها مادياً. و من المعلوم أن تجويز بيعها - عند خوف خرابها و قلة منفعتها لو بقيت بحالها - ينافي هذا الغرض. و حيث إن الوقوف تكون على حسب ما يقفها أهلها لم يجوز نقض غرض الواقف.

و المصنف دفع هذا المانع بما محصله : عدم لزوم نقض غرض الواقف، بل يلزم حفظ مقصوده لو بيع الوقف، و بيانه : أن غرض الواقف و إن كان حبس شخص ما وقفه، و عدم تبديله بشيءٍ آخر، إلا أنه محدود بعدم العلم أو الظن بإنتقاع هذا الشخص، لينتفع به الموقوف عليهم.

و أمّا مع علمه بأولئه إلى الخراب و تعذر الإنتفاع به مستقبلاً فيدور الأمر بين

وجهين :

أحدهما : ترك الوقف حتى يهلك و يخرج عن كونه صدقةً جاريةً، و حينئذٍ فكما تسقط العين عن حيز الإنتفاع بها فكذا تنعدم ماليتها القائمة بها.

ثانيهما : تبديل الوقف، و هو و إن استلزم إسقاط حق الواقف من الإنتفاع المختص بشخص الوقف، إلا أنه يوجب حفظ غرضه في الإنتفاع بمالية العين القائمة بالبدل. فإن قيل بالوجه الأول استلزم عدم رعاية حق الواقف في نوع ماله ليكون صدقةً جاريةً. و إن قيل بالوجه الثاني فقد روعي فيه حقه، فيكون نوع ماله صدقةً.

و لا ريب في أن هذا الوجه أوفق بغرض الواقف، لما فيه من رعاية حقه في الوقف، بخلاف ترك البيع الموجب لسقوط حقه شخصاً و نوعاً. و المتحصل : أن البيع غير منافٍ للتبديل.

فإن قلت : كلام المصنف هنا ينافي ما سيأتي في (ص ١٤٨) - في ردّ المستدلّ على الجواز بلزوم رعاية غرض الواقف - من عدم الدليل على وجوب متابعة أغراض الواقفين، فإن ما يجب الوفاء به هو العقد و الشرط فيه، دون الأغراض



فإذا فُرض العلم أو الظنُّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر<sup>(١)</sup> بين إنقطاع شخصه ونوعه، و بين إنقطاع شخصه لا نوعه، كان<sup>(٢)</sup> الثاني أولى.

الخارجة عن حاق الإنشاءات.

قلت : لا تهافت بين كلماته، و ذلك لأنَّ غرض الواقف قد يُجعل مقتضياً للبيع، بأن يقال : انه كما تعلق غرضه بحبس شخص العين كذلك بنوعه، لتعدد المطلوب، و هذا سيأتي منه هناك بما محصله : قصور مقام الإثبات، و عدم الدليل على لزوم مراعاة غرض الواقف، فلا مقتضى للبيع من هذه الجهة. و قد يُجعل مانعاً عن البيع، و لا بد من إبطال مانعيته عنه كما صنعه هنا، و تقدّم تقريب المانعية و دفعها.

نعم، عبارة المصنف رحمه الله هنا لا تخلو من مسامحة من جهة تعبيره بالفرض، مع أن مقصوده تعلق حق الواقف، و الشاهد على هذا التسامح أنه رحمه الله أحال عدم مانعية الحقوق الثلاثة - عن البيع - على ما أفاده في الصورة الأولى، و هو قوله : « و الأول - أي ترك البيع حتى يتلف - تضييع منافٍ لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه »<sup>(١)</sup>. و هذا التصريح قرينة على مراده من « غرض الواقف ». و إن كان في العدول عن التعبير بالحق إلى « غرض » مسامحة، لوضوح كون الحق أمراً إعتبارياً متعلقاً بالعين، بخلاف الفرض الداعي إلى الإنشاء، و الخارج عنه.

هذا كله بالنسبة إلى عدم المانع من جهة تعلق حق الواقف. و أما عدم مانعية حق الشارع و الموقوف عليهم فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(١) هذا متفرع على خوف إنقطاع الشخص، و هو دوران الأمر بين وجهين كما تقدّم آنفاً.

(٢) هذا جواب الشرط في قوله : « فإذا فرض » و المراد بالثاني هو رعاية حق الواقف في كون ماله صدقةً جاريةً و لو بنوع الموقوفة، بأن يُباع و يُبدل بعين أخرى.

فليس<sup>(١)</sup> فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.  
 و أما الأدلة الشرعية<sup>(٢)</sup> فغير ناهضة، لاختصاص الإجماع<sup>(٣)</sup>، و إنصراف  
 النصوص إلى غير هذه الصورة<sup>(٤)</sup>.  
 و أما الموقوف عليهم<sup>(٥)</sup>، فالمفروضُ إذنُ الموجود منهم،

- (١) هذا نتيجة أولوية البيع و التبديل من إبقاء الوقف حتى يهلك، يعني : أن حفظ حق الواقف منحصر في البيع، فضلاً عن منافاته له.
- (٢) غرضه نفي المانع من ناحية الأدلة الشرعية الناهية عن بيع الوقف الشاملة لما يُخاف خرابه، مثل الإجماع، و معتبرة علي بن راشد، و فيها : « لا يجوز شراء الوقف ». فإثما من موانع التمسك بالعمومات القاضية بصحة البيع، و ذلك لأن إمضاء الصدقة الجارية و الحكم عليها بإبقائها ينافي بيعها.
- و حاصل ما أفاده رحمته : أنه لا كاشف عن تعلق حقه تعالى بالوقف المشرف على الخراب حتى يجب رعايته. أما الإجماع فغير مانع، لما تقدم في الصورة الأولى من التأمل في تحققه على عدم جواز البيع حتى في ما نحن فيه. و لو شك فيه فمقتضى كونه لبيياً الإقتصار على القدر المتيقن، و هو ما عدا صورة الخراب أو خوفه. مضافاً إلى احتمال كونه مدركياً.
- و أما معتبرة ابن راشد فلانصرافها إلى غير صورة خشية الخراب، كانصرافها عن صورة فعلية الخراب، لوحدة مناط الإنصراف و عدم دخل فعلية الخراب فيه.
- و أما عموم « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » فلعدم تكفله حرمة البيع تعبداً، بل هو إمضاء للكيفية التي رسمها الواقف. و قد تقدم أن تعلق حق الواقف بحبس شخص العين محدود بما دام الإنتفاع بها ممكناً، لا ما إذا آلت إلى سقوط المنفعة.
- (٣) يعني : إختصاصه بحال عمارة الوقف و عدم خوف الخراب.
- (٤) و هي صورة خشية الخراب، كانصرافها عن صورة الخراب الفعلي.
- (٥) هذا نفي المانع الثالث عن جواز البيع، يعني : أن حق الموقوف عليهم هو

و قيام الناظر العام<sup>(١)</sup> أو الخاص<sup>(٢)</sup> مقام غير الموجود.

نعم<sup>(٣)</sup>، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرُّر البطن الموجود من بيعه<sup>(٤)</sup>، للزوم<sup>(٥)</sup> تعطيل الإنتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون<sup>(٦)</sup> البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

كون العين صدقةً جارية لهم ينتفعوا بها. و هذا الحق لا ينافي جواز البيع إذا آلت إلى الخراب، لينتفعوا ببدلها. و أمَّا حقُّهم في البيع فقد روعي بكونهم متصدِّين له بضمٍّ ولي سائر البطون.

(١) و هو الفقيه الجامع للشرائط.

(٢) و هو مَنْ عيّنه الواقف. هذا تمام ما إستدل به المصنف رحمته على جواز البيع لو أدى بقاء الوقف إلى خرابه. و سيأتي التعرض لبعض فروع المسألة.

(٣) هذا إستدراك على قوله: « أما الجواز في الأوّل » و غرضه إستثناء صورتين من حكمه بجواز البيع، عند خشية الخراب و بيان حكمهما.

(٤) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و هي : أنه لو استلزم بيعُ الوقف تضرُّر البطن الموجود بعدم إنتفاعهم، لكون الثمن غالباً من التقدين أو الأنواط، و توقَّف التبدل على التأخير و مضي برهة من الزمان، فإنه لا يخلو البيع حينئذٍ من إشكال، لحرمان الموجودين من الوقف رأساً. أمَّا العين فلاكها بيعت، و أما البدل فلعدم حصوله بعدُ، و من المعلوم منافاة تعطيل الانتفاع لحقّ الموقوف عليهم. هذا.

(٥) بيان لكيفية تضرر الموجودين، و قد تقدم آنفاً.

(٦) معطوف على « لزوم » أي : لكون البدل. و هذا إشارة إلى الصورة الثانية، و هي ما إذا أمكن التبدل و لم يلزم تعطيل إنتفاع الموجودين، إلا أن منفعة البدل قليلة بالقياس إلى ما بقي من منفعة نفس الموقوفة إلى زمان خرابها، كما إذا فرض أن الزمان الباقي من أزمته بقاء الموقوفة عام واحد، و لو بيعت قبل مضي هذا العام و استبدلت بعينٍ أُخرى كانت منفعة البدل في هذا العام مائة دينار مثلاً. و لو أُبقيت

و مما ذُكِرَ<sup>١)</sup> يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع<sup>٢)</sup> عدم فوت الإستبدال فيه<sup>٣)</sup>، و مع فوته<sup>٤)</sup>

الموقوفة في هذا العام كانت منفعتها فيه مأتي دينار، فيتضرر البطن الموجود بهذه المائة. و مقتضى قاعدة نفي الضرر عدم جواز بيعه، لأن جواز البيع حينئذٍ ضرري، فيُنْفَى بقاعدة الضرر.

(١) يعني : و من تضرر البطن الموجود ببيع الوقف في هاتين الصورتين يظهر الخ... الخ.

و محصله : أن هنا شقين :

فتارة يمكن كل من البيع و شراء البدل في آخر أزمته إمكان بقاء العين، فيجب الإبقاء، و لا يجوز البيع قبل آخر الأزمته، إذ لا وجه لرفع اليد عن الغرض - في شخص الوقف - مع إمكان رعايته في برهة من الزمان. كما إذا فرض بقاء العين إلى سنة، و أمكن بيعها و إستبدالها قبل مضي عام، و إمتنع بعده.

و أخرى يمكن البيع في آخر أزمته الإمكان، و لكن يتعذر شراء البدل في ذلك الوقت بذلك الثمن لقلته مثلاً، ففي جواز تقديم البيع قبل خراب الوقف بسنة إشكال. و لعل وجه تعارض الغرض القائم بشخص الوقف و نوعه أي ماليته، فمن جهة رعاية الغرض من شخص الوقف لا يجوز تقديم البيع، لقابليته فعلاً للإنتفاع به. و من جهة رعاية الغرض من وقف النوع يلزم تقديم البيع و الإستبدال و إن فات الغرض القائم بالشخص.

(٢) قيداً لقوله « يجب » و هذا إشارة إلى الشق الأول المتقدم بقولنا : « فتارة يمكن ... الخ ».

(٣) أي : في آخر أزمته إمكان بقاء شخص الوقف.

(٤) أي : فوت الإستبدال، و هذا إشارة إلى الشق الثاني المتقدم بقولنا : « و أخرى يمكن ».

## ففي تقديم البيع إشكال (\*) . و لو دار الأمر<sup>١</sup> بين بيعه

(١) توضيح هذا الفرع : أنه قد تكون الموقوفة بحاجة إلى عمارة و ترميم، و لم يكن لأربابها مال للصرف فيها، فكان بقاؤها بحالها مؤدياً إلى الخراب، فيدور

(\*) لا يخفى أنه مع الشك في إنصراف الأدلة - المانعة لجواز البيع - عن هذه الصورة لا يجوز البيع، لكون الشك في تخصيص عموم المنع.

إلا أن يقال : إن عمومات نفوذ البيع محكمة ما لم يعلم بالتخصيص، و مع الشك في شمول الأدلة المانعة يتمسك بعمومات الصحة، فيجوز البيع.

ثم إنه يمكن أن يكون منشأ الإشكال تعارض ضرر البطن الموجود المقتضي للإنتفاع بشخص العين إلى آخر أزمته إمكان بقائها، و بين ضرر المعدومين المقتضي لتقديم البيع و التبديل رعايةً لحقهم في الوقف و لو في نوعه لا في شخصه. و بعد تساقط قاعدتي الضرر في الجانبين يرجع إما إلى عموم منع بيع الوقف، و إما إلى العمومات المقتضية للصحة.

و هذا المطلوب و إن كان صحيحاً في نفسه، إلا أن تعارض ضرر البطن الموجود و المعدوم غير مفروض في كلام المصنف، إذ لا قرينة فيه على أن مراده بالتأخير و فوات الإستبدال هو زمان إنقراض الموجودين، فربما يكون التأخير بمقدار سنة أو أقل - كما ذكرناه في التوضيح - مفوّتاً للإستبدال، خصوصاً لو كان منشأ خوف الخراب الخلف بين الموقوف عليهم، لعدم إقتضاء المصلحة تأخير البيع و التبديل من طبقة إلى طبقة أخرى.

نعم تعارض حق البطون مفروض في الفرع الآتي. و عليه فلعل الأولى ما أثبتناه وفاقاً لما في بعض الشروح<sup>٢</sup> و خلافاً لما في بعضها<sup>١</sup>.

«١» بغية الطالب، ج ١، ص ١٧٠.

«٢» غاية الآمال، ص ٤٥٣.

و الإبدال به<sup>(١)</sup>، و بين<sup>(٢)</sup> صرف منفعته المحاصلة مدّة من الزمان

الأمر بين تقديرين :

أحدهما : البيع و الإستبدال، رعايةً لحق الموقوف عليهم بالإنتفاع بالبدل، و لكن يفوت حق الواقف من وقف شخص المال.

ثانيهما : إجارة الموقوفة على ما هي عليها، و صرف عوائدها في العمارة و الترميم، حفظاً لحق الواقف لتعلق غرضه بشخص العين، و لحق البطن اللاحق ليتلقّى الوقف قابلاً للإنتفاع به.

نعم يفوت حق البطن الموجود مدّة الإجارة، لحرمانه عمّا يملكه من المنفعة. و إختيار أحد الوجهين منوط بملاحظة إنشاء الوقف. فإن شرط الواقف صرف منفعه في إصلاحه و عمارته، ثم صرف ما يفضل من العوائد في الموقوف عليهم، فالأقوى هو الوجه الثاني عملاً بالشرط النافذ.

و إن لم يشترط ذلك، وقع التعارض بين حق البطن الموجود المقتضي للبيع و الإبدال، و بين حق الواقف - في إبقاء شخص المال المحبوس مهما أمكن - المقتضي لصرف المنفعة في الترميم، و سقوط حق البطن الموجود.

و الأقوى بنظر المصنف رحمته هو الوجه الأوّل، و منشأ ترجيحه - كما أفيد - إمّا حكومة قاعدة نفي الضرر الجارية في تضرر البطن الموجود على وجوب مراعاة غرض الواقف من وقف شخص المال. و إمّا تراحم الحقيين، و ترجيح حق البطن الموجود على حق الواقف، لكونه مالاً فعلياً للوقف، و الأهمية مرجحة لأحد المتراحمين.

(١) أي : الإبدال بالبيع أي بالثمن، و ليس المراد تبديل الوقف بعين أخرى و لو من دون بيع، و ذلك لإستدراك كلمة « بيعه » حينئذٍ، فالمراد صرف الثمن في شراء البدل.

(٢) معطوف على « بين » و هذا هو التقدير الثاني المتقدم آنفاً.

لتعميره<sup>(١)</sup>، ففي ترجيح<sup>(٢)</sup> حق البطن الذي يفوته المنفعة<sup>(٣)</sup>، أو حق<sup>(٤)</sup> الواقف و ساير البطون المتأخرة المتعلق<sup>(٥)</sup> بشخص الوقف، وجهان، لا يخلو أولهما عن قوة (\*) إذا لم يشترط<sup>(٦)</sup> الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدماً على الموقوف عليه.

(١) متعلق بـ « صرف منفعته » و لعلّ الأولى إبداله بـ « عمارة » لما في كلام بعض أهل اللغة « من أن التعمير بمعنى إعطاء العمرُ فعلاً أو قولاً على سبيل الدعاء » لا إصلاح البناء، فراجع<sup>(١)</sup>.

(٢) خبر مقدّم لقوله: « وجهان » و الجملة جواب الشرط في « و لو دار ».

(٣) فوات المنفعة على البطن الموجود إمّا في برهة من الزمان، كما إذا كانت مدة الإجارة خمس سنوات، و لا ينقرض البطنُ في مثلها، فينتفع بالوقف بعد عمارتها. و إمّا في تمام زمان حياته إن كانت آخر مدة الإجارة و الترميم مقارناً لإتقضاء البطن الموجود.

(٤) معطوف على « حقّ البطن » أي : ففي ترجيح حق الواقف و ساير البطون، و هذا هو الوجه الثاني.

(٥) صفة لـ « حق الواقف ... ».

(٦) فلو شرط الواقف ذلك كان الأقوى هو الوجه الثاني، لأنّ المؤمنين عند شروطهم.

(\*) لا وجه للبيع مع عموم الأدلة المانعة، كما لا وجه لوجوب صرف المنفعة الحاضرة في عمارته، بل ينتفعون به إلى أن يخرب، فحينئذٍ يجوز بيعه.

«١» مفردات ألفاظ القرآن الكريم، للراغب، ص ٣٤٧ و كذا نقل ابن منظور عن الأزهري « و لا يقال : أعمار الرجل منزله بالألف » فلاحظ : لسان العرب، ج ٤، ص ٦٠٤. نعم في المنجد : أن التعمير كالاعمار جعل المنزل أهلاً.

و قد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا <sup>(١)</sup> بما عن التنقيح من : « أن بقاء الوقف على حاله - و الحال هذه - إضاعةٌ و إتلافٌ للمال، و هو منهي عنه شرعاً، فيكون البيعُ جائزاً <sup>(٢)</sup> ». «<sup>١</sup>» .  
 و لعلّه <sup>(٢)</sup> أراد الجواز بالمعنى الأعم،

(١) هذا ثاني الوجوه المستدل بها على جواز بيع الوقف فيما إذا كان بقاؤه مؤدياً إلى الخراب و التلف على وجه لا ينتفع به، إستدل به الفاضل المقداد، و هو قياس مؤلف من صغرى و كبرى، فالصغرى : أن الإبقاء و عدم البيع إضاعة للمال و إسراف، لفرض سقوطه بتلفه عن المالية المعتد بها.

و الكبرى : أن تضييع المال منهي عنه شرعاً بلا ريب. و نتيجة هاتين المقدمتين جواز البيع لثلا يتحقق التضييع المحرّم.

(٢) أي : و لعلّ الفاضل المقداد رحمته أراد ... الخ . و محصله : أنه لما كان مقتضى حرمة التضييع وجوب البيع لا إباحتها - كما هو ظاهر عبارة التنقيح : كان جائزاً - أراد المصنف رحمته توجيه الجواز بما لا يرد عليه ما في المقابس، و بيانه : أن المحقق الشوشتری رحمته ناقش في الدليل المزبور بوجوه ثلاثة، و قال قبلها : « لا يخفى أن هذا الدليل يقتضي وجوب البيع فضلاً عن جوازه <sup>(٢)</sup> » لوضوح أن الدافع للتضييع المحرّم ليس مجرد جواز بيع الوقف الآتلي إلى الخراب، لإمكان ترك الفعل المباح و تحقق إضاعة المال خارجاً.

و عليه فكان المناسب أن يقول الفاضل السيوري : « فيكون البيع واجباً ». و لو أراد إثبات مجرد الجواز كان عليه الإستدلال بوجه آخر لا بجرمة التضييع. هذا توضيح ما في المقابس. و المصنف رحمته - مع إقراره بأن مقتضى عبارة

«١» التنقيح الرابع، ج ٢، ص ٣٠.

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٥٩.



فلا يرد<sup>(١)</sup> عليه<sup>(\*)</sup> « أنه يدلّ على وجوب البيع ».

و فيه : أن المحرّم<sup>(٢)</sup> هو إضاعة المال

التنقيح هو الوجوب لا الجواز - حَمَلَ قوله : « جائزاً » على الجواز بالمعنى الأعمّ الشامل للوجوب أيضاً. فلو أراد الفاضلُ من الجواز الوجوبَ - لا معناه الخاص و هو الإباحة - لم يرد عليه ما في المقابس، لإبتناء إيراد صاحب المقابس على الجمود على ظاهر الجواز، و عدم إرادة الأعم منه و من الوجوب.

(١) هذا نتيجة إرادة الجواز بالمعنى الأعمّ الشامل للوجوب، و قد عرفته آنفاً.

(٢) أي : على ما في التنقيح من قوله : « فيكون البيع جائزاً ».

(٣) ناقش المصنف رحمته فيما نقله عن التنقيح بوجهين، هذا أوّلهما، و عبارة المتن لا تخلو من إجمال - كما إعترف به المحقق الإيرواني رحمته "١" - إذ لم يتضح منها أن مراده منع صغرى القياس أو كبراه، و إن كان صدر الكلام ظاهراً في منع الكبرى و على كلّ فينبغي توضيحها على كلا الإحتمالين.

فإن كان الغرضُ منع الصغرى - أي عدم صدق « الإضاعة » على ترك بيع الوقف المؤدّي بقاؤه إلى الخراب - فبيانه : أن صدق مفهوم « الإضاعة » منوط بأمرين :

أحدهما : صدور فعلٍ و تصرفٍ في المال يكون سبباً لتلفه، فلا تصدق على ترك المال بحاله إلى أن يتلف بنفسه من جهة إنتهاء إستعداد بقائه، أو من جهة أخرى عارضة عليه موجبة لخرابه، كالتخلف بين أرباب الوقف لو إستلزم تلفه.

(\*) الإنصاف و روده عليه، ضرورة أن النتيجة لحرمة التضييع هي وجوب البيع

لا جوازه، و حمل الجواز على معناه الأعمّ خلاف ظاهر الإستدلال المزبور.

ثانيهما: كون المتصرف مسلطاً شرعاً على ما يتصرف فيه، فلو لم يكن الشخص سلطاناً على المال عقلاً و شرعاً لم يكن ترك التصرف فيه إضاعةً و إتلافاً له.

فإن قلت : تقدّم في الصورة الأولى الإستدلالُ بجرمة التضييع على تعيّن البيع، حيث قال : « و الأول - أي الإبقاء حتى يتلف - تضييع منافٍ لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه »<sup>١</sup> و المفروض أن الإضاعة و التضييع بمعنى واحد كما صرح به غير واحد من أهل اللغة<sup>٢</sup>، فإن صدق « التضييع » على ترك البيع هناك فلتصدق « الإضاعة » عليه هنا، و إن لم تصدق « الإضاعة » هنا فليُمنع من صدق « التضييع » هناك.

قلت : و إن كان اللفظان بمعنى لغةً، إلا أن الفارق بينهما أمران :

الأول : عموم « التضييع » لكل من الأمر الوجودي و العدمي، بخلاف « الإضاعة » فإن إضافتها إلى المال توجب الإختصاص بالفعل، و لا تشمل الترك.

و لعلّ المصنف إستفاد هذه الخصوصية مما قيل في تفسير الخبر الناهي عن إضاعة المال، قال العلامة الطريحي رحمته الله : « أراد به الحيوان، أي : يُحسن إليه و لا يُهمل. و قيل إنفاقه في الحرام و المعاصي و ما لا يحبّه الله تعالى. و قيل : أراد به التبذير و الإسراف و إن كان في مباح »<sup>٣</sup>.

و نحوه - عدا الجملة الأولى - ما في اللسان. فالإحسان و الإنفاقُ و نحوهما أمور وجودية، غير صادقة على الترك و الإهمال.

ثانيهما : عموم مفهوم « التضييع » عرفاً لما إذا كان المال المضيع داخلياً تحت سلطان الشخص المتصرف، و خارجاً عنه كالوقف الذي يكون الموقوف عليه

١ « هدى الطالب ، ج ٦ ، ص ٦٢١ »

٢ و ٣ « مجمع البحرين ، ج ٤ ، ص ٣٦٧ . لسان العرب ، ج ٨ ، ص ٢٣١ »

مسلوب السلطنة على البيع و سائر التصرفات الناقلة فيه.

و الوجه في عموم « التضييع » هو أن المفهوم منه عرفاً مطلق إتلاف المال سواء أكان بفعل أم بتركه، و سواء أكان مسلطاً عليه شرعاً أم غير مسلط عليه. و لأجل هذا العموم قدّم المصنف في الصورة الأولى دليل حرمه التضييع على دليل منع بيع الوقف. و هذا بخلاف « الإضاعة » لأن كون المتصرف سلطاناً على المال دخيل في صدقها.

و المفروض في المقام إنتفاء الأمرين معاً. فلم يصدر عمل من المتولي ليكون سبباً لخراب الوقف، و إنما ترك البيع. و كذا لم يكن المتروك - و هو البيع - مقدوراً له شرعاً، لوضوح أن عموم النهي عن بيع الوقف سالب للسلطنة على التصرفات الناقلة، و حينئذ فالمقام خارج موضوعاً عما دلّ على حرمه إضاعة الأموال.

و إن كان الغرض منع الكبرى فمقصود المصنف : أن حرمه الإضاعة و إن كانت ثابتة في الجملة، إلا أن عمومها للمال الذي لا سلطان للشخص عليه، و كان ممنوعاً من التصرف فيه شرعاً و من حفظه عن التلف غير ثابت. فلا بد من الإقتصار على المتيقن و هو إتلاف المال الذي لا منع شرعاً من التصرف فيه.

ثم أورد المصنف تتبعاً نقضاً على المستدل - و هو الفاضل المقداد تتبعاً - لا يمكن إلتزامه به، و هو أنه لو قيل بصدق « الإضاعة المحرمة » على ترك بيع الوقف، لزم الحكم بوجود عمارة الأوقاف المشرفة على الخراب في موردين :

أحدهما : إمكان كل من العمارة و البيع، فيلزم تقديم العمارة على البيع، و لا يجوز تركها ثم بيع تلك الأوقاف.

ثانيهما : تعذر البيع، فيتعين إصلاح تلك الأوقاف.

و وجه لزوم العمارة في الموردين هو إقتضاء حرمه الإضاعة - الصادقة على تركها على حالها - وجوب حفظ المال المحترم عن التلف، مع أنه لا سبيل للحكم

المسلّط عليه<sup>(١)</sup>، لترك<sup>(٢)</sup> المال الذي لاسلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلا<sup>(٣)</sup> (\*).  
لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفة على الخراب بغير<sup>(٤)</sup> البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

بالوجوب. و هو كاشف عن عدم صدق « الإضاعة » على ترك المال على حاله حتى يتلف. هذا توضيح الوجه الأوّل، وسيأتي بيان الوجه الثاني إن شاء الله تعالى.

(١) هذه الجملة تكون أقرب إلى منع الكبرى، فالمحرّم ليس مطلق الترك، و لو لما لا سلطنة عليه، بل خصوص إضاعة المال المسلّط عليه.

(٢) معطوف على « إضاعة ». و هذه الجملة تلتزم مع منع الكبرى بناءً على صدق « الإضاعة » على الترك، و لكنه غير محرّم من جهة سلب السلطنة على المتروك.

و كذا مع منع الصغرى، فليس الترك إضاعةً بناءً على دخل الفعل الوجودي فيها، فجواز الترك خارج موضوعاً عن دليل حرمة الإضاعة. و لا يبعد ظهور قول المصنف: « إلى أن يخرب بنفسه » في منع صدق الإضاعة صغرياً.

(٣) أي: و إن كان المحرّم إضاعة المال غير المسلّط عليه، لزم ... الخ. هذا بناءً على الإستشهاد بالفرع المزبور لمنع عموم الكبرى. و إن كان لمنع ثبوت الصغرى فالمعنى: و إن كان ترك المال الذي لا سلطان له عليه - حتى يتلف - إضاعةً لزم وجوب تعمیر ... الخ.

(٤) متعلق بـ « تعمیر » و المراد به بذل الموقف عليهم مالاً لعمارتها، و إن إمتنع ذلك وصلت النوبة إلى بيعها و تبديلها. هذا إذا كان كل من العمارة و البيع ممكنًا، فيقدم العمارة عليه.

(\*). يمكن منعه بأن يقال: إن هذا الوجوب مع عدم إنتفاع المعمر بما يعمره من الموقوفة ضروري، فينتفى بقاعدة الضرر.

## و الحاصل<sup>١</sup> : أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح. و يتضح فساده<sup>٢</sup> على

و إن لم يمكن البيع تعين عمارة الوقف من أموال الموقوف عليهم، لا ترك الموقوفة مجالها حتى تخرب. مع أنه لا قائل بوجود تعمیر الأوقاف المشرفة على الخلاف، سواء أمكن بيعها أم لم يمكن، و هذا شاهد على عدم كون ترك العمارة إضاعة، أو عدم كونه إضاعة محرمة.

(١) هذا حاصل أول وجهي المناقشة، الراجع إلى منع عموم كبرى حرمة الإضاعة، أو إلى منع كون ترك البيع صغرى لها.

(٢) أي : فساد الدليل المذكور، و هذا ثاني وجهي المناقشة في دليل الفاضل المقداد رحمته ، و هو مبني على القول بإختصاص الثمن بالبطن الموجود، و عدم كونه - كالمبيع - مشتركاً بين الجميع بأن يكون ملكاً فعلياً للموجودين، و شأنياً للمعدومين. فلو قيل بالإشتراك لم يرد هذا على الإستدلال بحرمة الإضاعة على جواز البيع.

و توضيح الوجه الثاني : أن الإضاعة المحرمة متحققة في المقام سواء بيع الوقف أم لم يُبَّع. و ذلك لأن البيع و إن كان رعايةً لحق البطن الموجود بحفظ ماله عن الضياع و التلف. إلا أنه إضاعة بالنسبة إلى البطون اللاحقة، لحرمانهم من الوقف و بدله. و مقتضى حرمة إضاعة ما لهم عدم جواز البيع ليختص الثمن بالموجودين.

و عليه فيلزم إجتماع حكمين في بيع الوقف المؤدي بقاؤه إلى الخراب : أحدهما : الجواز لكون إبقائه على حاله إضاعةً لمال الموجودين من الموقوف عليهم، و هي محرمة.

و ثانيهما : الحرمة، لمنافاة البيع - و صيرورة الثمن ملكاً طلقاً للموجودين - لرعاية حق البطون المعدومة. و بهذا يسقط الإستدلال بحرمة الإضاعة على جواز البيع هنا.

و لا يخفى أن هذا الجواب يستفاد من تضاعف كلمات صاحب المقابس رحمته

القول<sup>١</sup> بكون الثمن للبطن الموجود، لا غير.

و يتلوه<sup>٢</sup> في الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام :

قبل نقل كلام الفاضل السيوري و بعده، فراجع<sup>٣</sup>.

(١) فلو قيل بإشتراك الثمن بين الجميع لم يلزم تعارض حرمة الإضاعة بالنسبة إلى الموجودين و المعدومين.

(٢) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: « بما عن التنقيح » و هذا ثالث الوجوه على جواز البيع. يعني : كما كان إستدلال صاحب التنقيح ضعيفاً، فكذا ما نقله صاحبُ المقابس عن العلامة و ابن فهد و الصيمري رحمهم الله. و استدل به في التذكرة و المختلف على جواز البيع مع خرابه و تعذر عمارته، أو خوف فتنة بين أربابه يوجب فساداً لا يستدرك، و ليس استدلالاً على خصوص ما نحن فيه من خشية الخراب.

و لا يخفى أنه تقدم في (ص ١٣١) الفرق بين الغرض الذي أبطل المصنف مانعيته عن إقتضاء العمومات صحة البيع، و بين الغرض المستدل به على الجواز في كلام العلامة رحمهم الله و من تبعه، فإنه مبني على وجوب مراعاة ما هو أقرب إلى غرض الواقف أو على تعدد غرضه و مطلوبه حتى يكون البيع حافظاً لمطلوبه أو لما هو أقرب من غرضه. و من المعلوم أن البيع حينئذ يكون مما يقتضيه نفس إنشاء الوقف، و لا حاجة معه إلى التمسك بعمومات صحة البيع كما استدل بها المصنف على جواز البيع.

و عليه فمحصل هذا الوجه : أن مقصود الواقف من حبس شخص ماله هو تسبيل ثمرته، فإن أمكن إستيفاء المنفعة من نفس الوقف تعين، و إن تعذر جاز للمتولي إخراج العين عن كونها وقفاً و بيعها و تبديلها، تحقيقاً لغرض الواقف.

من أن الغرض<sup>(١)</sup> من الوقف إستيفاء منفعه، وقد تعذّرت ، فيجوز إخراجُه عن حدّه<sup>(٢)</sup>، تحصيلاً للغرض

فإن قلت : للواقف غرضان، أحدهما : حبس شخص المال، و ثانيهما : إطلاق منفعته و تسهيلها للموقوف عليهم. و حيث إن بقاء العين يؤدّي إلى التلف، دار الأمر بين رفع اليد عن خصوصية العين، و حفظ المنفعة الخاصة، و بين رفع اليد عن النفع الخاص و إبقاء العين الخاصة على وقفيتها، و لا مرجّح للأول على الثاني، فلا يجوز للبيع.

قلت : يتعيّن رفع اليد عن شخص الوقف، لوجود المرجّح، و هو عدم إقتصار غرض الواقف على الإنتفاع بالشخص على نحو وحدة المطلوب، بل مقصوده من الوقف الإنتفاع بالشخص مهما أمكن، و إلّا فيما هو أقرب من مماثل أو غير مماثل. و الحاصل : أن الغرض الأصلي إستيفاء المنافع، و تعذره لا يوجب إبقاء العين على حالها، لأن تركها كذلك تفويت للغرض الأصلي من الوقف.

و نظيره ما ورد به النص في ما لو ساق الحاج القارن هدياً لينحره بمئى، فعطب في الطريق و تعذّر وصوله إليه، فيُنحر في مكانه، لينتفع به. و هذا من موارد الدوران بين إبقاء العين على حالها ليكون تضييعاً للمال على مستحقه، و بين إسقاط الشرط و هو خصوصية المكان، فينحر في محل العطب، و لا ريب في رجحان الثاني على الأول.

(١) يعني : أن الغرض الأصلي من وقف عينٍ هو إستيفاء منافعها، فوقف شخص العين و إن كان متعلقاً للغرض أيضاً، إلّا أنه تبعي، فيرفع اليد عنه حفظاً للغرض الأصلي.

(٢) حدّ الوقف هو المنع من التصرفات الناقلة ما دام عامراً، فإذا تعذرت المنافع جاز إبطال وقفيتها و أن يعامل معها معاملة الملك الطلق.

منه<sup>(١)</sup>. و الجمود<sup>(٢)</sup> على العين مع تعطيلها تضييع للغرض. كما أنه لو تعطل<sup>(٣)</sup> الهدْيُ ذُبِحَ في الحال و إن إختصَّ بموضع<sup>(٤)</sup>، فلَمَّا تعذَّرَ مراعاةُ المحلِّ تُرِكَ مراعاةُ الخاصِّ المتعذِّر<sup>(٥)</sup>.

و فيه<sup>(٥)</sup> : أنَّ الغرضَ من الوقفِ إستيفاءُ المنافعِ من شخصِ الموقوفِ،

---

(١) أي : من الوقف، و قوله: « تحصيلاً » مفعول لأجله علَّلَ به قوله: « فيجوز

إخراجه ».

(٢) هذا دفع دخلٍ مقدر، تقدم توضيحها بقولنا: « فإن قلت ... قلت ».

(٣) كذا في نسختنا، و في المقابِسِ « عطلت » و الصحيح كما في المختلف

و التذكرة « عطب ».

و غرضُ العلامَةِ من ذكر هذا الفرعِ الإستشهادُ به على لزومِ حفظِ الغرضِ

الأصلي و لو بإسقاط ما هو شرط فيه. قال في التذكرة: « و لو عطب الهدْيُ في مكانٍ

لا يجد مَنْ يتصدَّقُ عليه فيه، فلينحره، و ليكتب كتاباً، و يضعه عليه، فيعلم المارُّ به أنه

صدقة ... »<sup>(٦)</sup>.

(٤) و هو مكة زادها الله شرفاً للمعتمر، و منى للحاج<sup>(٧)</sup>.

(٥) الأولى أن يقال: « إذ فيه » ليكون تعليلاً لقوله: « و يتلوه في الضعف ».

و كيف كان فحاصل المناقشة : منع تعدد غرضِ الواقفِ و مطلوبه بحيث يكون

هناك مطلوبان، يقوم أحدهما بنفسِ العينِ الموقوفةِ مادُمَ الإنتفاعُ بها ممكناً، و الآخر

بيدها إن لم يمكن الإنتفاعُ بشخصها، فإذا تعذَّرَ المطلوبُ الأولُ تعيَّنَ الثاني.

---

«١» مختلف الشيعة . ج ٦ . ص ٢٨٨ : تذكرة الفقهاء . ج ٢ . ص ٤٤٤ ( الحجرية ) : المهذب البارع . ج ٣ .

ص ٦٦ : غاية المراد ( مخطوط )

«٢» تذكرة الفقهاء . ج ٨ . ص ٢٨٩ . و لاحظ - للتوسمة في البحث - جواهر الكلام . ج ١٩ . ص ١٩٩ - ٢٠٣

«٣» شرائع الإسلام . ج ١ . ص ٢٦٣



لأنه الذي دلّ عليه صيغةُ الوقف ، و المفروضُ تعذُّره <sup>(١)</sup> ، فيسقط <sup>(٢)</sup> . وقيام <sup>(٣)</sup>

و وجهُ المنع قصور مقام الإثبات، لأن اللازم مراعاة ما أنشأه الواقف حين الوقف، لا الغرض الداعي إليه و إن لم يحوهِ الإنشاء، و من المعلوم أن المنشأ و قفية شخص العين، لأن قوله: « و قفتُ هذا البستان » لا يدلّ إلاّ على و قفية شخص البستان المشار إليه، و لا يدلّ على و قفية بدله على تقدير تعذر الإنتفاع بالمبدل، و لو فرض كون هذا المعنى غرضاً للواقف، إلاّ أنّه لا دليل على لزوم مراعاته ما لم يقع في حيِّز الإنشاء.

و منه يظهر عدم الوجه في وجوب مراعاة ما هو أقرب إلى غرض الواقف. و تقدم نحو هذا الكلام من المصنف رحمته في الصورة الأولى، مضافاً إلى منع الصغرى، لتعدد أغراض الواقفين، و عدم إنضباطها، فراجع <sup>(١)</sup>. و يُعلم أن منع الإستدلال بحفظ غرض الواقف لا يخلو من تعريض بصاحب المقابس رحمته ، فإنّه بعد نقل كلام العلامة إستجد إستدلاله بالجملة الثانية - و هي قوله: « و الجمود على العين ... » - على جواز البيع فيما لو أدّى بقاء الوقف إلى الخراب <sup>(٢)</sup>. و حينئذٍ فمنع المصنف رحمته لزوم رعاية الأغراض مطلقاً ردُّ عليه.

(١) هذا الضمير و ضميراً « لأنه ، عليه » راجعةً إلى إستيفاء المنافع من شخص الموقوف.

(٢) أي : فيسقط غرضُ الواقف من الوقف.

(٣) مبتدأ، خبره « فرع الدليل » و غرضه منع قول العلامة: « فيجوز إخراجُه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه ». و وجه المنع : أن قيام غرض الواقف بالإنتفاع بالنوع و المالية و إن كان محتملاً، لكن لا دليل على وجوب رعاية ما هو أقرب إلى غرضه، مع عدم أخذه في الإنشاء، إذ يكون الغرض المزبور داعياً، و لا يجب مراعاة الدواعي،

الإنشباع بالنوع مقامَ الإنشباع بالشخص - لكونه أقرب إلى مقصود الواقف - فرعُ الدليل على وجوب إعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

فالأولى<sup>(١)</sup> منعُ جريان أدلة المنع مع<sup>(٢)</sup> خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك<sup>(٣)</sup> مؤيداً.  
و أما المنع<sup>(٤)</sup>

لأن مدلول « الوقوف و أوفوا » ونحوها إمضاء الإنشاءات خاصة.

(١) هذا نتيجة بطلان ثالث الوجوه على جواز البيع، و ينحصر الدليل في العمومات المقتضية للصحة بعد دفع الموانع عنها من الإجماع و حق الواقف و الأدلة اللفظية.

نعم لا بأس يجعل رعاية غرض الواقف مؤيداً للجواز بعد نهوض حجة عليه. و وجه صلاحيتها للتأييد موافقة جماعة ممن إعتبر شراء المماثل للوقف مستدلاً عليه « بكونه أقرب إلى غرض الواقف » كما تقدم مبسوطاً في الصورة الأولى، فراجع<sup>(١)</sup>.

(٢) متعلق بـ « منع » و هو يفيد الظرفية هنا، أي : عند خوف الخراب.

(٣) أي : جعل إعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف مؤيداً.

(٤) معطوف على : « أما الجواز ... » المتقدم في (ص ١٣٠) و هذا شروع في إثبات الدعوى الثانية، و هي منعُ بيع الوقف في نقص المنفعة، و في الصورة الثامنة و التاسعة و العاشرة. و إستدل المصنف رحمته بوجهين :

أحدهما : إجتهادي، و هو ما دل على عدم جواز بيع الوقف، و المذكور منه في المتن نصوص ثلاثة.

و ثانيهما : فقاهي، و هو الإستصحاب، و سيأتي.

في غير هذا القسم<sup>(١)</sup> من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلمعوم<sup>(٢)</sup> قوله عليه السلام: « لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلّة في ملكك » فإن<sup>(٣)</sup> ترك الإستفصال فيه<sup>(٤)</sup> عن علم<sup>(٥)</sup> المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض

(١) المراد بهذا القسم هو خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، و قد سبق الكلام فيه مفصلاً، و المراد بالغير هو الخراب الموجب لقلّة المنفعة، لا سقوطها بالمرّة.

(٢) جواب الشرط في « و أما المنع » و تقدم توضيح دلالة معتبرة ابن راشد على منع بيع الوقف في أوّل المسألة و في الصورة الأولى، فراجع<sup>(١)</sup>.

و محصله : أن النهي عن شراء الوقف وّقع جواباً عن سؤال ابن راشد عن حكم شراء أرض موقوفة أمكن الزرع فيها و إن لم تكن مزروعة بالفعل، و لم يستفصل عليه السلام من السائل عن كونه عالماً بأنّ البائع أقدم على بيعها مع عدم حصول مجوّز له - من أداء بقائه إلى ضرر مالي عظيم، أو إختلاف بين أرباب الوقف يُخشى وقوع فتنة يُستباح بها الأموال و الأنفس، و نحوهما - أم كان السائل جاهلاً بحال البائع، و مقتضى عدم علمه به هو حمل فعل البائع على الصحة بوجود المسوّغ للبيع بنظره. و مقتضى ترك الإستفصال تامة الإطلاق في النهي عن شراء الوقف مادام له غلّة ينتفع أهل الوقف بها، و إن نقصت عن سائر الحالات و الأزمنة.

و لا فرق في منع البيع بين كون بقاء الوقف مؤدياً إلى الخراب أو الإختلاف أو ضرر آخر، و بين عدم الأداء إلى شيء منها.

(٣) هذا بيان العموم المراد به الشمول سواء أكان وضعياً أم حكماً.

(٤) أي : في قوله عليه السلام: « و لا يجوز » أي : ترك الإستفصال في الخبر.

(٥) متعلق بـ « الإستفصال » يعني : أن المشتري كان عالماً بعدم حصول مجوّز

البيع للبائع.

الوجوه المجوّزة، و عدمه <sup>(١)</sup> - الموجب <sup>(٢)</sup> لحمل فعل البائع على الصحة - يدل <sup>(٣)</sup> على أن الوقف مادام له غلّة <sup>(٤)</sup> لا يجوز بيعه.

و كذا <sup>(٥)</sup> قوله ﷺ: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». و ما دل <sup>(٦)</sup> على « أنه يُترك حتى يرثها وارثُ السماوات و الأرض ».

(١) معطوف على « علم المشتري » و عدل له، يعني : ترك الإستفصال عن علم المشتري بحال البائع، أو عن جهله به.

(٢) صفة لـ « عدمه » لأن عدم إحراز حال البائع موضوع لقاعدة حمل فعله على الصحة، و جواز بيع الوقف.

(٣) خبر قوله : « فإن ترك ».

(٤) كما هو مفروض المقام من أدا بقاء الوقف إلى نقص المنفعة، لا سقوطها عنها رأساً.

(٥) معطوف على « عموم » فكأنه قال : « و أما المنع فلقوله ﷺ : الوقوف » و تقريب دلالة : أنه لاشك في كون مدلول إنشاء الواقف حبس العين عن التصرفات الناقلة، سواء اختلف الموقوف عليهم في الإنتفاع بها أم لا، و سواء أدّى الخلف بينهم إلى تضرر الموقوفة أو تلف مال آخر أو تلف نفس محترمة، أم لا. و مقتضى كون حديث « الوقوف » دليلاً على إمضاء مجعولات الواقف - من الكيفيات المرسومة في صيغة الوقف - هو عدم جواز بيعها مادامت ذات منفعة، و إن أدّى بقاؤها إلى نقصها أو إلى ضررٍ آخر، هذا.

(٦) معطوف أيضاً على « لعموم » و هذا هو النص الثالث الدال على منع البيع، و مضمون « صدقة حتى يرثها وارث السماوات و الأرض » و ردّ في صورة أوقاف أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات الصلّين و غيره، إلا أن غرض المصنف ﷺ - بقرينة الإتيان بكلمة « يترك » - هو الخبر المحاكي لوقف مولانا الكاظم صلوات الله و سلامه عليه ، المتكفل لحكم الموقوفة بعد إنقراض الموقوف عليهم ، و أنها تبقى صدقةً جاريةً

هذا كله، مضافاً إلى الإستصحاب<sup>١)</sup>

فلا يجوز بيعها، كقوله عليه السلام: « فإذا إنقرض ولدُ أبي و لم يبق منهم أحدٌ فصدقتي على الأول فالأول حتى يرثها الله الذي رزقها ... »<sup>١)</sup>. فالأمر بتركها صدقةً ينفي جواز بيعها بطرؤه حالة عليها.

(١) هذا ثاني وجهي منع البيع في الصور المزبورة، و هو مبني على رفع اليد عن إطلاق النصوص المتكفلة للحكم، و تقريبه : أنه لا ريب في عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الطوارئ - من خوف الفتنة و تلف المال و الفساد - و يشك في إرتفاع الحرمة بمحصول الإختلاف و شبهه، و مقتضى حجية الإستصحاب في الشك في الرفع و في رافعية الموجود البناء على المتيقن السابق، لكون المقام من صغريات تخصيص العموم في زمان، و الشك بعده في بقاء حكم المخصّص أو إرتفاعه، مع كون الزمان ظرفاً، لا مفرداً و أكثرأ لأفراد العام. و في مثله يدور الأمر بين الرجوع إلى العام لحجية إطلاقه الأزمانى و الأحوالى، و بين إستصحاب حكم المخصّص.

و قد بنى المصنف رحمته في الأصول على مرجعية الإستصحاب فيما عدا زمان تيقن التخصيص، دون العام، لإمتناع دخول الفرد الخارج منه فيه مرّة أخرى، و طبقه على إستصحاب جواز العقد الغبني لو لم يأخذ المغبون بالخيار فوراً، فإنّ الخارج من عموم أصالة اللزوم فرد واحد و هو البيع الغبني، و يستصحب تزلزل العقد في ماعدا المتيقن من زمان التخصيص، و يحكم بكون خيار الغبن على التراخي.

و تطبيق هذه الكبرى على المقام هو : أنّ عموم حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقود قد خصّص بمثل مكاتبة ابن راشد بمجرد طرؤه عنوان « الوقف » على المال، و لا ريب في فساد بيعه مادام عامراً ينتفع به، و لم يكن هناك خلف و لا فتنة بين أربابه، و يشك في حكم الوقف بعروض ما يحتمل كونه مجوّزاً للبيع. و منشأ الشك

«١) وسائل الشيعة . ج ١٣ ، ص ٣١٤ . الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ، الحديث : ٥ .

و لاحظ أيضاً ص ٣٠٤ ، الحديث : ٣ و ٤

في جميع هذه الصور (\*).

إهمال الدليل المخصّص أو إجماله من حيث شموله للحالات الطارئة و عدمه. و حيث  
 إنه لا مجال للرجوع إلى الدليل الإجتهادي - سواء أكان هو العام أو الخاص -  
 فالمتعيّن التمسك بإستصحاب منع بيع الوقف، هذا.

(\* ) أورد المحقق التقي الشيرازي رحمته الله عليه تارةً بمنع المبنى، و أنّ المرجع في  
 مثل المقام هو عموم وجوب الوفاء بالعقود بالنسبة إلى كل فردٍ من أفرادهِ، و من  
 جملته عقد البيع الواقع على العين الموقوفة، و الخارج من العموم هو الوقف الخالي  
 عن العوارض التي يشك في مسوّغيتها للبيع. و أما البيع بعد عروض الطوارئ فيجب  
 الوفاء بمقتضى العموم.

و أخرى بمنع البناء بعد تسليم المبنى، لكون المقام من موارد الشك  
 في التخصيص الزائد الذي لا ريب في مرجعية أصالة العموم فيه حتى عند شيخنا  
 الأعظم رحمته الله.

و بيانه : أن المخصص لعموم وجوب الوفاء - و هو النهي عن شراء الوقف -  
 يثبت المنع لموضوعه المقدر وجوده كما هو شأن القضايا الحقيقية، و ذلك الموضوع  
 هو الوقف الذي لم يطرأ عليه ما غلّم كونه مسوّغاً للبيع كالخراب الفعلي، و لا ما  
 يشك في مسوّغيته له. فمفاد النهي حينئذٍ هو : أنه لو أنشئ شراء الوقف لم يكن  
 نافذاً. و لكن المفروض عدم تحقق البيع حال ثبوت الموضوع حتى يستصحب، و إنّما  
 يراد البيع بعد عروض ما يشك في كونه مسوّغاً له شرعاً، و من المعلوم أن عقد البيع  
 الواقع بعد عروض تلك العوارض مغاير و مباين لما أخذ في دليل المخصص من  
 البيع الواقع قبل عروضها، و الخارج من عموم الأمر بالوفاء هو البيع المقدر وجوده  
 قبل طرؤ الحالات، و أما البيع بعده فموضوع آخر مقدر الوجود أيضاً، و هو مشكوك  
 الخروج عن العام، فيرجع إليه، لأنه شك في تخصيص زائد على ما غلّم مخصصيته  
 للعام.

وعدم الدليل الوارد<sup>(١)</sup> عليه عدا المكاتب<sup>(٢)</sup> المشهورة - التي إنحصر تمسك كل

(١) المراد بالورود هنا التقدم الصادق على الحكومة المصطلحة التي بنى المصنف عليها في تقدم الأمارات على الأصول العملية. نعم يتجه التعبير بالورود عند من يرى اليقين والشك في أخبار الإستصحاب بمعنى الحجة واللاحجة، والأمر سهل.

(٢) هذا رابع الوجوه المستدل بها على جواز البيع في الصورة السابعة - بقسمها - و التالية لها. و المستدل بها في مجموع الصور جماعة، إلا أن كلاً منهم بحسب إستظهاره منها إستدل بها على ماذهب إليه من جواز البيع في الجملة، و سيأتي تقريب دلالتها على كل واحدة من تلك الصور.

قال المحقق الشوشري - بعد نقل المكاتب وعدّها دليلاً ثالثاً للجواز - ما لفظه : « وهذا الخبر بنفسه - أو مع ضمّ غيره إليه صالح في الجملة للإستناد به لجميع الأقوال السابقة. فمن إعتبر وقوع الإختلاف نظراً إلى قوله : إن كان قد علم ... الخ » فراجع<sup>(٣)</sup>.

و لا يقاس المقام بالبيع الغبني، فإنه فرد واحد خارج من عموم أصالة اللزوم، و لما كان المخصص مجملاً كان مورداً للبحث عن الرجوع - في ما عدا المتيقن - إلى العام أو إستصحاب حكم المخصّص. هذا.

و يظهر من المحقق الإصفهاني رحمته تقرير هذا الإيراد على المتن<sup>(٤)</sup>. و ثالثة بأنه أخصّ من المدعى، إذ قد يختل ركن اليقين السابق، فلا موقع للإستصحاب حينئذ، كما إذا كان بعض تلك العوارض موجوداً من أوّل الأمر، و هو غير مانع عن تحقق الوقف قطعاً، فلا يقين بمنع شراء الوقف حتى يستصحب. هذا<sup>(٥)</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٥٩

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٧٤

«٣» حاشية المكاسب، القسم الثاني، ص ٤١

مَنْ جَوَّزَهُ فِي هَذِهِ الصُّورِ فِيهَا <sup>١</sup> - وَ هِيَ مَكَاتِبَةُ ابْنِ مَهْزِيَارٍ، قَالَ: « كَتَبْتُ إِلَى أَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي عليه السلام : أَنْ فَلَانًا ابْتِاعَ ضَيْعَةً فَأَوْقَفَهَا، وَ جَعَلَ لَكَ فِي الْوَقْفِ الْخُمْسَ، وَ يَسْأَلُ [ وَ يَسْأَلُكَ ] <sup>٢</sup> عَنْ رَأْيِكَ فِي بَيْعِ حَصَّتِكَ مِنَ الْأَرْضِ، أَوْ تَقْوِيمِهَا عَلَى نَفْسِهِ بِمَا اشْتَرَاهَا <sup>٣</sup> [ بِهِ ]

و عدّ صاحبُ الجواهر رحمته الله هذه المكاتبة هي العمدة من الأخبار المجوزة للبيع، ومنها اختلفت أفهامهم و اضطربت أقوالهم <sup>١</sup>.

و كيف كان ففي هذه الرواية جهتان : إحداهما : السند، و الأخرى الدلالة. و لا ريب في صحة السند بطريق ثقة الإسلام و الصدوق و شيخ الطائفة. فرواها في الكافي عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد، و عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد، جميعاً عن علي بن مهزيار. و لو صعب أمر سهل لم يكن غمز في الطريق الآخر. كما لا ريب في طريق الصدوق، لأنه رواها باسناده عن العباس بن معروف عن علي بن مهزيار.

و كونها مكاتبةً غيرُ قاذح في حجيتها كما قرر في محله، فلا وجه لتقديم أدلة منع البيع عليها من هذه الجهة. خصوصاً مع شهرتها روايةً بل و عملاً، كما سيظهر، فلا مجال لرميها بالإعراض عنها. نعم للبحث الدلالي مجال واسع كما سيأتي في المتن. ثم إن هذه المكاتبة تتضمن سؤالين، و المقصود الاستدلال بالسؤال الثاني على الجواز في الصور الأربع.

(١) متعلق بـ « إنحصر » و الضمير راجع إلى المكاتبة.

(٢) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ كما في الوسائل و غيره: « و يسأل ».

(٣) كذا في نسختنا، كما في الوسائل، و لكن في بعض النسخ كالكافي زيادة

كلمة « به ».



أَوْ يَدْعَهَا مَوْقُوفَةً<sup>(١)</sup> ؟ فَكَتَبَ إِلَيَّ : أَعْلِمُ فَلَانًا أَنِّي آمُرُهُ بِبَيْعِ حَصَّتِي مِنَ الضَّيْعَةِ، وَ إِصَالِ ثَمَنِ ذَلِكَ إِلَيَّ، إِنَّ<sup>(٢)</sup> [ وَ إِنَّ ] ذَلِكَ<sup>(٣)</sup> رَأْيِي إِنْ شَاءَ تَعَالَى، أَوْ يَقُومُهَا<sup>(٤)</sup> عَلَيَّ نَفْسَهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ<sup>(٥)</sup> أَوْفَقَ لَهُ .».

قال<sup>(٦)</sup> : « وَ كَتَبَ<sup>(٧)</sup> [ وَ كَتَبْتُ ] إِلَيْهِ : أَنْ الرَّجُلَ ذَكَرَ أَنْ بَيْنَ مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِمْ بَقِيَّةً<sup>(٨)</sup> هَذِهِ الضَّيْعَةُ إِخْتِلَافًا شَدِيدًا، وَ [ أَنَّهُ ]<sup>(٩)</sup> لَيْسَ بِأَمْنٍ

(١) ظاهر هذه الجملة - بعد الإخبار بشراء ضيعة فأوقفها وجعل خُمساً منها للإمام عليه السلام - السؤال عن أنه هل يجوز نقل حصّة الإمام عليه السلام إلى نفسه أو إلى غيره وإصالة الثمن إليه عليه السلام، أم لا يجوز ذلك، فيجب إبقاؤها موقوفة؟  
و يحتمل في جعل الخُمس له عليه السلام الوصية به، لإطلاق الوقف عليها، كما يحتمل فيه الوقف المصطلح.

(٢) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ و الوسائل : « وَ إِنَّ » .  
و حاصل الجواب : الأمر ببيع حصّة الإمام عليه السلام إمّا من أجنبي أو من نفس الشخص الذي خصّ خمس الضيعة به عليه السلام و إصالة الثمن إليه عليه السلام .

(٣) أي : بيع الحصّة و إصالة الثمن إليه رأيه عليه السلام .

(٤) أي : يقوم الحصّة على نفسه، بأن يشتريها لنفسه من الإمام عليه السلام وكالة عنه.

(٥) أي : إن كان التقويم على النفس أوفق له.

(٦) يعني : قال عليُّ بن مهزيار : « وَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَسْأَلَةَ أُخْرَى،

و هي وقوع حُلْفٍ بَيْنَ أَرْبَابِ الْوَقْفِ .

(٧) كذا في نسختنا، ولكن في بعض النسخ كما في الوسائل : « وَ كَتَبْتُ » .

(٨) هذه الكلمة موجودة في الكافي و التهذيب و الإستبصار، و لم ترد في الفقيه

و الوسائل، و المراد وقوع الحُلْفِ بَيْنَ أَرْبَابِ الضَّيْعَةِ الْمَوْقُوفَةِ، وَ هِيَ أَرْبَعُ أَحْسَاسِهَا

لِإِخْتِصَاصِ حُمُسِهَا بِالْإِمَامِ الْجَوَادِ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

(٩) لم ترد « أَنَّهُ » في نسختنا، و أثبتناها عن بعض النسخ، كما في المصادر

أن يتفاقم<sup>(١)</sup> ذلك بينهم بعده. فإن كان<sup>(٢)</sup> ترى أن يبيع هذا الوقف، و يدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من<sup>(٣)</sup> ذلك، أمرته.

فكتب<sup>(٤)</sup> بخطه : و أعلمه أن رأيي : إن كان قد علم الإختلاف بين<sup>(٥)</sup> أرباب الوقف أن<sup>(٦)</sup> يبيع الوقف

الحديثية. و الظاهر أن الجملة عطف تفسير للإختلاف الشديد، يعني : يُخاف من بلوغ منازعة أهل الوقف - إلى مرتبة عظيمة - أن يتوتر فيها الأمر.

(١) قال في اللسان: « و تفاقم الأمر، أي : عظم »<sup>(١)</sup> يعني : يشتدّ النزاع بعد إختلاف أرباب الوقف.

(٢) هذا سؤال ابن مهزيار منه عليه السلام عن أنه لو جاز للواقف - في حالة وقوع الخلف بين الموقوف عليهم - البيع، فليأمر عليه السلام ذلك الرجل بالبيع، و جعل الثمن حصصاً بعدد الموقوف عليهم، و دفعها إليهم.

(٣) متعلق بـ « يدفع » و المشار إليه هو الثمن، فلو كان الموقوف عليهم عشرة أشخاص قُسم الثمن عشرة أجزاء، و دُفع إلى كلٍّ منهم حصته.

(٤) معطوف على « و كتبت إليه » و الضمير المستتر راجع إلى الإمام عليه السلام، و المكتوب إليه هو علي بن مهزيار. و تقدير الكلام : أن الراوي عن ابن مهزيار - و هو العباس بن معروف أو أحمد بن محمد بن عيسى - قال : إن الإمام كتب إلى ابن مهزيار : و أعلمه ... الخ . و الجواب منقول عن ابن مهزيار بالمعنى، إذ لو كان منقولاً باللفظ كان المناسب تعبير ابن مهزيار بـ « كتب إليّ » لا « فكتب إليه ».

(٥) كذا في الكتاب، و لكن الموجود في الوسائل و الكافي و التهذيب و الفقيه « ما بين أصحاب الوقف ».

(٦) كذا في نسخ الكتاب، و هو موافق لما في الفقيه بزيادة « الواو » و لكن في

أمثل<sup>(١)</sup> [ فليبع ]<sup>(٢)</sup> ، فإنه ربما جاء في الإختلاف تلف الأموال و النفوس «  
الخبر<sup>(٣)</sup>»<sup>(١)</sup>.

حيث<sup>(٤)</sup> إنه يمكن الإستدلال للجواز بها

الكافي و التهذيب و الوسائل بصيغة المضارع لا المصدر، و الجملة خبر قوله: « أن رأيي ».

فعلى الأول يكون البيع اسم « إن » و خبره « أمثل » . و على الثاني يتأول الفعل المضارع مع « أن » بالمصدر، فيكون مبتدئاً، و المعنى: « أن رأيي بيعُ الوقف أمثل ».

(١) و هو الأفضل<sup>(٢)</sup>، و المراد به كون البيع خيراً للموقوف عليهم من إبقاء الوقف على حاله، و لا يبعد إنسلاخه عن التفضيل هنا، إذ لا خير في الإبقاء بملاحظة التعليل بخوف تلف الأموال و النفوس.

(٢) لم ترد هذه الكلمة في نسختنا و الوسائل و التهذيب و الكافي، و وردت في بعض النسخ كما في الفقيه. فإن ثبتت فهي جواب الشرط في « فإن كان » و إن لم تثبت فالجواب محذوف أقيم علته مقامه.

(٣) كذا في نسختنا، و هي مستغنى عنها، لكون المنقول تمام المكاتبه لا بعضها.

(٤) هذا بيان لما أجمله بقوله: « تمسك كل من جوزه » من تقريب الإستدلال بالمكاتبه لكل واحدة من الصور المتقدمه. و ليس مقصوده تقييد عدم وفاء المكاتبه بإثبات جواز البيع في القسم الأول من الصورة السابعة، و ذلك لأن التمسك بها للجواز في أداء البقاء إلى قلة المنفعة و نقصها يقتضي الاستناد إليها في أدائها إلى

«١» الكافي . ج ٧ . ص ٣٦ . الحديث ٣٠ : التهذيب . ج ٩ . ص ١٣٠ . الحديث : ٤ من أبواب الوقوف و الصدقات : الاستبصار . ج ٤ . ص ٩٨ : الوسائل . ج ٢٣ . ص ٣٠٤-٣٠٥ . الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات . الحديث : ٦ و ٥

«٢» لسان العرب . ج ١١ . ص ٦١٣

في القسم الثاني<sup>(١)</sup> من الصورة السابعة، بناءً<sup>(٢)</sup> على أن قوله: « فإنه ... الخ »

سقوطها بالمرّة. و يشهد لإستدلالهم بها في القسم الأوّل كلام صاحب المقابس المتقدم في (ص ١٥٤)، و من الأقوال التي نقلها عن جماعة هو قوله: « ثالثها: أنه يصحّ إذا وقع بينهم خلفٌ بحيث يُخشى خرابه مع بقائه على حاله »<sup>(٣)</sup>.

(١) و هو خراب الوقف الموجب لقلّة المنفعة.

(٢) توضيحه: أن الإستدلال بهذه المكاتبة على المقصود - و هو بيع الوقف

المؤدّي بقاؤه إلى الخراب الذي تقلّ معه المنفعة - منوط بتسليم مقدمات:

الأولى: أن يكون قوله ﷺ: « فإنه ربما جاء في الإختلاف تلف الأموال و النفوس علّة لقوله ﷺ: « فليبع » حتى يكون المدار في جواز البيع على صيرورة الوقف معرضاً للخراب، ليتعدّى من المورد - و هو الإختلاف - إلى غيره بما يوجب تلف الوقف. فلو كان قوله ﷺ: « فإنه » حكمةً للبيع إختصاصاً بالمورد، إذ التعميم و التخصيص من شؤون العلّة لا الحكمة.

الثانية: أن تكون: « ربما » في قوله ﷺ: « فإنه ربما » دالّة على الخوف الناشئ عن العلم أو الظن بالخراب لتنتطبق على كلمات القوم، حيث عبروا عما نحن فيه بالخوف و الخشية و نحوهما.

الثالثة: أن يكون المراد بـ « تلف الأموال » تلف الأعيان الموقوفة، لا كلّ مالٍ و إن لم يكن مرتبطاً بالوقف.

الرابعة: أن يكون تلف المال - بمقتضى إطلاقه - أعم من تلف تمام الوقف و سقوطه عن المنفعة رأساً - كما في القسم الأوّل من الصورة السابعة - و من تلف بعضه و قلّة المنافع، كما في القسم الثاني منها.

الخامسة: أن يكون تمام المناط في جواز البيع خصوص تلف الوقف، لا هو

تعليل<sup>(١)</sup> لجواز البيع في صورة الإختلاف، وأن<sup>(٢)</sup> المراد بالمال هو الوقف، فإن<sup>(٣)</sup> ضمّ النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الإختلاف، لا أن<sup>(٤)</sup> المناط في الحكم هو إجتماع الأمرين كما لا يخفى. فيكون حاصل التعليل

منضماً إلى تلف النفوس، بحيث يكون المجموع مجوزاً واحداً للبيع، إذ - بناءً على إعتبار الإنضمام - لا تنطبق المكاتبة على المدعى، و هو خشية أداء بقاء الوقف إلى خصوص قلة المنفعة، لا تلف النفوس.

فإن قلت : مقتضى عطف « النفوس » على « الأموال » ترتب جواز البيع على خوف تلفهما معاً، و عدم كفاية تلف المال خاصة، فالرواية أجنبية عن المقام.

قلت : لا ظهور للعطف في إعتبار إجتماع الأمرين في جواز البيع ، بل المراد ترتب الحكم على كلٍّ منهما بالإستقلال، فهو نظير قول القائل : « هذا الطريق غير مأمون فلا تسلكها لما فيها من خوف تلف المال و النفس » فلا يستفاد عرفاً منه ضمّ خوف هلاك النفس إلى تلف المال.

فالمحصل : دلالة المكاتبة على هذه المقدمة أيضاً.

(١) إشارة إلى المقدمة الأولى.

(٢) إشارة إلى المقدمة الثالثة. و تقدّم في نقل الأقوال أن المحقق الثاني إستظهره

من المكاتبة، فراجع<sup>(١)</sup>.

(٣) كذا في النسخ، و لا يبعد أن يكون « وأن » بالواو ليكون عطفاً على « وأن المراد

« لووضح كونه مطلباً مستقلاً عن كون المال المتلف هو الوقف.

أو يقال : « وأن المراد تلف المال خاصة، و هو الوقف » حتى يلتئم مع تعليله

بـ « فإن ضمّ ... ».

(٤) إشارة إلى المقدمة الخامسة.

بالمكاتبة : أنه كلما<sup>(١)</sup> كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.  
و فيه<sup>(٢)</sup> : أن المقصود جوازُ بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علماً

(١) هذه الكلية مستفادة من العلية المنصوصة، لأنها كبرى للمورد بحسب الشكل الأول، و من المعلوم إعتبار كلية الكبرى فيه، فكأنه قيل : الإختلاف موجب لخراب الوقف، و كل موجب له يجوزُ بيعه، فالإختلاف يجوزُ بيعه.

(٢) ناقش المصنف رحمته في الإستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة بوجوه ثلاثة :

الأول : عدم إنطباق الدليل على المدعى، و بيانه : أن المقصود إثبات جواز البيع في صورة العلم أو الظن بتأدية بقاء الوقف إلى الخراب و قلة منافعه، كما تقدم في عنوان هذه الصورة، و هو المعبر عنه بالخشية تارة و بالخوف أخرى، و من المعلوم إناطة صدقهما بوجود أمانة مورثة للظن أو الإطمئنان بكون البقاء عرضة لتلف المال و النفس، و لا يكفي مجرد الإحتمال الموهوم.

و الشاهد على إعتبار الأمانة الظنية - و عدم كفاية الوهم - ملاحظة بعض موارد إطلاق هذه الكلمة، كقولهم بوجوب الإفطار مع خوف الضرر، و بجرمة السفر مع خوف الهلاك.

و لكن الدليل - أعني به التعليل الوارد في المكاتبة - يفيد شيئاً آخر، و هو جواز البيع عند الإحتمال الموهوم بالتلف، و ذلك لظهور كلمة « ربما » في الأعم من الوهم و الشك و الظن، و لا يختص بما إذا كان مدخولها مضموناً. و لازم الأعمية هو الحكمُ بجواز البيع حتى لو كان إحتمالُ أداء بقاء الوقف إلى التلف مرجوحاً، و إحتمالُ عدم أدائه إليه راجحاً. مع أنه لا سبيل للإلتزام بالجواز في الإحتمال الضعيف كما لم يلتزم المحوِّزون به، بل خصَّصوه بالعلم و الظن، هذا.

و الحاصل : أن المدعى جواز البيع عند خوف أداء بقاء الوقف إلى الخراب و قلة المنفعة، و عدم جوازه في الإحتمال الموهوم و الشك. و التعليل بـ « فإنه ربما »

أو ظناً<sup>(١)</sup>، لا مجرد كونه<sup>(٢)</sup> ربما يؤدي إليه - المُجامع<sup>(٣)</sup> للإحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة «ربما»<sup>(٤)</sup> (\*) كما لا يخفى على المتتبع

يدل على الجواز في الجميع، و لا يمكن الإلتزام به، فلا بد من رفع اليد عن المكاتبه و التماس دليل آخر على الحكم.

هذا توضيح الوجه الأول، و سيأتي الوجهان الآخرا.

(١) إذ الخوف حالة نفسانية تحصل بالعلم أو الظن بالخوف، لا بالأعم منهما و من الشك و الوهم.

(٢) أي : كون البقاء ربما يؤدي إلى الخراب و لو إحتمالاً موهوماً.

(٣) صفة لـ « مجرد كونه ». و المراد بمجرد الأداء مطلقه، سواء أكان معلوماً أو مظنوناً أو مشكوكاً فيه أو موهوماً.

(٤) يعني : أن إرادة الإحتمال المساوي و المرجوح نشأت من ظهور «ربما» في الأعم. و لعل منشأه ما نسب إلى بعض النحاة من : « أن رُبَّ للتقليل و كم للتكثير، فلا يقال : ربما رأيتُه كثيراً »<sup>(١)</sup>.

(\*) هذا في غاية الغرابة، فإن كلمة « ربما » عند أهل العربية تدل على قلة مدخولها وجوداً، كما في قولك : « ربّ رجل كريم لقيته » يعني أن الكرام الذين لقيتهم قليلون بالنسبة إلى الرجال الكرام الذين لم ألقهم. في مقابل « كم » الخبرية التي تدل على الكثرة. و قد تستعمل « ربّ » بالتشديد مع « ما » أو بدونها في الكثرة.

قال في شرح الجامي : « و ربّ للتقليل أي لإنشاء التقليل، و لهذا وجب لها صدر الكلام، كما أن - كم - وجب لها صدر الكلام، لكونها لإنشاء التكثير ... »<sup>(٢)</sup>.

(١) « لسان العرب » ج ١، ص ٤٠٨

(٢) « شرح الجامي »، ص ٣٣٨، طبعة تبني ١٣١٩

لموارد إستعمالاته - و لا أظن<sup>(١)</sup> أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب، لأن<sup>(٢)</sup> كلمات مَنْ عبّر بهذا العنوان - كما عرفت - بين<sup>(٣)</sup>

- (١) هذا هو الإشكال على الإستدلال، يعني : أن ظهور المكاتبة معرض عنه، لعدم إلتزامهم بجواز بيع الوقف عند الشك في أن بقاءه يُفضي إلى الخراب، فضلاً عن الوهم. و من المعلوم سقوط الرواية الصحيحة سنداً عن الحجية بترك العمل بظاهرها.
- (٢) تعليل لعدم الظن بالإلتزام، و حاصله : الإستشهاد بكلام المجوزين على إختصاص جواز البيع بالعلم بالأداء أو خوفه، و عدم شموله للإحتمال.
- (٣) خبرٌ « لأنّ » يعني : أنّ تعبير المجوزين يكون إمّا « الأداء » الظاهر في

هذا مضافاً إلى التأمّل في أصل الدعوى. قال ابن هشام : « و ليس معناها التقليل دائماً، خلافاً للأكثرين. و لا التكثير دائماً، خلافاً لابن درستويه و جماعة، بل ترد للتكثير كثيراً و للتقليل قليلاً ... » فراجع<sup>(١)</sup>.

و على كل تقدير لا تدل « ربما » على الإحتمال المتساوي أو المرجوح، بل تدل على وجود مدخولها قليلاً أو كثيراً. فعليه يمكن دعوى العلم بتحقيق مدخولها. و لعلّ من عبّر بالخوف - كما تقدم في كثير من العبارات المتعلقة بالمقام - غرضه العلم بالخراب.

و كيف كان ، فمناقشة المصنف في معنى « ربّ » ضعيفة جداً. فالإنصاف أن كلمة « ربما » تدل على وقوع محذور تلف المال و النفس عند إختلاف أرباب الوقف.

و يمكن تأييد دلالتها على الوقوع بمجيء الماضي و هو - جاء - بعدها، حيث إن الماضي يدل على تحقق النسبة، فكأنّ الفعل المحقق الوقوع نزل منزلة الماضي، فأخبر عن وقوعه كما هو كثير في المحاورات العرفية.



قولهم: «أدّى بقاءه إلى خرابه»<sup>(١)</sup> و بين قولهم: «يُخشى<sup>(٢)</sup> أو يُخاف<sup>(٣)</sup> خرابه». و الخوف<sup>(٤)</sup> عند المشهور كما يُعلم من سائر موارد إطلاقاتهم - مثل قولهم: «يجب الإفطار<sup>(٥)</sup> و التيمم مع خوف الضرر» و «يحرم السفر مع خوف الهلاك»<sup>(٦)</sup> -

العلم به، وإما «الخوف».

(١) كما ورد في عبارة بيع الشرائع<sup>(١)</sup>.

(٢) كما في وقف الشرائع و التحرير<sup>(٢)</sup>.

(٣) كما في الوسيلة وفقه القرآن و جامع الشرائع<sup>(٣)</sup>.

(٤) أراد تقيُّق بيان معنى «الخوف» بعد أن كان المدار عليه، لا على مطلق

الإحتمال.

(٥) قال المحقق تقيُّق: «المرض الذي يجب معه الإفطار: ما يُخافُ به الزيادة

بالصوم، و يبيّن في ذلك على ما يعلمه من نفسه أو يظنّه، لأمانة كقول عارف»<sup>(٤)</sup>.

و قال في التيمم: «و لا فرق في جواز التيمم بين أن يخاف لصاً أو سبعاً، أو

يخاف ضياع مالٍ. و كذا لو خشي المرض الشديد أو الشينَ باستعماله الماء جاز له

التيمم. و كذا لو كان معه ماء للشرب، و خاف العطش أن يستعمله»<sup>(٥)</sup>.

(٦) قال الشهيد تقيُّق: «و لو سلك طريقاً مخوفاً على النفس يغلب معه ظنّ التلف

فالأقرب أنه عاصٍ بسفره فلا يترخص»<sup>(٦)</sup>، و نحوه كلام العلامة تقيُّق، فراجع<sup>(٧)</sup>.

و قال المصنف تقيُّق: «و كذا لا خلاف بينهم ظاهراً في أن سلوك الطريق المظنون

«١ و ٢ و ٣» لاحظ المصادر في هدى الطالب، ج ٦، ص ٥٦٤ - ٥٦٥

«٤» شرائع الإسلام، ج ١، ص ٢١٠

«٥» المصدر، ص ٤٧

«٦» ذكرى الشيعة، ج ٤، ص ٣١٤

«٧» تذكرة الفقهاء، ج ٤، ص ٤٠٠؛ قواعد الأحكام، ج ١، ص ٣٢٥

لا يتحقق<sup>(١)</sup> إلا بعد قيام أمانة الخوف.

هذا، مع أن<sup>(٢)</sup> مناط الجواز - على ما ذكر<sup>(٣)</sup> - تلف الوقف رأساً و هو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل<sup>(٤)</sup> الخراب الذي لا يصدق معه التلف (\*).

الخطر أو مقطوعه معصية يجب إتمام الصلاة فيه و لو بعد إنكشاف عدم الضرر فيه<sup>(٥)</sup>.

(١) خبر قوله: « والخوف عند المشهور ».

(٢) هذا ثاني وجوه المناقشة، و هو ناظر إلى منع المقدمة الرابعة. توضيحه: أنه بناءً على إرادة العين الموقوفة من المال - في قوله عَلَيْهِ: « ربما جاء في الإختلاف تلف الأموال » كما إستظهره الشهيد الثاني رحمته - تكون المكاتبه أجنبية عن المدعى، و هو جواز البيع في القسم الثاني، و منطبقه على القسم الأول، الذي قلنا بجوازه فيه، و ذلك لظهور « تلف المال » في سقوطه عن الإنتفاع رأساً، و لا يصدق تلفه - بقول مطلق - على الخراب الموجب لقلته نفعه. مع أن المقصود بالإستدلال تجويز البيع في صورة نقص المنفعة.

(٣) يعني: في تقريب ما اختاره رحمته، حيث قال: « و الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً ... ».

(٤) يعني: أن مناط الجواز لا يشمل نقص المنفعة، للفرق بين التلف و النقص.

(\* لا يخفى ما فيه، فإن تلف بعض الوقف يصدق عليه أيضاً تلف المال، بإطلاقه يشمل تلف الكل و البعض. و عليه فيمكن التمسك بإطلاقه على المفروض و هو قلة المنفعة الناشئة عن التلف، كصحة التمسك به على الصورة الأولى، و هي تلف العين بحيث لا يبقى لها منفعة أصلاً.

مع أنه<sup>(١)</sup> لا وجه - بناءً<sup>(٢)</sup> على عموم التعليل - للإقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلُّما خيف تلفُ مالٍ جاز بيع الوقف<sup>(٣)</sup>.  
و أمَّا تقريب<sup>(٤)</sup> الإستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة

(١) هذا ثالث وجوه المناقشة، و غرضه إسقاط المكاتبة عن الحجية بالإعراض من جهةٍ أُخرى.

و توضيحه : أن مقتضى عطف « النفوس » على « الأموال » و المقابلة بينهما أن يراد بـ « تلف المال » ضياع مطلق المال، لا خصوص الموقوفة. فلو أدّى النزاع إلى تلف مالٍ آخر من الموقوف عليهم أو من غيرهم - مع الأمن من هلاك الموقوفة - لزم الحكمُ بجواز بيع الوقف تحفظاً على الأموال الأخرى. و من المعلوم عدم إلتزام المجوّز للبيع - إستناداً إلى المكاتبة - بهذا الإطلاق، كما لا يمكن الإلتزام به لمخالفته للإجماع كما قيل. و هذا شاهد على إعراضهم عن الرواية، و معه لا مجال للتمسك بها في تجويز البيع في القسم الثاني.

(٢) الوجهُ في هذا البناء واضح، إذ مع إختصاص « المال » - الوارد في التعليل - بالوقف لا وجه لجعل تلف مالٍ آخر مسوّغاً لبيع الوقف، فيختص قوله عليه السلام:  
« ربما جاء في الإختلاف تلف الأموال » بتلف الوقف، دون تلف سائر الأموال.  
(٣) و لا يمكن الإلتزام به، لمخالفته للإجماع، و مقتضاه رفع اليد عن ظهور المكاتبة.

و قد تحصل : عدم جواز بيع الوقف فيما عدا القسم الأول من الصورة السابعة.

(٤) معطوف على قوله: « حيث إنه يمكن » و الأولى إسقاط « أمّا » هنا و فيما

نعم، إذا أسند التلف إلى الموقوف - كأن يقال : إذا تلف الموقوف جاز بيعه مثلاً - كان ظاهراً في التلف المطلق الموجب لإنتفاء المنفعة رأساً، دون مطلق التلف كما لا يخفى.

- وهي صورة وقوع الإختلاف الذي ربما أوجب تلفَ الأموال و النفوس - فهو : أن الحكم بالجواز معلق<sup>(١)</sup> على الإختلاف، إلا أن قوله : « فإنه ربما » مقيد بالإختلاف الخاص، و هو الذي لا يؤمن معه<sup>(٢)</sup> من التلف<sup>(٣)</sup>، لأن<sup>(٤)</sup> العلة تقيّد المعلول، كما في قولك : لا تأكل الرمان لأنه حامض<sup>(٥)</sup> .  
و فيه<sup>(٦)</sup> : أن اللازم

سيأتي في (ص ١٧٢) من تقريب الإستدلال على الصورة العاشرة، أو تصدير كلامه السابق بـ « أما » بأن يقال : « أما تقريب الإستدلال في القسم الثاني من الصور السابعة ... ».

و كيف كان فتقريب دلالة المكاتبه على حكم الصورة الثامنة هو : أن جوابه ﷺ متضمن لجملتين : إحداهما : تجويز البيع عند ظهور الخلف و المنازعة بين الموقوف عليهم، و كونه خيراً من إبقاء الوقف على حاله. و مقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالإختلاف، سواء خيف من بقاءه تلفُ المال و إراقة الدماء أم لا .  
ثانيتها : تعليل الحكم بقوله ﷺ : « فإنه ربما » و ظاهره موضوعية إختلاف خاص لجواز البيع، و هو النزاع الذي لا يؤمن معه من ضياع الأموال و هلاك النفوس.

و مقتضى تقديم ظهور العلة على المعلول تقييد الإختلاف المجوز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلفُ المال و النفس، و بهذا يتم الحكم في الصورة الثامنة.

(١) يستفاد التعليق من إناطة « فليبيع » بقوله : « إن كان قد علم الإختلاف ».

(٢) أي : مع الإختلاف.

(٣) فيتعين التوفيق بين المعلول و العلة بتقييد إطلاق جواز البيع في « فليبيع ».

(٤) تعليل لمحدرف، و هو لزوم الأخذ بخصوص العلة لا بعموم المعلول.

(٥) فيختص النهي حينئذٍ بأكل الرمان الحامض.

(٦) محصل المناقشة في التقريب المتقدم هو : عدم وفاء المكاتبه بإثبات الجواز في

الصورة الثامنة، وذلك لأن تقديم العلة على المعلول كما يوجب تقييد الاختلاف بما خيف منه تلف المال والنفس، كذلك يقتضي رفع اليد عن خصوصية الاختلاف، وتعميم جواز البيع لما إذا لم يكن خلف بين أرباب الوقف، ولكن عِلْم إفضاء بقائه إلى تلفها من جهة أخرى، وتوقف سدُّ الفتنة على بيع الوقف، فإن العلة كما تخصّص تعمّم. ومن المعلوم عدم إلتزام أحدٍ بجواز بيع الوقف مقدّمة لعلاج مفسدة أخرى أجنبية عنه. وهذا المحذور يُوهن العمل بظاهر المكاتبه، وتسقط حينئذٍ عن الدلالة على حكم الصورة الثامنة.

فإن قلت : يمكن الأخذ بموضوعية مطلق الاختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله ﷺ: « فإنه ربما » وذلك لورود مثله في الأخبار مما يكون علة للحكم تارة، وحكمة أخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلة لا الحكمة.

قال المحقق الشوشتری رحمته الله: « وأما التعليل فبناؤه على الكشف عن الحكمة في جواز البيع، والغرض منه كون الاختلاف عرضةً لذلك المحذور، لا أن أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلك نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفاية والمفاتيح، ويشهد له التعليل بـ «ربما»<sup>(١)</sup>.

و عليه فلا مانع من الأخذ بموضوعية الاختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعة أرباب الوقف.

قلت : إن حمل « ربما » على الحكمة وإسقاطه عن العلية - ليبقى عموم الاختلاف على حاله - يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإن الحكمة كما لا تعمّم لا تخصّص، مع أن مفروض الصورة الثامنة هو الجواز لو أدّى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقاً.

على هذا<sup>(١)</sup> تعميم الجواز في كل موردٍ لا يُؤمّن معه من تلف الأموال و النفوس<sup>(٢)</sup> و إن لم يكن من جهة إختلاف الموقوف عليهم، فيجوز<sup>(٣)</sup> بيعُ الوقف لإصلاح كل فتنَةٍ و إن لم يكن لها دخلٌ في الوقف.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَدْعَى سَوْقَ الْعَلَّةِ مَسَاقَ التَّقْرِيبِ<sup>(٤)</sup>، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدّى<sup>(٥)</sup> إلى جميع موارد.

لكن<sup>(٦)</sup> تقييد الإختلاف حينئذٍ<sup>(٧)</sup> بكونه مما لا يُؤمّن ممنوع،

و الحاصل : إن كانت جملة « فإنه ربما » علةً لزم تعميم الجواز لغير موارد الإختلاف، و لا سبيل للقول به.

و إن كانت حكمةً لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدّ البقاء إلى التلف، و هو غير الصورة الثامنة.

(١) أي : على كون « فإنه ربما » علةً لجواز البيع عند الإختلاف.

(٢) أخذاً بعموم العلة لا بخصوصية المورد.

(٣) هذا نتيجة تعميم الجواز لكل موردٍ يخشى فيه تلف الأموال و النفوس.

(٤) لا التعليل، يعني : فلا تكون العلة مبيّنةً لمطلب جديد، بل بمنزلة عبارة

أخرى لما قبلها، فلا تزيد عما قبلها. فقوله ﷺ: « ربما جاء في الإختلاف تلف الأموال و النفوس » لا يكون مناطاً و موضوعاً للحكم حتى يدور جواز البيع مداره، بل بياناً لأمرٍ خارجي قد يترتب على الإختلاف. فالموضوع نفس الإختلاف سواء ترتب عليه مفسدة تلف المال و النفس أم لا.

(٥) لأن التعدي من شأن العلة المنصوصة التي يكون الحكم للمورد بسبب

إنطباقها عليه، لا لخصوصية نفس المورد.

(٦) هذا ردّ قوله : « اللهم إلا أن يدعى » و تقدم بقولنا : « قلت » كما تقدمت

الدعوى في « إن قلت ».

(٧) أي : حين عدم عليته بل كونه تقريباً لما قبله، و وجه عدم التقييد به حينئذٍ

و هو<sup>(١)</sup> الذي فهمه الشهيد رحمته الله في الروضة كما تقدم كلامه.

لكن الحكم على هذا الوجه<sup>(٢)</sup> مخالف للمشهور. فلا يبقى حينئذ<sup>(٣)</sup> وثوق بالرواية<sup>(٤)</sup> بحيث يرفع اليد بها

هو كونه توضيحاً لما قبله.

(١) يعني : منع تقييد الإختلاف بما يوجب تلف المال أو النفس هو الذي فهمه الشهيد رحمته الله، حيث قال : « و الظاهر أن خوف أدائه إليهما و إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك »<sup>(١)</sup>. و حاصله : عدم إعتبار الإختلاف الخاص في جواز بيع الوقف، فيجوز بيعه مطلقاً بإعتبار أن الإختلاف بحسب نوعه يؤدي إلى تلف المال و النفس، و لا يُنظر إلى أشخاص الإختلاف في كل موردٍ موردٍ.

(٢) أي : بدون تقييد الإختلاف بعدم الأمن، و الحكمُ بجواز البيع بمجرد الإختلاف، فإن جواز البيع حينئذٍ مخالف للمشهور، حيث إتهم قيّدوا جواز البيع بالإختلاف الخاص، و هو ما لا يؤمن معه من تلف المال و النفس.

(٣) أي : حين كون عدم تقييد الإختلاف خلاف المشهور .

(٤) لكون فتوى المشهور مخالفةً لظاهر الرواية، حيث إن ظاهرها - بعد البناء على عدم تقييد الإختلاف بما لا يؤمن معه من المفسدة - هو كون الإختلاف بنفسه موضوعاً لجواز البيع من دون تقييده بترتب محذور تلف المال أو النفس عليه.

و فتوى المشهور هي كون الإختلاف المقيد بعدم الأمن من ترتب المحذور المزبور عليه موضوعاً للبيع.

فمضمون الرواية حينئذٍ لا ينطبق على فتوى المشهور، فيصير مورداً لإعراضهم المشهور عنه، و هذا موهن لإعتبار الرواية على الأقوى.

حكم الصور الأربع ..... ١٧١  
عن العمومات<sup>(١)</sup> و القواعد<sup>(٢)</sup>، مع ما فيها من ضعف الدلالة<sup>(٣)</sup>، كما سيجيء إليه  
الإشارة.

و مما ذكرنا<sup>(٤)</sup> يظهر تقريبُ الإستدلال على الصورة التاسعة و ردُّه<sup>(٥)</sup>.

---

إلّا أن يقال: إن الإعراض إن كان عن سند الرواية بحيث لم يعمل المشهور بها  
أصلاً، فهو يسقط الرواية عن الإعتبار. و أمّا إذا عملوا بها غاية أنهم إستظهروا منها  
غير ما استظهرناه منها فهو لا يسقطها عن الإعتبار، لأن مخالفتنا لهم ترجع إلى  
الإستظهار، و من المعلوم عدم حجية فهمهم علينا.  
(١) الناهية عن بيع الوقف، و التعبير بالعموم لشموها لحالة خوف تلف المال  
و النفس و عدمه.

(٢) المراد به إستصحاب منع البيع الثابت قبل طروء خوف التلف.

(٣) من جهة عدم ظهور المكاتبة في ما نحن فيه و هو الموقف المؤبد، و كذا عدم  
ظهورها في لزوم الوقف و تماميته بإقباض العين للموقوف عليه، و غيرها مما سيأتي  
في (ص ١٩٢).

(٤) أي: من جعل قوله ﷺ: «فإنه ربما جاء في الإختلاف» علةً منصوصةً  
يظهر تقريب الإستدلال على الصورة التاسعة، و هي أداء الإختلاف إلى ضرر عظيم  
من دون تقييده بتلف المال.

و حاصل تقريبه: أن مقتضى العلة كون موضوع جواز البيع هو الضرر من  
تلف المال أو النفس أو غيرها بعد حمل النفس أو المال على المثال.  
فالمحصل: أن مجوز بيع الوقف هو الضرر العظيم من تلف المال أو غيره،  
فينطبق على الصورة التاسعة.

(٥) و هو: أن لازم جعل قوله ﷺ: «فإنه ربما جاء الإختلاف... الخ» علةً  
هو جواز البيع لكل فتنة و إن لم ترتبط بالوقف، و هو مما لا يلتزم به أحد.  
مضافاً إلى: أن حمل تلف المال أو النفس على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوع



و أمّا تقريب الإستدلال على الصورة العاشرة فهو : أن<sup>(١)</sup> ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال - مع<sup>(٢)</sup> أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً<sup>(٣)</sup> - يدلُّ على إعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس، و لا يكفي بلوغه إلى مادون ذلك<sup>(٤)</sup>، بحيث يُخاف منه تلف المال فقط. و فيه<sup>(٥)</sup> :

جداً، لتوقفه على القطع بعدم خصوصيتهما، و دون إثباته خرط القتاد.

(١) توضيحه : أن الرواية و إن إشتملت على تلف المال و النفس معاً، و هو لا ينطبق على الصورة العاشرة التي هي « لزومُ فسادِ إستباح منه الأنفس فقط ». لكن مع ذلك يمكن الإستدلال بها على الصورة العاشرة بأن يقال : إن ذكر « تلف المال » في الرواية ليس لأجل دخله في الحكم بجواز البيع حتى يكون هو مع تلف النفس - جمعاً - دخیلاً في جواز البيع، فلا ينطبق على الصورة العاشرة.

بل لأجل ملازمة تلف النفس لتلف المال غالباً. فذكر « تلف المال » مبني على الغالب، لا لكونه دخیلاً في جواز البيع. فالمجوزُ للبيع هو خصوص تلف النفس و إستباحتها، و هذا المعنى ينطبق على الصورة العاشرة، و يصح أن يكون دليلاً عليها. (٢) غرض المستدل من هذه الجملة المعترضة إسقاط موضوعية تلف المال، و أن جواز البيع يدور مدار تلف الأنفس خاصة، فذكر « الأموال » مبني على الملازمة الغالبية بين تلفهما، لا للإحتراز حتى ينتفي جواز البيع لو أدى بقاء تلف الوقف إلى خصوص إستباحة الأنفس.

(٣) إذ لا مفهوم لللقب الوارد مورد الغالب كالوصف الغالبي، كما قيل في آية حرمة الربائب.

(٤) أي : مادون بلوغه إلى تلف النفس، و المراد بـ « مادون » تلف المال.

(٥) مَنَعَ المصنف ﷺ التقريب المذكور بإشكالين :

أنَّ اللازم على هذا <sup>(١)</sup> عدمُ إختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذٍ <sup>(٢)</sup> بيعُ الوقف لرفع كلِّ فتنةٍ <sup>(٣)</sup>.  
مع أنَّ <sup>(٤)</sup> ظاهر الرواية كفاية كون الإختلاف بحيث ربما جاء فيه تلفُ الأموال و النفوس.

أحدهما : أن مقتضى عموم العلة التعدي عن المورد - وهو إختلاف الموقوف عليهم المؤدي إلى التلف - إلى كل ما يوجب تلف النفس، لما قرر في محله من أن العلة كما تضيّق دائرة المعلول كذلك توسعها، كما في المثال المعروف و هو « لا تأكل الرمان لأنه حامض » كما لا يخفى.

و عليه فلا يدور جواز البيع مدار الإختلاف الخاص، بل المناط مطلق الفتنة المفضية إلى إستباحة النفس.

(١) أي : بناءً على إعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حدٍّ يخشى منه تلف النفس.

(٢) أي : حين عدم كون المناط خصوصَ الفتنة بين أرباب الوقف.

(٣) مع أنه لا يمكن الإلتزام بهذا الإطلاق، كما تقدم في منع الصورة الثامنة.

(٤) هذا هو الإشكال الثاني على الإستدلال بالمكاتبة على الصورة العاشرة.

توضيحه : أن ظاهر الرواية لا ينطبق على فتوى المشهور في الصورة العاشرة، إذ ظاهرهم إعتبار العلم أو الظن بتحقق الفتنة، و عدم كفاية الشك في ذلك، و ظاهر الرواية - بملاحظة لفظة « ربما » - كفاية مجرد الإحتمال فيه. فالدليل أعم من المدعى. بل تمكن دعوى المباينة بينهما، إذ ظاهر المشهور كون الإستباحة الواقعية سبباً لجواز البيع، حيث إنهم أخذوا العلم أو الظن في ذلك، و من المعلوم كونهما طريقين إلى الواقع، و ظاهر كلسه « ربما » في المكاتبة هو كون الإستباحة المحتملة مجوزة للبيع، فتدبر.

و المقصود<sup>(١)</sup> - كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة - هو إعتبار الفتنة التي يُستباح بها الأنفس.

و المحاصل<sup>(٢)</sup> : أن جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف - الراجعة إلى إعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً<sup>(٣)</sup>

(١) يعني : و الحال أن المقصود كما يظهر من عبارة ابن سعيد رحمته هو إعتبار الفتنة الواقعية التي يُستباح بها الأنفس، لقوله : « أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس » بناءً على طريقة العلم و الظن.

و عبارة المحقق الكركي رحمته في تعليق الإرشاد أوفق بإرادة الفتنة الواقعية، لقوله : « يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس »<sup>(١)</sup> لعدم أخذ الخوف في الفساد المجوز للبيع، و ظاهره الفساد الواقعي.

هذا بناءً على ما حكاه السيد الفقيه العاملي رحمته «<sup>(٢)</sup>» عن تعليق الإرشاد، و نقله المصنف في أول المسألة. و لكن الموجود في المطبوع أخيراً موافق لما في جامع المقاصد من أخذ « الخوف » في جواز البيع، كما حكاه صاحب المقابس عنه، و نصّ عبارة تعليق الإرشاد هو : « و ثانياً : ما إذا حصل خلف بين أربابه بحيث يخاف منه الإفشاء إلى تلف الأموال و الأنفس »<sup>(٣)</sup> و هذا متحد مع عبارة ابن سعيد رحمته.

هذا ما أفاده المصنف رحمته في منع دلالة المكاتبة على الصورة العاشرة.

(٢) هذا حاصل ما أفاده في (ص ١٥٥) من إنحصار مستند جواز البيع - في الصور الأربع الأخيرة - في مكاتبة ابن مهزيار. و هذه الصور و إن تعددت موضوعاً، و لكن إختلاف الفقهاء في الإستظهار من المكاتبة أوجب إستناد الجميع إليها.

(٣) تقدم في (ص ١٦٤) نقلٌ تعبيرهم بالخشية و الخوف و العلم و الظن. و أما

«١» لاحظ مصادر الأقوال في ج ٦، ص ٥٦٢ و ٥٦٨

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٨٦

«٣» حاشية الإرشاد، ص ٣٣٩

إلى مطلق الفساد<sup>(١)</sup>، أو فساد خاص<sup>(٢)</sup>، أو إعتبار الإختلاف مطلقاً<sup>(٣)</sup>، أو إختلافٍ خاص<sup>(٤)</sup> - مستندة<sup>(٥)</sup> إلى ما فهمَ أربابها من المكاتبة المذكورة.  
و الأظهر<sup>(٦)</sup> في مدلولها هو : إناطةُ الجواز بالإختلاف الذي ربما جاء فيه

الإحتمال فأضافه المصنف رحمته هنا و في الصورة الثامنة، لتأثر النفس بالإحتمال الموهوم أيضاً.

(١) و هو ما يعمّ نقصَ المنفعة و إنتفائها رأساً.

(٢) و هو إنتفاء المنفعة رأساً.

(٣) يعني : سواء أدتْ إلى تلف المال و النفس أم لا.

(٤) و هو المؤدي إلى تلف المال أو النفس.

(٥) خبر قوله : « ان جميع ».

(٦) بعد أن منَعَ رحمته دلالة المكاتبة على القسم الثاني من الصورة السابعة و على ما بعدها، إستظهر منها أمراً مغايراً لما ذهب إليه المشهور، و محصله : دلالة الرواية على إناطة جواز البيع بالإختلاف الخاص، و هو ما لوحظ فيه جهات ثلاث :

الأولى : أن يكون موجباً لتلف الأموال و النفوس، فلا عبرة بمطلق الخلف و النزاع و إن لم يؤدِّ إلى تلفها. و ليس منشأ هذا التقييد حمل جملة « فإنه ربما » على التعليل ليكون مقيداً لدائرة الإختلاف الوارد في السؤال، لفرض عدم كون « فإنه » علةً حقيقية لتعمم أو تقيّد. بل منشؤه قرينية الذيل بحسب المتفاهم العرفي على ما يراد من السؤال.

الثانية : أن يحصل الخوفُ من أداء بقاء الوقف إلى هلاك النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الإحتمال الموهوم.

و الوجه في ضمِّ الأخير إلى العلم و الظن و ورود كلمة « ربما » في الجواب، و قد مرَّ صدقه على الإحتمال.

الثالثة : أن يكون محذور تلف النفس و المال مترتباً على نزاع أرباب الوقف

تلفُ الأموال و النفوس<sup>(١)</sup>، لا مطلق الإختلاف<sup>(٢)</sup>، لأنّ الذيل<sup>(٣)</sup> مقيّد. و لا خصوص<sup>(٤)</sup> المؤدّي علماً أو ظناً، لأنّ<sup>(٥)</sup> موارد إستعمال لفظة « ربما » أعمّ من ذلك. و لا مطلق<sup>(٦)</sup> ما يؤدّي إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدّى عن مورد النصّ، و إن كان فيه<sup>(٧)</sup> إشارة إلى التعليل.

فيما يتعلق بحفظه و بالإنتفاع به، و توقف حسم مادة الفساد على البيع.

فلو كان المحذور ناشئاً من غير إختلاف الموقوف عليهم لم يجز البيع.

فإن قلت : مقتضى ظهور التعليل التعدي من الإختلاف إلى موجب آخر يؤدّي إلى هلاك المال و النفس، إذ العلة كما تُضَيّق توسّع أيضاً.

قلت : نعم لو إستقرّ ظهور « فإنه ربما » في التعليل حتى يتعدى عن مورد السؤال إلى غيره، و لكن المفروض منع الظهور المزبور.

هذا ما إستفاده المصنف من المكاتبة، و سيأتي بيان النسبة بينه و بين مختار

المشهور.

(١) و إن كانت الأموال غير الأعيان الموقوفة و كانت النفوس غير الموقوف عليهم. و إرادة التعميم من هذه العبارة تظهر من عبارته الآتية، و هي قوله في (ص ١٩٥) : « لكن في النفس شيء ... الخ ».

(٢) هذا إشارة إلى الجهة الأولى.

(٣) بناءً على ما تقدم في الإستدلال للصورة الثامنة، و لكنه منع التقييد سابقاً بقوله : « لكن تقييد الإختلاف حينئذ يكونه مما لا يؤمن بمنوع » (ص ١٦٩).

(٤) معطوف على « لا مطلق » و هذا إشارة إلى الجهة الثانية.

(٥) تعليل لقوله : « و لا خصوص ».

(٦) معطوف أيضاً على « لا مطلق » و هذا إشارة إلى الجهة الثالثة.

(٧) أي : في الذيل إشارة إلى التعليل، لمكان « فإنه »، إلّا أنه لا عبرة بالإشارة،

لكون موضوع دليل الحجية هو الظهور المنتفي حسب الفرض.

و على ما ذكرنا<sup>(١)</sup>، فالمكاتبة غير مفتى بها عند المشهور، لأن<sup>(٢)</sup> الظاهر إعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب غير<sup>(٣)</sup> الملازم للفتنة الموجبة لإستباحة الأموال و الأنفس<sup>(٤)</sup>، فيكون<sup>(٥)</sup> النسبة بين فتوى المشهور و بين مضمون الرواية عموماً من وجه.

(١) يعني : يظهر من إناطة جواز بيع الموقوفة بالجهات الثلاث المتقدمة عدم عمل المشهور بالمكاتبة، لمخالفتهم لها في جهتين منها :  
إحداها : إعتبار العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب، و عدم كفاية الإحتمال عندهم.

ثانيتها : أن المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال و الأنفس. و مع هذه المخالفة لا مجال لدعوى إستنادهم إليها في تجويز البيع في الصور المتقدمة. و لا يخفى أن ما ذكره ﷺ إشكال عام على الإستدلال بالمكاتبة في الصور الأربع، و لا يختص بتوهين التمسك بها في خصوص الصورة العاشرة.

(٢) مقصوده بيان مورد مخالفة المشهور للمكاتبة، و هما موردان تقدّما آنفاً.

(٣) صفة لـ « أداء » أي : لا يعتبر في إختلاف أهل الوقف أن يؤدّى إلى تلف المال و النفس.

(٤) هذا ثاني مورد المخالفة.

(٥) هذا نتيجة مخالفة فتوى المشهور للمكاتبة في الجهتين المزبورتين.

و وجه كون النسبة عموماً من وجه هو كون فتوى المشهور أعم من المكاتبة من جهتين، و أخص منها من جهة. كما أن المكاتبة أعم من فتاواهم من جهة و أخص منها من جهة أخرى.

أمّا أعمية الفتاوى من جهتين :

فالأولى منهما : شمول « تلف المال » لكل من الخراب و قلة المنفعة، بشهادة

تجويز البيع في قسمي الصورة السابعة.

## لكن الإنصاف<sup>(١)</sup> :

و الثانية : أن المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال و الأنفس، بشهادة تجويز البيع للضرر العظيم كما في الصورة التاسعة. و أما أخصية الفتاوى من المكاتبة، فلإعتبارهم حصول العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهادة تعبيرهم بالخوف و الخشية، مع أن المكاتبة تعمّ الإحتمال الموهوم، بشهادة كلمة « ربما ».

و أما أعمية المكاتبة من فتوى المشهور، فلعدم إعتبار العلم و الظن، و الإكتفاء بمجرد الإحتمال. و أما أخصيتها منها فلاختصاص الجواز بالفتنة المبيحة للأموال و الأنفس.

و مادة الإجتماع - بمعنى جواز البيع بمقتضى المكاتبة و فتوى المشهور - هي العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب مع الفتنة المبيحة للمال و النفس. و مادة الإفتراق من طرف الرواية هو إحتمال وقوع الفتنة المبيحة لهما، فيجوز البيع فيها، خلافاً للمشهور.

و من طرف فتوى المشهور موردان :

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجبة لإستباحة المال و النفس. و ثانيهما : خوف الخراب بمعنى قلة المنفعة. ففي هذين الموردين لا دلالة للرواية على الجواز.

و بالجملة : فمع هذه النسبة بين المكاتبة و الفتاوى كيف يصحّ الإستدلال بها ؟ فما دلّت عليه لم يُعمل به، و ما عُمِلَ به لم تدلّ المكاتبة عليه.

(١) غرضه إصلاح التشبث بالمكاتبة و إثبات عدم إعراض المشهور عنها، و محصله : أنهم تسالموا على جواز البيع في الجملة، و اختلفوا في خصوصيته و مناطه. و هذا المقدار كافٍ في إحراز عملهم بالرواية و جبرِ ضعف الدلالة بالنسبة إلى المتفق عليه.

أنّ هذا <sup>(١)</sup> (\*) لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية <sup>(٢)</sup>، و قصور <sup>(٣)</sup> مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة <sup>(٤)</sup>، لأنّ <sup>(٥)</sup> (\*\*\*) إختلاف فتاوى المشور إنّما هو من

(١) أي : كون النسبة عموماً من وجه.

(٢) أي : ضعف دلالتها على الجواز فيما عدا القسم الأوّل من الصورة السابعة

و ما بعدها من الصور.

(٣) معطوف على « ضعف » أي : جبر قصور مقاومتها لمثل قوله ﷺ :

« لا يجوز شراء الوقف ».

و لا يخفى أن دعوى القصور مما أجاب به المانعون عن المكاتبه، قال المحقق الشوشتری رحمته : « و أما المانعون فلهم في الجواب عن الرواية وجوه : الأوّل : أنّها كانت كتابة مشتبهة المعنى، و قد اضطربت فتاوى العاملين بها، و إختلفوا إختلافاً فاحشاً، فلا يترك لها تلك الأدلة الجلية البيّنة ... » <sup>(١)</sup> . فيكون مقصود المصنف رحمته من جبر القصور بالعمل إبتات صلاحية المكاتبه لتخصيص عموم النهي عن بيع الوقف.

(٤) متعلق بـ « جبر ».

(٥) تعليل لقوله : « لا يمنع » و حاصله : إحرار إستناد المشهور إلى المكاتبه

و إن تعدّت أنظارهم في مدلولها، و هذا المقدار كافٍ في نفي دعوى الإعراض عنها.

(\*) هذا لا يخلو من غرابه. أما أولاً فلعدم جبر ضعف الدلالة بالشهرة كما

حققه رحمته في الأصول.

و أمّا ثانياً : فلاته بعد تسليم الجبر بها لا بدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من

الرواية و إن كان ما فهموه غير ظاهر الرواية، إذ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

(\*\*\*) لا مورد لهذا التعليل، فإنّ مورده إتفاق المشهور على معنى تكون دلالة



حيث الإختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز، من <sup>١</sup> قوله عليه السلام: « إن كان قد علم الإختلاف » المنضمٌ إلى قوله: « فإنه ربما جاء في الإختلاف ». و أما <sup>٢</sup> دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام،

(١) يعني : أن مثار إختلاف الاستظهار و منشأه هو جملتنا « إن كان قد علم ... فليبع » و « فإنه ربما جاء » من حيث كون مطلق الإختلاف موضوعاً للجواز أو الإختلاف الخاص، و من كون « ربما » مفيداً لمعنى الخوف المختص بالعلم و الظن، أو لما يعم الإحتمال، و هكذا.

(٢) بعد أن فرغ المصنف عليه السلام من حجية المكاتبة دلالةً بالجبر - كحجيتها سنداً - على حكم الصور الأربع، أراد التعرض لبعض وجوه الخلل في دلالتها على ما نحن فيه، و هو جواز بيع الوقف المؤبد.

و توضيحه : أن المكاتبة ورد فيها سؤالان عن حكم الوقف، و الظاهر كون مورد السؤال في الصدر و الذيل واحداً، فكانَ عليّ بن مهزيار سأل أولاً من الإمام عليه السلام عن حكم ما صنعه الواقف من جعل خُمس الضيعة له عليه السلام ، ثم سأل عما إذا وقع الخُلْف بين الموقوف عليهم بالنسبة إلى بقية الوقف، و هي أربع أخماس الضيعة. و قد قيل في قصور دلالتها أمورٌ :

منها : أن الوقف منقطع لا مؤبد، بقرينة إقتصار الواقف على ذكر البطن الموجود. و هو شخص الإمام الجواد عليه السلام بالنسبة إلى الخمس، و سائر الموقوف عليهم بالنسبة إلى بقية الأخماس. و لم يتعرض لمن بعدهم، و صرح الصدوق عليه السلام بهذا على

دلالة الرواية عليه ضعيفةٌ حتى يكون فهمهم جابراً لهذا الضعف. و المفروض أنه ليس كذلك، لإختلاف فتاواهم في مناط الجواز، و إختلاف أنظارهم في إستفادة مناط الجواز من الرواية. فلم يتفق المشهور على مناط الجواز مع فرض ضعف دلالة الرواية عليه حتى نقول بجبران ضعفها به.

فهي - على تقدير<sup>(١)</sup> قصورها - منجبرة بالشهرة، فيندفع<sup>(٢)</sup> ما يُدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل : عدم ظهورها في المؤيد<sup>(٣)</sup>، لعدم ذكر البطن اللاحق، و ظهورها<sup>(٤)</sup> في عدم إقباض الموقوف عليهم،

ما تقدم كلامه في الأقوال، فراجع<sup>(٥)</sup>.

و منها : أن البائع لما كان هو الواقف جاز البيع له من جهة عدم تمامية الوقف، إذ لا قرينة في المكاتبه على تحقق القبول من الموقوف عليهم، مع إعتباره في الوقف. قال الشهيد رحمته : « لو سلمت المكاتبه فلا دلالة في الصدر، إذ الوقف مشروط بالقبول إذا كان على غير الجهات العامة، و لم يُنقل أن الإمام عليه السلام قبل الوقف، و إنما قبل الجعل و أمرَ ببيعه. و حملهُ على هذا أولى، لموافقتة الظاهر<sup>(٦)</sup> ».

و منها : عدم تمامية الوقف من جهة عدم تحقق القبض، و هو شرط فيه، فجاز بيعه لبقائه على ملك الواقف. و هذا مختار جماعة كالعلامة المجلسي و أصحاب الوسائل و الحدائق و الجواهر.

و هذه الجهات إن أمكن رفعها لم يكن قصور في دلالة المكاتبه على بيع الوقف المؤيد في الصور الأربع. و إن أشكل حلُّها لم تقدح في الإستدلال، لأن غاية ما يلزم ضعف الدلالة، و هو منجبر بعمل المشهور.

- (١) هذه الكلمة تشهد بعدم تسلُّم جهات الخلل، و إمكان حلِّها.
- (٢) متفرع على وفاء المكاتبه بمجواز بيع المؤيد إمام مع الجبر و إمّا بدونه.
- (٣) هذه هي الجهة الأولى، و القائل بعدم ظهورها في المؤيد هو الصدوق رحمته.
- (٤) معطوف على « عدم » و هذه جهة ثانية، أي : و مثل ظهورها في عدم تحقق الإقباض.

«١» هدى الطالب، ج ٦، ص ١٥٥٢ من لايحضره الفقيه، ج ٤، ص ٢٤١، ذيل الحديث: ٥٥٧٥

«٢» غاية المراد، ج ٢، ص ٢٨

و عدم<sup>(١)</sup> تمام الوقف، كما عن الإيضاح، و أوضحه<sup>(٢)</sup> الفاضل المحدث المجلسي، و جزم به<sup>(٣)</sup> المحدثُ البحراني، و مال إليه<sup>(٤)</sup> في الرياض.  
قال الأول<sup>(٥)</sup> - في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار - : «إِنَّهُ يَحْظُرُ

(١) معطوف على «عدم إقباض» و هذه هي الجهة الثالثة، يعني : و مثل ظهور المكاتبية في عدم تمامية الوقف بعدم لحوق القبول بالإيجاب، كما لعلّه مراد فخر المحققين رحمهم الله. حيث قال : «و الجواب عن الرواية حملها على عدم تمام الوقف. و ظاهرها يدل عليه»<sup>(١)</sup>.

(٢) أي : و أوضح العلامة المجلسي إشكال عدم إقباض الوقف من الموقوف عليهم.

(٣) أي : بظهورها في عدم الإقباض، قال صاحب الحدائق رحمهم الله : «و المعتمد عندي في معنى هذه الرواية ما وقفت عليه في كلام شيخنا المجلسي ...» و قال بعد نقل تمام كلامه : «و إلّا فإنه لا معنى للخبر غير ما ذكره، فإنه هو الذي ينطبق عليه سياقه. و يؤيده - زيادةً على ما ذكره - أن البيع في الخبر إنّما وقع من الواقف، و هو ظاهر في بقاء الوقف في يده»<sup>(٢)</sup>.

(٤) لقوله بعد كلام العلامة المجلسي رحمهم الله : «و لنعم ما قاله» لكنه رحمهم الله تنظر في دلالة المكاتبية - على عدم الإقباض - بما سيأتي من مناقشة المصنف رحمهم الله، و عول في آخر كلامه على العمل بالمكاتبية من جهة إعتضادها بفهم الطائفة و الشهرة و الاجماع المحكية، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(٥) و هو العلامة المولى المجلسي رحمهم الله، أفاده في شرحه على تهذيب الأحكام

«١» إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٩٢

«٢» الحدائق الناظرة، ج ١٨، ص ٤٤٢ و ٤٤٣

«٣» رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٧٥-١٧٦

بالبال أنه يمكن حمل الخبر<sup>(١)</sup> على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم، ولم يدفعها إليهم. وحاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الإختلاف و يشتد<sup>(٢)</sup> لحصول الإختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في<sup>(٣)</sup> تلك الضيعة أو في<sup>(٤)</sup> أمر آخر. فهل يدعها موقوفةً و يدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد<sup>(٥)</sup>،

لشيخ الطائفة، وكذا في شرحه على الكافي. قال تقيُّ: «و الذي يحظر بالبال أنه ... الخ».

(١) التعبير بالحمل من جهة عدم ذكر لفظ « القبض » في شيء من السؤالين، وإن أمكن إستفادته من القرائن.

(٢) هذا منشأ علم الواقف - قبل الوقف - بحصول الإختلاف بين الموقوف عليهم، والمختلف فيه إما التصدي لشؤون الضيعة، كما إذا إطلعوا على أن مالك الضيعة وقفها عليهم و إن لم يدفعها إليهم بعد، فرأى نزاعهم في ذلك، بأن أراد كلُّ منهم أن يكون أمرها بيده، أو أراد أحدهم زراعتها، و توزيع غلتها على الموقوف عليهم، و أراد الآخر إجارتها. وهكذا.

و إمّا أمر آخر غير القيام بشأن الضيعة، كما إذا كانت بينهم عداوة قديمة، و خاف الواقف - من أمارات الحال - أن تشتد تدريجاً، فلم يأمن من إقباضهم إيّاها، لأداء تلك المخصومة إلى نزاع في الوقف أيضاً. فسأل مالك الضيعة عن أفضل الفردين، هل هو البقاء على الوقف و تسليم الضيعة؟ أم بيعها و توزيع الثمن عليهم.

(٣) متعلق بـ « الإختلاف » و هذا أحد موردي إختلاف أهل الوقف.

(٤) هذا إشارة إلى ثاني موردي الإختلاف، و تقدم بقولنا: « و إمّا أمرٌ آخر

غير القيام بشأن الضيعة ».

(٥) من جهة عدم تسليم الموقوفة للموقوف عليهم.

و يدفع إليهم ثمنها؟ <sup>(\*)</sup> «أيهما أفضل؟» «إنتهى موضع الحاجة»<sup>(١)</sup>.  
و الإنصاف : أنه توجيه حسن <sup>(\*\*)</sup>

(١) إحساناً لمن أراد المالكُ وقفَ ضيعته عليهم، إذ السؤال عن الفضل لا عمّا يجب على مالك الضيعة.

(٢) فإنّ المكاتبه و إن صارت أجنبيةً عن الصور الأربع المذكورة، لفرض عدم تمامية الوقف في مورد السؤال، و لكن تسلّم بهذا التوجيه من السؤال عن أنه كيف جاز بيعُ المحصص غير المقبوضة، مع أن المتسالم عليه إعتبار القبض في الوقف؟ و قد يؤيد هذا الحمل بما في الحدائق من : أن البائع هو الواقف، و لو تمّ الوقف كان أجنبيّاً عنه و لم يجز له البيع.

و قال صاحب المقابس : « و من أعظم ما يدلّ عليه - أي على عدم تحقق القبض - و إن غفل عنه و لم يستند إليه : أنّ خمس الموقوف جعل للإمام عليه السلام بطريق

(\*) لا وجه لدفع الثمن حينئذٍ إليهم بل الثمن ملك الواقف، إذ القبض إمّا شرط الصحة و إما شرط اللزوم. و على التقديرين يكون الرجوع مبطلاً للوقف و موجباً لرجوعه إلى ملك الواقف، فيكون الثمن حينئذٍ ملكاً لنفس الواقف لا للموقوف عليهم حتى يدفعه إليهم. فالحمل على ما قبل القبض بعيد غايته. إلا أن يراد السؤال عن الأفضل، لا عن الواجب المتعيّن، هذا.

(\*\*) لكن الإنصاف أنه لا داعي - مع فرض نقصان الوقف و عدم تماميته بعدم تحقق القبض - إلى تعليق جواز البيع بالاختلاف و أمثليته، بل لا وجه لهذا التعليق، ضرورة عدم إناطه جواز البيع به في صورة عدم تمامية الوقف كما لا يخفى.

لكن<sup>١١</sup> ليس في السؤال ما يوجب ظهوره

الإشاعة، و كان الواقفُ ينتظر أمره ﷺ في حصته حتى يبيعها أو يقومها على نفسه أو يدعها موقوفةً. و من هذا حاله كيف يسلم الضيعة إلى الموقوف عليهم قبل أن يأتيه أمره؟ فعدمُ حصوله - أي حصول القبض - كالمقطوع به. و هو ظاهرٌ لامرية فيه، و لا شبهة تعتريه ...»<sup>١٢</sup>.

(١) غرضه المناقشة في حمل المكاتبه على عدم حصول القبض، و هي مبتنية

على مقدمتين :

الأولى : أن أمره ﷺ في صدر المكاتبه ببيع حصته من الوقف، و بيع سائر الحصص في الذيل - عند إختلاف أربابه - مبني على سؤال ابن مهزيار و ناظرٌ إليه. و المفروض أن السؤال صالح في نفسه لأن يُراد منه إستعلام حكم الضيعة مطلقاً سواء أكان قبل دفعها إلى الموقوف عليهم أو إلى وكيلهم، أم بعده. و ليس فيه قرينة على عدم تحقق القبض ليختص الجواب بحكم هذه الحالة.

الثانية : أن الإمام الجواد ﷺ لم يستفصل من السائل أن الموقوف عليهم تسلموا الضيعة أم لا ؟ و إنما أمرَ بالبيع بلا قيد.

و نتيجة المقدمتين إنعقاد الإطلاق في جوابه ﷺ، و هو حجة. و رفع اليد عنها بحمل السؤال على موردٍ لم يتحقق فيه القبض طرحٌ لأصالة الإطلاق بلا قرينة على التقييد.

و هذا الإشكال أورده سيّد الرياض على العلامة المجلسي رحمه الله، بقوله: «لعدم صراحته في عدم القبض، بل و لا ظهوره فيه. و ترك الإستفصال في الجواب عن حصول القبض و عدمه يقتضي عدم الفرق بينهما في الحكم»<sup>١٣</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٠.

«٢» رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٧٥؛ و حكاه عنه صاحب المقابس بعنوان بعض مشايخنا، مقابس

الأنوار، ص ٦٠.

في ذلك<sup>(١)</sup>، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى<sup>(٢)</sup> ترك الإستفصال في الجواب.  
 كما أن<sup>(٣)</sup> عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر - في مقام حكاية وقف مؤبد - على ذكر بعض البطون، فترك الإستفصال عن ذلك<sup>(٤)</sup> يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.  
 والحاصل<sup>(٥)</sup> :

(١) أي : في عدم تحقق القبض ، و هو كذلك. ثم ان هذا إشارة إلى عدم قصور المكاتبة من حيث الدلالة، حيث إنه على تقدير ظهورها في عدم تحقق القبض لا تصلح لإثبات جواز بيع الوقف المؤبد التام باختلاف أربابه.  
 (٢) و هو جواز البيع في الوقف المؤبد.

(٣) هذا إشارة إلى ما تقدم بقوله في (ص ١٨١) : «مثل عدم ظهورها في المؤبد» من قصور آخر في دلالة المكاتبة.

ملخص القصور : أن عدم ذكر البطن اللاحق يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، فلا تكون المكاتبة دليلاً على جواز بيع الوقف المؤبد الذي هو محل البحث.  
 و محصل دفعه : أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب الظهور المذكور، إذ الحكاية تكون بالنسبة إلى الجهة المبتلى بها، و هي في المقام إختلاف البطن الموجود. فعدم ذكر سائر البطون حينئذ لا يدل على كون الوقف منقطعاً حتى لا تنطبق الرواية على الوقف المؤبد. و حيث كان ذكر بعض البطون متعارفاً في قسمي الوقف، و لم يستفصل عليه عن أن مورد السؤال دائم أو منقطع، إنعقد الإطلاق في أمره بالبيع لكلا القسمين، كما إنعقد بترك الإستفصال عن حصول القبض و عدمه.

(٤) أي : عن كون الوقف منقطعاً أو مؤبداً.

(٥) هذا حاصل ما تقدم بقوله في (ص ١٧٨) : «لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية ...» و محصله : أن هنا أمرين : أحدهما : إحراز عمل المشهور بالمكاتبة لجبر ضعف دلالتها على جواز بيع

أن المحتاج إلى الإنجبار بالشهرة<sup>١</sup> ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين<sup>٢</sup> ما أنيط به الجواز (\*) من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة

الوقف المؤبد الذي تمت وقفته بالقبض والقبول. وهذا ثابت بشهادة مثل الشهيد الثاني رحمته الله: «و القول بجواز البيع في الجملة للأكثر، و مستنده صحيحة علي بن مهزيار»<sup>١</sup>. فلا مجال لشبهة إعراض المشهور عن العمل بالمكاتبة.

ثانيهما: إحراز مناط جواز البيع، و هو أمرٌ إختلف المشهور فيه، كما تقدم في الصورة السابعة إلى العاشرة، فلم تتفق فتاواهم على إستظهار مسوِّغ واحدٍ منها، بل إختلفت أفهامهم فيها.

و مقصود المصنف رحمته الله: أن المقدار اللازم في مقام التمسك بالمكاتبة هو إحراز إستنادهم إليها في جواز بيع الوقف المؤبد التام، و هو حاصل كما مرّ. و أمّا إستظهار مجوّزٍ خاص فغير ثابت، و لكن لا يقدح عدم ثبوته في تحقّق الجبر بالعمل.

(١) و وجه الحاجة إلى الجبر هو ضعف دلالتها على جواز بيع المؤبد التام، إما لشبهة إنقطاع الوقف، كما ذهب إليه الصدوق و من تبعه. و إمّا لشبهة عدم تمامية الوقف كما إستظهره فخر المحققين و غيره، فلذا إحتاج إلى الإنجبار بالشهرة كما مرّ بقولنا: «أحدهما إحراز عمل المشهور ...».

(٢) معطوف على «المحتاج» يعني: أن تعيين مجوّزٍ غير محتاج إلى جبر ضعفه بالعمل، بل يكفي فيه فهمُ الفقيه و إستظهاره من الرواية.

(\*) لا يخلو من غموض، إذ ملاك الإحتياج إلى الجبر - و هو ضعف الدلالة بالنسبة إلى مناط الجواز كنفس الجواز - موجود أيضاً. فبناءً على جبر ضعف الدلالة بالشهرة لا فرق بين كون ضعفها بالنسبة إلى أصل الجواز، و بين كون ضعفها بالنسبة إلى مناطه.



إليه<sup>(١)</sup>، أو غير ذلك<sup>(٢)</sup> مما تقدم من الإحتمالات في الفقرتين المذكورتين<sup>(٣)</sup>.

نعم<sup>(٤)</sup>، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، وهي :

(١) من تلف خصوص الوقف، أو مطلق المال، أو المال و النفس.

(٢) من إحراز الأداء بالعلم أو الظن، أو كفاية الإحتمال الموهوم.

(٣) وهما قوله ﷺ في جواب المكاتبه: « وأعلمه أن رأيي إن كان قد علم

الإختلاف ... الخ » وقوله ﷺ: « فإنه ربما جاء في الإختلاف ... الخ ».

ففي الفقرة الأولى يحتمل موضوعية مطلق الإختلاف، كما يحتمل موضوعية

الإختلاف الخاص.

و في الفقرة الثانية يحتمل كونه تعليلاً حقيقياً أو مجرد تقريب للحكم، كما تقدم

تفصيل ذلك كله.

(٤) إستدراك على قوله: « لا تعيين » من عدم الإحتياج إلى الاعتضاد بالشهرة

في تعيين مناط الجواز. و محصله : وجود الحاجة إلى عمل المشهور بالرواية لأجل

جبر ضعف دلالتها من جهة أخرى، وهي ظهور تجويز البيع و توزيع ثمنها على

الموقوف عليهم في إختصاصه بالبطن الموجود. و هذا مخالف لما تقرّر في الصورة

الأولى من إقتضاء بدلية الثمن عن المبيع كونه مشتركاً بين جميع البطون لو كان الوقف

مؤبداً. و العمل بهذا الظاهر يتوقف على أحد أمور :

الأول : التصرف في مفهوم « المعاوضة » كليتة، بأن يقال بعدم إعتبار قيام

العوض مقام المعوض في جميع ما للمعوض من خصوصية و إضافة، فينتقل الوقف

بالبيع إلى المشتري، و لا ينتقل الثمن إلى الملاك، بل إلى خصوص المالك الفعلي،

لا الشأني. هذا بناءً على إشتراك الجميع في الثمن.

و لكن يمكن إبقاء المعاوضة على معناها المعهود، و الإلتزام بتكليف في خصوص

بيع الوقف - إن كان لسدّ الفتنة - و هو سقوط حق الطبقات المدومة عن الوقف

أناماً قبل البيع، و صيرورته ملكاً لخصوص الموجودين، فيقع البيع في ملكهم، و من

أن مقتضى القاعدة<sup>(١)</sup> - كما عرفت<sup>(٢)</sup> - لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر<sup>(٣)</sup> الرواية تقريره عليه السلام للسائل في تقسيم ثمن الوقف

المعلوم إقتضاء المعاوضة إختصاصَ الثمن بالموجودين، لخروج المعوض عن ملكهم خاصة.

الثاني : حمل السؤال على الحبس الذي لا يخرج المحبوس عن ملك الحابس، و نتيجته أجنبية الرواية عما نحن فيه من الوقف المؤبد.

الثالث : حمله على الوقف المؤبد الذي لم يتحقق شرط صحته أو لزومه، و هو إما القبض، و إما صيغة الوقف، و إن وطّن نفسه على إنشاء وقفية الضيعة بعد تلقّي جواب الإمام عليه السلام، هذا.

ثم إستشهد المصنف رحمته الله ببعض ما يؤيد إنقطاع الوقف أو عدم تماميته. و على كلّ فلا بدّ من جبر ضعف الدلالة - من هذه الجهة - بفهم المشهور الوقف المؤبد و إن لم تكن المكاتبة ظاهرة فيه.

(١) يعني : أن ضعف الدلالة مبني على القول بإشتراك الجميع في الثمن، فلو قيل بإختصاصه بالبطن الموجود في جميع المسوّغات لم يكن في المكاتبة ضعفٌ من هذه الجهة.

(٢) يعني : في الصورة الأولى، حيث قال : « و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود ... » فراجع<sup>(٤)</sup>.

(٣) يعني : و الحال أن ظاهر الرواية تقرير الإمام عليه السلام للسائل في إختصاص الثمن بالموجودين، لقول السائل : « فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، و يدفع إلى كلّ إنسانٍ منهم ما وقف له من ذلك أمرته » و قرّره عليه السلام بقوله : « إن كان قد علم الإختلاف بين أرباب الوقف ... فليبع ».

و هذا التقرير أسدّ الوجوه الموجبة لظهور الرواية في الوقف غير التام.

على الموجودين، فلا بد<sup>(١)</sup> : إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا<sup>(٢)</sup> بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنأماً قبل البيع ، لتقع المعاوضة في ما لهم . وإما<sup>(٣)</sup> من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعني الحبس<sup>(٤)</sup> الذي لا إشكال في بقائه على ملك الواقف<sup>(٥)</sup> ، أو<sup>(٦)</sup> على الوقف غير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف و إن تحقق التوطين عليه، و تسميته<sup>(٧)</sup> وقفاً بهذا الاعتبار.

(١) مقصوده علاج ضعف الدلالة، و قوله : « إما » إشارة إلى ما تقدم بقولنا : « الأول : التصرف في مفهوم المعاوضة كليّة ... ».

(٢) متعلق بـ « رفع اليد » فبناءً على هذا التكلف تبقى المعاوضة على معناها الحقيقي. و إن كان من الممكن تبديل « إلا » بـ « أو » أو « إما » ليكون المعنى : « إما برفع اليد ... و إما بالالتزام بسقوط حق سائر البطون عن الوقف، حفظاً لمفهوم المعاوضة الحقيقية ».

(٣) معطوف على « إما » و تقدم توضيحه بقولنا : « الثاني حمل السؤال على الحبس ».

(٤) يعني : أن المراد ليس هو الوقف المنقطع الذي إختلفوا في خروج الملك فيه عن ملك الواقف و عدمه، بل المقصود من المنقطع هو الحبس.

(٥) فيكون تقسيم الثمن على الجماعة تفضلاً عليهم و إحساناً لهم، لا لكونه ملكاً لهم.

(٦) معطوف على « على الوقف المنقطع » و تقدم آنفاً بقولنا : « الثالث ».

(٧) كأنه أراد دفع توهم، و هو : أنه لو لم يتم الوقف لم يكف مجرد توطين النفس في صيرورة الضيعة وقفاً، لصحة سلب العنوان حقيقة، مع أن الوارد في كلام الإمام و السائل هو « الوقف » فلا بد أن يكون قد تمّ الوقف حينئذٍ، و لا يتجه الحمل الأخير.

و يؤيده<sup>١</sup> : تصدّي الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يُحمل<sup>٢</sup> على كونه ناظراً، أو يقال<sup>٣</sup> : إنه أجنبي إستأذن الإمام عليه السلام في بيعه حسبة. بل يمكن<sup>٤</sup> أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين

فدفعه المصنف رحمته الله بأنه لا مانع من تسميته وفقاً بإعتبار ما يؤول إليه، فإن التوطين يستتبع التلطف بالصيغة.

(١) هذا ثاني الوجوه الموجبة لظهور الرواية في الوقف غير التام، يعني : و يؤيد حمل السؤال على الوقف غير التام تصدّي الواقف للبيع، إذ لو تمّ الوقف و جاز بيعه لبعض المسوغات جاز للموقوف عليه، لا للواقف المفروض كونه أجنبياً عن الموقوفة. و تقدم في (ص ١٨٢) أن صاحب المدائق رحمته الله أيد هذا المطلب كلام العلامة المجلسي رحمته الله.

و التعبير بالتأييد - دون الدلالة - لأعمية هذا التصدي من بقاء الضيقة على ملكه، و لذا أورد عليه صاحب المقابس رحمته الله بما في المتن من احتمال اشتراط النظارة و التولية لنفسه، فجاز له البيع و إن لم يكن مالكاً.

أو كون الواقف أجنبياً لكن إستأذن من الإمام عليه السلام بيع الوقف قرينةً إليه تعالى لئلا يؤدّي بقاءه إلى الفتنة، فأمره عليه السلام به. و لو باع بدون الإستيذان كان فضولياً غير نافذ كما هو واضح.

(٢) قال في المقابس : « فيمكن دفعه - أي دفع التأييد - بإحتمال كون متولّي الوقف هو الواقف في حياته كما يتفق كثيراً »<sup>١</sup>.

(٣) معطوف على « يُحمل » و الإستيذان منه منوط بعدم متولّ خاص له، و إلا فهو المتصدّي لذلك، و لا يصير من الأمور الحسبية.

(٤) الظاهر أن الداعي إلى بيانه هو سدّ باب ما يقتضيه ترك الإستفصال من

الموجودين مفروغاً عنها - مع أن المركز في الأذهان إشتراك جميع البطون في الوقف و بدله - أن<sup>(١)</sup> مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف<sup>(٢)</sup>، لإنقطاعه<sup>(٣)</sup>، أو لعدم تمامه.

و يؤيده<sup>(٤)</sup>: أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام

جواز بيع الوقف المؤبد، إذ المراد بقوله: «بل يمكن ... الخ» أن قاعدة البدلية و إن اقتضت كون الثمن مشتركاً بين جميع البطون، و لكن الإمام عليه السلام لما فهم من مفروغية قسمة الثمن بين البطن الموجود - عند السائل - أن مورد السؤال باقٍ على ملك الواقف، لم يحتاج إلى الإستفصال. فترك الإستفصال حينئذ لفهم الإمام عليه السلام جهة السؤال، فلا يحتاج إلى الإستفصال حتى يقال: إن تركه أمانة على عموم الجواب للوقف المؤبد، و الإحتياج إلى الإستفصال إنما يكون فيما لم يعلم جهة السؤال.

(١) الجملة منصوبة محلاً، لكونها مفعولاً لـ «فهم».

(٢) لا خصوص المؤبد، و لا الأعم منه و من المنقطع. و الوجه في عدم احتمال شيءٍ منهما علمه عليه السلام بجهة السؤال و كون الوقف منقطعاً، أو غير تام.

(٣) علة لبقاء الضيعة على ملك الواقف.

(٤) هذا ثالث الوجوه الموجبة لظهور الرواية في غير الوقف المؤبد التام.

وجه التأييد أن الواقف جعل خمس الضيعة لشخص الإمام عليه السلام، و لم يذكر أنه وقفه عليه عليه السلام و على أعقابه، و من المعلوم أن الوقف على الشخص ليس وقفاً مؤبداً. و تقدم في (ص ١٨٥) أن صاحب المقابس جعل عدم حصول القبض مقطوعاً به، هذا.

و لكن التعبير بالتأييد دون الدلالة و الظهور لأجل إمكان رده، بأن يقال: إن الخمس جعل وقفاً على عنوان الإمام الذي هو كلي، غاية الأمر أن مصداقه في كل عصرٍ منحصرٌ في واحدٍ. و بلحاظ إنطباق هذا العنوان على الإمام الجواد صلوات الله عليه قال السائل: «و جعل لك في الوقف الخمس».

هو هذا النحو<sup>(١)</sup> أيضاً<sup>(٢)</sup>.

إلا أن يُصلح<sup>(٣)</sup> هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام .

أو غير ذلك مما فصل الكلام فيه صاحب المقابس رحمته ، فراجعته<sup>(٤)</sup>.

(١) أي : كون الوقف منقطعاً أو غير تام من جهة عدم القبض أو القبول.

(٢) يعني : كما أن ذيل المكاتبه ظاهر في إنقطاع الوقف أو عدم تمامه.

قال المحقق الشوشترى رحمته في عداد ما يوجّه به المكاتبه : « رابعها : ما ذكروه

من عدم حصول القبول أو القبض، فلم يكن - أي الوقف - لازماً من طرف الإمام عليه السلام قطعاً، و لا من طرفه. لكن الرجوع في الوقف بعد التقرب به أمرٌ مرغوب عنه شرعاً مطلقاً. و إذا كان - أي الوقف - على الإمام فالأمر فيه أشدّ، بحيث إنّه يتلو اللازم - أي الوقف اللازم - في الحكم ... »<sup>(٥)</sup>.

و قد تحصّل إلى الآن وجود الخلل في دلالة المكاتبه، من جهة شبهة إنقطاع الوقف أو عدم تماميته. و مع عدم ظهورها في المؤبد يشكل الإستناد إليها في تخصيص عموم النهي عن شراء الوقف.

(٣) غرضه إصلاح الخلل و جبر ضعف الدلالة بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، لإنحصار مستندهم - في تجويز البيع في الصور الأربع المتقدمة - في المكاتبه، و يقال : إنّ و هن ظهورها يرتفع بعمل المشهور بها في جواز بيع الوقف المؤبد بعروض الفتنة و الاختلاف.

و بالنسبة إلى ظهورها في إختصاص الثمن بالموجودين : إمّا أن نلتزم بسقوط حق المعدومين آنأماً قبل البيع، و إمّا أن نمنع تقرير الإمام عليه السلام لجواز توزيع الثمن على الموجودين خاصة.

و تقريب المنع هو : أن دفع الثمن إلى الموقوف عليهم و ردّ في السؤال، لا في

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٥٢ و ٥٣

«٢» المصدر ، ص ٥٤

و يقال<sup>(١)</sup> : إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصّصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف، و موجباً لتكليف<sup>(٢)</sup> الإلتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو<sup>(٣)</sup> منع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين. و يبقى الكلام في تعيين المحتملات<sup>(٤)</sup> في مناط جواز البيع، و قد عرفت<sup>(٥)</sup> الأظهر منها.

الجواب، و من المعلوم أنّ العبرة بكلام المعصوم عليه السلام و تقريره، و هو صلوات الله عليه و إن جوّز البيع، لكنه لم يتعرض لحكم الثمن، فيحتمل أنه قرّر السائل في التوزيع على الموجودين. و يحتمل أنه بيّن حكم البيع من دون نظرٍ إلى ما يُفعل بالثمن. و مع هذا الإحتمال يرتفع المذخور المتقدم أعني به ظهور الخبر في إختصاص الثمن بالموجودين.

(١) معطوف على « يصلح » و مفسّر له.

(٢) التعبير بالتكليف لأجل أن الإلتزام بسقوط حقّ اللاحقين مخالف لمفهوم المبادلة.

(٣) معطوف على قوله : « و يقال » ، يعني : يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، و منع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين حتّى يكون مخالفاً لمفهوم المبادلة. و عليه فيتعين إستفادة حكم الثمن من دليلٍ آخر، و لو كان ما يقتضيه حقيقة المعاوضة من إشتراك الكلّ فيه.

و المتحصّل إلى هنا : إنجبار ضعف ظهور المكاتبه - في الوقف المؤبد - بعمل المشهور بها، و يبقى تعيين مفادها في بعض الصور المتقدمة.

(٤) أي : محتملات المكاتبه، حيث قال في (ص ١٧٤) : « و الحاصل : أن جميع

الفتاوى في جواز بيع الوقف ... مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكورة ».

(٥) حيث قال في (ص ١٧٥) : « و الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز

بالإختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس ... ».

لكن في النفس شيء<sup>(١)</sup> من الجزم بظهوره<sup>(٢)</sup>. فلو إقتصر<sup>(٣)</sup> على المتيقن من بين المحتملات - و هو الإختلاف المؤديّ علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف، و نفوس الموقوف عليهم - كان<sup>(٤)</sup> أولى.

و الفرق<sup>(٥)</sup> بين هذا القسم و القسم الأوّل من الصورة السابعة الذي جوّزنا

(١) و هو أن كلمة « ربما » تستعمل في الإحتمال و العلم و الظن، و إستعمالها في الجميع شائع، و لم تثبت أظهرته في الإحتمال حتى يكون الكلام ظاهراً فيه، فيصير الكلام مجملاً. و لا بدّ حينئذٍ من الأخذ بالمتيقن، و هو العلم و الظن، بل العلم فقط، إلا أن يثبت إجماع عليه.

(٢) أي : بظهور الخبر في ما جعلناه سابقاً أظهر محتملاته، فهذا تأمّل في حسابان أظهرية الخبر في شموله للإحتمال الموهوم بأداء بقاء الوقف إلى الخراب، حيث قال هناك : « و لا خصوص المؤديّ علماً أو ظناً ».

(٣) هذا نتيجة الدغدغة في ما إستظهره سابقاً من المكاتبه . و مقصوده الإقتصار على المتيقن المستفاد منها و هو العلم أو الظن بأداء الإختلاف إلى تلف خصوص الوقف و خصوص أهله، فلا عبرة بالإحتمال، و لا بغير الإختلاف من موجبات الخراب و التلف، و لا بتلف غير الوقف و غير الموقوف عليهم.

(٤) جواب قوله : « فلو إقتصر ».

(٥) غرضه بيان الفرق بين ما ركن إليه أخيراً بقوله : « و هو الإختلاف المؤدي ... » و بين تجويزه البيع في أوّل قسمي الصورة السابعة.

و محصل الفرق : أن المناط في القسم الأوّل هو الخراب المسقط لمنفعة الوقف رأساً. و لكن المناط المستفاد من المكاتبه - بقرينة مورد السؤال و هو الضيعة - تلف المال، سواء صدق عليه تلف الوقف أم لا، لوضوح عدم إستلزام تلف الضيعة إنعدام تمام منافعتها، فلو لم تصلح للزراعة - بسبب غور مائها مثلاً - أمكن الإنتفاع بها بإيجارها لأمر آخر.



فيه البيع : أن المناط في ذلك القسم العلمُ أو الظنُّ بتلف الوقف رأساً<sup>(١)</sup>.  
و المناط<sup>(٢)</sup> هنا خرابُ الوقف الذي يتحقق به تلفُ المال و إن لم يتلف الوقف،  
فإن<sup>(٣)</sup> الزائد من المقدار الباقي مالٌ قد تلف.

و ليس المراد من التلف في الرواية (\*) تلفُ الوقف رأساً حتى يتحد  
مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا<sup>(٤)</sup> ما هو الغالب في تلف الضيعة<sup>(٥)</sup> التي

فلو كانت عوائد الضيعة العامرة ألف دينار سنّة، و أدّى إختلاف أربابها إلى  
نقص العوائد بمقدار خمسمائة دينار، صدّق « أداء الإختلاف إلى تلف المال » لكون ما  
يعود منها مالاً كنفس الضيعة، و إن لم يصدق عنوان تلف الوقف بقول مطلق. و العبرة  
في المكاتبه بتلف المال، لا بتلف الوقف حتى يختص مدلولها بالقسم الأوّل من الصورة  
السابعة.

(١) لأنه جعلَ عنوانَ القسم الأول : تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع  
به نفعاً يعتدّ به عرفاً.

(٢) معطوف على « المناط » و المشار إليه بقوله هنا : ما إستقرّ عليه رأيه  
أخيراً، حيث قال : « فلو إقتصرت على المتيقن من بين المحتملات ... كان أولى ».

(٣) تعليل لوجه العدول عن تجويز البيع في خصوص أوّل قسمي الصورة  
السابعة، و تقدم توضيحه آنفاً.

(٤) المشار إليه هو تلف الوقف رأساً.

(٥) نعم ، قد يكون تلف غير الضيعة - كالدار و الحمام و الدكان الموقوفة -

(\*) هذا صحيح إن لم يكن المراد بتلف المال تلف العين الموقوفة، و إلا  
فظاهر التلف المطلق هو تلف الوقف رأساً، فيتحد مع القسم الأوّل من الصورة  
السابعة، و إن لم يكن المراد بتلف المال تلف العين الموقوفة بل أعم منها و من  
منافعها، كان أعمّ مطلقاً من القسم الأوّل.

هي مورد الرواية<sup>(١)</sup>، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها<sup>(٢)</sup>.

ثم إن<sup>(٣)</sup> الظاهر من بعض<sup>(٤)</sup> العبارات المتقدمة - بل المحكي عن الأكثر<sup>(٥)</sup> - أن الثمن في هذا البيع<sup>(٦)</sup> للبطن الموجود. إلا أن ظاهر كلام جماعة<sup>(٧)</sup>

بمعنى سقوطها عن الفائدة رأساً، كما تقدم في الصورة الثانية و الثالثة.

(١) و لا بد من أن يراد بتلف الضيعة قلة عوائدها لا الخراب بالمرّة، لأن موردية الضيعة للسؤال توجب نصوصية جواز البيع فيها.

(٢) يعني : و ليس تلفها بسقوطها عن المنفعة رأساً.

(٣) غرضه من هذه العبارة إلى آخر البحث تحقيق جهة أخرى مما يتعلق بالمكاتب، و هي تعيين حكم الثمن من حيث إختصاصه بالموجودين حال البيع، أو شركة الجميع فيه، و توجيه كلام المحقق الثاني رحمته و من تبعه بوجهين كما سيأتي.

(٤) كقول الشيخ المفيد رحمته : « فَلَهُمْ حِينَئِذٍ بَيْعُهُ وَ الْإِنْتِفَاعُ بِثَمْنِهِ ».

(٥) لم أفق على من حكاها عن الأكثر - بقول مطلق بعد ملاحظة مفتاح الكرامة و المقابس<sup>(١)</sup> و الجواهر و بعض آخر. و لعلّ مراد الحاكي أن الإختصاص رأي أكثر القدماء، و هو لا يخلو من وجه، فإن السيدين إدعيا الإجماع على ذلك، و نقله السيد العاملي عن المفيد و أبي يعلي، و الشيخ في النهاية و المسوط، و القاضي في المهذب<sup>(٢)</sup>.

(٦) أي : بيع الوقف لدفع الخلف بين الموقوف عليهم، في قبال بيعه لأجل الخراب الفعلي كما تقدم في الصورة الأولى، فلقاتل أن يقول بوجود التبديل هناك دون ما نحن فيه.

(٧) و هم العلامة - في التذكرة و المختلف - و أكثر من تأخر عنه كالفاضل

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٦

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٥٤، و ج ٩، ص ٨٨

- بل صريح بعضهم كجامع المقاصد<sup>(١)</sup> - هو : أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف، تحصيلاً<sup>(٢)</sup> لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. وهذا<sup>(٣)</sup> منه رحمته مبني على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة

السيوري و ابن فهد و الشهيد الثاني و الفيض الكاشاني و غيرهم، كما حكاها عنهم السيد العاملي رحمته<sup>(٤)</sup>.

(٢) تعليل لوجوب شراء البديل.

(٣) أي : وجوب شراء بده إن أمكن، و غرضه توجيه فتوى المحقق الثاني بعدم إختصاص الثمن بالبطن الموجود. و توضيحه : أنه رحمته إستدلّ بمكاتبة ابن مهزيار على جواز البيع إذا حصل خُلف بين أربابه، كما أنه إستدل برواية جعفر بن حيان على جوازه إن لحقت حاجة شديدة بالموقوف عليهم. و حكمه بوجوب شراء البديل في الأوّل يمكن توجيهه بوجهين :

إمّا منع ظهور جواب الإمام عليه السلام - في المكاتبة - في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين خاصة، بأن يكون الجواب ناظراً إلى أصل جواز البيع في مورد الإختلاف.

و إمّا منع العمل بهذا الظهور بعد تسليمه، و وجه المنع معارضته بما هو أقوى منه من إقتضاء المعاوضة و المبادلة قيام الثمن مقام الثمن في ما كان له من إختصاص و إضافة، و حيث إنّ الثمن ملك فعلي للموجودين، و شأنه للأحقين، كان الثمن مثله، و لا يختص بالطبقة الحاضرة حال البيع. هذا مبني نظر المحقق الثاني رحمته.

لكن لا يتم شيء منهما. أمّا الثاني فلمنافاته لقوله بإختصاص الثمن بالموجودين لو بيع الوقف للحاجة الشديدة. وجه المنافاة : أن الدليل على إختصاص

(١) جامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٧، و تقدم كلامه في الأقوال، فراجع ج ٦، ص ٥٦٩

(٢) مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٥٤ و ج ٩، ص ٨٨

الثن على الموجودين، أو على<sup>١١</sup> منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من إشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل.

لكن الوجه الثاني<sup>١٢</sup> ينافي قوله بإختصاص الموجودين بثمن ما يُباع للحاجة الشديدة، تمسكاً برواية جعفر (\*). فيتعيّن الأول، وهو منع التقرير،

الثن بالبطن الموجود - فيما إذا كان مسوّغ البيع حاجة أرباب الوقف - هو تقرير رواية جعفر بن حيّان المتقدمة، وهذا التقرير بعينه موجود في المقام وهو إختلاف الموقوف عليهم. فالبناء على حجية التقرير هناك بحيث تخصص به عمومات المنع عن بيع الوقف ينافي البناء على عدم حجية التقرير في المكاتبه في صورة خلف أرباب الوقف. فلا وجه للتفكيك في الحجية بين التقريرين، بل لابدّ من الإلتزام بحجتيه في المقامين أو الإلتزام بعدمها فيهما، ولا معنى للتفصيل بينهما.

و بالجملة : أن المعاوضة لو إقتضت إشتراك الجميع في البديل كالمبديل، إمتنع الحكمُ بصرف الثمن في حاجة الموجودين، بل اللازم كونه مشتركاً بين الكلّ، فتصريح المحقق الثاني بعدم وجوب شراء البديل في هذا البيع منافٍ لمفهوم المبادلة.

و أمّا الأول - وهو منع التقرير - فيرده كونه خلاف مقتضى التأمل في المكاتبه، لأنّ الظاهر مطابقة الجواب للسؤال بتمامه، لا لجهةٍ دون أخرى. و عليه فينبغي جعل البيع للحاجة و لدفع الخلف من باب واحد، و عدم وجوب التبديل في المقامين.

(١) معطوف على « على منع » وإشارة إلى الوجه الثاني المتقدم بقولنا: « و إمّا منع العمل ... ».

(٢) غرضه إبطال الوجه الثاني بالمنافاة، و تقدم توضيحه آنفاً.

(\* هذا بناءً على تصريحه في كتاب البيع، ولكنه في باب الوقف أوجب شراء البديل في مورد الحاجة أيضاً، لقوله: « و إذا كان المجوّز للبيع حاجة الموقوف عليهم،

لكنه<sup>١</sup> خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

---

(١) أي : لكنّ منع التقرير مخالف لظهور المكاتبة بعد التأمل فيها.  
هذا تمام الكلام في الوقف المؤيد، و يقع الكلام في المنقطع إن شاء الله تعالى.

---

و أمكن شراء ما تكفيهم غلته و يكون وقفاً و جب «<sup>١</sup>».

و أما<sup>١</sup> الوقف المنقطع ، و هو : ما إذا وقف على مَنْ ينقرض - بناءً على

١) معطوف على قوله : « أما الأوّل » و كان المناسب التعبير هنا بـ « و أما

الثاني »

ثم إنّ « الوقف المنقطع » يطلق تارةً على ما إذا جعل المال على مَنْ ينقرض - سواء أكان شخصاً معيّناً كزيد. أم جمعاً معينين كأولاده - و السكوتُ عمّا يصنع به بعد الإنقراض.

و أخرى على الوقف المقترن بمدةٍ كعشرين سنة مثلاً - إن لم يُرد به الحبس - و هو مورد تسالمهم على البطلان.

قال السيد العاملي في شرح قول العلامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « أو قرنه بمدةٍ لم يقع » ما لفظه : « كما في الغنية و السرائر و الشرائع، و كذا الإستبصار، و هو معنى إجماع الخلاف و الغنية و السرائر و غيرها، إذ هو تفريع على إشتراط الدوام<sup>٢</sup> ». و في الجواهر : « فلو وقفه و قرنه بمدةٍ بطل قطعاً مع فرض إرادته وقفاً<sup>٣</sup> ».

و بالجملة : فالمقصود بالمنقطع الآخر هو المعنى الأوّل أي الوقف على من ينقرض غالباً. و المعروف في حكمه الصحة، على خلاف بينهم في مآل الوقف بعد إنقراض الموقوف عليه، كما سنشير إليه. و لم يُعرف القول بالبطلان إلا من بعض

١) مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٦

٢) جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٥١

صحته كما هو المعروف<sup>(١)</sup> -

الأصحاب على ما حكاه شيخ الطائفة عنه، حيث قال ﷺ: « فإذا علقه بما ينقرض، مثل أن يقول: وقفتُ هذا على أولادي و أولاد أولادي، و سكت على ذلك. أو وقف على رجل بعينه، أو على جماعة بأعيانهم، و سكت على ذلك، فهل يصح ذلك أم لا؟ من أصحابنا من قال: يصح. و منهم من قال: لا يصح... »<sup>(٢)</sup>.

(١) التعبير بالمعروف - دون المجمع عليه - في قبال القول بالبطلان رأساً كما حكي في المبسوط. قال في الجواهر في شرح عبارة المحقق: « و قيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون، و هو أشبه » ما لفظه: « بمعنى أنه يصح وقفاً، كما هو صريح جماعة، بل في جامع المقاصد نسبته إلى الشيخين و المختلف و التذكرة و أكثر الأصحاب. بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناءً على احتمال إرادة المساواة في الحكم من التصريح بكونه حبساً<sup>(٣)</sup> » (\*).

(\* غرضه ﷺ أن جمعاً كثيراً من القائلين بصحة الوقف على من ينقرض عبروا بكونه حبساً كما نقله السيد العاملي عن صريح جماعة و ظاهر آخرين كابني حمزة و سعيد و المحقق و العلامة و فخر المحققين و الشهيدين و ابن فهد و الفاضل المقداد و المحقق الثاني و غيرهم. و من يظهر منه كونه وقفاً هو الشيخ المفيد و ابن إدريس و محتمل كلام بعض آخر. و عليه لا يكون القول بصحة الوقف المنقطع - بعنوانه لا بعنوان الحبس - معروفاً، بل و لا مشهوراً.

و لعله لهذا إقتصر صاحب الرياض ﷺ على نقل قولين في الوقف على من ينقرض غالباً، أحدهما بالطلان، و الآخر صحته حبساً لا وقفاً، و أن القول بصحته وقفاً نادر جداً غير معروف أصلاً<sup>(٣)</sup>.

«١» المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٥٤

«٣» رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٠٦

إلا أن صاحب الجواهر رحمته ذهب إلى إرادتهم الوقف المنقطع من الحبس، عند من يرى رجوع المال بعد إنقراض المسمين إلى الواقف أو ورثته، بقرينة ما يفهم من أدلتهم، و أن الحبس عقد آخر غير الوقف المنقطع آخره، إذ المقصود منه التسليط على العين لإستيفاء منفعتها لا تملك الرقبة، فلا معنى لإنشاء الوقف و وقوع الحبس. و إستشهد ببعض كلماتهم لذلك، كقول المحقق الثاني رحمته بعد نقل عبارة التذكرة : « فعلى هذا تكون بعض أقسام الوقف حبساً، و حينئذٍ فالنزاع يرجع إلى التسمية فقط »، فراجع رحمته.

و لا بأس بالإشارة إلى ما استدل به على صحة الوقف المنقطع. و هو وجوه :  
فمنها : الأصل، المراد به إما أصالة عدم إشتراط الوقف بالتأييد، إذ مفهومه « تحبب الأصل و تسهيل الثمرة » الصادق عليه كصدقه على المؤبد، فلو إعتبر فيه كان منشؤه إشتراطه شرعاً، و هو مشكوك فيه، فينفى بالأصل.

و إما أصالة عدم مانعية الإنقطاع بناءً على جريان الأصل في شرائط المركبات و أجزائها و موانعها، و كذا في الأمور الإعتبارية الإنشائية. و معه لا مجال لأصالة الفساد المقتضية لعدم ترتب الأثر على فاقد الشرط المشكوك الدخل، أو واجد المانع كذلك. و تقدم بعض الكلام فيه في مقدمة ألفاظ العقود رحمته.

لكن لا تصل النوبة إلى الأصل العملي إلا مع عدم الإطلاق اللفظي و المقامي، في أدلة العقود، و في خصوص الوقف كما سيظهر.

و منها : الأمر بالوفاء بالعقود، إما لكون الوقف من العقود لإعتبار القبول فيه مطلقاً، و إما لكون المراد بالعقد في الآية مطلق العهد كما في صحيحة ابن سنان، و الوقف عهدٌ و إن أنشئ بالإيجاب خاصة، فيكون نافذاً.

«١» جواهر الكلام . ج ٢٨ . ص ٥٥ : جامع المقاصد . ج ٩ . ص ٢٠

«٢» راجع هدى الطالب . ج ٢ . ص ٣١٨ - ٣٢٥



و منها : عموم قوله ﷺ في مكاتبة الصفار : « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » لظهوره في إمضاء الوقف الموقت بكلا تفسيريه الواردين في سؤال المكاتب، و هو قوله : « قال قوم : إن الموقت هو الذي يُذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه، فإذا إنقرضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها. و قال آخرون : هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين و الذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف و لم يذكر أحداً »<sup>١</sup>.

لدلالته على أن المعهود من عنوان « الوقف الموقت » في غرف المكاتب - و هو الصفار - ما يُذكر فيه الموقوف عليه، إماماً مع قرينة التأييد كالوقف على أشخاص أو جهة، ثم تعقبه بكونه للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، كما هو رأي قوم. و إماماً بالإقتصار على شخص و عقبه ما بقوا، و عدم تعيين مآل الوقف بعد إنقراضهم. و الأول مؤبد، و الثاني منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. و يقابلهما غير الموقت أي ما لم يُذكر الموقوف عليه أصلاً، و هو باطل.

و بالجملة : فالقرينة الداخلية - و هي قول الصفار : « قال قوم ... و قال آخرون » - تشهد بأن المراد بالموقت ليس هو المقترن بعمدة و أجل، و إن كان المتبادر منه هو المحدود بزمان، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

و منه يظهر متانة ما أفاده شيخ الطائفة رحمته من تفسير إجمال صحيحة ابن مهزيار بصحيحة الصفار، حيث قال : « و معنى هذا الذي رواه علي بن مهزيار من قوله : كل وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه : أنه إذا كان الموقوف عليه مذكوراً، لأنه إن لم يُذكر في الوقف موقوف عليه بطل الوقف. و لم يرد بالوقت الأجل، و كان هذا تعارفاً بينهم. و الذي يدل على ذلك ما رواه محمد بن الحسن الصفار ... »<sup>٢</sup>.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٠٧ - ٣٠٨، الباب ٧ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث ٢

«٢» تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٢ : الإستبصار، ج ٤، ص ١٠٠

لكن قد يُشكل هذا التفسير بذكر « الورثة » في كلتا الكليتين في صحيحة ابن مهزيار من قوله: « واجب على الورثة ... باطل مردود علي الورثة » مع عدم الدخول في الصحة و البطلان.

و لعلّه قد يوجّه تارةً بما ذهب إليه جمع من المحدثين و الفقهاء من إبقاء « الوقت » على ظاهره و هو المدة، و إرادة الحبس من الوقف.

قال العلامة المجلسي الأوّل رحمته: « إعلم أن ظاهر الجواب : أن الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤبداً بأي وجه كان سواء ضمّ الفقراء و المساكين ... أو لم يضمّ فهو وقف مؤبد. و إن كان موقتاً بأن يكون إلى مدة معلومة أو على شخص معين - و الغالب إنقراضه - فليس بوقف بالمعنى الأخص، و لكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه مادام المحبوس عليه حياً، و بعده يرجع إلى ورثة الواقف. و هذا معنى قوله عليه: باطل مردود على الورثة، أي يبطل بعد المدة، لا أنه باطل عند الصيغة ... »<sup>١١</sup>.

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازاً فيه منوط بقريفة مفقودة. و مجرد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قريفة على إرادة الحبس، لتوقفها على المنافاة عرفاً بين مفهوم الوقف و التقييد المزبور حتى يكون التقييد قريفة على إرادة خلاف الظاهر، و المفروض عدم دخل التأيد - بهذا المعنى - في مفهوم الوقف. و منافاة ظهور صدر مكاتبة ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف الموقت بـمـدة، لا توجب الحمل على الحبس ما لم تنهض قريفة عليه.

و أخرى بما إختاره صاحب الجواهر رحمته بعد إبقاء « الوقف » على معناه المقابل للحبس، من أن الصحة تكون باعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، و الفساد بلحاظ

« ١١ » روضة المتقين، ج ١١، ص ١٥٠، و أفاد نحوه بحمله العلامة في ملاذ الأخيار، ج ١٤، ص ٤٠٣، و غيرها، فلاحظ الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٨؛ الحدائق الناظرة، ج ٢٢، ص ١٣٥؛ رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٠٦؛ مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٦ و ١٧.

إنقراضه. قال ﷺ: « ففي مثل المفروض هو موقت مادام الموقوف عليه موجوداً، و غير موقت إذا إنقضوا، فيثبت له حكم كل منهما من الصحة و الفساد، ضرورة أن قوله ﷺ في الصحيح الأوّل: - هو كذلك عندي - تقرير للكليتين المفسرين بالصحيح الآخر - أي صحيح الصفار - الذي هو كالصريح في صحة الوقف بالتفسير الثاني منهما، و هو مفروض مسألتنا «<sup>١</sup>» و إستشهد على ذلك بما ورد في الذيل من كونه مردوداً على الورثة، إذ لو كان باطلاً من أوّل الأمر لكان مردوداً على الواقف الذي لم ينتقل المال عنه حتى يرد عليه مرة أخرى.

و لكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر المكاتبه التفصيل بين الموقت و غير الموقت، بالصحة في الأوّل و البطلان في الثاني، لا أن الموقت يصح في مدة بقاء الموقوف عليه، و يبطل بعده، حتى يكون إنشاء وقف متصفاً بالصحة في زمان حياة الموقوف عليه و بالفساد بإنقضائه.

و بعبارة أخرى: ان توصيف « الوقف » بالصحة و الفساد تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنه يحكم على فرد واحد من طبيعى الوقف بالصحة في مدة، و بالبطلان في مدة أخرى.

و أخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعي بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصحة من أوّل الأمر، و مادام عنوان « الوقف » و بعضها محكوم بالبطلان كذلك، لفقد شرط أو إقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلاً. و الظاهر من الصحيحة هو الثاني، فالموقت صحيح، سواء أكان الموقوف عليه دائماً أم منقرضاً، و غير الموقت باطل.

و إنتهاء الوقف في المنقطع بإنقراض الموقوف عليه لا يوجب توصيفه بالبطل، إذ البطلان بإنقضاء الموقوف عليه نظير إنتفاء الوقف بإنقضاء الموقوفة في كونه من إنتفاء

فإمّا<sup>(١)</sup> أن نقول ببقائه

(١) أعلم : أن محتملات مآل العين - بعد إنقراض الموقوف عليه - ثلاثة ، كما في كتب الأصحاب :

أولها : العود إلى الواقف أو ورثته، و هو قول الأكثر كما في المسالك.

ثانيها : الإنتقال إلى ورثة الموقوف عليهم، نُسب إلى الشيخ المفيد و ابن إدريس رحمهما .

ثالثها : الصرف في وجوه البرّ ، نُسب إلى السيد أبي المكارم رحمته .

قال المحقق الثاني رحمته : « ثم على بالقول بصحته وقفاً، فهل يرجع إلى ورثة

العارض بانتفاء موضوعه، و هو ضروري.

وقوله رحمته : « مردود على الورثة » لا يكون قرينة على إرادة الوقف المنقطع، كما لا يكون قرينة على إرادة الحبس، فلعلّ ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه، و إلا فالوقف إن كان صحيحاً فقد وجب على الواقف، و إن كان باطلاً فقد ردّ إليه.

إلا أنّ إبهام جملة « النفوذ على الورثة و الردّ عليهم » لا يقدح في الإستدلال بالمكاتبه على مشروعية الوقف المنقطع و مُضيه على الواقف، و عدم دلالتها على صحة الحبس كما ورد في كلمات من أشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثاني رحمته بكون الوقف مجازاً فيه، و عدم ما يصلح للقرينة عليه.

فلو كان تبادل المدة من « الوقت » مانعاً عن إرادة الموقوف عليهم، كان تبادل « الوقف » المصطلح مانعاً عن الحمل على الحبس، و ليست قرينة التعارف المستفادة من مكاتبه الصغار أضعف من قرينة إنقراض الموقوف عليهم حتى نلتجئ إلى إرادة الحبس.

و المتحصل : وفاء المكاتبه بإثبات صحة الوقف المنقطع، و يقع الكلام في ما أفاده المصنف رحمته من تعيين المالك له، و جواز بيعه و عدمه.

على ملك الواقف<sup>(١)</sup>، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم<sup>(٢)</sup>.

الواقف أم إلى ورتة الموقوف عليه، أم يصرف في وجوه البرّ؟ أقوال أيضاً<sup>(٣)</sup>.  
و أمّا الإحتمال الرابع - وهو المذكور أولاً في المتن من بقائه على ملك الواقف - فمبنيٌّ على كون الوقف المنقطع حسباً حقيقةً كما في المسالك وغيره. لبقائه على ملك المحاسب.

و أمّا بناءً على مفروض الكلام من كون المنقطع كالمؤبد وقفاً حقيقةً، فيظهر من بعض القول به.

ففي الجواهر: «و المصحح ببقاء العين هنا - مع ندرته - مدّع أن هذا الوقف له حكم الحبس، و إنما الذي يخالفه - أي يخالف بقاء الموقوفة على ملك الواقف - الوقف المؤبد، دونه أي دون المنقطع»<sup>(٤)</sup>.

و قال في المقابس: «كل وقف منقطع يجري عليه حكم الحبس على الأصح، فيكون باقياً على ملك الواقف»<sup>(٥)</sup>.

و عليه فلا بدّ أن يقال في توجيه بقاء مالكية الواقف: إنّ الوقف إما يوجب زوال ملك الواقف و هو الدائم، و إما يوجب سلب سلطنته الفعلية على التصرف، و إن كان مالكاً.

و بالجملة: فالغرض توجيه ما صنعه المصنف رحمته من تربيعة الإحتمالات، و عدم إقتضاره على الثلاثة المعروفة في كلمات الأصحاب.

(١) كما نقله صاحب الجواهر عن بعض، و يظهر من صاحب المقابس أيضاً.

(٢) كما هو المعروف، لأنّ وزان الوقف المنقطع وزان المؤبد في كونه تمليكاً، و صيرورة الواقف أجنبيّاً عن المال بالمرّة.

(١) جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٦، وكذا في مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٣٥٦

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٥٦

(٣) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٤

و على الثاني<sup>(١)</sup>، فإمّا أن يملكوه ملكاً مستقراً<sup>(٢)</sup> بحيث ينتقل منهم إلى وراثتهم عند إنقراضهم، و إمّا<sup>(٣)</sup> أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، و إمّا<sup>(٤)</sup> أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

فعلى الأول<sup>(٥)</sup> : لا يجوز للموقوف عليهم البيع، لعدم الملك.

و الفارق بينهما أن خروج المال عن الملك في المؤبد دائمي، و في الموقت ما دامي أي مادامت حياة الموقوف عليه، و هو منوط بقابلية الملك للتحديد، و عدم إعتبار إرساله.

(١) و هو إنتقال المال إلى ملك الموقوف عليه إلى أن ينقرض، و فيه أقوال ثلاثة، تقدّمت آنفاً.

(٢) لا مؤقتاً، فالمراد بالإستقرار هنا عدم عوده إلى الواقف، و عدم صرفه في وجوه البرّ. فصيرورته ملكاً مستقراً هو كونه كسائر أموال الموقوف عليه التي تنتقل إلى وراثته بعد إنقراضه، كما إذا وقف داراً على ثلاثة بطون من أولاده، فينتقل - بعد إنقراض البطن الثالث - إلى وراثتهم، لا إلى خصوص البطن الرابع.

(٣) هذا هو الإحتمال الثاني بناءً على تملك الموقوف له مدّة الوقف، فيكون تملكه مؤقتاً لا دائماً، فيعود إلى الواقف أو وراثته.

(٤) هذا ثالث الإحتمالات، و قد نُسب إلى السيد أبي المكارم و العلامة في المختلف.

(٥) لا يخفى أن الغرض الأصلي من التعرض للوقف المنقطع هنا - أي في موانع كون الملك طلقاً من الوقف و الرهن و نحوهما - هو بيان حكم بيعه جوازاً و منعاً بالنظر إلى الإحتمالات الأربع المتقدمة.

فبناءً على الإحتمال الأول - أعني به بقاء المال على ملك الواقف، و كون ثمرة هذا الوقف تملك الموقوف عليه للمنفعة، كما أن فائدة السكنى مجرد تسليطه عليها - إمّا أن يكون البائع هو الموقوف عليه، و إمّا الواقف.

و في جوازه<sup>(١)</sup> للواقف مع جهالة مدة إستحقاق الموقوف عليهم إشكالاً.

فإن كان هو الموقوف عليه لم يصح، لإنتفاء المقتضي، وهو الملك.

فلو باع، فإن قلنا بصحته من الواقف - كما سيأتي في بعض الصور الأربع - كان بيع الموقوف عليه فضولياً منوطاً بإجازة الواقف، و إن قلنا بعدم جوازه من الواقف بطل رأساً.

و إن كان البائع هو الواقف فقد فصل المصنف رحمته بين صور أربع، فتارة يكون المشتري أجنبياً، والمراد به أن لا يكون له مساس بمنفعة الموقوفة، فليس هو الموقوف عليه، ولا من إنتقل حق الموقوف عليه إليه بصلح.

و هذا على نحوين، إذ قد يبيع الواقف، وهو غير مالك للمنفعة أصلاً. و هذا محل البحث في الصورة الأولى. و قد يبيع بعد أن تملك المنفعة مرة أخرى، كأن تصالح عليها مع أرباب الموقوفة، و هذه هي الصورة الرابعة في كلام المصنف.

و أخرى يكون المشتري مستحقاً لمنفعة الموقوفة، و هو على نحوين أيضاً، فقد يكون هو الموقوف عليه، فتضمّ العين إلى المنفعة، و كونها معاً ملكاً له. و هذه هي الصورة الثانية.

و قد يكون غير الموقوف عليه، كما إذا تصالح أجنبي مع الموقوف عليه على منفعة الوقف، فإنتقلت إليه، فأراد شراء العين من الواقف. و هذه هي الصورة الثالثة.

(١) أي : في جواز البيع. و هذا شروع في حكم الصورة الأولى، و الأصحاب بين مستشكل في جواز البيع، و مآله إلى المنع، و بين مصرح بصحته، و بين متوقف و متردد.

و إستشكل المصنف وفاقاً لصاحب المقابس رحمته "١" في جواز البيع. و منشأ الإشكال هو الفرر اللازم من الجهل بقدر الإنتفاع المستثنى، و يتضح وجهه بالنظر إلى أمرين :

الأول : أن العين الموقوفة على مَنْ ينقرض وإن كانت ملكاً للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلوبة المنفعة، لكونها مستحقة للموقوف عليه مدة حياته. ولما لم يكن أمدُ إستحقاق المنفعة مضبوطاً بالأعوام لم يعلم المشتري أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعتة سنةً أو مسلوبها عشر سنين ؟ فيصدق « البيع الفرري » عليه، لدخول قصرِ المدة وطولها في مالية المبيع زيادةً ونقصاً.

و الشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعة يوجب غررية البيع ما ذكروه في بطلان بيع مسكن المطلقة بالأقراء، لجهالة وقت إنتفاع المشتري بذلك المسكن، لدوران زمان عدتها بين ستة وعشرين يوماً ولحظتين، وتسعة أشهر، وسنة، وخمسة عشر شهراً<sup>١</sup>. فلو باع المالك هذا المسكن فلا بد أن يبيعه مسلوب المنفعة، فإن عُلِمَ أمدُ العدة - كما إذا كانت بالأشهر - صحَّ البيع، فهو نظير بيع دارٍ مؤجرة سنةً. وإن لم يعلم لزم الجهل بوقت تسليم المنفعة - وهي السكنى - للمشتري، فيبطل البيع. قال المحقق رحمته الله: « لو طلقها ثم باع المنزل، فإن كانت معتدةً بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومة، فيتحقق الجهالة ... و لو كانت معتدةً بالشهور صحَّ، لإرتفاع الجهالة »<sup>٢</sup>.

و المقام أولى بالبطلان، لإمكان إستثناء البائع - لمسكن المعتدة - أطول مدةٍ يقطع بعدم زيادة العدة عليها، وهي خمسة عشر شهراً، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدة حياة الموقوف عليه حتى يستثنى الواقف.

الثاني : أنه لا فرق في مانعية الفرر في البيع بين الجهل بذات العوضين وبين الجهل بشأنهما من وصفٍ أو خصوصيةٍ كما في المقام، لكون وقت القدرة على تسليم

«١» كما في مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٤١ و جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ١٢٨، و لاحظ شرائع الإسلام،

ج ٣، ص ٣٦

«٢» شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٤٣



من<sup>١</sup>) حيث لزوم الغرر بجهالة وقت إستحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به،  
ولذا<sup>٢</sup>) منَعَ الأصحابُ - كما في الإيضاح -<sup>٣</sup>) بيعَ مسكن المطلقة المعتدة  
بالأقراء، لجهالة مدّة العدة مع عدم كثرة التفاوت<sup>٤</sup>).  
نعم<sup>٥</sup>)، المحكيُّ عن جماعةٍ

المنفعة للمشتري مجهولاً.

و المتحصل من هذين الأمرين : فساد بيع الوقف لو كان المشتري أجنبياً عن  
الموقوف عليه، ولم يستحق المنفعة.

هذا تقريب المنع. و لعلّ التعبير عنه بالإشكال - دون المنع - للشبهة في إطلاق  
الغرر المنهي عنه في البيع لمثل الجهل بوقت التسليم مع معلومية ذات المبيع و منفعتها  
كما سيأتي تفصيله في (ص ٥٨٧). و كذا منع قياس المقام ببيع مسكن المطلقة، فراجع  
المقابس و الجواهر و غيرها.

(١) هذا وجه منع البيع، و لم يذكر المصنف رحمته وجهاً للجواز، فيظهر منه ترجيح

المنع.

(٢) أي : و لأجل لزوم الغرر من الجهل بزمان التسليم التام منَعَ الأصحابُ من  
بيع المكان الذي تسكنه المطلقة المعتدة بالأقراء. و أمّا المعتدة بالأشهر فلا مانع من  
البيع، للعلم بأمد عدتها و إستثناء تلك المدة، كصحته لو كان المبيع مستأجراً مدّة  
مضبوطة كسنة مثلاً.

(٣) إذ التفاوت بين أقصر العدد - و هو ستة و عشرون يوماً و لحظتين - و بين  
أطولها - و هو خمسة عشر شهراً - يكون معلوماً و مضبوطاً بالأيام و الأشهر. بخلاف  
وقت إنقضاء المنفعة بإنقراض الموقوف عليه في المقام، فيفسد البيع للغرر.

(٤) إستدراك على قوله: « إشكال » و غرضه الإشارة إلى القول الثاني، و هو

«١» إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٠٩، و حكاة عن الأصحاب في مفتاح الكرامة عن إيضاح النافع، فراجع

ما ذهب إليه جمعُ في الحبس الذي هو نظير الوقف المنقطع، من : أن المالك لو حبس داره لسكنى شخص فيها أي سلطه على الإنتفاع بها مع بقائها على ملكه - سواء قدر السكنى بعمُر نفسه، فيقول : « أسكنتك داري مدة حياتي » أو بعمُر الساكن، فيقول : « أسلنتكها مدة حياتك » جاز له بيعُ الدار، و ذلك لوجوه تدل على الجواز من القاعدة و النص الخاص و الإجماع.

أما الأول فهو إطلاق حلّ البيع المقتضي صحته، و إنتفاء المانع منه سوى الفرر الناشئ من الجهل بوقت تسليم المنفعة للمشتري، إذ لا سبيل لإحراز مدة إستحقاقها للساكن.

و وجه إنتفاء الفرر هو أن هذه الجمالة غير قاذحة في صحة البيع، إذ الفرر المانع عنها هو ما ينشأ من جهالة العوضين اللذين هما ركنا المعاملة، أو جهالة أحدهما. و أما إذا كان الفرر ناشئاً من جهالة غير العوضين لم يكن مانعاً عن صحة المعاملة كالمقام، فإنّ الفرر ناشئ عن الجهالة بمدة حياة الموقوف عليهم، و من المعلوم أنّ هذه الجهالة لا تمنع عن صحة البيع، إذ المبيع معلوم لكلّ من المتعاملين، و الفرر إنّما يكون في منفعتها، للجهل بزمان حياة الساكن. و من الواضح أنّ المنفعة ليست طرفاً في المعاوضة.

و هذا نظير شراء البستان المشاهد المعلوم الذي لا يعلم بمقدار عوائده السنوية كما لا يخفى.

و أمّا الثاني فهو معتبرة الحسين بن نعيم عن الإمام الكاظم عليه السلام حيث سأله أولاً عن حكم حبس الدار على رجل و على عقبه من بعده، فأجابه عليه السلام بنفوزه و لزومه، و يستحق المحبوس له و ذريته السكنى فيها. ثم سأله ثانياً عن جواز بيعها، فأجابه بجوازها و عدم مانعية الحبس عن صحة البيع، و لا ينتقض عقدُ السكنى بالبيع،

- كالمحقق<sup>(١)</sup> و الشهيدين في المسالك<sup>(٢)</sup> و الدروس<sup>(٣)</sup>

و لكن لا تدخل منفعة الدار في ملك المشتري حتى ينقضي السكنى بإقراض الساكن و عقبه.

و الاستفادة من تجويزه عليه السلام للبيع أن جهالة وقت تسليم الدار للمشتري لا تمنع عن الصحة إماً مطلقاً، أو في خصوص المورد و نظائره كالوقف المنقطع بعد إتخاذه حكماً مع الحبس (\*). فلا مانع من بيع الواقف و إن كانت مدة إستحقاق الموقوف عليهم مجهولة. و لم يستفصل الإمام عليه السلام عن أن الحابس يريد بيعها من خصوص الساكن، أو من أجنبي، و مقتضى ترك الإستفصال جوازه مطلقاً.  
و أما الثالث، فهو الإجماع المدعى في كلام الفاضل المقداد.  
و النتيجة : أنه يجوز للواقف البيع، و لا يستحق المشتري إستيفاء المنفعة إلا بعد إقراض الموقوف عليهم.

(١) قال عليه السلام : « و لا تبطل - أي السكنى - بالبيع ، بل يجب أن يؤتى المعتمر ما شرط له »<sup>(٣)</sup>.

(\*) هذا بناءً على إتحد حكم الحبس و المنقطع بإلقاء خصوصية مورد السؤال، و إلا فيقتصر في العمل بالصحيحة على الحبس، و بها يقيد إطلاق النهي عن بيع الغرر في خصوص دار السكنى. و تبقى شبهة سفهية البيع لو فرض سلب منفعة الدار عشرات السنين كما وردت في كلام السيد العاملي و غيره، فراجع<sup>(٤)</sup>.

«١» مسالك الأفهام ، ج ٥ ، ص ٤٢٧-٤٢٩ ، و الحاكي عنهم السيد العاملي و صاحب المقابس ، لاحظ :

مفتاح الكرامة ، ج ٩ ، ص ١٤٠ ، مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٦٥

«٢» الدروس الشرعية ، ج ٢ ، ص ٢٨٢

«٣» شرائع الإسلام ، ج ٢ ، ص ٢٢٥ و نحوه في المختصر النافع ، ص ١٥٩

«٤» مفتاح الكرامة ، ج ٩ ، ص ١٤٠ ، آخر الصفحة

و غيرهم<sup>(١)</sup> - صحة البيع في السُّكْنِي الموقته بغير أحدهما<sup>(٢)</sup> ، بل<sup>(٣)</sup> ربما يظهر من محكي التنقيح<sup>(٤)</sup> : الإجماع عليه .

و لعلّه<sup>(٥)</sup> إمّا لمنع الفرر، و إمّا للتص، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة - في الصحيح<sup>(٦)</sup> أو الحسن<sup>(٧)</sup> - عن الحسين بن نعيم، قال : « سألتُ أبا الحسن عليه السلام عن رجلٍ جعل داره سكني لرجلٍ زمانَ حياته، و لعقبه من بعده. قال : هي له و لعقبه من بعده، كما شرط.

(١) كأصحاب الكفاية و المفاتيح و الرياض على ما حكاه السيد العاملي عنهم عليهم السلام "٢".

(٢) أي : الساكن أو المُسْكِن.

(٣) إشارة إلى دليل آخر على الصحة، و الوجه في الإضراب بـ « بل » واضح، لأنّ المرصّح بأسمائهم لا يتحقق بهم شهرة فضلاً عن الإتفاق، فدعوى الفاضل السيوري رحمته الله ترقُّ من فتوى تلك العدة إلى إطباق الكلِّ عليه.

(٤) أي : على الصحة، فالأولى تأنيث الضمير . و إرجاعه إلى « المحكي » لا يخلو عن سماجة.

(٥) أي : و لعلّ الصحة لوجود المقتضي و عدم مانعية الفرر . و جملة « إما ... و إما » خبرٌ « و لعلّه ».

(٦) بطريق الصدوق رحمته الله ، لأنه رواه بسنده عن محمد بن أبي عمير عن الحسين بن نعيم، و الإسناد صحيح، و ابن نعيم الصحاف ثقة.

(٧) بسند الكليني و شيخ الطائفة عنه ، لأنه رواها عن علي بن إبراهيم عن أبيه

«١» التنقيح الرابع، ج ٢، ص ٣٣٦، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٣٩

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٤٠، و لاحظ : كفاية الأحكام، ص ١٤٣ : مفاتيح الشرائع، ج ٣،

ص ٢٢٠ : رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٩١-١٩٢

قلت : فإن إحتاج إلى بيعها ؟ قال : نعم . قلتُ : فينقضُ البيعُ السكنيُّ ؟  
قال : لا ينقضُ البيعُ السكنيُّ. كذلك سمعتُ أبي يقول : قال أبو جعفر عليه السلام  
لا ينقضُ البيعُ الإجارةَ و لا السكنيُّ، و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك  
ما اشتراه حتى ينقضي السكنيُّ على ما شرط ... » الخبر<sup>(١)</sup>.  
و مع ذلك<sup>(٢)</sup> فقد توقّفَ في المسألة العلامةُ<sup>(٣)</sup>

عن ابن أبي عمير. و عدّه حسناً لمكان إبراهيم بن هاشم. و إن تقرّر - في محلّه -  
و نواقته.

(١) تتمّة الخبر هو : « و كذلك الإجارة . قلتُ : فإن ردّ على المستأجر ماله  
و جميع ما لزمه من النفقة و العمارة فيما إستأجر ؟ قال : على طيبة النفس، و يرضى  
المستأجر بذلك لا بأس »<sup>(١)</sup>.

(٢) أي : و مع عدم مانعية الفرر - و وجود النص على جواز البيع و دعوى  
الإجماع عليه - فقد توقّف العلامةُ و غيره، و من المعلوم أن هذا التوقف يقدح في  
الإجماع، فليست صحة البيع في السكني الموقته بعمّر الساكن أو المالك مسلّمةً حتى  
تكون نقضاً بما هو مسلّم عند الأصحاب، و تكونَ وجهاً لصحة بيع الواقف للوقف  
المنقطع.

(٣) يعني : في بعض كتبه كالقواعد و المختلف و موضع من التذكرة<sup>(٢)</sup>، و إلّا  
فنسبة التوقف إلى العلامة بقولٍ مطلق لا تخلو من شيء، و لدلالة قوله في الإرشاد :  
« و لا يبطل بالبيع » على الجواز و كذا في موضع من التذكرة، و رجّح في التحرير

«١» الكافي . ج ٧ ، ص ٣٨ ، الحديث : ٣٨ ؛ من لا يحضره الفقيه . ج ٤ ، ص ٢٥١ ، الحديث : ٥٥٩٥ ؛

التهذيب . ج ٩ ، ص ١٤١ ؛ الإستبصار . ج ٤ ، ص ١٠٤ ، الباب ٦٥ (باب السكني و العمرى) الحديث : ٤  
عنها ؛ وسائل الشيعة . ج ١٣ ، ص ٢٦٧ ، الباب ٢٤ من أبواب أحكام الإجارة ، الحديث : ٣

«٢» قواعد الأحكام . ج ٢ ، ص ٤٠٣ ؛ مختلف الشيعة . ج ٦ ، ص ٣٣٦ ؛ تذكرة الفقهاء . ج ٢ ، ص ٤٥١ ،

السطر ٢٠ و ٢١ (المجربة)

و ولده<sup>(١)</sup> و المحقق الثاني<sup>(٢)</sup>.

و لو باعته<sup>(٣)</sup> من الموقوف عليه

المنع، لقوله: «الأقرب أنه لا يجوز البيع»<sup>(١)</sup>.

و لعلّ المصنف رحمته إعتد على حكاية فخر المحققين رحمتهما من قوله: «قال والدي دام ظله: لا أفتي فيها بشيء» فإنه موهم لتوقفه في المسألة في جميع كتبه.

(١) قال: «و عندي في هذه المسألة إشكال»<sup>(٢)</sup>.

(٢) قال بعد نقل وجهي الإشكال: «و للنظر في كلٍّ من الطرفين مجال»<sup>(٣)</sup>.

هذا تمام الكلام في الصورة الأولى، و هي أن يبيع الواقف الوقف المنقطع من أجنبي. و ظاهر المصنف ترجيح المنع.

(٣) أي: لو باع الواقفُ الوقفَ المنقطع من الموقوف عليه، و هذا إشارة إلى الصورة الثانية المتقدمة في (ص ٢١٠). و فيها وجهان بل قولان، أحدهما الجواز، و الآخر المنع.

و إستظهر المصنف رحمته الجواز أولاً، لوجود مقتضى و هو الملك، و فقد المانع، إذ ما يتصور كونه مانعاً هو الفرر، بتقريب: أن منفعة العين تنقسم - بإعتبار إختصاصها بالموقوف عليه - إلى قسمين، فقسمٌ منها مملوكة له، و هي مدة حياته، و قسمٌ منها مملوكة للواقف، و هي ما بعد إنقراض الموقوف عليه، من جهة تبعيتها لملك العين، و حيث إن مدة حياة الموقوف عليه مجهولة فلم يُعلم مقدار المنفعة التي يملكها المشتري بالبيع، فيبطل.

«١» مفتاح الكرامة . ج ٩ . ص ١٤٠ ؛ إرشاد الأذهان . ج ١ . ص ٤٥٦ . لكن نفى صاحبُ المقابس ظهورَ عبارة الإرشاد في جواز البيع فضلاً عن صراحته فيه ، و إن نسبته إليه جمعٌ منهم العلامة المجلسي في ملاذ الأختيار . ج ١٤ . ص ٤٢٤

«٢» إيضاح الفوائد . ج ٢ . ص ٤٠٩

«٣» جامع المقاصد . ج ٩ . ص ١٢٥

المختص<sup>١</sup> بمنفعة<sup>١</sup> الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الفرر.

و يحتمل العدم<sup>٢</sup>، لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق

و نفى المصنف<sup>٣</sup> شبهة الفرر هنا، و وجهه : أن ما يعتبر العلم به في صحة البيع - و هو العلم بالمبيع ذاتاً و صفةً - حاصل، و الجهل بخصوصية المنفعة و إن كان محققاً، لكنه غير قادح في صحته، و لذا جوزوا بيع الشاة ذات اللبن مع الجهل بقدر ما يُحلب منها.

و في المقام لما كانت المنفعة مملوكةً للموقوف عليه قبل شراء الرقبة و بعده، لم يقدح الجهل بمدّة حياته - المستتبع للجهل بزمان تملك المنفعة بتبعيتها لملك الرقبة - في صحة البيع. نعم لو كان المشتري أجنبياً غير مستحق للمنفعة كان تملك العين مسلوبة الفائدة مدّة غير مضبوطة موجباً لثبوت الخيار له بين الإمضاء و الفسخ - في صورة الجهل - دفعاً للضرر.

و هذا القول نقله صاحبُ المقابس<sup>٤</sup> عن الفاضل الصيمري حاكياً له عن مشايخه في بيع العين المحبوسة على المحبوس عليه و المعمر، و إستحسنه. فراجع<sup>٥</sup>.  
(١) هذه الكلمة ظاهرة في أن الموقوف عليه مختص بالمنفعة لا بالإنشباع، و لذا يجوز له تفويضها إلى الغير، كما سيأتي.

(٢) أي : عدم الجواز، و هذا ثاني الوجهين، و تقدم تقريب الفرر آنفاً، و المقصود سراية الجهالة من المنفعة المملوكة للواقف إلى المبيع، بدعوى كونها موزعةً على الواقف و الموقوف عليه، و لم يعلم حصة كل منهما منها، فالعين و إن كانت معلومة، إلا أن مقداراً من المنافع تابعة لها و منضمة إليها، و حيث إن هذه الضميمة مجهولة المقدار سرى الجهل إلى المبيع من حيث المجموع، فيبطل بيعه.

المشتري لا يوجب معرفة المبيع<sup>(١)</sup>.

و كذا<sup>(٢)</sup> لو باعه تَمَنُّ<sup>(٣)</sup> إنتقل إليه حقُّ الموقوف عليه.

نعم<sup>(٤)</sup>، لو إنتقل إلى الواقف ثم باع صحَّ جزماً.

و أمّا<sup>(٥)</sup> مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يُجوزُ البيع من الأجنبي، لأنَّ

(١) فيصر مجهولاً فيبطل البيع.

لكن فيه ما تقدم في تقريب عدم الفرر في بيع السكنى الموقته بعمر أحدهما، فإن مقتضاه صحة البيع من الموقوف عليهم وغيرهم، إذ الفرر الناشئ في المنفعة من الجهل بمدة الحياة ليس مانعاً عن البيع، لعدم كونه في شيء من العوضين.

(٢) يعني: أن الظاهر جواز البيع كما يحتمل عدمه.

و هذا إشارة إلى الصورة الثالثة، و هي ما إذا إنتقل حق الموقوف عليه

- بالصلح - إلى أجنبي، فصار هو المستحق للمنفعة، ثم إشتري الموقوفة. و الوجه في

جواز البيع وجود المقتضي و فقد المانع، كما تقدم في الصورة الثانية.

(٣) ليس المراد بمن إنتقل إليه الحق البطنُ اللاحق للموقوف عليه، إذ لو كان

كذلك لم يصح التعبير بالانتقال، لأنه يتلقَى ملك المنفعة من الواقف بمجرد إنقضاء من قبله.

(٤) ظاهره الإستدراك على قوله: « فالظاهر جوازه » يعني: أن احتمال منع

البيع المتطرق في الصورة الثانية و الثالثة لا مجال لها في الصورة الرابعة، و هي التي

ينتقل حق الموقوف عليه إلى الواقف. و منشأ الجزم بالصحة كون المنفعة بتمامها ملكاً

له حال البيع، فلا يبقى منشأ لشبهة الفرر من جهة تبعض المنفعة - بين الواقف

و الموقوف عليه - في فترة من الزمان.

(٥) هذا كالإستدراك على قوله: « صحَّ جزماً » و تمهيد للنظر في ما حكاه

صاحبُ المقابس عن الفاضل المقداد رحمته. و توضيحه: أنه لما جزم المصنف رحمته بصحة

بيع الواقف بعد إنتقال حق الموقوف عليهم إليه، إتجه السؤال بأنَّ المعتبر في صحة بيع



المنفعة مال<sup>١</sup> لهم، فلا تنتقل<sup>٢</sup> إلى المشتري بلا عوض.

الواقف هل هو الصلح على المنفعة التي هي حق للموقوف عليهم كي ينتقل إليه، فيكون المبيع - عيناً ومنفعة - مملوكاً له، أم أنه يكفي إذن الموقوف عليهم في صحة تصرفات الواقف وإن لم تدخل المنفعة في ملكه ؟

إختار شيخنا الأعظم الأول، مستدلاً عليه بما حاصله : أن المقصود من بيع

الواقف إنتقال العين بجميع منافعها إلى المشتري لئلا يلزم الفرر.

لكن إذن الموقوف عليه لهذا البيع مشكل، سواء أكان المأذون فيه بيع العين أو المنفعة. أمّا الإذن في بيع العين، فلا معنى له، لكونها ملكاً للواقف. وأمّا الرضا بنقل المنافع إلى المشتري فلا معنى له أيضاً، وذلك لأن إنتقالها إليه لا بد أن يكون بعقد ناقل لها وهو الإجارة و الصلح المفيد فائدتها، و المفروض عدم تحقق شيء منهما. و معه لا موجب لتملك المشتري للمنفعة المختصة بالموقوف عليهم، و يكون المنتقل إليه هو العين المسلوبة منفعتها.

نعم، يمكن تصحيح إنتقال المنفعة إلى المشتري بأحد وجهين سيأتي بيانها.

(١) مراده عنه من كون المنفعة مالاً للموقوف عليهم هو عدم قبولها للإنتقال إلى

المشتري بلا عوض، فيتوقف تملكها على نواقل المنفعة. و ليس المراد أن هذه المنفعة الخاصة مال غير قابل للدخول في ملك الغير. و ذلك لأن شأن المال - بما هو مال - ليس عدم الإنتقال إلى الغير بلا عوض، فالبه و الصلح المفيد فائدتها ناقلان للمال، و المفروض عدم تحقق ناقل المنفعة بعد.

(٢) يعني : أن المنفعة لا تنتقل إلى المشتري، لأن البيع تملك العين لا تملك

المنفعة، بل المنفعة تُملك في البيع بتبعية العين، و المفروض فقدان قاعدة التبعية هنا، إذ المنفعة ملك لغير مالك العين، فلا تجري فيها قاعدة التبعية. فرضا الموقوف عليهم - لو أثر - يُصحح البيع بالنسبة إلى نفس العين، فتنقل العين مسلوبة المنفعة إلى المشتري، و إنتقال المنفعة إليه منوط بناقل آخر، و لم يتحقق بعد.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ الْإِسْقَاطِ<sup>(١)</sup> لَوْ<sup>(٢)</sup> صَحَّحْنَاهُ مِنْهُمْ.

(١) هذا أحد الوجهين المصححين لبيع الواقف مع عدم إنتقال حق الموقوف عليهم إليه قبله، و محصله : أن يكون إذن الموقوف عليهم إسقاطاً لحق الإنتفاع بالموقوفة، لأن لكل ذي حق إسقاط حقه، و مع هذا الإسقاط يخلص المال للموقوف عليه عيناً و منفعةً، فلا جهل و لا غرر في البين، و يصح بيعه حينئذٍ، و يكون تمام الثمن له.

و يستفاد قابلية المنفعة المملوكة للإسقاط من صاحب المقابس ﷺ، لقوله : « فَإِنَّ الْمَنْفَعَةَ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَحْبُوسِ عَلَيْهِ قِطْعاً، وَ يَجُوزُ الْمَاعَاوِضَةُ عَلَيْهَا بِشَرَايِطِهَا. وَ حِينَئِذٍ فَيَجُوزُ إِسْقَاطُهَا قِطْعاً »<sup>(١)</sup>.

و لكن يرده إمتناع إسقاط المنفعة، إذ القابل للإسقاط - مع العوض أو بدونه - هو مقولة الحق المقابل للملك، كحق الخيار و الشفعة و التحجير. و أمّا الملك - عيناً كان أو منفعةً - فنقله إلى الغير يكون بالنواقل الشرعية المعهودة.

فإن كان موجوداً خارجاً صحّ نقله إلى الغير بالهبة المختصة بتملك الأعيان. و إن كان كلياً ذمياً كالديون كان قابلاً للإبراء الذي لم يستبعد المصنف ﷺ في أوّل البيع كونه تملكاً.

و إن كان منفعةً - كالمقام - إنتقلت إلى الغير بالإجارة و الصلح المفيد فائدتها. و على هذا فلا يكون إذن الموقوف عليهم في البيع إسقاطاً للمنفعة المملوكة كما لا يكون تملكاً لها للمشتري، لعدم السبب المملّك من إجارة أو صلح. و نتيجته كون بيع الواقف تملكاً للعين مجرداً عن المنفعة، و يعود محذور الغرر حينئذٍ.

(٢) يعني : لو صحّحنا الإسقاط منهم، و غرضه التأمّل في المصحح الأوّل. و تقدم آنفاً عدم قابلية المنفعة للإسقاط، و أنّ إنتقالها يكون بالنقل المملّك.

(١) مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٦، و كذا عبّر بالإسقاط في ص ٦٥، فراجع.

أو يكون<sup>(١)</sup> المعاملة مركبةً من نقل العين من طرف الواقف، ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزعاً عليهما<sup>(٢)</sup>.

و لعلّ وجه التأمل : أن المنفعة إذا كانت ملكاً للموقوف عليهم فإسقاطها إعراض عن ملكيتها، و خروج المال عن الملكية يسبب الإعراض محل الإشكال. نعم، إذا كان للموقوف عليهم حقّ الإنتفاع بالعين الموقوفة من دون أن يكونوا مالكين للمنفعة فلا إسقاط حقهم مجال.

(١) معطوف على « يكون » وهذا ثاني وجهي التصحيح، و حاصله : أن يكون بيعُ الواقف للموقوفة - مع رضا الموقوف عليهم - معاملةً مركبةً من تملك العين من قبل نفسه، و تملك المنفعة من طرف الموقوف عليهم، بحيث يكون كلاهما مصبّ العقد، و تصير المنفعة كالعين معوضاً، و يكون الثمنُ مبدولاً بازائها معاً. و بعبارة أخرى : تكون المنفعة حينئذٍ في عرض العين في مقام إنشاء المعاملة، و تعلق القصد بتمليك كلٍّ منهما.

لكن لما لم يكن في العقود المعاوضية المعهودة ما ينقل به العينُ و المنفعة معاً، كان الإنشاء القابل لنقلهما منحصراً في الصلح، فالواقف يصلح على العين - أصالةً - ببعض العوض، و على مقدار من المنفعة - وكالةً عن الموقوف عليه - ببعضه الآخر.

و هذا الوجه نقله صاحبُ المقابس و غيره عن الشهيد الثاني رحمته ، لقوله : « و ليس ببيعٍ جواز الصلح عليهما - أي على المنفعة - لإحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، و صحته على العين و المنفعة. فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره - أي غير الموقوف عليه - و جوزناه، جاز له أن يصلح المشتري على تلك المنفعة المستحقة له مدة عمره بمالٍ معلوم، و يصير المشتري حينئذٍ مالِكاً للجميع، كما لو كان هو المعمر<sup>(١)</sup> ».

(٢) أي : على الواقف و الموقوف عليهم ، و تنبيه الضمير بإعتبار الطرفين،

و لا بد أن يكون ذلك على وجه الصلح، لأنَّ غيره<sup>(١)</sup> لا يتضمَّن نقل العين و المنفعة كليهما، خصوصاً<sup>(٢)</sup> مع جهالة المنفعة (\*).  
و بما ذكرنا<sup>(٣)</sup> يظهر وجه التأمُّل فيما حُكي عن التنقيح : من « أنه لو إتفق

لا أشخاص الموقوف عليهم.

(١) أي : غير الصلح لا يتضمَّن نقلهما معاً، لوضوح كون البيع ناقلاً للأعيان، و الإجارة للمنافع، و هكذا غيرهما.

(٢) يعني : أن جهالة المنفعة مانع آخر، فإنَّ الإنشاء المتضمن لنقل العين و المنفعة معاً بنحو العرضية لا يكون بيعاً، لما عرفت من أنه تمليك للعين.

مضافاً إلى : أن جهالة المنفعة مانعة عن صحة الإنشاء البيعي. فينحصر التخلص - من جهتي المنع - في الإنشاء بعنوان الصلح.

(٣) يعني : و من عدم جواز نقل العين و المنفعة بإنشاء واحد غير الصلح - و عدم كفاية مجرد رضا الموقوف عليهم ببيع العين - يظهر وجه التأمُّل فيما حكاه صاحبُ المقابس عن الفاضل المقداد رحمته الله من تجويز بيع الوقف المنقطع عند توافق الواقف و الموقوف عليه.

(\* ) قد يورد على هذه الخصوصية بأنَّ المحذور أمر واحد، و هو جهالة المنفعة، فلو كانت معلومة أمكن نقل العين و منافعها بإنشاء واحد، بأن يبيع العين بمنافعها، فيفيد فائدة البيع بالنسبة إلى العين، و فائدة الإجارة بالنسبة إلى المنفعة. و المانع عن هذا البيع هو الجهل بقدر المنفعة.

و الحاصل : أن التعبير بـ « خصوصاً » ظاهر في تعدد جهة الإشكال، أولهما : فقد العقد الناقل للعين و المنفعة، و ثانيهما : الجهالة، مع أن المحذور هو الجهالة فحسب<sup>(١)</sup>.

## الواقفُ و الموقوفُ عليه على البيع في المنقطع جاز

قال المحقق الشوشتري: «و أما السيوري فجوز بيع الموقوف عليه إذا إتفق على ذلك مع الواقف أو وارثه، معللاً بأنه باق على ملك الواقف و وارثه. و الظاهرُ إعتبر الإتفاق لجواز بيع الموقوف عليه. و أما الواقف فلا يتوقف بيعه على إذن الموقوف عليه، إلا إذا جعل المنافع داخلةً - أي منضمةً إلى العين - فيتوقف من هذه الجهة. و قد صرح هو في السكنى بأنه إن أسكنه مطلقاً كان بيعُ المالك رجوعاً. و إن كان موقتاً لم يجوز رجوع المالك في المنفعة الموقته ... بل إن كان المشتري عالماً لزم البيع ... و إلا تختير بين الصبر و الفسخ»<sup>١</sup>.

و محصل كلام التنقيح في بيع الوقف المنقطع جواز بيع كل من الواقف و الموقوف عليه برضا الآخر ، لكون الأول مالكا للعين، و الآخر للمنفعة. و إستظهر المحقق الشوشتري منه أن مقصوده إناطة جواز بيع الموقوف عليه برضا الواقف. و أما بيع الواقف فلا يعتبر فيه إذن الموقوف عليه. و إستشهد بكلامه في باب السكنى من جواز تصدّي المسكن للبيع و صحته، و إن كان خيارياً في فرض جهل المشتري. و لا فرق في منع البيع بين الإحتمالين، و هما : أن يكون مقصوده إناطة بيع الموقوف عليه برضا الواقف، و أن يكون مراده توقف بيع الواقف على إذن الموقوف عليه. و الوجه في عدم الفرق ما تقدم في (ص ٢١١) من أن بيع الموقوفة لا يتكفل نقل المنفعة المملوكة إلى المشتري، و حيث إنه لا ناقل آخر للمنفعة فتبقى في ملك الموقوف عليهم، و يعود محذور الفرر.

نعم، يتجه ما أفاده الفاضل المقداد رحمته - من جواز البيع - بتسليم أمرين : أحدهما : أن يكون عقد السكنى مفيداً لإباحة الإنتفاع و السلطنة عليه، لا لتملك المنفعة . و لعلّه لهذا ذهب الأكثر إلى أنه لا يجوز للسكان إجارة الدار التي

«١» مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٦٥ : التنقيح الرابع ، ج ٢ ، ص ٣٢٩-٣٣٠ . و لاحظ باب السكنى ،

سواء<sup>(١)</sup> أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه ، كما يدلُّ عليه<sup>(٢)</sup> كلامه المحكي عنه في مسألة السكني،

جُعِلَ له سكنها ، إذ لو كان مدلول الإنشاء جعل منفعة الدار - وهي طبيعي السكني فيها - للسكان من دون لحاظ قيامها بشخصه لزم صحة إيجارها.

ثانيهما : أن يكون ثمرة الوقف المنقطع مجرد حق الإنتفاع بالعين، فلم ينتقل إليه العين ولا المنفعة.

فإن تمَّ الأمران إتجه جواز بيع الموقوفة، لأن رضا الموقوف عليه إسقاط لحق إنتفاعه، و من المعلوم أن لكل ذي حق إسقاط حقه، فيزول تعلق الموقوف عليه بالوقف، و يجوز للواقف بيعه حينئذٍ لصيرورته ملكاً خالصاً له.

لكن في قابلية حق الإنتفاع للإسقاط تأملاً سياقي.

(١) يعني : يعني : أن للتأمل في كلام التنقيح مجالاً، سواء أكان مقصوده بيع الواقف مع رضا الموقوف عليه، أم بيع الموقوف عليه مع رضا الواقف.

(٢) يحتمل في مرجع هذا الضمير وجهان :

الأول : ما أفاده العلامة الشهيدي رحمته الله " من أنه « تجوز البيع عند إتفاق الواقف و الموقوف عليه. و لعل نظره في موضع الدلالة إلى قوله - أي : قول الفاضل المقداد رحمته الله : و لو من دون نظر مالك الإنتفاع أو المنفعة، حيث إنه يدل على جواز البيع مع رضا الواقف و الموقوف عليه بطريق أولى ».

و وجه الأولوية : أن جواز البيع مع إستقلال مالك العين - و عدم رضا الموقوف عليهم - يدل على جوازه مع رضا مالك المنفعة أو الإنتفاع بطريق أولى.

و بناءً على هذا يكون مقصود المصنف رحمته الله من الاستشهاد بعبارة التنقيح تثبيت ما نسبه إليه من جواز البيع، بلا نظر إلى خصوصية كون البائع هو الواقف أو الموقوف عليه.

حيث<sup>(١)</sup> أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو<sup>(٢)</sup> من دون رضا مالك الإنتفاع أو المنفعة .

نعم<sup>(٣)</sup> لو كان للموقوف عليه

الثاني : ما يخطر بالبال من أن مرجع الضمير « كون البائع هو الموقوف عليه » فكأن المصنف ساق كلامه هكذا : « سواء أراد التنقيح بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، وإن كان الظاهر أنه أراد بيع الموقوف عليه . ويدل على هذا الظهور كلامه في باب السكنى » . وبناءً على هذا الإحتمال يكون المصنف موافقاً لصاحب المقابس رحمته في ما إستظهره من عبارة التنقيح.

ولعلّ هذا الإحتمال أنسب بما أفاده الفاضل المقداد رحمته في شرح قول المحقق : « و لو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى » من أن مفروض الكلام هو بيع المالك لا الساكن. حيث قال : « بخلاف الأول - أي كون السكنى مؤقتة بأمدٍ - فإن الساكن ملك منفعة العين بالعقد، ثم المشتري إن كان عالماً فلا خيار له، ووجب عليه الصبر، وإلاّ تخيّر بين الفسخ و الصبر، و هو إجماع ... »<sup>(١)</sup> فإن المفهوم من هذا الكلام أن من يتوقف بيعه على الرضا هو الساكن لا المسكن. فليكن الأمر كذلك في الوقف المنقطع.

(١) هذا موضع الإستظهار من كلام التنقيح.

(٢) إستفاد هذا الإطلاق من عدم تقييد جواز بيع المالك بكونه عن رضا

الساكن.

(٣) إستدراك على قوله : « يظهر وجه التأمل » و غرضه توجيه كلام الفاضل

السيوري، و تقدم توضيحه بقولنا : « نعم يتجه ما أفاده الفاضل المقداد ... » فلاحظ

(ص ٢٢٤).

حق الإنتفاع<sup>١</sup> من دون تملك للمنفعة - كما في السكنى على قول<sup>٢</sup> - صح<sup>٣</sup> ما ذكره، لإمكان سقوط الحق بالإسقاط، بخلاف المال<sup>٤</sup>، فتأمل<sup>٥</sup>.

(١) هذا إشارة إلى الأمر الثاني المتقدم بقولنا: « ثانيهما : أن يكون ثمرة الوقف المنقطع ... الخ ».

(٢) لعل نظره ﷺ إلى ما عراه صاحب المقابس إلى ظاهر الشيخ والقاضي، بل الأكثر، من أن فائدة عقد السكنى هو ملك الإنتفاع بالسكنى ونحوها - لا ملك المنفعة كما إختاره الحلبي، ولذا جوز للساكن إيجار دار السكنى<sup>١</sup> - فقال في الإيراد على جواز الصلح عليه - كما تقدم في (ص ٢٢٢) عن المسالك - ما لفظه: « ولا يخفى أنه إن كان مالكا للإنتفاع بالسكنى ونحوها - لا المنفعة - ففي جواز المعاوضة عليه نظر، لأنها تختص بالعين والمنافع. نعم يجوز إسقاط الحق ولو بعد أن يبذل له شيء لذلك، كما يجوز إسقاط الخيار والشفعة ... . وإن كان مالكا للمنفعة كما هو إختيار الحلبي صح ما ذكره<sup>٢</sup> ».

(٣) جواب الشرط في « لو كان » أي : صح ما ذكره صاحب التنقيح من جواز بيع الوقف المنقطع بالرضا.

(٤) المراد به المنفعة ، فإنها كالعين مملوكة، وتقلها إلى الغير بالإجارة و الصلح، لا بالإسقاط. فالأولى - كما أفيد - تبديل المال بالملك، إذ لا ريب في صدق « المال » على بعض الحقوق كحق التحجير، ولذا يجوز المصالحة عليه بعوض.

لكن لا يبعد أن يكون المال هو الملك، بناءً على ما تقدم في أوّل البيع من التأمل في صدق المال على الحقوق مطلقاً حتى ما يقبل النقل و الإنتقال<sup>٣</sup>.

(٥) لعله إشارة إلى: إمكان دعوى عدم سقوط حق إنتفاع الموقوف عليهم

«١» السرائر ، ج ٣ ، ص ١٦٩

«٢» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٦٦

«٣» راجع هدى الطالب ، ج ١ ، ص ١٠٩



و تمام الكلام في هذا المسائل<sup>(١)</sup> في باب السكنى و الحبس إن شاء الله تعالى.  
 و على الثاني<sup>(٢)</sup> : فلا يجوز البيع للواقف، لعدم الملك، و لا للموقوف عليه  
 لإعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى إنقراضهم<sup>(٣)</sup>.

بالإسقاط، لعدم كون سقوطه بالإسقاط لازماً مساوياً للحق، فيمكن أن يكون حقاً  
 غير قابل للإسقاط كحق الولاية و الحضانه. و إن أبيت إلاّ عن ملازمة الحق للسقوط  
 بالإسقاط فلا مانع من تسميته بالحكم.

و على كل حال فلم يثبت سقوطه بالإسقاط لو لم يثبت عدم سقوطه به.  
 و الشك فيه مجرى إستصحاب بقاءه، فلاحظ و تأمل.

(١) مثل : كون أثر السكنى ملك المنفعة، أو ملك الإنتفاع، أو التسليط على  
 الإنتفاع كما في العارية. و : أن المجهول لو كان حق الإنتفاع فهل هو من الحقوق  
 القابلة للإسقاط أم لا ؟

و : هل يجوز للمالك المسكن الإستقلال بالبيع، أم يلزم الإستيدان من الساكن ؟  
 هذا تمام الكلام في حكم بيع الوقف المنقطع بناءً على القول ببقائه على ملك  
 الواقف.

(٢) معطوف على قوله في (ص ٢٠٩) : « فعلى الأول » و المراد بالثاني هو  
 إنتقال المال - بالملك المستقر - إلى الموقوف عليهم.

و حاصل ما أفاده : عدم جواز بيعه، لا للواقف، لإنتفاء المقتضي، و هو الملك،  
 و من المعلوم أنه لا بيع إلاّ في ملك. و لا للموقوف عليه، فإنّ الوقف و إن كان ملكاً  
 له لكنه ليس طلقاً، و ذلك للزوم مراعاة ما أنشأ الواقف كون العين مملوكة للموقوف  
 عليهم إلى زمان الإنقراض، ثم إنتقالها إلى ورثتهم بالإرث، و صيرورتها ملكاً طلقاً  
 لهم. و لا ريب في منافاة البيع لهذا المنشأ.

(٣) يعني : فلا يكون ملكاً طلقاً للموقوف عليهم حتى يجوز بيعه.  
 هذا بناءً على بعض كلمات المصنف في الوقف المؤبد من كون منع البيع من

و على الثالث<sup>١١</sup> : فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف ،

إعتبرات الواقف المضاة شرعاً.

و أما بناءً على ما تكررّ منه من عدم دخل منع البيع في حقيقة الوقف، بل هو أمرٌ إعتبره الشارع تعبدًا، فقد يشكل ما أفاده هنا من لزوم رعاية مجعول الواقف.

(١) معطوف أيضاً على قوله: « فعلى الأول » و المراد بالثالث تملك الموقوف عليه مؤقتاً ببقائه، و إنتقال الوقف بعد الإنقراض إلى الواقف.

و محصل ما أفاده تتبع: أنه لا يجوز البيع أصلاً. أما عدم جوازه للموقوف عليه فلأنه و إن كان مالكاً فعلاً، إلا أن الواقف إشرط بقاء العين في يده لإنتفاعه بها و رجوعها إليه بعد الإنقراض.

و لا فرق في منع البيع بين إجازة الواقف له، و عدمه. أما مع عدم الإجازة فواضح. و أما معها فلعدم العبرة بها من جهة منافاة الإجازة لما إعتبره في إنشاء الوقف و أمضاه الشارع من كونه أجنبياً عن الموقوفة مدة حياة الموقوف عليه.

و أما عدم جوازه للواقف فلعدم الملك فعلاً، سواء أجاز المالكُ الفعلي و هو الموقوف عليه أم لا. أما مع عدم الإجازة فواضح، و أما مع الإجازة فلعدم سلطنته على بيع المال، فلا يكون أهلاً للإجازة، و إن كان مالكاً بالفعل، ضرورة كون الملكية الحاصلة بالوقف غير قابلة للإنتقال إلى غير الموقوف عليه حتى يتمشى منه إنقاد بيع الواقف.

نعم، بناءً على الإلتزام بصحة البيع في مسألة « من باع شيئاً ثم ملكه » - المتقدمة في بيع الفضول - يمكن القول بصحة بيع الواقف هنا، فإنه و إن لم يكن مالكاً للموقوفة حال حياة الموقوف عليه، فيكون فضولياً، إلا أنه يوصف بالصحة و اللزوم بعد إنقراض الموقوف عليه، و إنتقال المال إليه، لفرض عدم إشرط البيع الفضولي بوجود مجيزٍ حال العقد على مال الغير، و كفاية وجوده حال الإجازة.

لمنافاته<sup>(١)</sup> لإعتبار الواقف في الوقف بقاء العين. كما لا يجوز<sup>(٢)</sup> للواقف غير المالك فعلاً و إن أجاز الموقوف عليه، إلا<sup>(٣)</sup> إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم إعتبار مجيز له في الحال، بناءً على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة، لعدم تسلطه على النقل<sup>(٤)</sup>، فإذا إنقرض الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع<sup>(٥)</sup> (\*).

ثم إنه<sup>(٦)</sup>

- (١) يعني : أن بيع الموقوف عليه ينافي ما إعتبره الواقف من بقاء العين.
- (٢) أي : لا يجوز البيع، و تقدم وجهه بقولنا : « و أما عدم جوازه للواقف فلعدم ... الخ ».
- (٣) هذا إستثناء من عدم جواز البيع للواقف ، و تقدم بقولنا : « نعم بناءً على الإلتزام بصحة البيع في مسألة ... الخ ».
- (٤) أي : لعدم تسلط الموقوف عليه على إجازة البيع و التصرفات الناقلة، بمقتضى إنشاء الواقف.
- (٥) كما يلزم البيع في سائر موارد « من باع ثم ملك » بناءً على القول بالصحة كما إذا باع زيد مالاً عمرو ثم تملكه منه بالشراء أو بالإرث، فراجع<sup>(٦)</sup>.
- (٦) توضيحه : أنه نُسب إلى القاضي ابن البراج رحمته الله فتويان :

(\* ) قد يقال : بعدم الجواز هنا و إن جوزنا بيع ملك الغير مع عدم مجيز له حال العقد، لعموم أدلة المنع عن بيع الوقف. هذا.

لكنه غير ظاهر، لأن أدلة المنع لا تُخرج الوقف عن صلاحيته للبيع كالخمر و الخنزير، بل تدل على مانعية الوقف، و لذا يصح البيع بإرتفاع هذا المانع.

إحداهما : بقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، و رجوعه بعد الإنقراض إلى الواقف أو ورثته.

و الأخرى : جواز البيع للموقوف عليه في مورد وجود المسوّغ. و أورد المحقق الشوشترى رحمته عليه بالتنافي بين الفتويين، لتوقف جواز بيع الموقوف عليه على كونه مالكا للموقوفة، و مع فرض بقائها على ملك الواقف لا سلطنة لغيره على البيع، فكيف جاز للموقوف عليه ؟

قال في المقابس : « و قد وافق القاضي على رجوعه بعد إنقراض الموقوف عليهم إلى الواقف و ورثته، و حَكَمَ مع ذلك بصحة بيع الوقف في جملة من الصور المذكورة، و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب إستحقاقهم ... و هذا عجيب منه، لأنّ الوقف المؤيد مملوك للموقوف عليه الموجود، و ما عداه معدوم، فلجواز البيع حينئذٍ وجه، لإنحصار المالك الموجود في البائع. و أمّا المنقطع فليس ملكاً له، و المالك الموجود غيره، فلا وجه لصحة البيع حينئذٍ. و الذي يظهر منهم في مسائل السكنى و توابعها عدم جواز بيع المحبوس عليه أصلاً ... »<sup>١</sup>.

و محصل إستعجاب صاحب المقابس منه هو: أن الوقف المنقطع يكون كالحبس بأقياً على ملك الواقف، كبقاء المحبوس على ملك المحابس. و مع عدم دخوله في ملك الموقوف عليهم لا مقتضي للبيع، فلا معنى لتجويزه.

و ذبّ المصنف عن مقالة القاضي رحمته بإحتمال أن يكون مسلكه في المسألة الأولى - و هي مَنْ يملك الوقف المنقطع - مالكية الموقوف عليهم للموقوفة مادامياً و محدوداً بالإنقراض، لا مجرد ملكية المنفعة أو الإنتفاع كما إلتموا به في الحبس. فالفرق - بنظر ابن البرّاج - بين الوقف المنقطع و الحبس هو صيرورة الوقف ملكاً لأهله، دون المحبوس الباقي على ملك المحابس.

قد أورد<sup>١</sup> على القاضي رحمته حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف.  
و يمكن دفع التنافي بكونه<sup>٢</sup> (\*) قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة.

و على هذا فلا يترتب على تجويز البيع للموقوف عليهم محذور، و ذلك لوجود المقتضي و هو الملك المؤقت، و فقد المانع، إذ المانع هو الوقفية، و المفروض عدم مانعيتها، لفرض طرود المسوغ.

نعم قد يشكل هذا الذب بتوقفه على إلتزام القاضي رحمته بأن مالك الوقف المنقطع هو الموقوف عليه لا الواقف، فإن أحرزتم التوجيه، و إلا لم يتم، و يتجه إيراد صاحب المقابس عليه حينئذ.

(١) الوارد هو التنافي و التهافت بين الفتويين، فلو قيل « أورد بالتنافي » كان أولى، و إن كان حذف ما يعلم بقرينة « دفع التنافي » جائزاً.  
و كيف كان فقد تقدم توضيح التنافي بقولنا: « و أورد المحقق الشوشري رحمته عليه بالتنافي ... ».

(٢) أي : يكون ابن البراج رحمته قائلاً بالوجه الثالث الذي هو مورد الكلام فعلاً.

(\*) هذا عين الإلتزام بالتنافي لا دفع له إن كان القاضي قائلاً بجواز البيع للموقوف عليهم مع بقاء الوقف على ملك الواقف. و لا يندفع هذا التنافي برفع اليد عن المبنى.

نعم يندفع لأجل عدم الموضوع للتنافي. و لعل المراد بيع الموقوف عليهم برضا الواقف. نظير ما ذكره في التنقيح على ما عرفت. و هذا و إن كان خلاف الظاهر، لكنه أولى من توجيه المصنف.

و عليه فإيراد صاحب المقابس مبني على مالكية الواقف، و تنظر المصنف رحمته فيه مبني على مالكية الموقوف عليه، فلم يردها على مورد واحد، و إلا فكلاهما يمنعان البيع على الأول، و يجوزانه على الثاني، و مثله أشبه بالنزاع اللفظي.

و هو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده<sup>(١)</sup> إلى الواقف. إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول<sup>(٢)</sup> بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك<sup>(٣)</sup> بمراجعة المسألة في كتاب الوقف<sup>(٤)</sup>.  
و على الرابع<sup>(٥)</sup> :

و لأجل هذا الإحتمال ناسب التعرض لكلامه و للإيراد عليه في هذا القسم الثالث.  
(١) التعبير بالعود إلى الواقف هو منشأ الإيراد و دفعه. أما كونه منشأ الإيراد فلأن صاحب المقابس إستفاد منه عود منافعها إلى ورثة الواقف، و معناه عدم إنتقال نفس العين، و إما خرجت منافعها بالوقف عن ملكه، فيكون كالحبس. و هذا قول الأكثر كما في المسالك. و التعبير بالعود و الرجوع حينئذٍ مسامحة كما نبه عليها المحقق الثاني رحمته "١" و استحسناها السيد العاملي رحمته "٢".

و أما كونه منشأً للدفع فلأن المصنف إحتمل إرادة رجوع العين و منافعها معاً إلى الواقف بعد إنقراض الموقوف عليهم لينطبق على القسم الثالث، كما تقدم الإشارة إلى الأقوال في ( ص ٢٠٥-٢٠٦ ).

(٢) أي : القول بتملك الموقوف عليه للعين في الوقف المنقطع، و الظاهر ثبوت هذا القول، و إن لم تكن المسألة صافية من الإشكال.

(٣) أي : ثبوت القول بمالكية الموقوف عليه يتضح بالمراجعة إلى كتاب الوقف.

(٤) مثل ما في المسالك و الجواهر في شرح « فإذا إنقرضوا رجع إلى ورثة الواقف » فراجع "٣".

(٥) معطوف أيضاً على « فعلى الأول » و المراد بالوجه الرابع هو تملك الموقوف عليه، و صرفه في سبيل الخير بعد الإنقراض. لا عوده إلى الواقف و لا دخوله في ملك

«١» جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٠.

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٢١.

«٣» مسالك الأنفهام، ج ٥، ص ٣٥٦؛ جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٥٤ - ٥٩.

فالظاهر (\*) أن حكمه<sup>١</sup> حكم الوقف المؤبد - كما صرح به المحقق الثاني على

ورثة الموقوف عليهم.

و حكم الوقف المنقطع - على هذا - حكم الوقف المؤبد، و الفارق بينهما التصريح في الإنشاء و عدمه، لكون المعهود من صيغة الوقف المؤبد هو «وقفته على كذا، ثم يوضع في سبيل الخير إلى أن يرث ... الأرض و من عليها» و لم يؤخذ هذا القيد في الوقف المنقطع، لكونه حبساً على من ينقرض غالباً. فلو عقبه بذلك كان مؤبداً، كما لو قال: «هذه الدار وقف على فقهاء البلد، ثم هي في وجوه البرّ إلى أن يرث الله الأرض و من عليها».

و حيث كان الوقف المنقطع بناءً على الإحتمال الرابع - و هو المنسوب إلى السيد ابن زهرة و غيره - مؤبداً حكماً لم يجز بيعه إلا في موارد بيع المؤبد. هذا ما يتعلق بالقول الرابع. و به تم الكلام في ما يختص بكل واحد من الأقوال و الإحتمالات، و سيأتي بيان الحكم المشترك بينها.

(١) أي: حكم الوقف المنقطع - بناءً على الإحتمال الرابع - حكم المؤبد.

(\*) يمكن أن يقال: بجواز بيعه بعد إنقراض الموقوف عليهم، إذ المفروض أن الوقف منقطع الآخر، و بإنقراض الموقوف عليهم ينتهي أمد الوقف، فيبطل. و صيرورته بحكم الوقف المؤبد في عدم جواز البيع بدون أحد مسوغاته أوّل الكلام، لأنّ هذا التأبيد لم يُنشأ بإنشاء الواقف، بل المنشأ خلافه، فالتأبيد محتاج إلى دليل مفقود، و مجرد صيرورته مال الله ليصرف في سبيل الله لا يصلح لإثبات التأبيد له، بل غاية عدم جواز تملكه، لا عدم جواز بيعه و صرف ثمنه في الأمور البرية. فالعمومات المقتضية لصحة البيع محكمة هنا.

لا يقال: إن مقتضى الإستصحاب عدم جواز بيعه.

فإنه يقال: إن الموضوع - و هو الوقفية - قد ارتفع بإنقراض الموقوف عليهم، و معه لا وجه للإستصحاب.

ما حُكي عنه<sup>(١)</sup> - لأنه<sup>(١)</sup> حقيقةً وقف مؤبد (\*) كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد إنقراض الموقوف عليه الخاص.

ثم إن ما ذكرنا<sup>(٢)</sup> في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي

(١) أي : لأن الوقف المنقطع - المحكوم بصرفه في وجوه البر - وقف مؤبد حقيقةً، غايته أنه لم يصرح فيها بالتأبيد، ولا بصرفه بعد إنقراض المسمين.

(٢) أي : من بيان محتملات من يكون مالكا للوقف المنقطع، و حكم كل واحد

منها.

فإن قلت : إن هذا في إستصحاب الشخص، و أما إستصحاب الكلّي فلا بأس به. قلت : أنه من القسم الثالث من أقسام إستصحاب الكلّي، و هو التقارني، لأنه يشك في طروء المنع عن البيع مقارناً لإرتفاعه، فيستصحب المنع، و قد قرر في محله عدم حجية الإستصحاب فيه.

(\*) هذا وجيه إذا قام دليل على عموم التنزيل، و أن آثار الوقف المؤبد تترتب على الوقف المنقطع بعد إنقراض الموقوف عليهم. و أين هذا الدليل ؟ فليس هذا وقفاً مؤبداً بإنشاء الواقف، و لا تعبداً. فمقتضى عمومات صحة البيع جواز بيعه، لأنّ الشك يرجع إلى ضيق دائرة المخصّص و سعتها، و في مثله يرجع إلى عموم العام ما لم يتردد مفهوم الخاص بين المتباينين كما حقق في محله.

لا يقال : إن مقتضى عمومات منع بيع الوقف هو عدم جواز البيع هنا.

فإنه يقال : إن الحكم تابع لموضوعه، فإن عدم جواز بيع الوقف منوط ببقاء موضوعه أعني الوقف، و أما إذا خرج عن الوقفية - كما هو المفروض في الوقف المنقطع، حيث إن الوقفية محدودة ببقاء الموقوف عليهم - لم يصح التمسك بالعمومات المانعة عن بيع الوقف.



و غرضه من هذا الكلام التنبيه على بعض ما يفرق فيه الوقف المنقطع عن الدائم، مثل مَنْ يجوز له البيع إن كان الموقوف عليه بطوناً، كما إذا وقف داره على زيد و أولاده و أحفاده خاصة.

و توضيحه : أنه لو قيل بجواز البيع في بعض الوجوه الأربعة - كما حكي عن القاضي في الوجه الثالث من جوازه للموقوف عليه - فهل يعمُّ الجواز جميعَ البطون، كصحته في الوقف المؤبد للكلّ عند طروء المسوّغ، أم يختص الحكم بالبطن الأخير كأولاد الأولاد في المثال المزبور ؟ إختار شيخنا الأعظم رحمته الثاني، و فصل في جواز بيع ما عدا البطن الأخير. فهنا دعويان :

الأولى : إختصاص الجواز في المحتملات المتقدمة بالأخير، و لعلّ وجهه : أن المانع عن بيع الوقف إجتماع حقه تعالى و حق الواقف و حق الموقوف عليهم، و هذا يختص بالوقف المؤبد، و كذا بما عدا البطن الأخير في المنقطع. و أمّا البطن الأخير فينحصر المانع فيه في الحقيين الأولين، و لا حقّ من ناحية الموقوف عليهم، لفرض كونه آخر السلسلة، و عدم وجود مالك شأني حتى يجب مراعاة حقه بإبقاء الوقف مقدّمة للإنتفاع. و عليه فلا مانع من بيعه من هذه الجهة.

نعم لو بقي إنتقل إلى الوارث، لأدلة الإرث، و لكن لا يلزم حفظ الموضوع، كوضوح عدم كون الإنتقال إلى الورثة غرضاً عقدياً للواقف كي يلزم رعايته.

الثانية : أنه إن قلنا بعدم كون الوقف المنقطع ملكاً للموقوف عليه - كما هو الحال في الإحتمال الأول من بقاءه على ملك الواقف - لم يجوز لشيءٍ من البطون البيع، لعدم مقتضي و هو الملك.

و إن قلنا بتملكهم له، لم يجوز للبطون المتقدمة على البطن الأخير البيع من جهة تعلق الحقوق الثلاثة بالعين. فيشترك الوقف المنقطع مع المؤبد في هذا الحكم جوازاً و منعاً، فإطلاق النهي في معتبرة ابن راشد شامل للمنقطع، كما أنّ مسوّغات بيع

لا بطن بعده<sup>(١)</sup> يتلقى<sup>(٢)</sup> الملك من الواقف.

و أما حكم بيع بعض البطون<sup>(٣)</sup> مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع<sup>(٤)</sup> فهو<sup>(٥)</sup> كما تقدم. و أما<sup>(٦)</sup> على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك<sup>(٧)</sup> معه في المنع في الصور التي منعنا، و في الجواز في الصور التي جوّزنا، لإشتراك<sup>(٨)</sup> دليل المنع،

الوقف كالخراب و خوف الفتنة تجوّز البيع في كلا القسمين.

و يترتب على جواز البيع كون الثمن مشتركاً بين البطن البائع و ما بعده إلى البطن الأخير، كإشتراك ثمن الوقف المؤبد إن كان البيع للخراب، فيجب شراء شيء يكون وفقاً، كما تقدم تفصيله في أولى صور بيع الوقف. و إن كان للصرف في الحاجة إختص بالموجودين، على الخلاف في المسألة.

(١) يعني: حتى يلاحظ حق البطن اللاحق الذي له حق في الموقوفة، بل مورد البحث هو الوقف الذي يختص بالبطن الموجود.

(٢) صفة لـ « بطن بعده » و البطن الذي لا بطن بعده هو البطن الأخير.

(٣) يعني: غير البطن الأخير.

(٤) بأن يختلف حكم المنقطع و المؤبد، فالمؤبد ملك فعلي لكل طبقة وُجِدَتْ، و شأني لمن لم يوجد. و المنقطع ملك للواقف و ورثته، و لم ينتقل عنه إلى الموقوف عليهم.

(٥) جواب « و أما » و المراد بالموصل عدم جواز البيع، المتقدم في حكم بيع ما عدا البطن الأخير.

(٦) معطوف على « فإن قلنا » و عدل له، و الأولى تبديله بـ « و إن قلنا ».

(٧) يعني: فيشترك بيع غير الأخير - في المنقطع - مع المؤبد.

(٨) تعليل لقوله: « فيشترك » و حق العبارة أن تكون هكذا: « لإشتراك دليلي

المنع و الجواز » لعدم كون المشترك فيه خصوص المنع عن البيع.

## و يتشاركان أيضاً<sup>(١)</sup> في حكم الثمن بعد البيع<sup>(٢)</sup>.

- (١) يعني : كإشتراكهما في البيع منعاً و جوازاً، و عليه فجهة الإشتراك أمران.
- (٢) في إختصاص الثمن بالبطن الموجود، أو لزوم شراء عين به لتكون وقفاً كالمتن. هذا بناءً على عدم إنصراف أدلة منع بيع الوقف و جوازه إلى المؤبد، و إلاً فالمتجه جواز البيع بناءً على مالكية الموقوف عليهم للموقوفة في المنقطع، و صرف ثمنه في حوائجهم.
- هذا تمام الكلام في بيع الوقف، الذي هو من موانع طلقية الملك، و سيأتي الكلام في سائر الموانع إن شاء الله تعالى.

## مسألة

و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً : صيرورةُ المملوكة أمّ ولدٍ لسيّدها<sup>(١)</sup>،

### بيع أمّ الولد

(١) يعني : أن الجارية التي صارت أمّ ولدٍ لسيّدها لا تكون ملكاً طلقاً له حتى يصح نقلها إلى الغير ، لكونها متشبّهة بالحرية، إذا تحقّق الإستيلاء بشرائطه المعتبرة، قال المحقق رحمته الله : «أمّ الولد مملوكة، لا تتحرر بموت المولى، بل من نصيب ولدها. لكن لا يجوز للمولى بيعها، مادام ولدها حيّاً، إلّا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى، ولا وجه لأدائه إلّا منها»<sup>(١)</sup>.

ثمّ إنّ المصنف رحمته الله - بعد ما أشار إلى كون منع بيع أمّ الولد من المسلّمات في الجملة - تعرّض في هذه المسألة لمباحث :

الأول : إختصاص المنع بالبيع، أو عمومه لسائر العقود، سواء أكانت ناقلة للملك مع عدم تعقبها بالتحرر، أم معرّضةً للنقل إلى الغير كالرهن.

الثاني : إشتراط منع بيعها بحياة الولد بعد وفاة السيد. ولو مات الولد و كان له ولد فهل يمنع من بيعها، أم يختص المنع ببقاء نفس الولد الصّليّ ؟

الثالث : هل تصر الأمة أمّ ولدٍ و لو بعلوقها بالنطفة ؟ أو بمطلق الحمل ؟ و

فإن ذلك<sup>(١)</sup> يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة<sup>(٢)</sup>.

و في بعض الأخبار دلالة على كونه<sup>(٣)</sup> من المنكرات في صدر الإسلام.

يعتبر انفصال الولد بالوضع ؟

الرابع : إناطة صدق « أمّ الولد » بكون الحمل في زمان تملك المولى لها، فلا عبرة بالحمل منه قبل ذلك.

الخامس : أن منع بيعها قاعدة كلية مستفادة من النصوص و الإجماع، فالعمومات مقتضية لصحة نقلها مخصّصة. و جواز بيعها في كل موضع منوط بدليل عليه.

السادس : مواضع الإستثناء من عموم منع البيع.

و سيأتي التعرض للجميع بتبع المتن.

(١) أي : فإنّ صيرورة الأمة أمّ ولدٍ لسيدّها يوجب منع سيدها عن بيعها،

فلا تكون ملكاً طلقاً.

(٢) قال المحقق الأردبيلي رحمته فيه : « و عدم جواز بيعها مادام ولدها حياً - مع

إيفاء ثمنها أو القدرة عليه - مما لا خلاف فيه بين المسلمين »<sup>(١)</sup> فدعوى عدم الخلاف

قطعية بنظر المحقق الأردبيلي لا مظنونة، إذ لم يقل « لا خلاف فيه بين المسلمين

ظاهراً » كما لا ريب في حكاية عدم الخلاف عنه في مفتاح الكرامة .

و عليه فتقييد المصنف بقوله « على الظاهر » مبني على إعتقاده. و لعله لأجل

ما حكى عن الصدوق و ابن ميثم شارح النهج من أن أمّ الولد كسائر التركة تنتقل

إلى الورثة.

(٣) أي : كون بيع أمّ الولد من المنكرات.

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٦٩؛ و الحاكي عنه و عن الفقيه و الهدائق هو السيد العاملي في

مثل ما روي<sup>١</sup> من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع أمة أرضعتْ وكدّه، قال له: «خُذْ بيدها، و قل : مَنْ يشتري أمّ ولدي ؟»<sup>٢</sup>.

و في حكم البيع<sup>٣</sup>

(١) هذا خبر السكوني عن الإمام الصادق عن أبيه عليه السلام: «أَنْ عَلِيًّا عليه السلام أَنَاهُ رَجُلٌ، فَقَالَ : إِنَّ أُمَّتِي أَرْضَعْتُ وَلَدِي، وَ قَدْ أَرَدْتُ بَيْعَهَا ؟ فَقَالَ : خُذْ بِيَدِهَا، فَقُلْ ... الخ.»

و تقريب الدلالة : أن مورد السؤال و إن كان بيع الأمة المرضعة، لا بيع الأمة التي وكدت من سيدها، إلا أنه لا مجال لتوهم تعدد الموضوع، و ذلك لأن إطلاق «أم الولد» فيه على الأمة المرضعة إما لكونها أم الولد حقيقةً، و إن كان خلاف الظاهر. و إما لثبوت الحكم في الأمّ الرضاعية أيضاً. و حينئذ يكون الإستدلال به على الأمّ النسبية بالأولوية. هذا.

و المناقشة في دلالتها على كون بيعها من المنكرات الإسلامية - كما في بعض الحواشي - ضعيفة جداً، فلاحظ و تأمل.

و كذا يدل على إنكار بيعها ما ورد في صحيح عمر بن يزيد الآتي في (ص ٢٩٩) من قوله: «لَمْ يَبَعْ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ؟».

### المبحث الأول : عموم المنع لكل ناقلٍ عن ملك المولى

(٢) هذا شروع في المبحث الأول، و هو : إختصاص المنع بالبيع، أو عمومه للعقود الأخرى، إما لكونها ناقلة كالهبة و الصلح، و إما لإستلزامها للنقل كالرهن لو توقّف إستيفاء الدين على بيع أمّ الولد. ذهب السيد المجاهد رحمته الله إلى الإختصاص، و المصنف رحمته الله إلى العموم، مستشهداً بكلمات الفقهاء في مواضع أربعة، كما سيظهر.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٣٠٩، الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث : ١

كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق<sup>(١)</sup> أو مستلزم<sup>(٢)</sup> للنقل كالرهن، كما يظهر<sup>(٣)</sup> من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد :  
منها<sup>(٤)</sup> : جعل أم الولد ملكاً غير طلق.

(١) يعني : أن الممنوع منه هو العقد الناقل للأمة إلى ملك الغير مع عدم ترتب عتقها عليه، كما إذا باعها من أجنبي، أو صالحه عليها، أو أقرضها منه، أو وقفها عليه، إذ لو صح هذا النقل بقيت على رقيتها و لم تتحرر.

و أمّا إذا كان النقل إلى الغير مستلزماً لتحرُّرها فلا مانع منه، كما إذا وهبها لولدها، أو صالحه عليها، فإن إمتناع تملك العمودين يوجب عتقها بمجرد القبول.

و كذا لو نقلها إلى أجنبي بشرط العتق، إمّا بنحو شرط الفعل، و إمّا بنحو شرط النتيجة على القول بصحته في مثل التحرير. فالعقد الناقل في هذه الموارد صحيح، و لا يندرج في الدليل المانع عن بيع أم الولد، بناءً على عمومته لجميع نواقل الأعيان.

(٢) معطوف على « ناقل » فإن الرهن قد ينتهي إلى نقل الوثيقة، كما إذا لم يؤدّ المديون دينه، و قد لا يُفرضي إلى النقل، بل ينفك الرهن و يبقى على ملك الراهن، كما إذا وفى دينه. و نظير الرهن ما إذا ضمن مولاها ديناً، و اشترط كون الأمة مال الضمان.

(٣) يعني : يظهر أن حكم كل تصرف ناقل أو مستلزم للنقل يكون حكم البيع في المنع.

(٤) يعني : من جملة الموارد التي يظهر منها عدم جواز التصرف الناقل أو المستلزم للنقل - في أم الولد - و إن لم يكن بيعاً هو عدّ الفقهاء « أم الولد » ملكاً غير طلق كالوقف و الرهن، اللذين لا يستقلّ المالك بالتصرف فيهما.

و توضيحه : أن ملاحظة معنى « الطلق » و مانعية الإستيلاء عنه توجب الجزم بإرادة المنع عن جميع التصرفات الناقلة ، و ذلك لأن « الطلق » عبارة عن تمامية الملك

كالوقف و الرهن<sup>(١)</sup>. و قد عرفت<sup>(٢)</sup> أن المراد من « الطلق » تمامية الملك، والإستقلال في التصرف. فلو جاز<sup>(٣)</sup> الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها<sup>(٤)</sup>. كما أن المجهول<sup>(٥)</sup> الذي يجوز

و السلطنة في التصرف، فإذا جاز الصلح عن شيء و هبته مثلاً خرج عن الطلعية بمجرد عدم جواز بعض التصرفات الآخر كالبيع للجهالة أو غيرها.

و بالجملة : فلا يخرج الملك عن الطلق إلا بالمنع عن جميع التصرفات الناقلة، و المفروض أن الإستيلاد عدّ من موجبات خروج الملك عن الطلق، فلا بدّ أن يكون مانعاً من جميع التصرفات، لا خصوص البيع.

(١) قال المحقق رحمته : « الثاني - يعني من شرائط البيع - أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف ... و لا بيع أم الولد ... و لا بيع الرهن إلا مع الإذن »<sup>(١)</sup>.

(٢) يعني : قبيل بحث بيع الوقف ، حيث قال : « و المراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك ... » فراجع<sup>(٢)</sup>.

(٣) متفرع على كون « الطلق » بمعنى السلطنة على التصرف، و يقابله « عدم الطلق » و هو - بقول مطلق - لا يصدق إلا بسلب أنحاء التصرفات.

(٤) بل يكون عدم طلعيته بلحاظ البيع مثلاً، و لازمه بقاء طلعيته بالنسبة إلى الهبة و نحوها، مع أنهم عدّوا « أم الولد » غير طلق بقول مطلق من دون تقييد بعقد دون آخر. و عليه فلا بدّ من منع مطلق التصرف الناقل لها.

(٥) غرضه إقامة الشاهد على أن المناط في عدم الطلعية ليس مجرد منع البيع، بل لا بدّ من المنع عن كل عقد ناقل الملك. فلو كان البيع ممنوعاً شرعاً و جاز نقله بالصلح مثلاً، كان المال طلقاً.

«١» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧

«٢» هدى الطالب، ج ٦، ص ٤٨٤



الصلح عنه وهبته و إلابراء<sup>(١)</sup> عنه - و لا يجوز<sup>(٢)</sup> بيعه - لا يخرج<sup>(٣)</sup> عن كونه طلقاً.

و توضيحه : أنهم حكموا بإعتبار العلم بالعوضين في البيع، فلا يصح بيع المجهول، للفرغ المنهي عنه، سواء أكان المال عيناً خارجية، كصبرة من طعام مجهولة الكيل و الوزن، فلا يصح بيعها و إن صح هبتها أو الصلح عليها. أم ديناً غير منضبط المقدار، فإنه يجوز للدائن الصلح عليه، و إبراء المديون، و لم يجوز بيعه من المديون أو من شخصٍ آخر. و مجرد منع بيع المجهول لا يقتضي جعل « المال المجهول » في عداد ما ليس بطلق<sup>(\*)</sup>.

و عليه فلا تدور الطلقة مدار خصوص جواز البيع ، كما لا يدور عدم الطلقة مدار منع خصوص البيع، بل يتوقف صدقُ « عدم الطلق » على منع كافة النواقل، فالوقف و الرهن و أمّ الولد لا يقع عليها شيء من التصرفات، لكونها غيرَ طلق.

(١) هذه الكلمة قرينة على أن مراد المصنف بالمال المجهول هو الأعم من العين الشخصية و الكلية.

(٢) معطوف على « يجوز » و الضمائر البارزة راجعة إلى المجهول.

(٣) خبر « أن المجهول » و ضميره راجع إليه، و المراد به المال المجهول.

(\*) أورد عليه بعدم تمامية الاستشهاد بمنع بيع المجهول، و ذلك لأنّ الكلام فعلاً في موانع الطلق، الذي هو صفة في المبيع يمنع من إستقلال المالك في التصرف فيه، مثل كونه وقفاً أو رهناً، فلو كان المنع لخصوصية في البيع مثل كونه غريباً، أو في المتعاملين كعدم البلوغ، أو في الأسباب، كان أجنبياً عما نحن فيه، إلا أن تكون الجهالة قائمة بالعوضين لا بالمتعاملين<sup>(١)</sup>.

ومنها <sup>١</sup> : كلمائهم في رهن أم الولد، فلاحظها.  
ومنها <sup>٢</sup> : كلمائهم في إستيلاء المشتري في زمان خيار البائع،

(١) هذا هو المورد الثاني، و لا يخفى أن مسألة جواز رهن أم الولد خلافية، كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة و الجواهر، و هي غير معنونة بالإستقلال في بعض الكتب كالشرائع، إلا أن ظاهر المتن الإشارة إلى الإجماع المحكي على المنع.  
قال العلامة رحمته : « و في رهن أم الولد في ثمن رقبته مع إعسار المولى إشكال، و مع يساره أشكل. و [ في ] غير الثمن أشد إشكالاً » <sup>١</sup>.

و قال السيد العاملي - في شرح الفقرة الأولى منه - ما لفظه : « نسب في الإيضاح و حواشي الكتاب للشهيد إلى الأصحاب : المنع من رهن أمهات الأولاد. و ظاهرهما الإجماع على ذلك. و لعلهما فهما ذلك من إشتراطهم في الرهن أن يكون مما يجوز بيعه. و هو محل تأمل ... » فراجع <sup>٢</sup>.

(٢) أي : و من جملة الموارد التي تشهد بمنع مطلق التصرف الناقل للملك هو كلمات الفقهاء في موضعين : أحدهما في خيار الغبن، و الآخر في أحكام مطلق الخيار. فقالوا في الأول : لو باع جارية دون قيمتها السوقية و أولدها المشتري، ثم تبين للبائع غبته، فرجع إلى المشتري للفسخ، لم ينفذ ذلك بالنسبة إلى العين و إنتقل حقه إلى قيمتها، بمعنى أنه يرد الثمن المسمى إلى المشتري، و يأخذ منه قيمة الأمة.  
و هذا الحكم شاهد على مانعية الإستيلاء عن تأثير الفسخ في عود كل من العوضين إلى صاحبه.

قال المحقق رحمته : « و لا يسقط ذلك الخيار - أي : خيار الغبن - بالتصرف، إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده كالإستيلاء في الأمة » <sup>٣</sup>.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٠

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٨٤، و لاحظ : جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ١٣٩

«٣» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٢

فإنَّ المصْرَحَ به<sup>(١)</sup> في كلام الشهيدين<sup>(٢)</sup> في خيار الغبن : أنَّ البائع لو فسخ يرجع

و نحوه عبارة القواعد<sup>(٣)</sup>.

وقال السيد العاملي في شرحها: « كما صرَّح بجميع ذلك في الشرائع و التحرير و التذكرة و غاية المراد و المهذب البارع و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك. و نقله الشهيد في حواشيه عن شمس الدين. و في الروضة و المفاتيح : أنه المشهور ... »<sup>(٤)</sup>.

و قالوا في الموضوع الثاني - أعني به أحكام مطلق الخيار - : إنَّ المشتري لو باع أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع لم ينفذ إلاَّ بإجازته. و إستثنوا الإستخدام، و عدم مانعيته عن الفسخ إلاَّ إذا إستولد الأمة.

قال العلامة رحمته : « نعم، له الإستخدام و المنافع و الوطىء، فإنَّ حَبَلت فالأقرب الإنتقال إلى القيمة مع فسخ البائع »<sup>(٥)</sup> و عقبه السيد العاملي رحمته بقوله : « كما هو خيرة التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد. و هو قضية كلام السرائر و المختلف، و ظاهر كنز الفوائد »<sup>(٦)</sup>.

و المتحصل من كلماتهم في الموضوعين : مانعية الإستيلاء عن إسترداد العين، و إنتقال حق سيدها إلى القيمة. فيُعلم منه أنه لا خصوصية في البيع، بل نقل العين غير نافذٍ و إن كان بفسخ البيع الخياري.

(١) هذا هو الموضوع الأول، و هو خيار الغبن.

(٢) في اللعة و شرحها. قال في اللعة: « و كذا - أي لا يسقط الخيار - لو تلف

العين أو إستولد الأمة » و يرجع إلى القيمة كما صرَّح به الشهيد الثاني في الشرح<sup>(٧)</sup> ،

«١» قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ٦٧

«٢» مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٥٧٢

«٣» قواعد الأحكام ، ج ٢ . ص ٧٠

«٤» مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٦٠٤

«٥» الروضة البهية ، ج ٣ ، ص ٤٦٦ و ٤٧٠

إلى القيمة، لإمتناع إنتقال أم الولد. وكذا في كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك<sup>(١)</sup> أيضاً<sup>(٢)</sup> في زمان مطلق الخيار<sup>(٣)</sup>.  
و منها<sup>(٤)</sup> : كلمائهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً و قبولاً<sup>(٥)</sup>، فإنها كالصریحة في أن المنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

و يستفاد من اللمعة أيضاً، و لم يتعرض الشهيد لهذا الفرع في خيار الغبن في الدروس<sup>(١)</sup> و لا صرح بالرجوع إلى القيمة في غاية المراد<sup>(٢)</sup>، نعم صرح به الشهيد الثاني في تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك<sup>(٣)</sup>، فراجع.

(١) هذا هو الموضع الثاني . يعني : وكذا المصرح به في كلام العلامة و غيره : أن البائع لو فسخ العقد يرجع إلى القيمة دون العين، لصيرورتها أم ولد، و قد إمتنع نقلها عن إستولدها. و من المعلوم أن التعليل بـ « إمتناع إنتقال أم الولد » يشمل كل ناقل، سواء أكان بيعاً أم غيره.

(٢) يعني : كحكمهم بالرجوع إلى القيمة لو كان البائع مغبوناً و فسّخ.

(٣) كما إذا باعها و شرط الخيار لنفسه شهراً، فحَمَلَتْ من المشتري، و فسخ البائع، فلا رجوع إلى العين بل إلى القيمة.

(٤) أي : و من جملة الموارد، و هذا رابعها و أخيرها، مثل ما يأتي في المتن في ما لو جَنَّت على مولاها بما يوجب صحة إسترقاقها : « فيجوز له التصرف الناقل فيها، كما هو المحكي في الروضة عن بعض » حيث عبّروا بالتصرف الناقل لا خصوص البيع، فراجع ( ص ٤٠٨ ).

(٥) أي : سواءً بنينا على ردّ المستثنيات أم على قبولها ، لكونها محلّ النزاع،

«١» الدروس الشرعية ، ص ٢٧٥ ؛ و كذا إقتصر على نقل الأقوال في حكم خيار الشرط من دون ترجيح، فلاحظ . ص ٢٧١

«٢» غاية المراد . و كذا حاشية الإرشاد . ج ٢ . ص ٩٩

«٣» مسالك الأفهام . ج ٣ . ص ٢٠٦

و بالجملة<sup>(١)</sup> : فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل. ومع ذلك كله<sup>(٢)</sup> ، فقد جزم بعضُ سادة مشايخنا بجواز غير البيع من

و المهم عدم الإقتصار على « البيع » لإقتضاء مناسبة الحكم و الموضوع تعميم المنع و الجواز لمطلق الناقل.

(١) هذا ملخص ما أفاده من قوله : « و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك

... » إلى هنا، و توطئة للرد على صاحب المناهل.

(٢) أي : و مع عدم بقاء شك للمتأمل فقد جزم السيد المجاهد بجواز نقل أمّ

الولد بغير البيع، قال رحمته : « هل يلحق بالبيع الصلح، فلا يصح للمولى نقل أمّ الولد

- مع وجود ولدها - منه إلى غيره بطريق الصلح، أو لا يلحق، بل لا يجوز النقل

بطريق الصلح في جميع الصور ؟ ظاهر الدروس الأول. و التحقيق أن يقال : إن كان

الصلح فرعاً على البيع فلا إشكال في الإلحاق. و إن كان عقداً مستقلاً غير فرع - كما

هو المختار - فلا يلحق. و أن المعتمد جواز نقلها بكل ناقل عدا البيع، للعمومات الدالة

على لزوم الوفاء بالعقود، و بالشروط، و على تسلط المالك على ملكه، خرج منها

خصوص البيع بالدليل. و لا دليل على خروج غيره، فيبقى مندرجاً تحتها. و يؤيد

ذلك عدم التنبيه على المنع من غير البيع في الروايات و معظم الفتاوى «<sup>(١)</sup>».

و محصله : جواز تمليك أمّ الولد للغير بما عدا البيع، لوجود المقتضي، و فقد

المانع. أمّا المقتضي فأمر :

أحدها : عموم الأدلة الإيضائية كالأمر بالوفاء بكل عقدٍ إلا ما خرج، و يشك

في خروج الصلح على أمّ الولد و هبتها عنه، و أصالة العموم تنفي التقييد بغيرها.

ثانيها : عموم أدلة الشروط، و ظاهره صدق الشرط - بنظر السيد المجاهد رحمته -

على الإلتزام الإبتدائي كالهبة و الصلح.

النواقل، للأصول<sup>(١)</sup>، و «خُلُو»<sup>(٢)</sup> كلام المعظم عن حكم غير البيع.  
و قد عرفت<sup>(٣)</sup> ظهوره<sup>(٤)</sup> من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفة.

ثالثها : إطلاق حديث السلطنة، فإن منع الصلح و الهبة تحديداً لها، مع أن إطلاق السلطنة المعمولة شرعاً يقتضي جواز كل تصرف خارجي و إعتباري في المال، الصادق على أم الولد قطعاً.

و أما عدم المانع من الشمول، فلاختصاص الدليل المانع عن التصرف بالبيع، فهو الخارج عن العموم المقتضي للصحة، و يبقى غيره من النواقل مندرجاً فيه.

(١) يحتتمل إرادة الأصل العملي، مثل عدم اشتراط عقدي الصلح و الهبة بعدم كون المتصلح عليه و الموهوب أم ولد. لكن لا مجال لإرادة هذا الأصل هنا، لتصریح السيد المجاهد بالأصل اللفظي، و هو العموم المراد به الشمول، لا خصوص المستند إلى الوضع في قبال ما يستند إلى مقدمات الحكمة.

(٢) ظاهر عطفه على «الأصول» كون خلو كلمات القوم دليلاً آخر، لكن السيد عليه السلام جعل إختصاص الفتاوى بمنع البيع مؤيداً لجواز النقل بالصلح و الهبة.

(٣) هذا إيراد المصنف عليه السلام على كلام المناهل، و غرضه منع ما أفاده ثانياً من خلو الفتاوى عن حكم غير البيع، وجه المنع ما تقدم من تعبيرهم بالنقل - دون خصوص البيع - في الموارد الأربعة. و هذه الكلمات إن بلغت حد الإجماع القطعي صلحت لتخصيص العمومات المقتضية للصحة كما لا يخفى.

و إستشهد المصنف - مضافاً إلى الموارد الأربعة المتقدمة - بكلام شيخ الطائفة و الحلبي و بإجماع فخر المحققين، و بإرساله إرسال المسلمات في الرياض، و بظهور عبارة المقابس، ثم إستظهر كونه مما إتفق عليه المسلمون. و مع هذا كيف تتجه دعوى خلو كلام المعظم عن حكم غير البيع ؟

(٤) أي : ظهور ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

و مع ذلك<sup>(١)</sup> فهو الظاهر من المبسوط و السرائر، حيث قالوا: «إذا مات ولدُها جاز بيعُها و هبتها و التصرفُ فيها بسائر أنواع التصرف<sup>(٢)</sup>»<sup>(٣)</sup>.

و قد إدعى<sup>(٤)</sup> في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كلِّ ناقلٍ، و أرسله<sup>(٥)</sup> بعضهم - كصاحب الرياض و جماعة - إرسالاً المسلّمات، بل عبارةً

(١) أي: مضافاً إلى ظهور كلمات الفقهاء في عموم الحكم - لغير البيع - يكون ثبوتُ الحكم لغير البيع ظاهراً المبسوط و السرائر، لدلالة منطوق الجملة الشرطية على جواز غير البيع لو مات ولدُها حال حياة السيد، فيكون مفهومُها ظاهراً في منع البيع و الهبة و سائر التصرفات لو لم يمت الولد.

(٢) كالصلح عليها و وقفها، و إقراضها بناءً على صحة إقراض الجوّاري كما ادّعى عدم الخلاف فيه<sup>(٦)</sup>.

(٣) هذا هو الشاهد الثاني، و حاصله: أن اتحاد البيع و الهبة في المنع ليس بما انفرد به شيخ الطائفة و الحلبي رحمهما، بل إدعى فخرُ المحققين الإجماع على المنع عن جميع نواقل الملك من هبة و صلح و غيرهما.

قال رحمهما: «للاستيلاد أحكام: أحدها: إبطال كل تصرف ناقلٍ للملك عنه إلى غيره - غير مستلزم للعتق بذاته - بلا شرطٍ يرتقب، إجماعاً»<sup>(٧)</sup>.

(٤) هذا هو الشاهد الثالث على تعرض الفقهاء لحكم غير البيع، و منعهم عن مطلق التصرف الناقل للملك. و عبارة الرياض قريبة من كلام الإيضاح، لكنها خالية عن دعوى الإجماع<sup>(٨)</sup>، كخلوّ كلام الشهيد الثاني رحمهما عنه<sup>(٩)</sup>. و عدمُ الإشارة إلى

«١» المبسوط، ج ٦، ص ١٨٥؛ السرائر، ج ٣، ص ٢١

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢١

«٣» إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٣١

«٤» رياض المسائل، ج ١٣، ص ١٠٩

«٥» الروضة البهية، ج ٦، ص ٣٦٩

بعضهم<sup>١١</sup> ظاهرة في دعوى الإئْتِاق<sup>١٢</sup>، حيث قال: «إن الإِستِيْلاد مانع من صحة

خلاف في المسألة ظاهر في كون المنع عن كل تصرف ناقل من مسلمات الفقه. و تعبير صاحب الحدائق رحمته الله ظاهر في تسالمهم على عدم الفرق في النقل بين المعاوضي وغيره، لقوله: «و ألحق بالبيع هنا سائر ما يُخرجها عن الملك أيضاً كاهبة و الصلح و غيرهما للإِشْتِراك في العلة»<sup>١٣</sup>.

و إدعى في الجواهر الإجماع بقسميه على منع كل تصرف، فلاحظ<sup>١٤</sup>.  
 (١) و هو صاحب المقابس رحمته الله، و العبارة هكذا: «و إذا تحقق الإِستِيْلاد بشرائطه المعتبرة - سواء وقع في حال الصحة أو المرض - فهو مانع ... الخ».  
 ثم إن الظهور الذي إدعاه المصنف رحمته الله مبني على رجوع قول المقابس: «على خلاف في ذلك» إلى خصوص التصرفات المرصدة لأُمّ الولد للدخول في ملك الغير كما هو الظاهر، خصوصاً بقرينة تصريحه بالإجماع في الجملة على الحكم بعده. و إلاً فلو رجع قوله: «على خلاف في ذلك» إلى قوله: «فهو مانع من صحة التصرفات الناقلة للأمة» كان صريحاً في عدم الإِئْتِاق.

(٢) الظاهر أن المراد من الإِئْتِاق هو إطباق المسلمين - لا خصوص الفرقة المحقة - كما يظهر من المقابس، لقوله بعد العبارة المتقولة في المتن: «و هذا من الموانع التي لا تقبل التدارك، و لا ترتفع برضا الجارية، و لا بموت ولدها بعد التصرف. بل يطرد الحكم في جميع الصور إلاً في المواضع المستثناة. و كل من الحكيمين إجماعي في الجملة بين الأصحاب، و إن خالف العامة في الثاني، فلم يستثنوا شيئاً، كما هو المنقول عن المذاهب الأربعة»<sup>١٥</sup>.

و بهذا يتجه الإتيان بكلمة «بل» إذ لو كان غرض المصنف إستظهار إئْتِاق

«١» الحدائق الناظرة، ج ١٨، ص ٤٤٨

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٤

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٩



التصرفات الناقلة<sup>(١)</sup> من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المرعّضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك<sup>(٢)</sup> .  
ثم إن<sup>(٣)</sup> عموم المنع لكل ناقل ،

خصوص الإمامية عليه لم يزد كلام المقابس على الإيضاح - المدعي للإجماع صريحاً - ولم يحتاج إلى الاضراب بـ «بل» .

(١) سواء أكانت معاوضة كالبيع و الصلح المعاوضي، أم غير معاوضة كالهبة و الوقف، و القرض إن لم يُعدّ من العقود المعاوضية المصطلحة.

(٢) أي : في الرهن مما لا يوجب النقل، و لكنه يجعل أمّ الولد عُرضة للخروج عن ملك الراهن.

(٣) غرضه إستظهار إطباق المسلمين على عموم منع نقل أمّ الولد، و عدم إختصاصه بالبيع، فيكون موافقاً لما إدعاه صاحبُ المقابس رحمته بناءً على ظهور « الإتفاق » في الإجماع عند الكلّ . و إستند المصنف رحمته في هذه الدعوى إلى وجوه ثلاثة، إثنان منها طانفتان من النصوص، و ثالثها تعليل الحكم في كلمات الأصحاب . فالطائفة الأولى هي رواية السكوني المتقدمة في (ص ٢٤١) الظاهرة في كون بيع « أمّ الولد » من المنكرات، بناءً على إرادة مطلق المملّك، بشهادة فهم الفقهاء عدم خصوصية للمنع عن البيع، فيكون النهي عن الشراء من باب التنبيه على العام بذكر الخاص.

و الطائفة الثانية : ما سيأتي في (ص ٢٩٩) من النصوص الدالة على جواز بيعها لو لم يُؤدّ مولاها مثنها إلى البائع، و عدم جواز بيعها فيما عدا ذلك، كصححة عمر بن يزيد عن أبي إبراهيم عليه السلام ، إذ التأمّل فيها يورث الإطمئنان بأن المنع عن البيع من جهة كونه مملّكاً للعين، لا لخصوصية في عنوان البيع و الشراء.

و الوجه الثالث هو التعليل الوارد في كلام جماعة من أن ملاك المنع عن البيع هو تشبثها بالحرية، و رجاء إعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها، فلو جاز

و عدم إختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين<sup>(\*)</sup>.

و الوجه فيه<sup>(٢)</sup>: ظهور أدلة المنع (\*\*\*) المعنونة بالبيع في<sup>(٣)</sup> إرادة مطلق النقل، فإن<sup>(٤)</sup> مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الرواية السابقة: «خُذ بيدها، و قل:

نقلها إلى الغير بهبة أو صلح أو قرض كان منافياً للحكمة المزبورة. قال المحدث البحراني رحمته الله في تعليل عموم المنع: «و لأنه لو جُوز غيره - أي غير البيع - لانتفى فائدة منعه و تحريمه، و هي بقاؤها على الملك لتعتق على ولدها»<sup>(١)</sup>.

(١) يعني: فضلاً عن المؤمنين، و إلا كان تكراراً لما ذكره من إستظهار الإجماع من الكلمات.

(٢) أي: في كون المنع قول جميع المسلمين.

(٣) متعلق بـ «ظهور».

(٤) تعليل لظهور أدلة منع البيع في إرادة كل تصرف ناقل للملك، و هذا هو

(\*) لكن كون ذلك قول المؤمنين - فضلاً عن المسلمين - لا يخلو من تأمل، لما في مفتاح الكرامة من قوله: «و قد ألحق جماعةً بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الإشتراك في العلة، و لأنه لو جُوز غيره لانتفى فائدة منعه، و هي بقائها على الملك لتعتق»<sup>(١)</sup> و لا بد من مزيد التتبع.

ثم إن ذلك إجماع منقول و موهون بجزم السيد المجاهد بجواز غير البيع من سائر النواقل، و ليس إجماعاً تعديلاً، للإستدلال ببعض الوجوه المذكورة في المتن و غيره، و الإجماع التقيدي ليس بحجة.

(\*\*\*) أي: بحسب المناط، و إلا فلا ظهور في الكلام أصلاً، و كذا في الظهور

الآتي.

«١» الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٤٤٨ و ٤٥٦

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٦٢

مَنْ يشتري أمّ ولدي؟» يدل<sup>١</sup> على أن مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات. و هو<sup>٢</sup> مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبته، و عدم جوازه فيما سوى ذلك<sup>٣</sup>.

هذا، مضافاً إلى ما إشتهر<sup>٤</sup> - و إن لم نجد نصّاً عليه - من أن الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لإنعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها (\*).

### الوجه الأوّل.

(١) خبر قوله: «فإن مثل».

(٢) يعني: و عموم المنع لكل ناقلٍ مقتضى التأمل في أخبار بيع أمّ الولد، و هذا هو الوجه الثاني المتقدم آنفاً.

(٣) أي: سوى ثمن رقبته.

(٤) هذا هو الوجه الثالث، و تقدم في كلام صاحب الحدائق، و قال في المقابس: «و إنما منع من التصرف الناقل لتبنيها بالحرية، من حيث إنها لو بقيت و بقي ولدها بعد المولى، و كان يمتن يستحق إرثاً أعتقت - كلاً أو بعضاً - من نصيب الولد، لعدم إستقرار ملكه على أمّه»<sup>١</sup> و ظاهر العبارة كون التعليل مسلماً عندهم، لا مجرد إشتهاره. لكن ليس دليلاً، لكونه - مع عدم النص عليه - من العلة المستنبطة التي ليست بمجبة.

(\* تكرر التعليل بتبنيها بالحرية في كلماتهم، كالمحقق و الشهيد الثانيين و أصحاب المدارك و الرياض و المقابس و الجواهر<sup>٢</sup>، و إستدلّ في موضع من

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٩.

«٢» جامع المقاصد، ج ١٣، ص ١٣٤؛ مسالك الأفهام، ج ٨، ص ٤٥؛ الروضة البهية، ج ٦، ص ٣٧١؛

نهاية المرام، ج ١، ص ٢٩٢؛ رياض المسائل، ج ١٣، ص ١١١؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٩؛

جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٨١، و ج ٣٢، ص ٣١٩.

والمحاصل<sup>١</sup> : أنه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل.  
ثم إن المنع<sup>٢</sup> مختص<sup>٣</sup> بعدم هلاك الولد.

١) هذا نتيجة ما أفاده في ردّ كلام السيد المجاهد رحمته الله من إختصاص المنع بالبيع،  
و به تمّ المبحث الأوّل.

### المبحث الثاني : إختصاص المنع بحياة الولد

٢) هذا إشارة إلى إشتراط منع بيع أمّ الولد بعدم هلاك الولد في حياة سيّدها،  
فلو مات الولد و لم يُخلف ولداً كما إذا مات صغيراً ، أو كبيراً و لكنه لم يُجنب كانت

المسالك على إشتراط كون الولد حراً بالنبوي رحمته الله : « أعتقها ولدها »<sup>١</sup> .  
و إستدل السيد العاملي على ذلك بمفهوم قوله رحمته الله في خبر زارة الآتي في  
(ص ٢٩٤) : « حدّها حدّ الأمة إذا لم يكن لها ولد » . فإنّ مفهومها « أنّها إذا كانت لها  
ولدٌ » ليست على حدّ الأمة التي يباح التصرف فيها بتلك الأنواع<sup>٢</sup> ، هذا .  
و لعلّ المصنّف رحمته الله تبع في منع هذا المفهوم السيّد المجاهد رحمته الله من حمل الحدّ  
على حدّ الجناية . و لعلّه بقريّة نقل الصدوق خبر زارة في باب الحدود .  
قال في المناهل : « و أما ثانياً فلاحتمال أن يكون المراد ما يترتب على المعصية ،  
و يكون المقصود بيان إشتراك أمّ الولد و الأمة في الحدود الشرعية تارة و إختلافهما  
أخرى »<sup>٣</sup> .

و لكن الظاهر بعد حمل الحد على حدّ الجناية ، و المراد منه عدم مساواتها  
للأمة في التصرفات الناقلة ، و حينئذ فلا قصور في مفهوم خبر زارة عن إثبات العلة  
المتكررة في الكلمات من كونها متشبّهة بالحرية بالولد ، و لا بد من مزيد التأمل .

١ « مسالك الأفهام ، ج ١٠ ، ص ٥٢٥ »

٢ « مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٢٦٣ »

٣ « المناهل ، ص ٣١٩ »

فلو هلك جاز<sup>(١)</sup> إتفاقاً نصّاً و فتوى.  
و لو مات<sup>(٢)</sup> الولد و خلف ولدأ :

أمّ الولد ملكاً طلقاً. قال في الجواهر - في إشتراط منع البيع بعدم موت الولد - ما لفظه: « بلا خلاف أجدّه فيه، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى النصوص ... و إلى عموم تسليط الناس على أموالهم ، المقتصر في الخروج عنه على أمّ الولد ، التي لا تشمل الفرض - أي فرض موت الولد في حياة السيد - حقيقة كما هو واضح «<sup>(١)</sup>.  
و يدل عليه من النصوص ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: « في رجلٍ إشتري جاريةً يطأها، فولدت له ولدأ، فمات ولدأها. قال : إن شاءوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها. و إن كان لها ولدأ قومّت على ولداها من نصيبه «<sup>(٢)</sup> بناءً على كون قوله عليه السلام: « باعوها في الدين » خارجاً مخرج التمثيل<sup>(٣)</sup>، فيجوز بيعها مطلقاً، بل نقلها بغيره كالهبة. فالحكم - كما أفاده المصنف عليه السلام - مسلم فتوى و نصّاً.

إنما الكلام لو ترك ولدأ، بمعنى أنه خلف ولد الأمة ولدأ، فمات الولد في حياة أبيه، و بقي ولدّه - و هو حفيد السيد - بعد وفاة جدّه، فهل يُمنع من بيعها حينئذٍ أم لا؟ فيه وجوه، بل أقوال، سيأتي التعرض لها.

(١) أي : جاز بيعها و نقلها كما دلّ عليه النصّ و الفتوى. و مقصوده من الفتوى إجماعهم على الحكم. قال في المقابس: « و لما ذكرنا أجمعوا أيضاً على أنّ الحكم بالمنع مطلقاً مشروط ببقاء ولداها «<sup>(٤)</sup>.

(٢) يعني : لو مات ولد الأمة في حياة أبيه ، و خلف ولدأ، ففي إجراء حكم ولد

«١» جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٣٧٥ . و قريب منه في ج ٣٤ . ص ٣٧٨

«٢» وسائل الشيعة ، ج ١٦ ، ص ١٠٥ ، الباب ٥ من أبواب الإستيلاء ، الحديث : ٢

«٣» الهدائق الناظرة ، ج ١٨ . ص ٤٥٠

«٤» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٦٩

الأمة على ولد الولد - من منع بيعها و نقلها إلى الغير - أقوال ثلاثة :

الأول : اللحوق مطلقاً، لوجوه ثلاثة :

أحدها الإستصحاب، بتقريب : أن منع بيعها كان ثابتاً حال حياة ولدها البطني،

و يشك في بقاءه و إرتفاعه بموته، فيستصحب المنع، لكونه من الشك في الراجع.

ثانيها : صدق الإسم، فإن « الولد » كما يصدق على الصلي المتكوّن من السيد

و المملوكة، كذلك يصدق على الحفيد، لكونه ولدهما بالواسطة، فيندرج في إطلاق

الأدلة المانعة من التصرفات الناقلة لأمّ الولد.

ثالثها : تغليب جانب الحرية على الرّقية، إذ لو لم يكن ولدُ الوالد بحكم أبيه

لزم بقاء أمّ الولد على الرقية إلى أن يحصل موجب آخر لإنعاقها. و لو كان بحكم أبيه

أمكن تحررها بعد وفاة السيد. و مقتضى تغليب جانب الحرية إلحاق ولد الولد بالولد

الصلي.

القول الثاني : عدم اللحوق مطلقاً، لوجهين :

أحدهما : أن المتبادر من « الولد » عند الإطلاق هو الصّلي، فيكون إطلاق «

الولد » على « ولد الولد » مجازاً لا يصار إليه بلا قرينة.

ثانيهما : أنه لو سلّم كون « الولد » مشتركاً معنوياً بين المولود بلا واسطة

ومعها، قلنا بظهور « الولد » في نصوص المسألة و معاهد الإجماعات - من أنه يجوز

بيعها بعد موت ولدها - في خصوص الصلي، هذا.

و إختار هذا القول جماعة منهم أصحاب الرياض و المناهل و الجواهر، و مال

إليه في المقابس<sup>١</sup>.

القول الثالث : التفصيل بين كون ولد الولد وارثاً لجده - و هو السيّد - لفقد

«١» رياض المسائل، ج ١٣، ص ١١٣؛ المناهل، ص ٣٢٠؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨؛

جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ٣٧٨

ففي<sup>(١)</sup> إجراء حكم الولد عليه<sup>(٢)</sup> ، لأصالة<sup>(٣)</sup> بقاء المنع (\*). ، و لصدق<sup>(٤)</sup> الإسم (\*\*\*) ، فيندرج في إطلاق الأدلة ، و تغليباً<sup>(٥)</sup> للحرية [ للحرمة ] .

الولد الصلبي من غير هذه الأمة، فيكون ولدُ الولد بحكم الولد في إنعتاق جدته عليه من نصيبه من الإرث. و بين عدم كونه وارثاً - لوجود الولد الصلبي - فلا تكون الأمة محكومةً بحكم أم الولد.

و حكى صاحبُ المقابس هذا القول عن ابن فهد و صاحب المدارك رحمهما الله .  
و تردّد بعضهم في حكم المسألة و لم يختصر شيئاً، كالعلامة في القواعد، و الشهيد في الدروس<sup>(٦)</sup> .

(١) خبر مقدم لقوله: « وجوه » و الجملة جواب الشرط في: « و لو مات » .

(٢) أي : على ولد الولد، و هذا إشارة إلى القول الأول.

(٣) إشارة إلى الوجه الأول و هو الإستصحاب.

(٤) معطوف على « لأصالة » و هذا إشارة إلى الوجه الثاني. قال فخر

المحققين رحمهم الله : « إن حكمه حكم الولد مطلقاً، و هذا هو الأقوى عندي، لأنه ولد »<sup>(٧)</sup> .

(٥) معطوف على « لأصالة » أي : و لتغليب الحرية كما تكرر في المقابس<sup>(٨)</sup> .

(\*) لا يخفى أنه على تقدير صدق « أم الولد » عليها يشملها إطلاق إدلة المنع،

و لا مجال معه للإستصحاب. و كذا على فرض عدم الصدق أو الشك فيه، لعدم

إحراز بقاء الموضوع.

(\*\*\*) نعم، لكن ليس مطلق الصدق كافياً و موضوعاً، إذ مورد كثير من الأدلة

هو الولد البطني للأمة، و يشهد له أخبار الحمل، لقيامه بنفس الأمة لا بولدها.

«١» نهاية المرام . ج ٢ ، ص ٣١٨ : المهذب البارع . ج ٤ ، ص ١٠٦

«٢» قواعد الأحكام . ج ٣ ، ص ٢٥٩ : الدروس الشرعية . ج ٣ ، ص ٢٢٢

«٣» إيضاح الفوائد . ج ٣ ، ص ٦٣٦

«٤» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٦٩ و ٧٥ و ٧٦

أو العدم<sup>(١)</sup>، لكونه<sup>(٢)</sup> حقيقةً في ولد الصُّلب، و ظهور<sup>(٣)</sup> إرادته من جملة من الأخبار<sup>(٤)</sup>

و غيره (\*)، و الموجود في بعض نسخ الكتاب « تغليباً للحرمة ». و كيف كان فالمراد واحد. فعلى تقدير كون النسخة « للحرمة » فالمقصود تغليب منع نقل أم الولد على جوازه.  
 (١) معطوف على « إجراء » أي : ففي عدم إجراء حكم الولد على ولد الولد. و هذا إشارة إلى القول الثاني.  
 (٢) أي : لكون « الولد » حقيقةً في خصوص الصلبي، و مجازاً في الولد مع الواسطة.

(٣) معطوف على « كونه » أي : لظهور إرادة الولد الصلبي، و هذا هو الوجه الثاني، و هو إشارة إلى طائفتين من الأخبار :  
 إحداهما : ما دلَّ على منع بيع أم الولد كخبر السكوني المتقدم في (ص ٢٤١) و فيها : « من يشتري أم ولدي ؟ » إذ المراد بالولد هو المرتضع الذي يكون بحكم الولد الصلبي، و لا يصدق على ولد الولد.

ثانيتها : الأخبار المجرّزة لبيع أم الولد بعد موت ولدها في حياة السيد، كرواية أبي بصير المتقدمة في (ص ٢٥٦) و غيرها من أخبار الباب، فإن إطلاق جواز بيعها بعد موت الولد الصلبي ينفي صدق « أم الولد » عليها لو خلف الولد ولداً، و إلا لم يجز بيعها، لأنها لازالت أم ولد.

هذا مضافاً إلى الإجماع على الجواز بعد موت الولد.

(٤) أي : الأخبار المتكفلة لأحكام أم الولد، في قبال الطائفة الثانية المجرّزة لبيعها.

(\* ) لا دليل عليه إن أريد بذلك غير أدلة الإحتياط التي تمسك بها المحدثون في الشبهة التحريمية الحكمية. و إن أريد به أخبار الإحتياط فقد ثبت في محله ضعفها.



و إطلاق<sup>(١)</sup> ما دلّ من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها.  
 أو التفصيل<sup>(٢)</sup> بين كونه وارثاً، لعدم<sup>(٣)</sup> ولد الصلب للمولى، و عدمه<sup>(٤)</sup>،  
 لمساواة<sup>(٥)</sup> الأوّل مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع (\*). وجوه (\*\*).

(١) معطوف أيضاً على « كونه » قال في الرياض : « لو مات الولد جاز بيعها،  
 مضافاً إلى الإتفاق، و النصوص المستفيضة، منها الصحيح : و إن مات ولدها قبل أن  
 يعتقها فهي أمة إن شاؤوا أعتقوا، و إن شاؤوا إسترقوا ».

(٢) معطوف أيضاً على « إجراء » و إشارة إلى القول الثالث المنسوب إلى ابن  
 فهد الحلبي و صاحب المدارك رحمهما.

(٣) يعني : أن منشأ كون ولد الولد وارثاً للسيد هو إنتفاء الولد الصلبي.

(٤) معطوف على « كونه » أي : بين عدم كون ولد الولد وارثاً من جهة وجود  
 الولد الصلبي.

(٥) هذا وجه التفصيل بين كونه وارثاً و عدمه، فوجه كونه بحكم الولد هو  
 مساواته للولد الصلبي في الجهة المقتضية لمنع بيعها، و هي إنعتاقها من نصيب ولدها  
 من الإرث.

هذا إذا كان ولد الولد وارثاً، و أمّا لو لم يكن وارثاً - بأن كان للमित ولد  
 صلب آخر يرثه - فالجهة المقتضية لمنع البيع مفقودة في ولد الولد، فتبقى الأمة مملوكة.

(\*) لكن لم تثبت عليتها بحيث يدور الحكم مدارها، فالمتبع ظواهر الأدلة،  
 و عدم العبرة بالعلل المستنبطة.

(\*\*) أوسطها أوسطها، لما عرفت. و لأنّ المرجع في المخصص المجمل  
 المفهومي - لتردده بين الأقل و الأكثر - هو عموم العام أعني به في المقام عمومات  
 البيع و غيره من النواقل.

حُكي أوْلمَا عن الإيضاح، و ثالثها عن المهذّب البارِع و نهاية المرام.  
 و عن القواعد<sup>١)</sup> و الدروس و غيرهما : التردّد<sup>٢)</sup>.  
 بقي الكلام<sup>٣)</sup>

(١) قال فيه : « و لو كان ولدٌ ولدها حيّاً احتمل إلحاقه بالولد إن كان وارثاً،  
 و مطلقاً، و عدمه ». هذا تمام الكلام في المبحث الثاني، و لم يختَر المصنف رحمته شيئاً من الأقوال، فهو  
 من المتوقّفين.

#### المبحث الثالث : إعتبار إنفصال الولد، و عدمه

(٢) غرضه رحمته تعيين موضوع الأحكام المختصة بعنوان « أمّ الولد ». و توضيحه : أن المفهوم من « أمّ الولد » لغةً و عرفاً كل ذات ولدٍ حرّةً كانت أمّ أمةً، كما أن المراد بالولد هو المنفصل عن أمّه. إلّا أن المقصود بـ « أمّ الولد » في هذه المسألة هي المملوكة التي حملت من سيّدها، سواء وضعت جنيهاً أم لم تضعه. و الشاهد على هذا التعميم صحيحةُ ابن مارد الآتية في (ص ٢٦٥) حيث أنيط جواز بيع المملوكة و عتقها بعدم كونها ذات حملٍ من السيّد. و كذلك ما ورد في بعض النصوص من إطلاق « أمّ الولد » على الجارية التي أسقطت بعد ثلاثة أشهر<sup>٤)</sup> من الحمل، مع عدم صدق « الولد » على مثله، لعدم تمام خلقته. و لا ريب في مغايرة هذا المعنى لما يُفهم من لفظ « أمّ الولد » عرفاً، و ذلك لأنّ صدق « الولد » منوط بمخروج الجنين، فإن تولّده - الموجب لصدق الولد عليه - هو خروجه عن بطن أمّه، فما لم يخرج لا يصدق عليه الولد، بل يصدق عليه الحمل.

١) « تقدمت المصادر آنفاً في ص ٢٥٨

٢) « وسائل الشريعة، ج ١٦، ص ١٠٤، الباب ٣ من أبواب الإستيلاء، حديث ١ :

في معنى<sup>١١</sup> « أمّ الولد » فإن<sup>١٢</sup> ظاهر (\*) اللفظ إعتبار إنفصال الحمل، إذ لا يصدق « الولد » إلاً بالولادة . لكن المراد هنا<sup>١٣</sup> ولدّها مجازاً<sup>١٤</sup> [ و لو حملاً ]

و عليه فإطلاق « أمّ الولد » على الأمة الحامل إمّا أن يكون مجازاً بعلاقة المشاركة، لكون الحمل مُشرفاً على الولادة، فهو ولدٌ مجازاً، و أمّه أمّ ولدٍ كذلك.  
و إمّا أن يكون حقيقةً، بدعوى : أن الولد و إن كان ظاهراً في المنفصل، إلاً أنه لا يعتبر إنفصاله عن الأمّ، بل يكفي الولادة من الوالد، فيكون إطلاق الولد على الحمل حينئذٍ على وجه الحقيقة، لأنّ الحمل ولد للوالد، حيث إنه ولد منه في رحم أمّه، و حملٌ لأمّه، و ليس ولدًا لها ما لم يولد منها أي لم يخرج من بطنها، هذا.  
(١) معناها في مصطلح الشارع معلومٌ، فالمراد كونه حقيقةً أو مجازاً.

(٢) هذا وجه مغايرة المعنى العرفي و الشرعي، و حاصله : كفاية الحمل في منع بيع أمّ الولد، مع أنه لا ريب في إناطة صدق « أمّ الولد » بالولادة التي هي مبدأ الإشتقاق للمتضايين و هما الولد و الوالدة.

(٣) أي : في مسألة عدم بيع أمّ الولد، لخروجها بالإستيلاد عن كونها ملكاً طليقاً لسيدها.

(٤) كذا في نسختنا المعتمد عليها. و في بعض النسخ « ولدّها و لو حملاً » و المفاد واحد، إذ المقصود أن صدق « الولد » على الحمل يكون مجازاً بعلاقة المشاركة المصحّصة لإستعمال « الولد » في غير ما وضع له.

(\*) لمّا كان موضوع الحكم بعدم جواز بيع أمّ الولد أعمّ من ذلك - كما يستفاد من النصوص - فلا ثمرة حينئذٍ للبحث عن صدق الولد على الحمل و عدمه، إذ له ثمرة فيما إذا كان الموضوع عرفياً. و أمّا مع تصريح النص بالموضوع، و كونه أعمّ من العرفي فلا جدوى في البحث عن المفهوم العرفي.

للمشاركة. و يحتمل<sup>(١)</sup> أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة (\*).  
و كيف كان<sup>(٢)</sup>،

و المراد بقوله: « مجازاً » كما أفاده الفقيه المامقاني رحمته الله «<sup>(١)</sup> هو عموم المجاز، الصادق على كل من الحقيقي و هو الولد المنفصل عن أمّه، و المجازي و هو الحمل، من دون إختصاص « الولد » بأحدهما، حتى يصدق على الأمة « أمّ الولد » بمجرد تحقق مسعى الحمل .

(١) هذا وجه كون إطلاق « أمّ الولد » على الحامل حقيقياً، بالتصرف في المولود، بأن يراد إنفصاله عن الأب، لا الأمّ، فيتحد المعنى الشرعي و العرفي.  
(٢) يعني : سواء أكان إطلاق « أمّ الولد » على الحامل حقيقةً أو مجازاً، فلا إشكال في صدق الموضوع شرعاً بمجرد الحمل، إنما الكلام في المراد بالحمل هل

(\* ) لكن الولادة من الوالد فقط لا يوجب كون الإطلاق حقيقياً، ضرورة أن موضوع البحث هو « أمّ الولد » بحيث يضاف الولد إليها، و يقال : إنه ولدها، و المفروض أن صحة هذا الإطلاق منوطه بخروجها عن بطنها. فالحمل و إن كان ولداً حقيقةً للوالد، لكنه يكون ولداً للوالدة مجازاً، فهي أمّ ولد الوالد، لا أنها أمّ لولد نفسها. و يمكن التفكيك بينهما، و كون الموضوع مع الغض عن الروايات هو أمّ ولد نفسها الملازم لكونه ولداً للوالد أيضاً.

و قد ظهر من إمكان التفكيك في صدق الولد على الحمل بين ولديته للوالد و بين ولديتها للوالدة - بكونه ولداً للوالد و حملاً لأُمّه، و عدم إتصافه بالولدية لها إلا بعد خروجه عن بطنها - أنه ليس المقام من التضائف حتى يلزم صدق أحدهما صدق الآخر. فما إفاده المحقق الإيرواني رحمته الله «<sup>(١)</sup> لا يخلو من التأمل، فلاحظ و تأمل.

«١» غاية الأمال ، ص ٤٥٦

«٢» حاشية المكاسب ، ج ١ ، ص ١٨٣

فلا إشكال - بل<sup>١</sup> لاخلاف - فسي تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و يدل عليه<sup>٢</sup> :  
الصحيح عن محمد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل

يعتبر فيه و لوج الروح أم يكفي كونه مضغة أو علقة أو نطفة ؟ سيأتي.

(١) التعبير بـ « بل » لأجل إمكان وجود الخلاف في تحقق « أم الولد » بالحمل

و إن لم يكن فيه إشكال بنظر المصنف رحمته الله.

(٢) أي : و يدل على تحقق الموضوع - و هو أم الولد - بمجرد الحمل : الصحيح

عن محمد بن مارد. و التعبير بـ « عن محمد » - كما في المقابس أيضاً<sup>٣</sup> - يحتمل أن

يكون لغرض تصحيح الطريق، و هو إسناد الشيخ رحمته الله إلى الحسن بن محبوب،

لا للجهل بحال ابن مارد أو القدح فيه. و يشهد لهذا الإحتمال تعبير صاحب المقابس

في غير موضع بصحيح محمد بن مارد. و عليه فلا إشكال في السند. و يندفع ما أفاده

الشهيد رحمته الله في غاية المراد من التعبير بـ « بما رفعه الشيخ إلى ابن مارد »<sup>٤</sup>.

و يحتمل أن يكون للشبهة في وثاقة ابن مارد، بشهادة تعبير المصنف عنها

- فيما سيأتي - بالرواية المؤذن بضعفها سنداً، فيكون منشأ الضعف جهالة ابن مارد.

و على أحد الإحتمالين يبتني تضعيف جمع لها، و دعوى بعض - كصاحبي

الرياض<sup>٥</sup> و الجواهر - جبرها بعمل الأصحاب.

لكن الظاهر صحة الرواية ، لأن إسناد الشيخ إلى ابن محبوب معتبر، و محمد

بن مارد التميمي وثقه النجاشي رحمته الله<sup>٦</sup>، و لذا وصفه العلامة المجلسي رحمته الله بالصحيح<sup>٧</sup>.

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٦٨

«٢» غاية المراد ، ج ٣ ، ص ٣٩٨

«٣» رياض المسائل ، ج ١٣ ، ص ١٠٩ ؛ جواهر الكلام ، ج ٣٤ ، ص ٣٧٣

«٤» كما في معجم رجال الحديث ، ج ١٧ ، ص ١٨١

«٥» ملاذ الأخيار ، ج ١٢ ، ص ٥٠١

يتزوج أمةً ، فتلد منه [ يتزوج الجارية تلد منه ] <sup>(١)</sup> أولاداً، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها. قال : هي أمته إن شاء باع ما لم <sup>(٢)</sup> يحدث عنده حمل [ بعد ذلك ] <sup>(٣)</sup> و إن شاء أعتق <sup>(٤)</sup> .  
و في رواية السكوني عن جعفر بن محمد، قال <sup>(٥)</sup> : « قال علي بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين في مكاتبة يطؤها مولاها فتحبل، فقال : يردّ عليها

و كيف كان، فموضع الإستشهاد بهذه الرواية - على كون المانع من البيع مطلق العلوق في زمان مملوكيتها للسيد، و صيرورتها أم ولد شرعاً - هو قوله عليه السلام : « ما لم يحدث عنده حمل » لعدم تقييد الحمل بولوج الروح فيه، أو بكمال الخلقة، فيصدق على مطلق العلوق بما هو مبدأ نشوء آدمي حتى النطفة التي تتعقد ولداً لو بقيت في الرحم، فلو ألفتها صدق عليها عنوان « أم الولد ».

(١) كذا في نسختنا، و لكن في بعض نسخ الكتاب و المقابس و الوسائل : « يتزوج أمةً فتلد منه ».

(٢) يدل مفهوم هذه الجملة على مانعية إحداث الحمل عن البيع.

(٣) لم تذكر هاتان الكلمتان في نسختنا، فإثباتهما موافقة لبعض النسخ و الوسائل.

(٤) هذا موافق لما في المقابس تبعاً لما في الفقيه، و لكن رواها في الوسائل عن الكافي و التهذيب بنحو آخر، فرواها الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : « ان أمير المؤمنين عليه السلام ، قال في مكاتبة يطؤها مولاها ، فتحمل ، قال عليه السلام : يردّ عليها مهر مثلها، و تسعى في قيمتها ... ».

و التعبير عنها بالرواية لمكان النوفلي و السكوني، لعدم التنصيص على وثاقتها. نعم بناءً على الإكتفاء بعموم توثيق تفسير القمي و كامل الزيارة إتجه

«١» وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص ٥٨٩ ، الباب ٨٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ، الحديث : ٠١ ، ج ١٦ ،

ص ١٠٥ ، الباب ٤ من أبواب الإستيلاء ، الحديث : ١

مهر مثلها، و تسمى في رقبته، فإن عَجَزَتْ فهي من أمهات الأولاد»<sup>١</sup>.  
لكن<sup>٢</sup> في دلالتها

الإعتماد عليهما، أو إحراز صدورهما بقرينة أخرى كعمل الأصحاب.  
و كيف كان فالشاهد في حكمه ﷺ بصيرورة المكاتبه أمٌ ولدٍ بالحمل  
لو عجزت عن أداء مال الكتابة. و لم يقيد « الحمل » في الرواية بمرتبة خاصة، فيكفي  
صدقه عرفاً، المانع من بيع الأمّ شرعاً.  
و عدّ صاحب المقابس هذه الرواية من جملة ما دلّ على كفاية المضغة،  
فراجع<sup>٣</sup>.

(١) غرضه ﷺ المناقشة في دلالة رواية السكوني على كفاية مطلق الحمل في  
صيرورة الأمة أمٌ ولدٍ، و إما تدل على ذلك ببعض مراتب الحمل، و هو بعد ولوج  
الروح في الجنين.

و بيانه : أنّ مورد السؤال هي المكاتبه التي لا يجوز لمولاهها المباشرة، لا بالملك  
و لا بالعقد، فلو فعل - و لم تطاوعه - إستحقت مهرَ المثل، و مفروض السؤال تحقّق  
الحمل. و حَكَمَ ﷺ بأن المباشرة و الحمل لا ينعان عن سعيها لأداء مال الكتابة.  
و لو فرض عجزها عن فكّ رقبته فهي ذات ولدٍ، يحرم بيعها، و تنعتق بعد موت  
سيدها من نصيب ولدها إن بقي حياً بعد وفاة أبيه.

و حيث إن حكمه ﷺ بكونها ذات ولدٍ متأخر عن الحمل و وجوب السعي  
عليها و عجزها عن أداء القيمة - و توقّف ذلك على مضيّ زمانٍ يكمل فيه خلقه  
الجنين و يلج فيه الروح - لم تدل الرواية على كفاية مطلق الحمل في صدق « أمٌ  
الولد » على الأمة، بل تختص بما إذا تمّت خلقته.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٩٧، الباب ١٤ من أبواب المكاتبه، الحديث : ٢؛ الكافي، ج ٦، ص ١٨٨.

الحديث ١٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٥٤، الحديث : ٣٥٦٣؛ التهذيب، ج ٨، ص ٢٦٩، الحديث : ٩٨١.

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨.

على ثبوت الحكم<sup>(١)</sup> بمجرد الحمل<sup>(٢)</sup> نظرًا، لأنَّ<sup>(٣)</sup> زمان الحكم بعد<sup>(٤)</sup> تحقق السعي والعجز عقيب الحمل، والغالب<sup>(٥)</sup> ولوجُ الرُّوح حينئذٍ (\*).  
ثمَّ الحمل<sup>(٦)</sup> يصدق بالمضغة إتِّفاقاً، على ما صرَّح به<sup>(٧)</sup> في الرياض<sup>(٨)</sup>.

و المحاصل : أن قرينة وجوب السعي - ثم العجز - تمتنع عن كون الحمل في مورد السؤال نطفةً أو مضغةً أو علقةً، وبهذه القرينة تفترق رواية السكوني عن رواية ابن مارد المجرّدة عن القرينة المعيّنة للحمل.

(١) أي : حكم أمّ الولد، وهو منعُ بيعها.

(٢) أي : سواء تمّ أم لم يتمّ.

(٣) هذا وجه النظر، وقد تقدم آنفاً. والمراد بالحكم هو عدّة هذه المكاتبة من أمّهات الأولاد.

(٤) خبر قوله : « لأن زمان » أي : يكون زمان حكمه عقب بكونها أمّ ولد متأخراً عن السعي والعجز المتأخرين عن الحمل.

(٥) يعني : و الحال أنّ الغالب بحسب العادة ولوج الروح حين تأخر زمان الحكم بكونها أمّ ولدٍ عن زمان السعي والعجز.

(٦) غرضه التعرض لمراتب الحمل، وأنّه يصدق على جميعها أو على بعضها. وبدأ ببيان حكم المضغة، فلو أسقطتها كانت أمّ ولدٍ، وذلك للإجماع المتضافر نقله، ولصحيحة ابن الحجاج.

(٧) أي : بالإتفاق، قال تتوّل في مابه يتحقق الإستيلاء : « بعلوق أمته منه ... بما

(\* ) لا تكفي الغلبة في إعتبار ولوج الروح، لإمكان تحقق العجز قبل ولوج الروح فيه، كما إذا عجزت عن تأخير النجم في وقته، فإنّ العجز يتحقق حينئذٍ في وقتٍ لم تلجه الروح.



و إستظهره<sup>(١)</sup> بعضُ آخر، و حكاه عن جماعةٍ هنا و في باب إنقضاء عدّة الحمل.  
 و في صحيحة ابن الحجّاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلَى  
 يُطلّقها زوجها ثم تضع سقطاً - تمّ أو لم يتمّ - أو وضعت مضعاً، أتتقضي عدتها  
 [عنها]؟ فقال عليه السلام: كلُّ شيءٍ وضعتَه<sup>(٢)</sup> يستبين أنه حملٌ - تمّ أو لم يتمّ - فقد  
 إنقضت عدتها و إن كان مضعاً<sup>(٣)</sup>»<sup>(٤)</sup>.  
 ثم الظاهر<sup>(٥)</sup> صدق «الحمل» على العلقه.

يكون مبدأ نشوء آدميٍّ و لو مضعاً ... على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّة من  
 تأخر، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه ... و هو الحجة في الجملة».

(١) هو صاحب المقابس عليه السلام، حيث إستظهر الإتفاق بقوله: «و يكفي العلوق  
 بالمضعه إجماعاً كما هو الظاهر، و المحكي في كلام جماعة منهم، هنا و في حكم عدّة  
 الحمل، و منهم الشيخ و القاضي و فخر الإسلام و أبو العباس و غيرهم»<sup>(٦)</sup>.  
 و حاصله: أن المحقق الشوشتری عليه السلام إدعى الإجماع على صدق الحمل على  
 المضعه، كما حكاه عن آخرين.

(٢) لا يخفى مخالفة ما في المتن لما في الوسائل و غيره من كتب الأخبار،  
 مثل «سألته عن الحبلَى إذا طلقها زوجها، فوضعت سقطاً» و عدم ذكر «أتقضي  
 عدتها عنها» في الوسائل، و إن ذكر في الفقيه «أينقضي بذلك عدتها» و عدم ذكر  
 «وضعت».

(٣) هذه الجملة هي الغرض من ذكر الصحيحة، لصراحتها في صدق الحمل على  
 المضعه.

(٤) هذا فرع ثانٍ، و هو صدق «الحمل» على العلقه و عدمه، و فيه خلاف.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٤٢١، الباب ١١ من أبواب العدد، الحديث: ١

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨

وقوله<sup>(١)</sup> عليه السلام : « وإن كانت مضغة » تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقل مراتب الحمل - كما<sup>(٢)</sup> عن الإسكافي -

فذهب فخر المحققين عليه السلام - مدعياً عليه الإجماع - إلى ذلك، قال : « يظهر ثبوت الإستيلاد وأحكامه بالوطي بوضعها علقته وما بعدها إجماعاً، وفي ما قبله قولان، أقواهما المنع<sup>(٣)</sup> ». وقواه المصنف عليه السلام، لصدق الحمل، وتظهر ثمرة كونها ذات ولد في ما لو باعها مولها قبل الإلقاء، فيبطل كما سيأتي التنبيه عليه في المتن.

فإن قلت : إن قوله عليه السلام في صحيحة ابن الحجاج : « وإن كانت مضغة » ظاهر في أن أقل ما يصدق به الحمل هو المضغة، فلا عبرة بإسقاط النطفة والعلقة، ولا تصير أم ولد، كما لا يخرج المطلقة عن العدة بذلك، لعدم إحراز الحمل.

قلت : ليس كلامه عليه السلام بياناً لأقل مراتب الحمل، وإنما أتى بكلمة « المضغة » لتقرير ما ورد في سؤال ابن الحجاج من قوله : « أو وضعته مضغة » فقرره عليه السلام بكفاية إسقاط المضغة، ومن المعلوم عدم كونه تحديداً للحمل كي يدل بمفهومه على عدم العبرة بإلقاء النطفة أو العلقه.

(١) هذا دفع دخل مقدر، تقدماً بقولنا : « إن قلت ... قلت ».

(٢) هذا راجع إلى المنفي، يعني : أن الإسكافي قائل بأن أقل مراتب الحمل هو المضغة. قال العلامة عليه السلام : « قال ابن الحنيد : فإن أسقطت مضغة فما زاد عليها من الخلق فقد إنقضت عدتها. وهو يدل بمفهومه على عدم الإنقضاء بدونها<sup>(٣)</sup> ».

وليس هذا قول الإسكافي خاصة، إذ حكى صاحب المقابس عليه السلام<sup>(٣)</sup> عن الشيخ والقاضي والشهيد في الدروس والمسالك الخلاف في صدق الحمل على العلقه، أو التردد فيه.

«١» إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٣١، وكذا في المهذب البار، ج ٤، ص ١٠٠

«٢» مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٥٢٨

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨

و حينئذ<sup>(١)</sup> فيتجه الحكمُ بتحقيق الموضوع بالعلقة كما عن بعض، بل عن الإيضاح والمهذبُ البارع : الإجماع عليه.

و في المبسوط<sup>(٢)</sup> - في ما إذا ألفت جسداً ليس فيه تخطيط لا ظاهر

فدعوى الإجماع من الإيضاح والمهذب البارع على صدق الحمل على العلقه في غاية الغموض، وإن كان الحق الصدق. لكن دعوى الإجماع مع تردد جماعة بل مخالفتهم مشكلة.

(١) أي : و حين كون قوله ﷺ تقريراً لا تحديداً ، فيتجه الحكم بصدق « أم الولد » بإسقاط العلقه، كما ذهب إليه جمع في باب الإستيلاد، وكذا في عدة طلاق الحامل، كالمحقق والعلامة في القواعد و صاحب الجواهر<sup>(١)</sup>، ففيه : « و يكفي في إجراء حكم أم الولد علوقها بما هو مبدأ إنسان و لو علقه ، بلا خلاف أجده بل في الإيضاح الإجماع عليه ». و يظهر منه في الطلاق أيضاً ، فراجع<sup>(٢)</sup>.

(٢) توضيحه : أن شيخ الطائفة عقّد مسائل أربع لما إذا وضعت أم الولد ما في بطنها بنفسها أو باعتداء عليها.

إحداها : أن تضع ولدًا كاملاً، حيًا أو ميتًا.

ثانيها : أن تضع بعض جسد الآدمي من يدٍ أو رجل، أو جسداً قد بان فيه شيء من خلقه الآدمي .

ثالثها : أن تضع جسداً ليس فيه تخطيط ظاهر، لكن ادّعت القوابل وجود تخطيط خفي فيه، و لو بقي في الرحم تظهر الخطوط فيه.

رابعها : ما نقله المصنف في المتن، و هو أن تلقي جسداً خالياً من تخطيط ظاهراً و باطناً، لكن قالت القوابل إنه مبتدأ خلق آدمي، و أنه لو بقي في الرحم لتخلق و تصوّر بصورة الآدمي.

«١» شرائع الإسلام ، ج ٣ ، ص ٣٧ : قواعد الأحكام ، ج ٣ ، ص ١٤١ : جواهر الكلام ، ج ٣٤ ، ص ٣٧٥

«٢» جواهر الكلام ، ج ٣٢ ، ص ٢٥٤ - ٢٥٦

ولا خفي، لكن قالت القوابل : إنه مبدأ خلق آدمي، وإنه لو بقي لخلق<sup>١</sup> وتصور - « قال قوم : إنها لا تصير أم ولدٍ بذلك، وقال بعضهم : تصير أم ولدٍ وهو مذهبنا » إنتهى<sup>٢</sup>. ولا يخلو<sup>٣</sup> عن قوة، لصدق الحمل. وأما<sup>٤</sup> النطفة : فهي بمجرد ما لا عبرة بها ما لم تستقر في الرحم ، لعدم

و رجح الشيخ رحمته صدق « أم الولد » في المسائل الأربع، بناءً على أن يكون الجسد الخالي من التخطيط هو الدم الجامد المتكوّن من النطفة، وهو العلقة المبحوث عنها. (١) كذا في نسخ الكتاب، والأولى ما في المبسوط « لتخلق ».

(٢) أي : ما قاله البعض من صيرورتها أم ولدٍ لا يخلو من قوة، لصدق « الحمل » على ما يكون منشأ خلق الآدمي .

(٣) هذا فرع ثالث من فروع المبحث الثالث، وهو صدق الحمل بالنطفة قبل تبدل صورتها بالعلقة، وعدمه، فصلّ المصنف رحمته بين صورتين : إحداها عدم إستقرارها في الرحم، والثانية : إستقرارها فيه.

والظاهر أن المراد بالإستقرار حصول اللقاح، إذ لو إستقرت في الرحم ولم يطره عليها عارض صلحت لأن تكون مبدأ نشوء آدمي، وهي أولى مراحل تكوّن الجنين، وإنقلبت تدريجاً إلى العلقة وما بعدها من المراحل.

والمراد بغير المستقرة خلافها أي ما لم يحصل اللقاح و العلوق، أو حصل، ولكن النطفة - لعدم سلامة الجهاز الجنسي وشبهه - لا تصلح لتكوّن الجنين منها.

أما الصورة الأولى فذهب المصنف رحمته إلى عدم صدق الحمل عليها، فلو ألقته الأمة لم تكن ذات ولدٍ. وما إدعاء الفاضل المقداد - من الإجماع على عدم العبرة بإسقاط النطفة في عدة المطلقة - محمول على عدم كونها مستقرة في الرحم، وأنها لو بقيت لم تتخلق ولم تتصور بصورة آدمي.

صدق كونها حاملاً<sup>(١)</sup>. و على هذا الفرد يُنزَل إجماع الفاضل المقداد<sup>(٢)</sup> على عدم العبرة بها<sup>(٣)</sup> في العدة.

و مع<sup>(٤)</sup> إستقرارها في الرَّحِم، فالمحكي<sup>(٥)</sup> عن نهاية الشيخ تحقق الإستيلاد

و أما الصورة الثانية ففيها خلاف كما سيأتي.

(١) و المفروض أن موضوع إنقضاء العدة بالوضع هو الحامل. و لا أقل من الشك في صدقها على مجرد كون النطفة في جوفها، ثم ألفتها.

(٢) قال رحمه الله - في ردّ من إكتفى بوضع العلقه لكونه مبدء خلق آدمي - ما لفظه : « و المبدئية غير كافية إجماعاً، و إلاّ لكفّت النطفة، لأنّها مبدء أيضاً، لكنها غير كافية إجماعاً، و إنّما الإعتبار بصدق الحمل، و إنّما يصدق حقيقة بعد التخلق، فلذلك قال المصنف : مع تحققه حملاً<sup>(١)</sup> ».

و لا يخفى بعد الحمل المزبور، لعدم التخلق بمجرد الإستقرار في الرحم، و توقف التخلق على تبدل صورة النطفة بغيرها، فلا يصدق الحمل بمجرد إستقرار النطفة في الرَّحِم.

(٣) أي : عدم العبرة بالنطفة - أي بإسقاطها - في إنتهاء عدة المطلقة. و مقتضى وحدة المناط بين المطلقة الحامل و أمّ الولد - في هذه الجهة - هو عدم العبرة بالنطفة غير المستقرة في صيرورة الأمة أمّ ولد، و لا يبطل بيعها لو بيعت قبل الإسقاط.

(٤) كذا في نسختنا، و في بعضها « و أمّا مع » و لا حاجة إليها، لعدم سبق « أمّا » لتكون عدلاً لها.

(٥) المحكي صاحب المقابس، قال رحمه الله : « و أمّا النطفة فذهب الشيخ في النهاية إلى إجراء الحكم عليه هنا » و ظاهره الإطلاق و عدم التفصيل بين الإستقرار و عدمه، قال في النهاية في عدة طلاق الحامل : « فعدتها أن تضع حملها - سواء كان

بها، و هو<sup>١</sup> الذي قواه في المبسوط في باب العدة - بعد أن نقل عن المخالفين عدَمَ إنقضاء العدة به - مستدلاً بعموم الآية<sup>٢</sup> والأخبار<sup>٣</sup>، و مرجعه<sup>٤</sup> إلى صدق الحمل.

و دعوى<sup>٥</sup>: « أن إطلاق « الحامل » حينئذٍ مجاز بالمشاركة،

ما وضعته سقطاً أو غير سقط، تاماً أو غير تام «<sup>١</sup>». و من المعلوم شمول « غير السقط » للنطفة بقسميها. و لعله لذا نسب الشهيد الثاني رحمته إلى الشيخ الحكم بإنقضاء العدة بوضع النطفة مطلقاً و إن لم تستقر في الرحم<sup>٢</sup>. و لكن حُمل كلامه على صورة الإستقرار في الرحم كما في الرياض و الجواهر<sup>٣</sup>.

(١) أي : تحقق الإستيلاء بالنطفة المستقرة في الرحم قواه شيخ الطائفة في المبسوط بقوله: « الثالثة : أن تلقى نطفة أو علقة، فلا يتعلّق بذلك شيء من الأحكام عندهم، لأنه بمنزلة خروج الدم من الرحم، و يقوى في نفسي أنه يتعلّق به ذلك، لعموم الآية و عموم الأخبار «<sup>١</sup>». و لعلّ التعليل بـ « لأنه بمنزلة » قرينة على إرادة النطفة المستقرة في الرحم، فلا يعمّ ما لا يكون منشأ خلقه آدمي<sup>٢</sup>.

(٢) و هو قوله تعالى: ﴿ و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾<sup>٣</sup>.

(٣) كصححة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة في (ص ٢٦٨) و فيها : « فقال عليه السلام : كل شيء وضعته يستبين أنه حمل - تمّ أو لم يتم - فقد إنقضت عدتها ».

(٤) يعني : و مرجع إستدلال الشيخ - بالآية و الأخبار - إلى صدق الحمل على النطفة المستقرة في الرحم.

(٥) غرض المدعي منع صدق « أولات الأحمال » حقيقة على من إستقرت

«١» النهاية . ص ٥٤٦ : مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٦٨

«٢» مسالك الأنفهام . ج ٩ . ص ٢٥٥

«٣» رياض المسائل . ج ١٣ . ص ١١٠ : جواهر الكلام . ج ٣٢ . ص ٢٥٤

«٤» المبسوط . ج ٥ . ص ٢٤٠

«٥» الطلاق . الآية : ٤

يُكذِّبُهَا<sup>١</sup> التأمُّلُ في الإستعمالات.  
و ربَّما يُحْكِي<sup>٢</sup> عن التحرير موافقة الشيخ،

النفطة في رحمها، فيكون إطلاق « الحامل » عليها مجازاً بعلاقة الأول، لتبديها بالجنين في المستقبل، فيكون نظير ما تقدم في (ص ٢٦٢) من كون « الولد » مجازاً بالمشاركة في مطلق الحمل و إن كان بعد ولوج الروح، مع أنه لا ريب في كون موضوع الحكم هو « أم الولد » بمعناه الحقيقي، لا المجازي.  
و هذا نظير ما ذكره في عدة الحامل من عدم إنتهائها بإلقاء النفطة، لعدم صدق « أولات الأحمال » عليها.

و ردَّ المصنف هذه الدعوى بمنع المجازية، و أن « الحمل » صادق عرفاً على ما يكون منشأ تكوُّن آدميٍّ سواء أكان في مرحلة النفطة أم ما بعدها من العلقه و المضغة.  
(١) خبر « و دعوى » و وجه التكذيب عدم لحاظ علاقة و عناية فيها.  
و لو كانت تلك الإستعمالات مجازية لكانت متقومةً بلحاظ العُلقة المصححة لها.  
(٢) غرضه تبيُّه التأمُّل فيما نسبته جمع إلى العلامه في التحرير من إنتهاء عدة الحامل بإلقاء النفطة، ليكون موافقاً للشيخ في المبسوط.

ففي المقابس: « قال العلامه : و عندي في إلقاء النفطة نظر. و إختار في التحرير قولَ الشيخ، و هو المحكي عن الجامع، و نقل السيوري إجماعهم على أنه لا عبرة بها في العدة، و هو المشهور بينهم في الموضوعين على ما يظهر، و المسألة موضع إشكال »<sup>١</sup>.

و نسبه الفاضل الإصفهاني إلى العلامه جازماً به، لقوله: « خلافاً للشيخ فاعتبرها - أي النفطة - و هي خيرة التحرير »<sup>٢</sup>. و كذا صاحب الجواهر رحمته<sup>٣</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨

«٢» كشف اللثام، ج ٢، القسم الثاني، ص ١٣٣ (الجزرية)

«٣» جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ٢٥٦

مع<sup>١</sup> أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ.  
نعم، في بعض نسخ التحرير لفظٌ يوهم ذلك<sup>٢</sup>.

(١) هذا وجه التأمل فيما نُسب إلى التحرير، يعني : مع أنّ العلامة لم يزد في التحرير شيئاً على ما حكاه عن الشيخ، و من المعلوم أن الحكاية أعم من الإختيار.  
قال العلامة في طلاق التحرير ما لفظه : « لا فرق بين أن يكون الحمل تاماً أو غير تام بعد أن يعلم أنه حمل و إن كان علقته، سواء ظهر فيه خلق آدمي من عين أو ظفر أو يد أو رجل أو لم يظهر، لكن يقول القوابل بأن فيه تخطيطاً باطناً لا يعرفه إلا أهل الصنعة. أو يلقي دماً منجمداً [ متجسداً ] ليس فيه تخطيط ظاهر و لا باطن، لكن شهد القوابل أنه مبدء خلق آدمي، لو بقي لتخلّق و تصوّر. أمّا لو ألفت دماً لا يعلم، هل هو ما يخلق الآدمي فيه أولاً، فإنّ العدة لا تنقضي به. و قال الشيخ : لو ألفت نطفةً أو علقته إنقضت به العدة »<sup>١</sup>. إنتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

(٢) إستدراك على قوله : « مع أنه لم يزد » و غرضه توجيه ما حكاه صاحباً كشف اللثام و المقابس عن تحرير العلامة، و حاصل الإستدراك : أنّ في بعض نسخ التحرير لفظاً يوهم موافقة العلامة للشيخ من كفاية إلقاء النطفة في إنتهاء عدة الحامل. و لم أظفر بالنسخة المشتملة على ذلك اللفظ الموهم. و لعلها النسخة التي نقل عنها صاحب الجواهر رحمته في عدة الحامل مدعياً في موضع آخر كونها نسخة مصححة. و هي خالية من جملة : « قال الشيخ » فالعبارة فيها هكذا : « لو بقي لتخلّق و تصوّر، أمّا لو ألفت نطفةً أو علقته إنقضت بها العدة »<sup>٢</sup>.

و هي - كما ترى - صريحة في كفاية إلقاء النطفة، لا موهمة لها. و لعلّ غرض المصنف رحمته نسخة أخرى. و الله العالم.

«١» تحرير الأحكام . ج ٢ . ص ٧١ ( ج ٤ . ص ١٥٩ . الطبعة الحديثة )

«٢» جواهر الكلام . ج ٣٢ . ص ٢٥٥



نعم<sup>(١)</sup> قوَى التحريرُ موافقته فيما تقدّم عن الشيخ في مسألة الجسد الذي ليس فيه تخطيط. ونُسب القول المذكور<sup>(٢)</sup> إلى الجامع<sup>(٣)</sup> أيضاً.  
و اعلم<sup>(٤)</sup> أن ثمره تحقق الموضوع - فيما إذا ألفت المملوكة ما في بطنها -

(١) هذا أيضاً استدراك على عدم موافقة العلامة للشيخ رحمته، و غرضه توافقهما في صدق وضع الحمل لو ألفت جسداً خالياً من التخطيط، و هو الذي تعرض له المصنف رحمته في إلقاء المضغة، فراجع (ص ٢٦٧). و منشأ الموافقة هو قول العلامة : « أو يلقي دماً منجمداً [متجسداً] ليس فيه تخطيط ظاهر و لا باطن ».

(٢) أي : القول بتحقيق الإستيلاد بمجرد إستقرار النطفة في الرحم، و قد عرفت أن الناسب صاحبها كشف اللثام و المقابس.

(٣) غرضه التنبيه على ما يترتب على إسقاط الحمل من الثمرة شرعاً، مع أنهم إعتبروا في كون الأمة أمّ ولدٍ بقاءَ الولد حياً بعد وفات سيدها، فلو مات الولد في حياته لم تتحرر أمّه، و كذا لا عبرة بإسقاط الجنين سواء ولجسه الروح أم لا، فلاجدوى حينئذٍ في ما تقدم من البحث عن صدق الحمل على المضغة و ما قبلها.  
وجه عدم الإجداء كون الموضوع « أمّ الولد » و هو غير صادق حسب الفرض لو أسقطته تامّ الخلقة ، فكيف بها لو كانت نطفة أو علقة.

فأفاد المصنف رحمته : أن الأمة التي ألفت ما في بطنها و إن بقيت مملوكةً يجوز بيعها، و لكن تظهر ثمره كونها « أمّ ولد » في ما لو باعها المولى - قبل إلقاء النطفة أو العلقة أو المضغة - بزعم عدم كونها حاملاً و عدم صيرورتها أمّ ولدٍ بعدُ، فأسقطت و تبين وقوع البيع مدة الحمل، إذ يُحكم بطلانه، لكون المبيع حال العقد ملكاً غير طلقٍ لا يجوز التصرف الناقل فيه.

إِنَّمَا <sup>(١)</sup> تظهر في بيعها الواقع قبل الإلقاء ، فيحكم بطلانه <sup>(٢)</sup> إذا كان الملقى حملاً .  
وَأَمَّا بيعها بعد الإلقاء ، فيصحّ بلا إشكال <sup>(٣)</sup> . و حينئذٍ <sup>(٤)</sup> فلو وطأها المولى ثم  
جاءت بولدٍ تامٍّ ، فيحكم بطلان البيع الواقع بين أولّ زمان العلوق و زمان  
الإلقاء . و عن المسالك الإجماع على ذلك <sup>(٥)</sup> .

نعم ، لو لم يبيعها المولى لم يكن البحث عن تحقّق الحمل بالمضغة أو بما قبلها ذا  
ثمرة عملاً ، لعدم كونها فعلاً من أمهات الأولاد .

(١) الجملة خبر قوله : « أن ثمرة » و ضميراً « بطنها ، بيعها » راجعان إلى  
المملوكة .

(٢) أي : بطلان البيع ، إذ المفروض وقوع العقد على أمّ الولد .

(٣) لخروجها عن عنوان « أم الولد » قبل البيع ، و إن قلنا بصدق المشتق حقيقةً  
على ما إنقضى عنه المبدأ ، لما دلّ من النص و الفتوى على جواز بيعها بعد موت  
ولدها .

(٤) أي : و حين ظهور الثمرة في بيعها قبل إلقاء الحمل ، فالمدار في بطلان البيع  
على وقوعه حال تحقّق الحمل ، سواء أكان البيع بعد الوطء الموجب للحمل بلا تخلل  
زمان معتدٍّ به ، أم بعده مع تخلل الزمان المعتد به ، لصدق كون البيع في كلتا الصورتين  
واقعاً على « أمّ الولد » المتحققة بالحمل الناشئ عن الوطء .

(٥) أي : على بطلان البيع ، قال في المسالك : « أن المولى لو وطئ أمته جاز له  
بيعها مع عدم تبين الحمل ، ثم إن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع ، لكونها أمّ ولد ،  
و هذه المقدمات كلها إجماعية » <sup>(١)</sup> .

و قال المحقق الشوشتری بعد حكاية مضمون كلامه : « و لم يفرق بين أزمنة  
وقوع البيع . و قد وردت روايات كثيرة فيمن اشترى جارية فوطئها فوجدها حبلى :

فذكر<sup>(١)</sup> صور إلقاء المضغة والعلقة والنطفة في باب العدة إنما هو لبيان إنتضاء العدة بالإلقاء<sup>(٢)</sup>، وفي<sup>(٣)</sup> باب الإستيلاء لبيان كشفها عن أن المملوكة بعد الوطء صارت أمّ ولد<sup>(٤)</sup>.

أنه يردها إلى البائع «<sup>(١)</sup>».

(١) غرضه أن الفقهاء تتبع تعرّضوا لإلقاء النطفة وما بعدها - من مراحل تكون الجنين - في موضعين، أحدهما باب عدة طلاق الحامل، و ثانيهما باب الإستيلاء. و المناط في الأول هو الموضوعية، و في الثاني الطريقية.

يعني: لوحظ إلقاء الحمل بمراتبه - من النطفة والعلقة وغيرهما - موضوعاً في باب العدة، لأنه موضوع لحكم الشارع بإنقضاء العدة. و لوحظ طريفاً في باب الإستيلاء، لأن الموضوع عنوان « أمّ الولد » و الإلقاء المزبور كاشف عن تحقّقه حين البيع. فلو علم بالحمل بأمانةٍ أخرى غير الإلقاء ترتب عليه الحكم و هو فساد البيع أيضاً.

(٢) كقول العلامة في عدة الحامل: « تنقضي العدة من الطلاق و الفسخ بوضع الحمل في الحامل و إن كان بعد الطلاق بلحظة، و له شرطان: الأول: أن يكون الحمل بمن له العدة ... ، الثاني: وضع ما يحكم بأنه حمل علماً أو ظناً، فلا عبرة بما يشك فيه. و سواء كان الحمل تاماً أو غير تام، حتى العلقه إذا علم أنها حمل، و لا عبرة بالنطفة «<sup>(٢)</sup>».

(٣) معطوف على « في باب » و المعطوف و المعطوف عليه متعلقان بـ « ذكر ».

(٤) قال في القواعد في شرائط الإستيلاء: « الثالث: أن تضع ما يظهر أنه حمل و ولو علقه. أما النطفة فالأقرب عدم الإعتداد بها «<sup>(٣)</sup>».

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨

«٢» قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٤٠

«٣» المصدر، ص ٢٥٩

لا<sup>(١)</sup> أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفة علقه، ولذا<sup>(٢)</sup> عبر الأصحاب عن سبب الإستيلاء بالعلوق<sup>(٣)</sup> الذي هو اللقاح .  
نعم<sup>(٤)</sup> لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان ،

(١) يعني : أن ذكر صور إلقاء المضغة و غيرها - من مراتب الحمل - في باب الإستيلاء لبيان كشفها عن صيرورة المملوكة بعد الوطء أم ولد، لا لبيان أن البيع صحيح إذا وقع قبل صيرورة النطفة علقه، و باطل إذا وقع بعد صيرورتها علقه .  
و بيان أوضح : إن ذكر صور إلقاء المضغة و غيرها في باب الإستيلاء إما هو من باب الطريقية، لكون إلقائها كاشفاً عن صيرورة المملوكة أم ولد. لا من باب الموضوعية، بأن يكون ذكر المضغة و غيرها لأجل تحديد الموضوع، و أن عنوان أم الولد يتحقق بمرتبة خاصة من الحمل، حتى يقال بصحة البيع بعد الوطء إلى زمان تبدل النطفة بالعلقه.

(٢) أي : و لأجل طريقية إلقاء المضغة و غيرها إلى إحراز كون المملوكة أم الولد - لا موضوعيته - عبر الأصحاب عن السبب و الموضوع بالعلوق، و هو اللقاح أعني به ماء الفحل، و منه تلقيح النخل، و هو وضع طلع الذكر في طلع الأنتى أول ما ينشق .

(٣) قال المحقق رحمته : « و هو - أي الإستيلاء - يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه »<sup>(١)</sup> و ظاهره كونه مجمعاً عليه ، لعدم الإشارة إلى الخلاف فيه في المسالك و الجواهر<sup>(٢)</sup> ، بل نفى الريب فيه صاحب المدارك<sup>(٣)</sup> .

(٤) إستدراك على بطلان البيع لو وقع بعد العلوق ، و حاصله : أنه لو وطأها

«١» شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٣٨

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٠، ص ٥٢٥؛ جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ٣٧٢

«٣» نهاية المرام، ج ٢، ص ٣١٥

صحّ البيعُ (\*) قبل العلوق.

ثمَّ<sup>١١</sup> إنَّ المصرَحَ به

السيد و لم تحمل منه مدّة، ثم باعها، و حملت بعده صح البيع، لعدم صيرورة المملوكة بعدُ أمّ ولدٍ، و لازمه صحة البيع و إن ألقته بعد ذلك، سواء أكان الملقى ولدًا تامًا أم ناقصًا.

(١) هذا إشارة إلى فرع آخر من فروع المبحث الثالث، و هو أنّه هل يشترط في ترتب أحكام الإستيلاء كون منشأ الحمل هو الوطاء، أم يكفي لحوق الولد بالمولى شرعاً و إن كان العلوق بالمساحقة، إما بأن يُساحق الزوج أمته، فيُنزل على ذلك العضو من دون تحقق الدخول، أو بإستدخال قطنةٍ من منيّه، و نحوهما، فحملت منه، فإنّه يوجب لحوق الولد به، و إن لم يصدق عليها كونها مدخولاً بها. نظير ما ذكروه في عدة غير المدخول بها، كما لو حملت بمساحقة زوجها المحبوب. قال المحقق رحمته: « أمّا لو كان مقطوعَ الذكر سليمَ الأنثيين، قيل : يَجِبُ العدة، لإمكان الحمل بالمساحقة. و فيه تردد، لأنّ العدة تترتب على الوطاء. نعم لو ظهر حملٌ إعتدّت منه بوضعه، لإمكان الإنزال »<sup>١١</sup>.

و إمّا بأن تُساحق زوجةَ السيد أو مملوكته - المدخول بهما - أمةَ المولى، فحملت، فإنّ الفعل و إن كان محرماً، لكن لا يمنع من كون الأمة فراشاً، فيلحق الولد بالمولى.

(\*) هذا ينافي ما أفاده بقوله : « لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى

أن تصير النطفة علقةً ».

و الظاهر أنّ ما ذكره المصنف رحمته في هذه الأسطر لا يخلو من النظر و التهافت،

فتأمل فيها.

في كلام بعض<sup>(١)</sup> - حاكياً له عن غيره - : أنه لا يعتبر في العلق أن يكون بالوطء<sup>(٢)</sup>، فيتحقق بالمساحقة، لأن<sup>(٣)</sup> المناط هو الحمل، وكون ما يولد منها ولدأ للمولى شرعاً، فلا عبرة بعد ذلك<sup>(٤)</sup> بإنصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء<sup>(٥)</sup>.

و بالجملة : المراد من العلق كل ما يوجب لحوق الولد شرعاً بالأب و إن لم يكن بالوطء.

(١) كصاحب الرياض رحمته الله، قال : « ثم إن إطلاق العبارة ... و به صرح من الأصحاب جملةً : أنه لا يشترط الوطاء، بل يكفي مطلق العلق منه، و لا حلّ الوطاء »<sup>(١)</sup>. و تمّن صرح به من الأصحاب الشهيد الثاني رحمته الله كما سيأتي.

(٢) قال المحقق : « و هو - أي الإستيلاد - يتحقق بعلق أمته منه في ملكه »<sup>(٢)</sup> و نحوه ما في اللمعة<sup>(٣)</sup>. و في الروضة : « و لا يشترط الوطئ، بل يكفي مطلق العلق منه، و لا حلّ الوطئ إذا كان التحريم عارضاً كالصوم و الإحرام و الحيض و الرهن أما الأصلي بتزويج الأمة مع العلم بالتحريم فلا، لعدم لحوق النسب »<sup>(٤)</sup>.

(٣) تعليل لعدم إناطة العلق بالوطء، و المفروض أن المساحقة تُلحق الولد بالمساحق أو يَمَن منه الماء، و هو المولى.

(٤) أي : بعد كون المناط هو الحمل و لحوق الولد بالمولى.

(٥) لما قرّر في محلّه من عدم صلاحية الإنصراف الناشئ من غلبة الوجود لتقييد الإطلاق، إذ المدار في التقييد بالإنصراف على ظهور اللفظ في المعنى المنصرف إليه، و مجرد كون الحمل غالباً بالوطء لا يوجب الظهور.

«١» رياض المسائل . ج ١٣ . ص ١١٠

«٢» شرائع الإسلام . ج ٣ . ص ١٣٨

«٣» اللمعة . ص ٢٠٣

«٤» الروضة البهية . ج ٦ . ص ٣٧٠

نعم<sup>(١)</sup>، يُشترطُ في العلوق بالوطء<sup>(٢)</sup> أن يكون على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرماً<sup>(٣)</sup>، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعة الوطاء لعارضٍ آخر<sup>(٤)</sup>. أمّا الأمةُ المزوجة فوطؤها زناً<sup>(٥)</sup> لا يوجب لحقوق الولد. ثم إن المشهور<sup>(٦)</sup> إعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل

(١) بعد أن نفى إشتراط اللقوق بخصوص المباشرة، وكفاية الحمل بسبب آخر، نبه على إعتبار شرط فيه، وهو كونه على وجه يلحق الولد - شرعاً - بالمولى، بأن تكون الأمةُ فراشاً له، ولا يمنع حرمة المباشرة - لعارض - عن حقوق الولد بالمولى، كما إذا باشرها حائضاً أو في نهار شهر رمضان أو في حالتي الإحرام والإعتكاف. نعم لو زوج أمته حرم ووطؤها، لعدم ملك البضع، فلو باشرها وحملت لم يلحق به الولد - وإن كان مالكاً لرقبتها - لنفي الولد عنه شرعاً، وثبوت الحدّ عليه.

(٢) ذكر «الوطء» من باب المثال، لما تقدم من أن المناط هو لحقوق الولد بالمولى سواء أكان بالوطء أم بالمساحقة أم بغيرهما.

(٣) أي: عارضاً، وإلا فملك اليمين يقتضي حلية المباشرة أصالةً.

(٤) كالرهن المانع من تصرف المالك في العين.

(٥) لعدم كونه مالكاً لوطنها مع كون البضع ملكاً بالعقد للزوج.

المبحث الرابع: إعتبار كون الحمل في زمان الملك

(٦) غرضه تحقيق موضوع حكم الشارع بمنع البيع - أي: أم الولد - من جهة أخرى، وهي إعتبار حدوث الحمل في ملك السيد، فلا عبرة بتملكها بعده، أم كفاية حملها منه لو تزوجها ثم إشتراها.

و توضيحه: أن الأمة قد تلد مملوكاً، كما إذا زوجها مولاها من حرٍّ مع إشتراط رقية الولد - بناءً على صحة هذا الشرط - ثم إشتراها. وقد تلد من حرٍّ، كما إذا زوجها مولاها منه، فحملت، ثم إشتراها الزوج من السيد. وقد تلد من

لم تصير أمّ ولد، خلافاً للمحكّي عن الشيخ و ابن حمزة، فإكتفيا بكونها أمّ ولد قبل الملك. ولعلّه<sup>(١)</sup> لإطلاق العنوان (\*).

سيدها.

و لا ريب في موضوعية هذا القسم الثالث لأحكام أمّ الولد. كما أن المشهور خروج القسم الأول. إئما الكلام في القسم الثاني، فحكّي عن الطوسيين بإثبات صيرورتها أمّ ولد، ففي المبسوط: « أن تعلق الأمة بجرّ في غير ملكه ، بأن يطأ أمة غيره بشبهة، فتعلق منه بولد حرّ، فلا تصير أمّ ولد في الحال. فإن ملكها قال قوم: لا تصير أمّ ولده. وقال بعضهم تصير أمّ ولده. وهو الأقوى عندي »<sup>(٢)</sup>.

و الوجه فيه أمران، الأول: إطلاق « أمّ الولد » عليها حقيقة عرفاً و لغة، وهي الموضوع لأحكامها في النصوص، لعدم تقييدها بكون العلق في زمان الملك.

الثاني: وجود علة منع بيع « أمّ الولد » فيها، وهي تشبثها بالحرية، و إنعتاقها مما يرثه ولدّها، و من المعلوم عدم الفرق في هذا المناط بين كونها حال حدوث الحمل أمة للمولى، و بين كونها زوجة له، ثم دخلت في ملكه، هذا. لكن ناقش المصنف في كلا الوجهين كما سيأتي.

(١) أي: و لعلّ إكتفاءها بكونها أمّ ولد - قبل الملك - لأجل صدق عنوان « أمّ الولد » عليها حقيقة بلا عناية، لكونها ذات ولد.

(\* ) لا شبهة في إطلاق العنوان عليها، لكنه ليس بهذا الإطلاق موضوعاً لأحكام خاصة، فالتشكيك في صدق عنوان أمّ الولد عرفاً على المملوكة التي لم يكن حملها بالملك - بل بالتزويج - ضعيف.

«١» المبسوط، ج ٦، ص ١٨٦؛ الخلاف، ج ٦، ص ٤٢٦؛ الوسيطة، ص ٣٤٢-٣٤٣، و الحاكي عنهما جماعة، فلاحظ: رياض المسائل، ج ١١، ص ١٠٩؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٦٨؛ جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ٣٧٣



و وجودِ العلة<sup>(١)</sup>، و هي كونها في معرض الإنعتاق من نصيب ولدها.  
و يرَدُّ الأوَّل<sup>(٢)</sup> : منعُ إطلاقِ يقتضي ذلك<sup>(٣)</sup>، فإنَّ<sup>(٤)</sup> المتبادر من « أمُّ الولد »  
صنف من أصناف الجوارى بإعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية،  
كالمدبِّر<sup>(٥)</sup> و المكاتب (\*).

(١) معطوف على « إطلاق » و هو إشارة إلى العلة المستنبطة التي يحتمل  
إعتماد الطوسيين عليها. و هي التشبث بالحرية.

(٢) هذا ردُّ الوجه الأوَّل، و محصله : منعُ إطلاقِ « أمُّ الولد » على الأمة التي  
كان حملها سابقاً على الملك، فإنَّ المتبادر من هذا العنوان هو الأمة التي حَمَلت بالولد  
من مولاها في حال مملوكيتها له، لا مطلقاً، و إن كانت زوجةً له. فكما أنَّ « المكاتب  
» و « المدبِّر » وصفان لبعض الممالك بإعتبار عروض حالة التدبير و الكتابة عليهما،  
و إتصافهما بالعناوين المزبورين، فكذا عنوان « أمُّ الولد »<sup>على</sup>.  
و عليه فلا يراد هنا معناها لغةً و عرفاً الصادق مطلق الجارية ذات الولد  
- سواء أكان من مولاها أم من زوجها أم من غيرها لشبهة - حتى يندرج المقام فيه،  
و يقال بكفاية كون ولدها إبناً للسيد و إن حَمَلت به قبل تملكها.

(٣) أي : يقتضي شمولَ العنوان للأمة التي سبق حملها على الملك.

(٤) هذا تعليل لمنع الإطلاق، قال في الرياض : « لإنصافه - أي إطلاق أمُّ  
الولد - بحكم التبادر إلى التي علقت به في الملك، لا في الأمرين »<sup>(١)</sup>.

(٥) و هو الذي أنشأ المولى حرَّيته معلقاً على وفاته ، فقال له : « أنت حرُّ بعد

(\* ) هذا لا يخلو من خفاء. و فرق واضح بين عنوان « أمُّ الولد » و بين غيره من  
العناوين التي لا تنطبق على غير المملوك كالمكاتب و المدبِّر، لأنَّ هذين الوصفين من

والعلة المذكورة<sup>(١)</sup> غير مطردة ولا منعكسة، كما لا يخفى.  
مضافاً<sup>(٢)</sup> إلى

وفاتي « فلا يقال للمملوك « انه مدبر » لو أوصى المولى بعق عبده بعده.  
وكذا لا يقال: « إنه مكاتب » إلا إذا عقد المولى معه الكتابة مشروطة أو  
مطلقة.

(١) هذا ردُّ الوجه الثاني، وحاصله: أن تشبُّهها بالحرية ليست علة منصوصة،  
لتكون مناط الحكم، بل هي مستنبطة، ولذا لا تكون مطردة بأن يقال: « كلُّ أمه هي  
في معرض الإنعتاق من نصيب ولدها أم ولد » ولا منعكسة بأن يقال: « كلُّ أم ولد  
تكون في معرض الإنعتاق من نصيب ولدها ».

أما عدم إطراد العلة، فلأن المستولدة التي مات قريبتها وخلف تركة، ولم يكن  
له وارث سواها، تُشترى حينئذٍ من التركة وتعتق، لتراث قريبتها، على ما ذهب إليه  
جماعة، بل إدعى بعض الإجماع عليه، فإن العلة - وهي معرضيتها للإنعتاق من  
نصيب ولدها - موجودة فيها، ومع ذلك يجوز بيعها، ولا تمنع العلة المزبورة عن بيعها،  
فليست العلة المذكورة مطردة ومقتضية للحكم بعدم جواز البيع في جميع مواردنا.

وأما عدم انعكاس العلة فكما لو إرتد الولد، فإن أم الولد حينئذٍ لا تباع، مع  
أن الولد لإرتداده لا يرث من أبيه حتى تنتعق أمه من نصيبه. فالعلة - وهي معرضية  
الأمه لإنعتاقها من نصيب ولدها - مفقودة، ومع ذلك لا يجوز بيعها. وشأن العلة  
دوران الحكم مدارها وجوداً وعدمًا.

(٢) هذا وجه آخر لمنع كلام الشيخ وإبن حمزة رحمهما، وحاصله: أن رواية

الأوصاف المختصة بالملوك. بخلاف « أم الولد » فإنه غير مختص بالملوك، ولذا  
لا يلاحظ فيه عنوان المملوكية، دون غيره من الصفات المختصة بالملوك، فلا يكون  
أم الولد كغيره.

صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة<sup>١</sup> .  
ثم<sup>١١</sup> « إنَّ المنع عن البيع [ عن بيع أمِّ الولد ]

ابن مارد تحدّد الموضوع، لقوله عليه السلام - في الأمة التي تزوجها الرجل وولدت له ، ثم تملكها و لم تحمل منه بعده - : « هي أمته » فلا يُعبأ بصدق « أم الولد » عليها عرفاً و لغةً بعد صراحة الرواية في التقييد.  
هذا تمام الكلام في المبحث الرابع.

### المبحث الخامس : عموم منع نقل « أم الولد »

(١) هذا شروع في بيان حكم بيع أم الولد بعد الفراغ عما يتحقق به الموضوع. و هل أن الأصل فيه المنع إلا ما ثبت جوازه ؟ أم أن الأصل هو المنع عن البيع عدا ما خرج، ليكون هو المرجع في موارد الشك في جواز البيع و منعه.  
فأفاد عليه السلام : أن الاستفادة من النصوص و الإجماع - مؤيداً بفهم الأصحاب - هو عموم منع التصرف الناقل لها عن ملك سيدها إلى غيره، و لا يخرج منه إلا بدليل، كالإضطرار إلى بيعها لوفاء ثمنها لو اشتراها السيد نسيئاً، و لم يكن له ما يؤدّيه به، و نحوه من مواضع الإستثناء الآتية بالتفصيل إن شاء الله تعالى.  
و بناءً على إستفادة القاعدة الكلية يتعيّن الحكم بمنع البيع فيما لم يُحرز جوازه، خلافاً لئن أنكر هذا العموم، و تمسكّ بآية حلّ البيع و قاعدة السلطنة على صحة بيع أم الولد في غير ما نهض الدليل على المنع، كما سيأتي عن المحقق الأردبيلي و السيد المجاهد و صاحب المقابس عليه السلام .

أمّا النصوص التي يستفاد منها عموم المنع، فمنها : رواية السكوني المتقدمة في (ص ٢٤١) الدالة على كون بيع أم الولد الرضاعية من المنكرات، فتدل بالأولوية على المنع في أم الولد الصلبي . و لو كان المنع عن بيعها ثابتاً في بعض الموارد لم يتجه إنكاره

مطلقاً.

ومنها : روايته الأخرى المتقدمة في (ص ٢٦٥) التي حكم عليه بكون المكاتبه - العاجزة عن أداء مال الكتابة - أم ولد ، لإمكان إنكاله عليه على وضوح الحكم عند السائل، وعلمه بإفتراق « أم الولد » عن المكاتبه حكماً، ومنع بيعها، ومقتضى الإرتكاز عدم جواز نقلها مطلقاً.

ومنها : رواية محمد بن مارد المتقدمة في (ص ٢٦٥) وفيها : « إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك » لظهور المفهوم - وهو : إن حدث عنده حمل بعد التملك لم يجوز بيعها - في منع البيع بمجرد حدوث الحمل في ملك السيد، ومقتضى إطلاق المفهوم عدم الجواز مطلقاً.

ومنها : رواية عمر بن يزيد الآتية في (ص ٢٩٩) المتضمنة للسؤال عن وجه بيع مولانا أمير المؤمنين عليه لأمهات الأولاد، ثم سأل الراوي عن جواز بيعهن فيما سوى الدين، فقال أبو ابراهيم عليه : « لا » فإنها صدرأ و ذيلأ تدل على المنع. أما الصدر فلظهوره في كون المنع مسلماً، ولذا إستفسر عمرُ بن يزيد من الإمام الكاظم عليه لرفع إستبعاده عما أوجب إقدامه عليه على البيع. و أمأ الذيل فلصراحتة في عدم جواز البيع في غير الدين، وهذا هو العموم المدعى.

و أمأ الإجماع، فقد ادعى على المنع أيضاً، ففي جامع المقاصد : « فإنه لا يجوز بيع أم الولد مادام حياً، إتفاقاً، إلا في المواضع المستثناة من كلام الفقهاء »<sup>١</sup>.  
و في الرياض : دعوى نفي الخلاف في منع البيع<sup>٢</sup>.  
و قال في الكفاية : « و ظاهر كلام الأصحاب عدم جواز بيع أم الولد »<sup>٣</sup>.

«١» جامع المقاصد ، ج ١٣ ، ص ١٣٢

«٢» رياض المسائل ، ج ١٣ ، ص ١١١

«٣» كفاية الأحكام ، ص ٢٢٥

قاعدة كلية<sup>(١)</sup> (\*) مستفادة من الأخبار - كروايقي السكوني

و نَقَلَ فخرُ المحققين عن والده رحمتهما الإجماع على منع البيع. لكن لم أجد في الطبعة الحديثة من المختلف، فراجع<sup>(٢)</sup>.

و المتحصل : أن الأصل في بيع أم الولد هو المنع إلا ما خرج بالدليل.

فإن قلت : يشكل دعوى الإجماع على عموم المنع مع ما سيأتي من إختلافهم في كثير من المواضع المستثناة، وإلتزام جمع بجواز البيع في جملة منها. نعم لا بأس بدعوى الإجماع على المنع في الجملة، لكنه لا يُجدي للمرجعية في موارد الشك.

قلت : الظاهر عدم التناقض بين الإجماع عن المنع عن نقلها، وبين كون جملة من المواضع خلافية، وذلك لأن الإلتفاق على المنع ناظر إلى حكم أم الولد بالعنوان الأولي، و موارد الإختلاف من قبيل طروء عنوان ثانوي عليها، و من المعلوم أنه لا تمنع بين كون حكم الشيء بالعنوان الأولي متفقاً عليه، و بين كونه حين طروء العنوان الثانوي عليه مختلفاً فيه.

و عليه فالمقام نظير حكمهم بحلية أكل لحم الغنم بما هو هو، و بحرمة بعنوان المغصوب و المنذور التصدق و نحوهما. فأم الولد يحرم بيعها بما هي أم ولد، و يجوز عند بعض الطوائري، كأداء ثمن رقبتها.

(١) كما في الجواهر أيضاً، لقوله : « و بذلك و نحوه ظهر لك أن المهم حينئذ تحقيق كون مقتضى الأدلة عدم جواز نقلها إلا ما خرج بالدليل، أو جوازه إلا ما خرج ؟ و الظاهر الأول »<sup>(٣)</sup>.

(\*) هذا هو التحقيق . و منعه ضعيف، إذ لا قصور في إطلاق مفهوم قوله عليه السلام

في صحيح ابن مارد : « إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل ».

«١» إيضاح الفوائد . ج ٣ . ص ٦٣٤ : مختلف الشيعة . ج ٨ . ص ١٢٢

«٢» جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٣٨٢

و [ محمد ] ابن مارد المتقدمين، و صحيحة عمر بن يزيد الآتية و غيرها <sup>١١</sup> -  
 و من <sup>١٢</sup> الإجماع على أنها لا تُباع إلا لأمرٍ يقلب ملاحظته على ملاحظة الحق

(١) كرواية السكوني المقدمة أول المسألة، فلاحظ (ص ٢٤١).

(٢) معطوف على « من الأخبار ».

و التفكيك في الإطلاق - كما في حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله تبعاً للمحقق  
 الخراساني رحمته الله <sup>١١</sup>: « بأنَّ قوله رحمته الله - ما لم يحدث عنده حمل - لا إطلاق فيه، لكونه  
 مسوقاً لبيان حكم المغيأ، و في موضوع عدم حدوث الحمل - لا لبيان حكم الغاية  
 و في موضوع حدوث الحمل، فلا يستفاد منها في موضوع الحمل إلا المنع في الجملة  
 و مهملاً. و الاختلاف بين الغاية و ذي الغاية يتحقق بذلك <sup>١٢</sup>. غير ظاهر، إذ فيه :

أولاً: أن الأصل العقلاني يقتضي كون المتكلم في مقام البيان من جهة شك في  
 كونه في مقام بيانها، و غاية ما ذكره هو الشك في كونه في مقام البيان.

و ثانياً: أن مثل هذه التشكيكات يوجب سقوط الإطلاقات طرأً عن الإعتبار،  
 و حملها على التشريع فقط، و هذا بمكان من الضعف.

و ثالثاً: أن التعرض في كلام الإمام رحمته الله لما ذكره السائل من عدم الحمل قرينة  
 على كونه رحمته الله في مقام البيان من جهة حكم الغاية لا حكم المغيأ فقط، لكفاية ذكر  
 عدم الحمل في كلام الرواي في الجواب عنه بجواز البيع و العتق. فتكرير الإمام رحمته الله له  
 دليل على كونه رحمته الله في مقام بيان حكم الحمل، و هو الغاية. فالإطلاق ثابت بالنسبة  
 إلى كل من حكم الغاية و المغيأ.

نعم لا بأس بالمناقشة في رواية السكوني، إذ هي لا تدل على أزيد من أن  
 لأمهات الأولاد حكماً خاصاً بهن.

«١» حاشية المكاسب، ص ١١٥

«٢» حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج ١، ص ١٨٣

الحاصل منها بالإستيلاذ - أعني تشبُّهها بالحرية<sup>١١</sup> - ولذا<sup>١٢</sup> كلُّ مَنْ جَوَّزَ البيع في مقام، لم يُجَوِّزه إلاَّ بعد إقامة الدليل الخاص.

لكن لا يخفى عدم ثبوت الإجماع التعبدي هنا ، لقوة احتمال إستنادهم في ذلك إلى النصوص المتقدمة، فلاحظ.

(١) تقدم في (ص ٢٥٤) تكرر هذه الكلمة في كتب الأصحاب، وإن رماها المصنف رحمته بكونها علةً مستنبطة لا منصوصة، فلا تصلح للإستناد.

(٢) هذا تشبث بفهم الأصحاب لإثبات عموم المنع، وهو مؤيد، لا دليل. يعني : ولأجل كون منع بيع أمِّ الولد قاعدةً كليةً - خارجة من عموم الوفاء بالعقود و جِلُّ البيع - فكلُّ مَنْ جَوَّزَ بيعها في موضعٍ إعتد على دليلٍ يخصُّص عموم المنع، لا إلى العمومات المقتضية للصحة، لفرض العلم بتخصيصها بالنصوص المانعة عن بيع أمِّ الولد. و من الواضح أنَّ المرجع في مورد الشك في بيعها هو العام الثاني المانع، لا العام الفوق المعلوم تخصيصه.

و بعبارة أخرى : لا تدلُّ إلاَّ على صغروية هذه المكاتبه العاجزة عن أداء مال الكتابة لأمِّ الولد. و أمَّا حكمُ أمِّ الولد من عدم جواز بيعها وغيره فلا يظهر من هذه الرواية.

إلاَّ أن يقال : بوضوح الحكم عند السائل، إذ لو لم يكن منع بيع أمِّ الولد معلوماً له لم يُجد مجرد عدُّ هذه المكاتبه من أمهات الأولاد، و لم يتلقَّ السائل وظيفته الفعلية بالنسبة إلى هذه المكاتبه. مع أن ظاهر سكوته عليه علمه بالحكم بنفس جعلها أمِّ ولد. و كيف كان فالمناقشة مختصة برواية السكوني، و لا تتأني في صحيحة ابن مارد، لما مرَّ، و لا في صحيح عمر بن يزيد، لقوة ظهور قول السائل فيه : « لم باع أمير المؤمنين صلوات الله عليه أمهات الأولاد » في كون عدم جواز بيعهم مركزاً عند أذهان المتشرعة، و إقتضاء هذا العنوان لعدم جواز البيع، و السؤال إنما يكون من وجود المانع الذي جَوَّزَ البيع، كما يظهر من كلام الإمام عليه الصلوة و السلام .

فلا بد<sup>١</sup> من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ما هو أولى بالملاحظة<sup>٢</sup> في نظر الشارع من الحق المذكور. فلا يُصغى<sup>٣</sup>

(١) هذه نتيجة إستفادة القاعدة الكلية - في بيع أم الولد - من النصوص والإجماع.

(٢) كتعلق حق الغير بها، أو تعلق حقها بتعجيل العتق، و غيرها مما سيأتي في مواضع الإستثناء، فلاحظ (ص ٢٩٥) وما بعدها.

(٣) هذا إشارة إلى القول المخالف في المسألة، وهو إنكار عموم منع بيع أم الولد، فيقتصر في تخصيص عمومات الصحة على ما نهض الدليل على منع البيع، ويقال بجواز البيع في الموارد المشكوكة، وقال به المحقق الأردبيلي والسيد المجاهد وُسب إلى فخر المحققين وصاحب المدارك أيضاً.

ففي مجمع الفائدة: «ولكن لا يبعد أن يقال: إن الإستصحاب وأدلة العقل والنقل تدل على جواز التصرف في الأملاك مطلقاً، فيجوز مطلق التصرف في أم الولد ببيعها مطلقاً وغيره إلا ما خرج بدليل. وما ثبت الدليل - وهو الإجماع هنا - إلا في منع البيع مع بقاء الولد وعدم إفسار المولى بتمنها ...»<sup>١</sup>.

وقال السيد المجاهد - بعد الإستناد إلى عمومات صحة العقود والشروط - : «لا يقال: يعارض العمومات المذكورة عموم ما دل على النهي عن بيع أم الولد، وهو أخص من تلك العمومات، فينبغي تخصيصها به. لأننا نقول: لم نجد عموماً يدل على ذلك بحيث يكون أصلاً يرجع إليه في موارد الشك، وإن كان الشهيد الثاني إدعى وجوده. فإذا: الأصل فيها العمومات المذكورة»<sup>٢</sup>.

«١» مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٧١

«٢» المناهل، ص ٣١٩ و ٣٢٠، ونسب إلى الإيضاح أصالة الجواز، وهو كذلك في كتاب البيع، ج ١، ص ٤٢٨، ولكن الموجود في باب الإستيلاء هو قوله: «والأقوى عندي: أنه لا تباع أم الولد» و ظاهره أصالة المنع. فراجع، ج ٣، ص ٦٣٦، ولا بد من مزيد التبع.



إذاً إلى منع الدليل على المنع كَلِيَّةً، و التمسك<sup>(١)</sup> بأصالة صحّة البيع من حيث قاعدة تسلّط الناس على أموالهم<sup>(٢)</sup> حتى يثبت المخرج<sup>(٣)</sup>.  
ثم<sup>(٤)</sup> إن المعروف بين العلماء ثبوت الإستثناء عن الكليّة المذكورة

(١) معطوف على « منع ».

(٢) التمسك بقاعدة السلطنة مبني على كونها مشرّعة للأسباب كما يقتضيه إستدلال المحقق الأردبيلي بها على مملّكية المعاطاة. و أمّا بناءً على كون مدلولها نفي حجر المالك عن التصرفات المشروعة فيشكل الإستناد إليها في المقام، لعدم إحراز قابلية أمّ الولد للنقل حتى يتجه صحة بيعها بها.

(٣) أي : ما يُخصّص أصالة صحّة بيع أم الولد.

(٤) غرضه ﷺ أن منع بيع أم الولد من العمومات الشرعية المخصّصة بمواضع سيأتي ذكرها. و لكن حُكي عن السيد المرتضى ﷺ إنكار الإستثناء، و لو تمّت الحكاية كان هذا القول مقابلاً - بتمام المقابلة - لمن أنكر أصالة المنع، و ذهب إلى أصالة صحّة البيع. و في صحّة ما نسبته ابن إدريس إلى السيّد تأمل.

و الأولى نقل كلامه المنقول في المقابيس - في حكم بيع أم الولد إن كان ثمنها ديناً على مولاها المعسر - وقوفاً على حقيقة الأمر، فيه: « حيث قال - أي السيد - : و مما إنفردت به الإمامية القولُ بجواز بيع أمهات الأولاد بعد وفات أولادهم، و لا يجوز بيع أمّ الولد و ولدها حيّ. و هذا موضع الإنفراد، فإن من يوافق الإمامية في جواز بيع أمهات الأولاد يخالفها في التفصيل الذي ذكرناه. ثم إستدلّ - أي السيد - بإجماع الإمامية، و أطال الكلام في الأدلة الدالة على جواز البيع ردّاً على المخالفين »<sup>(٥)</sup>.

و قال في السرائر: « و قال السيد المرتضى : لا يجوز بيعها مادام الولدُ باقياً ،

لا في الثمن، ولا في غيره»<sup>١</sup>.

والظاهر أن منشأ نسبة منع البيع إلى السيد مطلقاً هو قوله: «ولا يجوز بيع أم الولد وولدها حي» إذ لم يُفصلَ تعالى بين كون ثمنها ديناً على السيد و عدمه. لكن وجه صاحب المقابس كلام السيد بما لا يكون مخالفاً لإجماع الأصحاب على جواز البيع في الفرض المزبور، قال تعالى: «و عبارته ليست نصاً في المخالفة، وإنما قصد بها الردّ على المخالفين، حيث لم يوافقوا على التفصيل بين بقاء الولد وموته. ولما كان التفصيل بذلك - أي بين حياة السيد وموته - مجمعاً عليه بين الأصحاب، فلذلك نقل الإجماع عليه»<sup>٢</sup>.

و محصله: أن نظر السيد نفي مذهب المخالفين من منع البيع مطلقاً، سواء بقي الولد أم مات، وليس مقصوده دعوى الإجماع على الجواز بعد وفاة الولد حتى يقال بمخالفته للأصحاب المفسّلين بين كون ثمنها ديناً على مولاها، و عدمه. و إرضى المصنف تعالى هذا الحمل. و عليه فالكلية المزبورة مخصّصة عند جميع الإمامية. و لو فرض تمامية نسبة عموم المنع إلى السيد، قلنا إنه لا عبرة به لمخالفته للنصوص المعتمدة، و هي على طائفتين:

الأولى: ما دلّت على جواز بيعها في موضع خاص، و هو ثمن رقبته. و سيأتي التعرض لها قريباً، فلاحظ (ص ٢٩٩).

الثانية: ما دلّت على أن أم الولد أمة، و يجري عليها حكم سائر الإماء، مع عدم سبق سؤالٍ عن بيعها في خصوص الدين و لا في غيره، و من المعلوم جواز التصرف الناقل في مطلق الأمة ببيع و هبة و نحوهما. نعم يُقيد الإطلاق بمقدار قيام الحجّة على المنع، مثل كون الولد حياً، و لم يكن ثمنها ديناً على مولاها.

«١» السرائر، ج ٣، ص ٢١

«٢» المقابس، ص ٧١

في الجملة<sup>(١)</sup>. لكن المحكي في السرائر عن السيد عليه السلام عموم المنع و عدم الإستثناء. و هو<sup>(٢)</sup> غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف، يردّه<sup>(٣)</sup> - مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار - قوله عليه السلام في صحيحة زرارة و قد سأله عن أمّ الولد، قال: « تباع و تورث، و حدّها حدّ الأمة »<sup>(٤)</sup> بناءً على حملها<sup>(٥)</sup> على أنها قد يعرض لها ما يجوّز ذلك.

فإن قلت : هذه الرواية لا تدل على جواز بيعها في الجملة، لظهورها في إتحاد حكمها مع سائر الإماء، فكما يصحّ نقلها كذا يصحّ نقل أمّ الولد. و هذا ينافي تلك القاعدة التي إستفادها المصنف من النصوص و الإجماع من أصالة منع بيعها.

قلت : نعم، و إن كان ظاهرها معارضاً لتلك القاعدة، إلاّ أن الرواية محمولة على أن أمّ الولد قد يعرض عليها ما يجوّز البيع. و ليس المراد مماثلة ام الولد لمطلق الأمة في جواز البيع متى شاء السيد.

(١) و هي القدر المتيقن من تخصيص عموم المنع، و إن لم نقل بجواز بيعها في جميع المواضع الواردة في كلمات الفقهاء.

(٢) أي : و عموم المنع - عند السيد - غير ثابت، لما تقدم من توجيه كلامه في المقابس.

(٣) هذه خدشة أخرى في عموم المنع - لو سلّم إلتزام السيد عليه السلام به - و محصلها دلالة الأخبار المعتبرة على جواز البيع إمّا في خصوص الدين، و إمّا من دون التقييد به.

(٤) إذ لو لم تحمل عليه لكان مقتضاها جواز البيع مطلقاً لا في خصوص طرود المسوغات، فلا بد من هذا الحمل الذي هو جمع عرفي بين هذه الرواية و بين ما دلّ على عدم جواز بيعها.

و أما المواضع<sup>١</sup> القابلة للإستثناء - و إن [ و قد ] وقع التكلم في إستثنائها

إلا أن يقال : إن قوله ﷺ : « و حدّها حد الأمة » يأبى عن هذا الحمل، لكونه كالنص في كون أم الولد كغيرها من الإماء من دون تفاوت بينهما. فلا بد حينئذٍ من معاملة التعارض، و تقديم ما دلّ على المنع عن بيع أم الولد لأرجحيته، فلاحظ.

### المبحث السادس : المواضع القابلة للإستثناء من عموم المنع

١) هذا شروع في ذكر موارد يمكن تخصيص عموم منع البيع فيها، و اختلفوا في ضبطها و عدّها، فاقصر الشهيد ﷺ في اللمعة على ثمانية مواضع، و تنظر في التاسع<sup>٢</sup>. و في جامع المقاصد جواز بيعها في أربعة عشر موضعاً<sup>٣</sup>، و أضاف الشهيد الثاني ﷺ إلى ما في متن اللمعة، فبلغ المجموع عشرين موضعاً، ثم قال : « و في كثير من هذه المواضع نظر<sup>٤</sup> ». و أنهاها صاحب المقابس ﷺ إلى ثمانية و ثلاثين موضعاً على ما فيها من الوفاق و الخلاف<sup>٥</sup>.

و أفاد المصنف ﷺ : أن الإستثناء ينشأ من وجود ما يصلح كونه أولى بالرعاية من حق الإستيلاء، و جواز بيعها لا بد أن يكون لإنطباق أحد عناوين أربعة :

أولها : تعلق حق الغير بها، كما إذا مات مولاها مديوناً بضمناها، و لم يخلف شيئاً لأدائه، فحقّ البائع أولى بالرعاية من حق أم الولد.

ثانيها : تعلق حقّها بتعجيل العتق، كما إذا مات أحد أقارب أم الولد، و ليس له وارث سواها، فقتضى من مولاها لتعتق، و لو بقي شيء من التركة كان إرثاً لها.

ثالثها : تعلق حق سابق على الإستيلاء، كما إذا رهنها المولى في دين، ثم

«١» اللمعة، ص ٩٤

«٢» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٨ - ٩٩

«٣» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٦٠ - ٢٦١

«٤» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٠ - ٩٤

لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحق - فهي<sup>(١)</sup> صورٌ يجمعها: تعلق حق للغير بها، أو تعلق حقها بتعجيل العتق، أو تعلق حق سابق على الإستيلاء، أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل.

فمن موارد القسم الأول : ما إذا كان على مولاها دين، و لم يكن ما يؤدي هذا الدين<sup>(٢)</sup>. و الكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، و قد يقع فيما إذا كان غير ثمنها. و على الأول<sup>(٣)</sup>، يقع الكلام تارة بعد موت المولى، و أخرى في حال حياته. أما بعد الموت<sup>(٤)</sup>، فالمشهور الجواز، بل عن الروضة :

إستولدها، و تعذر الوفاء، فيجوز بيعها، لتقدم حق الإرتهان على حق الإستيلاء. رابعها : عدم تحقق الحكمة المانعة عن نقلها إلى الغير، كما إذا إرتد ولدها قبل وفاة السيد، فإن الحكمة من عدم بيعها - و هي الإنعتاق من نصيب الولد - منتفية، فيجوز بيعها.

(١) جواب الشرط في « و أمّا ».

القسم الأول : تعلق حق الغير بأمر الولد

١- أن يكون على مولاها دين

(٢) هذا هي المورد الأول، و هو يتضمن صورتين مما ذكره في المقابس، و الجهة الجامعة بين الصورتين هو بيعها في الدين، ففصل المصنف عليه السلام بين كون الدين ثمن رقبته، و بين كونه مالا آخر في ذمة السيد، فهنا مقامان. و على الأول فتارة يُبحث عن جواز بيعها بعد وفاة السيد، و أخرى في حياته.

(٣) هذا شروع في المقام الأول، و هو حكم بيع أم الولد مقدمة لأداء ثمنها إلى

البائع.

(٤) أي : جواز بيعها إن كان ثمنها ديناً على السيد و لم يؤدّه في حياته.

أنه موضع وفاق<sup>(١)</sup>.

و عن جماعة<sup>(٢)</sup> « أنه لا خلاف فيه ». و لا ينافي ذلك<sup>(٣)</sup> مخالفة السيد في أصل المسألة، لأنهم<sup>(٤)</sup> يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالإستثناء في بيع أم الولد،

و إستدلّ عليه - بعد الإجماع المتضافر نقله - بإطلاق قاعدة السلطنة، و بصحيح عمر بن يزيد، و إن ناقش في الإستناد إلى حديث السلطنة، كما سيأتي.

(١) قال الشهيد الثاني رحمته: « أما مع الموت فموضع وفاق »<sup>(١)</sup>.

(٢) الحاكي عن جماعة عدم الخلاف هو السيد العاملي<sup>(٢)</sup>، و كذا في المسالك و مجمع الفائدة<sup>(٣)</sup>، بل في جامع المقاصد: دعوى الإجماع عليه، فراجع<sup>(٤)</sup>.

(٣) أي: و لا ينافي عدم الخلاف - الذي إدعاه جماعة - مخالفة السيد المرتضى و منعه بيعها مطلقاً، سواء في دين ثمنها أو في دين آخر مما في ذمة مولاها.

وجه عدم التنافي: أن مقصود مدعي الإجماع إما نفي الخلاف بين القائلين بالإستثناء، لا عدم الخلاف بين جميع الفقهاء حتى تقدح مخالفة السيد في تحقق صغرى الإجماع من جهة إنكاره بيع أم الولد مطلقاً. و إما نفي الخلاف بين الفقهاء المجوزين لبيعها في ثمن رقبته، لإتفاقهم على الجواز بعد وفاة السيد، و إن اختلفوا فيه حال حياته.

و بكل من الوجهين تتجه دعوى الإجماع على الجواز مع عدم معارضته بمخالفة السيد رحمته له.

(٤) تعليل لقوله: « لا ينافي » وجه عدم المنافاة للإلتزام بأحد الأمرين كما مرّ

آنفاً.

(١) « الروضة البهية . ج ٣ . ص ٢٦١ »

(٢) « مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٦٢ . و لاحظ: نهاية المرام . ج ٢ . ص ٣١٥ : كفاية الأحكام . ص ٢٢٥ :

رياض المسائل . ج ١٣ . ص ١١١ »

(٣) « مسالك الأنعام . ج ٨ . ص ٤٦ : مجمع الفائدة و البرهان . ج ٨ . ص ١٧٠ »

(٤) « جامع المقاصد . ج ١٣ . ص ١٤٠ »

أو القائلين بإستثناء بيعها في ثمن رقبته، في قبال صورة حياة المولى المختلف فيها.

و كيف كان <sup>(١)</sup> ، فلا إشكال في الجواز في هذه الصورة <sup>(٢)</sup> ، لا لما قيل : « من قاعدة تسلط الناس على أموالهم » لما <sup>(٣)</sup> عرفت من إنقلاب القاعدة إلى

(١) أي : سواء تم توجيه دعوى الإجماع أم لم يتم، فالحكم بالجواز مما لا شبهة فيه، لوفاء الدليل به. و هو إما عمومات صحة البيع و حليته، و قاعدة السلطنة بتقريب : أن « أم الولد » مال من أموال السيد، و مقتضى سلطنة الملاك على أموالهم جواز التصرف الناقل، إلا ما خرج بدليل، و من المعلوم أن إطلاق السلطنة يزيل الشك في جواز بيع أم الولد إن كان ثمنها ديناً.

و نسب صاحب المناهل <sup>(١)</sup> إلى فخر المحققين الإستدلال بقاعدة السلطنة، و إرتضاه، و ذكره صاحب الجواهر <sup>(٢)</sup> و جهاً لتردد المحقق لا للإعتماد عليه بوجه. قال في الإيضاح في شرح قول والده : « و في إشتراط موت المولى نظر » ما لفظه : « و الأوّل - أي عدم الإشتراط - أولى، لأنها مملوكة، و الأصل جواز التصرف في الملك بالبيع و غيره، خرج المتفق على منعه، بقي الباقي على الأصل » <sup>(٣)</sup>. لكن تقدم في (ص ٢٩١) ما ربما يستفاد عدوله في باب الإستيلاء عنه.

و ناقش المصنف فيه بأن قاعدة السلطنة و نحوها مما يقتضي الصحة قد علم إنقلابها - في أم الولد - إلى قاعدة المنع، فلا بد في موارد الشك من الرجوع - في هذا المال الخاص - إلى عموم المنع، لا إلى عمومات صحة العقود المفروض تخصيصها.

(٢) و هي صورة بيعها - بعد وفاة المولى - في ثمن رقبته.

(٣) تعليق لقوله : « لا » و قد إتضح وجهه آنفاً.

«١» المناهل ، ص ٣١٩

«٢» جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٣٧٦

«٣» إيضاح الفوائد ، ج ١ ، ص ٤٢٨

المنع في خصوص هذا المال<sup>(١)</sup>. بل<sup>(٢)</sup> لما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام <sup>(٣)</sup> : أسألك عن مسألة، فقال : سئل. قلت : لمّ باع أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه أمّهات الأولاد؟ قال : في فكاك

(١) أي : أمّ الولد، و المراد من الإنقلاب هو تخصيص العموم و تقييد الإطلاق.

(٢) معطوف على « لا لما قيل » فكأنه قال : « لا إشكال في الجواز، لما رواه

المشايخ ... الخ ».

(٣) هذا موافق لما في التهذيب و الفقيه، و في الكافي : « قلت لأبي عبد الله أو

لأبي إبراهيم » من تردد الراوي في أن المسؤول هو الإمام الصادق أو الكاظم عليهما السلام.

ثم إن هذه الصحيحة تضمّت أسئلة ثلاثة، و المقصود من ذكرها الإستدلال

بجوابه عليه السلام عن السؤال الثاني من جواز بيع أمّ الولد في ثمنها بعد وفاة السيد.

و لا بأس بتوضيح ما ورد فيها، إذ الظاهر حصول شبهة لعمر بن يزيد نشأت

تماماً وصل إليه من أن أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين باع أمّهات الأولاد، و ظاهره

تكرّر بيعهن، و لعلّ منشأ الشبهة حكم المخالفين بأنّ أمّ الولد حرّة، و إنكارهم بيعها،

فاستجاز عمر بن يزيد من الإمام عن أن يسأل و يستعلم، فأجازه عليه السلام. فسأل عن

وجه فعل أمير المؤمنين عليه السلام، فأجابه الإمام عليه السلام بأنّ البيع كان في فكاك رقابهن.

و كأنّ السائل لم يقنع بهذا الجواب، لعدم كون البيع في فكاك رقابهن بيئناً،

فسأل مرة أخرى « فكيف ذلك ؟ » فأجابه عليه السلام بما حاصله : أنه يجوز بيعها إذا

إجتمعت أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون ثمن الجارية ديناً في ذمة مولاهما، و لم يؤدّه إلى بائعها. و هذا

مفاد قوله عليه السلام : « و لم يؤدّ ثمنها ».

الثاني : موت المولى حال كونه مديوناً لثمنها، و هذا مدلول قوله عليه السلام :

« و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه » لظهور « لم يدع » في موت المولى، و إلّا لعبّر

بمثل « و لم يكن له من المال ... ».



رقابهن. قلت : فكيف ذلك ؟ قال : أيما رجل إشتري جارية فأولدها ولم<sup>(١)</sup> يؤدّ ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدّي عنه<sup>(٢)</sup>، أخذ منها ولدها وبيعت<sup>(٣)</sup>، وأدّي ثمنها. قلت : فَيُبْعَنُ<sup>(٤)</sup> فيما سوى ذلك من دَيْنٍ ؟ قال<sup>(٥)</sup> : لا «<sup>(٦)</sup>»<sup>(٧)</sup>.

و في رواية<sup>(٧)</sup> أخرى لعمر بن يزيد

الثالث : عدم ترك مالٍ لأداء الدين، و تفرّغ الذمة عن ثمن الجارية، و هذا أيضاً مفاد الجملة المتقدمة.

ثم سأل عمرُ بن يزيد عن جواز بيع أم الولد فيما عدا ثمنها من ديونٍ أخرى لو كانت على السيد. فنفي<sup>(٨)</sup> ذلك.

و بالجملة : فالصحيحة وافية بإثبات المدعى، و هو جواز بيع أم الولد بعد وفاة السيد إن كان مديوناً بثنمنها.

(١) كذا في النسخ، و في الوسائل و الكافي و الفقيه و التهذيب : « ثم لم يؤدّ ».

(٢) كذا في النسخ، و هو موافق لما في التهذيب و الفقيه، و لكن في الكافي « عنها »، و في الوسائل : « عند » و هذا الأخير غير ظاهر. فلعلّه من سهو النساخ.

(٣) كذا في الكافي و الفقيه و التهذيب، و لكن في الوسائل : « فبيعت ».

(٤) كذا في نسختنا، و هو موافق لما في الكافي و التهذيب و الوسائل، و في بعض نسخ الكتاب « فُتْبَاع » و هو موافق لما في الفقيه.

(٥) الضمير المستتر في « قال » في المواضع الأربعة رجع إلى أبي إبراهيم<sup>(٩)</sup>.

(٦) أي : لا يجوز بيعهن في ما سوى أداء أثمانهن.

(٧) التعبير بالرواية لإشتمال السند على معلّى بن محمد، و هو و إن كان من مشايخ الإجازة، إلاّ أنّه لا توثيق له بالخصوص، و لكن ضعف السند منجر بعمل

«١» وسائل الشيعة . ج ١٣ ، ص ٥١ . الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان . الحديث : ١ : الكافي . ج ٦ . ص ١٩٣ . الحديث : ٥ : الفقيه . ج ٣ . ص ١٣٩ . الحديث : ٣٥١٢ : التهذيب . ج ٨ . ص ٢٣٨ . الحديث : ٩٥ من كتاب العتق ( المسلسل ٨٦٢ ) .

بيع أمّ الولد - مواضع الإستثناء ..... ٣٠١  
عن أبي الحسن عليه السلام ، قال : « سألتُه عن أمّ الولد ، تباع<sup>١</sup> في الدين ؟ قال :  
نعم<sup>٢</sup> ، في ثمن رقبتها<sup>٣</sup> »<sup>٤</sup> .  
و مقتضى إطلاقها<sup>٥</sup> .

الأصحاب، لإستنادهم إليها في الحكم بجواز بيعها في حياة المولى إن كان ثمنها ديناً عليه، كما سيأتي.

(١) وهو الإمام الكاظم عليه السلام بقرينة كون الراوي من أصحابه.

(٢) بتقدير همزة الإستفهام أي : أتباع في الدين ؟

(٣) كذا في نسخ الكتاب، وهو موافق لما في الكافي والوسائل، ولكن في

التهذيب « نعم تباع ... » .

(٤) ودلالاتها على المدعى - وهو جواز البيع في ثمن رقبتها بعد وفاة السيد -

إمّا لأنّ قوله عليه السلام : « نعم » في جواب السؤال بـ « تباع في الدين ؟ » بصيغة

المجهول الظاهرة في كون البائع غير المولى. وفيه إشعار بكونه سؤالاً عمّا بعد الموت.

و إمّا لأنّ تجويز البيع مطلق شامل لحالي حياة السيد و موته.

و على كل الوجهين تصلح الرواية للإستدلال بها على الصورة المتقدمة.

(١) شرّع تعالى بتحقيق مدلول الروايتين من حيث وفائهما بإثبات جواز بيعها في

ثمن رقبتها حال حياة السيد، و عدمه. و كلمات المصنف - كما نبّه عليه المحقق

الإيرواني رحمته مع إندماجها - تقع في مراحل :

الأولى : التمسك بروايتي عمر بن يزيد لجواز بيعها.

الثانية : التمسك بهما للمنع.

الثالثة : ترك الإستدلال بهما، إمّا للمعارضة، و إمّا لعدم الدلالة، ثم الإنتقال

«١» وسائل الشريعة، ج ٢، ص ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث : ٢ : الكافي، ج ٦،

ص ١٩٢، الحديث : ٢ : التهذيب، ج ٨، ص ٢٣٨، الحديث : ٩٢ من كتاب العتق (المسلسل ٨٥٩).

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٨٤

إلى عموم المنع و القاعدة الكلية التي إستفادها المصنف من النصوص و الإجماع.  
و في هذه المرحلة عارضَ هذا العمومَ بعموم صحة العقود و حلّ البيع كما  
ذهب إليه جمعٌ، ثم رجّحَ عموم المنع.

الرابعة : الرجوع ثانيةً إلى رواية ابن يزيد لإثبات جواز البيع حال الحياة،  
و تقديمها على معارضها و هي صحيحة إين مارد.

أما المرحلة الأولى، فيمكن الإستدلال على جواز بيع أم الولد - في حياة  
مولها - تارةً بخصوص رواية عمر بن يزيد من جهة إطلاق الجواز، و عدم  
إختصاصه بحال الموت، بعد عدم كون قول السائل « تُباع » قرينةً على وفاة السيد.  
و التقييد بالموت و إن استفيد من صحيحته، إلاّ أنّه لا موجب لحمل المطلق على  
المقيد هنا، لكونهما مثبتين، فلسان أحدهما تجوز البيع بعد وفاة السيد، و الآخر  
تجوزيه لأداء الدين مطلقاً، و لا منافاة بينهما، فيؤخذ بهما.

و أخرى بكلتا الروايتين، بدعوى : إطلاق الصحيحة كإطلاق الرواية، و ذلك  
يمنع ما فيها من قرينةٍ على وقوع بيع الأمير عليه الصلاة و السلام بعد وفاة مواليهن.

أما قول السائل : « لم باع أمير المؤمنين عليه السلام ؟ » فلا يقتضي تحقق البيع بعد موت  
السيد، لما في المقابس من قوله : « و ذلك لأنه لا فرق في حياته و موته في أن المباشر  
هو المولى مع وجوده، و الوارث بعد موته. فلا وجه لمباشرته عليه السلام إلاّ بطريق الوكالة  
أو الولاية حيث وُجد سببها، كإمتناع المولى أو الوارث، أو صغرٍ أو نحو ذلك. فالوجه  
في إسناده - أي إسناد البيع - إليه : إمّا ذلك، فيعم صورتين - أي حياة السيد  
و موته - أو حكمه عليه السلام بالبيع عموماً أو في الموارد الخاصة، لأنّ مثل ذلك مما يرجع  
فيه إليه عليه السلام، لتعلق حق الله تعالى و حقّ أمّ الولد ببقائها لتحصيل إنعتاقها مع حصول  
شرائطه »<sup>١١</sup>.

بل إطلاق الصحيحة - كما قيل<sup>١</sup> - ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب

و أما قوله عليه السلام: « بيعت » فلا يشهد بكون المتصدّي للبيع غير المولى بعد وفاته، وذلك « لأنّ التعبير بالجهول في مقام سوق القضية بنحو الكلية - من دون اختصاص الحكم بمالك دون مالك - شائع جداً »<sup>٢</sup>.  
و أما قول السائل: « فيُبعن » فليس قرينةً أيضاً على موت المولى، لأعميته منه و من حال حياته، خصوصاً إذا كان المقصود تعميم جواز البيع لصورتي الموت والحياة.

مضافاً إلى أنّه كلام السائل، فلو فرض ظهوره في إرادة البيع بعد الوفاة لم يكن حجةً، إذ العبرة بما ورد في جوابه عليه السلام.

و أما قوله عليه السلام: « ولم يدع من المال » فهو وإن كان ظاهراً في البيع الواقع بعد موت المولى، و يُؤمى إليه أيضاً قوله: « بيعت » لكنه لا يقتضي تقييد الإطلاق، لإحتمال كون الغرض بيان إحدى الصورتين في مقام التمثيل. و إطلاق الخبر الثاني يكشف عن كونه تمثيلاً، لا تخصيصاً و لا بياناً، لأنّ بيع أمير المؤمنين عليه السلام كان في هذه الصورة خاصة. و قد فهم الأصحاب ذلك أيضاً كما يظهر منهم، حيث لم يخصّصوا الحكم بذلك و لم يعتبروا مفهومه<sup>٣</sup>.

و يحتمل أن يراد من قوله عليه السلام: « ولم يدع » أن المولى لم يترك من ماله شيئاً، كما إذا أنفق ماله مثلاً، و لم يبقَ منه ما يؤدّي به ثمن أم الولد.

و عليه فلا تختص الصحيحة حينئذٍ بوفاة المولى.

(١) المصرّح بإطلاق صحيحة عمر بن يزيد لحال حياة المولى جماعةً، منهم الشهيد الثاني و أصحاب الرياض و المناهل و المقابس<sup>٤</sup> عليه السلام. و هو مقتضى إستدلال

«١» حاشية المحقق الإصفهاني، ج ١، ص ٢٧٨

«٢» مقابس الأنوار، ص ٧١ و ٧٢

«٣» مسالك الأفهام، ج ٨، ص ٤٦؛ رياض المسائل، ج ١١، ص ٤٠٥ - ٤٠٦، و ج ١٣، ص ١١١؛

المناهل، ص ٣١٩؛ مقابس الأنوار، ص ٧١

الأكثر<sup>(١)</sup>، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً<sup>(٢)</sup>. نعم تردّد فيه الفاضلان<sup>(٣)</sup>.  
و عن نهاية المرام والكفاية<sup>(٤)</sup> « أن المنع نادر، لكنّه لا يخلو عن قوّة ».

آخرين بالصحيحة على جواز بيعها في ثمن رقبتها وإن كان في حياة السيد، كالعلامة  
و الشهيد و المحقق الثاني<sup>(٥)</sup> و الفاضل الإصفهاني، و غيرهم قدس الله أسرارهم.

قال في المسالك بعد نقل الصحيحة: « وهذه الرواية كما دلّت على جواز بيعها  
في ثمن رقبتها في هذه الحالة مطلقاً - الشاملة لموت المولى و عدمه - دلّت على عدم  
جواز بيعها في غيره من الديون، الشامل لما لو إستغرقت التركة<sup>(٦)</sup> ».

(١) قال في موضع من الرياض: « بل مطلقاً على الأظهر الأشهر<sup>(٧)</sup> ».

(٢) ولذا إدعى صاحباً الرياض و المقابس<sup>(٨)</sup> الإجماع عليه.

(٣) يعني: في بعض المواضع، كالمحقق في بيع الشرائع، و العلامة في بيع القواعد  
و التحرير<sup>(٩)</sup>. و إلاّ فلا تفصيل بين حياة المولى و موته في كلام المحقق في نكاح  
الشرائع و عتقه<sup>(١٠)</sup> و النافع - كما قيل - و لا في كلام العلامة في المختلف و الإرشاد  
و عتق القواعد<sup>(١١)</sup>.

(٤) هذا إشارة إلى المرحلة الثانية، و هي إستظهار منع بيع أم الولد في ثمن  
رقبتها حال حياة المولى، خلافاً للأكثر، و هذا القول و إن كان نادراً كما ذكره صاحب  
المدارك<sup>(١٢)</sup>، و لكنّه لا يخلو من قوّة من جهة عدم الإعتماد على رواية ابن يزيد،

«١» مختلف الشيعة . ج ٨ ، ص ١٣٠ : الدروس الشرعية . ج ٢ ، ص ٢٢٢ : جامع المقاصد . ج ١٣ ، ص ١٣٤

«٢» مسالك الأفهام . ج ٨ ، ص ٤٦

«٣» رياض المسائل . ج ١٣ ، ص ٤٠٥

«٤» رياض المسائل . ج ١٣ ، ص ١١١ : مقابس الأنوار . ص ٧١

«٥» شرائع الإسلام . ج ٢ ، ص ١٧ : قواعد الأحكام . ج ٢ ، ص ٢٣ : تحرير الأحكام . ج ١ ، ص ١٦٥ ( ج ٢ ، ص ٢٨٠ . الطبعة الحديثة )

«٦» شرائع الإسلام . ج ٢ ، ص ٣١٢ . ج ٣ ، ص ١٣٩

«٧» قواعد الأحكام . ج ٣ ، ص ٦٠ و ٢٥٩ : إرشاد الأذهان . ج ٢ ، ص ٨١

بناءً على مبناه من إختصاص أدلة حجية الخبر الواحد بالصحيح. و ينحصر الدليل في صحيحة ابن يزيد، و هي بقرينة قوله عليه السلام: « و لم يدع من المال » محتصة بإفادة الجواز بعد موته، فيبقى البيع قبله مندرجاً في ما دلّ على عموم المنع.

قال عليه السلام - بعد نسبة الجواز إلى الأكثر، و جزم جدّه عليه السلام به في المسالك، و ظهور « لم يدع » في الموت - ما لفظه: « و القول بالمنع نادر، لكنه لا يخلو عن قوة »<sup>١</sup>. و قريب منه كلامه في باب الإستيلاء<sup>٢</sup>.

و تصدّى صاحبُ الجواهر عليه السلام لتوجيه دلالة الروايتين على منع البيع حال الحياة بقوله: « نعم قد يقال . إن الإطلاق المزبور يمكن تقييده بصحيح عمر بن يزيد الآخر ... ضرورة ظهور قوله : - و لم يدع - في حال الموت كظهوره في إعتبار ذلك في الجواز . خصوصاً بعد أن كان ذلك منها في بيان الكيفية المسؤول عنها، بل هو صريح ذيله الشامل للدين حال الحياة ... الخ »<sup>٣</sup>.

و توضيحه : أن رواية عمر بن يزيد و إن كانت مجوزةً لبيعها مطلقاً، إلا أنها تقيّد بصحيحته المختصة بحال الموت. و الوجه في إختصاصها به أمران :

أحدهما : ظهور قوله عليه السلام: « و لم يدع » في كونه قيداً للكيفية التي سأل الراوي عنها بقوله: « و كيف ذلك ؟ ». و الكيفية التي جاز فيها البيع هي أداء ثمن رقبته بعد الموت. و أمّا بيعها في حياة المولى فلم يذكره الإمام عليه السلام ، و إنما قرّر السائل فيما كان مرتكزاً عنده من عموم المنع. و من المعلوم أن مفهوم تقييد الجواز بما بعد الموت هو إنتفاء الجواز بإنتفاء التقيّد.

«١» نهاية المرام . ج ١ . ص ٢٩٤ : كفاية الأحكام . ص ١٧٣ . حكاه عنهما السيد العاملي في مفتاح

الكرامة، ج ٤ . ص ٢٦٢

«٢» نهاية المرام . ج ٢ . ص ٣١٦

«٣» جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٣٧٦ - ٣٧٧

و ربما يتوهم<sup>(١)</sup> القوة<sup>(٢)</sup> من حيث توهم تقييدها<sup>(٣)</sup> بالصحيحة السابقة، بناءً على<sup>(٤)</sup> إختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى - كما يشهد به<sup>(٥)</sup> قوله فيها :

و عليه فيكون عموم المنع - المستفاد من تقريره عليه السلام - بضميمة تقييد الجواز بالموت بمنزلة العام المخصّص، و العام المخصّص يفيد الحصر. و يتعين حينئذ تقييد إطلاق ما في رواية عمر بن يزيد « نعم تباع في ثمن رقبتها » بما إذا لم يؤدّ المولى الدين في حياته.

ثانيهما : أن قوله عليه السلام : « لا » في ذيل الصحيحة في جواب سؤال ابن يزيد : « فَيُبَعْنَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ دِينٍ ؟ » صريح في عدم جواز البيع إلاّ في مورد واحد، و هو المشار إليه بـ « ذلك » و هو الدين في ثمن الرقبة بعد الموت. و من المعلوم أن بيعها حال الحياة - و إن كان لوفاء الدين في ثمن أمّ الولد - داخل تحت عموم « ما سوى » كما يدخل فيه سائر ديون السيّد. و بعد تقيّد الصحيحة بالجواز المخصّص بما بعد الموت يُقَيّد إطلاق الجواز في الرواية الأخرى. و نتيجة هذا التقييد فقدّ الدليل المخصّص لعموم منع أمّ الولد ليقال بجواز بيعها في ثمن رقبتها في حياة مولاه.

(١) لعلّ الأنسب بمقام صاحب الجواهر رحمته الله عدم التعبير عما أفاده بالتوهم

في الموضوعين.

(٢) قد ظهر أن مناط منع البيع حال الحياة فقدّ الدليل عند صاحب المدارك رحمته الله لعدم إستناده إلى رواية عمر بن يزيد، كما أن مناطه بنظر صاحب الجواهر رحمته الله تقييد إطلاق الرواية بالصحيحة، لصراحتها في الإختصاص بالبيع بعد الموت.

(٣) أي : تقييد رواية أخرى - لعمر بن يزيد - بصحيحته.

(٤) هذا البناء هو مبنى التقييد، إذ لو كان مفاد الصحيحة مجرد جواز البيع في صورة موت السيد - من دون دخل للموت فيه - لم تصلح الصحيحة للتقييد.

(٥) أي : يشهد بإختصاص الجواز قوله عليه السلام : « و لم يدع ».

وجه الشهادة : ظهوره في أن المولى لم يخلف مالا يؤدّي به ثمنها، فهو ظاهر في

« و لم يدع من المال ... الخ » - فیدل<sup>١</sup> على نفي الجواز عمّا سوى هذا الفرد<sup>٢</sup>،  
إمّا لورودها<sup>٣</sup> في جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد، فیدل<sup>٤</sup> على  
الحصر. و إمّا<sup>٥</sup> لأن نفي الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصورة<sup>٦</sup> يشمل بيعه<sup>٧</sup>  
في الدين مع حياة المولى.

الموت، فيقيّد به إطلاق قوله ﷺ في خبر آخر لعمر بن يزيد: « نعم في ثمن رقبتهما »  
إن لم يكن ظاهراً في بيعها حال وفاة المولى، لظهور قول الراوي: « تباع في الدين » في  
كون البائع غير المولى، الظاهر في موته.

و بالجملة : فبعد تقيّد الروایتين أو تقييد المطلق منهما بمقيدها، يكون المتحصل  
جواز بيع أم الولد في خصوص ثمن رقبتهما بعد موت سيدها.

(١) يعني : فیدلُ قوله ﷺ : « فیدع » على نفي الجواز في غير هذا الدين  
المخصوص.

(٢) و هو دین ثمنها بعد وفاة السيد .

(٣) أي : لورود الصحيحة، و هذا إشارة إلى أوّل الوجهين، و تقدم توضيحهما  
بقولنا: « أحدهما ... ثانيهما ».

(٤) أي : فیدلُ قوله ﷺ : « فیدع » على الحصر.

(٥) معطوف على « إمّا » و هذا إشارة إلى ثاني الوجهين، و هو قوله في الجواهر :  
« بل هو صريح ... ».

و لعل الأولى تبديل « أمّا » بالواو، لأن صاحب الجواهر ﷺ جمع بين الوجهين،  
و جعلهما قرينة على الحصر، و ليس المقصود وفاء أحد الوجهين به على سبيل منع  
الخلو كما يستشتم من كلمة « إمّا » و الأمر سهل.

(٦) أي : سوى صورة موت المولى، و بقاء ثمنها في ذمته.

(٧) كذا في النسخ، و الصحيح « بيعها ».



## و إندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح<sup>(١)</sup>.

(١) هذا منع قوّة عدم جواز البيع - حال حياة المولى - بالوجهين المتقدمين عن

الجواهر.

أما منع الأوّل، فلعدم كون السؤال من تمام موارد جواز بيع أمّ الولد، حتى يكون جوابه مفيداً للحصر بما ذكره من المورد. بل الظاهر أنّ السؤال كان عن المسوّغ الذي باع الأمير صلوات الله وسلامه عليه لأجله أمّ الولد، وإن أجاب الإمام الكاظم عليه السلام بنحو القضية الكلية المنطبقة على بيع الأمير عليه السلام « في فكاك رقابهن ». و حينئذٍ فاللازم ملاحظة هذه الكلية و ما أخذ فيها من قيود. و لا ريب في أنّ المتيقن من القيد هو عدم أداء الثمن و فقد المال الذي يؤدي به الدين، و أمّا قيديّة الموت فغير معلومة، و إن كان جوابه عليه السلام ناظراً إلى صورة الموت.

فالتيجة : أنّه لا وجه لإستفادة الحصر من الجواب، فيمكن أن يكون هناك

وجه آخر لجواز البيع.

و أمّا منع الثاني، فلظهور السؤال الثاني - كالأوّل - في بيعها في الدين بعد

الموت، و الجواب أيضاً ظاهر في عدم بيعها بعد الموت، فلا يشمل نفي الجواز في ذيلها بيعها في الدين مع حيوة المولى، لوضوح أنّ « بيعها في ثمن رقيبتها في حياة المولى » و إن كان بيعاً لها في ما سوى حال الموت، و لكنه ليس بيعاً لها في ما سوى ثمن رقيبتها، و المراد بقوله عليه السلام : « في ما سوى ذلك » أي : سوى دين ثمنها من دون تقييد بالموت.

و عليه فالوجهان المزبوران لا يصلحان لإثبات عدم جواز البيع في حال حياة

المولى حتى يكونا دليلين على خلاف المشهور، كما لا يخفى.

و قد تحصّل مما إفاده المصنف رحمته في المرحلة الثانية : قصورُ صحيحة ابن يزيد

و روايته عن إثبات منع البيع في حياة المولى.

نعم، يمكن أن يقال<sup>(١)</sup> :

(١) هذا شروع في المرحلة الثالثة، وهي ترك العمل بالخبرين - بالنسبة إلى حكم البيع في حياة السيد - إمّا لقصور الصحيحة و الرواية، وإما للمعارضة. و على كلٍّ منهما يتعين الرجوع إلى قاعدة المنع العامة، أو قاعدة أخرى.

أما قصور الصحيحة فللجمود على ظاهرها من إختصاص الجواز بما بعد وفاة السيد. و أما قصور الرواية فلظهور قول السائل: «تباع في الدّين؟» - بصيغة المجهول - في كون البائع لها شخصاً آخر بعد موت السيد.

و عليه فلا إطلاق فيها لتجوز البيع حال الحياة، كما لم يكن إطلاق في الصحيحة. و حينئذٍ فالمرجع القاعدة الكلية في بيع أمّهات الأولاد، و هو المنع.

و أمّا بناءً على عدم إختصاص رواية ابن يزيد بالبيع بعد وفاة المولى و شمولها لحال الحياة، فتقع المعارضة بينها و بين صحيحة ابن مارد المتقدمة في (ص ٢٦٥) و فيها قوله عليه السلام: «هي أمته، إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل، و إن شاء أعتق» لظهور المفهوم في أنّ الأمة المستولدة بالتزويج لو إشتراها و تملكها - و حَمَلت بعد الشراء - لا يجوز بيعها مطلقاً، سواء أراد السيدُ بيعها في ثمنها أم في غيره من الديون، أم فيما ليس ديناً أصلاً.

و النسبة بينهما عموم من وجه، و ذلك لأخصية صحيح ابن مارد من رواية ابن يزيد من جهة، لإختصاص الصحيح بحياة المولى بقرينة قوله: «إن شاء باع» و أعميته منها من جهةٍ أخرى، لعدم إختصاصه ببيعها في ثمن رقبتها.

و أخصية رواية ابن يزيد من الصحيح من جهة، لإختصاصها ببيعها في ثمن رقبتها، و أعميتها منه من جهةٍ أخرى، لعدم إختصاصها بحياة المولى.

ففي مورد الإجماع - و هو بيعها في ثمن رقبتها مع حيوة المولى - يتعارضان و يتساقتان، فيرجع إلى أصالة المنع عن البيع التي إستنبطها المصنف عليه السلام من روايات السكوني و محمد بن مارد و عمر بن يزيد المتقدمات، و غيرها.

- بعد الغض<sup>(١)</sup> عن دعوى ظهور قوله: «تُبَاع في الدّين» في كون<sup>(٢)</sup> البائع غير المولى في ما بعد الموت - إنَّ النسبة بينها<sup>(٣)</sup> و بين رواية ابن مارد المتقدمة عمومٌ من وجه، فيُرجع<sup>(٤)</sup> إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدّم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها.

نعم<sup>(٥)</sup>، ربما يُمنع عمومُ القاعدة

(١) إذ مع عدم الغض عن هذه الدعوى لا تكون النسبة عموماً من وجه، لأنَّ رواية عمر بن يزيد تدل حينئذٍ على جواز بيعها في ثمن رقبته بعد موت المولى، و لا تدلّ على جواز بيعها مع حياته حتى تكون أعمّ من وجه من صحيح ابن مارد المختص بعدم جواز بيعها مع حياة المولى، ليقع التعارض بينهما في المجمع، إذ على هذا لا يجمع بينهما، لتعدد الموضوع.

(٢) متعلق بـ «ظهور».

(٣) أي : بين رواية ابن يزيد.

(٤) هذا نتيجة تساقط المتعارضين - بالعموم من وجه - في المجمع، و هو بيعها في ثمنها في حياة المولى. فلا بدّ من الرجوع إلى العام الفوق، و هو إمّا القاعدة المستنبطة المانعة عن بيع أمّ الولد كما عليه المصنف رحمته . و إمّا العمومات المقتضية لصحة العقود إلّا ما خرج منها بالدليل، كما يظهر من صاحب المقابس.

(٥) إستدراك على مرجعية أصالة المنع بعد تعارض الروايتين، و غرضه المناقشة في مرجعيتها - في مورد الإجماع المزبور - بما حاصله : أنّ عموم القاعدة المانعة عن البيع على وجهٍ يشمل صورة تعلق حق للمالك بأُمّ الولد - ليحتاج جواز بيعها في ثمن رقبته مع حياة المولى إلى تخصيص عموم تلك القاعدة - غير ثابت، فلا مانع حينئذٍ من التمسك بقاعدة السلطنة المقتضية لجواز البيع مع حياة المولى.

و الظاهر أنّ المنكر لأصالة المنع هنا هو صاحب المقابس رحمته ، فإنه إختار مذهب المشهور من جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبته مطلقاً في حياة المولى و بماتة،

على هذا الوجه<sup>(١)</sup> بحيث<sup>(٢)</sup> يحتاج إلى المخصّص، فيقال<sup>(٣)</sup>: يمنع الإجماع في محلّ الخلاف، سيّما مع كون المخالف جُلّ المجمعين، بل كلّهم إلّا نادراً، وحينئذ<sup>(٤)</sup> فالمرجع إلى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم». لكن التحقيق خلافه<sup>(٥)</sup>، وإن صدر هو

وإستدل عليه بوجوه، قال في أولها: «إن الأصل في كل ملك جواز نقله إلى الغير بالبيع وغيره. وأمّ الولد ملك المولى إجماعاً، ولا دليل يعتمد عليه في المنع من بيعها مطلقاً غير الإجماع، وهو مفقود هنا»<sup>(١)</sup>. وسيأتي تقريب منع عموم القاعدة.

(١) أي: عموماً شاملاً لمورد الإجماع بين الروايتين المتعارضتين، إذ لو ثبت عموم في الجملة لم يكن مرجعاً في مورد الشك.

(٢) هذا شأن العموم، إذ لو ثبت لكان القول بجواز البيع في ثمن رقبتهامع حياة المولى متوقفاً على المخصّص.

(٣) هذا تقريب لمنع عموم قاعدة عدم جواز البيع، وحاصله: أن الإجماع الذي كان مستند هذه القاعدة مفقود في محلّ الخلاف، وهو بيعها في ثمن رقبتهامع حياة المولى، لذهاب جُلّ المجمعين - بل كلّهم إلّا نادراً - إلى جواز البيع في هذه الصورة، فلا إجماع في هذا الفرض حتى يستند إليه عموم قاعدة «عدم جواز بيع أمّ الولد» على وجه يشمل صورة وجود المولى، ويحتاج خروج الفرض عنه إلى التخصيص. فإذا لم يكن هنا عام يقتضي بطلان البيع، فالمرجع في مورد الإجماع قاعدة السلطنة القاضية بجواز البيع.

(٤) أي: وحين منع الإجماع في محلّ الخلاف.

(٥) هذا الضمير وضمير «هو» راجعان إلى منع عموم القاعدة المدلول عليه

بـ «يمنع».

عن بعض المحققين<sup>(١)</sup>، لأنّ المستفاد من النصوص<sup>(٢)</sup> و الفتاوى: أن إستيلاء الأمة يُحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها، إلاّ إذا كان هناك حقّ أولى<sup>(٣)</sup> منه بالمراعاة .  
و ربما تُؤمّم<sup>(٤)</sup> معارضة هذه القاعدة بوجود أداء الدين ، فيبقى قاعدة

(١) و هو صاحب المقابس رحمته الله . فعموم المنع ثابت، و هو يقتضي عدم جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبته مع حياة المولى و إن كان خلاف المشهور، إذ المنسوب إليهم جوازه.

(٢) تقدّم في (ص ٢٥٥) نقل النص الذي استفيد منه تشبث أمّ الولد بالحرية، و كذلك جملة من الكلمات . كما تقدم في (ص ٢٥١) دعوى صاحب الحدائق رحمته الله إلحاق الأصحاب النقلَ بغير البيع بالبيع، لإشتراك علّة المنع في جميع النواقل، و هو التشبث بالحرية.

و لعلّ كلام المصنف هنا لا يخلو من منافاة لقوله هناك و في (ص ٢٥٤) من عدم وجدان نصّ عليه. فلاحظ.

(٣) مثل كون ثمنها ديناً في ذمة مولاهما المعسر، فإنّه أولى بالمراعاة من حقها بالإستيلاء.

(٤) هذا إنتصار للمشهور القائلين بجواز بيعها في ثمن رقبته مع حياة المولى، و حاصله : وقوع التعارض بين قاعدة المنع عن البيع و بين وجوب أداء الدين فيتساقتان، و يُرجع إلى قاعدة السلطنة المقتضية لجواز البيع، و إلى إستصحاب جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الإستيلاء.

و هذه المعارضة أوردتها صاحب المقابس في منع ما حكي عن ابن حمزة رحمته الله من إختصاص جواز بيعها في ثمنها بموت السيّد، فردّه المحقق الشوشتري رحمته الله بالتمسك بالإستصحاب، و بوجود أداء الدين، قال رحمته الله : « يمكن الرّد عليه بإستصحاب الحكم الثابت في حياة المولى ... و بما دلّ على تقديم الدّين على الإرث ... »<sup>(١)</sup>.

« السلطنة » و أصالة<sup>(١)</sup> بقاء جواز بيعها في ثمن رقبتهـا قبل الإستيلاء .  
و لا يعارضها<sup>(٢)</sup> أصالة بقاء المنع حال الإستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأن<sup>(٣)</sup>  
بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى .  
و يندفع<sup>(٤)</sup> أصل المعارضة بأن أدلة وجوب أداء الدين مقيّدة بالقدرة

(١) معطوف على « قاعدة » أي : فتبقى أصالة الجواز ... الخ.  
(٢) أي : لا يعارض أصالة بقاء الجواز أصالة بقاء المنع . توضيحه : أن  
إستصحاب جواز البيع قبل الإستيلاء معارضٌ بإستصحاب المنع حال الإستيلاء قبل  
العجز عن ثمنها و إفسار المولى عنه . فلا يصلح الإستصحاب لإثبات الجواز، فلا يثبت  
مذهب المشهور و هو جواز البيع .  
و هذه المعارضة تظهر من السيد المجاهد رحمته القائل بجواز بيعها في حياة السيد،  
حيث قال في جملة كلامه : « لا يقال : يعارضها - أي عمومات الصحة - أصالة بقاء  
عدم جواز بيعها . لأننا نقول ... بل أصالة بقاء جواز البيع يقتضي الحكم به حينئذٍ،  
فيتحقق التعارض بين الإستصحابين » فراجع<sup>(٥)</sup> .  
(٣) هذا تعليل لعدم معارضة الأصلين، توضيحه : أن الإستصحاب منوط ببقاء  
موضوعه، و هو مفقود في إستصحاب المنع، لأن موضوعه عدم كون البيع في ثمن  
رقبتها .

و إن شئت فقل : إن الموضوع في جواز البيع هو إفسار المولى، و في المنع عن  
البيع هو إفساره، فهما نظير السفر و الحضر . و ليس اليُسْر و العسر في المقام نظير  
تبدل حالات الموضوع، بل نظير السفر و الحضر و الفقر و الغنى بالنسبة إلى الأحكام .  
(٤) هذا دفع ما تقدم من المعارضة بين منع بيع أم الولد في حياة السيد و بين  
وجوب أداء الدين . و التعبير بـ « أصل المعارضة » لأجل عدم الموضوع للمعارضة

العقلية و الشرعية، و قاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية<sup>(١)</sup>،

بين أصالتي المنع و الجواز ، إذ بعد وجود عموم « المنع عن بيع أمّ الولد » لا يبقى مجال للأصل العملي.

و تقريب الدفع : أنّ دليل وجوب أداء الدين لا يصلح لمعارضة قاعدة المنع، و ذلك لارتفاع موضوعه، ضرورة تقيّد وجوب أداء الدين عقلاً و شرعاً بالقدرة على أدائه. أمّا عقلاً فلا يقتضاه الخطاب القدرة على متعلقه.

و أمّا شرعاً فلدلالة الآية الشريفة على إعتبار اليسار. و أنه لا يجب شيء على المعسر، و يجب إنظاره و إمهاله حتى يتيسّر له الأداء. و من المعلوم أن قاعدة منع بيع أمّ الولد تسلب سلطنة السيّد على بيعها، فينتقي اليسار المأخوذ في موضوع دليل وجوب أداء الدين.

و أما حرمة بيع أمّ الولد فلم يؤخذ في موضوعه إلاّ عنوان « أمّ الولد » و هو محفوظ سواء وجب بيعها لأداء الدين أم لا.

و بعبارة أخرى : أنّ موضوع وجوب البيع - لأداء الدين - ما يكون صالحاً للبيع، و هو قاصر عن إثبات الصلاحية، لعدم كونه مشروعاً لجواز بيع ما لم يجرز جواز بيعه.

مثلاً لو كان للمديون مال بمقدار الدين أو أزيد منه، لكن حُجِرَ شرعاً عن التصرف فيه - بأن كان مرهوناً - لم يصلح الأمر بأداء الدين لتجوز بيعه مقدّمةً لأداء دين آخر منه. فكذا الحال في أمّ الولد، فإنّ حق الإستيلاء مانع من بيعها و إن كان في ثمن رقبتها مع حياة المولى.

و عليه فلا يصحّ توجيه فتوى المشهور - بجواز بيعها في هذه الصورة - بما أفيد من تعارض قاعدة المنع و وجوب أداء الدين، و الرجوع إلى قاعدة السلطنة.

(١) فتكون حاکمةً على دليل وجوب أداء الدين، لارتفاع موضوعه - و هو

اليسار - بسلب سلطنة المولى على نقل أمّ الولد.

كما في المرهون<sup>١١</sup> و الموقوف (\*).

١) لوجود المانع، و هو تعلق حق الغير به، فلا يستقل الراهن ببيعه. و كذا الحال في الموقوف، فإنه و إن كان ملكاً للموقوف عليه، لكن تعلق الحق به يُخرجه عن قابلية البيع.

هذا تمام ما أفاده المصنف في المرحلة الثالثة، و يأتي الكلام في المرحلة الرابعة، و هي الإنتصار لمذهب المشهور برفع التعارض بين خبري ابن يزيد و ابن مارد، و ترجيح الأوّل على الثاني.

(\* ) هذا بناءً على تسليم عموم القاعدة، و أمّا بناءً على عدمه فالظاهر جواز بيعها في حياة السيد، « لأن مجرد عدم جواز بيعها في بعض المواضع لا يوجب سلب السلطنة على البيع في أداء الدين، لعدم إحراز مزاحم لوجوب الوفاء بالدين في خصوص هذا المورد. نعم حيث إن اليسار مأخوذ في موضوعه، أو أن الإعسار خارج عنه، فلا بد من التمسك بقاعدة السلطنة تحقيقاً لليّسار أو دفعاً للإعسار. و لا يكفي الأمر بأداء الدين مع الشك في جواز البيع الموجب للشك في صدق اليسار.

و عليه فمع إحراز موضوع الوفاء بقاعدة السلطنة، أو نفي عنوان المخصّص لا بأس بالتمسك بدليل وجوب أداء الدين » هذا ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته الله.

و الظاهر عدم توارد المعارضة و الدفع على أمر واحد، فإن المصنف رحمته الله سلم عموم منع بيع أم الولد، فنفي المعارضة بالحكومة. و صاحب المقابس رحمته الله أنكر أولاً عموم المنع، ثم عارض منع البيع حال الحياة بوجوب أداء الدين، و قدّمه عليه، فأوجب بيعها في حياته لأداء الدين. و من المعلوم أنه لا يرد على هذه المقالة تقيّد وجوب أداء الدين باليسار، لوضوح أن المحقق الشوشتری يعترف به، و لكن يدعي تحقق اليسار، لعدم الدليل على منع بيع أم الولد في هذه الحالة حتّى يقاس بالمرهون و الموقوف.



## فالأولى في الإنتصار لمذهب المشهور أن يقال<sup>(١)</sup> : برجحان<sup>(٢)</sup> إطلاق رواية

(١) توضيحه : أن منشأ تعارض خبري إبن يزيّد و مارد بالعموم من وجه - و تساقطهما في الجمع - هو ظهورُ الثاني في منع البيع مطلقاً سواء أكان في ثمن رقبته أم في غيره، بأن يكون مفهوم قوله ﷺ : « ما لم يحدث عنده حمل » عدم جواز بيعها مطلقاً إن حملت عنده بعد ما تملكها، فكان هذا المفهوم معارضاً لرواية إبن يزيّد الظاهرة في جواز البيع في ثمن رقبته مطلقاً سواء في حياة المولى و بعد وفاته. و المقصود فعلاً إثبات إطلاق رواية إبن يزيّد لحال حياة المولى، لعدم قرينية قوله : « تباع » في كون البيع مختصاً بما بعد الموت. ثم ترجيح هذا الإطلاق على إطلاق صحيح إبن مارد لثمن رقبة أم الولد، و مرجوحية إطلاقه من وجوه :

أحدها : أن قوله : « تمكث عنه ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها » كناية عن مضي مدةٍ مديدة من زمان شراء الأمة، و من البعيد جداً عدم أداء دين ثمنها في تلك المدة.

ثانيها : ظهور قول السائل : « ثم يبدو له في بيعها » في إرادة بيعه إختياراً، و أنّ الداعي إلى البيع هو عدم الرغبة في إبقاء أم الولد في ملكه، لا إضطراراً لأجل أداء ثمنها.

ثالثها : أن فتوى المشهور - و هي الجواز - تعاضد دلالة رواية إبن يزيّد على الجواز في صورة حياة المولى.

و الحاصل : أن أرجحية إطلاق رواية إبن يزيّد لحال حياة المولى - لهذه الوجوه المزبورة - من إطلاق صحيح إبن مارد لعدم جواز بيعها في ثمن رقبته في حال حياة المولى، تكون دليلاً على قول المشهور، و هو جواز بيعها في ثمنها مع حياة المولى.

(٢) إن كان مقصوده ﷺ منع إطلاق رواية إبن مارد و سلامة رواية إبن يزيّد عن المعارض، كان التعبير بالرجحان مسامحة، لإنتفاء التعارض الموضوع للترجيح.

و إن كان غرضه إبقاء إطلاق رواية إبن مارد و تضعيفه من جهة كون غالب أفراد و مصاديقه ممّا لا يبقى ثمن الأمة مدةً طويلةً في عهدة سيدها - بحيث يصلح

عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد، الظاهر<sup>(١)</sup> في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به<sup>(٢)</sup> قوله: « فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها ». مع أن<sup>(٣)</sup> ظاهر البدء في البيع ينافي الإضرار إليه<sup>(٤)</sup> لأجل ثمنها .

و بالجملة<sup>(٥)</sup> : فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها<sup>(٦)</sup> على دلالة رواية ابن مارد على<sup>(٧)</sup> المنع، كما يظهر بالتأمل<sup>(٨)</sup> .

قول السائل « ثم يبدو له في بيعها » للبيع في ثمن رقبته و للبيع بداع آخر - فالتعبير بالرجحان في محلّه، لبقاء الإطلاقين على حالهما، و يتجه ترجيح أحدهما على الآخر. و لا يبعد أن يكون هذا مراد المصنف رحمته، لا منع إطلاق صحيحة ابن مارد بالمرّة.

(١) صفة لـ « إطلاق رواية ابن مارد » و هذا الظهور الإنصافي - لكونه ناشئاً من غلبة الأفراد - لا يوجب وهناً في حجية أصالة الإطلاق.

(٢) أي : كما يشهد بعدم كون بيع أم الولد - في صحيح ابن مارد - في ثمن رقبته قول السائل: « فتمكث » و هذا إشارة إلى الوجه الأول.

(٣) هذا هو الوجه الثاني المتقدم آنفاً.

(٤) أي : إلى البيع، و ضمير « ثمنها » راجع إلى الأمة المذكورة في صحيح ابن مارد.

(٥) هذا خلاصة ما أفاده بقوله: « أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد ... » و كان المناسب التنبيه أولاً على إطلاق نفس رواية ابن يزيد لحالتي الموت و الحياة، ثم ترجيح إطلاقها على إطلاق الصحيحة.

(٦) أي : دلالة الآية ابن يزيد على الجواز.

(٧) متعلق بـ « دلالة » و « على دلالة » متعلق بـ « رجحان ».

(٨) الظاهر أن وجه الرجحان هو قوّة الإطلاق في الرواية، و ضعفه في الصحيحة،

مضافاً إلى : إعتضادها <sup>١١</sup> بالشهرة المحققة. و المسألة محل إشكال.  
ثمّ على المشهور من الجواز <sup>١٢</sup> ، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين و لو من

و نتيجة ذلك كون حمل الأمة مقتضياً لعدم جواز البيع. فهذا الحكم إقتضائي، و جواز بيعها في رواية ابن يزيد فعليّ. و هذا جمع عرفي مطرد في كل حكم ثبت بالعنوان الأوّلي، و حكم ثبت بالعنوان الثانوي، فإنهم يحملون الأوّلي على الإقتضائي، و الثاني على الفعلي.

(١) أي : إعتضاد رواية ابن يزيد بالشهرة الفتوائية، و هذا هو الوجه الثالث، و هي قرينة خارجية للترجيح، كما أنّ الوجهين السابقين مرجحان داخلين.  
و قد تحصّل من كلمات المصنف في المراحل الأربع أنّ قول المشهور - من جواز بيعها في ثمن رقبتها حال حياة المولى - هو مقتضى القاعدة. و لكنه تؤكّد إستشكل في حكم المسألة، و لعلّه لما تقدم من إختصاص رواية ابن يزيد بحال موت السيد، بقرينة «تباع» فيكون المرجع عموم المنع.

(٢) تعرّض المصنف - بناءً على القول بالجواز - لفروع المسألة كما في المقابس و غيره أيضاً.

الأوّل : أنّه لا ريب في عدم جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها إن كان للمولى مالٌ بقدره ممّا عدا مستثنيات الدين، لصدق اليسار عليه، فتبقى أمّ الولد على حالها حتى تتحرّر بعد موت السيد من نصيب ولدها.  
كما لا ريب في جواز بيعها - إن كان ثمنها ديناً على السيد - و لم يكن له مال أصلاً حتى من المستثنيات ليوفي دينه .

إنّما الكلام فيما لو إنحصر ماله - الوافي بأداء الدين - في المستثنيات من الدار و المركوب و الخادم و نحوها، فهل يجوز بيعها في ثمن رقبتها و بقاء مستثنيات الدين في ملكه، فينتفي تحرُّرها بعد موت السيد، أم لا يجوز بيعها، فيُصرف شيءٌ من المستثنيات في تفرغ ذمة المولى من ثمنها ؟ فيه قولان، المنسوب إلى الأكثر الثاني،

المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير<sup>(١)</sup>، أو بما عداها<sup>(٢)</sup> كما عن جماعة<sup>(٣)</sup>؟

و إلى جماعة كالمحقق والعلامة والشهيدين رحمهم الله الأول، وقواه المصنف رحمهم الله، و سيأتي.  
 (١) كما في المقابس أيضاً « و هذا هو الظاهر من فتاوى معظم الأصحاب هنا، حيث إعتبروا عدم تملكه لشيء آخر غيرها مما يوفي ثمنها، و لم يستثنوا شيئاً »<sup>(٤)</sup>.  
 (٢) أي : بما عدا مستثنيات الدين، فيتحقق الإعسار بفقد ما عداها، و ملكه للمستثنيات لا يوجب كونه موسراً حتى لا يُباع أم ولده.

(٣) كالمحقق والعلامة والشهيدين رحمهم الله، ممن إعتبر في جواز بيعها إعسار المولى، و هو - شرعاً - عدم تملك ما يفضل على مستثنيات الدين. قال في بيع الشرائع: « أو - أي يجوز بيعها - في ثمن رقبته مع إعسار مولاه »<sup>(٥)</sup>. و قال في نكاحه: « و يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاه غيرها »<sup>(٦)</sup>.  
 و مثله في الموضوعين عبارة القواعد<sup>(٧)</sup>.

و لعل مراده من « غيرها » ما يفضل عن مستثنيات الدين. و صرح أصحاب مجمع الفائدة و الحدائق و المناهل<sup>(٨)</sup> بإعتبار ذلك، خلافاً لصاحب الجواهر، ففيه: « و حينئذ لا وجه لإعتبار الإعسار المفسر بما سمعت، ضرورة عدم الفرق بين المستثنيات و غيرها في الدين، فيكون المعتبر حينئذ عدم شيء غيرها يؤدي عنه كما في الصحيح »<sup>(٩)</sup>.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٦

«٢» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧

«٣» المصدر، ص ٣١٢

«٤» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣ و ج ٣، ص ٢٥٩؛ الدرر الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٢؛ الروضة البهية،

ج ٣، ص ٢٥٧؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٧٠

«٥» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٧٠؛ الحدائق الناظرة، ج ١٨، ص ٤٤٨؛ المناهل، ص ٣١٩

«٦» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٧

الأقوى هو الثاني<sup>(١)</sup> (\*). بل لا يبعد أن يكون ذلك مراداً من أطلق<sup>(٢)</sup>.  
لأن<sup>(٣)</sup> الحكم بالجواز

(١) و هو جواز بيعها في ثمن رقبته و إن كان السيد مالكاً لمستثنيات الدين.

(٢) يعني : لم يقيد جواز البيع بالإعسار، بل قال : « لم يكن للمولى غيرها » إذ « الغير » شامل لمستثنيات الدين و غيرها. قال شيخ الطائفة : « لا يجوز بيعها إلا في ثمنها إذا كان ديناً على مولاها و لم يكن له غيرها »<sup>(١)</sup>.

(٣) تعليل لقوله : « الأقوى » و محصله : أن رواية عمر بن يزيد - الدالة على جواز بيعها في ثمن رقبته في حياة المولى - ناظرة إلى أن مانعية الإستيلاء عن البيع ترتفع لو كان ثمنها ديناً، و تصير ملكاً طليقاً، و يتعين بيعها في هذا الدين، كما يؤخذ المديون في سائر الموارد ببيع أمواله - عدا المستثنيات - لأداء دينه.

و عليه فلا إطلاق في قوله : « و لم يدع من المال ما يؤدي عنه » ليشمل ما لو خلف السيد دار السكنى و نحوها من المستثنيات، ليقال بإناطة جواز بيع أم الولد بعدم ترك شيء من الأموال و إن كانت مما إستثناه الشارع للمديون، و لم يلزمه بيعها، هذا.

(\* ) بل الأقوى هو الأول، لشمول قوله : « و لم يدع من المال ما يؤدي عنه » للمستثنيات، فإن تركها صدق أنه ترك من المال ما يؤدي عنه، إذ المراد بـ « ما يؤدي عنه » الواقع في كلام السائل هو المال الذي يمكن أداء الدين به و إن كان من المستثنيات، إذ ليس الحكم فيها عدم جواز بيعها حتى يكون وجود هذا المال كعدمه نظير الوقف، و الإمام عليه الصلاة و السلام قرره على ذلك، و حكّم صلوات الله عليه بجواز بيعها في ثمن رقبته، فتكون طليقة أم الولد بعد عدم مال للمولى حتى المستثنيات.

في هذه الصورة<sup>(١)</sup> في النص و الفتوى مسوقاً لبيان إرتفاع المانع عن بيعها من جهة الإستيلاء<sup>(٢)</sup>، فتكون ملكاً طليقاً كسائر الأملاك التي يؤخذ المالكُ ببيعها من دون بيع المستثنيات<sup>(٣)</sup>.

فحاصل السؤال في رواية عمر بن يزيد : أنه هل تباع أم الولد في الدين على حد سائر الأموال التي تُباع فيه<sup>(٤)</sup> ؟

و حاصل الجواب : تقرير ذلك<sup>(٥)</sup> في خصوص ثمن الرقبة، فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.

و مما ذكر<sup>(٦)</sup> يظهر : أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة،

(١) أي : صورة كون الثمن ديناً في ذمة السيّد، فيجوز بيعها حال حياته.

(٢) أي : أن الإستيلاء لا يمنع من البيع في هذه الصورة.

(٣) فكما أن بيع سائر الأموال في الدين مشروط بعدم كونها من مستثنيات الدين، و إلاّ لا يلزم المديون ببيعها ، فكذا يكفي في بيع أم الولد عدم وجود غير مستثنيات الدين فلا تباع المستثنيات لا في ثمن رقبة أم الولد و لا في سائر الديون.

(٤) أي : في الدين.

(٥) أي : تقرير جواز البيع في خصوص ثمن الرقبة، لا في سائر ديون سيدها.

هذا كلّهُ في أصل جواز بيع أم الولد مع وجود مستثنيات الدين، و سيأتي ما فرّعه على الجواز من أمرين.

(٦) من جواز بيعها إن لم يكن عند المولى شيء غير مستثنيات الدين، و هذا

و مما ذكرنا يظهر ضعف دعوى « حكومة ما دلّ على إستثنائها، و عدم وجوب صرفها في الدين على قوله : و لم يدع من المال ما يؤدي عنه » فلاحظ و تأمل.

و على ما ذكرنا من عدم إستثناء المستثنيات هنا يسقط ما فرّعه على خروج المستثنيات من عدم بيع نفس أم الولد إذا احتاج إليها للخدمة، و من عدم بيع الكفن.

فلا تُباع<sup>(١)</sup> في ثمن رقبته، لأن<sup>(٢)</sup> غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها.

و مما ذكرنا<sup>(٣)</sup> يظهر الوجه في إستثناء الكفن و مؤونة التجهيز، فإذا كان للميت<sup>(٤)</sup> كفنٌ و أمٌ و ولدٌ، بيعت في الدين، دون الكفن، إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها<sup>(٥)</sup>.

متفرع على تقديم جواز بيع أم الوالد على إستثناء بعض الأموال عن بيعها وفاءً للدين.

و حاصل هذا الفرع : أن من مستثنيات الدين الخادم اللائق بحال المديون، فلو كانت أم الولد مما يحتاج إليها السيد للخدمة كانت هي من جملة المستثنيات، و لا يجوز بيعها حينئذٍ. فكما لا تباع جارية المديون - المحتاج إلى خدمتها - لوفاء الدين، لكونها كدار السكنى و النفقة، فكذا لا تباع أم الولد و إن كان في ثمن رقبته.

(١) جواب الشرط في « لو كان ».

(٢) تعليل لعدم بيعها، و تقدم توضيحه آنفاً.

(٣) أي : من جواز بيعها مع وجود مستثنيات الدين - إن لم يكن للمولى مال يفي به الدين - يظهر ... ، و هذا فرع آخر مما يتفرع على جواز بيع أم الولد.

و حاصله : أن ما يستثنى من تركة الميت الكفن، و مؤونة التجهيز لخروجها من الأصل قبل أداء الدين. فلو ترك الكفن و أم الولد - مع كون ثمنها ديناً على الميت قدام المستثنى، و هو الكفن، و بيعت في ثمن رقبته، و ذلك لصدق الضابطة الواردة في رواية عمر بن يزيد : من أن السيد لم يدع من المال شيئاً ليؤدى به الدين سوى نفس أم الولد، لفرض عدم كون الكفن و مؤونة التجهيز مالا يؤدى به الدين.

(٤) أي : للميت المعسر، حيث لم يكن له في حياته - سوى المستثنيات - مال لأداء ثمن أم ولده، فأعساره بعد الموت بعدم مالكية مؤونة التجهيز.

(٥) أي : عدا أم الولد، فتباع في ثمنها.

لأنَّ<sup>(١)</sup> الكفن لا يُؤدِّي عنه الدين.

ثمَّ<sup>(٢)</sup> إنَّه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع<sup>(٣)</sup>، أو إستدان الثمن<sup>(٤)</sup>

(١) تعليل لصدق: أن الميت لم يُخلف مالاً يؤدّي به عنه دينه.

هذا تمام الكلام في أوّل ما فرّعه المصنف رحمه الله على جواز بيع أمّ الولد في حياة السيد مقدّمة لأداء الدّين، و ما ترتّب عليه من فرعين. و سيأتي الكلام في الفرع الثاني.

(٢) هذا فرع ثانٍ من فروع جواز بيعها في حياة السيد، و توضيحه: أن كون ثمن أمّ الولد على عهدة السيد يتصور على أنحاء:

الأوّل: أن يشتري الأمة بثمن كليّ في ذمته - كمائة دينار - و لم يؤدّ منه شيئاً إلى البائع، و لم يكن له مال غيرها ليوفي به الدين، ثم صارت عنده أمّ ولدٍ. و هذا المورد هو القدر المتيقن من جواز بيعها في ثمنها.

الثاني: أن يقترض السيد بقدر ما عُيّن من ثمن الجارية، فيشتريها، و لم يكن له مال يفي بدينه.

الثالث: أن يشتري الجارية بثمنٍ في ذمته - كالنحو الأوّل - إلاّ أنه إستدان من شخصٍ آخر مقدار الثمن، و دَفَّعه إلى البائع، مع فرض عدم تملك مالٍ يؤدّي به الدين.

و هل يختصّ جواز بيعها في ثمن رقبتها بالنحو الأوّل؟ لكون الثمن للبائع في ذمة السيد، بخلاف الأخيرين، فإن الدّين ليس في ثمنها و إن كان لأجل ثمنها.

أو يُفصّل بين النحو الثاني و الثالث، بجواز بيعها في الثاني دون الثالث؟ جزم المصنف رحمه الله بعدم جواز بيعها في الأخير، و نقل تأمّل صاحب المقابس رحمه الله في الثاني.

(٣) هذا هو النحو الأوّل، الممهود من إطلاق «كون الثمن في الذمة».

(٤) هذا هو النحو الثاني، و لعلّ وجه إلحاقه بالأوّل كون الدين بشخصه ثمناً

للجارية، فلو بيعت في أداء هذا الدين فقد بيعت في ثمنها.



و إشتري به. أمّا<sup>(١)</sup> لو إشتري في الذمة، ثم إستدان ما أوفى به البائع، فليس بيعها في ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل<sup>(٢)</sup> فيما قبله، فتأمل<sup>(٣)</sup>.  
و لا فرق<sup>(٤)</sup> بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضه،

(١) هذا هو النحو الثالث، و حكمه عدم جواز البيع، لأنّ ما إستقرّ في ذمة السيد ليس ثمناً، بل ما أوفى به الثمن دينٌ عليه.

(٢) المتأمل - بل المانع - هو المحقق الشوشري، قال رحمته: «و لو إستدان لأداء الثمن و أدّاه منه، أو إشتراها بذلك الثمن الذي إستدانه بعينه، و سلّمه إلى البائع، فقد سقط حق البائع عنه و عن الأمة، و بقي حق الدين، و حكمه كسائر الديون»<sup>(١)</sup>، ثم نقل كلام إبن زهرة و إدريس رحمتهما القائلين بجواز بيعها لو إستدان لثمنها مع عجزه عن وفاء الدين، ثم قال: «و الأصح ما ذكرناه».

و لا يبعد ما ذكره، لعدم صدق «ثمن أمّ الولد» على ما في ذمته، لأنّه ليس عوضاً عن الأمة، و أنّ ما في ذمته مال الغير الذي إستدانه منه. و ليس عنوان الثمنية للأمة منطبقاً عليه. و الجمود على ظاهر عنوان «ثمن رقبته» يقتضي المصير إلى ما ذهب إليه في المقابس، فتدبّر.

(٣) إشارة إلى: أن معنى قوله: «تباع في ثمن رقبته» هل هو نفس الثمن الكلّي الواقع في ذمته بدلاً عن الأمة؟ فكأنه قيل: «تباع في دين هو نفس ثمن الأمة» فيصدق على نفس الثمن الكلّي في الذمة، و على المال الذي إستدانه و إشتري بعينه الجارية، و لا يصدق على غير هاتين الصورتين من الصور. بل يمنع صدقه على المال الذي إقترضه و إشتري بعينه الجارية، لعدم إشتغال ذمته به بعنوان كونه ثمناً للجارية، كما لا يخفى.

أم معناه «الدين الذي نشأ لأجل ثمن الجارية» فيصدق على جميع الصور.

(٤) هذا فرع ثالث من فروع جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبته حال حياة المولى،

و لا بين<sup>١</sup> نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها<sup>٢</sup> عليه.

و محصله : أنه لا فرق في الجواز بين عدم أداء شيء من ثمنها إلى البائع، و بين أداء بعضه و بقاء بعضه الآخر في ذمة السيد.

و الوجه في عدم الفرق صدقُ « أنها بيعت في ثمنها » فإن « الثمن » و إن كان مجموع ما يقع عوضاً في المعاملة، فيقول البائع : « بعْتُكها بمائة » مثلاً، و ليس « الثمن » كلياً ليصدق على كل جزءٍ منه، فالجزء بعض الثمن لا هو الثمن، إلا أنه يصدق « ما لم يؤد ثمنها » مادام بقي شيء من ثمنها في ذمة المولى، لأن عدم أداء كل الثمن يتحقق بعدم أداء بعضه.

قال في المقابس : « انه لا فرق بين بقاء جميع الثمن في ذمة المولى أو بعضه، لإشتراك السبب، و لإطلاق الأخبار حتى صحيحة عمر بن يزيد، فإن قوله - : لم يؤدَّ ثمنها - شامل لما إذا لم يؤدَّ جميعه، سواء لم يؤدَّ منه شيئاً أصلاً، أو إدَّى بعضه دون بعض. مضافاً إلى إطلاق أوله و آخره. و كلام معظم الأصحاب أيضاً مطلق ... » ثم نقل خلاف الشيخ في كتاب التهذيب، و إن أطلق الحكم في الإستبصار، فراجع<sup>٣</sup>.

(١) هذا رابع الفروع، و حاصله : أنه يجوز بيعها في ثمن رقبته، سواء زادت عليه، بأن اشتراها بمائة دينار، فارتفعت إلى مائة و خمسين، أم ساوته، أم نقصت عنه، بأن صارت ثمانين ديناراً.

و الوجه في عدم الفرق بين هذه الحالات إطلاقُ النصِّ الجوزِّ لبيعها لأداء دينها، قال في المقابس : « و لا فرق أيضاً بين مساواة القيمة للثمن الباقي في الذمة أو نقصانها عنه، و بين زيادتها عليه ... لإطلاق النصِّ و الفتوى، مع ندرة المساواة و غلبة الإختلاف في مثل ذلك »<sup>٤</sup>.

(٢) أي : زيادة القيمة الفعلية على ثمنها.

نعم<sup>(١)</sup> لو أمكن الوفاءُ ببيع بعضها إقتصر عليه، كما عن غاية المراد التصريح به<sup>(٢)</sup>.

و لو كان<sup>(٣)</sup> الثمنُ مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان

(١) هذا فرع خامس، و هو كالإستدراك على الفرعين السابقين، و محصله : أن جواز بيعها في ثمنها يدور مدار أداء الدين، فلو بقي نصفُ ثمنها في عهدة السيد، و إرتفعت قيمتها إلى ضعف ثمنها لم يجز بيع أزيد من رُبُعها. و لو بقي تمام الثمن في ذمته إقتصر على بيع نصفها، و هكذا. و الوجه في الإقتصار عدمُ صدق « بيعها في ثمن رقبتها » على بيع بعضها الآخر، فلا يجوز، لكون الإضطراب إلى بيع البعض لا الكل، فهو نظير الإكراه على البعض الذي لا يدعو إلى فعل الجميع.

قال في المقابس : « و لو بيع بعضها و أدَّى بقيمته جميع الثمن لم يجز بيع الباقي، لعدم كون هذا البيع في أداء الثمن، فيكون باطلاً »<sup>(٤)</sup>.

(٢) أي : بالإقتصار على بيع بعض أم الولد. قال رحمته فيه : « و اعلم أنه - أي أن العلامة رحمته - شرط في منع البيع القدرة على الثمن أو إيفائه، و هو لا يصدق إلا بالقدرة على المجموع، أو إيفائه المجموع. و حينئذ مفهومه : صحة بيعها إذا قدر على البعض أو أوفى البعض. و هو جيدٌ إن أُريد به بيع ما يقوم بما يفي، لا بيع الجميع لو فضل عن الباقي في الذمة »<sup>(٥)</sup>. و حكاها عنه في المقابس<sup>(٦)</sup>.

و إقتصر صاحبُ الجواهر رحمته على بيان الوجهين من دون ترجيح<sup>(٧)</sup>.

(٣) هذا سادس فروع جواز بيع أم الولد في ثمن رقبته، و هو في الواقع تقييد الجواز بكون الدين حالاً، يُطالب المولى به. فلو كان مؤجلاً، كما لو اشتراها بمائة دينار إلى سنة مثلاً، و حملت منه أو ولدت له قبل مضيها، لم يجز بيعها قبل حلول

«٣١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٥

«٢» غاية المراد، ج ٢، ص ٥٥

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٨

الأجل، و ذلك « لأنّ قوله : و لم يؤدّ ثمنها و إن كان مطلقاً من حيث كونه حالاً و موجّلاً، إلّا أنّ المتعارف من هذا التعبير أن يكون - أي عدم الأداء - من باب عدم المقابل للملكة، لا السلب المقابل للإيجاب . فلا يقال : - لم يؤدّ الثمن - إلّا إذا كان الثمن أدائياً، و المؤجّل ليس كذلك، إذ ليس للدائن إستحقاق الأداء، و لا المديون مستحقاً عليه الأداء»<sup>١</sup>.

و بيانه : أن جواز بيعها في ثمن رقبتهما إمّا أن يكون لأجل تراحم حق الإستيلاء مع حق الدائن و البائع، كما يستفاد من تعليل صاحب المقابس بقوله : « لأنّ ذلك - أي الأجل - زمان الإستحقاق، و لإمكان الإبراء أو تبرع آخر بالأداء»<sup>٢</sup> (\*). و إمّا لأجل تعارض دليل حرمة بيعها مع دليل وجوب أداء الدين، و تقديم الثاني على الأول.

و المفروض عدم تحقق شيءٍ منهما في المقام. أمّا التراحم فلفرض عدم حق فعليّ للدائن، و لا سلطنة فعلية له على المولى. فلا مزاحم فعليّ لحق الإستيلاء.

(\* لا يخفى ما في هذا التعليل من العلة، لأنّ الإستحقاق قد حصل بنفس العقد، لأنّه المملّك للعوضين فيما لم يكن للقبض دخل في التملك. نعم حلول الأجل يوجب السلطنة على الطالبة. فالتعليل بدعوى إنصراف إطلاق « البيع في ثمن رقبتهما » عن المؤجل لعلّه أولى.

بل تمكن دعوى ظهور نفس الكلام في المعجّل، حيث إنّ قوله : « و لم يدع من المال ... الخ » ظاهر في كون الدين حالاً، و عدم مال يفي به فعلاً. و هذا لا يلائم المؤجل، لأنّ الإخبار عن عدم المال الوافي بالدين في المستقبل - مع إمكان حصول ما يفي به فيما بعد - في غاية البعد، فتدبّر.

«١» حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني، ج ١، ص ٢٨٠

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٥

مأبوساً من الأداء عند الأجل<sup>(١)</sup>.

و في إشتراط<sup>(٢)</sup> مطالبة البائع ، أو<sup>(٣)</sup> الإكتفاء بإستحقاقه ولو<sup>(٤)</sup> إمتنع عن

و أمّا التعارض، فلعدم خطاب فعلي بوجوب أداء الدين حتى يُقدّم على دليل بيع أمّ الولد.

(١) لعدم موضوعية اليأس فعلاً مع كون الإستحقاق إستقبالياً.

(٢) هذا سابع الفروع، و هو أيضاً - كما صرّح به - ناظرٌ إلى ما يحتمل كونه شرطاً لجواز بيعها في الدّين. و توضيحه : أنّه لو إشتراها بثمن في ذمته و إستولدها، فيحتمل في جواز بيعها وفاءً للدين وجوه :

الاول : إشتراطه بمطالبة البائع، و جعله في المقاس مقتضى الإحتياط، و الإقتصار على موضع اليقين في مخالفة الأصل. و الظاهر إرادة أصالة منع بيع أمّ الولد.

الثاني : عدم إشتراط جواز بيعها بمطالبة الثمن، بل يكفي إستحقاق البائع للدين ببلوغ الأجل، حتى مع إمتناعه عن تسلّم الثمن. و وجهه إقتضاء إطلاق « جواز بيعها في ثمنها » سواء أكانت هناك مطالبة من البائع أم لم تكن. و حيث إنّ الدين مستحقّ هنا ببلوغ الأجل، فلا يقاس هذا الفرع بالفرع المتقدم الذي موضوعه عدم فعلية الإستحقاق.

الثالث : التفصيل بين رضا البائع بتأخير أداء الدين و إسقاط ماله من حقّ الحلول - و إن لم يكن هذا الحق من الحقوق القابلة للإسقاط - فلا يجوز بيعها حينئذٍ. و بين عدم مطالبته بالثمن و إن لم يرضَ بالتأخير، فيجوز بيعها حينئذٍ، لإستحقاقه للثمن بالحلول .

(٣) هذا هو الوجه الثاني، و هو مقتضى إطلاق رواية ابن يزيد المجوّزة لبيعها في

ثمنها.

(٤) وصليّة، فاللناط في الجواز هو إستحقاق البائع للثمن، سواء رضي بتسلّمه

من المولى أم أبى، فيؤضع عند الحاكم أو أمين.

التسليم، أو الفرق<sup>(١)</sup> بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك<sup>(٢)</sup>، و بين عدم المطالبة، فيجوز في الثاني دون الأول<sup>(٣)</sup> [ في الأول دون الثاني ] وجوه<sup>(٤)</sup>، أحوطها الأول، و مقتضى الإطلاق الثاني<sup>(٥)</sup> .  
و لو تبرّع<sup>(٦)</sup> متبرّع بالأداء ، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمّة المشتري ،

(١) هذا هو الوجه الثالث، أي : التفصيل بين الرضا بالتأخير و عدم المطالبة .

(٢) أي : بالإسقاط، كعدم سقوط الأجل لو أسقطه المديون ليصير الدين حالاً .

(٣) كذا في بعض النسخ المصححة، و هو موافق لنصّ عبارة المقابس، فما في

نسختنا من قوله : « فيجوز في الأول دون الثاني » لعلّه سهو من النسخ .

(٤) مبتدأ مؤخر لقوله : « ففي إشتراط » .

(٥) قال في المقابس : « و الأول مقتضى الإحتياط، و الإقتصار على موضع

اليقين في مخالفة الأصل ، مع كون الغالب مطالبة صاحب الحق بحقه . و الثاني مقتضى الإطلاق . و الثالث طريق الجمع »<sup>(٦)</sup> .

و الحقّ دوران الجواز مطلقاً مدار إطلاق دليل جواز البيع، فمع إطلاقه يجوز

مطلقاً، و بدونه لا بدّ من الإقتصار على المتيقن، و هو إعتبار مطالبة البائع .

(٦) هذا فرع ثامن من فروع كون ثمن الأمة ديناً على المولى، و محصله : أنه هل

يشترط في جواز البيع عدم وجود من يتبرّع بأداء الدين، أم لا ؟ فصل المصنف رحمته

- كما في المقابس أيضاً<sup>(١)</sup> - بين تسليم الثمن للبائع، فيسقط الدين حينئذٍ و يصح

بيعها، لإنقضاء الموضوع و هو الدين . و بين تسليمه للمولى إن كان حياً، أو للورثة إن

كان ميتاً .

و في وجوب القبول وجهان، وجه الوجوب : إحتمال إختصاص جواز البيع

بصورة الإضطرار و العجز عن أداء الدين و لو بالتكسّب، و أن مجرد عدم ملكية ما

يقابل الدين غير كافٍ في جواز البيع ، فيجب حينئذٍ عليهم القبول لئلاّ يُباع أم الولد .

و لا يجوز بيعها<sup>(١)</sup>. و إن سلّم<sup>(٢)</sup> إلى المولى أو الورثة (\*)، ففي وجوب القبول نظر<sup>(٣)</sup>.

و وجه عدم الوجوب كون قبول الهبة - مقدمة لأداء الدين - منة لا يجب على المولى و لا على ورثته قبولها. و عليه فلا مانع حينئذٍ من تقدم حق الدائن و جواز بيع أمّ الولد.

(١) لسقوط الدين عن ذمة السيد، و لا يجوز لبيعها.

(٢) تسليم ما يقابل الثمن إلى السيد أو وارثه يمكن أن يكون بعنوان الإباحة و البذل، و أن يكون بعنوان التمليك و الهبة. و الظاهر إرادة الهبة بقرينة توقفه على القبول، و تنظره في وجوبه.

فلو كان التبرع للسيد بعنوان البذل أمكن القول بعدم جواز بيع أمّ الولد، لأنّ إباحة المال محققة لسُلطنة المولى على أداء دينه، و المفروض كفاية هذا المقدار في أداء الدين، و عدم توقفه على الملك - بقبول الهبة مثلاً - كتوقف جملة من الأمور عليه كالبيع و الوقف و العتق. فلا حاجة إلى القبول حينئذٍ حتى يُتكلم في وجوبه و عدمه.

(٣) كما في المقابس أيضاً، و لعل وجه الوجوب احتمال إختصاص جواز البيع

(\*) أورد عليه بعدم الوجه في الجمع بين المالك و الوارث في العنوان، سواء أكان التبرع بذلاً أم هبة. لأنّ المكلف بوجوب التكسب مقدمة لأداء الدين هو المديون دون ورثته، و لا يجب عليهم تفريغ ذمة المورث من أموالهم و لا مما أبيح لهم التصرف فيه، بل من أموال الميت، فلا يجب على الورثة قبول الهبة. و على تقدير القبول فهو - كما لو كان التبرع بذلاً - كسائر الأموال التي يملكون التصرف فيها.

و الحاصل: أن التنظر في وجوب القبول يتّجه بناءً على كون التبرع هبة، و المتهب هو السيد لا الوارث<sup>(١)</sup>.

«١» حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ج ١، ص ٢٨١؛ حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني ج ١،

و كذا<sup>(١)</sup> لو أرضي البائع باستساعائها في الأداء.  
ولو<sup>(٢)</sup> دار الأمر بين بيعها

بصورة الإضطراب و العجز عن أداء الدين و لو بالتكسُّب، و عدم كفاية مجرد عدم تملك ما يقابل الدين في جواز البيع، فيجب حينئذٍ القبول لثلاً بتبايع أم الولد.

و لكن يمكن أن يقال : إن الإطلاق يدفع هذا الإحتمال، فلا يجب عليهم القبول. كما يمكن الإلتزام بعدم وجوب القبول، لكونه منتهً لا يلزم تحمُّلها، لما في قبول الهبة لكل أحد و من كل أحد مهانة و نقص يوجب الحرج المنفي شرعاً.

(١) يعني : ففي جواز البيع نظر، و هذا فرع تاسع، و هو ملحق حكماً بالفرع الثامن. و محصله : أنه لو أرضى السيد أو الورثة - أو ثالث - البائع بأن تسعى أم الولد و تكتسب لتوفي ثمنها، فهل يجوز للسيد أو الورثة بيعها، من جهة صدق عدم وجود مال فعلاً يؤدي به الدين ؟ أم يجب الإستسعاء مادام البائع راضياً بتأخر تسلم الثمن. و لعل وجهه إنصراف دليل جواز البيع عن هذه الصورة التي لا مطالبة لذي الحق فعلاً و إن جازت له.

(٢) هذا فرع عاشر، و محصله : أنه لو دار الأمر في بيعها في ثمن رقبتهما بين أن يشتريها أبوها أو أخوها أو ابن أخوها أو غيرهم ممن تنعتق أم الولد عليه قهراً، و بين أجنبي، فتبقى رقاً إلى أن تتحرر من نصيب ولدها من الإرث، ففي تقديم الأول، أو التخيير بينه و بين الأجنبي، وجهان.

وجه الوجوب - كما في المقابس - أمران : أحدهما : تغليب جانب الحرية، و حصول الإنعتاق الذي هو الغرض الموجب لمنع بيعها.

ثانيهما : الجمع بين الحقين أي حق البائع المستحق للثمن. و حق أم الولد للتحرر.

و وجه عدم الوجوب إطلاق الرواية المحوِّز لبيعها إن لم يجد ما يؤدي به الثمن. و يجري الوجهان لو كان المشتري أجنبياً، و دار الأمر بين بيعها منه بشرط أن يُعتقها، و بين بيعها منه مجرداً عن الشرط.



مَنْ يَنْعَقُ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ، أَوْ<sup>(٢)</sup> بِشَرَطِ الْعَتَقِ، وَ يَبِيعُهَا<sup>(٣)</sup> مِنْ غَيْرِهِ<sup>(٤)</sup>، ففِي وَجُوبِ تَقْدِيمِ الْأَوَّلِ وَجْهَانٌ<sup>(٥)</sup>.

و لو<sup>(٦)</sup> أَدَّى الْوَلَدُ ثَمَنَ نَصِيْبِهِ

(١) كَذَا، وَ الصَّوَابُ « تَنْعَقُ ».

(٢) أَي : مَنْ لَا تَنْعَقُ أُمَّ الْوَلَدِ عَلَيْهِ قَهْرًا مِنَ الْأَصْنَافِ الْأَحَدِ عَشَرَ، فَالْمُرَادُ كَوْنَ الْمُشْتَرِي أَجْنَبِيًّا دَائِرًا بَيْنَ شَخْصَيْنِ، أَحَدُهُمَا يَشْتَرِيهَا بِشَرَطِ أَنْ يَعْتَقَهَا، وَ الثَّانِي يَأْبَى الشَّرْطَ الْمَزْبُورَ.

(٣) مَعْطُوفٌ عَلَى « يَبِيعُهَا » أَي : وَ بَيْنَ يَبِيعُهَا.

(٤) أَي : غَيْرَ مَنْ يَنْعَقُ عَلَيْهِ وَ غَيْرَ مَنْ يَرْضَى شَرْطَ الْعَتَقِ، فَتَبْقَى أُمَّ الْوَلَدِ عِنْدَهُ رَقًّا.

(٥) لَكِنْ إِحْتَمَلُ فِي الْمَقَابِسِ تَفَاصِيلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، قَالَ تَبْرُكُ : « ففِي وَجُوبِ الْبَيْعِ عَلَيْهِ - أَي عَلَى مَنْ يَنْعَقُ أَوْ مَنْ يَقْبَلُ شَرْطَ الْإِعْتَاقِ - دُونَ غَيْرِهِ بِهِ، وَ ثَمَنٌ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، أَوْ التَّخْيِيرَ بَيْنَهُمَا، أَوْ التَّفْصِيلَ بَيْنَ مَا إِذَا اشْتَرَاهُ بِمَا يَشْتَرِيهِ بِهِ غَيْرِهِ، وَ مَا إِذَا كَانَ بِأَقْلَ مِنْهُ، فَيَتَعَيَّنُ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي. أَوْ - أَي يَفْصَلُ - بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ الْمَوْلَى أَوْ الْوَرِثَةَ، أَوْ بَيْنَهُمَا أَيْضًا بَيْنَ مَا إِخْصَرَ الْوَارِثُ فِي الْوَلَدِ، وَ مَا إِذَا شَارَكَهُ غَيْرُهُ ثَمَنٌ لَا يَنْعَقُ عَلَيْهِ. أَوْ بَيْنَ حَصَصَهُمْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، فَيَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ أَنْ يَبِيعَ عَلَى مَنْ يَنْعَقُ عَلَيْهِ إِنْ أَمَكْنَ، وَ لَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِهِ، إِشْكَالٌ »<sup>(١)</sup>.

(٦) هَذَا فَرْعٌ حَادِي عَشَرَ، وَ هُوَ مَفْرُوضٌ فِي مَوْتِ السَّيِّدِ وَ بَقَاءِ ثَمَنِ أُمَّ الْوَلَدِ فِي ذِمَّتِهِ، وَ إِنتِقَالِ أَمْوَالِهِ إِلَى وَرِثَتِهِ، وَ لَكِنْ لَمْ يَفِ نَصِيْبُ وَلَدِهَا بِالذِّمَنِ، كَمَا إِذَا كَانَ ثَمْنُهَا مِائَةَ دِينَارٍ، وَ نَصِيْبُ الْوَلَدِ مِنَ التَّرِكَةِ خَمْسِينَ دِينَارًا، فَأَدَّاهَا إِلَى الْبَائِعِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَ بَقِيَ نِصْفُ ثَمْنِهَا دِينَارًا، فَيَنْعَقُ مِنْهَا نِصْفُهَا، وَ يَتَوَقَّفُ تَحَرُّرُ جَمِيعِهَا عَلَى مَا ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْعَتَقِ بِالسَّرَايَةِ، وَ هُوَ : أَنْ الْوَلَدُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا - أَي لَهُ مَالٌ غَيْرُ

إنعتق<sup>١</sup> عليه، و حكمُ الباقي يُعلم من مسائل السراية<sup>٢</sup>.

ما ورثه من أبيه - إنعتق تمامها، و يقوّم عليه نصيب الباقي. و إن كان معسراً سعت في باقي ثمنها، فإن أدّته إنعتق نصيب سائر الورثة منها.  
ثم إن وجه ربط هذا الفرع بفروع بيع أمّ الولد في ثمن رقبته هو حصول التعارض بين دليلين.

أحدهما : ما دلّ على إنتقال التركة بمجرد الموت إلى الورثة.  
وثانيهما : ما دلّ على إنعتاق هذه الأمة على الولد بالملك لإرث كان أو غيره.  
و حيث إنّ صحيحة عمر بن يزيد - من جواز بيعها في الدين - ناظرة إلى صورة موت المولى، و إنتقالها بالإرث، فلا بدّ من تخصيص إحدى القاعدتين بالأخرى، إمّا بالإلتزام بأنّ ما ينتقل إلى الوارث غير الجارية المستولدة التي بقي ثمنها، فنعتق. و إمّا بالإلتزام باختصاص إنعتاق أمّ الولد بصورة إستقرار الملك بالإرث، و هو بعد أداء الدين، غاية الأمر أنّ سائر الديون لا تمنع من إستقرار الإرث، بخلاف ثمن رقبتهما.  
و الظاهر تخصيص قاعدة الإنعتاق، لما دلّ على جواز بيعها في الثمن.  
و بهذا يتّجه ما في المتن من أنّه لو أدّى الولد نصيبه إنعتقت عليه بمجرد الأداء، إذ المخصّص لقاعدة الإنعتاق هو جواز بيعها لوفاء الثمن، فإذا أدّى ثمن نصيبه إرتفع الموضوع - و هو الدين بمقدار نصيبه - فلا يجوز البيع. فتبقى قاعدة الإنعتاق بلا مانع، و ينعتق باقيها بما ذكره في باب السراية.  
١) كذا في النسخ، و الأولى « إنعتقت » و في المقابس « إنعتق نصيبه » فيتّجه بناء الفعل للمذكّر.

٢) قال المحقق رحمته الله : « و إذا ملك شقّصاً ثمن ينعتق عليه، لم يقوّم عليه إن كان معسراً. و كذا لو ملكه بغير إختياره »<sup>١</sup>. و قال في عتق شقّص العبد المشترك : « قوّم عليه إن كان موسراً، سعى العبد في فكّ ما بقي منه إن كان المعتق معسراً »<sup>٢</sup>.

١) « شرائع الإسلام » ج ٣، ص ١١٣

٢) « المصدر »، ص ١١١

و لو أدى<sup>(١)</sup> ثمن جميعها، فإن أقبضه البائع فكالمتبرع<sup>(٢)</sup>. و إن كان<sup>(٣)</sup> بطريق الشراء، ففي وجوب قبول ذلك<sup>(٤)</sup> على الورثة نظر<sup>(٥)</sup>، من الإطلاق<sup>(٦)</sup>.

(١) أي : الولد، و هذا هو الفرع الثاني عشر، و مفروضه موت المولى و بقاء الثمن في ذمته، و إنتقال التركة إلى الورثة. و المذكور في المتن - كالمقاس<sup>(١)</sup> - صورتان، فتارة يؤدي ولد الجارية ثمنها إلى البائع تفرغاً لما في ذمة أبيه، فيكون متبرعاً بأداء دين أبيه، و لا ريب في منع بيع أمه حينئذ.  
و أخرى يضي إلى سائر الورثة، و يشتري منهم حصصهم من الأم، كما لو كان الورثة عشرة، فاشترى الولد أنصبة التسعة منهم.

و هل يجب على الورثة بيعها من الولد لتنتعق عليه، أم يجوز الإمتناع، فتكون كسائر التركة ملكاً لهم، و يجوز لهم بيعها - من غير ولدها - في ثمن رقبته؟ فيه وجهان، مقتضى إطلاق « بيعها في ثمنها » جواز الإمتناع، فتباع من أجنبي مقدمة لوفاء الدين. و مقتضى الجمع بين حق الإستيلاء و الدين وجوب بيعها للولد، فيؤدي الورثة ثمنها بالعوض المأخوذ من ولدها.

(٢) حيث تقدم في الفرع التاسع سقوط الدين بالتبرع، و عدم توقفه على القبول.  
(٣) معطوف على « فإن أقبضه » أي : و إن كان أداء الولد ثمن جميع أمه بطريق شرائها من إخوته و سائر الورثة - ليوفوا دين المورث بما يأخذه من الولد - ففي وجوب القبول نظر.

(٤) أي : الشراء من الورثة.

(٥) مبتدأ مؤخر لقوله : « ففي وجوب » و الجملة بتمامها جواب الشرط لـ « و إن كان ».

(٦) هذا وجه عدم وجوب القبول على الورثة، و المراد به عدم تقييد « بيع الأمة في ثمنها » ببيعها من ولدها، فلا مانع من كون المشتري لها أجنبياً.

و من الجمع<sup>(١)</sup> بين حقي الإستيلاء و الدين.

و لو إمتنع<sup>(٢)</sup> المولى من أداء الثمن من غير عذر، فلجواز بيع البائع لها

(١) هذا وجه وجوب القبول، و تقدم بيانه آنفاً.

(٢) هذا هو الفرع الثالث عشر، و هو مبني على إلحاق الإمتناع عن أداء الدين بعدم الأداء حتى يجوز بيعها لوفاء ثمنها. و حاصله : أنه لو إمتنع مولى الجارية من أداء ثمنها إلى البائع مع كونه موسراً، و إنحصر طريق إستيفاء حقه في المقاصة، بأن يأخذ الجارية من مولاها و يبيعها من آخر مقاصة ، فهل يجوز له ذلك إتماً مستقلاً و إتماً بالإسندان من المحاكم، أو لا يجوز ذلك ؟ إستدل صاحب المقابس لكل من الجواز و المنع، ثم رجح المنع.

أما وجه الجواز فأمر :

الأول : تنزيل يسار المولى - مع الإمتناع عن أداء الثمن - منزلة إعساره، فكما لا يُمنع الغريم من إسترداد عين ماله مع إعسار المديون، فكذا يجوز للبائع هنا. الثاني : إطلاق بعض النصوص، كرواية عمر بن يزيد الثانية المجرّدة للبيع في ثمن الرقبة، بدعوى شمول إطلاقها لصورة وجود المال، إلا إذا كان المولى موسراً غير ممتنع عن أداء الثمن، فيجوز البيع فيما عداه. و منه المقام، و هو إمتناع المديون من الأداء من مال آخر.

الثالث : أن حق البائع مقدّم عند التزامه - مع حق الإستيلاء - من جهة سبقه زماناً، لأن بناء المعاوضة على التقابض من الطرفين، و المفروض عدم قبض الثمن.

و أما وجه المنع فأمر ثلاثة أيضاً، و هي المنقولة في المتن عن المقابس :

الأول : أن الشارع إعتبر لأم الولد حقاً يمنع من بيعها، و من المعلوم عدم سقوط هذا الحق بإمتناع المولى الموسر عن أداء ثمنها، و لا تزر وازرة وزر أخرى، فينبغي إلزام المولى بالوفاء، لا ببيع الجارية.

الثاني : ظهور الفتاوى في منع بيعها في هذه الحالة.

الثالث : أن أم الولد متشبثة بالحرية و إن لم يتحرر منها شيء في حياة مولاها،

مقاصّة مطلقاً<sup>(١)</sup>، أو مع إذن الحاكم وجهه<sup>(٢)</sup>.

و ربما يُستوجه<sup>(٣)</sup> خلافه<sup>(٤)</sup>، لأنّ المنع<sup>(٥)</sup> لحقّ أمّ الولد، فلا يسقط بإمتناع المولى، ولظاهر<sup>(٦)</sup> الفتاوى، و تغليب<sup>(٧)</sup> جانب الحرّية.  
و في الجميع نظراً<sup>(٨)</sup> (\*).

فلو جاز بيعها بقيت على الرّقية. و حيث إن الشارع غلب جانب الحرّية لم يجز للبائع أخذها و بيعها من آخر للحصول على ثمنها.

هذا ما إستدلّ به صاحب المقابس، و سيأتي مناقشة المصنف فيها.

(١) في قبال إشتراط جواز بيعها بإستيذان الحاكم، فالمراد بالإطلاق إستقلال بائع الحارّية بإستردادها و بيعها، سواء أذن الحاكم أم لم يأذن.

(٢) و الدليل على هذا الوجه الأمور الثلاثة، و قد تقدم بقولنا: «أما وجه الجواز فأمر ...».

(٣) المستوجه صاحب المقابس رحمته، لقوله: «و الأوجه المنع، عملاً بظاهر الفتاوى ... الخ»<sup>(١)</sup>.

(٤) أي: خلاف الجواز الذي لا يخلو من وجه.

(٥) هذا أوّل الأمور الثلاثة، يعني: لأنّ منع بيعها يكون لأجل حق الإستيلاء، فلا يسقط هذا الحق بإمتناع المولى عمّا يجب عليه من إيصال الثمن للبائع.

(٦) معطوف على «لأنّ المنع» يعني: أن قولهم: «أم الولد مملوكة لا يجوز بيعها» مطلق، يشمل ما لو إمتنع المولى الموسر عن تسليم الثمن للبائع.

(٧) معطوف على «ظاهر» أي: و لتغليب جانب الحرّية.

(٨) أمّا في الأوّل، فلعدم قيام حجة على إعتبار حقّ لأمّ الولد حتى يؤخذ

(\* في النظر نظراً، إذ موضوع جواز بيعها في ثمن رقبته هو إعسار المولى،

## و المراد بـ«ثمنها» : ما جعل عوضاً لها

بإطلاق مانعته عن نقلها إلى الغير بالبيع و شبهه، و إنما ينتزع حقها من النهي عن بيعها. و حينئذٍ فلو فرض إطلاق بعض النصوص - بحيث يقتضي جواز بيعها - لم يكن منشأً لإنتزاع الحق حتى يقال بأن حقها لا يسقط بإمتناع مولاه عن أداء الثمن. و أما في الثاني، فلأن الفتاوى إن بُلغَتْ حدَّ الإجماع، فهو الحجة، و إلا فلا حجة فيها.

مضافاً إلى : أنها غير مسوقة لبيان عدم ترخيص البائع في بيعها، بل ناظرة إلى حكم المولى و منه من نقلها عن ملكه. و أما الثالث : فلاكته إعتبار محض لا حجة عليه شرعاً ، مع أن مورد تغليب جانب الحرية هو ما لو تحرر بعض المملوك، و المفروض في المقام عدم تحرر شيء منها بعد.

(١) هذا هو الفرع الرابع عشر، و الغرض منه بيان ما يراد بـ « الثمن » الذي يجوز بيع أم الولد مقدمة لوفائه، فأفاد ﷺ : « أن « الثمن » و إن كان ظاهراً في ما يقابل الثمن، فيختص بعقد البيع، و لا يشمل ما إذا كان إنتقال الجارية إلى المولى بعقد آخر كالصلح المعاوضي، فلا يجوز بيعها حينئذٍ لأداء عوض الصلح إلى المصالح، إلا أن

فصورة إيساره مع الإمتناع داخله في صور المنع عن بيعها. مضافاً إلى : أن أدلة المقاصة لا تشرع البيع فيما لا يجوز بيعه كأُمّ الولد و الوقف، بل موضوعها ما يجوز فيه البيع.

نعم تعليل المقابس بالوجوه الثلاثة لا يخلو من العلة، إلا قوله : « و لظاهر الفتاوى » و إن كان فيه أيضاً : أنه إن لم يكن إجماعاً لا يجدي، لعدم كونه حجة. كما أن قوله في أدلة الجواز : « تنزيلاً للإيسار مع الإمتناع منزلة الإعسار » غير ظاهر، لعدم دليل على هذا التنزيل. و عصيان المولى لا يوجب سقوط حق الإستيلاء الثابت لأُمّ الولد.

## في عقد مساومتها<sup>(١)</sup> وإن كان صلحاً. و في إلحاق<sup>(٢)</sup> الشرط المذكور في متن العقد

المراد بالثمن ما جعل عوضاً في العقد المعاوضي، إمّا لظهوره عرفاً في مطلق العوض، و إمّا لمناسبة الحكم و الموضوع.

قال في المقابس: « و المعتبر في الثمن مقابله بالأمة في عقد المعاوضة و إن كان صلحاً و نحوه على الأ شبه، لمساواة الجميع في المعنى المقتضي للبيع، و لقوله ﷺ: في فكاك رقابهن. فذكرُ البيع و الثمن في بعض النصوص و في الفتاوى محمول على الغالب »<sup>(١)</sup>.

(١) و هي « المجاذبة بين البائع و المشتري على السلعة و فصل ثمنها »<sup>(٢)</sup>. لكن المراد به هنا المجاذبة بين المتعاضين سواء أكان العقد بيعاً أم غيره.

(٢) هذا هو الفرع الخامس عشر، و محصله: أنه تقدّم جواز بيع أمّ الولد في ثمنها لو كان في ذمة المولى و لم يكن له مال يفي به. و هل يجوز البيع لو أدّى الثمن أو كان له مال يفي به، و لكن شرط بائعُ الجارية - في العقد - على المشتري شيئاً يحتاج الوفاءُ به إلى المال، و هو معسرٌ لا مال له إلاّ أمّ الولد، كما لو شرط الإنفاق على البائع سنةً مثلاً، فعجزَ عن الوفاء بما إلّتم به، بحيث توقف إنفاذه على بيعها، مقدّمةً للوفاء بالشرط، فيكون كجواز بيعها في ثمنها، أم لا؟

و بعبارة أخرى: هل يكون الشرط كالثمن في جواز بيعها أم لا؟  
إستشكل المصنف - وفاقاً لصاحب المقابس ﷺ - في الإلحاق.

فوجه الإلحاق كون الشرط كالبيع في أنّ له قسطاً من الثمن، و معدوداً جزءاً منه، فالعجز عن الوفاء به كالعجز عن أداء الثمن، فيجوز بيعها، إن لم يكن « بيعها في ثمنها » منصرفاً عنه.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٦

«٢» لسان العرب، ج ١٢، ص ٣١٠: مجمع البحرين، ج ٦، ص ٩٤

بالثمن<sup>(١)</sup> - كما إذا اشترط الإنفاق على البائع<sup>(٢)</sup> مدة معينة<sup>(٣)</sup> - إشكال<sup>(٤)</sup>.  
و على العدم<sup>(٥)</sup>، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الإستيلاء من الإسترداد

و وجه عدم الإلحاق : عدم كون الشرط جزءاً منه ، لأن الثمن عبارة عما يقع تلو « باء » المقابلة، و الشرط و إن كان منشأ لتفاوت ما يبذل بإزاء العين، إلا أنه خارج عن الثمن، فلا يجوز بيعها حينئذ فيه، لعدم صدق « بيعها في ثمنها » عليه (\*).  
(١) متعلق بـ « إلحاق الشرط » و المراد بالإلحاق جواز بيعها مقدمةً للوفاء بالشرط.

(٢) متعلق بـ « اشترط » يعني : اشترط البائع على المشتري للأمة : أن يُنفق على البائع مدةً.

(٣) مبتدأ مؤخر لقوله : « و في إلحاق » و تقدم وجه الإشكال جوازاً و منعاً.  
(٤) يعني : و على عدم الإلحاق : لو فسخ البائع لأجل تخلف الشرط - بعد أن أولدها المشتري - فعلى القول بعدم منع الإستيلاء عن النقل، فلا مانع من الإسترداد بلا إشكال. و على القول بمنع الإستيلاء من الإسترداد و صيرورتها بالإستيلاء كالتالف إنتقل إلى القيمة الفعلية سواء زادت عن ثمنها الذي إشتراها به أم نقصت عنه. و الظاهر عدم جواز الإسترداد و إن قلنا بجواز بيعها في قيمتها، و ذلك لعدم صدق « بيعها في ثمنها » على بيعها للوفاء بالشرط، لما أُشير إليه من عدم كون الشرط جزءً للثمن حتى يصدق البيع في ثمنها عليه.

نعم، بناءً على جواز بيعها في مطلق الدين أمكن أن يقال بكشف ذلك عن إرتفاع مانعية الإستيلاء النقل، فيجوز إستردادها حينئذ. و المسألة تحتاج إلى التأمل.

(\* ) و هو الحق، فلا يجوز بيعها للوفاء بالشرط. و مع الشك في الصدق لا يجوز أيضاً، لعموم المنع.

نعم، بناءً على الإشكال في أصالة المنع يتمسك بما دل على جواز البيع من العمومات.



بالفسخ إستردت. و إن قلنا <sup>١</sup> بمنعه عنه فينتقل إلى القيمة.  
 و لو قلنا <sup>٢</sup> بجواز بيعها حينئذ <sup>٣</sup> في أداء القيمة، أمكن القول بجواز  
 إستردادها، لأن <sup>٤</sup> المانع عنه <sup>٥</sup> هو عدم إنتقالها، فإذا لم يكن بدٌ من نقلها لأجل  
 القيمة، لم يمنع <sup>٦</sup> عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبته <sup>٧</sup>.

(١) معطوف على « فإن قلنا » يعني : و إن قلنا بمنع الإستيلاء عن إسترداد  
 نفس الجارية، إنتقل حق البائع إلى القيمة.

(٢) هذا تنمة لقوله : « و على العدم » لا أنه مقابل له، و حاصله : أنه لو فسخ  
 ذوالخيار و قلنا بإنتقال حقه إلى القيمة ، لا العين رعايةً لحق الإستيلاء، و لم يتمكّن  
 المولى من أداء القيمة إلا ببيعها، أمكن القول بجواز ردّ عينها إلى البائع و عدم تعيّن  
 بيعها، و ذلك لوحدة المناط، إذ بعد جواز إنتقالها عن المولى لا فرق بين نقلها إلى  
 المشتري، ثم تسليم القيمة إلى البائع، و بين نقلها - ابتداءً - إلى البائع ذي الخيار.

و إمتناع إسترداد عينها بالفسخ لا ينافي جواز إستردادها وفاءً للقيمة التي هي  
 كالثمن. كما أن عدم جواز بيعها مقدّمةً للوفاء بالشرط - على ما تقدم في الفرع  
 السابق - لا ينافي جواز بيعها في أداء القيمة.

و عليه فالمقام نظير جواز بيعها في ثمن رقبته من البائع لا من أجنبي حتى  
 يؤدّى ثمنها إلى البائع.

(٣) أي : حين الإلتزام بمنع الإستيلاء عن إسترداد العين و الإنتقال إلى القيمة.

(٤) تعليل لإمكان القول بجواز إسترداد العين، و تقدم بيانه آنفاً.

(٥) أي : عن إسترداد العين.

(٦) أي : لم يمنع الإستيلاء عن ردّ أمّ الولد إلى البائع.

(٧) إذ بعد جواز بيعها في أداء ثمنها لا فرق بين أن يكون مشتريها هو البائع

أو أجنبياً.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل المنعقد لبيان حكم بيعها في ثمنها إن كان ديناً

على المولى.

هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها.  
و أما بيعها في دين آخر<sup>(١)</sup> ، فإن كان مولاها حياً، لم يميز إجماعاً، على

### بيع أم الولد في دين آخر غير الثمن

(١) هذا هو المقام الثاني الذي أشرنا إليه في (ص ٢٩٦) و هو حكم بيعها في ما إذا كان مولاها مديوناً بمال آخر غير ثمنها، ذهب المصنف رحمته إلى المنع مطلقاً، سواء أريد بيعها في حياة السيد أم بعد وفاته.

أما في حال الحياة فلإجماع عليه كما صرح به صاحب المقابس - في الصورة الثانية من صور جواز بيعها - بقوله: «و هو - أي المنع - مجمع عليه بين الأصحاب. ويدل عليه الأخبار السالفة»<sup>(٢)</sup>.

و أما بعد موته فلوجهين، أحدهما: إستصحاب المنع الثابت حال الحياة. و ثانيهما: إطلاق روايتي عمر بن يزيد. ففي الرواية الأولى - وهي صحيحته المفصلة - سأل من الإمام عليه السلام عن جواز بيع أمهات الأولاد في دين آخر غير أثمان رقابهن، فنفى عليه السلام ذلك. قال في المقابس: «و هذا السؤال و جوابه كالتص في عدم جواز بيعها في أداء غير الثمن من الديون بعد موته و إن إستغرقت قيمتها»<sup>(٣)</sup>.

و في الرواية الثانية سأل منه عليه السلام عن جواز بيعهم في الدين، فخص عليه السلام الجواز بما إذا كان الدين ثمن رقابهن، و من المعلوم دلالة مفهوم القيد - أو المحصر - على منع بيعهم في مطلق الدين، و أن المستثنى من حرمة البيع هو خصوص ما ورد في المنطوق، هذا.

و عليه فالدليل وافي بإثبات منع البيع، لكن ذهب بعض الأصحاب إلى الجواز كما سيأتي.

(١) مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٧٧

(٢) المصدر ، ص ٧٨

الظاهر المصرح به في كلام بعض<sup>(١)</sup>.

و إن كان بيعها بعد موته، فالمعروف<sup>(٢)</sup> من مذهب الأصحاب المنع أيضاً، لأصالة<sup>(٣)</sup> بقاء المنع في حال الحياة، و لإطلاق روایتي عمر بن يزيد المتقدمين منطوقاً و مفهوماً<sup>(٤)</sup>. و بهما<sup>(٥)</sup> يُخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز

(١) و هو صاحب المقابس كما تقدم كلامه آنفاً.

(٢) كما في المقابس أيضاً<sup>(١)</sup>. لكنه ﷺ نقل خلاف جماعة، كما سيأتي في المتن أيضاً.

(٣) كما في المقابس أيضاً، و المراد به الإستصحاب، لا القاعدة الكلية التي إستفادها المصنف ﷺ من الإجماع و النصوص - كما زعمه بعض<sup>(٢)</sup> - و ذلك لمنافاة إرادة هذه القاعدة لتعبير المصنف بالبقاء، و لأنّ شمول القاعدة لحالتي الموت كشمولها لحال الحياة في عرض واحد.

(٤) إطلاق المنطوق في صحبته، و إطلاق المفهوم في روايته الثانية.

(٥) أي : و بإطلاق المنطوق و المفهوم في روایتي ابن يزيد يُخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز، و توضيحه : أن صاحب المقابس ﷺ ذهب إلى تقديم الدّين على الإرث بالإجماع و الآية الشريفة ﴿ من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ و النصوص الكثيرة، و قال : « فإذا إنتفى العتق الذي كان هو الغرض من منع المولى و الورثة من التصرفات - و ليس بعد موت المولى أمر يترقب للإعتاق - تعيّن جواز البيع، إذ الوساطة بينهما غير معقولة هنا، و هذا هو المدعى ».

ثم أيد مقاله بمقطوعة يونس، و قال : « فقله - و ليس على الميت دين - يدلّ على أنّه إذا كان على الميت دين لم يثبت الحكم المذكور، فيحمل على صورة إستفراقه لقيمتها<sup>(٢)</sup> ».

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٧٧

«٢» المصدر ، ص ٧٨

مما يتخيّل<sup>(١)</sup> (\*) صلاحيتها لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد،

و محصله - أن قوله ﷺ في المقطوعة: «و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد» جملة شرطية، مفهومها جواز بيعها لو كان على المولى دين مطلقاً و لو في غير ثمنها. بل مقتضى إطلاق الدّين عدم الفرق بين مساواته لقيمة أم الولد و بين كونه أقلّ منه. لكن هذا الإطلاق يُقَيّد بصورة إستغراق الدّين لقيمتها. و أما إطلاق الدّين لما إذا كان في ثمنها أو في دين آخر فباقٍ على حاله. هذا ما في المقابس. و ناقش المصنف فيه بأن النسبة بين إطلاق روايتي ابن يزيد و مفهوم هذه المقطوعة عموم مطلق، لدلالة مفهوم رواية يونس على جواز بيعها في مطلق الدين بعد موت المولى، و أنّها ليست لولدها حتى تنعتق عليه. و دلالة روايتي ابن يزيد على إختصاص جواز بيعها - بعد موت السيد - في ثمن رقبته، و منع بيعها في غير ذلك من الديون، و من المعلوم إقتضاء الصنعة تقييد إطلاق مفهوم المقطوعة بالروايتين.

(١) لعل المتخيّل صاحب المقابس ، و من يقول بجواز بيعها في كل دين، بناءً على عدم إنتقال تركة المديون إلى ورثته إلا بعد الأداء.

(\*) التخصيص منوط بكون النسبة بينهما و بين مفهوم مقطوعة يونس - بعد فرض إعتبارها - أخص مطلقاً . و ليس كذلك، لكون النسبة بينهما عموماً من وجه، لأعميتهما من المقطوعة، لشمولهما للحياة و الموت، لأنّه مقتضى إطلاقهما كما رجّحه المصنف ﷺ من شمولهما لحال الحياة أيضاً، حيث قال في (ص ٣١٦): «فالأولى في الإنتصار لمذهب المشهور أن يقال ...». و أخصّيتهما منها، لإختصاصهما بغير ثمن أم الولد. و أعمية المقطوعة منهما، لشمولها للثمن و غيره، و أخصّيتها منهما ، لإختصاصها بالموت. ففي مادة الإجتماع - و هو غير الثمن بعد الموت - يقع التعارض بينهما. فوجه تخصيص مفهوم المقطوعة بروايتي ابن يزيد - كما في الجواهر أيضاً<sup>(١)</sup> - غير ظاهر.

كمفهوم<sup>١</sup> مقطوعة يونس: « في أمّ ولدٍ ليس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها و لم يُعتقها، هل يجوز لأحدٍ تزويجها؟ قال<sup>٢</sup>: لا، لا يحل<sup>٣</sup> لأحدٍ تزويجها إلاّ بعقٍ من الورثة . و إن كان لها ولدٌ و ليس على الميت دينٌ فهي للولد . و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها . و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه ، و تستسعي في بقية ثمنها<sup>٤</sup> ».

خلافاً<sup>٤</sup>

(١) يعني : مفهوم قوله ﷺ: « و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد » لدلالته على أنه لو كان للميت دين فليست للولد، بل لا بدّ من صرفها في أداء الدين.

(٢) الظاهر أن القائل هو الإمام ﷺ، لعدم رواية يونس كلامَ غير المعصوم ﷺ .

(٣) هذا تفصيل لجملة الجواب المحذوفة.

(٤) حال لقوله: « فالمعروف » و عدلُ له، و هذا نقل القول المقابل للمشهور، و هو جواز بيعها بعد موت المولى في ديونه الأخرى غير ثمن رقبته. قال في المبسوط: « إذا كانت له جارية، و لها ولدٌ، فأقرّ في حال مرضه بأن ولدها منه، و ليس له مال غيرها، فإنه يقبل إقراره ... و الجارية تكون أمّ ولده. فإن كان عليه دين يحيط بثمنها تباع فيه بعد موته . و إن كان له مال غيرها قُضي به الدين و جعلت في نصيب ولدها و تنتعق عليه ... »<sup>٢</sup>.

فالمتممين نفي حجية المقطوعة، لعدم ثبوت كونها كلام المعصوم ﷺ . و الظن بكونه كلامه ﷺ لا يغني من جوع. فمقتضى روايتي ابن يزيد - مضافاً إلى قاعدة المنع - عدم جواز بيعها في غير ثمنها في زمان موت المولى.

للمحكي<sup>(١)</sup> عن المبسوط، فجوز البيع حينئذ<sup>(٢)</sup> مع إستغراق الدين. و الجواز ظاهر اللّمتين<sup>(٣)</sup> و كثر العرفان و الصيمري<sup>(٤)</sup>.

هذا ما أفاده في بيع المبسوط. و لكنه رحمته خصّ في كتاب أم الولد جواز بيعها بما إذا كان الدين ثمنها، لا سائر وجوهه<sup>(٥)</sup>. و صرح ابن حمزة أيضاً بجواز بيعها في مطلق الدين<sup>(٦)</sup>.

(١) قال في المقابس: « و حكى الشهيد في الدروس عن الشيخ في المبسوط: أنه جوز البيع حينئذ إذا كان الدين مستغرقاً للتركة ... الخ»، و لكن الموجود في الدروس المطبوع نسبته إلى ابن حمزة لا إلى الشيخ، فراجع<sup>(٧)</sup>.

(٢) أي: حين كون المولى مديوناً في غير ثمنها.

(٣) ففي اللّمة و شرحها: « و سابعها: إذا مات مولاها، و لم يخلف سواها، و عليه دين مستغرق، و إن لم يكن ثمناً لها، لأنها إما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها، و لا نصيب له مع إستغراق الدين، فلا تُعتق، و تصرف في الدين»<sup>(٨)</sup>. خلافاً لما في الدروس و المسالك من إختصاص جواز البيع بكون الدين ثمنها<sup>(٩)</sup>.

و عليه فمراد المصنف رحمته بقوله: « و الجواز» هو ما اختاره في المبسوط من جواز البيع في الدين المستوعب للتركة. و ليس المقصود حكاية تفصيل آخر عن الشهيدين و غيرها رحمتهما - بين إستغراق الدين و عدمه - لتكون الأقوال في المسألة ثلاثة:

الأول: المنع مطلقاً، و هو للمشهور.

«١» كثر العرفان . ج ٢ . ص ١٢٩ : غاية المرام ( مخطوط ) ج ١ . ص ٢٨٠

«٢» المبسوط . ج ٦ . ص ١٨٥

«٣» الوسيلة ، ص ٣٤٣ و في الحجرية من الجوامع الفقهية . ص ٧٦٤

«٤» مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ٧٧ : الدروس الشرعية . ج ٢ . ص ٢٢٣

«٥» الروضة البهية . ج ٣ . ص ٢٥٨

«٦» الدروس . ج ٢ . ص ٢٢٣ : مسالك الأفهام . ج ٨ . ص ٤٧ . ج ١٠ . ص ٥٢٨

و لعلّ وجه تفصيل الشيخ : أن<sup>١١</sup> الورثة لا يرثون مع الإستغراق، فلا سبيل<sup>١٢</sup> إلى إنعتاق أمّ الولد الذي<sup>١٣</sup> هو الغرض من المنع عن بيعها.  
و عن نكاح المسالك : أن الأقوى<sup>١٤</sup> إنتقال التركة إلى الوارث

و الثاني : الجواز في غير الدين مطلقاً و إن لم يكن مستغرقاً.

و الثالث : الجواز في غير ثمنها من الديون إن كانت مستغرقة.

و المحاصل : أن في المسألة قولين، و مصبّ الجواز و المنع هو إستغراق الدين في غير ثمنها. و ذلك لما جعله المصنف رحمته مقسماً في أوّل موارد الإستثناء، حيث قال : « و من موارد القسم الأوّل : ما إذا كان على مولاها دين، و لم يكن له ما يؤدّي هذا الدين » لظهوره في كون محل البحث هو الدين المستوعب لقيمة أمّ الولد.

(١) خبر « لعلّ » و تقدم في (ص ٣٤٢) نقل هذا الوجه عن المقابس، فالمنع و الجواز في هذا المورد مبني على مسألة الإرث، من أن مقتضى تأخره عن الوصية و الدين هل هو منع إنتقال التركة إلى ورثة المديون، أم أنه لا يمنع من الإنتقال، و يتخير الورثة - في الوفاء - بين الدفع من التركة أو من غيرها ؟ هذا.

فما ذهب إليه شيخ الطائفة رحمته - من جواز بيعها في الدين المستغرق لقيمتها - مبني على عدم الإنتقال، كما وجهه به الشهيد الثاني رحمته "١".

(٢) يعني : مع إستغراق الدين للتركة لا تنتقل إلى الورثة حتى يقال بإنعتاقها من نصيب ولدها، لفرض تقدم الدين على الإرث.

(٣) صفة لـ « إنعتاق ».

(٤) كلام الشهيد الثاني رحمته مؤلف من أمور :

الأوّل : أن التركة تنتقل إلى الورثة مطلقاً حتى لو كان على الميت دين مستوعب لها، و هذا موافق للمشهور و مخالف للشيخ رحمته.

الثاني : حجر الوارث عن التصرف في التركة إمّا مطلقاً، وإمّا فيما يقابل الدين، وهذا حكم كليّ الدين، ولا ينطبق على المقام أعني به إستغراق الدين قيمة أمّ الولد، وذلك لفرض الإنعتاق بمجرد الإرث، فلا يبقى مجال للمنع عن التصرف رعايةً لحقّ الدّيّان.

الثالث : أن أمّ الولد تنعتق من نصيب ولدها، لإنتقالها إليه، وإنتاقها عليه بمجرد تملكه لها.

الرابع : أن الواجب على الولد تقويم نصيبه من أمّه، ودفعه للدّيّان، ولا يجب دفع قيمة ما ينعتق منها بالسراية فيما زاد على نصيبه من مجموع التركة.

وقد أوضح ﷺ مورد العتق بالسراية قبل العبارة المنقولة في المتن، وأنه يكون تارةً على عهدة الولد، كما إذا كان نصيبه من مجموع التركة يفي بقيمة ما زاد على نصيب الولد من أمّه، فيرد النقص على حصته من سائر الأموال. كما إذا خلف الميت أمّ الولد - وقيمتها مائة دينار - وخمسائة دينار، وإنحصر الوارث في ولدها وأخ له من أبيه، فحصة كل واحد ثلاثمائة دينار، فينعتق نصف الأمة من نصيب ولدها منها، ويسري العتق إلى الباقي، ويؤدّي الولد إلى أخيه خمسين ديناراً من حصته من الخمسمائة دينار، وهي قيمة نصيبه من أمّ الولد.

وأخرى على عهدة الأمّ، كما إذا لم يف نصيب ولدها من مجموع التركة بقيمة ما زاد على نصيبه من الأمّ، كما إذا خلف مولاها في المثال المتقدم خمسين ديناراً، فحصة الولد من الأمّ والخمسين هو خمس وسبعون ديناراً، وهو ينقص بخمس وعشرين عن قيمتها، فينعتق منها ثلاثة أرباعها، ويسري العتق إلى الربع الآخر، ويجب عليها السعي في قيمة الربع الأخير ليُدفع إلى الوارث الآخر.

ولا بأس بنقل جملة مما في المسالك وقوفاً على حقيقة الأمر، قال ﷺ: «لا ريب أن مجرد الإستيلاء ليس سبباً للعتق. نعم تشبث به بالحرية، وإمّا تعتق بموت المولى، لأن ولدها ينتقل إليه منها شيء، أو ينتقل جميعها إذا كان هو الوارث خاصة، فتنعتق



مطلقاً<sup>(١)</sup>، و إن مُنع من التصرف فيها على تقدير إستغراق الدين<sup>(٢)</sup>، فينعتق نصيبُ الولد منها<sup>(٣)</sup> كما لو لم يكن دينٌ، و يلزمه<sup>(٤)</sup> أداء قيمة النصيب من ماله<sup>(٥)</sup>.

عليه ما يرثها منها ... و لو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركة يفي به. و إلاّ عتق بقدره. و لو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت فيه هي، و لا يلزم ولدها السعي فيه. و لا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة، لما سيأتي إن شاء الله تعالى أن السراية مشروطة بالملك الإختياري، و ليس الإرث منه. و إنما سرى عليه في باقي نصيبه من التركة لإطلاق النصوص الكثيرة: أنها تعتق من نصيبه من التركة، و إلاّ لكان الأصل يقتضي أن لا يعتق عليه سوى نصيبه منها<sup>(٦)</sup>.

ثم نقل عن نهاية الشيخ « وجوب السعي على الولد إن كان ثمنها ديناً على مولاه و لم يخلف غيرها » ثم نفاه بأصالة البراءة عن وجوب السعي عليه. و قال فيما لو كانت الديون محيطة بتركة المولى: « ان الأقوى إنتقال التركة إلى الوارث مطلقاً » إلى آخر ما حكاه في المتن.

(١) يعني: سواء أكان على الميت دين مستوعب للتركة أم لم يكن. و هذا إشارة إلى الأمر الأوّل.

(٢) هذا إشارة إلى الأمر الثاني، فيكون إستغراق الدين نظير سائر موارد الحجر، من حيث عدم منافاته للملك.

(٣) يحتمل رجوع الضمير إلى أمّ الولد، نظير ما إذا لم يكن دين. و يحتمل رجوعه إلى التركة، و هو مبنى رابع الوجوه المذكورة في المقابس، و سيأتي بعض الكلام فيه في (ص ٣٥٦).

(٤) أي: و يلزم الولد أداء قيمة نصيبه إلى الدّيان، و هذا إشارة إلى الأمر الرابع.

و ربّما يُنتصر<sup>(١)</sup> للمبسوط على المسالك :  
أولاً<sup>(٢)</sup> : بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تُعتق

(١) المنتصر للمبسوط هو المحقق صاحب المقابس رحمته الله ، حيث أورد على ما في المسالك بوجوه أربعة ، كما سيظهر إن شاء الله تعالى .

(٢) هذا الإشكال ناظرٌ إلى منع ما أفاده الشهيد الثاني رحمته الله من لزوم تقويم نصيب الولد منها، و دفع القيمة إلى الديان.

و ملخص الإشكال : أنّ المستفاد من دليل إنعاقها من نصيب ولدها كون ذلك الإنعاق بدون تقويم عليه. و الكلامُ إنّما هو في حصص سائر الورثة منها، إذا لم يف نصيبُ الولد من جميع التركة بقيمة أمّه، من أنّه تقوّم عليه أم تسعى هي في أداء قيمتها ؟

و بعبارة أخرى : إنّ مورد إستفراق الدين خارج عن مفاد أدلة الإنعاق على الولد، توضيحه : أنّ دليل « إنعاقها ممّا يرثه ولدها من أبيه » ظاهر في أنّ الولد يستحقّها بالإرث مجّاناً و بلا عوض، حيث إنّها تنتقل إلى الولد آناً و تعتق عليه قهراً، كما هو مفاد مثل قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن قيس : « فإن كان لها ولدٌ، و ترك مالا، جعلت في نصيب ولدها »<sup>(١)</sup>. فلو توقف إنعاقها من نصيبه على بذل غرامةٍ للغير كانت النصوص قاصرةً عن إثبات هذا النحو من الإنعاق.

و على هذا، فإن لم يكن دَين الميت محيطاً بالتركة، إنعتقت الأمّ - كلاً أو بعضاً - بحسب نصيب ولدها من تركة أبيه.

و إن كان الدَين مستغرقاً كما هو المفروض، و بنينا على إنتقال التركة إلى الورثة - كما يلتزم به المشهور و الشهيد الثاني - منعنا عن إقتضاء هذا الإنتقال للإنعاق على الولد. لما أُشير إليه من إختصاص إنعاق الأمّ على ولدها بالإنتقال

«١» وسائل الشريعة ، ج ١٦ ، ص ١٠٧ ، الباب ٦ من أبواب الإستيلاء ، الحديث ١ ، و نحوه سائر أحاديث الباب .

من نصيب ولدها<sup>(١)</sup> : أن<sup>(٢)</sup> ذلك من جهة إستحقاقه لذلك النصيب من غير أن تُقوّم عليه أصلاً<sup>(٣)</sup> . وإّما الكلام في باقي الحصص<sup>(٤)</sup> إذا لم يف نصيبه من جميع

إليه عن إستحقاق، و عدم إستتباعه للفرامة و العوض. فلا وجه لهذا النحو من الإعتاق، و لا مانع من بيعها حينئذ في الدين، و لا يبقى موضوع للتقويم على الولد. فإن قلت : لا مانع من إنتقالها إلى الولد، و إعتاق حصته منها، و لزوم دفع قيمة تلك الحصة إلى الديان، نظير ما ذكره من التقويم على الولد و بذل قيمة حصص سائر الورثة إليهم على تقدير وفاء التركة بها.

قلت : مورد تقويم أمّ الولد على ولدها هو حصص سائر الورثة، كما إذا إنتقلت، و لم يف نصيب الولد بقيمتها، فينتعق منها بمقدار نصيب الولد منها، و يسرى العتق إلى ما بقي منها رقاً، و يتعيّن بذل قيمة حصصهم إّما على الولد و إّما عليها بالسعي.

و على كلّ فليس مورد التقويم نصيب الولد منها ليجب دفع بدله إلى الغرماء. و الحاصل : أن الأمر دائر بين عدم إعتاقها على الولد، فيجوز بيعها في الدين، و بين أن تنتعق عليه مجاناً. و لما كان الإعتاق المستلزم للتقويم و دفع البدل خارجاً عن دليل إعتاق أمّ الولد، تعيّن الإلتزام بعدم الإعتاق هنا و بيعها في الدين. و بهذا يتجه ما ذهب إليه شيخ الطائفة رحمته من بيعها في الدين المستوعب، و يُشكل ما أفاده الشهيد الثاني رحمته.

(١) مثل ما تقدم آنفاً في معتبرة محمد بن قيس، و كذا في مقطوعة يونس المتقدمة في (ص ٣٤٤) و غيرها.

(٢) خبر قوله : « أن المستفاد » و ضمير « إستحقاقه » راجع إلى الولد.

(٣) مع أن الشهيد الثاني رحمته حكم بالتقويم، حيث قال : « و يلزمه أداء قيمة

النصيب ... ».

(٤) يعني : أن حصص سائر الورثة من أمّ الولد لما كانت في حد ذاتها مملوكة

التركة بقيمة أمّه ، هل تقوم عليه، أو تسمى هي في أداء قيمتها ؟  
و ثانياً<sup>(١)</sup> : بأنّ النصيب

لهم - و لا موجب لإنتعاقها عليهم قهراً، لعدم كونها أحد العمودين بالنسبة إليهم، و لا للعتق بالسراية كما في العتق الإختياري - فيقع الكلام في تقيومها على الولد. أو وجوب السعي عليها. و على كلّ فلا موجب لتقويم حصة الولد و دفع البدل إلى الديان كما في المسالك.

(١) هذا الإشكال راجع إلى الإنتقال و أثره و هو الإنتعاق على الولد، و حاصله : قصور أدلة الإنتعاق من نصيب الولد عن شمولها للمقام بعد تسليم المبنى، و هو إنتقال التركة في الدّين المستوعب إلى الورثة، فهنا مطلبان. أحدهما : تسليم المبنى، و ثانيهما : منع البناء.

أمّا الأوّل، فوجهه : التخلّص من محذور بقاء الملك بلا مالك، لعدم قابلية الميت للتملّك، و لا ريب في عدم تلقّي الدّيان التركة من الميت، فإنّما أن تبقى بلا مالك، و هو ممتنع، و إما من إنتقالها إلى الورثة مع حجرهم عن التصرف.

و أمّا الثاني - و هو المتعين - فوجهه : أنّ الظاهر من « عتقها من نصيب الولد » هو النصيب الفعلي لا الشّأني، و من المعلوم إناطة فعليته و إستقراره بإخراج الدين و الحقوق المتعلقة بأصل المال كالحج الميقاتي و الخمس و الزكاة و نحوها. فلو خلّف الميت أموالاً، و لزم صرفها في أداء الدين المحيط بها، لم يبقَ للولد نصيب من أمّه كي تنعتق عليه، لا مجاناً و لا بعوضٍ من ماله، لفرض تأخر الإرث عن الدّين، فلا موضوع لأداء قيمة نصيب الولد إلى الديان.

و عليه، فإن أريد من « إنتقال أمّ الولد إلى الولد » الإنتقال المستقرّ، كان منافياً لتأخر الإرث عن الدين. و إن أريد من إنتقالها إليهم إنتقالها على حدّ سائر الأموال - مع الدين - فمثل هذا الإنتقال غير المانع عن تعلق حق الديان به لا يمنع عن أداء

إذا نُسب إلى الوارث<sup>(١)</sup>، فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين، و سائر ما يخرج من الأصل<sup>(٢)</sup>. و المقصود منه<sup>(٣)</sup> النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب<sup>(٤)</sup> الذي يُحكم بتملك الوارث له، تفصيلاً<sup>(٥)</sup> من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثاً<sup>(٦)</sup> : أن ما إدّعاه من الإنعتاق على الولد

الدين به. و يتجه ما أفاده شيخ الطائفة رحمته من بيعها مقدمة لوفاء الدين.

و الفرق بين هذا الإشكال و سابقة : أن مقتضى الثاني عدم الدليل على أصل الإنعتاق، و مقتضى الأوّل عدم الدليل على خصوصية كونه بعوض. لظهور الأدلة في كون الإنعتاق لا مع بدل.

و بهذا الوجه أورد صاحب الجواهر أيضاً على ما نقله عن الدروس، فراجع<sup>(٧)</sup>.

(١) كما إذا قيل : « إن نصيب الوارث من مجموع ما تركه الميت مائة دينار مثلاً » فإن المقصود حصته بالنسبة إلى ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل.

(٢) فقبل الإخراج يكون النصيب شأنياً، بمعنى أنه لو زاد شيء على ما يخرج من الأصل كان مائة دينار.

(٣) أي : المقصود من النصيب المنسوب إلى الوارث هو المستقر، فالإنعتاق يكون من هذا النصيب، لا من النصيب الفرضي غير المشمول لدليل الإنعتاق.

(٤) معطوف على « النصيب المستقر ».

(٥) هذا وجه إلتزامهم بانتقال التركة إلى الورثة مطلقاً و إن كان الدين مستوعباً لها، و تقدّم بيانه آنفاً.

(٦) هذا الإشكال متوجه أيضاً إلى إنتقال الأم إلى الولد في فرض إستغراق

الدين للتركة، وجعله صاحبُ المقابس بالتكليف رابع الوجوه.

ومحصّله : المنع من دعوى الإنعتاق التي أفادها في المسالك مع كون الملك هنا غير مستقرّ من جهة تعلق حقّ الديان بالتركة، وذلك لأنّ مستند هذه الدعوى : إن كان ما دلّ على عدم ملك العمودين و إنعتاقهما بمجرد الملك، لقوله عليه السلام : « و أما الأبوان فقد عتقا حين يملكهما »<sup>١</sup> فيه : عدم شمول الدليل لهذا النحو من الملك غير المستقرّ، لظهوره في الملك المطلق الذي ليس متعلقاً لحقّ الغير، لا كلّ ما يطلق عليه الملك و لو كان محجوراً عن التصرف فيه كما في المقام، من جهة تعلق حقّ الديان به، و لذا لا يصحّ عتقُ غير أمّ الولد - كما لو ترك الميت عبداً أو أمة - لتعلق حقهم به. و لم ينهض دليل على كفاية مطلق الملك في الإنعتاق، و لم ينصّ عليه الأصحاب.

بل يشهد لعدم كفايته أنّه لو وقف عبده على من ينعتق العبدُ عليه - كأبيه و أمّه على تقدير تملكه له إختياراً أو قهراً - و قلنا بصحة هذا الوقف، لم ينعتق العبدُ على الموقوف عليه و إن إنتقل إليه، بناءً على ترتب الملك على الوقف الخاص.

و الوجه في عدم إنعتاقه على الموقوف عليه تعلق حق الغير من الواقف و الموقوف عليه و البطون به. و من المعلوم عدم الفرق - في عدم كفاية مطلق الملك للإنعتاق - بين تعلق حق الوقف بالمملوك الموقوف و بين تعلق حقّ الديان بأمّ الولد. و إن كان مستند هذه الدعوى دليل إنعتاقها من نصيب ولدها، ففيه ما تقدم في الوجه الثاني من ظهور « النصيب » في مازاد على الدين.

فالمتحصل : أنّه إمّا أن لا تنتقل أمّ الولد - مع فرض إستيعاب الدين - إلى الولد إنتقالاً تامّاً مستقراً، فلا إنعتاق حينئذٍ، و لا مانع من بيعها في الدين. و إمّا أن يكون هناك إنتقال تام مصحّح للإنعتاق، و لكنّه منافٍ لكون الإرث المستقرّ متأخراً

يمثل هذا الملك<sup>(١)</sup> بما<sup>(٢)</sup> لم ينصّ عليه الأصحاب، و لا دلّ<sup>(٣)</sup> عليه<sup>(٤)</sup> دليل معتبر<sup>(٥)</sup>. و ما يؤهّمه<sup>(٦)</sup> الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر<sup>(٧)</sup> أن المراد به غير<sup>(٨)</sup> هذا القسم، و لذا<sup>(٩)</sup> لا يحكم بإنتعاق العبد الموقوف على من ينتق عليه<sup>(١٠)</sup>، بناءً<sup>(١١)</sup> على صحة الوقف و إنتقال الموقوف إلى الموقوف عليه. و رابعاً<sup>(١٢)</sup>:

عن الدين.

(١) و هو الملك المقرون بالحجر عن التصرف.

(٢) خبر<sup>(١)</sup> « أن ما إدعاه ».

(٣) لإنصراف الدليل إلى الإنتعاق من نصيب الولد بما أنه ملك تامّ و مستقرّ.

(٤) هذا الضمير و ضمير « عليه » راجعان إلى الإنتعاق على الولد.

(٥) فكيف يدعى كفاية هذا الملك في الإنتعاق ؟

(٦) يعني : أن كلمة « الملك » في « إذا ملكوا » أو « تنتعق من نصيب الولد »

و إن كانت موهمة لإرادة مطلق الملك و لو المحجور من التصرف فيه، و لكنها ظاهرة في الملك المستقر، و لا يراد به الأعم منه و من المحجور المشرف على الزوال لتعلق حق الديان به.

(٧) خبر<sup>(١)</sup> « و ما » و دخول الفاء عليه لتضمن الوصول معنى الشرط.

(٨) أي : غير ما تعلق به حق الديان.

(٩) أي : و لأجل إرادة الملك المطلق لا يحكم ... ، و تقدم توضيح هذا

الشاهد بقولنا : « بل يشهد لعدم كفايته أنه ... ».

(١٠) فلو إنتعق على الموقوف عليه لزم من وجوده عدمه ، و هو محال ، فيلزم

بطلان الوقف بالإنتعاق.

(١١) فلو قيل ببطلان هذا الوقف لم يتم الإستشهاد بهذا الفرع للمقام.

(١٢) جعله صاحب المقابس<sup>(١)</sup> ثالث الوجوه، و هو ناظر إلى تقويم نصيب

أنه يلزم (\*) على كلامه أنه متى كان نصيبُ الولد من أصل التركة بأجمعها

الولد، و حاصله : أن مقتضى كلام المسالك - من أداء قيمة النصيب من ماله إلى الديان - أن يخسر الولدُ تمام قيمة أمه أو بعضها لهم، و إنتاقها عليه في صور ثلاث. و وجه اللزوم إنتاقها في ملك الولد مع إستغراق الدين، إذ المفروض إنتقال التركة إلى الوارث، و بإنتقالها إليه ينعقد نصيب الولد من أمه. فلو لم يكن الدين محيطاً بالتركة كان إنتقالها إليه و إنتاقها عليه أولى.

و الصور الثلاث التي أدرجها المقابس في هذا الوجه الرابع هي :

الأولى : أن يساوي نصيب الولد من مجموع التركة تمام قيمة أمه. و هذا يكون تارة مع إستغراق الدين، كما إذا كانت التركة مأتي دينار و كذا الدين، و كان الوارث ولد هذه الأمة و ابناً من غيرها، و كانت قيمة أم الولد مائة دينار، فإن نصيب ولد الأمة - و هي المائة - يساوي قيمة أمه.

و أخرى بدون إستغراق الدين للتركة، كما إذا فرض الدين في المثال مائة دينار.

و نصيب الولد في الفرضين يستوعب قيمة الأم، مع زيادة نصيبه على القيمة فيهما قبل الدين، و نقصان نصيبه عن قيمتها بعد أداء الدين في الفرض الأول. فإن كان الدين مستغرقاً إنتقت الأم من نصيب الولد، و يفرم قيمتها للديان، فترد عليه الخسارة ، لأنه يفرم القيمة من ماله الشخصي.

(\*) التعبير باللازم مسامحة - لأن صاحب المسالك صرح بالإنتاق و التقويم في الدين المستوعب، لا أنه لازم كلامه. فلعل إشكال المقابس عليه هو : أن الإنتاق مع تغريم الولد قيمة نصيبه للديان ممّا لا قائل به، و لا ممّا قام عليه دليل، و إلا فأصل الإنتاق ممّا ذهب إليه الشهيدان في اللمعتين و الصيمري و السيوري رحمهم الله.

و بعبارة أخرى : التعبير باللزوم منوط بكون الصور الثلاث المذكورة في الإشكال الرابع خارجة عن مورد كلام المسالك حتى يتجه جعل التقويم على الولد



و إن كان الدين غير مستوعب للتركة - ككون الدين في المثل المزبور مائة دينار - إنعتقت الأم من نصيب الولد، و هو المائة التي هي نصف التركة، فتقوم عليه، و لا يرث من سائر التركة، فلا يغرم في هذه الصورة من ماله الشخصي شيئاً.

الثانية : أن يكون نصيب الولد في الدين غير المستغرق - بعد إخراج الديون و الوصايا - مساوياً لقيمة أم الولد، كما إذا كانت التركة ثلاث مائة دينار، و كان الدين مائة دينار، و الوارث هذا الولد و ولداً آخر من إمرة أخرى، فإن نصيب الولد بعد إخراج الدين عن مجموع التركة يكون مائة دينار، و هي تساوي قيمة الأم كما لا يخفى.

فيها من لوازمه. فلو كانت مندرجةً فيه فلا لازم و لا ملزوم في البين.

و قد بينى ورود الإشكال و عدمه على ما يُراد من مرجع الضمير في عبارة المسالك المنقولة في المتن، و هي « فينعتق نصيب الولد منها ».

فإن أريد به التركة بأن يكون مقصود الشهيد الثاني رحمته قياس صورة إستغراق الدين على ما لم يكن دين، لأنه لو لم يكن دين إنعتق على الولد نصيبه من جميع التركة على ما صرح به في عبارته المنقولة في (ص ٣٣٥) فإذا إنعتقت على الولد إتجه عليه الإشكال الذي حاصله :

أنه لو قلنا بإنعتاق أم الولد في جميع الصور، فإنما هو من جهة عدم قابلية أم الولد لأن تكون مخرجاً للدين. و أما سائر التركة فلا مانع من أن تكون مخرجاً للدين.

مع أن مقتضى إلتزام المسالك « بأنه يقوم عليه مقدار قيمة النصيب من ماله » هو إنعتاق أم الولد في جميع الصور - حتى في غير الدين المستغرق - من نصيب الولد من التركة، فلا يكون شيء مما يرثه من التركة مخرجاً للدين، بل إنما يقوم عليه بمقدار سهمه من الدين الذي لولا أم الولد لكان للوارث أن يؤديه من عين التركة، و لو إمتنع لكان للديان أخذه منها. و هذا مما لا يقول به الأصحاب، و ممّا ينبغي

أو أقل من قيمة الأم، كما إذا كان الدين في المثل مائتي دينار، فإن نصيب الولد - بعد إخراج هذا الدين - خمسون دينار، وهي نصف قيمة أمه، فيغرم حينئذ من ماله الشخصي خمسين ديناراً لأخيه.

ثم إن هذه الصورة بقسميها من أقسام صورة عدم إستفراق الدين للتركة، وليست مستقلةً و في قبال الصورة الأولى كما لا يخفى.

الثالثة : أن يكون نصيب الولد من أصل التركة مساوياً لنصف قيمتها أو ثلثها أو أزيد أو أقل، كما إذا كان التركة مائة و عشرين ديناراً، و قيمة الأم تسعين ديناراً، مع إستفراق الدين، و كون الوارث كالمثال السابق، فإن نصيب الولد من مجموع التركة يساوي ستين ديناراً، و هي ثلثا قيمة أمه، فينتق ثلثاها، و يغرم ستين ديناراً للديان، فيبقى باقي الدين على الأم فإنها - لإنعتاقها بالسراية - تسعى في ربع الدين، و هو ثلاثون ديناراً، و على الولد الآخر أيضاً ثلاثون ديناراً.

القطع ببطلانه، سواء قيل بالتقويم على الولد أم قيل بسعي الأم فيه.

و إن أريد به أم الولد لم يرد عليه الإشكال. و الظاهر ذلك، لأن الشهيد الثاني رحمته بصدد بيان عدم مانعية إحاطة الدين بالتركة عن إنتقالها إلى الوارث، غاية الأمر يجب دفع ما قابل سهمه ممن ينتق عليه إلى الديان جمعاً بين الحقين. و هذا لايلزم التقويم عليه في جميع الصور حتى مع عدم إحاطة الدين بالتركة، و لايلزم القول بإنعتاق الأم على الولد بمقدار تمام نصيبه من التركة.

و لو فرض رجوع ضمير « منها » إلى التركة حتى يكون مختاره إنعتاق الأم على الولد بمقدار نصيبه من التركة لم يرد الإشكال على المسالك، لظهور كلامه فيما لم يكن دين على الميت، فلو كان عليه دين لم يظهر منه ذلك، فله أن يلتزم بإنعتاقها عليه بمقدار نصيبه من تمام التركة، أو بمقدار نصيبه من الأم. فراجع<sup>١</sup>.

يساوي قيمة أمه تُقَوِّم<sup>(١)</sup> عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، و سواء كان<sup>(٢)</sup> نصيبه الثابت في الباقي<sup>(٣)</sup> بعد الديون و نحوها<sup>(٤)</sup> يساوي قيمتها أم لا. وكذلك<sup>(٥)</sup> لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك<sup>(٦)</sup>، فإنه يُقَوِّم نصيبه عليه<sup>(٧)</sup> كائناً ما كان، و يسقط من القيمة

- (١) أي : تُقَوِّم الأمُّ على ولدها، و هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و تقدم توضيحها، و أنها تُفرض تارةً مع إستغراق الدين للتركة، و أخرى بدونه.
- (٢) هذا إشارة إلى الصورة الثانية، و ضمير « نصيبه » راجع إلى الولد.
- (٣) المراد من الباقي باقي التركة، أي ما عدا أم الولد.
- (٤) مما يخرج من الأصل كمؤونة التجهيز و الكفن.
- (٥) يعني : و تُقَوِّم على الولد لو ساوى ... ، و هذا إشارة إلى الصورة الثالثة، و هي تتصور تارةً مع إستغراق الدين، كما عرفت، و أخرى بدونه، كما إذا كان الدين ستين ديناراً مع كون التركة مائة و عشرين ديناراً، و قيمة أم الولد تسعين ديناراً، فإن نصيب الولد - و هو ما يساوي ستين ديناراً من التركة - ثلثا قيمة الأم، فينعتق ثلثاها، و عليه ثلاثون ديناراً للديان، و على الأم أن تسعى للديان في ثلثها، و هو ثلاثون ديناراً. و باقي التركة - و هو الثلاثون - للولد الآخر.
- (٦) كالربع و الخمس، بحسب نصيب كل واحد من الوراث.
- (٧) أي : يقوم نصيب الولد على الولد ربعاً كان النصيب أم ثلثاً أم نصفاً.

لكن الظاهر رجوع الضمير إلى التركة، لكون عبارة المسالك مسوقةً لبيان إنعتاق الأم على الولد لو وفّت حصته من مجموع التركة بقيمة أمه، لا إنعتاق خصوص نصيبه منها، كما يشهد به عبارته المفصلة المنقولة في (ص ٣٣٥).

و أمّا ما أفاده الميرزا رحمته أخيراً من ظهور عبارة المسالك في ما لم يكن دين على الميت، فلم يظهر وجهه بعد صريح قوله : « على تقدير إستغراق الدين » و هو أعلم بما قال.

نصيبه<sup>(١)</sup> الباقي الثابت - إن كان له نصيب<sup>(٢)</sup> - و يُطلب<sup>(٣)</sup> بالباقي<sup>(٤)</sup> . وهذا<sup>(٥)</sup> مما

(١) يعني : فيما إذا لم تكن التركة منحصرةً بأمّ الولد، فإنّ أمّه تقوم عليه، و يسقط من القيمة نصيبه من سائر التركة. فإنّ ساوئ نصيبه منها القيمة فلا يفرم شيئاً، كما إذا كانت التركة مأتين و أربعين ديناراً، و الدّين ستين ديناراً، فإنّ الولد لا يفرم من ماله الشخصي شيئاً، لأنّ نصيبه من جميع التركة مائة و عشرون ديناراً، و قيمة الأمّ تسعون ديناراً، فتنتعق كلّها من نصيب ولدها، و يسقط من قيمتها حصّتها من سائر التركة، و يصرف ما زاد من سهمه من بقية التركة على قيمتها - و هو الثلاثون - في دين الميت، و الولد الآخر يوفي أيضاً باقي الدين أعني الثلاثين.

و بالجملة : فتنتعق الأمّ كلّها في هذا المثال، و يسقط نصيب ولدها الثابت في بقية التركة من قيمة الأمّ، و لا يُطالب بشئٍ في وفاء الدين، إذ المفروض بقاء ما يساوي نصف الدين من التركة للولد. و إن لم يكن له نصيب، كما إذا انحصرت التركة في أمّ الولد، فإنّ نصيبه منها - و هو النصف - يُقوم عليه بخمسة و أربعين ديناراً، و يُطالب بتعام هذه القيمة للدّيان، و ليس له نصيب من غير الأمّ حتى يسقط نصيبه الثابت فيه من الخمسة و الأربعين.

(٢) كما عرفت في هذا المثال.

(٣) كذا في النسخ، و الأولى « يُطالب » أو « يطالبه » كما في المقابس، و المطالب هم الديان.

(٤) كما عرفت في مثال كون التركة مائة و عشرين ديناراً، و الدّين ستين ديناراً، فإنّ الولد يضمن حينئذٍ ثلاثين ديناراً للدّيان ، لكون قيمة نصيبه من التركة - و هو النصف - ستون ديناراً، فيسقط من الستين خمسة عشر ديناراً، لأنّها نصيبه من غير الأمّ من سائر التركة، و يُطالب للدّيان بخمسة و أربعين ديناراً كما لا يخفى.

(٥) أي : الإنعتاق القهري على الولد - مع الضمان و غرامة قيمة نصيبه - ممنوع، لمخالفته للإجماع.

لا يقوله أحدٌ من الأصحاب، و ينبغي القطع ببطلانه<sup>١</sup>.  
و يمكن دفع الأول : بأن المستفاد<sup>١</sup>

فملخص هذا الإشكال على المسالك : أن الإعتاق القهري مع الضمان و غرامة الولد لقيمة ما يعتقد عليه من الأم مما لم يقل به أحدٌ إلا الشيخ في الخلاف، مع أنه رجع عنه في المبسوط، بل نُسب إليه أنه لم يقل بذلك إلا في الدين غير المستغرق، فقال : إنه يجب على الولد فك الباقي من ماله بعد بذل ما قابل سهمه الذي ورثه من الميت، و وافقه على ذلك ابنُ حمزة. و المستند الخبر المذكور في باب الإستيلاء.  
و المحاصل : أن ملخص الإشكالات الأربعة الراجعة إلى كلتا دعويي المسالك : - من إعتاقها من نصيب الولد، و من تقويمها عليه و أخذ قيمتها منه - هو : أن المراد بالنصيب الذي تعتق به الأم هو النصيب الزائد على الدّين، لأنه الظاهر من النصيب. و هذا حاصل الإشكال الثاني.

كما أن المراد بالملك الذي أُنيط به العتق في ملك العمودين و غيره هو الملك الطلق، لا مطلق الملك، و إن لم يكن طلقاً. و هذا محصل الإشكال الثالث. فهذان الإشكالاتان يمنعان الدعوى الأولى، فإنّ تمّا جاز بيعُ أمّ الولد كما عن الشيخ رحمته.

كما أن الإشكال الأول و الرابع يمنعان الدعوى الثانية أعني بها التقويم على الولد، و ذلك لأنّ ظاهر أدلة الإعتاق من نصيب الولد هو إعتاقها مجّاناً، لا بتقويمها على الولد. و هذا مفاد الإشكال الأول، لقوله : « إن ذلك من جهة إستحقاقه لذلك النصيب ». كما أن حاصل الإشكال الرابع عدم إلتزام أحدٍ به.

هذا ما يستفاد من ظاهر عبارات المقابس في بيان الإشكالات الأربعة. و المصنف رحمته صار بصدد دفعها كما سيظهر.

(١) توضيحه : أن الشهيد رحمته لم يدع دلالة أدلة « إعتاق أمّ الولد من نصيب

ولدها « على لزوم أداء قيمتها من مال الولد حتى يرد عليه : عدم دلالة تلك الأدلة إلا على نفس الإنعتاق من نصيب ولدها، من دون دلالتها على ضمان الولد أو غيره للقيمة، فتغريم الولد لقيمتها أو وجوب السعي على نفس أمّ الولد في أداء قيمتها إنما يكون بسبب الجمع بين الأدلة.

و بالجملّة : فدلّيل الإنعتاق لا يدلّ على أزيد من نفس الإنعتاق الشامل بإطلاقه لوجود الدين و عدمه، و إستيعابه للتركة و عدمه.

فإنعتاق أمّ الولد و عدم تعلق حق الديان بها - بمثابة يجوز لهم أخذها مع إمتناع الولد عن أداء ما يقابلها، كجواز ذلك لهم في غير أمّ الولد من سائر التركة، مع إمتناع الوارث عن دفع العين و القيمة - يوجب الإلتزام بأحد الوجوه :

الأول : سقوط حق الديان عمّا يقابلها من الدين، كسقوطه عن مؤونة التجهيز.

الثاني : تعلق حقهم بقيمتها على من تتلف في ملكه بالإنعتاق، و هو الولد.

الثالث : تعلق حقهم بقيمتها على رقبته، فيجب عليها السعي في قيمتها للديان

بإزاء حرّيتها.

الرابع : تعلق حقهم بمنافعها التي هي كعينها من التركة.

أمّا الوجه الأول فلا سبيل إليه، فيدور الأمر بين تغريم الولد، و تغريمها، و تعلق

حقهم بمنافعها.

أمّا تعلقه بالمنافع من حيث كونها تركة، ففيه : أن كونها من التركة منوط

ببقائها على الرقية و المملوكية .

أمّا بعد خروجها عن الرقية فهي مالكة لمنافعها، و لا مجال لإستصحاب

مملوكية منافعها حين ملكية رقبته لمولاه، لإرتفاعها قطعاً، لأنّ تلك الملكية كانت

بتبع ملكية العين، و قد زالت . فيدور الأمر بين تغريم الولد و بين تغريم نفس الأمّ،

بأن تسعى و تؤدّي قيمتها إلى الديان. و لا يبعد ترجيح الثاني.

من ظاهر الأدلة<sup>(١)</sup> إعتاقها من نصيب ولدها حتى<sup>(٢)</sup> مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من إعتاقها على الولد. لكن ذلك<sup>(٣)</sup> لا ينافي إشتغال ذمة الولد قهراً بقيمة نصيبه، أو وجوب<sup>(٤)</sup>

هذا توضيح ما أفاده المصنف رحمته الله في دفع أول إشكالات المقابس.

وقد ظهر أن مقصوده دفع المجانية التي إدعاها المحقق الشوشري رحمته الله، لا تعيين ما في المسالك من خصوص التقويم على الولد، لعدم تعينه من بين الإحتمالات الأربعة المذكورة في المتن كما سيظهر.

(١) لما كان الإشكال الأول متجهاً إلى الإعتاق بالبدل، أراد المصنف رحمته الله دفعه بأن أدلة إعتاق الأم من نصيب ولدها وإن كانت ظاهرة في المجانية، و عدم إقتضاها للإعتاق عن غرامة و بدل. إلا أن لزوم البدل هنا مقتضى الجمع بين ما دل على كون نفس رقبة أم الولد مورداً لأحكام كعدم البيع و الإرث، و الإعتاق على الولد، و بين ما دل على عدم سقوط حقّ الديان - بعد عدم تعلق حقهم بعين رقبتهما - لإقتضائه إمّا إشتغال ذمة الولد بماليتها، إمّا إشتغال ذمتها و وجوب السعي عليها، و إمّا إستحقاق الديان لمنافعتها.

(٢) لإطلاق قوله رحمته الله: «جُعِلت في نصيب ولدها»<sup>(١)</sup>.

(٣) أي: إعتاقها من نصيب ولدها مطلقاً - حتى مع إستيعاب الدين - لا ينافي إشتغال ذمة الولد، و هذا دفع لقول صاحب المقابس: «من غير أن يقوم عليه أصلاً» من الملازمة بين الإعتاق و بين المجانية و عدم تقويمها على الولد. و حاصل دفعه: عدم التلازم بينهما، فيمكن الإعتاق مع تغريم الولد، أو وجوب السعي على الأم.

(٤) معطوف على «إشتغال» أي: لكن إعتاقها لا ينافي وجوب سعيها... الخ.

سعيها<sup>(١)</sup> [ بيعها ] في القيمة، جمعاً<sup>(٢)</sup> بين ما دلّ على الإنعتاق على الولد، الذي<sup>(٣)</sup> يكشف عنه<sup>(٤)</sup> إطلاقُ النهي عن بيعها، وبين<sup>(٥)</sup> ما دلّ على أن الوارث لا يستقرّ له<sup>(٦)</sup> ما قابل نصيبه من الدين على وجه<sup>(٧)</sup> يسقط حق الديّان . غاية الأمر<sup>(٨)</sup>

(١) اختلفت نسخ الكتاب في ضبط هذه الكلمة، و الأولى - بل المتعين - ما في النسخة المصححة المعتمد عليها من « سعيها » بقرينة ما سيأتي في ثالث محتملات أداء الدين من قوله في (ص ٣٦٥) : « فتسعى فيها » أي في قيمتها، لا ببيعها في ذلك، وكذا قوله هنا : « ما دلّ على الإنعتاق على الولد ... إطلاق النهي عن بيعها ».

(٢) مفعول لأجله، و هو قيدٌ لإشغال الذمة، أي : إشغال ذمة الولد بقيمة نصيبه من أمّه، أو إشغال ذمتها بالقيمة. و تقدّم توضيحه.

(٣) صفة لـ « ما دلّ ».

(٤) أي : يكشف عن الإنعتاق مطلقاً - و إن كان الدين محيطاً بالتركة - إطلاقُ النهي عن بيعها في غير ثمنها، كصحيحتي إبنى مارد و يزيد المتقدمين في (ص ٢٦٥ و ٢٩٩) و رواية السكوني و غيرها ممّا يستفاد منه منع بيع أمّ الولد.

(٥) معطوف على « بين » يعني : النصوص الدالة على عدم جواز التصرف في التركة، مع فرض إحاطة الدين بها، كقول أبي الحسن عليه السلام في معتبرة عبد الرحمان بن الحجاج : « إن كان يستيقن أن الذي ترك يحيط بجميع دينه فلا يُنفق »<sup>(١)</sup>.

(٦) أي : لا يستقرّ للوارث نصيبه من الإرث إن كان في مقابله دين.

(٧) متعلق بـ « يستقرّ » فلو إستقرّ نصيبه من الإرث - مع وجود الدين - لزم سقوط حق الديّان.

(٨) غرضه بيان الفارق بين أمّ الولد و بين سائر التركة، حيث إن حقّ الديّان ينتقل من عينها إلى قيمتها، لتعيّن إنعتاقها من نصيب ولدها منها.



سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص، و عدم<sup>(١)</sup> كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الإمتناع عن أداء مقابلها، و دفع<sup>(٢)</sup> عينها إلى الديان، و يكون لهم<sup>(٣)</sup> أخذ العين إذا إمتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

و الحاصل<sup>(٤)</sup> : أن مقتضى النهي عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى<sup>(٥)</sup> عدم<sup>(٦)</sup> تسلط الديان على أخذها و لو مع إمتناع الولد عن فكها<sup>(٧)</sup> بالقيمة ، و عدم<sup>(٨)</sup> تسلط الولد على دفعها وفاءً عن دين أبيه . و لازم ذلك<sup>(٩)</sup>

(١) معطوف على « سقوط » أي : عدم كون هذا المال الخاص محكوماً بحكم سائر التركة.

(٢) معطوف على « الإمتناع » أي : للوارث دفع عين الأموال - غير أم الولد - إلى الديان لإستيفاء حقهم منها.

(٣) أي : للديان أخذ أعيان التركة - تقاصاً - إن إمتنع الوارث من وفاء دين المورث بدها.

(٤) هذا حاصل ما أفاده من لزوم الجمع بين ما دلّ على إنعاقها و ما دلّ على بقاء حق الديان، و غرضه بيان أنحاء الجمع ثبوتاً، و ما يتعين القول به إثباتاً، كما سيظهر.

(٥) كما ورد في صحيحة عمر بن يزيد من « أنها تباع في دين ثمنها » دون غيره من وجوه الدين.

(٦) خبر قوله : « إن مقتضى ».

(٧) المراد بفكها فك ماليتها، لما تقدم من عدم تعلق حق الديان بالعين، فالمقصود إمتناع الولد عن وفاء دين أبيه بآداء قيمة نصيبه إلى الديان.

(٨) معطوف على « عدم تسلط » فلا سلطنة للولد على تسليم أمه للديان، كما لا سلطنة لهم على أخذها.

(٩) المشار إليه : عدم تسلط الديان على أخذها، و عدم تسلط الولد على

إنعتاقها على الولد .

فيتردد<sup>(١)</sup> الأمر حينئذ<sup>(٢)</sup> : بين سقوط حق الديان عما قبلها من الدين<sup>(٣)</sup> ، فتكون أم الولد نظير مؤونة التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها .  
و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من تتلف في ملكه و تنعتق عليه ، و هو الولد<sup>(٤)</sup> .

و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها<sup>(٥)</sup> .  
و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها، فلهم أن يوجروها مدة طويلة يفي أجرتها بدينهم<sup>(٦)</sup> ، كما قيل<sup>(٧)</sup> : بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس .

دفعها إليهم .

(١) هذا متفرع على إنعتاقها المترتب على عدم السلطنة على العين شرعاً .  
(٢) أي : حين عدم تسلط الديان على العين، فيدور الأمر بين وجوه أربعة .  
(٣) هذا أول الوجوه، و حاصله : أنه لو فرض كون قيمة أم الولد مائة دينار، و هي ربع الدين، سقط من حق الديان ربعه . فكما لا يتعلق حق الغرماء بمؤونة التجهيز و الكفن، فكذا لا يتعلق بأم الولد .  
(٤) هذا ثاني الوجوه، و حاصله : ضمان الولد لقيمة أمه، لكونها تالفة عليه بإنعتاقها .

(٥) هذا ثالث الوجوه، و هو يشارك سابقه في إنتقال حق الديان إلى قيمتها، و يفرق عنه بكون الضمان عليها، فتسعى في قيمتها، كما في بعض موارد العتق بالسراية .

(٦) هذا رابع الوجوه، و هو عدم تعلق حق الديان لا بالعين و لا بالقيمة، و إما يتعلق بمنفعتها و خدمتها، فتؤجر بما يفي بالدين .

(٧) القائل صاحب الجواهر رحمته فيما لو إشتري جارية نسيئة فأولدها ثم فلس، و كانت عليه ديون أخرى ، فجاز بيعها لو طالب البائع بثمنها، كما جاز له أخذها،

و لا إشكال<sup>(١)</sup> في عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة<sup>(٢)</sup>، فيدور<sup>(٣)</sup> الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتق على كلّ حال،

لكونه بمنزلة بيعه، ثم قال: «و ليس للغرماء المنع و إن قلنا بتعلق حقّهم بالمنفعة لو لم تُبع، لأولوية حقه منهم ...»<sup>(٤)</sup>.

هذا بحسب مقام الثبوت، و سيأتي الكلام فيما يقتضيه مقام الإثبات.

(١) هذا مقام الإثبات، و غرضه تبيّهُ ترجيح الإستسعاء أو تمليك منفعتها على الإحتمالين الأولين، و بيانه: أن ما دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة، كما يقتضي عدم سقوط التكليف بأداء الدين و وجوب الوفاء به، فيبطل الإحتمال الأول. فكذا يقتضي عدم تعلق حقوقهم بذمة الولد حتى يجب عليه بذل قيمة أمّه إلى الغرماء. و يدور الأمر حينئذٍ بين الوجهين الأخيرين.

و وجه عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على تعلق الدين بالتركة هو: أن الضرورات تتقدّر بقدرها، و دليلُ منع بيع أمّ الولد في غير ثمنها يقتضي عدم تعلق حقّ الديان بعينها، و لا يمنع من تعلقه بقيمتها أو منفعتها الذي هو نحو من التعلق بالتركة، فتُحمل أخباره على هذا النحو من التعلق، جمعاً بين الدليلين.

و لعل وجه عدم جواز رفع اليد عن دليل وجوب أداء دين الميت - مع رفع اليد عنه في موارد مستثنيات الدين - هو: أنه دليل ينبغي إعماله مهما أمكن، و من المعلوم أن دليل عدم جواز بيع أمّ الولد في مطلق الدين لا يقتضي سقوط وجوب الوفاء به، بل اللازم العمل بالدليلين جمعاً بينهما، فيؤدّي الدين لا من رقيبتها.

(٢) ظهر آنفاً أن وجوب أداء الدين مدلول عليه ببقاء حق الديان، فلذا يبطل الإحتمالان الأولان معاً بعدم سقوط حقهم.

(٣) هذا متفرع على سقوط الوجهين الأولين.

و يبقى الترجيحُ بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل<sup>(١)</sup>.  
 و مما ذكرنا<sup>(٢)</sup> يظهر إندفاعُ الوجه الثاني، فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً<sup>(٣)</sup> أو<sup>(٤)</sup> في دين غير ثمنها إستقرار<sup>(٥)</sup> ملك الوارث عليها.  
 و منه<sup>(٦)</sup> يظهر الجوابُ عن الوجه الثالث،

(١) تقدّم أنفاً إمكانُ ترجيح تعلق حقهم بذمتها - و إستساعاتها في قيمتها - على تعلق حق الديان بمنافعها، و هو مقتضى قوله في (ص ٣٧٠): « كان ذلك في رقبته ».

هذا ما أفاده المصنف رحمته في ردّ أول الوجوه الأربعة المذكورة في المقابس، و يأتي الكلام في ردّ الثلاثة الأخرى.

(٢) من إقتضاء الجمع بين دليل إعتاقها على الولد و بين دليل عدم إستقرار نصيب الوارث من التركة بمقدار ما قابل نصيبَ الولد من الدين، يظهر إندفاعُ الوجه الثاني المبني على أن المراد بالنصيب هو المستقر الثابت لا الزائل.

وجه الإندفاع: أن مقتضى تعلق حق الديان بأمّ الولد إستقرارُ ملك الولد لها، و إعتاقها عليها، لما تقدّم من تعلق حقهم بقيمتها لا برقبته. فلا مزاحم لنصيب الولد من الأمّ حتى يقال بخروجه عن دليل إعتاق العمودين أو خصوص أمّ الولد.

و الحاصل: أن النهي عن بيعها - سواء أكان مطلقاً أم في غير ثمنها - لا يتنافى إستقرارَ ملك الولد لها، الموجب لإعتاقها.

(٣) كما تقدم في (ص ٢٩٢) عن السيد رحمته إن لم يتأمل في النسبة.

(٤) معطوف على « مطلقاً » و جوازُ البيع في ثمنها و منعه في دين آخر هو المشهور كما مرّ في (ص ٢٩٦ و ٣٤١).

(٥) خبر قوله: « فإن مقتضى » و ضمير « عليها » راجع إلى أمّ الولد.

(٦) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: « و مما ذكرنا » و وجه ظهور الجواب هو: أن مقتضى عدم تعلق حقّ الديان بعين أمّ الولد - بحيث يجوز لهم أخذها مع

إذ<sup>(١)</sup> بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها - على<sup>(٢)</sup> أن يكون لهم أخذها عند إمتناع الوارث من الأداء - فلا مانع عن إنعتاقها. و لا جامع<sup>(٣)</sup> بينها و بين الوقف الذي هو ملك للبطن الآلاحق كما هو ملك للبطن السابق.

و أمّا ما ذكره رابعاً، فهو إما ينافي<sup>(٤)</sup> الجزم بكون قيمتها بعد الإنعتاق متعلقاً بالولد. أمّا إذا قلنا بإستسعانها فلا يلزم شيء.

إمتناع الوارث عن أداء ما قابلها من الدين - هو عدم مانع عن إنعتاقها، لإستقرار ملك الولد لها، و عدم كونها في معرض الزوال من ناحية تعلق حق الديان بها، حتى يرد عليه ما أورده صاحب المقابس من قوله: « إن ما إدّعاء من الإنعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب ... الخ ».

(١) تعليلية، و هذا تقريب ظهور الجواب.

(٢) هذا بيان للمنفى، و هو تعلق حق الديان بالعين، إذ لو كانت أمّ الولد كسائر الأموال التي تركها الميت، جاز للديان أخذها لو إمتنع الوارث من الأداء. و المفروض عدم جواز أخذها، و ليس إلا لتعلق حقهم بقيمتها لا بعينها.

(٣) هذا دفع المقيسة - المذكورة في المقابس - بين أمّ الولد و بين العبد الموقوف، و الأولى أن يقال: « بخلاف الوقف ».

و كيف كان، فحاصل دفعها: أن القياس مع الفارق، حيث إنّ العبد الموقوف على ولده مثلاً يكون متعلقاً لحق سائر البطون، فلا بد من إبقائه و عدم جواز بيعه لينتقل إلى البطون اللاحقة. بخلاف أمّ الولد، فإنها ملك للولد دون غيره، إذ المفروض عدم تعلق حق الديان بها.

(٤) الظاهر - كما إستظهره الفقيه المامقاني رحمته "١" - أن مراد المصنف رحمته هو: أن الإشكال الرابع لا يدفع أصل الإنعتاق الذي إدّعاء المسالك، بل يدفع دعوى الضمان

## فالضابط<sup>١</sup> حينئذ :

على الولد، إذ للشهيد رضي الله عنه دعويان : إحداهما : الإنعتاق، و الأخرى ضمان الولد لقيمتها.

و الإشكال الرابع يدفع الثانية، لأنه ينافي الجزم بكون القيمة بعد الإنعتاق على الولد، دون الأولى، فلا بأس حينئذ بالالتزام بكون القيمة على نفس الأم، و وجوب السعي عليها فيها، فلا يثبت بإشكال المقاسب جواز البيع الذي نُسب إلى شيخ الطائفة رضي الله عنه.

(١) يعني : فالضابط في إنعتاق أم الولد - حين إذ قلنا بإستسعائها في ما يزيد على نصيب ولدها منها - هو التفصيل بين كون نصيب الولد من التركة وافياً بقيمتها و عدمه. فهنا صورتان :

الأولى : أن لا يكون إنعتاقها مستلزماً لورود خسارة على الولد، كما إذا كان نصيبه من التركة ما يساوي قيمة الأم، و لم يكن ديناً على المولى، فحينئذ تنعتق الأم من دون ضمان على أحد. مثلاً إذا كان نصيبه من التركة مائة دينار، و قيمة الأم مائة دينار أيضاً، فيملك الولد نصيبه من التركة بلا ضمان.

الثانية : أن يكون إنعتاقها موجباً لضرر مالي و خسارة، فيكون على عهدة المنتعقة لا على الولد المنتعق عليه. و لا فرق في ضمانها بين كون مجموع نصيب الولد مقابلاً بالدين أو بعضه.

فالأول : كما إذا كان في المثال المزبور ديناً مستغرقاً للتركة، فيصير حينئذ نصيب الولد - و هو المائة - مع الضمان، إذ المفروض وجود الدين، فإذا إنعتقت الأم التي تكون قيمتها مائة دينار، فلا بد من دفع ما يقابل قيمتها إلى الديان، فنصيب الولد مملوك مع الضمان.

و الثاني : كما إذا كان نصيبه من التركة مائة دينار مع كون قيمة الأم مائة دينار أيضاً، فيملك الولد نصيبه المزبور مع ضمان بعضه فيما إذا لم يكن الدين

أنها تنعق [ أنه ينعق ] <sup>(١)</sup> على الولد ما لم يتعقبه <sup>(٢)</sup> ضمان من نصيبه. فإن كان <sup>(٣)</sup> مجموع نصيبه أو بعض <sup>(٤)</sup> نصيبه يملكه <sup>(٥)</sup> مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان <sup>(٦)</sup> ذلك في رقبته.

مستغرقاً، بأن كان ما قابل نصيبه منه خمسين ديناراً، فهو يملك نصيبه من التركة مع ضمانه لبعض نصيبه - وهو الخمسون - للدين.

(١) كذا في نسختنا، ولا بد من تأويل الأمة بالمملوك، ليصحّ تذكير الضمير، والأولى ما أثبتناه عن نسخة مصححة أخرى.

(٢) أي : ما لم يتعقب الإنعتاق ضماناً وخسارةً على الولد. وهذا إشارة إلى الصورة الأولى.

(٣) هذا متفرع على كون الضابط الإنعتاق على الولد من دون تعهده بشيء من قيمتها، كما لو لم يكن ديناً أصلاً.

(٤) معطوف على « مجموع » و تقدم توضيحه بقولنا : « والثاني كما إذا كان نصيبه من التركة ... ».

(٥) أي : يملك الولد مجموع النصيب - أو بعضه - مع ضمان الدين المقابل للنصيب. والأولى أن يقال : « بحيث يملكه ».

فإن قلت : إن ضمان الولد للدين المقابل للنصيب مناقض لما هو المطلوب من عدم تضمين الولد.

قلت : نعم ، لكن لعل المراد ثبوت الضمان على الولد في الجملة وإن إستحق مطالبته البدل من أمه، فهذا في قبال عدم الضمان أصلاً.

و يحتمل أن يكون غرضه الإشارة إلى وجود قولين في المسألة.

(٦) جواب « فإن كان » و قوله : « ذلك » إشارة إلى الموصول في « ما قابله » المراد به الدين، و حاصله : أنه لو لزم من الإنعتاق على الولد ضماناً إنعتقت عليه، لكن لا مجاناً، بل كانت هي الضامنة للدين.

وَمَا ذَكَرْنَا<sup>(١)</sup> يَظْهَرُ أَيْضاً<sup>(٢)</sup> : أَنَّهُ<sup>(٣)</sup> لَوْ كَانَ غَيْرُ وُلْدِهَا أَيْضاً<sup>(٤)</sup> مُسْتَحَقّاً لَشَيْءٍ مِنْهَا بِالْإِرْثِ لَمْ يَمْلِكْ<sup>(٥)</sup> نَصِيْبَهُ مَجَانّاً ، بَلْ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَ<sup>(٦)</sup> إِلَى الدِّيَّانِ مَا قَابِلٌ

(١) أي : من إعتاقها مع كونها ضامنة لقيمتها للدَّيَّانِ ، جمعاً بين النهي عن بيعها وبين عدم سقوط حقِّ الدِّيَّانِ رأساً ، يظهرُ أَنَّهُ لا فرق - في ضمانها لقيمتها إن لم تكن تمامها من نصيب الولد - بين كون مَنْ يَسْتَحَقُّهَا الدَّائِنُ وبين كونه وارثاً ، فَإِنَّ ما دَلَّ على إعتاقها يوجب حرمان الديان والوارث عن عينها ، ويتعلق الحقُّ بماليتها ، ويجب عليها السعي لأداء ذلك الحق.

فإذا كانت التركة مائة وعشرين ديناراً والدَّيْنُ كذلك ، والوارثُ ولدَيْنِ ، وقيمةُ الأمة تسعين ديناراً ، إعتق نصيبُ ولدها وهو الثلثان ، ويملك الولدُ الآخر ثلثها الباقي مع الضمان لا مجاناً ، فيدفع ثلاثين ديناراً قيمةَ نصيبه أعني الثلث من أمِّ الولد إلى الدِّيَّانِ ، فتسعى أمُّ الولد في أداء هذا الثلث إلى الدافع. كما لو فرض عدم الدين ، فإنه وجب عليها السعي في دفع قيمة نصيب الولد الآخر إلى ذلك الولد ، أو وجب على ولدها دفعها إلى أخيه الدافع.

و على كلِّ فقيمة الثلث الزائد على نصيب ولدها تكون عليها ، فيجب الإستسعاء .

(٢) يعني : كما ظهر ضمانها للدَّيَّانِ لو لم يستحقها غيرهم ، كما لو لم يكن وارث آخر غير ولدها .

(٣) الضمير للشأن ، والجملة فاعل قوله : « يظهر » .

(٤) يعني : كما لو كان مستحقها الديان ، فكذا إستحقها بالإرث غير ولدها .

(٥) جواب « لو كان » يعني : لم يملك غيرُ الولد نصيبه من أمِّ الولد مجاناً بحيث تتعق عليه بلا عوض ، بل لا بد من وصول قيمة نصيبه إليه .

(٦) غرضه بيان عدم مجانية ملك النصيب ، يعني : أن غير الولد لو دفع إلى الديان مقابل نصيبه الموروث - وهو ثلاثون ديناراً في المثال المزبور - سعت الأم في



نصيبه<sup>(١)</sup>، فتسعى أم الولد، كما لو لم يكن دين<sup>(٢)</sup>، فينتقل نصيب غير ولدها عليه<sup>(٣)</sup> مع ضمانها أو ضمان ولدها<sup>(٤)</sup> قيمة حصته<sup>(٥)</sup> التي فكها من الديان. وإما<sup>(٦)</sup> أن يخلي بينها وبين الديان، فتنتقل أيضاً<sup>(٧)</sup> عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم.

أداء هذا المال المدفوع إلى الديان، كما وجب عليها السعي في أداء نصيب غير الولد لو لم يكن هناك دين أصلاً. إذ لو لم تسع في نصيب غير الولد لزم كون إعتاقها على ولدها موجباً للخسارة على غير ولدها بمن يرتها، مع أنه لا موجب لتحمل هذا الضرر.

(١) أي : نصيب غير الولد ، و هو الثلاثون ديناراً في المثال.

(٢) يعني : فالسعي واجب إمّا للوارث لو لم يكن دين، و إمّا للديان لو دفع الوارث قيمة حصته إلى الديان.

(٣) أي : على غير الولد، فينتقل نصيبه منها بالسراية، و تضمن قيمة النصيب للوارث.

(٤) يعني : لو تبرّع ولد الأمة بدفع نصيب أخيه - الذي دفعه هذا الأخ الى الديان - لم يجب عليها السعي، أو قلنا بوجوبه من جهة إعتاقها على الولد من مجموع ما يرته.

(٥) أي : حصة غير الولد.

(٦) معطوف على « إمّا أن يدفع » يعني : أن يخلي الولد الآخر بين أم الولد و بين الديان، فتنتقل عليهم أيضاً كما إنتقلت على ولدها مع ضمان الأم أو ولدها للديان ما قابل الدين .

(٧) يعني : كما إنتقت على الوارث ، كما تقدّم بقوله : « فينتقل نصيب غير ولدها عليه » و حينئذٍ فما قابل الدين يكون في ذمتها، فإمّا أن تسعى للديان، و إمّا أن يضمه الولد لهم.

و أما حرمانُ الديّان<sup>(١)</sup> عنها عيناً و قيمةً، و إرثُ الورثة لها<sup>(٢)</sup>، و أخذ<sup>(٣)</sup> غير ولدها قيمةً حصّته<sup>(٤)</sup> منها أو<sup>(٥)</sup> من ولدها، و صرفُها<sup>(٦)</sup> في غير الدين، فهو<sup>(٧)</sup> باطل، لمخالفته<sup>(٨)</sup> لأدلة ثبوت حقّ الديّان من غير<sup>(٩)</sup> أن يقتضي النهي عن

(١) مقصوده  $\text{بشيء}$  دفع توهم الفرق بين كون أمّ الولد - بالنسبة إلى الديان - كمؤونة التجهيز التي لا يتعلّق بها حق الديان عيناً و قيمةً، و بين كونها موروثاً لما عدا ولدها من الوراث.

و محصل وجه الدفع : أنّ الجمع بين ما دلّ على ثبوت حق الديان و تعلقه بالتركة، و بين النهي عن التصرف في أمّ الولد، يقتضي الإلتزام بحرمان الديان عن العين، و إنتقال حقهم إلى ماليتها و قيمتها. و حينئذٍ فإمّا أن تسعى - فيما زاد على نصيب ولدها منها - و إمّا أن يتعهد الولدُ بأداء الدين. و كذا الحال في حرمان سائر الورثة عن عين أمّ الولد، و إستحقاقهم قيمةً أنصائبهم منها.

(٢) أخذاً بعموم « ما تركه الميت من مال أو حقّ فلوارثه » و الخارج منه قطعاً هو نفس الولد، فإنه لا يملك أمّه.

(٣) هذا و « إرث الورثة » معطوفان على « حرمان ».

(٤) أي : حصّة غير الولد.

(٥) لعلّ التريديد للإشارة إلى الخلاف في كون حصّة غير الولد على عُهدة ولدها، أو على الأمّ بالسعي.

(٦) معطوف على « أخذ » أي : صرفُ غير الولد قيمةً نصيبه - المأخوذة منها أو من ولدها - في غير الدين، لسقوط الدين بصيرورة أمّ الولد من المستثنيات التي لا يتعلّق بها حق الغرماء.

(٧) جواب « و أما حرمان » و تقدم وجهُ البطلان آنفاً.

(٨) أي : لمخالفة الحرمان لأدلة ثبوت حقّ الديان.

(٩) يعني : أنّ المنافي لدليل ثبوت حق الديان - و هو النهي عن بيعها و التصرف

التصرف في أمّ الولد لذلك<sup>(١)</sup>.

و بما<sup>(٢)</sup> ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك

و التصرف الناقل لها - لا يزاحم تعلق الحق بقيمتها، و إنما يوجب الحرمان عن العين.

(١) أي : للحرمان، و هو متعلق بـ « يقتضي ».

هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ الوجوه الأربعة التي إنتصر بها المحقق صاحب

المقابس لشيخ الطائفة ، و إعترض بها على ما في المسالك.

(٢) أي : و من سقوط حقّ الديان عن عين أمّ الولد، و تعلق حقهم بقيمتها

- على نفسها أو على ولدها على الخلاف - يظهر غموض ما في المقابس من

الإشكال في الجمع بين كلمات الأصحاب.

و بيان الإشكال : أنهم حكموا تارة بعدم جواز بيعها إلاّ في دين ثمنها. و هذا

الكلام يدلّ على عدم جواز بيعها في دين غير ثمنها، و أنّ حقّ الديان ساقط عنها،

فتكون أمّ الولد كمؤونة التجهيز بما لا يتعلّق به حق الديان.

و حكموا أخرى بأنّها تسعى في ما فضل عن نصيب ولدها. و هذا الحكم ينافي

كون أمّ الولد كمؤونة التجهيز، لأنه يكشف عن تعلق حقّ الديان بها، إذ لا وجه لأداء

قيمتها إليهم إلاّ تعلق حقهم بها.

و بالجملة : فالجمع بين حكم المشهور بعدم جواز بيعها في دين غير ثمنها، و بين

وجوب سعيها في أداء قيمتها إلى الديان أو تغريم الولد لها، و بين أدلتهم مشكل، لأنّ

الحكم الأوّل يقتضي سقوط حقّ الديان رأساً، و هو ينافي تغريم الأمّ أو الولد لقيمتها

للديان.

نعم، لو قصدوا دلالة مثل رواية عمر بن يزيد - المانعة عن بيعها في دين غير ثمنها -

على أنّ أمّ الولد مطلقاً - أو خصوص نصيب الولد - تكون كالكفن من مستثنيات

الدين، فلا تباع، كان له وجه. لكنه مجرد فرض، لعدم ذكرها في عداد المستثنيات حتى

تكون كمؤونة تجهيز الميت، كما لم تدل النصوص المزبورة على هذا الإستثناء.

بما <sup>١١</sup> ذكرناه: « أن <sup>١٢</sup> الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جداً، حيث <sup>١٣</sup> إتهم قيّدوا الدّين بكونه ثمناً، و حكّموا <sup>١٤</sup> بأنّها تُعتق على ولدها من نصيبه، و أن ما فضل عن نصيبه ينعق بالسّراية، و تسمى <sup>١٥</sup> في أداء قيمته.

و لو قصدوا: أن أمّ الولد أو سهم الولد مستثنى من الدّين - كالكفن - عملاً بالنصوص المزبورة <sup>١٦</sup>، فله وجه. إلاّ أنّهم <sup>١٧</sup> لا يعدّون ذلك <sup>١٨</sup> من المستثنيات، و لا ذكّر في النصوص <sup>١٩</sup> صريحاً « إنتهى » <sup>٢٠</sup>.

و أنت خير بأنّ النصوص المزبورة <sup>٢١</sup> لا تقتضي سقوط حقّ الدّيان، كما لا يخفى.

هذا توضيح كلام صاحب المقابس رحمته.

- (١) متعلق بـ « أورد » أي: أورد بالوجوه الأربعة المنقولة عن المقابس.
  - (٢) الجملة في محلّ النصب على المفعولية لـ « قول » و هذا كلام المقابس.
  - (٣) هذا بيان إعضال الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم.
  - (٤) معطوف على « قيّدوا » و هذا أحد الحكمين.
  - (٥) معطوف على « ينعق » و هذا ثاني الحكمين، و المفروض تمنعها.
  - (٦) الدالة على منع بيعها إلاّ في ثمنها.
  - (٧) إستدراك على توجيه كلامهم يجعلها من مستثنيات الدين.
  - (٨) أي: أمّ الولد، أو خصوص نصيب الولد منها.
  - (٩) أي: لم يُذكر إستثناء الأمّ - أو خصوص نصيب الولد - في النصوص.
  - (١٠) هذا ردُّ ما في المقابس، و الأولىّ تبديله بـ « و ذلك » ليكون تعليلاً لقوله:
- « يظهر ».

و كيف كان فمحصل الإيراد على المحقق الشوشطري هو: أن النصوص المانعة

و منها <sup>١١</sup> : تعلق كفن مولاها بها - على ما حكاها

عن بيعها - يعني عن العين و القيمة معاً - لا تدلّ على سقوط حق الديان رأساً لا مطابقةً و لا تضمناً و لا إلتزاماً. فالجمع بين هذه النصوص و بين حق الإستيلاء و حق الديان يقتضي تعلق حق الديان بقيمتها، و وجوب السعي فيها، أو ضمان الولد لها.

فالحكمُ بالإنتعاق عملاً بما دلّ عليه، و وجوبُ السعي عليها في قيمتها أو غرامة الولد لها - عملاً بما دلّ على ثبوت حقهم بالتركة - ليس مخالفاً للأدلة حتى يشكل الجمع بين فتاواهم و أدلتهم.

هذا تمام الكلام في المقام الثاني من أول مواضع الإستثناء، و هو بيعها في دين غير ثمنها.

## ٢- بيع أمّ الولد لتعلق حق الكفن بها

(١) معطوف على قوله في (ص ٢٩٦) : « فمن موارد القسم الأول » يعني : و من موارد جواز بيع أمّ الولد - لتعلق حقّ الغير بها - هو ما إذا مات مولاها، و لم يُخلف كفنأ و لا ما يُشترى به غير أمّ الولد. فقليل بأنّه إن أمكن بيع بعضها لتحصيل الكفن لم يجوز بيعُ تمامها، و إن توقّف على بيعها بتمامها بيعت. و عقّد صاحبُ المقابس رحمته الصورة الثالثة لتحقيق جواز بيعها في الكفن، و سيأتي نقلُ بعض كلامه.

و يستدلّ للجواز بوجوه ثلاثة، يبتني ثانياً على جواز بيعها في مطلق الدين، و إثنان منها - و هما الأوّل و الثالث - على إختصاص جواز بيعها بأداء ثمن رقبتها. و توضيح الوجه الأوّل : أنّ الغرض من منع بيع أمّ الولد كليّةً هو إنتقالها - بموت سيدها - إلى ولدها بالإرث، و إنتقالها عليه. فلو فرض عدم جواز بيعها في سائر وجوه الدين، قلنا هنا بجوازها، لإنتفاء الحكمة المانعة عن التصرفات الناقلة. و وجه إنتفائها حاجة الميت إلى الكفن المانعة من إنتقالها إلى الوارث، لوضوح تقدم

في الروضة<sup>(١)</sup> - بشرط عدم كفاية بعضها له، بناءً<sup>(٢)</sup> على ما تقدّم نظيره في الدين<sup>(٣)</sup>، من أن المنع لغاية الإرث، وهو<sup>(٤)</sup> مفقود مع الحاجة إلى الكفن. وقد عرفت<sup>(٥)</sup> أن هذه حكمة غير مطردة ولا منعكسة.

الكفن على الإرث، لأنه « أول ما يبده به من المال » كما في الخبر<sup>(٦)</sup>. وحيث إن التركة منحصرّة في أمّ الولد جاز بيعها في كفنه، ولا يبقى موضوع للإنتقال و الإعتاق، هذا.

و ناقش المصنف رحمته فيه بمنع كون الإرث علة لعدم بيعها، لما تقدم من كونه حكمة، وهي غير مطردة ولا منعكسة، فلا يدور الحكم مدارها. و حينئذٍ يمكن منع بيعها، لعدم كونه بيعاً في ثمن رقبته، فتورث و تتعتق على ولدها.

(١) قال في عدّ موارد جواز بيعها: « عاشرها في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا إقتصر عليه »<sup>(٧)</sup>.

(٢) هذا قيدٌ لمقدّر، و هو جواز بيعها لتعلق حق الغير - و هو الميت - بها.

(٣) لعلّ مقصوده ممّا تقدّم في الدين - مع تبيّنه بكلمة: من - هو قوله في جواب صاحب المقابس رحمته: « لأنّ المستفاد من النصوص و الفتاوى: أن إستيلاء الأمة يُحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقٌ أولى منه بالمراعاة » فراجع (ص ٣١٢).

(٤) يعني: و الغاية مفقودة، لوضوح تقدم الكفن على الإرث، فيجوز بيعها.

(٥) هذه مناقشة المصنف في الوجه الأوّل، و تقدم في (ص ٢٨٥) بقوله: « و العلة المذكورة غير مطردة و لا منعكسة » كما تقدم توضيح وجه عدم الطرد و العكس هناك، فراجع.

«١» وسائل الشريعة، ج ١٣، ص ٤٠٦، الباب ٢٨ من أبواب الوصايا، الحديث ١:

«٢» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٦٠

و أمّا <sup>(١)</sup> بناءً على ما تقدّم <sup>(٢)</sup> من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين - مع أنّ <sup>(٣)</sup> الكفن يتقدّم على الدين - فبيعها له <sup>(٤)</sup> أولى .  
بل اللازم ذلك <sup>(٥)</sup>

(١) معطوف على « بناءً على ما تقدم نظيره في الدين » و هذا ثاني وجهي الجواز، و الفارق بينه و بين الأوّل أنّ مقتضى هذا الوجه أولوية جواز بيعها في الكفن من جوازه في الدين.

توضيحه : أنّ الحقوق المتعلقة بمال الميت - و هي الكفن و الدين و حق أمّ الولد و الإرث - لا تكون في مرتبة واحدة، فالكفن مقدّم على الدين، لأنّه أول ما يبدأ به، و الدّين مقدّم على حق الإستيلاء عند المزاحمة، و هو مقدّم على الإرث. و تقدّم حق الميت - من جهة الكفن - على حق الديان يُنتج وجوبَ صرف أمّ الولد في الكفن.

و بعبارة أخرى : يُقدّم الكفن على الدين مطلقاً و لو كان ثمن رقبتهما، فلو مات المولى و خلف أمّ ولدٍ لم يؤدّ ثمنها، و لم يكن له كفنٌ، بيعت في كفنه بلا إشكال. فلو بيعت و صُرف الثمن في دين المولى من رقبتهما، كان ذلك خلافَ دليل تقديم الكفن على الدين، فتعيّن صرف الثمن في الكفن. و حيث إنّه لا ريب في تقدّم دين ثمن الرقبة على حق الإستيلاء، فبالأولوية يكون الكفن مقدّماً على حق الإستيلاء. و المحاصل : أنّ هذا الوجه الثاني يقتضي جواز بيعها في الكفن مطلقاً بالأولوية، سواء قيل بإختصاص جواز البيع بثمن رقبتهما أم بعمومه لوجوه الدين.

(٢) يعني : في (ص ٣٤٥) حيث قال : « خلافاً للمحكّي عن المبسوط، فجوز البيع حينئذٍ مع إستغراق الدين ، ... الخ ».

(٣) هذا مناط الأولوية ، كما عرفت توضيحه.

(٤) أي : للكفن.

(٥) أي : جواز بيعها ، و هذا هو الوجه الثالث المبني على حصر جواز بيعها في

أيضاً<sup>(١)</sup> بناءً<sup>(٢)</sup> على حصر الجواز في بيعها في ثمنها، بناءً على ما تقدم<sup>(٣)</sup> من أن وجود مقابل<sup>(٤)</sup> الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع<sup>(٥)</sup> عن بيعها،

ثمنها لا مطلق الدين، و محصله إستكشاف الحكم هنا من جواز بيعها في ثمن رقبته. و توضيحه : أنه إذا خلف المولى أم ولد لم يؤد ثمنها، و دنانير تفي بمؤونة التجهيز، يُحكم بصرف المال في الكفن، لما دلّ على كونه أول ما يتعلق بالتركة، و جاز بيعها لأداء ثمنها. و وجوبُ صرف المال في تجهيز الميت يدلّ بالإلتزام على تقدم حق الميت على حق الإستيلاء عند المزامحة و عدم وفاء التركة بهما. فكما يقدم حق الميت على حق الإستيلاء في فرض الدين الخاص - و هو ثمن رقبته - فكذا يقدم في فرض عدم هذا الدين، لإستفادة أقوائية حق الميت من حق الإستيلاء.

فإن قلت : مقتضى هذا الوجه تقدم حق الميت على حق الإستيلاء فيما لو كان هناك دين، ليقال بتقدم حقه على حق الديان، و تقدم حقهم على حق الإستيلاء، و من المعلوم أن هذا التقدم لا يجدي لو لم يكن هناك دين، و دار الأمر بين حق الميت و حق الإستيلاء.

قلت : المقصود تقديم حق الميت على الإستيلاء، و إنما ذكر الدين الخاص - أعني ثمن رقبته - لمجرد طريقيته إلى إستفادة كون حق الميت أعظم من حق الإستيلاء، هذا.

(١) أي : كما جاز بيعها في الكفن لو قيل بجواز بيعها في مطلق وجوه الدين.  
(٢) كما بنينا في الوجه الأول على إختصاص الجواز بدين ثمنها، و هذا المحصر هو مفاد قوله في (ص ٣٤١) : « و أما بيعها في دين آخر ، فإن كان مولاه حياً لم يجز إجماعاً ... و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع ».

(٣) الظاهر أنه إشارة إلى قوله في (ص ٣٢٢) : « و مما ذكرنا يظهر الوجه في إستثناء الكفن و مؤونة التجهيز ... ».

(٤) كما إذا ترك دنانير معدودة يمكن صرفها في كفته و تجهيزه.

(٥) خبر قوله : « ان وجود »، و « الممكن » صفة للمقابل.



فَيُعْلَم<sup>(١)</sup> من ذلك تقدِيمُ الكفنِ على حقِّ الإِسْتِيلَادِ، وِإِلَّا<sup>(٢)</sup> لَصُرِفَ مُقَابِلُهُ فِي ثَمْنِهَا  
وَلَمْ تُبَّعْ.

وَمِنْ ذَلِكَ<sup>(٣)</sup> يَظْهَرُ النَّظَرُ فِيْمَا قِيلَ<sup>(٤)</sup> :

(١) غرضه إستظهار جواز البيع في الكفن بما ذكر : من عدم مانعية دين الثمن من لزوم صرف ما يقابل الكفن فيه، و عدم جواز أداء ثمنها به، فالمشار إليه بـ «ذلك» هو عدم مانعية وجود مقابل الدين عن بيعها في ثمنها.

(٢) أي : و إن لم يكن حق الكفن مقدماً على حق الإِسْتِيلَادِ لجواز صرف تلك الدينانير - المقابلة للكفن - في ثمن رقبته، و عدم بيعها في ثمنها، مع أن ذلك المقابل يُصرف في الكفن، و تباع هي في ثمنها.

و قد تحصّل من كلمات المصنف في هذه الوجوه الثلاثة : أن الأوّل منها ممنوع، لإبتنائه على غاية غير مطردة و لا منعكسة. و الثاني منها - و هو الأولوية - منوط بالإلتزام بجواز بيعها في مطلق الدين. و الثالث منها - كالأوّل - مبني أيضاً على الإختصاص. و سيأتي المناقشة في ما بناه صاحب المقابس على جواز البيع في مطلق الدين.

(٣) مراده بالمشار إليه هو قوله : « بل اللازم ذلك أيضاً » و محصله : عدم توقف جواز بيعها في الكفن على القول بجواز بيعها في مطلق الدين، بل يتجه حتى على إختصاص جواز البيع بثمان رقبته.

(٤) القائل صاحب المقابس رحمته ، قال في الصورة الثالثة ما لفظه : « و القول بجوازه حينئذٍ مع إستيعاب قيمته لقيمتها مأخوذ من القول به في الصورة السابقة مع الإستيعاب، فإن الكفن مقدّم على الدين، كما أنه مقدّم على الإرث، فجوازه في الدين المستوعب يقتضي جوازه في قيمة الكفن المستوعبة بطريق أولى، و العلة مشتركة بينهما »<sup>(١)</sup>.

من أن هذا القول<sup>(١)</sup> مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب. و توضيحه<sup>(٢)</sup> : أنه إذا كان للميت المديون<sup>(٣)</sup> أمّ ولدٍ و مقدار<sup>(٤)</sup> ما يُجهز به ، فقد اجتمع<sup>(٥)</sup> هنا حق الميت، و حق بائع أمّ الولد، و حق أمّ الولد<sup>(٦)</sup>. فإذا ثبت<sup>(٧)</sup>

(١) أي : القول بجواز بيعها في كفه مأخوذ ... الخ.

(٢) أي : توضيح ما ينشأ منه النظر في كلام المقابس أنه ... ، و ملخصه : أن تقدّم حق الكفن على حق الإستيلاء ليس منوطاً بتقدم مطلق الدين الذي قد عرفت كونه محلاً للخلاف، و ذهاب المشهور إلى عدم الجواز، بل تقدمه على حق الإستيلاء منوط بتقدم دين ثمن الرقبة على حق أمّ الولد، فإنّ حقّ البائع المقتضي لجواز بيعها في ثمنها مقدّم على حق أمّ الولد. فإذا كان حق الميت - و هو حق الكفن - مقدّماً على دين الثمن الذي هو مقدّم على حق الإستيلاء، فيقدّم حق الميت على حق الإستيلاء.

و بالجملة : فيقدّم حق الميت على حق أمّ الولد عند الدوران بينهما و إن لم يكن دين، فلا يتوقف تقدم الكفن على الإستيلاء على جواز بيعها في مطلق الدين الذي هو محل الخلاف و الإشكال، فلا وجه لما في المقابس من كون جواز بيعها في كفن مولاهما مأخوذاً من جواز بيعها في مطلق الدين.

(٣) أي : المديون بثمان رقبتهما، لا مطلق الدين، لما تقدم من أن غرض المصنف ترتيب جواز بيعها في الكفن على القدر المتيقن مما يجوز بيعها فيه، و هو ثمنها، لا مطلق الدين.

(٤) كالدنانير المعدودة الوافية بمؤونة التجهيز.

(٥) جواب الشرط في قوله : « إذا كان ».

(٦) و المفروض تراحم هذه الحقوق الثلاثة، لعدم وفاء التركة بها.

(٧) يعني : لا ريب في تقدم هذا الحق الخاص - و هو حق بائعها - على حق

الإستيلاء بالإنعتاق.

عدم سقوط حقّ بائع أمّ الولد، دار<sup>(١)</sup> الأمر بين إهمال حقّ الميِّت بترك الكفن، وإهمال حقّ أمّ الولد ببيعها<sup>(٢)</sup>، فإذا حُكِم<sup>(٣)</sup> بجواز بيع أمّ الولد حينئذٍ<sup>(٤)</sup> - بناءً على ما تقدّم في المسألة السابقة<sup>(٥)</sup> - كان<sup>(٦)</sup> معناه : تقديم حق الميِّت على حقّ أمّ الولد. ولازم ذلك<sup>(٧)</sup> تقديمه عليها مع عدم الدين ، وإحصار<sup>(٨)</sup> الحق في الميِّت وأمّ الولد.

اللهم إلّا أن يقال<sup>(٩)</sup> :

(١) جوابُ « فإذا ثبت » والمراد إهمال حقّي الميِّت وأمّ الولد، و صرفها في ثمنها.

(٢) لأداء ثمنها إلى البائع.

(٣) غرضه من هذه الجملة تقديم حق الميِّت على حقّ البائع، وهو مقدم على حق الأمة.

(٤) أي : حين الدوران بين حقّي الميِّت والإستيلاء.

(٥) من قوله في (ص ٣٢٢) : « و مما ذكرنا يظهر الوجه في إستثناء الكفن

و مؤونة التجهيز ... ». فالمراد بالمسألة السابقة هو المورد الأوّل من موارد القسم الأوّل.

(٦) جوابُ « فإذا حُكِم ».

(٧) أي : و لازم تقديم حق الميِّت على حق الإستيلاء مع الدين هو تقديم حق

الميِّت على حق أمّ الولد إن لم يكن دينٌ، إذ لا فرق في تقديم حق الميِّت بين وجود الدين و عدمه.

(٨) معطوف على « عدم » أي مع إحصار الحق في الميِّت و الأمة.

(٩) هذا إستدراك على قوله : « و لازم ذلك تقديمه عليها » و حاصله : منع

إستفادة تقدم حق الكفن على حق الإستيلاء مطلقاً و لو مع عدم الدين.

و ملخص وجه المنع : أنّ تقديم حق الكفن على حق الإستيلاء في صورة

وجود الدين يكون لأجل تقديم الكفن على الدين ، إذ لو لم يُقدّم على الدين يلزم

لما ثبت بالدليل السابق<sup>١</sup> تقديم دين ثمن أم الولد على حقها، و ثبت بعموم النص<sup>٢</sup> تقديم الكفن على الدين، إقتضى<sup>٣</sup> (\*) الجمع بينهما تخصيص جواز

مخالفة النص الدال صريحاً على تقديم الكفن على الدين. فالجمع بين دليلي تقديم الكفن على الدين، و تقديم الدين مطلقاً - أو خصوص دين الثمن - على حق الإستيلاء، أو جب تقديم حق الكفن على حق الإستيلاء، المتأخر عن الدين. فحق الكفن يُقدّم على حق الإستيلاء في صورة وجود الدين لا مطلقاً.

و عليه فلا يستفاد من تقديم حق الكفن على الدين تقديمه على حق الإستيلاء مطلقاً حتى بدون الدين - كما هو مفروض البحث - ليجوز بيعها في الكفن.

فمع الدوران بين الكفن و الإستيلاء يحتاج تقديم حق الكفن عليه إلى دليل، و بدون الدليل يرجع إلى عموم المنع عن البيع، على ما أسسه المصنف رحمته في بيع أم الولد، أو إلى عمومات جواز البيع على ما إختاره غيره، هذا.

(١) و هو ما دلّ على جواز بيعها في ثمنها، كصحيحة ابن يزيد.

(٢) المراد به النص الدال على أن أوّل ما يبده من مال الميت هو الكفن، لشموله لوجود الدين و عدمه.

(٣) جواب الشرط في « لما ثبت » و تقدم وجه إقتضاء الجمع التخصيص.

(\*) لم يظهر وجه لهذا الجمع بعد كون النسبة بين دليلي بيعها في الثمن و حق الكفن عموماً من وجه، لإتراقهما في بيعها في الثمن مع عدم الحاجة إلى الكفن، إمّا لوجوده، و إمّا لبذل باذل له.

و في الحاجة إلى الكفن مع عدم الدين.

و إجتماعهما في بيعها في الثمن مع الحاجة إلى الكفن، فإن مقتضى دليل جواز البيع في الثمن جوازه فيه، و مقتضى دليل الكفن عدمه، و لا مرجح لأحدهما على الآخر، فيتساقتان، و يرجع إلى قاعدة المنع كما إختارها المصنف، أو إلى عمومات

صرفها في ثمنها بما<sup>(١)</sup> إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه<sup>(٢)</sup> أو لبذل باذلٍ. أو بما<sup>(٣)</sup> إذا كان للميت مقابل الكفن، لأنَّ مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين<sup>(٤)</sup>، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن<sup>(٥)</sup>.  
أما<sup>(٦)</sup> إذا لم يكن هناك دينٌ، و تردّد الأمرُ بين حقّها و حقّ مولاهما الميت،

(١) متعلق بـ « تخصيص » يعني : إختصاص بيعها في ثمنها بعدم الحاجة إليها في الكفن.

(٢) يعني : أن عدم الإحتياج إلى صرف أمّ الولد في الكفن يكون تارةً لأجل أن المولى أعدّ لنفسه كفنًا قبل وفاته، وأخرى لأجل بذل ذلك له.

(٣) معطوف على « بما إذا » أي : إختصاص بيعها في ثمنها بما إذا كان للميت مال بمقدار الكفن، فيشتري به، و لا تُباع أمّ الولد في ثمنها حينئذٍ.

(٤) لكون أول ما يتعلق بالتركة هو حق الكفن - كما تقدم في ( ص ٣٧٥ ) - ثم الدين، ثم الإستيلاء.

(٥) مع صراحة النص في تقديم الكفن على الدين.

(٦) هذا عدلٌ لمحذوف، فكأنه قال : « هذا إذا كان على الميت دين. و أما إذا لم يكن ... الخ » و غرضه - كما تقدم آنفاً - إختصاص تقديم حق الكفن على حقّ الإستيلاء بصورة وجود الدين، حتى يقال : إنَّ المقدم على المقدم على الشيء مقدّم على الشيء. فلو لم يكن هناك دينٌ لم يبقَ مجال لقياس المساواة، و حينئذٍ يتردد الأمر بين الحقين المتزاحمين، و تقديم حق الميت منوط بدليل عليه، و هو ما دلّ على كون الكفن أول ما يبدء به من المال.

صحة البيع كما إختارها غيره.

و لكن يمكن أن يقال : إنَّ بيعها في الكفن عنوان ثانوي، و عنوان « أمّ الولد » بالنسبة إليه عنوان أولي، فيحمل على الإقتضائي، و الأول على الفعلي، فيجوز بيعها في كفن مولاهما من دون تعارضٍ بين حق الإستيلاء و بين حق الكفن كما لا يخفى.

فلا دليل<sup>(١)</sup> على تقديم حق مولاها، ليخصص به<sup>(٢)</sup> قاعدة المنع عن بيع أم الولد، عدا<sup>(٣)</sup> ما يدعى من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت. لكن الظاهر<sup>(٤)</sup> إختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه، و الإستيلاء<sup>(٥)</sup> من ذلك الحق. و لو فرض تعارض المحقّين<sup>(٦)</sup>

لكن الظاهر إختصاص صرف المال في الكفن بما إذا لم يتعلق حق سابق به يمنع من التصرف فيه، و المفروض أن أم الولد قد تشبثت بالحرية في حياة المولى، فلها حق الإنعتاق على ولدها، و من المعلوم أنه لا إطلاق لدليل حق الكفن حتى يثبت به تقديمه على حق الإستيلاء. و لو فرض الإطلاق تعارض دليل حق الكفن و دليل حق الإستيلاء، و بعد تساقطهما يرجع إلى إستصحاب منع التصرف الناقل لها، و سيأتي توضيحه.

(١) جواب الشرط في « أمّا إذا ... ».

(٢) أي : ليخصص - بما دلّ على تقديم حق مولاها - القاعدة الكلية على منع بيع أم الولد.

(٣) إستثناء من قوله : « فلا دليل » و المدعي صاحب المقاسب تتو، لما تقدم في عبارته من إطلاق تقديم الكفن على الدين و الإستيلاء.

(٤) غرضه المناقشة في إطلاق تقديم حق الكفن على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة من الدين و الإستيلاء و الوصية و الإرث.

(٥) يعني : و الإستيلاء حق سابق على الكفن، فيمنع من بيع أم الولد في كفن مولاها.

(٦) أي : تعارض دليل حق الكفن المقتضي لبيع أم الولد فيه، مع دليل حق الإستيلاء المانع عن البيع، فيتساقطان.

و ليس المراد به تراحم المحقّين، إذ لو كان كذلك تعيّن تقديم الأهم إن كان، و إلّا فالتخير، فالتساقط و الرجوع إلى الإستصحاب من أحكام تعارض الدليلين لا تراحم المقتضيين.

فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة<sup>(١)</sup> إلى الكفن، فتأمل<sup>(٢)</sup>.

(١) الظاهر أن المراد بما قبل الحاجة هو زمان الحياة، إذ لو كان المراد به زمان الموت فلا إشكال في إنعاقها، و مجدوث الحاجة إلى الكفن لا تعود رقاً كما هو واضح. و لو كان قبل زمان الموت كما هو الظاهر فلا مجال للإستصحاب، لتبدل الموضوع و هو حياة المولى بموته، فلا يستصحب الحكم الثابت لأمّ الولد في حال حياة المولى.

(٢) لعلّه إشارة إلى ما ذكرناه من تبدل الموضوع.

أو إلى : ما ذكرناه أيضاً من عدم المجال للإستصحاب مع العنوان الثانوي، لكونه دليلاً على إرتفاع فعلية الحكم بالعنوان الأولي.

أو إلى : أن المقام مورد للرجوع إلى عموم صحة البيع، لا إلى إستصحاب حكم الخاص، كما تمسك بالعموم فيما سيأتي في (ص ٤٣٥) عند البحث عن إسلام أمّ الولد عن مولى ذمي.

و تقريب الرجوع إلى العام كما في بيان المحقق الإصفهاني رحمته الله هو: أن عموم حل البيع بمقتضى الإنحلال يتكفل أحكاماً متعددة لأفراد مقدرة الوجود، خرج منها بيع مقيد ببيع أمّ الولد هنا، و حيث إنّ المحلّ غير قابل إلا لفرد واحد منه فلا جرم تكون جميع تروكه مطلوبة، إذ لا ينعدم ما تقوم به المفسدة من الأفراد إلا بترك الكل، فالمطلوب بالمنع عن بيع أمّ الولد جميع تروكه. و الخارج عن تحت عموم صحة البيع جميع الأفراد المفروضة في زمان حياة المولى، و عدم الحاجة إلى الكفن، فتروكها هي المطلوبة.

و أمّا سائر أفراد البيع المفروضة بعد الموت فهي على حالها مشمولة لعموم دليل الصحة، و لا دليل على مطلوبة تركها، إلا أن الفرد المردد خارج، و الترك المردّد مطلوب<sup>(٣)</sup>.

نعم<sup>١١</sup> يمكن أن يقال - نظيراً ما قيل<sup>١٢</sup> في الدين - :

(١) إستدراك على ما أفاده من عدم الدليل على تقديم حق مولاهها، و غرضه الجمع العرفي بين دليلي حق الكفن و حق الإستيلاد، بأولوية المقام مما سبق في مطلق الدين.

و توضيحه : أنه لو كان على مولاهها دينٌ غير ثمنها، و لم يخلف ما يفي بالدين، إنعتقت أمُّ الولد بمقدار نصيب ولدها، و تعلقَ حقُّ الديان بقيمتها لا بعينها، فتحرَّرت بالسرّاية، و تسعى للديان في بقية قيمتها، جمعاً بين ما دلَّ على عدم سقوط حقهم عن التركة، و ما دلَّ على ثبوت حقِّ الإستيلاد. و لما كان حق الديان في قيمتها متأخراً عن حقِّ الميت في كفته، فبالأولوية لا بدَّ من تعلق حق الميت في مؤونة تجهيزه بقيمتها أيضاً و إن لم يحرز تعلقه بعينها.

و الوجه في الأولوية عدمُ إحتمال خصوصيةٍ موجبةٍ لتعلق حق الغرماء بقيمتها حتى يقتصر في وجوب السعي عليها - أو على ولدها - على مورد الدين، و يقال بإنتفاء تلك الخصوصية في حق الميت.

و بهذا الوجه يُجمع بين حقِّ الميت في ماله مقدماً على سائر الحقوق، و بين الحق السابق المانع من التصرف في عينها، و يقال بتعلق مؤونة التجهيز بذمة الولد، في قبال نصيبه من الأمِّ، أو بذمة نفسها، فتسعى و لو بإيجار نفسها، و أخذ الأجرة قبل العمل من جهة رعاية فورية التجهيز و عدم فوت الوقت.

قال في المقابس - بعد الفرق بين الدين و الكفن - : « و على هذا فلو أمكن بإستساعائها تحصيلُ الكفن وقت الحاجة إليه تعيّن العتق، و لم يجز البيع. و كذلك لو قلنا بتقويمها على ولدها »<sup>١٣</sup>.

(٢) كقوله ردّاً على المحقق الشوشري رحمته الله : « بأنَّ المستفاد من ظاهر الأدلة إنعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق، لكن ذلك لا ينافي إشتغال ذمة



من أن الولد يرث<sup>(١)</sup> نصيبه، و ينعتق عليه، و يتعلق بذمته<sup>(٢)</sup> مؤونة التجهيز، أو تستسعي<sup>(٣)</sup> أمه و لو بإيجار نفسها في مدة، و أخذ الأجرة قبل<sup>(٤)</sup> العمل، و صرفها في التجهيز. و المسألة محل إشكال<sup>(٥)</sup>.

و منها<sup>(٦)</sup> : ما إذا جئت على غير مولاها

الولد قهراً بقيمة نصيبه، أو وجوب سعيها في القيمة جمعاً ... « فلاحظ (ص ٣٦٢).

(١) أي : يرث الولد نصيبه من أمه، و ينعتق ذلك النصيب.

(٢) أي : بذمة الولد، كما احتل تعلق حق الديان بقيمة الأم في ذمة ولدها،

لكونها تالفة عليه.

(٣) معطوف على «يتعلق» و تقدم هذا في الدين احتمالاً ثالثاً، فراجع (ص ٣٦٥).

(٤) التقييد بالقبول لكونه وقت الحاجة إلى شراء الكفن قبل القيام بالعمل.

(٥) لعل منشأ الإشكال أن حمل « تعلق حق الميت بالتركة » على تعلقه بذمة

التركة - التي هي أم الولد - لا يخلو من تكلف.

و على هذا فما يتحصّل من كلمات المصنف رحمه الله في هذا المورد قصور مقام

الإثبات، و عدم وفاء الدليل بجواز بيعها في كفن سيدها.

٣- لو جئت على غير مولاها

(٦) معطوف على قوله في (ص ٢٩٦) : « فمن موارد القسم الأوّل » و هذا

مورد ثالث ممّا قيل بإستثنائه من عموم المنع عن بيع أم الولد، و هو ما إذا جئت في

حياة مولاها، فإن كان المجني عليه مولاها فسيأتي في المورد الرابع. و إن كان أجنبياً

فحكمه التخيير.

و الوجه في عدّ جناية أم الولد من موارد تخصيص عموم منع بيعها هو دعوى

عموم منع بيعها - سواء أكان البائع سيدها أو غيره - حتى يتجه الإستثناء بجواز بيعها

بعد إنتقالها قهراً إلى المجني عليه.

و كيف كان فالبحت في هذا المورد في مقامين، أحدهما: في حكم جنائيتها عمداً،

في حياته<sup>(١)</sup>، أمّا بعد موته فلا إشكال في حكمها، لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية، إمّا إلى الحرية الخالصة<sup>(٢)</sup>، أو الرقية الخالصة<sup>(٣)</sup>.  
و حكمُ جنايتها عمداً<sup>(٤)</sup>؛ أنه إن كان في موردٍ ثبت القصاص<sup>(٥)</sup>.

و ثانيهما، في حكمها خطأً.

(١) يعني : أن المقصود بعدُ مورد الجناية من القسم الأوّل - الذي تعلق حق الغير بها - هو وقوع الجناية في حياة المولى، لكونها بسبب الإستيلاء متشبثةً بالحرية، و مولاها ممنوع شرعاً عن بيعها ، فلو جَنّت بعد موت المولى لم تكن متشبثةً بالحرية، بل إمّا صارت حرة خالصةً من نصيب ولدها، فيكون جنايتها جناية الحرة لا المملوك حتى يَسْتَرَق. و إمّا عادت إلى الرقية المحضة إن بيعت بعد موت سيدها في ثمن رقبته، فهي رقٍ قنّ.

(٢) لإنعتاقها بالتقويم على نفسها أو ولدها إن كان دين الميت غير ثمن أمّ الولد.

(٣) كما إذا كان دين المولى ثمن أمّ الولد، فإنها تباع لأدائه، فتكون رقاً خالصةً.

و حكمُ جناية الحرة الخالصة و الرق الخالص واضح.

(٤) يعني : في حال حياة المولى، لأنه مورد البحث و هذا شروع في المقام الأوّل.

ثم إن الجناية إن كانت عمداً - في مورد ثبوت القصاص نفساً أو طرفاً -

فللمجني عليه الخيار بين القصاص نفساً أو طرفاً - على ما تقتضيه الجناية - و بين

إسترقاقها كلاً أو بعضاً على حسب الجناية، فالمقدار الذي يُسْتَرَق منها يصير ملكاً

طلقاً للمسترق، فيبطل حق الإستيلاء و يجوز بيعها.

و إن كانت خطأً فحكمها التخيير بين تسليم الجاني كلاً أو بعضاً على حسب

ما تقتضيه الجناية، و بين فكه - بأقل الأمرين من أرش الجناية و قيمة الجاني على

المشهور، أو الأرش مطلقاً على قول - للمولى، كما سيأتي في (ص ٣٩٧).

(٥) بأن تحققت شروط القصاص، و أمكن ذلك و لم تتعيّن الدية.

فمن الشروط التساوي في الدين، فلو كانت الجناية مسلمةً، و كان المجني عليه

كافراً، لم يقتص منها و تعيّن الدية.

فللمجني عليه القصاص، نفساً<sup>(١)</sup> كان أو طرفاً، و له<sup>(٢)</sup> إسترقاقها كلاً أو بعضاً على حسب جنائتها<sup>(٣)</sup>، فيصير المقدار المسترق منها ملكاً طلقاً<sup>(٤)</sup>.

و منها كون المجني عليه محقون الدم شرعاً.

و منها : العقل. و غيرها مما ذُكر في كتاب القصاص<sup>(٥)</sup>.

و لو تحققت الشرائط و تعذر القصاص تعينت الدية، كما إذا جنت بقطع يد

و لم يكن لها يدٌ أو رجل ليتقص منها.

(١) المراد من ثبوت حق القصاص للمجني عليه - في الجناية على النفس - هو

ثبوته لولي الدم. فحق القصاص للمجني عليه إما هو في الجناية على الطرف

و الجرح.

(٢) معطوف على « فللمجني عليه » و هذا هو تخييره بين القصاص

و الإسترقاق.

(٣) فإن كان أرشُ الجناية مساوياً لقيمة أمّ الولد إسترقها بتمامها، و إن كان

الأرشُ أقل من قيمتها إسترق منها بالنسبة، كما إذا قدر الجرحُ بخمسين ديناراً،

و قيمتها مائة دينار و إمتنع مولاها من دفع المال ، فللمجروح إسترقاقُ نصفها.

قال المحقق في جناية العبد عمداً: « و لو قتل العبدُ حرّاً، قُتل به، و لا يضمن

المولى جنائته، لكن ولي الدم بالخيار بين قتله و إسترقاقه ... و لو جرح حرّاً، كان

للمجروح الإقتصاص منه. فإن طلب الدية فكّه مولاه بأرش الجناية. و لو إمتنع كان

للمجروح إسترقاقه إن أحاطت به الجناية. و إن قصر أرشها كان له أن يسترق منه

بنسبة الجناية من قيمته<sup>(٦)</sup>»

و لو زاد أرشُ الجناية على قيمتها لم يضمنها المولى، لأنه لا يعقل مملوكه.

(٤) فيجوز للمسترقّ معاملة الملك الطلق مع أمّ الولد بأن يبيعه أو يهبها، و هذا

الحكم هو الموجب لعدّ جناية أمّ الولد من موارد جواز بيعها.

«١» شرائع الإسلام . ج ٤ . ص ٢١٦-٢٠٤

«٢» شرائع الإسلام . ج ٤ . ص ٢٠٥

و ربما تخيل بعض<sup>(١)</sup> أنه يمكن أن يقال : إن رقيتها للمجني عليه لا تزيد<sup>(٢)</sup> على رقيتها للمالك الأول، لأنها<sup>(٣)</sup> تنتقل إليه<sup>(٤)</sup> على حسب ما كانت عند الأول. ثم ادعى<sup>(٥)</sup> أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع - خصوصاً صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة - في عدم بيع أم الولد مطلقاً.

و خالف صاحب الجواهر رحمته في صيرورتها ملكاً طلقاً بعد الإسترقاق، كما سيأتي.

(١) و هو صاحب الجواهر ، قال فيه ما نصه : « بل لو قيل إنه للمجني عليه إسترقاقها، أمكن أن يقال : إنها لا تزيد على رقيتها للمالك الأول، لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول »<sup>(١)</sup>.

و حاصل مرامه رحمته : أن ملكية المسترق لأُم الولد لما كانت مترتبة على ملكية المولى المستولد لها و متلقاةً منه، لم ينتقل إلى المجني عليه إلا الملكية على الوجه الثابت لمستولدها. و من المعلوم أن تلك الملكية لم تكن طلقاً، و كذا بعد الإسترقاق، فلا يجوز بيعها للمولى الثاني أيضاً.

و عليه فلا تكون الجناية موجبةً لمجواز بيعها بعد الإسترقاق، بل حال أم الولد بعد الإسترقاق كحالتها قبله.

(٢) خبر قوله : « إن رقيتها » و المراد بعدم الزيادة أن ملكية المسترق تكون على حد ملكية المولى المستولد، و لا يوجب الإسترقاقُ تغييراً في ملكية المسترق من حيث الطلقة و عدم الطلقة.

(٣) أي : لأن أم الولد، و هذا لتعليل لعدم حدوث تغيير في المملوك بالإسترقاق.

(٤) أي : إلى المجني عليه.

(٥) يعني : ادعى البعض و هو صاحب الجواهر رحمته حيث قال فيه : « لا يقال :

إن أم الولد لا يبيعها مولاها أبو الولد ، أمّا إذا فرض إنتقالها إلى غيره لم يكن لعدم

جواز بيعه لها وجه، لعموم تسلط الناس على أموالهم مع عدم المانع بالنسبة إليه. لأننا نقول : يمكن دعوى ظهور الأدلة خصوصاً صحيح ابن يزيد المتقدم في عدم بيع أم الولد مطلقاً»<sup>(١)</sup>.

و مراده بالإطلاق عدم جواز بيعها حتى لغير المولى المستولد لها.  
و المتحصّل من كلام صاحب الجواهر رحمته - في منع بيعها عند المجنيّ عليه -  
أمران :

أحدهما : عدم المقتضي لصيرورة الأمة بالإسترقاق ملكاً طليقاً، و هو الذي أفاده أولاً بقوله : « يمكن أن يقال .. ».

و ثانيهما : وجود المانع عن الملك الطلق، و هو ما نقله المصنف عنه ثانياً بقوله :  
« يمكن أن يُدعى » و محصله : إطلاق الدليل المانع عن بيع أم الولد (\*).  
و ناقش الماتن في كليهما كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(\*) لكنه عدل في كتاب القصاص عما أفاده هنا إلى جواز بيعها بعد الإسرقاق، سواء أكانت الجناية عمداً أو خطأ، مدعياً أنه لا وجه لإستثناء هاتين الصورتين من عموم المنع عن بيعها، لعدم كون البائع سيدها المنهي عن بيعها.

قال رحمته : « نعم إذا إسترقها المجنيّ عليه ملكها ملكاً تاماً، له بيعها، لأنه ليست أم ولد بالنسبة إليه. بل لا يبعد جواز شراء المولى إياها منه، و لا يلحقها حكم الإستيلاء، لأنه ملك جديد بسبب جديد ... الخ »<sup>(٢)</sup>.

و الإعتبار يؤيد جواز البيع أيضاً، فإنّ التخيير بين الإتلاف - الذي هو السلطنة على إعدامها - و بين الإسترقاق يقتضي الرقية المطلقة، فلا مانع من بيعها، فراجع و تأمل.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٩

«٢» المصدر، ج ٤٢، ص ١١٨

والظاهر<sup>(١)</sup> أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل إمتناعه عقلاً، وإلا<sup>(٢)</sup> فهو احتمالٌ مخالف للإجماع والنص الدال على الإسترقاق<sup>(٣)</sup>، الظاهر<sup>(٤)</sup> في صيرورة الجاني رقاً خالصاً.

و ما وجّه (\*) به هذا الإحتمال

(١) هذا إشكال على الأمر الأوّل، و محصله : أن مراد الجواهر بالإمكان إن كان الإحتمال المنطوق في مقام الثبوت - بمعنى عدم كون القول المزبور ممتنعاً عقلاً - فهو و إن كان صحيحاً، لكن مجرد إمكان شيءٍ ثبوتاً لا يُجدي ما لم يقم عليه دليل في مقام الإثبات. و إن كان هو الإحتمال المساق لمساعدة الدليل عليه في مقام الإثبات، فمنعه واضح، لمخالفته للنص و الإجماع المقتضيين لترتب آثار المملوك القنّ على أمّ الولد بسبب جنائتها.

(٢) أي : و إن كان مراده بالإمكان وفاءً للدليل بكون ملكية أمّ الولد للمسترق على حدّ ملكيتها للمستولد، فهو مخالف للإجماع.

(٣) مثل ما في معتبرة زرارة عن أحدهما عليه السلام : « في العبد إذا قتل الحرّ دُفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاؤوا قتلوه، و إن شاؤوا إسترقّوه »<sup>(١)</sup>.

و ظاهر « الإسترقاق » ترتيب أحكام الرق المطلق عليه من جواز نقله إلى الغير ببيع و شبهه. و هذا حكم جناية المملوك مطلقاً سواء أكان أمّ ولد أم غيرها.

(٤) هذا الظهور ناشئ عن إطلاق الإسترقاق، و ليس إنتقالاً إختيارياً حتى يقال : إنّ المجني عليه أو وليّه يتلقّى الملك من مولى الجاني، و لا تزيد ملكيته عن ملكيته، بل هو إنتقال قهري بحكم الشارع.

(\*) قد عرفت عدوله عنه في كتاب القصاص، و لم يذكره هنا إختياراً، بل إحتمالاً.

- من <sup>(١)</sup> أنها تنتقل إلى المجني عليه على حسب ما كانت عند الأول - فيه <sup>(٢)</sup> : أنه ليس في النص إلا الإسترقاق ، و هو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لا إنتقالاً <sup>(٣)</sup> عن المولى الأول إليه حتى يقال : إنه إما كان على النحو الذي كان للمولى الأول <sup>(٤)</sup>.

و الحاصل <sup>(٥)</sup> (\*): أن المستفاد بالضرورة من النص و الفتوى: أن الإستيلاء

(١) بيان للموصول في « ما وجّه » و تقدم بيان التوجيه.

(٢) خبر قوله: « و ما وجّه ».

(٣) معطوف على « الإسترقاق » يعني : ليس في النص إنتقالاً إختيارياً حتى يمكن القول بإنتقالها إلى المجني عليه أو وليّه على النحو الذي كان للمولى الأول.

(٤) من عدم جواز إنتقالها عنه.

(٥) غرضه أن الإسترقاق خارج موضوعاً عن حيز الأدلة المانعة عن بيع أمّ الولد، لأنها تنهى عن بيعها في شأن من شؤون سيدها إما لأداء دين ثمنها أو غيره، و إما للصرف في كفنه. و أمّا الإسترقاق لأجل جنايتها فليس راجعاً إلى شؤون مولاهها، فلا بأس به.

(\* الأولى سوق العبارة هكذا: « و ما إدعاه من ظهور أدلة المنع ... فيه : أن المستفاد » و وجه الأولوية أن المذكور بعد كلمة « و الحاصل » إبطال للمانع الذي أفاده صاحب الجواهر رحمته . و لم يسبق من المصنف ردّه حتى يكون هذا حاصله ، إذ المذكور قبله ناظر إلى منع كلام الجواهر في مرحلة الإقتضاء.

لكن سبق من المصنف مثل ذلك. فقد يذكر مطلباً آخر بقوله: « و الحاصل » و هو غير متحصل من سابقه، كما مرّ في بيع الوقف<sup>(١)</sup>، و سيأتي في خيار الغبن.

يُحدث للأمة حقاً على مستولدها<sup>(١)</sup> يمنع<sup>(٢)</sup> من مباشرة بيعها، و من البيع لغرض عائدٍ إليه، مثل قضاء ديونه و كفته، على خلاف في ذلك<sup>(٣)</sup>.

و حينئذٍ، فإن أراد المسترقُّ بيعها فلا مانع منه، لأنها ليست أمَّ ولدٍ له، و المفروض أن حق الإستيلاء ثابت على مستولدها فقط.

نعم إن أريد بقوله ﷺ: « لا تباع » عدم قابليتها للبيع مطلقاً كما إستظهره في الجواهر من أدلة عدم جواز بيعها - خصوصاً صحيح ابن يزيد - لم يكن حقُّ الإستيلاء مختصاً بالمستولد، بل لا يجوز لمسترقها أيضاً بيعها. لكن هذه الإستفادة في غاية الإشكال.

و قد ظهر مما ذكرنا : أن مقصود المصنف ﷺ من قوله: « و الحاصل » رفع المانع عن صيرورة أمِّ الولد ملكاً طلقاً للمجني عليه بالإسترقاق، بتقريب : أن دليل حق الإستيلاء المانع عن البيع لا يُثبت هذا الحق إلا على مستولدها، دون مَنْ يكون أجنبياً عنها، كمن يسترقتها بالجناية. و بعد قصور دليل حق الإستيلاء عن إثبات الحق على غير المولى المستولد لا مانع من إطلاق الإسترقاق المقتضي لكون أمِّ الولد ملكاً طلقاً للمسترق، هذا.

(١) الأولى إضافة « فقط » إليه، إذ المقصود إختصاص الدليل المانع عن البيع بالسيد.

(٢) نعت لـ « حقاً » فالممنوع هو البيع، سواء أكان البائعُ سيدها، أم كان غيره و لكن عاد نفعُ البيع إلى السيد، كقضاء ديونه بثمانها، بناءً على جواز بيعها في مطلق الدين كما إختاره بعضٌ، و كبيعها في كفن السيد بناءً على جوازها. فإن جاز البيعُ في هذين الموردين فللدليل المخصَّص لعموم المنع.

(٣) أي : في جواز البيع لغرض عائد إلى المستولد، كقضاء ديونه - غير ثمن رقبته - و كفته.

هذا حكم جنائيتها عمداً على غير مولاها.



و إن كانت <sup>(١)</sup> الجناية خطأ ، فالمشهور أنها <sup>(٢)</sup> كغيرها من المالك ،

(١) معطوف على « وحكم جنايتها عمداً » و الأنسب بالسياق أن يقال :  
« وحكمُ جنايتها خطأً » وهذا شروع في المقام الثاني، و حاصله : أنه لا قصاص في  
جناية المملوك خطأً، أم ولدٍ كان أم غيرها . و اختلفوا في حكمها على أقوال ثلاثة :  
الأول : تخيير المولى بين أمرين :

أحدهما : دفعها إلى المجني عليه أو وليه. فإن إستوعبت الجناية قيمة أم الولد  
إسترقها تماماً. و إن لم تستوعبها كان للمجني عليه منها مقداراً يعادل الجناية. فلو كان  
قيمتها مائة دينار، فإن بلغ أرشُ الجناية مائة أو زاد عليها دُفِعَت إلى المجني عليه  
و إسترقها. و إن كان الأرشُ أقلّ من قيمتها، إسترقَ المجنيُّ عليه منها بقدر الجناية.  
ثانيهما : فكُ رقبته ببذل الفداء إلى المجني عليه. و اختلفوا في مقدار الفدية.  
فالمشهور - كما في المقابس <sup>(١)</sup> - أنه أقلّ الأمرين من قيمتها و أرش الجناية، فلو كان  
قيمتها مائة دينار، فإن كان قدرُ الجناية ثمانين ديناراً إقتصر على الأرش. و إن كان  
قدرها مائة و عشرين ديناراً دفع قيمتها - و هي المائة - إلى المجني عليه، و لا شيء  
عليه و لا على أم الولد.

القول الثاني : كون الفداء بأرش الجناية بلغ ما بلغ، نُسب إلى جماعة كالشيخ في  
الخلاف، و غيره.

القول الثالث : أنه يلزم السيدُ أرشُ الجناية، و لا تخيير بين الفداء و دفعها إلى  
المجني عليه، كما عن المبسوط، و سيأتي.

(٢) أي : أن أمّ الولد تكون كسائر المالك في تخيير المولى بين دفعها إلى  
المجني عليه و بين الفداء. قال الشهيد الثاني - بعد حكاية التخيير بين الدفع و الفداء - :  
« و ليس الحكم مختصاً بأمّ الولد ، بل بكلِّ مملوك » <sup>(٢)</sup>.

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٧٩

«٢» مسالك الأفهام ، ج ١٠ ، ص ٥٣١

يتخير<sup>١)</sup> المولى بين دفعها أو دفع<sup>٢)</sup> ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه، و بين<sup>٣)</sup> أن يفديها بأقل<sup>٤)</sup> الأمرين<sup>٥)</sup> على المشهور<sup>٦)</sup>، أو بالأرش، على ما عن الشيخ<sup>٧)</sup> وغيره.

(١) هذا وجهُ الشبه في لفظ « كغيرها ».

(٢) المراد من دفع مقابل الجناية هو إسترقاقها بقدر ما جئت.

(٣) معطوف على « بين دفعها » و هذا عدلُ الدفع و التسليم إلى المجني عليه،

المفروض وجوبه على المولى تخيراً.

(٤) من الأرش و القيمة. فإن كان الأقل هو الأرش، فلا إشكال فيه كما هو

ظاهر. و إن كان هو القيمة، فلكونه بدلاً عن العين، فيقوم مقامها، إذ الجاني لا يجني على أكثر من نفسه، و المولى لا يعقل مملوكه. فلا وجه للزائد عليه.

(٥) يعني : أو يفديها بالأرش تعييناً و إن كان أكثر من القيمة، لأنه الواجب

أولاً بالجناية.

(٦) أعلم أن لشيخ الطائفة أنظاراً ثلاثة في المسألة، فحكم تارةً بالتخير بين

الفداء و تسليمها إلى المجني عليه، فإن إختار السيدُ الفداء كان بالأرش، لا بأقل

الأمرين منه و من قيمتها.

و أخرى بتعين الأرش في رقبته، و تخير المولى بين الفداء و البيع.

و ثالثةً بتعين الأرش على المولى، و عدم تخيره بين الفداء و التسليم للبيع.

و ما أشار إليه المصنف رحمته من التخير بين دفعها إلى المجني عليه و بين الفداء

بخصوص الأرش مذکور في جراح المبسوط في حكم جنایة العبد، قال رحمته : « إذا جنى

العبدُ تعلقُ أرشُ الجنایة برقبته، فإن أراد السيدُ أن يفديه، فبكم يفديه؟ عند قوم بأقل

الأمرين ... و عند آخرين بالخيار بين أن يفديه بأرش الجنایة بالفاً ما بلغ، أو يسلمه

للبيع، لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بذلك القدر أو أكثر. و هذا أظهر في رواياتنا

و عن الخلاف و السرائر و إستيلاء المبسوط<sup>(١)</sup> :

على ما بيّناه «<sup>١</sup>» و نحوه في جنایات الخلاف. و هو ظاهر المحقق رحمته الله «<sup>٢</sup>» .  
 (١) قال في إستيلاء المبسوط : « أمُّ الولد إذا جنت و جب بها أرش، فإنَّ الأرش يتعلّق برقبته بلا خلاف، و هو بالخيار بين أن يفديها أو يبيعهما عندنا. و عندهم على السيد أن يفديها و يخلّصها من الجناية «<sup>٣</sup>» . و نحوه كلام ابن إدريس رحمته الله «<sup>٤</sup>» .  
 و قال في الخلاف - بعد ما نقلَ أنَّ جناية أمِّ الولد على سيدها عند الفقهاء إلاّ أباثور - ما لفظه : « و عندنا أنَّ جنایتها مثل جناية المملوك سواء، على ما مضى فيه من أنَّ السيد بالخيار بين أن يؤدي أرش جنایتها أو يسلمها » .  
 و قال في جناية العبد : « تعلقَ أرش الجناية برقبته. فإنَّ أراد السيد أن يفديه كان بالخيار بين أن يسلمه برقبته أو يفديه بمقدار أرش جنایته «<sup>٥</sup>» أي بالغاً ما بلغ. و الظاهر أنَّ غرض المصنف رحمته الله من بيان كلام الخلاف و السرائر و المبسوط إثبات التنافي بين دعويين :

الأولى : ما في إستيلاء المبسوط و كذا السرائر من نفي الخلاف عمّا نسب إلى المشهور من كون الجناية على رقبة الجانية، و تخيير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه، و بين الفداء بأقلِّ الأمرين من قيمة الأمة و دية الجناية.  
 الثانية : ما إدّعاه من نفي الخلاف - في ديات المبسوط - عن كون جنایتها على السيد إلاّ من أبي ثور القائل بأنَّ جنایتها في ذمتها تتبع بها بعد العتق.

«١» المبسوط ، ج ٧ ، ص ٧ ؛ و الحاكي الشهيد الثاني في المسالك ، ج ١٠ ، ص ٥٣١ و حكاه صاحب المقاس عن نقله عن الشيخ . فلاحظ مقاس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٧٩ . و كذا ما يأتي.

«٢» شرائع الإسلام ، ج ٤ ، ص ٢٠٨

«٣» المبسوط ، ج ٦ ، ص ١٨٧

«٤» السرائر ، ج ٣ ، ص ٢٢

«٥» الخلاف ، ج ٦ ، ص ٤١٩ ، كتاب الجنایات ، المسألة : ٥ . و ص ٢٧١ ، المسألة : ٨٨

أنه<sup>(١)</sup> لا خلاف في أن جنائتها تتعلق برقبته<sup>(٢)</sup>.

لكن عن ديات المبسوط : أن جنائتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور، فإنه جعلها<sup>(٣)</sup> في ذمتها تتبع بها بعد العتق<sup>(٤)</sup>.

فإن المنافة بين هاتين الدعويين ظاهرة، ولذا وجهه في المقابس بأن المراد بنفي الخلاف في ديات المبسوط هو نفي الخلاف بين العامة. ولعله بقرينة إستثناء أبي ثور. (١) الضمير للشأن، والجملة خبر مبتدأ محذوف، وتقديره: «و المنقول عن الخلاف أنه ... الخ».

(٢) الأولى زيادة «و يتخير المالك بين ... الخ» كما ورد في عبارته المنقولة، لئلا يتوهم كون التعلق برقبته قولاً في مقابل التخيير.

(٣) أي : جعل أبو ثور جناية أم الولد في ذمتها، فتنعتق بموت المولى، و تسعى في أرش الجناية.

و الفرق بين تعلق الجناية برقبته و بذمتها هو : أنه على الأول تصير رقبته مستحقة للمجني عليه أو وليه، فيستحق دفعها إليه، إلا أن للمولى فك رقبته بماله إما بأقل الأمرين من الأرش و قيمتها، وإما بخصوص الأرش.

و على الثاني لا يتعلق حق الجناية برقبته، فهي كما كانت قبل الجناية ملك لمولاه و متشبثة بالحرية، و ليس للمجني عليه إسترقاقها، فتحرر بموت المولى، و تكون الجناية ديناً في عهدتها، فيجب عليها أداؤها.

(٤) هذا مضمون كلام المبسوط، و له تنمة ذكرناها في التعليقة. و على كل فهذه العبارة تغاير العبارتين المتقدمتين من جهتين :

إحداها : تعين الأرش و عدم تخيير السيد بين الفداء و تسليم أم الولد إلى المجني عليه. خلافاً لما تقدم عن المشهور - بل ادعي عدم الخلاف فيه - من كون المولى بالخيار.

ثانيتها : أن الأرش هو أقل الأمرين من قدر الجناية و قيمة أم الولد، و هذا

و هو<sup>(١)</sup> مخالف لما في الإستيلاء من المبسوط.

وربما يوجّه<sup>(٢)</sup> بإرادة نفي الخلاف بين العامة، و ربما نُسب إليه الغفلة كما عن المختلف<sup>(٣)</sup>.

و الأظهر<sup>(٤)</sup>: أن المراد بكونها على سيدها عودُ خسارة الجناية

و إن وافق المشهور، لكنه خلاف ما تقدم منه من كون العبرة بأرش الجناية و إن زاد على قيمة أمّ الولد.

(١) أي : كون جنائتها على سيدها مخالفٌ لما في الإستيلاء، كما أنه مخالف لما في الجراح.

(٢) يعني : يوجّه ما في ديات المبسوط بأن المراد نفي الخلاف بين العامة، كما يفصح عنه عبارة الخلاف. و يوجّه ما في إستيلاء المبسوط : بأن المراد نفي الخلاف بين الخاصة، فيرتفع المنافاة بين كلامي المبسوط في الإستيلاء و الديات. ثم إن الموجه هو صاحب المقابس<sup>(١)</sup>.

(٣) كذا في الجواهر أيضاً<sup>(٢)</sup>، و المناسب إلى المختلف هو الشهيد<sup>(٣)</sup> في الدروس. (٤) يعني : أن الأظهر في رفع التنافي - بين ما في ديات المبسوط و بين ما في إستيلاءه - أن يقال : إن المنافاة مبنية على إرادة وجوب الفدية على السيد تعييناً من « كون الجناية على السيد » كما هو ظاهر عبارة ديات المبسوط.

لكن يمكن منع ذلك، و إرادة خسارة المولى و نقصان ماله بسبب الجناية، لأنه إما يدفع نفس الجانية أو غيرها من أمواله و هو الفداء. و على التقديرين يتضرر المولى بسبب الجناية. و هذا المعنى لا ينافي ما في إستيلاء المبسوط و غيره من تعلق

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٧٩

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٨؛ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٤. و لكن لم أظفر في المختلف - في الطبعة الحديثة و الحجرية - بما حكاه الشهيد عنه، و لا بد من مزيد التتبع.

بيع أم الولد - مواضع الاستثناء ..... ٤٠١

على السيد، في مقابل عدم خسارة المولى - لا من عين الجاني<sup>(١)</sup>، و لا من مالٍ آخر<sup>(٢)</sup> - و كونها<sup>(٣)</sup> في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب فدائها.

و على هذا<sup>(٤)</sup> أيضاً<sup>(٥)</sup> يُحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام:

الجنابة برقة الجاني، و تخيير المولى بين دفعها إلى المجني عليه و بين الفداء بمال آخر، هذا (\*).

(١) بأن لا يسلمها للمجني عليه ليسترقها أو يبيعها.

(٢) بأن لا يفديها لا بخصوص الأرش و لا بأقل الأمرين من الأرش و قيمتها.

(٣) معطوف على « عدم الخسارة » و مفسر له، إذ معنى عدم تحمل المولى للخسارة كون الجنابة في ذمة نفسها.

(٤) أي : و على إرادة كون الخسارة على السيد - من ماله المرذد بين الجاني

و بين سائر أمواله - يُحمل ما ورد في رواية مسمع بن عبد الملك من أن جنابة أم الولد في حقوق الناس على سيدها، يعني : أن الأمة لا تتحمل شيئاً مما جنته، و لا شيء في ذمتها أصلاً.

(٥) يعني : كما حُمِلَ كلامُ المبسوط على ذلك، و عدم إرادة وجوب فدائها على السيد.

(\* ) و لكن الظاهر عدم مساعدة عبارة ديات المبسوط على توجيه المصنف،

لأنه قال بعد العبارة التي نقلها المصنف بلا فصل ما لفظه : « فإذا ثبت أن عليه الضمان، فالذي عليه أقل الأمرين من أرش جنابتها أو قيمتها. فإن كان الأرش أقل فليس للمجني عليه أكثر من أرش جنابته. و إن كان الأرش أكثر، فليس عليه إلا القيمة، لأنه هو القدر الذي هو قيمتها »<sup>(١)</sup> فتدبر.

« قال : أمُّ الولد جنائيتها في حقوق الناس على سيِّدها، و ما كان من حقوق الله<sup>(١)</sup> في الحدود<sup>(٢)</sup> فإنَّ ذلك<sup>(٣)</sup> في بدنها<sup>(٤)</sup> »<sup>(١)</sup>.

فمعنى كونها<sup>(٥)</sup> على سيِّدها : أنَّ الأمة بنفسها لا تتحمَّل من الجناية شيئاً (\*).

ومثلها<sup>(٦)</sup> ما أرسل عن عليٍّ عليه السلام : « في المعتق عن دبرٍ هو من الثلث ،

(١) كذا في النسخ، و لكن في الوسائل : زيادة « عزَّ و جلَّ ».

(٢) كشرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرَّمات المستوجبة لحدٍّ أو تعزير.

(٣) يعني : أنَّ ما كان من حقوقه تعالى فهو في بدنها ، و لا يتحمَّل السيد شيئاً عنها.

(٤) كذا في النسخ، و المناسب زيادة « الخبر » إذ للرواية تنمة.

(٥) أي : معنى كون جنائيتها - في حقوق الناس - على سيدها هو أنَّ الأمة بنفسها... الخ.

(٦) أي : و مثل رواية مسمع ما أرسله الصدوق رحمته الله عن أمير المؤمنين عليه السلام ،

و رواه الشيخ مسنداً عنه عليه السلام. و الظاهر إعتقاد المصنف على نقل المقابس<sup>(٢)</sup> ، و إلاَّ

(\* ) لعلَّ تقييد إطلاق جناية المملوك بغير « أمِّ الولد » أولى من التصرف في

ظهور « على سيِّدها » بالحمل على كون الخسارة على السيد، و ذلك لما أفاده

المحققان التقى الشيرازي و الإصفهاني رحمتهما الله ، من مخالفة الحمل المزبور لظاهر المقابلة

بين جنائيتها في حقوقه تعالى و بين جنائيتها في حقوق الناس، و أنَّ الضرر في الأولى

متمحض في بدنها، و في الثانية متمحض على السيد. و لا يصدق تحمل السيد

للخسارة - بقول مطلق - إلاَّ بتعيُّن الغداء في ذمته.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٧٦، الباب ٤٣ من أبواب القصاص في النفس، الحديث : ١

«٢» مقابس الأنوار، ص ٧٩ من كتاب البيع

و ما جنى هو وأم الولد فالمولى ضامن لجنائتهم»<sup>١</sup>.  
و المراد من جميع ذلك<sup>١</sup> : خروج دية الجناية من مال المولى المرّد بين ملكه الجاني<sup>٢</sup> أو ملكٍ آخر.

ففي الوسائل هكذا: «المتعق عن دبر فهو من الثلث، و ما جنى هو و المكاتب ...».  
و طرح صاحبُ المقابس كلتا الروايتين لضعف السيد، و موافقة العامة<sup>٣</sup>.  
و لم يحملهما على ما في المتن.

(١) أي : أن المراد - من كون « أرشها على سيدها » الوارد في الرويتين و كذا في ديات المبسوط - هو تحمل المولى لخسارة جناية أمّ ولده إما بتسليم الأمة إلى المجني عليه، و إمّا بدفع أرش الجناية.

(٢) صفة لـ « ملك » و تذكير الوصف بلحاظ الملك، و إن كانت الجناية من أمّ الولد.

و توجيه ذلك بأنّ دفع الأمة خارجاً ضرر على السيد كالفداء ممنوع بأنّ تسليمها للمجني عليه كما أنّه ضرر على المولى من حيث خروج المال عن ملكه، كذلك ضرر على أمّ الولد من حيث صيرورتها رقاً خالصاً و إنقطاع تشبها بالحرية.  
و يؤيدّه : أنّ الخسارة المالية من حيث نفس أمّ الولد غير ملحوظة، و إلاّ فجنائتها في حقوق الله المنصوص في كونها في بدنها أيضاً خسارة في مال السيد. فيعلم أنّ التقابل بين ضررٍ متوجه إلى السيد في ماله، و ضررٍ متوجه إلى عين الأمة في بدنها.

فالأولى ترك رواية مسمع بإعراض المشهور عن الفتوى بها<sup>٤</sup>.

«١» وسائل الشريعة . ج ١٦ . ص ٧٨ . الباب ٨ من أبواب كتاب التدبير . الحديث : ٢ : الفقيه . ج ٣ . ص ١٢٤ . الحديث : ٣٤٦٨

«٢» مقابس الأنوار . ص ٨٠ من كتاب البيع

«٣» حاشية المحقق التقي على المكاسب . القسم الثاني . ص ٥٤ : حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني . ج ١ . ص ٢٩٠



و كيف كان<sup>١</sup> ، فإطلاقاتُ حكم جنائية مطلق المملوك<sup>٢</sup> سليمةٌ عن  
المخصّص.  
و لا يُعارضها<sup>٣</sup>

(١) يعني : سواء تمّ توجيهُ كلام المبسوط و الروایتين بإرادة تحمّل الخسارة، أم يتم - لوجود القرينة في كلام الشيخ على إرادة تعيّن الأرش، و كذا ظهور الروایتين في ذلك - فالمعول عليه هو إطلاق النصوص المتكفلة لحكم جنائية المملوك، سواء أكان الجاني قنّاً أم أمّ ولد، أم مكاتباً، مثل معتبرة زرارة المتقدمة في (ص ٣٩٣) الواردة في عبد قتل حرّاً، و معتبرة فضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام : « أنه قال في عبدٍ جرح حرّاً، فقال : إن شاء الحرُّ إقتص منه، و إن شاء أخذه إن كانت الجراحة تحيط برقبته، و إن كانت لا تحيط برقبته إفتداه مولاه. فإنّ أبي مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجرّح من العبد بقدر دية جراحه، و الباقي للمولى، يباع العبد، فيأخذ المجرّح حقّه، و يردّ الباقي على المولى<sup>٤</sup> ».

و المحاصل : أنّ ما ذهب إليه المشهور - من التخيير بين دفع المملوك الجاني إلى المجني عليه، و بين التفدية - يستفاد من النصوص الواردة في جنائية المملوك خطأً، بلا فرق بين أصنافه من المدبّر و أمّ الولد و القنّ.

(٢) الشامل لأمّ الولد التي هي محل البحث، يعني : فلا مانع من شمول إطلاقات حكم جنائية مطلق المملوك لأمّ الولد.

(٣) الظاهر أنه تعريض بما في الجواهر من قوله - بعد نقل إستثناء بيعها لو جنت على مولها أو على أجنبي عن الروضة - : « وفيه : أنّ التعارض من وجه، و لا دليل على الترجيح، بل لعلّه للثاني، بإعتبار إقتصار النص و الفتوى على الجواز فيما عرفت. فيتجه حينئذٍ القول في الجنائية الموجبة للمال إلتزام المولى به من غير ثمنها<sup>٥</sup> ».

«١» وسائل الشريعة، ج ١٩، ص ١٥٤، الباب ٨ من أبواب ديات النفس، الحديث : ٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٧٨

## أيضاً<sup>١</sup> إطلاقُ المنع

و حاصله : أنّ إطلاق ما دلّ على منع بيع أمّ الولد معارضٍ بإطلاق ما ورد في جناية المملوك من دفعه للمجني عليه و جواز بيعه. و مورد الإجماع هو جناية أمّ الولد، لأنّ دليل المنع يقتضي عدم بيعها سواء جنت في حياة المولى أم لا، و دليل التخيير بين الفداء و التسليم إلى المجني عليه يقتضي الإسترقاقَ و جوازَ البيع. و لعلّ الترجيح لدليل منع بيعها، لقوة الدلالة الناشئة من إقتصار النص و الفتوى على جواز بيعها في ثمن رقبتها و نحوه.

و عليه فينبغي تقييد إطلاق جناية المملوك، بعدم كونه أمّ ولدٍ. و محصل الجواب : أنّ دفعها إلى المجني عليه خارج عن عموم الدليل المانع عن نقل أمّ الولد عن ملك السيّد إلى غيره، الظاهر في كون المنهي عنه هو النقل الإختياري.

وجه الخروج : أنّ الوارد في نصوص الجناية هو التسليم و التخلية بينها و بين المجني عليه، و من المعلوم أنّ إسترقاقها ليس نقلاً إختيارياً من السيّد حتى تشمله الأدلة المانعة عن بيعها - بعد جعل البيع عنواناً لجميع النواقل الإختيارية - ضرورة أنّ الجناية تتعلق برقبتها، فتملّك المجني عليه لها و إستحقاقه لذلك نشأ عن فعل نفس أمّ الولد بلا وساطة فعل المولى. فحقّ الإستيلاء بطل بفعلها لا بفعل المولى حتى يكون من النقل الإختياري الممنوع.

غاية الأمر أنّ للمولى ولايةً التبديل بالفداء ، كولاية منّ عليه الخمس في دفع حق السادة من غير المال الذي تعلّق به حقهم. فلو لم يُدّ المولى فللمجني عليه إسترقاق الجاني. فليس الإسترقاقُ من سنخ النقل الإختياري المشمول لأدلة المنع. حتى يتحقق موردٌ يتصادق عليه الدليلان و يُدعى تعارضهما.

(١) يعني : كما لا يعارضها نفيُ الخلاف الذي إدّعاه في ديات المبسوط على كون جنائيتها على السيّد، لما عرفت من توجيه الجناية على السيّد بما لا ينافي إطلاقات تخيير المولى بين التسليم و الفداء.

عن بيع أم الولد<sup>(١)</sup>، لأن<sup>(١)</sup> ترك فدائها و التخلية بينها و بين المجني عليه ليس نقلاً لها.

خلفاً<sup>(٢)</sup> للمحكي<sup>(٣)</sup> عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف<sup>(٣) «٢»</sup>: من تعيين الفداء على السيد.  
و لعله<sup>(٤)</sup> للروایتين المؤيدتين بأن إستيلاء المولى هو الذي أبطل

(١) تعليل لنفي المعارضة، و تقدم بيانه آنفاً.

(٢) هذا ليس قولاً رابعاً من شيخ الطائفة رحمته زائداً على ما تقدم من الأقوال الثلاثة، بل هو ما سبق في (ص ٣٩٩) من قوله: «لكن عن ديات المبسوط : أن جنائتها على سيدها بلا خلاف». و ما على السيد قد يُعبر عنه بأرش الجناية كما في ديات المبسوط و الخلاف، و قد يعبر عنه بالفداء كما في جراح المبسوط، و نقلنا كلماته رحمته فلاحظها.

(٣) قال العلامة - بعد نقل عبارات الخلاف و المبسوط و المهذب - : «و الوجه ما قاله في الخلاف، لعموم الأدلة الدالة على أن السيد لا يعقل عبده. و قوله في المبسوط ليس بعيداً من الصواب، لأن المولى بإستيلاءه متع من بيع رقبتهما، فأشبهه ما لو أعتق الجاني عمداً.»

(٤) أي : و لعلّ تعيين الفداء على المولى - و عدم تعلق شيء برقبتهما و لا بذمتها - يكون للروایتين. و إستدلّ بهما في المقابس أيضاً لهذا القول.

أما تقريب دلالة خبر مسمع فهو : أن حرف الإستعلاء في «على سيدها» ظاهر في تحمّل المولى للخسارة و الضرر، فلا يراد منه التكليف المحض. كما يراد ذلك لو كان المتعلق عملاً من الأعمال، مثل آية الحج و سائر الأحكام التكليفية، كقوله

«١» تقدم في أوائل المسألة، فراجع ص ٢٤١، وكذا صحيحة ابن مارد في ص ٢٦٥

«٢» المبسوط، ج ٧، ص ١٦٠؛ المهذب، ج ٢، ص ٤٨٨؛ مختلف الشيعة، ج ٩، ص ٤٥٥، و الحاكي

عنهم صاحب المقابس، ص ٧٩

تعالى: « كتب عليكم كذا » أو « عليك أن تفعل كذا » فالمراد ثبوت مقتضى الجناية على المولى وضعاً، وإشغال ذمته ببديل الجناية، وكون المجني عليه مالكاً للفداء في عهدة السيد.

و عليه فلا شيء في رقة أم الولد ليلزم دفعها إلى المجني عليه، و لا في ذمتها ليلزمها بعد العتق.

و أما تقريب دلالة مرسل الصدوق فهو : ظهور قوله عليه السلام : « فالمولى ضامن » في كون مقتضى الجناية - وأثرها - ثابتاً في ذمة السيد و عهده، كما هو المتعارف من إطلاق الضمان في سائر الموارد، كالأمانات المفروطة فيها، و العارية المضمونة و نحوها. و من المعلوم أن المجني عليه لو كان مستحقاً لنفس الرقة و جاز له إسترقاقها لم يصدق عليه ضمان المولى، كعدم صدقه على إستحقاق دفعها إليه بالأولوية. و المحاصل : أن ظهور الروایتين في كون المتعهد بجبر الجناية من ماله هو المولى مما لا يُنكر. و هذا يعارض النصوص الدالة على كون الجناية في رقتها، و يتخير المولى بين دفعها و بين فدائها.

و يُؤيد الروایتين الوجه الإعتباري المذكور في المبسوط و المختلف، من تطبيق كبرى مسلمة على المقام، و هي : أن عدل الواجب التخييري يصير تعيينياً بالعرض بتعذر سائر الأفراد، كما لو تعذر العتق و صوم شهرين متتابعين في الكفارة. و لا فرق في هذه الكلية بين كون تعذر بعض الأعدال قبل الموجب و بين كونه بعده.

و هذه القاعدة تنطبق على المقام، إذ الجناية توجب أحد الأمرين تخييراً : الدفع و الفداء، و يتعذر الدفع هنا، لأن السيد بالإستيلاء مُنَع شرعاً عن نقل الأمة إلى غيره، سواء أكان بعقد أو بغيره، و المفروض أن تسليمها إلى المجني عليه إخراجاً إختياري، و هو ممنوع. فالإستيلاء كالعتق إتلاف للمحل شرعاً، كما أن قتلها بعدها إتلاف لها حقيقةً، هذا. و سيأتي الجواب عن الإستدلال و التأييد.

أحد<sup>(١)</sup> طرفي التخيير ، فتعيّن الآخر<sup>(٢)</sup> ، بناءً<sup>(٣)</sup> على أنه لا فرق بين إبطال أحد طرفي التخيير بعد الجناية، كما لو قتل أو باع عبده الجاني<sup>(٤)</sup> و بين إبطاله قبلها<sup>(٥)</sup> ، كالإستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الإنتقال فيها<sup>(٦)</sup> .

و قد عرفت<sup>(٧)</sup> معنى الروايتين، و المؤيد مُصادرة<sup>(٨)</sup> لا يبطل به<sup>(٩)</sup> إطلاقُ

النصوص.

---

(١) و هو الدفع إلى المجني عليه بناءً على كونه من النقل الإختياري الممنوع.

(٢) بمقتضى القاعدة المسلّمة من صيرورة الواجب التخييري بالذات تعيينياً

بالعرض.

(٣) قيد لـ « للتأييد » يعني : أنّ التأييد بالكبرى الكلية مبني على عدم الفرق

في تعيينية الفرد الباقي بين التعذر السابق على الموجب و اللاحق له.

(٤) فلو قتل المولى عبده الجاني أو باعه لم يبقَ موضوع للدفع إلى المجني عليه،

و يتعيّن الأرش.

(٥) أي : إبطال أحد طرفي التخيير قبل الجناية.

(٦) أي : في أمّ الولد.

(٧) هذا جواب إستدلال المبسوط و المهذب و المختلف، و مقصوده من « معنى

الروايتين » هو الحمل المتقدم بقوله : « و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من

مال المولى ... ».

قال في المقابس : « و يمكن الحمل على أنّ للمولى الفداء كما في الدروس، أو :

على أنّ الحق متعلق بالمولى، سواء كان بالفداء أو بدفع أمّ الولد. لأنها ماله »<sup>(١٠)</sup>.

(٨) لأنّ مانعية الإستيلاء من الإسترقاق الذي ليس من النقل الإختياري أوّلُ

الكلام، بل عرفت أنّها أدلة المنع عن النقل لا تشملها أصلاً.

(٩) أي : بالمؤيد .

ومنها<sup>١</sup> : ما إذا جنت على مولاها بما<sup>٢</sup> يوجب صحة إسترقاقها لو كان

#### ٤- جنابتها على مولاها

(١) معطوف على قوله في (ص ٢٩٦) : « فمن موارد القسم الأول » أي : و من مواضع الإستثناء عن عموم منع بيع أم الولد، هو جنابتها على مولاها. و البحث كما في سابقه في مقامين، أحدهما جنابتها عليه عمداً، و الآخر خطأً.

و لعلّ أوّل من إستثنى هذه الصورة هو الفاضل المقداد مقيداً بما إذا كانت الجناية محيطّة بقيمتها، قال رحمته : « الرابع أن تجني جناية تستغرق قيمتها »<sup>١</sup> بناءً على إطلاق المجني عليه لما إذا كان مولاها أو أجنبياً، كما فهمه المحقق و الشهيد الثانيان من قول بعض<sup>٢</sup> . و الظاهر أن مرادها من البعض هو الفاضل السيوري، و إلّا فالشهيد رحمته عدّ في اللمعة « جنابتها على غير مولاها »<sup>٣</sup> من مواضع الإستثناء، و لم يتعرض لجنابتها على مولاها، فراجع.

و المقصود أن أصل إستثناء هذا المورد عن عموم المنع أوّل الكلام، فإن تمّ إطلاق كلام السيوري رحمته فهو ، و إلّا فهذا مجرد فرض لا قائل به، و لا ريب في مخالفته للمشهور. و سيأتي توجيه الجواز في هذا المورد بوجوه.

و كيف كان فحكم جنابتها على سيدها عمداً هو جواز الإقتصاص منها، لا التخيير بينه و بين الإسترقاق، لأن الرقية حاصلة قبل الجناية، و إسترقاقها مرةً أخرى بسبب الجناية تحصيل للحاصل، و هو محال.

(٢) هذا القيد إمّا ناظر إلى وجود شرط الإسترقاق بأن كان مولاها مسلماً لا كافراً، بحيث لو كان المجني عليه غيره لاسترقاقها ، و إمّا إلى كون الجناية محيطّة

«١» كثر العرفان ، ج ٢، ص ١٢٩

«٢» جامع المقاصد ، ج ٤، ص ٩٨ : الروضة البهية ، ج ٣، ص ٢٦٠

«٣» اللمعة ، ص ٩٤

المجني عليه غير المولى، فهل تعود ملكاً طلقاً<sup>١١</sup> بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها - كما هو المحكي في الروضة<sup>١٢</sup> عن بعض، و عدّها<sup>١٣</sup> السيوري من صور الجواز - أم لا<sup>١٤</sup>؟ كما هو المشهور، إذ<sup>١٥</sup> لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الإقتصاص<sup>١٦</sup> منها، و أما الإسترقاق<sup>١٧</sup> فهو تحصيل الحاصل.

بقيمتها كما تقدم عن كثر العرفان، و أخذَه المحقق صاحب المقابس في عنوان الصورة الخامسة<sup>١٨</sup>، و الأقرب بسياق الكلام هو الإحتمال الأول.

(١) بأن يكون أثر الجناية زوال مانعية الإستيلاء عن النقل، و صيرورتها ملكاً طلقاً.

(٢) قال الشهيد الثاني رحمته فيها: «و زاد بعضهم مواضع أخر... و ثالث عشرها: إذا جنت على مولاها جناية تستغرق قيمتها... و رابع عشرها إذا قتلته خطأ».

(٣) أي: و عدّ الفاضل المقداد جناية أمّ الولد على مولاها - بمقتضى إطلاق كلامه - من صور الجواز.

(٤) معطوف على قوله: «فهل تعود ملكاً طلقاً».

(٥) تعليل لفتوى المشهور بعدم جواز التصرف الناقل في أمّ الولد، و محصله: أن التخيير الثابت - في جنايتها العمدية على الأجنبي - بين الإقتصاص و الإسترقاق، غير جارٍ في الجناية على سيدها، لتعذر الإسترقاق من جهة حصوله قبل الجناية، فيتعين عدله لو أراد هو أو وليه الأخذ بحقه و عدم العفو عنها.

(٦) يعني: دون جواز البيع المترتب على الإسترقاق لو كان المجني عليه أجنبياً.

(٧) و هو أحد العديلين فيما لو كانت الجناية على الأجنبي، فالإسترقاق ممتنع هنا، لكونه تحصيلاً للحاصل.

و ما يقال في توجيهه<sup>(١)</sup> من: « أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجناية الإسترقاقَ أمكن أن يتحقق للمولى أثرٌ جديد، و هو إستقلال جديد في التصرف فيها<sup>(٢)</sup>. مضافاً<sup>(٣)</sup> إلى: أن إسترقاقها لترك القصاص

(١) أي: في توجيه الإسترقاق. و الموجه للإسترقاق بوجوه ثلاثة هو المحقق الشوشتري رحمته الله هذا أولها. قال في المقابس: « أو أنها - أي الجناية - لما كانت مقتضية لصيرورتها ملكاً طلقاً للمجنى عليه أو وليه، و كان الملكية موجودةً قبلها، فلا يمكن حصولها، و إلا لزم تحصيل الحاصل، فأثرت حينئذٍ في حصول وصفها، و هو تماميتها و صيرورتها طلقاً، فيصح البيع حينئذٍ<sup>(١)</sup> ».

و محصله: ما أفاده في المتن من أن الإسترقاق الذي هو من موجبات الملكية و إن إمتنع تأثيره هنا في نفس الملكية، لحصولها، لكن لا مانع من تأثيره في وصفها و هو الطلقة. فالإسترقاق يوجب إرتفاع المانع عن بيعها كما ذهب إليه الفاضل المقداد رحمته الله خلافاً للمشهور.

(٢) لتلا يلزم إلغاء تأثير الجناية رأساً.

(٣) هذا هو الوجه الثاني من وجوه جواز البيع، قال في المقابس: « مضافاً إلى تنزيل ذلك - أي إسترقاقها - منزلةً يبيعها في ثمنها و فك رقبته<sup>(٢)</sup> ».

توضيحه: أنه قيس الإسترقاقُ بالبيع في الثمن، فكما يجوز بيعها لفك رقبته عن الثمن، فكذلك يجوز إسترقاقها لفكها عن القصاص، فتدبر.

و بعبارة أخرى: أن الإمام عليه السلام باع أم الولد لأجل فك رقبته من دين ثمنها. و هذا فك لرقبته صورياً لا حقيقياً، لصيرورتها بالبيع مملوكة لمولى ثالث غير البائع و غير المستولد المديون. فجواز فك رقبته المرهونة بثمنها يبيعها ليس بأعظم من فك رقبته - من القتل قصاصاً - بإسترقاقها، فلا بد من جوازه.



كفكاك<sup>١</sup>) رقابهنّ الذي أنيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة. مضافاً إلى<sup>٢</sup>) : « أنّ المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانيَ عمداً » فمندفع<sup>٣</sup>) بما لا يخفى.

و عبارة المصنف لا تخلو عن سوء التأدية، و حقّها أن تكون هكذا : « مضافاً إلى أنّ إسترقاقها لفكها عن القصاص كيبيعها لفكّ رقبته عن الثمن » كما لا يخفى. (١) يعني : يكون الإسترقاقُ نظير بيع أمّ الولد في فكّ رقبته عن الثمن الذي يكون على المولى، كما سبق في أول موارد الإستثناء، فراجع (ص ٢٩٦).

(٢) هذا هو الوجه الثالث، قال في المقابس : « و إلى : أنه إذا قتلت مولاها عمداً لا تستوجب التخفيف عليها بالإعتاق، بل ينبغي المعاملة معها على عكس مرادها. كما إتفق نظير ذلك في بعض الموارد، كطلاق المريض<sup>٤</sup> ».

و محصله : أنّ منع السيد عن التصرفات الناقلة تخفيفاً بالنسبة إلى أمّ الولد، و التخفيفُ لا يناسب الجناية العمدية، بل المناسب لها التشديد عليها بجواز تلك التصرفات. فمعنى إسترقاقها حينئذٍ إزالة تشبثها بالحرية، و جعلها رقاً طلقاً كسائر المماليك.

(٣) خبر قوله : « و ما يقال » و « الفاء » لتضمن الموصول معنى الشرط. و غرضه عدم العبرة بالإستحسان و القياس و نحوهما من الوجوه الإعتبارية التي لا ترجع إلى محصل، و لذا لم يعتمد صاحب المقابس عليها، و قال : « و الحقّ ما ذهب إليه معظم الأصحاب من أنّها لا تباع لذلك، و إنّما يجوز القصاص منها في العمد، و قد نصّ الشيخ و غيره على ذلك في الرهن، لإطلاق الأخبار المانعة عن بيعها مطلقاً أو فيما عدا ما استثنى فيها، و ليس ما نحن فيه من ذلك<sup>٥</sup> ».

ثم ردّ الوجوه بقوله : « و ما ذكرناه للقول الآخر فمدفوع بمنع سببية الجناية

للتملك ... الخ « فراجع »<sup>١</sup>.

و توضيح إندفاع الوجوه هو :

أما الأول فلما فيه من : أن الإسترقاق يوجب حدوث الملك في محل قابل له ، و بعد حدوثه يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة عليه من جواز التصرفات الخارجية و الإعتبارية إن لم يكن مانع يمنعها . و أما إذا لم يكن المحل قابلاً له - لوجوده قبل الجناية - فلا مورد و لا وجه للإسترقاق .

و حديث « تأثير الأسباب الشرعية بقدر الإمكان » أجنبني عن المقام ، فإنَّ موردَه هو الآثار العرضية التي تكون من قبيل المعلولات لعلة واحدة ، كإتلاف مال الغير الذي هو سبب لأثرين شرعيتين عرضيتين ، أحدهما تكليفي ، و هو وجوب أداء بدله ، و الآخر وضعي ، و هو إشتغال ذمته ببذله . فإذا كان هناك مانع عن الحكم التكليفي - كما لو كان المتلف صبيّاً مميّزاً - أثر في الضمان فقط .

و من المعلوم أنَّ المقام ليس كذلك ، لأنَّ الإسترقاق سبب للملكية ، و هي موضوع لآثار شرعية لا تترتب إلا بعد حدوثها بموجبها أعني به الإسترقاق ، فإنَّ لم يكن المحل قابلاً لحدوث الملكية فيه - كما نحن فيه - لم يترتب شيءٌ من الآثار المترتبة على الملكية المسببة عن الإسترقاق ، فلا معنى للإسترقاق هنا .

و أما الوجه الثاني فقد دفعه صاحبُ المقابس بقوله : « و التزليلُ منزلة الثمن لا دليل عليه »<sup>٢</sup> . و توضيحه : أنَّ المولى - قبل الجناية - ممنوع من التصرفات الناقلة ، و تبدل هذا المنع بالجواز لا دليل عليه إلا ما دلَّ على جواز إسترقاق المملوك الجاني ، و المفروض إستحالتَه هنا ، لعدم معقولية حصول ملك جديد بسبب الجناية حتى يتغير موضوع منع التصرف ، و يتبدل بموضوع آخر يستقل المالكُ بالتصرف في ماله ، هذا .

و يمكن أن يكون نظر المصنف في دفع الوجه الثاني إلى أمرٍ آخر غير ما في المقابس، و هو : منع مقايسة فكاك الرقبة من القصاص بفكها من الثمن، و ذلك لأن جواز بيعها في ثمنها مع فرض إفسار المولى منحصر في بيعها. بخلاف فكاك رقبتها من القصاص، لعدم تعيينه على المجني عليه، لإمكان العفو.

و لو سُلِّم، أمكن منع القياس بعدم جامع بينهما، إذ ليس في البيع فكاً، بل تبديل إضافة الملكية. بخلاف الإسترقاق، فإنه فكٌ لها عن الجناية. و لم يُستكشف مناط قطعي في البيع ليتعدى منه إلى الإسترقاق.

و أما الوجه الثالث، فقد دفعه في المقابس أيضاً بقوله : « و قتلها عمداً لمولاهما يقتضي القصاص منها و إن عتقت لحقّ ولدها ، فعفو أولياء المولى عنها بإختيارهم لا يقتضي تسبب القتل للتخفيف، و هو ظاهر »<sup>١١</sup>.

و حاصله : أن جنائتها العمدية غير مقتضية للتخفيف حتى يقال بعدم مناسبة العمد للتخفيف على الجاني، بل تقتضي التشديد و التقليل عليها بالإقتصاص منها، و هذا الحق باقٍ للمولى، أو لولي الدم، و إستيفاؤه جائز. فلو عفوا بإختيارهم فهو و إن كان تخفيفاً عليها، لكنه ليس مما يقتضيه القتل، فلمولاهما الإمساكُ عليها و أن لا يُعرضها لشيءٍ من النواقل. هذا.

مضافاً إلى : أنه من العلة المستنبطة التي لا يعلم دوران الحكم الشرعي مدارها، فهو مجرد إستحسان لا يعتدّ به في الأحكام الشرعية، فإنّ العقول قاصرة عن إدراك ملاكاتها، و لا سبيل إلى معرفتها إلاّ ببيان المعصوم صلوات الله عليه.

فتلخص : عدم الوجه في الإسترقاق أصلاً، فلا موجب لجواز بيعها جزماً. فما عن المشهور من عدم جواز بيعها هو الأقوى، و الله العالم بأحكامه.

و أمّا الجناية<sup>(١)</sup> على مولاها خطأ، فلا إشكال في أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى. و روى الشيخ - في الموتق<sup>(٢)</sup> - عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام، قال: «أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لا سعاية عليها»<sup>(٣)</sup>.

و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر عن أبيه صلوات الله و سلامه عليهما: «أن أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لا سبيل عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به»<sup>(٤)</sup>.

(١) هذا شروع في المقام الثاني، و هو حكم جنائتها خطأ على مولاها، فلا يجوز نقلها عن ملكه، لعدم إستحقاق السيد على ماله مالا، فتحرّر من نصيب ولدها، و لا يجب عليها أن تسعى في دية الجناية.

و يدل عليه موتق غياث بن إبراهيم و خبر وهب بن وهب. نعم يعارضهما ما ورد في خبر حماد بن عيسى من وجوب السعي عليها لو قتلت مولاها خطأ، و سيأتي في المتن الإشارة إلى الجمع بينه و بين موتق غياث ببعض الوجوه.

(٢) و عبّر عنه صاحب المقابس تذوق بالقوي<sup>(٣)</sup>، و رجال السند ثقات، إلاّ طلحة بن زيد، و لعلّ اختلاف التعبير لأجل ما يستفاد من كلام شيخ الطائفة في شأن الرجل: «و هو عامي المذهب، إلاّ أن كتابه معتمد»<sup>(٤)</sup>، و رواية كامل الزيارة

«١» تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٠٠، الحديث: ٧٩١، عنه في الوسائل، ج ١٩، ص ١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث: ٢، و لفظ الحديث - المذكور في المتن - يختلف عما في التهذيب و وسائل الشيعة ببعض الكلمات، و بتقديم و تأخير في بعضها الآخر

«٢» المصدر، الحديث: ٧٩٢ في التهذيب، و في الوسائل، الحديث: ٣، و رواه الصدوق في الفقيه، ج ٤،

ص ١٦٢، الحديث: ٥٣٦٧

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨٠

«٤» الفهرست، ص ١١٢ (طبعة النجف الأشرف)

و عن الشيخ عن حماد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إذا قتلت أمَّ الولد مولاها سعت في قيمتها»<sup>(١)</sup>.

و يمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها<sup>(١)</sup>.  
و عن الشيخ<sup>(٢)</sup> في التهذيب و الإستبصار

و تفسير القمي عنه، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(١) كما في المقابس أيضاً<sup>(٣)</sup>، يعني: أن مورد وجوب السعي عليها قصور نصيب ولدها منها - أو من مجموع التركة - عن قيمتها، مع فرض عدم إنحصار الوارث في ولدها.

و المراد بنفي السعاية في موثق غياث هو عدم وجوبها عليها من حيث القتل. و لا منافاة حينئذ بين عدم السعي عليها من حيث قتل المولى خطأ، و بين وجوبه عليها من حيث قصور نصيب ولدها.

قال في المقابس: «و الظاهر أن بناء الرواية - أي موثقة غياث - على وفاء نصيبه بقيمتها، و لذلك حكم بحريتها مطلقاً، فصح نفي السعاية مطلقاً»<sup>(٤)</sup>.

(٢) قال في محكي التهذيب بعد ذكر هذين الخبرين ما لفظه: «و لا ينافي هذين الخبرين ما رواه محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله عن الحسن بن علي عن حماد بن عيسى عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: إذا قتلت أمَّ الولد سيدها خطأ سعت في قيمتها، لأنَّ هذا الخبر نَحْمَلُهُ عَلَى أَنَّهَا إِذَا قَتَلَتْهُ شَبَهَ الْعَمْدَ، لِأَنَّ مَنْ يَقْتُلُ كَذَلِكَ تَلْزَمُهُ الْدِيَّةُ إِنْ كَانَ حُرّاً فِي مَالِهِ خَاصَّةً، وَ إِنْ كَانَ مَعْتَقاً لَا مَوْلَى لَهُ إِسْتَسْعَى فِي الدِّيَّةِ

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديّات النفس، الحديث: ١؛ تهذيب الأحكام،

ج ١٠، ص ٢٠٠، الحديث: ٧٩٣

«٢» معجم رجال الحديث، ج ١٠، ص ١٦٩

«٣» «٤» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨٠

الجمعُ بينهما بغير ذلك<sup>١١</sup>، فراجع.  
ومنها<sup>١٢</sup>: ما إذا جنى

حسب ما تضمنه الخبر. وأما الخطأ المحض، فإنه يلزم المولى، فإن لم يكن له مولى كان على بيت المال حسب ما قدّمناه<sup>١٣</sup>.

و الفرق بين الحملين واضح، فإن المصنف رحمته حمل الخبر على السعي في بقية قيمتها التي لا بدّ من دفعها إلى الوارث، لإنعاقها. والشيخ رحمته حمّله على السعي في الدية. والحمل الأوّل أقرب بل هو الظاهر، إذ المتبادر من القيمة هو المالية المساوية لقيمة أمّ الولد، لا الدية التي هي أرش الجناية، وبدل مافات بالجناية. هذا. وفي الإستبصار حمّله على صورة موت الولد، وكون السعي على وجه الجواز، وحمل خبري غيات و هب على كون ولدها باقياً بعد المولى و إنعاقها من نصيب ولدها<sup>١٤</sup>.

(١) المشار إليه هو: حمل رواية حماد على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها.

هذا ما يتعلق بالموارد الرابع، وقد تمّ الكلام في ما لو جنت أم الولد، و سيأتي البحث فيما لو جنّى عليها.

## ٥ - جناية الحرّ على أمّ الولد بما فيه ديتها

(٢) معطوف أيضاً على قوله: « فمن موارد القسم الأوّل »، و لعلّ أوّل مَنْ احتمل كونه من موارد الإستثناء صاحبُ المقابِس<sup>١٥</sup> من جهة احتمال عدم الفرق في

«١» تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٠٠

«٢» الإستبصار، ج ٤، ص ٢٧٦، باب أم الولد تقتل سيدها خطأ

«٣» مقابِس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨١

حُرُّ عليها<sup>١</sup> بما فيه ديتها، فإنها<sup>٢</sup> لو لم تكن مستولدةً كان للمولى التخيير بين

المملوك الذي جنى عليه حُرُّ بين أمِّ الولد وغيرها. من تخيير المولى - في الجناية المحيطة بقيمة المملوك - بين الإمساك ولا شيء له، وبين دفعه إلى الجاني وأخذ قيمته، قال المحقق رحمته الله: «فإذا جنى الحرُّ على العبد بما فيه ديتَه، فمولاه بالخيار بين إمساكه ولا شيء له، وبين دفعه وأخذ قيمته»<sup>١</sup>.

وإستدل له في المسالك بقوله: «لثلاً يجمع بين العوض والمعوض، ولرواية أبي مريم عن أبي جعفر رحمته الله، قال: قضى أمير المؤمنين رحمته الله في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته: أنه يؤدِّي إلى مولاه قيمة العبد، ويأخذ العبد»<sup>٢</sup>.

وإدعى في الجواهر الإجماع بقسميه على الحكم، وجعله المحجة بعد خبر أبي مريم المنجبر ضعفه بالعمل، وجعل قاعدة «عدم الجمع بين العوض والمعوض» مؤيداً له<sup>٣</sup>.

وإقتصر في المقابس على بيان احتمالين في المسألة، وأضاف المصنف احتمالاً ثالثاً، وردّه.

وكيف كان، فعُدَّ هذا المورد من موارد الإستثناء مبني على الإحتمال الأوّل، وهو نقلها إلى الجاني بعد دفع قيمتها إلى السيد.

(١) أي: على الأمة، ليصحَّ جعلها مقسماً لما إذا كانت مستولدةً وغير مستولدة.

(٢) أي: فإن الأمة - كسائر المالك عدا أمِّ الولد - يتخير مولاهما بين الإمساك

والدفع إلى الجاني.

«١» شرائع الإسلام، ج ٤، ص ٢٠٨.

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٥، ص ١٣٠.

«٣» جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٢٧.

دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها<sup>(١)</sup>، و بين إمسакها، و لا شيء له، لثلاً يلزم الجمعُ بين العوض و المَوْض. ففي المستولدة يحتمل ذلك<sup>(٢)</sup>، و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذُ القيمة<sup>(٣)</sup>، ليلزم منه إستحقاق الجاني للرقبة. و أمّا إحتمال<sup>(٤)</sup> منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه.

(١) المراد بالقيمة هنا ديتها، و التعبير بالقيمة من جهة أن دية المملوك لا تزيد على قيمته شرعاً.

(٢) أي : يحتمل تخييرُ المولى بين الدفع و الإمساك، و منشأُ هذا الإحتمال إطلاقُ أدلة الجناية. و لا ينافيه حقُّ الإستيلاء، لأنه مانع عن النقل الإختياري، لا القهري الشرعي، فلا تعارض بين دليل المنع عن نقل أمّ الولد، و بين دليل هذه المعاوضة القهرية، بعد ضمّ قاعدة « عدم جواز الجمع بين العوض و الم عوض » إليه كما لا يخفى.

(٣) لكون النقل حينئذٍ إختيارياً، و المفروض منع المولى عنه بسبب الإستيلاء. فمرجع هذا الإحتمال إلى تعيّن الإمساك الذي هو عدلُ دفعها و أخذِ قيمتها في الإحتمال الأوّل.

(٤) هذا إحتمال ثالث، و محصله : التفكيك بين أخذ الدية من الجاني و بين دفع الأمة إليه، بجواز الأوّل و منع الثاني، نظراً إلى أن المنوع شرعاً هو إنتقال أمّ الولد عن ملك المستولد لها، دون أخذ الدية.

و يمكن أن يكون وجهه الجمع بين دليل الجناية و بين حق الإستيلاء المانع عن إنتقالها عن ملك مستولدها. و لا يلزم الجمع بين العوض و الم عوض، لعدم كون الجنائيات من باب المعاوضات، بل من باب الغرامات.

مضافاً إلى : أن الدية ليست عوضاً عن أمّ الولد، بل عمّات عنها بالجناية كما لا يخفى.



فلا وجه<sup>(١)</sup> له، لأن الإستيلاذ يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها<sup>(٢)</sup>، لا<sup>(٣)</sup> عن أخذ المعوض بعد إعطاء العوض<sup>(٤)</sup> [ لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض ]

ثم إن هذا الإحتمال الثالث ليس ملازماً للإحتمال الثاني، وهو وجوب الإمساك تعييناً، وعدم جواز أخذ القيمة من الجاني كما في بعض المحاشي<sup>(٥)</sup>، فلاحظ وتأمل.

(١) جواب الشرط في « و أما إحتمال » و دفع له، و حاصله : أن الإستيلاذ يوجب منع المولى عن نقلها. و عليه فإن كان الممنوع مطلقاً إنتقالها عن ملك السيد إلى غيره، تم الإحتمال المزبور، لكون أخذ الدية من الجاني مستلزماً لإنتقالها إليه، فيتجه التفكيك بين جواز أخذ القيمة منه، و منع دفع المجني عليها إليه.

و إن كان الممنوع خصوصاً النقل الإختياري، لم يتجه التفكيك المزبور، و ذلك لأن تملك الجاني لرقبتها بعوض قيمتها ليس من نقل المولى المستولد لها ليكون منهياً عنه. و حينئذ فإما أن يكون أخذ الدية من الجاني ممنوعاً مطلقاً، و إما أن لا يكون أخذ أم الولد كأخذ الدية ممنوعاً.

و الحاصل : أن أخذ الدية من الجاني إن كان من باب تدارك مافات بسبب الجناية فالتعین هو الإحتمال الأول. و إن كان من باب المعاوضة على الرقبة فالتعین هو الثاني، و لا يبقى مجال للإحتمال الثالث، هذا.

(٢) مما يوجب خروجها عن ملك السيد كالهبة و الصلح.

(٣) عاطفة، يعني : فلا يمنع الإستيلاذ عن المعاوضة القهرية - التي حكّم بها الشارع - بأخذ أم الولد بإزاء عوضها و هو ديتها.

(٤) كذا في نسختنا، و بناءً على بعض النسخ المصححة تكون أم الولد عوضاً

بمحكم<sup>(١)</sup> الشرع (\*).

و المسألة من أصلها موضع إشكال<sup>(٢)</sup>، لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوّض، لأنّ الدية عوضٌ شرعيٌّ عمّات بالجناية، لا عن رقبة العبد. و تمام الكلام في محلّه.

و الدية معوّضاً. و لا بأس، لانّ تصاف كلا المالين بالعوضية في مبادلتها.

(١) متعلق بـ «أخذ» يعني: يكون الأخذ مستنداً إلى حكم الشارع.

(٢) كذا في المقابس أيضاً. و غرضهما توكيد التأمل في كبرى المسألة المعنونة في

باب القصاص، و لا إختصاص للإشكال بالجناية على أمّ الولد.

و وجه التأمل: الخدشة في الإستدلال عليه بمحذور الجمع بين العوض

و المعوّض، ضرورة كون الدية عوضاً شرعياً عمّات بالجناية، لا عوضاً عن رقبة

المجني عليه، حتى يقال بلزوم تسليم المملوك إلى الجاني - لو دفع القيمة - حذراً من

إجتماع العوض و المعوض عند أحد المالكين. فإنّ تمّ خبرُ أبي مریم و لو بانجباره

بعمل المشهور فهو الحجة، و إلاّ فيشكل الأمر في مطلق المملوك، خصوصاً في أمّ الولد

من جهة تشبثها بالحرية، و إستلزام دفعها إلى الجاني فوات حق الإستيلاء.

هذا تمام الكلام في المورد الخامس.

(\* لكن يمكن منعه بأن يقال: إنّ جواز الإعطاء شرعاً أوّل الكلام، لإمكان

الجمع بين دليلي الجناية و الإستيلاء بما عرفت آنفاً من لزوم دية الجناية على الجاني،

و عدم إنتقالها إلى الجاني، حفظاً لحق الإستيلاء. و دعوى لزوم الجمع حينئذٍ بين

العوض و المعوض قد عرفت ما فيها. و قد أشار إليه المصنف رحمته بقوله: «لأنّ الدية

عوض شرعي عمّات بالجناية... الخ».

و منها<sup>(١)</sup>: ما إذا لحقت بدار الحرب، ثم استُرقت (\*) حكاها في الروضة.

### ٦- إذا لحقت بدار الحرب ، ثم إسترقت

(١) معطوف أيضاً على قوله في (ص ٢٩٦): «فمن موارد القسم الأول» و هذا المورد حكاها الشهيد الثاني رحمته عن بعض. و أما الصورة الأخرى - و هي ما لو أسرها المشركون ثم إستعادها المسلمون - فأضافها صاحب المقابس رحمته.  
و المراد بلحوقها بدار الحرب أعم من كونه بإختيارها أو بإستيلاء المشركين عليها - كما صرّح به في المقابس - كما أنه لا فرق في المسترق بين أن يكون مولاهها و غيره.  
و المراد بالأسر أن يغزو المشركون على بلاد المسلمين فيأسروها، ثم إستعادها المسلمون منهم.

قال المحقق الشوشطري رحمته: «و تحقيق المسألة : أن المسترق لها إن كان المولى فهي أمٌ ولده كما كانت. و إن كان - أي المسترق - من جملة المقاتلين فهو أحقّ بها، بل هو أولى بمن إستولد جاريةً من المغنم. و الكلام في تقويمها عليه كما إن لم يكن مسترقاً و لا غانماً. و بيان ذلك : أن المشركين إذا غنموا من المسلمين فإنهم لا يملكون ذلك مطلقاً. فإذا غنمهم المسلمون منهم، فإن أقام أربابها البيّنة قبل القسمة ردّ عليه بأعيانها، و لا يفرم الإمام للمقاتلة شيئاً، كما هو المنقول في التذكرة و المنتهى عن عامة أهل العلم... و إن جاءوا بالبيّنة بعد القسمة فلعلمائنا و للشيخ قولان في ذلك...». ثم قال في آخر كلامه: «و للإستثناء وجه في الصورة الثانية لا الأولى»<sup>(١)</sup> فراجع.

(\*) أورد عليه بأنّ اللقوق بدار الحرب إن كان مُخرِجاً لها عن رقيّتها لمولاهها

و كذا لو أسرها المشركون<sup>(١)</sup> ، ثم إستعادها المسلمون

(١) جواز البيع في هذه الصورة موقوف على أمور ثلاثة :  
أحدها : أن يكون الأسير لها غير مولاها، فلو كان مولاها لا يجوز بيعها،  
لإطلاق أدلة المنع.

ثانيها : عدم العلم بكونها ملكاً للمولى قبل القسمة، إذ معه كذلك لا يجري  
عليها القسمة، بل هي باقية على ملك مولاها، و لا تُقسَم بين المسلمين المقاتلين.  
ثالثها : لزوم القسمة و عدم إنتقاضها بثبوت كونها ملكاً للمولى بعد القسمة،  
و غرامة الإمام عليه السلام قيمتها للمقاتلة ، إذ بناءً على إنتقاضها بالعلم بسبق ملك

المستولد، و كان مسترقها غير مولاها، فجواز بيعها حينئذ ممّا لا إشكال فيه، لخروج  
هذه الصورة عن قاعدة المنع عن بيعها موضوعاً. و إن كان مسترقها مولاها فجواز  
بيعها لا يخلو عن إشكال، لإطلاق أدلة المنع، فلا يجوز. و من دعوى إنصرافها عن  
هذه الصورة فيجوز هذا ما أفاده صاحب الكفاية رحمته الله:"

أقول : الظاهر جواز بيعها على كل حال. أمّا إذا كان المسترق غير المولى  
فظاهر. و أمّا إذا كان المولى فلأنّ المنع الذي هو حكم شرعي تابع لموضوعه، و هو  
بقاء سيادة المولى و مالكيته عليها، إذ عدم جواز نقلها حكم لسيدها المستولد لها  
فقط. فمع إرتفاع سيادته عنها يرتفع خطابُ عدم الجواز عنه، فلا موضوع حتى يكون  
مورداً للإطلاق أو الإستصحاب. فجواز البيع للمستولد لها إذا كان هو المسترق لها  
لا يخلو من جودة كما ذهب إليه بعض، و إن تنظر فيه غير واحد كصاحب  
الجواهر رحمته الله.

نعم، بناءً على عدم كون اللقوق مزيلاً للملكية فلا ينبغي الإشكال في عدم  
جواز البيع لمستولدها، إذ المفروض بقاؤها على ملكه، فلا موجب لجواز بيعها .  
و تفصيل المسألة موكول إلى محلّه.

و كائنه <sup>(١)</sup> [ فكائنه ] فيما إذا أسرها غير مولاه <sup>(٢)</sup>، و لم [ فلم ] يثبت كونها أمة المولى إلا بعد القسمة <sup>(٣)</sup>، و قلنا بأن القسمة لا تُنقض، و يفرم الإمام قيمتها للملكها <sup>(٤)</sup>.

لكن المحكي <sup>(٥)</sup> عن الأكثر

المولى لا تُعطى لغيره من المسلمين، فلا يجوز له بيعها. و عدم إنتقاض القسمة و غرامة الإمام عليه السلام هو المحكي عن الشيخ في النهاية، لكن عن الأكثر إنتقاض القسمة، و ردها على مولاه، و هو المنصوص أيضاً، و التفصيل في محله في كتاب الجهاد.

(١) الضمير راجع إلى الإستثناء المفهوم من السياق، و غرضه توجيه عدّ الصورة الثانية - و هي ما لو أسرها المشركون ثم إستعادها المسلمون - من جملة مواضع الإستثناء. و تقدّم أنفاً إشتراط جواز البيع فيها بأمر ثلاثة.

(٢) هذا أوّل الشروط، إذ لو أسرها مولاه كانت أمّ ولده، فيُمنع نقلها عن ملكه.

(٣) هذا ثاني الشروط، فلو أسرها غير المولى و تبين قبل قسمة غنائم الحرب كونها وليدة مولاه رُدّت إليه. ففي الجواهر: « و أما الأموال و العبيد فلأربابها قبل القسمة، عند عامة العلماء كما في المنتهى و محكيّ التذكرة، بدون غرامة شيء للمقاتلة » <sup>(١)</sup>.

(٤) هذا ثالث الشروط، فلو تبين كونها أمّ ولد بعد قسمة الغنائم - و قلنا بجواز نقض القسمة - رُدّت إلى مولاه.

(٥) نسبه صاحبُ المقابس إلى الأكثر خلافاً لما في النهاية من كون الغنائم بعد القسمة لأربابها، و يفرم الإمام قيمتها للملكها، قال المحقق رحمته الله: « و لو عُرفت بعد القسمة فلأربابها القيمة من بيت المال. و في رواية: تعادُ على أربابها بالقيمة. و الوجه

و المنصوص<sup>١١</sup> : أنها تردُّ على مالكها، و يفرم قيمتها للمقاتلة.

إعادتها على المالك «<sup>١١</sup>» .

و إستدل عليه في الجواهر بقوله : « الذي هو أحق بماله أينما وجده، وفاقاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط و إبنی زهرة و إدريس و الفاضل و الشهيدین و الكركي و المقداد و غيرهم، بل عن الغنية الإجماع عليه «<sup>١٢</sup>» .

ثم قال مازجاً للشرح بالمتن : « و لكن يرجع الغنم بقيمتها على الإمام عليه السلام ، كما صرح به غير واحد، مُطْلِقِينَ ذلك، لخبر طربال المنجبر سنده بفتوى من عرفت «<sup>١٣</sup>» .

(١) ليست هذه الجملة منصوصةً بنفسها، لكنها مضمون رواية طربال، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سُئِلَ عن رجلٍ كان له جاريةٌ ، فأغار عليه المشركون، فأخذوها منه. ثم إن المسلمين بعدُ غزَوْهم، فأخذوها فيما غنموا منهم. فقال : إن كانت في الغنائم و أقام البيئَةَ أن المشركين أغاروا عليهم، فأخذوها منه رُدَّتْ عليه. و إن كانت قد اشترت و حَرَجَتْ من المغنم فأصابها، رُدَّتْ عليه برمتها. و أُعْطِيَ الذي اشتراها الثمنَ من المغنم من جميعه. قيل له : فإن لم يُصَبَّحها حتى تفرَّق الناس و قسَموا جميعَ الغنائم فأصابها بعد ؟ قال : يأخذها من الذي هي في يده إذا أقام البيئَةَ، و يرجع الذي هي في يده - إذا أقام البيئَةَ - على أمير الجيش بالثمن «<sup>١٤</sup>» .

و دلالتها على كون الجارية - بعد الأسر - لمولاهها مطلقاً ظاهرة، سواء وجدها في الغنائم قبل تقسيمها، أم وجدها في يد من اشتراها من المقاتلين بعد تقسيم الغنائم بينهم، و على كلِّ فريقتها ملك مولاهها، و على أمير الجيش إعطاء الثمن لمن اشتراها من المقاتلين.

«١» شرائع الإسلام، ج ١، ص ٣٢٦

«٢ و٣» جواهر الكلام، ج ٢١، ص ٢٢٥

«٤» وسائل الشريعة، ج ١١، ص ٧٥، الباب ٣٥ من أبواب جهاد العدو، الحديث : ٥

و منها <sup>١</sup>: ما إذا خرج مولاها عن الذمة <sup>٢</sup> و مُلِكت أمواله التي هي منها.  
و منها <sup>٣</sup>: ما إذا كان مولاها ذمياً و قتل مسلماً ،

قال في الوسائل: « قد عمل به الشيخ و جماعة، و حملوا ما خالفه على  
التقية » <sup>١</sup>

هذا ما يتعلق بالموارد السادس.

### ٧ - خروج مولاها عن الذمة

(١) معطوف على قوله: « فمن موارد القسم الأول » و هذا مورد سابع، قال في  
المقابس: « الثامنة عشر: إذا خرج مولاها عن الذمة، و مُلِكت أمواله التي هي - أي  
أُمُّ ولده - منها، فيتصرف فيها بالبيع و غيره. و القولُ بإستثناء ذلك منقول في الروضة  
عن بعض الأصحاب، و إما فِرُض في الذمّي، لأنّه هو الذي تجري عليه أحكامُ  
المسلمين، و يُحكم بإستيلاد أمته. و أمّا المستأمن فليس كذلك ... الخ » <sup>٢</sup>.

(٢) إمّا بعدم أداء الجزية، و إمّا بحاربه للمسلمين، و إمّا بإرتكابه للمنكرات  
جهرأً، و إمّا بإعانة الكفار عليهم، و إمّا بغير ذلك، فإنّ الذمّي إذا خرق الذمة صار  
حربياً، و يجري عليه حكم الحربي من إباحت أمواله و دمه، فلا مانع من إسترقاق أمِّ  
ولده و بيعها.

### ٨ - إذا قتل مولاها الذمي مسلماً

(٣) معطوف أيضاً على قوله: « فمن موارد القسم الأول » و هذا مورد ثامن مما  
استثنى من عموم منع نقل أمِّ الولد، و المستثنى له صاحبُ المقابس. قال تتبعاً في الصورة  
الرابعة و الثلاثين: « إذا كان مولاها ذمياً، و قتل مسلماً، فيُدفع هو و أمواله إلى أولياء  
المقتول كما هو المشهور بين الأصحاب و المنقول عليه الإجماع في الإنتصار و السرائر

«١» و سائل الشيعة، ج ١١، ص ٧٥. الباب ٣٥ من أبواب جهاد العدو. الحديث: ٥

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨٨

فإنه يُدفع<sup>١١</sup> هو و أمواله إلى أولياء المقتول .

هذا ما ظفرتُ به من موارد القسم الأول، و هو ما إذا عرض لأم الولد حقٌ للغير أقوى من الإستيلاء .

و غيرهما، و المرويُّ في الصحيح و غيرهه. فإذا إسترقوا القاتلَ و ملكوا أمواله فأُمُّ الولد منها، لكونها مملوكة، و لَهْمُ التصرف فيها بما شاؤوا. و إن قتلوه و قلنا بأن لهم حينئذٍ ماله بتمامه بمجرد الدفع بل القتل، فكذلك ... الخ»<sup>١٢</sup>.

و ما نسبه إلى الأصحاب - من حكم جناية الذمي على مسلم - مذكورٌ في باب القصاص، و مورده قتل المسلم عمداً كما في الجواهر<sup>١٣</sup>. و قد دل على الحكم غيرُ واحد من النصوص، ففي صحيح ضريس الكناسي عن أبي جعفر رضي : « في نصراني قتل مسلماً، فلماً أخذ أسلم. قال : اقتله به. قيل : و إن لم يُسلم ؟ قال يُدفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوا، و إن شاؤوا عَفَوا، و إن شاؤوا إسترقوا. قيل : و إن كان معه عينٌ [ مالٍ ] ؟ قال : دُفع إلى أولياء المقتول هو و ماله »<sup>١٤</sup>.

ثم قال في الجواهر : « و الظاهر أن ذلك حكم قتله المسلم، لا لخروجه بذلك عن الذمة المبيح لنفسه - قتلاً و إسترقاقاً - و لماله، كما في كشف اللثام ... و إلاً لجاز لغير أولياء المقتول، و هو خلاف النص و الفتوى »<sup>١٥</sup>.

و المقصود أن جواز إسترقاق القاتل الذمي و أمُّ ولده منصوص بخصوصه و معقد الإجماع كذلك، و لذا لم يُعدَّ من صغريات المورد السابق، و هو تخلف الذمي عن شروط الذمة.

(١) أي : يُدفع المولى الذمي و أمواله - التي منها أمُّ ولده - إلى أولياء المقتول، كما هو المشهور نقلاً و تحصيلاً، على ما في الجواهر<sup>١٥</sup>.

«١» مقابِس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٤

«٢ و ٥» جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٥٦

«٣» الوسائل، ج ١٩، ص ٨١، الباب ٤٩ من أبواب قصاص النفس، الحديث : ١

«٤» جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٥٧



و أما القسم الثاني<sup>(١)</sup> - وهو ما إذا عَرَضَ لها حقٌ لنفسها أولى بالمراعاة من حق الإستيلاء - فمن موارده :

ما إذا أسلمتْ وهي أمة ذمِّي<sup>(٢)</sup> ،

هذا ما يتعلق بجملة من صور الإستثناء التي جعلها المصنف في القسم الأول، والجامع بينها تعلق حق الغير بأُمِّ الولد. و تقدّم أن مناط الجواز في بعضها قصور دليل المنع عن شموله للتملك القهري الناشئ عن الإسترقاق، و بعد حصول الملكية للمسترق يجوز له بيعها، لإختصاص عدم الجواز بمن إستولدها.

و إعتذر صاحبُ المقابس رحمته عن إهمال عدّة من الصور في كتب الفقهاء - مع إلتزام كثيرٍ منهم بجواز بيع أمِّ الولد في جملة منها - بأن مقصودهم الإقتصار على المنصوص بخصوصه، و الغالب وقوعه، و أن مرادهم أنه لا يجوز للمولى و من يحكمه كالوارث أن يبيعهَا بإختياره، و لا ريب في خروج كثير من الصور عن ذلك<sup>(٣)</sup>.

### موارد القسم الثاني

(١) أي : القسم الثاني من مواضع الإستثناء الأربعة، و قوله : « و أما » معطوف على قوله : « فمن موارد القسم الأول » و كان الأنسب بالسياق أن يقول هنا : « و من موارد القسم الثاني » أو تصدير القسم الأول بقوله : « أما القسم الأول فموارد منها ... ».

و كيف كان فقد جمع المصنف رحمته تحت هذا العنوان موارد أربعة سيأتي بيانها.

١- إذا أسلمت وهي أمة ذمِّي

(٢) هذا هو المورد الأول، و عقد له صاحبُ المقابس الصورة السابعة و العشرين، فقال : « إذا كانت مستولدة ذمِّيٌّ ، ثم أسلمت دونه ، فتباع عليه ... » و أشار إلى فتوى جماعةٍ يبيعهَا على مولاها قهراً، كالشيخ و الحلبي و الفاضلين و الشهيدين و السيوري و الصميري و غيرهم، فراجع<sup>(٤)</sup>.

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٩٤ - ٩٥

«٢» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٩٢

قال ابن إدريس رحمته الله: « و لا خلاف بين أصحابنا : أن الذمي إذا كانت عنده جارية ذميمة، فأسلمت، فإنها تباع عليه بغير إختياره، و يُعطى ثمنها، لقوله تعالى: ﴿ و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ . و هذا مذهب شيخنا في مبسوطه »<sup>١</sup>.

و ظاهر « عندنا » في المبسوط<sup>٢</sup> هو الإجماع، لا كون بيعها على الذمي رأيه خاصة.

و لا يخفى أن الحكم بوجوب بيعها قهراً على مولاها موردٌ لتعارض دليلين بالعموم من وجه :

أحدهما : ما دلّ على وجوب بيع العبد المسلم على مولاة الكافر، من النص والإجماع المتقدمين في مسألة منع نقل العبد المسلم إلى كافر<sup>٣</sup>، و من المعلوم أن النهي عنه هو نقل مطلق المملوك سواء أكان عبداً أم أمة، و سواء أكانت الأمة ذات ولد أم لم تكن.

ثانيهما : ما دلّ على منع بيع أم الولد رعايةً لحقّ الإستيلاء، و إطلاق المنع يعمّ ما لو كان مولاها مسلماً أو كافراً.

و مادة إجتماع العامّين من وجه هي أم ولدٍ أسلمت عن مولى ذمّيّ . و حينئذٍ فإن كان لأحد المتعارضين حكومة على الآخر، أو مرجعٌ يوجب تقديمه على الآخر، فهو. و إن لم يكن شيءٌ منهما فمقتضى قاعدة التعارض تساقطهما في مورد الإجتماع، و الرجوع إلى دليل آخر، و هو إمّا عموم ما يقتضي صحة بيعها، و إمّا إستصحاب منع البيع.

«١» السرائر، ج ٣، ص ٢٢

«٢» المبسوط، ج ٢، ص ١٨٨

«٣» هدى الطالب، ج ٦، ص ٢٨٤

فإنها تُباع عليه <sup>(١)</sup> ، بناءً <sup>(٢)</sup> على أن حقَّ إسلامها المقتضي <sup>(٣)</sup> لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حقَّ الإستيلاء المعرض للعتق . و لو فرض تكافؤ دليلهما <sup>(٤)</sup>

و حَكَمَ المصنّفُ ﷺ بصحة بيعها، إما لترجيح أحد المتعارضين على الآخر بوجوه ثلاثة، و إمّا لمرجعية عمومات الصحة لو فرض تكافؤ العامين من وجه في مادة الإجتماع، و سيأتي بيان كلا الوجهين إن شاء الله تعالى.

(١) أي : فإنَّ أمَّ الولد - التي أسلمتْ - تُباع على مولاها الذمي قهراً، و في المسألة أقوال أخرى نقلها في المقابس و الجواهر، و الجهة المشتركة بين الكل نفي سلطنة الكافر عليها.

فمنها : أنها لا تُقرُّ في يده، بل تكون عند إمرته مسلمة تتولّى القيام بحالها، و يُؤمر بالإتفاق عليها مادام ولدها باقياً، كما عن الخلاف و موضع من المبسوط. و عن ابن سعيد : أن الحاكم يتركها عند مَنْ يرى تركها عنده مصلحة. و منها : ما عن التذكرة من أنه يحالُ بينها و بين مولاها، و تكسب في يد غيره له، و يؤخذ منه النفقة.

و منها : ما عن المختلف من أنها تستسعى في قيمتها ، فإذا أدتها عتقت.

و منها : وجوب دفع قيمتها من الزكاة أو من بيت المال لتعتق. و إلّا بيعت.

و منها : غير ذلك، فراجع "١".

(٢) لا ريب في إبتناء وجوب البيع على تقديم حق الإسلام على حق الإستيلاء، و وجه التقديم أمور ثلاثة سيأتي بيانها. فلو قيل بتكافؤ الحقيين و تساقطهما أو بالجمع بينهما مهما أمكن - كما يراه بعض القائلين بعدم تعيّن البيع - لم يتجه القولُ بوجوب البيع بهذا الطريق، فإن تمَّ الطريق الثاني فهو ، و إلّا أشكل الأمر.

(٣) صفة لحقِّ إسلام أمّ الولد.

(٤) و تساقطهما في المجمع ، و هذا إشارة إلى إثبات صحة البيع بنحوٍ آخر ، أي

كان المرجع عمومات صحة البيع ، دون قاعدة « سلطنة الناس على أموالهم »  
المقتضية<sup>(١)</sup> لعدم جواز بيعها عليه ، لأن<sup>(٢)</sup> المفروض : أن قاعدة « السلطنة »

العموم المتقضي للصحة. و تقريب التمسك به هو كون الشك في التخصيص الزائد، إذ لو كان دليل حق إسلامها مقدماً على دليل حق الإستيلاء لم يلزم تخصيص في عمومات صحة البيع. و إن كان حق الإستيلاء مقدماً على حق إسلامها لزم تخصيص فيها، هذا (\*).

(١) و ذلك لأن مقتضى سلطنة المالك على ماله عدمُ نفوذ تصرف إعتباري فيه من دون رضاه، و حرمة مزاحمته. فالحكم بوجوب بيع الأمة - قهراً - على مولاهم مع فرض بقائها بعد الإسلام على ملكه تقييداً لإطلاق سلطانه، و بعد تكافؤ حقي الإسلام و الإستيلاء و تساقطهما يُرجع إلى قاعدة السلطنة المانعة عن بيعها عليه قهراً. و لا تصل النوبة إلى عموم حل البيع و صحة العقود.

(٢) تعليل لقوله : « كان المرجع عمومات صحة البيع دون قاعدة السلطنة » و توضيحه : أن مرجعية قاعدة السلطنة في المقام منوطة بعدم وجود دليل حاكم عليها ، و المفروض حكومة قاعدة « نفي سلطنة الكافر على المسلم » على قاعدة « سلطنة الناس على أموالهم ».

و لعل وجه الحكومة : أن قاعدة نفي السبيل و إن لم تكن شارحةً بمدلولها اللفظي لما يُراد من قاعدة السلطنة، إلا أنه يكفي في الحكومة أن يتعرض الدليل الحاكم إلى عقد الوضع أو عقد الحمل في الدليل المحكوم. و هذه الضابطة تنطبق على قاعدة نفي السبيل ، و ينتفي بها سلطنة الكافر على مملوكه المسلم. و بعد سقوط

(\* ) لكن الحق كون المرجع في المقام إستصحاب حكم المخصص أعني به ما دلّ على عدم جواز بيع أم الولد، لا عموم العام، لعدم كون الشك في التخصيص الزائد، بل في إستمرار حكم المخصص كما لا يخفى.

قد إرتفعت بحكومة أدلة نفي سلطنة الكافر على المسلم (\*) . فالمالك ليس مسلطاً قطعاً<sup>(١)</sup>، ولا حق له في عين الملك جزماً<sup>(٢)</sup>.

قاعدة السلطنة لا يبقى مانع من الرجوع إلى عموم ما دلّ على حلّ البيع ووجوب الوفاء بالمقود.

(١) وإن كان مالكا لأّم ولده قطعاً، لعدم خروجها عن ملك الكافر بمجرد قبول الإسلام، وإلا لم يكن معنى للبيع عليه، فإن إزامه بالبيع شرعاً دليل كونها ملكاً له.  
(٢) لإنتقال حقّه إلى ثمنها لو بيعت.

وقد تحصّل إلى هنا : أن أمّ الولد المسلمة ليست مورداً لتعارض قاعدة نفي

(\*) لا يخفى أن دليل نفي سلطنة الكافر على المسلم - المقتضي لجواز البيع على الكافر - معارضٌ بدليل منع البيع المقتضي لفساد البيع. ومع التعارض لا حكومة لدليل نفي السلطنة على قاعدة السلطنة. فممنع الرجوع إلى قاعدة السلطنة لحكومة دليل نفي سلطنة الكافر على المسلم غير ظاهر، كما سبق التأمل في هذه الحكومة في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر، حيث قال : « و حكومة الآية عليها غير معلومة »<sup>(١)</sup>.

و لا بأس بتوجيه الحكومة بما في كلام المحقق الإصفهاني رحمته الله : بأنّها من باب نفي الحكم بلسان نفي الموضوع تنزيلاً حتى يتنفي الحكم المترتب عليه، ولا يكون حينئذ منافياً لما دلّ على ثبوت الحكم، إذ لا ملك للكافر تنزيلاً - وإن كان مالكا حقيقةً - حتى يترتب عليه السلطنة التي هي سبيل على المسلم. لكن لم يُعلم كفاية هذا المقدار - بنظر المصنف رحمته الله - من كون الحاكم ناظراً بمدلوله اللفظي إلى المحكوم. و لو سلّم فالتنافي بين التأمل في الحكومة هناك و الجزم بها هنا ظاهر، و هو أعلم بما قال في الموضوعين.

(١) هدى الطالب ، ج ٦ ، ص ٣٠٤

(٢) حاشية المكاسب ، ج ١ ، ص ٢٢٩ و ٢٩٣

إِذَا كَلِمَاتُ فِي تَعَارُضِ حَقِّي أُمِّ الْوَلَدِ<sup>(١)</sup> مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا مُسَلِّمَةً<sup>(٢)</sup>،  
فَلَا يَجُوزُ كَوْنُهَا مَقْهُورَةً بِيَدِ الْكَافِرِ، وَ مِنْ حَيْثُ<sup>(٣)</sup> كَوْنِهَا فِي مَعْرُضِ الْعَتَقِ،  
فَلَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا عَنْ هَذِهِ الْعُرْضَةِ.  
وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْأَوَّلَ<sup>(٤)</sup> أَوَّلِي، لِلْإِعْتِبَارِ،

السبيل مع قاعدة السلطنة، لحكومة الأولى على الثانية. نعم يتزاحم فيها حقان كما سبق التنبيه عليه، و سيأتي تقديم الأهم منهما.

(١) غرضه من هذا الكلام تثبيت الأولوية التي أفادها بقوله: « بناءً على أن حق إسلامها المقتضي لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حق الإستيلاء ». و وجه الأولوية أمور ثلاثة ستأتي في المتن.

(٢) يعني: لا من حيث حق سلطنة المالك عليها.

(٣) معطوف على « من حيث » و هذا حق آخر لأم الولد.

(٤) و هو حق الإسلام. لما كان المقام من تزامم الحقيين، و المحكم فيه تقديم الأهم منهما على المهم إن كان، و إلا فالتخير، أخذ في إثبات أهمية حق الإسلام من حق الإستيلاء المقتضي لبقائها إلى أن تنعتق من نصيب ولدها. و قد أثبت المصنف ﷺ أهميته بوجوه:

الوجه الأول: الإعتبار، بتقريب: أن المولى الحكيم لا يرضى بأن يكون من أسلم و إنقاد له مقهوراً تحت إستيلاء الكافر.

و الظاهر أن مراد المصنف ﷺ ما جعلوه دليلاً أو مؤيداً لقاعدة نفي السبيل، ففي العناوين: « و ثالثها: الإعتبار العقلي، فإن شرف الإسلام قاضٍ بأن لا يكون صاحبه مقهوراً تحت يد الكافر، ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنه حينئذ أسقط إحترام نفسه. و هذا و إن لم يكن في حد ذاته دليلاً، لكنه مؤيد قوي مستند إلى فحوى ما ورد في الشرع<sup>(٥)</sup> ».

و عليه فيقال في تقديم قاعدة حق الإسلام على حق الإستيلاء : إن نفي السبيل و وجوب البيع يكون بإقتضاء شرافة الإسلام و حرمة الإيمان. و هذا من قبيل حق الله سبحانه و تعالى، كما حُكي عن الشهيد عليه السلام الميل إليه و عن الشهيد الثاني القطع به. و من المعلوم أن ما كان كذلك لا معنى لتخصيصه ببعض الأفراد، و لا لتقييده بحالٍ دون حال. و مع الإبقاء عن التخصيص و التقييد يتقوى ظهور هذا العام أو المطلق، فيكون أظهر في العموم و الشمول لمادة الإجتماع من العام الآخر أعني به منع بيع أمهات الأولاد (\*).

الوجه الثاني : حكومة قاعدة نفي السبيل على جُل الأحكام الأولية، و كونها من مبطلات العقود، « كعدم صحة وصايته على مال مسلم أو على مولى عليه محكوم بإسلامه حتى بالإشتراك مع ولي مسلم، و فسخ النكاح لو أسلمت زوجته و لم يسلم هو في العدة » كما في العناوين<sup>١</sup>.

و حيث كان منع بيع أم الولد - رعاية لحقها - موجباً لثبوت السبيل لمولاه الكافر عليها، لزم بيعها تقديماً لقاعدة نفي السبيل.

الوجه الثالث : النبوي المنجر بعمل المشهور الدال على عدم علو الكافر على المسلم، و هو يقتضي تقديم حق الإسلام على حق الإستيلاء عند التزاحم، فثباع أم الولد على الكافر قهراً.

(\* ) لكن فيه : أنه و إن كان يشهد بتقديم حق الإسلام، لكنه لا إعتبار به، لعدم لكونه دليلاً تعبدياً، بل هو أمر إعتباري لا عبرة به كما لا يخفى.

و أما قاعدة نفي السبيل و كذا قوله عليه السلام - على ما روى - : « الإسلام يعلو و لا يعلو عليه » فلا يقتضيان بيعها عليه ، لعدم منافاتهما لإضافة الملكية ، إذ لو كانا منافيين لها لكانا مقتضيين لخروجها عن ملكيتها له. نعم ينافيان سلطنة الكافر عليها.

و حكومة<sup>(١)</sup> قاعدة « نفي السبيل » على جُلّ القواعد ، و لقوله<sup>(٢)</sup> ﷺ :  
« الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه »<sup>(٣)</sup>.

و بما ذكرنا<sup>(٣)</sup> ظهر : أنه لا وجه للتمسك بإستصحاب المنع قبل إسلامها.

---

و المتحصل : أن الدليل الإجتهادي يقتضي بيع أم الولد في هذه الصورة ،  
و لا تصل النوبة إلى التمسك بالأصل العملي.

(١) معطوف على « اعتبار » أي : و لحكومة ... و هذا هو الوجه الثاني.

(٢) معطوف على « للإعتبار » و هذا هو الوجه الثالث.

(٣) يعني : و من جواز البيع إما لتقديم حق الإسلام على حق الإستيلاء

المقتضي لعدم جواز البيع، و إما لمرجعية عمومات صحة البيع عند تكافؤ دليلي  
الحقّين، ظهر : أنه لا مجال للتمسك بإستصحاب منع البيع، بأن يقال : إنه لا ريب في  
موضوعية الإستيلاء لمنع البيع و التصرف الناقل فيها. و يُشك في طروء الرافع، و هو  
الحق المقدم على الإستيلاء - كحق الإسلام - بحيث يُزيل ذلك المنع، و مقتضى  
الإستصحاب عدم طروئه، فيحكم بإستمرار ذلك المنع بعد إسلامها، و نتيجته عدم  
جواز بيعها مطلقاً، لا بإختيار مولاها الكافر، و لا قهراً عليه، هذا.

و إعتراض المصنف ﷺ عليه بوجوه ثلاثة :

الأوّل : أن الدليل الإجتهادي على جواز البيع موجود، و هو إما عمومات

الصحة، و إما حق الإسلام، و معه لا يبقى شك في المنع حتى تصل النوبة إلى الأصل

---

فالجمع بين دليل منع البيع و دليل نفي السبيل يقتضي عدم جواز البيع، و عدم تسلطه  
عليها، فترجيح حق الإسلام على حق الإستيلاء بقاعدة نفي السبيل و غلو الإسلام  
مرجوح، فتأمل جيداً.



لأنَّ<sup>(١)</sup> الشك إنما هو في طرؤه ما هو مقدّم على حقّ الإستيلاء، و الأصل عدمه<sup>(٢)</sup>.

مع إمكان<sup>(٣)</sup> معارضة الأصل بمثله لو فرض<sup>(٤)</sup> - في بعض الصور - تقدّم الإسلام على المنع عن البيع.

العملي. للقطع بعدم سلطنة الكافر على الأمة المسلمة، هذا. و سيأتي الوجهان الآخران.

(١) هذا تقريب جريان إستصحاب المنع، و تقدم بيانه آنفاً.

(٢) أي : عدم طرؤه حقّ لأمّ الولد المسلمة مقدّم على حق الإستيلاء.

(٣) هذا وجه ثانٍ لعدم المجال للتمسك بالإستصحاب، و حاصله : أنّ إستصحاب المنع قبل إسلامها لا يوافق المدعى، و هو عدم الجواز في جميع الصور، فيكون الدليل أخص من المدعى.

توضيحه : أنه إذا كان إسلامها بعد الوطئ و قبل إستقرار النطفة في الرحم - بناءً على صيرورتها أمّ ولدٍ بإستقرارها في الرحم - تعارض إستصحاب المنع مع إستصحاب الجواز، و يتساقطان.

و كذا لو أسلمت، ثم وطأها مولاهما شبهةً، فحملت منه، فيتعارض إستصحابا المنع و الجواز.

و كذا لو تقدم الإسلام على ما هو متممّ لمانيّة الإستيلاء عن البيع، كما لو إستولدها، و لكن جاز بيعها في ثمن رقبته لإعسار المولى، فأسلمت، و تجدد اليسارُ قبل أن يُجبره المحاكم الشرعي على البيع، فيستصحب وجوب البيع عليه قبل يساره، كما يستصحب منع البيع الحادث بالإستيلاء مع تجدد اليسار، فيتعارض الإستصحابان، و يتساقطان.

(٤) أي : لو فرض تقدم الإسلام على منع بيعها للإستيلاء.

و مع إمكان<sup>١</sup> دعوى ظهور قاعدة « المنع » في عدم سلطنة المالك ،

١) مقتضى السياق كون هذا إشكالاً ثالثاً على إستصحاب المنع، و غاية تقيده أن يقال : إن القضية المشكوكة غير المتيقنة، إذ عدم الجواز قبل الإسلام كان لأجل مصلحة المالك، فالبيع لمصلحة المالك و مراعاة مالكيته غير جائز. و هو غير البيع لأجل تقديم حق الإسلام على حقها الآخر . فالمنع المتيقن سابقاً غير المنع المشكوك لاحقاً، و مع إختلاف القضية المتيقنة و المشكوكة لا مجال للإستصحاب، هذا. لكن فيه ما لا يخفى، حيث إن المتيقن و المشكوك - و هو المنع - واحد، غايته أن علة بقاءه غير علة حدوثه. و إختلاف علتي الحدوث و البقاء لا يقدح في الوحدة، و لا تتلزم به. نظير ما إذا علم مجلس زيد في المسجد إلى الزوال بداعي الصلاة فيه، و شك في بقاء جلوسه بعد الزوال للشك في حدوث داعٍ آخر يقتضي إستمراره، فلا ينبغي الإشكال في جريان الإستصحاب حينئذ.

هذا ما يقتضيه سوق العبارة من جعل قوله : « و مع إمكان ... الخ » إشكالاً ثالثاً على إستصحاب المنع .

لكن الأولى جعله راجعاً إلى أصل المطلب - و هو تقديم حق الإسلام على حق الإستيلاء - بأن يقال : إنه لا تعارض بين دليلي الحقيين حتى تصل النوبة إلى الإستصحاب، و ذلك لأن دليل منع البيع لا إطلاق له بحيث يشمل صورة وجود حق آخر مجوز للبيع حتى يقع لهذا الإطلاق التعارض بين دليلي الحقيين. بل دليل المنع لا يدل على أزيد من مانعية حق الإستيلاء عن البيع، فهو لا يقتضي نفي حق آخر كحق الإسلام المقتضي لجواز البيع بناءً على مذهب المصنف و غيره، و من المعلوم عدم المعارضة بين المقتضي و ألا مقتضي، فيقدم حق الإسلام على حق الإستيلاء (\*).

(\* ) لكن الحق ثبوت الإطلاق و عدم الإهمال، و إلا فهذا الإحتمال يوجب

و تقديم<sup>(١)</sup> حق الإستيلاء على حق الملك، فلا ينافي<sup>(٢)</sup> تقديم حق آخر<sup>(٣)</sup> لها على هذا الحق<sup>(٤)</sup>.

(١) معطوف على « عدم » أي : ظهور قاعدة المنع في تقديم حق الإستيلاء.

(٢) لأن المناقاة فرع الدلالة، كما إذا وَرَدَ دليل على وجوب صلاة الجمعة مثلاً و آخر على حرمتها، فإنهما متعارضان، لدلالة كل منهما إلتزاماً على نفي مدلول الآخر. و في المقام لما فُرض عدم دلالة دليل المنع على نفي حق آخر، فإذا ثبت بدليل حق آخر لم يقع التنافي بينهما، لعدم المعارضة بين البيان و الالابان، هذا.

(٣) كحق الإسلام فيما نحن فيه.

(٤) و هو حق الإستيلاء.

و الحاصل : أن هنا - أي أم الولد التي أسلمت عن مولى كافر - حقوقاً ثلاثة، حق المالك، و حق الإستيلاء، و حق الإسلام. و ينتفي حق المالك بسبب الإستيلاء لتقدمه عليه، و حق الإسلام مقدّم على حق الإستيلاء، فلا مناقاة بين تقديم حق الإستيلاء على حق المالك، و بين تقديم حق الإسلام على حق الإستيلاء.

هذا تمام الكلام في المورد الأول من القسم الثاني، و تحصل من كلمات المصنف رحمته وجوبُ بيعها على الكافر رعايةً لشرف الإسلام و عظمتها. و هو موافق لما ذهب إليه صاحب الجواهر في مسألة بيع العبد المسلم، و لكنه رحمته قوى خلافه في مستثنيات بيع أم الولد، فراجع<sup>(١)</sup>.

وقوف جل الإطلاقات.

مضافاً إلى عدم الحاجة إلى إستثناء الموارد المذكورة في كتب الفقهاء من عدم جواز البيع. مع أن المصنف إستفاد من أدلة منع بيع أم الولد قاعدةً عامة لعدم جواز البيع، و هذه الإستفادة تمتنع مع إهمال دليل المنع و عدم إطلاقه، فتدبر.

ومنها<sup>١</sup>: ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ولو بكسيها، فُتباع على مَن

## ٢- إذا عجز مولاها عن نفقتها

(١) معطوف على قوله: « فمن وارده » أي: و من موارد القسم الثاني عجز مولاها عن نفقتها، ويتحقق العجز بأن لا يكون للمولى مال من نفسه بمقدار نفقة أم الولد، وأن لا تقدر هي على الكسب لتكون نفقتها من كسيها.

و في هذا المورد قال جمعٌ بجواز بيعها، بأن يكون المشتري موسراً قادراً على الإنفاق عليها. و قيد الشهيد الثاني رحمته جواز بيع تمام رقبتهابعد تأدية بيع بعضها بنفقتها، وإلاّ وجب الإقتصار على بيع البعض « وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة »<sup>٢</sup>. و ربما يستفاد جواز بيعها في هذه الصورة - كما في المقابس - من المحقق<sup>٣</sup> و العلامة رحمته في التحرير، فلاحظ ما نقله عنهما في الصورة الخامسة والعشرين. و في المسألة وجوه أخر كما في المقابس و الجواهر<sup>٤</sup>، فراجع.

و كيف كان فعلاً وجه حكمهم ببيعها على مَن يُنفق عليها هو قاعدة نفي الضرر الحاكمة على الأحكام الأولية، فإنّ منع البيع لحقّ الإستيلاء ضرري، فيرفع بقاعدته، نظير حقّ بقاء العذق لسمرة في حائط الأنصاري، فكما يُنفى حقّ بقاء العذق و سلطنة سمرة على بقاءه في الحائط، فكذلك حق الإستيلاء، لكونه ضررياً. و إرتفاع المنع عن بيعها يلازم جوازه. و لا فرق في الحكم الضرري المرفوع بقاعدة الضرر بين التكليفي و الوضعي.

و بما ذكر يظهر عدم الوجه فيما قد يقال: من أنّ قاعدة الضرر نافية للحكم لا مثبتة له. و ذلك لأنّ المرفوع هو عدم جواز البيع، و إرتفاعه ليس إلاّ الجواز الثابت بعمومات صحة البيع، فتدبّر.

«١» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٥٨

«٢» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٣٥٤

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩١؛ جواهر الكلام، ج ٣١، ص ٣٩٢

يُنْفَق عليها ، على ما حُكِيَ عن اللمعة و كثر العرفان و أبي العباس و الصيمري و المحقق الثاني<sup>(١)</sup> .

و قال في القواعد : « لو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد أمرت بالتكسب ، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال ، و لا يجب عتقها . و لو كانت الكفاية بالتزويج و جب . و لو تعذر الجميع ففي البيع إشكال »<sup>(١) «٢»</sup> .

و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى<sup>(٢)</sup> ، أو كسبها .

(١) حاصله : أنه بعد عجز المولى عن الإنفاق عليها و عجزها عن التكسب لا يجب عتقها على المولى ، بل إما أن يُنْفَق عليها من بيت المال ، و إما أن تزوج . فإن تزوجت دوماً و جب نفقتها على الزوج ، و إن تزوجت إنقطاعاً أنفقت على نفسها من عوض بُضعها . و إن تعذر كل من الإنفاق من بيت المال و التزويج ، فهل يجب بيعها على مولاهما أم لا ؟ فيه وجهان ، فوجه الجواز حفظ نفسها عن الهلاك ، و هو أولى لها من إبقائها متمسكة بالحرية .

و وجه المنع عموم النهي عن بيع أمّ الولد . كذا أفاده في الإيضاح و كشف اللثام<sup>(٣)</sup> .

(٢) تقدم آنفاً أن العلامة رحمته الله اقتصر على الإنفاق عليها من بيت المال و التزويج ، و لكن المصنف وفاقاً لصاحب المقابس رحمته الله استظهر التعميم ، رعاية لحق الإستيلاء المانع عن بيعها مهما أمكن .

قال في المقابس - بعد نقل عبارة القواعد - : « و حاصله : إعتبار عدم حصول الإنفاق ، و إنسداد أبوابه مطلقاً من ماله و كسبه ، و مالها - على القول بملكيتها -

«١» اللمعة ، ص ٩٤ ؛ كثر العرفان ، ج ٢ ، ص ١٢٩ ؛ المهذب البار ، ج ٤ ، ص ١٠٦ ؛ غاية المرام ( مخطوط ) ، ج ١ ، ص ٢٨٠ ؛ جامع المقاصد ، ج ٤ ، ص ٩٩ . و الحاكي عنهم المحقق الشوشطري في مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٩٠ - ٩١ .

«٢» قواعد الأحكام ، ج ٣ ، ص ١١٧ .

«٣» إيضاح الفوائد ، ج ٣ ، ص ٢٨٩ ؛ كشف اللثام ، ج ١ ، كتاب النكاح ، ص ١١٣ .

[ أو مالها ]<sup>(١)</sup> ، أو عوض بضعها ، أو وجود من يؤخذ<sup>(٢)</sup> بنفقتها ، أو بيت المال .  
وهو<sup>(٣)</sup> حسنٌ .

و مع عدم ذلك كله<sup>(٤)</sup> فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً .

و كسبها ، و عوض بضعها دوماً و متعةً ، بل و تحليلاً إن كان المحلل له يُنفق عليها ، و كذلك الممتع بها . و إن كان عوض البضع لا يفي بالنفقة ، و من بيت المال و وجوه الخيرات ، و تبرع المنفقين ، و إنفاق من يجب عليهم للرّحم ، و قبول الهبة و غيرها من أنواع التمليكات الممكنة ، فمع التمكن من ذلك بما يتحمل عادةً و جب الصبر على ذلك ... «<sup>(١)</sup>» .

(١) هذه الكلمة مشطوب عليها في نسختنا ، و لكنها ثابتة في سائر النسخ ، و الأولى إثباتها ، لكونها مذكورة في عبارة المقابس المتقدمة التي لا يبعد كونها مأخذاً لما في المتن . و على كلِّ فالمراد بالمال ما حصل لها من غير جهة الكسب - بناءً على القول بمالكيتها - سواء أكان سابقاً على عجز مولاها عن الإنفاق أم لاحقاً له .

(٢) و هو الزوج الدائم ، لأنه يؤخذ بنفقة الزوجة الدائمة دون المنقطعة ، فإنه لا نفقة لها عليه ، و إنما تستحق عليه عوض البضع فقط . و عبارة القواعد - و هي التزويج - مشتملة على عوض البضع و من يؤخذ بنفقتها ، فإن المأخوذ بالنفقة ليس إلاّ الزوج في النكاح الدائم . فالمراد بعوض البضع هو المهر في النكاح المنقطع .

و احتمال أن يراد بـ « من يؤخذ بنفقتها » الحاكم ، ممنوع ، لتقدم ذكره في القواعد بقوله : « أنفق عليها من بيت المال » لوضوح أن ولاية التصرف فيه تكون للحاكم .

(٣) يعني : و ما ذكره في القواعد - من عدم جواز البيع مهما أمكن - حسنٌ .

(٤) أي : و مع عدم إمكان شيءٍ مما ذكر - من الكسب و المال و عوض البضع و الزوج و بيت المال - فلا يبعد منع بيع أمّ الولد ، كما منع منه إن أمكن شيءٌ من سبيل

و فرضها<sup>(١)</sup> كالحُرِّ في وجوب سدِّ رمقها كفايةً على جميع من إطلع عليها.  
و لو فُرِضَ<sup>(٢)</sup> عدمُ ذلك

الإنفاق عليها.

(١) معطوف على المنع، أي : لا يبعد فرضها كالحُرِّ في كون سدِّ رمقها واجباً كفايةً على المسلمين المطلعين على حالها.

و هذا موافق لما في الجواهر من قوله : « ضرورة أن ذلك لا يقتضي تقييد دليل المنع، إذ النفقة حينئذٍ تجب على المسلمين كفايةً، أو في بيت المال، كالحُرِّ العاجز عنها »<sup>(١)</sup>.

هذا إذا وُجد من المسلمين من يسدِّ رمقها، و أمّا مع فقده فسيأتي.

(٢) هذا ثالث فروض المسألة و آخرها، و هو ما إذا لم يَقم أحدٌ من المسلمين بالإنفاق على أمِّ الولد، أو قام به و لكن إستلزم ذلك ضرراً عظيماً عليها لا يُتحمَّل عادةً، لكونه نقصاً في شأنها و شرفها. و حكم هذا الفرض جواز البيع، لوجوه ثلاثة :  
الأول : قاعدة نفي الضرر الحاكمة على منع بيعها من جهة حقِّ الإستيلاء، و تقدم تقييده في (ص ٤٣٩).

الثاني : قاعدة نفي الحرج، فإنَّ بقاءها على هذه الحالة - رجاء أن تنتعق من نصيب ولدها - حرج عليها، و هو منفي بالآية الشريفة (\*).

الثالث : تنظير المقام بالمورد السابق، من جواز بيع أمِّ الولد إذا أسلمت عند

(\* ) إلا أن يقال : إنَّ الضرر أو الحرج لم ينشأ عن بقاء أمِّ الولد ممنوعةً عن البيع، بل نشأ من مخالفة من يجب عليه حفظ نفس الأمة عن التلف بإعطاء النفقة، هي الموجبة للضرر أو الحرج، فتدبر.

أيضاً<sup>(١)</sup>، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز، لحكومة<sup>(٢)</sup> أدلة نفي الضرر، ولأن<sup>(٣)</sup> رفع هذا عنها أولى من تحملها ذلك<sup>(٤)</sup> رجاءً أن تنتعق من نصيب ولدها. مع جريان<sup>(٥)</sup> ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكها<sup>(٦)</sup>، لا على حقها (\*).  
الآخر، فتدبر.

مولى ذمي، وذلك لأن قاعدة منع بيعها إما هو لتقديم حق الاستيلاء على حق المالك، فلو حصل لها حق يوجب البيع - كالإسلام - لم يناف حق الاستيلاء.  
وكذا يقال في المقام، والحق الثالث هنا هو حفظ النفس من الهلاك مهما أمكن، فإن حفظ حياتها مقدّم قطعاً على حق الاستيلاء، فعدم جواز بيعها - لكونها متشبّهة بالحرية - لا ينافي جوازه رعايةً لحق الحياة وعدم تلفها.  
وعليه فلا مورد للتمسك هنا بعموم منع البيع حتى ينحصر جواز بيعها في حكومة قاعدتي الضرر والخرج عليه.

(١) أي: كما عُدّ الفرض الأول، وهو كسبها أو تزويجها.

(٢) هذا إشارة إلى الوجه الأول.

(٣) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وهو نفي المخرج.

(٤) المشار إليه هنا وفي « هذا » هو الضرر.

(٥) هذا إشارة إلى الوجه الثالث.

(٦) فلا إطلاق في أدلة المنع بالنسبة إلى حدوث حق للأمة - غير حق

الاستيلاء - كي تتزاحم الحقوق أو تتعارض الأدلة.

(\* ) تنظير حق العتق بحق الإسلام و النفقة لا يخلو من شيء، لعدم إحراز هذا

الحق لها في حياة المولى. و لو أريد إستفادته مما دلّ على إستحباب عتق المملوك كليلّة فمنعه واضح. مضافاً إلى أن العمل بهذا المستحب لا يتوقف على بيعها ممن تنتعق عليه، لحصول الإمتثال بعقبتها ابتداءً.



و منها <sup>(١)</sup> : بيعها على من تنعتق عليه - على ما حكى عن الجماعة المتقدم إليهم الإشارة <sup>(٢)</sup> - "لأن فيه <sup>(٣)</sup> تعجيل حقها.

### ٣- بيعها على من تنعتق عليه

(١) معطوف أيضاً على قوله في (ص ٤٢٨) : « فمن وارده » وهذا مورد ثالث من القسم الثاني الذي يكون جواز بيع أمّ الولد لأجل عروض حقّها أولى بالمراعاة من حقّ الإستيلاد. وهو بيعها من قريبتها بحيث تنعتق على المشتري، ولا يستقرّ تملكها لها، كما لو إشتراها أبوها أو أخوها أو ابنُ أخيها أو ابنُ أختها، أو غيرهم ممن لا يملكها. وقال مجواز بالبيع هنا جماعة، وإختاره صاحبُ المقابس أيضاً.

قال تتبي في الصورة التاسعة والعشرين : « فإنه - أي البيع - صحيح، على ما إختاره الشهيد في اللمعة، والسيوري في كنز العرفان، وأبو العباس، والصيمري، والمحقق الكركي. ويظهر من الشهيد في الدروس : أنه مسبوق بهذا القول. وهذا هو الظاهر من الروضة والمسالك، واللازم من قول من جوّز بيع المسلم على الكافر إذا كان ممن ينعتق عليه ».

ثم إستدلّ على الجواز بوجود المقتضي ثبوتاً، وفقد المانع عنه، وسيأتي توضيحه. وإستدلّ في المتن بوجوه ثلاثة، كما سيظهر.

(٢) أي : في البيع، وهذا أوّل الوجوه، وهو المذكور في شرح اللمعة بقوله : « فيكون تعجيل خيرٍ يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إن المنع عن البيع لأجل العتق <sup>(٤)</sup> » و عبارة المقابس شرح له. ومحصّله : وجود المقتضي وفقد المانع. أمّا الأوّل فلأنّ المعتر في البيع كون البائع والمشتري أهلاً للتملك، والبيع مملوكاً، وهو متحقق حسب الفرض.

«١» حكاه عنهم في مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٣؛ ولاحظ : اللمعة، ص ٩٤؛ كنز العرفان، ج ٢، ص ١٢٩؛ المهذب البارع، ج ٤، ص ١٠٦؛ غاية المرام (مخطوط) ؟؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٩

«٢» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٥٩

و هو <sup>١</sup> حسنٌ لو عُلِمَ أن العلة حصول العتق. فلعلَّ الحكمة إنعتاق خاص. اللهم <sup>٢</sup> إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلة المنع <sup>٣</sup> .  
أو يقال <sup>٣</sup> :

و أما الثاني فلأنَّ المانع عن بيعها تمسكها بالحرية، و الغاية من منع بيعها هو الإنعتاق من نصيب الولد بعد وفاة السيد. فإذا فرض حصول الإنعتاق معجلاً في حياته فقد تحققت الغاية، و إمتنع بقاء منع البيع بحاله، هذا.

و ناقش المصنف فيه بعدم إحراز كون الإنعتاق المطلق علةً لمنع بيعها حتى يقال بإمتناع بقاء المملوك - و هو منع البيع - بالتعجيل في عتقها. فلعلَّ الحكمة في عدم جواز نقلها عن ملك السيد هي الإنعتاق الخاص أي إنتقالها إلى ولدها بالإرث، ثم الإنعتاق عليه قهراً من نصيبه.

و عليه فعموم منع البيع محكم، و لا يكون مجرد تعجيل حق الإنعتاق مُخرجاً عنه.

(١) أي : و تعليل جواز البيع - بأن فيه تعجيل حقها - حسنٌ لو عُلِمَ أن علة منع بيعها في حياة السيد هو الإنعتاق، و لاسيبل لإحراز المناط القطعي حسب الفرض.

(٢) هذا ثاني الوجهين لجواز بيعها على من تتعلق عليه، إختاره المصنف رحمته اعتماداً على ما تقدم في المورد الأول، من ظهور أدلة المنع في تقديم حق الإستيلاء على خصوص سلطنة المالك من حيث حقه المالكي، لا على حقها الآخر كحق الإسلام. فدليل المنع قاصر عن شموله لصورة وجود حقوق أخر لها مقتضية للبيع، و من تلك الحقوق حق التحرُّر معجلاً، و عدم إنتظار وفاة السيد.

(١) هذا ثالث وجوه الجواز، و هو ناظر إلى خروج هذا المورد عن عموم دليل منع بيع أم الولد موضوعاً، و بيانه : أن نقلها إلى المشتري و إن كان بيعاً صورةً، لكنه

إِنَّ هَذَا عَتَقٌ فِي الْحَقِيقَةِ (\*).  
و يُلْحَقُ بِذَلِكَ<sup>(٢)</sup> بِبَيْعِهَا بِشَرَطِ الْعَتَقِ.

عتق حقيقةً، لإمتناع دخولها في ملك المشتري حتى يتحقق المبادلة بين المالكين في الملكية. فالغرض إنقاذها من ذلِّ الرقيّة، و لذا إلتزم بعضهم بصرف الشراء إلى الإستتفاذ و عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى العين، و تقدم الإشارة إليه في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر<sup>(١)</sup>، و سيأتي في مستثنيات خيار المجلس إن شاء الله تعالى أيضاً.

#### ٤- بيعها بشرط العتق

(٢) أي : و يُلْحَقُ بِصِحَّةِ بَيْعِ أُمِّ الْوَالِدِ عَلَى مَنْ تَنَعَّقَ عَلَيْهِ : بِبَيْعِهَا عَلَى أَجْنَبِيٍّ بِشَرَطِ أَنْ يُعْتَقَهَا. حُكِيَ عَنْ غَيْرٍ وَاحِدٍ، قَالَ الْمُحَقِّقُ الشُّوشْتَرِيُّ فِي الصُّورَةِ الْحَادِيَةِ وَ الثَّلَاثِينَ : « إِذَا بِيَعْتَ بِشَرَطِ الْعَتَقِ، فَيَجُوزُ عَلَى مَا نَصَّ عَلَيْهِ الْمُحَقِّقُ الْكُرْكَبِيُّ فِي الشَّرْحِ، وَ السِّيُورِيِّ فِي الْكَنْزِ. وَ إِسْتَقْرَبَهُ الشَّهِيدُ فِي اللَّمْعَةِ، وَ إِحْتَمَلَهُ فِي الدَّرُوسِ، وَ مَنَعَ مِنْهُ أَبُو الْعَبَّاسِ فِي الْمَهْذَبِ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْمُعْظَمِ. وَ رُبَّمَا يَلْزَمُ الْجَوَازُ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ مِنَ الْكَافِرِ. وَ الْأَقْرَبُ الْمَنْعُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ عَمَلًا بِعَمُومِ الدَّلِيلِ الْمَانِعِ السَّالِمِ عَنِ الْمَعَارِضِ ».   
ثم وَجّه صحة البيع من جهة إقتضاء دليل الشرط وجوب الوفاء به، و عدم

(\* في كونه عتقاً منع، إذ لو كان كذلك لم يكن وجه لحكمهم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة إذا ظهر كون العبد معيباً فيما إذا بيع على مَنْ ينعنق عليه، إذ المفروض كونه عتقاً لا بيعاً. بل قيل بجواز الرجوع إلى نفس العين، و تنقيح البحث فيه موكول إلى مباحث الخيارات.

فلو لم يف المشتري<sup>١١</sup> احتُمل وجوبُ إستردادها (\*) كما عن الشهيد الثاني<sup>(١٢)</sup> .  
و يحتمل<sup>١٣</sup> إجبارُ الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتراق،

إسقاط شرط العتق لكونه حقاً له تعالى، ثم رجّح المنع مرّة أخرى، فراجع<sup>١٤</sup> .

(١) يعني : بناءً على صحة البيع بشرط العتق - إمّا لكونه تعجيل خيرٍ و إمّا لكونه عتقاً حقيقةً كما تقدم في المورد السابق - فإن وفي المشتري بالشرط و أعتقها فهو، و إن تخلف عن الإعتراق احتتمل وجوه ثلاثة :  
الأول : أنه يجب على البائع فسخ البيع و إعادة أمّ الولد إلى ملكه، لتنعق بعد وفاته.

ثانيها : أن المشتري يُلزم بالإعتراق ، فإن وُجد الحاكم الشرعي أجبره عليه، و إن لم يوجد أجبره عدول المؤمنين.

الثالث : أنه لا حاجة إلى الإجبار، بل مجرد إمتناع المشتري عن العمل بالشرط يحقّق ولاية الحاكم على إعتاقها عليه قهراً، من دون إناطته بإجباره عليه و إباته عنه.  
(٢) كما إحتتمل<sup>١٥</sup> وجوبُ الفسخ على الحاكم. و لعلّ وجه وجوب إستردادها من المشتري هو : أن بيع أمّ الولد كما يكون ممنوعاً تكليفاً مطلقاً أي بدون شرط العتق، فكذا مع شرطه إن لم يتعقبه العتق خارجاً، فإذا تحقّق البيعُ المشروط بالعتق و لم يتعقبه لزم حلُّ ذلك البيع بإسترداد الأمة.

(٣) معطوف على « إحتتمل » و هذا هو الإحتمال الثاني، و وجهه ولاية الحاكم

(\*) بناءً على كون العتق الخارجي شرطاً لصحة بيعها، و أمّا بناءً على كون المجوّز للبيع نفس شرط العتق، فوجوب الإسترداد غير ظاهر، بل يُجبر المشتري على الوفاء بالشرط، أو تُعتق عليه قهراً.

«١» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٦٠؛ و الحاكي عنه صاحب المقابس، ص ٩٣

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٣

أو إعتاقها<sup>(١)</sup> عليه قهراً.  
و كذلك<sup>(٢)</sup> بيعها ممن أقرَّ بحريتها.

على الممتنع.

(١) معطوف على « وجوب » و هذا هو الإحتمال الثالث، إحتمله في المقابس بناءً على صحة البيع.

٥- بيعها على من أقرَّ بحريتها

(٢) يعني : و يلحق ببيعها على من تتعق عليه : بيعها على من أقرَّ بأنها حرة فعلاً و ليست أمةً، فيكون شراؤها مقدمةً لتعجيل إنعتاقها.

قال في المقابس : « الثلاثون: إذا بيعت ممن أقرَّ بحريتها، و هذه أولى بالجواز و إن لم ينصوا عليها هنا، لأن هذا البيع لا يقتضي تملكاً في حق المشتري بحسب ظاهر إقراره. و يحتمل المنع هنا، لإحتمال كذب المقر، فيؤدى إلى رقيتها واقعاً. و الحرية الواقعية و إن تأخرت أولى من ذلك »<sup>(١)</sup>.

و الوجه في إلحاق هذا المورد بالبيع على من تتعق عليه هو كون المعاملة طريقاً إلى حريتها من دون إستقرار الملكية للمشتري<sup>(٢)</sup>.

و أمّا تصوير البيع هنا - مع علم المشتري بعدم دخول المبيع في ملكه، و تقوُّم البيع بالتملك و التملك - فيمكن بالإلتزام بكفاية القصد إلى النقل في نظر المشتري و إن لم يُمضه الشارع، كما تعقلوه في مسألة الفضولي إذا كان غاصباً و قصد البيع لنفسه، من كفاية الملكية الإدعائية. و كذا في المقام، فالمشتري من حيث كونه مقرراً بحرية المبيع فهو مسلط للبايع على الثمن مجاناً، و لا مانع منه<sup>(٣)</sup>.

هذا تقريب صحة بيعها ممن أقرَّ بحريتها. و لكن إعتراض المصنف على جواز

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٣

«٢» راجع هدى الطالب، ج ٦، ص ٣٣٥ و ٣٣٨

«٣» المصدر، ج ٤، ص ٥٥١

و يُشكل<sup>(١)</sup> بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن في مقابل الحر<sup>(٢)</sup>. و إن علم<sup>(٣)</sup> بكذبه لم يجز أيضاً<sup>(٤)</sup>، لعدم جواز بيع أم الولد. و مجرد<sup>(٥)</sup> صيرورتها حرّة على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في

البيع بما سيأتي بيانه.

(١) توضيح الإشكال : أن المولى إما أن يعلم بصدق المقر من كون هذه المرتبة حرّة واقعاً، و إما أن يعلم بكذبه و كونها أمةً و قد إستولدها. و إما أن يشك في صدقه و كذبه. و لم يتعرض المصنف لحكم الشك.  
و على الأولين يعلم البائع بفساد البيع، إما لكونها حرّة، و من المعلوم أن الحرّ لا يُملك و لا يباع، و إما لكونها أمّ ولده.

و دعوى جواز بيعها - لما فيه من تعجيل الخير، و هو عتقها من جهة إقرار المشتري بحرّيتها - ممنوعة، لعدم حصول الغرض و هو العتق، و ذلك لأنّ المشتري و إن كان مأخوذاً بإقراره في ظاهر الشرع، فيحكم بإنتاقها عليه ظاهراً، لكنها صارت بالشراء ملكاً له واقعاً، فيلزم بقاؤها على الرقية - في نفس الأمر - إلى أن يحصل موجبٌ لحرّيتها. و لو دار الأمر بين بقائها على ملك المولى المستولد لتتحرّر - واقعاً - بعد وفاته من نصيب ولدها، و بين بيعها و إنتاقها ظاهراً - و إن كانت رقاً في الواقع - كان المتعين هو الأول.

و عليه فالغاية المقصودة من بيعها على من تنعتق عليه - و هي تعجيل العتق - لا تترتب على بيعها بمن أقر بحرّيتها.

(٢) لأنّ تملك الثمن بعنوان العوضية منوط بتعليك الثمن، و المفروض عدم دخول الحرّ في الملك.

(٣) هذا هو الغرض الثاني، و هو علم المولى بكذب المقر.

(٤) أي : كما لم يجز للمولى البيع في فرض علمه بصدق المقر.

(٥) يعني : و مع تعقل قصد البيع جداً صارت رقاً للمشتري واقعاً، بمقتضى كون

البيع نقلاً و تملكاً.

الواقع وبقائها<sup>(١)</sup> في الواقع على صفة الرقية للمشتري لا يجوز<sup>(٢)</sup> البيع، بل الحرية الواقعية وإن تأخرت أولى من الظاهرية<sup>(٣)</sup> وإن تعجلت. ومنها<sup>(٤)</sup>: ما إذا مات قريبها وخلف تركته، ولم يكن له وارث سواها،

(١) معطوف على «كونها» وضمير «له» راجع إلى المشتري.

(٢) خبر قوله: «و مجرد صيرورتها» ووجه عدم الجواز ما تقدم أنفاً من أن المقصود بالبيع - في مثل البيع على من تتعتق عليه - هو الإنعتاق واقعاً، وزوال الرقية عنها بالمرّة، لا مجرد جريتها في ظاهر الشرع بحسب الإقرار. مضافاً إلى: أن تشبث أمّ الولد بالحرية حكمة، وليست علةً ليدور جواز نقلها عن ملك المولى مدارها.

(٣) لكون الحرية الظاهرية في معرض الزوال برجوع المقرّ عن إقراره، بخلاف الواقعية المترتبة على موت المولى ونصيب الولد منها. ثم إن المصنف رحمته تعرض لنظير هذا المورد في مستثنيات بيع العبد المسلم من الكافر المقرّ بحريته<sup>(١)</sup>. وعلل فساد البيع بخلل إما في المبيع لو كان حرّاً واقعاً، أو في المشتري إن كان كاذباً، فيلزم دخوله في ملكه، والمفروض إنتفاء السبيل على المسلم. وهذا التعليل لتكفله لحكم جهل البائع بصدق المقرّ لعله أولى مما أفاده هنا، فتدبر.

٦- إذا مات قريبها وله مال، وهي وارثته

(١) معطوف على قوله: «فمن وارده» أي: و من موارد القسم الثاني: ما إذا مات قريبها من أبٍ أو أخٍ أو أختٍ، وخلف تركته، ولم يكن للميت وارث سوى أمّ الولد.

و الحكم في كَلْي المملوك هو وجوب شرائه من التركة وإعتاقه، ولو فضل شيء من الإرث كان له. ونقل الإجماع عليه مستفيض، ففي المستند: «و ادعى

فُتْشَرَى مِنْ مَوْلَاهَا لَتُعْتَقَ<sup>١١</sup> [ للعتق ] وَ تَرِثُ قَرِيبَهَا.

الإجماع عليه في الإنتصار و السرائر و الشرائع و القواعد و التنقيح و الروضة و المسالك و المفاتيح «<sup>١٢</sup>».

و في الجواهر - بعد قول المحقق: « و إذا لم يكن للميت وارث سوى المملوك، أُشْتَرِيَ المملوك من التركة، و أُعْتِقَ، و أُعْطِيَ بقية المال «<sup>١٣</sup>» - ما لفظه: « بلا خلاف أجدّه فيه في الجملة، بل الإجماع بقسميه عليه «<sup>١٤</sup>».

و أما أم الولد فقد صرّح جماعة بأنّها كسائر المعاليك تُشْتَرَى بالقيمة السوقية، و تُعْتَقَ و تَرِثُ ما بقي من التركة. و ادّعى ابنُ فهدٍ رحمته عليه الإجماع كما نقله عنه في المقابس.

قال المحقق الشوشترى في الصورة السادسة و العشرين: « و القول بإستثنائها خيرةُ الشهيدين في الروضة و اللمعة و المسالك، و السيوري في كتابيه، و أبي العباس، و المحقق الكركي، و إختاره ابن سعيد في الزهة أيضاً، و نقله من العماني. و حكى أبو العباس في المهذب إجماعَ الأصحاب. و ليس ببعيد، فإنّه الظاهر من إطلاق فتاوى الأصحاب في كتاب الموارث «. ثم إستدل عليه بالنصوص و بوجوه إعتبارية، فراجع «<sup>١٥</sup>».

و ذهب المصنف رحمته أيضاً إلى وجوب شرائها من مولاها لتنعق، و إستدل عليه بما سيأتي في المتن.

(١) كذا في بعض النسخ، و هو موافق لما في المقابس الذي يكون كالأصل لكلمات المصنف في هذه المسألة. و في نسختنا « للعتق » و المعنى واحد.

«١» مستند الشيعة، ج ١٩، ص ٦٧

«٢» شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٥

«٣» جواهر الكلام، ج ٣٩، ص ٥٠

«٤» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩١



و هو<sup>١</sup> مختار الجماعة السابقة<sup>١</sup> و ابن سعيد في الزهدة<sup>٢</sup>، و حُكي عن العماني. و عن المذهب<sup>٣</sup> : إجماعُ الأصحاب عليه.  
و بذلك<sup>٤</sup> يمكن ترجيح أخبار « الإرث » على قاعدة « المنع ».

(١) أي : جواز البيع، و المراد به الجواز بالمعنى الأعم الشامل للوجوب، لأنه مختار الجماعة، لا الإباحة.

(٢) أي : و بإجماع الأصحاب على وجوب الشراء يمكن ترجيح... الخ. و هذا هو الوجه الأول. و المراد بأخبار الإرث : ما دلّ على « أن الحرّ إذا مات و لم يكن له وارث حرّ، و له قرابة رِقٍّ، أُجبر مولاة على بيعه بقيمة عدل، فيُشترى و يُعتق ». و ليس المراد بها ما دلّ على مانعية الرق من الإرث، و أنه يجب التنزل إلى الطبقة المتأخرة. إن لم يكن له وارث حرّ في طبقة ذلك الرق.

فمن تلك الأخبار ما ورد في شراء « المملوك » من دون خصوصية كونه أبا للميت أو إبناً له أو أمّاً أو غيرها، و هو خبر واحد رواه في دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : « أنه قال : إذا مات الميت و لم يدع وارثاً و له وارث مملوك، قال : يُشترى من تركته، فيُعتق، و يُعطى باقي التركة [ بالميراث ] »<sup>١</sup>.

و منها : ما ورد في خصوص الأب أو الأمّ أو البنت. و أكثرُ النصوص المعتمدة متكفل لشراء الأمّ، كصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : في الرجل الحرّ يموت و له أمّ مملوكة، قال : تُشترى من مال

«١» كالعلاّمة في المختلف ج ٩، ص ٦١؛ و الشهيد في اللمعة، ص ٩٤؛ و الدروس، ج ٢، ص ٣٤٤؛ و الفاضل المقداد في كنز العرفان، ج ٢، ص ١٢٩؛ و المحقق الثاني في جامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٨؛ و الشهيد الثاني في الروضة، ج ٨، ص ٤٥ و ٤٤؛ و المسالك، ج ١٣، ص ٤٧.

«٢» زهدة الناظر، ص ٨٢، و هو الحاكي عن ابن عقيل.

«٣» المذهب البارع، ج ٤، ص ١٠٦، حكاة عنه في المقابس.

«٤» مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ١٤٩، الباب ١١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١

إبنها، ثم تُعتق، ثم يورثها «<sup>١</sup>». بإلقاء خصوصية الأمّ و البنت و نحوهما، و إرادة « المملوك » من الجميع.

و النسبة بين هذه النصوص و بين ما دلّ على منع بيع أمّ الولد - كما في المقابس و حاشية المحقق صاحب الكفاية رحمته الله «<sup>٢</sup>» - عموم من وجه، لأنّ دليل المنع يقتضي منع بيع أمّ الولد مطلقاً، سواء أكانت وارثة أم لم تكن. و دليل « شراء المملوك من تركة قريبه » مطلق أيضاً يشمل كون الوارث أمّ ولدٍ و غيرها من الأب و الإبن و البنت و الأخت، فيجتمعان فيما إذا كان قريب الميت أمّ ولدٍ.

فإما إن يُخصّص عموم منع نقل أمّ الولد، و يقال بجوازها لو كانت وارثة لتقريبها. و إما أن يُخصّص عموم وجوب شراء المملوك، و يقال بعدم جواز شراء أمّ الولد لو كانت وارثة. و إما أن يتساقط الدليلان، و يُرجع إلى دليل آخر من عموم صحة البيع، أو إستصحاب المنع. و رجّح المصنف رحمته الله الإحتمال الأوّل بالإجماع.

(\*) لكن النسبة بين النصوص المستفيضة الواردة في شراء الأم لتنتعق و ترث، و بين عموم المنع هو العموم المطلق، فيتعيّن التخصيص، و إلزام طرحها رأساً، لعدم تكفلها لحكم غير الأمّ. و لم يظهر وجه جعل النسبة في المقابس عموماً من وجه مع تصريحه بأنّ جملة منها وردت في الأمّ و الأخت و البنت.

ثم لو سلّم ذلك فالترجيح بالإجماع المحتمل مدركيته لا يخلو من شيء. و كذا بدعوى كون الشراء للإرث عنواناً ثانوياً طرء على أمّ الولد، فيندرج المورد في العناوين الثانوية المتقدمة على أحكام العناوين الأوّلية. و لو إنفتح هذا الباب لم يختص بالمقام، بل يعم جميع الحقوق الثابتة لأمّ الولد الموجبة لجواز بيعها. و هو كما ترى.

«١» الوسائل، ج ١٧، ص ٤٠٤، الباب ٢٠ من أبواب موانع الإرث. الحديث ١

«٢» حاشية المكايب، ص ١٢٠

مضافاً إلى ظهورها<sup>(١)</sup> في رفع سلطنة المالك، و المفروض هنا<sup>(٢)</sup> عدم كون البيع بإختياره، بل تباع عليه لو إمتنع.

و من [ موارد ] القسم الثالث<sup>(٣)</sup> - و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الإستيلاء - ما إذا كان علوقها بعد الرهن<sup>(٤)</sup> ، فإن المحكي عن الشيخ و الحلبي و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللعة و المسالك و المحقق الثاني و السيوري

(١) هذا ثاني وجهي ترجيح أخبار الإرث على عموم منع بيع أم الولد، و محصله : أن قاعدة منع بيعها ظاهرة في كون المولى ممنوعاً عن النقل الإختياري دون القهري، فلا إطلاق في أدلة المنع يشمل النقل القهري حتى يقع التعارض بينها و بين دليل شراء المملوك ليرث قريبه.

(٢) أي : في ما لو مات قريبها و لم يُخلف غير أم الولد، حيث إنها تُشترى منه إماً برضى مولاها و إماً قهراً عليه.

هذا ما يتعلق بموارد الإستثناء في القسم الثاني.

القسم الثالث : بيعها لحق سابق على الإستيلاء

(٣) معطوف على قوله : « فمن موارد القسم الأول » المتقدم في (ص ٢٩٦) و تعرض في هذا القسم لموارد سبعة يجمعها : تعلق حق بها سابق على الإستيلاء، فتزاحم الحقوق.

١- إذا كان الحمل بعد الرهن

(٤) هذا هو المورد الأول، و هو ما إذا صارت الأمة مرهونة على ذين، ثم حملت من مولاها، و جواز بيعها منوط بتمامية أمرين :

أحدهما : عدم بطلان الرهن بنفسه بمجرد الإستيلاء الموجب لخروج الأمة عن

الطلق .

و ثانيهما : عدم وجوب إبدالها بعد الحمل بمال آخر ليكون وثيقة للدين.

و الأمر الأول متفق عليه، و الثاني مشهور كما ذكره في المقابس.

و أبي العباس و الصيمري<sup>١</sup> : " جواز بيعها حينئذ<sup>٢</sup> .  
و لعلّه<sup>٣</sup> لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق

فبناءً عليهما يقع الكلام في جواز بيعها لو لم يُؤدّ الدين، و عدمه.  
قال المحقق الشوشترى في الصورة الثامنة : « أنه إذا بقيت مرهونةً مطلقاً على  
المشهور، و مع الإعسار عن غيره - أي على غير المشهور - ففي جواز بيعها للرهن  
حيث يجوز البيع له، أقوال : الأوّل جوازه مطلقاً، و هو إختيار الشيخ في المبسوط  
و الخلاف » إلى آخر من ستماهم في المتن.

(١) أي : حين كون الحمل بعد الرهن، و المقصود تجويز بيعها في الجملة، إمّا  
مطلقاً كما عليه ابن إدريس و غيره، و إمّا مع التفصيل بين كون الراهن موسراً  
و معسراً كما إختاره شيخ الطائفة في الخلاف و العلامة في التذكرة.

(١) أي : و لعلّ جواز البيع، إستدل له في الكلمات بلزوم الأخذ بأسبق  
الحقّين<sup>٢</sup>، و هو في المقام حق المرتهن في العين المرهونة ببيعها لإستيفاء حقّه. كما أشار  
إليه المحقق في عبارته الآتية ، فالمقصود ترجيح حق الرهن على حق الإستيلاء.  
و حيث إنّ مجرد السبق الزماني ليس من مرجحات التزاحم، فلو كان الحق  
التأخر أهمّ من المتقدم قدّم على المتقدم.

نعم في صورة عدم إحراز أهمية أحدهما يكون الحكم على طبق السابق  
للإستصحاب، فلذا عدل المصنف إلى التمسك به.

«١» الحاكي عنهم السيد العاملي و صاحب المقابس ، مفتاح الكرامة ، ج ٥ ، ص ١٢٤ : مقابس الأنوار ،  
كتاب البيع ، ص ٨٢ : و لاحظ : المبسوط ، ج ٢ ، ص ٢١٧ : الخلاف ، ج ٣ ، ص ٢٣٠ . المسألة : ١٩ كتاب  
الرهن : السرائر ، ج ٢ ، ص ٢٨ : الغنية ، ص ٢٤٤ : مختلف الشيعة ، ج ٥ ، ص ٤٤٠ : تذكرة الفقهاء ، ج ١٣ ،  
ص ٢٢٠ ( ج ٢ ، ص ٢٨ الحجرية ) : للعمة ، ص ٩٤ : المسالك ، ج ٣ ، ص ١٧٠ و ج ٤ ، ص ٥٠ و ج ١٠ ،  
ص ٥٢٧ : جامع المقاصد ، ج ٤ ، ص ٩٨ و ج ٥ ، ص ٨١-٨٠ : كنز العرفان ، ج ٢ ، ص ١٢٩ : المهذب  
البارع ، ج ٤ ، ص ١٠٥ : غاية المرام (منحطوط) و تلخيص الخلاف ، ج ٢ ، ص ٩٦ . و فيه التقييد بالإعسار.  
«٢» كما في جامع المقاصد ، ج ٥ ، ص ٨١-٨٠

بالإستيلاء<sup>(١)</sup> اللاحق، بعد تعارض أدلة حكم الرهن و أدلة المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها<sup>(٢)</sup>.

خلافاً<sup>(٣)</sup> للمحكي عن الشرائع و التحرير، فالمنع مطلقاً<sup>(٤)</sup>.

و عن الشهيد<sup>(٥)</sup> في بعض تحقیقاته : الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن ،

توضیحه : أن إطلاق دليل الرهن يقتضي جواز بيع العين المرهونة سواء أكانت أم ولد أم لا، و دليل الإستيلاء يقتضي عدم جواز بيعها - إلا في ثمن رقبته - سواء أكانت مرهونة أم لا. ففي المجمع - و هو أم الولد المرهونة - يتعارض الدليلان، و بعد التسايط يرجع إلى إستصحاب حكم الرهن أعني به جواز البيع، هذا.

(١) متعلق بالبطلان.

(٢) إستثناء خصوص « بيعها في ثمنها » إنما هو لوروده في بعض أدلة منع بيع أمهات الأولاد كصحيحة عمر بن يزيد و روايته المتقدمتين في (ص ٢٩٩-٣٠١) و أما سائر مواضع جواز بيعها فتستفاد من المخصص أو المقيد المنفصلين.

(٣) عدل لقوله : « فإن المحكي عن الشيخ ... جواز بيعها ». و هذا إشارة إلى القول الثاني، إختاره المحقق و العلامة في التحرير، ففي الشرائع : « و لو وطأ الراهن فأحبها، صارت أم ولده، و لا يبطل رهنها. و هل تباع ؟ قيل : لا ما دام الولد حياً. و قيل : نعم، لأن حق المرتهن أسبق. و الأول أشبه »<sup>(١)</sup>. و وجه المنع تقديم حق الإستيلاء تغليياً لجانب الحرية.

(٤) المقصود بالإطلاق ما يقابل تفصيل الشهيد رحمته الله بين كون الوطاء بإذن المرتهن

فيمنع من بيعها، و بين كونه بدون إذنه، فيجوز بيعها.

(٥) معطوف على « عن الشرائع » أي : و خلافاً للمحكي عن الشهيد. و هذا

إشارة إلى القول الثالث في المسألة، و وجه الفرق : أنه مع إذن المرتهن يسقط حقه

و وقوعه بدونه.

و عن الإرشاد<sup>١١</sup> و القواعد : التردّد . و تمام الكلام في باب الرهن<sup>١٢</sup>.

و منها<sup>١٣</sup> : ما إذا كان علوقها

على تقدير وجود الولد ، بخلافه بدون الإذن . و قال السيد العاملي بعد حكايته : « و هو قوي موافق للأصول و الإعتبار إن لم يكن خارقاً للإجماع على الخلاف »<sup>١٤</sup>.

(١) هذا أيضاً معطوف على « عن الشرائع » و هذا إشارة إلى قول رابع ، و هو التردد في حكم المسألة، و عدم ترجيح منع البيع أو جوازه، قال به جمع كالعلامة في الإرشاد و القواعد. بل إستظهر السيد العاملي رحمته كون التوقف مقتضى إقتصار آخرين على نقل الخلاف من دون ترجيح كالعلامة في التلخيص، و فخر المحققين، و ابن السيد العميد في تخلص التلخيص، و الشهيد في الدروس و غاية المراد، و الفاضل السبزواري في الكفاية<sup>١٥</sup>.

(٢) إذ المسألة محرّرة هناك<sup>١٦</sup>، و إن تعرّض صاحب المقابس لتفصيل الكلام هنا. فراجع<sup>١٧</sup>.

٢- إذا كان الحمل بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

(٣) معطوف على قوله : « و من القسم الثالث » و تأنيث الضمير بإعتبار موارد القسم الثالث. فالمقصود بيان حكم بيع أم الولد - لو حَجَرَ الحاكم أموالَ سيدها - بشرطين :

أحدهما : أن يكون العلوق و الحمل بعد الحجر، فلو تأخّر الحجر عن الإستيلاء لم يصحّ بيعها لأداء حقّ الغرماء.

ثانيهما : أن تكون أمّ الولد فاضلةً عن مستثنيات الدين ، فلو كانت خادمة

«٢١» مفتاح الكرامة . ج ٥ . ص ١٢٣ و ١٢٤

«٣» لاحظ جواهر الكلام . ج ٢٥ . ص ٢٠٨ - ٢١١

«٤» مقابس الأنوار . كتاب البيع ، ص ٨١ - ٨٤

بعد<sup>(١)</sup> إفلاس المولى و الحجر عليه، و كانت<sup>(٢)</sup> فاضلةً عن المستثنيات في أداء الدين، فتُباع حينئذٍ<sup>(٣)</sup>، كما في القواعد<sup>(٤)</sup> و اللّمة و جامع المقاصد<sup>(٥)</sup>، و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام<sup>(٦)</sup>، لما ذُكر<sup>(٧)</sup> من سبق حقّ الديّان بها،

لمولاها - مع كونه أهلاً للإخدام - كانت من جملة المستثنيات، كما تقدم في الصورة الأولى بقوله: «و مما ذُكر يظهر أنه لو كان نفس أمّ الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع في ثمن رقبته» فراجع (ص ٣٢١).

فإن تحقق الشرطان فهل تكون كسائر أموال المفلس تُباع في حقّ الغرماء أم لا؟ ذهب العلامة في القواعد و جماعة ممن تأخر عنه إلى الجواز، و مقتضى عدم عدّ غيرهم هذه الصورة من المستثنيات عدم جواز بيعها.

(١) هذا إشارة إلى الشرط الأوّل.

(٢) هذا إشارة إلى الشرط الثاني.

(٣) أي: حين كون العلوق بعد الإفلاس و الحجر، و كونها زائدة على مستثنيات الدين.

(٤) الموجود في القواعد - كما نبّه عليه المحقق صاحب المقابس رحمته أيضاً في الصورة التاسعة - هو إشتراط جواز بيعها بأن تكون آخر ما يُباع من أموال المفلس، رعايةً لحق الإستيلاء مهما أمكن، قال العلامة رحمته فيه: «و لا يُمنع من وطء مستولده. و في وطء غيرها من إمانه نظر، فإن أُحيل فهي أمّ ولد. و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور، دونها».

(٥) يعني: في المورد السابق من تدافع حق الرهن و حق الإستيلاء إذا تأخر عن الرهن زماناً.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٤٥: اللّمة الدمشقية، ص ٩٤: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٩، و ج ٥، ص ٢٤١

«٢» الحاكي عنهم صاحب المقابس في ص ٨٤، و لاحظ: المهذب البار، ج ٤، ص ١٠٦: كنز العرفان، ج ٢، ص ١٢٩: غاية المرام (مخطوط)، ج ١، ص ٢٨٠

و لا دليل على بطلانه<sup>(١)</sup> بالإستيلاء.

و هو<sup>(٢)</sup> حَسَنٌ مع وجود الدليل على تعلق حقّ الغرماء بالأعيان. أما لو لم يثبت إلاّ الحجرُ على المفلس في التصرف و وجوب<sup>(٣)</sup> بيع المحاكم أمواله في الدين، فلا يؤثر<sup>(٤)</sup> في دعوى إختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه، فتأمل<sup>(٥)</sup>.  
و تمام الكلام في باب الحجر إن شاء الله.

(١) أي : على بطلان حق الديان بصيرورة الأمة أمّ ولد، لعدم إحراز أهمية حق الإستيلاء من حقّ الدّيان، فلا مانع من إستصحاب حقّهم الثابت قبل الإستيلاء.

(٢) أي : و جواز البيع لحقّ الديان حسنٌ مع وجود الدليل ... الخ.  
ناقش المصنف رحمته - وفاقاً لما في المقابس في جواز البيع هنا - بما حاصله : أنّ صغوية المورد لتعلق حقّين بأُمّ الولد مبنية على تعلق حق الغرماء بأعيان الأموال التي منها أمّ الولد، إذ تكون حينئذٍ مورداً لحقّين : حقّ الغرماء و حقّ الإستيلاء، و يرجع الأوّل للسبق مع فرض عدم إحراز أهمية حق الإستيلاء منه.

و أما بناءً على عدم تعلق حقّ الدّيان بالأعيان بل بذمة المفلس، و بيع الحاكم أمواله للصرف في ديونه، لم يكن المورد من تعلقّ الحقّين، بل تعلق حقّ واحد و هو الإستيلاء المقتضي لعدم جواز بيعها. و تعلق حقّ الديان بذمة المفلس لا يشرّع قابلية أمّ الولد للبيع، ضرورة أنّ الحجر يوجب بيع الأموال القابلة للبيع مع القرض عن حقّ الديان، و المفروض عدم قابلية أمّ الولد في نفسها للبيع، فلا يجوز بيعها.  
و بالجملة : فلا يؤثر الحجر في جواز بيع ما ليس قابلاً في نفسه للبيع.

(٣) معطوف على « الحجر » أي : لم يثبت إلاّ وجوب بيع المحاكم ... الخ.  
(٤) جواب الشرط في « أما لو لم يثبت » يعني : فلا يؤثر الحجرُ في دعوى إختصاص الأموال التي يبيعها الحاكم بالأموال القابلة للبيع في نفسها. و المراد بالتأثير تشريع القابلية للبيع فيما لا يقبل البيع بنفسه.

(٥) لعلّه إشارة إلى عدم الفرق في جواز البيع قهراً على مولى أمّ الولد بين تعلق حقّ الديان بالأعيان، و بين تعلقه بالذمة، إذ جواز البيع القهري الثابت قبل الإستيلاء



ومنها<sup>(١)</sup> : ما إذا كان علوقها بعد جنائتها. وهذا في<sup>(٢)</sup> الجناية التي لا تجوز البيع لو كانت لاحقة، بل يلزم المولى الفداء. وأما لو قلنا<sup>(٣)</sup> بأن الجناية اللاحقة أيضاً ترفع المنع لم يكن فائدة في فرض تقديمها.

يستصحب، فلا ثمة حينئذ بين القولين.

أو إشارة إلى: أن القابلية للبيع حين الحجر كافية في جواز البيع، وهي حاصلة، إذ المفروض تأخر الإستيلاء عن الحجر.

### ٣- إذا حملت بعد الجناية على غير مولاها خطأ

(١) معطوف أيضاً على قوله: «و من القسم الثالث» وهو ما إذا حملت من مولاها بعد ما جنت على أجنبي خطأ، وجواز البيع هنا مبني على ما حكاه صاحب المقابس عن موضع من المبسوط والتهذيب والمختلف - فيما لو جنت بعد الإستيلاء - من تعين الفداء على المولى، خلافاً لما نُسب إلى المشهور من التخيير بينه وبين تسليمها إلى المجني عليه.

وأما بناءً على المشهور من أن الجناية اللاحقة للإستيلاء - كالسابقة عليه - ترفع منع بيعها، فلا ثمة في فرض سبق الجناية على الإستيلاء، لجواز بيعها على كل منهما.

وتعرض صاحب المقابس لهذا المورد في الصورة العاشرة، وأحال التفصيل إلى الصورة الرابعة<sup>(١)</sup>.

(٢) أي: جواز البيع في الجناية السابقة على الإستيلاء إما هو لو قلنا بالتفصيل بين سبق الجناية وحقوقها، وأنه يتعين في اللاحقة الفداء على المولى، فيقال بجواز البيع في السابقة على الإستيلاء، فيحصل الفرق بين الجناية السابقة و اللاحقة.

(٣) كما هو المشهور، فلا جدوى في فرض تقديم الجناية، لأن جنائتها مطلقاً توجب التخيير بين الفداء وبين دفعها إلى المجني عليه.

ومنها <sup>(١)</sup> : ما إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها، فإن المحكي عن الحلّي جوازُ إستردادها <sup>(٢)</sup>

#### ٤- إذا بيعت الأمة فحملت من المشتري في مدة الخيار

(١) أي : و من القسم الثالث، و هو ما إذا كان العلوق في زمان خيار البائع، بأن كان مغبوناً في بيعها، و إستولدها المشتري، ثم علم البائع بالغبن، ففسخ العقد، فهل يجوز إستردادها أخذاً بأسبق الحقيّن و هو حق الخيار، أم يتعيّن إسترداد قيمتها، للمانية الإستيلاء عن إنتقالها من ملك سيّدها إلى ملك غيره ؟

ذهب بعضٌ إلى ثبوت حق الفسخ للبائع، و مقتضى إطلاقه - و عدم تقييده بأخذ القيمة من المشتري بدلاً من العين - هو جواز إسترداد الرقبة. و حكى صاحبُ المقابس رحمته هذا القولَ عن شيخ الطائفة و أبي المكارم و القاضي و الحلّي رحمته.

و لكن المصنف رحمته لم ينسبه إلاّ الحلّي. و وجهه - كما نبّه عليه في السرائر و المقابس - ذهبُ الشيخ و من تبعه إلى توقف الملك في العقود الخيارية على إنتضاء مدة الخيار، و لا يحصل الملك بنفس العقد، و من المعلوم أنّ إستيلاء المشتري تصرفاً في ملك البائع الذي له الخيار، فإستردادُ العين لا يتوقف على فسخ العقد ليعود المبيع إلى ملك البائع.

نعم، بناءً على مسلك الحلّي من حصول الملك بنفس العقد - و كون المبيع في زمان خيار البائع ملكاً للمشتري - يتجه البحث عن جواز إسترداد العين.

و على القول بجواز الإسترداد فمقتضاه خروج أمّ الولد عن ملك سيّدها قهراً عليه.

(٢) لم يرد في عبارة السرائر تصريح بإسترداد العين، و إنّما نُسب ذلك إلى ابن إدريس من جهة إلتزامه بالفسخ و نفي ما نقله عن الشيخ - من لزوم رد قيمة الولد و عُشر قيمة الجارية إن كانت بكرأ، و نصف العُشر إن كانت ثيباً - لوضوح أنّ إثبات حق الفسخ للبائع مع السكوت عن إسترداد الجارية أو قيمتها، ظاهر في إقتضاء

مع كونها <sup>(١)</sup> ملكاً للمشتري، ولعلّه <sup>(٢)</sup> لإقتضاء الخيار ذلك، فلا يُبطله الإستيلاء.  
 خلافاً للعلامة <sup>(٣)</sup> وولده <sup>(٤)</sup>، و المحقق و الشهيد الثانيين <sup>(٥)</sup>، و غيرهم <sup>(٦)</sup>.  
 فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أمّ الولد. و لعلّه <sup>(٧)</sup> لصيرورتها بمنزلة التالف.

الفسخ عوداً الأمة إلى ملكه و إن صارت أمّ ولد للمشتري.

قال في السرائر: « و الذي يقتضيه أصول مذهبنا : أن المشتري لا يلزمه قيمة الولد، و لا عُشر قيمة الجارية بحال، سواء فسخ البائعُ البيع أم لم يفسخ ... » <sup>(٨)</sup>.  
 (١) أي : كانت ملكاً له قبل الإسترداد، و إلاّ فالفسخ يحصل بكلّ من القول و الفعل كما هو واضح.

(٢) أي : و لعلّ جوازَ إعادتها في ملك البائع لإقتضاء حق الخيار السابق على حق الإستيلاء، فلا يبطل السابق باللاحق.

(٣) قال نَوَوِيٌّ في القواعد: « ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكالٍ . فإن فعل لم يُحدّ ، و الولدُ حرٌّ و لا قيمة عليه. فإن فسخ البائع رجع بقيمة الأمّ خاصة ، و تصير أمّ ولدٍ » <sup>(٩)</sup>.

(٤) أي : و لعلّ حكمهم بالرجوع إلى القيمة - لو فسخ البائع - لأجل أن الإستيلاء يجعل الجارية بمنزلة التالف، فكما أن تلف المبيع الخياري مانع عقلي عن رده إلى البائع لو فسخ البيع، و يتعيّن ردُّ البدل إلى ذي الخيار، فكذا الإستيلاء الموجب لتشبهها بالحرية مانع شرعي عن ردها إلى البائع. و مقتضى الجمع بين حقّ الخيار و حقّ الجارية هو الإنتقال إلى البدل، و هو هنا القيمة.

فإن قلت : الرجوع إلى القيمة منافٍ لما يقتضيه الفسخ، من جعل العقد السابق

«١» إيضاح الفوائد . ج ١ ، ص ٤٨٩

«٢» جامع المقاصد . ج ٤ ، ص ٣١٣ ؛ مسالك الأفهام . ج ٣ ، ص ٢٠٦ ؛ الروضة البهية . ج ٣ ، ص ٤٦٥

«٣» كإبن فهد و الصميري على ما في المقابس . ص ٨٥

«٤» السرائر . ج ٢ ، ص ٢٤٧ و ٢٤٨

«٥» قواعد الأحكام . ج ٢ ، ص ٧١

والفسخ<sup>١١</sup> بنفسه لا يقتضي إلّا جعل العقد من زمان الفسخ<sup>١٢</sup> كأن لم يكن. وأما وجوب ردّ العين فهو من أحكامه<sup>١٣</sup> لو لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، و المانع الشرعي كالعقلي.

نعم<sup>١٤</sup>، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك

كالعدم، فكأنه لم يحصل سبب لخروج المبيع عن ملك البائع، و لا لخروج الثمن عن ملك المشتري. و من المعلوم أنّ قيمة أمّ الولد لم يتعلق بها البيع كي يجب ردّها إلى البائع بدلاً عن العين، بل اللازم ردّها ما يقتضيه الفسخ إليه، و هو نفس المبيع.

قلت: معنى الفسخ جعل العقد السابق بمنزلة العدم. و أمّا وجوب ردّ العين أو بدلها فهو من أحكام الفسخ، فإن لم يكن مانع عقلي أو شرعي عن ردّ العين وجب، و إلّا إنتقل إلى البدل، و المفروض وجود المانع الشرعي و هو الإستيلاد.

(١) هذا دفع دخل مقدر، تقدم بقولنا: «فإن قلت ... قلت».

(٢) بمعنى أنّ الفسخ - في أيّ زمان - يجعل العقد من حينه كالعدم.

(٣) أي: من أحكام الفسخ و آثاره، لا من مقتضياته غير المنفكة عنه حتى

يتجه الإشكال.

(٤) إستدراك على قوله: «رجع بقيمة الولد» و غرضه توكيد رجوع أمّ

الولد إلى ذي الخيار لو فسّخ العقد، و ذلك لإنتفاء المانع الشرعي، إذ الممنوع هو النقل الإختياري، و هو مفقود في المقام، إذ لا ينقلها المشتري إلى البائع إختياراً، بل هو يستردّها بحكم الشارع قهراً على المشتري. و من المعلوم إختصاص أدلة منع نقل أمّ الولد بموردين:

أحدهما: نقل المالك لها بإختياره.

ثانيهما: نقلها عن ملك سيّدها في ديونه عدا دين رقبتهما.

و المفروض في فسّخ ذي الخيار إنتفاء كلا الموردين، و عليه فلا منافي لحقّ

البائع في إسترداد العين.

أو النقل من قبَله لديونه<sup>(١)</sup>، أمّا<sup>(٢)</sup> الإنتقال عنه بسبب - يقتضيه الدليل - خارج<sup>(٣)</sup> عن إختياره، فلم يثبت<sup>(٤)</sup>، فلا مانع<sup>(٥)</sup> شرعاً من إسترداد عينها.

و المحاصل<sup>(٦)</sup> : أنّ منع الإستيلاء عن إسترداد بائعها لها يحتاج إلى دليل

مفقود .

اللَّهُمَّ إِنْ أَنْ يُدْعَى<sup>(٧)</sup> : أَنْ الْإِسْتِيْلَادَ حَقٌّ لِأُمِّ الْوَلَدِ مَانِعٌ عَنْ إِنْتِقَالِهَا عَنْ

(١) أي : غير ثمن رقبتهَا، و إلاً فيجوز بيعها فيه كما ورد في صحيحة عمر بن

يزيد المتقدمة في (ص ٢٩٩).

(٢) يعني : أمّا منع الإنتقال عن المالك بسبب خارج عن إختيار السيد فقير

ثابت، كما لو جنت على غير مولاها عمداً، حيث يجوز للمجني عليه أو وليّه

الإسترقاق، كما سبق في موارد القسم الأول، فراجع (ص ٣٨٩).

(٣) هذا و « يقتضيه » وصفان لـ « سبب ».

(٤) جواب « أما الإنتقال » و الضمير المستتر راجع إلى الإنتقال باعتبار مضافه

المحذوف و هو المنع.

(٥) جواب « لو قيل ».

(٦) هذا حاصل قوله : « نعم، لو قيل ... فلا مانع شرعاً من إسترداد عينها »

يعني : أنّ حق ذي الخيار بفسخ العقد و إسترداد أمّ الولد معلوم، و مانعية الإستيلاء

عن إسترداد العين - حتى يرجع إلى البدل - منوطة بدليل مفقود، إذ المفروض

إختصاص دليل المنع بالنقل الإختياري، و عدم إطلاق له يشمل النقل القهري،

كإنتقال المبيع إلى البائع بسبب الفسخ.

(٧) الغرض من هذه الدعوى ترجيح الإنتقال إلى القيمة على حقّ الفسخ

المقتضي لجواز إسترداد العين، و محلها : أنّ الإستيلاء يُحدث حقّاً للأمة، موجباً

لسلب سلطنة المولى على التصرفات الناقلة لها عن ملكه، سواء أكان الإخراج عن

الملك لرعاية حق مالكيته، أم لرعاية حقّ غيره كالراهن إذا جعلت رهناً على دين

ملك المولى لحقه أو لحق<sup>١١</sup> غيره ، إلا أن يكون<sup>١٢</sup> للغير حق أقوى أو سابق يقتضي إنتقالها مع الإمكان شرعاً ، و المفروض<sup>١٣</sup> أن تعلق حق أم الولد مانع شرعاً كالعق و البيع على القول بصحتهما<sup>١٤</sup> في زمان الخيار، فتأمل<sup>١٥</sup>.

سوى ثمن رقبته. و لا يرفع اليد عن هذه الكلّية إلا في موردين :  
أحدهما : ثبوت حق أقوى من حق الإستيلاء، فيقدّم على الاستيلاء بمناط الأهمية.

و ثانيهما : ثبوت حق سابق زماناً على حق الإستيلاء كحق الديان.  
ففي هذين الموردين يُقال بجواز نقلها عن ملك سيدها.

و لكن لم يثبت شيءٌ منهما في المقام، بشهادة التزامهم بالإنتقال إلى البدل فيما لو تصرف من عليه الخيار بعق المملوك الذي إشتراه، أو بنقله إلى الغير بالعقد اللازم كالبيع - بناءً على نفوذ التصرف المُخرج عن الملك في مدة الخيار - فلو فسخ من له الخيار إنتقل حقه إلى البدل، و إستردّ المثل أو القيمة.

(١) هذا و « لحقه » متعلقان بـ « إنتقالها » و المقصود أن الممنوع هو إنتقالها عن ملك المولى، أو لمصلحة غيره.

(٢) إستثناء من « مانع عن إنتقالها » و إشارة إلى جواز نقلها في مورد أهمية الحق أو سبقه، لو أمكن النقل في نفسه.

(٣) و مع وجود المانع الشرعي عن إسترداد العين يتعيّن إسترداد القيمة. كما إذا أعتق ذو الخيار المبيع أو نقله إلى غيره بالبيع أو الصلح.

(٤) و أمّا على القول بعدم نفوذ هذه التصرفات ثمن عليه الخيار لم يكن العتق و البيع مثلاً لوجود المانع الشرعي عن إسترداد العين.

(٥) لعله إشارة إلى : منع كون الإستيلاء مانعاً عن إنتقالها عن ملك سيدها مطلقاً و إن لم يكن بإختياره، فإنه أول الكلام، بل الظاهر من دليل المنع هو النقل الإختياري الراجع إلى مصلحة المولى ، دون الإنتقال القهري، كخروج المبيع عن ملك

ومنها<sup>(١)</sup> : ما إذا كان علوقها بعد إشتراط أداء مال الضمان منها ،

المشتري بفسخ البائع. و عليه فلا مانع من إسترداد أمّ الولد بالفسخ.

٥- إذا اشترط أداء مال الضمان منها، ثم حَمَلَتْ

(١) معطوف أيضاً على قوله : « و من القسم الثالث » و توضيحه : أن الضمان عندنا عقد يفيد نقل ذمة إلى ذمة أخرى، أي : نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، كما إذا كان زيد مديوناً لعمرو بكذا، فضمنه بكرّ. و يجوز في عقد الضمان إشتراط أداء الدين من مال معين ، كما إذا شرط المضمون له على الضامن - أو شرط الضامنُ عليه - كونَ هذه الجارية المملوكة للضامن مالَ الضمان، ثم إستولدها الضامن، فهل يجب بيعها لأداء الدين المضمون. و تقديمُ حق الضمان على حق الإستيلاء، أم لا يجوز بيعها رعايةً لجانب الحرية ؟

و مبنى المسألة هو : أن في شرط الأداء من مال خاصٍ إحتتمالات ثلاثة :  
الأول : أن الشرط يقتضي تعلق حق شرعي به، زيادةً على إشتغال ذمة الضامن للمضمون له.

الثاني : أنه يقتضي مجرد التكليف بالوفاء بتفريح الذمة بالمال المعين، من دون المنع عن نفوذ التصرف فيه، فيكون التصرف حراماً تكليفاً و إن كان صحيحاً وضعاً.

الثالث : أن الشرط لا يقتضي حدوث وضع و لا تكليف، فلو تصرف الضامن في المال الخاص صحّ وضعاً و جاز تكليفاً، و لكنه أوجبَ إنقلابَ لزوم عقد الضمان إلى الجواز، فله الفسخ، و يلزم حينئذٍ رجوع المضمون له إلى المضمون عنه.

و القولُ بجواز بيع أمّ الولد التي إشتراط كونها مال الضمان - رعايةً لأسبق الحقيين - منوط بالإلتزام بالإحتمال الأول، لتحقق حقيين حينئذٍ.

و أما على الثاني فالإستيلاء محرّمٌ تكليفاً، و من المعلوم أن ترتب حكم الإستيلاء - من منع نقلها عن ملك مولاه - غير مشروط بجملة المباشرة من هذه الجهة.

بناءً<sup>(١)</sup> على ما استظهر<sup>(٢)</sup> الإتفاق عليه من جواز إشتراط الأداء من مالٍ معيّنٍ ، فيتعلّق به<sup>(٣)</sup> حقّ المضمون له. و حيث فُرِضَ<sup>(٤)</sup> سابقاً على الإستيلاء فلا يُزاحم به (\*) على قولٍ محكيٍّ في الروضة<sup>(٥)</sup>.

و أما على الثالث، فمانعية الإستيلاء أوضح وجهاً.

(١) وجهُ التقييد : أنه لو قيل بعدم صحة هذا الشرط في نفسه لم يتعلّق حقّ

بالمجارية حتى يتزاحم الحقّان.

(٢) المستظهر صاحبُ المقابس، قال توثيقاً: « و قد إتفقوا على جواز إشتراط كون

الضمان من مالٍ معيّنٍ من أموال الضامن، كما هو الظاهر، و يتعلّق به حقّ المضمون له. و وقع الإشكال في أنّ تعلقه كتعلق الدين بالرهن، فلا يسقط الحقّ عن ذمة الضامن بتعلقه، أو كتعلق الأرش بالعبد المجاني حيث يسقط الحقّ بموته ؟ » إنتهى موضع الحاجة<sup>(٦)</sup>.

(٣) أي : بالمال المعيّن.

(٤) أي : و حيث فُرِضَ كونُ الحقّ الناشئ من الشرط سابقاً على حق

الإستيلاء، لم يُزاحم ذلك الحقّ السابق بحقّ الإستيلاء.

(٥) قال في الروضة : « و تاسع عشرها : إذا شرط أداء الضمان منها قبل

الإستيلاء، ثم أولدها، فإنّ حقّ المضمون له أسبق من حقّ الإستيلاء كالرهن و الفليس السابقين<sup>(٧)</sup> ».

(\*) قد مرّ عدمُ العبرة بالسبق الزماني في باب التزاحم. نعم يحكم ببقاء حق

المضمون له بأنّ الولد للإستصحاب بعد عدم إحراز أهمية أحدهما، و الشكّ في إرتفاع حقّ المضمون له بالإستيلاء المتأخر عنه.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨٦

«٢» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٦١



## ٦- لو نذر المولى جعل أمته صدقة، ثم حملت

(١) معطوف أيضاً على قوله: «و من القسم الثالث» وهذا المورد، مما أضافه صاحبُ المقابس على موارد الإستثناء كما صرح به في الصورة الرابعة عشر بقوله: «و لم أجد من تعرّض لهذه الصورة، وكان ينبغي ذكرها كمنظارتها»<sup>١</sup>.

توضيحه: أن نذر الصدقة تارة يكون بنحو شرط النتيجة، و أخرى بنحو شرط الفعل، و هو إيجاد التصدق و الإتيان به. و كل منهما إما مطلق و إما مشروط. فمثال شرط النتيجة أن يقول: «لله عليّ أن تكون جاريتي صدقةً على فلان أو على الفقراء»، و كذا لو علّقه على شرط بأن يقول بعده: «إن شفى الله المريض أو إن قدم زيد من الحج» و نحوهما.

و مثال شرط الفعل أن يقول: «أن أتصدق بها» بدل «صدقة» فينبئ النذر هكذا: «لله عليّ أن أتصدق بجاريتي» إما مطلقاً، و إما معلقاً على شرط.

و عدّ هذا المورد من تزامم الحقيين مبني على خروج المال المنذور عن ملك الناذر، إما بمجرد النذر إن كان مطلقاً، و إما بحصول الشرط إن كان مشروطاً، كما إستظهره صاحبُ المقابس رحمته من كلماتهم، فلو باشر السيدُ جاريتَه و إستولدها بعد النذر - في المطلق - و بعد تحقق الشرط في المشروط، لم يكن من تزامم الحقيين، لعدم كونها ملكاً له حسب الفرض في وقت العلق و الحمل.

إما الكلام فيما لو باشرها - في النذر المعلق - قبل حصول المعلق عليه، لبقائها على ملكه، فحقُّ النذر يقتضي خروجها عن ملكه بعد تحقق الشرط، و حق الإستيلاء يقتضي بقاءها على ملك السيد لتنتعق بعد وفاته من نصيب ولدها. فهل يؤخذ بأسبق الحقيين - أعني به النذر - و تنتقل إلى ملك المنذور له، أم بحق الإستيلاء، أم يحكم بأن

ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها<sup>(١)</sup> صدقة، إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل<sup>(٢)</sup> الوطاء، ثم حصل بعده، بناءً<sup>(٣)</sup> على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق، و بعد حصول الشرط في المعلق، كما حكاه<sup>(٤)</sup> صاحب المدارك عنهم في باب الزكاة .

الإستيلاء بمنزلة إتلاف العين، فيتصدق بقيمتها ؟ وجوه.

(١) مقصود المصنف بيان حكم نذر النتيجة، بقرينة قوله بعد أسطر : « و لو نذر التصدق بها » و لذا فالأولى - كما في المقابس - أن يقال : « بعد نذر كونها صدقة » لأن « جعلها صدقة » شرط الفعل لا النتيجة، مع أنه فعلاً بصدد بيان نذر النتيجة .  
(٢) إذ لو حصل الشرط قبل النذر خرج المنذور عن ملكه، كما ذكره، فلا حكم للعلوق حينئذٍ.

(٣) قيدٌ لمحذوفٍ عليم من السياق، و هو تقديم حق النذر على حق الإستيلاء، يعني : أن كون هذا المورد من موارد تقديم حق على حق الإستيلاء منوط بحصول الملكية للمنذور له بعد تحقق الشرط. قال في المقابس : « و القول بذلك قوي عندي، و إن قلنا ببقائها في الملك - كما يظهر من جماعة من الأصحاب - فإذا أحبلها قبل التصدق، فالحكم كما سبق »<sup>(١)</sup> يعني تصير أم ولد.

(٤) يعني : كما حكى صاحب المدارك رحمته عن الأصحاب خروج المنذور - كونها صدقة - عن ملك الناذر، حيث قال - بعد تعيين النصاب للصدقة لو نذر الصدقة أثناء الحول - ما لفظه : « و أولى منه ما لو جعله - أي النصاب - صدقة بالنذر، لخروجه عن ملكه بمجرد النذر فيما قطع به الأصحاب »<sup>(٢)</sup>.  
و مقصوده نذر النتيجة، كما أن المراد بنذر الصدقة نذر الفعل.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٨٦

«٢» مدارك الأحكام، ج ٥، ص ٣١

و يحتمل<sup>(١)</sup> (\*) كونُ إستيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث<sup>(٢)</sup>، و يستقرُّ القيمة جمعاً بين حقِّي أمِّ الولد و المنذور له.

(١) هذا الإحتمال في قبال ما تقدم من تقديم حق النذر على حق الإستيلاذ، و حاصله : أنه تقرّر في باب النذر حرمة تعجيز الناذر نفسه عن فعل المنذور، و إيجابه لحنث النذر، و إستقرار الكفارة عليه. و ممّا يتحقق به العجز هو إتلاف المال المنذور صرفه في موضع، أو الصدقة به على شخص أو جهة. و يمكن إلحاق إستيلاذ الأمة بالإتلاف، لكونه مانعاً عن إخراجها عن ملك المستولد، و عن التصدق بها. و حينئذٍ يمكن الجمع بين حق المنذور له و بين حقِّ أمِّ الولد، بأن يقال : ببقاء أمِّ الولد على ملك المولى، و وجوب دفع قيمتها إلى المنذور له. و حصولُ الحنث بإمتناع ردِّ العين لا يوجب عدم دفع القيمة إلى المنذور له.

(٢) المقصود بالحنث ليس مخالفة النذر بالمرّة، بل مخالفته بالنسبة إلى التصدق برقبة الجارية، مع إمكان ردِّ البدل.

(\*) لا وجه لهذا الإحتمال. أمّا في صورة إطلاق نذر النتيجة فلأنَّ المفروض خروج الأمة المنذورة بمجرد النذر عن ملك الناذر، فلا حكم لإستيلاذها بعد النذر، لعدم تحقق العلوق في ملكه مع كون مالكية المستولد للأمة التي يستولدها معتبرة في صيرورتها أمّ ولد. و أمّا في صورة إشتراط النذر فلسبق النذر زماناً على الإستيلاذ، و المفروض إعتبار التقدم الزماني عندهم في ترجيح أحد المتزاحمين على الآخر.

و كون الإستيلاذ كالإتلاف موجباً لحصول الحنث و إستقرار القيمة جمعاً بين حقِّي أمِّ الولد و المنذور له، منوط بتقديم حق الإستيلاذ في العين على حق المنذور له، و هو خلف، لتقدم حق النذر عليه زماناً الموجب لترجيحه على حق أمِّ الولد. فكون الإستيلاذ كالإتلاف من الحنث المحرّم ممنوع.

و لو نذر التصدق بها<sup>(١)</sup>، فإن كان مطلقاً، و قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك<sup>(٢)</sup> - كما حُكي عن بعض<sup>(٣)</sup> - فلا حكم<sup>(٤)</sup> للعلوق.

(١) هذا شروع في حكم نذر الفعل، و هو أن يتصدق بالجارية، و قد فصل - كما في المقابس أيضاً - بين صور ثلاث :

الأولى : كون النذر مطلقاً، مع القول بخروج المنذور التصدق به عن ملك الناذر بمجرد النذر.

الثانية : كون النذر مطلقاً، مع بقاء المال على ملكه، و إنما يجب الوفاء بالنذر تكليفاً بتملك المال للمنذور له.

الثالثة : كون النذر معلقاً على فعل إختياري أو غير إختياري، و المباشرة مع الأمة قبل حصول المعلق عليه. و سيأتي حكم كل منها.

(٢) أي : بمجرد النذر، و هذه هي الصورة الأولى، و حكمها عدم صيرورة الأمة أمّ ولدٍ حينئذٍ، لعدم وقوع الوطء في ملكه، مع إعتبار ذلك فيها. و منه يظهر عدم جواز شيءٍ من التصرفات - التي منها الإستيلاء - فيها.

(٣) لعل مراده البعض هو ابن إدريس و العلامة على ما حكاه عنهما صاحبُ المقابس في نذر الإهداء و التصدق، بناءً على كون المقصود نذر الفعل لا النتيجة، قال رَبِّهِ : « و في الأخيرين - و هما نذر الإهداء و التصدق - وجهان. و قد تقدّم عن العلامة في نذر الإهداء أنه يخرج عن الملك بمجرد النذر، مدّعياً أنه لا يعلم خلافاً فيه، فراجع<sup>(١)</sup> ».

و قوئى في مسألتنا هذا، حيث قال : « و القول بذلك - أي بالخروج عن الملك بمجرد النذر - قوي عندي<sup>(٢)</sup> ».

(٤) جواب الشرط في « و لو نذر ».

(١) « مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ١١٢ »

(٢) « المصدر، ص ٨٧ »

و إن قلنا <sup>(١)</sup> بعدم خروجها عن ملكه، إحتتمل : تقديم <sup>(٢)</sup> حقّ المنذور له في العين، و تقديم <sup>(٣)</sup> حقّ الإستيلاء، و الجمع <sup>(٤)</sup> بينهما بالقيمة.  
و لو كان معلقاً <sup>(٥)</sup>، فوطأها قبل حصول الشرط، صارت أمّ ولد، فإذا حصل الشرطُ وجب التصدُّقُ بها، لتقدم سببه <sup>(٦)</sup>.

(١) معطوف على « و قلنا » يعني : و إن كان نذرُ التصدق مطلقاً، و قلنا ببقاء المنذور على الملك قبل إنشاء الصدقة به فأحبها المالك، ففيه إحتتمالات ثلاث.  
(٢) هذا هو الإحتتمال الأوّل، و محصله : تقديم حق المنذور له، بناءً على مرجحية السبق الزماني في باب التزاحم. و قد مرّ ضعفه.

(٣) هذا هو الإحتتمال الثاني : و محصله : تقديم حق الإستيلاء، إذ المفروض كون الوطئ في ملكه. و وجوب الوفاء بالنذر لا يوجب إلاّ الحرمة التكليفية، فالوطء حرام، لكن لا يشترط حلية الوطء تكليفاً في صيرورتها أمّ ولد، بل المعتبر فيها هي الملكية للمستولد، و المفروض حصولها في المقام.

(٤) هذا هو الإحتتمال الثالث، و محصله : الجمع بين الحقين، بإبقاء رقبتهما في ملكه رعايةً لحق الإستيلاء، و التصدق بقيمتها رعايةً للنذر.

(٥) معطوف على قوله : « فإن كان مطلقاً » يعني : إن كان العلوق بعد حصول الشرط، فحكمه حكم النذر المطلق. و إن كان قبل حصول الشرط صارت أمّ ولد. فلو حصل الشرط إحتتمل فيه وجوه ثلاثة :

الأوّل : كونه مندرجاً في تقديم أسبق الحقين المتزاحمين، و حيث إن سبب وجوب التصدق - و هو النذر - مقدّم على سبب الإستيلاء - و هو العلوق في الملك - تعيّن التصدق بها.

(٦) أي : سبب وجوب التصدق، و هذا مبني على مرجحية التقدم الزماني في باب التزاحم. لكنه غير ثابت.

و يحتمل<sup>١١</sup> إخلال النذر ، لصيرورة التصدق مرجوحاً بالإستيلاذ ، مع

(١) معطوف على « وجب التصدق » وهذا الإحتمال متضمن لنحوين :

الأول : إخلال النذر بالنسبة إلى أمّ الولد، و وجهه إعتبار رجحان المتعلق - أعني به التصدق - حين الوفاء بالنذر، و المفروض مرجوحيته بالإستيلاذ، فينحلّ النذر، و يتعيّن ترتيب آثار الإستيلاذ عليها. و لكن يجب دفع القيمة إلى المنذور له جمعاً بين الحقيقتين.

الثاني : إخلال النذر مطلقاً سواء بالنسبة إلى العين و إلى القيمة، فلا يلزم دفع قيمتها إلى المنذور له. نظير تلف المال المنذور الصدقة أو التصدق، الموجب للإخلال. و بالجملة : فملخص بحث النذر : أنه إمّا نذر نتيجة، و إمّا نذر فعل، و كلاهما إمّا مطلق و إمّا مشروط بشرط.

فالأول : إن كان مطلقاً، خرج المنذور بمجرد النذر عن ملك الناذر، فلا يجوز له شيء من التصرفات لا تكليفاً و لا وضعاً. فلو إستولدها الناذر لم تصر بذلك أمّ ولد. و إن كان معلقاً، فإن إستولدها بعد حصول الشرط فكالمطلق. و إن إستولدها قبل حصوله، فيحتمل إخلال النذر، و يحتمل تقدم حق النذر، و كون الإستيلاذ كالإتلاف موجباً للإنتقال إلى القيمة. و لتحقيق المسألة مقام آخر.

و الثاني - و هو نذر الفعل - فإن كان مطلقاً، و قلنا بخروج المنذور عن ملك الناذر بمجرد النذر، فكندر النتيجة المطلق في عدم جواز تصرف الناذر فيه تكليفاً و وضعاً. فلو إستولدها لم يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على أمّ الولد.

و إن لم نقل بخروجه عن ملك الناذر بمجرد النذر، بل قلنا بخروجه عنه بتسليم المنذور إلى المنذور له كما هو الحق - لعدم تعلق النذر بالنتيجة بل بالفعل أعني به التصدق - ففي تقديم حق الإستيلاذ و إخلال النذر و صيرورته كأن لم يكن، أو الإنتقال إلى القيمة، لكون الإستيلاذ كالإتلاف، و عدم كونه موجباً للإخلال، أو تقديم حق النذر و وجوب تسليم العين لا بد لها إلى المنذور له ، أو الجمع بينهما بدفع

الرجوع إلى القيمة<sup>(١)</sup> أو بدونه<sup>(٢)</sup>. و تمام الكلام يحتاج إلى بسط<sup>(٣)</sup> لا يسعه الوقت. و منها<sup>(٤)</sup> : ما إذا كان علوقها

القيمة إلى المنذور له، وجوه، بل أقوال. و تنقيح المسألة منوط ببسط في البحث، و لا مجال له فعلاً، لضيق الوقت، هذا.

(١) هذا إشارة إلى أول وجهي الإحتمال، فهو الوجه الثاني في المسألة.

(٢) أي : بدون الرجوع، و هذا إشارة إلى ثاني وجهي الإحتمال، و هو ثالث

الوجوه في المسألة.

(٣) و قد بسط المحقق الشوشتری رحمته الله الكلام في الصورة الرابعة عشر كما تعرض

لجملة من أحكام نذر التصدق في سادس أسباب خروج المال عن الملك الطلق، و هو تعلق حق النذر به، فراجع.

٧- إذا حملت من مكاتب مشروط ثم فُسخت كتابته

(٤) معطوف على قوله : « و من القسم الثالث » و هذا آخر موارده، و هو : ما

إذا كانت الأمة ملكاً لعبد، كاتّب مولاه كتابةً مشروطةً - أي يتوقف تحرّره على أداء تمام مال الكتابة، و لا ينعقد منه شيء بنسبة النجوم - ثم عجز عن أداء مال الكتابة، ففُسخت، و قد حملت أمته منه قبل حلّ عقد الكتابة. فحكى الشهيد الثاني رحمته الله عن بعض الأصحاب أنه يجوز لمولى العبد بيع هذه الأمة المستولدة. و تعرّض صاحب المقابس لتفصيل الكلام في الصورة الخامسة عشر، فراجع<sup>(١)</sup>.

و لما كان الكلام في موارد القسم الثالث أعني به جواز بيع أمّ الولد لسبق حقّ

على الإستيلاء، و كان الإستثناء مُخرِجاً عن الحكم مع بقاء الموضوع و هو صدق أمّ الولد، و كان صفروية علوقها من المكاتب للقسم الثالث غير خالية عن الخفاء، فلا بأس بتوضيح صفرويته له، فنقول و به نستعين، و بولّيه الإمام المهدي المنتظر صلى الله عليه و على آبائه الطاهرين - ما طلعت الشمس و أضاء القمر - نستجير :

إنه يشترط في صدق أم الولد في هذا المثال أمور :

الأول : أن يكون المكاتب مالكاً للأمة بناءً على مالكية العبد مطلقاً أو خصوص المكاتب، إذ لو لم يكن مالكاً لها لم تصير الأمة بوطيه لها أمً وُلد، لما تقدم في أوّل المسألة من إعتبار مالكية المستولد للأمة في تحقق عنوان « أم الولد ».

الثاني : إعتبار حرية ولد الأمة تبعاً لحرية أبيه، إذ من أحكام أم الولد حرية ولدها و عدم جواز بيعها، و من المعلوم نشو حرية الولد عن حرية أبيه، و المفروض أن المكاتب ليس حرراً فعلياً حتى يتبعه الولد في الحرية، بل إقتضائياً، فلا بد في إجراء حكم أم الولد من الإلتزام بكون الحرية الإقتضائية كالفعلية في إيجابها حرية الولد، فالكتابة توجد حالة في المكاتب متوسطة بين الحرية و الرقية.

فلو توقف صدق عنوان « أم الولد » بالنسبة إلى المكاتب على حرته المنوطة بأداء مال الكتابة لم تصير أمً وُلد له، إذ المفروض عوده إلى الرقية المحضة بسبب فسخ الكتابة، فلا وجه لمجعله من موارد جواز بيع أم الولد، لخروجها عن « أم ولد » موضوعاً.

و قد أشار المصنف رحمته إلى هذا الشرط بقوله: « بناءً على أن مستولده أمً وُلد بالفعل الخ ».

الثالث : أن لا يختص المنع عن البيع بالمستولد، إذ على الإختصاص لا يكون جواز بيع المولى خارجاً و مستثنى عن المنع، لعدم شمول دليل المنع له حتى يخرج عنه، فلا بد من تعميم دليل المنع للمستولد و غيره حتى يصح إستثناء المولى عنه.

الرابع : إعتبار كون المستولدة ملكاً للمولى، إذ على فرض خروجها عن ملكه لا يكون عدم جواز بيعها لحق الإستيلاء، بل لعدم الملك. فالإستثناء موقوف على كون المولى مالكاً للأمة المستولدة.

و إلى هذا الشرط أشار المصنف بقوله: « ثم فسخت كتابته » إذ الفسخ يوجب



من مكاتبٍ مشروط<sup>(١)</sup>، ثم فسخت كتابته، فللمولى أن يبيعهها - على ما حكاه في الروضة عن بعض الأصحاب - بناءً<sup>(٢)</sup> على أن مستولده أم ولدٍ بالفعل غير معلقٍ على عتقه<sup>(٣)</sup>، فلا يجوز له<sup>(٤)</sup> بيع ولدها.

عود كل من المستولد و المستولدة إلى الرقية المحضة للمولى، فيجوز بيعها حينئذٍ، لسبق حقه المتعلق بالأمة، لكونه مالكا لها قبل الإستيلاء. فهذا الحق لتقدمه على حق الإستيلاء يُجوزُ بيعها. هذا توضيح صغوية هذا المثال للقسم الثالث.

إلا أن صيرورة المستولدة قبل عتق المستولد أم ولد محل إشكال كما لا يخفى على من راجع الكتب المبسوطة.

(١) التقييد بالمشروط لأجل تحرر المكاتب المطلق بنسبة ما يؤديه إلى المولى. نعم لو لم يؤد شيئاً من المال كان كالمشروط، كما في المقابس.

(٢) هذا التقييد لإفادة موضوع جواز البيع - أعني كون الأمة أم ولدٍ - إذ فيه قولان للعلامة، على ما حكاه عنه في المقابس.

أحدهما : ما في القواعد، وهو كون الأمة أم ولدٍ بالفعل بالنسبة إلى المكاتب، فلا يصح له بيعها ما دام ولدها موجوداً، لكون المكاتب مالكا ظاهراً للأمة، و يجري على ولده حكم الحرية في عدم جواز البيع، ولذا لو أدى مال الكتابة حكم بكونها أم ولدٍ من أول الأمر. مع أن الملك لو كان حاصلأ بأداء تمام مال الكتابة لم يُجد في صيرورة الأمة المستولدة أم ولدٍ، لوضوح إعتبار الملكية حين العلق.

ثانيهما : ما في التحرير، وهو عدم ثبوت حكم الإستيلاء للأمة إلا بعد إعتاق المكاتب بأداء جميع المال، و وجهه - كما في المقابس أيضاً - أن حرية الولد متوقفة على حرية المكاتب، و أم ولدية الأم متوقفة على حريتهما جميعاً، فما دام الأب رقا - لعدم أداء تمام المال - لا تصير أمته أم ولدٍ، و لا يصير ولده حراً، فلا موضوع للإستيلاء أصلاً.

(٣) أي : على عتق المكاتب المشروط بأداء مال الكتابة.

(٤) أي : لا يجوز للمولى بيع الولد، للحكم بحريته من جهة كون علقه في حال

و القسم الرابع<sup>١</sup> و هو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرّض لها

كتابة أبيه.

القسم الرابع : عدم كون إبقائها في ملك المولى معرّضاً لاعتقها

١) معطوف على قوله في (ص ٢٩٦) : « فمن موارد القسم الأول » و كان مقتضى السياق أن يقال : « و من القسم الرابع ... » أو « و أمّا القسم الرابع » ليكون قريناً لقوله : « و أمّا القسم الثاني ».

كما أن الأولى حذف الواو، ليكون قوله : « هو ما كان ... » خبراً للقسم الرابع. و كيف كان فالمقصود بالقسم الرابع هو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل، لكون المناط في منع بيعها إنعتاقها على ولدها، و من المعلوم توقف الإنعتاق على أن يرث الولدُ أباه، فإذا حُرِم من الإرث لم يؤثر بقاؤها - في ملكه - في حرّيتها، فجاز بيعها.

و الحرمان من الإرث إمّا لعدم ثبوت المقتضي للإرث، و هو النسب الشرعي. و إمّا لوجود المانع منه.

و الأول - أي : عدم ثبوت النسب - إمّا أن يكون من طرف الأب، و إمّا من طرف الأم، و في كلٍّ منهما فقد يكون واقعياً كالفجور طوعاً أو إكراهاً عليه، و قد يكون ظاهرياً بمقتضى الإقرار، كما سيأتي توضيح الكلّ.

و الثاني - و هو وجود المانع عن الإرث - لا فرق فيه بين كونه القتل، بأن قُتِل الولدُ أباه، أو الإرتداد، أو الرّقبة.

و أجمل المصنفُ رحمته الكلام في هذا القسم، و فصله صاحبُ المقابس رحمته في صور ست، و هي الصورة التاسعة عشر، إلى الرابعة و العشرين، و أشار إلى من إستثنى جميعها أو بعضها من عموم منع بيع أمّ الولد. فراجع<sup>١</sup>.

للعق، لعدم توريث الولد من أبيه لأحد موانع الإرث ، أو لعدم ثبوت النسب<sup>(١)</sup> من طرف الأم واقعاً، لفجور<sup>(٢)</sup>، أو ظاهراً<sup>(٣)</sup> بإعتراف.

(١) هذا ناظر إلى إنتفاء المقتضي للإرث، في قبال ما تقدم من وجود المانع عنه.  
(٢) أمّا الفجور من طرف الأم، فكما إذا تشبّهت أمته المزوجة أو المحلّة للغير بأمه التي لم يزوّجها و لم يحلّها للغير، و لم يعلم المولى به، فوطأها، فإنّ الولد لا يلحق شرعاً بأمه و إن لحق بأبيه، لكونه من وطءٍ شبهة.

و أمّا الفجور من طرف الأب، فكما إذا تشبّه مولاها بزوجها أو بمن جاز له وطؤها بالتحليل، و لم يعلم بها الأمة، فوطأها. فإنّه بناءً على إعتبار ملكية البضع في صيرورة الأمة أمّ ولدٍ لا يجري على الأمة التي إستولدها المولى فجوراً - منه أو من نفس الأمة - حكم أمّ الولد، فإنّ الولد لا يلحق بالزاني أو الزانية.

و كيف كان ففي جعل هذا المورد من المستثنيات بناءً على إعتبار ملكية البضع - مضافةً إلى إعتبار ملكية الرقبة - منع، إذ المفروض عدم صيرورتها أمّ ولدٍ حتى تخرج عن حكمها.

(٣) معطوف على « واقعاً » إي : عدم ثبوت النسب في مرحلة الظاهر، بأن إعترف المولى بأنّ أمته المزوجة تشبّهت بأمه غير المزوجة، أو إعترف بأنّه تشبّه بزوج أمته.

و يمكن فرض المورد فيما إذا لم يكن الواطن مالكاً للأمة حين الوطء، كما إذا أكرهته على الزنا ثم ملكها، فإنّه يصدق بعد تملكه لها « أنّها أمّ ولدٍ حرّ » و إن لم يكن الولد ملحقاً بالأمّ. هذا في فجور الأمّ.

و أمّا فجور الأب، فكما إذا أكرهها على الزنا ثم إشتراها، فإنّ أمّ الولد تصدق عليها بناءً على ما عن الشيخ عليه السلام من كفاية علوقها بولدٍ حرّ لمولاهها في صدق أمّ الولد. و كيف كان ، فإن كان الفجور من طرف الأب لم يلحق به الولد ليرث منه أمّه

ثم إنّا لم نذكر في كل موردٍ من موارد الإستثناء إلاّ قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيُطلب تفصيل كلِّ واحدٍ من مقامه<sup>(١)</sup>.

لتنعق عليه. و إن كان الفجورُ من طرف الأمِّ، فالولد و إن كان ملحقاً بالأب و يرث أمواله التي منها الأمُّ، لكنّها لا تنعق عليه، لعدم كونها أمّه شرعاً.

فإبقاء أمّ الولد و عدم بيعها خالٍ عن الحكمة - و هي إعتاقها من نصيب ولدها - مطلقاً، إذ مع فجور الأب لا يلحق الولد به حتى يرث منه أمّه لتنعق عليه. و مع فجور الأمِّ يلحق الولد بالأب و يرث منه، لكن لا تنعق عليه، لعدم الأمومة شرعاً.

لكن المنع عن الإرث الذي يترتب عليه الإعتاق مختص بصورة فجوز الأب الموجب لإنتفاء الولد عنه.

و من هنا يظهر أنّ فجور الأمة لا دخل له في المقام، لأنّ المناط في عدم لحوق الولد بالأب - حتى يرثه و ينعق من نصيبه أمّه - هو فجور الأب، لأنّه النافي للإرث و أمّا فجوز الأمِّ فلا يوجب إنتفاء الإرث عن الأب ، فتدبّر في عبارة المتن.

(١) كالمقابس فقد إستقصى جهات البحث في كثيرٍ من مواضع الإستثناء، جزاه الله عن الإسلام و أهله خير الجزاء.

هذا ما أفاده المصنف رحمته في القسم الرابع من مواضع الإستثناء من عموم بيع أمّ الولد، و به تم الكلام في ثاني موانع كون الملك طلقاً، و سيأتي الكلام في المانع الثالث و هو كون المال مرهوناً إن شاء الله تعالى.

## مسألة

و من أسباب خروج الملك عن كونه طليقاً : كونه مرهوناً<sup>(\*)</sup> (※)

---

### بيع الرهن

(١) هذا ثالث موجبات منع المالك عن التصرف في ملكه، و هو كونه رهناً لازماً من قبل الراهن، بأن أقبضه من المرتهن، و تعلقَ به حق الرهانة، فيتزجر منه « عدمُ الطَّلُق » على ما تقدّم قبيل بيع الوقف من معنى « طليقية الملك » و أن المانع تعلق حقّ الغير بالمال. و عليه فالرهن يوجب عدم إستقلال المالك في بيعه، فإن أذن له المرتهن في البيع صحّ، و إلّا لم ينفذ فعلاً.

و المصنف رحمته بعد الإشارة إلى تسلّم عدم إستقلال الراهن في التصرف، تعرّض

لجهات :

الأولى : في ما يراد بمنع الراهن عن البيع، هل هو فساده من أصله، و عدم صحته التأهيلية حتى يجديه إجازة المرتهن المتأخرة ؟ أو أنه يكون كالبيع الفضولي موقوفاً على الإجازة، بناءً على صحته كما عليه المشهور.

الثانية : في أن إجازة المرتهن هل تكون كإجازة البيع الفضولي دائرة بين الكشف و النقل ؟ أم أنها في المقام متمحضة في النقل.

---

(※) إن أريد به قصور سلطنة الراهن المالك للمرهونة عن بيعها بأن يبطل

تصرفه راساً، أو يكون موقوفاً على إجازة المرتهن، ففيه : أن مقتضى العمومات صحة

الثالثة : في أن إسقاط حق الرهانة أو فك الرهن بأداء الدين هل يقوم مقام الإجازة، أم أن صحة بيع الراهن موقوفة على خصوص الإجازة ؟ و سيأتي الكلام في كل منها إن شاء الله تعالى.

البيع و لزومه من ناحية البائع، و عدم صلاحية الرهن للمنع عن ذلك، إذ صلاحيته له منوطة بمنافاته للبيع، و من الواضح عدمها، ضرورة قيام حق المرتهن بالعين أينما كانت، فيمكن بقاء الحق مع عدم كون الراهن مالكا لها.

و يشهد له جواز رهن ملك الغير بإذنه، و عدم إعتبار كون المرهونة ملكاً للراهن في صحة الرهن، فحال الإستدامة كالإبتداء.

نعم، إن كان المشتري جاهلاً بتعلق حق الرهن بالمبيع جاز له الفسخ. فالبيع لازم من ناحية البائع، و جائز من طرف المشتري. كما أنه يجوز للمرتهن إستيفاء دينه من المرهونة على الوجه المقرر أين ما وجدها. و ليس للمشتري منعه عن ذلك. هذا ما تقتضيه القواعد.

و أما بحسب الأدلة الخاصة، فقد ادّعي الإجماع على عدم إستقلال المالك في التصرف في العين المرهونة ببيعها.

و يمكن المناقشة فيه : بأنه إجماع مدركي، لقوة إحتمال إستناد المجمعين إلى ما ادّعي من دلالة الأخبار على ذلك. فالعبارة حينئذ بالمدرک، لا الإجماع. فنقول :

إن النبوي المشهور - كما عن بعض - و المعتمد عليه - كما عن آخر - « الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف » يدلّ بإطلاقه على المنع عن التصرف في المرهونة سواء أكان خارجياً أم إعتبارياً. و منع دلالتة على التصرف الإعتباري ممنوع.

لكن الكلام حينئذ فيما يقتضيه هذا المنع، و أنه التصرف مطلقاً أو خصوص الإستقلالي منه ؟ مقتضى القاعدة الثاني، لأنّ بطلان التصرف صحةً و لزوماً تخصيص زائد في العمومات، فيقتصر على القدر المتيقن، و هو نفي الإستقلال، و وقوف لزومه

(١) تعليل لكون الرهن سبباً لخروج الملك عن الطلقة ، و حاصله : إتفاق الكل

على إمضاء المرتهن.

و إن شئت فقل : إنه يشك في أصل الإنتقال، لإحتمال بطلان بيع الراهن رأساً، أو في لزوم الإنتقال مع تحقق أصل.

أو يقال : إنه يشك في خروج فرد، أو خروج إستمرار حكمه أعني اللزوم، فيقدم الثاني.

و يؤيده - بل يدل عليه - عطف « المرتهن » على « الراهن » في النبوي المزبور، إذ لا إشكال في كون تصرف المرتهن موقوفاً على إذن الراهن.

و عليه فلا مجال للترديد في تصرف الراهن بين بطلانه رأساً، و بين وقوفه على إجازة المرتهن، إذ يكون المنع في هذا النبوي المعتمد عليه - كما عن جماعة - قرينة على النهي الوارد في غيره، فلا يدل على الفساد، بل على وقوفه على الإجازة.

و من هنا يظهر ضعف ما في المقابس من الميل إلى بطلان بيع الراهن رأساً « للإجماع على المنع من التصرف ، و لما حكاه الشيخ من ورود الأخبار في ذلك. و للنبوي المتقدم، فإن إطلاق النهي يدل على الفساد، كدلالته عليه في أم الولد، و الوقف و غيرهما مما يكون النهي فيه لجهة راجعة إلى الغير. و بهذا يمتاز المقام عن الفضولي<sup>١١</sup>».

و ذلك لما في الأوّل : من عدم الإجماع التعبدى كما عرفت، مع وجود المخالف.

و في الثاني : من عدم ظهور النهي في الفساد. و على تقديره فالنبوي قرينة على صرفه إلى نفي الإستقلال. و قياسه على الوقف و نحوه موقوف على دلالة النهي على الفساد، و هو ممنوع كما عرفت آنفاً.

- بل<sup>(١)</sup> المقطوع به - الإتفاق على عدم إستقلال المالك في بيع ملكه المرهون.  
و حُكي<sup>(٢)</sup> عن الخلاف : إجماع الفرقة و أخبارهم على ذلك<sup>(٣)</sup>، و قد  
حُكي الإجماع عن غيره<sup>(٤)</sup> أيضاً.

على عدم إستقلال المالك في بيع ملكه المرهون، سواء قيل بالبطلان رأساً أم بالوقوف  
على الإجازة.

(١) الوجه في الإتيان بـ « بل » هو : أن نسبة عدم الإستقلال إلى كافة الفقهاء  
إن كان لأجل الإعتماد على الإجماع المدعى في الخلاف، جاء احتمال عدم تحقق  
إتفاق الكلّ. و إن كان لأجل تضافر نقل الإجماع، و إمكان تحصيله بملاحظة  
كلماتهم، كان ذلك مقطوعاً به، فإنها كما في الجواهر « بين صريحة في الإجماع، و بين  
ظاهرة فيه، و بين مشعرة به، و معه لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع<sup>(٥)</sup> ».

(٢) غرضه الإستشهاد على ما إدعاه - من الإتفاق - بكلام شيخ الطائفة رحمته،  
المتضمن لأمرين، أحدهما : إجماع الفرقة، و ثانيهما : الأخبار الدالة على عدم  
إستقلال المالك في بيع ماله المرهون.

و لكنه رحمته لم يُشير في الخلاف إليها، كما لم يذكرها في كتابي الأخبار، و لعلّ  
مراده رحمته - كما قيل - الأخبار الواردة في منع التصرف في المال المتعلق لبعض الحقوق.

(٣) أي : عن غير الخلاف. و الظاهر إرادة تكرّر دعوى الإجماع على منع  
مطلق التصرف، لا خصوص عدم جواز بيع المرهونة، فالشيخ رحمته في المبسوط إدعى  
الإجماع على منع أنحاء التصرف، فقال : « و أما إستخدام العبد المرهون، و ركوب  
الدابة المرهونة، و زراعة الأرض المرهونة، و سكنى الدار المرهونة، فإن ذلك كله غير  
جائز عندنا، و يجوز عند المخالفين<sup>(٦)</sup> ».

«١» الخلاف . ج ٣ . ص ٢٥٣ . كتاب الرهن . ذيل المسألة : ٥٩ . حكى مضمونه في المقابس ، كتاب البيع .  
ص ١٠٥

«٢» جواهر الكلام . ج ٢٥ . ص ١٩٥

«٣» المبسوط . ج ٢ . ص ٢٠٦



و عن المختلف<sup>(١)</sup> - في باب تزويج الأمة المرهونة - أنه أرسل عن النبي ﷺ: «أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

و في السرائر: «لأنما قد أجمعنا بغير خلاف على أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»<sup>(٢)</sup>.

و حكى السيد الفقيه العاملي رحمته الله الإجماع على عموم المنع عن السيد أبي المكارم والعلامة في المختلف والتذكرة، وعن المفاتيح والرياض، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا إشارة إلى وجه آخر استدل به على عدم إستقلال المالك في التصرف في العين المرهونة، و حاصله: أن العلامة رحمته الله تمسك بالنبوي المرسل - الظاهر في حجر الراهن والمرتهن عن التصرف في الرهن - على عدم جواز بعض التصرفات، كتزويج الأمة المرهونة. فإنه - بعد نقل فتوى الشيخ في الخلاف والمبسوط - قال: «وهو - أي عدم جواز التزويج - المعتمد، لنا: قوله عليه السلام: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن. و التزويج نوعٌ تصرفٌ» ثم قال: «و لو قيل: له العقد دون التسليم والتمكين من الوطاء، كان وجهاً»<sup>(٤)</sup>، فراجع.

ثم إن التصرف الممنوع - كما صرح به في بعض العباثر - أعم من المزيل للملك كالبيع والهبة، و من المنافي لحق المرتهن، كما إذا رهنها المالك عند شخص آخر، و من المعرض للنقص، كوطء الجارية أو تزويجها، أو إيجار العين الموجب لقلّة الرغبة في شرائها مسلوبة المنفعة، إن كان الدين حالاً، أو مؤجلاً و لكنه يحلّ قبل إنقضاء مدة الإجارة.

و أما التصرف بما يعود به النفع إلى المرتهن - كمداداة المريض - و رعي

«١» السرائر، ج ٢، ص ٤٢٥

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٦٥، و ج ٥، ص ١١٥

«٣» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٢١، و روى النبوي في المستدرک، ج ١٣، ص ٤٢٦، الباب ١٧ من

أبواب الرهن، الحديث: ٦، عن درر الثالي لابن أبي جمهور

و إما الكلام<sup>١</sup> في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله ؟ أو يقع موقوفاً على الإجازة<sup>٢</sup>،

الحيوان و تأبير النخل، و سقي الأشجار، و تجفيف الثمار و نحوها - فلا يُمنع الراهن منه<sup>٣</sup>.

(١) يعني : لا كلام في عدم الإستقلال، و إما الكلام في أن أثر عدم الإستقلال هل هو البطلان رأساً أم التوقف على الإجازة ؟ و هذا شروع في الجهة الأولى، و أشار إلى إختلاف كلماتهم، كما سيأتي التنبيه عليه.

(٢) الظاهر أنه إشارة إلى إختلاف القائلين بعدم بطلان بيع الراهن من أصله - و كونه موقوفاً - في كون الموقوف عليه هو إجازة المرتهن خاصة، أو هو إفتكاك الزهن خاصة، أو أحدهما على التخيير، كما ذكر ذلك كله في المقابس، فقال: « و ذهب آخرون إلى أنها لا تبطل من الأصل، و هؤلاء بين قائلين بأنها تقف على إجازة المرتهن، فإن أجاز صحّت و لزمت، و إلّا بطلت، و قائلين بأنها تلزم من طرف الراهن من حين وقوعها، فمتى إرتفع المانع بأن يميز المرتهن أو ينفك الرهن نفذت. و قائلين بأنها تلزم بالإجازة أو الإنفكاك، و لم يتعرض لغير ذلك. و متردّد في لزومها بالإنفكاك » ثم نقل عبارات أرباب الأقوال المزبورة، فراجع<sup>٤</sup>.

و لم يتعرّض في عبارته لما إذا أسقط المرتهن حقّ الرهانة، و إما أضافه المصنف رحمته إستقصاءً للإحتمالات، من جهة كونه من الحقوق القابلة للإسقاط. و ربّما يستفاد من بعض توقف عقد الراهن على إسقاط المرتهن حقّه، و عدم العبرة بإجازته، لعدم كونه مالكاً، كما نقله صاحبُ الجواهر رحمته و ناقش فيه، فراجع<sup>٥</sup>.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٢٥؛ مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١١٦ و ١٩٧

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ١٠٦

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢٠٠

أو سقوط<sup>(١)</sup> حقه بإسقاطه أو بالفك<sup>(٢)</sup>.

فظاهر عبارة جماعة من القدماء<sup>(٣)</sup> وغيرهم<sup>(٤)</sup> الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهاية<sup>(٥)</sup> و ابن حمزة في الوسيلة<sup>(٥)</sup>

(١) فالسقوط عدلٌ للإجازة، و يتحقق تارةً بإسقاط المرتهن حقه، و أخرى بفك الرهن.

(٢) كالشيخ المفيد، و شيخ الطائفة في الخلاف و المبسوط، و سلار، و القاضي في المهذب، و ابن إدريس رحمته، و قد نقل صاحبُ المقابس عبارتهم، فراجع<sup>(١)</sup>.  
ففي المقنعة: « فإذا رهن الإنسان شيئاً و قبضه المرتهنُ منه ، لم يكن للراهن و المرتهن أن يتصرّفا فيه ... ثم قال : فإن باع الراهنُ العقارَ كان بيعُهُ مفسوخاً، و إن أستأنف إجارته كانت باطلة »<sup>(٢)</sup>.

(٣) يعني : جماعة من المتأخرين، و لم أظفر بمن حكم بفساد بيع الراهن بدون إذن المرتهن، إلا ما يظهر من الدروس، و لم أجد نسبة القول إليهم في مفتاح الكرامة و المقابس<sup>(٣)</sup>.

نعم، حكم المحقق رحمته في البيع بمنع بيع الرهن بدون الإذن<sup>(٤)</sup>، و إطلاقه ينفي صحته لو لحقه الإجازة. و لكنه صرح في كتاب الرهن بوقوف بيع الراهن على الإجازة<sup>(٥)</sup>، و هو أعلم بما قال.

(٤) لكون الشيخ رحمته قائلاً - في كتاب النهاية - بجواز العقد الفضولي، و يتفرع عليه صحة بيع الراهن موقوفاً على الإجازة.

(٥) نُسب كلا القولين إلى ابن حمزة ، فقال السيد العاملي رحمته : « و بما وافق

«١» مقابس الأنوار ، ص ١٠٥ و ١٠٦

«٢» المقنعة ، ص ٦٢٢

«٣» لاحظ : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٢٦٤ و ج ٥ ، ص ١١٦

«٤» شرائع الإسلام ، ج ٢ ، ص ١٧

«٥» المصدر ، ص ٨٢

و جمهور المتأخرين<sup>١</sup> - عدا شاذٌ منهم<sup>٢</sup> -

النهاية - في توقفه على إذن المرتهن و إجازته - الوسيلةُ و غيرها مما تأخر عنها، و هو كثير «<sup>١</sup>».

و عدَّ صاحبُ المقابس ابنَ حمزة من أصحاب القول الأول مستظهِراً ذلك من قوله: «فإن أذن المرتهن له في التصرف صح»<sup>٢</sup>.

و على كلِّ فدعوى المصنف رحمته صراحةً عبارة الوسيلة في وقوع البيع موقوفاً على الإجازة، متوقفة على ظهور «الإذن» في الرضا أعمّ من أن يكون سابقاً على البيع أو لاحقاً له، و إلاً فمع مقابلة الإذن و الإجازة و إختصاص الأول بالسابق يُشكل دعوى الظهور فضلاً عن الصراحة.

(١) ففي مفتاح الكرامة: «إذا تصرف الراهن بما يمنع منه، فإن كان بعقدٍ أو بعقدي كان موقوفاً على إجازة المرتهن، كما في النهاية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد، و شرحه لولده، و اللعة، و المقتصر، و غاية المرام، و الميسية، و إيضاح النافع، و المسالك، و الروضة، و الكفاية، و الرياض»<sup>٣</sup>.

(٢) لعل مراده بالشاذ هو الشهيد رحمته على ما حكاه صاحب المقابس<sup>٤</sup> عن الدروس، فإنه جوزَّ بيع المرتهن إن كان بإذن الراهن أو بإجازته، و إقتصر في بيع الراهن على إذن المرتهن. و ظاهره عدم كفاية لحوق الإجازة في الصحة، فيكون الشهيد رحمته موافقاً للقائلين بالبطلان.

قال في الدروس - بعد حكمه بمنع الراهن عن إجارة العين المرهونة، و عتق المملوك - «و لو أذن المرتهن في ذلك كله جاز. و كذا لا يتصرف فيه المرتهن إلاً

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٦٤

«٢» مقابس الأنوار، ص ١٠٦؛ الوسيلة، ص ٢٦٦

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١١٦

«٤» مقابس الأنوار، ص ١٠٦

هو كونه<sup>(١)</sup> موقوفاً.

و هو الأقوى<sup>(٢)</sup>، للعمومات (\*) السليمة عن المخصّص،

بإذن الراهن، أو إجازته، إلّا العتق، فإنّه باطل إن لم يأذن<sup>(٣)</sup>.  
و يؤيّده أن السيد العاملي رحمته لم يعدّ - في عبارته المتقدمة - الدروس من القائلين بالوقوف على الإجازة.

(١) أي : كون بيع الراهن - بدون إذن المرتهن - موقوفاً على إجازته.

(٢) إختار المصنف رحمته القول الثاني، و هو صحة بيع الراهن تأهلاً، و توقّف

نفوذه على إجازة المرتهن، و إستدل عليه بوجوه ثلاثة :

الأوّل : عموم وجوب الوفاء بالعقود، و إطلاق جِلّ البيع، و التجارة عن

تراضٍ. و المانع من شمولها لبيع الراهن هو تعلق حق المرتهن بالمبيع، و يسقط بإجازته المتعقبة، فيلزم البيع.

فإن قلت : التمسك بعمومات إمضاء العقود و البيع موقوف على إنتفاء

المخصّص، و المفروض دلالة الإجماع و الأخبار على منع الراهن و المرتهن عن التصرف، و مع قيام المخصّص لا مجال للتمسك بالعموم، بل يتعين الحكم ببطلان بيع

(\*) الأوّل التمسك بغير العمومات من الوجوه الآخر، إذ مقتضى العمومات

كون العقد سبباً تاماً لترتب الأثر عليه.

و لعلّ مراده أن العمومات كما يرجع إليها في أصل التخصيص، كذلك يرجع

إليها في التخصيص الزائد. و في المقام لمأ علم أصل التخصيص، و لكن تردد الخاص

بين كونه نفس الفرد بأن لا يتحقق النقل أصلاً في بيع الراهن، و بين كونه الإستقلال

و الوقوف على الإجازة، فالثاني لقلة التخصيص متعين.

لأنَّ<sup>(١)</sup> معقد الإجماع والأخبار<sup>(٢)</sup> الظاهرة في المنع عن التصرف هو الإستقلال، كما يشهد به<sup>(٣)</sup> عطفُ « المرتهن » على « الراهن » مع<sup>(٤)</sup> ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً. و على تسليم<sup>(٥)</sup> الظهور في بطلان

الراهن رأساً كما ذهب إليه جمع.

قلت : لا يصلح الإجماع و النص لتخصيص العمومات، و ذلك لوجهين : أحدهما : أن المراد بمنع الراهن عن التصرف هو الإستقلال، و عدم الإستجابة من المرتهن. و الشاهد على إرادة عدم الإستقلال عطف « المرتهن » على « الراهن » مع تسالمهم على صحة تصرفه في الرهن تأهلاً، و توقف نفوذه على إجازة الراهن. و من المعلوم أن مفاد « المنع » في المعطوف و المعطوف عليه واحد، و هو نفي الإستقلال، لا الفساد.

ثانيهما : أنه لو سُلم ظهور الإجماع في بطلان التصرف رأساً، لم يصلح لتخصيص العمومات، من جهة القطع بعدم تحقق الإتفاق على البطلان، لكثرة القائلين بالصحة و بالوقوف على الإجازة.

و كذا الحال في الأخبار، فإن ظهورها في البطلان موهون بإعراض جمهور المتأخرين، و إلتزامهم بكون بيع المرتهن كالفضولي موقوفاً على الإجازة.

هذا تقريب الوجه الأول، و سيأتي الوجهان الآخران.

(١) تعليق لسلامة العمومات عن خروج فردٍ منها، و إشارة إلى دفع دخل مقدّر، تقدم بيانهما بقولنا: « فإن قلت ... قلت ».

(٢) المراد بها إما الأخبار التي إدّعاها شيخُ الطائفة في الخلاف، فهي كرواية مرسلة بالنسبة إلينا، و إمّا النبوي المرسل في المختلف.

(٣) أي : يشهد بأن ظاهر « المنع » هو الإستقلال : عطفُ المرتهن على الراهن.

(٤) يعني : مع ملاحظة ما ثبت، فهو تفسير لكيفية الدلالة على نفي الإستقلال.

(٥) كذا في النسخ، و الأولى: « و لو فرض تسليم ... ».

التصرف رأساً، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه<sup>(١)</sup>.  
 هذا كله ، مضافاً إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة<sup>(٢)</sup> ، معللاً  
 بـ « أنه لم يعص الله و إنما عصى سيّده »<sup>(٣)</sup> إذ المستفاد منه<sup>(٤)</sup> : أن كل عقد كان  
 النهي عنه لحقّ الآدمي<sup>(٥)</sup> فيرتفع [ يرتفع ] المنع<sup>(٦)</sup> ، و يحصل التأثير بإرتفاع المنع

(١) أي : خلاف بطلان التصرف رأساً.

(٢) هذا ثاني الوجوه، و محصله : إستفادة عدم بطلان بيع الراهن رأساً من  
 التعليل الوارد في صحيحة زرارة الواردة في مملوك تزوّجَ بغير إذن مولاه، حيث علّل  
 الإمام أبو جعفر الباقر عليه السلام صحة النكاح بالإجازة بـ « أنه لم يعص الله، إنما عصى  
 سيّده، فإذا أجازَه فهو له جائز » فإنه يتضمن كبريين : و هما : أن سبب إختلال العقد  
 إن كان أمراً محرماً بالأصالة، فهو يمنع عن الصحة، إذ لا يتصور الرضا منه سبحانه  
 و تعالى بمعصيته.

و إن كان عصيانَ المخلوق بعدم رعاية حقّه لم يوجب الفساد، لإمكان زوال  
 كراهته و حصول الرضا. هذا مفاد التعليل.

و لا ريب في إقتضاء عموم العلة صحة بيع الراهن، لأنه لم يرتكب محرماً  
 شرعياً، و إنما أهمل حق الرهانة، و لم يستأذن من المرتهن، فإن أجاز نفي بيع الراهن.

(٣) أي : من التعليل، و مقصوده من الإستفادة الإستظهار. و هو ربما ينافي عدّ  
 هذا التعليل مؤيداً لصحة البيع الفضولي، لا دليلاً عليه، فراجع<sup>(٧)</sup>.

(٤) فإن حقّ السيد أن يتولّى نكاح عبده، فمبادرته و عدم الإستيذان من المولى  
 معصية له، و لكنها تزول بلحوق الرضا و الإجازة.

(٥) أي : المنع عن هذا العقد، و هو نكاح العبد بغير إذن مولاه.

«١» وسائل الشيعة . ج ١٤ . ص ٥٢٣ . الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء . الحديث : ١ و ٢

«٢» هدى الطالب . ج ٤ . ص ٣٢٣ - ٣٣١ و ص ٤٦٥

و حصول الرضا، و ليس ذلك<sup>(١)</sup> كمعصية الله أصالةً في إيقاع العقد، التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

هذا كله، مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي<sup>(٢)</sup>.

لكن الظاهر من التذكرة<sup>(٣)</sup> : " أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا<sup>(٣)</sup> .

(١) أي : و ليس معصية السيد نظيراً لعصيان الخالق بإيقاع العقد المنهي عنه - كبيع الخمر - حتى يتمتع نفوذه بالرضا المتأخر.

(٢) هذا ثالث الوجوه، و تقريب الفحوى : أن المبيع في الفضولي ليس ملكاً للبائع، فصحته تستلزم صحة البيع الأولوية فيما كان المبيع ملكاً للبائع، غاية الأمر أنه ليس طلقاً له، لتعلق حق المرتهن به، و من المعلوم أن إضافة الحق أضعف من الملك.

و يمكن تقريب الفحوى بأن يقال : ان الإجازة في البيع الفضولي تفيد أمرين، أحدهما : إستناد العقد إلى المالك، ليتحقق موضوع وجوب الوفاء بالعقد، لوضوح إختصاص الخطاب به بالمالك.

ثانيهما : الرضا المعتبر في العقد.

و لما كان العقد صادراً من الراهن المالك، كانت الإجازة دالةً على الرضا خاصة، و من المعلوم إقتضاء ما دلّ على صحة البيع الفضولي صحة بيع الراهن بالأولوية (\*).

(٣) غرضه المناقشة في الفحوى بما أفاده العلامة رحمته من إنكار الأولوية ، لأنه

(\* ) لكن يمكن منع الأولوية بدعوى إحتمال كون حق الرهن كحق الإستيلاء مانعاً عن أصل الإنتقال، دون عدم الملكية، فإنه لا يمنع عن الإنتقال في بيع الفضولي، فلا أولوية في البين.



و فيه<sup>(١)</sup> نظر، لأنَّ مَنْ إستند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله ﷺ : « لا بيع إلاّ في ملك » لا يلزمه<sup>(٢)</sup> البطلان هنا ، بل الأظهر ما سيجيء<sup>(٣)</sup> عن إيضاح النافع : من أنّ الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولي.

إدعى أن كل مَنْ قال ببطلان عقد الفضولي قال ببطلان العقد هنا، و هذا ينافي الأولوية. لإقتضاها صحة عقد الرهن و لو مع القول بفساد عقد الفضولي.

(١) أي : و في ما يظهر من التذكرة نظر، و هذا إشكال على دعوى المساواة بين عقد الفضولي و عقد الرهن. و محصل الإشكال : أنّ مستند بطلان بيع الفضولي هو قوله ﷺ : « لا بيع إلاّ في ملك » و من المعلوم أنه لا يصلح لإثبات بطلان عقد الرهن، لكونه مالكا للمبيع. و منشأ البطلان في عقد الفضولي - على ما هو ظاهر الرواية - فقدان الملكية، و المفروض وجودها في عقد الرهن، فيمكن تصحيح عقده دون عقد الفضولي.

نعم، إن كان مستند بطلان بيع الفضولي غير هذا النبوي - من النصوص و الإجماع و حكم العقل بقبح التصرف في ملك الغير<sup>(١)</sup> - أمكن إستظهار المساواة. و لكن الظاهر أنّ عمدة دليل القائل ببطلان بيع الفضولي هو النبوي المذكور في المتن، و لذا منع المصنف رحمته دعوى المساواة بوجود الفارق، و هو كون الرهن مالكا، فلا يُخاطب بالنهي عن البيع. و المتحصل من الوجوه الثلاثة : صحة بيع الرهن إقتضاء، و توقفه على الإجازة .

(٢) خبر قوله : « مَنْ إستند » و الضمير البارز راجع إلى الموصول.

(٣) يعني : أن الفحوى التي إدعاها المصنف رحمته حُكيت عن الفاضل القطيفي أيضاً كما في مفتاح الكرامة<sup>(٢)</sup>. لكن لم أجد في المباحث القادمة نقل هذا المطلب عن

«١» لاحظ أدلة المانعين في مسألة الفضولي. هدى الطالب . ج ٤ . ص ٤٧١ - ٥١٢

«٢» مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٦٤

و قد ظهر من ذلك<sup>(١)</sup> ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكاً بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهي، قال : « و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير ، إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد<sup>(٢)</sup> »

إيضاح النافع، و لا بد من مزيد التتبع.

(١) أي : و قد ظهر من الوجوه المتقدمة - الدالة على صحة عقد الرهن - ضعف القول الآخر الذي إختاره صاحب المقابس رحمته ، فإنه ذكر أولاً إقتضاء الأصل و العمومات و الأولوية الصحة، ثم قال : « و لا يخفى أن هذه الأدلة بأسرها مدخولة، لما تقدم من نقل جماعة منهم الإجماع على كونه - أي الرهن - ممنوعاً من التصرف، و إتفاق كلمة الأصحاب عليه، كما سبق، و حكاية الشيخ وروود الأخبار بذلك، و نقل العلامة رواية نبوية فيه. و ظهر أنه - أي المنع - المناسب للغرض الباعث على وضع عقد الرهن، فإذن لا يحيص من القول بالمنع، و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير ... »<sup>(٣)</sup> إلى آخر ما نقله المصنف عنه.

و كلامه يقع في مقامين، أحدهما : إستدلاله على فساد بيع الرهن، و ثانيهما : ردّ الوجوه المستدل بها على الصحة.

(٢) هذا شروع في المقام الأول، و توضيحه : أن النهي المتعلق بالمعاملة لأمرٍ داخل فيها - كالنهي عنها لصيرورة أحد العوضين متعلق حق غير المتعاقدين، كتعلق حق المرتهن بالمبيع الموجب للنهي عن بيعه - يوجب فسادها.

نعم، إذا تعلق بأمرٍ خارج عنها كالنهي عن المعاملة وقت النداء - إذ النهي عنها يكون لأجل الصلاة، لا لتعلق حق شخص بأحد العوضين - لم يقتض فسادها.

فكأنه قال : النهي تعلق بالمعاملة لأمرٍ داخل فيها، و كلما كان كذلك يفسدها، فبيع الرهن باطل لا موقوف، كالنهي عن بيع الوقف و أمّ الولد، لتعلق حق الموقوف عليه بالموقوفة، و تعلق حق الإستيلاء بأمّ الولد.

- لا لأمر خارج عنه - وهو<sup>(١)</sup> كافٍ في إقتضاء الفساد، كما إقتضاه في بيع الوقف<sup>(٢)</sup> و أمّ الولد<sup>(٣)</sup> و غيرها<sup>(٤)</sup>، مع إستواء الجميع<sup>(٥)</sup> في كون سبب النهي حقّ الغير».

ثمّ أورد على نفسه بقوله : « فإن قلت<sup>(٦)</sup> : فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن ، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن<sup>(٧)</sup> في المنع

(١) أي : تعلق النهي بالأمر الداخل في العقد كافٍ في إقتضاء الفساد.

(٢) كقوله عليه السلام : « لا يجوز شراء الوقف » المقتضي للفساد.

(٣) مثل النهي المستفاد من إنكار بيعها في رواية السكوني التي ورد فيها : « من يشتري متي أمّ ولدي ؟ ».

(٤) كالنهي عن بيع الخمر و الخنزير و بيع الربا.

(٥) أي : أنّ سبب البطلان في الوقف و أمّ الولد تعلق حق الغير، و هو متحقق في بيع الراهن أيضاً، فلا بد من فساد بيعه.

(٦) هذا إشكال على إقتضاء النهي عن العقد للفساد، و حاصله : أنّه على تقدير إقتضاء النهي المتعلق بالمعاملة - لأمر خارج عنها - للفساد يلزم الحكمُ ببطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن، لكون النهي فيهما أيضاً لا لأمر خارج، بل لمراعاة حق المالك، مع أنّهما موقوفان على إجازة المالك، لا أنّهما باطلان. فلا بد من الحكم بالصحة في الجميع أو البطلان كذلك. و لا وجه للتفكيك بين بيع الراهن و بين بيع المرتهن و الفضولي، بالفساد في الأوّل، و الصحة - بإجازة المالك - في الآخرين. كما لم يُفكك أكثرُ الأصحاب بين بيع الراهن و بين بيع المرتهن، و جعلوهما بوزان واحد في تعلق النهي بهما.

(٧) حيث عبّر بعضهم بعدم جواز التصرف، و آخر بعدم الصحة، و ثالث بالمنع.

- كما دلت عليه الرواية<sup>(١)</sup> - فيلزم<sup>(٢)</sup> بطلان عقد الجميع أو صحته، فالفرق تحكّم. قلنا<sup>(٣)</sup>: إن التصرف المنهي عنه إن كان إنتفاعاً بمال الغير فهو محرّم، و لا تُحلّله

(١) و هي المرسلّة المروية في المختلف.

(٢) هذا نتيجة مساواة عقد الراهن و المرتهن في المنع.

(٣) هذا جواب الإشكال، و توضيحه: أن التصرف المتعلق به النهي تارةً يكون تصرفاً خارجياً، كالإنتفاع بالأكل أو الشرب أو غيرها من الأفعال الخارجية المتعلقة بالأعيان. و أخرى يكون تصرفاً اعتبارياً كالعقد أو الإيقاع.

أما الأول فيكون حراماً، و لا تؤثر الإجازة في حليته.

و أما الثاني، فإن وقع بنحو الإستقلال من دون إضافته إلى المالك، فالظاهر أنه حرام أيضاً، و لا يجدي في صحته الإجازة، لأن الفعل لا يتغيّر عمّا وقع عليه. و إن وقع على وجه النيابة عن المالك لم يعد تصرفاً منهياً عنه، و لا يكون حراماً.

فالعقد الصادر من الفضولي أو المرتهن حرام إن كان على وجه الإستقلال، و لا يجديه الإجازة. و جائز إن كان على وجه النيابة عن المالك، و تجديده الإجازة، فعقد الفضولي و المرتهن يتصور على نحوين حرام و جائز.

و أما المالك فلا يتصور في عقده النيابة و الإستقلال حتى يكون حراماً تارةً و جائزاً أخرى، بل المتصور فيه هو الإستقلال فقط، لإحصار المالكية فيه، فهو إمّا جائز تكليفاً و نافذٌ وضعاً كما إذا لم يكن مجبوراً عن التصرف في ماله بأحد موجبات الحجر. و إمّا حرام و غير نافذ إن كان مجبوراً فيه، كما إذا تعلق به حق المرتهن، فتخصّص العمومات المقتضية للصحة بالإجماعات و الأخبار النهائية عن التصرف في العين المرهونة، إذ ليس مطلق الملك مسوغاً للبيع، بل المسوغ هو الملك غير المحجور عن التصرف فيه، و لذا لا يجوز بيع أمّ الولد و نحوها مما يكون متعلق حق غير المالك، الموجب لنقص سلطنة المالك.

الإجازة المتعقبة<sup>(١)</sup>.

و إن كان<sup>(٢)</sup> عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع<sup>(٣)</sup> بطريق الإستقلال - لا على وجه النيابة عن المالك - فالظاهر أنه<sup>(٤)</sup> كذلك، كما سبق في الفضولي، وإلا<sup>(٥)</sup> فلا يُعدُّ

فمحصل مرام المقابس هو الإلتزام ببطلان بيع الراهن، إذ لا يتصور تصرفه على وجه النيابة عن المالك حتى يكون موقوفاً على الإجازة. ففرقُ بين عقد الراهن وعقد المرتهن، وصحة الثاني لا تستلزم صحة الأول.

(١) يعني : أن التصرف الخارجي في مال الغير محرّم لكونه بغير إذنه، و لا توجب الإجازة اللاحقة إنقلاب الحرمة التكليفية إلى الحلية، لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه. ولذا يبطل الوضوء بماء الغير مع كراهته، و إن رضي بعده.

(٢) أي : و إن كان التصرف المنهي عنه - في مال الغير - بالعقد عليه من بيع أو تزويج أو هبة، فله صورتان.

(٣) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و موردها الغالب ببيع الغاصب، و حكم هذا التصرف الإعتباري حكم التصرف الخارجي في عدم إنقلاب المنع إلى الجواز بالإجازة المتأخرة.

(٤) أي : أن هذا التصرف بالعقد و الإيقاع محرّم، و باطل كما سبق تفصيله في الموضوع الثاني - من بيع الفضولي - الذي عقده صاحبُ المقابس لحكم بيع الغاصب، حيث قال : « فإذا بطلت هذه الوجوه بأسرها تعيّن بطلان العقد من أصله »<sup>(١)</sup>. و عقد المصنف رحمته ثلاثة مسائل البيع الفضولي لحكم بيع الغاصب، فراجع<sup>(٢)</sup>.

(٥) هذا إشارة إلى الصورة الثانية أي : و إن لم يقع بطريق الإستقلال - بل على وجه النيابة عن المالك - كان خارجاً موضوعاً عن التصرف المنهي عنه في مال

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٣

«٢» هدى الطالب، ج ٤، ص ٥٣٩ - ٦١٤

تصرفاً يتعلق به النهي. فالعقد<sup>(١)</sup> الصادر عن الفضولي قد يكون محرماً، و قد لا يكون كذلك<sup>(٢)</sup>.

و كذا<sup>(٣)</sup> الصادر عن المرتهن إن وَقَعَ<sup>(٤)</sup> بطريق الإستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه، أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الإرتهان، كان<sup>(٥)</sup> منهياً عنه. و إن كان<sup>(٦)</sup> بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة<sup>(٧)</sup>، فلا يزيد<sup>(٨)</sup> عن عقد الفضولي، فلا يتعلق به<sup>(٩)</sup> نهي أصلاً.

الغير، بل هو جائز، فإن أجازته المالك نفذ، و إن ردّه بطل.

(١) هذا إجمال صورتي التصرف في مال الغير.

(٢) أي : محرماً.

(٣) معطوف على العقد الصادر من الفضولي. و غرضه أن عقد المرتهن له صورتان، فقد يقصد الإستقلال و وقوع البيع لنفسه، فيكون ممنوعاً للنهي عنه. و قد يقصد النيابة عن الراهن، ليقع البيع له، فيكون فضولياً قابلاً للنفوذ بإجازة الراهن.

(٤) يعني : أن قصد الإستقلال المفسد للبيع يستند تارةً إلى البناء على العدوان و الغصب، و قد يستند إلى الجهل - بالحكم أو الموضوع - فيزعم المرتهن ثبوت السلطنة له على بيع العين المرهونة بدون مراجعة الراهن. و لا فرق في البطلان بين الفرضين.

(٥) جواب الشرط في « إن وقع ».

(٦) معطوف على « إن وقع » يعني : أن العقد الصادر من المرتهن إن كان يقصد النيابة كان فضولياً قابلاً للصحة بلحوق إجازة الراهن به.

(٧) إذ المعهود من « الفضولي » هو إنشاء الإيجاب و القبول، و يكون أمر الوفاء بمقتضى العقد - كالتبض و الإقباض - بيد من له الولاية عليه بعد الإجازة.

(٨) جواب الشرط في « و إن كان ».

(٩) أي : بالصادر عن المرتهن، أي العقد الصادر منه.

و أما المالك<sup>(١)</sup>، فلما حُجر على ماله برهنه، و كان عقده لا يقع إلا مستنداً إلى ملكه، لإنحصار الملكية فيه، و لا معنى لقصد النيابة<sup>(٢)</sup>، فهو<sup>(٣)</sup> منهي عنه، لكونه<sup>(٤)</sup> تصرفاً مطلقاً، و منافياً للحجر<sup>(٥)</sup> الثابت عليه. فيخصّص<sup>(٦)</sup> العمومات بما ذكر. و مجردُ الملك لا يقضي بالصحة<sup>(٧)</sup>، إذ الظاهر<sup>(٨)</sup> بمقتضى التأمل:

(١) غرض صاحب المقابس ﷺ إثبات بطلان بيع الراهن، و عدم كونه قابلاً للصحة، لا من جهة كونه مندرجاً في عنوان « الفضولي » ليصح بالإجازة اللاحقة، و لا من جهة كونه بيع المالك المستقل في التصرف.

أما الأول فلان صحة الفضولي متوقفة على قصد النيابة عن المالك، و المفروض إمتناع تمثي هذا القصد من الراهن، لكونه مالكاً، فلا ينوي إلا وقوعه لنفسه، لا للمرتهن و لا لغيره.

و أما الثاني فلعدم إستقلاله في التصرف بعد إقتضاء أدلة الرهن حجر الراهن عنه، مع أنه لا يكفي في البيع ملك العين، بل لا بد من السلطنة على التصرف أيضاً، و هي مفقودة حسب الفرض. فيبطل حينئذ.

و عليه فلا سبيل لتصحيح بيع الراهن لا بعنوان كونه فضولياً و لا بعنوان كونه أصيلاً. و يتعين تخصيص عموم الأمر بالوفاء و حل البيع بما دلّ على حجر الراهن، هذا.

(٢) كما تقدم آنفاً بقولنا: « أما الأول فلأن صحة الفضولي ... ».

(٣) جواب الشرط في « فلما حجر » و الضمير راجع إلى العقد.

(٤) أي: لكون عقد الراهن تصرفاً غير مسبوق بإذن المرتهن.

(٥) كذا في النسخ، و في المقابس « و منافاته للحجر » و المعنى واحد.

(٦) هذا نتيجة عدم ولاية الراهن على التصرف في العين المرهونة.

(٧) تقدم آنفاً عدم كفاية ملك العين في البيع.

(٨) هذه الجملة منقولة بالمعنى، و العبارة في المقابس هكذا: « إذ الظاهر بمقتضى

أنَّ الملكَ المَسْوُوعَ للبيعِ هو ملكُ الأصلِ مع ملكِ التصرفِ فيه، ولذا <sup>(١)</sup> لم يصحَّ البيعُ في مواضعٍ وُجدَ فيها سببُ الملكِ و كان ناقصاً، للمنعِ عن التصرفِ».

ثم قال: «و بالجملة <sup>(٢)</sup>: فالذي يظهر من تتبُّعِ الأدلَّةِ [بالتتبعِ في الأدلَّةِ]: أنَّ العقودَ ما لم تنتهِ إلى المالكِ، فيمكن وقوعها موقوفةً على إجازته <sup>(٣)</sup>. و أمَّا إذا إنتهت إلى إذن المالكِ أو إجازته، أو صدرت منه، و كان تصرفه <sup>(٤)</sup> على وجه الأمانة، فلا تقع على وجهين <sup>(٥)</sup>، بل تكون فاسدةً أو صحيحةً لازمةً إذا كان

التأمل الصادق: أن المراد بالملك المَسْوُوعَ للبيعِ هو ملكُ الأصلِ مع التصرفِ فيه، ولذلك لم يصح البيع ... الخ».

(١) أي: و لأجل أن الملكَ المَسْوُوعَ للبيعِ هو ملكُ الأصلِ و ملكُ التصرفِ، لم يصحَّ بيعُ ما كان الملكُ ناقصاً فيه، للحجرِ عن التصرفِ لسفهٍ أو فلسٍ مثلاً.  
(٢) هذا ملخَّص ما أفاده صاحبُ المقابس من إقتضاء القاعدةِ فسادَ بيعِ الرهن بدون إذن المرتهن.

(٣) يعني: إن كانت العقود على وجه النيابة، لا على وجه الإستقلال، و إلاً فتبطل.

و بالجملة: التصرفات الصادرة من المالكِ أو بإذنه إمَّا صحيحة لازمة، و إمَّا باطلة غير قابلة للإجازة، فلا تقع موقوفةً.

و عليه فبيع الرهن للمرهونة باطل، بخلاف بيع المرتهن و الفضولي إذا أوقعا على وجه النيابة، فإنَّه قابل للإجازة، و إمَّا إذا أوقعا على وجه الإستقلال، فيكون حراماً و باطلاً.

(٤) هذا الضمير و ضمير « منه » راجعان إلى المالك.

(٥) و هما: وقوع العقود بنحو الإستقلال حتى تحرم و تفسد كما إذا أوقعا الفضولي لنفسه. و وقوعها بقصد النيابة عن المالك، فتكون موقوفةً على الإجازة.



وضع ذلك العقد على اللزوم<sup>(١)</sup>.

وأما التعليل<sup>(٢)</sup> المستفاد من الرواية المروية في النكاح - من قوله: لم يعص الله و إنما عصي<sup>(٣)</sup> سيده ... إلى آخره - فهو جارٍ في مَنْ لم يكن مالكاً، كما أن العبد لا يملك أمر نفسه . و أما المالك المحجور عليه ، فهو عاصٍ لله بتصرفه<sup>(٤)</sup>.

(١) و أما إذا كان عقد المالك جائزاً كما إذا وهب المرهون بإذن المرتهن، كانت هبته جائزة لا لازمة.

(٢) هذا شروع في المقام الثاني، وهو المناقشة في دليل القائلين بالصحة، وحاصله: أن الإستدلال على الصحة بالتعليل المستفاد من رواية النكاح مخدوش، لأن مورد التعليل هو غير المالك كالعبد، فلا يجري في المالك المحجور عن التصرف العاصي لله تعالى - دون المرتهن - بتصرفه، فلا يقال: «إنه عاصٍ للمرتهن» لأنه ليس مالكاً. نعم منع الله تعالى عن تقويت حقه. وكذا كل مالك محجور لعارض. فالتعدي عن مورد التعليل إلى غيره كالمالك المحجور عن التصرف في ماله قياس باطل.

هذا ما يتعلق بمنع التعليل. و أما فحوى صحة بيع الراهن من عقد الفضولي، فقد منعها صاحب المقابس رحمته قبل قوله: «و بالجملة» بما لفظه: «و تمتع دعوى الأولوية أيضاً، فإن الحجر هو الفارق بين المقامين». و أما عمومات الصحة فقد تقدم في كلامه أيضاً كونها مخصصة بما دل على حجر الراهن عن التصرف.

(٣) المراد بمعصية العبد لسيدّه هو التخطي عن وظيفة العبودية بعدم الإستئذان، فيكون أمر الصحة و البطلان بيد السيد، فإن أجاز نفذ، و إن ردّ لغا.

(٤) مع كونه ممنوعاً من التصرف، يعني: أن المرتهن إن كان مالكاً للعين المرهونة - كالسيد المالك لرقبة العبد - صدق على بيع الراهن «أنه معصية للمرتهن» فيصح بإجازته. و إن لم يكن مالكاً - كما هو الفرض - كان بيع الراهن عصيانياً له تعالى، فيقع فاسداً، و لا تنفعه الإجازة. كما أن العبد لو تزوج بذات عدة كان باطلاً و لم يُجده إجازة السيد. و بهذا ظهر أجنبية التعليل - الوارد في نكاح العبد - عن بيع الراهن.

بيع الرهن ..... ٥٠١  
و لا يقال : إنه عصي المرتهن، لعدم<sup>(١)</sup> كونه مالكا. و إنما مَنَعَ اللهُ من تفويت حقه بالتصرف.

و ما ذكرناه<sup>(٢)</sup> جارٍ في كلِّ مالكٍ متولٍّ لأمرٍ نفسه إذا حُجِرَ على ماله لعارضٍ كالفلس و غيره<sup>(٣)</sup>، فيحكم بفساد الجميع.  
و ربما يتَّجه الصحة<sup>(٤)</sup> فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة (\*).

(١) تعيل لـ « لا يقال » و تقدم بيانه آنفاً.

(٢) غرض صاحب المقابس ﷺ من هذه الجملة عدمُ إختصاص فساد البيع ببيع الراهن، و عمومهُ لتصرف سائر الملاك المحجورين، لكونه عصياناً للنهي الشرعي، فيقع باطلاً، و لا سبيل لتصحيحه بالإجازة اللاحقة له، كالمفلس المنوع من التصرف في أمواله بحكم الحاكم، فلو باع أو اشتري و أجازاه الغرماء لم يصح.  
و كذا السيد المستولِد لجاريتِهِ، فإن مَنَعَ إخراجها عن ملكه يقتضي فساد النقل و إن إرتفع المانع كما إذا مات ولدها - بعد البيع - في حياة السيد.  
(٣) كالسَّفه.

(٤) حاصله : أنه إذا كان منشأ منع المالك عن البيع على وجه الإستقلال - بحيث لا يزاحمه أحد - هو مصلحة الغير كعدم تضرر الشريك الآخذ بالشفعة، لم يكن مانع من صحة بيع المالك مع ثبوت حق الشفعة للشريك. كما إذا كانت دار ملكاً مشاعاً لإثنين، فباع أحدهما حصته من أجنبي، فلا يجوز للمشتري بيع حصته.

(\* ) فيه : ان هذه المصلحة موجودة في المقام أيضاً، فمصلحة المرتهن أيضاً تقتضي وقوف بيع الراهن على إجازته. و لم يظهر فرق من هذه الجهة بين بيع الشريك الموجب لثبوت حق الشفعة للشريك الآخر، و بين بيع الراهن للمرهونة، فلا بد من القول بالصحة فيهما معاً، أو البطلان كذلك.

فالقول<sup>(١)</sup> بالبطلان هنا - كما إختاره أساطينُ الفقهاء - هو الأقوى « إنتهى كلامه، رُفع مقامه.

و يرد عليه - بعد منع<sup>(٢)</sup> الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه

و هذا النهي لأجل مصلحة الشريك ليتمكن من الأخذ بالشفعة و ضمّ المبيع إلى حصة نفسه. فلو باعها المشتري من شخص، و أجازه ذو الحق - و هو الشفيع - صح. و هذا بخلاف الراهن، الذي يقع بيعه باطلاً رأساً.

(١) هذا نتيجة البحث في بيع الراهن. و عليه فهذه الجملة مرتبطة بما قبل قوله :

« وربما يتجه الصحة » فلا تغفل.

هذا تمام كلام صاحب المقابس، و أورد المصنف رحمته عليه بوجوه، سيأتي بيانها.

(٢) هذا أول الوجوه، و توضيحه : أن حقيقة البيع هي المبادلة بين المالكين اللذين

هما ركنا البيع، و لا دخل لقصد خصوصية البائع أو المشتري في إنشاء المبادلة أصلاً كما تقدم في بحث الفضولي، فقصد البيع لنفسه أو لغيره خارج عن حيز المعاملة.

فما أفاده صاحب المقابس رحمته في قوله : « قلنا : ان التصرف ... » من الكبرى،

و هي : أن صحة عقد الفضولي بالإجازة المتعقبة منوطة بقصد النيابة عن المالك،

فلو وقع بقصد الإستقلال - كما في الفاصب - كان باطلاً رأساً ممنوعاً ، لعدم دخل

قصد الإستقلال و النيابة عن المالك في حقيقة البيع، فالمهم لحوق إجازة المالك

و وقوع البيع له، سواء قصد المنشئ النيابة أو الإستقلال.

فإن قلت : النزاعُ هنا بين المصنف و صاحب المقابس مبني، لأنه رحمته بنى

بطلان بيع الراهن على ما أسسه في بيع الفاصب من فساد البيع الفضولي لو لم يقصد

وقوعه للمالك و لا توقفاً لإجازته. و المصنف رحمته بنى الصحة على عدم دخل قصد

النيابة و الإستقلال. و من المعلوم أن الإشكال المبني لا يُجدي إلا بتحقيق المبنى.

قلت : نعم، و إن كان صريح عبارة المقابس : « كما سبق في الفضولي » تسلّم

بطلان بيع الفاصب لأجل إستقلاله في التصرف و عدم الإستجازة من المصوب منه .

## الإستقلال وبيعه<sup>(١)</sup> على وجه النيابة، و منع<sup>(٢)</sup> إقتضاء مطلق النهي

فيبطل بيع الراهن هنا من جهة إمتناع قصد النيابة، و كونه مالكا، إلا أن غرض المصنف رحمته منع المبنى بما فصله في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، و لعله رحمته ترك الإشارة إلى ما حققه هناك لقرب العهد، و لأبس بنقل جملة منه، و هي: « فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى ... فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلث بعوض، من دون تعرض لمن يرجع إليه العوض » فراجع<sup>(١)</sup>.

(١) معطوف على « بيع » و الضمير راجع إلى ملك الغير .

(٢) معطوف على « منع » و هذا ثاني الوجوه، و حاصله : أن كل نهي لا لأمر خارج عن المعاملة لا يقتضي الفساد، بل الدال على الفساد خصوص الإرشادي لا المولوي الذي هو ظاهر المنع في ما دل على أن « الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ».

فهذا الجواب راجع إلى منع الكبرى، و هي « إقتضاء النهي الراجع إلى أحد العوضين للفساد » و الصغرى هي : تعلق النهي بما يرجع إلى أحد العوضين، حيث إن المبيع صار متعلق حق المرتهن، و لذائهي الراهن عن التصرف فيه، و بيعه تصرف فيه، فهو منهي عنه.

و المصنف رحمته منع كلية الكبرى، و أن كل نهي لا يقتضي الفساد، بل إذا كان إرشاداً إلى المانعية. و ليس كذلك إذا تعلق النهي بمتعلق حق الغير، فإن المراد به نفي الإستقلال، لا البطلان، ضرورة أنه صحيح و لازم بلا إشكال مع إذن المرتهن قبل البيع، و لا دليل على إعتبار مقارنة الرضا من ذي الحق في صحة المعاملة، كما تقدم في بحث الفضولي. فالإجازة اللاحقة أيضاً تنفذ المعاملة، هذا.

لا لأمر خارج<sup>(١)</sup> للفساد - :  
أولاً<sup>(٢)</sup> :

(١) تقدم في (ص ٤٩٣) مثالُ النهي عن نفس العقد، و النهي عن خارجه.  
(٢) هذا ثالث الوجوه، و هو ناظرٌ إلى منع ما في المقاس من عدم قصد النية في بيع الراهن حتى يمكن تنفيذه بإجازة المرتهن، حيث قال : « و كان عقده لا يقع إلا مستنداً إلى ملكه، لإنحصار المالكية فيه، و لا معنى لقصد النية، فهو منهي عنه ». و توضيح إيراد المصنف رحمته عليه : أن معاملة الراهن تتصور أيضاً بنحوين، و هما : قصد الأصالة و عدمها، كما يتصوران في الفضولي و المرتهن. أمّا قصد الإستقلال فكما إذا باع ماله المرهون بانياً على عدم الإستجابة من المرتهن، و هذا ما تصوّره صاحبُ المقاس و جعله تصرفاً منهيّاً عنه. و أمّا قصد عدم الإستقلال، فكما لو باع برجاء إجازة المرتهن، من دون نية الإستقلال حال العقد.

و قد يقصد الإستقلال مع عدم النهي عنه، لأن الغصب هو التصرف العدواني في مال الغير، و من المعلوم توقف عنوان الإعتداء على تنجز حرمة التصرف في الرهن لتعلق حق المرتهن به. فمع عدم تنجزه ينبغي صحة بيع الراهن أصالةً، كما يتصور في موارد :

منها : ما لو باع ماله المرهون جاهلاً بكونه رهناً، كما إذا إستدان الولي للصبي، و جعل ماله رهناً على الدين، و لم يعلم به الصبي حتى بلغ و باع المال زاعماً كونه طلقاً، فتبين كونه رهناً.

و منها : ما لو علم بالرهن، و جهل حكمه من كونه ممنوعاً من التصرف فيه. و منها : ما لو علم بالحكم و موضوعه، و لكنه نسي كونه رهناً، فباع قاصداً للأصالة.

أن<sup>(١)</sup> نظير<sup>(٢)</sup> ذلك<sup>(٣)</sup> يتصور في بيع الرهن، فإنه<sup>(٤)</sup> قد يبيع رجاءً لإجازة المرتهن، ولا ينوي الإستقلال. وقد يبيع [ إستقلاً ]<sup>(٥)</sup> جاهلاً بالرهن، أو بحكمه<sup>(٦)</sup>، أو ناسياً. ولا حرمة في شيء من ذلك<sup>(٧)</sup>، فتأمل<sup>(٨)</sup>.

(١) الجملة في محل رفع على أنها فاعل لقوله: « و يرد عليه ».

(٢) التعبير « بالنظير » لأجل أن بيع الرهن بتوقُّع الإجازة ليس من النيابة الجارية في بيع الفضولي و المرتهن كما هو واضح، بل هذا المثال نظيرهما في مجرد عدم الإستقلال، كما لا يخفى.

(٣) أي : وقوع البيع تارةً بقصد الأصالة، و أخرى بقصد النيابة.

(٤) أي : فإن الرهن العالم بالرهن و بحكمه يمكن أن يبيع لنفسه متوقِّعاً لإجازة

ذي الحق، و هو المرتهن.

(٥) هذه الكلمة غير مذكورة في نسختنا، و أثبتناها عن بعض النسخ المصححة.

و هو الأولى، للفرق بين الراجي للإجازة و بين الجاهل بالرهن، فالأوّل يبيع متوقِّعاً للإجازة، بخلاف الجاهل و الناسي، فهما يبيعان أصالةً، و لكن ليس بيعهما عدواناً على المرتهن، لعدم تنجز النهي عليهما.

(٦) يعني : إذا كان الجهل بالحكم قصورياً، لا تقصيراً.

(٧) أي : في بيع الجاهل - بالرهن أو بالحكم - أو في بيع الناسي.

(٨) هذه الكلمة مذكورة في نسختنا دون سائر النسخ، و الأولى إثباتها، و كتب

السيد الاستاد رحمته في الهامش: « وجه التأمّل على ما نُقل عنه رحمه الله في الدرس : أنه يمكن المناقشة في غير المثال الأوّل بأنّ الموجب للفساد النهي الواقعي، و عدم تأثيره في الصور المذكورة في الحرمة لا ينفع في الحكم بالصحة، مع عدم العذر عند الجهل بالحكم أو لنسيانه »<sup>(٩)</sup>.

## و ثانياً<sup>١</sup> : أن المتيقن من الإجماع

و هو كذلك، ضرورة أن دلالة النهي على الفساد غير مترتبة على تنجزه.  
و وجه كون النهي واقعياً هو تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة.

(١) هذا رابع الوجوه، و غرضه  $\text{ﷺ}$  منع كبرى « دلالة النهي عن المعاملة لأمر داخل فيها على الفساد ».

و حاصله : أن النهي في معاهد الإجماعات و الأخبار لا يدل على الفساد، لقيام قرينة على ذلك، و هي عطف « المرتهن » على « الراهن » و قد تقدم أن المنع عن بيع المرتهن إنما يكون على وجه الإستقلال، دون ما إذا كان على وجه النيابة، فإنه يصح و ينفذ بالإجازة. فالراهن أيضاً كذلك.

و توضيحه : أن المقتضي لصحة بيع الراهن تأهلاً موجود، و المانع مفقود.

أما وجود المقتضي في مقام الإثبات فهو عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و إطلاق حلّ البيع و التجارة عن تراض، إذ لا قصور في شمولها لبيع الراهن المفروض كونه مالكا للمبيع.

و أما فقد المانع فلأن المانع هو النبوي المرسل من « منع الراهن و المرتهن عن التصرف في الرهن » و الإجماع على هذا المضمون.

و لكن لا يصلح شيء منهما للمنع عن الصحة. أما المرسل فلتعلق « المنع » بتصرف كل من الراهن و المرتهن، و المفروض قيام القرينة على أن المقصود بمنع المرتهن هو عدم الإستقلال، لا الفساد رأساً، فلو باع موقوفاً على إجازة الراهن صح بلا إشكال. و مقتضى وحدة السياق إرادة هذا المعنى بالنسبة إلى الراهن، فلو باع برباءة إجازة المرتهن، و أجازته، لم يكن مشمولاً للمنع الوارد في المرسل.

و لو شك في عموم « المنع » لما إذا باع متوقفاً للإجازة، تعين الرجوع إلى عمومات الصحة، لكونه من موارد إجمال المقيد، لدورانه بين الأقل و الأكثر، فيقتصر في التقييد على ما إذا باع و لم يجزه المرتهن.

و الأخبار<sup>١</sup> على منع الراهن كونه<sup>٢</sup> على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار ، أعني قولهم : « الراهن و المرتهن ممنوعان »، و من المعلوم<sup>٣</sup> أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، و حاصله<sup>٤</sup> يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء<sup>٥</sup> بمقتضاه على سبيل الإستقلال و عدم مراجعة صاحبه في ذلك<sup>٦</sup> . و إثبات المنع<sup>٧</sup> أزيد من ذلك

و أما الإجماع على منع التصرف فكذلك، لذهاب المجمعين إلى صحة تصرف المرتهن بإجازة الراهن، و عدم بطلانه رأساً، فيكون قرينة على المراد من منع الراهن. و لو شكّ لزم الأخذ بالمتيقن من الدليل اللبّي، و هو الحكم بالفساد على تقدير عدم تعقب الإجازة.

(١) الظاهر أن المراد بالأخبار هو ما إدّعه شيخ الطائفة رحمته في الخلاف، لا خصوص ما أرسله العلامة في المختلف ، فإنه خبر واحد بهذا المضمون.

(٢) يعني : لم ينهض دليل بالخصوص على منع الراهن عن التصرف، و إنما ورد المنع عن تصرفهما معاً في دليل واحد.

(٣) غرض المصنف رحمته إقامة القرينة على أن المنع في الراهن ليس بمعنى البطلان، و هي : أن المنع في المرتهن متعلق بالإستقلال، كما تقدم آنفاً.

(٤) أي : و حاصل منع الراهن و المرتهن - بقرينة السياق و بضميمة تسلّم الحكم في تصرف المرتهن - هو منعهما عن التصرف على وجه الإستقلال، و عدم لحوق الإجازة من الآخر.

(٥) معطوف على « العقد » أي : منع الوفاء على وجه الإستقلال.

(٦) أي : في العقد على العين المرهونة، و الوفاء به.

(٧) أي : و إثبات منع تصرفهما في الرهن أزيد من العقد - على وجه الإستقلال - يحتاج إلى دليل، و هو مفقود.



يحتاج إلى دليل ، و مع عدمه يرجع إلى العمومات<sup>(١)</sup> (\*).  
 و أمّا ما ذكره - من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما<sup>(٢)</sup> نحن فيه  
 مستنداً<sup>(٣)</sup> إلى الفرق بينهما - فلم أتحقق<sup>(٤)</sup> الفرقَ بينهما،

(١) لحجية أصالتي العموم و الإطلاق في الشك في التخصيص الزائد، و التقييد  
 كذلك.

(٢) متعلق بـ « جريان » و المراد بـ « ما نحن فيه » بيع الراهن العين المرهونة.

(٣) حالٌ لـ « منع ».

(٤) جواب الشرط في قوله: « و أمّا ما ذكره ». و هذا خامس وجوه الاعتراض  
 على ما في المقابس، و هو ناظرٌ إلى ما أفاده ﷺ من منع دلالة التعليل - الوارد  
 في نكاح العبد بغير إذنه - على نفاذ بيع الراهن بإجازة المرتهن، حيث قال: « و أمّا

(\* ) الإنصاف عدم ورود هذا الإشكال على المقابس، لأنه لا يُنكر كون بيع  
 المرتهن موقوفاً على إجازة الراهن، و إنّما يدعى الفرق بين بيعه و بيع الراهن في أنّ  
 النيابة عن المالك لا تتصور في بيع الراهن، بخلاف بيع المرتهن، فإنّه يتصور فيه كل  
 من الإستقلال و النيابة، فإن وقع على الوجه الثاني صح و نفذ بإجازة الراهن،  
 و إن وقع على وجه الإستقلال لم يصح. فإذا فرض وقوع البيع من الراهن على وجه  
 النيابة فيلتزم بمعتضى لازم كلامه بالصحة.

بل قد يتأمل في قرينة صحة تصرف المرتهن بالإجازة على ما يراد من منع  
 الراهن، وجه التأمل: أن « المنع » ظاهر في مطلق التصرف حتى الموقوف على  
 الإجازة ، و دلالة المقيّد المنفصل على ما يراد بالمنع في المرتهن ، لا توجب ظهور  
 « المنع » في طرف الراهن في ذلك. نعم، لا بأس بذلك في القرينة المتصلة، فتأمل.

فالأولى ردُّ المقابس بأنّه كما يمكن بيع المرتهن لا على وجه الإستقلال، كذا  
 يمكن بيع الراهن كذلك، و هو الجواب الثالث الذي ذكرناه.

بل الظاهر<sup>١١</sup> كون النهي في كل منهما<sup>١٢</sup> لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي، و نكاح العبد، و بيع الراهن.

و أمّا ما ذكره - من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أمّ الولد - ففيه<sup>١٣</sup> : أن الحكم فيهما تبعاً ،

التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح ... فهو جارٍ في من لم يكن مالكاً... .»  
 و ملخص إشكال المصنف رحمته عليه هو : أنه لم يظهر فرق بين مورد التعليل أعني النكاح، و بين المقام و الفضولي و غير ذلك مما يكون النهي لتعلق حق الغير بأحد العوضين، إذ منشأ النهي هو تعلق حق الغير، و من المعلوم أنه موجود في الكل و لا فرق بين مورد التعليل من عدم كون العبد مالكاً، و بين بيع الراهن من كونه مالكاً مجوراً عن التصرف، رعايةً لحق المرتهن و مصلحته.

و عليه فالحق صحة التمسك - على صحة بيع الراهن - بالعلة المزبورة.

(١) إذ لا خصوصية - بنظر العرف - للمورد ، بل العبرة بعموم التعليل الوارد، كما في مثل « لا تأكل الرمان لأنه حامض ».

(٢) أي : من نكاح العبد و بيع الراهن.

(٣) هذا سادس الوجوه، و هو ناظر إلى ما أفاده صاحب المقابس رحمته من مساواة بيع الراهن لبيع الوقف و أمّ الولد في دلالة النهي في الجميع على الفساد، حيث قال : « و هو كافٍ في إقتضاء الفساد، كما إقتضاه في بيع الوقف و أمّ الولد و غيرهما، مع إستوائهما في كون سبب النهي حق الغير ».

و حاصل إشكال المصنف رحمته عليه : عدم كون مناط المنع - في الجميع - واحداً، و ذلك لأنّ فساد البيع في الوقف و أمّ الولد تبعاً محض، و لذا لا يجدي الإذن السابق أيضاً في صحتها. فلو كان النهي عن بيعهما مراعاة حق الغير لكان الإذن

ولذا <sup>(١)</sup> لا يؤثر الإذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه <sup>(٢)</sup> في غير محله.  
و بالجمله <sup>(٣)</sup>: فالمستفاد من طريقة الأصحاب

السابق من ذي الحق كافياً في صحتها. و هذا بخلاف بيع الراهن، لصحته بإذن المرتهن.

(١) أي : و لأجل كون المنع تعدياً في الوقف و أمّ الولد - لا لرعاية الحقّ القابل للإسقاط - لا يؤثر ... الخ.

(٢) أي : على كل واحدٍ من بيع الوقف و أمّ الولد.

(٣) هذا ملخص ما أفاده في الجهة الأولى من قوله: « و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله، أو يقع موقوفاً على الإجازة » ثم قوّى الثاني و إستدل عليه بوجوه ثلاثة، و ناقش في كلام صاحب المقابس بوجوه ستة تقدمت. و هذه الخلاصة نبّه عليها صاحب المقابس في آخر عبارته المتقدمة و إحتمل فيها الصحة، حيث قال: « و ما ذكرناه جارٍ في كل مالك متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجر على ماله لعارض ... » فكلام المصنف هنا لا يخلو من تعريض بهذه الكبرى. و محصله : أن النهي عن معاملة تارةً يكون تعدياً محضاً و إن تضمن مصلحة الغير أحياناً، فيبطل كبيع أمّ الولد و الوقف، فلا أثر لرضا الأمة و الواقف و الموقوف عليه بالبيع.

و أخرى يكون رعايةً لمصلحة الغير بنحوٍ يصح إسقاط حقه، ففي هذا القسم لا يبطل العقد رأساً، بل يقع موقوفاً على إجازة ذي الحق. و له نظائر :

الأول : عقد الفضولي ببيع مال الغير أو إجارته أو هبته أو الصلح عليه، و كذا

في غير العقود المعاوضية كالنكاح الفضولي.

الثاني : عقد الراهن بناءً على ما حققه المصنف من صحته التأهيلية، و دخل

إجازة المرتهن في تأثير السبب.

- بل الأخبار<sup>(١)</sup> - أن المنع من المعاملة إن كان لحق الغير<sup>(٢)</sup> الذي يكفي إذنه السابق<sup>(٣)</sup>، لا يقتضي<sup>(٤)</sup> الإبطال رأساً، بل إما يقتضي<sup>(٥)</sup> الفساد.

الثالث : تصرف المفلّس في أمواله، بعد حجر الحاكم الشرعي، فلا يفسد، بل أمره بيد الغرماء، إجازةً و ردّاً.

الرابع : تصرف المريض - في مرض الموت - في الزائد على الثلث، فإنّه وإن كان مالكاً لأمواله، لكن نفوذ تصرفه موقوف على إجازة الوارث.

الخامس : إذا عقد الزوج على بنت أخ زوجته أو على بنت أختها، فنفوذه موقوف على إمضاء ذات الحق وهي العمّة أو الخالة.

السادس : إذا عقد - من له زوجة حرة - على أمة، فلا يقع فاسداً، بل موقوفاً على إجازة الحرة، فإن نفذته صح، وإن ردّته بطل.

و الحاصل : أن المنع في هذه الموارد يراد به عدم الإستقلال في تأثير العقد، و سببته لترتب الأثر عليه من دون المراجعة إلى من له الحق، و الإستجابة منه.

(١) يعني : الأخبار الواردة في الأبواب المتفرقة، و تقدم جملة منها في بيع الفضولي دلالةً و تأييداً<sup>(١)</sup>، و كذا ما ورد في نكاح الفضولي، و تصرفات المريض و المفلّس، و العقد على بنت أخ الزوجة و على بنت أختها، و غير ذلك.

(٢) يعني : الحق القابل للإسقاط، و إلّا فالنهي عن بيع أم الولد يكون إكراهاً لها، و لكنه ليس قابلاً للإسقاط، فهو بحسب الإصطلاح حكم لاحق، على ما تقدم في أوّل البيع من الفرق بينهما.

(٣) فإن كفى إذنه السابق، فقد كفت إجازته اللاحقة.

(٤) خبر قوله : « ان المنع » و الجملة خبر قوله : « فالمستفاد ».

(٥) أي : يقتضي المنع الفساد، و المراد بالفساد عدم الإستقلال في التأثير، لا البطلان رأساً.

بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق. و يندرج في ذلك<sup>(١)</sup> : الفضولي و عقدُ الرهن، و المفلس، و المريض، و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، و للأمة على الحرّة، و غير ذلك<sup>(٢)</sup>، فإنّ النهي في جميع ذلك<sup>(٣)</sup> إنّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفاً، و هو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين. و قد يُتخيّل<sup>(٤)</sup> وجه آخر لبطلان البيع هنا،

(١) أي: يندرج في ما إذا كان المنع عن المعاملة رعايةً لحقّ الغير.

(٢) كما إذا اشتري سلعة حالاً، و باعها قبل تسليم الثمن، فهو من مصاديق الفضولي، فإنّ أجاز البائع صحّ، و إلّا بطل. و كذا لو باع المرتهن الرهن، فإنه موقوف على إجازة الرهن.

(٣) أي : في عقد الفضولي و الرهن و المفلس ... الخ.

هذا تمام الكلام في الوجه الأول على بطلان بيع الرهن، و المناقشة فيه، و يأتي تقريب الوجه الثاني.

(٤) المتخيّل صاحبُ المقابس رحمته ، و هذا وجه ثانٍ للقول ببطلان بيع الرهن رأساً، أفاده في ما لو باع الرهن و إفتك الرهن قبل إجازة المرتهن، فهل يلزم العقد لزوال المانع، أو يبطل، لتعذر شرطه، حيث قال في جملة كلامه : « و لو قلنا بأنّ من باع شيئاً فضولاً، ثمّ إنتقل إليه، لزم العقد من حين النقل، فيكون لازماً هنا بطريق أولى. و من هنا تبين وجهُ قوة القول بالبطلان، لإمتناع صحة صدور عقدين منه متنافيين مع كونهما لازمين، فتجوز أحدهما دليل المنع من الآخر »<sup>(١)</sup>.

و مبنى الإشكال الإلتزام بكون إجازة بيع الفضولي كاشفةً عن ترتب النقل على العقد، و هو الكشف الحقيقي على ما تقدّم تفصيله في مسألة « من باع ثم ملك »، فراجع.

بناءً على ما سيجيء<sup>(١)</sup>، من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفةً، حيث إنه يلزم منه<sup>(٢)</sup> كون مال غير الراهن - وهو المشتري - رهنًا للبائع. وعبارة أخرى<sup>(٣)</sup>: الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان

و كيف كان فتوضيح ما قرره المصنف رحمه الله من الإشكال هو : أن إجازة المرتهن كاشفةً عن تأثير بيع الراهن - من حين العقد - كما سيأتي تحقيقه في المتن. و يترتب عليه صيرورة العين - قبل تحقق إجازة المرتهن مع كونها ملكاً للمشتري - رهنًا للبائع، حيث إن المفروض بناءً على الكشف هو إنتقال العين إلى المشتري بمجرد العقد. و أما حق الرهن فلا يسقط إلا بإجازة المرتهن، فيلزم كون المبيع في الزمان المتخلل بين العقد و الإجازة رهنًا للبائع مع صيرورته ملكاً للمشتري بنفس البيع. مثلاً لو باع الراهن الرهن يوم السبت بدون إذن المرتهن، و أجازته يوم الأحد، فمن جهة كون الإجازة كاشفةً يلزم دخول الرهن في ملك المشتري في يوم السبت، و سقوط حق الرهانة عن المال الخارج عن ملك الراهن. و من جهة أخرى تتوقف صحة الإجازة على بقاء حق الرهن إلى يوم الأحد ليتمشئ إجازة المرتهن، و هو يتوقف على كون مال المشتري رهنًا عند المرتهن، وهو ممنوع كما سيأتي في قوله : « وعبارة أخرى ».

(١) سيأتي في (ص ٥١٩) تصريح المصنف بأن « القول بالكشف هناك - أي في البيع الفضولي - يستلزمه هنا بالفحوى » و صرح صاحب المقابس به أيضاً بقوله : « لإحتمال كون الإجازة ناقلةً في الفضولي، لكونها جزء المقتضي للنقل ... بخلافها هنا، فإنها كاشفة قطعاً » و عليه فمبنى الإشكال كأنه مسلم عند الكل.

(٢) أي : من كون إجازة المرتهن كاشفةً عن تأثير البيع من زمان وقوعه.

(٣) هذه العبارة أظهر - من سابقتها - في إثبات التنافي بين الرهن و البيع، و أن لازم القول بالكشف إجتماع مالكين على مال واحد في المدة المتوسطة بين بيع الراهن و إجازة المرتهن. و المنافاة - التي إدعاها المتخيل - مبنية على إعتبار بقاء العين

واحد، أعني : ما قبل الإجازة<sup>(١)</sup>. و هذا<sup>(٢)</sup> نظير ما تقدّم في مسألة « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه » من<sup>(٣)</sup> أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك

المرهونة على ملك مالكتها في بقاء حق الرهن، فإذا خرجت عن ملك مالكتها خرجت عن الرهنية، و من المعلوم إمتناع الجمع حينئذٍ بين بقائها على الرهنية و بين صيرورتها ملكاً للمشتري بنفس العقد كما هو قضية كاشفية الإجازة، فإنّ الجمع بينهما جمع بين المتنافيين كما لا يخفى، فلا محالة يقع البيع فاسداً (\*).

(١) يعني : في الزمان المتخلل بين بيع الراهن و إجازة المرتهن.

(٢) يعني : أن إجتماع المالكين - و هما البائع بناءً على إعتبار الملكية في المرهونة، و المشتري بناءً على كشف الإجازة عن مالكية المشتري للمبيع بنفس العقد - نظيرُ الإشكال المتقدم في « من باع شيئاً ثم ملكه » من أن المبيع يكون ملكاً لشخصين : أحدهما المميز، لتوقف صحة الإجازة على كونه مالكاً، و الآخر : المشتري الذي إشتراه من الفضولي، على ما تقتضيه كاشفية الإجازة، فقبل تحقق الإجازة يكون المبيع ملكاً لشخصين، كما هو الحال في كل عقد فضولي كما ذكره في محله من بحث الفضولي.

(٣) بيان للموصول في « ما تقدم » و غرضه الإشارة إلى ما أفاده صاحبُ المقابس في رابع الوجوه التي وجهها على القول بالصحة في ما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه، حيث قال : « ان العقد الأول إما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، و هي متوقفة على صحة العقد الثاني، المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فتكون صحة الأول مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك، و ملكاً

(\* ) لكن الحق عدم التنافي بين البيع و الرهن، بعد وضوح عدم إعتبار مالكية

الراهن للمرهونة إستدامة كالإبتداء، فيمكن الحكم بصحة البيع من هذه الجهة.

نعم إن لم يكن التسليم مقدوراً للبائع و المشتري فيشكل صحته من هذه

الحيثية، فتدبر.

لشخصين<sup>(١)</sup> في الواقع .

و يدفعه<sup>(٢)</sup> : أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع<sup>(٣)</sup> .

و إلا<sup>(٤)</sup> لجرى

للمشتري معاً في زمان واحد، و هو محال «<sup>(١)</sup>» .

(١) الأول : المشتري من الراهن، لصيرورته مالكاً من يوم السبت بعد الإجازة الكاشفة عن صحة البيع. و الثاني : الراهن، لتوقف صحة إجازة المرتهن على مالكيته حتى يتعلق حق الرهانة بالرهن.

هذا تقريب الوجه الثاني لفساد البيع.

(٢) أي : و يدفع تحيلاً بطلان البيع، و هذا ردّ الوجه الثاني، و حاصله : أن إجازة المرتهن تكشف عن زوال الرهن آنأماً قبل البيع، بحيث وقع البيع على غير المرهون، فلا يلزم محذور إجتماع المالكين - و هما البائع و المشتري - في الزمان المتخلل بين العقد و بين إجازة المرتهن، إذ المفروض إنكشاف بطلان الرهن بسبب الإجازة قبل البيع آنأماً، فيكون المالك بعد العقد واحداً و هو المشتري.

و أما احتمال إنكشاف بطلان الرهن من أصله بالإجازة فلا موجب له، بل مقتضى الإستصحاب خلافه كما لا يخفى.

(٣) بأن تكون الاجازة كاشفةً عن إسقاط حقه.

(٤) يعني : و إن لم تكن الإجازة كاشفةً يلزم هذا المحذور فيما إذا كان العاقد فضولياً غير الراهن، لإجتماع المالكين أيضاً، كما لو باع الفضولي مال زيد يوم السبت و أجازة يوم الأحد، فلازم الكشف كون المشتري هو المالك من يوم السبت، و لازم إناطة الإجازة بالملك كون المميز هو المالك إلى زمان الإجازة، فيلزم محذور إجتماع المالكين في كل عقد فضولي بناءً على الكشف.



ذلك<sup>(١)</sup> في عقد الفضولي أيضاً<sup>(٢)</sup>، لأن<sup>(٣)</sup> فرض كون المميز مالكا للمبيع نافذ<sup>(٤)</sup> الإجازة يوجب<sup>(٥)</sup> تملك مالكين للملك واحد قبل الإجازة.  
و أما ما يلزم<sup>(٦)</sup> في مسألة « من باع شيئاً ثم ملكه » فلا يلزم في مسألة

(١) أي : التنافي بين البيع و الرهن.

(٢) يعني : كما جرى في إجازة المرتهن بيع الراهن.

(٣) تعليل لجريان محذور إجتماع المالكين في كل عقد فضولي، و تقدم بيانه آنفاً.

(٤) خبر ثان لـ « كون المميز » أو حال عن المميز.

(٥) خبر قوله : « لأن فرض ».

(٦) غرضه  $\text{تَوْجُّهُ$  أَنْ ملكية العين المرهونة - في الزمان المتوسط بين العقد و الإجازة - للبائع و المشتري، تكون نظير الإشكال الساري في كل عقد فضولي، و هو إجتماع مالكين على ملك واحد.

و أما الإشكال المختص بمسألة « مَنْ باع شيئاً فضولياً ثم ملكه » فلا يجري في المقام. فإفترق مورد النفي و الإثبات، إذ الإشكال الجاري في المقام هو الإشكال العام الوارد في مطلق الفضولي. و هذا مورد الإثبات.

و أما مورد النفي فهو الإشكال المختص بمسألة « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه » و ذلك الإشكال المختص هو ما أفاده صاحب المقابس - في تلك المسألة - ذيل الإشكال الرابع بقوله :

« فَإِنْ قلت : مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة، المتوقفة على بقاء ملك المالك بعده، و المستلزمة للملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقاً، أو بطلان القول بالكشف، فلا إختصاص للإيراد بما نحن فيه.  
قلنا : يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، و هو المحاصل من إستصحاب

تلكه السابق، لأنها في الحقيقة رفع لليد و إسقاط للحق، و لا يكفي المالك السوري في صحة العقد الثاني، فتدبر «<sup>١)</sup>». إنتهى كلامه رفع مقامه.

فملخص الإشكال المختص بمسألة « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه » هو إجتماع المالكين حقيقةً على ملك واحد في آن واحد، لإعتبار الملكية حقيقةً في البيع، بخلاف الملكية في الإجازة، فإن السوري منها كافٍ في نفوذ الإجازة. فإجتماع المالكين في سائر العقود الفضولية ليس حقيقةً، و في مسألة « مَنْ باع شيئاً ثم ملكه » يكون حقيقةً. هذا في صورة إجازة البائع الذي باع فضولياً ثم ملك و أجاز.

و أمّا إذا لم يُجز ذلك، فالمانع عن صحته هو أن نفس إنتقال المبيع إلى الفضولي ليس إمضاءً لمضمون العقد الذي أوقعه فضولاً حتى يقال : بترتب الأثر على عقد الفضولي من حين وقوعه، بل على القول بصحته لا بدّ من الإلتزام بترتب أثره من زمان إنتقال المبيع إلى العاقد الفضولي، و مع عدم طيب نفسه كيف يحكم بصحة العقد و لو من حين إنتقال المبيع إليه ؟ فمقتضى القاعدة البطلان.

و هذا الإشكال المختص بمسألة « مَنْ باع شيئاً، ثم ملك و لم يجز » لا يجري في المقام، إذ المفروض تحقق الإجازة من المرتهن، و هي تكشف عن أمرين :

أحدهما : إنتقال المبيع إلى المشتري حين بيع الراهن.

و ثانيهما : إنتهاء زمان الرهن، و خروج العين عن كونها وثيقةً.

نعم ، يجري فيما إذا سقط حق المرتهن بالإفتكاك، إذ لا إجازة حينئذٍ، مثل من « باع شيئاً ثم ملك و لم يجز » و سيأتي ذلك.

١) إستدراك على قوله : « فلا يلزم » يعني : أن محذور مسألة « من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز » يجري في ما لو باع الراهن و لم تلحقه إجازة المرتهن، و لكن إفتك

يلزم<sup>١</sup> في مسألة إفتكك الرهن ، و سيجيء<sup>٢</sup> التنبيه عليه إن شاء الله تعالى .  
ثم إن الكلام<sup>٣</sup> في كون الإجازة من المرتهن كاشفةً أو ناقلةً هو الكلام في

الرهن، فإن حق الرهانة و إن كان يسقط بإجازة المرتهن و بإسقاط حقه و بإبراء الدين و بإفتكك الرهن، إلا أن مبدء سقوط الحق - في الإجازة لكونها كاشفة - هو زمان بيع الراهن. و لكن مبدء إنتهاء الرهن في الفك و الإبراء هو زمان حصول أحدهما، فيكون الفك نظير إجازة الفضولي على النقل.

و عليه فلو باع الراهن و إفتك الرهن بعده لزم كون ملك المشتري رهناً في الواقع على دين البائع إلى زمان الإفتكك، و هذا هو إشكال لزوم كون مال غير الراهن رهناً للبائع. و سيأتي بيان ذلك عند التعرض لشرح كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

(١) يعني : بناءً على عدم كون الفك بعد البيع بمنزلة الإجازة.

(٢) يعني : في (ص ٥٢٨) بقوله: « و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك ... » فانظر.

هذا ما يتعلق برد الوجه الثاني على بطلان بيع الراهن، و به تمّ الكلام في الجهة

الأولى.

(٣) هذا شروع في الجهة الثانية، و هي تحقيق كون إجازة المرتهن كاشفةً أو ناقلة، و محصله : أنه تقدم في إجازة بيع الفضولي إقتضاء قاعدة إمتناع تقدم المسبب على سببه للقول بالنقل، و عدم ترتب الأثر على مجرد العقد من زمان وقوعه، لكن استفيد الكشف من بعض الأدلة الخاصة كصحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين، قال المصنف رحمته : « نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الأمرة بعزل الميراث - من الزوج المدرك الذي أجاز فمات - للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تحلف، ظاهرة في قول الكشف<sup>٤</sup> « أي الكشف الحقيقي بمناب الشرط المتأخر، في قبال الحكمي و التعقبي.

مسألة الفضولي<sup>(١)</sup>، و محصله<sup>(٢)</sup> : أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الأخبار<sup>(٣)</sup> هو الكشف . و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، لأن<sup>(٤)</sup> إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي ، و هي هنا من قبيل رفع المانع (\*).

و بناءً على هذا فالإلتزام بكون إجازة الرهن كاشفةً عن دخول العين المرهونة في ملك المشتري من زمان تحقق بيع الراهن، أولى، ضرورة أن إجازة المالك - في البيع الفضولي - تكون بمنزلة الإيجاب الذي هو جزء المقتضي أعني به العقد. و إجازة الرهن تكون في رتبة عدم المانع، لأن حق الرهانة من موانع تأثير تصرف المالك. فإجازة الرهن رفعٌ للمانع. فإذا جاز تقدم المسبب على المقتضي جاز تقدمه على عدم المانع بالأولوية القطعية، لتأخر رتبة عدم المانع عن رتبة المقتضي و الشرط.

(١) فمن قال في البيع الفضولي بالنقل قال به هنا، و من قال ثمة بالكشف فكذا هنا، لوحدة المناط.

(٢) أي : و محصل الكلام : أن مقتضى تقدم أجزاء السبب على المسبب هو النقل.

(٣) كصحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة بغير إذن السيد<sup>(١)</sup>، و صحيحة أبي عبيدة المشار إليها آنفاً<sup>(٢)</sup>، و غيرها، فراجع.

(٤) هذا تقريب الفحوى، و حاصله : أن رتبة عدم المانع متأخرة عن رتبة المقتضي.

(\* ) و فيه : أن العقد ليس علة حقيقية لترتب الحكم الشرعي، بل يكون موضوعاً للحكم، و ليس من باب التأثير و التأثير أصلاً .

«١» هدى الطالب ، ج ٤ ، ص ٣٤٩

«٢» المصدر ، ج ٥ ، ص ٦٩

و من أجل ذلك<sup>(١)</sup> جوزوا<sup>(٢)</sup> عتقَ الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن<sup>(٣)</sup>، مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاةً<sup>(٤)</sup>.

(١) أي : و من أجل كون إجازة المرتهن من قبيل رفع المانع عن تأثير بيع الراهن - و لا دخل لها في المقتضي - جوزوا للراهن عتقَ مملوكه المرهون إذا تعقبه إجازة المرتهن. مع أن العتق إيقاع، و ادعي الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاعات. فلو كانت إجازة المرتهن ناقلةً لزم وقوع العتق مراعىً بمعنى تأخره و إنفصاله عن صيغته.

و عليه فصحة العتق مراعىً بإجازة المرتهن تشهد بأن مرادهم من منع الإيقاع الفضولي هو ما إذا كان القصور في المقتضي، كما إذا لم يكن المعتق مالكاً أو من يقوم مقامه.

(٢) ظاهره كون الجواز مذهب الكل أو الجمل، و هو كذلك، فإن السيد العاملي رحمته الله لم يحك الخلاف إلا عن شيخ الطائفة و أتباعه كابني زهرة و حمزة و سلاّر<sup>(١)</sup>، و هو جارٍ على مبناهم من عدم جواز الفضولي مطلقاً.

نعم قد يُشكل مخالفة الشهيد رحمته الله في محكيّ الدروس. و قد يوجه - كما في الجواهر<sup>(٢)</sup> - بأن يكون مراد الجميع مع عدم تعقب الإجازة، فتأمل.

(٣) قال المحقق رحمته الله : « و في صحة العتق مع الإجازة تردد، و الوجه الجواز »<sup>(٣)</sup>.

(٤) مقصوده بالمراعى هو الموقوف، أي : لا تقع موقوفةً على الإجازة، و إلاً فاصطلاحهم في المراعى هو وقوع الشيء صحيحاً في نفس الأمر، و يكون وجود الموقوف عليه كاشفاً محضاً عن صحته من حين وقوعه. و اصطلاحهم في الموقوف هو ما بقي من علته التامة جزءً لم يتحقق بعد<sup>(٤)</sup>.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١١٧

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢٠٦

«٣» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨٢

«٤» جامع المقاصد، ج ٥، ص ١٤٥، مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١٩٩

و الإعتذار<sup>١</sup>

و بعبارة أخرى : الفرق بينهما أن الرعاية ناظرة إلى مقام الإبتات، و الوقف إلى مقام الثبوت.

(١) توضيحه : أنه لو جُني على عبدٍ مرهون، فعفا المولى - و هو الراهن - عن الجناية في الخطاء، أو عفا عن الجناية و عن المال - في العمد - الذي هو بدل عنها و عن الإلتلاف، فهل يصح عفو، أي إسقاط حقّه، أم لا يصح رعاية لحق المرتهن، مع أن العفو مسقط لحقه ؟ ذهب العلامة في القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجناية، ثم العفو، فإن إفتك الرهن بعد ذلك كشف عن صحة العفو، و إن إستمرّ الرهن - لبقاء الدين في ذمة الراهن - لم يصحّ العفو، قال رحمته : « فَإِنْ عفا الرَّاهِنُ فَلَأَقْرَبُ أَخْذَ الْمَالِ فِي الْحَالِ لِحَقِّ الْمُرْتَهَنِ، فَإِنْ إِنْكَرَ ظَهَرَ صِحَّةُ الْعَفْوِ، وَ إِلاَ فِلا »<sup>١</sup> و بيّن وجهين في التذكرة<sup>٢</sup>.

و أضاف المحقق الثاني رحمته إلى عفو الراهن عن الجناية : ما لو أعتق الراهن عبده المرهون، فقال : « و مثل هذا - أي ما تقدم في العفو - يأتي في ما لو أعتق الراهن. إلا أن يفرّق بأنّ عناية الشارع بالفك من الرق - فكان مبنياً على التغليب - أخرجته عن ذلك، فبقي الحكم هنا الذي يدل عليه الدليل هو البطلان، لوجود حق المرتهن المنافي لوقوع العفو »<sup>٣</sup>.

و غرض المصنف رحمته منع توجيه جامع المقاصد لصحة عتق الراهن - دون عفو - بإبنتائه على تغليب الشارع لجانب الحرية على الرقية.

و وجه المنع : أن القائلين بصحة عتق الراهن إستندوا إلى إطلاق النصوص

«١» قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ١٢٦

«٢» تذكرة الفقهاء . ج ١٣ . ص ٣٠٠

«٣» جامع المقاصد . ج ٥ . ص ١٤٦

عن ذلك<sup>(١)</sup> ببناء<sup>(٢)</sup> العتق على التغليب - كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن، في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون - مناف<sup>(٣)</sup> لتمسكهم في العتق بعمومات العتق، مع أن العلامة<sup>(٤)</sup> رحمته الله في تلك المسألة قد جوز العفو

المرغبة في التحرير - كما في الجواهر<sup>(١)</sup> أيضاً - كمعتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : « قال رسول الله ﷺ من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضواً من النار »<sup>(٢)</sup>. فلو لا هذا الإطلاق لم يُجد مجرد بناء العتق على التغليب في الخروج عن إجماعهم على عدم وقوع الإيقاعات مراعاةً.

(١) أي : عن وقوع عتق الراهن موقوفاً على إجازة المرتهن.

(٢) متعلق بالإعتذار، وهذا مضمون كلام المحقق الثاني رحمته الله، و تقدّم آنفاً.

(٣) خبر قوله : « و الإعتذار » و وجه المنافاة : أنه لو كان العتق لأجل بنائه

على التغليب لكان اللازم التمسك به لا بعمومات العتق، هذا (\*).

(٤) ظاهر العبارة بحسب السياق أنه إشكال آخر على الإعتذار المزبور،

و حاصله : أن العلامة رحمته الله ألحق العفو عن الجناية - الذي هو من الإيقاعات - بالعتق

(\* ) لكن فيه ما قيل : من عدم المنافاة، لأن مرجع التمسك بعمومات

العتق إلى ترجيحها لأجل بنائه على التغليب، كتقديم دليل الحرمة على دليل الإباحة في صورة الدوران بينهما لوجوه مذكورة في محلها، فتدبر.

مضافاً إلى : أن دعوى عدم إستنادهم إلى التغليب عهدتها على مدعيها،

و إلا ففي مفتاح الكرامة : « و قد طفحت عباراتهم في المقام بالإستدلال بأن

العتق مبني على التغليب »<sup>(٣)</sup> و لا بد من مزيد التتبع.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢٠٦

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢، الباب ١ من أبواب العتق، الحديث : ١، و نحوه سائر أحاديث الباب

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١١٧

مراعى بفك الرهن.

هذا<sup>١١</sup> إذا رضي المرتهنُ بالبيع و أجازَه. أما إذا أسقط حقَّ الرهن، ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتي في إفتكالك الرهن أو إبراء الدين. ثم<sup>١٢</sup> إنه لا إشكال في أنه لا يقع الرد بعد الإجازة، وهو واضح. و هل ينفعُ الإجازةُ بعد الردّ؟ وجهان :

في النفوذ بالإجازة. فلو كان نفوذ العتق بالإجازة لخصوصية في العتق و بناءه على التغليب، لم يكن وجه للتعدي عن العتق إلى العفو، فالتعدي كاشف عن خصوصية في الإجازة و كونها من رفع المانع لا جزء المقتضي، فوزان إجازة المرتهن وزان إجازة المالك. كما أن فكَّ الرهن كالإجازة رفع للمانع، و لذا أتجه التعدي الزبور كما لا يخفى.

و الحاصل : أن صحة العفو عن الجاني مراعى بالفك في المستقبل توجب الخدشة في ما تقدم، من أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعى.

(١) أي : نفوذُ بيع الراهن - و إنتقال الرهن إلى المشتري بنفس العقد - إذا رضي المرتهن بالبيع و أجازَه. و أما إذا لم يُجز البيع و إنما أسقط حقَّ الرهانة ليصير مالَ الراهن بعد الإسقاط طليقاً، فهل يكون الإسقاط كالإجازة كاشفاً عن تأثير البيع في زمان وقوعه، أو يكون ناقلاً؟ سيأتي البحث فيه في الجهة الثالثة، كما سيأتي فيها الفرق بين الإجازة و الإسقاط.

(٢) تعرض المصنف رحمته هنا لفرعين :

أحدهما : أنه لو أجاز المرتهنُ بيعَ الراهن، ثم رده، لغا الثاني، لأن الإجازة تَمَّت تأثير العقد، و لم يبقَ بعدها شيءٌ في وعاء الإعتبار ليتعلّق به الرد و الرضا، و هو واضح.

ثانيهما : أنه لو ردَّ المرتهنُ فأجاز، فهل تنفع الإجازة المسبوقة بالرد في صحة بيع الراهن، أم تلغو؟ وجهان يأتي بيانهما.



من أن الردّ<sup>١</sup> في معنى عدم رفع اليد (\*) عن حقّه ،

(١) هذا وجه تأثير الإجازة بعد الرد، و حاصله : أنّ للمرتهن حقّاً في العين المرهونة، و معنى ردّ بيع الراهن إبقاء حقّه، و عدم الإعراض عنه، و له إسقاط حقّه فيما بعد، كما هو شأن كل ذي حق.

فإن قلت : بيع الراهن نظير بيع الفضولي في التوقف على الإجازة، و من المعلوم أنّ إجازة المالك المسبوق بالردّ لا تُجدي في تأثير عقد الفضولي، لسقوطه عن الصحة التأهيلية بالرد. و لما كان مقتضى حقّ الرهانة سلطنة المرتهن على الإضاء و الردّ، كان ردّه موجباً لجعل عقد الراهن بمنزلة العدم، فلم يبق شيء في وعاء الإعتبار حتى تلحقه الإجازة.

قلت : الفرق بين إجازة بيع الفضول و الراهن هو : أنّ المميز لعقد الفضول مالك، و إجازته تجعله أحد طرفي العقد، و تُصحّح إنتسابه إليه حتى يُخاطب بوجوب الوفاء بعهدده. و قد تقرّر أنّ البائع الأصيل لو رفع يده عن الإيجاب - قبل إنضمام القبول إليه - لم يبق موضوع للقبول.

و عليه فردّ المالك مُبطل لإنشاء الطرف الآخر، لكونه بمنزلة ردّ الموجب قبل لحوق القبول به.

و هذا بخلاف المقام، ضرورة أنّ طرفي العقد هما الراهن و المشتري، و إجازة المرتهن و إن كانت دخيلة في التأثير، و لكنها لا تجعل عقد الراهن عقداً للمرتهن، لكونه أجنبياً عن المبيع كأجنبيته عن الثمن ، فردّه لا يوجب سقوط الإنشاء عن

(\*) هذا لازم معنى الرد لا معناه، فان حقيقة الرد هو المنع عن نفوذ المعاملة و إسقاط العقد عن قابلية التأثير و جعله كالعدم، في مقابل الإجازة التي هي تنفيذ مضمون العقد. و لازم الإجازة سقوط حق المميز المرتهن، فالرد يكون مانعاً عن لحوق الإجازة.

بيع الرهن ..... بيع الرهن  
 فَلَهُ إِسْقَاطُهُ<sup>(١)</sup> بعد ذلك<sup>(٢)</sup>. و ليس ذلك<sup>(٣)</sup> كَرَدُّ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ (\*)، لَأَنَّ<sup>(٤)</sup> المَجْمُوعِ  
 هُنَاكَ<sup>(٥)</sup> فِي مَعْنَى أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ<sup>(٦)</sup>، وَ قَدْ تَقَرَّرَ<sup>(٧)</sup> أَنَّ رَدَّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ مُبْطِلٌ  
 لِإِنْشَاءِ الْعَاقِدِ الْآخَرِ، بِخِلَافِهِ<sup>(٨)</sup> هُنَا، فَإِنَّ الْمُرْتَهْنَ أَجْنَبِيًّا لَهُ حَقٌّ فِي الْعَيْنِ.

الصحة التأهيلية، و لذا لا مانع من الرضا به، و ترتب الأثر عليه.

(١) أي : إسقاط الحق، و ضميراً « حقه » له « راجعان إلى المرتهن.

(٢) أي : بعد الرد.

(٣) أي : و ليس ردُّ المرتهن نظيراً لردِّ المالك البيع الفضولي. و هذا إشارة إلى

دخل، تقدّم بيانه بقولنا : « إن قلت ... ».

(٤) تعليل لقوله : « و ليس » و هو دفع الدخل، و تقدم بقولنا : « قلت ... ».

(٥) أي : في بيع الفضولي، حيث قال في تنبيهات الإجازة : « أن الإجازة إنما

تجعل المميز أحد طرفي العقد، و إلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد »<sup>(٩)</sup>.

(٦) يعني : أن المميز و إن لم يكن صورةً أحد المتعاقدين، لقيام الإنشاء بالفضول

و الأصل، و لكن حيث إن المخاطب بوجوب الوفاء هو المميز، فإجازته تُصحح  
 إنتساب القعد إليه، و تجعله أحد المتعاقدين لُبّاً.

(٧) يعني : في أحكام الصيغة، حيث قال : « و الأصل في جميع ذلك : أن الموجب

لو فسّخ قبل القبول لغا الإيجاب السابق ... »<sup>(١٠)</sup> و علّله بعدم تحقق معنى المعاقدة.

(٨) أي : بخلاف الرد هنا يعني : في مسألة بيع الراهن بدون إذن المرتهن، فإن

هذا الرد غير مبطل لإنشاء الراهن، لكون المرتهن أجنبياً عن المبيع أي غير مالك له  
 و إن كان حقه متعلقاً به.

(\* بل على ما ذكرنا من معنى الرد يكون مثل رد بيع الفضولي.

«١» هدى الطالب، ج ٥، ص ١٨٢

«٢» هدى الطالب، ج ٢، ص ٦٠٥

و من <sup>(١)</sup> أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن ، فرضا كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر <sup>(٢)</sup>. فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم ، كذلك رد المرتهن. و هذا <sup>(٣)</sup> هو الأظهر من قواعدهم. ثم إن <sup>(٤)</sup> الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة ، لسقوط حق

(١) هذا وجه عدم نفع الإجازة المسبوقه بالرد، و حاصله : أن العين المرهونة ليست ملكاً طلقاً للراهن لتعلق حق المرتهن بها، فمن له السلطنة على نقلها إلى المشتري هو الراهن و المرتهن معاً، و لا يكفي فيه رضا خصوص المالك قطعاً. و حينئذ يندرج المقام في الضابطة المقررة في بيع الفضولي من قدهم تحلل رد المالك بين العقد و الإجازة، بناءً على أن المراد بالمالك من يكون رضاه دخيلاً في ترتب الأثر، إذ لا ريب في دخل رضا المرتهن في تصرفات الراهن. فكذا يكون ردهً مُسقطاً لعقد الراهن عن قابلية التأثير.

(٢) فليس إيجاب الراهن - بمجرد - إيجاباً مؤثراً على تقدير إنضمام القبول به، بل تأثيره مشروط برضا المرتهن المستكشف بإذنه أو إجازته.

(٣) أي : عدم نفع الإجازة بعد الرد هو الأظهر ... الخ، لأنه مقتضى دخل الإجازة جزءاً أو شرطاً في موضوع الحكم الشرعي أعني به الملكية، أو غيرها مما يترتب على العقد، و من المعلوم أن إنعدام جزء أو شرط من الموضوع يُسقط سائر أجزائه و قيوده عن قابلية التأثير، لكونه كالمركب الإرتباطي، هذا.

(٤) هذه نالته جهات البحث في المسألة، و هي : أن الراهن لو باع الرهن بلا إذن من المرتهن ، ثم فك الرهن بأداء الدين أو بإبراء الدائن ، فهل يكفي سقوط حق المرتهن في نفوذ البيع، أم ينحصر تصحيح العقد بإجازة المرتهن حتى بعد سقوط حق الرهانة ؟ فيه قولان : أحدهما كون الفك بمنزلة الإجازة، و الآخر التردد في كونه بمنزلتها.

المرتهن بذلك<sup>(١)</sup>، كما صرح به<sup>(٢)</sup> في التذكرة<sup>(٣)</sup>، وحكي<sup>(٤)</sup> عن فخر الإسلام

(١) أي : بالفك، هذا وجه السقوط، و توضيحه : أن المانع عن نفوذ العقد الصادر من المالك الراهن منحصر في حق المرتهن، فإذا سقط إرتفع المانع عن نفوذه، وقد تقدم إعتراف المصنف رحمه الله بكون إجازة المرتهن من قبيل رفع المانع. ولا فرق في إرتفاعه بين روافعه من الإجازة و الإفتكاك أو الإسقاط، فلا ينبغي التأمل في لزوم المعاملة بسقوط حق المرتهن كما هو جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد، و المحقق و الشهيد الثانيين.

و بعبارة أخرى : إضافة العين إلى المرتهن إضافة - يعبر عنها بحق الرهانة - أحدثت سلطنة مزاحمة لسلطنة الراهن على العين، فإذا إرتفعت هذه السلطنة بأي رافع آثرت سلطنة المالك، لصيرورتها تامة حينئذ. فإنشاء الراهن تملك العين و تبديلها يصير بلا مزاحم، فيؤثر أثره.

و من هنا يتضح الفرق بين المقام و بين « من باع شيئاً ثم ملك » حيث إن إنشاء التبديل هناك حدث قبل إضافة الملكية المتقدمة رتبة على إنشاء المبادلة، بخلافه هنا، فإن إنشاء التبديل وقع بعد إضافة الملكية الملحوظة قبل الإنشاء، غاية الأمر أن هذا الإنشاء زوحم بمانع، و هو سلطنة الراهن، فإذا زال المزاحم لا يبقى مانع عن التأثير.

(٢) أي : بكون الفك كالإجازة، و سقوط حق المرتهن.

(٣) قال فيها : « و لو باع - أي الراهن - و لم يعلم المرتهن، ففك، لزم البيع، لإنتفاء المعارض<sup>(١)</sup> » و إحتتم الصحة في كتاب الرهن<sup>(٢)</sup>.

(٤) الحاكي عن الفخر و الشهيد و المحقق الكركي هو السيد العاملي رحمه الله بقوله : « و قد قوى لزوم في العقود الفخر في الإيضاح و الشهيد في حواشيه و المحقق الثاني ،

(١) تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٤٢

(٢) تذكرة الفقهاء، ج ١٣، ص ٣٨٦

و الشهيد في الحواشي ، و هو<sup>١</sup> الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين .  
و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك - كما إحتمله في القواعد<sup>٢</sup> - بل

لأنها لازمة في أصلها ... «<sup>١</sup>» .

(١) أي : كونُ الفك بمنزلة الإجازة مُلزماً لبيع الراهن ظاهراً ... الخ، قال المحقق الثاني - في شرح قول العلامة رحمته : « فلو إفتك الرهن ففي لزوم العقود نظر » بعد بيان الوجهين - ما لفظه : « إذ تصرفه قبل الإنفكاك غير محكوم ببطلانه، فكيف يحكم ببطلانه بعده ؟ و بهذا يظهر أن الحكم باللزوم هو الأقوى »<sup>٢</sup> .

و قال الشهيد الثاني رحمته في شرح عبارة الشرائع : « و في عتقه مع إجازة الراهن تردد » ما لفظه : « و على هذا، لو لم يُبطله المرتهن إلى أن إفتك الرهن لزم »<sup>٣</sup> و نحوه في الروضة. و الظاهر عدم خصوصية للعتق جوازاً و منعاً.

(٢) لقوله في الجملة المنقولة عنه آنفاً : « نظر » و كذلك إحتمل الوجهين في رهن التذكرة، كما أشرنا إليه أيضاً. أما لزوم العقود بالفك فقد تقدم.

و أما عدم لزومها به فلوجوه ثلاثة ذكرها المصنف ثم ناقش فيها :

الأول : أن بيع الراهن - حال حصوله - لم يكن مشمولاً لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، و حلّ البيع، لكونه تصرفاً في متعلق حق المرتهن، و المفروض عدم لحوق إجازته به حتى تنفذه، و يصير سبباً تاماً للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع ، و الذي حصل بعده هو سقوط حقّ الرهانة بسبب الفك أو بموجب آخر، و لكن لا دليل على كفاية السقوط، ضرورة إختصاص التعليل المذكور في صحيحة زرارة - الواردة في نكاح العبد بلا إذن السيد - بالإجازة، و لا وجه للتعدي عنها إلى سقوط الحق.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١١٨ و لاحظ : إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩

«٢» جامع المقاصد، ج ٥، ص ٧٥

«٣» مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٤٨ : الروضة البهية، ج ٤، ص ٨٤

بمطلق<sup>(١)</sup> السقوط المحاصل بالإسقاط<sup>(٢)</sup> أو الإبراء<sup>(٣)</sup> أو بغيرهما<sup>(٤)</sup>، نظراً<sup>(٥)</sup> إلى أن الرهن تصرف فيما فيه حق المرتهن<sup>(٦)</sup>، وسقوطه<sup>(٧)</sup> بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه. والفرق<sup>(٨)</sup> بين الإجازة والفك: أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة

و نتيجة ذلك: أن بيع الرهن حين صدوره كان مقترناً بالمانع، و خارجاً عن أدلة الإمضاء، و في زمان إنتفاء المانع - بسقوط حق الرهانة - لا عقد حتى يعمه خطاب «أوفوا». و سيأتي بيان الوجهين الآخرين.

(١) لما كان مورد تنظر العلامة  $\text{تتعلق}$  خصوص فك الرهن بعد بيع الرهن، نبه المصنف  $\text{تتعلق}$  على جريان الإحتمالين في مطلق موجبات سقوط حق الرهانة، و لا خصوصية للفك. و عليه فليس المراد بـ «بل» الترقى، بل المقصود مجرد التعميم.

(٢) أي: إسقاط المرتهن حق الرهانة مع بقاء الدين في ذمة الرهن.

(٣) أي: إبراء المرتهن عهدة الرهن من الدين، و يتبعه خروج العين عن كونها رهنًا.

(٤) كما لو ضمن شخص دين الرهن، فإنتقل إلى ذمة الضامن، فتخرج العين عن حق الرهانة أيضاً.

(٥) هذا وجه احتمال عدم لزوم العقد، و تقدم توضيحه آنفاً.

(٦) نظير تصرف العاقد الفضولي ببيع مال الغير فضولاً، فإنتقاله إليه بإشترائه من المالك لا يصحح العقد الذي أوقعه فضولاً قبل الإشتراء.

(٧) يعني: سقوط حق المرتهن بعد تصرف الرهن لا يؤثر في تصحيح تصرفه.

(٨) إشارة إلى توهم و دفعه.

أما التوهم فهو: أن الملاك في عدم تأثير العقد إن كان وقوعه على ما فيه حق المرتهن، و عدم تغير العقد عمّا وقع عليه، فهذا الملاك بعينه موجود فيما إذا أجاز المرتهن أيضاً، إذ الإجازة كالفك لا تؤثر في العقد الذي وقع على متعلق حق المرتهن.

و أمّا دفع التوهم فقد أشار إليه بقوله: «ان مقتضى ثبوت الحق» و توضيحه:

إمضائه للبيع الواقع في زمان حقّه. و إن لزم<sup>(١)</sup> من الإجازة سقوط حقّه.  
 و بالجملة<sup>(٢)</sup> : فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقّه  
 - أعني حال العقد - بما يوجب سقوط حقّه، نظير إجازة المالك<sup>(٣)</sup>. بخلاف  
 الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء<sup>(٤)</sup>، فإنه<sup>(٥)</sup> ليس فيه دلالة على مضي العقد  
 حال وقوعه.

أنّ من لوازم الحق سلطنة ذيه على إسقاطه بإمضاء العقد الواقع على متعلق حقّه،  
 فبإمضائه يلزم القعد و يسقط حقّه. و هذا بخلاف سقوط الحق بالإفكاك أو غيره،  
 فإنه ليس فيه دلالة على إمضاء العقد و تنفيذه، فمجرد سقوط الحق لا يقتضي لزوم  
 العقد.

(١) يعني : أن الإجازة تصرف من المرتهن، و يترتب عليه سقوط الحق، لإنهاء  
 بيع الراهن إلى اللزوم بسبب هذه الإجازة.

(٢) هذه الجملة بيان للفرق بين الإجازة و سقوط حق الرهانة، و محلها ما  
 تقدم من : أن للإجازة متعلقاً و هو عقد الراهن، فهو المجاز، فإن المرتهن الملتفت إلى  
 بيع الراهن له السلطنة على إمضائه و فسخه. و لكن إسقاط الحق لا دلالة فيه على  
 إمضاء العقد و إعمال الحق أصلاً، بل قد لا يعلم المرتهن به حتى يجيزه أو يرده.

فمن هذه الجهة يكون إسقاط الحق نظير ما إذا باع الغاصب مالا بقصد دخول  
 الثمن في ملكه، ثم تملك المال بإرث أو إتهاب، فإن المغصوب منه - لجهله بتصرف  
 الغاصب - لا يتمشى منه الإجازة و الرد.

(٣) لكون كل منهما سلطاناً على عقد الفضولي و الراهن، فله الإجازة و الرد.

(٤) يعني : أداء الدين، الموجب لفك الرهن، كما يوجب الإبراء و الإسقاط

و غيرها.

(٥) أي : فإن كل واحد - من الإسقاط و السقوط - لا تعلق له بعقد الراهن

حتى يمضي به.

فهو<sup>(١)</sup> أشبهُ شيءٍ ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملُكهما، و قد تقدم الإشكال فيه عن جماعة<sup>(٢)</sup>.

مضافاً إلى : إستصحاب<sup>(٣)</sup> عدم اللزوم الحاكم على عموم «أوفوا بالعقود»

(١) هذا نتيجة الفرق بين إجازة المرتهن و بين سقوط حق الرهانة، يعني : بيع الرهن ثم سقوط حقه يكون شبيهاً بمسألة « من باع ثم ملك » فكما إستشكل جماعة في تلك فكذا في هذه .

(٢) و المصنف رحمته الله أيضاً رجح هناك القول بالبطلان، حيث قال : « فالأقوى : العمل بالروايات، و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور »، و هي ما لو باع الفضولي لنفسه ثم اشتراه من المالك، و أجاز. و كذا لو لم يميز، فراجع<sup>(٤)</sup>.

(٣) هذا ثاني الوجوه على ما احتمله العلامة رحمته الله من عدم لزوم بيع الرهن بمجرد الفك، و هو إستصحاب ما كان قبل فك الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعقبه بالإجازة قبل الفك، و لا سلطنة للمرتهن بعد الفك حتى تنفعه الإجازة، فيبطل.

فإن قلت : إن المقتضي لصحة بيع الرهن - و هو صدوره من المالك - موجود، و المانع من اللزوم هو حق المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد في عموم الأمر بالوفاء، و يلزم.

قلت : لا مجال للرجوع إلى العموم في المقام، لحكومة الإستصحاب عليه. وجه الحكومة : أن الإستصحاب منقح للموضوع، و يحرز الخاص، كما إذا شك في فاسقية زيد بعد سبقها، فستصحب، و يحرز بالإستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوماً بحكم العام ك « أكرم العدول أو صل خلفهم ». فعدم جريان العموم في مثل المقام إنما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شك في التخصيص حتى يتمسك بالعام.

و عليه ، فلا وجه للإشكال على حكومة الإستصحاب على العام كما في بعض



بناءً<sup>(١)</sup> على أن هذا العقد غير لازم<sup>(٢)</sup>، فيستصحب حكم الخاص. و ليس<sup>(٣)</sup> ذلك محلّ التمسك بالعام، إذ<sup>(٤)</sup> ليس في اللفظ عموم زماني حتى يقال: إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلياً في العام.

المحاشي. نعم هذه الحكومة ظاهريّة لا واقعيّة كما هو واضح.  
(١) إذ بناءً على بطلان بيع الراهن بدون إذن المرتهن - كما يراه صاحب المقابس<sup>(٥)</sup> - لا مجال لهذا الإستصحاب، ضرورة عدم إجداء الإجازة فضلاً عن الفك والإسقاط.

(٢) هذا تقريب الإستصحاب، والغرض منه إثبات فساد بيع الراهن، لا صحته و تزلزله كما في البيوع الخيارية. فالمقصود إستصحاب عدم الملكية.

و لعلّ الأولى في تقريبه ما حكاه صاحب الجواهر<sup>(٦)</sup> عن المستدلّ به، حيث قال: «مضافاً إلى إستصحاب حال العقد قبل الفك من عدم التأثير»<sup>(٧)</sup>.

(٣) أي: و ليس بيع الراهن - بعد الفك و سقوط حق المرتهن - محللاً للتمسك بالعام. و هذا إشارة إلى توهم منع التمسك بالإستصحاب، و تقدم بقولنا: «فإن قلت ...».

(٤) تعليل لقوله: «ليس» و دفع للتوهم المزبور، و توضيحه: أن الزمان لم يؤخذ مفرداً و مكثراً للموضوع ليكون العقد في كل زمان موضوعاً مستقلاً لحكم العام حتى يقال: إن العقد المقيد بزمان معيّن قد خرج عن حيّز العام، و يشك في خروجه في غير ذلك الزمان، فيتمسك بالعام، لكونه من الشك في التخصيص الزائد. بل الزمان أخذ ظرفاً للحكم، فإذا خرج فرداً كان ذلك فرداً واحداً، و لا يكون خروجه في زمان آخر تخصيصاً زائداً ليمسك بالعام.

فتلخص: أن سقوط حق المرتهن ليس كالإجازة ملزماً للعقد، بل العقد باقٍ

و يؤيد ما ذكرناه<sup>(١)</sup> - بل يدل عليه<sup>(٢)</sup> - : ما يظهر من بعض الروايات من

على ما كان عليه من عدم اللزوم.

(١) أي : و يؤيد عدمَ صيرورة بيع الراهن لازماً بالفك ما يظهر، و هذا ثالث الوجوه، و توضيحه : أن النصوص الخاصة دلت على عدم نفوذ نكاح العبد لو تزوج بغير إذن السيد، و علم به و لم يلحقه إجازته.

و قد أشار إليها في مبحث إجازة الفضولي<sup>(٣)</sup>.

فمنها : صحيحة ابن وهب : « جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام ، فقال : إني كنت مملوكاً لقوم، و إبي تزوجتُ امرئاً حرّاً بغير إذن مولاي، ثم أعتقوني بعد ذلك. فأجدد نكاحها حين أعتقت ؟ فقال عليه السلام : أكانوا علموا أنك تزوجتُ امرئاً و أنت مملوكٌ لهم ؟ فقال : نعم، و سكتوا عني، و لم يغيروا عليّ، فقال عليه السلام : سكتهم عنك بعد علمهم إقراراً منهم، أثبت على نكاحك الأول<sup>(٤)</sup> ».

و جعله المصنف رحمته الله في بادئ الأمر مؤيداً لا دليلاً، لإحتمال دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم المقتضي، و كون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإن العبد لا مقتضي لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة و لا يقدر على شيء. بخلاف الراهن السلطان على التصرف في ماله، غاية الأمر أن حق المرتهن صار مانعاً عن نفوذ تصرفاته، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضي في المقتضى.

و هذا الإحتمال يوجب سقوط الاستدلال بالصحيحة على نفوذ بيع الراهن بسقوط حق المرتهن، فتكون الصحيحة مؤيدة.

(٢) وجه الدلالة : ظهور الرواية في أن عقد النكاح لما لم يجب الوفاء به حال حدوته - لكونه تصرفاً في ملك السيد بغير إذنه - كان كذلك بقاءً، و لا يقتضي العتق دخول هذا العقد في عموم وجوب الوفاء بالعقود. و الظاهر عدم الفرق في هذه الجهة

(١) هدى الطالب، ج ٥، ص ١٧٥

(٢) وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث : ١

عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد<sup>(١)</sup> عتقه ما لم يتحقق الإجازة<sup>(٢)</sup> و لو بالرضا<sup>(٣)</sup> المستكشف من سكوت السيد مع علمه<sup>(٤)</sup> بالنكاح، هذا.  
و لكن الإنصاف ضعفُ الإحتمال المذكور<sup>(٥)</sup>، من جهة أن<sup>(٦)</sup> عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك

بين نكاح العبد و بين بيع الراهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فك الرهن في ترتب الأثر على البيع السابق.

(١) متعلق بـ « صحة ».

(٢) أي : إجازة السيد قبل العتق، فيكون من أنحاء العقد الفضولي.

(٣) متعلق بالإجازة و إشارة إلى الفرد الخفي منها ، إذ قد تحصل بقول السيد : « أجزتُ » و قد تحصل بالفعل الدال على الرضا بنكاح العبد كإهداء شيء لزوجته، و قد تحصل بمجرد السكوت و عدم إظهار الكراهة.

(٤) إذ لو لم يعلم السيد بالنكاح لم يكن سكوته إجازةً قطعاً، لعدم دلالته على الرضا.

(٥) و هو إحتمال عدم لزوم بيع الراهن بالفك المتقدم في (ص ٥٢٨)، و منشأ ضعفه عدم تمامية الوجوه الثلاثة المتقدمة، كما سيظهر.

(٦) هذا منع الوجه الأول، و حاصله : أن عدم نفوذ بيع الراهن إنما هو لأجل المانع لا لعدم المقتضي، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضي. مثلاً : إذا ألقى الثوب الذي فيه رطوبة مانعة عن الإحتراق في النار، فما دامت الرطوبة باقية لا يحترق الثوب، و أما بعد زوال الرطوبة فيحترق بها.

و في المقام تكون أدلة الإمضاء مقتضية لتأثير بيع الراهن في النقل، و عدم فعلية التأثير إنما هو لوجود المزاحم و هو حق المرتهن المفروض سبقه على البيع، و لكن لا ريب في أن مزاحمة المانع ما دامية لا مطلقة، فمع سقوط حقه بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثر.

بتسليط<sup>(١)</sup> المالك ، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي<sup>(٢)</sup> ، وإنما هو<sup>(٣)</sup> من جهة المانع ، فإذا زال أثر المقتضي.

و مرجع ما ذكرنا<sup>(٤)</sup> إلى : أن أدلة سببية البيع - الاستفادة من نحو ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٥)</sup> و « الناس مسلطون على أموالهم »<sup>(٦)</sup> و نحوه ذلك<sup>(٧)</sup> عامة<sup>(٨)</sup> ، و خروج زمان الرهن يُعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق ، فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب<sup>(٩)</sup> .  
و لا مجال لإستصحاب عدم تأثير البيع<sup>(١٠)</sup> ،

(١) متعلق بـ « حق المرتهن » أي : حقه الحاصل في الرهن بسبب تسليط الراهن.

(٢) المقتضي في مقام الثبوت هو الملك، و المقتضي في مقام الإثبات هو عمومات الصحة، من آية الوفاء و حديث السلطنة.

(٣) أي : عدم الأثر، و هو النقل و الإنتقال.

(٤) أي : كون عدم تأثير بيع الراهن لمزاحمة حق المرتهن، لا لقصور المقتضي.

(٥) كآية التجارة عن تراض، و حلّ البيع.

(٦) مبيع المال المملوك صحيح، سواء أكان مرهوناً أم لم يكن.

(٧) فلو لم يؤثر لزم عدم كون البيع سبباً للمليك، و هو خلف.

(٨) هذا منع الوجه الثاني، و حاصله : عدم جريان إستصحاب عدم التأثير هنا،

لأن البناء على تأثير البيع السابق - بعد سقوط حق المرتهن - يكون من نقض اليقين

باليقين، لا من نقض اليقين بالشك، و ذلك لأنّ مناط المستصحب - أعني به جواز

العقد - هو حق المرتهن المزاحم للزوم، و المفروض سقوط حقه و العلم بإرتفاعه،

و من المعلوم تبعية الحكم بالجواز لمناطه، فيرتفع بانتفاء المناط.

«١» المائدة . الآية : ١

«٢» عوالى اللثالي ، ج ١ ، ص ٢٢٢ ، الحديث : ٩٩ و ج ٣ ، ص ٢٠٨ ، الحديث : ٤٩

للعلم<sup>(١)</sup> بِنَاطِ الْمُسْتَصْحَبِ وَ إِرْتِفَاعِهِ . فَاَلْمَقَامُ<sup>(٢)</sup> مِنْ بَابِ وَجُوبِ الْعَمَلِ بِالْعَامِ ، لَا مِنْ مَقَامِ إِسْتِصْحَابِ حُكْمِ الْخَاصِّ ، فَافْهَمْ<sup>(٣)</sup> .  
وَأَمَّا قِيَاسُ مَا نَحْنُ فِيهِ<sup>(٤)</sup> عَلَى نِكَاحِ الْعَبْدِ بَدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَهُوَ قِيَاسُ

و بعبارة أخرى : يعتبر في صدق « نقض اليقين بالشك » وحدة موضوع القضية المتيقنة و المشكوكة ، كاليقين بعدالة زيد يوم الجمعة ، و الشك في بقائها يوم السبت . و هذا الأمر غير متحقق في المقام من جهة تبدل الموضوع ، لأن المتيقن السابق عدم تأثير بيع الرهن ، لكونه متعلق حق الرهانة ، و المشكوك اللاحق هو بيع المال الطلق ، لسقوط حق المرتهن عنه ، و يعمه الأمر بالوفاء حينئذ .  
و بهذا ردّ صاحب الجواهر الإستصحاب ، فراجع<sup>(١)</sup> .

(١) تعليل لـ « لا مجال » و المناط حق المرتهن ، و المستصحب هو عدم التأثير .  
(٢) هذا نتيجة عدم كون المورد موضوعاً لدليل الإستصحاب ، و أنه بعد إرتفاع المانع يُرجع إلى العموم .

(٣) لعلّه إشارة إلى : أنّ مجرد العلم بإرتفاع مناط الحدوث لا يكفي في العلم بإرتفاع الحكم الناشئ عنه ، لإحتمال كون المناط حكماً غير مطردة ، لا علّة يدور الحكم معها وجوداً و عدماً . فالشك في بقاء الحكم موجود مع وحدة القضية المتيقنة و المشكوكة .

فالأولى أن يقال : إنّ التخصيص لما كان من الأوّل ، فبعد زمان التخصيص يرجع إلى العام و إن لم يكن له عموم زماني كما ثبت في الأصول ، بعد كون العقد عقداً للمالك ، بخلاف عقد الفضولي و إجازته بعد التملك<sup>(٢)</sup> .

(٤) غرضه تبيّن منع الوجه الثالث ، و هو إستفادة الحكم من بطلان نكاح العبد

«١» جواهر الكلام ، ج ٢٥ ، ص ٢٠٣

«٢» راجع هدى الطالب ، ج ٥ ، ص ٣٤٢

مع الفارق، لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصورٌ تصرفاته عن الإستقلال في التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح<sup>(١)</sup>، إذ<sup>(٢)</sup> لا منافاة بين كونه عبداً و كونه زوجاً.

و لأجل ما ذكرنا<sup>(٣)</sup> لو تصرف العبدُ لغير السيد يبيع أو غيره، ثم إنعتق العبد، لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف. هذا (\*).

بمجرد العتق، و توضيحه : أن القياس مع الفارق، حيث إن عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحة . فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضي، لا لأجل المزاحمة مع حق السيد ليكون من قبيل المانع، كحق الرهن الذي هو مانع عن نفوذ عقد الراهن.

و لأجل عدم المقتضي لا يصح سائر تصرفاته و لو لغير المولى بعد إنعتاقه. فلو كان عدم النفوذ لأجل المزاحمة مع حق السيد لكان اللازم نفوذه بمجرد إرتفاع المزاحم أعني الرقية و صيرورته حرّاً.

(١) حتى يصح نكاحُ العبد بإرتفاع المزاحم و إجازة السيد أو عتقه، كما يصح بيع الراهن بسقوط حق المرتهن أو إجازته.

(٢) تعليل لعدم المزاحمة، و أن منشأ بطلان نكاح العبد هو قصور المقتضي، و من المعلوم أن سقوط المانع - و هو حقُ السيد - لا يجبر قصور المقتضي، و لا يوجب تماميته في التأثير.

(٣) يعني : و لأجل عدم المقتضي لنفوذ تصرفات العبد، لا ينفع إنعتاقه في نفوذ تصرفه لغير المولى أيضاً، كما لو إشتري أو باع لزيد بلا إذن مولاه و لا إجازته، فمجرد سقوط حق العبودية بالإنتعاق لا يُصحح ذلك التصرف.

هذا ما يتعلّق برد الوجوه الثلاثة المستدل بها على بطلان عقد الراهن بدون إذن المرتهن و إجازته، و عدم الجدوى في سقوط حق الرهانة.

(\* ) لكن الإنصاف عدم شهادة هذا الشاهد بعدم المقتضي ، و ذلك لأن عدم

و لكن مقتضى ما ذكرنا <sup>١١</sup> كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك <sup>١٢</sup> ناقلاً

(١) أي : مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمة حق المرتهن - و إناطة تأثيره بسقوط حقه - هو ناقلية سقوط حق الرهانة لا كاشفيته، لأن المزاحم و هو حق المرتهن مانع عن التأثير، فما دام موجوداً يمتنع تأثير المقتضي، فلا محالة يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

و غرضه ﷺ من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرهن ناقلاً، و هو منافاته لما ذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفاً عن صحة عقد الراهن. فحال الفك عندهم حال الإجازة في البيع الفضولي، مع أن مقتضى الصناعة الإلتزام بالنقل، لئلا يلزم تعلق حق الرهانة بمال إنتقل إلى المشتري، كما تقدم تقريره في (ص ٥١٣) بقوله: « حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهناً للبائع ».

و المصنف ﷺ قرّب كون الفك ناقلاً، و نظره بالإجازة الكاشفة في مسألة « من باع ثم ملك » ثم قال بتعيين القول بالكشف للإجماع.

(١) من موجبات سقوط حق الرهانة، كوفاء الدين، و كضمان الغير له،

نفوذ تصرفه يمكن أن يكون لمنافاته لحق المولى، حيث إنه ليس للمملوك أن يحدث عقداً من نكاح أو غيره بلا إذن مولاه و مالكه.

إلا أن يقال : إن مجرد منافاة الحق للتصرف تمنع عن نفوذه ما دام الحق موجوداً، و أمّا إذا ارتفع فلا وجه لعدم نفوذ العقد بعد إرتفاعه، إذ شأن المانع المنع عن التأثير ما دام موجوداً، لا مطلقاً، فلا بد أن يكون عدم النفوذ حتى بعد صيرورته حراً لأجل عدم المقتضي لصحة العقد، فلاحظ حاشية المحقق الإيرواني ﷺ.

و مؤثراً<sup>١١</sup> من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه - خصوصاً<sup>١٢</sup> بناءً على الإستدلال على الكشف بما ذكره جماعة<sup>١٣</sup> بمن قارب عصرنا : من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه - فإن<sup>١٤</sup> هذا غير متحقق في إفتكك الرهن ، فهو<sup>١٥</sup> نظير بيع الفضولي ، ثم تملكه للمبيع ، حيث إنه لا يسع

و كالحالة، و الإقالة المسقط للثمن إن كان الرهن على ثمن في ذمة المشتري.

(١) هذا معنى النقل، لأن الإسقاط و السقوط كالإيجاد و الوجود، فلا يؤثر السقوط المتأخر عن العقد إلا حال تحققه، لا سابقاً عليه.

(٢) مقصوده بهذه الكلمة أن الكشف في الإجازة على نحوين، فتارةً يقال بإقتضاء نفس مفهومها إمضاء العقد من حينه، كما هو مختار جماعة. و أخرى بأن مقتضى القاعدة في الإجازة هو النقل، و إما قيل بالكشف في خصوص البيع الفضولي لأجل التعبد، كما هو مختار المصنف رحمته.

و على كلا القولين في الإجازة لابد من القول بالنقل في الفك و السقوط، و لكن بناءً على القول الأول تتأكد مخالفة الفك للإجازة الكاشفة، لحصول المباينة بين مفهوم الفك الذي هو رفع المانع، و بين مفهوم الإجازة الذي هو إمضاء العقد.

(٣) كالسيد الطباطبائي و المحقق القمي رحمتهما ، و تقدم كلامهما في أول بحث الإجازة، فراجع<sup>١٦</sup>.

(٤) تعليل لقوله : « لا كاشفاً عن تأثير العقد » يعني : فإن إقتضاء الإجازة - مفهوماً أو تبديلاً لإمضاء العقد من حينه - غير جارٍ في الفك و الإسقاط.

(٥) أي : فبيع الراهن ثم فكّه يكون نظيراً لمسألة « من باع ثم ملك ». و وجه المماثلة بينهما : أنه - بناءً على كاشفية الإجازة في مطلق العقود الفضولية - لا بد من التصرف في مدلوها بجعل إجازة الفضولي - الذي تملك المبيع -



القائل بصحته<sup>(١)</sup> إلاّ إلتزام تأثير العقد من حين إنتقاله عن ملك المالك الأوّل<sup>(٢)</sup>، لا من حين العقد<sup>(٣)</sup>، و إلاّ<sup>(٤)</sup> لزم في المقام كونُ ملك الغير رهناً لغير مالكة، كما كان يلزم في تلك المسألة كونُ المبيع للمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد، هذا.

ولكن<sup>(١)</sup>

كاشفةً عن إنتقال المال إلى المشتري من زمان دخوله في ملك الفضولي، كما لو باع زيد يوم الخميس مالَ عمرو من بكر، ثم إشتراه يوم الجمعة من عمرو، و أجاز يوم السبت بيعَ يوم الخميس، فإنتقال المبيع إلى بكرٍ يكون من يوم الجمعة لا من يوم الخميس، إذ لو كشفت إجازته عن دخول المال في ملك بكرٍ من يوم الخميس لزم إجتماع مالكين على مالٍ واحد، و هو ممتنع.

(١) أي : بصحة بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع. و أما القائل ببطلانه كالمحقق صاحب المقابس ففي سعةٍ من محذور إجتماع المالكين.

(٢) و هو عمرو في المثال المتقدم ، الذي إنتقل المال عنه يوم الجمعة إلى الفضولي.

(٣) و هو عقد الفضولي يوم الخميس .

(٤) أي : و إن كان فكُ الرهن كاشفاً عن تأثير بيع الراهن حال حدوده لزم كون ملك المشتري رهناً للبائع.

(٥) أي : لو قلنا بكاشفية الإجازة في « مسألة من باع ثم ملك و أجاز » عن تأثير بيع الفضول حال حدوده - أي يوم الخميس - لزم إجتماع مالكين على المبيع، أحدهما المشتري بمقتضى كاشفية الإجازة ، و الآخر المالك - و هو عمرو - ليصح منه البيعُ يوم الجمعة.

(١) إستدراك على قوله : « و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حقّ الرهانة بالفك ناقلاً ... » يعني : أن القاعدة تقتضي ناقلية فك الرهن و سقوطه، و لكن مصير

ظاهر كل من قال بلزوم<sup>(١)</sup> العقد هو القول بالكشف.

و قد تقدم عن القواعد - في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون - : أن الفك يكشف عن صحته<sup>(٢)</sup>.  
و يدل على الكشف أيضاً<sup>(٣)</sup> : ما استدلوا به على الكشف في الفضولي :  
من أن العقد سبب تام ... إلى آخر ما ذكره في الروضة و جامع المقاصد<sup>(٤)</sup>.

القائلين بصحة بيع الراهن - المتعقب بالفك - إلى الكشف يمنعنا من جعل الفك ناقلاً.  
و عليه يكون حاله حال إجازة المرتهن و إجازة العقود الفضولية.

(١) أي : لزومه بالفك. و الحاصل : أن الفقهاء على قولين، أحدهما : لزوم عقد الرهن، و إستكشافه بالفك. و ثانيهما : بطلان عقده و عدم تصحيحه بالفك.  
فالقول الثالث - و هو الصحة و كون الفك ناقلاً - مما لا قائل به. و إن شئت التفصيل فراجع رهن الجواهر<sup>(٥)</sup>.

(٢) أي : عن صحة العفو، و تقدم كلامه في (ص ٥٢١) و الغرض منه ظهور قوله : « فإن إنفك ظهر صحة العفو » في كون الفك كاشفاً.

(٣) يعني : كما دل عليه ظاهر كل من قال بلزوم العقد بالفك، و صرح به العلامة رحمته ، و غرضه أن بعض أدلة كاشفية الإجازة في البيع الفضولي يقتضي - بالأولوية - أن يكون فك الرهن كاشفاً، لأنهم استدلوا هناك « بأن العقد سبب تام في التأثير ... » و من المعلوم أن عقد الراهن - لكونه مالكاً - أولى بالسببية، إذ لا مزاحم إلا حق المرتهن.

(٤) نقله المصنف عنهما في أوّل بحث الإجازة بقوله : « ان العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله تعالى : ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ و تمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه ، و إلزام أن لا يكون الوفاء

ثم<sup>١</sup> إن لازم الكشف - كما عرفت<sup>٢</sup> في مسألة الفضولي - لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن<sup>٣</sup>،

بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر. وبأن الإجازة متعلقة بالعقد فهو رضي بمضمونه وليس إلّا نقل العوضين من حينه<sup>٤</sup>.

(١) بعد ترجيح كون الفك كاشفاً عن تأثير بيع الراهن، تعرّض المصنف رحمه الله لفرع يترتب عليه، وهو: أنه هل يجب على الراهن فك الرهن إمّا بأداء الدين، وإما بتبديله برهن آخر ليتمكن من الوفاء بعقد البيع و تسليم المبيع للمشتري، أم لا يجب ذلك؟

و تقدم نظيره في ثمرات الكشف و النقل بالنسبة إلى وظيفة الأصيل المتعامل مع الفضولي، فلو كان البائع فضولياً كان المشتري هو الأصيل، فليل بوجوب الإنتظار و التربص عليه حتى يميز المالك أو يرد، بناءً على الكشف، و بجواز نقض العقد بناءً على النقل.

ففي المقام لا يجوز للراهن - قبل فك الرهن - الإقدام على ما يناقض البيع، إمّا بفسخه قولاً أو فعلاً و ردّ الثمن إلى المشتري، و إمّا بإبطاله بأن يأذن للمرتهن في بيع المرهونة ليستوفي دينه أو لجهة أخرى. و الوجه في عدم جواز فعل المنافي هو كون البيع عقداً للمالك، و لازماً من قبله، فيجب الوفاء به حتى ينكشف تماميته بالفك أو سقوط حق المرتهن بمسقط آخر.

(٢) حيث قال في الثمرات: «و منها: جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه بناءً على النقل و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه... و أمّا على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة<sup>٥</sup>».

(٣) و هو أحد الأقوال في المسألة، قال العلامة رحمه الله: «و الأقرب للزوم - أي

«١» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٤؛ الرضة الهيئة، ج ٣، ص ٢٢٩؛ هدى الطالب، ج ٥، ص ١٤-١٧

«٢» هدى الطالب، ج ٥، ص ١٠٧ و ١١٢

كالمشتري<sup>(١)</sup> الأصيل، فلا يجوز له<sup>(٢)</sup> فسخه، بل ولا إبطاله بالإذن<sup>(٣)</sup> للمرتهن في البيع.

نعم، يمكن أن يقال<sup>(٤)</sup> : بوجوب فكّه من مالٍ آخر، إذ لا يتمّ الوفاء بالعقد

لزوم العقود - من جهة الراهن قبل الفك<sup>(٥)</sup> .

وقال السيد العاملي رحمته الله في شرحه : « كما هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد، لأنه صدر منه العقد في حال كونه مالكا، فحقه أن يكون لازما، و لا مقتضى للجواز إلاّ حق المرتهن، و هو منحصر في جانبه، فيختص به، لأنّ العقد فضولي بالنسبة إليه خاصة، دون العاقد الآخر مع الفضولي، فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع، و المشتري، و جائز من جهة المرتهن خاصة<sup>(٦)</sup> . » و إختاره صاحبا المقابس و الجواهر، فراجع<sup>(٧)</sup> .

(١) يعني : كلزوم البيع على المشتري من الراهن، و لعلّ المقصود لزوم العقد على المشتري من البائع الفضولي.

(٢) أي : للراهن. و الفرق بين الفسخ و الإبطال أن الفسخ إيقاع منوط بالإنشاء و لو فعلاً، بخلاف الإبطال فقد يتحقق بالإذن للمرتهن غفلةً عما أنشأه بنفسه من البيع.

(٣) سواء أذن للمرتهن بيع الرهن مرةً أخرى من نفس المشتري من الراهن، أو من غيره، و سواء أكان بقصد إستيفاء الدين أم لغايةٍ أخرى.

(٤) هذا في مقام الترقّي، يعني : لا يجوز للراهن فسخ البيع و لا إبطاله، بل يمكن أن يقال بوجوب فك المرهونة على الراهن من مالٍ آخر، لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على ذلك، فوجوب الفك يكون من باب المقدمة.

و من هنا يظهر أن حقّ التعبير أن يكون هكذا : « بل يمكن أن يقال بوجوب

«١» قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ١١٣

«٢» مفتاح الكرامة . ج ٥ . ص ١١٨

«٣» مقابس الأنوار . كتاب البيع . ص ١٠٩ : جواهر الكلام . ج ٢٥ . ص ٢٠٢

الثاني<sup>(١)</sup> إلا بذلك<sup>(٢)</sup>، فالوفاء بمقتضى الرهن غير منافٍ للوفاء بالبيع.  
ويمكن أن يقال<sup>(٣)</sup> : إنه إما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه.  
وأما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب<sup>(٤)</sup> ، ولذا<sup>(٥)</sup> لا يجب على من باع مال

فكه ... الخ « لا » نعم « لظهوره في الإستدراك على ما سبق من وجوب الوفاء، مع أن مقصوده تبيته و حرمة نقض البيع.

(١) و هو بيع الراهن، لكونه عقداً ثانياً بالنسبة إلى عقد الرهن.

(٢) أي : إلا بفك هذا الرهن - المبيع حسب الفرض - لتسليمه للمشتري.

(٣) غرضه التأمل في وجوب الفك ، المتقدم بقوله : « نعم يمكن أن يقال ». و حاصله : أن وجوب الوفاء لا يقتضي رفع سلطنة الغير، بل مقتضاه عدم نقض البيع. فإن كان المحل خالياً عن حق الغير و سلطنته ترتب لزوم على العقد، و إلا فوجوب الوفاء ليس إلا حرمة نقضه ، لا إفراغ المحل عن سلطنة الغير. و عليه، فلا يقتضي وجوب الوفاء بالعقد فكاً الرهن.

(٤) لعدم كونه من مقتضيات وجوب الوفاء بالعقد، لا مطابقةً و لا تضمناً و لا إلتزاماً.

(٥) أي : و لأجل أن معنى لزوم الوفاء عدم جواز النقض - لا إتمام العقد بتحصيل السلطنة أو طلب الإسقاط من ذي الحق - لا يجب ... الخ.

و توضيح هذا الفرع الذي جعله شاهداً على المقام هو : أن الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه احتمالان :

أحدهما : كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن من بيده أمرُ العقد إن إجاز، وقَعَ العقدُ له، و وجب عليه الوفاءُ به، و لا شأن للفضولي أصلاً. و إن رده كان إنشاءً للفضولي عقداً سورياً، لا عبرة به.

و ثانيهما : كون هذا البيع لازماً على الفضولي، و يجب الوفاء به، و لكن لا يجب عليه شراء المال من مالكة مقدمةً لإيجاد الشرط - و هو الملك - و تسليم المبيع للمشتري ، بل إن إتفق دخوله في ملك الفضولي وجب الوفاء بعقده، و إن

الغير لنفسه أن يشتريه<sup>(١)</sup> من مالكة، و يدفعه إليه<sup>(٢)</sup> (\*). بناءً على<sup>(٣)</sup> لزوم العقد بذلك<sup>(٤)</sup>.

و كيف كان<sup>(٥)</sup>، فلو إمتنع،

لم يتفق ذلك لم يجب.

و ما أفاده المصنف رحمته - من جعل هذا الفرع شاهداً للمقام - مبني على الإحتمال الثاني، فيقال : كما لا يجب على الأجنبي إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حق الرهانة، هذا. (١) الجملة في محل رفع على الفاعلية لـ « يجب » و ضمائر « يشتريه، مالكة، يدفعه » راجعة إلى مال الغير.

(٢) أي : إلى المشتري، المستفاد من السياق.

(٣) و أما بناءً على بطلان هذا البيع رأساً، أو كونه موقوفاً على إجازة المالك - كما ربما يظهر من فروع « من باع ثم ملك »<sup>(١)</sup> - فلا مجال للإستشهاد به، فكونه شاهداً مبني على الإحتمال الثاني المتقدم بقولنا : « ثانيهما ... ».

(٤) أي : بمجرد بيع مال الغير لنفسه.

(٥) يعني : سواء قلنا بوجود الفك على الراهن أو عدم وجوبه، فلو إمتنع الراهن البائع من فك الرهن بعد بيعه و كان له مال آخر - سوى الرهن - يمكن فك الرهن به، ففيه وجهان :

(\* لا يخفى ما فيه، فإن العقد هناك ما لم ينتقل المبيع إلى الفضولي لا يصير عقداً له، و من المعلوم أن موضوع وجوب الوفاء هو عقد العاقد، و هذا الموضوع كسائر موضوعات الأحكام لا يجب تحصيله، لعدم إقتضاء الحكم وجوب إيجاد موضوعه، بخلاف عقد الراهن، فإن العقد عقده، فيجب عليه الوفاء به.

أحدهما : إقتضاء حق المرتهن جوازَ بيع العين المرهونة مقدمةً لإستيفاء الدين،  
و من المعلوم أن لازم جواز البيع قهراً على الراهن هو إبطال العقد الصادر من الراهن  
و المشتري.

ثانيهما : عدم جواز البيع ، و لكن يُجبر الراهنُ على فك الرهن بأداء الدين من  
سائر أمواله.

أما جريان الوجهين - بناءً على إحتمال وجوب فك الرهن - فلما أفاده المحقق  
الإصفهاني رحمته "١" بما توضيحه : أما بيع الرهن - قهراً على الراهن - فلجوازه عند  
الإمتناع من فك الرهن و أداء الدين، و الإمتناع المجرى للبيع عليه أعم من الإختياري  
و القهري الناشئ من مبادرته بنقل الرهن إلى غيره بالبيع، فجاز بيع خصوص العين  
المرهونة لتعلق حق المرتهن بها سابقاً على نقل الراهن. و لا يُلزم حينئذ بفك الرهن  
من مال آخر.

و أما الوجه الثاني - و هو الإيجاب على الفك بمال آخر - فلأن الواجب على  
الراهن الذي باع الرهن أن يفكها منه حتى يُسلم العين للمشتري، و حيث إنه يمتنع  
عن الفك، جاز للحاكم أن يجبره عليه، لكونه ولياً على الممتنع.

و أما جريان الوجهين - بناءً على إحتمال عدم وجوب الفك - فلما أفاده  
الفقيه المامقاني رحمته بقوله : « و أما على تقدير عدم وجوبه ، فالبيع عليه أيضاً لا  
إشكال فيه، و إما الإشكال في إجباره. و وجه دفعه ما أشار إليه المصنف رحمته بقوله :  
جمعاً بين حق المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع » "٢".

و الظاهر أنه رحمته إستظهر من التعليل « بالجمع بين الحقين » جوازَ الإيجاب على  
البيع، و هو كذلك. و يبقى الإيجاب على الفك خالياً عن الدليل، بعد فرض كون مبنى

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٩٩

«٢» غاية الآمال، ص ٤٦١

فهل يُباع عليه<sup>(١)</sup>، لحق المرتهن، لإقتضاء الرهن ذلك<sup>(٢)</sup>، و إن لزم من ذلك<sup>(٣)</sup> إبطال بيع<sup>(٤)</sup> الراهن، لتقدم<sup>(٥)</sup> حق المرتهن، أو يجبر<sup>(٦)</sup> الحاكم الراهن على فكّه من مال آخر، جمعاً<sup>(٧)</sup> بين حقّي المشتري و المرتهن<sup>(٨)</sup> اللّازمين<sup>(٩)</sup> على الراهن البائع؟ وجهان<sup>(١٠)</sup> (\*).

الإجبار على البيع و الفك هو الإحتمال الثاني أعني به عدم وجوب الفك. فكيف يُعلّل وجوب الفك بالجمع بين الحقيين؟

- (١) أي: يُباع على الراهن رعايةً لحق المرتهن السابق على بيع الراهن.
- (٢) أي: بيع الرهن قهراً على الراهن الممتنع من أداء دينه و فكّ ماله المرهون.
- (٣) أي: من بيع الرهن - قهراً على الراهن - لغاية حق المرتهن.
- (٤) أي: بيع الرهن من المشتري من دون رضا المرتهن.
- (٥) تعليل لقوله: « يباع عليه ».
- (٦) هذا هو الوجه الثاني المتقدم بقولنا: « ثانيهما ».
- (٧) تعليل لجواز الإجبار.
- (٨) أما حق المرتهن، فلكون العين وثيقةً على ما يستحقه من الدين. و هو لازم على الراهن. و أما حق المشتري فلاستحقاقه المبيع الذي إشتراه من الراهن ببيع لازم. فالجمع بين هذين الحقيين يقتضي إلزام الراهن بفك الرهن من مال آخر ليخلص المبيع للمشتري.
- (٩) صفة لـ « حقّي » يعين: أن الحقيين ثابتان - للمشتري و المرتهن - على عهدة الراهن.
- (١٠) مبتدأ مؤخر لقوله: « يباع عليه »، أو يجبر « و مجموع الجملة جواب للشرط في قوله: « فلو إمتنع ».



## و مع إنحصار<sup>(١)</sup> المال في المبيع فلا إشكال في تقدم حق المرتهن<sup>(٢)</sup>.

(١) يعني : أن مصبّ الوجهين المتقدمين هو تملك الراهن مالاً آخر - غير الرهن - ليقال بوجود فكّ الرهن بذلك المال. و أما مع إنحصار ماله في العين المرهونة فلا إشكال في تقديم حق المرتهن، و بطلان بيع الراهن.

(٢) لتعين حقه في المبيع، إذ ليس للراهن مال آخر حتى يكون محيراً في وفاء الدين من المرهونة و غيرها.

مقتضى وجوب الفكّ هو إجبار الحاكم أو عدول المؤمنين، بل كل أحد - من باب وجوب النهي عن المنكر - على الفكّ، لا التخيير بين الفكّ و بين بيع الرهن عليه، إذ المفروض أن بيع الراهن يقتضي وجوب الوفاء الذي هو منوط برفع سلطنة المرتهن بالفكّ، فيجب عليه الفكّ. و مع إمتناعه عن الفكّ يجبره الحاكم أو العدول عليه، لكونه ممتنعاً عن أداء حقّ الغير.

و معتضى عدم وجوب الفكّ - لعدم إقتضاء وجوب الوفاء ذلك بالتقريب المتقدم - هو عدم إجباره على الفكّ و جواز بيع المرهونة، لإقتضاء الرهن جوازاً إستيفاء الدين من العين المرهونة، و مع الإمتناع يُجبر على بيعها، و لا وجه لإجبار الراهن على خصوص فكها.

فالمتحصل : أنه بناءً على وجوب الفكّ يُجبر الراهن عليه، و بناءً على عدمه يُجبر على بيع الرهن.

## مسألة<sup>١)</sup>

إذا جنى العبدُ عمداً بما<sup>٢)</sup> يوجب قتله أو إسترقاقَ كلِّه<sup>٣)</sup> أو بعضه<sup>٤)</sup> .

---

### بيع العبد الجاني عمداً

١) عدّ بعض الفقهاء تعلق حق المجني عليه برقبة العبد الجاني رابع الأمور المخرجة للمال عن الطلق، و تقدّم في (ص ٣٨٩ و ٣٩٦) - فيما لو جنّت أمُّ الولد على غير مولاها - بيانُ حكم جنابتها عمداً و خطأً، كما تقدم حكم جنابة مطلق المملوك، فراجع.

و المقصود بالبحث هنا مجرد كون حق الجنابة مانعاً عن صحة البيع أو عن لزومه، و عدمه. و الأقوال مبنية على بقاء الجاني على ملك مولاها، و عدم إقتضاء الجنابة العمدية دخوله قهراً في ملك المجني عليه أو في ملك وليّه، نعم يجوز له الإسترقاق كلاً أو بعضاً بقدر الجنابة، كما يجوز قتله قصاصاً.

٢) أي : بإجتماع شرائط القصاص، بأن يكون المجني عليه حرّاً مسلماً، و تقدم في (ص ٣٨٩) الإشارة إلى بعض شرائط القصاص.

٣) كما إذا قتل العبدُ - عمداً - حرّاً أو حرّةً، أو عبداً أو أمةً، أو جنى على طرف من الأطراف، و كانت ديتُه مستوجبةً لقيمة الجاني، فإنّ المجني عليه أو وليّه مخيّر بين قتل الجاني و بين إسترقاقه.

٤) كما إذا جنى العبد على طرف من الأطراف، و كانت ديتُه أقلّ من قيمة العبد، فيسرق المجنيُّ عليه أو وليّه من الجاني بالنسبة، و التفصيل في محله.

فالأقوى صحة بيعه<sup>(١)</sup>، وفاقاً للمحكي عن العلامة<sup>(٢)</sup> و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم<sup>(٣)</sup>، بل في شرح الصميري : أنه المشهور<sup>(٤)</sup>،

(١) قال السيد العاملي رحمته : « و اختيرت صحته - أي : صحة البيع - في نهاية الاحكام و التحرير و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة . و قد سمعت ما في التذكرة . و هو ظاهر جماعة من المحشين و الشارحين ، و في الحدائق : أنه المشهور . قالوا : و البيع حينئذ يكون موقوفاً على رضا المجني عليه أو وليه ... »<sup>(١)</sup> .

(٢) قال في القواعد : « و يجوز بيع الجاني و إن كان عمداً و عتقه ، و لا يسقط حق المجني عليه عن رقبته في العمد »<sup>(٢)</sup> .

و قال في التذكرة : « الأقوى بين علمائنا صحة بيع الجاني . سواء كانت جنايته عمداً أو خطأً أوجبت القصاصَ أولاً ، على النفس أو ما دونها »<sup>(٣)</sup> .

و المستفاد من كلمات الأصحاب : أن الأقوال في بيعه ثلاثة :

أحدها : الصحة على وجه الجواز .

ثانيها : هي مع لزوم .

ثالثها : البطلان .

(٣) كفخر المحققين رحمته لعدم التعليق على ما في القواعد ، و كصاحب الحدائق و الجواهر<sup>(٤)</sup> .

(٤) قال في المقابس : « لكنه - أي الصميري - نَسَبَ الجوازَ - أي جواز البيع -

«١» مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٦٦ و لاحظ الدروس الشرعية . ج ٣ . ص ٢٠٠ : جامع المقاصد . ج ٤ .

ص ٩٩ : الروضة البهية . ج ٣ . ص ٢٦٣ : مسالك الأفهام . ج ٣ . ص ١٧١

«٢» قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ٢٣

«٣» تذكرة الفقهاء . ج ١٠ . ص ٤٢

«٤» إيضاح الفوائد . ج ١ . ص ٤٢٨ : الحدائق الناظرة . ج ١٨ . ص ٤٥٨ : جواهر الكلام . ج ٢٢ .

لأنه<sup>(١)</sup> لم يخرج بإستحقاقه للقتل أو الإسترقاق عن ملك مولاه.

إلى المشهور، و إستدلّ عليه بما يكشف عن إختياره أو الميل إليه «<sup>١١</sup>».

(١) أي : لأن العبد الجاني لم يخرج عن ملك مولاه، وهذا دليل ما قواه من صحة بيع الجاني على وجه الجواز، أي موقوفاً على إفتكاكه من القتل و الإسترقاق، و ذلك لبقاء الملكية و المالية، إذ مجرد تعلق الجناية بالعبد لا يُخرجه عنهما، فسلطنة المالك على بيعه بلا مزاحم.

و الحاصل : أنه لا منافاة بين البيع و بين حق الجناية، لتعلقه بالجاني بما أنه جان، لا بما أنه مملوك لسيده المعين. و ليس كحق الرهانة، فإنه - على ما قيل - يتعلق بالرهونة بما أنها مملوكة للراهن، فالبيع منافٍ له. و بهذا يتضح الفرق بين حق الرهانة و بين حق الجناية.

فإن قلت : إن القول ببقاء العبد الجاني على ملك سيّده لا يكفي في الحكم بصحة بيعه معلقاً على الإفتكاك، و ذلك لأن من شروط البيع قابلية الإنتفاع بالمبيع، فلو خرج عن قابليته بطل بيعه رأساً، لا وقوعه موقوفاً على إمكان الإنتفاع، كالتزامهم ببطلان بيع العبد الآبق من جهة كونه بمنزلة التالف، و كبيع الحيوان المريض المشرف على الموت كما قيل. و لما كانت جناية العبد عمداً معرضةً له للقتل أو الإسترقاق - لإستحقاق المجني عليه أو وليّه ذلك، و جواز المطالبة بأحد الأمرين - كان الجاني ملكاً لا يُنتفع به، بل ساقطاً عن التمولّ، هذا.

قلت : أولاً : إن جواز القصاص أو الإسترقاق لا يوجب نقصاً في جهة من الجهات الدخيلة في النقل و الإنتقال - من خروج المبيع عن ملك السيد، أو سقوطه عن المالية، أو كونه مما لا يبذل بإزائه المال ، لكون ملكيته في معرض الزوال بالقصاص، أو لكونه متعلقاً لحق الإسترقاق المنافي للنقل عن ملك السيد - و ذلك :

أما عدم خروجه عن ملك السيد بمجرد تحويز إسترقاقه، فلأنّ معناه جواز أن

على ما هو المعروف عمّن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجيء<sup>(١)</sup>.  
و تعلق<sup>(٢)</sup> حق المجني عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الإنتفاع

يتملكه المجني عليه، و ليس معناه دخول العبد الجاني في ملك المجني عليه قهراً. كما أن تجويز القصاص ليس بمعنى إسقاط ملكيته، و خروجه عن طرف إضافته إلى السيد، بل معناه تجويز إعدام الملك. و تقدم نظير هذا في بيع الوقف من أن تجويز بيعه بطروء المسوّغ لا يترتب عليه بطلان الوقفية، بل المبطل هو بيعه خارجاً.

و أما عدم سقوطه عن المالية - مع كونه مالاً في حد ذاته - فلأن تجويز القصاص ترخيص في إعدام المال، لا إسقاطه عن المالية فعلاً.

و أما عدم قبول العبد الجاني لبذل المال بإزائه، فممنوع أيضاً، ضرورة عدم تعين القتل أو الإسترقاق ليكون بذل المال بإزائه سفهياً و أكلاً للمال بالباطل، و ذلك لإمكان العفو، بل ربما يكون العفو موثوقاً به<sup>(٣)</sup>.

و أما منافاة حق المجني عليه للبيع فقد تقدم آنفاً في الفرق بين حقي الجناية و الرهانة.

و ثانياً: أن تعلق حق المجني عليه لا يقتضي فساد بيع الجاني من أصله، بل يوجب عدم نفوذه فعلاً، و توقّفه على إفتكاك العبد عمّا يستحقه المجني عليه من القتل أو الإسترقاق، فإن إفتكك لزم، و إن لم يفتك - بل قُتل أو أُسرق - كشف عن بطلان بيع السيد عبده الجاني.

(١) سيأتي في (ص ٥٦٢) نقل إجماع الخلاف - على خروجه عن ملك السيد - بما لفظه: «فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنائته عمداً ينتقل ملكه إلى المجني عليه».

(٢) هذا دفع دخل مقدّر، تقدّما بقولنا: «فإن قلت ... قلت» و مقصود المصنف رحمته ردّ ما أفاده صاحب المقابس رحمته بقوله: «و التحقيق: أنه و إن قلنا بكونه مملوكاً للمولى صورة، إلا أنه ليس له أثر معلوم، و لا نفع متبيّن مقداره، لإمكان

بيع العبد الجاني عمداً.....  
 به<sup>(١)</sup>، و مجرد<sup>(٢)</sup> إمكان مطالبة أولياء المجني عليه له في كل وقتٍ بالإسترقاق أو القتل لا يُسقط<sup>(٣)</sup> إعتبار مالّيته.  
 و على تقدير تسليمه<sup>(٤)</sup>،

مطالبة أولياء المقتول بأحدهما - أي القصاص أو الإسترقاق - في كل وقتٍ. و مثل هذا يُسقط إعتبارَ مالّيته، و تُرْفَع صلاحيته لما دُكِر، إذ مقتضاها الدوام و الإستمرار، كما أشرنا إليه في حكم البيع سابقاً<sup>(٥)</sup>».

(١) حتى يكون بذل المال بإزاء هذا الملك - الخارج عن قابلية الإنتفاع به - سفهياً.

(٢) غرض المستشكل من هذه الجملة إسقاط العبد الجاني عن المالية المقومة للبيع.

(٣) خبرُ قوله: « و مجرد » و دفعُ لتوهم سقوطه عن المالية، كما لا مجال لتوهم خروجه عن ملك السيد.

(٤) هذا ثاني الوجهين المتقدم بقولنا: « و ثانياً » و الظاهر رجوع الضمير إلى « خروج الملك عن قابلية الإنتفاع به » فالمعنى: أن تسليم خروج الملك عن قابلية الإنتفاع، كما تقدم في كلام المقابس آنفاً - مع الإلتزام بتعلق حق الغير برقبته - لا يوجب سقوطاً إضافة الملكية. فالمقصود نقص الملك فعلاً، و كون السيد مسلوب السلطنة على عبده الجاني من جهة كون الأمر - في قتله أو إسترقاقه أو قبول الفداء أو العفو مجازاً - راجعاً إلى المجني عليه أو وليّه.

و عليه فالعبد الجاني باقٍ على ملك مولاه متعلقاً به حق الغير، كبقاء الرهن على ملك الراهن متعلقاً به حق المرتهن. فلو باعه السيد صح، لكن لا منجزاً، بل موقوفاً على إفتكاكه عن حقّ المجني عليه، فإن إفتك - بالفداء أو العفو - كشف عن لزوم البيع، و إلاّ كشف عن بطلانه.

فلا ينقص ذلك<sup>(١)</sup> عن بيع مال الغير، فيكون<sup>(٢)</sup> موقوفاً على إفتكاكه (\*) عن القتل و الإسترقاق، فإن إفتك لزم، وإلا<sup>(٣)</sup> بطل البيع من أصله.

و يشهد لبقاء صفة الملكية - و عدم زوالها بالجناية - قوله بعد أسطر: « ان المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا يقبل » إذ لو كان مراده من ضمير « تسليمه » خروج العبد عن ملك السيد لم يتجه ذلك.

(١) أي : بيع العبد الجاني مع فرض خروج الملك عن قابلية الإنتفاع به فعلاً. و وجه عدم كونه أسوأ حالاً من البيوع الفضولية المعهودة هو كون الفضولي أجنبياً عن العوضين، و لا ولاية له عليهما، بخلاف المقام، لفرض بقاء الجاني على ملك السيد، و إن كانت رقبته متعلق حق المجني عليه.

(٢) أي : فيكون بيع العبد الجاني موقوفاً على إفتك العبد عن القتل أو الإسترقاق.

(٣) أي : و إن لم يفتك - بأن قتله المجني عليه أو إسترقه - كُشف عن بطلان البيع من أصله.

(\*) لا يخفى أن الوقوف على الإفتكك غير الصحة التي قواها في صدر المسألة، فإن صحة عقد الفضولي موقوفة على الإجازة. و ظاهر عبارته هنا الصحة الفعلية. كما أن قوله ﷺ بعد ذلك: « فإن إفتك لزم » لا يخلو من مسامحة، إذ الصواب أن يقال: « فإن إفتك صح و لزم ».

و قوله: « و إلا بطل البيع من أصله » يدل على أن المراد بقوله: « فإن إفتك لزم » هو الصحة المستتعبة للزوم، إذ مقابل البطلان هو الصحة، لا اللزوم. و أما الصحة على وجه اللزوم فقد أشار إليها بقوله: « و يحتمل ».

و قد يورد على العبارة أيضاً بما في حاشية المحقق الإيرواني ﷺ بعدم الإستقامة، لأن ضمير « تسليمه » إما أن يعود إلى كلا المنعنين - و هما خروج العبد

و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل<sup>١</sup>،

(١) هذا إشارة إلى القول الثاني في المسألة ، وهو صحة بيعه منجزاً ، لا موقوفاً

الجاني عن قابلية الإنتفاع و السقوط عن التمول - وإما إلى خصوص الخروج عن قابلية الإنتفاع.

فعلى الأول لا وجه لقوله : « فلا ينقص » إذ بعد تسليم الأمرين يتعين البطلان، لأنه أحسن حالاً من البيع الفضولي، ضرورة عدم خروج المبيع الفضولي عن التملك و التمول، و أما بيع ما لا نفع فيه أو ما ليس بتممول فباطل، سواء أكان أصالة أم فضولاً.

و على الثاني لم يتجه قوله : « فإن إفتك لزم » إذ بعد تسليم الخروج عن الملك كان بيع السيد فضولياً موقوفاً على إجازة المالك الفعلي، و هو المجني عليه كسائر البيوع الفضولية، الواقعة للملاك بإجازاتهم، و لا دخل للإفتك في نفوذ البيع السابق أصلاً، هذا<sup>٢</sup>.

لكن يمكن إختيار الشق الثاني كما ذكرناه في التوضيح، و جعل التسليم راجعاً إلى الخروج عن قابلية التملك، بأن يكون مراد الشيخ الأعظم منع السيد فعلاً عن التصرف في العبد حتى يختار المجني عليه أحد الأمور، و ليس في عبارة المتن الخروج عن الملك و الإنتقال إلى المجني عليه حتى يكون بيع السيد فضولياً موقوفاً على الإجازة، لا الفك.

و على هذا فلا حزاة في العبارة من جهة التعبير بـ « فلا ينقص » باعتبار كون البيع تصرفاً في متعلق حق الغير مع بقاءه على ملك السيد. و ما أفاده المحقق الإيرواني « من وقوع البيع للمجني عليه و توفقه على إجازته » موافق لما في المقابس من وقوعه له على تقدير الإجازة، لا للسيد الذي لا خيار له في العبد الجاني<sup>٣</sup>.

«١» مقابس الأنوار ، كتاب البيع ، ص ٩٨

«٢» حاشية المكاسب ، ج ١ ، ص ١٩٢



على الفك أو الإجازة، و المحتمل صاحب المقابس ﷺ، و يظهر من قصاص الجواهر<sup>١</sup> وجود القائل به كما نقله فيه عن الفاضل الإصفهاني ﷺ<sup>٢</sup>.

قال المحقق الشوشتری فيما لو باع المولى عبده الجاني أو رهته: «و إن كان - أي التصرف - بيعاً أو رهناً فلا ريب في أنه لا يرفع الخيار الثابت للمولى ... و هل يبطل البيع من أصله؟ أو ينفسخ من حينه، أو يكون كالتلف الطارئ على المبيع، فيثبت الخيار للمشتري مع جهله، للغيب السابق على البيع، لا مع علمه، فيكون كبيع المريض الذي يخاف عليه من الموت إذا مات بعد البيع و القبض، و بيع الأرمدم الذي يخاف عليه من العمى، فعمي بعدها و إنعتق بذلك، أو يفرق ... الخ» ثم إختار البطلان، و ردّ الإحتمالات الأخرى، فراجع<sup>٣</sup>.

و كيف كان فتوضیح ما في المتن من الصحة المنجزة هو: أن شرط صحة البيع و لزومه - أعني به كون المبيع ملكاً للبائع - موجود، و مقتضاه إنتقال الرقبة إلى ملك المشتري، فإن رضي ولي المجني عليه بالفداء أو عفا فلا كلام. و إن إقتص من العبد أو إسترقه جاز. فإن كان المشتري عالماً بجنایته الموجبة للقتل أو الإسترقاق كان التلف عليه، و لا يستحق الرجوع إلى البائع بالثمن. و إن كان جاهلاً ثبت له الخيار، لأن كون العبد معرضاً للقتل أو الإسترقاق عیب یوجب الخيار. نظیر شراء عبد أرمدم مشرف على العمى، لكونه عيباً فيه يستحق المشتري الجاهل به الفسخ. و حينئذ فإن كان القتل أو الإسترقاق في زمن الخيار - أي قبل علم المشتري بالحال - كان على البائع. و إن كان بعده فهو على المشتري.

«١» جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٣٨، و يظهر من بيع الجواهر إختیار كونه مراعى، فلاحظ ج ٢٢.

ص ٣٨٤

«٢» كشف اللثام، ج ٢، ص ٢٧٢ (الحجرية)

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ١٠١ و ١٠٢

فيكون تلفه<sup>(١)</sup> من المشتري في غير زمن الخيار<sup>(٢)</sup>، لوقوعه<sup>(٣)</sup> في ملكه، غاية الأمر أن كون البيع عرضةً لذلك<sup>(٤)</sup> عيبٌ يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع<sup>(٥)</sup> الأرمد<sup>(٦)</sup> إذا عمي، والمريض إذا مات بمرضه. ويرده<sup>(٧)</sup>: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحقّ الغير فلا يقبل أن يقع لازماً<sup>(٨)</sup>،

(١) المراد من تلفه قتله أو إسترقاقه، فلا يسلم المبيع للمشتري حينئذٍ.

(٢) إذ لو كان التلف في زمن الخيار كان على البائع، لقاعدة «التلف في زمن الخيار يمتن لا خيار له».

(٣) تعليل لكون التلف من المشتري لا البائع، وذلك في صورتين:

إحدهما: علم المشتري حال البيع بحال المبيع.

و ثانيتهما: جهله به حاله، ولكن علم به بعده ولم يفسخ البيع، لسقوط خيار العيب حينئذٍ.

(٤) أي: كون المبيع عرضةً للتلف عيبٌ موجب لخيار المشتري الجاهل بالعيب المشرف عليه.

(٥) كذا في نسخ الكتاب، والأنسب - كما تقدم عن المقابس - «كبيع الأرمد».

(٦) الذي هو في معرض العمى الموجب للإنعتاق، وقد عمي بعد البيع، وإنعتق بذلك. وكذا المريض الذي يخاف عليه من الموت، وقد مات بعده، فإن جهل المشتري بالعيب يوجب الخيار.

(٧) أي: ويرد احتمال صحة البيع على وجه اللزوم: أن المبيع - وهو العبد الجاني - قد تعلق به حق الغير، فوقع بيعه لازماً يوجب سقوط الحق، وهو باطل. فلا يحيص عن الإلتزام بأحد الأمرين، إما بطلان البيع رأساً، أو وقوفه على الإجازة. والمتعين هو الثاني. أما الصحة فلكون السيد مالكاً، وأما إجازة المجني عليه فلتعلق حقه بالعبد.

وعلى كلٍّ فلا وجه للإلتزام بكون بيع السيد لازماً كما زعمه المحتمل.

(٨) كما تقدم في حقّ الرهانة أيضاً.

لأدائه<sup>(١)</sup> إلى سقوط حق الغير. فلا بدّ إمّا أن يبطل، وإمّا أن يقع مراعى.  
و قد عرفت<sup>(٢)</sup> أن مقتضى عدم إستقلال البائع في ماله، و مدخليّة الغير فيه وقوع بيعه مراعى، لا باطلاً.

و بذلك<sup>(٣)</sup> يظهر الفرقُ بين ما نحن فيه و بين المريض الذي يُخاف عليه من الموت، و الأرمَد الذي يُخاف عليه من العمى الموجب للإنتعاق، فإنّ<sup>(٤)</sup> الخوف في المثالين لا يوجب نقصاناً في سلطنة المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حقّ الغير<sup>(٥)</sup>.

اللهم إلا أن يقال<sup>(٦)</sup>: إن تعلق حقّ المجني عليه

(١) أي : لأداء لزوم البيع إلى سقوط حق الغير من المجني عليه و المرتهن.

(٢) حيث قال في (ص ٥٥٤) : « فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على إفتكاكه ... الخ » و غرضه تبيين الشق الأخير، و هو الصحة الموقوفة على الإفتكاك.

(٣) يعني : و بتعلق حق الغير بالعبد الجاني يظهر الفرق بينه و بين المثالين المتقدمين في كلام المحتمل، و هما : بيع المريض المشرف على الموت، و الأرمَد المشرف على العمى، حيث إن خوف الموت و العمى لا يوجب قصوراً في سلطنة المالك، بخلاف حق الغير، فإنه يُزاحم سلطنة المالك، فيمنع من لزوم العقد.

(٤) تحليل لظهور الفرق و بيان له. فالحيوان المريض بمرضٍ يخشى منه الموت يصحّ بيعه لتتمام سلطنة المالك عليه، و المشتري الجاهل بالحال يثبت له الخيار.

(٥) و هو المجني عليه، فإنّ حقه مانع عن نفوذ تملك السيد و بيعه منجزاً.

(٦) غرضه تأييد ما تقدم في قوله : « و يحتمل » من صحة بيع السيد منجزاً و عدم توقفه على فك العبد من حقّ المجني عليه، و كون بيع العبد الجاني و المريض و الأرمَد من باب واحد. و حاصله : أن حق الجناية قائم برقبة الجاني أينما كانت، سواء بقي العبد رِقاً لسيّده أم إنتقل إلى غيره ببيع أو هبة. و للمجني عليه الأخذ بحقه

لا يمنع من نفوذ تملكه<sup>(١)</sup> منجزاً، لأنَّ للبائع سلطنةً مطلقةً<sup>(٢)</sup> عليه، وكذا للمشتري، ولذا<sup>(٣)</sup> يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذي الحق، غاية الأمر أنَّ له<sup>(٤)</sup> التسلُّطَ على إزالة ملكهما، ورفعهُ<sup>(٥)</sup> بالإتلاف أو التملك<sup>(٦)</sup> [ التملك ]. وهذا<sup>(٧)</sup> لا يقتضي وقوعَ العقدِ مراعىً، وعدم إستقرار الملك. وبما ذكرنا<sup>(٨)</sup> ظهر الفرقُ بين حقِّ المرتهن المانع من تصرف الغير.

- من القصاص أو الإسترقاق - أينما وجدَ العبد.

و عليه فمقتضى سلطنة المالك على ماله نفوذ بيع العبد الجاني، من دون مراعاته بإجازة المجني عليه، أو بإفتكاكه. كما أنَّ للمشتري سلطنة التصرف فيه بذلك ما لم يكن مفوتاً.

(١) أي : تملك المولى العبدَ الجاني منجزاً، لا مرعياً بالإفتكاك.

(٢) بمقتضى حذف المتعلق في حديث « الناس مسلطون على أموالهم » مع عدم نهوض حجة على التقييد.

(٣) أي : و لأجل ثبوت السلطنة المطلقة - للبائع و المشتري - على العبد الجاني، ينفذُ تصرفهما فيه منجزاً.

(٤) أي : أنَّ لذي الحق سلطنةً على إزالة ملك البائع و المشتري، لثبوت الولاية للمجني عليه شرعاً.

(٥) معطوف على « التسلط » أي : له رفع ملك البائع أو المشتري بالإتلاف، و هو قتل العبد الجاني.

(٦) أي : الإسترقاق. و ما في نسختنا أولى مما في أكثر النسخ من « التملك ».

(٧) أي : ثبوت التسلُّط للمجني عليه - على إزالة الملك - لا يقتضي تزلزل ملك المشتري، و كون لزومه مراعى بالإفتكاك. و عليه فلا يبقى فرق بين ما نحن فيه و بين الخوف في المثالين - و هما بيع الأرمد و المريض - في كون البيع منجزاً.

(٨) أي : بعدم مانعية حق الجناية عن نفوذ التملك المنجز - لكون البائع سلطاناً مستقلاً في التصرف في ماله - ظهر الفرقُ بين حق الجناية و بين حق الرهانة.

و حق<sup>١</sup> المجني عليه غير المانع فعلاً، غاية الأمر أنه<sup>٢</sup> رافع [ مانع ] شأنًا.  
 وكيف كان<sup>٣</sup>، فقد حُكي عن الشيخ في الخلاف البطلان، فإنه قال فيما  
 حُكي عنه: « إذا كان لرجل عبدٌ، [ جان ]<sup>٤</sup> فجنى، فباعه مولاه بغير إذن  
 المجني عليه، فإن كانت جنائته<sup>٥</sup> [ جنائية ] توجب القصاص فلا يصح البيع،

حيث إن المالك الراهن محجور عن التصرف في المرهونة بدون إجازة المرتهن أو إذنه .  
 هذا.

لكن الإنصاف أن هذا الفرق بحسب القواعد غير فارق، لعدم منافاة بين حق  
 الرهانة و بين بيع المرهون، لإمكان تعلق الحق بالعين أينما كانت كحق الجناية.  
 فالأولى الإستناد في الفرق بينهما إلى ما ثبت بالتعبد من ممنوعية الراهن و المرتهن عن  
 التصرف.

(١) معطوف على « حق المرتهن » فحق المجني عليه لا يمنع صحة تصرف البائع  
 و المشتري فعلاً بحيث يكون مراعى بإجازة ذي الحق أو الإفتكالك.

(٢) أي : أن حق المجني عليه رافع شأنى، و له إقتضاء رفع تصرف السيد  
 - بالبيع - أو المشتري. و من المعلوم أن المانع الشأني - أي قبل الأخذ بحق الجناية  
 بالقتل أو الإسترقاق - لا يزاحم تأثير بيع السيد في النقل إلى الغير.

و قد تحصل إلى هنا إقتضاء القاعدة للقول بلزوم بيع العبد الجاني، هذا.

(٣) أي : سواء قلنا بالصحة الفعلية أو المرعية، فقول شيخ الطائفة رحمته مخالف  
 لكليهما، لأنه ذهب إلى عدم صحة بيع العبد الجاني عمداً.

و غرض المصنف رحمته التعرض للقول الثالث في المسألة، و هو الفساد، المبني  
 على إنتقال العبد عن ملك السيد إلى المجني عليه أو وليه.

(٤) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ كالمصدر « فجنى ».

(٥) كذا في النسخ، و لكن في الخلاف - في الموضوعين - « جنائية » يعني : كانت

و إن كانت<sup>(١)</sup> جانيته [ جناية ] توجب الأرض صح<sup>(٢)</sup> إذا إلتزم مولاه الأرضَ .  
 ثم إستدل<sup>(٣)</sup> « بأثمه إذا وجب<sup>(٤)</sup> عليه القود فلا يصح بيعه، لأنه قد باع  
 منه<sup>(٥)</sup> ما لا يملكه<sup>(٦)</sup>، فإنه حق للمجني عليه. و أما إذا وجب عليه الأرضُ  
 صح<sup>(٧)</sup>، لأن رقبته سليمة، و الجناية أُرشها، فقد إلتزمه<sup>(٨)</sup> السيد، فلا وجه  
 يُفسد البيعَ « إنتهى<sup>(٩)</sup> .

جناية العبد عمدية، فيكون أثرها ثبوت حق القصاص لولي المجني عليه.

(١) معطوف على « فإن كانت » و هذا حكم الجناية الخطائية، لأن الخيار  
 للمولى بين الأرض و تسليم الجاني للمجني عليه.

(٢) كذا في المقابس، و في الخلاف: « فإنه يصح بيعه إذا ... ».

(٣) يعني : قال الشيخ : « دليلنا : أنه إذا وجب ».

(٤) يعني : أن العبد الجاني إذا ثبت عليه القصاص لم يصح للمولى بيعه، لأنه باع  
 ما لا يملكه، و يشمله النهي في : « لا تبع ما ليس عندك » فيبطل.

(٥) أي : من قبل نفسه - لا من طرف المجني عليه - و المراد : أن السيد باع من  
 ما لا يملكه.

(٦) كذا في النسخ، و في الخلاف : « ما لا يملك، لأن ذلك حق المجني عليه »  
 و على تقدير ثبوت الضمير في « يملكه » فالمرجع و المشار إليه لـ « ذلك » هو  
 الموصول المراد به العبد الجاني.

(٧) في الخلاف : « فإنه يصح بيعه، لأن رقبته سليمة من العيب ».

(٨) كذا في النسخ، و في الخلاف : « فقد إلتزمها ».

و قد حُكي<sup>١</sup> عن المختلف: «أُنه حكي<sup>٢</sup> عنه في كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمداً، حيث قال: «إذا كان عبدٌ قد جنى جناية<sup>٣</sup>، فإنه لا يُجزئ عتقه عن الكفارة، وإن كان خطأً جاز ذلك<sup>٤</sup>. و إستدلّ بإجماع الفرقة، فإنه<sup>٥</sup> لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل<sup>٦</sup> ملكه إلى المجني عليه، وإن كان خطأً فديةً ما جناه على مولاة<sup>٧</sup>» إنتهى.

و ربما يُستظهر ذلك<sup>٨</sup> من عبارة الإسكافي المحكية عنه في باب الرهن،

(١) الحامي صاحبُ المقابس<sup>١</sup>، نقله في القول الأول، و هو بطلان بيع العبد الجاني عمداً و عتقه ورهنه.

(٢) أي: حكي العلامة في المختلف عن شيخ الطائفة في ظهار الخلاف.

(٣) كذا في النسخ، و لكن في الخلاف و المختلف و المقابس «جناية عمد، فإنه لا يجزئ إعتاقه».

(٤) أي: جاز عتق العبد الجاني عمداً في كفارة الظهار.

(٥) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الخلاف و المختلف و المقابس «لأنه».

(٦) كذا في النسخ و المقابس، و في الخلاف و المختلف «أنه ينتقل» و هذه الجملة هي مبنى حكم شيخ الطائفة بفساد عتق العبد الجاني عمداً، لإنتقاله قهراً إلى ملك المجني عليه، و حيث إنه «لا عتق إلا في ملك» فيبطل عتق السيد.

(٧) تتمه عبارة الخلاف هي: «لأنه عاقلته، و على هذا لا شك فيما قلناه».

(٨) أي البطلان، و المستظهر هو المحقق الشوشتری رحمته، فإنه بعد نسبة البطلان إلى شيخ الطائفة و العلامة رحمته، قال: «و أيضاً هو الظاهر من ابن الجنيد، حيث قال ...»<sup>٢</sup>.

«١» الخلاف، ج ٤، ص ٥٤٦، كتاب الظهار، المسألة: ٣٣: مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٣: مقابس

الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٥

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٩٥

وهي : أن من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتاً للملكة إتياءه، غير خارج بإرتدادٍ أو إستحقاق الرقبة بجنايته على ملكه « إنتهى. »  
 وربما يُستظهر<sup>(١)</sup> البطلان من عبارة الشرائع أيضاً في كتاب القصاص، حيث قال : « إنه إذا قتل العبدُ حرّاً عمداً، فأعتقه مولاه، صح، ولم يسقط القود. »  
 ولو قيل : لا يصح لئلا يبطل حقُّ الولي من الإسترقاق، كان حسناً. وكذا<sup>(٢)</sup> بيعه وهبته « إنتهى. »

لكن يحتمل قوياً<sup>(٣)</sup> أن يكون مراده بالصحة : وقوعه لازماً غير متزلزل

(١) المستظهر صاحبُ المقابس أيضاً، حيث قال : « وربما يظهر - يعني البطلان - من باب القصاص من الشرائع أيضاً كما سيأتي، وكذا من الغنية والمهدب ». و الوجه في التعبير بـ « ربما » ما نقله في المقابس عن المحقق رحمته من أنه في كتاب البيع تردّد في جواز بيع العبد الجاني مطلقاً، وفي كتاب الرهن تردّد في جواز رهنه، ثم قال : « والأشبه الجواز » و يظهر من القصاص ترجيحُ المنع، ثم نقل عبارة الشرائع المذكورة في المتن، ثم قال : « ويمكن أن يكون هذا رجوعاً عما ذكره في الرهن - يعني من ترجيح الجواز - كما أنه رجوع عن تردّده في جواز البيع في كتاب البيع. وكان هذا أولى<sup>(٢)</sup> ».

(٢) كذا في النسخ والمقابس، وفي الشرائع : « وكذا البحث في بيعه وهبته » يعني : أن حكم بيع العبد الجاني عمداً وهبته حكم عتقه، فلو قيل بعدم الصحة في الجميع كان حسناً.

(٣) غرضه الخدشة فيما إستظهره صاحبُ المقابس من كلام المحقق في القصاص، من بطلان بيع العبد الجاني عمداً، وأن المحتمل قوياً أن يريد بقوله : « ولو قيل لا يصح » أنه لا يقع لازماً، لظهور تعليل بطلان العتق - بكونه مفوّتاً لحق وليّ



كوقوع<sup>(١)</sup> العتق، لأنه<sup>(٢)</sup> الذي يبطل به حق الإسترقاق، دون وقوعه مراعى بإفتكاكه عن القتل و الإسترقاق.

و كيف كان<sup>(٣)</sup>، فالظاهر من عبارة الخلاف الإستنادُ في عدم الصحة إلى عدم الملك، وهو<sup>(٤)</sup> ممنوع، لأصالة بقاء ملكه،

المجني عليه - في أن المُبطل للحق هو اللزوم، و حيث إنَّ العتق لا يقع موقوفاً و مراعى فيلغو من أصله. و هذا بخلاف البيع، لإمكان وقوعه مراعى بالإفتكاك عن حقَّ المجني عليه، فلا مانع من صحته مترزلاً.

و عليه فنسبة فساد البيع إلى المحقق ﷺ لا تخلو من خفاء.

(١) أي : كوقوع العتق لازماً أو باطلاً، و ليس بينهما متوسط، و هو العتق المراعى بالإفتكاك أو الإجازة.

(٢) أي : لأن وقوع البيع لازماً يبطل حق الإسترقاق و إن لم يبطل حق القصاص.

(٣) يعني : سواء أكان مقصودُ المحقق من عدم صحة بيع العبد الجاني بطلانه رأساً كما إستظهره صاحبُ المقابس، أو صحته مراعى بالإفتكاك كما إحتمله المصنف، فالظاهر أن منشأ البطلان عند شيخ الطائفة هو عدم كون السيد مالكاً للعبد الجاني متعمداً، لقوله تارةً: «لأنه قد باع منه ما لا يملكه» و أخرى: «ينتقل ملكه إلى المجني عليه»، و من المعلوم إشتراط البيع بالملك.

(٤) أي : و عدم الملك ممنوع، و مقصود المصنف الخدشة في دعوى الشيخ بوجهين :

أحدهما : إستصحاب ملكية العبد، للشك في إرتفاعها بالجناية العمدية، فتستصحب الملكية.

و ثانيهما : ظهور لفظ «الإسترقاق» في النصوص في بقائه على ملك سيده بعد الجناية لىسترقه المجني عليه أو وليه، إذ لو إنتقل العبد إليه بمجرد الجناية لم يبقَ

بيع العبد الجاني عمداً .....  
 و لظهورٍ [ و ظهورٍ ]<sup>(١)</sup> لفظ « الإسترقاق » في بعض الأخبار<sup>(٢)</sup> في بقاء الملك.  
 نعم في بعض الأخبار<sup>(٣)</sup> ما يدلّ على الخلاف.

موضوع للإسترقاق المملّك.

(١) معطوف على « أصالة » و هذا إشارة إلى الوجه الثاني ، و في بعض النسخ  
 « و لظهور » و هما بمعنى.

(٢) كصحيح زرارة عن أحدهما عليهما الصلاة و السلام : « في العبد إذا قتل الحرّ  
 دُفع إلى أولياء المقتول، فإن شأوا قتلوه، و إن شأوا إسترقوه »<sup>(٤)</sup>.  
 و نحوه غيره<sup>(٥)</sup>.

(٣) كخبر علي بن عقبة عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « سألته عن عبدٍ قتل  
 أربعة أحرار، واحداً بعد واحد ؟ قال : فقال : هو لأهل الأخير من القتل، إن شأوا  
 قتلوه، و إن شأوا إسترقوه، لأنه إذا قتل الأول إستحق أولياؤه، فإذا قتل الثاني إستحق  
 من أولياء الأول، فصار لأولياء الثاني. فإذا قتل الثالث، إستحق من أولياء الثاني،  
 فصار لأولياء الثالث. فإذا قتل الرابع إستحق من أولياء الثالث، فصار لأولياء الرابع،  
 إن شأوا قتلوه، و إن شأوا إسترقوه »<sup>(٦)</sup>.

(\*) هذا لو دار أمر عتق العبد الجاني عمداً بين الصحة فعلاً و بين البطلان  
 ليكون مقتضى السياق ذلك في بيعه. إلا أن القائل بصحة العتق مراعى موجود.  
 و التعليق على الإفتكاك تعليق على واقع لا على متوقع، و هو غير مبطل للإنشاء.  
 مضافاً إلى ما احتمله صاحب الجواهر رحمته الله من إختصاص التعليق الممنوع بما يذكر في  
 صيغة العتق، فراجع<sup>(٧)</sup>.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٧٣، الباب ٤١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث : ١

«٢» المصدر، ص ٧٤، الحديث : ٤

«٣» المصدر، ص ٧٧، الباب ٤٥ من أبواب القصاص في النفس، الحديث : ٣

«٤» جواهر الكلام، ج ٤٢، ص ١٣٧

و يمكن أن يكون<sup>١١</sup> مرادُ الشيخ بالملك بالسلطنة عليه ،

و إستدل به صاحبُ المقابس رحمته على مدعاه من إقتضاء الجناية دخول المملوك في ملك أولياء المجني عليه، و أن المراد بالإسترقاق - الذي جعل مقابلاً للقصاص - الرضا ببقائه رقاً.

و قال في ذيل هذا الخبر: « و فيه دلالة على المطلوب من وجوه عديدة »<sup>١٢</sup>.  
فمنها: قوله رحمته: « هو لأهل الأخير » لظهور اللام في الملك، بناءً على أن يكون « إسترقوه » بمعنى إبقائه في الرق لا التملك.

و منها: قوله رحمته: « إستحق أولياؤه » و « إستحق من أولياء الأول » و « إستحق من أولياء الثاني ... ».

و منها: « فصار لأولياء الثاني ... » لظهور الإستحقاق و الصيرورة في التملك القهري.

لكن هذا الخبر معارضٌ بغيره، و التفصيل في القصاص.

(١) غرضه رحمته توجيه فتوى شيخ الطائفة رحمته - لمخالفته للمشهور - بإحتمال أن يكون مراده من إنتقال ملك العبد الجاني إلى المجني عليه هو إنتقال السلطنة إليه مع بقاء الرقبة على ملك السيد، فيكون نظير ملك حق الفسخ في بابي الخيار و الشفعة، بمعنى كون ذي الخيار و الشفيع مالكاً لأمر البيع، و له الفسخ و الإمضاء، فكذا المجني عليه، لتسلطه شرعاً على القصاص أو الإسترقاق أو الرضا بالفداء أو العفو مجاناً.  
و ربما يكون تعبيره في الخلاف بعد قوله: « قد باع منه ما لا يملكه » بـ « فإنه حق للمجني عليه » ظاهراً في هذا الحمل ، بأن أراد من عدم الملك عدم الملك التام المستتب للسلطنة عليه فعلاً (\*).

(\* ) لكن يشكل بصراحة قوله في باب الظهار بإنتقال ملكه إلى المجني عليه،

فإنه<sup>(١)</sup> ينتقل إلى المجني عليه، و يكون<sup>(٢)</sup> عدم جواز بيعه من<sup>(٣)</sup> المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولي، المستلزم<sup>(٤)</sup> للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق الغير ينافيه<sup>(٥)</sup> السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما في الرهن<sup>(٦)</sup>.

و حينئذ فيكون بطلان بيعه - كما ذهب إليه بعض آخر - إما لرعاية حق المجني عليه، كما استدل به على فساد عتقه، وإما لبطلان الفضولي مطلقاً.  
 (١) أي : فإن التسلط على العبد الجاني ينتقل إلى المجني عليه، و يكون السيد كالمحجور عن ماله.

(٢) هذا نتيجة الحمل المزبور، يعني : و إن كانت الرقبة ملكاً للسيد، إلا أن تعلق الحق به يوجب كون بيعه فضولياً، و المعروف عن الشيخ في الخلاف بطلان الفضولي رأساً.

(٣) أي : البيع الناشئ من المولى ، فحرف الجر نشوية.

(٤) صفة لـ « المنع » يعني : أن بطلان بيع الفضولي مال الغير يستلزم بطلان بيع متعلق حق الغير، إذ لو صح نقله إلى الغير لزم عدم سلطنة المشتري على المبيع سلطنة مطلقاً - لتعلق حق المجني عليه به - مع أن مقتضى المبادلة تسلطه عليه مطلقاً كتسلط البائع على الثمن.

(٥) يعني : أن سلطنة المشتري المطلقة تنافي حق الغير المتعلق بالمبيع.

(٦) حيث إن سلطنة المشتري التامة تنافي حق المرتهن، و لذا قيل ببطلان بيع الرهن، كما تقدم.

مع عدم إقترانه بما يوهن دلالة على نقل الرقبة، لا مجرد السلطنة، مع وضوح مقابلة الحق للملك و إن كان كلاهما من سنخ الإضافة الخاصة.

## مسألة<sup>(١)</sup>

إذا جنى العبدُ خطأً صحَّ بيعُهُ على المشهور<sup>(٢)</sup>، بل<sup>(٣)</sup> في شرح الصيمري :  
« أنه لا خلاف في جواز بيع الجاني إذا كانت الجناية خطأً أو شبه عمد<sup>(٤)</sup>،  
و يضمن المولى أقلَّ الأمرين من قيمته و دية الجناية<sup>(٥)</sup> .

---

### بيع العبد الجاني خطأً

(١) تقدم في حكم جناية أم الولد على غير مولاها خطأً حكمُ جناية مطلق المملوك كذلك، و أن الخيار للسيد بين الفداء و تسليم الجاني إلى المجني عليه للإسترقاق أو البيع، فراجع (ص ٣٩٦).

(٢) كما في الحدائق<sup>(١)</sup>، و يقابله القول بالبطلان إلا إذا فداء السيد كما عن ابن إدريس، أو أجازة المجني عليه أو وليه كما عن ابن الجنييد.

(٣) غرضه الترقي من شهرة صحة البيع إلى كونها إجماعية، في دعوى الفاضل الصيمري رحمته.

(٤) نقل السيد العاملي رحمته عنهم - في وجه إلحاق غير العمد بالخطأ - ما لفظه :  
« لأنه حق غير مستقر في الجاني، لأن للمالك أداؤه من غيره. و لا يمتنع به من غير  
إختيار المالك هنا، فلم يمنع البيع، كالزكاة »<sup>(٢)</sup>.

(٥) فلو كانت دية جناية العبد أكثر من قيمته لم يضمنها المولى ، لأن العبد

---

«١» الحدائق الناظرة ، ج ١٨ ، ص ٤٥٨

«٢» مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٢٦٥

و لو إمتنع<sup>(١)</sup> كان للمجني عليه أو لوليّه إنتزاعه، فيبطل البيع. و كذا<sup>(٢)</sup> لو كان المولى معسراً، فللمشتري<sup>(٣)</sup> الفسخ مع الجهالة، لتزلزل ملكه ما لم يقده المولى « إنتهى »<sup>(٤)</sup>.

و ظاهره<sup>(٥)</sup> أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل إلتزام السيد. إلا أن المحكي عن السرائر و الخلاف : أنه لا يجوز<sup>(٥)</sup> إلا إذا فداه المولى أو

لا يجني بأكثر من قيمة نفسه، و ليس المولى عاقلته حتى يضمن الزيادة.

(١) يعني : لو إمتنع المولى من أن يفدي عبده بأقل الأمرين، جاز للمجني عليه إنتزاع العبد، فإن كان المشتري جاهلاً بجناية العبد ثبت له الخيار، و إلا فلا.  
(٢) معطوف على « إمتنع » يعني : و يجوز للمجني عليه إنتزاع العبد من يد المشتري لو لم يمتنع السيد من الفداء بل إلتزم به، و لكن عجز عن البذل من جهة الإعسار.

(٣) هذا نتيجة بطلان البيع بإنتزاع العبد من يد المشتري، و له خيار العيب، فيستحق الفسخ و إسترداد الثمن من السيد، سواء أكان جهله بإمتناع المولى عن أداء أقل الأمرين، أو بإعسار المولى، و عدم قدرته على الفداء.

(٤) غرضه ﷺ أن مقتضى إطلاق معقد الإجماع هو صحة بيعه سواء أكان قبل إلتزام السيد بالفداء أم بعد إلتزامه به، و إلا فجواز البيع بعد ضمان أقل الأمرين - من الأرش و دية الجناية - هو المتيقن من الجواز. فالهمم إحرار الجواز قبل إلتزام السيد بالفداء.

و لكن قد يُتأمل في الإجماع بما حكى عن ابن إدريس ﷺ من منع بيع العبد الجاني خطأً قبل أن يفديه السيد أو يلتزم به. و ليس نفس البيع إلتزاماً قهرياً بالفداء لينفذ.

(٥) أي : لا يجوز البيع، و لكن الضمير يعود إلى كل تصرف فيه، و لا خصوصية

إلتزام<sup>(١)</sup> بالفداء<sup>(٢)</sup>، لا أنه<sup>(٣)</sup> إذا باع ضمن<sup>(٤)</sup>.

و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع<sup>(٥)</sup>، لكونه ملكاً لمولاه، و تعلق حقّ

للبيع، و العبارة منقولة عن ابن إدريس بالمعنى، لأنه قال في حكم الجاني خطأ :  
 « و لا يجب على السيد سوى تسليمه إلى أولياء المقتول ... إلا أن يتبرع المولى  
 و يفديه الدية. فإذا فداء و ضمن عنه ما جناه جاز له حينئذ عتقه و التصرف فيه.  
 و قبل ذلك لا يجوز له شيء من ذلك ... و شيخنا أبو جعفر قائل بذلك، موافق  
 عليه » ثم نقل كلام شيخ الطائفة في رهن الخلاف، فراجع.

(١) لم يظهر من عبارة السرائر كفاية الإلتزام بالفداء، لظهور قوله : « يفديه  
 بالدية » في دفع الدية قبل إنشاء البيع، إلا أن يستفاد كفايته من عطف « ضمن عنه »  
 على « فداء ».

(٢) أي : لا أن السيد إذا باع ضمن الفداء - قهراً - ليصح البيع.

(٣) خلافاً لجماعة ذهبوا إلى عدم اشتراط صحة بيع السيد بأحد الأمرين قبله  
 من الفداء و الإلتزام، لكون نفس التصرف بالبيع و العتق و شبههما إلتزاماً و ضماناً  
 بالفداء، ففي بيع القواعد : « و يكون - أي البيع - في الخطأ إلتزاماً للفداء »<sup>(٦)</sup>.

و قال السيد العاملي رحمته الله : « أما كون بيعه في الخطأ إلتزاماً للفداء، فقد صرح به  
 في التذكرة و نهاية الاحكام و اللمة و الروضة و المسالك. و في المبسوط : انه الذي  
 ينبغي، لأن الخيار للسيد، فإذا باعه فقد إختار الفداء، فتعين عليه ... و إحتمل في  
 نهاية الاحكام عدم إلتزام السيد بالفداء، و قواه في موضع من التحرير، لأن أكثر ما  
 فيه أنه إلتزام بالفداء، فلا يلزمه الفداء، كما لو قال الراهن : أنا أقضي الدين »<sup>(٧)</sup>.

(٤) محصله - كما تقدم في بيع العبد الجاني عمداً أيضاً - هو صحة بيع السيد

(١) الحاكي صاحب المقابس، كتاب البيع، ص ٩٥، و أشار إليه في ص ٩٩ و لاحظ : السرائر، ج ٣، ص ٣٥٨ : الخلاف، ج ٣، ص ٢٣٥، كتاب الرهن، المسألة ٢٨

(٢) قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣

(٣) مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٦٦

الغير لا يمنع عن ذلك<sup>(١)</sup>، لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً، فضلاً<sup>(٢)</sup> عن تعلق حقّ الغير.

و لعلّ ما<sup>(٣)</sup> عن الخلاف و السرائر مبنيّ على أصلهما من بطلان الفضولي و ما أشبهه من كلّ بيع يلزم من لزومه بطلان حقّ الغير، كما يؤمّي إليه<sup>(٤)</sup> إستدلال الحلّي على بطلان البيع قبل إلتزامه و ضمانه : بأنّه<sup>(٥)</sup> قد تعلق برقبة العبد الجاني، فلا يجوز إبطاله<sup>(٦)</sup>. و مرجع هذا المذهب<sup>(٧)</sup> إلى أنّه لا واسطة بين

قبل الفداء، موقوفاً على فك رقبة من حق الجناية. وجهُ الصحة : أن تعلق حق الغير بالعبد مع كونه ملكاً له لا يوجب بطلان البيع، بل يجعله فضولياً منوطاً برضا المجني عليه أو وليّه.

نعم من يقول ببطلان العقد الفضولي رأساً - حتى لو كان المبيع ملكاً للبائع، و إنما تعلق به حق الغير - قال به هنا أيضاً. و لعلّ منشأ حكم ابن إدريس بعدم جواز البيع قبل تخليص الرقبة من حق الجناية هو منع العقد الفضولي مطلقاً. و هو غير قادح بناءً على صحته و وقوفه على الإجازة كما يراه المعظم.

(١) أي : عن جواز البيع.

(٢) تقدم آنفاً وجه الأولوية المعبر عنها بـ « فضلاً ».

(٣) و هو عدم جواز بيع العبد الجاني خطأً قبل بذل الفداء.

(٤) أي : إلى بطلان كل بيع يوجب لزومه و نفوذه ذهاب حق الغير.

(٥) متعلق بـ « إستدلال » و الضمير راجع إلى حقّ المجني عليه.

(٦) أي : إبطال حق المجني عليه.

(٧) أي : مذهب شيخ الطائفة و الحلّي من بطلان بيع ملك الغير أو متعلق حقه.

فإنّ مآله إلى إنكار الوسطة بين اللزوم و البطلان، فإن صحّ البيع كان لازماً، و إن فسد لم يترتب عليه أثر. و أما الصحة المراعاة بالإجازة أو إسقاط الحق فلا يلتزم بها.



لزوم البيع و بطلانه، فإذا صحَّ البيع أبطل حقَّ الغير<sup>(١)</sup>.  
 و قد تقدّم غيرُ مرّة<sup>(٢)</sup> : أنه لا مانع من وقوع البيع مراعىً بإجازة ذي  
 الحقِّ أو سقوط<sup>(٣)</sup> حقّه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية أو أقل  
 الأمرين - على الخلاف<sup>(٤)</sup> - وقع مراعىً، فإن فداء المولى أو رضي المجنيُّ عليه  
 بضمانه فذاك<sup>(٥)</sup>، وإلا<sup>(٦)</sup> إنتزعه المجنيُّ عليه من المشتري.  
 و على هذا<sup>(٧)</sup> فلا يكون البيع موجباً لضمان البائع حقَّ المجنيُّ عليه .

(١) و حيث إنه لا يصح إبطل حق الغير لم يصح البيع، كما تقدم في دعوى  
 القائل ببطلان بيع الراهن قبل الإستئذان.

(٢) كقوله في (ص ٥١٠) : « و بالجملة : فالمستفاد من طريقة الأصحاب - بل  
 الأخبار - أن المنع عن المعاملة إذا كان لحقَّ الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي  
 الإبطل رأساً، بل إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون  
 مراجعة ذي الحق ».

و قوله في (ص ٥٥٧) : « ان المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا يقبل أن يقع  
 لازماً ... و قد عرفت أن مقتضى عدم إستقلال البائع في ماله ... وقوع بيعه مراعىً،  
 لا باطلاً ».

(٣) معطوف على « إجازة » أي : مراعى بسقوط حق ذي الحق.

(٤) تقدم في (ص ٣٩٧) التعرض لإختلاف كلمات شيخ الطائفة رحمته في أن  
 السيد لو إختار الفداء، فهل الواجب عليه دية الجناية مهما بلغت ؟ أو أقل الأمرين  
 من قيمة العبد و الدية.

(٥) أي : فصار البيع لازماً.

(٦) أي : و إن لم يبذل السيد الفداء و لم يرض المجنيُّ عليه بضمان السيد لأقل  
 الأمرين و إلزامه به، جاز للمجني عليه إنتزاع العبد الجاني من المشتري.

(٧) يعني : فعلى فرض جواز إنتزاعه من المشتري - لعدم مانع من وقوع البيع

قال في كتاب الرهن من القواعد<sup>(١)</sup>: «و لا يُجَبَّرُ السَيِّدُ عَلَى فِدَاءِ الْجَانِي وَإِنْ رَهْنَهُ أَوْ بَاعَهُ ، بَلْ يَتَسَلَّطُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>،

مراعى - لا يوجب البيعُ ضمانَ البائعِ لحقِ المجني عليه، إذ الضمان موقوف على بطلان حق المجني عليه عن العين بسبب البيع و نفوذه، و المفروض عدم لزوم البيع بمثابة يوجب سقوط حق المجني عليه عن العين، فلا ضمان على البائع بمجرد البيع، من جهة إتلاف حق المجني عليه.

(١) الظاهر أن الغرض من نقل عبارة القواعد الإستشهادُ بها على قوله : « فلا يكون البيع موجباً ل ضمان البائع حق المجني عليه » لصراحة قول العلامة رحمته : « و لا يُجَبَّرُ السَيِّدُ » في عدم إستلزام صحة بيعه و رهنه إستقرارَ حق المجني عليه على عهدة السيد، حتى لا يجوز لذي الحق إنتزاع العبد من المرتهن أو من المشتري.

(٢) حاصله : أنه لو رهن السيد عبده الجاني - بعد جنايته الموجبة لصيرورته متعلق حق الغير - فإن فكّه المولى بأداء قيمة العبد إلى المجني عليه، أو أداء الدية إليه، فلا كلام في صحة الرهن. و إن لم يفكّه - و لم يكن نفس الرهن ضماناً للفداء - تسلط المجني عليه على إنتزاع العبد الجاني من يد المرتهن لإستيفاء حقه. فإن إستوعبت الجناية قيمة العبد بطل الرهن، إذ لم يبق منه شيءٌ للسيد ليرهنه. و إن لم تستوعبها بطل الرهن في ما يقابل الجناية، كما لو كان قيمة العبد مائة دينار، و دية الجناية خمسين، فيبطل الرهن بالنسبة إلى نصف العبد و يصح في النصف الآخر.

و وجه بطلان الرهن - كلاً أو بعضاً - تقدّم حق الجناية على حق الرهانة.

(٣) حُدِّفَ هنا لفظ « عليه » أو « على العبد » المتعلق بـ « يتسلط » فكانَ العبارة هكذا « يتسلط المجني عليه عليه » أي : على العبد الجاني، لكن حُدِّفَ حذراً من تكرار كلمة « عليه ». كذا وجهه في جامع المقاصد و مفتاح الكرامة<sup>(١)</sup>.

فإن إستوعب الجناية<sup>(١)</sup> القيمة بطل الرهن ، وإلا<sup>(٢)</sup> ففي المقابل « إنتهى<sup>(٣)</sup> .  
لكن<sup>(٤)</sup> ظاهر العلامة في غير هذا المقام و غيره<sup>(٥)</sup> هو : أن البيع بنفسه  
إلتزامٌ بالفداء. ولعل وجهه<sup>(٥)</sup> : أنه يجب على المولى حيث تعلقَ بالبعد - وهو

(١) كذا في النسخ الكتاب ، و الموجود في نسخ القواعد « استوعب الأرضُ  
القيمة ».

(٢) يعني : وإن لم يستوعب الأرضُ قيمةَ العبد بطل الرهن فيما يقابل الأرض،  
و صحّ في ما لا يقابله.

(٣) غرض المصنف ﷺ بيان تضارب آراء العلامة ﷺ في أن بيع العبد الجاني أو  
رهنه إلتزام بالفداء أم لا، ففي رهن القواعد لم يجعلهما إلتزاماً به، ولكن في بيع  
القواعد تصرّحه بالإلتزام<sup>(٣)</sup>، و تقدم في ( ص ٥٦٨ ) نقل عبارة السيد العاملي ﷺ .

(٤) يعني : و غير العلامة ، كشيخ الطائفة و الشهيدين ، على ما نُسب إليهم<sup>(٣)</sup> .

(٥) أي : وجه كون نفس البيع إلتزاماً بالفداء أنه يجب ... الخ. و توضيحه : أن  
التخير بين تسليم الجاني إلى المجني عليه، و بين دفع أقل الأمرين من القيمة أو  
خصوص الدية - على الخلاف - ثابت للمولى مع إمكان العديلين له، كما هو الحال في  
الواجبات التخيرية، و أمّا مع عدمه و تعذُّر أحد العديلين يتعيّن الآخر لا محالة.

و في المقام لما تعذّر تسليمُ العين إلى المجني عليه - لأنّ وجوب الوفاء بالبيع  
أوجبَ تعذّر التسليم، فإنّ المانع الشرعي كالعقلي - فيتعيّن الفداء.

فعلني هذا ينتجه كلامُ العلامة من أن البيع إلتزام بالفداء، هذا.  
و لا يخفى أن صاحب المقابس ﷺ وجّه - بمثل ما في المتن - عتق السيد قبل

«١» قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ١١٠ و ١١١

«٢» المصدر ، ص ٢٣

«٣» مفتاح الكرامة . ج ٤ ، ص ٢٦٦ . و هو ظاهر سكوت فخر المحققين و الحق الثاني ، فلاحظ إيضاح

الفوائد . ج ١ ، ص ٤٢٨ . و جامع المقاصد ، ج ٤ ، ص ٩٧

مال من أمواله، و في يده - حق<sup>١١</sup> يتخير<sup>١٢</sup> المولى في نقله عنه إلى ذمته، أن<sup>٣</sup> يوفى حق المجني عليه، إما من العين<sup>١٤</sup> أو من ذمته. فيجب عليه إما تخليص العبد من المشتري بفسخ أو غيره<sup>١٥</sup>، وإما أن يفديه من ماله. فإذا إمتنع المشتري من رده - و المفروض عدم سلطنة البائع على أخذه قهراً، للزوم<sup>١٦</sup> الوفاء بالعقد - وجب<sup>٧</sup> عليه دفع الفداء. و يرد عليه<sup>٨</sup> :

الفداء و إلزامه به، فقال: « و بوجه آخر: انه لما كان مكلفاً بأحد الأمرين - الدفع و الفداء - و لما أعتق لم يجز له إبطاله، لوجوب الوفاء بكل عهد و عقد مطلقاً، فيتعذر الدفء، كما لو أتلفه، فتعين الآخر، و هو المطلوب »<sup>١٧</sup>.

(١) فاعلُ قوله: « تعلق ».

(٢) أي: يتخير المولى في نقل الحق عن رقبة العبد إلى ذمة نفسه لبيد الفداء.

(٣) مؤول بالمصدر، و هو فاعل قوله: « يجب » أي: على المولى أداء حق المجني عليه.

(٤) و هو العبد الجاني، و المراد بما في ذمة المولى هو كلفي الفداء الذي يلتزم به.

(٥) من إقالته، أو إبتاعه من المشتري، أو إتهابه منه، أو الصلح عليه.

(٦) تعليل لإنتفاء سلطنة البائع على إسترداد العبد - قهراً - من المشتري.

(٧) جواب الشرط في « فإذا إمتنع » و المراد بهذا الوجوب هو التعييني، من جهة تعذر عدله - و هو دفع العين إلى المجني عليه - كما عرفته آنفاً.

(٨) أي: على الوجه المتقدم بقوله: « و لعل وجهه » و حاصل الرد: أنه لا يجب على المولى أن يضمن فداء العبد الجاني قبل بيعه، لأن إشتغال ذمة السيد بالفداء إما لإقتضاء جناية العبد وجوب الفداء عليه تعييناً، و إما لكون بيعه إتلافاً.

و لم يثبت شيء منهما. أما الفداء فلم يجب على المولى تعييناً، لكونه مخيراً بينه

أنّ فداء العبد غير لازم (\*) قبل البيع، و بيعه ليس إتلافاً له (\*\*\*) حتى يتعيّن عليه الفداء<sup>(١)</sup>. و وجوب الوفاء<sup>(٢)</sup> بالبيع لا يقتضي إلاّ<sup>(٣)</sup> رفع يده، لا رفع يد الغير<sup>(٤)</sup>.

بل هذا<sup>(٥)</sup> أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذي تقدم في آخر مسألته

و بين تسليم العبد للمجني عليه. و أما الإتلاف فلا موضوع له في المقام، لعدم كون إخراج العبد عن ملك السيد تضييعاً لحقّ المجني عليه، حتى تشتغل المَهْدة بقيمة العبد. فإن قلت : إثم يجب على المولى الوفاء بالبيع شرعاً و يحرم عليه نقضه، و من المعلوم أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيكون نفسُ بيع العبد الجاني إتلافاً له على المجني عليه. فإمّا أن يبطل البيع ليتمكن ذو الحق من إستيفاء حقه، و إمّا أن يصحّ، و يلزم تعهدُ السيد بالفداء. و لما كان بيعه صحيحاً إجماعاً تعيّن كونه إلزاماً بالفداء. قلت : إن وجوب الوفاء لا يوجب تعذراً إسترقاق المجني عليه أو وليّه للجاني حتى يتعيّن لأجله وجوب الفداء على المولى، و ذلك لأنّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو حرمة رفع يده، لا رفع يد الغير، فللمجني عليه رفع اليد عن بيع المولى و إسترقاق الجاني.

(١) كما تقدم توضيحه بقولنا : « و أما الإتلاف فلا موضوع له ... الخ ».

(٢) هذا دفع دخلٍ تقدماً بقولنا : « فإن قلت ... قلت ».

(٣) كذا في النسخ ، و الظاهر سقوط لفظ « الحرمة » قبل « رفع يده ».

(٤) المراد به المجني عليه، فإنّه غير مخاطب بوجوب الوفاء ببيع مولى الجاني

حتى يحرم عليه رفع اليد.

(٥) أي : العبد الجاني، و غرضه الترقي من عدم لزوم فداء العبد قبل البيع ، إلى

(\*) لكن الوجوب التخييري كافٍ في المقصود.

(\*\*) هذا ينافي حكمهم بكون البيع بمنزلة التلف الحقيقي في كثير من الموارد

بيع العبد الجاني خطأ.....  
 الحُدْثَةُ فِي وَجوبِ الْفِكِّ عَلَى الرَّاهِنِ بَعْدَ بَيْعِهِ<sup>(١)</sup>، لِتَعْلُقِ<sup>(٢)</sup> الدِّينَ هُنَاكَ بِالذَّمَّةِ،  
 وَتَعْلُقِ الْحَقَّ هُنَا بِالْعَيْنِ، فَتَأْمَلِ<sup>(٣)</sup>.  
 ثُمَّ<sup>(٤)</sup> إِنْ الْمَصْرَحَ بِهِ فِي التَّذْكَرَةِ،

أَنْ عَدَمَ وَجوبِ فِكِّ رَقْبَتِهِ أَوْلَى مِنْ عَدَمِ لَزومِ فِكِّ الرَّهْنِ. وَجِهَ الْأَوْلَوِيَّةُ كَوْنِ مَتَعْلُقِ  
 الدِّينِ هُوَ ذِمَّةُ الرَّاهِنِ، وَكَوْنِ مَتَعْلُقِ حَقِّ الْجَنَائِيَةِ رَقْبَةُ الْجَانِيِ، يَنْتَقِلُ مَعَهُ حَيْثَمَا يَنْتَقِلُ.  
 (١) حَيْثُ قَالَ فِي (ص ٥٤٤) : « وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُ إِذَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِالْبَيْعِ  
 ... وَ أَمَا دَفْعَ حَقُوقِ الْغَيْرِ وَ سُلْطَنَتِهِ فَلَا يَجِبُ ».

(٢) فَيَجِبُ الْوَفَاءُ الَّذِي يَتَحَقَّقُ بِهِ إِفْتِكَاكُ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الْمَقَامِ، فَإِنَّ الْحَقَّ تَعْلُقُ  
 بِنَفْسِ الْعَيْنِ لَا بِذِمَّةِ الْمَوْلَى حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْوَفَاءُ لِيتَحَقَّقَ بِهِ الْإِفْتِكَاكُ.  
 (٣) لَعَلَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَنَعِ الْأَوْلَوِيَّةِ، حَيْثُ إِنَّ الدِّينَ وَ إِنْ كَانَ مَتَعْلُقاً بِالذَّمَّةِ، لَكِنَّ  
 حَقَّ الْإِسْتِيفَاءِ لِلدَّائِنِ تَعْلُقَ بِالْعَيْنِ، فَتَكُونُ الْعَيْنُ الْمَرْهُونَةَ كَالْعَبْدِ الْجَانِيِ أَيْضاً مَتَعْلُقَةً  
 لِلْحَقِّ.

أَوْ إِشَارَةٌ إِلَى : كَوْنِ الْبَيْعِ بِمَنْزِلَةِ التَّلْفِ مُوجِباً لِتَعْيِينِ الْفِدَاءِ عَلَى الْمَوْلَى.  
 أَوْ إِشَارَةٌ إِلَى : سَائِرِ الْوُجُوهِ الْمُحْتَمَلَةِ.

(٤) هَذَا مِنْ فُرُوعِ الْمَسْأَلَةِ، وَ هُوَ أَنَّهُ لَوْ أَقْدَمَ الْمُشْتَرِي عَلَى بَذْلِ الْفِدَاءِ إِلَى الْمُجْنِيِ  
 عَلَيْهِ تَخْلِيصاً لِلْعَبْدِ مِنَ الْإِسْتِرْقَاقِ وَ الْبَيْعِ، فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ إِسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ،  
 وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ فَلَا.

هَذَا لَوْ لَمْ يَقْصِدِ التَّبَرُّعَ، فَلَوْ قَصَدَهُ فَأَوْلَى بِعَدَمِ الرَّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ.

قَالَ الْعَلَمَةُ رحمته الله : « وَ لَوْ إِخْتَارَ الْمُشْتَرِي الْفِدَاءَ، فَلَهُ، وَ الْبَيْعُ بِجَاهِهِ، لِقِيَامِهِ مَقَامَ  
 الْبَائِعِ فِي التَّخْيِيرِ. وَ حَكْمُهُ فِي الرَّجُوعِ فِيمَا فِدَاهُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ حَكْمُ قَضَاءِ الدِّينِ  
 عَنْهُ »<sup>(١)</sup>.

و المحكي عن غيرها<sup>(١)</sup>: «أن للمشتري فكّ العبد. و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه<sup>(٢)</sup>».

---

(١) قال المحقق الشوشتری رحمته الله: «و قال في التحرير : يرجع به عليه مع الإذن خاصة، و به نصّ في المسالك»<sup>(١)</sup>.

(٢) من التفصيل بين كون الأداء بإذن من عليه الحق، فيرجع، و بين عدم كونه بإذنه - سوا قصد التبرع - أم لا. قال العلامة رحمته الله: «و من أدّى دين غيره من غير ضمان و لا إذن لم يرجع، و إن أدّاه بإذنه بشرط الرجوع، رجّع»<sup>(٢)</sup>.  
هذا تمام الكلام في بيع العبد الجاني، و به تمّ الكلام في إشتراط العوضين بكونهما طلقاً.

## مسألة

الثالث<sup>(١)</sup> من شروط العوضين : القدرة على التسليم<sup>(٢)</sup>.

---

### القدرة على التسليم

(١) و الشرطان الأولان هما المالية و الملكية. و أما الطلقة فمما يعتبر في الملك، فهي شرط الشرط.

(٢) أي : كون تسليم العوضين مقدوراً للمتبايعين حال العقد - عند الإطلاق و عدم تقييد القبض و تأخيره إلى مدة - كما يعتبر كونهما معلومين لهما كذلك، فلو كان البائع قادراً على التسليم حين تحقق العقد و طرأ العجز عنه بعده ثبت الخيار للمشتري.

و عليه فتعذر التسليم المانع عن الصحة هو المتحقق حين حدوث العقد، و الموجب للخيار هو المتجدد بعده.

ثم إنَّ عَدَّ القدرة على التسليم و التسلم من شرائط العوضين - مع أن القدرة عليهما كالعلم بهما من صفات المتعاقدين - لعلَّه من جهة غلبة كون العجز لقصور في العين كالحمام الطائر من قفصه و لا يرجى عوده إليه، و السمكة الواقعة في النهر بعد صيدها، و العبد الآبق، و الجمل الشارد، و نحوها.

فلو كان العجز لقصور في المتعاقدين - كما لو تعاوضا على عينٍ معيَّنة و هما في سجنٍ لا يُرجى إطلاقهما منه - لم يكن مانعاً عن صحة البيع من هذه الحثيثة.



فإن الظاهر الإجماع على إشتراطها في الجملة<sup>(١)</sup>، كما في جامع المقاصد<sup>(٢)</sup>،  
و في التذكرة: «أته إجماع»<sup>(٣)</sup>. و في المبسوط: «الإجماع على عدم جواز بيع  
السك في الماء، و لا الطير في الهواء»<sup>(٤)</sup>.

و عن الغنية «أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه  
تحفظاً مما لا يمكن فيه<sup>(٥)</sup> ذلك<sup>(٦)</sup>، كالسك في الماء، و الطير في الهواء، فإن ما هذه

(١) أي: على وجه الإيجاب الجزئي، فلا يرد عليه بخروج بيع العبد الآبق مع  
الضمانة الذي أذعي الإتفاق على جوازه مع عدم القدرة على تسليمه.

ثم إن دعوى الإجماع مبنية على عدم قح خلاف الفاضل القطيفي المنكر  
لشرطية القدرة على التسليم و التسلم مع علم المشتري بالحال و رضاه بذلك.

(٢) يعني: أن المحقق الثاني رحمته الله إدعى الإجماع في الجملة على إشتراط القدرة  
على التسليم، حيث قال: «فيمكن أن يقال: إشتراط القدرة على التسليم في الجملة  
... للإجماع على إشتراط هذا الشرط»<sup>(١)</sup>.

(٣) قال فيها: «و هو إجماع في صحة البيع»<sup>(٢)</sup>.

(٤) كذا في المبسوط، و لكن الظاهر أن البطلان لإنتفاء الملك قبل الحيازة.  
و الأولى للإستشهاد - على إشتراط التمكن من التسليم - هو قوله رحمته الله: «إذا باع  
طيراً في الهواء قبل إصطياده لم يجوز، لأنه بيع ما لا يملكه و لا يقدر على تسليمه. و إن  
كان إصطاده و ملكه ثم طارَ من يده لم يجوز بيعه، لأنه لا يقدر على تسليمه»<sup>(٣)</sup>.

(٥) الضمير راجع إلى الموصول المراد به المعقود عليه.

(٦) أي: أن يكون مقدوراً عليه، و المقصود القدرة على تسليمه للمشتري.

«١» جامع المقاصد، ج ٤، ص ١٠١

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٤٨

«٣» المبسوط، ج ٢، ص ١٥٧

حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف<sup>(١)</sup> «<sup>١</sup>».

و إستدل<sup>(٢)</sup> في التذكرة على ذلك ، بأنه : « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »  
و هذا غرر<sup>(٣)</sup>.

(١) هذه الكلمة هي مقصود المصنف ﷺ من نقل عبارة الغنية.

و المتحصل من هذه الكلمات تظافر دعوى الإجماع على إعتبار القدرة على التسليم، و سيأتي التعرض لسائر ما إستدل به على الحكم.

(٢) الإستدلال بهذا النبوي على بطلان بيع ما لا قدرة على تسليمه منوط

بمقدمات ثلاث :

الأولى : إحراز صدور الخبر منه ﷺ ، و ظاهر تعبير العلامة في التذكرة بـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » ذلك، بل في المصباح - و نقله في الجواهر بلفظ قيل - : « و قد أجمع عليه المؤلف و المخالف، القائل بحجية خبر الواحد و غيره، كالسيد المرتضى و إبن زهرة و إدريس »<sup>(٣)</sup>.

الثانية : إقتضاء النهي عن بيع الغرر للفساد، لا مجرد الحرمة تكليفاً غير المنافية للصحة. و قد إدعى فخر المحققين ﷺ الإجماع عليه، لقوله في بيع المجهول : « فيدخل تحت النهي عن بيع الغرر، الذي يدل على الفساد إجماعاً »<sup>(٤)</sup>.

الثالثة : صفوية العجز عن التسليم للغرر. و هي ثابتة بوجهين :

أحدهما : إستدلال كثير من الفقهاء بالنبوي على حكم بيع مثل السمك في الماء، لظهوره في إحراز غررية بيع ما لا قدرة على تسليمه، و كونه خطرياً.

ثانيهما : أن معنى الغرر « عمل ما لا يؤمن معه من الضرر » كما في المرسل

«١» الغنية ، ص ٢١١ ، و الحاكي عنه العلامة الطباطبائي في المصباح ( منخطوط )

«٢» تذكرة الفقهاء ، ج ١٠ ، ص ٤٨

«٣» جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٣٨٦

«٤» إيضاح الفوائد ، ج ١ ، ص ٤٣٠

و النهي<sup>(١)</sup> هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر<sup>(٢)</sup> المصرّح به في موضع من الإيضاح، وإشتهار<sup>(٣)</sup> الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله.  
 أمّا كون ما نحن فيه غرراً<sup>(٤)</sup> فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة، حيث مثّلوا للغرر ببيع<sup>(٥)</sup> السمك في الماء والطير في الهواء،

عن أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين. وما ذكره أهل اللغة في معنى هذه الكلمة صادق على بيع غير المقدور تسليمه، وسيأتي في المتن نقل كلمات جماعة من اللغويين.

و بناءً على هذه المقدمات يتجه الإستدلال بالخبر على إعتبار القدرة على تسليم العوضين.

(١) هذا إشارة إلى كبرى إستلزام النهي عن المعاملة للفساد، كما تقدم في المقدمة الثانية.

(٢) يعني: أن الظاهر إنعقاد الإجماع على الإستلزام، وإن كان هذا الإجماع مصرّحاً به في الإيضاح كما تقدم آنفاً.

(٣) هذا إشارة إلى المقدمة الأولى، وهي أصالة الصدور، ومقصوده أن الخبر المرسل ينجرّ ضعفه بشهرته عندنا، والمفروض أن هذا النبوي مما رواه الفريقان، كما في المستند<sup>(١)</sup>، فلا يقصر عن الخبر الواحد الموثوق صدوره عن المعصوم عليه السلام. و وصفه في الجواهر بأنه مشهور معتبر متلقّى بالقبول<sup>(٢)</sup>.

(٤) هذا في مقام إثبات الصغرى، وهي كون غير مقدور التسليم من موارد الغرر، و تقدم آنفاً في المقدمة الثالثة.

(٥) التمثيل بهما ناظر إلى جهة عدم القدرة، فإنّ الخطر نشأ منه، فلا يرد عليه « بأنّ بيعهما إن كان قبل حيازتهما فلا يصح لعدم الملكية ».

«١» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٣٢٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٨٦

مع أن<sup>١١</sup> معنى الفرر<sup>١٢</sup> - على ما ذكره أكثر أهل اللغة - صادق عليه، و المروي<sup>١٣</sup> عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أتم عمل ما لا يؤمن معه من الغرور<sup>١٤</sup> [الضرر]»<sup>١٥</sup>.  
 و<sup>١٥</sup> في الصحاح: «الغرة: الغفلة، والغار: الغافل، وأغرّه، أي أتاه على

و يمكن أن يقال: إنَّ بيعهما يكون بعد الحيازة و فرارهما، فلا يرد عليه ما ذكر من عدم الصحة لعدم الملكية.

(١) غرضه توكل أن تمثيل الفقهاء و أهل اللغة ببيع السمك في الماء إتما هو لصدق معنى «الفرر» اللغوي عليه، لا لخصوصية في المثالين.  
 (٢) المراد بهذا المعنى هو الخطر، فإنَّ بيع السمك في الماء و الطير في الهواء خطري.

(٣) يعني: و مع أن المروي ... الخ. أمّا صدق المروي عنه عليه الصلاة و السلام على بيعهما فهو في غاية الوضوح.

(٤) كذا صُحِّحت في نسختنا، و هو موافق لما في الطبعة الحجرية من الجواهر (ص ٨٥) و لكن الموجود في الطبعة الأخيرة في النجف الأشرف - وفقاً لما في المصاييح - كلمة «الفرر» و لم نقف على ما في المتن من كلمة «الضرر».  
 (٥) هذا مكان الفاء لا الواو كما لا يخفى.

و كيف كان فما يستفاد من كلام أهل اللغة في معنى الفرر - مع الإدغام و بدونه - ثلاثة معانٍ: الغفلة، و الخدعة، و الخطر. و المناسب من هذه المعاني للنبوي المذكور هو الخديعة، لأنَّ النهي يقتضي مقدورية متعلقه، و الغفلة و الخطر بمعنى الهلاك - اللذان هما معنيان لفرّاً لازماً لا متعدياً - لا يتعلّق بهما النهي.  
 فالمتعين كون الفرر في النبوي بمعنى الخديعة. و لا ينافي ذلك في ما كلام

«١» لم نجد هذه الرواية في جوامع الأخبار و لا فيما بأيدينا من كتب القدماء الفقهية، و نسبها صاحب الجواهر توكل إلى ابن أبي المكارم الفهمي، فلاحظ ج ٢٢، ص ٣٨٧ و نحوه في المصاييح للسيد الطباطبائي (مخطوط)

غِرَّةٌ منه، و إغترَّ بالشيء، أي: خدع به، و الغرر: الخطر، و نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، و هو<sup>١</sup> مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء ... إلى أن قال<sup>٢</sup>: « و التغرير: حملُ النفس على الغرر » إنتهى<sup>٣</sup>.

و عن القاموس ما ملخصه: « غرّة غراً و غروراً و غِرّة - بالكسر - فهو مغرور و غرير - كأمير - : خَدَعَهُ و أطعمه في الباطل<sup>٤</sup> [ بالباطل ] ... إلى أن قال<sup>٥</sup>: « غرّ بنفسه تغريراً و تغرّة: أي عرضها للهلكة، و الإسم: القَرَرَ محرّكةٌ ... إلى أن قال: و الغارّ الغافل، و إغترّ: غَفَلَ، و الإسم: الغِرّة بالكسر » إنتهى<sup>٦</sup>.

و عن النهاية - بعد تفسير الغِرّة بالكسر بالغفلة - « أنه نهى عن بيع الغرر، و هو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري، و باطن مجهول. و قال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدّة و لا ثقة<sup>٧</sup>، و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط

اللغويين من التمثيل لبيع الغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء، لصدق الخديعة عليهما، فإنّ الخدعة تناسب ما ذكره في كلماتهم من أنّ الغرر هو « ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه » أو « تُوهم حسن ما هو قبيح واقعاً ».

(١) أي: و بيع الغرر يكون مثل بيع السمك في الماء.

(٢) أي: قال صاحبُ الصّحاح.

(٣) كذا في نسختنا، و في المصدر و بعض نسخ الكتاب « بالباطل ».

(٤) الضمير الفاعل المستتر هنا و في « قال » الآتي راجع إلى صاحب القاموس.

(٥) يعني: أنّ العنوان الجامع للبيوع الغررية المنهي عنها شرعاً هو عدم تعهد

البائع بمحصول المبيع فسي يد المشتري، و عدم وثوقه بالحصول، و أظهر الأمثلة بيع

«١» الصّحاح، ج ٢، ص ٧٦٨ - ٧٦٩، مادة « غرر »

«٢» القاموس المحيط، ج ٢، ص ١٠٠ - ١٠١، مادة « غرر »

بكنهها المتبايعان من كل مجهول. و قد تكرر<sup>١</sup> في الحديث. و منه حديث مطرف : إن لي نفساً واحدة، و إني لأكره أن أغرر بها، أي : أحملها على غير ثقة، و به<sup>٢</sup> سُمي الشيطان غروراً، لأنه يحمل الإنسان على محابته، و وراء ذلك<sup>٣</sup> ما يسوؤه « إنتهى »<sup>٤</sup>.

و قد حُكي أيضاً<sup>٥</sup> عن الأساس و المصباح و المغرب و الجمل و الجمع :

السّمك في الماء. و يشمل عنوان « بيع الغرر » بيع المجهول، و هو ما لا إحاطة للمتبايعين بكنهه و حقيقته.

١) غرض الأزهري إقامة الشاهد على أن بيع الغرر « ما كان على غير عهدة و لا ثقة »، و يكون معنى جملة « لأكره أن أغرر بها » كراهة حمل النفس على ما تُحب و تشتتهي، مع عدم الأمن من وقوعها في ما يسوؤها و يضرُّ بها.

٢) أي : بسبب أن الغرر هو حمل الإنسان على محابته - في هذه النشأة الفانية - سُمي الشيطان غروراً.

٣) أي : وراء المحاب و المشتبهات - التي تغرّر الإنسان بها - ما يسوؤه.

٤) يعني : كما حُكي عن الصحاح و النهاية. و الحاكي عن الجمع صاحب المصايح و الجواهر، ففي الجواهر : « و الغرر فيه - أي في الحديث - الخطر، قاله في الصحاح و المصباح و الأساس و المغرب و الجمل ، يقال : هو على غرر، أي : على خطر » إلى أن قال : « و الظاهر أن المراد بالمجهول ما يعمّ مجهول الأصل، و مجهول الحصول، فيوافق ما تقدّم في الصحاح و الجمل و المغرب و جمع البحرين من تمثيل بيع الغرر ببيع السمك في الماء، و الطير في الهواء، و هو نصُّ في المدعى »<sup>٦</sup>.

و المقصود من نقل عبارة الجواهر الإشارة إلى أن تفسير الغرر بالخطر غير

«١» النهاية (لابن أثير) ج ٣، ص ٣٥٥ - ٣٥٦. مادة « غرر »

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٨٦ - ٣٨٧

تفسير الغرر بالخطر<sup>(١)</sup>، ممثلاً<sup>(٢)</sup> له في الثلاثة الأخيرة<sup>(٣)</sup> ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

و في التذكرة<sup>(٤)</sup> : « أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين ». و مراده من التفسير التوضيح بالمثال<sup>(٥)</sup> . و ليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير<sup>(٦)</sup> ، كما يظهر بالتأمل.

مصرح به في مجمع البحرين، و لكن يستفاد منه ذلك كما إستفاده صاحب الجواهر<sup>(٧)</sup> ، و حكاها المصنف عنه، و لو نوقش في الإستظهار فالعهدة على الحاكي لا على الماتن. و الأمر سهل.

(١) حال من « تفسير » أي : أن تفسير الغرر بالخطر مقترن بمثال ببيع السمك في الماء.

(٢) و هي المغرب للمطرزي، و الجمل لابن فارس، و المجمع للعلامة الطريحي<sup>(٨)</sup>.

(٣) عبارة التذكرة : « و فسّر بأنه ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء »<sup>(٩)</sup>.

(٤) كما في المصاييح و الجواهر أيضاً، لقوله : « و هو محمول على التمثيل ».

و غرض المصنف<sup>(١٠)</sup> : أن اللغويين لم يُحدِّدوا مفهوم الغرر بذكر المثالين، بل مقصودهم توضيح المفهوم ببيان المثال و ذكر المصداق ، فيمكن أن يصدق مفهوم الغرر على غير المثالين لسعته.

(٥) مراده بهذا التفسير هو الخطر. و وجه التنافي بين ما نقله العلامة<sup>(١١)</sup> من تفسير الغرر في اللغة بالمثالين بأن يكون معناه الخطر، و بين ما في النهاية من كون

(١) لاحظ : أساس البلاغة للزمخشري . ص ٣٢٢ : المصباح المنير للفيومي . ص ٤٤٥ : المغرب للمطرزي .

ص ٣٣٨ : جمل اللغة لابن فارس . ص ٥٢٢ : مجمع البحرين . ج ٣ . ص ٤٢٣

(٢) تذكرة الفقهاء . ج ١٠ . ص ٥١

و بالجملته : فالكلُّ متفقون<sup>(١)</sup> على أخذ « الجهالة » في معنى الغرر، سواء تعلّق الجهل بأصل وجوده ، أم بمحصوله في يد مَنْ إنتقل إليه ، أم بصفاته كماً وكيفاً<sup>(٢)</sup>.

و ربما يقال<sup>(٣)</sup> : إنّ المنساق من الغرر المنهي عنه : الخطر ، من حيث الجهل

الغرر « ما فيه ظاهر غار و باطن مجهول » هو : عدم صدق الغرر على بيع الطير في الهواء، إذ ليس فيه ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول مغترّ به، بل باطنه غير خفي على المشتري كظاهره. مع صدق المعنى المعروف - و هو الخطر - لعدم العلم بمحصول الطير في يد المشتري . و عليه فلا جامع بين المعنيين.

و وجه دفع التنافي : أن التمثيل ببيع الطير و السمك لأجل توضيح معنى الغرر، و لا إختلاف بين التفسيرين، و ذلك لظهور بيع الطير في الهواء في قدرة البائع على التسليم، فإذا ظهر عدمها صدق عليه : أن ظاهره غارّ و باطنه مجهول، فيغتر المشتري بإقدامه على الشراء مع عدم حصول المبيع في يده. و بهذا يظهر وحدة المراد من التفسيرين.

قال في الجواهر بعد نقل عبارة النهاية : « و الظاهر أن المراد بالمجهول ما يعم مجهول الأصل و مجهول الحصول ».

(١) يعني : أن « الجهالة » تستفاد من تعبيرهم تارةً بـ « ما له ظاهر غارّ، و باطن مجهول » كما عن النهاية، و أخرى بـ « عدم الثقة » كتعريف الأزهرى، و ثالثة بـ « الخطر الذي لا يوثق بالأمن منه » فلاحظ.

(٢) فيدل النبوي على إشتراط العلم بالعوضين كماً و كيفاً فيما كان للعلم بالصفات دخلاً في المالية.

(٣) القائل صاحب الجواهر، و غرضه الخدشة في دلالة النبوي ﷺ على فساد بيع ما لا قدرة على تسليمه، و محصل ما أفاده ﷺ : أن « الغرر » المنهي عنه و إن كان مطلقاً شاملاً لكلّ من الجهل بأصل حصول العين و الجهل بصفاتها، إلاّ أنّه



بصفات المبيع<sup>(١)</sup> و مقداره<sup>(٢)</sup>، لا مطلق<sup>(٣)</sup> الخطر الشامل لتسليمه و عدمه، ضرورة<sup>(٤)</sup> حصوله في بيع كل<sup>(٥)</sup> غائب، خصوصاً<sup>(٦)</sup> إذا كان في بحر و نحوه<sup>(٧)</sup>، بل هو<sup>(٨)</sup>

لا بدّ من تقييد كلام اللغويين بخصوص الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل للتسليم و عدمه، لإنتقاضه بموارد يكون أصل الحصول مشكوكاً فيه فيها و مع ذلك يجوز البيع، كالمال الغائب، خصوصاً إذا كان في البحر أو الطريق المخوف مثلاً، و كالثمار و الزرع مع جواز بيعهما. فلو كان الجهل عامّاً لأصل الحصول لم يكن البيع في هذه الموارد جائزاً أصلاً، مع جوازه الكاشف عن عدم الخطر في بيع المجهول حاله من جهة التسليم و التسلم. خصوصاً مع جبر الخطر المحتمل بخيار المشتري لو تعذر التسليم.

و عليه فالغرر المنهي عنه لا يشمل الجهل بأصل الحصول كبيع الطير في الهواء أو السمك في الماء.

(١) نظير شراء مقدار معلوم من حنطة غير مرثية، مع الجهل ببعض الصفات الدخيلة في المالية.

(٢) كشراء صبرة من حنطة مجهولة الوزن و الكمّ.

(٣) معطوف على «الخطر من حيث...» و ضمير «تسليمه» راجع إلى المبيع.

(٤) تحليل لكون المنساق من الغرر المنهي عنه هو الجهل بالمبيع كمّاً أو كيفاً.

لا ما يعم الجهل بالتسليم.

(٥) أي: حصول الخطر في بيع كل مبيع غائب عن مجلس البيع أو عن بلد العقد.

(٦) وجه الخصوصية: أن الخطر في تسليم المتاع المجهول في السفينة الجارية في

اللّجة أعظم من الخطر في تسليم المبيع الموجود في مكان قريب من مجلس المعاملة،

كما إذا دنت القافلة من البلد، أو إقتربت السفينة من الساحل.

(٧) من الطرق التي يشتد خوف التلف و السرقة فيها كالجبال و الفلوات.

(٨) أي: بل الجهل بالتسليم يكون أوضح شيء في بيع الثمار بعد بدوّ

أوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.  
 و الحاصل<sup>(١)</sup> : أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال  
 بالنسبة<sup>(٢)</sup> إلى التسلم و عدمه ، خصوصاً بعد جبره<sup>(٣)</sup> بالخيار لو تعذر<sup>(٤)</sup> .  
 و فيه<sup>(٥)</sup> : أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل

صلاحها، و بيع الزرع قبل الحصاد و بعده، لإحتمال إصابة آفةٍ بهما، فيعجز البائع عن  
 التسليم. و كذا الحال في غيرها من المنتجات المبيعة حالاً أو سلفاً.

فلو كان بيع مجهول الحال - من جهة التسليم - ممنوعاً لأجل الفرر، لزم الحكم  
 بالبطان، مع جواز بيعها قطعاً للكاشف عن عدم صدق الفرر.

(١) هذا من كلام الجواهر أيضاً، أفاده بعد نقل النبوي المروي في الدعائم.

(٢) يعني : يكون متعلق الجهل هو إمكان التسلم و عدمه، فلا جهل في  
 خصوصيات المبيع و صفاته كمّاً و كيفاً.

(٣) أي : جبر الخطر الموجود في بيع مجهول الحال. و وجه خصوصية جواز بيعه  
 عدم تضرر المشتري أصلاً ، لتمكنه من الفسخ بتعذر التسليم.

(٤) ناقش المصنف رحمته في كلام الجواهر بوجهين :

الأول : أنه لا وجه لكون الفرر المنهي عنه محتصاً بالخطر الناشئ من الجهل  
 بصفات المبيع كمّاً أو كيفاً، مع وضوح أن الخطر المترتب على جهالة الحصول أعظم  
 مما يترتب على الجهل بالأوصاف. فالتهي عن الفرر من ناحية الوصف يستلزم  
 - بالأولوية - النهي عن بيع ما لا قدرة على تسليمه، فيثبت إطلاق « الفرر » لكل  
 من الجهل بأصل الحصول و بالصفة.

فإن قلت : يمكن منع الإطلاق، لإختصاص الفرر - لغةً - بالجهل بالصفات،  
 فهو المنهي عنه ، دون الجهل بأصل الحصول ، فيبقى بيع ما لا قدرة على تسليمه

بصفاته<sup>(١)</sup> مع العلم بمحصله<sup>(٢)</sup>. فلا وجه<sup>(٣)</sup> لتقييد كلام أهل اللغة، خصوصاً<sup>(٤)</sup> بعد

مندرجاً في عمومات الصحة كحلية البيع و التجارة عن تراض، و وجوب الوفاء بالعقود.

قلت : لا وجه لرفع اليد عن إطلاق « الخطر » الذي فُسِّرَ به الغرر، لتوقف رفع اليد عن أصالة الإطلاق - المعول عليها عرفاً - على قرينة، و هي مفقودة. بل القرينة على شمول « الخطر » لكل من الجهل بالحصول و بالصفة موجودة في كلمات اللغويين، و هي التمثيل لما لا قدرة على تسليمه ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

و احتمال أن يكون التمثيل بهما لإعتبار العلم بالمبيع صفةً، مندفعٌ بإشتهار ذكرهما في كلمات الفقهاء مثلاً للعجز عن التسليم.

و المحاصل : أنه لا موجب لجعل الغرر المنهي عنه مختصاً بالجهل بالصفات كما أفاده صاحبُ الجواهر رحمته.

الثاني : أنَّ الفريقين استدلوا بالنبوي المتقدم على إعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من عبارة الإنتصار، و من المعلوم منافاة استدلالهم لدعوى إختصاص الغرر فيه بالجهل بمقدار المبيع. فلو سلّم ظهور النبوي في النهي عن خصوص الجهل بالصفات - كما إدعاه في الجواهر - كان ساقطاً من جهة إعراض الجميع عنه، إذ لا فرق في كونه موهناً بين السند و الدلالة.

(١) هذا الضمير و ضمير « بمحصله » راجعان إلى المبيع.

(٢) الذي إدعاه صاحب الجواهر رحمته بقوله : « ان المنساق من الغرر المنهي عنه

... الخ ».

(٣) هذا متفرع على إطلاق الغرر لكلا القسمين من الجهل بالحصول، و الجهل بالمقدار، و ليس متفرعاً على كون الغرر من ناحية الحصول أعظم منه من ناحية الجهل بالصفات.

(٤) وجه الخصوصية : أن التمثيل يوجب صيرورة اللفظ كالنص في المثال أعني

تمثيلهم بالمثاليين المذكورين.

و احتمال<sup>١</sup> إرادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه<sup>٢</sup> ملاحظة إشتهار التمثيل بهما (\*) في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم، لا للجهالة بالصفات، هذا.

مضافاً إلى<sup>٣</sup>: إستدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوي المذكور على<sup>٤</sup> إعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من الإنتصار، حيث قال فيما حكى عنه: « و تما إنفردت به الإمامية: القولُ بجواز شراء العبد الآبق مع

به الجهل بالحصول. فكأن المفهوم من لفظ « الغرر » هو مورد المثال، أو القدر المتيقن منه، على تقدير الإطلاق.

(١) الغرض من الإحتمال منع قول المصنف: « خصوصاً » وجه المنع: أن المثاليين أجنبيان عن كون منشأ الغرر و الخطر الجهل بالحصول، وإنما ذكرهما اللغويون مثلاً للجهل بالمقدار، فنتجه مختار صاحب الجواهر رحمته.

(٢) خبرُ قوله: « و إحتمال » و تقدم توضيح المطلب بقولنا: « و إحتمال أن يكون التمثيل بهما ... مندفع بإشتهار ... ».

(٣) هذا وجه آخر للمناقشة في كلام الجواهر، و تقدم بقولنا: « الثاني: أن فقهاء الفريقين إستدلوا ... ».

(٤) متعلق بـ « إستدلال ».

(\*) هذا الاشتهار بين الفقهاء لا يدفع الإحتمال المذكور، إلا أن يكون تمثيلهم بهما لقريئة ظفروا بها في كلام اللغويين.

لكن هذا مجرد إحتمال، و لا يكفي في دفع الإحتمال.

نعم يمكن أن يدعى انسباق الجهل بأصل الحصول من التمثيل بهما في كلام كل من مثل بهما سواء أكان لغوياً أم فقيهاً، هذا.

الضميمة [ و لا يشتري<sup>(١)</sup> وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري<sup>(٢)</sup> ]  
 و خالف باقي الفقهاء في ذلك<sup>(٣)</sup>، و ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل  
 حال ... إلى أن قال : و يعوّل مخالفونا في منع بيعه على أنه بيع غرر، و أن  
 نبينا ﷺ نهى عن بيع الغرر<sup>(٤)</sup> ... إلى أن قال : و هذا<sup>(٥)</sup> ليس بصحيح ، لأن  
 البيع يُخرجه عن أن يكون غرراً : إنضمام [ لإنضمام ]<sup>(٦)</sup> غيره إليه « إنتهى » .  
 و هو<sup>(٧)</sup> صريح في إستدلال جميع العامة بالنبوي على إشتراط القدرة على  
 التسليم . و الظاهر إتفاق أصحابنا - أيضاً<sup>(٨)</sup> - على الإستدلال به له ، كما يظهر

(١) هذه الجملة إلى قوله: « المشتري » لم تكن في نسختنا، و إنما أثبتناها عن  
 نسخة أخرى، كما في الإنتصار.

(٢) يعني : يكفي في صحة البيع قدرة المشتري على التسلم و إن كان البائع  
 عاجزاً عن التسليم.

(٣) أي : في جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة.

(٤) هذه الجملة تشهد بأمرين، أحدهما : عمل المخالفين بالنبوي، و ثانيهما :  
 دلالته على فساد بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه، و هو المقصود من نقل عبارة  
 الإنتصار.

(٥) أي : مذهب المخالفين - من منع بيع الآبق مع الضميمة - ليس بصحيح.

(٦) كذا في نسختنا و المصدر، و الأولى ما في بعض النسخ من « إنضمام »  
 ليكون فاعلاً لـ « يُخرجه » .

(٧) أي : ما حكى عن السيد في الإنتصار صريح، لقوله: « و يعوّل مخالفونا » .

(٨) أي : كالمخالفين ، و غرضه من هذه الجملة إثبات ما إدعاه بقوله: « مضافاً  
 إلى إستدلال الفريقين ... » و تقدم في (ص ٥٨١) ما نقله صاحب الجواهر عن

للمتبع، و سيجيء في عبارة الشهيد التصريح به<sup>(١)</sup>.

و كيف كان<sup>(٢)</sup> ، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة و لا العرف ، و لا كلمات أهل الشرع .

و ما أبعد ما بينه<sup>(٣)</sup> و بين ما عن قواعد الشهيد عليه السلام ، حيث قال : « الفرر لغة : ما كان له ظاهر محبوب و باطنٌ مكروه . قاله بعضهم<sup>(٤)</sup> . »

المصايح من إجماع المؤلف و المخالف على هذا النبوي، و إستدلالهم به لإعتبار القدرة على التسليم.

(١) أي : يكون الفرر شرعاً عدم القدرة على التسليم، لقوله بعد أسطر : « و شرعاً هو جهل الحصول » و قوله أيضاً : « و يتعلق الفرر و الجهل ... و تارة بالحصول ... » .

(٢) يعني : سواء ثبت إستدلالُ الجميع بالنبوي على شرطية القدرة على التسليم، أم لم يثبت، فدعوى الإختصاص بالجهل بالمقدار ممنوعة.

(٣) أي : ما بين تقييد الفرر بالجهل بالمقدار - كما تقدم عن الجواهر - و بين ما عن الشهيد عليه السلام . و وجه كمال البعد بينهما كون كلام الشهيد مقابلاً لكلام الجواهر، حيث إنَّ الشهيد خصَّ الفرر شرعاً بالجهل بأصل الحصول دون الجهل بغيره من الصفات، و صاحب الجواهر خصَّ الفرر بالجهل بالصفات دون الجهل بأصل الحصول. ثمَّ إنَّ الشهيد عليه السلام نبّه في كلامه على أمور ثلاثة :

أحدها : معنى الفرر في مصطلح الشرع.

ثانيها : النسبة بينه و بين معناه اللغوي.

ثالثها : عدّة موارد من الجهل بالعوضين، سواء قيل ببطلان العقد فيها أم لا.

(٤) أي : بعض اللغويين، و تقدم هذا التفسير عن ابن الأثير، فراجع (ص ٥٨٤).

و قيل : إن المراد بالبعض هو القاضي عياض.

و منه <sup>(١)</sup> قوله تعالى : متاع الغرور، و شرعاً <sup>(٢)</sup> هو جهل الحصول . و أما المجهول المعلوم الحصول و مجهول الصفة <sup>(٣)</sup> فليس غرراً. و بينهما <sup>(٤)</sup> عموم و خصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل <sup>(٥)</sup> في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل، أو وُصِفَ الآن <sup>(٦)</sup> . و وجود <sup>(٧)</sup> الجهل بدون الغرر في المكيل

(١) أي : و من الغرر - بمعناه اللغوي - قوله تعالى ... الخ.

(٢) ظاهره كون جهل الحصول مصطلحاً شرعياً للغرر، و هذا يناق في ما تقدم عن الجواهر من عدم صدق الغرر على ما لا قدرة على تسليمه.

(٣) خلافاً لما في الجواهر من تعيّن الغرر في مجهول المقدار.

(٤) أي : بين الغرر الشرعي و بين الجهل بالصفة عموم من وجه، لتصادقهما على العبد الآبق المجهول الصفة، و تفارقهما في موردين :

أحدهما : العبد الآبق المعلوم الصفة، لصدق الغرر الشرعي عليه دون الجهل بالصفة.

و ثانيهما : المتاع المقدر بالكيل أو الوزن أو العدّ، مع عدم إعتباره بشيء منها بعد، لصدق « الجهل » عليه دون الغرر، لحصوله و القدرة على تسليمه حسب الفرض. و بالجملة : فعلى ما أفاده الشهيد رحمته الله من إختصاص الغرر بالجهل بأصل الحصول لا يستقيم الإستدلال بالنبوي لإعتبار معرفة العوضين كمّاً و كيفاً، بل يختص بالقدرة على التسليم.

(٥) هذا مورد الإفتراق من جهة صدق الجهل بالحصول، مع العلم بالوصف، لكونه مشاهداً سابقاً، أو موصوفاً في زمان إباقه بما يُخرجه عن كونه مجهولاً كمّاً أو كيفاً.

(٦) كذا في النسخ، و في القواعد : « أو بالوصف الآن » في قبال العلم بوصفه سابقاً على العقد.

(٧) معطوف على « وجود الغرر » و هذا مورد الإفتراق من ناحية عدم صدق

والموزون والمعدود إذا لم يُعتبر. وقد يُتوغل في الجهالة، كحجر لا يُدرى أذهب، أم فضة، أم نحاس، أم صخر<sup>(١)</sup>. و يوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفة<sup>(٢)</sup>.

### و يتعلّق<sup>(٣)</sup> الغرر و الجهل

الغرر الشرعي - للعلم بالحصول - مع كونه مجهول المقدار و الوصف. و المذكور في العبارة للجهل بالوصف مثالان :

أحدهما : عدم العلم بكيل المتاع الحاضر مع تيسر الكيل و الوزن، و إزاحة الجهل بالمقدار.

ثانيهما : التوغل في الجهالة، كما إذا كان أحد العوضين حجراً لم يُعلم - قبل التصفية و التخليص من الزوائد - أنه ذهب حتى يكون ثميناً، أم فضة أم نحاس أم صخر أم غير ذلك مما تختلف أسعارها بما لا يتسامح عرفاً، فيصدق الغرر بمعنى الجهل بالوصف، دون الغرر الشرعي.

(١) في بعض نسخ القواعد: « أم صفر » و يكون الفرق بينه و بين مطلق النحاس أنه النحاس الجيد، أو نوع منه، كما في اللسان<sup>(٤)</sup>.

(٢) هذا مادة إجتماع الغرر الشرعي و اللغوي، للجهل بكلا الأمرين : الحصول و الوصف.

(٣) هذا شروع في الأمر الثالث، و هو عدُّ موارد من الجهل، و قسمَ الشهيد رضي الله عنه الرّر بلحاظ الموضوع، و عدّ له موارد سبعة، ثمّ بيّن أحكامها. و على كلّ فالظاهر أنّ مراده بالغرر الذي جعله مقسماً لأقسام عديدة هو مطلق الجهل، فيكون عطف « الجهل » على « الغرر » تفسيرياً.

و ليس المراد به خصوص معناه الشرعي، و هو « الجهل بالحصول » إذ عليه يُشكل التقسيم، لأنّ جملةً من الموارد مما يُعلم بمصولها، فيلزم منه تقسيم الشيء إلى



تارةً بالوجود<sup>(١)</sup> كالعبد الآبق، و تارةً بالحصول<sup>(٢)</sup> كالعبد الآبق المعلوم الوجود [ وجوده ] و بالجنس<sup>(٣)</sup> كحب لا يُدرى ما هو، و سلعة<sup>(٤)</sup> من سلع مختلفة و بالنوع<sup>(٥)</sup> كعبد من عبيد. و بالقدر<sup>(٦)</sup> ككيل لا يُعرف قدره.

نفسه و إلى غيره. و هو كما ترى. و لا يلزم هذا المحذور لو كان المقسم هو الفرر بمعنى مطلق الجهل، إذ المقصود حينئذٍ إستيفاء صور الجهل.

(١) هذا المورد الأول، و هو الجهل بأصل الوجود، بمعنى عدم العلم بحياة العبد الآبق.

(٢) هذا المورد الثاني، و هو الفرر الشرعي بنظر الشهيد رحمته الله، للعلم بأصل الوجود، و الشك في حصوله بيد المشتري.

(٣) معطوف على « بالوجود ». و لعلّ الأولى بالسياق أن يقال: « و ثالثةً بالجنس » و كذا ما بعدها.

و كيف كان فهذا هو المورد الثالث، و الظاهر أن مراده بالجنس - بقرينة التمثيل بالحبّة - هو الحقيقة و الطبيعة النوعية، لا الجنس المنطقي المندرج فيه حقائق مختلفة، لوضوح أن حبّ الحنطة نوع من جنس الحب، و حبّ الشعير نوع آخر منه، و هكذا سائر الحبوب.

كما أن المراد بالنوع في المورد الرابع هو الصنف، لا النوع المقول في المنطق على مثل الإنسان، لأنّ مغايرة العبد الزنجي للرومي بما هو خارج عن الحقيقة الإنسانية، فلكلّ نوع أصنافٌ بلحاظ العوارض.

(٤) معطوف على « حبّ » كما إذا وُضع متاع في صندوق لم يعلم أنه ذهب أو فضة أو كتاب أو قماش أو شيء آخر. فالجهل بحقيقته فرر مُفسد للبيع.

(٥) معطوف على « بالوجود » أي : و يتعلق الفرر و الجهل رابعةً بالنوع أي بالصنف.

(٦) معطوف أيضاً على « بالوجود » أي : و يتعلق الجهل خامسةً بالمقدار، كما

و البيع<sup>(١)</sup> إلى مبلغ السهم . و بالعين<sup>(٢)</sup> كثوب من ثوبين مختلفين<sup>(٣)</sup> . و بالبقاء<sup>(٤)</sup>

إذا علم وجود الشيء و حصوله و جنسه و نوعه، و لكن جهل مقداره، إمّا لكونه مكيفاً بكليل يُعرف قدره في بلد، دون بلد آخر، لإمكان إختلاف المكاييل كإختلاف الأوزان، كالرطل العراقي و المدني و المكّي، فربما يُكّال الطعام بما لا يكون معلوماً للمتبايعين أو لأحدهما.

هذا بناءً على ما في نسخ الكتاب من قوله: « ككيل ». و لكن في القواعد : « كميل لا يُعرف قدره » و هو أولى، كما إذا بيع الطعام - من المنطة و الشعير - في بلدٍ بالكيل، و لم يُكّل بعد، فلا يصح بيعه إلا بعد ضبط مقداره بالكيل.

(١) معطوف على « كيل » أي : و قد يكون الجهل بقدر مساحة الأرض المبيعة، إذ لا بد من ضبطها بالأذرع أو بالأمتار أو بالجربان، فلا يصح لو بيعت أرضٌ مقدّرة مساحتها بمبلغ رمي سهم مجهول، لعدم إنضباط حدّه في قدرٍ معيّن، لإختلافه زيادةً و نقصاً بإختلاف السهام و القسيّ و الرّماة، فيبقى المبيع مجهول المقدار. و لما كانت مساحة الأرض دخيلةً في ماليتها كان بيعها قبل تعيين مسحتها بالمقياس - كالأذرع و الأمتار - غريباً. نعم لو كان مبلغ السهم معلوماً نوعاً جاز بيعها، لخروج المبيع عن المجهولية.

(٢) معطوف أيضاً على « بالوجود » يعني : و يتعلق الجهلُ و الفررُ سادسةً بالعين، كما إذا كان لدى البائع ثوبان مختلفان قيمةً، بأن كان قيمة أحدهما ديناراً، و الآخر دينارين، فاشترى أحدهما من دون تعيين شخصه، فيبطل، للفرر.

(٣) التقييد بإختلافهما قيمةً واضحُ الوجه، إذ لو لم يكن إختلاف في القيمة الناشئة من إختلاف الخصوصيات الدخيلة في المالية، صحّ البيع، إذ لا غرر في البين.

(٤) معطوف أيضاً على « بالحصول » أي : و قد يكون الفررُ سابعةً في الجهل بقاء المبيع، مع إعتبار بقائه لتسليمه إلى المشتري، كبيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح. فإن بيعت بشرط أن يبدو صلاحها - مستقبلاً - لم يصحّ عند الجميع، لكونه

كبيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح عند بعض<sup>(١)</sup> الأصحاب . و لو شرّط في العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غرراً<sup>(٢)</sup> عند الكل، كما<sup>(٣)</sup> لو شرط صيرورة الزرع سُبلاً.

و الغرر<sup>(٤)</sup> قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين<sup>(٥)</sup>، و هو ممتنع إجماعاً. و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كأس<sup>(٦)</sup> الجدار<sup>(٧)</sup> و قطن الجبّة، و هو معفوٌّ

غررياً، من جهة أنه فعل البارّي عزّ و جلّ، و هو غير مقدورٍ للبائع، فيصير مجهول الحصول. و إن بيعت من دون اشتراط بدوّ الصلاح، لم يصح عند جماعة، لكونه غررياً عندهم.

قال ابن حمزة رحمته الله: « و الغرر الداخل في بيع السلف، و هو بيع الحجر، و هو بيع ما في الأرحام، و ثمرة شجرة بعينها قبل بدو صلاحها سنة<sup>(٨)</sup> ».

(١) كشيخ الطائفة في النهاية و ابن الجنيد و الشيخ الصدوق رحمته الله، على ما حكاه مصحح كتاب القواعد عنهم.

(٢) لأنه فعل غيره، المعلوم خروجه عن حيّز قدرته، فيصير مجهول الحصول.

(٣) في كونه غرراً عند الكل، لجهالة الحصول.

هذا كله في تقسيم الغرر بلحاظ المتعلق.

(٤) غرض الشهيد رحمته الله بيان حكم الغرر، أي : ما يكون منه قادحاً في صحة

المعاملة إجماعاً، و ما لا يكون كذلك، و ما هو محل الخلاف بينهم، فالأقسام ثلاثة.

(٥) أي : له دخل ظاهر في مالية العوضين بحيث لا يتسامح بها، كالجهل بأنّ

هذا الحجر حجرٌ ذهبٍ أم فضة أم نحاس، مع فرض اختلافها ماليةً بما لا يتسامح فيه عرفاً، فيبطل بيعه قبل العلم بحقيقته.

(٦) أي : أساس الجدار و أسفله الداخل في الأرض، فلا يعلم إستحكام الجدار

عنه إجماعاً. وكذا <sup>(١)</sup> إشتراط الحمل. وقد يكون [ مردداً ] <sup>(٢)</sup> بينهما <sup>(٣)</sup>، وهو محل الخلاف <sup>(٤)</sup>، كالجزاف في مال الإجارة <sup>(٥)</sup> والمضاربة <sup>(٦)</sup>،

و مقدارُ إستعداده للبقاء، للجهل بكون الأساس من الطين أو الآجر أو غيرها مما يختلف به أمدُ بقاء الجدار في عمود الزمان. ولا غرر فيه عرفاً.

وكذا لو إشتري جُبَةً ولم يعلم مقدار القطن المحشو فيها، ولا كونه جيداً أو رديئاً. فهذا المقدار من الغرر معتفر فيه، ولا يقدر في المعاملة.

(١) أي : ونحوه في العفو إشتراطُ الحمل، حيث إنه تابع للحامل كتبعية الأساس للجدار، كأن يشترط المشتري على البائع كون ما في بطن الحيوان - من نتاج - له، مع عدم العلم بخصوصيته، فهذا غرر متسامح فيه.

(٢) لم ترد هذه الكلمة في القواعد، وإنما وردت في بعض نسخ الكتاب.

(٣) أي : بين ما له دخل ظاهر في مالية العوضين وعدم التسامح فيه، وبين ما ليس له هذا الدخل، ولذا يتسامح فيه، فإن ما هذا شأنه يكون مورداً للخلاف. وهذا ثالث أقسام الغرر بحسب الحكم، وذكر له مواردُ أربعة.

(٤) كذا في النسخ، وفي القواعد زيادة « في مواضع الخلاف ».

(٥) يعني : لو كانت الأجرة من المكيل أو الموزون كَفَّت مشاهدتها، ولم يشترط صحة الإجازة بالعلم بمقدارها بضبط كيلها أو وزنها.

قال المحقق رحمته في شرائط الإجارة: « الثاني : أن تكون الأجرة معلومةً بالوزن أو الكيل - فيما يكال أو يوزن - ليتحقق إنتفاء الغرر. وقيل : تكفي المشاهدة، وهو حَسَنٌ » <sup>(١)</sup>. و غرض الشهيد الإستشهاد بما إستحسنه المحقق من كفاية المشاهدة عنده، خلافاً لمن إعتبر العلم بالمقدار.

(٦) يعني : إختلفوا في كفاية المشاهدة في مال المضاربة، وعدمها، قال الشهيد الثاني رحمته: « وحكى في المختلف عن الشيخ - يعني في مبسوطه - القول بجواز المضاربة

و الثمرة قبل بدؤ الصلاح<sup>(١)</sup>، و الآبق<sup>(٢)</sup> بغير ضميمة<sup>(٣)</sup> « إنتهى<sup>(٤)</sup> ».  
و في بعض كلامه تأمل<sup>(٥)</sup>،

بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. و قواه في المختلف، محتجاً بالأصل، و قوله بالتأويل :  
المؤمنون عند شروطهم<sup>(٦)</sup> «<sup>(٧)</sup>».

(١) هذا مورد ثالث مما اختلفوا في كون جهالة المبيع قادحة في الصحة. قال العلامة رحمته : « مسألة : إذا باع الثمرة بعد ظهورها قبل بدؤ الصلاح سنة واحدة منفردة - بشرط التبقية أو مطلقاً - اختلف علماؤنا في ذلك، فذهب الشيخ في التهذيب و الإستبصار إلى جوازه على كراهية، و به قال المفيد و سلار و ابن إدريس، و قال الشيخ في النهاية : يبطل البيع ... »<sup>(٨)</sup>.

(٢) هذا مورد رابع اختلفوا في غررته، ففي المختلف : « قال الشيخان : لا يجوز بيع الآبق منفرداً، فإن بيع كان باطلاً ... و قال ابن الجنيد : لا يشتري وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمن له البائع. و هو الأقرب »<sup>(٩)</sup>.

(٣) كذا في القواعد، و في نسختنا « مع الضميمة » و هو سهو من الناسخ، و نبه السيد الأستاذ رحمته على أن في القواعد : « بغير الضميمة ».

(٤) إذ في تفسير الغرر شرعاً بـ « جهل الحصول » ما عرفت من عدم اختصاص الغرر بذلك، و شموله له و للجهل بالصفات.

و كذا في جعل ذلك معنىً شرعياً للغرر، إذ لم يعهد كون الغرر حقيقةً شرعيةً في ذلك.

«١» القواعد و الفوائد، ج ٢، ص ١٣٧ - ١٣٨، القاعدة : ١٩٩

«٢» مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٣٥٧ و لاحظ : المبسوط، ج ٣، ص ١٩٩؛ شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣٩؛ مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٥٢٣

«٣» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٩٥

«٤» المصدر، ص ٢١٥ - ٢١٦

ككلامه الآخر<sup>١</sup> في شرح الإرشاد، حيث ذكّر في مسألة تعيّن الأثمان بالتعيين

و كذا في جعل الجراف في مال الإجارة و المضاربة من موارد الخلاف، إذ الظاهر عدم التسامح في ذلك، و الإلتزام بالبطان فيها عند المشهور.

(١) الغرض من نقل كلام الشهيد رحمته التنبيه على المسامحة في تعريف الغرر « بالإحتمال المجتنب عنه عند العرف بحيث يُوتخ على مخالفته ».

و توضيح ما أفاده في شرح الإرشاد هو : أنهم ذكروا في فروع بيع الصرف أن الثمن يتعيّن بالتعيين، و لا يجوز للمشتري الإبدال، بل عليه تسليم ما عيّنه ثمناً، خلافاً لجماعة من أهل الخلاف ، حيث قالوا بعدم تشخصه ، و بقاءه كلياً، بدعوى صيرورة البيع - مع كون الثمن شخصياً - غررياً، فيفسد.

و وجه كونه غررياً إحتمالُ تلفه قبل إقباضه للبائع، أو ظهور كونه مستحقاً للغير، فيبطل البيع. بخلاف ما لو كان الثمن كلياً، فإنه لا بقدرح في الصحة، و يجب الوفاء بالعقد بتسليم فردٍ آخر من الجنس.

قال العلامة رحمته : « الدراهم و الدنانير تعيّنان بالتعيين، فلو باعه بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير لم يجز للمشتري الإبدال بمثلها ، بل يجب عليه دفع تلك العين، كالمبيع. و لو تلفت قبل القبض إنفسخ البيع ، و لم يكن له دفع عوضها - و إن ساواه - مطلقاً، و لا للبائع طلبه ... و به قال الشافعي و أحمد، لإختلاف الأغراض بإختلاف الأشخاص ... و قال أبو حنيفة : لا يتعين بالعقد ، بل تعين بالقبض، و يجوز إبدالها بمثلها، و إذا تلفت قبل القبض لا ينفسخ العقد ... »<sup>١</sup>.

و نقل الشهيد رحمته إستدلالَ القائل بعدم تعيّن الثمن - بتعيين المتبايعين - بحديث النهي عن الغرر، و المفروض إنطباق الغرر عليه، لإحتمال تلف هذا الشخص المعين أو ظهور كونه ملكاً لغير المشتري.

عندنا<sup>(١)</sup> : « قالوا - يعني المخالفين من العامة - : تعيينها غرر، فيكون منهياً عنه. أما الصغرى<sup>(٢)</sup>، فلجواز عدمها<sup>(٣)</sup> أو ظهورها مستحقة، فينفسخ البيع. و أما الكبرى<sup>(٤)</sup>، فظاهرة... إلى أن قال : قلنا<sup>(٥)</sup> : نمنع الصغرى، لأن الغرر احتمالٌ محتجب عنه في العرف<sup>(٦)</sup>، بحيث لو تركه وُبِحَّ عليه. و ما ذكره<sup>(٧)</sup> لا يخطر ببال

ثم إعترض رحمته عليه بمنع الصغرى : أي عدم صدق الغرر، إذ ليس « الغرر » مطلق الجهالة، بل هو الإحتمال الخاص، أعني به ما يستحق فاعله اللوم و التوبيخ، و من المعلوم عدم إستحقاقهما على بيع شيءٍ بثمن جزئي معيّن حتى يشمله إطلاق النهي عن بيع الغرر، هذا.

(١) قال في شرح قول العلامة : « و الأثمان تتعين بالتعيين » ما لفظه : « أقول : هذا تنبيه على خلاف بعض العامة، فإن مذهبه أنها لا تتعين بالتعيين، بل يجوز أن يُسَلَّم غيرَ ما وقع عليه العقد . و الحقّ أنها تتعيّن، و إلّا لزم عدم الإيفاء بالعقود... الخ ».

(٢) أي : صدق الغرر على تعيين الأثمان.

(٣) أي : لجواز عدم الأثمان و فقدانها بسرقة، أو سقوطها من كيسه، فلا تكون موجودةً عنده حين إنشاء المعاملة .

(٤) و هي عموم النهي عن بيع الغرر.

(٥) هذا إعتراض شيخنا الشهيد رحمته على بعض المخالفين - في هذه المسألة - من العامة.

(٦) حاصله : أنّ الغرر ليس مطلق احتمال عدم الحصول و إن لم يعتد به العقلاء حتى يكون احتمال عدم الثمن في المثال غرراً، بل خصوص الاحتمال العقلاني. فاحتمال عدم الثمن لا يُعدّ غرراً، فيصحّ معه البيع.

(٧) كذا في نسختنا و أكثر نسخ الكتاب، و لكن في غاية المراد : « و ما دُكر ».

فضلاً عن اللوم عليه<sup>(١)</sup> « إنتهى »<sup>(٢)</sup>.  
فإن مقتضاه<sup>(٣)</sup>: أنه لو إشتري الآبق

(١) هذا ما يتعلق بمنع صغرى الغرر، ثم منع الشهيد ﷺ كبرى النهي عنه، فراجع.

(٢) أي: فإن مقتضى قوله ﷺ: « لأن الغرر إحتتمال ... » وهذا تعليل للتأمل في ما نقله عن شرح الإرشاد من تحديد الغرر المنهي عنه بالإحتتمال المجتنب عنه عرفاً.

وجه التأمل: أن مقتضى كون الغرر إحتتمال عدم الحصول إحتتمالاً عقلياً موجباً للوم و التوبيخ - لا مطلقاً - هو عدم صدق الغرر على موارد ثلاثة، مع وضوح صدقه عليها، مما يكشف عن موضوعية مطلق جهالة الحصول و إن لم يستتبع تويخاً.

فمنها: شراء العبد الآبق أو الحيوان الضالّ - المرجوّ الحصول - بثمن قليل، كما إذا قوّم العبد بألف دينار فأبق، مع كونه مرجوّ الحصول، فبيع بعشرة دنانير. فمقتضى إختصاص الغرر بما يستحق اللوم على مخالفته عدم صدق الغرر عليه، لعدم تويخ العقلاء من أقدم على ذلك، لإقدامهم على الضرر اليسير رجاءً للنفع الكثير، مع أن المعروف عدم جواز بيع الآبق بلا ضميمة.

ومنها: شراء حجر من جواهر الأرض - مردّد بين ذهب و نحاس - بثمن بخس، مع كون قيمة الذهب أضعاف قيمة النحاس.

فإن إختصّ الغرر بجهل الحصول و لم يصدق على الجهل بالصفة - كما تقدّم من الشهيد في قواعده من كون الغرر شرعاً جهل الحصول - فلا مانع من بيعه. و إن عمّنا الغرر للجهل بالصفة - كما هو المعروف - لزم صحة بيع الفلزّ<sup>(٤)</sup> المزبور

(١) غاية المراد، ج ٢، ص ٧٤ - ٧٥

(٢) قال في اللسان في معاني « الفلزّ » ما لفظه: « و الفلزّ: الحجارة. و قيل: هو جميع جواهر الأرض من الذهب و الفضة و النحاس و أشباهها، و ما يرمى من خبتها » ج ٥، ص ٣٩٢



أو الضَّالُّ<sup>(١)</sup> المرجوَّ الحصول بضمن<sup>(٢)</sup> قليلٍ لم يكن<sup>(٣)</sup> غرراً، لأنَّ العقلاء يُقدِّمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير.  
و كذا<sup>(٤)</sup> لو إشتري المجهول المرَدَّد بين ذهبٍ و نحاسٍ بقيمة<sup>(٥)</sup> النحاس، بناءً<sup>(٦)</sup> على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة .

بالمثل البخس، لعدم اللوم عليه، مع أنه لا ريب في صدق الغرر عليه.  
ومنها : شراء المكييل أو الموزون أو المعدود - قبل العلم بالمقدار - بضمن المقدار المتيقن منه، كما إذا إشتري صبرةً من طعام - مرَدَّد بين كونه طئاً أو طئتين - بعشرة دنانير، و هي قيمة الطن الواحد، فيلزم صحته لعدم إستباعه اللوم، مع أنَّ الغرر صادق عليه.

و بالجملة : فلو إختص الغرر بموارد إستحقاق التوييخ لزم عدم كون البيع في الموارد المتقدمة غررياً، مع فساد بيعها عند المشهور، و ليس إلاً للغرر.  
(١) قال العلامة الطريحي رحمته الله : « و في المجمع : الضالَّة : إسم للبقرة و الإبل و الخيل و نحوها. و لا يقع على اللفظة من غيرها. و في النهاية : هي الضائعة من كل ما يُقتنى من الحيوان و غيره »<sup>(١)</sup>.

و المراد بالضَّالُّ هنا العبد الضائع المتوقع حصوله، كما أنَّ « الضالَّة » هي ما عدا الأناسي من الحيوان، أو مطلقاً.

(٢) متعلق بـ « إشتري ».

(٣) جوابُ « لو إشتري » و إسم « يكن » ضمير راجع إلى الإشتراء.

(٤) معطوف على « لو إشتري » و هذا هو المورد الثاني.

(٥) متعلق بـ « إشتري ».

(٦) و أما بناءً على إختصاص الغرر بالجهل بالحصول - كما فسره الشهيد رحمته الله

به - فالمثال خارج موضوعاً عن الغرر.

و كذا <sup>(١)</sup> شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه ، فإن <sup>(٢)</sup> ذلك <sup>(٣)</sup> كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل <sup>(٤)</sup> يُؤبّخون من عدل عنه <sup>(٥)</sup> إعتذاراً بكونه <sup>(٦)</sup> خطأً.  
 فالأولى <sup>(٧)</sup> : أن هذا النهي من الشارع لسدّ باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات <sup>(٨)</sup>، و ليس <sup>(٩)</sup> منوطاً بالنهي من العقلاء ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتسفةة.

(١) معطوف أيضاً على « لو إشتري » و هذا هو المورد الثالث.

(٢) تعليل لقوله : « لم يكن غرراً ».

(٣) أي : الإشتراء في الموارد الثلاثة يكون مرغوباً فيه.

(٤) غرضه الترقّي من مجرد رغبة العقلاء في الشراء إلى توييح عدم الإقدام على شراء العبد الآبق بثمن قليل، و لو إعتذر عن ترك الشراء بكونه خطأً لم يقبل منه، إذ لو ظفر به فقد إنتفع كثيراً، و لو لم يظفر به فات منه شيء قليل، و المفروض أن العقلاء يقدّمون على مثله.

(٥) أي : عن إشتراء الآبق و الضالّ ، و الحجر المردد ، و المبيع المجهول المقدار.

(٦) أي : يكون الإشتراء - في الموارد الثلاثة - خطأً، و الغرر مجتنب عنه عرفاً.

(٧) غرض المصنف رحمه الله - بعد منع ما أفاده الشهيد من إختصاص الغرر المنهي عنه بالإحتمال المجتنب عنه عند العقلاء - إثبات عموم النهي لكل ما يحتمل ترتب المخاطرة عليه، سواء أكان منشؤه الجهل بالحصول أو بالصفة أو بغيرهما.

و عليه فالغرر الممنوع شرعاً لا يدور مدار كون المعاملة سفهية عرفاً، بل يعمّ مثل الموارد الثلاثة التي يُقدّم العقلاء عليها.

(٨) و إن كان مورد إقدامهم عليه رجاءً لتحصيل النفع الكثير.

(٩) أي : و ليس مناط النهي عن الغرر شرعاً هو إحتراز العقلاء عنه ليختصّ مورده بمعاملة السفهاء أو المتسفةة.

ثم إنه قد حُكي عن الصدوق في معاني الأخبار<sup>(١)</sup> : تعليلُ فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية - كبيع المنابذة والملازمة وبيع الحصة - بكونها<sup>(٢)</sup> «غرراً»<sup>(٣)</sup>. مع أنه<sup>(٤)</sup> لا جهالة في بعضها<sup>(٥)</sup> كبيع المنابذة ،

(١) غرض الشيخ الصدوق رحمته تطبيق النهي عن بيع المنابذة والملازمة والحصة على القاعدة، بأن يكون فسادها من باب الغرر والجهالة، لا التعبد المحض، وفقد الصيغة المعهودة في البيع. ووجه صدق الغرر عدم العلم بأن المنبوذ أو ما أصابه الحصة ذو قيمة مرتفعة أو منخفضة، فيبقى الجهل بالمبيع والتمن بحاله، فيبطل.

(٢) متعلق بـ «تعليل» والضمير راجع إلى بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية.

(٣) ناقش المصنف رحمته في تعليل البطلان - بالغرر - بمنع الصغرى، وتوضيحه : أن الشيخ الصدوق رحمته فسّر بيع المنابذة بأنه تعيين المبيع بالنبد، بأن يقول المشتري لبائع الثوب «أنبذه إليّ، فإذا رميته فقد وجب البيع» أو يقول البائع للمشتري : «أنبذه إليك فإذا رميته فقد لزم البيع». والظاهر كون الثوب المنبوذ معلوماً عندهما، فلا جهالة فيه حتى يكون غرراً.

و كذا الحال في بيع الحصة، لكون المبيع معيّناً عند المتبايعين، ويكون إنشاء البيع برمي الحصة وإصابتها به.

ولما لم يكن جهالة في المبيع - بناءً على تفسير الغرر في كلام الشيخ الصدوق رحمته بالنسبة إلى هذه البيوع الثلاثة - فلا بدّ من أن يكون مقصوده جهالةً خاصةً مبطلّةً للبيع، بأن لا يسبق تعيين المبيع قبل النبد، وإّما أريد تعيينه بنفس النبد وإلقاء الحصة عليه، ولمسه، وحينئذ يكون المبيع مجهولاً، إذ التعيين إّما يتحقق بأحد هذه الأمور، لا أنه يتعين قبل ذلك، ثم يقع النبد أو غيره.

(٤) المراد بالبعض هو بيع المنابذة والحصة، والإقتصار عليهما وعدم ضمّ بيع

بناءً<sup>(١)</sup> على ما فسّره به<sup>(٢)</sup> من أنه<sup>(٣)</sup> قول أحدهما لصاحبه : انبذ إليّ الثوب أو أنبذهُ إليك، فقد وجب البيع، وبيع<sup>(٤)</sup> الحصة، بأن يقول : إذا نبذت الحصة فقد وجب البيع. ولعلّه<sup>(٥)</sup> كان على وجهٍ خاصٍّ يكون فيه خطر، والله العالم.  
و كيف كان<sup>(٦)</sup>، فلا إشكال في صحة التمسُّك لإعتبار القدرة على التسليم

الملامسة إليهما، إمّا رعاية لما في كلام الشيخ الصدوق عليه السلام من تفسير الغرر فيهما، و سكوته عن إستلزام الملامسة للغرر، فلم يُعلم أنّ النهي عن بيع الملامسة هل يكون من ناحية الغرر كما في المنابذة و الحصة، أم من جهة التعبد ؟  
و إمّا لأنّ حكم الجميع واحد، و هو عدم الغرر في المبيع، و الإقتصار على الأولين من باب المشال لا لخصوصية فيهما.

(١) و أمّا بناءً على كون منشأ النهي عن هذه البيوع الثلاثة فقد الإيجاب و القبول اللفظيين، كان أجنبياً عمّا نحن فيه، حتى لو كان المبيع معلوماً و معيّناً، كما تقدم في بحث المعاطاة<sup>(١)</sup>.

(٢) الضمير راجع إلى الموصول ، المبيّن بقوله : « من أنه ... ».

(٣) أي : أنّ بيع المنابذة هو قول أحدهما ... الخ.

(٤) معطوف على « بيع المنابذة » أي : لا جهالة في بعضها كبيع الحصة.

(٥) أي : و لعلّ الغرر - الذي علّل الشيخ الصدوق عليه السلام فساد البيوع الثلاثة به -

كان على وجهٍ خاصٍّ ، و هو ما تقدم بقولنا : « تعيين المبيع بالنبذ و إلقاء الحصة عليه ».

(٦) أي : سواء تمّ صدق الغرر على هذه البيوع الثلاثة أم لا ، فلا إشكال في

دلالة النبوي على إشتراط البيع بالقدرة على التسليم.

بالنبيوي المذكور ، إلا أنه <sup>(١)</sup> أخصّ من المدعى ، لأن ما يمتنع تسليمه عادةً - كالغريق في بحرٍ يمتنع خروجه منه عادةً و نحوه - ليس في بيعه خطرٌ، لأنَّ الخطر إنما يُطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفاً <sup>(٢)</sup>.

لكن هذا الفرد <sup>(٣)</sup> يكفي في الإستدلال على بطلانه لزوم <sup>(٤)</sup> [ بلزوم ] السفاهة، وكون <sup>(٥)</sup> أكل الثمن في مقابله أكلاً للمال بالباطل . بل <sup>(٦)</sup> لا يُعدُّ مالاً

(١) أي : أن النبيوي أخصّ من المدعى، لكونه أعمّ من إمتناع الحصول عادةً و من رجائه، كالعبد الآبق في بعض الأوقات، و النبيوي أخص، إذ الفرر هو الخطر الذي يطلق غالباً في مقام احتمال السلامة و لو احتمالاً ضعيفاً، فلا يشمل الممتنع الحصول عادةً، مع وضوح بطلان بيعه أيضاً كالمتاع المُلقى في البحر، مما يمتنع الظفرُ به عادةً.

(٢) فمع إمتناع الحصول عادةً لا يصدق الخطر.

(٣) و هو ممتنع الحصول عادةً، يعني : أن النبيوي و إن لم يكن شاملاً له، لكن يكفي في بطلان بيعه وجهان :

أحدهما : كون المعاملة سفهيةً و مستلزمةً لكل المال بالباطل (\*).

ثانيهما : أن مثله ساقط عن التمول، مع أن قوام البيع بمالية العوضين، نعم لا ريب في بقائه على ملك مالكة.

(٤) كذا في نسختنا، و هو فاعل « يكفي » و بناءً على كون النسخة « بلزوم » فهو متعلق بالإستدلال.

(٥) معطوف على السفاهة ، و تقريب لصدقها على بيع ممتنع التسليم عادةً .

(٦) معطوف على « لزوم السفاهة » و غرضه الترقي من كون البيع سفهياً إلى

(\* ) لا يخفى عدم الحاجة إلى هذا الإستدلال بعد شمول النبيوي له بالأولوية

كما لا يخفى.

عرفاً وإن كان<sup>(١)</sup> ملكاً، فيصحُّ عتقه، ويكون<sup>(٢)</sup> للمالكه لو فرض التمكُّن منه، إلاَّ أنه<sup>(٣)</sup> لا ينافي سلبَ صفة التموُّل عنه عرفاً، ولذا<sup>(٤)</sup> يجب على غاصبه ردُّ تمام قيمته إلى المالك، فيملكه<sup>(٥)</sup> مع بقاء العين على ملكه

فقد قوام البيع أعني به التموُّل، فليس بذل الثمن بإزائه بيعاً فضلاً عن كونه بيعاً سفهياً.

(١) أي : وإن كان ممتنع التسليم - عادةً - باقياً على ملك مالكه، بشهادة امرين :

أحدهما : صحة عتق العبد الآبق في كفارة أو غيرها، مع أنه لا عتق إلاَّ في ملك.

ثانيهما : أنه لو فرض التمكُّن من هذا العبد الآبق أو المال الملقى في البحر لم يكن من المباحات الأصلية التي تُملك بالحيازة، بل يجب ردُّه إلى مالكه.

و عليه فلا تنافي بين سقوط الممتنع التسليم عن المالية، وبين بقاء صفة الملك. (٢) معطوف على « فيصح » وهذا إشارة إلى الشاهد الثاني على عدم زوال الملك.

(٣) أي : أن كون ما يمتنع تسليمه ملكاً لا ينافي عدم ماليته.

(٤) يعني : ولأجل سلب صفة التموُّل عنه مع بقاء ملكيته يجب على من غصبه قبل ذلك ردُّ تمام قيمته من باب بدل الحيلولة، حيث إنَّه بالنصب ضمن المالية والشخصية معاً، وتعدُّر الثانية لا يسقط الأولى، هذا (\*).

(٥) يعني : فيملك المالك - من الغاصب - تمام قيمة المال الممتنع التسليم، مع

(\* ) لكن فيه : أن بدل الحيلولة إنما يجب بالحيلولة بين المالك وبين تمام المالية بسبب الحيلولة بين المالك وبين العين، لا من جهة إنتفاء المالية، وإلاَّ يحكم بعدم ضمان من غصبها بعد التعذر كما لا يخفى.

على ما هو ظاهر المشهور<sup>(١)</sup>.

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر<sup>(٢)</sup> :

منها<sup>(٣)</sup> : ما إشتهر عن النبي ﷺ من قوله : « لا تبع ما ليس عندك »

بقاء العين على ملكه. لأن بدل الحيلولة غرامة، لا عوض حتى يتوهم لزوم إجتماع العوض و المعوض في ملك العين.

(١) كما نبه عليه في بحث بدل الحيلولة، كقوله : « أمّا لو خرج عن التقويم - مع بقائها على صفة الملكية - فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك ... » فراجع<sup>(٤)</sup>.

الإستدلال على شرطية القدرة على التسليم بوجوه أخر

(٢) وهي أربعة، كما سيأتي، وكلها مذكورة في المصاييح و الجواهر.

(٣) هذا أول الوجوه، قال الفاضل النراقي رحمته الله : « و الإستدلال بما دل على النهي

عن بيع ما ليس عندك كان حسناً، لولا معارضته مع ما دل على جوازه »<sup>(٥)</sup>.

و ظاهره تمامية المقتضي سنداً و دلالة، لكنه معارض.

و هذا النبوي مروى بطرقنا أيضاً، ففي صحيح سليمان بن صالح عن

أبي عبد الله عليه السلام : « قال : نهى رسول الله ﷺ عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع،

و عن بيع ما ليس عندك، و عن ربح ما لا يضمن »<sup>(٦)</sup>.

و نقل صاحب الجواهر رحمته الله الإستدلال به على إشتراط القدرة بقوله : « فإنه قد

وُجّه الإستدلال به بأن ليس المنع عن بيع ما ليس عند البائع إلا لإشتراط القدرة،

لا لعدم حضور المبيع »<sup>(٧)</sup>. و الموجه هو السيد الطباطبائي في المصاييح.

«١» هدى الطالب، ج ٣، ص ٥٧٨

«٢» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٢٢

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٦٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤:

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٨٨

و توضيح الحال منوط ببيان المعاني المشار إليها في المتن لكلمة « عند » و هي أربعة :

الأول : الحضور في مقابل الغيبة. و قد أبطله بالإجماع على جواز بيع الغائب و السلف.

الثاني : مجرد الملكية، و قد أبطلها بأن المناسب حينئذٍ ذكر اللام بأن يقال : « ما ليس لك » بدل « عندك ».

الثالث : مجرد السلطنة و القدرة على التسليم سواء أكانت حاصلة حين العقد أم بعده، كما إذا باعه ثم اشتراه من مالكه. فالمراد مطلق السلطنة. و قد أبطله المصنف بوجهين :

أحدهما : تمسك العامة و الخاصة بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكيها، فإنه لو كان المراد مطلق السلطنة على التسليم لكان تمسكهم المزبور منافياً لذلك ، لحصول السلطنة حينئذٍ خصوصاً إذا كان وكيلاً عن المالك في بيعه و لو من نفسه. فتمسكهم المزبور يكشف عن عدم إرادة مطلق السلطنة من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ما ليس عندك ».

ثانيهما : أن بيع العين المملوكة للغير مورد الرواية، فلو كان المراد مجرد السلطنة على التسليم لزم منه صحة بيعه، لقدرته على التسليم بالقدرة على مقدمته أعني بيعه من نفسه، إذ المفروض كونه وكيلاً في بيعه و لو من نفسه.

الرابع : السلطنة التامة الفعلية المتوقفة على أمرين : أحدهما : الملكية، و الآخر كونه تحت يده و قدرته و إن كان غائباً عنه.

و لما بطلت المعاني الثلاثة المتقدمة تعين هذا المعنى الرابع، فيدل النبوي على إعتبار أمرين : الملكية، و القدرة على التسليم، فلا بأس بالإستدلال به على إعتبار القدرة على التسليم.



بناءً<sup>(١)</sup> على أن « كونه عنده » لا يُراد به الحضور<sup>(٢)</sup>، لجواز<sup>(٣)</sup> بيع الغائب و السلف إجماعاً، فهي<sup>(٤)</sup> كناية، لا<sup>(٥)</sup> عن مجرد الملك، لأن<sup>(٦)</sup> المناسب حينئذٍ<sup>(٧)</sup> ذكرُ لفظة « اللأم ». ولا<sup>(٨)</sup> عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه، لمنافاته<sup>(٩)</sup> لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالكها<sup>(١٠)</sup>.

(١) هذا تقريب الإستدلال.

(٢) هذا هو المعنى الأول.

(٣) تعليل لقوله: « لا يراد » و تقدم في بيع الفضولي البحثُ الدلالي، فراجع<sup>(١)</sup>.

(٤) يعني : فالرواية كناية، و الأنسب بقوله: « لا يُراد به » أن يقال: « بل هي

كناية ».

(٥) بعد نفي إرادة الحضور الحسي و تعين كون « عندك » كنايةً، عدّدَ المعاني

الكنائية الثلاثة، و هي الملك، و مجرد السلطنة بدون الملك، و السلطنة التامة.

(٦) تعليل لنفي المعنى الكنائي الأول، و هو الملك.

(٧) أي : حين كون الرواية كنايةً عن مجرد الملك.

(٨) معطوف على « لا » و غرضه نفي المعنى الكنائي الثاني، بأن يكون مدلول

الرواية « لا تبع ما لا سلطنة لك عليه أصلاً - لا حالاً و لا مستقبلاً - و لا قدرة لك

على تسليمه ».

(٩) أي : لمنافاة كون « عندك » كنايةً - عن مطلق السلطنة عليه - لتمسك

العلماء ... الخ، فهذا تعليل لنفي المعنى الكنائي الثاني.

(١٠) مع تحقق السلطنة على العين الشخصية و القدرة على تسليمها للمشتري،

إمّا يبيعه عن مالكها فضولاً، و إمّا وكالةً عنه.

خصوصاً<sup>(١)</sup> إذا كان وكيلاً عنه في بيعه و لو<sup>(٢)</sup> من نفسه، فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا<sup>(٣)</sup>، مع أنه<sup>(٤)</sup> مورد الرواية عند الفقهاء. فتعيّن<sup>(٥)</sup> أن يكون كنايةً عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد، حتى كأنه عنده و إن كان<sup>(٦)</sup> غائباً. و على أي حال<sup>(٧)</sup> (\*) فلا بدّ من إخراج بيع الفضولي عنه

- (١) وجه الخصوصية واضح، لتسلط الوكيل على المبيع، و كون تصرفه كالأصيل.
- (٢) وصلية، إذ تارة يتوكّل في بيع المال للغير، و أخرى في بيعه مطلقاً سواء اشتراه الوكيل لنفسه أم لأجنبي.
- (٣) أي : في بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم يمضي لشرائها من مالها و تسليمها إلى المشتري.
- (٤) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، يعني : مع الغضّ عن تمسك الفقهاء بالرواية على حكم بيع العين الشخصية غير المملوكة للبائع، يكون مورد الرواية هو النهي عن بيع العين الشخصية المملوكة للغير.
- (٥) أي : بعد نفي المعنيين الكنائيين يتعيّن كون قوله : « كونه عنده » كنايةً عن السلطنة التامة الفعلية.

(٦) الضمير المستتر و ضميراً « كونه ، كأنه » راجعة إلى الملك.

(٧) يعني : سواء أكان مفاد « لا تبع ما ليس عندك » كنايةً عن إعتبار مطلق

(\*) لا يخفى أنه بناءً على إرادة مطلق السلطنة من النبوي لا موجب لخروج الفضولي عنه، لأنّ المنهي عنه هو بيع ما لا سلطنة عليه أصلاً حتى بالواسطة. فإذا كان الفضولي قادراً على شراء المبيع من مالكة و تسليمه إلى المشتري، كان مسلطاً على المبيع.

السلطنة على المبيع، أو السلطنة المطلقة أي التامة، فلا بدّ ... الخ.  
 وهذا دفع دخل مقدر، حاصله : أنّه بناءً على إشتراط السلطنة يلزم فسادُ بيع  
 الفضولي رأساً، و عدم إقتضائها للصحة، لإنتفاء كلٍّ من الملك و القدرة على التسليم  
 فيه، مع إلتزام الجُلُّ بكونه موقوفاً على الإجازة، و هذا كاشف عن إرادة معنى آخر  
 من الرواية، و لا يتجه إستظهارُ شرطية القدرة على التسليم في البيع منها.  
 و دَفَعَ المصنّفُ هذا الدخل بوجهين أجاب بهما عن الإستدلال بالنبوي على  
 بطلان البيع الفضولي<sup>١</sup> :

أحدهما : تخصيص عموم « ما ليس عندك » بما دلّ على ترتب الصحة  
 الإقتضائية على إنشاء الفضولي، و عدم كونه مسلوب الأثر، و حيث إن هذا النبوي  
 عام بالنسبة إلى أدلة صحة الفضولي، حُصِّصَ بها.  
 ثانيهما : حمل النهي على الإرشاد، بأن يراد من الفساد المدلول عليه بالنهي  
 عدم وقوعه لبائعه الفضولي، لا مطلقاً حتى لمالكة إذا أجاز.  
 و لكن هذا تصرف مجازي، بخلاف التخصيص، فإنّه ليس مجازاً على ما ثبت في  
 محله.

نعم إذا لم يكن له سلطنة على المبيع حتى بالشراء من مالكة، فلا بدّ من إخراج  
 الفضولي عنه.

و بالجملة : فعلى المعنى الثاني و الرابع لا محيص عن إخراج الفضولي. و أمّا  
 بناءً على المعنى الثالث فلا. و أمّا المعنى الأوّل فلا يراد من النبوي على ما أفاده  
 المصنّف رحمه الله.

بأدلته<sup>(١)</sup>، أو بجملة<sup>(٢)</sup> على النهي المقتضي لفساده، بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك<sup>(٣)</sup>.

و كيف كان<sup>(٤)</sup>، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن<sup>(٥)</sup>.  
و أما الإيراد عليه<sup>(٦)</sup> بدعوى :

(١) متعلق بـ « إخراج » و الضمير راجع إلى بيع الفضولي. و هذا إشارة إلى الوجه الأول.

(٢) معطوف على « من إخراج » أي : فلا بد من حمل النهي في « لا تبع ما ليس عندك » على ... الخ. و هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدم آنفاً.

(٣) أي : لو أراد البائع الفضولي وقوع البيع لنفسه لا للمالك المبيع.

(٤) أي : سواء أخرجنا بيع الفضولي من هذا النبوي تخصيصاً أم تخصصاً، فتوجيه دلالة قوله ﷺ « لا تبع ما ليس عندك » على منع بيع ما لا قدرة على تسليمه ممكن، إذ المراد به إعتبار السلطنة المطلقة المنوطة بالملكية و القدرة على التسليم معاً.

(٥) ليس المراد به مجرد الإحتمال حتى لا يُجدي في مقام الاستدلال. بل المقصود ظهور الكلام في المدعى.

(٦) أي : على الاستدلال بالنبوي، و المورد صاحب الجواهر رحمته، قال بعد تقريب الاستدلال بالنبوي - كما في المتن - ما لفظه : « و لكن قد يقال : إن المراد به الإشارة إلى ما هو مستعمل الآن و في السابق من بيع الشيء المخصوص، مظهرأ له أنه ماله و عنده، ثم يضي بعد ذلك إلى صاحبه، و يشتريه منه بأنقص مما باعه، ثم يدفعه إلى الذي باعه إياه أولاً »<sup>(١)</sup>.

و حاصله : أن الخبر أجني عن المدعى، إذ مورده بيع مال الغير ثم تحصيله

« أن المراد به<sup>(١)</sup> الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة<sup>(٢)</sup> من بيع الشيء الغير<sup>(٣)</sup> المملوك.

بالشراء من مالكة و دفعه إلى المشتري، فيكون المنهي عنه بيع ما لا يملكه البائع، ومن المعلوم أنه أجنبي عن بيع المالك لماله مع قدرته على التسليم، هذا. و أجاب عنه المصنف رحمته بما حاصله : أنه لا وجه لهذا الإختصاص، لأن المدار على عموم الوارد لا خصوصية المورد، لما ثبت في محله من عدم مخصصة المورد.

(١) أي : بصحيح سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام ، الحاكي لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن عدة أمور، منها بيع ما ليس عندك.

(٢) أي : أزمنة صدور الروايات، و مرادُ صاحب الجواهر عصر النبي صلى الله عليه وآله

«\*١» كذا في نسخ الكتاب، و هو نقل بالمعنى. و الأولى إسقاط حرف التعريف، لشدة إبهام الكلمة و نكرتها، و لذا منع بعضهم من إكتساب التعريف بالإضافة، و بعضهم من تعريفها باللام.

قال ابن هشام : « و لا تتعرف - غير - بالإضافة ، لشدة إبهامها ».

و قال الفيومي : « و - غير - تكون وصفاً للنكرة، و قوله تعالى : غير المغضوب عليهم، إنما وصف بها المعرفة، لأنها أشبهت المعرفة بإضافتها إلى المعرفة، فعولت معاملته، و وصف بها المعرفة. و من هنا اجترأ بعضهم فأدخل عليها الألف و اللام، لأنها لما شابهت المعرفة بإضافتها إلى المعرفة جاز أن يدخلها ما يعاقب الإضافة، و هو الألف و اللام. و لك أن تمنع الإستدلال، و تقول: الإضافة هنا ليست للتعريف بل للتخصيص، فلا تعاقب إضافة التخصيص، مثل : سوى و حسب، فإنه يضاف للتخصيص و لا تدخله الألف و اللام » فراجع المغني، ج ١، ص ٢١٠، و المصباح

ثم تحصيله بشرائه ونحوه<sup>(١)</sup>، ودفعه<sup>(٢)</sup> إلى المشتري « فمدفوع<sup>(٣)</sup> بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد<sup>(٤)</sup>، وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد (\*)».

نعم<sup>(٥)</sup>، يمكن أن يقال: إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي - بل النبوي

باعتبار ورود جملة « لا تبع ما ليس عندك » في نهى حكيم بن حزام عن بيع شيء لا يملكه، ثم يمضي ويشتريه ويسلمه.

(١) أي: نحو الشراء، كالإتهاب من المالك، أو التصالح معه عليه.

(٢) الضمائر في « تحصيله، بشرائه، دفعه » راجعة إلى الشيء غير المملوك.

(٣) جواب الشرط في « و أما الإيراد » وهذا ردُّ كلام الجواهر، و تقدم

توضيحه آنفاً.

(٤) أي: بمورد بيع شيء لا يملكه البائع، ثم يمضي ويشتريه من مالكة. و الوجه

في إنتفاء الشاهد على الإختصاص هو ورود الجملة - في حديث سليمان بن صالح -

في سياق النهي عن بيوع أخرى، و لا قرينة على كون قوله عليه السلام: « و نهى عن بيع ما

ليس عندك » مختصاً ببيع ما لا يملكه، ثم يشتريه من مالكة.

(٥) إستدراك على قوله: « فتوجيه الإستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن »

(\*) قد ذكر المصنف عليه السلام في ردِّ دلالة النبوي المزبور على بطلان الفضولي

كلاماً عن التذكرة يدل على أن مورد النهي هو بيع مال الغير عن نفسه ثم شرائه من

مالكة ليدفعه إلى المشتري، فلاحظ، فالجواب مختص بمورد السؤال، و ارتضاه

المصنف حيث قال: « و هذا المعنى أظهر من الأوّل » و مراده بالأوّل مجرد الإنشاء،

فراجع<sup>(١)</sup>.

الأول<sup>(١)</sup> أيضاً<sup>(٢)</sup> - فسادُ البيعِ ، بمعنى<sup>(٣)</sup> عدم كونه علةً تامةً لترتب الأثر المقصود،

و غرضه ﷺ - بعد دفع إيراد صاحب الجواهر ﷺ عليه - الإشكالُ على دلالة الخبر على فساد بيع ما لا قدرة على تسليمه. و الإشكال من وجهين :

أحدهما : أن غاية ما يدلّ عليه النبوي هو فساد البيع بمعنى عدم كون العقد علة تامةً لترتب الأثر المقصود عليه، لا عدم ترتب أثرٍ عليه أصلاً، بحيث يكون وجوده كعدمه، فيمكن أن يقع مراعى بإنتفاء الغرر، و صيرورة المبيع مقدور التسليم. و هذا نظير ما تقدم في بيع الفضولي من عدم دلالة النبوي على البطلان رأساً حتى لا يجدي إجازةُ المالك في ترتب الأثر على إنشاء الفضولي، بل مفاده إسقاط عقد غير المالك عن الإستقلال في التأثير، فلا مانع من صحته تأهلاً.

قال : « و بعبارة أخرى : نهيُ المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقّه، فلا يدلّ على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازةُ المالك في وقوعه له »<sup>(١)</sup>.

و الحاصل : أن بيع ما لا قدرة على تسليمه غير فاسدٍ رأساً، بل يقع مراعى، فإن حَصَلَت القدرةُ صح، و إلّا بطل.

هذا تقريب الوجه الأول، و يأتي بيان الوجه الثاني.

(١) و هو نهيهِ ﷺ عن الغرر.

(٢) يعني كهذا النبوي، و هو : « لا تبع ما ليس عندك » و مقصوده توجه

المناقشة في الإستدلال بكلتا الخبرين.

(٣) غرضه تفسير الفساد لئلا يتوهم ظهور النبوي في الفساد مطلقاً سواء

حصلت القدرة على التسليم - بعد البيع - أم لم تحصل، و سواء تبين وجود القدرة حاله أم لم يتبين.

فلا ينافي<sup>(١)</sup> وقوعه مراعى بانتفاء صفة الفرر، وتحقق<sup>(٢)</sup> كونه عنده.  
و لو أبيت<sup>(٣)</sup> إلاّ عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأساً

(١) يعني : أن الفساد - بمعنى عدم العلية التامة - لا ينافي صحة البيع مراعى بانتفاء الفرر، فإن حصلت القدرة على التسليم صح، وإلاّ لم يصح.

(٢) هذا معنى إنتفاء صفة الفرر، أي : تحقق كون المبيع مقدوراً تسليمه.

(٣) هذا ثاني الوجهين، و التعبير بـ « و لو أبيت » صريح في إبتناء الوجه الأوّل على إنكار ظهور النبوي في فساد البيع من أصله.

و حاصل هذا الوجه الثاني : أنه بعد تسليم ظهور الخبر في بطلان بيع ما لا قدرة على تسليمه - و عدم الجدوى في حصول القدرة عليه بعد العقد - يتعيّن رفع اليد عن الظهور المزبور، و حملُ النهي « عن بيع ما ليس عندك » على عدم العلية التامة في التأثير، و ذلك لأثمه - بناءً على دلالة النهي في النبوي على الفساد و اللغوية - يدور الأمر بين إرتكاب أحد أمرين :

إمّا رفع اليد عن الظهور في اللغوية، و الإلتزام يجعل الفساد عبارةً عن عدم العلية التامة للتأثير، و لازمه صيرورة البيع مراعى بإرتفاع الفرر.

و إمّا حفظ الظهور في اللغوية، و الإلتزام بتخصيص النبوي في موارد إلتزموا بوقوع البيع فيها مراعى - كبيع الرهن - مع كون البائع في تلك الموارد عاجزاً شرعاً عن التسليم.

فلا بدّ أن يقال : « بيع ما ليس عندك فاسدٌ رأساً، إلاّ بيع الرهن، و بيع ما لا يملكه حين البيع، و بيع المحجور، و بيع العبد الجاني عمداً » فإنّها تقع مراعى بإجازة من له الأمر.

و لا ريب في عدم المجال لهذا التخصيص، و ذلك لأن التخصيص و إن كان أولى من المجاز في سائر المقامات، إلاّ أنه في المقام لكثرتة ليس أرجح من المجاز أعني



المنافية<sup>(١)</sup> لوقوعه مراعى، دار<sup>(٢)</sup> الأمر بين إرتكاب خلاف هذا الظاهر<sup>(٣)</sup>، و بين إخراج بيع الرهن<sup>(٤)</sup>، و بيع ما يملكه بعد البيع<sup>(٥)</sup> و بيع العبد الجاني عمداً<sup>(٦)</sup>، و بيع المحجور<sup>(٧)</sup> لرق أو سفه أو فلس،

به إرتكاب خلاف الظاهر في النهي بحمله على الفساد، بمعنى عدم العلية المنحصرة. و مع عدم أرجحية التخصيص من المجاز و بالعكس يتساوى الاحتمالان، فيصير الكلام مجملاً، فلا يصح معه الإستدلال.

و عليه فالتمسك بالنبوي على إعتبار القدرة على التسليم ليس في محله، و لا مانع حينئذٍ من التمسك بالقواعد العامة المقتضية للصحة.

(١) صفة لـ « لغوية » و ضمير « لوقوعه » راجع إلى العقد.

(٢) جواب الشرط في « و لو أبيت ».

(٣) و هو الفساد بمعنى اللغوية و عدم ترتب الأثر.

(٤) كما لو باع الرهن، لتعذر التسليم فعلاً من جهة كونه وثيقة على الدين، مع

صحة البيع مراعى بالإفتكاك. فلو قيل بلغوية بيع غير المقدور تسليمه حال العقد لزم تخصيص عموم النهي، و إخراج بيع الرهن منه.

(٥) هذا مورد آخر مما يصح البيع مع العجز عن التسليم حال العقد، لعدم كونه

مالكاً للمبيع، فباعه فضولاً ثم تملكه، و أجاز، فيصح البيع، مع كونه مورداً لعموم النهي عن بيع ما ليس عندك.

(٦) هذا مورد ثالث مما يصح البيع فيه مراعى، و لا يبطل رأساً. كما تقدم

تفصيله في محله، فلو باعه المولى لم ينفذ، لكون أمر القصاص و الإسترقاق بيد المجني عليه أو وليه، فإن إفتكت رقبته من حق المجني عليه - بالعمو أو بقبول الفداء

من المولى - و تمكن المولى من تسليمه صح البيع، و إلا فلا.

(٧) هذا رابع الموارد مما لا يبطل فيه البيع رأساً، بل يقع بيع الرق موقوفاً على

فإن<sup>١١</sup> البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم<sup>١٢</sup>. و لا رجحان<sup>١٣</sup> لهذه التخصيصات . فحينئذ<sup>١٤</sup> لا مانع عن إلتزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه

إجازة المولى، و بيع السفیه موقوفاً على إجازة وليه، و بيع المفلّس على إجازة الغرماء.

و لا يخفى أنهم إصطلحوا « المراعى » على الجهل بوجود الشيء حال القعد، في قبال « الموقوف » المراد به دخلُ أمر آخر في تأثير العقد كالإجازة في الفضولي. و لكن المراد بالمراعى - بقرينة الأمثلة المذكورة - ما هو أعم من كون المتأخر العلم بوجود الشيء، كما إذا جهل بقدرته على التسليم فإنكشف وجودها، و من وجود شيء بعد العقد.

(١) تعليل للشق الثاني من المنفصلة ، و هو التخصيص المدلول عليه بقوله : « و بين إخراج ».

(٢) مع عدم بطلان البيع فيها رأساً، بل يقع مراعى.

(٣) يعني : لا مرجح للشق الثاني - أعني به تخصيص عموم النهي - على الشق الأول، و هو إرادة عدم العلية التامة، و إن كان خلاف ظهور النبوي بدأً.

(٤) أي : فحين عدم رجحان التخصيص على إرتكاب خلاف الظاهر، يلزم إجمال النهي في النبويين بالنسبة إلى بيع ما يعجز البائع عن تسليمه مع رجاء القدرة على تسليمه، و من المعلوم عدم صلاحية المجمل لتقييد إطلاق حِلِّ البيع و نحوه من أدلة الإمضاء (\*).

(\* ) إلا أن يناقش في هذه الصحة بعدم الدليل عليها ، إذ العمومات لا تقتضي إلا الصحة الفعلية، و أما التعليقية فهي أجنبية عن مفادها.

إلا أن يدعى أن الصحة بمراتبها تستفاد من العمومات، و النبوي خصصها بمرتبة خاصة، و هي الفعلية، و أما المرتبة الأخرى فهي باقية تحت العمومات، فتأمل.

- مع رجاء التمكن منه - مراعى<sup>(١)</sup> بالتمكن منه في زمان لا يفوت الإنتفاع المعتد به<sup>(٢)</sup>.

و قد صرح الشهيد<sup>(٣)</sup> في اللمعة بجواز بيع الضال<sup>(٤)</sup> و المجهود - من غير إباق<sup>(٥)</sup> - مراعى بإمكان التسليم، و إحتمله<sup>(٦)</sup> في التذكرة .  
لكن الإنصاف<sup>(٧)</sup> : أن الظاهر من حال الفقهاء إتفاقهم على فساد بيع الفرر

(١) مفعول لقوله : «وقوع» و ضمير «منه» في الموضعين راجع إلى «تسليمه».

(٢) فلو فات زمان الإنتفاع المعتد به بالمبيع لم يصح، لكونه سفهياً.

(٣) الغرض من الإستشهاد بكلام الشهيد تأييد ما أفاده بقوله : « فلا مانع » من أن المراد بالفساد عدم العلية التامة للعقد، لا عدم ترتب الأثر رأساً. قال في اللمعة : « أما الضال و المجهود، فيصح البيع، و يراعى بإمكان التسليم، و إن تعذر فسح المشتري إن شاء »<sup>(١)</sup>.

(٤) و هو - بقرينة قوله : « من غير إباق » - العبد الضال الذي يُرجى الظفر به.

(٥) هذا التقييد لإخراج العبد الضال و المجهود عن عنوان الإباق الذي أُدعي الإجماع على عدم جواز بيعه منفرداً.

(٦) يعني : و إحتمل العلامة جواز بيع الضال و المجهود من غير إباق.

لكن الموجود في عبارة التذكرة إحتمال صحة بيع الضال فقط، و لم يُعطف عليه المجهود، فقال تَوَكُّفٌ : « الضال يمكن حمله على الآبق ... و العدم »<sup>(٢)</sup>.

و بالجملة : فنصرح الشهيد تَوَكُّفٌ بجواز بيع الضال و المجهود مراعى بإمكان التسليم يؤيد إرادة عدم العلية التامة للعقد من الفساد، لا عدم ترتب الأثر رأساً.

(٦) هذا إستدراك على قوله : « فحينئذ لا مانع عن إلتزام ... الخ » و حاصله :

بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت<sup>(١)</sup> من الإيضاح<sup>(٢)</sup>.

و منها<sup>(٣)</sup>: «أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين<sup>(٤)</sup>»

أن ما إستظهرناه من معنى الفساد - وهو عدم العلية التامة لا عدم ترتب الأثر رأساً - خلاف ظاهر حال الفقهاء، لأن ظاهرهم الإتفاق على كون فساد البيع عبارة عن عدم ترتب الأثر أصلاً. وهذا كاشف عن كون المراد بالنبويين هو الفساد محضاً، فلا يصح حملهما على ما ذكرناه من عدم العلية التامة.

(١) حيث قال في صدر المسألة: «و النهي هنا يوجب الفساد إجماعاً على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح» بأن يكون المراد بالفساد اللغوية رأساً.  
 (٢) أي: «و من الوجوه الأخر المستدل بها على إعتبار القدرة على التسليم هو: أن لازم العقد ... الخ»

و توضيحه: «أن مضمون العقد - وهو نقل كل من العوضين عن مالكة إلى صاحبه و صيرورته ملكاً للآخر الذي هو حكم و ضمي - مستلزم لوجوب تسليم كل منهما ما إنتقل عنه إلى مالكة، و حرمة حبسه، لأنه ظلم. و هذا الوجوب كسائر التكاليف يقتضي مقدورية متعلقه، فلا بد من كون التسليم الواجب مقدوراً، وإلا يلزم التكليف بالمتنع، و هو قبيح، فثبت إعتبار القدرة على التسليم».

و بعبارة أخرى: «أن البيع الصحيح يستلزم وجوب التسليم تكليفاً، و هو متوقف على القدرة، و حيث إنه لا قدرة حسب الفرض على التسليم، فلا وجوب، و بطلان اللازم يكشف عن بطلان الملزوم و هو البيع. و هذا مقتضى القياس الإستثنائي».

(٣) حق العبارة أن يقال: «كلاً من العوضين» أو «ما إنتقل عنه إلى صاحبه» كما في الجواهر<sup>(٥)</sup>. و في المصاييح: «وجوب تسليم كل من المتبايعين ما إنتقل عنه

(١) تقدم في ص ٥٨١. و لاحظ: إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٣٠.

(٢) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٩٠.

إلى صاحبه ، فيجب أن يكون مقدوراً، لإستحالة التكليف بالمتنع.  
و يُضَعَّف<sup>(١)</sup> بأنه : إن أُريدَ أنْ لازمَ العقدُ وجوبَ التسليمِ

بالبيع إلى صاحبه .».

(١) نَسَبَ الفقيهُ المامقاني رحمته هذا التضعيفَ و الإعتراضَ عليه و جوابه إلى العلامة الطباطبائي رحمته في المصايح ، و أثبتته صاحبُ الجواهر رحمته - في ردِّ الوجه الثالث - بلفظه، و هو : « أنه إن أُريدَ إثباتُ إشتراطِ القدرةِ على التسليمِ بوجوبِ التسليمِ منجزاً، فذلك باطل، لأنه مشروطٌ بالبيع. و إن أُريدَ إثباتُ إشتراطها بوجوبِ الإقدامِ على ما يتمكن معه من فعل الواجب إذا وَجَبَ، منعنا الوجوبَ على الإطلاق، فإنَّ التكليفَ مشروطٌ بالقدرة. و العجزُ السابقُ على البيعِ كالمتجدد، فكما لا يجب التسليمُ في الثاني ، فكذا في الأوَّل »<sup>(٢)</sup>.

و توضيحه : أن صحة البيع وضعاً - بمعنى تأثيره في نقل كل من العوضين إلى الآخر - و إن كانت مستلزماً لوجوب الوفاء به تكليفاً بمعنى ترتيب آثاره عليه من تسليم المبيع للمشتري، و الثمن للبائع، إلا أن إستفادة شرطية القدرة الفعلية على التسليم - حال العقد - من الأمر بالوفاء ممنوعة، و ذلك لأنَّ وجوب التسليم إما أن يراد به وجوبه الفعلي المنجز بحيث يكشف العجز عنه عن الحكم الوضعي في الملزوم أعني بطلان العقد. و إما أن يراد به مطلق وجوبه الشامل للوجوب المطلق و للمشروط بالقدرة.

فإن أُريدَ الأوَّلُ إتجه منعُ الملازمة بين الحكم الوضعي - و هو نفوذ البيع - و بين التكليفي أعني وجوب التسليم ، ضرورة عدم إقتضاء الحكم الوضعي للتكليفي إلا في الجملة ، فيستفاد صحة البيع من إطلاق جِلِّه و من التجارة عن تراض،

«١» غاية الآمال ، ص ٤٦٢

«٢» جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٣٩٠ - ٣٩١ : المصايح بمجلد التجارة ( مخطوط )

وجوباً مطلقاً<sup>(١)</sup>، منعنا الملازمة<sup>(٢)</sup>. و إن أريد<sup>(٣)</sup> مطلق وجوبه، فلا ينافي<sup>(٤)</sup> كونه مشروطاً بالتمكّن، كما لو تجدد العجز بعد العقد<sup>(٥)</sup>.

و نحوها، و لا يستفاد إطلاق التكليف بالتسليم من وجوب الوفاء بالعقد بعد دخل القدرة على المتعلق في مطلق الخطابات الشرعية.

و إن أريد الثاني، و هو إستلزام صحة البيع وجوب التسليم في الجملة - أي مشروطاً بالقدرة عليه - فالملازمة بين الوضع و التكليف محققة، و معناه ترتب وجوب التسليم على العقد منوطاً بالتمكّن منه. و من المعلوم أن الوجوب المشروط بالقدرة قاصر عن إثبات إشتراط صحة العقد بالقدرة على التسليم.

و عليه فحكم القدرة على التسليم حال العقد و بعده واحد. فلو كان متمكناً من تسليم المبيع حين البيع ثم طرء عليه العجز، لم يجب عليه، و لا يستلزم بطلان العقد، بل يتخيّر المشتري بين الفسخ و التبرص. فكذا لو كان عاجزاً عن التسليم حال البيع، و تمكّن منه في المستقبل. فلا تكليف به فعلاً.

هذا توضيح المناقشة، و سيأتي تقرير الإعتراض عليها و الدفع.

(١) أي : منجزاً من جهة تحقق شرطه المعلق عليه، كما ورد التعبير به في كلام صاحب المصابيح، و ليس المراد وجوب التسليم مطلقاً بالنسبة إلى القدرة أي سواء تمكّن منه أم لم يتمكن، ضرورة إشتراط كل تكليف بها عقلاً، و لا معنى للإطلاق من هذه الجهة.

(٢) أي : بين صحة العقد وضعاً و بين وجوب التسليم تكليفاً، و تقدم وجه المنع.

(٣) معطوف على « إن أريد » و ضمير « وجوبه » راجع إلى التسليم.

(٤) أي : أن وجوب التسليم - بنحو مطلق الوجوب - لا ينافي وجوب التسليم مشروطاً بالتمكّن.

(٥) فإن عدم وجوب التسليم لو تجدد بعد العقد لا يستلزم بطلانه.

و قد يُعترض<sup>(١)</sup> بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثم يُدفع<sup>(٢)</sup> بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط.  
و في الإعتراض و المعارضة نظر واضح<sup>(٣)</sup>،

(١) يعني : يُعترض على التضعيف المزبور بمنع الشق الثاني منه، و هو جعل وجوب التسليم مشروطاً بالقدرة عليه.

وجه المنع أن تقييد الوجوب بالتمكن منه مخالف لأصالة عدم تقييد الوجوب، و يتعين الشق الأول، و هو كون وجوب التسليم فعلياً بنفس العقد، و يترتب عليه إنكشاف إنتفاء الملزوم من إنتفاء اللازم. قال في المصاييح في تقرير الإعتراض: « لا يقال : الأصل في الوجوب عدم التقييد، و قد ثبت بالقياس إلى العجز المتجدد، بخلاف السابق، لأن القدرة على التسليم إذا كانت شرطاً كان الوجوب بالقياس إليها مطلقاً، لكونها مفروضة الحصول على هذا التقدير.»

(٢) أي : يُدفع الإعتراض. قال العلامة الطباطبائي رحمته في دفعه: « لأن هذا الأصل معارض بمثله في جانب البيع، فإن الأصل عدم إشرطه بالقدرة على التسليم، فيجب تقييد وجوب التسليم بحصول القدرة السابقة كالألاحقة<sup>(١)</sup>».

و محصله : أن دليل الصحة - كآية حلّ البيع - لم يُقيّد بالقدرة على التسليم، فلو شكّ في التقييد جرى أصالة عدم إشرطه بها، و هذا الأصل العملي معارض لأصالة إطلاق وجوب التسليم، و بعد التساقت يبقى إطلاق دليل حلّ البيع بحاله، و يقال بصحة البيع حتى مع العجز عن التسليم حال العقد، تمسكاً بإطلاق دليل الإمضاء.

(٣) أمّا وجه النظر في الإعتراض فهو : أن أصالة عدم التقييد إن أُريد بها الأصل العملي، ففيه : أنه لا أصل لها . و إن أُريد بها أصالة الإطلاق، ففيه : أنها من

«١» المصاييح ، كتاب التجارة ( منخوط ) و نقل صاحب الجواهر نصّ كلامه . فراجع : جواهر الكلام .

فافهم<sup>١)</sup>.

و منها<sup>٢)</sup> : أن الغرض من البيع إنتفاع كل منهما بما يصير إليه ،

شؤون ظواهر الألفاظ كالعموم و الحقيقة و غيرها، كما إذا قال المولى: «أكرم عالماً» و شك في تقيده بالعدالة. بخلاف ما لو كان الدليل عليه لبيّاً. و الوجوب فيما نحن فيه - حسب الفرض - ليس مستفاداً من اللفظ حتى يتمسك في الشك في تقيده بأصالة الإطلاق، فإن الإستدلال المزبور ينادي بأن الوجوب من لوازم العقد، هذا.

و أما وجه النظر في المعارضة فهو : أن أصالة الإطلاق - بناءً على جريانها في ناحية وجوب التسليم - حاکمة على أصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، لما ثبت في محله من حكومة أصالة الإطلاق في المقيّد على أصالة الإطلاق في المطلق.

١) لعله إشارة إلى : أنه بناءً على كون القدرة على التسليم من مقومات المالية لا من شرائط المتعاقدين - كما يؤمى إليه تعرضهم لها في شرائط العوضين، لا في شرائط المتعاقدين - ينهدم أساس الملازمة بين الحكم الوضعي و بين وجوب التسليم المستكشف منه إعتبار القدرة على التسليم، و ذلك لأنّ مضمون العقد لا يتحقق حينئذٍ في الخارج، لتقوم المعاوضة بمالية العوضين، و بدونها لا يمكن تأثير إنشاء المعاملة حتى يدعى التلازم بين مضمون العقد و بين وجوب التسليم، فتدبر.

٢) أي : و من الوجوه الأخر المستدل بها على إعتبار التمكن من التسليم هو :

أن الغرض ... الخ.

و هذا الوجه الثالث مركّب من دعويين :

إحداهما : كون الغرض من البيع منحصرّاً في إنتفاع كل من المتعاقدين بما ينتقل

إليه.

ثانيتها : توقف الإنتفاع - المترقب - على التسليم. فالتسليم مقدمة للغرض

الداعي إلى المعاملة.

و الأولى في جوابه أن يقال : إن الأغراض الداعية إلى الإنشاءات لا تؤثر



و لا يتم<sup>(١)</sup> إلا بالتسليم.

و يضعفه<sup>(٢)</sup> : منعُ توقف مطلق الإنتفاع على التسليم، بل منع<sup>(٣)</sup> عدم كون الغرض منه إلا الإنتفاع بعد التسليم، لا الإنتفاع المطلق<sup>(٤)</sup>.  
و منها<sup>(٥)</sup> : أن بذل الثمن على غير المقدور سفةً، فيكون ممنوعاً،

في صحة المعاملات، بمعنى أن تخلفها لا يبطلها.

(١) أي : و لا يتم الإنتفاع، فيجب التسليم مقدماً له، فلا بدّ من القدرة عليه، لئلا يلزم نقض الغرض.

(٢) أي : و يضعف هذا الوجه : منع ... الخ، و قد ضعفه بأمرين، هذا أولهما، و توضيحه : أن الغرض من البيع و إن كان هو الإنتفاع، إلا أن توقف مطلق الإنتفاع على التسليم ممنوع، بشهادة جواز إنتفاع المشتري بعق العبد الآبق، مع عدم توقف هذا الإنتفاع الخاص على التسليم، فالدليل أخصّ من المدعى.

و لو قيل : إن مطلق الإنتفاع و إن لم يكن منوطاً بالتسليم، إلا أن الغرض من البيع هو الإنتفاع الخاص أعني المتوقف على التسليم، لا مطلق الإنتفاع.  
يقال عليه : إن الإنتفاع المطلق صالح لكونه غرضاً من البيع.

(٣) معطوف على « منع » و هذا ثاني الأمرين، و محصله : أن الغرض من البيع و إن كان هو الإنتفاع، لكنه لا يلزم نقض الغرض بالعجز عن التسليم، فإن الشرط هو الإنتفاع الخاص الحاصل بعد التسليم، لا مطلق الإنتفاع و لو قبل التسليم حتى يكون تعذره قادحاً.

(٤) العبارة لا تخلو من تعقيد، و لا موجب له، و الأولى كما في المصايح و الجواهر : « منع كون الغرض من البيع الإنتفاع مطلقاً، بل بعد تسليمه »<sup>(١)</sup>.

(٥) أي : و من الوجوه الأخر المستدل بها على إعتبار القدرة على التسليم في

و أكله<sup>(١)</sup> أكلاً بالباطل .

و فيه<sup>(٢)</sup> : أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً<sup>(٣)</sup> ، بل تركه<sup>(٤)</sup> إعتذاراً بعدم العلم بمحصول العوض سفهاً ، فافهم<sup>(٥)</sup> .

البيع هو هذا الوجه الرابع، المؤلف من صغرى و كبرى.

فالصغرى هي : أن بذل الثمن بإزاء المبيع غير المقدور على تسليمه للمشتري يكون سفهياً و تضييعاً للمال.

و الكبرى : أن البيع السفهني ممنوع شرعاً ، لكونه من موارد أكل مال الغير بالسبب الباطل، لا بالتجارة عن تراض، هذا.

(١) يعني : و تملك الثمن و التصرف فيه - مع العجز عن تسليم الثمن - أكل له بالباطل المنهي عنه.

(٢) هذا ردُّ الوجه الأخير، قال في المصاييح و الجواهر : « و على الثالث : المنع من لزوم السفه و التضييع على الإطلاق، فإن بذل القليل من المال في مقابلة الخطير المتوقع الحصول مما يُقدم عليه العقلاء، و لا يعد مثله سفهاً و لا تضييعاً ... »<sup>(١)</sup>.

و تقدم نظيره من المصنف رحمته في الإيراد على كلام الشهيد في شرح الإرشاد، فراجع (ص ٦٠٤).

(٣) و على تقدير كونه سفهاً يكون أخص من المدعى، إذ لا ريب في عدم السفاهة في بعض الموارد، فلا يكون الدليل عامّاً لجميع أفراد الدعوى.

(٤) أي : ترك البذل - بزعم عدم اليقين بمحصول عوض المال - سفه، و الغرض أن الإستدلال بالسفاهة ينتج عكس المطلوب في بعض الموارد.

(٥) لعله إشارة إلى عدم صحة التمسك بالسفاهة لإثبات وجوب التسليم، إذ النسبة بين السفاهة و بين التسليم عموم من وجه، لعدم السفاهة مع إمكان الإنتفاع بدون تسلّم المبيع كالعق.

ثم إن<sup>(١)</sup> ظاهر معاهد الإجماعات - كما عرفت<sup>(٢)</sup> - كون القدرة شرطاً، كما هو<sup>(٣)</sup> كذلك في التكاليف، وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة<sup>(٤)</sup>، حيث<sup>(٥)</sup> حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروط<sup>(٦)</sup> عند إنتفاء الشرط. ومع ذلك<sup>(٧)</sup> كله فقد إستظهر بعض من تلك العبارة: أن العجز مانع،

هذا تمام الكلام في الوجوه المستدل بها على دخل القدرة على التسليم في البيع، وسيأتي التنبيه على أمور ترتبط بالمسألة.

(١) هذا هو التنبيه الأول، الباحث عن أن مقتضى أدلة دخل القدرة هل هو جعلها شرطاً في صحة البيع كشرطيتها في التكاليف؟ أم جعل العجز مانعاً، وما يترتب على الإحتمالين من ثمره، وكلام المصنف رحمته هنا توطئة لرد من جعل العجز عن التسليم مانعاً، ولم يجعل القدرة شرطاً كما سيأتي.

(٢) تقدم نقل بعض دعاوى الإجماع في (ص ٥٨٠) مما صريحه أو ظاهره شرطية القدرة، فراجع.

(٣) أي: كون القدرة شرطاً في التكاليف، فإنه مما لا ريب فيه، وإن اختلفوا في كونه بإقتضاء الخطاب أو بحكم العقل.

(٤) هي قوله: «إما إعتبرنا في العقود عليه أن يكون مقدوراً عليه» فراجع (ص ٥٨٠).

(٥) هذا تقريب التأكيد، لأن صاحب الغنية حكم بالإنتفاء عند الإنتفاء، وهذا ما يُعبر به عن الشرط. وأما المانع فيعبر عنه بالإنتفاء عند الوجود، لأن المانع يمنع عن وجود المقتضي.

(٦) وهو جواز البيع، فينتفي بإنتفاء شرطه، أعني به القدرة على التسليم.

(٧) أي: ومع ظهور معاهد الإجماعات في الشرطية، وتأكيدها في عبارة الغنية، فقد إستظهر بعض - وهو صاحب الجواهر رحمته - من عبارة الغنية وغيرها مانعية العجز دون شرطية القدرة، حيث قال ما لفظه: «نعم قد يظهر من هذه العبارة - أي

لا أن القدرة شرط، قال<sup>١</sup>: « و يظهر الثمرة في موضع الشك » ثم ذكر<sup>٢</sup> اختلاف

عبارة الغنية - بل و غيرها عند التأمل : أن المراد من هذا الشرط عدم جواز بيع ما يعجز عن تسليمه كالأمثلة السابقة. و قد يطلق إشتراط القدرة على إرادة كون العجز مانعاً، نحو ما ذكره في كون القدرة شرطاً في التكليف<sup>٣</sup>.

(١) قال في الجواهر: « و تظهر الثمرة في المشكوك فيه » فإنه بناءً على شرطية القدرة يمتنع بيعه، بخلافه بناءً على مانعية العجز.

(٢) يعني : ذكر المستظهر لمانعية العجز : إختلاف الأصحاب، حيث قال : « و مما يرشد إلى ذلك : أنهم قد ذكروا الإجماع كما عرفت على إشتراط القدرة، مع أنهم قد حكوا الخلاف في أمور، منها : بيع الضال، فإنه قد قيل فيه وجوه ... » إلى أن قال : و منها : بيع الضالة، و فيها احتمالات، أولها الصحة ...<sup>٤</sup>.

و لا يخفى أن المستفاد من عبارة الجواهر أمور :

الأول : أن المراد بالقدرة في المقام هو عدم العجز، يعني : أن العجز مانع. الثاني : قياس الوضع بالتكليف، حيث إن المراد بالقدرة المعتبرة في التكليف هو عدم العجز، لا شرطية القدرة، و إلا فلا مجال لقاعدة الإشتغال مع الشك في القدرة، بل لا بدّ من جريان البراءة فيه كما لا يخفى.

الثالث : أن الثمرة بين شرطية القدرة و مانعية العجز تظهر في موارد الشك، فإنه بناءً على إعتبار القدرة لا يصح البيع إلا بعد إحرازها. و بناءً على مانعية العجز يصح حتى يحرز العجز. فلو باع بزعم عدم القدرة على التسليم، فبان التمكن منه صحّ بناءً على مانعية العجز، كما صرح به في موضع آخر<sup>٥</sup>.

الرابع : أن الوجه في حمل معاهد الإجماعات و غيرها على مانعية العجز هو

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٨٥

«٢» المصدر، ص ٣٨٥ و ٣٨٦

«٣» المصدر، ص ٣٩٢

الأصحاب في مسألة الضال<sup>١١</sup> و الضالة، و جعله<sup>١٢</sup> دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز.  
و فيه<sup>٣</sup> - مع<sup>٤</sup>

إختلافهم في فروع ، و لا يستقيم هذا الخلاف منهم - مع الإجماع المزبور - إلا بجمل معقد الإجماع على كون المراد بهذا الشرط مانعية العجز الثابت، فيكون مورد إتفاق الغنية و غيرها هو العجز المتحقق. و مورد الخلاف هو العجز المشكوك فيه.  
و بعبارة أخرى : لو كانت القدرة على التسليم شرطاً إجماعاً، لم يتجه إختلافهم في بيع الضال و الضالة، لأن مقتضى لزوم إحراز وجود الشرط بطلان بيعهما، و لا مجال للإختلاف فيه. و هذا بخلاف كون العجز مانعاً، فإن أحرز العجز لم يصح البيع، و إن شك فيه جاز، لأصالة عدم المانع، هذا.  
(١) المراد به المملوك و هو العبد، إذا ضاع. و المراد بالضالة ما عداه، كالبعير و الفرس و نحوهما.

(٢) يعني : جعل صاحب الجواهر إختلاف الأصحاب - في مسألة بيع الضال و الضالة - دليلاً ... الخ.

(٣) أورد المصنف رحمته على ما في الجواهر - من مانعية العجز - بوجوه أربعة :  
الأول : أن إستظهار مانعية العجز من كلمات الأصحاب ممنوع ، لمنافاته لظهور بعضها و صريح الآخر، قال العلامة رحمته : « الشرط الرابع - من شرائط العوضين - القدرة على التسليم، و هو إجماع في صحة البيع ، ليخرج البيع عن أن يكون بيع غرر<sup>١٣</sup> ». و من المعلوم أن حمل شرطية القدرة على مانعية العجز نصرّف في الدلالة بلا موجب.

(٤) كذا في نسختنا و بعض النسخ، و في بعضها « و فيه ما عرفت » و الظاهر سقوط كلمة « مع أو مضافاً » ليكون قوله : « ان العجز » مبتدأ مؤخرأ كما لا يخفى.

ما عرفت<sup>(١)</sup> من أن صريح معاهد الإجماع خصوصاً<sup>(٢)</sup> عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالإنتفاء عند الإنتفاء، هي<sup>(٣)</sup> شرطية القدرة - : أن<sup>(٤)</sup> العجز أمرٌ عديم، لأنه<sup>(٥)</sup> عدم القدرة عمّن من شأنه - صنفاً<sup>(٦)</sup>

(١) يعني : في أول المسألة، فراجع (ص ٥٨٠).

(٢) وجهُ الخصوصية صراحة عبارة الغنية في الشرطية، من جهة تفرّيع بطلان بيع غير مقدور التسليم على إنتفاء الشرط. و لو كان العجز مانعاً عن الصحة كان المناسب أن يقال : « فينتفي البيع عند وجود المانع » لوضوح إستناد بطلان البيع إلى وجود المانع حينئذٍ، لا إلى عدمه.

(٣) خبر قوله : « ان صريح ».

(٤) هذا ثاني الوجوه، و محصله : أن تعريف « المانع » لا ينطبق على العجز.

و توضيحه : أن المانع هو الأمر الوجودي المزاحم لتأثير المقتضي في مقتضاه، كالرطوبة المانعة عن تأثير النار في المحترق. و العجز أمرٌ عديم لا يصحّ إعتبار مانعيته عن البيع.

ثم إنّ تقابل العجز و القدرة يكون من تقابل العدم و الملكة كالعَمى و البصر، فالعجز هو عدم التمكن من فعلٍ فيمَن تَمَشَّى منه القدرة عليه، سواء أكانت شأنية القدرة عليه بإعتبار جنس العقد، كما إذا كان مقتضى العقد التسليم و الإقباض، و إن لم يشتمل على المعاوضة كالهبة. أم كانت بإعتبار نوع العقد بأن كان معاوضياً مقتضياً للتسليم كالبيع و الإجارة و الصلح المفيد فائدهما. أم كانت بإعتبار صنف العقد بأن كان بيعاً حالاً، إذ من شأنه التمكن من التسليم. فيُطلق العاجز في هذه الموارد الثلاثة لو لم يقدر العاقد على الوفاء و الإقباض.

(٥) أي : لأن العجز هو العدم في المحلّ القابل للتمكن.

(٦) كما في البائع الذي يُباشر بيع ماله، فإنّ صنف البائعين المباشرين لبيع

أموالهم يَمُنّ يقدر على تسليم المبيع ، فالقدرة تكون من حيث الصنف.

أو نوعاً<sup>(١)</sup> أو جنساً<sup>(٢)</sup> - أن يقدر ، فكيف يكون<sup>(٣)</sup> مانعاً، مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده عدم ؟  
ثم لو سُئِم<sup>(٤)</sup> صحة إطلاق « المانع »

(١) كمن يُبادل ماله بمالٍ، سواء أكان يبيع أم صلح أم غيرها، فالقدرة ثابتة لهذا الشخص بحسب النوع.

(٢) كقدرة هذا العاقد على التسليم من حيث كونه عاقداً و إن لم يكن مالكاً، بل كان وكيلاً.

(٣) أي : فكيف يُطلق « المانع » على العجز مع أن « المانع » المصطلح وجودي لا عدمي؟

(٤) هذا ثالث الوجوه، و حاصله : أنه لو سُئِم إطلاق « المانع » على العجز - لعدم كونه من العدم المطلق، بل من المضاف الذي له حظٌ من الوجود - قلنا : إن الثمرة التي ذكرها الجواهر بين شرطية القدرة و مانعية العجز لا تترتب على النزاع المزبور، و ذلك لأنّ الشك في القدرة و العجز إمّا مسبق بالعلم بأحدهما، و إمّا غير مسبق به.

فعلى الأوّل يستصحب ما كان سابقاً. فإن كانت الحالة السابقة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. و إن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة.

و لا فرق بين الإستصحابين نتيجةً، إذ بناءً على شرطية القدرة أو مانعية العجز إن كانت الحالة السابقة المعلومة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. و إن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة. و على كل حال لا تبقى ثمرة للقول بشرطية القدرة و مانعية العجز.

و لا فرق في إنتفاء الثمرة - بين شرطية القدرة و مانعية العجز - بين أنحاء الشبهة من كونها موضوعية أو مفهومية أو حكمية.

و بيانه : أن الشك تارةً في إنطباق المفهوم المبين على ما في الخارج، كما إذا

عليه<sup>(١)</sup> لا ثمرة فيه<sup>(٢)</sup> ، لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي ، و لا في غيرها<sup>(٣)</sup> ، فإنما إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز<sup>(٤)</sup> مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها، أو<sup>(٥)</sup> لا معه فالأصل عدما - أعني العجز - سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً (\*).

علم محدود مفهوم القدرة، و أنه « ما لا يصل إلى حد الإستحالة العادية » و لكن شك في خصوص المورد أنه هل يكون محالاً عادياً بالنسبة إليه أم لا. و أخرى في حدود المفهوم و سعته و ضيقه، و أن القدرة تختص بغير الخارج عن الأسباب العادية أو تعم الخارج عن المتعسر و إن لم يصل إلى حد المحال العادي. و ثالثاً يشك فيما خرج عن حيز عمومات الصحة، من أنه العجز المستمر أو خصوص العجز حين العقد.

(١) أي : على العجز و عدم القدرة.

(٢) أي : في النزاع بين شرطية القدرة و مانعية العجز.

(٣) كالشك المفهومي، الملحق بالحكمي.

(٤) هذا إشارة إلى الشبهة الموضوعية ، يعني - بعد الإحاطة بمفهوم القدرة و العجز، و أنه تعذر التسليم مثلاً لا تعسره - لو شك في تحققها، فتارة تكون الحالة السابقة محرزة، و هي إما القدرة فتستصحب، و يصح البيع ، و إما العجز فيستصحب و يُحكم بالفساد. و أخرى لا تكون مُحرزة، و لم يتعرض المصنف رحمته للحكمها، و قد ذكرناه في التعليقة.

(٥) معطوف على « سبق » أي : لا مع سبق القدرة، بل مع سبق عدم القدرة،

فيستصحب العجز.

(\* ) أقول : تترتب الثمرة على القولين فيما إذا لم تعلم الحالة السابقة . فعلى

القول بالشرطية لا يصح البيع، لعدم إحراز الشرط بوجه . و على القول بالمانعية يصح



و إذا شككنا <sup>(١)</sup> في أنّ الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة، أو شككنا <sup>(٢)</sup> في أنّ المراد بالعجز

(١) معطوف على « إذا شككنا » و إشارة إلى الشبهة الحكمية، بأن علمنا بتخصيص عمومات الصحة بمثل النهي عن بيع الفرر، و أنّ القدرة على التسليم شرط في الجملة أو أنّ العجز مانع كذلك، و لكن لم نعلم بأنّ المانع هو العجز المستمر في مدة طويلة، أم هو العجز في الجملة أي في مدة قصيرة بعد العقد.

و المرجع في غير القدر المتيقن من المخصّص عن عمومات الإمضاء، فيحكم بالصحة لو كان العجز في فترة قصيرة و أمكن التسليم بعدها.

(٢) معطوف أيضاً على قوله: « إذا شككنا » و إشارة إلى حكم الشبهة المفهومية، بأنّ علّم دخل القدرة أو عدم العجز، و لكن شك في أنّ القدرة المعتبرة هي ما تقابل تعذر التسليم عرفاً، أم نعم ما يقابل التعسّر كذلك، بحيث لو كان في التسليم مشقة صدق عليه العجز أو عدم القدرة.

و الشبهة المفهومية كالحكمية من مرجعية عمومات الصحة في غير القدر المتيقن.

البيع، لأنّ المقتضي لصحة البيع موجود و المانع غير محرز، و عدم إحرازه كاف في ترتب الأثر على المقتضي، لا أنّه يُحرز عدم المانع بالأصل حتى يستشكل فيه بتساوي الأصل بالنسبة إلى القدرة و العجز.

و إن كان فيه ما لا يخفى، لعدم ترتب الأثر بالفرض على القدرة حتى يجري الأصل في عدمها.

لكن ما ذكرناه من كفاية عدم إحراز المانع مبني على حجية قاعدة المقتضي و المانع كما لا يخفى. و لمّا لم تكن القاعدة معتبرة عند المصنف فلا بدّ من التمسك للفساد فيما لم تعلم الحالة السابقة بأصالة الفساد، للشك في كون الخارج هل هو هذا أم غيره؟ فلا يمكن التمسك بعمومات الصحة.

ما يعمّ التعسّر - كما حُكي<sup>١</sup> - أم خصوص التعذّر، فاللازم<sup>٢</sup> التمسك بعمومات الصحة، من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً. والمحاصل<sup>٣</sup>: أن التردّد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله

(١) المحامي صاحب المصاييح و الجواهر، و المحكي عنه شيخ الطائفة رحمته، ففي الخلاف: «إذا كانت له أجمة، يجبس فيها السمك، فجبس فيها سمكاً و باعه، لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون قليلاً... و الأمر الآخر: أن يكون الماء كثيراً صافياً، و السمك مشاهدًا، إلّا أنّه لا يمكن أخذه إلّا بمؤونة و تعب حتى يسطاده، فعندنا أنه لا يصح بيعه، إلّا أن يبيعه مع ما فيه من القصب... الخ»<sup>١</sup>.  
و حكى العلامة عدم جواز بيع ما في تسليمه مشقة عن الشافعي في أحد قوله، فراجع<sup>٢</sup>.

و عبّر صاحب الجواهر عمّا يقابل التعذر بالمشقة و التعسّر<sup>٣</sup>.  
و عليه فالظاهر أن مقصودهم من «التعب و المشقة و العسر و ما فيه مؤونة» أمر واحد، و هو ما قابل التعذر.

(٢) جواب الشرط في قوله: «و إذا شككنا في أن الخارج» و هذا بيان حكم الشبهتين الحكيمية و المفهومية، سواء أكانت القدرة شرطاً أم العجز مانعاً.

(٣) هذا حاصل ما تقدم في الوجهين الثاني و الثالث، من أنه لا يصح تردد ما هو دخيل في البيع بين شرطية أمر وجودي و هو التمكن من التسليم، و بين مانعية أمر عدمي و هو العجز، مع أن المقابلة تكون بين الوجوديين المعبر عنهما بالضدين. و لو سلّم كون العجز مانعاً لم يُجد هنا، لإختصاص ثمرة البحث بما إذا كان

«١» الخلاف، ج ٣، ص ١٥٥، كتاب البيوع، المسألة: ٢٤٥؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٣.

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٥٠.

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٤.

إِنَّمَا يَصِحُّ<sup>(١)</sup> وَ يُثْمَرُ<sup>(٢)</sup> فِي الضَّيْدَيْنِ مِثْلَ الْفُسْقِ<sup>(٣)</sup> وَ الْعَدَالَةِ ، لَا<sup>(٤)</sup> فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَ شِبْهَهُ كَالْعِلْمِ وَ الْجَهْلِ .

وَ أَمَّا إِخْتِلَافُ<sup>(٥)</sup> الْأَصْحَابِ فِي مَسْأَلَةِ الضَّالِّ وَ الضَّالَّةِ فَلَيْسَ لَشَكِّ الْمَالِكِ

مَحْتَمَلِ الشَّرْطِيَّةِ وَ الْمَانِعِيَّةِ وَ جُودِيَّاتِ كَالضَّيْدَيْنِ ، كَمَا إِذَا شَكَّ فِي كَوْنِ الْعَدَالَةِ شَرْطاً فِي إِمَامَةِ الْجَمَاعَةِ ، أَوْ كَوْنِ الْفُسْقِ مَانِعاً عَنْهَا . فَعَلَى الْإِشْتِرَاطِ لَا بَدَّ مِنْ إِحْرَازِهَا بِحُجَّةٍ ، وَ إِلَّا جَرَى أَصَالَةٌ عَدَمِ كَوْنِهِ عَادِلاً ، فَلَا يَجُوزُ الصَّلَاةُ خَلْفَ مَجْهُولِ الْحَالِ . وَ عَلَى الْمَنْعِ تَصَحُّحُ الصَّلَاةِ خَلْفَهُ ، لِإِسْتِصْحَابِ عَدَمِ كَوْنِهِ فَاسِقاً .

وَ هَذَا بِخِلَافِ الْمَقَامِ ، إِذْ لَوْ كَانَتْ الْحَالَةُ السَّابِقَةُ هِيَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ صَحِّ الْبَيْعِ إِسْتِصْحَاباً لَهَا ، وَ لَوْ كَانَتْ هِيَ الْعِجْزُ لَمْ يَصِحَّ ، سِوَاةً قَلْنَا بِشَرْطِيَّةِ الْقُدْرَةِ أَمْ بِمَانِعِيَّةِ الْعِجْزِ .

(١) هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، وَ هُوَ عَدَمُ كَوْنِ الْعِجْزِ مَانِعاً .

(٢) هَذَا إِشَارَةٌ إِلَى الْوَجْهِ الثَّلَاثِ ، وَ هُوَ إِنْتِفَاءُ الثَّمَرَةِ .

(٣) بِنَاءٌ عَلَى كَوْنِ الْفُسْقِ أَمراً وَ جُودِيَّاً لَا عَدَمِيَّاً ، بِأَنْ يَكُونَ عَدَمُ الْعَدَالَةِ وَ مِقَابِلَ لَهَا تَقَابِلُ الْعَدَمِ وَ الْمَلَكَةِ .

(٤) مَعْطُوفٌ عَلَى « فِي الضَّيْدَيْنِ » يَعْنِي : لَا يُثْمَرُ فِي الْمَقَامِ ، كَمَا لَا يُثْمَرُ فِي الشَّكِّ فِي شَرْطِيَّةِ الْعِلْمِ لَوْ جُوبِ إِكْرَامُ زَيْدٍ مِثْلاً ، أَوْ مَانِعِيَّةِ الْجَهْلِ عَنْهُ ، لَكُونَ الْجَهْلُ عَدَمِيَّاً لَا وَ جُودِيَّاً ، مَعَ أَنَّ « الْمَانِعَ » عُنْوَانٌ لِلْأَمْرِ الْمَوْجُودِ .

(٥) هَذَا هُوَ الْوَجْهُ الرَّابِعُ ، وَ الْفَرْضُ مِنْهُ نَفْيُ مَا إِسْتَشْهَدُ بِهِ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ لِإثْبَاتِ مَانِعِيَّةِ الْعِجْزِ ، لِأَنَّهُ ﷺ جَعَلَ هَذَا الْإِخْتِلَافَ فِي مِقَابِلِ إِتْفَاقِهِمْ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ بَيْعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ وَ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ دَلِيلاً عَلَى مَانِعِيَّةِ الْعِجْزِ الْمَعْلُومِ ، إِذْ لَوْ كَانَتْ الْقُدْرَةُ الْفَعْلِيَّةُ مَعْتَبَرَةً فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لِلْإِخْتِلَافِ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ وَ بَطْلَانِهِ فِي الْمَوَارِدِ الَّتِي أَشَارَ إِلَيْهَا الْجَوَاهِرُ فِي كَلَامِهِ ، بَلْ كَانَ الْإِزْمُ الْحَكْمُ بِالْبَطْلَانِ فِي الْجَمِيعِ ،

في القدرة والعجز، و مبنياً على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً - كما<sup>١)</sup> يظهر من أدلتهم على الصحة الفساد - بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها<sup>٢)</sup>.

لإشراكها في عدم الشرط، و هو القدرة الفعلية على التسليم، إمّا وجداناً و إمّا تعبداً لأصالة عدم تحقق الشرط.

فالإختلاف شاهد على مانعية العجز المعلوم في السمك و الطير في الماء و الهواء دون العبد الضال و الدابة الضالة، إذ يتجه الإختلاف في بيعهما لو شك المالك في القدرة على تسليم المبيع، فإنّ القائل بالجواز يتمسك بأصالة عدم تحقق المانع عن صحة العقد، و القائل بالبطلان يعتمد على النبوي الناهي عن الفرر.

و محصل إيراد المصنف رحمته عليه هو : أن إختلافهم في بيع الضال لا يشهد بكون العجز مانعاً، فالقائل بالبطلان تمسك بالنهي عن الفرر، و القائل بالصحة منع الفرر، مدّعياً : أن المبيع قبل قبضه يكون في ضمان البائع لا المشتري، فلو تعذّر تسليمه بطل البيع من زمان ظهور العجز، لا من حين العقد. و من المعلوم أن مقتضى مانعية العجز الواقعي بطلان البيع من أول الأمر.

(١) هذا قيد للنفي لا المنفي، و حاصله : أنه يظهر من الأدلة التي أقاموها على صحة البيع و فساده عدم إبتناء الخلاف على ما زعمه صاحب الجواهر، بل على ما سيأتي في تلك المسألة إن شاء الله تعالى.

أمّا أدلتهم على الفساد فهي حديث الفرر و الإجماع على القدرة على التسليم. و أما أدلتهم على الصحة فهي المناقشة في الإجماع بتردد مدّعيه - كالعلامة في التذكرة - في صحة بيع الضال منفرداً، فإنّ هذا التردد يوهن الإجماع.

و في الحديث بأنّ الفرر لا يلزم مع فرض كون تلف المبيع قبل القبض من البائع كما سيأتي الكلام في ذلك.

(٢) أي : لحكم المسألة، و سيأتي - في بيع العبد الآبق - بقوله : « و أمّا الضال و المحمود و المفضوب و نحوها ... فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعة، للفرر المنفي، المعتضد بالإجماع ».

ثم<sup>(١)</sup> إنَّ العبرة في الشرط المذكور إمَّا هو في زمان إستحقاق التسليم<sup>(٢)</sup> ، فلا ينفع<sup>(٣)</sup> وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال إستحقاق التسليم ، كما

(١) هذا هو التنبيه الثاني، و المقصود من التعرض له تحقيق مورد إعتبار القدرة على التسليم في البيع، و أنه شرط في مطلق البيوع أم في بعضها.  
و محصل ما أفاده : أن قدرة البائع - حال العقد - على تسليم المبيع منوط بأمور:

الأول : أن لا تكون العين عند المشتري ، فلو كانت عنده قبل البيع، لعارية أو إجارة أو غصب أو غير ذلك، لم يعتبر تمكن البائع من التسليم ، و لم يكن عجزه عنه مانعاً أصلاً.

الثاني : أن يعتبر التسليم في البيع كما هو الغالب، فلو لم يشترط فيه صحّ و إن كان عاجزاً عن الإقباض، كما لو إشتري من ينعق عليه كالمودين، و لم يكن المبيع حاضراً عند البائع، لتحرُّره بالعقد المملَّك، و لا دخل لتسلُّم المشتري له فيه أصلاً.

الثالث : أن يستحق المشتري تسلُّم المبيع بنفس العقد، كما في بيع العين الشخصية التي يقتضي إطلاقُ العقد تسليمها للمشتري، و كذا العين الكلية الحالة كصاع من صبرة. فلا يشترط البيع بالقدرة على التسليم حال العقد لو لم يستحقه المشتري إمَّا لإشتراط تأخيرته مدةً، و إمَّا لتزلزل العقد من جهة كون البائع فضولياً، فلا يستحق التسليم قبل إجازة المالك بناءً على النقل. و إمَّا لكون المبيع عيناً مرهونةً إذا باعها الراهن بدون إذن ، فلا يستحق المشتري قبضها قبل الفك أو إجازة المرتهن. هذا إذا كان التسليم معتبراً من جهة كونه وفاءً بالعقد. و أما إذا اعتبر من جهة دخله في السبب المملَّك، فسيأتي.

(٢) إذ لا وجوب قبل الإستحقاق، و لا يلزم كون البيع غريباً مع فرض حصول القدرة على التسليم في زمان متأخر عن العقد.

(٣) لصدق « الفرر » المنهي عنه مع فرض العجز عن التسليم في زمان إستحقاقه المتأخر عن البيع، و لا ينفع قدرته عليه حال العقد.

لا يقدح عدمها<sup>(١)</sup> قبل الإستحقاق و لو حين العقد.  
 ويتفرع على ذلك<sup>(٢)</sup> : عدمُ اعتبارها أصلاً إذا كانت العينُ في يد المشتري<sup>(٣)</sup> ، وفيما<sup>(٤)</sup> لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا إشتري مَنْ ينعق عليه، فإنه ينعق بمجرد الشراء، و لا سبيل لأحد عليه. و فيما<sup>(٥)</sup> إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إمّا لإشتراط تأخيره<sup>(٦)</sup> مدةً، و إمّا لتزلزل العقد، كما إذا إشتري فضولاً، فإنه<sup>(٧)</sup> لا يستحقُّ التسليم إلاّ بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها<sup>(٨)</sup>.

- (١) فلو كانت القدرة معدومةً حال العقد، و موجودةً في زمان إستحقاق التسليم، صحّ البيع.
- هذا ما أفاده المصنف رحمته من الضابطة في شرطية القدرة، و قد أدرجناها في الأمور الثلاثة، و سيأتي ما يتفرع على كلِّ منها.
- (٢) أي : على كون العبرة - في الشرط المذكور - بالقدرة في زمان الإستحقاق.
- (٣) تقدم تفريره على الأمر الأوّل.
- (٤) معطوف على « إذا كانت » و هذا هو الأمر الثاني، و يتفرع عليه صحة بيع مَنْ ينعق على المشتري لو عجز البائع عن تسليمه إليه.
- (٥) معطوف أيضاً على « إذا كانت » و هذا ثالث الأمور الدخيلة في شرطية القدرة على التسليم.
- (٦) أي : تأخير تسليم المبيع، كما إذا باع داره و إشتري تأخير تسليمها إلى المشتري ثلاثة أشهر، فيكفي في صحة البيع تمكن البائع من التسليم عند الأجل، و لا يجدي قدرته حال العقد.
- (٧) أي : فإن المشتري لا يستحق التسليم بنفس الإيجاب و القبول، لعدم تأثيره فعلاً في النقل و الإنتقال.
- (٨) أي : قبل إجازة المالك ، الموجبة لإنتساب العقد إليه ، و لذا يعتبر تمكنه من

لكن يشكل على الكشف<sup>(١)</sup>، من حيث<sup>(٢)</sup> إنه لازم من طرف الأصيل، فيتحقق الفرر بالنسبة إليه<sup>(٣)</sup> إذا إنتقل إليه ما لا يقدر<sup>(٤)</sup> على تحصيله. نعم هو<sup>(٥)</sup> حسن في الفضولي من الطرفين .

التسليم حال الإجازة .

(١) غرضه الإشكال على عد بيع الفضولي من أمثلة ما لا يعتبر القدرة على التسليم فيه حال العقد ، و كفايته حال الإجازة. و منشأ الإشكال ما ذكره في ثمرات الكشف و النقل من أن تمام الموضوع لوجوب الوفاء - و المؤثر في الملكية - هو العقد، و يكون الأصيل مأموراً بالوفاء في المدة المتخللة بين العقد و الإجازة، و ممنوعاً من التصرف في ما إنتقل عنه و ما إنتقل إليه.

و بناءً عليه يكون البيع غريباً بالنسبة إليه، لعدم وجوب التسليم على المالك قبل الإجازة، و عدم قدرة المشتري من الفضولي على تحصيله، فيلزم الفرر. نعم لا يلزم الفرر في موردين :

أحدهما : ما لو كان كلا المتبايعين فضولياً، لوضوح أن التمكن من التسليم ملحوظ في من يُخاطب بوجوب الوفاء، و هو الأصيل و المجيز، لا الفضولي.

ثانيهما : ما لو بنينا في الإجازة على النقل، لعدم تمامية السبب المملك قبل لحوق الإجازة، فلأصيل الرجوع عن إلتزامه و حلّ العقد.

(٢) هذا تقريب الإشكال بناءً على كون الإجازة كاشفةً حقيقةً عن تأثير العقد

من حينه.

(٣) أي : بالنسبة إلى الأصيل المشتري من الفضولي.

(٤) لكون المال عند مالكة الذي لم يُجز بعد عقد الفضول.

(٥) أي : عدم إعتبار القدرة على التسليم حسن في الفضولي من الطرفين،

لتزلزل العقد بالنسبة إليهما معاً.

و مثله<sup>(١)</sup> بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه.  
 بل<sup>(٢)</sup> و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأن<sup>(٣)</sup> تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه<sup>(٤)</sup>، فلا يلزم غرر.  
 و لو تعذر التسليم بعد العقد<sup>(٥)</sup> رجع إلى تعذر الشرط.

(١) أي : و مثل العقد الفضولي بيع الراهن قبل إجازة المرتهن، و المراد بمائلته له في كلا الأمرين، و هما : عدم إعتبار القدرة على التسليم حال العقد، و إشكال لزوم الفرر بناءً على كون إجازة المرتهن كاشفةً.

نعم بناءً على النقل أو كون المشتري من الراهن فضولياً لا يلزم الفرر.  
 هذا كله في عدم إعتبار التمكن من التسليم فيما يكون وجوبه تكليفاً، للوفاء بالعقد. و سيأتي حكمه فيما لو كان التسليم معتبراً في تأثير العقد.

(٢) الأولى أن يقال : « بل و كذا لا يعتبر القدرة على تسليم ثمن السلم حين العقد » يعني : بل يمكن الإلتزام بعدم إعتبار القدرة على التسليم فيما يكون لها دخل في تأثير العقد، بحيث لا يترتب مضمونه إلاً بالتسليم و الإقباض، و ذلك لعدم الفرر مع عدمها، إذ الفرر يلزم فيما إذا تحقق مضمون العقد، و ترتب النقل و الإنتقال على العقد، و أمّا إذا توقف تأثير العقد على القبض في المجلس - لا في حال العقد - فلا غرر.

(٣) تعليل لعدم إعتبار التمكن من القبض حال العقد.

(٤) أي : تحقق التسليم.

(٥) حاصله : أنه إذا تعذر التسليم - المعتبر في تأثير العقد و صحته - بعد العقد كالقبض في بيعي الصرف و السلم، رجع إلى تعذر شرط الصحة، فيبطل العقد، إذ المؤثر هو العقد المتعقب بالقبض، فتعذره يوجب بطلان العقد، إلاً إذا صار ممكن الحصول بعد العقد بعد أن كان متعذراً حينه، فإنه متى حصل الجزء الأخير للموضوع ترتب عليه الحكم الشرعي.



و من المعلوم<sup>(١)</sup> أن تعذر الشرط المتأخّر حال العقد غير قادح ، بل<sup>(٢)</sup> لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا إتفق حصوله<sup>(٣)</sup>، فإنّ الشروط المتأخّرة<sup>(٤)</sup> لا يجب إحرازها حال العقد، و لا العلم بتحققها فيما بعد، و الحاصل<sup>(٥)</sup> : أن تعذر التسليم مانعٌ في بيع يكون التسليم من أحكامه ،

(١) يعني : أن تعذر الشرط المتأخّر عن العقد - المعتبر في صحته - غير قادح، سواء أكان تعذره حين العقد بعد أن كان مقدوراً قبله، أم كان بعد القعد بعد أن كان مقدوراً حال العقد. فإن حصل الشرط بعد العقد و لو بعد زمانٍ كفى في صحته، لما عرفت من أن القبض جزء المؤثر، فما لم يتحقق لا يؤثر العقد، و لذا لا يقدح ذلك مع العلم بعدم القدرة حال العقد، هذا.

ثم إنّ العبارة لا تخلو عن حزاة، لأنّ المصنف رحمته في مقام بيان وجه عدم القادحية فيما إذا تعذر التسليم بعد القعد، و قوله : « و من المعلوم أن تعذر الشرط المتأخّر ... الخ » بيان لوجه عدم قدح الشرط المتعذر حال العقد لا بعده، حيث إنّ قوله : « حال العقد » ظرف لتعذر الشرط، كما لا يخفى.

(٢) هذا ترقُّ من عدم قدح تعذر الشرط المتأخّر بعد العقد مع الجهل بتعذره، و حاصله : أنه لو علم في بيع السلم بتعذر تسليم الثمن بعد العقد، و إتفق حصوله بعد البيع، لم يكن العلم المزبور مانعاً عن تأثير العقد، إذ لا دخل لقبض الثمن في نفس الإيجاب و القبول حتى يقدح تعذره المعلوم حال الإنشاء و بعده، و المفروض كفاية حصول الشرط المتأخّر - إتفاقاً - في الصحة قبل إنقضاء المجلس.

(٣) أي : حصول الشرط المتأخّر.

(٤) كالإجازة في عقد الفضولي ، إذ لا يجب العلم بتحققها بعد العقد، بل يكفي

حصولها الإتفاقي.

(٥) هذا حاصل ما أفاده من قوله : « ثم إن العبرة في الشرط المذكور ... الخ »

من بيان حكم التمكن من التسليم في القسمين - و هما كونه من أحكام العقد ، و كونه

لا من شروط تأثيره. و السَّرُّ فيه<sup>(١)</sup>: أن التسليم فيه جزء الناقل ، فلا يلزم غررٌ من تعلقه<sup>(٢)</sup> بغير المقدور. و بعبارة أخرى<sup>(٣)</sup>: الإعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل ،

شرطاً للتأثير - و محصله : أن التسليم في غير بيع السلم و الصرف و الهبة يكون من أحكام العقد و آثاره، إذ المؤثر في المنشأ هو نفس العقد، و بعد التأثير يجب ترتيب الأثر عليه، و منه تسليم كل منهما ما إنتقل عنه إلى صاحبه و عدم حبسه، لكونه ظلاماً محرماً. فتعذر التسليم حينئذ يكون مانعاً عن لزوم العقد.

و أما إذا كان القبض جزء الناقل - بحيث لا يؤثر العقد إلا في ظرف وجوده - لم يكن تعذره مانعاً، بل موجباً لنقصان في المقتضي.

(١) أي : و السَّرُّ في عدم كون تعذر التسليم مانعاً عن صحة مثل بيع السِّلْم هو: أن القبض جزء السبب الناقل، فلا يلزم محذور الغرر لو تبين العجز عن التسليم، لإنكشاف عدم وقوع العقد الناقل حينئذ.  
(٢) أي : تعلق العقد.

(٣) هذه العبارة تقريب آخر لإختصاص شرطية القدرة على التسليم بما يكون العقد تاماً في التأثير، و حاصله : أنه لا موضوع للشرطية في ما يكون القبض جزء الناقل، بشهادة عدم قدح عجز البائع عن التسليم حين العقد لو علم بتجدد القدرة بعده.

و لما كان القبض في مثل بيع السِّلْم دخيلاً في السبب الناقل، لم يعتبر التمكن منه حال الإنشاء، و حينئذ فإن لم يتحقق القبض في المجلس فلا عقد حتى يبحث عن غرريته بعدم التسليم، و إن تحقق فيه لم يبق موضوع للشرطية، لحصول الثمن في يد البائع سلباً. و معه لا معنى للبحث عن إعتبار القدرة على التسليم.

و عليه يختص الإشتراط بما إذا كان القبض واجباً من جهة الوفاء بالعقد، بعد تماميته، و أما بيع الصرف و السِّلْم فلا موضوع لشرطية القدرة فيهما، لكون القبض دخيلاً في الصحة، كدخل الإجازة في وجوب الوفاء بالعقد الفضولي.

ولهذا <sup>(١)</sup> لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده، والمفروض <sup>(٢)</sup> أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - وهو القبض - حاصل في يد المشتري <sup>(٣)</sup>، فالقبض مثل الإجازة <sup>(٤)</sup> بناءً على النقل، وأولى منها بناءً على الكشف <sup>(٥)</sup>.

وكذلك <sup>(٦)</sup> الكلام في عقد الرهن، فإن إشتراط القدرة على التسليم فيه - بناءً <sup>(٧)</sup> على إشتراط القبض <sup>(٨)</sup> -

- (١) أي : ولأجل كون التمكن من التسليم معتبراً بعد تمام السبب الناقل، لم يقدح عجز البائع قبل القبول، لعدم تمامية الناقل حسب الفرض.
- (٢) يعني : أن ما ذكرناه حكم عدم دخل القبض في تأثير العقد. وأما في بيع الصرف فلا جدوى في شرطية القدرة على التسليم، بعد حصول المبيع في يد المشتري.
- (٣) وكذا بيع السلم بعد حصول الثمن في يد البائع.
- (٤) يعني : في كونه جزء الناقل.
- (٥) وجه الأولوية عدم كون الإجازة - بناءً على الكشف - جزءً المؤثر، والمفروض كون القبض جزء الناقل، فيكون أولى من الإجازة الكاشفة.
- (٦) يعني : كما لا تعتبر القدرة على التسليم - حال العقد - في بيع الصرف، فكذا في عقد الرهن بناءً على دخل القبض في صحته بمقتضى الآية الشريفة ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فإن حصلت بعد العقد وتحقق القبض خارجاً صح العقد و لزم من جانب الراهن، وإن لم تحصل بطل العقد، لا أنه يصحّ و يكون غررياً.
- (٧) وأما بناءً على عدم إشتراط الرهن بالقبض، بأن كان من أحكامه، كان الرهن نظير ما عدا بيع الصرف و السلم، من عدم إعتبار القدرة عليه حال العقد.
- (٨) قال المحقق رحمته الله : « و هل القبض شرط فيه ؟ قيل : لا، و قيل نعم، و هو الأصح » <sup>(٩)</sup>.

إنما<sup>(١)</sup> هو من حيث إشتراط القبض، فلا يجب إحرازه حين الرهن، و لا العلم بتحقيقه<sup>(٢)</sup> بعده، فلو رهن<sup>(٣)</sup> ما يتعذر تسليمه ثم إتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، و سيجئ الكلام في باب الرهن<sup>(٤)</sup>.

اللهم إلا أن يقال<sup>(٥)</sup>: إن المنفي في النبوي هو كل معاملة تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع<sup>(٦)</sup> المشروط فيه القبض - كالصرف و السلم - إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض<sup>(٧)</sup> أو غير مقدور،

(١) خبر قوله: « فإن إشتراط ».

(٢) أي: بتحقق القبض بعد عقد الرهن.

(٣) هذا متفرع على كون القبض شرطاً في عقد الرهن - صحةً أو لزوماً - كشرطية قبض الثمن في بيع السلم.

(٤) لم أظفر بكتاب الرهن للمصنف رحمته حتى يُعلم رأيه في إشتراطه بالقبض و عدمه. كما لم يظهر ذلك مما أفاده في أحكام القبض، فراجع آخر الكتاب.

(٥) هذا إستدراك على قوله: « ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح » و حاصله: إثبات إشتراط التمكّن من التسليم في السلم و الرهن و نحوهما، فيبطل العقد بالعجز عنه، توضيحه: أن الغرر المنهي عنه لا يختص بما إذا كان التسليم من أحكام العقد لا من شرائط تأثيره، إذ الغرر لا يراد به إلا مفهومه العرفي، و هو أعم من الغرر الشرعي، فيصدق الغرر العرفي على كل قبض غير مقدور و إن لم يكن بغير شرعاً، لتوقف الإنتقال على القبض، فلا غرر شرعاً ما لم يتحقق الإنتقال. فالبيع المنوطة صحته بالقبض - كالصرف و السلم - غرري إن لم يكن المبيع مقدور التسليم، و المراد من متعلق النهي هو المفهوم العرفي.

(٦) هذا متفرع على كون النبوي مانعاً عن كل معاملة غررية بنظر العرف، فالمرجع في صدق « الغرر » هو العرف، لا الشرع.

(٧) يعني: و كان مقدار العوض معلوماً بعد قبضه، فيبطل البيع من جهة جهالة

غرر<sup>١</sup> عرفاً، لأن<sup>٢</sup> إشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق<sup>٣</sup> الغررُ والخَطَرُ عرفاً وإن لم يتحقَّق شرعاً، إذ<sup>٤</sup> قبل التسليم لا إنتقال، وبعده<sup>٥</sup> لا خَطَرٌ، لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً.  
و من هنا<sup>٦</sup> يمكن الحكم بفساد يبيع غير المالك إذا باع لنفسه - لا عن

التمن. و ذكِرُ العوض المجهول للتنبيه على إشتراك الغرر بين الجهل بالعوض و بين العجز عن التسليم، لإستناد كليهما إلى صدق الغرر.

(١) خبر قوله: « فالبيع » فيصدق الغرر عرفاً و إن لم يصدق شرعاً، لعدم تمامية العقد الناقل من جهة توقفه على القبض.

(٢) تعليل لصدق الغرر العرفي على عدم تحقق قبض العوضين.

(٣) هذا نتيجة كون الغرر المنفي عرفياً لا شرعياً.

(٤) تعليل لعدم صدق الغرر الشرعي في مثل بيع السلم، قبل قبض التمن.

(٥) يعني : و بعد تسليم التمن لا خَطَرٌ، و لازم إنتفاء الغرر و الخطر هو الصحة.

و لكن المنهي عنه هو عنوان الغرر المستتبع لفساد البيع، و من المعلوم صدق « الغرر » عرفاً في بيع الصرف و السلم إن لم يكن التسليم مقدوراً فيها.

(٦) أي : و من كون الغرر المنهي عنه عرفياً - لا شرعياً - يتجه فسادُ بيع

الفضولي البائع لنفسه، فإنه عاجز عن تسليم المبيع للمشتري، قبل إجازة المالك و رضاه بالبيع، و هي غير معلومة الحصول. و لو فرض حصول الإجازة و بتبعها التمكن من التسليم، لم ينفع الفضولي، لأنَّ إمضاء المالك يوجب إنتساب العقد إليه، لا إلى الفضولي.

هذا بناءً على عدم دخل رضا المالك - عرفاً - في العقد الفضولي، و يكون

إعتبار إجازته كإعتبار القبض في الصرف و السلم شرعياً.

و أمّا بناءً على دخل رضاه عرفاً فيه يُشكل تنظير الغرر الشرعي ببيع

الفضولي لنفسه.

المالك<sup>(١)</sup> - ما لا يقدر على تسليمه.

اللهم<sup>(٢)</sup> إلا أن يمنع الفرر العرفي بعد الإطلاع على كون أثر المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر، فإن<sup>(٣)</sup> العرف إذا إطلعوا على إنعقاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، وهكذا<sup>(٤)</sup>.

و لو قيل : إن المقصود من الفضولي البائع لنفسه هو الغاصب المستقل في التصرف، المتمكن من التسليم بلا حاجة إلى مراجعة المالك، قلنا : لا وجه حينئذٍ لإستناد بطلانه إلى النهي عن الفرر عرفاً، بعد كون بيعه بيعاً عندهم.

(١) إذ لو باع للمالك أمكن حصول القدرة على التسليم بإجازة العقد، فمحذور الفرر العرفي كأنه مختص بقصد وقوع البيع لنفس الفضولي.

(٢) هذا إستدراك على ما أفاده من إقتضاء النهي في النبوي فساداً ما كان غرراً عرفاً، فيعم بيعي الصرف و السلم إن كان التسليم غير مقدور.

و حاصل الإستدراك : أن الفرر و إن كان عرفياً، إلا أنه لا يترتب عليه بطلان البيعين، و ذلك لأن الشارع يُخطئ العرف في زعم « الفرر » فيما لو عجز المشتري عن تسليم الثمن حال العقد في بيع السلم. نظير التخطئة في عدّ أكل المارة باطلاً، فيكون جواز الأكل خارجاً موضوعاً عن النهي عن الأكل بالسبب الباطل، حتى مع بقاء الباطل على معناه العرفي، و عدم إرادة معنى آخر منه كالباطل الواقعي أو الشرعي.

و عليه فمع إحاطة العرف بما نبّه به الشارع - من عدم تمامية السبب الناقل في بيعي الصرف و السلم قبل القبض - لا يرى غرريتهما لو باع غير قادر حال العقد.

(٣) تعليل لمنع الفرر - بنظر العرف - بعد إطلاعهم على عدم توقف البيع على التسليم في جميع الموارد حتى يكون العجز عنه غرراً عرفياً مُفسداً للعقد، كما إذا علم بإنعقاق القريب بمجرد شرائه، فإشتراه من ينعق عليه، فإنعق، فإنه لا غرر في عدم القدرة على التسليم أصلاً.

(٤) يعني : و هكذا سائر الأمثلة التي لا يعتبر فيها التمكّن من التسليم مطلقاً أو

فالمناط<sup>(١)</sup> صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، فتأمل<sup>(٢)</sup>.  
ثم إن الخلاف<sup>(٣)</sup> في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر

حال العقد، وقد تقدّمت في (ص ٦٤٠) بقوله: «ثم إن العبرة في الشرط المذكور إما هو في زمان إستحقاق التسليم... الخ».

(١) يعني: أن مناط مانعية الغرر عن صحة البيع هو صدقه العرفي بعد الإحاطة بحكم الشارع من أنه يعتبر القبض في البيع أم لا يعتبر.

(٢) لعلّه إشارة إلى: أن المفهوم العرفي لا يُنَاط بالآثار الشرعية، لأنّ العرف بما هو عرف لا نظر له إلى الحكم الشرعي الثابت للموضوع العرفي، فلا يلاحظ في مقام تحديد المفهوم - المتبع عندهم - الحكم الشرعي المترتب على ذلك الموضوع. هذا ما يتعلق بالتنبيه الثاني.

(٣) السياق قاض بأنّ هذا تنبيه آخر مما يتعلق بإعتبار القدرة، ولكنه ليس كذلك، إذ المبحوث عنه هو مخالفة الفاضل الشيخ إبراهيم بن الشيخ سليمان القطيفي - المعاصر للمحقق الثاني، و المناظر معه في جملة من المباحث كمسألة الخراج - في أصل الشرطية، وكان المناسب التعرض لكلامه قبل الخوض في التنبيهات، بعد إقامة الدليل على دخل التمكّن من التسليم في صحة البيع.

و كيف كان فكلامُ صاحب إيضاح النافع يتضمن أموراً:

الأوّل: نفي ما صنعه الفقهاء من جعل القدرة في عداد شروط العوضين، و قال بأن الغرض من إعتبارها رعاية مصلحة المشتري، و فرّع على عدم دخلها في البيع صحة العقد في موردين:

أحدهما: تمكّن المشتري من التسلم مع عجز البائع عن التسليم.

ثانيهما: إقدام المشتري - على المعاملة - عالماً بعجز البائع عن التسليم.

الثاني: بطلان البيع إذا لم يكن من شأن المبيع أن يقبض عرفاً كالطائر الذي فرّ من القفص، و السمك في النهر و نحوهما، لأنّ أكل المال في قبالة أكل له بالباطل، و هو منهي عنه. نعم يحتمل جواز المصالحة عليه إن كان فيه غرض عقلائي.

للمحقق الثاني، حيث حُكي عنه أنه قال في إيضاح النافع: « إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط<sup>(١)</sup>، لا أنها<sup>(٢)</sup> شرط في أصل صحة البيع، فلو قدر<sup>(٣)</sup> على التسلم صحّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه<sup>(٤)</sup>، بل<sup>(٥)</sup> لو رضي

الثالث: أن إطلاق حكم المحقق رحمته في المختصر النافع - ببطلان بيع الآبق من دون ضميمة - ممنوع، بل يختص الفساد بموارد:  
أحدها: عدم رضا المشتري، فيستند البطلان إلى عدم كون التجارة عن تراضٍ.

ثانيها: عدم علم المشتري بالإباق، فلو أقدم على الشراء عالماً بالإباق صحّ البيع، ولو تعذر الظفر به لم يكن له الرجوع على البائع وإسترداد الثمن منه.  
ثالثها: عدم علم المشتري بالعجز عن الظفر به، فلو علم بالإباق ولكنه تمكّن عرفاً من تحصيله صحّ.

هذا محصل كلام الفاضل القطيني رحمته، ولعله لزعم أن الفرر بمعنى « الخدعة » المنتفية مع علم المشتري بالحال، لا بمعنى الخطر، ولذا فصل بين علم المشتري وجهله. وسيأتي ما أورده المصنف رحمته عليه.

(١) فلو لم تقتض مصلحة المشتري تسلم المبيع لم يقدح عجز البائع عن التسليم في صحة البيع.

(٢) أي: لا أن القدرة شرط صحة البيع، كما يظهر من عناوين الكتب الفقهية، فقالوا: « ومن شرائط العوضين: القدرة على التسليم ».

(٣) هذا متفرع على كون القدرة مصلحةً للمشتري خاصة.

(٤) أي: على تسليم المبيع.

(٥) الوجه في الإضراب هو أن ما قبله صورة عدم علم المشتري بعجز البائع عن التسليم، فمقصود الفاضل تصحيح البيع حتى في صورة إحراز العجز، فضلاً عما إذا كان مشكوكاً فيه.



بالإبتياح مع علمه بعدم تمكّن البائع من التسليم جاز، و ينتقل إليه<sup>(١)</sup>. و لا يرجع على البائع - لعدم<sup>(٢)</sup> القدرة - إذا كان البيعُ على ذلك<sup>(٣)</sup> مع العلم، فيصحّ<sup>(٤)</sup> بيعُ المفصوب و نحوه<sup>(٥)</sup>.

نعم<sup>(٦)</sup>، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يُقبض عرفاً، لم يصحّ المعاوضة عليه بالبيع، لأنه<sup>(٧)</sup> في معنى أكل مالٍ بالباطل. و ربما إحتتمل إمكان المصالحة عليه<sup>(٨)</sup>.

(١) أي : و ينتقل المبيع - المتعذر تسليمه - إلى المشتري.

(٢) علة للمنفى و هو الرجوع على البائع، يعني : لا يثبت خيار للمشتري لأجل عدم قدرة البائع على التسليم.

و لكن قيل بجواز رجوعه على البائع من باب تلف المبيع قبل القبض.

و فيه : أنّ مورده التلف، و صدقه على غير مقدور التسليم محل تأمل.

(٣) يعني : إذا كان البيع مبنياً على رضا المشتري بالإبتياح - مع علمه بعدم قدرة البائع على التسليم - صحّ.

(٤) هذا متفرع على إلغاء شرطية القدرة على التسليم، و كفاية تمكّن المشتري من التسلم، أو الإقدام على الشراء عالماً بعجز البائع عن إستنقاذ المال من الغاصب.

(٥) كالمجحود، فهو كالمفصوب من حيث عدم قدرة البائع على تسليمه للمشتري.

(٦) هذا إستدراك على قوله : « لا أنها شرط في أصل صحة البيع » و تقدم توضيحه بقولنا : « الثاني بطلان البيع ... الخ ».

(٧) تعليل لقوله : « لم يصح » و الضمير راجع إلى البيع و التعاوض، المستفاد من العبارة.

(٨) أي : على المبيع الذي لا يتمشى قبضه عرفاً. و وجه جواز المصالحة عليه: عدم كون الصلح مبادلة مال بمال، حتى لا تصدق في المقام، بل حقيقة الصلح التسالم، و هو متحقق هنا.

و من هنا <sup>(١)</sup> يُعلم أن قوله - يعني المحقق في النافع - : « لو باع الآبق منفرداً لم يصح » إنما <sup>(٢)</sup> هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه <sup>(٣)</sup> بحيث لا يتمكن منه <sup>(٤)</sup> عرفاً. و لو أراد <sup>(٥)</sup> غير ذلك فهو غير مسلم « إنتهى <sup>(٦)</sup> ». وفيه <sup>(٧)</sup> : ما عرفت من الإجماع.

- (١) أي : و من عدم كون القدرة شرطاً في صحة البيع - بل هي مصلحة للمشتري - يُعلم منع إطلاق حكم المحقق رحمته ببطلان بيع الآبق منفرداً.
- (٢) خبر قوله : « ان قوله » يعني : لا بد من حمل منع المحقق - عن البيع - على أحد الفروض الثلاثة.
- (٣) هذا الضمير و ضمير « علمه » راجعان إلى المشتري.
- (٤) أي : من الآبق.
- (٥) يعني : و لو أراد المحقق رحمته بمنع البيع غير هذه الفروض أشكل قبوله.
- (٦) مَنَعَ المصنفُ كلامَ الفاضل بوجهين :
- أحدهما : مخالفته للإجماع - سابقاً عليه و لاحقاً له - على إعتبار التمكن من التسليم في البيع، و معه لا وجه لجعل القدرة عليه من مصالح المشتري.
- ثانيهما : لزوم الغرر لو باع ما يعجز عن تسليمه للمشتري، و قد تقدم في (ص ٥٨١) إستدلال الفريقين بالنبوي - الناهي عن بيع الغرر - على إعتبار القدرة على التسليم. بعد كون الغرر بمعنى الخطر، و لا ريب في عدم إندفاعه بمجرد علم المشتري بعجز البائع، لوضوح أن غرض الشارع من النهي عنه المنع عن الإقدام على الخطر مطلقاً سواء علم به أم لم يعلم.
- فإن قلت : يمكن منع دلالة النبوي على شرطية القدرة على التسليم مطلقاً

«١» إيضاح النافع (مخطوط) و الحاكي عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٢٤ . مع إختلاف يسير

و لزوم<sup>١١</sup> الفرر غير<sup>١٢</sup> المندفع بعلم المشتري، لأن<sup>١٣</sup> الشارع نهي عن الإقدام عليه. إلا أن يجعل الفرر هنا<sup>١٤</sup> بمعنى الخدعة، فيبطل في موضع تحقُّقه، وهو عند جهل المشتري<sup>١٥</sup>. وفيه<sup>١٦</sup> ما فيه.

سواء أكان المشتري عالماً بعجز البائع عن التسليم أم جاهلاً به، لكونه أخص من المدعى، وذلك لإبتناء الاستدلال على كون « الفرر » المنهي عنه بمعنى الخطر، وهو أول الكلام، لأن اللغويين عدّوا من معانيه « الخدعة » و يحتمل إرادتها هنا، و من المعلوم عدم صدقها في صورة علم المشتري بعجز البائع.

و عليه يختص بطلان البيع - من جهة مانعية الفرر - بما إذا كان المشتري جاهلاً بعجزه حتى يصدق: أن البائع خدعه.

قلت: إن الخدعة و إن كانت من معاني الفرر كما تقدم في أول المسألة، إلا أن معناه الشائع المفهوم عند الفقهاء هو الخطر، الصادق على صورتي علم المشتري و جهله بعدم قدرة البائع على التسليم.

(١) معطوف على « الإجماع » و هذا إشارة إلى ثاني وجهي المنع.

(٢) هذا إشارة إلى أن معنى الفرر هو الخطر، و من المعلوم صدقه في حالتي علم المشتري بالعجز، و جهله به. و لو كان بمعنى الخدعة لاختص بصورة الجهل به.

(٣) تعليل لعدم جدوى رضا المشتري في صورة علمه بعجز البائع، إذ مع نهي الشارع عن الإقدام على الخطر لا يكون الأمر بيد المشتري حتى ينفعه رضاه.

(٤) أي: في الحديث الناهي عن الفرر. و تقدم توضيح هذا الإشكال بقولنا: « فإن قلت ... ».

(٥) و لا موجب لبطلانه في موضع عدم تحقق الخدعة، بأن كان المشتري عالماً بالحال.

(٦) أي: و في جعل الفرر بمعنى الخدعة إشكال، كما تقدم تربيته بقولنا: « قلت: ان الخدعة ... الخ ».

ثم إن الظاهر<sup>(١)</sup> - كما اعترف به بعضُ الأساطين<sup>(٢)</sup> - أن القدرة على التسليم ليست مقصودةً بالإشتراط إلا بالتبع<sup>(٣)</sup>، و إنما المقصد الأصلي هو التسلم، و من هنا<sup>(٤)</sup> لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحة .

(١) هذا تنبيه ثالث مما يتعلق بالمسألة ، و محصله : أن إشتراط القدرة على التسليم في البيع ليس مقصوداً بالأصله، بل يكون تبعياً، لمقدميته لحصول المبيع عند المشتري، فالشرط - في الحقيقة - تمكُّن المشتري من المبيع إمّا بنفسه و إما بواسطة البائع، سواء أكانت قدرته بلا واسطة أحدٍ أو بواسطة المشتري أو الأجنبي .  
و يتفرع عليه صحة البيع في موردين كما أفنى بها جماعة :

الأول : عجزُ البائع عن التسليم، و تمكُّن المشتري من تحصيل المبيع .  
الثاني : عجزُ المتبايعين معاً عن التسليم و التحصيل، و لكن يوثق حصوله عند المشتري في زمان الاستحقاق، كالحمام الطائر إذا إعتاد العود إلى العُشِّ أو البُرج .  
و يُحتمل بطلان البيع في هذا المورد كما عن نهاية العلامة رحمته ، لإعتبار تمكُّن المشتري من التسلم أو التحصيل، و المفروض إنتفاء القدرة فيه، و لا عبرة بإعتياد العود ممّا لا عقل له .

و لكن يرُدُّ هذا الإحتمال : أن العادة باعثة على العود، و هي كافية في حصول الوثوق به . هذا كله في حصول المبيع عند المشتري في زمان إستحقاق التسلم .

و أمّا لو لم يقدر عليه في مدة فسيأتي حكمه من الصحة أو الفساد .

(٢) أي : يتبع كون المبيع عند المشتري، و تسلمه له .

(٣) أي : و من كون المقصد الأصلي تسلم المشتري لا تسليم البائع، صحَّ البيعُ

لو تمكَّن المشتري - خاصة - من التسلم .

كما عن<sup>(١)</sup> الإسكافي والعلامة وكاشف الرُّموز<sup>(٢)</sup> والشهيدين<sup>(٣)</sup> و«المحقق الثاني»<sup>(٤)</sup>.  
و عن ظاهر الإنتصار « أن صحة بيع الآبق على مَنْ يقدر على تسلّمه  
مما إنفردت به الإماميّة ». وهو<sup>(٥)</sup> المتّجه، لأنّ ظاهر معاهد الإجماع<sup>(٦)</sup> - بضميمة<sup>(٧)</sup>  
التبّع في كلماتهم و في إستدلالهم<sup>(٨)</sup> بالغرر وغيره -

- (١) الحاكي عنهم و عن غيرهم هو السيد العاملي<sup>(٩)</sup>، و الحاكي لكلام الإسكافي هو العلامة، ففي المختلف: « و قال ابن الجنيد : لا يشتري - أي العبد الآبق - وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمن له البائع » و إستقره العلامة رحمته عليه<sup>(١٠)</sup>.  
(٢) قال الفاضل الآبي: « العبد الآبق إمّا أن يكون بحيث يقدر عليه صاحبه أم لا. فالثاني لا يجوز بيعه منفرداً بلا خلاف. و الأوّل قد أجازاه المرتضى، نظراً إلى أنّه لا يسمّى آبقاً عرفاً. و هو حسنٌ »<sup>(١١)</sup>.  
(٣) أي : كون قدرة المشتري كافيةً في صحة البيع متّجه.  
(٤) تقدّم حكاية الإجماع عن جماعة في أوّل المسألة، فراجع (ص ٥٨٠).  
(٥) و لولا هذه الضميمة لكان ظاهر معاهد الإجماع هو إعتبار القدرة على التسليم فقط، و عدم كفاية قدرة المشتري على التسلم. لكن الضميمة المزبورة أوجبت ظهوراً ثانوياً في معاهد الإجماع، كسائر الظهورات الناشئة من القرائن لذويها.  
(٦) أي : بالتبّع في إستدلالهم بالغرر وغيره، كالإستدلال: « بأنّ الغرض من

«١» الدروس الشرعية . ج ٣ ، ص ٢٠٠ : مسالك الأفهام . ج ٣ ، ص ١٧٢ : الروضة البهية . ج ٣ ، ص ٢٥٠  
«٢» جامع المقاصد . ج ٤ ، ص ١٠٠ و ١٠٢  
«٣» مفتاح الكرامة . ج ٤ ، ص ٢٢٣  
«٤» مختلف الشيعة . ج ٥ ، ص ٢١٦ : و لاحظ تذكرة الفقهاء . ج ١٠ ، ص ٤٩ : «٥» كشف الرموز . ج ١

مختص<sup>٤</sup> <sup>١</sup> بغير ذلك<sup>٢</sup>.

و منه <sup>٣</sup> يُعلم أيضاً<sup>٤</sup> : أنه<sup>٥</sup> لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بمصوله في يد أحدهما عند إستحقاق المشتري للتسليم - كما لو إعتاد الطائرُ العودَ - صحَّ، وفاقاً للفاضلين<sup>٦</sup>، و الشهيدين<sup>٧</sup>، و المحقق الثاني<sup>٨</sup> و غيرهم<sup>٩</sup>.

البيع إنتفاع كل من المتباعين بما ينتقل إليه « و كالإستدلال « بأن بذل الثمن على غير المقدور سفه ».

(١) خبر قوله: «لأن ظاهر» و حاصله : أن دليل إشتراط القدرة لا يُثبت في مورد تمكن المشتري من التسلم.

(٢) أي : بغير مَنْ يقدر على التسلم، و إن كان البائع عاجزاً عن التسليم.

(٣) أي : و من عدم كون القدرة على التسليم مقصودةً بالأصالة يُعلم جوازُ البيع في المورد الثاني، و هو عجزهما معاً عن التسليم و التسلم، و الوثوق بالحصول.

(٤) أي : كما عُلِمَ جواز البيع لو كان المشتري قادراً على التسلم و التحصيل.

(٥) الضمير للشأن.

(٦) قال المحقق<sup>١٠</sup> : « و يصحُّ بيعُ ما جَرَتْ العادةُ بعوده كالحمام الطائر، و السموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة »<sup>١١</sup>.

(٧) حكاه السيد العاملي عن المحقق الأردبيلي و المحدث الفيض، و الفاضل السبزواري، فراجع<sup>١٢</sup>.

«١» الدروس الشرعية . ج ٣ . ص ١٩٩ - ٢٠٠ : الروضة البهية . ج ٣ . ص ٢٤٩ : مسالك الأفهام . ج ٣ . ص ١٧٣

«٢» جامع المقاصد . ج ٤ . ص ٩٢

«٣» شرائع الإسلام . ج ٢ . ص ١٧ . و نحوه في كتب العلامة . فلاحظ : تذكرة الفقهاء . ج ١٠ . ص ٥١ :

قواعد الأحكام . ج ٢ . ص ٢٢

«٤» مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٢٢

نعم<sup>(١)</sup> عن نهاية الاحكام : إحتمال العدم<sup>(٢)</sup>، بسبب إنتفاء القدرة في الحال على التسليم، وأنَّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقلٌ باعث<sup>(٣)</sup> «<sup>(١)</sup>» .  
 وفيه<sup>(٤)</sup> : أنَّ العادة باعثة كالعقل، مع أنَّ الكلام على تقدير الوثوق .  
 و لو لم يقدر على التحصيل<sup>(٥)</sup>، و تعذّر عليهما إلاّ بعد مدّة مقدّرة

(١) إستدراك على قوله : « صحّ » و الوجه في الإستدراك توقف الجزم بالصحة على منع ما في نهاية العلامة رحمته من إحتمال البطلان، و تقدم توضيحه في (ص ٦٥٥).

(٢) يعني : إحتمال العلامة رحمته في النهاية كلّاً من الصحة و البطلان.

(٣) أي : على العود.

(٤) هذا ردّ الإحتمال، و محصله وجهان :

أحدهما : كفاية العادة - و غريزة الحيوان - على العود في حصول الوثوق بحصول الطائر عند المشتري. بل العادة أقوى من العقل في محركته على العود. قال العلامة الطباطبائي رحمته في المصايح - في مناقشة إحتمال النهاية - : « وفيه : وجود الباعث، و هو الألف ببرجه، و الأُنس بألفه و إن إنتفى العقل »<sup>(٦)</sup>.

و ثانيهما : أنَّ مورد فتوى المجوزين هو حصول الوثوق بالعود، فلا وجه للمناقشة في موجبات الوثوق، بل لا بد من التكلم في حكمه بعد فرض وجوده.

(٥) حاصل هذا الفرع - الراجع إلى تأخير التسليم عن العقد - : أن المبيع لو كان عيناً شخصية، و لم يقدر البائع على تسليمه و لا المشتري على تسلّمه و تحصيله حال العقد و لا بعده - في مدّة قليلة يتسامح في تعذر التسليم فيها - فتارةً تكون مدة التعذر محصورة و مقدرة بحسب العادة كسنة، و أخرى لا تكون منضبطة، كما إذا أنفذ عبده في حاجة يطول زمانها، لكونها في بلد بعيد كالهند.

«١» نهاية الاحكام . ج ٢ . ص ٤٨١ . و حكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ٢٢٢

«٢» المصايح . مجلد التجارة (مخطوط)

عادة<sup>(١)</sup>، وكانت مما لا يتسامح فيه، كسنة أو أزيد، ففي<sup>(٢)</sup> بطلان البيع، لظاهر<sup>(٣)</sup>

ففي الصورة الأولى يحتتمل كل من البطلان رأساً، و الصحة مع الخيار لو كان المشتري جاهلاً بالحال. و وجه البطلان أمران :  
أحدهما : الإجماع المحكي على كون القدرة على التسليم شرطاً في صحة البيع، فيبطل بفقدها.

ثانيهما : كون تعذر الحصول في مدة مديدة غرراً، و هو منهي عنه، فيبطل البيع. و وجه الصحة : وجود المقتضي، و هو العقد الصادر من أهله في محله - كما في الجواهر<sup>(٤)</sup> - و فقد المانع من الإجماع و الفرر.  
أما الإجماع فلأن مورده ما إذا تعذر التسليم رأساً، و المفروض إمكانه، و تعذره الفعلي غير قادح.

و أما الفرر فغير محقق، لأن المشتري إما أن يعلم بالحال و فوات منفعة المبيع مدة مديدة كسنة، فيجب عليه الصبر. و إما إن يجهل ذلك، فيُجبر ضرره بخيار تعذر التسليم.

و عليه فالمتجه هو الصحة في الفرض.  
و في الصورة الثانية يحتتمل أيضاً كل من الصحة و البطلان، و إن إستشكل المصنف في الصحة، كما سيأتي بيانه.

(١) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و فرقها مع الثانية في ضبط المدة المديدة هنا، دونها في الثانية.

(٢) خبر مقدّم لقوله: « وجهان » و الجملة بتمامها جواب الشرط في قوله :  
« و لو لم يقدر! ».

(٣) هذا وجه البطلان، و تقدم تقريب الإجماع و الفرر.



الإجماعات المحكية ، و لثبوت الفرر، أو صحته<sup>(١)</sup> ، لأن<sup>(٢)</sup> ظاهر معقد الإجماع التذُّرُ رأساً، و لذا<sup>(٣)</sup> حَكَمَ مدَّعيه بالصحة هنا، و العرر<sup>(٤)</sup> منفيٌ مع العلم بوجود الصبر عليه إلى إنقضاء مدَّةٍ ، كما<sup>(٥)</sup> إذا إشتراط تأخير التسليم مدَّةً ، و جهان، بل قولان<sup>(٦)</sup> ، تردَّدَ فيهما<sup>(٧)</sup> في الشرائع ،

(١) معطوف على « بطلان » أي : ففي صحة البيع.

(٢) هذا وجه الصحة، و حاصله : منع وجهي البطلان، و المفروض وجود المقتضي للصحة ثبوتاً و إثباتاً للعمومات.

(٣) أي : و لظهور معقد الإجماع في التذُّرُ رأساً حَكَمَ ... الخ، و غرضه إقامة الشاهد على خروج هذه الصورة عن الإجماع موضوعاً، لأنَّ مدَّعي الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم - كالعلامة ﷺ - رجَّح الصحة هنا، و هو كاشف عن إختصاص معقد الإجماع بالتذُّرُ بقول مطلق، أي حالاً و مستقبلاً.

(٤) معطوف على « ظاهر » أي : و لأنَّ العرر منفي ... الخ.

(٥) فكما لا يقدرح تأخير التسليم عن العقد، إذا شرطه البائعُ على المشتري، فكذا لا يقدرح مع علمه به.

(٦) أحدهما : المنع، و لعلَّه المستفاد من مفهوم عبارة التحرير : « و لو باع ما يمكن تسليمه في ثاني الحال - لا فيه - فالوجه جوازه، و يتخير المشتري » لظهوره في المنع بتذُّرُ التسليم بعد العقد، سواء أكانت المدة قصيرة أم مديدة.

و ثانيهما : الصحة، و هو المشهور، بل في الجواهر - بعد توجيه عبارة التحرير - « فلا خلافَ محققَ في المسألة »<sup>(٨)</sup>.

(٧) يعني : تردد المحقق في الوجهين، حيث قال : « و لو باع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدَّةٍ، فيه تردد. و لو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قوياً »<sup>(٩)</sup>.

«١» جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٤٠٤

«٢» شرائع الإسلام . ج ٢ . ص ١٧

ثم قَوَى الصحة<sup>(١)</sup>، و تبعه في محكمي التحرير و المسالك و الكفاية و غيرها<sup>(٢)</sup>.

نعم<sup>(٣)</sup>، للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة.

و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة<sup>(٤)</sup> - كالعبد المنفذ إلى هند

لحاجة لا يُعلم زمان

(١) يعني : و تبع المحقق في تقوية الصحة العلامة في محكمي التحرير، و الشهيد الثاني و الفاضل السبزواري و المحدث الكاشاني و غيرهم رحمهم الله كصاحبي المصايح و الجواهر<sup>(٥)</sup>.

(٢) لما رجَّح المصنف رحمهم الله الصحة أراد التنبيه على عدم لزوم البيع إن كان المشتري جاهلاً بتأخر التسليم عن العقد مدة لا يتسامح فيها عرفاً.

(٣) هذا شروع في الصورة الثانية، و هي عدم ضبط مدة تأخير التسليم عن العقد - و لو كانت قصيرة - بما لا يتسامح العرف في فوات منفعة المبيع فيها، كبيع الغائب، مثل العبد الذي أرسله مولاه إلى بلد بعيد لقضاء حاجة تطول مدته، و لم يكن زمان عوده و تسليمه إلى المشتري مضبوطاً، بأن كان دائراً بين شهر أو شهرين. و مثل الدابة التي أرسلها صاحبها إلى السوق، فباعها جاهلاً بوقت عودها - كما إذا تردّد بين ساعتين و ثلاث ساعات، و لم يكن تفاوت ساعةً مقترفاً عرفاً في بيع الدواب.

و يحتمل في حكم هذه الصورة كل من الصحة و البطلان.

فوجه الصحة ما في الجواهر من قوله : « للعموم المؤيد بإطلاق الفتوى، فإنهم لم يشترطوا - في بيع ما يتعذر تسليمه في الحال - إنضباط المدة التي يمكن التسليم بعدها بحسب العادة، كما لم يشترطوا تعيينها في أصل البيع. و كلامهم - أي العموم

«١» حكاة عنهم في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٧١. و لاحظ : تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٥ (ج ٢).

ص ٢٨٢، الطبعة الحديثة) : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٧٤ : كفاية الأحكام، ص ٩٠.

«٢» المصايح (مخطوط) ص ١٠٥ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٣ - ٤٠٤.

قضائها - ففي<sup>(١)</sup> الصحة إشكالاً: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدم بعض الكلام فيه<sup>(٢)</sup> في بيع

المؤيد بكلامهم - في جواز بيع الغائب والوديعة والعارية والمغصوب والآبق والسكك، ضرورة عدم إنضباط المدة في ذلك، وإختلافها زيادةً ونقصاً إختلافاً فاحشاً. ولا غرر في ذلك بعد إمكان التسليم. وفوات المنفعة مدة التعذر ليس من الغرر في المبيع، وإنما هو غرر في غيره... الخ»<sup>(١)</sup>.  
ووجه البطلان ما أفاده المصنف رحمته، وسيأتي.

(١) خبرٌ مقدّم لقوله: «إشكال» والجملة جواب الشرط في قوله: «ولو كان». ووجه الإشكال: عدم إنضباط المدة عادةً، فيلزم الغرر المبطل للبيع. والشاهد على كون الجهل بوقت التسليم غرراً ما ذكره في باب الطلاق من بطلان بيع المنزل الذي تسكنه المطلقة بالأقراء، من جهة دوران العدة بين المدة الطويلة والقصيرة، فلم يُعلم مدة إستحقاقها للسكنى، ويلزمه جهل المشتري بزمان إستحقاق التسليم، وقد أوضحنا المسألة في الوقف المنقطع، فراجع (ص ٢١١).  
(٢) أي: في الجهل بوقت تسليم العين.

(\*) مقتضى ما أفاده المصنف سابقاً من كون العبرة من شرطية القدرة على التسليم بزمان إستحقاق التسليم هو بطلان البيع، لأنّ زمان إستحقاقه هو ما بعد العقد، والمفروض عدم إمكانه فيه. وقياسه بشرط تأخير التسليم مدةً باطل، لأنّ زمان الإستحقاق هناك بمقتضى الشرط منفصل عن البيع، فيعتبر القدرة على التسليم في ذلك الزمان. بخلاف المقام، فإنّ إستحقاق التسليم يكون زمانه متصلاً بزمان العقد، والمفروض تعذره، فيبطل البيع.

الوقف المنقطع<sup>(١)</sup>.

ثم<sup>(٢)</sup> إنَّ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين،

(١) حيث قال: « وفي جوازه - أي البيع - للواقف مع جهالة مدة إستحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الفرر بجهالة وقت إستحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به » ثم ذكر مسألة بيع مسكن المطلقة المعتدية بالأقراء.

هذا وجه البطلان، وكان المناسب التنبيه على وجه الصحة، وهو ما نقلناه عن الجواهر آنفاً. ولكن قد ينافيه حكمه في كتاب الطلاق ببطلان بيع مسكن المعتدة بالأقراء، فراجع<sup>(٣)</sup>.

(٢) هذا هو التنبيه الرابع، ومحصله: أن محتملات ما هو شرط صحة البيع

ثلاثة:

الأول: أن الشرط هو القدرة على التسليم بوجودها الواقعي سواء أحرزت أم كانت مشكوكة.

الثاني: أن الشرط هو العلم بالقدرة بمعنى كون الإحراز تمام الموضوع وإن تبين العجز. والمراد بالعلم هنا هو الوثوق، لا اليقين الوجداني غير المجتمع مع احتمال العجز. ولا مطلق الظن غير البالغ حد الإطمئنان.

الثالث: أن الشرط هو القدرة المعلومة، بمعنى كون العلم جزء الموضوع، وجزءه الآخر نفس القدرة بوجودها الواقعي، نظير شرطية الطهارة المحرزة.

وإخثاره المصنف رحمته، لأن عمدة الدليل على إعتبار القدرة هو النهي عن بيع الفرر، ومن المعلوم توقف الأمن من الوقوع في المخاطرة على القدرة المحرزة لا الواقعية.

و يتفرع على شرطية القدرة المعلومة صحة البيع لو باع معتقداً التمكن من

لأنَّ<sup>١)</sup> الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية (\*).

و لو باع ما يعتقد التمكن [ منه ] فتبين عجزه في زمان البيع و تجددّها بعد ذلك، صحَّ (\*\*). و لو لم يتجدّد بطل<sup>٢)</sup>.  
و المعتبر هو الوثوق<sup>٣)</sup>، فلا يكفي مطلق الظن<sup>٤)</sup>، و لا يعتبر اليقين<sup>٥)</sup>.

التسليم، فبان عجزه حال العقد، و لكن تجددت القدرة بعده. بخلاف ما لو كان الشرطُ القدرة الواقعية، لإقتضاء فقد الشرط البطلان.

(١) هذا تقريب دلالة الحديث النبوي على كون الشرط القدرة المعلومة، لا الواقعية.

(٢) لإنتفاء الموضوع - و هو القدرة المعلومة - بإنتفاء كل من الموصوف و الوصف. و لو كان الشرطُ العلمَ بالقدرة صحَّ البيع في الفرض و ثبت الخيار للمشتري الجاهل بالحال، لوجود الشرط و هو إحراز القدرة.

(٣) المعبر عنه بالعلم العادي النظامي، و الوجه في كفايته هو إرتفاع الغرر به.

(٤) لعدم إرتفاع الغرر به.

(٥) لعدم الدليل على إعتبراره بالخصوص.

(\* ) هذا الإستدلال يُعطي كون الشرط العلم بالقدرة بنحو يكون العلم تمام الموضوع، ضرورة إندفاع الخطر بنفس العلم، نظير الخطر الناشئ عن احتمال وجود سبع في المكان الكذائي، فإنّ الخطر يرتفع بنفس العلم الموجب للأمان، و لا يرى العالم نفسه تحت الخطر أصلاً.

(\*\*) الحكم بالصحة لا يلائم تركب الموضوع من العلم و القدرة الواقعية، إذ لازم تركبه إنتفاء الحكم بإنتفاء أحد جزئيه، كإنتفاء كليهما، فتجدد القدرة لا يجدي في صحة البيع.

ثم لا إشكال في إعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا<sup>١١</sup>، لا ما إذا كان وكيلاً

(١) هذا خامس تنبيهات المسألة و آخرها، و الغرض من التعرض له تحقيق مَنْ يُعتبر قدرته على التسليم، توضيحه : أن العاقد قد يكون مالكا، فيُشترط تمكنه من التسليم كما تقدم، و قد يكون وكيلاً عن المالك، و هل يُعتبر قدرته على الإقباض أم تعتبر في موكله ؟ فيه تفصيل بين نحووي التوكيل.

فإن كان وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة - لا في مقدمات العقد و لوازمه - إعتبر تمكن الموكل، لأنه المخاطب بالوفاء بالعقد، دون الوكيل، لإنتهاء مهمته بنفس الإنشاء. فلو عجز الموكل عن التسليم و تمكن الوكيل منه بطل البيع.

و إن كان وكيلاً مفوضاً في التصرف في أموال الموكل، أو كان مأذوناً في إجراء العقد و لوازمه كالتسليم و الأخذ بالخيار و نحوهما، بحيث يصدق عليه عرفاً أنه أحد المتبايعين - و كان الموكل أجنبياً عن هذه المعاملة - كفى قدرة هذا الوكيل، ضرورة أن الشرط - و هو التمكن - أعم من كونه بالمباشرة و بالإستتابة، فأقباض الوكيل إقباض موكله.

و لو كان الوكيل المأذون في لوازم العقد عاجزاً عن التسليم، و موكله متمكناً منه، ففيه احتمالات :

الأول : كفاية قدرة المالك، و عدم قدح عجز العاقد، لأعمية التسليم المعتبر من المباشري و الإستتابي.

الثاني : عدم كفايتها، فيبطل البيع.

الثالث : التفصيل بين كون المشتري عالماً بعجز العاقد و بقدرة المالك فيصح، و بين عدم علمه بذلك فيبطل. و هذا الوجه مختار المصنف، بلا فرق بين رضا المالك برجوع المشتري عليه للتسليم، أو رضا المشتري برجوعه إلى المالك، و بين عدم رضا كل منهما بالرجوع إلى الآخر، خلافاً لمن قيد الصحة بالرضا كما سيأتي.

في مجرد العقد، فإنّه<sup>(١)</sup> لا عبرة بقدرته، كما لا عبرة بعلمه.  
 و أما لو كان وكيلاً في البيع و لوازمه<sup>(٢)</sup> - بحيث<sup>(٣)</sup> يُعدُّ الموكلُ أجنبياً عن  
 هذه المعاملة - فلا إشكال<sup>(٤)</sup> في كفاية قدرته<sup>(٥)</sup>.  
 و هل يكفي قدرة الموكل<sup>(٦)</sup> ؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك<sup>(٧)</sup>  
 إذا علم بعجز العاقد<sup>(٨)</sup>.

(١) الضمير للشأن، أي : فلا عبرة بقدرة الوكيل، لأنه أجنبي عن المتبائعين،  
 فلا عبرة بقدرة غيرهما، كما لا عبرة بعلمه بالقدرة، لعدم توجه خطاب وجوب  
 التسليم إلى الأجنبي.

(٢) المراد باللوازم آثار العقد من القبض والإقباض، و حلّ النزاع في الثمن  
 و المثمن، و الأخذ بالخيار، و المطالبة بالوفاء بالشرط إن كان، و نحوها.

(٣) هذا بيان الوكالة المطلقة أي في البيع و لوازمه، فإنها توجب صدق « البيع »  
 على الوكيل.

(٤) جواب الشرط في قوله : « و أما لو كان ».

(٥) أي : قدرة الوكيل، لكونه مخاطباً بوجوب التسليم، فيكفي قدرته عليه.

(٦) يعني - في صورة كون العاقد وكيلاً في البيع و لوازمه - هل يكفي قدرة  
 الموكل على التسليم أم لا ؟ بل لا بدّ من قدرة الوكيل على ذلك.

(٧) التقييد بالعلم بقدرة الموكل لأجل كون الشرط القدرة المعلومة لا الواقعية.

(٨) حاصله : أن إعتبار علم المشتري بقدرة الموكل في الإكتفاء بها إنّما يكون  
 في صورة علم المشتري بعجز العاقد، إذ لا بدّ حينئذٍ من علم المشتري بقدرة الموكل  
 ليصح البيع. فلو إعتقد بقدرة العاقد العاجز واقعاً، لم يشترط حينئذٍ علم المشتري  
 بقدرة الموكل في كفايتها، بل يكفي وجودها الواقعي، و ذلك لأنّ الفرر يرتفع بإعتقاد  
 المشتري بقدرة العاقد، و لذا قال المصنف رحمته : « فإن إعتقد قدرته لم يشترط علمه  
 بذلك » أي : بقدرة الموكل.

فإن إعتقده قدرته لم يشترط علمه بذلك.

و ربما قيّد الحكم بالكفاية<sup>(١)</sup> بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل، و رضي المالكُ برجوع المشتري عليه. و فرّع<sup>(٢)</sup> على ذلك رجحانُ الحكم بالبطلان في الفضولي. لأن<sup>(٣)</sup> التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة .

(١) أي : الحكم بكفاية قدرة الموكل في الصحة - مضافاً إلى الشرط الذي ذكره من علم المشتري بقدرة الموكل - و المقيّد العالمة الطباطبائي رحمته ، و صاحب الجواهر رحمته نقل عبارته بطولها، لكنّه لم يصرّح بالقائل.

قال في المصايح : « و لو كان أحد المتعاقدين وكيلاً على البيع و ما يتبعه من اللوازم، و علم الآخر بذلك و رضي بتسليم الموكل، كفى في صحة البيع قدرة أحدهما إن رضي الموكلُ برجوعه عليه، فلو عجزاً معاً بطل البيع »<sup>(١)</sup>.

و كيف كان فملخص ما أفاده هذا القائل هو : أنه يعتبر في كفاية قدرة الموكل في الصحة - في صورة كون العاقد وكيلاً في البيع و لوازمه - أمران :

أحدهما : علم المشتري بقدرة الموكل، إذ المعتبر هو القدرة المعلومة.

و الآخر : رضا المشتري بتسليم الموكل، و رضا المالك برجوع المشتري عليه.

(٢) حاصله : أن المقيّد المزبور فرّع بطلان الفضولي على إعتبار رضا المشتري بتسليم الموكل، و رضا المالك برجوع المشتري عليه.

قال في المصايح - بعد عبارته المتقدمة - : « و أما الفضولي فهذا الشرط غير متحقق فيه، و من ثمّ ترجّح بطلانه، و ذلك لأن إجازة المالك غير معلومة الحصول، إذ قد لا تحصل القدرة على التسليم مطلقاً، و قد تحصل، لكن بالقياس إلى نفس العقد دون لوازمه، فلا تحصل من العاقد » إلى آخر ما حكاه عنه في المتن<sup>(٢)</sup>.

(٣) حاصله : أن التسليم الصحيح - و هو التسليم برضا المالك - يمتنع من العاقد



و قدرة<sup>(١)</sup> المالك إنما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور<sup>(٢)</sup>، و هو<sup>(٣)</sup> غير متحقق في الفضولي. و البناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية ... إلى أن قال<sup>(٤)</sup> :

قبل الإجازة، و إلاّ يكون إجازةً.

(١) هذا إلى آخر العبارة نصّ ما في الجواهر و المصابيح. و هذه الجملة دفع دخل مقدّر.

حاصل الدخل : أن قدرة الفضولي على التسليم و إن لم تكن معلومة، لكن هذا المقدار لا يوجب بطلان عقده، لفرض قدرة المالك المجيز على التسليم، و هي كافية في الصحة.

و حاصل الدفع : أن المالك و إن كان قادراً على التسليم، إلاّ أن تمكنه الواقعي لا يؤثر في صحة عقد غير المالك، إلاّ إذا اعتقد المشتري تمكن المالك منه، و وقع الشراء مبنياً عليه، و المفروض أن المشتري الجاهل بالحال لم يعتقد قدرة المالك على التسليم، و لم يرض بتسليم غير العاقد الفضولي.

و يشهد لعدم كفاية قدرة المالك واقعاً : أنه لو أذن المالك لغيره في البيع، اعتبر في صحة الشراء من المأذون رضا المالك بالتسليم، و رضا المشتري بالتسلم منه، و المفروض فقدان هذا الرضا في بيع الفضولي.

(٢) و هو رضا المشتري بتسليم المالك.

(٣) يعني : أن الشرط المذكور - و هو رضا المشتري بتسليم الموكل و رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم - غير متحقق في الفضولي. أمّا مع الجهل بالفضولية فواضح. و أمّا مع العلم بها فلكون رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم ملازماً للرضا بالبيع، و مخرجاً له عن الفضولية، و هو خلف.

(٤) يعني : قال هذا المقيد، و هو صاحب المصابيح.

« و الحاصل : أن القدرة قبل الإجازة لم توجد<sup>(١)</sup>، و بعدها إن وجدت لم تنفع<sup>(٢)</sup> ». ثم قال<sup>(٣)</sup> : « لا يقال<sup>(٤)</sup> : إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك، و أنه<sup>(٥)</sup> لا يخرج عن رأيه، فيتحقق له<sup>(٦)</sup> بذلك القدرة على التسليم حال العقد. لأن<sup>(٧)</sup> هذا الفرض يُخرج الفضولي عن كونه فضولياً، لمصاحبة الإذن للبيع. غاية

(١) أمّا من العاقد فلعدم إذن المالك في التسليم. و أمّا من المالك فلإنتفاء شرط كفايتها، و هو رضا المالك و المشتري بالتسليم.

(٢) كما إذا إستأذن العاقدُ من المالك - بعد العقد - تسليمَ المال، فإنّ هذا التسليم لا ينفع في صحة العقد، لإعتبار القدرة عليه حين القعد لا بعده.

فالتحصل : أنه - بناءً على إعتبار رضا المشتري بتسليم المالك و رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم - يبطل عقد الفضولي، لعدم قدرة العاقد على التسليم الصحيح شرعاً قبل الإجازة. و مجردُ قدرة المالك بدون علم المشتري بها غير مفيد، لما عرفت من إعتبار القدرة المعلومة، لا الواقعية المجردة عن العلم. و أمّا بعد الإجازة فلا تنفع القدرة، لكونها بعد البيع لا حينه.

(٣) الضمير يرجع إلى « المقيّد » المستفاد من قوله : « و ربما قيّد ».

(٤) توضيحه : أنه يمكن تصحيح الفضولي بأنّه قد يثق العاقدُ الفضولي برضا المالك، و أنه يرضى بتصرفات هذا الفضولي، فيحصل للعاقد القدرة على التسليم حين العقد.

(٥) أي : و أن المالك لا يُخالف الفضولي.

(٦) أي : فيتحقق للفضولي - بسبب حصول الوثوق بأنّ المالك يُمضي و يُجيز العقد - القدرة على التسليم، فيصح البيع.

(٧) تعليل لقوله : « لا يقال » و قد دفع الإشكال بوجهين، هذا أولهما، و حاصله : أن البيع و إن صار صحيحاً بما ذُكر، لكنه يخرج عن موضوع البحث أعني

الأمر حصوله<sup>(١)</sup> بالفحوى و شاهد الحال<sup>(٢)</sup>، و هما<sup>(٣)</sup> من أنواع الإذن، فلا يكون فضولياً<sup>(٤)</sup>، و لا يتوقف صحته<sup>(٥)</sup> على الإجازة.

و لو سلّمنا<sup>(٦)</sup> بقاءه<sup>(٧)</sup> على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي

به الفضولي ، لإندراجه في بيع المأذون عن المالك ، غاية الأمر أن الإذن هنا يكون بالفحوى و شاهد الحال، دون الإذن الصريح اللفظي. و من المعلوم عدم الفرق في الخروج عن موضوع الفضولي بين حصول الإذن المالكى بالتصريح أو بالفحوى.

(١) أي : حصول الإذن، و إستكشافه يكون تارة من تصريح الآذن، و أخرى

من الفحوى.

(٢) كذا في نسخ الكتاب و الجواهر، و لكن في نسخة مصوّرة من المصاييح « أو

شاهد الحال » و هو أنسب بقوله : « و هما ».

(٣) يعني : و الفحوى و شاهد الحال يكونان من أنواع الإذن، كما أن التصريح

بالإذن نوع آخر منه.

(٤) بل يكون مأذوناً فيه، و لا ريب في نفوذ هذا البيع.

(٥) أي : صحة بيع المأذون لا تتوقف على الإجازة، لإقترانه بالإذن، فوقع

صحيحاً لا موقوفاً على الإجازة.

(٦) هذا ثاني الوجهين، و توضيحه : أنه مع الغض عن الجواب الأوّل - و هو

الخروج عن الفضولية و تسليم بقائه على الفضولية - نقول : إن التصحيح المزبور

أخص من المدعى، إذ القائلون بصحة عقد الفضولي لا يخصّصون الحكم بالصحة

بخصوص هذه الصورة، و هي الوثوق بإرضاء المالك، بل يحكمون بالصحة مطلقاً و إن

لم يثق الفضولي بإرضاء المالك. فالتصحيح المزبور لا يعمّ جميع العقود الفضولية حتى

يُصحّ جميعها، بل يختص ببعضها.

(٧) أي : بقاء البيع على صفة الفضولية.

لا يُقصدون الحكم على هذا الفرض<sup>(١)</sup> «<sup>١</sup>».

و في ما ذكره<sup>(٢)</sup> من مبنى<sup>(٣)</sup> مسألة الفضولي ، ثم في تفرغ الفضولي، ثم في

(١) أي : على فرض وثوق الفضولي بإرضاء المالك، بل يقول الفقهاء بصحة عقد الفضولي مطلقاً بلحوق الإجازة. هذا تمام ما في الجواهر.

(٢) ناقش المصنف رحمته في العبارة المنقولة عن المصاييح من بدئها إلى ختمها، كما سيظهر.

(٣) المراد بالمبنى هو إعتبار رضا المشتري بالتسليم - في مسألة الوكالة - و عدم كفاية قدرة المالك الموكل على التسليم، فإنّ هذا المبنى يستلزم بطلان عقد الفضولي، لعدم إحراز هذا الشرط.

أمّا وجه النظر في نفس المبنى فهو : أنّ التقييد بالرضا تماماً لا دليل عليه، ومقتضى العمومات عدم إعتباره، و الفرر المانع عن الصحة يرتفع بقدرة المالك مطلقاً، فلا غرر هنا حتى يمنع عن الرجوع إلى العمومات.

و بعبارة أخرى : رضا المالك و المشتري ليس دخيلاً في مفهوم القدرة على التسليم، و لا شرطاً لإعتبارها، لعدم الدليل، فرضاهما بدون القدرة لا يؤثّر أصلاً، فالمؤثّر هو نفس القدرة.

و أمّا وجه النظر في تفرغ الفضولي عليه، فهو : أجنبية الفضولي عن العاقد الوكيل في العقد و لوازمه، فإعتبار القدرة فيه لا يلزم إعتبارها في العاقد الفضولي، فلا ملازمة بينهما حتى يترتب عليها بطلان عقد الفضولي، لعدم قدرة العاقد الفضولي على التسليم المعتبر شرعاً.

نعم إن قلنا بإعتبار رضا الموكل و المشتري - حتى في الوكيل في مجرد إجراء العقد - يتوجه حينئذٍ بطلان عقد الفضولي.

الإعتراض الذي ذكره ، ثم في الجواب عنه أولاً و ثانياً ، تأمّل ، بل نظر، فتدبّر.

و أمّا وجه النظر في الإعتراض فهو : أن الوثوق بإرضاء المالك لا يوجد القدرة على التسليم حين العقد، بل بعده. و الشرطُ هو القدرة حينه لا بعده أعني الزمان المتأخر عن زمان رضى المالك.

و أمّا وجه النظر في الجواب الأول، فهو : أن وثوق الفضولي بإرضاء المالك لا يوجب مقارنة العقد للرضا حتى يخرج هذا العقد عن الفضولية، بل غايته تعقب العقد بالرضا، و أين هذا من المصاحبة ؟ فالفضولية باقية على حالها.

و أمّا وجه النظر في الجواب الثاني الذي ذكره بقوله : « و لو سلمنا بقاءه على الصفة ... الخ » فهو : أنه مبنيّ على المبني المزبور، و هو رضا المشتري بالتسليم، و عدم كفاية قدرة المالك على التسليم في صحة البيع، و قد عرفت ضعف كل من المبني و الإبتناء، فتدبّر.

هذا تمام الكلام في شرطية القدرة على التسليم، و يأتي الكلام في بعض فروعه كبيع الآبق إن شاء الله تعالى.

# الفهرست

- ٧ - ٢٣٨ ..... بيع الوقف
- ٧ - ٥٠ ..... الصورة الثانية : إذا خرب الوقف بحيث يسقط عن النفع المعتد به
- ٨ ..... تحقيق الفرق بين هذه الصورة و الصورة الثالثة
- ٩ ..... التفصيل بين صورتين
- ١٠ ..... ما استدل به على منع البيع في هذه الصورة
- ١١ ..... ما استدل به على جواز البيع، و النظر فيه
- ١٩ ..... جواز البيع لو كان النفع قليلاً ملحقاً بالمعدوم
- ٢٢ ..... قلة المنفعة لعارضٍ آخر غير الخراب
- ٢٢ ..... كلام صاحب الجواهر رحمته و النظر فيه
- ٣٠ ..... كلامه فيما لو انعدم عنوان الوقف رأساً
- ٣٩ ..... مناقشة المصنف في ما أفاده صاحب الجواهر
- ٥١ - ٥٥ ..... الصورة الثالثة : خراب الوقف بحيث يقل نفعه
- ٥١ ..... الأقوى منع البيع في هذه الصورة
- ٥٥ ..... حكم قلة المنفعة من غير جهة الخراب
- ٥٦ - ٨٨ ..... الصورة الرابعة : إذا كان بيع الوقف أنفع للموقوف عليه
- ٦٠ ..... الاقوى منع البيع في هذه الصورة
- ٦٣ ..... ما استدل به على جواز البيع من روايتي ابن حيان و الحميري
- ٧٥ ..... الخدشة في دلالة رواية ابن حيان

- ٨٠ ..... ما أجاب به العلامة عن رواية ابن حيان و النظر فيه
- ٨٥ ..... الخدشة في دلالة رواية ابن حيان
- ٨٧ ..... مخالفة الروايتين للقواعد
- ٨٩ - ٩٥ ..... الصورة الخامسة : إذا لحقت ضرورة شديدة بالموقوف عليهم
- ٩٠ ..... الاستدلال برواية ابن حيان على جواز البيع و المناقشة فيه
- ٩٣ ..... كلام صاحب المقابس
- ٩٤ ..... الاشكال في الإجماع المدعى على الجواز
- ٩٦ - ١٢٢ ..... الصورة السادسة : إذا اشترط الواقف جواز البيع في الإنشاء
- ٩٩ ..... اختلاف الفقهاء في جواز البيع
- ١٠٦ ..... مختار المصنف في هذه الصورة
- ١١٤ ..... الاستدلال بصورة وقف مولانا أمير المؤمنين عليه السلام على جواز البيع عند الاشتراط
- ١٢٣ ..... الصورة السابعة : أداء بقاء الوقف إلى خرابه علماً أو ظناً
- ١٢٤ ..... الخراب قد يكون بسقوطه عن النفع رأساً و قد يكون بنقص النفع
- ١٢٦ ..... الصورة الثامنة : وقوع خلف بين الموقوف عليهم لا يؤمن معه تلف المال أو النفس
- ١٢٨ ..... الصورة التاسعة : أداء الاختلاف إلى ضرر عظيم
- ١٢٩ ..... الصورة العاشرة : أن يلزم من بقاء الوقف فساد تستباح فيه الأنفس
- ١٢٩ - ٢٠٠ ..... حكم الصور الأربع
- ١٢٩ ..... مختار المصنف من البيع مطلقاً إلا في عدم النفع في الصورة السابعة
- ١٣٠ ..... ما استدل به المصنف على الجواز في مورد الإستثناء
- ١٣٢ ..... لو دار الأمر بين البيع و الابدال
- ١٣٥ ..... استدلال الفاضل المقداد على جواز البيع ، و النظر فيه
- ١٤٥ ..... استدلال العلامة على الجواز ، و النظر فيه
- ١٤٩ ..... استدلال المصنف على منع البيع في القسم الثاني و الصدر الثلاث الأخرى بوجهين
- ١٥٥ ..... استدلال الفقهاء بمكاتبة ابن مهزيار على جواز البيع
- ١٦٦ ..... تقريب الاستدلال بها على الجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة ، و منعه
- ١٦٦ ..... تقريب الاستدلال بها على الجواز في الصورة الثامنة ، و منعه
- ١٧٢ ..... تقريب الاستدلال بها على الجواز في الصورة العاشرة ، و منعه

- ١٧٤ ..... اختلاف الفقهاء في الاستظهار من المكاتبه
- ١٧٥ ..... تحقيق مدلول المكاتبه
- ١٧٧ ..... دعوى اعراض المشهور عنها
- ١٨١ ..... دعوى عدم ظهور المكاتبه في الوقف المؤبد
- ١٨٣ ..... كلام العلامة المجلسي في أن مورد المكاتبه عدم تحقق القبض
- ١٨٥ ..... منع ظهور المكاتبه في الوقف المنقطع، و عدم الاقباض
- ١٨٩ ..... الإيراد على المكاتبه من جهة أخرى، و الجواب عنه
- ١٩٥ ..... القدر المتيقن من المكاتبه
- ١٩٦ ..... المراد من « التلف » في المكاتبه
- ١٩٧ ..... حكم الثمن على تقدير البيع
- ٢٠١ - ٢٣٨ ..... الوقف المنقطع
- ٢٠٢ ..... صحة هذا القسم من الوقف
- ٢٠٩ ..... حكم البيع بناءً على بقائه على ملك الواقف
- ٢١٢ ..... المحكي عن جماعة صحة بيع السكنى المؤقتة بعمر الساكن أو المسكن
- ٢١٥ ..... الاستدلال بصحیحة ابن نعيم على الجواز
- ٢١٧ ..... بيعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف
- ٢١٩ ..... بيعه من الأجنبي
- ٢٢٦ ..... لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع دون ملك المنفعة
- ٢٢٨ ..... حكم البيع بناءً على صيرورته ملكاً مستقراً للموقوف عليهم
- ٢٢٩ ..... حكم البيع بناءً على عوده إلى ملك الواقف
- ٢٣٠ ..... كلام القاضي و ما أورده صاحب المقابس عليه من التنافي بين كلاميه، و دفعه
- ٢٣٣ ..... حكم البيع بناءً على صيرورته في سبيله تعالى
- ٢٣٧ ..... حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم
- مسألة : من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة الأمة أم ولد ٤٧٩ - ٢٣٩
- ٢٤٠ ..... عدم جواز بيع أم الولد في الجملة من المسلمات
- ٢٤١ ..... إلحاق العقود الناقلة أو المستلزمة للنقل بالبيع
- ٢٤٢ ..... الاستشهاد بكلمات الفقهاء على ذلك



- ٢٤٨ ..... قول السيد المجاهد بعدم عموم المنع، و النظر فيه
- ٢٥٥ ..... اختصاص منع البيع ببقاء الولد حياً إلى موت السيد
- ٢٦١ ..... اعتبار انفصال الولد، و عدمه
- ٢٦٧ ..... صدق الحمل بالمضغة و العلقمة
- ٢٧١ ..... حكم إلقاء الجسد الذي لا تحطيط فيه
- ٢٧١ ..... حكم إلقاء النطفة قبل إستقرارها في الرحم و بعده
- ٢٧٦ ..... ثمره إلقاء ما في بطنها بطلان البيع الواقع قبل الإلقاء
- ٢٨٠ ..... تحقق العلوق بالمساحقة كالمباشرة
- ٢٨٢ ..... إشتراط إمكان إلحاق الولد بالواطئ
- ٢٨٢ ..... اعتبار كون الحمل بالملك، لا بالنكاح
- ٢٨٦ ..... المنع عن بيع أم الولد قاعدة كلية مستفادة من الأخبار و الإجماع
- ٢٩١ ..... مرجعية عموم المنع ما لم يقم دليل خاص على جواز البيع
- ٢٩٥ - ٤٧٩ ..... مواضع الإستثناء عن عموم المنع، و هى أربعة أقسام
- ٢٩٦ - ٤٢٧ ..... القسم الأول، و له موارد
- ٢٩٦ ..... المورد الأول : إذا كان دين على مولاها، و لم يكن له ما يؤديه به، و فيه صور
- ٢٩٦ ..... الأولى : كون الدين ثمن رقبته مع فرض موت المولى
- ٢٩٧ ..... جواز البيع في هذه الصورة، للإجماع المدعى و النص
- ٢٩٩ ..... الإستدلال بصحیحة عمر بن يزيد و روايته على الجواز
- ٣٠١ ..... الثانية : جواز بيعها مع حياة المولى
- ٣٠٦ ..... توهم المنع لتقييد رواية ابن يزيد بصحیحته، و دفعه
- ٣١٠ ..... كلام صاحب المقابس في منع عموم المنع، و النظر فيه
- ٣١٢ ..... توهم معارضة عموم المنع بوجوب أداء الدين، و مرجعية قاعدة السلطنة
- ٣١٣ ..... انتصار المصنف للمشهور و حلّ المعارضة بين روايتي إبنی يزيد و مارد
- ٣١٨ - ٣٤٠ ..... فروع تتعلق بجواز بيعها في حياة السيد و بعد وفاته
- ٣١٨ ..... أ : هل يعتبر عدم ما يفي بالدين و لو من المستثنيات أو مما عداها أم لا ؟
- ٣٢١ ..... ب : لو كانت أم الولد مما يحتاج إليها المولى لخدمة أو غيرها
- ٣٢٣ ..... ج : حكم ما إذا كان الثمن ديناً أو استدان المولى ثمنها لشرائها

- د : عدم جواز بيعها قبل حلول الأجل لو كان الثمن مؤجلاً ..... ٣٢٦
- هـ : هل يكفي في جواز بيعها مجرد استحقاق الثمن أم يعتبر مطالبة البائع به ..... ٣٢٨
- و : لو تبرّع متبرّع بأداء الثمن ..... ٣٢٩
- ز : دوران الأمر بين بيعها ممن تتعق عليه أو بشرط العتق و بين البيع من أجنبي ..... ٣٣١
- ح : لو أدّى الولد ثمن نصيبه بعد موت السيد ..... ٣٣٢
- ط : ما لو أدّى ثمن جميعها بالإقباض إلى البائع أو بالشراء ..... ٣٣٤
- ي : لو إمتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر ..... ٣٣٥
- ك : المراد بالثمن مطلق عوض أم الولد لا خصوص عوض البيع ..... ٣٣٧
- ل : لحوق الشرط الضمني بالثمن و عدمه في جواز البيع و عدمه ..... ٣٣٨
- الثالثة : منع بيعها في دين آخر غير ثمن رقبته في حياة المولى ..... ٣٤١
- الرابعة : حكم بيعها في الدين بعد موت المولى ..... ٣٤٢
- تفصيل شيخ الطائفة رحمته الله بين إستغراق الدين و غيره، و الوجه فيه ..... ٣٤٥
- المناقشة في كلامه بما أفاده الشهيد الثاني رحمته الله ..... ٣٤٦
- إنتصار صاحب المقابس لشيخ الطائفة، و دفع مناقشة الشهيد بوجوه أربعة ٣٦٠ - ٣٤٩
- تنظر المصنف في الوجوه الأربعة ..... ٣٧٦ - ٣٦٠
- المورد الثاني : بيعها في كفن مولاها ..... ٣٨٨ - ٣٧٦
- إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهر به ..... ٣٨١
- المورد الثالث : إذا جنت على غير مولاها في حياته ..... ٤٠٨ - ٣٨١
- حكم جنائتها عمداً ..... ٣٨٩
- كلام صاحب الجواهر و النظر فيه ..... ٣٩١
- حكم جنائتها خطأً ..... ٣٩٦
- المراد بكون جنائتها على سيدها ..... ٤٠٠
- معارضة اطلاق حكم جناية المملوك بإطلاق المنع عن بيعها، و دفعها ..... ٤٠٤
- المورد الرابع : إذا جنت على مولاها، و أنها تصير ملكاً طلقاً أم لا ؟ ..... ٤٠٩
- توجيه جواز الاسترقاق بوجوه ثلاثة كما في المقابس، و النظر فيه ..... ٤١١
- إذا جنت على مولاها خطأً ..... ٤١٥
- المورد الخامس : إذا جنى حرّاً عليها بما فيه ديتها ..... ٤١٧

- المورد السادس : إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت ..... ٤٢٢
- المورد السابع : إذا خرج مولاها الذمي عن الذمة ..... ٤٢٦
- المورد الثامن : إذا قتل مولاها الذمي مسلماً ..... ٤٢٦
- القسم الثاني : عروض حق لها أولى بالمراعاة من حق الإستيلاء، وفيه موارد : ٤٥٤ - ٤٢٨
- المورد الاول : ما إذا أسلمت و هي أمة ذمي ..... ٤٢٨
- المورد الثاني : ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ..... ٤٣٩
- المورد الثالث : بيعها على من تتعق عليه ..... ٤٤٤
- المورد الرابع : بيعها بشرط العتق ..... ٤٤٦
- المورد الخامس : بيعها على من أقر بجزائها ..... ٤٤٨
- المورد السادس : إذا مات قريبها و خلف تركته و لم يكن له وارث سواها ..... ٤٥٠
- القسم الثالث : وجود حق سابق على الاستيلاء يجوز لبيعها، وفيه موارد : ٤٧٦ - ٤٥٤
- المورد الاول : اذا كان حملها من السيد بعد ما رهنها على دين ..... ٤٥٤
- المورد الثاني : اذا كان حملها بعد إفلاس المولى و المحجر عليه ..... ٤٥٧
- المورد الثالث : اذا كان حملها بعد جنائتها ..... ٤٦٠
- المورد الرابع : اذا كان حملها من السيد في زمان خيار البائع ..... ٤٦١
- المورد الخامس : اذا كان حملها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها ..... ٤٦٦
- المورد السادس : اذا كان حملها بعد نذر جعلها صدقة أن كان النذر مشروطاً بما لم يحصل قبل الوطاء ..... ٤٦٨
- المورد السابع : اذا كان حملها من مكاتب مشروط ، ثم فسخت كتابته ..... ٤٧٤
- القسم الرابع : ما إذا كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرف لها للعتق، لعدم التورث .. ٤٧٧
- مسألة : من أسباب خروج الملك من الطلق كونه مرهوناً ..... ٥٤٨ - ٤٨٠
- الدليل على عدم استقلال المالك في بيع الرهن ..... ٤٨٣
- مختار المصنف عدم بطلان بيع الرهن، و أنه موقوف ..... ٤٨٨
- كلام صاحب المقابس من بطلان بيع الرهن و النظر فيه ..... ٥٠٢ - ٤٩٣
- مناقشة المصنف في كلامه بوجوه ..... ٥١٠ - ٥٠٢
- تحليل وجه آخر للبطلان، و دفعه ..... ٥١٢
- اجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة ؟ ..... ٥١٨

- ٥٢٣ ..... لو ردّ المرتهن ثم أجاز فهل تجدي الاجازة أم لا ؟
- ٥٢٦ ..... فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة .....
- ٥٢٩ ..... احتمال الفرق بين الاجازة و الفك و النظر فيه .....
- ٥٣٨ ..... سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل ؟ .....
- ٥٤٢ ..... لازم الكشف لزوم العقد قبل الاجازة .....
- ٥٤٣ ..... لو باع الراهن فهل يجب فك الرهن من مال آخر أم لا ؟ .....
- ٥٤٩ - ٥٦٧ ..... مسألة : بيع العبد الجاني عمداً .....
- ٥٥١ ..... جواز مطالبة أولياء المجني عليه لا يسقط مالية العبد الجاني .....
- ٥٥٤ ..... الأقوى وقوع البيع مراعى لا باطلاً .....
- ٥٥٩ ..... الفرق بين حق المرتهن و حق المجني عليه .....
- ٥٦٠ ..... الاستدلال على بطلان البيع بعدم الملك، و النظر فيه .....
- ٥٦٦ ..... توجيه كلام شيخ الطائفة رحمته الله .....
- ٥٦٨ - ٥٧٨ ..... مسألة : بيع العبد الجاني خطأً .....
- ٥٧٠ ..... جواز البيع، و الدليل عليه .....
- ٥٧٢ ..... لو باع المولى فهل يكون يبعه التزاماً بالفداء أم لا ؟ .....
- ٥٧٣ ..... إختلاف كلمات العلماء في كون البيع إلتزاماً بالفداء، و عدمه .....
- ٥٧٩ - ٦٧٢ ..... مسألة : الثالث من شروط العوضين : القدرة على التسليم .....
- ٥٨٠ ..... الاستدلال عليه بالإجماع و بالنبوي الناهي عن بيع الفرر .....
- ٥٨٣ ..... معنى الفرر عند اللغويين .....
- ٥٨٧ ..... أخذ الجهالة في معنى الفرر .....
- ٥٨٧ ..... كلام صاحب الجواهر من أن الفرر جهل صفة المبيع و مقداره، و النظر فيه .....
- ٥٩١ ..... استدلال الفريقين بالنبوي على شرطية القدرة على التسليم .....
- ٥٩٣ ..... كلام الشهيد في القواعد في معنى الفرر و بيان موارد .....
- ٦٠١ ..... كلامه في شرح الإرشاد .....
- ٦٠٨ ..... الاستدلال بالنبوي أخص من المدعى .....
- ٦١٠ - ٦٢٩ ..... الاستدلال على إشتراط القدرة بوجوده آخر .....
- ٦١٠ ..... ١ - النبوي الناهي عن بيع ما ليس عندك .....

- ٦١١ ..... احتمالات معنى « عند »
- ٦١٥ ..... إيراد صاحب الجواهر على الاستدلال بهذا النبوي و النظر فيه
- ٦٢٣ ..... ٢ - إستحالة التكليف بالمتنع، و المناقشة في الإستدلال بها
- ٦٢٧ ..... ٣ - عدم الانتفاع بما تعذر تسليمه، و ردّه
- ٦٢٨ ..... ٤ - لزوم السفاهة، و منعه
- ٦٢٨ ..... البحث بين صاحب الجواهر و المصنف في أن القدرة شرط أم العجز مانع
- ٦٣٠ ..... العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق لا العقد، و ما يتفرع عليه
- ٦٤٥ ..... اعتبار القدرة بعد تمام الناقل
- ٦٤٨ ..... فساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه ما لا يقدر على تسليمه
- ٦٥٠ ..... نفي شرطية القدرة عند الفاضل القطيفي، و النظر فيه
- ٦٥٥ ..... القدرة على التسليم شرط بالتبع، و المقصود الأصلي تسلّم المشتري
- ٦٥٨ ..... حكم قدرة المشتري على تحصيل المبيع بعد مدة مقدرة عادة
- ٦٦١ ..... حكم عدم ضبط مدة التعذر عادة
- ٦٦٣ ..... الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين ، لا الواقعية و لا لعلم بها
- ٦٦٥ ..... هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل ؟
- ٦٦٧ ..... كلام صاحب المصابيح في المسألة، و النظر فيه
- ٦٧٣ ..... الفهرست