



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات
اصبهان



ار
عليه
اصبهان

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

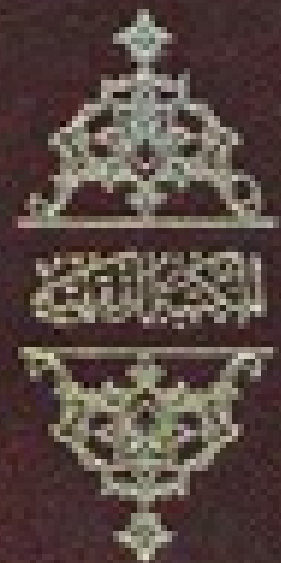
كتاب الكافي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ محمد بن الأکبر بن محمد

١٧٩٤ - ١٨٨١ هـ



اصحاب
مجلس تدوين كتاب الشيخ الأکبر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

[تمه كتاب البيع]

القول فى شرائط العوضين

اشاره

ص: ٧

مسأله [من شروط العوضين: المالىه] (١)

يشترط فى كل منهما كونه متمولاً؛ لأن البيع لغهً- مبادله مالٍ بمالٍ (٢)، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء، محلّله فى الشرع؛ لأنّ الأوّل ليس بمالٍ عرفاً كالخنافس و الديدان؛ فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها و نفي الفائدة عنها، و الثانى ليس بمالٍ شرعاً كالخمر و الخنزير.

ثمّ قتيّموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى حسه الشىء كالحشرات، و إلى ما يستند إلى قلته كحبه حنطه، و ذكروا: أنّه ليس مالاً و إن كان يصدق عليه الملك (٣)؛ و لذا يحرم غصبه إجماعاً، و عن

ص: ٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) المصباح المنير: ٦٩، ذيل مادّه «بيع».

٣-٣) ذكر ذلك المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٩٠، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٢٠.

التذكرة: أنه لو تلف لم يُضمن أصلاً (١)، و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه (٢) بوجوب ردّ المثل.

و الأولى أن يقال: إن ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين؛ إذ لا بيع إلّا في ملك.

و ما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابله. و ما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، و إلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّح البيع و التجاره، و خصوص قوله عليه السلام في المرويّ عن تحف العقول: «و كلّ شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه.. إلى آخر الروايه» (٣)، و قد تقدّمت في أوّل الكتاب (٤).

ص: ١٠

١- ١) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٩٠، و راجع التذكرة ١:٤٦٥.

٢- ٢) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٩٠، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٠، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٤٧.

٣- ٣) تقدّمت الروايه في المجلّد الأوّل من طبعتنا: ٥-١٣، و انظر تحف العقول: ٣٣٣.

٤- ٤) في «ف» زياده: «و حيث جرى ذكر بعض هذه الروايه الشريفه، فلا بأس بذكرها بتمامها لاشتمالها على فوائد جليله، خصوصاً في تميّز ما يجوز الاكتساب به و ما لا- يجوز، فنقول: روى في الوسائل عن كتاب تحف العقول للحسن بن علي ابن شعبه عن الصادق عليه السلام: «أنّ معاش العباد كلّها..» فذكر أكثر الروايه باختلاف كثير عمّا ورد في أوّل الكتاب. هذا، و قد وردت هذه الزياده في «ن» و «خ» من قوله: فنقول: «روى في الوسائل... إلخ» لكن كتب عليها فيهما: زائد.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء، والكأء، والسموك (١) والوحوش قبل اصطياها؛ لكون (٢) هذه كلها غير مملوكه بالفعل.

و احترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحه عنوه؛ و وجه الاحتراز عنها: أنها غير مملوكه لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل؛ و لذا لا يورث، بل و لا من قبيل الوقف الخاص على معينين؛ لعدم تملكهم للمنفعه مشاعاً، و لا- كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين، و لا- من قبيل تملك الفقراء للزكاه و الساده للخمس بمعنى كونهم مصارف له (٣) لعدم تملكهم لمنافعها (٤) بالقبض؛ لأن مصرفه (٥) منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملا- حظه مصالحهم، فهذه الملكيه نحو مستقل من الملكيه قد دل عليه (٦) الدليل، و معناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك.

ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع (٧)

ص: ١١

-
- ١- ١) في «م»، «ع» و «ص»: السماك.
 - ٢- ٢) كذا في مصححه «ن»، و في «ف»: «يكون»، و في سائر النسخ: بكون.
 - ٣- ٣) كذا، و المناسب تنبيه الضمير.
 - ٤- ٤) في غير «ش»: لمنفعه.
 - ٥- ٥) كذا في النسخ، و المناسب تأنيث الضمير، و كذا في قوله: تقسيمه.
 - ٦- ٦) في «ف»: عليها.
 - ٧- ٧) ادعاه الشيخ في الخلاف ٢: ٦٧-٧٠، كتاب الزكاه، المسأله ٨٠، و العلامه في المنتهى ٢: ٩٣٤، و التذكره ١: ٤٢٧، و راجع الجواهر ٢١: ١٥٧.

و دَلَّ عليه النَّصُّ كمرسله حمّاد الطَّويله (١) و غيرها (٢).

[أقسام الأرضين و أحكامها]

إشاره

(٣)

[و حيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين، فلا بأس بالإشاره إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها، فنقول و من الله الاستعانه:

الأرض إما موات و إما عامره، و كلُّ منهما إما أن يكون كذلك أصليته أو عرض لها ذلك،

فالأقسام أربعة لا خامس لها:

الأول: ما يكون مواتاً بالأصالة،

بأن لم تكن مسبوقة بعماره (٤) و لا- إشكال و لا- خلاف منّا في كونها للإمام عليه السلام، و الإجماع عليه محكّي عن الخلاف (٥) و الغنيه (٦) و جامع المقاصد (٧) و المسالك (٨) و ظاهر

ص: ١٢

- ١- (١) الوسائل ٨٤: ١١-٨٥، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.
- ٢- (٢) راجع الوسائل ٢٧٤: ١٢-٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الأحاديث ٤، ٥ و ٩.
- ٣- (٣) العنوان منّا.
- ٤- (٤) في غير «خ» و «ش»: بالعماره.
- ٥- (٥) الخلاف ٥٢٥: ٣، كتاب إحياء الموات، المسأله ٣.
- ٦- (٦) الغنيه: ٢٩٣.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٩: ٧.
- ٨- (٨) المسالك ٣٩١: ١٢، و فيه: عندنا موضع وفاق.

جماعه أخرى (١). و النصوص بذلك مستفيضة (٢)، بل قيل: إنها متواتره (٣).

□
و هي من الأنفال، نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا- عوض، و عليه يُحمل ما في النبويّ (٤): «موتان الأرض لله و لرسوله (٥) صلى الله عليه و آله، ثم هي لكم منّي أيها المسلمون» (٦). و نحوه الآخر: «عادى الأرض لله و لرسوله، ثم هي لكم منّي» (٧).

و ربما يكون فى بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما فى صحيحه الكابلى، قال (٨): «وجدنا فى كتاب

ص: ١٣

١- ١) حكاة السيّد العاملى و صاحب الجواهر عن المصادر المذكوره و عن ظاهر المبسوط و التذكرة و التنقيح و الكفايه، انظر مفتاح الكرامه ٧:٤، و الجواهر ٣٨:١١.

٢- ٢) راجع الوسائل ٦:٣٦٤، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، و المستدرک ٧: ٢٩٥، نفس الباب.

٣- ٣) راجع الجواهر ٣٨:١١، و فيه: يمكن دعوى تواترها.

٤- ٤) كذا فى «ف»، «خ»، «ش»، و فى غيرها: النبويين.

٥- ٥) فى «ش»: و رسوله.

□
٦- ٦) لم نقف على هذا النصّ بعينه فى المجاميع الحديثيه، بل الموجود: «موتان الأرض لله و لرسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهو له»، انظر عوالى اللآلى ٣:٤٨٠، الحديث الأوّل، و عنه فى المستدرک ١٧:١١١، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث الأوّل. نعم نقل الروايه كما فى المتن العلامه فى التذكرة ٢: ٤٠٠.

٧- ٧) عوالى اللآلى ٣:٤٨١، الحديث ٥، و عنه فى المستدرک ١٧:١١٢، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٥.

٨- ٨) فى «ف»: قال لى.

على عليه السلام إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ، أنا (١) و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض، و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضاً (٢) من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، و له ما أكل منها...الخبر» (٣).

□
و مصحّحه عمر بن يزيد: «أنه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمّرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتاً، و غرس فيها نخلاً و شجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له، و عليه طسقتها يؤدّيه (٤) إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه» (٥).

و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلبه (٦) الإمام عليه السلام.

ص: ١٤

١-١) كذا في «ف» و «ص» و المصدر، و في غيرها: قال أنا.

٢-٢) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: من الأرض.

٣-٣) الوسائل ٣٢٩: ١٧، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢، و الآيه من سوره الأعراف: ١٢٨.

٤-٤) كذا في «ن» و «ص» و المصدر، و في «ف» و «خ»: «يؤتى به»، و في «م» و «ع»: «يؤتية به»، و في «ش»: «يؤدّيه به».

٥-٥) في النسخ زياده: «الخبر»، و لا- وجه لها ظاهراً، لأنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ٣٨٣: ٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

٦-٦) في «م»، «ع»، «ص» و «ن»: «طلب»، و صحّح في «ن» كما أثبتناه.

لكنّ الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم، و أسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا» (١)، و قوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجيبهم طسق (٢) ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا و يأخذ الأرض من أيديهم، و يُخرجهم عنها صغّره...الخبر» (٣).

نعم، ذكر في التذكرة: أنّه لو تصرّف في الموات أحدٌ بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها (٤).

و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكوره على حال الحضور، و إلّا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مالٍ للإمام (٥) في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار متّفقه على أنّها لمن أحيّاها (٦)، و سيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء (٧).

ص: ١٥

١-١) الوسائل ٣٨٤:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٧.

٢-٢) في «ش» زياده: «ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم، و أمّا»، و هذه الزياده قد وردت في الكافي و لم ترد في التهذيب و الوسائل، انظر الكافي ١: ٤٠٨، الحديث ٣، و التهذيب ٤: ١٤٤، الحديث ٤٠٣.

٣-٣) الوسائل ٣٨٢:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

٤-٤) التذكرة ٤٠٢:٢.

٥-٥) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: الإمام.

٦-٦) راجع الوسائل ٣٢٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٧-٧) يأتي في الصفحه ١٧.

أى لا- من معمر و الظاهر أنها أيضاً للإمام عليه السلام و كونها من الأنفال، و هو ظاهر إطلاق قولهم: «و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام عليه السلام» (١)، و عن التذكرة: الإجماع عليه (٢). و في غيرها نفى الخلاف عنه (٣)؛ لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، حيث عدّ من الأنفال: «كل أرض لا رب لها» (٤)، و نحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام (٥).

و لا- يخصّص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كل أرض ميته لا رب لها» (٦)؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ

ص: ١٦

١- ١) كما في الشرائع ٣: ٢٧٢، و القواعد ١: ٢٢٠، و في مفتاح الكرامه (٧: ٩) في ذيل العبارة هكذا: كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد.

٢- ٢) حكاة عن العلامة في التذكرة، السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٧: ٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣٨: ١٩، و انظر التذكرة ٢: ٤٠٢.

٣- ٣) كما في مفتاح الكرامه ٧: ٩، و الجواهر ٣٨: ١٩.

٤- ٤) تفسير القمي ١: ٢٥٤، في تفسير الآيه الأولى من سوره الأنفال، و عنه الوسائل ٦: ٣٧١، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

٥- ٥) تفسير العياشي ٢: ٤٨، الحديث ١١، و عنه الوسائل ٦: ٣٧٢، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٢٨.

٦- ٦) الوسائل ٦: ٣٦٥، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً.

و هل تُملك هذه بالحيازه؟ وجهان: من كونه مال الإمام، و من عدم منافاته للتملك بالحيازه، كما يُملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل فى عموم النبوى: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به» (١).

الثالث: ما عرض له الحياه بعد الموت

و هو ملك للمحى، فيصير ملكاً له بالشروط المذكوره فى باب الإحياء بإجماع الأئمه كما عن المهذب (٢)، و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح (٣)، و عليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكره (٤)، لكن ببالى من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبه (٥)، فلا بدّ من الملاحظه.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العماره

فإن كانت العماره أصلية، فهى مال الإمام عليه السلام. و إن كانت

ص: ١٧

-
- ١- ١) عوالى اللآلى ٣: ٤٨٠، الحديث ٤، و المستدرک ١٧: ١١٢، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٤.
 - ٢- ٢) المهذب البارع ٤: ٢٨٥.
 - ٣- ٣) التنقيح الرائع ٤: ٩٨.
 - ٤- ٤) التذكره ٢: ٤٠٠.
 - ٥- ٥) انظر المبسوط ٢: ٢٩.

العماره من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عنه و صيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً، خلاف معروف في كتاب إحياء الموات (١)؛ منشؤه اختلاف الأخبار (٢).

[رجوع إلى أحكام القسم الثالث]

ثم القسم الثالث، إمّا أن تكون العماره فيه (٣) من المسلمين، أو من الكفار.

[لو كانت العماره فيها من المسلمين]

فإن كان (٤) من المسلمين فملكهم لا يزول إلّا بناقل أو بطرؤ الخراب على أحد القولين.

و إن كان من الكفار،

فكذلك إن كان في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام، و إن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. و إن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، و بالاغتنام، كسائر أموالهم.

ثم ما ملكه الكافر

ثم ما ملكه الكافر (٥) من الأرض:

إمّا أن يسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه.

و إمّا أن لا يسلم عليه طوعاً.

فإن بقي يده عليه كافراً، فهو (٦) أيضاً كسائر أملاكه تحت يده.

ص: ١٨

١- ١) راجع المسالك ٣٩٦:١٢-٣٩٧، فنسب الأول إلى المحقق و الشيخ و جماعه، و الثاني إلى العلّامة في بعض فتاويه، و مال إليه في التذكرة و قوّاه هو نفسه، و انظر الجواهر ٣٨:٢١.

٢- ٢) راجع الوسائل ٣٢٦:١٧-٣٢٨، الباب ١ و ٣ من أبواب إحياء الموات.

٣- ٣) كلمه «فيه» من «ش» و مصحّحه «ن».

٤- ٤) كذا، و المناسب: كانت.

٥-٥) في غير «ف» و«ش»: الكفّار، و لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٦-٦) في غير «ف»: فهى.

و إن ارتفعت يده عنها (١):

فإنما أن يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين.

أو بموت أهلها و عدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام، و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب.

[الأراضي المفتوحة عنوه ملك للمسلمين]

و إن رفعت يده عنها قهراً و عنوه، فهي كسائر ما لا يُنقل (٢) من الغنيمه كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف (٣) و التذكرة (٤) و غيرهما (٥)،

و النصوصُ به مستفيضة:

ففي روايه أبي برده

المستؤل فيها عن بيع أرض الخراج قال عليه السلام: «من يبيعهها؟! هي أرض المسلمين! قلت: يبيعهها الذي في يده. قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟! ثم قال: لا بأس، اشتر (٦) حقه منها، و يحوّل حقّ المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه» (٧).

ص: ١٩

١- ١) تأنيث الضمير باعتبار «الأرض».

٢- ٢) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: ما لا ينتقل، و في «ص» كتب عليه: لا ينقل ظ.

٣- ٣) الخلاف ٦٧: ٢- ٧٠، كتاب الزكاه، المسألة ٨٠.

٤- ٤) التذكرة ٤٢٧: ١.

٥- ٥) كالغنيه: ٢٠٤- ٢٠٥، و المنتهى ٩٣٤: ٢، و الجواهر ١٥٧: ٢١.

٦- ٦) كذا في أكثر النسخ و الاستبصار، و في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»: «أن يشتري»، و في التهذيب و الوسائل: اشترى.

٧- ٧) الوسائل ١١٨: ١١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل.

الطويله: «ليس لمن قاتل شىء من الأرضين و ما غلبوا عليه (١)، إلّا ما حوى (٢) العسكر... إلى أن قال: و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفه متروكه في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها، على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج: النصف أو الثلث أو الثلثين، على قدر ما يكون لهم صالحاً و لا يضرّ بهم (٣) إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد (٤) العشر، فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها، فيدفع إليهم أنصباهم على قدر ما صالحهم عليه و يأخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و في مصلحه ما ينوبه، من تقويه الإسلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه، ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير... الخبر» (٥).

و في صحيحه الحلبي،

قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، و لمن يدخل (٦) فى

ص: ٢٠٠

١-١) كلمه «عليه» من «ش»، و العبارة فى المصادر: و لا ما غلبوا عليه.

٢-٢) فى الكافى و الوسائل: ما احتوى عليه.

٣-٣) فى «ش» و هامش «ن» زياده: فإذا أخرج منها ما أخرج، بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقى سيحاً، و نصف العشر ممّا سقى بالدوالى و النواضح.

٤-٤) فى الكافى و الوسائل بدل «فيؤخذ ما بقى بعد»: و يؤخذ بعد.

٥-٥) الوسائل ٨٤: ١١-٨٥، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

٦-٦) فى غير «ص»: دخل.

الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعدُ. فقلنا: أ نشتره من الدهاقين؟ قال: لا- يصلح، إلما أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرَدّ عليه رأس ماله، و له ما أكل من غلّتها بما عمل» (١).

و روايه ابن شريح:

□
«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه و (٢) قال: إنّما أرض الخراج للمسلمين.

فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل و عليه خراجها؟ فقال: لا بأس، إلّا أن يستحيى من عيب ذلك» (٣).

و روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمي

، ففيها: «و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أنّ أناساً من أهل الذمّه نزلوها، له أن يأخذ منهم اجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال (٤)» (٥).

و في خبر أبي الربيع:

«لا تشتري من أرض السواد شيئاً، إلّا من (٦) كانت له ذمّه فإنّما هي فيء للمسلمين» (٧).

ص: ٢١

-
- ١- (١) الوسائل ٢٧٤: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤.
 - ٢- (٢) الواو» من «ص» و المصدر.
 - ٣- (٣) الوسائل ٢٧٥: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٩.
 - ٤- (٤) في غير «ش» زياده: «أخذها»، و لم ترد في المصادر الحديثيه.
 - ٥- (٥) الوسائل ٢٧٥: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ١٠.
 - ٦- (٦) في مصححه «ن»: ممّن.
 - ٧- (٧) الوسائل ٢٧٤: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٥.

إلى غير ذلك... (١).

و ظاهره

و ظاهره (٢) - كما ترى - عدم جواز بيعها

حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري.

[ثبوت حق الأولويه فيها للمشتري]

نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعني مجرد الأولويه و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأُمور المسلمين و نيابته عن الإمام عليه السلام.

لكن

ظاهر عباره المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها،

قال:

لا يجوز التصرف فيها (٣) ببيع و لا شراء و لا هبه و لا معاوضه، و لا يصح أن يبني دوراً و منازل و مساجد و سقايات، و لا (٤) غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، و متى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً، و هو على حكم الأصل (٥).

و يمكن حمل كلامه على صورته عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال

ص: ٢٢

(١ - ١) راجع الوسائل ٢٧٣: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، و ٣٣٠: ١٧، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات.

(٢ - ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «ظاهرها»؛ لأنّ الضمير يرجع إلى جميع الأخبار المتقدمه كما هو ظاهر.

(٣ - ٣) عبارته «قال: لا يجوز التصرف فيها» لم ترد في «ش».

(٤ - ٤) لم ترد «لا» في «ع» و «ش».

(٥ - ٥) المبسوط ٣٤: ٢.

حضوره. و يحتمل إرادته التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك.

[كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس: لا يجوز التصرف فى المفتوحه عنوه إلاً بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما. نعم فى حال الغيبه ينفذ ذلك، و أطلق فى المبسوط: أن التصرف فيها لا ينفذ. و قال ابن إدريس:

إنما نبيع و نوقف تحجيرنا (١) و بناءنا و تصرفنا، لا نفس الأرض (٢)، انتهى.

و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبه و الحضور، فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف، لا فى الثانى إلاً بإذن الإمام عليه السلام (٣)، و كذا إلى جامع المقاصد (٤).

و فى النسبه نظر، بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعه (٥): من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبه بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، و المعنى: أنها مملوكة ما دام الآثار موجوده.

[ظهور كلام الشهيد الثانى فى جواز البيع تبعاً للآثار]

قال فى المسالك فى شرح قول المحقق: «و لا يجوز بيعها و لا

ص: ٢٣

١- ١) فى «ف»، «م»، «ع» و «ص»: بحجرنا.

٢- ٢) الدروس ٢: ٤١.

٣- ٣) نسبه إليه المحقق الثانى فى رساله قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركى) ١: ٢٥٣، و انظر الدروس ٢: ٤١.

٤- ٤) نسبه إليه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٤١، و انظر جامع المقاصد ٧: ١٠.

٥- ٥) منهم الحلّى فى السرائر ١: ٤٧٨، و العلّامه فى التذكرة ١: ٤٦٥، و راجع تفصيل الأقوال فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٤٠، و الجواهر

هبتها و لا وقفها»- إنَّ المراد: لا يصحَّ ذلك في رقبه الأرض مستقله، أمَّا (١) فعل ذلك بها تبعاً لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها-فجائز على الأقوى.

قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع (٢) على سبيل التبع، و كذا الوقف و غيره، و يستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها، هكذا ذكره جمع، و عليه العمل (٣)، انتهى.

نعم،

ربما يظهر من عبارته الشيخ في التهذيب جواز البيع و الشراء في نفس الرقبه،

حيث قال:

إن قال قائل: إنَّ ما ذكرتموه إنَّما دلَّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، و لا يدلُّ على صحته تملكها بالشراء و البيع، و مع عدم صحتها (٤) لا يصحَّ ما يتفرع عليها (٥).

قلنا: إنَّا قد قسمنا الأرضين على ثلاثه أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، و أرض تؤخذ عنه أو يصلح أهلها عليها، فقد أبحنا شراءها و بيعها؛ لأنَّ لنا في ذلك قسماً؛ لأنَّها

ص: ٢٤

١-١) في «ص» و المصدر زياده: لو.

٢-٢) كذا في النسخ، و الصواب: «دخلت في البيع»، كما في المصدر.

٣-٣) المسالك ٥٦: ٣.

٤-٤) في مصححه «ن»: «عدم صحتهما»، و الصواب: «عدم صحته»؛ لرجوع الضمير إلى «التملك».

٥-٥) في «ش» و مصححه «ن»: «عليهما»، و الصواب: «عليه»؛ للسبب المتقدم.

أراضى المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصحّ تملكها بالشراء و إنما أبيع لنا التصرف فيها حسب (١).

ثم استدلل على أراضى الخراج بروايه أبى برده السابقه (٢) الدالّه على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه الأرض. و دليله قرينه على توجيه كلامه.

[المتيقن ثبوت حق الاختصاص للمتصرف لا الملك]

و كيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار ممّا لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم، المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً.

فالذى ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

أما

فى زمان الحضور و التمكّن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال فى توقّف التصرف على إذن الإمام عليه السلام؛

لأنّه ولّى المسلمين فله نقلها عيناً و منفعه. و من الظاهر أنّ كلام الشيخ (٣) -المطلق فى المنع عن التصرف- محمول على صورته عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

و أما فى زمان الغيبه،

ففى:

عدم جواز التصرف إلّا فيما أعطاه السلطان الذى حلّ قبول الخراج و المقاسمه منه.

ص: ٢٥

١- (١) التهذيب ٤: ١٤٥-١٤٦، ذيل الحديث ٤٠٥.

٢- (٢) راجع التهذيب ٤: ١٤٦، الحديث ٤٠٦، و الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل، و تقدّمت فى الصفحه ١٩.

٣- (٣) تقدّم نقله عن المبسوط فى الصفحه ٢٢.

أو جوازه مطلقاً؛ نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة (١)، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجره الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجازاً.

أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام.

أو التفصيل بين من يستحقّ أجره هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها؛ لما (٢) يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حِلِّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال» (٣)، و بين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، و لذا أفتى غير واحد على ما حكى (٤) بأنّه لا يجوز حبس الخراج و سرقة عن (٥) السلطان الجائر و الامتناع عنه، و استثنى بعضهم (٦) ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام.

ص: ٢٦

١- ١) يدلّ عليه خصوصاً ما في الوسائل ٣٨٢:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ و غيره.

٢- ٢) في «ن» و «خ» و نسخه بدل «ع»: كما.

٣- ٣) الوسائل ١٥٧:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤- ٤) حكاة المحقّق الكركي عن كثير ممّن عاصره، في قاطعه اللجاج (رسائل المحقّق الكركي) ٢٨٥:١، و الشهيد الثاني في المسالك ٥٥:٣ ٥٦ عن الأصحاب، و انظر المناهل: ٣١٢، التنبيه السادس عشر، و راجع تفصيل ذلك في المكاسب ٢١٤:٢ و ما بعدها.

٥- ٥) كذا في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ش»، و في سائر النسخ: على.

٦- ٦) راجع الرياض (الطبعة الحجرية) ٤٩٦:١، و مفتاح الكرامه ٢٤٥:٤، و المناهل: ٣١٣، و الجواهر ١٩٤:٢٢-١٩٥.

أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح، و بين الباقيه على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول؛ لعموم أدله الإحياء (١) و خصوص روايه سليمان بن خالد (٢) و نحوها.

وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس.

[حكم ما ينفصل من المفتوح عنوه]

و ممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوه، كأوراق الأشجار و أثمارها، و أخشاب الأبنيه و السقوف الواقعه، و الطين المأخوذ من سطح الأرض، و الجصّ و الحجاره و نحو ذلك، فإنّ مقتضى القاعده كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقوله ملكاً للمسلمين؛ و لذا صرح جماعه، كالعلامة (٣) و الشهيد (٤) و المحقق الثاني (٥) و غيرهم (٦) على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنيه الأرض المفتوحه عنوه بما (٧) إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجوده فيها حال الفتح للمقاتلين؛ لأنّه ممّا ينقل.

و حينئذٍ، فمقتضى القاعده: عدم صحّه أخذها إلّا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان

ص: ٢٧

١- (١) الوسائل ١٧:٣٢٦، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٢- (٢) الوسائل ١٧:٣٢٦، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

٣- (٣) التذكرة ١٧:٢.

٤- (٤) حكاة عن الدروس و جامع المقاصد السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٨٢، لكن لم نعر عليه فيهما.

٥- (٥) حكاة عن الدروس و جامع المقاصد السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٨٢، لكن لم نعر عليه فيهما.

٦- (٦) كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٩:١٤٥.

٧- (٧) لم ترد «بما» في غير «ش»، و لكنّها استدركت في أكثر النسخ.

الجور؛ لأنَّ القدر المأذون في تناوله منه منفعه الأرض، لا أجزاءها، إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز.

و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات؛ لعموم «من سبق إلى ما لم يسبقه (١) إليه مسلم فهو أحقَّ به» (٢). و يؤيِّده، بل يدلُّ عليه: استمرار السير خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعموله (٣) من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما عمل (٤) من التربة الحسينيه، و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

ص: ٢٨

١-١) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: لم يسبق.

٢-٢) عوالي اللآلى ٣:٤٨٠، الحديث ٤، و عنه المستدرک ١٧:١١٢، الباب الأول من أبواب إحياء الموات، الحديث ٤.

٣-٣) في «ف»: المنقوله.

٤-٤) في «ف»: نقل.

مسأله [من شروط العوضين: كونه طلقاً]

اشاره

(١)

و اعلم أنه ذكر الفاضلان (٢) و جمع مَمَّن تأخَّر عنهما (٣) في شروط العوضين بعد الملكيه: كونه طلقاً. و فرَّعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف إلَّا فيما استثنى، و لا الرهن إلَّا بإذن المرتهن أو إجازته، و لا أمُّ الولد إلَّا في المواضع المستثناه.

و المراد بـ«الطلق» تمام السلطنه على الملك

بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، و يكون مطلق العنان في ذلك.

لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممَّا يستقلُّ المالك بنقله و يكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلُّق حقِّ به مانع عن نقله

ص: ٢٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الشرائع ١٧:٢، القواعد ١٢٦:١، و فيه: و يشترط في الملك التماميه.

٣-٣) منهم الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٥٣، و المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٩، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٤٣٨.

بدون إذن ذى الحق، فمرجعه (١) إلى: أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً، وهذا مما (٢) لا محصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه و غيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم (٣) المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعه عن التصرف، لا تأسيساً لشرط ليكون ما بعده فرعاً، بل الأمر فى الفرعيه و الأصاله بالعكس.

[الحقوق المانعه عن تصرف المالك فى ملكه]

ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثه المذكوره، ثم عنونوا حق الجانى (٤) و اختلفوا فى حكم بيعه. و ظاهر أن الحقوق المانعه أكثر من هذه الثلاثه أو الأربعة، و قد أنهاها بعض من عاصرناه (٥) إلى أزيد من عشرين، فذكر بعد الأربعة

ص: ٣٠

١- ١) فى غير «ف»: «لمرجعه»، و فى مصححه «ص»: «و مرجعه»، و صُحِّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كلمه «مما» من «ف».

٣- ٣) فى «ف»: العموم.

٤- ٤) أى الحق المتعلق بالعبد الجانى، و قد أُضيف الحق إلى من عليه الحق.

٥- ٥) هو المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٩-٢١٢.

المذكوره فى عبارته الأكثر:- النذر المتعلق بالعين قبل البيع، و الخيار المتعلق به، و الارتداد، و الحلف على عدم بيعه، و تعيين الهدى للذبح، و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم، و الكتابه المشروطه أو المطلقه بالنسبه إلى ما لم يتحرر منه؛ حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، و التدبير المعلق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكاً للورثه ممنوعاً من التصرف فيه، و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله، بناءً على منع الوارث من التصرف قبله (١)، و تعلق حق الشفعه بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعه من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعه إبطالها، و تغذيه الولد المملوك بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حبلً فوطأها فأنت بالولد، بناءً على عدم (٢) جواز بيعها (٣)، و كونه مملوكاً ولد (٤) من حرّ شريك فى أمه (٥) حال الوطء، فإنه مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه و أخذ قيمته،

ص: ٣١

-
- ١-١) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: فيه، و الأولى الجمع بينهما كما فى المصدر.
 - ٢-٢) كلمه «عدم» من «ش»، و لم ترد فى سائر النسخ، و لم يثبتها المامقانى فى شرحه غايه الآمال، انظر غايه الآمال: ٤٣٠.
 - ٣-٣) كذا فى النسخ، و الظاهر: «بيعه»، كما فى مصححه «خ».
 - ٤-٤) كذا صحح فى «ن»، و فى أكثر النسخ: و لو.
 - ٥-٥) عبارته «فى أمه» من «ش».

و تعارضَ السبب المملُك و المزيل للملك، كما (١) لو قَهَرَ حربِيُّ أباه (٢)، و الغنيمه قبل القسمه، بناءً على حصول الملك بمجرّد الاستيلاء دون القسمه؛ لاستحاله بقاء الملك بلا مالِك. و غيرَ ذلك ممّا سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أمّ الولد، ثمّ الرهن، ثمّ الجنايه، إن شاء الله.

ص: ٣٢

١-١) في «ف»: فيما.

٢-٢) في بعض النسخ: «إياه»، و هو تصحيف.

و لعموم قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

و رواه أبى على بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إنى اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى فلما عمّرتها خبّرت أنّها (٣) وقف. فقال: لا- يجوز شراء الوقف، و لا- تدخل الغلّه فى ملكك، ادفعها إلى من (٤) أوقف عليه. قلت: لا أعرف لها رباً. قال:

تصدّق بغلّتها» (٥).

ص: ٣٣

١- ١) راجع الانتصار: ٢٢٦، و السرائر ١٥٣: ٣، و المسالك ٣٩٩: ٥، و المستند ٣٧١: ٢.

٢- ٢) الوسائل ٢٩٥: ١٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٢، بتفاوت سير.

٣- ٣) كذا فى النسخ، و الموجود فى الكافى و الوسائل: «اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وقّيت المال خبّرت أنّ الأرض...».

٤- ٤) كذا فى الكافى و الوسائل و «ف» و «ص» و نسخه بدل «ن»، و فى سائر النسخ: ما.

٥- ٥) الوسائل ٣٠٣: ١٣، الباب ٦ من أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل، و انظر الكافى ٣٧: ٧.

و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام و غيره من الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين، مثل: ما عن ربيع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في صورته وقف أمير المؤمنين عليه السلام-: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حئي سوي»:

تصدق بداره التي في بنى زريق، صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات و الأرض، و أسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه (١)، فإذا انقضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين... الخبر (٢) (٣).

فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، و يبعد كونها شرطاً خارجاً عن (٤) النوع مأخوذاً في الشخص، مع أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم.

مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض

ص: ٣٤

١ - ١) في الفقيه و التهذيب و الوسائل: «و أسكن هذه الصدقة خالاً ما عشن و عاش عقبهن»، و كلمه «فلاناً» إنما وردت في الاستبصار، و لفظه ما يلي: و أنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً و عقبه، فإذا انقضوا...

٢ - ٢) في الفقيه زياده: «و شهد الله...»، و لعل كلمه: «الخبر» بالنظر إلى تتمه في الحديث على بعض النسخ.

٣ - ٣) الوسائل ١٣: ٣٠٤، الباب ٦ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث ٤، و انظر الكافي ٧: ٣٩، الحديث ٤٠، و الفقيه ٤: ٢٤٨، الحديث ٥٥٨٨، و التهذيب ٩: ١٣١، الحديث ٥٥٨، و الاستبصار ٤: ٩٨، الحديث ٣٨٠.

٤ - ٤) في «ف»: من.

الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً.

إلّا أن يقال: إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدّم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر، مع أنّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً.

مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طرء هذه الأمور المبيحه، وحينئذٍ يصحّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإنّ العلم بعدم طرء مسوّغات البيع في الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

فظهر: أنّ التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه (1) لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

و ممّا ذكرنا ظهر

أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حقّ الواقف،

حيث جعلها بمقتضى صيغته الوقف صدقه جاريه ينتفع بها.

و حقّ البطلون المتأخّره عن بطن البائع

(2)

ص: ٣٥

١-١) هو المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٤.

٢-٢) كذا في أكثر النسخ، وفي «ف» و«خ»: «البطن السابق»، والصواب: البطن البائع.

والتعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات؛

فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله؛ حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه.

و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، و قد يرتفع كلّها، و سيجيء التفصيل.

[هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه]

ثمّ إنّ جواز البيع لا- ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع لا- بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه: جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه؛ فإنّ مدلول صيغته الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضه عليه، إلّا أنّه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء، كما أنّ مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتّهب المقتضى لتسلّطه المنافي لجواز انتزاعه من يده، و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

[كلام صاحب الجواهر و كاشف الغطاء في أن الوقف يبطل بمجرد جواز البيع و المناقشه فيما أفاد صاحب الجواهر و كاشف الغطاء]

إلّا أنّه ذكر بعض في هذا المقام: أنّ الذي يقوى في النظر بعد إمعانه: أنّ الوقف ما دام وفقاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وفقاً من التضادّ. نعم، إذا بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز بيعه، ثمّ ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغه لبيعه (١). و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدلّ على المنع عن بيع الوقف بعد النصّ و الإجماع، بل الضروره-: بأنّ البيع و أضرابه ينافي حقيقه الوقف؛ لأخذ الدوام فيه، و أنّ نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً (٢).

ص: ٣٦

١- (١) الجواهر ٣٥٨: ٢٢.

٢- (٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٥.

وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه.

و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه مع كونه خلاف الإجماع؛ إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف-: أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التمليك؛ و لذا يطلق عليه الصدقة (1)، و يجوز إيجابه بلفظ «تصدقت»، إلا أن المالك له بطون متلاحقه، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بآخر، و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضروره البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل؛ و لذا (2) لو فرض اندفاع الضروره بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله؛ و لذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حدًا يجوز بيعه؛ معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادته بيعه في دين المرتهن (3).

ص: ٣٧

١- ١) انظر الوسائل ١٣: ٢٩٢، الباب الأول من أبواب أحكام الوقوف.

٢- ٢) في «خ»، «ع»، و«ص» و مصححه «م»: و كذا.

٣- ٣) جامع المقاصد ٥١: ٥.

[الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف] (١)

إذا عرفت (٢) أن مقتضى العمومات (٣) فى الوقف عدم جواز البيع،

فاعلم أن أصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالاً:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً،

و هو الظاهر من كلام الحلّى، حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدّس سرّه-:و الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقييضه (٤) لا يجوز الرجوع فيه، و لا تغييره عن وجوهه و سئله، و لا بيعه، سواء كان يبعه أدّر (٥) عليهم أم لا، و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان و غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، أم لا (٦).

□
قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوّزين-:و ابن إدريس سدّ الباب، و هو نادر مع قوّته (٧).

ص: ٣٨

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) وقع تقديم و تأخير فى نسخه «ف» بين «إذا عرفت..» هنا، و قوله: «إذا عرفت» الآتى فى الصفحة ٥٣.

٣-٣) المتقدّمه فى الصفحة ٣٣-٣٤.

٤-٤) كذا فى المصدر و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: قبضه.

٥-٥) كذا فى المصدر و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى «ص» و نسخه بدل أكثر النسخ: «أعود»، و فى سائر النسخ: أردّ.

٦-٦) السرائر ١٥٣:٣.

٧-٧) الدروس ٢٧٩:٢.

وقد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم، وأما إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا (1)، انتهى.

و فيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد.

و حكى المنع مطلقاً عن الإسكافي (2) و فخر الإسلام (3) أيضاً إلا في آلات الموقوف (4) و أجزاءه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع.

قال الإسكافي فيما (5) حكى عنه في المختلف: إن الموقوف (6) رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سببه من منفعة فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف (7) إليه منفعة، أو رد ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان

ص: ٣٩

١-١) السرائر ١٥٣:٣.

٢-٢) حكاة عنه العلامة في المختلف ٢٨٧:٦.

٣-٣) حكاة عنه و عن الإسكافي بهذه العبارة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٠.

٤-٤) كذا في مصححه «ن»، و في «ش»: «لموقوف»، و في سائر النسخ: الوقوف.

٥-٥) في «ش» و مصححه «ن»: على ما.

٦-٦) في غير «ش» زياده: «عليه»، و شطب عليها في «خ» و «ص»، و استظهر مصحح «ن» أن تكون تصحيفاً عن: «عينه».

٧-٧) في غير «ش»: «ينصرف»، لكن صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

فى ذلك صلاح (١)، انتهى.

وقال فخر الدين فى الإيضاح فى شرح قول والده قدس سرهما: «و لو خَلِقَ حصير المسجد، و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه»، قال بعد احتمال المنع، بعموم النص فى المنع:-

و الأصح عندى جواز بيعه و صرف ثمنه فى المماثل إن أمكن، و إلّا ففى غيره (٢)، انتهى.

و نسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بدّ أن تُبنى على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، و سيظهر هذا من عبارته الحلبي فى الكافى أيضاً، فلاحظ (٣).

الثانى الخروج عن عموم المنع فى المنقطع فى الجملة

(٤)

خاصّه دون المؤيّد، و هو المحكّي عن القاضى، حيث قال فى محكّي المهدّب: إذا كان الشىء وقفاً على قوم و من بعدهم على (٥) غيرهم و كان الواقف قد

ص: ٤٠

١-١) المختلف ٣١٦:٦.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤٠٧:٢.

٣-٣) قال المامقانى قدس سرّه: «ظاهر هذا الكلام هو أنّه يذكر عبارته فيما يأتى، و لكن لم يذكرها، و الظاهر أنّه بدا له حيث وصل إلى محلّ ذكرها» (غايه الآمال: ٤٣٨)، و قال الشهيدى قدس سرّه أيضاً: «و لم يذكرها المصنّف فيما بعد» (هدايه الطالب: ٣٤٨).

٤-٤) كذا فى النسخ، و الأولى تقديم «فى الجملة» على «فى المنقطع» كما فى مصحّحه «خ».

٥-٥) كذا فى المصدر و مصحّحه «ص»، و فى النسخ: إلى.

اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى (١) الأرض و من عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه، و حصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان بأربابه حاجةً ضروريّةً يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم، أو يخاف من وقوع خُلفٍ بينهم يؤدّي إلى فساد؛ فإنّه حينئذٍ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيءٌ من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. و لا يجوز هبه الوقف، و لا الصدقه به أيضاً (٢).

و حكى عن المختلف و جماعه (٣) نسبه التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة المحكيه عن كافيّه لا تساعد، بل ربما استظهر (٤) منه المنع على الإطلاق، فراجع.

و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق (٥). و المحكى عن الفقيه: أنّه قال بعد روايه على بن مهزيار الآتيه (٦) :- إنّ هذا وقف كان عليهم

ص: ٤١

١-١) في غير «ص»، و «ش» بدل «تعالى»: «ولّى»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢-٢) المهذب ٢: ٩٢.

٣-٣) حكاها المحقق التستري عنهم في مقابس الأنوار: ١٤٢، و انظر المختلف ٦: ٢٨٧، و غايه المراد: ٨٢، و التنقيح الرائع ٣: ٣٢٩، و المهذب البارع ٣: ٦٥.

٤-٤) استظهره المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٢، و انظر الكافي في الفقه: ٣٢٤-٣٢٥.

٥-٥) حكاها عنه الفاضل في التنقيح ٣: ٣٢٩، و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٣: ٦٥، و غيرهما.

٦-٦) تأتي في الصفحه ٩٣ و ٩٤.

دون من بعدهم، ولو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد (١) على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه أبداً (٢).

ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيره فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى، كما لا يخفى.

ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول (٣) برجوع الوقف المنقطع إلى ورثه الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه. أمّا إذا كان فيهم (٤) من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمّنه فى مصالحهم.

و قد حكى القول بهذين (٥) عن القاضى (٦). إلّا أن يوجه بأنه لا- يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف (٧) حتى يكون حساباً، بل هو وقف حقيقى و تمليك للموقوف عليهم مدّه وجودهم، و حينئذٍ فيبيعهم له مع تعلق حقّ الواقف نظير بيع البطن الأوّل مع تعلق حقّ سائر البطن فى الوقف المؤبد.

ص: ٤٢

-
- ١- ١) فى «ف» بدل «و من بعد»: ثمّ.
 - ٢- ٢) الفقيه ٤: ٢٤١-٢٤٢، ذيل الحديث ٥٥٧٥.
 - ٣- ٣) فى «ف»: يقولون.
 - ٤- ٤) فى «ف»: منهم.
 - ٥- ٥) يعنى بهما الرجوع إلى الواقف و جواز بيع الموقوف عليه (هداياه الطالب: ٣٤٨).
 - ٦- ٦) حكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٤٢، و لم نعثر عليه فى المهذب و الجواهر.
 - ٧- ٧) لم ترد «حين الوقف» فى «ش».

لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي، المحكى عنه القول المتقدم (١)، حيث إنه يقول ببقاء (٢) الوقف مطلقاً على ملك الواقف (٣).

الثالث: الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد

الثالث: الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد (٤) في الجملة،

و أمّا المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر من بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناءً على قوله برجوع المنقطع إلى ورثه الواقف، كالشيخ (٥) و سلار (٦) قدس سرهما. و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البرّ كالسيد أبي المكارم ابن زهره (٧) فلازمه جعله كالمؤبد.

و كيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء،

فقول:

قال المفيد في المقنعه:

الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز

ص: ٤٣

-
- ١- ١) تقدّم عنه في الصفحة السابقة.
- ٢- ٢) كذا في «ف» و«ش»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «حيث إنّ المحكى عنه بقاء» مع زياده: إنه يقول خ ل.
- ٣- ٣) في غير «ف» و«ش» زياده: «و جواز بيع الوقف حينئذٍ مع عدم مزاحمه حقّ الموقوف عليه ممّا لا إشكال فيه»، و لكن شطب عليها في «ن» و«خ»، و كتب عليها في «م» و«ع»: نسخه.
- ٤- ٤) راجع المقنعه: ٦٥٢، و الانتصار: ٢٢٦، و النهايه: ٥٩٥، و المبسوط ٣: ٣٠٠، و المراسم: ١٩٧، و الوسيله: ٣٧٠، و غيرهم و راجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤: ٢٥٨، و مقابس الأنوار: ١٤٢ و ١٥٤.
- ٥- ٥) قاله الشيخ في النهايه: ٥٩٩.
- ٦- ٦) راجع المراسم: ١٩٧، و مقابس الأنوار: ١٤٢، أيضاً.
- ٧- ٧) الغنيه: ٢٩٩.

الرجوع فيها، إلمّا أن يُحدِث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدّر (1) عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله. و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه، و لا تغيير شرائطه، و لا نقله عن وجوهه و سبله. و متى اشترط الواقف في الوقف:

أنّه متى احتاج إليه في حياته لفقّر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه، جاز له فعل ذلك. و ليس لأرباب الوقف بعد وفاه الواقف أن يتصرّفوا فيه ببيع أو هبه أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلمّا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارته من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً (2)، فلهم حينئذٍ بيعه و الانتفاع بثمنه. و كذلك إن حصلت لهم (3) ضروره إلى ثمنه كان لهم حلّه، و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات (4). انتهى كلامه رحمه الله.

و قد استفاد من هذا الكلام في غايه المراد جواز (5) بيع الوقف في خمسه مواضع، و ضمّ صورته جواز الرجوع و جواز تغيير (6) الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكوره بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم و وفاه

ص: ٤٤

-
- ١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ص» و نسخه بدل أكثر النسخ: «أعود»، و في سائر النسخ: أرد.
 - ٢- ٢) في «ف» زياده: لهم.
 - ٣- ٣) في «ص» و المصدر: بهم.
 - ٤- ٤) المقنعه: ٦٥٢-٦٥٣.
 - ٥- ٥) في «ن» و «ش»: تجويز.
 - ٦- ٦) في مصحّحه «ن»: تغيير.

الواقف (١)، فلاحظ و تأمل.

ثم إنَّ العلامه ذكر في التحرير: أنَّ قول المفيد بأنه: «لا- يجوز الرجوع في الوقف إلما أن يحدث إلى قوله: أنفع لهم من تركه على حاله»، متأول (٢). و لعله من شدّه مخالفته للقواعد لم يرتضِ بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى قدس سره]

و قال في الانتصار على ما حكى عنه:- و ممّا انفردت الإماميه به:

القول بأنَّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا- يجدى نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه، و أنّ أرباب الوقف متى دعتهم ضروره شديده إلى ثمنه جاز لهم بيعه، و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضروره.

ثمّ احتجّ باتفاق الإماميه، ثمّ ذكر خلاف ابن الجنيد، و ردّه بكونه مسبقاً و ملحوقاً بالإجماع، و أنّه إنّما عوّل في ذلك على ظنونٍ له و حسابانٍ و أخبارٍ شاذّه لا يلتفت إلى مثلها (٣).

ثمّ قال: و أمّا إذا صار الوقف (٤) بحيث لا- يجدى نفعاً، أو دعت أربابه الضروره إلى ثمنه؛ لشدّه فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز بيعه؛ لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه (٥).

ص: ٤٥

١-١ (١) غايه المراد: ٨٢.

٢-٢ (٢) التحرير ١: ٢٨٤.

٣-٣ (٣) في النسخ زياده: «انتهى»، و الظاهر أنّ موضعها بعد قوله: «مع فقد الضروره» المتقدّم آنفاً.

٤-٤ (٤) كلمه «الوقف» من «ش» و المصدر و مصحّحه «ن».

٥-٥ (٥) كذا في مصحّحه «ن»، و في المصدر: «فيه»، و في النسخ: «عنه».

و لم يبق منفعه فيه (١) إلا من الوجه الذى ذكرناه (٢)، انتهى.

[كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]

وقال فى المبسوط: وإنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنه (٣) إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديده ولا يقدرّون على القيام به، فحينئذٍ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه (٤)، انتهى. ثم احتج على ذلك بالأخبار (٥).

و قال سَلار فيما حكى عنه:-

ولا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم: من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها، أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغيير شىء من أحواله، و إن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديده جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم (٦)، انتهى.

و قال [ابن زهره قدس سره] فى الغنيه على ما حكى عنه:-

و يجوز عندنا بيع الوقف

ص: ٤٤

١- ١) فى «ف» بدل «منفعه فيه»: «منفعته».

٢- ٢) الانتصار: ٢٢٦ و ٢٢٧.

٣- ٣) لم ترد «أنه» فى المصدر، و الظاهر أنها زائده.

٤- ٤) المبسوط ٢٨٧: ٣.

٥- ٥) لم نعثر فى المبسوط على الاحتجاج بالأخبار، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف، و منشأ السهو قول صاحب الجواهر بعد نقل العبارة المتقدمه من المبسوط، و نقل عبارته الخلاف:- «و احتج على ذلك بالأخبار»، أى احتج الشيخ فى الخلاف على ذلك بالأخبار. أنظر الجواهر ٣٦٢: ٢٢، و الخلاف ٣: ٥٥١، المسأله ٢٢ من كتاب الوقف.

٦- ٦) المراسم: ١٩٧.

للموقوف عليه (١) إذا صار بحيث لا يجدى نفعاً و خيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجةً شديدةً دعتهم الضروره إلى بيعه؛ بدليل إجماع الطائفة، و لأنّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعه إلّا على الوجه الذى ذكرنا جاز (٢)، انتهى.

و قال [ابن حمزه قدس سره] فى الوسيله:

و لا- يجوز بيعه يعنى الوقف إلّا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجةً بالموقوف عليه شديدةً لا- يمكنه معها القيام به (٣)، انتهى.

و قال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه:-

و إنّما يملك بيعه على وجه عندنا، و هو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجةً شديدةً (٤)، انتهى (٥).

[كلمات ابن سعيد فى الجامع و النزّه]

و قال فى الجامع على ما حكى عنه:- فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجةً شديدةً، أو خيف وقوع فتنه بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه (٦)، انتهى.

و عن النزّه: لا- يجوز بيع الوقف إلّا أن يُخاف هلاكه، أو يؤدّى المنازعه فيه بين أربابه إلى ضررٍ عظيم، أو يكون فيهم حاجةً عظيمةً

ص: ٤٧

١- ١) فى «ف»: عليهم.

٢- ٢) الغنيه: ٢٩٨.

٣- ٣) الوسيله: ٣٧٠.

٤- ٤) فقه القرآن ٢٩٣: ٢.

٥- ٥) كلمه «انتهى» من «ف».

٦- ٦) الجامع للشرائع: ٣٧٢.

شديده و يكون بيع الوقف أصلح لهم (١)، انتهى.

وقال [المحقق قدس سره] في الشرائع:

ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود. و قال في كتاب الوقف:

و لو وقع بين الموقوف عليهم (٢) خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا-خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، و الوجه المنع (٣)، انتهى.

و مثل عباره الشرائع في كتابي البيع و الوقف عباره القواعد في الكتابين (٤).

[كلام العلامة في التحرير و الإرشاد و التذكرة]

و قال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجز بيعها. و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقاً و تنزيهه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، و نفيه الخلاف على المنع في المؤيد. ثم قال: و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منفعه بالكليه كدار انهدمت و عادت موثلاً و لم يتمكّن من عمارتها و يشتري بثمنه ما يكون وفقاً، كان وجهاً (٥)، انتهى.

و قال في بيع التحرير: و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، و لو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز، و كذا يباع لو خشي وقوع فتنه بين أربابه

ص: ٤٨

١-١) نزهه الناظر: ٧٤.

٢-٢) كذا في المصدر و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: الموقوف عليه.

٣-٣) الشرائع ١٧: ٢ و ٢٢٠.

٤-٤) القواعد ١٢٦: ١ و ٢٦٩.

٥-٥) التحرير ٢٩٠: ١، و انظر السرائر ١٥٣: ٣.

مع بقائه على الوقف (١)، انتهى.

و عن بيع (٢) الإرشاد: لا- يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأي (٣). و عنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم (٤) خلف يخشى (٥) به الخراب (٦).

و قال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه:- و الوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته، أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد (٧)، انتهى.

و قال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص (٨) الملك فيه؛ إذ القصد منه التأييد. نعم، لو كان يبعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جَوَزَ أكثر علمائنا بيعه (٩)، انتهى.

[كلمات الشهيد في غايه المراد و الدروس و اللمعه]

و قال في غايه المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد

ص: ٤٩

-
- ١- (١) التحرير ١:١٦٥، و فيه: مع بقائه على خلاف.
 - ٢- (٢) وردت العبارة في «ف» مختصره هكذا: و عن الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب.
 - ٣- (٣) الإرشاد ٣:٣٦١.
 - ٤- (٤) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: الموقوف عليه.
 - ٥- (٥) في غير «ف» و «ص»: و يخشى.
 - ٦- (٦) الإرشاد ١:٤٥٥، و فيه: لا يجوز بيع الوقف..
 - ٧- (٧) التذكرة ٢:٤٤٤.
 - ٨- (٨) في «ف» و «خ» و هامش «ع»: لتبعض.
 - ٩- (٩) التذكرة ١:٤٦٥.

بالاختلاف،و إذا كان البيع أعود مع الحاجه (١).

و قال فى الدروس:لا يجوز بيع الوقف إلّا إذا خيف من خرابه أو خُلفٍ أربابه المؤدى إلى فساده (٢).

و قال فى اللمعه:لو أدى بقاءه إلى خرابه لخُلف أربابه،فالمشهور الجواز (٣)،انتهى.

[كلام الصيمرى]

و قال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه:-إنّ لأصحابنا فى بيع الوقف أقوالاً متعدده،أشهرها:جوازه إذا وقع بين أربابه خُلفٌ و فتنه و حُشى خرابه و لا يمكن سدّ الفتنه بدون بيعه،و هو قول الشيخين،و اختاره نجم الدين و العلّامه (٤)،انتهى.

[كلام الفاضل المقداد قدس سره]

و قال فى التنقيح على ما حكى عنه:-إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً،جاز بيعه (٥).

و عن تعليق الإرشاد:يجوز بيعه إذا كان فسادٌ يُستباح فيه الأنفس (٦).

[كلام الفاضل القطيفى]

و عن إيضاح النافع:أنّه جوّز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً

ص : ٥٠

١ - ١) لم نعثر على العبارة فى غايه المراد،و لعلّ المؤلف قدّس سرّه أخذها من الجواهر ٢٢:٣٦٤،راجع غايه المراد:٨٢-٨٤ و ١٤٦.

٢ - ٢) الدروس ٢:٢٧٩.

٣ - ٣) اللمعه الدمشقيه:١١٢.

٤ - ٤) تلخيص الخلاف ٢:٢٢١.

٥ - ٥) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٦ - ٦) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦،و راجع الحاشيه على الإرشاد(مخطوط):٢٢٠.

يخاف معه (١) القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلّا بالبيع. قال: فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز، و لا- اعتبار بخشيته الخراب و عدمه (٢)، انتهى. و مثله كلامه (٣) المحكى عن تعليقه على الشرائع (٤).

[كلام المحقق الثاني]

و قال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارته القواعد إلى موافقه الأكثر:- إنَّ المعتمد جواز بيعه في ثلاثه مواضع:

أحدها: إذا خرب و اضمحلّ بحيث لا ينتفع به، كخُصِر (٥) المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت (٦).

ثانيها: إذا حصل خُلفٌ بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، و مستنده صحيحه على بن مهزيار (٧).

و يُشترى بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً على وجهٍ يندفع به الخُلفُ؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. و يتولّى ذلك الناظر الخاصّ إن كان، و إلّا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه (٨) حاجهٌ شديده و لم يكن ما يكفيهم

ص: ٥١

١-١) في «ف»: منه.

٢-٢) إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦.

٣-٣) في غير «ف» و مصحّحه «ن»: الكلام.

٤-٤) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦.

٥-٥) في غير «ش»: كحصير.

٦-٦) في غير «ش»: جذعه إذا انكسر.

٧-٧) الوسائل ٣٠٥:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٦.

٨-٨) كذا في النسخ، و في المصدر: إذا لحق بالموقوف عليهم.

من غلّه و غيرها؛ لروايه جعفر بن حنّان (١) عن الصادق عليه السلام (٢). انتهى كلامه، رفع مقامه.

[كلام الشهيد الثاني]

وقال في الروضه: والأقوى في المسأله ما دلّ عليه صحيحه على ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلفٌ شديد، وعلّله عليه السلام بأنّه: «ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس» (٣)، و ظاهره (٤) أنّ خوف أدائه إليهما و إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنّه لذلك. قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم يكفهم غلّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممّا قيل؛ لعدم دليلٍ صالحٍ عليه (٥)، انتهى. و نحوه ما عن الكفايه (٦).

هذه جمله من كلماتهم المرثيه أو المحكيه. و الظاهر أنّ المراد بتأديه بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك، الموجب لصدق الخوف، لا- التأديه على وجه القطع، فيكون عنوان «التأديه» في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان «خوفها» و «خشيتها» في بعضها الآخر، و لذلك عبّر فقيه واحد تاره بهذا، و أخرى بذاك كما اتّفق للفاضلين (٧).

ص: ٥٢

-
- ١- ١) في «ص» و الكافي: «حيان»، انظر الكافي ٧:٣٥، الحديث ٢٩.
 - ٢- ٢) جامع المقاصد ٩٧:٤-٩٨، و الروايه وردت في الوسائل ١٣:٣٠٦، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٨.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٣:٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٦.
 - ٤- ٤) كذا في المصدر و مصحّحه «ن»، و في النسخ: و ظاهر.
 - ٥- ٥) الروضه البهيّه ٣:٢٥٥.
 - ٦- ٦) الكفايه: ١٤٢.
 - ٧- ٧) راجع الشرائع ١:١٧ و ٢٢٠، و القواعد ١:١٢٦ و ٢٦٩، و تقدّمت العبارة عنهما في الصفحه ٤٨.

و الشهيد (١). و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعَلَّامه في التذكرة (٢)، و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع (٣)، و آخرّ عنوان التأديبه إلى الأكثر كجامع المقاصد (٤)، أو إلى المشهور كاللمعه (٥).

فظهر من ذلك: أنّ جواز البيع بظنّ تأديبه بقائه إلى خرابه ممّا تحققت فيه الشهره بين المجوّزين، لكن المتيقن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه. اللهمّ إلّا أن يستظهر من كلماتهم كالنصّ كون الاختلاف من باب المقدمه و أنّ الغايه المجوّزه هي مظنه الخراب.

إذا (٤) عرفت ما ذكرنا،

فيقع الكلام تاره في الوقف المؤبد، و أخرى في المنقطع.

[الوقف المؤبد]

(٧)

أمّا الأول: فالذي ينبغي أن يقال فيه

إنّ الوقف على قسمين:

أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم،

فيملكون منفعتهم، فلهم

ص: ٥٣

١-١) راجع الدروس ٢:٢٧٩، و اللعه دمشقيه: ١١٢، و تقدّمت في الصفحه ٥٠.

٢-٢) راجع التذكرة ١:٤٦٥.

٣-٣) إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، و لم نعر على الحاكي أيضاً.

٤-٤) جامع المقاصد ٩٧:٤.

٥-٥) اللعه دمشقيه: ١١٢.

٦-٦) من هنا إلى قوله: «و قوّاه بعض» الآتي في الصفحه ٦٠ ورد في «ف» بعد قوله: دين المرتهن» المتقدّم في الصفحه ٣٧.

٧-٧) العنوان مّا.

استتجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد،

بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد و المدارس و الربط؛ بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه (١)، فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعه، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل.

و الظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول،

و أما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه؛ لعدم الملك (٢).

و بالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لا فيما لم يكن ملكاً، و حينئذٍ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المازة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد (٣).

نعم، ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر: أنه لا يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لا (٤) لعدم تماثيه الملك، بل لعدم أصل الملك؛ لرجوعها إلى الله و دخولها في مشاعره-

ص: ٥٤

١- ١) منهم العلّامة في القواعد ٢٦٩: ١، و الشهيد في الدروس ٢٧٧: ٢، و الفاضل المقداد في التنقيح ٣١١: ٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩٦٢: ٩، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٧٧: ٥، و السيّد الطباطبائي في الرياض (الحجريّه) ٢٨: ٢.

٢- ٢) في «ف»: الملكيه.

٣- ٣) اعترف به السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٠٠: ٩، و السيّد المجاهد في المناهل: ٥٠٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٠٧: ٢٨.

٤- ٤) عبارته «مطلقاً لا» من «ش»، و استدركت «لا» في مصححه «ن».

أنه مع اليأس عن الانتفاع به في الجبهه المقصوده تؤجر للزراعه و نحوها، مع المحافظه على الآداب اللازمه لها إن كان مسجداً مثلاً و إحكام السجلات؛ لئلا يغلب اليد فيقضى بالملك، و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب و الأوج و الأفضل احتياطاً، و مع التعارض فالمدار على الراجح، و إن تعذر صيرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صيرف في مصالح المسلمين. و أما غير الأرض من الآلات و الفُرُش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها، فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أُعدت له، كانت على حالها، و إلا جعلت في المماثل، و إلا في غيره، و إلا ففي المصالح، على نحو ما مرّ، و إن تعذر الانتفاع بها بقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحه، و العود ملكاً للمسلمين لتصرف في مصالحهم، و العود إلى المالك، و مع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك، و يحتمل بقاؤه على الوقف و يباع؛ احترازاً عن التلف و الضرر و لزوم الحرج، و تصرف مرتباً على النحو السابق. و هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم (1)، انتهى.

و فيه: أنّ إجاره الأرض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها (2) ملكاً (3) للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحه عنوه، لكنّه

ص: ٥٥

١- ١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٤-٨٥.

٢- ٢) في غير «ف»: كونه.

٣- ٣) لم ترد «ملكاً» في «ف».

غير ثابت، و المتيقن خروجه عن ملك مالكة، أما (1) دخوله في ملك المسلمين فمنفى بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين؛ لأصاله الإباحه، و لا يتعلق عليهم اجره.

ثم إنه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته، مثل روايه مروان بن عبد الملك (2): «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوه الكعبة ما قضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، و يهب ما لم يرد، و ينتفع به و يطلب بركته. قلت: أ يكفّن به الميت؟ قال: لا» (3).

قيل: و في روايه أخرى: «يجوز استعماله، و بيع نفسه (4)» (5) و كذلك ما ذكره في بعض حُصُر (6) المسجد إذا خلقت، و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع، اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة و حصير المسجد ليسا

ص: ٥٦

١- ١) في «ش»: و أما.

٢- ٢) في الكافي و التهذيب: «مروان عن عبد الملك»، انظر الكافي ٣: ١٤٨، الحديث ٥، و التهذيب ١: ٤٣٤، الحديث ١٣٩١.

٣- ٣) الوسائل ٢: ٧٥٢، الباب ٢٢ من أبواب التكفين، الحديث الأول.

٤- ٤) في «ص» و المصدر: «بقيته»، و في «خ»: بعضه.

٥- ٥) قاله الشيخ الكليني قدس سرّه على ما في الوسائل ٩: ٣٥٩، الباب ٢٦ من أبواب مقدّمات الطواف، ذيل الحديث الأول، و لم نقف عليه في الكافي المطبوع.

٦- ٦) في غير «ش»: حصير.

من قبيل المسجد، بل هما مبدولان للبيت و المسجد، فيكون (١) كسائر أموالهما، و معلومٌ أنّ وقفه أموال المساجد و الكعبه من قبيل القسم الأوّل و ليس (٢) من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العامّ التصرف فيها (٣) بالبيع.

نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المُشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحه و لو لم يخرج عن حيّز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، و بين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد، و الثوب الذي يُلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلّا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبه و حصير المسجد: أنّ الحصير يتصوّر فيه كونه وقفاً على المسلمين، لكن (٤) يضعه في المسجد؛ لأنّه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام في مورد الشكّ، مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حبّ ماءٍ فيه، و إن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص و أوضح من ذلك الترتب الموضوعه فيه و في الثاني العموم، فيجوز

ص: ٥٧

١-١) كذا، و المناسب: فيكونان.

٢-٢) كذا، و المناسب: ليست.

٣-٣) في غير «ف»: فيه.

٤-٤) في «ش»: و لكن.

التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة في المسجد.

و الحاصل: أنّ الحصر (١) و شبهها الموضوعه في المساجد و شبهها يتصور فيها (٢) أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أنّ المحكى عن العلامه (٣) و ولده (٤) و الشهيدين (٥) و المحقق الثاني (٦) جواز بيعه و إن اختلفوا في تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجيء (٧)، إلما أن (٨) نلتزم (٩) بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها و جعلها مسجداً فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

و كيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها كما تقدم عن بعض

ص: ٥٨

١- ١) كذا، و الظاهر: «الحُصْر» بصيغه الجمع.

٢- ٢) في غير «ف»: فيه.

٣- ٣) القواعد ٢٧٢: ١.

٤- ٤) الإيضاح ٤٠٧: ٢.

٥- ٥) الدروس ٢٨٠: ٢، و الروضه البهيه ٢٥٤: ٣، و المسالك ١٧٠: ٣.

٦- ٦) جامع المقاصد ٩٧: ٤ و ١١٦: ٩، و حكى ذلك عنهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٦.

٧- ٧) يجيء في الصفحه الآتیه.

٨- ٨) في غير «ف» و «ش»: أنه.

٩- ٩) في «ف» و «ص»: يلتزم.

الأساطين (١) أو بدونه. و أما أجزاءه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحه في صرف عينه (٢) فيه تعين (٣)؛ لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و أجزاءها (٤) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. و إن لم يكن مصلحه في ردّه جزءاً للمسجد، فبناءً (٥) على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد و أضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

و حيثئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين (٦) صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضه (٧) و إلّا صرف في مسجدٍ آخر كما في الدروس (٨) و إلّا صرف في سائر مصالح المسلمين.

ص: ٥٩

١-١) تقدّم في الصفحه ٥٤-٥٥.

٢-٢) كذا في النسخ، و المناسب تأنيث الضمير، و هكذا حال الضمائر الآتية الراجعه إلى كلمه «أجزاءه».

٣-٣) العبارة في غير «ف» هكذا: فمع المصلحه في صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

٤-٤) في «ش»: و إجراءاتها.

٥-٥) في غير «ش»: بناءً.

٦-٦) في غير «ش»: «فتعين»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و في «ص» ب «يتعين».

٧-٧) الروضه البهيّه ٢٥٤:٣.

٨-٨) الدروس ٢٨٠:٢، و حكاها عنه و عن الروضه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٦.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته و تملكه (١)، وفيه نظر.

وقد الحق (٢) بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفه على الطريقه المعروفه، و الكتب الموقوفه على المشتغلين، و العبد المحبوس فى خدمه الكعبه و نحوها، و الأشجار الموقوفه لانتفاع المازّه، و البوارى الموضوعه لصلاحه المصلين، و غير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العامّ لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجاره و نحوها و صرفها فى مصارفها كما فى الحمّامات و الدكاكين و نحوها (٣): لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللّازم إبقاؤها على الإباحه كالطرق العامّه و الأسواق.

و هذا كلّه حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تمليكا.

و لو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان و جهان:

من عموم «على اليد» فيجب صرف قيمته فى بدله.

و من أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبه بأجره منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسه بيت المسكن أو محرزاً، و أنّ الظاهر من التأديه فى حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختصّ بأملك الناس، و الأوّل أحوط، و قواه بعض (٤).

ص: ٦٠

١-١) قاله المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦.

٢-٢) ألحقها المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦.

٣-٣) فى «ف»: و نحو ذلك.

٤-٤) و هو المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦، و فيه: و هذا هو الأصحّ.

صور جواز بيع الوقف]

(١)

إذا عرفت جميع ما ذكرنا،

فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه،

كالحيوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق.

و الأقوى جواز بيعه، وفاقاً لمن عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم؛ لعدم جريان أدلّه المنع.

أمّا الإجماع، فواضح.

و أمّا قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» (٢) فلانصرافه إلى غير هذه الحالة.

و أمّا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٣) فلا- يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف، و ليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر في متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه و تركه؛ و قد تقدّم ذلك (٤) و تضعيف (٥) قول من قال ببطلان العقد إذا

ص: ٦١

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الوسائل ٣٠٣:١٣، الباب ٦ من أبواب الوقوف، الحديث الأوّل.

٣-٣) الوسائل ٢٩٥:١٣، الباب ٢ من أبواب الوقوف، الحديث ١ و ٢.

٤-٤) يعنى كون عدم جواز البيع من أحكام الوقف، و تقدّم في الصفحة ٢٩ و ٣٠.

٥-٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في مصحّحه «خ»: «ضعف»، و في سائر النسخ: يضعف.

حكم بجواز بيعه.

و لو سلّم أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنّما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، و المفروض تعذّره هنا.

و الحاصل: أنّ جواز بيعه هنا غير منافٍ لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، و هو الحاكم أو المتولى.

و الحاصل: أنّ الأمر دائر بين تعطيله (١) حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكلّ.

□
و الأول تضييع منافٍ لحقّ الله و حقّ الواقف و حقّ الموقوف عليه، و به يندفع استصحاب المنع، مضافاً إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، و هو انتفاع جميع البطون بعينه، و قد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه.

و أمّا الثاني فمع منافاته لحقّ (٢) سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأوّل؛ إذ لا فرق بين إتلافه و نقله.

و الثالث هو المطلوب.

نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّياً لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى

ص: ٦٢

١- ١) في «ف»: تعطله.

٢- ٢) في «ف» و نسخه بدل «ن»: لتعلّق حقّ.

ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه، فتأمل.

و كيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقه، فلا وجه (١) لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالإسكافي (٢) و العلامه (٣) و ولده (٤) و الشهيدين (٥) و المحقّق الثاني (٦)، و حكى عن التنقيح (٧) و المقتصر (٨) و مجمع الفائدة (٩) لاقتضاء البدليه ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوه كان الثمن كذلك، فإنّ الملكيه اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعبر عند تحقّق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتملك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف. و عدم تعقل الملك للمعدوم إنّما هو في الملك الفعلي، لا الشأني.

ص: ٦٣

١-١) في مصحّحه «ن»: لا وجه.

٢-٢) راجع الصفحه ٣٩.

٣-٣) راجع كلام العلامه في الصفحه ٤٨.

٤-٤) راجع الصفحه ٤٠.

٥-٥) راجع كلامهما في الصفحه ٤٠، ٤٩، و ٥٢.

٦-٦) راجع الصفحه ٥١.

٧-٧) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٨-٨) المقتصر: ٢١٢.

٩-٩) مجمع الفائدة ٨:١٦٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٥٩ و ٨٨:٩-٨٩، و مقابس الأنوار: ١٥٨.

و دعوى: أنّ الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود. فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود.

و إليه أشار الشهيد قدس سرّه في الفرع الآتي، حيث قال: إنّه يعنى الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأول؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه (١).

خلافاً لظاهر بعض العبائر المتقدمه (٢)، و اختاره المحقق في الشرائع في ديه العبد الموقوف المقتول (٣). و لعلّ وجهه: أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غايه الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقه به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، و لا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، و لا- دليل عليه. و مجرّد البدليّه لا يوجب ترتّب جميع اللوازم؛ إذ لا عموم لفظى يقتضى البدليّه و التنزيل، بل هو بدل له في الملكيه و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه: أنّ ما ينقل (٤) إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقّت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق (٥)

ص: ٦٤

١- ١) غايه المراد: ١٤٣، و يأتي في الصفحه ٦٦.

٢- ٢) يعنى به عباره المفيد و السيد المتقدمتين في الصفحه ٤٣-٤٥.

٣- ٣) الشرائع ٢: ٢١٩.

٤- ٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أنّ النقل.

٥- ٥) في «ف»: البطن البائع.

إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون إلا بثبوت (1) جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثمن.

و مما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطن في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول؛ حيث إنّه بدل شرعيّ يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سرايه حقّ البطن اللاحق إليه، بخلاف الثمن، فإنّه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة (2) الحقيقيّة، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوض.

و من هنا اتّضح أيضاً أنّ هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً؛ لأنّ حقّ الرهنيّة متعلّق بالعين من حيث إنّها ملك لمالكة الأوّل، فجاز أن يرتفع، لا (3) إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأوّل، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائماً بالعين من حيث إنّها ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأً بإنشائه، مقارنً له بحسب الجعل، متأخراً عنه في الوجود.

ص: ٦٥

١-١) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: ثبوت.

٢-٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «المعاوضيّة»، لكن صحّحت في أكثرها بما أثبتناه.

٣-٣) كلمه «لا» ساقطه من «ش».

وقد تبين ممّا ذكرنا: أنّ الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل و كانت مصلحة البطون فى بقائه ابقى، وإلا أُبدل مكانه ما هو أصلح.

و من هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغه الوقف فى المبدل، بل نفس البدليته تقتضى (١) كونه كالمبدل؛ و لذا علّله الشهيد قدّس سرّه فى غايه المراد بقوله: لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأول؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه (٢).

ثمّ إنّ هذه (٣) العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليتهم أن ينظر فيه و يتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق (٤). و ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلاّ لعذر؛ لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائى، و بدل الوقف إنّما هو بدل له فى كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائى.

و ممّا ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو

ص: ٦٦

١- ١) فى النسخ: «يقضى»، و المناسب ما أثبتناه كما فى مصحّحه «ص».

٢- ٢) غايه المراد: ١٤٣.

٣- ٣) فى غير «ص»: هذا.

٤- ٤) فى «ف» زياده: و ليس حكمه حكمه.

ظاهر التذكرة (١) والإرشاد (٢) وجامع المقاصد (٣) والتنقيح (٤) والمقتصر (٥) ومجمع الفائدة (٦) بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصح؛ لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين فاللازم ملاحظه مصلحتهم، خلافاً للعلامة (٧) ولده (٨) والشهيد (٩) وجماعه (١٠) فأوجبوا المماثلة مع الإمكان؛ لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّه، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً ليتفّعوا بثمرته فيبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستان (١١) في موضع لا يصل إليهم إلّا قيمه الثمره، و بين أن

ص: ٦٧

١-١) راجع التذكرة ٢:٤٤٤.

٢-٢) إرشاد الأذهان ١:٤٥٥.

٣-٣) جامع المقاصد ٩٧:٤، و ٧١:٩.

٤-٤) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٥-٥) المقتصر: ٢١٢.

٦-٦) مجمع الفائدة ٨:١٦٩.

٧-٧) راجع المختلف ٦:٢٨٩.

٨-٨) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٧.

٩-٩) غايه المراد: ١٤٣.

١٠-١٠) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩٧:٤ و ٧١:٩، والشهيد الثاني في المسالك ٣:١٧٠، والروضة البهيّة ٣:٢٥٥.

١١-١١) كذا في «ف»، «ن» و«خ»، وفي سائر النسخ: بستاناً.

يُشترى ملك (١) آخر يصل إليهم اجره منفعتة، فإنَّ الأوَّل و إن كان مماثلاً إلَّا أنَّه ليس أقرب إلى غرض الواقف:- أنَّه (٢) لا دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى مقصوده، إنَّما اللازم ملاحظه مدلول كلامه في إنشاء الوقف؛ ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل: أنَّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلَّا مدلول كلام الواقف، و إذا بيع و انتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلَّا مصلحتهم.

هذا [و] قال العلامة في محكي التذكرة: كلُّ مورد جوَّزنا بيع الوقف فإنَّه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممَّا ينتفع به كان أولى، و إلَّا جاز شراء كلِّ ما يصحَّ وقفه، و إلَّا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به (٣) ما شاء؛ لأنَّ فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، و بين النصِّ الدالِّ على عدم جواز مخالفه الواقف؛ حيث (٤) شرط التأييد، فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب؛ لأنَّه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأوَّل الذي وقع العقد عليه، و مراعاة الخصوصية الكليَّة تُفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، و لأنَّ قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع

ص: ٦٨

١-١) كذا في «ف»، «ن»، و«خ»، و في سائر النسخ: ملكاً.

٢-٢) في غير «ش»: «إذ»، إلَّا أنَّها صححت في «ن» و«ص» بما أثبتناه.

٣-٣) كذا في «ف»، «ن»، و«خ»، و في سائر النسخ: فيه.

٤-٤) في «ف» بدل «حيث»: من.

أنه يستحقون من الوقف (١) كما يستحق البطن الأول، و يقدر (٢) وجودهم حال الوقف.

وقال بعض علمائنا و الشافعيه: إن ثمن الوقف كقيمه الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم (٣) على رأى (٤)، انتهى.

و لا يخفى عليك مواقع الردّ و القبول فى كلامه قدس سره.

ثم إن المتولّى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر البطون. و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنه المنسوب لمعظم الأمور الرجعه إلى الوقف، إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعل له من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين. و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. و يحتمل بقاؤه؛ لتعلق حقه بالعين الموقوفه، فيتعلق ببديلها (٥).

ثم إنه لو لم يمكن شراء بديله، و لم يكن الثمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مدّه. و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابهته، و لا يعطل الثمن حتى يوجد (٦)

ص: ٦٩

١- ١) فى «ن»، «خ» و «م» و المصدر: الواقف.

٢- ٢) كذا فى مصححه «ن» و المصدر، و فى النسخ: تعدّر.

٣- ٣) فى «ش» و المصدر زياده: ملكاً.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٤٤، مع تفاوت و اختلاف فى الألفاظ.

٥- ٥) فى غير «ن» و «ش»: بمبديلها.

٦- ٦) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: يؤخذ.

ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضی الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره، جاز مع المصلحه إلى أن يوجد البدل.

و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون؛ لأنه جزء من المبيع، و ليس كالنماء الحقيقى.

ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه، فبيع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفاً. و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه (1) جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحه.

و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم.

و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي و إن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعته الحاضره التى يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونه الوقف عن منفعته قبل قسمته (2) فى الموقوف عليهم.

و هنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

ص: ٧٠

١-١ فى «ش»: منفعته.

٢-٢ كذا، و المناسب: قسمتها.

بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدارٍ انهدمت فصارَت عَرَصَةً تُؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتدّاً به.

فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلّا ما كان منفعته كمنفعه العَرَصَه، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز. وإن كان يُعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعه (١) العرصه، بل يساوى (٢) منفعه الدار، ففي جواز البيع وجهان:

من عدم دليلٍ على الجواز مع قيام المقتضى للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قنّدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً، وقد تقدّم التصريح من العلامه في التحرير بأنّه: لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف، ولم يجز بيعها (٣).

اللهمّ إلّا أن يحمل النفع المنفَى في كلام المشهور على النفع المعتدّ به بحسب حال العين، فإنّ الحَمَام الذي يستأجر كلّ سنه مائه دينار إذا صارت عرصه تؤجر كلّ سنه خمسه دراهم أو عشره لغرضٍ جزئى كجمع الزبائل و نحوه يصدق عليه أنّه لا يجدى نفعاً؛ وكذا القرية

ص: ٧١

١- ١) لم ترد «منفعه» في «ف».

٢- ٢) في غير «ن» و «ش»: ساوى.

٣- ٣) تقدّم في الصفحه ٤٨، ثمّ إنّ المؤلّف لم يبيّن الوجه الثانى الّمدى هو عدل لقوله: «من عدم الدليل» ولعلّه لوضوحه، ويشير إليه قوله: «اللهمّ إلّا أن يحمل...».

الموقوفه، فإنَّ خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها، و لا تكون بسلب (١) منافع أراضيها رأساً؛ و يشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرصه الدار المنهدمه مواتاً لا ينتفع بها بالكلية (٢) مع أنّها كثيراً ما تُستأجر للأغراض الجزئية.

فالظاهر دخول الصورة المذكوره فى إطلاق كلام كلّ من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، و يشمل الإجماع المدعى فى الانتصار (٣) و الغنيه (٤)، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلّه وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف (٥) الذى هو حبس العين، و عموم قوله عليه السلام:

«لا يجوز شراء الوقف» (٦) مشكل.

و يؤيد المنع (٧) حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعه (٨)، بناءً على جواز الانتفاع بها فى وجوهٍ أُخر، كالتسقيف

ص: ٧٢

١-١ فى غير «ف»: تسلب.

٢-٢ تقدّم فى الصفحه ٤٨.

٣-٣ الانتصار: ٢٢٦-٢٢٧.

٤-٤ الغنيه: ٢٩٨.

٥-٥ راجع الصفحه ٢٧.

٦-٦ الوسائل ١٣:٣٠٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.

٧-٧ فى «ف»: البيع.

٨-٨ منهم المحقق فى الشرائع ٢:٢٢١، و العلّامه فى القواعد ١:٢٦٩، و التحرير ١:٢٩٠، و الشهيد فى الدروس ٢:٢٧٩، و المحقق

الثانى فى جامع المقاصد ٩: ٧٢، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٩: ٩٢.

و جعلها جسراً و نحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمهما الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورته عدم إمكان الانتفاع به فى منفعه أُخرى الاتّفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً (١).

نعم، لو كان قليلاً فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» إلى غير هذه الحاله.

و كذا حبس العين و تسبيل المنفعه، إنّما يجب الوفاء به ما دام المنفعه المعتدّ بها موجوده، و إلّا فمجرّد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعه، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصوره الأولى.

ثمّ إنّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعه الموقوف (٢) قليله لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه.

ثمّ إنك قد عرفت فيما سبق أنّه ذكر بعض (٣): أنّ جواز بيع الوقف لا يكون إلّا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه ثمّ وجه بطلان الوقف فى الصوره الأولى بفوات (٤) شرط الوقف المراعى فى

ص: ٧٣

١- ١) راجع المختلف ٦:٣١٦، و الخلاف ٣:٥٥١، كتاب الوقف، المسأله ٢٣، و السرائر ٣:١٦٧.

٢- ٢) فى «ف»: الموقوفه.

٣- ٣) هو صاحب الجواهر، و تقدّم كلامه فى الصفحه ٣٦.

٤- ٤) فى «ف»: «بعنوان»، و هى مصحفه «بفقدان» كما فى الجواهر.

الابتداء والاستدامه، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

و فيه: ما عرفت سابقاً (١) من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنّه لا دليل عليه. مضافاً إلى أنّه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامه، فإنّ الشروط في العقود الناقله يكفي وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المائيه ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري. مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم.

ثمّ ذكر (٢): أنّه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيه، فخربت حتّى خرجت عن قابليته ذلك، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً. لكن ليس من عنوان الوقف. و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنّها جزء من الوقف و هي باقيه، و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيه (٣) لا يقتضى بطلانه فيها، يدفعه: أنّ العرصه كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، و لو فرض إرادته وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصيّه: من أنّه

ص: ٧٤

١-١) راجع الصفحه ٣٧.

٢-٢) أي: صاحب الجواهر.

٣-٣) كلمه «فيه» لم ترد في غير «ش»، لكنّها استدركت في بعض النسخ.

لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن «الدارية» و«البستانية» و نحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف و إن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقتٍ على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أنّ في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين (١).

أقول: يرد على (٢) ما قد يقال (٣) بعد الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير العنوان كما لا يخفى -: أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان؛ لأنّه:

إن أُريد ب«العنوان» ما جعل مفعولاً - في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا - شكّ في (٤) أنّه ليس إلماً كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التمليك المعلق بعنوانٍ، لا - يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزءٍ خارجي و إن لم يكن في ضمن عنوان «البستان»، و ليس التمليك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقه بالعنوانات.

ص: ٧٥

١ - ١) إلى هنا تمّ ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ٣٥٨: ٢٢ - ٣٥٩.

٢ - ٢) في «ش» و مصحّحه «ن» زياده: «ذلك»، و لا حاجه إليها كما لا يخفى.

٣ - ٣) يعني: يرد على ما تقدّم في الصفحة السابقه من قوله: ثم ذكر أنّه قد يقال...

٤ - ٤) كلمه «في» من «ف» فقط.

و إن أريد ب«العنوان» شىء آخر، فهو خارجٌ عن مصطلح أهل العرف و العلم، و لا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً فى الموضوع زياده على عنوانه؟ و أمّا تأييد ما ذكر بالوصيّه (١)، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيّه بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له، فهل يرضى أحدٌ بالتزام بطلان الوصيّه بصيروره البستان عرصه؟ نعم، الوصيّه قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات أُخر.

ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

الصورة الثالثة: أن يخرّب بحيث يقلّ منفعته،

لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

و الأقوى هنا المنع، و هو الظاهر من الأكثر فى مسأله النخله المنقلعه، حيث جوّز الشيخ رحمه الله فى محكّي الخلاف بيعها، محتجّاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يُرجى عوده (٢)، و منعه الحلّي قائلاً: و لا يجوز بيعها، بل

ص: ٧٤

١- (١) المتقدّم فى الصفحه ٧٤ بقوله: و ربما يؤيد ذلك فى الجملة.

٢- (٢) الخلاف ٥٥١:٣-٥٥٢، كتاب الوقف، المسأله ٢٣.

ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، و زوال بعض المنافع لا- يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها و نحوه (١)، و حكي موافقته عن الفاضلين (٢) و الشهيدين (٣)، و المحقق الثاني (٤) و أكثر المتأخرين (٥).

و حكي في الإيضاح عن والده قدس سرهما: أنّ النزاع بين الشيخ و الحلّي لفظي، و استحسسه (٦)؛ لأنّ في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، و الحلّي فرض وجود منفعه و منع لذلك بيعها.

قيل: و يمكن (٧) بناء نزاعهما على رعايه المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ (٨)، و لا يخلو عن تأمل.

و كيف كان، فالأقوى هنا المنع، و أولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعه الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلّا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، و سيجيء تفصيله (٩).

ص: ٧٧

١-١) السرائر ١٦٧:٣.

٢-٢) الشرائع ٢٢١:٢، و القواعد ٢٦٩:١، و التحرير ٢٩٠:١.

٣-٣) الدروس ٢٧٩:٢، و المسالك ٤٠٠:٥.

٤-٤) جامع المقاصد ٧٢:٩.

٥-٥) حكاة عنهم و عن قبلهم جميعاً المحقق التستري في المقابس: ١٥٥.

٦-٦) إيضاح الفوائد ٣٩٣:٢.

٧-٧) في «ش»: و قيل يمكن.

٨-٨) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٥، ذيل الصورة الخامسة.

٩-٩) يجيء في الصورة الرابعة الآتية.

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه.

و ظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدّه وجود الموقوف عليه.

و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، و قد تقدّم عبارته، فراجع (١).

و زياده النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

و الأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكلّ، بناءً على ما تقدّم:

من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، و على تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أنّ كلام المفيد متأوّل (٢).

و كيف كان، فلا إشكال في المنع؛ لوجود مقتضى المنع، و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، و قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» (٣)، و غير ذلك. و عدم ما يصلح للمنعم عدا روايه ابن محبوب عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنّان (٤)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ وقف غلّه له على قرابته (٥) من أبيه، و قرابته (٦) من أمّه،

ص: ٧٨

١- ١) نسبه إليه الشهيد في الدروس ٢: ٢٧٩، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٦٨، و انظر المقنعه: ٦٥٢، و راجع الصفحه ٤٣-٤٤.

٢- ٢) تقدّم في الصفحه ٤٥.

٣- ٣) الوسائل ٣٠٣: ١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.

٤- ٤) في «ف» و «ص» و الكافي: جعفر بن حنّان.

٥- ٥) و (٦) في «ص»: قرابه.

و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلّة (١) ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كلّ سنه، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من امّه، فقال عليه السلام: جازئ للذى اوصى له بذلك. قلت: أ رأيت إن لم يخرج من غلّه تلك (٢) الأرض التى أوقفها (٣) إلّا خمسمائه درهم؟ فقال: أ ليس فى وصيّته أن يُعطى الذى اوصى له من الغلّه ثلاثمائة درهم، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و أمّيه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّه شيئاً حتّى يُوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: أ رأيت إن مات الذى اوصى له؟ قال: إن مات كانت (٤) الثلاثمائة (٥) درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم، فإن انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميّت، يردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّه. قلت: فللورثه من قرابه الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّه؟ قال: نعم، إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيراً لهم، باعوا» (٦).

□

و الخبر المروى عن الاحتجاج: أنّ الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه-: «أنّه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور

ص: ٧٩

١-١ (١) عبارته «من تلك الغلّه» لم ترد فى غير «ص» و «ش».

٢-٢ (٢) لم ترد «تلك» فى «ص».

٣-٣ (٣) فى «ص»: وقفها.

٤-٤ (٤) فى «ش» زياده: له.

٥-٥ (٥) كذا فى المصادر الحديثيه و مصحّحه «ن»، و فى النسخ: ثلاثمائة.

٦-٦ (٦) الوسائل ١٣:٣٠٦، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٨.

أنّ الوقف إذا كان (١) على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من (٢) بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا- يجوز إلّا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرّقين، إن شاء الله» (٣).

دلّت على جواز البيع، إمّا فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إمّا مطلقاً؛ بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح؛ لمفهوم روايه جعفر (٤). كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ فى روايه جعفر على صورته بيع تمام الوقف، لا اعتباره (٥) فى بيع كلّ واحد، بقريته روايه الاحتجاج.

و يؤيد المطلب صدر روايه ابن مهزيار الآتية (٦) لبيع حصّه ضيعه

ص: ٨٠

١- ١) فى «ص» و المصدر: إذا كان الوقف.

٢- ٢) كذا فى المصدر و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: عن.

٣- ٣) الاحتجاج ٣١٢: ٢-٣١٣، و الوسائل ٣٠٦: ١٣-٣٠٧، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٩.

٤- ٤) فى «ش»: الجعفرى، و الصواب ما أثبتناه، و المراد به جعفر بن حنان الراوى للخبر السابق.

٥- ٥) فى غير «ف» زياده: «بما»، و شطب عليها فى «ن».

٦- ٦) ستأتى فى الصفحه ٩٣-٩٤.

الإمام عليه السلام من الوقف.

و الجواب: أمّا عن روايه جعفر، فبأنّها (١) إنّما تدلّ على الجواز مع حاجه الموقوف عليهم، لا- لمجرّد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزّه (٢). وسيجيء الكلام في هذا القول.

بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذي يلا-حظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدًا، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعنى: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحه في بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع و رأيتّه أصلح من تركه فبع، و هذا ممّا لا يقول به أحد.

و يحتمل أيضاً أن يراد من «الخير» خصوص (٣) رفع الحاجه التي فرضها السائل.

و عن المختلف (٤) و جماعه (٥) الجواب عنه (٦) بعدم ظهوره في المؤبّد؛

ص: ٨١

١-١) في «ف»: «أنّها»، و في «ص»: «بأنّها».

٢-٢) تقدّمت عبارته النزّه في الصفحه ٤٧.

٣-٣) في غير «ف»: هو خصوص.

٤-٤) المختلف ٢٨٩:٦.

٥-٥) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣٢٩:٢، و ابن فهد في المهذب البارع ٣:٦٧، و الصيمرى في غايه المرام (مخطوط) ١:٤٨٧، و المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٥.

٦-٦) كذا، و المناسب تأنيث الضمير، لرجوعه إلى «روايه جعفر»، و هكذا الكلام في الضميرين الآتين.

لاقتصاره على ذكر الأعقاب.

و فيه نظر؛ لأنّ الاقتصار في مقام الحكاياه لا يدلّ على الاختصاص؛ إذ يصحّ أن يقال في الوقف المؤبّد: إنّه وقفٌ على الأولاد مثلاً، وحينئذٍ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبّد وغيره فرق في الحكم، فافهم.

و كيف كان، ففي الاستدلال بالروايه مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيّه إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به (١)، عدا ما يوهمه ظاهر عباره المفيد المتقدّمه (٢).

و ممّا ذكرنا يظهر الجواب عن روايه الحميرى.

ثمّ لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأوّل البائع يتصرّف فيه على ما شاء.

و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد؛ فإنّ مقتضى كون العين مشتركه بين البتون كون بدله كذلك، كما تقدّم من استحاله كون بدله ملكاً لخصوص البائع (٣)، فيكون تجويز البيع في هذه الصوره و التصرّف في الثمن رخصه من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللاحقين آنأ ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبه المتحقّق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصاً.

ص: ٨٢

١- ١) به «من» ف.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٤٣-٤٤.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٦٥.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديده.

وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة (١)، بل عن الانتصار والغنيه: الإجماع عليه (٢). ويدلّ عليه روايه جعفر المتقدّمه (٣).

ويردّه: أنّ ظاهر الروايه أنّه يكفي في البيع عدم كفايه غلّه الأرض لمؤنه سنه الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعي. والمأخوذ في (٤) عبارة من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضروره والحاجه الشديده، وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجه شديده، بل مطلق الحاجه؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه. وقد يتفق الحاجه والضروره الشديده في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنه سنته، فالروايه بظاهرها غير معمول بها.

مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجه.

و كيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضروره الشديده إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعه، و في الخروج بهما عن قاعده عدم جواز البيع

ص: ٨٣

١-١) راجع عباراتهم في الصفحه ٤٣-٥٢.

٢-٢) الانتصار: ٢٢٦-٢٢٧، والغنيه: ٢٩٨، و تقدّمت عبارتهما في الصفحه ٤٥ ٤٧.

٣-٣) و هي روايه جعفر بن حنان، المتقدّمه في الصفحه ٧٨.

٤-٤) في غير «ف»: من.

و عن قاعده وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود مع وهنه (١) بمصير جمهور المتأخرين و جماعه من القدماء (٢) إلى الخلاف، بل معارضته (٣) بالإجماع المدعى فى السرائر (٤) إشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة،

أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن، أو عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط.

فقد اختلف كلمات العلامه و من تأخر عنه فى ذلك.

فقال فى الإرشاد: و لو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز (٥)، انتهى.

و فى القواعد: و لو شرط بيعه عند ضروره كزياده خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه، أو عند خرابه و عطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلّه نفعه، ففى صحه الشرط إشكال. و مع البطلان، ففى إبطال الوقف نظر (٦)، انتهى.

ص: ٨٤

١-١) كذا، و المناسب تثنيه الضمير، كما استظهره مصحح «ص».

٢-٢) تقدّم عن الإسكافى فى الصفحه ٣٩، و عن القاضى فى الصفحه ٤٠، و عن الحلبي و الصدوق فى الصفحه ٤١.

٣-٣) كذا، و المناسب تثنيه الضمير، كما استظهره مصحح «ص».

٤-٤) تقدّم كلامه فى الصفحه ٣٩.

٥-٥) الإرشاد ١: ٤٥٥.

٦-٦) القواعد ١: ٢٦٩-٢٧٠.

و ذكر في الإيضاح في وجه الجواز روايه جعفر بن حنّان المتقدّمه (١)، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع:

أنّ الوقف للتأييد، و البيع ينافيه، قال: و الأصحّ أنّه لا يجوز بيع الوقف بحال (٢)، انتهى.

و قال الشهيد في الدروس: و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنه بينهم فأولى بالجواز (٣)، انتهى.

و يظهر منه: أنّ للشرط تأثيراً، و أنّه يحتمل المنع من دون الشرط، و التجويز معه.

و عن المحقّق الكركي أنّه قال: التحقيق أنّ كلّ موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحاله؛ لأنّه شرط مؤكّد، و ليس بمنافٍ للتأييد المعتبر في الوقف؛ لأنّه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع (٤)، و ما لا (٥)، فلا؛ للمنافاه، فلا يصحّ حينئذٍ حبساً (٦)؛ لأنّ اشتراط شراء شيءٍ بثمنه يكون وقفاً منافٍ لذلك؛ لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً و لا حبساً (٧)، انتهى.

ص: ٨٥

١-١) تقدّمت في الصفحه ٧٨.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٣٩٣:٢.

٣-٣) الدروس ٢٧٩:٢.

٤-٤) في غير «ش»: المنع، و العبارة «للتأييد إلى البيع» لم ترد في جامع المقاصد.

٥-٥) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: و إلّا.

٦-٦) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: حبسها.

٧-٧) كذا، و العبارة في جامع المقاصد هكذا: «و اشتراط الشراء بثمنه ما يكون وقفاً يقتضيه فلا يكون وقفاً و لا حبساً»، انظر جامع

المقاصد ٧٣:٩.

أقول: يمكن (١) أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢) و«المؤمنون عند شروطهم» (٣) بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف، فلعله منافٍ لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤ مسوغاته، فإن التحقيق كما عرفت سابقاً (٤) أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً.

ثم إنه لو سلم المنافاه فإتما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه، و أما تبديله بوقفٍ آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف.

فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، و أما حبس شخص الوقف فهو لازم؛ لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال، شرعيته كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالأشترط في متن العقد، فتأمل.

ثم إنه روى صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفيه وقف ماله في عين يبيع، و فيه:

«فإن أراد يعنى الحسن عليه السلام أن يبيع نصيباً من المال ليقضى (٥) به الدين فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، و إن شاء جعله

ص: ٨٦

١-١) في غير «ف» و «ش»: و يمكن.

٢-٢) تقدّم في الصفحة ٣٣.

٣-٣) الوسائل ٣٠:١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٤-٤) في الصفحة ٣٦.

٥-٥) في «ص» و المصدر: فيقضى.

سرى (١) الملك. و إن ولد على و موالىهم و أموالهم إلى الحسن بن على.

و إن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء، و (٢) لا - حرج عليه فيه. فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثه أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، و يجعل ثلثاً في بنى هاشم و بنى المطلب، و ثلثاً في آل أبى طالب، و إنه يضعه فيهم حيث يراه الله (٣).

ثم قال: و إن حدث في الحسن أو في الحسين حدث (٤)، فإن الآخر منهما ينظر في بنى على إلى أن قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم، و إنه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك هذا (٥) المال على أصوله و ينفق الثمره حيث أمره به (٦) من سبيل الله و وجهه، و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و البعيد، لا يباع شىء منه و لا يوهب و لا يورث. الروايه (٧).

ص: ٨٧

- ١-١) كذا في أكثر النسخ و الكافى و هو على وزن «نفيس» لفظاً و معنى و فى «ن» و «خ» و الوسائل: «شروى» و فى مجمع البحرين: شروى الشىء: مثله (انظر مجمع البحرين ١: ٢٤٥، مادّه: «شرا») و فى «ص»: شراء.
- ٢-٢) لم ترد «و» فى «ص» و المصدر.
- ٣-٣) للحديث تتمه بمقدار أربعة أسطر لم ترد فى النسخ.
- ٤-٤) العبارة فى المصدر هكذا: و إن حدث بحسن أو حسين حدث.
- ٥-٥) لم ترد «هذا» فى «ص» و المصدر.
- ٦-٦) كذا فى «ص» و الوسائل، و فى «ف»: «أمره الله به»، و فى الكافى: «أمرته به»، و فى سائر النسخ: «أمره».
- ٧-٧) الكافى ٧: ٤٩، الحديث ٧، و الوسائل ١٣: ٣١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٤.

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

الصورة السابعة: أن يؤدى بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً،

و هو المعبر عنه ب«خوف الخراب» فى كثيرٍ من العباير المتقدّمة.

و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، و قد يكون لاله.

و الخراب المعلوم أو (١) المخوف، قد يكون على حدّ سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

و أمّا إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجهٍ آخر كارتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلّا على ما استظهره بعض من تقدّم كلامه سابقاً: من أنّ تغيير عنوان الوقف يسوّغ بيعه و قد عرفت ضعفه (٢).

و قد عرفت من عباير جماعه تجويز البيع فى صورته التأديبه إلى الخراب و لو لغير الاختلاف، و من اخرى تقييدهم به (٣).

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

أو (٤) النفس و إن لم يعلم أو يظنّ بذلك.

ص: ٨٨

١-١) فى «ش» بدل «أو»: و.

٢-٢) راجع الصفحه ٧٤-٧٦.

٣-٣) راجع الصفحه ٤٣-٥٢.

٤-٤) فى «ش» و مصحّحه «ن» بدل «أو»: و.

فإنّ الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم (١) إلى ضررٍ عظيمٍ من غير تقييدٍ بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس.

و الأقوى: الجواز مع تأديه البقاء إلى الخراب على وجهٍ لا ينتفع به نفعاً يعتدّ به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، و المنع في غيره من جميع الصور.

أمّا الجواز في الأوّل، فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظنّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه، و بين انقطاع شخصه لا- نوعه، كان الثاني (٢) أولى، فليس فيه منافاه لغرض الواقف أصلاً.

و أمّا الأدلّة الشرعيّة (٣)، فغير ناهضه؛ لاختصاص الإجماع،

ص: ٨٩

١- ١) في غير «ش»: «منهم»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: «الأوّل»، قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه:- هكذا في بعض النسخ، و في بعضها: «كان الأوّل أولى» و هو سهو من قلم الناسخ. (غايه الآمال: ٤٥٣).

٣- ٣) يعنى الناهيه عن بيع الوقف، المتقدّمه في الصفحه ٣٣ و ما بعدها.

و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة.

و أما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، و قيام الناظر العامّ أو (١) الخاصّ مقام غير الموجود.

نعم، قد يشكّل الأمر فيما لو فرض تضرّر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل (٢) الانتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

و ممّا ذكر يظهر أنّه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه، و مع فوته ففي تقديم البيع إشكال.

و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به، و بين صرف منفعته الحاصله مدّه من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف و سائر البطون المتأخّره المتعلّق بشخص الوقف (٣) وجهان، لا يخلو أولهما عن قوّه إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدّمًا على الموقوف عليه.

و قد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا، بما عن (٤) التنقيح: من أنّ بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعه و إتلاف للمال، و هو منهيّ عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً (٥).

ص: ٩٠

١- ١) في «م» و «ش» بدل «أو»: و.

٢- ٢) في نسخه بدل «ص»: تعطّل.

٣- ٣) في أكثر النسخ: لشخص الواقف.

٤- ٤) في «ف»: في.

٥- ٥) استدلّ به المحقّق التستري في المقابس: ١٥٥، و انظر التنقيح الرابع: ٣٣٠: ٢.

و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم، فلا يرد عليه: أنه يدل على وجوب البيع (١).

و فيه: أن المحرم هو إضاعه المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذى لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلا لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

و الحاصل: أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، و يتّضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير.

و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف (٢) و التذكرة (٣) و المهدّب (٤) و غاية المرام (٥): من أن الغرض من الوقف استيفاء منفعه و قد تعدّرت، فيجوز إخراجها عن حدّه؛ تحصيلاً للغرض منه، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما أنه لو تعطل (٦) الهدى ذبح فى الحال و إن اختصّ بموضع، فلما تعدّر مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاصّ المتعدّر (٧).

ص: ٩١

١-١) كما أورده المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٢.

٢-٢) المختلف ٢٨٨:٦.

٣-٣) التذكرة ٤٤٤:٢.

٤-٤) المهدّب البارع ٦٦:٣.

٥-٥) لم نعره عليه فى غاية المرام، و حكاها عنهم المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٣.

٦-٦) فى النسخ: «تعطلت»، و فى المقابس: «عطلت»، و ما أثبتناه من مصحّحتى «ن» و «خ»، و الصحيح: «عطب» كما فى المختلف.

٧-٧) كذا فى «ف» و نسخه بدل «ن» و المختلف و التذكرة، و فى سائر النسخ: ترك مراعاته لتخلّص المعتذر.

و فيه: أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف؛ لأنه الذي دلّ عليه صيغته الوقف، و المفروض تعذّره فيسقط. و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه (١) أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذّر أصل الغرض.

فالأولى منع جريان أدلّه المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعه رأساً، و جعل ذلك مؤيداً (٢).

و أمّا المنع في غير هذا القسم من الصوره السابعه (٣) و فيما عداها من الصور اللاحقه لها، فلعنوم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلّه في ملكك» (٤)؛ فإنّ ترك الاستفصال فيه عن (٥) علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزه و عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصّحّه يدلّ على أنّ الوقف ما دام له غلّه لا- يجوز بيعه. و كذا قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٦)، و ما دلّ على أنّه: يترك حتّى يرثها وارث

ص: ٩٢

-
- ١- ١) في «ف»: لأنّه.
 - ٢- ٢) عبارته «و جعل ذلك مؤيداً» لم ترد في «ف».
 - ٣- ٣) في أكثر النسخ: السابقه.
 - ٤- ٤) الوسائل ٣٠٣: ١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.
 - ٥- ٥) في غير «ش» و مصحّحه «ن» بدل «عن»: بين.
 - ٦- ٦) الوسائل ٢٩٥: ١٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ١ و ٢، و في «ف» زياده «تعالى» في آخر الحديث.

هذا كله، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهوره التي انحصر تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها، و هي مكاتبه ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل (٢) عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها (٣) على نفسه بما اشتراها (٤)، أو يدعها موقوفه؟ فكتب إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصتي من الضيعة، و إيصال ثمن ذلك إليّ، إنّ (٥) ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق (٦) له.

قال: و كتبت (٧) إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعة اختلافاً شديداً، و أنّه (٨) ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، و يدفع إلى كل إنسان منهم

ص: ٩٣

-
- ١-١ (١) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣٠٤:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٤.
 - ٢-٢ (٢) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: يسألك.
 - ٣-٣ (٣) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: تقويمه.
 - ٤-٤ (٤) في «ص» و الكافي زياده: به.
 - ٥-٥ (٥) في «ص» و المصدر: و إنّ.
 - ٦-٦ (٦) في بعض النسخ: أرفق.
 - ٧-٧ (٧) كذا في المصدر و مصححه «ص»، و في النسخ: فكتب.
 - ٨-٨ (٨) لم ترد «أنّه» في غير «ص» و «ش».

ما وقف له من ذلك، أمرته (١).

فكتب بخطه: وأعلمه أنّ رأبي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبع (٢)، فإنّه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس (٣).

حيث إنّه يمكن الاستدلال للجواز بها فى القسم الثانى من الصورة السابعة (٤)؛ بناءً على أنّ قوله: «فإنّه... إلخ» تعليل لجواز البيع فى صورته الاختلاف، وأنّ المراد بالمال هو الوقف، فإنّ ضمّ النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر (٥) المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط فى الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنّه كلّما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربما يؤدى إليه المجمع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظه «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله و لا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء

ص: ٩٤

-
- ١- ١) لم ترد «أمرته» فى أكثر النسخ.
 - ٢- ٢) لم ترد «فليبع» فى غير «ص»، «ش» و «م».
 - ٣- ٣) فى غير «ص» زياده: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه لها؛ فإنّ الحديث مذکور بتمامه، انظر الوسائل ١٣: ٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٦، و انظر الكافى ٧: ٣٦، الحديث ٣.
 - ٤- ٤) فى أكثر النسخ: السابقه.
 - ٥- ٥) لم ترد «الآخر» فى «ف».

بقائه إلى الخراب؛ لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم: «أدى بقاؤه إلى خرابه»، و بين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه».

و الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم: «يجب الإفطار و التيمّم مع خوف الضرر»، و يحرم السفر مع خوف الهلاك» لا يتحقّق إلّا بعد قيام أماره الخوف (١).

هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً، و هو القسم الأوّل من الصوره السابعه (٢) الذى جوّزنا فيه (٣) البيع، فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنّه لا وجه بناءً على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف.

و أمّا تقريب الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع فى الصوره الثامنه و هى صوره وقوع الاختلاف الذى ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو: أنّ الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلّا أنّ قوله:

«فإنّه ربما... إلخ» مقيّد بالاختلاف الخاصّ و هو الذى لا يؤمن معه من التلف؛ لأنّ العله تقيّد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرمان لأنّه حامض.

وفيه: أنّ اللازم على هذا، تعميم الجواز فى كلّ مورد لا يؤمن

ص: ٩٥

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرهما: المخوف.

٢- ٢) فى غير «ش»: «الثانيه»، لكن صحّحت فى بعضها بما أثبتناه.

٣- ٣) فى غير «ش»: «التي جوّزنا فيها»، و صحّحت فى هامش «ن» بما أثبتناه.

معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل في الوقف. اللهم إنا أن يدعى سوق العله مساق التقريب، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد.

□
لكن تقييد الاختلاف حينئذٍ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع. و هو الذي فهمه الشهيد رحمه الله في الروضه كما تقدم كلامه (١) لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور.

فلا يبقى حينئذٍ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد، مع ما فيها من ضعف الدلاله، كما سيجيء إليه الإشاره.

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصوره التاسعه و رده.

و أمّا تقريب الاستدلال على الصوره العاشره فهو: أن ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنه في الشده إلى حيث يخاف منه تلف النفس، و لا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

و فيه: أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنه بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذٍ بيع الوقف لرفع كل فتنه، مع أن ظاهر الروايه كفايه كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، و المقصود كما يظهر من عبارته الجامع المتقدّمه (٢) هو اعتبار

ص: ٩٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٥٢.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٤٧.

الفتنه التي يُستباح بها الأنفس.

و الحاصل: أنّ جميع الفتاوى المتقدّمة في جواز بيع الوقف الراجعه إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد، أو فسادٍ خاصّ، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاصّ مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره.

و الأظهر في مدلولها: هو إناطه الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف؛ لأنّ الذيل مقيد، و لا خصوص المؤدّى علماً أو ظناً؛ لأنّ موارد استعمال لفظه «ربما» أعمّ من ذلك، و لا مطلق ما يؤدّى إلى المحذور المذكور؛ لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدّى عن مورد النصّ و إن كان فيه إشاره إلى التعليل.

و على ما ذكرنا، فالمكاتبه غير مفتىّ بها عند المشهور؛ لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنه الموجه لاستباحه الأموال و الأنفس، فيكون النسبه بين فتوى المشهور و مضمون الروايه عموماً من وجه.

لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه و قصور مقاومتها للعمومات المانع، بالشهره؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أُنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف... المنضمّ إلى قوله:

«فإنّه ربما جاء في الاختلاف...».

و أمّا دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجره بالشهره، فيندفع بها ما يدعى

من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد؛ لعدم ذكر البطن اللاحق، و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف، كما عن الإيضاح (١)، و أوضحه الفاضل المحدّث المجلسي، و جزم به المحدّث البحراني (٢)، و مال إليه في الرياض (٣).

قال الأوّل في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار:-

إنّه يخطر بالبال أنّه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعه الموقوفه عليهم، و لم يدفعها إليهم، و حاصل السؤال: أنّ الواقف يعلم أنّه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتدّ؛ لحصول الاختلاف بينهم (٤) قبل الدفع إليهم في تلك الضيعه أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفه و يدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعدّ و يدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ (٥) انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف: أنّه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب. كما أنّ عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع؛ إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على

ص: ٩٨

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٣٩٢:٢.

٢-٢ (٢) الحدائق ١٨:٤٤٢-٤٤٣.

٣-٣ (٣) الرياض ٣١:٢.

٤-٤ (٤) في غير «ش»: «منهم»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٥-٥ (٥) ملاذ الأخيار ١٤:٤٠٠، باب الوقوف و الصدقات، ذيل الحديث ٤، و مرآة العقول ٢٣:٦١ كتاب الوصايا، ذيل الحديث ٣٠.

ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

و الحاصل: أنّ المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنه أو ما يؤدى الفتنه إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات فى الفقرتين المذكورتين.

نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهه أخرى، وهى:

أن مقتضى القاعده كما عرفت (1) لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر الروايه تقريره عليه السلام للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع؛ لتقع المعاوضه فى مالهم. و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعنى:

الحبس الذى لا- إشكال فى بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام؛ لعدم القبض؛ أو لعدم تحقق صيغه الوقف و إن تحقق التوطين عليه.

و تسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

و يؤيده: تصدى الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال: إنه أجنبى استأذن الإمام عليه السلام فى بيعه عليهم حسبه.

بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمه الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها مع أنّ المركز فى الأذهان اشتراك جميع البطون فى الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على

ص: ٩٩

ملك الواقف؛ لانقطاعه أو لعدم تمامه.

و يؤيده: أنّ ظاهر صدره المتضمّن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً.

إلّا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، و يقال: إنّه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهره مخصّصاً لقاعده المنع عن بيع الوقف، و موجباً لتكليف الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادته البيع، أو نمنع (1) تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمه الثمن إلى الموجودين.

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع، و قد عرفت (2) الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقّن من بين الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى.

و الفرق بين هذا و القسم الأوّل من الصورة السابعه الذي جوّزنا فيه البيع:

أنّ المناط في ذلك القسم: العلم أو الظنّ بتلف الوقف رأساً.

و المناط هنا: خراب الوقف، الذي يتحقّق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف، فإنّ الزائد من المقدار الباقي مالٌ قد تلف.

و ليس المراد من التلف في الروايه تلف الوقف رأساً حتّى يتحد مع ذلك القسم المتقدّم؛ إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعه

ص: ١٠٠

١-١) في «ص»: بمنع.

٢-٢) في الصفحه ٨٩.

التي هي مورد الروايه، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعه المطلوبه منها بحسب شأنها.

ثم إن الظاهر من بعض العبار المتقدّمه، بل المحكي عن الأكثر (١):

أن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. إلا أن ظاهر كلام جماعه، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد (٢) هو: أنه يشتري بثمره ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان.

و هذا منه قدس سره مبني على منع (٣) ظهور الروايه في تقرير السائل في قسمه الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفه مقتضى قاعده المعاوضه من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل، لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمر ما يباع، للحاجه الشديده؛ تمسكاً بروايه جعفر (٤)، فتعين الأول، وهو منع التقرير. لكنّه خلاف مقتضى التأمل في الروايه.

[الوقف المنقطع]

(٥)

و أما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض بناءً

ص: ١٠١

١-١) لم نقف عليه.

٢-٢) جامع المقاصد ٩٧:٤.

٣-٣) في «ش» بدل «منع»: وجه.

٤-٤) تقدّمت في الصفحه ٧٨.

٥-٥) العنوان منّا.

على صحته كما هو المعروف فإمّا أن نقول ببقاءه على ملك الواقف، و إمّا أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. و على الثاني: فإمّا أن يملكوه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، و إمّا أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، و إمّا أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع؛ لعدم الملك. و في جوازه للواقف مع جهاله مدّة استحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التامّ على وجه ينتفع به؛ و لذا منع الأصحاب كما في الإيضاح (1) بيع مسكن المطلقة المعتدّة بالأقراء؛ لجهاله مدّة العدّة، مع عدم كثره التفاوت.

نعم، المحكى عن جماعه كالمحقق (2) و الشهيدين في المسالك (3) و الدروس (4) و غيرهم (5) - صحّحه البيع في السكنى الموقّته بعمر أحدهما، بل ربما يظهر من محكى التنقيح: الإجماع عليه. و لعلّه إمّا لمنع الغرر، و إمّا للنصّ، و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن

ص: ١٠٢

١-١) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٩، و في غير «ف» زياده: «على ما حكى عنهم»، و شطب عليها في «ن».

٢-٢) المختصر النافع: ١٥٩، و الشرائع ٢:٢٢٥.

٣-٣) المسالك ٤٢٧-٥-٤٢٩.

٤-٤) الدروس ٢:٢٨٢.

٥-٥) مثل المحقق السبزواري في الكفاية: ١٤٣، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٢٢٠، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٢:٣٤، و

انظر مقابس الأنوار: ١٥٧.

الحسين بن نعيم، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجلٍ جعل داره سكنى لرجلٍ زمانَ حياته و لعقبه من بعده، قال: هي له و لعقبه من بعده كما شرط. قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض البيع السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول:

قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضى السكنى على ما شرط...الخبر» (١).

و مع ذلك فقد توقّف فى المسأله العلامه (٢) و ولده (٣) و المحقّق الثانى (٤).

و لو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعه الوقف، فالظاهر جوازه؛ لعدم الغرر. و يحتمل العدم؛ لأنّ معرفه المجموع المركّب من ملك البائع و حقّ المشتري لا توجب معرفه المبيع. و كذا لو باعه ممّن انتقل إليه حقّ الموقوف عليه. نعم، لو انتقل إلى الواقف ثمّ باع صحّ جزماً.

و أمّا مجرّد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبيّ؛

ص: ١٠٣

-
- ١-١) الكافى ٧:٣٨، الحديث ٣٨، و الفقيه ٤:٢٥١، الحديث ٥٥٩٥، و التهذيب ٩:١٤١، الحديث ٥٩٣، و عنها الوسائل ١٣:٢٦٧، الباب ٢٤ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث ٣.
 - ٢-٢) القواعد ١:٢٧٣، و المختلف ٦:٣٣٦.
 - ٣-٣) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٩.
 - ٤-٤) جامع المقاصد ٩:١٢٥.

لأنّ المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا عوض. اللهم إلاً أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم، أو يكون معامله مركّبه من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزّعاً عليهما. و لا بدّ أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأنّ غيره لا يتضمّن نقل العين و المنفعة كليهما، خصوصاً مع جهاله المنفعة.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح: من أنّه لو اتّفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز (1)، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكّي عنه فى مسأله السكنى (2)؛ حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة.

نعم، لو كان للموقوف عليه حقّ الانتفاع من دون تملكك للمنفعة كما فى السكنى على قولٍ صحّ ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحقّ بالإسقاط، بخلاف المال، فتأمل.

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

و على الثانى (3): فلا يجوز البيع للواقف؛ لعدم الملك، و لا للموقوف

ص: ١٠٤

١-١) التنقيح الرائع ٢:٣٢٩-٣٣٠، و حكاه عنه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٧.

٢-٢) راجع التنقيح الرائع ٢:٣٣٦-٣٣٧.

٣-٣) عطف على قوله: «فعلى الأوّل» المتقدّم فى الصفحه ١٠٢.

عليه؛ لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

و على الثالث: فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف؛ لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً. و إن أجاز الموقوف عليه، إلّا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال؛ بناءً على أنّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة؛ لعدم تسلّطه على النقل، فإذا انقضى الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع.

ثمّ إنّه قد أورد (١) على القاضي قدّس سرّه حيث جوّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف (٢).

و يمكن دفع التنافي بكونه قائلاً. بالوجه الثالث من الوجوه المتقدّمة و هو ملك الموقوف عليهم ثمّ عوده إلى الواقف إلّا أنّ الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالک الموقوف في الوقف المنقطع، و يتّضح ذلك بمراجعته المسأله في كتاب الوقف.

و على الرابع: فالظاهر أنّ حكمه حكم الوقف المؤيّد كما صرّح به المحقّق الثاني (٣) على ما حكى عنه لأنّه حقيقةً وقفٌ مؤيّد كما لو صرّح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص.

ثمّ إنّ ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنّما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقّى الملك من الواقف.

ص: ١٠٥

١-١) أورده المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٧.

٢-٢) المهذب ٢: ٩٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٩: ٧٠.

و أمّا حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدّم. و أمّا على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، و في الجواز في الصور (١) التي جوّزنا؛ لاشتراك دليل المنع، و يتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

ص: ١٠٦

١-١) كذا في «ف» و «ن» و مصحّحه «خ»، و في سائر النسخ: الصورة.

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة (١).

و في بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام، مثل ما روى من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن (٢) سأله عن بيع أمه أرضعت ولده، قال له: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أم ولدي؟» (٣).

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن،

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد:

منها (٤): جعل أم الولد (٥) ملكاً غير طلق، كالوقف و الرهن. وقد

ص: ١٠٧

١- ١) مجمع الفائدة ١٦٩: ٨.

٢- ٢) لم ترد «لمن» في غير «ش» و «ن».

٣- ٣) الوسائل ٣٠٩: ١٤، الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث الأول.

٤- ٤) في غير «ف» زياده: «ما»، و شطب عليها في «ن»، «خ» و «ع».

٥- ٥) في غير «ف» و «ش»: «أم ولد»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

عرفت أن المراد من الطلق: تمامية الملك و الاستقلال في التصرف، فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها، كما أن المجهول الذي يجوز (١) الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه، لا يخرج عن كونه طلقاً.

و منها: كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها (٢).

و منها: كلماتهم في استيلاد المشتري في زمان خيار البائع، فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أن البائع لو فسخ يرجع إلى قيمه؛ لامتناع انتقال أم الولد (٣) و (٤) كذا في كلام العلامة (٥) و ولده (٦) و جامع المقاصد (٧) ذلك أيضاً في زمان مطلق الخيار.

و منها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً و قبولاً (٨)؛ فإنها كالصريحه في أن الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

ص: ١٠٨

١-١) في غير «ف»: يصح.

٢-٢) راجع القواعد ١:١٥٩، و المختلف ٥:٤٢٦، و الإيضاح ٢:١٢، و الدروس ٣:٣٩٣، و جامع المقاصد ٥:٥٢، و الجواهر ١٣٩:٢٥.

٣-٣) راجع الروضه البهيه ٣:٤٦٦، و المسالك ٣:٢٠٦.

٤-٤) الواو «من ش» و مصححه «ن».

٥-٥) القواعد ١:١٤٤.

٦-٦) إيضاح الفوائد ١:٤٨٩.

٧-٧) جامع المقاصد ٤:٣١٣.

٨-٨) ستأتي كلماتهم في المستثنيات في الصفحه ١١٨ و ما بعدها.

و مع ذلك كله، فقد جزم بعض سادة مشايخنا (١) بجواز غير البيع من النواقل؛ للأصول و خلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع. و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفه، و مع ذلك فهو الظاهر من المبسوط و السرائر، حيث قال (٢): إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف (٣).

و قد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل (٤)، و أرسله بعضهم كصاحب الرياض (٥) و جماعه (٦) إرسال المسلمات، بل عباره بعضهم ظاهره في دعوى الاتفاق، حيث قال: إن الاستيلاء مانع من صحه التصرفات الناقله من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرضه لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك (٧).

ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، و الوجه فيه: ظهور أدله المنع المعنونه بالبيع (٨) في إرادته مطلق النقل، فإن مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في روايه السابقه: «خذ

ص: ١٠٩

١- (١) المناهل: ٣٢٠ (التنبيه السادس).

٢- (٢) في «م» و «ش»: قال.

٣- (٣) المبسوط ١٨٥: ٦، و السرائر ٢١: ٣.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٦٣١: ٣.

٥- (٥) الرياض ٢٣٧: ٢.

٦- (٦) منهم الشهيدان في غايه المراد: ٢٤٩، و الروضه البهيّه ٣٦٩: ٦، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧٤: ٢٢.

٧- (٧) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠.

٨- (٨) ستأتى في الصفحات التاليه.

بيدها، و قل: من يشتري أمّ ولدي؟» (١)، يدلّ على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات، و هو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها (٢) و عدم جوازه فيما سوى ذلك.

هذا مضافاً إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصّاً عليه: - من أنّ الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها.

و الحاصل: أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل.

ثمّ إنّ المنع مختصّ بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز اتفاقاً فتوى و نصّاً.

و لو مات الولد و خلف ولداً:

ففي إجراء حكم الولد عليه؛ لأصالة بقاء المنع، و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلّه، و تغليباً للحريه (٣).

أو العدم؛ لكونه حقيقه في ولد الصلب، و ظهور إرادته من جمله من الأخبار، و إطلاق ما دلّ من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها.

أو التفصيل بين كونه وارثاً؛ لعدم ولد الصلب للمولى، و عدمه؛ لمساواه الأول مع ولد الصلب في الجهة المقتضيه للمنع، و جوه:

حكي أولها عن الإيضاح (٤)، و ثالثها عن المهذب البارع (٥) و نهايه المرام (٦).

ص: ١١٠

١-١) تقدّمت في الصفحه ١٠٧.

٢-٢) يجيء في الصفحه ١١٩-١٢٠.

٣-٣) كذا في مصحّحه «ن» و «ص»، و في النسخ: للحرمة.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣٦.

٥-٥) المهذب البارع ٤: ١٠٦.

٦-٦) نهايه المرام ٢: ٣١٨.

و عن القواعد (١) و الدروس (٢) و غيرهما (٣): التردد.

بقي الكلام في معنى «أم الولد»،

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل؛ إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة. لكن المراد هنا مجازاً ولدها (٤) و لو حملاً (٥)؛ للمشارفة. و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالده. و كيف كان، فلا إشكال، بل لا خلاف في تحقق الموضوع بمجرد الحمل.

□
و يدل عليه: الصحيح عن محمد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السلام:

□
«في الرجل يتزوج أمه، فتلد منه (٦) 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 يحدث عنده حمل [بعد ذلك (٧)] و إن شاء أعتق» (٨).

و في روايه السكوني، عن جعفر بن محمد، قال: «قال علي بن

ص: ١١١

١-١) القواعد ١٢٨: ٢.

٢-٢) الدروس ٢٢٣: ٢، و حكى عنهم جميعاً المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠ ١٦١.

٣-٣) راجع مفتاح الكرامه ٢٦٤: ٤.

٤-٤) العبارة في مصححه «ن» و غايه الآمال: ٤٥٦: ولدها مجازاً.

٥-٥) عبارته «و لو حملاً» من «ش».

٦-٦) كذا في «ص» و المصدر، و في «ش» و مصححه «ن»: «يتزوج الجارية تلد منه»، و في سائر النسخ: يزوج الجارية يلد منه.

٧-٧) من «ص» و المصدر.

٨-٨) الوسائل ١٠٥: ١٦، الباب ٤ من كتاب الاستيلاء.

الحسين صلوات الله عليهم أجمعين (١) في مكاتبه يطؤها مولاها فتحبل، فقال: يردّ عليها مهر مثلها، و تسعى في رقبته (٢)، فإن عجزت فهي من أمّهات الأولاد» (٣).

لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر؛ لأنّ زمان الحكم بعد تحقّق السعي و العجز عقيب الحمل، و الغالب و لوج الروح حينئذٍ.

ثمّ الحمل يصدق بالمضغه اتفاقاً، على ما صرّح في الرياض (٤)، و استظهره بعض آخر (٥) و حكاه عن جماعه هنا و في باب انقضاء عدّه الحامل.

و في صحيحه ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبل يطلّقها زوجها ثمّ تضع سقطاً تمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغه، أ تنقض عدّتها (٦)؟ فقال عليه السلام: كلّ شيء وضعته يستبين أنّه حمل تمّ

ص: ١١٢:

□

١- ١) كذا في الفقيه، و في الكافي و التهذيب و الوسائل: عن أبي عبد الله عليه السلام: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال.

٢- ٢) في «ص» و المصادر الحديثية: قيمتها.

٣- ٣) الوسائل ١٦: ٩٧، الباب ١٤ من كتاب المكاتب، الحديث ٢، و انظر الكافي ٦: ١٨٨، الحديث ١٦، و الفقيه ٣: ١٥٤، الحديث ٣٥٦٣، و التهذيب ٨: ٢٦٩، الحديث ٩٨١.

٤- ٤) الرياض ٢: ٢٣٧.

٥- ٥) و هو المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٩.

٦- ٦) في غير «ص» زياده: عنها.

أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغه» (١).

ثمّ الظاهر صدق «الحمل» على العلقه، وقوله عليه السلام: «وإن كانت مضغه» تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقلّ مراتب الحمل كما عن الإسكافي (٢) وحيث إنّ فيّته الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض (٣)، بل عن الإيضاح (٤) والمهذب البارع (٥): الإجماع عليه.

و في المبسوط فيما إذا أُلقت جسدًا ليس فيه تخطيط لا- ظاهر و لا- خفيّ، لكن قالت القوابل: إنّهُ مبدأ خلق آدميٍّ، وإنّه لو بقي لتخلّق (٦) و تصوّر- قال قوم: إنّها لا تصير أمّ ولد بذلك. وقال بعضهم: تصير أمّ ولد. و هو مذهبنا (٧)، انتهى. و لا- يخلو عن قوّه؛ لصدق الحمل.

و أمّا النطفه: فهي بمجردّها لا عبره بها ما لم تستقرّ في الرحم؛ لعدم صدق كونها حاملًا، و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد على عدم العبره بها في العدّه (٨).

ص: ١١٣

١- (١) الوسائل ١٥:٤٢١، الباب ١١ من أبواب العدد.

٢- (٢) حكاة عنه العلّامة في المختلف ٧:٥٢٨.

٣- (٣) مثل المحقّق في الشرائع ٣:١٣٨، و صاحب المدارك في نهايه المرام ٢:٣١٥، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٦٢، و غيرهم.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٣:٦٣١.

٥- (٥) المهذب البارع ٤:١٠٠.

٦- (٦) في النسخ: «الخلق»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٧- (٧) المبسوط ٦:١٨٦.

٨- (٨) التنقيح الرائع ٣:٣٤٢.

و أمّا (١) مع استقرارها فى الرحم، فالمحكى عن نهايه الشيخ: تحقّق الاستيلاد بها (٢)، و هو الذى قوّاه فى المبسوط فى باب العده بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العده به مستدلاً بعموم الآيه و الأخبار (٣)، و مرجعه إلى صدق الحمل.

و دعوى: أنّ إطلاق «الحامل» حينئذٍ مجاز بالمشارفه، يكذبها التأمل فى الاستعمالات. و ربما يُحكى (٤) عن التحرير موافقه الشيخ، مع أنّه لم يزد فيه على حكايه الحكم عن الشيخ (٥). نعم، فى بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك (٦).

نعم، قوّى التحرير موافقه فيما تقدّم عن الشيخ فى مسأله الجسد الذى ليس فيه تخطيط (٧). و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضاً (٨).

و اعلم أنّ ثمره تحقّق الموضوع فيما إذا ألفت المملوكه ما فى بطنها، إنّما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى

ص: ١١٤

١-١) لم ترد «أمّا» فى «ف» و «خ»، و شطب عليها فى «ن».

٢-٢) حكاه عنه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٠، و راجع النهايه: ٥٤٦.

٣-٣) المبسوط ٢٤٠: ٥.

٤-٤) حكاه الفاضل فى كشف اللثام ١٣٨: ٢، و المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٠.

٥-٥) انظر التحرير ٧١: ٢.

٦-٦) كتب فى «ف» على عباره «نعم الى ذلك»: نسخه.

٧-٧) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: التخطيط.

٨-٨) نسب ذلك الى الجامع، الفاضل الأصفهاني فى كشف اللثام ١٣٨: ٢، و راجع الجامع للشرائح: ٤٧١.

حملاً، و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال. و حينئذٍ فلو وطأها المولى ثم جاءت بولدٍ تامٍّ أو غير تامٍّ، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلق و زمان الإلقاء. و عن المسالك: الإجماع على ذلك (١).

فذكر صور الإلقاء المضغه، و العلقه، و النطفه في باب العده إنّما هو لبيان انقضاء العده بالإلقاء، و في باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أنّ المملوكه بعد الوطء صارت أمّ و ولد، لا- أنّ البيع الواقع قبل تحقّق العلقه صحيح إلى (٢) أنّ تصير النطفه علقه، و لذا عبّر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلق الذي هو اللقاح (٣).

نعم، لو فرض عدم علقها بعد الوطء إلى زمان، صحّ البيع قبل العلق.

ثمّ إنّ المصرّح به في كلام بعض (٤) حاكياً له عن غيره (٥) - أنّه لا- يعتبر في العلق أن يكون بالوطء، فيتحقّق بالمساحقه؛ لأنّ المناط هو الحمل، و كون ما يولد منها ولداً للمولى شرعاً، فلا عبره بعد ذلك

ص: ١١٥

١- ١) المسالك ٣: ٢٨٨، و حكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠.

٢- ٢) في «ع»، «ص» و «ش» بدل «إلى»: إلّا.

٣- ٣) كما في الشرائع ٣: ١٣٨، و الروضه البهيّه ٦: ٣٧٠، و نهايه المرام ٢: ٣١٥، و الحدائق ١٨: ٤٤٨، و مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٢، و غيرها.

٤- ٤) و هو السيّد الطباطبائي في الرياض ٢: ٢٣٧، و قد حكاه عن جملة من الأصحاب.

٥- ٥) كلمه «غيره» من «ش» و مصححه «ن».

بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء.

نعم، يشترط في العلوق بالوطء أن يكون الوطاء على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرماً، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعه الوطاء شرعاً لعارض آخر، أما الأمه المزوجه فوطؤها زناً لا يوجب لحوق الولد.

ثم إن المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد. خلافاً للمحكى عن الشيخ (١) وابن حمزه (٢) فكتفياً بكونها أم ولد قبل الملك، ولعله لإطلاق العنوان، ووجود العله، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

و يرد الأول: منع إطلاق يقتضى ذلك؛ فإن المتبادر من «أم الولد» صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية، كالمدبر والمكاتب. والعلة المذكورة غير مطرده ولا منعكسه كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدمه (٣).

ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعده كلياً مستفاده من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين (٤)، وصحيحه عمر بن يزيد الآتية (٥) وغيرها. ومن الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب

ص: ١١٦

١-١) المبسوط ١٨٦: ٦.

٢-٢) الوسيله: ٣٤٣، وحكاه عنهما المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٩.

٣-٣) تقدمت فى الصفحه ١١١.

٤-٤) تقدمتا فى الصفحه ١١١.

٥-٥) ستأتى فى الصفحه ١١٩-١٢٠.

ملاحظته على ملاحظه الحقّ الحاصل منها (١) بالاستيلاء (٢) أعني تشبّثها بالحزبه و لذا كلّ من جوّز البيع في مقام، لم يجوّز إلّا بعد إقامه الدليل الخاصّ (٣).

فلا بدّ من التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتّى يثبت بالدليل ثبوت (٤) ما هو أولى بالملاحظه في نظر الشارع من الحقّ المذكور، فلا يُصغى إذاً إلى منع الدليل على المنع كلياً و التمسك بأصالة صحّه البيع من حيث قاعده تسلطّ الناس على أموالهم حتّى يثبت المخرج.

ثمّ إنّ المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره في الجملة، لكن المحكى في السرائر عن السيد قدّس سرّه عموم المنع و عدم الاستثناء (٥). و هو غير ثابت، و على تقدير الثبوت فهو ضعيف، يردّه مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار قوله عليه السلام في صحيحه زراره و قد سأله عن أمّ الولد، قال: «تباع و تورث، و حدّها حدّ الأمه» (٦).

بناءً على حملها على أنّها قد يعرض لها ما يجوّز ذلك.

ص: ١١٧

١- ١) كذا في النسخ، و الظاهر: «لها»، كما في مصحّحه «ن».

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: باستيلاء.

٣- ٣) عبارته «و لذا كلّ من جوّز البيع إلّا الخاص» ووردت في غير «ش» قبل قوله: «و من الإجماع...» المتقدّم آنفاً، و أشار مصحّح «ن» إلى هذا في هامش النسخه.

٤- ٤) كلمه «ثبوت» مشطوب عليها في «ن».

٥- ٥) السرائر ٣: ٢١، و راجع الانتصار: ١٧٥، المسأله التاسعه من كتاب التدبير.

٦- ٦) الوسائل ١٣: ٥٢، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٣.

[مستثنيات منع] [بيع أم الولد (١)]

و أما المواضع القابلة للاستثناء

و إن (٢) وقع التكلم في استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحق فهي صور، يجمعها:
تعلق حق للغير بها.

أو تعلق حقها بتعجيل العتق.

أو تعلق حق سابق على الاستيلاء (٣).

أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل.

[موارد القسم الأول أي تعلق حق للغير بها]

فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دينٌ و لم يكن له ما يؤدي هذا الدين.

و الكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، وقد يقع فيما إذا كان غير ثمنها.

و على الأول، يقع الكلام تاره بعد موت المولى، و أخرى في حال حياته.

أما بعد الموت، فالمشهور الجواز، بل عن الروضة: أنه موضع

ص: ١١٨

١-١) العنوان مآ.

٢-٢) في «ش» بدل «إن»: قد.

٣-٣) عبارته «أو تعلق حق سابق على الاستيلاء» من «ش» و هامش «ن».

وفاق (١)، و عن جماعه: أنه لا خلاف فيه (٢). و لا- ينافى ذلك مخالفه السيد فى أصل المسأله (٣)؛ لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع أم الولد، أو القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبتها، فى مقابل صوره حياه المولى المختلف فيها.

و كيف كان، فلا إشكال فى الجواز فى هذه الصوره، لا لما قيل (٤):

من قاعده تسلط الناس على أموالهم؛ لما عرفت من انقلاب القاعده إلى المنع فى خصوص هذا المال (٥)، بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسأله، فقال: سل. قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه أمهات الأولاد؟ قال: فى فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها و لم يؤد ثمنها، و لم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ منها ولدها و بيعت، و أدى ثمنها. قلت: فيُبعن (٦) فيما سوى ذلك من

ص: ١١٩

١- (١) الروضه البهيّه ٣: ٢٥٧.

٢- (٢) كالسيد العاملى فى نهايه المرام ٣: ٣١٥، و المحقق السيزوارى فى الكفايه: ٢٢٥، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٢٣٧، و حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٢.

٣- (٣) كما تقدّم فى الصفحه ١١٧.

٤- (٤) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٧٦، و نقله فى المناهل: ٣١٩، عن الإيضاح، انظر إيضاح الفوائد ١: ٤٢٨.

٥- (٥) راجع الصفحه ١١٧.

٦- (٦) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «خ» و الكافى، و فى «ص»: «فتباع»، وفاقاً للفقيه و الوسائل.

دين؟ قال: لا» (١).

و في روايه أُخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال:

«سألته (٢) عن أمّ الولد، تباع في الدين؟ قال: نعم، في ثمن رقبتها» (٣).

و مقتضى إطلاقها، بل إطلاق الصحيحه كما قيل (٤) -: ثبوت الجواز مع حياه المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان (٥).

و عن نهايه المرام و الكفايه: أنّ المنع نادر، لكنّه لا- يخلو عن قوّه (٦). و ربما يتوهم القوّه من حيث توهم تقييدها بالصحيحه السابقه؛ بناءً على اختصاص الجواز فيها بصوره موت المولى، كما يشهد به قوله فيها: «و لم يدع من المال... إلخ»، فيدلّ على نفى الجواز عمّا سوى هذا الفرد؛ إمّا لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع أمّهات الأولاد، فيدلّ على الحصر. و إمّا لأنّ نفى الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصوره

ص: ١٢٠

١ - ١) الكافي ١٩٣:٦، الحديث ٥، و الفقيه ١٣٩:٣، الحديث ٣٥١٢، و التهذيب ٢٣٨:٨، الحديث ٨٦٢، و الوسائل ١٣:٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٢ - ٢) من «ش» و هامش «ن».

٣ - ٣) الوسائل ١٣:٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

٤ - ٤) قاله السيّد المجاهد في المناهل: ٣١٩.

٥ - ٥) راجع الشرائع ١٧:٢، و القواعد ١٢٦:١، و التحرير ١٦٥:١.

٦ - ٦) نهايه المرام ٢٩٤:١، و كفايه الأحكام: ١٧٣، و حكاه عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٦٢:٤.

يشمل بيعه (١) في الدين مع حياه المولى.

و اندفاع التوهّم بكلا وجهيه واضح.

نعم، يمكن أن يقال في وجه القوّه بعد الغضّ عن دعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في كون البائع غير المولى في ما بعد الموت- :

أنّ النسبه بينها وبين روايه ابن مارد المتقدّمه (٢) عمومٌ من وجه، فيرجع إلى أصله المنع الثابته بما تقدّم (٣) من القاعده المنصوصه المجمع عليها.

نعم، ربما يمنع عموم القاعده على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصّص، فيقال بمنع الإجماع في محلّ الخلاف، سيّما مع كون المخالف جُلّ المجمعين، بل كلّهم إلّا نادراً (٤)، وحينئذٍ فالمرجع إلى قاعده «سلطنه الناس على أموالهم».

لكن التحقيق خلافه، وإن صدر هو عن بعض المحقّقين (٥)؛ لأنّ الاستفادة من النصوص و الفتاوى: أنّ استيلاء الأمه يُحدث لها حقّاً مانعاً عن نقلها، إلّا إذا كان هناك حقٌّ أولى منه بالمراعاة.

و ربما توهّم معارضه هذه القاعده وجوب (٦) أداء الدين، فيبقى قاعده «السلطنه» وأصله بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، و لا يعارضها أصله بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها؛ لأنّ

ص: ١٢١

١-١) كذا في النسخ، و المناسب: بيعها.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ١١١.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ١١٦.

٤-٤) في غير «ص»: نادر.

٥-٥) راجع مقابس الأنوار: ١٦٢.

٦-٦) في «ش» و مصحّحه «ن»: بوجوب.

بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى.

و يندفع أصل المعارضه بأن أدلّه وجوب أداء الدين مقيداً (١) بالقدره العقليه و الشرعيه، و قاعده المنع تنفي القدره الشرعيه، كما في المرهون و الموقوف.

فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق روايه عمر بن يزيد على إطلاق روايه ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها» (٢)، مع أنّ ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

و بالجملة، فبعد منع ظهور سياق الروايه فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها على دلالة روايه ابن مارد على المنع، كما يظهر بالتأمل؛ مضافاً إلى اعتضادها بالشهره المحققه. و المسأله محلّ إشكال.

ثم على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين (٣) و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو ممّا عداها كما عن جماعه (٤)؟ الأقوى هو الثاني، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق؛

ص: ١٢٢

١- ١) في غير «م» و «ش»: متقيده.

٢- ٢) راجع الصفحه ١١١.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: به الدين.

٤- ٤) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٧٠، و الروضه البهيه ٣: ٢٥٧، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٤٤٨، و السيد المجاهد في المناهل: ٣١٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٧٥.

لأنَّ الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النصِّ و الفتوى مسوقٌ لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاد، فتكون ملكاً طلقاً كسائر الأملاك التى يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات.

فحاصل السؤال فى روايه عمر بن يزيد: أنه هل تباع أمُّ الولد فى الدين على حدِّ سائر الأموال التى تباع فيه؟ و حاصل الجواب: تقرير ذلك فى خصوص ثمن الرقبه، فىكون ثمن الرقبه بالنسبه إلى أمُّ الولد كسائر الديون بالنسبه إلى سائر الأموال.

و ممّا ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أمُّ الولد ممّا يحتاج إليها المولى للخدمه فلا تباع فى ثمن رقبته؛ لأنَّ غاية الأمر كونها بالنسبه إلى الثمن كجاريه أخرى يحتاج إليها.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه فى استثناء الكفن و مؤونه التجهيز، فإذا كان للميت كفنٌ و أمُّ ولد، يبعث فى الدين دون الكفن؛ إذ يصدق أنّ الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها؛ لأنَّ الكفن لا يؤدى عنه الدين.

ثمَّ إنّه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع، أو استدان الثمن و اشترى به. أمّا لو اشترى فى الذمّه ثمَّ استدان ما أوفى به البائع فليس يبعث فى ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل فيما قبله، فتأمّل.

و لا فرق بين بقاء جميع الثمن فى الذمّه أو بعضه، و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غايه المراد التصريح به (١).

و لو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن

ص: ١٢٣

١- (١) غايه المراد: ٨٩، و حكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٥.

كان مأیوساً من الأداء عند الأجل.

و فی اشتراط مطالبه البائع، أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم، أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحقّ الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبه فيجوز في الأوّل دون الثاني (١). وجوه، أحوطها الأوّل، و مقتضى الإطلاق الثاني.

و لو تبرّع متبرّع بالأداء، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمّه المشتري و لا- يجوز بيعها، و إن سلّم إلى المولى أو الورثه، ففي وجوب القبول نظر؛ و كذا لو ارضى (٢) البائع باستسعاها في الأداء.

و لو دار الأمر بين بيعها ممّن تنعتق عليه أو بشرط العتق، و بيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأوّل وجهان.

و لو أدى الولد ثمن نصيبه، انعتق (٣) عليه، و حكم الباقي يعلم من مسائل السرايه.

و لو أدى ثمن جميعها، فإن أقبضه البائع فكالممتبرّع، و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثه نظر: من الإطلاق،

ص: ١٢٤

١- ١) العبارة في «ش» و «ح» هكذا: «فيجوز في الثاني دون الأوّل»، و قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه في المتن -: «الظاهر أن يقال: «فيجوز في الثاني دون الأوّل»؛ لأنّ جواز بيعها يناسب الثاني دون الأوّل، إلّا أن يتكلّف بإرجاع ضمير «يجوز» إلى تركّ البيع، و هو مع كونه تكلفاً في العبارة غير وافٍ بالمقصود؛ لأنّ المقصود جواز البيع بعد أن لم يكن جائزاً، لا أنّه كان واجباً فيجوز تركه. (انظر غايه الآمال: ٤٥٨).

٢- ٢) في «ش» و مصحّحه «ن»: رضی.

٣- ٣) كذا في النسخ، و الصواب: انعتقت.

و من الجمع بين حَقِّي الاستيلاء و الدين.

و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذرٍ، فلجواز بيع البائع لها مقاصَّةً مطلقاً، أو مع إذن الحاكم وجهه. و ربما يستوجه خلافه (١)؛ لأنَّ المنع لحقَّ أمِّ الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرّيه.

و فى الجميع نظر.

و المراد بثمانها: ما جعل عوضاً لها فى عقد مساومتها و إن كان صلحاً.

و فى إلحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدّه معيّنه إشكال.

و على العدم، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت، و إن قلنا بمنعه عنه فينتقل إلى قيمه.

و لو قلنا بجواز بيعها حينئذٍ فى أداء قيمه أمكن القول بجواز استردادها؛ لأنَّ المانع عنه هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بدُّ من نقلها لأجل قيمه لم يمنع عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع فى ثمن رقبتها.

هذا مجمل القول فى بيعها فى ثمنها.

و أمّا بيعها فى دَينٍ آخر، فإن كان مولاها حيّاً، لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرّح به فى كلام بعض (٢).

و إن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع

ص: ١٢٥

١-١) و جَّهه المحقِّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٥.

٢-٢) صرّح به المحقِّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٦.

أيضاً؛ لأصالة بقاء المنع في حال الحياة، ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين (١) منطوقاً و مفهوماً. وبهما يخصيص ما دلّ بعمومه على الجواز ممّا يتخيّل صلاحيته لتخصيص قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، كمفهوم مقطوعه يونس: «في أمّ ولدٍ ليس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، لا يحلّ لأحد تزويجها إلّا بعثت من الورثه، 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 تستسعى في بقيه ثمنها» (٢).

خلافاً للمحكّي عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين (٣). و الجواز ظاهر للمعتين (٤) و كنز العرفان (٥) و الصيمري (٦).

و لعلّ وجه تفصيل الشيخ: أنّ الورثه لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعتاق أمّ الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها. و عن نكاح المسالك: أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، و إن مُنع من التصرف بها (٧) على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب

ص: ١٢٤

١-١ (١) تقدّمتا في الصفحة ١١٩ ١٢٠.

٢-٢ (٢) الوسائل ١٠٦:١٦، الباب ٥ من أبواب الاستيلاد، الحديث ٣.

٣-٣ (٣) المبسوط ٣:١٤، و حكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٦.

٤-٤ (٤) الروضه البهيّه ٣:٢٥٨.

٥-٥ (٥) كنز العرفان ٢:١٢٩.

٦-٦ (٦) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٠، ذيل قول المحقّق: و لا بيع أمّ الولد..

٧-٧ (٧) في مصحّحه «ن» و المصدر: فيها.

الولد منها كما لو لم يكن دين، و يلزمه (١) أداء قيمه النصيب من ماله (٢).

و ربما ينتصر (٣) للمبسوط على المسالك:

أولاً: بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها (٤):

أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، و إنّما الكلام في باقى الحصص إذا (٥) لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمه امه، هل تقوم عليه، أو تسعى هي في أداء قيمتها؟ و ثانياً: بأنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل. و المقصود منه النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له؛ تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثاً (٦): أنّ ما ادّعاه من الاعتاق على الولد يمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب، و لا دلّ عليه دليل معتبر، و ما يوهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم؛ و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من يعتق عليه؛ بناءً

ص: ١٢٧

١-١) في غير «ن» و «ش»: لزمه.

٢-٢) المسالك ٤٧: ٨، و حكاه عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٦.

٣-٣) انتصر له المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٧.

٤-٤) يدلّ عليها ما في الوسائل ١٠٥: ١٦، ١٠٨، الباب ٥ و ٦ من أبواب الاستيلاد.

٥-٥) في «ش»: إن.

٦-٦) جعله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٧ رابع الوجوه.

على صحّح الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

و رابعاً (١): أنه يلزم (٢) على كلامه أنه متى كان نصيب الولد من أصل (٣) التركة بأجمعها ما (٤) يساوى قيمه أمه تقوّم (٥) عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، و سواء كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الديون و نحوها يساوى قيمتها أم لا؛ و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنه يقوّم نصيبه عليه كائناً ما كان و يسقط من قيمه نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقي. و هذا ممّا لا يقوله أحد من الأصحاب، و ينبغى القطع بطلانه.

و يمكن دفع الأول: بأنّ المستفاد من ظاهر الأدلّة انعتاقها من نصيب ولدها حتّى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد، لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمّه الولد قهراً بقيمه نصيبه أو وجوب بيعها فى قيمه جمعاً بين ما دلّ على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها (٦)، و بين ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقرّ له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حقّ (٧) الديان (٨)،

ص: ١٢٨

١-١) جعله المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٧ ثالث الوجوه.

٢-٢) فى أكثر النسخ و المصدر: يلزمه.

٣-٣) أصل «من «ش» و مصتححه «ن».

٤-٤) لم ترد «ما» فى «ش»، و شطب عليها فى «ن».

٥-٥) فى غير «ن» و «ص»: يقوّم.

٦-٦) راجع أوّل المسألة فى الصفحة ١٠٧ و ما بعدها.

٧-٧) فى «ف»: لحق.

٨-٨) راجع الوسائل ٤٠٦: ١٣، ٤٠٧، الباب ٢٨ و ٢٩ من أبواب أحكام الوصايا.

غايه الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان، و يكون (١) لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

و الحاصل: أنّ مقتضى النهى (٢) عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمه، و عدم تسلط الولد على دفعها وفاءً عن دين (٣) أبيه، و لازم ذلك انعتاقها على الولد.

فيتردد الأمر حينئذ:

بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين، فتكون أم الولد نظير مئونه التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها.

و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من تلف فى ملكه و تنعتق عليه، و هو الولد.

و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها.

و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مده طويله يفى أجرتها بدينهم، كما قيل يتعلق (٤) حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس (٥).

ص: ١٢٩

١-١ فى «م» و «ش»: فيكون.

٢-٢ الاستفادة من روايتى عمر بن يزيد المتقدمتين فى الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٣-٣ كلمه «دين» من «ش» و مصححه «ن».

٤-٤ فى «ن» و «ص»: بتعلق.

٥-٥ قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٥:٣٢٠.

و لا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة (1)، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتقل على كلّ حال، و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل.

و ممّا ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى، فإنّ مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها.

و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث، إذ بعد ما ثبت عدم تعلّق حقّ الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعقادها. و لا جامع بينها و بين الوقف الذى هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق.

و أمّا ما ذكره رابعاً، فهو إنّما ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلّقاً بالولد، أمّا إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شىء.

فالضابط حينئذٍ: إنه ينعقد (2) على الولد ما لم يتعبّه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك (3) فى رقبته.

و ممّا ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقّاً

ص: ١٣٠

١- ١) تقدّمت الإشارة إليه و تخريجه فى الصفحة السابقة.

٢- ٢) كذا فى النسخ، و الصواب: «أنها تنعقد»، كما فى مصححه «ص».

٣- ٣) العبارة لا تخلو من إغلاق، قال الشهيدى قدّس سرّه: قوله: «يملكه.. إلخ» الأولى أن يقول: «بحيث يملكه»، ثم إن «ذلك» فى العبارة إشاره إلى الموصول. (انظر هدايه الطالب: ٢٦٢).

لشيءٍ منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى (١) أم الولد كما لو لم يكن ديناً، فينعتق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمه حصته (٢) التي فكها من الديان، وإما أن يخلى بينها وبين الديان فتنتعق أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم.

و أما حرمان الديان عنها عيناً و قيمه و إرث الورثه لها و أخذ غير ولدها قيمه حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل (٣) لمخالفته (٤) لأدله ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أم الولد لذلك.

و ممتياً ذكرنا يظهر ما فى قول بعض من أورد على ما فى المسالك بما ذكرناه: أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكّل جداً؛ حيث إنهم قَيّدوا الدين بكونه ثمناً و حكموا بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه، و أنّ ما فضل عن نصيبه ينعتق بالسرايه و تسعى فى أداء قيمته. و لو قصدوا: أنّ أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملاً بالنصوص المزبوره، فله وجه، إلا أنّهم لا يعدّون ذلك من المستثنيات، و لا ذكر فى النصوص صريحاً (٥)، انتهى.

ص: ١٣١

١- ١) فى «ف»: فيبقى.

٢- ٢) فى «ص»: حصتها.

٣- ٣) عبارته «فهو باطل» من «ش» و مصححه «ن».

٤- ٤) فى مصححتى «ع» و «ص»: «فلمخالفته»، و فى مصححه «خ»: فمخالف.

٥- ٥) مقابس الأنوار: ١٦٧.

و أنت خير بأن النصوص المزبوره (1) لا تقتضى سقوط حقّ الديان، كما لا يخفى.

ومنها

ومنها (2): تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاه فى الروضه (3) بشرط عدم كفايه بعضها له، بناءً على ما تقدّم نظيره فى الدين: من أنّ المنع لغايه الإرث، و هو مفقودٌ مع الحاجه إلى الكفن، و قد عرفت أنّ هذه حكمه غير مطّرده و لا منعكسه (4).

و أمّا بناءً على ما تقدّم (5): من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أنّ الكفن يتقدّم على الدين فيبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً؛ بناءً على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها؛ بناءً (6) على ما تقدّم من أنّ وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حقّ الاستيلاء، و إلّا لُصّرّف مقابله فى ثمنها و لم تُبع.

و من ذلك يظهر النظر فيما قيل: من أنّ هذا القول مأخوذٌ من

ص: ١٣٢

-
- ١- ١) مثل روايتى عمر بن يزيد المتقدمتين فى الصفحه ١١٩ ١٢٠ و غيرهما ممّا يدل على أنّها لا تباع فى غير ثمنها.
 - ٢- ٢) هذا هو المورد الثانى من موارد القسم الأول من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، و تقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.
 - ٣- ٣) الروضه البهيّه ٢٦٠: ٣.
 - ٤- ٤) راجع الصفحه ١٢٦ و ما بعدها.
 - ٥- ٥) تقدّم عن الشيخ و غيره فى الصفحه ١٢٦.
 - ٦- ٦) لم ترد «بناءً» فى غير «ف»، نعم استدركت فى «ن».

القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب (١).

و توضيحه: أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به، فقد اجتمع هنا حق الميت، و حق بائع أم الولد، و حق أم الولد، فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد، دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن، و إهمال حق أم الولد ببيعها. فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناءً على ما تقدم في المسألة السابقة كان معناه: تقديم حق الميت على حق أم الولد، و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين، و انحصار الحق في الميت و أم الولد.

اللهم إلهما أن يقال: لما ثبت بالدليل السابق (٢) تقديم دين ثمن أم الولد على حقها، و ثبت بعموم النص (٣) تقديم الكفن على الدين، اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن؛ لأنّ مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن.

أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولاه الميت، فلا دليل على تقديم حق مولاه، ليخص به قاعده المنع عن بيع أم الولد، عدا ما يدعى: من قاعده تعلق حق الكفن بمال الميت.

لكن الظاهر اختصاص تلك القاعده بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع

ص: ١٣٣

١-١) راجع مقابس الأنوار: ١٦٨.

٢-٢) راجع الصفحة ١١٩ ١٢٠.

٣-٣) الوسائل ١٣:٤٠٥، الباب ٢٧ و ٢٨ من أبواب أحكام الوصايا.

من التصرف فيه، والاستيلاء من ذلك الحق؛ ولو فرض تعارض الحقيين فالمرجع إلى أصاله فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن، فتأمل.

نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل (١) في الدين: من أن الولد يرث نصيبه و يعتق عليه و يتعلق بذمته مؤونه التجهيز، أو تستسعى (٢) أمه و لو بإيجار نفسها في مده و أخذ الأجره قبل العمل و صرفها في التجهيز.

و المسأله محل إشكال.

و منها

و منها (٣): ما إذا جنت على غير مولاها في حياته،

أمّا بعد موته، فلا- إشكال في حكمها؛ لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية، إمّا إلى الحرّيه الخالصه، أو الرقيه الخالصه.

و حكم جنائتها عمدًا: أنه إن كان في مورد ثبت القصاص، فللمجنى عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، و له استرقاقها كلا أو بعضاً على حسب جنائتها، فيصير المقدار المسترق منها ملكاً طلقاً.

و ربما تخيل بعض (٤) أنه يمكن أن يقال: إن رقيتها (٥) للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها (٦) للمالك الأول؛ لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول. ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدله المنع

ص: ١٣٤

١-١) كما قاله الشهيد الثاني في المسالك، راجع الصفحه ١٢٦ ١٢٧.

٢-٢) كذا في «ن» و «ص»، و في غيرهما: يستسعى.

٣-٣) هذا هو المورد الثالث من القسم الأول، و قد تقدّم أولها في الصفحه ١١٨.

٤-٤) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧٩: ٢٢.

٥-٥ و ٦) كذا في «ن»، و في غيرها: رقيتها.

خصوصاً صحيحه عمر بن يزيد المتقدمه (١) في عدم بيع أم الولد مطلقاً.

و الظاهر أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلا فهو احتمالٌ مخالفٌ للإجماع و النصّ الدالّ على الاسترقاق (٢)، الظاهر في صيروره الجناني رقاً خالصاً.

و ما وجّه به هذا الاحتمال: من أنّها تنتقل إلى المجنّى عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنّه ليس في النصّ إلاّ الاسترقاق، و هو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال: إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول.

و الحاصل: أنّ المستفاد بالضروره من النصّ و الفتوى: أنّ الاستيلاء يحدث للأمه حقاً على مستولدها يمنع من مباشره بيعها و من البيع لغرضٍ عائِدٍ إليه، مثل قضاء ديونه، و كفته، على خلافٍ في ذلك (٣).

و إن كانت الجنايه خطأً: فالمشهور أنّها كغيرها من المماليك، يتخيّر المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنّى عليه،

ص: ١٣٥

١-١) تقدّمت في الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٢-٢) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب القصاص في النفس.

٣-٣) كذا وردت العبارة في النسخ، و لا يخفى ما فيها من الاختلال إن كان المراد بها بيان محضّ البحث، قال المحقّق الإيرواني قدّس سرّه: كلمه «و الحاصل» هنا لا محلّ لها، فإنّ المذكور بعدها جواب عن التمسك بصحيحه عمر بن يزيد على المنع عن بيع المشتري، و لم يتقدّم لهذا الجواب ذكرٌ ليكون هذا حاصله. (حاشيه المكاسب: ١٨٨).

و بين أن يفديها بأقلّ الأمرين على المشهور، أو بالأرّش على ما عن الشيخ (١) و غيره (٢).

و عن الخلاف (٣) و السرائر (٤) و استيلاء المبسوط (٥): أنه لا- خلاف في أنّ جنائتها تتعلّق برقبته. لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنائتها على سيدها بلا- خلاف إلّا من أبي ثور، فإنّه جعلها في ذمّتها تتبع بها بعد العتق (٦). و هو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. و ربما يوجّه (٧) بإرادته نفي الخلاف بين العامّة، و ربما نسب إليه الغفلة، كما عن المختلف (٨).

و الأظهر: أنّ المراد بكونها على سيدها عود خساره الجنايه (٩) على السيد، في مقابل عدم خساره المولى لا (١٠) من عين الجاني و لا من مال

ص: ١٣٦

١- ١) حكاه عنه المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨، و راجع المبسوط ٧: ١٦٠.

٢- ٢) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ١٣٩.

٣- ٣) حكاه عنه و عن السرائر المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨، و انظر الخلاف ٦: ٤١٩، كتاب الجنائيات، المسأله ٥، و ٢٧١، كتاب الديات، المسأله ٨٨.

٤- ٤) السرائر ٣: ٢٢.

٥- ٥) المبسوط ٦: ١٨٧.

٦- ٦) المبسوط ٧: ١٦٠.

٧- ٧) ووجه المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨.

٨- ٨) لم نقف عليه.

٩- ٩) في «ع» و «ص» و نسخه بدل «ش»: جنائتها.

١٠- ١٠) لم ترد «لا» في «ف».

آخر و كونها فى ذمه نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب فداؤها.

و على هذا أيضاً يحمل (١) ما فى روايه مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام، «قال: أمُّ الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حقوق الله فى الحدود، فإنَّ ذلك فى بدنها» (٢)، فمعنى كونها على سيدها:

أنَّ الأمه بنفسها لا تتحمّل من الجنايه شيئاً.

و مثلها ما أرسل عن عليّ عليه السلام فى: «المعتق عن دُبر هو (٣) من الثلث، و ما جنى هو [و المكاتب (٤)] أو أمُّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهم» (٥).

و المراد من جميع ذلك: خروج ديه الجنايه من مال المولى المرّد بين ملكه الجانى أو ملك آخر.

و كيف كان، فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك (٦) سليمه عن المخصّص. و لا يعارضها أيضاً إطلاق المنع عن بيع أمُّ الولد (٧)؛ لأنَّ ترك فداؤها و التخليه بينها، و بين المجنى عليه ليس نقلاً لها.

ص: ١٣٧

١- ١) فى «ف»: حمل.

٢- ٢) الوسائل ١٩: ٧٦، الباب ٤٣ من أبواب القصاص فى النفس.

٣- ٣) كذا فى «ف»، «ن» و «خ» و الفقيه، و فى سائر النسخ و الوسائل: فهو.

٤- ٤) من المصدر.

٥- ٥) الفقيه ٣: ١٢٤، الحديث ٣٤٦٨، و انظر الوسائل ١٦: ٧٨، الباب ٨ من أبواب كتاب التدبير، الحديث ٢.

٦- ٦) منها ما ورد فى الوسائل ١٩: ٧٣، الباب ٤١ من أبواب القصاص فى النفس.

٧- ٧) راجع الصفحه ١٠٧.

خلافاً للمحكّي (١) عن موضع من المبسوط (٢) و المهدّب (٣) و المختلف (٤): من تعيين الفداء على السيّد.

و لعلّه للروايتين (٥) المؤيّدتين بأنّ استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعيّن عليه الآخر؛ بناءً على أنّه لا فرق بين إبطال أحد طرفى التخيير بعد الجنايه كما لو قتل أو باع عبده الجانى و بين إبطاله قبلها، كالأستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها. و قد عرفت معنى الروايتين، و المؤيّد مصادره لا يبطل به إطلاق النصوص.

و منها

و منها (٦): ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحّه استرقاقها لو كان المجنّى عليه غير المولى،

فهل تعود ملكاً طلقاً بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هو المحكّي فى الروضه عن بعض (٧) و عدّها السيورى من صور الجواز (٨) أم لا؟ كما هو المشهور؛ إذ لم

ص: ١٣٨

١-١) حكاة المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٨.

٢-٢) المبسوط ١٦٠: ٧.

٣-٣) المهدّب ٤٨٨: ٢.

٤-٤) راجع المختلف (الطبعة الحجرية): ٨٢٢، و فيه: «و قوله فى المبسوط: ليس بعيداً من الصواب».

٥-٥) المتقدّمين آنفاً.

٦-٦) هذا هو المورد الرابع من موارد القسم الأوّل التى تقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.

٧-٧) الروضه البهيّه ٢٦٠: ٣.

٨-٨) لم نعر عليه بعينه، نعم عدّ فى كنز العرفان (٢: ١٢٩) من صور الجواز: أن تجنى جنايه تستغرق قيمتها، و الظاهر أنّ المؤلف قدس سرّه أخذ ذلك من مقابس الأنوار: ١٦٩.

يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها، و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل.

و ما يقال في توجيهه: من «أن الأسباب الشرعيه تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجنايه الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، و هو استقلال جديد في التصرف فيها، مضافاً إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحه ابن يزيد المتقدمه (١) مضافاً إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمداً (٢)» فمندفع بما لا يخفى.

و أمّا الجنايه على مولاها خطأً، فلا إشكال في أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، و روى الشيخ في الموثق عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «أم الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرّه لا سعايه عليها» (٣).

□
و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه صلوات الله و سلامه عليهما: «أن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرّه لا سبيل عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به» (٤).

ص: ١٣٩

١-١) تقدّمت في الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٢-٢) انظر مقابس الأنوار: ١٦٩.

٣-٣) التهذيب ١٠:٢٠٠، الحديث ٧٩١، و الوسائل ١٩:١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢ مع تقديم و تأخير في بعض الألفاظ.

٤-٤) التهذيب ١٠:٢٠٠، الحديث ٧٩٢، و الفقيه ٤:١٦٢، الحديث ٥٣٦٧، و الوسائل ١٩:١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث ٣ مع اختلاف و تقديم و تأخير في بعض الألفاظ.

و عن الشيخ، عن حمّاد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إذا قتلت أمّ الولد مولاهما سعت في قيمتها» (١).

و يمكن حملها على سعيها في بقيه قيمتها إذا قصر نصيب ولدها.

و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار:- الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع (٢).

و منها

و منها (٣): ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها،

فإنها لو لم تكن مستولده كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها، و بين إمساكها، و لا شيء له؛ لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، ففي المستولده يحتمل ذلك، و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ قيمه، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبه.

و أمّا احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الديه منه، فلا وجه له؛ لأنّ الاستيلاء يمنع عن المعاوضه أو ما في حكمها، لا (٤) عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوّض (٥) بحكم الشرع.

و المسأله من أصلها موضع إشكال؛ لعدم لزوم الجمع بين العوض

ص: ١٤٠

١ - (١) التهذيب ٢٠٠: ١٠، الحديث ٧٩٣، و الوسائل ١٥٩: ١٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل، و فيهما بدل «مولاها»: «سيدها خطأ».

٢ - (٢) التهذيب ٢٠٠: ١٠، ذيل الحديث ٧٩٣، و الاستبصار ٢٧٦: ٤، الحديث ١٠٤٧.

٣ - (٣) هذا هو المورد الخامس من موارد القسم الأوّل المتقدّم أولها في الصفحه ١١٨.

٤ - (٤) في «م»، «ع» و «ش» بدل «لا»: إلّا.

٥ - (٥) في مصّححه «ن»: أخذ المعوّض بعد إعطاء العوض.

والمعوض؛ لأنّ الدية عوض شرعى عمّا فات بالجنايه، لا عن رقيه العبد. و تمام الكلام فى محلّه.

ومنها

ومنها (١): ما إذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقت،

حكاه فى الروضه (٢). وكذا لو أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا (٣) أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمه المولى إلّا بعد القسمه، وقلنا بأنّ القسمه لا تنقص (٤) ويغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكّي عن الأكثر والمنصوص: أنّها تردّ على مالكها، ويغرم قيمتها للمقاتله (٥).

ومنها

ومنها (٦): ما إذا خرج مولاها عن الذمّه

و ملكت أمواله التى هى منها.

ص: ١٤١

١-١) هذا هو المورد السادس من موارد القسم الأوّل، المتقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.

٢-٢) الروضه البهيّه ٢٦١:٣.

٣-٣) كذا فى النسخ، إلّا أنّ فى «ف» بدل «فكأنه»: «و كأنه»، و العبارة كما ترى، و لذا صحّحت فى «ص» بما يلى: «فكانت فيما أسرها غير مولاها»، و قال الشهيدى قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه -: الأولى تبديل «فكأنه» إلى قوله «هذا»، و تبديل «الفاء» ب «الواو» فى قوله: «فلم يثبت»، هدايه الطالب: ٣٦٣ ٣٦٤.

٤-٤) فى مصحّحه «ن» و «ص»: «لا تنقص»، و هذا هو المناسب للسياق، لكن عبارة المقابس التى هى الأصل لكلام المؤلف قدّس سرّه هكذا: «و يردّ الإمام قيمه ذلك للمقاتله لئلا ينقص القسمه..» (انظر مقابس الأنوار: ١٧٤).

٥-٥) حكاه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٧٤.

٦-٦) هذا هو المورد السابع من القسم الأوّل و قد تقدّم أوله فى الصفحه ١١٨.

و منها (١): ما إذا كان مولاها ذمياً و قتل مسلماً،

فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول.

هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، و هو ما إذا عرض لأمّ الولد حقّ للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثاني

و أما القسم الثاني (٢): و هو ما إذا عرض لها حقّ لنفسها أولى بالمراعاة من حقّ الاستيلاء،

فمن موارد:

ما إذا أسلمت و هي أمه ذمّي،

فإنها تباع عليه؛ بناءً على أنّ حقّ إسلامها المقتضى لعدم سلطنه الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعروض للعتق. و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحّح البيع دون قاعده «سلطنه الناس على أموالهم» المقتضيه لعدم جواز بيعها عليه؛ لأنّ المفروض: أنّ قاعده «السلطنه» قد ارتفعت بحكومته أدلّه نفى سلطنه الكافر على المسلم (٣)، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً، و لا حقّ له فى عين الملك جزماً.

إنّما الكلام فى تعارض حقّي أمّ الولد من حيث كونها مسلمه فلا يجوز كونها مقهوره بيد الكافر، و من حيث كونها فى معرض العتق فلا- يجوز إخراجها عن هذه العرضه. و الظاهر أنّ الأئمة أولى؛ للاعتبار، و حكومه قاعده «نفى السبيل» على جُلّ القواعد، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

ص: ١٤٢

١- ١) هذا هو المورد الثامن من القسم الأول و قد تقدّم أوّله فى الصفحه ١١٨.

٢- ٢) من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم فى الصفحه ١١٨.

٣- ٣) منها الآيه الشريفه: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا». النساء: ١٤١.

«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (١).

و ممّا ذكرنا ظهر: أنّه لا وجه للتمسّك باستصحاب المنع قبل إسلامها؛ لأنّ الشكّ إنّما هو في طرؤ ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء و الأصل عدمه (٢)، مع إمكان معارضه الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع عن البيع. و (٣) مع إمكان دعوى ظهور قاعده «المنع» في عدم سلطنه المالك و تقديم حقّ الاستيلاء على حقّ الملك، فلا ينافى تقديم حقّ آخر لها على هذا الحقّ.

و منها

و منها (٤): ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو بكسبها (٥)، فتباع (٦) على من ينفق عليها،

على ما حكى (٧) عن اللمعه (٨) و كنز العرفان (٩) و أبي العباس (١٠) و الصيمرى (١١) و المحقّق الثانى (١٢).

ص: ١٤٣

- ١- (١) الوسائل ٣٧٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.
- ٢- (٢) التعليل بيان لجريان الاستصحاب، لا لعدم الوجه في جريانه.
- ٣- (٣) لم ترد «و» في «ف».
- ٤- (٤) المورد الثانى من القسم الثانى.
- ٥- (٥) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: في كسبها.
- ٦- (٦) في غير «ص» و «ش»: فباع.
- ٧- (٧) حكاة المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٦.
- ٨- (٨) اللمعه الدمشقيه: ١١٢.
- ٩- (٩) كنز العرفان ١٢٩:٢.
- ١٠- (١٠) المهذب البارع ١٠٦:٤.
- ١١- (١١) غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١.
- ١٢- (١٢) جامع المقاصد ٩٩:٤.

وقال في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، ولو تعذر الجميع ففي البيع إشكال (١)، انتهى.

و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى، أو كسبها (٢)، أو مالها (٣)، أو عوض بضعها، أو وجود من يؤخذ بنفقتها، أو بيت المال، وهو حسن.

و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً، وفرضها كالحز في وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها.

و لو فرض عدم ذلك أيضاً، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز؛ لحكومه أدله نفى الضرر، ولأن رفع هذا عنها أولى من تحمّلها (٤) ذلك؛ رجاء أن تنعتق من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدله المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا، لا على حقها الآخر، فتدبر.

و منها

و منها (٥): بيعها على من تنعتق عليه

على ما حكى من الجماعة

ص: ١٤٤

١-١) القواعد ٥٩: ٢.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: كسبه.

٣-٣) في «ن»: «و مالها»، لكن شطب عليها، و لم يثبتها المامقاني في شرحه غايه الآمال: ٤٦٠.

٤-٤) في غير «ف» زياده: تحمّلها خ ل.

٥-٥) المورد الثالث من القسم الثاني.

المتقدم إليهم الإشارة (١) لأن فيه تعجيل حقها.

و هو حسن لو علم أنّ العله حصول العتق، فلعلّ الحكمه اعتاق خاصّ، اللهمّ إلما أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلّه المنع، أو يقال: إنّ هذا عتق في الحقيقه.

و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها، كما عن الشهيد الثاني (٢). و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً.

و كذلك بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها. و يشكل بأنّه إن علم المولى صدق المقرّ لم يجر له البيع و أخذ الثمن في مقابل الحرّ، و إن علم بكذبه لم يجر أيضاً؛ لعدم جواز بيع أمّ الولد. و مجرد صيرورتها حرّه على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، و بقائها في الواقع على صفه الرقيّه للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرّيه الواقعيه و إن تأخرت أولى من الظاهريه و إن تعجّلت.

و منها

و منها (٣): ما إذا مات قريبتها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها فتشترى من مولاها لتعتق (٤) و ترث قريبتها.

و هو مختار الجماعه

ص: ١٤٥

١-١) حكاه عنهم المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٨، و انظر للمعه: ١١٢، و كنز العرفان ٢: ١٢٩، و المهذب البارع ٤: ١٠٦، و غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٨٠، و جامع المقاصد ٤: ٩٩.

٢-٢) حكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٩، و راجع الروضه البهيه ٣: ٢٦٠.

٣-٣) المورد الرابع من القسم الثاني.

٤-٤) في غير «ف»: للعتق.

السابقه (١) و ابن سعيد فى النزّهه (٢)، و حكى عن العماني (٣) و عن المهذب:

إجماع الأصحاب عليه (٤).

و بذلك يمكن ترجيح أخبار «الإرث» على قاعده «المنع»، مضافاً إلى ظهورها فى رفع سلطنه المالك، و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع.

[موارد القسم الثالث أى تعلق حق سابق على الاستيلاء]

و من

و من (٥) القسم الثالث (٦) و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء ما (٧) إذا كان علوقها بعد الرهن،

فإنّ المحكى عن الشيخ (٨) و الحلّى (٩) و ابن زهره (١٠) و المختلف (١١)

ص: ١٤٦

-
- ١-١) منهم الشهيد فى اللمعه الدمشقيّه: ١١٢، و السيورى فى كنز العرفان ٢: ١٢٩، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩٨: ٤.
 - ٢-٢) نزّهه الناظر: ٨٢.
 - ٣-٣) حكاه عنه ابن سعيد فى نزّهه الناظر: ٨٢.
 - ٤-٤) المهذب البارع ١٠٦: ٤.
 - ٥-٥) فى «ش» زياده: موارد.
 - ٦-٦) من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم فى الصفحه ١١٨.
 - ٧-٧) فى غير «ش»: «و ما»، لكن شطب على (الواو) فى: «ن» و «خ».
 - ٨-٨) الخلاف ٣: ٢٣٠، كتاب الرهن، المسأله ١٩، و المبسوط ٢: ٢٠٦ و ٢١٧ و ١٨٥: ٦.
 - ٩-٩) السرائر ٢: ٤١٨.
 - ١٠-١٠) الغنيه: ٢٤٤.
 - ١١-١١) المختلف ٥: ٤٤٠.

و التذكرة (١) و اللمعه (٢) و المسالك (٣) و المحقق الثاني (٤) و السيوري (٥) و أبي العباس (٦) و الصيمري (٧): جواز بيعها حينئذٍ. و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق (٨) بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدله حكم الرهن، و أدله المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها.

خلافاً للمحكى عن الشرائع (٩) و التحرير (١٠)، فالمنع مطلقاً.

و عن الشهيد في بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن، و وقوعه بدونه (١١).

و عن الإرشاد و القواعد: التردد (١٢)، و تمام الكلام في باب الرهن.

و منها

و منها (١٣): ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه،

ص: ١٤٧

- ١-١) التذكرة ٢:٢٨.
- ٢-٢) اللمعه الدمشقيه: ١١٢.
- ٣-٣) المسالك ٣:١٧٠، و ٤:٥٠، و ١٠:٥٢٧.
- ٤-٤) جامع المقاصد ٤:٩٨.
- ٥-٥) كنز العرفان ٢:١٢٩.
- ٦-٦) المهذب البارع ٤:١٠٥.
- ٧-٧) تلخيص الخلاف ٢:٩٦، المسأله ١٨، و فيه: و إن كان معسراً بيعت به.
- ٨-٨) لم ترد «السابق» في «ش».
- ٩-٩) الشرائع ٢:٨٢.
- ١٠-١٠) التحرير ١:٢٠٧.
- ١١-١١) حكاة عنه الشهيد الثاني في المسالك ٤:٥٠، عن بعض حواشيه.
- ١٢-١٢) الإرشاد ١:٣٩٣، القواعد ١:١٦٠.
- ١٣-١٣) المورد الثاني من موارد القسم الثالث.

و كانت فاضله عن المستثنيات في أداء الدين، فتباع حينئذٍ، كما في القواعد (1) و اللمعه (2) و جامع المقاصد (3) و عن المهذب (4) و كنز العرفان (5) و غايه المرام (6)؛ لما ذكر من سبق تعلق حقّ الديان بها، و لا دليل على بطلانه بالاستيلاء.

و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حقّ الغرماء بالأعيان.

أمّا لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس في التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله في الدين، فلا يؤثر في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه، فتأمل. و تمام الكلام في باب الحجر، إن شاء الله.

و منها

و منها (7): ما إذا كان علوقها بعد جنائتها،

و هذا (8) في الجنايه التي لا تجوز البيع لو كانت لاحقه (9)، بل يلزم (10) المولى الفداء (11) و أمّا لو قلنا

ص: ١٤٨

١-١ (١) القواعد ١٧٣:١.

٢-٢ (٢) اللمعه الدمشقيه: ١١٢.

٣-٣ (٣) جامع المقاصد ٩٩:٤.

٤-٤ (٤) المهذب البارع ١٠٦:٤.

٥-٥ (٥) كنز العرفان ١٢٩:٢.

٦-٦ (٦) غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١، و حكاه عنهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٢.

٧-٧ (٧) المورد الثالث من موارد القسم الثالث.

٨-٨ (٨) في «ف»: و هذه.

٩-٩ (٩) في «ف»: سابقه.

١٠-١٠ (١٠) في غير «ف» و «ن»: تلزم.

١١-١١ (١١) في غير «ف»: بالفداء.

بأنّ الجنايه اللاحقه أيضاً ترفع المنع لم يكن فائده فى فرض تقديمها.

ومنها

ومنها (١): ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها،

فإنّ المحكى عن الحلى جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري (٢). ولعلّه لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء.

خلافاً للعلامة (٣) وولده (٤) والمحقق (٥) والشهيد الثانين (٦) وغيرهم، فحكموا بأنّه إذا فسخ رجع بقيمه أمّ الولد. ولعلّه لصيرورتها بمنزله (٧) التالف، وفسخ بنفسه لا يقتضى إلّا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، وأمّا وجوب ردّ العين فهو من أحكامه لو لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، ومانع الشرعى كالعقلى.

نعم، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه، أمّا الانتقال (٨) عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره، فلم يثبت، فلا مانع شرعاً من استرداد عينها.

والحاصل: أنّ منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى

ص: ١٤٩

١-١) المورد الرابع من القسم الثالث.

٢-٢) راجع السرائر ٢:٢٤٧ ٢:٢٤٨، وحكاها عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٧٢.

٣-٣) القواعد ١:١٤٤.

٤-٤) إيضاح الفوائد ١:٤٨٩.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣١٣.

٦-٦) الروضه البهيه ٣:٤٦٥، والمسالك ٣:٢٠٦.

٧-٧) فى غير «ن» و«ش»: منزله.

٨-٨) أى: منع الانتقال، حذف المضاف بقريته المقام.

دليل مفقود. اللهم إلهما أن يدعى: أن الاستيلاء حقٌّ لأمِّ الولد مانعٌ عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره، إلا أن يكون للغير حقٌّ أقوى أو سابقٌ يقتضى انتقالها، والمفروض أن حقَّ الخيار لا يقتضى انتقالها بقولٍ مطلق، بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعاً، والمفروض أن تعلق حقِّ أمِّ الولد مانعاً شرعاً كالعتق وبيع على القول بصحتهما في زمان الخيار، فتأمل.

و منها

و منها (١): ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها،

بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه: من جواز اشتراط الأداء من مالٍ معيّن (٢)، فيتعلق به حقُّ المضمون له، وحيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قولٍ محكيٍّ في الروضة (٣).

و منها

و منها (٤): ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقةً إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده،

بناءً على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقةً عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق و بعد حصول الشرط في المعلق، كما حكاها صاحب المدارك عنهم في باب الزكاة (٥).

و يحتمل كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث و يستقرّ قيمه؛ جمعاً بين حقّي أمِّ الولد و المنذور له.

ص: ١٥٠

١-١) المورد الخامس من موارد القسم الثالث.

٢-٢) استظهره المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٣.

٣-٣) الروضة البهيّة ٣: ٣٦١.

٤-٤) المورد السادس من موارد القسم الثالث.

٥-٥) المدارك ٥: ٣١.

و لو نذر التصدق بها، فإن كان مطلقاً و قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض (١) فلا حكم للعلوق. و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه، احتمال: تقديم حق المنذور له في العين، و تقديم حق الاستيلاء، و الجمع بينهما بالقيمه.

و لو كان معلقاً فوطأها قبل حصول الشرط صارت أمّ ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصدق بها؛ لتقدم سببه. و يحتمل انحلال النذر؛ لصيروره التصدق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمه أو بدونه.

و تمام الكلام يحتاج إلى بسطٍ تمام (٢) لا يسعه الوقت.

و منها

و منها (٣): ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته،

فللمولى أن يبيعها على ما حكاه في الروضه عن بعض الأصحاب (٤) بناءً على أن مستولده أمّ ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و القسم الرابع

و القسم الرابع (٥): و هو ما كان (٦) إبقاؤها في ملك المولى غير [...]

ص: ١٥١

١-١) تقدم أعلاه عن المدارك.

٢-٢) كذا، و الظاهر: «تام»، كما في مصححه «ص».

٣-٣) المورد السابع من موارد القسم الثالث.

٤-٤) الروضه البهيّه ٣: ٢٦١.

٥-٥) هذا هو قسم آخر من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم في الصفحه ١١٨.

٦-٦) كذا، و حقّ العبارة بملاحظه المقسم أن يقال: «و هو ما يكون الجواز لعدم تحقّق السبب المانع عن النقل مثل ما كان إبقاؤها..» و قد استظهر ذلك مصحح «ش» أيضاً.

معرض لها للعتق؛ لعدم توريث الولد من أبيه؛ لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعاً؛ لفجور، أو ظاهراً؛ باعتراف.

ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه.

ص: ١٥٢

اشاره

فإنّ الظاهر بل المقطوع به-:الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

و حكى عن الخلاف: إجماع الفرقه و أخبارهم على ذلك (١)، و قد حكى الإجماع عن غيره أيضاً (٢).

و عن المختلف في باب تزويج الأمه المرهونه أنّه أرسل عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «أنّ الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (٣).

و إنّما الكلام في أنّ بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله؟ أو يقع موقوفاً على الإجازة،

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟

ص: ١٥٣

-
- ١-١) الخلاف ٣:٢٥٣، كتاب الرهن، ذيل المسأله ٥٩، و حكاه عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٨٨.
 - ٢-٢) مفاتيح الشرائع ٣:١٣٩، و حكاه عنه المحقق التستري في المقابس: ١٨٨.
 - ٣-٣) المختلف ٥:٤٢١، و رواه في مستدرک الوسائل ١٣:٤٢٦ عن درر اللآلى.

فظاهر عبائر جماعه من القدماء و غيرهم (١)الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهايه (٢) و ابن حمزه في الوسيله (٣) و جمهور المتأخرين (٤) عدا شاذ منهم (٥) هو كونه موقوفاً، و هو الأقوى؛ للعمومات السليمه عن المخصّص؛ لأنّ معقد الإجماع و الأخبار الظاهره في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به عطف «المرتهن» على «الراهن» (٦)، مع ما ثبت في محلّه من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً.

و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهى موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه (٧).

هذا كلّه، مضافاً إلى ما يستفاد من صحّحه نكاح العبد بالإجازة؛ معللاً بـ «أنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده» (٨)؛ إذ المستفاد منه: أنّ كلّ

ص: ١٥٤

١-١ قال المحقّق التستري في المقابس: ١٨٨: و هو الذى يقتضيه كلام الشيخ في الخلاف و ابن إدريس كما ذكر، و كذا كلام ابن زهره، إلى أن قال: و كذا أبو الصلاح.. و كذا الديلمى.. و كذا المفيد.

٢-٢ النهايه: ٤٣٣.

٣-٣ لم نعثر على الإجازة في الوسيله. نعم، فيه: «فإن أذن المرتهن له في التصرف صحّ»، راجع الوسيله: ٢٦٦.

٤-٤ منهم المحقّق في الشرائع ٢: ٨٢، و الحلّى في الجامع للشرائع: ٢٨٨، و العلّامة في القواعد ١: ١٦ و التحرير ١: ٢٠٧ و غيرهما من كتبه، و الشهيدان في اللمعه: ١٤٠ و المسالك ٤: ٤٧، و راجع مقابس الأنوار: ١٨٩ و مفتاح الكرامه ٥: ١١٦.

٥-٥ مثل الحلّى في السرائر ٢: ٤١٧.

٦-٦ كما في النبوى المرسل المتقدم عن المختلف آنفاً.

٧-٧ تقدّمت الإشارة إلى مواضع كلامهم آنفاً.

٨-٨ الوسائل ٥٢٣: ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١ و ٢.

عقد كان النهى عنه لحقّ الأدمى يرتفع (١) المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا، و ليس ذلك كمعصية الله أصاله (٢) فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها (٣) رضا الله تعالى.

هذا كله، مضافاً إلى فحوى أدلّه صحّحه الفضولى.

لكن الظاهر من التذكرة: أنّ كلّ من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا (٤)، و فيه نظر؛ لأنّ من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا بيع إلّا فى ملك» (٥) لا يلزمه البطلان هنا، بل الأظهر ما سيجىء عن إيضاح النافع: من أنّ الظاهر و قوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولى (٦).

و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه (٧) من القول بالبطلان، متمسكاً بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكيه على المنع و النهى، قال: و هو موجب للبطلان و إن كان لحقّ الغير؛ إذ العبره بتعلّق النهى بالعقد (٨)

ص: ١٥٥

١-١ فى غير «ش»: فى ترفع.

٢-٢ لم ترد «أصاله» فى «ف».

٣-٣ فى «ف»: يلحقه.

٤-٤ التذكرة ١: ٤٦٥، و فيه: و من أبطل بيع الفضولى لزم الإبطال هنا.

٥-٥ راجع عوالى اللآلى ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦، و المستدرک ١٣: ٢٣٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع، الحديث ٣ و ٤.

٦-٦ إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، و انظر الصفحه ١٩٠.

٧-٧ هو المحقّق التستري فى مقابس الأنوار.

٨-٨ كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و فاقاً للمصدر، و فى سائر النسخ: إذ العبره بالنهى عن العقد.

لا- لأمرٍ خارجٍ عنه، وهو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أمّ الولد و غيرهما، مع استواء الجميع (1) في كون سبب النهي حقّ الغير.

ثمّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الرهن و المرتهن في المنع (2) كما دلّت عليه الرواية (3) فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعاً بمال الغير فهو محرّم، و لا تحلّله الإجازة المتعقّبه. و إن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال (4) لا- على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنّه كذلك كما سبق في الفضولي و إلّا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، و قد لا يكون كذلك.

و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الرهن و غضب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه. و إن كان بقصد النيابة عن الرهن في مجرّد

ص: ١٥٦

١- ١) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: استوائهما.

٢- ٢) منهم المفيد في المقنعه: ٦٢٢، و الديلمى في المراسم: ١٩٢، و العلّامة في الإرشاد ١: ٣٩٣، و غيرهم، و راجع الوسائل ١٣: ١٢٣ و ١٢٤، الباب ٤ و ٧ من أبواب الرهن و غيرهما من الأبواب.

٣- ٣) في المصدر: الروايات.

٤- ٤) في «ص» و هامش «ن» زياده: في الأمر.

إجراء الصيغه، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به نهى أصلاً.

و أمّا المالك، فليّما حُجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلّا مستنداً إلى ملكه لانحصار (١) المالكه فيه و لا معنى لقصده النيابة، فهو منهى عنه؛ لكونه تصرّفاً مطلقاً و منافياً للحجر الثابت عليه، فيخصّص العمومات بما ذكر. و مجرد الملك لا يقضى بالصّحّه؛ إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه؛ و لذا (٢) لم يصحّ البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصاً؛ للمنع عن التصرف.

ثمّ قال: و بالجملة، فالذى يظهر بالتتبع فى الأدلّه (٣): أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته، و أمّا إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه و كان تصرّفه على وجه الأصالة فلا- تقع على وجهين، بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك (٤) العقد على اللزوم. و أمّا التعليل المستفاد من الروايه المرويّه فى النكاح من قوله: «لم يعص الله و إنّما عصى سيّده.. إلى آخره» (٥)، فهو جارٍ فى من لم يكن مالكاً كما أنّ العبد لا يملك أمر

ص: ١٥٧

-
- ١- ١) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ و نسخه بدل «ص»: و انحصار.
 - ٢- ٢) العبارة فى «ص» و المصدر هكذا: إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق: أنّ المراد بالملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه، و لذلك..
 - ٣- ٣) فى «ص» و المصدر: من تتبّع الأدلّه.
 - ٤- ٤) ذلك من «ص» و المصدر و مصحّحه «ن».
 - ٥- ٥) الوسائل ٥٢٣: ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العيب و الإماء الحديث ١ و ٢.

نفسه، و أمّا المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله بتصرفه. ولا يقال: إنّه عصى المرتهن؛ لعدم كونه مالكاً، وإنّما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، و ما ذكرناه جارٍ في كلّ مالكٍ متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجر على ماله لعارضٍ كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع. و ربما يتّجه الصّحّ فيما إذا كان الغرض من الحُجر رعايه مصلحه كالشفعه (١)؛ فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة، و منع اقتضاء مطلق النهي، لا لأمرٍ خارجٍ، للفساد:-

أولاً: أنّ نظير ذلك يتصوّر في بيع الراهن؛ فإنّه قد يبيع رجاءً لإجازته المرتهن و لا ينوى الاستقلال، و قد يبيع (٣) جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، و لا حرمة في شيءٍ من ذلك (٤).

و ثانياً: أنّ المتيقّن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارته معقد الإجماع و الأخبار،

ص: ١٥٨

١- ١) في «ص» هنا زيادة استدرکها المصحح من المصدر، و هي: «و قد تقدّم الكلام فيه. و بالجمله، فالقول بتأثير الإجازة على نحو ما بنى عليه جماعه من المتأخّرين، إبطال القواعد المعلومه من الشرع و الأحكام المقرّره فيه ضروره».

٢- ٢) مقابس الأنوار: ١٩٠.

٣- ٣) في «ع» و «خ» زياده: استقلالاً.

٤- ٤) في «ن» زياده: فتأمل.

أعنى قولهم: «الراهن والمرتهن ممنوعان»، و معلوم أنّ المنع في المرتهن إنّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعه صاحبه في ذلك. و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، و مع عدمه يرجع إلى العمومات.

و أمّا ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كلّ منهما لحقّ الغير، فإنّ منع الله جلّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النهي عنه لحقّ 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: أنّ الحكم فيهما تعبديّ و لذا لا يؤثّر الإذن السابق في صحّحه البيع، فقياس الرهن عليه في غير محلّه.

و بالجملة، فالمستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار: أنّ المنع من معامله إذا كان لحقّ الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأساً، بل إنّما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعه ذي الحقّ. و يندرج في ذلك:

الفضولي و عقد الراهن، و المفلس، و المريض، و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، و للأمه على الحرّه و غير ذلك، فإنّ النهي في جميع ذلك إنّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر [\(1\)](#) المقصود من العقد

ص: ١٥٩

عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلتيه رضا غير المتعاقدين.

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا؛ بناءً على ما سيجيء:

من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفه؛ حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهناً للبائع.

و بعبارة أخرى: الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد، أعنى: ما قبل الإجازة؛ و هذا نظير ما تقدم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع (١).

و يدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع، و إنما لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً؛ لأن فرض كون المجيز مالاً للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك (٢) واحد قبل الإجازة.

و أمّا ما يلزم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» فلا- يلزم في مسأله إجازة المرتهن، نعم يلزم في مسأله افتكاك الرهن، و سيجيء التنبيه عليه، إن شاء الله تعالى (٣).

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفه أو ناقله، هو الكلام في مسأله الفضولي،

و محصله: أن مقتضى القاعده النقل، إلا أن

ص: ١٦٠

١-١) راجع المكاسب ٣:٤٤١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: بملك.

٣-٣) انظر الصفحة ١٦٢ ١٦٤.

الظاهر من بعض الأخبار (١) هو الكشف، والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى؛ لأنَّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهى هنا من قبيل رفع المانع؛ ومن أجل ذلك جَوَّزوا عتق الراهن هنا مع تعقُّب إجازة المرتهن (٢)، مع أنَّ الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقِّق الثانى فى كتاب الرهن، فى مسأله عفو الراهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون (٣) منافية لتمسِّكهم فى العتق بعمومات العتق؛ مع أنَّ العلامة قدس سره فى تلك المسأله قد جَوَّز العفو مراعى بفكِّ الرهن (٤).

هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و إجازته. أما إذا أسقط حقَّ الرهن، ففى كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين.

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثمَّ إنَّه لا إشكال فى أنَّه لا ينفع الردُّ بعد الإجازة، وهو واضح.

و هل ينفع الإجازة بعد الردِّ؟ وجهان:

ص: ١٦١

١- ١) مثل صحيحه محمد بن قيس المرويه فى الوسائل ١٤:٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث الأوَّل، و ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأوَّل، و غيرهما من الأخبار المشار إليها فى مبحث الإجازة، راجع مبحث بيع الفضولى فى الجزء ٣:٣٩٩.

٢- ٢) كما فى النهايه: ٤٣٣، و الشرائع ٢:٨٢، و الجامع للشرائع: ٨٨، و انظر مفتاح الكرامه ٥:١١٦.

٣- ٣) جامع المقاصد ٥:١٤٦.

٤- ٤) القواعد ١:١٦٥.

من أن الردّ في معنى عدم رفع اليد عن حقهّ فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردّ بيع الفضولي، لأنّ المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين، وقد تقرّر أنّ ردّ أحد العاقدين مبطلٌ لإنشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا؛ فإنّ المرتهن أجنبيٌّ له حقٌّ في العين.

و من أنّ الإيجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالك و المرتهن، فرضاً كلّ منهما جزءٌ مقوّمٌ للإيجاب المؤثر، فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطلٌ للعقد بالتقريب المتقدّم، كذلك ردّ المرتهن؛ وهذا هو الأظهر من قواعدهم.

[فك الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة]

ثمّ إنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة؛ لسقوط حقّ المرتهن بذلك، كما صرّح به في التذكرة (١). و حكى عن فخر الإسلام (٢) والشهيد في الحواشي (٣)، وهو الظاهر من المحقّق و الشهيد الثانيين (٤).

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفكّ كما احتمله في القواعد (٥) بل بمطلق (٦) السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما؛ نظراً إلى أنّ

ص: ١٦٢

١-١) التذكرة ١:٤٦٥، و ٢:٥٠.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢:١٩.

٣-٣) لا يوجد لدينا، و حكى عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:١١٨.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ٥:٧٥، و لم نعثر في كلام الشهيد الثاني عليّ ما يدلّ عليه، نعم قال بلزوم العتق من طرف الراهن بفكّ الرهن في الروضه البهيّه (٤:٨٤).

٥-٥) راجع القواعد ١:١٦٠، و فيه: فلو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود نظر.

٦-٦) في غير «ف»: مطلق.

الراهن تصرّف فيما فيه حقّ المرتهن، و سقوطه بعد ذلك لا يؤثّر في تصحيحه.

و الفرق بين الإجازة و الفك:

أنّ مقتضى ثبوت الحقّ له (١) هو صحّحه إمضائه للبيع الواقع في زمان حقّه، و إن لزم من الإجازة سقوط حقّه، فيسقط حقّه بلزوم البيع. و بالجملة، فالإجازة تصرّف من المرتهن في الرهن حال وجود حقّه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقّه، نظير إجازة المالك. بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء؛ فإنّه ليس فيه دلالة على مضيّ العقد حال وقوعه، فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثمّ تملكهما، و قد تقدّم الإشكال فيه عن جماعه (٢). مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود (٣)؛ بناءً على أنّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاصّ. و ليس ذلك محلّ التمسك بالعام؛ إذ ليس في اللفظ عموم زمانى حتى يقال: إنّ المتيقّن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العامّ.

و يؤيد ما ذكرناه بل يدلّ عليه:- ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحّحه نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح (٤).

ص: ١٦٣

١- ١) لم ترد «له» في «ف».

٢- ٢) راجع المسألة الثالثة من بحث الفضولى المتقدّم في الجزء ٣: ٣٧٦.

٣- ٣) المائدة: ١.

٤- ٤) الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٣.

هذا، ولكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور، من جهة أنّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلماً لمزاحمه حقّ المرتهن المتقدّم على حقّ المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصورٍ في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

و مرجع ما ذكرنا إلى أنّ أدلّه سببّه البيع المستفاده من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و«الناس مسلطون على أموالهم» (1) و نحو ذلك، عامّه، و خروج زمان الرهن يعلم أنّه من جهة مزاحمه حقّ المرتهن الذى هو أسبق، فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب. و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

و أمّا قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببّه نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمه حقّ السيد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاه بين كونه عبداً و كونه زوجاً؛ و لأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثمّ انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرّف.

[هل سقوط حق الرهانه كاشف أو ناقل]

هذا، و لكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حقّ الرهانه بالفكّ أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً و مؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف

ص: ١٦٤

(١-١) عوالى اللآلى ٢٢٢:١، الحديث ٩٩، و ٢٠٨:٣، الحديث ٤٩.

بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا (١): من أن مقتضى مفهوم (٢) الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنه لا- يسع القائل بصحته إلما التزم تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا- من حين العقد، وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما كان (٣) يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد.

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف]

هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف.

وقد تقدّم عن القواعد في مسأله عفو الراهن عن الجاني على المرهون:- أن الفكّ يكشف عن صحته (٤).

ويدلّ على الكشف أيضاً ما استدّلوا به على الكشف في الفضولي:

من أن العقد سبب تام.. إلى آخر ما ذكره في الروضه (٥) وجامع المقاصد (٦).

ثم إن لازم الكشف كما عرفت في مسأله الفضولي (٧) لزوم العقد

ص: ١٦٥

-
- ١-١) منهم السيد الطباطبائي في الرياض ١:٥١٣، والمحقق القمي في جامع الشتات ٢:٢٧٩، وغنائم الأيام: ٥٤٢.
 - ٢-٢) في «ف»: عموم.
 - ٣-٣) لم ترد «كان» في «ش».
 - ٤-٤) راجع القواعد ١:١٦٥، وتقدّم في الصفحه ١٦١.
 - ٥-٥) الروضه البهيه ٣:٢٢٩.
 - ٦-٦) جامع المقاصد ٤:٧٤ ٧٥.
 - ٧-٧) راجع المكاسب ٣:٤١١ ٣:٤٢٠.

قبل إجازته المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل (١) فلا يجوز له فسخه، بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فى البيع.

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكه من مالٍ آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلاً بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير منافٍ للوفاء بالبيع.

و يمكن أن يقال: إنه إنما (٢) يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؛ و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك.

و كيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه؛ لحق المرتهن؛ لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن؛ لتقدم حق المرتهن؛ أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مالٍ آخر؛ جمعاً بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع؛ وجهان. و مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن.

ص: ١٦٦

١ - ١) كلمه «الأصيل» من «ش» و مصححه «ن».

٢ - ٢) لم ترد «إنما» فى «ف».

مسأله إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كلاً أو بعضه،

فالأقوى صحه بيعه، وفاقاً للمحكى عن العلامة (١) والشهيد (٢) والمحقق الثانى (٣) وغيرهم (٤)، بل فى شرح الصيمرى: أنه المشهور (٥)؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عمّن عدا الشيخ (٦) فى الخلاف كما سيجىء (٧).

و تعلق حقّ المجنّى عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابليته

ص: ١٦٧

-
- ١-١) التذكرة ١:٤٦٥، والقواعد ١:١٢٦.
 - ٢-٢) الدروس ٣:٢٠٠، واللمعة الدمشقيه: ١١٢.
 - ٣-٣) جامع المقاصد ٤:٩٩.
 - ٤-٤) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٧١، وصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٨٣ ٣٨٤.
 - ٥-٥) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٠.
 - ٦-٦) فى «ف»: عن غير الشيخ.
 - ٧-٧) يجىء فى الصفحه ١٦٩ ١٧٠.

الانتفاع به. و مجرد إمكان مطالبه أولياء المجننى عليه له فى كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته.

و على تقدير تسليمه، فلا- ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق، فإن افتكك لزم، و إلا بطل البيع من أصله.

و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري فى غير زمن الخيار؛ لوقوعه فى ملكه، غايه الأمر أن كون المبيع عرضه لذلك عيب (١) يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع (٢) الأرمذ إذا عمى، و المريض إذا مات بمرضه.

و يردّه: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا- يقبل أن يقع لازماً؛ لأدائه إلى سقوط حق الغير، فلا بدّ إما أن يبطل و إما أن يقع مراعىً، و قد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله و مدخليه الغير فيه: وقوع بيعه مراعىً، لا باطلاً.

و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت، و الأرمذ الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد؛ فإنّ الخوف فى المثالين لا يوجب نقصاناً فى سلطنه المالك مانعاً عن (٣) نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حق الغير. اللهم إلا أن يقال (٤): إنّ

ص: ١٦٨

١-١) لم ترد «عيب» فى «خ»، «م» و «ع».

٢-٢) كذا فى النسخ، و كتب فوقه فى «خ»: «كبيع خ»، و هذا هو الأنسب.

٣-٣) فى «ف» و «خ»: من.

٤-٤) لم ترد «أن يقال» فى غير «ف» و «ش»، لكن استدركت فى «ن» و «ص».

تعلق حق المجنى عليه لا- يمنع من نفوذ تملكه منجزاً؛ لأنّ للبائع سلطنه مطلقه عليه (١)، وكذا للمشتري؛ ولذا يجوز (٢) التصرف لهما فيه (٣) من دون مراجعته ذي الحق، غايه الأمر أنّ له التسلّط على إزاله ملكهما (٤) ورفعه بالإتلاف أو التملك، وهذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن (٥) المانع من تصرف الغير و حق المجنى عليه الغير المانع فعلاً، غايه الأمر أنّه رافع (٦) شأنًا.

و كيف كان، فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف البطلان، فإنّه قال فيما حكى عنه: إذا كان لرجل عبداً، فجنى (٧)، فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه، فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا- يصحّ البيع، وإن كانت جنايته توجب الأرش صحّ إذا التزم مولاه الأرش. ثمّ استدللّ بأنّه إذا وجب عليه القود فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه قد باع منه ما لا يملكه،

ص: ١٦٩

١-١ فى «ف»: سلطنه متعلّقه به.

٢-٢ فى غير «ف» و «ش»: «لا يجوز»، و شطب فى «ن»، «خ» و «ص» على كلمه «لا».

٣-٣ لم ترد «فيه» فى «ف» و «ش».

٤-٤ كذا فى «ص» و محتمل «ف»، و فى «ش»: «ملكه»، و فى سائر النسخ: «ملكها»، لكن صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

٥-٥ فى غير «ش»: «الراهن»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٦-٦ فى مصحّحه «ص»: مانع.

٧-٧ كذا فى المصدر، و فى «ش» و مصحّحه «ن»: «جان»، و فى «ص»: «فجنى عليه»، و فى سائر النسخ: «مجنى عليه».

فإنه حق للمجنى عليه. و أما إذا وجب عليه الأرش صح؛ لأن رقبته سليمة، و الجنايه أرشها فقد التزمه السيد، فلا وجه يفسد البيع (١)، انتهى.

و قد حكى عن المختلف: أنه حكى عنه (٢) في كتاب الظهار:

التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمداً، حيث قال: إذا كان عبداً قد جنى جنايه فإنه لا يجزئ عتقه عن الكفاره، و إن كان خطأً جاز ذلك. و استدلل بإجماع الفرقه، فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، و إن كان خطأً فديه ما جناه على مولاه (٣)، انتهى.

و ربما يستظهر ذلك من عبارته الإسكافي المحكيه عنه فى الرهن، و هى: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن (٤) مثبتاً لملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبه بجنايته عن ملكه (٥)، انتهى.

و ربما يستظهر البطلان من عبارته الشرائع أيضاً فى كتاب القصاص، حيث قال: إنه (٦) إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاه صح، و لم يسقط القود، و لو قيل: لا يصح لنا يبطل حقّ الولى (٧) من

ص: ١٧٠

١-١) الخلاف ١١٧: ١١٨ ٣، كتاب البيوع، المسأله ١٩٨.

٢-٢) أى: عن الشيخ.

٣-٣) المختلف ٧: ٤٤٣، و راجع الخلاف ٤: ٥٤٦، كتاب الظهار، المسأله ٣٣.

٤-٤) كذا فى المصدر و نسخه بدل «ن» و «ش»، و فى سائر النسخ: الرهن.

٥-٥) المختلف ٥: ٤٢٢.

٦-٦) لم ترد «إنه» فى «ش» و المصدر.

٧-٧) كذا فى «ف»، «ن» و «ش»، و فى سائر النسخ: المولى.

الاسترقاق، كان حسناً. و كذا بيعه وهبته (١)، انتهى.

لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق؛ لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق.

و كيف كان، فالظاهر من عبارته الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك، و هو ممنوع؛ لأصالة بقاء ملكه، و لظهور (٢) لفظ «الاسترقاق» فى بعض الأخبار (٣) فى بقاء الملك. نعم، فى بعض الأخبار ما يدل على الخلاف (٤).

و يمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه؛ فإنه ينتقل إلى المجنى عليه، و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبيئاً على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق الغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما فى الرهن.

ص: ١٧١

١-١) الشرائع ٢٠٩:٤.

٢-٢) فى غير «ف»: و ظهور.

٣-٣) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب قصاص النفس.

٤-٤) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب قصاص النفس.

مسأله إذا جنى العبد خطأ صحَّ بيعه على المشهور،

بل فى شرح الصيمرى: أنه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجنايه خطأً أو شبه عمد، و يضمّن المولى أقلّ الأمرين من قيمته و ديه الجنايه، و لو امتنع كان للمجنّى عليه أو لولّيه انتزاعه، فيبطل البيع. و كذا لو كان المولى معسراً، فللمشترى الفسخ مع الجهاله لتزلزل ملكه ما لم يفده (١) المولى (٢)، انتهى.

و ظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد، إلا أنّ المحكّي عن السرائر (٣) و الخلاف (٤): أنه لا يجوز إلا إذا فداه (٥) المولى أو

ص: ١٧٢

١-١ فى «م»، «ع»، «ص» و «ش»: لم يفد به.

٢-٢ غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٠.

٣-٣ السرائر ٣:٣٥٨، و حكى ذلك عنه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٨٣.

٤-٤ حكاه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٨٣، و قال: إنّه مفهوم من كلامه فى الرهن، و راجع الخلاف ٣:٢٣٥، كتاب الرهن المسأله ٢٨.

٥-٥ كذا فى «ف» و مصدّحه «ن»، و فى سائر النسخ: أفداه.

الترم بالفداء، لا أنه (١) إذا باع ضمن.

و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع؛ لكونه ملكاً لمولاه، و تعلق حقّ الغير لا يمنع عن ذلك؛ لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً فضلاً عن تعلق حقّ الغير. و لعلّ ما عن الخلاف و السرائر مبنيّ على أصلهما من بطلان الفضولي و ما أشبهه من كلّ بيع يلزم من لزومه بطلان حقّ الغير، كما يومئ إليه استدلال الحلّي على بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه: بأنّه قد تعلق (٢) برقبه العبد الجاني فلا يجوز إبطاله (٣). و مرجع هذا المذهب إلى أنّه لا واسطه بين لزوم البيع و بطلانه، فإذا صحّ البيع أبطل حقّ الغير.

و قد تقدّم غير مرّه: أنّه لا مانع من وقوع البيع مراعيّ بإجازه ذى الحقّ أو سقوط حقّه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الديه أو أقلّ الأمرين على الخلاف وقع مراعيّ، فإنّ فداه المولى أو رضى المجنّي عليه بضمانه فذاك، و إلّا انتزعه المجنّي عليه من المشتري، و على هذا فلا يكون البيع موجباً لضمان البائع حقّ المجنّي عليه.

قال في كتاب الرهن من القواعد: و لا- يجبر السيّد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنّي عليه، فإن استوعب الجنايه قيمه بطل الرهن، و إلّا ففي المقابل (٤)، انتهى.

ص: ١٧٣

١- ١) في «ش»: إلّا أنّه.

٢- ٢) في «ص»: زياده: حقّ الغير.

٣- ٣) السرائر ٣: ٣٥٨.

٤- ٤) القواعد ١: ١٥٩.

لكن ظاهر العلامه فى غير هذا المقام و غيره هو أنّ البيع بنفسه التزام بالفداء. و لعلّ وجهه: أنّه يجب على المولى حيث تعلّق بالعبد و هو مالاً من أمواله، و فى يده (١) حقّ يتخيّر المولى فى نقله عنه إلى ذمّته، أن يوفى حقّ المجنى عليه إمّا من العين أو من ذمّته، فيجب عليه: إمّا تخلص العبد من المشتري بفسخ أو غيره، و إمّا أن يفديه من ماله، فإذا امتنع المشتري من ردّه و المفروض عدم سلطنه البائع على أخذه قهراً؛ للزوم الوفاء بالعقد و جبّ عليه دفع الفداء.

و يرد عليه: أنّ فداء العبد غير لازم قبل البيع، و يبعه ليس إتلافاً له حتّى يتعيّن عليه الفداء، و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلّا رفع يده، لا رفع يد الغير، بل هذا أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذى تقدّم فى آخر مسألته الخدشه (٢) فى وجوب الفكّ على الراهن بعد بيعه؛ لتعلّق الدين هناك بالذمّه و تعلّق الحقّ هنا بالعين، فتأمل.

ثمّ إنّ المصرّح به فى التذكرة (٣) و المحكّي عن غيرها (٤): أنّ للمشتري فكّ العبد، و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

ص: ١٧٤

١-١) لم ترد «و فى يده» فى «ف».

٢-٢) فى «ف»: «الخلاف»، و راجع الصفحه ١٦٦.

٣-٣) التذكرة ١: ٤٦٥، ٤٦٦.

٤-٤) حكاة المحقّق التستري فى المقابس: ١٨٦ عن التحرير، و راجع التحرير ١: ١٦٥.

اشاره

فإنّ الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد (١)، وفي التذكرة: أنّه إجماع (٢). وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء (٣). وفي الغنيه: أنّه إنّما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً ممّا لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء و الطير في الهواء، فإنّ ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف (٤).

و استدللّ في التذكرة على ذلك بأنّه: «نهى النبيّ صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر» (٥)،

ص: ١٧٥

١-١) جامع المقاصد ١٠١:٤.

٢-٢) التذكرة ٤٦٦:١.

٣-٣) المبسوط ١٥٧:٢.

٤-٤) الغنيه: ٢١١.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

و هذا غرراً (١)، و النهى هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح (٢)، و اشتهاه الخبر بين الخاصه و العامه يجبر إرساله.

أمّا كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء (٣) و أهل اللغه (٤)، حيث مثّلوا للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء؛ مع أنّ معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغه صادق عليه، و المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» (٥).

[معنى الغرر لغه]

و في الصحاح: الغرّه: الغفله، و الغاز: الغافل، و أغرّه، أي: أتاه على غرّه منه، و اغترّ بالشىء، أي: خدع به (٦)، و الغرر: الخطر، و نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر؛ و هو مثل بيع السمك في الماء

ص: ١٧٦

١-١) التذكرة ١: ٤٦٦.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٠.

٣-٣) راجع الوسيله: ٢٤٥، ٢٤٦، و السرائر ٢: ٣٢٣، ٣٢٤، و الجامع للشرائع: ٢٥٥، و التذكرة ١: ٤٨٥، و غيرها.

٤-٤) كما في الصحاح ٢: ٧٦٨، مادّه «غرر»، و مجمع البحرين ٣: ٤٢٣، مادّه «غرر» أيضاً.

٥-٥) لم نعثر عليه في كتب الأصول و الفروع، نعم نقله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٨٧، بلفظ: و روى ابن أبي المكارم الفقهى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّ الغرر عمل ما لا يؤمن معه الضرر».

٦-٦) في «ف»: «أغرّه بالشىء، أي: خدعه به».

و الطير فى الهواء إلى أن قال: و التغيرير: حمل النفس على الغرر (١)، انتهى.

و عن القاموس ما ملخصه: غرّه غرّاً و غروراً و غرّة بالكسر-، فهو مغرورٌ و غريرٌ كأمير (٢)-: خدعه و أطمعه فى الباطل (٣) إلى أن قال:

غرّر بنفسه تغيريراً و تغرّة، أى: عرّضها للهلكه، و الإسم العرّر محرّكه إلى أن قال: و الغازر: الغافل، و اغترّر: غفل، و الإسم العرّه بالكسر (٤)، انتهى.

و عن النهايه بعد تفسير العرّه بالكسر بالغفله: أنه نهى عن بيع العرر، و هو ما كان له ظاهرٌ يغرّ المشتري، و باطنٌ مجهول. و قال الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهدٍ و لا ثقّه، و يدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول، و قد تكرر فى الحديث، و منه حديث مطرف: «إنّ لى نفساً واحده، و إننى لأكره أن اغرّر بها»، أى أحملها على غير ثقّه، و به سمى الشيطان غروراً؛ لأنه يحمل الإنسان على محابّه، و وراء ذلك ما يسوؤه (٥)، انتهى.

و قد حكى أيضاً عن الأساس (٦) و المصباح (٧) و المغرب (٨) و المجمل (٩)

ص: ١٧٧

١- ١) الصحاح ٧٦٨: ٢، ٧٦٩، مادّه «غرر»، و فيه: و اغترّه: أى أتاه.

٢- ٢) كلمه «كأمير» من «ش» و المصدر.

٣- ٣) فى «ص» و المصدر: بالباطل.

٤- ٤) القاموس المحيط ١٠٠: ٢، ١٠١، مادّه «غرّه».

٥- ٥) النهايه (لابن الأثير) ٣٥٥: ٣، ٣٥٦، مادّه «غرر».

٦- ٦) أساس البلاغه: ٣٢٢، مادّه «غرر».

٧- ٧) المصباح المنير: ٤٤٥، مادّه «الغرّه».

٨- ٨) المغرب: ٣٣٨.

٩- ٩) مجمل اللغة (لابن فارس): ٥٣٢، مادّه «غرر».

والمجمع (١) تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له في الثلاثة الأخيره ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

و في التذكرة: أنّ أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين (٢)، و مراده من التفسير التوضيح بالمثل، و ليس في المحكي عن النهايه منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

و بالجمله، فالكل متفقون على أخذ «الجهالة» في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كمّاً و كيفاً (٣).

و ربما يقال (٤): إنّ المنساق من الغرر المنهى عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه؛ ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان في بحرٍ و نحوه، بل هو أوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و الحاصل: أنّ من الواضح عدم لزوم المخاطره في مبيع مجهول الحال بالنسبه إلى التسلم و عدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر.

و فيه: أنّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم

ص: ١٧٨

١- ١) لم نعثر فيه على التصريح به، نعم فيه ما يفيد ذلك، انظر مجمع البحرين ٣: ٤٢٣، مادّه «غرر»، و حكاه عنه و عمّا تقدّم صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٣٨٦.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٦٦، و فيه: و فسّر بأنه بيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

٣- ٣) في «ش»: أو كيفاً.

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٨٨.

من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا- وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين. و احتمال إرادتهم ذكر المثالين لجهاله صفات المبيع لا- الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات.

[الاستدلال الفريقين بالنبوي المذكور على شرطيه القدره]

اشاره

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامه و الخاصه بالنبوي المذكور على اعتبار القدره على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: و مما انفردت به الإماميه القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمه، و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري (١)، و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى أنه لا- يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال: و يعول مخالفتنا في منع بيعه على أنه بيع غرر، و أنّ نبينا صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر إلى أن قال:

و هذا ليس بصحيح؛ لأنّ هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً؛ انضمام (٢) غيره إليه (٣)، انتهى.

و هو صريح في استدلال جميع العامه بالنبوي على اشتراط القدره على التسليم. و الظاهر اتفاق أصحابنا أيضاً على الاستدلال به له (٤)، كما يظهر للمتتبع، و سيجيء في عباره الشهيد التصريح به.

و كيف كان، فالدعوى المذكوره مما لا يساعدها اللغه و لا العرف

ص: ١٧٩

١-١) عباره «و لا يشتري إلى المشتري» من «ش» و المصدر.

٢-٢) كذا في «ش» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ و المصدر: لانضمام.

٣-٣) الانتصار: ٢٠٩.

٤-٤) له «من «خ»، و استدركت في «ن»، «م» و «ع» أيضاً.

[كلام الشهيد في القواعد في تفسير الغرر]

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد قدّس سرّه، حيث قال:

الغرر [لغّه (١)] ما كان له ظاهرٌ محبوبٌ و باطنٌ مكروه، قاله بعضهم، و منه قوله تعالى **مَتَاعُ الْغُرُورِ (٢)**، و شرعاً هو جهل الحصول. و أمّا المجهول المعلوم الحصول (٣) و مجهول الصفه فليس غرراً. و بينهما عمومٌ و خصوصٌ من وجه، لوجود العَرَر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفه من قبل أو وُصِف (٤) الآن، و وجود الجهل بدون العَرَر في المكييل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر. و قد يتوغّل في الجهاله، كحجرٍ لا يُدرى أ ذهبٌ، أم فضّه، أم نحاسٌ، أم صخرٌ، و يوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفه. و يتعلّق العَرَر و الجهل تارةً بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود (٥)، و تارةً بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، و بالجنس كحَبٍّ لا يُدرى ما هو، و سلعه من سلعٍ مختلفه، و بالنوع كعبدٍ من عبيدٍ، و بالقَدَر ككييلٍ لا يعرف قَدْرُهُ و البيع إلى مبلغ السهم، و بالعين كثوبٍ من ثوبين مختلفين، و بالبقاء كبيع الثمره قبل بدوّ الصلاح

ص: ١٨٠

١- ١) ما بين المعقوفتين من المصدر، و استدركت في «ن» و «ص» أيضاً.

٢- ٢) آل عمران: ١٨٥، و الحديد: ٢٠.

٣- ٣) عبارته «و أمّا المجهول المعلوم الحصول» لم ترد في «ش»، و الموجود في المصدر بعد قوله: «و شرعاً هو جهل الحصول»، هكذا: «و أمّا المجهول، فمعلوم الحصول مجهول الصفه، و بينهما عموم و خصوص من وجه».

٤- ٤) في المصدر: أو بالوصف.

٥- ٥) لم ترد «الوجود» في «ف».

عند بعض الأصحاب. و لو اشترط أن يبدو الصلاح لا محاله كان غرراً عند الكلّ، كما لو شرط صيروره الزرع سنبلاً. و الغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين و هو ممتنع إجماعاً. و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلّته، كأسّ الجدار و قطن الجبّه، و هو معفو عنه إجماعاً، و نحوه اشتراط الحمل. و قد يكون (١) بينهما، و هو محلّ الخلاف، كالجزاف في مال الإجاره و المضاربه، و الثمره قبل بدوّ الصلاح، و الآبق بغير ضميمه (٢)، انتهى (٣).

[كلام الشهيد في شرح الإرشاد في تفسير الغرر]

و في بعض كلامه تأمّل، ككلامه الآخر في شرح الإرشاد، حيث ذكر في مسأله تعيّن الأثمان بالتعيين (٤) عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامّه:- تعيّنهما (٥) غرر، فيكون منهياً عنه. أمّا الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقّه فينسخ البيع. و أمّا الكبرى، فظاهره إلى أن قال: قلنا: نمنع الصغرى؛ لأنّ الغرر إجمال (٦) مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبيخ عليه، و ما ذكره (٧) لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم

ص: ١٨١

١-١) في «ش» و مصحّحه «ن» زياده: مرّداً.

٢-٢) كذا في المصدر، و في «ش»: «لغير ضميمه»، و في «ص»: «قبل الضميمه»، و في سائر النسخ: مع الضميمه.

٣-٣) القواعد و الفوائد ١٣٧: ٢، ١٣٨، القاعده ١٩٩.

٤-٤) في «ش» زياده: الشخصى.

٥-٥) في النسخ: «تعينها»، و ما أثبتناه من المصدر و مصحّحه «ن».

٦-٦) كذا في المصدر و «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: احتمال.

٧-٧) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و ما ذكره.

عليه (١)، انتهى.

[المناقشه فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد]

فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق أو الضالَّ المرجوَّ الحصول بثمنٍ قليل، لم يكن غرراً؛ لأنَّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المرذود بين ذهبٍ و نحاسٍ بقيمه النحاس؛ بناءً على المعروف من تحقُّق الغرر بالجهل بالصفه. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه؛ فإنَّ ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبَّخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً.

فالأولى: أنَّ هذا النهي من الشارع لسدِّ باب المخاطره المفضيه إلى التنازع في المعاملات، وليس منوطاً بالنهي من العقلاء ليخصَّ موردته بالسفهاء أو المتسفه.

ثمَّ إنَّه قد حكى عن الصدوق في معانى الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفه في الجاهليه كبيع المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه بكونها غرراً (٢)، مع أنَّه لا جهاله في بعضها كبيع المنابذه؛ بناءً على ما فسَّره به (٣) من أنَّه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، و بيع الحصاه بأن يقول: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع. ولعله كان على وجهٍ خاصٍّ يكون فيه خطر (٤)، والله العالم.

ص: ١٨٢

١- ١) غايه المراد: ٩٣.

٢- ٢) معانى الأخبار: ٢٧٨.

٣- ٣) في «ش»: فسَّر به.

٤- ٤) في «ف»: يكون خطراً.

و كيف كان، فلا إشكال في صحه التمسك لاعتبار قدره على التسليم بالنبوي المذكور، إلا أنه أخص من المدعى؛ لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر؛ لأن الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامه و لو ضعيفاً، لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم (١) لسفاهه و كون أكل الثمن في مقابله أكلاً للمال بالباطل، بل لا يعد مالاً عرفاً و إن كان ملكاً، فيصح عتقه، و يكون لمالكة لو فرض التمكّن منه، إلا أنه لا ينافي سلب صفه التمول عنه عرفاً؛ و لذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته إلى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخرى:

منها: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»

(٢)

بناءً على أن «كونه عنده» لا يراد به الحضور؛ لجواز بيع الغائب و السلف إجماعاً، فهي كناية، لا (٣) عن مجرد الملك؛ لأن المناسب حينئذٍ ذكر لفظه «اللام»، و لا - عن مجرد السلطنه عليه و القدره على تسليمه؛ لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه و العامه [به (٤)] على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالكة، خصوصاً إذا

ص: ١٨٣

١- (١) في مصححه «ن»: لزوم.

٢- (٢) سنن البيهقي ٣١٧، ٢٦٧: ٥ و ٣٣٩، و يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٢.

٣- (٣) كلمه «لا» من «ف» و «ش»، و استدركت في أكثر النسخ.

٤- (٤) الزيادة اقتضاها السياق.

كان وكيلاً عنه في بيعه و لو من نفسه؛ فإنَّ السلطنة و القدره على التسليم حاصله هنا، مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء.

فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامه الفعلية التي تتوقّف على الملك مع كونه تحت اليد حتّى كأنه عنده و إن كان غائباً.

و على أيّ حال، فلا بدّ من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلّته، أو بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

و كيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن.

و أمّا الإيراد عليه بدعوى: أنّ المراد به الإشاره إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنه، من بيع الشيء الغير المملوك ثمّ تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، و ليس في الأخبار المتضمّنه لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ غايه ما يدلّ عليه هذا النبويّ بل النبويّ الأوّل أيضاً: فساد البيع، بمعنى عدم كونه علّه تامّه لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقّق كونه عنده.

و لو أبيت إلّا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغويّه العقد رأساً المنافيه لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، و بين إخراج بيع الرهن، و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجاني عمداً و بيع المحجور لرقاً أو سفهٍ أو فلس، فإنّ البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم، و لا رجحان لهذه التخصيصات، فحيثنّ لا مانع عن التزام وقوع بيع كلّ ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكّن منه مراعى

بالتمكن منه في زمانٍ لا يفوت الانتفاع المعتدّ به.

وقد صرح الشهيد في اللمعه بجواز بيع الضالّ و المجهود من غير إباقٍ مراعيّ بإمكان التسليم (١)، و احتمله في التذكرة (٢).

لكنّ الإنصاف: أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتّفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت من الإيضاح (٣).

و منها: أنّ لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه،

فيجب أن يكون مقدوراً؛ لاستحاله التكليف بالمتنع (٤).

و يضعّف بأنّه إن أُريد أنّ لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً، منعنا الملازمه، و إن أُريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد.

وقد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثمّ يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط. و في الاعتراض و المعارضه نظر واضح، فافهم.

و منها: أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منهما بما يصير إليه،

و لا يتمّ إلّا بالتسليم.

و يضعّفه: منع توقّف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلّا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

ص: ١٨٥

١- (١) اللمعه الدمشقيه: ١١١.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٦.

٣- (٣) تقدّم في الصفحه ١٧٦.

٤- (٤) في «ش»: الممتنع.

و منها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفهٌ،

فيكون ممنوعاً و أكله أكلاً بالباطل.

و فيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض (١) سفهٌ، فافهم.

[هل قدره شرط أو العجز مانع]

إشاره

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطاً، كما هو كذلك في التكاليف، و قد أكد الشرطيّه في عبارته الغنيه المتقدّمه (٢)، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط. و مع ذلك كلّ

[المناقشه فيما استظهره صاحب الجواهر]

فقد استظهر بعض (٣) من تلك العبارة:

أن العجز مانع، لا أن القدره شرط. قال: و يظهر الثمره في موضع الشكّ، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ و الضالّه، و جعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

و فيه مع (٤) ما عرفت من أن صريح معاهد الإجماع، خصوصاً عبارته الغنيه المتأكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطيّه القدره: - أن العجز أمرٌ عدميٌّ؛ لأنّه عدم القدره عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثم لو سلّم صحّه إطلاق «المانع» عليه لا ثمره فيه، لا في صورته الشكّ الموضوعي أو الحكمي،

ص: ١٨٦

١-١) في «ف»: المعوّض.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ١٧٥.

٣-٣) استظهره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٨٥.

٤-٤) لم ترد «مع» في غير «ف»، إلّا أنّها استدركت في «ن» و «خ».

ولا- في غيرهما؛ فإننا إذا شككنا في تحقق القدره و العجز مع سبق القدره فالأصل بقاؤها، أو لا معه فالأصل عدمها أعنى العجز سواء جعل القدره شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا شككنا في أنّ الخارج عن عمومات الصّحّه هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة أو شككنا في أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر كما حكى (١) أم خصوص التعذّر، فاللازم التمسك بعمومات الصّحّه من غير فرق بين تسميه القدره شرطاً أو العجز مانعاً.

و الحاصل: أنّ التردّد بين شرطية الشيء و مانعيه مقابله إنّما يصحّ و يثمر في الضدّين مثل الفسق و العدالة، لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل. و أمّا اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ و الضالّه فليس لشكّ المالك في القدره و العجز، و مبيئاً على كون القدره شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من أدلّتهم على الصّحّه و الفساد بل لما سيجيء عند التعرّض لحكمها (٢).

[العبره بالقدره في زمان الاستحقاق]

ثمّ إنّ العبره في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم؛ كما لا- يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد. و يتفرّع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، و فيما لم (٣) يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنّه ينعق

ص: ١٨٧

١-١) لم نقف عليه.

٢-٢) يجيء في الصفحه ١٩٨.

٣-٣) في «ف» بدل «و فيما لم»: أو لم.

بمجرد الشراء و لا سبيل لأحدٍ عليه. و فيما إذا لم يستحقّ التسليم بمجرد العقد، إمّا لاشتراط تأخيره مدّه، و إمّا لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً؛ فإنّه لا يستحقّ التسليم إلّا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر قدره على التسليم قبلها. لكن يشكل على الكشف، من حيث أنّه لازمٌ من طرف الأصيل، فيتحقّق الغرر بالنسبه إليه إذا انتقل إليه ما لا (١) يقدر على تحصيله. نعم، هو حسنٌ في الفضولى من الطرفين.

و مثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه. بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم؛ لأنّ تأثير العقد قبل التسليم فى المجلس موقوف على تحقّقه فلا يلزم غررٌ. و لو تعذّر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذّر الشرط، و من المعلوم: أنّ تعذّر الشرط المتأخّر حال العقد غير قادح، بل لا يقدح العلم بتعذّره فيما بعده فى تأثير العقد إذا اتّفق حصوله، فإنّ الشروط المتأخّره لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل: أنّ تعذّر التسليم مانعٌ فى بيعٍ يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. و السرّ فيه: أنّ التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غررٌ من تعلقه بغير المقدور.

و بعباره اخرى: الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام الناقل (٢)، و لهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد قدره بعده، و المفروض أنّ المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض -

ص: ١٨٨

١- ١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: ما لم.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «خ» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ و نسخه بدل «خ»: النقل.

حاصلٌ في يد المشتري؛ فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل، وأولى منها بناءً على الكشف.

و كذلك الكلام في عقد الرهن، فإنَّ اشتراط القدره على التسليم فيه بناءً على اشتراط القبض إنّما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب (1) إحرازه حين الرهن و لا- العلم بتحقيقه بعده، فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، و سيجيء الكلام في باب الرهن.

اللهمّ إلهنا أن يقال: إنّ المنفَى في النبويّ (2) هو كلّ معاملة تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوضٍ مجهولٍ قبل القبض أو غير مقدورٍ، غرراً عرفاً؛ لأنَّ اشتراط القبض في نقل العوضين شرعيٌّ لا عرفيٌّ، فيصدق الغرر و الخطر عرفاً و إن لم يتحقّق شرعاً؛ إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر، لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً.

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهمّ إلهنا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر (3) المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر، فإنَّ العرف إذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، و هكذا.. فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظه الآثار الشرعيّة للمعاملة، فتأمل.

ص: ١٨٩

١- ١) في نسخه بدل «ف»: فلا يعتبر.

٢- ٢) المتقدّم في الصفحة ١٧٥.

٣- ٣) في «ف»: أمر.

ثم إنَّ الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلَّا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع:

إنَّ القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنَّها شرطٌ في أصل صحَّه البيع، فلو قدر على التسلم صحَّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتاع مع علمه بعدم تمكُّن البائع من (١) التسليم جاز و يتنقل إليه، ولا يرجع على البائع؛ لعدم القدره إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحَّ بيع المغصوب و نحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يُقبض عرفاً لم يصحَّ المعاوضه عليه بالبيع؛ لأنَّه في معنى أكل مالٍ بالباطل، و ربما احتمل إمكان المصالحه عليه. و من هنا يعلم: أنَّ قوله يعنى المحقق في النافع -: «لو باع الآبق منفرداً لم يصحَّ»، إنَّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكَّن منه عرفاً، و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم (٢)، انتهى.

و فيه: ما عرفت من الإجماع، و لزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري؛ لأنَّ الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلَّا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعه، فيبطل في موضع تحقُّقه، و هو عند جهل المشتري. و فيه ما فيه.

[القدره على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم]

ثم إنَّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين (٣) -: أنَّ القدره على التسليم ليست مقصوده بالاشتراط إلَّا بالتبع، و إنَّما المقصد الأصلي هو

ص: ١٩٠

١- ١) في «ف» بدل «من»: على.

٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٤.

٣- ٣) و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧٥.

التسليم، و من هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحه، كما عن الإسكافي (١) و العلامه (٢) و كاشف الرموز (٣) و الشهيد (٤) و المحقق الثاني (٥).

و عن ظاهر الانتصار: أن صحه بيع الآبق على من يقدر على تسلمه ممّا انفردت به الإماميه (٦)، و هو المتجه؛ لأنّ ظاهر معاهد الإجماع بضميمه التتبع في كلماتهم و في استدلالهم (٧) بالغرر و غيره مختصّ بغير ذلك.

و منه يعلم أيضاً: أنه (٨) لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صحّ (٩)؛ وفاقاً للفاضلين (١٠) و الشهيدين (١١) و المحقق

ص: ١٩١

١- (١) حكاه عنه العلامه في التحرير ١:١٦٥، و المختلف ٥:٢١٦.

٢- (٢) المختلف ٥:٢١٦.

٣- (٣) حكاه عنه السيد بحر العلوم الطبائى في المصاييح (مخطوط): ٩٧، و لكن لم نعر على المحكى عنه، انظر كشف الرموز ١:٤٥٣، و المسالك ٣:١٧٢، و الروضه البهيّه ٣:٢٥٠.

٤- (٤) اللعه الدمشقيه: ١١١، و الدروس ٣:٢٠٠.

٥- (٥) جامع المقاصد ٤:١٠٠ و ١٠٢.

٦- (٦) حكاه عن ظاهره السيد الطبائى في الرياض ١:٥١٩، و راجع الانتصار: ٢٠٩.

٧- (٧) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و استدلالاتهم.

٨- (٨) في «ف» بدل «أنه»: الجواز.

٩- (٩) لم ترد «صحّ» في «ف».

١٠- (١٠) الشرائع ٢:١٧، و القواعد ١:١٢٥، و التذكره ١:٤٦٦.

١١- (١١) اللعه الدمشقيه: ١١١، و الدروس ٣:١٩٩، و الروضه البهيّه ٣:٢٤٩، و المسالك ٣:١٧٣.

الثانى (١) و غيرهم (٢).

نعم، عن نهايه الاحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم، و أنّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقلٌ باعث (٣).

و فيه: أنّ العاده باعته كالعقل، مع أنّ الكلام على تقدير الوثوق.

و لو لم يقدر (٤) على التحصيل و تعذر عليهما إلّا بعد مدّه مقدّره عادةً و كانت ممّا لا يتسامح فيه كسنه أو أزيد، ففى بطلان البيع؛ لظاهر الإجماعات المحكيه (٥)، و لثبوت الغرر، أو صحته؛ لأنّ ظاهر معقد الإجماع التعذر رأساً؛ و لذا حكم مدّعيه بالصحة هنا، و الغرر منقضى مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدّه، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدّه، و جهان، بل قولان، تردّد فيهما فى الشرائع، ثمّ قوى الصحه (٦)، و تبعه فى محكيّ التحرير (٧) و المسالك (٨) و الكفايه (٩) و غيرها (١٠).

ص: ١٩٢

-
- ١- ١) جامع المقاصد ٩٢:٤.
 - ٢- ٢) مثل المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده ١٧٤:٨، و السبزواري فى الكفايه: ٩٠، و الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٥٨:٣ و غيرهم.
 - ٣- ٣) نهايه الاحكام ٤٨١:٢.
 - ٤- ٤) فى «ف»، «م» و «ش»: لم يقدر.
 - ٥- ٥) تقدّمت فى صدر المسأله، الصفحه ١٧٥.
 - ٦- ٦) الشرائع ١٧:٢.
 - ٧- ٧) التحرير ١٦٥:١.
 - ٨- ٨) المسالك ١٧٤:٣.
 - ٩- ٩) كفايه الأحكام: ٩٠.
 - ١٠- ١٠) مثل الصيمرى فى غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١، و السيّد بحر العلوم فى المصابيح (مخطوط): ١٠٥، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٧١:٤.

نعم، للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعه الملك عليه مدّة.

و لو كان مدّة التعذّر غير مضبوطة عادةً كالعبد المُنفذ إلى [ال]-هند لحاجه (١) لا يعلم زمان قضائها ففي الصحّ إشكال: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلّقه المعتدّه بالأقراء؛ لجهاله وقت تسليم العين. و قد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع (٢).

ثم إن الشرط هي قدره المعلومه للمتبايعين؛

لأن الغرر لا يندفع بمجرد قدره الواقعيه.

و لو باع ما يعتقد التمكّن (٣) فتبين عجزه في زمان البيع و تجددّها بعد ذلك، صحّ، و لو لم يتجدّد بطل. و المعتمد هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظنّ و لا يعتبر اليقين.

[هل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]

ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا، لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد؛ فإنه لا عبره بقدرته كما لا عبره بعلمه.

و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه بحيث يعدّ الموكل أجنبيّا عن هذه المعامله. فلا إشكال في كفايه قدرته. و هل يكفي قدره الموكل؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك.

و ربّما قئد (٤) الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل (٥).

ص: ١٩٣

١-١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: لأجل حاجه.

٢-٢) راجع الصفحه ١٩٢، هذا و لم يذكر الوجه الثاني.

٣-٣) في «ن» زياده: منه، استدراكا.

٤-٤) قئده صاحب الجواهر قدّس سرّه.

٥-٥) كذا في «ص» و «ش»، و في غيرهما: الوكيل، إلّا أنّها صحّحت في «خ» و «ن» بما أثبتناه.

و رضى المالك (١) برجوع المشتري عليه، و فرّع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى؛ لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة، و قدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع؛ لأنّ بيع المأذون لا يكفى فيه قدره الأذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقّق فى الفضولى. و البناء على القدره الواقعيّه باطل؛ إذ الشرط هى القدره المعلومه دون الواقعيّه إلى أن قال: و الحاصل: أنّ القدره قبل الإجازة لم توجد، و بعدها إن وجدت لم تنفع.

ثمّ قال:

لا- يقال: إنّه قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك و أنّه لا يخرج عن رأيه، فيتحقّق له بذلك القدره على التسليم حال العقد؛ لأنّ هذا الفرض يُخرج الفضولى عن كونه فضولياً؛ لمصاحبه الإذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال، و هما من أنواع الإذن، فلا- يكون فضولياً و لا- يتوقّف صحّته على الإجازة، و لو سلّمنا بقاءه على الصّفه فمعلومٌ أنّ القائلين بصحّه الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (٢).

و فيما ذكره من مبنى مسأله الفضولى، ثمّ فى تفرّيع الفضولى، ثمّ فى الاعتراض الذى ذكره، ثمّ فى الجواب عنه أولاً- و ثانياً، تأمّل، بل نظّر، فتدبّر.

ص: ١٩٤

١- ١) فى نسخه بدل «ص»: الموكل.

٢- ٢) إلى هنا انتهى كلام صاحب الجواهر فى الجواهر ٣٩٢: ٢٢ ٣٩٣.

مسأله لا يجوز بيع الآبق منفرداً

على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة (١)، بل إجماعاً كما عن الخلاف (٢) والغنية (٣) والرياض (٤)، و بلا خلافٍ كما عن كشف الرموز (٥)؛ لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله (٦) التالف، و مع احتمال بيعه غررٍ منقياً إجماعاً نصاً (٧) و فتوى.

خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا (٨)، و لعله الإسكافي؛ حيث إن المحكى عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع (٩)، انتهى.

ص: ١٩٥

- ١-١) التذكرة ٤٦٦:١.
- ٢-٢) الخلاف ١٦٨:٣، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٤.
- ٣-٣) الغنية: ٢١١ ٢١٢.
- ٤-٤) الرياض ٥١٩:١.
- ٥-٥) كشف الرموز ٤٥٣:١.
- ٦-٦) في «ف» زياده: بيع.
- ٧-٧) تقدّم في الصفحة ١٧٥.
- ٨-٨) التذكرة ٤٦٦:١.
- ٩-٩) حكاه عنه في المختلف ٢١٦:٥.

و قد تقدّم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع: منع اشتراط القدره على التسليم. و قد عرفت ضعفه (١).

لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق؛ لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الإسكافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه (٢).

فالعمده الانتفاع بعنقه، و له وجهٌ لولا النصّ الآتي (٣) و الإجماعات المتقدّمه، مع أنّ قابليته المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر.

و كما لا يجوز جعله مثنياً، لا يجوز جعله منفرداً مثنياً؛ لاشتراكهما في الأدلّه.

و قد تردّد في اللعنه في جعله مثنياً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، و إن قُرب أخيراً المنع منفرداً (٤). و لعلّ الوجه: الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النصّ و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثمن، دون نفي الغرر، الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق. و يؤيده: حكمه بجواز بيع الضالّ و المجهود، مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق في عدم القدره على التسليم.

و نظير ذلك ما في التذكرة، حيث ادّعى أولاً الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثمّ قال: و المشهور

ص: ١٩٦

١-١) راجع الصفحة ١٩٠.

٢-٢) يأتي في الصفحة ٢٠٠.

٣-٣) انظر الصفحة ٢٠١ ٢٠٢.

٤-٤) اللعنه الدمشقيه: ١١١.

بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، وحاكاه عن بعض العامه أيضاً (١). ثم ذكر الضالّ و لم يحتمل فيه إلّا جواز البيع منفرداً و (٢) اشتراط (٣) الضميمة (٤).

فإنّ التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و كيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتعدّر تسليمه، فيعتبر فيه القدره على التسليم؟ و جهان، بل قولان (٥):

من عمومات الصلح و ما (٦) علم من التوسيع فيه (٧)، كجهاله (٨) المصالح عنه إذا تعدّر أو تعسّر معرفته بل مطلقاً، و اختصاص الغرر المنفقى بالبيع.

و من أنّ الدائر على ألسنه الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكاله (٩)،

ص: ١٩٧

١-١) التذكرة ٤٦٦:١.

٢-٢) في «ش» بدل «و»: أو.

٣-٣) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: اشتراطه.

٤-٤) راجع التذكرة ٤٦٦:١.

٥-٥) القول بالجواز من الشهيد الثاني كما سيأتي في الصفحه الآتية، و اختاره السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٨٣:٥.

٦-٦) في «ف» و ممّا.

٧-٧) كذا في «ص» و «ش»، و في «م»: «فيها»، و في سائر النسخ: فيهما.

٨-٨) في «ش»: لجهاله.

٩-٩) راجع التذكرة ١١٩:٢، و جامع المقاصد ٢٢١:٨، و مفتاح الكرامه ٥٦٢:٧.

فضلاً عن المعاوضات كالإجاره و المزارعه و المساقاه و الجعاله (١)، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: أنه نهى عن الغرر (٢).

و قد رجّح بعض الأساطين (٣) جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحه من الصلح. و ظاهر المسالك في مسأله رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه (٤).

و أمّا الضالّ و المجحود و المغصوب و نحوها ممّا لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعه (٥)؛ للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط قدره على التسليم، إلّا أن يوهن بتردد مدّعيه كالعلّامه في التذكره في صحّحه بيع الضالّ منفرداً (٦)، و يُمنع (٧) الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على

ص: ١٩٨

-
- ١-١) راجع مفتاح الكرامه ٧:٨٦ و ١٠٣ في الإجاره، و الرياض ١:٦١١ في المزارعه، و مفتاح الكرامه ٧:٣٤٩، و الجواهر ٢٧:٦٤ في المساقاه، و الجواهر ٣٥:١٩٤ في الجعاله، و غيرها من الكتب الفقهيّه.
 - ٢-٢) كما في التذكره ٢:٢٩١، و الحدائق ٢٠:٢٢، و الجواهر ٢٦:١٤٢.
 - ٣-٣) هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧٥.
 - ٤-٤) المسالك ٤:٢٤.
 - ٥-٥) منهم الشهيد في الدروس ٣:٢٠٠، و المسالك ٣:١٧٢، و الروضه البهيّه ٣:٢٥١، و فيه بعد الحكم بالصّحّه: «و يحتمل قوياً بطلان البيع»، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣:٥٧، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٣:٥١٩، و المحقّق النراقي في المستند ٢:٣٧٥، و غيرهم، و راجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤:٢٦٩ ٤:٢٧٠.
 - ٦-٦) راجع التذكره ١:٤٦٦.
 - ٧-٧) في مصّححه «ص»: و بمنع.

البائع. و أمّا فوات منفعتة مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، و جهالته غير مضرّه مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالّه يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثه أيام فلن (١) توجد بعد ذلك. و كذا في المغصوب و المنهوب.

و الحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله، و فرض عدم تسلّط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم الثمن؛ فإنّه لا خطر حينئذٍ في البيع، خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، و لكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفَى في حديث الغرر كما تقدّم (٢) هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيّة الثابتة للبيع؛ و لذا قوّينا فيما سلف (٣) جريان نفى الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. و من المعلوم أنّ بيع الضالّ و شبهه ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظه إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكمٌ شرعيٌّ عارضٌ للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غرراً عرفاً.

و ممّا ذكر يظهر: أنّه لا يجدي في رفع (٤) الغرر الحكم بصحّه البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدّة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به، و إلّا تخيّر بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به في اللعنه (٥) فإنّ ثبوت الخيار

ص: ١٩٩

١-١) في «ف» و «خ»: لن.

٢-٢) راجع الصفحه ١٨٩.

٣-٣) راجع الصفحه ١٨٨.

٤-٤) في «خ»: نفى.

٥-٥) اللعنه الدمشقيه: ١١١.

حكّم شرعيّ عارضٌ للبيع الصحيح الذي فرض (١) فيه العجز عن تسلّم (٢) المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له. لكن قد مرّت (٣) المناقشه في ذلك بمنع إطلاق العرف (٤) الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع (٥) من ضمانه قبل التسليم (٦) و من عدم التسلّط على مطالبه الثمن، فافهم.

و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثه أيام، أمكن جوازه؛ لعدم الغرر حينئذ عرفاً، ولذا لا يُعدّ بيع العين الغير المرثيه الموصوفه بالصفات المعينه من بيع الغرر؛ لأنّ ذكر الوصف بمنزله اشتراطه فيه الموجب للتسلّط على الرّد.

و لعلّه لهذا اختار في محكيّ المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع (٧). فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه.

و عن حاشيه الشهيد ظهور الميل إليه (٨). و إن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

ص: ٢٠٠

١-١) في «ف»: يفرض.

٢-٢) في «ص»: تسليم.

٣-٣) مرّت في الصفحه ١٨٩.

٤-٤) لم ترد «العرف» في غير «ف»، و استدركت في «ن».

٥-٥) في «ف»: للبيع.

٦-٦) في غير «ف»: «العلم»، لكنّها صحّحت في أكثر النسخ بما أثبتناه.

٧-٧) المختلف ٥:٢١٦.

٨-٨) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٤.

مسأله يجوز بيع الآبق مع الضميمه فى الجملة

كما عن الانتصار (١) وكشف الرموز (٢) و التنقيح (٣)، بل بلا خلاف كما عن الخلاف (٤) حاكياً فيه كما عن الانتصار إطباق العامه على خلافه.

و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمه عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامه ب «الغرر»، فأنكره عليهم مع الضميمه. و فيه إشكال.

و الأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكيه، المعتضده بمخالفه من جعل الرشد فى مخالفته بصحيحه رفاعه النخاس: «قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجاريه الآبقه و أعطيههم

ص: ٢٠١

١-١ (١) الانتصار: ٢٠٩.

٢-٢ (٢) كشف الرموز ١: ٤٥٣.

٣-٣ (٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٥.

٤-٤ (٤) استدلال عليه فى الخلاف بإجماع الفرقه، راجع الخلاف ٣: ١٦٨، كتاب البيوع، المسأله ٢٧٤.

الثلث و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم [معها شيئاً (١)] ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً، فإن ذلك جائز» (٢).

□
و موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً [آخر (٣)]، فيقول: "أشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا (٤)"، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه» (٥).

و ظاهر السؤال في الأولي و الجواب في الثانية: الاختصاص بصوره رجاء الوجدان، و هو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقوله، فالمأبوس عادةً من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع؛ لأنّ بذل جزءٍ من الثمن في مقابله لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً (٦) يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع (٧)، للنهي عن الغرر، السليم عن

ص: ٢٠٢

١-١ من المصدر.

٢-٢ الوسائل ٢٦٢:١٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

٣-٣ من المصدر.

٤-٤ في غير «ف» زياده: درهماً.

٥-٥ الوسائل ٢٦٣:١٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٦-٦ في «ص»: مثنياً.

٧-٧ لأنّ بذل إلى جزء مبيع لم ترد في «ف»، و كتب عليها في ما عدا «ص» و «ش»: «كذا في نسخه». قال الشهيدى قدس سرّه بعد أن قال: إنّ

نعم، يصحّ تملكه على وجه التبعيه للمبيع باشتراطٍ و نحوه.

و أيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة ممّا يصحّ بيعها، و أمّا صحّح بيعها منفردة فلا يظهر (٢) من الروايه (٣)، فلو أضاف إلى الضميمة من تعذّر تسليمه كفى (٤)، و لا (٥) يكفى ضمّ المنفعه إلّا إذا فهمنا من قوله:

«فإن لم يقدر.. إلى آخر الروايه» تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابله بالثمن، فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مالٍ أو حقٍّ إليه مع الآبق؛ لئلا يخلو الثمن عن المقابل؛ فتأمل.

ثمّ إنّه لا- إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري، إلّا أنّه لو بقى على إباقه و صار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء و إن اقتضى

(٧)

العباره غلط، و في بعض النسخ المصحّحه من القارى: إنّ المصنّف شطب عليها بقلمه الشريف-: وجه الغلطيه: أنّ مقتضى ما ذكره من الملازمه بين جواز جعل الشيء جزء المبيع و بين جواز جعله تمام المبيع: جواز بيع الآبق منفرداً عن الضميمة مع رجاء الوجدان، مع أنّه باطل إجماعاً و نصّاً. انظر هدايه الطالب: ٣٧٥.

ص: ٢٠٣

١- ١) في «ف»: التخصيص، و عبارته «للنهي عن الغرر السليم عن المخصّص» مشطوب عليها في «ن».

٢- ٢) كذا، و المناسب: فلا تظهر.

٣- ٣) كتب في «ش» على عبارته «و أمّا صحّح بيعها إلى من الروايه»: نسخه.

٤- ٤) لم ترد «فلو أضاف إلى كفى» في «ش»، و شُطب عليها في «ن»، و على فرض وجودها في الأصل فالصواب: ...ما تعذّر تسليمه كفى.

٥- ٥) في «خ» و مصحّحه «ن»: فلا.

قاعده «التلف قبل القبض» استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الروايه: أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضه على الضميمة و الثمن (١)، ليكون (٢) المعاوضه على المجموع مراعاةً بحصول (٣) الآبق في يده، كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز: من أن الآبق ما دام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة، ولا جزء مبيع (٤)، مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادته ما ذكرنا (٥)، بل معناها: أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله (٦) من الثمن.

و لو تلف قبل اليأس، ففي ذهابه على المشتري إشكال.

و لو تلفت الضميمة قبل القبض:

فإن كان بعد حصول الآبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة، لا مجموع الثمن؛ لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقاً،

ص: ٢٠٤

١- ١) في مصححه «ن»: للثمن.

٢- ٢) في «ف»: فيكون.

٣- ٣) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: لحصول.

٤- ٤) حكاه عنه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٩٨، و لم نعر عليه في كشف الرموز، بل وجدناه في التنقيح الرائع (٢: ٣٦)، كما حكاه عنه السيد العامل في مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٨.

٥- ٥) عبارته: «كما يوهمه إلى ما ذكرنا» لم ترد في «ف».

٦- ٦) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و عبارته في «ف» هكذا: «الموجب للرجوع إلى مقابل التالف لا- مقابله»، و في سائر النسخ: «الموجب للرجوع بما يقابله التالف مما لا يقابله»، نعم شطب في «ص» على كلمه «لا».

لا بعد الحصول فى اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم، كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً؛ لأنه بمنزله القبض.

و إن كان قبله، ففي انفساخ البيع فى الآبق تبعاً للضميمه، أو بقاءه بما قابله من الثمن، وجهان:

من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق؛ لأنه كان سبباً فى صحته.

و من أنه كان تابعاً له فى الحدوث، فإذا (١) تحقق تملك المشتري له، فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً، هو انحلال المقابله الحاصله بينه و بين ما يخصه من الثمن، لا الحكم الآخر الذى كان يتبعه فى الابتداء.

لكن ظاهر النص (٢) أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شىء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به.

و من هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهه الضميمة فقط، لاشتراط خيارٍ يخص بها (٣).

نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً و لم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبه إلى المجموع.

ثم لو وجد المشتري فى الآبق عيباً سابقاً، إما بعد قدره عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل (٤).

ص: ٢٠٥

١- ١) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: فيما إذا.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ٢٠١ ٢٠٢.

٣- ٣) فى غير «ش»: به.

٤- ٤) قاله المحدث البحرانى فى الحدائق ١٨: ٤٣٨.

مسأله [من شروط العوضين: العلم بقدر الثمن] (١)

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرأً، فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعاً، كما عن المختلف و التذكرة (٢)، و اتفاقاً، كما عن الروضة و حاشيه الفقيه للسلطان (٣). و فى السرائر فى مسأله البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يُذكر فيه الثمن فإنه باطل، بلا خلاف بين المسلمين (٤).

و الأصل فى ذلك: حديث «نفى الغرر» (٥) المشهور بين المسلمين.

ص: ٢٠٦

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) المختلف ٢٤٣:٥، ٢٤٤، و التذكرة ٤٧٢:١.

٣-٣) حكاها عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٧٨:٤، و راجع الروضة البهيه ٢٦٤:٣، و أمّا حاشيه سلطان العلماء على الفقيه فلا توجد لدينا، نعم نقل المحدث البحرانى فى الحدائق (١٨:٤٦١) العبارة بعينها عن الحاشيه.

٤-٤) السرائر ٢٨٦:٢.

٥-٥) المتقدّم فى الصفحه ١٧٥.

و يؤيده: التعليل في روايه حماد بن ميسر، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يُدرى كم الدينار من الدرهم (١).

□
لكن في صحيحه رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجاريه له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه [على ذلك (٢)] ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم (٣) حكمي عليك (٤) فأبى أن يقبلها (٥) متى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت (٦) إليه كان عليك أن ترد ما نقص من قيمه، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له. قال:

قلت (٧): أ رأيت إن أصبت بها عيباً بعد أن مسستها؟ قال: ليس عليك (٨)

ص: ٢٠٧

١- (١) الوسائل ٣٩٩: ١٢، الباب ٢٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٢- (٢) من «ص» والمصدر.

٣- (٣) كذا في الوسائل و«ش» و«مصححه» «ن»، و في الكافي: «هذه الألف»، و في «م»، «خ» و«ع»: «هذا الألف دراهم»، و في «ص»: «هذه الألف الدراهم، و العبارة في «ف» هكذا: ثم بعثت إليه بألف فقلت له هذا حكمي..

٤- (٤) في «ش» و الوسائل و هامش «ن» زياده: أن تقبلها.

٥- (٥) كذا في «ش» و الكافي و الوسائل و «مصححه» «ن»، و في سائر النسخ: أن يقبضها.

٦- (٦) كذا في «ص» و الكافي و الوسائل و «مصححه» «ن»، و في سائر النسخ: بعثتها.

٧- (٧) في «م»، «ع»، «ص» و«ش» زياده: له.

٨- (٨) كذا، و في الكافي و الوسائل: لك.

أن تردّها عليه، و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصّحّه و العيب» (١).

لكن التأويل فيها متعين [للمنافاه ظاهرها لصّحّه البيع و فسادّه، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصّحّه هذا البيع؛ إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقّق البيع بثمن خاصّ. نعم هي محتاجه إلى أزيد من هذا التأويل؛ بناءً على القول بالفساد (٢)] بأن يرد من قوله: «باعنيها بحكمي» قطع المساومه على أن اقومها على نفسى بقيمتها العادله (٣) فى نظرى حيث إنّ رفاعه كان نخاساً يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم إمّا معاطاه، و إمّا مع إنشاء الإيجاب و كاله و القبول أصاله، فلمّا مسّها و بعث الدرهم لم يقبلها المالك، لظهور غبن له فى البيع، و أنّ رفاعه مخطئ فى قيمه، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به.

و قوله: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» إمّا أن يرد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجاربه؛ حيث إنّ المالك لا- حاجه له فى الجاربه فيسقط خياره ببذل التفاوت، و إمّا أن يحمل على حصول الحيل بعد المسّ، فصارت أمّ ولد تعين (٤)

ص: ٢٠٨

١- ١) الكافي ٥: ٢٠٩، الحديث ٤، الوسائل ١٢: ٢٧١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- ٢) لم ترد «للمنافاه ظاهرها إلى بالفساد» فى «ف»، و كتب عليها فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: نسخه.

٣- ٣) فى «ف»: القيمه العادله.

٤- ٤) فى «ش»: و تعين.

عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

و قد يحتمل على صورته تلف الجارية، و ينافيه قوله فيما بعد:

«فليس عليك أن تردّها.. إلخ».

و كيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، و انصراف الثمن إلى القيمة السوقية، لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق (١) ضعيف.

و أضعف منه ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع: «بعتك بسعر ما بعت»، و يكون للمشتري الخيار (٢).

و يردّه: أنّ البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. و أمّا بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، كما تقدّم عند حكاية قول الإسكافي في مسأله القدره على التسليم.

ص: ٢٠٩

١-١) لم نعثر على الحاكي، و راجع الحدائق ٤٦١:١٨ ٤٦٣.

٢-٢) حكاية العلامة في المختلف ٢٤٤:٥.

اشاره

(١)

العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط، بإجماع علمائنا، كما عن التذكرة (٢).

و عن الغنيه: العقد على المجهول باطل، بلا خلاف (٣). و عن الخلاف:

ما يباع كَيْلاً فلا يصح بيعه جزافاً و إن شوهد، إجماعاً (٤). و فى السرائر:

ما يباع وزناً فلا يباع كَيْلاً، بلا خلاف (٥).

و الأصل فى ذلك ما تقدم من النبوى المشهور (٦).

و فى خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتره:

منها: صحيحه الحلبي

□
[عن أبى عبد الله عليه السلام (٧)]: «فى رجلٍ اشترى من رجلٍ طعاماً عدلاً بكيلى معلوم، و أنّ صاحبه قال للمشترى:

ص: ٢١٠

١-١) العنوان م١١.

٢-٢) التذكرة ٤٦٧:١.

٣-٣) الغنيه: ٢١١.

٤-٤) الخلاف ١٦٢:٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٥٨.

٥-٥) السرائر ٣٢١:٢.

٦-٦) تقدم فى الصفحه ١٧٥.

٧-٧) من الوسائل.

ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل؛ فإن فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعت؟ قال: لا يصلح إلّا بكيل. قال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام» (١).

و فى روايه الفقيه: «فلا يصحّ بيعه مجازفه» (٢).

[الإيراد على الصحيحه و الجواب عنه]

و الإيراد (٣) على دلالة الصحيحه بالإجمال، أو باشمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجيه؛ لأنّ الظاهر من قوله:

«سميت فيه كيلاً»، أنّه يذكر فيه الكيل، فهى كناية عن كونه مكيلاً. فى العاده، اللهم إلّا أن يقال (٤): إنّ توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر فى التنوع، مع أنّه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن إلّا (٥) مثل الزرع قائماً يبعد (٦) إرادته هذا المعنى، فتأمل.

و أمّا الحكم بعدم تصديق البائع فمحمولٌ على شرائه سواءً زاد أو نقص، خصوصاً إذا لم يطمئنّ بتصديقه، لا شرائه على أنّه القدر المعين الذى أخبر به البائع؛ فإنّ هذا لا يصدق عليه الجراف.

قال فى التذكرة: لو أخبره البائع بكيهه ثمّ باعه بذلك الكيل، صحّ عندنا (٧).

ص: ٢١١

١-١) الوسائل ١٢:٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٢-٢) فى الفقيه: «فلا يصلح مجازفه» انظر الفقيه ٣:٢٢٦، الحديث ٣٨٣٨.

٣-٣) أورده المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة ٨:١٧٧.

٤-٤) عبارته «أن يقال» من «ش» و مصحّحه «ن».

٥-٥) فى «ش» زياده: فى.

٦-٦) فى «ف» و هامش «ن»: ممّا يبعد.

٧-٧) التذكرة ١:٤٧٠.

و قال فى التحرير: لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمانٍ، سواءً زاد أو نقص، لم يجز (١).

و أما نسبة الكراهه إلى هذا البيع، فليس فيه ظهورٌ فى المعنى المصطلح يعارض ظهور «لا يصلح» و «لا يصح» فى الفساد.

[روايه سماعه]

و فى الصحيح عن ابن محبوب، عن زرعه، عن سماعه، قال:

«سألته عن شراء الطعام و ما يكال و (٢) يوزن، (٣) بغير كيلٍ و لا- وزن؟ فقال: أمّا أن تأتى رجلاً فى طعامٍ قد كيل أو (٤) وزن تشتري منه مرابحةً، فلا- بأس إن اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه، إذا أخذه المشتري الأول بكيلٍ أو وزنٍ و قلت له عند البيع: إني أربحك كذا و كذا..» (٥).

و دلالتها أوضح من الأولى.

و روايه أبان،

□
عن محمد بن حمران، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

اشترينا طعاماً، فرغم صاحبه أنه كاله، فصدّقناه و أخذناه بكيهه؟ قال:

لا بأس. قلت: أ يجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله» (٦)، دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل، إلّا إذا أخبره البائع فصدّقه.

ص: ٢١٢

١- (١) التحرير ١٧٧: ١.

٢- (٢) فى «ص» و الكافى: ممّا يكال أو.

٣- (٣) فى الوسائل زياده: هل يصلح شراؤه.

٤- (٤) كذا فى «ش» و «ص»، و فى باقى النسخ: «و».

٥- (٥) الوسائل ٢٥٧: ١٢، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٧.

٦- (٦) الوسائل ٢٥٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

و فحوى مفهوم (١) روايه أبي العطار د، و فيها: «قلت: فأخرج الكثر و الكثرين، فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك، فقال: إذا ائتمنك فلا بأس به» (٢).

و مرسله ابن بكير

□
عن رجل: «سأل (٣) أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصّ، فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل، فقال: إمّا أن يأخذ كله بتصديقه، و إمّا أن يكيّله كله» (٤).

فإنّ المنع من التبعض المستفاد منه إرشادىّ محمول على أنّه إن صدّقه فلا- حاجه إلى كلفه كيل البعض، و إلّا فلا يجزئ كيل البعض.

و يحتمل الروايه الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتهاء.

و كيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار، و ما لم يذكر ممّا فيه إيحاء إلى المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل، و تقرير الإمام عليه السلام، كما في روايه «كيل ما لا يستطاع عدّه» (٥) و غيرها مع ما ذكر من الشهره المحقّقه و الاتفاقات المنقولّه (٦) كفايه في المسأله.

ص: ٢١٣

١-١ (١) كلمه «مفهوم» من «ف» و «ش».

٢-٢ (٢) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٦.

٣-٣ (٣) في «ش»: «سألت»، و في الوسائل: عن رجل من أصحابنا قال: سألت.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٢: ٢٥٦، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

٥-٥ (٥) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٦-٦ (٦) راجع الصفحه ٢١٠، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٤.

ثم إنَّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنَّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي و إن كان حكمته سدَّ باب المسامحة المفضيه إلى الوقوع في الغرر. كما أنَّ حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعه المتوقعه عند إهمال ذلك الشرط.

فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن و إن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المساوي (١) له في قيمه؛ فإنه لا يتصوّر هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلِّ من العوضين؛ لأنه (٢) مساوٍ للآخر في المقدار (٣).

و يحتمل غير بعيد حمل الإطلاقات سيّما الأخبار على المورد الغالب، و هو ما كان رفع (٤) الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى، كما في الفرض المزبور، و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، و كما إذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع (٥) الميزان لمثله، كما لو دفع فلساً و أراد به دهنًا لحاجه؛ فإنَّ الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين.

و لا منافاه بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون، و عدم

ص: ٢١٤

١- ١) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: المتساوي.

٢- ٢) كذا في «ن» و «ش»، و في غيرهما: و إلا أنه.

٣- ٣) عبارته «لأنه مساوٍ للآخر في المقدار» لم ترد في «ف»، و كتب عليها في «ش»: نسخته.

٤- ٤) في «ف» و «ن» و «خ»: دفع.

٥- ٥) في «م» و «ش»: وزن.

دخول الكيل و الوزن فيه، لقلته كالحبّتين و الثلاثة من الحنطه، أو لكثرتة كزبره الحديد، كما تبه عليه في القواعد (١) و شرحها (٢) و حاشيتها (٣).

و ممّا ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكه؛ فإنّها و إن كانت من الموزون و لذا صرّح في التذكرة بوقوع الربا فيها (٤) إلّا أنّها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود في أنّ معرفه مقدار ماليتها لا تتوقّف على وزنها، فهي كالتليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن (٥). و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركّبه من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان. و كذا الدرهم و الدينار الخالصان (٦)؛ فإنّها (٧) و إن كانت من الموزون و يدخل فيها الربا إجماعاً، إلّا أنّ ذلك

ص: ٢١٥

١- (١) القواعد ١:١٤١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤:٢٧١.

٣- (٣) لا يوجد لدينا، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥١٧.

٤- (٤) التذكرة ١:٤٧٧.

٥- (٥) فى غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «بل يمكن إجراء ذلك وقت البيع فى دخول و عدم اعتبار الوزن فى بيعه»، و لكن شطب عليها فى «ن»، و كتب عليها فى «م»، «خ» و «ع»: نسخه.

٦- (٦) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و العبارة فى سائر النسخ: بخلاف الدرهم و الدينار الخالصين.

٧- (٧) قد وردت الضمائر العائده إلى «الدرهم» و «الدينار» فى هذه الفقرة فى أكثر النسخ بصيغه المفرد المؤنث، و لعلّ ذلك نظراً إلى قوله تعالى «الَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لَا يُنْفِقُونَهَا».. و قد بدلت أغلبها فى «ش» و جميعها فى «ن» إلى صيغه التثنيه، و قد أثبتنا ما فى أكثر النسخ لظننا أنّ ذلك جرى على قلم المؤلف قدّس سرّه.

لا ينافى جواز (١) جعلها عوضاً من دون معرفه بوزنها؛ لعدم غرر في ذلك أصلاً. و يؤيد ذلك جريان سيره الناس على المعامله بها من دون معرفه الأغلّب (٢) بوزنها.

نعم، يعتبرون فيها عدم نقصها عن وزنها المقرّر في وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك، فالنقص فيها عندهم بمنزله العيب؛ و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها؛ لكونه غشاً و خيانه.

و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إنّ نقصان الوزن لا يؤثّر في قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

و إلى ما ذكرنا من الفرق أشير في صحيحه ابن عبد الرحمن (٣)، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبه و الحبّين؟ قال: لا، حتّى تبينه. ثمّ قال: إلّا أن تكون نحو (٤) هذه الدراهم الأوضاحيه (٥) التي تكون عندنا عدداً» (٦).

ص: ٢١٦

١- ١) كلمه «جواز» من «ف» و «ش»، و استدركت في «ن».

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ص»، و في «ش» و مصحّحه «ن»: «أغلبهم»، و في سائر النسخ: أغلب.

٣- ٣) في الوسائل: عبد الرحمن بن الحجاج.

٤- ٤) كلمه «نحو» من المصادر الحديثيه و مصحّحه «ن».

٥- ٥) كذا في التهذيب و الوسائل أيضاً، لكن في الفقيه: «الوضاحيه». قال الطريحي: «الوضح من الدرهم: الصحيح.. و الوضاحيه: نسبه

إلى ذلك»، انظر مجمع البحرين ٢: ٤٢٤.

٦- ٦) التهذيب ٧: ١١٠، الحديث: ٤٧٦، و الفقيه ٣: ٢٢٣، الحديث: ٣٨٣٠، و الوسائل ١٢: ٤٧٣، الباب ١٠ من أبواب الصرف، الحديث

و بالجمله، فإناطه الحكم بوجوب معرفه وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصى قريب فى الغايه، إلما أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب فى موارد كثيره.

[وجوب معرفه العدد فى المعدود و الدليل عليه]

ثم إن الحكم فى المعدود و وجوب معرفه العدد فيه، حكم المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر.

و يشير إليه، بل يدل عليه: تقرير الإمام عليه السلام فى الروايه الآتية (١) المصرّحه بتجويز (٢) الكيل فى المعدود المتعدّر عدّه.

و يظهر من المحكى عن المحقّق الأردبيلى المناقشه فى ذلك، بل الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدته (٣)، و يرده روايه الجوز الآتية (٤).

و المراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ماليتها بأعدادها، كالجوز و البيض، بخلاف مثل الشاه و الفرس و الثوب.

و عدّ العلّامه البطيخ و الباذنجان فى المعدودات، حيث قال فى شروط السلم من القواعد: و لا يكفى (٥) العدّ فى المعدودات، بل لا بدّ من الوزن فى البطيخ و الباذنجان و الرمان، و إنّما اكتفى بعدها فى البيع

ص: ٢١٧

١-١) ستأتى فى الصفحه ٢٢٤.

٢-٢) كذا فى «ف» و نسخه بدل «م» و «ص»، و فى سائر النسخ: المتضمّن لتجويز.

٣-٣) راجع مجمع الفائده ٨:١٧٨.

٤-٤) ستأتى فى الصفحه ٢٢٤.

٥-٥) فى «ش» زياده «فى السلم و صحّته»، و فى هامش «ن» زياده: فى السلم صح.

للمعاينه، انتهى (١).

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطح و الرمان إذا كان رطباً؛ لعدم الوزن، وثبوته مع الجفاف (٢)، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ و المشمش أيضاً غير موزونه.

و كل ذلك محل تأمل؛ لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظاهر أن تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد، كما في الجوز و البيض.

ص: ٢١٨

١-١) القواعد ١:١٣٦.

١-٢) التذكرة ١:٤٨٤.

أشاره

لو قلنا بأنَّ المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كلِّ منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفايه المشاهده فيها من غير تقدير أصلاً.

لكن تقدّم (١): أنّ ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظه الغرر الشخصي؛ لحكمه سدّ باب الغرر المؤدّى إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيّات في أكثر المعاملات زياده على التراضى الفعلى حال المعامله.

و حينئذٍ فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المقدّرات بغير ما تعارف فيه، فنقول:

[هل يجوز بيع المكيل وزناً و بالعكس]

أشاره

اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً و بالعكس و عدمه (٢) على أقوال،

ص: ٢١٩

١- ١) تقدّم في الصفحه ٢١٤.

٢- ٢) في «ف» بدل «و عدمه»: أم لا.

ثالثها: جواز المكييل (١) وزناً (٢)، دون العكس؛ لأنّ الوزن أصل الكيل و أضبط، و إنّما عدل إليه في المكييلات تسهياً.

فالمحكى عن الدروس في السلم جوازه مطلقاً، حيث قال: لو أسلم في المكييل وزناً و بالعكس فالوجه الصحّح؛ لروايه وهب عن الصادق عليه السلام (٣)، و كأنّه أشار بها إلى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ صلوات الله عليهم، قال: «لا بأس بسلف (٤) ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن» (٥).

و لا يخفى قصور الروايه سنداً ب«وهب»، و دلالة بأنّ الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكييل و بالعكس، لا جواز تقدير المشمّم فيه المكييل بالوزن و بالعكس، و يعضده ذكر الشيخ للروايه في باب إسلاف الزيت في السمن (٦).

[الكلام في مقامين]

فالذى ينبغى أن يقال: إنّ الكلام تارة في كفايه كلّ من التقديرين في المقدّر بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعتبر فيه، بأنّ يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس. و تارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظه تقديره المتعارف.

ص: ٢٢٠

١-١) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: «الكيل».

٢-٢) ذهب إليه الحلّي في السرائر ٢:٢٦٠ و ٣:٢٢١، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٣-٣) الدروس ٣:٢٥٣.

٤-٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: بالسلف.

٥-٥) الوسائل ١٣:٦٣، الباب ٧ من أبواب السلف، الحديث الأوّل.

٦-٦) بل في باب إسلاف السمن بالزيت، انظر الاستبصار ٣:٧٩.

أما الأول، [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ما تعارف فيه]

فقد يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه عادة، وقد يكون ممّا لا يتسامح فيه:

أما الأول، فالظاهر جوازه، خصوصاً مع تعسير تقديره بما يتعارف فيه؛ لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا (١) يتعارف فيه، غايه ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه.

و يؤيده روايه عبد الملك بن عمرو، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

أشترى مائه راويه من زيت، فأعترض (٢) راويه أو اثنتين فأزنيهما (٣)، ثم أخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس» (٤).

استدل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد و نسبه الباقي إليه، و أردفه بقوله: و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم (٥).

و استدلاله الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصوره التعذر، و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال، و هو تعذر

ص: ٢٢١

١-١) كذا في النسخ، و الظاهر: «بما» كما في مصححه «ن».

٢-٢) في غير «ف» و «ش»: «فأعرض»، و صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٣-٣) كذا في الكافي، و في النسخ: فأترنيهما.

٤-٤) الكافي ٥: ١٩٤، الحديث ٧، و الوسائل ١٢: ٢٥٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

٥-٥) التذكرة ١: ٤٦٩.

وزن مائه راويه من الزيت؛ ولا يخفى أنّ هذه العله (١) لو سلّمت على وجهٍ يقدح في عموم ترك الاستفصال إنّما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقه تقديرٌ وليس بجزاف.

نعم، ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحه الآتيه في بيع الجوز، كما سيجيء (٢).

و أمّا لو كان (٣) التفاوت ممّا لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار (٤) المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أماره على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارجٌ عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. و يتخير المشتري لو نقص.

و ما تقدّم من صحيحه الحلبي في أوّل الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك (٥).

هذا كلّه مع جعل التقدير الغير المتعارف أماره على المتعارف.

[التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلاً]

و أمّا كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصاله من غير ملاحظه التقدير المتعارف (٦)، فالظاهر جواز بيع المكيل (٧) وزناً على المشهور، كما

ص: ٢٢٢

١-١) في مصححه (م) و هامش «ن»: «الغلبه»، و استظهرها مصحح «ش» أيضاً.

٢-٢) سيجيء في الصفحه ٢٢٤.

٣-٣) في «ف»: إذا كان.

٤-٤) في «ع» و «ش»: المقدر.

٥-٥) راجع الصفحه ٢١٠ ٢١١.

٦-٦) هذه هي الصوره الثانيه، و تقدّمت أولاهما في الصفحه السابقه.

٧-٧) في «ص» و «ش»: الكيل.

عن الرياض (١)؛ لأنّ ذلك ليس من بيع المكييل مجازفةً، المنهَى عنه في الأخبار (٢) و معقد الإجماعات؛ لأنّ الوزن أضبط من الكيل، و مقدار مائته المكييلات معلومٌ به أصالةً من دون إرجاعٍ إلى الكيل.

و المحكى المؤيّد بالتتبع:- أنّ الوزن أصلٌ للكيل، و أنّ العدول إلى الكيل من باب الرخصة؛ و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات.

و يشهد لأصالة الوزن: أنّ المكييل المتعارفه في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلّا الوزن؛ إذ ليس هنا كيلٌ واحدٌ يقاس المكييل عليه.

و أمّا كفايه الكيل في الموزون (٣) من دون ملاحظه كشفه عن الوزن، ففيه إشكالٌ، بل لا يبعد عدم الجواز، و قد عرفت عن السرائر:

أنّ ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف (٤)، فإنّ هذه مجازفةٌ صرفه؛ إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه، و عاءً منضبطاً (٥)، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعه حاضره أو ملء اليد (٦)؛ فإنّ الكيل من حيث هو لا

ص: ٢٢٣

١- (١) الرياض ٥١٥: ١.

٢- (٢) الوسائل ١٢: ٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣- (٣) في «ف» زياده: أوّلاً.

٤- (٤) راجع الصفحه ٢١٠.

٥- (٥) في «ش»: منضبط.

٦- (٦) العبارة في «ف» هكذا: فهو بعينه من التعدّر كقصعه حاضره أو ملئ اليد قدره تخميناً، فإنّ..

يوجب في الموزونات معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفايه المشاهده.

ثم إنه قد علم ممّا ذكرنا: أنّه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّه و الرطل و الوزنه باصطلاح أهل العراق، الذي لا يعرفه غيرهم، خصوصاً الأعاجم غير جائز؛ لأنّ مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان، و وضع صخره مجهوله المقدار معلومه الاسم في مقابله، لا يوجب للجاهل معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده.

هذا كلّه في المكيال و الموزون.

و أمّا المعدود: فإنّ كإن الكيل أو الوزن طريقاً إليه، فالكلام فيه كما عرفت في أخويه. و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه؛ فيقال بمكيال (١) ثمّ يعدّ ما فيه، ثمّ يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به» (٢).

فإنّ ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضروره، و لم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أنّ ذلك غير مختصّ بصوره الاضطرار.

ص: ٢٢٤

١- ١) كذا في «ص» و «ش» و الوسائل و مصحّحه «ن»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «لا يستطيع يكال بمكيال..» مع اختلافات اخرى لم تتعرّض لذكرها.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه.

لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الروايه لتخصيص العمومات؛ ولذا قوّى فى الروضه الجواز مطلقاً (١).

و أما كفايه الكيل فيه أصالةً فهو مشكّلٌ؛ لأنه لا يخرج عن المجازفه، و الكيل لا يزيد على المشاهده.

و أما الوزن: فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم فى السلم: «إنّه لا يكفى العدّ فى المعدودات و إن جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لا بدّ من الوزن» (٢): أنه لا خلاف فى أنه أضبط، و أنه يغنى عن العدّ (٣).

فقولهم فى شروط العوضين (٤): «إنّه لا بدّ من العدّ فى المعدودات» (٥) محمولٌ على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: «و يكفى الوزن عن العدّ» (٦)؛ فإنّه يوهم كونه الأصل فى الضبط، إلّا أن يريدوا هنا الأصاله و الفرعيه بحسب الضبط المتعارف، لا بحسب الحقيقه، فافهم.

بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ مكياً أو موزوناً.

ص: ٢٢٥

١- (١) الروضه البهيّه ٣:٢٦٦، و فيه: كان حسناً.

٢- (٢) لم نعثر على العبارة بعينها، نعم فى الغنيه: ٢٢٧، و السرائر ٢:٣١٨، و الشرائع ١:٦٣ ما يدلّ عليه، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٤٥٣ أيضاً.

٣- (٣) فى غير «ش»: «الوزن»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٤- (٤) فى غير «ش» بدل «العوضين»: «المتعاقدين»، و فى هامش «ن»: «العوضين ظ.

٥- (٥) راجع الشرائع ٢:١٧، و القواعد ١:١٢٦، و مفتاح الكرامه ٤:٢٢٤.

٦- (٦) لم نعثر عليه، نعم حكموا بالجواز مع التعذّر أو التعسير، راجع النهايه: ٤٠٠، و السرائر ٢:٣٢١، و المسالك ٣:١٧٦، و مفتاح الكرامه ٤:٢٢٦.

فقد قيل (١): إنَّ الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد يباع كذا، و إلا فلا (٢). و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب (٣).

و ربما منع ذلك بعض المعاصرين، قائلاً: إنَّ دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ على الوجه المذكور، غريبه! فإني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين، فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في رفع شيءٍ من ذلك و إثباته (٤)، انتهى.

أقول: ما ذكره دام ظلّه -: من عدم تعرّض جُلِّ الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و أنّ ما ذكروه في باب الربا، حقٌّ، إلا أنّ المدار وجوداً و عدماً في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحه بيع جنس ذلك الشيء، و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أنّ الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب.

و أمّا اختصاص هذا المعيار بمسأله الربا و عدم جريانه في شروط

ص: ٢٢٤

١- ١) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٢- ٢) إلى هنا كلام السيّد العاملي قدّس سرّه.

٣- ٣) مجمع الفائدة ٨:١٧٧، و الحدائق ١٨:٤٧١، و حكى ذلك عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٤- ٤) الجواهر ٢٢:٤٢٧ ٢٢:٤٢٨.

العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع:

□
أما أولاً، فلشهادته تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في شيء الكيل، لم يجر إلا كيلاً في سائر البلاد، وما كانت فيه وزناً لم يجر إلا وزناً في سائر البلاد، والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة (١)، هذا كله بلا خلاف. فإن كان ممّا لا يعرف عادته (٢) في عهده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً (٣)، انتهى.

و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع، لا لخصوص مبيعه المتماثلين. ونحوه كلام العلامة في التذكرة (٤).

و أما ثانياً، فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا، وفي باب الربا أنّ الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعنى المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحّ بيعه جزافاً، والآخر عدم صحّ بيع بعضه ببعض متفاضلاً، ويزيده وضوحاً ملاحظه أخبار المسألتين المعنونه بما يكال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطه لتحديد

ص: ٢٢٧

١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» وفاقاً لما في المصدر، وفي سائر النسخ: أهل الحجاز.

٢- ٢) كذا في مصحّحه «ن» وفاقاً لما في المصدر، وفي «ف» و«ش»: «لا تعرف عادة»، وفي سائر النسخ: لا تعرف عادة.

٣- ٣) المبسوط ٩٠: ٢.

٤- ٤) التذكرة ٤٨٣: ١.

الموضوع فهي مرعيه في كلتا المسألتين.

و أما ثالثاً، فلأنه يظهر من جماعه تصريحاً أو ظهوراً: أن من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطاً في صحته بيعه (١).

قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفرعاً على ذلك: إنه لا ربا في الماء؛ إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن (٢).

و قال في الدروس: و لا يجرى الربا في الماء [و إن وزن أو كيل (٣)]؛ لعدم اشتراطهما في صحته بيعه نقداً ثم قال: و كذا الحجاره و التراب و الحطب، و لا عبره ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان؛ لأن الوزن غير شرط في صحته (٤)، انتهى.

و هذا المضمون سهل الإصابه لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا (٥)، و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثاني (٦) و الشهيد (٧) عند قول

ص: ٢٢٨

١-١) صرح به السيد الطباطبائي في الرياض ١:٥٤٢، و يظهر من المحقق في الشرائع و الشهيد في الدروس، كما سيأتي عنهما.

٢-٢) الشرائع ٢:٤٥.

٣-٣) عبارته «و إن وزن أو كيل» من المصدر، اقتضاها السياق.

٤-٤) الدروس ٣:٢٩٧.

٥-٥) راجع المسالك ٣:٣٢٣.

٦-٦) جامع المقاصد ٤:٢٧١.

٧-٧) لا- توجد لدينا حاشية الشهيد على القواعد، و نقل عبارته عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥١٧. هذا، و لم ترد «و الشهيد» في غير «ف» و «ش»، نعم استدركت في هامش «ن».

العلامة: «و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و إن لم يدخله لقلته كالحب و الحبتين من الحنطة، أو لكثرتة كالزبره (١)» (٢)، و لازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا فى جنسٍ باشتراط الكيل و الوزن فى صحه بيعه:-

أنه إذا ثبت الربا فى زماننا فى جنسٍ؛ لثبوت كونه مكيلاً- أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، لزم أن لا يجوز بيعه جزافاً، و إلا لم يصدق ما ذكره: من اشتراط الربا باشتراط التقدير فى صحه بيعه.

و بالجمله، فتلازم الحكمين أعنى دخول الربا فى جنسٍ، و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن ممّا لا يخفى على المتتبع فى كتب الأصحاب.

و حينئذ فنقول: كل ما ثبت كونه مكيلاً- أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم فهو ربوئى فى زماننا و لا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً و إن لم يلزم غررٌ للإجماع، و لما عرفت: من أن اعتبار الكيل و الوزن لحكمه سدّ باب نوع الغرر لا شخصه (٣)، فهو حكمٌ لحكمه غير مطّرد، نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، و اعتبار الانضباط فى المسلم فيه؛ لأنّ فى تركه مظنه التنازع و التغابن، و نحو ذلك (٤).

و الظاهر كما عرفت من غير واحد (٥) أنّ المسأله اتّفاقية.

ص: ٢٢٩

١- ١) الزبره: القطعه من الحديد، و الجمع: زبر (الصحيح ٢: ٦٦٦).

٢- ٢) القواعد ١: ١٤١.

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ٢١٤.

٤- ٤) فى «ف»: و نحوه.

٥- ٥) راجع الصفحه ٢٢٦.

و أمّا ما علم أنّه كان يباع جزافاً في زمانه صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً، و الظاهر أنّه إجماعيٌّ، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أنّ مثل هذا ليس برَبْوِيٌّ (١)، و الشهره محقّقه على ذلك.

نعم، ينافي ذلك بعض ما تقدّم من إطلاق النهي عن بيع المكيال و الموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيّله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، و إن لم يتعارف في غيره. و كذلك قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفةً» (٢) الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه و إن لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهمّ إلّما أن يقال: إنّّه لم يعلم أنّ (٣) ما تعارف كيّله أو وزنه في عرف الأئمه و أصحابهم، كان غير مقدّر في زمان الشارع حتّى يتحقّق المنافاه. و الأصل في ذلك: أنّ مفهوم المكيال و الموزون في الأخبار لا يراد بهما «كلّ ما فرض صيرورته كذلك» حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلّم، و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلاً و لا موزوناً في زمن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم.

ص: ٢٣٠

١-١) ادّعاء الفاضل المقداد في التنقيح ٢:٩١.

٢-٢) المتقدّم في صحيحه الحلبي، المتقدّمه في الصفحه ٢١٠.

٣-٣) في غير «ش»: لم يعلم كون ما تعارف، و صحّحت في «ن» و «ص» بما في المتن.

لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان «ما يكال و يوزن»: أنه لا دليل حينئذٍ على اعتبار الكيل فيما شكّ في كونه مقدراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر؛ إذ لا يكفي في الحكم حينئذٍ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون، بل لا بدّ من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار، و لا دليل أيضاً على إلحاق كلّ بلد لحكم (١) نفسه مع اختلاف البلدان.

و الحاصل: أنّ الاستدلال (٢) بأخبار المسألة المعنونه بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم، ثمّ بما اتّفق عليه البلاد، ثمّ بما تعارف في كلّ بلده بالنسبه إلى نفسه في غايه الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين و إثبات ما ينافى ذلك من الأحكام المشهوره بالإجماع المنقول المعتضد بالشهره المحقّقه.

و كذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن.

و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعه من التمسّك لكون الاعتبار في التقدير بعاده الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع، و لكون المرجع فيما لم يعلم عاده الشرع هي العاده المتعارفه في البلدان بأنّ الحقيقه العرفيه هي المرجع عند انتفاء الشرعيّه، و لكون المرجع عاده كلّ بلد إذا اختلف البلدان، بأنّ العرف الخاصّ قائم مقام

ص: ٢٣١

١ - ١) في «ص»: بحكم.

٢ - ٢) في «ف»: الاستناد.

العام عند انتفائه (١)، انتهى.

و ذكر المحقق الثاني أيضاً: أنّ الحقيقه العرفيه يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيّرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق، ولا أثر للعرف (٢) الطارئ؛ للاستصحاب، ولظاهر قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَاسَلَّمَ: «حكمى على الواحد حكمى على الجماعه» (٣). و أمّا في الأقيارير و الايمان و نحوها، فالظاهر الحواله على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء منها (٤)؛ حملاً له على ما يفهمه الموقع (٥)، انتهى.

أقول: ليس الكلام في مفهوم المكييل و الموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقّق هذا المفهوم؛ فإنّ المراد بقولهم عليهم السلام (٦): «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً» (٧)، أو «لا يُباع بعضه ببعض إلّا متساوياً» (٨)، إمّا أن

ص: ٢٣٢

١- ١) راجع مفتاح الكرامه ٢٢٨: ٢٢٩، و الجواهر ٤٢٦: ٢٢٧ و ٢٣: ٣٦٣ ٣٦٤.

٢- ٢) كذا في «ف» و «ص»، و في «ش» و المصدر: «للتغيّر»، و في سائر النسخ: للغير.

٣- ٣) عوالى اللآلى ٢: ٩٨، الحديث ٢٧٠.

٤- ٤) عبارته «الواقع فيه شىء منها» من «ش» و المصدر.

٥- ٥) جامع المقاصد ٢٧٠: ٤.

٦- ٦) في «ف»: بقوله عليه السلام.

٧- ٧) لم نعثر عليه بلفظه، نعم يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٨- ٨) لم نعثر عليه بلفظه أيضاً، نعم يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٤٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا.

يكون ما هو المكييل في عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكييل في العرف العام، أو ما هو المكييل في عرف كل مكلف، و على أى تقدير فلا- يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا- بدّ لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي. وإرادته جميع هذه الثلاثه خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها، و خصوصاً مع كون مرتبه كلّ لاحقٍ مع عدم العلم بسابقه لا- مع عدمه غير صحيحه، كما لا يخفى.

و لعلّ المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمّل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، و العرف العام، و العرف الخاص؛ معللاً باحتمال إرادته الكيل و الوزن المتعارف عرفاً عاماً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبه إلى كلّ بلدٍ بلد كما قيل في المأكول و الملبوس في السجده من الأمر الوارد بهما لو سلّم (1)، و الظاهر هو الأخير (2)، انتهى.

و قد ردّه في الحقائق: بأنّ الواجب في معانى الألفاظ الوارده في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم، فكلّ ما كان مكيلاً أو موزوناً في عرفهم و جب إجراء الحكم عليه في الأزمنه المتأخّره، و ما لم يعلم فهو بناءً على قواعدهم يرجع إلى العرف العام و إلى آخر ما ذكره من التفصيل. ثمّ قال: و يمكن أن يستدلّ للعرف العام بما تقدّم في صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «ما كان من طعامٍ سمّيت فيه كيلاً»، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً

ص: ٢٣٣

١- ١) لم ترد «لو سلّم» في غير «ش» و المصدر.

٢- ٢) مجمع الفائده ١٧٧: ٨.

مكيلاً. و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام (١)، انتهى.

أقول: قد عرفت أنّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ؛ لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغه، وإنّما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم.

ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمله على العرف العامّ إذا لم يكن عرفاً شرعياً، لا- إذا جهل عرفه الشرعياً؛ فإنّه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذٍ على المعنى العرفي، بل لا بدّ من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعياً، و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح (٢).

□
هذا كلّ مع أنّ الأخبار إنّما وصلت إلينا من الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع.

و أمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العامّ من قوله عليه السلام:

«ما سمّيت فيه كيلاً.. إلخ» (٣) فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاصّ بالمتبايعين.

نعم، مع العلم بالعرف العامّ لا عبره بالعرف الخاصّ؛ لمقطوعه ابن هاشم الآتيه (٤)، فتأمل.

ص: ٢٣٤

١- (١) الحدائق ١٨: ٤٧١، ٤٧٢.

٢- (٢) العبارة من قوله: «ثمّ لو فرض..» إلى هنا لم ترد في «ف»، و كتب عليها في غير «ش» و «ص»: «وجد في نسخه كذا».

٣- (٣) المتقدّم في صحيحه الحلبي المتقدّمه في الصفحة ٢١٠.

٤- (٤) الآتيه في الصفحة ٢٣٨.

و أبعد شيء في المقام: ما ذكره في جامع المقاصد، من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها (١)، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله.. إلخ (٢).

و بالجمله، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها.

نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفه في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا، أو أنه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعه من أصحابنا (٣). لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير.

ثم إنه يشكل الأمر فيما لو (٤) علم كونه مقدراً في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر.

و أشكل من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدله نفي الغرر؛ لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع أو في العرف

ص: ٢٣٥

١-١) في غير «ف» و «ص»: عليهما، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

٢-٢) تقدمت عبارته جامع المقاصد في الصفحة ٢٣٢.

٣-٣) منهم الشيخ في النهاية: ٣٧٨، و سلار في المراسم: ١٧٩، و قواه فخر المحققين في الإيضاح ١: ٤٧٦.

٤-٤) لو «من» «ف».

بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزّه إلى حيث لا- يتسامح فيها. فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العدّ.

و بالجمله، فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما (1) بنى الأمر في مقام استعمال مائته الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز، فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار (2) ما عنده من الرمان و البطيخ، فإنّه لا- يجاب إلّا بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطه و الشعير فربما يجاب بالكيل و ربما يجاب بالوزن، لكن الجواب بالكيل مختصّ بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن؛ إذ الكيل بنفسه غير منضبط، بخلاف الوزن، وقد تقدّم أنّ الوزن أصل في (3) الكيل (4).

و ما ذكرنا هو المراد بالمكيل (5) و الموزون اللذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع، و بدخول الربا فيهما.

و أمّا ما لا يعتبر مقدار مائته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء و التبن و الخضرىات (6) فالظاهر كفايه المشاهده فيها من غير تقدير.

ص: ٢٣٦

١- ١) في غير «ش»: «فيما»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) في غير «ف» زياده: ماليه.

٣- ٣) لم ترد «في» في «ف»، «ن»، «خ» و «ص»، و شطب عليها في «ع».

٤- ٤) تقدّم في الصفحه ٢٢٣.

٥- ٥) في «ف»: من المكيل.

٦- ٦) كذا في النسخ، و في اللغه: خضروات.

فإن اختلف البلاد في التقدير و العدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. و أما بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا يتذال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، و إن كان لعدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم عليه خرساً (١) مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها، فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر و المجازفات كبيع الملاقيح و المضامين (٢) و الملامسه و المنابذه و الحصاه (٣)، على بعض تفاسيرها (٤)، و ثمر الشجر قبل الوجود (٥)، و غير ذلك لم يرد إلّا ردّاً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر و البناء على المجازفات، الموجب لفتح أبواب المنازعات.

ص: ٢٣٧

١-١) كذا في «ن»، «م» و «ص»، و في سائر النسخ: حرصاً.

٢-٢) الملاقيح: ما في البطون و هي الأجنه، و المضامين: ما في أصلاب الفحول كما ورد في الخبر، راجع الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٣-٣) قد ورد معنى هذه الثلاث و حكمها في الحديث، راجع الوسائل ١٢: ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٣.

٤-٤) قال الشهيدى قدس سره: يعنى به جعل المبيع الوارد عليه البيع الشيء المقيّد بتعلق أحد هذه الأمور الثلاثة به بعد الإنشاء، بأن يقول: «ما ألامسه بعد ذلك أو أنبذه أو أطرحه إليك أو القى الحصاه عليه» فإن المبيع على هذا مجهول عند البيع. و أما التفسير الآخر فهو إنشاء البيع بنفس اللمس و النبذ و إلقاء الحصاه كإنشائه بالمعاطاه، و لا جهاله فيه على هذا التفسير. (هدايه الطالب: ٣٨٣) و راجع المكاسب ٣: ٢٩.

٥-٥) راجع الوسائل ١٣: ٢، الباب الأوّل من أبواب بيع الثمار.

و إلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن (١) على بن إبراهيم عن أبيه (٢) عن رجاله (٣) ذكره في حديث طويل، قال: «و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلّا إلى العامّة، و لا يؤخذ فيه بالخاصّه (٤) فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم؛ لأنّ أصل اللحم أن يوزن و أصل الجوز أن يعدّ» (٥).

و على ما ذكرنا، فالعبره ببلد (٦) وجود المبيع، لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين.

و في شرح القواعد لبعض الأساطين (٧): ثمّ الرجوع إلى العاده مع اتّفاقها اتّفاقي، و لو اختلف فلكلّ بلد حكمه كما هو المشهور. و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأوّل. و لو تعاقدوا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما. و لو اختلفا رجح الأقرب، أو الأعظم، أو ذو

ص: ٢٣٨

١-١ (١) عبارته «ما عن» من «ش» و مصحّحه «ن».

٢-٢ (٢) عبارته «عن أبيه» من «ش» فقط.

٣-٣ (٣) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: «في رجاله»، قال المامقاني قدّس سرّه: الظاهر أنّ هذه العبارة قد وقع فيها التشويش من النساخ و أنّه: «ما عن على بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله» (انظر غايه الآمال: ٤٦٦).

٤-٤ (٤) في غير «ص»: الخاصّه.

٥-٥ (٥) في غير «ش» زياده: الحديث، و ليس للحديث تتمّه، انظر الوسائل ١٢: ٤٣٥، الباب ٥ من أبواب الربا، الحديث ٦.

٦-٦ (٦) في غير «ف» زياده: «فيه»، لكن شطب عليها في «ن».

٧-٧ (٧) و هو كاشف الغطاء قدّس سرّه.

الاختبار (1) على ذى الجزاف، أو البائع فى مبيعه و المشتري فى ثمنه، أو يبنى على الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا عليه مع الاتفاق، أو (2) التخيير، و لعله الأقوى (3). و يجرى مثله فى معاملة الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان. و الأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة، من صلح أو هبه بعوض أو معاطاه و نحوها. و لو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير. و مع الاختصاص بجمع قليل إشكال (4)، انتهى.

ص: ٢٣٩

١-١ فى «ش»: ذو الاعتبار.

٢-٢ فى «ع» بدل «أو»: و.

٣-٣ فى المصدر: الأقرب.

٤-٤ شرح القواعد (مخطوط): ٧٦.

اشاره

و عباره التذکره (۱) مشعره بالاتفاق عليه، و يدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمه (۲).

و ما تقدّم من (۳) صحیحه الحلبي الظاهره في المنع عن ذلك (۴) محمول على صورته إيقاع المعامله غير مبنيّه على المقدار المخبر به و إن كان الإخبار داعياً إليها، فإنّها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، و قد تقدّم عن التحرير ما يوافق ذلك (۵).

[هل يعتبر كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار]

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار كما يشهد به الروايات المتقدمه، فلو لم يُفد ظناً فإشكال: من بقاء الجهاله الموجبه

ص: ۲۴۰

۱- (۱) التذکره ۱: ۴۷۰، و تقدّم في الصفحه ۲۱۱.

۲- (۲) تقدّمت في الصفحه ۲۱۲ ۲۱۳.

۳- (۳) في غير «ف»: في.

۴- (۴) تقدّم في الصفحه ۲۱۰.

۵- (۵) تقدّم في الصفحه ۲۱۲.

للغرر، و من عدم تقييدهم الإخبار بإفاده الظنّ و لا المخبر بالعدالة.

و الأقوى؛ بناءً على اعتبار التقدير و إن لم يلزم الغرر الفعلي: هو الاعتبار (١).

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى في صحه معامله إيقاعها مبيته على المقدار المخبر به و إن كان مجهولاً. و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار؛ فإنّ ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبه على أوصاف مذكوره في العقد، فيقول: بعثك هذه الصبره على أنّها كذا و كذا صاعاً، و على كلّ تقدير حكماً فيه بالصحه (٢).

فلو تبين الخلاف، فإنّما أن يكون بالنقيصه، و إنّما أن يكون بالزيادة.

[ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصه]

إشاره

فإن كان بالنقيصه تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنّه كتان فبان قطعاً. ثمّ ردّه بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنّما الفائت الوصف (٣).

لكن يمكن أن يقال: إنّ مغايره الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقه مغايره حقيقه لا- تشبه مغايره الفاقد للوصف لواجده؛

ص: ٢٤١

١- ١) في «ف»: «عدم الاعتبار»، و في هامش «م» زياده: عدم.

٢- ٢) كذا في أكثر النسخ، و في «ش»: «الحكم فيه بالصحه»، و في هامش «ن» عن بعض النسخ: الحكم فيه الصحه.

٣- ٣) لا- يخفى أنّ ما نقله عن جامع المقاصد من الاحتمال و ردّه إنّما هو في مورد تبين الخلاف بالزيادة لا بالنقيصه، فراجع جامع المقاصد ٤: ٤٢٧.

لاشتراكهما في أصل الحقيقة، بخلاف الجزء و الكل، فتأمل؛ فإن المتعين الصحه و الخيار.

ثم إنه قد عبّر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصه بقوله: «تخيّر المغبون» (1)، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض (2) أنّ هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء؛ معللاً بأن خيار الوصف إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد.

و يدفعه: تصريح العلّامه في هذه المسأله من التذكرة:- بأنّه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالنقص (3). و في باب الصرف من القواعد:

بأنّه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخيّر المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصّه معيّنه (4) من الثمن (5). و تصريح جامع المقاصد في المسأله الأخيره بابتنائها على المسأله المعروفه، و هي «ما لو باع متساوي الأجزاء على أنّه مقدار معيّن فبان أقلّ» (6)، و من المعلوم أنّ الخيار في تلك المسأله إمّا لفوات الوصف، و إمّا لفوات الجزء، على الخلاف الآتي.

ص: ٢٤٢

١-١ (١) القواعد ١٤٣:١.

٢-٢ (٢) لم نعثر عليه.

٣-٣ (٣) التذكرة ٤٧٠:١.

٤-٤ (٤) كلمه «معيّنه» من «ش».

٥-٥ (٥) القواعد ١٣٣:١.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ١٩٨:٤.

و أما التعبير ب«المغبون» فيشمل البائع على تقدير الزيادة، و المشتري على تقدير النقصه، نظير تعبير الشهيد في اللمعه عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبه برؤيتها السابقه مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما (١).

و أمّا ما ذكره: من أنّ الخيار إنّما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد، ففيه: أنّ ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحّة البيع (٢)، ككتابه العبد و خياطته. و أمّا الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصحّ البيع كمقدارٍ معيّن من (٣) الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإنّ هذا أولى من وصف الصحّة الذي يغني بناءً العقد عليه عن ذكره في العقد، فإنّ معرفه وجود ملاحظه الصحّة ليست من مصحّحات العقد، بخلاف معرفه وجود المقدار المعيّن.

[عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف]

و كيف كان، فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف و إنّما الإشكال في أنّ المتخلف في الحقيقه هل هو جزء (٤) المبيع أو وصف من أوصافه؟ فلذلك اختلف في أنّ الإمضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصّه منه نسبتها إليه كنسبه الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ و تمام الكلام في موضع تعرّض الأصحاب للمسألة.

ص: ٢٤٣

١- (١) اللمعه الدمشقيّه: ١١٣.

٢- (٢) في «ف»: العقد.

٣- (٣) في «ف»: زياده: حيث.

٤- (٤) في «ف»: زياده: من.

[كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار البيع فهو بحكم إخبار البائع]

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف، كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع و أوقع (١) العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

ص: ٢٤٤

١ - ١) في «ف»: فأوقع.

مسأله [هل يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده]

قال فى الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده و إن لم يُمسحاً، و لو مُسحاً كان أحوط؛ لثفاوت الغرض فى ذلك، و تعدّر إدراكه بالمشاهده (١)، انتهى.

و فى التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهده صحّ كالثوب و الدار و الغنم إجماعاً (٢).

و صرح فى التحرير بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها (٣).

أقول: يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم. و الاعتماد فى عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهده عين المجازفة.

و بالجملة، فإذا فرضنا أنّ مقدار مائته الغنم قلّه و كثره يعلم بالعدد فلا- فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون

ص: ٢٤٥

١-١) الشرائع ١:١٨.

٢-٢) التذكرة ١:٤٧٠.

٣-٣) التحرير ١:١٧٧.

و المعدود. و كذا الحكم فى عدد الأذرع و الطاقات فى الكرايس (1) و الجربان فى كثيرٍ من الأراضى المقدره عادةً بالجريب.
نعم، ربما يتفق تعارف عددٍ خاصٍ فى أذرع بعض طاقات الكرايس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير إخبار البائع، و ليس هذا معنى كفايه المشاهده.
و تظهر الثمره فى ثبوت الخيار؛ إذ على تقدير كفايه المشاهده لا يثبت خيارٌ مع تبين قلّه الأذرع بالنسبه إلى ما حصل التخمين به من المشاهده، إلّا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع (2) طولاً و عرضاً.
و بالجملة، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى، إذ لم يرد هنا نصٌ بالتقدير ليحتمل إناطه الحكم به و لو لم يكن غرر، كما استظهرناه فى المكيل و الموزون، فافهم.

ص: ٢٤٦

١- ١) فى «ف»: الكرباس.

٢- ٢) فى «خ»: الذرع.

كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس، أو عبد من عبيد، و شبه ذلك يتصوّر على وجوه:

الأول: أن يريد

الأول: أن يريد (١) بذلك البعض كسراً واقعياً من جمله مقدراً (٢) بذلك العنوان،

فيريد (٣) بالصاع مثلاً من صبره تكون عشره أصوع عشرها، و من عبد من العبيد نصفهما.

و لا إشكال في صحه ذلك، و لا في كون المبيع مشاعاً في جمله.

و لا فرق بين اختلاف العبيد في قيمه و عدمه، و لا بين العلم بعدد صيعان الصبره و عدمه، لأن الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع.

ص: ٢٤٧

١-١) في نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: يردد.

٢-٢) الكلمه لا تقرأ في «ف»، و في «ع» و «م»: مقدار.

٣-٣) في نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: فيردد.

هذا، ولكن قال في التذكرة: والأقرب أنه لو قصد الإشاعة في عبد من عبدين أو شاه من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض (١)، انتهى.

و لم يعلم وجه الفرق (٢)، إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ «العبد» و«الشاه».

الثاني: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوره في المجموع،

إشاره

نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة.

ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمه كالعبدين المختلفين؛ لأنه غرر؛ لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما.

وأما مع اتفاقهما في القيمه كما في الصيعان المتفرقة، فالمشهور أيضاً كما في كلام بعض (٣) المنع، بل في الرياض نسبتة إلى الأصحاب (٤)، و عن المحقق الأردبيلي قدس سرّه أيضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب (٥).

و استدلل على المنع بعضهم (٦): بالجهالة التي يبطل معها البيع إجماعاً.

ص: ٢٤٨

١-١ (١) التذكرة ٤٧٠:١.

٢-٢ (٢) في «ف»: للفرق.

٣-٣ (٣) لم نقف عليه.

٤-٤ (٤) الرياض ٥١٥:١.

٥-٥ (٥) حكاة عنه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٤٢٠، و راجع مجمع الفائده ٨: ١٨١ ١٨٢، وفيه: و مثل المتن أكثر عباراتهم.

٦-٦ (٦) كما في جامع المقاصد ٤:١٥٠، و سيجيء في كلام الحلّي و الشيخ.

و آخر (١): بأن الإبهام في البيع مبطلٌ له، لا- من حيث الجهالة. و يؤيِّده أنه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع أحد العبيدين المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي و لم يدرِ أيُّهما هو، صحَّ، خلافاً لبعض العامَّة (٢). و ثالثاً (٣): يلزوم الغرر. و رابعاً (٤): بأن الملك صفته وجودية محتاجة إلى محلٍّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به؛ لأنه أمرٌ انتزاعيٌّ من أمرين معيّنين.

و يضعف الأول بمنع المقدمتين؛ لأنَّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول؛ إذ لا تعين له في الواقع حتَّى يُجهل، و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غررٌ، غير مسلم.

نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين.

ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبدٍ من عبيدٍ قال: إنَّ ما اشتملت عليه الرواية مخالفة لما عليه الأمة بأسرها، منافٍ لأصول مذهب أصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم؛ لأنَّ المبيع إذا كان مجهولاً- كان البيع باطلاً بغير خلاف (٥)، انتهى.

و عن الخلاف في باب السلم-: أنه لو قال: «أشترى منك أحد

ص: ٢٤٩

١- ١) لم نقف عليه.

٢- ٢) لم نعثر عليه في التذكرة.

٣- ٣) كما في كلام الشيخ الآتي في الصفحة التالية.

٤- ٤) كما استدلل به المحقق النراقي في المستند ٢:٣٧٥.

٥- ٥) السرائر ٢:٣٥٠، و راجع الرواية في الوسائل ١٣:٤٤، الباب ١٦ من أبواب خيار الحيوان.

هذين العبدین أو هؤلاء العبيد» لم یصحّ الشراء. دلیلنا: أنه یباع مجهول فیجب أن لا یصحّ، ولأنه یباع غرر لاختلاف قیمتی العبدین، ولأنه لا دلیل علی صحّ ذلك فی الشرع. وقد ذكرنا هذه المسأله فی البیوع وقلنا: إن أصحابنا رووا جواز ذلك فی العبدین، فإن قلنا بذلك تبعدنا فی الروایه، ولم یقس (1) غیرها علیها (2)، انتهى.

و عبارته المحکیه فی باب البیوع هی: أنه روی أصحابنا أنه إذا اشتری عبداً من عبیدین علی أنّ للمشتری أن یختار أيهما شاء، أنه جائز، ولم یرووا فی الثوبین شیئاً. ثم قال: دلیلنا إجماع الفرقة، وقوله صلّی الله علیه و آله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم» (3)، انتهى.

و سیأتی أيضاً فی کلام فخر الدین أنّ عدم تشخیص المبیع، من الغرر الذی یوجب النهی عنه الفساد إجماعاً (4).

و ظاهر هذه الکلمات صدق الجهاله و کون مثلها قاده اتفاقاً مع فرض عدم نصّ، بل قد عرفت ردّ الحلّی للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأمة (5).

و ممّا ذكرنا من منع کبری الوجه الأول یظهر حال الوجه الثانی من وجوه المنع، أعنی کون الإبهام مبطلاً.

ص: ٢٥٠

١-١) کذا فی النسخ، و الصواب: «و لم نقس»، بصیغه المتکلم كما فی المصدر.

٢-٢) فی غیر «ف»: «غیرهما علیهما»، راجع الخلاف ٣: ٢١٧، کتاب السلم، المسأله ٣٨.

٣-٣) الخلاف ٣: ٣٨، المسأله: ٥٤ من کتاب البیوع.

٤-٤) الآتی فی الصفحه التالیه.

٥-٥) راجع الصفحه السابقه.

و أمّا الوجه الثالث، فيردّه منع لزوم الغرر مع فرض اتّفاق الأفراد في الصفات الموجبه لاختلاف قيمه؛ و لذا يجوز الإسلاف في الكلّي من هذه الأفراد، مع أنّ الانضباط في السلم أكد. و أيضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلّي من الصبره، و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً؛ و لذا ردّ في الإيضاح حمل الصاع من الصبره على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً (١).

و أمّا الرابع، فبمنع احتياج صفه الملك إلى موجودٍ خارجيّ، فإنّ الكلّي المبيع سلماً أو حالاً مملوكٌ للمشتري، و لا وجود لفردٍ منه في الخارج بصفه كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أنّ الملكيه أمرٌ اعتباريّ يعتبره العرف و الشرع أو أحدهما في مواردّه، و ليست صفه وجوديه متأصّله كالحموضه و السواد؛ و لذا صرّحوا بصحّه الوصيه بأحد الشئيين، بل لأحد (٢) الشخصين و نحوهما (٣).

فالإنصاف كما اعترف به جماعه (٤) أو لهم المحقّق الأردبيلي عدم دليلٍ معتبرٍ على المنع.

قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراعٍ من كرباسٍ من غير تقييد كونه من أيّ الطرفين، قال: و فيه تأملٌ، إذ لم يقدّم دليلٌ على اعتبار هذا المقدار من

ص: ٢٥١

١- ١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢- ٢) في غير «ف»: أحد.

٣- ٣) ممّن صرّح بذلك العلّامه في القواعد ١:٢٩٥، و التذكرة ٢:٤٨٠، و الشهيد في الدروس ٢:٣٠١ و ٣:٣٠٨.

٤- ٤) منهم المحدّث البحراني في الحدائق ١٨:٤٨٠، و لم نعثر على غيره.

العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشتري أو من أى جانب كان من الأرض، فما المانع بعد العلم بذلك؟ (١) انتهى.

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من (٢) غير واحد نسبه إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنّف بصحّ بيع الذراع من الثوب و الأرض، الراجع إلى بيع الكسر المشاع قال: وإن قصدا معيّناً (٣) أو كلياً لا على وجه الإشاعه بطل؛ لحصول الغرر بالإبهام فى الأوّل، و كونه بيع المعدوم، و باختلاف الأغراض فى الثانى غالباً، فيلحق به النادر، و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال:

و الظاهر بعد إمعان النظر و نهايه التتبع أن الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى و بالعكس، و ارتفاع الجهاله فى الخصوصيه قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهيه، و لعلّ الدائره فى الشرع أضيق، و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين (٤)، و فهم الأصحاب مقدّم؛ لأنهم أدرى بمذاق الشارع و أعلم (٥)، انتهى.

و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

ص: ٢٥٢

١-١) مجمع الفائدة ١٨٢: ٨.

٢-٢) فى «ف»، «ن» و «خ»: عن.

٣-٣) فى «ش» زياده: «من عين» و هى تصحيف «من غير تعيين»، كما فى المصدر.

٤-٤) قال الشهيدى قدّس سرّه: «التثنيه بطريق التوزيع، يعنى عموم من وجه و خصوص من وجه» (هدايه الطالب: ٣٨٤).

٥-٥) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٩٠ ٩١، ذيل قول العلامه: و إن قصدا معيّناً.

فرع:

على المشهور من المنع، لو اتَّفقا على أنَّهما أرادا غير شائعٍ لم يصحَّ البيع؛
لأتَّفاقهما على بطلانه.

و لو اختلفا فادَّعى المشتري الإشاعه فيصحَّ البيع، وقال البائع:

أردت معيّنًا، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري؛ عملاً بأصالة الصحه و أصاله عدم التعيين (١)، انتهى.

و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغه ظاهره في أحد المعنيين، أمّا معه فالمتَّبِع (٢) هو الظاهر، و أصاله الصحه لا تصرف الظواهر
(٣). و أمّا أصاله عدم التعيين فلم أتحقّقها.

و ذكر بعض من قارب عصرنا (٤): أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم (٥) الإشاعه كان حمل الفعل على الصحه قرينه صارفه. و فيه
نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكلّ: أن يكون المبيع طبيعه كليّه منحصره المصاديق

إشارة

في الأفراد المتصوّره في تلك الجملة.

ص: ٢٥٣

١-١) التذكرة ١:٤٧٠.

٢-٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: «فالمنع»، و كذا أثبتته المامقاني قدّس سرّه في غايه الآمال: ٤٦٧.

٣-٣) في «ف»: لا تضرّ بالظواهر.

٤-٤) لم نقف عليه.

٥-٥) لم ترد «عدم» في «ف».

كما حَقَّقَه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فَرَّق الصيعان، وقال: بعثك أحدها-: أن المبيع هناك (١) واحد من الصيعان المتميزه المتشخصه غير معيّن (٢)، فيكون بيعه مشتقاً على الغرر. و في هذا الوجه أمر كليّ غير متشخص ولا متميز بنفسه، و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبره و يوجد به؛ و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعاً منها من غير تعيين. و لو باع ربعاً قبل القسمة صحّ و تنزل على واحد منها مشاعاً؛ لأنه حينئذ أمر كليّ؛ فإن قلت:

المبيع في الأولى أيضاً أمر كليّ؛ قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصه، مبهم بحسب صورته العباره، فيشبه الأمر الكليّ، و بحسب الواقع جزئيّ غير معيّن ولا معلوم. و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان، و جعل كل واحد منها (٣) برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصيّ غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه و أحد العبيد. و لو أنه قال: بعثك صاعاً من هذه شائعاً في جملتها، لحكمنا بالصحة (٤)، انتهى.

و حاصله: أن المبيع مع التردد جزئيّ حقيقيّ، فيمتاز عن المبيع الكليّ الصادق على الأفراد المتصوره في تلك الجملة.

ص: ٢٥٤

١- ١) في غير «ش»: «هنا»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا في «ش»، و في «ف»: «غير متعيّن»، و في «ص»: «من غير تعيين»، و في سائر النسخ: «من غير متعيّن»، و شطب في «ن» على «من».

٣- ٣) كذا، و الظاهر سقوط كلمه هنا، مثل: «شخصاً»، كما أشار إليه مصحح «ص».

٤- ٤) جامع المقاصد ١٠٣: ٤.

و فى الإيضاح: أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّيّ المقيد بالوحده و بين الفرد المنتشر (١).

ثمّ الظاهر صحّه بيع الكلّيّ بهذا المعنى، كما هو صريح جماعه، منهم الشيخ (٢) و الشهيدان (٣) و المحقّق الثانى (٤) و غيرهم (٥)، بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبره على الكلّيّ أو الإشاعه.

لكن يظهر ممّا عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحّه بيع الكلّيّ و أنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعه هو بطلان بيع الكلّيّ بهذا المعنى، و الكلّيّ الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمّه.

قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعه: إنّّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معيّن، فلا يكون معلوم العين، و هو الغرر الذى يدلّ النهى عنه على الفساد إجماعاً، و لأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح (٦) من غير مرجح، و لا بعينه هو المبهم، و إبهام المبيع مبطل (٧)، انتهى.

ص: ٢٥٥

١-١ (١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢-٢ (٢) المبسوط ٢:١٥٢، ١٥٣، و الخلاف ٣:١٦٢، ١٦٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٥٩ و ٢٦٠.

٣-٣ (٣) اللعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣:٢٦٧، ٢٦٨.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٤:١٠٣ و ١٠٥.

٥-٥ (٥) كالسيد الطباطبائي فى الرياض ١:٥١٥، و المحقّق النراقى فى المستند ٢:٣٧٦، ٣٧٧، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، ٢٧٥.

٦-٦ (٦) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: ترجيح.

٧-٧ (٧) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

و تبعه بعض المعاصرين (١) مستنداً تارةً إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر، و أخرى إلى عدم معهوديّه ملك الكلّي فى غير الذمه لا على وجه الإشاعه، و ثالثه باتّفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناه من بيع الثمره على الإشاعه.

و يردّ الأول: ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم فى الكلّي.

و الثانى: بأنّه معهود فى الوصيّه و الإصداق؛ مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديّه، فإنّ أنواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقّق أحدها فى مورد الآخر، إلّا أن يراد منه عدم وجود موردٍ يقينيّ (٢) حكم فيه الشارع بملكيّه الكلّي المشترك بين أفراد موجوده، فيكفى (٣) فى ردّه النقض بالوصيّه و شبهها.

هذا كلّه مضافاً إلى صحيحه الأطنان الآتيه (٤)، فإنّ موردها إمّا بيع الفرد المنتشر، و إمّا بيع الكلّي فى الخارج.

□
و أمّا الثالث: فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى (٥).

ص: ٢٥٦

١- ١) و هو صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢٢: ٢٣- ٢٢٣.

٢- ٢) فى «ف»: متيقن.

٣- ٣) فى «ف»: فيكفى فيه حينئذٍ.

٤- ٤) ستأتى فى الصفحه الآتيه.

٥- ٥) فى الصفحه ٢٦١.

لو باع صاعاً من صبره، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمه أعنى: الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلى، بناءً على المشهور من صحته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ (١) و الشهيدين (٢) و المحقق الثاني (٣) و جماعه (٤).

و استدلل له فى جامع المقاصد: بأنه السابق إلى الفهم، و بروايه بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام: «عن رجل

ص: ٢٥٧

-
- ١- ١) حكاه فخر المحققين فى الإيضاح ١:٤٣٠، و راجع المبسوط ٢:١٥٢، فصل فى بيع الصبره و أحكامها.
- ٢- ٢) الدروس ٣:٢٠١، و الروضه البهيّه ٣:٢٦٨، و المسالك ٣:١٧٦، و حكاه عنهما و عمّن بعدهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٧٥.
- ٣- ٣) جامع المقاصد ٤:١٠٥.
- ٤- ٤) منهم: المحقق السبزوارى فى الكفايه: ٩٠، و الشيخ الكبير كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩١، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٧٥.

اشترى (١) عشرة آلاف طُنَّ من أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طُنَّ، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طُنَّ. فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، و وَّكَّل من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طُنَّ و بقي عشرة آلاف طُنَّ، فقال عليه السلام: العشرة آلاف طُنَّ التي بقيت هي للمشتري، و العشرون التي احترقت من مال البائع (٢).

و يمكن دفع الأول: بأنَّ مقتضى الوضع في قوله: «صاعاً من صبره» هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً (٣) أنَّ المشهور بل الإجماع على بطلانه. و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حينئذٍ الإشاعه، لأنَّ المقدار المذكور من مجموع الصبره مشاع فيه.

و أمَّا الروايه فهي أيضاً ظاهره في الفرد المنتشر، كما اعترف به في الرياض (٤).

لكنَّ الإنصاف: أنَّ العرف يعاملون في البيع المذكور معامله الكلِّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، و هذه أماره فهمهم الكلِّي.

ص: ٢٥٨

١ - ١) أثبتنا متن الحديث طبقاً لما ورد في أكثر النسخ، و لم نتعرّض لبعض الاختلافات الموجوده في «ص» و «ش»، علماً بأنَّها تصحيحات أُجريت على أساس التطبيق مع المصدر.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٧ ٢٤٨.

٤ - ٤) الرياض ١: ٥١٥.

و أما الروايه، فلو فرضنا ظهورها فى الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّى لأجل القرينه الخارجيه، و تدلّ على عدم الإشاعه من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مآلاً للمشتري.

فالقول الثانى لا يخلو من قوه، بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حكاه فى الإيضاح قولاً (١).

ثم إنه يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

أحدها: كون التخيير فى تعيينه بيد البائع؛

لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلّا الطبيعه المعرّاه عن التشخص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيه فإذا طالب بخصوصيه زائده على الطبيعه فقد طالب ما (٢) ليس حقّاً له. و هذا جارٍ فى كلّ من ملك كلياً فى الذمه أو فى الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصيه على من عليه الكلّى؛ و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت، كعبدٍ من عبيده و نحو ذلك.

إلّا أنّه قد جزم المحقّق القمى قدّس سرّه فى غير موضعٍ من أجوبه مسأله:- بأنّ الاختيار فى التعيين بيد المشتري (٣)، و لم يعلم له وجه مصحّح، فبالتالى قاس ذلك على طلب الطبيعه! حيث إنّ الطالب لمّا ملك الطبيعه على المأمور و استحقّها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبه خصوصيه دون اخرى، و كذلك مسأله التمليك كما لا يخفى.

ص: ٢٥٩

١- (١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢- (٢) فى غير «ف»: بما.

٣- (٣) منها ما قاله فى جامع الشتات ٢:٩٥، المسأله: ٧٢.

و أما على الإشاعه: فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركه، فيحتاج القسمة إلى التراضى.

و منها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقى مصداق الطبيعه انحصر حق المشتري فيه،

لأن كل فرد من أفراد الطبيعه و إن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالک المجموع و إقباضه، فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابليته ملكيته للمشتري (١) فعلاً (٢) فينحصر في الموجود. و هذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً (٣) ثابت في كل جزء من المال من دون حاجه إلى اختيار و إقباض، فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبه حصته.

و منها: أنه

و منها: أنه (٤) لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر،

فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول، لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سارٍ في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعه.

[صور إقباض الكلى]

ثم اعلم: أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. و أما إذا قبض، فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري، و إن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاءً، و الباقي

ص: ٢٦٠

١- ١) في «ف»: «ملك المشتري».

٢- ٢) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: مثلاً.

٣- ٣) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: مثلاً.

٤- ٤) عبارته «منها أنه» من «ش» و هامش «ن».

أمانه حصلت الشركة، لحصول ماله في يده و عدم توقّفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابليته تملك المشتري له فعلاً و ينحصر حقّه في الباقي، فحينئذٍ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح، فيحسب عليهما.

و الحاصل: أنّ كلّ جزءٍ (١) معيّن قبل الإقباض قابلٌ لكونه كلاً أو بعضاً (٢) ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذٍ هو الكلّي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه (٣) محسوباً على المشتري، لأنّ تملكه لمعني موقوف على اختيار البائع و إقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإنّ تملك المشتري لمقدارٍ منه حاصلٌ فعلاً؛ لتحقق الإقباض، فنسبه كلّ جزءٍ معيّن من الجملة إلى كلّ من البائع و المشتري على حدّ سواء.

نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع (٤) على وجه الإيفاء، بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض.

[لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرتالاً معلومه]

هذا كلّه ممّا لا إشكال فيه، و إنّما الإشكال في أنّهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجراتٍ و استثنى منها أرتالاً معلومه: أنّه لو خاست الثمره

ص: ٢٦١

١- ١) لم ترد «جزء» في «ف».

٢- ٢) لم ترد «كلاً أو بعضاً» في «ف».

٣- ٣) في «خ» بدل «جزئه»: «ضرره»، و في نسخه بدل «م»، «ع» و «ص»: «ضرّه».

٤- ٤) في «ف»: «للجزء حينئذٍ»، و في نسخه بدل «م»، «ع» و «ص»: «للجزء».

سقط من المستثنى بحسابه (١). و ظاهر ذلك تنزيل الأبطال المستثناه على الإشاعه، و لذا قال في الدروس: إنَّ في هذا الحكم دلالةً على تنزيل الصاع من الصبره على الإشاعه (٢). و حينئذٍ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين، حيث إنَّ مسأله الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعه.

و المشهور هنا التنزيل على الكلّي، بل لم يُعرف من جزم بالإشاعه.

و ربما يفرّق بين المسألتين (٣) بالنصّ فيما نحن فيه على التنزيل على الكلّي، و هو ما تقدّم من الصحيحه المتقدّمه (٤).

و فيه: أنّ النصّ إن استفيد منه حكم القاعده لزم التعدّي عن مورده إلى مسأله الاستثناء، أو بيان الفارق و خروجها عن القاعده.

و إن اقتصر على مورده لم يتعدّ إلى غير مورده حتّى في البيع إلّا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدّي و بين مسأله الاستثناء.

و بالجملة، فالنصّ بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدّي عن مورده الشخصى.

و أضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعه في مسأله

ص: ٢٦٢

-
- ١- ١) كما في الشرائع ٥٣:٢، و القواعد ١٣١:١، و الدروس ٢٣٩:٣، و جامع المقاصد ١٦٨:٤، و راجع مفتاح الكرامه ٣٨١:٤:٣٨٢.
 - ٢- ٢) الدروس ٢٣٩:٣.
 - ٣- ٣) فرّق بينهما صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢٣:٢٣.
 - ٤- ٤) المتقدّمه في الصفحه ٢٥٨.

الاستثناء؛ لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص.

و أضعف من هذين، الفرق بين مسأله الاستثناء و مسأله الزكاه و غيرهما ممّا يحمل الكلّي فيها على الإشاعه، و بين البيع، باعتبار (١) القبض فى لزوم البيع و إيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقّق فيه البيع (٢) يجب دفعه إلى المشتري، إذ هو شبه الكلّي فى الذمّه.

و فيه مع أنّ إيجاب القبض متحقّق فى مسألتى الزكاه و الاستثناء:- أنّ إيجاب القبض على البائع يتوقّف على بقائه؛ إذ مع عدم بقائه كلاًّ أو بعضاً يفسخ البيع فى التالف، و الحكم بالبقاء يتوقّف على نفي الإشاعه، فنفي الإشاعه بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادره، كما لا يخفى.

و أمّا مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له أصلاً فى الفرق.

و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامه من الفرق: بأنّ التلف من الصبره قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و (٣) إن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله. بخلاف الاستثناء، فإنّ التلف فيه بعد القبض، و المستثنى بيد المشتري أمانه على الإشاعه بينهما، فيوزّع الناقص عليهما، و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا، بخلاف البائع هناك (٤)، انتهى.

ص: ٢٦٣

١- ١) الجار متعلّق ب«الفرق»، و«الإيجاب» عطف على «الاعتبار» كما قاله الشهيدى فى هدايه الطالب: ٣٨٧.

٢- ٢) كذا فى النسخ، و الظاهر: المبيع، كما فى مصحّحه «ن».

٣- ٣) لم ترد «و» فى «ف».

٤- ٤) مفتاح الكرامه ٣٨٢: ٤.

و فيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعه، فكيف يثبت به؟ أنه:

إن أُريد من (١) كون التلف في مسأله الاستثناء بعد القبض: أنه بعد قبض المشتري؟ ففيه: أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا- كلام فيه و لا- إشكال، و إنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسأله الصاع و البائع في مسأله الاستثناء، حيث إن كلا منهما يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقه، فكيف يحسب نقص التالف (٢) على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقه (٣) الكلّي.

و إن أُريد من كون التلف بعد القبض: أن الكلّي الذي يستحقّه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكلّ إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبره إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض.

ففيه: أن الإشكال بحاله؛ إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: «بعتك صاعاً من هذه الصبره» و بين قوله: «بعتك هذه الصبره أو هذه

ص: ٢٦٤

١- ١) لم ترد «من» في غير «ش»، و استدركت في «ن».

٢- ٢) في «ش»: التلف.

٣- ٣) كذا في «ف» و نسخه بدل «خ»، و في «ش» و مصححه «ن»: «عدم قبض حقهما»، و في سائر النسخ: عدم قبضه.

الثمره إلّا صاعاً منها»، و ما الموجب للاشتراك فى الثانى دون الأوّل؟ مع كون مقتضى الكلّى عدم تعيّن (١) فردٍ منه أو جزءٍ منه لمالكة (٢) إلّا بعد إقباض مالك الكلّ الذى هو المشتري فى مسأله الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّى لا يوجب الاشتراك.

هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب فى مسأله الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرّف المشتري إلّا بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعه، منهم الشهيدان (٣) و المحقّق الثانى (٤) بأنّه لو فرّط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقى.

و يمكن (٥) أن يقال: إنّ بناء المشهور فى مسأله استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعه قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعه منهم: بأنّه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصّه البائع فى الباقى، و يؤيّد استمرار السيره فى صوره استثناء أبطال معلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرّف و عدم معامله مع البائع معامله الشركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلّى، و لا فرق بينهما إلّا فى بعض ثمرات التنزيل على

ص: ٢٦٥

١-١) فى غير «ش»: تعيّن.

٢-٢) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: لمالك.

٣-٣) فى «ف»: «الشهيد الثانى»، راجع الدروس ٣: ٢٣٩، و الروضه البهيّه ٣: ٣٦٠.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ١٦٨: ٤.

٥-٥) فى «ف»: هذا، و يمكن.

الكلّي و هو حساب التالف عليهما. ولا يحضرني وجهٌ واضح لهذا الفرق، إلّا دعوى أنّ المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع.

و إن كان بناؤهم على الإشاعه من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنّه ملحوظٌ بعنوانِ كلّي يقع عليه البيع، فمعنى «بعتك هذه الصبره إلّا صاعاً منها»: «بعتك الكلّي الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع» فهو كلّيٌ كنفس الصاع، فكلُّ منهما مالك لعنوان كلّي، فالموجود مشترك بينهما؛ لأنّ نسبه كل جزءٍ منه إلى كلٍّ منهما على نهجٍ سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيحٌ من غير مرجح؛ وكذا التالف نسبه إليهما على السواء، فيحسب عليهما.

و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإنّ مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلّي في قولنا: «بعتك صاعاً من هذه الصبره»؛ إذ لم يقع موضوع الحكم (1) في هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلّي كنفس الصاع.

فإن قلت: إنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً فى الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع.

قلت: نعم و لكن ملكيه البائع له ليس بعنوان كلّي حتّى يبقى ما بقى ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً على هذا العنوان

ص: ٢٦٦

(١ - ١) فى «ف» و مصحّحه «خ»: موضوعاً لحكم.

و على عنوان الصاع (١) على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم يبقَ إلّا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكاً له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل.

هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر، عفى الله عن الزلل فى المعائر.

[أقسام بيع الصبره]

قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد (٢) :- إن أقسام بيع الصبره عشره؛ لأنها إمّا أن تكون معلومه المقدار أو مجهولته، فإن كانت معلومه صحّ بيعها أجمع، و بيع جزءٍ منها معلومٍ مشاعٍ، و بيع مقدارٍ كقفيزٍ تشتمل عليه، و بيعها كلّ قفيز بكذا، لا (٣) بيع كلّ قفيز منها بكذا.

و المجهوله كلّها باطله إلّا الثالث (٤)، و هو بيع مقدارٍ معلوم يشتمل الصبره عليه.

و لو لم يعلم باشمالها عليه، فظاهر القواعد (٥) و المحكى عن حواشى

ص: ٢٦٧

١- ١) كذا فى النسخ، و العبارة فى «ش» هكذا: «مصداقاً لهذا العنوان و عنوان الصاع»، و جاء فى هامش «ص» ما يلى: الظاهر أنّه سهو من قلمه الشريف، و حقّ العبارة أن يقول: «مصداقاً لهذا العنوان و لعنوان الصاع»، كما لا يخفى.

٢- ٢) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٧٥:٤.

٣- ٣) كذا فى «ف» و «ص»، و فى غيرهما بدل «لا»: «إلّا»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٤- ٤) انتهى كلام الشهيد الثانى قدّس سرّه، راجع الروضه البهيّه ٢٦٨:٣.

٥- ٥) راجع القواعد ١٢٧:١.

الشهيد (١) و غيرها (٢) عدم الصحه، و استحسنة في الروضه، ثم قال: و لو قيل بالاكتفاء بالظن باشمالها عليه كان متجهاً (٣).

و المحكى عن ظاهر الدروس و اللمعه الصحه (٤)، قال فيها: فإن نقصت تخير بين أخذ الموجود منها بحصته (٥) من الثمن و بين الفسخ (٦)، لتبعض الصنفه. و ربما يحكى عن المبسوط، و المحكى (٧) خلافه (٨)، و لا يخلو عن قوه و إن كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الغرر (٩) بالخيار؛ لما عرفت غير مره: من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع النظر

ص: ٢٦٨

-
- ١-١) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و لا توجد عندنا حواشى الشهيد.
 - ٢-٢) مثل العلامه في التذكرة ١:٤٦٩، و حكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و فيه: إذا علما اشمالها على ذلك.
 - ٣-٣) الروضه البهيه ٣:٢٦٧.
 - ٤-٤) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و راجع الدروس ٣:٢٠١ و ٢٣٩، و اللمعه: ١١٣، و العبارة منقوله من اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٦٧.
 - ٥-٥) كذا في «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: بحصه.
 - ٦-٦) إلى هنا كلام الشهيد، و التعليل من المؤلف قدس سره.
 - ٧-٧) في «ش»: عن المبسوط و الخلاف.
 - ٨-٨) حكى خلافه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، كما حكى الصحه عن ظاهر الدروس و اللمعه في نفس ذلك الموضوع، فراجع، و انظر المبسوط ٢: ١٥٢، و إيضاح الفوائد ١: ٤٣٠.
 - ٩-٩) كذا في «ف» و نسخه بدل «ش»، و في سائر النسخ: الضرر.

عن الخيار الذى هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

و إن قيل (١): عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود.

و أمّا إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود (٢) بتمامه فلا غرر عرفاً، و ربما يحتمل الصحه مراعى بتبين اشتمالها عليه.

وفيه: أنّ الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال.

هذا، و لكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصحه، إلّا (٣) مع العلم بالاشتمال، أو الظنّ الذى يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهه استصحاب الاشتمال.

و أمّا الرابع مع الجهاله و هو بيعها كلّ قفيز بكذا فالمحكى عن جماعه (٤) المنع.

و عن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتى المبسوط و الخلاف أنّه لو

ص: ٢٦٩

١- ١) فى غير «ش»: «و قيل»، و فى مصّحه «ص»: «و لو قيل»، و القائل صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٤٢٣.

٢- ٢) كذا فى «ش» و مصّحه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: الموجود.

٣- ٣) فى «ف» بدل «إلّا»: لا.

٤- ٤) كالمحقّق فى الشرائع ٢: ٣٤، و العلّامه فى التذكرة ١: ٤٦٩، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٩٥، و نسبه المحقّق السبزوارى (فى الكفايه: ٩٠) إلى المشهور.

قال: «بعتك هذه الصبره كلّ قفيز بدرهم» صحّ البيع (١).

قال في الخلاف: «لأنّه لا مانع منه، والأصل جوازه». و ظاهر إطلاقه يعمّ صورته الجهل بالاشتمال.

و عن الكفايه: نفى البعد عنه (٢)؛ إذ المبيع معلوم بالمشاهده، و الثمن ممّا يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبره و يوزّع الثمن على قفزاتها، قال (٣): و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة (٤).

و فيه نظر.

ص: ٢٧٠

١- ١) المبسوط ٢: ١٥٢، و الخلاف ٣: ١٦٢، كتاب البيع، المسأله ٢٥٩، و حكاها عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٧٦.

٢- ٢) كفايه الأحكام: ٩٠.

٣- ٣) ظاهر السياق رجوع ضمير «قال» إلى صاحب الكفايه، و ليس الأمر كذلك. بل العبارات من قوله «و أمّا الرابع إلى و فيه نظر» من مفتاح الكرامه (انظر مفتاح الكرامه ٤: ٢٧٦).

٤- ٤) التذكرة ١: ٤٦٩.

اشاره

فإن اقتضت العاده تغييرها عن صفاتها (١) السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصح بيع الغائب؛ لأنّ الرؤيه القديمه غير نافعه.

و إن اقتضت العاده بقاءها عليها فلا إشكال في الصحه، ولا خلاف أيضاً إلّا من بعض الشافعيه (٢).

و إن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصاله عدم التغيير (٣) و البناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن؛ لأنّ الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها.

ص: ٢٧١

١-١) الضمائر الراجعه إلى «العين» وردت في غير «ش» مذكّره، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢-٢) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٨٠، عن الأنماطي من الشافعيه.

٣-٣) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: التغيير، و صحّح في «ن» بما في المتن.

و لو فرضناه فى مقام لا يمكن التعويل عليه (١) لحصول أماره على خلافه (٢)، فإن بلغت قوه الظن حدًا يلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضى العاده تغييره لم يجر البيع، و إلاّ جاز مع ذكر تلك الصفات، لا بدونه؛ لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة فى القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العاده عدمها لغواً. لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمه.

و كيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤيه قديمه فانكشف التغيير تخير المغبون و هو البائع إن تغير (٣) إلى صفات زادت فى ماليتها، و المشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعده «الضرر»، و لأن الصفات المبنى عليها فى حكم الصفات المشروطه، فهى من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه فى نهايه الأحكام و المسالك بقولهما: الرؤيه بمثابة الشرط فى الصفات الكائنه فى المرئى، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط (٤)، انتهى.

و توهم: أنّ الشروط إذا لم تُذكر فى متن العقد لا- عبره بها، فما (٥) نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد، مدفوع

ص: ٢٧٢

١- ١) فى غير «ش»: «عليها»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) فى غير «ش»: «خلافها»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) فى «ف» و مصححه «ن»: «تغيرت».

٤- ٤) نهايه الأحكام ١: ٥٠٢، المسالك ١٧٨: ٣.

٥- ٥) فى مصححه «ن»: «و ما».

بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذةً فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد. و الصفات المرثية سابقاً حيث إن البيع لا يصح إلا مبتتاً عليها كانت (1) دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية؛ و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً، فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد.

و احتمال في نهايه الإحكام البطلان (2). و لعله لأن المضي على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاءً بالعقد و جب، فلا خيار.

و إن لم يكن وفاءً لم يدل دليل على جوازه. و بعبارة اخرى: العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، و إلا فلا وجه للخيار مع أصاله الزوم.

و يضعفه: أن الأوصاف الخارجة عن حقيقه المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها، و إما بذكرها في متن العقد لا تعد (3) مقومات للعقد كما أنها ليست (4) مقومات المبيع، ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار؛ دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. و تمام الكلام في باب الخيارات إن شاء الله.

ص: ٢٧٣

١- ١) في مصححه «ن»: كان.

٢- ٢) نهايه الإحكام ٥٠١: ٢.

٣- ٣) في «ش» زياده: «من».

٤- ٤) في «ش» زياده: «من».

الأول لو اختلفا في التغيير

الأول لو اختلفا في التغيير (١) فادّعاها المشتري،

ففي المبسوط (٢) و التذكرة (٣) و الإيضاح (٤) و الدروس (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧): تقديم قول المشتري؛ لأنّ يده على الثمن، كما في الدروس (٨)، و هو راجع إلى ما في المبسوط (٩) و السرائر (١٠): من أنّ المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، و لا ينتزع منه إلّا بإقراره أو بينه (١١) تقوم عليه، انتهى.

و تبعهما (١٢) العلامة أيضاً في صورته الاختلاف في أوصاف المبيع

ص: ٢٧٤

١- ١) كذا في النسخ، و الظاهر: «التغيير» كما في مصحّحه «ن».

٢- ٢) المبسوط ٢:٧٧.

٣- ٣) التذكرة ١:٤٦٨.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤٣٢.

٥- ٥) الدروس ٣:١٩٩.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤:١٠٩.

٧- ٧) المسالك ٣:١٧٨.

٨- ٨) الدروس ٣:١٩٩.

٩- ٩) و (٩) المبسوط ٢:٧٧.

١٠- ١٠) السرائر ٢:٢٤٣.

١١- ١١) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: بيّنه.

١٢- ١٢) في غير «ف»: «تبعه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

الموصوف إذا لم يسبقه رؤيه (١)، حيث تمسك بأصالة براءة ذمته المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت (٢) بالبينه.

ولأنّ البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به، والأصل عدمه كما في التذكرة (٣).

ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد (٤).

ويمكن أن يضعف الأول: بأنّ يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانه، غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا- ينفع تشبته باليد. إلّا أن يقال: إنّ وجود الناقل لا يكفي في سلطنه البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلّامة في أحكام الخيار من التذكرة، ولم ينسب خلافه إلّا إلى بعض الشافعيه، من عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن في مدّه الخيار و إن تسلّم الآخر (٥)، و حينئذٍ فالشكّ في ثبوت الخيار يوجب الشكّ في سلطنه البائع على أخذ الثمن، فلا مدفع لهذا الوجه إلّا أصاله عدم سبب الخيار لو تمّ، كما سيجي.

و الثاني (٦) مع معارضته بأصاله عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتّى يكون حقًا له يوجب الخيار-: بأنّ الشكّ في علم

ص: ٢٧٥

١- ١) في غير «ف»: «برؤيه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) في غير «ش»: «ثبت»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٦٧، ٤٦٨.

٤- ٤) جامع المقاصد ١٠٩: ٤.

٥- ٥) التذكرة ٥٣٧: ١.

٦- ٦) عطف على قوله: و يضعف الأول.

المشترى بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصاله عدم تغير المبيع لم يجر أصاله عدم علمه بهذا الوصف.

و الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمضاء العقد، و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، و المرجع أصاله لزوم العقد. و لأجل ما ذكرنا قوى بعض (١) تقديم قول البائع.

هذا، و يمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهده هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت (٢) عن النهايه و المسالك و لذا لا يحصل من فقدها إلّا خيار لمن اشترطت له و لا- يلزم بطلان العقد، أو أنّها مأخوذه في نفس المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقتيد؛ و لذا لا يجوز إلغاؤها في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط؟ فعلى الأول: يرجع النزاع في التغير و عدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه، و الأصل مع البائع.

و بعبارة اخرى: النزاع في أن العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود، أم لا (٣)؟ لكن الإنصاف: أن هذا البناء في حكم

ص: ٢٧٦

١- (١) قواه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٤٣١.

٢- (٢) راجع الصفحه ٢٧٢.

٣- (٣) في «ف» بدل «أم لا»: و عدمه.

الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنّه ليس شيئاً مستقلاً حتّى يدفع عند الشكّ بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متّصفاً (١) بهذا الوصف، و ليس هنا عقدٌ على العين و الترامٌ بكونه متّصفاً (٢) بذلك الوصف، فهو قيدٌ ملحوظٌ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرطٌ ملزمٌ (٣) في العقد؛ فحينئذٍ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتّى يلزم الوفاء و عدمه، و الأصل عدمه.

و دعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيّده بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعه: بأنّ عدم وقوع العقد على العين المقيّده لا يثبت جواز العقد الواقع إلّا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّده بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّده، و هو غير جائزٍ كما حقّق في الأصول (٤).

و على الثانى (٥): يرجع النزاع إلى وقوع العقد (٦) و التراضى على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه،

ص: ٢٧٧

١-١) كذا، و المناسب: كونها متّصفه.

٢-٢) كذا، و المناسب: بكونها متّصفه.

٣-٣) فى مصحّحه «ن»: ملتمزم.

٤-٤) حقّق ذلك فى مبحث الأصل المثبت، فى التنبيه السادس من تنبيهات الاستصحاب.

٥-٥) و هو أن تكون الأوصاف الملحوظه حين المشاهده مأخوذه فى نفس المعقود عليه.

٦-٦) قال المامقانى قدّس سرّه: قوله: «على ما ينطبق على الشيء الموجود إلى قوله: -إلى وقوع العقد» مضروب عليه [أى مشطوب عليه] فى نسخه المصنّف رحمه الله، (غايه الآمال: ٤٧١)، و لم ترد هذه فقره فى «ف».

و الأصل مع المشتري.

و دعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقوده، مدفوعه: بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، وهو غير ثابت و الأصل عدمه؛ و قد تقرّر في الأصول: أنّ نفى أحد الضدين بالأصل (1) لا يثبت الضد الآخر (2) ليرتب عليه حكمه.

و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم؛ حيث إنّ المبيع ملك المشتري، و الثمن ملك البائع اتفاقاً، و إنّما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ، فينفى بما تقدّم من قاعده اللزوم.

توضيح الفساد: أنّ الشكّ في اللزوم و عدمه من حيث الشكّ في متعلق العقد، فإننا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم، و هو وارد على أصالة اللزوم (3).

و الحاصل: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: عدم تقييد (4) متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و أخذه فيه. و هذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنّه غير جارٍ؛ لعدم الحالة السابقة.

ص: ٢٧٨

١- ١) لم ترد «بالأصل» في «ف».

٢- ٢) تقرّر ذلك في مبحث الأصل المثبت.

٣- ٣) عبارته «و هو وارد على أصالة اللزوم» لم ترد في «ف».

٤- ٤) في «ف»: أحدهما: الشكّ في تقييد.

و الثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود.

و هذا جارٍ غير نافع، نظير الشك في كون الماء المخلوق (1) دفعه كراً من أصله، فإن أصاله عدم كزيتته نافعاً غير جاريه، و أصاله عدم وجود الكز جاريه غير نافع في ترتب آثار القله على الماء المذكور، فافهم و اغتنم.

و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضيه للزوم العقد الحاكمه على الأصول العمليه المتقدمه، مثل ما دلّ على حرمه أكل المال إلا- أن تكون تجارة عن تراض (2)، و عموم: «لا (3) يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (4)، و عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» (5)، بناءً على أنها تدلّ على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع؛ لأن المفروض صيرورته ملكاً له (6)؛ إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصّصه قد خرج عنها بحكم أدله الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضه عليه إلى المشتري، فإذا شك في ذلك فالأصل عدم دفع العوض. و هذا هو الذي تقدّم: من أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع

ص: ٢٧٩

١- ١) في نسخه بدل «خ»، «م»، «ع»، و «ش»: الخاص.

٢- ٢) كآيه ٢٩ من سوره النساء.

٣- ٣) في غير «ف»: و لا.

٤- ٤) عوالى اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٥- ٥) عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٦- ٦) لم ترد «له» في «ف» و «ش».

خيار تخلف الوصف.

فإن قلت: لا- دليل على كون الخارج من العمومات المذكوره معنوناً بالعنوان المذكور، بل نقول: قد خرج من تلك العمومات المال الذى وقع معاوضه بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شكَّ فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضه المذكوره.

قلت: السبب فى الخيار و سلطنه المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجيه (١) منطبقه على ما وقع العقد عليه. و بعبارة اخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما لا (٢) يطابق العين الخارجيه.

كما أنّ السبب فى لزوم العقد تحقّق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها إلى ملك المشتري.

و الأصل موافق للأوّل، و مخالف للثانى. مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنّها سمينه فبانت مهزوله، فالموجب للخيار هو: أنّه لم ينتقل إليه فى الخارج ما عُقد عليه و هو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإنّ ذلك لا يقتضى الجواز، و إنّما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجيه على متعلّق العقد، و من المعلوم أنّ عدم الانطباق هو المطابق

ص : ٢٨٠

١- ١) فى النسخ: الخارجيه.

٢- ٢) فى غير «ف»: على ما يطابق، و زيدت «لا» فى أكثر النسخ تصحيحاً، قال المامقانى قدّس سرّه: و الظاهر أنّ كلمه «لا» سقطت من قلم الناسخين، (غايه الآمال: ٤٧١).

فقد تحقق مما ذكرنا: صحه ما تقدم: من أصاله عدم وصول حق المشتري إليه، وكذا صحه ما فى التذكره: من أصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما ألزم (١).

نعم ما فى المبسوط (٢) و السرائر (٣) و الدروس (٤): من أصاله بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا- يناسب أصاله اللزوم بل يناسب أصاله الجواز عند الشك فى لزوم العقد، كما يظهر من المختلف فى باب السبق و الرمايه (٥). و سيأتى تحقيق الحال فى باب الخيار.

و أما دعوى ورود أصاله عدم تغير المبيع على الأصول المذكوره؛ لأن الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع، فهى مدفوعه مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهده فاختلف فى زمان المشاهده، كما إذا علم بكونها سمينه و أنها صارت مهزوله، و لا يعلم أنها فى زمان المشاهده كانت باقيه على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهده، فالأصل تأخر التغير، لا عدمه

ص: ٢٨١

١- ١) فى مصححه «ن»: بما التزم، هذا و لم نعثر عليه فى التذكره، و لعله ينظر إلى ما تقدم عن التذكره فى الصفحه ٢٧٥.

٢- ٢) المبسوط ٧٧:٢.

٣- ٣) السرائر ٢٤٣:٢.

٤- ٤) الدروس ١٩٩:٣.

٥- ٥) راجع المختلف ٢٥٥:٦، و فيه بعد نقل القولين من الجواز و اللزوم:- و الوجه، الأول، لنا: الأصل عدم اللزوم.

الموجب للزوم العقد:- بأن (١) مرجع أصاله عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهده سمينه، و من المعلوم: أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصاله عدم وقوع العقد على السمين.

نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهده و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، و لكنّ الأصول العدميه في مجاريها لا تثبت وجود أضدادها.

هذا كله مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار.

و لو ادعى البائع الزيادة الموجهه لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

و ظاهر عباره اللغه تقديم قول المشتري هنا (٢). و لم يعلم وجهه.

ص: ٢٨٢

١- ١) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أن.

٢- ٢) انظر اللغه دمشقيه: ١١٣، و فيها: «و لو اختلفا في التغير قدم قول المشتري مع يمينه». و نسبه في الروضه (٣: ٢٧١) إلى إطلاق العبارة.

الفرع (١) الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهده، و وقوع العقد على الوصف المشاهد، و اختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه

على وجه لا يوجب الخيار، تعارض كل من أصاله عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه.

و حيث إن مرجع الأصلين إلى أصاله عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً، و أصاله بقاء السمن، و عدم وجود الهزال حال البيع و الظاهر أنه لا يترتب على شيءٍ منهما الحكم بالجواز أو (٢) اللزوم؛ لأنّ اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري، و أصاله بقاء السمن لا يثبت وصول السمين؛ كما أنّ أصاله عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه كما في المسأله السابقه، إلّا أنّ الفرق بينهما هو: أنّ الشكّ في وصول الحقّ هناك ناشٍ عن الشكّ في نفس الحقّ، و هنا ناشٍ عن الشكّ في وصول الحقّ المعلوم.

و بعباره اخرى: الشكّ هنا في وصول الحقّ، و هناك في حقيّه (٣) الواصل، و مقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

ص: ٢٨٣

١-١) تقدم الأوّل في الصفحه ٢٧٤.

٢-٢) في «ف» و «ش» بدل «أو».

٣-٣) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: حقه.

و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولاً و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن، و اختلفا فى تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم و تدبر؛ فإنَّ المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه.

و لو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه، و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع.

و قد يتوهم جريان أصاله صحه البيع هنا، للشك فى بعض شروطه، و هو وجود المبيع.

و فيه: أن صحه العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنه عقد على شىء معدوم فى الواقع فلا تأثير له عقلاً فى تملك العين؛ لأنَّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، و لا على قصد تملكه بدلاً أو قيمته (١) غير معقول. و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل بالحال، فإذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم؛ لأنَّ التملك الحقيقى غير متحقق، و الصورى و إن تحقق لكنّه ليس بفاسد؛ إذ اللغو فاسد عرفاً أى قبيح إذا صدر عن علم (٢) بالحال.

و بالجملة، الفاسد شرعاً الذى تنزه (٣) عنه فعل المسلم هو التملك

ص: ٢٨٤

١- ١) كذا، و الظاهر: قيمه.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى «خ» و «ص» و مصححه سائر النسخ: عمّن علم.

٣- ٣) فى مصححه «ن»: ينزه.

الحقيقى المقصود الذى لم يمضه الشارع.

فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض (١) فى مسأله الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخره (٢) عنه، حيث تمسكك بأصالة صحه الرجوع عن الإذن؛ لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً؛ لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه.

نعم، لو تحققت قابليته التأثير عقلاً و تحققت (٤) الإنشاء الحقيقى عرفاً و لو فيما إذا باع بلا ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعاً كالغريق و المسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه، أو قصد تملكك بدله مثلاً أو قيمه، كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو، أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحققت مورد الصحه و الفساد، فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شكك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

ص: ٢٨٥

١-١) راجع الجواهر ٢٦٧:٢٥.

٢-٢) فى «ف»: تقديم.

٣-٣) كذا فى مصححه «ن»، و فى النسخ: تأخير.

٤-٤) فى غير «ف»: أو تحققت.

مسأله لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحه فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك،

كما فى كلّ وصفٍ يكون كذلك؛ إذ لا فرق فى توقّف رفع الغرر على العلم، بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العدّ.

و يعنى الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط، كمقدار الطعم و الرائحه و اللون و كفيّاتها، فإنّ ذلك ممّا لا يمكن ضبطه إلّا باختبار شيءٍ من جنسه، ثمّ الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤةً، فبيع منه لؤلؤةٌ أخرى على ذلك الوصف. و كذا الكلام فى الطعم و الرائحه لمن كان مسلوب الذائقه و الشامه.

نعم، لو لم يُرد من اختبار الأوصاف إلّا استعمال صحّته و فساده، جاز شراؤها بوصف الصحّ، كما فى الدبس و الدهن مثلاً، فإنّ المقصود من طعمهما ملاحظه عدم فسادهما. بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها، و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظه صحّتها و فساده.

و إطلاق كلمات الأصحاب (١) في جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمولٌ على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخلٌ في الصحه، لا الزائده على الصحه التي يختلف بها القيمه (٢)، بقريته تعرّضهم بعد هذا لبيان جواز شرائها من دون اختبارٍ و لا وصفٍ، بناءً على أصاله الصحه.

و كيف كان، فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفاقاً للمشهور المدعى عليه الإجماع في الغنيه (٣). قال: يمكن أن يقال: إنّ بيع العين المشاهده المرثيه لا يجوز أن يكون بالوصف؛ لأنه غير غائبٍ فيباع مع خيار الرؤيه بالوصف، فإذا لا بدّ من شمّه و ذوقه؛ لأنه حاضر مشاهد غير غائبٍ يحتاج إلى الوصف، و هذا قوى (٤)، انتهى.

و يضعفه: أنّ المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكماً. بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصفٍ، بناءً على أصاله الصحه، وفاقاً للفاضلين (٥).

ص: ٢٨٨

١-١) منهم المحقق في الشرائع ٢:١٩، و العلّامه في القواعد ١:١٢٦، و الشهيد في الدروس ٣:١٩٨، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٢٣١.
٢-٢) كذا في «خ» و «م» و «ع» و «ص» و «ش»، و في «ف» بدل «القيمه»: «مراتب الصحيح»، و في «ن» جمع بينهما و صححت العبارة هكذا: «يختلف بها قيمه مراتب الصحيح»، و في نسخه بدل «م» و «ع» و «ص»: «مراتب الصحيح.

٣-٣) الغنيه: ٢١١.

٤-٤) السرائر ٢:٣٣١.

٥-٥) الشرائع ٢:١٩، و القواعد ١:١٢٦.

و من تأخر عنهما (١)، لأنه إذا كان المفروض ملاحظه الوصف من جهة دوران الصّحّه معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصّحّه، و من المعلوم أنّه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرّح البائع بالبراءه من العيوب.

و أما روايه محمّد بن العيص: «عن الرجل يشتري ما يذاق، أ يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، و لا يذوقنّ ما لا يشتري» (٢). فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه.

ثمّ إنّه ربما نسب الخلاف في هذه المسأله إلى المفيد و القاضي و سلّار و أبي الصلاح و ابن حمزه.

قال في المقنعه: كلّ شيءٍ من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفسادٍ له كالأدهان المختبره بالشّم و صنوف الطيب و الحلوات المذوقه فإنّه لا يصحّ بيعه بغير اختباره (٣)، فإنّ ابتيع بغير اختبارٍ كان البيع باطلاً، و المتبايعان فيه (٤) بالخيار (٥) فإنّ تراضيا

ص: ٢٨٩

١ - ١) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤٢٧: ١، و الشهيدان في الدروس ٣: ٩٩٨، و المسالك ٣: ١٧٩ و غيرهم، راجع مفتاح الكرامه ٢٣٢: ٤.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٢٧٩، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) في «ش»: بغير اختبارٍ.

٤ - ٤) في «ش»: فيها.

٥ - ٥) إلى هنا كلام المفيد قدّس سرّه، راجع المقنعه: ٦٠٩، و لم نعر على ما بعده فيها، نعم نقله العلّامه في المختلف (٥: ٥٦٠) بلفظ: «قال الشيخان»، و قال السيّد العاملی في مفتاح الكرامه بعد نقل ما في المقنعه: «و مثله عبارته النهايه حرفاً بحرف...»، و زاد بعد قوله: «و المتبايعان فيه بالخيار»: «فإنّ تراضيا بذلك لم يكن به بأس»، راجع مفتاح الكرامه ٢٣٢: ٤.

بذلك لم يكن به بأس، انتهى (١).

و عن القاضي: أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في ردّه له على البائع (٢).

و المحكّي عن سلّار و أبي الصلاح و ابن حمزه: إطلاق القول بعدم صحّه البيع من غير اختبار في ما لا يفسده الاختبار (٣) من غير تعرّض لخيار للمتبايعين (٤) كالمفيد، أو للمشتري كالقاضي.

ثمّ المحكّي عن المفيد و سلّار: أنّ ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحّه (٥).

و عن النهايه و الكافي: أنّ بيعه جائز على شرط الصحّه أو البراءة من العيوب (٦).

و عن القاضي: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحّه أو البراءة من العيوب (٧).

قال في محكّي المختلف بعد ذكر عبارته القاضي: - إنّ هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين: أمّا الصحّه أو البراءة من العيوب، و ليس

ص: ٢٩٠

١- ١) لم ترد «انتهى» في «ف».

٢- ٢) حكاها عنه العلّامة في المختلف ٥:٢٦٠، و لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي.

٣- ٣) حكاها العلّامة في المختلف ٥:٢٦٠، و انظر المراسم: ١٨٠، و الكافي في الفقه: ٣٥٤، و الوسيله: ٢٤٦.

٤- ٤) في «ش»: لخيار المتبايعين.

٥- ٥) حكاها العلّامة في المختلف ٥:٢٦٢، و انظر المقنعه: ٦٠٩-٦١٠، و المراسم: ١٨٠.

٦- ٦) حكاها العلّامة أيضاً في المختلف ٥:٢٦٣، و انظر النهايه: ٤٠٤، و الكافي في الفقه: ٣٥٤.

٧- ٧) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي و حكاها العلّامة أيضاً في المختلف ٥:٢٦٣.

بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلى (١) عنهما أو شرط العيب. و الظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارته الشيخين (٢)، حيث قال: إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة. و مقصودهما:

أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز، لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة (٣)، انتهى.

أقول: و لعلّه لنكتته بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد (٤) عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: «جاز (٥) بشرط (٤) الصحة» (٧)، لكنّ الإنصاف أن الظاهر من عبارتي المقنعه و النهايه و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبر في عبارته المقنعه من أولها إلى آخرها (٨)، و عبارته النهايه هنا هي عبارته المقنعه بعينها، فلاحظ (٩).

و ظاهر الكلّ كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده،

ص: ٢٩١

١-١) كذا، و في المصدر: أخلاه.

٢-٢) العبارة في المصدر هكذا: و إنما صار إلى هذا الإيهام عبارته الشيخين.

٣-٣) المختلف ٥:٢٦٣.

٤-٤) في غير «ف» زياده: «كما»، و قد محيت في «ن».

٥-٥) في هامش «ن» زياده: بيعه.

٦-٦) في غير «ف» و «ن»: شرط.

٧-٧) القواعد ١:١٢٦.

٨-٨) انظر المقنعه: ٦٠٩-٦١٠.

٩-٩) راجع النهايه: ٤٠٤.

كما تقدّم من الحلّي (١).

فلا- يكفى ذكر الأوصاف، فضلاً عن الاستغناء عنها بأصالة السلامه. و يدلّ عليه: أنّ هؤلاء اشترطوا فى ظاهر عبارتهم المتقدّمه اشتراط الوصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار، وإن فهم فى المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه.

فينبغى أن يكون كلامهم فى الأمور التى لا تنضبط خصوصيّة طعمها و ريحها بالوصف. و الظاهر أنّ ذلك فى غير الأوصاف التى يدور عليها السلامه من العيب، إلّا أنّ تخصيصهم (٢) الحكم بما لا يفسده الاختبار كالشاهد (٣) على أنّ المراد بالأوصاف التى لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامه، كما أنّ مقابله و هو ما يفسد الشىء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالباً. و يؤيّد حكم القاضى بخيار المشتري (٤).

و كيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم ممّا و لا من الأصحاب.

و إن كان مذهبهم موافقاً للحلّي (٥) بناءً على إرادته الأوصاف التى بها قوام السلامه من العيب، فقد عرفت أنّه ضعيف فى الغايه (٦).

ص: ٢٩٢

١-١) تقدّم فى الصفحه ٢٨٨.

٢-٢) فى «ف»: إلّا أن يخصّص.

٣-٣) فى غير «ن» و «ص»: كالمشاهد.

٤-٤) راجع الصفحه ٢٨٩.

٥-٥) كذا فى أكثر النسخ، و فى «ف» و هامش «م»: «للمشهور»، و فى «خ» و «ع»: للمحكى.

٦-٦) راجع الصفحه ٢٨٨-٢٨٩.

و إن كان مذهبيهم عدم كفايه البناء على أصله السلامه عن الاختبار و الوصف و إن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت: أنّ الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الرجعة إلى السلامه من العيوب في بيع الأعيان الشخصية.

و يمكن أن يقال بعد منع جريان أصله السلامه في الأعيان؛ لعدم الدليل عليها، لا من بناء العقلاء إلّا فيما إذا كان الشكّ في طرؤ المفسد، مع أنّ الكلام (١) في كفايه أصله السلامه عن ذكر الأوصاف أعمّ، و لا من الشرع؛ لعدم الدليل عليه: - إنّ السلامه من العيب الخاصّ متى ما كانت مقصوده على جهه الركتيه للمال كالحلاوه في الدبس، و الرائحه في الجلباب، و الحموضه في الخلّ، و غير ذلك ممّا يذهب بذهابه معظم المائيه فلا بدّ في دفع الغرر من إحراز السلامه من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، و حيث فرض عدم اعتبار أصله السلامه، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد (٢) بوجودها لأماره عرفيه مغنيه عن الاختبار و الوصف. و متى ما كانت مقصوده لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها.

نعم، لمّا كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبيّن العيب، فالخيار من جهه الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئه، و انصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعه مدّه يعتدّ بها، لا من جهه الاعتماد في إحراز الصحه و البناء عليها على أصله السلامه.

ص: ٢٩٣

١- ١) في هامش «ن»: و الكلام خ.

٢- ٢) في «ف»: الاعتماد.

و بعبارة اخرى:الشكّ فى بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجاربه مّمن لا تحيض فى سنّ الحيض، و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة عنه.و قد يستلزمه، ككون الجاربه خنثى و كون الدائبه لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليها، و هذه ممّا يعتبر إحراز السلامة عنها؛ و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف.

هذا، و يؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أنّ بعضهم كالمحقّق فى النافع (1) و العلامه فى القواعد (2) عنون المسأله بما كان المراد طعمه أو ريحه.

هذا، و لكنّ الإنصاف أنّ مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري و شكّ فيه، فلا بدّ فى رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إمّا بالاختبار، و إمّا بالوصف، و إمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إمّا لأجل الانصراف و إمّا لأصالة السلامة، من غير تفرقه بين العيوب أصلاً.

فلا بدّ إمّا من كفايه الإطلاق فى الكلّ؛ للأصل و الانصراف، و إمّا من عدم كفايته فى الكلّ؛ نظراً إلى أنّه لا يندفع به الغرر إلّا إذا حصل منه الوثوق، حتّى أنّه لو شكّ فى أنّ هذا العبد صحيح أو أنّه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لا بدّ من الاختبار أو وصف كونه غير أجذم.

و هذا و إن كان لا يخلو عن وجه، إلّا أنّه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع:- من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

ص: ٢٩٤

١-١) المختصر النافع: ١١٩.

٢-٢) القواعد ١٢٦: ١.

مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار

إجماعاً على الظاهر، والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصّحّه في العقد و كفايه الاعتماد على أصاله السلامه كما فيما لا يفسده الاختبار (١). خلافاً لظاهر جماعه تقدّم ذكرهم (٢) من اعتبار اشتراط الصّحّه أو البراءه من العيوب أو خصوص أحدهما.

وقد عرفت تأويل العلّامه في المختلف لعبارتى المقنعه و النهايه الظاهرتين في ذلك و إرجاعهما إلى ما أرادته من قوله في القواعد: «جاز بيعه بشرط الصّحّه»: من أنّه مع الصّحّه يمضى البيع، و لا معها يتخيّر المشتري (٣).

و عرفت أنّ هذا التأويل مخالف للظاهر، حتّى أنّ قوله في القواعد

ص: ٢٩٥

١- ١) في «ف» و هامش «خ» زياده ما يلي: وفقاً لكلّ من قال بعدم اعتبار الاختبار أو الوصف في ما لا يفسده الاختبار.

٢- ٢) تقدّم ذكرهم في الصفحات ٢٩٠-٢٩١.

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٩٠.

ظاهرٌ في اعتبار شرط الصّحّه؛ و لذا قال في جامع المقاصد: و كما يجوز بيعه بشرط الصّحّه يجوز بيعه مطلقاً (١).

و كيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه، فإن كان لفساده قيمه كبيض النعامه و الجوز تخيير بين الردّ و الأرش. و لو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعدّ الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلّا للإحراق فيحتمل قوياً بطلان البيع. و إن لم يكن لفساده قيمه تبين بطلان البيع؛ لوقوعه على ما ليس بتموّل.

و إن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأوّل يتعيّن (٢) الأرش خاصه؛ لمكان التصرف.

و يظهر من المبسوط قولاً بأنّه لو كان تصرفه على قدرٍ يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الردّ، و (٣) المراد بالأرش: تفاوت ما بين صحيحه و فاسده الغير المكسور؛ لأنّ الكسر نقص حصل في يد المشتري (٤).

و منه يعلم ثبوت الأرش أيضاً و لو لم يكن لمكسوره قيمه؛ لأنّ العبره في التموّل بالفساد الغير المكسور، و لا- عبره بخروجه بالكسر عن التموّل.

و يبطل البيع في الثاني أعنى ما لم يكن لفساده قيمه وفاقاً

ص: ٢٩٦

١-١) جامع المقاصد ٤:٩٥.

٢-٢) في «ن» و «ص»: تعين.

٣-٣) في «ن» زياده: «أن»، تصحيحاً.

٤-٤) راجع المبسوط ٢:١٣٥.

للمبسوط (١) و السرائر (٢)، (٣) و ظاهر من تأخر عنهما (٤). و ظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ (٥) و الحلّي (٦) و العلّامة في التذكرة (٧)، مستدلّين بوقوعه على ما لا- قيمه له، كالحشرات. و هو صريح جملة ممّن تأخر عنهم (٨) و ظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس؛ فإنّ ظاهره انفساخ البيع من حين (٩) تبين الفساد لا من أصله، و جعل الثاني احتمالاً و نسبة إلى ظاهر الجماعة (١٠). و لم يعلم وجه ما اختاره؛ و لذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح (١١). و هو كذلك؛ فإنّ الفاسد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعيّة كان العقد عليه فاسداً، لأنّ اشتراط تمّول

ص: ٢٩٧

-
- ١- (١) المبسوط ١:١٣٥.
 - ٢- (٢) السرائر ٢:٣٣٢.
 - ٣- (٣) في «ن» زياده: «و التذكرة»، استدراكاً.
 - ٤- (٤) في «ف» و مصحّحه «ن»: عنهم، و سيأتي نسبة المؤلف قدّس سرّه ذلك إلى من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن (انظر الصفحة ٣٠١).
 - ٥- (٥) المبسوط ٢:١٣٥.
 - ٦- (٦) السرائر ٢:٣٣٢.
 - ٧- (٧) التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣١.
 - ٨- (٨) منهم الشهيد الثاني في الروضة ٣:٢٧٧، و السيّد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٦، و السيّد المجاهد في المناهل: ٢٩٤، و كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ٧٨.
 - ٩- (٩) في غير «ف»: حيث، و في «ن» كتب عليها: حين خ.
 - ١٠- (١٠) الدروس ٣:١٩٨.
 - ١١- (١١) الروضة البهيّة ٣:٢٧٧.

العوضين واقعي لا علمي. وإن كان من الأموال الواقعيه، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في قيمه لم يكن هنا أرش ولا رد، بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه. وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللزام هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم إله أن يقال: إنّه مأل واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المائيه لأمر سابق على العقد وهو فساد واقعا كان في ضمان البائع، فينسخ (1) البيع حينئذ.

بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له وإن خرج عن المائيه بالكسر، وحيث إن خروجه عن المائيه لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، وتدارك هذا العيب أعني فوات المائيه لا يكون إلا بدفع تمام الثمن (2). لكن سيجيء ما فيه من مخالفه القواعد و الفتاوى.

وفيه: وضوح كون مائيته عرفاً و شرعاً من حيث الظاهر، وأما (3) إذا انكشف الفساد حُكم بعدم المائيه الواقعيه من أول الأمر؛ مع أنه لو كان مالاً واقعا فالعيب حادث في ملك المشتري؛ فإن العلم مخرج له عن المائيه، لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً، ولو سلّم فهو كالأرمد يعمى بعد الاثراء والمريض يموت، مع أن فوات المائيه يُعدّ تلفاً، لا عيباً.

ص: ٢٩٨

١- ١) في «ف»: فيفسخ.

٢- ٢) في «ف» و هامش «خ» زياده: فيكون الأرش هنا تمام الثمن.

٣- ٣) في «ف» بدل «و أمّا»: و أنه.

ثم إن فائده الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكيته (١) المشتري الثمن (٢) إلى (٣) حين تبين الفساد.

و عن الدروس و اللمعه: أنها تظهر في مثونه نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره (٤)، فعلى الأول على البائع، و على الثاني على المشتري؛ لوقوعه في ملكه.

و في جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها؛ لانتفاء المقتضى (٥). و تبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بها، و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع (٦) بما غرم، إنما يتجه مع الغرور، و هو منفي هنا، لا اشتراكهما في الجهل (٧)، انتهى.

و اعترض عليه (٨): بأن الغرور لا يختص بصوره علم الغار.

و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين (٩)، و هو: كونه على البائع على التقديرين. و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

ص: ٢٩٩

١-١) كذا في نسخه بدل «ص» و مصححه «ن»، و في النسخ: ملكيه.

٢-٢) في «ص» و مصححه «ن»: للثمن.

٣-٣) لم ترد «إلى» في «خ».

٤-٤) الدروس ٣: ١٩٨، و اللمعه الدمشقيه: ١١٤.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٩٦.

٦-٦) في النسخ: «رجع»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٧-٧) الروضه البهيه ٣: ٢٧٨-٢٧٩.

٨-٨) اعترض عليه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٣٥.

٩-٩) هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٧٩.

هذا كله في مئونه النقل من موضع الاثراء إلى موضع الكسر.

و أما مئونه نقله من موضع الكسر لو وجب تفريره منه لمطالبه مالكة أو لكونه مسجداً أو مشهداً فإن كان المكسور مع عدم تمؤله ملكاً نظير حبه الحنطة، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين؛ لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يبعد مؤاخذه المشتري به. و في رجوعه على البائع ما تقدم في مئونه نقله إلى موضع الكسر.

ثم إن المحكي في الدروس عن الشيخ و أتباعه: أنه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره صح (١)، قال: ويشكل: أنه أكل مال بالباطل (٢). و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان (٣).

و قد تصدى بعض لتوجيه صحه اشتراط البراءة بما حاصله: منع بطلان البيع و إن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن الأرش غرامه أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من الثمن، و لذا يسقط بالإسقاط، و لا- يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن، و يسقط (٤) بالتبزي. و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع؛ إذ الثمن متحقق (٥) على حسب معاملة العقلاء، و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في

ص: ٣٠٠

١-١) راجع النهاية: ٤٠٤، و الوسيله: ٢٤٧.

٢-٢) الدروس ٣: ١٩٨.

٣-٣) جامع المقاصد ٤: ٩٥-٩٦، و المسالك ٣: ١٧٩.

٤-٤) كذا في «ف»، و في مصححتي «ن» و «خ»: «فيسقط»، و في سائر النسخ: ليسقط.

٥-٥) كذا في «ن»، و في سائر النسخ و نسخه بدل «ن»: يتحقق.

صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحقاق الرجوع بالأمرش المستوعب. ولعله لذا لم يعبروا بالبطلان وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالثمن وفهم منه جماعةً بطلان البيع. لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المائيه وإن لم يكن له قيمة، وهو أعم من بطلان البيع (١)، انتهى محضه (٢).

ولا يخفى فيه مواقع النظر (٣)؛ فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع كالشيخ في المبسوط (٤)، والحلى في السرائر (٥)، والعلامة في التذكرة (٦)؛ معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان (٧)، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. و يكفي في ذلك ما تقدم (٨) من الدروس: من أنّ ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر، واختياره (٩) قدس سره

ص: ٣٠١

١-١ الجواهر ٤٣٩:٢٢-٤٤٠.

٢-٢ في «ف»: ملخصه.

٣-٣ كذا في أكثر النسخ، و في «ش»: وفيه مواقع للنظر.

٤-٤ المبسوط ١٣٥:٢.

٥-٥ السرائر ٣٣٢:٢.

٦-٦ التذكرة ٤٦٧:١ و ٥٣١.

٧-٧ مثل المحقق في الشرائع ١٩:١، والعلامة في القواعد ١٢٦:١، وانظر المناهل: ٢٩٤.

٨-٨ تقدم في الصفحة ٢٩٧.

٩-٩ كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في «ش» و مصححه «ن»: «و اختار»، و في سائر النسخ: و اختاره.

□

فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش، بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال: وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامه، و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع.

و يظهر فائده الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها (٢)، انتهى.

هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان؛ بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بماليه المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهرى، و تمول العوضين واقعاً شرط واقعى لا علمى؛ و لذا لم يتأمل ذو مسكه في بطلان بيع من بان حراً أو (٣) ما بان خمرأ، و غير ذلك؛ إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما.

ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المائيه، و بين عدم قيمه لمكسوره مما لم يفهم؛ فلعله أراد الملكيه.

مضافاً إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح

١-١) الدروس ١٩٨:٣.

٢-٢) التذكرة ٥٣١:١.

٣-٣) في «ف» بدل «أو»:و.

و المعيب (١).

نعم، ذكر العلامة في التذكرة (٢) و التحرير (٣) و القواعد (٤): أنّ المشتري للعبد الجاني عمداً، يتخير مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن، أو (٥) طلب الأرش، فإن استوعب الجنايه القيمه كان الأرش جميع الثمن أيضاً (٦).

و قد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عباره القواعد فى هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد، فراجع (٧).

و كيف كان، فلا أجد وجهاً لما ذكره.

و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر (٨): من منع حكم الشيخ و أتباعه (٩) بصحة البيع، و (١٠) اشتراط البائع على المشتري البراءه من

ص: ٣٠٣

١-١) صرح بذلك الشيخان فى المقنعه: ٥٩٧، و المبسوط ١٢٧:٢، و النهايه: ٣٩٢، و راجع للتفصيل مفتاح الكرامه ٤:٦٣١-٦٣٢.

٢-٢) التذكرة ١:٥٤٠.

٣-٣) التحرير ١:١٨٥.

٤-٤) القواعد ١:١٤٦.

٥-٥) فى «ص» بدل «أو»: و.

٦-٦) فى «ن» شطب على «أيضاً».

٧-٧) جامع المقاصد ٤:٣٤٤.

٨-٨) ذكره السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٣٦.

٩-٩) فى «ف»: و الأتباع.

١٠-١٠) الواو فى قوله: «و اشتراط» بمعنى «مع». قاله الشهيدى قدس سرّه فى هدايه الطالب: ٣٩٤.

العيوب (١)، و زعم: أنّ معنى اشتراط البراءة فى كلامهم: اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفًا لاشتراط الصحّة. و أنت خير بفساد ذلك بعد ملاحظه عبارته الشيخ و الأتباع، فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح فى أنّ المراد براءة البائع من العيوب، لا المشتري.

نعم، لم أجد فى كلام الشيخين و المحكّي عن غيرهما تعرّضٌ لذكر هذا الشرط فى خصوص ما لا قيمه لمكسوره.

ثمّ إنّه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءة من العيوب الغير المخرجه عن المائيه أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحّته و فساده لا يجوز إلّا بناءً على أصاله الصحّ، فإذا اشترط (٢) البراءة كان بمنزله البيع من غير اعتدادٍ بوجود العيوب و عدمها.

و قد صرّح العلّامه و جماعه بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤيه فى العين الغائبه (٣). و سيجىء توضيحه فى باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٠٤

١- ١) تقدّم عنهم فى الصفحه ٢٩٠.

٢- ٢) فى غير «ف»: و اشتراط.

٣- ٣) النهايه ٥١٠: ٢، و التذكره ٤٦٧: ١، و الشهيد فى الدروس ٢٧٦: ١، و الصيمرى فى غايه المرام (مخطوط) ٢٨٨: ١، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٣٠٣: ٤، و انظر مفتاح الكرامه ٢٩٢: ٤.

مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره.

و الفأر بالهمزه قيل: جمع فأره، كتمر و تمره (١). و عن النهايه: أنه قد لا يهمز تخفيفاً (٢).

و مستند الحكم: العمومات الغير المزاحمه بما يصلح للتخصيص، عدا توهم النجاسه المنذفع فى باب النجاسات بالنص (٣) و الإجماع (٤)، أو توهم جهالته؛ بناءً على ما تقدم (٥) من احتمال عدم العبره بأصالة الصحه فى دفع (٦) الغرر.

و يندفع بما تقدم (٧): من بناء العرف على الأصل فى نفي الفساد، و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار فى الأوصاف التى تدور معها الصحه.

ص: ٣٠٥

١-١) قاله الطريحي فى مجمع البحرين ٤:٤٣٣، مادّه: «فأر».

٢-٢) النهايه؛ لابن الأثير ٣:٤٠٥، مادّه: «فأر».

٣-٣) راجع الوسائل ٣:٣١٤، الباب ٤١ من أبواب لباس المصلّى، الحديث ١ و ٢.

٤-٤) كما ادّعاه العلّامه فى التذكره ١:٥٨، و الشهيد فى الذكرى: ١٤، و السيّد العاملى فى المدارك ٢:٢٨٤، و انظر الجواهر ٢٢:٤٤٧.

٥-٥) تقدم فى الصفحه ٢٨٨ و الصفحه السابقه.

٦-٦) فى «م» و «ص»: رفع.

٧-٧) تقدم فى الصفحه ٢٩٣.

لكنك خير بأن هذا كله حسنٌ لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له.

نعم، قد روى في التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه (١).

لكن لم يعلم (٢) إرادته ما في الفأره.

و كيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذي له دخلٌ في قيمه، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيطٍ فيها بإبره، ثم إخراجها و شمه (٣).

ثم لو شمه و لم يرضَ به (٤) فهل يضمن هذا النقص الداخلى عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزءاً أخيراً لسبب (٥) النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبره مراراً؟ وجهٌ مبنيٌّ على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط.

ثم إن الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف (٦)، و هو كذلك.

و صرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهاله (٧)، و هو حسنٌ إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرداً معتاداً من البيض من حيث الكبر و الصغر.

ص: ٣٠٦

١- (١) التذكرة ١:٤٧١.

٢- (٢) فى «ف»: لا يعلم.

٣- (٣) كما ذكره الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٨٢، و نسبه إلى جماعه.

٤- (٤) لم ترد «به» فى «ف».

٥- (٥) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: بسبب.

٦- (٦) و ٧) راجع التذكرة ١:٤٧١.

مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه؛

لأنّ ضمّ المعلوم إليه لا يخرج عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً؛ إذ لا- يُعنى (١) بالمجهول ما كان كلّ جزءٍ جزءٍ منه مجهولاً. و يتفرّع على ذلك:

أنّه لا- يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكاً؛ لجهالته و إن ضمّ إليه القصب أو غيره. و لا اللبن في الضرع و لو ضمّ إليه ما يحلب منه، أو غيره، على المشهور كما في الروضه (٢) و عن الحدائق (٣).

و خصّ المنع جماعه بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً إلى المعلوم، و جوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، و هو المحكّي (٤) عن المختلف (٥) و شرح الإرشاد لفخر الإسلام (٦) و المقتصر (٧)، و استحسّنه

ص: ٣٠٧

١-١ (١) في «ش»: لا نغنى.

٢-٢ (٢) الروضه البهيه ٣:٢٨٢.

٣-٣ (٣) الحدائق ١٨:٤٨٧.

٤-٤ (٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٨٢.

٥-٥ (٥) راجع المختلف ٥:٢٤٨ و ٥:٢٥٤.

٦-٦ (٦) مخطوط، و لا يوجد لدينا.

٧-٧ (٧) المقتصر: ١٦٧.

المحقق و الشهيد الثانيان (1).و لعلّ المانعين لا- يريدون إلّما ذلك؛نظراً إلى أنّ جهاله التابع لا- توجب الغرر و لا- صدق اسم«المجهول»على المبيع عرفاً حتّى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول؛فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول.

خلافاً للشيخ في النهاية (2)و ابن حمزه في الوسيله (3).و المحكّي عن الإسكافي (4)و القاضي (5)،بل في مفتاح الكرامه: أنّ الحاصل من التتبع أنّ المشهور بين المتقدّمين هو الصّحّه (6)،بل عن الخلاف (7)و الغنيه (8):الإجماع في مسأله السمك.و اختاره من المتأخّرين المحقّق الأردبيلي (9)و صاحب الكفايه (10)و المحدّث العاملى (11)و المحدّث الكاشانى (12)،و حكى عن ظاهر غايه المراد (13)،

ص: ٣٠٨

-
- ١- ١) جامع المقاصد ٤:١١٠،و الروضه البهيّه ٣:٢٨٢.
 - ٢- ٢) النهايه: ٤٠٠-٤٠١.
 - ٣- ٣) الوسيله: ٢٤٦.
 - ٤- ٤) حكاه العلّامه في المختلف ٥:٢٤٨.
 - ٥- ٥) حكاه العلّامه في المختلف ٥:٢٤٧،و لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه.
 - ٦- ٦) مفتاح الكرامه ٤:٢٨٢.
 - ٧- ٧) الخلاف ٣:١٥٥،كتاب البيوع،المسأله ٢٤٥.
 - ٨- ٨) الغنيه: ٢١٢.
 - ٩- ٩) مجمع الفائده ٨:١٨٥-٨:١٨٦.
 - ١٠- ١٠) كفايه الأحكام: ٩١.
 - ١١- ١١) بدايه الهدايه ١:١٢٩.
 - ١٢- ١٢) مفاتيح الشرائع ٣:٥٦.
 - ١٣- ١٣) حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:٢٨٢،و أنظر غايه المراد ١:٨٤-١:٨٥.

و صريح حواشيه على القواعد (١). و حجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتى السمك و اللبن و غيرهما.

□
ففى مرسله البنظى التى إرسالها، كوجود سهلٍ فيها، سهلٌ عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «إذا كانت أجمّة ليس فيها قصبٌ، أخرج شيئاً من سمكٍ فباع (٢) و ما فى الأجمه» (٣).

□
و روايه (٤) معاويه بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام (٥): «لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب» (٦). و المراد شراء ما فيها بقريته الروايه السابقه و اللاحقه.

□
و روايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى شراء الأجمه ليس فيها قصبٌ إنّما هى ماء، قال: «تصيد (٧) كفاً من سمكٍ تقول: أشتري منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا» (٨).

□
و موثقه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى الفقيه قال:

«سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع؟ قال: لا، إلّا أن يحلب (٩)

ص: ٣٠٩

-
- ١- ١) لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٨٢: ٤.
 - ١- ٢) كذا فى النسخ، و فى التهذيب و الوسائل: «أخرج شىء من السمك فباع...».
 - ٣- ٣) الوسائل ٢٦٣: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.
 - ٤- ٤) فى غير «ش»: «و بروايه»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.
 - ٥- ٥) فى «خ»، «ص» و «ع» زياده: قال.
 - ٦- ٦) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.
 - ٧- ٧) فى «ف»: «إنما تصيد»، و فى «ص» و «ش»: يصيد.
 - ٨- ٨) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٦.
 - ٩- ٩) كذا فى النسخ، و فى مصححه «ن» زياده: «إلى»، و فى «ص» زياده: «لك»، و فى «ش» زياده: «لك فى»، و فى الفقيه و الوسائل: لك منه.

سُكَّرُجِه (١) فيقول: اشتر مني (٢) هذا اللبن الذي في السكرجه (٣) وما في ضروعها بثمانٍ مسمًى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه (٤) «(٥).

□
و عليها تحمل صحيحه العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ له نَعَمٌ يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع (٦) أو شيء منها» (٧)، بناءً على أن المراد ببيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، أو ببيع شيء منه محلوب في الخارج و (٨) ما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه.

□
و في الصحيح إلى ابن محبوب، عن إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجلٍ اشترى من رجلٍ أصواف مائه نعجه و ما في بطونها من حملٍ بكذا و كذا درهماً؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حملٌ كان رأس ماله في الصوف» (٩).

ص: ٣١٠

١ - ١) السكرجه بضم السين و الكاف و تشديد الراء-: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الأدم، و هي فارسية، راجع النهايه ٢: ٣٨٤.

٢ - ٢) في «ف» بدل «اشتر مني»: اشترى.

٣ - ٣) في «ف» و «ش»: الاسكرجه.

٤ - ٤) في «ف»: الاسكرجه.

٥ - ٥) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و الفقيه ٣: ٢٢٤، الحديث ٣٨٣١.

٦ - ٦) في «خ»، «م» و «ع»: ينقطع.

٧ - ٧) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

٨ - ٨) في غير «ش» بدل «و»: أو.

٩ - ٩) الوسائل ١٢: ٢٦١، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

و موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزيه رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير، و هو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أ يشتريه (١)؟ و في أي زمان يشتريه و يتقبل به (٢)؟ قال عليه السلام: إذا علمت (٣) من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به» (٤).

و ظاهر الأخيرين كموثقه سماعه أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في السُّكْرَجِه (٥) غير معلوم بالوزن و الكيل، و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكوره في روايه الهاشمي.

مع أن المشهور كما عن الحدائق (٦) المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع (٧). و القائلون بجوازه (٨) استدّلوا

ص: ٣١١

١-١) في مصححه «ن»: «أ نشتره... نشتره و نتقبل...».

٢-٢) في الفقيه و الوسائل بدل «به»: منه.

٣-٣) في «ش»: علم.

٤-٤) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

٥-٥) كذا في «ص» و نسخه بدل «ن»، و في غيرهما: الأسكرجه.

٦-٦) الحدائق ٤٩٠: ١٨.

٧-٧) الخلاف ١٦٩: ٣، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٦.

٨-٨) في «ف»: بالجواز.

بروايه الكرخى (١) مع منعهم عن مضمونها (٢) من حيث (٣) ضمّ ما فى البطون إلى الأ-صواف. ففتين أنّ الروايه لم يقل أحد بظاهاها.

و مثلها فى الخروج عن مسأله ضمّ المعلوم إلى المجهول روايتا أبى بصير و البنظى (٤)؛ فإنّ الكفّ من السمك لا- يجوز بيعه، لكونه من الموزون؛ و لذا جعلوه من الربويات (٥)، و لا ينافى ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهده، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن فى بيع الكثير منه، كالذى لا يدخل فى الوزن لكثرتة كزُبْرَه الحديد، بخلاف القليل منه.

و أمّا روايه معاويه بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك، إلّا بقريته روايتى أبى بصير و البنظى اللتين عرفت حالهما، فتأمل.

ثمّ على تقدير الدلاله:

إن أريد انتزاع قاعده منها و هى جواز ضمّ المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلّا حيله لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها (٦)

ص: ٣١٢

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٣١٠.

٢-٢) منهم المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:١١١، و المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨:١٨٨، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٨٤.

٣-٣) فى «ف» بدل «من حيث»: مع.

٤-٤) تقدّمتا فى الصفحه ٣٠٩.

٥-٥) كما فى المبسوط ٢:٩٩، و المهذب ١:٣٧٢-٣٧٣، و القواعد ١:١٤٠، و الدروس ٣:٢٩٣-٢٩٤ و غيرها.

٦-٦) فى غير «ش»: «فيهما»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

على ذلك، و لم يظهر من العاملين بها (١) التزام هذه القاعده، بل المعلوم من بعضهم، بل كلهم خلافه؛ فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم.

و إن أُريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام، و لبن الضرع، و ما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفه هذه النصوص للقاعده المجمع عليها بين الكل:

من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم، واصله من العلامه:

قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم، و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً (٢)، انتهى.

و ارتضى هذا التفصيل جماعه ممن تأخر عنه (٣)، إلا أن مرادهم من «المقصود» و «التابع» غير واضح. و الذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: أن مراده بالتابع: ما يشترط دخوله فى البيع، و بالمقصود:

ما كان جزءاً.

قال فى القواعد فى باب الشرط فى ضمن البيع: لو شرط أن الأمه حامل أو الدابته كذلك صح. أمّا لو باع الدابته و حملها أو الجاربه

ص: ٣١٣

١- ١) فى غير «ش»: «بهما»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) القواعد ١: ١٢٧.

٣- ٣) تقدّم عنهم فى الصفحه ٣٠٨.

و حملها بطل؛ لأن (١) كل ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود، و يصح تابعاً (٢)، انتهى.

و فى باب ما يندرج فى المبيع قال: السادس: العبد، و لا يتناول ماله الذى ملكه (٣) مولاه، إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا: إن العبد يملك، فينتقل إلى المشتري مع العبد، و كان جعله للمشتري إبقاءً له (٤) على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً. أما إذا أحلنا تملكه و ما معه صار جزءاً من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع (٥)، انتهى.

و بمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطاً و بين جعله جزءً صرح فى التذكرة فى فروع مسأله تملك العبد و عدمه؛ معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف (٦).

و قال فى التذكرة أيضاً فى باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع امه جاز إجماعاً (٧).

و فى موضع من باب الشروط (٨) فى العقد: لو قال: بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله

ص: ٣١٤

١-١) فى «ف»: «لأنه»، و فى المصدر: لأنه كما لا يصح.

٢-٢) القواعد ١٥٣: ١.

٣-٣) فى غير «ش» بدل «ماله الذى ملكه»: ما ملكه.

٤-٤) فى غير «ش» و مصححه «ن»: إبقاء ملكه.

٥-٥) القواعد ١٥٠: ١.

٦-٦) التذكرة ٤٩٩: ١.

٧-٧) التذكرة ٤٦٨: ١.

٨-٨) فى غير «ف»: الشرط.

مستقلاً بالشراء ولا جزءاً (١).

وقال أيضاً: ولو باع الحامل و شرط (٢) للمشتري (٣) الحمل صحّ؛ لأنه تابع، كأساس الحيطان و إن لم يصحّ ضمّه فى البيع مع الأم؛ للفرق بين الجزء و التابع (٤).

و قال فى موضع آخر: لو قال: بعتك هذه الشياه و ما فى ضرعها من اللبن، لم يجز عندنا (٥).

و قال فى موضع آخر (٦): لو باع دجاجة ذات بيضه و شرطها صحّ، و إن جعلها جزءاً من المبيع لم يصحّ (٧).

و هذه كلها صريحه فى عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئيه، من غير فرق بين تعلّق الغرض الداعى بالمعلوم أو المجهول. و قد ذكر هذا، المحقّق الثانى فى جامع المقاصد (٨) فى مسأله اشتراط دخول الزرع فى بيع الأرض، قال: و ما قد يوجد فى بعض الكلام، من أنّ المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصحّ، و إن اشترط صحّ و نحو ذلك فليس بشيء؛ لأنّ العبارة لا أثر لها، و المشروط (٩) محسوب من جمله

ص: ٣١٥

١-١ (١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢-٢ (٢) كذا فى مصحّحه «ن»، و فى النسخ: يشترط.

٣-٣ (٣) فى المصدر: المشتري.

٤-٤ (٤) التذكرة ٤٩٣:١.

٥-٥ (٥) التذكرة ٤٩٣:١.

٦-٦ (٦) بل قاله فى الموضوع الذى عنوان الفرع السابق، تحت عنوان «فرع»، فراجع.

٧-٧ (٧) التذكرة ٤٩٣:١.

٨-٨ (٨) فى «ف» زياده: «باب»، و استدركت فى «ن» أيضاً.

٩-٩ (٩) فى غير «ش»: الشرط.

المبيع، ولأنه لو باع الحمل و الأم صحَّ البيع و لا يتوقّف على بيعها و اشتراطه (١)، انتهى.

و هو الظاهر من الشهيدين في اللّمعه و الروضه (٢) حيث اشترطا في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع.

و قد صرّح الشيخ في مسأله اشتراط مال العبد باعتبار (٣) العلم بمقدار المال (٤).

و عن الشهيد: لو اشتراه و ما له صحّ، و لم يشترط علمه و لا التفصّي من الربا إن قلنا: إنّه يملك، و إن أحلنا ملكه اشترط (٥).

قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحّ، لأنّه بمنزله الاشتراط، و لا يضرّ الجهالة؛ لأنّه تابع (٦)، انتهى.

و اختاره جامع المقاصد (٧).

ثمّ «التابع» في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به (٨): ما يعدّ في العرف تابِعاً كالحمل مع الأمّ، و اللبن مع الشاه، و البيض مع الدجاج،

ص: ٣١٦

١-١ (١) جامع المقاصد ٤:٣٨٥.

٢-٢ (٢) اللّمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣:٣١٣.

٣-٣ (٣) في النسخ: «اعتبار»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٤-٤ (٤) صرّح به في المبسوط ٢:١٣٧.

٥-٥ (٥) الدروس ٣:٢٢٦.

٦-٦ (٦) الدروس ٣:٢١٦-٢١٧.

٧-٧ (٧) جامع المقاصد ٤:٤٢٧.

٨-٨ (٨) كلمه «به» من «ش» و مصحّحه «ن».

و مال العبد معه، و الباغ (١) في الدار، و القصر في البستان، و نحو ذلك ممّا نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لا إليهما معاً، و إن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصّه، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل.

و هذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدّم عن الدروس و جامع المقاصد من صحّ بيع الأمّ و حملها؛ لأنّ الحمل تابع.

قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدّم في القواعد:

«و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً: إنّ إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابّه في بيع دابّه أخرى، إلّا أن يقال: التبعيّة إنّما تتحقّق مع الأمّ؛ لأنّه حينئذٍ بمنزله بعض أجزائها، و مثله زخرفه جدران البيت (٢)، انتهى.

و في التمثيل نظر؛ لخروج زخرفه الجدران من محلّ الكلام في المقام، إلّا أن يريد مثال الأجزاء، لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم من

ص: ٣١٧

١ - ١) في «ن»: «الباغ» بالمهملة، و أثبتتها المامقاني أيضاً كذلك، ثمّ قال ما لفظه: الظاهر أنّه أراد بالباغ ساحه الدار، و إن لم أجده مصرّحاً به في ما حضرني من كتب اللغة، و الذي وجدته في شرح القاموس هو: أنّ الباع قدر مدّ اليدين، و الباعه بالتاء ساحه الدار، فلعله رحمه الله أطلع على ما لم أطلع عليه، أو أنّه وقع التحريف من قلم الناسخ، و في بعض النسخ: «الباغ» بالغين المعجمه و هو أنسب بالغرض المسوق له الكلام، قال في المصباح: الباغ: الكرم، لفظه أعجميه استعملها الناس بالألف و اللام، انتهى (غايه الآمال: ٤٧٦).

٢ - ٢) جامع المقاصد ١١٢: ٤.

اعتبارهم العلم فى مال العبد (١) وفاقاً للشيخ قدس سره مع أنّ مال العبد تابع عرفي، كما صرح به فى المختلف فى مسأله بيع العبد و اشتراط ماله (٢).

و يحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب، و هذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا فى ضمن قصب (٣) الأجمه.

و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها: فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه، حيث حمل روايه سماعه المتقدمه (٤) على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير أصلاً، و الذى فى الضرع تابعاً (٥).

و قال فى مسأله بيع ما فى بطون الأنعام مع الضميمه: و المعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صحّ البيع، كما لو باعه الأمّ و حملها أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن و ضمّ الحمل، فهذا لا بأس به، و إلا كان باطلاً (٦).

ص: ٣١٨

١- ١) تقدّم فى الصفحه السابقه.

٢- ٢) المختلف ٥:٢١٨، و فيه: إلا أن يقال: إنّ المال تابع.

٣- ٣) فى غير «ف»: قصبه.

٤- ٤) فى الصفحه ٣٠٩.

٥- ٥) المختلف ٥:٢٤٨.

٦- ٦) المختلف ٥:٢٥١.

و أمّا الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين فلم نجد عليه شاهداً، إلّا ثبوت الغرر على تقدير تعلّق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلّقه بالمعلوم. ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

و ربما احتمل بعض (١)، بل استظهر أنّ مرادهم بكون المعلوم مقصوداً و المجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما و لو لتصحيح البيع على أنّ المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو و إن سُمّي ضميمه لكنّه المقصود في تصحيح البيع، قال: و لا- ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمه بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شيء معيّن معلوم لا نزاع فيه، و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله و عدم حصوله كما أومى إليه في ضميمه الأبق، و ضميمه الثمر على الشجر، و ضميمه ما في الضروع و ما في الآجام (٢)، انتهى.

و لا- يخفى أنّه لم توجد عبارته من عبارتهم تقبل (٣) هذا الحمل، إلّا أن يريد ب«التابع» جعل المجهول شرطاً و المعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدّم عن القواعد و التذكرة (٤)، و لا أظنّ إرادته ذلك من كلامه؛ بقريته استشهاده بأخبار الضميمه في الموارد المتفرّقه.

ص: ٣١٩

١- ١) و هو صاحب الجواهر.

٢- ٢) الجواهر ٤٤٥: ٢٢.

٣- ٣) في «ف»: تؤمى.

٤- ٤) راجع الصفحه ٣١٣-٣١٤.

و الأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط و الجزء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة (١).

و أمّا قصد المتبايعين بحسب الشخص، فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً و عدماً؛ لأنّ الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم: عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف: من كون قيمه المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول (٢).

و أمّا التابع العرفي، فالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفاً، إلّا أنّ المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقّف على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً خرج عن بيع الغرر و عن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه.

هذا كلّه في التابع من حيث جعل المتبايعين.

و أمّا التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع و إن لم ينضمّ إليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف و الإشكال في عدم اعتبار العلم به، إلّا إذا استلزم (٣) غرراً في نفس المبيع؛ إذ الكلام في مسأله الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع، لا السارى من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

ص: ٣٢٠

١- ١) في «ف»: و الجهالة.

٢- ٢) راجع المختلف ٥: ٢٤٨.

٣- ٣) في «ف»: إلّا أن يستلزم.

مسأله يجوز أن يُندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدارٌ يحتمل الزيادة و النقيصه

على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإندار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصه، فقد استثنى من المبيع أمرٌ مجهولٌ، و استثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصوره؛ فإنه لا يبطل إجماعاً (١)، انتهى.

و الظاهر أنّ إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أوّل الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً.

ثم إنّ الأقوال في تفصيل المسأله ستّه:

الأوّل: جواز الإندار بشرطين: كون المندر متعارف الإندار عند التجار، و عدم العلم بزياده ما يندرّه. و هو للنهائيه (٢) و الوسيله (٣) و عن

ص: ٣٢١

١- ١) لم نعر عليه في الإيضاح، نعم حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٩٤: ٤.

٢- ٢) النهائيه: ٤٠١.

٣- ٣) الوسيله: ٢٤٤.

غيرهما (١).

الثاني: عطف النقيصه على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها. و هو للتحريم (٢).

الثالث: اعتبار العاده مطلقاً و لو علم الزيادة أو النقيصه، و مع عدم العاده فيما يحتملها. و هو لظاهر اللمعه و صريح الروضه (٣).

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصه فيجوز مطلقاً، و ما علم الزيادة (٤) فالجواز بشرط التراضى (٥).

الخامس: عطف العلم بالنقيصه على الزيادة، و هو للمحقق الثانى ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصه.

السادس: إناطه الحكم بالغرر (٦).

ثم إن صورته (٧) المسأله: أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشره أرتال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا

ص: ٣٢٢

١-١) مثل نهايه الإحكام ٥٣٦:٣، و القواعد ١٢٩:١، و راجع مفتاح الكرامه ٢٩٤:٤.

٢-٢) التحرير ١٧٩:١.

٣-٣) راجع اللمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٢٨٤:٣.

٤-٤) فى «ن» و «خ»: زيادته.

٥-٥) راجع القواعد ١٢٩:١، و الكفايه: ٩١، و نسبه فى مجمع الفائده (٨:١٩٠) إلى ظاهر الشرائع.

٦-٦) يظهر ذلك من صاحب الجواهر، راجع الجواهر ٢٢:٤٤٩، و سيأتى نقله فى الصفحه الآتية عن كاشف الغطاء قدّس سرّه.

٧-٧) فى «ف»: صور.

بكفايه العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً، على ما هو مفروض المسأله و معقد الإجماع المتقدم:

فتاره: يباع المظروف المذكور جملهً بكذا، و حينئذٍ فلا يحتاج إلى الإندار؛ لأنّ الثمن و المثلث معلومان بالفرض.

و أخرى: يباع على وجه التسعير بأن يقول: «بعثكّه كلّ رطلٍ بدرهم» فيجىء مسأله الإندار؛ للحاجه إلى تعيين ما يستحقّه البائع من الدراهم.

و يمكن أن تحرّر المسأله على وجه آخر، و هو: أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف، و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فإندار أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار، أو التراضى، أو بغير ذلك؟ فالكلام فى تعيين المقدار المندرّ لأجل إحراز شرط صحّه بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع.

و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين (١)؛ حيث أناط المقدار المندرّ بما لا يحصل معه غرر، و اعترض على ما فى القواعد و مثلها: من اعتبار التراضى فى جواز إندار ما يعلم زيادته بأنّ التراضى لا يدفع غرراً و لا يصحّ عقداً. و تبعه فى ذلك بعض أتباعه (٢).

و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارته الفخر المتقدمه (٣) حيث

ص: ٣٢٣

١- ١) و هو كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩٧.

٢- ٢) الظاهر أنّ المراد صاحب الجواهر حيث جعل المناط الغرر، انظر الجواهر ٢٢: ٤٤٩.

٣- ٣) راجع الصفحه ٣٢١.

فرع استثناء المجهول من المبيع على جواز الإندار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء (١) المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إندار مقدار معين؛ إذ الإندار حينئذٍ لتعيين الثمن، فتأمل.

و كيف كان، فهذا الوجه مخالفٌ لظاهر كلمات الباقيين، فإنّ جماعةً منهم كما عرفت من الفاضلين (٢) وغيرهما خصّوا اعتبار التراضي بصوره العلم بالمخالفه، فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً؛ إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزنٍ مخصوصٍ بثمنٍ مخصوصٍ من دون تراضٍ.

و قد صرح المحقّق و الشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو النقصه بأنّ في الإندار من دون التراضي تضييعاً لمال أحدهما (٣).

ولا يخفى أنّه لو كان اعتبار الإندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقّق تضييع المال؛ لأنّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً.

هذا، مع أنّه إذا فرض كون استقرار العاده على إندار مقدارٍ معيّنٍ

ص: ٣٢٤

١- ١) في «م»، «خ» و«ع»: الاستثناء.

٢- ٢) لم يتقدّم ذلك من المحقّق، بل من العلّامة وحده في الصفحة السابقة، و لعلّه يستفاد من قوله: «و مثلها» بعد عبارته: «على ما في القواعد»، راجع الشرائع ١٩: ٢.

٣- ٣) جامع المقاصد ١١٥: ٤، و المسالك ١٨٢: ٣.

يحتمل الزيادة و النقيصه،فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا- يوجب غرراً،بل يكون كاشتراط زياده مقدارٍ على المقدار المعلوم غير قاذح في صحّه البيع.

مثلاً:لو كان المجموع عشره أرتال و كان المعتاد إسقاط رطل للظرف،فإذا تراضيا على أن يُندَر للظرف رطلان (١)فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً.و لو تراضيا على إندار نصف رطلٍ فقد اشترط المشتري جَعْلَ ثَمَنِ تسعه أرتالٍ و نصفِ ثَمناً للتسعه، فلا- معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى في إندار ما علم زيادته أو نقيصته:بأنّ التراضى لا يدفع غرراً و لا يصحّ عقداً.

و كيف كان،فالأظهر (٢)هو الوجه الأول،فيكون دخول هذه المسأله في فروع مسأله تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنون المسأله بذلك في اللمعه (٣)،بل نسبه في الحدائق إليهم (٤)لا من حيث إندار مقدارٍ معيّن للظرف المجهول وقت العقد،و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.

□
و ذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله في تفسير عنوان المسأله:أنّ المراد أنّه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يُسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد و لا أنقص،بل

ص: ٣٢٥

١- ١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: رطلاً.

٢- ٢) في «ش»: فالظاهر.

٣- ٣) اللمعه الدمشقيه: ١١٤.

٤- ٤) راجع الحدائق ٤٩٣: ١٨.

و إن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير يتساهل (١) به (٢) عادة، ثم دفع (٣) ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع (٤)، انتهى.

فظاهره الوجه الأول الذي ذكرنا، حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه.

و في الحدائق في مقام الرد على من ألحق النقيصه بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها قال: إن الإندار حق للمشتري؛ لأنه قد اشترى مثلاً مائه من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمه المائه المذكوره، وله إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن (٥)، انتهى.

و هذا الكلام و إن كان مؤيداً لما استقر بناه في تحرير المسأله، إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري و التمثيل بما ذكره لا يخلو عن (٦) نظر؛ فإن المشتري لم يشتر مائه من السمن في هذه الظروف؛ لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائه من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع المظروف مائه من، فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الإندار، و لا حق للمشتري. و إن اشتراه على وجه التسعير بقوله: «كل من بكذا» فالإندار: إنما يحتاج إليه لتعيين

ص: ٣٢٦

١- ١) في غير «ف»: «متساهل»، و صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) به «من» «ش» و مصححه «ن»، و في المصدر و «ص»: بمثله.

٣- ٣) كذا في النسخ، و في المصدر: يدفع، و هو المناسب للسياق.

٤- ٤) مجمع الفوائد ١٩٠: ٨.

٥- ٥) الحدائق ١٨: ٤٩٤.

٦- ٦) في «ف»: من.

ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمه المائه كما ذكره المحدث؟! وقد علم مما ذكرنا: أن الإندار الذى هو عبارته عن تخمين الطرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حقّ البائع، وليس حقًا للمشتري.

□
و أمّا الأخبار: فمنها موثقه حنان قال: «سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله عليه السلام: إننا نشترى الزيت فى زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق؟ فقال له: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه» (١).

قيل (٢): و ظاهره عدم اعتبار التراضى (٣).

أقول: المفروض فى السؤال هو التراضى؛ لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران، و المحسوب له هو المشتري.

و التحقيق: أنّ مورد السؤال صحّ الإندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمانٍ مغايرٍ للمظروف، أو مع ردّها إلى البائع من دون وزن لها، فإنّ السؤال عن صحّحه جميع (٤) ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه، فلا- إطلاق فيه يعمّ صورته عدم التراضى. و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزياده؛ فإنّ النهى (٥) عنه ليس عن (٦) ارتكابه

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل ٢٧٣: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

٢- (٢) لم ترد «قيل» فى «ف».

٣- (٣) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٤٤٨.

٤- (٤) فى «ف»: بيع.

٥- (٥) فى «ن»: المنهى.

٦- (٦) كلمه «عن» من «ف» فقط، و الظاهر أنّ الصواب فى العبارة: ليس إلّا عن.

بغير تراضٍ، فافهم.

□
فحينئذٍ لا يعارضها ما دلّ على صحّته ذلك مع التراضى، مثل روايه عليّ بن أبي حمزه، قال: «سمعت معمر الزيّات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! انطرح ظروف السمن و الزيت كلّ ظرف كذا و كذا رطلاً فربما زاد و ربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس» (١).

فإنّ الشرط فيه مسوق لبيان كفايه التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضى العله التامه الغير المتوقّفه على شىء.

و نحوه اشتراط التراضى فى خبر عليّ بن جعفر المحكّي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: «عن الرجل يشتري المتاع وزناً فى الناسيه و الجوالق، فيقول: ادفع للناسيه رطلاً أو أكثر من ذلك، أو يحلّ ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا» (٢).

ثم إنّ قوله: «إن كان يزيد و ينقص» فى الروايه الأولى، يحتمل أن يراد به: الزيادة و النقصه فى هذا المقدار المندر فى شخص المعامله، بمعنى زياده مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنّه يزيد فى بعض الزقاق، و ينقص (٣) فى بعض آخر.

ص: ٣٢٨

١- (١) الوسائل ٢٧٢: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- (٢) قرب الإسناد: ٢٦١، الحديث ١٠٣٥، و الوسائل ٢٧٣: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

٣- (٣) فى غير «ش»: النقيصه.

و أن يراد به: الزيادة و النقيصه في نوع المقدار المُندَر في نوع هذه المعامله بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض أُخرى النقيصه. و هذا هو الذي فهمه في النهايه (١) حيث اعتبر أن يكون ما ينذر للظروف ممّا يزيد تاره و ينقص اخرى، و نحوه في الوسيله (٢).

و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير «يزيد» و «ينقص» إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، و للثاني عطف النقيصه على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، و للثالث ما ورد في بعض الروايات: «من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينه ثم يكيه فيزيد؟ قال عليه السلام: و ربما نقص؟ قلت: و ربما نقص.

قال: فإذا نقص ردّوا عليكم؟ قلت: لا. قال: لا بأس» (٣).

فيكون معنى الروايه (٤): أنه إذا كان الذي يحسب لكم (٥) زائداً مرّه و ناقصاً اخرى، فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ، و إن زاد دائماً، فلا يجوز إلّا بهبه أو إبراء من الثمن أو مع التراضى، بناءً على عدم توقّف الشقّ الأول عليه، و وقوع المحاسبه من السمسار بمقتضى العاده من غير اطلاع صاحب الزيت.

و كيف كان، فالذي يقوى في النظر، هو المشهور بين المتأخرين

ص: ٣٢٩

١-١) النهايه: ٤٠١.

٢-٢) الوسيله: ٢٤٦.

٣-٣) الوسائل ٤٠٣: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٤-٤) يعنى بها موثقه حنان المتقدمه في الصفحه ٣٢٧.

٥-٥) في «ص»: عليكم.

من جواز إنذار ما يحتمل الزيادة و النقيصه؛ لأصله عدم زياده المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن. لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حقّ أحدهما عند انكشاف الحال.

و أمّا مع العلم بالزيادة أو النقيصه، فإن كان هنا عادةً تقتضيه، كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. و لعله مراد من لم يقيد بالعلم.

و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلّا مع التراضي لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء تواطئا على ذلك في متن العقد، بأن قال: «بعتك ما في هذه الظروف كلّ رطلٍ بدرهمٍ على أن يسقط لكلّ ظرفٍ كذا» فهو هبةٌ له (١)، أو تراضيا عليه بعده بإسقاطٍ من الذمّة أو هبةً للعين.

هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص، و أمّا مع ملاحظتها فالمعول عليه روايه حنّان المتقدمه (٢) الظاهره في اعتبار الاعتياد، من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً، و اعتبار عدم العلم بزياده المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كلّ مظروفٍ بحسب حاله. و كأنّ الشيخ رحمه الله في النهايه فهم ذلك من الروايه فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب (٣).

ص: ٣٣٠

١- ١) العبارة في غير «ف» و «ش» هكذا: «فهو بمنزله قولك: على أن تزيدني على كلّ عشره رطلاً»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه، قال المامقاني قدس سرّه بعد إثبات ما أثبتناه: «هكذا صحّح المصنّف رحمه الله هذه العبارة بخطّه» غايه الآمال: ٤٧٧.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٣٢٧.

٣- ٣) راجع النهايه: ٤٠١.

و حيث إنّ ظاهر الروايه جواز الإندار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة و النقيصه، عملنا (١) بها كذلك، فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائده عمّا يتسامح به، فإنّ ذلك يحتاج إلى هبهٍ جديده، و لا يكفى إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري.

هذا كلّه مع تعارف إندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة. و أمّا مع عدم (٢) القيد، فمع الشكّ فى الزيادة و النقيصه و عدم العاده يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين. و معها (٣) يجوز بناءً على انصراف العقد إليها (٤). لكن فيه تأمّل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط فى ضمن العقد؛ لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتّى ينصرف بكون العاده صارفَةً له (٥).

ثمّ الظاهر: أنّ الحكم المذكور غير مختصّ بظروف السمن و الزيت، بل يعمّ كلّ ظرفٍ، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدّم عن فخر الدين رحمه الله (٦) و عبارته النهايه و الوسيله (٧) و الفاضلين و الشهيدين و المحقّق

ص: ٣٣١

١-١) فى «ش»: علمنا.

٢-٢) كتب فى «ش» فوق «عدم»: أحد ظ.

٣-٣) كذا فى «ش» و «خ»، و فى غيرهما: معهما، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٤-٤) فى غير «ش»: إليهما، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٥-٥) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ بدل «له»: إليه.

٦-٦) راجع الصفحه ٣٢١.

٧-٧) من هنا إلّى قوله: «و المحقّق الثانى رحمهم الله» لم ترد فى «ف».

الثانى رحمهم الله (١). و يؤيده الروايه المتقدمه عن قرب الإسناد (٢).

لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه و عدم تفريره منه كقوارير الجلاب و العطريات، لا مطلق اللغوى أعنى: الوعاء. و يحتمل العموم، و هو ضعيف.

نعم، يقوى تعديه الحكم إلى كلِّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلّى المصوغه (٣) من الذهب و الفضة؛ و كذا للمظروف (٤) الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس فى الزقاق (٥). و أمّا تعديه الحكم إلى كلِّ ما ضمّ إلى المبيع ممّا لا يراد بيعه معه فممّا لا ينبغى احتمالاه.

ص: ٣٣٢

-
- ١-١) راجع النهايه: ٤٠١، و الوسيله: ٢٤٦، و القواعد ١: ١٢٩، و التحرير ١: ١٧٩، و اللمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣: ٢٨٤، و المسالك ٣: ١٨٢، و جامع المقاصد ٤: ١١٥.
- ٢-٢) تقدمت فى الصفحه ٣٢٨.
- ٣-٣) فى «م»، «ش» و «ص»: المصنوعه.
- ٤-٤) كذا فى «ش»، و فى «ن» و محتمل «ف»: «المظروف»، و فى سائر النسخ: الظروف.
- ٥-٥) فى «ف» و نسخه بدل «خ» زياده: للمحافظه.

مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع،

على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصه إلا ما أرسله في الروضه (١)، و نسب في التذكرة إلى بعض العامة (٢)، استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، و الظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهاله وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع (٣) الجزاف حاصل هنا.

و الذي يقتضيه النظر: أما فيما نحن فيه مما جُوز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهاله وزنه فالقطع بالجواز منضمّاً؛ إذ لم يحصل بالانضمام (٤) مانع، و لا ارتفع شرط.

و أما في غيره من أحد المنضمين اللذين (٥) لا يكفي في بيعه منفرداً

ص: ٣٣٣

١- (١) الروضه البهيه ٢٨٤:٣.

٢- (٢) التذكرة ٤٧١:١.

٣- (٣) في «ع»: البيع.

٤- (٤) في غير «ف»: من الانضمام.

٥- (٥) كذا في النسخ، و في مصححه «ن» و نسخه بدل «خ» و «ع»: الذي.

معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، كما لو باع سبيكةً من ذهبٍ مردّدٍ بين مائه مثقالٍ و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنهما (١) ألفي مثقال، فإنّ الإقدام على هذا البيع (٢) إقدامٌ على ما فيه خطرٌ يستحقّ لأجله اللوم من العقلاء.

وأما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المانع في النصّ الدالّ على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن (٣) و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول (٤) المقدار في المكيل و الموزون، فالقطع بالجواز؛ لأنّ النصّ و الإجماع إنّما دلّ (٥) على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزءٍ منه.

و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفه وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشّى بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك، فإنّ فرضنا الشمع تابعاً لا يضرّ جهالته، و إلّا فلا.

ثمّ إنّ بيع المظروف مع الظرف يتصوّر على صور:

إحداها: أن يبيعه مع ظرفه (٦) بعشره مثلاً، فيقسّط الثمن على

ص: ٣٣٤

١- ١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: وزنها.

٢- ٢) في غير «ف»، «ن» و «ش»: المبيع.

٣- ٣) راجع الوسائل ٢٥٤: ١٢، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و غيره من الأبواب.

٤- ٤) في «ص»: المجهول.

٥- ٥) في غير «ص»: دلّ.

٦- ٦) كذا في «خ» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أن يبيعه و ما في ظرفه.

قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل:

قيمه الظرف درهم و قيمه المظروف تسعة، كان للظرف عشر الثمن.

الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف، و يكون قيمه الظرف ما بقى بعد ذلك. و هذا في معنى بيع كل منهما منفرداً.

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف. و طريقه التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك-: أن يوزن الظرف منفرداً و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة (١)، و تبعه على هذا غير واحد (٢). و مقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن.

و الوجه في ذلك: ملا-حظه الظرف و المظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع لساوى ثمنه ثمن (٣) المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع، لا من المركب من الظرف و المظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلاً وزع الدرهم على الرطل و المظروف (٤) بحسب قيمه مثلهما. فإذا كان

ص: ٣٣٥

١-١) المسالك ٢٨١:٣.

٢-٢) مثل السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٧٥٤:٤، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣٤:٢٣-٢٣٥.

٣-٣) فى غير «ف» بدل «ثمن»: من.

٤-٤) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «الرطل المظروف»، و صححت فى «ن» ب: الظرف و المظروف.

قيمه خمس الرطل المذكور الذى هو وزن الظرف الموجود فيه مساوياً لقيمه أربعة الأخماس التى هى مقدار المظروف
الموجود، فكيف يقسّم الثمن عليه أخماساً؟

ص: ٣٣٦

مسألة المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي»

مسألة المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي» (١):-

استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات،

ليعرف صحيح العقد من (٢) فاسده و يسلم من الربا.

و عن إيضاح النافع: أنه قد يجب (٣). و هو ظاهر عبارته الحدائق أيضاً (٤). و كلام المفيد رحمه الله في المقنعه أيضاً لا- يأبى
الوجوب؛ لأنه بعد ذكر قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٥)، و قوله تعالى: أَنْفِقُوا مِنْ
طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٦) قال: فندب إلى الإنفاق

ص: ٣٣٧

١-١) انظر النهاية: ٣٧١.

٢-٢) في «ف»: عن.

٣-٣) لا يوجد لدينا إيضاح النافع، نعم حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٣٢: ٤.

٤-٤) راجع الحدائق ١٨: ١٩ و ٢٣.

٥-٥) النساء: ٢٩.

٦-٦) البقره: ٢٦٧.

من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن محتنباً للخبيث من الأعمال، ولا كان على ثقة في تفقهه (١) من طيب الاكتساب، وقال تعالى أيضاً ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا (٢)، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرم من المتاجر والاكتساب. وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم» (٣).

ثم قال: قال الصادق عليه السلام: «من أراد التجاره فليتفقه في دينه؛ ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه، ومن لم يتفقه في دينه ثم أتجر تورط في الشبهات» (٤)، انتهى (٥).

أقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب، إلا أن تعبيره بلفظ «ينبغي» ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أن الإنصاف (٦) أن ظهوره ليس بحيث يعارض (٧) ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمه، فإن معرفه الحلال والحرام واجبه على كل أحد بالنظر إلى ما يتلى به (٨) من

ص: ٣٣٨

١- ١) في «ن» و«ص»: «نفقه»، و«الصواب»: «نفقته»، كما في نسخه من المصدر.

٢- ٢) البقره: ٢٧٥.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٢٨٣، الباب الأول من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٨٣، الباب الأول من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

٥- ٥) المقنعه: ٥٩٠-٥٩١.

٦- ٦) لم ترد «أن الإنصاف» في «ف».

٧- ٧) في غير «ف» و«ش»: «يتعارض»، و«صحت في «ن» بما أثبتناه.

٨- ٨) في «ف»: «يبتنى عليه»، و«م» و«ع»: «يبتنى به».

الأمر. و ليس معرفه جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعه، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعلٍ يريد أن يفعله، أو عند إرادته الإقدام على أفعالٍ يعلم بوجود الحرام بينها، فإنّه معاقبٌ على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلّم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإنّ التفاته السابق و علمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب، و إلّا لم يعاقب أكثر الجهّال على أكثر المحرّمات؛ لأنّهم يفعلونها و هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

و لذا أجمعنا على أنّ الكفّار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذمّ الغافل المقصّر في معصيته، في غير واحدٍ من الأخبار (١).

□
ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعورٍ (٢) كما هو ظاهر جماعه تبعاً للأردبيلي رحمه الله- من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصيرٍ؛ لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه. لكن (٣) تحصيل العلم و إزاله الجهل واجبٌ على هذا القول، كما اعترفوا به.

و الحاصل: أنّ التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا (٤) على فعل الحرام، و لا- على ترك التعلّم إلّا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال

ص: ٣٣٩

١- ١) راجع الكافي ١: ٤٠، باب سؤال العالم، الحديث ١ و ٢، والبحار ١: ١٧٧- ١٧٨، الحديث ٥٨.

٢- ٢) في غير «ش»: «من شعور»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما في المتن.

٣- ٣) في النسخ زياده: «وجوب»، لكن شطب عليها في «ن».

٤- ٤) كلمه «لا» من «ش» و نسخه بدل «خ».

تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلته التحريم، ووجوب طلب العلم على كل مسلم، و عدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا (١) الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادته ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجاره و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس (٢) على وجه العوضيه يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرفٍ منها بمقتضى أصاله عدم انتقاله إليه إلّا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعامله، و يمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «التاجر فاجر، و الفاجر في النار إلّا من أخذ الحقّ و أعطى الحقّ» (٣) إشارة إلى هذا المعنى، بناءً على أنّ الخارج من العموم ليس إلّا من علم بإعطاء الحقّ و أخذ الحقّ.

فوجوب معرفه المعامله الصحيحه في هذا المقام (٤) شرعيّ، لنهى الشارع عن التصرف في مالٍ لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصاله عدم انتقاله إليه. و في غير هذا المقام عقليّ مقدّمٌ لثلاً يقع في الحرام.

و كيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً، و إن كان وجوب معرفه باقى المحرّمات من باب العقل فقط.

ص: ٣٤٠

١- ١) في «ص»: هذه.

٢- ٢) لم يرد «الناس» في غير «ف» و «ش» و نسخه بدل «خ».

٣- ٣) الوسائل ٢٨٢: ١٢، الباب الأوّل من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل، و الصفحه ٢٨٥، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٥.

٤- ٤) أى: مقام إرادته التصرف في مالٍ كان سابقاً للغير.

و يمكن توجيه كلامهم بإرادته التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقه و المعاملات الفاسده كذلك، و يطلع على موارد الشبهه و المعاملات الغير الواضحه الصحه فيجتنب عنها في العمل، فإنّ القدر الواجب هو معرفه المسائل العامه البلوى، لا الفروع الفقهيّه المذكوره في المعاملات.

و يشهد للغايه الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه:

«إنّ الربا أخفى من ديب النمله على الصفا» (١)، و للغايه الثانيه قول الصادق عليه السلام في الروايه المتقدمه: «من لم يتفقه ثمّ اتّجر تورّط في الشبهات» (٢)، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ.

و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد (٣). و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه.

ثمّ إنّ التفقه في مسائل التجاره لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسده التي أهمّها الربا الجامعه بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقه الكذائيه لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا- تعارض بين أدلّه التفقه هنا، و أدلّه تحصيل المعاش.

نعم، ربما أورد (٤) في هذا المقام و إن كان خارجاً عنه التعارض

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب الأوّل من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل.

٢- (٢) تقدّمت في الصفحه ٣٣٨.

٣- (٣) لم نعر على حكايه هذا التوجيه بعينه في كلام الفقهاء، نعم يظهر ممّا قاله المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨: ١١٦ و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٤٥١، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ١٣٢، و فيه: بل قد يجب كما في إيضاح النافع.

٤- (٤) أورده صاحب الحدائق في الحدائق ٩: ١٨ و ١٥ و غيره.

بين أدله طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد، و بين أدله طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، و ترك إلقاء كفه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيره.

□

يكفى في طلب الاكتساب ما ورد: من أنه «أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا و آله و عليه السلام: يا داود إنك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه السلام أربعين صباحاً ثم ألان الله تعالى له الحديد، و كان يعمل كل يوم درعاً و يبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستين درعاً فباعها و استغنى عن بيت المال... الحديث» (١).

و ما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: «ليس منّا من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لدنياه» (٢)، و أن «العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال» (٣).

و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر، و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر.

و ذكر في الحدائق: أن الجمع بينهما بأحد وجهين:

أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا-: تخصيص أخبار و جوب طلب الرزق بأخبار و جوب طلب العلم، و يقال بوجوب ذلك على

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل ١٢: ٢٢، الباب ٩ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٣.

٢- (٢) الفقيه ٣: ١٥٦، الحديث ٣٥٦٨، و الوسائل ١٢: ٤٩، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث الأول.

٣- (٣) الوسائل ١٢: ١١، الباب ٤ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٦.

غير طالب العلم المشتغل بتحصيله (١) واستفادته و تعليمه و إفادته. قال:

□
و بهذا الوجه صرّح الشهيد الثاني رحمه الله في رسالته المسّماه ب«منيه المرید في آداب المفید و المستفید» حيث قال في جملة شرائط العلم:

□
و أن يتوكّل على الله و يفوض أمره إليه، و لا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها (٢) و تكون (٣) وبالاً عليه، و لا على أحدٍ من خلق الله تعالى، بل يلقى مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي صلّى الله عليه و آله أن الله تعالى قد تكفّل لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه لغيره «بمعنى: أن غيره يحتاج إلى السعى على الرزق حتّى يحصل له، و طالب العلم لا يُكَلّف بذلك بل بالطلب، و كفاه مئونه الرزق إن أحسن التّيه، و أخلص القربه. و عندى في ذلك من الوقائع ما لو جمعته [بلغ (٤)] ما لا يعلمه إلّا الله من حسن صنع الله تعالى [و جميل معونته منذ (٥)] ما اشتغلت بالعلم، و هو مبادئ عشر الثلاثين و تسعمائه إلى يومنا هذا، و هو منتصف شهر رمضان سنه ثلاث و خمسين و تسعمائه.

و بالجملة، ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدّم محمّد بن يعقوب الكليني قدّس سرّه بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنّا في مجلسٍ نطلب

ص: ٣٤٣

١- ١) في «ف»: «المستقلّ بتحصيله»، و في سائر النسخ: «المستقلّ تحصيله»، و ما أثبتناه من المصدر و مصحّحه «ن».

٢- ٢) في النسخ: فيتوكّل عليها، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٣- ٣) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «و يكون»، و في بعضها: فيكون.

٤- ٤) من المصدر.

٥- ٥) من المصدر.

فيه العلم، وقد نفذت نفقتي في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي:

□

من تؤمِّل لِمَا قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذاً والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أمملك ولا تنجح طلبتك! قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إنَّ أبا عبد الله عليه السلام حدَّثني: أنَّه قرأ في بعض كتبه: «إنَّ الله تبارك وتعالى يقول: وعزَّتِي وجلالِي ومجدي وارتفاعي (١) على عرشِي لأقطعنَّ أمل كلِّ مؤمِّل غيري باليأس، ولأكسوَنَّهُ ثوب المذلَّة عند الناس، ولأنحِيَنَّهُ من قربي، ولأبعِدَنَّهُ من وصلِي، أؤمِّلُ غيري في الشدائد والشدائد بيدي؟ أو يرجو غيري ويقرع باب غيري وبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقه، وبابى مفتوح لمن دعاني، فمن ذا الذي أملى لنوابه فقطعه دونها؟ ومن ذا الذي رجاني لعظيمه فقطعت رجاءه مني؟ جعلت آمال عبادي عندى محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملاأت سماواتي ممن لا يمل من تسبيحي، وأمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي، فلم يثقوا بقولي. ألم يعلم من طرقته نائبه من نوابي أنه لا يملك كشفها أحد غيري إلما من بعد إذني، فما لي أراه لاهياً عني؟ أعطيته بجدوى ما لم يسألني، ثم انتزعت عنه (٢) فلم يسألني رده وسأل غيري، أفتراني أبدأ بالعطايا قبل المسأله ثم أسأل فلا أجيب سائلِي؟ أ بخيل أنا فيبخلني عبدِي؟ أ وليس الجود والكرم لي؟ أ وليس العفو والرحمه بيدي؟ أ و ليس أنا محل الآمال، فمن يقطعها دوني؟

ص: ٣٤٤

١- ١) كذا في «ص» والحداثق و منه المريد والكافي، و في النسخ: «و ارتفاع مكاني».

٢- ٢) في غير «ف»: منه.

أ فلا يخشى (١) المؤمنون أن يؤمّلوا غيري؟ فلو أنّ أهل سماواتي و أهل أرضي أمّلوا جميعاً ثمّ أعطيت كلّ واحد منهم مثل ما أميل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّه، و كيف ينقص مُلككُ أنا قيمه؟ فيا بؤساً للقانطين من رحمتي! و يا بؤساً لمن عصاني و لم يراقبني! انتهى الحديث الشريف، و انتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله (٢).

قال في الحقائق: و يدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمّن حدّثه، قال: سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «أيّها الناس، إنّ كمال الدين طلب العلم و العمل به، ألا- و إنّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم و ضمنه لكم، و سيّفى لكم، و العلم مخزون عند أهله، و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخبر» (٣).

قال: و يؤكّده ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «يقول الله عزّ و جلّ: و عزّتى و جلالى و كبريائى و نورى، و عظمتى و علوّى و ارتفاع مكانى (٤) لا يؤثر عبد هواى على هواه إلّا استحفظته ملائكتى، و كفلت السماوات و الأرضين

ص: ٣٤٥

١- ١) كذا في «ف» و «خ» و نسخه بدل بعض النسخ، و فى سائر النسخ: أ فلا يستحى.

٢- ٢) منيه المرید: ٦٢-٦٣، و راجع الكافي ٢: ٦٦، الحديث ٧.

٣- ٣) الكافي ١: ٣٠، الحديث ٤.

٤- ٤) فى الحقائق و الكافي بعد القسم: لا يؤثر عبد هواه على هواى إلّا شتّت عليه أمره، و لبست عليه دنياه و شغلت قلبه بها، و لم اوتّه منها إلّا ما قدرّت له، و عزّتى و جلالى و عظمتى و نورى و علوّى و ارتفاع مكانى... إلخ.

رزقه، و كنت له من وراء تجاره كل تاجر، فتأتيه الدنيا و هي راغمه (١)(٢).

انتهى كلامه (٣).

و أنت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافي بين أدله الطرفين؛ لأن ما ذكر (٤) من التوكل على الله و عدم ربط القلب بغيره (٥) لا ينافي الاشتغال بالاكْتساب؛ و لذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته جامعاً بين أعلى مراتب التوكل و أشد مشاق الاكْتساب، و هو الاستقاء لحائض اليهودى (٦)، و ليس الشهيد أيضاً فى مقام أن طلب العلم أفضل من التكتسب و إن كان أفضل، بل فى مقام أن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهره الموجوده غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمره

ص: ٣٤٦

١-١) كذا فى المصدر، و لكن فى النسخ: «زاعمه»، و قال المامقانى بعد أن أثبتها بالزاي و العين المهمله: - فى نسخه من الحدائق و فى الوسائل المصححه على خط المؤلف «راغمه» بالراء المهمله و العين المعجمه، و معنى الكلمه حينئذٍ: «ذليله منقاده» (غايه الآمال: ٤٧٨).

٢-٢) فى النسخ زياده: «الحديث»، و الظاهر أنه لا وجه لها، لأن الحديث مذکور بتمامه، راجع الكافي ٣٣٥:٢، الحديث ٢.

٣-٣) الحدائق ٩: ١٨-١٢.

٤-٤) فى «ص»: ما ذكره.

٥-٥) فى غير «ص» و مصححه «ن»: لغيره.

٦-٦) كما نقله ابن أبى الحديد فى مقدّمه شرحه لنهج البلاغه ٢٢: ١، و عنه البحار ١٤٤: ٤١.

من السلاطين، و الحاصله من الموقوفات للمدارس و أهل العلم، و الموجوده الحاصله غالباً للعلماء و المشتغلين من معاشره السلطان و أتباعه و المراده مع التجار و الأغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم إلّا بما فى أيديهم من وجوه الزكوات و ردّ المظالم و الأخماس و شبه ذلك، كما كان ذلك (١) متعارفاً فى ذلك الزمان، بل فى كلّ زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشه من الجهات التى ذكرناها.

و بالجمله، فلا- شهاده فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوله إلى آخره و ما أضاف إليه من الروايات فى الجمع المذكور، أعنى: تخصيص أدله طلب الحلال بغير طالب العلم.

ثمّ إنّه لا إشكال فى أنّ كلاً من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسه.

و لا- ريب أنّ المستحبّ من أحدهما لا يزاحم الواجب، و لا الواجب الكفائى الواجب العينى. و لا إشكال أيضاً فى أنّ الأهمّ من الواجبين العينيين (٢) مقدّم على غيره؛ و كذا الحكم فى الواجبين الكفائيين مع ظنّ قيام الغير به. و قد يكون كسب الكاسب مقدّمه لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحبّ مقدّمه.

بقى الكلام فى المستحبّ من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، و لا- ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبه على الأمرين.

ص: ٣٤٧

١- ١) لم ترد «ذلك» فى غير «ف».

٢- ٢) فى غير «ف»: المعينين.

فربّ من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلّا شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائده، و يترتب على اشتغاله بالتجاره فوائد كثيره، منها:

تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصله أو الصدقه الواجبه و المستحبّه، فيحصل بذلك ثواب الصدقه و ثواب الإعانه الواجبه أو المستحبّه على تحصيل العلم.

و ربّ من يحصّل بالاشتغال مرتبهً عاليهً من العلم يُحیی بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلّا قليل من الرزق؛ فإنّه لا إشكال فى أنّ اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام (١) فإنّما هو لعدم مزاحمه اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوه و الرياسه العلميه.

و بالجملة، فطلب كلّ من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، و إذا لوحظ من جهه النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظه مقدار النفع الواصل.

فثبت من ذلك كلّ: أنّ تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافيه، كالأشتغال بالاكْتساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحجّ (٢) أو إلى مشاهد الأئمه عليهم السلام، أو مع السعى فى قضاء حوائج الإخوان الذى لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال، إلى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

ص: ٣٤٨

١- ١) ذكره فى الصفحه ٣٤٢.

٢- ٢) فى «ش» كتب فوق «الحجّ»: المستحبّ.

لا- خلاف في مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية، و اختلفوا في حرمة و كراهته، فعن التقى (1) و القاضي (2) و الحلبي (3) و العلامه في المنتهى (4): الحرمة، و هو المحكى عن ظاهر الدروس (5) و حواشى المحقق الثانى (6).

ص: ٣٤٩

١- ١) حكاه عنه في المختلف ٥:٤٢ و لكن لم نعثر في الكافى إلبا على هذه العبارة: «و يكره تلقى الركبان»، انظر الكافى في الفقه: ٣٦٠.

٢- ٢) حكاه عنه أيضاً العلامه في المختلف، و لكن لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتبه قدس سره.
٣- ٣) السرائر ٢:٢٣٧.

٤- ٤) المنتهى ٢:١٠٥.

٥- ٥) حكاه السيد الطباطبائى في الرياض (الطبعة الحجرية) ٥٢١:١، و انظر الدروس ٣:١٧٩، و لكن كلامه صريح في الحرمة كما قاله السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:١٠٢.

٦- ٦) حكاه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:١٠٢ عن حواشيه الثلاثه.

و عن الشيخ و ابن زهره: لا يجوز (١). و أوَّلَ في المختلف عبارته الشيخ بالكراهه (٢).

و هي أى الكراهه (٣) مذهب الأكثر، بل عن إيضاح النافع:

أنَّ الشيخ ادَّعى الإجماع على عدم التحريم (٤). و عن نهايه الإحكام:

تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا، و ليس حراماً إجماعاً (٥).

و مستند التحريم ظواهر الأخبار:

منها: ما عن منهال القصاب، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: □

لا تلق (٦)، فإنَّ رسول الله صَلَّى الله عليه و آله نهى عن التلقى. قلت: و ما حدَّ التلقى؟ قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: و كم الغدوه و الروح؟ قال: أربعة فراسخ. قال ابن أبي عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق (٧). □ □

ص: ٣٥٠

١ - ١) حكاها عن الشيخ العلامه فى المختلف ٤٣:٥، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠٢:٤، و أمياً عن ابن زهره فلم نعثر على الحكايه عنه بلفظ «لا يجوز»، بل حكى السيد العاملى عنه فى مفتاح الكرامه ١٠١:٤ بلفظ «نهى». راجع المبسوط ١٦٠:٢، و الخلاف ١٧٢:٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٨٢، و الغنيه: ٢١٦، و فيه: «و نهى عن تلقى الركبان» كما حكاها السيد العاملى عنه.

٢ - ٢) المختلف ٤٣:٥.

٣ - ٣) لم ترد «أى الكراهه» فى «ف».

٤ - ٤) لا يوجد الإيضاح عندنا، و حكاها عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠١:٤.

٥ - ٥) نهايه الإحكام ٥١٧:٢.

٦ - ٦) لم ترد «لا تلق» فى النسخ، و استدركت فى «ش» و «ص» من المصدر.

٧ - ٧) الوسائل ٣٢٦:١٢، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل.

و فى خبر عروه: «لا يتلقى (١) أحدكم تجارةً خارجاً من المصر، و لا يبيع (٢) حاضرٌ لبادٍ، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (٣).

و فى روايه أُخرى: «لا تلقُ و لا تشتري ما يتلقى و لا تأكل منه» (٤).

و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعامله، فيكون أكلاً بالباطل، و لم يقل به إلّا الإسكافى (٥).

و عن ظاهر المنتهى: الاتفاق على خلافه (٦)، فتكون الروايه مع ضعفها مخالفه لعمل الأصحاب، فتقصر عن إفاده الحرمة و الفساد.

نعم لا بأس بحملها على الكراهه لو وجد القول بكراهه الأكل ممّا يُشترى من المتلقى، و لا بأس به حسماً لمادّه التلقى.

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّ النهى فى سائر الأخبار أيضاً محمولٌ على الكراهه، الموافق (٧) للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور.

ص: ٣٥١

١-١) فى «ن» و نسخه بدل «خ»: لا يتلقى.

٢-٢) كذا فى «ش» و فى «ن» و «ص»: «و لا يبيع»، و فى سائر النسخ: و لا يبيع.

٣-٣) أورد صدره فى الوسائل ١٢:٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٥، و ذيله فى الصفحه ٣٢٧، الباب ٣٧ من الأبواب، الحديث الأوّل.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

٥-٥) لا يوجد لدينا كتابه، نعم حكاه عنه العلامة فى المختلف ٥:٤٤، و الشهيد فى الدروس ٣:١٧٩، و غيرهما.

٦-٦) حكاه المحدث البحرانى فى الحقائق ١٨:٥٨، و راجع المنتهى ٢:١٠٠٥، و فيه: فالبيع صحيح فى قول عامه العلماء.

٧-٧) فى «ش»: لموافقته.

ثم إن حدّ التلقّي أربعه فراسخ، كما في كلام بعض (١). والظاهر أنّ مرادهم خروج الحدّ عن المحدود؛ لأنّ الظاهر زوال المرجوحته إذا كان أربعه فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه.

و روى: «أنّ حدّ التلقّي روحه، فإذا بلغ إلى أربعه فراسخ فهو جلب» (٢)، فإنّ الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلّا بإرادته خروج الحدّ عن المحدود. كما أنّ ما في الروايه السابقه: أنّ حدّه «ما دون غدوه أو روحه» (٣) محمولٌ على دخول الحدّ في المحدود.

لكن قال في المنتهى: حدّ علماؤنا التلقّي بأربعه فراسخ، فكرهوا التلقّي إلى ذلك الحدّ، فإن زاد على ذلك كان تجارَةً و جلباً، و هو ظاهرٌ، لأنّ بمضيه و رجوعه يكون مسافراً، و يجب عليه القصر فيكون سفرًا حقيقياً إلى أن قال: و لا نعرف بين علمائنا خلافاً فيه (٤)، انتهى.

و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدلّ على مسامحه في التعبير، و لعلّ الوجه في التحديد بالأربعه: أنّ الحصول (٥) على الأربعه بلا زياده و نقيصه نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهه؛ إذ لا يقال: إنّه وصل إلى الأربعه إلّا إذا تجاوز عنها و لو يسيراً.

ص: ٣٥٢

١- ١) نسبه في المنتهى (٢:١٠٠٦) إلى علمائنا كما سيأتى عنه، و قال في الحقائق: «الظاهر أنّه لا خلاف بين أصحابنا»، و راجع لسائر التعابير مفتاح الكرامه ٤:١٠٥.

٢- ٢) الفقيه ٣:٢٧٤، الحديث ٣٩٩٠، و الوسائل ١٢:٣٢٧، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٥٠، و هي روايه منهال القصاب.

٤- ٤) المنتهى ٢:١٠٠٦.

٥- ٥) في «ش»: الوصول.

فالظاهر أنه لا إشكال في أصل الحكم وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص و الفتاوى.

ثم إنه لا إشكال في اعتبار القصد؛ إذ بدونَه لا يصدق عنوان التلقّي، فلو تلقّى الركب في طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره معامله معهم.

و كذا في اعتبار قصد معامله من المتلقّي، فلا يكره لغرضٍ آخر و لو اتّفقت معامله.

قيل: ظاهر التعليل في روايه عروه المتقدمه (١) اعتبار جهل الركب بسعر البلد (٢).

و فيه: أنه مبنئ على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن تكون العلة في كراهه التلقّي مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقّي، أو مظنه حبس المتلقّين ما اشتروه، أو ادخاره عن أعين الناس و بيعه تدريجاً بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم في الخانات و الأسواق، فإنّ له أثراً بيناً في امتلاء أعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطعام.

و كيف كان، فاشترط الكراهه بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشه.

ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقّي بصيغه البيع أو الصلح أو غيرهما.

نعم، لا بأس باستيهاهم و لو ياهداء شيء إليهم.

ص: ٣٥٣

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٣٥١.

٢- ٢) لم نعر على هذا التعبير بعينه، نعم قال في المسالك بعد أن ذكر قيد جهل الركب-: «كما يشعر به التعليل»، و قال مثله في الجواهر، و قال في الحدائق بعد أن ذكر القيد-: «أقول: و إليه يشير التعليل في روايه عروه...»، انظر المسالك ٣: ١٨٩، و الجواهر ٢٢: ٤٧٣، و الحدائق ١٨: ٥٧.

و لو تلقّاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحية.

□

نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (١) قوى سرايه الحكم إلى بيع شيءٍ منهم و إيجارهم المساكن و الخانات.

كما أنّه إذا جعلنا المناط في الكراهه كراهه غبن الجاهل، كما يدلّ عليه النبويّ العامي: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» (٢) قوى سرايه الحكم إلى كلّ معاملة توجب غبنهم، كالبيع و الشراء منهم متلقياً (٣)، و شبه ذلك. لكن الأظهر هو الأوّل.

و كيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت (٤) لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن (٥)، و لعله لإطلاق (٦) النبويّ المتقدّم المحمول على صورته تبيّن الغبن بدخول السوق و الاطلاع على قيمه.

□

و اختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسأله خيار الغبن إن شاء الله.

ص: ٣٥٤

- ١- ١) في حديث عروه المتقدّم في الصفحة ٣٥١.
- ٢- ٢) السنن الكبرى ٣٤٨: ٥، باب النهي عن تلقى السلع.
- ٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: متلقى.
- ٤- ٤) في غير «ش»: «فيثبت»، لكن صحّحت في «ن» بما أثبتناه.
- ٥- ٥) حكاها في الجواهر ٢٢: ٤٧٤، عن ظاهر المحكى عنه، و راجع السرائر ٢: ٢٣٨.
- ٦- ٦) العبارة في غير «ف» و «ش» هكذا: و إن لم يكن غبن كإطلاق... إلخ.

على المشهور، كما في الحدائق (١)، بل عن المنتهى و جامع المقاصد: أنه محرّم (٢) إجماعاً (٣).

لروايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الواشمه و المؤتشمه و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ» (٤).

و في النبوى المحكى عن معانى الأخبار: «لا- تناجشوا و لا- تدابروا»، قال: و معناه: أن يزيد الرجل فى ثمن السلعه و هو لا يريد شراءها؛ لسمع غيره فيزيد بزيادته، و الناجش خائن، و التدابر: الهجران (٥)، انتهى كلام الصدوق.

ص: ٣٥٥

١-١ الحدائق ١٨:٤٤.

٢-٢ فى «ف»: يحرم.

٣-٣ المنتهى ٢:١٠٠٤، و جامع المقاصد ٤:٣٩.

٤-٤ الوسائل ١٢:٣٣٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٥-٥ معانى الأخبار: ٢٨٤، و الوسائل ١٢:٣٣٨، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

١-١) قال الفيروزآبادى فى القاموس المحيط: النجشُ أن تُواطىَ رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه، أو أن يُريد الإنسان أن يبيع بياعه فتساومه فيها بثمانٍ كثيرٍ لينظر إليك ناظرٌ فيقع فيها... القاموس المحيط ٢: ٢٨٩، مادّه «نجش». و قال الجوهري فى الصحاح: النَّجْشُ: أن تزايد فى المبيع ليقع غيرك و ليس من حاجتك. الصحاح ٣: ١٠٢١، مادّه «نجش». و قال الفيتومى فى المصباح المنير: نجش الرجل نجشاً من باب قتل إذا زاد فى سَلْمِعه أكثر من ثمنها و ليس قصده أن يشتريها، بل ليُغَرَّ غيره فيوقعه فيه، و كذلك فى النكاح و غيره، و الإسم النَّجْشُ. المصباح المنير: ٥٩٤، مادّه «نجش».

مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره ما لا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم،

و لم يحصل للمدفع إليه ولايه على ذلك المال من دون الدافع ك: مال الإمام، أو ردّ المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور:
إحداها: أن تظهر (١) قرينه على عدم جواز (٢) رضاه بالأخذ منه، كما إذا عتِن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. ولا إشكال في عدم الجواز؛ لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.
الثانية: أن تظهر (٣) قرينه حاله أو مقالته على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. ولا إشكال في الجواز حينئذٍ.

ص: ٣٥٧

-
- ١- ١) في غير «ف»: «يظهر»، وهذا أيضاً صحيح من باب الإفعال، والضمير المستتر يرجع إلى الدافع.
 - ٢- ٢) الظاهر زياده كلمه «جواز»، ولذا شطب عليها في «ن».
 - ٣- ٣) في غير «ف»: «يظهر»، وهذا أيضاً صحيح كما تقدّم في الهامش السابق.

إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة، كأن عيّن للمجتهدين مقداراً، و للمشتغلين مقداراً، و اعتقده (١) الدافع بعنوان يخالف مُعْتَقَد المدفوع إليه.

و التحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كلّ مشتغل كذا و إلى كلّ مجتهد كذا، و خذ أنت ما يخصّك. و إن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتّبع اعتقاد الدافع؛ لأنّ الداعي إنّما يتفرّع على الاعتقاد لا الواقع.

الثالث: أن لا تقوم قرينه على أحد الأمرين، و يطلق المتكلم.

و قد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكى عن وكاله المبسوط (٢) و زكاه السرائر (٣) و مكاسب النافع (٤) و كشف الرموز (٥) و المختلف (٦) و التذكرة (٧) و جامع المقاصد (٨): تحريم الأخذ مطلقاً.

ص: ٣٥٨

١ - ١) في «ص»: «و اعتقد»، و على فرض صحّحه ما أثبتناه من سائر النسخ، فالضمير راجع إلى «مقدار المدفوع» أو راجع إلى «غيره» المتقدم في أول المسألة.

٢ - ٢) المبسوط ٢:٤٠٣.

٣ - ٣) السرائر ١:٤٦٣.

٤ - ٤) المختصر النافع: ١١٨.

٥ - ٥) كشف الرموز ١:٤٤٣-٤٤٤.

٦ - ٦) المختلف ٥:٢٤.

٧ - ٧) التذكرة ١:٥٨٣.

٨ - ٨) جامع المقاصد ٤:٤٣.

و عن النهايه (١) و مكاسب السرائر (٢) و الشرائع (٣) و التحرير (٤) و الإرشاد (٥) و المسالك (٦) و الكفايه (٧): أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زياده على غيره. و نسبه في الدروس إلى الأكثر (٨)، و في الحدائق إلى المشهور (٩)، و في المسالك: هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ (١٠).

و عن نهايه الإحكام (١١) و التنقيح (١٢) و المهذب البارع (١٣) و المقتصر (١٤):

الاقتصار على نقل القولين.

و عن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز (١٥) إن كانت الصيغه

ص: ٣٥٩

-
- ١-١) النهايه: ٣٦٦.
 - ٢-٢) السرائر ٢: ٢٢٣.
 - ٣-٣) الشرائع ٢: ١٢.
 - ٤-٤) التحرير ١: ١٦٢.
 - ٥-٥) إرشاد الأذهان ١: ٣٥٨.
 - ٦-٦) المسالك ٣: ١٣٨.
 - ٧-٧) الكفايه: ٨٨.
 - ٨-٨) الدروس ٣: ١٧١.
 - ٩-٩) الحدائق ١٨: ٢٣٧.
 - ١٠-١٠) المسالك ٣: ١٣٨.
 - ١١-١١) نهايه الإحكام ٢: ٥٢٦.
 - ١٢-١٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٠.
 - ١٣-١٣) المهذب البارع ٢: ٣٥٣-٣٥٤.
 - ١٤-١٤) في غير «ف»: المقنعه، و الصواب ظاهراً ما أثبتناه، راجع المقتصر: ١٦٥.
 - ١٥-١٥) في غير «ف» و «ش»: «الجواز»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

بلفظ «ضعه فيهم» أو ما أدى معناه، و المنع إن كانت بلفظ «ادفعه» (١).

و عن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنه إن قال: «هو للفقراء» جاز، و إن قال: «أعطه للفقراء»، فإن علم فقره لم يجز؛ إذ لو أراد له لخصه، و إن لم يعلم جاز (٢).

احتج القائل بالتحريم مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايره المأمور بالدفع (٣) للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكتته امرأه أن يزوجه من شخص فزوجها من نفسه، أو و كله في شراء شيء فأعطاه من عنده بصحيحه (٤) ابن الحجاج المسنده في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام و إن أضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالا ليصرفه في محاويج أو في مساكين، و هو يحتاج، أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه» (٥).

و احتج المجوزون (٦): بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، و الغرض (٧) الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظه لخصوصيته الغير، و اللفظ و إن

ص: ٣٦٠

- ١- ١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١١٠، و راجع المهذب البارع ٢: ٣٥٣-٣٥٤.
- ٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١١٠، و راجع التنقيح ٣: ٢١.
- ٣- ٣) فى غير «ش»: «المأمور الدافع»، و صححت فى «خ» بما أثبتناه.
- ٤- ٤) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: مصححه.
- ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٠٦، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
- ٦- ٦) راجع الكتب المنقوله عنها أقوال الفقهاء فى الصفحه السابقه.
- ٧- ٧) فى غير «ف»: الفرض.

سُلم عدم شموله له لغه، إلمأ أن المنساق عرفاً صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز.

نعم، لو كان المدفوع إليهم أشخاصاً خاصه، و كان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. و الروايه معارضه بروايات أخر، مثل:

□
ما عن الكافى فى الصحيح عن سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاه يقسّمها فى أصحابه، أ يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم» (١).

و عن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بن هاشم: «فى رجل اعطى مالاً يفترقه فى من يحلّ له، أ يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره» (٢).

و صحيحه ابن الحجّاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسّمها و يضعها فى مواضعها و هو ممّن تحلّ له الصدقه؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره، و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها فى مواضع مسّماه إلّا بإذنه» (٣).

و الذى ينبغى أن يقال: أمّا من حيث دلاله اللفظ الدالّ على الإذن فى الدفع و الصرف، فإنّ المتّبع الظهور العرفى و إن كان ظاهراً

ص: ٣٤١

١- ١) الكافى ٥٥٥:٣، الحديث الأوّل، و الوسائل ٢٠٦:١٢، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الوسائل ٢٠٠:٦، الباب ٤٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٢.

٣- ٣) الوسائل ٢٠٠:٦، الباب ٤٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٣.

بحسب الوضع اللغوى فى غيره، كما أنّ الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجيه مقدم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن.

ثمّ إنّ التعيد فى حكم هذه المسأله لا يخلو عن بُعد، فالأولى حمل الأخبار المجوزه على ما إذا كان غرض المتكلم صيرف المدفوع فى العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، و حمل الصحيحه المانع (١) على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمره (٢) بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنه داعياً (٣) إلى الدفع لا موضوعاً، و لما لم يعلم المسكنه فى المأمور لم يحصل داعٍ على الرضا بوصول شىء من المال إليه.

ثمّ على تقدير المعارضه، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ؛ لأنّ الشكّ بعد تكافؤ الأخبار فى الصارف الشرعى عن الظهور العرفى.

و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع؛ إذ لا يجوز التصرف فى مال الغير إلماً بإذن من المالك أو الشارع.

ص: ٣٦٢

١- ١) فى «ف» و«خ» و نسخه بدل «ن»، «ع» و«ش»: «السابقه»، و هى صحيحه ابن الحجاج المتقدمه فى الصفحه السابقه.

٢- ٢) فى النسخ: «فأمرها»، و فى نسخه بدل «خ» و مصححه «ن» ما أثبتناه.

٣- ٣) كذا، و المناسب: داعيه.

و هو كما فى الصحاح (١) و عن المصباح (٢): جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحته.
و قد اختلف فى حرمة، فعن المبسوط (٣) و المقنعه (٤) و الحلبي فى كتاب المكاسب (٥) و الشرائع (٦) و المختلف (٧): الكراهه.
و عن كتب الصدوق (٨) و الاستبصار (٩) و السرائر (١٠) و القاضى (١١)

ص: ٣٦٣

-
- ١- ١) صحاح اللغة ٢:٦٣٥، مادّه: «حكر». و فى «ف» زياده: و النهايه، و انظر النهايه لابن الأثير ١:٤١٧، مادّه: «حكر».
 - ٢- ٢) المصباح المنير: ١٤٥، مادّه «حكر».
 - ٣- ٣) المبسوط ٢:١٩٥.
 - ٤- ٤) المقنعه: ٦١٦.
 - ٥- ٥) الكافى فى الفقه: ٢٨٣.
 - ٦- ٦) الشرائع ٢:٢١.
 - ٧- ٧) المختلف ٥:٣٨.
 - ٨- ٨) حكى ذلك عنها السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٠٧، راجع المقنع: ٣٧٢، و الفقيه ٣:٢٦٥.
 - ٩- ٩) الاستبصار ٣:١١٥، ذيل الحديث ٤٠٨.
 - ١٠- ١٠) السرائر ٢:٢١٨.
 - ١١- ١١) المهذب ١:٣٤٦.

و التذكرة (١) و التحرير (٢) و الإيضاح (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥) و الروضة (٦): التحريم.

□

و عن التنقيح (٧) و الميسية (٨): تقويته. و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفايه (٩)؛ لصحيحه سالم الحنّاط، قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام:

ما عملك؟ قلت: حنّاط، و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبست. قال: فما يقول مَن قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكرٌ.

قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزءٍ جزءاً (١٠).

قال: لا بأس، إنّما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه و آله فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر» (١١)، فإنّ الظاهر منه أنّ عله عدم البأس وجود البازل، فلولا ه حرم.

ص: ٣٦٤

-
- ١-١) التذكرة ٥٨٥:١.
 - ١-٢) التحرير ١٦٠:١.
 - ١-٣) إيضاح الفوائد ٤٠٩:١.
 - ١-٤) الدروس ١٨٠:٣.
 - ١-٥) جامع المقاصد ٤٠:٤.
 - ١-٦) الروضة البهية ٢١٨:٣ و ٢٩٨.
 - ١-٧) التنقيح الرائع ٤٢:٢.
 - ١-٨) لا يوجد لدينا، و نقله عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٠٧:٤.
 - ١-٩) في «ف»: للكفايه.
 - ١-١٠) كذا في المصادر الحديثيه، و في النسخ: جزء.
 - ١-١١) الوسائل ٣١٦:١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

و صحیحہ الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً و ليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل» (١).

و زاد في الصحيحه المحكيه عن الكافي و التهذيب: قال: «و سألته عن الزيت، قال: إن كان (٢) عند غيرك فلا بأس بإمساكه» (٣).
و عن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغه في كتابه إلى مالك الأشتر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله منع منه.

و ليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين (٤) عدل (٥) لا يجحف بالفريقين: البائع و المبتاع. فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكّل به و عاقب في غير إسراف» (٦).

و صحیحہ الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عمّن يحتكر الطعام

ص: ٣٦٥

١- ١) الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.

٢- ٢) في «ص»: إذا كان.

٣- ٣) الكافي ١٦٥: ٥، الحديث ٣، و التهذيب ١٦٠: ٧، الحديث ٧٠٦، و عنهما في الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢ و ذيله.

٤- ٤) في المصدر: بموازين.

٥- ٥) في نهج البلاغه زياده: «و أسعار»، و في الوسائل: واسعاً.

٦- ٦) نهج البلاغه: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، و عنه في الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

و يتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام» (١).

فإن الكراهه في كلامهم عليهم السلام و إن كان يستعمل في المكروه و الحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذلٍ غيره مع ما دلّ على كراهه الاحتكار مطلقاً، قرينه على إرادته التحريم. و حمله على تأكد الكراهه أيضاً مخالفاً لظاهر «يكره» كما لا يخفى.

و إن شئت قلت: إن المراد ب«البأس» في الشرطيه الأولى التحريم؛ لأن الكراهه ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطيه الثانيه كالمفهوم لها.

و يؤيد التحريم: ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع» (٢).

و في السند بعض بنى فضال، و الظاهر أن الروايه مأخوذه من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا» (٣)، ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك

ص: ٣٦٦

١- (١) الوسائل ٣١٣: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٢- (٢) الأموال للطوسي: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧، و عنه في الوسائل ٣١٤: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٣- (٣) الوسائل ١٠٣: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٣.

عن ملاحظه من قبلهم فى السند، وقد ذكرنا (١): أن هذا الحديث أولى بالدلاله على عدم وجوب الفحص عمّا قبل هؤلاء من الإجماع الذى ادّعاه الكشّى على تصحيح ما يصحّ عن جماعه (٢).

و يؤيّد أيضاً ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورّام: من أنّه أرسل عن النبىّ صلّى الله عليه وآله عن جبرئيل عليه السلام، قال: «أطلعت على النار فرأيت فى جهنّم وادياً فقلت: يا مالك لمن هذا؟ قال: ثلاثه:

المحتكرين، و المدمنين للخمر، و القوادين» (٣).

و ممّا يؤيّد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ إزماءه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرّماً؛ إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعده «سلطنه الناس على أموالهم».

ثمّ إنّ كشف الإبهام عن أطراف المسأله يتمّ ببيان أمور:

الأول: فى مورد الاحتكار،

فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغه و بعض الأخبار المتقدّمه: اختصاصه بالطعام.

و فى روايه غياث بن إبراهيم: «ليس الحكره إلّا فى الحنطه،

ص: ٣٦٧

١- ١) لم نقف على موضع ذكر هذا المطلب بالخصوص، لكن قال قدّس سرّه فى أوّل كتاب الصلاه عند ما تعرّض لروايه داود بن فرقده: «و هذه الروايه و إن كانت مرسله إلّا أنّ سندها إلى الحسن بن فضال صحيح، و بنو فضال ممّن أمرنا بالأخذ بكتبهم و رواياتهم»، انظر كتاب الصلاه ٣٦: ١.

٢- ٢) ادّعاه الكشّى فى موارد عديده من رجاله، انظر اختيار معرفه الرجال ٢: ٦٧٣، الرقم ٧٠٥، و الصفحه ٨٣٠، الرقم ١٠٥٠.

٣- ٣) الوسائل ٣١٤: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١١.

و الشعير، و التمر، و الزبيب» (١).

و عن الفقيه زياده: «الزيت» (٢)، و قد تقدّم في بعض الأخبار المتقدمه دخول الزيت أيضاً (٣).

و في المحكي عن قرب الإسناد بروايه أبي البخترى عن علي عليه السلام:

«قال: ليس الحكره إلّا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب (٤) و السمن» (٥).

و عن الخصال في روايه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الحكره في ستّه أقسام (٦) الحنطه، و الشعير، و التمر، و الزيت، و الزبيب، و السمن» (٧).

ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزياده «السمن» لا خلاف فيه ظاهراً، و عن كشف الرموز (٨) و ظاهر السرائر (٩): دعوى الاتفاق عليه،

ص: ٣٤٨

١-١) الوسائل ١٢:٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

٢-٢) الفقيه ٣:٢٦٥، الحديث ٣٩٥٤، و عنه في الوسائل ١٢:٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، ذيل الحديث ٤.

٣-٣) راجع الصفحه ٣٦٥، الصحيحه المحكيه عن الكافي و التهذيب.

٤-٤) في غير «ف» و «ص»: الزيت.

٥-٥) قرب الإسناد: ١٣٥، الحديث ٤٧٢، الوسائل ١٢:٣١٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٧.

٦-٦) كذا في النسخ، و في المصدر: ستّه أشياء.

٧-٧) الخصال: ٣٢٩، الحديث ٢٣، و الوسائل ١٢:٣١٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٠.

٨-٨) راجع كشف الرموز ١:٤٥٥.

٩-٩) السرائر ٢:٢٣٨.

و عن مجمع الفائده: نفى الخلاف فيه (١).

و أما الزيت: فقد تقدّم في غير واحدٍ من الأخبار؛ و لذا اختاره الصدوق (٢) و العلّامة في التحرير- حيث ذكر أنّ به روايةً حسنَةً (٣)- و الشهيدان (٤) و المحقّق الثاني (٥)، و عن إيضاح النافع: أنّ عليه الفتوى (٦).

و أمّا الملح: فقد ألحقه بها في المبسوط (٧) و الوسيله (٨) و التذكرة (٩) و نهايه الإحكام (١٠) و الدروس (١١) و المسالك (١٢)، و لعلّه لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار: من حاجه الناس (١٣).

ص: ٣٦٩

١-١) مجمع الفائده ٨:٢٦.

٢-٢) راجع المقنع: ٣٧٢، و الفقيه ٣:٢٦٥، الحديث ٣٩٥٤.

٣-٣) التحرير ١:١٦٠.

٤-٤) الدروس ٣:١٨٠، و الروضه البهيّه ٣:٢٩٩، و المسالك ٣:١٩٢.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٤٠.

٦-٦) إيضاح النافع (مخطوط) و لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٠٧.

٧-٧) المبسوط ٢:١٩٥.

٨-٨) الوسيله: ٢٦٠.

٩-٩) التذكرة ١:٥٨٥.

١٠-١٠) نهايه الإحكام ٢:٥١٤.

١١-١١) الدروس ٣:١٨٠.

١٢-١٢) المسالك ٣:١٩٢.

١٣-١٣) ورد التعليل في صحيحه الحلبي المتقدّمه في الصفحه ٣٦٥.

□
روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء و الشدّه ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعونٌ، وما زاد في العسره على ثلاثه أيام فصاحبه ملعون (١)» (٢).

و يؤيّدُها ظاهر روايه المجالس المتقدّمه (٣) و حكى عن الشيخ (٤) و محكّي القاضى (٥) و الوسيله (٦) العمل بها، و عن الدروس: أن الأظهر تحريمه مع حاجه الناس. و مظنتها الزيادة على ثلاثه أيام في الغلاء و أربعين في الرخص؛ للروايه (٧)، انتهى.

أمّا تحديده ب«حاجه الناس» فهو حسنٌ، كما عن المقنعه (٨) و غيرها (٩)، و يظهر من الأخبار المتقدّمه.

ص: ٣٧٠

-
- ١- ١) كذا في «ص» و المصادر الحديثيه، و في سائر النسخ: فملعون.
 - ٢- ٢) الوسائل ٣١٢: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
 - ٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٦٦.
 - ٤- ٤) راجع النهايه: ٣٧٤ و ٣٧٥.
 - ٥- ٥) لم نعثر عليه في كتب القاضى، نعم حكاه عنه العلّامه في المختلف ٤٠: ٥، و السيد العاملى في مفتاح الكرامه ١٠٩: ٤.
 - ٦- ٦) راجع الوسيله: ٢٦٠.
 - ٧- ٧) الدروس ١٨٠: ٣.
 - ٨- ٨) المقنعه: ٦١٦، و حكاه السيد العاملى عنها و عن غيرها في مفتاح الكرامه ٤: ١٠٩.
 - ٩- ٩) راجع المهذب ٣٤٦: ١، و مجمع الفائده ٢٥: ٨.

و أما ما ذكره من حمل روايه السكوني على بيان مظنه الحاجه، فهو جيد. و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

الثالث: [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه]

مقتضى ظاهر صحيحه الحلبي المتقدمه (١) في بادي النظر (٢) حصر الاحتكار في شراء الطعام [لكن الأقوى التعميم (٣)] بقربيه تفریع قوله: «فإن كان في المصر طعام».

و يؤيد ذلك: ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه (٤)، سواء كان بالاشتراء أو بالزرع و الحصاد و الإحراز، إلا أن يراد جمعه في ملكه (٥).

و يؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بـ «أن يترك الناس ليس لهم طعام» (٦)، و عليه فلا- فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراثٍ أو يكون موهوباً له، أو كان قد اشتراه لحاجه فانقضت الحاجه و بقي الطعام لا يحتاج إليه المالك، فحبسه مترتباً للغلاء.

الرابع: أقسام حبس الطعام

كثيره؛ لأنّ الشخص إما أن يكون

ص: ٣٧١

١- ١) تقدّمت في الصفحه ٣٦٥.

٢- ٢) في «ن» زياده: «عدم» تصحيحاً، و وردت هذه الكلمه في متن غايه الآمال: ٤٨٦، فراجع.

٣- ٣) من «ش» و هامش «خ».

٤- ٤) تقدّم في الصفحه ٣٦٣.

٥- ٥) في «ف» زياده: بعضاً منه.

٦- ٦) كما تقدّم في صحيحه الحلبي المتقدمه في الصفحه ٣٦٥.

قد حصّل الطّعام لحبسه أو لغرضٍ آخر، أو حصل له من دون تحصيل له.

و«الحبس»، إمّا أن يراد منه (١) نفس تقليل الطّعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله و إن حصل ذلك لغلاءٍ عارضٍ لا يتضرّر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكرٍ أو زوّارٍ (٢) في البلاد و توقّفهم يومين أو ثلاثه، فيحدث للطّعام عزّة لا يضرّ بأكثر أهل البلد، و قد يريد ب«الحبس» لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر.

هذا كلّه مع حصول الغلاء بحبسه، و قد يحبس انتظاراً لأيّام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه، بل لقلّة الطّعام آخر السنه، أو لورود عسكرٍ أو زوّارٍ ينفد الطّعام.

ثمّ حبسه لانتظار أيّام الغلاء، قد يكون للبيع بأزيد من قيمه الحال، و قد يكون لحبّ إعانه المضطّرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم.

ثمّ حاجه الناس قد يكون لأكلهم، و قد يكون للبذر أو علف الدوابّ، أو الاسترباح بالثمن.

و عليك باستخراج (٣) أحكام هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه

ص: ٣٧٢

١-١) لم ترد «منه» في «ف».

٢-٢) لم ترد «أو زوّار» في «ف».

٣-٣) في غير «ف»: «في استخراج»، و صحّحت في «ن» و «خ» بما أثبتناه.

و المستحب من الحرام.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل (١) في إجبار المحتكر على البيع،

حتى على القول بالكراهه، بل عن المهذب البارع: الإجماع (٢)، و عن التنقيح (٣) كما عن الحدائق (٤) - عدم الخلاف فيه، و هو الدليل المخرج عن قاعده عدم الإجبار لغير الواجب؛ و لذا ذكرنا: أن ظاهر أدله الإجبار تدلّ على التحريم (٥)؛ لأنّ إلزام غير اللازم خلاف القاعده.

نعم لا يسعّر عليه إجماعاً، كما عن السرائر، و زاد وجود الأخبار المتواتره (٦)، و عن المبسوط: عدم الخلاف فيه (٧).

لكن عن المقنعه: أنّه يسعّر عليه بما يراه الحاكم (٨).

و عن جماعه (٩) منهم العلامه (١٠) و ولده (١١) و الشهيد (١٢) - أنّه يسعّر

ص: ٣٧٣

١-١) راجع التنقيح الرائع ٢:٤٢، و مفتاح الكرامه ٤:١٠٩.

٢-٢) المهذب البارع ٢:٣٧٠.

٣-٣) التنقيح الرائع ٢:٤٢.

٤-٤) الحدائق ١٨:٦٤.

٥-٥) ذكره في الصفحه ٣٦٧.

٦-٦) السرائر ٢:٢٣٩.

٧-٧) المبسوط ٢:١٩٥.

٨-٨) المقنعه: ٦١٦.

٩-٩) حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٠٩.

١٠-١٠) راجع المختلف ٥:٤٢.

١١-١١) إيضاح الفوائد ١:٤٠٩.

١٢-١٢) الدروس ٣:١٨٠.

عليه إن أجحف بالثمن؛ لنفى الضرر، و عن الميسى (١) و الشهيد الثانى (٢):

أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير؛ جمعاً بين النهى عن التسعير، و الجبر (٣) بنفى الإضرار.

ص: ٣٧٤

١- ١) الميسيه، لا توجد لدينا، و لكن نقله عنه و عن الشهيد الثانى، السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠٩:٤.

٢- ٢) الروضه البهيه ٢٩٩:٣.

٣- ٣) فى «م»، «خ»، «ع» و «ص» بدل «و الجبر»: «فى الخبر»، و على فرض صحه هذه النسخه فالصواب فى الكلمه التى بعدها: «و

نفي»، كما فى نسخه بدل «خ».

خاتمه و من أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه،

□
ففى مرسله ابن فضال عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام: «ليكن طلبك للمعيشه فوق كسب المضىع و دون طلب الحريص
الراضى بدينه المطمئن إليها، و لكن أنزل نفسك من ذلك منزله المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزله الواهن الضعيف و
تكسب ما لا بد للمؤمن منه؛ إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا، لا مال لهم» (١).

□ □
و فى صحيحه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى حجّه الوداع: ألا إن الروح الأمين
نفث فى روعى:

□
أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله و أجملوا فى الطلب، و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىءٍ
من معصيه الله؛ فإن الله تبارك و تعالى قسّم الأرزاق فى خلقه حلالاً و لم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله و صبر آتاه الله برزقه من
حلّه، و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حلّه قصّ (٢) به من رزقه الحلال و حوسب عليه

ص: ٣٧٥

١- (١) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ١٣ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٣.

٢- (٢) كذا فى «ف» و مصححتى «ن» و «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: قصّر.

□ □
و عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أن الله عزّ وجلّ لم يجعل للعبد وإن اشتدّ جهده و عظمت حيلته و كثرت مكائده (٢) أن يسبق ما سمى له في الذكر الحكيم، و لم يحل بين (٣) العبد في ضعفه و قلبه حيلته أن يبلغ ما سمى له في الذكر الحكيم.

أيها الناس، إنّه لن يزداد امرؤ نقيراً لحذقه (٤)، و لم ينقص امرؤ نقيراً لحمقه (٥)، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحةً في منفعتة، و العالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتة، و ربّ منعمٍ عليه مُستدّرجٌ بالإحسان إليه، و ربّ مغرورٍ في الناس مصنوع له، فأبق (٦) أيها الساعي من سعيك، و أقصر من عجلتك، و انتبه من سنّه غفلتك، و تفكّر فيما جاء عن الله عزّ وجلّ على لسان نبيّه صلّى الله عليه و آله» (٧).

ص: ٣٧٦

١- (١) الوسائل ٢٧: ١٢، الباب ١٢ من أبواب مقدّمات التجاره، الحديث الأوّل.

٢- (٢) كذا في النسخ، و في الكافي و التهذيب: «مكابده»، و في الوسائل: مكائده.

٣- (٣) كذا في النسخ وفاقاً للتهذيب، و في الكافي: «و لم يحل من العبد»، و في مصحّحه «ن» و الوسائل: «و لم يخل من العبد».

٤- (٤) في المصادر الحديثيه: بحذقه.

٥- (٥) في التهذيب: بحمقه

٦- (٦) كذا في «ش»، و في «ص»: «فاتق»، و في مصحّحه «ن»: «فأقول»، و في غيرها: «فاتق»، و الظاهر أنّها مصحّفه «فاتق»، و في الكافي و التهذيب: «فافق»، و في الوسائل: فأبق (فاتق الله، خ ل).

٧- (٧) التهذيب ٣٢٢: ٦، الحديث ٨٨٣، و الكافي ٨١: ٥، الحديث ٩، و الوسائل ٣٠: ١٢، الباب ١٣ من أبواب مقدّمات التجاره، الحديث ٤.

و في روايه عبد الله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَسَّعَ فِي أَرْزَاقِ الْحَمَقِيِّ لِيُعْتَبِرَ الْعُقَلَاءَ، وَيَعْلَمُوا أَنَّ الدُّنْيَا لَيْسَ يُنَالُ مَا فِيهَا بِعَمَلٍ وَلَا حِيلَةٍ» (١).

و في مرفوعه سهل بن زياد أنه قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه (٢)، و كم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير» (٣).

□
و في روايه علي بن عبد العزيز قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام:

ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل علي العباده و ترك التجاره، فقال: ويحه! أما علم أن تارك الطلب لا تستجاب له دعوته (٤)؟ إن قوماً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله لما نزل قوله تعالى: وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ (٥) أغلقوا الأبواب و أقبلوا علي العباده و قالوا: قد كُفينا! فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و آله فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى (٦) لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العباده. فقال صلى الله عليه و آله (٧):

إنه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب» (٨).

ص: ٣٧٧

١- (١) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ١٣ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث الأول.

٢- (٢) في «ن» و «ش» زياده: «رزقه» استدراكاً.

٣- (٣) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ٣٠ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٢.

٤- (٤) في «ص»: دعوه.

٥- (٥) الطلاق: ٢ و ٣.

٦- (٦) لم ترد «تعالى» في «ف» و «خ».

٧- (٧) لم ترد «صلى الله عليه و آله» في «ف»، «ن» و «خ».

٨- (٨) الوسائل ١٢:١٥، الباب ٥ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٧.

و قد تقدّم روايه أنّه: «ليس منّا من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته» (١).

و تقدّم أيضاً (٢) حديث داود (٣) على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاه و السلام، بعد الحمد لله الملك
العلّام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعه و كتابه كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام
للخاصّ و العامّ.

ص: ٣٧٨

١-١) تقدّم في الصفحة ٣٤٢.

٢-٢) تقدّم في الصفحة ٣٤٢ أيضاً.

٣-٣) من هنا إلى آخر العبارة لم ترد في «ف»، و ورد بدلها ما يلي: «قد تمّ بفضلته و عونه المجلّد الأوّل من هذه النسخة الشريفه، و
يتلوه إن شاء الله - الثاني في الخيارات، و هو مع أنّه قد جمع الأهمّ من القواعد و شمل الأنفع و الأصحّ من المسائل و الأصول و
الشوارد، و أودع فيه من الثمره كلّ لباب، و من النكت ما لا يوجد منتظماً في كتاب، قد تضمّن من التحقيق كلّ شارد، و من التدقيق
كلّ وارد، و اندرج فيه من النوادر ما حلّى وضعها، و حسن طرزها، يشهد به من مارس الصناعه، و يشاهده من تتبّع أقاويل الجماعه
و كتب العلماء الأجلّه، بل هو مع أنّه كثيراً مقتصر على مخزون الخاطر و مقترح القريحه، مشتمل على تفصيل مجمل، و بسط
موجز، و تقرير أسئلته، و تحرير أجوبه، و منع اعتراضات، و دفع معارضات، و كشف شبهات، و تحقيق حقّ، و إبطال باطل - ففيه فوائد
باهره و شواهد على صدق المدّعى ظاهره، يكاد من قوّه الحدس يستشفق الواقع من وراء حجابته و يستشهد المستور من وراء ستره
و نقابه، فهو حينئذٍ قد بلغ الغايه القصوى و الدرجه العليا، فلله درّه دام ظلّه حيث أحسن و أجاد، نفعنا الله بوجوده و إفادته، و سائر
المحصّلين، بمحمدٍ و آله الأمجاد، و الحمد لله على فضل الإتمام، و الصلاه و السلام على النبيّ و آله أئمّه الأنام...».

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩