



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه وآله

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

# الأدب الفقهية

فصل الشيخ (٥)

الجزء الخامس

بمطبع

إدارة الأبحاث والدراسات الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الآراء الفقهية

كاتب:

الشيخ هادي النجفي

نشرت في الطباعة:

مهر قائم

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

5	الفهرس
19	الآراء الفقهية: (قسم البيع 5) المجلد 8
19	هوية الكتاب
19	اشارة
21	تقريظ الحكيم المتأله المرجع الدينى آية الله العظمى المرحوم السيد عزالدين
27	فصل شرائط العوضين
27	اشارة
29	1_ الماليتة
37	2_ الملكيتة
37	اشارة
39	دليل اعتبار الملكيتة ونقده
42	أقسام الأرضين وأحكامها
42	اشارة
43	1_ الأرض الموت بالأصالة
43	اشارة
44	الطائفة الأولى: النصوص الدالة على أنها من الأنفال
45	الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام
46	الطائفة الثالثة: النبويان العاميان
46	اشارة
47	مناقشة المحقق الإصفهاني في دلالة الروايات
49	الجواب عن مناقشة المحقق الإصفهاني
55	تبيهاات
55	الأول: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام

56	التبیه الثاني: بماذا يتحقق احياء الأرض الميتة؟
64	الثالث: الإحياء سببٌ لملكية الأرض للمحيى
65	2_ الأرض العامرة بالأصالة
65	اشارة
66	اعتراض النابني على الشيخ الأعظم ونقده
67	مناقشة المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم
70	مناقشة الأستاذ المحقق _ مدظله _ للشيخ الأعظم
72	والمختار في المقام:
72	فزع: هل تملك الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟
72	اشارة
81	فذلكة الكلام
82	3_ الأرض العامرة بالعرض
82	اشارة
87	قولان رئيسيان في المسألة
87	اشارة
88	أدلة القول الأول
89	أدلة القول الثاني
89	اشارة
96	اشكالات ثلاثة على القول الثاني
100	فذلكة الكلام بين القولين والمختار منهما
106	تبیه
107	تذكير: ثمرات البحث بين القولين
108	تكميل: بعض أحكام هذا القسم
108	تتميمان:
108	الأول: هل يعتبر كون المحيى مسلماً؟

108 ..... اشارة

108 ..... 1\_ اعتبار اسلام المحيى

111 ..... أدلة اعتبار اسلام المحيى .

114 ..... 2\_ عدم اعتبار اسلام المحيى وهو القول بالتعميم

116 ..... أدلة عدم اعتبار اسلام المحيى .

118 ..... الثانى : شرائط الإحياء

118 ..... اشارة

118 ..... 1\_ ألا يكونَ على الأرض يدٌ لمسلمٍ .

120 ..... 2\_ أن لا يكون حريماً لعامراً .

126 ..... 3\_ «أن لا يُسمَّيه الشرعُ مشعراً للعبادة

131 ..... 4\_ «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل .

140 ..... 5\_ «ألا يسبق إليه سابق بالتحرير .

147 ..... 6\_ أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه وآله .

163 ..... حكم الأراضى المفتوحة عنوةً

163 ..... اشارة

164 ..... إجماع فقهاؤنا فى المسألة وخلاف العامة فيها .

176 ..... مستند فقهاء الطائفة

176 ..... اشارة

183 ..... الاحتمالات التى يمكن استفادتها من الروايات

183 ..... اشارة

186 ..... الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبي

186 ..... اشارة

186 ..... 1\_ الاشكال العقلى

188 ..... 2\_ كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟! .

188 ..... 3\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟ .

- 189 ..... 4\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟
- 192 ..... بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوة
- 192 ..... 1\_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنّها ملك خاص للمسلمين ولا يحتاج إلى أداء الخمس؟
- 193 ..... 2\_ المتصدى للأراضي الخراجية
- 194 ..... 3\_ لا يجوز بيع الأراضي الخراجية
- 197 ..... حكم الأراضي الصلحية
- 197 ..... اشارة
- 197 ..... المقام الأول: مقتضى عقد الصلح
- 197 ..... المقام الثاني: مقتضى الروايات
- 201 ..... 3\_ الطلّقيّة (التمامية)
- 201 ..... اشارة
- 204 ..... الأولى: ما معنى الطلّقية والتمامية؟
- 208 ..... الثانية: فوارق القولين
- 209 ..... الثالثة: اعتراض المحقّق الخراساني على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقّق الإصفهاني عن الشيخ الأعظم
- 211 ..... الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم
- 213 ..... الخامسة: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطية
- 213 ..... اشارة
- 215 ..... المسألة الأولى: عدم جواز بيع الوقف
- 215 ..... تمهيد: ما هي حقيقة الوقف؟
- 215 ..... اشارة
- 215 ..... القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأوّل لبطلان بيع الوقف
- 215 ..... اشارة
- 215 ..... القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات
- 215 ..... القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو
- 219 ..... اشكالات السيد الخميني على المحقّق الإصفهاني



- 219 ..... الإشكال الأول وجوابه .
- 220 ..... الإشكال الثاني ونقده .
- 221 ..... الإشكال الثالث وَرَدُّهُ .
- 222 ..... الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ .
- 223 ..... مقالة النائبي في حقيقة الوقف .
- 223 ..... اشارة .
- 225 ..... ظهور الايراد على السيد الخميني رحمه الله .
- 226 ..... الدليل الثاني: الإجماع .
- 227 ..... الدليل الثالث: الاطلاقات .
- 228 ..... الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة في باب الوقف .
- 228 ..... اشارة .
- 229 ..... اعترض المحقق الإيرواني ونقده .
- 229 ..... ومنها: صحيحة أبي علي بن راشد .
- 229 ..... اشارة .
- 232 ..... التقريب الأول: .
- 233 ..... التقريب الثاني: .
- 234 ..... التقريب الثالث: .
- 234 ..... اشارة .
- 235 ..... واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات: .
- 235 ..... اشارة .
- 236 ..... ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم: .
- 236 ..... تهافت في كلام الشيخ الأعظم .
- 236 ..... اشارة .
- 237 ..... محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهافت ونقلها .
- 237 ..... اشارة .

- 237 ..... نقدها: المحاولة عقيمة «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنه: «على تقدير .....
- 238 ..... تعليقة المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس .....
- 245 ..... مواعيد بيع الوقف في رأى الشيخ الأعظم .....
- 245 ..... إشارة .....
- 245 ..... 1\_ أمّا حقّ الواقف .....
- 246 ..... 2\_ وأمّا حقّ الله \_ سبحانه وتعالى \_ .....
- 246 ..... 3\_ وأمّا حقّ البطون المتأخرة .....
- 251 ..... فذلكة القول .....
- 254 ..... فذلكة الكلام إلى هنا .....
- 254 ..... هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع الخارجى فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟ .....
- 255 ..... اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده .....
- 259 ..... الجهة الأولى: الخروج الموضوعى عن هذا الأصل الأولى .....
- 259 ..... إشارة .....
- 259 ..... أقوال .....
- 259 ..... القول الأوّل: .....
- 259 ..... القول الثانى: .....
- 259 ..... القول الثالث: .....
- 261 ..... القول الخامس: .....
- 261 ..... القول السادس: .....
- 262 ..... الجهة الأولى فى الوقف المؤبّد .....
- 262 ..... إشارة .....
- 262 ..... 1\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم .....
- 262 ..... 2\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكاً لأحدٍ بل يكون فك ملكٍ نظير التحريير .....
- 264 ..... وهاهنا فروع لابدّ من البحث حولها: .....
- 264 ..... الأوّل: حكم بيع المساجد .....

- 277 ..... الثاني: وأما أجزاءه وآلانه وأثائه
- 282 ..... الثالث: ما الحقّ بالمساجد
- 285 ..... الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟
- 286 ..... الخامس: الوقف على الموقوفات
- 287 ..... السادس: حكم كسوة الكعبة
- 288 ..... الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف
- 288 ..... الصورة الأولى:
- 288 ..... إشارة
- 289 ..... كلمات الفقهاء في المقام
- 292 ..... المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع
- 295 ..... المقام الثاني: عدم المانع
- 295 ..... إشارة
- 297 ..... فذلكة القول في المقام
- 298 ..... ثمّ إنّ هاهنا إشكالاً لا بدّ من الجواب عنه
- 298 ..... الإشكال
- 299 ..... قد تعرض الأعلام لحلّ هذا الإشكال:
- 299 ..... محاولة المحقّق الخراساني
- 299 ..... إشارة
- 299 ..... نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثمّ توجيهها
- 301 ..... محاولة السيد البيدي
- 304 ..... جواب السيد الخوئي
- 311 ..... إنّ هاهنا فروعا لا بدّ من البحث حولها
- 311 ..... الفرع الأول: البديل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟
- 313 ..... الفرع الثاني: هل يحتاج البديل في كونه وقفاً إلى صيغة الوقف؟
- 314 ..... الفرع الثالث: هل يجوز بيع البديل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟

- 315 ..... الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟
- 315 ..... اشارة
- 316 ..... ادلة القول بوجوب شراء المماثل
- 316 ..... الدليل الأول: قياس المسألة بباب الضمان
- 318 ..... الدليل الثاني: اهمال أدلة جواز بيع الوقف
- 318 ..... الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الوقف وغرضه
- 318 ..... الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضى المماثلة
- 319 ..... الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟
- 322 ..... الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولى عن بدل الوقف؟
- 324 ..... الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالتقدين ماذا يُفَعَلُ بهما؟
- 327 ..... الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه
- 328 ..... الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة
- 330 ..... الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وَبَقِيَ بعضه محتاجا إلى العمارة
- 332 ..... الفرع الحادى عشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حقّ الموقوف عليهم
- 332 ..... الفرع الثانى عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّة
- 332 ..... الصورة الثانية
- 332 ..... اشارة
- 334 ..... مقالة السيد الخونى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم
- 336 ..... تنبيه:
- 336 ..... اشارة
- 337 ..... إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر
- 337 ..... اشارة
- 337 ..... مقالة صاحب الجواهر
- 337 ..... اشارة
- 339 ..... توضيح كلام صاحب الجواهر

340	إشكالُ الشيخ الأعظم .....
346	الحكمية بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب .....
346	أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأول: .....
347	وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول: .....
350	تبيينه؛ حول تفصيل المحقق النائيني ونقده وملاحظات النقد .....
355	الصورة الثالثة .....
355	إشارة .....
357	نقد مقالات الأعلام الثلاثة .....
357	إشارة .....
359	التبيين على الأمرين (مقدمة على نقد كلام ابن إدريس) .....
360	الإشكالُ الوارد على شيخنا الأنصاريّ .....
362	الصورة الرابعة .....
362	إشارة .....
366	الاحتمالات الواردة في خبر جعفر بن حيان .....
366	إشارة .....
368	إشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان .....
373	وأما تقريب دلالتها: .....
373	إشارة .....
374	الإشكال على دلالة مكاتبة الحميري .....
374	الإشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروایتين .....
375	فذلكة الكلام في نقد دلالة المكاتبة .....
376	الصورة الخامسة .....
376	إشارة .....
377	دليل القائلين بالجواز .....
379	دليل القائلين بالمنع .....

- 380 ..... الصورة السادسة .
- 380 ..... اشارة
- 381 ..... الأقوال فى المسألة .
- 382 ..... ما المراد من الشرط هنا؟
- 383 ..... هذه الصورة على اختلاف المباني .
- 383 ..... مبنى المختار .
- 388 ..... الصورة السابعة .
- 388 ..... اشارة
- 388 ..... الأول: إذا كان البقاء مؤدياً الى .
- 388 ..... الثانى: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية .
- 388 ..... اشارة
- 388 ..... الدليل على جواز البيع فى القسم الأول من هذه الصورة .
- 388 ..... 1\_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين الى يوم القيامة .
- 390 ..... 2\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده: .
- 390 ..... 3\_ الحقوق الثلاثة: المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم .
- 393 ..... 4\_ ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق: .
- 395 ..... القسم الثانى من الصورة السابعة .
- 395 ..... اشارة
- 395 ..... 1\_ عموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقوف .
- 398 ..... 2\_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها .
- 399 ..... 3\_ عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث .
- 400 ..... 4\_ الاستصحاب .
- 400 ..... اشارة
- 400 ..... تَوَهُّمٌ وَدَفْعَةٌ .
- 402 ..... القول المختار فى القسم الثانى من الصورة السابعة .

402	..... صور الثامنة والتاسعة والعاشره
402	..... الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقف
403	..... الصورة التاسعة: أن يؤدى الاختلاف
403	..... الصورة العاشرة: أن يلزم فسادُ استباح
403	..... اشارة
406	..... مستند جواز البيع فى هذه الصور الثلاث
406	..... عوداً إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز فى القسم الثانى من الصورة السابعة
407	..... ثم ناقش فى هذا المقال بثلاثة إشكالات:
407	..... اشارة
407	..... جواب اشكالات الشيخ الأعظم
409	..... كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحة
409	..... تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها
409	..... اشارة
409	..... اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال
410	..... وأما تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة: فمبنى على حصول ضرر
411	..... وأما تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة:
411	..... اشارة
411	..... اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب
412	..... استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة
412	..... اشارة
415	..... فذلکه كلام الشيخ الأعظم ونقدها
415	..... مقالة المحقق السيد الخونى حول الصحيحة ونقدها
419	..... فذلکه الكلام فى صحيحة عليين مهزيار
420	..... الاستدلال للصُورِ الثَّلاثِ الأخيرة بالقواعد العامة
420	..... اشارة

- 1\_ قاعدة التزاحم: ..... 420
- 2\_ قاعدة لا ضرر ..... 423
- الاستدلال للصور الثلاث بالشرط الضمني للوقف ..... 423
- الوقف المنقطع ..... 424
- اشارة ..... 424
- الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟ ..... 426
- اشارة ..... 426
- أ: الأقوال في المسألة ..... 427
- ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر ..... 430
- ج: ملكية العين الموقوفة ..... 437
- د: بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر ..... 442
- اشارة ..... 442
- المناقشة في صحة هذا البيع بالغرر ..... 442
- مقالة المحققين الخراساني والإصفهاني في صحة المعاملة ..... 444
- اشارة ..... 444
- نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقق ..... 446
- المختار في بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر ..... 448
- المسألة الثانية: بيع أمّ الوَلد ..... 451
- اشارة ..... 451
- المسألة إجماعية بين المسلمين ..... 451
- تبيين المسألة ..... 452
- صور جواز بيع أمّ الوَلد ..... 455
- الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبته الذي وقع في عقد المعاوضة: ..... 455
- الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياة مولاها ..... 457
- الصورة الثالثة: بيع أم الولد في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الأمة. ..... 459



- 459 ..... الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذى كان فى ذمّة المولى
- 460 ..... الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضة
- 460 ..... الصورة السادسة: تعلّق ضمان اليد بها
- 460 ..... الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها
- 461 ..... الصورة الثامنة: إذا عجز مولاها عن نفقتها
- 461 ..... الصورة التاسعة: إذا مات قريبها
- 461 ..... الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان
- 461 ..... الصورة الحادية عشر: إذا كان علوقها بعد الافلاس
- 461 ..... الصورة الثانية عشر: بيعها عن من تعتق عليه
- 462 ..... الصورة الثالثة عشر: جواز بيعها بشرط العتق
- 462 ..... الصورة الرابعة عشر: بيعها فى كفن سيدها
- 462 ..... الصورة الخامسة عشر: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها
- 462 ..... الصورة السادسة عشر: إذا كان ولدها غير وارث
- 462 ..... الصورة الثامنة عشر: إذا لحقت أم الولد
- 462 ..... الصورة التاسعة عشر: إذا كانت لمكاتب
- 462 ..... الصورة العشرون: بيعها فى حقّ المضمون للمولى
- 465 ..... المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة
- 465 ..... اشارة
- 466 ..... المانع من صحة بيع العين المرهونة
- 466 ..... اشارة
- 467 ..... 1\_ الإجماع
- 467 ..... 2\_ الأخبار
- 470 ..... 3\_ المانع العقلى وهو التنافى بين البيع والرهن
- 472 ..... القولان فى بيع العين المرهونة
- 472 ..... اشارة

- 472 ..... 1\_ أدلة القول بالبطلان
- 472 ..... اشارة
- 474 ..... مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقلها
- 479 ..... 2\_ أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتين
- 479 ..... اشارة
- 479 ..... 1\_ الاستدلال بالأدلة العامة
- 480 ..... 2\_ التعليل الوارد في صحة نكاح العبد
- 481 ..... 3\_ فحوى أدلة صحّة الفضولي
- 482 ..... مقالة المحقق الإيرواني في المقام ومتابعة المحقق الإصفهاني له
- 485 ..... مقالة المؤسس الحائري في المقام
- 491 ..... ثمّ إنّ هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن
- 492 ..... القول المختار في المسألة
- 493 ..... ثمّ إنّ هاهنا فروع لابدّ أن نبحث حولها:
- 493 ..... 1\_ الإجازة هنا كاشفة أو ناقلّة؟
- 497 ..... 2\_ إجازة المرتين يترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه:
- 500 ..... 3\_ حكم الإجازة بعد الردّ
- 501 ..... 4\_ فك الرهن بعد البيع
- 507 ..... 5\_ مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلّة؟
- 508 ..... 6\_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟
- 511 ..... 7\_ لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟
- 539 ..... تعريف مركز

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: النجفي، هادي، 1342 -

عنوان واسم المؤلف: الآراء الفقهية/ تاليف هادي النجفي.

تفاصيل المنشور: تهران: شب افروز، 1393.

مواصفات المظهر: 3 ج.

شابك : 20000 0 ريال: دوره: 978-964-7331-77-7 ؛ ج. 1: 978-964-7331-74-6 ؛ ج. 2: 978-964-7331-75-2

؛ ج. 3: 978-964-7331-85-2-شابك : 978-600-92902-8-4

حالة الاستماع: فايا/الاستعانة بمصادر خارجية.

لسان: العربية.

ملحوظة: ج. 2 و 3 ( الطبعة الأولى: 1429ق. = 1387).

ملحوظة: فهرس.

موضوع : المعاملات (فقه)

موضوع : أعمال الهرم

موضوع : فقه جعفري -- قرن 14

ترتيب الكونجرس: 1393 36آ3/BP190/1

تصنيف ديوي: 297/372

رقم الببليوغرافيا الوطنية: 3555378

ص: 1

إشارة



## تقريظ الحكيم المتأله المرجع الديني آية الله العظمى المرحوم السيد عز الدين

الحسيني الزنجاني قدس سره (1340-1434) بخطه الشريف في شهر رجب المرجب 1431

ص: 3

چه مبارک سحری بود [و] چه فرخنده شبی آن شب قدر که این تازه براتم دادند

برحسب سیره آباء و اجداد بحمدالله روزهای جمعه تا این جانب به خاطر دارم مجالس ذکر مولانا اباعبدالله الحسین \_ ارواحنا وارواح العالمین لتراب مرقد الفداء \_ در حسینیه منزل شخصی برقرار است. برکات و افاضات این عمل نورانی پیوسته ساطع و لامع است به گونه ای که برای معاندی هم جای انکار باقی نمی ماند.

از آن جمله در جمعه گذشته مجلس به قدوم میمنت لزوم عالم بزرگوار آیه الله آقای حاج شیخ هادی نجفی \_ دامت برکاته \_ مزین شد و روح و طراوت خاصی به مجلس، بالخصوص به این بنده به هیچ ارزنده بخشید. لاسیما خود حامل آثار علمی خود در مکاسب محرمه در

سه

ص: 4

جلد هدیه فرمودند.

بحمدالله آثار تحقیق از محابرات آشکار بود. بسیار خوشوقت و ان شاء الله مورد استفاده قرار خواهد گرفت. از حسن تصادف این جانب هم با رفقای حوزه مشغول مباحثه و تدریس این قسمت هستیم.

در خاتمه این بهترین عمل را به عالم فرهیخته اصفهان تبریک تقدیم نموده و مزید توفیقات معظم له از قادر متعال و ائمه اطهار \_ صلوات الله علیهم \_ خواستارم. به راستی ملتمس دعا هستم.

این جانب هم توفیق مسافرت به اصفهان فقط به قصد زیارت قبر مجلسی \_ سلام الله علیه \_ در چندین سال قبل در زمان حیات رجل الرجال و واحد الأحاد آقای ارباب قدس سره داشته و از محضر شریفشان استفاده بردم. آن بزرگمرد در احیاء نماز جمعه تأکید داشتند و این جانب را به مناسبت اقامت نماز جمعه در زنجان مورد تشویق قرار دادند.

اللهم اعل درجات علماءنا الماضین وأحینا حیاتهم وأمتنا علی سیرتهم وطریقهم.

مشهد مقدس \_ محمد عزالدین الحسینی الزنجانی

ص: 5

باسمه تعالى

يا سحرا مباركة ويا ليلة رائعة / ليلة القدر التي أعطيتُ فيها رخصة النجاة من النار

إنّ مجالس عزاء مولانا أبي عبدالله الحسين - أرواحنا وأرواح العالمين لتراب مرقده الفداء - كانت ولا تزال منعقدة في حسينية بيتي الخالص كل جمعة حسب سيرة آبائي واجدادى على ما فى بالى، ولم تنفك تسطع بركات هذا العمل النورانى وتلمع آثارها الخير حيث لا يبقى مجالاً للإنكار ولو للمكابرين.

منها أن مجلس هذا العبد قد أشرق وساده روح وريحان بورود العالم الجليل آية الله الحاج الشيخ هادى النجفى - دامت بركاته - فى الجمعة الماضية، خاصة أن سماحته جاء ومعه ثلاثة مجلدات من كتابه القيم المكاسب المحرمة أهداها إلى.

والحمد لله هو كتاب مفعم بالتحقيق والإبداع. لقد سررت وأسستفيد منه إن شاء الله. ومن المصادفة الطيبة أننى منشغل بمذاكرة الموضوع وتدرسه مع بعض زملائى من علماء الدين.

وختاماً أهنى العالم الجليل الجهد بهذا العمل الرائع، وأسأل المولى القدير والأئمة الأطهار - صلوات الله عليهم - له مزيداً من التوفيق، وأطلب جدّاً منه الدعاء.

وأما أنا، فأسعدنى التوفيق بأن أسافر إلى إصفهان لأجل الزيارة مضجع المجلسى - سلام الله عليه - قبل عدة سنوات فى أيام حياة رجل الرجال وواحد الآحاد سماحة السيّد أرباب قدس سره، واستفدت من مجلسه العلمى. كان سماحته يشدد على إقامة صلاة الجمعة وقدر جهودى فى إقامتها بزنجان.

اللهم اعل درجات علماءنا الماضين وأحينا حياتهم وأمتنا على سيرتهم وطريقهم.

مشهد المقدسة - محمّد عزّالدين الحسينى الزنجانى

ص: 6



بسم الله الرحمن الرحيم

تاريخ إنهاء المُجلد الثامن من كتاب «الآراء الفقهية» لسماحة الفقيه المُدقق النحرير المجتهد المُحقق الكبير آية الله الشيخ هادي آل أبي  
المجد النجفي \_ دام ظلُّه الوارف \_

الآية النجفي فيض عطائه الـ فكري متّصل بغير نقاد

فبمِرْقَم التحقيق كم قد خط من كتب فرائد دوت بسداد

لم يعرها حشو ولم يعلق بها عاب يُنير حفائظ النقاد

بمذاب تتر دبحت صفحاتها الـ عزّ الثقات لا يسئل مداد

(ورث) الفقهة كابر عن كابر مؤصولة الإسناد بالإسناد(1)

ص: 7

---

1- (2) ما بين الأقواس تضمين مع تصريف يسير وهو لاء حد الشعراء من أهل القرن الرابع الهجري على ما أحفظ في مدح الوزير العالم  
الأديب صاحب إسماعيل بن عبّاد \_ رحمه الله تعالى \_ . وقد استبدلت بقوله: (ورث الوزارة): ورث الفقهة. لاقتضاء المقام ذلك.

وَقَفَا (أَبَا الْمَجْدِ الرَّضَا) بِنُبُوغِهِ وَاعْتَامَ (1) نَهَجَ أَعَاظِمِ الْأَعْدَادِ

فَعَدَا لَهُ مِيرَاثُهُمْ فِي عَصْرِنَا (فَرَضًا وَرَدًّا) وَهُوَ أَوْفَرُ زَادٍ

وَكَفَاهُ بـ (الآراء) مِنْ فَنَحْرٍ بِهِ خَلَدَ اسْمُهُ السَّامِيُّ مَدَى الْأَبَادِ

فَلَقَدْ أَقَامَ بِهِ عَلَى اسْتِنْبَاطِهِ أَلـ وَافِي شَوَاهِدَ جَمَّةِ الْأَعْدَادِ

وَبـ (ثَامِنِ الْأَعْجَازِ) أَتَحَفَ مَعَسَرَ أَلـ فَفَهَاءِ أَعْلَامِ الْهُدَى الْأَعْوَتَادِ

أَنْعَمَ بِهِ سِفْرًا تَأَلَّقَ بِأَلْبَهَا فَمَحَا الدُّجَنَةَ بِالسَّنَا الْوَقَادِ

وَبِمُنْتَهَى الْقِسْطِاسِ (2) قُلْتُ مُؤَرِّخًا: «قَدْ ضَاءَ (3) بـ (الآراء) فِقْهُ الْهَادِي»

(60)(104)(802)(263)(158)(51)

سنة 1438هـ

الْأَقْلَ عَبْدُ السَّتَارِ عَفَا عَنْهُ الْمَلِيكَ الْعَفَّارَ، وَعَنْ وَالِدَيْهِ

النَّجْفُ الْأَشْرَفُ \_ الْمَدْرَسَةُ الْمَهْدِيَّةُ الْعِلْمِيَّةُ الدِّيْنِيَّةُ

ص: 8

1- (3) أى اختار.

2- (4) فى عبارة (وبمنتهى القسطاس) توريةً بإضافة قيمة السنين وهى ستون إلى مادة التاريخ وبها يتيم المقصود.

3- (5) يُقال: ضاء، وأضاء، كلاهما صحيح.





يظهر من العلامة اعتبارها في البيع حيث يقول: «لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه لأنه ليس مالاً، فلا يؤخذ في مقابلته المال، كالحبّة والحبتين من الحنطة، ولا نظر إلى ظهور الانتفاع إذا انضم إليها أمثالها، ولا إلى أنها قد توضع في الفتح (1) أو تُبذر. ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء. ومع هذا فلا يجوز أخذ حبّة من صُبرة الغير، فإن أخذت، وجب الردّ، فإن تلفت، فلا ضمان؛ لأنه لا مالِيَّة لها.

وهذا كلّه للشافعي أيضاً، وفي وجه آخر له: جواز بيعها وثبوت مثلها في الدّمة. وليس بجيد» (2).

وتبعه الشيخ الأعظم وذهب إلى اعتبار المالِيَّة في كلّ من العوضين وقال: «يشترط في كلّ منهما كونه متموّلاً لأنّ البيع لغةً مبادلة مالٍ بمال (3)... (4) والأوّل أن يقال: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحدَ العوضين؛ إذ لا بيع إلّا في ملك. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابلة. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة،

ص: 11

1- (6) الفتح: المصيدة. الصحاح 1/428.

2- (7) تذكرة الفقهاء 10/35، مسألة 14.

3- (8) كما في المصباح المنير 69/.

4- (9) المكاسب 4/9.

وخصوص قوله عليه السلام في المروى عن تحف العقول: «وكل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرواية»(1)، وقد تقدّمت في أول الكتاب(2)»(3).

يرد عليه: «أولاً: أنّه لا دليل على اعتبارها [أى اعتبار المالية العرفية]، سوى المصباح الذى هو على فرض اعتباره ليس إلا من قبيل شرح الاسم، فإذا تعلق الغرض الشخصى بشىء \_ كالعقرب والخنفساء أو كتابة والده أو صورته \_ لا مانع من شرائه.

وثانياً: لو سلّمنا اعتبار المالىّة فيه، فغاياته أن لا يرتّب على معاوضة غير الأموال الأحكام الخاصّة للبيع ولا تعمّمها أدلّته الخاصّة، إلاّ أنّه لا يمنع شمول ما ورد فى صحّة مطلق العقود، كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فتكون معاوضة صحيحة ولو لم يكن بيعاً؛ ولذا ذكرنا فى بعض تنبيهات المعاطاة: أنّه إذا بدّل أحد عباةه بقباء غيره يصحّ وإن لم يكن بيعاً ولم يصدق البائع ولا المشتري على كلّ منهما، بل لو سنل كلّ منهما وقيل له: إنك بعت مالک؟ أجب بأنّى لم أبع ولكن عاوضت مالى، ومع ذلك فهى معاوضة.

[وثالثاً]: أنّ ما ذكره فى فرض الشك فى المالىّة العرفيّة، من أنّه إذا أحرز كون أكل المال فى مقابله أكلاً للمال بالباطل كان فاسداً، خلفاً ومناقضة؛ إذ مع الشك فى المالىّة لا معنى للعلم بكون أكل المال فى مقابله أكلاً له بالباطل، بل الشك فى ذلك مستلزم للشك فيه. هذا بناءً على أن يحمل الأكل بالباطل على ما حمّله عليه [الشيخ الأعظم]، وأمّا على المختار فهو أجنبيّ عمّا نحن فيه رأساً.

[ورابعاً]: أنّ ما ذكره من الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة إذا لم يحرز كونه من أكل المال بالباطل، يكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية، إذ المفروض الشك فى مالىّة المبيع، فتكون الشبهة مصداقية.

[وخامساً]: وأمّا الرجوع إلى رواية تحف العقول حيث جوّز بيع كلّ ما فيه وجه من وجوه

ص: 12

1- (10) تحف العقول/333.

2- (11) المكاسب 1/5.

3- (12) المكاسب 4/10.

الصالح، فهو فاسد بعد ما عرفت (1) من فسادها سنداً ودلالة (2).

ما هي المالية؟

قال المحقق النائيني: «ويعتبر في مالية الشيء أمور:

الأول: أن يكون له أحد الأمرين من المنفعة أو الخاصية على سبيل منع الخلو، والمراد بالمنفعة هو قابلية الانتفاع به مع بقاء عينه كسكنى الدار وركوب الدابة، وبالخاصية ما يترتب عليه من المنافع المتوقف ترتبه على ذهاب عينه مثل الأشباع المترتب على الخبز الموقوف على ذهاب عينه بأكله، وهذان الأمران على سبيل منع الخلو مقومان لمالية المال فمالاً منفعة فيه ولا خاصية له أصلاً فلامال.

الثاني: أن يكون مما يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنفعة أو الخاصية عقلاً بأن كان مما يقتنيه العقلاء لذلك بحسب عاداتهم سواء كان استعماله لأجل خاصيته مثلاً - شايعة غير مختص ببعض الأحوال كالحنطة التي تقتنى لأجل الاقتيات، أو كان نادراً مختصاً ببعض الأحوال لمكان تعلق غرض العقلاء باقتنائها، فما لا يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنافع والأغراض فلا يكون مالاً وإن كان له أحد الأمرين من المنفعة والخاصية، لكن لمكان شيوع وجوده مثل الرمل والأحجار في مواضعها لا يقدم العقلاء على اقتنائه بل يعد اقتنائه عملاً سفهياً عندهم.

الثالث: أن يكون ممّا يبذل العقلاء بإزائه المال، فلو لم يبذل بإزائه المال لم يكن مالاً كالماء في جنب الأنهار حيث أنه مع ماله من المنفعة والخاصية لا يكون عندهم مالاً لمكان عدم إقدامهم ببذل المال بإزائه، وهذه الأمور المذكورة دخيلة في التمول عرفاً.

الرابع: أن لا تكون تلك المنفعة أو الخاصية المقومان لمالية الشيء مصباً ومورداً للنهي الشرعي بأن تعلق النهي بنفس تلك المنفعة أو الخاصية، لصيرورة الشخص بسبب حرمة هذه المنفعة أو الخاصية عليه محروماً عن ذلك الشيء شرعاً، فيكون وجود المنفعة

ص: 13

1- (13) راجع الآراء الفقهية 1/ (20-16).

2- (14) محاضرات في الفقه الجعفري 3/103 و 104.

والخاصية كالعدم، إذ ما لا يجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كما لا ينتفع به أصلاً، فمثل الخمر ونحوه(1) لا يكون مالاً لأجل المنع عن ترتب ما هو الملاك في مالية المال عليه شرعاً(2).

وقال الإيرواني في تعريفها: «ثم إن تعريف المال بأنه ما يبذل بإزائه المال في غاية الفساد، فإنه من أخذ المعرف في التعريف، والظاهر أنه لا إشكال في اعتبار أمرين في تحقق مفهومه، أحدهما حاجة الناس إليه في أمور دنياهم، أو عقباهم، والثاني عدم إمكان الوصول إليه بلا أعمال عمل(3).

وقال الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ بعد المناقشة في التعريفين: (ولعل أسلم التعاريف \_ وإن لا يخلو عن المناقشة باعتبار شموله للمناصب الاعتبارية التي يتنافس عليها العقلاء، لكنّها غير معدودة من الأموال \_ اعتبار المالية شيئاً يتنافس عليه العقلاء، وليس المراد من العقلاء الإنسان الذي يمتلك عقلاً يعبد به الرحمن، بل مَنْ له عقل المعاش، ويسعى لكسب ما ينتفع به، وبالتالي يعدّ الكنز الذي لا مالك له مالاً، كما يعدّ الخمر والخنزير أيضاً مالاً \_ لولا الحكومة الشرعية بالغاء المالية عنهما \_ لتنافس العقلاء عليهما(4).

أقول: تعريف المال ويتبعه المالية واضح عند العرف لا غبار عليه وكلّ هذه التعاريف تردّ عليها مناقشات لأنها لا تكون إلا شرحاً للاسم لإبعادنا عن المعنى العرفي الواضح فلا نحتاج إلى النقض والابرام فيها وإلا لعل أردء التعاريف هي الأخيرة منها. والله العالم.

الدليل على اعتبار المالية في البيوع

الأول: قول الفيومي في المصباح المنير: «الأصل في البيع مبادلة مالٍ بمالٍ لقولهم

ص: 14

1- (15) كذا وَرَدَ فِي الْأَصْلِ، وَالصَّوَابُ «وَنَحْوَهَا»؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ مُؤْتَنَةٌ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ بِإِخْلَافٍ.

2- (16) المكَاسِبُ وَالْبَيْعُ 2/364 و 365.

3- (17) حَاشِيَةُ الْمَكَاسِبِ 2/414.

4- (18) الْعَقْدُ النَّضِيدُ 4/338.



بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك والتملك»(1).

ويرد عليه: أولاً: قد مرّ أنّ هذا التعريف لا يكون إلاّ شرحاً للاِسْم بل لا يكون حتّى شرح الاسم.

وثانياً: اعترف الفيومي بأنّ هذا الإطلاق مجازيٌّ.

وثالثاً: لا اعتبار بقول اللغوي في التحديدات الشرعية كما بحثنا عنه في مباحثنا الأصولية.

الثاني: قوله صلى الله عليه وآله: لا بيع إلاّ في ما يملك(2)، يدلّ على أنّ المبيع يجب أن يكون مالاً حتّى يدخل في الملك.

ويرد عليه: أولاً: الرواية عامية.

وثانياً: الرواية تدلّ على اعتبار الملكية لا المالية فلا تطابق بين الدليل والمدعى.

وثالثاً: إنّ النسبة بين الملك والمال عموم وخصوص من وجه ولا يصح الاستدلال بأحدهما على إثبات الآخر.

ورابعاً: المالية مفهوم عرفي والرواية نصّ شرعي ولا يحدد المفهوم العرفي بالنصّ الشرعي.

الثالث: المبيع إذا لم يكن مالاً يكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالبطل، نهى عنه قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»(3).

يرد عليه: المراد «بالباطل» في الآية الشريفة الأسباب الباطلة و«الباء» للسببية فلا يتم الاستدلال لأنّها غير ناظرة إلى المبيع وشروطه.

ص: 15

1- (19) المصباح المنير/69.

2- (20) سنن الترمذي 3/486، ح 1181؛ مسند أحمد 2/207؛ السنن الكبرى 7/318؛ سنن الدارقطني 4/14، ح 42؛ المصنّف

6/417، ح 11456 لعبد الرزاق؛ كنز العمال 9/641، ح 27779؛ مستدرک الحاكم 2/17.

3- (21) سورة النساء/29.

وقد يقال: «أساس الماليّة وملاك اعتبارها عقلائيّة وليست بشخصيّة، بمعنى أنّ الشيء يعدّ مالاً فيما إذا اعتبره العرف والعقلاء مالاً، ولذلك لا يمكن وصف مال معتبر عند شخص تعلق به غرضه \_ لكن يستهين به العرف والعقلاء \_ أنّه مالٌ لفقده ملاك الماليّة، فالثوب البالي الذي قد يعتزّ به الشخص لكونه ثوب أبيه ويذكره به، ولا يتنازل عنه في مقابل أموال الدُّنيا، لا يعدّ مالاً لعدم كونه موصوفاً بالماليّة العرفيّة، وأمّا الفقهاء فقد علّقوا وصف الماليّة بما يعتبره العرف والعقلاء مالاً، وإن كان منشؤه شخصياً، فالمدار في تحقّق الماليّة هي الثابتة عند العرف والعقلاء وإن كانت ناشئة من غرض شخصي، فالحشرات برغم خسستها وحقارتها العرفيّة، وعدم تقابلها بالمال، إلّا أنّها قد توصف بالماليّة بالنسبة إلى العالم بالحشرات الذي يتعلّق غرضه بها، ويبدل الأموال الطائلة لتحصيلها وتصنيفها وتحنيطها وما إلى ذلك، فإنّ هذه الرغبة المعقولة والمحترمة عند العقلاء تجعلها مالاً، برغم أنّ المعاملة الواقعة عليها معاملة على ما لا يبذل بإزاءه مالٌ عقلاءً وعرفاً.

أمّا اعتبار الماليّة في العوضين، فقد ادّعى الشيخ [الأعظم] صراحةً لزوم ماليّة العوضين و[قال:]: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين»<sup>(1)</sup> وقد أقام أدلّة عديدة على ذلك، لكن ثبت ممنوعيّتها واندفاعها، وبذلك يسقط أصل الدعوى، وبالتالي فيصحّ معاملة حبة حنطة واحدة بحبة شعير واحدة، بمثل ما تصحّ معاملة منّ من الحنطة بمنّ من الشعير، نعم المعاملة الأولى غير عقلائيّة، لا يقدم عليها العقلاء دون الثانية، إلّا أنّ عدم معقوليّتها لا يخرجها عن عنوان البيع والمعاملة لصدق مفهوم البيع عليها. وهكذا ثبت عدم تقيّد مفهوم البيع لغّةً وعرفاً بالماليّة.

أمّا بالنسبة إلى الأدلّة الشرعيّة: فقد نُقش في تقييدها بالماليّة وعدمه على قولين:

قيل: إنّ الأدلّة مطلقة غير مقيدة بالماليّة وعدمها، وهو مختار المحقّق السيّد الخوئي، حيث التزم بأنّ الأدلّة الشرعيّة مطلقة تشمل جميع المعاملات والعقود عدا ما يصدر من السفیه، وأنّ الممنوع يبيع السفیه دون البيع السفهی الصادر من العاقل.

ص: 16

وقيل: إنَّ الأدلَّة الشرعيَّة وموضوعاتها مقيّدة بالعقلانيَّة، بمعنى أنَّ إطلاقات أدلَّة الحِلِّ ولزوم الوفاء مقيّدة بالمعاملات الصادرة من العقلاء، وهو الصحيح لأنَّ الأدلَّة الشرعيَّة الواردة في باب المعاملات تدرج في الأحكام الإيضائيَّة المنصرفة إلى ارتكازات العقلاء، وإنَّ يحتمل أن تكون أوسع وأشمل ممَّا عند العقلاء، لكنَّ المتيقن منها ما هو المرتكز عندهم، ومن المعلوم أنَّ المرتكز عند العقلاء تصحيح البيوع الصادرة من العقلاء على وجه معقول، لا مطلق ما يُتعامل به وإنَّ كان غير معقول.

وبالجمله أوَّلاً: إنَّ إطلاق الأدلَّة الشرعيَّة الواردة في باب المعاملات مقيّدة ومضيّقة ذاتا بما عدا المعاملات السفهية.

وثانياً: اعتبار الأدلَّة الإيضائيَّة أدلَّة تأسيسية دالّة على حكم الشارع بصحّة أمر غير عقلائي، بعيداً عن روح الشريعة ومقاصدها، ويتوقّف ثبوتها على مؤونة زائدة.

ومقتضى الدليلين المذكورين انصراف إطلاق آية الحِلِّ واللّزوم عن البيع السفهية، واختصاصهما بالبيوع العرفية العقلانيَّة، واندفاع ما قيل من إطلاقها ولا أقلّ من الشكّ في شمولهما للمبيع الفاقد للماليَّة، فيكون المرجع أصالة الفساد.

وخالصة الكلام: هي أنّه قد ثبّت ممَّا ذكرنا أنَّ النتائج المترتبة على المسالك المختلفة كما يلي:

1\_ بناءً على مسلك المشهور \_ وهو مسلك الشيخ [الأعظم] \_ القائل باعتبار لزوم تحقّق المالية في مفهوم البيع، ثبت انتفاء مفهوم البيع عند إحراز عدم الماليَّة.

2\_ بناءً على مسلك المحقّق السيّد الخوئي، فإنَّ مفهوم البيع غير متقوم بالماليَّة، وبالتالي يكون اقتضاء شمول الأدلَّة لمطلق البيوع حتّى الفاقدة للماليَّة تاماً ومانعه مفقوداً.

3\_ وأمّا بناءً على المسلك المختار \_ بعد ثبوت بطلان المسلكين السابقين \_ فإنَّ مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالماليَّة، لكنّه مقيّد بها شرعاً، وبالتالي فإنَّ مبادلة ما لا ماليَّة

فيه بيعٌ لكنّها غير صحيحة شرعاً»(1).

أقول: بعد قبول عدم اعتبار دليل المالية، وأنّ الممنوع هو بيع السفهية دون البيع السفهية، وأنّ أدلة المعاملات إضائية وليست بتأسيسية، ووجود إطلاق أدلة صحة البيع وغيره من المعاملات فلا بدّ لنا من الذهاب إلى ما ذهب إليه المحقّق السيّد الخوئي رحمه الله من صحة البيع مع فقد المالية في العوضين، ولا أدري من أين استنقذ الأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ أنّ «مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالمالية لكنّه مقيد بها شرعاً»؟ ومن أين جاء هذا التقييد الشرعي بعد قبول الأمور السالفة؟! واللّه العالم.

ص: 18

---

1- (23) العقد النضيد 4/ (345-347).

قال المحقق في شرائط المبيع: «الأول: أن يكون مملوكاً»(1).

وقال صاحب الجواهر في ذيله: «بلاخلاف(2) بل الإجماع(3) بقسميه عليه والنصوص(4) واضحة الدلالة عليه، بل في المرسل: لا يبيع إلا في ملك(5)»(6).

وقال العلامة في القواعد في شرائط العوضين: «وصلاحيته للتملك»(7).

وقد حمل السيّد العاملي مقالة العلامة على اعتبار المالية حيث يقول في تعيين مراده: «يريد أنه يشترط في المبيع كونه ممّا جرت العادة بتملكه بعقد معاوضة لينتفع به منفعة معتبرة في نظر العقل سائغة في نظر الشارع، فإنّ ما لا منفعة فيه لا يعدّ مالاً وكان أخذ المال في مقابلته حراماً قريبا من أكل المال بالباطل.

ولخلق الشيء عن المنفعة سببان: القلة والخساسة. قالفة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيبة الواحدة، لأنّ ذلك لا يعدّ مالاً ولا يبذل في مقابلته المال، ولا ينظر إلى

ص: 19

1- (24) الشرائع 2/10.

2- (25) كما في الحدائق 18/432.

3- (26) كما في مجمع الفائدة والبرهان 8/167.

4- (27) راجع وسائل الشيعة 17/333، الباب 1 من أبواب عقد البيع وشروطه.

5- (28) مرّت مصادره.

6- (29) الجواهر 23/551 (22/343).

7- (30) القواعد 2/21.

ظهور الانتفاع به إذا ضمّ هذا الدر إلى أمثاله وإلى ما يفرض من وضع الحبة في فم الفخ. ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء. ولا يستلزم ذلك جواز أخذ الحبة والحببتين من صبرة الغير، لأننا إنّما نفينا تملكه بعقد معاوضة ولم ننف ملكيته مطلقاً، بل هو مال مملوك يقبل النقل بالهبة ونحوها وإذا تلف ضمنه بمثله على الأصحّ كما ستعلم.

وأما ما لا منفعة فيه لخسته فكالحشار»(1).

ثمّ قال في آخر كلامه: «... بل الإجماع على الملكية ممّا لا ريب فيه»(2).

وهكذا حمل الفاضل المامقاني عبارة المحقق الماضية وقال: «وليس مراده [أى المحقق] بذلك [بكلامه الماضى] أن يكون البائع مالكا له حتّى يكون مقتضاه عدم صحة بيع الفضولى، بل مراده به الاحتراز عما ليس بمملوك من جهة عدم قابليته للملك...»(3).

أقول: لو تمّ حمل الفقيهيّين كلام الفاضلين دلّ على الشرط السابق \_ أى المالية \_ وإلا على هذا الشرط \_ أى الملكية \_ وظهرهما الأخير.

ثمّ فليعلم: أنّ الملك على قسمين: 1\_ الشخصى كملكية كلّ أحد لأمواله الخاصّة. 2\_ النوعى.

والملك النوعى إمّا يكون قابلاً لأن يصير ملكاً شخصياً كالخمس والزكاة حيث أنّهما ملكان للنوع والطبيعة ولكنّهما يصيران ملكاً لمن يقبضهما.

وإمّا يكون غير قابل لأن يصير ملكاً شخصياً ثمّ إنّ هذا الأخير منافعُهُ قد تكون ملكاً شخصياً بالفعل كالوقف الخاص حيث أنّه ليس ملكاً لشخص مخصوص لكونه ملكاً للطبقات كلّها ولكنّ آحاد كل طبقة يصيرون مالكين لمنافعه ملكاً خاصاً.

وقد تكون منافعه ملكاً شخصياً بالقوة كالوقف العام فإنّ منافعه ليست لأشخاص معينة لكنّها قابلة للملك الخاص.

وقد لا تكون منافعه قابلة للملك الشخصى الخاص كالأراضى المفتوحة عنوة

ص: 20

1- (31) مفتاح الكرامة 13/8.

2- (32) مفتاح الكرامة 13/10.

3- (33) غاية الآمال 7/7.

فأنها ملك لعامة المسلمين فلا بدّ من أن يصرف منافعتها في ما يعود نفعه إلى عموم المسلمين. (1)

الشيخ الأعظم (2) كغيره من الفقهاء ذهب إلى اعتبار الملكية في البيع فلا بدّ من البحث حول دليل اعتبارها وعلى أيّ حالٍ تفريع الشيخ الأعظم الملكية على المالية لا وجه له، لأنّهما أمران متغايران بينهما عموم من وجه كما مرّ.

### دليل اعتبار الملكية ونقده

الملكيّة أمر اعتباري ليست بذاتها وحقيقتها داخلّة في مفهوم البيع ولا علاقة لها بصحته وفساده كما يدلّ على عدم الدخل بيع السلف وبيع الكلّي في الذمّة.

وأما التمسك بدخالتها في البيع بالنبوي: لايحظر إلا في ملك، فغير تامٍ لتطرق الاحتمالات الثلاثة في مدلولها وهي:

1\_ احتمال أن يكون دالاً على اعتبار ما يُملك في البيع، بمعنى أنّه لا مجال لبيع ما ليس فيه قابليّة الملكيّة، فيكون مدلول الخبر لا تبع ما ليس يُملك، فيدلّ على نفي البيع عن مثل الخمر والخنزير.

2\_ احتمال أن يكون مدلوله لا تبع ما ليس تملك، أي لا تبع ما لا تملكه، ممّا يدلّ على اعتبار الملكيّة في المبيع.

3\_ احتمال أن يدلّ على اشتراط ملك البيع لا في متعلّقه، وتكون النتيجة انتفاء البيع عند انتفاء ملك البيع، ولذلك لا بدّ أن يكون البائع إمّا مالكا أو وليّاً أو وكيلاً (3).

وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال مع أنّ «ظاهره اعتبار ملك البيع، فليس خروج مثل بيع الوكيل أو الولي بالتخصيص، فالرواية ناظرة إلى المنع عن بيع الإنسان مال غيره ممّا ليست له سلطنة عليه ليشتريه ويسلّمه إلى المشتري. وعليه فلا مانع من بيع ما تعلّق

ص: 21

1- (34) التقسيم مأخوذ من المحقّق النائيني في المكاسب والبيع 2/366.

2- (35) المكاسب 4/11، قوله: «ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين...».

3- (36) العقد النضيد 4/349.

به الحقّ \_ كحقّ التحجير\_ ولا في جعله ثمنًا»(1).

وبالجملة: «اعتبار الملكية لم يدلّ عليه دليل بأن يكون الثمن والمثمن مملوكين قبل البيع ولذا يصحّ بيع الكلّي في الذمّة مع أنّه لا يكون ملكاً له، نعم يعتبر أن يكون البائع مالكا للبيع بمعنى أن يكون أمر البيع بيده وتحت سلطته وإن لم يكن المبيع ملكاً كما في بيع الكلّي في الذمّة فإنّه يملك بيع ما في ذمّته»(2).

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء، والكلاء، والسموك والوحوش قبل اصطياها؛ لكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل»(3).

أقول: إن كان مراد الشيخ الأعظم من الملكية هي الملكية في المبيع فلا يكون مانعاً من بيع المباحات الأصلية لأنّ ما «يشترك فيه الناس \_ كالماء والكلاء والأسماك والوحوش قبل اصطياها \_ فإن لم يكن منع عن بيعها ولو من جهة العجز عن التسليم، فلا مانع من بيعها، فيبيع السمك في البحر ثمّ يصيده ويسلمه إلى المشتري»(4).

وإن كان مراده قدس سره من الملكية هي ملكية البيع وسلطنة البائع عليه \_ على خلاف ظاهر الشيخ الأعظم \_ «صحّ الاحتراز به عن بيع المباحات الأصلية إذ نسبة البائع والمشتري إليها على حدّ سواء ولا يكون للبائع خصوصية بحيث يكون أمر بيعها بيده دون المشتري.

ولا وجه للاحتراز عنها باعتبار المالّية في العوضين كما عن المحقّق(5) بدعوى أنّها ليست مالاً عرفاً كما هو واضح.

ص: 22

1- (37) محاضرات في الفقه الجعفري 3/105.

2- (38) تعليق العلامة الآية الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره المستشهد في الانتفاضة العراقية في زمن النظام صدام البائد، على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري 3/104.

3- (39) المكاسب 4/11.

4- (40) محاضرات في الفقه الجعفري 3/105.

5- (41) الشرائع 2/10.



كما إنه ليس الوجه في الاحتراز عنها اعتبار أن لا يكون البيع سفهياً إذ فيه أولاً: أن بيع السفه باطل لا البيع السفه، وثانياً: إذا كان البائع قادراً على أخذ المباحات وتسليمها فتكون ثمرة هذا البيع إلزامه بأخذها وتسليمها»<sup>(1)</sup>. والله العالم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة»<sup>(2)</sup>. ثم تعرض لأحكام الأراضي ونحن تابعون له في الترتيب فنقول:

ص: 23

---

1- (42) تعليق العلامة الآية الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري 3/104.

2- (43) المكاسب 4/11.

إشارة

قال الشهيد: «جمع الأرض على الأراضى غلط (1)» (2).

قال السيّد العاملی: «فی الصحاح (3) والقاموس (4) إنه جمع على غير القياس. وقال فی المصباح: قال أبو زيد: سمعت العرب تقول فی جمع الأرض الأراضى والأروض مثال فُلوس، وجمع فَعَلَ فعَالی فی أرض وأراضى وأهل وأهالی ولیل وليالی على غير قياس» (5) (6).

أقول: الأرض إمّا موات أو عامرة وكل منهما إمّا أن تكون كذلك بالأصالة أو عرض لها ذلك، فهى أربعة أقسام على الحصر العقلى:

1\_ الموات بالأصالة: فلا إشكال ولا خلاف بيننا فى كونها من الأنفال وكونها

ص: 24

1- (44) ومن الملحوظ أنّ الأرض لم يذكر لها جمعٌ فى القرآن الكريم بخلاف السماء إذ تكرر جمعها على (سماوات) حتّى إنّ فى حالة بيان مُساوِةِ الأرض للسماء فى عددِ الطبقات قال تعالى: «وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ» [سورة الطلاق / 12] والقول بمنع جمع أرضٍ على (أراضٍ) تحجيراً لواسعٍ وهو من جنائيات الاستقراء الناقص لكلام العرب العربا وسماعا وقياسا ولللبسط مقامٌ غير هذا.

2- (45) الحاشية النجارية / 343؛ ونقل عنه فى مفتاح الكرامة 19/11.

3- (46) الصحاح 3/1064 مادة «أرض».

4- (47) القاموس المحيط 2/323 مادة «أرض».

5- (48) المصباح المنير 1/12 مادة «أرض».

6- (49) مفتاح الكرامة 19/11.

للإمام عليه السلام .

2\_ العامرة بالأصالة: وهي مشتركة في الحكم مع سابقتها.

3\_ الموات بالعرض: قد مرَّ حكمها في المسألة الثالثة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة، في خاتمة المكاسب المحرمة (1) فلا نعيد.

4\_ العامرة بالعرض: يأتي حكمها.

فلا بدّ من البحث حول أحكام هذه الثلاثة الباقية:

## 1\_ الأرض الموات بالأصالة

### إشارة

قال العلامة في تعريف الموات: «الموات هي الأرض الخراب الدارسة التي باد أهلها واندرس رسمها.

وتُسمّى ميتةً ومواتاً وموتانا بفتح الميم وسكون الواو: هو عمى القلب، يقال: رجل مَوْتَان القلب إذا كان أعمى القلب لا يفهم شيئاً» (2).

وهي من الأنفال وللإمام عليه السلام وسواء كانت في بلاد الإسلام أو الكفر يدُلُّ عليه مضافاً إلى عدم الخلاف في المسألة بين الأصحاب كما يدُلُّ على أنّها للإمام عليه السلام ظاهر المبسوط (3) والتذكرة (4) والتنقيح (5) والكفاية (6)، ودعوى الإجماع عليه في الخلاف (7) والغنية (8) وجامع المقاصد (9) والمسالك (10)، طوائف من النصوص:

ص: 25

1- (50) راجع الآراء الفقهية 3/ (473-453).

2- (51) تذكرة الفقهاء 19/351.

3- (52) المبسوط 3/270.

4- (53) تذكرة الفقهاء 19/358.

5- (54) التنقيح الرائع 4/98.

6- (55) كفاية الأحكام 2/544.

7- (56) الخلاف 3/525 و 526، مسألة 1.

8- (57) غنية النزوع 293.

9- (58) جامع المقاصد 7/9.

10- (59) المسالك 12/391.

منها: صحيحة حَفْص بن الـيُخْتَرى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم وكلّ أرض خربة، وبطون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. (1)

قدر المتيقن من الأرض الخربة هي الموات بالأصالة وقد مرّ تفسير الموات بالأرض الخراب في كلام العلامة قدس سره .

ومنها: موثقة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربة، أو بطون أودية، فهذا كلّ من الفىء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحبّ. (2)

ومنها: موثقة سماعة بن مهران قال: سألته عن الأنفال؟ فقال: كلّ أرض خربة أو شىء يكون للملوك فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم، قال: ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. (3)

ومنها: موثقة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما يقول الله: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ» (4)؟ وهي كلّ أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل ولا رجال ولا ركاب فهي نفل لله وللرسول. (5)

«كل أرض جلا أهلها» إذا كانت من الأنفال، الأرض التي كانت مواتا بالأصل

ص: 26

1- (60) وسائل الشيعة 9/523، ح 1، الباب 1 من أبواب الأنفال.

2- (61) وسائل الشيعة 9/526، ح 10.

3- (62) وسائل الشيعة 9/526، ح 8.

4- (63) الأنفال /1.

5- (64) وسائل الشيعة 9/526، ح 9.

وليس لها أهل بالطريق الأولى تكون من الأنفال.

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول، وما كان للملوك فهو للإمام، وما كان من الأرض الخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكل أرض لا رب لها، والمعادن منها، ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال. (1)

وغيرها من الروايات التي ادعى صاحب الجواهر (2) امكان دعوى تواترها ويراها الشيخ الأعظم «مستفيضة بل قيل: إنها متواترة» (3) ولا يبعد بلوغ مجموعها حد التواتر الإجمالى. (4)

### الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام

صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك في حديث قال:

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت وليت الغوص فأصبت أربعمئة ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس؟! يا أبا سيار، الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كله؟ فقال لى: يا أبا سيار، قد طيناه لك وحللتناك منه فضمم إليك مالك، وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون، ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره. (5)

ومنها: خبر أبي خالد الكابلي، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام:

ص: 27

1- (65) وسائل الشيعة 9/531، ح 20.

2- (66) الجواهر 39/11 (38/10).

3- (67) المكاسب 4/13.

4- (68) كما قاله آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ في كتابه: «الأراضى» 23/.

5- (69) وسائل الشيعة 9/548، ح 12، الباب 4 من أبواب الأنفال.

«إِنَّ الْأَعْرَضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ» (1). أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتّقون، والأرض كلّها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده فاعمرها وأحيّاها، فهو أحقّ به من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسّيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلّا ما كان في أيدي شيعةنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم. (2)

دلالة فقرة «الأرض كلّها لنا» في الروايتين على ملكيّة الإمام لمطلق الأراضي ومنها الموات تامة ولكن سند الرواية الأخيرة ضعيف بما مرّ منّا (3) ولذا عبر عنها العلامة (4) بالصحيح عن أبي خالد الكابلي عن الباقر عليه السلام .

ودلالة هذه الطائفة على أنّ الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام إنّما هي بالعموم. (5)

### الطائفة الثالثة: النويان العاميان

#### إشارة

المذكوران في تذكرة الفقهاء (6) وهما غير مرويين من طرقنا:

أحدهما: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: موتان الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي. (7)

ص: 28

1- (70) الأعراف /128.

2- (71) وسائل الشيعة 25/414، ح 2، الباب 3 من كتاب إحياء الموات.

3- (72) راجع الآراء الفقهية 3/471 و 472.

4- (73) تذكرة الفقهاء 19/353.

5- (74) كما في الأراضي /27.

6- (75) تذكرة الفقهاء 19/352.

7- (76) المسند للشافعي /382؛ ومعرفة السنن والآثار 4/(521-522)، ح 3737؛ وسنن البيهقي 6/143؛ وتأويل مختلف الحديث

184/؛ وجواهر العقود 1/240؛ والتلخيص الحبير 3/62، ح 1293، أورده الجويني في نهاية المطالب 8/281؛ ونحوها في عوالي اللآلي

3/480، ح 1 ونقل عنه في المستدرک 17/111، ح 1.

وثانيهما: عن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وآله قال: عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون. (1)

قال العلامة: «يريد بذلك ديار عاد وثمود» (2).

### مناقشة المحقق الإصفهاني في دلالة الروايات

قال قدس سره: «إنّ الموات بالأصالة للإمام عليه السلام، ومن الواضح للمتأمل المراجع إلى الأخبار أنّها وإن كانت مستفيضة أو متواترة، إلا أنّ كون الأنفال كلّية له عليه السلام كذلك، لا أنّ النصوص في خصوص الموات مستفيضة، فإنّ بعض النصوص (3) تضمن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام، وبعضها (4) تضمن كون الأرض الخربة التي باد أهلها له عليه السلام، وبعضها (5) تضمن كون الأرض التي لا ربّ لها للإمام عليه السلام، وبعضها (6) تشتمل على أنّ الأرض الميتة التي لا ربّ لها له عليه السلام، أمّا الأرض الخربة مطلقة كانت أو مقيدة فموردها المسبوق بالعمارة لا الموات بالأصالة، وأمّا الأرض التي لا ربّ لها فمطلقها ومقيدتها مسوقة لمالكه عليه السلام لما لا مالك له، من باب الغلبة، فلا يكون دليلاً على أنّ الموات بالأصالة \_ بما هي موات \_

ص: 29

1- (77) التلخيص الحبير 3/62، ح 1293؛ المغنى لابن قدامة 6/150؛ الشرح الكبير 6/150؛ نهاية المطلب 8/283؛ والعزير في شرح الوجيز 6/206 للرافعي؛ عوالي اللآلي 3/481، ح 5 ونقل عنه في المستدرک 17/112، ح 5.

2- (78) تذكرة الفقهاء 19/352.

3- (79) وسائل الشيعة 9/523، باب 1 من أبواب الأنفال، ح 1 صحيحة حفص بن البختري، وح 8 موثقة سماعة وح 10 موثقة محمد بن مسلم.

4- (80) وسائل الشيعة 9/527، باب 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح 9 موثقة زرارة وح 11 خبر الحلبي.

5- (81) وسائل الشيعة 9/533، باب 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح 28 مرسله أبيبصير.

6- (82) وسائل الشيعة 9/524، باب 1 من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح 4 مرسله حماد الطويلة.

للإمام عليه السلام ، والنبويان المذكوران في المتن(1) غير مرويين من طرقنا، نعم في بعض روايات الكافي «والموات كلّها للإمام عليه السلام»(2)، والمسألة وإن كانت اتفاقية إلا أنّ الغرض أنّ النصوص بها ليست مستفيضة ولا متواترة.

وأما ما ورد من أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام فيعم الموات فلا بدّ من حملة على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا لا اعتباريا تترتّب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعمّ الأملاك والملاّك كما قدمناه في مبحث الولاية»(3).

وقال في بحث الولايات: «فإنّ الممكنات كما أنّها مملوكة له تعالى حقيقة بإحاطته الوجودية على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطة الحقيقية كذلك النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام ، بملاحظة كونهم من وسائط فيض الوجود لهم الجاعلية والإحاطة بذلك الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود لا- ما منه الوجود، فأنّه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأن تكون الأملاك ومُلاكها مملوكة لهم بهذا الوجه، وإن لم تكن هي مملوكة لهم بالملك الإعتباري الذي هو موضوع الأحكام الشرعية»(4).

توضيح مقالة المحقّق الإصفهاني وترتيبها كما يلي: هذه المسألة \_ وهي كون الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام \_ وإن كانت اتفاقية إلاّ أنّه لا يمكن إتمامها بالنصوص الواردة في المقام \_ وهي الطوائف المتقدمة \_ حيث قد ناقش في تلك الطوائف بأجمعها.

أمّا الطائفة الأولى وهي التي تصنّف إلى مجموعتين:

إحدهما: جاءت بهذا النص: «الأرض الخربة التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب للإمام عليه السلام».

والأخرى: جاءت بنص آخر: «كلّ أرض لا ربّ لها».

فقد ناقش قدس سره في كلتا المجموعتين.

ص: 30

1- (83) المكاسب 4/13.

2- (84) التهذيب 4/126، ح5، وولم نجد الرواية في الكافي.

3- (85) حاشية المكاسب 3/15 و 16.

4- (86) حاشية المكاسب 2/381.



أما المجموعة الأولى فقد قال: فيها كما عرفت بأن الأرض الخربة لا تشمل الموات بالأصالة، وتختص بالأرض الخربة المسبوقة بالعمارة.

وأما المجموعة الثانية فقد قال: فيها بأنها مُسَوِّقَةٌ لبيان ملكية الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا رب لها، لا بما هي موات بالأصالة فلا تدل على ملكيتها من هذه الحيثية.

وأما الطائفة الثانية: فقد ذكر قدس سره أنها وإن كانت تعم الموات بالأصالة، إلا أنه لا بد من حملها على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا، لا اعتباريا يترتب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعم الأملاك، والملاك<sup>(1)</sup>. أو أصل حلية التصرف في الأرض الموات<sup>(2)</sup>.

وأما الطائفة الثالثة: وهي النويان العاميان فقد ذكر أنهما غير مرويين من طرقنا، و«صريح في التملك عن رضاه صلى الله عليه وآله غاية الأمر لا بد من أن يقيد بأدلة الإحياء وأن الموات لهم بإحيائها»<sup>(3)</sup>.

### الجواب عن مناقشة المحقق الإصفهاني

يجاب عن مناقشته من أن «الأرض الخربة مطلقة أو مقيدة فموردها المسبوقة بالعمارة لا الموات بالأصالة»<sup>(4)</sup> عدم تمامية هذا الانصراف المدعى بأن المنصرف من الأرض الخربة هو المسبوقة بالعمارة فلا تشمل الموات بالأصالة فيردّه:

أولاً: ما ورد في كلمات اللغويين من أن الخراب ضد العمران أو تقيضه فالنسبة بين العنوانين التضاد أو التناقض ولا ثالث لهما، ولا محالة الأراضي تنقسم إلى القسمين: أ: الخربة، ب: المعمورة ولا ثالث.

فالتقسيم ثنائي وتكون الأرض الموات داخلاً في الخربة.

وإليك نص بعض كلماتهم:

ص: 31

1- (87) الأراضى /28.

2- (88) كما يظهر منه قدس سره في حاشية المكاسب 3/17.

3- (89) حاشيته على المكاسب 3/17.

4- (90) حاشية المكاسب 3/16.

قال الخليل بن أحمد: «وَعَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ يَعْمُرُونَهَا عِمَارَةً، ونهى عامرة معمورة ومنها العُمران. واستعمر(1) الله النَّاسَ لِيَعْمُرُوهَا. والله أَعَمَرَ الدُّنْيَا عِمْرَانًا فَجَعَلَهَا تَعْمَرُ ثُمَّ يُخَرَّبُهَا»(2).

وقال أحمد بن فارس: «عمر: العين والميم والراء أصلان صيحيان، أحدهما يدلُّ على بقاء وامتداد زمان، والآخر على شيء يعلو، من صوتٍ أو غيره... ومن الباب عمارة الأرض، يقال عَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ عِمَارَةً، وهم يَعْمُرُونَهَا، وهي عامرة معمورة. وقولهم: عامرة، محمولٌ على عَمَرَتِ الْأَرْضُ، والمعمورة من عُمِرَت. والاسم والمصدر العُمران. واستعمر الله تعالى النَّاسَ فِي الْأَرْضِ لِيَعْمُرُوهَا. والباب كُلُّهُ يُؤْوَلُ إِلَى هَذَا»(3).

وقال الراغب الإصفهاني: «العمارة نقيض الخراب، يقال: عَمَرَ أَرْضَهُ يَعْمُرُهَا عِمَارَةً...»(4).

وقال الجوهري: «الموت ضد الحياة... والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضا الأرض التي لا مالِك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد... وقال الفراء: المواتان من الأرض التي لم تحي بعد. وفي الحديث: موتان الأرض لله ولرسوله فمن أحيى منها شيئا فهو له»(5).

وقال ابن الأثير: «الموات: الأرض التي لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد وإحيائها مباشرة عمارتها وتأثير شيء فيها...»(6).

ص: 32

- 
- 1- (91) ف\_ (لله) هو (المُسْتَعْمَرُ) لكن أسيى استعمال هذه الكلمة القرآنية المقدسة فى ما يسمّى ب\_ (القاموس السياسى) فأصبحت تطلق على الغزاة الطغاة (المحتلين) مصاصى دماء الشعوب ومبتزى خيرات أوطانها ومهدمى أرضها.
  - 2- (92) ترتيب كتاب العين /681.
  - 3- (93) معجم مقاييس اللغة 4/140 و 141.
  - 4- (94) المفردات /359.
  - 5- (95) صحاح اللغة 1/266 و 267.
  - 6- (96) النهاية 4/370.

وقال الطريحي: «والموات بالضم وبالفتح يقال لما لا روح فيه ويطلق على الأرض التي لا مالک لها من الأدميين ولا ينتفع بها إمّا لعطالتها أو لاستيجامها أو لبعدها عنها»(1).

وقال أيضا: «دار خربة بكسر الراء وهي التي باد أهلها، والخراب ضد العمارة»(2).

وثانيا: «لا موجب لدعوى مثل هذا الانصراف، ضرورة أنّ المنصرف منها عرفا ليس هذا المعنى، بل المنصرف منها عند العرف حسب ما هو المرتكز في أذهانهم هو المعنى الذى يكون فى مقابل المعنى المنصرف من الأرض العامرة عرفا بتقابل التضاد كالمعنى المتفاهم من الأرض الميتة فى مقابل المعنى المتفاهم من الأرض المحيية، فكما أنّ الأرض العامرة تشمل العامرة طبيعيا، والعامرة بشريا، كذلك الأرض الخربة تشمل الخربة بالأصالة، والخربة بالعرض.

فالنسبة أنّه لا منشأ لهذا الاختصاص ولا يوجب لتلك الدعوى، وأنّ الأرض الخربة كالأرض الميتة، فكما انها تشمل الميتة بالأصالة والميتة بالعرض، فكذلك الأرض الخربة»(3).

وثالثا يجاب عن مناقشته فى المجموعة الأولى من الطائفة الأولى: إن كان الانصراف المدعى «يقوم على أساس أنّ مورد رواياتها خصوص ما إذا كانت مسبقة بالعمران دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة، فيردّه:

أ: أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ الروايات التى تتضمن الأرض الخربة تصنّف إلى ثلاثة أصناف:

الأول: جاء بهذا النص: كلُّ أرض خربة للإمام عليه السلام. (4).

الثانى: جاء بنص آخر: ما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليها بخيل ولا

ص: 33

1- (97) مجمع البحرين /144.

2- (98) مجمع البحرين /108.

3- (99) الأراضى /16.

4- (100) وسائل الشيعة 9/523، ح 1 و 8 و 10 وكلّها معتبرات.

الثالث: جاء بنص ثالث: كلُّ أرض خربة باد أهلها. (2)

ويعد ذلك نقول:

أمّا الصنف الأوّل: فلا يكون فيه مادّ على أنّ مورده خصوص الأرض الخربة التي كانت مسبوقه بالعمارة.

وإن شئت قلت: أنّه ليس هنا قرينة لا من الخارج ولا من الداخل على أنّ مورده الأرض الخربة المسبوقه بالعمارة، وعليه فمقتضى عمومه شموله لكلِّ أرض خربة، سواء أكانت خربة بالأصالة أم كانت بالعرض.

وأمّا الصنف الثاني: فأيضاً لا دليل على أنّ مورده الأرض الخربة المسبوقه بالعمارة فحسب، دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة. وقد ذكرنا سابقاً أنّه يعم الأرض الخربة التي ليس لها أهل ومن الطبيعي أنّ الأرض الخربة التي كانت كذلك تشمل الخربة بالأصالة أيضاً.

نعم، الأرض الخربة التي يكون لها أهل لا- تشملها نظراً إلى أنّ فرض الأصل لها خلف، حيث أنّه لا- يمكن إلاّ بقيام الفرد بإحيائها وعمارتها... لما أنّه لا يمكن فرض تحقق العلاقة بين الفرد والأرض ابتداءً، سواء أكانت على مستوى الملك أم كانت على مستوى الحقّ إلاّ بقيامه باستثمارها وإحيائها، ثمّ بعد ذلك إذا عرض عليها الخراب فهل يوجب خروجها عن نطاق علاقته بها نهائياً أو لا؟! ففيه [ما مرّ (3)].

وإما الصنف الثالث: فهو وإن كان مورده خصوص الأرض الخربة المسبوقه بالعمارة بقرينة فرض وجود الأهل لها إلاّ أنّ هذا الصنف ضعيف من ناحية السند فلا يمكن الاعتماد عليه على أنّه لا يصلح أن يكون مقيداً لإطلاق الصنفين الأوّلين كما هو ظاهر.

ص: 34

1- (101) وسائل الشيعة 9/531، ح 20 موثقة إسحاق بن عمار.

2- (102) وسائل الشيعة 9/533، ح 28 مرسله أبي بصير.

3- (103) راجع الأراء الفقهية 3/473 من «أنّها باقية على ملك مالکها ولو طرا عليه الموات».

هذا إضافة إلى عدم الحاجة إليه، حيث أنه يكفي لإثبات ما هو المقصود في المقام الصنفان الأولان.

ب: على تقدير تسليم أن مورد الروايات الأرض الخربة المسبوقه بالإحياء إلا أن المتفاهم العرفي منها عدم خصوصية للمورد، جزماً وأنه لا فرق بين المسبوقه بالإحياء وغير المسبوقه به»(1).

ورابعا: يجب عن مناقشته في المجموعة الثانية من الطائفة الأولى: «إن هذه الدعوى(2) إن كانت تقوم على أساس أنه لا إطلاق لها بالإضافة إلى الموات بالأصالة، وإنما هي ناظرة إلى ملكية الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا رب لها فعلاً من ناحية إبادة أهلها أو انجلاته أو ما شاكل ذلك.

فيرده: انه لا شبهة في إطلاقها وعمومها لكل أرض لا رب لها سواء أكان عدم رب لها بالذات كالموات بالأصالة أو العامرة كذلك أو بواسطة أمر طارئ كالموات بالعرض أو العامرة كذلك.

وإن كانت تقوم على أساس أنها تدل على ملكية الإمام عليه السلام بهذا العنوان أى بعنوان لا رب لها، ولا تدل عليها بعنوان آخر كالموات بالأصالة، فإذن لا دليل على أنها ملك للإمام عليه السلام .

فيرده: أنها وإن كانت تدل على ذلك، إلا أن هذا العنوان أى عنوان «ما لا رب لها» ليس فى مقابل عنوان الموات بالأصالة، بل هو ينطبق عليها انطباق العنوان على معنونه، والكل على أفراده.

ومن الطبيعي أن كل ما ينطبق عليه عنوان «ما لا رب لها» فهو داخل فى نطاق ملكية الإمام عليه السلام ، وقد عرفت أنه لا شبهة فى انطباق هذا العنوان على الموات بالأصالة.

ص: 35

1- (104) الأراضى 17/ و 18.

2- (105) «دعوى ان هذه النصوص التى جاءت بهذا العنوان «الأرض التى لا رب لها» مسوقة لبيان ملكية الإمام عليه السلام للأرض بما هى لا رب لها، لا بما هى موات بالأصالة، فحينئذ لا تدل على أن الموات بالأصالة بما هى موات للإمام عليه السلام». [الأراضى 25/].

وإن شئت قلت: أنّ حيشية الموات بالأصالة للأرض لا يتباين حيشية ما لا رب لها بحيث لا يمكن التقائهما في أرض واحدة، ليقال أنّ ما دل على ملكية الأرض من الحيشية الأولى لا يدلّ على ملكيتها من الحيشية الثانية لعدم انطباقها على ما تنطبق عليه الأولى.

بل هما متداخلتان تداخل الأخص في الأعم، ومنطقتان في الخارج على أرض واحدة، فالأرض الموات بالأصالة تنطبق عليها حيشية ما لا رب لها، وهي داخلية في نطاق ملكية الإمام عليه السلام.

ومن الطبيعي أنّه لا فرق في دخولها في نطاق ملكيته عليه السلام بين أن يكون من جهة حيشيتها الخاصة وهي الموات بالأصالة، أو من جهة حيشيتها العامة التي تنطبق عليها وعلى غيرها \_ وهي حيشية ما لا رب لها \_ (1).

وخامسا: يجاب عن مناقشته في الطائفة الثانية: أ: «لا موجب لحمل الملك في هذه الطائفة من النصوص على الملك الحقيقي بالمعنى المذكور، لوضوح أن هذا الحمل بحاجة إلى عناية زائدة، فلا يمكن الذهاب إليه من دون قرينة تشهد على ذلك.

وبكلمة أخرى: لا شبهة في ظهور النصوص في الملك الاعتباري ولا يمكن رفع اليد عن هذا الظهور إلا عند توفر قرينة على الخلاف ولا قرينة في المقام لا من الداخل، ولا من الخارج» (2).

ب: «ولو أغمضنا النظر عن ظهور النصوص في نفسها في ملكية الأرض للإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية الشرعية، إلا أنّ في ذيلها قرائن تشهد على ذلك، وتؤكد أنّ ملكية الإمام عليه السلام للأرض كلّها حكم شرعي، ومن جهة تلك القرائن لا مناص من الالتزام بذلك.

منها: فرض الطسق والأجرة له عليه السلام فيها تفريع على ملكيته لها، وهذا شاهد قطعي على أنّ ملكيته عليه السلام لها حكم شرعي، لا تكويني خارجي، ولا روي محض.

ومنها: تحليله عليه السلام للأرض للشريعة، دون غيرهم تفريعا على ملكيته لها، فإنّه يدلّ

ص: 36

1- (106) الأراضى / 25 و 26.

2- (107) الأراضى / 29.

على أنّ الملكية هنا حكم شرعى لا غيره، نظرا إلى ظهور النصوص فى التحليل المالكى.

ومنها: فرض أنّ القائم (عج) إذا ظهر أخذ الأرض من أيدى غير الشيعة، وأخْرَجَهُمْ (1) منها صِفْرًا (2)، فإنّه يدلّ بوضوح على أنّ ملكيتها للإمام عليه السلام حكم شرعى، لا تكوينى، ولا معنوى، حيث أنّ شيئا منهما لا يكون مانعا عن تملك غيره وتصرفه فيها، ولا يكون محرّما كما فرض فيها (3).

وأما مناقشته فى الطائفة الثالثة: فمتينة جدّا حيث لا يمكن الاستدلال بالنبويين المذكورين لعدم ثبوتهما عندنا.

## تنبيهات

### الأول: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام

«إنّ المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام ملكية منصب الإمامة وقد يعبر عنها بملكية الدولة على أساس أنّ مرّد ملكية منصب الإمامة إلى ملكية الدولة، وليست ملكا خاصا للإمام عليه السلام كسائر أملاكه الخاصة فإنّه \_ مضافا إلى بُعد ذلك فى نفسه \_ يدلّ عليه أمران:

الأول: نصوص الباب \_ بمناسبة الحكم والموضوع \_ فإنّها تصنف إلى مجموعتين:

إحدهما: جاءت بهذا اللسان «الأرض كلها لنا» كما فى صحيحة مسمع بن عبد الملك، وصحيحة الكابلى، فهذه المجموعة تدلّ \_ بمناسبة الحكم والموضوع \_ على أنّها ملك عام للمنصب يعنى \_ منصب الإمامة \_، لا أنّها ملك خاص للفرد.

والأخرى: جاءت بلسان: أنّ الأنفال للإمام صلى الله عليه وآله وسلم، وفى بعضها أنّها للرسول صلى الله عليه وآله ومن بعده للإمام عليه السلام فإنّها تدلّ بوضوح على أنّها ملك لمنصب الرسالة والإمامة.

الثانى: أنّها لو كانت ملكا خاصا للإمام عليه السلام لكانت من جملة تركته عليه السلام بعده، وتقسم ميراثا بين ورثته، مع أنّ الأمر ليس كذلك جزما. بل هى تنتقل من إمام إلى إمام

ص: 37

1- (108) وفى المصدر: «ويخرجهم».

2- (109) وفى المصدر: «صفرة».

3- (110) الأراضى / 31.

آخر سواء أكان للإمام السابق وارث غيره أم لا .

فالنسبة: أنه لا شبهة في أنها ملك عام للمنصب، لا للشخص.

ثم ان هذه الملكية بطبيعة الحال تمتد بامتداد الإمامة، وتصرف منافعها في مصالح الدولة ونفقات الحكومة»(1).

### التنبيه الثاني: بماذا يتحقق إحياء الأرض الميتة؟

قد ورد في عدة من الروايات أنّ عملية الإحياء تُوجِبُ ملكية الأرض فما هي هذه العملية؟

قال الشيخ: «وأما ما به يكون الإحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون غير أنه إذا قال النبيّ \_ عليه وآله السلام \_ : «من أحيا أرضاً فهي له»، ولم يوجد في اللغة معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العرف والعادة، فما عرفه الناس إحياء في العادة كان إحياء، وملكته به الموات، كما أنه لما قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، «وأنه نهى عن بيع ما لم يقبض»، و«أنّ القطع يجب في قيمة المجنّ»، رجع في جميع ذلك إلى العادة.

فإذا ثبت ذلك فجملة ذلك على أنّ الأرض تحيي للدار والحظيرة والزراعة فاحياؤها للدار فهي بأن يحوط عليها حائط ويسقف عليه، فإذا فعل ذلك فقد أحياها وملكها ملكاً مستقراً ولا فرق بين أن يبني الحائط بطين أو بآجر وجصّ أو خشب.

وأما إذا أخذها للحظيرة فقدّر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين وهو الرهص أو خشب وليس من شرط الحظيرة أن يجعل لها سقف، وتعليق الأبواب في الدور والحظيرة ليس من شرطه، وفيهم من قال هو شرط والأول أقرب.

وأما الإحياء للزراعة فهو أن يجمع حولها تراباً وهو الذي يسمى مرزاً وأن يرتب لها الماء إما بساقية فيحفرها ويسوق الماء فيها، أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها ولا خلاف أنّ هذه الثلاثة شرط في الإحياء للزراعة وفي الناس من الحق بها أن يزرعها ويحرثها، والصحيح أنه ليس من شرطه، كما أنّ سكنى الدار ليس من شرط الإحياء.

ص: 38



وأما إذا أحيها للغراس، فإنه يملكها إذا ثبت الغراس فيها ورتب الماء فيها فإذا فعل ذلك فقد أحيها فإذا أحيها وملكها فإنه يملك مرافقها التي لا صلاح للأرض إلا بها»(1).

وقال المحقق: «كيفية الإحياء: والمرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا ولغة».

وقد عرف أنه إذا قصد سكنى أرض، فأحاط ولو بخشب أو قصب وسقف، مما يمكن سكناه، سمي إحياء. وكذا لو قصد الحظيرة، فاقترع على الحائط من دون السقف. وليس تعليق الباب شرطا.

ولو قصد الزراعة، كفى في تملكها التحجير بمرز أو مستاة. وسوق الماء إليها بساقية أو ماشبهها. ولا يشترط حراثتها ولا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى.

ولو غرس أرضا فنبت فيها الغرس، وساق إليها الماء، تحققت الإحياء. وكذا لو كانت مستأجمة(2)، فعضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة، وهيأها للعمارة، فإن العادة قاضية بتسمية ذلك كله إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى [حد] الانتفاع، الذي هو ضد الموات. ومن فقهاءنا الآن من يسمي التحجير إحياء، وهو بعيد(3).

قال العلامة: «وأما الإحياء فإن الشرع ورد به مطلقا، ولم يعين له معنى يختص به، ومن عادة الشرع في مثل ذلك رد الناس إلى المعهود عندهم المتعارف بينهم، كالتبض، فإنه ورد في الشرع مطلقا ولم ينص له على معنى، فيرجع الفقهاء فيه إلى الاستعمال المتداول بين الناس، وكذا الحرز، ونظائره كثيرة، وكذا الإحياء، وإنما يظهر معناه بين الناس في عرفهم فينزل عليه، ويكون المراد به في نظر الشرع كل ما يعد إحياء في العرف، وذلك يختلف باختلاف ما يقصد عمارته من الموات»(4).

ص: 39

1- (112) المبسوط 3/271 و 272.

2- (113) هي الموضع الذي يكثر فيه القصب. وغالبا ما تكون مأسدة؛ أي موضعا للأسود.

3- (114) الشرائع 3/219 و 220.

4- (115) تذكرة الفقهاء 19/351.

وقال أيضا: «من عادة الشرع أنه إذا أطلق لفظا ولم ينص على مسمى عنده يخالف العرف فإنه يُنزل على معناه في العرف، كالتقبض والحرز في السرقة والتفرق، فإن الشرع ورد بذلك في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»<sup>(1)</sup> وأنه نهى عن بيع ما لم يقبض<sup>(2)</sup>، وأن القطع يجب على السارق من الحرز<sup>(3)</sup>، ولم يبين كيفيته.

وإنما يرجع إلى العرف؛ لأنه عليه السلام لا يعلق حكما إلا على ما إليه طريق، فلما لم يبينه دل على أن طريقه العرف، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق؛ إذ لا طريق غيره.

وقد ورد الشرع بالإحياء ولم يبينه، فانصرف إطلاقه إلى المتعارف بين الناس، وذلك يختلف باختلاف المَحيا، فالأرض قد تُتخذ للسكنى والحظيرة والمزرعة، وإحياء كل واحدٍ من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أُريدت له، ويظهر بصورٍ تشتمل على مسائل:

مسألة: إذا أراد السكنى في الملك [الذي] يقصد إحياءه، وإنما يكون ذلك بصيرورته دارا، وإنما يصير كذلك بأن يدار عليها حائط ويُسقف بعضها؛ لأن السكنى لا يكون إلا بذلك، والتحويط إما بالأجر أو اللَّبن أو بمحض الطين أو ألواح الخشب أو

ص: 40

---

1- (116) مسند أحمد 2/74، ح 4552 و 4/403، ح 14890 و 5/586، ح 19312 و 5/639، ح 19629؛ صحيح البخارى 3/76 و 77 و 84 و 85؛ صحيح مسلم 3/1164، ح 1532؛ سنن ابن ماجه 2/736، ح 2182 و 2183؛ سنن أبى داؤد 3/(273-274)، ح 3457 و 3459؛ سنن الترمذى 3/(547-550)، ح 1245-1247؛ سنن النسائى (المجتبى) 7/(244-245) و (247-249) و 251؛ السنن الكبرى (للسائى) 4/5، ح 6049-1؛ سنن الدارقطنى 3/6، ح 14؛ المستدرک (للحاكم) 2/16؛ السنن الكبرى (للبيهقى) 5/(271-269)؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) 7/(126-124)، ح 2607-2609 و 2611 و 7/127، 2617.

2- (117) مسند أحمد 1/355، ح 1850؛ صحيح البخارى 3/89؛ السنن الكبرى (للسائى) 4/(35-36)، ح 6188-2 و 6192-6؛ السنن الكبرى (للبيهقى) 5/313؛ المعجم الكبير (للطبرنى) 11-11، ح 10871 و 10872، و 12/10874 و 10875؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) 6/368، ح 1378.

3- (118) السنن الكبرى (للبيهقى) 8/263.

القصب بحسب العادة، ولا يجب تعميم السقف على الحيطان الدائرة على البقعة، بل يكفي فيه ما يمكن السكنى معه، ولأن اسم الدار حينئذ يقع عليه.

هذا قول الشيخ (1) رحمه الله، وهو قول أكثر الشافعية (2).

وبعضهم لم يشترط التسقيف في إحياء الدار. (3)

وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإنه اكتفى بتحويط الجدار لا غير؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ» (4).

ولأن الحائط حاجز منيع، فكان إحياء، كما لو جعلها حظيرة للغنم؛ لأنَّ القصد لا اعتبار به، لأنه لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجصٍّ وأجرٍ وقسمها بيوتاً فإنه يملكها، وهذا لا يعمل للغنم مثله، ولأنه لو بناها للغنم مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْحَائِطِ، فإذا مَلَكَهَا جاز له أن يبنها داراً من غير اشتراط تسقيف (5)، ولا بأس بذلك.

واشترط أكثر الشافعية في إحياء الدار تعليق الباب؛ لأنَّ العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يُتَّخَذُ مَسْكَنًا. (6)

ولم يذكره الشيخ رحمه الله ولا بعض الشافعية؛ لأنَّ نصب الباب للحفظ، والسكنى لا تتوقف عليه.

ص: 41

1- (119) المبسوط 3/271.

2- (120) الحاوى الكبير 7/486؛ المهذب (للشيرازى) 1/431؛ نهاية المطلب 8/292؛ الوجيز 1/244؛ الوسيط 4/225؛ حلية العلماء 5/498؛ التهذيب (للبغوى) 7/493؛ البيان 7/415؛ العزيز شرح الوجيز 6/244؛ روضة الطالبين 4/354.

3- (121) نهاية المطلب 8/295؛ العزيز شرح الوجيز 6/244؛ روضة الطالبين 4/354.

4- (122) المصنّف (لابن أبى شيبة) 7/76، ح 2432؛ مسند أحمد 5/638، ح 19620 و 5/653، ح 19726؛ سنن أبى داؤد 3/179، ح 3077؛ المعجم الكبير (للطبرانى) 7/252، ح 6866 و 6867؛ السنن الكبرى (للبهقي) 6/148.

5- (123) المغنى 6/198-197؛ الشرح الكبير 6/179-178).

6- (124) المهذب (للشيرازى) 1/431؛ الوجيز 1/244؛ حلية العلماء 5/498؛ البيان 7/415؛ العزيز شرح الوجيز 6/244؛ روضة الطالبين 4/354.

مسألة: لو أراد إحياء أرضٍ يتخذها زَرْبَةً للدوابِّ أو حظيرةً تجفّف فيها الأثمار أو يجمع الحطب أو الحشيش، اشترط التحويط لا غير، ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً؛ قضاءً للعرف فيه، ولا يكفي نصب سعفٍ وأحجارٍ من غير بناءٍ؛ لأنَّ الممتلك لا يقتصر عليه في العادة، وإنّما يفعل مثله المجتاز المرتفق.

ولو حوِّط بالبناء في طرفٍ واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، [ف] للشافعية قولان، أحدهما: الاكتفاء، والثاني: عدمه. (1)

ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً.

وفي اشتراط تعليق الباب ما سبق من الخلاف.

مسألة: لو قصد الإحياء لا تتخذ الموات مزرعةً، اعتُبر في إحيائه أمور:

الأول: جمع التراب حواليه لينفصل المُحيا عن غيره، ويُسمّى المرز، وفي معناه نصب قصبٍ وحجرٍ وشوكٍ وشبهه، ولا حاجة إلى التحويط إجماعاً، فإنّ معظم المزارع بارزة.

الثاني: تسوية الأرض بطم الحُفر التي فيها، وإزالة الارتفاع من المرتفع، وحراثتها، وتليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماءٍ يساق إليها فلا بدّ منه لتتهيأ الأرض للزراعة.

الثالث: ترتيب مائها إمّا بشقِّ ساقيةٍ من نهرٍ أو حفرٍ بئرٍ أو قناةٍ وسقيها إن كانت عاداتها أنّها لا تكتفي في زارتها بماء السماء، وإن اكتفت به فلا حاجة إلى سقيٍ ولا ترتيب ماءٍ.

وإذا احتاجت في السقي إلى النهر، وجب تهيئة ماءٍ من عينٍ أو نهرٍ أو غيرهما.

فإذا هيأه، فإن حفر له الطريق ولم يبق إلاّ إجراء الماء فيه كفى، ولم يشترط إجراء الماء ولا سقى الأرض، وإن لم يحفر بَعْدُ، فللشافعية وجهان. (2)

وبالجملة، السقى نفسه غير محتاج إليه في تحقّق الإحياء، إنّما الحاجة إلى ترتيب

ص: 42

1- (125) العزيز شرح الوجيز 6/244؛ روضة الطالبين 4/354.

2- (126) العزيز شرح الوجيز 6/245؛ روضة الطالبين 4/354.

ماءٍ يمكن السقى منه.

وأراضى الجبال التى لا يمكن سَوِّقُ الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعية: لا مدخل للإحياء فيها، وبنى عليه أنا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضى فى يد إنسانٍ لم يُحكَمَ بأنَّه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته.

والوجه: أنَّها تُملك بالحرثاة وجمع التراب على الحدود، وكثير من المزارع تستغنى عن سوق الماء [إليها] بالمطر.

وهل تشترط الزراعة لحصول الملك فى الزراعة؟ الوجه: العدم؛ فإنَّ الزراعة استيفاء منفعة الأرض، واستيفاء المنفعة خارج عن حدِّ الإحياء، كما أنَّه لا يعتبر فى إحياء الدار أن يسكنها، وهو أحد وجهى الشافعية، والثانى: الاشتراط؛ لأنَّ الدار والزريبة لا تصير محياةً إلا إذا حصل فيها عين مال المُحْيى، وكذا المزرعة. (1)

مسألة: لو قصد الإحياء بزرع بستانٍ فلا بدَّ من التحويط، ويرجع فيما به يحوِّط إلى العادة، فإن كانت عادة البلد بناء الجدار لزم البناء، وإن كانت عادتهم الحظيرة بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما فى البصرة وقروين، اعتبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفى جمع التراب حواليه، كالمزرعة.

والقول فى سَوِّقِ الماء إليه على ما تقدّم فى المزرعة.

وهل يعتبر غرس الأشجار أم لا؟ مَنْ اعتبر الزرع فى المزرعة اعتبر [الغرس] فى البستان بطريق الأولى، ومَنْ لم يعتبره اختلفوا فى الغرس على وجهين، ومُعظمهم اعتبره.

والفرق: أنَّ اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزراعة، واسم البستان لا يقع قبل الغراس، ولأنَّ الزرع يسبقه تقليب الأرض وحرثها، فجاز أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شيء يقام مقامه، ولأنَّ الغرس يدوم، فألحق بأبنية الدار، والزرع بخلافه. (2)

والوجه: أنَّه لا بدَّ من أحد أمرين: إمَّا الحائط أو الغرس ليتحقَّق الاسم.

ص: 43

1- (127) الوسيط 4/225؛ التهذيب (للبغوى) 4/494؛ البيان 7/416؛ العزيز شرح الوجيز 6/245؛ روضة الطالبين 4/355.

2- (128) العزيز شرح الوجيز 6/245-246؛ روضة الطالبين 4/355.

وكذا الأرض إذا زُرعت بماءٍ سبق إليها فقد تمَّ الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها.

تنبيه: لو كانت الأرض مستأجمةً فعُضد شجرها وأصلحها، أو كانت المياه غالباً فقطعها عنها وهيأها للعمارة، كان ذلك إحياءً عرفاً»(1).

قال صاحب الجواهر: «(و) لا خلاف بين الأصحاب في أنّ (المرجع فيه إلى العرف؛ لعدم التنصيص شرعاً) على كفيّة خاصّة له حتّى تقدّم عليه (و) لا (لغةً) لو قلنا بتقدّمها عليه، وما كان كذلك فلا إشكال في الرجوع فيه إلى العرف»(2).

والظاهر أنّ الإحياء «يتحقّق بخلق الفرد بجهوده وعمله في الأرض الشروط التي تتيح له فرصة الاستفادة منها وتجعلها قابلة للانتفاع والانتاج، على أساس ان تلك الشروط لم تكن متوفرة فيها قبل ممارسة الفرد بخلقها ولم تكن صالحة للانتفاع والانتاج منها. ثمّ إنّ خلق تلك الشروط إنّما هو بإزالة الصخور عن وجهها، وتوفير المياه فيها وإزالة ارتفاعها، وقطع ما فيها من الأشجار والحطب، وغير ذلك ممّا له دخل في صلاحيتها للاستفادة.

ومن الطبيعي أنّ هذه الفرصة لم تكن متاحة قبل إحيائها، وأنّما نتجت عن عملية الإحياء: والعامل على أساس خلقه تلك الفرصة فيها بعمله وجهوده اكتسب حقاً فيها، ومن أجل (3) ذلك يكون أولى بها من غيره.

أو قتل: إنّ العامل يملك الفرصة المزبورة بوصف كونها نتيجة عمله وجهوده: وليس لأحد أن يزاحمه في الاستفادة من تلك الفرصة.

وبعد ذلك: فهذه الأرض تصلح للانتفاع والانتاج بزرع، أو غرس أشجار، أو ما شاكل ذلك، ولا يعتبر في صدق إحيائها حراثتها، ولا زراعتها، وهكذا، فإنّ كلّ ذلك انتفاع بها بعد الإحياء.

نعم، إنّ ما ذكرناه إنّما هو إحياء للأرض بما هي.

ص: 44

1- (129) تذكرة الفقهاء 19/456-451).

2- (130) الجواهر 39/95 (38/65).

3- (131) في المصدر: «ومن أجل».

واما إذا أراد الفرد إحياء الدار فيها أو الحظيرة أو البستان أو نحو ذلك، فإنه بخلقه اتاحة الفرصة لبدأ العمل فى تلك الأشياء وان كان قد اكتسب حقا فى الأرض، وليس لآخر أن يزاخمه فى ذلك، إلا أن إحياء هذه الأشياء إنما هو بتحققها بمالها من العناوين الخاصة، فإحياء الدار لا يتحقق إلا بإحداث ما هو مقوم لها من الحيطان والسقف وغيرهما مما هو دخيل فى صدق عنوانها.

وعلى الجملة: فإحياء كل شىء عبارة من إحداث ذلك الشىء فى الخارج بعنوانه، ومن الطبيعى أنه يختلف باختلاف أجزائه الرئيسية المقومة له»(1).

بقى هنا أمر؟

وهو هل الإحياء منوط بالقصد ويعتبر فى صدقه قصده أم لا؟

«ظاهر ما مرّ من المبسوط والشرائع والتذكرة وكذا المسالك(2) أن صدق الإحياء يختلف بحسب ما يقصد من العمارة، فالتحويط على أرض بقصد الحظيرة إحياء لها وبقصد الدار تحجير ولا يصدق عليه الإحياء إلا بعد التسقيف ولو ببعضها.

ويظهر من بعض عدم دخل القصد فى ذلك وأنه يكتفى بأدنى العمارات فى صدق الإحياء مطلقا.

ويظهر من موضع من التذكرة أيضا اختيار ذلك.

قال: «لو قصد نوعا وفعل إحياء يملك به نوعا آخر، كما إذا حوّط بقعة بقصد السكنى، وهذا الإحياء إنما يتحقق فى تملك حظيرة الغنم وشبهها هل يفيد الملك؟ الوجه عندى ذلك، فإنه ممّا يملك به الحظيرة لو قصدها وهو أحد وجهى الشافعية. والثانى أنه لا يملك به وإلا لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبدا، واستحالة التالى ممنوعة»(3).

ويظهر من الجواهر كفاية القصد المتأخر بسبب العدول، قال: «كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة، فإنه يملكها بذلك لصدق الإحياء عليها

ص: 45

1- (132) الأراضى / 183 و 184.

2- (133) المسالك 12/424.

3- (134) تذكرة الفقهاء 19/457، مسألة 1198.

عرفا ولو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأول وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات»(1)«(2).

أقول: ولكن الظاهر «إنّ الأمر الخارجية التكوينية ليس قوامها وافتراق بعضها عن بعض بالقصد، وإنما يتقوم به ويمتاز بسببه الأمور الاعتبارية المحضة. والإحياء والعناوين الحاصلة بسببه أمور خارجية تكوينية فلا تتقوم ولا تمتاز بالقصد.

ويؤيد ذلك أنه لو حوِّط رجل أرضا فالعرف إما أن يحكم عليه بأنه إحياء أو لا يحكم، لا أنهم يحيلون الأمر إلى السؤال عن المحوِّط وعن قصده وأنه هل قصد بالتحويط الحظيرة أو الدار مثلاً. وعلى هذا فالملاك في صدق الإحياء تهيؤ الأرض فعلاً لأن ينتفع بها بواحد من الانتفاعات المتعارفة المترتبة، فتدبر»(3).

### الثالث: الإحياء سبب لملكية الأرض للمحيى

هل الإحياء سبب ملكية الأرض لمحييها \_ كما هو المختار وقد تقدم منّا البحث في الكتاب(4) \_ أو توجب صلة المحيى بالأرض على مستوى الحقّ فحسب دون الملك(5)، وتظهر ثمره القولين في الموات بالعرض إذا كانت لها سابقة الإحياء للإنسانى فعلى الأول \_ وهو المختار \_ بقاء رقبة الأرض على ملك مالكة المحيى أو ورثته، وعلى الثانى أحقيته المحيى منوّطة ببقاء إحيائه وإذا خربت الأرض وذهبت آثار إحياء المحيى فقد سقطت أحقيته ويجوز للغير إحيائها وأما على ملكية رقبة الأرض فلا يجوز للغير التصرف فيها ولذا قلنا: «والحاصل ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحيى \_ بلا فرق بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً \_ ولا تخرج عن ملكه إلاّ

ص: 46

1- (135) جواهر الكلام 39/97.

2- (136) دراسات فى ولاية الفقيه 4/183 و 184.

3- (137) دراسات فى ولاية الفقيه 4/185.

4- (138) الآراء الفقهية 3/472.

5- (139) كما اختاره آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ دام ظله \_ فى كتابه الأراضى /184 وما قبلها.



بالإعراض أو الأسباب الناقلة للملك، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحيائها أو التصرف فيها إلا بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحيائها ولكن لو علم المحيي أو حضر المالك يجب على المحيي ردّ رقبته الأرض والأجرة له»(1).

## 2\_ الأرض العامرة بالأصالة

### إشارة

وهي الأراضى التي كانت عامرة بالأصل أى لا مِنْ مُعَمَّرٍ فهي من الأنفال وتكون للإمام عليه السلام .

والوجه فيه عدم تحقّق ما هو الملاك لتملك الشخص وهو الإحياء.

قال العلامة فى القواعد: «كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلمٍ فهي للإمام»(2).

قال فى المفتاح: «كما طفحت بذلك عباراتهم بلاخلاف من أحد، وفى التذكرة(3) الإجماع عليه. وهذ إذا كانت الأرض فى بلاد الإسلام كما فى التحرير(4) وغيره(5)، لأنّ أراضى بلاد الكفر إذا جرى عليها ملك الكافر فهي له، وإن كان بالإحياء ولا تكون للإمام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوةً أو صلحا أو أسلموا عليها طوعا. ولا فرق فى هذه الأرض بين أن تكون مواتا وأن تكون قابلة للانتفاع بغير إحياء»(6).

ص: 47

1- (140) الآراء الفقهية 3/ (472-473).

2- (141) القواعد 2/267؛ ونحوها فى الشرائع 3/217.

3- (142) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات فى أراضى بلاد الإسلام 2/400، س30، قال صاحب الآراء الفقهية: لم أجده فى التذكرة مع كثرة تتبعى فيها. والله العالم.

4- (143) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى 4/483.

5- (144) كإرشاد الأذهان: الجهاد فى الأرضين 2/348.

6- (145) مفتاح الكرامة 19/27 و 28.

وقال فى الجواهر: «بلاخلاف أجدّه فىه»(1).

وتدلّ علىه عدّة من الروايات:

منها: موقّعة إسحاق بن عمار الماضىة عن أبى عبد الله علىه السلام: ... وكلُّ أرضٍ لا ربَّ لها، الحديث.(2)

ومنّها: مرسلّة أبى بصير عن أبى جعفر علىه السلام قال: لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكلُّ أرضٍ لا ربَّ لها، وكلُّ أرضٍ باد أهلها فهو لنا»(3).

قال الشىخ الأعظم: «ولا يخصّص (4) عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلُّ أرضٍ ميّنة لا ربَّ لها»؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً»(5).

### اعتراض النائىنى على الشىخ الأعظم ونقده

واعترض علىه المحقّق النائىنى بقوله: «والأولى ان يقال بالمنع عن التقييد من أصله وذلك لأنّ مورد حمل المطلق على المقيد إنّما هو فيما إذا ثبت وحدة المطلوب من الدليلين، وذلك عند ما إذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما فى «اعتق رقبة مؤمنة» إذا استفيد وحدة المطلوب وأنّه ليس إلّا صرف الوجود من العتق، وأما إذا كان المطلوب على نحو الطبيعة السارية للمقتضى للعموم فلا موقع معه للحمل كما فى مثل «إكرام العالم» و«أكرم العالم العادل» حيث لا يحمل المطلق على المقيد بل يؤخذ بكل منهما ويقال بمطلوبية إكرام كل عالم من العدول وغير العدول، وما نحن فىه من هذا القبيل، إذ لا تنافى

ص: 48

1- (146) الجواهر 39/23 (38/19).

2- (147) وسائل الشيعة 9/531، ح 20.

3- (148) وسائل الشيعة 9/533، ح 28.

4- (149) الظاهر أنّ المخصّص جمع من الأصحاب ومنهم صاحب الجواهر فى كتابى الخمس 16/465 و 468 (16/118 و 120) وإحياء الموات 39/11 (38/11).

5- (150) المكاسب 4/16.

بين كون مطلق الأراضى التى لا ربَّ لها للإمام عليه السلام وبين كون الموات منها أيضا له عليه السلام ، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيد واردا فى مقام بيان حكم الموات بالأصل، بل الظاهر بقريضة التقييد بقوله عليه السلام لارب لها أنه فى مقام بيان حكم ما عرضه الموت وانه على قسمين، ماله مالك معلوم وما لا يعلم مالكة وأنَّ حكم ما لا ربَّ له أنه للإمام عليه السلام ، وحينئذٍ ينبغى أن يقال: إنَّ هذا القيد أعنى كونه ممّا لا-ربَّ لها وارد مورد الغالب لا- أن التقييد بالميتة وارد مورد الغالب إذ هو لبيان الموضوع حينئذٍ كما لا يخفى»(1).

ولكن يمكن مناقشة النائى رحمه الله : أولاً: بالمناقشة «فى المثال الذى ذكره للقسم الثانى بـ «أكرم هاشميا» و «أكرم هاشميا عالما» حيث إنَّه من قبيل صرف الوجود»(2).

وثانيا: «إنَّ عدم حمل المطلق على المقيد فى القسم الثانى إنَّما هو فى فرض عدم ثبوت المفهوم للقيد بأن لا يكون احترازيا وإلا فلو فرض ثبوت المفهوم فى الكلام فلا إشكال فى لزوم حمل المطلق على المقيد، فلو ورد «لا تشرب الخمر» و «لا تشرب الخمر إن كان من التمر» فلا بد من تقييد إطلاق المطلق بواسطة المفهوم المستفاد من الشرط، فالصحيح فى الجواب ما أفاده الشيخ»(3) الأعظم قدس سره .

وثالثا: «إنَّ الموضوع التام هو الأرض فقط، وأمّا الميتة فهى خارجة عن الموضوع وقيد له مثل كلمة «لا ربَّ لها» فللأرض قيدان»(4).

### مناقشة المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم

ناقش المحقق الإصفهاني فى حمل الشيخ الأعظم مرسله حماد الطولية(5) على

ص: 49

1- (151) المكاسب والبيع 2/367 و 368.

2- (152) تعليقة العلامة الآية الشيخ عليأصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفري 3/116.

3- (153) تعليقة العلامة الآية الشيخ عليأصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفري 3/116.

4- (154) المصدر 3/117.

5- (155) وسائل الشيعة 9/524، ح.4.

الوصف الغالب بقوله: «إنّ الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنّ يكون له ربّ وأنّ لا يكون له ربّ، ومن الواضح أنّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا يمكن أن يكون لها مالك إلاّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً، بخلاف العامرة بالأصالة، فإنّها مع انحفاظ عنوانها يمكن أن يكون لها ربّ بالحيازة، وأنّ لا يكون لها ربّ بعدم الحيازة.

وعليه فما وصف بأنّها لا ربّ لها ينحصر في الأرض العامرة وفي الميتة بالعرض، وحينئذٍ لا يمكن أن يكون الاعتبار في الميتة بالعرض بحيثية موتانها، فإنّ لازمه أن تكون العامرة التي حازها الشخص فماتت ملكاً للإمام عليه السلام وإن كان لها مالك فعلاً، بناءً على أن النزاع المعروف في باب إحياء الموات مختص بما إذا مات بعد الإحياء لا بعد الحيازة، وأنّ حالها حال سائر ما حازه الانسان من عدم خروجه عن ملكه إلاّ بناقل شرعى.

ومنه يعلم أنّ التوصيف بكونها(1) «لا ربّ لها» في المرسلة وفي الإطلاقات لا يقبل الحمل على الغلبة، ولا يصح تنزيل الإطلاقات على بيان مالكية الإمام عليه السلام للموات بما هي موات، فتدبر جيداً(2).

ويرد عليه: أوّلاً: قوله قدس سره: «الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنّ يكون له ربّ وأنّ لا يكون له ربّ، ومن الواضح أنّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا يمكن أن يكون لها مالك إلاّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً(3).

معارض لقوله قدس سره السابق: «وأما الأرض التي لا ربّ لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لمالكيته عليه السلام لما لا مالك له وتوصيفها بالميتة... من باب الغلبة(4). وبين المقالتين معارضة واضحة وسبحان من لا يسهو.

وثانياً: قد مرّ أنّ النسبة بين الخراب والعُمران، أو الموات والعامرة هي ثنائى ولا

ص: 50

1- (156) الميتة.

2- (157) حاشية المكاسب 3/22.

3- (158) حاشية المكاسب 3/22.

4- (159) حاشية المكاسب 3/16.

ثلاثي فيحنئذٍ قوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها» أعمُّ من الأرض الميِّتة بالأصالة والميِّتة بالعرض والعامرة عندنا وأما بناءً على مقالة المحقِّق الإصفهاني يختص بالأرض الميِّتة بالعرض والعامرة فقط دون الأرض الميِّتة بالأصالة.

وثالثا: مناقشته غير مرتبطة بالاستدلال، لأننا نكون في مقام إثبات أن الأراضي العامرة للإمام عليه السلام بقوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها»، ونقاشه على فرض صحته يخرج الموات بالأصالة وهي خارجة عن الاستدلال.

ورابعا: قوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها» قضية حملية معدولة المحمول فلا تجتمع مع انتفاء موضوعها فلا بد من وجود الموضوع وهو «كل أرض» ثم حمل «لا رب لها» عليها، وهذا المحمول يصدق مع الأرض التي لها قابلية المربوبية وعدمها، والموات بالأصالة ليست لها قابلية المربوبية العامة فيصدق عليها حمل «لا رب لها»، والعامرة بالأصالة لها قابلية المربوبية العامة فيصدق عليها حمل «لا رب لها»، فحينئذٍ يكون موضوع «كل أرض» عنوانا عاما يصدق على الموات بالأصالة وبالعرض والعامرة بالأصالة، فلا يتم مقالة الإصفهاني من خروج الموات بالأصالة عن مورد الرواية.

وخامسا: القيود المذكورة في مرسلة حماد الطويلة (1) فاقدة للمفهوم بقرينة سياقها «والشاهد على ذلك أنه قد ذكر في مرسلة حماد قبل هذه الفقرة المستشهد بها على التقييد قوله: «وكل أرض خربة قد باد أهلها» حيث أدرجت الأراضي الخربة في سياق الأنفال، ولا شك في أنها فاقدة للمفهوم، لأن مطلق الأراضي التي باد أهلها عنها تعدد ملكا للإمام، سواء كانت عامرة أو خربة، لأن الإمام وارث من لا وارث له، فتمام الموضوع هو انقراض الأهل عن الأرض، ولا دخل لخرابها وعدمه في الموضوع، وبرغم ذلك نجد أن الأرض قد وصفت في المرسلة بالخربة، ولذلك لا يمكن عد الأوصاف المذكورة في هذه المرسلة - ومنها وصف الميِّتة - قيودا لتحديد الموضوع، بل الأوصاف المذكورة جميعها من باب الغلبة، لا من باب الدلالة على الانتفاء عند الانتفاء ليستفاد من مفهومها في المقام

ص: 51

عدم ملكية الإمام للأراضي العامرة. وبالتالي فما ذهب إليه الشيخ من حمل الأوصاف على الغلبة صحيح لكن بهذا التوجيه»(1).

### مناقشة الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ للشيخ الأعظم

ذهب الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ أولاً: إلى منع وصف قيد «ميتة» في مرسله حماد الطويلة في قوله عليه السلام: «كل أرض ميتة لا رب لها»(2)، غالباً بقريضة عامة وهي: «أن القيود المذكورة خلال الأحكام الإنشائية أو الإخبارية إنما هي قيود احترازية، ولأجل تحديد الموضوع، وبيان المواصفات الضرورية واللازمة فيها، ولا يمكن عدّها أوصافاً غالبية، ولذلك تثبت لها المفهوم، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن الإمام عليه السلام من خلال قوله: «كل أرض ميتة لا رب لها» يحدّد موضوع الأنفال ويقيد هذه الأراضي بقيدتين: كونها ميتة ولا رب لها، فإذاً رواية حماد تحدّد ملكية الإمام بالأرض المقيدة بهذين القيدتين، ومن خلال ذلك يعرف ثبوت المفهوم لها وأن الأرض العامرة التي لا رب لها ليست ملكاً للإمام عليه السلام»(3).

وثانياً: أن مرسله حماد الطويلة «لا قدرة لها ولا اقتضاء فيها على تقييد الأخبار المطلقة السابقة.

ودعوى: أن المرسله منجبرة بعمل الأصحاب بمضمونها.

مدفوعة أولاً: بعدم ثبوت استناد الفقهاء إليها في مقام الفتوى، برغم أنها مذكورة في الكتب الفقهية الاستدلالية.

وثانياً: لو سلّمنا العمل بها، فإن مجرد ذلك لا يحقق عنوان الانجبار، لأن عمل الأصحاب بالأخبار لا يخلو:

[1] تارة: تكون فتوى الأصحاب مستندة إلى الرواية من باب الوثوق بصدورها.

[2] وأخرى: تكون فتوى الأصحاب اعتماداً على الرواية من باب توثيق روايتها

ص: 52

1- (161) العقد النضيد 4/405.

2- (162) وسائل الشيعة 9/524، ح 4.

3- (163) العقد النضيد 4/404.

أمّا الأوّل: فلا اعتبار به لغير من اعتمد عليها واستند بها، بمعنى أنّ وثوق فقيه بروايةٍ ما حجةٌ عنده لا عند غيره من الفقهاء، فإذا اطمأنّ الصدوق أو الكليني بصدور رواية عن الإمام فإنّ وثوقه بذلك حجةٌ له لا لغيره.

أمّا الثاني: فهو مفيد في المسانيد دون المراسيل، بمعنى أنّه إذا كانت الرواية مسندة وجعلنا وثيقة أحد رواياتها، فحينئذٍ يعدّ عمل الأصحاب بها توثيقاً عملياً لروايتها وتكون حجةً للجميع، أمّا إذا كانت الرواية مُرسلةً فإنّ عمل الأصحاب بها لا ينتهي إلى توثيق الرواة والرواية، وبالتالي فإنّ مطلق المرسلات غير قابلة للانجبار بعمل الأصحاب. ومرسلة حماد من هذا القبيل ولذلك لا مجال لتصحيحها وتوثيقها بعمل الأصحاب بها»<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن ندافع عن الشيخ الأعظم أولاً: القرينة قائمة على غالبية وصف «ميتة» لـ «كل أرض» بمقالة الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ الماضية آنفاً في الايراد الخامس على مناقشة الإصفهاني.

وثانياً: «ثبوت المفهوم للقيّد إنّما هو من جهة أنّه لو لم يكن احترازياً دالاً على المفهوم لزم لغويته، ففي القيد الوارد مورد الغالب لمّا لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلاّ فلا فرق بينه وبين غيره من القيود، والأولى أنّ الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغوية من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم، فإنّ ذكره قد يكون من جهة كون المقيّد مورد السؤال أو من جهة عدم كون غيره مورد الابتلاء كما في الرواية المزبورة حيث إنّ الأراضى التي هي مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً»<sup>(2)</sup>.

وثالثاً: مرسلة حماد الطويلة مُنْجَبِرٌ ضعف إسنادها بعمل الأصحاب عندنا لإفتائهم على مضامينها مع وضوح إرسالها فهي تعدّ من المعتمرات عندهم \_ أعلى الله

1- (164) العقد النضيد 4/405 و 406.

2- (165) التنقيح في شرح المكاسب 2/238.

## والمختار في المقام:

أقول: لا معارضة بين الدليلين المثبتين هنا وهما: «كلّ أرض لا ربّ لها»(1) و«وكل أرض ميتة لا ربّ لها»(2) وإنّ كان الثاني أخصّ من الأوّل لعدم إحراز تكليف واحد في المقام، وغالبية القيد في الثاني فلا تنافي بينهما. فثبت أنّ الأراضى العامرة بالأصالة معدودة من أملاك الإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية واللّه العالم.

## فرع: هل تملك الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟

### إشارة

قال الشيخ الأعظم: «وهل تملك هذه بالحيازة؟ وجهان: من كونه مال الإمام، ومن عدم منافاته للتملّك بالحيازة، كما يُملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل في عموم النبويّ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به»(3)»(4).

أقول: النبوي المذكور مرسلٌ لا يمكن الوثوق به ولا يجبر ضعفه بعمل الأصحاب، هذا من جهة السند.

وأما الدلالة: ففيها أولاً: اعترض المحقّق الخراساني بقوله: «إنّما سيق الإطلاق مساق أحقيّة السابق، وعدم جواز مزاحمة اللاحق، لافى مساق جواز السبقه حتّى كان عدم جواز السبق إلى أموال التّاس بدليل خاص، فلا يجوز التّمسك بإطلاقه فيما إذا شكّ في جوازه، كالأرض العامرة التي هي تكون ملكاً للإمام عليه السلام»(5).

وأجاب عنه المحقّق الإصفهاني بقوله: «أنّه بالمطابقة يدل على الترخيص في السبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد، وبالتزام على أنّه لا يجوز مزاحمته، حيث إنّ مقتضى

ص: 54

1- (166) وسائل الشيعة 9/531، ح 20.

2- (167) وسائل الشيعة 9/524، ح 4.

3- (168) عوالي اللآلي 3/480، ح 4؛ ومستدرک الوسائل 17/112، ح 4، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

4- (169) المكاسب 4/17.

5- (170) حاشية المكاسب 105.



كونه أحق به ولا يجوز مزاحمة ذى الحق، فيكون كقوله عليه السلام «من أحبب أرضاً ميتة فهو أحق بها، وهي له»<sup>(1)</sup> فإنه يتضمن الترخيص الشرعى فى الإحياء، وأنه سبب للأحقية أو الملكية، فكذلك هنا يكون دليل السبق دالاً على سببية السبق للأحقية»<sup>(2)</sup>.

وفىها ثانياً: «إن مجرد الأحقية لا يقتضى الملكية، وإن كانت لاتنافيها أيضاً، فالاستدلال للتملك بالحيازة بمجرد الأحقية هنا وفى المباحات غير وجيه، بل لابد من إقامة دليل آخر على الملكية»<sup>(3)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: «إن الارتكاز العرفى الناشئ من استقرار السيرة العقلانية الثابتة من صدر الإسلام \_ بل قبله \_ على إحياء الأراضى التى لا رب لها، وترتيب آثار الملك عليها كما هو بناء الدول أيضاً، والشارع لم يردعهم عن ذلك، بل أمضى طريقتهم.

وبالجملة: فالارتكاز المزبور يمنع احتمال غير الملك من الأحقية كالأباحة، بل المراد بها الأحقية فى الملكية»<sup>(4)</sup>.

وفىها ثالثاً: «إن الموات التى هى مورد الإحياء ودليله مختصة بالإمام عليه السلام، فيكون «من أحبب» ترخيصاً شرعياً ومالكياً منه فى الإحياء المملك مثلاً.

وأما مورد دليل السبق فغير مختص بالأراضى ولا بخصوص الإمام عليه السلام، ليكون كدليل الإحياء فيلزمه جواز السبق إلى ملك كل أحد أيضاً، ومع استفادة تقيده بعدم كون المورد متعلقاً لحق الغير بالسبق أو غيره \_ ويدل بالفحوى على عدم كونه ملكاً للغير \_ فلا مجال للاستدلال به هنا، لأنه لايعم ما هو ملك الغير إماماً كان أو غيره، وإلا لجاز السبق إلى سائر أموال الإمام عليه السلام، لو جعل هذا إذنا مالكياً فى السبق إلى ماله»<sup>(5)</sup>.

ص: 55

1- (171) وسائل الشيعة 25/412، ح4 صحیحة محمد بن مسلم: «أیما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها وهى لهم».

2- (172) حاشية المكاسب 3/23.

3- (173) حاشية المكاسب 3/23.

4- (174) هدى الطالب 6/434.

5- (175) حاشية المكاسب 3/23.

ويمكن أن يجاب عنه: «لا منشأ لاحتمال إرادة معنى عامّ يشمل غير الأراضى من سائر أموال الإمام عليه السلام فضلاً عن أموال غيره عليه السلام، وذلك للإتكاف المزبور، ولكون مورد الإحياء ملك الإمام بالإمامة، لا ملكه الشخصى الذى يرثه الوارث، ولا مال غيره. والسبق إلى مال الإمام عليه السلام لا ينطبق إلا على الموات من الأرض والمحياة ذاتا، وعلى ما فيها من الأشجار والنبات»<sup>(1)</sup>.

وفيها رابعا: «الحديث يثبت للسابق الحقّ فيما سبق إليه دون المسبوق، ولا شكّ أنّ حقّ الإمام أسبق من حقّ المحيى، بمعنى أنّ ملكية الإمام للأرض العامرة أسبق من عمران المحيى، وبالتالي لا يبقى موضوع للحديث لكى يستدلّ به»<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: النبى صلى الله عليه وآله الذى كان حقّه مقدّما على الإمام عليه السلام أجاز السبق والتصرف والملكية عليها فلا تنافى بين ملكية الإمام للأراضى العامرة بالأصالة وجواز تملكها لمن سبق إليها.

وبالجملة: «لا ينبغى الإشكال فى دلالة النبوى على تملك الأرض العامرة بالحيارة. لكن ضعف السند يمنعه عن الاعتبار»<sup>(3)</sup>.

مضافا إلى ورود روايات التحليل فى خصوص شيعتهم عليهم السلام كما فى صحيحة أبى سيار مسمع بن عبد الملك: كل ما كان فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون، الحديث<sup>(4)</sup>.

وفى خبر يونس بن ظبيان أو المعلّى بن خنيس: وما كان لنا فهو لشيعتنا، الحديث<sup>(5)</sup>.

فبالنسبة إلى الشيعى الملكية ثابتة بلا ريب. والله العالم.

ص: 56

1- (176) هدى الطالب 6/434.

2- (177) العقد النضيد 4/408.

3- (178) هدى الطالب 6/435.

4- (179) وسائل الشيعة 9/548، ح 12، الباب 4 من أبواب الأنفال.

5- (180) وسائل الشيعة 9/550، ح 17.

نعم، يمكن أن يناقش في هذا الارتكاز العرفي بالنقاش في مَنْشئِهِ وهي السيرة العقلانية الثابتة في عصر التشريع \_ بل قبله \_ على إحياء الأراضى التى لا-ربّ لها، ومنها: الأراضى العامرة بالأصالة، وإحيائها حيازتها، فالسيرة العقلانية قائمة على تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة.

وأما المناقشة فى هذه السيرة العقلانية المدعاة

فلم تثبت سيرةً من العقلاء على تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة، «بل لا يبعد ثبوتها على خلفه، فإنّ العقلاء حسب فطرتهم الأولى لا-يعترفون بتلك الأسباب التى تكون مظهر من مظاهر القوة والتحكم على الآخرين، فإنّها أسباب وآدتها الظروف الثانوية فى المجتمعات التى لا تقوم على أساس العدل والقيم الإنسانية، وإنّما تقوم على أساس مظاهر القوة واللالأخلاقية. ومن الطبيعى أنّه لا قيمة لتلك الأسباب، لا لديهم، ولا لدى الإسلام نهائياً.

أوقل: إنّ الإسلام لم يعترف بحيازة الأرض والسيطرة عليها على أساس القوة والتحكم على الآخرين فى ميدان وجود المنافسة عليها من قبل هؤلاء، ولم يرها مصدراً لوجود حقّ فيها.

نعم، إنّ كانت السيطرة عليها على أساس إنفاق العمل وبذل الجهد فيها \_ لخلق الشروط والفرصة للإستفادة منها والانتفاع بها كما إذا كانت الأرض ممتة أو لاستغلالها والانتفاع بها كما إذا كانت حية \_ فالإسلام وإن كان قد اعترف بها إلاّ أنّ اعترافه بذلك فى الأولى انما هو على اساس أنّها تحمل طابع الإحياء فيها. لا طابع الحيازة والسيطرة. وفى الثانية إنّما هو على أساس العمل والانتفاع بها. فالنتيجة أنّ مصدر الحقّ فيها لدى الإسلام إنّما هو العمل فلا قيمة للسيطرة بدونه أصلاً.

وبكلمة أخرى: إنّنا قد اكتشفنا اعتراف الإسلام من خلال نصوصه التشريعية، أو البناء من العقلاء بهذا الإطار العام وهو أنّ كلّ عاملٍ فى المصادر والثروات الطبيعية يملك نتيجة عمله \_ على اختلاف نوع العمل، ونوع النتيجة \_ على ضوء الشرائط المبيّنة فى محلّها. ومن هنا تختلف نتيجة عمل العمال فى الأرض الممتة عن نتيجة عمله فى الأرض

الحية طبيعيا على أساس اختلاف نوع العمل فيهما.

وعلى اثر ذلك: تختلف علاقة العامل بالأرض الميته عن علاقة العامل بالأرض الحية على أساس أن نتيجة عمله في الأرض الميته إنما هي خلق الشروط فيها التي تتيح للفرد فرصة الاستفادة منها والانتفاع بها، حيث لم تكن تلك الشروط متوفرة فيها قبل قيام العامل بإحيائها، وإنما هي نتجت عن عملية الإحياء، فالعامل على ضوء ذلك الإطار العام يملك تلك الشروط والفرصة فيها، وهذه الشروط إنما تبرر علاقة العامل برقبة الأرض على مستوى الحق فحسب إذا كانت الرقبة داخلية في نطاق ملكية غيره. وأما إذا لم تكن داخلية في ذلك وكانت من المباحات الأصلية فالشروط المزبورة إنما تبرر علاقته بها على مستوى الملك....

وبما أن هذه العلاقة معلولة لهذه الشروط والفرصة فهي بطبيعة الحال ثابتة ما دامت الشروط فيها متوفرة والفرصة متاحة سواء أكان العامل يمارس الانتفاع بها أم لم يمارس، وأما إذا زالت تلك الشروط والفرصة عنها فإن كانت العلاقة على مستوى الحق فقد انقطعت عنها نهائيا بمقتضى الارتكاز العرفي وإن كانت على مستوى الملك فهي باقية ولم تزل بزوالها....

وأما نتيجة عمله: في الأرض الحية بطبيعتها \_ فيما أنها لم تكن خلق الشروط والفرصة للانتفاع بها، لفرض أن تلك الشروط متوفرة فيها ذاتا وبدون بذل جهد بشري وأن العامل فيها لم يخلق صفة لها ذات قيمة اقتصادية، وإنما قام بالانتفاع بزرعها، وغرس أشجارها، أو ما شاكل ذلك \_ فهي بطبيعة الحال إنما هي ما نجم عن عمله وجهده فيها وهو الزرع أو الشجر في فرض الكلام فالعامل إنما يملك ذلك على ضوء الإطار العام المزبور \_ كل عامل يملك نتيجة عمله \_ ولا يملك صفة في الأرض ما دام أنه لم يخلق فيها شيئا.

ومن الطبيعي أن عمله الانتفاعي بها لا- يبرر اختصاص العامل برقبة الأرض. نعم ما دام هو يمارس العمل فيها ويواصل في زراعتها كان أحق من غيره بالانتفاع بها، وليس لغيره أن يزاحمه فيه، على أساس أنه بالبناء القطعي من العقلاء قد اكتسب حق الأولوية فيها بقيامه باستغلال الأرض والانتفاع بها، فإن من حقه في هذا الحال الاحتفاظ بها ومنع

الآخر من مزاحمته وانتزاع الأرض منه، لأنّ الآخر ليس أولى من الذى ينتفع بها فعلاً.

ولا- يحصل على حق أوسع من ذلك بنكتة أنّه معلول لانتفاعه بها، ولا يعقل أن تكون دائرة المعلول أوسع من دائرة العلة، وعليه فلا محالة يكون ثبوت هذا الحقّ له ما دام هو قائم بالانتفاع بها فعلاً وإلاّ فلا حقّ له. ومن هنا لو ترك الانتفاع بها لم يبق له حقّ فى الاحتفاظ بها، ويجوز عندئذٍ لآخرين يقوم باستغلالها واستثمارها.

وهذا هو الفارق بين الحقّ الحاصل للعامل فى الأرض الموات على أساس قيامه بعملية إحيائها، والحقّ الحاصل له فى الأرض الحيّة على أساس قيامه باستغلالها والإنتفاع بها.

ومن هذا القبيل: استخدام الأرض لرعى الحيوانات، فإنّه وإن كان عملاً من أعمال الانتفاع بالمصادر الطبيعية إلاّ أنّه لا يؤثر فى إيجاد حقّ فى الأرض على أساس أنّه لم يتم فيها بعملية ذات قيمة اقتصادية كخلق الحياة فيها أو نحوها، وإنّما هو يقوم بعملية تربية حيوانات فيها فتكون نتيجة عمله فيها إنّما هى الثروة الحيوانية فيملك العامل على ضوء الإطار العام المتقدم تلك الثروة الحيوانية على أساس أنّها نجمت عن جهده وعمله.

نعم، يحصل العامل على أثر ذلك على حقّ الأولويّة فيها ما دام يمارس عملاً هذا ويؤاخذ فيه، لا مطلقاً فلو ترك ذلك لم يبق له الحقّ فى الاحتفاظ بها، ويجوز لغيره ان يقوم بالانتفاع بها واستثمارها... .

وأما ما ذكرناه بالإضافة إلى الأرض الحيّة بطبيعتها موافق للبناء القطعى من العقلاء الجارى على ذلك الثابت فى جميع الأعصار»(1).

إلى هنا ظهر عدم تَمَامِيَّة دليلين من أدلة تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة وهما:

1\_ حديث السبق الذى تمسك به الشيخ الأعظم وقد عرفت ضعف سنده ودلالته.

2\_ السيرة العقلانية المُدعَاة على تملك الأراضى العامرة بالأصالة بالحيازة وقد

ص: 59

1- (181) الأراضى / (314-310).

عرفت عدم تماميتها بالتفصيل الذى مرّ.

وقد استدلّ على تملكها بوجه آخر نذكر بعضها فى مايلى:

3\_ قوله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَضَعَهَا لِلْأَنْعَامِ»<sup>(1)</sup>

بتقريب: أنّ الآية الشريفة تدلّ على ملكية الأرض للأنام، وإطلاق الأرض يشمل الأراضى العامرة بالأصالة وإطلاق الأنام يشمل المحيز، فالمحيز يملك ما أحازه من الأراضى العامرة بالأصالة.

وفيه: «أولاً: أنّ اللّام المذكورة فى الآية الشريفة ليست بلام الملكية بل هى لام الغاية، ووزانها وزان اللّام فى قوله تعالى: «سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِى السَّمَاوَاتِ وَمَا فِى الْأَرْضِ»<sup>(2)</sup>، فلا دلالة فيها على الملكية.

وثانياً: ولو سلّمنا دلالتها على الملكية، فهى تثبتها لمطلق الأنام، والبحث فى المقام عن الملكية الشخصية دون النوعية»<sup>(3)</sup>.

4\_ استدلال المحقق الإصفهاني رحمه الله

قال الإصفهاني قدس سره: «ويمكن أن يقال: إنّ كون الأرض عامرة بالمعنى المتقدم لا ينافى الإحياء بغرس الشجر وحفر البئر وأشباه ذلك، فتملكها بعنوان الإحياء»<sup>(4)</sup>.

مراده: «أنّ ملكية الأراضى العامرة تكون بالإحياء أيضاً بمثل ما هو الحال فى الأراضى الموات، فإنّ الآجام والغابات والوديات والأنهار بحاجة إلى الإحياء بإزالة الآجام وتسطيع الوديات وكرى الأنهار وشقّ الطرق فى الغابات، وما إلى ذلك ممّا يؤدّى جميعها إلى إمكان الاستفادة منها فى الزرع وغيره، وبالتالي فإنّ المحيى يملكها عن طريق الإحياء، حيث يصدق عليه قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها

ص: 60

1- (182) سورة الرحمن/10.

2- (183) سورة لقمان/20.

3- (184) العقد النضيد 4/407.

4- (185) حاشية المكاسب 3/24.

فهم أحقّ بها»(1)»(2).

وفيه: «لا مجال للجمع بين صفتي العمارة والإحياء، بمعنى أنّه لا يصحّ وصف ما يقوم به الإنسان في تنمية الأراضي المحيية بالعمارة، لأنّ الأ-خيرة وصفٌ يُطلق بخصوص الأراضي الميّنة المتوقّفة إحيائها على العمران، دون الأراضي العامرة. والشاهد على ذلك أنّ كلمة «الإحياء» قد أُطلقت في الأخبار على خصوص أراضي الموات، أمّا الصفة التي يصحّ أن يتّصف بها الأعمال التي يقوم بها الإنسان في الأراضي العامرة، هي دفع الموانع عن نمو الأراضي النامية بالذات أو إيجاد ما يلزم إيجاده من الشرائط»(3).

## 5\_ معتبرة السكوني

عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَنْ غرس شجراً، أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله. (4)

بتقريب: أنّ ظاهر هذه المعبرة جعل غرس الشجر وحفر البئر «في قبال الإحياء أنّهما يوجبان الملكية بنفسهما، أو من حيث صدق الإحياء أيضاً، لا بمعناه المقابل له في الزواية، لكنّه على أيّ حالٍ غير التملك بالحيازة، إذ لا يعتبر فيها شيء من الغرس والحفر ونحوهما، بل يكفي مجرد الاستيلاء عليه»(5).

وبالجملة: إنّ القيام بالعملين المذكورين \_ الغرس والحفر \_ في الأراضي الموات أو العامرة يكون في حكم الإحياء بالنسبة إلى الأراضي الموات فيكونان مملّكين.

فالغرس والحفر يكونان مملّكين في الأراضي العامرة بالأصالة.

وفيه: من الواضح في الفقه الإسلامي أنّ الغرس والزرع للغراس والزرع ولو كانا غاصبين فحينئذ «غرس الشجر يفيد ملكية الغراس لها بالخصوص دون الأرض

ص: 61

1- (186) وسائل الشيعة 25/411، ح 3، الباب 1 من أبواب إحياء الموات صحيحة محمّد بن مسلم.

2- (187) العقد النضيد 4/409 مع اضافات واصلاحات.

3- (188) العقد النضيد 4/409 مع اضافات واصلاحات.

4- (189) وسائل الشيعة 25/413، ح 1، الباب 2 من أبواب إحياء الموات.

5- (190) حاشية المكاسب 3/24.

ويمكن أن يقال: على منوالهما حفر البئر، فالبئر للحافر ولو كان الأرض لغيره وكثيرا ما نجد في الخارج ملكية الأرض لأحدٍ والبئر الموجودة فيها للآخر.

فلا يكون مدلول هذه المعتبرة ملكية الأراضى العامرة بالأصالة بل مدلولها ملكية الغرس للغارس والبئر لحافرها. إلا أن يكون فى الأراضى الموات بالأصالة فيصدق عليهما الإحياء وتوجب الملكية هذا أولاً.

وثانيا: على فرض تمامية الاستدلال، فإنَّ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ يكونان غير الحيازة، فلا تدلّ المعتبرة على التملك بالحيازة كما مرّ من المحقّق الإصفهاني في آخر تقرّبه.

6\_ صحیحنا محمد بن مسلم

عن أبى جعفر عليه السلام، قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.(2)

وعن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهى لهم.(3)

ونحوهما مرسلّة الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خير، فخارجهم على أن يكون الأرض فى أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشترت منها شيئاً، وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.(4)

بتقريب: إنّ الاستدلال يكون بلفظة «عمروها» فى سياق الأسباب المملّكة ومن المعلوم «أنّ عمارة كلّ أرض بحسبها، فعمران أرض الموات يختلف عن عمران الأراضى العامرة بالذات، فعمران الأخيرة تكون بإزالة الآجام، وتجفيف مياهها وقلع الأشجار الزائدة من الغابة، وشقّ الطرق فيها وما إلى ذلك من الطرق المؤدّية إلى تنمية ثمرات

ص: 62

1- (191) العقد النضيد 4/410.

2- (192) وسائل الشيعة 25/411، ح 3.

3- (193) وسائل الشيعة 25/412، ح 4.

4- (194) وسائل الشيعة 25/412، ح 7.



وَيُرَدُّ عَلَيْهِ: مَا مَرَّ مِنْ مَقَابِلَةِ الْعِمْرَانِ وَالْخِرَابِ وَأَنَّ «الْعِمَارَةَ قَسِيمٌ لِلْخِرَابِ، فَلَا يَصَحُّ إِطْلَاقُ صِفَةِ الْعِمْرَانِ عَلَى الْأَرْضِ الْعَامِرَةِ بِالذَّاتِ، وَمَجْرَدُ الشُّكِّ يَسْقُطُ الْاِسْتِدْلَالُ بِهَا فِي الْمَقَامِ»(2).

7\_ صحیحة أخرى لمحمد بن مسلم

قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس \_ الى أن قال: \_ وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، أو عملوه فهم أحقّ بها، وهي لهم.(3)

بتقريب: أن عطف العمل على الأرض على عملية الإحياء يعلمنا بأنه كالإحياء يكون من أسباب التملك فحينئذ «الأراضى العامرة المملوكة للإمام عليه السلام تملك من المسلم العامل عليها بشئ الأعمال»(4).

ويرد عليه: أنه لا- يمكن الأخذ بإطلاق هذه الصحيحة بأن من عمل في أرضٍ فهي له لا سيما مع إطلاق العمل فحينئذ لا بد من حمل الإطلاقين \_ إطلاق من وإطلاق العمل \_ على المحيى وعملية الإحياء فيصير «أو عملوه» عطفاً تفسيرياً لقوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض»، ولذا أعرض الأصحاب عن إطلاق العمل ولم يقل أحد بأن كل من عمل في أرضٍ فهي له.

### فذلكة الكلام

الأراضى العامرة بالأصالة ملك للإمام عليه السلام وتعدّ من الثروات العامة فلا يجوز لأحدٍ تملكها لا بالحيازة ولا بالغرس ولا بالحفر ولا بعمرانها وتنميتها والعمل فيها، نعم كلّ عامل يملك عمله فيها لا أكثر ورقبة أراضيها باقية في ملك الإمام عليه السلام لاستفادة عامة

ص: 63

1- (195) العقد النضيد 4/410.

2- (196) العقد النضيد 4/410.

3- (197) وسائل الشيعة 25/411، ح.1.

4- (198) العقد النضيد 4/411.

التّاس وعملهم فيها ونشاطاتهم عليها لاسيّما بالنسبة إلى الشيعة كما مرّ (1) أنّنا واللّه العالم.

### 3\_ الأرض العامرة بالعرض

#### إشارة

قال الشيخ الأعظم رحمه الله : «الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت: وهو ملك للمحيى، فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأئمة كما عن المهذب [البارع (2)]، وإجماع المسلمين كما عن التنقيح (3)، وعليه عادة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة (4)» (5).

أقول: إحياء الموات مستحبٌ مرغوبٌ فيه لأنّه من مصاديق السعى في تحصيل الرزق المأمور به في قوله تعالى: «فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ» (6) ولقوله عزوجل: «هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا» (7). ولقوله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَضَعَهَا لِلْأَنْعَامِ» (8) وقول عزّ من قائل: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» (9).

قال العلامة: «تذنيب: الإحياء مستحبٌ؛ لما فيه من السعى في تحصيل الرزق المأمور به في قوله تعالى: «فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ» (10) ومن إخراج العاقل من حيّز العطفة المشتملة على تضييع المال إلى حيّز العمارة، وقد روى عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه

ص: 64

1- (199) راجع صفحة 56 من هذا المجلد.

2- (200) المهذب البارع 4/285.

3- (201) التنقيح الرائع 4/98.

4- (202) تذكرة الفقهاء 19/354.

5- (203) المكاسب 4/17.

6- (204) سورة الملك 15/.

7- (205) سورة هود 61/.

8- (206) سورة الرحمن 10/.

9- (207) سورة البقرة 29/.

10- (208) سورة الملك 15/.

قال: «مَنْ أَحْيَا أرضاً ميتةً فله فيها أجر، وما أكله العوافي (1) منها فهي له صدقة» (2) ولأنَّ الله تعالى لم يخلق الأرض عبثاً، بل خلقها والأعيان الخارجة منها \_ كالمعادن \_ والمنافع المتعلقة برقيبتها لمنافع سكانها» (3).

أقول: «وفي خراج يحيى بن آدم القرشى بسنده عن جابر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من زرع زرعاً أو غرس غرساً فأكل منه إنسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة» (4).

وروى الترمذى بسنده عن أنس، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو طير أو بهيمة إلا كانت له صدقة» (5) (6).

ويدلّ على جواز إحياء الموات وملكيّة المحيى لها الأخبار المتواترة إجمالاً عند الفريقين:

منها: صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالان: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحى أرضاً مواتاً فهي له (7).

ومنها: صحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحى مواتاً فهو له (8).

ص: 65

- 
- 1- (209) العوافي جمع العافية، وهي كلّ طالب رزقٍ من إنسانٍ أو بهيمةٍ أو طائرٍ. النهاية \_ لابن الأثير \_ 3/267 «عفا».
  - 2- (210) مسند أحمد 4/238، ح 13859 و 4/275، ح 14091 و 4/(326-325)، ح 14425؛ السنن الكبرى (للبیهقي) 6/148 بتفاوتٍ يسير.
  - 3- (211) تذكرة الفقهاء 19/354.
  - 4- (212) الخراج 78.
  - 5- (213) سنن الترمذى 2/421، ح 1400، أبواب الأحكام، الباب 40 (باب ماجاء في فضل الغرس).
  - 6- (214) دراسات في ولاية الفقيه 4/149.
  - 7- (215) وسائل الشيعة 25/412، ح 5، الباب 1 من أبواب إحياء الموات.
  - 8- (216) وسائل الشيعة 25/412، ح 6.

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها. (1)

ومنها: صحيحته أخرى له قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهي لهم. (2)

ومنها: صحيحة أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم، إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود، خارجهم على (أن يترك) الأرض في أيديهم، يعملونها ويعمرونها. (3)

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل - وأنا حاضر - عن رجل أحيى أرضاً مواتاً، فكري فيها نهرًا، وبني بيوتًا، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ أو عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب (4) نصف العشر. (5)

ومنها: معتبرة السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من غرس شجراً، أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله. (6)

ومنها: موثقة محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ فقال: ليس به بأس قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها فلا أرى بها بأساً لو أنك اشتريت

ص: 66

1- (217) وسائل الشيعة 25/411، ح 3.

2- (218) وسائل الشيعة 25/412، ح 4.

3- (219) وسائل الشيعة 25/416، ح 1، الباب 4 من أبواب إحياء الموات.

4- (220) الغرّب كِفْلُس: الدلو العظيم الذي يتخذ من جلد الثور.

5- (221) وسائل الشيعة 25/412، ح 8.

6- (222) وسائل الشيعة 25/413، ح 1، الباب 2 من أبواب إحياء الموات.

منها شيئاً وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقُّ بها وهي لهم. (1)

ورواها صاحب الوسائل مختصراً وبسند صحيح في كتاب إحياء الموات. (2)

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها، ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة، الحديث. (3)

ومنها: مرسله الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خير، فخارجهم على أن يكون الأرض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشتريت منها شيئاً، وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، فعمره فهم أحقُّ به، وهو لهم. (4)

«تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ» من أحاديثنا، وإما من طرق العامة:

ففي مؤطأ مالك في كتاب الأقضية، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» (5).

ورواه البيهقي بسنده عن مالك. (6)

وروى البخاري في كتاب الوكالة عن عروة، عن عائشة، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق». قال عروة قضى به عمر في خلافته. (7)

ورواها أبو عبيد بسنده، عن عروة، عن عائشة، عنه صلى الله عليه وآله بلفظ «من أحيأ» ورواها البيهقي «مَنْ عَمَّرَ». (8)

ص: 67

1- (223) وسائل الشيعة 15/156، ح 2، الباب 71 من أبواب جهاد العدو.

2- (224) وسائل الشيعة 25/411، ح 1

3- (225) وسائل الشيعة 25/411، ح 2.

4- (226) وسائل الشيعة 25/412، ح 7.

5- (227) مؤطأ مالك 2/121، القضاء في عمارة الموات.

6- (228) سنن البيهقي 6/143، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة فهي له...

7- (229) صحيح البخاري 2/48، باب من أحيأ أرضاً مواتاً.

8- (230) الأموال 363/6؛ سنن البيهقي 6/142، إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد.

وروى أبوداود بسنده عن عروة، قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله، ومن أحياء موتاه فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وآله الذين جاؤوا بالصلوات عنه. (1)

ورواه البيهقي أيضا. (2)

وروى البيهقي بسنده، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله، فمن أحياء من الموات الأرض شيئا فهو له (بعطية رسول الله خ. ل) وليس لعرق ظالم حق. (3)

وروى البيهقي أيضا بسنده، عن كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحياء موتاه من الأرض في غير حق مسلم فهو له، وليس لعرق ظالم حق». (4)

وروى البيهقي أيضا بسنده، عن عروة بن الزبير، عن أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحياء أرضا ميتة لم تكن لأحد قبله فهي له، وليس لعرق ظالم حق». (5)

وروى أبوداود بسنده، عن سمرة، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «من أحاط حائطا على أرض فهي له». (6)

ورواه أيضا في مستدرک الوسائل، عن عوالي اللآلي، عن سمرة. (7)

وروى البيهقي بسنده عن سمرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحاط على شيء

ص: 68

1- (231) سنن أبي داود 2/158، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في إحياء الموات.

2- (232) سنن البيهقي 6/142، كتاب إحياء أرضا ميتة ليست لأحد... .

3- (233) سنن البيهقي 6/142، كتاب إحياء الموات، باب من أحياء أرضا ميتة فهي له... .

4- (234) سنن البيهقي 6/142، كتاب إحياء الموات، باب من أحياء أرضا ميتة ليست لأحد... .

5- (235) سنن البيهقي 6/142، كتاب إحياء الموات، باب من أحياء أرضا ميتة ليست لأحد... .

6- (236) سنن أبي داود 2/159، كتاب الخراج...، باب في إحياء الموات.

7- (237) مستدرک الوسائل 17/111، ح3، الباب 1 من كتاب إحياء الموات؛ عوالي اللآلي، 3/480، ح3.

فهو أحق به، وليس لعرق ظالم حق». (1)

البيهقي بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: «إنّ عادى الأرض لله ولرسوله ولكم من بعد، فمن أحيا شيئاً من موتان الأرض فهو أحق به» (2).

وروى نحوه فى المستدرک عن عوالى اللآلى. (3)

البيهقي بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهي له» (4).

ورواه فى المستدرک عن عوالى اللآلى. (5)

## قولان رئيسيان فى المسألة

### إشارة

وهما:

«القول الأوّل: المشهور من أنّ الإحياء كبقية الأسباب المملّكة \_ سواءً الإنشائيّة منها كالبيع والإجارة أو القهرية كالإرث \_ يعدّ من أسباب حصول الملك، وقد ادّعوا عليه الإجماع، واعتبروا الإحياء مملّكا برغم بقاء ملكيّة الإمام عليه السلام على الأرض.

القول الثانى: أنّ الإحياء لا يعدّ من الأسباب المملّكة، بل هي تفيد الأولوية وحقّ الاختصاص بالأرض» (6).

ص: 69

1- (238) سنن البيهقي 6/142، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد...

2- (239) سنن البيهقي 6/143، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمّي ... .

3- (240) مستدرک الوسائل 17/112، ح5، الباب 1 من كتاب إحياء الموات، عوالى اللآلى 1/44، ح58.

4- (241) سنن البيهقي 6/143، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمّي ... .

5- (242) مستدرک الوسائل 17/111، ح2، الباب 1 من كتاب إحياء الموات؛ عوالى اللآلى 3/480، ح1.

6- (243) العقد النضيد 4/363.

1\_ الإجماع

الوارد في مقالات العلامة (1) وابن فهد الحلّي (2) والفاضل المقداد (3) رحمهم الله كما مرّت (4) في مقالة الشيخ الأعظم (5) في أول البحث.

ويرد عليه: أولاً: الإجماع لم يتم مع وجود قول آخر في المسألة.

وثانياً: على فرض تماميته يكون مدركياً فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدلة.

2\_ استدلال العلامة قدس سره

حيث يقول: «ولأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك، وتشتدّ الضرورة إليه؛ لأنّ الإنسان مدنيّ بالطبع، لا يمكنه أن يعيش كغيره من الحيوانات، بل لابدّ من مسكنٍ يأوى إليه هو وعياله، وموضع يختصّ به، فلو لم يشرع الإحياء لزم الحرج العظيم، وهو منفيّ إجماعاً» (6).

ويردّ عليه: أنّ مدنيّة طبيعة الإنسان واحتياجه إلى المسكن والعمل والمزرع لا تقتضيان لزوم تحقّق الملكية، لإمكان رفع الضرورة بثبوت حقّ الاختصاص والأولوية فهذا الاستدلال، استدلال بالأعم على الأخص وهو لا يفيد.

3\_ الحرج العظيم المنفى

الوارد في مقالة العلامة الماضية آنفاً بتقريب: أنّ الملكية إذا لم تحققت بالإحياء تستلزم الحرج العظيم المنفى في الشريعة المقدسة.

ويردّ عليه: أولاً: قد مرّ مراراً وتكراراً بأنّ دليل رفع الحرج من الأدلة النافية

ص: 70

1- (244) تذكرة الفقهاء 19/354.

2- (245) المهذب البارع 4/285.

3- (246) التنقيح الرائع 4/98.

4- (247) راجع هذا المجلد صفحة 64.

5- (248) المكاسب 4/17.

6- (249) تذكرة الفقهاء 19/354.



للحكم ولا يمكن اثبات الحكم به.

وثانياً: على فرض اثبات الحكم به يمكن رفعه بثبوت الإباحة المطلقة لمن يقوم بعملية الإحياء، بحيث تبقى رقبة الأرض على ملك الإمام عليه السلام ولكن يبيح التصرف للمحيى كما مرّ نظيرها في الأرض العامرة بالأصالة.

وثالثاً: وهكذا يمكن رفعه بثبوت حق الاختصاص والأولوية فلا يمكن إثبات الملكية به.

4\_ النصوص المتواترة إجمالاً بين الفريقين

التي مرّت عشرون منها آنفاً وظهورها على الملكية ممّا لا ينكر وكذا ظهور «اللام» فيها وغيرها من الظهورات الواردة في النصوص كما مرّت بعضها في المجلد الثالث من المكاسب المحرمة. (1)

## أدلة القول الثاني

### إشارة

«وقد نسب هذا القول إلى جماعة من الأصحاب: منهم شيخ الطائفة الشيخ الطوسي قدس سره في كتابه المبسوط (2).

ومنهم المحقق في كتابه الشرائع (3) في بحث الجهاد.

ومنهم الشهيد الثاني قدس سره في المسالك (4)، بل حكى هذا القول فيه عن الأكثر.

ومنهم السيّد محمّد من آل بحر العلوم قدس سره في بلغته (5)» (6).

وتبعهم المحققون الإصفهاني (7) والخوئي (8) والمنتظري (9) والفياض (10) ورآه

ص: 71

1- (250) الآراء الفقهية 3/467 وما بعدها.

2- (251) المبسوط 3/370.

3- (252) الشرائع 3/215 و 216.

4- (253) المسالك 12/401.

5- (254) بلغة الفقيه 1/347.

6- (255) الأراضى 98/ بترتيب وتخريج مآ.

7- (256) حاشيته على المكاسب 3/20.

8- (257) مصباح الفقاهة 5/131؛ التنقيح في شرح المكاسب 2/246.

9- (258) دراسات في ولاية الفقيه 4/205.



الشهيد السيّد محمّدباقر الصدر(1) رأياً فقهياً يبدو أكثر انسجاماً مع نصوص الشريعة.

واستدلوا عليه بعدّة من الروايات تدلّ على «عدم خروج الأرض عن ملك صاحبها بالقيام بعملية الإحياء والعمارة، ودخولاً في ملك من يقوم بهذه العملية.

منها: صحيحة أبي سيّار مسمع بن عبدالمك \_ في حديث \_ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي كنت وليت الغوص فأصبت أربعمئة ألف درهم، وقد جنت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقّك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلاّ الخمس؟! يا أبا سيّار، الأرض كلّها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كلّهُ؟ فقال لي: يا أبا سيّار، قد طيناه لك وحللناك منه فضمّ إليك مالك، وكلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون، ومحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغيرة.(2)

«وقد استُفيدَ من هذه الصحيحة عدّة أمور:

الأوّل: استُفيدَ من إطلاق قوله: «الأرض كلّها لنا...» أنّ أصل رقبة الأرض وما يتفرّع منها \_ قبل الإحياء وبعده \_ للإمام، ومقتضى الجمع بين هذا الخبر وأخبار الإحياء ثبوت الملكيّة للإمام وحقّ التصرف للمُحيي.

الثاني: كما يستكشف من قوله: «فكلّ ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون» ثبوت الملكيّة للإمام والحقّ للمحيي.

الثالث: كما يستكشف من قوله: «فيجربهم طسق ما كان في أيدي سواهم» أنّ

ص: 72

1- (260) اقتصادنا /416 (طبعة أخرى /463).

2- (261) وسائل الشيعة 9/548، ح 12.

الإمام يسترجع أجرة أرضه من المخالفين دون شيعته، حيث يعطف عليهم بإباحة أجزائها وطسقتها لهم.

الرابع: كما إن قوله: «فإنَّ كسبهم من الأرض حرامٌ عليهم» دليلٌ على [عدم] ملكيتهم، لعدم إمكان اجتماع حرمة التصرف مع ملكية المحيي.

الخامس: كما إن قوله: «فياخذ الأرض من أيديهم» دليلٌ على عدم مملكية الإحياء، وإلا لما جاز سلب الملكية عن المالك وإخراجه من أرضه»(1).

وبعبارةٍ أخرى: «يستفاد منه كون الأرض مطلقاً ومنها الموات للإمام وأنها مباحة لشيعتهم ولكن لهم أخذ طسقتها بل استرداد أصلها منهم فيدلُّ على عدم انتقال الرقبة إليهم وبقاء علاقة الإمام بها»(2).

منها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال وجدنا في كتاب علي عليه السلام أنَّ الأرض لله يورثها من يشاء من عباده «وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّعِينَ»(3)، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحبب أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمرها وأحياها، فهو أحقُّ بها من الذي تركها، فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم.(4)

وهذه الرواية تتضمن عدة نقاط:

الأولى: أنَّ الأرض بتمامها داخلية في نطاق ملكية الإمام عليه السلام، وقد تقدم أنَّ هذه الملكية حكم شرعي، لا أمر تكويني، ولا معنوي، وذكرنا أنه لا مناص من الالتزام بذلك.

الثانية: أنه قد قيد المحيي فيها بكونه من المسلمين، وسيأتي الكلام من هذه

ص: 73

1- (262) العقد النضيد 4/370.

2- (263) دراسات في ولاية الفقيه 4/203.

3- (264) سورة الأعراف/128.

4- (265) وسائل الشيعة 25/414، ح2، الباب 3 من أبواب إحياء الموات.

الثالثة: أنّ الإمام عليه السلام قد فرض الخراج فى هذه الرواية على من يقوم بعملية الإحياء تقرّيعاً على ملكيته عليه السلام ومن الطبعى أنّ هذه النقطة تنص على أنّ عملية الإحياء فى أرض الإمام عليه السلام لا توجب تملك المحيى لرقبتها. وإنّما هى توجب كونه أحقّ بالتصرّف بها من غيره، وإلاّ فلا مقتضى لفرض الخراج عليه.

الرابعة: أنّ الحق الخاص الذى حصل للمحيى فى الأرض على أساس قيامه بإحيائها إنّما هو يرتبط بالأرض ما دامت حيّة، فإذا انقطعت الحياة عنها بتركها انقطع حقه عنها نهائياً، فإذا قام غيره بإحيائها ثانياً حصل له الحقّ فيها على أساس ذلك. وهذه النقطة تدلّ بوضوح على أنّ رقبة الأرض قد ظلت فى ملك الإمام عليه السلام .

الخامسة: ان القائم من آل محمّد صلى الله عليه وآله إذا ظهر بالسيف أخذ الأرض التى فى أيدي غير الشيعة، وتترك الأرض التى فى أيديهم. وهذه نص فى بقاء علاقة الإمام عليه السلام بالأرض، وعدم انقطاع علاقته عنها بقيام غيره بإحيائها.

وبعبارة أخرى: يستفاد من هذه الرواية أمور:

«الأول: أنّ الأرضين كلها للإمام بما هو إمام، يعنى أنّ له الولاية عليها وتكون تحت اختياره.

الثانى: أنّ كل مسلم مجاز فى إحيائها وعمرانها.

الثالث: أنّه يجب على من أحيا شيئاً منها أن يؤدّى خراجها إلى الإمام من أهل بيته، يعنى من له حق الإمامة لا كلّ من يدعيها ويتمصّها جوراً. ولازمه عدم تملك المحيى للرقبة وإن صار أحقّ بها من غيره.

الرابع: أنّ حق المحيى ثابت مادام يتوجه إليها وإلى إحيائها، فإن تركها بالكلية أو خربت وزالت آثار إحيائه زالت علاقة المحيى بها بالكلية وجاز لغيره إحيائها وأداء خراجها إلى الإمام.

الخامس: أنّ للقائم من آل محمّد عليه السلام الذى صار قادراً مبسوط اليد أن يأخذ الأرض ممن فيها، نعم لا يأخذها من شيعته ولعله لشفقته الخاصة بهم.

ومقتضى جميع ذلك بقاء علاقة الإمام بالأرض في جميع المراحل، فيكون وزن الإمام في إذنه لإحياء الأرض وزان من حفر قناة وهياً ماء لمنطقة خاصة ثم نادى: من أحيا وعمر قسمة من هذه المنطقة صار أحق بها من غيره، فليس معنى ذلك إلا أنه أولى بالتصرف فيها وأنه يملك آثار إحيائه لا أنه يملك رقبة الأرض وتنقطع علاقة المالك عنها»(1).

ومنها: صحيحة عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل، يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً ممّا تركها أهلها، فعمّرها وكرى أنهارها، وبنى فيها بيوتا، وغرس فيها نخلا شجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «من أحى أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤديها إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»(2).

«المستفاد من مضمون هذه الصحيحة أمران:

الأول: أنّ الأرض عارية بيد المؤمنين زمن الغيبة وإتّما عليهم دفع طسقتها، وأمّا إذا ظهر الإمام عليه السلام فعليهم أن يوطنوا أنفسهم على الاسترجاع منهم»(3).

فحينئذٍ ذيلها نصّ: في بقاء الأرض في نطاق ملكية الإمام عليه السلام ولا تنقطع علاقته عليه السلام عنها نهائياً بقيام غيره بإحيائها.

«الثاني: استدلال من التزم بأن الإحياء من أسباب ملكية الأرض الموات باللام الواردة في بعض الأخبار والظاهرة في الملك، وما ورد في هذه الصحيحة من قوله: «من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له» يعدّ مفسّراً للام المذكورة في تلك الأخبار، ونسبتهما نسبة العموم والخصوص المطلق، أي الحاكم والمحكوم والمفسّر والمفسّر دون التعارض، فتدلّ الأخيرة على أنّ المؤمن يملك الأرض بالكيفية المذكورة لا مطلقاً»(4).

ص: 75

1- (266) دراسات في ولاية الفقيه 4/201.

2- (267) وسائل الشيعة 9/549، ح 13، الباب 4 من أبواب الأنفال.

3- (268) العقد النضيد 4/371.

4- (269) العقد النضيد 4/371.

وبعبارة أخرى: «مفادها أنّ الأرض للإمام وأنّ للمؤمن إحياءها، ومع تصرّيحها بأنّها لمن أحيها صرّح بأنّ عليه طسقتها وأنّ للقائم عليه السلام أن يأخذها منه. فيستفاد منها بقاء علاقة الإمام بها وعدم مالكية المحيي لرقبتها، فيراد بكونها له أحقيته بها من غيره ومالكته لآثار إحيائه، وبذلك يفسّر سائر الأخبار الحاكمة بأنّ من أحيأ أرضاً فهي له.

ولعل المقصود بالإمام في حال الهدنة مطلق من له حق الإمامة شرعاً لخصوص المعصوم، كما يحتمل بعيداً أن يراد بالقائم فيها كلّ من له حق الإمامة إذا قام بالسيف. ولا يلزم توطين النفس على أخذ الأرض منه أخذ الأرض منه فعلاً بل يراد إيمانه بأنّ الأرض ليست له، فلا ينافي هذا رواية الكابلي الحاكمة بعدم أخذها من الشيعة، فتدبر»(1).

أقول: لا نوافق مع بعض أساتذتنا قدس سره في كلامه الأخير: «لعلّ المقصود...» الخ ولعلّ أشار إلى ضعفه بالتدبر في آخر كلامه.

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: «الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: فليؤدّ إليه حقّه»(2).

فإنّ قوله عليه السلام: «فليؤدّ إليه حقّه» نص في أنّ علاقة صاحب الأرض لا تنقطع عن أرضه نهائياً بذلك. وإلّا لم يبق حقّ له.

وبعد ذلك نقول. ان هذه المجموعة التي هي روايات أزيغ بما انها نص في أنّ علاقة الإمام عليه السلام لا تنقطع عن رقبة الأرض بقيام غيره بعملية إحيائها واستثمارها، فبطبيعة الحال تتقدم على المجموعة السابقة التي هي ظاهرة في أنّ عملية الإحياء توجب تملك المحيي لرقبة الأرض، فإنّ النص يتقدم على الظاهر، بل لو لم تكن نصاً فلا شبهة في أنّها أظهر من تلك المجموعة، والأظهر يتقدم لدى العرف على الظاهر، فلا معارضة بينهما.

ص: 76

1- (270) دراسات في ولاية الفقيه 4/202.

2- (271) وسائل الشيعة 25/415، ح 3.

وعليه فلا بدّ من رفع اليد عن ظهور تلك المجموعة، وحملها على أنّ العلاقة التي توجبها عملية الإحياء للمحيى بالأرض إنّما هي على مستوى الحقّ فحسب، دون الملك، بقرينة هذه المجموعة»(1).

«وبالجملة، المستفاد من هذه الأخبار الصحيحة التي أفتى بمضمونها الشيخ(2) وابن البراج(3) وابن زهرة(4) في كتبهم المعدة لنقل المسائل الماثورة عن الأئمة عليهم السلام : هو أن الأرض الموات للإمام وفاقاً لسائر الأخبار الحاكمة بذلك، وأن للمسلمين إحياءها وأداء طسقتها إليه، وأن للقائم عليه السلام إذا قام أخذ الأرض منهم.

ومقتضى ذلك كله بقاء علاقة الإمام بها وأن المحيى لا يملك الرقبة بل يملك ما هو أثر فعله من آثار الإحياء ما بقيت ويكون هو أحقّ بها من غيره وأولى بالتصرف فيها. وأفتى في السرائر(5) أيضاً بمثل ما أفتوا به، فيكون هذا القول مشهوراً بين قدماء أصحابنا»(6).

### اشكالات ثلاثة على القول الثاني

الأول: صحيحة عبدالله بن سنان نصّ في القول الأول

صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال: سئل \_ وأنا حاضر \_ عن رجل أحيى أرضاً مواتاً، فكري فيها نهراً، وبنى بيوتاً، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادّ عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر.(7)

ص: 77

1- (272) الأراضى / (95-97) مع إضافات وإصلاحات كثيرة.

2- (273) المبسوط 3/370.

3- (274) المهذب 1/183.

4- (275) الغنية / 293.

5- (276) السرائر 1/481.

6- (277) دراسات في ولاية الفقيه 4/203.

7- (278) وسائل الشيعة 25/412، ح 8، الباب 1 من أبواب إحياء الموات.



بتقريب: هذه الصحيحة «نص في أن صلة الإمام عليه السلام بالأرض تنقطع عنها نهائيا بقيام غيره بإحيائها والسيطرة عليها. وكذا نص في نفى الخراج بقرينة الاقتصار فيها على ذكر الزكاة.

فإذن بطبيعة الحال تقع المعارضة بين هذه الصحيحة، والصحاح المتقدمة، باعتبار أن هذه الصحيحة نص في أن عملية الإحياء توجب علاقة المحيي بالأرض على مستوى الملك، وانقطاع علاقة الإمام عليه السلام عنها نهائيا، وتلك الصحاح نص في أنها لا توجب إلا علاقة المحيي بها على مستوى الحق، وبما أنه لا مرجح لتلك الصحاح عليها، فلا يمكن الأخذ بها، وطرح صحيحة عبدالله بن سنان، فإذن لا محالة تسقطان معا، وبعد سقوطهما كذلك لا مانع من الرجوع إلى المجموعة الأولى من الروايات الظاهرة في أن عملية الإحياء توجب الملك، وذلك لأن المانع من الأخذ بظاهر تلك المجموعة إنما هو الصحاح المزبورة، فإذا افترض سقوطها بالمعارضة لم تصلح للمانعة عن الأخذ بظاهرها.

ونظير ذلك ما إذا كان في المسألة عام وخاص، وفرضنا أن الخاص قد سقط عن الاعتبار، إمّا من ناحية ابتلائه بالمعارض: أو من ناحية أخرى، فعندئذ لا مانع من الرجوع إلى العام»(1).

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ كبرى هذا الإشكال «وإن كانت في غاية الصحة والتمانة، ولا إشكال عند الأصحاب فيها، لا نظريًا، ولا عمليًا في أبواب الفقه إلا أن ما نحن فيه ليس من صغرى تلك الكبرى، وذلك لأنّ صحيحة عبدالله بن سنان لا تصلح أن تكون طرفًا للمعارضة مع الصحاح المتقدمة، لوضوح أنّ الصحيحة ليست نصًا في مدلولها، بل ولا أظهر من الروايات المتقدمة، ضرورة أن قوله عليه السلام في الصحيحة: «هي له»، كقوله عليه السلام في تلك الروايات «فهي له» فإنّ التعبير فيهما على مستوى واحد، ومن المعلوم أنّ المتفاهم العرفي من مثل هذا التعبير ليس أزيد من الظهور في الاختصاص على مستوى الملك، كما أنّ دلالة الصحيحة على عدم وجوب الخراج لا تتعدى عن الظهور

ص: 78

الإطلاقى الناشئ من السكوت فى مقام البيان.

وإن شئت قلت: إنَّ الصحيحة بما أنَّها كانت فى مقام البيان، ومع ذلك قد اقتضت على وجوب الزكاة، وسكتت عن وجوب الخراج، فيحصل لها ظهور عرفى فى عدم وجوبه. ومن الواضح أنَّ هذا الظهور ليس بأقوى من سائر الظهورات.

فالنَّتيجة فى نهاية الشوط: إنَّ ظهور هذه الصحيحة فى سببية الإحياء للملك، ليس بأقوى من ظهور الروايات المتقدمة فى ذلك فضلاً عن كونها نصاً، فلا فرق بينها، وبين تلك الروايات من هذه الناحية»(1).

الثانى: جواز بيع هذه الأراضى تنافى مع القول الثانى

بتقريب: «ترتَّب آثار الملك على الأرض المحيية، حيث اتَّفقت الجميع على جواز بيعها بعد الإحياء، ممَّا يتنافى مع القول بثبوت الحقِّ، ويتأكَّد الإشكال بناءً على اعتبار الملكية فى المبيع.

يمكن الإجابة عنه: أولاً: بحسب المبانى المختلفة:

أما على المبنى المشهور: من الالتزام بثبوت الحقِّ والحكم بصحة البيع، فالجواب عنه يكون بعين ما أُجيب عن ترتيب آثار الملك على المعاطاة، حيث التزمنا بأنَّ مقتضى الجمع بين دليل «لا يبيع إلا فى ملك» واستصحاب عدم تحقُّق الملك من خلال البيع الفعلى، هو تحقُّق الملكية أنا ما قبيل التصرفات المتوقَّفة على الملك، وكذلك الحال فى المقام فإنَّ مقتضى الجمع بين ما دلَّ على أنَّ الإحياء يثبت الحقِّ، وقيام الضرورة القطعية والسيرة الثابتة على صحة التصرفات الصادرة من المحيى على الأرض من البيع والإجارة وغيرهما، هو تحقُّق الملكية أنا ما وقبل قيام المحيى بالتصرفات المتوقَّفة على الملك.

وأما على المبنى الثانى(2) المخالف للمشهور: القائل بأنَّ البيع هو تبديل طرفى

ص: 79

1- (280) الأراضى /99 و 100.

2- (281) وهو مختار المحقِّقين: النائى وتلميذه السيّد الخوئى \_ رحمهما الله \_ .

الإضافة سواءً كانت الإضافة ملكاً أو حقاً، فإنّ الإشكال مندفع أيضاً لصحة المبادلة في مطلق الإضافة وإن كانت حقاً.

وأما على مبنى المحقق الإصفهاني: القائل بأن حقيقة البيع هو: «جعل الشيء بإزاء شيء آخر» الشامل للملك والحق؛ لأنّ الشيء الآخر الواقع بإزاء الثمن قد تكون أرضاً وقد يكون حقاً، ويكون الإشكال أيضاً مندفعاً لأنّ متعلّق الشيء على هذا المبنى أعمّ من المملوك والحق»(1)

وثانياً: يجوز بيعها كما يجوز بيع الأراضى الخراجية باعتبار ما أحدثها على الأرض من الزرع والغرس والحفر والبناء وغيرها من الإحداثيات التي تملكها المحيي عليها بلا اشكال عند الجميع والله العالم.

الثالث: ثبوت الخمس في نفس الأرض المحيية يُنافى القول الثاني

عدّ السيّد الخوئي هذا الإشكال من الفروع المبتلى بها كثيراً وسَلَّمَ به وذهب في تقرير بحثه بعدم ثبوت الخمس فيها وقال: «وقد سُئلنا عنه مراراً وهو ثبوت الخمس في نفس الأرض الموات بعد الإحياء إذا كان الإحياء للتجارة دون مؤنة نفسه وعياله فإنّه على ما ذكرناه لا خمس في نفس الأرض لعدم كونه ملكاً للمُحْيِي ليدخل تحت المنافع الحاصلة يوماً فيوماً، بل يثبت الخمس في منافعها بعد مضيّ الحول كما هو واضح»(2).

ولكنّه تراجع عن هذا التّسليم وذهب إلى الالتزام بثبوت الخمس في نفس هذه الأراضى في كتاب فتواه حيث يقول: «... وأما إذا كان تعميره بقصد التجارة بنفس البستان وجب الخمس في ارتفاع القيمة الحاصل في آخر السنة، وإن لم يبيعه كما عرفت»(3).

فهذا الاشكال لا يمكن الإجابة عنه إلاّ بالقول بعدم ثبوت الخمس في نفس هذه الأراضى وفتوى الأصحاب على خلافه.

ص: 80

1- (282) العقد النضيد 4/373.

2- (283) مصباح الفقاهة 5/131.

3- (284) منهاج الصالحين 1/333، مسألة 1215.

مستند القولين \_ القول بالملكيّة والقول بالأحقّيّة والأولوية \_ طائفتان من الروايات كما مرّتا وهما في بداية الأمر متعارضتان فلا بدّ من الجمع بينهما لو أمكن وإلاّ إعمال قواعد الترجيح لو وُجد وإلاّ قواعد التعارض.

وأما الجمع: فممكّن لوجود روايات شاهد الجمع بينهما وهي: موثقة أو صحيحة محمّد بن مسلم الماضية وفي آخرها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم. (1)

في هذه الموثقة أو الصحيحة فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقّيّة في إحياء الأرض هي المالكية بقرينة «اللام» الظاهرة في الملكية. (2)

ومثلها: معتبرة محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم. (3)

ونحوها مرسلّة الصدوق وفيها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض فعمره فهم أحقّ به وهو لهم. (4)

وقد كتبت في الجزء الثالث: «ومن هنا ظهر معنى كلمة «الأحقّيّة» في غيرها من الروايات الواردة في شأن الإحياء أنّ المراد بها هي الملكية:

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها. (5)

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بأداء الحقّ الوارد في صحيحة سليمان بن خالد هو ردّ رغبة الأرض للمحيي الأول، لأنّ حقّه هو ملكيته للأرض، وإليك نصّها:

ص: 81

- 1- (285) وسائل الشيعة 15/156، ح 2، وسائل الشيعة 25/411، ح 1.
- 2- (286) كما مرّ ممّا ذكرنا هذا الجمع في هذا الكتاب: الآراء الفقهية 3/468.
- 3- (287) وسائل الشيعة 25/412، ح 4.
- 4- (288) وسائل الشيعة 25/412، ح 7.
- 5- (289) وسائل الشيعة 25/411، ح 2.

صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقّه. (1)

وفي هذه الصحيحة يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالك ولكنه ترك إحياءها فصار مواتا وأحيائها الثاني فماذا عليه؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقة - أي الزكاة فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنه إذا عرف صاحبها فليؤد إليه حقّه أي أرضه، لأنّه مالك لرقبة الأرض. هذا ما استفدته منها.

وكذا يُحمل الترك على الإعراض في الروايات الآتية بقرينة أنّ المحيي يصير مالكا لرقبة الأرض.

نحو: صحيحة معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها فإنّ عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمّرها. (2)

بل لا بدّ أن تُحمل في هذه الصحيحة كلمة «تركها» بـ «أعرض عنها»، وإلّا لا يتم تطبيق الكبرى الموجودة في آخرها على المطلوب، وهو ملكية المحيي الثاني على الأرض، وهي قوله عليه السلام: «فإنّ الأرض لله ولمن عمّرها».

ولأنه لو لم يعرض المحيي الأوّل عن الأرض فالكبرى تنطبق عليه لا على الثاني، فلا بدّ من حمل كلمة «تركها» فيها على الإعراض حتّى تنطبق الكبرى على الثاني. والأمر هكذا في الصحيحة الآتية، فلا بدّ من حمل كلمة «تركها أهلها» في كلام السائل على إعراض أهلها، وإلّا لم تنطبق الكبرى الواردة في كلام الإمام عليه السلام، وهي قوله: «مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ» على المحيي الثاني، بل تنطبق على المحيي الأوّل، وهو

ص: 82

1- (290) وسائل الشيعة 25/415 ح 3.

2- (291) وسائل الشيعة 25/414 ح 1.

خلاف المطلوب. هذا ما ظهر لي عند التأمل.

ومنها: صحيحة عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وكري أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحبب أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام في حالة الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه. (1)

يُحمل بقرينة ما ذكرنا «الترك» الوارد في كلام السائل على الإعراض، ولكن الوارد في جواب الإمام عليه السلام تقييد المحيي بالإيمان، ولا يمكن تقييد المطلقات به لأنّهما مثبتان. والظاهر بعد قبول أنّ عملية الإحياء توجب الملكية لأبداً من حمل الطسّق الوارد فيها على الزكاة، كما يظنُّ من صحيحتي سليمان بن خالد (2) وعبد الله بن سنان (3) الماضيتين.

ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمة «الطسّق» الأجرة، لأنّ الأرض الموات من الأنفال، والأنفال كلّها للإمام عليه السلام، فيمكن له أن يأذن في عملية الإحياء ولكن مع جعل الطسّق، أي الأجرة على المحيي، فله أن يجعل الطسّق والأجرة. ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره.

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به، أي للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيي أو له أن يجعل عليه الطسّق أو الأجرة. كما يمكن دعوى أنّ المراد بالهدنة زمن حكومة غير الأئمة عليهم السلام، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم، لأنّهم كلّهم همّ القائمون بالحقّ.

ويمكن أن يقال: بأنّ الضمير المستتر في كلمة «تؤخذ» يرجع إلى الزكاة، فيصير المعنى: أنّ القائم — بالمعنيين — يأخذ الزكاة في زمن ظهوره أو اقتداره ولكن في غيرها من

ص: 83

1- (292) وسائل الشيعة 9/549 ح 13.

2- (293) وسائل الشيعة 25/415 ح 3.

3- (294) وسائل الشيعة 25/412 ح 8.

الزمن على المالك أن يؤديها. هذا ما ظهر لنا بعد التأمل في الرواية.

ومنها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»<sup>(1)</sup>، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحبب أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم.<sup>(2)</sup>

عبرنا عن الرواية بالخبر لأنّ أبا خالد الكابلي أثنان:

أحدهما: الكبير اسمه كندر وقيل وردان، وقد ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين زين العابدين عليه السلام.<sup>(3)</sup> وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا.

ثانيهما: الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ في أصحاب الباقر عليه السلام وقال: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر، روى عنه عليه السلام وعن أبي عبد الله عليه السلام، والكبير اسمه كندر»<sup>(4)</sup>. وكذا ذكره في أصحاب الصادق عليه السلام وقال في شأنه: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر روى عنهما عليهما السلام والأكبر كندر»<sup>(5)</sup>. وهذا الأصغر لم يرد توثيقه، ولذا استشكل في سند الرواية بأن أبا خالد الكابلي إمّا مشترك أو أنّ الراوى عن أبي جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط \_ كما هو الصحيح \_ ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها. بل هي ضعيفة الإسناد لعدم اعتبار أبي خالد الكابلي الأصغر الراوى عن أبي جعفر عليه السلام، ولذا تعجّب الشيخ الحر في حاشية

ص: 84

1- (295) سورة الأعراف/ 128 .

2- (296) وسائل الشيعة 25/414 ح 2 .

3- (297) رجال الشيخ/ 100 الرقم 2 .

4- (298) رجال الشيخ/ 139 الرقم 5 .

5- (299) رجال الشيخ/ 328 الرقم 26 .

وأما المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبوخالد القمط كوفي» (2)، وكذلك عنوانه في الفهرست وقال: «أبوخالد القمط له كتاب وقال ابن عقدة: اسمه كنكر» (3). فهو غيرهما لأنهما كأبليان وهذا الرجل كوفي بتصريح الشيخ، ويبعد اتحاد الأخير مع أبي خالد الكوفي المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الرضا عليه السلام (4) لبعده الزمان.

وأما دلالتها: فيمكن حملها على ما ذكرنا، بأن للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضى الأنفال الخراج أو الطسق أو الأجرة، والمراد بجملة «وله ما أكل منها» أنه مالها، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحيائها وتملكها مع أداء الخراج. ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين، لأنهما كما مرّ مثبتتان. والرواية تدلّ على أن القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعته ويأخذ منهم الخراج.

ولا بأس بالأخذ بما فيها بالنسبة إلى ما بعد الظهور لو تمّ سندها. والأمر فيه سهل، لأنّ الإمام عليه السلام عالم بوظيفته وعلينا أن نطيعه. ويمكن اختلاف الحكم بين زمنى ما قبل الظهور وما بعده.

والحاصل: ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحیی \_ بلا فرق بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً \_ ولا تخرج عن ملكه إلاّ بالإعراض أو الأسباب الناقلة للملك، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحيائها أو التصرف فيها إلاّ بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحيائها ولكن لو علم المحیی أو حضر

ص: 85

1- (300) وسائل الشيعة 25/415 .

2- (301) رجال الشيخ / 277 الرقم 9 .

3- (302) الفهرست / 522 الرقم 830 .

4- (303) رجال الشيخ / 396 الرقم 2 .



المالك يجب على المحيي ردّ رقة الأرض والأجرة له.

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضى الأنفال، وأما غَيْرُها من الأراضى فلا يختلف أحدٌ بأنّها باقية على ملك مالِكها ولو طرأ عليه الموت. ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأراضى المفتوحة عَنوة لو طرأ عليها الخراب، فهى باقية على ملك المسلمين بلا خلاف عند الأصحاب (قدس الله أسرارهم). هذا ما أدى إليه نظرى القاصر بعد التتبع والتأمل فى الروايات، والله سبحانه هو العالم»(1).

وأما الترجيح: فيمكن ترجيح روايات الملكية بوجوه عديدة:

منها: أنّ روايات الأحقية قد أعرضَ عنها الأصحاب وهم لا يعملون بها فتسقط عن الحجية والاعتبار.

ومنها: «إنّ سيرة المسلمين عامة قد جرت عمليا من لدن زمان الأئمة عليهم السلام إلى زماننا هذا على عدم اعطاء الخراج والطلب للإمام عليه السلام ومن الطبيعى أنّ هذه السيرة كما تكشف عن انقطاع صلة الإمام عليه السلام عن الأرض نهائيا ودخولها فى ملك من يقوم بإحيائها. كذلك تكشف عن إعراض الأصحاب جميعا عن تلك الصحاح وعدم عملهم بها»(2).

ومنها: أنّ الروايات التى تدلّ على تملك المحيي لرقبة الأرض بالإحياء روايات معروفة مشهورة بين الأصحاب، وهذا بخلاف الروايات التى تدلّ على عدم تملكه بعملية الإحياء، فإنّها بالإضافة إليها روايات شاذة، وحيث أنّ الشهرة فى الرواية من إحدى مرجحات باب المعارضة، فتقدّم تلك الروايات المشهورة على هذه الروايات النادرة»(3).

ومنها: لو سلّم تمامية أسناد روايات الأحقية ودلالاتها «فهى مخالفة لارتكاز المتشريعة على ثبوت الملك دون مجرد الحق»(4).

وهذه المرجحات تكفي فى الأخذ بروايات الملكية حتى لو لم يقبل الجمع الذى

ص: 86

1- (304) الآراء الفقهية 3/ (469-473).

2- (305) الأراضى /103.

3- (306) الأراضى /107.

4- (307) العقد النضيد 4/386.

وأما التعارض: فلو لم يقبل الجمع والترجيح تصل النوبة إلى معارضة الطائفتين فتسقطان وتصل النوبة إلى السيرة العقلانية الدالة على ملكية أراضى الموات لمحييها \_ والارتكاز المتشعبة الماضية ناشئة منها \_ ، لأنهم فى الأعصار والأمصار يعملون بها ويحكمون عليها ويمشون على طبقها.

وعلى فرض انكار هذه السيرة العقلانية، «يرجع إلى الأصل ومقتضى الاستصحاب أيضا بقاء الحق للمحيى الأول على ما هو الصحيح من جريان الاستصحاب عند الشك فى المقتضى بل حتى على مختار الشيخ لأنه من قبيل الشك فى الراجع وأنه بعد عروض الخراب يرتفع حق المحيى الأول أم لا، والشبهة فى المقام وإن كانت حكمية إلا أن أمثال المورد مما كان الحكم بالأحقية ولو بعد عروض الخراب موردا لإمضاء العقلاء وليست من الأمور التأسيسية فيجربى فيها الاستصحاب»(1).

والحاصل: مختارنا هو القول بالملكية كما عليه المشهور والمعمول بها عند الأصحاب \_ قدس الله أسرارهم \_ ، والله العالم.

### تنبية

قال الشيخ الأعظم: «لكن ببالى من المبسوط(2) كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبة، فلا بد من الملاحظة»(3).

أقول: قد بحثنا(4) عن مقالات شيخ الطائفة الطوسى قدس سره فى التهذيب(5)

ص: 87

1- (308) تعليقة آية الله الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/124.

2- (309) المبسوط 2/29.

3- (310) المكاسب 4/17.

4- (311) الآراء الفقهية 3/ (455-458).

5- (312) التهذيب 4/146.

والاستبصار(1) والنهائية(2) والمبسوط جهاده(3) وإحيا مواته(4) وقلنا:

«والحاصل، أنّ الشيخ قدس سره عدل عمّا ذكره فى التهذيبين والنهائية بما ذكره فى المبسوط، وفيه ذهب إلى ملكية أراضي الموات إذا كانت عملية الإحياء بإذن الإمام عليه السلام، وذهب أيضا أنّ طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملك مالكيها بل يبقى فى ملكه وملك وراثته»(5).

فلا نعيد البحث هنا فراجع ما حرّزته هناك والحمد لله المعيد.

### تذكير: ثمرات البحث بين القولين

أذكر لك بعض الثمرات المترتبة على القولين \_ الملك أو الأحيائية \_ وهى:

1\_ «إمكان إسقاط الحق والتنازل عنه، بناءً على ثبوت الحق دون الملك، لأنّ الإضافة الحقيقية أمر قابل للإسقاط والسقوط، دون الإضافة الملكية غير القابلة لهما.

2\_ لو قلنا بثبوت الملك، فإنّه لا مانع فى تصحيح العقود الواقعة على الأرض من البيع والصلح والهبة والوقف وغيرها، أمّا مع الالتزام بالحق فإنّه لا مجال لتصحيح هذه المعاملات إلاّ بناءً على الملكية أنا ما قبل البيع أو الصلح، وإثبات هذا النوع من الملكية بحاجة إلى مؤونة زائدة، وقد بحثنا عنها فى المعاطاة.

3\_ أنّه تصحّ المعاوضة على الحقّ بناءً على إمكان وقوع الحقّ عوضاً فى المعاملات، دون ما إذا التزمنا بثبوت الملك.

وبعبارة أخرى: أنّ إضافة الحقّ إلى المحيى صالحة للمعاوضة عليها، دون الإضافة الملكية المتوقّفة على تحقّق متعلّق الإضافة.

ص: 88

1- (313) الاستبصار 3/108.

2- (314) النهاية (420-418)، و 443.

3- (315) المبسوط 2/29.

4- (316) المبسوط 3/269 و 270.

5- (317) الآراء الفقهية 3/458.

4\_ عدم تعلق الخمس بالأرض المحيية بناءً على الحقّ دون القول بالملك»(1).

### تكميل: بعض أحكام هذا القسم

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ القسم الثالث، إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفّار.

فإن كان(2) من المسلمين فملكهم لا يزول إلاّ بناقل أو بطرّو الخراب على أحد القولين.

وإن كان من الكفّار، فكذلك إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام . وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاعتناء، كسائر أموالهم»(3).

### تتميمان:

### الأول: هل يعتبر كون المحيي مسلماً؟

### إشارة

فيه قولان:

### 1\_ اعتبار اسلام المحيي

وهو ظاهر المحقّق لأنّه قال: «ملكه المحيي له إذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر»(4).

وقال ابن اخته وتلميذه العلامة: «إذا أذن الإمام لشخصٍ في إحياء الأرض الموات، ملكها المحيي إذا كان مسلماً، ولا يملكها الكافر بالإحياء ولا يباذن الإمام في الإحياء، فإن أذن الإمام فأحيها، لم يملك عند علمائنا \_ وبه قال الشافعي(5) \_ لما رواه العامة في

ص: 89

1- (318) العقد النضيد 4/387.

2- (319) كذا، والمناسب: كانت.

3- (320) المكاسب 4/18.

4- (321) الشرائع 3/215.

5- (322) الحاوي الكبير 7/476؛ المهذب \_ للشيرازي \_ 1/(431-430)؛ نهاية المطلب 8/285؛ الوجيز 1/241؛ الوسيط 4/218؛ حلية العلماء 5/497؛ التهذيب \_ للبيهقي \_ 4/490؛ البيان 7/413؛ العزيز شرح الوجيز 6/207؛ روضة الطالبين 4/344؛ الإشراف على



قوله عليه السلام: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم متى أيها المسلمون»... وقال مالك وأبوحنيفة وأحمد أنه لا فرق بين المسلم والذمي في التملك بالإحياء؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أحيأ أرضاً ميتةً فهي له» ولأن الإحياء جهة من جهات التملك، فاشترك فيها المسلم والذمي، كسائر جهاته من الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد في دار الإسلام(1)»(2).

وتبعهما المحقق الثاني وقال: «وكذا يشترط كون المحيي مسلماً، فلو أحيأ الكافر لم يملك عند علمائنا وإن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام»(325).

ثم أضاف: «والحق: أن الإمام لو أذن له في الإحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له، وإنما البحث في أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك أم لا؟ نظراً إلى أن الكافر أهل له أم لا؟

والذي يفهم من الأخبار، وكلام الأصحاب العدم. وليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخسه في التملك ثم لا يملك قطعاً»(3).

أقول: تابع المحقق الكركي الشهيد الأول في المقام في كتابه الدروس الشرعية(4)

ص: 90

1- (323) الإشراف على نكت مسائل الخلاف 2/688، ح 1188؛ عيون المجالس 2/1817، ح 1281؛ الذخيرة 6/158؛ مختصر القدوري، 140/؛ روضة القضاة 2/544، ح 3230؛ الفقه النافع 3/1308، ح 1064؛ الهداية \_ للمرغيناني \_ 4/99؛ الاختيار لتعليل المختار 3/95؛ المغنى والشرح الكبير 6/167-168؛ الحاوي الكبير 5/476؛ نهاية المطلب 8/285؛ حلية العلماء 5/497؛ البيان 7/413؛ العزيز شرح الوجيز 6/208.

2- (324) تذكرة الفقهاء 19/360.325. جامع المقاصد 7/10.

3- (326) جامع المقاصد 7/10.

4- (327) الدروس الشرعية 3/55.

كما يأتي أنفاً. وتبعهما ثاني الشهيدين في الروضة (1) والمسالك (2).

## أدلة اعتبار إسلام المعبي

أ: الإجماع

المدعى في كلام العلامة (3) والكركى (4).

«ويردّه: أولاً: أنّ الإجماع غير ثابت، فإنّ المحكى عن جماعة كثيرة الخلاف في المسألة: منهم شيخ الطائفة الشيخ الطوسى في المبسوط (5) والخلاف (6)، وابن إدريس فى السرائر (7) [ويحى بن سعيد فى الجامع للشرائع (8). وظاهر القاضى فى المذهب (9) و] المحقق فى النافع (10)، والشهيد الثانى فى اللمعة (11).

وثانياً: انه لا- أثر لهذا الإجماع على تقدير تحققه، وذلك لأنّ الإجماع إنّما يكون حجة باعتبار كشفه عن قول المعصوم عليه السلام فى المسألة، والاجماع المدعى فيها لا تتوفر فيه هذه الصفة جزماً، لاحتمال أن يكون أساسه [خبر أبى خالد] الكابلى المتقدمة، وصحيحة عمر بن يزيد التى مرّت سابقاً بناء على أن يكون المراد من المؤمنين فيها الأعم من الطائفة الخاصة والعامّة.

ص: 91

1- (328) الروضة البهية 7/135.

2- (329) المسالك 12/392.

3- (330) تذكرة الفقهاء 19/360.

4- (331) جامع المقاصد 7/10.

5- (332) المبسوط 3/270.

6- (333) الخلاف 3/527، مسألة 4.

7- (334) السرائر 1/481.

8- (335) الجامع للشرائع 375/.

9- (336) المذهب 2/29.

10- (337) المختصر النافع 251/.

11- (338) اللمعة 241/.

وثالثاً: لا دليل على اعتبار الإجماع المنقول في نفسه»(1).

ولذا قال صاحب الجواهر: «وأما الإجماع المزبور فلم نتحققه بل لعلَّ المحقق خلافه»(2).

ب: النبوّان الماضيان

عن سمرة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون»(3) يريد بذلك ديار عاد وثمود.(4)

وروى أنّه عليه السلام قال: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى»(5).

ويرد عليهما أولاً: أنّهما عاميتان ولذا ذهب صاحب الجواهر(6) إلى عدم حجية ما رواه العلامة في التذكرة.

وثانياً: إثبات الشيء لا ينفي ما عداه، إذا دلّ الدليل على اثبات غيره، وثبتت العاميتان الملكية للمسلمين ولا ينفيه عن غيرهم.

وثالثاً: ما ورد في تذكرة الفقهاء(7) لم نجده في كتب الحديث كما عن بعض مهرة أساتذتنا(8) قدس سره.

ورابعاً: لعلَّ المخاطب في قوله صلى الله عليه وآله: «لكم» جميع النَّاس لا خصوص المسلمين.

وخامساً: اعترف ابن قدامة الحنبلي بعدم معرفة هذا الحديث [المذكور في تذكرة

ص: 92

1- (339) الأراضى 129/ مع إضافات وإصلاحات.

2- (340) الجواهر 39/16 (38/14).

3- (341) أورده الجوينى فى نهاية المطلب 8/283؛ والرافعى فى العزيز شرح الوجيز 6/206.

4- (342) تذكرة الفقهاء 19/352.

5- (343) أورده الجوينى فى نهاية المطلب 8/281.

6- (344) الجواهر 39/16 (38/14).

7- (345) تذكرة الفقهاء 19/352 و 360.

8- (346) دراسات فى ولاية الفقيه 4/222.



الفقهاء] في كتابه المغنى (1) وهم أبصر بأحاديثهم.

ج: خبر أبي خالد الكابلي (2)

الذى مرّ سندا ودلالة وتفسيرا. حيث قيّد المحيى بكونه من المسلمين والقيّد لدى العرف ظاهر في الاحتراز «فيدلّ على أنّ الحكم فيها لم يثبت للطبيعى الجامع بينه وبين غيره، وإلاّ لكان القيّد لغوا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الإحياء لو كان سببا لعلاقة المحيى بالأرض مطلقا أى \_ ولو كان كافرا \_ لكان تقييده بكونه من المسلمين فى موردين من الرواية لغوا صرفا» (3).

وبعبارة أخرى: «أنّ المفاهيم من قبيل ظهور الفعل لا ظهور اللفظ بما هو لفظ موضوع، حيث إنّ الفعل إذا صدر من الفاعل المختار العقل يحمل عند العقلاء على كونه صادرا عنه باختياره بداعى الغاية العادية المترتبة من هذا الفعل، ومن جملة الأفعال التلّفظ بالألفاظ الموضوعية ومنها القيود. فيحمل التلّفظ بالقيّد من الوصف أو الشرط أو غيرهما بما أنه فعل اختياريّ للاقّظ على كونه صادرا عنه للغاية الطبيعية المترتبة من القيّد عندهم، والغاية المترتبة منه فى المحاورات هو الدخول فى موضوع الحكم وعدم كون ذات المقيّد بدونه تمام الموضوع للحكم. نعم يمكن أن يسدّ مسدّ هذا القيّد قيد آخر كما هو واضح. وكيف كان فإذا كان ظاهر الرواية التقييد بالإسلام حمل عليها الأخبار المطلقة قهرا، فتدبّر» (4).

أقول: إذا عرفت أنّ دلالة المفهوم هى دلالة فعلية ودلالة الإطلاق دلالة لفظية فحينئذ فى فرض تعارض الدلالة الفعلية والدلالة اللفظية تقدّم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

نعم، الدلالة الفعلية تقيّد فى فرض عدم الدلالة اللفظية ولكن مع وجودها لا تقدر

ص: 93

1- (347) المغنى 6/150.

2- (348) وسائل الشيعة 25/414، ح 2.

3- (349) الأراضى 130.

4- (350) دراسات فى ولاية الفقيه 4/221.

على تقييدها والتقدم عليها ولعلّ إلى ما ذكرنا أشار الأستاذ قدس سره في أمره بالتدبير في آخر كلامه زُفِع في الخلد مقامه.

ولذا ذهب صاحب الجواهر إلى أنّ الرواية «لا ينافي ما دلّ على الأعم» (1).

د: صحيحة عمر بن يزيد (2)

الماضية سنداً ودلالةً. والمؤمن الوارد فيها «إن أُريد به المعنى العام ساق المسلم (3) وإلا كان قيّداً آخر أخص من المسلم» (4) الذي لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليها: ما أوردته على خبر أبي خالد الكابلي من تقديم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

هـ: صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك (5)

الماضية سنداً ودلالةً وتفسيراً.

«بناءً على عموم الأرض فيها، وأما إذا حمل اللام على العهد وأريد بالأرض فيها خصوص ما لم يوجف عليها كأراضى البحرين فلا مجال للاستدلال بها في المقام» (6).

يرد عليها: ما مرّ من خبر أبي خالد الكابلي فلا نعيد.

## 2\_ عدم اعتبار إسلام المحيى وهو القول بالتعميم

استحسنه المحقق في الشرائع حيث يقول: «ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً» (7).

وقال الشهيد في شرائط تملك الأرض بالإحياء: «وثانيها: أن يكون المحيى

ص: 94

1- (351) جواهر الكلام 39/16 (38/14).

2- (352) وسائل الشيعة 9/549، ح 13.

3- (353) كما بناه آية الله الفياض \_ مدظله \_ في كتابه الأراضى /129 ومّرّت عبارته آنفاً.

4- (354) دراسات فى ولاية الفقيه 4/221.

5- (355) وسائل الشيعة 9/548، ح 12.

6- (356) دراسات فى ولاية الفقيه 4/221.

7- (357) الشرائع 3/215.

مسلمًا، فلو أحيها الذمى بإذن الإمام ففى تملكه نظر، من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين.

والنظر فى الحقيقة فى صحه إذن الإمام له فى الإحياء للتملك، إذ لو أذن لذلك لم يكن بد من القول بملكه، وإليه ذهب الشيخ نجم الدين رحمه الله «(1)».

وقال ثانى الشهيدين تبعًا لثانى المحققين (2) \_ كما مرَّ \_ : «وفى ملك الكافر مع الإذن قولان، ولا إشكال فيه لو حصل، إنّما الإشكال فى جواز إذنه عليه السلام له، نظرًا إلى أنّ الكافر هل له أهلية ذلك أم لا؟» (3).

ونحوه فى المسالك (4).

واعترض صاحب الجواهر على الشهيد وتابعيه بقوله: «لا إشكال \_ بعد عصمة الإمام عليه السلام \_ فى حصول الملك له بالإذن له فى التملك؛ ضرورة أنه لو لم يكن أهلاً لذلك لم يأذن له، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع \_ فضلًا عن النصوص \_ على عدم اعتبار الإذن بالإحياء من الإمام فى التملك، بل يكفى الإذن منه بالإحياء الذى هو سبب حصول الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعتبر.

إنّما الكلام فى اعتبار الإسلام \_ مع الإذن \_ وعدمه فهو على تقديره شرط آخر لترتب الملك على الإحياء، ولا مانع عقلاً ولا شرعاً فى عدم ترتب الملك على الإحياء للكافر وإن أذن فى الإحياء الإمام عليه السلام؛ إذ الإذن فى أصل إيجاده غير الإذن فى تملكه به، وما أدرى من أين أخذ ذلك الشهيد فى الدروس! حتّى أنّه أوقع غيره فى الوهم.

وقد سمعت دعوى الإجماع من الفاضل فى التذكرة على عدم ترتب الملك على إحياء الكافر وإن أذن له الإمام عليه السلام فيه، بل وفى أثناء كلام الكركى أيضاً.

وإن كان التحقيق خلافه؛ لظهور النصّ والفتوى فى كونه سبباً شرعياً لحصول

ص: 95

1- (358) الدروس 3/55.

2- (359) جامع المقاصد 7/10.

3- (360) الروضة البهية 7/135.

4- (361) المسالك 12/392.

الملك مع حصول شرائطه \_ التي منها الإذن أيضا \_ سواء كان المحيي مسلما أو كافرا»(1).

## أدلة عدم اعتبار إسلام المحيي

أ: الإطلاقات الواردة في روايات الإحياء

التي مرّت بكثرتها «مع كونها في مقام البيان، بل ورد بعضها بلفظ عام كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «أيما قوم أحيوا...»(2) فيعمّ المسلم والكافر. والتقييد بالمسلمين أو المؤمنين في كلام أمير المؤمنين عليه السلام على ما في [خبر] الكابلي و [صحيحة] عمر بن يزيد لا يوجب التقييد في الأخبار الكثيرة الصادرة عن النبي صلى الله عليه وآله والصادقين عليهم السلام، إذ لا يحمل المطلق على المقيّد إلاّ مع إحراز وحدة الحكم، وهذا إنّما يجرى في الأحكام الإلهية العامة المستمرة، وأما في الأحكام السلطانية فيمكن تعددها واختلافها بحسب الموضوع عموما وخصوصا حسب اختلاف شرائط الزمان والمصالح المنظورة ونظر الإمام الآذن.

هذا مضافا إلى احتمال كون ذكر المسلمين أو المؤمنين لبيان عناية خاصة بهما أو غلبة الابتلاء بهما لاختصاص الحكم بهما، ويكفي هذا لدفع محذور اللغوية في ذكرهما. وإثبات الحكم لموضوع خاص لا ينفي الحكم عما عداه، إذ يكون هذا من قبيل مفهوم اللقب وليس بحجة»(3).

«اللهم إلاّ أن يقال: إنّ ملكية الكفار لرقبة الأراضى في البلاد الإسلامية حيث يوجب ذلك سلطتهم بالتدريج على السياسة والاقتصاد والثقافة صار هذا سببا لمنع الشارع من حصولها.

وبعبارة أخرى المقتضى للملكية وإن كان موجودا في كليهما ولكن ضرر سلطة الكفار على البلاد الإسلامية وشؤون المسلمين مانع من اعتبار الملكية لهم شرعا، والمتيقن منها على القول بها إنّما هو في المسلم وأما الكافر فيثبت له الجواز أو الأحقية

ص: 96

1- (362) الجواهر 39/14 (38/12 و 13).

2- (363) وسائل الشيعة 25/412، ح 4.

3- (364) دراسات في ولاية الفقيه 4/222 و 223.

ب: النصوص الخاصة

منها: موثقة محمد بن مسلم(2) أو صحيحته(3).

ومنها: صحيحة أبي بصير(4).

ومنها: مرسله الصدوق(5)، الماضيات(6).

وهذه النصوص تدلّ بوضوح على سببية الإحياء لتملك الذمّي الكافر.

فلا بدّ من القول بعدم اعتبار إسلام المحيي فكلّ مَنْ قام بإحياء أرضٍ مميّنة يملكها ولذا قال صاحب الجواهر: «فالمتمتجه الملك بالإحياء مطلقاً ولو لحصول الإذن منهم عليهم السلام في ذلك حال الحضور، ولعلّ المصلحة فيه إرادة تعمير الأراضى»(7).

فحينئذ سببية الإحياء للتملك تامة بالنسبة إلى جميع النّاس مع اختلاف آرائهم وعقائدهم وأديانهم وبالنسبة إلى جميع أراضى الموات فى بلاد الإسلام أو الكفر ولذا قال صاحب الجواهر: «ولا فرق فيما ذكرنا بين الموات فى بلاد الإسلام وغيره؛ لإطلاق الأدلّة، خلافاً لما يظهر من بعض. ولا بين الذمّي وغيره من أقسام الكفّار، وإن كان لنا تملك ما يحييه الحربى كباقي أمواله»(8).

ص: 97

1- (365) دراسات فى ولاية الفقيه 4/223.

2- (366) وسائل الشيعة 15/156، ح 2.

3- (367) وسائل الشيعة 25/411، ح 1.

4- (368) وسائل الشيعة 25/416، ح 1.

5- (369) وسائل الشيعة 25/412، ح 7.

6- (370) راجع صفحة 67 من هذا المجلد.

7- (371) الجواهر 39/18 (38/16).

8- (372) الجواهر 39/20 (38/17).

قال المحقق: «يُشترط في التملك بالإحياء شروطٌ خمسة»<sup>(1)</sup>:

### 1\_ ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلمٍ

قال المحقق بعد ذكر هذا الشرط: «فإنَّ ذلك يَمْنَعُ من مباشرة الإحياء لِغيرِ الْمُتَصَرِّفِ»<sup>(2)</sup>.

وقال العلامة: «الأول: أن لا يكون على الأرض يد مسلمٍ؛ لأنَّ ذلك يمنع من إحياء الأرض لغير المتصرف، ولو اندرست العمارة لم يجز إحيائها؛ لأنها ملكٌ لمعيّنٍ على خلافٍ تقدّم»<sup>(3)</sup>.

وقال المتتبع العاملى بعد نقل هذا الشرط من القواعد<sup>(4)</sup>: «كما فى الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد<sup>(5)</sup> والمسالك<sup>(6)</sup> والروضة<sup>(7)</sup> وكذا الإرشاد<sup>(8)</sup> واللمعة<sup>(9)</sup> والكفاية<sup>(10)</sup> والمفاتيح<sup>(11)</sup> مع جعل انتفائها شرطاً فى التملك بالإحياء فى الجميع عدا جامع المقاصد

ص: 98

- 
- 1- (373) الشرائع 3/216.
  - 2- (374) الشرائع 3/216.
  - 3- (375) تذكرة الفقهاء 19/431.
  - 4- (376) القواعد 2/267.
  - 5- (377) جامع المقاصد: فى شروط التملك بالإحياء 7/19. قال فيه: «لأنَّ ظاهر اليد يقتضى الملك، وهذا القدر كافٍ فى منع الغير من الإحياء وإن لم يُعلم وجود سبب الملك، ولكن يشترط أن لا يُعلم أن إثبات اليد بغير سبب مملك ولا أولوية، فإن علم ذلك لم تكن تلك اليد معتبرة، فيجب تقييد إطلاق العبارة».
  - 6- (378) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء 12/406.
  - 7- (379) الروضة البهية: فى شرائط التملك بالإحياء 7/155.
  - 8- (380) إرشاد الأذهان: فى شروط التملك بالإحياء 1/348.
  - 9- (381) اللمعة الدمشقية: فى شروط التملك بالإحياء 242/.
  - 10- (382) كفاية الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء 2/550.
  - 11- (383) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء 3/28.

وقد عبّر عن هذا الشرط في التحرير (1) والدروس (2) بأن لا يكون مملوكاً لمسلم كما عرفت. ولم يذكر هذا الشرط بمعنييه فيما عدا ما ذكر، وفي حكم المسلم المسالم كما في الإرشاد (3) والدروس (4) والمسالك (5) والمفاتيح (6) والكفاية (7) حيث قيل فيها: لمسلم أو مسالم وهو معنى قوله في الروضة (8): يد محترمة (9).

وقال صاحب الجواهر: «بلا خلاف أجده بين مَنْ تعرّض له» (10) ثم أضاف: «نعم، عن بعضهم ترك هذا الشرط؛ معللاً: بأنّ اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لا أثر لها.

وفيه: أنّ فاندتها تظهر مع اشتباه الحال، فإنّها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها وإن لم يعرف خصوص الموجب لها» (11) ثمّ زاد «نعم، ربّما أبدل «اليد» في الشرط المزبور بـ «الملك» كما وقع في بعض كتب الفاضل (12)، وكأنّه من اقتضاء اليد ذلك مع عدم العلم بالفساد، وربّما كان حينئذٍ لبناء الشرط المزبور على المسألة وجه.

ولكن فيه: أنّ الدليل \_ كما ستعرف \_ يقتضى عدم ترتّب الملك بإحياء ما كان في اليد المحترمة وإن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتملة له وللحق.

ص: 99

1- (384) تحرير الأحكام: في شروط التملك بالإحياء 4/485.

2- (385) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء 3/56.

3- (386) لم يذكر في الإرشاد إلا الأرض التي عليها يد المسلم من غير أن يشير إلى يد غير المسلم مطلقاً، فراجع الإرشاد: 1/348.

4- (387) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء 3/56.

5- (388) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء 12/406.

6- (389) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء 3/28.

7- (390) كفاية الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء 2/550.

8- (391) الروضة البهية: في شرائط التملك بالإحياء 7/155.

9- (392) مفتاح الكرامة 19/43.

10- (393) الجواهر 39/44 (38/33).

11- (394) الجواهر 39/45 (38/33).

12- (395) نحو تحرير الأحكام الشرعية 4/485.

بل يمكن دعوى ذلك حتى مع العلم بعدم كونها مالكة ولكن محتملة للحقيّة التي هي غير الملكيّة؛ لأصالة احترام اليد، وللشك في ترتب الملك بالإحياء معه إن لم يكن ظاهر الأدّة عدمه، خصوصاً بعد ملاحظة الفتوى ومفهوم المرسل: «من أحيأ ميتة في غير حقّ مسلم فهي له» وإن لم يكن موجوداً في طرفنا، ولكنّه منجر بالعمل، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشكّ به، مضافاً إلى فحوى ما تسمعه في التحجير والحمى ونحوهما وصدق الظلم ونحوه، واللّه العالم»(1).

أقول: ما ذكره في المستند الشرط الأوّل تام إلاّ إنجبار ضعف سند النبوى بعمل الأصحاب وأخذه دليلاً مستقلاً، لعدم استناد عملهم بالنبوى المذكور كما هو المعلوم واللّه العالم.

## 2- أن لا يكون حرّماً لعامراً

هكذا عنوانه المحقّق ومثّل له: «كالطريق والشرب وحرّيم البئر والعين والحائط»(2).

ثمّ عيّن حرّيم كلّ واحد منهم بالتفصيل.

وقال العلامة: «الثانى: أن لا يكون حرّماً للعامر، فإنّ حرّيم المعمور كنفس المعمور لا يُملك بالإحياء، كما لا يُملك المعمور؛ لأنّ مالك المعمور استحقّق باستحقاق المواضع التي هي من مرافقه، كالطريق، فإنّه لا يجوز لأحدٍ أخذ طريقٍ يسلك فيه المالك إلى عمارته؛ لما فيه من التضرّر المنفّى بالإجماع.

وكذا الشرب وحرّيم العين وما شابه ذلك من مسيل ماء العامر وطرقه ومطرّح قمامته وملقى ترابه وآلاته وكلّ ما يتعلّق بمصالحه.

ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنّ كلّ ما يتعلّق بمصالح العامر ممّا تقدّم أو بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مياهها لا يصحّ لأحدٍ

ص: 100

1- (396) الجواهر 39/45 و 46 (38/34).

2- (397) الشرائع 3/216.



إحياؤه، ولا يملك بالإحياء.

وكذا حرّيم الآبار والأنهار والحائط والعيون وكلّ مملوكٍ لا يجوز إحياء ما يتعلّق بمصالحه؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ [مسلم] فَهِيَ لَهُ»<sup>(1)</sup> مفهومه أنّ ما يتعلّق به حقّ مسلمٍ لا يُملك بالإحياء، ولأنّنا لو جَوّزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله.

هذا ممّا لا خلاف فيه، إنّما الخلاف في أنّ الخلاف في أنّ مالك العامر هل يملك الحرّيم الذي له، أو يكون أولى وأحقّ به من غيره وليس بمالكٍ؟

فقال بعضهم: إنّهُ يملك كما يملك العامر \_ وهو أصحّ وجهي الشافعيّة<sup>(2)</sup> \_ لأنّه مكان استحقّقه بالإحياء فملك<sup>(3)</sup> كالمُحيا، ولأنّ معنى الملك موجود [فيه] لأنّه يدخل مع المعمور في بيع المعمور، فإنّ مَنْ باع دارا دخل فيها الطريق وغيره من حقوقها، ولأنّه ليس لغيره إحياءه ولا الاعتراض فيها، ولأنّ الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك، وهو يدلّ على أنّه مملوك.

وقال بعضهم: إنّهُ غير مملوكٍ لمالك العامر؛ لأنّ الملك يحصل بالإحياء ولم يوجد فيها إحياء.<sup>(4)</sup>

وليس بجيّدٍ؛ لمنع المقدّمين، فإنّ عرصّة الدار تُملك ببناء الدار وإن لم يوجد في نفس العرصّة إحياء، ولأنّ الإحياء تارةً يكون بجعله معموراً، وتارةً يكون بجعله تبعاً للمعمور.

ص: 101

1- (398) صحيح البخارى 3/(139-140)؛ السنن الكبرى للبيهقى 6/142؛ المعجم الكبير للطبرانى 17/(13-14)، ح: 4؛ المغنى 6/168؛ الشرح الكبير 6/170.

2- (399) الحاوى الكبير 7/488؛ حلية العلماء 5/500؛ التهذيب (للبيهقى) 4/490؛ البيان 7/410؛ العزيز شرح الوجيز 6/212؛ روضة الطالبين 4/348؛ المغنى 6/169؛ الشرح الكبير 6/170.

3- (400) الظاهر: «فملكه».

4- (401) البيان 7/410؛ العزيز شرح الوجيز 6/212؛ روضة الطالبين 4/348.

وعلى القول بأنه لا يكون مملوكا لمالك العامر ليس له بيع الحریم منفردا.

على الأول فكذاك أيضا، قاله أبوحنيفة وبعض الشافعية (1)، كما لو باع شرب الأرض وحده.

والأقرب: الجواز (2).

وقال المتتبع العاملى بعد نقل هذا الاشتراط من القواعد «وقد عدّ عدمه شرطا فى التملك بالإحياء فى الشرائع والنافع (3) والتذكرة والتحرير (4) والإرشاد (5) واللمعة (6) والدروس (7) وسائر ما تأخر (8). وهو معنى ما فى المبسوط (9) والمهذب (10) والجامع (11) من أنه فى حكم العامر. وفى جامع المقاصد (12) الإجماع عليه. وفى المسالك (13) والمفاتيح (14) وكذا الرياض (15) والكفاية (16) لا خلاف فيه» (17).

ص: 102

1- (402) العزيز شرح الوجيز 6/212؛ روضة الطالبين 4/348.

2- (403) تذكرة الفقهاء 19/433-431).

3- (404) المختصر النافع: فى شروط التملك بالإحياء 251/.

4- (405) تحرير الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء 4/485.

5- (406) إرشاد الأذهان: فى شروط التملك بالإحياء 1/348.

6- (407) اللمعة الدمشقية: فى شروط التملك بالإحياء 242/.

7- (408) الدروس الشرعية: فى شروط التملك بالإحياء 3/58.

8- (409) كظاهر التنقيح 4/99؛ والمهذب البارع 4/283؛ وغاية المرام 4/129.

9- (410) المبسوط: فى أنّ حریم المحياة من الموات فى حكم المحياة 3/268.

10- (411) المهذب: فى أنّ حریم المحياة فى حكم المحياة 2/28.

11- (412) الجامع للشرائع: فى أنّ حریم المحياة فى حكم المحياة 374/.

12- (413) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى 7/21.

13- (414) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء 12/406.

14- (415) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط بالإحياء 3/28.

15- (416) رياض المسائل: فى شروط التملك بالإحياء 12/349.

16- (417) كفاية الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء 2/551.

17- (418) مفتاح الكرامة 19/44.

ويمكن أن يستند لهذا الشرط بحسنة إدريس بن زيد القمي صاحب الرضا عليه السلام عنه عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك إن لنا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب وفيها مراعى، وللرجل منّا غنم وإبل ويحتاج إلى تلك المراعى لإبله وغنمه، أيجلّ له أن يحمى المراعى لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. (1)

والتعبير عنها بـ «صحيح إدريس بن زيد أو خبره» (2) غير تام لأنه حسن، اللهم إلا إذا كان المراد به إدريس بن زياد الثقة فتكون الرواية صحيحة الإسناد. (3)

وبخبر محمد بن عبدالله قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً (أو أقل أو أكثر) يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعى ضيعتك، وأعطيك كذا وكذا درهماً، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس. (4)

والتعبير عنه بـ «صحيح أحمد بن عبدالله على الظاهر» (5) غير تام لأنه محمد بن عبدالله بن عيسى الأشعري القمي وهو إمامي مجهول.

اللهم إلا إذا كان المراد به محمد بن عبدالله بن زرارة لكثرة رواية البزنطي عنه وهو ثقة فيكون الرواية صحيحة الإسناد. (6)

وتقريب الاستدلال بهما هو مقالة صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «بل ربّما كان ظاهرهما الملكيّة \_ بناءً على إرادة البيع ونحوه من الإعطاء فيهما \_ كما عن الشيخ (7)

ص: 103

- 1- (419) وسائل الشيعة 17/371، ح 1، الباب 22 من أبواب عقد البيع وشروطه.
- 2- (420) الجواهر 39/48 (38/35).
- 3- (421) كما نـبه عليه الأستاذ رحمه الله في دراسات في ولاية الفقيه 4/168.
- 4- (422) وسائل الشيعة 25/422، ح 1، الباب 9 من أبواب كتاب الإحياء.
- 5- (423) الجواهر 39/47 (38/35).
- 6- (424) كما نـبه عليه الأستاذ رحمه الله في دراسات في ولاية الفقيه 4/168.
- 7- (425) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/272.

وبنى البراج (1) وحمزة (2) وإدريس (3) وسعيد (4) والفاضل (5) وولده (6) وغيرهم (7)، بل فى المسالك: أنه الأشهر (8).

مضافا إلى أنه مكان استحقه بالإحياء فملك كالمحيى، ولأن معنى الملك موجود فيه؛ لدخوله مع المعمور فى بيعه وليس لغيره إحياءه ولا التصرف فيه بغير إذن المحيى، ولأن الشفعة تثبت فى الدار بالشركة فى الطريق المشترك المصرح فى النصوص المزبورة ببيعه معها، ولإمكان دعوى كونه محيا؛ باعتبار أن إحياء كل شىء بحسب حاله.

خلافًا لظاهر جماعة أو صريحهم: من عدم الملك، بل هى من الحقوق (9)؛ لعدم الإحياء الذى يملك به مثلها.

وفيه: ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذى لا يعتبر فيه مباشرة كل جزء جزء، فإن عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، ومنع توقف الملك على الإحياء، بل يكفى فيه التبعية للمحيا، وتظهر الثمرة فى بيعها منفردة (10).

واستشكل بعض أساتذتنا قدس سره فى تقريب الاستدلال وقال: «ولكنه لا يخلو من شوب إشكال، إذ من المحتمل أن يراد بالمراعى فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة بلحاظ علوفتها لا المراعى الطبيعية المجاورة لها بقرينة قوله عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»، وبقريئة تجويز البيع إن أريد به بيع نفس الرقبة.

ص: 104

1- (426) المهذب: باب إحياء الموات 2/30.

2- (427) الوسيلة: الزكاه / إحياء الموات / 135.

3- (428) السرائر: المتأجر / بيع المياه والمراعى 2/382.

4- (429) الجامع للشرائع: البيع / بيع الماء / 275.

5- (430) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضى 4/489.

6- (431) إيضاح الفوائد: إحياء الموات / فى الأراضى 2/233.

7- (432) كالسبزوارى فى الكفاية: إحياء الموات / شروط التملك 2/551.

8- (433) مسالك الأفهام: إحياء الموات / فى الأراضين 12/407.

9- (434) الروضة البهية: كتاب إحياء الموات 7/156.

10- (435) الجواهر 39/48 و 49 (38/35 و 36).

وقد كان بيع المراعى ونقلها مورداً للشبهة إجمالاً بلحاظ ما ورد من شركة المسلمين فى الماء والنار والكلأ، والنهى عن بيع فضل الكلأ. ولذلك سألوا عن بيع حصائد الحنطة والشعير أعنى مابقى منهما بعد الحصاد أيضاً مع وضوح كونهما فى الأرض المملوكة كما فى خبر إسماعيل بن الفضل، فراجع. هذا» (1).

أقول: الاستدلال خالٍ عن شوب هذا الإشكال إذ لا يحتمل «أن يراد بالمراعى فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة» لوضوح حكمها حينئذ من جواز بيع الأرض المحياة ورجوع ضمير «فيها مراعى» إلى كلمة «حدود» كرجوع ضمير «لها حدود» إلى كلمة «ضياعاً» وإلا لا يتم ذكر الضياع وحدودها ومراعى الموجودة فى حدودها أى حریمها وسأل إدريس بن زيد أو زياد \_ على الاحتمال الذى مرّ من الأستاذ قدس سره \_ أولاً \_ من حمى تلك المراعى لحاجته إلى جميعها لكثرة دوابه، وأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى» حریمها من المراعى وغيرها ف \_ «يصير ذلك إلى ما يحتاج إليه» فيرتفع احتياجه بتحمية الحریم الذى فيها المراعى، ثم سأل ثانياً عن بيع تلك المراعى المحميّة الموجودة فى حریم أرضه فأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» ببيع مراعيها لأنّها تدخل فى ملكه.

وكذا الكلام فى خبر محمّد بن عبدالله أو صحيحته بتقريب: أنّ المراعى المسئول عنها إذا كانت داخلية فى الضيعة التى تكون للرجل فيصح بيعه بلا ريب وإشكال فلا يحتاج إلى السؤال من الإمام عليه السلام لوضوح حكمها عند الجميع، نعم إذا كانت المراعى فى حدود الضيعة وتكون من حریمها \_ لا من نفس الضيعة \_ فيسأل حفيد عيسى الأشعري القمى أو زرارة \_ على الاحتمال الذى مرّ من الأستاذ قدس سره \_ عن بيعها أو إجارتها وأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الضيعة له فلا بأس» ببيع أو إجارة مراعيها الموجودة فى حدودها التى تكون حریمها. لأنّ حریم كلّ ملك يتبعه فى الملكيّة، هذا ما أفهمه من الروايتين فلا يتم الإشكال.

ص: 105

مضافا إلى ترتب الضرر على المالك إذا كان حريم ملكه لغيره والضرر منفي في الشريعة المقدسة بقاعدة لا ضرر.

نعم، لا- يمكن استفادة ملكية حريم الأرض لمالك الأرض من الإجماع المدعى في التذكرة وجامع المقاصد وكذا «لا خلاف فيه» الموجود في المسالك والمفاتيح والكفاية والرياض، لوجود القول بعدم ملكيته له ولا احتمال مدركية الإجماع والله العالم.

### 3\_ «أن لا يُسميه الشرعُ مشعرا للعبادة»

كعرفة ومنى والمشعر فإنّ الشرع دلّ على اختصاصها موطنًا للعبادة فالتعرض لِتَمَلُّكِهَا تَقْوِيَةٌ لِتِلْكَ الْمَصْلُحَةِ (1).

قال العلامة: «الثالث: أن لا يكون مشعرا للعبادة بوضع الشارع، كعرفة ومنى والمشعر؛ لأنّ الشارع وضعها موطنًا للعبادة، وفي تسويغ تملُّكها تقويت هذا الغرض، ومنافاة لهذه المصلحة.

وللسافعية قولان في أنّه هل تُملك أراضى عرفة بالإحياء كسائر البقاع، أم لا؟ لتعلّق حقّ الوقوف بها، وعلى تقدير القول بالملك ففي بقاء حقّ الوقوف فيما ملك وجهان، وعلى القول ببقائه فهل يبقى مع اتّساع الباقي، أم مع ضيقه عن الحجيج؟ وجهان.

وذكر [الغزالي] ثلاثة أوجه في المسألة، ثالثها: الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع، وبين أن لا يضيق فلا يُمنع.

والمنع المطلق أشبه عندهم بالمذهب؛ لأنّه كالمواضع التي تعلّق بها حقّ المسلمين عموماً أو خصوصاً، كالمساجد والطُّرُق والرُّبُط في الطُّرُق والمواضع التي يصلّى فيها للعيد خارج الأمصار والبقاع الموقوفة على معيّنٍ أو غير معيّنٍ (2).

وقال سيّد المفتاح في شرح قول العلامة في القواعد: «(الرابع: أن يكون مشعرا للعبادة كعرفة ومنى وجمّع) عدم جواز إحياء هذه المواضع كلّها أو الكثير منها كأنه من

ص: 106

1- (437) الشرائع 3/218.

2- (438) تذكرة الفقهاء 19/434 و 435.

ضروريّات الدين وإن لم يذكر ذلك أكثر المتقدّمين.

قوله: (وإن كان يسيرا لا يمنع المتعبّدين) كما في التحرير(1) والدروس(2) والحواشي(3) وجامع المقاصد(4) والروضة(5) وهو قضية إطلاق الباقيين من المتأخّرين. وفي المسالك(6) والكفاية(7) أنّه المشهور. ووسمه تارةً أخرى في المسالك أنّه الأشهر(8). ولا ترجيح في التذكرة(9) والمفاتيح(10).

حجة الكتاب وما وافقه أنّ الشرع دلّ على اختصاصها موطنًا للعبادة، فالتعرّض لتملّكها تفويت لتلك المصلحة كما في الشرائع(11) وغيرها(12). وهذا التوجيه يقضى بالمنع من إحياء الكثير منها الذي يؤدّي إحياءه إلى الضيق على الناسكين ويحتاج إليه غالبًا، وأمّا ما عداه فلا يدلّ على المنع فيه أصلاً.

واستدلّ في الدروس بأنّ في المنع سدًا لباب مزاحمة الناسكين وأنّ حقوق الخلق كافّة متعلّقة به(13). ولا بأس به مع إضافة الاستناد إلى الأصل وأنّ المشعرية صادقة على المجموع المؤلّف من الأجزاء، والنهي عن الكلّ ليس من حيث كونه كلاً بل من حيث

ص: 107

1- (439) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى 4/485.

2- (440) الدروس الشرعية: في شرائط التملّك بالإحياء 3/57.

3- (441) لم نعثر عليه في الحاشية النجارية المنسوبة إلى الشهيد وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

4- (442) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضى 7/27.

5- (443) الروضة البهية: في شرائط التملّك بالإحياء 7/156.

6- (444) مسالك الأفهام: في شرائط التملّك بالإحياء 12/417.

7- (445) كفاية الأحكام: في شرائط التملّك بالإحياء 2/557.

8- (446) مسالك الأفهام: في شرائط التملّك بالإحياء 12/417.

9- (447) تذكرة الفقهاء: في شرائط التملّك بالإحياء 19/435.

10- (448) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء 3/28.

11- (449) شرائع الإسلام: في شرائط التملّك بالإحياء 3/218.

12- (450) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضى 7/27.

13- (451) الدروس الشرعية: في شرائط التملّك بالإحياء 3/57.

اشتماله على المعنى الشائع، وهو الاختصاص، وهو حاصل في كلّ جزء، وأنّ المتبادر من أخبار الباب ما عدا هذه الأماكن الشريفة»(1).

وقال صاحب الجواهر في شرح قول المحقق: (الثالث: أن لا يسمّيه الشرع مشعرا للعبادة كعرفة ومنى والمشعر) وغيرها من الأماكن المشرفة والمواضع المحترمة التي جعلها الله (تعالى شأنه) مناسك للعبادة وشرفها كما شرف بعض الأزمنة الخاصّة، فهي في الحقيقة ليست الموات \_ الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع \_ فضلاً عن وضع يد سائر المسلمين عليها وتعلّق حقوقهم بها.

بل هي أعظم من الوقف الذي يتعلّق به حقّ الموقوف عليهم بجريان الصيغة من الواقف (فإنّ الشرع) الذي هو المالك الحقيقي قد (دلّ على اختصاصها موطناً للعبادة) من دون إجراء صيغة، ومنها ما جعله الله مسجداً كمسجد الحرام ومسجد الكوفة ونحوهما من مرقد الأنمة عليهم السلام التي أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه.

(فالتعرض لتملكها) حينئذٍ منافٍ للجعل المزبور من ربّ العزّة، بل فيه (تقوية لتلك المصلحة) من غير فرق بين جميع أجزائها في ذلك، وبين زيادة سعتها لذلك وعدمه؛ ضرورة أنّ الله (تعالى شأنه) جعل كلّ جزءٍ جزءٍ منها كذلك.

فمن الغريب ما وقع من المصنّف من قوله: (أما لو عمر فيها ما لا يضرّ ولا يؤدّي إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون كاليسير لم أمنع منه) بل كاد يكون كالمنافي للضروري، بل فتح هذا الباب فيها يؤدّي إلى إخراجها عن وضعها.

وأغرب منه: موافقة بعض من تأخّر عنه(2) على ذلك؛ بتخيّل: أنّ المنع من جهة مزاحمة الناسكين، فمع فرض عدمها \_ كاليسير \_ يتّجه الجواز حينئذٍ؛ لانتفاء العلة المزبورة.

وفيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

ص: 108

1- (452) مفتاح الكرامة 19/ (71-73).

2- (453) كالشهيد الثاني في المسالك: إحياء الموات / في الأرضين 12/417؛ والسبزواري في الكفاية: إحياء الموات / شرائط التملك 2/557.



وأعجب من ذلك: تفريعهم (1) على التقدير المزبور \_ الذى هو معلوم الفساد \_ أنه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الإذن أو مع النهى، أو لا- يجوز مطلقاً أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيّق؟! مع أنّ القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً، إلاّ أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتّجه التفصيل حينئذٍ.

إلاّ أنّ ذلك كلّهُ \_ كما ترى \_ لا ينبغى أن يسطر، واللّه العالم. (2)

قال بعض أستاذتنا قدس سره معلقاً على كلام صاحب الجواهر رحمه الله: «إن كان المقصود تعمير قطعة من المشعر وتملكها بحيث يمنع غيره منها فالظاهر ورود إشكال صاحب الجواهر، وإن كان المقصود تعميرها ليستفاد منها فى مواقع الحرّ والبرد من دون أن يمنع غيره منها فالظاهر عدم الإشكال فيه» (3).

أقول: من الواضح كلام صاحب الجواهر قدس سره ناظرٌ إلى الشقّ الأوّل فى كلام الأستاذ رحمه الله لا الشقّ الثانى، فالاستاذ يوافق صاحب الجواهر فى مقالته.

ولكن اعترض آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ على صاحب الجواهر \_ رحمة الله \_ بقوله: «أنّه لا يقاس تلك الأماكن المشرفة بالوقف كالمسجد والمدرسة وما شاكل ذلك، فإنّ الوقوف حسب ما يوقفها أهلها فلا يجوز التصرف فيها بما ينافى جهة وقفها. وأمّا هذه الأماكن المحترمة فليست بوقف شرعاً، ولذا لا تترتب عليه أحكام الوقف، ومجرد أنّ الله تعالى جعلها مشعراً للعبادة وموطناً لها فى وقت خاص من أيام السنة لا يوجب كونها وقفاً بالمعنى المعهود، وليس لنا دليل آخر يدل على أنّها وقف.

وعليه فلا- مانع من التصرف فيها بما لا يوجب المزاحمة والضيق على المتعبدين، كما إذا كان فى غير اوقات النسك، فان كونها متعلقة لحقوق المسلمين معناه أنّه لا تجوز مزاحمتهم فى اوقات قيامهم بالنسك والأعمال فيها، وأمّا فى غير تلك الاوقات فلا

ص: 109

1- (454) الروضة البهيّة: كتاب إحياء الموات 7/157؛ مفتاح الكرامة: إحياء الموات / فى الأراضى 19/73.

2- (455) جواهر الكلام 39/ (76-78) (38/53).

3- (456) دراسات فى ولاية الفقيه 4/171.

ومن هنا يظهر أنه لا مانع من الزرع الفصلى فيها يعنى \_ فى غير فصل النسك والأعمال \_ على أساس أنه لا يوجب المزاحمة، بل لا مانع من تأسيس عمارات وبيوت سكن فيها التى تؤجر فى تلك الاوقات من الناسكين والمتعبدین نظرا إلى أنها لم تكن مزاحمة لهم.

فالنتيجة فى نهاية الشوط: أن المقدار الثابت إنما هو عدم جواز التصرف فيها بما يوجب المزاحمة فى أوقات النسك والعبادات وأما إذا لم يكن مزاحما فلا دليل على عدم جوازه أصلاً، بل لا شبهة فى أنه يوجب علاقة المتصرف بها»(1).

أقول: الحق مع الذين يقولون باشتراط هذا الشرط لا «كأنه من ضروريات الدين»(2) كما ذهب إليه سيّد المفتاح أو القول بخلافه \_ كما أفتى به المحقق فى الشرائع(3) \_ «كاد يكون كالمنافى للضرورى»(4) كما قاله صاحب الجواهر، لأنّ المحقق ومن تبعه(5) من الشهيد الثانى فى المسالك(6) والسبزوارى فى الكفاية(7) وآية الله الفياض \_ مدظله \_ فى الأراضى(8) لم يفتوا بخلاف ضرورى الدين كما هو الواضح.

وإن اعترف الشهيد الثانى رحمه الله فى الروضة(9) بأنه قول نادر ووسمه المحقق الثانى(10) بأنه ضعيف وعدّه صاحب الجواهر من الغريب وموافقته من الأغرب والتفريع عليه من

ص: 110

1- (457) الأراضى /165.

2- (458) مفتاح الكرامة 19/72.

3- (459) الشرائع 3/218.

4- (460) الجواهر 39/77 (38/54).

5- (461) نفى الشهيد الثانى والسبزوارى عنه الـبعد.

6- (462) المسالك 12/417.

7- (463) الكفاية 2/557.

8- (464) الأراضى /165.

9- (465) الروضة البهية 7/157.

10- (466) جامع المقاصد 7/27.

الأعجب وكلها ممّا لا ينبغي أن يسطر كما مرّ.

أدلة القول المختار

[1] بل لما مرّ من صاحب الجواهر بأنّ مشاعر العبادة «في الحقيقة ليست من الموات \_ الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع» (1) بل هي من الأراضي المحيية بالتشريف الإلهي حيث جعلها الله تعالى من الأماكن المشرفة والمواضع المحترمة ومشعرا للعبادة.

مضافا إلى أنّ الحياة ليست منحصرة بجريان الماء وإخراج النبات وإحداث البناء وتأسيس المعمل بل يمكن إحياء الأرض بحضور الزائر والمسافر والمُشاهد والناظر المسمى اليوم بـ «صنعة التوريسم» كما هو الأمر في الآثار والأبنية التاريخية والمُشاهد النادرة من الطبيعة كالأنهار والبحار والجبال والغابات.

وبالجملة: أحياء كل شيء بحسبه.

[2] الشارع وهو المالك الحقيقي جعل هذه الأراضي موطنا للعبادة وهذا الجعل الشرعي يكون أقوى من وقف المالك الإعتباري، فكما لا يجوز تملك الأراضي الموقوفة، فلا يجوز تملك هذه المشاعر والمُشاهد بالإحياء.

[3] تملك هذه المشاهد المشرفة والمشاعر العبادة بالإحياء يوجب تقويت المصلحة المترتبة عليها وينافى مع الجعل الإلهي من دون فرق بين جميع أجزائها أو بعضها، وبين وسعتها للعبادة أو ضيقها لأنّ جميع أجزائها جعلت مشعرا للعبادة.

ومن هذه المشاعر: ما جعله الله مسجدا كالمسجد الحرام ومسجد الكوفة ومراقد الأئمة المعصومين عليهم السلام وما جعله المسلمون من مصلى البلد ومحلّ دفن الموتى ونحوها.

هذا تمام الكلام في الشرط الثالث والله العالم.

#### 4\_ «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل»

ولو كان مواتا خاليا من تحجيرٍ، كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله الدور (2)، وأرضا

ص: 111

1- (467) الجواهر 39/77 (38/53).

2- (468) المسالك 12/418: لعبدالله بن مسعود، وهي اسم موضع بالمدينة، بين ظهرائي عمارة الأنصار؛ ويُقال: المعنى أنّه أقطعه تلك البقعة ليتخذها دورا.

بحضرموت(1)، وحُصِّدَ فرس الزَّبير(2) فإنَّه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء(3) كما في الشرائع.

وقال العلامة في شرائط الإحياء من التذكرة: «أن لا يكون مُقَطَّعا من الإمام، فإنَّ لإقطاع الإمام مدخلا في الموات، بل عندنا أنَّه هو المالك للموات، فيجوز للإمام أن يُقَطَّع غيره أرضا من الموات خاليةً من التحجير لمن يُحييها، ويصير المُقَطَّع أولى.

ويفيد الإقطاع التخصيص والأحقية كالتحجير، ويمنع الغير من المزاحمة له، ولا يصحّ رفع هذا الاختصاص بالإحياء.

وقد أقطع صلى الله عليه وآله وائل بن حجر(4) أرضا بحضرموت(5).

وروى أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله أقطع الدُّور(6).

وأقطع الزبيرَ حُصِّدَ فرسه \_ يعني عَدُوَّهُ(7) \_ ما جرى، فلمَّا قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبيُّ صلى الله عليه وآله : «اقطعوا له مرمى سوطه»(8).

وروى أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله دعا الأنصار ليُقَطَّع لهم بالبحرين، قالوا: يا رسول الله إن

ص: 112

1- (469) المسالك 12/418: لوائل بن حجر «بتصرف».

2- (470) الروضة 7/159: بن العوام... وهو مقدار عدو ما جرى، فأجرى فرسه حتى قام، أى عجز عن التقدم، فرمى بسوطه طلبا للزيادة على الحضرم، فأعطاء من حيث وقع السوط... .

3- (471) الشرائع 3/218.

4- (472) هو الحضرمي الصحابي المعروف روى عنه ولداه علقمة وعبدالجبار.

5- (473) سنن أبي داود 3/173، ح 3058؛ سنن الترمذي 3/665، ح 1381؛ المعجم الكبير \_ للطبراني \_ 22/13، ح 12؛ السنن الكبرى \_ للبيهقي \_ 6/144.

6- (474) سنن أبي داود 3/173، ح 3060؛ المعجم الكبير \_ للطبراني \_ 10/274، ح 10534؛ السنن الكبرى \_ للبيهقي \_ 6/145؛ العزيز شرح الوجيز 6/216 و 219.

7- (475) بل عَدُوُّ ذُو وَثَبٍ كما في المعجم الوسيط /181. أقول: بالفارسية: دويدن با جهش را گویند که در سوارکاری بدان تاخت یا تازاندن اطلاق می شود.

8- (476) سنن أبي داود 3/(178-177)، ح 3072؛ السنن الكبرى \_ للبيهقي \_ 6/144؛ العزيز شرح الوجيز 6/219؛ المغني 6/182؛ الشرح الكبير 6/189.

فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها. (1)

وفائدة الإقطاع مصير المُقْطَع أحق بإحيائه، كالمُتَحَجَّر.

وإذا طالت المدّة ولم يحيه المُقْطَع أو أحياه غيره، فعند الشافعيّة يكون الحكم كما تقدّم في المتحجّر. (2)

وقال مالك: إن أحياه عالماً بالإقطاع كان ملكاً للمُقْطَع، وإن أحياه غير عالمٍ بالإقطاع فالمُقْطَع بالخيار بين أن يأخذه ويغرم للمُحْيى ما أنفق عليه في العمارة، وبين أن يتركه على المُحْيى ويأخذ منه قيمة الموات قبل العمارة. (3)

وقال أبو حنيفة: إن أحياه قبل ثلاث سنين فهو للمُقْطَع، وإن أحياه بعدها فللمُحْيى. (4)

ولا ينبغي أن يُقْطَع الإمام إلا مَنْ يقدر على الإحياء ويقدر ما يقدر عليه. (5)

وقال العلامة في أسباب الاختصاص من القواعد: «السادس: إقطاع الإمام، وهو متّبع في الموات، فلا يجوز إحياءه وإن كان مواتاً خالياً من التحجير كما أقطع النبيّ صلى الله عليه وآله بلال بن الحارث العتيق (6)، فلمّا ولى عمر قال له: ما أقطعتّه لتحجبه فأقطعه الناس؛ وأقطع أرضاً بحضرموت (7)، وأقطع الزبير حُضْرُ فرسه فأجرى فرسه حتّى قام فرمى بسوطه (8)،

ص: 113

1- (477) صحيح البخارى 3/150 و 4/119؛ مسند أحمد 3/647، ح 12295؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ 6/145 و 10/131؛ المغنى 6/182؛ الشرح الكبير 6/189.

2- (478) العزيز شرح الوجيز 6/219؛ روضة الطالبين 4/354.

3- (479) الحاوى الكبير 7/482؛ العزيز شرح الوجيز 6/219.

4- (480) الحاوى الكبير 7/482؛ العزيز شرح الوجيز 6/219.

5- (481) تذكرة الفقهاء 19/440.

6- (482) سنن أبي داود 3/173، ح 3061 و 3062، باب فى قطاع الأرضين؛ وسنن البيهقى 6/145؛ ومسند أحمد 1/306؛ والعتيق: واد بظاهر المدينة.

7- (483) سنن أبي داود 3/173، ح 3058؛ وسنن الترمذى 3/665، ح 1381.

8- (484) مستدرک الوسائل 17/122، ح 4، باب 12 من أبواب كتاب إحياء الموات، نقلاً من عوالى اللآلى 1/164، ح 168؛ وسنن أبي داود 3/177، ح 3072؛ وسنن البيهقى 6/144.

وهو يفيد الاختصاص»(1).

وقال السيّد العاملي في شرح عبارة القواعد: «العقيق وإِ بظاهر المدينة. والحُضْر بالحاء المهملة المضمومة والضاد المعجمة وهو عدوه، وإِنّما رمى بسوطه طلباً للزيادة. وفي الحديث(2) أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: أقطعوا الزبير من (عن\_ خ ل) سوطه. وقال في التذكرة(3) قد أقطع النبيّ صلى الله عليه وآله وائل بن حجر أرضاً بحضرموت. وقال في القاموس حُضْر موت بضّم الميم بلد يقال: هذا حضرموت(4)، أى فتبنى الأوّل على الفتح وتعرب الثاني إعراب ما لا ينصرف، وإن شئت أضفت الأوّل إلى الثاني فقلت: هذا حضرموت، أعربت حضرا وخفضت موتا، وهو وإِ دون اليمن أرسل الله فيه سيلاً على أناس من أهل الفيّل أفلتوا من طير أبابيل فهلكوا، فسُمّي حضرموت حين ماتوا فيه، وفيه بئر يقال لها بئر برهوت تردها(5) هام الكفّار.

قوله: «وهو يفيد الاختصاص» كما هو صريح الوسيلة(6) والشرائع(7) والتذكرة(8) والتحرير(9) والدروس(10) وجامع المقاصد(11) والمسالك(12) والروضة(13) وهو قضية كلام

ص: 114

- 1- (485) قواعد الأحكام 2/269.
- 2- (486) سنن أبي داود 3/177، ح 3072.
- 3- (487) تذكرة الفقهاء 19/440؛ والرواية في تلخيص الحبير 3/64، ح 1300.
- 4- (488) القاموس المحيط 2/10.
- 5- (489) معجم البلدان 2/270.
- 6- (490) الوسيلة: إحياء الموات /134.
- 7- (491) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء 3/218.
- 8- (492) تذكرة الفقهاء: فى شرائط الإحياء 19/440.
- 9- (493) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى 4/490.
- 10- (494) الدروس الشرعية: فى شرائط تملك الموات بالإحياء 3/61.
- 11- (495) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى 7/29.
- 12- (496) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء 12/418.
- 13- (497) الروضة البهية: فى شروط الإحياء 7/159.

الباقيين. وقال في المبسوط: صار أحقّ به بلا خلاف(1) أي بين المسلمين، ثم إن قام بعمارتها وإلا فكما سبق(2) في التحجير(3).

أقول: يأتي حكم التحجير إن شاء الله.

وقال صاحب الجواهر في شرح عبارة الشرائع: «الشرط (الرابع: أن لا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ولو كان مواتا خاليا من تحجير) الذي لا خلاف في أنّ له ذلك كما عن المبسوط(4)، بل ولا إشكال؛ ضرورة كون الموات من ماله الذي هو مسلّط عليه، مع أنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

(كما أقطع النبيّ صلى الله عليه وآله) عبدالله بن مسعود (الدور)(5) وهي اسم موضع بالمدينة بين ظهراى عمارة الأنصار، ويقال: المعنى أنّه أقطعه ذلك ليتخذها دورا.(6)

(و) أقطع وائل بن حجر (أرضا بحضر موت)(7).

(و) أقطع الزبير (حُضْر فرس) أي عدّوه، بل قيل: إنّ (الزبير) أجرى فرسه حتّى قام الفرس رمى بسوطه طلبا للزيادة، فقال صلى الله عليه وآله (أعطوه من حيث بلغ السوط)(8).

ص: 115

- 
- 1- (498) المبسوط: فى إحياء الموات 3/273.
  - 2- (499) تقدّم فى مفتاح الكرامة 19/84.
  - 3- (500) مفتاح الكرامة 19/88 و 89.
  - 4- (501) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/274.
  - 5- (502) تلخيص الحبير 3/63، ح 1299؛ مجمع الزوائد 4/197؛ المعجم الأوسط (للطبرانى) 5/163.
  - 6- (503) البدر المنير 7/65، ح 11.
  - 7- (504) سنن أبى داود 3/173، ح 3058 و 3059؛ سنن الترمذى 3/665، ح 1381؛ تلخيص الحبير 3/64، ح 1300؛ المعجم الكبير (للطبرانى) 12/9، ح 4؛ تاريخ المدينة (لابن شبة) 2/580؛ فتوح البلدان 1/88، رقم 231؛ إمتاع الأسماع 9/358.
  - 8- (505) مسند أحمد 2/156؛ تلخيص الحبير 3/64، ح 1301؛ سنن أبى داود 3/177، ح 3072؛ سنن البيهقى 6/144؛ المعجم الأوسط (للطبرانى) 4/305؛ إمتاع الأسماع 9/362؛ المغنى (لابن قدامة) 6/164؛ الشرح الكبير 6/170.

وأقطع بلال بن الحارث العقيق.

(فإنه) إن لم ينف الملك فلا ريب بل لا خلاف(1) في أنه (يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالإحياء) بل عن المبسوط نفيه كذلك بين المسلمين.(2)

وكذا ليس لأحد نقضه، وما عن عمر: من أنه لما تولى قال لبلال: «ما أقطعت العقيق لتحجبه، فأقطعه الناس» لا حجة فيه، وكم له من أخذ فدك ونحوها!

على أنه يمكن ذلك كما تسمعه في التحجير إذا لم يحي المحجر، كما صرح به في جامع المقاصد(3)، وإن كان ذكر المصنف وغيره(4) ذلك في التحجير دونه يشعر بالعدم، بل لو لا ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلق الحق الذي يقتضى استصحابه عدم الزوال وإن عطل.

وكأن ما ذكر من الاختصاص المزبور مبنى على عدم تملك الموات بغير الإحياء، ولكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعا. وحينئذ فلا بد من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص والأحقية بالإحياء، وإلا فلو فرض كونه على جهة التملك جاز إن لم يكن إجماعا، وليس لأحد حينئذ الاعتراض عليه بتعطيله وأن تمادى الزمان، على إشكال؛ لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجرة على نحو ما سمعته في الأرض التي ملكت بالإحياء فأهلها حتى ماتت، هذا(5).

ذهب آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ إلى أن الأرض المقطوعة

ص: 116

- 1- (506) ينظر الوسيلة: الزكاة / إحياء الموات / 134؛ وتحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضي 4/490؛ والدروس الشرعية: إحياء الموات 3/61، درس 211؛ والروضة البهية: كتاب إحياء الموات 7/159.
- 2- (507) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/273.
- 3- (508) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي 7/31.
- 4- (509) كالعلامة في القواعد: إحياء الموات / في الأراضي 2/269.
- 5- (510) الجواهر 39/ (78-80) [38/55 و 54].



يملكها المُقَطَّع ولكن ليس للإقطاع اليوم ثمرة عملية وقال: «إنَّ عملية الإحياء: \_ بوصف كونها سببا لصلة المحيي بركة الأرض على مستوى الملك أو الحق على الخلاف المتقدم \_ إنَّما هي فيما إذا لم تكن رقبة الأرض ممَّا أقطعه الإمام عليه السلام وإلا فلا أثر للاحياء أصلاً، فإنَّ الإمام عليه السلام إذا أعطى قطعة من الأرض الموات لشخص فهي تصبح ملكا له، حيث أن للإمام عليه السلام ذلك من جهتين.

إحدهما: من جهة ولايته عليه السلام العامة.

وثانيتهما: أنَّ الأرض الموات بما أنَّها داخلية في ملكه عليه السلام كما عرفت فله اختصاص فرد أو طائفة بقطعة منها على مستوى الحق أو الملك، فإنَّ كلَّ ذلك بيده عليه السلام وتحت اختياره. ومن الطبيعي أنَّه لا يجوز تصرف غيره فيها بعد هذا الاختصاص، لأنَّه تصرف في ملك غيره أو فيما له حق فيه.

وقد روى أنَّ النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أقطع \_ الدور \_ لعبدالله ابن مسعود \_ وهي اسم موضع بالمدينة \_ ، واقطع وائل بن حجر \_ أرضا بحضرموت \_ ، واقطع الزبير \_ عدو فرسه \_ واقطع بلال بن الحارث \_ العقيق \_ .

وكيف كان فلا شبهة في أنَّ للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله ذلك، وكذا للأئمة الأطهار عليه السلام ، وإنَّ ما أقطعه فهو خاص لمن قُطِعَ له، إلاَّ أنَّ الكلام إنَّما هو في إثبات ذلك صغريا وهو لا يمكن، حيث لم يقدِّم لنا دليل معتبر على ذلك، لا في الموارد المذكورة، ولا في غيرها.

فالنتيجة: أنَّ المسألة وإنَّ كانت ثابتة كبرويا إلاَّ أنَّه لا طريق لنا إلى إحراز صغرى لها في شيء من الموارد. وعليه فلا نتيجة عملية لهذه المسألة خارجا»(1).

وقال في آخر كتابه: «الإقطاع وهو في المصطلح الفقهي عبارة عن إقطاع النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام قطعة أرض أو معدن لفرد أو أفراد، وعن الشيخ قدس سره في المبسوط تحديده بمنح الإمام عليه السلام حق العمل فيها لشخص أو اشخاص على أساس أن الإسلام لا يجوز العمل في المصادر والثروات الطبيعية الخام بدون إذن الإمام عليه السلام أو الدولة إذنا

ص: 117

خاصا أو عاما، فإذا سمح لفرد أو أفراد في استثمار تلك الثروات فهو في المصطلح الفقهي إقطاع.

فالنتيجة أنّ الإقطاع بدوره أسلوب من أساليب الاستثمار والانتاج في الموارد الخام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للإمام عليه السلام إقطاع الفرد ما يزيد على قدر طاقته ويعجز عن استثماره.

وعلى هذا الأساس فالإسلام لم يعتبر الإقطاع سببا لتملك الفرد الثروة الطبيعية التي أقطعها النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أيامه، وإنما جعل للفرد المقطع حق الأولوية في استثمار تلك الثروة يعني \_ لا يجوز لغيره انتزاعها منه والعمل فيها بدلاً عنه \_ كما عن العلامة قدس سره في القواعد حيث قال: بأنّ الإقطاع يفيد الاختصاص، وعن الشيخ في المبسوط بان السلطان إذا أقطع رجلاً من الرعية قطعة من الموات صار أحق بها من غيره بلا خلاف، وقد صرح بذلك المحقق في الشرائع أيضا هذا.

أقول: إنّ تفسير الإقطاع بهذا المعنى وان كان بمكان من الامكان على أساس أن للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله ذلك، وكذا للإمام عليه السلام إلا أن إثباته بدليل معتبر مشكل جدا. حيث لم يرد في دليل معتبر أن النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أقطع لفرد أو جماعة هذه الأرض أو ذلك المعدن.

نعم نُقل أنّ النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أقطع \_ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ \_ الدور، وهي اسم موضع بالمدينة. وأقطع \_ وابل بن حجر \_ أرضا بحضر موت. واقطع \_ الزبير \_ حضر فرسه.

ولكن كل ذلك: لم يثبت بنص معتبر كما مرّ. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: أنه لا مانع من تفسير الإقطاع بمعنى منح النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام ملكية هذه الأرض أو هذا المعدن لفرد أو جماعة إذا رأى فيه مصلحة. لما تقدم في ضمن البحوث السالفة من أنّ أمر الأراضى بيده عليه السلام حتّى الأراضى الخراجية، وله أن يتصرف فيها بما يرى ولو كان ذلك التصرف منح ملكيتها لفرد، وعليه فلا وجه لتخصيص الإقطاع بالتفسير الأول.

وعلى الجملة: فلو ثبت الإقطاع في الشرع المقدس بدليل معتبر فلا وجه

لتخصيصه بالتفسير الأوّل، إذ هو كما ينسجم مع هذا التفسير ينسجم مع التفسير الثاني أيضا.

نعم يمتاز التفسير الأوّل عن التفسير الثاني في نقطة أخرى، وهي أن الإقطاع بالتفسير الثاني خاص بالنبي الأكرم صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام وليس لأحد غيرهما ذلك وأما الإقطاع بالتفسير الأوّل فهو غير خاص بهما»(1).

أقول: بناءً على سعة حدود اختيارات الولي الفقيه الجامع لشرائط الحكم، تكون المسألة ذات ثمرية عملية اللهم إلا إذا قلنا باختصاصها بالنبي صلى الله عليه وآله وأوصيائه الخاصين عليهم السلام كما يلوح من المحقق في الشرائع، فلا تشمل الفقيه حتى بناء على سعة ولايته وهو الظاهر، والمختار أن الإقطاع يوجب تمليك المقطع للمقطع له والوجه في ذلك لما ورد في كلام العلامة رحمه الله: «أن سبب الملك عندنا تمليك الإمام له ولأنّ الموات قد بيّنا أنه للإمام خاصة»(2).

ثمّ فلْيُعْلَمَ بأنّ الإقطاع قسمان:

أ: إقطاع الموات للتمليك وقد مرّ.

ب: إقطاع إرفاق: «وهو أن يُقطعه موضعا يجلس فيه من الطريق الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق.

ويجوز ذلك إذا لم يضرّ بالمازّة والمصلّين؛ لأن ذلك لمرافق المسلمين والجالس يرتفق بذلك ببيع وشراء وغير ذلك.

واختلفت الشافعية في أنّه هل لإقطاع الإمام فيه مدخل؟ على وجهين:

أحدهما: أنّه لا مدخل له في هذا الارتفاق؛ لأنّه ينتفع بها على صفتها من غير عملٍ، فأشبهت المعادن الظاهرة، ولأنّه لا مدخل للتملك فيه، ولا معنى للإقطاع، بخلاف الموات.

ص: 119

1- (512) الأراضى 415 و 416.

2- (513) تذكرة الفقهاء 19/435.

والثاني: أن له مدخلاً فيه؛ لأنّ للإمام نظراً واجتهاداً في أن الجلوس في المواضع هل هو مُضَرٌّ أم لا، ولهذا يزعج مَنْ جلس إذا رأى جلوسه مُضَرّاً، وإذا كان للاجتهاد فيه مدخل فكذا لإقطاعه. (1)

إذا عرفت هذا، فقد قال بعض الشافعيّة: إنّ للإمام أن يتملّك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطرّوق (2) (3). والله العالم.

## 5\_ «ألا يسبق إليه سابق بالتحجير»

فإنّ التحجير يفيد أولويّة، لا ملكاً للرّقبة. وإن ملك به التصرّف حتّى لو هَجَمَ عليه مَنْ يروم الإحياء، كان له منعه. ولو قاهرة فأحيائها لم يملك.

والتحجير: هو أن ينصب عليها المروز (4)، أو يحوطها بحائطٍ. ولو اقتصر على التّحجير وأهمل العمارة، أجبره الإمام على أحد الأمرين، إمّا الإحياء وإمّا التّخلية، بينها وبين غيره؛ ولو امتنع أخرجها السلطان من يده، لتلا يُعطّلها.

ولو بادَرَ إليها مَنْ أحيائها لم يصحّ، ما لم يرفع السلطان يده، أو يأذن في الإحياء (5). كما في الشرائع وقال بعد صفحة: «ومن فقهاؤنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً وهو بعيد» (6).

أقول: هو شيخُ المحقّق، الفقيهُ الشّيخُ نجيبُ الدين بنِ نما الحلّي رحمه الله كما صرح به الشهيد في الدروس وقال: «وعن الشيخ نجيب الدين بن نما أنّ التحجير إحياء».

ويمكن حمله على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالباً

ص: 120

1- (514) العزيز شرح الوجيز 6/223؛ روضة الطالبين 4/359.

2- (515) العزيز شرح الوجيز 6/223؛ روضة الطالبين 4/359.

3- (516) تذكرة الفقهاء 19/442.

4- (517) المُرُوزُ: جمع المَرز، وهو الحدّ الترابيّ المميّز بين موضع وموضع وليس فيه ارتفاعٌ وهو غير عربيّ؛ لذلك لم يُدكّر في كثيرٍ من معجمات لغة العرب القديمة.

5- (518) الشرائع 3/218.

6- (519) الشرائع 3/220.

فإنّ ذلك قد يعدّ إحياء، وخصوصاً عند من لا يشترط الحرث ولا- الزرع والغرس؛ لأنّهما انتفاع وهو معلول الملك فلا يكون سبباً له كالسكنى»(1).

ومستند الشيخ ابن نما قوله صلى الله عليه وآله : من أحاط حائطاً على أرض فهي له.(2)

والخبر عامي(3) كما ترى.

لا- الإجماع الظاهر من المبسوط على أنّ الإقطاع مثل التحجير حكماً أو موضوعاً حيث قال الشيخ: «إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعية قطعة من الموات، صار أحقّ به من غيره باقطاع السلطان إيّاه بلا خلاف، وكذلك إذا تحجّر أرضاً من الموات، والتحجير أن يؤثر فيها أثر لم يبلغ به حدّ الأحياء، مثل أن ينصب فيها المروز أو يحوِّط عليها حائطاً وما أشبه ذلك من آثار الأحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره، فإقطاع السلطان بمنزلة التحجير»(4).

والعجب من الفقيه العاملي(5) حيث نسب إليه أنّه يقول: «أنّ الأحياء مثل التحجير»، وهو كما ترى، نعم، الأحياء مثل التحجير مفهومان عرفيان وليس لهما حدّ خاص لدى الشرع والمرجع في تحققهما العرف.

وقال العلامة في شرائط الأحياء: «الرابع: أن لا يكون قد سبق إليه من حجره، فإنّ التحجير عندنا لا يفيد الملك، بل الأولوية والأحقية، لا ملكاً للرقبة وإن ملك به التصرف...»

إذا عرفت هذا، فقد قلنا: إنّ التحجير لا يفيد الملك؛ لأنّ سبب الملك عندنا تمليك

ص: 121

1- (520) الدروس الشرعية 3/56.

2- (521) عوالي اللآلي 3/480، ح3؛ ونقل عنه في مستدرک الوسائل 17/111، ح3.

3- (522) مسند أحمد 5/12 و 21؛ المصنّف (لابن أبي شيبة) 5/285، ح12؛ كنز العمال 3/890، ح9047؛ الجامع الصغير 2/552، ح8307؛ سنن أبي داود 3/179، ح3077؛ سنن البيهقي 6/148؛ مسند الطيالسي 122/.

4- (523) المبسوط 3/273.

5- (524) راجع مفتاح الكرامة 19/80.

الإمام له؛ لأن الموات قد بيّنّا أنّه للإمام خاصّةً، وعند العامة سبب الملك إنّما هو الإحياء ولم يوجد. (1)

وقال بعض الشافعيّة: إنّ التحجير يفيد التملك. (2)

والمشهور: أنّه يفيد الأولويّة؛ لأنّ الإحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقيّة، كالاستيلاء مع الشراء، وأيضا فليأمن من يقصد الإحياء بالشروع في العمارة.

ولا ينبغي أن يزيد المحجّر على قدر كفايته ويضيق على الناس، ولا أن يحجّر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإن فعّل ألزمه الحاكم بالعمارة أو التخلّي عن الزيادة فيسلمها إلى من يقوم بعمارتها.

وكذا لو ترك المحجّر الإحياء، ألزمه الحاكم بالعمارة أو الترك؛ لما وجد في كتاب عليّ عليه السلام قال: «وإن تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمين بعده فعمرها وأحيها فهو أحقّ بها من الذي تركها». (3)

وهو قول بعض الشافعيّة. (4)

وقال آخرون: ليس لأحد أخذ الزيادة؛ لأنّ ذلك القدر غير متعيّن. (5)

وقال الفقيه المتتبع العاملي: «التحجير» ممّا صرح فيه أنّ عدم التحجير شرط في التملك بالإحياء أو أنّه مانع منه أو سبب في الاختصاص المبسوط (6) والمهذب (7) والوسيلة (8)

ص: 122

1- (525) العزيز شرح الوجيز 6/217.

2- (526) العزيز شرح الوجيز 6/217؛ روضة الطالبين 4/352.

3- (527) وسائل الشيعة 25/414، ح 2 خبر أبي خالد الكابلي.

4- (528) العزيز شرح الوجيز 6/217؛ روضة الطالبين 4/352.

5- (529) العزيز شرح الوجيز 6/217؛ روضة الطالبين 4/352.

6- (530) المبسوط: في إحياء الموات التملك بالإحياء 3/273.

7- (531) المهذب: في إحياء الموات 2/32.

8- (532) الوسيلة: في إحياء الموات 133/.

بمفهومها والغنية(1) والسرائر(2) وجامع الشرائع(3) والشرائع(4) والنافع(5) والتذكرة(6) والتحرير(7) والإرشاد(8) والتبصرة(9)

واللمعة(10) والحواشي(11) وجامع المقاصد(12) والمسالك(13) والروضة(14) والكفاية(15) والمفاتيح(16) من دون خلاف ولا تأمل»(17)... «وليس له \_ أى التحجير \_ فى أخبارنا ذكر، ولعلهم أخذوه من فحوى ما دلّ على الأولوية فى السبق إلى مكان من المسجد أو السوق، أو من الخبر النبوى العامى الذى تداوله أصحابنا واستدلّوا به: من أحيأ ميتة فى غير حقّ مسلم فهى له.(18) ولعلّه إليه استند ابن نما

ص: 123

- 1- (533) غنية النزوع: فى إحياء الموات /293.
- 2- (534) السرائر: فى شرائط التملك بالإحياء /1/482.
- 3- (535) الجامع للشرائع: فى إحياء الموات /375.
- 4- (536) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء /3/218.
- 5- (537) المختصر النافع: فى إحياء الموات /251.
- 6- (538) تذكرة الفقهاء: فى شرائط التملك بالإحياء /19/435.
- 7- (539) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى /4/486.
- 8- (540) إرشاد الأذهان: الجهاد فى حكم الأراضين /1/348.
- 9- (541) لم نجد فى التبصرة البحث عن الشروط المذكورة ولا- ذكرا لما يومئ إلى التحجير وما يتعلّق به. نعم فى قوله «ولا- يجوز التصرف فى ملك الغير بغير إذنه ولو فيما فيه صلاحه» نوع إيماء إلى ذلك على نحو العموم، فراجع التبصرة /109 وتأمل.
- 10- (542) اللمعة الدمشقية: فى إحياء الموات /242.
- 11- (543) لم نعثر عليه فى الحاشية النجارية المنسوبة إلى الشهيد وأما سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
- 12- (544) جامع المقاصد: فى إحياء الموات فى أحكام الأراضى /7/28.
- 13- (545) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء /12/419.
- 14- (546) الروضة البهية: فى شرائط التملك بالإحياء /7/160.
- 15- (547) كفاية الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء /2/558.
- 16- (548) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء /3/28.
- 17- (549) مفتاح الكرامة /19/74.
- 18- (550) سنن البيهقى /6/148.

فى أنه يفيد الملك كما يأتى، وقد قالوا كما ستسمع: إن التحجير أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط. وفى الرياض أن الظاهر اتفاقهم على أصل التحجير وأن جمعا منهم ادّعوا الإجماع عليه صريحا. (1) وقد نسب قبل ذلك دعواه إلى المسالك (2) ونحن لم نجد التصريح بالإجماع لا من المسالك ولا غيرها إلا المفاتيح (3). نعم هو محصل معلوم وظاهر التذكرة (4) كما عرفت. وفى مجمع البرهان (5) كأنه إجماعى (6).

واستدل له صاحب الجواهر بقوله: «وكيف كان، فلم نجد فى شىء مما وصل إلينا من النصوص هذا اللفظ فضلاً عما ذكره فى تفسيره، وإنما الموجود فى خبر سمرة بن جندب: «إنّ النبىّ صلى الله عليه وآله قال: من أحاط حائطا على أرض فهى له». ومقتضاه الملك به كما تسمعه من ابن نما، إلا أن يحمل على أرض يتحلّق إحيائها بذلك، أو يراد من اللام - ولو بقرينة الشهرة أو الإجماع - الأحقية المزبورة لا الملك.

وربما يستفاد الأحقية به من صدق حيازة المباح به وإن كان لا يملك إلا بالإحياء، ومن أنه سبق إليه نحو السبق إلى الوقف والسوق والمسجد ونحوها، وفى حديث أبى داود المروى من طرق العامة - وفى الإسعاد (7): أنه صححه الصابى - : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» (8)، وفى بعض كتب الأصحاب رواية «فهو أحقّ به» (9).

ص: 124

- 1- (551) رياض المسائل: فى شرائط التملك بالإحياء 14/112.
- 2- (552) رياض المسائل: فى شرائط التملك بالإحياء 14/112.
- 3- (553) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء 3/28.
- 4- (554) تذكرة الفقهاء 19/435.
- 5- (555) مجمع الفائدة والبرهان: فى شرائط التملك بالإحياء 7/492.
- 6- (556) مفتاح الكرامة 19/75.
- 7- (557) الكتاب غير موجود لدينا.
- 8- (558) سنن أبى داود 3/177، ح 3071؛ تلخيص الحبير 3/63، ح 1296؛ سنن البيهقى 6/142.
- 9- (559) عوالى اللآلى: باب إحياء الموات 3/480، ح 4؛ مستدرک الوسائل 17/111، ح 4، باب 1 من كتاب إحياء الموات.



ولكن مع ذلك كلّه فالإنصاف أنّ العمدة الإجماع المزبور، وإلاّ فما في التذكرة(1) والمسالك(2) وبعض الشافعية(3) \_ من الاستدلال عليه بأنّه «إذا أفاد الإحياء ملكاً فلا بدّ أن يفيد التحجير \_ الذى هو الشروع فيه \_ أولويّةً نحو البيع والاستيلاء \_ كما ترى؛ ضرورة عدم الملازمة، مع احتمال أنّ التحجير أعمّ من الشروع فيه وإن فسّره به فى القواعد(4) والمسالك(5) وغيرهما(6)»(7).

واستدلّ له آية الله الفياض \_ مدظله \_ بقوله: «وإنّما الكلام فى دليل ذلك.

الموجود فى بعض كلمات الأصحاب أن عمدة الدليل عليه الإجماع(8) والتسالم(9).

وعن العلامة فى التذكرة(10)، والشهيد الثانى قدس سره فى المسالك(11) ان التحجير شروع فى الإحياء، فإذا أفاد الإحياء الملك أفاد التحجير الذى هو شروع فيه الأولوية لا محالة.

وقد يستدل على ذلك بالرواية الدالة على أن «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»(12). وغير خفى: أنّ كلاً منها لا يصلح أن يكون دليلاً.

ص: 125

1- (560) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / فى شرائطه 19/436.

2- (561) مسالك الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين 12/419.

3- (562) مغنى المحتاج 2/366.

4- (563) قواعد الأحكام: إحياء الموات / فى الأراضى 2/269.

5- (564) تقدّم المصدر آنفاً.

6- (565) كالروضة البهية: كتاب إحياء الموات 7/160.

7- (566) الجواهر 39/82 و 83 (38/57).

8- (567) كما فى مفاتيح الشرائع 3/28 على أنّه يفيد الأولوية تبعاً للعلامة فى تذكرة الفقهاء 19/435؛ وفى مجمع البرهان 7/492 كأنّه اجماعى.

9- (568) رياض المسائل 14/112 (12/351).

10- (569) تذكرة الفقهاء 19/436.

11- (570) المسالك 12/419.

12- (571) سنن أبى داود 3/177، ح 3071؛ تلخيص الحبير 3/63، ح 1296؛ وسنن البيهقى 6/142.

أما الإجماع: فهو غير متحقق لوجود المخالف في المسألة وعلى تقدير تسليم تحققه فهو إجماع منقول وقد حَقَّق في الأصول أنه لا دليل على اعتباره.

وأما ما عن العلامة والشهيد الثاني من الملازمة بين كون الأحياء مفيدا للملك وكون التحجير مفيدا للأولوية فلا دليل عليه أصلاً إلا أن يكون نظرهما إلى أن بناء العقلاء قائم على ذلك وهو غير بعيد، كما سوف نشير إليه.

وأما الرواية فلم نعثر عليها من طرق الخاصة، وإنما هي مروية من طرق العامة، وعليه فلا أثر لها أصلاً. على أنها لو ثبتت لكان حال روايات الأحياء الظاهرة في إفادة الملك، وهي مقطوع البطلان على أساس أن التحجير لدى الأصحاب لا يفيد الملك جزماً.

فالصحيح في المسألة أن يقال: إن الدليل على كون عملية التحجير تمنح حق الأولوية لمن يقوم بها إنما هو سيرة العقلاء وحيث لم يرد دع عنها من قبل الشرع فهي على أساس ذلك لا محالة تكشف عن إمضاء الشارع لها، فيكون دليلاً في المسألة.

ثم إن المتيقن: من تلك السيرة إنما هو فيما إذا أراد المحجر القيام بعملية الأحياء، وهذا يعني \_ أن التحجير لدى العرف والعقلاء إنما يمنح حق الأولوية للمحجر على أساس أنه شروع في عملية الأحياء وابتداء لها \_ .

وأما إذا كان قاصداً به السيطرة على مساحة كبيرة من الأرض والاستيلاء عليها \_ من دون أن يكون بصدد أحيائها واستثمارها والاستفادة من ثروتها \_ فالظاهر بل المقطوع به أنه لا أثر لتحجيره هذا نهائياً، حيث لم يحرز جريان السيرة من العقلاء على أنه مفيد لحق الأولوية مطلقاً حتى في هذا الفرض، بل لا يبعد دعوى قيام السيرة منهم على عدم ترتيب أثر عليه على أساس أنهم يرون أن ذلك يضر بالعدالة الاجتماعية، ويوجب الضيق على الآخرين وتقويت حقوقهم.

ومن هنا يعتبر في كون عملية التحجير مفيدة لحق الأولوية تمكن المحجر من القيام بالأحياء والعمارة وإلا لم تكن مفيدة له، وأما إذا كان متمكناً من القيام به ثم زال عنه التمكّن فإن كان موقتاً لم يزل حقه عنها وإلا زال وجاز للآخر أن يقوم بأحيائها، كما

أنّ الأمر كذلك إذا امتنع من القيام بعملية الإحياء والاستثمار»(1).

## 6\_ أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه وآله

قال الشيخ: «فأما الحمى... وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشى ترعى فيها والناس فى ذلك على ثلاثة أضرب: النبىّ محمّد\_ عليه وآله أفضل الصلاة والسلام والبركات \_ والأئمة من بعده \_ عليهم أفضل الصلاة والسلام والتحيّات \_ وآحاد المسلمين، فأما النبىّ صلى الله عليه وآله فكان له أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين لقوله عليهم السلام لا حمى إلاّ لله ولرسوله، وروى عنه عليه السلام أنّه حمى النقيع \_ بالنون \_ وروى نافع عن ابن عمر أنّ النبىّ صلى الله عليه وآله حمى النقيع لخيل المجاهدين ترعى فيه.

فأما آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامة المسلمين لقوله عليه السلام لا حمى إلاّ لله ولرسوله، وهذا خاصّ فى هذا الموضوع، وهذان لا خلاف فيهما.

وأما الأئمة الذين نذهب إلى إمامتهم المعصومون، فإن حموا كان لهم ذلك، لأنّ أفعالهم حجة ولا يجوز عليهم الخطأ والقيح، وفى المخالفين من قال ليس للإمام أن يحمى لنفسه شيئاً، وإن أراد أن يحميه للمسلمين ليس له ذلك، وفيهم من قال له أن يحمى للمسلمين.

فإذا ثبت ذلك فالكلام فى فصلين أحدهما بيان ما يحمى له، والثانى قد ما يحمى.

فأما الذى يحمى له فأنه يحمى للخيل المعدة لسبيل الله، ونعم الجزية، ونعم الصدقة والضوال.

وأما قدر ما يحمى فهو ما لا يعود بضرر على المسلمين، أو بضيق مراعيهم، لأنّ الإمام لا يفعل عندنا إلاّ ما هو من مصالح المسلمين.

فإذا ثبت هذا فإنّه يحمى القدر الذى يفضل عنه ما فيه كفاية لمواشى المسلمين فأما ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله، لأنّ فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإنّ غيره هو أو من

ص: 127

بعده من الأئمة أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميّت فأحياءه فأثمه يملكه فأثمًا من يحييه بغير إذنه فأثمه لا يملك به حسب ما قدّمناه»(1).

قال المحقق: «للنبي صلى الله عليه وآله، أن يحمى لنفسه ولغيره من المصالح(2) كالحمى لنعم الصدقة. وكذا عندنا لإمام الأصل. وليس لغيرهما من المسلمين، أن يحمى [لنفسه]. فلو أحياه محي لم يملكه، مادام الحمى مستمرًا.

وما حماه النبي صلى الله عليه وآله، أو الإمام [عليه السلام]، لمصلحة فزالت، جاز نقضه؛ وقيل: ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصة، لا يجوز نقضه لأنّ حماه كالنص»(3).

وقال العلامة: «السادس: أن يحمى بقعة من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعى فيها.

والحمى قد كان لرسول الله صلى الله عليه وآله لخاصّ نفسه وللمسلمين؛ لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا حمى إلاّ لله ولرسوله»(4).

ولكنّه عليه السلام لم يحمى لنفسه، وإثما حمى النقيع \_ بالنون \_ لإبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين في سبيل الله.(5)

وعندنا أنّ للإمام أن يحمى لنفسه وإبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين

ص: 128

1- (573) المبسوط 3/270 و 271.

2- (574) المسالك 12/420: المراد بالحمى: أن يحمى بقعة من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعى فيها.

3- (575) الشرائع 3/219.

4- (576) مسند أحمد 4/624، ح 15990، و 5/21، ح 16221؛ صحيح البخارى 3/148؛ سنن أبى داود 3/180، ح 3083؛ المعجم الأوسط \_ للطبرانى \_ 5/133، ح 4669؛ المعجم الكبير \_ له أيضا \_ 8/96-97 (ح 7426-7428)؛ سنن الدارقطنى 4/238، ح 122؛ المستدرک \_ للحاكم \_ 2/61؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ 6/146.

5- (577) الكافى 5/277، ح 5؛ التهذيب 7/414، ح 625؛ الأموال \_ لأبى عبيد \_ 309؛ مسند أحمد 2/332، ح 6402؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ 6/146؛ صحيح ابن حبان \_ برتيب ابن بلبان \_ 10/538، ح 4683؛ الطبقات الكبرى \_ لابن سعد \_ 5/11.

على حدّ ما كان للنبيّ صلى الله عليه وآله ، وأما غيرهما من آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لغيرهم؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلاّ لله ولرسوله».

وأما قصد به النبيّ صلى الله عليه وآله منع العامّة من الحمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافى بكلبٍ على جبلٍ إن كان به، أو على نشزٍ إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب ووقف له من كلّ ناحيةٍ مَنْ يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيةٍ لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك (1)؛ لما فيه من التصييق على الناس.

وأما الأئمة عليهم السلام فقد قلنا: إنهم عندنا في ذلك بمنزلة النبيّ صلى الله عليه وآله .

ومنع الشافعي من تجويز الحمى لخاصّ نفسه، فإن حمى لنفسه لم يكن له ذلك. (2)

وإن أراد أن يحمى للمسلمين فقولان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلاّ لله ولرسوله» ولأنّه لا يحمى لنفسه فلا يحمى لغيره، كالعامّة.

ونقول بموجب الحديث، فإنّ الإمام قائم مقام الرسول صلى الله عليه وآله ، والمقدّمة الأولى ممنوعة.

والثاني \_ وهو الصحيح عندنا وعندهم \_ : [الجواز (3)] وبه قال مالك وأبو حنيفة؛ [لأنّ (4)] عمر بن الخطّاب حمى موضعا ووّلّى عليه مولى له يقال له: هُنّي، فقال: يا هُنّي اضمم جناحك للناس، وأتق دعوة المظلوم، فإنّ دعوة المظلوم مجابة، وأدخل ربّ

ص: 129

1- (578) كما في الأُم 4/47؛ ومختصر المزني 131/؛ ونهاية المطلب 8/289؛ والعزيز شرح الوجيز 6/220؛ والمغني 6/185؛ والشرح الكبير 6/203-202).

2- (579) الحاوي الكبير 7/483؛ المهذب \_ الشيرازي \_ 1/434؛ نهاية المطلب 8/288؛ الوجيز 1/242؛ التهذيب \_ للبعوي \_ 4/492؛ البيان 7/427؛ العزيز شرح الوجيز 6/220؛ روضة الطالبين 4/357.

3- (580) ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز، وفاقا لما في بقيّة المصادر.

4- (581) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «إنّ». والمثبت يقتضيه السياق.

الصُّرَيْمَةَ وَرَبَّ الْغُنَيْمَةِ(1)، إِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنَ عَفَّانَ وَنَعَمَ ابْنَ عَوْفٍ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهْلَكَ مَاشِيَتُهُمَا يَرْجِعَا إِلَى نَخْلٍ، وَزَرْعٍ، وَإِنَّ رَبَّ الصُّرَيْمَةَ وَالْغُنَيْمَةَ إِنْ تَهْلَكَ مَاشِيَتُهُ يَأْتِيَنَّ بَعِيَالَهُ فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَارَكَ هُمْ [أنا(2)] لَا أَبَا لَكَ لَا أَبَا لَكَ(3)، فَالْمَاءُ وَالْكَأَلُ أَهْوَنُ عَلَيَّ مِنَ الدِّينَارِ وَالدَّرْهَمِ، وَأَيْمَ اللَّهِ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ: إِنَّهَا لِبِلَادِنَا الَّتِي قَاتَلْنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ، وَلَوْ لَا الْخَيْلَ الَّتِي أَحْمَلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَمَا حَمَيْتُ مِنْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ شِبْرًا.(4)

وهو إجماع منهم، ولأنَّ ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام النبي صلى الله عليه وآله [وقد روى عن النبي صلى الله عليه وآله (5)] أَنَّهُ قَالَ: «مَا أَطْعَمَ اللَّهُ نَبِيًّا طَعْمَةً إِلَّا جَعَلَهَا طَعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ»(6) وَأَمَّا الْخَبْرُ فَمَخْصُوصٌ(7)«(8).

وقال السيّد العاملي في شرح كلام العلامة في القواعد: «وفي حكم الإقطاع

ص: 130

- 1- (582) الصُّرَيْمَةَ تصغير الصُّرْمَةِ، وهي القطيع من الإبل والغنم، والغنيمَة تصغير الغنم، يريد: أدخل صاحبَ الإبل القليلة والغنم القليلة في الحمى والمرعى. النهاية \_ لابن الأثير \_ 3/27 «صرم».
- 2- (583) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.
- 3- (584) جملة «لا أبا لك» غير مكررة في المصادر.
- 4- (585) الموطأ 2/1003، ح 1؛ صحيح البخاري 4/87؛ السنن الكبرى \_ للبيهقي \_ 6/147؛ الأم 4/46 و 48؛ التهذيب \_ للبخاري \_ 4/492؛ البيان 7/428؛ العزيز شرح الوجيز 6/220.
- 5- (586) ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني 6/187؛ والشرح الكبير 6/204.
- 6- (587) مسند أحمد 1/9، ح 15؛ سنن أبي داود 3/144، ح 2973.
- 7- (588) الحاوي الكبير 7/483؛ المهذب \_ للشيرازي \_ 1/434؛ نهاية المطالب 8/288؛ التهذيب \_ للبخاري \_ 4/492؛ البيان 7/428-427؛ العزيز شرح الوجيز 6/220؛ روضة الطالبين 4/357؛ المغني 6/187-186؛ الشرح الكبير 6/204-203؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف 2/668، ح 1189؛ عيون المجالس 4/1817، ح 1282؛ روضة القضاة 2/551، ح 3268 و 3269.
- 8- (589) تذكرة الفقهاء 19/445-442).

الحمى، وهو منع الإمام الناس عن رعى كالأ- ما حماه فى الأرض المباحة ليختص به دونهم) قد جعل فى التذكرة(1) والتحرير(2) والدروس(3) عدم الحمى شرطاً فى الإحياء المملّك. ومثله جعله فى حكم الإقطاع. ومن ذكره مستقلاً وبين أحكامه أفاد كلامه ذلك. وقد عرفه المصنّف بما سمعت وبمعناه ما فى التذكرة(4) هو أن يحمى بقعة من الموات لمواشٍ بعينها ويمنع سائر الناس من الرعى فيها، وكلاهما غير المعنى اللغوى والعرفى وإنما أراد بهما بيان المراد منه فى كلام الفقهاء. والتعريف الموافق للغة والعرف ما فى المبسوط قال: وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشى ترعى فيها، وقد روى أصحابنا والعامّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: لا حمى إلاّ لله ولرسوله.(5) والظاهر أنّ الخبر عامّ، لأنّه ليس موجوداً فى الجوامع العظام من كتبنا، ولكنهم أخذوه مسلّماً. وفى التذكرة(6) وغيرها(7) أنّه صلى الله عليه وآله قصد منع العامّة من الحمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلداً مخصباً وافى بكلب على جبل أو على شذّز إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب، ووقف له من كلّ ناحية من يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية لنفسه ويرعى مع العامّة فيما سواه، فهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس.

وقد تبه المصنّف بقوله (وهو منع الإمام) على خلاف الشافعى حيث منع على غير النبيّ صلى الله عليه وآله الحمى لنفسه، واختلف كلامه على قولين(8) إذا حمى للمسلمين، لأنّ الأئمة

ص: 131

- 1- (590) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّك بالإحياء 19/442.
- 2- (591) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى 4/486.
- 3- (592) الدروس الشرعية: فى شرائط التملّك بالإحياء 3/57.
- 4- (593) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّك بالإحياء 19/442.
- 5- (594) المبسوط: فى إحياء الموات 3/270.
- 6- (595) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملّك بالإحياء 19/443.
- 7- (596) تحرير الأحكام الشرعية 4/489؛ ومسالك الأفهام 12/421.
- 8- (597) الحاوى الكبير: فى الحمى من إحياء الموات 7/483.

– صلوات الله عليهم – بمنزلة النبي صلى الله عليه وآله عندنا، وهو من ضروريات مذهبنا.

ونحوه ما في السرائر (1) وجامع الشرائع (2) والشرائع (3) والتحرير (4) والدروس (5) حيث قيل فيها: وإمام الأصل ذلك عندنا. وكيف كان، فمشروعية الحمى ثابتة بإجماع المسلمين، وستسمع إجماعهم على بعض الخصوصيات.

قوله: (كما حمى النبي صلى الله عليه وآله النقيع) كما ذكر ذلك الخاصة والعامة (6)، وقد روى في الكافي (7) والتهذيب (8) بسندٍ ضعيف بجماعة عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن بيع الكلاء والمرعى، فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله النقيع لخیل المسلمين. وهذا الخبر يُستشَمُّ منه رائحة النقية، لأنَّ الجواب غير مطابق للسؤال. والنقيع – بالنون – موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء، ومنه أول جمعة جُمعت في الإسلام في المدينة في نقيع الخَضَمَات بالمعجمتين. وفي الحواشي (9): أنه بكسر النون.

قوله: (وللإمام أن يحمى لنفسه) لأنَّ الموات ملك له، ومن ملك أرضاً فله حمايتها بلا خلاف كما في الخلاف (10) والغنية (11). وقد روى العامة النبي صلى الله عليه وآله قال: لا حمى إلا لله

ص: 132

- 
- 1- (598) السرائر: البيع في أقسام النَّاس في الحمى 2/381.
  - 2- (599) الجامع للشرائع: في إحياء الموات 375/.
  - 3- (600) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء 3/219.
  - 4- (601) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى 4/(489-490).
  - 5- (602) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالاحياء 3/58.
  - 6- (603) السنن الكبرى للبيهقي 6/146.
  - 7- (604) الكافي: في بيع المراعى 5/277، ح 5.
  - 8- (605) تهذيب الأحكام: باب بيع الماء... 7/141، ح 10؛ ووسائل الشيعة 17/337، ح 3، باب 9 من أبواب إحياء الموات.
  - 9- (606) لم أجده في الحاشية النجارية بل فيها 347/ : «النقيع بفتح النون موضع يجتمع فيه الماء فيكثر الخصب».
  - 10- (607) الخلاف: إحياء الموات 3/528، مسألة 6.
  - 11- (608) غنية النزوع: في إحياء الموات 293/ و 294.



ولرسوله ولأئمة المسلمين. (1) وفي المبسوط أنّ للنبيّ صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف. (2) وفي التذكرة: لكنّه لم يحمى لنفسه، وإنّما حمى النقيع لأبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين. (3) وغرض المصنّف هنا بيان أنّ الإمام كالنبيّ صلى الله عليه وآله، وأنّ له وللنبيّ صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولغيره. وممّا ذكر فيه أنّه له أن يحمى لنفسه المبسوط (4) والغنية (5) والسرائر (6) والجامع للسرائر (7) والسرائر (8) والتحرير (9) لكن في المبسوط والسرائر عند بيان ما يحمى له لم يذكر الحمى لنفسه وإنّما ذكر الأربعة الآتية، ولم يذكره في الوسيلة (10) أصلاً، وظاهره الحصر في الأربعة، ولعلّه لأنّه لم يفعله صلى الله عليه وآله وإلاّ فالمعصوم قوله وفعله حجة، على أنّه مالك وللمالك أن يفعل في ملكه ما يشاء.

قوله: (ولنعم الصدقة الضوأل) والخيل المعدّة لسبيل الله ونعم الجزية كما في المبسوط (11) والوسيلة (12) والغنية (13) والسرائر (14)

ص: 133

- 1- (609) لم نظفر على عبارة الحديث في كتب حديث العامة ولا الخاصة إلاّ على قوله صلى الله عليه وآله: لا حمى إلاّ لله ولرسوله. نعم رواه الشيخ في الخلاف 3/528 وابن زهرة في الغنية 294/.
- 2- (610) المبسوط: في إحياء الموات 3/270.
- 3- (611) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/443.
- 4- (612) المبسوط: في إحياء الموات 3/270.
- 5- (613) غنية النزوع: في إحياء الموات 293/ و 294.
- 6- (614) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى 2/381.
- 7- (615) الجامع السرائر: في إحياء الموات 375/.
- 8- (616) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء 3/219.
- 9- (617) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى 4/490.
- 10- (618) الوسيلة: في إحياء الموات 134/.
- 11- (619) المبسوط: في إحياء الموات 3/270 و 271.
- 12- (620) الوسيلة: في إحياء الموات 134/.
- 13- (621) غنية النزوع: في إحياء الموات (293-294).
- 14- (622) السرائر: في أحكام الحمى 2/381.

وجامع الشرائع(1) والتذكرة(2) وغيرها(3)، وزاد في التذكرة مواشى الضعفاء.

قوله: (وليس لغيره ذلك) ليس لغير النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام \_ وهو المراد من العبارة \_ من آحاد الناس أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين بلا \_ خلاف كما في المبسوط(4) وإجماعا كما في التحرير(5) ولا \_ يجوز لغيرهما الحمى إجماعا كما في المسالك(6) وهو كذلك، لأن عبارات من تعرض له قد طفحت بذلك، وهو من العامة إجماع كما في التذكرة وإن خالف الشافعي في أحد قوليهِ، لأن عمر بن الخطاب قد حمى موضعا وولّى عليه هنيئا وأمره أن يدخل ربّ الصريمة وربّ الغنيمة ونهاه أن يدخل فيه نَعَم ابن عَفَّان وابن عوف.(7)

وهل لولاته في النواحي؟ فيه وجهان عند العامة، والوجه المنع إلا بإذنه كما في التذكرة(8) ومنه يُعلم حال الفقهاء في زمن الغيبة.

ولم يذكر المصنّف قدر المحى، وقد قدّر في المبسوط(9) والوسيلة(10) والسرائر(11) وجامع الشرائع(12) والتذكرة(13)

ص: 134

1- (623) الجامع للشرائع: في إحياء الموات /375.

2- (624) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/443.

3- (625) الخلاف: في الحمى وأحكامه 4/528، مسألة 7.

4- (626) المبسوط: في إحياء الموات 3/270 و 271.

5- (627) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى 4/490.

6- (628) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء 12/421.

7- (629) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/444.

8- (630) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/443.

9- (631) المبسوط: في إحياء الموات 3/270 و 271.

10- (632) الوسيلة: في إحياء الموات /134.

11- (633) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى 2/381.

12- (634) الجامع للشرائع: في إحياء الموات /375.

13- (635) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/443.

والتحرير(1) بما لا يعود بضرر على المسلمين ولا يضيق مراعيهم. ولعلّ مَنْ ترك تركه لظهور أنّ المعصوم لا يحمى إلاّ الأقلّ الذي لا يبين ضرره على المسلمين.

قوله: (ولا يجوز نقض ما حماه الإمام ولا تغييره) أى اعتباراً من دون إذنٍ منه ولا زوال مصلحة. وهو ممّا لا ريب فيه، وإنّما الخلاف فيما إذا زالت المصلحة كما يأتى، لكنّه قال فى المبسوط(2) والخلاف(3) فأتمّ ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه، لأنّ فعله حجّة يجب اتّباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإنّ غيره هو أو مَنْ بعده من الأئمّة أو أذن واحد منهم لغيره فى إحياء ميت فأحياءه فإنّه يملكه، ولعلّه إليه أشار المحقّق فى الشرائع بقوله: «وقيل ما يحميه النّبىّ خاصة لا يجوز نقضه، لأنّ حماه كالنصّ»(4)، انتهى. وعلى ردّه تبهّ فى الدروس بقوله: ولا فرق بين ما حماه النّبىّ صلى الله عليه وآله والإمام، لأنّ حماهما نصّ، إذ لا يحكم الإمام بالاجتهاد عندنا.(5) والنقض هو الإبطال من رأس، والتغيير قد يكون للبعض، وقد يكون للكلىّ.

قوله: (ومَنْ أحيأ منه شيئاً لم يملكه مادام الحيّ مستمراً) كما هو صريح جماعة(6) وقضية كلام الباقيين(7). وهو ممّا لا ريب فيه أيضاً عندنا وعند العامّة.

وقوله: (فإن كان الحيّ لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء) وجواز نقضه كما جزم به فى الشرائع(8) والتذكرة(9) والتحرير(10)

ص: 135

- 1- (636) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى 4/490.
- 2- (637) المبسوط: فى إحياء الموات 3/271.
- 3- (638) الخلاف: فى إحياء الموات 3/529، مسألة 8.
- 4- (639) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء 3/219.
- 5- (640) الدروس الشرعية: فى شرائط تملك الموات بالإحياء 3/58.
- 6- (641) منهم المحقّق فى الشرائع 3/219؛ والشهيد الثانى فى المسالك 12/421؛ والسرائر 2/382.
- 7- (642) كما فى الغنية 294/؛ والدروس 3/58؛ ومجمع الفائدة والبرهان 7/500.
- 8- (643) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء 3/219.
- 9- (644) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملك بالإحياء 19/446.
- 10- (645) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات فى أقسام الأراضى 4/490.

والحواشي (1) والمسالك (2). وفي ترجيح في الإيضاح (3). وفي المسالك: أنه في حمى الإمام موضع وفاق وفي حمى النبي صلى الله عليه وآله وجهان: أحدهما أنه كذلك للاشتراك في المقتضى، والآخر المنع مطلقاً، لأنّ حماه إنّما كان لمصلحة مقطوعة فكان كالنص لا يجوز تغييره (4)، انتهى. وقد سمعت ما في المبسوط من أنّ ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصة لا يجوز نقضه، وما في الشرائع من نسبته إلى القيل. وهذا لقول لم نجده لأحد من طائفتنا غير الشيخ في ظاهر المبسوط (5) وإنّما هو قول للعامة، قالوا: لأنّه نصّ فلا ينقض بحال، ومنهم من قال: إن بقيت الحاجة لم يغيّر، وإن زالت فوجهان: أحدهما وبه قال أبو حنيفة (6) الجواز لزوال العدة، وأظهرهما عند الشافعي (7) لعدم، لأنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد، ونحن نقطع أنّ ما فعله مصلحة فلا يرفع القطع بالظنّ.

ويبقى الكلام في هذا الذي يجوز له الإحياء والنقض والتغيير، فقد فرض في الدروس (8) وجامع المقاصد (9) وظاهر التحرير (10) في غير الوالي من آحاد الناس، وقد فرضه في التذكرة (11) في نفسه تارةً بمعنى أنّ الإمام ينقض ما حماه إذا زالت المصلحة وهو الذي ذكره في المسالك (12) أخيراً.

ص: 136

- 1- (646) الحاشية النجارية 347/.
- 2- (647) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء 12/422.
- 3- (648) إيضاح الفوائد: إحياء الموات في المنافع 2/235.
- 4- (649) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء 12/422.
- 5- (650) المبسوط: في إحياء الموات 3/271.
- 6- (651) كما في التذكرة 19/446؛ وانظر روضة الطالبين 4/454.
- 7- (652) المجموع 15/235.
- 8- (653) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالإحياء 3/58.
- 9- (654) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام المنافع 7/33.
- 10- (655) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى 4/490.
- 11- (656) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء 19/446.
- 12- (657) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء 12/421 و 422.

وفى احتياج خروجه عن الحمى حيث يكون المحمى آحاد التّاس إلى حكم الحاكم نظر من تبعيّة المسبّب، لأنّه شرّع لمصلحة وعلة خاصّة، فإذا زالت العلة زال المعلول فيرجع إلى أصله من الإباحة، ومن أنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الإمام عليه السلام بالاجتهاد. وهو كما ترى يمنع ذلك على الحاكم أيضا، وأنّ المحمى لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الإمام، فلا يزول إلاّ به، لامتناع مناطية الأحكام بالمصالح بل بالوصف، وهو كما ترى أيضا وأنّه قد تعيّن لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة، فلا يتغيّر إلاّ بالنصّ. ولا ترجيح فى الدروس (1) والإيضاح (2). وربّما قيل (3): إنّما يجوز الإحياء بإذن الإمام وإذا أذن زال الحمى فلا حاصل لهذا الفرع. وأجيب بأنّه نفرض أنّه أذن عليه السلام مطلقا، فيكون شمول الإطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحمى، وعدمه فرع عدمه.

وهل للإمام الثانى إزالة ما حماه السابق لمصلحة زائدة مع بقاء مصلحة المحمى لها؟ وجهان: من أنّها إنّما تعيّنت لجهة مستحقّة، فهى كالمسجد ومن زوال الملك فى المسجد بخلاف الحمى، فإنّه تابع للمصلحة، وقد يكون غيرها أصلح منها (4).

وقال صاحب الجواهر فى شرح كلام المحقّق فى الشرائع: «(وللنبيّ صلى الله عليه وآله) الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم (أن يحمى) بقعة من الأرض الموات (لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة) والجزية والضوالّ ونحوها، قال فى محكىّ المبسوط: «للنبيّ صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف» (5).

(وكذا عندنا لإمام الأصل) الذى هو بمنزلة النبيّ صلى الله عليه وآله فى كلّ ما لم يثبت أنّه من

ص: 137

1- (658) الدروس الشرعيّة: فى شرائط تملك الموات بالإحياء 3/58.

2- (659) إيضاح الفوائد: إحياء الموات فى المنافع 2/235.

3- (660) القائل والمجيب هو المحقّق الكركى فى جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام المنافع 7/33.

4- (661) مفتاح الكرامة 19/(102-94).

5- (662) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/270.

خواصّه، بلا خلاف(1) ولا إشكال؛ ضرورة كون الموات لهم عليهم السلام، وفي النبويّ: «لا حمى إلا لله ولرسوله»(2)، وزاد في آخر:

«ولأنّمة المسلمين»(3).

والأصل فيه: أنّ الأعرّاء(4) من العرب إذا انتجع أحد منهم بلداً مخصباً وأتى(5) (6) بكلب على جبل إن كان به، أو على نشز إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب، وأوقف من كلّ ناحيةٍ من يسمع صوته بالعوى، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيةٍ لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك لما فيه من التصييق على الناس(7).

ولا ينافي ذلك ما وقع منه عليه السلام كما في الخبر عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن بيع الكلاّ والمرعى؟ فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله النقيع(8) لخيل المسلمين»(9)؛ فإنّه ليس حمى لنفسه.

ولذا قال في التذكرة: «إنّه صلى الله عليه وآله لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم

ص: 138

1- (663) كما في الخلاف: إحياء الموات 3/528، مسألة 6.

2- (664) سنن أبي داود 3/180، ح 3083؛ مسند أحمد 4/38؛ صحيح البخارى 3/148؛ المستدرک (للحاكم) 2/61؛ مجمع الزوائد 4/158؛ مسند الحميدى 2/344؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) 5/391، ح 1؛ السنن الكبرى (للنسائي) 3/8، ح 5775؛ كنز العمال 4/383، ح 11024؛ الجامع الصغير 2/746، ح 9877.

3- (665) البحر الزخار 5/77؛ الخلاف: إحياء الموات 3/528، مسألة 6.

4- (666) الأعرّاء: هم الذين كانت لهم العزّة والهيبة بين القبائل ولا يجسروا أحدٌ على ما وقع فى حماهم، ومن مشاهيرهم كُليب. وهو من رجال تغلب الأشداء وإليه يُنسب (حمى كُليب).

5- (667) فى المصادر بدلها: وافى.

6- (668) كذا فى الأصل، والذي يقتضيه السياق: أتى بكُلب، (بحذف الواو).

7- (669) تحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضى 4/489.

8- (670) النقيع: موضع قريب من المدينة. النهاية (لابن الأثير) 5/108 (نقع).

9- (671) الكافى 5/277، ح 5، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام 7/141، ح 10، باب 10 بيع الماء؛ وسائل الشيعة 25/423، ح 3، باب 9 من كتاب إحياء الموات.

وبالجملة: ذلك وإن كان جائزا له ولكن لم يفعله لنفسه إشارا للغير، وما وقع منه صلى الله عليه وآله إنما هو للمسلمين، ولعلّ ذكر المصنّف الإمام عليه السلام تبيينها على ما يحكى عن الشافعي: من اختصاص ذلك بالنبي(2) صلى الله عليه وآله (و) فيه: أنّه لا دليل على أنّه من خواصّه، بل الخبر المزبور المروى فى طرقهم دالّ على خلافه.

نعم (ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمى)(3) بلا خلاف كما عن المبسوط(4)، بل إجماعا فى المسالك(5) ومحكى التحرير(6). وما وقع من عمر بن الخطّاب من أنّه قد حمى موضعا وولّى عليه رجلا،(7) لا حجّة فيه، بل هو مخالف لما عرفت.

وما فى الخبر المزبور \_ الذى لا مطابقة فيه بين الجواب والسؤال ظاهرا إلا على تكلف \_ محمول على ما إذا كان المرعى ملكا للحامى لأنّ الأرض أرضه، كما أومئ إليه فى بعض المعتمدة، قال فيه: «إنّ لنا ضياعا ولها حدود وفيها مراعى، ولرجل منّا غنم وإبل يحتاج إلى تلك المراعى لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمى ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. فقلت: الرجل يبيع المراعى؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»(8).

اللّهمّ إلا أن يكون نائبا خاصّا عنهما فى ذلك، بل يقوى جوازه لئنا الغيبة أيضا إن

ص: 139

1- (672) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / فى شرائطه 19/443.

2- (673) روضة الطالبين 4/453؛ الحاوى الكبير 7/483؛ المغنى (لابن قدامة) 6/167؛ المجموع 15/234 و 236؛ مغنى المحتاج 2/369.

3- (674) فى نسخة الشرائع 3/219 بعدها إضافة «لنفسه» مجعولة فى نسخة المسالك بين معقوفتين.

4- (675) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/270.

5- (676) مسالك الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين 12/421.

6- (677) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضى 4/490.

7- (678) مختصر المزنى / 131؛ المسند (لشافعي) / 381؛ سنن البيهقي 6/146-147؛ كنز العمال 3/920-921، ح 9170-9168؛ نصب الرأية 4/270؛ تاريخ دمشق 44/341.

8- (679) الكافي: المعيشة 5/276، ح 2، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام: التجارات 7/141، ح 8، باب 10 بيع الماء؛ وسائل الشيعة 17/371، ح 1.

لم نقل: إنّه من خواصّ الإمامة، أمّا غيره من سائر النَّاس فلا إشكال في عدم الجواز؛ لما عرفت، مضافاً إلى مفهوم الخبر المزبور وغيره ممّا دلّ على اعتبار كون الأرض أرضاً له في جواز الحمى، لا إذا كانت مباحة مندرجة فيما دلّ (1) على اشتراك النَّاس في النار والماء والكلأ.

وعلى كلّ حال (ف) لا خلاف أجده (2) في أنّه (لو أحياء محيٍ لم يملكه ما دام الحمى مستمرّاً) إذ المراد بالحمى هو منع النَّاس عن التعرّض لبعض الأراضي التي لا تضيق على المسلمين برعى أو غيره لأجل كلنّها، ولا ريب في اقتضاء ذلك عدم جواز الإحياء وعدم ترتّب الملك لو فعل؛ لعدم الإذن بل النهي، ولعلّه لذا تركه بعضهم في الشرائط، وإن كان من ذكره شرطاً قد لاحظ عدم تملكه بالإحياء، فيكون الجميع متفقين على الحكم المزبور.

بل لا يجوز نقض الحمى ولا تغييره لأحدٍ غيرهم عليهم السلام من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحة.

(و) إنّما الكلام في أنّ (ما حماه النبيّ صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحة فزالت) هل يجوز نقضه؟ ففي المتن: (جاء نقضه) كما هو خيرة الفاضل (3) والشهيدين (4) والكركي (5)؛ للأصل وغيره.

(وقيل: ما يحميه النبيّ صلى الله عليه وآله خاصة لا يجوز نقضه؛ لأنّ حماه كالنصّ) الذي لا يجوز الاجتهاد في مقابله.

ص: 140

1- (680) انظر: وسائل الشيعة 25/417، باب 5 من كتاب إحياء الموات.

2- (681) يظهر الإجماع من مفتاح الكرامة: إحياء الموات / في الأراضي 19/100.

3- (682) قواعد الأحكام: إحياء الموات / في الأراضي 2/270؛ تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضي 4/490.

4- (683) الشهيد الأوّل في الدروس: إحياء الموات / المقدّمة 3/58؛ والشهيد الثاني في المسالك: إحياء الموات / في الأرضين 12/422.

5- (684) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي 7/33.



ولعلّه أشار بذلك إلى ما في محكّي المبسوط(1) والخلاف(2): «فأمّا ما حمّاه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه؛ لأنّ فعله حجّة يجب اتّباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإنّ غيرّه هو أو من بعده من الأئمّة أو أذن أحد منهم لغيره في إحياء ميّت فأحياه فإنّه يملكه...» إلى آخره، وإلّا فلم نجد له غيره.

نعم، هو قول للعامة(3) مبنيّ على مذهبهم في الإمام، ولا ريب في بطلانه عندنا؛ ضرورة عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين ولا يحكمان بالاجتهاد.

وهل ينتقض بمجرد زوال المصلحة، أو لا بدّ من التصريح بالنقض؟ وجهان أو قولان، أقواهما الأوّل؛ لأنّ أصل وقوعه مبنيّ على المصلحة فيكفي حينئذٍ زوالها في زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الإمام له لزيادة المصلحة في غيره فضلاً عن زوالها، والله العالم(4).

وقال آية الله الفياض \_ مدظله \_ : «إنّ الإسلام لم يعترف بالحمى على أساس أنّه مصدر حقّ في الثروات الطبيعية، حيث أنّه عند العرب في زمن الجاهلية عبارة عن الاستيلاء والسيطرة على مساحات كبيرة من الأرض بما فيها من الثروات بالقوة والتحكّم على الآخرين بحيث يعتبر المسيطر نفسه مالكة لتلك المساحات الكبيرة بما فيها من المصادر والثروات، وقد تقدم في ضمن الأبحاث السالفة بشكل موسع أنّ الإسلام لم يعترف بأيّ حقّ في تلك الثروات والمواد الخام إلّا على أساس العمل وبذل الجهد في سبيل الانتفاع بها والاستفادة منها، ولا قيمة للسيطرة عليها نهائياً بدون انفاق عمل.

نعم لا شبهة في ثبوت حق الحمى في الإسلام للرسول صلى الله عليه وآله على أساس أن أمر الأراضى بيده صلى الله عليه وآله وله أن يتصرف فيها بما يرى فيجوز له صلى الله عليه وآله أن يحمى مساحة كبيرة من

ص: 141

1- (685) المبسوط: كتاب إحياء الموات 3/271.

2- (686) الخلاف: إحياء الموات 3/529، مسألة 8 و 9.

3- (687) المغنى (لابن قدامة) 6/(169-168)؛ الشرح الكبير 6/184؛ المجموع 15/239.

4- (688) الجواهر 39/(95-90) [38/(65-61)].

الأرض لمصالح عامة. كما روى أن رسول الله قد حمى النقيع لخييل المسلمين، وكذا لاشبهة في ثبوت هذا الحق للإمام عليه السلام بعده بعين الملاك المزبور، بل لا يبعد ثبوته لنائبه عليه السلام وهو الفقيه الجامع للشرائط في عصر الغيبة أيضاً»(1).

أقول: ثبوت حقّ الحمى للفقيه في عصر الغيبة محلّ تأمل بل منع كما يظهر من العلامة في التذكرة(2) وصرح به السيّد العاملى في المفتاح(3) وخلافاً لصاحب الجواهر(4) وبعض أسانئتنا(5) قدس سره وآية الله الفياض(6) \_ مدظله \_ .

ص: 142

1- (689) الأراضى / 416 و 417.

2- (690) تذكرة الفقهاء 19/446.

3- (691) مفتاح الكرامة 19/98.

4- (692) الجواهر 39/93 (38/63).

5- (693) دراسات في ولاية الفقيه 4/174.

6- (694) الأراضى / 417.

تعرض الشيخ الأعظم (1) قدس سره «لحكم الأراضى المفتوحة عنوةً بمناسبة تعرضه لحكم الأرضين، فذكر مقدّمة ما حاصله: أنّ الأراضى التى تحت يد الكفّار - بناءً على المختار من ثبوت الحقّ لهم أيضًا بالإحياء - يكون لهم إمّا ملكاً أو حقّاً على الخلاف، فإن بقوا على كفرهم كانت الأراضى كبقية أموالهم من النقود وغيرها (2). كما أنّهم إذا أسلموا طوعاً كانت الأراضى لهم كما تكون لغيرهم من المسلمين. وإذا انجلوا عنها بدون قهر إمّا خوفاً أو لغيره أو ماتوا جميعاً ولم يبق لهم وارث، كانت الأراضى من الأنفال ومن الأراضى التى لا ربّ لها، فتكون للإمام عليه السلام. وإذا انجلوا عنها قهراً وغلبةً صارت الأراضى خراجيةً، ويعبّر عنها بـ «المفتوحة عنوةً» وهى ملك للمسلمين بالمعنى المتقدّم، أى تصرف منافعها فى مصالحهم.

وهناك قسم خامس يسمى بـ «الأراضى الصلحية» تارة و«الخراجية» أخرى، وهى التى يصلح الوالى عليها مع الكفّار، وهى تكون تابعة لكيفية المصالحة وجعل الوالى، فإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكاً لهم ويؤدّون الخراج كانت مملوكةً لهم، وإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكاً للمسلمين ويؤدّون الخراج فكذلك (3). ويأتى تفصيل ذلك فانتظر.

ص: 143

1- (695) المكاسب 4/18.

2- (696) ويزول ملكه بما يزول به ملك المسلم كما يزول بالاعتنام أيضاً (الأحمدى).

3- (697) محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/128.

قال الشيخ في التعريف بها وحكمها: «والضرب الآخر من الأرضين، ما أخذ عنوة بالسيف، [من الكفار] فإنها تكون للمسلمين بأجمعهم. وكان على الإمام أن يقبلها لمن يقوم بعمارها بما يراه من النصف أو الثلث أو الربع. وكان على المتقبل إخراج ما قد قبل به من حق الرقبة، وفيما يبقى في يده وخاصه العشر أو نصف العشر.

وهذا الضرب من الأرضين لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والتملك والوقف والصّدقات. ولإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره عند انقضاء مدة ضمانه، وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين. وهذه الأرضون للمسلمين قاطبة، وارتفاعها يقسم فيهم كلّهم: المقاتلة، وغيرهم. فإن المقاتلة ليس لهم على جهة الخصوص إلا ما تحويه العسكر من الغنائم»<sup>(1)</sup>.

أقول: قد مرّت عبارة الشيخ في جهاد المبسوط<sup>(2)</sup> في الكتاب<sup>(3)</sup> فلا نعيده.

وقال العلامة في جهاد التذكرة: «الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبلها الإمام لمن يقوم بعمارها بما يراه من النصف وغيره، وعلى المتقبل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل في يده إذا كان نصابا العشر أو نصفه، فلا يصح التصرف في هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك.

وللإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره إذا انقضت مدة قبالتة، وله التصرف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وفي مصالحهم؛ لقول الرضا عليه السلام: «وما أخذ بالسيف فذلك للإمام يقبله بالذي يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر، قبل أرضها ونخلها، والناس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر، وعليهم في حصصهم العشر

ص: 144

1- (698) النهاية/ 194 و 195.

2- (699) المبسوط 2/33 و 34.

3- (700) الآراء الفقهية 3/440 و 441.

إذا عرفت هذا، فإنّ هذه الأرض للمسلمين قاطبة إن كانت محياةً وقت الفتح، لا يصحّ بيعها ولا هبتها ولا وقفها، بل يصرف الإمام حاصلها في المصالح، كسدّ الثغور ومعونة الغزاة وبناء القناطر وأرزاق القضاة والوُلاة وصاحب الديوان وغير ذلك من المصالح.

وأما الموات منها وقت الفتح فهي للإمام خاصة، ولا يجوز لأحد إحياءه إلاّ بإذنه إن كان ظاهراً. ولو تصرف فيها أحد من غير إذنه، كان عليه طسقتها، وحال الغيبة يملكها المتصرف من غير إذن؛ لأنّ عمر بن يزيد روى \_ في الصحيح \_ أنّه سمع رجلاً يسأل الصادق عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وأكرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيْهِ طَسَقْتُهَا يُؤَدِّيهِ إِلَى الْإِمَامِ فِي حَالِ الْهَدَنَةِ، فَإِذَا ظَهَرَ الْقَائِمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»(3).

إذا عرفت هذا، فإذا زرع فيها أحد أو بنى أو غرس، صحّ له بيع ماله فيها من الآثار وحقّ الاختصاص بالتصرف، لا يبيع الرقبة؛ لأنّها ملك المسلمين قاطبة»(4).

وقال في المنتهى: «الأرضون على أربعة أقسام:

أحدها: ما يملك بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف، فإنّها تكون للمسلمين قاطبةً ولا تختصّ بها المقاتلة، بل يشاركهم غير المقاتلة من المسلمين، وكما لا يختصّون بها، كذلك لا يفضلون، بل هي للمسلمين قاطبةً. ذهب إليه علماؤنا أجمع وبه قال مالك.(5)

ص: 145

1- (701) في المصدر: «و» بدل «أو».

2- (702) التهذيب 4/119، ح 342.

3- (703) التهذيب 4/145، ح 404.

4- (704) تذكرة الفقهاء 9/186 و 187.

5- (705) المدونة الكبرى 2/(26-27)؛ بداية المجتهد 1/401؛ المنتقى للباقي 3/223؛ الكافي في فقه أهل المدينة 1/129؛ الأحكام السلطانية 2/137؛ الحاوي الكبير 14/260.

وقال الشافعي: إنها تقسم بين الغانمين، كسائر الأموال. (1) وبه قال أنس بن مالك، والزيبر، وبلال. (2)

وقال قوم: إن الإمام مخير بين القسمة والوقف على المسلمين. ورواه الجمهور عن عليّ عليه السلام، وعمر. وبه قال الثوري. (3)

وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين ثلاثة: بين قسمتها ووقفها وأن يقر أهلها [عليها] (4) ويضرب عليهم الخراج يصير حقاً على رقبة الأرض لا يسقط بالإسلام. (5)...

مسألة: وهذه الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبلها الإمام ممن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث، وعلى المتقبل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل في يده إذا كان نصاباً، العشر أو نصف الشعر، وهذا الضرب من الأرضين لا يصح التصرف فيها بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك، وللإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره إذا انقضت مدة ضمانه وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وإلى مصالحهم، وليس للمقاتلة خصوصاً، إلا ما يحويه العسكر (6).

وقال سيّد المفتاح: «الضرب الرابع: الأرض التي فُتحت عنوة، وهذه للمسلمين قاطبة بإجماع علمائنا قاطبة، وقد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف (7) والتذكرة (8)

ص: 146

- 
- 1- (706) الأم 4/181؛ الحاوي الكبير 14/260؛ حلية العلماء 7/677؛ الميزان الكبرى 2/184؛ رحمة الأمة بهامش الميزان الكبرى 2/183؛ الأحكام السلطانية 2/137.
  - 2- (707) الشرح الكبير بهامش المغني 10/532؛ الأموال لأبي عبيد 69.
  - 3- (708) حلية العلماء 7/678؛ الشرح الكبير بهامش المغني 10/532.
  - 4- (709) أثبتناها من بعض المصادر.
  - 5- (710) المبسوط للسرخسي 10/37؛ بدائع الصنائع 7/118؛ الهداية للمرغيناني 2/141؛ شرح فتح القدير 5/217-215؛ تبين الحقائق 4/96؛ مجمع الأنهر 1/640؛ الحاوي الكبير 14/260؛ حلية العلماء 7/678؛ العزيز شرح الوجيز 11/447.
  - 6- (711) منتهى المطلب 14/256-253.
  - 7- (712) الخلاف: في الزكاة 5/535، مسألة 23.
  - 8- (713) تذكرة الفقهاء: في إحياء الموات 19/370.

والمنتهى(1)، كسواد العراق وبلاد خراسان والشام ومكة المشرفة على ما عده المؤرخون كما في المسالك(2) قلت: وقد عد ذلك من ذلك جماعة(3) من فقهاءنا، وزادوا: هوازن(4)، ووافقنا على ذلك جمهور العامة كما ستعرف.

وقد اختلفوا في مكة زادها الله تعالى شرفا، وكونها مفتوحة عنوة هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ في المبسوط(5) وجماعة(6). وفي الخلاف(7) الإجماع على ذلك.

وعن بعض(8) كتب التواريخ المعتمدة أن الحيرة من أرض العراق \_ وهي بلدة قرب الكوفة وأخرى قرب عانة(9) \_ فتحت صلحا، وأن نيسابور من بلاد خراسان فتح صلحا، وقيل: عنوة، وبلغ منها، وهراة وقوشيج والتوابع فتح صلحا وبعض عنوة.

وأما بلاد الشام ونواحيه فحكى أن حلب وحماة وطرابلس فتح صلحا، وأن دمشق فتح بالدخول من بعض غفلة بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره، وأن أهل أصفهان عقدوا أمانا، وأن آذربيجان فتح صلحا، وأن أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام، والرى

ص: 147

1- (714) منتهى المطلب: في الجهاد 14/253.

2- (715) مسالك الأفهام: في أحكام الأرضين 3/54.

3- (716) كالشهيد الثاني في حاشية الإرشاد (غاية المراد) 1/488؛ والشيخ في المبسوط 2/(33-34)؛ والعلامة في التذكرة 9/184.

4- (717) قبيلة من قيس وأرضهم قريبة من الطائف (منه قدس سره).

5- (718) المبسوط: في الجهاد 2/33.

6- (719) منهم العلامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد 9/188.

7- (720) الخلاف: في السير 5/527، مسألة 13.

8- (721) الناقل \_ الذي نقل عنه الشارح هذه العبارة الطويلة \_ على الظاهر هو البحراني في حدائقه: 18/(310-309)، فراجع.

9- (722) هي اليوم تابعة لمحافظة الأنبار، من محافظات العراق الغربية.

فُتِحَ عَنوَةٌ، بل قيل(1): إنَّ أكثر بلاد الإسلام فُتِحَتْ عَنوَةٌ.

ويثبت كونها مفتوحة عنوةً بنقل مَنْ يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرّخين. وقد جعل بعضهم(2) من الأدلّة ضرب الخراج من الحاكم وإن كان جائراً وأخذ المقاسمة من ارتقاعها عملاً بأنّ الأصل في تصرّفات المسلمين الصحّة، إذ الظاهر أنّ أخذ الخراج من ذلك البلد إذا كان مستمرّاً في الأعصار لم يكن شيئاً حادثاً من بعض سلاطين الجور بل كان شيئاً مستمرّاً من الصدر الأوّل من غير تكبير، إذ لو كان حادثاً لنقل في كتب التواريخ والأخبار. وفي نقل من نقل عمّن نقل من علمائنا وغيرهم بلاغ كما عرفت وستعرف.

وفي المبسوط(3) أنّ هذه الأرض لا يصحّ التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة ولا تمليك ولا إجارة ولا إرث، ولا يصحّ أن تبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من أنواع التصرف، ومتى فعل شيء (شيئاً - خ ل) من ذلك كان التصرف باطلاً. وفي موضعين(4) آخرين منه ذكر نحو ذلك. ومثل ذلك ما في النهاية(5) والغنية(6) والشرائع(7) في موضعين منها والنافع(8) والتذكرة(9) في موضع منها والكتاب(10) في الجهاد والإرشاد(11) وموضع (وموضعين - خ ل) من التحرير(12)

ص: 148

- 
- 1- (723) القائل هو الشهيد الثاني في الروضة: في إحياء الموات 7/136.
  - 2- (724) كالسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الأرضين 8/119 من طبعة آل البيت.
  - 3- (725) المبسوط: في الجهاد 2/34.
  - 4- (726) المبسوط: في الزكاة 1/235، وأمّا الموضع الثاني فلم نعثر عليه فراجع لعلّك تجده إن شاء الله.
  - 5- (727) النهاية: في الزكاة في أحكام الأرضين / (194-195).
  - 6- (728) غنية النزوع: في الجهاد / 204.
  - 7- (729) شرائع الإسلام: في أحكام الأرضين 1/293، وفي إحياء الموات 3/215.
  - 8- (730) المختصر النافع: في الجهاد / 114.
  - 9- (731) تذكرة الفقهاء: في الجهاد 9/ (186-187).
  - 10- (732) قواعد الأحكام: في الجهاد 1/493.
  - 11- (733) إرشاد الأذهان: في الجهاد 1/347.
  - 12- (734) تحرير الأحكام الشرعية: في الجهاد 2/170، وفي إحياء الموات 4/482.



- 1- (735) منتهى المطلب: فى الجهاد 14/256.
- 2- (736) المراسم: فى ذكر حكم من أسلم 142/.
- 3- (737) الوسيلة: فى أحكام الأرضين 132/، وفى الجهاد 202/.
- 4- (738) تذكر الفقهاء: فى العوضين 10/39.
- 5- (739) الموجود فى التحرير لا- يوافق المحكى عنه فى الشرح، فإنه قال: ولا يصح بيع الأرض المفتوحة عنوةً بل يجوز بيع آثاره فيها كالبناء والغراس وماء البئر لمن استتبطه، وماء النهر لمن حفره يجوز بيعه على كراهية، انتهى. وهذه العبارة كما ترى صريحة فى عدم جواز بيع رقبة الأرض، فراجع تحرير الأحكام الشرعية: فى عقد البيع 2/279.
- 6- (740) المذكور فى السرائر فى موضعين هو المنع من بيع الأرض المفتوحة عنوةً والأرض المحيية، قال فى الجزء الأول فى كتاب الزكاة 477/: وهذا الضرب من الأرض (أى المفتوحة عنوةً) لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلك \_ أعنى نفس الرقبة \_ فإن قيل: تراكم تبيعون وتشترون وتقفون أرض العراق وقد أخذت عنوةً؟! قلنا: إنما نبيع ونقف تصرفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا فأما نفس الأرض لا يجوز ذلك منها، انتهى. وقال فى الجزء الثانى فى كتاب البيع 375/ فى أحكام الأرض المحيية: قال (أى الشيخ): ومتى أراد المحيى لأرض من هذا الجنس الذى ذكرناه أن يبيع شيئاً منها لم يكن له أن يبيع رقبة الأرض وجزأه أن يبيع ما له من التصرف منها، انتهى. فأنت ترى أنه رحمه الله يصرح فى الموضعين بعدم جواز بيع الأرض، فراجع لعلك تجد عبارة له غير ذلك تدل على الجواز، فإن الكلام الثانى وإن كان محكيًا عن الشيخ إلا أنه لم يعترض عليه ولم يرد الحكم المذكور فيه بل أيده فيما يأتى من كلامه فإنه فى الجزء المذكور 380/ \_ فى الأرض التى ورثها وعلم أنها لغير مورثه وبعد أن فصل فى المسألة وروى فيها أخباراً \_ قال: فسبيله (أى الأرض المعلوم كونها لغير مورثه) سبيل اللقطة، فبعد التعريف المشروع يملك التصرف الذى ذكره فى الخبر دون رقبة الأرض إذا كانت فى الأرض المفتوحة عنوةً، فهذا وجه تأويل هذا الحديث، انتهى. وكيف كان، فالموضع الذى نسبه الشارح إلى السرائر لم نعرفه.

والمختلف (1) والمنتهى (2) وحواشى الكتاب (3) واللمعة (4) والروضة (5) وقواه فى موضع من المسالك (6) وفى آخر منه (7) نسبه إلى جمع من المتأخرين وأن العمل عليه.

وفى موضع آخر من السرائر (8) عند نقله كلام الشيخ: إنما يبيع ونقف تصرفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا، فأما نفس الأرض فلا يجوز فيها ذلك. قال فى المختلف (9) بعد نقل ذلك عنه: هذا يشعر بجواز البناء والتصرف فيها. قلت: ويشعر بأن الأرض ليست جزءاً من المبيع. وما فى السرائر هنا موافق لما فى الاستبصار (10) والتهديب (11) حيث جوّز فيهما

ص: 150

- 1- (741) مختلف الشيعة: فى الجهاد 4/429.
- 2- (742) منتهى المطلب: فى أحكام الأرضين 14/262.
- 3- (743) لم نعرث عليه فى حواشى الشهيد الموجود لدينا، وحكاه عن بعض الحواشى المنسوبة للشهيد على القواعد فى جامع المقاصد 7/11.
- 4- (744) اللمعة الدمشقية: فى شرائط المبيع 111.
- 5- (745) الروضة البهية: فى شرائط المبيع 3/247.
- 6- (746) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع 3/168 وفى الجهاد 3/56.
- 7- (747) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع 3/168 وفى الجهاد 3/56.
- 8- (748) السرائر: فى أحكام الأرضين 1/478.
- 9- (749) مختلف الشيعة: فى أحكام الأرضين 4/429.
- 10- (750) الاستبصار: فى باب حكم أرض الخراج 3/110، ذيل ح 387.
- 11- (751) لم نعرث فى التهديب على كلام يوافق ما فى السرائر وغيره من عدم جواز بيع الأراضى المفتوحة عنوةً وشرائها، بل كلامه متهافت، ففى موضع من زيادات الخمس والأنفال قال: وأما أراضى الخراج وأراضى الأنفال والّتى قد انجلى عنها أهلها فإنّنا قد أبحنا التصرف فيها ما دام الإمام عليه السلام مستترا، فإذا ظهر يرى هو فى ذلك رأيه، فنكون نحن فى تصرفنا غير آثمين، انتهى، التهديب 4/(143-144). هذا الكلام أو لأقل مفهومه أنّ الجائز فى الأراضى الّتى انجلى عنها أهلها والمفتوحة عنوةً هو مجرد التصرف غير المنتهية إلى الملك والتمليك. وفى موضع آخر منه فى هذا المقام قال: وأما الأرضون الّتى تؤخذ عنوةً أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها وبيعها، لأنّ لنا فى ذلك قسماً لأنّها أراضى المسلمين وهذا القسم أيضا يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه، وأما الأنفال وما يجرى مجراها فليس يصحّ تملكها بالشراء والبيع وإنّما أبيع لنا التصرف حسب، انتهى، الجزء المذكور 146/146. وهذا الكلام صريح فى جواز بيع تلك الأرض وشرائها. وفى موضع آخر من الجزء السابع باب أحكام الأرضين \_ بعد أن عقد لها باباً، أعقبه بالأخبار الّتى إذا قيس بعضها ببعض وجمع بينها يدلّ مجموعها على عدم جواز البيع، فما فى الشرح من نسبة جواز بيعها وشرائها إلى الشيخ فى التهديب لا يمكن المساعدة عليه، فراجع وتأمل.

بيع ما له من التصرف دون رقبة الأرض، وحمل الحق في خبر أبي بردة على ذلك أعنى ما له من التصرف. ولعلّ الخبر دليل المشهور بين المتأخرين وستسمعه. وفي حواشي الشهيد(1) أنّها إذا بيعت تبعا للآثار يجوز أن تكون مجهولة والأولى أنّها جزء من المبيع فلا بد من العلم بها أيضا.

وقضية ما في الدروس(2) أنّه يصحّ بيعها منفردة في زمن الغيبة. ونحوه ما في جامع المقاصد(3). قال في الدروس: ولا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلاّ بإذن الإمام عليه السلام سواء كان بالوقف أو بالبيع وغيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك. وأطلق في المبسوط أنّ التصرف فيها لا ينفذ. وقال ابن إدريس: إنّما يباع ويوقف تجيرنا وبنائنا وتصرفنا لا نفس الأرض، انتهى ما في الدروس. وفيه تأمل، لأنّها ليست ملكا له والبيع والوقف موقوفان على الملك، بل قد قيل: إنّ في حال الحضور يبعد حصول الإذن بذلك منه عليه السلام إلاّ أن تقضى المصلحة العامة بذلك كأن يحصل الاحتياج إلى ثمنها أو يجعل قطعة منها مسجدا. وعلى كلّ حال فقول الدروس ليس بذلك البعيد، إذ قد تكون المصلحة في ذلك مع

ص: 151

---

1- (752) حكاها عن بعض الحواشي المنسوبة إليه على القواعد في جامع المقاصد 7/11 ويظهر أيضا من الحاشية النجارية (37) المنسوبة إليه حيث قال: فلو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصحّ أنّه يملك لشبهة الاعتقاد كالمقاسمة ويملك الذمّي الخمر والخنزير، فحينئذٍ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلك كلّ، انتهى موضع الحاجة، فراجع وتأمل.

2- (753) الدروس الشرعية: في الجهاد 2/41.

3- (754) جامع المقاصد: في إحياء الموات 7/11.

عَيَّبته عليه السلام أو عدم انبساط يده، وقد يؤول ذلك إلى التصرف في ما له من الغرس والبناء. ويأتي تنقيح الكلام إن شاء الله تعالى.

وفي موضع آخر من السرائر (1) نقلاً عن الشيخ أنه إذا حجر أرضاً ثم باعها لم يصح بيعها، وفي الناس من قال: إنه يصح، وهو شاذ، وأما عندنا فلا يصح بيعه، لأنه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء وإنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى إلى الإمام ما يلزمه عليها. وكان قوله: «وأما عندنا» من كلام ابن إدريس لا من الشيخ، لأن النسخة التي حضرتني من السرائر غير نقية من الغلط.

وفي موضع آخر من الدروس لا يجوز بيع المفتوحة عنوةً ولا بيع ما بها من بناء وشجر وقت الفتح. نعم لو جدد فيها شيء من ذلك جاز بيعه، وربما قيل: يبيعها تبعاً لآثاره. وروى أبو بريدة جواز بيع أرض الخراج من صاحب اليد والخراج على المشتري، وفي رواية إسماعيل بن الفضل (2) إيماء إليه، انتهى (3). قلت: قد عرفت وستعرف الحال في خبر أبي بردة وليس هو أبابريدة، وأما رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فمنزلة على أنها (4) اشترى منه آثاره كما ستسمع.

وفي موضع آخر من السرائر فأما من قال: لا يجوز بيع رباغ مكة ولا إيجارها فصحيح إن أراد نفس الأرض، لأن مكة أخذت عنوةً بالسيف، فهي لجميع المسلمين لاتباع ولا توقف ولا تستأجر، فأما التصرف والتجوير والآثار فيجوز بيع ذلك وإيجارته

ص: 152

---

1- (755) الموجود في السرائر المطبوع هو النقل عن الشيخ بعدم صحة البيع في المقام صريحا، وأن قوله «وأما عندنا» من كلام الشيخ قال فيه: قال شيخنا أبو جعفر الطوسي رحمه الله: إذا تجرر أرضا وباعها لم يصح بيعها، وفي الناس من قال يصح، وهو شاذ. قال شيخنا: فأما عندنا فلا يصح بيعه لأنه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء وإنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى إلى الإمام ما يلزمه عليها، انتهى. السرائر 1/483، وهذا يطابق ما في المبسوط 3/273 بعين ألفاظه.

2- (756) وسائل الشيعة 11/121، ح4، باب 72 من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

3- (757) الدروس الشرعية: في المكاسب 3/175.

4- (758) كذا في نسختين والظاهر: أنه (مصححه).

كما يجوز بيع سواد العراق المفتوحة عنوةً (1)، انتهى.

وقد نزل صاحب المسالك عبارة الشرائع في باب الجهاد حيث قال: لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها، على أن المراد لا يصح ذلك في رقبة الأرض مستقلة، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف من بناءٍ وغرسٍ وزرعٍ ونحوها فجاز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره، وتستمر كذلك مادام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمعٌ وعليه العمل (2)، انتهى. وهذا التنزيل ممكن في كثير من العبارات لكن بعض عبارات المبسوط (3) لا يمكن ذلك فيها، فليتأمل. وقد نزل المحقق الثاني (4) عبارة القواعد في عدم التصرف على حال الحضور.

وفي المفاتيح لو كان للمتصرف فيها بناء أو غرس أو زرع جاز بيعه، لأنه مملوك، وكونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه، ونسبه إلى أصحابنا، ثم قال: وقيل يجوز بيعها تبعاً للآثار المذكورة لا منفردة (5)، انتهى.

وسواد العراق – كما ذكره الأصحاب (6) وغيرهم من العامة (7) في أبواب شتى كباب الزكاة والجهاد والخمس والبيع والرهن – هو ما بين عبّادان والموصل طويلاً إلى ساحل البحر. وقيد بعضهم بكونه من شرقي دجلة. قال: وأما الغربي الذي يليه البصرة فإنه

ص: 153

- 
- 1- (759) السرائر: في زيادات الحجج 1/645.
  - 2- (760) مسالك الأفهام: في أحكام الأرضين 3/56.
  - 3- (761) المبسوط: في أحكام أراضي الزكاة 1/235، وفي الجهاد 2/34.
  - 4- (762) جامع المقاصد: في إحياء الموات 7/11.
  - 5- (763) مفاتيح الشرائع: في أقسام الأراضي وأحكامها 3/22.
  - 6- (764) كالشيخ في المبسوط: في الجهاد 2/(34-33)، والعلامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد 9/189، والبحراني في الحدائق الناضرة: في البيع 18/310 نقلاً عن المنتهى 14/270، والشيخ في الخلاف: في الزكاة 2/68، مسألة 80.
  - 7- (765) الحاوي الكبير: في السير باب فتح السواد 14/256.

إسلامي مثل شطّ عثمان بن أبي العاص فإن أرضه كانت مواتاً فأحياها عثمان بن أبي العاص وما بين طريق القادسية المتصل بَعْدَيْبٍ من أرض العرب ومنقطع جبال حُلوان عرضاً. وسمّيت سواداً لأنّ الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والثفاف أشجارها فسّمّوها سواداً لذلك.

وأما خراسان فمن أقصاها إلى كرمان و خوزستان وهمدان وقزوين وما حواليتها.

ولم يذكروا تحديد الشام وكتب التواريخ(1) كافلة بذلك«(2).

وقال صاحب الجواهر: «(كل أرض فتحت عنوةً) بفتح العين وسكون النون: الخضوع(3)، ومنه قوله تعالى: «وَعَنْتِ الْوُجُوهُ»(4)، والمراد هنا: القهر والغلبة بالسيف (وكانت محياةً) حال الفتح (فهى للمسلمين قاطبةً) الحاضرين والغائبين والمتجدّدين بولادة غيرها (والغانمون في الجملة) لا اختصاص لأحد منهم بشيء منها.

بلا- خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا(5)، وإن توهم من عبارة الكافي في تفسير الفيء والأنفال(6) \_ ولعلّه لذا نسب الحكم إلى المشهور في الكفاية(7) \_ لكنّه في غير محلّه، كما لا يخفى على من لاحظها.

بل في الغنية(8) والمنتهى(9)

ص: 154

1- (766) منها تاريخ بغداد: في باب الخبر عن السواد 1/(11-12).

2- (767) مفتاح الكرامة 13/(66-74).

3- (768) النهاية (لابن الأثير) 3/315 (عنا).

4- (769) سورة طه 111.

5- (770) انظر المبسوط: الجهاد / حكم ما يغنم وما لا يغنم 1/568؛ وغنية النزوع: كتاب الجهاد /204؛ وقواعد الأحكام: الجهاد / في

الاعتنم 1/493؛ ومعالم الدين (لابن القطن): الجهاد / في الاعتنم 1/294.

6- (771) الكافي 1/538، كتاب الحجّة، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس.

7- (772) كفاية الأحكام: الجهاد / أحكام الأرضين 1/373.

8- (773) غنية النزوع: كتاب الجهاد /204 و 205.

9- (774) منتهى المطلب: الجهاد / أحكام الأرضين 14/253.

وقاطعة اللجاج (1) للكركى والرياض (2) وموضوعين من الخلاف (3) بل والتذكرة (4) على ما حكى عن بعضها: الإجماع عليه.

بل هو محصّل، نعم عن بعض العامة: اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم (5) (6).

وقال الشيخ الأعظم: «وإن رفعت يده [الكافر] عنها [الأرضى] قهرا وعنوة، فهي كسائر ما لا يُنقل من الغنيمة \_ كالنخل والأشجار والبنيان \_ للمسلمين كافة إجماعا، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف (7) والتذكرة (8) وغيرهما (9)، والنصوصُ به مستفيضة» (10).

وقال بعض الأساتذة رحمه الله: «البحث هنا في الأرضى المفتوحة عنوة وقهرا التى هى قسم من غنائم الحرب. وفى حكمها ما صولح عليها على أنها للمسلمين. ولا إشكال عندنا فى عدم تقسيمها بين المقاتلين، بل يجب أن تبقى وفقا على مصالح المسلمين. وقد تطابقت على ذلك فتاوى أصحابنا ورواياتهم، وإن كانت المسألة خلافية بين فقهاء السنة» (11).

ص: 155

- 
- 1- (775) قاطعة اللجاج (الخراجيات): المقدمة الأولى /40.
  - 2- (776) رياض المسائل: الجهاد / أحكام الأرضين 8/114.
  - 3- (777) الخلاف: الزكاة / (67-70)/2، مسألة 80؛ وكتاب السّير 5/ (534-535)، مسألة 23.
  - 4- (778) تذكرة الفقهاء: الجهاد / فى الغنائم 9/ (183-184).
  - 5- (779) حلية العلماء 7/677؛ الحاوى الكبير 14/ (259-260)؛ الميزان الكبرى: 2/184؛ الشرح الكبير 10/540.
  - 6- (780) الجواهر 22/ (272-274) [21/157].
  - 7- (781) الخلاف 2/ (67-70).
  - 8- (782) تذكرة الفقهاء 9/183.
  - 9- (783) كالغنية / (204-205)؛ ومنتهى المطلب 14/253؛ والجواهر 21/157.
  - 10- (784) المكاسب 4/19.
  - 11- (785) دراسات فى ولاية الفقيه 3/182.

## إشارة

مستندنا عدّة من الروايات الواردة من طرقنا بالأسانيد الصحيحة وبالدلالة الواضحة:

منها: صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته، فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالى فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين، وليس فيما كان أقل من خمسة أو ساق(1) شىء، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبل أرضها ونخلها، والتّاس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر.(2)

ونظيرها: خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن أبي نصر جميعاً قالاً: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته، فقال: من أسلم طوعاً تركت أرضه فى يده وأخذ منه العشر ممّا سقى بالسما والآنهار، ونصف العشر ممّا كان بالرشاء(3) فيما عمروه منها وما لم يعمره منها أخذه الإمام فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين فى حصصهم العشر أو نصف العشر وليس فى أقل من خمسة أوسق شىء من الزكاة، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبلاً سوادها وبياضها \_ يعنى: أرضها ونخلها \_ ، والتّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر، قال: وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر فى حصصهم، ثم قال: إنّ أهل الطائف أسلموا وجعلوا عليهم العشر ونصف

ص: 156

1- (786) الوسق: ستون صاعاً كما فى موثقة سماعة المروية فى وسائل الشيعة 9/186، ح1، الباب 5 من أبواب زكاة الغلات، يعنى الوسق يعادل 180 كيلو غراماً.

2- (787) وسائل الشيعة 15/158، ح2، الباب 72 من أبواب جهاد العدو.

3- (788) الرشاء: الحبل، يعنى ما سقى بالواسطة، أنظر: مجمع البحرين \_ رشا \_ 1/184.



العشر، وإن مكة دخلها رسول الله عنوة وكانوا أسراء في يده فأعتقهم وقال: اذهبوا فأنتم الطلقاء. (1)

والرواية ضعيفة الإسناد بعلى بن أحمد بن أشيم لأنه مجهول وإن صحح العلامة المجلسي الرواية في مرآة العقول (2) وقبله الوحيد وقال في شأنه: «حكم خالي العلامة (3) بحسنه لوجود طريق الصدوق إليه، والرواية عنه كثيرة ويؤيده رواية أحمد بن محمد بن عيسى عنه» (4). ولكن الحكم بحسنه مشكل جدًا وأما إضمار الرواية فلا بأس به بعد أن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي كليهما من فقهاء أصحاب الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام.

وقال العلامة المجلسي: «(والنَّاس يقولون)» يحتمل: أن يكون مع العامة باعتبار المساقاة فإنَّ أباحنيفة منع منها، لكن عامتهم خالفوه في ذلك حتَّى أبي يوسف، أو باعتبار المزارعة وذلك مذهب أبيحنيفة، ومالك، وشافعي وكثيرا منهم. وقد احتجَّ العامة أيضا على أبيحنيفة في المقامين بخبر خبير» (5).

ثمَّ «والأراضى المفتوحة عنوة كانت تسمى أراضى خراجية. والخراج والمقاسمة كانا يطلقان على الطسُّق الذي كان يؤخذ منها: فإن كان التقييل بمال معين بنحو الإجارة سمَّى خراجا، وإن كان بسهم مشاع من عائدة الأرض بنحو المزارعة سمَّى مقاسمة. وربما أطلق على كليهما الخراج...»

والظاهر أن المراد بقوله عليه السلام: «وما لم يعمره منها»، هو الموات من الأراضى» (6).

«والمتبادر من قوله: «وما أخذ بالسيف»، المحياة من أراضيه لا مطلق الأراضى

ص: 157

1- (789) وسائل الشيعة 15/157، ح 1.

2- (790) مرآة العقول 16/26.

3- (791) الوجيزة 238/، رقم 239.

4- (792) منهج المقال 7/315 تعليقة رقم 1308.

5- (793) مرآة العقول 16/26.

6- (794) دراسات في ولاية الفقيه 3/193.

وإن توهم. وهل يراد به طبيعة ما أخذ بالسيف بإطلاقها، أو يكون إشارة إلى خصوص ما أخذ بالسيف من أراضي الكوفة وسواد العراق المذكورة في السؤال؟ لعلّ الأظهر هو الأوّل.

وقوله: «والتّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل»، إشارة إلى منع أبي حنيفة للمساقاة، ومنع مالك وأبي حنيفة والشافعي للمزارعة أيضاً، والامام عليه السلام استدللّ بعمل النبي صلى الله عليه وآله على صحة كلا العقدين.

وقد تعرض في الحديث لفتح مكة عنوة وأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعتق أهلها، فهل منّ عليهم بأراضيها أيضاً أو أنّه أبقاها للمسلمين؟ قد مرّ من المبسوط قوله: «وإنّما لم يقسم الأرضين والدور لأنّها لجميع المسلمين، كما نقوله في كلّ ما يفتح عنوة»<sup>(1)</sup>.

ولكنّه من المحتمل أنه صلى الله عليه وآله منّ عليهم بها أيضاً. وعليه فلا يتعين إبقاء الأراضي المفتوحة عنوة للمسلمين بل تكون تحت اختيار الإمام كسائر الغنائم كما مرّ، والإبقاء أحد شقوق اختياره، فتدبر»<sup>(2)</sup>.

ومنها: مرسله حمّاد الطويلة عن بعض أصحابه عن أبي الحسن عليه السلام \_ في حديث \_ قال: يُؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله له، ويقسم أربعة أخماس بين من قاتل عليه وولى ذلك، قال: وللإمام صفو المال، أن يأخذ الجارية الفارهة، والدابة الفارهة، والثوب والمتاع ممّا يحب أو يشتهي، فذلك له قبل قسمة المال وقبل إخراج الخمس، قال: وليس لمن قاتل شيء من الأرضين ولا ما غلبوا عليه إلاّ ما احتوى عليه العسكر، وليس للأعراب من الغنيمة شيء وإن قاتلوا مع الإمام، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله صالح الأعراب أن يدعهم في ديارهم ولا يهاجروا على أنّه إن دهم رسول الله صلى الله عليه وآله من عدوه دهم أن يستنفرهم فيقاتل بهم، وليس لهم في الغنيمة نصيب، وسنته جارية فيهم وفي غيرهم، والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدى من يعمرها

ص: 158

1- (795) المبسوط 2/33.

2- (796) دراسات في ولاية الفقيه 3/194.

ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا يضرّهم \_ إلى أن قال: \_ ويؤخذ بعد ما بقى من العشر فيقسم بين الوالى وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصباهم على ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير. (1)

«هذه المرسلة قد عمل بها الأصحاب فى الأبواب المختلفة. وحمّاد من أصحاب الإجماع الذين أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنهم. والتعبير عن الشخص المبهم ببعض أصحابنا يشعر بنحو إجلال له، فلعلّ الرواية مع إرسالها لا تنقص عن رواية حسنة. والدلالة على المقصود واضحة.

وقوله عليه السلام: «ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير»، فالظاهر أنه لا يراد به إلا تأكيد كون الأرضين لجميع المسلمين وأنه تصرف عوائدها فى مصالحهم، دفعا لتوهم كون بعضها ملكا لشخص الإمام. وعلى هذا فلا يدلّ على منع استفادة شخصه منها إذا فرض احتياجه إليها، حيث إن سدّ خلاّت الإمام وعائلته من أهمّ مصالح العامة.

ويشهد لذلك الروايات المستفيضة الدالّة على أن النبي صلى الله عليه وآله صرف من عوائد خيبر فى مصارف نفسه وأزواجه. وخيبر فتحت عنوة» (2).

ومنها: صحيحة محمد الحلبي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد.

فقلت: الشراء من الدهاقين قال: لا يصلح إلا أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه قال: يرد عليه

ص: 159

1- (797) وسائل الشيعة 15/110، ح 2، الباب 41 من أبواب جهاد العدو.

2- (798) دراسات فى ولاية الفقيه 3/196.

«تحدّث الرواية عن حكم أراضي السواد التي سمّيت سوادا لكثرة النخيل والزرع، أو لأنّ الخضرة تقارب السّواد، وهي الأراضي المفتوحة عنوةً والواقعة في جنوب العراق ووسطه ووالتي فتحها المسلمون بالنخيل والركاب، فقد أجاب الإمام عليه السلام عن حكمها بأنّها «لعامة المسلمين» وكلمة «المسلمين» جمعٌ محلّي بالألف واللام، وعموم افرادى ينحلّ بانحلال العنوان على مصاديقه الخارجيّة المتعدّدة، فالرواية ظاهرة في أنّ هذه الأراضي مملوكة لعامة المسلمين فردا فردا، وأنّ كلّ فرد من المسلمين له الإضافة باللام إلى الأرض، وقد سبق أن ذكرنا أنّ اللام ظاهرة في الملكيّة بظهور إطلاقي، وإن كانت موضوعة لغةً لمطلق الاختصاص، لكنّها ظاهرة في الاختصاص المطلق الذي هي الملكيّة. فإذا الرواية ظاهرة في ثبوت اقتضاء الملكيّة عليها للمسلمين فردا فردا، بعد زوال مالكيّة الكافرين عنها بالغلبة والقهر. هذا فضلاً عن تصريح الإمام عليه السلام بعده بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد»، حيث تفيد هذه الجملة شمول الحكم لجماعةٍ منهم من هو كافرٌ الآن ومسلمٌ لاحقاً، ومنهم من هو معدومٌ حين الفتح وسيُخلق ويولد لاحقاً، فظهور الرواية ونصّها يدلّان على ملكيّة جميع أفراد المسلمين لها، والخصوصيّة التي يتضمّنهما النصّ هي ثبوت الملكيّة لمن كان كافراً ثمّ أسلم عن فطرة.

كما إنّ استفاد من السؤال عن «الشراء من الدهاقين» وجوابه عليه السلام عنه أمران:

1\_ أنّ الأراضي المفتوحة عنوة غير قابلة للشراء والانتقال بالبيع.

2\_ تكرر ما أثبتته في صدر الخبر من ملكيّة الأرض لعامة المسلمين، وعدم جواز بيعها، والمعاملة عليها إلاّ في صورة واحدة، وهي فيما لو كان متعلّق الإشتراء والمعاملة الحقّ الذي منحه له الحاكم، أو بيع البناء الذي عليها.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرناه أنّ هذه الرواية صحيحة الإسناد والدلالة تفيد ملكيّة

ص: 160

المسلمين عامة للأراضي المفتوحة عنوة، وأنها بعد الفتح تنتقل من الكفار إلى المسلمين بنحو الملك دون الحق»(1).

ومنها: حسنة أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإتما هو فيء للمسلمين.(2)

الظاهر أن المراد من استثناء النهي هو عدم جواز شرائها إلا لمن تقبل خراج الأرض على ذمته وأدائها إلى بيت مال المسلمين، لا لمن عمل بها عمل ملكية رقبة الأرض.

ومنها: خبر محمد بن شريح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، وقال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك.(3)

والمراد بالكراهة الواردة فيها هي الحرمة الوضعية لو اشترى رقبة الأرض لتعليقه بأنها «للمسلمين» وأنها «أرض الخراج» فلو اشترى رقبة الأرض كانت شرائه باطلة.

وأما لو اشترى إحداثات البائع عليها مع تقبل أداء خراجها فحكم الإمام عليه السلام بعدم بأس لهذا الشراء.

وعيب هذه الأراضي خراجها فلو أخفى البائع هذا العيب فللمشتري خياره. وعليه فيكون المراد بالاستحياء هو الاستخفاء لا ما ذكره بعض الأساتذة قدس سره من أن شراء هذه الأراضي «كان يعد ذلك عيباً في تلك الأعصار»(4)، لـ «أنه لا يناسب اشتراؤه لغير أهل الذمة»(5).

ص: 161

1- (800) العقد النضيد 4/463.

2- (801) وسائل الشيعة 17/369، ح 5.

3- (802) وسائل الشيعة 17/370، ح 9.

4- (803) دراسات في ولاية الفقيه 3/197.

5- (804) دراسات في ولاية الفقيه 3/197.

والعجب من الاستاذ المحقق (1) \_ مدظله \_ أنه يرى التنافي بين صدر الرواية من الحكم بفساد البيع وذيولها من الحكم بعدم البأس فحكم بأنها ساقطة عن الدلالة مع إقراره \_ مدظله \_ بـ «أن الكراهة لعلها من جهة عدم دفع الخراج» (2) أى شراء رقبة الأرض، «وأنه لا بأس ولا كراهة لو اشتراها الرجل ودفع خراجها» (3) أى اشترى إحداثات البائع والتزم بدفع خراجها إلى بيت مال المسلمين، فمع هذا الجمع الواضح بين الصدر والذيل فكيف حكم بسقوط دلالة الرواية؟!

ومنها: خبر أبي بُرْدَةَ بن رَجَا قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك؟! هى أرض المسلمين، قال: قلت: يبيعها الذى هى فى يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه. (4)

سند الرواية ضعيف بأبي بُرْدَةَ بن رَجَا لأنه مهمل وأما دلالتها تامة لأن ورد فى صدر الرواية «الاستفهام الإنكارى الصادر من الإمام، ثم تعليقه وجه الاستنكار بأنها أرض المسلمين، لخير دليل على أن الأراضى المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين، ولا يجوز للبعض منهم تملكها. فالإمام عليه السلام نفى البيع معللاً ذلك بأنها أرض المسلمين، ثم أجاز ذلك فى ذيل الخبر من جهة تعلق الشراء بالحق دون العين.

بيان ذلك: أن أمر الأراضى المفتوحة عنوة يعود إلى إمام المسلمين \_ سواء العادل أو الجائر بناءً على الإمضاء فى الأخير \_ فللوالى حق التصرف فيها، فمن أعطاه الوالى شيئاً من هذه الأراضى، ثبت له الحق فيها، ويجوز له بمقتضى حكم الإمام عليه السلام أن يبيع حقه لغيره.

وبالجملة: فلا منافاة بين صدر الخبر المانع للبيع وذيوله المجيز له، فتكون دلالته

ص: 162

1- (805) العقد النضيد 4/464.

2- (806) العقد النضيد 4/464.

3- (807) العقد النضيد 4/464.

4- (808) وسائل الشيعة 15/155، ح1، الباب 71 من أبواب جهاد العدو.

ومنها: صحيحة إسماعيل بن فضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضا من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون، وإنما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا، وإن أعطيتهم شيئا فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: وسألته عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج، فبني بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.(2)

المراد بالشراء في صدرها التقبل من الإمام كما يظهر من قوله: «وإنما يقبلها من السلطان» وحكم الإمام عليه السلام بجواز التقبل وإعطاء شيئا لأهل الذمة لئلا يتضرروا بما حدثوا في الأرض، ولعل المراد بالشراء في ذيلها أيضا كذلك أو الشراء بجهة إحداثات البائع والأول أظهر.

### الاحتمالات التي يمكن استفادتها من الروايات

#### إشارة

الوجوه المحتملة المستفادة من الروايات الماضية متعددة تبلغ إلى أكثر من عشرة احتمال فلا بد من ذكرها وتعيين المختار منها:

«1\_ إن الأرض المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين بالفعل، وعلى نحو الإطلاق، الشامل لمن هو مسلم حين الفتح أو سيوجد لاحقا، بل الذي كافر حين الفتح ويسلم لاحقا، أو ولد كافرا مليئا ثم أسلم متأخرا، وهذا الاحتمال هو المترئى من صحيحة الحلبي (3).

2\_ إن الأرض المفتوحة ملك لمن هو موجود حين الفتح بالفعل، دون من هو غير موجود من أبناء المسلمين أو الكفار وأبناءهم، ممن يسلمون لاحقا، وأن تحصل لهم

ص: 163

1- (809) العقد النضيد 4/466 و 467.

2- (810) وسائل الشيعة 17/370، ح 10، الباب 21 من أبواب عقد البيع وشروطه.

3- (811) وسائل الشيعة 17/369، ح 4.

الملكيّة لاحقاً بعد وجودهم أو دخولهم في رقبة الإسلام والمسلمين.

فبناءً على الاحتمال الأوّل، تكون الملكيّة ثابتة للمعدومين \_ فضلاً عن الموجودين \_ بالفعل، بمعنى أنّ الملكيّة موجودة بالرغم من أنّ المالك معدوم. أمّا على الاحتمال الثاني فإنّ الملكيّة الفعلية تكون لخصوص الموجودين، وإن ثبتت للمعدومين عند وجودهم وللكافرين عقب إسلامهم.

3\_ إنّ الاراضى المفتوحة ملكٌ لنوع المسلم دون أفرادهم، كما هو الحال في حصّة الفقراء والعلويين من الزكاة وسهم السادة، فليست الأرض ملكاً لأفراد المسلمين، حتى نعتبرها ملكاً فعلياً للموجودين وتقديرًا للمعدومين، بل هي ملك لطبيعي المسلم ونوعه \_ الأصولي دون المنطقي \_ كما هو الحال في الحصّتين المذكورتين.

وعليه فإن قلنا بوحدة ملكيّة النوع والجهة، أصبحت الاحتمالات ثلاثة ومع عدم الالتزام بوحدهما تصبح الاحتمالات أربعة [كما] هو [الصحيح].

4\_ اعتبار الاراضى المفتوحة ملكاً للجهة، مثل ملكيّة الدولة للأموال العامّة، حيث أنّ ملكيتها لها لم تكن على نحو ملكيّة الفرد أو الطبيعي، بل ملكيّة حيثية وهي التي يعبر عنها في عصرنا الحاضر بالشخصيّة الحقوقية في مقابل الشخصية الفردية.

أمّا بالنسبة إلى الحقّ: ففيه أيضاً تجرى الاحتمالات الثلاثة \_ بناءً على وحدة الجهة والطبيعة أو الأربعة بناءً على تعددهما \_ ، فتصير الاحتمالات إلى هنا بناءً على تعددهما ثمانية.

9\_ هو الاحتمال الذي تحدّث عنه الشهيدان(1) والمحقّق الكركي(2) \_ رحمهما الله \_ من اعتبار الملك أو الحقّ بتبع الآثار، بمعنى أنّه تحصل الملكيّة \_ أو الحقّ \_ عليها تبعاً لوجود آثارها، وتزول بتبع زوالها، فالفرد من المسلمين يملك [ما يأخذه من] الولاية [قبالةً] فيما لو شرع في البناء عليها، وتبقى ملكيته لها بقاء البناء عليها، وتزول بزواله.

ص: 164

1- (812) الدروس الشرعية 2/41؛ والمسالك 3/56.

2- (813) جامع المقاصد 4/97.



وفيه: هذا الوجه لا دليل عليه، فضلاً عن مخالفته مع القواعد والنصوص الخاصة المذكورة سابقاً، حيث لا إشارة في واحدٍ منها على تحقّق الملكية بالآثار وزوالها بزوالها.

10\_ إته ليس هناك للمسلمين حقّ أو ملك على مطلق الأراضي المفتوحة عنوة، بل إنّ رغبة هذه الأراضي موقوفة، وتفكّ بالفتح عن مطلق الملكية الشخصية والفردية، فتصبح متحرّرة، وينبغي صرفها في مصالح المسلمين.

وفي هذا الاحتمال صُورَتان:

1/10\_ إحداهما: أنّ ما يتحقّق بعد الفتح هو مجرد فكّ رغبة الأرض عن الملكية، وعدم تقبّلها للمالك كما في المساجد، وبالتالي يجب صرفها في مصالح المسلمين، كما وردت الإشارة إليه في رواية حمّاد(1)، وقال به الفقهاء في خصوص منافع هذه الأراضي.

2/10\_ ثانيتهما: أنّ ما يتحقّق من خلال الفتح زوال ملكية الكفّار عنها، وصيرورتها وفقاً على المسلمين، كما هو الحال في الأوقاف العامة فإنّ من أوقف أرضه على فقراء المسلمين، يكون قد أوقفها على جميعهم.

وهذا الوجه أيضاً لا دليل عليه، سوى مرسلّة حمّاد الوارد فيها قوله «فهي موقوفة متروكة»(2) الدالّة على أنّ هذه الأراضي موقوفة، لكن لا ينبغي التريديد في أنّه ليس المقصود من الوقف المذكور فيها، الوقف المصطلح عليه بين الفقهاء في كتاب الوقف، لأنّ المراد من [الوقف] المصطلح، المنع عن التقلّبات الإنشائية كالبيع والصلح فيها، ولزوم السكن فيه، فالسكون المطلوب في كتاب الوقف سكون إنشائي، والمطلوب في الأراضي سكون غير إنشائي.

وبالتالي فالدافع لهذا الوجه أمران:

أ: إنّ الرواية المبتنية عليها هذا الوجه رواية مرسلّة ضعيفة لا اعتبار بها.

ب: ولو سلّمنا صحّتها، فلا بدّ من الجمع بينها وبين سائر الأخبار الدالّة على أنّ

ص: 165

1- (814) وسائل الشيعة 15/110، ح 2، الباب 41 أبواب جهاد العدو.

2- (815) وسائل الشيعة 15/110، ح 2، الباب 41 أبواب جهاد العدو.

الأرض «هي لمن اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»<sup>(1)</sup> فهي تقيّد ثبوت الملكية، والمرسلة تقيّد أنّها مملّك ساكن غير قابل للنقل»<sup>(2)</sup>.

ولكن الظاهر من صحيحة محمّد الحلبي<sup>(3)</sup> هو الاحتمال الأوّل لأنّ الاستفادة منها ثلاثة أمور وهي:

أ: الملكية.

ب: وأنّ الملاك هم الأفراد على نحو العموم الاستغرافي.

ج: وأنّ الملكية الثابتة لهم ملكيّة فعليّة لا استقباليّة.

أمّا الملكية، فهي مستفادة من الظهور الإطلاقي في اللّام الدال عرفاً على الاختصاص المطلق.

أمّا المالك فهو مستفاد من كلمة «المسلمين»، فهي جمع محلّي بالأل، فضلاً عن أنّها عنوان مشيرٌ فسّره الإمام عليه السلام بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد».

أمّا الملكية الفعليّة، فهي مستفادة من قول الإمام عليه السلام: «لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم» حيث يدلّ على أنّ الملكية ثابتة له بالفعل، وإن لم يكن داخلياً في الإسلام بعد ومعدوداً منهم»<sup>(4)</sup>.

## الموانع التي تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبي

### إشارة

قد ادعى وجود موانع لا يمكن معها الأخذ بظهور صحيحة الحلبي ومنها:

### 1\_ الإشكال العقلي

تقريره: كيف يمكن تحقّق الملكية الفعلية للمسلمين المعدومين مع أنّ الملكية \_ ولو كانت من الأمور الاعتبارية \_ من الأمور ذات الاضافة التي تحتاج إلى طرفيها من

ص: 166

1- (816) وسائل الشيعة 17/369، ح4، الباب 21 من أبواب عقد البيع.

2- (817) العقد النضيد 4/ (468-470)، مع اصلاحات واضافات.

3- (818) وسائل الشيعة 17/369، ح4.

4- (819) العقد النضيد 4/471.

المملوك والمالك ثم اعتبار الملكية بينهما ومع فرض معدومية المالك كيف يمكن تحقّق هذه الإضافة؟!

نعم، الملكية ليست من الأمور الإضافية الحقيقية نحو: الفوقية والتحتية أو أبوة والبُنوة بل تعدّ من الأمور الإضافية الاعتبارية ولكن يستحيل أن تحقّق أمر إضافي من دون تحقّق طرفي الإضافة حتّى لو كانت اعتبارية، والمعدوم يستحيل أن يكون طرفاً للموجود في الإضافة بلا فرق بين إضافتي الحقيقية والاعتبارية.

جوابه: أولاً: بالنقض في بحث الزمان \_ بناءً على أنّه من الأمور التكوينية \_ حيث تصح نسبة الزمان إلى طرف معدوم بل طرفي المعدوم نحو صحة استعمال هذه الجملة عرفاً وعقلاً وهي: «إنّ اليوم بعد أمس وقبل الغد» أو ما ورد من قوله عليه السلام: «قم فاغتتم الفرصة بين العدمين» فتنسب اليوم الموجود أو الفرصة الحالية الموجودة إلى القبلية والبعدية المعدومتين.

وثانياً: الأمور الاعتبارية تابعة لاعتبار مُعْتَبَرِهَا فإذا اعتبرها من دون تحقّق الأمرين الإضافيتين فلا إشكال في صحة اعتباره إذا ترتب عليه أثر ونحوها وارد في الشريعة وغيرها بل وارد في سيرة العقلاء في حياتهم الاجتماعية من سالف الزمان إلى زماننا هذا أذكر لك أمثلة لها:

أ: عقد الإجارة لأنّ منافع الآتية للدار مثلاً معدومة بالفعل ولكن صح تملكها للمستأجر من الآن.

ب: أو جواز بيع الثمرة الموجودة في هذه السنة مع الثمرة التي تحصل في السنة القادمة مع أنّ الأخيرة معدومة الآن بالفعل ولكن حصلت الملكية والتملك لهما من الآن بعد بيعها.

ج: صحة الوصية لتمليك منافع داره لأولاده وأولاد أولاده من نسله المعدومين فعلياً الذين يراهم في عالم الوجود في الأزمنة الآتية.

فحينئذ فلا مانع عقليّ أو شرعيّ من تملك المعدوم للموجود كالأجارة أو تملك الموجود للمعدوم كملكية الأرضى المفتوحة عنوة للمسلمين المعدومين أو تملك

المعدوم للمعدوم كالوصية الماضية.

وحلّها وجود الفارق الرئيسى بين عالمى الاعتبار والتكوين كما مرّ مرارا فى أبحاثنا الاصولية والفقهية.

## **2\_ كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟!**

تقرير الإشكال: إذا كانت ملكية الأراضى المفتوحة عنوة لعامة المسلمين على نحو الانحلال، بحيث يكون كل فردٍ فردٍ منهم مالكا فكيف يجوز لهم قبالة هذه الأراضى وإجارتها بالخراج والمقاسمة مع إمام المسلمين؟

بعبارة أخرى: الإجارة هى تملك المنفعة، فكيف يجوز تملك المنفعة مع فرض مالكية العين للمستأجر وبتبع العين مالكية المنفعة له باعتبار أنه فرد من أفراد المسلمين، فكيف يمكن تملك المنفعة له بالإجارة مرة أخرى؟!

فاستيجار المسلمين لها باطل وممنوع عقلاً وعرفاً وشرعاً مع أن سيرة حكام المسلمين وولاتهم فى زمنى الحضور والغيبة إجارة هذه الأراضى الخراجية للمسلمين من دون نكير!

جوابه: الأراضى المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين على نحو الإشاعة، فيجوز لأحدهم استيجارها من إمام المسلمين وتعدية حقوق المسلمين مع قبالة التى كتبها مع إمامهم والتصرف فيها بحيث يشاء كما هو الأمر فى غيرها من الأملاك المشاعة بين عدة أفراد. فلا مانع من الجمع بين الملكية المشاعة واستيجار العين أو بعضها كما لا يخفى.

## **3\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟**

تقرير الاشكال: الصحيحة تدلّ على ثبوت الملكية لكل فرد من أفراد المسلمين، وهذه الملكية كيف تثبت لهم مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية لهم كالبيع والصلح والإجارة والوقف ونحوها، أو التصرفات الخارجية نحو: الزرع والبناء والسكنى وغيرها إلا من خلال إذن إمام المسلمين ومع كتابة القبالة معه، فمثل هذه الملكية التى لا يتمكن المالك معها من جميع التصرفات المالكية لغو محض.

فكيف يمكن القول بملكيتهم للأراضى الخراجية مع أنّهم ممنوعون عن التصرف

فيها مطلقاً إلا مع إذن إمام المسلمين!؟

جوابه: الملكية هنا ليست الملكية الشخصية التي يجوز معها التصرفات الاعتبارية والخارجية، بل الملكية هنا قسم خاص منها وكيفية معينة منها وهي لزوم صرف منافعها في سدّ خللات مجتمع المسلمين ومصالحهم، فحينئذ فالملكية الخاصة ثابتة للمسلمين في الأراضى الخراجية ولكن جواز التصرف فيها مشروط بإذن إمام المسلمين رعاية لحفظ مصالحهم وحقوق جميعهم.

#### 4\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟

تقرير الإشكال: قانون التوارث يقتضى انتقال ما يملكه الميت من مال أو حق إلى وارثه، فلو كانت الأراضى الخراجية لعامة المسلمين لزم انتقالها إلى ورثتهم ويستلزم منه اختلاف حصصهم الموروثة قلة وكثرة بالضرورة وبالتالي الاختلاف في مقدار مالكيتهما!

مع أن الفقهاء ينفون التوارث فيها فكيف يجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث!؟

جوابه: قد مرّت الملكية هنا قسم خاص منها وليست الملكية الشخصية بحيث يرث بعد موت المالك إلى ورثته، وعدم التوارث لا يجتمع مع الملكية الشخصية ولكنها يجتمع مع الملكية الخاصة التي يأتي تفصيلها فانتظر.

والحاصل: بهذه الإشكالات الأربعة ونحوها التزم جمع من محققى أصحابنا إلى ملكية الجهة أو النوع، لا إلى ملكية كل فرد من أفراد المسلمين على نحو الملكية الفعلية.

كما ذهب المحقق النائيني (1) إلى أنها ملك للجهة \_ وقد مرّ تعريفها في الاحتمال الرابع من المحتملات العشرة الواردة في الروايات فراجع.

وذهب المحقق الإصفهاني رحمه الله إلى أنها ملك للطبيعي \_ كما مرّ تعريفه في الاحتمال الثالث من المحتملات العشرة \_ وقال: «الأنسب بالجمع بين الأخبار ورعاية الآثار ما ذكرناه في أوائل البحث (2) عن الأراضى من كونها ملكاً للطبيعي على وجه خاص... أنّ

ص: 169

1- (820) المكاسب والبيع 2/371.

2- (821) قال في حاشية على المكاسب 3/14: «وعليه فيمكن أن يقال: بملاحظة الجمع بين الأخبار ورعاية الآثار أنّ الأرض ملك لطبيعي المسلمين ونوعهم لا لأحاديهم، وما ورد \_ من أنّه ملك لجميع المسلمين ممن وجد وممن لم يخلق بعد \_ يراد به عدم اختصاص ملك الطبيعي بزمان دون زمان، وإن كان كلّ واحدٍ من المسلمين قابل لانطباق الطبيعي عليه، لكنّه ليس كالخمس والزكاة بحيث يجب على المتولى أمرها إقباضها إلى من شاء، بل جعل أمرها عينا ومنفعةً إلى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع، فتارة تقتضى المصلحة إقباض رقبة الأرض إلى واحد، وأخرى تقتضى إبقاء الأرض وصرف حاصلها في مصلحة النوع. وأمّا بذل ولي الأمر بعنوان العطية والجائزة فإمّا هو من باب حق التولية، أو لأنّ قيامه بأمر مصلحة النوع، ولوازم الرياسة مرعية في الرئيس القائم بالأمر، فبالأخرة تكون العطية والجائزة مصلحة النوع».

الأرض ليست ملكاً لأحد المسلمين استغراقياً حتى يرد المناقشة من الوجهين وغيرهما ممّا قدمناه بل ملك للطبيعي، فالشخص بما هو غير مالك حتى لا يجوز الإجارة منه أو يجوز نقل حصته، مع أنّ عدم جواز نقل الحصّة كما يمكن أن يكون لعدم الملك كذلك يمكن أن يكون لحبس الملك على وجه خاص»(1).

ثمّ تعرض لمحاولة ما ورد في صحيحة محمّد الحلبي من قوله عليه السلام: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد.(2)

من أنّ ظاهرها ملكية أحد المسلمين استغراقياً «إلاّ أنّه للمحاذير المتقدمة مرارا يحمل على ملك الطبيعي والترتيب الذي ذكره عليه السلام لبيان أنّه لا يختص بزمان دون زمان، ويقبل الانطباق على المسلم بالفعل وعلى من يدخل في الإسلام»(3).

ويمكن تأييده بأنّ «لـ» الواردة في كلمة «للمسلمين» غير آية عن الملكية النوعية نحو الوقف على العماء وآيتي الزكاة والخمس وظهورهما في الملكية النوعية للأصناف الواردة في الآيتين وأنّهما لم تكن ملكاً لأفرادهم على نحو الاستغراق.

ولكن يمكن أن يناقش عليه:

ص: 170

1- (822) حاشية المكاسب 3/51.

2- (823) وسائل الشيعة 17/369، ح 4.

3- (824) حاشية المكاسب 3/57.

أولاً: «أنّ قوله عليه السلام: «لمن هو اليوم...» لم يقصد بها تعميم النوع، لكفاية العنوان بنفسه لشمول نوع من ينطبق عليه العنوان، دون الحاجة إلى التنصيص على التعمّم بإضافة كلمتي «اليوم» و«بعد اليوم»، والشاهد عليه الخطابات التكليفيّة، فإنّ مجرد التصريح بلفظة العلماء في «أكرم العلماء» إنّما هو لتعميم الحكم، ولا حاجة لإبراز التعمّم بإضافة اليوم والغد للدلالة على عدم الاختصاص بزمان معيّن. وبالتالي فدعواه أنّ الجملة المذكورة إنّما هي لإفادة عدم محدوديّة الملكيّة بزمان دون زمان ممنوع»(1).

وثانياً: «أنّ قوله عليه السلام: «لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» مصداق للفرد، ولا يصحّ إسناده إلى الطبيعة، كما هو الحال في كلمة «الجميع» المضافة إلى المسلمين، فإنّ المراد منها الأفراد دون الطبيعة، لأنّ الذي يدخل في الإسلام أو قد يولد هو الفرد بعينه دون النوع أو الجهة»(2).

وثالثاً: «يمكن تصوير ملكيّة النوع في الشرع، كما هو الحال في باب الأوقاف والوصايا، لكن هذه الملكيّة النوعيّة تنطبق في النهاية على الفرد، أمّا الملكيّة النوعيّة التي تبقى منحصرة بالنوع، دون أن تتعدّى إلى الفرد، ودون أن تصبح ملكاً للأفراد لا عينا ولا منفعة \_ كما التزم بها المحقّقان النائيني والإصفهاني \_ فهي ممّا لا يمكن فرضها أو تعقلها»(3).

وبالجملة: يمكن القول بملكيّة الأراضى المفتوحة عنوة لأحد المسلمين على نحو الاستغراق، فعليه من دون اختصاص بزمان دون زمان، بل هذه الملكيّة التشريعية ثابتة على مرّ الدهور إلى يوم القيامة ولكن ملكيّة خاصة غير ملكيتهم الحرّة المطلقة لأموالهم الشخصية الفرديّة، وهي ملكيّة محبوسة غير حرّة، ومقيدة غير مطلقة بحيث لا يتمكنوا من التصرف فيها إلاّ بإذن إمام المسلمين ولا بدّ من أداء الخراج إليه ولا يجوز بيعها ولا إجارتها ولا يرث إلى أولادهم وعلى هذا الأساس الملكيّة الفعلية الخاصة وهي

ص: 171

1- (825) العقد النضيد 4/478.

2- (826) العقد النضيد 4/478.

3- (827) العقد النضيد 4/479.

محبوسة ومقيدة ثابتة لأحد المسلمين على طول الزمان من دون إشكال والحمد لله العالم بأحكامه.

## بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوة

### 1\_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنها ملك خاص للمسلمين ولا يحتاج إلى أداء الخمس؟

فيه قولان:

أ: المشهور بين الأصحاب شمول أدلة الخمس لها بل يظهر من صاحب المدارك (1) إجماع المسلمين عليه. والوجه فيه إطلاق أدلة الخمس من الآية الشريفة (2) والروايات الواردة (3) في وجوبه يشمل الأراضي المفتوحة عنوة.

ب: ما اختاره صاحب الحدائق من عدم وجوب الخمس فيها وقصر الخمس في الغنائم المنقولة دون غيرها كالأراضي والمسكن وقال: «ولا أعرف على هذا التعميم دليلاً سوى ظاهر الآية (4)... وقد تتبعْتُ ما حضرني من كتب الأخبار كالوافي والوسائل المشتمل على أخبار الكتب الأربعة وغيرها فلم أقف فيها على ما يدل على دخول الأرض ونحوها من ما قدمناه في الغنيمة التي يتعلق بها الخمس، ولم أقف في شيء منها على وجوب إخراج الخمس منها عينا أو قيمة حتى الأخبار الواردة في تفسير الآية المشار إليها فإنها ما بين صريح أو ظاهر في تخصيصها بما ينقل ويحول.

وحينئذ فيمكن تخصيص الآية بما دلت عليه هذه الأخبار...» (5). ثم أضاف: «وبالجملة فما ذكره لا وجود له في شيء من الأخبار، بل ظواهرها من حيث عدم

ص: 172

1- (828) مدارك الأحكام 5/360.

2- (829) سورة الأنفال /41.

3- (830) وسائل الشيعة 9/485، الباب 2 من أبواب ما يجب فيه الخمس، وغيرها من الروايات.

4- (831) الحدائق 12/324.

5- (832) الحدائق 12/325.



التعرض لذكره ولو إشارة سيما في مقام البيان هو العدم»(1).

القول المختار: هو ما ذهب إليه صاحب الحدائق؛ لأنَّ عنوان الغنيمة في الآية الشريفة ونصوص الروايات فُسِّرَتْ في صحيحة على بن مهزيار بـ «الفائدة يفيدها»(2) المرء. فعلى هذا يكون موضوع الخمس الفوائد المالية الشخصية وقد عرفت أنَّ ملكية آحاد المسلمين للأراضي الخراجية ملكية خاصة مقيدة محبوسة غير حرّة لم يصدق عليها عنوان «الفائدة» عرفاً.

مُضافاً: إلى أنَّ الروايات الواردة لبيان أحكام الأراضي الخراجية لم يتعرض في شيء منها وجوب الخمس وسكوته دليل على عدم وجوبها كما قال صاحب الحدائق: «ويؤيد ما قلناه الأخبار الواردة في حكم الأرض المفتوحة عنوة ومنها خير وعدم التعرض فيها لذكر الخمس بالكلية مع ذكر الزكاة فيها، ولو كان ثابتاً فيها لكانت أولى بالذكر لتعلقه برقبة الأرض»(3).

وثالثة: على فرض وجوب الخمس فيها على مَنْ يجب إخراجها؟ على آحاد المسلمين حيث لم يتمكنوا من التصرف فيها مطلقاً، أو على إمام المسلمين حيث لم يملك من الأراضي الخراجية إلا نصيبه بما أنَّه أحد من المسلمين وليس له التصرف فيها إلا في إدارتها وقبالتها وأخذ الخراج منها وصرفه في مصالح المسلمين ولم يأذنوا في الروايات في إخراج خمس هذه الأراضي بتوسطه، فعلى مَنْ يجب إخراج الخمس؟! وهذه عويضة لابدّ المشهور من حلّها.

فالمختار عدم وجوب الخمس فيها كما مرّ من الحدائق وعليه الأستاذ المحقّق(4) \_ مدّله \_ .

## 2\_ المتصدى للأراضي الخراجية

ص: 173

1- (833) الحدائق 12/327.

2- (834) وسائل الشيعة 9/502، ح5، الباب 8 من أبواب ما يجب فيه الخمس.

3- (835) الحدائق 12/326.

4- (836) العقد النضيد 4/483.

المتصدى لها أولاً هو الإمام المعصوم عليه السلام الذى يخلف عن النبى صلى الله عليه وآله وكان وصيًا له ثم نائبه بدلاً منه وفى عصر الغيبة المتصدى لها هو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء مع تحقق الولاية له، ومع عدمه أو عدم ولايته يتصدى لها عدول المؤمنين حسبة كما مرّ فى بحث الولايات.

وأما لوقام جائر وتصرف فى هذه الأراضى وبلت الشيعة بالمعاملة معه، أجاز الأئمة عليهم السلام فى الروايات المعاملة معهم تسهياً لشيعتهم وتوسعة عليهم وأفتى بها فقهاء الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

وقد ذكرت لك نصوص الروايات وكلمات الأصحاب فى المقام فى المسألة الثالثة من مسائل خاتمة المكاسب المحرمة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة فى بحثى «تطور البحث» (1) و«أدلة القائلين بالجواز» (2) فراجعهما إن شئت ولا نعيد.

### 3\_ لا يجوز بيع الأراضى الخراجية

عدم جواز بيع هذه الأراضى كأنه إجماعى وتدلّ عليه النصوص المتعددة الماضية (3) ولكن هذه الأراضى قد طالتها أيادى المسلمين بالبيع والشراء والإجارة والصلح وغيرها قديماً وحديثاً ولذلك قد تصدى الفقهاء محاولة هذه المعاملات وتبريرها بوجوه:

أ: يجوز بيعها وشارئها بلحاظ «الآثار والأبنية المحدثه فيها بعد الاغتنام بل والحق المتعلق بها للمتصرف. فتصير الأرض للمشتري على وجه كانت للبائع من ثبوت حق الأولوية وعدم جواز المزاحمة إذا فرض كون التصرف وإحداث الآثار بإذن الإمام، أو بإجازته العامة للشيعة على القول بها؛ أو بإذن نائبه الخاص أو العام، أو بتقبيل السلطان الجائر بناء على إمضائهم عليهم السلام لذلك» (4).

ص: 174

1- (837) الآراء الفقهية 3/ (371-383).

2- (838) الآراء الفقهية 3/ (384-407).

3- (839) راجع بحث مستند فقهاء الطائفة صفحة 156 من هذا المجلد.

4- (840) دراسات فى ولاية الفقيه 3/212.

كما مرّ في خبر أبي بُرْدَةَ بن رجا(1) وصحيحة إسماعيل بن فضل الهاشمي(2) وخبر محمد بن شريح(3) وحسنة أبي الربيع الشامي(4)، وهذه المحاولة هي المختار في شرائها.

ب: «قيام السيرة القطعية على التعامل بها، حيث أنّ الثابت قيام السيرة القطعية عند المتسرعة على التعامل بهذه الأراضي، بل إنّ أراضي الكوفة التي تعدّ القدر المتيقن ممّا فتحت عنوة، فقد ثبتت السيرة القطعية على التعامل بها، وهي تعدّ مخصصة للأدلة الدالة على عدم جواز التصرف فيها.

ولا يخفى أنّه لا يكفي مجرد احتمال استناد هذه السيرة إلى فتاوى الفقهاء، لعدم اعتبارها إلا إذا ثبت اتصالها بالأئمة عليهم السلام أو بأصحابهم وتلقاها منهم، وهو أمرٌ لا نستبعد تحقّقه، وقد شاع أيام تشرفنا في النجف الأشرف أنّه عُثر على صندوق يتضمّن وثيقة تشير إلى قيام عمّار ابن ياسر ببيع داره في الكوفة وعليها ختم أمير المؤمنين عليه السلام(5)، ولكن لا مجال للاعتماد على مجرد هذه الوثيقة لأنّها قضيةٌ في واقعة.

ج: الحكم على المعاملات الواقعة عليها بالصحة من خلال الأمانة والدليل:

أمّا الامارة: فباعتبار أنّ كلّ ما يتعامل عليها من هذه الأراضي سبقتها يدٌ عليها تعدّ أمانة على الملكية، إلا إذا ثبت خلافها، وبالتالي فكلّ دار أو عرصة في الكوفة أو النجف أو نهاوند كانت عليها يدٌ قبل إجراء المعاملات عليها، وهذه الأيدي أمانة على الملكية.

ص: 175

1- (841) وسائل الشيعة 15/155، ح 1.

2- (842) وسائل الشيعة 17/370، ح 10.

3- (843) وسائل الشيعة 17/369، ح 9.

4- (844) وسائل الشيعة 17/369، ح 5.

5- (845) سمعت من العلامة الشهيد السيّد عزّالدين بحر العلوم رحمه الله أنّه ممّن شاهد الوثيقة المذكورة، وقد كانت موضوعة في صندوق عُثر عليه حينما أقدم العمّال على حفر الأساس في إحدى العرصات الواقعة بحى الكندة، القريبة من الجامع الأعظم بالكوفة، وقد جاء فيها أنّ عمّارا باع داره لفلان وشهد بذلك عليّ بن أبي طالب عليه السلام وشمر بن ذى الجوشن وثالث نسيب اسمه، وقد بقيت الوثيقة فترة غير قليلة في النجف تتداولها الأيدي، وشاهدها العديد من أهل العلم ومنهم المحقّق الخوئي قدس سره إلى أن اختفت.

نعم، لا شك أنّ الأراضى لم تكن فى تلك الأيام جميعها عامرة، بل كانت بعضها مّيّنة ممّا يدخلها فى ملك الإمام دون المسلمين، وأمّا العامرة فهى تبقى ملكا للمسلمين إلى يوم القيامة، وعليه فلا بدّ من إحراز أنّ المفتوحة كانت عامرة حين فتحها أو ميّنة، ومجرّد احتمال كون الأرض عامرة حين الفتح يوجب الشكّ فى العقد، كما أنّ مجرّد احتمال كونها مواتا فى تلك الأزمنة وأنّها بقيت بأيدي الكفّار من أهل الذمّة مقابل الجزية أو المصالحة عليها مع المسلمين، أو احتمال أن تكون الأرض من قطائع الإمام، أو أذن الإمام بالتصرّف فيها، يقتضى الحكم بصحّة التعامل بها، وصحّة تداول الأيدي المتعاملة عليها.

أمّا الأصل: فباعتبار أنّ البحث يدور حول الأراضى العامرة التى فتحها المسلمون، حيث يشكّ فى دخول الأرض المبتلى بها فيما فتحت عنوة وعدمه، لأنّ الفتح أمرٌ حادثٌ مسبوقةً بالعدم، وهناك عمومات \_ كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيرها \_ تدلّ على لزوم الوفاء والالتزام بمطلق العقود، عدا العقد الواقع على الأرض المفتوحة عنوة، وعند الشكّ فى المعاملة الواقعة على الأرض المشكوكة، فإنّ الشكّ يعود إلى العنوان المخصّص وبالتالي يجرى الأصل فيها، ويثبت صحّة الموضوع، ولزوم الوفاء به.

فإن قيل: إنّ الاستصحاب المذكور معارض بمثله، باعتبار أنّ الأصل عدم بقاء الأرض فى يد ملاكها بالمصالحة عليها أو بدفع الجزية، وعدم كونها من قطائع الإمام، لأنّها أمورٌ مستحدثة، وعند الشكّ فيها يجرى استصحاب عدمها.

قلنا: من الثابت أنّه لا اعتبار لجريان الاستصحاب إلّا فيما إذا كان ذا أثر، والاستصحاب المذكور لا أثر له بنفسه، وإنّما الأثر للازمه وهو أيضا لا اعتبار به لأنّه مفتوحة عنوة، وبالتالي يجرى الاستصحاب الأول دون معارض.

د: عند الشكّ فى عامريّة الأرض المتعامل عليها حين الفتح وعدمها، تجرى أصالة عدمها؛ لأنّ العُمُران أمرٌ حادث، ومن خلالها يثبت صحّة جميع التصرفات الواقعة

## حكم الأراضى المصلحة

### إشارة

وقد تسمى «الأراضى الخراجية» أيضا، و«هى الأرض التى فتحت من قبل المسلمين من دون أن يسلم أهلها ولا قاوموا الدعوة الإسلامية بشكل مسلح، بل ظلوا على دينهم فى ذمة الإسلام بعقد الصلح فتصبح الأرض أرض الصلح»(2). ولم يتعرض الشيخ الأعظم من البحث حولها ولكن نبحت عنها فى مقامين:

### المقام الأول: مقتضى عقد الصلح

هذه الأرض تابعة لبنود عقد الصلح فإن نص فيه على أن الأرض كانت ملكا لهم تبقى فى ملكيتهم، وإن نص فيه على أنها ملكا للمسلمين فهى لهم وتصير كالأراضى المفتوحة عنوة الماضية آنفا، وإن نص فيه على أنها للإمام تدخل فى ملكه وتكون من الأنفال ويجرى عليها حكمه، هذه كلها فى الأراضى التى كانت عامرة فى أيديهم.

وأما الأراضى الموات أو العامرة بالأصالة منها فتدخل فى ملك الإمام عليه السلام كمنظائرها وله أن يتصرف فيها بما يرى من المصلحة.

«نعم، إذا أدرجها فى عقد الصلح لزم أن يطبق عليها ما هو مقتضى هذا العقد، ولا يجوز الخروج عن مقرراته ومقتضياته.

فالنتيجة: إن مقتضيات عقد الصلح تختلف باختلاف الموارد والمصالح على أساس أن أمره بيد ولى الأمر فله أن يعقد الصلح معهم على حسب ما يراه من المصلحة للدولة أو الأمة وهى بطبيعة الحال تختلف باختلاف المقامات»(3).

### المقام الثانى: مقتضى الروايات

أ: مجموعة من الروايات تدل على أن أرض الصلح تكون من الأنفال وهى التى اقتضى عقد الصلح ملكيتها للإمام عليه السلام، لا ما يقتضى عقد الصلح أنها باقية فى ملكيتهم أو

ص: 177

1- (846) العقد النضيد 4/(483-485) مع تصحيحات.

2- (847) الأراضى /325.

3- (848) الأراضى /326.

ما يقتضى أنّها للمسلمين فتدخل فى حكم الأراضى المفتوحة عنوة، فحينئذ ما يدلّ عليها هذه المجموعة هو قسم خاص من الأراضى الصلحية وهى ما يدلّ عقد الصلح على أنّها للإمام عليه السلام .

ومن هذه المجموعة: صحيحة حفص بن البخرى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض خربة، وبتون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. (1)

وأنت ترى بأنّ الإمام عليه السلام جعل عنوان الصلح فى مقابل عنوان الإعطاء الظاهر فى تغييرهما ولعلّ المراد من الإعطاء هو إعطاء الأرض وتسليمها للإمام تسليماً ابتدائياً من دون أى شرط مسبق، بحيث لم يكن هناك عقد صلح كما فعله يهود فدك بالنسبة إلى أرضهم وإعطائها لرسول الله صلى الله عليه وآله . والمراد من الصلح ما مضى من إعطاء الأراضى للإمام عليه السلام فى عقد صلح ودخولها فى ملكيته عليه السلام .

ويمكن أن يقال: باتحاد عنوانى الصلح والإعطاء كما يظهر من الروايتين التاليتين.

ومنها: مرسله حماد الطويلة عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح \_ فى حديث \_ قال: وله (أى للإمام عليه السلام) بعد الخمس الأنفال، والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحا وأعطوا بأيديهم على غير قتال، الحديث. (2)

ظاهر المرسله إتحاد عنوانى الصلح والإعطاء وأنهما عطف تفسير وإن يمكن القول بتغييرهما كما مرّ.

ومنها: موثقة محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صلحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض

ص: 178

1- (849) وسائل الشيعة 9/523، ح 1، الباب 1 من أبواب الأنفال.

2- (850) وسائل الشيعة 9/524، ح 4.

خرية، أو بطون أودية، فهذا كله من الفىء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب. (1)

وظاهرها كماضيها فى الدالة.

ب: ولكن هناك مجموعة أخرى من الروايات تدلّ أنّ الأراضى الصلحية باقية على ملك أصحابها ومن المعلوم أنّ هذه المجموعة أيضا تدلّ على قسم خاص من الأراضى الصلحية وهى التى تبقى على ملكية أصحابها فى عقد الصلح وعلى بنودها الممضاة من الطرفين.

فمنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أرض أهل الذمة، فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدى عنها كما يؤدون... الحديث. (2)

ومنها: حسنة أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا تشتتر من أرض السواد شيئا إلاّ من كانت له ذمة فإنّما هو فىء للمسلمين. (3)

ومنها: حسنة زرارة قال: قال: لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمة إذا عملوها وأحيوها فهى لهم. (4)

معلّى بن محمد البصرى حسن أقلّ كما عليه المامقانى وهو يروى عن الحسن بن على بن زياد البجلي إمامى ثقة فالسند لا بأس به أو حسن وإمّا الإضمار فلا يضرب بالرواية مع أنّ مضميرها زرارة وهو لا يروى من غير الإمام عليه السلام.

وبالجملة: الظاهر من المجموعة الأخرى هو شراء رقبة الأرض «وحملها على شراء الحقّ المتعلّق بها كما كان الأمر فى شراء الأرض المفتوحة عنوة بمكان من الإمكان إلاّ أنّه خلاف الظاهر فيكون بحاجة إلى قرينة» (5).

ص: 179

1- (851) وسائل الشيعة 9/526، ح 10.

2- (852) وسائل الشيعة 17/370، ح 8، الباب 21 من أبواب عقد البيع وشروطه.

3- (853) وسائل الشيعة 17/369، ح 5.

4- (854) وسائل الشيعة 17/368، ح 2.

5- (855) الأراضى 328/.

والحاصل: «أن أرض الصلح تختلف باختلاف ما تم عليه عقد الصلح بشأنها، وليس لها ضابط كلي في جميع الموارد»(1).

هذا مجمل البحث حول الأراضى وللتفصيل راجع كتاب «الأراضى» للفقير الباحث آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ دام ظله \_ فإنه مشحون بالتحقيقات والحمد لله العالم بأحكامه.

ص: 180

---

1- (856) الأراضى / 328.



ذهب جمع من أصحابنا إلى اشتراط الطلقة في شروط العوضين:

منهم: المحقق قال: «الثاني: أن يكون طلقاً فلا يصح بيع الوقف...»(1).

ومنهم: العلامة قال: «ويشترط في الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف...»(2). ونحوه في الإرشاد(3).

ومنهم: الشهيدان في اللمعة وشرحها(4) والمحققون الكركي في جامع المقاصد(5) وابن القطان في معالم الدين(6) والفيض الكاشاني في المفاتيح(7) والسبزواري في الكفاية(8) والمحدث البحراني في الحدائق(9) والفاضل النراقي في المستند(10).

ولكن قال صاحب الجواهر: «الثاني: أن يكون) الملك (طلقاً) أى تاماً، كما أبدله به في القواعد(11).

إلا أنه لم نجد شيئاً منهما في شيء مما وصل إلينا من النصوص، واستفادته مما

ص: 181

- 
- 1- (857) الشرائع 2/11.
  - 2- (858) قواعد الأحكام 2/23.
  - 3- (859) إرشاد الأذهان 1/361.
  - 4- (860) الروضة البهية 3/253.
  - 5- (861) جامع المقاصد 4/97.
  - 6- (862) معالم الدين 1/342.
  - 7- (863) مفاتيح الشرائع 3/51، مفتاح 899.
  - 8- (864) الكفاية 1/454.
  - 9- (865) الحدائق 18/438.
  - 10- (866) مستند الشيعة 14/307.
  - 11- (867) قواعد الأحكام: المتأجر / في العوضين 2/23.

ورد في الأماكن المخصصة \_ كالوقف (1) وأم الولد (2) ونحوهما \_ على وجه يتعدى منه إلى غيره لا يخلو من إشكال؛ ضرورة كونه:

إن كان المراد به: عدم تعلق حق للغير به، فهو منقوض بما ثبت جواز بيعه مما هو كذلك؛ من بيع العبد الجاني، والمبيع في زمن الخيار على أحد الوجوه، وتركه المديون كذلك أيضا... وغيرها.

وإن أُريد به: ما جاز لمالكه جميع أنواع التصرفات به، فهو أوضح من الأول فسادا؛ فإن منذور عدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعا.

وإن جعل مرجعه: إلى كل ما ثبت عدم جواز بيعه مما تعلق به حق الغير، لم يوافق ذكره بعنوان الشرطية العامة، وكذا إن أُريد به عدم تزلزل الملك؛ فإن من المعلوم جواز بيع الموهوب ونحوه.

ومثل ذلك قد وقع لهم في شرائط الزكاة، وذكرنا فيه هناك نحو من ذلك.

فلاحظ وتأمل، فإن المقام متقارب خصوصا بعد ذكرهم بعد ذلك اشتراط القدرة على التسليم \_ نحو ذكرهم هناك اشتراط التمكّن من التصرف \_ مع اشتراط التمام، وإن كان هما غير متلازمين؛ فإن المغصوب والمفقود والآبق ونحوها مملوكة ملكا تاما إلا أنه غير متمكّن من التصرف فيها ولا مقدورة على تسليمها.

والأمر في هذا سهل بعد معلومية كون مقتضى العمومات جواز البيع لكل عين مملوكة، إلا ما خرج بالدليل مما تعلق به حق للغير على وجه ينافيه البيع مثلاً.

وعلى الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقة بالنسبة إلى المنافاة المزبورة وعدمها، ولا دليل على أن مطلق تعلق حق الغير منافٍ، بل لعلّ الدليل على خلافه» (3).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والمراد بـ «الطلق» تمام السلطنة على الملك بحيث

ص: 182

1- (868) وسائل الشيعة: أنظر 19/182، باب 6 من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

2- (869) وسائل الشيعة: أنظر 18/278، باب 24 من أبواب بيع الحيوان؛ و 23/175، باب 6 من أبواب الاستيلاء.

3- (870) الجواهر 23/ (573-575) [22/356 و 357].

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

لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله ويكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلّق حقّ به مانع عن نقله بدون إذن الحقّ، فمرجعه إلى: من شرط البيع أن يكون متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له.

فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك \_ كالنذر والخيار ونحوهما \_ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيساً لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس.

ثمّ إن أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجاني (1) واختلفوا في حكم بيعه.

وظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر \_ بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر \_ : [5] النذر المتعلّق بالعين قبل البيع، [6] والخيار المتعلّق به، [7] والارتداد، [8] والحلف على عدم بيعه، [9] وتعيين الهدى للذبح، [10] واشترط عتق العبد في عقد لازم، [11] والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرّر منه؛ حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، [12] والتدبير المعلّق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علّق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرف فيه، [13] وتعلّق حقّ الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى

ص: 183

---

1- (871) أي الحقّ المتعلّق بالعبد الجاني، وقد أضيف الحقّ إلى من عليه الحقّ.

وقبل قبوله بناءً على منع الوارث من التصرف قبله، [14] وتعلق حق الشفعة بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، [15] وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمةً حُبلى فوطأها فأنت بالولد، بناءً على عدم (1) جواز بيعها. [16] وكونه مملوكاً وُلد من حرٍّ شريكٍ في أمه حال الوطء، فإنه مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته. [17] وتعارض السبب المملك والمزِيل للملك، كما لو قَهَرَ حربيُّ أباه، [18] والغنيمَة قبل القسمة، بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة؛ لاستحالة بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك ممّا سيقف عليه المتتبع (2).

أقول: وقد بحث الفاضل المامقاني رحمه الله عن هذه الفروع بالتفصيل راجع كتابه غاية الآمال (3).

وهاهنا جهات من البحث:

### الأولى: ما معنى الطلقة والتامة؟

لم يظهر معنى واضحٌ للطلقة والتامة من كلمات القوم فقد عُرفت بتعاريف لا يخلو من مناقشة:

منها: عدم تعلق حق الغير بالملك.

ويرد عليه: جواز المعاملة على المبيع في زمن الخيار وتركه المديون قبل إخراج الدين وبيع العبد الجاني ونحوه.

ومنها: الطلقة والتامة هي ما جاز لمالك الملك جميع أنواع التصرفات فيه.

ويرد عليه: المنذور بعدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعاً.

ومنها: الطلقة هي كلُّ ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به.

ص: 184

---

1- (872) كلمة «عدم» ورد في نسخة، ولم ترد في سائر النسخ، ولم يثبتها الفاضل المامقاني في شرحه غاية الآمال: أنظر غاية الآمال 430/.

2- (873) المكاسب 4/ (29-32).

3- (874) غاية الآمال 7/ (29-59).

ويرد عليه: ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به صحيح في الموارد الخاصة التي ثبتت وأما استفادة الشرطية العامة من هذه الموارد الخاصة مشكلة جدًّا.

ومنها: الطلقة هي عدم تزلزل الملك.

ويرد عليه: بعد غمض العين عن وجود التزلزل في الملك فهو منقوض بجواز بيع الموهوب والمهرية قبل الدخول ونحوهما.(1)

ومنها: الطلقة هي تمامية السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان في ذلك.

ويرد عليه: مآل هذا الشرط إلى اشتراط صحة البيع بأن يكون متعلقه ممّا يصح للمالك بيعه مستقلاًّ فحينئذ يشترط في جواز البيع جواز بيع المبيع.

بعبارة أخرى: «إنّ الطلقة تعني تمامية سلطنة المتعاقدين على التعامل والبيع، وهي ليس غير الصّحة وجواز البيع ونفوذه، وبالتالي فلو اعتبرنا الطلقة من شروط السلطنة، أصبح جواز البيع مشروطاً بجواز البيع، وهو محالٌّ، لما ثبت من لزوم تغاير الشرط والمشروط»(2). هذا أولاً.

وثانياً: «الظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتقرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلِّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرف المالك \_ كالنذر والخيار ونحوهما \_ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق»(3).

ومنها: الطلقة هي أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه.

ويرد عليه: لو كانت الطلقة بهذا المعنى أي «ينبغي أن يكون المبيع طلقاً بعيداً عن تعلق حقّ من الحقوق المذكورة به ليصحّ التعامل عليه، وفي الحقيقة يعدّ الأمور

ص: 185

1- (875) التّعريفُ الأربعة والایرادات مذکوراتُ فی کلام صاحب الجواهر كما مرّت عبارته.

2- (876) العقد النضيد 4/486.

3- (877) المكاسب 4/30.

المذكورة من موانع صحّة البيع، أمّا الطلقية فهي تعدّ من الأمور الانتزاعية المنتزعة عند انتفاء الموانع المذكورة، فما يعدّ شرطاً لصحّة العقد إنّما هو عدم الوقفية وعدم الرهنية وغيرهما، ولا تردّد أنّ تحقّق كلّ ممنوع متوقّف على انتفاء مانعه، فالرطوبة مانعٌ والاحتراق هو الممنوع المشروط تحقّقه بعدم المانع، وكذلك صحّة البيع ونفوذه مشروطان بعدم هذه الموانع، ومن المعلوم أنّ عدم المانع شرطٌ عدمي والأصل الأوّل انتفاء هذه الموانع إلّا ما ثبت بالدليل، ولذلك فلا يعدّ الطلقية شرطاً يتوقّف صحّت العقد عليها، وإنّما هي مفهوم انتزاعي، وتامّ المناط يدور مدار منشأ الانتزاع الذي هو عدم هذه الأمور، فثبت من خلال ما ذكرناه أنّ الشرط عدم هذه الأمور دون الطلقية»(1). (2)

ومنها: الطلقية هي مرسلية الملك بالنسبة إلى مالكة.

قال المحقّق النائيني في توضيح هذا التعريف وردّ مقالة الشيخ الأعظم: «بأن يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميع تقلباته، وليس مرجعه إلى جواز البيع حتّى يردّ بأنه لا- معنى في اشتراط جواز البيع بان يكون المبيع جازي بيع، لصيرورته من قبيل جعل الشيء مشروطاً بنفسه كما استشكل به المصنّف [الشيخ الأعظم] قدس سره بل مرجعه إلى اشتراط كون الملك مطلق العنان للمالك وكانت سلطنته عليه تاماً في مقابل السلطنة الناقصة الناشئة نقصانها عن تعلق حقّ الغير بالملك، فكما أنّ مرجع أصل السلطنة ليس إلى الحكم التكليفي أعني جواز التصرف في الملك أو الوضعي أعني مضي تصرفه فيه ونفوذه بل هي ممّا يترتب عليها الحكم التكليفي والوضعي، كذلك ليس مرجع تمامية السلطنة في مقابل نقصانها إلى الحكم التكليفي أو الوضعي. بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تمامية السلطنة الناشئة عن كون الملكية مرسلّة عن حقّ الغير ومطلقة العنان بالنسبة إلى المالك ومن المعلوم أنّ هذا المعنى أساس جواز التصرف في الملك ونفوذه من المالك كسائر شرائط المتعاقدين والعضوين.

ص: 186

1- (878) العقد النضيد 4/487.

2- (879) التعريفان الأخيران والمناقشة عليهما للشيخ الأعظم قدس سره كما مرّت عبارته.

ثمَّ مَنْشَأُ اعتبار الطلّقية في الملك وان كان هو انتفاء تعلّق حقّ الغير به من حقّ البطون المتأخّرة من الموقوف عليه في الوقف وحقّ المرتهن في الرهن والاستيلاء في أمّ الولد وحقّ المجنى عليه في العبد الجاني، لكن ذلك أي اعتبارها عن انتفاء تعلّق الحقوق المذكورة انما هو في مرحلة الإثبات وأمّا في عالم الثبوت فالأمر بالعكس بمعنى أنّ الطلّقية منشاء لانتهاء الحقوق المذكورة فانتفاء تعلّق الحقوق بالملك مسبب عن طلقته واقعا وفي عالم الثبوت، لكنه سبب لاثبات طلقته في عالم الاثبات. فلا يرد ما اورده المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره بقوله: «فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطا (الخ)» (1) لما عرفت من أنّ الشرط في مرحلة الثبوت هو الطلق ويترتب عليه انتفاء الحقوق فالطلق هو الأصل وانتفاء الحقوق المترتب عليه هو الفرع ولا يكون الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس ثبوتا وإن كان كذلك في مرحلة الإثبات.

ثمّ ان انتفاء الطلّقية عند تعلّق احدى الحقوق إمّا يكون لاجل قصور الملك في اقتضاء السلطنة التامة، وذلك كما في الوقف الخاص بناءً على أن يكون ملكا للموقوف عليه فان ملكيته قاصرة عن اقتضاء السلطنة التامة وإمّا لأجل وجود المانع، وذلك كما في مثل العين المرهونة، والأمة المستولدة والعبد الجاني فإنّ مقتضى الملكية فيها تام بالنسبة إلى السلطنة التامة، لكن تعلّق حقّ الغير يمنع عن اقتضائه» (2).

«ويرد عليه: أوّلاً: بأنّه لا مجال لمعرفة الحكم في مقام الثبوت إلّا عن طريق ملاحظة المدلول في مقام الإثبات، إذ لا سبيل لمعرفة الواقع إلّا من خلال ملاحظة ظهور الأدلّة، ولذلك فما صرّح به من أنّ «انتفاء تعلّق الحقوق بالملك مسبب عن طلقته واقعا وفي عالم الثبوت، لكنّه سبب لإثبات طلقته في عالم الإثبات»، ممنوعٌ، بل الأمر بالعكس، فإنّ مقام الثبوت ليس له كاشف إلّا من خلال مقام الإثبات، ولذلك فما التزم به الشيخ من أنّ مقتضى ملاحظة الأدلّة أنّ المانع عن صحّة البيع هو الوقف والرهن، وأمّا

ص: 187

1- (880) المكاسب 4/30.

2- (881) المكاسب والبيع 2/373 و 374.

الطلاقية فهي منتزعة ومنتزعة عنهما هو الصحيح.

وثانياً: لا يعقل أن يكون عدم الوقفية وعدم الرهنية متفرعين على تمامية السلطنة، لأن الماي بين الفرع والأصل هو تخلل الفاء بينهما، فيكون ما قبل الفاء أصلاً وما بعده فرعاً، وما التزم به الشيخ يتطابق مع هذه القاعدة، حيث يعتبر عدم الموانع المذكورة أصلاً وتامة السلطنة فرعاً، أي (هذا المال ليس بوقف ولا رهن فسلطنته عليه تامة)، ولذلك فإن الأصل عدمهما، وما التزم به المحقق الثاني من أن الأصل هي الطلاقية ويتفرع عنها عدم الوقف والرهن ممنوعاً<sup>(1)</sup>.

## الثانية: فوارق القولين

ثم الفارق بين القولين \_ أي قول الفاضلين ومن تبعهما، وأصحاب المقابس والجواهر والمكاسب \_ أمور:

«الأول: أن الأصل على رأي المحقق والعلامة هي الطلاقية، والفرع عدم الوقف والرهن والاستيلاء، أما على رأي الشيخ [الأعظم] \_ وكذلك صاحب المقابس حيث جعل الموانع عشرين \_ فإن الأصل عدم هذه الموانع، أما الطلاقية فهي عنوان منتزع من هذه الموانع.

الثاني: أن رأي الفاضلين يستلزم لازماً لا يمكن تعقله، وهو توقف صحة العقد بالسلطنة على البيع التي هي في حد نفسها عبارة عن الصحة، فتكون السلطنة التي هي الصحة مشروطة بالصحة، وهو محال لاستلزامه اتحاد الشرط والمشروط.

الثالث: بناءً على رأي الفاضلين فإن الشرط يصبح أمراً وجودياً وهو الطلاقية، خلافاً لرأي الشيخ [الأعظم] حيث أصبح الشرط أمراً عدمياً وهو عدم الوقفية والرهنية وغيرهما<sup>(2)</sup>.

ص: 188

1- (882) العقد النضيد 4/492.

2- (883) العقد النضيد 4/487.



### الثالثة: اعتراض المحقق الخراساني على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقق الإصفهاني عن الشيخ الأعظم

قال المحقق الخراساني: «المانع هو الجامع بين الحقوق، فأنه على شتاتها، وتفرقتها، يكون مجتمعة في المنع عن تأثير البيع، فلا بد أن يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركة فيه، ويكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الذي عبّر عنه بكونه طلقاً، أي فاقدًا لذاك المانع، فليس الأمر في الاصل والفرعة في هذا الشرط، وفروعه على العكس»<sup>(1)</sup>.

مراده قدس سره: إنَّ الأصل عند الخراساني رحمه الله في المانع «هو الجامع بين هذه الأمور، والشرط عبارة عن انتفاء هذا الجامع، فإذا أصبح الشرط انتفاء الجامع دون الخصوصيات، من الطبيعي أن يصبح الجامع أصلاً والأعدام المذكورة \_ عدم الرهنية وعدم الوقفية وعدم الاستيلاء \_ فروعا، وبذلك يبطل ما التزم به الشيخ من أنَّ الأصل هو انتفاء الأمور الخاصة، وأنَّ الجامع متفرّع عليه، ويتبين صحّة ما التزم به الفاضلان.

ثمَّ إنَّ ما التزم به المحقق الآخوند مبنًى على قاعدة أسسها واعتمد عليها في المقام وغيره، ومفادها أنَّ الأمور المتنوّعة في الوجود والمشاركة في الأثر لا بدّ وأن ينتهي بمقتضى [قاعدة] «عدم إمكان صدور الواحد عن الكثير» إلى جامع واحد يكون علّة لحدوث الأثر الواحد، وبناءً عليها فإنَّ الوقف في الرهن والاستيلاء أمور متنوّعة، ولكنها متّقة في الأثر، وهو المنع عن صحّة البيع ونفوذ، وبما أنه لا يعقل أن ينشأ الأثر الواحد من الخصوصيات المتنوّعة، فلا سبيل إلاّ أن يكون المؤثر هو الجامع بين هذه الأمور، فيصبح الجامع أصلاً والخصيصيات المذكورة فروعا له»<sup>(2)</sup>.

أقول: يمكن أن تعد مقالة المحقق النائيني تقريراً وتوضيحاً وتبييناً لبيان المحقق الخراساني \_ قدس سرهما \_ .

واعترض المحقق الإصفهاني على استاذة الخراساني وقال: «لا دليل نقلاً

ص: 189

1- (884) حاشية المكاسب / 106 و 107.

2- (885) العقد النضيد 4/488.

ولاعقلاً على إندراج تلك الخصوصيات تحت جامع واقعي، أمّا نقلاً فواضح؛ إذ الثابت بالأدلة اللفظية نفس عدم جواز بيع الوقف، وعدم جواز تصرف الراهن بدون إذن المرتهن.

وأما عقلاً فلأنّ ما هو المبرهن عليه من اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثر، إنّما هو في المقتضى ومقتضاه، لا في شرائط التأثير وجودية كانت أو عدمية، فإنّ الأثر يترشح من ذات المؤثر فقط، لا من شرائطه، فوحده يقتضى وحدة المترشح منه.

بخلاف الشرائط التي هي دخيلة في فعلية الأثر عن مؤثره، فإنّه يمكن أن يكون هناك جهات مصححة لفاعلية الفاعل أو لقابلية القابل، فيتعدّد بلحاظها الشرائط، ولذا لم يذهب وهم أحد إلى رجوع جميع شرائط الصلاة من الطهارة والاستقبال والتستر ونحوها إلى شرط واحد، وكذا في غيرها، ومنه تعرف النظر فيما أفاده شيخنا الاستاذ في تعليقه الأنيقة هنا فراجع «(1)».

قال الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ : «إنّ مناقشة الإصفهاني مركّبة من النقض والحلّ:

أمّا النقض: إنّ الالتزام باشتراط الجامع منقوض بباب الصلاة، إذ لا شك أنّ الصلاة \_ وغيرها من المركّبات العباديّة كالحجّ والصوم \_ متقوّمة بشروط عديدة كالطهارة والاستقبال والتستر ونحوها، وإدراج هذه الأمور تحت عنوان واحد هو الجامع بين هذه الشروط المعتبرة ممّا لا يمكن قبوله.

أمّا الحلّ: فإنّه لا شكّ في لزوم التفريق بين المقتضى والشرط والمانع.

أمّا المقتضى: فإنّ نسبته إلى المقتضى تقتضى جريان القاعدة المذكورة، وهي «اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثر» لأنّ المقتضى هو الأثر والمقتضى هو المؤثر ولا يعقل وحدة الأثر وتعدّد المؤثر.

أمّا الشرط: فإنّ القاعدة المذكورة غير جارية فيه لأنّ أثر المشروط أثر للمقتضى دون الشرط.

أمّا ثبوتها: فإنّ الشروط على قسمين: قسمٌ منها مكتملٌ لفاعليّة الفاعل، وقسمٌ آخر

ص: 190

منها متمم لقبليّة القابل، فالجفاف يعدّ متممًا لقبليّة الشيء للإحتراق، والمماسّة تتمم وتكمّل فاعليّته له، والفائدة المترتبة على وجود الشروط كونها مؤثّرة في ارتفاع أثر المقتضى من القوّة إلى الفعليّة.

أمّا إثباتا: فإنّه لا يخفى لزوم متابعة الدليل في الفتوى، فكما في الصلاة حيث قامت الأدلّة على اشتراطها بأمر من الطهارة والاستقبال والتستّر وغيرها، كذلك في المقام حيث أفادت الأدلّة بمانعيّة الوقف والرهن وغيرهما، فالموانع مختلفة بحسب الأدلّة، ولا مانع عقلاً بحسب مقام الإثبات لاعتبار جميعها والحكم بمقتضاها، وبالتالي فمختار الشيخ هو الصحيح دون المحقّق الآخوند.

[و] كلام المحقّق الإصفهاني ودفاعه عن الشيخ تامّ حلاًّ ونقضا، وفي مقامى الثبوت والإثبات»(1).

### الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم

لم تتم مقالة الشيخ الأعظم حول تفسير الطلقيّة بأنّها «تمام السلطنة على الملك»(2). وأخرى بـ «أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه»(3).

وترد عليها عدّة إشكالات:

منها: «فسّر الشيخ الطلقيّة بأنّها «تمام السلطنة على الملك»، ولا علاقة لهذا التفسير بما نحن فيه من البحث عن شروط العوضين، فإنّ الفاضلان بعد ما فرغا عن شروط المتبايعين وأوصافهما، دخلا في البحث عن شروط العوضين، وجعلا من شروطهما الطلقيّة، ومن ثمّ فإنّ تفسير الطلقيّة بتماميّة السلطنة يقلب الأمر من البحث عن شرطية العوضين إلى البحث عن أوصاف المتبايعين، وهذا خلط ممنوع بين أوصاف المالك والمملوك وشروطهما.

ص: 191

1- (887) العقد النضيد 4/489 و 490.

2- (888) المكاسب 4/29.

3- (889) المكاسب 4/30.

ومنها: اعتباره الطلقيّة أمراً منتزعا من انتفاء هذه الأمور أيضا ممنوع، لأنّه فسّر الطلقيّة بتماميّة السلطنة التي هي أمرٌ وجودي، وانتفاء الأمور المذكورة أمرٌ عدميّ، ويستحيل انتزاع الوجودي من العدمي، لما ثبت من ضرورة اتّحاد الأمر الانتزاعي مع منشأ انتزاعه، ولذلك يستحيل اتّحاد الأمر الوجودي مع العدم والعدمي.

ومنها: نسب الشيخ الطلقيّة إلى المالكين، واعتبرها وصفا لهما، وفسّرها بسلطنتهما على مطلق التصرفات، وقد ثبت أنّها تحصل من انتفاء القيود المذكورة، ممّا يستلزم أن يكون وصف المالك منتزعا من وصف العين، وهو ممنوع.

ومنها: جمع الشيخ بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما، حيث اعتبر الوقف والرهن من الموانع، ثمّ قال بشرطيّة عدم هذه الأمور، وهو ممنوع.

[لأنّ] اعتباره عدم هذه الموانع شرطا ممنوعٌ برهانا، لما ثبت من أنّه لا يعقل أن يصبح عدم المانع شرطا، لأنّ العدم لا يستطيع أن يكون مكتملاً لفاعليّة الفاعل أو متّما لقباليّة القابل \_ كما هو معنى الشرط عند الأصوليين \_ فليس لهذا العدم أثرٌ وجودي، ولذلك يستحيل أن يتحقّق من خلاله الشرطيّة، نعم يصحّ اعتبار هذه الموانع من جهة مزاحمة وجودها مع مقتضى الشيء المطلوب، ولكنّه لا يجعل عدمها شرطا.

ومنها: الثابت أنّ الأحكام الشرعيّة وما يترتب عليها من الشرطيّة والمانعيّة أمور اعتباريّة، يتوقّف على اعتبار الشارع لهما بالخصوص، كقوله: «لا صلاة إلاّ بطهور»، وقوله: «لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه» وغيرهما، والمستفاد من ظاهر الأدلّة الواردة المنع عن بيع الوقف والتصرّف في العين المرهونة، وأنّ المعتر مانيّتهما، وبالتالي لا يصحّ اعتبار عدمهما، حيث يعدّ اعتبار شرطيّة عدمهما لغوا.

ولو سلّمنا إمكان اعتبار الشارع عدمهما شرطا مسامحةً، فإنّه لا اعتبار به ويعدّ باطلاً وفاقدا للأثر، ولهذا السبب وغيره نرى أنّ جمعه رحمه الله بين شرطيّة انتفاء هذه الأمور ومانيّتها الشرعيّة مستلزمٌ للغويّة الجعل»(1).

ص: 192

إشارة

اثبات الطلقة بعنوان الشرطية العامة في شرائط العوضين مشكل جدًا فلا يتم مقالة الفاضلان ومن تبعهما.

نعم هاهنا حقوق تعلقت بالملك تمنع من بيعه ولكن استفادة الطلقة على نحو الشرطية العامة من هذه الحقوق أيضا «لا- يخلو من إشكال»<sup>(1)</sup> كما يراه صاحب الجواهر.

والمختار: ثبوت هذه الحقوق المانعة عن البيع بالملك فلا بد من ملاحظة هذه الحقوق فردا فردا وإثباتها صغويا ولا تنتج منها كبرى الطلقة ولذا قال صاحب الجواهر: «على الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقة بالنسبة إلى المنافاة المزبورة وعدمها ولا دليل على أن مطلق تعلقت حق الغير مناف بل لعلّ الدليل على خلافه»<sup>(2)</sup>.

ثم أكثر من تعرّض لهذه الحقوق بحثوا عن ثلاث مسائل «ثمّ عنونوا حق الجاني واختلفوا في حكم بيعه» كما قاله الشيخ الأعظم<sup>(3)</sup>. ولكن الشيخ أسدالله التستري قدس سره أنهاها إلى أزيد من عشرين مسألة كما مرت بعضها من الشيخ الأعظم<sup>(4)</sup>.

قال المحقق النائيني: «قد عرفت ان أكثر المتعرضين لهذا الشرط فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وأم الولد والعين المرهونة، وزاد بعض في التفريع عدم جواز بيع العبد الجاني. واورد عليهم في المقاباس ببطلان حصر التفريع في الثلاثة أو الأربعة بل ينبغي التعميم إلى مطلق ما خرج عن تحت تمامية سلطنة المالك بواسطة تعلق حقّ به ثمّ أنهاها إلى تمام العشرين، وذلك مثل النذر المتعلق بالعين قبل البيع والخيار المتعلق بها إلى آخر ما نقله المصنف [الشيخ الأعظم<sup>(5)</sup>] عنه \_ قدس سرهما \_ في الكتاب.

ولكن التحقيق هو الاكتفاء بالموارد الأربعة لأنّ ما عدّه قدس سره من الموارد إمّا يكون

ص: 193

1- (891) الجواهر 23/573 (22/356).

2- (892) الجواهر 23/574 (22/357).

3- (893) المكاسب 4/30.

4- (894) المكاسب 4/31.

5- (895) المكاسب 4/31.

من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض آخر مما ذكره وإما يكون ممّا ذهب المشهور فيه إلى عدم مانعيته عن البيع.

وإما يكون مرددا بين أن يكون من قبيل حقّ الرهانة أو من قبيل حقّ الجناية والفرق بينهما على ما سيأتي هو كون حقّ الرهانة علقه خاصة متعلقة من المرتهن إلى العين المرهونة الموجب لكونها مخرجا لدينه، ويلزمه أن يكون في ظرف قابليتها للمخرجة والنقل والانتقال وحقّ الجناية حقّ يتعلق من المجنى عليه على رقة الجاني الموجب لاسترقاقه أينما وجده ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجاني على أيّ صفة كان الجاني عليها.

وعلى هذا فأهمّات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الأربعة المذكورة في كلام الأكثر فيجب أن يعقد لكلّ منها مسألة فهنا أربع مسائل<sup>(1)</sup>.

أقول: وأنت ترى كون المسألة من المسائل الخلافية لا يستلزم خروجها عن دائرة البحث، بل الأمر بالعكس، وأنّ الاختلاف يستدعي البحث والوصول إلى حقيقة الأمر المختلف فيه، والشاهد على ذلك أنّ الأصحاب قد اختلفوا في حكم العين المرهونة، وبرغم ذلك فقد بحث عنها الشيخ في المقام.

والحكم في المورد الثاني والثالث أيضا كذلك، فإنّ مخالفة التستري مع بعض ما ذهب المشهور إلى عدم مانعيته، أو التردد في أنّه في قبيل حقّ الرهانة أو حقّ الجناية، لا يستلزم إخراجها عن دائرة البحث.

نعم، الأربعة المذكورات تعدّ من أهمّ الموارد، إلّا أنّ أهميتها لا تنافي ضرورة البحث عن باقي الموارد، لكن نترك البحث عنها تبعا للمشهور وفرارا عن التطويل، وقد تعرّض الشيخ لها من خلال أربع مسائل<sup>(2)</sup>. ونحن نتبع أثره في ثلاث منها دون العبد الجاني، وإليك سردها:

ص: 194

1- (896) المكاسب والبيع 2/375.

2- (897) العقد النضيد 4/495.

## المسألة الأولى: عدم جواز بيع الوقف

تمهيد: ما هي حقيقة الوقف؟

### إشارة

ما هي حقيقة الوقف وهل هي بحيث يوجب المنع عن بيعه؟ وهل المانعية ذاتية مع البيع أم أنّ منعه يكون مستندا إلى فقد الشرط أو وجود المانع؟

**القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأول لبطلان بيع الوقف**

### إشارة

اختلفوا في جهة المانعية ومرجع الخلاف يرجع إلى الاختلاف في حقيقة الوقف، وهاهنا قولان:

**القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات**

القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات كما نُسب (1) إلى ظاهر الجواهر (2) تبعا لأستاذه كاشف الغطاء في شرح القواعد (3) وصهره الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس (4) ونجمله الشيخ حسن صاحب أنوار الفقاهة (5).

**القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو**

القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو

ص: 195

---

1- (898) كما في المكاسب 4/35 ونسبه إلى «بعض من عاصرناه» وحاشية المكاسب 3/73 للمحقق الإصفهاني والعقد النضيد 4/513.

2- (899) الجواهر 23/576 (22/358).

3- (900) شرح القواعد 2/223.

4- (901) المقابس /144 الطبعة الحجرية.

5- (902) أنوار الفقاهة 5/284.

قال المحقق الإصفهاني في اثبات قوله ونفى القول الآخر: «الوقف: هو الحبس المساوق والإسكان، في قبال الجريان في أنحاء التقلبات والتقلبات.

والمراد بالحبس إما هو الممنوعة عن التصرفات، كما هو ظاهر الجواهر(1) تبعاً لما في شرح القواعد(2) لكاشف الغطاء قدس سره، فجواز المعاوضات مضاد لحقيقة الوقف حينئذٍ، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف لا بالتصرف.

وإما قصر الملك على شخص أو جهة مثلاً، بحيث لا يتعداهما، وحيث إنّ الملكية حقيقة واحدة لا تتفاوت في الوقف وغيره، فحيثية عدم التعدى من موضوعها راجعة إلى عدم نفوذ التصرف شرعاً، فيكون تفاوت الملك في الوقف مع غيره بكونه محكوماً شرعاً بعدم الانتقال من موضوعه، وحينئذٍ فنفس التصرف مزيل للوقف لا حكمه، بل حكمه مضاد لتلك الحيثية التي هي حكم شرعي للملك الوقفي، فينقلب الوقف بعد وجود مسوّغ التصرف الناقل من اللزوم إلى الجواز، كما هو ظاهر [الشيخ الأعظم] قدس سره فيما سيأتي(3) إنّ شاء الله تعالى.

والتحقيق: أنّ حقيقة الوقف الموافقة لمفهومه ليست بمعنى الممنوعة من التصرفات؛ فإنّ المنع الذي ينشأ بصيغة الوقف ويتسبب إليه ليس هو المنع المالكى، ولا المنع الشرعى ولا ثالث.

أمّا عدم كونه منعاً مالكيّاً فلا يُنّ منع الغير عن التصرف في العين وإن كان قابلاً للانشاء كإنشاء الاباحة، إلاّ أنّه لا يعقل أن يكون موقوفاً على القبول، مع أنّ حقيقة الوقف

ص: 196

1- (903) جواهر الكلام 23/576 (22/358).

2- (904) شرح القواعد 2/220 ولكنّه ذهب في الوقف العام إلى عدم جواز بيعه «لعدم أصل الملكية» وفي الوقف الخاص لأنّ البيع ينافى حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكية لثبوتها فيه على المشهور، أو لأنّ نفي المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً كالتهجير للمملوك ولأنّ حقوق الأعباب متعلّقة به ولظهوره بين الناس... شرح القواعد 2/223 و 224.

3- (905) المكاسب 4/37.



مما لا شبهة في قابليتها للقبول، بل المعروف أنّها موقوفة عليه خصوصاً في الوقف الخاص، مع أنّ المنع المالكى لا يتصور إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع، وإلا فلا معنى لمنعه عما لا مساس له به.

والحال أنّ خروج العين عن ملك الواقف ممّا لا كلام فيه، وأمّا منع نفسه عن التصرفات فلا معنى له إلا بالالتزام بعد تصرفه في العين، فما المانع عن تصرف الغير، إذ نفوذ الوقف لا يقتضى إلا تحقّق ما أنشأه الواقف شرعاً دون غيره.

وأما عدم كونه منعا شرعياً تكليفاً أو وضعياً: فلأنّ المنع التكليفي \_ وإن كان مجعولاً شرعاً \_ لكنه ليس من الاعتبارات التي يتسبب إليها بأسبابها، بل تنبعث من مبادئه في نفس المولى، والمنع الوضعى ليس إلا عدم إنفاذ السبب، والنفوذ وعدمه ليسا بمجعولين شرعاً، بل ينتزعا من ترتب اعتبار الشارع للملكية أو للزوجية على أسبابه الداعية إلى اعتباره وعدمه، فلا معنى للتسبب إلى إيجاد المنع الشرعى بسبب معاملى عقدى أو إيقاعى، فتدبر جيداً»(1).

«بيان مراده: يستعرض المحقّق الإصفهاني رحمه الله أولاً ما يترتب على دعوى كاشف الغطاء من قيام المضادة بين الوقف والحكم بجواز البيع؛ لأنّه لو حملنا حقيقة الوقف على المنع عن التصرف فإنّ حكم الشارع بجواز بيع العين الموقوفة بعد خرابها وسقوطها عن قابليّة الانتفاع، يعدّ اجتماعاً للضدين، ممّا يقتضى أن نحكم \_ تصحيحاً لحكم الشارع \_ ببطان وقفيّة العين الموقوفة وزوالها قبل البيع، وهو ما لا يمكن توجيهه، وهذا بخلاف ما لو قلنا إنّ حقيقته ليس إلا حبس العين، أو اختصاصها بأشخاص معلومة \_ كالوقف على الأولاد \_ أو جهات معيّنة \_ كالوقف على العلماء والفقراء \_ بحيث تكون ملكيتها مقتصرة على هذه الطائفة من الأشخاص أو الجهات، ومن المعلوم أنّ لازم قصر الملك هو الحكم بعدم جواز البيع، وبالتالي فلا تحصل مضادة بين الوقف والحكم بجواز البيع، لما ثبت أنّ حقيقته هو الحبس على هذه المجموعة، لا منعها من البيع، نعم لازم هذا الأمر ممنوعيّة

ص: 197

بيعها، فيحصل التنافى بين جواز البيع وحكم الوقف، لا بين الجواز وأصل الوقف كما فى الدعوى الأولى.

ثم يقول المحقق الإصفهاني من خلال تحقيقه: بأن الدعوى الأولى مبتنية على المنع عن التصرف، والمنع لا يخلو إما أن يراد به المنع الشرعى أو المالكى، كما هو الحال فى الإباحة التى تنقسم إلى الإباحة الشرعية أو الإباحة المالكية.

أما المنع المالكى فواضح، وأما المنع الشرعى، فهو على قسمين:

1\_ المنع التكليفى، والمراد منه الحرمة فى مقابل الإباحة.

2\_ المنع الوضعى، والمراد منه الفساد فى مقابل الصحة ونفوذ المعاملة.

وفى كل الأحوال، سواء قصد كاشف الغطاء أو صاحب «الجواهر» من المنع المالكى منه أو الشرعى، فإن دعواهما مدفوعة؛ لأن الأول يتضمن محذورين والثانى محذور واحد، وعلى كل تقدير فالحكم بأن الوقف يفيد المنع عن التصرف باطل.

أما المنع المالكى: ففيه محذوران:

1\_ قيام الضرورة الفقهيّة عند المشهور (1) على اعتبار القبول فى مطلق الوقف، وعلى الخصوصص فى الوقف الخاص، لأن الوقف معدود من المنشآت الشرعيّة التى فيها قابليّة القبول، فإذا اعتبرنا الوقف أمرا يعود حكمه بالمنع إلى المالك فإنّ الضرورة قائمة على عدم تقبل المنع المالكى للقبول، كالإباحة المالكية التى قامت الضرورة على أنّ ما يبيحه المالك لا يحتاج إلى قبول المباح له، بل الشئ مباح له سواء قبل أم لم يقبل، وكذلك الحال فى المنع المالكى، فإنّ ما يمنعه المالك ممنوع سواء قبله الممنوع له أم لم يقبله، وقد ثبت أنّ الوقف حقيقة تقبل القبول.

2\_ إنّ المنع عن التصرف لو كان منعا مالكيًا، لاستلزم تفرّعه عن المالكية بمثل تفرّع الإباحة المالكية عن الملكية، ولا يعقل بقاء الفرع بعد زوال الأصل، ولا شبهة أنّ

ص: 198

1- (907) وإن اختلف أصحابنا فى حكمه على ثلاثة أقوال: قولٌ بأنه يلزم وجود القبول مطلقاً، وقولٌ بعدم لزومه مطلقاً، وقولٌ بالتفصيل بين ما كان وقفاً على الأشخاص فإنّه بحاجة إلى القبول وبين ما إذا كان وقفاً على الجهات فلا يحتاج إلى القبول.

المالكية تزول بحدوث الوقف، ومع زوالها كيف يتسنى له أن يمنع عنه بعد ما صار أجنبيًا عن العين الموقوفة؟!!

وأما محذور المنع الشرعي: فقد ثبت أنه إما تكليفي كحرمة التصرف في مال الغير، وأما وضعي كبطلان البيع. وعلى كل تقدير فإن المنع الشرعي يعدّ من الاعتبارات الشرعية، وأما الوقف فإنه معدود من الأمور التسيبية التي يتحقّق من خلال انشاء المالك، والحرمة الشرعية والوضعية غير قابلتان للتحقق والوجود من خلال انشاء المالك.

وبالجملة: أثبت المحقّق الإصفهاني من خلال هذا التحقيق، بطلان ما التزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، من أنّ المراد من الوقف هو المنع، ودلّ على أنّ الوقف لا يتضمّن منعًا مالكيًا ولا شرعيًا، بل الصحيح أنّ المراد من الوقف هو قصر الملك على الأشخاص أو الجهات، وهذا المعنى - فضلًا عن بعده عن الإشكال - يتفق مع ما ارتكز عليه سيرة العقلاء وتصرفاتهم منذ القدم، حيث لا يختصّ ظاهرة الوقف بالمسلمين، ولا يعدّ من مبتدعاتهم، بل كانت شائعة بين الأمم السابقة كاليهود والنصارى والمجوس، حيث نجد أنّهم يقومون بعملية الوقف ويحصرون الأموال غير المنقولة والأموال على الكنائس والبيع ودور عبادتهم، وغيرها من العناوين والجهات العامة أو الأشخاص<sup>(1)</sup>.

## اشكالات السيّد الخميني على المحقّق الإصفهاني

### الإشكال الأوّل وجوابه

ذهب الإصفهاني إلى أنّ الحبس في الوقف لا يكون بمعنى ممنوعة التصرف لأنها إما مالكية أو شرعية:

فلا تكون المالكية لأنّ المنع المالكى لا يحتاج إلى القبول ولكن الوقف يحتاج إلى القبول على القول المشهور.

واستشكل السيّد الخميني عليه بقوله: «أنّ موقوفية الوقف على القبول أوّل الكلام،

ص: 199

بل الظاهر عدمها وأنّ الوقف من الإيقاعات»(1).

ويمكن أن يدافع عن المحقّق الإصفهاني أنّه يرى الوقف سيّنا له قابلية القبول والاقتضاء له، ويمكن أن يكون متعلّقاً للقبول بخلاف المنع المالكى لعدم اعتبار القبول فيه أو عدم قابليته للقبول فلا يتم الإشكال.

### الإشكال الثاني ونقده

ذهب الإصفهاني إلى أنّ الحبس بمعنى ممنوعية التصرف إذا كانت مالكية لا يحتاج إلى القبول.

واعترض السيّد الخميني عليه بقوله: «أنّ جعل الممنوعيّة على فرضه، ليس ممنوعيّة لا- مساس لها بالقابل؛ فإنّ الحبس عليه على هذا الفرض، قرار كونه ممنوعاً عنه، نظير شرط النتيجة، وهو يحتاج إلى القبول»(2).

مراده: إنّ المنع المالكى إذا كان بنحو الشرط النتيجة يحتاج إلى القبول فلا فرق بينه وبين الوقف الذى يحتاج إلى القبول.

ويمكن أن يجاب عنه: إنّّه لا بدّ أن يلاحظ اعتبار المنع المالكى لأنّه يعتبر على قسمين:

أ: يمكن أن يعتبره المالك على المعنى العقدى فحينئذ يحتاج إلى قبول بلا فرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

ب: ويمكن أن يعتبره على المعنى الإيقاعى فلا يحتاج إلى قبول مطلقاً أى بلا فرق بين شرطى الفعل والنتيجة.

والوجه فى ذلك: أنّ المنع المالكى اعتبار من المالك وأمره بيده ويمكن أن يعتبره تارة على المعنى العقدى فيحتاج إلى القبول وأخرى على المعنى الإيقاعى فلا يحتاج إليه أصلاً.

ص: 200

1- (909) كتاب البيع 3/122.

2- (910) كتاب البيع 3/122.

فظهر ممّا ذكرنا: أن المدار في احتياجه إلى القبول لا يكون على شرط النتيجة بل يدور على المعنى العقدي فلا يتم الاعتراض.

ب: المنع المالكى يمكن أن يحتاج إلى القبول إذا أنشئ على المعنى العقدي فلا- يتم مقالة الإصفهاني: «لا- يعقل أن يكون [المنع المالكى] موقوفا على القبول»(1).

### الإشكال الثالث وَرْدُهُ

ذهب الإصفهاني إلى «أن المنع المالكى لا يُتصوّر إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع وإلا فلا معنى لمنعه عمّا لا مساس له به»(2) والحال أن خروج العين عن ملك الواقف ممّا لا كلام فيه.

وأورد السيّد الخميني عليه بقوله: «إنّ إيقاع المنع إنّما هو في زمان مالكيته، فلو كان الحبس هو الممنوعيّة، لكان حصول الممنوعيّة وخروج العين عن ملكه، بإنشائها في زمان مالكيته، ولا يعتبر في جعل المالك وتصرفه في ملكه إلا كونه ملكا له حال التصرف، نظير الشرائط في ضمن العقد، فلو شرط على المشتري عدم بيعه، أو شرط إجارته في رأس السنة الآتية، صحّ وإن لم يكن ملكا له في رأسها، وهو واضح»(3).

أجاب الاستاذ المحقّق - مدظله - عن هذا الايراد بقوله: «إذا لا حظنا تصرفات الملاك نجد أنّها على قسمين:

1- بعضها يتوقّف حدوثها على الملك، لكنّها بقاءً مستغنى عنه، فإنّ قيام المالك بتمليك ماله للغير، يعدّ تصرفا متوقفا على الملكيّة حدوثا، لكن يستغنى عنها المتصرف بقاءً.

2- وبعضها الآخر يحتاج إلى الملك حدوثا وبقاءً، فإذا انتفت الملكيّة بقاءً لزم الانقلاب، كالإباحة المالكيّة التي تعنى في ذاتها ترخيص المالك بالتصرف المطلق، وبالتالي لا بدّ من بقاء الملكيّة لتبقى الإباحة مستمرّة، إذ مع انتفاءها لا تبقى الرخصة

ص: 201

1- (911) حاشية المكاسب 3/74.

2- (912) حاشية المكاسب 3/74.

3- (913) كتاب البيع 3/122.

المالكيّة الممنوحة من المبيع للمباح له.

وممّا ذكرنا يتبيّن أنّ المنع المالكي على وزان الإباحة المالكيّة، فلا يشمل بقاء المنع مع زوال المِلِك، لاتّحاد الإباحة والمنع من جهة المصدر واسم المصدر، مع فارق الاسم والاعتبار، من جهة إضافد الإباحة إلى المبيع، كما أنّ المنع المالكي وممنوعيّة المِلِك كلاهما أيضاً بمعنى واحد، أي إذا لا حظنا الممنوعيّة دون الاستناد إلى المالك عُدَّ وصفاً للمِلِك، وإذا لاحظناها مستندة إلى المالك عُدَّ فعلاً صادراً منه، وبالتالي فليس المنع والممنوعيّة وصفان مختلفان يمكن فرض بقاء أحدهما وزوال الآخر، بل هما باقيا ببقاء المِلِك، وزائلان بزواله. وبذلك يندفع الإيراد المذكور»(1).

### الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ

اعترض السيّد الخميني على مختار الإصفهاني في معنى الحبس وهو «قصر العين على شخص أو جهة بمعنى عدم تعديها عنهما»(2) بقوله: «إنّ ماهيّة الحبس إذا كانت قصر الملك على شخص أو جهة، وأنّ تفاوت الملك الحاصل بالبيع ونحوه مع الحاصل بالوقف إنّما هو بأمر خارج؛ هو عدم نفوذ التصرف شرعاً، ففي كلّ مورد لم يحصل قصر الملك بهذا المعنى، لا بدّ من الالتزام بأحد أمرين فاسدين بالضرورة:

إمّا الالتزام: بأنّ الوقف على غير ما يصلح للمالكيّة \_ نظير الوقف على الحيوانات، أو على معنى مصدرى نظير الإحجاج والإرسال إلى المشاهد، ووقف المسجد والمشعر \_ خارج عن ماهيّة الوقف.

أو الالتزام: بأنّ الحيوان والحديقة والمعاني المصدرية، تصير بالوقف مالكة، فلو وقف شيء على الإحجاج، يصير الإحجاج مالكا، أو على حديقة الحيوانات تصير الحديقة أو الحيوانات مالكة، وهو كما ترى.

والالتزام: بأنّ حقيقة الوقف تختلف باختلاف الموارد، له في كلّ مورد معنى، لا

ص: 202

1- (914) العقد النصيد 4/504.

2- (915) حاشية المكاسب 3/74.

يقصر عن الالتزامين المتقدمين، وفي كلامه مورد نظر، بل تناقض، لا يهمننا البحث عنها»(1).

ولكن يمكن أن يمنع من هذا الاعتراض بأن الإصنفهاني قال: «فمن البين أن العين بما هي لا إضافة لها إلى شخص أو جهة إلا بلحاظ الاختصاص الملكي أو مطلق الاختصاص، فالمراد قصرها على الشخص ملكاً أو اختصاصاً، فالملك أو الاختصاص مقوم القصر ومعينه، ومرجع قصر العين ملكاً مثلاً قصر ملكيتها على شخص المساوق لعدم زوالها عنه، لا أن المنشأ والمتسبب إليه نفس اعتبار الملكية، فإنه غير مناسب لمفهوم الوقف»(2).

ومع هذا التبيين منه قدس سره يصير «معنى الوقف هو قصر الملك أو قصر الاختصاص متى لم تكن الجهة المقصودة قابلة لقبول الملكية، فوقف المال على الإحجاج والإرسال إلى المشاهد وتعليق الحيوانات يعدّ تخصيصاً للمال لهذه الجهات لا تمليكا لهم كما زعمه المُستشكِل»(3).

وظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية الاشكالات الأربعة الواردة على المحقق الإصنفهاني، والحمد لله.

## مقالة النائيني في حقيقة الوقف

### إشارة

قال المحقق النائيني: «إعلم ان الموجب لعدم طلقية الملك إمّا يكون من جهة عدم المقتضى لطلقته أو يكون لأجل المانع عن طلقته وأصول الموانع ثلاثة الرهن والجنابية وأم الولد وما عداها ملحقة بها فالوقف لا يكون طلقاً لأجل عدم المقتضى لا لأجل وجود المانع، والكلام في الوقف إنّما هو في الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً لطبقات الموقوف عليهم. وأمّا الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام، حيث أنّه لا يجوز بيعهما لانتفاء الملكية لا لأجل انتفاء الطلقية في مورد الملك الشخصي كما أنّه

ص: 203

1- (916) البيع 3/123 و 124.

2- (917) حاشية المكاسب 3/74.

3- (918) العقد النضيد 4/505.

على تقدير القول بعدم الملك فى الوقف الخاص أيضا ليس المنع عن بيعه لأجل انتفاء الطلقة، فالوقف إنما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقاً إذا كان خاصاً وقلنا فيه بالملك.

فإن قلت: الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً للطبقات يكون ممنوعاً عن بيعه لأجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقته لأجل وجود المانع كالرهن ونحوه.

قلت: نعم وإن كان حق الطبقات المتأخرة متعلقاً به، لكن مع ذلك يكون المنع عن بيعه مستنداً إلى عدم المقتضى لأنَّ عدم المعلول عند عدم المقتضى ووجود المانع يستند إلى عدم الأول لا إلى وجود الثانى، لأنَّ عدمه متقدم على وجود الثانى، والمعلول إنما يستند إلى أسبق علله.

ثمَّ [إنَّ] الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملك الحاصل به قاصراً عن قابلية النقل والانتقال.

وتوضيحه: إنَّ ماهية الوقف عبارة عن إيقاف المال وبالفارسية «واداشتن آن در محلى» بحيث لا يمكن أن يتحرك عن محلِّ وقوفه إلى محلِّ آخر فكأنَّه صار مقطوع الرجلين، وهذا المعنى هو المنشأ بإنشاء الواقف وقد تعلق به الإمضاء، وإذا كان بماهيته غير قابلة للنقل والتبديل من مكان إلى مكان آخر وصار بما له من الماهية ممضاة عند الشارع فلا يقبل النقل والانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقاً مع القاعدة لو لم يكن إجماع على عدم جوازه فضلاً عن كونه إجماعياً أيضاً ودلَّ عليه الأخبار<sup>(1)</sup>.

أقول: أنت ترى أنَّ المحقق النائينى أيضاً يرى ماهية الوقف هى إيقاف المال وتكون غير قابلة للنقل والانتقال فلا يجوز بيعه، ولأنَّ البيع والوقف يتنافيان ذاتاً وماهية، البيع هو النقل والانتقال، والوقف إيقاف المال وعدم النقل والانتقال.

وذهب إلى هذا المقال صاحب الجواهر حيث يقول: «والذى يقوى فى النظر \_ بعد



إمعانه \_ أنّ الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذ جواز البيع»(1).

### ظهور الأيراد على السيّد الخميني رحمه الله

وبما ذكرنا ظهر مواقع النظر في كلام السيّد الخميني رحمه الله حيث يقول في تعريف الوقف: «والذى يمكن أن يقال: إنّ اعتبار الوقف في جميع الموارد إيقاف الشئ على جهة، أو شخص، أو غيرها؛ لتدرّ المنافع منه عليها، فبقوله: «وقفت عليه» مع التعدية بـ «على» المقتضية للعلوّ، كأنه جعل العين \_ في الاعتبار \_ على رأس الموقوف عليه لا تتعدّاه، لتدرّ منافعها عليه، ولا تتعدّى المنافع عنه؛ تبعا لعدم تعدّى نفس العين عن رأسه اعتبارا.

وهذا المعنى مع كونه موافقا للاعتبار العقلانيّ، صادق في جميع الموارد»(2)... «ولو قيل: إنّ الوقف مقابل الحركة واللاّسكون، فلا بدّ من لحاظ عدم الحركة، وعدمها ليس في المكان، بل في الاعتبار، وهو عدم النقل، كالبيع وغيره، فيرجع الوقف إلى جعل الشئ ساكنا عن الانتقال، وممتنعا عن التصرفات الناقلة والمعدّمة، كما هو المنقول عن «الجواهر»(3).

قلنا: الوقف على الشخص أو الجهة، مقابل التجاوز عنه، فإذا وقف على شخص، صار هو الموقوف عليه؛ أى وقف عليه، ولم يتعدّ عنه إلى غيره.

هذا لو سلّم لحاظ عدم الحركة الوقوف عن الحركة في الوقف، ولكنّ الظاهر عدم لحاظها في الوقف، فلا ينقدح في ذهن الواقف إلاّ عنوان «الوقف على فلان» أو «على كذا».

وعلى ما ذكرناه، ليس بين ماهيّة الوقف وجواز النقل أو نفس النقل، مضادّة

ص: 205

1- (920) الجواهر 23/576 (22/358).

2- (921) كتاب البيع 3/125.

3- (922) جواهر الكلام 23/576 (22/358)؛ أنظر المكاسب 4/35؛ حاشية المكاسب المحقّق الإصفهاني 3/73.

وتوهم، كون الوقف الدائم و المؤبد منافيا للنقل؛ من أجل أنّ النقل ولو سلّم عدم منافاته لنفس الوقف، لكنّه منافٍ لدوامه غير وجيه؛ لأنّ الدوام والانتقطاع فيه كالدوام والانتقطاع في باب النكاح، فكما أنّ النكاح الدائم لا ينافي جواز الطلاق أو نفسه، فمعنى دوامه أنّه لا أمد له حتّى ينقضى في رأسه، وإن أمكن وصحّ قطعه بالطلاق، فكذلك الدوام في الوقف، معناه أنّه غير منقطع حتّى ينقضى في رأس أمدّه، فما لم يكن سبب لفسخه فهو باقٍ، بخلاف المنقطع الذي يكون اقتضاؤه قصيرا وإلى وقت محدود.

فتحصّل ممّا ذكر: أنّ الوقف بنفسه غير مانع عن النقل، فلا بدّ من إقامة دليل على المنع»(1).

وأنت ترى المضادة بين كلامه الأوّل ومقاله الآخر أى بين تعريف الوقف بأنّه «إيقاف الشيء على جهة أو شخص أو غيرهما لتدرّ المنافع منه عليها...» وبين قوله قدس سره: «ليس بين ماهية الوقف وجواز النقل أو نفس النقل مضادة ومنافرة» وسبحان من لا يسهوا.

وبالجملة: الوقف بذاته وماهيته لا يقبل البيع وبين الماهيتين معارضة ومنافرة واضحة وهذا هو الدليل الأوّل لبطلان بيع الوقف. والله العالم.

### الدليل الثانی: الإجماع

الإجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف محصّلاً محكيّاً بل هذا الحكم من القطعيات وكاد يكون من الضروريات.

قال المتتبع العامل في ذيل قول العلامة (ولا يصحّ بيع الوقف ولا هبته ولا نقله): «كما نصّته بذلك رواياتهم(2) وبأنّه لا يحلّ ذلك لأحد. وأفصحت به عباراتهم في مطاوى كلماتهم خصوصا عند كلامهم على جواز بيعه عند خرابه لخلف بين أربابه أو نحوه كما

1- (923) كتاب البيع 3/126.

2- (924) راجع وسائل الشيعة 19/185، باب 6 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

ستسمع، وانعقدت عليه إجماعاتهم. ففي السرائر أنّ الذي يقتضيه مذهبنا أنّه بعد وقفه وتقييضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه وسبله ولا بيعه \_ إلى أن قال: \_ لأنّ إجماعنا على ذلك (1) وفي الغنية أيضا إجماع على أنّه لا يجوز الرجوع في الوقف ولا تغييره عن وجوهه ولا سبله (2) والحاصل: أنّ ذلك من القطعيّات بل كاد يكون من الضروريّات (3).

أقول: هذا الحكم إذا كان على حدّ الإجماع لا يفيد في المقام شيئا لأنّه مدركيٌّ وأمّا إذا وصل إلى حدّ القطعيّات والضروريّات كما حصله الفقيه المتتبع العاملي فلا بدّ من قبوله والمشى على طبقه والظاهر أنّه كذلك واللّه العالم.

### الدليل الثالث: الاطلاقات

أ: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (4)

الآية الشريفة تدلّ على وجوب الوفاء بالعقود بلا فرق بين أن نفهم منها الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بها أو الحكم الوضعي بصحتها ولزومها أو كلا الحكمين فعلى أيّ حال الآية تدلّ على نفوذ كلّ عقدٍ وصحته. فإذا اعتبرنا الوقف من العقود يصحّ التمسك بالآية وإذا اعتبرنا أنّه من الإيقاعات فكذلك يصحّ التمسك بها لأنّ «العُقُودِ» فسّر بالعهود والوقف حينئذ معدود من العهود فلا بدّ من الوفاء به والحكم بلزومه.

ب: قوله تعالى: «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (5)

على القول بأنّ التجارة هي «مطلق الاكتساب والإتجار بالمال، فحينئذ يشترط في صدق العنوان أمران: لزوم وصول المال إلى القابل، ولزوم قبول القابل، ولولاهما لما تحققت التجارة، وعليه فلو التزمنا بتحقيق نقل المِلِك والمال عند الوقف، فإنّ للاستدلال

ص: 207

1- (925) السرائر: في أحكام الوقف 3/153.

2- (926) غنية النزوع: في الوقف /298.

3- (927) مفتاح الكرامة 21/679.

4- (928) سورة المائدة /1.

5- (929) سورة النساء /29.

بالآية مجال، وأمّا مع إنكار ذلك \_ كما هو الحقّ \_ واعتبار عنوان الوقف الشامل لوقف المسجد أيضا \_ وأنّ وقفه يعدّ فكّا للملك ويشترط فيه القبول \_ أمرا منافيا مع التجارة والاكتساب المادّي، فلا مجال للاستدلال بها، ولعلّ عدم استدلال الشيخ بها لهذه الجهة»(1).

ج: قوله عليه السلام: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ

المستفاد منه قاعدة السلطنة «فقد اختلف أصحابنا في تفسيرها، وفيها مَبَانٍ متعدّدة:

أمّا الشيخ رحمه الله فقد التزم بأنّها تُشرّع جواز أنواع التصرفات في المال، وإن ناقش فيها في بحث المعاطاة قائلاً: بأنّ القاعدة تثبت أصل السلطنة دون أسبابها في موارد الشكّ، وبالتالي فإنّه على مسلك الشيخ يصحّ الاستدلال بها في الوقف، لأنّه تفعيل لنوع من أنواع السلطنة الجائزة، ومع صحّته لا يجوز البيع.

أمّا على مبنى المحقّق الآخوند ومن تبعه \_ وهو الحقّ عندنا \_ من أنّ القاعدة لا تُشرّع السلطنة في البيع والصلح وغيرهما، وإنّما تثبت السلطنة للمالك في مقابل من هو محجورٌ وممنوع عن التصرف، وبعبارة أُخرى القاعدة تدلّ على أنّه ليس لأحدٍ منع الملاك عن التصرف في ما يخصّهم من الأموال والأموال، فعلى هذا المبنى لا مجال للاستدلال بها.

والنتيجة: إنّ ثبت ممّا ذكرنا جواز الاستدلال ببعض الأدلّة العامّة، وذلك بمقتضى بعض المباني لا جميعها»(2).

### الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة في باب الوقف

#### إشارة

هناك طائفة من الروايات العامة استدلتّ بها على بطلان بيع الوقف:

منها: صحيح الصفار أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ عليهما السلام في الوقف وما

ص: 208

1- (930) العقد النضيد 4/506 و 507.

2- (931) العقد النضيد 4/507.

روى فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. (1)

بتقريب: أن الوقف يكون بحسب ما يوقفه أهله فيكون البيع منافيا مع ما قام به المالك من وقف ماله على جميع المباني.

### اعتراض المحقق الإيرواني ونقده

قال المحقق الإيرواني في ذيل هذه الصحيحة: «والتمسك بالعموم المذكور على المدعى يتوقف على أن يكون عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف، كما هو الظاهر، ولذا عرّف بأنه تحييس الأصل، وتسييل الثمرة، ويؤيده إطلاق الوقف عليه؛ فإنه جعل الملك واقفاً راجداً يتجاوز عن ملك إلى ملك، وعن شخص إلى شخص، كما هو شأن الأملاك» (2).

ويرد عليه: «بالرغم من أن الشيخ [الأعظم] لا يرى بدواً مدخلية عدم البيع في حقيقة الوقف، لكنه يصرّح أخيراً بأن المانع عن البيع أمور ثلاثة (3):

1\_ منافاة البيع مع حقّ الواقف.

2\_ منافاته مع حقّ الموقوف عليهم من البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

3\_ ومنافاته مع التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

ومن خلال هذه الموانع الثلاثة، يثبت الشيخ ممنوعية دخول البيع على الوقف، وبالتالي فيصحّ استدلاله بالرواية (4).

### ومنها: صحيحة أبي علي بن راشد

#### إشارة

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقوف (5) ولا تدخل الغلّة في ملكك (6)، ادفعها إلى من أوقفت عليه،

ص: 209

1- (932) وسائل الشيعة 19/175، ح 1، الباب 2 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

2- (933) حاشية المكاسب 2/437.

3- (934) المكاسب 4/35 و 36.

4- (935) العقد النضيد 4/508.

5- (936) في التهذيب: الوقف 9/130، ح 556.



قلت: لا أعرف لها ربًّا، قال: تصدق بغلّتها.(1)

بتقريب: أنّ الصحيحة تدلّ على بطلان شراء ابن راشد الأرض الموقوفة «وعدم تملكه لغلّتها، وإنّ عليه إعادة الأرض إلى أصحابها الموقوف عليهم إن كان يعرفهم؛ لأنّ يده عليها عادية، فإذا جهلهم عليه أن يتصدّق بغلّتها، لأنّ الغلّة إذا كانت موقوفة تكون ملكا للبطون، ومع الجهل بهم يصبح من الأموال المجهولة مالكتها، فيجب أن يتصدّق بها لأنّها مورد صرفها»(2).

قال الإمام الخميني قدس سره في تعليقه على متن هذه الصحيحة: «متن الحديث هنا موافق للتهذيب والوسائل في كتاب الوقف.

وقد اختلفت كتب الحديث في ألفاظه، ففي بعضها: «وفيت»(3) بدل: «وفرت» وفي بعضها: «وزنت»(4).

وفي بعضها «الوقف»(5) بدل: «الوقوف».

وفي بعضها: «إلى جنبى»(6) بدل: «إلى جنب ضيعتى».

وفي بعضها: «ألف»(7) بدل: «ألفى».

وفي بعضها «مالك»(8) بدل: «ملكك»... إلى غير ذلك.

لكن لم أجد فى شيء من الكتب بدل قوله: «ولمّا وفّرت المال» «ولمّا عمّرتها» كما

ص: 210

---

1- (938) وسائل الشيعة 19/185، ح 1، الباب 6 من أبواب كتاب الوقف والصدقات.

2- (939) العقد النضيد 4/509.

3- (940) الكافي 7/37، ح 35.

4- (941) الوافي 10/555.

5- (942) الكافي 7/37، ح 35؛ الفقيه 4/179، ح 629؛ الاستبصار 4/97، ح 377.

6- (943) الفقيه 4/242، ح 5576.

7- (944) نفس المصدر.

8- (945) الكافي 7/37، ح 35؛ الفقيه 4/179، ح 629؛ الاستبصار 4/97، ح 377.

هو الموجود فى تجارة الشيخ الأعظم (1) قدس سره .

والمظنون: أنه اشتباه، منشؤه الإتكال على الحافظة حال التحرير، فإن الاشتباه من النسخ فى مثل ذلك بعيد.

والعجب: أن بعض المحشّين (2) اتكل على نقل الشيخ الأعظم قدس سره ولم يراجع كتب الحديث، فاستشكل فى الانصراف: بأن مورد الرواية هو تعمير الخراب، وأجاب عنه.

فعلى العلماء الأعلام والمحصّين عدم الإتكال على الحافظة فى نقل الأحاديث، ولا على كتب الاستدلال، ولا سيّما مثل كتاب الجواهر وما بعده.

ومع الأسف الشديد، فالتنا قراءة كتب الأحاديث على المشايخ وقراءتهم علينا بعد توسعة الفقه وأصوله بهذه التوسعة، ولذلك وقعنا فى اشتباهات كثيرة، منشؤها اختلاف النسخ، واختلاف قراءة كلمة واحدة تختلف معها الأحكام، كما هو ظاهر للمراجع (3).

ومنها: صحيحة ربيعى بن عبد الله، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له فى المدينة فى بنى زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أيطالب وهو حى سوى، تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقضوا فهى لذى الحاجة من المسلمين (4).

سند الشيخ ضعيف بالأسود بن أبى الأسود لأنه مجهول ولكن الصدوق رواها بسنده الصحيح عن ربيعى بن عبد الله فالرواية صحيحة الإسناد بسند الصدوق.

وقد قرّب الشيخ الأعظم دلالة الصحيحة بتقريب ثلاثة:

### التقريب الأول:

قال الشيخ الأعظم: «فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

ص: 211

1- (946) المكاسب 4/34.

2- (947) حاشية المكاسب، للمحقّق الإصفهاني 3/76.

3- (948) كتاب البيع 3/151.

4- (949) وسائل الشيعة 19/187، ح 4.



ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص»(1).

مراده: «إنّ ظاهر الرواية دالٌّ على أنّ الواقع صدقة، فلا يتحمّل البيع والهبة باقتضاء ظهورها الذاتي، فالوصفان المذكوران ناشئان من ذات الموصوف لا من خلال الشرط والجعل، كما هو الحال في قول القائل: «عاملتُ معاملةً غبنيّةً» الظاهر في أنّ الغبن صفة للمعاملة، وأنّها غبنيّة بنفسها لا بجعل المتعامل»(2).

## التقريب الثاني:

قال: «مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخّره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم»(3).

مراده: «إنّ حقيقة الشرط هي الالتزام في ضمن الالتزام الآخر، فإنّ لا بدّ أن يتمّ الالتزام الأول بجميع مستلزماته وشروطه، ليصل الدور إلى الشرط الذي هو الالتزام في ضمن الالتزام الآخر، وفيما نحن فيه فإنّ الالتزام الوقفي يجب أن يتمّ أولاً ليصل الدور إلى الشرط الذي هو التزام في ضمن الالتزام الوقفي، وهذا الالتزام الوقفي متوقّف على الموقوف عليه من البطون أو الجهات، فتكون الأخيرة مقوّماً للالتزام الوقفي، وعليه فإذا قصد الإمام عليه السلام بقوله: «لا- تُباع ولا- تُوهب» الشرط والالتزام، فإنّ لازمه كون الشرط المذكور قبل حصول المشروط، وهو خلاف القاعدة القاضية بلزوم تحقّق الوقف أولاً ثمّ إدراج الشروط المذكورة فيه، وبالتالي لا يمكن عدّ قول الإمام عليه السلام شرطاً، لأنّه لو كان شرطاً لاستلزم ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم»(4).

ولكن يرد على هذه التقريب: «لو سلّمنا حقيقة الشرط والقاعدة المذكورة، إلّا أنّ حقيقة الشرط ليست سياقية لتقتضى بالضرورة ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم، بل هي سنخ حقيقة يصحّ صدورهما من الواقف قبل ذكر الموقوف عليهم وبعده، والشاهد على

ص: 212

1- (950) المكاسب 4/34.

2- (951) العقد النضيد 4/510.

3- (952) المكاسب 4/34.

4- (953) العقد النضيد 4/510 و 511.

ذلك رواية أيوب بن عطية، حيث ورد فيها ذكر الشرط بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك قاعدة ثابتة متّبعة، تفيد لزوم ذكر الشرط بعد ذكر متعلّقات الموقوف عليهم، بل يمكن أن يتقدّم أو يتأخّر، والرواية هي [صحيحة أيوب بن عطية]: «قال: سمعتُ أبا عبد الله عليه السلام يقول: قَسَمَ رسول الله صلى الله عليه وآله الفىء، فأصاب عليّاً عليه السلام أرضٌ فاحتفر فيها عينا فخرج منها ماءٌ ينبع في السماء كهيئة عنق البعير، فسماها عين يَنْبُع، فجاء البشير يُبشّره، فقال: بَشْر الوارث بَشْر الوارث، وهي صدقةٌ بتّاً بتلاً(1) في حجيج بيت الله وعابر سبيله، لا- تُباع ولا- تُوهب ولا- تُورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً(2)».

وبالجملة: فاستدلال الشيخ بسياق الجملة الشرطية، اعتماداً على الرواية الأولى، والحكم بأنّ ورود الشرط قبل الموقوف عليهم يعتبر وصفاً منوّعاً للصدقة ولازماً للوقف، دون ما إذا كان وارداً بعده حيث يعدّ شرطاً، ممنوعاً بدلالة [صحيحة أيوب بن عطية] حيث ورد الشرط فيها بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك ضابطة يمكن أن يعتمد عليها في تصنيف القيود المذكورة إلى الوصف أو الشرط(3).

### التقريب الثالث:

#### إشارة

وهو الذى ذكره صاحب المقابس من «أنّه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا- ينتفع به أصلاً(4)».

ص: 213

1- (954) بَتَلَهُ يَبْتُلُهُ بَتْلًا إذا قطعته، ومنه الحديث: بَتَلَ رسول الله صلى الله عليه وآله الهُزْي، أى أوجبها ومَلَكَهَا مِلْكًا لا يتطرق إليه نقض. [النهاية الأثيرية 1/94].

2- (955) وسائل الشيعة 19/186، ح.2.

3- (956) العقد النضيد 4/511 و 512.

4- (957) المقابس 144/ ونقل عنه في المكاسب 34 و 35.

إشارة

أولاً: «إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر»<sup>(1)</sup>.

مراده: «أنّ اشتراط عدم جواز البيع منصرف إلى الحالة المتعارفة، ولا يشمل الظروف الطارئة التي يجوز فيها بيع الوقف»<sup>(2)</sup>.

وثانياً: «إنّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً»<sup>(3)</sup>.

مراده: «لا سبيل لنا إلاّ أن نرفع اليد عن الإطلاق، سواءً اعتبرنا الصفة فصلاً منوعاً أو شرطاً خارجياً، لأنّه ليس لنا صدقة لا تباع ولا تورث مطلقاً، بل كلّ صدقة قابلة للبيع في ظروف طارئة محدّدة شرعاً، وبالتالي فالإطلاق ساقط»<sup>(4)</sup>.

وثالثاً: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذٍ يصحّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإنّ العلم بعدم طروء مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى»<sup>(5)</sup>.

مراده: «لعلّ علم الإمام عليه السلام بعدم طرؤ الحالات المبيحة للبيع في الوقف الأخير، جعله يُبقى الإطلاق على حاله، ويستغنى عن التقييد بذكر الشرط»<sup>(6)</sup>. بخلاف لو جعل وصفاً داخلياً في النوع كما مرّ في كلامه قدس سره .

ص: 214

1- (958) المكاسب 4/35.

2- (959) العقد النضيد 4/512.

3- (960) المكاسب 4/35.

4- (961) العقد النضيد 4/512.

5- (962) المكاسب 4/35.

6- (963) العقد النضيد 4/512.

## ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم:

أولاً: الإطلاق كما يشمل الحالات المتعارفة كذلك يشمل الحالات الطارئة ما لم يثبت تقييد.

وثانياً: نعم، كل إطلاق إذا ثبت المقيّد له يقيد، وهذا ممّا لا شبهة فيه.

وثالثاً: حمل الإطلاق على علم الإمام يحتاج إلى قرينة مفقودة في المقام لأنّه خلاف ظاهر الكلام.

فلا يتم اعتراضات الشيخ الأعظم على الشيخ أسدالله التستري \_ قدس سرهما \_ عندنا.

وبالجملة: صفتا «لاتباع ولا توهب» خصوصيتان لذات الصدقة لا أنّهما عارضتان عليها من خلال الشرطين المذكورين.

## نهاية في كلام الشيخ الأعظم

### إشارة

قال: «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»(2).

وأنت ترى أنّه قدس سره ردّ على ما «صدر عن بعض من عاصر»ه وهو الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس رحمه الله من أنّ عدم جواز بيع الوقف وبطلانه يعدّ من ذاتيات الوقف والتنافي بين البيع والوقف يكون ذاتياً ردّه بقوله: «لا يخلو عن نظر». فالشيخ الأعظم لا يعدّ بطلان بيع الوقف من الخصوصيات الذاتية للوقف ولذا استدّل على البطلان بالاجماع والروايات العامة.

ولكنه صرح في ذيل صحيحة ربيعي بن عبدالله من أنّ وصفي «لاتباع ولا توهب» تعدّ «صفة لنوع الصدقة»(3) و«أوصافاً للنوع»(4) أي تعدّ فضلاً منوعاً للوقف.

ص: 215

1- (964) هو المحقق التستري في مقابس الأنوار /144.

2- (965) المكاسب 4/35.

3- (966) المكاسب 4/34.

4- (967) المكاسب 4/35.

ومن المعلوم «أنه لو كان عدم جواز البيع حكماً شرعياً مستقلاً خارجاً عن ذات الوقف، متعلقاً به في ظروف معينة، لما صحَّ عدّه فصلاً منوعاً لنوع الوقف، باعتبار أنّ الفصل مقومٌ للشيء، فإذا ثبت أنّ عدم جواز البيع فصلٌ لنوع الوقف، عدّ من مقوماته لا أحكامه»<sup>(1)</sup>.

## محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهاافت ونقدها

### إشارة

حاول المحقق الإصفهاني رفع هذا التهاافت بقوله: «وبالجملة: بعد جعل الوصف مقوماً لنوع من الصدقة، يكون هذا النوع الخاص وقفاً، وأما أنّ حقيقة الوقف منحصرة في هذا النوع فلا دليل عليها، فلعله جنس له أنواع، منها الصدقة المتقومة بحيثية عدم الانتقال بيها وهبة وإرثاً، ومنها ما لا يكون كذلك.

مع أنّ جعل الوصف مقوماً وفصلاً لنوع الوقف \_ كما صرح بعنوان الفصلية<sup>(2)</sup> فيما بعد \_ منافٍ لما في كلامه رحمه الله فيما<sup>(3)</sup> بعد، من عدم كون المنع الانتقال مأخوذاً في حقيقة الوقف، وأنّه من أحكامه.

بخلاف ما إذا جعل الوصف وصفاً خارجياً لازماً للوقف، فيكون المتسبب إليه حصة من طيعي التملك الملزوم شرعاً للمنع عن أنحاء الانتقالات، فإنّه خالٍ عن محذور التنافي بين كلماته قدس سره، ويصح التردد بين كونه وصفاً لازماً لحقيقة الوقف شرعاً أو كونه شرطاً يلتزم به الواقف في ضمن عقد الوقف والتصديق بماله على البطون، وعليه ينبغي حمل كلامه (زيد في علو مقامه)<sup>(4)</sup>.

## نقدها: المحاولة عقيمة «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنّه: «على تقدير

ص: 216

1- (968) العقد النضيد 4/513.

2- (969) المكاسب 4/35.

3- (970) المكاسب 4/37.

4- (971) حاشية المكاسب 3/77.

كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً» (1) فصيورة» (2). الصفة فصلاً تمنعها أن تكون شرطاً خارجياً أي لا يمكن الجمع بين الفصلية والشرطية فلا تفيد محاولة المحقق الإصفهاني قدس سره .

والحاصل: لو لم نقل بالتهافت فلا أقل من وجود الاضطراب في كلمات الشيخ الأعظم لا يمكن رفعه بهذه المحاولة ونحوها وسبحان من لا يسهو.

### تعليقة المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس

أيّد وعلّق المحقق الإصفهاني على التقريب الثالث الذي مرّ (3) من الشيخ أسدالله التستري في المقابس \_ واعترض عليه الشيخ الأعظم بثلاثة اعتراضات وأجبتنا عن اعتراضاته \_ ، بقوله: «لا يخفى أنّ شرط عدم البيع تارة بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله، وأخرى بنحو شرط النتيجة، فإنّ كان ثبوتها كشرطية ملكية شيء له فنفس الشرط بعموم دليله سبب شرعاً لثبوتها، وإنّ كان عدمها كما في المورد، فإنّ المراد الالتزام بعدم انتقاله بيعاً، فالعدم لا يحتاج إلى سبب ليكون نفوذ الشرط مقتضياً للثبوت، فلا معنى للالتزام به إلاّ إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال، من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعاً إلتزام بغير المشروع، والظاهر هنا شرط النتيجة، ويؤكدّه إضافة عدم الارث إلى عدم البيع والهبة فتدبر» (4).

مراده: يحتاج إلى مقدمة وهي: «أنّ هناك فرقاً بين شرط النتيجة وشرط الفعل، ففي الأوّل يكون متعلّق الشرط نفس الملكيّة أو الزوجيّة، أمّا المتعلّق في الثاني فهو التمليك أو التزويج، فإنّه لا مانع من اشتراطهما خلال العقد، لأنّهما فعلاً يتوقّف تحقّقهما على اختيار الفاعل، فله أن يبيع داره لزيد ويشترط عليه أن يملكه كذا، فالشرط يعدّ من شروط الفعل، وعلى المشروط عليه الالتزام بذلك، وإلاّ ثبت للمشروط له الخيار. وأمّا

ص: 217

1- (972) المكاسب 4/35.

2- (973) العقد النضيد 4/513.

3- (974) مرّ في صفحة 213 من هذا المجلد.

4- (975) حاشية المكاسب 3/79.

شرط النتيجة فهو أن يُقدم الرجل على بيع داره لزيد، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب ملكه بحيث يصبح الكتاب ملكا له بنفس الشرط.

أما شرط الفعل: فلا شك في نفوذه بمقتضى قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» إلا إذا كان شرطا محرّما.

وأما شرط النتيجة: فقد اختلف أصحابنا في حكمه:

[حيث] ذهب جماعة إلى أن مثل هذا الشرط لا- يمكن أن يكون بنفسه سببا، وإنما يجب قيام السبب الخاص المترتب عليه المسبب الخاص، فلا تتحقق الزوجية أو الملكية بمجرد الشرط في ضمن العقد؛ لأنّ لازمه حصول الملكية والزوجية بلا سبب، بل لا بدّ من صيغة النكاح أو البيع والهبة ليتحقّق من خلال هذه الأسباب الزوجية أو الملكية.

والتزم آخرون بإمكان قيام الشرط مقام السبب، وترتب النتيجة عليه، لكن لا مطلقا، بل بالتفصيل بين أقسام النتيجة، واستدلوا على ذلك بأنّ النتائج على قسمين:

القسم الأول: النتائج المتوقّفة تحقّقها على سبب خاصّ شرعا كالطلاق، فإنّه لا يتحقّق الطلاق من خلال شرط الطلاق في ضمن البيع، لأنّ الطلاق له صيغة خاصّة وضعها الشارع هي السبب في وقوعه، ولا مجال لتحقّقه بأيّ سبب آخر حتّى ولو كان شرطا في ضمن عقد لازم.

القسم الثاني: النتائج التي لم يتوقّف تحقّقها على سبب خاصّ شرعا، فمثل هذه النتائج تحصل بكلّ سبب عرفي كالملكية، حيث لم يعيّن لها الشارع صيغة خاصّة وسببا معيّنًا، بل فيها القابلية للوجود بمطلق الأسباب العرفية كالبيع والمعاطة والصلح، ومنها الشرط في ضمن العقد.

ثمّ بعد بيان هذه المقدّمة نقول: فصلّ المحقّق الإصفهاني في المقام بين النتائج الثبوتية التي يمكن تحقّقها من خلال الشرط \_ كالملكية وغيرها من الأمور الخارجية أو الاعتبارية \_ وبين النتائج العدمية التي لا تتوقّف عدميّتها على سبب، ولذلك لا يمكن إيجاده بالشرط. وما نحن فيه من القسم الأخير، لأنّ متعلّق الشرط في قوله: «لا تُباع ولا تُوهب» عدمي، أي عدم النتيجة وهي عدم المبيعية وعدم الموهوبية، وهما أمران يستحيل

أن يكون لهما سبب، وبالتالي لا مجال لتحقيقهما من خلال شرط النتيجة.

نعم، يمكن أن يتصور تعلق [الشرط]، وذلك فيما لو كان متعلقه مما يمنع عن السبب الشرعي، فيصبح معنى الشرط في هذه الحالة هو أنني تصدقت بالمال، مع الالتزام بعدم تأثير [سببه من] البيع والهبة، لكن مثل هذا الشرط يعدّ باطلاً لمخالفته مع المشروط الذي [يبين عدم شرطيته الشرع والالتزام بتأثيره التزام بغير المشروع].

وبالجملة: استنتج المحقق الإصفهاني من خلال تحقيقه بصحة شرط الفعل دون النتيجة، لمخالفة الأخيرة مع الشرع دون السابق، والمستفاد من سياق الرواية الأخيرة [صحيحة ربيع بن عبد الله] أنّ الشرط المذكور فيها لو لم يكن وصفاً للصدقة، فلا بدّ وأن يكون شرط النتيجة لجهتين: لأنه شرط عدمي قد شرط فيه عدم البيع والهبة، ولتضمّن الرواية كلمة «لا تُورث» والذي لا يمكن حملها على شرط الفعل، لأنّ الإرث أمرٌ لا يمكن تحقّقه إلاّ من خلال حكم الشرع دون الشرط، فليس أمره بيد المكلّف ليوجده من خلال الشرط، بل هو أمرٌ مقيدٌ بأحكام الشريعة، وشرطه في ضمن العقد يعدّ شرطاً للنتيجة دون الفعل» (1).

ويرد عليه: «أولاً: إنّ إطلاق قوله رحمه الله: «إنّ شرط عدم البيع تارةً بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله» \_ لكونه داخلياً في موارد مسوغات بيع الوقف، وبالتالي لا يكون جواز بيعه منافياً مع عدم البيع، كما هو الحال في كلّ شرط مباح \_ الدالّ على أنّ مطلق موارد بيع الوقف جائزة.

ممنوعٌ، لمنافاته مع ما ورد من وجوب بيع الوقف في موارد أخرى، وهي:

1\_ قيام الضرورة الملحة كحاجة الموقوف عليهم لثمن العين الموقوفة.

2\_ قيام ما يهدّد سلامة الوقف أو الموقوف عليهم، كما لو تنازع أرباب الوقف وخيف انتهاء الأمر إلى تلف النفوس والأموال، أو حدث ما أدى إلى خراب العين الموقوفة \_ وسواء كان المراد من الخراب قلة المنافع أو زوالها \_ فإنّ الشارع أجاز فيه بيع الوقف.

ص: 219



وعليه، فما التزم به المحقق الإصفهاني \_ وتبعه على ذلك بعض أعلام تلامذته \_ من أنه لا مانع من إطلاق شرط الفعل؛ ممنوعاً لمنافاته مع وجوب البيع في بعض الموارد.

وثانياً: إن دعواه أخيراً بأن «الظاهر هنا شرط النتيجة» والاستدلال عليها بأن شرطاً «لا تباع ولا توهب» قد تعقبهما قوله: «ولا تورث» المعدود من شروط النتيجة، مما يوجب اندراج الشرطين السابقين فيها لوحدة السياق.

ممنوعة، إذ لا بدّ من التفريق بين متعلّق الشرط والتوصيف، فقد يقع المتعلّق تارةً وصفاً كقوله عليه السلام: «صدقة لا تباع ولا توهب» فيندرج في شرط النتيجة، لعدم قابليّته لشرط الفعل، وقد تقع الجملة متعلّق الالتزام، وحينئذٍ لا يبقى لها وجه لظهورها في شرط النتيجة، [بل تقع في شرط الفعل] والشاهد على ذلك:

1\_ وقع هذه الجملة في النصوص والأخبار تارةً شرطاً فعلياً وأخرى على نحو شرط النتيجة:

أمّا على نحو شرط النتيجة: فقد جاء في رواية في باب اللقيط أنّ «اللّقيط لا يُباع ولا يُوهب»<sup>(1)</sup> أي ليس في اللقيط قابليّة البيع والهبة و [الشراء].

وأمّا على نحو شرط الفعل: فقد جاء في رواية صحيحة رواها الشيخ الطوسي بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن ابن سنان، ورواها الكليني بسنده الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: «سألته عن الشرط في الإماء، لا تباع ولا تورث ولا توهب؟ فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ»<sup>(2)</sup>.

ولو كانت الجملة على نحو شرط النتيجة \_ كما ادّعاه المحقق الإصفهاني \_ كان

ص: 220

1- (977) مراده صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حرّ لا يُباع ولا يُوهب. [وسائل الشيعة 25/468، ح 5، الباب 22 من أبواب بيع اللقطة]. ونحوها صحيحة أخرى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألت عن اللقيط، قال: لا يُباع ولا يُشترى. [وسائل الشيعة 23/97، ح 1، الباب 62 من أبواب كتاب العتق].

2- (978) وسائل الشيعة 18/267، ح 1، الباب 15 من أبواب بيع الحيوان.

الشرط إبداءً للمانع في مقابل تأثير السبب الشرعي، ولا شك في بطلانه، برغم ذلك نجد أنّ الإمام عليه السلام قد حكم بصحّته، وبالتالي لا يخلو حال الشرط المذكور:

فأمّا شرط النتيجة وهو ما أبطله الإصفهاني وصحّحه الإمام عليه السلام، وأمّا شرط الفعل فهو أيضا يعدّ إبطالاً لدعوى الإصفهاني القائل بعدم إمكان وقوع الجملة شرطا للفعل.

وهناك رواية أخرى يمكن عدّها مؤيِّده لدعوانا، وهي [خبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام]: «في رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب؟ قال: يفي بذلك إذا شرط لهم»<sup>(1)</sup>.

وفي رواية الشيخ بإسناده عن الميثمي زيادة قوله: «يفي بذلك إذا شرط لهم إلا الميراث» حيث أجاز الإمام الشرط عدا الميراث.

2\_ موافقة دعوانا مع ما استنتجه الفقهاء والمحدّثين من هذه الأخبار، فضلاً عن صاحب «الوسائل» الخبير المتضلع بمضامين الأخبار ومدلولاتها، حيث عنوان الباب الذي أدرج فيه الأخبار المذكورة بـ «باب حكم اشتراط عدم البيع والهبة والميراث في بيع الجارية»<sup>(2)</sup>، وللمزيد عن ذلك راجع ما ذكره صاحب «الجواهر»<sup>(3)</sup> في المقام.

وثالثاً: إنّ تأكيد دعواه أخيراً بـ (إضافة عدم الإرث إلى عدم البيع والهبة) أيضاً ممنوعة:

1\_ لما ذكرناه آنفاً من أنّ إضافة الإرث إلى عدمهما لا توجب اندراج الجميع في شرط النتيجة.

2\_ ولو سلّمنا أنّ ضمّ الإرث إليهما يوجب ذلك، لكن معظم الأخبار الصحيحة \_ عدا الصحيحة الواردة في قضية عين يَبُوعِ (4) \_ لا تتضمن سوى العدمين دون إضافة

ص: 221

1- (979) وسائل الشيعة 18/268، ح 2، الباب 15 من أبواب بيع الحيوان.

2- (980) وسائل الشيعة 18/267.

3- (981) جواهر الكلام 24/376 (23/201).

4- (982) وسائل الشيعة 19/186، ح 2.

الإرث إليهما، كما هو الحال في صحيحة ربيع بن عبد الله (1) حسبما رواها الشيخ الطوسي (2) بإسناده الصحيح، نعم رواها الشيخ الصدوق في «الفتاوى» (3) بنفس الإسناد مع ضمّ (لا تُورث) إليهما، فيدور الأمر بين الزيادة والنقيصة، وتقتضى القاعدة ترجيح عدم السهو في الزيادة، وخاصّةً فيما نحن فيه حيث أنّ الزيادة حادثة في نقل الصدوق رحمه الله الذي يعدّ أضبط وأتقن من الشيخ في نقل الأخبار، لانحصار اهتماماته بخصوص الأخبار والأحاديث دون الشيخ الذي تنوّعت اشتغالاته وتفرّقت اهتماماته، لكن برغم ذلك فإنّ هذا الترجيح لا ينفع المحقّق الإصفهاني في دعواه للأسباب التالية:

أ: هناك مبدآن في كفيّة معالجة دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة وكلاهما غير مُفِيدَيْنِ لدعوى الإصفهاني، إذ اختلف أصحابنا:

[1] بين مرجّح لأحدهما على الآخر

[2] وبين من التزم بعدم الترجيح والتساقط.

أمّا نتيجة الثاني فواضحة حيث يستلزم سقوط النقلين، وبذلك يسقط مستند دعوى المحقّق الإصفهاني. وأمّا الأوّل فإنّه لو تمّ لأفاد ثبوت الدعوى في المقام؛ لأنّ الترجيح مبنّى على قاعدة ارتكازية عليها سيرة العقلاء وهي أنّ مؤونة الإضافة أكثر من مؤونة النقيصة، بمعنى أنّ من الطبيعي أن يسهو الكاتب حين الكتابة فتسقط منه كلمة حين كتابة النصّ، بخلاف زيادة الكلمة التي تحتاج إلى أن يتنبّه الكاتب إليها فيحشرها بين الكلمات، ولهذا السبب فإنّ الأصل عند الدوران عدم السهو في الزيادة، وأنّ الزيادة جاءت محسوبة ومرادة وليست باعتباريّة، فلها الاعتبار ولا بدّ من ترتيب الأثر عليها.

لكن هذه القاعدة الكليّة غير جارية في المقام؛ لأنّ الشيخ لو كان قد نقل الخبر مع النقيصة مرّة واحدة، لقدّمنا نقل الصدوق عليه، إلا أنّ الملاحظ أنّ الشيخ كرّر النقل في «التهذيب» و«الاستبصار» وبالتالي يضعف احتمال خطأه.

ص: 222

1- (983) وسائل الشيعة 19/187، ح 4.

2- (984) التهذيب 9/131، ح 560؛ الاستبصار 4/97، ح 378.

3- (985) الفقيه 4/248، ح 5588.

ب: صرّح صاحب «الوسائل»<sup>(1)</sup> بتطابق نقل الصدوق في «الفقيه» مع نقل الشيخ الطوسي واتّحادهما في ضبط الكلمات، ووثافة الحرّ العاملي تقتضى الحكم بموافقة نسخته من «الفقيه» مع النقيصة.

ج: روى الفيض الكاشاني الخبر في «الوافي»<sup>(2)</sup> نقلاً عن «الفقيه» خالياً من الزيادة المذكورة.

وعليه فلأسباب المذكورة يسقط النقل الوارد في «الفقيه» المطبوع، ويتقدّم عليه نقل الشيخ مع النقصان، بل يتفق نقل الشيخ مع نقل الصدوق، ولو تنزّلنا وسلّمنا تردّد الأمر بينهما فالأسباب المذكورة تمنع عن جريان القاعدة.

[الحاصل]: ثبت ممّا ذكرنا عدم ثبوت انضمام الإرث إلى العدمين المذكورين، وبالتالي تسقط دعوى المحقّق الإصفهاني المبنية على ضمّ «لا يُورث» إلى «لا يُباع ولا يُوهب».

ورابعا: لو سلّمنا دعوى المحقّق الإصفهاني والتزمنا بأنّ الوضعين المذكورين يعدّان من شروط النتيجة دون الفعل، إلّا أنّ دعواه بأنّه «لا معنى للالتزام به إلّا إبداء المانع عن تأثير ما هو سببٌ للانتقال من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعا التزام بغير المشروع» ممنوعة، لأنّ المشروعية وعدمها من أوصاف الفعل الاختياري، بمعنى أنّ الفعل الصادر عن المكلّف باختياره إن وافق الكتاب والسنة عدّ مشروعاً، وإن خالفهما أصبح مخالفاً للشرع، ومع الالتزام بأنّ الشرط شرط النتيجة، فإنّه ليس لمثل هذا الشرط إبداء المانع مقابل السبب الشرعي؛ لأنّ الإبداء أمرٌ غير اختياري وقد ثبت أنّ المشروع وغير المشروع متفرّعان عن الاختياري الموافق والمخالف، أمّا غير المقدور فلا يوصف بذلك.

هذا تمام الكلام في تعليقة المحقّق الإصفهاني على كلام المحقّق التستري

ص: 223

1- (986) وسائل الشيعة 19/187 ذيل ح4 قال: ورواه الصدوق عن ربيعي بن عبد الله نحوه.

2- (987) الوافي 10/568، ح 10115.

## موانع بيع الوقف في رأى الشيخ الأعظم

### إشارة

قال: «مما ذكرنا ظهر: أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها.

وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

والتعبّد الشرعى المكشوف عنه بالروايات؛ فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله؛ حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلّها، وسيجىء التفصيل»(2).

أقول: يمكن النقاش فى هذه الموانع الثلاث كلّها:

### 1\_ أما حق الواقف

«فإنّه لا شك أنّ الحقّ والملك نحو إضافة بين المالك والمملوك، وبين ذو الحقّ ومتعلّق الحقّ، ومن المعلوم أنّه لا يمكن فرض الإضافة فى مطلق الأمور المرتبطة والمتعلّقة إلّا مع وجود طرفيها، كما هو الحال فى الوقف، فإنّ الواقف يقطع من خلال الصيغة العُلقة الاعتبارية والإضافة الملكية الموجودة بينه وبين المال، ومن ثمّ لا يبقى حقّ ليضاف إليه، إلّا ما ذكره الشيخ من عنوان الصدقة الجارية التى ينتفع منها الواقف، فإنّ كلامه صحيح لا غبار عليه، فالبيع بما أنّه يعدّ مفوّتاً لهذه الصدقة، يعتبر قاطعاً للوقف ومانعاً من موانع دوام الصدقة الجارية.

وأما دعواه: من أنّ حبس العين وتسييل المنفعة يجعل للواقف حقّاً فى المال الموقوف، بمثل حقّ الرهانة بين الراهن والمرتهن وحقّ التحجير.

فهى دعوى ممنوعة، واضحة البطلان، لانتقطاع العلاقة الحقيقية والملكية بين المالك والعين الموقوفة بعد تحقّق الوقف.

ص: 224

1- (988) العقد النضيد 4/ (516-521) مع إصلاحات وذكر المنابع والمصادر.

2- (989) المكاسب 4/35 و 36.

## 2\_ وأما حقّ الله \_ سبحانه وتعالى \_

فإنّه أيضا أمرٌ لا يمكن تصوّره في المقام؛ لأنّ المراد من قيام العلقه معه سبحانه لا يخلو:

إمّا أن يراد منها قيام العلقه الإضافيّة الاعتباريّة بين الله سبحانه وبين المال، فهو ممنوع إلا في موارد خاصّة قام الدليل عليها، كما في الخمس، حيث دلّ قوله تعالى: «فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ»<sup>(1)</sup> على مثل تلك العلقه، أمّا في الوقف فلا دليل عليها.

وأما أن يراد منها أنّ الوقف يقرب المال المملوك إلى صدقة، ومن هذه الجهة يعدّ متعلّقاً لحقّ الله سبحانه، فهو أيضا ممنوع، لأنّ الواقف لا يملك ماله لله سبحانه وتعالى من خلال الصيغة، بل تملك بالله وفي سبيل الله ولأجل التقرب إليه سبحانه، وإلا فإنّه لو حصلت إضافة مالكيّة بين المال الموقوف وبين الله سبحانه وتعالى، لاستحال التعامل على أموال الفقراء والصدقات من بيع وشراء وإجارة، وهذا ما لا تريد في بطلانه. فإذن هناك فرق بين التملك لله والتمليك بالله وفي سبيل الله.

ولعلّ أدقّ ما قيل في بطلان هذا الحقّ المزعوم، ما صرّح به المحقّق النائيني بقوله: «وأما حقّ الله تعالى فليس له حقّ على الواقف في مقابل الحكم، نظير الحقّ المتصوّر في باب الزكوات والأخماس، نعم المتصوّر في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم الشرعيّ التعبدى بوجود صرف الوقف فيما عيّنه الواقف، ومن المعلوم أنّ الحكم مغاير مع الحقّ فالتعبير عن الحكم بالحقّ لا يخلو عن مساهلة»<sup>(2)</sup>«(3).

وبالجملة: لا- دليل على ثبوت الحقّ للواقف ولله سبحانه في العين الموقوفة ومن المعلوم توقف ثبوت الحقّ على الاثبات وليس هناك ما يثبت لهما ذلك.

## 3\_ وأما حقّ البطون المتأخّرة

فناقشه المحقّق الخراساني بقوله: «وأما البطون اللاحقة، فلو سلّم كون العين فعلاً

ص: 225

1- (990) سورة الأنفال /41.

2- (991) المكاسب والبيع للآملی 2/381.

3- (992) العقد النضيد 4/ (521-523).

متعلّقة لحقّها، فإنّما يكون مانعاً عن بيعها على أن يكون الثمن ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم، لا على أن يكون الثمن كالمثمن متعلّقاً لحقوقها، إذا كان البيع صالحاً للوقف»(1).

مراده: يمكن توضيح مراده بتمثيله بباب الرهن، «حيث التزم المشهور بعدم جواز بيعه، في قبال من ذهب إلى جوازه، وإن لم يأذن به المرتهن، لعدم منافاة البيع مع حقّ المرتهن، لانتقال حقّه إلى ذمّة المشتري، وله استنقاذ حقّه من العين. وكذلك الحال في باب الوقف، فإنّ بيع الوقف إذا كان سبباً لزوال حقّ البطون اللاحقة كان منافياً له، وأمّا إذا قلنا بجواز بيعه فيما لو خربت العين الموقوفة، فإنّ الحقّ يبقى ثابتاً دون أن يبطل بل ينتقل من المثمن إلى الثمن»(2).

ويرد عليه: «أن الحق الثابت لهم من خلال الوقف حقّان: حقّ متعلّق بخصوص العين، وحقّ متعلّق بماليّة العين، وبالرغم من أنّ البيع لا يتعرّض لحقّهم الثانی المتعلّق بماليّة العين الموقوفة، إلّا أنّه يزيل حقّهم الأوّل المتعلّق بذات العين، ومن هذه الجهة يعدّ البيع مضيّعاً لحقوق البطون اللاحقة، فيكون باطلاً»(3).

وتبع المحقّق الإصفهاني أستاذه الخراساني في النقاش وقال: «إنّ مالكيّة البطون اللاحقة ليست مالكيّة فعلية في عرض مالكيّة البطن السابق، لا استقلالاً ولا اشتراكاً، لاستحالة ملكيتين فعليتين لتمام العين في زمان واحد، ولعدم استحقاق البطون اللاحقة لبعض منافع العين في غير زمانهم، وليست مالكيّة فعلية طويلة، لاستحالة المالكيّة الفعلية للبطن اللاحق للعين في زمانه، بداهة أنّه اعتبار لغو لا يصدر من عاقل فضلاً عن الشارع إذ ليس الملك الاعتباري إلّا ما يتقوم به الاعتبار، فالاعتبار الفعلي للمالكيّة في زمانه غير معقول.

فلا محالة تكون مالكيّة البطون اللاحقة شأنية، وليس الملك الشأني سنخاً من

ص: 226

1- (993) حاشية المكاسب /107.

2- (994) العقد النضيد 4/523.

3- (995) العقد النضيد 4/528.

الملك فى قبال الملك الفعلى؛ لىكون أمرا محققا يمنع عن تصرف البطن السابق، بل لىس له إلا شأنىة الوجود، لتمامىة سببه الشرعى، وعدم الفعلىة مستند إلى عدم البطن اللاحق الذى يقوم به الملك، والملك الانشائى وإن كان محققا، إلا أنه لا ربط له بالملك الاعتبارى الذى يتسبب إليه بالوجود الانشائى كما مرّ مرارا... .

وعليه فلىس بالنسبة إلى البطن اللاحقة ملك فعلى يمنع عن تصرف المالك بالفعل، ولا حقّ اعتبارى مجعول من قبل الواقف، ولا من قبل الشارع، بل الموجود سبب إنشائى تام غير مؤثر فى مالكىة البطن اللاحقة»(1).

أقول: بالنسبة إلى حق البطن المتأخرة لا بدّ أن نبحث عنه فى مقامى الثبوت والإثبات.

وأما مقام الثبوت

فالبحت فىه يتوقف على إمكان ملكىة المعدوم وعدمه وفىه قولان: «1\_ ذهب المشهور إلى أنه لا يمكن تصوير الملكىة الفعلىة للمعدوم من جمىع النواحى، وقد صرّح بذلك [الشىخ فى النهایة(2) والمبسوط(3) والقاضى فى المهذب(4) وابن إدريس فى السرائر(5) والمحقّق فى الشرائع(6) و] العلامة فى عدد من كتبه(7)، والمحقّق الثانى فى جامع المقاصد(8)، وكذلك الشهید الثانى(9)... ومنهم صاحب الجواهر، ولعلّ تصریح

ص: 227

1- (996) حاشية المكاسب 3/82.

2- (997) النهایة /615.

3- (998) المبسوط 4/14.

4- (999) المهذب 2/109.

5- (1000) السرائر 3/212.

6- (1001) الشرائع 2/199.

7- (1002) منها: تذكرة الفقهاء 21/73، قواعد الأحكام 2/448.

8- (1003) جامع المقاصد 10/41.

9- (1004) المسالك 6/215.



المحقق الإصفهاني [بما معناه]: «أن مالكيّة البطون اللاحقة ليست مالكيّة فعليّة ولا يمكن تصوّرها، بل هي مالكيّة شأنيّة، وهي ليست إلاّ إنشاء الواقف وتسيبه الوقف للبطن المتأخّر من خلال الصيغة» ليس إلاّ صدقاً لما صرّح به [صاحب الجواهر] في كتاب الوصيّة، حيث قال في الفصل المتعلّق بالموصى له: إنّ «المعدوم ليس له أهليّة التملّك ولا قابليّته، ضرورة كون الملك من الصفات الوجوديّة التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا- يتصوّر قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، وما ثبت في الوقف من صحته على المعدوم تبعاً للموجود، إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلة الناتجة في ثبوت الملك له، لا أنّه مالك حال عدمه، وإلاّ كان وجوده كاشفاً عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر وهو معلوم البطلان»(1).

2\_ ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه لا- محذور ثبوتاً لفرض الملكيّة للمعدوم، واستندوا في ذلك إلى موارد فقهيّة أثبت فيها الشارع ملكيّة المعدوم، ولعلّ بعضها معدومة من ضروريّات الفقه، كبيع الثمرة الموجودة مع ثمرة السنة القادمة المعدومة خلال صفقة واحدة، وكذلك إجارة المنافع الحاصلة مستقبلاً والمعدومة فعلاً، فإنّ الملكيّة المفروضة في هذه الموارد إنّما هي ملكيّة معدومة يقوم أحد الأطراف بالتعامل عليها وبيعها وتمليكها للمشتري، ومن المعلوم أنّ الأحكام العقليّة آية عن التخصيص، فإنّ الملكيّة التي هي إضافة إلى طرفي المعاملة من المالك والمملوك، لو أمكن تحقّقها بمعناها المفعولي بالنسبة إلى المعدوم، لأمكن تحقّقها بمعناها الفاعلي بالنسبة إلى المالك، للملازمة العقليّة القائمة بين ملكيّة المعدوم والمالك.

وبعبارة أخرى: بعد ما ثبت شرعاً إمكان ملكيّة الأعيان والمنافع المعدومة، فإنّه يثبت بالنسبة إلى المالك أيضاً بحكم البرهان والضرورة.

مستند المشهور في حكمهم بعدم إمكان وقوع المعدوم طرفاً للإضافة، إلى أنّ

ص: 228

المعدوم لا يمكن الإشارة إليه، وما لا يمكن الإشارة إليه لا مجال لتخصيص الشيء به وتمليكه إياه.

والجواب، أمّا كبروريّاً: فإنّ ما استند إليه في نفي الإضافة عن المعدوم، إنّما هو مختصّ بالمعدوم المطلق دون المعدوم بالإضافة، وهو المعدوم بالفعل الذي سيوجد لاحقاً، وذلك لأنّ المعدوم المطلق لا وجه له ولا عنوان: أمّا المعدوم الإضافي فإنّ له عنوان يمكن من خلاله الإشارة إليه، وقابلاً لأن يصبح موضوعاً يتعلّق به الأحكام.

وأما صغرويّاً: فإنّه لا شكّ في صحّة الحكم على العنوان الذي يتحقّق معنونه لاحقاً، كصدور الحكم فعلاً في هذا اليوم على المعنون الذي يتحقّق غداً، وهو معدوم الآن لكنّه موجودٌ غداً، وما نحن فيه من تعلّق الوقف بالبطون اللاحقة من هذا القبيل، وكذلك الحال بالنسبة إلى بيع الثمرة وإجارة المنافع المستحدثة.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا نقضاً وحلاً ومن جهة الثبوت، إمكان جعل الأمر الاعتباري للمعدوم عقلاً، بل نفس التعبد الشرعي بذلك كاشفٌ عن إمكان تعلّق الإضافة بالمعدوم عقلاً وصحّته، لأنّ التعبد فرع على معقولية الشيء وصحّته»<sup>(1)</sup>.

وأما مقام الاثبات

«فهو متوقّف على قيام الدليل، بمعنى أنّه في أيّ مورد قام الدليل على توجيه الخطاب إلى المعدوم، نحكم بصحّته وصحّة المعاملة عليه، كما في بيع الثمار وتمليك المنافع المستقبلية، وكذلك الحال بالنسبة إلى ملكية البطون المتأخّرة، فبعد عدم المانع ثبوتاً يكفي للحكم بصحّتها نفس الأدلّة على صحّة الوقف، فإنّ قوله عليه السلام [في صحيحة ربيع بن عبد الله]: «تصدّق بداره التي في بني زريق صدقةً لا تُباع ولا تُوهب... لخالاته ما عشن وعاش عقبهنّ»<sup>(2)</sup> دليلٌ إثباتي يدلّ على أنّه عليه السلام لا حظ المعدومين من أعقابهنّ من خلال عنوان حالاته الموجودات، فأوقف لهم وملّكهم وخصّهم بهذه الدار التي في بني

ص: 229

1- (1006) العقد النضيد 4/525 و 526.

2- (1007) وسائل الشيعة 19/187، ح 4.

زُرَيْق. بالتالى ثبت أنه لا مانع من الحكم بتحقيق هذه الملكية.

إنما الكلام فى أنه هل يثبت للموقوف عليهم الحق من خلال هذه الملكية العنوائية الشأنية أم لا؟

يمكن أن يقال: الحق يعنى الاختصاص والإضافة الخاصة بالحاصلة بين الطرفين، كالاختصاص والإضافة الحاصلة للمرتهن بالعين المرهونة، أو للسابق بمكان الصلاة [فى المسجد]، ولا شك أن مثل هذا الاختصاص لا يتحقق إلا من خلال السبب، أما الملكية الحاصلة للبطون اللاحقة من خلال إنشاء صيغة الوقف، لا يخلو حال المتصرف فيها بإزالة عنوان الوقف:

أما أن تصرفه لا يعد عند العقلاء تضييقاً عليهم، واعتداءً على أموالهم وحقوقهم، فلا ذم ولا مؤاخذه، لعدم تصرفه فى حق يلام عليه.

وأما أن ذلك يعد عند العقلاء عملاً عدوائياً يؤخذ به ويذم لأجله، كما هو الحق، فإن موافقة الطبقة الحالية بالتصرف الذى يزيل ملكية البطون اللاحقة، يعد عند العقلاء \_ من كل مسلكٍ وملةٍ وقوم \_ عملاً مذموماً ومؤاخذاً عليه، وكاشفاً عن ثبوت حق فعلى لم يرد عنه الشارع للبطون اللاحقة، وبذلك تتم دعوى الشيخ من ثبوت الحق، ويبطل ما ذهب إليه المحقق الإصفهاني (1) وغيره من إنكار ثبوت الحق (2).

### فذلكة القول

ثبت مما ذكرنا أن المانع عن صحة بيع الوقف هو تعلق حق الموقوف عليهم من البطون المتأخرة بالعين الموقوفة، مضافاً إلى ورود الروايات المانعة عن بيع الوقف التى مرّ بعضها. والله العالم.

مقالة المحقق الإصفهاني فى تصحيح بطلان بيع الوقف وتاماميتها

قال: «نعم يمكن القول بالمنع من التصرف الناقل لعدم مقتضى تام للمتصرف، لا

ص: 230

1- (1008) حاشية المكاسب 3/82.

2- (1009) العقد النضيد 4/527.

إن ملكية كل بطن إن كانت ملكية فعلية مرسلة مطلقة كانت مصححة للبيع الذي هو تمليك مرسل مطلق، وإن كانت ملكية محدودة مؤقتة فهي غير مصححة للتمليك المطلق المرسل، إذ ليس للبائع ما لا بد منه في تحقق البيع منه...»(1).

مراده: «أن حقيقة البيع هي التمليك المرسل المطلق، وهو يتم فيما لو كان المملك قادرا عليه، وذلك إذا كانت ملكيته مطلقة، وأما إذا كانت محدودة مؤقتة فهو عاجز عن تحققه، وما نحن فيه من قبيل الثاني إذا أن ملكية كل بطن محدودة بفترة معينة، فالمالك الأول مالك إلى حين انقراضه، وحينذاك يملكه البطن الثاني وهكذا، وبالتالي فبطان البيع إنما هو من جهة عدم الاقتضاء لا قيام المانع»(2).

أورد عليه: «أولاً: بأنه كما أن الوقف تمليك محدود، فما المانع أن يقع البيع على نحو التمليك المحدود.

وثانياً: لو سلمنا عدم صدق البيع على التمليك المحدود، فإن المشكلة ترتفع فيما لو قام البطن الموجود بتمليك العين تمليكا مرسلًا مطلقاً، لكن بشرط انفساخ البيع عند انقراض البطن الموجود.

وثالثاً: لو سلمنا وتنزلنا عنهما، فإن غاية ما يتحقق من خلال تصرف البطن الموجود، هو وقوع البيع الفضولي؛ لأن الطبقة الموجودة قد باع ما لا يملك، فيتوقف صحة البيع وتحقق الملكية المرسلة على إجازة الطبقة اللاحقة»(3).

ويمكن أن يجاب عن الإيراد الأول: «أن توجيه مثل هذه المناقشة إلى كلام المحقق الإصفهاني لا يخلو عن الغرابة، لأن المحقق الإصفهاني حينما استعرض الأدلة الواردة في بابي الوقوف والصدقات على الطبقات والبطن، لاحظ أن جميعها تقيّد ثبوت الملكية المحدودة، ومن ثم يناقش مناقشة إثباتية وليس بثبوتية، ويقول مع قيام هذه

1- (1010) حاشية المكاسب 3/83.

2- (1011) العقد النضيد 4/528.

3- (1012) العقد النضيد 4/529.

الأدلة الدالة على التملك المحدود، كيف يمكن فرض تحقق البيع غير المحدود، بمعنى أن من يملك ملكية محدودة كيف يتسنى له القيام بالبيع المطلق، وتمليك المال الموقوفة للمشتري تملكاً مطلقاً؟! وعليه فقياس البيع المحدود بالوقف قياس مع الفارق، وباطل ثبوتاً وإثباتاً؛ لأن ملكية الواقف على العين ملكية مطلقة غير مقيّدة لكن ملكية الموقوف عليه محدودة ومقيّدة، حيث يملك الواقف الطبقة الأولى جزءاً من الملكية، ويعطى الطبقة الثانية جزءها الآخر، وهكذا بالنسبة إلى بقية البتون، وبالتالي ليس في استطاعة المالك المحدود ملكيته القيام بالبيع المطلق المرسل، فضلاً عن أن عمله فاقد للدليل الاعتبار.

عن الإيراد الثاني: إن الحكم فيه يتوقف على ملاحظة النتيجة الحاصلة من البحث عن أمرين: أ: هل يجوز البيع بشرط الانفساخ، ب: وهل يعدّ مثل هذا الشرط في ضمن العقد سائغاً؟

أ: لا شك في قيام الأدلة على صحة البيع بشرط الخيار، وأما بيع المال مشروطاً بأن يفسخ البيع بنفسه في فترة معينة، فهذا ما نبحت عن حكمه في بحث الشروط، ونبحت خلاله عن مدى تأثير الشرط في فسخ المعاملة، ومختارنا أنه لا مجال للحكم بصحة هذا الشرط، لأنه شرط النتيجة وليس بشرط الفعل، وبالتالي فشرط انفساخ العقد في الوقت المعين باطل.

ب: ولو سلمنا صحة البيع بشرط الانفساخ، فإن من ضروريات الفقه توقف صحة كل شرط على صحة المشروط، أي يجب أولاً صحة العقد بتامية اقتضائه وارتقاع موانعه، ليصل الدور ثانياً إلى البحث عن حكم الشرط في ضمنه، وفي المقام فإن المشروط بنفسه ممنوع، لأنه تملك مطلق ممن له الملكية المحدودة، وبالتالي فأصل العقد فاقد لاقتضاء الصحة، ولا يبقى بعده شرط البحث عن حكمه.

ج: هذا فضلاً عن أن الإشكال المذكور دورى، لأن المستشكل يحاول تصحيح البيع الصادر من المالك المحدود بشرط الانفساخ، فصحة المشروط متوقفة على صحة الشرط وبالعكس، وهذا دور واضح.

وعن الإيراد الثالث: ثبت في بحث الفضولي أنّ الإجازة تكون مصحّحة فيما لو صدرت ممّن له حقّ إصدارها، وفي قضية الوقف فإنّ ملكيّة جميع الطبقات تكون محدودة غير مطلقة، وبالتالي فلا يصحّ صدور الإجازة المطلقة ممّن له الملكيّة المحدودة»(1).

### فذلّكة الكلام إلى هنا

فقد ظهر ممّا سردناه عليك تمامية أدلة حرمة بيع الوقف بالوجه التالية:

1\_ الوقف يتنافى ذاتا مع البيع فالجمع بينهما جمعا بين المتنافيين.

2\_ النصوص الخاصة الدالة على بطلان بيع الوقف.

3\_ بيع الوقف يتنافى مع حق بطون الموقوف عليهم المتأخرين.

4\_ ما أفاده المحقّق الإصفهاني قدس سره في تصحيح بيع الوقف. واللّه العالم.

### هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع الخارجى فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟

ذهب الشيخ الأعظم(2) إلى الثانى «حيث ذكر أنّ مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة، إلاّ أنّه قد يعرض ما يجوز مخالفة الإنشاء، ثمّ تنظره بالرجوع فى الهبة الجائزة المنافى لمقتضى العقد وسلطنة الموهوب له على العين الموهوبة»(3).

ولكن ذهب جدى الشيخ جعفر قدس سره إلى الأوّل وقال ما نصه: «أنّ البيع واشباهه ينافى حقة الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكيّة، لثبوتها فيه على المشهور أو لأنّ نفى المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً فيكون كالتحرير

ص: 233

1- (1013) العقد النضيد 4/529 و 530.

2- (1014) المكاسب 4/36.

3- (1015) محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/139.

وتبعه نجله خالى الشيخ حسن قدس سره وقال: «لمنافاة النقل لحقيقة الوقف المتلقى عن الشارع لأخذ الدوام فيه وكونه حسباً للعين المنافى لنقلها فيكون كالتحرير للمملوك...»(2).

وتابعهما صاحب الجواهر قدس سره وقال: «والذى يقوى فى النظر \_ بعد إمعانه \_ أنّ الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضادّ، نعم إذ بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع»(3).

### اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده

واعترض عليهم الشيخ الأعظم(4) بما حاصله: «إن أرادوا من بطلان الوقف انتفاء بعض آثاره، وهو عدم جواز البيع، فيثبت الجواز، لأنّ نفى النفي إثبات، فيكون جواز البيع مشروطاً بجوازه، وهو ممّا لا محصّل له، لرجوعه إلى اتّحاد الشرط والجزاء، فضلاً عن احتياجه إلى النظر أو إلى إمعانه.

وإن أرادوا انتفاء أصل الوقف ورجوعه إلى ملك الواقف أو الموقوف عليه، فهو مخالف للإجماع؛ إذ لم يقل أحد من مجوّزى بيع الوقف بعوده ملكاً عند طرؤ أحد المسوّغات، ولم يجوّز أحد التصرّف فيه حينئذٍ كالتصرّف فى بقيّة الأموال بأن يهبه إلى أحد أو يرهنه، وقد صرح المحقّق [الثانى] فى جامع المقاصد(5) بالمنع عن رهنه وإن بلغ حدّاً يجوز بيعه معللاً باحتمال زوال مسوّغ البيع عند إرادة بيعه فى استيفاء الدين، وكذا لم يقل أحد بانتقاله إلى الوارث بعنوان الإرث إذا لم يبيع إلى أن زال المسوّغ بل يحكم بوقفيّته، مع أنّ طرؤ المسوّغ لو كان موجبا لبطلان الوقفيّة احتاج رجوعه إلى الوقفيّة ثانياً إلى إنشاء ثان.

ثمّ اختار بعد ذلك أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً فى مفهوم الوقف، فمعنى جواز بيعه ثبوت الولاية للبائع على تبديل أموال البطون اللاحقة أو جعل الشارع له حقّ إبطال

1- (1016) شرح القواعد 2/223 و 224.

2- (1017) أنوار الفقاهة 5/284.

3- (1018) الجواهر 23/576 (22/358).

4- (1019) المكاسب 4/37.

5- (1020) جامع المقاصد 5/51.

أقول في النزاع بين المشايخ الثلاثة والشيخين الجليلين: «إن أرادوا ببطلان الوقف أحد المعنيين المذكورين، أعنى انتفاء بعض آثاره وهو عدم جواز بيعه، أو بطلان الوقف رأساً، فالأمر كما أفاده [الشيخ الأعظم]، لا يمكن الالتزام بشيء منهما.

إلا أنه من المحتمل أن يرادوا به معنى آخر، وهو بطلان الوقف من حيث إيقافه عن البيع، فإنّ الوقف \_ كما عرفت \_ عبارة عن سكنون العين الموقوفة وإسقاطها عن قابلية الانتقال بكلّ نحو من أنحاءه، وقد أمضاه الشارع إلاّ من جهة البيع عند طرّو المسوّغ ما دام باقياً، فمعنى بطلان الوقف عدم إمضاء الشارع لما أنشأه الواقف، لكن لا مطلقاً لبطل الوقف رأساً، بل من تلك الحيثية فقط. وعدم امضائه من بعض الحيثيات لا يستلزم عدم امضاء ما أنشأه الواقف رأساً كما هو واضح.

والالتزام بالبطلان بهذا المعنى لا بدّ منه؛ فإنّ إمضاء الشارع لحبس الوقف من جميع الجهات منافٍ لتجوز الانتقال بالبيع أحياناً، فما ذكروا من أنّ بقاء الوقف وجواز البيع من التضادّ أمرٌ تام، إلاّ أنّ بطلان الوقف ليس من جميع الجهات لتلزم المحاذير المتقدّمة، بل يكون البطلان من جهة البيع مادام المسوّغ موجوداً. وعليه لا يلزم عود الوقف ملكاً ولا انتقاله بالإرث ولا جواز التصرف فيه بغير البيع من أنحاء التصرفات، ولا يجوز رهنه ولا غير ذلك»(3).

مقالة المحقق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها

قال: «لا ثمره لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع قبل عروض المجوّز، وعلى جواز البيع بعد عروضه ثمّ دوامه بدوام المجوّز وارتفاعه بارتفاعه.

نعم: لو كان ارتفاع الجواز بارتفاع المجوّز من محلّ الخلاف، وكان مبنيّاً على كون

ص: 235

1- (1021) محاضرات في الفقه الجعفري 3/139 و 140.

2- (1022) منية الطالب 2/278.

3- (1023) محاضرات في الفقه الجعفري 4/140 و 141.



صفة الوقفية مستمرة إلى زمان البيع، لا إلى زمان عروض المجوّز، وإلاّ لم يعد إلى المنع بارتفاع السبب؛ لأنّ سبب المنع الأوّلَى - وهو الوقف - قد ارتفع بعروض المجوّز، ولم يحدث وقف آخر كان لهذا البحث مجال، إلاّ - أنّه لا - وجه لارتفاع جواز البيع بارتفاع السبب المجوّز حتّى على القول ببقاء صفة الوقف ما لم يتحقّق البيع، فالقولان لا يختلف في هذا الأثر.

والوجه في ذلك أمّا على القول بالخروج عن صفة الوقف بمجرد جواز البيع فواضح، وقد أشرنا إليه، وأنّه لا مقتضى للدخول فيها ثانياً، وأمّا على القول بعدم الخروج إلاّ - بالبيع فعلاً فلاّ صفة الوقف وإن كانت محفوظةً ما لم يتحقّق البيع إلاّ أنّ دليل حرمة البيع - أعنى: دليل الوقف - لا عموم فيه أزمانيّ كدليل «أوفوا بالعقود»<sup>(1)</sup>، فإذا انقطع استمراره الأزمانيّ الناشئ من الإطلاق بدليل جواز البيع عند الأسباب الخاصّة بطل التمسك به، ولا يرجع إليه حتّى بعد زمان ارتفاع تلك الأسباب، وكان المحكّم استصحاب حكم المخصّص، أعنى، جواز البيع<sup>(2)</sup>.

مراده: «جواز البيع بعد زوال المسوّغ على التقديرين، سواء قلنا ببطان الوقف أم لم نقل به، أمّا على الثاني فلاّ إطلاق دليل المنع عن بيع الوقف قد خصّص في زمان تحقّق المسوّغ، وبعد زواله لا يمكن الرجوع إلى عموم المنع، لأنّه حكم مستمرّ وقد انقطع، وعوده يحتاج إلى دليل آخر، فيستصحب بقاء حكم المخصّص، وهو جواز البيع، فمن هذه الجهة لا يترتّب أثر عملي على القول بطلان الوقف بطرّو المسوّغ وعدمه»<sup>(3)</sup>.

ولكن يرد عليه: «الحق عدم جواز البيع بعد زوال مسوّغ البيع. أمّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المورد من موارد التمسك بالعام دون المخصّص، وذلك لأنّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً - لما قبل طرّو مسوّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقي من المتقدّم على طرّو المجوّز والمتأخّر منه تحت العام، وقد ذكرنا في بحث

ص: 236

1- (1024) سورة المائدة/1.

2- (1025) حاشية المكاسب 2/440.

3- (1026) محاضرات في الفقه الجعفري 3/141.

الأصول أن الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية في كونها مشمولة لعموم العام وقد ذكرنا في ذلك البحث أنه لا فرق بين العموم الأفرادى الإستغراقى كما فى المقام وبين العموم المجموعى من حيث التمسك بالعام دون المخصّص، وبديهي أن المقام من قبيل العام الاستغراقى لأنّ كلّ فرد من أفراد البيع محكوم بالبطلان سواء الأفراد الواقعة قبل طرؤ المسوّغ أو بعد ارتقاعه، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام نتبعه وأمّا غيره فيكون مشمولاً لعموم العام، وليس هذا كلّه إلاّ من جهة حجّية الظهور وكونه مطابقاً للارادة الجديّة، وكذا الكلام لو قلنا ببطلان الوقف لأنّ المراد ببطلان الوقف ليس هو خروج الشىء عن الوقفية وعوده إلى ملك الواقف، وليس مرادنا أيضاً كونه طلقاً للموقوف عليهم، بل مرادنا من البطلان ما ذكرناه من مقالة عدم إمضاء الشارع هذا المقدار من الوقف أى جهة المنع عن بيعه فقط، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثمّ شككنا بعد زوال العذر فى جواز بيعه وعدمه متمسك بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه فى الأوّل، وليس المورد من موارد التمسك بالمخصّص لما ذكرناه من أنّه لا فرق بين العموم الاستغراقى والمجموعى، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقاً للارادة الجديّة للمتكلّم إلاّ بالمقدار المعلوم، وليس المقدار المعلوم إلاّ حالة وجود المسوّغ ومجوّز البيع، وأمّا بعد زواله فلا.

مضافاً إلى أنّه لو سلّمنا ببطلان الوقف وكونه ملكاً طلقاً للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسك بالمخصّص بل لا بدّ من التمسك بعموم أدلّة الامضاء، لأنّ ما أنشأه الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضى كذلك، وقد خرجنا عنه فى صورة عروض المسوّغ وأمّا بعده أو قبله فنتمسك بدليل الامضاء ولو كان مجموعياً متكفلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذى ذكرناه فيما تقدّم، فما ذكره وادّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشىء على وقفيته إذا لم يبيع بعد عروض المجوّز حتّى زال هو مقتضى القاعدة»(1).

ص: 237

ثم بعد ما ظهر من بطلان بيع الوقف وأن الأصل الأولى فيه عدم جواز بيعه فيقع الكلام في الجهتين:

## الجهة الأولى: الخروج الموضوعي عن هذا الأصل الأولى

### إشارة

وهو عدم جواز بيع الوقف

بمعنى أى وقف يجوز بيعه عند طرّو المسموغ وأى وقف لا يجوز بيعه؟

وقع الخلاف بين الأصحاب في ذلك على أقوال:

### أقوال

#### القول الأول:

ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقاً وعدم الخروج من عموم المنع أصلاً وهو الظاهر من الحلبي (1) وإدريس (2) وقواه الشهيد (3) ولكنه لم يذهب إليه لكونه نادراً.

#### القول الثاني:

جواز البيع مطلقاً، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنما يقول في غير المساجد والمشاهد.

#### القول الثالث:

جواز البيع في الوقف المنقطع وعدم جوازه في الوقف المؤبد وهو المحكى عن القاضي (4).

والمراد بالوقف المنقطع: هو الوقف «على طائفة خاصة من غير تقييد بزمان خاص وإلا فيكون حبساً الذي عبارة عن حبس العين مع كونها باقية على الملك وتسييل المنفعة، ولكن حيث أنه لطائفة خاصة ينقض كثيراً بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الآخر» (5).

والمراد بالوقف المؤبد: هو «الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة في النجف مثلاً ومع عدمهم لمطلق أهل العلم ومع عدمهم -

وَأَلْعِيَاذُ بِاللَّهِ - لفقراء الشيعة ومع عدمهم

1- (1028) الكافي في الفقه /324 و 325.

2- (1029) السرائر 3/153.

3- (1030) الدروس 2/279.

4- (1031) المهذب 2/92.

5- (1032) مصباح الفقاهة 5/164.

لأغنياء الشيعة وهكذا، فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم إلى الأبد ويبقى طبقة بعد طبقة وجيلاً بعد جيل»(1).

القول الرابع: جواز البيع في الوقف المؤبد وعدم جوازه في الوقف المنقطع على عكس القول الثالث كما عليه الشيخ (2) وسالار (3).

ولعل من يقول بهذا القول يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف في المنقطع يعني أن المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

### القول الخامس:

جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه في نفس العين الموقوفة، مثلاً يجوز بيع حصر المسجد وفرشه وجدوعه وغيرها من الأجزاء والآلات التي سقطت عن الانتفاع في هذا المسجد بنحو من الانحاء وهو المحكى عن الاسكافي (4) وفخر المحققين (5).

### القول السادس:

عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز في غيرهما من أفراد الوقف.

ولكن هذا القول ليس تفصيلاً في الحقيقة لأنه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد فهذا القول يرجع إلى القول الثاني وهو الجواز مطلقاً ولكنه في غير المساجد والمشاهد.

وبالجملة: بعد ارجاع القول السادس إلى القول الثاني تصير الأقوال في الجهة الأولى وهي الخروج الموضوعي عن الأصل الأولى عدم جواز بيع الوقف إلى خمسة والله العالم.

ص: 239

1- (1033) مصباح الفقاهة 5/164.

2- (1034) النهاية 599.

3- (1035) المراسم 197.

4- (1036) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة 6/287.

5- (1037) إيضاح الفوائد 2/407.

إشارة

ثم يقع الكلام فى هذه الجهة الأولى فى الوقف المؤبد

الوقف المؤبد:

ذهب الشيخ الأعظم (1) إلى أنه على قسمين:

**1\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم**

1\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم استتجاره وأخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق» (2).

وهو على أقسام:

أ: وقف وتمليك على البطون والأشخاص، وهذا تمليك للعين على نحو خاص.

ب: وقف على العناوين الكلية كالطلاب والعلماء والفقهاء أو بنى هاشم، وهذا تمليك المنفعة.

ج: وقف على الجهات كان يوقف المال لعمل معين نحو طبع ونشر الكتب الدينية أو إقامة مجالس تعزية الحسين عليه السلام، وهذا وقف للانتفاع به فى الجهة الخاصة المنظورة عند الواقف.

**2\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير**

2\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير كما فى المساجد والمدارس والرُّبُط؛ بناءً على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة (3)، فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حقّ فالظاهر أنّه ليس عليه أجره المثل» (4).

ولأنّ «المالك يقوم بفكّ العلاقة التى تربطه بالمال، ويحرّره عن قيد الملكية والمملوكية، بمثل ما يحزّر المالك عبده، ويعدّ المسجد وكذلك المشاعر من منى وعرفات

ص: 240

1- (1038) المكاسب 4/53.

2- (1039) المكاسب 4/53.

3- (1040) منهم العلامة فى القواعد 1/269؛ والشهيد فى الدروس 2/277؛ والفاضل المقداد فى التفتيح الرائع 2/311؛ والمحقق الثانى فى جامع المقاصد 9/62؛ والشهيد الثانى فى المسالك 5/377؛ والسيد الطباطبائى فى الرياض 10/154.



المتيقن من هذا النوع من الوقف، حيث يرفع الواقف قيد الملكية عن الأرض، فتتحرر من قيد ملكية البشر، غاية ما هناك أنه يثبت للمصلى حق الانتفاع من هذه الأرض بالصلاة عليها، ولذلك لو زالت قابلية المسجد عن الصلاة فيها لسبب من الأسباب، من الهدم أو وقوعه في الشارع العام فإنه لا تزول عن الأرض أحكام المسجدية، بل تبقى مسجدا لا يحق للحائض الجنب المكث فيها.

أما بيعها وشراء مسجد آخر بثمانها، فإنه أيضا غير جائز، لما سبق وإن ذكرنا أن حقيقة البيع إما «تمليك عين بمال» \_ كما التزم به الشيخ الأعظم \_ وإما «تبديل جهة الإضافة» \_ كما عليه المحقق النائيني \_ وأما «جعل شيء بإزاء شيء» \_ كما عليه المحقق الإصفهاني \_ . وعلى جميع التقادير يجب أن تكون العين فيها القابلية على تحمّل الإضافة الملكية أو ال حقية أو طرفيتها للعلاقة، والمسجد فاقد لتحمّل هذه الأمور وبالتالي لا مجال لبيعه»(1).

**وهاهنا فروع لا بدّ من البحث حولها:**

### **الأول: حكم بيع المساجد**

قال الفقيه المتتبع العاملي: «(ولو وقف مسجدا فخربت القرية أو المحلّة لم يجز بيعه) بلا خلاف من أحد إلا من أحمد(2)، لأنّ وقفه بمنزلة تحرير العبد، ولبقاء الغرض المقصود منه من إعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلاة مسافر يمرّ به، مضافا إلى الاستصحاب. وفي المبسوط(3) والشرائع(4) والتذكرة(5) والتحرير(6) والإرشاد(7)

ص: 241

- 1- (1042) العقد النضيد 4/547.
- 2- (1043) راجع المغنى لابن قدامة: في الوقف 6/225.
- 3- (1044) المبسوط: في الوقف 3/300.
- 4- (1045) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف 2/174.
- 5- (1046) تذكرة الفقهاء: في الوقف 20/275.
- 6- (1047) تحرير الأحكام: في أحكام الوقف 3/316.
- 7- (1048) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف 1/455.



والدروس (1) والروض (2) وكذا المسالك (3) والكفاية (4) أن العرصة لم تخرج عن الوقف. وقيدته في الأخيرين بما إذا لم يكن في الأرض الخراجية. قال في المسالك (5) فإنه ينبغي بطلان الوقف حينئذ بزوال الآثار بالكلية. نعم يتم هذا في المملوكة بالأصل لا تبعاً لآثار التصرف. ومن الغريب قوله في المفاتيح (6) كذا قالوه، وإنما قاله قبله صاحب المسالك، وقد بيّنا في محلّه أنه إذا بنى وتصرف بإذن الإمام أو نائبه ولو جائراً عموماً أو خصوصاً ملكاً حقيقياً لا يزول ملكه ولو زالت الآثار، ولا فرق في ذلك بين المسجد والدار. وكذلك الحال فيما إذا باعه الإمام أو الجائر لمصلحة الجند، بل وكذا ما أقطعه وبنى فيه وتصرف. ولهذا أطلق هنا الأصحاب. ووافقهم على ذلك في الروضة (7). وفي قولهم صلوات الله عليهم (8) «إلى أن يرث الأرض ومن عليها» ما يدل على ذلك.

ومن المملوك بالأصل ما صولح أهلها عليها وما ملكت بالأحياء، وهاتان حالهما حال أرض الخراج، فليتمل.

قوله: (ولم يعد إلى الواقف) كما في الكتب المذكورة مع زيادة الخلاف (9) والسرائر (10) واللمعة (11)

ص: 242

- 1- (1049) الدروس الشرعية: في عدم جواز الرجوع في الوقف 2/278.
- 2- (1050) لا يوجد لدينا كتابه.
- 3- (1051) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف 5/397.
- 4- (1052) كفاية الأحكام: في أحكام الوقف 2/19.
- 5- (1053) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف 5/397.
- 6- (1054) مفاتيح الشرائع: في انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه 3/213.
- 7- (1055) الروضة البهية: في الوقف 3/186.
- 8- (1056) وسائل الشيعة 19/202، ح 4، الباب 10 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات وفيه: «حتى» بدل «إلى».
- 9- (1057) الخلاف: في أحكام الوقف 3/550، المسألة 21.
- 10- (1058) السرائر: في أحكام الوقف 3/167.
- 11- (1059) اللمعة الدمشقية: في الوقف 105/.

وجامع المقاصد(1) والروضة(2). وفي الخلاف والسرائر لأن ملكه قد زال بلا خلاف فلا يعود إلا بدليل.

ولم يخالف في ذلك إلا محمّد بن الحسن(3). قال: إن المسجد يرجع إلى ملك الواقف إذا خربت القرية قياسا على كفن الميّت فإنّه يعود إلى الورثة، والجامع استغناء المسجد على المصلّين كاستغناء الميّت عن الكفن وتعذر المصرف في الموضوعين.(4)

وفيه: أنا نمنع القياس والجامع، أمّا الأوّل فلأنّ الكفن ملك لهم في الأصل لأنّ التركة تنتقل إلى الورثة بالموت وإن وجب صرف بعضها في التكفين، وأمّا الثاني فلأنّ الفارق موجود وهو عدم رجاء عود الميّت بخلاف المسجد لجواز عمارة القرية وصلاة مسافر(5).

وأجاب في الجواهر بعد الاعتراف في عدم وجدان الخلاف في عدم خروج عرصة المسجد عن المسجدية عن مقالة الشهيد الثاني حيث فصل بين الأراضى المفتوحة عنوة وغيرها وحكم بخروجها عن الأوّل دون الثاني بقوله: «قد أشرنا في كتاب البيع(6) إلى خروج ذلك بالسيرة القطعية على اتّخاذ المساجد فيها وإجراء حكمها عليها من غير مدخلة للآثار في ذلك؛ ضرورة اقتضاء المسجدية الدوام والتأييد، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجدا حينئذٍ أولى، وإن كان هو مردودا بالسيرة القطعية بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على

ص: 243

1- (1060) جامع المقاصد: في أحكام الوقف 9/82.

2- (1061) الروضة البهية: في الوقف 3/186.

3- (1062) هو محمّد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولا هم الحنفى، أحد صاحبي أبي حنيفة اللذين نشرّا مذهبه في الآفاق وربّما خالفاه في جملة من المسائل، والآخر أبو يوسف القاضى.

4- (1063) راجع المغنى لابن قدامة: في الوقف 6/226.

5- (1064) مفتاح الكرامة 21/(728-730).

6- (1065) انظر ما ذكره في الجواهر 23/562 (22/349).

وقال الشيخ الأعظم: «... فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المازّة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجدٍ آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد»(2).

مقالة الجدّ الشيخ جعفر قدس سره

ذهب الجدّ الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره إلى عدم صحة بيع عرصة المسجد والوقوف العامة مطلقاً لا لعدم تمامية الملك بل لعدم أصل الملك، بدهاة أنّه بعد جعله محرّراً لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أعتق وصار حرّاً ولكنّه قدس سره قال: «... ومع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة توجّر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجداً مثلاً، وإحكام السجلات لئلاّ تغلب اليد فتقضى(3) بالملك دون الوقف المؤبّد. وتُصرف فاندتها فيما يُماثلها من الأوقاف، مقدّماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً. ومع التعارض فالمدار على الترجيح(4). وإن تعذّر صُرفت إلى غير المماثل كذلك. فإن تعذّر صُرفت في مصالح المسلمين. هذا حيث لا تكون من المفتوحة عنوةً. وأمّا ما كانت منها؛ فقد سبق أنّها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين»(5).

وتبعه نجله الفقيه الشيخ حسن وقال: «فإن كان الموقوف أرضاً، وجب إبقاؤها بحالها مهما أمكن الانتفاع بها على تلك الحال الموقوفة عليها من دار أو حمّام أو مسجد.

وإن عرض لها عدم الإمكان بحيث حصل اليأس من الانتفاع بها بتلك الجهة، أجرها المتولّى في جهةٍ أُخرى، متحرّياً للأقرب فالأقرب، كالانتقال من الدار إلى الخان ومنه إلى الحمّام ومنه إلى الزراعة، محافظاً على الآداب اللازمة للمسجديّة لو كانت

ص: 244

1- (1066) الجواهر 29/232 (28/107).

2- (1067) المكاسب 4/54.

3- (1068) المكاسب 4/55 \_ عند حكاية العبارة \_ : (فيقضى).

4- (1069) في: المكاسب 4/55 \_ عند نقل العبارة \_ : (الراجع).

5- (1070) شرح القواعد 2/220 و 221.

مسجداً، فينتقل منه إلى إيجارها للأعمال المشابهة للعبادة الخالية عن تلويثها بالنجاسة، وتُصرف أجرتها ونماؤها فيما مائلها من الأوقاف، فإن تعذر المماثل صُرفت في غيره، فإن تعذر غيره من الموقوفات العامة صُرفت في مصالح المسلمين.

هذا إن كانت الأرض من غير المفتوحة عنوةً أو منها وبقيت آثار التصرف، وإلا عادت عند خرابها للمسلمين كافة»(1).

وقال الشيخ الأعظم: «وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها \_ كما تقدم عن بعض الأساطين \_ أو بدونه»(2).

المحقق الإصفهاني أيد مقالة الشيخ جعفر وقال: «وأما المسجد فمختصر القول فيه: إنَّ للمسجد حيثيتين:

حيثية المسجدية وجعل الأرض، أو مع بنائه مسجداً قولاً أو فعلاً، بحيث يترتب عليه أحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب إزالة النجاسة عنه إلى غير ذلك من الواجبات والمستحبات، وحيثية كونه وقفاً عاماً وأنه حبس يتضمن فك الملك، ويجوز للمسلمين الانتفاع به في الصلاة ونحوها.

وقد عرفت سابقاً القول بانفكاك إحدى الجهتين عن الأخرى فيما إذا وقف أرضاً للصلاة فيها، فإنه وقف لا يترتب حكم المسجد عليه، بل حكم الوقف العام.

ومن البين أن حيثية المسجدية وكون شخص الأرض بيتاً لله تعالى متقومة بشخص هذه الأرض عينها، وأحكام المسجدية أحكام عين هذه الأرض لا أحكام لها بما هي مال محفوظ في ضمن أرض أخرى، فلذا لا ينفك أحكام المسجد عنه، ولا يجوز بيع المسجد بما هو مسجد.

وأما بعض الأحكام الأخرى الثابت للوقف العام الذي لا يكون منافياً للمسجدية

ص: 245

1- (1071) أنوار الفقاهة 5/285.

2- (1072) المكاسب 4/58.

فالمقتضى له موجود والمانع عنه مفقود، كاجارته للزراعة ونحوها متحفظا على الآداب المخصوص بها المسجد، كما فى كلام كاشف الغطاء قدس سره المنقول فى المتن، فإنه حيث يتوقف حفظ هذا الوقف على إجارته لصرف الأجرة فى تعميره مثلاً أو فى إحداث مسجد آخر، والمفروض عدم منافاته للمسجدية حيث إن المفروض عدم التمكن من الانتفاع به فى الصلاة أو عبادة أخرى فلا منافى للانتفاع به فى الزراعة ونحوها، فالمقتضى للاجارة \_ وهو حفظ الوقف \_ موجود، والمانع \_ من حيثية المسجدية \_ مفقود»(1).

ولكن اعترض السيّد الخوئى رحمه الله على الجّد

وقال: «وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه لأنّه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكاً لأحد، والاجارة تقع فى ملك من؟ بعد ما فرضنا أنّه لا مالك له، بل يمكن أن يقال إنّ بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنّه يجوز لكلّ أحد أن يتصرّف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكا له بالاحياء»(2).

واعترض الأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ على الإصفهاني والخوئى

بقوله: «يقتضى المقام البحث عن أمرين، وهما: عنوان المسجد، وملكيّة الانتفاع بمنافعه وعدمها:

الأمر الأوّل: ليس المراد من عنوان المسجد ما يقوم به بعض التّاس من جعل جزء من الدار أو البناء مصلى إذ لا يترتب عليه أحكام المسجد(3)، بل المراد المساحة المعيّنة من الأرض التى اوقفت بعنوان المسجد، وتحرّرت عن قيد الملكيّة، وأصبحت من بيوت

ص: 246

1- (1073) حاشية المكاسب 3/104 و 105.

2- (1074) التنقيح فى شرح المكاسب 2/263.

3- (1075) كما ورد فى صحيحة الحلبي أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسجد يكون فى الدار، فيبدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفة منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا بأس بذلك، الحديث. [وسائل الشيعة 5/208، ح 1، الباب 10 من أبواب أحكام المساجد].

اللّه، فصدق عليها قوله تعالى: «فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ»<sup>(1)</sup> فَإِنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ لَا شَكَّ أَنْ مَتَعَلَّقَ الْجَعْلُ فِيهَا لَيْسَ الْأَرْضُ وَتَرَابُهَا، إِذْ قَدْ يَتَبَدَّلُ تَرَابُهَا بِتَرَابٍ آخَرَ، وَبِرَغْمِ ذَلِكَ يَبْقَى مَوْصُوفًا بِأَنَّهُ بَيْتُ اللَّهِ، وَلِذَلِكَ اعْتَبَرَ الْبَعْضُ أَنَّ مَتَعَلَّقَ الْجَعْلِ هُوَ الْبُعْدُ الْمَكَانِي الَّذِي اخْتَلَفَ الْفَلَّاسِفَةُ فِي تَفْسِيرِهِ، وَنَاقَشُوا عَنْ حَقِيقَتِهِ:

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّ الْبُعْدَ الْخَالِيَّ عَنِ الْهَوَاءِ وَالتَّرَابِ هُوَ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ عِنْوَانُ الْمَسْجِدِيَّةِ، أَمَّا التَّرَابُ وَغَيْرُهُ فَمَعْدُودٌ مِنْ لَوَاحِقِ الْمَسْجِدِ لَا ذَاتَهُ.

وَلَا يَخْفَى بَطْلَانُ مِثْلِ هَذِهِ التَّحْدِيدَاتِ الْفَلْسَفِيَّةِ، وَبَعْدَهَا عَنْ فَهْمِ الْعَرَفِ الْعَامِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ عِنْوَانًا يَتَعَلَّقُ بِمَسَاحَةِ مَعْيَنَةٍ مِنَ الْأَرْضِ، يَعْرِفُهُ عَامَّةُ النَّاسِ مِنْ جَمِيعِ الْمَلَلِ وَالشُّعُوبِ، فَلِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ بِيَعَهُمْ وَكُنَائِسَهُمْ وَأَدِيرَتَهُمْ وَبُيُوتِ نَارِهِمُ الْمَوْقُوفَةَ، كَمَا لِلْمُسْلِمِينَ مَسَاجِدَهُمْ، فَالْوَقْفُ مَعْنَى عَرَفِيٍّ مَعْلُومٍ لِجَمِيعٍ، وَلَا حَاجَةَ لِتَعْرِيفِهِ مِنَ الْاسْتِعَانَةِ بِالْمَعَانِي الْفَلْسَفِيَّةِ الدَّقِيقَةِ الَّتِي لَا يَعْرِفُهَا وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْضُ الْخَوَاصِّ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْحُكَمَاءِ وَالْفَلَّاسِفَةِ. فَالْحَقُّ أَنَّ الْمَسْجِدَ هِيَ الْأَرْضُ الْمَوْقُوفَةَ لِعِبَادَةِ الْمُسْلِمِينَ لَا ذَاكَ الْبُعْدَ الْفَلْسَفِيَّ الْمَجْهُولَ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: تَارَةً تَصْبِحُ الْعَيْنُ مَمْلُوكَةً كَمَا فِي مَوَارِدِ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَأُخْرَى تَصْبِحُ الْمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةً كَمَا فِي مَوَارِدِ الْإِجَارَةِ، وَثَالِثَةٌ يَصْبِحُ الْاِنْتِفَاعُ مَمْلُوكًا كَمَا فِي الْعَارِيَةِ حَيْثُ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَهُ الْاِنْتِفَاعُ بِالْعَيْنِ الْمَعَارَةَ.

أَمَّا الْمَسَاجِدُ فَلَا يَدُّ فِيهَا مِنَ الْبَحْثِ عَنْ دَائِرَةِ مَا يُمْكِنُ الْاِنْتِفَاعُ بِهَا، إِذْ شَكَّ فِي جَوَازِ الْاِنْتِفَاعِ بِهَا، فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْاِنْتِفَاعُ مَزَاحِمًا مَعَ حَيْثِيَّةِ الْمَسْجِدِ، كَمَا لَوْ نَامَ فِي جَانِبٍ مِنْهُ دُونَ أَنْ يَزَاحِمَ الْمَصَلِّيَّ، لَمَا ثَبِتَ مِنْ سِيرَةِ الْمُسْلِمِينَ جَوَازُ ذَلِكَ، أَمَّا زِرَاعَةُ أَرْضِ الْمَسْجِدِ، أَوْ اتِّخَاذُ جَانِبٍ مِنْهُ لِلسُّكْنِ، فَإِنَّهُمَا مَخَالِفَانِ لِلسَّيْرَةِ الْمُرْتَكِزَةِ، وَيَعْدَانِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُسْتَنْكَرَةِ عِنْدَ الْمُتَشَرِّعَةِ، وَبِذَلِكَ يَبْطُلُ مَا جَاءَ فِي تَقْرِيرَاتِ بَعْضِ الْأَعْلَامِ مِنْ أَنَّهُ

ص: 247

لا مانع من زراعة أرض المسجد والسُّكنى فيه(1)، لما ثبت من قيام السيرة الاستنكارية عند أهل الشرع في مثل هذه التصرفات، وبالتالي لا يجوز بيع المساجد أو إيجارها، حتّى ولو خربت وصارت أرضها شارعاً، وكذلك لا يصحّ الانتفاعات المنافية مع الحيثية المسجديّة لقيام السيرة الاستنكاريّة عليها(2).

اعتراض صاحب العروة على الشيخ الأعظم ونقده

قال المحقّق السيّد اليزدي؛ في مسألة 27 من كتاب الوقف: «إذا خرب المسجد أو القرية التي هو فيها لم تخرج عرصته عن المسجديّة، ولا يجوز بيعها، ويجرى عليها أحكام المسجد من الاحترام وعدم جواز التنجيس ونحوهما، مع إمكان الصلاة فيها للمآزة وغيرهم، إذ العمدة فيه العرصة وهي باقية خصوصاً مع احتمال عوده أو عود القرية إلى العمارة. نعم لو شرط الواقف في وقفه مادام لم يخرب، أو مادامت القرية معمورة، أو جعل داره مسجداً ما دامت على هيئتها أو نحو ذلك، يمكن الحكم بخروجه.

ودعوى: أنّ المسجد لا يخرج عن المسجديّة أبداً، محلّ منع، ولذا لو كان في الأرض المفتوحة عنوة - التي هي للمسلمين - فخرّب ولم يبق من آثاره شيء خرج عن كونه مسجداً، وكذا لو كان في أرض مستأجرة فانقضت مدّة الإجارة.

ودعوى: عدم صدق المسجد عليه حينئذٍ، ممنوع. فإنّه يصدق إذا استأجر أرضاً مائة سنة مثلاً فجعلها مسجداً، بل لو لا الإجماع على بطلان الوقف إلى مدّة أمكن أن يقال بجواز جعل مكان مسجداً إلى مدّة، فيخرج عن ملك المالك في تلك المدّة ثمّ يعود إليه بعد انقضائها.

هذا، ولو فرض في صورة الإطلاق وعدم الشرط خرابه على وجه لا يمكن الصلاة

ص: 248

---

1- (1077) أقول: جاء في تقريرات المحقّق الخوئي [مصباح الفقاهة 5/168] قوله: «نعم يصحّ الزرع والغرس فيه والانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح». ولا يخفى أنّ كلامه جاء تعليقا على كلام كاشف الغطاء عن مسجد القرية التي خربت وانقطعت المآزة عنها وخرب، لا مطلق أرض المساجد حتّى لو كانت عامرة يرتادها المصلّون.

2- (1078) العقد النضيد 4/ (549-551).

فيه أبداً ولا يرجى عوده، أو عرض مانع من الصلاة فيه أبداً مع عدم خرابه، أمكن دعوى خروجه عن المسجدية أيضاً، ولكن الأحوط إجراء أحكامه عليه، وكذا لو غصبه غاصب لا يمكن الانتزاع منه أبداً.

بل يمكن أن يقال بجواز بيعه وإخراجه عن المسجدية، إذا غلب الكفار عليه وجعلوه خاناً أو داراً أو دكاناً.

بل الأولى أن يُباع إذا جعلوه محلاً للكثافات أو جعلوه بيت خمر مثلاً، صوناً لحرمة بيت الله عن الانتهاك. والحاصل: أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبداً» (1).

ثم أُورد على صاحب العروة في مسألته السابعة والعشرين: أن دعوى زوال عنوان المسجدية عن المسجد في الموارد المذكورة ممنوعة، «لأن عنوان المسجدية يدور مدار جعل الواقف، الذي يقوم من خلال صيغة الوقف بتحرير مساحة معينة من الأرض وجعلها مسجداً، فيدور أمر الواقف بين كونه مهملاً أو مطلقاً، أما الإهمال فلا شك في بطلانه إذ لا يعقل صدوره عمّن يقوم بالأعمال القصدية، فإذن لا بد أن يكون وقفه مطلقاً بأن يجعل الأرض المذكورة مسجداً إلى أبد الأبدين، وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ولا يمكن فرض تعدد المطلوب في وقف المساجد - كما هو الحال في غير المسجد من سائر الموقوفات، حيث يوقفها الواقف مع تعدد المطلوب، بأن يجعل الدار صدقةً ما دام ينتفع بها، ومع زوال الانتفاع للمتولّي تبديلها إلى ما يمكن الانتفاع منها الأقرب فالأقرب - لأنه وقف تحريريّ يقوم الواقف من خلال وقفه بفكّ الرقبة عن الملكية وتحريرها، ومعه لا مجال للتبديل، بل لا قابلية لها لذلك، بل يستحيل فرض القابلية في الوقف التحريري، لأنه تحرير عن الملكية، وفكّ رقبة الأرض عنها، وجعلها حرّة غير مملوكة إلى أبد الأبدين، وما لا يُملك فإنه يستحيل تبديله إلى شىء آخر» (2).

ص: 249

1- (1079) العروة الوثقى 6/368.

2- (1080) العقد النضيد 4/553.



ثم قال صاحب العروة فى مسألة 38: «لا- فرق فى موارد جواز بيع الوقف بين مثل الوقف على الأولاد والفقراء والفقهاء ونحوهم، وبين مثل المساجد والربط والمدارس والخانات ونحوها، ولا بين القول بأن العين الموقوفة ملك للواقف أو الموقوف عليه أو ملك لله تعالى مطلقاً أو على التفصيل.

لكن ذكر المحقق الأنصارى قدس سره أنّ الوقف على قسمين (1) - ثم ذكر كلام الشيخ الأعظم (2) بطوله واعترض عليه: -

«أولاً: نمنع كون وقف المذكورات تحريراً وكونها بمنزلة المباحات الأصلية، خصوصاً فى غير المسجد، بل هى على القول بعدم البقاء على ملك الواقف وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه ملك لله تعالى، لا على نحو المباحات الأصلية بل على نحو ملكه تعالى لسدس الخمس فى قوله تعالى: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ إِلَى آخِرِهِ» (3) فلا مانع من بيعها مع المسوّغ وأمره راجع إلى الحاكم الشرعى.

وثانياً: يلزم ممّا ذكره عدم جواز البيع أيضاً فى الوقف على الأولاد ونحوهم، على القول بخروجه عن ملك الواقف وعدم انتقاله إلى الموقوف عليه كما عليه بعضهم، مع أنّهم لم يفتوا بما بين الأقوال، وأيضاً على القول بالبقاء على ملك الواقف يلزم الالتزام بلزوم كون البيع فى موارد جوازه من الواقف أو ورثته ولا يقولون به.

وثالثاً: ما ذكره فى الفرق بين المذكورات وبين حصير المسجد وجذعه المكسور مجرد دعوى بلا شاهد.

ورابعاً: لا نسلم عدم صحّة البيع مع عدم الملك، بل يكفى فى صحّته كون المبيع مالاً وإن لم يكن مملوكاً كما فى بيع الكلّى فى الذمّة، فإنّه يصحّ مع عدم كونه مالاً لذلك الكلّى فى ذمّة نفسه، لأنّه مال فى حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكاً له فعلاً، فنقول: المذكورات أموال وإن لم تكن مملوكة لأحد، والبيع مبادلة مال بمال، وفرق واضح بينها وبين

ص: 250

1- (1081) العروة الوثقى 6/383.

2- (1082) المكاسب 4/ (53-60).

3- (1083) سورة الأنفال/ 41.

المباحات الأصلية. وقوله: «لا يبيع إلا في ملك» يحتمل أن يكون المراد منه لا يبيع إلا في ملك للبيع، ولذا يشمل بيع الولي والوكيل لا أنه لا يبيع إلا في ملك للمبيع»(1).

وأورد على اعتراضه الأول على الشيخ الأعظم: «بأن الملكية أمرٌ يتوقف ثبوتها لجهة من الجهات على قيام دليل عليه، لأن الملك والحق أمران اعتباريان وضعيان، وتحققهما مخالف للأصل، ويتوقف على قيام دليل عليهما، أما الباري تعالى فإن ملكيته لجميع ما في عالم الإمكان ملكية حقيقية، أما الملكية الاعتبارية التي نبحت عنها وأدعى السيد ثبوتها لله سبحانه وتعالى في قضية المسجد، فإنه لا دليل عليها، ولا يقاس المسجد بملكته تعالى لسدس الخمس، لقيام الدليل على ثبوتها فيه دون المسجد، وبالتالي فدعواه بأنه «على القول بعدم البقاء على ملك الواقف، وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه، ملك لله تعالى» ممنوعة.

فإن قيل: إن اللام في قوله تعالى: «وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ»(2) تفيد ثبوت الملكية الاعتبارية للباري تعالى على المساجد.

قلنا: اتفقت كلمة المفسرين على أن اللام فيها هي لام الغاية، والآية تفيد أن المساجد موضوعة لغاية عبادته تعالى دون سواه، وأنه لا دلالة في اللام على ثبوت الملكية الاعتبارية له تعالى، ولا أقل أن اللام تصبح مجملة مرددة بين لام الملك أو الغاية، وإطلاقها يفيد الاختصاص دون الملك، نعم أعلى مراتب الاختصاص هي الملكية، والآية تفيد اختصاص المسجد به تعالى في مقابل غيره»(3).

وأورد على اعتراضه الأخير على الشيخ الأعظم: «أولاً: بأنه لو سلمنا تفسيركم لقوله: «لا يبيع إلا في ملك»، فإن هناك تباين في تعريف البيع، حيث التزمتم بأن البيع هو مبادلة مال بمال، وأما الشيخ فقد التزم بأن البيع «تمليك عين بعوض»، ولذلك لا يصح الإشكال عليه.

ص: 251

1- (1084) العروة الوثقى 6/385.

2- (1085) سورة الجن /18.

3- (1086) العقد النضيد 4/554.

وثانيا: لو سلّمنا أنّ البيع مبادلة مال بمال، لكن ما هي الجهة التي تتحقّق المبادلة معها فإنّ المبادلة تعدّ من الأمور الإضافية، وهي لا تخلو إمّا الإضافة في الملكيةّ - كما هو المعروف - أو أعمّ منها ومن الحقّية، أمّا الأول فقد اعترفتم بخروج المسجد عنها بالوقف، والأخير لا دليل عليه، وبالتالي تبقى الإضافة فاقدًا للجهة.

ونتيجة البحث: ثبت من خلال ما ذكرناه صحّة ما ذهب إليه الشيخ، من أنّ الوقف تحريرٌ للمسجد، وأنّه لا مجال لزوال المسجديّة مطلقاً، وبالتالي فلا يصحّ بيعه وشراءه مطلقاً خلافاً لما التزم به السيّد رحمه الله [هنا ووفقاً لما]. أفتى السيّد رحمه الله في الجزء الأول من «العروة الوثقى» [بعدم جواز تنجيس المسجد الذي صار خراباً وإن لم يصل فيه أحد<sup>(1)</sup>، وعدم جواز تنجيس بل وجوب تطهير المسجد الذي تغيّر عنوانه بأن غصب وجعل داراً أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره ولا الصلاة فيه<sup>(2)</sup> واللّه العالم<sup>(3)</sup>].

فظهر ممّا ذكرنا «من عدم زوال عنوان المسجدية باندراس الآثار يظهر بقاء جميع الأحكام الثابتة لعنوان المسجد حين وجود الأبنية، وعدم إرتفاعها باندراس الآثار، لما مرّ من أنّ عنوان المسجدية من الاعتبارات التي لا تزول بزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض، من دون دخلٍ للآثار في مسجديتها. بل المسجد إمّا معمور وإما مغمور، بلا مساس للعمارة في طروء المسجدية للأرض، فليس العمران مقوّمًا لعنوان المسجدية ولا شرطاً له.

ومن هنا يظهر أنّ نظر العرف في ذهاب عنوان المسجدية العرفية بذهاب الآثار ليس متّبعا في ترتيب الأحكام الشرعية الثابتة للمسجد، إذ الموضوع هو ما عرفت ممّا استفيد من السيرة القطعيّة القائمة على بقاء أحكام المسجدية على نفس الأرض ولو بعد زوال جميع الآثار والأبنية، إذ السيرة تكشف عن عدم إحالة الشارع تمييز مفهوم المسجد

ص: 252

1- (1087) العروة الوثقى 1/183، مسألة 10، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.

2- (1088) العروة الوثقى 1/184، مسألة 13، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.

3- (1089) العقد النضيد 4/555.

إلى العرف حتّى يكون نظرهم فى ذلك متّبعا شرعا»(1).

والحاصل: «أنّ المسجديّة الموضوعة للأحكام الخاصّة الشرعيّة المستفادّة من السيرة المتقدمة لا يعتبر فيها الإعداد للصلاة أو غيرها، وإنّ حكم العرفُ باعتبار إعداد الأرض للصلاة فى المسجديّة العرفيّة.

لكن الرجوع إلى العرف فى تشخيص موضوع الحكم الشرعى على ما هو قضية الإطلاق المقامى منوط بعدم بيان الشارع صريحا أو إلتزاما لتحديد موضوع حكمه كما فى المقام، إذ السيرة القائمة على ترتب أحكام المسجد على المعمورة والمغمورة تذلّ إلتزاما على كون المسجديّة التى جعلت موضوعا لأحكام خاصّة عبارة عمّا لا- ينفكّ عن الأرض ولو بعد الخراب، ولذا تكون المسجديّة من قبيل التحرير»(2).

وعلى ما ذكرنا: «أنّ الأقوى ترتب أحكام المسجد على المساجد الواقعة فى الشوارع، سواء أكانت فى الأراضى المفتوحة عنوة أم غيرها، وسواء وقعت فى المعمورة حال الفتح أم فى مواتها.

نعم الذى يُسهّل الخطب فى كثير ممّا يقع من المساجد فى الشوارع: أنّ نفس أرض المسجد تقع تحت التراب والتبليط غالبا، بحيث لا تؤثر النجاسة فى نفس الأرض، فالمتنجس غير أجزاء المسجد، كما إذا تنجّس آجرٌ من خارج المسجد، ثمّ أدخل إلى المسجد، أو العكس. وإن كان الفضاء أيضا من المسجد. إلا أنّ معروض النجاسة هو الأرض، إذ لا معنى لنجاسة الفضاء»(3).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الأخير لأنّه إذا كانت المسجديّة قائمة بنفس الأرض دون الأبنية والآثار وعدم ارتفاعها بتخريب البناء وزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض من دون دخل للآثار فى مسجديتها، فحينئذ يكون المسجد الذى أدخل فى الشارع من قبل البلدية والدولة مسجدا ويبقى على مسجديته ويترتب عليه أحكام

ص: 253

1- (1090) هدى الطالب 6/587.

2- (1091) هدى الطالب 6/588.

3- (1092) هدى الطالب 6/591.

المسجدية من عدم تنجيسه ووجوب تطهيره إذا تنجس وعدم مكث الحائض والجنب فيه ونحوها لمن يعلم أنّها مسجد.

نعم، لا يجب إعلام الغير بكون الأرض مسجداً، فيمحو ذكره على مضي الأيام والسنين ولا يجب الالتزام بحفظه والله العالم.

هذا كله بالنسبة إلى أرض المسجد.

## الثاني: وأما أجزاؤه وآلته وأثاثه

قال جدى الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره: «وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها: فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحلّ الذى أعدت له؛ كانت على حالها، وإلا جعلت في المماثل، وإلا ففى غيره، وإلا ففى المصالح على نحو ما مرّ. وإن تعدّد الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه؛ أشبهت في أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة، والعود ملكاً للمسلمين تُصرف في مصالحهم، والعود إلى المالك. ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك. ويُحتمل بقاؤها على الوقف وتباع احترازا عن التلف والضرر ولزوم الحرج، ويُصرف مرتباً (1) على النحو السابق. ولعلّ هذا هو الأقوى، كما صرّح به بعضهم (2)» (3).

وقال نجله الشيخ حسن: «وإن كان الموقوف غير أرضٍ، فإن بقي على حاله وأمكن الانتفاع به في خصوص المحلّ الذى أعدّ له لزم الانتفاع به كذلك، وإن لم يبق على حاله بحيث لم يمكن الانتفاع به بوجهٍ، كرضاض الحصى والبارية الموقوفين في المساجد وغيرها وبعض أجزاء الخشب والفرش، جاز نقله بعوضٍ وشراء ما ينتفع به في ذلك المحلّ الموقوف، وإن لم يمكن ففى غيره مقدّماً للأقرب فالأقرب؛ لأنّ المنع من بيعه

ص: 254

1- (1093) فى بعض النسخ: (مترتباً).

2- (1094) إيضاح الفوائد 2/407؛ جامع المقاصد 4/97؛ مسالك الإفهام 3/170؛ مجمع الفائدة والبرهان 8/169-168؛ الحدائق الناضرة 18/444.

3- (1095) شرح القواعد 2/221.

هنا مع اضمحلاله يوجب العبث والسفه، مع احتمال الرجوع في ذلك إلى حكم الإباحة، كالمالك بعد إعراض المالك عنه، أو الرجوع إلى ملك المسلمين كافة تُصرف في مصالحهم، أو الرجوع إلى المالك الأول، ومع عدم معرفته يكون مجهول المالك.

وما ذكرناه أولاً أقوى، إلا مع عدم إمكان البيع أيضاً، فاحتمال الرجوع إلى المسلمين كافة هو الأقوى.

وإن بقي على حاله أو على حالة ينتفع به إلا أنه لا يمكن الانتفاع به في الجهة المعد لها، فهناك يلزم الانتفاع بها في المماثل مقدماً الأقرب فالأقرب، وإلا فغير المماثل، وإلا ففي منافع المسلمين كافة.

فإن تعطل نفعها بجميع الجهات، فإن خشى عليها من التلف جاز بيعها وشراء وقفٍ آخر عوضها مقدماً الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن الشراء صُرفت في وجوه البرِّ عينا أو قيمةً.

وإن لم يخش عليها، قوى القول بجواز بيعها أيضاً كذلك، إلا أن القول ببقائها في مكانها وعدم التعرض لها إلى أن يحكم ولي الأمر فيها بحكمه هو الأسلم»(1).

واعترض عليهما الشيخ الأعمش بقوله: «وفيه: أن إجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت، والتمتقن خروجه عن ملك مالكة، أما دخوله في ملك المسلمين فمنفى بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين؛ لأصالة الإباحة، ولا يتعلّق عليهم أجر»(2).

وقال أيضاً: «وأما أجزاءه [أى المسجد] - كجدوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه(3) فيه تعين(4)؛ لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف

ص: 255

1- (1096) أنوار الفقاهة 5/285 و 286.

2- (1097) المكاسب 4/55.

3- (1098) كذا في النسخ، والمناسب تأنيث الضمير، وهكذا حال الضمائر الآتية الراجعة إلى كلمة «أجزأؤه».

4- (1099) العبارة في كثير من النسخ هكذا: فمع المصلحة في صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

وأجزائها(1) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءا للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤنته بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحة في ردّه جزءا للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعيّن صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لأجر المسجد ونحو ذلك \_ كما عن الروضة(2) \_ وإلّا صُرف في مسجدٍ آخر \_ كما في الدروس \_ وإلّا صُرف في سائر مصالح المسلمين.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملكه(3)، وفيه نظر(4).

أقول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه تارةً يمكن الانتفاع بها وأخرى لا يمكن:

أمّا الأول: فإذا أمكن الانتفاع بها بنفس أعيانها فله صور:

«الأولى: الانتفاع بها في المحلّ الذي أعدت له، ويجب إبقاؤها فيه لينتفع بها في الجهة المقصودة، كافتراش البساط الموقوف في مسجدٍ أنهدم.

الثانية: الانتفاع بأعيانها في مكان آخر مماثل لما أعدت له، كوضع الفرش في مسجدٍ آخر، أو جعل ثوب ضريحٍ ثوبا لضريحٍ آخر، ويجب النقل مع مراعاة الأمور الثلاثة، وهي كون المنتقل إليه أقرب وأحوج وأفضل.

الثالثة: الانتفاع بأعيانها في مكانٍ آخر غير مماثل، كافتراش بساط المسجد في مشهدٍ أو حسينيةٍ، ويجب النقل مع مراعاة المراتب الثلاثة المتقدمة.

الرابعة: الانتفاع بأعيانها في مصالح المسلمين العامة بعد تعذر الانتفاع بها في

ص: 256

1- (1100) في نسخة: وإجرائها.

2- (1101) الروضة البهية 3/254.

3- (1102) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار/156.

4- (1103) المكاسب 4/59.

الصور الثلاث المتقدمة، وهي الاستفادة منها في موضعها المعد لها أولاً، وكذا في المماثل، وفي غير المماثل»(1).

وأما الثاني: فإذا لا يمكن الانتفاع بها يجرى في حكمها احتمالات:

«الأول: تكون كالمباحات الأصلية، تُملك بالحيازة.

الثاني: تصير ملكاً للمسلمين، وتُصرف في مصالحهم.

الثالث: تعود إلى ملك الواقف، فإن عُرف شخصه أو وارثه فهو، وإن لم يُعرف كانت من مجهول المالك، يتصدق به.

الرابع: تبقى وقفاً، كما أن أرض المسجد لم تخرج عن الوقفية بطرود الخراب، فتُباع الآلات، ويُصرف ثمنها في المماثل مقدماً للأقرب فالأحوج فالأفضل.

وإن لم يوجد المماثل صُرف في غير المماثل مع رعاية الأمور الثلاثة. وإن لم يوجد ففي مصالح المسلمين»(2).

ويمكن القول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه ففيها صور ثلاث:

«الأولى: أن يرى المتولّي والناظر المصلحة في صرف أعيان الأجزاء في نفس المسجد، بأن يستفاد منها في إعمار البناء مرة أخرى، فيتعيّن ذلك، لأنّ مقصود الواقف الانتفاع بالعين الموقوفة مهما أمكن، والمفروض وجوب العمل بالوقف شرعاً على حسب ما أوقفه. فإن توقّف إبقاؤها على بذل مال صُرف من مال المسجد إن كان له مال، وإلا فمِن بيت المال، وإلا لم يجب على المتولّي صرف شيء من أموال نفسه لإبقاء تلك الأجزاء.

الثانية: أن لا يرى المتولّي المصلحة في ردّ مثل الجذع المنكسر جزءاً للمسجد، وحينئذٍ فإن قلنا بجواز بيعها كما حكى عن العلامة وجمع فلا كلام، وإن قلنا بعدم الجواز - كما هو المختار - ففيه صورتان:

الأولى: القول بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف، فيجب صرفه في

ص: 257

1- (1104) هدى الطالب 6/581.

2- (1105) هدى الطالب 6/582.



مصالح نفس هذا المسجد، كإحراقه لطبخ آجره.

الثانية: القول بعدم وجوب مراعاة الأقرب إلى نظر الواقف، ويجب حينئذٍ صرفه في سائر مصالح المسلمين»<sup>(1)</sup>.

والحاصل: «الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد والحسينيات فهي تارة لا تكون إلا لأجل الزينة وتعظيم شعائر المساجد والمشاهد مثل القناديل المعلقة في المشاهد الشريفة وغير القناديل من الآلات الموضوعة فيها لأجل التزيين، ومن الظاهر أن هذه الأمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس في هذه الأمور ملاحظة تملك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهي من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجيء الكلام عن قريب إن شاء الله تعالى أنه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوى الشعور بعد ما كانت الملكية أمراً اعتبارياً يعتبره العقلاء في هذه الموارد.

وأخرى تكون الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد مثلاً وفقاً للمسلمين المصلين في المسجد أو زوّار المشهد ولكنّه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعة في المشاهد المشرفة والمساجد المكرّمة لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعبادة منها.

وثالثة يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع الناس والظاهر في هذا القسم أيضاً أنه وقف على نفس المسجد والمشهد لا على الزوّار والمصلّين، ويؤكد ذلك ما هو المتعارف في إنشاء وقفه فإنه يعبر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا على المصلّين والزائرين، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه في القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين في القسم الثانی.

وأما الكلام بالنسبة إلى الأجزاء المحدثّة للمسجد كما إذا سقّف أحد سقّف المسجد فالظاهر أنه ليس مثل نفس مكان المسجد الذى قلنا إنّه تحرير ملك لا يجوز بيعه، بل هو

ص: 258

من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوّز ولا ينافى ذلك إجراء أحكام المسجد فيه.

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثّة، فإذن لا مانع من جواز بيعه عند عروض المجوّز لأنّه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو بابه.

ومن هنا يظنّ حكم الأجزاء غير المحدثّة كما إذا فرضنا أنّ أحداً بنى لنفسه داراً وبنى فيها سقفاً وأبواباً ونحوها ثمّ وقفها مسجداً، فالظاهر أنّ وقف المجموع ينحلّ إلى جعل الأرض مسجداً وجعل غيره وقفاً على المسجد، وذلك لأنّ المسجد إنّما هو اسم للفضاء والمكان وأمّا غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد، ولذا لو انتزع وجعل في مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبة والصفاء والمروة ونحوها ممّا هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ بالله انهدام الكعبة وجب الطواف حول ذاك الفضاء والتوجّه إليه في الصلاة والكون في ذلك الفضاء الخاص في الحجّ مثلاً، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا [النائبي(1)] ونعم ما أفاد من أنّ المناسب للمسجدية التي هي تحرير للملك دائماً أن يتعلّق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره، فإذن يجوز بيع حيطان المسجد وجدوعه وبابه إلى غير ذلك ممّا يتعلّق به عند طرّو المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنّها مملوكة له من غير فرق بين الصورتين»(2).

### الثالث: ما الحقّ بالمساجد

قال المحقّق التستري في المقابس: «إنّ كل وقف عامّ كان الغرض من وقفه تمليك الإنتفاع للموقوف عليهم \_ دون العين أو منافعها \_ فلا يصحّ بيعه مادام وقفاً بوجه من الوجوه. وقد أجمع الأصحاب على ذلك في المسجد... وكذلك المشهد والمقابر المبنية إذا خربت، والمدارس والخانات والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المنتفعين، والعبد المحبوس على خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لإنتفاع

ص: 259

1- (1107) منية الطالب 2/282.

2- (1108) التنقيح في شرح المكاسب 2/(268-266).

المآزة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلين، وغير ذلك مما أُقصد بوقفه الإنتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا تحصيل المنافع بالاجارة»(1).

ذكر هذا المقال الشيخ الأعظم وعلمه بقوله: «لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة والأسواق.

وهذا كلّ حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تمليكا»(2).

أقول: الإلحاق بالنسبة إلى المشاهد المشرفة والحسينيات والمهديات وما شابهها تامّ لأنّ بعد أن يجعل الواقف أرضا لتكون مزارا أو حسينية تصير محرّرة مثل المساجد من جهة عدم تمليك أحد أو جهة من الجهات فلا يجوز بيعها أبدا.

وأما: المدارس والخانات والقناطر والكتب والأشجار والبواري والعبد المحبوس ونحوها فلا يتم فيها الإلحاق بل هذه الأمور تكون من قبيل الوقف العام وهو على قسمين:

«القسم الأوّل: ما يكون وقفا لجهة عامّة مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمامات والدكاكين بأن تكون منفعة هذه الأمور راجعة إليهم ومملوكة لهم فإنّ معنى وقف هذه الأمور لهؤلاء الجماعة رجوع منفعة هذه الأمور إليهم وكونها مملوكة لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشرة كما يجوز لهم إجارتها والانتفاع بأجرتها.

والظاهر أنّ هذه الأمور أيضا ملك لهم... من دلالة نفس «على» في قول الواقف وقفت عليهم، كما أنّ الظاهر أنّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوّغ والمجوّز له، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنّه في الوقف الخاص يكون الشيء الموقوف ملكا للأشخاص بنحو الأشاعة بخلافه في المقام بداهة أنّ الشيء الموقوف ليس ملكا للعلماء بالأشاعة بأن يكون كلّ واحد من العلماء مثلاً مالكا لمقدار من الوقف بنحو الأشاعة بل هو ملك للجهة. وبعبارة أخرى أنّ دائرة الملك سعة وضيقا تختلف بكثرّة الموقوف عليهم

ص: 260

1- (1109) مقابس الأنوار /156.

2- (1110) المكاسب /4/60.

وقلّتهم في الوقف الخاص بخلافه في هذا القسم بل هو باق على حاله على أى حال، وكيف كان فلا فرق في جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوّز البيع.

والقسم الثانى من الوقف العام: ما يكون وقفا على لعلماء أو على جميع الناس مثلاً ولكنّه على نحو ليس لهم إجارته ونحوها بأن لا تكون المنفعة راجعة إليهم مثل القسم الأوّل، بل وقف عليهم لأنّ ينتفعوا منه مباشرة لا لأنّ يؤجر وتصرف منافعهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعة فى الطرق والقناطر، وقد يعبر عن هذا القسم فى لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعة... أنّ مرجع هذا أيضاً إلى ملك المنفعة غاية الأمر المنفعة بالمباشرة لأنّ الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالكا لفعل نفسه، فهو مالك للمنفعة لكن فى جهة خاصّة ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحة من باب ضيق العبارة.

وكيف كان الظاهر كون الشىء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضاً ملكاً للجهة غاية الأمر يكون ملكاً مضيّقاً والمنفعة أيضاً مملوكة ملكاً مضيّقاً، فالفرق بين هذا القسم والقسم السابق أنّه فى القسم الأوّل تكون العين ملكاً للجهة لكن محبوسة لا طلقاً والمنفعة تكون ملكاً لهم طلقاً فيجوز لهم المعاوضة عليها والانتفاع بثمنها وفى القسم الثانى كما لا تكون العين مملوكة للجهة طلقاً كذلك المنفعة لا تكون طلقاً بل هى أيضاً محبوسة بمعنى اشتراط صرفها فى جهة خاصّة وهى الانتفاع بها مباشرة، وليس لهم إجارته ونحوها من التصرفات الواقعة من الملاك بل لهم أن يجلسوا فى المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوّار أو المسافرين»(1).

وبالجملة: فى الوقف العام بكلا قسميه لا مانع من جواز البيع عند عروض المجوّز فلا يتم القول بالحاقه بالمساجد والمشاهد والحسينيات خلافاً للمحقّقين الشيخ أسدالله

ص: 261

## الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟

استشكل المحقق التستري في مطالبة المتلف بالقيمة أو المثل «من أن ما يطلب بقيمة عينه يُطلب بمنافعها. ومن المعلوم أنه لو منع شخصٌ الناسَ من الإنتفاع إلى أن فاتت جملةٌ من منافعها، أو إنتفع بها في غير الجهة الموضوعة له \_ كما لو جعل المسجد مسكناً له \_ أئِم، ولكن لم يطلب بها، فكذا لو أتلف العين. ولعدم وضوح الدليل على الضمان إلا في الأملاك المنسوبة إلى الناس، وهذه صارت ملكاً لله، وإنما للناس الإنتفاع خاصة» (2).

وقال الشيخ الأعظم: «ولو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلفاً، ففي الضمان وجهان:

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

ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنفعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزاً، وأن الظاهر من التادية في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس، والأول أحوط، وقوّاه بعض (3).

أقول: بعد ما عرفت أن الوقف العام ملكٌ للموقوف عليهم وتدلّ عليه كلمة «على» لأنها في صورة عدم الملك لم يكن وجه للتعبير بهذه الكلمة الدالة على الضيق والضرر وليس هذا إلا من جهة تضييق دائرة الملكية عليهم ولا يكون في البين ضرراً يتوجّه إليهم بل لهم منفعة تعود إليهم من الوقف فحينئذٍ إتلاف الملك على المالك يوجب ضمان المتلف.

مضافاً إلى وجود السيرة المستمرة العقلانية على الضمان في الوقف العام بكلا قسميه لمن أتلف شيئاً من منفعه على الموقوف عليهم حيث يعتبره العقلاء ضامناً للجهة

ص: 262

1- (1112) منية الطالب 2/280.

2- (1113) المقابس /156.

3- (1114) المكاسب 4/60.

أو لهم، فلا يتم القول بعدم الضمان والأقوى هو الضمان والله العالم.

### الخامس: الوقف على الموقوفات

هل يصح وقف الأموال المنقولة وغير المنقولة على الموقوفات كما في وقف المصاحف والمنابر والفرش والمصابيح على المشاهد المشرفة والمساجد والمدارس، أو وقف الأراضى والدكالين والخانات عليها أم لا؟

قولان: الأول: البطلان: لأنّ عناوين المشاهد والمساجد والمدارس قاصرة أن تصبح طرفاً لإضافة الملكية لفقدان الشعور فيها.

الثانى: الصحة: إذ لا دليل على أنّه ينبغي أن يكون المالك ذى شعور بل الثابت عند العقل والعقلاء امكان اعتبار الملكية لفقد الشعور كالجمادات والحيوانات، ولأنّ الملكية من الأمور الاعتبارية ويعتبرها العقلاء لفقد الشعور أيضاً.

«والشاهد على ذلك ما عليه سيرة الأمم والشعوب فى البلدان المختلفة، حيث أنّ لكلّ أمة وملة معتقداً ودين تدين بها، ومقدّسات تقدّسها، وتقدّم لها القرايين والندور وتوقف عليها الأموال المنقولة وغير المنقولة، فلعبدة الأوثان هياكلهم المقدّسة، وللمجوس بيوت النار التى تقدّسونها، ولليهود والنصارى كنائسهم ومعابدهم وأديرتهم فيوقفون لها الأموال، ويعتبرون هذه الأماكن المقدّسة طرفاً لإضافة الملكية، وما عليه المسلمون من وقف الأموال على المساجد والمشاهد والمزارات المقدّسة أوضح من أن يخفى»<sup>(1)</sup>.

«ويترتب عليه أنّ المنافع التى تحصل من تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة ونحوهما نظير ما يكون وقفاً على الكلى أو الذرية كما إذا فرضنا أنّ دكاناً كان وقفاً على العلماء أو الذرية فكما أنّ منافع تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً لهؤلاء الجماعة كذلك تكون منافع هذه الأمور ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة وللمتولّى أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحاً بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشتري بمنافع هذه الأمور

ص: 263

شيئا ويجعله وقفا على نفس المسجد مثلاً، نعم لا بدّ في جواز بيع نفس الموقوف على الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم»(1).

ولا- ينقضى تعجبي من الأستاذ المحقّق - مدظله - حيث يقبل الأمر في مقام الثبوت واستشكل في مقام الاثبات وتوقف فيه وقال: «إنّ الملكيّة لها اعتبار عقلائي، فلا مانع في مقام الثبوت عقلاً وعقلاءً من ملكيّة الأوقاف للمساجد والمشاهد، وهو ما التزم به جماعة.

إلّا أنّنا برغم اعتقادنا ذلك وأنّ المرتكز عند العقلاء اعتبار المسجد أو الكنيسة طرفاً لإضافة المال، لكن ما يختلج بالبال أنّ هذه الطرفية والإضافة هل هي على نحو الملكيّة المعهودة أو على نحو الاختصاص كما في (الجلّ للفرس) من جهة اختصاصه به، أمّا أصل الاختصاص فهو ثابت لا غبار عليه، أمّا الملكيّة فإنّ أدلّة الإثبات قاصرة عن إثباتها، ولذلك فلا نحكم على هذه الموقوفات إلّا باختصاصها بالأمكنة المذكورة»(2).

وجه التعجب: الملكيّة أمرٌ اعتباريٌّ إمّا اعتبرها العقلاء أو لم يعتبرها؟ فالتفصيل بين مقامى الثبوت والاثبات بلا وجه بعد الاقرار باعتبارهم والاختصاص الوارد في آخر كلامه يمكن أن يسمّى بالملكية ولا نرى الفرق بينهما، واللّه العالم.

### السادس: حكم كسوة الكعبة

تجدد كسوة الكعبة في يوم التاسع من ذى الحجة الحرام كلّ عام وتقسّم بين الدول الإسلامية وشخصياتها يتبركون بها وحيث لم يكن وقفا فيجوز بيعها لأنّ الوقف لا بدّ أن يلاحظ فيه التأييد وهذا القيد لم يكن في كسوة الكعبة وإذا لم تكن وقفا يجوز بيعها ويستفاد للتبرك ولا يجوز التكفين به لأجل احترام الكعبة(3) أو لكونها من الحرير الخاص(4) ولذا ورد في الروايات(5) عدم جواز تكفين الميت في كسوة الكعبة:

ص: 264

1- (1116) التنقيح في شرح المكاسب 2/269.

2- (1117) العقد النضيد 4/559.

3- (1118) كما احتمله السيّد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب 2/268.

4- (1119) كما احتمله العلامة المجلسي في ملاذ الأخيار 3/234.

5- (1120) راجع وسائل الشيعة 3/44، الباب 22 من أبواب التكفين.

ومنها: مرسله عبدالملك قال: سألت أبا الحسن عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئاً فقضى ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح بيعه؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، ويستتفع به، ويطلب بركته، قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا. (1)

والرواية دالة على جواز بيع كسوة الكعبة وهبتها وطلب البركة منها والانتفاع بها.

كما يدل عليه صحيحة عبدالملك بن عتبة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّا يصل إلينا من ثياب الكعبة، هل يصلح لنا أن نلبس منها شيئاً؟ قال: يصلح للصبيان والمصاحف والمخدّة يتغى بذلك البركة إن شاء الله. (2)

بتقريب: إذا كانت تصلح للصبيان والمصاحف والمخدّة بطلب البركة فيجوز الانتفاع بها وإذا جاز الانتفاع فيجوز البيع بالملازمة ولذا حكى (3) عن الكليني (4): وفي رواية أخرى أنه يجوز استعماله وبيع بقيته.

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى من البحث.

## الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف

### الصورة الأولى:

#### إشارة

«أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق» (5).

تدور هذه الصورة حول الأمرين الرئيسيين خراب العين وسقوطها عن قابلية الانتفاع فمجرد الخراب لا يسوّغ البيع «بل لابد أن ينتهي الخراب إلى حالة ينتفى الانتفاع بها، وعليه فإنّ المسوّغ الحقيقي ليس مجرد الخراب، بل عدم الانتفاع؛ وهو تارة يسقط

ص: 265

1- (1121) وسائل الشيعة 3/44، ح 1.

2- (1122) وسائل الشيعة 13/257، ح 1، الباب 26 من أبواب مقدمات الطواف.

3- (1123) الحاكي صاحب وسائل الشيعة 13/257.

4- (1124) لم أظفر بها في الكافي المطبوع ويظهر منها اختلاف نسخ الكافي الشريف.

5- (1125) المكاسب 4/61.



العين بالمرّة عن قابليّة الانتفاع، وأخرى لا يسقطها.

وقلة الانتفاع: تارةً: يكون بحيث يلحق بالمعدوم.

وأخرى: غير ملحق به، بل يمكن استثمار هذا القليل والانتفاع به عرفاً بحيث لو ترك هذا القليل لعدّ تضييعاً للمال عرفاً وعُقلاً»<sup>(1)</sup>.

والكلام في هذه الصورة في سقوط العين عن الانتفاع بها بالمرّة بحيث لا يمكن الانتفاع بها كما مرّ.

### كلمات الفقهاء في المقام

ذهب جماعة إلى جواز بيع الوقف إذا خرب وجماعة إلى جواز بيعه إذا خاف خرابه وأمّا:

(فمّمّا جوّز بيعه فيه إذا خرب المقنعة<sup>(2)</sup> والانتصار<sup>(3)</sup> والمراسم<sup>(4)</sup> والخلاف<sup>(5)</sup> على الظاهر منه والتذكرة<sup>(6)</sup> والتحرير<sup>(7)</sup> والإرشاد<sup>(8)</sup> والمختلف<sup>(9)</sup> و[القواعد<sup>(10)</sup>] وتعليق الإرشاد<sup>(11)</sup> ومجمع البرهان<sup>(12)</sup> وكذا جامع المقاصد<sup>(13)</sup>. وفي الانتصار<sup>(14)</sup> الإجماع عليه.

ص: 266

- 1- (1126) العقد النضيد 4/562.
- 2- (1127) المقنعة: في الوقوف والصدقات 652/.
- 3- (1128) الانتصار: في بيع الوقف 468/.
- 4- (1129) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات 197/.
- 5- (1130) الخلاف: في الوقف 3/551، المسألة 22.
- 6- (1131) تذكرة الفقهاء: 20/249، مسألة 147.
- 7- (1132) تحرير الأحكام الشرعية: في أحكام الوقف 3/316.
- 8- (1133) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف 1/455.
- 9- (1134) مختلف الشيعة: في الوقف 6/288.
- 10- (1135) قواعد الأحكام 2/401.
- 11- (1136) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) 9/339.
- 12- (1137) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط العوضين 168-8/169.
- 13- (1138) جامع المقاصد: في أحكام الوقف 70-9/71.
- 14- (1139) الانتصار: في بيع الوقف 469/.

وقد قيّد فيه الخراب بما إذا لم يجد نفعاً، فينطبق عليه معقد إجماع الغنية كما ستسمع. وفي المقنعة (1) بما إذا لم يوجد له عامر، وفي الكتاب بما إذا خرج عن الانتفاع. وفي الخلاف (2) بما إذا لم يرج عوده. وفي التذكرة (3) والمختلف (4) بعدم التمكن من عمارته. وجمع بين هذين في التحرير (5) وقد يكون المراد من الجميع معنى واحداً. وجوّز في الكافي (6) بيع الوقف المنقطع عند خرابه.

ولعلّ مراد من قيده بما إذا خرج عن الانتفاع ما إذا لم يمكن الانتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً كحصير يبلى وجذع ينكسر، إذ قد جوّز في التذكرة (7) و[القواعد (8)] والإيضاح (9) والدروس (10) وجامع المقاصد (11) بيع حصر المسجد وجذوعه حيث لا ينتفع بها فيه ولا في غيره وإتّما ينتفع بها في الإحراق، قالوا: فإتّما تباع فيه. وهو ممّا لا-ريب في جوازه وإن خالف فيه بعض الشافعية (12). وفي المبسوط (13) إن انقطعت نخلة من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنّه قد تعدّر الانتفاع بها على الوجه الذي

ص: 267

- 1- (1140) المقنعة: في الوقوف والصدقات /652.
- 2- (1141) الخلاف: في الوقف 3/551، المسألة 22.
- 3- (1142) تذكرة الفقهاء 20/249، مسألة 147.
- 4- (1143) مختلف الشيعة: في الوقف 6/288.
- 5- (1144) تحرير الأحكام الشرعية: في أحكام الوقف 3/316.
- 6- (1145) الكافي في الفقه: في الصدقة /325.
- 7- (1146) تذكرة الفقهاء 20/247، مسألة 145.
- 8- (1147) قواعد الأحكام 2/401.
- 9- (1148) إيضاح الفوائد: في لواحق الوقف 2/407.
- 10- (1149) الدروس الشرعية: في بيع الوقف 2/280-279.
- 11- (1150) جامع المقاصد: في لواحق الوقف 9/116 وفي البيع 4/97.
- 12- (1151) راجع المجموع: في الوقف 15/360.
- 13- (1152) المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/300.

شرطه وهو أخذ ثمرتها، وقيل: لا يجوز، والأول أقوى، انتهى فتأمل جيّداً.

ومما جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه النهاية(1) والمبسوط(2) والمهذّب(3) وفقه الراوندى(4) والوسيلة(5) والواسطة(6) والغنية(7) والجامع(8) وكشف الرموز(9) والدروس(10) والمقتصر(11). ونقله كاشف الرموز عن شيخه(12). وفي فقه الراوندى(13) الإجماع على ذلك، قالوا معاً: وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به. وزيد في فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم(14). وقد عبّر في النهاية(15) والمهذّب(16) بخوف هلاكه وفساده، والظاهر أنّه بمعنى خوف خرابه ولهذا نظمناه في هذا السلك. وزاد في المقتصر إذا

ص: 268

1- (1153) النهاية: في الوقوف والصدقات 599-600.

2- (1154) المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/287.

3- (1155) المهذّب: في الوقف 2/92.

4- (1156) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه 2/293.

5- (1157) الوسيلة: في الوقف 370.

6- (1158) حكاة عنه البحرانى في الحدائق الناضرة: في البيع 18/440.

7- (1159) غنية النزوع: في الوقف 298.

8- (1160) الجامع للشرائع: في الوقف 372.

9- (1161) كشف الرموز: في الوقف 2/54.

10- (1162) الدروس الشرعية: في بيع الوقف 2/279.

11- (1163) المقتصر: فيا لوقف والصدقات والهبات 212.

12- (1164) كشف الرموز: في الوقف 2/54.

13- (1165) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه 2/293.

14- (1166) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه 2/293.

15- (1167) النهاية: في الوقوف والصدقات 599-600.

16- (1168) المهذّب: في الوقف 2/92.

تعطّل(1)، فإن أرجعنا هذا إلى ما قبله توافق إجماعات «الانتصار والغنية والمبسوط والفقهاء»(2).

ثم يقع الكلام فى المقامين:

### المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع

المقتضى لجواز البيع فى هذه الصورة موجودٌ لأن «طبيعة الوقف بنفسها يقتضى جواز البيع بعد سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها، لأنَّ غرض الواقف وارتكازه الذى دعاه إلى إنشاء الوقف كان حبس العين وتسييل منافعها بقاءً، والرواية النبوية \_ برغم ضعف سندها \_ (حبس الأصل وسبب الثمرة)(3) إنما هى مبيّنة وشارحة لهذا الارتكاز العقلاى، ويثبت أنَّ غرض الواقف هو ديمومة الثمرة وبقاءها، فتكون تبعية الإنشاءات للأغراض كتبعية المعلول للعلّة الممنوع تخلفه عنها، بل لا بدّ من تطابق الإنشاء مع الغرض، بمعنى أنّه يجب أن تكون دائرة الإنشاء بقدر الغرض لا أوسع منه، لأنَّ الإنشاءات على قسمين:

تارةً: صادرة بنحو التقنين وليبان قانونية الحكم المنشأ، ونسبة الغرض إليه تارةً يكون بنحو الحكمة، وأخرى بنحو العلة. فقوله: (لا تشرب الخمر لأنّه مسكرٌ) حكم قانونى اعتبر الإسكار فيه علةً لتمام موضوع الحكم، أمّا عدّة المرأة فهى حكم قانونى، واختلاط المياه إنّما هى حكمة وليست بعلة.

وأخرى: صادرة على نحو إنشاءات العرف والعقلاء، وفى هذه الصورة يجب أن تكون دائرة الإنشاء متطابقة مع الغرض ويقدره لا أوسع منه.

وإنشاء الواقف يعدّ من القسم الأخير، فيجب حمل إنشاءه على ما يتطابق مع

ص: 269

1- (1169) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات /212.

2- (1170) مفتاح الكرامة 21/(682-685).

3- (1171) عوالى اللائى: باب الديون 2/260، ح14؛ المسند (للشافعى) /308؛ مسند الحميدى /290؛ تلخيص الحبير 3/67، ح1310؛ سنن البيهقى 6/162؛ سنن ابن ماجه 2/801، 2397.

غرضه من حبس العين وتسبيل الثمرة بقاءً، فإذا انتفت جاز بيع الموقوفة، ولهذا السبب نحكم بأنّ نفس إنشاء الوقف فيه اقتضاء البيع، وإن لم يقد دليل شرعى على جوازه.

توضيح ذلك: لا يخفى أنّ الفقهاء قسّموا الشروط إلى:

الشروط المصرّحة فى ضمن العقد، والشروط المضمرة المبنية على الارتكاز، والى يعبر عنها بالشروط البنائية، كشرط تساوى الثمن والمثمن فى المعاملة، فإنّه من الشروط التى لا يصرح بها عادةً فى العقد، إلاّ أنّ العقلاء يبنون معاملاتهم عليه بناءً ارتكازياً، ويجعلون خيار الغبن لمن تضرّر نتيجة لتخلّفه عن الشرط المذكور، وفيما نحن فيه فإنّ ديمومة منفعة العين الموقوفة تعدّ من هذا القبيل، بمعنى أنّ إنشاء الوقف يقع مع هذا الشرط الارتكازى غير المصرّح به، ومفاده أنّه يجب أن تبقى العين وثمرتها مسبلة إلى حين إمكان الانتفاع، فإذا انتفت منافعها فى يوم من الأيام، جاز بيعها وتبديل ثمنها بعين أخرى يمكن الانتفاع بها بما يتوافق مع غرض الواقف الأقرب فالأقرب، وتأسيساً عليه فباعترادى أنّ دليل الوقف بنفسه يقتضى جواز البيع، ولا حاجة للإستعانة بأدلة أخرى لإثبات الجواز، كما أنّ حكم الشارع بجواز البيع عند انتفاء منافعها ليس حكماً تعبدياً، وإنّما هو حكم إرشادى إلى هذا الشرط الارتكازى المضمّر، أو بيان لحكم واعتبار على وفق الشرط الارتكازى الذى شرطه الواقف»(1).

بعبارة أخرى: «أنّ الوقف المؤبّد عبارة عن تحبّيس العين وتسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض، ولا فرق بين تصريح الواقف فى صيغة الوقف بكلمة إلى أن يرث الله الأرض وبين عدم تصريحه بذلك، لأنّ معنى الوقف عبارة عن هذا، فعليه لمّا كان الواقف واحداً من العقلاء ويعلم أنّ الأشياء كلّها فانية فلا بدّ وأن يكون نظره من تحبّيس العين وتسبيل المنفعة أعمّ من نفس العين ومن بدلها.

وبعبارة [ثالثة]: أنّ نظر الواقف من تحبّيس العين وتسبيل منفعتها أولاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعنى يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانياً

ص: 270

وبالعرض إلى بدلها، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحييس العين وتسييل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى، فليس للبطون الموجودة إتلاف نفس العين لأنفسهم بل لابد من تبديل العين إلى شيء يبقى وينتفع به الكل إلى أن يرث الله الأرض»(1).

ومما ذكرنا يُظهِرُ ما في مقالة الشيخ الأعظم من قوله: «نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه، فتأمل»(2).

وجه الظهور: أن «المستفاد من كلامه قدس سره هذا كون العين الموقوفة ملكاً طلقاً للبطون الموجودة التي تسقط العين عن الانتفاع بها في زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهة أن الواقف لم ينشئ بالوقف ملكيتين: ملكية غير طلقة للبطون السابقة وملكية طلقة لمن أدرك آخر أزمته بقاء الوقف، بل الواقف بعد التفاته إلى أن العين الموقوفة غير قابلة للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقية وبمالياتها بعد التلف، لا بمعنى أن الواقف أوقف البدل بشخصه ليقال إنّه لم يكن ملكاً له لا حدوثاً كما هو واضح ولا بقاءً لأنّه حين المبادلة لم يكن المبدل ملكاً للواقف ولا بمعنى أنّه وقف كلّ المال السارية بين العين الموقوفة وبدلها، بل بمعنى أنّه وقف العين الشخصية بشخصها وبمالياتها غاية الأمر حسب شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقائها وبدونه تكون المالية وقفاً في ضمن أيّ شيء كانت وليست العين حينئذ محبوسة فيجوز تبديلها، وهذا هو السرّ في عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ مالياتها موقوفة في ضمن أيّ عين كانت ولا يجوز إتلاف المالية الموقوفة»(3).

وكذا لا يتم ما قاله: «وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه

ص: 271

1- (1173) التنقيح في شرح المكاسب 2/272.

2- (1174) المكاسب 4/62.

3- (1175) التنقيح في شرح المكاسب 2/273.

لترخيص البطن الموجود في إتلافه»(1).

لو كان مراده قدس سره من الحق هو الملكية الشأنية لعدم امكان تعقلها حتى تكون منشأة من قبل الواقف.

## المقام الثاني: عدم المانع

### إشارة

الموانع المتصورة عن بيع الوقف في هذه الصورة تتشكل من أمور لابد من دفعها:

أ: دعوى الإجماع

الإجماع حاصل على عدم جواز بيع العين الموقوفة كما مر(2).

ويرد عليه: أولاً: أنه مدركي هنا.

وثانياً: «إن الإجماع الذي كان موجوداً في أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف ليس موجوداً في المقام لو لم يكن موجوداً على جواز البيع، ولا أقل من كون جواز البيع في المقام من المعروف والمشهور»(3).

وثالثاً: الإجماع دليل لبي فاقده للإطلاق فيجب الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو هنا إذا لم تكن العين قد سقطت عن الانتفاع(4).

ب: صحيحة أبي علي بن راشد

الماضية(5) عن أبي الحسن عليه السلام: لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها إلى من أوقف عليه، الحديث(6).

حيث تعلّق فيها النهي ببيع الوقف وشراءه.

ويرد عليه: «أولاً: لا إطلاق للنهي ليشمل المورد، لإحتفائه بقريئة صارفة تمنع

ص: 272

1- (1176) المكاسب 4/63.

2- (1177) راجع هذا المجلد صفحة 206.

3- (1178) التنقيح في شرح المكاسب 2/270.

4- (1179) كما في العقد النضيد 4/564.

5- (1180) راجع هذا المجلد صفحة 209.

6- (1181) وسائل الشيعة 19/185، ح 1.

عن انعقاد الإطلاق للنهي، وهي الغلّة والثمرة المشار إليهما في الرواية، حيث تدلّان على اختصاص النهي بما إذا كانت العين الموقوفة مثمرة، فلا تشمل صورة فقدها.

وثانياً: أنّ إطلاق أدلة النهي منزلة على مقتضى إنشاء الوقف المقيد بصورة الانتفاع ووجود الثمرة، لا مؤبداً حتّى عند فقدهما كما مرّ تفصيله آنفاً، وحكم هذه الرواية حكم غيرها من الأدلّة، حيث تدلّ على عدم الجواز ما دام ينتفع بها، وبالتالي لا إطلاق فيها لتشمل ما إذا كانت العين فاقدة للمنافع»(1).

ج: صحيحة الصّغار

الماضية(2) عن أبي محمّد الحسن بن علي عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله.(3)

قد يقال: أنّها دالة على عدم جواز بيع الوقف.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «فلا يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(4).

المناقشة على ردّ الشيخ الأعظم

يرد على الشيخ الأعظم: أولاً: إنّ هذه المقالة الأخيرة متهافئة مع ما مرّ منه في أوّل البحث بعد الحكم على عدم جواز بيع الوقف إجماعاً «لعموم قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(5).

ثانياً: لا وجه لتخصيص الصحيحة بما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها مسوقة لبيان كيفية المصرف في الوقف من أنّ الواقف لو وقفه على جهة لا بدّ من صرف منافعها في تلك

ص: 273

1- (1182) العقد النضيد 4/565.

2- (1183) راجع هذا المجلد صفحة 208.

3- (1184) وسائل الشيعة 19/175، ح 1.

4- (1185) المكاسب 4/61.

5- (1186) المكاسب 4/33.



الجهة، بل أنّها عامة تشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع معاً، نعم هذه الصورة من صور جواز بيع الوقف خارجة عن دائرة شمولها.

وثالثاً: قد مرَّ أنّ عدم جواز بيع الوقف ليس من أحكام الوقف \_ كما ذكره الشيخ الأعظم \_ بل هو مقوم للوقف وداخل في انشائه، لأنّ الوقف عبارة عن تحييس العين وتسبيل المنفعة على نحو التأيد، لأنّ محل كلامنا في الوقف المؤبّد.

ورابعاً: لاحتاج إلى تخصيص الصحيحة كما فعله الشيخ الأعظم بل أنّها «أدلّ على جواز البيع من المنع خلافاً لما استدلّ به المانعين، فإنّه بعد ما ثبت أنّ غرض الواقف الإنشاء التوأم مع الانتفاع الدائم، فإنّ الرواية بنفسها تقتضى البيع عند الخراب وانتفاء المنافع، لأنّ الشارع قد أمضى الوقف بحسب أغراض الواقف المشروطة ببقاء المنفعة، وبالتالي فإنّ نفس إمضاء الوقف شرعاً يقتضى جواز البيع عند الخراب، بل لزومه، خاصّةً إذا لا حظنا أنّ إبقاء العين المخروية يعدّ تضييعاً للمال، ومخالفاً مع غرض الواقف والشارع، وعليه فدلّيل نفوذ الوقف ما دامت المنفعة باقية يسقط بعد زوالها، وحينئذٍ يكون اقتضاء إطلاق دليل «أحلّ الله البيع» (1) نافذاً دون مانع يمنع عن ذلك» (2).

### فذلك القول في المقام

والحاصل: إنّ «العمومات الدالة على صحة المعاملات من «أوفوا بالعقود» (3) و«أحلّ الله البيع» و«تجارة عن تراض» (4) فإنّها تقتضى صحة بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإنّ المانع عنها إنّما كانت هي الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانع فتكون هي محكمة ومقتضية لجواز البيع كما لا يخفى.

وبالجملة: إنّ أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفة باقية على حالها وأمكن الانتفاع بها في الجهة التي وقفها الواقف لأجلها وإذا سقطت عن الانتفاع بها

ص: 274

1- (1187) سورة البقرة /275.

2- (1188) العقد النضيد 4/565.

3- (1189) سورة المائدة /1.

4- (1190) سورة النساء /29.

لم تكن مشمولة لها.

وبعبارة أخرى: أنّ مادّل على المنع عن بيع الوقف ليس وارداً على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكناً وغير متحرك بالبيع والهبة وجعله مهراً للزوجة وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضاً وإذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة وجاز بيعها كما لا يخفى»(1).

**ثمّ إنّ هاهنا إشكالاً لا بدّ من الجواب عنه**

### **الإشكال**

«ثمّ أنّه يقع الإشكال في أنّه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها وبدلّ بشيء آخر فكيف يصير ذلك وفقاً كمبدله مع عدم تعلّق الإنشاء من الواقف عليه.

وعلى تقدير تعلّق الإنشاء به فلا فائدة فيه فإنّه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لأنّه لا وقف إلاّ في ملك وبعد تبديله بالثمن فليس ملكاً للواقف وعلى تقدير رجوعه إلى ملكه لا يكون وفقاً إلاّ بإنشاء جديد فهو منفي، بل مقتضى القاعدة حينئذ أي مع الرجوع إلى ملكه إمّا كونه ملكاً للواقف على تقدير حياته وللورثة مع موته»(2).

وبعبارة أخرى: «بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها، وتبديل ثمنه بوقف آخر، فكيف يصح هذا الثمن وفقاً كمبدله مع عدم تعلّق إنشاء الوقف به.

[ثمّ] على تقدير تعلّق الإنشاء به، فإنّه لا يكون مفيداً لصدور الوقف عمّن لا يعدّ مالكا والثابت أنّه (لا وقف إلاّ في ملك).

ص: 275

1- (1191) مصباح الفقاهة 5/181 و 182.

2- (1192) مصباح الفقاهة 5/182.

[توضيح] ذلك: لا- شك أنّ الوقف من الأُمور الإنشائية، ولا يتحقّق إلاّ بإنشاءٍ صادرٍ من المالك، فمع خراب الوقف وإن جاز بيع العين الموقوفة شرعا، لكن ما الدليل على صحّة وقف الثمن الذى هو بدل للمبدل ولم يكن البائع مالكا له، حيث لا مجال لتوجيه وقف من ليس بمالك، فإنّ متعلّق الإنشاء كان وقف المثل، ولم يكن الثمن متعلّقا للإنشاء، فما أوقفه الواقف هى الدار التى انتهت وقفيتها بالخراب، وما نحاول إثبات وقفيتها بعد البيع هو الثمن الذى لم يكن قد تعلّق به الإنشاء، وبالتالي تكون وقفية الثمن غير ممكنة بل ضرورية البطلان لصدورها عمّن ليس بمالك»(1).

## قد تعرّض الأعلام لحلّ هذا الاشكال:

### محاولة المحقّق الخراسانى

#### إشارة

قال: «لا-ريب فيه على تقدير كون الوقف ممّا يتعدّد فيه المطلوب، ويكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها مادام ممكنا، وحبسها ببدلها فيما لم يمكن»(2).

توضيح محاولته: «أنّ للواقف مطلوبان طوليان؛ أوّلى وثانوى، أمّا المطلوب الأوّلى الذى هو متعلّق إنشاء الواقف، ليس إلاّ حبس العين وتسييل الثمرة، ما دام يمكن الانتفاع بالعين بنفسها وبخصوصياتها الشخصية، أمّا المطلوب الثانوى فهو الانتفاع ببدلها فيما لو سقط الانتفاع بها، وعليه فإنّ وقفية البديل تكون متحقّقة من خلال الإنشاء المتعلّق بالعين»(3).

### نقد الإصفهاني على محاولة الخراسانى ثمّ توجيهها

اعترض المحقّق الإصفهاني على استاذة بما نصه: «أنّ المالية التى هى أمر انتزاعى عقلانى تشخص بمنشائها، فالمالية القائمة بالبديل غير المالية القائمة بالعين الموقوفة حقيقةً ودقّةً، ولا مساس لها بالواقف حتى يجعلها محبوسة فى المرتبة الثانية من غرضه، بخلاف المالية القائمة بماله فإنّها قابلة له، وإنّما الكلام فى جواز تبديل هذه المالية بما

ص: 276

1- (1193) العقد النضيد /565 و 566.

2- (1194) حاشية المكاسب /110.

3- (1195) العقد النضيد 4/568.

يمثلها مع أنّها مالية العين بشخصها لا بمالية أخرى، وبيع العين كما يوجب نقل العين كذلك نقل المال، وأيّ دليل على لزوم اتباع غرض الواقف حتّى يقال بأنّ الانتفاع بالمال متوقف على تبديله؛ مع أنّ تبديله مساوق لازالة المحبوسية عنه، فكيف يمكن تعلّق غرضه بالمحبوسية على وجه مزيل للمحبوسية»(1)؟!!

مراده: «أنّ بدل العين الموقوفة لم يكن من مراتب ملكيّة الواقف، بل أجنبيّ عنه، لأنّ ما يضاف إلى المالك إنّما هو العين بجميع خصوصيّاته، وأمّا بدلها، فلم يكن طرفاً لعلقة الإضافة، ولذلك لا تأثير لإنشاء الواقف للعين بالنسبة إلى بدلها لانحصار تأثير إنشاءه بما هو تحت سلطنته واختياره دون ما هو خارج عنهما، فحدود صلاحية الواقف منحصرة بنفس العين، وليست متعدّدة لتشمل العين وبدلها طولاً»(2).

ثمّ بعد هذا الاعتراض قام الإصفهاني(3) بتوجيه كلام الخراساني بما توضّحه: «أنّ كلّ مال يتضمّن ثلاث جهات:

الأولى: الجهة الخصوصيّة المتعلّقة بالمال المعيّن كالكتاب، فإنّه مالٌ مع خصوصيّة كونه كتاباً.

الثانية: الجهة الماليّة الخاصة المضافة إلى الشئ، وهي القيمة التي يختصّ هذا الكتاب الخاصّ بها.

الثالثة: الجهة الماليّة العامّة التي تشترك الكتاب وغيره فيها، وهي التي يُعبّر عنها بالفارسيّة بـ (أرزش).

فإنّه عند إتلاف المال تزول الخصوصيّة الأولى والثانية، وليس في استطاعة التالف أو المالك استيفاءهما. أمّا الجهة الثالثة فهي باقية وقابلة للردّ والاستيفاء وقوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» بيان لهذه الخصوصيّة.

وفيما نحن فيه فإنّ الواقف حينما يقدم على إنشاء الوقف، فإنّه لم يوقف العين

ص: 277

1- (1196) حاشية المكاسب 3/115.

2- (1197) العقد النضيد 4/568.

3- (1198) حاشية المكاسب 3/(116-114).

وبدلها معا \_ كما التزم به الآخوند \_ بل يتعلّق وقفه بالجهة الأولى والثالثة، فليس يقصد وقف الكتاب بما هو كتاب، بل يوقفه بما هو مالٌ، ولهذا السبب تتوسّع دائرة الموقوف من خلال إنشاء الواقف، وتشمل الكتاب وما يتضمّنه من الماليّة، فإذا انتهى الأول وأصبح عديم الفائدة، فإنّ أصل الماليّة تكون باقية وتبقى موقوفة إلى الأبد بنفس إنشاء الوقف الأول.

والنتيجة: أنّه ما دام يمكن الانتفاع من العين بالماليّة القائمة بها، فإنّه يجب الاحتفاظ بها، ومع سقوطهما يصل الدور إلى الجهة الثالثة، حيث يقتضى أصل الوقف لزوم المحافظة عليها، ممّا يستلزم بيع العين الخربة أو عديمة الفائدة لأجل إبقاء أصل الماليّة الموقوفة أساساً بأصل الوقف، فيصبح البديل أيضاً وفقاً بتبع وقيّة أصل الماليّة التي كانت موقوفة إلى الأبد من حين الإنشاء»<sup>(1)</sup>.

### محاولة السيد اليزدي

قال في ملحقات العروة الوثقى: «إذا وقف ماليّة عين أبداً يمكن أن يقال: إنّهُ وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلاّ أنّ مقتضى العمومات العامّة صحّته، ومنع حصر المعاملات في المتداولات، بل الأقوى صحّة كلّ معاملة عقلائية لم يمنع عنها الشارع، فكما تصحّ الوصيّة بإبقاء مقدار من ماله أبداً وصرف منافعه في مصارف معيّنة مع الرخصة في تبديله بما هو أصلح، فكذا لا مانع منه في المنجز بمثل الوقف على النحو المذكور وإن لم يكن من الوقف المصطلح»<sup>(2)</sup>.

ويناقش عليه: «أولاً: لا يخفى أنّ الوقف إذا تعلّق بالعين يعنى حبس العين عن جميع التصرفات، أمّا الخصوصيّات المتعلّقة بذات العين فهي غير داخلية تحت الوقف، وأمّا إذا تعلّق الوقف بالخصوصيّة الماليّة دون العين، فإنّ الأمر يقتضى أن نعدّ خصوصيّات هذا النوع من الوقف جواز تبديلها، لتعلّق الوقف بأصل الماليّة لا بخصوصيّاتها، وبالتالي

ص: 278

1- (1199) العقد النضيد 4/568 و 569.

2- (1200) العروة الوثقى 6/393، مسألة 46.

ينبغي أن نلتزم بجواز بيع الماليّة وتبديلها، وإن لم تطرأ عليها مسوّغات بيع الوقف، وهذا ما لا أظنّ بفقهاء يلتزم به»(1).

وثانياً: إطلاق أدلة الوقف لا يشمل ما ليس بمتداول عند العقلاء بيان ذلك: «إنّ المجعولات الشرعيّة على قسمين: تأسيسيّة وإمضائيّة.

أمّا المجعولات التأسيسيّة: فإنّ الشارع لم يلاحظ حين الجعل خصوصيّة معيّنة في حكمه، وبالتالي تكون أصالة الإطلاق محكّمة، وهذا بخلاف الأدلّة الإمضائيّة حيث يلاحظ الشارع عند جعلها الخصوصيّات العرفيّة والارتكازات المتداولة عند العقلاء، فقولته: «أحلّ الله البيع» يعدّ من الأحكام الإمضائيّة، ويختصّ بالبيع العقلانيّة المتعارفة في الأسواق، أمّا البيوع غير العقلانيّة فبرغم صدق عنوان البيع عليها \_ سواءً اعتبرناه تبديل عين بمال، أو تبديل طرفي الإضافة، أو جعل شيء بإزاء شيء \_ فإنّ إطلاق الدليل المذكور قاصر عن شمولها، ولا أقلّ من أنّه مشكوك، لأنّ الخطابات الشرعيّة ملقاة إلى العرف العام، وتفسيرها موكول إلى فهم العرف الذي يستعين عادةً بمخزونه الذهني، وبالتالي تعدّ الارتكازات العرفيّة المرتكزة في أذهان العقلاء قرائن حافّة بالكلام، توجب صرف ظهور الخطاب الشرعيّ عن الموارد غير العقلانيّة أو المشكوكة.

وما ذكره السيّد رحمه الله من وقف الماليّة مندرج في القسم الثاني، لأنّ المتداول والمتعارف عند جميع العقلاء من كلّ ملة وديانة، القيام بوقف الأعيان القابلة للبقاء لفترات غير محدودة، أمّا وقف الماليّة فهو غير معهود في سيرتهم كما اعترف بذلك السيّد بنفسه، وصرّح بأنّ هذا النوع من الوقف «لم يكن من الوقف المصطلح»، ولهذا السبب فإنّ إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» المعدود من الأدلّة الإمضائيّة قاصر عن شمول مثل هذا الوقف الغير المعهود والبعيد عن سيرة العقلاء، وعليه فإنّ استدلال السيّد بهذا الدليل ممنوع»(2).

ص: 279

1- (1201) العقد النضيد 4/570.

2- (1202) العقد النضيد 4/571.

لا يقال: «إنّ اعتبار الماليّة أمراً زائلاً غير باق بعد زوال خصوصيّاتها الخارجيّة، ولذلك لا يمكن أن يتعلّق بها الوقف، ممنوعٌ، بل الأمر عند العرف والعقلاء عكس ذلك، حيث يعتبرون الماليّة باقية برغم تبدل الخصوصيّات الفرديّة المتعلّقة بها وزوالها، والشاهد على ذلك ما هو ثابت في باب الضمانات من بقاء ماليّة المال التالف، واشتغال ذمّة التالف بها، برغم زوال الخصوصيّة، وكذلك الحال في مطلق باب التجارات حيث نجد أنّ التجار يتعاملون طوال السنة بمطلق البضاعات وبمواصفات متنوّعة، لكن الذي يبقى للتاجر آخر السنة هي الماليّة التي ينتسب إليه، ومع بقاءها فيمكن أن تقع متعلّقا للوقف، ومصداقا لقوله عليه السلام: «لا وقف إلاّ في ملك»<sup>(1)</sup>.

لأننا نقول: «لا شكّ أنّ المسامحات العرفيّة لاغية لا اعتبار بها، ولا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الأحكام الشرعيّة، بل الاعتبار للدقّة العقلية العرفيّة، ولهذا السبب ينبغي أن نلاحظ حقيقة عنوان بقاء الماليّة فيما نحن فيه، ففي باب الضمان فإنّ المتلف يعدّ بتصرّفه متلفاً لأمرين: المال التالف بخصوصيّاته الفرديّة، والماليّة المتعلّقة بها، فالتلف يعدّ حقيقة \_ لا مسامحة \_ تلفاً للعين ولماليتها، وما يدفعه الضامن إنّما هو بدل ماليّة العين المفقودة، فالماليّة المدفوعة تسدّ مسدّ الماليّة الحقيقيّة والأصلية التالفة لا نفسها، وإنّ يتسامح العرف في ذلك ويعتبرها نفس الماليّة الأصليّة، ويرى ماليتها باقية بعد قبضه بدل التالف من المتلف، وكذلك الحال في باب المكاسب والتجارات، فإنّ التاجر من خلال معاملاته ويوعه في تبدل مستمرّ للعين والماليّة، وإنّما الأموال المتجدّدة تجبر الماليّات المعدومة خلال المعاملات السابقة، وبالتالي فلا مجال فرض بقاء الماليّة الأصليّة، بل هي زائلة حقيقةً بزوال عينها، وإنّما تحلّ ماليّة جديدة محلّ المفقودة، ولذلك لا تعدّ الماليّة الجديدة الحادثة بعد زوال الماليّة الأصليّة مصداقا لقوله: «لا وقف إلاّ في ملك»، لأنّ تعلّق الوقف بالبدل يعدّ [من تعلّق الوقف] بغير الملك»<sup>(2)</sup>.

ص: 280

1- (1203) العقد النضيد 4/572.

2- (1204) العقد النضيد 4/573.

ولكن يمكن تصحيح وقف المالية بطرق أخرى:

أ: «التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» باعتبار أنّ الموضوع في الآية الشريفة عنوان العقد، فيشمل مطلق العقود حتى وإن لم تكن عقلائية، لكن الاستدلال بها يتوقف على اعتبار الوقف عقدا من العقود، وهو ما لم يتبناه السيد رحمه الله حيث التزم بعدم عقديته لعدم اعتبار القبول فيه.

ب: اعتبار الأدلة الإضائية مطلقة تشمل جميع العقود حتى الغير المتعارف عند العقلاء.

ج: اعتبار أنّ الموضوع في قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مطلق العهد وإن لم يكن متضمنا للإيجاب والقبول، ليشمل وقف المالية باعتبار أنه عهد من العهود»(1). هذا.

### جواب السيد الخوئي

قال في جواب الاشكال: «والذى ينبغى أن يقال: أنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصية الموجودة في الخارج ولكن لا- خصوصية للخصوصية الخارجية في العين الموقوفة وإنّما هي هذه العين الخارجية مع لحاظ المالية العارية عن الخصوصية الشخصية فهذه المالية في هذه العين الموقوفة الخارجية ما دامت موجودة وبعدها تكون باقية في العين الآخر مع التبديل وإذن فالمالية المحفوظة مع الإمكان متعلّق الوقف فلا فرق في كونها وقفا بإنشاء الواقف وهذا ولا خدشة فيه في مقام الثبوت.

وأما في مقام الإثبات فالقرينة على ذلك كون الوقف مؤبدا إلى أن يرث الله الأرض ومنّ فيها وعدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أنّ الوقف إنّما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غاية الأمر مادامت العين الموقوفة بشخصها باقية فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الإنشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز إذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنّه لو كان ملكا للبطن الموجود

ص: 281



تنقل حق كل منهم بمجرد موته إلى وارثه مع أنه ليس كذلك»(1).

مراده: أنه مدفوع ثبوتاً واثباتاً:

«أمّا في مقام الثبوت: فإنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصية، ولكن لا خصوصيّة للخصوصيّة الخارجيّة فيها، بل الاعتبار لها مع لحاظ ماليّتها العارية عن الخصوصية الشخصية، بمعنى أنّ الموقوف هذه العين ما دامت موجودة وثمرتها بعد زوال العين، وبالتالي فإنّ الماليّة تكون متعلّقة للوقف بمثل العين، فيصبح الثمن وفقاً بعد خراب العين.

أمّا في مقام الإثبات: فإنّ القرينة على صحّة وقف الثمن قيام الواقف بوقف العين دائماً مع علمه باستحالة بقاءها إلى الأبد، فيعلم من ذلك أنّ الوقف إنّما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان، ما دامت العين موجودة بشخصها، فإذا زالت بالخراب تكون الخصوصيّات المتعلّقة بها \_ وهو الثمن \_ أيضاً متعلّق الوقف حين الإنشاء، فبخراب الدار تبطل وقفية الدار، لكن لا تبطل وقفية ماليّته العارية عن الخصوصيّات»(2).

اعتراض الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ على الأعلام الثلاثة

«إنّ متعلق ملكية المالك هي الماليّة القائمة بالمال المعيّن من الدار أو الكتاب، فمملوكه الماليّة الخاصّة لا العارية عن الخصوصيّات، فإنّ الأخيرة لا تكون طرف إضافته الملكيّة الإنشائيّة»(3).

وثانياً: إضافة كل مال إلى مالكة لها جهتان: «جهة الإضافة الخصوصية كخصوصيّة الدار والكتاب مثلاً، وجهة الإضافة الماليّة فالدار والكتاب بما لهما من الماليّة والقيمة مضافان إلى المالك. كما أنّ متعلّق الإضافة [الماليّة] المذكورة يستحيل فيه الإهمال أو الإطلاق، أمّا الإهمال فواضح، وأمّا الإطلاق فإنّ عدم معقوليّة الماليّة المطلقة من جهة أنّها تستلزم أن تكون الماليّة عارية عن جميع الخصوصيّات، فتكون قابلة للانطباق على مال زيد وعمرو وغيرهما، ولا شكّ أنّ مثل هذه الماليّة المطلقة لا يمكن أن تصحّح طرفاً

ص: 282

1- (1206) مصباح الفقاهة 5/183.

2- (1207) العقد النضيد 4/556.

3- (1208) العقد النضيد 4/567.

مضافا إلى المالك، إلا أن يُدعى أن الإطلاق المذكور في المقام يباين الإطلاق في بقية الموارد، وهي ممنوعة، لما ثبت أن الإطلاق لا يخلو: إما أنه جمع الخصوصيات، أو أنه رفض الخصوصيات، وكلاهما ممنوعان في المقام؛ أمّا الأوّل فبطالنه أوضح من أن يخفى، لاستلزامه أن تكون الماليّة المضافة إلى مطلق الأفراد طرفا مضافة إلى المالك، وهو قطعيّ البطالان. وبالتالي فلا بدّ أن يكون الإطلاق بالمعنى الثاني، وأن المراد منه الماليّة العارية عن جميع الخصوصيات، ومثل هذه الماليّة قابلة للانطباق على جميع الأفراد»(1).

«وبالجملة: ثبت أن ملكيّة المالك ليس إلا الماليّة المقيّدة دون المطلقة أو المهملة، وعليه فدعوى السيّد الخوئي بأن الاعتبار يكون «الماليّة العارية عن الخصوصية الشخصية»(2) ممنوعة»(3).

واعترض على المحقّق الإصفهاني أيضا بمثل ذلك وقال: «إنّ الوقف من الأمور الإنشائيّة الإضافيّة، ولا يعقل الإهمال في طرف الإضافة الوقفيّة، لأنّ المضاف إليه من الحقّ أو الملك أمر واقعي، بالرغم من أنّ الإضافة بنفسها اعتباري، ولذلك لا مجال لفرض الإهمال في الأمر الواقعي المتحقّق، بل لا يخلو الاعتبار إمّا كونه ماليّة هذه العين، أو مطلق الماليّة الملغى عنها الخصوصيات، أمّا الأولى فتزول بزوال الانتفاع، ولا مجال لبقاء شيء سوى الماليّة المطلقة العارية عنها الخصوصيات، وبقائها أيضا ممنوعة بمقتضى ما ذكرناه خلال الرد على دعوى السيّد الخوئي فلا نعيده»(4).

كما اعترض على السيّد اليزدي ثالثة بمثل ذلك وقال: «لا يعقل الإهمال في وقف الماليّة، لعدم إمكان تصوّره في فعل الفاعل القاصد المختار، وعليه فلو أوقف الرجل ماليّة داره، فلا يخلو الأمر كون الموقوفة هي ماليّة هذا الدار أو ماليّته مع إلغاء الخصوصية ولا ثالث.

ص: 283

1- (1209) العقد النضيد 4/567.

2- (1210) مصباح الفقاهة 5/183.

3- (1211) العقد النضيد 4/567.

4- (1212) العقد النضيد 4/569.

أما الأولى: غير باقية لكى يوقفها مؤبداً، بل هى تنتقل من خلال البيع إلى المشتري لو وقعت المعاملة عليه، وإن لم تقع عليها المعاملة، فبقيت إلى أن خرب، فحينئذٍ تزول ماليتها ولا يبقى شىء بعده لكى يوقفه مؤبداً، وبالتالي لا يصح الوقف مع فرض عدم إمكان تحقق موضوعه.

أما الثانية: فإن اعتبار الموقوفة هى المالية الملغى عنها الخصوصية المضافة، ممنوعة أيضاً للإشكالين اللذين سبق وذكرناهما آنفاً فى الرد على مختار المحقق الإصفهاني والنخوي<sup>(1)</sup>.

ولكن يمكن أن يجاب عن الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ والإشكال

بأن المالية الواردة فى كلام السيد اليزدى هى «مالية عين» أعنى المالية المضافة إلى عينٍ ووردت فى محاولة المحقق الإصفهاني أيضاً «مالية العين بشخصها» أو «المالية القائمة بماله» أى بمال الواقف، ووردت فى جواب السيد الخوئي «المالية فى هذه العين الموقوفة الخارجية»، فحينئذٍ المالية الواردة فى كلماتهم مالية مقيدة بالعين الموقوفة، فأين هذه المالية المقيدة مما ذكره الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ من المالية المهملة التى هى مستحيلة والمالية المطلقة \_ بالمعنيين الرافضة والجامعة \_ التى قابلة للانطباق على جميع الأفراد [الرافضة]، أو التى تضاف إلى مطلق الأفراد [الجامعة]، فلا تصح أن تضاف إلى المالك الواقف، فما أثبتته القوم شيئاً وما رده الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ شيئاً آخر، المالية التى تصير وفقاً عندهم هى المالية المقيدة بالعين، ولكن المالية لها خصوصية ذاتية سيالة وهى امكان تبديلها وتعويضها من عين إلى عين أخرى، وجواز هذا التبديل تكون من خصوصيتها الذاتية.

فحينئذٍ تكون العين وفقاً بعينيتها وماليتها، وإذا لم يمكن الانتفاع من عينيتها، يمكن الانتفاع بماليتها وتبديل مالية هذه العين بالعين الأخرى، وحيث أن العين موقوفة، فماليتها أيضاً موقوفة، وهذه المالية الموقوفة موجودة فى العين الأخرى بعد التبديل فهى

ص: 284

أيضاً موقوفة فثبتت موقوفة البدل.

وهذا هو جوابنا لحلّ المشكلة، جواب بسيط ومختصر وواضح يرفع الإشكال من أساسه فلا نحتاج إلى جواب آخر ولكن مع ذلك نذكر لك جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ احتراماً له بما له من التفصيل وتباعد المسافة في حل الإشكال والحمد لله على كل حالٍ.

جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ عن الاشكال

قال: «وَحَلُّ الْمَشْكَالَةِ: إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنْ خِلَالِ الْقَوْلِ بِأَنَّ مَوْقُوفِيَّةَ الْبَدَلِ تَكُونُ مِنَ الْوَاقِفِ نَفْسِهِ، وَلَكِنْ بِشَرَطِ النَّتِيجَةِ، بِحَيْثُ يَكُونُ شَرَطُ النَّتِيجَةِ هُوَ الْمَحَقَّقُ لِلْوَقُوفِيَّةِ، وَعَيْتَاداً عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَقَدْ خَالَفْنَا جَمَاعَةً مِنْ أَعْظَمِ فُقَهَائِنَا الْمَتَأَخِّرِينَ كَالْأَخُونَدِ وَالْإِصْفَهَانِيِّ وَالْخَوَّيِّ، وَحَكَمْنَا بِوَقُوفِيَّةِ الْبَدَلِ وَقَفّاً دَائِماً كَالْمَبْدَلِ. لَكِنْ بَيَّانَ ذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَلَى ثَلَاثِ مَقَدِّمَاتٍ:

المقدّمة الأولى: ثبت في باب الشروط أنّها على قسمين: الشروط المصرّحة بها في صيغة العقد، والشروط الضمنيّة الارتكازيّة. ومعلوم أنّ الشرط عنوان إيقاعى إنشائى كالعقد، فهو الإيقاع المرتبط أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، كما هو الحال في العقود الإنشائيّة، لكن مع فارق واحد وهو سعة دائرة الشروط عن سائر العقود الإنشائيّة المبنيّة على اللفظ المحدّد لمراد المتعاقدين، لأنّها تشمل الشروط المصرّحة والضمنيّة الارتكازيّة، ولهذا السبب يمكن الإيقاع دون التصريح بالشرط اعتماداً على الشرط الارتكازى، كما في خيار الغبن حيث حكم الفقهاء بثبوته للمغبون اعتماداً على الشرط المرتكز عند العقلاء من لزوم التساوى في الماليّة.

المقدّمة الثانية: ثبت في باب الشروط أيضاً أنّها تنقسم إلى: شرط الفعل وشرط النتيجة، والأخيرة لا تتحقّق إلاّ بعد قيام المقتضى وفقد الموانع، إذ قد يعتبر في تحقّقها لفظ خاصّ ممّا يمنع عن تحقّق النتيجة من خلال الشرط كما في الطلاق، حيث لا مجال لتحقّقه إلاّ من خلال صيغة معيّنة وضعها الشارع، وبالتالي لا يمكن إيجاد البينونة بين الزوجين من خلال الشرط، وهذا بخلاف الملكيّة حيث يمكن تحقّقها من خلال شرط

ص: 285

النتيجة، بأن يقول: (بعتك بشرط أن أملك كتابك) لأنّ الملكية غير مقيدة بصيغة خاصّة ويمكن تحقّقها بالقول والفعل.

المقدمة الثالثة: التزم المشهور بأنّ التعليق من موجبات بطلان العقد، واستدلّوا عليه بدليلين:

1\_ الدليل العقلي، وهو أنّ التعليق يستلزم تفكيك الإنشاء عن المنشأ، وهو محال. لكن ثبت في محله اندفاع هذا الدليل.

2\_ الإجماع على أنّ التعليق في العقود والإيقاعات مبطل للعقد. لكن لا يخفى أنّ الإجماع دليل لبي لا إطلاق فيه، أو أنّه مشكوك على أقلّ تقدير، فيجب الاقتصار في دلالته على المتيقّن.

أقول: أثبتنا من خلال الأبحاث السابقة أنّ غرض الواقف من الوقف المؤبّد إنّما هي الاستفادة الأبدية من الموقوف مؤبّداً، ما دام يمكن الاستفادة منها، وبديلها عند زوال الفوائد المرجوة منها، وقلنا إنّ جواز بيع العين مستفادة من نفس صيغة الوقف لتضمّنها شرطاً ارتكازياً يفيد جواز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع منه، وعليه فإنّ وقفية البدل إنّما تكون بشرط ارتكازي على نحو شرط النتيجة، بمعنى أنّ الواقف حينما يوقف ماله يلتزم بأمرين:

أحدهما بمقتضى صيغة الوقف، والآخر بمقتضى الشرط الضمني المعلق الذي ثبت من خلال المقدمة الأولى عدم كونه مضرّاً بصحة العقد، وهما:

[1] الالتزام بحبس المال الموقوفة ما دام ينتفع بها.

[2] والآخر أن يكون بدلها أيضاً وقفاً.

وبالنتيجة فلا مجال للإشكالات السابقة لتحقق وقفية البدل وقفاً نهائياً مؤبّداً، وذلك من خلال الشرط المبنى الضمني الارتكازي الذي يشمل قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و«المؤمنون عند شروطهم».

بيان ذلك: أنّ الواقف قبل أن يقدم على إنشاء صيغة الوقف وقبل أن يصبح أجنبياً عن العين الموقوفة، يتحقّق منه شرط ضمني يعدّ شرطاً في ظرف الوقف لا في ظرف البيع

اللاحق، حيث يلتزم من خلال هذا الشرط الضمني بوقفية بدل العين الموقوفة عند زوال منافعها، فالالتزام الحاصل منه فعلى، إلا أن ظرف الملتمزم به متأخر، ولا يعدّ مثل هذا الالتزام مضراً بالعقد وبالشرط...، فوقفية بدل العين ووقفية معلقة، إلا أن الالتزام بها فعلى غير مشروط في ضمن صيغة الوقف، وقد ثبت خلال المقدمات المذكورة صحّة [مثل] هذا الشرط والاشتراط فعلاً واستقبالاً على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، ومثل هذه الشروط سارية وجارية في أبواب عديدة من أبواب المعاملات، كما في البيع المشروط برد الثمن، وفي الشركة على نحو المفاوضة والوجوه، بأن يشارك غيره في التجارة ثم يشترط عليه أن تكون جميع المنافع الحاصلة له دون شريكه بمقتضى الشرط خلافاً لمقتضى قواعد الشركة، وهكذا في المضاربة وغيرها من العقود والمعاملات والعقود الجائزة، حيث يمكن أن يشترط في ضمن العقد فيكون متعلّق التزامه فعلياً أو معلقاً، وأن يكون التعليق في متعلّق الشرط، فإنّه لا محذور في جميع ذلك، لأنّ الشرط في هذه الموارد ليس من قبيل الواجب المشروط، بل من قبيل الواجب المعلق. وهكذا في المقام فإنّ التزام الواقف بوقفية البدل لم يكن معلقاً على خراب العين الموقوفة ومن ثمّ بيعها، لكي يناقش في أنّ البطن البائع لم يكن مالكا للعين ليصحّ منه وقف البدل، بل الواقف بنفسه يلتزم بوقفية البدل من حين الوقف وفي ظرفه، لكن معلقاً على البيع، فقيام البطن البائع ببيع العين بعد خرابها وسقوط منافعها، ومن ثمّ ووقفية البدل، فجميعها يتمّ من خلال شرط الواقف بنفسه حين الوقف، والمراد من هذا الشرط كون الواقف يلتزم فعلياً، لكن المتعلّق والملتمزم به استقبالي، وقد ثبت خلال المقدمات السابقة صحّة مثل هذا الشرط والالتزام، واندرجه في إطلاق قوله: «الوقف بحسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم» (1).

المناقشة في جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_

يمكن أن يناقش في جوابه \_ دام ظله \_ :

ص: 287

أولاً: بعد ما مرّ من الجواب المختار مع وضوحه وبساطته واختصاره فهذا الجواب من الاستاذ \_ مدظله \_ يكون تبعيداً للمسافة وأكلاً بالقفى.

وثانياً: بعد عدم الانتفاع بالعين الموقوفة، عدّ جواز بيعها ووقفية البدل من الشروط الارتكازية فى الوقف على نحو شرط الفعل أو النتيجة محل تأمل بل منع لغفلة كثير من الواقفين عن هذا الشرط الارتكازى بل لم يتوجهوا إليه حتّى لو تذكروا وتنبهوا إليه، فعّد وقفية البدل من الشروط الارتكازى محلّ منع فلا تتم المقدمة الأولى من بيان الاستاذ \_ مدظله \_ .

وثالثاً: قد مرّ ممّا فى بحث التنجيز فى العقود(1)، الأدلة العاشرة فى بطلان العقود بالتعليق واستفدنا منها بطلان العقود المعلّقة تبعاً للمشهور، فحينئذ وقفية البدل معلّقة على بيع العين تكون من العقود أو الايقاعات المعلّقة فتكون باطلة فلا تتم المقدمة الثالثة من بيان الاستاذ \_ دام ظله \_ وحفظه الله لحفظ المذهب والشريعة بجاه محمّد وآله الطاهرين عليهم صلوات ربّ العالمين.

ثمّ بعد الحكم بجواز البيع فى هذه الصورة.

### **إنّ هاهنا فروعا لابدّ من البحث حولها**

### **الفرع الأول: البدل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟**

قد ظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال وقفية البدل وتوضيح ذلك: «أنّ مقتضى البدلية وقانون المبادلة يقتضى أن يكون البدل أيضاً وقفاً على نحو المبدل، لما ذكرناه مراراً من أنّ الثمن يقوم مقام المثلّم فعليه كما كان المثلّم ملكاً غير طلق للبطون الموجودة يكون البدل أيضاً كذلك، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادلة أولى ممّا ذكره الشيخ [الأعظم(2)] قدس سره من أنّ البطن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنًا، لأنّه لم نعرف معنىً محصّلاً لما ذكره من كون المعدوم مالكا

ص: 288

1- (1215) راجع الآراء الفقهية 4/ (265-243).

2- (1216) المكاسب 4/63.

له شأنًا لأنَّ معنى هذه الكلمة أنَّه لو بقيت العين يكونوا مالكين وأما لو لم تبق فتكون ملكيتهم سالبة بانتفاء الموضوع.

وكيف كان، مقتضى قانون البدلية والمبادلة هو أن يكون البدل مثل المبدل في كيفية الملكية للموجودين والمعدومين وكما أنَّ المبدل والمثمن كان ملكا غير طلق للموجودين بل كان ملكا لهم وللمعدومين من باب حبس العين وتسييل المنفعة يكون البدل أيضا هكذا، والذي يوضح هذا المعنى أنَّ أحدا لو أتلَّف الموقوفة وصار ضامنا لبدلها يكون البدل ملكا لهم على نحو كانت الموقوفة ملكا لهم، وأولى منه ما ذكره الشيخ [الأعظم (1)] قدس سره من أنَّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، لأنَّ الدية حكم شرعي متأخر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حقَّ البطون اللاحقة عن الدية بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأنَّ الثمن يكون مثل المثمن في كونه قائما مقام المثمن عند البيع. وأيضا المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهنا، مع أنَّه يمكن أن يقال بعدم كون البدل قائما مقام المبدل في الرهنية من جهة أنَّ (2) «حقَّ الرهنية متعلق بالعين من حيث إنَّه ملك لمالكه الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنَّه ليس قائما بالعين من حيث إنَّه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، مُنشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه في الوجود» (3).

ثمَّ فليعلم: «وجه كون المقام أولى ممَّا حكموا به في الرهن هو: أنَّ إنشاء الرهن قد تعلق بالمبدل بما أنَّه ملك للمديون، والمفروض زوال ملكه عنه بسبب التلف، فيمكن زوال حق الرهانة عنه، وأن لا يتعلق ببدله الذي هو ملك حادث، وإثما أقيم مقامه حفظا لحقَّ المرتهن. وهذا بخلاف الوقف، ضرورة إستناد إختصاصه بكلِّ واحدٍ من البطون إلى الواقف، فهو المملِّك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأنًا، ولم يتفرَّع حقُّ الطبقات

ص: 289

1- (1217) المكاسب 4/65.

2- (1218) التنقيح في شرح المكاسب 2/273 و 274.

3- (1219) المكاسب 4/65.



اللاحقة على ملكية الموجودين ليكون نظيرا للرهن، بل منشأ إستحقاق الموقوف عليهم \_ الموجودين والمعدومين \_ هو جعل الواقف. وحينئذٍ فثبوت حق الطبقات بالثمن على نهج تعلقه بالمبيع أولى من تعلق حق الرهانة بالبدل»(1).

و «نسبة البطن المعدوم إلى الوقف كنسبة البطن الموجود إليه في أنّ كلاً منهما يتلقى الملك من الواقف في رتبة واحدة وإنشاءً واحداً. فإذا تبدلت العين الموقوفة بعينٍ أخرى كانت الثانية مثل الأولى في تعلق حقوق جميع البطون من الموجودة والمعدومة بها»(2).

والحاصل: ذكر الشيخ الأعظم تنظيرين لكلامه هنا:

«أحدهما: قتل العبد الموقوف، فإنه إذا قُتل العبد المملوك، فللمالك أن يرجع إلى القاتل بقيمة العبد إذا كانت أكثر من دينه، وله أن يأخذ منه الدية أيضا وفقا كنفس العبد، مع أنّ الدية بدل عن العبد بعد تلفه بحكم الشارع، فإذا كان البدل الحكمي وفقا فالبدل الحقيقي يكون وفقا بالأولوية.

ثانيهما: بدل العين المرهونة، فإنهم حكموا بكونه رهنا، مع أنّ حقّ المرتهن إنّما تعلق بالمبدل بما أنّه مملوك للراهن، فإذا كان البدل بحكمه حتى من هذه الجهة، ففي المقام يثبت قيام البدل مقام المبدل بطريق أولى، لأنّ حقّ البطون اللاحقة قد تعلق بالمبدل بما هو، لا بما أنّه مختصّ بالبطون السابقة، فإنّهم يتلقون الملك من الواقف لا منهم»(3).

### الفرع الثاني: هل يحتاج البدل في كونه وقفا إلى صيغة الوقف؟

«الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغة، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجبا لأن يكون البدل وقفا أيضا، وبعبارة واضحة أنّ الأمر دائر بين أن يكون البدل وقفا بلا احتياج إلى صيغة الوقف جديدا بل يكفي في وقفيته بيع المبدل لما ذكرناه من أنّ قانون المبادلة والبيع يقتضى هذا المعنى، وبين أن يكون ملكا طلقا للموجودين من البطون، ولا يجب عليهم

ص: 290

1- (1220) هدى الطالب 6/640.

2- (1221) هدى الطالب 6/640.

3- (1222) محاضرات في الفقه الجعفري 3/159 و 160.

جعلله وقفاً بدهة أنه لو كان البديل ملكاً لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفاً بل يتصرفون فيه كتصرف المالك في أموالهم، ولمّا لم يكن الأمر على الوجه الثانى لما ذكرناه من أنه مخالف ومنافٍ لعنوان البدلية ولقانون المبادلة والبيع فلا محالة يكون على الوجه الأول يعنى يكون وقفاً من دون احتياج إلى صيغة جديدة للوقف لاقتضاء قانون البدلية والمبادلة ذلك كما هو الواضح»(1).

### الفرع الثالث: هل يجوز بيع البديل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟

«هل يجوز تبديل البديل مطلقاً من دون حصول أحد المسوغات أو يكون بحكم المبدل من هذه الجهة أيضاً؟

الظاهر هو الأول، وذلك لأن المنشأ من الواقف إنما هو وقف العين ما دام يمكن الانتفاع بها والبديل بالمعنى المتقدم \_ أى البديل فى المالىة \_ إذا لم يمكن ذلك، وأما البديل الأول فلا خصوصية له، بل لا بدّ من بقاء المالىة فى ضمن أى بدل كانت، فالبدل بحكم المبدل من جميع الجهات إلاّ من هذه الجهة، فإنّ إنشاء الواقف لا يقتضى المنع عن تبديل البديل، والبدلية إنّما تقتضى قيام البديل مقام المبدل فى الخصوصيات المترتبة على مالىته، لا فى الأحكام المترتبة على خصوصية نفسه وشخصه، ومن الظاهر أنّ عدم جواز البيع كان من الأحكام المترتبة على شخصه لا مالىته.

وإن شئت قلت: إنّ البديل صار بدلاً عن الوقف فى زمان جواز بيعه، فهو بحكمه من حيث جواز البيع، فتأمل.

وبالجملة: نفس ما أنشأه الواقف \_ وهو حبس العين وتسييل منفعتها ما دام الانتفاع بها مع بقائها ممكناً، وحبس مالىتها فى ضمن البديل إذا لم يمكن ذلك \_ يقتضى جواز تبديل البديل مطلقاً ولو من غير مسوغ، فليس البديل بحكم المبدل من هذه الجهة.

وتوهم المنع عن بيع البديل تمسكاً بإطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»(2).

ص: 291

1- (1223) التنقيح فى شرح المكاسب 2/274 و 275.

2- (1224) وسائل الشيعة 19/185، ح 1، صحيحة أبى على ابن راشد.

مدفوعٌ بما تقدّم من أنّه إمضاء لفعل الوقف وما أنشأه، وليس حكماً تعديداً، فلا يعمّ البديل بعد ما فرضنا أنّ الوقف لم يحبسّه عن النقل، فإذاً لا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع بعينه كالدرهم أو الدينار ثمّ تبديله بما ينتفع به»(1).

## الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟

### إشارة

اختلف فتوى الأصحاب في وجوب شراء المماثل بعد بيع الوقف وهذا مرور على آرائهم، «صريح كلام المفيد(2) وعلم الهدى(3) وأبى يعلى(4) والشيخ في النهاية(5) وكذا القاضى فى المهذب(6) أنّ الثمن حيث يباع ينتفع به الموقوف عليهم وإجماع الانتصار(7) محكيّ على ذلك. وهو والظاهر من المبسوط(8) وغيره من جميع ما تقدّم(9)، بل إجماع الغنية(10) ينطبق عليه عدا التذكرة والمختلف والتنقيح والمقتصر وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح فإنّ فى التذكرة(11) والمختلف(12) أنّه إن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وفقاً على أربابه كان أولى، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى وإلاّ جاز شراء مهما أمكن ممّا يصحّ وقفه وإلاّ يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون

ص: 292

- 1- (1225) محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/161.
- 2- (1226) المقنعة: فى الوقوف والصدقات /652.
- 3- (1227) الانتصار: فى بيع الوقف /468-469.
- 4- (1228) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات /197.
- 5- (1229) النهاية: فى الوقوف والصدقات /600.
- 6- (1230) المهذب: فى الوقف /2/92.
- 7- (1231) الانتصار: فى بيع الوقف /468-469.
- 8- (1232) المبسوط: فى الوقوف والصدقات 3/287.
- 9- (1233) منها الوسيلة: فى أحكام الوقف /370، وشرائع الإسلام: فى لواحق الوقف 2/220 وكشف الرموز: فى الوقف 2/52.
- 10- (1234) غنية النزوع: فى الوقف /298.
- 11- (1235) تذكرة الفقهاء 20/254، مسألة 148.
- 12- (1236) مختلف الشيعة: فى الوقوف 6/289.

به ما شاؤوا. ونحو ذلك ما فى المفاتيح(1)، قال فى المختلف: إنَّ فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النصِّ الدالِّ على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأيد، وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب(2). وفى التنقيح إذا أمكن شراء غيره يكون وقفا وجب، وإذا أمكن شراء مثله يكون أولى، فقد حكم فى الأوّل بالوجوب دون الثانى(3). وفى جامع المقاصد الحكم بالوجوب فى المقامين(4). ونحوها فى الحواشى(5) وتعليق الإرشاد(6) والمسالك(7) والروضة(8). وفى المقتصر(9) يصرف ثمنه فى ملكٍ يستعمله أرباب الوقف، ومهما أمكن المماثلة كان أولى. وفى مجمع البرهان إذا أمكن شراء شىءٍ آخر خالٍ عن المفسدة يمكن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما أمكن(10). وفى إيضاح النافع لا يجب ابتياع غيره يكون وقفا. نعم هو أحوط إن زال الاختلاف معه. وفى الكفاية لا أعلم على ذلك حجة والنص غير دالٍّ عليه(11).

ثمَّ لابدَّ من ملاحظة أدلة القائلين بوجوب شراء المماثل وهى:

### أدلة القول بوجوب شراء المماثل

### الدليل الأوّل: قياس المسألة باب الضمان

ص: 293

- 1- (1237) مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكية وتامها فى العوضين 3/52.
- 2- (1238) مختلف الشيعة: فى الواقف 6/289.
- 3- (1239) التنقيح الرائع: فى الوقف 2/330.
- 4- (1240) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف 9/71.
- 5- (1241) لم نعثر عليه فى الحواشى الموجودة لدينا.
- 6- (1242) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركى وآثاره) 9/339 و 483.
- 7- (1243) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع 3/170.
- 8- (1244) الروضة البهية: فى شرائط المبيع 3/255.
- 9- (1245) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات 212.
- 10- (1246) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر فى شرائط العوضين 8/169.
- 11- (1247) مفتاح الكرامة 21/695 و 696.

ذَهَبَ الفقهاءُ في باب ضمان المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد إلى وجوب ردّ العين بحسب مراتبها فإذا كان المثل موجوداً لا بدّ من أدائه ومع عدمه تصل النوبة إلى ماليتها وهي القيمة.

وقد أجرى هذا البيان في الوقف أيضاً، لأنّ المماثل أقرب إلى العين الموقوفة وإلى غرض الوقف فيتعيّن تبديلها به مع الإمكان.

نقده: «قياس المقام بباب الضمان قياس مع الفارق، لأنّ الحكم بلزوم رعاية المثل في باب الضمان \_ بناءً على جميع الأدلّة من قاعدة اليد أو السيرة العقلائيّة \_ إنّما هو لأجل اشتغال ذمّة الضامن بالعين بجميع خصوصيّاتها الشخصيّة، ممّا يقتضى الفراغ عنها، فدفع القيمة مع التمكن من المثل، لا يعدّ مسقطاً للذمّة المشغولة بالمثل، وبالتالي فلا بدّ فيه \_ أصلاً ودليلاً \_ من مراعاة المراتب، أمّا الأمر في باب الوقف فهو مختلف، ويعدّ إسراء هذا الحكم إلى باب الوقف إسراءً للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وقياساً ظنيّاً ممنوعاً»(1).

ومضافاً إلى أنّه قابل للمناقشة صغرى وكبرى

أمّا الصغرى: فقال الشيخ الأعظم: «وفيه: مع عدم انصباط غرض الوقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فيبيع، فدار الأمر بين أن يُشترى بثمرته بستان في موضع لا يصل إليهم إلاّ قيمة الثمرة، وبين أن يُشترى ملك آخر يصل إليهم أجره منفعته، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً إلاّ أنّه ليس أقرب إلى غرض الوقف»(2). وبالتالي فالمهم هو مراعاة غرض الوقف لا المماثلة، لأنّ ربما ترفض المماثلة غرض الوقف.

وأما الكبرى: فقال الشيخ الأعظم: «لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى

ص: 294

1- (1248) العقد النضيد 4/596.

2- (1249) المكاسب 4/67.

مقصوده، إنّما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف؛ ليجرى الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»(1).

مراده: فقدان الدليل على وجوب مراعاة غرض الواقف إلا إذا دخل في شرائط وقفه بحيث صرح في وثيقة الوقف بأنّ لو خربت العين فلا بدّ من شراء مماثلها فحينئذ لا بدّ أن يشتري بثمانها المماثل لأنّ الواقف شرط في وقفه وشرطه سائغ وجائز أى نافذ.

وأخيرا استنتج الشيخ الأ-عظم وقال: «فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم»(2).

### الدليل الثانی: اهمال أدلة جواز بيع الوقف

«أدلة جواز البيع ونفوذه مهملة، فيجب فيها الأخذ بالمتيقن وهو لزوم شراء خصوص المماثل لأنه المتيقن»(3).

ويرد عليه: نعم، المستند هو دليل جواز بيع الوقف في هذه الصورة فلا بدّ من ملاحظة سعة هذه الأدلة وضيقها وليس في البين إهمال حتى يؤخذ بالقدر المتيقن فيه.

### الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف وغرضه

«بيع العين الموقوفة ينافي مع حقّ الواقف المتعلّق بها، فإذا جاز بيعها بعد سقوط الانتفاع، لزم مراعاة حقّه وهو لا يتحقّق إلا من خلال البديل المماثل»(4).

وَيَرِدُ عليه: أنّه لا دليل على مراعاة المماثلة، نعم لا بدّ من مراعاة حقّه وهو يتحقّق في وقفية البديل فلا يدلّ على اعتبار المماثلة بينهما \_ أى بين المبدل والبديل \_ .

### الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضى المماثلة

ص: 295

1- (1250) المكاسب 4/68.

2- (1251) المكاسب 4/68.

3- (1252) العقد النضيد 4/597.

4- (1253) العقد النضيد 4/597.

ذهب الفقيه اليزدي(1) قدس سره في مقابل الشيخ الأعظم إلى أنّ شراء المماثل يكون من الأحوط كما أنّ عدم تبديل البديل يكون من الأحوط واستند في احتياطه إلى قاعدة البدلية وهي تقتضى المماثلة وكذا عدم التبديل.

ويرد عليه: أولاً: قاعدة البدلية لا تقتضى عدم التبديل ولا المماثلة لأنها تدلّ على تبديل اضافة المثلن والثلن من البائع والمشتري، فالمثلن يضاف إلى المشتري والثلن إلى البائع بعد البيع وتحقق التبادل بينهما، وأما أنّها [قاعدة البدلية] تدلّ على عدم جواز تبديل البديل أو لزوم المماثلة فلا.

وثانيا: حكمه قدس سره بالاحتياط في غير محلّه، لأنّه ربما الاحتياط يقتضى عدم مراعاة المماثلة، نحو: إذا كان تحقّق غرض الواقف في عدم مراعاة المماثلة فيحتمل الاحتياط يقتضى تركها، فالنسبة بين الاحتياط والمماثلة عموم وخصوص من وجه فلا يكون أحدهما دليلاً للآخر.

والحاصل: حيث لم يثبت أدلة القول بوجوب شراء المماثل لابدّ أن نقول: إذا أحرزناه غرض الواقف في لزوم المماثلة من أنّ مراده تسهيل خاص فلا بدّ من مراعاة المماثلة في بيع البديل، وإذا أحرزنا أنّ غرضه في التعميم فلا شك في عدم لزوم مراعاة المماثلة في البديل.

وإذا شككنا في غرض الواقف فلا دليل على اعتبار المماثلة كما مرّ وعليه الشيخ الأعظم قدس سره، ولا وجه في التعيين بالقرعة خلافاً للمحقّق الخراساني(2) رحمه الله، لعدم جريانها في الشبهات الحكمية والله العالم.

### الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟

المباشر لبيع الوقف هل هو: [1] المتولى والناظر للوقف أو [2] البطن الموجود من الموقوف عليهم أو [3] البطن الموجود مع الحاكم الذى هو الفقيه العادل أو [4] الحاكم

ص: 296

1- (1254) العروة الوثقى 6/389، ذيل مسألة 42.

2- (1255) حاشية المكاسب/111.

ذهب الشيخ الأعظم إلى القول الثالث وقال: «ثم إن المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون»<sup>(1)</sup>.

هذا الاختيار منه قدس سره صحيح على «مبناه القائم على أن الموقوفة ملك فعلى للبطن الموجود، وشأنى للبطون اللاحقة: أحدهما البطن الموجود باعتبار ملكيته الفعلية للعين، وبمقتضى قاعدة السلطنة فإن للمالك الولاية الفعلية على البيع، لكن من جهة أخرى يجب ضم الحاكم الشرعى إليه باعتبار أن العين فى نفس الوقت ملك شأنى للمعدومين وله الولاية على أموالهم»<sup>(2)</sup>.

ولكن قد مرّ منّا عدم تمامية هذا المبنى من جهة استحالة اعتبار الملكية الشأنية للمعدومين أو من جهة أن الملكية الشأنية \_ لو لم تستحل \_ تجرى فى فرض الانتفاع، ومع عدم امكان انتفاع المعدومين منها فلا يعقل فرضها وبالتالي تبطل الملكية الشأنية ومع إبطالها تسقط ولاية الحاكم على البيع لأنه قام مقام المعدومين.

وتبعه الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ مع المناقشة فى مبنى الشيخ الأعظم، وقال: «مختارنا: هو أن حقيقة الوقف إنشاء حبس العين، وبالرغم من أنها فى الوقف المؤبد ملازمٌ لخروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، لكن هذا اللازم ليس له مثبتٌ عقلى أو شرعى يقتضى دخولها فى ملك الموقوف عليه، نعم اختصاصها بالموقوف عليهم قطعى، لكن المدعى هو الاختصاص المطلق.

وبعبارة أخرى: الثابت مطلق الاختصاص، أما المدعى فهو الاختصاص المطلق، والأدلة القائمة تقيّد أصل الاختصاص بهم، وهو لا يتجاوز مجرد الحق، أما الاختصاص المطلق فلا دليل عليه.

وخلاصة الكلام: ثبت ممّا ذكرنا أنه بحسب الأدلة يجب أن يتولى البيع الحاكم



وذهب السيّد الخوئى قدس سره إلى القول الأوّل ثمّ إلى القول الثانى أعنى أنّ المباشر للوقف هو المتولى والناظر المنصوب من قبل الواقف إلاّ إذا علم أنّ نظارته لم يشمل بيع العين الموقوفة فحينئذٍ المباشر هو البطن الموجود من الموقوف عليهم لأنّه قال: «الظاهر أنّ المباشر له هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شاملة لهذا أيضا بأن يسلب الواقف سلطنة الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهة ويجعل السلطنة بيد الناظر من هذه الجهة، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنه لم تكن نظارته شاملة لهذه الموارد بل كان منصوبا من قبل الواقف لإصلاح الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم، لأنّ الوقف ملك لهم والناس مسلّطون على أموالهم، ولا وجه لأن يكون منوطا بنظر الحاكم أيضا»(2).

وذهب شيخنا الاستاذ قدس سره فى الوقف الخاص الملكى إلى القول الثانى وفى الوقف الصرفى والانتفاعى إلى القول الأوّل أى المتولى لو كان ومع عدمه إلى القول الرابع وهو الحاكم وقال: «بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفة ملك البطن الموجودة فعلاً ولهم نفي التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحقة فلا معنى لدخالة الناظر فى نفي ذلك التقدير من البطن الموجودة، سواء كان ذلك النفي بإتلاف العين حقيقة أو حكما بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت فى الوقف قرينة ولو كانت عامة على إبقاء الوقف بأى وجه أمكن ولو ببيع الموقوفة وإبدالها، كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى، يكون ذلك للمتولى من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعى، حيث إن إبدال العين الموقوفة فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسبية الراجعة إليه كما لا يخفى»(3).

وذهب المحقق النائينى قدس سره إلى أنّ الأقوى هو القول الرابع أى الحاكم ولكن ذهب

1- (1258) العقد النضيد 4/610.

2- (1259) التنقيح فى شرح المكاسب 2/278؛ محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/164.

3- (1260) ارشاد الطالب 4/370.

إلى أن الأحوط مراعاة نظر المتولى والحاكم معا(1) وهو القول السادس، ونقل عنه السيّد الخوئي(2) أنّ الأحوط عنده القول الخامس أى مراعاة نظر كل من الموقوف عليهم والمتولى والحاكم.

ولكنه لم يرد فى تقرير بحثه ولعله قدس سره سمع منه فى مجلس الدرس أو أنّه \_ القول الخامس \_ هو الأحوط التام.

وتبعه السيّد الخمينى قدس سره فى ما يراه الأقوى وذهب إلى «أنّ المتصدى فى جميع موارد بيع الوقف، هو الحاكم بحسب القاعدة إلاّ أن يدلّ دليل على خلافه»(3).

أقول: منشأ الخلاف هو ثبوت الملكية للموقوف عليهم وعدمها وكذلك سعة دائرة اختيارات المتولى والناظر على الوقف وعدمها، وحيث نذهب إلى عدم ثبوت ملكية الطلقة التامة للموقوف عليهم حتىّ فى الوقف الخاص لأنّ الوقف «تحبيس العين وتسييل المنفعة» وسعة دائرة تصرفات المتولى والناظر فى الوقف فالمباشر لبيع الوقف عندنا هو المتولى والناظر للوقف \_ القول الأوّل \_ ومع عدمه أو تصريح من الواقف بعدم صلاحيته للبيع يصير المباشر حاكما \_ القول الرابع \_ والموقوف عليهم مع انتفاء مالكيتهم ليس لهم اختيار فى ذلك لا منفردا ولا مجتمعا فتنوّعت الأقوال الأربعة الأخر، والحمد لله العالم بالأحكام والأسرار.

### الفرع السادس: هل تسقط نولية المتولى عن بدل الوقف؟

قال الشيخ الأعظم: «الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاؤه لتعلّق حقه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببديها»(4).

وأنت ترى أنّ الظاهر عند الشيخ الأعظم سقوط نظارة المتولى عن بدل الوقف واحتمل بقاء نظارته ولم يذكر تقريبا لاستظهاره ولا دليلاً لاحتماله فلا بدّ من ذكرهما:

ص: 299

1- (1261) منية الطالب 2/284.

2- (1262) محاضرات فى الفقه الجعفرى 3/164.

3- (1263) كتاب البيع 3/223.

4- (1264) المكاسب 4/69.

وأما تقريب سقوط نظارة المتولى عن بدل الوقف: فالتولية والنظارة قائمة بجعل الواقف الذى وقف عين الموقوفة وحيث أنّ بدل الوقف لم يوقف بوقف الواقف فلا اعتبار بجعل المتولى عنه بالنسبة إلى البدل.

وأما دليل احتمال بقاء نظارة المتولى المنصوب من قبل الواقف على بدل الوقف: فهو قاعدة البدلية، وهى تقتضى وقفية البدل كالمبدل فتنتقل التولية من المبدل إلى البدل لأنها حقّ وليس حكماً، والحقّ ينتقل من المبدل إلى البدل فالتولية كذلك.

هذان مستندان لاستظهار واحتمال الشيخ الأعظم قدس سره .

وكلاهما غير تامّ:

أما الأول: فبدل الوقف لم يوقف بصيغة وقف الواقف ولكنّه بدل من العين الموقوفة ويجرى فيها أحكامها بقاعدة البدلية فلا بدّ من لحاظ الموقوف عليهم والمتولى وغيرهما من شرائط الوقف وأحكامها وحقوقها.

وأما الثانى: فقاعدة البدلية لا تقتضى التساوى التام بين أحكام البدل والمبدل، بل هى تقتضى وقفية البدل وأما جريان جميع أحكام وحقوق المبدل على البدل محلّ تأمل بل منع واضح ومنها: التولية.

ولكن يمكن أن يقال: أنّ قاعدة البدلية كما تقتضى صرف البدل على الموقوف عليهم فكذلك تقتضى ثبوت نظارة المتولى على البدل كما كانت على المبدل لكن بشرط وجود الإطلاق فى كلام الواقف ووثيقة الوقف، لأنه لو لم يكن فى الوقف متولّى، تقع المخاصمة والمشاجرة بين الموقوف عليهم فى كلّ طبقة وصار عدم وجود المتولى موجبا لحدوث النزاع والاختلاف بينهم، فلا بدّ من وجوده لحفظ الوقف وإذا كان فى كلام الواقف إطلاقاً نأخذ به لإثباتها.

فنحن نستفيد من قاعدة البدلية بانضمام الإطلاق الوارد فى كلام الواقف لاثبات التولية على البدل.

نعم، إذا جعل الواقف شخصا متوليا من أجل خصوصية فى العين الموقوفة فلا يمكن اثبات توليته على البدل لعدم وجود الاطلاق فى كلام الواقف حينئذ، والله العالم.

## الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالتقديدين ماذا يفعلُ بهما؟

قال الشيخ الأعظم: «ثمَّ إنَّه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن ممَّا ينتفع به مع بقاء عينه \_ كالتقديدين \_ فلا- يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتَّى يتمكَّن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدَّة. ولو طلب ذلك البطنُ الموجود فلا يبعد وجوب إجابتة، ولا يعطل الثمن حتَّى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضی الموجود بالتَّجار به وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل.

والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون؛ لأنَّه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي»(1).

حاصل كلامه: «أنَّه إذا لم يمكن تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه فبدل بالدرهم أو الدينار، لم يجز دفعها إلى البطن الموجود، وليس في حكم المبدل من هذه الجهة، فإنَّه كان يجب دفعه إليهم من جهة توقُّف انتفاعهم به على ذلك، وأمَّا الثمن فالمفروض عدم إمكان الانتفاع به، ولذا منعنا وقفه إلاَّ فيما أمكن استعماله في التزيين، فلا وجه لدفعه إليهم مع كونه ملكاً شأنيًا للبطن اللاحقة وتعلَّق حقَّهم به، فيوضع عند أمين حتَّى يتمكَّن من شراء ما ينتفع به مع بقاء عينه، ولو لم يمكن أن يشتري به ما ينتفع به إلاَّ مع الخيار فلهم المطالبة بذلك، ولا يعطل الثمن إلى أن يوجد ما يشتري به غير خيار. ولو رضی الموجود بالتَّجار وكانت فيه المصلحة جاز، والربح تابع للأصل»(2).

ثمَّ في هذا الفرع لا بدَّ من البحث حول جهات:

«الجهة الأولى: في جواز(3) تبديل الوقف بالدرهم والدينار مع عدم إمكان الانتفاع بهما مع بقاء العين، والوقف تتقوّم بذلك مفهومًا، فإنَّه عبارة عن حبس العين

ص: 301

1- (1265) المكاسب 4/69 و 70.

2- (1266) محاضرات في الفقه الجعفري 3/166.

3- (1267) وقد ذهب إلى عدم الجواز المحقق الإيرواني في حاشية المكاسب 2/459.

وتسبيل المنفعة، ومن هنا منعنا عن وقفهما ابتداءً، فإنّه كوقف الخبز ونحوه ممّا يكون الانتفاع به بإتلافه، إلاّ إذا كان ممّا ينتفع بهما مع بقاء العين ولو بالتزيين، وبما أنّ بدل الوقف كالمبدل وقفٌ، لا يمكن تبديل الوقف بهما.

وفيه، أولاً: أنّ لازم ذلك عدم جواز تبديل الوقف بالثمن، مع أن الغالب في المبادلات هو تبديل العين بالثمن، وتبديل العين بالعين نادرٌ جدّاً، فيلزم تضييع الوقف وعدم بيعه إلى أن يتلف، وهو مناف للغرض من تجويز البيع، فكأنّ التبديل بالدرهم والدينار يقع في طريق تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه، فتأمل.

وثانياً: الواقف بعد التفاته إلى عدم قابليّة العين الموقوفة للبقاء وطروّ الفساد عليها واحتياجها إلى التبديل وأنّه غالباً يكون بالثمن، لا مناص له من جعل العين محبوسة من جميع الجهات ما لم تخرب، وعند الخراب محبوسة إلاّ من جهة التبديل، والبديل بماليّته محبوساً مع تسبيل المنفعة، إلاّ إذا كان ثمناً فإنّه حينئذ محبوس من تسبيل المنفعة، فتأمل. فكأنّ الوقف من هذه الجهة يكون على قسمين، فلا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع به مع بقائه ثمّ تبديله بما هو كذلك، فيكون التبديل الأوّل واقعا في طريق تبديل الوقف بما هو كالمبدل من حيث الانتفاع به مع بقاء العين، ولا مانع من ذلك بجعل الواقف، فتأمل.

الجهة الثانية: في لزوم دفع الثمن إلى البطن الموجود إذا طالبوا به، وذلك لأنّه ملكهم.

ودعوى كونه ملكاً للبطن اللاحقة شأناً أو كونه متعلّق حقّهم، فاسدة؛ لما عرفت من اختصاص الوقف بالبطن الموجود، وأمّا البطن اللاحقة فهم يملكونه بعد انقراض البطن الموجود، وهذا ليس ملكاً ولا حقّاً، بل قضية تقديرية لا توجب حقّاً.

نعم إذا كان هناك متولّ أو ناظرٌ على الوقف تعمّ نظارته حفظ الوقف وبدله، كان رأيه هم المتبّع في ذلك، وليس للبطن الموجود المطالبة بالثمن، لأنّ ملكيّتهم له قاصرة على الفرض.

الجهة الثالثة: في شراء ما ينتفع به مع الخيار. والكلام فيها يقع من جهتين:

الأولى: ربما يستشكل في ذلك من حيث إنّ الوقف يعتبر فيه التأييد والاستمرار،

وهو ينافي الملك المتزلزل، فلا يجرى فيه الوقف، وكذا بدله فإنه في حكمه، فلا يجوز تبديله بشيء مع الخيار، لأنه مناف للوقف.

وفيه: ما عرفت من [أنّ البدل وقف بنوعيته أو ماله لا بشخصه فلا يترتب عليه الحكم المترتب على العين بشخصيته من] جواز تبديل الوقف اختياراً، وأنه ليس كالمبدل من هذه الجهة، وعليه لا مانع من تزلزل الملك فيه، ولا يقاس بتزلزل الملك في أصل الوقف.

الثانية: أنّ الظاهر وجوب شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار ولو لم يطالب الموجودون بذلك، لأنّ نفس جعل الواقف يقتضى ذلك؛ فإنّ الوقف عبارة عن حبس العين وتسييل المنفعة، فلا بدّ أن يكون الوقف بنفسه أو ببده قابلاً لأنّ ينتفع به متى أمكن، طالب به الموقوف عليه أو لم يطالب، فيجب تبديل الثمن بما ينتفع به ولو خيارياً، وغالباً يكون المبيع بالبيع الخيارى أرخص من غيره، فإذا لم يفسخ البائع بعد ذلك كان الشراء لجميع البطون أنفع، وإن فسخ انتفع به البطون الموجودة، فتشترى بالثمن عيناً أخرى قابلة للانتفاع بها.

الجهة الرابعة: في الاتجار بالثمن. ولا بأس باتّجار البطن الموجود به مع المصلحة إلى أن توجد عينٌ تشتري به لتكون بدلاً للوقف، لأنه ملك لهم. والربح يكون تابعا للعين لأنه جزء البدل، وليس من قبيل المنافع بل من قبيل اتّباع الوقف، فإذا اشترى بالثمن صوفٌ مثلاً صار هو بدل الوقف، فإذا بيع بثمان أعلى صار مجموع الثمن بدل الوقف، ولا- وجه لعود الربح إلى البطن الموجود. فهو نظير أن تبدل الدار الموقوفة الضيقة بدار أوسع منها، فإنّ الدار الواسعة حينئذ بأجمعها تكون وقفاً، لا أنّ المقدار الزائد يكون ملكاً طلقاً للبطن الموجود كالمنافع»(1).

الجهة الخامسة: أمّا «الوضع عند الامين فإذا فرضنا أنّ المال، مال الموجودين والفرض أنّ التقد، ملك الموجودين ولكن اشتراك اللاحقين، ليس اشتراكاً عرضياً

ص: 303

فمالكيّة اللّاحقين، مالكيّة شائبةٌ ولهم نوع حقّ في المال.

فاخذ المال عن المالكين الموجودين فعلاً قهراً عليهم ووضعه عند الأمانة بملاحظة اشتراك المعدومين في المال، أمرٌ مشكّلٌ لأنّ الواقف نفسه وضع المال الموقوف في يد الموجودين ولم يلاحظ أخذه ووضعه عند الأمانة... .

نعم: إذا احتملت خيانة الطّبقة الموجودة للبدل، يلزم الاحتياط في هذه الصّورة ولكن لا يختصّ هذا للبدل بل يمكن أن يُعرض للعين الموقوفة أيضاً.

ومن الواضح أنّ لازم إعمال الاحتياط، ليس اخذ المال من الطّبقات الموجودة ووضعه عند الغير بل يلزم حينئذٍ ضمّ أمينٍ وغير ذلك كما أنّ الوصي إذا خان في مورد الوصية، يضمّ معه أمينٌ... .

وبالجملة: الحكم في المسألة خلاف القواعد التي قال الفقهاء بها في أشباه المسائل من خيانة الجدّ والأب والوصي وغير ذلك حيث يضمّ أمينٌ لهم عند بروز الخيانة أو احتمالها، احتمالاً عقلاً (1).

### الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه، فبيع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعةٍ جاز مع رضا الكلّ؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحة.

ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم» (2).

مراده: «إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بيعه وجعل بدله وقفاً بعين ما ذكرناه في مورد جواز بيع جميع الوقف، كما يجوز صرف ثمنه في جزئه الآخر لو

ص: 304

1- (1269) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/419.

2- (1270) المكاسب 4/70.

كان موجبا لزيادة المنفعة فيه، ويجوز أيضا صرف الثمن في وقف آخر للموقوف عليهم إذا كان ذلك الوقف محتاجا إلى تعمير، والمناطق في جميع هذه الأمور (أى جواز بيع بعض الوقف عند عروض المجوّز وجعل بدله وقفا أو صرف ثمنه في بقية الوقف أو صرفه في وقف آخر لهم) واحد وهو عبارة عمّا ذكرناه آنفا من أنّ نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس العين الموقوفة مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوّز بأى نحو من الانتفاع، ولا فرق في البديل بين أن يكون عينا قائمة برأسها وبين أن يكون خشبا أو حديدا داخلا في بناء البعض الباقي أو بناء وقف آخر لأنّها أيضا أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بدلت بغيرها»(1).

أقول: ما ذكره الشيخ الأعظم تام إذا قلنا بعدم وجوب شراء المماثل كما ذهب إليه جماعة وتابعهم الشيخ الأعظم فحينئذ ينبغي أن يذكر الفرع بعنوان القول المختار.

مضافا إلى حكمه قدس سره بجواز صرف ثمن بعض العين الموقوفة المخروبة في باقيها بحيث يوجب زيادة المنفعة جاز مع رضا الكل مبنى على كون الثمن ملكا للبطن الموجودة، وقد عرفت(2) عدم تمامية هذا المبنى أى مالكيتهم للعين لمنافاتها مع الوقفية التى هى «تحبيس العين وتسييل المنفعة»، فلا نحتاج إلى رضاية البطن والأمر موكول إلى تشخيص المتولى، يعمل بما هو مصلحة الوقف والله العالم.

وثالثة: إلى أنّ حكمه قدس سره بجواز صرف ثمنه في الوقف الآخر ولو كان واقفه شخصا آخر مشكل حتى في ما إذا كان الموقوف عليهم واحدا لإمكان اختلاف شرائط الوقف في نظر الواقفين، ومن تضييع حق الواقف الأول حينئذ مع أنّ الشيخ الأعظم مُصِرّاً على حفظ الحقوق الثلاثة: حق الواقف وحق الموقوف عليهم وحق الله كما مرّ منه.(3)

### الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة

«أنّه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة التى هى ملك طلق للموجودين

ص: 305

1- (1271) التنقيح في شرح المكاسب 2/282.

2- (1272) راجع صفحة 299 من هذا المجلد.

3- (1273) راجع في هذا المجال تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/422.



من البطون فى تعمير الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا- يمكن انتفاع البطن اللا-حق من الوقف، هل يجب صرفها فى عمارة الوقف حفظاً للوقف عن خروجه عن قابلية انتفاع البطن اللاحقة به أم لا يجب؟

الظاهر أنه إذا لم يشترط الواقف فى ضمن وقفه إخراج مؤونة الوقف وما يحتاج إليه من جهة العمارة من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا المنافع الموجودة فى تعمير الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطن اللاحقة، لأنّ المنفعة ملك طلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين، فلا وجه لأن يصرف الإنسان مال نفسه فى حفظ مال شخص آخر، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع، وهل يتوهم أحد أنه يجب على الجار أن يصرف ماله فى وقف جاره لئلا يكون وقف الجار ساقطاً عن الانتفاع به؟!!

نعم لا يبعد دعوى الارتكاز فى المصارف الجزئية كما إذا فرضنا أن الوقف احتاج فى العمارة إلى صرف منفعة قليلة بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إن صرف المنفعة فى هذه الموارد ارتكازى لجميع الناس.

وبعبارة واضحة: تارة يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إن الموجودات فى هذا العالم لا تبقى بحسب طبعها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا- موجب لأن يصرف الموجودون المنفعة الموجودة التى هى ملك طلق لهم فى تعمير الوقف لئلا يكون الوقف ساقطاً عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطن اللاحقة، وأخرى يستند الخراب إلى الأمور الجزئية كما إذا سقط الميزاب من سطح الدار أو حصل ثقب فى سقفها بحيث لو لم يعمر ذلك لخربت الدار بنزول المطر ولم ينتفع منها الموجودون أيضاً، فحينئذ لا مانع من القول بوجود التعمير لأجل ما ذكرناه من الارتكاز»(1).

وبعبارة أخرى: «أنّ الوقف إذا احتاج بقاءه للبطن اللاحقة إلى صرف ثمن منفعته

ص: 306

على تعميره بحيث لا- يزيد التعمير في منفعة الوقف لينتفع به البطن الموجود فعلاً، وإّما يوجب دوامه للبطن اللاحقة، لأنّه إذا لم يعمر يخرّب ويضيع بعد مدّة، فهل يجب صرف المنفعة في تعميره أم لا؟

ربما يقال بوجوب ذلك تحفظاً على حقّ البطن اللاحقة. ولكن الظاهر عدم وجوبه؛ لأنّ المنفعة ملك طلق للبطن الموجود، ولا ملزم لهم أن يصرفوا ملكهم لمنفعة البطن اللاحقة، إذ لا فرق بين إلزامهم بصرف منفعة الوقف أو صرف مالٍ آخر من سائر أملاكهم»(1).

### الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة

قال الشيخ الأعظم: «ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطن اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطن اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقّها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم»(2).

مراده: «إذا احتاج البعض الباقي إلى عمارة لا- تزيد بها منفعته، وإّما يتفرّع انتفاع البطن اللاحقة على ذلك، فهل يجب صرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض به البطن الفعلية أم لا؟

فإنّه بناءً على وجوب صرف المنفعة في ذلك، فثمن الوقف يصرف فيه بالأولية»(3).

قد يقال: «ولكن التحقيق عدم وجوب ذلك، لأنّ البطن الموجود لهم حقّ الالتزام بتبديل الثمن بما ينتفعون به فعلاً ويكون قابلاً للبقاء للبطن اللاحقة أيضاً، وليس لأحد

ص: 307

1- (1275) محاضرات في الفقه الجعفري 3/170.

2- (1276) المكاسب 4/70.

3- (1277) محاضرات في الفقه الجعفري 3/170.

إلزامهم برفع اليد عن حقهم، فتأمل. وقد عرفت أنّ البطون اللاحقة ليس لهم أى حقّ في الوقف فعلاً»(1).

ولكن ينبغي أن يقال: لا بدّ من إكمال «حكم هذه المسألة إلى العرف والعادة والقول بأنّ العين الموقوفة، كانت مثل ساير الاملاك فكلّ موردٍ كان تعمير الملك لازماً بحيث إذا لم يقدم على تعميره يقال: أنّه ضاعّ ماله فيلزم صرف بعض الثمن العائد عن العين الموقوفة وربحه في حفظها، وأمّا في موارد يكون الخراب يعرض لها بعد مدّة كثيرة كالخمسين والمائة سنواً فالعرف والعادة، لا يحكم بلزوم صرف الربح الموجود في حفظ بعض مورد الوقف ففرقاً بين قصر الزمان وطوله ففي خرابه في قصر الزمان يلزم صرفه في تعميرها دون خرابها في طول الزمان وبهذا قالوا في أشباه المسألة ونظائرها كما إذا وكلّ أحدٌ أحداً في بيع دار له والموكل لم يتوجّه إلى بعض المخارج للبيع من مخارج الدّلال والكاتب و... .

ومن المعلوم: أنّ الوكالة أيضاً ينزل على هو المتعارف وهكذا في الأوصياء والأولياء من الحكم الحاكم والوصيّ والولّي وغير ذلك يجوز لهم الخرج في صورة المصلحة وحفظ مورد الوصيّة والوكالة و... .

على هذا، ليست المسألة من قبيل تعارض الضّارين ولا من باب الضّرر المتوجّه إلى شخصٍ لا يجب تحمّل الآخر عنه بل اطلاقات الوقف من وجوب العمل بالوقف وحفظه، أو غيرهما من الموارد اللاّزمة في حفظه، عملها على عهدة العرف والعادة.

بناءً عليه، التّعميرات المعمولة وغير المعمولة، كانت معلومةً عند العرف فهي موكولةً على عهدة العرف وقضائه فكلّ موردٍ يلزم تعميره، يلزم عليه الاقدام وكلّ موردٍ ليس لازماً للتّعمير، لا يلزم الاقدام عليه»(2).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «وهنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل»(3) ومنها:

ص: 308

1- (1278) محاضرات في الفقه الجعفري 3/171.

2- (1279) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/425.

3- (1280) المكاسب 4/70.

## الفرع الحادى عشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حقّ الموقوف عليهم

«إذا فرضنا أنّ العين الموقوفة لم تسقط عن الانتفاع بها إلا أنّ الانتفاع بها لا يمكن فى حقّ الموقوف عليهم لأنّهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكا له. وبعبارة واضحة إنّ العين الموقوفة إذا فرضنا أنّها قد وقعت فى مكان لا يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائدة أو يتملكها السلطان، وبديهي أنّ المناط الذى ذكرناه فى جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام»(1).

## الفرع الثانى عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّة

«إذا فرضنا أنّ الوقف ممّا يمكن الانتفاع به فعلاً إلاّ أنّه لو لم يَبع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّة قليلة بالمرّة ولا يشتريه شخص آخر فى ذلك الظرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر فى الجادّة، فحينئذ أيضا لا إشكال فى جواز بيعه لأنّ تعطيله يؤدّى إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمّل»(2).

ثمّ إنّ هاهنا فروعا آخرَ يعلم حكمها ممّا ذكرنا والحمدلله العالم بأحكامه.

هذا تمام الكلام فى الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف والحمدلله أولاً وآخراً.

## الصورة الثانية

### إشارة

«أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدارٍ انهدمت فصارَت عَرَصَةً تُوجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئا معتدّاً به...»(3).

توضيح مراده: قسّم الشيخ الأعظم هذه الصورة إلى قسمين:

«القسم الأول: فيما لو بلغت المنفعة حدّاً عدّها العرف معدومة بحسب فهمه، ففى هذه الحالة اختار الشيخ الأعظم جواز بيع العين وذلك استناداً إلى انصراف قوله عليه السلام: «لا

ص: 309

1- (1281) التنقيح فى شرح المكاسب 2/284.

2- (1282) التنقيح فى شرح المكاسب 2/284.

3- (1283) المكاسب 4/71.

يجوز شراء الوقوف»<sup>(1)</sup> عن مثل هذه الصورة، لأنّ العين الموقوفة برغم وجود المنفعة فيها بحسب الدقّة العقلية، وعدم كونها معدومة عقلاً، لكنّها في حكم العدم، ويترتّب عليه حكمه، لأنّ الأدلّة الشرعيّة ملقاة إلى العرف العام، والمناطق في وجود المنفعة وعدمها رأى العرف، ولذلك فإنّ أدلّة المنع عن بيع الوقف منصرفة عن هذا القسم عرفاً.

القسم الثاني: فيما إذا لم يبلغ انعدام المنفعة إلى ما بلغت إليه في القسم الأوّل: «كدار انهدمت فصارت عرصةً تؤجّر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتدّاً به»<sup>(2)</sup>، أو «الحمام الذي يستأجر كلّ سنة مائة دينار إذا صارت عرصةً تؤجّر كلّ سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي كمجمع الزبائل ونحوه»<sup>(3)</sup>، ففي هذا القسم:

1- تارة: يكون الثمن الحاصل من بيع العرصة أقلّ من المنفعة الحاصلة من إجارتها، فلا يجوز بيعها لإندراجها في إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف».

2- وأخرى: تكون المنفعة الحاصلة من بيعها مساوية لمنفعة الدار أو قريباً منها في البديل، فهنا يدور الأمر بين حفظ العين والاكتفاء بالمنفعة القليلة، أو بيعها وتحصيل المنفعة الكثيرة. يقول الشيخ الأعظم إنّ في المسألة وجهان:

أ: الحكم بجواز البيع باعتبار ما جاء في كلمات الفقهاء من جواز بيع العين الموقوفة متى سقطت عن قابليّة انتفاع البطون بها، فإنّ المنفعة إن قصد بها مطلق المنفعة فهي موجودة بالفعل، فلا يجوز بيعها بمقتضى وجودها، وإن كان المقصود منها المنفعة المعتدّة بها فهي مفقودة ولذلك يجوز البيع.

ب: الحكم بعدم جواز البيع لوجود اقتضاء الوقف وعدم ما يمنع عنه.

أمّا المقتضى فهو أنّ الدار أو الحمام برغم خرابهما، لكن تبقى عرصتهما موقوفة ومشمولة لعموم عدم جواز البيع من دون أن يمنع عنه مانع.

ودعوى انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف» عن مثل هذه العين الموقوفة

ص: 310

1- (1284) وسائل الشيعة 19/185، ح 1، صحيحة أبي علي ابن راشد.

2- (1285) المكاسب 4/71.

3- (1286) المكاسب 4/71.

ممنوعة، لصعوبة إثباتها.

وبالتالى فإنّ المقتضى للمنع عن بيعها متحقّق، والمانع عن تأثيره مفقود، ولا أقلّ من كونه مشكوكا، والقاعدة تقتضى لزوم التمسك بالأدلة الدالة على المنع من بيع الوقف»(1).

ويؤيد المحقّق الخراسانى عدم خروجها عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى الوقف الذى قاله الشيخ الأعظم بقوله: «ولو نوقش فى عموم تلك الأدلة لهذه الصورة كالصورة السابقة، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلاّ بالقطع بالجواز كالصورة الأولى، وأنّى لنا دعواه وان كانت غير بعيدة»(2).

والحاصل: حكم المسألة مشكّل عند الشيخ الأعظم من جهة قيام المقتضى على منع البيع وتبعه المحقّق الخراسانى فى أدلة منع البيع مضافا إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب.

### مقالة السيّد الخوئى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم

استثنى الشيخ الأعظم صورا من عدم جواز بيع الوقف:

استثنى أولاً: «ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع رأسا، واختار فيه جواز البيع.

ثمّ استثنى هذا الفرض الذى هو محلّ الكلام، وهو ما إذا خرب بحيث سقط عن الانتفاع المعتدّ به بحيث يصدق عرفا أنّه لا منفعة فيه.

ثمّ تعرّض للصورة الثالثة، وهى ما إذا خرب بحيث قلّت منفعته إلى حدّ لا يلحق بالمعدوم، وقوى فيها المنع عن البيع.

وفى الفرض الوسط فصلّ على ما يظهر من آخر كلامه بين ما إذا كان النفع الباقى

ص: 311

1- (1287) العقد النضيد 5/6 و 7.

2- (1288) حاشية المكاسب/111.

قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم، وبين ما إذا لم يكن كذلك، فاختار جواز البيع في الأوّل لانصراف دليل المنع، كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عنه، والمنع في الثاني.

إلاّ أنّه لم نفهم مراده قدس سره من «النفع المعتدّ به» حتّى قسّم فرض عدم بقائه إلى قسمين، فإنّه إذا كانت للوقف بعد الخراب منفعة عرفيّة ولو قليلة، فهو داخل في الصورة الثالثة، فلا وجه لجعله قسماً لها، فتأمّل.

وبعبارة أخرى: الأقسام المُتصوِّرة في المقام ثلاثة لا أربعة، الأوّل: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً وعقلاً كما في الحيوان المذبوح، الثاني: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً فقط مع بقاء الانتفاع به عقلاً، الثالث: أن تقلّ منفعته العرفيّة، ولا رابع، فلا معنى لتقسيم الصورة الثانية \_ وهي سقوط الوقف عن المنفعة العرفيّة \_ إلى ما تقلّ منفعته بحيث يلحق بالمعدوم وإلى ما لا تقلّ منفعته كذلك.

وبالجملة: الظاهر أنّ المراد بسقوط الوقف عن الانتفاع المعتدّ به أن لا يترتب عليه ما يعدّ منفعة له بنظر العرف، كما إذا خرب السيرير الموقوف ولم ينتفع بأجزائه، كالحديد الموجود فيه، إلاّ بجعله وراء الباب لئلاّ يفتح، فإنّه ليس من منافع ذلك الحديد، وإن كان ذلك منفعة عقلاً وأمکن إذا بته وجعله شيئاً آخر.

فتفصيل المصنّف في هذا القسم لا وجه له، بل الصحيح فيه جواز البيع؛ وذلك لأنّ متعلّق غرض الواقف إمّا هو تسبيل المنفعة العرفيّة لا العقلية، فإذا لم يمكن الانتفاع به بما يعدّ منفعة عرفيّة له، جاز تبديله بمقتضى غرض الواقف (1) وإنشائه، على ما اخترناه من أنّ الواقف في الوقف المؤبّد يحبس العين الموقوفة ما دام الانتفاع العرفي بها ممكناً مع بقائها، وبدلها إذا لم يمكن ذلك، والأدلة الواردة كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» تكون امضاءً لما أنشأه الواقف، فالمنفعة العقلية أجنبية عن غرض الواقف ولا تكون مانعاً عن البيع (2).

أقول: العقلاء في أفعالهم وتصرفاتهم يلاحظون الأغراض وتدوّر أفعالهم مدار

ص: 312

1- (1289) هو الشيخ محمّد حسين في حاشية المكاسب 3/135.

2- (1290) محاضرات في الفقه الجعفري 3/(174-171).

الغرض وجوداً وعدمًا بمعنى أنّ الغرض يكون هو المقصود بالذات فيصيحُ أن يكون الغرض قرينةً على كيفية العمل الصادر منهم، فيكون الوقف حينئذٍ من أفعال العقلاء وغرضهم منه تحييس العين وتسييل المنفعة على الموقوف عليهم فمع انتفاء المنفعة من الأساس - كما في الصورة الأولى - أو مع انتفائها عرفاً بحيث لا يعدّ المنفعة الموجودة العقلية منفعة عرفية لهذا العين - كما في الصورة الثانية - الغرض من الوقف - وهو تسييل منفعة عين الموقوفة - منتفٍ وانتفائه سقط الحكم بعدم جواز بيعها، لأنّ بقاء الوقف وعدم جواز بيعه تابع لبقاء غرض الوقف (1) ومع عدمه يحكم بجواز بيعها، فالحكم في صورتين واحد.

ثمّ، بعد تخصيص قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» بغرض الوقف، تصل النوبة إلى اطلاق قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (2)، وحتى لو ترددنا بين تخصيص وعدمه يكون المخصص مجملاً ومردداً بين الأقل والأكثر فلا بدّ من الأخذ فيه بالقدر المتيقن والتمسك بالإطلاق في غيره فيكون الاطلاق محكماً في هذه الصورة. هذا كلّه في الدليل اللفظي.

وأما الأصل العمليّ في المقام: فلا - يجرى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب خلافاً للمحقّق الخراساني لأنّ زوال المنفعة العرفية معدودة من مقومات المستصحب ولا تعدّ من حالاته فلا يجرى الاستصحاب، وحتى مع الشك في أنّ زوالها يعدّ من المقومات أو الحالات فلا يجرى الاستصحاب لأنّ مع الشك فيه التمسك بدليل الاستصحاب يعدّ تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية ذاك الدليل وهو مردودٌ.

وبعد سقوط الاستصحاب تصل النوبة إلى جريان البرّة من الحرمة في بيع الوقف.

وبالجملة: حكم الصورة الثانية من صور جواز بيع الوقف هو الجواز بالدليل اللفظي والأصل العملي والحمد لله.

**تنبيه:**

**إشارة**

ص: 313

1- (1291) كما عليه المحقّق الإصفهاني في حاشيته على المكاسب 3/135.

2- (1292) سورة البقرة/275.



قال الشيخ الأعظم: «ثم إنَّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه»(1).

مراده: جواز بيع الوقف «لوقلت المنفعة مع قابلية الموقوفة للانتفاع بها، كما إذا وقف بعيرا للسقى فاستغنى عنه بعد وضع أنابيب الماء، أو وقف خانا لنزول الزوّار والمسافرين فيه، فتعطلّ بعد قطع المسافات البعيدة بالطائرات والسيارات، وكذا لو وقف دارا على ذريته ليسكنوها بأنفسهم، ولم يمكنهم ذلك لوقوعها في محلّة لا يقيم فيها \_ فعلاً \_ ذووا المروّات، ونحو ذلك ممّا تكون العين فيه عامرةً، ولكن لا ينتفع بها في الجهة المقصودة للواقف.

فما تقدّم من وجه جواز البيع ومنعه يجرى هنا أيضا، وبعد ترجيح جانب الجواز هناك \_ من جهة أن حبس العين مقدمة لتسهيل الثمرة المعينة، ويانتفائها ينتفى حقيقة التسهيل المأخوذ في الوقف، ولا يبقى مجال لحفظ خصوصية العين المسلوّبة منفعتها \_ نقول بجواز البيع هنا، لوحدة المناط»(2).

### إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر

#### إشارة

صاحب الجواهر رحمه الله تبعاً لأستاذه وصهره ونجل أستاذه قائل بأنّ ذات الوقف تنافى مع البيع \_ كما هو مختارنا \_ وقد مرّ الكلام حول ذلك في أوّل البحث.(3)

فلا بدّ أولاً من نقل مقالة صاحب الجواهر ثمّ طرح إشكال الشيخ الأعظم عليه.

### مقالة صاحب الجواهر

#### إشارة

قال قدس سره: «والذى يقوى فى النظر \_ بعد إمعانه \_ : أنّ الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضادّ، نعم إذا بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز البيع.

والظاهر تحقّق البطالان فيما لو خرب الوقف على وجهٍ تنحصر منفعته المعتدّ بها منه فى إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما ممّا لا منفعة معتدّ بها فيه إلّا بإحراقه مثلاً،

ص: 314

1- (1293) المكاسب 4/73.

2- (1294) هدى الطالب 7/22.

3- (1295) راجع صفحة 71 من هذا المجلد: القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع.

وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً... وغير ذلك.

ووجه البطلان حينئذٍ: فقدان شرط الصحة في الابتداء، المراعى في الاستدامة بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها.

كما إنّه قد يقال: بالبطلان أيضاً في انعدام عنوان الوقف فيما لو وقف بستانا مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه «البستانية» فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف.

واحتمال: بقاء نفس العرصّة على الوقف؛ باعتبار أنّها جزء الموقوف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه (1) لا يقتضى بطلانه فيها.

يدفعه: أنّ العرصّة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذى قد فرض فواته. ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستانا أو غيرها لم يكن إشكال في بقاء وقفها؛ لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنّه خلاف الفرض.

وكذا لو وقف نخلة للانتفاع بثمرتها فانكسرت، فإنّه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنّه ليس من عنوان الوقف.

وربّما يؤيد ذلك في الجملة: ما ذكره في باب الوصية (2) من أنّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية؛ لانتهاء موضوعها.

نعم، لو لم تكن الدار والوصية والبستانية مثلاً عنواناً للوقف \_ وإن قارنت وقفه \_ بل كان المراد الانتفاع به في كلّ وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغيّر أحواله.

ثمّ على فرض بطلان الوقف بذلك، فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع، أو للموقوف عليه وورثته؟ وجهان، ينشأن:

من الخروج عن ملك الواقف ودخوله في ملك الموقوف عليه بالوقف، وإنّما منعه من التصرف بغير الانتفاع المنافى (3) لبقاء العين في الملك ما دام قابلاً لتلك المنفعة، فمع

ص: 315

1- (1296) في بعض النسخ بعدها إضافة: لكن.

2- (1297) المبسوط: كتاب الوصايا 4/38.

3- (1298) حسب السياق كلمة «المنافى» صفة لـ «التصرف» وإذا كانت صفة لـ «الانتفاع» فينبغى حذف «غير».

فرض ذهابها وبطلان الوقف بذلك يبقى مملوكا له من غير منع، يتصرف به كيف يشاء.

ومن أنَّ خروجه عن ملكه كان على الوجه المذكور لا مطلقا، فمع فرض بطلان ذلك الوجه يعود إلى ملك المالك.

ولعلَّ الأوَّل لا يخلو من قوَّة، بل يشهد له ما تسمعه من النصِّ والفتوى المجوِّزة لبيعه للموقوف عليهم»<sup>(1)</sup>.

### نوضيح كلام صاحب الجواهر

ذهب صاحب الجواهر إلى أنَّ الوقف يبطل بعروض مجوزات بيع الوقف لأنَّه يرى التنافي الذاتي بين عنواني الوقف والبيع ولذا التزم بفساد الوقف في موردين:

أحدهما: خراب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتدَّ بها في إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما مما يكون الانتفاع به باتلاف العين كالأحراق.

لأنَّ «الوقف مؤلَّف من أمرين أحدهما حبس العين، والآخر تسييل المنفعة، ومن المعلوم تفرع التسييل على وجود الثمرة خارجا، ولا فرق في إناطة صحة الوقف بوجود كلِّ من العين ومنفعتها بين الإبتداء والاستدامة، فكما يعتبر وجودهما حدوثا كذلك يعتبر بقاء، فلو خربت الموقوفة ولم ينتفع بها بطل وفتيتها، ضرورة إنتفاء المركَّب بانتفاء أحد أجزائه كانتفائه بانعدام تمام الأجزاء.

والحاصل: أن الشرط الدخيل في صحة الوقف \_ وهو كون العين ذات ثمرة مسبَّلة \_ يقتضى إنتهاء أمد الوقف بانتفاء الثمرة»<sup>(2)</sup>.

ثانيهما: انعدام عنوان الوقف كما إذا وقف بستانا \_ مع أخذ عنوان «البستان» في صيغة الوقف \_ فخرّب وسقط عن كونه بستانا.

ففي هذا المورد «إنَّ غرض الواقف من قوله: «وقفْتُ البستان على أولادي» إن كان [على نحو موضوعية العنوان المأخوذ في صيغة الوقف بنحو تمام الموضوع] أي كان

ص: 316

1- (1299) الجواهر 23/ (576-578) [22/358 و 359].

2- (1300) هدى الطالب 7/23.

حبسَ البستان على الموقوف عليهم حسباً محدوداً وموقّناً ببقاء عنوان «البستان» \_ لكونه ملحوظاً جهةً تقييديةً تدور الوقفية مداره \_ كان لازمه البطلان بالإنهدام، ويتجه البحث حينئذٍ عن رجوعها إلى الواقف أو صيرورتها ملكاً طلقاً للموقوف عليهم.

فإن قلت: لا- وجه لخروج العرصّة عن الوقفية بعد زوال عنوان «البستان» لكونها جزءاً من الموقوفة، إذ «البستان» مركّب من العرصّة والأشجار، ومن المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفية \_ لتبديلها بأخشاب \_ لا يوجب إنتفاء وقفية العين.

قلت: إنَّ العَرْصَةَ وإن كانت جزءاً من الموقوفة، إلاَّ أنَّ الواقف لم يجعلها وفقاً لا بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان «البستان» وانتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفية العَرْصَةَ من جهة فقد الشرط.

وإن كان غرضُ الواقف حبسَ العرصّة على الموقوف عليهم على [نحو العنوان مشيراً إلى وقفية الذات، أو على نحو تعدد المطلوب]. لم يقدح ذهاب عنوان «البستان» في استمرار وقف العرصّة، هذا(1).

ثمّ ذكّر صاحب الجواهر بعد حكمه ببطلان الوقف أنّ العين ترجع إلى ملك مالكتها وواقفها وورثته أو ترجع إلى ملك الموقوف عليهم؟ ويرى رجوعها إلى ملك الموقوف عليهم لا يخلو من قوة لوجود الشاهد عليه من النص والفتوى لبيعها للموقوف عليهم.

### إشكال الشيخ الأعظم

اعترض أولاً على مبنى صاحب الجواهر وهو فساد الوقف في موارد جواز البيع بالوجوه الأربعة:

الأول: «أنَّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لاوجه له في الوقف الموبد»(2).

مراده: لا وجه لبطلان الوقف الموبد بمجرد انتفاء المنفعة، لأنه يستلزم انقلاب الشيء عما هو عليه إذ مع وقوع الوقف الموبد صحيحاً يمتنع انقلابه وصيرورته باطلاً

ص: 317

1- (1301) هدى الطالب 7/31 و 32.

2- (1302) المكاسب 4/74.

بنفاد المنفعة، وهذا في مقام الثبوت.

الثاني: «مع أنه لا دليل عليه»<sup>(1)</sup>.

مراده: عدم الدليل على مبناه في مقام الإثبات بمعنى لو سلمنا امكان انقلاب الوقف المؤبد إلى الوقف المنقطع كان الانقلاب منوطا بوفاء الدليل عليه والدليل مفقود بل يدلّ على خلافه وهو قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(2)</sup>.

الثالث: «مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنّ الشروط في العقود الناقلة يكفى وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المائيّة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري»<sup>(3)</sup>.

مراده: الشرط المذكور (وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها) \_ وأن كان دخيلاً في الوقف، لوضوح كون الغاية من حبس العين تسبيل ثمرتها، إلاّ أنّه يكفى في إنعقاد الوقف صحيحا وجود المنفعة حال حدوث الوقفية وإنشائها، وأمّا اعتبار استمرارها فلم يقيم عليه دليل.

والشاهد على كفاية وجود هذا الشرط ابتداءً هو ملاحظة شروط سائر العقود الناقلة، كمالية العوضين في باب البيع، فهي معتبرة حين الإنشاء، لكون البيع مبادلة مال بمال. ولا يقدح في صحته وترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المائيّة بيد المشتري»<sup>(4)</sup>.

الرابع: «مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم»<sup>(5)</sup>.

مراده: «أنّ جواز بيع الوقف في مورد طروء المسوّغ له لا يوجب إنتهاء أمد الوقف، وبطلانه، بل يتبدّل لزوم الوقف بالجواز والتزلزل، فإنّ بيع بطل، وإن لم يُبّع بقى وقفا، لما

ص: 318

1- (1303) المكاسب 4/74.

2- (1304) وسائل الشيعة 19/175، ح 1، صحيحة الصفار.

3- (1305) المكاسب 4/74.

4- (1306) هدى الطالب 7/25.

5- (1307) المكاسب 4/74.

تقدّم في أوائل المسألة من أن مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، ومن المعلوم أن جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف.

وعليه فتجوز بيع شرعاً تخصيص في دليل لزوم الوقف، وصيرورته جائزاً بعد عروض المسوّج»(1).

ثمّ اعترض الشيخ الأعمش ثانياً على مقالة صاحب الجواهر في المورد الثاني من موردى جواز بيع الوقف في كلامه \_ وهو بطلان الوقف بزوال العنوان \_ بوجهين:

الأوّل: «الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير العنوان كما لا يخفى»(2).

مراده: زوال العنوان لا يوجب بطلان الوقف إجماعاً كما اعترف به صاحب الجواهر في مسألة بقاء وقفية عرصه الدار المنهدمة حيث يقول: «إذا انهدمت الدار) ولم يبق من آثارها شيء (لم تخرج العرصه) بذلك (عن الوقف، ولم يجز بيعها) بلا خلاف أجده بين من تعرّض له؛ كالفاضل(3) والشهيد(4) وغيرهم(5)؛ لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأييد وعلى عدم جواز بيعه، ولأنّ العرصه من جملة الموقوف وهي باقية.

بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلا عن بعض العامة: فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم

ص: 319

1- (1308) هدى الطالب 7/25.

2- (1309) المكاسب 4/75.

3- (1310) تحرير الأحكام الشرعية: الوقف / في الأحكام 3/316؛ قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام 2/359.

4- (1311) الدروس الشرعية: الوقف 2/279، درس 171؛ مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق 5/398.

5- (1312) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات 3/300؛ والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام 9/68؛

والكاشاني في المفاتيح: 3/213، مفتاح 1115؛ والسبزواري في الكفاية: الوقف / في الأحكام 2/19.

يمكن عمارتها، كالمسجد. (1)

وفى المسالك: تقييده فى غير الأرض الخراجية، على نحو ما سمعته فى المسجد» (2).

وبالجملة: «إنَّ الفقهاء وإن اختلفوا فى حكم بيع الوقف إذا خرب أو خُشى خرابه، فمنهم من جَوَّز البيع، ومنهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح فى إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمة بينهما، لكون النسبة بين الخراب وسقوط العنوان عموماً من وجه، لصدق «تغيّر العنوان» دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفة حيواناً بسنٍّ خاص كبنيت لبون أو بنت مخاض مثلاً، فإذا تجاوز سنُّهما عن هذا الحد، فقد تغيّر العنوان مع عدم صدق الخراب.

ولصدق «الخراب» بدون «تبدل العنوان» فى الأرض الموقوفة للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنّه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها.

ولتصادقهما فى الدار المنهدمة والبستان الذى خرب، وزال عنوان بستانيته.

فَالنَّيْجَةُ: أن استمرار الوقف بعد نفاذ العنوان مُجْمَعٌ عليه. ومعه لا وجه للإلتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر قدس سره» (3).

الثانى: «إن أريد بـ «العنوان» ما جعل مفعولاً فى قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا شك فى أنّه ليس إلا كقوله: «بعث هذا البستان» أو «وهبته»، فإن التملك المعلق بعنوان، لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزءٍ خارجى وإن لم يكن فى ضمن عنوان «البستان»، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات.

وإن أريد بـ «العنوان» شىء آخر، فهو خارجٌ عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً فى الموضوع زيادة على

ص: 320

1- (1313) حلية العلماء 6/38؛ المغنى (لابن قدامة) 6/226.

2- (1314) الجواهر 29/233 (28/109).

3- (1315) هدى الطالب 7/39.

مراده: «أن منشأ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوان خاص في صيغة الوقف، كقوله: «وقفتُ البستان على أولادى». ولكن يُسأل من صاحب الجواهر قدس سره عما أراده من كلمة «العنوان» [1] فإمّا أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به في مقام الجعل كالمثال المزبور، و [2] إمّا أن يكون مراده به أمراً آخر كالشرط المبني عليه الإنشاء أو المصرّح به فيه، بأن يقول: «وقفتُ هذا البستان على ذريتي مادام بستاناً». والمفروض عدم إقتضاء شيءٍ منهما بطلان الوقف بنفاد العنوان.

أمّا الأول فلأنّ وقفية البستان لا تكون مقصورةً على هذا العنوان، بل تسرى إلى كلّ جزءٍ منه، و [من المعلوم] سرّاية الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوياتها بلا فرقٍ بين الملكية الحاصلة بالوقف أو بالبيع أو بالهبة.

والشاهد على تعلّق الملكية بالمعنون أنّه لو قال: «بعثتُ هذا البستان» وتغيّرت صورته البستانية بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصة والأجزاء ملكاً للمشتري. فكذا الحال في الوقف الذي يكون حقيقته إيقافاً للعين عن النقل الإعتباري أو تمليكا أو قصراً، سواءً استمرّ العنوان أم تغيّر»(2).

وأما الثانى فإنّ «إرادة الشرط من العنوان غير معهودة عند العرف وأهل العلم.

مع أنّ إشتراط التوقيت لا يُجدى فيما رامه قدس سره من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواء أكان الشرط مصرّحاً به كما لو قال: «وقفتُ هذا على أن يكون بستاناً أو: مادام بستاناً» أم منوياً \_ من غير دلالة عليه في الإنشاء \_ كما لو إقتصر على جملة: «وقفتُ في البستان» بانياً على كونه موقّتا ببقاء البستان.

وجه عدم الإجداء: منافاة جعل الملكية المحدودة \_ للموقوف عليه \_ للتأييد الذي إعتبروه في الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدلة الشروط وبخصوص «الوقوف تكون



على حسب ما يوقفها أهلها»(1).

ثم اعترض الشيخ الأعظم ثالثا على صاحب الجواهر في تأييد مقاله بفرع في الوصية بقوله: «وأما تأييد ما ذكر بالوصية، فالمناسب أن يقيس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة؟

نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر»(2).

حاصل اعتراضه: «كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كل منهما بعنوان الدار مثلاً، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. ومقصود [الشيخ الأعظم] قدس سره إبطال التأييد، ثم التنظير بفرع آخر.

أمّا بطلان التأييد فللفرق بين المسألتين، وهو: إقتضاء الوقف على العنوان صيرورة الموقوفة ملكاً فعلياً للعنوان، بخلاف مسألة الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصى شأناً لا فعلياً.

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

وأما التنظير فتقريبه: أن الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التي صارت بعنوانها ملكاً فعلياً للموصى له بقبوله وبموت الموصى، ثم زال العنوان، فإنهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، ويعوده إلى ورثة الموصى. وهذا كاشف عن عدم موضوعية العنوان، وكونه معرّفاً. فليكن الوقف مستمراً بعد ذهاب العنوان، لوحدة المناط»(3).

ص: 322

1- (1318) هدى الطالب 7/43 و 44.

2- (1319) المكاسب 4/76.

3- (1320) هدى الطالب 7/45.

ثم اعترض الشيخ الأعظم رابعا على وجهي صاحب الجواهر من رجوع عين الموقوفة إلى ملك الواقف وورثته أو الموقوف عليهم بقوله: «ثم ما ذكره من الوجهين، مما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا»(1).

ولبّ كلامه يرجع إلى أنه بعد قبول صاحب الجواهر أنّ الوقف هنا يعدّ من الوقف المؤبد لا يمكن إبداء احتمال رجوعه إلى الواقف لإطباق «الفقهاء \_ القائلين بخروج العين عن ملك الواقف \_ على عدم عودها إليه أو إلى ورثته. ويستفاد هذا الإجماع من غير موضعٍ من السرائر، كقوله في عدم جواز إنتفاع الواقف بما وقفه: «لما بيناه وأجمعنا عليه من أنه لا يصح وقفه على نفسه، وأنّه بالوقف قد خرج عن ملكه ولا يجوز عوده إليه بحال»(2) فعدم دخوله في ملك الواقف متفق عليه»(3).

هذه كلّها اعتراضات الشيخ الأعظم وتوضيحتها على مقالة صاحب الجواهر \_ أعلى الله مقامهما وجعل الجنة مثوما \_ .

### الحكمية بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب

#### أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأول:

للشيخ الأ-عظم قد مرّ كلامنا في بحث «هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلا بالبيع الخارجي...»(4) في ذيل مقالنا «في النزاع بين المشايخ الثلاث والشيخين الجليلين»(5) فلا نعيده فراجع ما حررناه هناك.

وحاصله: نحن مع المشايخ الأءزبعة \_ الشيخ جعفر وصهره الشيخ أسدالله التستري ونجله الشيخ حسن وصاحب الجواهر رحمهم الله \_ في وجود التنافي الذاتي بين الوقف والبيع.

ص: 323

1- (1321) المكاسب 4/76.

2- (1322) السرائر 3/155.

3- (1323) هدى الطالب 7/47.

4- (1324) راجع هذا المجلد صفحة 233.

5- (1325) راجع هذا المجلد صفحة 235.

ولكننا مع الشيخ الأعظم في أن الوقف لا يبطل إلا بالبيع الخارجى فى موارد جواز بيع الوقف فلا يكون باطلاً قبل بيعه.

### وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثانى للشيخ الأعظم فأقول:

تبع المحقق الخراسانى صاحب الجواهر وقال: «لا يبعد أن يقال، أنه لو أُريد به كون قصد الواقف حبس العين فى وقفها مادامت معنونة بعنوان كذا، وقيل بعدم بطلان مثله لعدم التأييد، لما عرفت من أنه [التأييد] ما يقابل الـتوقيت، ولا توقيت هيهنا، لا يبعد أن يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغاية والتّهاية»(1).

كما وافقهما السيّد اليزدئى وقال: «... إذا وقف بستانا ملاحظا فى وقفها البستانية أو الدار ملاحظا فيها الدارية فإنّها إذا خرجت عن العنوان بطل كونها وقفا...»(2).

وحاول المحقق الإصفهاني تصحيح مقالة صاحب الجواهر بقوله: «... فمرجع وقف البستان بما هو إلى أحد أمرين: [1] إمّا وقف العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية، [2] وإمّا وقف العين بشرط ستعرف(3) إن شاء الله تعالى حقيقته.

أما الأول: فمبنى على أنّ الملكية قابلة للتّحديد من حيث الزمان؛ بحيث يعتبر الشارع ملكية العين إلى زمان زوال العنوان عنها، وربما يؤيد ذلك بأنّ ملكية الخل مرتبة على كونه خلا، فإذا زال العنوان وانقلب خمرًا زالت الملكية بل المالية، وبذهاب بعضهم إلى أنّ ملكية الأرض المحيية باقية ببقاء الإحياء، بل الملكية فى الأعيان دائرة مدار قابليتها للإنتفاع بها فإذا سقطت عن القابلية زالت الملكية، وقد عرفت(4) سابقا معقولية الملكية المحدودة بالعرض، وإن لم يعقل محدوديتها بالذات؛ لكونها من حيث ذاتها عرضا قارا غير قابل للتّحدد بالزمان.

إلا أنّ المؤيدات قابلة للمناقشة بجعل الانقلاب إلى الخمرية الراجع إلى اسقاط

ص: 324

1- (1326) حاشية المكاسب/111.

2- (1327) العروة الوثقى 6/377، مسألة 37.

3- (1328) فى نفس التعليقة عند قوله (وأما الثانى...).

4- (1329) حاشية المكاسب 3/84.

المالية شرعا مزيلاً للملكية، وزوال الملك بمزيل لا دخل له بالتحديد، وكذا خراب الأرض مزيل للملك الحاصل بالإحياء، وكذا السقوط عن قابلية الانتفاع مع أنّ المالية قائمة بالخل، وكون مانع تارة مندرجا تحت هذا العنوان وأخرى خارجا عن تحته لا دخل له بانقلاب العنوان وزواله.

وأما الثاني: فالاشتراط على قسمين:

احدهما: أن يشترط الواقف الرجوع إلى الملك بعد زوال العنوان، فالعين مملوكة بملكية مرسلة وللواقف الرجوع إلى ملكه إذا زال عنوان الملك، فيدخل تحت مسألة جواز شرط الرجوع في الوقف وسيأتي (1) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ثانيهما: أن يشترط عدم كونه وقفا وملكا إذا زال العنوان فهو شرط منافٍ لمقتضى الوقف، لمنافاة الملكية الأبدية في ذات العين وعدم الملكية عند زوال عنوانها، بل لا يعقل القصد الجدى إلى التملك الأبدى، وعدم كونه ملكا عند زوال العنوان، وليس كزوال الملكية عند زوال العنوان، فإنّ الزوال والرجوع لا ينافى ارسال الملكية وأبديتها، بخلاف عدم كونها ملكا وهو واضح.

ومما ذكرنا تعرف أنه يمكن تصحيح كلام صاحب الجواهر بأحد وجهين: إما بالالتزام بانشاء الملكية المقيدة، وإما باشتراط رجوع الملكية المطلقة، إلا أنّ ظاهر كلامه في باب الوقف (2) هو الأوّل وأنه كالوقف المنقطع الآخر، غاية الأمر أنّ المفروض في الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه، وهنا انقضاء أمد الموقوف (3).

أقول: قد عرفت من نقل هذه الكلمات عدم تمامية ادعاء الاجماع الوارد في كلام الشيخ الأعظم، وإن يمكن المناقشة في محاولة المحقق الإصفهاني والإيراد عليه:

«أولاً: أنّ الوقف المؤبد ينافى ويناقض مع تحديد الملكيّة، ولا مجال لقياس الوقف المشروط بباب الملكيّة المحدودة.

ص: 325

1- (1330) حاشية المكاسب 3/150.

2- (1331) جواهر الكلام 22/358، وفي باب الوقف 28/109 من الطبعة الاسلامية.

3- (1332) حاشية المكاسب 3/138 و 139.

هذا فضلاً عن منافاته مع شرط الرجوع، سواءً كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، فالوقف المؤبد لم ينحصر مناقضته باشتراط عدم الوقفية عند زوال العنوان، بل يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّ حقيقة الشرط هي الالتزام بالرجوع، وهو يتقابل مع الالتزام بالتأييد والأبدية.

وثانياً: كما أنّ محاولته تصحيح انتفاء الوقف بزوال العنوان، من خلال مقارنته مع الملكية المحدودة الموقّعة التي تزول الملكية عند حلول الأمد، ممنوعٌ أيضاً، لأنّ الواقف حين وقفه للعين الموقوفة - كالبستان - يعلم أنّ هذا العنوان كبقية العناوين لا يكون أبدياً، بل يزول عاجلاً أم آجلاً، وبرغم ذلك يحبسّه ويوقفه وقفاً أبدياً، ولذلك لا يمكن فرض بقاء الوقف المؤبد محدوداً ومقيّداً ببقاء العنوان وعدمه، لمناقضة المؤبد مع المحدود.

وبالتالي؛ فإنّ محاولة المحقّق الإصفهاني في توجيه كلام الجواهر لا يُسمن ولا يُغنى من جوع»(1).

ولكن مع ذلك كلّه يمكن تصحيح مقالة صاحب الجواهر لما عرفت من عدم وجود الاجماع على خلافه، نعم بين عنواني «الخراب» و «تغيّر العنوان» عموم وخصوص من وجه كما مرّ، ولكن مراد صاحب الجواهر تقييد الوقف بالعنوان فيكون العنوان مأخوذاً في الوقف على نحو الحيثية التقييدية ويؤيده قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(2).

فيكون الوقف مقيداً بهذه الحيثية التقييدية ويكون صحيحاً ويلزم منها بطلان الوقف بزوال القيد والعنوان كما عليه صاحب الجواهر.

نعم، هذا الوقف المقيد بالعنوان الزائل عنه في فترة لاحقة يتنافى مع الوقف المؤبد، وهذا التنافي يعدّ من مشاكل كتاب الوقوف وسوف نبحث عن حلّ هذه العويضة تبعاً للقوم في بحث الوقف المنقطع الآخر لاحقاً إن شاء الله تعالى.

ص: 326

1- (1333) العقد النضيد 5/19.

2- (1334) وسائل الشيعة 19/175، ح 1.

ثم لا بد من التنبيه على تفصيل المحقق النائيني وردّ السيّد الخوئي رحمه الله ودفاعه عن الشيخ الأعظم قدس سره والملاحظات حوله.

### تنبيه: حول تفصيل المحقق النائيني ونقده وملاحظات النقد

قال المحقق النائيني قدس سره: «ثم إن ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة إذا لم يلحق قلة الانتفاع بها بالعدم إنما هو إذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة. وأما إذا تبدلت بصورة أخرى فيجوز بيعها وإن لم تلحق بالعدم.

ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ [الطائفة(1)] ناظرا إلى هذا المعنى، فإن النخلة الموقوفة إذا قلعت تعدّ عرفا مباينةً للنخلة؛ لأنها عبارة عن الشجرة، لا المادة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب.

وبطلان الصورة النوعية عبارة أخرى عن خراب الوقف. وسيجيء \_ إن شاء الله تعالى \_ في باب الخيار: أن مناط مالية الأموال إنما هو بالصورة النوعية، لا المادة المشتركة.

ثم المدار في الصورة النوعية على الصورة النوعية العرفية لا العقلية، فإذا تبدلت الصورة النوعية التي تعلق الوقف بها يبطل الوقف، ويبقى ذات الجسم فيباع. ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة، فإن الدار مركبة من البناء والأرض، وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصة.

وبالجملة: حيث إن قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفة، وكونها ذات منفعةٍ لأنه عبارة عن حبس العين وتسجيل الثمرة، فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلاً فكذلك يجوز بيعها إذا لم تبقى صورتها العينية التي هي إحدى ركني الوقف»(2).

واعترض عليه السيّد الخوئي ودافع عن الشيخ الأعظم بقوله: «أنّ العناوين والصور النوعية عرفية كانت أو عقلية وإن كانت موجبة لشئئية الأشياء في نظر العرف

ص: 327

1- (1335) كما في الخلاف 3/551، مسألة 23.

2- (1336) منية الطالب 2/285؛ وراجع توضيح الأكثر لهذا التفصيل في المكاسب والبيع 2/394 و 395.

والعقل، إلا أنّها لا تقابل بالمال بوجه وإنّما هي دخلية في زيادة المالية للمادة ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك وقد مرّ في بعض المباحث في المكاسب المحرمة وسيأتي في باب الخيارات إن شاء الله، أنّ الأوصاف التي لها دخل في زيادة المالية وتعد في نظر العرف من الصورة النوعية إذا وقعت عليها المعاملة وظهرت خلافها فتكون المعاملة فسادة فإن وقع عليها المعاملة يعد في نظر العرف مغائرا لما ظهر وإن كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضة على الفراش المنسوج بنسيج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسيج آخر يغائر في نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمة أو باع كأسا وظهر قدرا أو باع سكيننا وظهر مسمارا أو باع ساعة وظهر قطعة حديد، أو باع صندوقا وظهر طبلاّ- فإنّ في جميع ذلك يبطل البيع لأنّ ما وقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليه البيع وإن كانا في الحقيقة من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما شيئين متبائنين فإنّ الرجولة والأنوثة وإن كانتا من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما متبائنين كما هو واضح.

وليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين المادة والصورة، بل المعاملة واقعة على المادة، والصورة موجبة لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلك المادة أي الجسم لا المادة الهَيُولائيّة المحفوظة في جميع الأشياء وتبدلت بصورة أخرى مغائرة للأولى لم تبطل البيع، فإنّ نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع وتعنون الأشياء بتلك الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فإنّها أعراض لا تقبل الانفكاك ولا يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفية أو وضعية بحيث تكون مملوكة وقابلة للتملك كما هو واضح، وبالجملة الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سببا لماليتها لا أنّ نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضا كذلك فإنّه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أنّ نفس تلك الأشياء بموادها موقوفة وإن كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية، ولا تدور الوقفية مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة والصلح والبيع كما هو واضح، وعليه فإذا

زالت الصورة النوعية لم تزل الوقفية بل تكون المادة التي معنونة بعنوان أيضا وفقا وإن لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة.

نعم، تزول الوقفية بزوال الصورة والمادة كليهما إذ ليس المراد من المادة هي الهيولى لتكون محفوظة في ضمن شيء من الأشياء وإن كان في ضمن التراب، بل المراد منها هنا هي المادة العرفية أعنى الجسم الذي كان معنونا بعنوان ولا شبهة أنه ينتفى كإنتفاء صورته.

وعلى هذا فإذا وقف شيئا وكان مفعول قوله عنوان ذلك الشيء بأن قال وقفْتُ البستان الفلاني أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أن الوقف هي ذات هذه العناوين المعنونه بها وإنما تلك العناوين معرّفات إليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها مالية تكون وفقا منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفية مدار نفس العنوان فإذا زالت زال الوقف وإذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخلة كانت عرصه البستان وعرصة الدار والنخلة المقلوعة غير وقف، بل باقيا في ملك الواقف. بل العنوان في المركبات الاعتبارية لا ينتزع إلا من أمور متعددة فينحل إلى أمور عديدة كعنوان الدار فإنّ الدار ليست إلا مركبة من العرصه والقبة والجدران وهكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا وقف الأرض وتلك القبة ومعنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار والعرصة فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل.

وبالجملة: لا-نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أنّ في المركبات الحقيقية لا تنفك الصورة النوعية عن المادة لكونها متحدة في الخارج حقيقة وكذلك في المركبات الاعتبارية كالدار والبستان فإنّ العنوان في ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وفقا خاليا عن المواد.

وبعبارة أخرى: إذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنه هل بقي في ملك الواقف منها شيء أم لا؟ فإن بقي ذات النخلة في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض وإن لم يبق في ملك الواقف شيء فبعد



زوال عنوان النخلية وصيرورتها خشبة فلماذا صار ملكا للواقف؟!»(1).

ثم إن لنا ثلاث ملاحظات في كلام المحقق الخوئي قدس سره :

«الملاحظة الأولى: تعرّض السيّد الخوئي لقضيّة خراب العين الموقوفة وبيعها في كتابين من أبواب كتابه (منهاج الصالحين):

1\_ قال رحمه الله في المسألة 95 من مسائل كتاب التجارة، في شروط العوضين: «لا يجوز بيع الوقف إلا في موارد...:

ومنها: ما لو علم أنّ الواقف لاحظ في قوام الوقف عنوانا خاصا في العين الموقوفة، مثل كونها بستانا، أو حمّاما فيزول ذلك العنوان، فإنّه يجوز البيع حينئذٍ، وإن كانت الفائدة باقية بحالها أو أكثر»(2).

2\_ قال رحمه الله في المسألة 1193 في كتاب الوقف \_ أحكام الوقف:

«إذا أوقف(3) بستانا لصرف نماءها في جهة خاصّة، فانقطع عنها الماء حتّى يبس شجرها، أو انقلع شجرها، وبقيت عرصةً، فإن أمكن إيجارها وجب ذلك، وصُرفت الأجرة في الجهة الموقوف عليها.

نعم، إذا فهم من القرائن أنّ الوقفية قائمة بعنوان البستان، كما إذا وقفها للتزّه أو للاستغلال، فإن أمكن بيعها وشراء بستان أخرى، تعيّن ذلك، وإلا بطلت الوقفية بذهاب عنوان البستان، وترجع ملكا للواقف»(4).

فإذا لاحظنا المسألتين، نجد أنّ الأخيرة شارحة للأولى، لأنّه عدّ زوال العنوان في كتاب التجارة موجبا لبطلان الوقف ومن مسوغات البيع، ولكنّه التزم في كتاب الوقف بأنّه إذا أمكن تحصيل الغرض وجب ذلك من خلال بدله، ومع التعدّر أو انحصاره فإنّه يبطل

ص: 330

---

1- (1337) مصباح الفقاهة 5/ (212-210).

2- (1338) منهاج الصالحين 2/25.

3- (1339) كذا ورد في كلامه قدس سره . وهو ليس من لغة العرب الفصحاء في شيء، بل تلك لغة رديئة معدول عنها، والفصيح أنّه ثلاثي: وَقَفَ.

4- (1340) منهاج الصالحين 2/249.

الوقف وتعود العين إلى ملكية الواقف \_ بمثل ما التزم به صاحب الجواهر \_ وهذا بناءً يناقض مع مبناه المصرح به في مصباح الفقاهة.

الملاحظة الثانية: حول ممنوعية ما يدعيه من «أنّ العناوين والصور النوعية \_ عرقية كانت أو عقلية \_ وإن كانت موجبة لشيئية الأشياء في نظر العرف والعقل، إلا أنها لا تقابل بالمال بوجه، وإنما هي دخيلة في زيادة المالية للمادة، ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك»(1).

أقول: والتحقيق حولها يتوقف على ملاحظة حقيقة الصور في المعاملات، وهل حيثيتها تقيديّة أو تعليلية؟ ولا مجال لإثباتها إلا من خلال ملاحظة إنشاء العقلاء وارتكازاتهم، والتحقيق في ذلك يستلزم التفصيل بين الأوصاف والصور النوعية العقلية.

أمّا الأوصاف: فإنّ حيثيتها في المعاملات تعليلية، وما التزم به المحقق الخوئي من مدخلية الوصف في مالية المبيع \_ كما في العبد الكاتب \_ تامّ لا نقاش فيه.

وأمّا ما التزم به في الصور النوعية العرفية.

فممنوع لمخالفته مع ما هو المرتكز عند العقلاء من تقييد المعاملة بالصور النوعية دون المواد، فالبائع يبيع الفرس والفراس دون اللحم والقطن، وكذلك الحال في الصور النوعية العقلية، فإنّه بالأولوية العرفية والعقلية والعقلانية حينما يُقدّم البائع على بيع الشاة أو الفرس، فإنّ مورد المعاملة ليس المادة بل هو الفرس بصورته النوعية، بحيث تكون للفرسية دخل في المعاملة.

الملاحظة الثالثة: ما يرد على قوله أخيراً حول النخلة الموقوفة بعد زوال عنوانها، وصيرورتها خشبة، وأنّه لو بقيت النخلة: «في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها، فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم، وإن لم يبق في ملك الواقف شيء، فبعد زوال عنوان النخلة وصيرورتها خشبة فلماذا صار ملكاً للواقف؟»(2).

ص: 331

1- (1341) مصباح الفقاهة 5/210.

2- (1342) مصباح الفقاهة 5/212.

حيث ينتقض بالوقف المنقطع الآخر عند انقراض الموقوف عليهم، من الحكم بخروجه عن ملك الواقف، وانتقاله إلى الموقوف عليهم، ثم عوده بعد زوالهم إلى ملكية الواقف، وهكذا الأمر في المقام مع الفرق بين أن الانقطاع في الأول يكون من جهة الموقوف عليهم، وفيما نحن فيه يكون في الموقوف، لكن هذا الفرق لا يمنع من اتحادهما في تحقق الخروج أولاً ثم الرجوع ثانياً ثبوتاً وإثباتاً»(1).

أقول: وفي الختام ترك الاعتراض الثالث والرابع للشيخ الأعظم لتماमितهما، غفر الله أيانا وإياكم ورحمهما الله تعالى.

## الصورة الثالثة

### إشارة

قال الشيخ الأعظم: «أن يخرب بحيث يقلّ منفعتة، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجاً بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجع عوده،(2) ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه،(3) وحكى موافقته عن الفاضلين(4) والشهيدين(5)، والمحقق الثاني(6) وأكثر المتأخرين(7).

وحكى في الإيضاح عن والده \_ قدس سرهما \_ : أنّ النزاع بين الشيخ والحلّي

ص: 332

1- (1343) العقد النضيد 5/ (21-24).

2- (1344) الخلاف 3/ (551-552)، كتاب الوقف، مسألة 23.

3- (1345) السرائر 3/167.

4- (1346) الشرائع 2/221؛ والقواعد 1/269؛ والتحرير 1/290.

5- (1347) الدروس 2/279؛ والمسالك 5/400.

6- (1348) جامع المقاصد 9/72.

7- (1349) حكاة عنهم وعن قبلهم جميعاً المحقق التستري في المقابس 155/.

لفظي، واستحسنه(1)؛ لأن في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها، والحلّي فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها.

قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ(2)، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله(3)«(4).

توضيح مقالة الشيخ الأعظم: «صرّح [الشيخ الأعظم] بأنّ الأقوى هنا، المنع لأنّ الأصل في الوقف، المنع عن البيع والادلة التي كانت موجودة في عدم جواز البيع، تجرى هنا ومن جملتها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يُوقفها أهلها» قوله عليه السلام: «صدقة لا تُباع ولا تُوهب».

فهذه الأدلة، يشمل إطلاقها هذا المورد من دون انصرافٍ فيها، المدعى في صورة عدم المنفعة بالمرّة أو المدعى في صورة عدم الانتفاع المعتدّ به.

ثم: إنّ الشيخ [الأعظم] رحمه الله صرّح عدم جواز البيع في هذه الصّورة، يظهر من المشهور أيضا حيث أنّ الشيخ الطوسي؛ في باب النخلة الموقوفة المنقلعة ذهب إلى جواز بيعها لأنّها لم تكن لها ثمرة في المنفعة التي كانت مقصودة للواقف لانه لا تحصل إلا بالبيع.

اعترض ابن إدريس على هذه الفتوى من الشيخ الطوسي رحمه الله واستبعده بأنّ النخلة وان زالت منفعتها الخاصّة ولكن كانت لها منافع أخرى لأنّها يمكن التسقيف بها وجعلها جسرا.

أيّد هذا الاعتراض، العلامة الحلّي وفخر المحققين والشّهيدان والمحقّق الثاني رحمه الله ولذا جاؤا في مقام توجيه كلام الشيخ الطوسي رحمه الله بأنّ مقصود الشيخ رحمه الله، غير الصّورة التي

ص: 333

1- (1350) إيضاح الفوائد 2/393.

2- (1351) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار 155/، ذيل الصورة الخامسة.

3- (1352) يجيء في الصورة الرابعة \_ الآتية \_ .

4- (1353) المكاسب 4/76 و 77.

فرضها ابن إدريس رحمه الله لأنه ورد في تعليل الشيخ الطوسي رحمه الله أنه إذا لم يبيعها، ليست لها منفعة أصلاً ومن هذا يعلم أن فرض الشيخ الطوسي رحمه الله في التخلّة، المنفعة في موردٍ لا يمكن لها التّسقيف أو لا يمكن استعمالها في الجسر أو ليس مورداً للزّوم.

بالجملة، لو كان في فرض الشيخ رحمه الله امكانُ التّسقيف أو امكانُ جعلها جسراً لكان هذا، انتفاعاً مع أنّ الشيخَ الطّوسيّ رحمه الله فرضه، سلب جميع الانتفاعات عنها وبهذا يصير نزاعُ الشيخ رحمه الله مع ابن إدريس رحمه الله نزاعاً لفظياً كما نقله فخرالمحقّقين عن العلامة رحمه الله فقول العَلَمين، ليس متواردين على موردٍ واحدٍ فالموردُ الَّذِي جَوّزه الشيخ الطوسي رحمه الله غير المورد الَّذِي جَوّزه ابن إدريس رحمه الله فالحقُّ مع كليهما فالشيخ الطوسي رحمه الله جَوّز البيع في صورة عدم الانتفاع للتخلّة بالمرّة وهو ممّا لا كلام فيه.

وابن إدريس؛ منع في موردٍ كانت للتخلّة، منفعةٌ أخرى غير منفعتها الخاصّة فالنزاع بين الشيخ الطوسي؛ وابن إدريس رحمه الله ليس نزاعاً في الكبرى بل اختلافٌ بينهما في الصّغرى وفرض المسألة.

وبملاحظة هذه الكلمات أفتى الشيخ الأنصارى رحمه الله في مورد الفرض وهو ما عرض الخرابُ للعين الموقوفة وقلّت المنفعة ولكن بحيث يلحق بالمعدوم، بأنّ الأقوى والأشهر هو المنع أمّا كونه أقوى لوجود المُقتضى وعدم المانع والمُقتضى هو الأدلّة والمانع ليس هنا موجوداً وأمّا كونه أشهر فهو المستفاد من كلمات الفقهاء من أنّ كلّ موردٍ كانت فيه منفعة، لا يجوز بيعه»(1).

### نقد مقالات الأعلام الثلاثة

#### إشارة

«كل واحد من كلمات الشيخ الطوسي رحمه الله وابن إدريس رحمه الله والشيخ الأنصارى رحمه الله لا يخلو من نظرٍ ومناقشةٍ:

وأما ما قال به الشيخ الطوسي فهو؛ وإن أصاب في أصل الفتوى وهو جواز البيع في هذه الصّورة ولكنّ التعليل المنقول عنه رحمه الله، لا يستوى بظاهره إلاّ أن يأوّل.

ص: 334

توضيحه: أنّ قول الشيخ، أنّ المنفعة التي عينها الواقف، زالت وليست للعين منفعةً أخرى.

يعلم من هذه الكلمات: أنّ الكبرى كانت مُسَلِّمةً عند الشيخ رحمه الله وهي أنّ كلّما تترتب المنفعة على العين ولو كانت المنفعة غير المنفعة المذكورة في الوقف، لا يجوز بيعها.

وهذا هو الذي أوجب للعلامة أن يقول: أنّ النزاع بين العلمين، نزاعٌ لفظيٌّ ولكن هذا، ليس بصحيحٍ لأنّ ظاهر فتوى الشيخ الطوسي رحمه الله أنّ الكبرى، مسلّمةٌ عنده وجعل المدار في المنفعة، مطلق المنفعة لا المنفعة التي صرّح بها الواقف ولكن بناءً على ما قلناه سابقاً تبعاً عن صاحب الجواهر رحمه الله، أنّ المدار في بطلان الوقف، على تعدّد المنفعة التي عينها الواقف فالظاهر منه أنّ المراد من انتفاع الثمرة الموجب للبطلان، ليس مطلق الثمرة بل المراد منه، الثمرة التي عينها الواقف.

هذا مضافاً إلى أنّه صرّح بهذا، صاحبُ الجواهر رحمه الله يقتضيه الدليل الذي نقله صاحب الجواهر رحمه الله والدليل أنّ حقيقة الوقف، حقيقةٌ مركّبةٌ وهو حبس العين وتسبيل الثمرة.

ومن المعلوم: أنّ مقصود الواقف من الثمرة وجعلها تحت انشائه، ثمره العين فالمراد من انتفاع الثمرة الذي يوجب بطلان الوقف، أنّما هو انتفاع الثمرة التي عينها الواقف لا مطلق الثمرة.

نُكِّتُ أخرى هنا وهي أنّ صاحب الجواهر رحمه الله صرّح في مورد زوال العنوان بأنّ العنوان إذا كان موقوفاً فزواله موجبٌ للبطلان وإذا كان المعنون موقوفاً فزوال العنوان، ليس موجباً للبطلان.

فهنا بحثٌ من حيث الإثبات وهو أنّه من أين يعلم أنّ مقصود الواقف، العنوان أو المعنون؟

من المعلوم: أنّ في مقام الإثبات، ظاهر اللفظ كان محكّماً فإذا صرّح الواقف: «بأني وقفْتُ الدار» وهكذا إذا صرّح: «بأني وقفْتُ الحمام» فظاهر الانشاء المعلق على العناوين،

أنّ مورد الوقف، هو العنوان.

### التّبيه على الأمرين (مقدمة على نقد كلام ابن إدريس)

بعد ما بيّنا أنّ انتفاع الثّمرة، موجبٌ لبطلان الوقف وزوال العنوان موجب لبطلان الوقف يجب التّبيه على الأمرين:

التّبيه الأوّل: أنّه لو شككنا في أنّ مورد الوقف هل هو العنوان أو المعنون فقلنا إنّ المحكّم، ظاهرُ اللفظ وهو كون العنوان مورداً للوقف كما في الإنشاءات كلّها.

التّبيه الثاني: أنّ المناط في بطلان الوقف بانتفاع الثّمرة، لسقوط الثّمرة أيّ ثمرة؟ هل هي مطلق الثّمرة أو الثّمرة التي وقعت مورداً للإنشاء؟

قلنا سابقاً: أنّ المناط، الثّمرة التي وقعت مورداً للإنشاء لأنّ دليل بطلان الوقف عند انتفاع الثّمرة، فقدانُ المنشأ وإذا فرضنا أنّ المنشأ، ثمرةٌ خاصّةٌ فققدانها، موجبٌ لبطلان الوقف فإذا فرضنا أنّ الابتداء والاستمرار كان لهما حكمٌ واحدٌ فققدان الثّمرة المنظورة للواقف ابتداءً أو استدامةً، موجبٌ للبطلان.

إذا عرفت هذين الأمرين فنحن نسئل عن ابن إدريس رحمه الله ما المراد من قولكم: يُحْفَظُ وقف الواقف على أيّ حالٍ؟

من المعلوم: أنّ الذي وقفه الواقف هو النّخلة لا الحطب، والنّخلة المنقلعة كانت حطباً والواقف، لم يوقف الحطب بل النّخلة.

قوله: «انّ حفظ الوقف مهما أمكن لازمٌ» صحيحٌ ولكن ليس هذا من الوقف بشيءٍ لأنّ مورد الوقف، عنوان النّخلة فقد زال ذلك العنوان وبقي حطباً فحينئذٍ في مورد مثال النّخلة المنقلعة، كان موجبان لبطلان الوقف:

الأوّل: قاعدة انتفاع الثّمرة.

والثاني: قاعدة زوال العنوان.

فان قلت: من أين يعلم أنّ النّخلة، كانت عنواناً ولعلّ مراد الوقف، المعنون.

قلنا: إنّ الظّاهر أنّ النّخلة هو العنوان.

وهكذا إن قلت: من أين يعلم أنّ مورد نظر الواقف، ليس مطلق الانتفاع.

قلنا: إنَّ الفرض أنَّ الواقف، وقف النَّخلة لانتفاع الثَّمرة منها نسلًا بعد نسلٍ وما سبَّل كلَّ الانتفاع من الجسر والتَّسقيف.

والقولُ بأنَّ: حفظ غرض الواقف، واجبٌ مهما أمكن ولو بطل الوقف والغرض فيلزم العمل بالوقف، الأقربُ فالأقرب.

مدفوعٌ كما أجاب الشيخ عنه بأنَّ حفظ دواعي الواقف وأغراضه لا يلزم بل ما يجب العمل به، الغرض الذي دخل تحت الإنشاء.

على هذا، إيرادُ ابن إدريس رحمه الله على الشيخ الطوسي رحمه الله لا يرد ولا دليل على حمل كلام الشيخ الطوسي رحمه الله على صورةٍ أخرى غير فرض ابن إدريس رحمه الله .

نعم، إن كان يرد على الشيخ رحمه الله شيء فهو أنَّه إن كان مقصود الشيخ رحمه الله من قوله: «إنَّ الانتفاع بغير هذا الوجه، لا يمكن» أنَّه لو أمكن انتفاع آخر غير انتفاع مورد نظر الواقف، كان يجب أن ينتفع ذلك الانتفاع.

يرد على الشيخ الطوسي رحمه الله هذا الإيراد الذي ذكرناه من أنَّ عدم إمكان الانتفاع بما أوقفه الواقف أزال عنوان الوقف، يوجب البطلان سواءً أمكنت المنفعة الأخرى أم لا؟

فمجردُ إمكان الانتفاع الآخر، ليس دليلًا على منع البيع.

### الاشكال الوارد على شيخنا الأنصاري

أما الذي يُردُّ على شيخنا الأنصاري في هذه المسألة فهو أصل الفتوى وهو «الأقوى، المنع» على ما قلناه، محلُّ اشكالٍ وكذلك الاستظهارُ والاستفادة، ليس بصحيحٍ.

أما بطلانُ أصل الفتوى فنقول فيه:

هل الشيخ رحمه الله جعل فرض النَّخلة المنقلعة، من مصاديق هذه الصَّورة أم كانت غير محلِّ البحث ولكن الشيخ رحمه الله نظرهُ من ذكر فرض النَّخلة المنقلعة الموقوفة هنا، الاستفادة لمسألة محلِّ البحث.

بعبارةٍ أخرى، مقصود الشيخ من كون العين الموقوفة تخرب بحيث تقلُّ منفعتها بحيث تكون العين الموقوفة مخروبةً لا على نحوٍ يوجب زوال العنوان، وكانت المنفعة تقلُّ، لا على الخراب بحثٌ سنتعرِّض له في المباحث الآتية.



وان كان المقصودُ من الخراب، الخراب الآذنى لا يُزيلُ عنوان الوقف، والمقصود من قلة المنفعة، قلة المنفعة التي كانت مورداً لنظر الواقف  
يعنى كان نظر الواقف، النخلة لا المنفعة.

فقولُ الشيخ؛ فى عدم جواز البيع فى هذا الفرض فله وجهٌ لبقاء العنوان والثمره غاية الأمر، صارت الثمرة إلى القلة. ولكن الظاهر من الشيخ،  
ليس مقصوده هذا الفرض.

وأما ان كان فرض الشيخ، فرض ما إذا عرض للعين الموقوفة، الخراب بحيث زال العنوان وانتفت الثمرة المنظورة ولكن تمكن المنفعة  
الأخرى غاية الأمر تكون المنفعة الأخرى قليلة لا على حد يلحق بالمعدوم.

فالظاهر من كلام الشيخ رحمه الله أن مراده، هذا الفرض لإعنى الشيخ رحمه الله قال فى الصورة الثانية، ما إذا عرض الخراب للدائر الموقوفة  
بحيث لا ينتفع بها إلا أن يجار لمنفعة أخرى كالمزبلة ولكن هذه المنفعة فى مقابل المنفعة التي كان نظر الواقف بها كلا منفعة وأما فيما  
نحن فيه فتقل المنفعة بحيث لا تلحق بالمعدوم.

وبالجمله، يُعلم من كلام الشيخ رحمه الله ان فرض الشيخ، ليس الفرض الأول يعنى بقاء العنوان والثمره غاية الأمر عرض له الخراب  
وعرضت للمنفعة القلة فإن كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض ففتوى الشيخ كانت حقاً ولا يحتاج استنباطها من صورة النخلة  
المنقلعة لإعنى هنا، كانت المنفعة، محفوظة فيعلم منه ان مقصود الشيخ رحمه الله فرض النخلة المنقلعة وكل فرض يشابهها من ان المنفعة  
الخاصة للواقف لا يمكن ولكن تمكن المنفعة الأخرى ولو كانت قليلة ولكن لا إلى حد يلحقها على المعدوم.

ومقصوده من الخراب، لأقل من كونه أعم من زوال العنوان فان كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض كما هو الظاهر من كلامه رحمه  
الله فيرد عليه ما اورده من أن هنا، مؤججين للبطلان.

أولهما، زوال العنوان والآخر انتفاع الثمرة وأما امكان الثمرة الأخرى فهو لا يجعل الوقف الباطل صحيحاً وملاحظة الأقرب إلى غرض  
الواقف، لا يلزم.

مُضافاً إلى ذلك، يمكن أن يرد على شيخنا الأنصارى رحمه الله، إشكالاً آخر وهو أن القلة

والكثرة، من الأمور النسبية فالمنفعة القليلة، كانت مالا في حد نفسه وتترتب عليه أحكام المال وقولنا أنه كالعدم، إنما هو بالمقايضة إلى المنفعة الكثيرة منها ولكن مجرد وجود المنفعة في حد نفسها، لا يكفي بل يمكن القول بأن القلة إن انتهى إلى حد فهي ولو كانت مالا في حد نفسها ومعتدا بها ولكن إذا كانت القلة بالنسبة إلى وضع الموقوفة، تعد من تضييع المال، كان مجوزا لبيع الوقف.

فبناءً عليه في مثل النخلة الموقوفة المنقلعة، الاستفادة منها في التسقيف والتسجير ولو كانت هذه المنفعة، منفعة معتدا بها في حد نفسها ولكن بالنسبة إلى المنفعة التي يمكن تحصيلها، تعد في حكم تضييع المال مع قطع النظر عن تطبيق الموردين المجوزين لبيع الوقف، من زوال العنوان وانتفاع الثمرة.

فبناءً على هذا، الأقوى جواز البيع كما في الصورتين المذكورتين»(1).

## الصورة الرابعة

### إشارة

قال الشيخ الأعظم: «أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه»(2).

جوز الشيخ المفيد(3) بيع الوقف في هذه الصورة أي إذا كان يبعه أعود وتبعه صاحباً الشرائع(4) والقواعد(5).

وقد نسب الشهيد(6) والمحقق الثاني(7) هذا القول إلى المفيد.

ص: 339

1- (1355) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/(449-444).

2- (1356) المكاسب 4/78.

3- (1357) المقنعة 652.

4- (1358) الشرائع 2/11، وعبارته: ويكون البيع أعود على الأظهر.

5- (1359) القواعد 2/23، وعبارته: ويكون البيع أعود.

6- (1360) الدروس 2/279.

7- (1361) جامع المقاصد 9/68.

نعم حكى كاشف الرموز القول بعدم الجواز من أستاذه المحقق ويقول: «وكان شيخنا يذهب إلى أن البيع لو كان خوف الخراب جائز وإن كان البيع أنفع لهم غير جائز وهذا وجه حسن قريب» (1).

وأول العلامة في التحرير (2) كلام المفيد.

وعلى أي حال المتسالم عليه بين الفقهاء عدم الجواز في هذه الصورة كما قال الفخر: «عليه أكثر العلماء» (3) وقال ابن فهد: «أن باقى الأصحاب على خلاف المفيد في هذا الفرع» (4).

وقال الشيخ الأعظم: «وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطن إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكل» (5).

العمومات والقاعدة تقتضى عدم جواز بيع الوقف ولكن قد استدل للمفيد في جواز البيع بروايتين:

الأولى: خبر جعفر بن حيان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابة من أبيه، وقرابة من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه؟

قال: جائزٌ للذى أوصى له بذلك.

قلت: أرايت، إن لم يخرج من غلّة الأرض التى وقفها إلا خمسمائة درهم؟

فقال: أليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أمّه وقرابته من أبيه؟

ص: 340

1- (1362) كشف الرموز 2/54.

2- (1363) تحرير الأحكام الشرعية 3/290، مسألة 4643.

3- (1364) إيضاح الفوائد 2/392.

4- (1365) المهذب البارع 3/64.

5- (1366) المكاسب 4/78.

قلت: نعم.

قال: ليس لقربته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يوفّي الموصى له بثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: رأيت إن مات الذى أوصى له؟

قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهمٍ لورثته يتوارثونها ما بقى أحد، فإذا انقطع ورثته، ولم يبق منهم أحد، كانت الثلاثمائة درهمٍ لقربة الميّت تردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا، وبقيت الغلّة.

قلت: فللورثة من قربة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟

قال: نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا. (1)

ورواه المشايخ الثلاثة (2) عن جعفر بن حيان أو جعفر بن حنان أو حسان.

وفى سنده مناقشة واضحة لأنّ جعفر بن حيان الصيرفى الكوفى امامى مجهول وجعفر بن حنان أو حسان مهملان فالسند ضعيف بجعفر الراوى الأخير الذى يروى عن الصادق عليه السلام .

وأما دلالة: قد ورد فى ذيله فى جواب سؤال: «فللورثة من قربة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ أجاب الإمام عليه السلام: «نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا».

فحينئذ جواز البيع مشروط بأمر ثلاثة: 1\_ الحاجة 2\_ رضا الجميع 3\_ أن يكون خيراً لهم. ولكن المدعى أن يكون البيع أعود لهم وهو الاشتراط الأخير فقط فيكون الدليل أخص من المدعى هذا أولاً.

وثانيا: الأصحاب \_ قدس الله أسرارهم \_ أعرضوا عن هذا الخبر وإعراض المشهور

ص: 341

1- (1367) الكافى 13/410، ح 29 (7/35) ونقل عنه فى وسائل الشيعة 19/190، ح 8، الباب 6 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

2- (1368) الفقيه 4/242، ح 5577؛ التهذيب 9/133، ح 565؛ الاستبصار 4/99، ح 382.

موهن لاعتبار الخبر بل إن لم يتم النسبة إلى المفيد بالتأويل الوارد في كلام العلامة يكون مجمعا على اعراضه فيصير ساقطا عن الاعتبار كلياً.

وثالثا: الخبر مشتمل على أشياء تصير موجبة لوهنه ومن جملتها: «كيف تجتمع الوصية مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهة أن الوصية لو كانت قبل الوقف تكون باطلة بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصى الشيء الموصى به، ولو كانت بعده فهي باطلة أيضا لأن الموصى به خارج عن ملكه، ولا بد من أن يقال: إن المراد من الوصية الشرط يعنى أن الواقف شرط في وقفه هكذا، وقد تطلق الوصية لغة وفي القرآن على الشرط مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ» (1).

وأیضا ما الوجه لمنع الإمام عليه السلام عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به في صورة عدم خروج الغلّة من الأرض إلا بمقدار خمسمائة درهم، بداهة أنه لا مانع من التصرف في الغلّة وإخراجه بعد هذا، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرفهم في الغلّة حراماً لأن اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتب عليه إلا حكم تكليفي ولا يكون شريكا معهم في الغلّة.

وأیضا أن ما حكم به الإمام عليه السلام بقوله: «إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته \_ الى أن قال \_ مابقي أحد منهم» لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنه لا بد من أن يراد من الوصية الشرط، بداهة أنه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطاً بوجود من شرط الاعطاء له، فإذا لا وجه لاعطائه لورثة المشروط له.

وأیضا أن ما حكم به بعد ذلك بقوله «فإن انقطع ورثته» الخ لم نفهم له وجهها بداهة أنه ولو فرضنا صحّة الوصية أيضا لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثة الموصى له راجعا إلى قرابة الميّت الواقف، بداهة أنه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعليه يكون مالاً للإمام عليه السلام لأنه عليه السلام وارث من لا وارث له» (2).

ص: 342

1- (1369) سورة النساء/ 11.

2- (1370) التنقيح في شرح المكاسب 2/290 و 291.

ولكن يمكن أن يجاب في جواب الإشكال الأخير: أن المراد من الوصية في الخبر ليست الوصية المصطلحة الفقهية بل المراد بها معناها اللغوي وهو العهد والتوصية والتأكيد نحو قوله تعالى: «وَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ» (1) وقوله تعالى: «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا» (2) و «أَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا» (3) وكما ورد في وصية أمير المؤمنين عليه السلام بسند صحيح: ثم إني أوصيك يا حسن وجميع أهل بيتي وولدي ومن بلغه كتابي بتقوى الله ربكم ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون... أوصيكم بالضعيفين: النساء وما ملكت إيمانكم، الوصية. (4)

ولو حملنا الوصية على معناها اللغوي يتم جميع ما ورد في الخبر من دون أن يرد عليه الإشكال الأخير فتأمل في المقام لأنه حقيق بالتأمل.

## الاحتمالات الواردة في خبر جعفر بن حيان

### إشارة

الاحتمالات الواردة متعددة أذكر لكم ستة منها على مايلي:

«إن في الرواية المذكورة عبارتين: إحداهما في متن السؤال والأخرى في جوابه.

وما يكون في السؤال من العبارة هكذا: «فللوثة من قرابة الميت ان يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟».

وجوابه: «نعم: إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم، بأعوا».

إن قلت: لم يأت في الجواب ما كان مذكورا في السؤال؟

قلت: تكتفي وتقتضى ما في السؤال، كلمة «نعم» حيث ان معنى: «نعم» في الحقيقة، تكرار الجملة السابقة يعنى: نعم: «إن احتاجوا وكان البيع خيرا لهم بأعوا».

احتمال آخر في «نعم» وهو ان «نعم» لا تكون تكرارا لجملة السؤال بل تكرار

ص: 343

1- (1371) سورة البقرة /132.

2- (1372) سورة الاحقاف /15.

3- (1373) سورة مريم /31.

4- (1374) الكافي 13/453 و 455، ح 7 (51/7 و 52).

للمحمول فقط فمعنى «نعم» على هذا الاحتمال: أنه يجوز إذا كان البيع خيرا فبناءً عليه، كان في قوله عليه السلام: «نعم»، احتمالان:

الأول: أنه يجوز لبيع إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة.

الثاني: الذي كان على خلاف الظاهر هو أن «نعم» ليس بمعنى تكرار الجملة بل تكرار للمحمول فقط.

وفي معنى: «كان خيرا لهم» أيضا احتمالات ثلاثة:

الأول: أن قوله عليه السلام: «كان خيرا لهم» يعنى أنفع لهم من بقائه.

الثاني: أن المراد من الخير، مصلحة كانت داعية لفعل الفاعل المختار.

الثالث: أن المراد من الخير، الاحتياج يعنى «لو احتاجوا باعوا» الاحتمالان الأخيران ذكرهما الشيخ رحمه الله .

فإذا لا حظنا هذه الاحتمالات الثلاثة مع الاحتمالين المذكورين في كلمة «نعم»، تصير الاحتمالاتُ الحاصلةُ، ستةً.

ومن المعلوم: أن هذه الاحتمالات الستة، لا تدلّ على المطلوب إلا احتمال واحد وهو كون معنى الخير، الأنفعيّة لا مصلحة الفاعل ولا بمعنى رفع الاحتياج وعدم ورود الاحتياج في كون معنى الخير، الأنفعيّة.

فإذا قلنا: أن معنى الخير، الأنفعيّة لم يرد قيد: «ان احتاجوا» الذي كان موجودا في السؤال في الجواب وكان كلمة «نعم» بمعنى أصل التجويز لا بمعنى تكرار عبارة السؤال وجملته بل تكرار محمول الجملة وهو «يجوز» ويشهد على القول بأن المراد من الخير، الأنفع مضافا إلى ظاهر كلمة: «الخير» في الرواية، رواية الحميري التي تأتي تفصيلها فيما بعد ووردت فيها عبارة: «كان ذلك أصلح» فمعنى الأصلح هو الخير والأنفع.

ولكن ليس لنا دليل على عدم ورود الاحتياج الذي ورد في السؤال، في الجواب لأن ظاهر «نعم» تكرار جملة السؤال بالمرّة لا المحمول فقط وهو «يجوز» عليها، لا تدلّ

## اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان

اعترض الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان بِخَمْسَةِ إشكالات.

الأول: ما مرّ من أنّ الدليل أخص من المدعى بتقريب: «أنّ الغرض من الإستدلال بخبر جعفر بن حيان إثبات جواز بيع الوقف لمجرد كونه أنفع، سواء إنضمّت جهة أخرى \_ من حاجة أو ضرورة شديدة \_ إليه، أم لا. مع أنّ الخبر يدلّ على إناطة الجواز بحاجة الموقوف عليهم أيضاً، لأنّ قوله عليه السلام: «نعم» ناظر إلى الجواز في مفروض السؤال وهو الحاجة، لكنه عليه السلام قد يده بكونه أصلح لهم. ومقتضاه توقف نفوذ البيع على إجماع الأمرين، وبهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجة والأعودية كابن سعيد(2) والشهيد(3) \_ قدس سرهما \_ .

هذا مع الغصّ عن الشرط الآخر المذكور في جوابه عليه السلام من اعتبار رضى الجميع، وإلا فيكون جواز البيع دائراً مدار أمور ثلاثة: الاحتياج ورضا الجميع والأعودية. وعلى كلّ حال فلا تدلّ الرواية على كون المناط في جواز البيع الأعودية بالاستقلال.

فإن قلت: يمكن إلغاء قيد «الحاجة» لكونه مأخوذاً في السؤال، لا في جواب الإمام عليه السلام ... وأما قيد «رضى الكل» فهو إمّا ظاهر في بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحدٍ ببيع نصيبه، فلا دلالة فيه على اعتبار الاجتماع حتّى بالنسبة إلى بيع بعض الوقف ... .

قلت: لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور «نعم» في الجواز في موضوع الحاجة، غايته زيادة الشرطين، لا تخطئة السائل في أصل دخل الحاجة في نفوذ البيع»(4).

الثاني: ما مرّ من «أنّه يمكن إرادة مطلق النفع من «الخير» في قوله عليه السلام: «وكان البيع

ص: 345

1- (1375) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/455 و 456.

2- (1376) الجامع للشرائع /372.

3- (1377) نزهة الناظر /74.

4- (1378) هدى الطالب 7/75 و 76.



خيرا لهم» فالمراد حينئذٍ: كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يُقدِّمون غالبا على فعلٍ إلا إذا كان أرجح من تركه. ومن المعلوم أنّ الأعودية بهذا المعنى ممّا لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذٍ شرطا تعبديا، بل أمرا إرتكازيا عقلائيّا.

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

وتوضيحه: أنه عليه السلام عدل عمّا فرضه السائل \_ من الحاجة إلى البيع \_ إلى قوله عليه السلام: «إذا كان خيرا لهم». وهذه الجملة يحتمل كونها قيّدا لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطية على انتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الاستدلال. ويحتمل كونها مبيّنةً للموضوع بمعنى أنه عليه السلام جوّز بيع الوقف، ولم يعلّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، وإنّما أتى بجملة «إذا كان خيرا» تمهيدا لذكر الجواب، وهو «باعوا في مورد حاجتهم» وتنبهها على أن رعاية الخير والصالح يكون من قبيل الداعي الذي يلاحظه العقلاء في معاملاتهم وأفعالهم الإختيارية، حيث إن إقدامهم على المعاملة مطلقا \_ سواء أكان المبيع وقفا أو ملكا مطلقا \_ وترجيح الفعل على الترك منوط عادةً برعاية النفع والمصلحة، ومن المعلوم أنّ هذا الأمر الإرتكازي العقلائي لا يتوقف على بيان الشارع.

وعليه تكون هذه الشرطية «إذا كان خيرا باعوا» نظير الجمل الشرطية المسوقة لبيان الموضوع، وقد تقرر عدم إنعقاد المفهوم لها، لكون السلب فيها بانتفاء الموضوع، لا المحمول، فكأنّه عليه السلام قال: «إذا كان في بيع الوقف نفعٌ ليس في عدمه، فليبيعوا، لأنّهم لا يُقدمون على فعل إختيارى إلا أن يكون فيه الصالح والخير». ومعناه عدم كون النفع شرطا تعبديا لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمر إرتكازي.

وبناءً على هذا الإحتمال يجوز بيع الوقف بمجرد إقترانه بالمنفعة. وهذا مخالف للإجماع، لعدم إلتزامهم بكفاية مطلق النفع في البيع، وإنّما يقع البحث في جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فهى وعدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع احتمال إرادة مطلق الخير والنفع من قوله عليه السلام: «خيرا لهم»

وذلك بقرينة سبق السؤال عمّا إذا كان البيع أصلح، فالمتحصل من الجواب إناطة الجواز بكون البيع أنفع من تركه، وعدم كفاية مطلق الخير الموجب لحدوث إرادة البيع وإختياره على تركه.

وعليه ينطبق جوابه عليه السلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع.

قلتُ: لا سبيل لمنع الإحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمة «الأصلح» قرينةً على المراد من الخير، فكذا العكس أى قرينة «الخير ومطلق النفع» على ما يراد من «الأصلح» ويكون الجواب حينئذٍ وارداً مورد السؤال، وليس أجنبيّاً عنه.

وعليه فلا شاهد لسدّ باب الإحتمال المزبور، وهو موجب لطرح الخير، لمخالفته للإجماع»(1).

الثالث: أنّ المراد من «(الخير)» بقرينة السؤال \_ يمكن أن يراد به رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، فيكون المسوّغ للبيع حينئذٍ رفع حاجة الموقوف عليهم، لا كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الرواية غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الإستدلال بها عليه.

وبعبارة أخرى: يحتمل في قوله عليه السلام: «وكان خيراً باعوا» \_ من جهة كونه مسبقاً بالسؤال عن حكم حاجة الموقوف عليهم وعدم كفاية غلّة الموقوفة لمؤنّتهم \_ إرادة رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، لا زيادة المنفعة. فكأنّه عليه السلام قال: «وكان البيع وافياً بالحاجة باعوا» وهذه الحاجة محتملة لأمرين:

أحد هما: أن يكون احتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفة ليُصرف في شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظراً إلى كون التصرف في نفس الثمن أنفع \_ في رفع الحاجة \_ من إبقاء العين والإنتفاع بالغلّة غير الوافية لهم. بناءً على هذا الإحتمال تصلح الرواية للإستدلال بها في الصورة الخامسة الآتية، وهى البيع لرفع الحاجة.

ثانيهما: أن يكون احتياجهم إلى نفع زائدٍ لتفى الغلّة بمؤنّتهم، بأن يكون الباعث

ص: 347

على البيع تكميل النفع حتّى يفي بها، وهذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الإنتفاع به أزيد.

وليس الخبر ظاهراً في الإحتمال الثاني ليكون دليلاً على جواز البيع في الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الإحتمال الأول، فيصير مدلوله أجنبيّاً عمّا نحن فيه، هذا» (1).

الرابع: إنّ الأصحاب أعرضوا عن خبر جعفر بن حيان لعدم الظفر على القائل بمضمونها فلا يمكن الاستناد إليه بجهة إعراض الأصحاب ويصير موهوناً.

الخامس: الخبر محمول على الوقف المنقطع الآخر لا الوقف المؤبّد \_ الذى نحن بصدد جواز بيعه هنا \_ «وذلك لإقتصار الواقف \_ كما ذكره السائل \_ على قرابة الأب والأمّ ممّا ظاهره إنقطاع الوقف، وعدم تعرض الواقف لمثل قوله: «فإن انقرضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين». فالإقتصار على ذكر الأعقاب يدل على كون الوقف منقطعاً مؤبّداً فلا تكون الرواية دليلاً على المدعى، وهو بيع الوقف المؤبّد.

قال العلامة في التذكرة والمختلف بعد نقل الخبر: «فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأييد» (2)» (3).

ثمّ أجاب الشيخ لأعظم عن هذا الاشكال الأخير بأنّ «اقتصار السائل \_ فى مقام حكاية فعل الواقف \_ على ذكر خصوص قرابة الأب وقرابة الأم، وعدم تعقيبه بمثل «فإن انقرضوا... لا يشهد بانقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يقتصر فى المؤبّد على ذكر صنفٍ من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو انقرضوا.

ص: 348

1- (1380) هدى الطالب 7/79 و 80.

2- (1381) مختلف الشيعة 6/289؛ تذكرة الفقهاء 20/253؛ ونسبه صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد وأبى العباس ابن فهد والصيمرى أيضاً، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، 50/؛ التنقيح الرائع 2/329؛ المهذب البارع 3/67؛ غاية المرام 1/487؛ واستظهره صاحب الجواهر أيضاً وإن عبّر عن الرواية بالمكاتبة، فراجع جواهر الكلام 23/599 (22/372 و 373).

3- (1382) هدى الطالب 7/80.

وحيث كان الإقتصار متعارفاً في كلا قسمي الوقف، أمكن التمسك بالإطلاق الناشئ من ترك الإستفصال، إذ لو اختلف حكم الوقف المنقطع \_ في جواز البيع عند الحاجة \_ عن المؤبد كان المناسب أن يُكَلَّف السائل تعيين كون الوقف المزبور موقتا أو مؤبداً. ولما لم يستفصل الإمام عليه السلام وبين الحكم بقوله: «نعم إذا رضوا كلهم وكان خيراً لهم باعوا» كشفَ عن اتحاد قسمي الوقف في جواز البيع إن كان خيراً للموقوف عليهم.

وهذا الجواب أفاده المحقق الثاني، وإرتضاه جمعٌ منهم صاحب المقابس، فقال: «ويحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرضٍ في أول السؤال بذكرها. ومثل ذلك شائع في الإستعمال. ولما كانت حكاية الحال محتملة، وترك الإستفصال في الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدّم عن المحقق الكركي (1). وليس ببعيد وإن كان ظاهر اللفظ يساعد الأول، وهو الإقتطاع» (2) (3).

ولذا قال الشيخ الأعظم في آخر كلامه: «وكيف كان ففي الاستدلال بالرواية \_ خبر جعفر بن حيان \_ مع ما فيها من الاشكال \_ على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال» (4).

الثانية: مكاتبة الحميري في التوقيع المروي عن صاحب الزمان \_ عجل الله تعالى فرجه الشريف \_ أنه كتب إليه: روى عن الفقيه (5) في بيع الوقف خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك لصالح لهم أن يبيعه، فهل يجوز إن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟

فأجاب: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإن كان على قوم من

ص: 349

- 1- (1383) جامع المقاصد 9/70.
- 2- (1384) مقابس الأنوار، كتاب البيع /50.
- 3- (1385) هدى الطالب 7/81 و 82.
- 4- (1386) المكاسب 4/82.
- 5- (1387) في وسائل الشيعة: عن الصادق عليه السلام .

المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله (1)

هذه المكاتبة مرسله سندا لأنَّ أبا منصور الطبرسي لم يذكر سنده إلى الحميري.

## وأما تقرب دلالتها:

### إشارة

إنَّ قوله \_ عجل الله تعالى فرجه الشريف \_ : «فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله» يحتمل ثلاثة وجوه:

«أحدها: أن يكون تجويز بيع البعض لحصته من الوقف مشروطا بكونه أعود وأنفع للموقوف عليه. ومنشأ هذا الإحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ناظرا للسؤال، وصدوره في مورد فرض السائل أصلحية البيع، لقوله: «وكان ذلك أصلح».

وعليه فلا منافاة بين هذه المكاتبة وبين رواية جعفر المجوّزة للبيع إذا كان أنفع وأصلح، فهما متوافقتان في الحكم.

ثانيها: أن يكون تجويز بيع البعض مطلقا وغير مقيد بكونه أنفع، لعدم ورود قيد «الأصلح» في جواب الإمام عليه السلام، وإنما ورد في سؤال السائل، والعبرة بإطلاق الجواب، لإحتمال عدم دخل «الأصلح» في جواز بيع كل واحدٍ من أهل الوقف حصته.

وبناءً على هذا الوجه يقع التنافي بين جواز البيع مطلقا \_ سواء أكان أنفع أم لا \_ وبين مفهوم الجملة الشرطية في قوله عليه السلام في خبر جعفر «إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم» لظهوره في إنتفاء الجواز بإنتفاء رضا الكل، أو بإنتفاء خيرية البيع.

ويرتفع التنافي بتقييد إطلاق البيع \_ في المكاتبة \_ بمفهوم رواية جعفر، ونتيجة التقييد إختصاص جواز البيع بكونه أنفع» (2).

ثالثها: الحميري بعد فرض جواز بيع الوقف إذا كان أصلح للموقوف عليهم يسأل جواز الشراء منهم إن لم يجتمعوا كلهم، أي جواز شراء حصة بعضهم أو أن الشراء لا بد أن يكون من كلهم دفعة واحدة؟

ص: 350

1- (1388) الاحتجاج 2/490 ونقل عنه في وسائل الشيعة 19/191، ح 19، الباب 6 من .بواب كتاب الوقوف والصدقات.

2- (1389) هدى الطالب 7/72.

وأجابه الإمام عليه السلام بجواز الشراء منهم مجتمعين أم متفرقين، وبهذه الإجابة قرّره ما ذكره الحميرى من جواز البيع إذا كان أصلح للموقوف عليهم.

وهذا الوجه أحسن من سابقه وبهذا التقريب تمت دلالة مكاتبة الحميرى على الصورة الرابعة.

### الاشكال على دلالة مكاتبة الحميرى

قال الشيخ الأعظم: «وممّا ذكرنا [من الاشكال على خبر جعفر بن حيان] يظهر الجواب عن رواية الحميرى»(1).

مراده: جريان الاشكال الثانى \_ وهو إرادة مطلق النفع من كلمة «الأصلح» الواردة فى رواية الحميرى \_ والاشكال الرابع \_ وهو أعراض الأصحاب \_ فيها.

### الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايتين

الأول: «أن مقتضى عنوان المسألة والدليل عليه إختصاص الثمن بالبطن الموجود. وهذا مخالف لما تقدم فى الصورة الأولى من أن الموقوفة ملك فعلى للموجود وشأنى للمعدوم، ومقتضى المعاوضة الشركة وتعلق حقّ المعدومين بالثمن على حدّ تعلقه بالثمن. وبهذا يظهر مخالفة الخبرين للقواعد المسلّمة، هذا»(2).

الثانى: لو سلّم دلالة الروايتين على جواز البيع وصرف الثمن فى مؤونة الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم فى إسقاط حقّ الطبقات المتأخرة آنا قبل البيع، وبطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصة بالموجودين، ولازمه إختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركة المعدومين فيه حينئذٍ.

ونظير إسقاط حقّ اللاحقين ما ذكره فى التملك الآنى فى تصرف ذى الخيار والواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإنّ مقتضى توقف البيع على الملك عود المال إلى ملكه آنا \_ وتحقق الرجوع عن الهبة \_ ليقع البيع فى

ص: 351

1- (1390) المكاسب 4/82.

2- (1391) هدى الطالب 7/86.

وهذا مستحيل لأنّ البيع على المال المشترك يقتضى أن يكون الثمن مشتركا بينهم لا مختصا بالبطن الموجود.

### فذلكة الكلام فى نقد دلالة المكاتبه

إنّ المكاتبه «ليست فى مقام بيان ما هو المجوّز لبيع الوقف بل فى مقام بيان أنّ أئى وقف يصحّ بيعه بعد عروض المسوّغ وهى ساكنة من بيان ما هو المجوّز والمسوّغ. وبعبارة واضحة أنّ الرواية فى مقام بيان أنّ بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصحّ من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر فى جوازه اجتماعهم عليه، وأمّا ما يكون مجوّزا أو مسوّغا فليست فى مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقا لأنّ الأصلية إنّما ذكرت فى كلام السائل فلا توجب تقييدا.

سلمنا كونها قييدا للحكم إلاّ أنّ المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون، وبيع الوقف وتملك ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائما، فالمستفاد من الرواية على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجودة فى جميع الموارد، فيحتمل لا تكون أخصّ من أدلة منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتتعارضان، وبديهي أنّ تلك الروايات المانعة عن بيع الوقف متقدّمة على رواية الحميرى لضعفها سندا.

مضافا إلى أنّ انقلاب النسبة يجعل تلك الروايات المانعة أخصّ من رواية الحميرى، وذلك لأنّ الروايات المانعة بعد ما خصّصت بما يدلّ على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه تختصّ بغير صورة خراب الوقف فتكون أخصّ فتقيّد بها رواية الحميرى.

ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلك أنّ الرواية تدلّ على شىء لم يفت به أحد ويقطع

ص: 352

بخلافه وهى عبارة عمّا ذكر الشيخ(1) قدس سره من أنّ الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرفوا فيه كيف شاؤوا، فعليه لا يمكن الاستدلال بها فى المقام كما لا يخفى فافهم»(2).

وهذا تمام الكلام فى الصورة الرابعة والحمد لله.

## الصورة الخامسة

### إشارة

«أن يلحق الموقوف عليهم ضرورةً شديدة»(3). أى حاجةً ضروريةً.

وقد أفتى بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة أرباب الكتب التالية: «المقنعة(4) والانتصار(5) والمراسم(6) والنهائية(7) والمبسوط(8) وفقه الراوندى(9) والوسيلة(10) والواسطة(11) على ما حكى(12) عنها والغنية(13) وفى الانتصار(14) والغنية(15) وظاهر

ص: 353

- 1- (1393) المكاسب 4/82.
- 2- (1394) التنقيح فى شرح المكاسب 2/292.
- 3- (1395) المكاسب 4/83.
- 4- (1396) المقنعة: فى الوقف والصدقات 652/.
- 5- (1397) الانتصار: فى بيع الوقف 468 و 469.
- 6- (1398) المراسم: فى أحكام الوقف والصدقات 197/.
- 7- (1399) النهائية: فى الوقف والصدقات 600/.
- 8- (1400) المبسوط: فى الوقف والصدقات 3/287.
- 9- (1401) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه 2/293.
- 10- (1402) الوسيلة: فى أحكام الوقف 370/.
- 11- (1403) لأبى جعفر محمّدين علىّ بن حمزة المشهدى الطوسى، ولا يوجد كتابه لدينا.
- 12- (1404) نقله عنه الشهيد فى غاية المراد: فى شرائط العوضين 2/25.
- 13- (1405) غنية النزوع: فى الوقف 298/.
- 14- (1406) الانتصار: فى بيع الوقف 468 و 469.
- 15- (1407) غنية النزوع: فى الوقف 298/.



المبسوط(1) وفقه القرآن(2) الإجماع على ذلك. وفي النهاية(3) وجامع الشرائع(4) وتعليق الإرشاد(5) زيادة كون البيع أعود، وفي المبسوط(6) وفقه القرآن(7) والوسيلة(8) تقييد الحاجة بكونها شديدة لا يمكن القيام معها به. وظاهر الأولين الإجماع عليه كما عرفت. ونفى عن هذه القول البعد في جامع المقاصد(9). وفي مجمع البرهان أنه يدلّ عليه الأخبار والاعتبار(10)، لكنّه بعد ذلك تأمّل فيه. وقد استجوده في غاية المراد(11) لأنّه استجود العمل بالرواية(12) الدالّة عليه وعوّل في الدروس(13) على ما رجّحه في غاية المراد(14).

ولكن المسألة ذات قولين وجماعة من الأصحاب لم يستثن هذه الصورة من أدلة منع بيع الوقف كالإسكافي والصدوق والقاضي وابن إدريس الحلبي والمحقّق والعلامة والصميري وغيرهم.

## دليل القائلين بالجواز

1\_ الإجماع الوارد في كلمات الشريف المرتضى والسيد ابن زهرة وظاهر الشيخ

ص: 354

1- (1408) المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/287.

2- (1409) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه 2/293.

3- (1410) النهاية: في الوقوف والصدقات 600.

4- (1411) لم نجد هذه العبارة في الجامع للشرائح لا في باب البيع ولا في الوقف، فراجع.

5- (1412) لم نعثر عليه في حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره) 9/339 و 486، فراجع.

6- (1413) المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/287.

7- (1414) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه 2/293.

8- (1415) الوسيلة: في أحكام الوقف 370.

9- (1416) جامع المقاصد: في الوقف 9/70.

10- (1417) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط العوضين 8/169.

11- (1418) غاية المراد: في شرائط العوضين 2/30.

12- (1419) وسائل الشيعة 19/190، ح 8، باب 6 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

13- (1420) الدروس الشرعية: في الوقف 2/279.

14- (1421) مفتاح الكرامة 21/690.

ويرد عليه: أولاً: «أنّ الخروج عن قاعدة عدم جواز بيع الوقف منوط بحجة شرعية كما تحققت فى الصورة الأولى. ولكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى «لا يجوز بيع الوقف» ولا أقلّ من شبهة كونهما مدركيين، لإحتمال إستناد المجمعين \_ لو سلّم إتفاق الفقهاء على الجواز \_ إلى مثل رواية جعفر [بن حيان] القاصرة دلالةً.

وثانياً: أنّ مجوّزى البيع للضرورة الشديدة يخصّون الثمن بالبطن البائع، مع إقتضاء المعاوضة إشتراكه بين الموجود واللاحق. فالخروج عمّا يقتضيه المبادلة \_ بالإجماعين المزبورين \_ مشكل.

وثالثاً: منع صغرى الإجماع، لعدم إتفاق الأصحاب على الجواز، ومعه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه؟ وهذا المنع مذهب جماعة من القدماء كالاسكافى، ونسب إلى الصدوق والقاضى والحلى، وكذا المتأخرين كالمحقّق والعلامة وغيرهم.

ورابعاً: أن المنع ليس فتوى جماعة معدودة حتّى لا تقدح فى إجماع السيّدين، بل هو فتوى الكلّ، على ما إدّعاه الحلى، وحينئذٍ يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، وحيث لا مرجّح لأحدهما فيتساقطان، ولا يبقى حجة على جواز البيع»(1).

وخامساً: «ما ثبت فى محلّه من أنّه لا يمكن الاعتماد على إجماعات السيّد المرتضى وابن زهرة \_ رحمهما الله تعالى \_ .

وسادساً: إنّ هذا الإجماع إجماعٌ منقول، ولا يمكن من خلاله إثبات السبب، فضلاً عن أنّه إذا كان مثبتاً للمسبّب عدّ إخباراً حدسيّاً عن رأى الإمام عليه السلام، وقد ثبت فى مبحث حجّية الخبر أنّ أدلّة حجّية الخبر لا تشمل الأخبار الحدسيّة»(2).

2\_ خبر جعفر بن حيان(3)

ص: 355

1- (1422) هدى الطالب 7/94 و 95.

2- (1423) العقد النضيد 5/29.

3- (1424) وسائل الشيعة 19/190، ح 8.

المتقدم أنفاً(1) ومّضعف إسناده والاحتمالات الستة فيه منّا والاشكالات السبعة عليه من الشيخ الأعظم في دلالته فلا نعيدها.

ومضافاً عليها قال الشيخ الأعظم في الرد عليه: «أنّ ظاهر الرواية أنّه يكفي في البيع عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعي. والمأخوذ في عبارة من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقاف لمن يقدر على مؤونة سنته، فالرواية بظاهرها غير معمول بها.

مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة»(2). ولم يقل به أحد.

## دليل القائلين بالمنع

استدلوا بدليلين:

«الدليل الأول: اقتضاء الدليل العام والنصّ الخاصّ عدم جواز بيع الوقف، فإطلاق عموم قوله: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»، ونصّ قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» يدلّان على ممنوعية بيع الوقف، سواءً عرض للموقوف عليهم الحاجة الشديدة أم لا.

الدليل الثاني: المتفق عليه أنّ العين الموقوفة \_ سواءً التزمنا بأنّ حقيقة الوقف التمليك على البطون مرتّباً، أو الحبس على البطون \_ تعدّ ملكاً غير طلق، ممّا يعنى أنّ الملكيّة لم تختصّ بها الطبقة الموجودة، بل هي ملكيّة فعلية للموجودين وشأنية للطبقات اللاحقة، أو أنّ للجميع الحقّ فيها، فبيع العين الموقوفة لعروض الحاجة الشديدة للبطن

ص: 356

1- (1425) راجع هذا المجلد صفحة 340.

2- (1426) المكاسب 4/83.

الموجود، يعدّ سبباً لتضييع حقّ البطن المتأخّرة، ولذلك يعدّ بيعها باطلاً.

وخلاصة الكلام: ثبت أنّ الحكم الصحيح في هذه الصورة، هي حرمة بيع الوقف لحاجة الموقوف عليهم وضعا وتكليفاً<sup>(1)</sup> والحمد لله العالم بأحكامه.

## الصورة السادسة

### إشارة

«أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط»<sup>(2)</sup>.

«هذه الصورة من الصور الصعبة والمهمّة، ولذلك يقتضى المقام أولاً تحديد المسألة، وشرح ما يتعلّق بموضوع النزاع فيها.

أمّا المسألة فهي ما إذا قام الواقف حين وقف العين بإدخال شرط ضمن الإنشاء، يجيز بذلك بيع العين إذا عرضت حاجة شديدة للموقوف عليهم، أو حصلت مصلحة أخرى.

وأما النزاع فيدور حول تصحيح هذا الشرط، وعن أنّه هل يعدّ ذلك مسوّغاً لبيع العين الموقوفة أم لا؟»<sup>(3)</sup>.

الظاهر «أنّ المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف في صيغة الوقف سلطنة الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديدة إلى ثمنه، أو إذا اقتضته مصلحة البطن الموجود خاصة أو مصلحة البطن، كأن يقول: «وقفتُ الدار على ذريتي وشرطتُ عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو احتاجوا إلى ذلك، أو اقتضت مصلحة الموقوفين ببيع الوقف بعين أخرى. أو إذا آلت إلى الخراب» أو نحو ذلك ممّا يكون بنفسه \_ ومع الغض عن الشرط \_ مجوّزاً للبيع.

وليس المقصود من الشرط جواز بيعها لنفس الواقف إذا احتاج إلى ثمنها. وذلك لبطلان شرط الرجوع في الصدقة المتقرب بها إليه تعالى.

ص: 357

1- (1427) العقد النضيد 5/30 و 31.

2- (1428) المكاسب 4/84.

3- (1429) العقد النضيد 5/32.

الثانى: الظاهر عدم تعرّض مَنْ سبق العلامة لحكم هذه الصورة، بشهادة عدم ورودها فى الأقوال المنقولة أوائل المسألة، ولم ينسبها السيّد العاملى (1) قدس سره إلى مَنْ تقدّم على العلامة. نعم، نسب صاحبُ المقابس (2) إلى الحلبي (3) جواز إشتراطه فى الوقف المنقطع لا المؤبّد، فراجع (4).

## الأقوال فى المسألة

الأقوال فى المسألة خمسة ابتداءً.

«الأوّل: نفوذ الشرط وجواز البيع، ذهب إليه العلامة فى الإرشاد (5)، والشهيدان (6)، وهو مختار الشيخ الأعظم (7) قدس سره وجماعة كأصحاب مفتاح الكرامة (8) والمقابس (9) والجواهر (10) قدس سرهم .

الثانى: الإشكال فى صحة هذا الشرط كما هو صريح القواعد. (11)

الثالث: تفصيل المحقّق الثانى بين كون الشرط عروض المسوّغ للبيع فيجوز، وبين مطلق المصلحة فلا يجوز. (12)

الرابع: فساد الشرط، وعدم جواز البيع بحال، كما هو مذهب المانع عن بيع الوقف

ص: 358

1- (1430) مفتاح الكرامة 21/707.

2- (1431) مقابس الأنوار، كتاب البيع /63.

3- (1432) الكافي فى الفقه /325.

4- (1433) هدى الطالب 7/96.

5- (1434) إرشاد الأذهان 1/455.

6- (1435) الدروس الشرعية 2/279؛ غاية المراد 2/452.

7- (1436) المكاسب 4/86.

8- (1437) مفتاح الكرامة 21/708.

9- (1438) مقابس الأنوار، كتاب البيع /63.

10- (1439) الجواهر 29/240 (28/113).

11- (1440) القواعد 2/395.

12- (1441) جامع المقاصد 9/73.

مطلقاً أو في خصوص المقام، بزعم منافاة هذا الشرط لمقتضى الوقف وحقيقته، أو مخالفته للكتاب والسنة»(1).

والخامس: فساد الشرط مع كونه مفسداً للوقف أيضاً أعني سراية الفساد من الشرط إلى العقد.

ولكن أنت ترى بأن التفصيل ليس بتفصيل حقيقة لأن «حاصل التفصيل جواز البيع عند الشرط في الموارد التي يجوز بيعه فيها لأن الشرط على هذا يكون مؤكداً لجواز البيع، وعدم الجواز في الموارد التي لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً، وهو كما ترى ليس تفصيلاً في المقام، لأن مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى»(2).

وبعد نفى استقلال القول الثالث ترجع الأقوال إلى أربعة.

### ما المراد من الشرط هنا؟

المقصود من الشرط في المقام «معنى أعم من الشرط المصطلح؛ أي مطلق القرار والجعل، فإن الوقف [إن كان من] ممن الإقاعات لا يحتاج إلى القبول، وإن كان مع نفوذ قراره لا يجوز للموقوف عليهم التخطي عنه، وليس دليل نفوذه أدلة نفوذ الشرط إلا على بعض الوجوه، بل الدليل هو قاعدة تسلط الناس على أموالهم(3) وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»(4).

نعم، قد يقف على شخص أو أشخاص، ويشترط عليهم أن يبيعوه عند عروض عارض، ويعملوا في ثمنه بما اشترط، فلا بد في نفوذه عليهم من القبول إن قلنا: بخروج الشرط في مثله عن كونه من الشروط الابتدائية كما لا يبعد، وحينئذ يكون دليل النفوذ

ص: 359

1- (1442) هدى الطالب 7/97.

2- (1443) التنقيح في شرح المكاسب 2/294.

3- (1444) عوالي اللآلي 1/222، ح 99 و 1/457، 198؛ بحار الأنوار 2/272، ح 7.

4- (1445) الفقيه 4/176، ح 620؛ تهذيب الأحكام 9/129، ح 555؛ وسائل الشريعة 19/176-175؛ كتاب الوقف والصدقات، الباب 2، ح 1 و 2.

## هذه الصورة على اختلاف المباني

### مبنى المختار

بناءً على مبنى المختار من المخالفة الذاتية والاختلاف الماهوي بين البيع والوقف، هل اشتراط بيع الوقف عند الحاجة يكون منافياً لمقتضى العقد فيحكم بطلانه؟

يمكن أن يقال: «إنَّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضاً كالمبدل وفقاً لهذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيداً لإطلاق الوقف من جهة أنَّ مقتضى إطلاقه تحييس العين عن الحركة بالأسباب الاختيارية، والشرط أيضاً موافق لهذا المقتضى إلا من جهة خاصّة وهي عبارة عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كالمبدل وبقا، وهذا أيضاً لا مانع منه كما ذكرناه مراراً وفي خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر قدس سره .

وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفة بعد بيعها ملكاً لملوكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا فهو فاسد لأنّه مخالف لمفهوم المبادلة المعوّض من جميع الجهات، ولما كان المعوّض ملكاً غير طلق فلا بدّ أن يكون العوض أيضاً هكذا، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكاً لملوكاً للموجودين منهم ثمّ يبيعونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفاً لمقتضى الوقف إلا من حيث التأييد، ولكن الظاهر أنّ التأييد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع، فحينئذ إن كان الشرط شرطاً في الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنة وبعبارة أخرى أن يوقف عشرين سنة فهذا هو القدر المتيقن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع، وإن كان الشرط راجعاً إلى تضييق دائرة الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليهم أى يكون موضوع الوقف ممّا ينقطع لا محالة بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبة الخامسة مثلاً، وهذا هو محلّ الخلاف بين الأعلام قدس سرهم والمشهور ذهبوا إلى بطلانه.

ص: 360

ولكن الميرزا [النائبي(1)] قد اختار في المقام صحّة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفا دائما ولكنه جعل للموقوفات عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز، وليس مخالفا لمقتضى العقد أيضا بل مقتضى عموم قوله عليه السلام «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» نفوذ هذا الشرط، فلم يثبت كون شرط البيع عند الحاجة مخالفا لمقتضى عقد الوقف سواء أريد به تبديله وجعل بدله وقفا أو بيعه وأكل ثمنه(2).

ويمكن تصحيح هذا الاشتراط على مبنى المختار بتقسيم الشروط المجمعولة على قسمين:

1\_ القسم الأول: الشرط المخالف لحقيقة المشروط «فهو شرط باطل، والحاكم به هو العقل؛ لأنّ القصد الجدّي للإنشاء \_ عقدا أو إيقاعا \_ يتعارض مع الشرط والالتزام بما ينافى مع المشروط، لأنّه التزام بالمتناقضين.

وبعبارة أخرى: إنّ الشرط المجمعول يُتصوّر على قسمين:

فتارة: يكون الشارط ملتفتا إلى منافاة الشرط مع المشروط.

وأخرى: غير ملتفت إلى ذلك.

وعلى الأول: فإنّه يستحيل تحقّق الشرط مع الإنشاء المتضمّن له، لأنّ الإنشاء أمرٌ قصديّ وبدونه لا يتحقّق الإنشاء، ولا يترتب على المنشأ آثاره الشرعيّة والقانونيّة.

وأما على الثاني: فإنّه يمكن أن يتحقّق من المنشأ القصد الجدّي بدوا، لإمكان قصده العقد والشرط لغفلته عن المنافاة، لكن يستحيل تأثير هذا المنشأ خارجا لقيام التقابل بين المشروط والشرط. ولذلك يستحيل على الشارع الحكم بتحققهما ومن ثمّ إمضاءهما، لاستحالة تحقّق المتناقضين، فضلا عن عدم شمول أدلّة الصحّة لهذا المنشأ، إمّا

ص: 361

1- (1447) منية الطالب 2/(288-289).

2- (1448) التنقيح في شرح المكاسب 2/295 و 296.



لأحدهما على التعيين فإنه ترجيح بلا مرجح، أو لأحدهما مردداً لا على التعيين فإنه باطل، إذ لا صغرى له، فيبطل العقد والشرط معا.

وبالجملة: إن العقد والشرط باطلان في حالتي الالتفات وعدمها، مع فارق أنه في الأولى يبطلان بالذات وفي الثانية بالعرض»(1).

2\_ القسم الثاني: الشرط الذى لم يخالف لحقيقة المشروط بل يخالف لإطلاقه فلا دليل عقلى يمنع عن صحة هذا الشرط، بل إذا كان على نحو تقييد العموم الأزمانى فى الوقف المؤبد أو على نحو تقييد حكم عدم جواز بيعه فيه أو على نحو جواز إبطال الوقف المؤبد بالبيع إذا شرطه الواقف، وإبطال الشيء يؤكّد ثبوته \_ على ما ذهب إليه المحقق الإصفهاني(2) قدس سره \_، ففي جميع هذه الفروض يمكن الحكم بصحة الشرط.

نعم، إذا استلزم هذا الشرط المخالف لإطلاق المشروط مخالفة حكم شرعى لزومى يصير باطلاً لمخالفة الشرط حينئذ مع الكتاب والسنة، ومن المعلوم بطلان كل شرط مخالف لهما و«لكنه ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنه فاسد ومفسد للعقد لكونه مناقضاً له، بل يبتنى فساد العقد بالشرط المخالف للسنة على ما سيأتى فى باب الشروط من أن الشرط الفاسد هل يكون مفسداً للعقد أم لا؟ فعلى الأول يكون مفسداً للوقف فى المقام، وأما على المختار من عدم كون الشرط الفاسد مفسداً لأن الشرط التزام آخر فلا يكون مفسداً للوقف. والعجب من الميرزا [النائينى] قدس سره حيث لم يتعرض لكون الشرط مخالفاً للسنة واكتفى بالجهة الأولى أى عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد، اللهم إلا أن يقال كما قلناه أنفاً إن قوله عليه السلام «لا يجوز شراء الوقف» إلخ ليس حكماً تعبدياً بل امضاءً لما أنشأه الواقف، فعليه يكون الوقف الكذائى مشمولاً لقوله عليه السلام «الوقوف» إلخ وغير ذلك من أدلة الامضاء»(3).

ويؤيد مقالتنا فى المقام صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال: بعث إلى أبوالحسن

ص: 362

1- (1449) العقد النضيد 5/34 و 35.

2- (1450) حاشية المكاسب 3/150.

3- (1451) التنقيح فى شرح المكاسب 2/296.

موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام ، وهى: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به وقضى به فى ماله عبد الله على \_ ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنة، ويصرفنى به عن النار، ويصرف النار عنى يوم تبيض وجوه وتسود وجوه \_ أن ما كان لى من مال بينبع يعرف لى فيها وما حولها صدقة، ورقيقها، غير أن رباحا وأبا نيزر وجبيرا عتقاء، ليس لأحد عليهم سبيل، فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج (1)، وفيه نفقتهم ورزقهم وأرزاق أهاليهم، ومع ذلك ما كان لى بوادى القرى كله من مال بنى فاطمة، ورقيقها صدقة، وما كان لى بديمة وأهلها صدقة، غير أن زريقا له مثل ما كتبت لأصحابه، وما كان لى بأذينة وأهلها صدقة، والفقيرين كما قد علمتم صدقة فى سبيل الله.

وإن الذى كتبت من أموالى هذه صدقة واجبة بثلة، حيا أنا أو ميتا، يُنفق فى كل نفقة يُبتغى بها وجه الله فى سبيل الله ووجهه، وذوى الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب والقريب والبعيد؛ فإنه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يراه الله \_ عز وجل \_ فى حلٍّ مُحَلَّلٍ لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين، فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرى المداك، وإن وُدد على ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن على، وإن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها، فليبع إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثا فى سبيل الله، ويجعل ثلثا فى بنى هاشم وبنى المطلب، ويجعل الثلث فى آل أبى طالب، وإنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

وإن حدث بحسن حدث وحسين حى، فإنه إلى الحسين بن على، وإن حسينا يفعل فيه مثل الذى أمرت به حسنا، له مثل الذى كتبت للحسن، وعليه مثل الذى على حسن، الحديث. (2)

وسندها صحيح ودالاتها واضحة لأن الأموال «هذه صدقة واجبة بثلة» أى منقطعة

ص: 363

1- (1452) الحجج بكسر الحاء المهملة: جمع حجة، وهى السنة.

2- (1453) الكافى 13/448، ح 7 (7/49)، ورواها فى وسائل الشيعة 19/119، ح 3، الباب 10 من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

عن صاحبها \_ كما فى القاموس(1) \_ ولكن أمير المؤمنين عليه السلام جعل لولده الإمام الحسن المجتبى عليه السلام الخيار فى أن يبيع الوقف ويؤدى منه ديونه أو أن يبيع الموقوفة ثم تقسيم ثمنها أثلاثاً وصرفه فى الموارد المذكورة.

ولكن الشيخ الأعظم علّق عليها بقوله: «والسند صحيح والتأويل مشكل والعمل أشكل»(2).

ولكن يرد عليه: بعدم الاشكال فى العمل بالصحيحة لأنها كما عرفت موافقة للقواعد وقد ذهب إليه جمع من الأعلام من زمن العلامة إلى العصر الحاضر، فلا يثبت إعراض المشهور عنها حتى يوجب وهنها، فلا بدّ من الأخذ بها والعمل طبقها.

هذا كلّه على مبنى المختار.

وأما على مبنى عدم المخالفة الذاتية بين البيع والوقف

فالأمر واضح وتصحيح الاشتراط ظاهر \_ كما أنّ المشهور على هذا المبنى وتبعهم الشيخ الأعظم \_ وقد استدلّ بصحة هذا الاشتراط بالوجوه الثلاثة:

1\_ عمومات أدلة الوقف:

نحو: «عموم قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» يدلّ على أنّ إمضاء الشارع تابعٌ لكيفية إنشاء الواقف إطلاقاً وتقييداً ومشروطاً، فهذا النصّ بمفرده كافٍ لإثبات صحّة الوقف المشروط بشرط البيع ونفوذ»(3).

2\_ عمومات أدلة الشرط:

نحو: «قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» لما ثبت أنّ حقيقة الشرط هى الالتزام المربوط بالالتزام الآخر، فتدلّ الرواية على أنّ المؤمن لا ينفكّ عن شرطه، وأنّ هناك ملازمة قائمة بين المؤمن وشرطه، وأنّه إذا شرط المؤمن فليس عليه أن ينفكّ عنه.

والنتيجة الحاصلة من ذلك تحقّق الوجوب التكليفى والوضعى، بمعنى أنّ هنا

ص: 364

1- (1454) القاموس المحيط 2/1276 مادة بتل.

2- (1455) المكاسب 4/88.

3- (1456) العقد النضيد 5/32.

حكمان:

حكم تكليفي يدلّ على حرمة مخالفة الشرط.

وحكم وضعي دالّ على صحّة شرطه ونفوذه»(1).

3\_ صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج الماضية.

وبالجملة: على هذا المبني صحة الاشتراط مقبولة والله العالم.

## الصورة السابعة

### إشارة

قال الشيخ الأعظم: «أن يؤدّي بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا وهو المعبر عنه بـ «خوف الخراب»»(2).

وهي على قسمين:

### الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى

الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية.

الثاني: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية.

### إشارة

ذهب الشيخ الأعظم في الأول إلى جواز بيع الوقف وفي الثاني إلى عدمه.

### الدليل على جواز البيع في القسم الأول من هذه الصورة

#### 1\_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة

1\_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة، والمفروض أنّ غرض الواقف لا يتحقّق إلاّ ببيع الوقف وتبديله بعين أخرى في المقام.

يرد عليه: يجب العمل على طبق غرض الواقف إذا دخل في انشاء الوقف بدلالة كلام الواقف، وأمّا الفرض الذى لا يدلّ عليه كلام الواقف الداخلى فى انشائه نحو دواعى الواقف وتمنيّاته وآماله وعلله الغائية لا- يجب العمل على طبقها، بل فرق بين الوقف وغيره من العقود والايقاعات، ولا يدخل فى الالتزام والالتزام.

والحاصل: لا دليل على وجوب العمل على طبق غرض الواقف كغيره من العقود والايقاعات.

ص: 365

---

1- (1457) العقد النضيد 5/32 و 33.

2- (1458) المكاسب 4/88.

نعم، في باب أوامر المولى تجب التبعية عن غرض المولى.

«والفرق بين باب الأوامر وبين العقود الإيقاعات أنّ العقود والإيقاعات من الأمور التّعهدية وقيل كلّ واحدٍ من الطرفين، المسؤولية وهو الميزان، وأمّا في باب أوامر المولى فمؤولية المولى كانت داعيةً لمراعاة ميول المولى وأغراضه سواء علم ذلك بالأمر أو بالغرض»(1).

## 2\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده:

2\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده: العين الموقوفة في هذه الصورة إذا لم تبع يلزم منه إضاعة المال وفساده، لأنّ عدم تبديلها بالأحسن يوجب خرابها وفسادها ومن المعلوم أنّ تضييع المال وإفساده يكون منهيًا عنه في الشريعة المقدسة.

كما قال العلامة: «أنّ الغرض من الوقف استيفاء منفعه وقد تعدّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو عطب الهدى ذبح في الحال وإن اختصّ بموضع، فلما تعدّرت المحل ترك مراعاة الخاص لتعدّره»(2).

وتبعه ابن فهد الحلبي(3) رحمه الله .

ويرد عليه: حرمة تضييع المال وإفساده في الشريعة المقدسة من الواضحات، ولكنّها على من له التسلط على المال بالبيع والشراء والصلح والهبة ونحوها وليست على الجيران والأقرباء والأقوام، والتسلط على بيع مال الوقف هنا أول الكلام فلا يمكن اثبات السلطة على بيع مال الوقف بهذا الدليل.

## 3\_ الحقوق الثلاثة: المذكورة في كلام الشيخ الأعظم

3\_ الحقوق الثلاثة: المذكورة في كلام الشيخ الأعظم(4) وهي:

أ: حق الله تعالى، ب: حق الواقف، ج: حق البطون المتأخرة من الموقوف عليهم.

ص: 366

1- (1459) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/488.

2- (1460) مختلف الشيعة 6/288.

3- (1461) المهذب البارع 3/66.

4- (1462) المكاسب 4/35.

وبيع العين الموقوفة في هذا القسم من الصورة السابعة لا يوجب التصيق هذه الحقوق الثلاثة:

«أما عدم ذهاب حق الواقف بالبيع فهو أن نظر الواقف، بقاء الملك منه أبد الدهر من باب: «الباقيات الصالحات».

ومن المعلوم: أن نظر الواقف بقاء شخص العين إذا كانت باقيةً فإذا لم يمكن حفظ شخص المال الموقوف فالأمر دائر بين ذهاب شخص المال والتنوع إذا لم يبيع الموقوف عليهم، أو يبعه وحفظ النوع.

فمن المعلوم: أن الأمر الثاني كان متعيناً فبيع العين ليس موجبا لذهاب حق الواقف ولا ينازعه حق الواقف.

وأما بقاء الموقوف عليهم فالفرض أن الموقوف عليهم إنما هي الطبقة الموجودة من النسل والأحقة.

وأما كون حق الله محفوظاً فلأن حق الله هو عدم جواز بيع الوقف كما صرحت به الأدلة من قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع الوقف وشرائه...» والمتبادر من هذه الأدلة أن المراد من عدم جواز بيع الوقف، الوقف الذي لم يكن في معرض الخراب وينصرف فرض خراب الوقف من أدلة عدم جواز شراء الوقف وليس له إطلاق حتى يشمل الصورة المفروضة»<sup>(1)</sup>.

ولكن يرد عليه: أولاً: ليس للحقوق الثلاثة حقيقة «يعنى ليست حقوقاً متعددة في قبال الحكم مثل حق الخيار وحق الشفعة وحق التحجير الذي كان هو مرتبة ضعيفة من الملكية الاعتبارية فلا تكون لله ملكية اعتبارية بل هو مال كحقيقة ومالك الملوک فالملكية الاعتبارية، غير الملكية التكوينية وكذلك ليس الموقوف عليهم الأحقة، مال كين لانهم لم يكونوا موجوداً بعد.

نعم: ما يكون هنا موجوداً إنما هو إنشاء الواقف وكان ممضاه لقوله عليه السلام: «أوفوا

ص: 367

بِالْعُقُودِ» و«الوقوفُ على حسب ما يوقفها أهلها» يعني ما أنشأه الواقف، لازم الوفاء ولازمُ العمل مثل كلِّ عقدٍ وإيقاعٍ وليس أزيد من هذا شيءٌ هنا حتّى يقال: «للهُ حقٌّ وللموقوف عليهم حقٌّ وللواقف حقٌّ» وكان هو مرتبةً ضعيفةً من الملك.

وثانيًا: قوله رحمه الله: انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسألة (1) فلا يصحّ لعدم منشأ للانصراف لأنّ الانصراف الذي كان مانعا من الاطلاق، كان له موردان:

الأول: في موردٍ كانت فيه كثرة الاستعمال، يوجب الانصراف عن الاطلاق إلى الغالب فيه الاستعمال وهذا هو المترائي كثيرا في كلمات الفقهاء.

الثاني: للانصراف، ما يكون مبناه على القرائن الحالية سواء كانت القرائن، قرائن قطعيةً أو كان محتمل القرينية وبعبارةٍ أخرى كان قدر متيقنٍ في مقام التخاطب وبهذا النوع من الانصراف، ينصرف الاطلاق إلى مورد السؤال ولو لم يكن الموردُ مخصصًا في أكثر الموارد ولكن في بعض الموارد، خصوصياتٍ يحتمل دخلها بحيث يمنع عن الاطلاق.

وهذا النوع من الانصراف، يصحّ في الصورة الأولى ما إذا خرب الوقف فعلاً فيصرف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» كما صرح به الشيخ رحمه الله لا لأجل كثرة الاستعمال لأنه ليست في الخراب كثرة بل لما كان مورد الكلام، ما يكون مورد الوقف عامراً وكانت فيه الغلّة وليس هو إلا الوقف المعمور وأما الوقف المخروبة فلا غلّة فيه ولا يصحّ قوله عليه السلام: «لا تدخل الغلّة في ملكك».

ولكن هذا الانصراف، لا يجري فيما نحن فيه لأنّ ما نحن فيه، يكون معموراً بعدُ وكانت فيه الغلّة ولكن ستخرب فلا يجئ منشأ الانصراف الذي قلناه في الصورة الأولى في هذا الفرض.

وثالثًا: بعد تسليم انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسألة فنقول:

ص: 368



انّ دليل عدم جواز بيع الوقف لا ينحصر في قوله عليه السلام: «لا يجوزُ شراء الوقف» بل أدلّة نفوذ الوقف مثل: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» من جملة تلك الأدلّة بل من أقوالها ودليل: «لا يجوز شراء الوقف» ممّا يتفرّع عليه حيث قلنا سابقا: انّ هذا النّهى، ليس نهيا استقلاليا بل يدخل تحت مفهوم العقد أو من لوازمه؟

فمجرّد انصراف: «لا يجوز شراء الوقف» مع أنّه ليس فيه إطلاق، لا يكفي في جواز البيع بل تلزم ملاحظة أدلّة نفوذ بيع الوقف فكفاية الشيخ الأعظم رحمه الله في الجواز بمجرّد قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وعدم التّعرض بأدلّة نفوذ الوقف، لا يخلو عن اشكال» (1).

#### 4\_ ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق:

بتقريب: «ليس لدليل نفوذ الوقف ولقوله عليه السلام: «لا يُباع ولا يُوهب» إطلاق في جميع الأحوال حتّى في ما إذا خرب وفي ما إذا كان مُشرفا للخراب وحتّى، إذا كان بقاءه سفهيا غير عقلائيّ وكان اضاعةً للمال وذلك لأنّ عدم جواز البيع أى «لا يباع ولا يوهب» أنّما هو لبقاء العين وكونه ذا المنافع أبدا.

فالمراد من قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» وقول الشّارع في إمضائه: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» كان تفريعا عليه ولها معنى واحدٌ يعنى ينفذ الشّارع، ما انشأه الواقف وما انشأه الواقف على حدّ القضايا الطّبيعيّة فالمراد من قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب» بقاء العين لاستفادة الموقوف عليهم وهذا فى مقابل الصدقة المنتقلة ولكن ليس له إطلاقٌ بحيث لو بقى، يلزم له اضاعة المال.

فهذا القول على حدّ قول القائل: «السيفُ قاطعٌ والسّم قاتلٌ» فحينئذٍ لا يبعد أن يكون مراد من قال: بعدم جواز البيع، عدم اضاعة مال الوقف شرعا يعنى ليس فى قول الواقف، الاطلاق حتّى بحيث لو استلزم من بقاء العين، الاضاعة أيضا، لا يُباع ولا يُوهب.

فبناءً عليه، قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» الدال على بقاء العين للاستفادة، أنّما

ص: 369

تصريحٌ لغرضه الأصيل له، الانتفاع وبقاء العين مقدّمةً لبقاء المنفعة وتبع لها.

هذا كما في باب تعارض الوصف والاشارة حيث صرّحوا بتقديم الأصيل لغيره، وكما في باب الخطاء في التّطبيق في باب العبادات من تقديم الأصيل على الفرع وعين هذا قد يقال في باب تعدّد المطلوب يعنى كان شىءٌ في باب العقد هو الأصلُ وشىءٌ آخر كان بعنوان الفرع ويلزم حفظ الفرع مع حفظ الأصل.

فبناءً عليه، إذا عقدنا عقداً ذا شرط ولم يعمل بشرطه، وقع العقد صحيحاً لأنّ الأصل هو العقد كان محفوظاً.

فلو عقد عقداً على الموصوف وتخلّف وصفه، مثلاً قلنا: «بِعْتُ الفرس العربيّ» فبان أنّه ليس بعربيّ قالوا بصحّته لآثه من باب تعدّد المطلوب وكان الأصلُ وهو بيع الفرس، كان محفوظاً وانّما تخلّف فرعه وهو وصفه غاية الأمر كان هنا إختيارُ الفسخ.

وفي باب الوقف كذلك يعنى فيما إذا لم يكن للواقف، النّظر الأصليّ إلى العين وانّما عمدة نظره إلى بقاء المنفعة المستمرة للموقوف فالأصلُ، هو حفظ المنفعة وحفظ العين، طريقٌ لها في مثل هذه الموارد قال الفقهاء بتعدّد المطلوب حتّى قالوا في باب الأوامر أيضاً في مثل قوله عليه السلام: «إذا امرتكم بشىءٍ فأتوا منه ما استطعتم...» ونحوه من الموارد.

كلّ ذلك، دليلٌ تعدّد المطلوب وكذلك في باب العقود أيضاً مثل باب تخلّف الشرط والوصف وتخلّف الأجل، كان تعدّد المطلوب أى كانت العقود صحيحةً غاية الأمر، كان لها خيار التّخلف وذلك لآثه من باب تعدّد المطلوب وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل يعنى فيما إذا كان غرض الواقف من حبس العين ووقفه، حفظ المنافع للطّبقات، كان هذا من قبيل تعدّد المطلوب.

ولا يخفى عليك أنّ هذا الغرض، ليس خارجاً من مدلول العقد حتّى يقال بأنّ حفظ هذا الغرض لا يلزم بل يكون من قبيل تعدّد المطلوب وكانت له نظائر متعدّدة كما ذكر بعضها سابقاً.

بالجملة، تلزم ملاحظة ماهية الوقف وملاحظة أنّ تعدّد المطلوب هل يُستفادُ منه أم لا؟ وهو حينئذٍ، دليل حفظ غرض الواقف وليس المراد منه أنّ كلّ غرض الواقف يلزم

حفظه بل يلزم حفظ غرضٍ «يكونُ من باب تعدّد المطلوب»(1).

وهذا الدليل الأخير تام فنحكم به على جواز بيع الوقف فى القسم الأول من الصورة السابعة تبعاً للشيخ الأعظم حيث صرح بجواز بيعه وقال: «القسم الأول من الصورة السابعة الذى جَوَزنا فيه البيع»(2). واللّه سبحانه هو العالم.

## القسم الثانى من الصورة السابعة

### إشارة

وهو إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه تقليل المنفعة ونقصها لا سقوط العين من المنفعة رأساً.

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره فى هذا القسم إلى عدم جواز البيع واستدلّ بالأدلة التالية:

### 1\_ عموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف

قال الشيخ الأعظم: «وأما المنع... فلعموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك(3)، فإنّ ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه \_ الموجب لحمل فعل البائع على الصحة \_ يدلّ على أنّ الوقف مادام له غلّة لا يجوز بيعه»(4).

مراده: أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من السائل عن كونه عالماً بأنّ البائع أقدم على بيعها مع حصول المجوز للبيع أو عدمه، ومقتضى ترك الاستفصال تمامية الإطلاق فى النهى عن شراء الوقف مادام له غلّة ينتفع الموقوف عليهم بها.

نقده: ليس مورد صحيحة ابن راشد «مورد الاستفصال والسؤال والجواب لأنّ على ظاهر الرواية، علّم وضع الحال على المشتري والإمام عليه السلام فليس هذا، محتمل الوجهين حتّى يقال: بأنّ الإمام عليه السلام ترك الاستفصال...»

[وظهر من جملة] «لا أعرف لها ربّاً» فعلم من هذا أنّ البائع، لم يكن الموقوف

ص: 371

1- (1466) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات 4/(493-491).

2- (1467) المكاسب 4/95.

3- (1468) وسائل الشيعة 19/185، ح 1، صحيحة أبى على ابن راشد.

4- (1469) المكاسب 4/92.

عليهم بل كان شخصاً ثالثاً ومسألة الاختلاف إنّما هو بين الموقوف عليهم فعليه، ليس هذا مورد ترك الاستفصال بين كون العلم باختلاف الموقوف عليهم أو الشك فيه؟ [أو هل يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

بالجملة: يُعلم من هذه الرواية أنّ هذا، ملكٌ غصبىّ والباع غير الموقوف عليهم فليس مورداً لاستفصال الإمام والسؤال عن السائل بأنّ الموقوف عليهم الذين باعوا عليك هل كان بينهم اختلافٌ أم لا؟ [أو هل يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

تأييد للشيخ الأعظم

يمكن تأييد مقالة الشيخ الأعظم بما ذكره السيّد اليزدي إلى عدم جريان أصالة الصحة في بيع الوقف وقال: «إذا باع الموقوف عليه أو الناظر العين الموقوفة ولم يعلم أنّ بيعه كان مع وجود المسوّغ أو لا، فالظاهر عدم جريان قاعدة الحمل على الصحة...»(1).

والوجه: في عدم جريان أصالة الصحة في بيع الوقف بخلاف نظائره من بيع الوكيل والوصى والولى، أنّ أيادهم كانت مستقلة لأنّهم متصرفون في الملك مستقلاً وقول المتصرف معتبرٌ «بخلاف يد المتولّى على الوقف حيث أنّ يده، يدٌ فرعىّ بل تثبت يد المتولّى أنّ هذا الملك، كان وقفاً ومن حكم الوقف أنّه لا- يجوزُ بيعه إلاّ بمجوزٍ ولم يجعل المتولّى لأجل البيع بل لأجل حفظ الوقف والتعمير وتقسيم الوجه وغير ذلك.

بالجملة، اليد في الوقف بمعنى اثبات الوقفية ومن حكم الوقف عدم جواز بيعه إلاّ بمجوزٍ واليد، لا- تثبت كون بيعها جازياً له لأنّ يد المتصرف مبنى على حفظ الوقف لا على إتلاف الوقف والتقل والانتقال بخلاف الولي والوكيل والوصى.

ولذا صرح السيّد (2) رحمه الله أنّ: يد المتولّى كيد الودعيّ في الحفظ وكانت يده، يد إstimانٍ فكما أنّ دعوى الودعيّ في إجازة البيع في مورد الوديعة يحتاج إلى دليلٍ فكذلك في الوقف.

ص: 372

1- (1470) العروة الوثقى 6/400، مسألة 63.

2- (1471) العروة الوثقى 6/401.

ثم ذكر السيد (1) رحمه الله في ذيل هذه المسألة، مسألة: لا تخلو بينهما عن تهافتٍ وهي ان احدا كان متصرفا للملك ثم بان ان هذا الملك، كان وفقا قبل خمسين عاما ووقع البيع على هذا الملك الموقوف.

صرح السيد رحمه الله بان هذا، ملك المتصرف لتعارض اليد الفعلية واستصحاب الحال في ما مضى والمعلوم في أشباهه ونظائره ان اليد الفعلية في الملكية، مقدمة على استصحاب الحال القبلي.

نعم: لو اقر ذو اليد، ينقلب المنكر ويكون مدعيا فلا تقدم اليد على الاستصحاب» (2).

تأييد التأييد: نعم، «كل معاملة كانت مقسما للحلال والحرام أو مقسما للصحيح والفساد وكان قسم منه فاسدا وقسم منه صحيحا لو دار الأمر بينه وبين الصحيح والفساد، يحمل على الصحة وأما المعاملة التي كانت محرمة وباطلة لو خلّي وطبعها فلا يجوز الحمل على الصحة كما إذا شرب أحد مايعا ونحن شككنا في أن هذا المايح هل هو خمر أو فقاع محرّم أم لا؟ يحمل فعله على الصحة وأما إذا علمنا أنه شرب الخمر ولكن نحمل ان يكون المورد من موارد جواز شرب الخمر كما إذا كان مريضا وكان في معرض التلف وعلاجه ينحصر في شراب الخمر فلا يحمل فعله على الصحة كما إذا علمنا ان أحدا زنى مع ذات البعل أو غير ذات البعل ولكن ادعى الزاني اني كنت مجبورا مكرها على الزنا فلا يحمل فعله على الصحة وهو يضرب في عدالته.

وبيع الوقف أيضا من هذا القبيل لان بيع الوقف، لا يجوز لو خلّي وطبعه والمجوز لبيعه ليس على نحو ينقسم على الفاسد والصحيح بل أستثنى منه موارد.

فالحمل على الحلية كما في قوله عليه السلام: «كل شيء لك حلال» والأشياء كلها على هذا حتى تستبين لك غيره أو تقوم به البيئه، انما هو في الكليات [لا(3)] التي كانت طبعها

ص: 373

1- (1472) العروة الوثقى 6/401، مسألة 64.

2- (1473) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/499.

3- (1474) زيادة يقتضيها السياق.

الأولى، الحرمة وأسّ تُثبِتُ منها الصّورةُ النّادرةُ والدّليلُ على ذلك أنّ اصالة الصّحة من الاصول العُقلائيّة وبناء العقلاء كان دليلاً لئبياً ويجب الاقتصارُ في الدّليل اللّبيّ على القدر المتيقّن.

ولذا لم يثبت ولم يحرز هذا الأصل في شيء من ذلك الوقف وشرب الخمر والزّنا وغيرها لو لم يثبت العدم»(1).

نعم يمكن أن يناقش على السيّد اليزدي بوجود التهافت بين المسألتين كما مرّ.

والحاصل: ناقشنا استدلال الشيخ الأعظم بعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» لعدم جواز البيع ولكن في طيّ استدلاله مقال تام لا بدّ من قبوله وهو عدم جريان أصالة الصّحة في بيع الوقف واللّه سبحانه هو العالم.

## 2\_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

2\_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها(2)

بتقريب: الواقف يحبس ماله مؤبداً ولم يتعرّض لصورة تقليل منفعة العين ونقصها، فالعين تكون وقفاً على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز بيعها.

ردّه: ذهب الشيخ الأعظم هنا(3) إلى دلالة «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» على منع البيع في هذا القسم من الصورة السابعة، ولكن منع في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف دلالة على المنع «لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(4).

ومراده هناك أنّه يدلّ على مراعاة كيفية وقف الواقف من الشرائط والخصوصيات والقيود ولا يدلّ على عدم جواز بيع الوقف لأنّ عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف وشرائطه وخصوصياته وقيوده، فهو خارج عن مدلول قوله عليه السلام: «الوقف تكون على

ص: 374

1- (1475) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/497.

2- (1476) وسائل الشيعة 19/175، ح 1، صحيحة الصفار.

3- (1477) المكاسب 4/92.

4- (1478) المكاسب 4/61.

حسب ما يوقفها أهلها». وكان هذا تهافت في كلامه قدس سره .

### 3\_ عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث

3\_ عموم قوله عليه السلام : صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض (1)

بتقريب: أن أمير المؤمنين عليه السلام ذكر في وقف داره في المدينة في بنى زريق هذه الجملة وأخذها في صيغة وقفه عليه السلام ، ويستفاد من عموم هذه الجملة أن الوقف وجب أن يبقى حتى يرثه وارث السموات والأرض فلا يجوز بيعه في هذا القسم من الصورة السابعة.

ويرد عليه: قد عرفت (2) وجود التهافت في كلام الشيخ الأعظم (3) ذيل هذه الصحيحة في الأدلة المانعة عن جواز بيع الوقف ولكن تمسك بها هنا (4) للمنع من البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة. هذا أولاً.

وثانيا: هذه الجملة المذكورة في صيغة وقف أمير المؤمنين عليه السلام ولا تدل على أن كل وقف كان له هذا الحكم.

وثالثا: لم يرد في الصحيحة كلمة «يترك» الواردة في كلام الشيخ الأعظم (5) المستدل بها، اللهم إلا أن يقال أنه قدس سره نقلها بالمعنى لا باللفظ كما هو الظاهر.

ورابعا: الجواب من عموم هذه الصحيحة هو ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره عن عموم قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» في الصورة الاولى من أن عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف، «وإن ذكر في متن العقد، للإتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه» (6).

ص: 375

1- (1479) وسائل الشيعة 19/187، ح 4، صحيحة ربعي بن عبد الله.

2- (1480) راجع هذا المجلد صفحة 215.

3- (1481) راجع المكاسب 4/34.

4- (1482) المكاسب 4/92.

5- (1483) المكاسب 4/92.

6- (1484) المكاسب 4/61.

## إشارة

(1)

بتقريب: أن استصحاب عدم جواز بيع الوقف يجرى في هذا القسم الثاني إذا شكنا جواز بيعه، حيث أنه قبل طروقة المنفعة لا يجوز بيع عين الموقوفة وبعدها نشك في جواز البيع فنستصحب عدم جواز بيعها.

ومن المعلوم أن جريان الاستصحاب هنا مبنى على جريانه في الشبهات الحكمية كما يجرى في الشبهات الموضوعية، وإن منعه بعض.

وقد وجه هذا الاستصحاب بتوجيهات ثلاثة (2) قد اغمضنا عن ذكرها لما يلي من الردّ عليه.

ويرد عليه: مع الشك في أن الأدلة المانعة من جواز بيع الوقف هل يجرى في هذا القسم من الصورة السابعة أم لا، لا يصل النوبة إلى جريان استصحاب عدم المنع، بل يجرى العمومات الواردة في المعاملات نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وقوله عزّ وجلّ: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ مع فرض عدم دخول المنع من البيع في الوقف كما عليه الشيخ الأعظم (3) \_ كما مرّ \_ أو الشك فيه، تصل النوبة إلى جريان العمومات من غير رادع، ومع جريانها لا تصل النوبة إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

## نَوَهُمْ وَدَفَعَهُ

«ولا يتوهم أنّ هذا، يدخل في المسألة المعروفة وهي ما إذا خصّص عامٌّ بمُخصِّصٍ في زمانٍ هل يرجع بعد انقضاء هذا الزمان إلى استصحاب هذا المُخصِّص أو يرجع إلى عموم العامّ؟ فقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عامٌّ خرج عنه خيارُ الغبن أو خيار العيب في الآن الأول ويُسَدِّك في بقاء الخيار في الآن الثاني، بناءً على أنّ الخيار هل هو فوريٌّ أو مستمرٌّ؟ قال بعض: القدر المتيقن من الخيار، الآن الأول وفي الآن الثاني يرجع إلى عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ولكن الشيخ الأعظم، لم يقبل إطلاق هذا وأسس

ص: 376

1- (1485) المكاسب 4/93.

2- (1486) راجع إن شئت العقد النضيد 5(72-66).

3- (1487) المكاسب 4/61.



قاعدةً على هذا، في تنبيهات الاستصحاب(1) [و موضوع الكلام فيه: ما إذا ورد عام مطلق من حيث الزمان، بأن دلّ على استمرار الحكم في جميع الأزمنة إلى الأبد، ثم خصص ببعض أفرادهِ في زمان معين، وشك بعد انقضاء زمان الخاص في حكم الفرد الخاص في أنّه محكوم بحكم الخاص أم لا؟ فهل يستصحب حكم الخاص أو يتمسك بالعموم؟

وقد حكم الشيخ قدس سره بالتفصيل بين ما إذا لوحظ الزمان في العام أفراداً وحصصاً متعددة، بحيث يكون كل فرد من أفراد العام محكوماً بأحكام متعددة بتعدد آتات الزمان وقطعه. وبين ما إذا لوحظ الزمان قطعة واحدة لإستمرار الحكم، ولا عموم إلاّ بلحاظ الأفراد دون الأزمان. فقال بجريان الاستصحاب في نفسه في الثاني وعدم كونه مورداً لأصالة العموم. بخلاف الأول، فانه مورد لأصالة العموم دون الاستصحاب(2)].

ولعلّ مقصودُ الشيخ الأ-عظم رحمه الله هذا المطلب بان يكون عامّ مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، خرج منه بيع الوقف في زمانٍ حيث قال عليه السلام: «لا يجوزُ شراءُ الوقف» فكان ذلك تخصيصاً في قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا شكّ في الزمان حين عروض [قلة المنفعة] فالمورد، مورد الرجوع إلى استصحاب حكم المُخصَّصِ فليس مورد الرجوع إلى حكم العامّ.

بالجملة، قد يتوهّم أنّ استصحاب الشيخ الأ-عظم في عدم جواز بيع الوقف، مبنئ على التّحقيق الّذي ذكره رحمه الله في الفرائد(3) من كون الزمان إن كان مُكثراً أو قيدا، يرجع إلى عموم العامّ في صورة الشك وإن كان ظرفاً فيرجع إلى إطلاق المُخصَّصِ.

ولكنّه مدفوعٌ بأنّ هذا، شكٌّ في أصل التّخصيصِ، لا شكٌّ في دوام التّخصيصِ وذلك لأنّ قوله عليه السلام: «لا يجوزُ شراءُ الوقفِ»، ليس تخصيصاً في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مؤيّدٌ له إذ الوقف عقدٌ من العقود وقد شرط فيه: «ان لا يباع و...» فليس عدم جواز بيع

ص: 377

1- (1488) فرائد الاصول 3/274.

2- (1489) منتقى الاصول 6/303.

3- (1490) فرائد الاصول 3/274.

الوقف، تخصيصٌ في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مُؤَيَّدٌ له لأنَّ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيضا يدلُّ على عدم الجواز، إذ الوقفُ حبسٌ أبدى «فأوفٍ» بهذا العقد الذي كان حبسا مؤبدا، لا ينافى الحبس.

فقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» ليس تخصيصا في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حتَّى يقال: أنَّ حالة عروض الاختلاف بين الموقوف عليهم، شكٌّ في استمرار التخصيص» (1) [ويجوز الرجوع فيه إلى الاستصحاب].

### القول المختار في القسم الثاني من الصورة السابعة

أقول: بعد ما مرَّ ممَّا في القسم الأول من الصورة السابعة من جواز بيع الوقف، لأنَّ نظر الواقف في الوقف إلى استمرار المنفعة وجريانها ودرّها لا إلى بقاء العين ولو لم تكن لها منفعة، وعلى هذا الأساس إذا كان بقاء العين مؤدياً إلى تقليل المنفعة ونقصها بحيث هذه المنفعة القليلة لا تعدّ منفعة هذه العين عرفاً فيأتى الدليل السابق ونحكم بجواز البيع حينئذٍ.

وأما إذا كان بقاء العين يؤدي إلى قلة المنفعة بحيث هذه المنفعة تعدّ منفعة هذه العين في العرف وأهله يعدونها منفعة العين ولكن المنفعة قد تقلّ وقد تكثر، فالمنفعة جارية مستمرة فلا يجوز بيع العين الموقوفة.

فالجواز يدور مدار جريان المنفعة واستمرارها عرفاً لا عقلاً، بحيث لا يحكم العرف بتضييع المال الوقف والله سبحانه هو العالم. وسيأتى آنفاً (2) الاستدلال بصحاحة على بن مهزيار (3) للحكم بالجواز في هذا القسم فانتظر.

### صور الثامنة والتاسعة والعاشر

#### الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلافٌ لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظنّ بذلك.

ص: 378

1- (1491) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 4/506 و 507.

2- (1492) راجع صفحة 382 من هذا المجلد.

3- (1493) وسائل الشيعة 19/188، ح. 6.

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

### الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف

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

### الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح

#### إشارة

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس»(1).

وفى الواقع هذه الصور الثلاثُ ترجع إلى صورة واحدة وهي اختلاف الموقوف عليهم في مال الوقف بحيث يؤدى إلى الضرر وقد خرجت الصور الثلاث من بيان كيفية الضرر وتحديده أو التعبير عنه إذ قد ينتهى الضررُ إلى حدّ تلف المال أو النفس \_ وهي الصورة الثامنة \_ وقد ينتهى إلى ضررٍ عظيمٍ \_ وهي الصورة التاسعة \_ وقد ينتهى إلى حدّ يستباح به النفوس \_ وهي الصورة العاشرة \_ ، والحكم بالجواز فى الصور الثلاث هو فتوى المشهور.

قال السيّد العاملى رحمه الله : «ومّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه لخلف بين أربابه الشرائع(2) فى موضع منها والكتاب [القواعد(3)] والتحرير(4) والإرشاد(5).

وممّا جوّز فيه إذا أدى بقاءه إلى خرابه التحرير(6) وقد قيّد فى التلخيص(7) كالكتاب [القواعد] لخلف بين أربابه. وقال فى اللمعة: إذا أدى إلى خرابه لخلف بين أربابه فالمشهور الجواز(8). فليلاحظ هذا فإنّ المصرّح بذلك قبله إنّما المصنّف، فليكن معناه إذا

ص: 379

1- (1494) المكاسب 4/88 و 89.

2- (1495) شرائع الإسلام: فى لواحق الوقف 2/220.

3- (1496) قواعد الأحكام 2/395.

4- (1497) تحرير الأحكام الشرعية: فى أحكام الوقف 3/316.

5- (1498) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف 1/455.

6- (1499) تحرير الأحكام الشرعية: فى عقد البيع 2/279.

7- (1500) تلخيص المرام: فى الوقف 152.

8- (1501) اللمعة الدمشقية: فى عقد البيع وآدابه 112.

خيف خرابه لُخلف أربابه فيرجع إلى ما قبله، وقد زيد في الكتاب(1) والتهذيب(2) والاستبصار(3) والشرائع(4) كون البيع أعود. ونحو ذلك ما في موضع من المفاتيح(5). وفي التنقيح إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا تنتفع به أصلاً جاز بيعه.(6)

وقد يكون قضية ما في الشرائع(7) حيث استشكل فيما إذا لم يقع خلف ولا خشى خراب بل كان البيع أعود ثم اختار المنع، أنه يجوز بيعه عند أحدهما. وقد جَوَّز في المبسوط بيعه إذا وقع خُلف بين أربابه.(8) وفي فقه الراوندى إذا خيف وقوع خلاف بينهم.(9) وفي الإرشاد لا يجوز بيعه إلا أن يخرب أو يؤدَّى إلى الخُلف بين أربابه.(10) وظاهر الأردبيلي الموافقة على ذلك.(11) وتردّد في النافع فيما إذا وقع خُلف مؤدّى إلى الفساد.(12) وجَوَّز بيعه في المسالك(13) والروضة(14) والكفاية(15) والمفاتيح(16) إذا وقع

ص: 380

- 1- (1502) قواعد الأحكام: في شرائط العوضين 2/23.
- 2- (1503) تهذيب الأحكام: 9/131، ذيل ح 557، باب 3 في الوقف والصدقات.
- 3- (1504) الاستبصار 4/99، ح 381، باب 61 في الوقف.
- 4- (1505) شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه 2/17.
- 5- (1506) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين 3/52.
- 6- (1507) التنقيح الرائع: في الوقف 2/330.
- 7- (1508) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف 2/220.
- 8- (1509) المبسوط: في الوقف والصدقات 3/300.
- 9- (1510) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه 2/293.
- 10- (1511) إرشاد الأذهان: المتأجر في العوضين 1/361.
- 11- (1512) مجمع الفائدة والبرهان: المتأجر في العوضين 8/(168-169).
- 12- (1513) المختصر النافع: في الوقف 158/.
- 13- (1514) مسالك الأفهام: في شروط المبيع 3/169 وفي أحكام الوقف 5/398.
- 14- (1515) الروضة البهية: في شرائط المبيع 3/255.
- 15- (1516) كفاية الأحكام: في أحكام الوقف ولواحقه 2/20.
- 16- (1517) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين 3/52 وفي انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه 2/212.

خُلف شديد. قال في الروضة: وقد علّله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. وظهره أنّ خوف الأداء إليهما ليس بشرط كما فهمه المشهور. (1)

ومما جوّز فيه بيعه إذا خيف وقوع فتنة وخُلف بين أربابه يحصل باعتبارهما فساد النهاية (2) والمهذب (3) وفقه الراوندى (4) والتذكرة (5) والتحرير (6) والمختلف (7) والدروس (8) وغاية المراد (9) وجامع المقاصد (10) وإيضاح النافع للقطيفي وتعليقه على الشرائع لكنّ القاضى فى المهذب ذكر ذلك فى المنقطع والراوندى لم يعتبر الفساد.

وليعلم أنّه فى الدروس نسب قول ابن إدريس بالمنع إلى النادرة (11)، فظاهره أنّ الجواز فى الجملة مجمع عليه. وفى جامع الشرائع (12) وتعليق الإرشاد (13) أنّه يجوز بيعه إذا كان فساد يجتاح فيه الأنفس. وهذا كلّه قد يوافق ما قبله. ويرشد إلى ذلك ما حكيناه عن اللمعة من حكاية الشهرة كما سمعت (14).

ص: 381

- 1- (1518) الروضة البهية: فى شرائط المبيع 3/255.
- 2- (1519) النهاية: فى الوقوف والصدقات / (600-559).
- 3- (1520) المهذب: فى الوقف 2/92.
- 4- (1521) فقه القرآن: فى الوقف وأحكامه 2/293.
- 5- (1522) تذكرة الفقهاء 20/249، مسألة 147.
- 6- (1523) تحرير الأحكام: فى عقد البيع 2/279.
- 7- (1524) مختلف الشيعة: فى الواقف 6/288.
- 8- (1525) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف 2/279.
- 9- (1526) غاية المراد: فى شرائط العوضين 2/(30-23).
- 10- (1527) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف 9/70.
- 11- (1528) الدروس الشرعية: فى بيع الوقف 2/279.
- 12- (1529) الجامع للشرائع: فى الوقف /372.
- 13- (1530) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركى وآثاره: 9/339).
- 14- (1531) مفتاح الكرامة 21/(687-685).

والمستند في الجواز صحيحة على بن مهزيار قال: كتبتُ إلى أبي جعفر عليه السلام: أن فلانا ابتاع ضيعةً فوقها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو يقومها على نفسه بما اشتراها به، أو يدعها موقوفةً؟

فكتب عليه السلام إلى: أعلم فلانا أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإنّ ذلك رأبي إن شاء الله، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له.

وكتبت إليه: أنّ الرّجل ذكر أنّ بين من وقف بقيّة هذه الضيعة عليهم اختلافًا شديدًا، وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإنّ كان ترى أنّ يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسانٍ منهم ما كان وقف له من ذلك، أمرته.

فكتب بخطه إلى: وأعلمه أنّ رأبي له \_ إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف \_ أن يبيع الوقف أمثل؛ فإنّه ربّما جاء في الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس. (1)

### عودُ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة

استدلّ الشيخ الأعظم للجواز في هذا القسم بعد تصرفات ثلاثة في الصحيحة حتّى تم الاستدلال بها وهي:

1\_ أنّ قوله عليه السلام: «فإنّه ربّما جاء في الاختلاف ما فيه من تلف الأموال والنفوس»، «تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف» (2)

2\_ «المراد بالمال هو الوقف» (3) يعني الأموال الموقوفة.

3\_ «ضم النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناطق

ص: 382

1- (1532) الكافي 13/412، ح 30 (7/36)؛ وسائل الشيعة 19/187 و 188، ح 5 و 6.

2- (1533) المكاسب 4/94.

3- (1534) المكاسب 4/94.

فى الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى»(1).

واستفاد من هذه التصرفات الثلاثة: «فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه»(2).

### ثم ناقش فى هذا المقال بثلاثة إشكالات:

#### إشارة

الأول: «أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربما يؤدى إليه \_ المجامع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله \_ ولا أظن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب؛ لأن كلمات من عبّر بهذا العنوان \_ كما عرفت \_ بين قولهم: «أدى بقاءه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه»(3).

الثانى: «الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم \_ مثل قولهم: «يجب الإفطار والتيمم مع خوف الضرر»، و«ويحرم السفر مع خوف الهلاك» \_ لا يتحقق إلا بعد قيام أمانة الخوف»(4).

الثالث: «أن مناط الجواز \_ على ما ذكر \_ تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذى جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنه لا وجه \_ بناءً على عموم التعليل \_ للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»(5).

### جواب إشكالات الشيخ الأعظم

يمكن أن يجاب عن الاشكال الأول: «أن كلمة «ربما» فى كلمات العرب، ليست بمعنى التشكيك وابداع الاحتمال كما ان «ربما» الواردة فى قوله تعالى: «ربما يؤد»

ص: 383

1- (1535) المكاسب 4/94.

2- (1536) المكاسب 4/94.

3- (1537) المكاسب 4/94.

4- (1538) المكاسب 4/95.

5- (1539) المكاسب 4/95.

الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ كَانُوا مُسْلِمِينَ»(1) ليس بمعنى المشكوك بل المراد منه، اليقين خصوصا في الموارد التي كانت فيها، المظنة فتفيد «ربما» الظن وذلك مثل المقام حيث فرض في الرواية، ظنُّ الاختلاف حيث وردت فيها عبارة: «وأنه ليس يأمن أن يتفاقم(2) ذلك بينهم بعده»(3)(4).

وعن الإشكال الثاني: لا- يلزم في تحقق الخوف قيام أمارته - أي الظن وهو الاحتمال الراجح - بل يكفي الشك والاحتمال العقلاني في صدق الخوف كما صرح به صاحب العروة(5).

نعم، قد لا يصدق الخوف من دون الظن، كما قد يصدق الخوف من دون الظن أيضا.

وعن الإشكال الثالث: ظهر ممّا ذكرنا في القسم الأول من الصورة السابعة من أنّ المدار في الوقف جريان منفعه فإذا خيف عقلا تقيلا المنفعة بل سقوطها عرفا يصدق تلف الوقف فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم: «فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف»(6).

وأما عموم التعليق فجارٍ ولكن في الأموال الموقوفة فقط لا في غيرها فلا يتم مقالته قدس سره: «... بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»(7).

ص: 384

1- (1540) سورة الحجر/2.

2- (1541) تفاقم الأمر، أي عظم.

3- (1542) وسائل الشيعة 19/188، ح.6.

4- (1543) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 14/512.

5- (1544) راجع العروة الوثقى 2/170؛ طبعة جماعة المدرسين - فصل في التيمم - «الثالث: الخوف من استعماله على نفسه أو عضو من أعضائه... ويكفي الظن بالمذكورات أو الاحتمال الموجب للخوف سواء حصل له من نفسه أو قول طبيب أو غيره...».

6- (1545) المكاسب 4/95.

7- (1546) المكاسب 4/95.



وبما ذكرنا ظهر تمامية الاستدلال بالصحيحة للحكم بالجواز فى القسم الثانى من الصورة السابعة فتأمل.

## كيفية الاستدلال للصورة الثلاث بالصحيحة

### تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها

#### إشارة

وأما تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها: فمبنى على العدول عن التعليل \_ بالمعنى السابق \_ بالتخصيص والحكم بأن مطلق الاختلاف بين الموقوف عليهم يوجب جواز بيع العين الموقوفة ولكن حيث علله الإمام عليه السلام بقوله: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس»، مطلق الاختلاف تخصص بتلف المال والنفوس على نحو كفاية الاكتفاء بأحدهما من تلف المال أو النفس.

وبعبارة أخرى: جواب الإمام عليه السلام متضمن لفقرتين:

«إحدهما: تجوز البيع عند ظهور الخلف والمنازعة بين الموقوف عليهم، وكونه خيرا من إبقاء الوقف على حاله. ومقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالاختلاف، سواء خيف من بقاءه تلف المال وإراقة الدماء أم لا.

ثانيتها: تعليل الحكم بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» وظاهره موضوعية إختلاف خاص لجواز البيع، وهو النزاع الذى لا يؤمن معه من ضياع الأموال وهلاك النفوس.

ومقتضى تقديم ظهور العلة على المعلول تقييد الإختلاف المجوز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلف المال والنفوس، وبهذا يتم الحكم فى الصورة الثامنة»(1).

### اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال

اعتراض الشيخ الأعظم(2) قدس سره على هذا التقريب بما توضيحه: «تقديم العلة على المعلول كما يوجب تقييد الإختلاف بما خيف منه تلف المال والنفوس، كذلك يقتضى رفع اليد عن خصوصية الإختلاف، وتعميم جواز البيع لما إذا لم يكن خلف بين أرباب الوقف، ولكن علم إفضاء بقاءه إلى تلفها من جهة أخرى، وتوقف سد الفتنة على بيع الوقف، فإن

ص: 385

1- (1547) هدى الطالب 7/167.

2- (1548) المكاسب 4/95، السطر الأخير.

العلّة كما تخصّص تعمّم. ومن المعلوم عدم التزام أحدٍ بجواز بيع الوقف مقدّمة لعلاج مفسدة أخرى أجنبيّة عنه. وهذا المحذور يُوهن العمل بظاهر [الصحيحة]، وتسقط حينئذٍ عن الدلالة على حكم الصورة الثامنة.

فإن قلت: يمكن الأخذ بموضوعية مطلق الإختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» وذلك لورود مثله في الأخبار مما يكون علّة للحكم تارةً، وحكمةً أخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلّة لا الحكمة.

[كما] قال المحقّق الشوشتری قدس سره: «وأما التعليل فبناؤه على الشكف عن الحكمة في جواز البيع، والغرض منه كون الإختلاف عرضةً لذلك المحذور، لا- أن أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلك نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفاية والمفاتيح، ويشهد له التعليل ب- «ربما»»(1).

وعليه فلا مانع من الأخذ بموضوعية الإختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعة أرباب الوقف.

قلت: إن حمل «ربما» على الحكمة وإسقاطه عن العلية - ليبقى عموم الإختلاف على حاله - يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإنّ الحكمة كما لا تعمّم لا تخصّص، مع أن مفروض الصورة الثامنة هو الجواز لو أدّى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقاً.

والحاصل: إن كانت جملة «فإنه ربما» علّة لزم تعميم الجواز لغير موارد الإختلاف، ولا سبيل للقول به.

وإن كانت حكمة لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدّ البقاء إلى التلف، وهو غير الصورة الثامنة»(2).

**وأما تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة: فمبنى على حصول ضرر**

ص: 386

1- (1549) مقابس الأنوار، كتاب البيع، 59.

2- (1550) هدى الطالب 7/168.

عظيم أى ضرر معتدبه يصدق عليه تلف الأموال وتلف النفوس وغيرهما فكل واحد منها ضرر عظيم وكاف فى جواز البيع.

وبعبارة أخرى: مقتضى العلية فى قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف مافية تلف الأموال والنفوس»، هى وصول الاختلاف إلى حد الضرر العظيم من دون تقييده بتلف المال أو النفس نحو تلف العرض وهذه هى الصورة التاسعة.

ويناقش على هذا التقريب: أولاً: مقتضى العلية فى كلام الإمام عليه السلام هو جواز البيع لكل فتنة وإن لم يرتبط بالوقف وهو ممّا لا يلتزم به أحد.

وثانياً: حمل «تلف المال والنفوس» فى كلام الإمام عليه السلام على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوع، لأن الحمل متوقف على القطع بعدم خصوصيتهما، ودون اثبات هذا القطع خرط القتاد.

### وأما تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة:

#### إشارة

فمبنى على اعتبار تلف النفوس فقط لأن تلف النفوس يلازم تلف الأموال غالباً، فذكر تلف الأموال مبنى على الغالب ولا اعتبار بالقيود الغالبى فالمجوز للبيع هو خصوص تلف النفوس واستباحتها وهذه هى الصورة العاشرة.

### اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب

اعتراض الشيخ الأعظم (1) عليه بإشكالين:

الأول: مقتضى العلية التعدى من «تلف الأموال والنفوس» إلى مطلق احتمال وقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، وغيرهم مع أنه لا يمكن الالتزام بهذا الإطلاق.

الثانى: ظاهر الصحيحة لاسيما بملاحظة لفظة «ربما» كفاية مجرد الاحتمال فى استباحة النفوس ولكن ظاهر المشهور أخذ العلم أو الظن فى استباحة النفوس لجواز البيع وبينهما المباينة الواضحة.

ص: 387

استظهر الشيخ الأعظم (1) من الصحيحة أمرا مغايرا لما ذهب إليه المشهور ولاحظ فيه جهات ثلاث:

«الأولى: أن يكون موجبا لتلف الأموال والنفوس، فلا عبرة بمطلق الخُلف والنزاع وإن لم يؤدَّ إلى تلفها. وليس منشأ هذا التقييد حمل جملة «فإنه ربّما» على التعليل ليكون مقيداً لدائرة الإختلاف الوارد في السؤال، لفرض عدم كون «فإنه» علةً حقيقية لتعمّم أو تقيّد. بل منشؤه قرينية الذيل بحسب المتفاهم العرفي على ما يراد من السؤال.

الثانية: أن يحصل الخوف من أداء بقاء الوقف إلى هلاك النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الإحتمال الموهوم.

والوجه في ضمّ الأخير إلى العلم والظن ورود كلمة «ربما» في الجواب، وقد مرّ صدقه على الإحتمال عند الشيخ الأعظم.

الثالثة: أن يكون محذور تلف النفس والمال مترتبا على نزاع أرباب الوقف فيما يتعلق بحفظه وبالإنشغال به، وتوقف حسم مادة الفساد على البيع.

فلو كان المحذور ناشئا من غير إختلاف الموقوف عليهم لم يجز البيع.

فإن قلت: مقتضى ظهور التعليل التعدى من الإختلاف إلى موجب آخر يؤدّي إلى هلاك المال والنفس، إذ العلة كما تُصيّق توسّع أيضا.

قلت: نعم لو استقرّ ظهور «فإنه ربّما» في التعليل حتّى يتعدى عن مورد السؤال إلى غيره، ولكن المفروض منع الظهور المزبور» (2).

ثم استنتج (3) أنّ الصحيحة غير مفتى بها عند المشهور لأنّ الظاهر اعتبارهم جهتين وهما غير المذكوران فيها:

«إحدهما: إعتبار العلم أن الظن بأداء بقائه إلى الخراب، وعدم كفاية الإحتمال

ص: 388

1- (1552) المكاسب 4/97.

2- (1553) هدى الطالب 7/175.

3- (1554) المكاسب 4/97.

عندهم.

ثانيتها: أن المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس»(1).

ولذا ذهب إلى أن «النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموما من وجه»(2).

توضيحه: فتوى المشهور أعم من الصحيحة من جهتين وأخص منها من جهة، كما إنَّ الصحيحة أعمُّ من فتاواهم من جهة وأخص منها من جهة أخرى.

«أمّا أعمية الفتاوى من جهتين:

فالأولى منهما: شمول «تلف المال» لكلِّ من الخراب وقلة المنفعة، بشهادة تجويز البيع فى قسمى الصورة السابعة.

والثانية: أن المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس، بشهادة تجويز البيع للضرر العظيم كما فى الصورة التاسعة.

وأما أخصية الفتاوى من الصحيحة، فلاعتبارهم حصول العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهادة تعبيرهم بالخوف والخشية، مع أنَّ الصحيحة تعمّ الإحتمال الموهوم، بشهادة كلمة «ربّما».

وأما أعمية الصحيحة من فتوى المشهور، فلعدم اعتبار العلم والظن، والإكتفاء بمجرد الإحتمال.

وأما أخصيتها منها فلاختصاص الجواز بالفتنة المبيحة للأموال والأنفس.

ومادة الاجتماع \_ بمعنى جواز البيع بمقتضى الصحيحة وفتوى المشهور \_ هى العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب مع الفتنة المبيحة للمال والنفس.

ومادّة الإفتراق من طرف الرواية هو احتمال وقوع الفتنة المبيحة لهما، فيجوز البيع

ص: 389

1- (1555) هدى الطالب 7/177.

2- (1556) المكاسب 4/97.

فيها، خلافاً للمشهور.

ومن طرف فتوى المشهور موردان:

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجبة لإستباحة المال والنفس.

وثانيهما: خوف الخراب بمعنى قلة المنفعة. ففي هذين الموردين لا دلالة للرواية على الجواز.

وبالجملة: فمع هذه النسبة بين الصحيحة والفتاوى كيف يصح الإستدلال بها؟ فما دلت عليه لم يُعمل به، وما عُمل به لم تدل الصحيحة عليه»(1).

ولكن رجع عن مقالته أخيراً وذهب إلى عدم اعراض المشهور عن الصحيحة وقال: «لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها للعمومات المانعة، بالشهرة؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور أنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف...» المنضمّ إلى قوله: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف»(2).

وحاصل كلامه قدس سره: «أنّهم تسالموا على جواز البيع في الجملة، واختلفوا في خصوصيته ومناطه. وهذا المقدار كافٍ في إحراز عملهم بالرواية وجبر ضعف الدلالة بالنسبة إلى المتفق عليه»(3).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش عليه في مقالته الأخيرة فقط.

أولاً: عدم ضعف الدلالة بالشهرة كما حقّقه قدس سره في الاصول.

وثانياً: بعد تسليم الجبر بها لابدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من الرواية وإن كان ما فهموه غير ظاهر الرواية، إذ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

وثالثاً: المشهور لم يتفقوا على مناط الجواز حتّى يقال بجبران ضعف الدلالة بالشهرة، لاختلاف فتاواهم في مناط الجواز واختلاف أنظارهم في استفادة مناط الجواز

ص: 390

1- (1557) هدى الطالب 7/177 و 178.

2- (1558) المكاسب 4/97.

3- (1559) هدى الطالب 7/178.

من الصحيحة، فلم يكن هناك شهرة تجربها ضعف الدلالة.(1)

### فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها

ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى «أنَّ المستفاد من المكاتبة بقرينة كلمة «ربما» كفاية الاختلاف الذي يوجب احتمال تلف الأموال والنفوس لا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور وإن كان سببه الخراب لعدم ظهور الذيل في التعليل والمشهور اعتبروا العلم أو الظنَّ بأداء بقائه إلى الخراب وبين الأمرين عموم من وجه فالمكاتبة بظاهاها غير مفتى بها، وأجاب عن ذلك بأنَّ الأصحاب استدلُّوا بها ولم يعرضوا عنها غير أنَّه اختلفوا في فهم المناط الذي يستفاد من الحديث.

وفيه: أن الرواية بقرينة لفظ «فإنَّه» ظاهرة في التعليل ولذلك نلتزم بالتعدى إلى خوف تلف كلِّ مال ونفس يتسبَّب من بقاء الوقف وإن كان راجعا إلى غير الموقوف عليهم بل وإن كان سببه غير الاختلاف أيضا»(2).

### مقالة المحقق السيّد الخوئي حول الصحيحة ونقدها

قال قدس سره: «وعلى أيِّ حال، هذه الرواية ضعيفة السند، ولم ينجبر ضعفها بعمل المشهور، حتّى لو قلنا بانجبار ضعف السند بعمل الأصحاب، كما هو ظاهر.

كما أنَّها ضعيفة الدلالة، بل الظاهر بملاحظة جملة من القرائن كونها أجنبيَّة عن بيع الوقف رأسا، وهي:

أولاً: أنَّ أمره عليه السلام ببيع حصَّته من الوقف \_ وهو الخمس \_ أو أن يقومها على نفسه، لا ينطبق على شيء من القواعد لعدم طرؤ مجوّز لبيعه أصلاً. ولم يكن وجه لإحالة البيع إليه إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبيًّا. والظاهر أنَّ حكمه عليه السلام لم يكن إذنا منه ولاية، وإنَّما كان بيانا للحكم الشرعي، فلا بدَّ من حمله على ما قبل القبض وعدم تمامية الوقف.

وثانيا: أنَّه عليه السلام جوّز البيع للواقف، ولو كان الوقف تامًّا لكان الواقف أجنبيًّا عن

ص: 391

1- (1560) كما في هدى الطالب 7/179.

2- (1561) تعليقة المحاضرات 3/203.

الوقف، فبأى وجه يبيع مال الغير؟

وثالثا، إنه عليه السلام حكم بتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم، مع أن بدل الوقف لا بد وأن يكون وفقا كالمبدل.

ورابعا: أنه عليه السلام علّق جواز البيع على أن لا يأمن الواقف من الخلف وعلمه بتلف الأموال والنفوس، فحكم عليه السلام حينئذٍ بأن البيع أمثل، مع أنه لا عبرة بعلم الواقف أصلاً. وتوهم كون الجملة بصيغة المجهول منافٍ للسياق. وكل هذه الأمور شاهد على أن مورد سؤال الواقف وجواب الإمام عليه السلام هو الوقف قبل القبض.

هذا، مضافا إلى أنه لا يمكن العمل بالرواية لو أريد بها البيع بعد تمام الوقف، فيكون مقطوع البطلان على كل تقدير؛ وذلك لأنه إن كان قوله عليه السلام في ذيل الرواية: (فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس) حكمةً لجواز البيع، فلا بد من الأخذ بمورد السؤال والجواب، وهو جواز البيع بمجرد وقوع الاختلاف بين أرباب الوقف وإن لم يخف أداؤه إلى تلف الأموال والنفوس، وهذا ممّا لم يقل به أحد ظاهرا. وإن كان عدّة له \_ كما هو ظاهر كلمة «فإنه» \_ لزم جواز البيع فيما إذا لزم من تركه تلف الأموال والنفوس ولو من غير جهة اختلاف الموقوف عليهم، كاختلاف عمال الواقف أو الواقف أو المتولى وغير ذلك ممّا لم يقل أحد بكونه مجوّزا للبيع.

كما إنّه لو حملناها على ما بعد القبض يلزم تعميم الجواز لما إذا استلزم بقاءه تلف الأموال ولو غير العين الموقوفة؛ فإنّ المذكور في العلة تلف الأموال بصيغة الجمع، لا \_ خصوص العين الموقوفة. كما يلزم تعميمه أيضا من حيث كون منشأ تلف الأموال هو الاختلاف أو غيره فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنة، ومن حيث العلم بذلك أو الظنّ أو مجرد الاحتمال أيضا \_ فتأمل \_ على ما هو ظاهر قوله عليه السلام: «ربما جاء في الاختلاف».

مضافا إلى أنّ التلف غير الخراب، فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين، بخلاف الخراب، ومورد كلامنا هو الخراب دون التلف، وفي التلف لا معنى للبيع والتبديل بعد فعليته.

على أن مقتضى القاعدة عند خراب الوقف هو تبديله بما يبقى للبطون اللاحقة



أيضا لينتفعوا به، لا يبيعه ودفع الثمن إلى الموجودين كما هو صريح هذه الرواية.

فظاهر الرواية غير مفتى به، فلا بدّ من ردّ علمها إلى أهلها. وعلى كلّ لا يمكن الاعتماد عليها سنداً ودلالةً»(1).

ولكن يمكن أن يناقش عليها: أولاً: الرواية لم تكن ضعيفة السند بل هي صحيحة الإسناد فلا تحتاج إلى جبران الضعف بعمل المشهور.

وثانياً: «إنّ الخمس الذي جعل للإمام عليه السلام لم يكن من الوقف بل الوقف كان في بقيته وبالنسبة إلى حصّة الإمام عليه السلام كان هبة أو هديّة ونحو ذلك لمكان قول السائل: «وجعل لك في الوقف الخمس» ولو كان حصّة الإمام عليه السلام أيضاً وقفاً لقال: وجعل من الوقف الخمس لك، وأمّا قوله عليه السلام في ذيل السؤال: «أو يدعها موقوفة» فمعناه أن يدعها متروكة، من الإيقاف بمعنى الترك والثبات أي ثابتة على حالها»(2).

وثالثاً: «من الممكن أن يكون الإمام عليه السلام محتاجاً إلى ثمن الوقف ومن المحتمل أن تكون الحاجة من المجوّزات للبيع وإن لم يمكن إثبات ذلك من هذه الرواية لإجمالها ولم يثبت لنا ذلك أيضاً من طريق آخر، فلا طريق لنا إلى ردّه أيضاً والاحتمال موجب لعدم طرح الحديث»(3).

ورابعاً: «إنّ الغالب في الأوقاف أن يجعل الواقف التولية أو النظارة لنفسه أو لمن ينتم إليه بنسب أو سبب، مع أنّه يمكن أن يكون سؤاله عن رأى الإمام عليه السلام استيذاناً منه ببيع حصّته فأذن في ذلك بقوله «أعلم فلانا»، وأمّا بالنسبة إلى غير حصّة الإمام عليه السلام فمن إطلاق الوقف عليه يمكن استكشاف كون يبيعه بعد القبض، ولا أقلّ من استفادة ذلك من ترك استفصال الإمام عليه السلام بين قبل القبض وبعده فيستفاد جواز البيع بعد القبض أيضاً»(4).

ص: 393

1- (1562) محاضرات في الفقه الجعفري 3/ (204-200).

2- (1563) تعليقة الشهيد آية الله الشيخ عليأصغر الأحمدي الشاهرودي على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري 3/200.

3- (1564) المصدر 3/201.

4- (1565) المصدر.

وخامسا: بالنسبة إلى تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم «لأنه مورد السؤال وقد أمضاه الإمام عليه السلام ، ويمكن الجواب عنه بطرح هذه الفقرة من الحديث فقط أو فرض مورد السؤال ما إذا لم يمكن اشتراء شيء وجعله وقفا من دون أن ينجر إلى الاختلاف السابق كما لا يبعد في مورد الرواية وعليه فاشترى شيء وجعله وقفا يكون لغوا لأنه لا بد من بيعه أيضا»(1).

وسادسا: قوله قدس سره : «لا عبرة بعلم الواقف أصلاً»(2)، لعل منشأ اعتباره أن الواقف جعل التولية لنفسه مادام حيا أو أن هذا إذن ابتدائي للواقف من قبل الإمام عليه السلام لحل الاختلاف.(3)

وسابعا: ظاهر الصحيحة «هو التعليل لكن العلة ليس هو خوف تلف النفوس والأموال مطلقا بل العلة بقرينة قوله عليه السلام : «إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف» هي خوف تلف الأموال والنفوس الناشئ من بقاء الوقف لا مطلقا والالتزام به لا محذور فيه فيتعدى بعموم التعليل من اختلاف الموقوف عليهم إلى اختلاف المتولين للوقف ونحوه من كل ضرر ناشئ عن بقاء الوقف»(4).

وثامنا: «أن المشهور لم يلتزموا بالجواز إلا في صورة المظنة.

والمناقشة فيه بأن كلمة «ربما» وإن شملت مجرد الاحتمال أيضا إلا أنه بقرينة قوله «لا يؤمن أن يتفقم»(5) يراد به صورة مظنة الضرر إذ إن كلمة «لا يؤمن» أمانة على وجود الضرر العظيم فيما بعد.

مدفوعة بأنه لا يوجد في جواب الإمام عليه السلام إلا مجرد الاختلاف، نعم المشهور قيدوا الجواز بصورة خوف تلف مال الوقف ولكن يمكن أن يكون منشؤه خطأهم في كون

ص: 394

1- (1566) المصدر.

2- (1567) محاضرات في الفقه الجعفري 3/202.

3- (1568) تعليقة المحاضرات 3/202.

4- (1569) تعليقة المحاضرات 3/202.

5- (1570) تفاقم الأمر، أي عظم. لسان العرب 12/457.

المراد من تلف الأموال خصوص تلف مال الوقف فلا يثبت إعراضهم عن الحديث»(1).

### فذلكة الكلام فى صححة عليين موزيار

أمّا من حيث السند فهى من الصحاح وقد مرّت(2) دلالتها على القسم الثانى من الصورة السابعة.

«وأمّا الاستدلال بها لبقية الصور فوجهه فى الصورة الثامنة هو الاقتصار على مضمون الحديث من احتمال تلف خصوص الأموال والنفوس.

وفى الصورة التاسعة دعوى أنّ ذكر الأمرين من باب المثال وأنّ الملاك هو احتمال ورود ضرر عظيم كهتك عرض أو هتك بعض محارم الله من أجل الاختلاف.

وأمّا فى الصورة العاشرة فللدعوى أنّ الملاك هو احتمال تحقّق فساد من الاختلاف ينجرّ إلى تلف النفوس وذكر تلف المال توطئة لذكر تلف النفوس معه من باب ملازمته له غالباً.

والذى يظهر من الحديث اختصاص مورد السؤال بما إذا علم أنّ ظنّ تلف الأموال والنفوس إذ فرض فى المورد الاختلاف الشديد الذى لا يؤمن أن يتفاهم ذلك ففى مثله تكون مظنة التلف إلاّ أنّ فى جواب الإمام عليه السلام لم يؤخذ إلاّ مجرد الاختلاف الذى يحتمل معه التلف فإنّ كلمة «ربما» وإن لم يستعمل فى مجرد الاحتمال إذا لم يتحقّق له سبب إلاّ أنّه يشمل الاحتمال الناشئ عن السبب مطلقاً ولا يختصّ بالعلم أو الظن والمدار على إطلاق الجواب، كما أنّ المستفاد منه مجرد الاختلاف المعروض لتلف الأموال والنفوس سواء كان من أموال الوقف ونفوس الموقوف عليهم، أو غير ذلك ووجه عدم الحكم بجعل الثمن وقفاً لعلّه من جهة عدم العلاج وعدم ارتفاع الاختلاف إلاّ بزوال الوقف كلىة وبالجملة الرواية صحيحة جدّاً ولا بأس بالعمل بمضمونها... وقد عرفت أنّ مضمونها يشمل جميع الصور عدا التاسعة فإنّ إلغاء خصوصية تلف الأموال والنفوس يحتاج

ص: 395

1- (1571) تعليقة المحاضرات 3/203.

2- (1572) راجع هذا المجلد صفحة 382.

إلى أطف قريحة وليس بعيدا بنظر العرف من اللفظ في مثل هذه المقامات، على أن غرض الواقف من الوقف التقرب إلى الله تعالى وانتفاع الموقوف عليهم، وبقاء الوقف على حاله مع ترتب ضرر عظيم عليه ينافي غرضه قطعاً»(1).

وأما الاشكال في الصحيحة «بأن الوقف ظاهراً كان من الوقف الخاص وهو من العقود على الظاهر فيحتاج في تماميته إلى القبول والقبض فكيف أمر الإمام عليه السلام ببيعه مع عدم تحققهما، ففيه أن الأمر بالبيع يكشف عن القبول أو هو قبول إذ هو لازم الأمر ببيع حصته من الوقف وإيصال ثمنه إليه، وأما بالنسبة إلى القبض فيمكن أن يكون الواقف قبض عن الإمام عليه السلام فضولياً ويكون الأمر ببيعه إجازة للقبض، هذا على تقدير صحة قبض الفضولي إذا لحقته الإجازة وإلا فيمكن أن يجعل الأمر بالبيع كاشفاً عن جعل الواقف وكياً في القبض أو يكون هو بنفسه إذنا في القبض ويكون قبض المأذون بمنزلة قبض الآذن فيتم الوقف بذلك، على أنه تقدم سابقاً أن حصة الإمام عليه السلام لم يكن من الوقف فراجع»(2).

هذا تمام الكلام في كيفية الاستدلال للصور الثلاثة الأخيرة بالصحيحة والله سبحانه هو العالم.

## الاستدلال للصور الثلاث الأخيرة بالقواعد العامة

### إشارة

استدلوا بقاعدتي التزاحم ولا ضرر بتقريب:

### 1\_ قاعدة التزاحم:

«حيث قيل بدلالاتها في المقام من جهة أن الأمر دائر بين رفع اليد عن بيع الموقوفة، وأمر أهم وهو حفظ النفوس، ولا شك أنه عند دوران الأمر بين المهم والأهم فإنه يتقدم الأهم».

بيان ذلك: ثبت في مبحث التزاحم أنه لو دار الأمر بين حكيم أحدهما مهم والآخر أهم محتمل الأهمية، فإن إطلاق دليل المهم يسقط، ويجب تقديم دليل الأهم،

ص: 396

1- (1573) تعليقة المحاضرات 3/205.

2- (1574) تعليقة المحاضرات 3/204.

وفيما نحن فيه فإنّ قوله: «لا يجوز شراء الوقف» نصّ مهمّ يقابله ما هو أهمّ منه، وهو لزوم حفظ [العين] الموقوفة وحياة الموقوف عليهم، فإذا دار الأمر بينهما فإنّ حفظ الأخيرين أولى من الأول.

وأورد عليه أولاً: إنّ التزاحم يتحقّق عادةً بين تكليفين ليس للمكلّف قدرة عليهما عقلاً لعجزه عن صرف القدرة الواحدة فيهما، فيدور الأمر بين تركهما أو صرفهما في أحدهما، وحينئذٍ فإنّ العقل يحكم المكلّف، ومن ثمّ عجز عن الجمع بينهما، فإنّه حينئذٍ لا مجال لجريان قاعدة التزاحم، كما هو الحال في المقام حيث لو لا الاختلاف بين أرباب الوقف، لأمكن حفظ الأموال والنفوس مع حفظ العين الموقوفة عن البيع، لعدم قيام التمانع في القدرة على الجمع بينهما بما لا يؤدّي إلى التزاحم.

وفيه نقضاً: الالتزام بهذه الدعوى يستلزم لازماً باطلاً ليس لفقهاء الالتزام به، وهو لزوم الحكم ببقاء حرمة التصرف في مال الغير لو استلزم نجات الغريق الذي غرق بسوء اختياره، أي لزوم صرف القدرة في حفظ المهمّ دون الأهمّ، وهذا ما لا أظنّ أنّ القائل يلتزم به فضلاً عن غيره.

وحالاً: أنّ قاعدة التزاحم قاعدة عقليّة لا مجال فيها للمناقشات المختصّة بالأدلة النقليّة، وبالتالي فلا يصحّ البحث عن أنّها مطلقة تشمل جميع موارد التزاحم، أو أنّها مختصّة بما إذا كان حاصلها لا بسوء الاختيار، ومادام المستند في المقام هو الدليل العقلي يبقى المكلّف مقيداً بدائرة مدرّكاته، سواءً في جانب التقييد أو المطلق.

وفي المقام فإنّ مستند حكم العقل مبنيّ على أنّ كلّ خطاب وحكم مشمول بالقدرة، فإذا كانت وافية بالخطابين وجب امتثالهما، وإن كانت غير وافية فإنّ العقل حاكم بلزوم مراعاة الأهمّ وترك المهمّ؛ لأنّ حفظ إطلاق المهمّ في مقابل الأهمّ يستلزم تقويت الغرض الأهمّ، وهو ممّا يقبح صدوره عن الحكيم بحسب مبنى العدليّة القائلين بالمصالح والأغراض العقليّة، وهذا الحكم العقليّ - أي لزوم تقديم الأهمّ - حكمٌ عامٌّ غير قابل للتخصيص، يدلّ على لزومه مطلقاً، سواءً كان حصول التزاحم بسوء اختياره أم باختياره.

وأورد ثانياً: أنّ التزاحم رافع للحكم التكليفي، لكنّه غير مثبت للحكم الوضعي، أي

إذا عجزنا عن امتثال الأمرين من المهمّ والأهمّ معا وحفظ ملاكهما، فإنّه ترتفع الحرمة حينئذٍ من جهة التكليف دون الوضع الذي هو صحّة بيع العين الموقوفة، حيث لا يترتّب على التزاحم، وما نقصده في المقام تحصيل صحّة بيع العين الموقوفة دون الجواز التكليفي.

وفيه: لا شكّ أنّ مجرد رفع الحرمة التكليفيّة دون ترتّب الأثر الوضعي من الصحّة لا يحقّق الغرض من [جريان قاعدة] التزاحم، بل يتحقّق فيما لو جاز بيعه تكليفاً وصحّ وضعاً، وانتهى الأمر إلى تقسيم الثمن بينهم، فلو حكم من جهة جواز بيع الوقف تكليفاً للاختلاف المذكور، وببطلانه وضعاً للدليل المانع، فإنّ المال يبقى ممنوعاً من التصرف فيه، ويبقى الاختلاف مستمرّاً، وبالتالي فمادام لا مجال لحفظ الأهمّ إلاّ بصحّة البيع ونفوذه من خلال الأمر الوضعي، فإنّه لا سبيل لرفع التزاحم إلاّ من خلال الحلّيّة التكليفيّة والصحّة الوضعيّة.

ثمّ قال الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ : إنّ مستند قاعدة التزاحم لم يكن دليلاً لفظياً لكي نبحث عن إطلاقه وعدمه، وإنّما هو حكمٌ عقليّ عامٌ لا مجال لتخصيصه أو سريانه إليه، بل هناك ملازمة بين وجود موضوعه وترتّب الحكم عليه مطلقاً، ولذلك فمتى كان المعتمد عند تسوية البيع هذه القاعدة، فلا مجال للتفريق في حكمها بين اختلاف أرباب الوقف وغيرهم، بل الاختلاف مطلقاً يعدّ صغرى هذه القاعدة، وإن كان مؤدياً إلى تلف غير الموقوف عليهم، وعليه فلا بدّ من الحكم بأنّ مطلق الاختلاف يعدّ مسوّغاً للبيع.

لكن المشكلة أنّ التعميم لا- يتوافق مع مسلك الفقهاء من عدم ترخيص بيع الموقوفة في مطلق الاختلاف المؤدّي إلى تلف الأموال والنفوس، بل يخصّص صونها بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، فينحصر الحكم حينئذٍ بملاحظة المبنى المختار، من رعاية مسلك الفقهاء وعدمها.

[وأما القول المختار هنا] فإنّه بمقتضى الصناعة لا بدّ على الفقيه الحكم بجواز البيع باعتبار أنّ الوقف من الأمور الحسينيّة التي يعود أمرها إلى الحاكم الشرعي والفقيه الجامع للشرائط، فإذا واجه اختلافاً وفتنةً تزهق فيها النفوس، وتتلّف فيها الأموال، ولا سبيل

لإخمادها إلاّ بيع الموقوفة، كان عليه ذلك حتّى وإن كان الوقف مؤبّداً، لأهمّية مصلحة حفظ النفوس والأموال عند الشارع \_ وهو المختار عندنا \_ إلاّ إذا قام إجماعٌ على اختصاص ذلك بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، حيث يكشف عن أنّ مصلحة حفظ الوقف أهمّ عند الشارع من حفظ النفوس والأموال.

[وفيه: ما لا يخفى على المتفقه البصير].

## 2\_ قاعدة لا ضرر

حيث استدلّ بها باعتبار أنّ الاختلاف المذكور يؤدّي إلى الضرر على المسلمين، وهو منقضى بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ومفاده أنّه متى أصبح الحكم الشرعي سبباً لحدوث الضرر، فإنّه مرفوع بل غير مجعول شرعاً.

وفيه: برغم تمامية الكبرى المذكورة، إلاّ أنّ المقام لا يعدّ من صغرياتّها، فإنّ حكم الشارع بحرمة بيع الوقف لم يكن موجبا للضرر ولا سبباً إليه، وإنّ يعدّ رفعه للحكم سبباً لارتفاع الضرر، لكن حدّ دلالة القاعدة المذكورة هو أنّ الأحكام الشرعيّة الضرريّة مرفوعة، لا أنّ كلّ حكم مرفوع لأجل الضرر، وبينهما فرقٌ كبيرٌ<sup>(1)</sup>.

## الاستدلال للصور الثلّاث بالشرط الضمني للوقف

كما يكون من شروط الوقف بل من أركانه وجود العين الموقوفة، فكذلك وجود الموقوف عليهم، بل الموقوف عليهم أهميته عند الواقف أكثر من العين الموقوفة لأنّه وقف العين لهم، فإذا دار الأمر بين بقاء عين الموقوفة أو أصل الوقف والموقوف عليهم يقدّم الثاني بهذا الشرط الضمني الارتكازي للوقف.

هذا تمام الكلام في الوَقْفِ المؤبّد واللّه هو العالم والحمد له تعالى.

ص: 399

يطلق الوقف المنقطع:

تارة: على الوقف المقترن بمدة كأربعين سنة مثلاً والظاهر أنّ الإجماع قائم على بطلان هذا القسم.

قال العلامة في وقف القواعد: «... فلو علّقه بصفةٍ أو بشرطٍ أو قرنه بمدة لم يقع» (1).

وقال الفقيه المتتبع العاملي في شرحه: «كما في الغنية (2) والسرائر (3) والسرائر (4) وكذا الاستبصار (5) وهو معنى إجماع الخلاف (6) والغنية (7) والسرائر (8) وغيرها (9)، إذ هو تفريع على اشتراط الدوام. وفي النهاية (10) والسرائر (11) أيضاً لا يصحّ إلا أن يجعله سكنى

ص: 400

1- (1576) القواعد 2/388.

2- (1577) غنية النزوع: في الوقف /298.

3- (1578) السرائر: في شروط صحّة الوقف 3/156.

4- (1579) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف 2/170.

5- (1580) الاستبصار 4/99، ذيل ح 1.

6- (1581) الخلاف: في الوقف 3/548، مسألة 16.

7- (1582) غنية النزوع في الوقف /298.

8- (1583) السرائر: في شروط صحّة الوقف 3/157.

9- (1584) كالحدايق الناضرة: في اشتراط الدوام في عقد الوقف 22/134.

10- (1585) النهاية: في الوقوف والصدقات ... /596.

11- (1586) السرائر: في شروط صحّة الوقف 3/159.



دار. وزاد في السرائر أو عمري أو رقبى. وهو معنى قوله في الجامع (1) يصحّ أعمارا. وفي النافع (2) والتحريير (3) والدروس (4) والمسالك (5) والروضة (6) والكفاية (7) والمفاتيح (8) أنه يصحّ حبسا، وهو معنى قوله في التبصرة: إنّه يرجع إلى ورثة الواقف. (9) وفي جامع المقاصد أنّ في صحّته حبسا قوّة. (10) وقال في التذكرة (11): لو قال وقفت هذا سنة احتمل البطلان، وهل يبطل أصلاً فلا يعتدّ به أو يكون حبسا؟ إشكال. ويحتمل الصحّة ويكون حبسا، انتهى. أمّا البطلان فوجهه ظاهر، ولعلّه يرجع في غير كلام التذكرة إلى القول الآخر كما يرشد إليه كلام السرائر وقد سمعته، وتعليقهم له بأنّ شرط الوقف الدوام فيبطل لعدم حصول الشرط، إذ لو كانوا قائلين ببطلان الحبس لا- حتاجوا في بطلانه إلى شيء آخر زائد على ما ذكره، مع أنّه غير مذكور، إذ من المعلوم أنّ بطلانه وفقا لا يستلزم بطلانه حبسا. وأمّا الصحّة حبسا فلوجود المقتضى، وهو الصيغة الصالحة للحبس، لاشتراك الوقف والحبس في المعنى فيمكن إقامة كلّ واحدٍ مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قرينة على الحبس، وهذا المجاز شائع كما ستسمع في المسائل الآتية، كما لو اقترن الحبس بالتأييد كان قرينة على الوقف» (12).

ص: 401

- 1- (1587) الجامع الشرائع: في الوقف /370.
- 2- (1588) المختصر النافع: في الوقوف والصدقات /156.
- 3- (1589) تحرير الأحكام الشرعية: في شرائط الوقف 3/292.
- 4- (1590) الدروس الشرعية: في الوقف 3/264.
- 5- (1591) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف 5/353.
- 6- (1592) الروضة البهية: في الوقف 3/169.
- 7- (1593) كفاية الأحكام: في شرائط الواقف 2/10.
- 8- (1594) مفاتيح الشرائع: في حكم الوقف على الواقف... 3/207.
- 9- (1595) تبصرة المتعلّمين: في الوقف /123.
- 10- (1596) جامع المقاصد: في أركان الوقف 9/16.
- 11- (1597) تذكرة الفقهاء 20/168، مسألة 96.
- 12- (1598) مفتاح الكرامة 21/461 و 462.

والمقصود بالوقف المنقطع ليس هذا القسم.

وأخرى: يطلق الوقف المنقطع على ما إذا جعل المال على مَنْ ينقرض سواءً أكان شخصاً معيناً كزيدٍ أم جمعا معينين كأولاده والسكوت عمّا يصنع به بعد الانقراض.

وهذا القسم الأخير هو المراد هنا بالوقف المنقطع الآخر.

ويقع الكلام فيه عن جهات ثلاث:

وقبل ورود في البحث لابد من التذكّر بأنّ الوقف المنقطع يقسم على ثلاثة أقسام:

أ: الوقف المنقطع الأوّل: إمّا بجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس السنة الكذائية، وإمّا بحكم الشرع بأن وقف أولاً على ما لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممّا يصح والظاهر بطلانه رأساً. (1)

ب: الوقف المنقطع الوسط: كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف عليه بخلافه في المبدأ والمنتهى، فهو بالنسبة إلى شطره الأوّل كالمنقطع الآخر فيصح وفقاً بالنسبة إلى شطره الآخر كالمنقطع الأوّل يبطل رأساً. (2)

ج: الوقف المنقطع الآخر وهذا هو محلّ البحث.

### الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟

#### إشارة

هل يصح وقف العين منقطعا أم لا؟ وعلى فرض صحتها فهل يعدّ وفقاً أو حبساً وأخواتها من السكنى والعمرى والرّقبي. (3)

ص: 402

1- (1599) كما في وسيلة النجاة 2/198 لآية الله السيّد أبوالحسن الإصفهاني قدس سره، طبعة عام 1388ش، اعداد: الشيخ أحمد زادهوش.

2- (1600) كما في وسيلة النجاة 2/198 لآية الله السيّد أبوالحسن الإصفهاني قدس سره .

3- (1601) قال العلامة: «السكنى عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه، ويختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا قرنت بعمر أحدهما قيل: عمرى، وبالإسكان قيل: سكنى، وبالمدة قيل: رُقبي». [تذكرة الفقهاء 20/285].

قال الفقيه العاملي: «قد قَرَّب كونه حبسا كما هو صريح الوسيلة (1) وجامع الشرائع (2) والإرشاد (3) والمختلف (4) والتنقيح (5) والمقتصر (6) وإيضاح النافع وجامع المقاصد (7) والمسالك (8) والروضة (9) وكذا الروض (10) وهو ظاهر المراسم (11) والنهاية (12) والخلاف (13) والمبسوط (14) والمهذب (15) والشرائع (16) والنافع (17) والتذكرة (18) التبصرة (19) والإيضاح (20)

ص: 403

- 1- (1602) الوسيلة: في الوقوف والصدقات والوصايا /370.
- 2- (1603) الجامع للشرائع: في الوقف /370.
- 3- (1604) إرشاد الأذهان: في شرائط الوقف 1/452.
- 4- (1605) مختلف الشيعة: في الوقف 6/305.
- 5- (1606) التنقيح الرائع: في الوقوف والصدقات والهبات 2/303.
- 6- (1607) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات /209.
- 7- (1608) جامع المقاصد: في أركان الوقف 9/(18-19).
- 8- (1609) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف 5/356.
- 9- (1610) الروضة البهية: وفي الوقف 3/(169-170).
- 10- (1611) لم نعثر عليه في الروض، وراجع حاشية الإرشاد (غاية المراد): في الوقف 2/(428-429).
- 11- (1612) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات /198.
- 12- (1613) النهاية: في الوقوف والصدقات /599.
- 13- (1614) الخلاف: في الوقف 3/543، مسألة 9.
- 14- (1615) المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/(292-293).
- 15- (1616) المهذب: في الوقوف والصدقات 2/91.
- 16- (1617) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف 2/(216-217).
- 17- (1618) المختصر النافع: في الوقوف والصدقات والهبات /156.
- 18- (1619) تذكرة الفقهاء 20/168، مسألة 96.
- 19- (1620) تبصرة المتعلمين: في الوقف /123.
- 20- (1621) إيضاح الفوائد: في صيغة الوقف 2/379.

وشرح الإرشاد(1) للفخر وغاية المراد(2) والمهذب البارع(3) والكفاية(4) وأبى على فيما حكى(5) عنه، لأنهم قالوا جميعاً بأنه يرجع عند انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته كما ستسمع فإنه لوازم الحبس.

وظاهر المقنعة(6) والسرائر(7) أنه يصحُّ وقفاً؛ لأنهما قالاً بأنه يرجع إلى ورثة الموقوف عليه ولا يرجع إلى الواقف ولا إلى ورثته. وإليه مال أو قال به في التحرير(8) وكذا الغنية لأنه قال: الأحوط أنه يصرف في وجه البرّ(9) ونفى عنه البأس في المختلف(10). وقد نسب كاشف الرموز(11) إلى سائر موافقة المفيد وهو غلط. وفي المسالك ممّا يحتمل موافقته للمفيد كلام الشرائع فإنه قال: يجب إجراؤه حتّى ينقرض المسمون(12)، لكنّ الظاهر منها ما نسبناه إليها، لأنه(13) استظهر رجوعه إلى ورثة الواقف ولا ترجيح في كشف الرموز(14) ولا في الدروس(1636) أصلاً. وقد فهم من الدروس صاحب

ص: 404

- 1- (1622) حاشية الإرشاد للنيلي: في الوقف 68، س 5 (من كتب مكتبة المرعشي برقم 2474).
- 2- (1623) غاية المراد: في الوقف 2/(428-429).
- 3- (1624) المهذب البارع: في الوقف 3/(50-53).
- 4- (1625) كفاية الأحكام: في شرائط الوقف 2/10.
- 5- (1626) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوقف 6/304..
- 6- (1627) المقنعة: في الوقوف والصدقات 655/.
- 7- (1628) السرائر: في أحكام الوقف 3/165.
- 8- (1629) تحرير الأحكام: في شرائط الوقف 3/292.
- 9- (1630) غنية النزوع: في الوقف 299/.
- 10- (1631) مختلف الشيعة: في الوقف 6/(305-306).
- 11- (1632) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات 2/45.
- 12- (1633) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف 5/356.
- 13- (1634) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف 2/217.
- 14- (1635) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات 2/45.

جامع المقاصد أنه يكون حبسا(1). وعبارته محتملة لذلك.

وأما ما نسب إلى القدماء من هؤلاء فلم يصادف محلّه. ففي المختلف(2) والإيضاح(3) أنه قال الشيخان وابن الجنيد يصحّ الوقف. وبه قال سلّار وابن البرّاج وابن إدريس. وقال ابن حمزة: يكون حبسا بلفظ الوقف، انتهى كلامهما.

وفيه خطأ من وجوه إن أراد بالوقف معناه أو الحبس، لأن هؤلاء ليسوا على كلمة واحدة كما عرفت، وقد اقتفاهما المتأخرون في ذلك. ففي المهذب البارع(4) مثل ما في الإيضاح. ونسب صحّة الوقف في التنقيح(5) إلى النافع والشيخ وابن حمزة وابن إدريس والعلامة. وفي جامع المقاصد(6) أن القول بالصحة مختار الشيخ وأكثر الأصحاب [والعلامة] في المختلف والتذكرة. وقال في المقتصر(7): إنه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف، ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما وأبى علىّ وابن إدريس والمحقق في النافع، والكلّ فيما يظهر خلاف الصواب، لأنك قد عرفت من نسبنا وقوعه حبسا أو وقفا إلى ظاهره وصريحه، نعم حكى عن الصيمرى(8) أنه قال: إن الأكثر من القدماء وعمامة من تأخر على الصحة حبسا، وهو جيّد في الجملة. وقال في المفاتيح(9): إنهم قالوا صحّ، ولو حمل على الحبس زال الإشكال، انتهى. وفيه: أنه لا يتم بالنسبة إلى المفيد ومن وافقه.

وأما القول بالبطلان فقد حكاها في الخلاف(10)

ص: 405

- 1-1 . جامع المقاصد: في أركان الوقف 9/16.
- 2-2 . مختلف الشيعة: في الوقف 6/304.
- 3-3 . إيضاح الفوائد: في صيغة الوقف 2/379.
- 4-4 . المهذب البارع، في الوقف 3(53-50).
- 5-5 . التنقيح الرائع: في الوقوف والصدقات 2/303.
- 6-6 . جامع المقاصد: في أركان الوقف 9/17 وفيه «الشيخين» بدل «الشيخ».
- 7-7 . المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات 209/.
- 8-8 . غاية المرام: في شرائط الوقف 2(375-374).
- 9-9 . مفاتيح الشرائع: في حقيقة الوقف 3/208.
- 10-10 . الخلاف: في الوقف 3/543، مسألة 9.

والمبسوط(1) عن بعض أصحابنا ولم نجده. ويظهر من التذكرة(2) أنه لم يظفر به أيضا.

وليعلم أنّ جماعة قالوا: إنّ في المسألة قولين: الصحة والبطلان، وجماعة قالوا: ثلاثة أقوال(3).

أقول: الظاهر أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة:

1\_ البطلان: قد مرّ من العاملي أنّه حكى عن الخلاف والمبسوط القول بالبطلان عن بعض أصحابنا ولكنه لم يجده كما إنّ العلامة في التذكرة لم يظفر به.

2\_ الصحة وقفا: وهو المحكى عن ابن الجنيد كما هو ظاهر المفيد في المقنعة وسلاّر وابن البراج وابن إدريس في السرائر ومال إليه العلامة في التحرير وابن زهرة في الغنية.

3\_ الصحة حبسا: وهو قول أكثر القدماء وعامة والمتأخرين.

### ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر

1\_ الأدلة العامة

1/1\_ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(4).

تارة يعدّ الوقف من العقود وأخرى من الايقاعات.

وتارة «العُقُود» في الآية الشريفة تحمل على العقد المصطلح المركب من الايجاب والقبول، وأخرى تحمل على مطلق العهد.

فإذا عدنا الوقف من العقود يشمل الآية الشريفة على مبنى العهدية.

ولذا قالوا: «إنّ التمسك بالآية الشريفة في الوقف المنقطع متوقّف على عقديّة الوقف أو عهديّة العقد في الآية»(5).

ص: 406

1-1 . المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/292 و 293.

2-2 . تذكرة الفقهاء 20/163.

3-3 . مفتاح الكرامة 21/468-465).

4-4 . سورة المائدة/1.

5-5 . العقد النضيد 5/90.

2/1\_ قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم.

تقريب الاستدلال بهذا الحديث الشريف مبنى على عمومية الشرط بحيث يشمل الشروط الابتدائية وقد مرّ عدم تمامية هذا المبنى.

وأما إذا قلنا على أنّ الشرط هو عبارة عن الالتزام في ضمن الالتزام \_ كما هو المختار \_ فلا يمكن الاستدلال لصحة وقف المنقطع الآخر بهذا الحديث الشريف.

3/1\_ قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

تقريب الاستدلال: أنّ الشارع قد حكم بمقتضى الجمع المحلّى بـ «ال» بمراعاة كلّ وقف، فيحكم من ذلك صحة مطلق الوقف، إذ لو لا صحة الجميع لما صح حكمه العام بلزوم المراعاة فيصحّ التمسك بعموم هذا الحديث لصحة الوقف المنقطع الآخر.

لا يقال: «أنّ الحديث في مقام حثّ الناس على وجوب العمل بمضمون الوقف والالتزام بمقتضاه، وهما متفرعان على صحّة الوقف، بمعنى أنّه يجب أولاً أن يكون الوقف صحيحاً ليرتّب عليه وجوب العمل بمقتضاه، وبالتالي فإنّ التمسك بعموم الحديث لإثبات صحّة ما نشكّ في وقفيّته ممنوع»<sup>(1)</sup>.

لأنّ نقول: يصحّ التمسك بهذا الحديث كما يصحّ التمسك عند الشك في صحة العقد بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإثبات الصحة مع أنّ الدليل المذكور دليل على اللزوم الذي هو فرع الصحة، وكذلك التمسك بهذا الحديث.

إن قلت: لو كان التأييد مأخوذاً في حقيقة الوقف ومفهومه لا يتم الاستدلال بهذا الحديث، لأنّه مع احتمال مدخلية التأييد في حقيقة الوقف يكون التمسك بالحديث تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية لذاك الدليل.

قلت: حقيقة الوقف ليست إلاّ إيقاف العين الموقوفة والمنع عن مطلق التقلّبات فيها، وهذه الحقيقة جارية في الوقف المنقطع الآخر لأنّ العين موقوفة عليهم ولا يجوز انتقالها فيشملة قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها.

ص: 407

نعم، لو كانت حقيقة الوقف تملك العين للموقوفة عليهم فلا- مجال «لإدراج المنقطع في الوقف إلا- بعد إمكان فرض إنشاء الملكية المحدودة، وأمّا مع إنكار فرض مثل هذه الملكية المؤقتة والمحدودة بكذا سنة، بحيث تخرج العين عن الملكية فترة محدودة ثم تعود إليها بعد انقضاءها، فإنه يبطل الاستدلال بعموم الحديث المذكور.

وسوف نبحت لاحقاً عن أنه هل يمكن فرض الملكية المحدودة والمؤقتة عقلاً وعدمه؟

وفي كل الأحوال، فإنّ الثابت عقلاً أو عقلاً عدم إمكان فرض الملكية المؤقتة في الأعيان، بأن يسلب زيد ملكيته على العين كذا سنة وبعدها تعود الملكية إليه مرةً أخرى، وإن صحّ ذلك في المنافع»(1).

ولكن العمدة عدم تمامية هذا المبنى في حقيقة الوقف.

## 2\_ الأدلة الخاصة

### 1/2\_ صحيحة علي بن مهزيار

صحيحة علي بن مهزيار قال: قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام: أن كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام، فكتب عليه السلام: هكذا هو عندى»(2).

بتقريب: قوله عليه السلام: «أن كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة» بإطلاقه يدلّ على صحة الوقف المعلوم وقته وبطلان الوقف المجهول وقته.

«وبعبارة أخرى: تدلّ الفقرة المذكورة أنّ الوقف - سواءً كان مؤبداً أو موقّتا - يتحقّق متى ما كان وقته معلوماً، ولا تعود العين الموقوفة حينئذٍ إلى الواقف.

نعم، قام الإجماع على بطلان الوقف لمدةً معيّنة معلومة كعشر سنوات أو أكثر أو أقلّ [كما مرّ في أول البحث] وعدا ذلك فإنّ جميع أقسام الوقف المؤقتة داخلة في إطلاق

ص: 408

1-1 . العقد النضيد 5/90 و 91.

2-2 . وسائل الشيعة 19/192، ح 1، الباب 7 من أبواب كتاب الوقف والصدقات.



هذه الرواية، ومنه الوقف المنقطع كالوقف على زيدٍ مدّة حياته، فإنّه وإن نجعل مدّة حياته، إلا أنّ مدّة الوقفية معلومة وهي فترة حياته.

وبالجملة: فهذه الرواية دالةٌ بظهورها على صحّة الوقف المنقطع [الآخر]»(1).

2/2\_ صحیحة محمد بن الحسن الصفار

قال الصفار: كتبتُ إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روى أنّ الوقف إذا كان غير مؤقّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان مؤقّتاً فهو صحيح ممضى.

قال قوم: إن المؤقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وقال آخرون: هذا مؤقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير مؤقّت أن يقول: هذا وقف، ولم يذكر أحداً، فما الذي يصحّ من ذلك؟ وما الذي يبطل؟

فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله.(2)

هذه المكاتبة صحیحة الإسناد دالة «على أنّ المعهود من عنوان «الوقف الموقت» في عُرف المكاتب \_ وهو الصفار \_ ما يُذكر فيه الموقوف عليه، إمّا مع قرينة التأييد كالوقف على أشخاصٍ أو جهةٍ، ثمّ تعقيبه بكونه للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، كما هو رأى قوم. وإمّا بالإقتصار على شخصٍ وعقبه ما بقوا، وعدم تعيين مآل الوقف بعد إنقراضهم. والأول مؤبّد، والثاني منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. ويقابلهما غير الموقت أى ما لم يُذكر الموقوف عليه أصلاً، وهو باطل.

وبالجملة: فالقرينة الداخلية \_ وهي قول الصفار: «قال قوم... وقال آخرون \_ تشهد بأنّ المراد بالموقت ليس هو المقترن بمدّة وأجل، وإن كان المتبادر منه هو المحدود

ص: 409

1-1 . العقد النضيد 5/92.

2-2 . وسائل الشيعة 19/192، ح 2.

بزمان، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

ومنه تَطَهَّرُ متانة ما أفاده شيخ الطائفة قدس سره من تفسير إجمال صحيحة ابن مهزيار بصحيحة الصفار، حيث قال: «ومعنى هذا الذى رواه على بن مهزيار من قوله: كلّ وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه: أنّه إذا كان الموقوف عليه المذكوراً، لأنّه إن لم يُذكر فى الوقف موقوف عليه بطل الوقف. ولم يرد بالوقت الأجل، وكان هذا تعارفاً بينهم. والذى يدل على ذلك ما رواه محمّد بن الحسن الصفار...»(1).

لكن قد يُشكل هذا التفسير بذكر «الورثة» فى كلتا الكلّيتين فى صحيحة ابن مهزيار من قوله: «واجب على الورثة... باطل مردود على الورثة» مع عدم الدخّل فى الصحة والبطان.

ولعلّه قد يوجّه تارة بما ذهب إليه جمع من المحدثين والفقهاء من إبقاء «الوقت» على ظاهره وهو المدة، وإرادة الحبس من الوقف.

قال [المحقّق] المجلسى الأوّل قدس سره: «إعلم أن ظاهر الجواب: أنّ الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤبداً بأيّ وجهٍ كان سواء ضمّ الفقراء والمساكين... أو لم يضمّ فهو وقف مؤبّد. وإن كان موقّتا بأن يكون إلى مدة معلومة أو على شخصٍ معيّنٍ \_ والغالب إنقراضه \_ فليس بوقف بالمعنى الأخص، ولكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه مادام المحبوس عليه حيّاً، وبعده يرجع إلى ورثة الواقف، وهذا معنى قوله عليه السلام: «باطل مردود على الورثة»، أى يبطل بعد المدة، لا أنّه باطل عند الصيغة...»(2).

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازاً فيه منوط بقريئة مفقودة. ومجرّد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قريئةً على إرادة الحبس، لتوقفها على المنافاة عرفاً بين مفهوم الوقف والتقييد المزبور حتّى يكون التقييد قريئةً على إرادة

ص: 410

1-1 . تهذيب الأحكام 9/132؛ الاستبصار 4/100.

2-2 . روضة المتقين 11/150، وأفاد نحوه نجله العلامة المجلسى الثانى فى ملاذ الأختيار 14/403 وغيرهما، فلاحظ الوسائل 19/193؛ الحدائق الناظرة 22/135؛ رياض المسائل 10/106؛ مفتاح الكرامة 21/474.

خلاف الظاهر، والمفروض عدم دخل التأييد \_ بهذا المعنى \_ فى مفهوم الوقف. ومنافاة ظهور صدر صحيحة ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف الموقت بمدة، لا توجب الحمل على الحبس ما لم تنهض قرينة عليه.

وأخرى بما اختاره صاحبُ الجواهر قدس سره بعد إبقاء «الوقف» على معناه المقابل للحبس، من أن الصحة تكون باعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، والفساد بلحاظ إنقراضه. قال قدس سره: «ففى مثل المفروض هو موقت مادام الموقوف عليه موجوداً، وغير موقت إذا إنقضى، فيثبت له حكم كل منهما من الصحة والفساد، ضرورة أن قوله عليه السلام فى الصحيح الأول [على بن مهزيار]: \_ هو كذلك عندى \_ تقرير للكليتين المفسرتين بالصحيح الآخر \_ أى صحيح الصفار \_ الذى هو كالصريح فى صحة الوقف بالتفسير الثانى منهما، وهو مفروض مسألتنا» (1) وإستشهد على ذلك بما ورد فى [ذيل صحيحة الصفار] من كونه مردوداً على الورثة، إذ لو كان باطلاً من أول الأمر لكان مردوداً على الواقف الذى لم ينتقل المال عنه حتى يرد عليه مرةً أخرى.

ولكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر مكاتبة [الصفار] التفصيل بين الموقت وغير الموقت، بالصحة فى الأول والبطلان فى الثانى، لا أن الموقت يصح فى مدة بقاء الموقوف عليه، ويبطل بعده، حتى يكون إنشاء وقف متصفاً بالصحة فى زمان حياة الموقوف عليه وبالفساد بانقضائه.

وبعبارة أخرى: ان توصيف «الوقف» بالصحة والفساد [1] تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنه يحكم على فرد واحد من طبيعى الوقف بالصحة فى مدة، وبالبطلان فى مدة أخرى.

[2] وأخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعى بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصحة من أول الأمر، ومادام عنوان «الوقف» وبعضها محكوم بالبطلان كذلك، لفقد شرط أو إقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلاً. والظاهر من الصحيحة هو الثانى، فالموقت

ص: 411

صحيح، سواء أكان الموقوف عليه دائماً أو منقرضاً، وغير الموقّت باطل.

وإنتهاء الوقف فى المنقطع بإنقراض الموقوف عليه لا- يوجب توصيفه بالبطل، إذ البطلان بإنقضاء الموقوف عليه نظير إنتفاء الوقف بإنقضاء الموقوفة فى كونه من إنتفاء العارض بإنقضاء موضوعه، وهو ضرورى.

وقوله عليه السلام : «مردود على الورثة» لا- يكون قرينة على إرادة الوقف المنقطع، كما لا- يكون قرينة على إرادة الحبس، فلعلّ ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه [وهو أنّ الغالب ظهور البطلان بعد موت الواقف] وإلاّ فالوقف إن كان صحيحاً فقد وجب على الواقف، وإن كان باطلاً فقد رُدّ إليه.

[غاية الأمر] أنّ إبهام جملة «مردود على الورثة» والردّ عليهم لا يقدح فى الإستدلال بالمكاتبة على مشروعية الوقف المنقطع ومُضِيَّة على الواقف، وعدم دلالتها على صحة الحبس كما ورد فى كلمات من أشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثانى (1) قدس سره بكون الوقف مجازاً فيه، وعدم ما يصلح للقرينية عليه.

فلو كان تبادر المدّة من «الوقف» مانعاً عن إرادة الموقوف عليهم، كان تبادر «الوقف» المصطلح مانعاً عن الحمل على الحبس، وليست قرينية التعارف المستفادة من مكاتبة الصفار أضعف من قرينية إنقراض الموقوف عليهم حتّى نلتجئ إلى إرادة الحبس.

والمتحصل: وفاء [صحيحة الصفار] بإثبات صحة الوقف المنقطع (2).

3/2\_ صحيحة أحمد بن محمد

صحيحة أحمد بن محمد بن محمد عن أبى الحسن الثانى عليه السلام، قال: سألته عن الحيطان السبعة التى كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة عليها السلام؟

فقال: لا، إنّما كانت وقفاً، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وآله يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه، والتّابعة تلزمه فيها، فلمّا قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها، فشهد علىّ عليه السلام وغيره

ص: 412

1-1 . المسالك 5/356.

2-2 . هدى الطالب 7/ (204-207).

أنّها وقفت على فاطمة عليها السلام ، وهى: الدّلال، والعوّاف، والحُسنى، والصّافية، وما لأم إبراهيم، والميثب، والبرقة. (1)

بتقريب: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقف الحيطان السبعة على بنته سيّدة نساء العالمين فاطمة الزهراء \_ سلام الله عليها \_ ، وشهد أمير المؤمنين عليه السلام وغيره أنّها وقف عليها ونفى على بن موسى الرضا عليه السلام كونها إرثا وقال: «إنّما كانت وقفا».

ومن المعلوم أنّ الوقف على الصديقة الشهيدة \_ سلام الله عليها \_ يكون من مصاديق الوقف المنقطع الآخر، وقف لها والدها رسول الله عليه السلام ، فيمكن القول بصحة الوقف المنقطع الآخر بلا ريب.

والحاصل: أنّ المراد بالدوام فى الوقف واشترط صحته به هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلو:

1\_ الدوام مادامت العين باقية.

2\_ الدوام مادام الموقوف عليهم موجودين، وليس المراد به الأبدية إلى يوم القيامة فحينئذ لا مانع من صحة الوقف المنقطع.

والمختار: هو صحة الوقف المنقطع وقفا كما هو المحكى عن ابن الجنيد، وهو ظاهر المفيد وسلاّر وابن البراج وابن إدريس ومال إليه العلامة وابن زهرة والله العالم.

### ج: ملكية العين الموقوفة

بعد القول بصحة الوقف المنقطع الآخر وبعد انقطاع الموقوف عليهم لمن ترجع ملكية العين الموقوفة؟

فى المسألة أقوال ثلاثة (2)

1\_ الرجوع إلى الواقف أو ورثته تلقا، و«هو خيرة ما يزيد على عشرين كتابا» (3).

ص: 413

1-1 . الكافي 13/444، ح 1 (7/47)؛ ونقل عنه فى وسائل الشيعة 19/119، ذيل ح 2.

2-2 . كما ورد فى كلام المحقق والشهيد الثانيين فراجع جامع المقاصد 9/16، والمسالك 5/356.

3-3 . قاله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة 21/468.

2\_ الرجوع إلى ورثة الموقوف عليهم بعد وفاتهم كما في المقنعة (1) والسراير (2) والمراسم (3) ومال إليه أو قال به في التحرير (4).

3\_ الرجوع إلى وجوه البرّ فتدخل في عنوان «سبيل الله» وهو اختيار ابن زهرة (5) وجعلها الأ-حوط، ونفى العلامة عنه البأس في المختلف (6).

أدلة القول الأوّل:

وهو الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقاً بل يمكن القول ببقاء الملكية للواقف في الوقف المنقطع خصوصاً للوجوه التالية:

أ: عدم قيام دليل يدلّ على الخروج؛ لأنّ مجرد إنشاء الوقف المنقطع لا يقتضى ذلك.

ب: عدم قيام الملازمة بين إنشاء الوقف المنقطع وخروج العين عن ملك الواقف.

ج: عدم قيام دليل يفيد دخول العين في ملك الموقوف عليهم في الوقف المنقطع.

د: إنّ القواعد العامّة تقتضى بقاء الملك في ملكيّة مالكة إلى أن يقوم السبب المزيل لها \_ سواءً القهرية منه أو الاختيارية \_ وقد ثبت قيامه في الوقف الدائم دون المنقطع، وبالتالي فإنّ نفس دليل ملكيّة المالك يقتضى بقاء العين في ملكيّة في الوقف المنقطع.

هـ: وأخيراً \_ بعد الفراغ عن استعراض الأدلّة \_ فإنّ الأصل العملي أيضاً يقتضى بقاء العين على ملكيّة مالكة، بمعنى أنّه عند الشكّ في خروجها بعد إنشاء الوقف المنقطع، فإنّ الاستصحاب يقتضى بقاءها (7).

ص: 414

1-1 . المقنعة /655.

2-2 . السراير 3/165.

3-3 . المراسم /198.

4-4 . التحرير 3/292.

5-5 . غنية النزوع /299.

6-6 . مختلف الشيعة 6/305 و 306.

7-7 . العقد النضيد 5/98.

ويمكن تأييد هذه الأدلة بصحيفة الحسين بن نعيم الصحاف عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل جعل دارا سكنى لرجل إبان حياته، أو جعلها له ولعقبه من بعده؟

قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط.

قلت: فإن احتاج، يبيعها؟ قال: نعم.

قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟

قال: لا ينقض البيع السكنى كذلك، سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط والإجارة.

قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من الثقة والعمارة فيما استأجره؟

قال: على طيبة النفس، ويرضى المستأجر بذلك لا بأس. (1)

بناءً على أن المراد بالجعل هنا الوقف ولا الحبس، فتدلل على جواز بيع الوقف المنقطع الآخر من الواقف وإذا جاز بيعها فالعين كانت باقية على ملكه ولم تخرج عن ملكيته حتى ترجع إليه وأما لو كان المراد من الجعل فيها الحبس فلا تنفى بالمقصود ولذا يمكن تأييد الأدلة بهذه الصحيحة فقط.

(وعن المحقق القمي (2) رحمه الله أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبسا، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعة منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقا يلزم مادامت حياة الحابس.

ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وفقا لاعتبار التأيد في تحقق عنوان الوقف،

ص: 415

1-1 . الكافي 13/420، ح 38 (7/38)، ونقلها في وسائل الشيعة 19/135، ح 3، الباب 24 من أبواب كتاب الاجارة عن المشايخ الثلاث في الكتب الأربعة.

2-2 . جامع الشتات 4/81.

والمراد بتأييد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وأما وقوعه حبسا فاستشهد بصحيفة عمر بن أذينة قال: «كنت شاهدا ابن أبي ليلى فقضى فى رجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يؤقّت وقتا، فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذى جعل له غلّة الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمّد بن مسلم التتقى: أمّا إنّ على بن أيطالب قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟

فقال: سمعت أبا جعفر بن محمّد بن على عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام برد الحبس وإنفاذ المواريث.

فقال له ابن أبي ليلى: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتنى به.

قال له محمّد بن مسلم: على أنّ لا تنظر من الكتاب إلّا فى ذلك الحديث، قال: لك ذاك. قال: فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فى الكتاب فردّ قضيته» (1).

أقول: كان فى نسخته رحمه الله «ولم يوقف وقفا» (2)، وفهم منه أنّ الجعل إذا لم يكن وقفا يكون حبسا، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أى بإرادة تملك العين - كما هو الفرض - لا يتحقّق الحبس، والرواية ظاهرة فى إرادة الحبس مطلقا المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أنّ ما كان لله لا يرد؟

فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل فى مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق بمنفعة داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدّة لا يكون استرجاع الدار منافيا له، وبهذا يظهر

ص: 416

1-1 . الكافي 13/408، ح 27 (7/34)؛ وسائل الشيعة 19/223، ح 1، الباب 5 من كتاب السكنى والحبس.

2-2 . بدل «ولم يؤقّت وقتا».



الحال في الحبس بقصد القرية، فتدبر جيداً»(1).

وبالجملة: لم يثبت خروج العين عن ملك الواقف في الوقف المنقطع الآخر.

دليل القول الثاني:

استدل للقول الثاني «بأن للوقف حقيقة واحدة يشترك فيها الوقف المؤبد والمنقطع، فهما متفقان في اندراجهما تحت هذه الحقيقة الواحدة، التي هي انتقال العين الموقوفة بعد إنشاء الوقف إلى ملكية البطن الموجود من الموقوف عليهم ملكية فعلية، وإلى ملكية البطون اللاحقة ملكية شائبة، ولذلك لا يمكن فرض المنقطع وفقاً ثم سلب الحقيقة المذكورة عنه، بل بالضرورة لا بد فيه من انتقال الملكية إليهم فعلاً وشأناً.

أقول: ويرد عليه نقضاً وحالاً:

أما النقض: فإن اعتبار كون الوقف له حقيقة واحدة دعوى لا غبار عليها، لكن هناك موارد تشمل عنوان الوقف مع فقدها للحقيقة المذكورة، كما في وقف المساجد، حيث أن وقفها يشابه تحرير العبيد في فكها عن رقبة الملكية والإضافة، فكما أن وقف المسجد لا يتضمن ملكية الموقوف عليهم له، فيمكن الأمر في المقام كذلك.

أما الحل: [فأولاً: لا تقبل انتقال العين الموقوفة إلى موقوف عليهم ولم يدل دليل عليه.

وثانياً: لا بد من التفريق بين الوقف الدائم والوقف المنقطع برغم اشتراكهما في الحقيقة المذكورة، لأن إنشاء في الوقف الدائم عند العامة والخاصة ليس إلا حبس العين وتسبيل الثمرة، وهم يقتضيان سلب الملكية وآثارها عن الواقف، ونقلهما إلى الموقوف عليهم أبداً إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ولذلك لا يصح فرض تحقق الوقف الدائم واعتبار بقاء ملكية العين للواقف، بل بمجرد إنشاء الوقف تنتقل ملكية العين وآثارها عن الواقف إلى الموقوف عليهم، ويعدّ الواقف عرفاً وعقلاً وعند جميع الملل والنحل - أجنبياً بالمرّة عن العين ومنافعها.

ص: 417

وهذا بخلاف ما عليه الحال في الوقف المنقطع، حيث أنّ الواقف قد سلب عن نفسه من خلال إنشاء المذكور الملكية لمدة محدودة لا دائمة، وبالتالي فلا مانع من اعتبار الملكية له بعد انقضاء الفترة المذكورة، وهذا ما قام عليه الارتكاز العقلائي، ولا أقلّ من أنّ الأصل عند الشكّ في ثبوت هذا الارتكاز والترديد في سعة الدليل وضيقه، هو الاقتصار على القدر المتيقّن من انتقال الملك عنه في الفترة المذكورة، ومن ثمّ عوده إليه.

وهكذا \_ نقضا وحلاً \_ ثبت بطلان دعوى القائلين بانتقال الملك من الواقف في الوقف المنقطع»(1).

وأما دليل القول الثالث:

فالظاهر أنّ دليل السيّد ابن زُهرة عدم تمامية دليل القولين فذهب إلى أنّ الرجوع إلى وجوه البرّ أحوط.

ويرد عليه: مع تمامية أدلة القول الأول أنّ الرجوع أو البقاء على ملك الواقف تام.

### د: بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر

#### إشارة

بناءً على القول الأول في ملكية العين

أعني رجوعها إلى الواقف أو ورثته طلقاً، بل يمكن القول بعدم خروجها من ملك الواقف في هذا القسم.

فحينئذ يمكن القول بصحة بيعها، لأنّ العين باقية في ملك الواقف أو ترجع إليه فيجوز بيعه لأنّه باع ما يملكه.

### المناقشة في صحة هذا البيع بالغرر

قد جاءت المناقشة في صحته بوجود الضرر في هذا البيع وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وأوّل مَنْ تعرض لهذا النقاش

الشيخ أسدالله التستري(2) وتبعه الشيخ الأعظم(3) \_ قدس سرهما \_ ويمكن طرحها بتقريبين:

ص: 418

1- 1 . العقد النضيد 5/ (96-98).

2- 2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /65.

3- 3 . المكاسب 4/102.

«الأول: أن العين الموقوفة على من ينقرض وإن كانت ملكاً للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلووبة المنفعة، لكونها مستحقة للموقوف عليه مدة حياته. ولما لم يكن أمداً إستحقاق المنفعة مضبوطاً بالأعوام لم يعلم المشتري أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعته سنة أو مسلوبها عشر سنين؟ فيصدق «البيع الغررى» عليه، لدخل قصر المدة وطولها في مالية المبيع زيادةً ونقصاً.

والشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعة يوجب غررية البيع ما ذكره في بطلان بيع مسكن المطلقة بالأقراء، لجهالة وقت إنتفاع المشتري بذلك المسكن، لدوران زمان عدتها بين ستة وعشرين يوماً ولحظتين (1)، وتسعة أشهر، وسنة، وخمسة عشر شهراً. (2) فلو باع المالك هذا المسكن فلا بد أن يبيعه مسلوب المنفعة، فإن علم أمداً العدة - كما إذا كانت بالأشهر - صح البيع، فهو نظير بيع دارٍ مؤجرة سنةً. وإن لم يعلم لزوم الجهل بوقت تسليم المنفعة - وهى السكنى - للمشتري، فيبطل البيع.

قال المحقق قدس سره: «لو طلقها ثم باع المنزل، فإن كانت معتدةً بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومة، فيتحقق الجهالة... ولو كانت معتدة بالشهور صح، لإرتفاع الجهالة» (3).

والمقام أولى بالبطلان، لإمكان إستثناء البائع - لمسكن المعتدة - أطول مدةٍ يقطع بعدم زيادة العدة عليها، وهى خمسة عشر شهراً، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدة حياة الموقوف عليه حتى يستثنى الواقف.

الثانى: أنه لا فرق فى مانعية الغرر فى البيع بين الجهل بذات العوضين وبين الجهل بشأنهما من وصفٍ أو خصوصيةٍ كما فى المقام، لكون وقت القدرة على تسليم المنفعة للمشتري مجهولاً (4).

ص: 419

1-1 . راجع شرائع الإسلام 3/23.

2-2 . راجع شرائع الإسلام 3/26.

3-3 . شرائع الإسلام 3/32.

4-4 . هدى الطالب 7/211.

وتبعهما المحقق السيّد الخوئي وذهب إلى غرورية هذا البيع وقال: «نعم، يكون البيع باطلاً من جهة الجهالة فيكون غرورياً فهو منهي عنه لأنّ مدّة انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهولة ومن هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقة المتعددة بالإقراء لجهالة مدّة العدة.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وإن لم يكن فيه مانع من الأخبار مع وجود المقتضى له ولكن جهالة مدّة مانعة عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى»(1).

## مقالة المحققين الخراساني والإصفهاني في صحة المعاملة

### إشارة

ولكن في مقابلهم ذهب المحقق الخراساني إلى عدم غرورية هذه المعاملة وقال: «يمكن أن يقال: إنّ الجهالة إنّما توجب الغرر المضرّ فيما إذا كانت في نفس العوضين، لا في منافعهما، حيث أنّ المنافع ليست مورداً للبيع، ولذا لو لم يعلم مقدارها، وإنّ منفعة هذه العين، قليلة أو كثيرة، لم يضرّ قطعاً. نعم تفاوت المنفعة، توجب تفاوت ماليتها ذى المنفعة، والجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار ماليته، لكن الجهل بمقدار الماليتّة مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، ولو سلّم فلا يكون بمضرّ بلا إشكال»(2).

مراده: «أنّ الغرورية وصفٌ متعلّق للبيع، والقواعد تقتضى لزوم عدم غرورية البيع، لكن غروريتها تكون بغرورية متعلّقه الذي هو العين دون المنافع؛ أي لو كانت الجهالة في ذات العين وأوصافها كانت السبب في تحقّق الغرر المبطل للمعاملة، وأمّا إذا لم تكن العين مجهولة بل كانت الجهالة في المنافع من جهة مدّة التسليم وكيفية ذلك، فإنّ مثل هذه الجهالة لا تكون مضرّة، لعدم سرايتها إلى ذات العين وصفاتها، فإذا كانت العين معلومة الذات والصفات وتحققت القدرة على تسليمها \_ وإن جهل تاريخ التسليم \_ فإنّ مثل هذه العين لا مجال لتأصّف بيعها بالغرور، ومن ثمّ البطلان»(3).

ص: 420

1-1 . مصباح الفقاهة 5/236.

2-2 . حاشية المكاسب /114.

3-3 . العقد النضيد 5/104.

وتبع المحقق الإصفهاني أستاذه الخراساني وذهب إلى صحة المعاملة وأن الجهالة المدعاة لا تضر بصحتها للوجوه التالية وقال: «إنَّ المقتضى لصحة البيع وهي الملكية موجود فلا بدّ من مانع عنه شرعا، وما يكون مانعا [1] إمّا الجهالة بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه؛ للجهل بأمد انقضائها بانقراض الموقوف عليه، [2] وإمّا الغرر.

والأوّل: وإن كان مانعا بعنوانه؛ ولكنه على فرض مانعيته فإنما يمنع إذا كان متعلّقا بمورد البيع وهي العين ذاتا وصفةً، وكلتاها معلومة، والمنفعة أجنبية عن مورد المعاملة \_ وإن كانت كثرتها وقلتها موجبة لزيادة ماليتها وقلتها \_ إلا أنّ اللازم معرفة المال لا معرفة المالية قلة وكثرة.

والثاني: هو الغرر فتوهمه باعتبار أنه تارة من حيث الجهل بذات المبيع، وأخرى بوصفه، وثالثة من حيث الجهل بالتمكّن من التسليم والتسلم؛ مع أنّ أصل القدرة على التسليم معلوم؛ وإمّا المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفةً وتسليما غرريا للجهل بوقت التسليم غير معلوم، ولو فرض كونها غررية فكون مطلق الغرر مانعا \_ مع أنّ العمدة في مانعيته الإجماع \_ غير معلوم، مضافا إلى النص الوارد في الحبس؛ (1) فإنه يُفهم منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر» (2).

وحاصل كلامه: أنّ المعاملة صحيحة للوجوه الثلاثة:

1\_ «بعد فرض أنّ أصل القدرة على التسليم معلوم، وإنّما المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفةً وتسليما، غرريا للجهل بوقت التسليم، غير معلوم.

2\_ ولو فرض كونها غرريةً، فكون مطلق الغرر مانعا \_ مع أنّ العمدة في مانعيته الإجماع \_ غير معلوم.

ص: 421

1-1 . وسائل الشيعة 19/135، ح3، الباب 24 من أبواب الاجارة، صحيحة حسين بن نعيم الصحاف.

2-2 . حاشية المكاسب 3/165 و 166.

3\_ مضافاً إلى النصّ الوارد في الحبس، فإنّه يفهم منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا- يمنع عن صحّة البيع لا- بعنوانه ولا- بعنوان الغرر»(1).

### نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقق

حيث أنّ مقالة الخراساني مطوية في ضمن مقالة الإصفهاني يظهر نقد الأوّل من الثاني.

ويمكن أن يناقش في الوجوه المذكورة في كلام الإصفهاني: «أما الوجه الأوّل: دعواه رحمه الله (بعدم غرريّة المعاملة المعلوم فيها ذاتا وصفة، وتسليماً وإن كان وقت التسليم مجهولاً).

فممنوعة [أولاً]: لأنّ مسلوبيّة المنفعة عن العين تعدّ من الأمور المتعلقة بذات العين ووصفها، وبالتالي فإنّ الجهل بها يؤدّي إلى الجهل بهما، وبذلك يبطل دعواه بمعلوميّة المعاملة ذاتا وصفة.

وثانياً: لو سلّمنا معلوميّتهما، فإنّ البحث في المقام عن الغرر الذي يعدّ من المواضيع الشرعيّة المجعولة والمترتب عليها الآثار، ومثل هذه المفاهيم يعدّ العرف مرجعاً في معرفة سعتها وضيقتها، فإنّ العرف يرى غرريّة المعاملة التي يجهل المشتري الفترة التي يجب عليه فيها الانتظار لكي يقبض المبيع.

وبعبارة أخرى: إنّ العرف يرى هذه المعاملة غرريّاً، فمانعيّة الغرر لأجل أنّ المشتري جاهل بما يقبضه في مقابل ما دفعه من الثمن، ولا يخفى أنّ ماليّة الأشياء مرتبطة بمنافع الأعيان، بحيث لو انتفت المنفعة انتفت الماليّة بتبعها، وكذلك تقلّ الماليّة أو تزيد بتبع قلّة المنفعة وزيادتها، فالمال الذي نجهل حالها مسلوبة المنفعة لعشر سنوات أو لمئة سنة، فإنّ ماليّتها أيضاً تكون مجهولة، ولا شكّ أنّ دفع الثمن في مقابل ما تكون ماليّتها مجهولة غرري، لجهل الدافع بمقدار المنافع التي تعود إليه في مقابل ثمنه المدفوع.

وبالجملة: أنّ الغرر صادق في المقام لجهتين:

ص: 422

أولاً: من جهة الوصف.

وثانياً: لو سلمنا عدم صدقه من جهة الوصف، فإنه صادق من جهة الجهل بالمالية.

أما الوجه الثاني: أن دعواه بعدم مانعية مطلق الغرر صحيحة، فيما لو اعتبرنا الإجماع دليلاً ومستنداً على مانعية الغرر، أما إذا التزمنا بأن المستند هو قوله صلى الله عليه وآله: «نهى النبي عن بيع الغرر» فإن الدعوى مدفوعة، لأن الغرر المنهى عنه في الخبر المذكور قد أسند إلى البيع دون المبيع، ولذلك ينبغي أن نلاحظ أصل المعاملة وكيفية وقوعها، وعن أنها غررية أم لا دون المبيع، ولذلك لا يؤثر معلومية المبيع في صحة المعاملة الغررية.

نعم، لو كان المستند هو الإجماع صحّ البحث عن أن الغرر المنهى بالإجماع هل يختص بالمبيع أو يعمّه؟ ممّا يقتضى في الأدلة اللبّية الاكتفاء بالمتيقن منه، وهو النهي عن الغرر في البيع.

ولكن بعد ما ثبت أن المستند دليل لفظي فلا مجال للمناقشة المذكورة؛ لأنّ البحث يدور حول الوقف المنقطع الذي نجعل أمده، حيث تكون الجهالة من جهة المنافع فيصدق الغرر عرفاً ويشمله عموم دليل النهي.

أما الوجه الثالث: فإنّ استشهاده أخيراً بالنصّ أيضاً عليل؛ لأنّ الوارد في صحيحة حسين بن نعيم أنه.

«سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته، وجعلها له ولعقبه من بعده...»<sup>(1)</sup> فإنّ الاستفادة من ظاهرها السؤال عمّن قام بحبس الدار لسكنى الرجل طيلة حياته ولعقبه بعد وفاته، ولا علاقة لها بالوقف حيث لم يرد فيها ذكرٌ لعنوان الوقف، بل ليس فيها دلالة \_ لا مطابقيّة ولا التزاميّة \_ على الوقف، فتتحصّر دلالتها بالحبس أو لا أقلّ من أن الوقف يصبح مشكوكاً لتردّها بينه وبين الحبس، فتصبح الرواية مجتمعة وتسقط عن قابليّة الاستدلال بها.

وخلاصة الكلام: أنّ غاية ما يستفاد من هذا الخبر أنّه لو قام من حبس داره لسكنى

ص: 423

الرجل وعقبه، ببيع الدار، فإنَّ يبعه صحيح برغم أنَّ سكنى الرجل فيه ثابت ما دام حيًّا.

وبالتالى، فما ذهب إليه الشيخ [الأعظم (1)] والمحقق الإصفهاني من الاستدلال بهذا الخبر ممنوعٌ. بل غاية ما يمكن دعواه أنَّ الخبر إمَّا ظاهر فى الحبس للسكنى، أو أنه مجملٌ، وعند الإجمال يصبح الغرر مانعا عن صحّة البيع، فإذا ثبت غرريّة المعاملة عرفا، فإنَّ مقتضى القواعد الدالّة على بطلان المعاملات الغرريّة بطلان هذه المعاملة» (2).

### المختار فى بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر

صحيحة حسين بن نعيم الصّحّاف (3) تدلّ على صحّة بيعها، لأنَّ المستفاد منها أنَّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يضرب بصحة البيع لا بعنوان الجهل ولا بعنوان الضرر ولذا حكم الإمام عليه السلام فيها بصحة البيع.

فحينئذ الجهل بانقضاء أمد الوقف المنقطع الآخر أيضا لا يضرب بصحة البيع.

وأما ادعاء وجود الغرر فى هذه المعاملة للجهل بمدة مسلووية المنفعة وهو يؤدى إلى الجهل بذات العين ووصفها، مضافا إلى أنَّ العرف يرى هذه المعاملة غرريا فغير تام.

ولظهور عدم تمامية هذا الادعاء نبحت عن معنى الغرر فى كلمات اللغويين:

قال الخليل: «الغَرَرُ كالخطر، وغَرَّرَ بماله أى: حمّله على الخطر.

والغُرُورُ من غَرَّ يَغُرُّ فَيَغُرُّ به المَغْرُورُ. والغُرُورُ: الشَّيْطَانُ. والغَاوُ: الغافل» (4).

وقال ابن دُرَيْدٍ: «... وغَرَّ الرجلُ الرجلَ يَغُرُّ غَرًّا إذا أوطأه عَشْوَةً أو خَبَّرَهُ بكذب... والغَرَرُ معروف... وفعلتُ هذا الأمر على غِرَّةٍ، إذا فَعَلْتُهُ وأنت غيرُ عالمٍ به» (5).

وقال ابن فارس: «غر: ... ومن الباب بيع الغرر، وهو الخطر الذى لا يَدْرِي أىكون أم لا، كبيع العبد الآبق، والطائر فى الهواء. فهذا ناقصٌ لا يتمُّ البيع فيه أبدا. غَرَّ الطائرُ فرخه،

ص: 424

1-1 . المكاسب 4/103.

2-2 . العقد النضيد 5/(108-105).

3-3 . وسائل الشيعة 19/135، ح 3.

4-4 . ترتيب كتاب العين 708/.

5-5 . ترتيب جمهرة اللغة 2/643.



إذا زَقَّه، وذلك لقلته ونُقَصَانِ ما معه»(1).

وقال الراغب الإصفهاني: «عَزَّ: يقال عَزَزْتُ فلانا أصبْتُ عَزَّتَهُ ونَلْتُ منه ما أريده، والعِرَّةُ غفلةٌ فى اليقظة، والغرار غفلةٌ مع غَفْوَةٍ، وأصل ذلك من العُرِّ وهو الأثر الظاهر من الشىء ومنه عُرَّةُ الفرس. وعَزَّزْتُ السيف أى حدته، وعَزَّ الثوب أثر كسره، وقيل اطوه على عَرِّه، وعَرَّةٌ كذا عُرُورا كأنما طواه على عَرِّه»(2).

وقال الزمخشري: «غ ر ر: تغرَّرَ الفرسٌ وتحجَّلَ، وهم عُرَّرَ فرسُك؟ وصبَّحهم الجيُشُ وهم غارُّون أى غافلون. ويقال: «أعُرُّ من ظبي مُقَمِّرٍ» لأنه يخرج فى الليلة المقمرة يرى أنه النهار فتأكله السباع، واغترَّه الأمرُ: أتاه على عِرَّة»(3).

وقال ابن الأثير: «أنه نهى عن بيع الغرر هو ما كان له ظاهر يُعَرَّ المشتري، وباطنٌ مجهول.

وقال الأزهرى: بيع الغرر: ما كان على غير عَهْدَةٍ ولا ثِقَةٍ، وتدخُلُ فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان، من كلِّ مجهولٍ. وقد تكرر فى الحديث»(4).

وقال أبو منصور: «غرر: ... خدعه وأطمعه بالباطل»(5).

وقال الفيومى: «العِرَّةُ: بالكسر الغفلة...»(6).

وأنت ترى أنَّهم يأخذون فى الغرر الخدعة والغفلة والحيلة والاحتيال وقد استعملت مشتقات هذه المادَّة فى القرآن الكريم فى ما يقرب من ثلاثين آية وفى الجميع يرجع معناها إلى الاحتيال والخدعة.

ص: 425

1-1 . معجم مقاييس اللغة 4/381.

2-2 . المفردات /371.

3-3 . أساس البلاغة /322.

4-4 . النهاية 3/355.

5-5 . لسان العرب 5/11 ونقل عنه السيّد محمد حسين الحسينى الجلالى فى تلخيص الذهب من لسان العرب 3/14.

6-6 . المصباح المنير /444.

كما أنّ استعمالها في السنة كذلك كقوله عليه السلام : المغرور يرجع على من غرّه، ونحوها.

وحيث أنّ الاحتيال والخدعة مُنتَفٍ في هذه المعاملة لأنّ ذات العين ووصفها وتسليمها معلوم والجهل بالنسبة إلى وقت تسليم العين مع علم المشتري بالوقفية لا يدخلها في الغرر ولا يضر بصحة البيع المستفاد من صحيحة الصَّحَّاف فالحكم بصحة هذا البيع تام عندنا والحمد لله العالم بأحكامه.

ص: 426

قال الشيخ الأعظم: «ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيرورة المملوكة أمّ ولدٍ لسيّدها، فإنّ ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلافٍ بين المسلمين، على الظاهر المحكّي عن مجمع الفائدة (1)» (2).

هذا البحث القسم الثاني من الأملاك الخارجة عن الطلقة ونبحث عنه مع عدم وجود الموضوع لأُم ولد في هذه الأعصار لعدم اندارس أحكام الله تعالى ولما فيه فوائد ونتائج.

### المسألة إجماعية بين المسلمين

قال السيّد العاملي: «عدم جواز بيع أمّ الولد مع وجوده وإيفاء ثمنها أو القدرة عليه ممّا لا- خلاف فيه بين المسلمين كما في مجمع البرهان (3) والحدائق (4). وفي الغنية (5) الإجماع عليه. وهو ظاهر المبسوط (6) ولم نجد الخلاف إلا من الشيخ ميثم البحراني ذكره في شرح نهج البلاغة (7) على ما هو بيّالي.

ص: 427

1-1 . مجمع الفائدة 8/169.

2-2 . المكاسب 4/107.

3-3 . مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أمّ الولد 8/169.

4-4 . الحدائق الناضرة: في بيع أمّ الولد 18/448.

5-5 . غنية النزوع: في البيع 208/.

6-6 . المبسوط: في الوقوف والصدقات 3/287.

7-7 . لم نعثر عليه حسب ما تفحصنا.

ويتحقّق الإستيلاءُ بعلوقها به في ملكه وإن لم تلجه الروح. والتقييد بحياة ولدها وقع في كثير من عبارات الأصحاب. وهو مبنى على الغالب أو التجوّز، لأنّه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة.

وقد ألحق جماعة (1) بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك في العدّة. ولأنّه لو جوّز غيره لانتفى فائدة منعه وهي بقاؤها على الملك لتعتق، إذ تخرج عن الملك بوجهٍ آخر مثل الصلح والهبة وغيرهما.

ولا خلاف عندنا أنّه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما في مجمع البرهان (2) والإجماع ظاهر الروضة (3) (4).

## تبين المسألة

ثمّ بعد وضوح خروج أمّ ولد عن الطلّقية وأنّه «من الأمور المسلّمة بين المسلمين، فلا وقع للبحث عن دلالة الأدلّة التي أقيمت عليه، وعدم دالّتها كما في حاشية المحقّق الخراساني (5) قدس سره. كما أنّه لا وقع للبحث عن أنّ خروجها عن الطلّقيّة هل هو لحقّ من الله سبحانه عليها، أو لحقّ الولد، أو لحقّ نفسها؟ لأنّ هذه كلّها من علل التشريع، لا من علّة الحكم حتّى تكون وظيفة الفقيه تنقيحها فلا يهّمنا البحث عنها، إنّما المهمّ أمور آخر ينبغي إيضاحها:

الأول: هل يختصّ المنع عن التصرّف فيها بخصوص البيع، أو يعمّ مطلق المعاوضة، أو مطلق النقل ولو لم يكن معاوضةً كالهبة؟ وجوه، بل أقوال، والأقوى هو الأخير.

وتوضيح ذلك: أنّ الأحكام المترتبة على العقود تارةً يستفاد من نفس أدلّتها أو من

ص: 428

1-1 . منهم الأردبيلي في المجمع: في البيع 8/170، والبحراني في الحدائق: في البيع 18/448.

2-2 . مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أمّ الولد 8/170.

3-3 . الروضة البهية: في التجارة 3/257.

4-4 . مفتاح الكرامة 13/134.

5-5 . حاشية المكاسب/115.

مناسبة الحكم والموضوع: أنّها مختصة بالبيع، ولا تجرى في غيره، كخيار المجلس والحيوان.

وأخرى يستفاد: أنّها جارية في مطلق المعاوضة، بيعا كانت أو صلحا أو إجارة، كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجيء: من أنّ قاعدة الانقاساخ قبل التلف تجرى في عوض الخلع والمهر ونحو ذلك؛ لأنّ المدار فيها على الضمان المعاوضي.

وثالثة يستفاد: أنّها جارية في مطلق النقل والانتقال ولو لم يكن معاوضة؛ كالهبة ونقل أمّ الولد فإنّه لا يجوز نقلها عن ملك سيدها ولو بالهبة، فإنّ من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد أنّ الاستيلاء مانع عن التصرفات الناقلة.

بل ادعى بعضهم المنع عن كلّ تصرفٍ كان في معرض النقل كالرهن.

ولكنّ الحقّ: أنّ المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهة المنع عن مطلق التصرف فيها، فإنّ التصرفات الغير المزاحمة لعنتها من نصيب ولدها لا دليل على المنع عنها، ولذا لا ينبغي الإشكال في جواز عتقها، بل المنشأ في المنع عن الرهن قصور أدلة الرهن؛ لأنّ الغرض منه كون المرهون وثيقة للدين، فيباع ويؤخذ الدين من ثمنه، وحيث إنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها.

إلاّ أن يقال: إنّ مرجع ذلك إلى امتناع رهنها؛ لأنّ الرهن يقتضى - طبعاً - أن تكون العين المرهونة مخرجا للدين، وحيث إنّها غير قابلة لذلك فلا يصحّ رهنها، فالمانع ليس مجرد قصور الأدلة، بل لامتناع تحقّق حقيقة الرهن في أمّ الولد.

الثاني: أنّه لا إشكال في أنّ عدم جواز التصرفات الناقلة فيها يدور حدوثا وبقاء مدار حياة الولد، فلو مات ولم يخلف ولدا تصير طلقا. إنّما الإشكال في أنّه لو مات وخلف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها أمّ ولد، أو تخرج مطلقا لكون الولد حقيقة في ولد الصلب، ولا أقلّ من كونه ظاهرا فيه، أو يفصل بين كون ولد الولد وارثا للمولى فتبقى على المنع وعدم كونه وارثا له فتخرج عنه؟ وجوه، [بل

أقوال(1) والأقوى هو الأخير؛ لأنها وإن كان يصدق عليها أم الولد إلا أنها إذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع من جواز بيعها.

الثالث: يكفى الحمل فى المقام وإن قلنا بأن الولد لا يصدق عليه حقيقة، بل يعتبر فيه الانفصال؛ وذلك لقوله عليه السلام: «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل»(2).

ثم إنه لا- يعتبر فى الحمل ولوج الروح، بل يكفى استقرار النطفة فى الرحم إذا كان منشأ نشوء الأدمى. ولا يدل على خلاف ذلك قول [الإمام الصادق] عليه السلام فى مكاتبة يطؤها مولاهما فتحبل حيث قال عليه السلام: «يردّ عليها مهر مثلها، وتسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد»(3)؛ لعدم الملازمة بين زمان السعى والعجز، وبين ولوج الروح غالباً، فإنّ السعى فى أداء مال الكتابة لا يحتاج إلى زمانٍ طويلٍ، ولا سيّما أنّ الغالب انكشاف الأمر فى العجز والقدرة.

الرابع: يعتبر فى الحمل أن يكون ملحقا بالمولى، فإذا زوج أمها ثم وطئها زنا واستولدها فهى ليست بأمّ ولدٍ شرعاً؛(4) لأنّ للعاهر الحجر، إنّما الكلام فى أنّه هل يعتبر الوطء من المولى، أو يكفى كون النطفة منه وإن حصل الحمل بالمساحقة مع من وطئها المولى؟ وجهان: من دعوى الانصراف، ومن أنّ المدار كون الولد ملحقا بالمولى شرعاً ولو كان الوطء محرّماً كما فى حال الحيض، والأقوى هو الأخير؛ لأنّه إذا كان الولد ملحقا به

ص: 430

- 
- 1- 1. ذهب صاحب الحدائق 18/456 إلى أنه ولد فلا يجوز بيعها، وإطلاق كلام ثانى الشهيدين فى الروضة 3/257 والسبزواري فى الكفاية 2/474 إلى جواز بيعها واختار صاحب المدارك فى نهاية المرام 2/318 القول الأخير وهو التفصيل.
  - 2- 2. وسائل الشيعة 23/172، ح 1، الباب 4 من أبواب الاستيلاء، صحيحة محمد بن مارد.
  - 3- 3. وسائل الشيعة 23/158، ح 2، الباب 14 من أبواب المكاتب، معتبرة السكوني، مع اختلافٍ يسير.
  - 4- 4. ليست لأمّ الولد حقيقة شرعية فإذا استولدها من الزنا وكان الولد من المولى تكون الأمة أمّ ولد كما اعترف به الماتن من كفاية كون النطفة من المولى ولو كان الوطى محرّماً. [المؤلف]

فيصدق عليها كونها أم الولد، ولا وجه للانصراف»(1).

الخامس: «لا يخفى أنّ استفادة القاعدة الكليّة من الأخبار أو انعقاد الإجماع عليها لا ينافي وقوع الخلاف في بعض صغرياتها والاتفاق على خروج بعضٍ آخر؛ لأنّ جميع القواعد العامّة قابلة للتخصيص، ففي الموارد التي انعقد الإجماع على الخروج لا كلام فيها، وأمّا في مورد الخلاف فيتمسك بعموم القاعدة، ويمنع جواز نقلها، لا من باب قاعدة المقتضى والمانع فإنّها لا أساس لها أصلاً، مضافاً إلى المنع عن وجود المقتضى للمنع حتّى يرد عليه: أنّ مع إحراز المقتضى والشكّ في المانع يجب الحكم بترتب المقتضى – بالفتح – بل من باب أنّ هذه القاعدة الكليّة من قبيل العناوين الأوليّة التي لا ينافيها طرّو عنوان ثانويّ، فإذا أحرز العنوان الأوّل وشكّ في طرّو العنوان الثانويّ الراجع لعموم المنع يتمسك بالعموم حتّى يثبت التخصيص، كما يتمسك به في الشكّ في رافعيّة الموجود لشبهة حكميّة أو مفهوميّة.

وبالجملة: يُستفاد من الإجماع والأخبار: أنّ نفس عنوان كون الأمة أمّ الولد من العناوين الموجبة لخروج الملك عن الطلقيّة، فإذا ثبت بدليلٍ قطعيّ جواز نقلها في موردٍ فهو، وإلّا يحكم بالعدم»(2).

## صور جواز بيع أم الولد

### الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضة:

[1] إذا كان للمولى دين

[2] ولم يكن له ما يؤديه

[3] وكان الدين ثمن رقبتها بعد موت المولى.

«فإنّ جواز بيعها حينئذٍ موضع وفاق كما في الروضة(3) ولا خلاف فيه كما في

ص: 431

1-1 . منية الطالب 2/(297-295).

2-2 . منية الطالب 2/297.

3-3 . الروضة البهية: في التجارة 3/257.

نهاية المرام (1) لصاحب المدارك والكفاية (2) والرياض (3) (4).

«وأما إذا كان حيًّا أو كان له مال آخر أو لم يكن الدين في ثمن رقبتها فخروجها عن عموم المنع ممنوع، لا سيِّما إذا كان له مال آخر، وإن كان الدين مستغرقاً فإنَّ صاحب العين وإن كان أحقَّ بماله في الدين المستغرق فيما إذا كان المديون حيًّا ولا يضرب مع الغرماء إلاَّ أنَّ هذا الحكم مخصوص بالمفلس، وأما الميِّت الآذى لا ذمة له فصاحب العين أيضا كسائر الغرماء، فإذا كان بعض أمواله متعلِّقا لحقِّ إلهيٍّ أو حقِّ آخر لا يمكن تعلُّق الدين به ككونه أمَّ الولد - مثلاً - لا يصحَّ أخذه للدين.

وبالجملة: المتيقِّن من الخروج عن القاعدة هو المشتمل على القيود الثلاثة.

ويدلُّ عليه: صحيحة «عمر بن يزيد قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهنَّ، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثمَّ لم يؤدِّ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدَّى ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا» (5).

ولا يخفى أنَّ هذه الصحيحة صريحة في القيد منها، وهما: كون الدين في ثمن رقبتها، وعدم مالٍ آخر لمولاها. وظاهرة في القيد الآخر، وهو: موت المولى، فإنَّ ظاهر سؤاله عن أنَّه «لم باع أمير المؤمنين» أنَّ البيع وقع منه عليه السلام بعد موت المولى، وإلاَّ كان المناسب أن يقول: لم أمر أمير المؤمنين عليه السلام ببيع أمهات الأولاد. وهكذا ظاهر قوله عليه السلام: «ولم يدع من المال» أنَّ هذه القضية كانت بعد موت المولى» (6).

ص: 432

- 
- 1-1 . نهاية المرام: في الاستيلاء 2/315.
  - 2-2 . كفاية الأحكام: في الاستيلاء 2/473.
  - 3-3 . رياض المسائل: في الاستيلاء 11/395.
  - 4-4 . مفتاح الكرامة 13/135.
  - 5-5 . من لا يحضره الفقيه 3/139، ح 3512؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة 23/170، ح 1، الباب 2 من أبواب الاستيلاء و 18/278، ح 1، الباب 24 من أبواب بيع الحيوان.
  - 6-6 . منية الطالب 2/298 و 299.



## الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياة مولانا

قد نص على الجواز في هذه الصورة في «الوسيلة(1) والغنية(2) والسرائر(3) والمختلف(4) والإيضاح(5) والدروس(6) واللمعة(7) وحواشى الشهيد(8) وتعليق الإرشاد(9) وجامع المقاصد(10) والروضة(11) والمسالك(12) وهو المنقول عن(13) أبى على. ونسبه الشهيد(14) في حواشيه إلى الشيخين، وستسمع أنه ظاهرهما. وظاهر الغنية(15) أو صريحها الإجماع عليه. وقد أطلق جماعة(16) فقالوا: تباع مع وجود الولد في ثمن رقيبتها مع إعسار مولانا. وقضية كلامهم الجواز مع حياة المولى. وعبارة المقنعة(17) والنهاية هي هذه: ولا يجوز بيعهنّ ولهنّ أولاد أحياء إلا أن يفلس السيّد ويكون أثمانهنّ دينا فيبعن في

ص: 433

- 1-1 . الوسيلة: في العتق والتدبير والمكاتبة /343.
- 2-2 . غنية النزوع: في البيع /208.
- 3-3 . السرائر: في العتق والتدبير والمكاتبة 3/23.
- 4-4 . مختلف الشيعة: في الاستيلاء 8/129.
- 5-5 . إيضاح الفوائد: في البيع 1/428.
- 6-6 . الدروس الشرعية: كتاب أمّ الولد 2/222.
- 7-7 . اللمعة: في البيع /112.
- 8-8 . لم نعر عليه في الحاشية النجارية المنسوبة إليه وأمّا غيرها من الحواشى فلا يوجد لدينا.
- 9-9 . حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره) 9/340.
- 10-10 . جامع المقاصد: في البيع 4/98.
- 11-11 . الروضة البهية: في بيع أمّ الولد 3/257.
- 12-12 . مسالك الأفهام: في بيع أمّ الولد 3/170.
- 13-13 . نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الاستيلاء 8/130.
- 14-14 . لم نعر عليه في الحاشية النجارية المنسوبة إليه وأمّا غيرها من الحواشى فلا يوجد لدينا.
- 15-15 . غنية النزوع: في البيع /208.
- 16-16 . منهم البحراني في الحدائق 18/450، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في البيع 4/98، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط البيع 3/170.
- 17-17 . المقنعة: في إبتياح الحيوان وأحكامه /601.

قضاء الدين وإن كان أولادهنّ أحياء(1)، انتهى.

وهو\_ أى القول بالجواز مع حياة المولى \_ مذهب الأ\_كثر كما فى نهاية المرام لصاحب المدارك(2) والكفاية(3) والمشهور كما فى المفاتيح(4) والأشهر كما فى الرياض(5).

قلت: لم يُعرّف الخِلافُ إلاّ من السيّد المرتضى(6). وقد تردّد المحقق(7) والمصنّف [العلامة] هنا [فى القواعد(8)] وفى التحرير(9) والتذكرة(10) وكأنّه مال إلى المنع فى مجمع البرهان(11).

وقال صاحب المدارك فى نهايته(12) وصاحب الكفاية(13) أنّ القول بالمنع نادر لكنّه لا يخلو من قوة(14).

تدلّ عليها حسنة عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن أمّ الولد تباع

ص: 434

1-1 . النهاية: فى العتق والتدبير والمكاتبة / (547-546).

2-2 . نهاية المرام: فى الاستيلاء 2/316.

3-3 . كفاية الأحكام: فى الاستيلاء 2/473.

4-4 . مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكية وتمامها فى العوضين 3/52.

5-5 . رياض المسائل: فى الاستيلاء 11/395.

6-6 . الانتصار: فى بيع أمّهات الأولاد / 383.

7-7 . شرائع الإسلام: فى بيع أمّ الولد 2/17.

8-8 . القواعد 2/23.

9-9 . تحرير الأحكام الشرعية: فى بيع أمّ الولد 2/280.

10-10 . تذكرة الفقهاء: فى بيع أمّ الولد 10/41.

11-11 . مجمع الفائدة والبرهان: فى بيع أمّ الولد 8/171.

12-12 . نهاية المرام: فى الاستيلاء 2/316.

13-13 . كفاية الأحكام: فى الاستيلاء 2/473.

14-14 . مفتاح الكرامة 13/136 و 137.

فى الدّين؟ قال: نعم فى ثمن رقبتها. (1)

وبهذه الحسنة تمسك الشهيد والمحقق الثمانين (2).

كما تدل عليها صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن أمّ الولد؟ قال: أمة تباع وتورث وتوهب، وحدّها حدّ الأمة. (3)

المحمول إطلاقها على روايتى ابن يزيد فتباع فى ثمن رقبتها.

ومن المعلوم أنّ موت المولى وعدمه لا يؤثر فى صحة بيع أم الولد وعدمها لأنّ ثمن رقبة الأمة لا بدّ أن يؤدى بلا فرق بين حياة المولى وموته، فتقييد حسنة ابن يزيد بصحيحته الظاهرة فى موت المولى وبقرينة أنّ لفظة «تباع» يستعمل فى ما بعد الموت، كما يظهر من المحقق النائينى (4) غير تام.

فيظهر مما ذكرناه: «أنّ استيلاء الأمة يُحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها، إلاّ إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة» (5).

### الصورة الثالثة: بيع أم الولد فى الدين الذى استقرضه المولى واشترى به الأمة.

ولم يتمكن من أدائه، فيصح أن يطلق على هذا البيع أنّه «فى ثمن رقبتها» (6) أو «فى فكاك رقابهنّ» (7). فيكون البيع صحيحاً.

### الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذى كان فى ذمّة المولى

والدليل على ذلك صحة إطلاق هذا البيع من أنّه فى ثمن رقبتها.

ص: 435

1-1 . وسائل الشيعة 18/278، ح2.

2-2 . راجع الروضة البهية 3/257؛ وجامع المقاصد 4/98.

3-3 . وسائل الشيعة 18/279، ح3.

4-4 . منية الطالب 2/299.

5-5 . المكاسب 4/121.

6-6 . وسائل الشيعة 18/278، ح2، حسند عمر بن يزيد.

7-7 . وسائل الشيعة 18/278، ح1، صحيحة عمر بن يزيد.

## الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة

«كما إذا اشترط البائع على المشتري أن ينفق عليه مدّة ولم يتمكّن من الإنفاق إلاّ ببيع الجارية، أو اشترط عليه أن يخيط له ثوبا، أو يعمل عملاً يتوقّف الوفاء به على بيع الأمة، فإنّ بيعها للوفاء بالشرط بمنزلة بيعها لأداء بعض ما عليه من الثمن؛ لأنّ للشرط قسطا من الثمن»(1).

ولكن الصحيح أنّه لا- يصدق عليها أنّها تباع في ثمن رقبته لأنّ «قسطا من الثمن وإن كان في اللبّ واقعا بإزاء الشرط إلاّ أنّ في عقد المعاوضة لم يجعل بإزائه شيء فكيف يصدق أنّها تباع في ثمن رقبته؟»(2).

## الصورة السادسة: تعلق ضمان اليد بها

«بيعها لأداء قيمتها إذا تعلق بها ضمان اليد، كما إذا كان للبائع حقّ الفسخ وفسخ بعد الاستيلاء، بناءً على جواز تصرف المشتري في زمان خيار البائع، وبناءً على أنّ الاستيلاء، اللاحق مانع عن الحقّ السابق، فحيث لا يمكن ردّ نفس الرقبة فهي بمنزلة التلف، فلا بدّ من ردّ قيمتها، وإذا لم يتمكّن منه فتباع لأداء القيمة التي يضمنها للمشتري»(3).

ولكن بيعها في هذه الصورة «بمنزلة بيعها في دين آخر؛ لأنّ المفروض أنّه أدى ثمن رقبته، والبدل الذي يجب عليه الردّ بعد الفسخ لا ربط له بثمن رقبته، مع أنّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثمن وصحّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصليّ الذي باعها»(4).

## الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاهما

«فيدفع ثمنها في الجناية، أو رقبته إن رضى المجنى عليه، ولو كانت الجناية على

ص: 436

1-1 . منية الطالب 2/302.

2-2 . منية الطالب 2/303.

3-3 . منية الطالب 2/303.

4-4 . منية الطالب 2/303.

مولاهما لم يجز، لأنّه لا يثبت له على ماله مال»(1).

### الصورة الثامنة: إذا عجز مولاهما عن نفقتها

«ولو أمكن تأديتها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه، وقوفا فيما خالف الأصل(2) على موضع الضرورة(3)»(4).

### الصورة التاسعة: إذا مات قريبها

«ولا وارث له سواها لتعتق وترثه وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاة مولاهما»(5).

### الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان

«فيقدم حق المرتهن لسبقه، وقيل: يقدم حق الاستيلاء، لبناء العتق على التغليب، ولعموم النهي عن بيعها»(6).

### الصورة الحادية عشرة: إذا كان علوقها بعد الإفلاس

«أى بعد الحجر على المفلس، فإنّ مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الدّيان بالمال والخلاف هنا كالرهن»(7).

### الصورة الثانية عشرة: بيعها عن من تنعتق عليه

«فإنّه فى قوة العتق فيكون تعجيل خيرٍ يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إنّ المنع من البيع لأجل العتق»(8).

ص: 437

1-1 . الروضة البهية 3/257.

2-2 . المراد من الإصل هنا «الاستصحاب» أى استصحاب عدم جواز بيع الامة المستولدة.

3-3 . المراد من الضرورة هو «امكان بيع بعضها»، فإنه إذا امكن ذلك يقتصر عليه.

4-4 . الروضة البهية 3/257.

5-5 . الروضة البهية 3/258.

6-6 . الروضة البهية 3/258.

7-7 . الروضة البهية 3/258.

8-8 . الروضة البهية 3/259.

### الصورة الثالثة عشر: جواز بيعها بشرط العتق

لما مرّ من أنّ المنع لأجل العتق «فإن لم يفِ المشتري بالشرط فسخ البيع وجوبا، فإن لم يفسخه المولى احتمل انفساخه بنفسه، وفسخُ الحاكم إن اتفق»(1).

### الصورة الرابعة عشر: بيعها في كفن سيدها

«إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه»(2).

### الصورة الخامسة عشر: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها

إذا أسلمت قبل مولايها الكافر أو أسلم أبوها أو جدها «وهي مجنونة، أو صغيرة، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه وهذه في حكم إسلامها عنده»(3).

### الصورة السادسة عشر: إذا كان ولدها غير وارث

«لكونه قاتلاً، أو كافراً، لأنّها لاتعتق بموت مولايها حينئذ، إذ لا نصيب لولدها»(4).

### الصورة السابعة عشر: إذا خرج مولايها عن الذمة

وَمِلِكْتُ أَمْوَالِهِ الَّتِي هِيَ مِنْهَا.

### الصورة الثامنة عشر: إذا لحقت أم الولد

بدار الحرب ثم استرقت.

### الصورة التاسعة عشر: إذا كانت لمكاتب

مشروط ثمّ فسخ كتابته.

### الصورة العشرون: بيعها في حقّ المضمون للمولى

«إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثمّ أولدها، فإنّ حقّ المضمون له أسبق من حقّ الاستيلاء كالرهن والفلس السابقين»(5).

ص: 438

1-1 . الروضة البهية 3/260.

2-2 . الروضة البهية 3/260.

3-3 . الروضة البهية 3/261.

4-4 . الروضة البهية 3/260.



لا يخفى أنّ جلّ هذه الصور غير منصوطة وللنظر فيه مجال واسع كما اعترف به الشهيد الثاني وقال رحمه الله : «في كثير من هذه المواضع نظر»<sup>(1)</sup>.

وقد بحث الشيخ الأعظم<sup>(2)</sup> حول هذه الصور تفصيلاً وتبعه المحقق النائيني<sup>(3)</sup> ولكن نظوى الكلام فيها لعدم وجود الموضوع في هذا الزمان ونكتفى بهذا المقدار والحمد لله ربّ الأحرار.

ص: 439

---

1-1 . الروضة البهية 3/261.

2-2 . المكاسب 4/107 وما بعدها.

3-3 . المكاسب والبيع 2/407 وما بعدها.



العين إذا تعلّق بها حقّ الرهن تكون المرهونة وهي ملك للراهن ولكن تعلّق عليها حقّ المرتهن فليست ملكاً طلقاً لتعلّق حقّ الغير بها وهذا الحقّ عدّ مانعاً من التصرفات المالكى نحو البيع.

ثم إن هاهنا ثلاث نكاتٍ لا بدّ من توضيحها في خلال البحث:

الأولى: اتفق الفقهاء على أنّ المالك الراهن «لايستقلّ بالتصرف يعنى ليست للمالك حالة التسلط على عينه بحيث كان جاز له قبل الرهن أن يبيع ويؤجر ويهب ولكن ليست له هذه الحالة بعد الرهن»<sup>(1)</sup>.

وقد حكى<sup>(2)</sup> عن الشيخ<sup>(3)</sup> إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك.

الثانية: بيع المالك الراهن وعقده هل يقع باطلاً كلياً؟ أم يكون موقوفاً فإذا يتبعه إذن المرتهن وإجازته يصير صحيحاً؟

ذهب إلى البطلان كلّ من أصحاب المقنعة<sup>(4)</sup> والمبسوط<sup>(5)</sup> والخلاف<sup>(6)</sup>

ص: 440

1-1 . تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 5/14.

2-2 . الحاكي هو الشيخ أسدالله التستري في المقابس /188.

3-3 . الخلاف 3/253، مسألة 59.

4-4 . المقنعة /622.

5-5 . المبسوط 2/209.

6-6 . الخلاف 3/227، مسألة 14.

والمراسم(1) والغنية(2) والسرائر(3) والمقابس(4). وظاهر الغنية(5) أو صريحها دعوى الإجماع على ذلك.

وذهب إلى أنّ العقد الرهن موقوف على إجازة المرتهن كلّ من أصحاب النهاية(6) والوسيلة(7) والشرائع(8) وإرشاد الأذهان(9) وتذكرة الفقهاء(10) وإيضاح النافع(11) ومجمع الفائدة(12) والحدائق(13) والمكاسب(14).

الثالثة: على فرض صحة عقد الرهن وتوقفه على إجازة المرتهن هل يجرى هنا ما جرى في بيع الفضولى من الأقوال في الإجازة نقلاً وكشفاً أو لا؟ وأنّ إجازة المرتهن هنا ليست إلاً ناقلاً.

## المانع من صحة بيع العين المرهونة

### إشارة

نعلم أنّ الرهن لا يوجب زوال ملكية الرهن عن العين فيجوز له بيع ملكه لقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وقوله صلى الله عليه وآله: لا بيع إلاً في ملك.

ص: 441

- 1-1 . المراسم /192.
- 2-2 . غنية النزوع /243.
- 3-3 . السرائر /2/417.
- 4-4 . مقابس الأنوار /190.
- 5-5 . غنية النزوع /244.
- 6-6 . النهاية /433.
- 7-7 . الوسيلة /266.
- 8-8 . الشرائع /2/17.
- 9-9 . إرشاد الأذهان /1/361.
- 10-10 . تذكرة الفقهاء /10/42.
- 11-11 . إيضاح النافع، نقل عنه في مفتاح الكرامة /13/142.
- 12-12 . مجمع الفائدة /8/171.
- 13-13 . الحدائق /18/458.
- 14-14 . المكاسب /4/154.

ولكن قد يقال بوجود المانع عن صحة هذا البيع. والمانع على أقسام:

## 1\_ الإجماع

الإجماع الوارد في الخلاف والغنية كما مرّ على عدم صحة بيع العين المرهونة.

ولكن يرد عليه: أولاً: عدم تمامية هذا الإجماع لأنّ جماعة من الأصحاب يقولون بصحة هذا البيع ولكنّه موقوف على إجازة المرتهن كما عليه الشيخ نفسه في النهاية كما مرّ.

وثانياً: وجود أخبار على ما ادعاه الشيخ في ذلك ومن المحتمل أنّها كانت مدرك هذا الإجماع.

وثالثاً: قد ادعى في المقام وجود مانع عقلي عن صحة هذا البيع ويمكن استناد المجمعين إلى هذا المانع العقلي في الحكم بعدم صحة هذا البيع.

فلا عبره بهذا الإجماع في المقام ولا بدّ من البحث حول الأخبار والمانع العقلي المدعى.

## 2\_ الأخبار

منها: قوله صلى الله عليه وآله : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.(1)

وأرسلها العلامة عنه عليه السلام في المختلف(2).

وأما من حيث الدلالة فتقريب الاستدلال: أنّها تمنع طرفي الرهن عن التصرف في العين المرهونة:

«أما من جهة الموضوع، فلا يخفى أنّ التصرف قد يكون خارجياً كالأكل واللبس، وقد يكون اعتبارياً كالبيع والصلح والهبة.

وأما من جهة الحكم المحمول، فإنّ العنوان المأخوذ في المرسله هو كونهما ممنوعان من التصرف، وإطلاق المنع عن التصرف يقتضى المنع بقول مطلق، ومعلوم أنّ

ص: 442

1-1 . درر اللآلى 1/368 لابن أبيجمهور الأحسائي ونقل عنه في مستدرک الوسائل 13/426، ح6.

2-2 . مختلف الشيعة 5/421.

هناك فرقٌ جوهري بين مطلق المنع والمنع المطلق، فلو كان مدلول المرسلة مطلق المنع كانت عاجزة عن الدلالة على بطلان البيع، بخلاف ما إذا أفادت المنع المطلق؛ لأنّ مثل هذا المنع يدلّ على الممنوعيّة بقول مطلق، الشامل المنع عن التصرف تكليفاً ووضعاً، وتكون النتيجة بطلان بيع العين المرهونة»(1).

قد يناقش على هذا التقريب بوجهين:

1\_ المنع من التصرف: مختص بالتصرفات الخارجية دون التصرفات الاعتبارية، لعدم صدق التصرف عرفاً في الاعتبارية منها، فلا يصدق على مجرد البيع أو الإتهاب عنوان التصرف ولا أقلّ أنّه مشكوك الصدق فلا تعمها المرسلة.

ويجاب عنه أولاً: التصرف صادق عرفاً على التصرفات الاعتبارية من المالك الأصيل الذي عدّ ذو الحقّ فيها.

وثانياً: قد اعتبر الفقهاء التصرفات الاعتبارية الصادرة من طرفي الرهن تصرفاً في المال.

2\_ المنع من التصرف هل هو حكم تكليفي أم يعمّ الوضعي؟ والظاهر أنّه تكليفي محض فلا يدلّ على بطلان البيع.

ويرد عليه: حيث ثبت أنّ المراد من التصرف أعمّ من الخارجي والاعتباري فكذلك المنع عنه بمقتضى إطلاقه يكون منعا للراهن والمرتهن التصرف في العين تكليفاً ووضعاً.

لا يقال: فيلزم من حمل المنع على التكليف والوضع استعمال اللفظ الواحد في المعنيين والمشهور لا يجوزونه.

لأنّنا نقول: نحن لا نمنع من استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما مرّ في أبحاثنا الأصولية، مضافاً إلى أنّ المنع من استعمال اللفظ في المعنيين لا تسرى إلى موادّ الحِلّ والمنع والرخصة ونظائرها، لأنّ هذه الموادّ قادرة على تحمّل كلا المعنيين

ص: 443

«والشاهد على ذلك أنّ الفقهاء استفادوا من إطلاق الحليّة في قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» حليّة البيع وحرمة الرّبا وضعا وتكليفًا، أي حليّة البيع ونفوذه وحرمة الرّبا وبطلانه، والمرسلة من هذا القبيل، فإطلاق المنع فيها يفيد ممنوعيته مطلقًا، الشاملة لجهتي الوضع والتكليف، لا أحدهما بالخصوص، لاستلزامه المنع من جهة لا مطلقًا»(1).

لا يقال: «إنّ دعوى عموميّة المنع للجهتين، تصحّ فيما إذا كان إسناد الحِلِّ والحرمة إلى ذات الفعل، كما في الآية الشريفة، وأمّا إذا كان إسنادهما إلى الفاعل فإنّ إطلاق المنع اختصاصه بالتكليف دون الوضع.

وبعبارة أخرى: هناك فرق بين إسناد الحكم إلى الفعل وإلى الفاعل، أمّا في الأوّل فإنّ الحرمان من الفعل بقول مطلق يقتضى الوضع والتكليف معًا، أمّا في الثّاني فإنّ نسبة الحرمان إلى الفاعل يقتضى التكليف دون الوضع»(2).

لأثبات قول: «أنّ دعوى التفصيل المذكور ممنوعة، بل إنّ دلالة نسبة الحكم إلى كليهما على حدّ سواء، فكما أنّ ممنوعيّة الفعل بقول مطلق، حيث تقتضى الوضع والتكليف، كذلك الحال في ممنوعيّة الفاعل بقول مطلق، حيث تقتضى عدم الرخصة، وعدم الصّحّة معًا، وإلاّ لو انحصرت بخصوص التكليف دون الوضع لما صدق عليها الممنوعيّة بقول مطلق»(3).

«وبالجملة: ثبت اندفاع ما نُوقش في دلالة المرسلة موضوعًا وحكمًا.

فمن جهة الموضوع، ثبت بطلان ما قيل من اختصاصها بالتصرّفات الخارجيّة دون الاعتباريّة.

ومن جهة الحكم أيضًا ثبت إطلاقها الشامل للحكم الوضعي والتكليفي، ولذلك فإنّها دالّة على المنع مطلقًا»(4).

ص: 444

1-1 . العقد النضيد 5/122.

2-2 . العقد النضيد 5/122.

3-3 . العقد النضيد 5/123.

4-4 . العقد النضيد 5/123.

### 3\_ المانع العقلي وهو التنافي بين البيع والرهن

قد مرَّ أنّ حقيقة البيع إمّا تبديل «طرفي الاضافة\_ على مسلك المحقّق النائي\_ أو تملك عين بعوض، بحسب مسلك الشيخ رحمه الله .  
أمّا حقيقة الرهن:

أ: في كلمات اللغويين: فقد استعمل الرهن في كلمات اللغويين:

تارة: في الثبات والدوام، كقولهم: (نعمة راهنة) أي ثابتة ودائمة.

وأخرى: في معنى الحبس.

وعليه فاللفظ مشترك بينهما.

ولكن من الصعب الالتزام بالاشتراك اللفظي؛ لأنّ اللغويين غالباً ما يستعملون المفهوم بدل المصداق أو بالعكس، أي يدخّلون خصوصيات المصداق وآثاره في ضمّن معنى اللفظ ومفهومه، وكذلك بالعكس، ومن هنا يمكن القول بأنّ التحقيق في معنى الرهن يرشدنا إلى أنّ له معنى واحد وهو الحبس، نعم الثبات والدوام متلازمان له... .

ب: في كلمات الفقهاء: فقد عرفه الفقهاء بأمرين:

1 . الحبس، (2) وكونه استيثاقاً للدين.

أمّا الأمر الثاني: فلا اعتبار به، لأنّ الاستيثاق يعدّ غرض الراهن لا حقيقة الرهن وواقعه.

أمّا الأمر الأول: فبالرغم من مساعدة اللغة له، لكن لو دققنا في حقيقة الأمر لوجدنا أنّ الرهن ليس عين الحبس ظاهراً، وإن يتضمّن الأول بعض خصائص الأخير، والشاهد على ذلك صحّة إنشاء كلّ واحد منهما مستقلاً دون أن يتبادر معنى الآخر إلى ذهن المنشئ والسامع، فيصحّ القول: (حبستُ هذه العين) و(رهنْتُ هذه العين)، وهذا شاهد على أنّ الحبس لا يعدّ عين الرهن ولا حقيقته، بل إنّ الرهن سنخ معنا يكون لازمه الحبس، وإدخال الحبس في حقيقة الرهن يعدّ خلطاً بين اللازم والملزوم... .

بعد وضوح هذه المقدّمة، الحقّ أنّه لا تنافي بين الإيثاق للدين والبيع عقلاً، فيما لو قلنا ببقاء حقه على العين، وإمكان استنقاذ ماله حتّى ولو انتقلت بالبيع إلى الغير؛ لأنّ

مجرد الانتقال لا ينافي مع قدرة الدائن على استنقاذ حقه من العين الثابتة في يد المشتري.

نعم، لو قيل إن الانتقال يؤدي إلى عجز المرتهن عن استرجاع ماله لو امتنع الراهن، فإن البيع يعد منافياً للاستيثاق، ولكنه ممنوع والحق هو الأول.

والحاصل أن مجرد الانتقال من خلال البيع لا ينافي الرهن، والشاهد على ذلك أنه لو مات الراهن، فإن دليل الإرث لا يتخصّص، بل تنتقل ملكية العين المرهونة من الراهن إلى الورثة متعلقاً بها حق الرهانة، ولا يخفى وحدة البيع والإرث، لأن الأول انتقال اختياري، والآخر انتقال قهري، والفرق بينهما كالفرق بين المصدر واسمه، فجهة المصدرية لا تأثير لها في حقيقة الأمر، فإذا وجدت المنافسة تكون في جهة اسم المصدر؛ أي في انتقال العين من الراهن، وإلا فإن مجرد إنشاء النقل لا يعقل كونه منافياً مع الرهن وحقيقته، فالمعنى الاسم المصدرية موجود في الإرث من دون أن ينافي الرهن بالضرورة.

وعليه، فلا مانع من وقوع البيع أو الصلح على العين المرهونة.

أما في صورة الشك: أي إذا تردّد الفقيه في معرفة حقيقة الرهن، ووصل الدور إلى الشك فيها، فإن الشبهة الحاصلة حينئذ تكون شبهة مفهومية، ومقتضى القاعدة لزوم التمسك بعموم دليل الحل وإطلاقه، حيث يشملان بيع الرهن، وعلى مدعى البطلان إبداع المانع عقلاً أو شرعاً، فيعود الشك حينئذ إلى تحقق المانع العقلي بالنسبة إلى البيع، والقاعدة الثابتة هي أنه متى تمّ مقام إثبات الإطلاق، وعاد الشك إلى قيام المانع العقلي وعدمه، فإن حجّية الإطلاق والعموم - من جهة حجّية مثبتات الأصول اللفظية - تدفع الشك من جهة احتمال قيام المانع العقلي.

والنتيجة: هي صحة البيع إلا فيما إذا ثبت قيام المانع العقلي عنها.

وخلاصة البحث: ثبت ممّا ذكر أنّه لا دليل على المنع من بيع العين المرهونة، كما أنّه لو وصل الدور إلى الشك في جواز البيع وعدمه، فإنّ إطلاقات أدلّة جواز البيع ونفوذه وعموماتها تدفعان مثل هذا الشك، إذ ليس مقابل عموم «أحلّ الله البيع» و«أوفوا

بِالْعُقُودِ» من مانعٍ يمنع عن نفوذهما إلا أن المانع، وقد بحثنا عن الموانع العقلية والتقليية المدعاة، وثبت أنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً»(1).

## القولان في بيع العين المرهونة

### إشارة

قد مرّ (2) القولان في بيع العين المرهونة وهما:

1\_ البطلان

2\_ الصحة إذا لحقه إذن المرتهن.

وأما أدلتهما:

### 1\_ أدلة القول بالبطلان

### إشارة

مضافاً إلى ما مرّ، ذهب صاحب المقابس إلى البطلان مستنداً له: أن النهى المتعلق بالمعاملة على قسمين:

«تارة: يكون النهى متوجّهاً إلى أمر خارج عن ذات المعاملة، ومثله لا يستلزم بطلان المعاملة، كالنهي عن البيع وقت النداء، فإنّ النهى برغم تعلّقه بعنوان البيع، لكنّه قد تعلّق به من جهة أمر خارج عن البيع وهو مزاحمة البيع لصلاة الجمعة، فإذا لاحظنا الآية الشريفة (3) نجد أنّ الأمر لبا قد توجّه إلى لزوم القيام بصلاة الجمعة فوراً، أمّا النهى فلم يتوجّه إلى البيع بما هو بيع، بل توجّه إليه باعتبار أنّه يزاحم الجمعة، ولذلك يعمّ كلّ ما يمنع الإنسان عنها سواء كان بيعاً أم غيره، وعليه فلا يُعدّ البيعُ - ولو وقع - فاسداً ومفسداً إذ لم يتوجّه إليه النهى بخصوصه، بل النهى توجّه إلى مطلق المزاحم الذي انطبق على البيع.

وأخرى: يكون النهى متوجّهاً إلى ذات المعاملة لا لأمر خارج عنها، ومثله يستلزم بطلان العقد وفساده.

أمّا الصغرى: أنّ النهى المتوجّه إلى بيع الراهن يعدّ من مصاديق القسم الثاني دون الأول، لأنّ النهى توجّه إلى بيع الراهن بذاته، مثل النهى المتوجّه إلى بيع الوقف وأمّ الولد

ص: 447

1-1 . العقد النضيد 5/ (127-124) باختصار وتلخيص.

2-2 . راجع هذا المجلد صفحة 440.

3-3 . سورة الجمعة /9.



ممّا يوجب بطلانه وفساده.

ثمّ قال المحقّق التستري: معترضاً على نفسه بقوله:

فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع \_ كما دلّت عليه الرواية \_ فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم. (1)

وأجاب عنه بما خلاصته: أنّ التصرف المنهى عنه على قسمين:

تارة: يعدّ تصرفه في مال الغير تصرفاً تكوينياً وانتفاعاً منه، فهو محرّم ولا تحلّله الإجازة اللاحقة، وذلك بمقتضى إطلاق قوله: «لا يحقّ لأحد أن يتصرف في مال الغير إلاّ بإذنه».

وأخرى: يعدّ تصرفه تصرفاً اعتبارياً كالعقد والإيقاع، وهو على قسمين:

1\_ تارة: يقعان نيابة عن المالك أو عمّن بيده الأمر من الإيقاعات كالطلاق والعتق.

2\_ وأخرى: يقعان مُستعملين عن الغير.

أمّا التصرف الاعتباري على النحو الأول: فإنّه يمكن تصحيحه من خلال الإجازة؛ لعدم تعلّق النهي به فضلاً عن أنّ العقد والإيقاع الواقعان نيابةً لا يصدق عليهما التصرف في مال الغير. والعقد الفضولي من هذا القبيل.

أمّا التصرف على النحو الثاني: كبيع الغاصب عن نفسه، فإنّه يعدّ تصرفاً في مال الغير الذي توجه إليه النهي بذاته.

فإذا اعتبرنا بيع الفضول من هذا القبيل عدّ باطلاً، وأمّا إذا اعتبرناه من القسم الأول فليس باطلاً.

وبالجملة: دَفَع المحقّق التستري عمّا قد يرد عليه من النقص ببيع الفضولي بقوله: «العقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً وقد لا يكون كذلك».

ص: 448

ثم يقول في مجال تطبيقه على البيع المرهون: إنه تارةً يلاحظ من جهة بيع المرتهن، وأخرى المالك [الراهن].

أمّا الأول: الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان، كان منهياً عنه.

وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرّد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به النهي أصلاً.

أمّا الثاني: وهو البيع الصادر من المالك [الراهن]، فإنّه باطلٌ «لما حُجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلاّ مستنداً إلى ملكه، لانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصد النيابة، فهو منهى عنه، لكونه تصرّفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثابت عليه» (1) (2).

### مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها

ناقش الشيخ الأعظم في كلام صاحب المقابس من خلال ستة مناقشات:

«المناقشة الأولى: «منع الفرق في الحكم بين ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة» (3).

بيان ذلك: إنّ ما يتحقّق من خلال البيع أمرٌ واحد وهو تمليك عين بمال \_ حسب تفسير الشيخ \_ ، سواء صدر ممّن أوقعه نيابةً عن الغير أو مستقلاً؛ لأنّ الحقيقة الحاصلة من خلال البيع هي وقوع المعاملة بين المالكين، وأمّا طرفي المعاملة فهما أجنبيّان عن حقيقته، ولذلك فإنّ صدوره عن المالك أو عن الغير مستقلاً أو غير مستقلّ لا تأثير لها في الحقيقة الحاصلة، وعليه فإنّ بيع الغاصب \_ مستقلاً أو نيابةً عن المالك \_ لا مدخلية له في المبادلة الحاصلة بين المالكين من خلال الإنشاء.

نعم، المعاملة الحاصلة إذا لحقتها الإجازة تكون نافذة وإلاّ فلا، وإجازة المالك وتوقع صدورها خارجان عن حقيقة البيع المُنشأ.

ص: 449

1-1 . كما نقل عنه في المكاسب 4/157.

2-2 . العقد النصيد 5/ (140-138).

3-3 . المكاسب 4/158.

المناقشة الثانية: (منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج، للفساد)(1).

أى لو تنزلنا وسلّمنا بأنّ الإنشاء الصادر من الغاصب والفضول يعدّ تصرفاً منهياً عنه، إلّا أنّ مثل هذا النهى لا يستلزم الفساد، فضلاً عن أنّ مجرد الإنشاء لا يعدّ تصرفاً فى مال الغير ولا غصباً له.

ردّ المناقشة الثانية

يقتضى المقام البحث عن أمرين:

1 . عن حقيقة التصرف.

2 . وعن أنّ النهى لا لأمر خارج لا يقتضى الفساد:

الأمر الأوّل: أنّ حقيقة التصرف لغةً هى التغيير، وصرف الشيء من حالٍ إلى حالٍ آخر، ولا يخفى أنّ الشارع عدّ فهم العرف معياراً لمعرفة مداليل الأحكام الشرعيّة وحدودها، فإذا كان معنى التصرف عندهم منصرفاً إلى التبدلات والتحوّلات الخارجيّة، ثبت كلام الشيخ، لكن الصحيح أنّ العرف يرى مفهوم التصرف أعمّاً منهما، بمعنى أنّ ما يصدر من المالك من إنشاء البيع لأمواله يعدّ تصرفاً عرفاً، حتّى قبل تحقّق تسلّط المشتري على المال، وأمّا الإنشاء الصادر ممّن ليس له الأهليّة العرفيّة والعقلائيّة كالفضول لا يعدّ تصرفاً يترتّب عليه الأثر.

نعم، تسلّط الغاصب على المال وقيامه بالإنشاء الذى يعدّ موضوعاً للأثر عند العقلاء، موجبٌ لصدق عنوان التصرف عرفاً، ومن مصاديقه قيام السلطان الجائر ببيع أموال الناس لصدق التصرف عرفاً على الإنشاء الصادر منه.

وبناءً عليه، فإنّ للتستري أن يرد على الشيخ موجبة جزئية بقوله: إنّ الفعل الاعتبارى الصادر ممّن له كلمة نافذة وجهة استقلاليّة عرفاً \_ كالمالك والغاصب والسلطان \_ يصدق فيه عنوان التصرف.

الأمر الثانى: يدعى الشيخ أنّ النهى وإن تعلق بنفس عنوان المعاملة والبيع، إلّا أنّنا

ص: 450

لا نعتقد بأنَّ كلَّ نهى متعلِّق بعنوان غير خارجٍ عن المعاملة يقتضى الفساد، لأنَّ هناك فرقا بين باب التكاليف وباب الوضعيات، فما جرى فى الأوّل لا يجرى فى الثانى بالضرورة، وكذلك العكس.

هذا فضلا عن أنّه يجب ملاحظة متعلِّق النهى المولوى، حيث يعتبر فى المتعلِّق:

الإضافة إليه سبحانه وتعالى تارةً:

وأخرى لا يعتبر فيه الإضافة إليه سبحانه.

والنهى فى الأوّل يستلزم فساد المتعلِّق؛ لأنَّ العمل المنهَى عنه لا يجتمع مع الإضافة إليه سبحانه، ولذلك نحكم بأنَّ النهى التكليفى فى العبادات يستلزم الفساد، لمنافاته مع عنوان العبادة.

وأما النهى فى النوع الثانى \_ كالنهى عن البيع \_ فإنّه لا يستلزم فساد متعلِّقه، إذ لا ملازمة عقلية ولا شرعية ولا عرفية بين النهى وحقيقة البيع، فيصحّ البيع ويشمله عموم دليل الحلّ.

وبعبارة أخرى: يدعى الشيخ أنّه يصدق على هذا التبادل عنوان البيع، فيندرج فى موضوع دليل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» حيث أنّ مقتضيه تامّ، ومانعه الحرمة التكليفية المنحصرة [وهى لا تدلّ على بطلان البيع ف\_] يثبت صحّة العقد برهانا لوجود المقتضى وفقد الموانع.

وقد تابع الشيخ فى دعواه المذكورة جماعة، وحكموا بأنَّ النهى التكليفى لا يوجب الفساد إلّا إذا كان إرشاديا، وبالتالي فقولهُ عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» نهى متوجّه إلى مثل هذه المعاملة، لكنّه نهى تكليفى لا يستلزم الفساد؛ أى بالرغم من أنّ النهى المتعلِّق فى المقام لم يكن متعلِّقا لأمر خارج عن العقد، لكنّه لا يقتضى فساد المعاملة، ولا يوجب منع صحّتها ونفوذها.

قال الأستاذ المحقّق \_ مدّظله \_ : إنّ دليل صحّة إمضاء هذا العقد لا يخلو: إمّا دليل الحلّ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» أو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وفى كليهما فإنّ السؤال المُثار حينئذٍ هو أنّه:

هل يعقل أن يأمر الشارع بحلّية البيع وبوجوب الوفاء به مطلقا حتّى وإن كان العقد

ولا شكّ أنّ إطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط والعقد والوعد منصرفٌ عرفاً عن العقد والشرط والوعد المبغوض، وعليه فإنّ إطلاق الدليلين إمّا منصرفٌ عن مثل هذا العقد المبغوض شرعاً، أو أنّه مشكوك الصدق.

أقول: الحقّ مع الشيخ الأعظم من أن النهى التكليفي لا يستلزم بطلان المعاملة، بل يدلّ على صحتها لما مرّ مفصلاً في باب النواهي في علم الأصول فراجع هناك.

المناقشة الثالثة: دعوى المحقّق التستري في التفريق بين بيع الراهن وبيع المرتهن ممنوعة ولا وجه له.

بيان ذلك: التزم المحقّق التستري بالتفصيل، وأنّه لو باع المرتهن متوقّعا للإجازة صحّ، وإن باع مستقلاً بطل، لكنّه حكّم على بيع الراهن بالبطلان مطلقاً.

أمّا الشيخ فقد التزم بالتفصيل في بيع الراهن وحكّم في المرتهن بالبطلان مطلقاً، رادّاً بذلك على التستري بأنّ حكم الراهن كالمرتهن، فكما يبيح تارة متوقّعا للإجازة ممّا يقتضى الحكم عليه بالصحة التأهليّة، كذلك قد يبيح مستقلاً غير متوقّع للإجازة، فإنّه لا بدّ من الحكم عليه بالبطلان، لصدق عنوان التصرف الممنوع عليه فعلمه ممّا يقتضى البطلان.

وعليه فتفصيل التستري ممنوعٌ.

أقول: مناقشة الشيخ له تامّة لا- غبار عليها، إذ لا دليل على أنّ بيع المرتهن المتوقّع للإجازة صحيح دون بيع الراهن المتوقّع لها، وبالتالي فالتفصيل ممنوع ولا بدّ من تسوية الحكم بينهما.

المناقشة الرابعة: إنّ اقتضاء العمومات والإطلاقات تامّ الدلالة على صحة بيع الراهن باعتبار كونه مالكا وما صدر منه مصادقاً للبيع، والمانع عن صحّته لا يخلو: إمّا أنّه الإجماع أو المرسلة.

أمّا الإجماع: فهو دليلٌ لبيّ ينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو خصوص ما إذا باع ولم يترقّب الإجازة، فضلاً عن أنّ المجمعين التزموا بصحة بيع الراهن بالإجازة، ممّا يوجب إجمال وسقوطه في مقابل عموم الدالّ على الصحة.

أما المرسلة: فإنه وإن حمل المنع فيها على تصرف الراهن والمرتهن معا، لكن قيام القرينة القطعية على أن تصرف المرتهن ليس ممنوعاً مطلقاً، بل المرسلة تمنع عنه فيما إذا لم يلحقه إجازة الراهن، فهذه القرينة مع ملاحظة وحدة السياق بينهما تقيّد وحدة حكم الراهن والمرتهن، وأنّ بيع الراهن يعدّ باطلاً فيما إذا لم تلحقه الإجازة، ولا أقلّ أنّ المرسلة تصبح مجملة، والقاعدة تقتضى رفع اليد عن عموم العام بمقدار المتيقّن عند تعارض العموم والإطلاق مع المقيّد والمخصّص المجمل المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، وما نحن فيه يعدّ من صغريات هذه القاعدة، فإنّ المرسلة المخصّصة مرّددة ومجملة بين مطلق بيع الراهن أو خصوص ما لا تحلقه الإجازة، ويقتضى ذلك حجّية العام إلاّ في المتيقّن.

المناقشة الخامسة: «ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد(1) فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهى في كلّ منهما لحقّ الغير، فإنّ منع الله جلّ ذكره من تقويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النهى عنه لحقّ الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن(2)».

بيان ردّ الشيخ: يقول عليه السلام في هذه المناقشة الصحيحة التي لا غبار عليها، أنّه بالرغم من أنّ مورد التعليل في روايات العبد عمّن تصرف في حقّ الغير، وهو المولى، إلاّ أنّ المدار على الوارد وهو التعليل الدال على أنّه متى كان العصيان من جهة حقّ الخلق، أمكن تصحيحه من خلال الإجازة، ومتى كان من جهة حقّ الخالق فإنه باطل لعدم إمكان تصحيحه، والعلّة المذكورة جارية فيما نحن فيه، والنهى المذكور في المرسلة إنّما هو بلحاظ حقّ المرتهن، وهذا الحقّ مشترك في تصرف الفضولي والراهن بالبيع، والعبد بالنكاح.

المناقشة السادسة: «ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأمّ الولد، ففيه أنّ الحكم فيهما تعبدّ، ولذا يؤثّر الإذن السابق في صحّة البيع، فقياس الرهن عليه في

ص: 453

---

1-1 . المراد منه التعليل المذكور في روايات نكاح العبد بقوله عليه السلام: «إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده». راجع وسائل الشيعة 21/114، ح 1 صحيحة زرارة و 21/115، ح 2 موثقة.

2-2 . المكاسب 4/159.

غير محلّه»(1).

بيان الفرق: بالرغم من أنّ الفقهاء حكموا ببطلان جميع هذه البيوع الأربعة \_ بيع الراهن والمرتهن والوقف وأمّ الولد \_ لأجل فقدان الطلقة فيها، لكن يجب أن نفرّق بين الأوّلين والأخريين، ففي الأخيرين لا تأثير للإذن في صحّة بيعهما؛ بخلاف الأوّلين حيث أنّ إذن المرتهن يؤثّر في صحّة بيع المرهونة، وعليه فإنّ تأثير إذن المرتهن وعدم تأثير إذن الموقوف عليهم، دليلٌ على أنّ المنع في الأخيرين تعبدي لا يرفعه الإذن، دون المنع في بيع الراهن، فإنّه قابل للرفع من خلال الإذن.

وخلاصة الكلام: ثبت من خلال هذه المناقشات اندفاع دعوى المحقق التستري»(2).

## 2\_ أدلة القول بالصحّة بعد لحوق إذن المرتهن

### إشارة

استدلّ الشيخ الأعظم(3) قدس سره بالأدلة التالية:

### 1\_ الاستدلال بالأدلة العامة

نحو اطلاق قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وعموم قوله \_ عزّ وجلّ \_ : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» واطلاق قوله سبحانه: «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» وغيرها من الاطلاقات والعمومات.

وهذه الأدلة العامة تدلّ على صحّة بيع الراهن لو لحقه إذن المرتهن بعد البيع ولا تدلّ على مقارنة إذنه مع عقد البيع.

ويرد عليه: إنّ الأدلة العامة خُصّصت بعقد الرهن فلا يجب الوفاء بعقد البيع مادامت العين المرهونة في الرهن فلا تشمل الأدلة العامة، يعني مادام لم تأت الإجازة لم يصح البيع.

وأما بعد صدور الإجازة من المرتهن، يدخل في أنّ خروج فرد من تحت العام في

ص: 454

1-1 . المكاسب 4/159.

2-2 . العقد النضيد 5/ (146-140).

3-3 . المكاسب 4/154 وما بعده.

زمان بتخصيص عقلي يمنع من التمسك بالعام بعد مُضيِّ ذلك الزمان، ومنعه الشيخ الأعظم إلا أن يكون تخصيصاً عنوانياً، وليس الأمر كذلك فلا تشمل الأدلة العامة بيع الراهن ولو بعد صدور الإجازة من المرتهن. فتأمل.

## 2\_ التعليل الوارد في صحة نكاح العبد

ورد التعليل في موثقة زرارة: إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنّما عصى سيّده ولم يعص الله، الحديث (1).

وورد في صحيحته: إنّ لم يعص الله وإنّما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز. (2)

بتقريب: «أنّ كلّ عقد كان النهى عنه لحقّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى» (3).

وبعبارة أخرى: «تفيد العدّة المذكورة أنّ المنع هي مخالفة حقّ الخالق دون الخلق، وأنّ مخالفة الأخيرة لا تضرّ، فإذا أجاز جاز وإلاّ فلا، وأنّه برضا الخلق يرتفع المنع، كما هو الحال في المقام، فإنّه برغم قيام الدليل على أنّ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» لكن هذا المنع لم يكن بمثل المنع في الوقف أو البيع الغرري، بل منعٌ بلحاظ حقّ المرتهن، فإذا أجاز جاز مثل صحّة نكاح العبد بعد الإجازة» (4).

وقد يناقش عليه: لا يمكن استفادة الصحة في بيع الرهن من التعليل الوارد في نكاح العبيد «لأنّ حقّ المرتهن هنا، ليس من قبيل حقّ السيّد بل الرهن، عقدٌ ومعاملَةٌ وقوله عليه السلام: «إنّه لم يعص الله بل إنّما عصى سيّده...» لم يكن راجعاً إلى العقود بل يمكن أن يقال: «إنّ الرّاهن، إذا باع العين المرهونة إنّما عصى الله» لأنّ عقد الرهن، ممّا أمضاه الشارحُ وإنّه أقدم على خلاف ما أمضاه الشارحُ فليس معلوماً أنّ المراد من عصيان الله،

ص: 455

1-1 . وسائل الشيعة 21/115، ح2، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد والإماء.

2-2 . وسائل الشيعة 21/114، ح1.

3-3 . المكاسب 4/154.

4-4 . العقد النضيد 5/129.



عصيانُ الحكم التّكليفِيّ [فقط] بل [يمكن أن يكون] المراد منه العصيان على ما امضاه الشّارعُ من عقد الرّهن [فيشمل عصيان الحكم الوضعي أيضا]»(1).

وبالجمله: تحقق عقد [وهو الرهن] والشارع لم يمض ضدّ هذا العقد.

### 3\_ فحوى أدلة صحّة الفضولي

«الأدلة الواردة في المنع عن بيع العين المرهونة، إنّما تفيد عدم استقلالهما في التصرف، لا أنّ البيع الواقع عليها باطلٌ من أساسه، ولا يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة أو الإذن السابق.

بيان ذلك: إنّ لا شك أنّ الحقّ أهون من الملك، لأنّ الملك يتضمّن الحقّ بمعناه اللغوي \_ أى الثبوت \_ وزيادة، فالملكيّة تتضمّن حقًا أكد وأقوى من الحقّ المجرد، وعليه فإذا اعتبرنا الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك، فلا نقاش في أنّ الملكيّة تعدّ مرتبة أقوى من الحقّ، وإن لم نقل بذلك، فلا نقاش في أنّ ارتباط المالك بالمملوك أقوى وأكد من ارتباط الحقّ بصاحبه.

وبناءً على هذه المقدّمة، إذا أفاد النهي عن العقد الفضولي، مجرد عدم استقلال البائع في التصرف دون بطلان أصل المعاملة، فإنّ ذلك يكون في الحقّ بطريق أولى، ومن المعلوم أنّ هذه الأولويّة عرفيّة وليس من باب تنقيح المناط، بمعنى أنّه إذا لاحظ العرف أنّ الدليل لا يفيد بطلان بيع مال الغير من أصله، بل يعلّق صحّته على إجازة المالك، عرّف أنّ بيع متعلّق حقّ الغير يكون أولى بالصحّة بالإجازة من بيع ملك الغير»(2).

وقد تأمل في هذا الفحوى بـ «أنّه يلزم احتساب الفحوى بالنسبة إلى لسان الأدلّة لا بالنسبة إلى المناسبات والاستحسانات وأشياء خارجة عن مضمون الأدلّة وما يكون في باب الفضوليّ، أنّ [إجازة المالك] صار العقد، عقده بحيث تشمله العمومات من: «أوفوا بالعقود» وغيره كما صرّح به السيّد رحمه الله في العروة.

ص: 456

1-1 . تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 5/25.

2-2 . العقد النضيد 5/129.

وهذا، دليل صحّة الفضوليّ وإلّا-قبل الإجازة، لا تشمل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقد المالك فمعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيها المالكون».

ومن المعلوم: أنّ هذه الحالة، ليست فى بيع الرّاهن لأنّ فى بيع الرّاهن كان العقد، عقد المالك فالإجازة اللاّحقة، لا تؤثّر فيما قبل من حيث الأدلّة حتّى يقال بالفحوى فليس هنا مناط حتّى يقال بأنّه جارٍ فيما نحن فيه بالطّريق الأولى.

بالجملة: فى باب الفحوى، يلزم أنّ يكون شمول الأدلّة أو المناط الذى يُستفاد من الأدلّة، أخفى فى الرفع مع أنّه ليس الأمر كذلك هنا لأنّ المناط، كان أقوى فى الفرع حيث كان عقد الرّاهن، عقد المالك دون عقد الفضوليّ حيث أنّ بعد الإجازة، يصير عقد المالك.

فبناءً عليه، تمكن دعوى العكس بأنّ يقال بإمكان القول بصحّة بيع الفضوليّ واختيار البطلان فى باب بيع الرّاهن ووجهه أنّ الفحوى، أنّما تلاحظ باعتبار مدلول الأدلّة واعتبار إطلاق الأدلّة وعمومها لا باعتبار الاستحسانات الخارجيّة والمناسبات.

وتوضيحه: أنّ الرّاهن، أنّما باع ماله وعقده عقد [المالك] من الأوّل ومع ذلك لا تشمل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقده لحصول التّخصيص فيه وبعد الإجازة، لم تحصل فى شمول: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عامٌّ خرج من تحته فردّ فى زمانٍ، هل يجوز أن يرجع إلى العموم فيما بعد هذا الزّمان؟ فالشيخ صرّح بشكلٍ أنّ يرجع إلى العامّ فى هذا الفرد المشكوك بالمناط، وليس هنا مناط فى البين»(1).

### مقالة المحقّق الإيروانى فى المقام ومتابعة المحقّق الإصفهانى له

ذهب المحقّق الإيروانى رحمه الله إلى أنّ بيع الراهن العين المرهونة صحيح من دون حاجة إلى إجازة المرتهن، ولكن تنتقل العين المرهونة مرهونة إلى المشتري، لأنّ حق الرهن يتعلّق بالعين وكان باقياً على العين حين انتقالها إلى المشتري وهو إن كان عالماً يلزم العقد وإن كان جاهلاً فله خيار الفسخ للعيب الموجود فى العين المسلوبة المنفعة مدّة من الزمان.

ص: 457

قال مانصه: «لا وجه للبطلان ولا التوقف على إجازة المرتهن، بل الوجه هو الصحة واللزوم وانتقال العين إلى المشتري مستحقة للمرتهن، فيكون حق المرتهن محفوظاً، والعين ملكاً للمشتري؛ إذ لا- يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكاً للراهن، فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداءً جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلك بحسب الابتداء، نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار، وأما من قبل البائع فهو لازم مطلقاً.

وبالجملة: الدوران بين البطلان والتوقف على الإجازة إنما يكون التنافي بين صحة البيع وتأثيره في النقل وبين بقاء حق المرتهن، فيدور الأمر بين بطلان البيع لمكان الحق وبين وقوعه مراعى بسقوط الحق من العين بنحو، إما بالإجازة أو بإسقاط الحق، أو بفك الرهن، أو الإبراء عن الدين على إشكال في غير الأول»(1).

وتبعه المحقق الإصفهاني رحمه الله في الجملة حيث قال: «ينبغي تقييده [أى تقييد «الاتفاق على عدم استقلال المالك...»(2)] بما إذا كان نفوذ البيع منافياً لحقيقة الرهن، أما إذا لم يكن كذلك فلا موجب لبطلان البيع؛ كما إذا رضى المشتري ببقائه على الرهانة، فإن رهن المال على دين غير جائز؛ وبيع المال في أداء الدين الذى هو على الغير أيضاً نافذ، سواء باع عن مالكة وأدى الدين بئمنه أو باعه لنفسه كما مرّ تحقيقه مراراً، ففي هذه الصورة لم يكن البيع منافياً للرهانة حتى يتوقف على اذن المرتهن أو إجازته أو إبرائه أو إسقاطه أو فك الرهانة، فالاتفاق على عدم الاستقلال بملاحظة طبع البيع والرهن؛ لا ما إذا لحقه عناية زائدة وهو رضا المشتري»(3).

ومال إلى هذا القول المؤسس الحائري قدس سره كما ستأتى مقالته ونقده تفصيلاً.

وتبعهم الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ فى بحثه الشريف.(4)

ص: 458

1-1 . حاشية المكاسب 2/526.

2-2 . المكاسب 4/151.

3-3 . حاشية المكاسب 3/261.

4-4 . العقد النضيد 5/147.

ويرد عليه: إنه لم يدل دليل على أن للمرتهن حق على العين المرهونة والصحيح «أن الرهن عقد من العقود كسائر العقود له إيجاب وقبول ومن خاصية ذلك العقد أنه لازم من طرف الرّاهن وجائز من طرف المرتهن وليس هنا شىء إلا مفهوم الرّهن وهو اعتبار القبض والإقباض في الخارج على نحو خاص كما يكون كذلك في سائر العقود فالعقود كلها لها أصل في التكوين يعنى الحاجة التكوينية، تقضى القبض والقباض على نحو الوثيقة ثم يأتي بنحو القانون وهو الإيجاب والقبول لحصول الثقة.

فمفهوم الرّهن، بقاء العين المرهونة عند المرتهن حتى يكون داعياً للرّاهن لردّ دين المرتهن ولازم تحقيق هذا المفهوم؛ بقاء العين عند المرتهن دائماً وكان الرّاهن ممنوعاً من التصرف فهو أن العين، ليست ماله. وأما ممنوعية الرّاهن فلكون العين وثيقة عند المرتهن وممنوعية تصرف الرّاهن والمرتهن، إنما هو لاجل كون التصرف مخالفاً لمفهوم العقد ونحوه فعدم جواز التصرف في العين المرهونة ومن قبل الرّاهن والمرتهن داخل جزء العقد لا أنه تعلق على العين، حق الغير.

فلذا نقول: إن عدم جواز التصرف في العين المرهونة من قبل الرّاهن والمرتهن، تخصيص عقلي محض في قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» وليس هو بتخصيص شرعيّ وعنواني.

فلهذا، إن قلنا: إن للمرتهن، حقاً في العين المرهونة، إنما هو بذلك المعنى لا- إن له حق في مقابل الحكم يعنى الحق بمعنى سنخ من الأحكام الوضعية بالمعنى الفقهي الاصطلاحيّ المجمعول من الشّارع»(1).

ثم لو تنزلنا وفرضنا «أن الرّهن، حق راجع إلى العين، فللبحث من أنه هل تعلق على ذات العين أو تعلق عليها بما أنّها مملوك، مجال كما يُبحث في باب الشفعة والخيار.

ولكن بعد ما قلناه من أن الرّهن، ليس من قبيل الحق بذلك المعنى الاصطلاحيّ المجمعول من الشّارع على العين بل العقد، معاوضة ومعاودة والمعاقدة على نفس العين

ص: 459

فإذا كانت نفس العين رهنا يعنى تعلقت المعاقدة على العين التي كانت ملكا للبائع ليست المعاقدة مع المشتري، فلا معنى للقول بانتقال الحق على المشتري، متعلقا لرهن الراهن»(1).

وبعبارة أخرى: «لم يثبت في باب الرهن، أصلٌ وحقٌ للمرتهن على العين ولو كان هنا أصلٌ فيمكن القول بأنه من باب التوسع في التعبير ومن المعلوم: أنه ليس المراد من الحق هنا، المعنى الاصطلاحيّ الفقهيّ مثل الحقوق حيث لم يكن هذا الحقّ مثل الحقوق في الفقه الاسلاميّ ولم يرد تعرّض في الروايات بمثل هذا النوع من الحقّ فليس هنا شيءٌ زائدٌ غير كونها رهنا بل لا يحتاج إلى جعل حقّ غير كونها رهنا.

والقول بالحقّ هنا، مطلبٌ انتزاعيّ لا أنّه أمرٌ أصيلٌ والأصيل المجمعول، إنّما هو نفس الرهن واعتباره فليس هنا حقّ زائدٌ غير كونها رهنا حتّى يبحث عنه بأنه حقّ متقومٌ على ذات العين أو متقومٌ بما أنّها مملوكٌ للبائع ومعنى عقد الرهن بقاء العين وعدم انتقالها إلى الغير وعدم كونها ملكا للغير، فليس هنا حقّ يتكلّم عنه بأنه هل قائمٌ بالعين أو بما أنّه مملوكٌ للبائع؟»(2).

### مقالة المؤسس الحائري في المقام

قال شيخنا آية الله الشيخ محمّد على الأراكى عليه السلام ما نصه: «قال شيخنا الأستاذ \_ دام علاه \_ : الجمع العرّفنيّ بين إطلاقات وعمومات صحّة البيع، وخصوص النهي عن بيع الراهن ليس إلّا ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم ببطلانه رأسا كما هو الحال في الجمع في تلك الإطلاقات والعمومات، والنهي عن بيع الوقف وبيع أمّ الولد وبيع الغرر وغير ذلك، ولو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحّة التأهليّة لكان اللازم ذلك في تلك المقامات أيضا.

فنقول: مفاد النهي مع ذينك الإطلاق والعموم قابليّة أصل العقد للتأثير والحالة

ص: 460

1-1 . تحقيق وتقريرات في البيع والخيارات 5/26.

2-2 . تحقيق وتقريرات في البيع والخيارات 5/28.

الكذائية مانعة عن استقلاله فيه، فلا ينافى تأثيره الضمني. بضميمة زوال تلك الحالة، فمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أم الولدية أو الوقية أو الجهالة، والحال أن أحدا لا يقول بذلك بل من المسلم احتياج المعاملة بعد زوال تلك الحالة إلى صيغة جديدة، وعدم فائدة في الصيغة الأولى رأسا، وإذن فما الفرق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهي عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلا مثل تلك النواهي.

فالأسد في إثبات القول المزبور هو اختيار طريقة أخرى اخترناها في تصحيح عقد الفضولي بعد رد الطريق المذكور فيه أيضا بمثل ما ذكرنا وهي أن يقال - بعد أن قوله: «أحلَّ الله البيع» ظاهر في البيع المسببي، أعني: النقل والانتقال، دون السببي، أعني: الإنشاء المظهر باللفظ، وهذا المعنى محمول على مصاديقه العرفية، فكلما حكم فيه العرف بتحقق المبادلة والنقل والانتقال يحكم عليه الشرع بحكم «أحلَّ» - : أن الشارع ربما يخطئ العرف في تشخيص بعض المصاديق ويقول: ما حكمتكم بمصادقية ليس بمصدق واقعا، وهذا هو الحال في بيع الغرر وأمثاله مما انفك نظر العرف فيه عن نظر الشرع، وربما يقرره في تشخيص بعض آخر ويقول: قد أصبتم في حكمتكم بالمصادقية أو بعدمها في مورد فلاني.

ومن هذا القبيل مقامنا وبيع الفضولي، فإن العرف كما لا يرى المبادلة متحققة بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لا يراها حاصلة بمجرد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، وكما لا يفرق في حصولها بين حصول إجازة المالك في الفضولي قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك في المقام أيضا لا يفرق بين الصور المذكورة بالنسبة إلى إجازة المرتهن في الحكم بالحصول في جميعها، فإذا قال الشارع: الراهن ممنوع من التصرف البيعي فمعناه عند العرف أن حقيقة المبيعة والمبادلة لا يتحقق منه إلا بعد لحوق إجازة المرتهن وليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنه حينئذ يصير من باب التعبد والتخطة المصادقية وقد فرضناه ليس بهذا الصدد، وإنما هو بصدد التقرير والمشى على طبق ارتكازهم وطريقتهم، والمفروض أن طريقتهم إنما هو المنع قبل الإجازة لا - بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور واردا في هذا المقام لا في مقام التعبد

هذا مضافا إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى قدس سره من أنه على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا يمكن التمسك بأدلة الفضولي بعد الأولوية القطعية، فإنه إذا كان بيع الأجنبي للعين المرهونة سواء كان لترقب الإجازة أو باعتقاد المالكية أم بالبناء الغصبي العدواني صحيحا نافذا عند إجازة الراهن والمرتهن بواسطة تلك الأدلة، فمن المقطوع أن حال الراهن الذي هو المالك ليس بأدون من ذلك الأجنبي، ولازمه صحة البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، وبالجملة يمكن التصرف في الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظة تلك الأدلة بضميمة هذه الأولوية القطعية.

ثم قال شيخنا \_ دامت أيام إفاداته الشريفة \_ : وهنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، وهو أن يقال: ليس المقام كعقد الفضولي؛ فإن العرف كما عرفت لا يرون المبادلة هناك حاصلة إلا بعد إجازة المالك، وأما هنا فمصدق المبادلة والبيع المسببي محقق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأن حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقق البيع \_ بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشتري \_ كذلك هنا أيضا الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة وكونها وثيقة لدين المرتهن تصير منتقلة إلى المشتري.

وكما أن سلب المنافع هناك لا يوجب عدم صحة اعتبار الملكية والمبادلة وذلك لوجود ما يصح انتزاع ذلك عنه وهو المنافع المتجددة بعد انقضاء المدّة كذلك هنا أيضا ليس الممنوعية عن التصرفات موجبة لعدم اعتبار الملكية والبيع، إذ يكفي في صحة انتزاعهما كون العين جائز التصرف من البيع والإجازة وغيرهما من المشروطة بالملك عند إجازة المرتهن وكون نماءاتها لمالك.

وإذن فنقول: مقتضى عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» صحة هذا البيع ولو لم يلحقه إجازة المرتهن، غاية الأمر كون المشتري مع جهله بالحال مختارا في الفسخ والإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر وبيع أم الولد مما يرى فيها العرف حقيقة المبادلة، ومقتضى العموم المذكور فيها أيضا هو الوقوع. ولكن الفرق بين المقامين أن النهي الخاص المتعلق

بخصوص البيعين تخصيص ذلك العموم ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة والاستيلاء بعد ذلك وعدمه.

وأما المقام فالنهي الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنَّ بإجازة الراهن، فالأمر دائر في الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعيّة الرأسيّة المنافية للصحة التأهليّة أيضاً، غاية الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن، ولكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعيّة الاستقلال في التصرف الغير المنافية مع الصحة التأهليّة.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء وعلم بأنَّ زيدا العالم يُستَحَبُّ إكرامه فإنَّ الأمر دائر بين التصرف في المادة بتخصيص العلماء بما سوى زيد، وبين التصرف في الهيئة بحملها على مطلق الطلب، وحينئذ فلو لم نقل بأظهرية المادة في المقام المقتضية لحمل الهيئة على ممنوعيّة الاستقلال فلا أقلّ من الإجمال، فيكون إطلاق «أحلَّ الله البيع» بالنسبة إلى ما بعد لحوق الإجازة سليما عن المعارض والمقيّد، وبعبارة أخرى يكون القدر المتيقّن الخروج هو البيع الغير المرضيّ به فيبقى البيع المرضيّ به داخلاً تحت الإطلاق.

فلا وجه للقول بالبطلان وإنَّ قوّاه بعض الأساطين \_ قُدِّسَتْ أسرارهم (1).

وقد يناقش عليه: أولاً: أنَّ دعواه: «إذن فما الفارق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهي عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلاّ مثل تلك النواهي» (2) لا يمكن اعتبارها ردّاً على الشيخ [الأعظم]؛ لأنَّ الشيخ الأعظم استنتج من المرسله بأنَّ النواهي المتعلقة بالمعاملات تارةً نواهي خَلقيّة \_ كعصيان العبد لمولاه \_ يمكن دفعها بالإجازة اللاحقة، وأخرى خالقيّة لا يزول بالإجازة كما في بيع الوقف والغرر، ثمَّ أثبت بأنّه فرقٌ بين باب الغرر وباب الرهن، وأنَّ النهي في الأخير نهى خَلقى بلحاظ حقّ المرتهن ولا علاقة له

ص: 463

1-1 . كتاب البيع 2/ (206-202) والأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ .

2-2 . كتاب البيع 2/203.



ببَابِ الْغَرْرِ الَّذِي هُوَ نَهْيٌ خَالِقِي، وَمَمْنُوعٌ بَحْدَ ذَاتِهِ لِلْجَهَالَةِ الْمَتَحَقِّقَةِ فِيهِ.

فَدَعْوَى وَحْدَةَ الْمَلَائِكَةِ فِيهِمَا وَتَسَاوِيَهُمَا فِي الْحُكْمِ جَوَازًا وَمَنْعًا مَمْنُوعَةٌ.

وثانیا: اَنَّ دَعْوَاهُ بِالْتَفْرِيقِ بَيْنِ الْمَرْهُونَةِ وَالْفُضُولِ، بِاعْتِبَارِ اَنَّ الْمَتَحَقِّقَ مِنْ خِلَالِ بَيْعِ الْمَرْهُونَةِ هُوَ الْاَمْرُ الْمَسْبُوبِي النَّاشِئُ فِي ظَرْفِ الْاِنْشَاءِ لِصُدُورِهِ مِنَ الْمَالِكِ وَقَبْلَ الْاِجَازَةِ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِ حَيْثُ يَكُونُ تَحَقُّقُ الْاَمْرِ الْمَسْبُوبِي فِيهِ مَتَاخَّرًا عَنِ ظَرْفِ الْاِنْشَاءِ وَحَاصِلًا بَعْدَ الْاِجَازَةِ.

مَمْنُوعَةٌ، فَاِنَّهُ حَتَّى لَوْ سَلَّمْنَا الْمَبْنِيَّ وَالتَّزَمْنَا بِاَنَّ اِنْشَاءَ الْمَعَامَلَاتِ يَعْذَرُ اسْبَابًا وَالْمُنْشَأَتِ مَسَبِّبَاتٍ، فَاِنَّ تَالِيَهُ الْفَاسِدَ وَجُوبَ الْاِلْتِزَامِ بِالنَّقْلِ دُونَ الْكَشْفِ، اَيَّ اَنَّ مَنْ يَلْتَزِمُ بِتَحَقُّقِ النَّقْلِ بَعْدَ الْاِجَازَةِ لَا يَبْدُو اَنَّ يَقُولُ بِنَاقِلِيَّةِ الْاِجَازَةِ، مَعَ اَنَّهُ رَحِمَهُ اللهُ التَّزَمَ فِيهَا بِالْكَشْفِ عَلَيَّ مَبْنِي الشَّرْطِ الْمَتَاخَّرِ.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَالِلْتِزَامِ بِتَحَقُّقِ الْبَيْعِ الْمَسْبُوبِي بَعْدَ الْاِجَازَةِ يَسْتَحِيلُ اجْتِمَاعُهُ مَعَ الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ.

وَالثَّالِثَا: اِنَّ دَعْوَاهُ اٰخِرًا بِالْجَمْعِ بَيْنِ دَلِيلِ الْوَجُوبِ وَالْاِسْتِحْبَابِ، مِنْ خِلَالِ التَّصَرُّفِ فِي هَيْئَةِ الْوَجُوبِ، وَحَمْلِهَا عَلَيَّ مَطْلُوقِ الْطَلْبِ الَّذِي يَصْلُحُ اَنَّ يَجْتَمِعَ مَعَ دَلِيلِ الْاِسْتِحْبَابِ، وَتَطْبِيقُهُ عَلَيَّ الْمَقَامِ، يَعْذَرُ مَحَاوَلَةَ يَنْبَغِي الْبَحْثَ عَنْهَا لِمَعْرِفَةِ مَرْكَزِ التَّنَافِي بَيْنِ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ وَحَدِّهِ، وَاٰخِرًا الطَّرِيقَةَ الَّتِي يُمْكِنُ بِهَا عِلَاجُ التَّنَافِي.

فَنَقُولُ: لَا يَخْفَى اَنَّ الْبَحْثَ يَدُورُ حَوْلَ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ الْمَتَخَالَفَانِ \_ دُونَ الْمَتَوَافِقَانِ \_ وَمَعْلُومٌ اَنَّ الْمَخَالَفَةَ تَنْشَأُ دَائِمًا مِنْ نَاحِيَةِ الْحُكْمِ دُونَ الْمَوْضُوعِ، حَيْثُ يَنَافِي ظُهُورُ (اَكْرَمُ زَيْدًا) مَعَ ظُهُورِ (يَسْتَحَبُّ اِكْرَامُ زَيْدًا)، فَاِذَنْ مَرْكَزُ التَّنَافِي هُوَ الْحُكْمُ دُونَ الْمَوْضُوعِ.

اَمَّا حَدُّ التَّنَافِي: اَنَّ الْقَاعِدَةَ تَقْتَضِي اِنْحِلَالَ دَلِيلِ الْوَجُوبِ اِلَى اَحْكَامٍ مَتَعَدَّدَةٍ فَتَحْصُلُ مِنْ خِلَالِهَا اِطَاعَاتٌ وَعَصِيَانَاتٌ مَتَعَدَّدَةٌ، وَيَتَحَقَّقُ التَّنَافِي فِي الْمَصْدَاقِ الَّذِي يَدُلُّ الدَّلِيلُ الْمُنْحَلُّ عَلَيَّ وَجُوبِ اِكْرَامِهِ، وَالدَّلِيلُ الْاٰخِرُ الدَّالُّ عَلَيَّ عَدَمِهِ، وَحَيْثُ يَعْذَرُ اِسْقَاطُ ظُهُورِ الْهَيْئَةِ فِي جَمِيعِ مَوَارِدِ الْحُكْمِ، وَحَمْلِهَا عَلَيَّ الطَّلْبِ فِي الْجُمْلَةِ لِتَشْمُلِ الطَّلْبِ

الاستحبابى، يعدّ رفع اليد عن الحجّة بالأحجّة، وهو ممنوع.

وهكذا بطلت الدعاوى المذكورة، والمحاولة التى قام بها [المؤسس] الحائرى لرفع التنافى بين الدليلين.

أقول: إنَّ الطريقة الوحيدة التى يمكن بها رفع التنافى هى ملاحظة العام والخاص والنسبة الحاصلة بينهما.

فإنّه لا شكّ أنّ نسبة كلّ خاص إلى العام هى نسبة القرينة إلى ذى القرينة، فتكون أصالة الظهور فى القرينة – بالنسبة إلى ذىها – تنجيزيّ وفي ذى القرينة تعليقى، أى أنّ ظهور العام مشروط دون الخاص، حيث أنّ ظهور الخاص بالنسبة إلى العام غير مشروط.

وبعبارة أخرى: إنّ ظهور العام معلق بعدم وجود الخاص والمقيّد، أمّا ظهور الخاص فغير مقيّد و [غير] معلق بشىء، ولذلك يعدّ الخاصّ مقدّمًا على العام، ولهذا السبب فالتصرّف فى هيئة الوجوب بحملها على الطلب فى الجملة بالنسبة إلى بعض المصاديق – كما ادّعاه [المؤسس] الحائرى – يعدّ أمرًا مستحيلًا بحسب القواعد الأصوليّة دون الفلسفيّة، لاستلزام ذلك إسقاط دلالة الهيئة على الوجوب، ولا يتمّ الإسقاط إلاّ بعد إسقاط ظهور دليل الخاص الدالّ على الاستحباب، واعتباره غير مخصّص للعام، فالسقوط يتوقّف على عدم التخصيص، وهذا عدم متوقّف على سقوط ظهور الخاص؛ لأنّ قرينيّة الخاص تامّ الاقتضاء، ولا يمنع عن تأثير اقتضائه وتخصيصه للعام إلاّ قيام المانع، ولا مانع فى المقام إلاّ حمل ظهور (أكرم) على الطلب فى الجملة دون الوجوب، ولا يتحقّق هذا الظهور إلاّ بعد زوال قرينيّة الخاص، وعدم قدرته على تخصيص العام، وهو ممنوعٌ.

فثبت أنّ مثل هذا التصرف فى هيئة الوجوب يعدّ محالاً.

وبالجملة: أنّ هيئة «أكرم» ظاهرة فى الوجوب، إمّا بالإطلاق، أو بحكم العقل، وأمّا هيئة «يستحبّ» نصّ فى الاستحباب، فيدور الأمر بين الالتزام برفع اليد عن ظهور الأوّل بنصّ الثانى، أو اعتبار مفاد الوجوب عامًا ونصّ الاستحباب خاصًا، فيتقدّم الخاصّ على العام.

وعلى جميع المباني، فإن النتيجة هي لزوم حمل مفاد «أكرم» على الطلب المطلق \_ وهو الوجوب الذى يسقط فى خصوص زيد \_ لا الطلب فى الجملة، ومقتضى القاعدة حصراً هو التخصيص»(1).

### ثم إن هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن

وهذا منقول من «الشيخ فى المبسوط والعلامة رحمه الله فى التحرير والشهيد رحمه الله فى الدرر» من نقل حق الرهن من العين إلى الثمن، [و] ليس بصحيح.

وجه هذا القول، أنه قيس ما نحن فيه أى باب الرهن مع سائر الحقوق المتقومة بالعين بضميمة قاعدة المعاوضات مثلاً قلنا سابقاً فى باب الوقف فى بيع العين الموقوفة فى موارد جوازه أن حق البطون الأحققة ينتقل من العين الموقوفة إلى بدلها فكما أن العين الموقوفة، كانت مشتركة بين الطبقات فكذلك يكون الثمن مشتركاً بين الطبقات فتنتقل حالة الوقف من العين إلى بدلها أخذاً بمقتضى المعاوضة.

وقيس ما نحن فيه وهو باب الرهن بباب الوقف فينتقل حق الرهن من العين المرهونة المبيعة إلى ثمنها لأن الرهن والمرتهن فكأنهما يشتركان فى المبيع نوعاً من الشركة.

وان كان مبناه ما قلناه سابقاً فالجواب هو الجواب عنه لما قلنا من أن الرهن، ليس من العقود [التي] قائماً بالعين [و] لا قائماً بذات العين ولا قائماً بما أنها مملوك.

والفرق بين الوجهين لا يخفى على المتأمل حيث أن الوجه الثالث [وهو قول الإيروانى ومن تبعه] مبنى على أن حق الرهن، يتعلق على ذات العين فيذهب هذا الحق حيث تذهب هذه العين ومبنى الوجه الرابع أن حق الرهن يتعلق على العين بما أنها مملوك فيتعلق الحق بالعوضين فالمملوك صار عوضاً بمملوك آخر فينتقل إلى الثمن.

وأما ما قال به الشيخ الطوسى فى المبسوط والعلامة فى التحرير والشهيد رحمه الله فى الدرر فلا يبعد عدم تطبيق هذا القول مع القول الرابع فيحتمل أن يكون قولهم بجواز بيع

ص: 466

الرهن، أنّما هو من أجل ردّ دينه من ثمن البيع والإجازة مبنية على ذلك لا أنّها مبنية على صحّة بيعه وعدم أداء دينه وإن كان مرادهم رحمه الله هذا فهذا مطلبٌ استظهارى من كلمة الإجازة في باب الرهن وليس من جملة تلك الأقوال.

نعم، إذا قامت القرينة على خلاف ذلك يعنى قامت القرينة على إجازة المرتهن، البيع لا من أجل ردّ دينه فهو ممّا لا كلام فيه ولكنّ الكلام فى طبع الإجازة وأنّ طبع الإجازة ماذا يقتضى؟

ولعلّ كلام الشّيخ رحمه الله فى المبسوط والعلامة فى التحرير والشّهيد رحمه الله فى الدروس مبنية على ذلك وإن كان مبناه هذا فيصحّ كلامهم وليس مربوطاً بالقول بل هو استظهاراً من الإجازة فى مقام الإثبات وراجع إلى تشخيص مراد المرتهن من إجازته.

وأما إن كان المراد أنّ الرهن، حقّ متعلّق على العين بما أنّها مملوكٌ ولازم الحقوق المتعلّقه على الملك أنّها يصحّ بيعه منتقلاً حقّ الرهن على عوضه، فلا يصحّ (1).

### القول المختار فى المسألة

أقول: القول المختار من الأقوال الأربعة الماضية فى بيع الراهن العين المرهونة بإذن المرتهن وهنّ:

أ: البطلان: وهو مختار جماعة منهم الشّيخ أسدالله التستري صاحب المقابس.

ب: الصحة مع إذن المرتهن: وهو مختار جماعة منهم الشّيخ الأعظم الأنصارى.

ج: الصحة مطلقاً أى من دون إذن المرتهن: وهو ابداع المحقّق الإيروانى ومال إليه المؤسس الحائرى وتبع المحقّق الإصفهانى الإيروانى والاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ .

د: الصحة مطلقاً من دون إذن المرتهن وانتقال حقّ الراهنه من العين إلى ثمنها وهو منسوب إلى الأعلام الثلاثة.

القول المختار هو القول الثانى أى الصحة مع إذن المرتهن لا بالأدلة التى أقامها الشّيخ الأعظم الأنصارى لأنّه قد عرفت عدم تماميتها بل لما مرّ ممّا من أنّ تخصيص

ص: 467

الوارد في بيع العين المرهونة عقلياً ولا شرعيّاً وما ورد في الشريعة المقدسة من المرسلة النبوية إرشاد إلى ذاك الحكم العقلي.

والتخصيص العقلي من أوّل الأمر ليس بمطلق بل منوط بعدم جواز التصرفات الخارجية والناقلة في العين المرهونة من دون إذن ورضاية الطرف الآخر ولكن إذا تصرف كل منهما \_ الراهن والمرتهن \_ مع إذن أو رضاية الآخر فتصرفاته نافذة وبيع العين المرهونة داخل في هذا الكلي فإذا باعها الراهن مع إذن المرتهن كان صحيحاً والله سبحانه هو العالم.

**ثم إن هاهنا فروع لا بدّ أن نبث حولها:**

### 1\_ الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟

آراء الفقهاء في باب الإجازة في مسألتنا متضاربة تظهر لك بعضها في ما يأتي:

قول الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم (1) إلى أنّ حكم الإجازة «في المقام بحسب القواعد يجب أن تكون ناقلة كحكمها في باب الفضولي، لكن فبالرغم من أنّ القاعدة تقتضي النقل من حين الإجازة في باب الفضولي، إلّا أنّ النصّ الوارد في هذا الباب \_ في قضية قيام الولد ببيع جارية أبيه وولدها، حيث قال عليه السلام: أنّه لو أجاز جاز \_ (2) يقتضي مخالفة القاعدة والالتزام بالكشف الحكمي بالأولوية، بمعنى ترتّب أحكام الملكية من حين وقوع البيع تعبداً وحكما.

بيان الأولوية: أنّ الإجازة تؤثر في بيع الفضولي من جهتين:

1\_ إنّ الإجازة تحقّق الاستناد للبيع الفضولي الذي صدر دون استناد إلى المالك.

2\_ إنّ الإجازة تحقّق شرط النقل الذي هو إجازة المالك.

فشأن الإجازة في هذه المعاملة كونها جزء الموضوع الذي لولاه لم يتحقّق

ص: 468

1- 1. المكاسب 4/160.

2- 2. وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد والأماء. صحيحة محمّد بن قيس.

موضوع الصحّة؛ لأنّ الموضوع في قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بيع المالك، ولزوم الوفاء بالعقد الصادر ممّن له أهليّة انتساب العقد والعهد إليه، والإجازة تحقّق الاستناد للعقد الصادر من الفضولي، ويوجب تماميّة الموضوع، ممّا يوجب انطباق عنوان الرضا المذكور في قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (1) وقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ بطيبة نفسه» على العقد.

وبالتالي: فإنّ الإجازة يتحقّق أولاً الانتساب، وثانيا الرضا.

وهكذا تعدّ الإجازة في البيع الفضولي متّما للموضوع وجزءا للسبب ومحققا لشرط صحّة العقد.

أمّا بيع الراهن فهو بيع صادر من المالك، وعليه فلا مشكلة فيه من جهة الاستناد، إنّما المشكلة من جهة تعلّق حقّ المرتهن حيث يعدّ مانعا، والإجازة ترفع المانع.

وعليه، فإذا دلّ النصّ الوارد في باب الفضولي \_ الذي فيه مانعان: عدم الانتساب وعدم الرضا \_ على صحّته وكاشفيّته، دلّ على صحّة بيع الراهن وكاشفيّته بالأولويّة، لما في الأخيرة من وجود مانع واحد وهو حقّ المرتهن دون الانتساب الثابت تحقّقه» (2).

اعتراض المحقّق الإيرواني على الشيخ الأعظم

قال في تعليقه على قول الشيخ الأعظم: «لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهي هنا من قبيل رفع المانع» (3). بما نصه: «هذا غير فارق [1] فإنّ المعلول يتوقّف على تحقّق تمام أجزاء علّته من السبب والشرط وعدم المانع، فلا فرق في عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل وبين أن يكون المانع موجودا، [2] مع أنّ تطبيق اصطلاحات أهل المعقول على أجزاء العقد وتسميتها بأسمائها ممّا لم يجر على أصل صحيح؛ فإنّ باب العقود ليس باب الأسباب الحقيقيّة والتأثير والتأثر» (4).

ص: 469

1-1 . سورة النساء /29.

2-2 . العقد النضيد 5/148 و 149.

3-3 . المكاسب 4/161.

4-4 . حاشية المكاسب 2/530.

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأن «موضوع الصّحة في البيع الفضولي، هو العقد المستند الذي يتحقّق من خلال الإجازة، أمّا بيع الراهن فإنّ موضوع الصّحة فيه متحقّق منذ البداية، لصدوره ممّن له أهليّة ذلك، وإنّما المانع عن نفوذه هو حقّ المرتهن ليس إلّا، وتأكيد الشيخ [الأعظم] رحمه الله على أنّ هناك فرقاً عرفياً بين الإجازة المتحقّقة للموضوع والتي ترفع المانع.

فدعوى المحقّق الإيرواني في مناقشته الأولى من أنّه «لا فرق في عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل، وبين أن يكون المانع موجوداً».

ممنوعة ومدفوعة.

كما إنّ مناقشته الثانية أيضاً مدفوعة، لأنّ مصطلح المقتضى المستعمل في كلام الشيخ [الأعظم] لم يكن يقصد به إلّا موضوع الحكم الشرعي دون المصطلح الفلسفي المعهود، كما أنّ مراده من المانع هو قيد الموضوع أيضاً، وقد استعمل الفقهاء هذين المصطلحين للتعبير عن الموضوع وقبوده والشروط [التي لا بدّ أن تترك]، لا ما يترشّح منه الوجود، أو ما يوجب تتمّم فاعليّة الفاعل أو مكملّ قابليّة القابل بحسب ما هو مصطلح عند الفلاسفة»<sup>(1)</sup>.

اعتراض المؤسس الحائري على الشيخ الأعظم

قال قدس سره: «وممّا ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى \_ قدس سرّه الشريف \_ من أنّ القول بالكشف في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهي هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه.

لأنّ الفحوى المذكورة ممنوعة غاية المنع بناءً على ما هو قضية القواعد من النقل كما هو مختاره قدس سره أيضاً، فإذا ورد التعبد بالكشف الحكمي في ما هو من قبيل جزء المقتضى لا يمكن التعدّي منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، وهل هو إلّا القياس الممنوع؟

ص: 470

نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيداً بناءً على جعل قضية القواعد هو الكشف»(1).

القول المختار هو كاشفية الإجازة

كاشفية الإجازة في بيع الفضولي «بمقتضى القاعدة وذلك لجهة عقلائية، وهي أنّ المنشئ حينما يقوم بتمليك العين لا يعقل إهماله للزمان، بل لا بدّ أن يلاحظ الفترة الزمنية التي تدخل العين في ملك المشتري، والشاهد على ذلك أنّه إذا سئل الفضول عن ذلك، أجاب بانتقال الملكية حين التلفّظ بـ (بعث) أو من حين دفعها إليه. فالتفات البائع دليل على تحقّق الملكية أو قصده بتحقيقها من حين البيع، وعليه فالإجازة المتأخّرة لا بدّ وأن تتعلّق بمثل هذا العقد ومن حين وقوعه، فمقتضى الإجازة ثبوت كونها إنفاذاً للملكية من حين الإنشاء، كما أنّ مقام الإثبات - مقتضى ظهور الصحيحة الدالة على أنّه متى أجاز مالك الوليدة صحّ البيع - أيضاً دالّ على تعلّق الإجازة بالعقد من حين وقوعه، وإلاّ - لو اعتبرنا الملكية متحقّقة من زمان متأخّر عن الإجازة لاستلزم تخلف الممضى شرعاً عمّا أنشأه البائع، بأن تكون الملكية المقصودة بالعقد متحقّقة من زمان العقد وقبل الإجازة، بخلاف الملكية الشرعية حيث تكون متحقّقة من حين تعلّق الإجازة، ممّا يستلزم أن يكون الواقع غير ممضى، والممضى غير واقع، أي ما تعلّقت به الإجازة والعقد لم يكن نافذاً شرعاً، وما هو نافذ شرعاً لم يتعلّق به العقد والإجازة، وهو ممنوع لمخالفته مع ظهور أدلّة صحّة الإجازة الدالة على إمضاء ما تعلّقت به الإجازة، وهي الملكية من زمان العقد لا زمان الإجازة.

نعم يشير القول بكاشفية الإجازة عدّة مشاكل أجبنا عن بعضها آنفاً.

منها: استلزام ثبوت ملكية مالكين على مال واحد. وقد أجبنا عنه بإمكان الانقلاب في الاعتباريات ثبوتاً وإثباتاً.

منها: كيفية تصوير انقلاب الملكية في الفترة الواقعة بين العقد والإجازة من المالك إلى المشتري.

ص: 471



والجواب: إنَّ الشارعَ يعتبر العينَ ملكاً للمالك في المَدَّةِ المذكورة، لكن بمجرد صدور الإجازة منه يعتبر الشارع العين ملكاً للمشتري، وهكذا يتعدّد اعتبار الشارع بمقتضى الإجازة، ولا مانع لتعدّده، حيث لا يستلزم الانقلاب في الواقعيّات ليكون ممنوعاً، بل الانقلاب حاصلٌ فيما يعدّ من الأمور الاعتباريّة، ولا مانع من وقوعه فيها.

أمّا إجازة المرتهن: فهي على تقيض من إجازة المالك في العقد الفضولي، حيث لا تأثير لها في تحقّق الاستناد، ولا تدلّ على رضا المالك بالبيع، لتحقّق كليهما قبل لحوقها إذا البيع صادر من نفس المالك وهو الراهن، وبالتالي فلا- تأثير لمثل هذه الإجازة في الأمرين المذكورين، إنّما تؤثر حصراً في إسقاط الحقّ الثابت لدى الحقّ.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا أنّه لا مجال لقياس المقام بالعقد الفضولي، ولا ملازمة بين ثبوت كاشفيّة الإجازة في الأخيرة وثبوتها في الأوّل، لأنّ الملازمة تتمّ في ما إذا كانا من باب واحد، أمّا بعد ما ثبت تعدّد ملاكهما، فلا مجال لإثبات الكاشفيّة لإجازة المرتهن بمقتضى ثبوتها في إجازة الفضولي، بل يتوقّف إثباتها فيه على دليلٍ مثبتٍ لذلك في المقام، دون الأدلّة الدالّة على كاشفيّة الإجازة في العقد الفضولي»(1).

## 2\_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقه أو أنّها إسقاط لحقه:

مقالة المحقّق النائيني ونقده

قال النائيني قدس سره: «وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج إلى مقدمة وهي أنّ الشرائط على أقسام:

فمنها: ما يكون شرطاً للعقد والعقد في عقديته يتوقف عليه بحيث لولاه لم يكن العقد عقداً وذلك كالماضوية بناء على اعتبارها وما يشبه بها، وبعبارة أوضح يكون شرطاً لتحقّق العقد.

ومنها: ما يكون شرطاً في نفوذ العقد بعد تمامية عقديته ويكون شرطاً لروحه وحياته.

ص: 472

ومنها: ما يكون شرطاً لترتب الأثر على العقد مثل القبض في الصرف والسلم، حيث أنه لا يكون شرطاً لعقدية العقد ولا لنفوذه. بل هو جزء ينضم إلى العقد التام بأجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الأثر.

ولا إشكال في أن الإجازة ليست من قبيل القسم الأول، ضرورة اعتبار مقارنة ما كان من قبيل القسم الأول مع العقد فلا يصح تأخره عنه، ولا من قبيل القسم الأخير وإلا لم تكن مجرى للدوران بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف في مثل القبض في باب السلم والصرف إلى وهم، بل هي من قبيل القسم الثاني، إذا عرفت هذا فنقول هنا أمور ينبغي البحث عنها.

الأول: إن إجازة المرتهن هل هي شرط لنفوذ عقد الرهن وتنفيذ له ويترتب عليه سقوط حقه أو أنها إسقاط لحقه وجهان:

ربما يقال بأنها إسقاط للحق لا تنفيذ للعقد، وذلك لأن تنفيذ العقد لابد وأن يكون ممن له السلطنة عليه بحيث له ان يفعل لكي يصح منه أن يجيز وهو منحصر بما إذا باع الفضولي مال المالك إذ المالك له البيع فله الإجازة، وأما المرتهن فليس له بيع مال الرهن فليس له إجازة بيع الرهن أيضاً، وإذا لم تكن له الإجازة فليس له الرد أيضاً: بل لورد لا يؤثر رده في إسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقه، بل العقد يؤثر في النقل بعد ذلك الرد وسقوط حق المرتهن بفك الرهن مثلاً ولو كان الفك بعد رد المرتهن للبيع.

والسرفى ذلك كله ان خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذى مدلوله حكم وضعى لا تكلىفى ومرجعه إلى الأخبار بلزوم العقد لا يشمل غير المالك فالمرتهن لا يخاطب بالوفاء بعقد الرهن وإذا أجاز لا يصير عقد الرهن عقده لكى يشمله الخطاب فمرجع إجازته حينئذ إلى إسقاط حقه.

لكن التحقيق هو الأول أعنى كون إجازة المرتهن تنفيذا لعقد الرهن وان ترتب عليها سقوط حقه وأنه مشمول لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلك لأن ملك الرهن وإن كان للرهن لكن للمرتهن حق على العين المرهونه بما هي ملك الرهن فإن شئت فقل بأن ملكية الرهن مركب لحق المرتهن وحقه راكب على ملكيته وإن شئت فقل بأن حصة من

الملكية وهي المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن وحصّة منها للراهن ولذا يعبر عن ملك الراهن بأنه لا يكون طلقاً ومنشأ نفي الطلقة عنه هو قصوره عمّا هو عليه بثبوت حصّة أو مرتبة منه أو ما شئت فعبّر عنه للمرتهن فالمرتهن مخاطب بخطاب «أوفوا» لكن بمقدار ماله من الملكية أعنى هذا القدر الذي عبرنا عنه بالمركبية لحقّه أو بالمرتبة أو بالحصّة فله تنفيذ البيع كما أنّ له ردّه»<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن يناقش عليه: أولاً: دعواه: «أنّ خطاب «أوفوا بالعقود» الذي مدلوله حكم وضعى لا- تكليفي»<sup>(2)</sup> ممنوعة بما مرّ في أول الكتاب<sup>(3)</sup> من أنّ الآية الشريفة تدلّ على حكم تكليفي بوجود وفاء كلّ عقد ومن ثمّ استفاد منها صحة العقود لأنّ الله لا يحكم بوجود الوفاء بالنسبة إلى العقود الفاسدة ثمّ يظهر منها أنّ الأصل في العقود لزوم لدلالة وجوب الوفاء عليه.

والحقّ في دلالة الآية ما اختاره الشيخ الأعظم من حمل مدلول الهيئة على وجوب الوفاء بالعقود الملازم للزومها.

وثانياً: قوله قدس سره: «حصّة من الملكية وهي المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن...»<sup>(4)</sup>، لم يتم عقلاً لأنّ:

أ: «الإضافة المتحقّقة بين المالك والعين المرهونة، إنّما هي إضافة شخصيّة، ولا مجال للتفكيك والتخصّص فيها لتنتقل جزءاً منها إلى المرتهن.

ب: إنّ الملكيّة تعدّ من الأمور الاعتباريّة التي لا تقبل التشكيك ليصل مرتبة منها إلى المرتهن، هذا فضلاً عن أنّ عدم الطلقة لا يعنى تحصّص الإضافة وانقسامها.

ج: ولو تنزّلنا وسلّمنا جميع ما ذكر، فإنّ إضافة المالك إلى العين تكون على نحو الإضافة الملكيّة كما بحثنا عنه في محله، أمّا إضافة المرتهن فهي على نحو الإضافة

ص: 474

1-1 . المكاسب والبيع (458-460)/2.

2-2 . المكاسب والبيع 2/459.

3-3 . راجع الآراء الفقهيّة 1/ (14-16).

4-4 . المكاسب والبيع 2/460.

الحقّية، والحقّ قسيمٌ للملك لا حصّة منه.

وبالتالي، لا يعقل انتقال الحصّة أولاً، كما لا يعقل انقلاب الملكية المضافة إلى إضافة الحقّ ثانياً»(1).

د: مضافاً إلى ما مرّ (2) من عدم ثبوت حق للمرتهن على العين المرهونة بل الشارع حكم بصحة عقد الرهن ولزومه من طرف الراهن وجوازه من طرف المرتهن، فراجع ما حررناه هناك.

وثالثاً: المخاطب بالآية ليس هو إلاّ العاقد بشروطه لأنّ من يكون العقد عقده فهو مأمور بوجوب الوفاء وأمّا المرتهن لم يصدر منه عقد ليتوجّه إليه خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا- يتم ما ذكره قدس سره من قوله: «المرتهن مخاطب بخطاب «أَوْفُوا» لكن بمقدار ما له من الملكية...»(3).

والحاصل: ليست للمرتهن الملكية على العين المرهونة، ولا حتّى حقّ عليها على ما اختارناه، نعم حكم الشارع بأنّ العقد من جانبه جائز فليس له إلاّ مجرد انحلال العقد في بيع الراهن.

وأما بناءً على ثبوت حقّ المرتهن على العين المرهونة أيضاً فليس له إلاّ إسقاط هذا الحقّ وبعد إسقاط حقّه يحكم بنفوذ عقد الراهن من حينه والله العالم.

### 3\_ حكم الإجازة بعد الردّ

هل تنفع الإجازة بعد الردّ؟ قال الشيخ الأعظم(4) وجهان: من أنّ المرتهن أجنبي عن العقد وليس من المتعاقدين فردّه لا يؤثر، ومن أنّ الإيجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فردّ المرتهن يبطل العقد «وهذا هو الأظهر من قواعدهم»(5).

ص: 475

1-1 . العقد النضيد 5/160.

2-2 . راجع هذا المجلد صفحة 459 في المناقشة على مقالة المحقّق الإيرواني رحمه الله .

3-3 . المكاسب والبيع 2/460.

4-4 . المكاسب 4/161.

5-5 . المكاسب 4/162.

أقول: بناءً على مبنى المشهور من ثبوت الحق للمرتهن على العين المرهونة، ردّ المرتهن لا- يؤثر على العقد لأنه قائم بطرفيه وهو البائع الراهن والمشتري والمرتهن أجنبي بالنسبة إلى العقد فلا يستطيع رده، نعم لو أجاز البيع حتى بعد الردود المكررة تم العقد.

وبناءً على المختار من عدم ثبوت الحق للمرتهن فإنَّ عَدَمَ تأثيرِ رَدِّهِ واضح.

ولكن نحن ذهبنا في بيع الفضولي(1) أيضا من أن ردود المالك لا يوجب سقوط العقد وإذا أجاز بعد الرد يصح انتساب العقد إليه، فعدم تأثير ردود المرتهن هنا واضح بلا ريب والله العالم.

#### 4\_ فك الرهن بعد البيع

يسقط حق الرهانة بالوجوه التالية:

أ: قيام الراهن بفك الرهن وأداء الدين.

ب: إسقاط المرتهن حقه مطلقا أو بالمصالحة عليه.

ج: إبراء الدائن ذمة المديون.

د: تبرأ شخص ثالث بأداء الدين، ونحوها.

ثم هل هذه الأمور بمنزلة الإجازة بعد البيع وتكون مصححة للعقد أو أنها لا تقاس بالإجازة ولا تكون مصححة للعقد الراهن؟ قولان:

ذهب إلى الأول العلامة في التذكرة(2) وولده(3) والشهيد في الحواشي(4) وهو الظاهر من المحقق(5) والشهيد(6) الثانيين.

وذهب إلى الثاني العلامة نفسه في القواعد وقال: «فلو افتكَّ الرهن ففي لزوم العقود

ص: 476

1-1 . راجع الآراء الفقهية 5/514-505).

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/42 واحتمل الصحة في كتاب الرهن من التذكرة 13/386.

3-3 . إيضاح الفوائد 2/19.

4-4 . لم أجده في الحاشية النجارية؛ ونقل عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة 15/364.

5-5 . جامع المقاصد 5/75.

6-6 . المسالك 4/48، الروضة البهية 4/84.

نظر»(1). واستشكل عليه في التحرير(2) وقال الشهيد: «لو انفك لا ينفذ العتق لأنه لا يقع معلقاً»(3).

الاستدلال على القول الثاني

استدلَّ الشيخ الأعظم(4) عليه بالوجه الثلاثة:

الوجه الأول: «بيع الراهن \_ حال حصوله \_ لم يكن مشمولاً لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، وحلَّ البيع، لكونه تصرفاً في متعلق حقِّ المرتهن، والمفروض عدم لحوق إجازته به حتَّى تنفذه، ويصير سبباً تاماً للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع، والذي حصل بعده هو سقوط حقِّ الرهانة بسبب الفك أو بموجب آخر، ولكن لا دليل على كفاية السقوط...»

ونتيجة ذلك: أن بيع الراهن حين صدوره كان مقترناً بالمانع، وخارجاً عن أدلة الإمضاء، وفي زمان إنتفاء المانع \_ بسقوط حق الرهانة \_ لا عقد حتَّى يعمّه خطاب «أوفوا»(5).

الوجه الثاني: «إستصحاب ما كان قبل فك الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعقبه بالإجازة قبل الفك، ولا سلطنة للمرتهن بعد الفك حتَّى تنفعه الإجازة، فيبطل.

فإن قلت: إن المقتضى لصحة بيع الراهن \_ وهو صدوره من المالك \_ موجود، والمانع من اللزوم هو حقُّ المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد في عموم الأمر بالوفاء، ويلزم.

قلت: لا مجال للرجوع إلى العموم في المقام، لحكومة الإستصحاب عليه.

وجه الحكومة: إنَّ الإستصحاب منقَّح للموضوع، ويحرز الخاص، كما إذا شك في

ص: 477

1-1 . القواعد 2/113.

2-2 . تحرير الأحكام الشرعية 2/489.

3-3 . الدروس 3/398.

4-4 . المكاسب 4/163.

5-5 . هدى الطالب 7/528.

فاسقية زيد بعد سبقها، فتستصحب، ويحرز بالإستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوماً بحكم العام كـ «أكرم العدول أو صلّ خلفهم». فعدم جريان العموم في مثل المقام إنّما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شك في التخصيص حتّى يتمسك بالعام.

وعليه، فلا وجه للإشكال على حكومة الإستصحاب على العام كما في بعض الحواشي. نعم هذه الحكومة ظاهرية لا واقعية كما هو واضح»(1).

الوجه الثالث: «ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح»(2).

منها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: أنّي كنت مملوكاً لقوم، وأنّي تزوّجت امرأة حرةً بغير إذن مولايّ ثمّ أعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنّك مملوك لهم؟ فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ، قال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل.(3)

ومنها: موثقة الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّني كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد فأجدّد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنّك على نكاحك.(4)

جعل الشيخ الأعظم (5) النصوص مؤيِّداً ثمّ دليلاً:

وجه التأييد: احتمال «دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم

ص: 478

1-1 . هدى الطالب 7/531.

2-2 . المكاسب 4/163.

3-3 . وسائل الشيعة 21/117، ح1، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد والإماء.

4-4 . وسائل الشيعة 21/118، ح3.

5-5 . المكاسب 4/163.

المقتضى، وكون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإنَّ العبد لا مقتضى لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة ولا يقدر على شيء. بخلاف الرهن السلطان على التصرف في ماله، غاية الأمر أنَّ حق المرتهن صار مانعا عن نفوذ تصرفاته، فإذا ارتفع المانع أثار المقتضى في المقتضى.

وهذا الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال [بالنصوص] على نفوذ بيع الرهن بسقوط حق المرتهن، فتكون [النصوص] مؤيدة»(1).

و«وجه الدلالة: ظهور الرواية في أن عقد النكاح لمَّا لم يجب الوفاء به حال حدوثه \_ لكونه تصرفا في ملك السيد بغير إذنه \_ كان كذلك بقاءً، ولا يقتضى العتق دخول هذا العقد في عموم وجوب الوفاء بالعقود. والظاهر عدم الفرق في هذه الجهة بين نكاح العبد وبين بيع الرهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فكِّ الرهن في ترتب الأثر على البيع السابق»(2).

ثم ناقش هذه الوجوه:

المناقشة في الوجه الأوَّل: قال الشيخ الأعظم: «أنَّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حقَّ المرتهن المتقدِّم على حقَّ المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى»(3).

توضيح كلامه: «أدلة الإمضاء مقتضية لتأثير بيع الرهن في النقل، وعدم فعالية التأثير إنَّما هو لوجود المزاحم وهو حقَّ المرتهن المفروض سبقه على البيع، ولكن لا ريب في أن مزاحمة المانع ما دامية لا مطلقة، فمع سقوط حقِّه بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثر»(4).

المناقشة في الوجه الثاني: قال الشيخ الأعظم: «لا مجال لاستصحاب عدم

ص: 479

1-1 . هدى الطالب 7/533.

2-2 . هدى الطالب 7/533.

3-3 . المكاسب 4/164.

4-4 . هدى الطالب 7/534.



تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب وارتقاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم»(1).

توضيح مقاله: «أنّ الاستصحاب يجري فيما لو احتملنا بقاء مناط المتيقن السابق، لكن مع القطع بزواله، لا يبقى موضوع للاستصحاب حينئذٍ، بل يعدّ جريانه نقضا لليقين باليقين لا بالشكّ، والمناط سابقا كان مزاحمة حقّ المرتهن، وبعد سقوط الحقّ من خلال المسقطات المذكورة، فإنّ المناط قطعى الزوال، ولا يعقل استصحاب حكم لا مناط فيه.

وبعبارة أخرى: يمكن دعوى تبدل الموضوع فى المقام، لأنّ الموضوع قبل السقوط المال المتعلّق به حقّ الرهانة، وهذا المال الذى لم يكن متعلّقا لحقّ الرهانة، وبالتالي فلا مجال لاستصحاب الحكم السابق.

وأمره بالتفهم أخيرا لعلّه يقصد به الإشارة إلى أنّ مجرد سقوط استصحاب عدم الصحّة، غير كافٍ لإثبات الصحّة، بل يتوقّف على قيام دليل عليها، فالبرغم من زوال مناط المنع - كما هو الحقّ - وعدم جريان استصحاب عدم الصحّة، إلّا أنّ العقد المتحقّق بحاجة إلى ما يدلّ على صحّته، حيث لا عموم أزمانى فى آية الحِلّ بحسب المدعى، وبالتالي لا يبقى دليل على صحّة عقد الراهن»(2).

ولكن المحقّق الإصفهانى رحمه الله حمل أمر الشّيخ الأعظم بالتأمل على «أنّ العلم بـ [انتفاء] مناط المستصحب يمنع عن الاستصحاب ويوجب لحوق هذا الفرد بالأفراد الداخلة فى العام حكما، لا أنّه يوجب ظهور العام فى العموم الأزمانى حتّى يكون من باب العمل بالعام، ولعلّه أشار إليه بقوله فافهم»(3).

مراد الإصفهانى: أنّ فقد مناط الاستصحاب يقتضى تحقّق حكم العام، لا ظهور العام بالنسبة إلى الفرد، إذ فرق بين جريان حكم العام فى المورد، مع جريان عموم العام فى المورد المذكور، فإنّ العلم بعدم تحقّق مناط الاستصحاب - وهو حقّ المرتهن الزائل

ص: 480

1-1 . المكاسب 4/164.

2-2 . العقد النضيد 5/168.

3-3 . حاشية المكاسب 3/269.

بعد السقوط بالوجوه الخمسة \_ المستلزم لعدم جريانه، يقتضى جريان حكم صحّة العقد دون ظهور العموم فى المورد.

وبالتالى، فإنّ قوله: «فافهم» ناظرٌ إلى بطلان مرجعية العموم بعد سقوط الاستصحاب»(1).

ويمكن حمل الأمر بالتفهم على مقالة المحقق الإيروانى حيث يقول: «إذا خرج بدليل الرهن الذى هو مخصّص لفظي زمان الرهن لم يكن مجال للعود على العام، نعم إذا علم مناط الحكم فى العام، وأنّ المانع منحصر فى حقّ المرتهن لم يكن إشكال فى كون الحكم مطابقاً لحكم العام، ولكن لا بدليل العام.

أمّا إذا احتتمل أنّ العقد إذا خرج، خرج أبداً بمعنى أنّ خروجه عن تحت الحكم بوجود الوفاء مانع آخر وهذا المانع بالفرض باقى لم يكن مجالاً للحكم بوجود الوفاء، وكان المرجع استصحاب عدم اللزوم»(2).

المناقشة فى الوجه الثالث: قال الشيخ الأعظم: «وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمة حقّ السيّد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً»(3).

توضيح كلامه: «إنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحة. فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضى، لا لأجل المزاحمة مع حقّ السيّد ليكون من قبيل المانع، كحقّ الرهن الذى هو مانع عن نفوذ عقد الراهن»(4).

والحاصل: بعد ورود مناقشات الشيخ الأعظم على الأدلة التى اقيمت للقول الثانى، ظهر عدم تماميتها وثبوت القول الأوّل فى المقام وهو أنّ مسقطات الرهن بعد البيع

ص: 481

1-1 . العقد النضيد 5/169.

2-2 . حاشية المكاسب 2/531.

3-3 . المكاسب 4/164.

4-4 . هدى الطالب 7/537.

تكون بمنزلة إجازة الرهن بالنسبة إلى البيع، والله العالم.

## 5\_ مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟

ذهب الشيخ الأعظم (1) إلى أنّ «مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمة حقّ المرتهن \_ وإناطة تأثيره بسقوط حقه \_ هو ناقلة سقوط حق الرهانة لا كاشفيتها، لأن المزاحم وهو حق المرتهن مانع عن تأثير، فما دام موجوداً يمتنع تأثير المقتضى، فلا محالة يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

وغيره قدس سره من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرهن ناقلاً، وهو منافاته لم اذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفاً عن صحة عقد الرهن. فحال الفكّ عندهم حال الإجازة في البيع الفضولي، مع أنّ مقتضى الصناعة الإلتزام بالنقل، لئلا يلزم تعلق حقّ الرهانة بمال إنتقل إلى المشتري، كما تقدم....

وقرب كون الفك ناقلاً، ونظّر بالإجازة الكاشفة في مسألة «من باع ثم ملك» ثمّ قال بتعيين القول بالكشف للإجماع» (2).

لأنّ الفقهاء على القولين الماضيين:

1\_ صحة بيع الرهن واستكشافه بالفك كما يظهر من العلامة في رهن القواعد في قوله: «فإن انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا» (3).

مراده: «أنّه لو جُنِيَ على عبديّ مرهون، فعفا المولى \_ وهو الرهن \_ عن الجنائية في الخطاء، أو عفا عن الجنائية وعن المال \_ في العمد \_ الذى هو بدل عنها وعن الإلتلاف، فهل يصحّ عفو، أى إسقاط حقه، أم لا يصحّ رعاية لحقّ المرتهن، مع أن العفو مسقط لحقه؟ ذهب العلامة في القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجنائية، ثمّ العفو، فإنّ إنتكّ الرهن بعد ذلك كشف عن صحة العفو، وإن إستمرّ الرهن \_ لبقاء الدّين فى ذمة الرهن \_ لم يصحّ العفو» (4).

ص: 482

1- 1 . المكاسب 4/164.

2- 2 . هدى الطالب 7/538.

3- 3 . القواعد 2/126.

4- 4 . هدى الطالب 7/521.

2\_ بطلان عقد الرهن وعدم تصحيحه بالفك كما مرّ (1) أنفاً من الشهيد (2) وتنظر العلامة (3) في صحة العقد واستشكاله (4) عليه.

وأما القول بصحة عقد الرهن وكون الفك ناقلاً فمما لا قائل به.

المناقشه في كلام الشيخ الأعظم

يمكن أن يناقش عليه: أولاً: ليس هناك فرق بين إجازة المرتهن في بيع الراهن وفك الرهن، بناءً على أنّ إجازة المرتهن ليست شيئاً غير إبطال الرهن.

وثانياً: ليس بين إجازة المرتهن وفك الرهن فرق ماهوى لأنّهما من قبيل رفع المانع فلا فرق بينهما من حيث الناقلية والكاشفية.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ مسقطات حقّ الرهانة كاشفة لصحة بيع الراهن كما أنّ إجازة المرتهن كذلك ولا فرق ماهوى بينهما من هذه الحيثية.

والعجب من صاحب العقد النضيد (5) حيث ذهب إلى كاشفية إجازة المرتهن وناقلية مسقطات الرهن مع أنّهما من قبيل رفع المانع وعدم الفرق الماهوى بينهما والله العالم.

## 6\_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟

ذكر الشيخ الأعظم فيه الوجهين:

الأول: «وجوب فكّه من مال آخر...» (6).

توضيحه: يجب على الراهن البائع وجوب فك العين المرهونة من مال آخر لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على هذا الفك، فوجوب الفكّ يكون مقدّمياً.

ص: 483

1-1 . في صفحة 476 من هذا المجلد.

2-2 . الدروس 3/398.

3-3 . القواعد 2/113.

4-4 . التحرير 2/489.

5-5 . راجع العقد النضيد 5/173.

6-6 . المكاسب 4/166.

الثانى: «إتّما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأمّا دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب»(1).

مراده: وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى رفع سلطنة الغير بل مقتضاه عدم نقض البيع لو كان المبيع خاليا عن حقّ الغير. واستشهد الشيخ الأعظم بفرع وهو: «لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك»(2).

وجه الاستشهاد: «أنّ الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه احتمالان:

أحدهما: كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن من بيده أمر العقد إن إجاز، وقّع العقد له، ووجب عليه الوفاء به، ولا شأن للفضولى أصلاً. وإن ردّه كان إنشاء الفضولى عقداً صورياً، لا عبرة به.

وثانيهما: كون هذا البيع لازماً على الفضولى، ويجب الوفاء به، ولكن لا يجب عليه شراء المال من مالكه مقدماً لإيجاد الشرط \_ وهو الملك \_ وتسليم المبيع للمشتري، بل إن إتفق دخوله فى ملك الفضولى وجب الوفاء بعقده، وإن لم يتفق ذلك لم يجب.

وما أفاده المصنف قدس سره \_ من جعل هذا الفرع شاهداً للمقام \_ مبنى على الإحتمال الثانى، فيقال: كما لا يجب على الأجنبى إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حقّ الرهانة، هذا»(3).

والظاهر من الشيخ الأعظم أنه اختار الوجّه الثانى؛ لأنه قال: «إتّما يلزم الوفاء بالبيع...»(4) الخ.

ولكنّ المحقّق الإصفهانى اختار الوجّه الأوّل وقال: «وجه الوجوب أنّ فك الرهن بأداء الدين واجب من دون تعيينه بالذات ببيع العين المرهونة، بل هو مخير بين بيعها وأداء

ص: 484

1-1 . المكاسب 4/166.

2-2 . المكاسب 4/166.

3-3 . هدى الطالب 7/544.

4-4 . المكاسب 4/166.

الدين الموجب للفك؛ وبين أداء الدين بمال آخر، فإذا امتنع الأول بسبب لزوم العقد من قبله تعين الفرد الآخر»(1).

توضيح كلامه: «أنّ الراهن مديونٌ وجب عليه أداء دينه تخييراً، فهو مخيّرٌ وجوباً بأداء دينه إمّا من العين المرهونة، وإمّا من غيرها:

أمّا الأول: فمتعدّرٌ شرعاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء، حيث باع العين، فلا يحقّ له شرعاً التصرف فيها، وقد ثبت في محله أنّه إذا تعدّر عدل الواجب التخييري عقلاً- أو شرعاً، تعيّن العدل الآ-خر. [وهو الثاني] فيجب على الراهن أن يفكّ العين المرهونة بمالٍ آخر لكي يستطيع تسليمها إلى المشتري»(2).

ولكن يرد عليه: «أنّ توجيه المحقّق الإصفهاني مبنيٌّ على أنّ العين المرهونة لا تتحرّر إلاّ بعد قيام الراهن بفكّ رهنه من خلال الوفاء بالدين، ولولاه لكان من حقّ المرتهن أن يستوفى حقه من نفس العين ولو بيعها، لكن لا يتمّ البيع إلاّ بعد إذن الراهن وإجازته، وصدور مثل هذه الإجازة منه ممنوعٌ، لمنافاتها مع عقده عليها مع المشتري، فمقتضى البيع الصادر من الراهن أنّه لا يحقّ له أن يأذن ببيعها حتّى للمرتهن.

ومن جهة أخرى: يدلّ دليل وجوب الوفاء على ضرورة أن يوفّى دينه من مال سواها، فتوجيه المحقّق الإصفهاني يتمّ، فيما لو اعتبرنا الراهن مخيّرًا بالأداء تخييراً وجوبيّاً، بين أن يؤدّي من نفس العين المرهونة، أو من مالٍ آخر متعلّق به، أمّا لو ثبت أنّ الأدلّة لا تفيّد سوى أنّه متى امتنع الراهن عن فكّ الرهن بأداء الدين، فإنّ المرتهن حرّف في بيع [العين] المرهونة، واستيفاء الثمن منها، دون الرجوع إليه والاستئذان منه.

وبذلك يبطل التوجيه المذكور، ويثبت صحّة اختيار الشيخ [الأ-عظم] من أنّه لا- دليل على ضرورة وجوب فكّ الرهن بمالٍ آخر عدا المرهونة.

ولو وصل الدور إلى الشكّ في حدود دليل وجوب الوفاء وسعته، وأنّ على البائع

ص: 485

1-1 . حاشية المكاسب 3/270.

2-2 . العقد النضيد 5/175.

الراهن أن لا ينقض عقده، ممّا يستلزم وجوب فكّ رهنه بمال آخر، فإنّ الشبهة تكون حينئذٍ مفهوميّة ومردّدة بين الأقلّ - وهو أنّ عليه فقط أن لا ينقض عقده - وبين الأ-كثّر الشامل لعدم وجوب النقض، وللزوم فكّ الرهن بمالٍ آخر، والقاعدة هي البراءة ولزوم الاقتصار على الأقلّ»(1).

أقول: الظاهر عدم وجود الدليل على وجوب فكّ الرهن على الراهن البائع والله العالم.

## 7\_ لو امتنع الراهن من فكّ الرهن هل يباع عليه أم لا؟

لو امتنع الراهن البائع من فكّ الرهن وله مال آخر، سواء ذهبنا إلى وجوب فكّ الرهن عليه أو عدم وجوبه ففيه وجهان:

أ: أمّا بناء على وجوب فكّ الرهن على الراهن البائع:

1\_ فيجوز للمرتهن بيع العين المرهونة لاستيفاء الدّين ولازم ذلك إبطال العقد الصادر من الراهن.

والوجه في ذلك: إذا امتنع الراهن من أداء دَيْنِهِ وفكّ الرهن يجوز للمرتهن بيع العين المرهونة - وامتناع الراهن هنا أعمّ من الاختياري والقهري(2) الناشئ من بيع الراهن العين المرهونة - لتعلق حقّه - أي حقّ المرتهن - سابقا على بيع الراهن، ولا يلزم الراهن بفكّ الرهن من مال آخر حينئذٍ.

وبعد بيع المرتهن العَيْنَ المرهُونَةَ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ بَطْلَانُ عَقْدِ الرَّاهِنِ مِنْ بَابِ السَّالِبَةِ بَانْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ.

2\_ وأمّا إجبارُ الرَّاهِنِ عَلَى فَكِّ الرهن بمالٍ آخرَ فلأنّ الواجب على الراهن البائع أن يفكّ العين المرهونة ويُسَدَّ لَمَّهَا إِلَى الْمُشْتَرَى وَحَيْثُ إِنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ الْفَكِّ جَازٌ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَيْهِ، لِكَوْنِهِ وَلِيًّا عَلَى الْمَمْتَنِعِ.

ص: 486

1- 1 . العقد النضيد 5/176.

2- 2 . كما عليه المحقّق الإصفهاني رحمه الله في حاشيته على المكاسب 3/271.

ب: وأما بناءً على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كما اختَرناهُ:

1\_ فيجوز للمرتهن أيضاً بيع العين المرهونة استيفاءً للدين، بلا فرق بين هذا القسم وبين وجوب فك الرهن.

2\_ وأما إجبار الراهن على فك الرهن من مال آخر فللجمع «بين حقي المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع» (1) يُجِبُّ على فكّ الرهن كما استفادَ الفاضلُ المامقانيُّ (2) قدس سره دليل الاجبار في هذا القسم من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله الماضي.

أقول: يمكن أن يناقش على هذا القسم الأخير:

أولاً: بعد البناء على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كيف يُجبر الراهن عليه؟! وهل يُجبر أحد على ما لم يجب عليه فلا تتم الاستفادة الفاضل المامقاني قدس سره من كلام الشيخ الأعظم.

وثانياً: إنَّ ثبوت الحقِّ للمشتري أوّل الكلام لأنَّه اشترى شيئاً عليه حقّ الغير \_ وهو المرتهن \_ فيكون البيع بالنسبة إليه كالمشتري من الفضول في بيع الفضولي لا حقّ له أصلاً حتّى يجمع بين الحقيين: حق المرتهن وحق المشتري فلا يتم مقالة الشيخ الأعظم: «جمعاً بين حقي المشتري والمرتهن» (3).

فهذا القسم الأخير يُبقي بلا دليل كما صرَّح بهما الفقيهُ الشريعتمداري (4) رحمه الله وبالأوّل منهما المحقق المروج (5) رحمه الله .

وهذا آخر الكلام حول بيع العين المرهونة وبه تم البحث حول الشرط الثالث من شرائط العوضيّين \_ وهو اشتراط طليقة المبيع \_ وبه تمَّ الجزء الثامن من الآراء الفقهية \_ قسم البيع (5) \_ على يد مؤلّفه العبد الجاني هادي النجفي في يوم الإثنين التاسع عشر

ص: 487

1-1 . المكاسب 4/166.

2-2 . غاية الآمال 7/198.

3-3 . المكاسب 4/166.

4-4 . تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات 5/52.

5-5 . راجع هدى الطالب 7/548.



من شهر ذى القعدة الحرام سنة 1437 فى مدينة إصفهان صانها الله تعالى عن الحدثن وسائر بلاد أهل الإيمان.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله الأئمة الطاهرين المعصومين. (1)

ص: 488

---

1-1 . اشتغلت بتصحيح هذه الأوراق فى أيام عيد النيروز عام 1396 بمدينة إصفهان وقد فرغت عنها فى زوال يوم الجمعة 11 فروردين 1396 المطابق للثانى من شهر رجب المرجب سنة 1438 يوم ولادة سيدي ومولاي الإمام على بن محمد الهادى عليه السلام على قول، والحمد لله أولاً وآخراً.

تقريب المرجع الدينى آية الله العظمى السيد عزالدين الحسينى الزنجانى قدس سره \*\*\* 3

ترجمة التقرىظ بالعربىة \*\*\* 6

تارىخُ إنهاء المُجلدِ الثامن من الكتاب من نظم السيد عبدالستار الحسنى البغدادى \*\*\* 7

فصلُ شرائط العوضين /9

1\_ المالىة \*\*\* 11

2\_ الملكىة \*\*\* 19

دليل اعتبار الملكىة ونقده \*\*\* 21

أقسام الأرضين وأحكامها /24

1\_ الأرض الموات بالأصالة \*\*\* 25

الطائفة الأولى: النصوص الدالة على أنها من الأنفال \*\*\* 26

الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام \*\*\* 27

الطائفة الثالثة: النبويان العاميان \*\*\* 28

مناقشة المحقق الإصفهانى فى دلالة الروايات \*\*\* 29

الجواب عن مناقشة المحقق الإصفهانى \*\*\* 31

تنبيهات \*\*\* 37

الأول: ما المراد من ملكىة الأنفال للإمام عليه السلام \*\*\* 37

التنبيه الثانى: بماذا يتحقق احياء الأرض الميتة؟ \*\*\* 38

الثالث: الإحياء سببٌ لملكىة الأرض للمحىي \*\*\* 46

2\_ الأرض العامرة بالأصالة \*\*\* 47

اعتراض النائىنى على الشيخ الأعظم ونقده \*\*\* 48

مناقشة المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم \*\*\* 49

مناقشة الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ للشيخ الأعظم \*\*\* 52

ص: 489

والمختار فى المقام \*\*\* 54

فرع: هل تملك الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟ \*\*\* 54

فذلكة الكلام \*\*\* 63

المناقشة فى هذه السيرة العقلانية المدعاة \*\*\* 57

3\_ الأرض العامرة بالعرض \*\*\* 64

قولان رئيسيان فى المسألة \*\*\* 69

أدلة القول الأول \*\*\* 69

أدلة القول الثانى \*\*\* 71

اشكالات ثلاثة على القول الثانى \*\*\* 77

فذلكة الكلام بين القولين والمختار منهما \*\*\* 80

تنبيه \*\*\* 87

تذكير: ثمرات البحث بين القولين \*\*\* 88

تكميل: بعض أحكام هذا القسم \*\*\* 88

تتميمان \*\*\* 89

الأول: هل يعتبر كون المحيى مسلماً؟ \*\*\* 89

1\_ اعتبار اسلام المحيى \*\*\* 89

أدلة اعتبار إسلام المحيى \*\*\* 90

2\_ عدم اعتبار إسلام المحيى وهو القول بالتعميم \*\*\* 94

أدلة عدم اعتبار إسلام المحيى \*\*\* 95

الثانى: شرائط الإحياء \*\*\* 97

1\_ ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلمٍ \*\*\* 97

2\_ أن لا يكون حريماً لعامراً \*\*\* 100

3\_ «أن لا يُسميه الشرعُ مشعراً للعبادة» \*\*\* 105

4\_ «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل» \*\*\* 111

ص: 490

5\_ «ألا يسبق إليه سابق بالتحجير \*\*\* 119

6\_ أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه وآله \*\*\* 126

حكم الأراضى المفتوحة عنوةً \*\*\* 143

إجماع فقهاءنا فى المسألة وخلاف العامة فيها \*\*\* 144

مستند فقهاء الطائفة \*\*\* 156

الاحتمالات التى يمكن استفادتها من الروايات \*\*\* 163

الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبي \*\*\* 166

1\_ الاشكال العقلى \*\*\* 166

2\_ كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟! \*\*\* 168

3\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟ \*\*\* 168

4\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟ \*\*\* 169

بعض أحكام الأراضى المفتوحة عنوة \*\*\* 172

1\_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنّها ملك خاص \*\*\* 172

2\_ المتصدى للأراضى الخراجية \*\*\* 173

3\_ لا يجوز بيع الأراضى الخراجية \*\*\* 174

حكم الأراضى الصلحية \*\*\* 177

المقام الأول: مقتضى عقد الصلح \*\*\* 177

المقام الثانى: مقتضى الروايات \*\*\* 177

3\_ الطَّلِقِيَّةُ (التمامية) \*\*\* 181

الأولى: ما معنى الطلقة والتمامية؟ \*\*\* 184

الثانية: فوارق القولين \*\*\* 188

الثالثة: اعتراض المحقق الخراساني على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقق... 189

الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم 191

الخامسة: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطية 193

ص: 491

المسألة الاولى: عدم جواز بيع الوقف /195

تمهيد: ما هي حقيقة الوقف؟ \*\*\* 195

القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأوّل... \*\*\* 195

القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات... \*\*\* 195

القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة و... \*\*\* 195

اشكالات السيّد الخميني على المحقّق الإصفهاني \*\*\* 199

الإشكال الأوّل وجوابه \*\*\* 199

الإشكال الثاني ونقده \*\*\* 200

الإشكال الثالث وَرَدُّهُ \*\*\* 201

الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ \*\*\* 202

مقالة النائيني في حقيقة الوقف \*\*\* 203

ظهور الايراد على السيّد الخميني رحمه الله \*\*\* 205

الدليل الثاني: الإجماع \*\*\* 206

الدليل الثالث: الاطلاقات \*\*\* 207

الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة في باب الوقف \*\*\* 208

اعتراض المحقّق الإيرواني ونقده \*\*\* 209

ومنها: صحيحة أبي علي بن راشد \*\*\* 209

التقريب الأوّل \*\*\* 211

التقريب الثاني \*\*\* 212

التقريب الثالث \*\*\* 213

واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات \*\*\* 214



ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم: \*\*\* 214

تهافت في كلام الشيخ الأعظم \*\*\* 215

محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهافت ونقدها \*\*\* 216

ص: 492

تقدّمها: المحاولة عقيمة \*\*\* 216

تعليقة المحقّق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس \*\*\* 217

موانع بيع الوقف في رأي الشيخ الأعظم \*\*\* 224

1\_ أمّا حقّ الواقف \*\*\* 224

2\_ وأمّا حقّ الله \_ سبحانه وتعالى \_ \*\*\* 225

3\_ وأمّا حقّ البطون المتأخّرة \*\*\* 225

فذلكة القول \*\*\* 230

مقالة المحقّق الإصفهاني في تصحيح بطلان بيع الوقف وتماमितها \*\*\* 230

فذلكة الكلام إلى هنا \*\*\* 233

هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع... \*\*\* 233

اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده \*\*\* 234

مقالة المحقّق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين وتقدّمها \*\*\* 235

الجهة الأولى: الخروج الموضوعي عن هذا الأصل الأولى وهو عدم جواز بيع الوقف \*\*\* 238

الأقوال \*\*\* 238

القول الأوّل: ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقاً وعدم الخروج من \*\*\* 238

القول الثاني: جواز البيع مطلقاً، ومن الواضح أنّ من يقول بجواز البيع إنّما يقول \*\*\* 238

القول الثالث: جواز البيع في الوقف المنقطع وعدم جوازه في الوقف المؤبّد وهو \*\*\* 238

القول الرابع: جواز البيع في الوقف المؤبّد وعدم جوازه في الوقف المنقطع على \*\*\* 239

القول الخامس: جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه في نفس العين \*\*\* 239

القول السادس: عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز في غيرهما \*\*\* 239

الجهة الأولى في الوقف المؤبّد \*\*\* 240

1\_ الوقف التمليكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم \*\*\* 240

2\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملكٍ نظير التحريير \*\*\* 240

وهاهنا فروع لا بدّ من البحث حولها \*\*\* 241

ص: 493

- الأول: حكم بيع المساجد \*\*\* 241
- الثانى: وأما أجزاءه وآلاته وأثاثه \*\*\* 254
- الثالث: ما الحَقَّ بالمساجد \*\*\* 259
- الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟ \*\*\* 262
- الخامس: الوقف على الموقوفات \*\*\* 263
- السادس: حكم كسوة الكعبة \*\*\* 264
- الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف \*\*\* 265
- الصورة الأولى \*\*\* 265
- كلمات الفقهاء فى المقام \*\*\* 266
- المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع \*\*\* 269
- المقام الثانى: عدم المانع \*\*\* 272
- فذلكة القول فى المقام \*\*\* 274
- ثم إن هاهنا إشكالاً لا بدّ من الجواب عنه \*\*\* 275
- الإشكال \*\*\* 275
- قد تعرّض الأعلام لحلّ هذا الإشكال \*\*\* 276
- محاولة المحقّق الخراسانى \*\*\* 276
- نقد الإصفهانى على محاولة الخراسانى ثمّ توجيهها \*\*\* 276
- محاولة السيّد اليزدى \*\*\* 278
- ويناقد عليه \*\*\* 278
- جواب السيّد الخوئى \*\*\* 281
- اعتراض الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ على الأعلام الثلاثة \*\*\* 282

جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ عن الاشكال \*\*\* 285

المناقشة فى جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ \*\*\* 287

إن هاهنا فروعاً لا بدّ من البحث حولها \*\*\* 288

ص: 494

الفرع الأوّل: البدل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟ \*\*\* 288

الفرع الثاني: هل يحتاج البدل في كونه وقفاً إلى صيغة الوقف؟ \*\*\* 290

الفرع الثالث: هل يجوز بيع البدل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟ \*\*\* 291

الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟ \*\*\* 292

أدلة القول بوجوب شراء المماثل \*\*\* 293

الدليل الأوّل: قياس المسألة بباب الضمان \*\*\* 293

الدليل الثاني: إهمال أدلة جواز بيع الوقف \*\*\* 295

الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف ورضه \*\*\* 295

الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضى المماثلة \*\*\* 295

الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟ \*\*\* 296

الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولى عن بدل الوقف؟ \*\*\* 299

الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالنقدين ماذا يُفعل بهما؟ \*\*\* 300

الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه \*\*\* 304

الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة \*\*\* 305

الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة \*\*\* 307

الفرع الحادي عشر: إذا لا يمكن الانتفاع في حقّ الموقوف عليهم \*\*\* 308

الفرع الثاني عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدة \*\*\* 309

الصورة الثانية \*\*\* 309

مقالة السيّد الخوئي في توضيح ونقل كلام الشيخ الأعظم \*\*\* 311

تنبيه \*\*\* 313

إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر \*\*\* 314

مقالة صاحب الجواهر \*\*\* 314

توضيح كلام صاحب الجواهر \*\*\* 316

إشكال الشيخ الأعظم \*\*\* 317

ص: 495

الحكمية بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب \*\*\* 323

أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأول للشيخ الأعظم \*\*\* 323

وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول \*\*\* 324

تنبيه: حول تفصيل المحقق النائيني وتقدمه وملاحظات النقد \*\*\* 327

الصورة الثالثة \*\*\* 332

تقد مقالات الأعلام الثلاثة \*\*\* 334

التنبيه على الأمرين [مقدمة على نقد كلام ابن إدريس] \*\*\* 335

الاشكال الوارد على شيخنا الأنصاري \*\*\* 337

الصورة الرابعة \*\*\* 339

الاحتمالات الواردة في خبر جعفر بن حيان \*\*\* 343

اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان \*\*\* 345

وأما تقريب دلالتها \*\*\* 350

الاشكال على دلالة مكاتبة الحميري \*\*\* 351

الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروایتين \*\*\* 351

فذلکة الكلام في نقد دلالة المكاتبة \*\*\* 352

الصورة الخامسة \*\*\* 353

دليل القائلين بالجواز \*\*\* 354

دليل القائلين بالمنع \*\*\* 356

الصورة السادسة \*\*\* 356

الأقوال في المسألة \*\*\* 358

ما المراد من الشرط هنا؟ \*\*\* 359



هذه الصورة على اختلاف المباني \*\*\* 359

مبنى المختار \*\*\* 359

الصورة السابعة \*\*\* 365

ص: 496

الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية \*\*\* 365

الثانى: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية \*\*\* 365

الدليل على جواز البيع فى القسم الأول من هذه الصورة \*\*\* 365

1\_ لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة \*\*\* 365

2\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده \*\*\* 366

3\_ الحقوق الثلاثة: المذكورة فى كلام الشيخ الأعظم \*\*\* 366

4\_ ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق \*\*\* 369

القسم الثانى من الصورة السابعة \*\*\* 371

1\_ عموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقوف \*\*\* 371

2\_ عموم قوله عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها \*\*\* 374

3\_ عموم قوله عليه السلام: صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث \*\*\* 375

4\_ الاستصحاب \*\*\* 376

تَوْهُمٌ وَدَفْعُهُ \*\*\* 376

القول المختار فى القسم الثانى من الصورة السابعة \*\*\* 378

صور الثامنة والتاسعة والعاشره \*\*\* 378

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال \*\*\* 378

الصورة التاسعة: أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييد بتلف \*\*\* 379

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس \*\*\* 379

مستند جواز البيع فى هذه الصور الثلاث \*\*\* 382

عودٌ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز \*\*\* 382

اشكالات الشيخ الأعظم \*\*\* 383

جواب اشكالات الشيخ الأعظم \*\*\* 383

كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحة \*\*\* 385

تقريب الاستدلال للصور الثامنة بها \*\*\* 385

ص: 497

اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال \*\*\* 385

تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة \*\*\* 386

تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة \*\*\* 387

اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب \*\*\* 387

استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة \*\*\* 388

فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها \*\*\* 391

مقالة المحقق السيد الخوئي حول الصحيحة ونقدها \*\*\* 391

فذلكة الكلام في صحيحة عليين مهزيار \*\*\* 395

الاستدلال للصُّورِ الثَّلاثِ الأخيرة بالقواعد العامة \*\*\* 396

1\_ قاعدة التزاحم \*\*\* 396

2\_ قاعدة لا ضرر \*\*\* 399

الاستدلال للصُّورِ الثَّلاثِ بالشرط الضمني للوقف \*\*\* 399

الوقف المنقطع \*\*\* 400

الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟ \*\*\* 402

أ: الأقوال في المسألة \*\*\* 403

ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر \*\*\* 406

ج: ملكية العين الموقوفة \*\*\* 413

في المسألة أقوال ثلاثة \*\*\* 413

د: بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر \*\*\* 418

المناقشة في صحة هذا البيع بالغرر \*\*\* 418

مقالة المحققين الخراساني والإصفهاني في صحة المعاملة \*\*\* 420

تقد مقالتهما فى بيان الاستاذ المحقق \*\*\* 422

المختار فى بيع العين الموقوفة فى الوقف المنقطع الآخر \*\*\* 424

المسألة الثانية: بيع أم الولد / 427

ص: 498

المسألة إجماعية بين المسلمين \*\*\* 427

تبيين المسألة \*\*\* 428

صور جواز بيع أم الولد \*\*\* 431

الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضة \*\*\* 431

الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياة مولاه \*\*\* 433

الصورة الثالثة: بيع أم الولد في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الأمة \*\*\* 435

الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذي استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذي كان... \*\*\* 435

الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة \*\*\* 436

الصورة السادسة: تعلق ضمان اليد بها \*\*\* 436

الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاه \*\*\* 436

الصورة الثامنة: إذا عجز مولاه عن نفقتها \*\*\* 437

الصورة التاسعة: إذا مات قريبها \*\*\* 437

الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان \*\*\* 437

الصورة الحادية عشرة: إذا كان علوقها بعد الافلاس \*\*\* 437

الصورة الثانية عشرة: بيعها عن من تنعتق عليه \*\*\* 437

الصورة الثالثة عشرة: جواز بيعها بشرط العتق \*\*\* 438

الصورة الرابعة عشرة: بيعها في كفن سيدها \*\*\* 438

الصورة الخامسة عشرة: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها \*\*\* 438

الصورة السادسة عشرة: إذا كان ولدها غير وارث \*\*\* 438

الصورة السابعة عشرة: إذا خرج مولاه عن الذمة \*\*\* 438

الصورة الثامنة عشرة: إذا لحقت أم الولد \*\*\* 438

الصورة التاسعة عشرة: إذا كانت لمكاتب \*\*\* 438

الصورة العشرون: بيعها في حقّ المضمون للمولى \*\*\* 438

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة /440

ص: 499

المانع من صحة بيع العين المرهونة \*\*\* 441

1\_ الإجماع \*\*\* 442

2\_ الأخبار \*\*\* 442

3\_ المانع العقلى وهو التنافى بين البيع والرهن \*\*\* 445

القولان فى بيع العين المرهونة \*\*\* 447

1\_ أدلة القول بالبطلان \*\*\* 447

مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها \*\*\* 449

2\_ أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن \*\*\* 454

1\_ الاستدلال بالأدلة العامة \*\*\* 454

2\_ التعليل الوارد فى صحة نكاح العبد \*\*\* 455

3\_ فحوى أدلة صحّة الفضولى \*\*\* 456

مقالة المحقق الإيروانى فى المقام ومتابعة المحقق الإصفهانى له \*\*\* 457

مقالة المؤسس الحائرى فى المقام \*\*\* 460

ثم إن هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن \*\*\* 466

القول المختار فى المسألة \*\*\* 467

ثم إن هاهنا فروع لابد أن نبحت حولها \*\*\* 468

1\_ الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟ \*\*\* 468

2\_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقه أو أنّها إسقاط لحقه \*\*\* 472

3\_ حكم الإجازة بعد الردّ \*\*\* 475

4\_ فك الرهن بعد البيع \*\*\* 476

5\_ مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟ \*\*\* 482



6\_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟ \*\*\* 483

7\_ لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟ \*\*\* 486

الفهرس \*\*\* 489

ص: 500



## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ  
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟  
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟  
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية

WWW

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