

محصل المطالب
في تعليقات
المكاسب
الجزء: ٤

الشيخ صادق الطهوري

الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب
المؤلف: الشيخ صادق الطهوري
الجزء: ٤
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤٢١ - ١٣٧٩ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٣٦	٢ _ ما كانت عامرة بالأصل
١١٣	الحقوق المانعة عن تصرف المالك في ملكه
٢١١	١ _ إذا خرب الوقف بحيث لا ينتفع به
٢١١	الأقوى في المسألة: جواز البيع
٢٤٠	عدم وجوب شراء المماثل للوقف
٢٤١	حاصل الكلام في المسألة
٢٥٢	الاشكال في الجواز
٢٢٨	الدليل علي عدم الاختصاص
٣٥٢	حكم البيع بناء علي صيرورته ملكا مستقرا " للموقوف عليهم
٣٧١	المستفاد من الاخبار
٣٧٣	تخيل وجه آخر للبطلان
٤٢٦	استدلال الفريقين بالنبوي المذكور علي شرطية القدرة
٤٥٣	٤ _ لزوم السفاهة
٤٦٠	هل القدرة شرط أو العجز مانع؟
٤٨٩	هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل؟
٣	القول في شرائط العوضين مسألة: من شروط العوضين، المالية
٧	التحقيق في المسألة
١٩	اقسام الأرضين واحكامها
٢١	١ - ما يكون مواتا " بالأصالة
٢٨	دلالة بعض الاخبار
٤٢	هل تملك بالحيازة أم لا؟
٤٥	٣ _ ما عرضت له الحياة بعد الموت
٤٦	٤ _ ما عرض له الموت بعد العمارة
٦٢	لو كانت العمارة فيها من المسلمين
٦٥	الأراضي المفتوحة عنوة
٧٧	١ _ رواية أبي بردة
٨١	٢ _ مرسله حماد
٨٤	٣ _ صحيحة الحلبي
٨٥	٤ _ رواية ابن شريح
٨٦	٥ _ رواية إسماعيل بن الفضل
٨٨	٦ _ خبر أبي الربيع
٨٨	ظاهر الاخبار
٩٠	كلمات العلماء

٩٧	حكم التصرف في زمان الغيبة
١٠٠	حكم ما ينفصل من المفتوح عنوة
١٠٥	مسألة: من شروط العوضين كونه طلقا
١٢١	مسألة: لا يجوز بيع الوقف
١٢٩	صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام
١٣٨	المانع عن بيع الوقف
١٥٠	هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه
١٦٦	الأقوال في البيع الوقف:
١٦٦	القول الأول:
١٦٨	القول الثاني: الجواز في الوقف المنقطع في الجملة دون المؤبد
١٧٢	القول الثالث: الجواز في المؤبد في الجملة
١٧٢	كلمات العلماء
١٧٧	الوقف المؤبد
١٧٧	الوقف علي قسمين: تملكي وفكي
١٨٢	محل الكلام في القسمين
١٨٣	كلام الكاشف الغطاء
١٨٨	ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته
١٩٥	الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد وبين نفس المسجد
١٩٦	الجذع المنكسر من جذوع المنكسر
١٩٦	حكم ارض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا "
١٩٦	حكم اجزاء المسجد
١٩٧	ما الحق بالمساجد
٢٠٧	اتلاف الموقوفات العامة
٢١٠	صور جواز بيع الوقف:
٢١٨	حاصل الاستدلال علي جواز البيع
٢٢٤	عدم اختصاص الثمن _ علي تقدير البيع _ بالبطن الموجود
٢٣١	ظاهر بعض العباثر المتقدمة
٢٣٣	وجه الاختصاص
٢٣٥	الثمن حكمه حكم الوقف
٢٣٥	عدم الحاجة إلي صيغة الوقف في البدل
٢٣٧	جواز التصرف في البدل بحسب المصلحة
٢٤٣	من هو المتولي للبيع
٢٤٦	لو لم يمكن شراء بدل الوقف
٢٤٨	لو رضي البطن الموجود بالإتجار بالثمن
٢٤٩	لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجا إلي العمارة
٢٥٠	٢ _ إذ أخرج الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به
٢٥١	وجه عدم جواز البيع في هذه الصورة

- وجه جواز البيع ٢٥١
- ما يؤيد المنع ٢٥٣
- جواز البيع لو كان النفع قليلا " بحيث يلحق بالمعدوم ٢٥٤
- إذا صارت منفعة الوقف قليلة لعارض آخر غير الخراب ٢٥٤
- ٣ _ إذا خرب الوقف بحيث تقل منفعته ٢٦٦
- الأقوى في المسألة ٢٦٦
- لو قلت منفعة الوقف من دون خراب ٢٦٧
- ٤ _ إذا كان بيع الوقف أنفع للموقوف عليه ٢٦٩
- الأقوى في المسألة ٢٧١
- دلالة الروايات ٢٧٣
- ٥ _ إذا لحقت الموقوف عليهم ضرورة شديدة ٢٨٦
- ٦ _ إذا اشترط الواقف بيع الوقف ٢٩٦
- ٧ _ إذا كان بقاء الوقف يؤدي إلي خرابه علما: أو ظنا " ٣٠٨
- ٨ _ إذا وقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس ٣٠٩
- ٩ _ ان يؤدي الاختلاف بينهم إلي ضرر عظيم ٣٠٩
- ١ _ ان يلزم فساد تستباح منه الأنفس ٣٠٩
- لو دار الامر بين بيعه وبين صرف منفعته مدة من الزمان لتعميره ٣١٧
- الوقف المنقطع ٣٤٠
- هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا؟ ٣٤٠
- حكم البيع بناء علي بقائه علي ملك الواقف ٣٤٠
- لو اتفق الواقف والموقوف عليه علي البيع ٣٥١
- لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع دون تملك المنفعة ٣٥١
- حكم البيع بناء علي عوده إلي ملك الواقف ٣٥٣
- حكم البيع بناء علي صيرورته في سبيل الله ٣٥٥
- حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم ٣٥٦
- مسألة: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقا " كونه مرهونا " ٣٥٧
- هل بيع الراهن يقع باطلا " من أصله أو موقوفا "؟ ٣٥٨
- اختلاف الفقهاء في المسألة. ٣٦٣
- هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة؟ ٣٨٣
- هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا؟ ٣٩٠
- هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل؟ ٣٩٢
- لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب؟ ٣٩٥
- مسألة: الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم ٤٠٧
- الاستدلال عليه ب: نهى النبي عن بيع الغرر ٤١٢
- الاستدلال علي شرطية القدرة بوجوه اخر ٤٣٣
- ١ _ النبوي المشهور ((لا تبع ما ليس عندك)) ٤٣٣
- ٢ _ استحالة التكليف بالممتنع ٤٤٤

٤٥١

٤٨٤

٤٨٦

٤٨٨

٣ _ عدم الانتفاع

لو لم يقدر على التحصيل لكن يوثق بحصوله.

لو لم يقدر على التحصيل الا بعد مدة مقدرة عادة

لو كانت مدة التعذر غير مضبوطة عادة

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب

(١)

محصل المطالب

في

تعليقات المكاسب

الجزء الرابع

موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب

وتعليقات هامة وشيقة للعلماء الأعظم

الآخوند الخراساني * الطباطبائي اليزدي *

الإيرواني * النائيني * الأصفهاني *

صادق الطهوري

انتشارات مؤسسه فرهنگي سما

محصل المطالب في تعليقات المكاسب ج ٤

المؤلف: صادق الطهوري (نوروزي)

المطبعة: سپهر

الطبعة الأولى. ١٤٢١ ق گ ١٣٧٩ ش

حق الطبع محفوظ للناشر

شروط العوضين: المالية يشترط في كل منهما كونه متمولا، لان البيع - لغة - مبادلة مال
بمال (١)

(٣)

وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، محللة في الشرع، لان الأول ليس بمال عرفا كالخنافس والديدان، فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها ونفي الفائدة

عنها، والثاني ليس بمال شرعا كالخمر والخنزير. ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسة الشيء كالحشرات، وإلى ما يستند إلى قلة كحبة حنطة وذكروا: أنه ليس مالا وإن كان يصدق عليه الملك، ولذا يحرم غصبه إجماعا. وعن التذكرة: أنه لو تلف لم يضمن أصلا"، واعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. (٢)

والأولى أن يقال: إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفا، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين، إذ لا بيع الا في ملك. (٣)

(٧)

وما لم يتحقق فيه ذلك، فإن كان أكل المال في مقابله أكلا " بالباطل عرفا "، فالظاهر فساد المقابلة (٤)

بيع الكلي بلا خلاف ولا اشكال، مع أنه ليس بملك بالفعل وان كان بالمال. فالأولى ان يقال: ان ما ليس عرفا " بمال، فلا خلاف ولا اشكال في عدم جواز وقوعه أحد العوضين في البيع، فإنه مبادلة مال بمال. (ص ١٠٣) الأصفهاني: لا يخفى عليك ما يتوجه على هذا الشق. أما على الأول: فلما مر مرارا أن النسبة بين المالية والملكية عموم من وجه، فعدم المالية لا يستدعي عدم الملكية، حتى يستدل بقوله عليه السلام: (لا بيع إلا في ملك)، بل لا بد من الاستدلال له بأن البيع لغة وعرفا مبادلة مال بمال، فلا يتحقق البيع عرفا إذا لم يكن أحد طرفيه

مالا - كما استدل به في صدر المبحث - . نعم لو كان المال أعم مطلقا من الملك لصح الاستدلال، إذ ما لم يكن مالا لم يكن ملكا، لكنه

ليس كذلك. (سيأتي بقية الشقوق) (ج ٣ ص ٩) الإيرواني: في العبارة إيماء بأنه يريد التنبيه على مدرك الحكم أعني الاخبار الناطقة بأنه لا بيع إلا في ملك أو لا تبع ما ليس عندك. وفيه: ان ظاهر تلك الاخبار اعتبار ملك شخص البائع مقابل بيع

ملك الغير لا مقابل بيع ما ليس بملك ومع الاغماض عن ذلك فمفادها اعتبار صفة الملكية. واما صفة التمول فقد عرفت انها صفة أخرى بينها وبين صفة التملك عموم من وجه. ولعل مراد المصنف من الملك في العبارة هو المال ويكون غرضه من العبارة الإشارة إلى تعريف المصباح للبيع بأنه مبادلة مال بمال. (ص ١٦٥) (٤) الأصفهاني: لا يخفى عليك ما يتوجه على هذا الشق.

لان صدق الأكل بالباطل عرفا إن كان لعدم كونه مالا في نظرهم فهو طريق إلى عدم المالية، فلا وجه لجعله شقا في قبال عدم كونه مالا عرفا، فإن الطريق ليس في قبال ذي الطريق.

وما لم يتحقق فيه ذلك، فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، (٥)
وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع والتجارة، (٦)

وإن كان لا لاجل ذلك فلا وجه لعدده من شؤون ما لم يعلم أنه مال، إذ ليس كل أكل
بالباطل

محسوبا " من طرف عدم المالية. (وسياتي بقية الشقوق) (ج ٣ ص ١٠)
(٥) الأصفهاني: لا يخفى عليك ما يتوجه على هذا الشق، لما مر من أن قيام النص
والاجماع على

عدم جواز بيعه، إن كان لاجل عدم ماليته فهو طريق شرعا إلى عدم كونه مالا، فيدخل
كالثاني

في الأول. وإن كان لغير ذلك - كما في سائر موارد قيام النص والاجماع على عدم جواز
بيعه -

فلا وجه لعدده في عداد الشقوق المذكورة، من حيث الشبهة في المالية. (وبقية الشقوق

فسياتي) (ج ٣ ص ١٠)

(٦) الآخوند: فيه: ما لا يخفى، فإن الرجوع إليها (اي العمومات) تمسك بالعام فيما اشتبه
كونه من

مصاديقه، بناء على اعتبار مالية العوضين في البيع، كما أشرنا اليه.

نعم، يصح الرجوع إلى عموم أوفوا بالعقود لو لم نقل باعتبار ذلك في صدق العقد عرفا "
أيضا"، كما صح الرجوع إلى عمومات البيع أيضا"، فيما إذا شك في ماليته شرعا، فتأمل
جيذا

(ص ١٠٣)

الأصفهاني: لا يخفى عليك ما يتوجه على هذا الشق، لان الشبهة سواء كانت مفهومية أو
مصاديقية لا يجوز التمسك بعموم أحل الله البيع، إذ على الأولى لا يعلم سعة دائرة البيع من
حيث

التقوم بالمالية وعدمه، فكيف يتمسك بما يتوقف على صدق عنوان البيع، وعلى الثانية
تمسك

بعموم العام في الشبهة المصاديقية. وأما عموم التجارة والعقد فإن أريد مطلق التكسب
والالتزام

صح الاستدلال بهما، وإن أريد التجارات والعقود المتداولة بعناوينها من البيع والصلح
والهبة،

فلا بد هنا من إحراز البيع بعنوانه وقد عرفت الاشكال فيه. (ج ٣ ص ١٠)

وخصوص قوله عليه السلام في المروي عن تحف العقول: وكل شئ يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه إلى آخر الرواية، وقد تقدمت في أول الكتاب (٧)

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء، والكأ، والسموك والوحوش قبل اصطيادها، لكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل (٨)

(٧) الأصفهاني: ومما مر في الشقوق السابقة تبين ما في الاستدلال برواية تحف العقول، فإن الحلال

هو بيع ما فيه جهة من الصلاح، والكلام في صدق البيع مفهومًا أو مصداقًا. فالتحقيق أن يقال:

إن حققنا حقيقة البيع وأنها عرفًا متقومة بالمال، فلا إشكال في عدم جواز الاستدلال بعمومات

أدلة البيع فيما إذا لم يعلم مالية أحد العوضين، وإن حققنا أنها غير متقومة بالمال، بل مجرد جعل شئ بإزاء شئ لما فيه من الغرض العقلاني، فلا إشكال في الاستدلال وإن علم أنه ليس بمال،

فضلا عما إذا لم يعلم، وهذا هو الحق، ويشهد له الاطلاقات العرفية، ولذا قلنا بأن التمليك بإزاء

سقوط الحق عن نفسه بيع عرفًا وموافق للغرض العقلاني، مع أن سقوط الحق ليس بمال. وإن لم

نحقق حقيقة البيع أو قلنا بأنها متقومة بالمال فلا يجوز الاستدلال بالعمومات كما تقدم، وأما في

المورد الذي حكم العرف أو الشرع بعدم جواز بيعه فهو متبع، سواء علم أنه مال أو لم يعلم، فلا

معنى لجعله قاعدة في الشبهة المفهومية أو المصداقية، فتدبر جيدا. (ج ٣ ص ١٠)

(٨) الآخوند: أي ما يباع لهم ويجاز لهم التملك بالاحتطاب والاصطياد والاتخاذ، وعدم جواز

بيعها قبل تملكها ليس لعدم ملكيتها لاحد، والا فقد عرفت عدم اعتبار الملكية قبل البيع، بل لعدم

كونها قبل التملك مالا يبذل بإزائه المال ويكون بذله بإزائه سفها " واكل المال بإزائه باطلا "

فافهم. (ص ١٠٣)

الأصفهاني: الظاهر أنه قيد آخر غير المالية، وإن كان ظاهر بعضهم اعتباره بدلا عن اعتبار المالية، إلا أن الصحيح ما أفيد هنا، لما مر من أن النسبة بينهما عموم من وجه.

واحترزوا أيضا به عن الأرض المفتوحة عنوة، ووجه الاحتراز عنها: أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الاملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض وإن قل،

ولذا لا يورث، بل ولا من قبيل الوقف الخاص على معينين، لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا، ولا كالوقف على غير معينين كالعلماء والمؤمنين، ولا من قبيل تملك الفقراء للزكاة والسادة للخمس - بمعنى كونهم مصارف له - لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لان مصرفه

منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليه الدليل، ومعناها: صرف حاصل الملك في مصالح
الملاك (٩)

الخامس: الملك المفتوحة عنوة، فإنه نحو مستقل من الملكية لها أحكام خاصة لا تترتب على غيرها، ومن جملتها: عدم إمكان عروض الطلقة لها، ولا ينافي ذلك صحة بيعها للإمام عليه السلام إذا

رأى فيه المصلحة، لأنه على فرض تسليم ذلك، فموضوع البحث: هو جواز بيعها مع قطع النظر عن إذن الامام، أو موضوعه: تعذر إذنه ومباشرته للبيع كما في زمان الغيبة. (ج ٢ ص ٢٦٥)

(٩) الآخوند: لا يخفى ان مجرد اعتبار الملكية، لا يوجب الاحتراز عنها، لكونها مملوكة أيضا " للمسلمين بنحو من الملك، مع أنه لا وجه للاحتراز عنها، لصحة بيعها إذا رأى الإمام عليه السلام

فيه المصلحة، وتوقف صحة بيعها على المصلحة، غير عدم جواز بيعها. (ص ١٠٤) الإيرواني: كما يملك في الوقف على غير معينين كالعناوين العامة وكذلك عدم تملكهم عينه

بالقبض كما تملك العين في الخمس والزكاة. (ص ١٦٦) النائيني (المكاسب والبيع): وانما اعتبروا الملكية في العوضين لاجراج الأراضي المفتوحة عنوة

حيث إنها لا يصح بيعها لعدم الملكية الشخصية فيها وتوضيح ذلك: ان الملك اما يكون شخصا أو يكون نوعيا "، والثاني اما يكون قابلا " لان يصير ملكا شخصا أو لا،

ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الاجماع ودل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة وغيرها. (١٠)

من المصلحة، فإن مثله غير سائغ في الوقف بحيث يجعله وقفا ويفوض أمر بيعه ونقله عينا إلى المتولي، مع أنه جائز هنا. وأما حل جوائزه وعطاياه فغير مناف لذلك، لامكان جعله من باب حق التولية. وعليه فيمكن أن

يقال: بملاحظة الجمع بين الاخبار ورعاية الآثار أن الأرض ملك لطبيعي المسلمين ونوعهم لا

لآحادهم، وما ورد - من أنه ملك لجميع المسلمين ممن وجد وممن لم يخلق بعد - يراد به عدم

اختصاص ملك الطبيعي بزمان دون زمان، وإن كان كل واحد من المسلمين قابل لانطباق الطبيعي

عليه، لكنه ليس كالخمس والزكاة بحيث يجب على المتولي لأمرها إقباضها إلى من شاء، بل جعل

أمرها عينا ومنفعة إلى ولي الامر مع رعاية مصلحة النوع، فتارة تقتضي المصلحة إقباض رقبة

الأرض إلى واحد، وأخري تقتضي إبقاء الأرض وصرف حاصلها في مصلحة النوع. وأما بذل

ولي الامر بعنوان العطية والجائزة فيما هو من باب حق التولية، أو لان قيامه بالأمر مصلحة النوع،

ولوازم الرياسة مرعية في الرئيس القائم بالأمر، فبالآخرة تكون العطية والجائزة مصلحة النوع.

(ج ٣ ص ١٣)

(١٠) الإيرواني: وهي ما رواه حماد بن عيسى عن بعض أصحابه عن أبي الحسن في حديث قال

يؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله له ويقسم أربعة أخماس بين من قاتل عليه وولي

ذلك قال وللإمام صفو المال ان يأخذ الجارية الفارهة والدابة الفارهة والثوب والمتاع مما يحب أو

يشتهي فذلك له قبل القسمة وقبل اخراج الخمس قال وليس لمن قاتل شئ من الأرضين ولا ما غلبوا

عليه الا ما احتوى عليه العسكر وليس للاعراب من الغنيمة شئ وان قاتلوا مع الامام لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم صالح الاعراب ان يدعهم في ديارهم ولا يهاجروا

على أنه ان دهم

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من عدوه دهم ان يستفزههم فيقاتل بهم وليس لهم في

أقسام الأرضين واحكامها
وحيث جري الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين، فلا بأس بالإشارة إجمالاً " إلى جميع
أقسام الأرضين وأحكامها،
فنقول ومن الله الاستعانة: الأرض إما موات وإما عامرة، وكل منهما إما أن يكون
كذلك أصلية أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها: (١)

(١) النائيني (منية الطالب): حاصل الأقسام: أن الأرض إما موات أو عامرة، وكل منهما إما
أن
يكون كذلك بالأصل، أو بالعرض. (ج ٢ ص ٢٦٥)
النائيني (المكاسب والبيع): تقسيم الأراضي على ما ذكره عقلي والحصر لا يزيد عن
الأربعة، لان
الأرض اما موات أو عامرة، وكل منهما اما ان تبقي على حالها من الموتان أو العمران أو
تنقلب
عما هي عليه فتصير محياة بعد الممات أو مواتا بعد العمران، فتصير الأقسام أربعة العامرة
بالأصل
والموات كذلك والعامرة بعد الموات والموات بعد العمران. (ج ٢ ص ٣٦٧)
الإيرواني: الأولى ان يقال: ان الأراضي اما ان تكون قد دخلت في حيازة البشر وتحت
تملكه أولم
تكن قد دخلت، فالثانية من الأنفال وتختص بالامام سواء كانت محياة بالأصالة أم كانت
ميتة
كذلك وهذا القسم يملك بالاحياء كان المحيي مؤمنا أم مخالفا أم كافرا " لاطلاقات دلت
على أن من
أحیی أرضا فهي له بل وخصوص النصوص الدالة على ملك الكافر وسيأتي عن قريب.

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة، بأن لم تكن مسبقة بعمارة ولا إشكال ولا خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام، والاجماع عليه محكي عن الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك وظاهر جماعة أخرى والنصوص بذلك مستفيضة، بل قيل: إنها متواترة وهي من الأنفال، (٢)

(٢) الأصفهاني: أن الموات بالأصالة للإمام عليه السلام، ومن الواضح للمتأمل المراجع إلى الاخبار

أنها وإن كانت مستفيضة أو متواترة، إلا أن كون الأنفال كلية له عليه السلام كذلك، لا أن النصوص في خصوص الموات مستفيضة، فإن بعض النصوص تضمن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام

، وبعضها تضمن كون الأرض الخربة التي باد أهلها له عليه السلام، وبعضها تضمن كون الأرض التي لا رب لها للإمام عليه السلام، وبعضها تشتمل على أن الأرض الميتة التي لا رب

لها له عليه السلام. أما الأرض الخربة مطلقة كانت أو مقيدة فموردها المسبوق بالعمارة لا الموات

بالأصالة، وأما الأرض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدتها مسوقة لمالكه عليه السلام لما لا مالك له،

وتوصيفها بالميتة - كما سيأتي إن شاء الله تعالى - من باب الغلبة، فلا يكون دليلا على أن الموات

بالأصالة - بما هي موات - للإمام عليه السلام، والنبويان المذكوران في المتن غير مرويين من

طرقنا (كما سيأتي ذيل كلام المصنف)، نعم في بعض روايات الكافي والموات كلها للإمام عليه السلام

، والمسألة وإن كانت اتفافية إلا أن الغرض أن النصوص بها ليست مستفيضة ولا متواترة. وأما ما ورد من أن الأرض كلها للإمام عليه السلام فيعم الموات فلا بد من حمله على

الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا لا اعتباريا يترتب عليه الآثار، وذلك الملك

الحقيقي يعم الاملاك والملاك كما قدمناه في مبحث الولاية. (ج ٣ ص ١٦)

النائيني (المكاسب والبيع): اما الموات بالأصالة فلها احكام، الأول: ان الأرض الموات بالأصل للإمام عليه السلام، وهذا مما لا اشكال فيه، وليس في

هذا القسم مما يوجب تخصيصا " لدليل هذا الحكم لكي يحتاج إلى الجواب.

نعم أبيع التصرف فيها بالاحياء بلا عوض (٣)

وهي تدل على ثبوت الملك بالحيازة ولو مع عدم الاحياء فيقع بينهما التعارض فيجمع بينهما بحمل الطائفة الثانية على حصول الاستحقاق بسبب الحيازة لا الملك فيرتفع هذه المعارضة، والذي يدل عليه هو عموم الطائفة الثانية بالنسبة إلى ما لا يقبل الملك أصلا كأوقاف العامة مثل الخانات والمدارس والمساجد وهو يلائم الحمل على ثبوت الأولوية والاختصاص بسبب السبق، وهذا

بخلاف ما لو حملناها على الملك فإنه يجب تقييدها بما يقبل الملك حينئذ . أقول: مضافا إلى أن التعبير بكلمة (فهو أحق به) أيضا قرينة على ثبوت حق الاختصاص والأولوية بسبب السبق لا الملك. (واما الحكم الخامس فسيأتي ذيل كلام المصنف) (ج ٢ ص ٣٦٩)

النائني (منية الطالب): اما إذا كانت مواتا بالأصالة - أي لم تكن مسبقة بالعمارة أصلا - فهي للإمام عليه السلام. ويدل عليه: الاجماع المنقول، بل المحصل، والاحبار المستفيضة، بل المتواترة، بل

يدل عليه الكتاب على ما يستفاد من الاخبار الكثيرة من أنها من الأنفال. (ج ٢ ص ٢٦٦) الإيرواني: ان كان المراد من الموات بالأصالة الأراضي الباقية على موتها الأصلي الذي كان من أول خلقه العالم من غير أن تجري عليها حياة أشكل ذلك بعدم الطريق إلى معرفة ذلك، اللهم الا

بالاستصحاب إذا لم يحتمل كونها معمورة بالأصالة من ابتداء الخلقة . نعم ان كان المراد من ذلك ما كانت مواتا في بدء ظهور الاسلام وعند تلقي المسلمين للأراضي من الكفار أمكن احراز ذلك في الجملة الا ان العبارة لا تساعد عليه والذي يهون الامر ان عنوان

الاحبار مطلق الموات والأرض التي لا رب لها. (ص ١٦٦) (٣) الإيرواني: بل دلت الاخبار على أن الاحياء سبب مملك لرقبة الأرض مع شمول اطلاقها

للمخالف والكافر ففي مضمرة محمد بن مسلم، قال: سئلته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال: (ليس به بأس) إلى أن قال: (وأیما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم) وفي رواية أخرى عنه عن أبي جعفر، قال: (أیما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها)

وعليه يحمل ما في النبوي: موتان الأرض لله ولرسوله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم هي لكم
مني أيها المسلمون ونحوه الاخر: عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني. (٤)

وفي رواية ثالثة عنه عن أبي جعفر: (أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم) إلى غير ذلك من الاخبار مما ظاهره كون الحيازة من من الأسباب المملكة شرعا لا ان الامام اذن في التملك أو أباح إباحة مالكية منه أو شرعية من الله. نعم ظاهر النبويين المذكورين في المتن المشتملين على قوله: (ثم هي لكم مني) بزيادة (أيها المسلمون) في أحدهما خلاف ذلك وان التملك مالكي صدر منه وأيضا مختص بالمسلمين وأظهر منهما في الدلالة على الاختصاص بالشيعة رواية مسمع المنقولة أيضا في المتن لصراحتها في أن كسب غير الشيعة في الأرض حرام الا ان يحمل ذلك على أنه من جهة عدم أدائهم للخراج فإنه قد وقع التصريح بملك الكافر في المضمرة المتقدمة. وفي رواية زرارة الأخرى قال: (قال لا بأس بأن يشتري ارض أهل الذمة إذا عملوها

وأحيوها فهي لهم) الا ان يحمل ذلك على مجرد الاستفادة منهم. (ص ١٦٦)
(٤) الإيرواني: يعني يحمل على حصول الملك بالحيازة لا قبلها كما هو ظاهرهما فان ذلك مخالف

للنص والاجماع. (ص ١٦٦)
الأصفهاني: توضيح الحال - في اعتبار إذن الامام في صيرورة الموات ملكا بالاحياء أو عدمه، بل امتناعه في زمان الغيبة - : أن الموات حيث إنها ملك حقيقة للإمام عليه السلام، فمقتضى القواعد

العقلية والنقلية حرمة التصرف فيها بالاحياء من دون إذن مالكة، والدليل على سببية الاحياء للملك كأدلة سائر الأسباب الغير المعارض للدليل على إناطتها بإذن المالك، وعليه فيعتبر إذنه

عليه السلام في التملك بالاحياء في زمن الحضور والغيبة، ولو بالاستيذان من نائبه العام كما هو المعروف في المتون الفقهية في باب إحياء الموات وفي باب الأنفال والجهاد. وفي قبالة وجهان آخران بل قولان، أحدهما: الفرق بين زماني الحضور والغيبة، فيعتبر الاستيذان في الأول دون الثاني.

وربما يكون في بعض الاخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي، قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام: أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين قال: أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلها لنا،

فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها الخبر. (٥)

وثانيهما: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (عادي الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم مني) وأما شموله لمطلق من أحياها ولو كان كافراً فلقوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: (سألته

عن الشراء من أرض اليهود والنصارى، فقال: ليس به بأس...) إلى أن قال: (أيما قوم أحياوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم) وفي صحيح أبي بصير: (سألت أبا عبد الله

عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة فقال: لا بأس بأن يشتري منهم إذا عمروها وأحيوها فهي لهم...) إلى آخر الحديث ولا ينافي ذلك ما يدل على تخصيص الشيعة بذلك، فإنه

يمكن الجمع بين الطائفتين بأن الغرض الأصلي من الاذن هم الشيعة، ولكنه حيث يمتنع تخصيص

الاذن بخصوص الشيعة فأذنوا عليهم السلام لكل من أحياها، ونظير ذلك مسألة العدة، فإن حكمة

تشريعها مختصة بمورد اختلاط المياه، ولكن الحكم عام، وفي المقام أيضاً حكمة الاذن مختصة

بالشيعة، لتطيب ولادتهم وتحل مساكنهم ومناكحهم، ولكن الحكم عام من حيث توقف الحلية

على الشيعة على الحلية لكل من أحياها، والا لا يترتب الغرض، فإن الأرض التي لم يحيها الشيعة

لو لم تكن ملكاً لمحييها لما جاز للشيعة التصرف في غلاتها ومنافعها، فإن جواز التصرف فيها يتوقف

على الاحياء، والمفروض عدم إحياء الشيعة لها. (ج ٢ ص ٢٦٧)

(٥) الآخوند: وهذه الأخبار ظاهرة في بقائها في ملك الإمام عليه السلام أيضاً، وهي أظهر مما دل على

حصول الملك بالاحياء لمن أحياها. ولو سلم عدم كونها أظهر، فالتوفيق بحمل ما كان ظاهراً في حصول

الملك على حصول الاختصاص بما يساعد عليه العرف،

نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الامام كان عليه طسقتها ومصححة عمر بن يزيد: أنه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمرها وأجري أنهارها وبني فيها بيوتا، وغرس فيها نخلا وشجرا، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له،

وعليه طسقتها يؤديه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه. (٧) ويحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، والا فالظاهر

عدم الخلاف في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبة، (٨)

والحال ان ظاهر الاخبار ثبوت الفرق بينهما قبلا وبعدا وان المساكين قد أبيضت للشيعة لتطيب

ولادتهم. (ص ١٦٧)

(٧) الإيرواني: لا موقع لهذا الاستدراك فإنه لا اشكال في وجوب الخراج مع التصرف بلا اذن

انما البحث بعد الفراغ عن ثبوت الاذن للشيعة في أن ذلك اذن مجاني أو مع العوض وقد تعارضت في

ذلك الروايات فلو كان ما في التذكرة هو ثبوت الطسق مع حصول الاذن منهم وان اذنتهم اذن مع

العوض صح هذا الاستدراك وإلا فلا. (ص ١٦٧)

(٨) الإيرواني: ان أراد من حال حضور حال حضور مطلق الامام ومن حال الغيبة حال غيبة مطلق الامام فذلك خلاف صريح اخبار التحليل فان متيقن تلك الأخبار هو حال حضورهم وحال

صدور الاخبار منهم فكيف تحمل على غيبتهم سيما ورواية مسمع صريحة بالنسبة إلى حال

الحضور.

وان أراد من الحضور والغيبة حضور امام العصر وغيبته الشاملة لحال حضور سائر الأئمة. ففيه: ان حمل اخبار الطسق على بيان حكم زمان ظهور القائم الخارج عن محل الابتلاء فعلا بمكان

من البعد. (ص ١٦٧)

بل الاخبار متفقة على أنها لمن أحياءها، وسيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء. (٩)

الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة، أي لا من معمر والظاهر أنها أيضا للإمام عليه السلام وكونها من الأنفال، وهو ظاهر إطلاق قولهم: وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام عليه السلام، (١٠)

(٩) الإيرواني: قد عرفت عدم المنافاة بين ذلك وبين ثبوت الخراج وانه ليس عنوان الخراج عنوان

الأجرة حتى تثبت المنافاة فتكون الأرض ملكا " بالاحياء ويثبت الخراج بلا كون دفع الخراج قيذا في

حصول الملك حتى لا يحصل الملك عند عدم أداء الخراج فتحصل المنافاة مع أدلة الإباحة واخبار

حصول الملك بالاحياء ومن ذلك ظهر حال الاجماع الا ان ينعقد اجماع على نفي ثبوت الخراج.

(ص ١٦٧)

(١٠) الإيرواني: بل هو صريح عد الآجام الذي هو قسم من المحياة بالأصالة في الأنفال وظاهر

اطلاق قولهم وكل أرض لا رب لها مضافا إلى ما دل من الاخبار كصحيحة الكابلي المتقدمة

ورواية مسمع على أن الأرض كلها لهم بل يستقاد من بعض الاخبار ان هذا الملك لهم بعنوان

الولاية فهي في جميع الأدوار للولي في ذلك الدور فلا دم في عصره ثم للولي من بعده وهكذا حتى

ينتهي إلى نبينا صلى الله عليه وآله وأوصيائه وان كل ما صار لغيرهم صار لغيرهم ثانيا وبالعرض وبأسباب ثانوية من احياء أو اخذ قهري من الكفار أو انتقال اختياري من المحيي

ولعله لمكان مثل هذه الأخبار

قال الأستاذ رحمه الله بان ملك الامام للأنفال ليس من سنخ الاملاك الثانية

للاشخاص بل هو من مراتب ملك الله تعالى للسموات والأرضين فإنهم علل الإيجاد والتكوين

ومبادئ خلق العالم فيجتمع حينئذ مع ملك غيرهم لها بملكية اعتبارية ولا يخفى منافاة ذلك لظاهر

الاخبار بل صريحها وان كان في حد ذاته لطيفا يساعده الذوق. (ص ١٦٧)

وعن التذكرة: الاجماع عليه وفي غيرها نفي الخلاف عنه، لموثقة أبان بن عثمان عن إسحاق

بن عمار المحكية عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، حيث عد من الأنفال:

كل أرض لا رب لها، ونحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام.

ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار، حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض مية

لا رب لها، بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لان الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتا. (١١)

غرس شجرا أو حفر واديا بديا لم يسبقه إليه أحد، أو أحيا أرضا مية فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم وظهرها حيث جعلهما في قبال الاحياء أنهما يوجبان الملكية بنفسهما، أو من حيث صدق الاحياء

أيضا، لا بمعناه المقابل له في الرواية، لكنه على أي حال غير التملك بالحيازة، إذ لا يعتبر فيها شيء من الغرس والحفر ونحوهما، بل

يكفيه مجرد الاستيلاء عليه. (ج ٣ ص ٢١)

(١١) الإيرواني: الغلبة منوعة إذا كان المراد من المعمر ما يشمل ما كان من بالأراضي منبتا ومرتعا للحيوانات.

نعم ان كان المراد من المعمر ما كان مشغولا بالأشجار البرية صحت الغلبة لكن تخصيص المعمر

بذلك مما لا وجه له، بل ينبغي اما التعميم لكل ما كان مشتملا على ماء وكلاء أو التخصيص

بتعمير البشر فيخرج جميع ما لم يشتمل على تعميره وان كان مشتملا على الأشجار البرية. (ص ١٦٧)

وهل تملك هذه بالحيازة؟ وجهان: من كونه مال الامام، ومن عدم منافاته للتملك بالحيازة،
كما يملك الموات بالاحياء مع كونه مال الامام، فدخل في عموم النبوي: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به (١٢)

كما في مثل أكرم العالم وأكرم العالم العادل حيث لا يحمل المطلق على المقيد بل يؤخذ بكل منهما
ويقال بمطلوبية اكرام كل عالم من العدول وغير العدول وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لا تنافي بين
كون مطلق الأراضي التي لا رب لها للإمام عليه السلام وبين كون الموات منها أيضا له عليه السلام
وعلي تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيد واردا في مقام بيان حكم الموات بالأصل، بل الظاهر
بقريئة التقييد بقوله عليه السلام: (لا رب لها) انه في مقام بيان حكم ما عرضه الموت وانه على قسمين، ما له ملك معلوم وما لا يعلم مالكة وان حكم ما لا رب له انه للإمام عليه السلام.

وحيث ينبغي ان يقال: ان هذا القيد أعني كونه مما لا رب لها وارد مورد الغالب، لا أن التقييد

بالميتة وارد مورد الغالب إذ هو لبيان الموضوع حيثئذ كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣٦٧) (١٢) الآخوند: انما سيق الاطلاق مساق أحقية السابق وعدم جواز مزاحمة اللاحق، لا في مساق

جواز السبقه حتى كان عدم جواز السابق إلى أموال الناس بدليل خاص، فلا يجوز التمسك باطلاقه

فيما إذا شك في جوازه، كالأرض العامرة التي هي تكون ملكا للإمام عليه السلام. (ص ١٠٤)

النائني (منية الطالب): الأقوى: أنها في هذا الحكم كالموات بالأصالة تملك بوضع اليد عليها، لا

لما استدل به المصنف قدس سره من عموم النبوي (من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق

به) لان هذا العموم في مقام بيان أحقية السابق وعدم جواز مزاحمته، وهذا يفيد في ما إذا ثبت

استحقاق كل أحد في السابق إليه، كالرباطات والخانات والمساجد والمدارس الموقوفة على عموم

من يستوفي منافعتها، وليس بصدد بيان أن كل شئ يتعلق به حق بالسبق إليه. هذا، مضافا إلى أن

الحق ظاهر في غير التملك، بل لما ورد أنهم عليهم السلام أباحوا لشيعتهم ما كان لهم.

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيي، فيصير ملكا له بالشروط المذكورة
في باب الاحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب، وبإجماع المسلمين كما عن التنقيح،
وعليه عامة
فقهاء الأمصار كما عن التذكرة، لكن بيالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف،
لا نفس الرقبة، فلا بد من الملاحظة. (١٣)

لان الحقوق تورث كالاملاك، وعليه فلا ثمرة عملية لتحقيق إفادة الاحياء للملكية أو
للأحقية،

فتدبر جيدا. (ج ٣ ص ١٥)

الإيرواني: الظاهر: ان وجه اختصاص ذلك بالاشكال هو اشتمال الاخبار على لفظ الاحياء
بعنوان

(من أحیی أرضا فهي له) ولا يصدق عنوان الاحياء في الأراضي المحيية.
وفيه: مع امكان المناقشة في دعوى عدم صدق الاحياء في تعمير الأراضي المحيية بالأصالة
المشتملة

على الأشجار البرية ان بعض الاخبار قد صرح بالعموم، ففي مضمرة ابن مسلم المتقدمة:
(وأیما

قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم).
وفي رواية أخرى له عن أبي جعفر: (أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق
بها)

والمضمرة قرينة على أن المراد من الأحقية في هذه وفي النبوي المذكور في المتن هو
الاستحقاق

الملكي دون مطلق ثبوت حق الاختصاص. (ص ١٦٧)

(١٣) الأصفهاني: حكى في الجواهر عن المبسوط ما لفظه: (إذا حجر أرضا وباعها لم
يصح بيعها،

ومن الناس من يقول يصح وهو شاذ، فأما عندنا فلا يصح بيعه، لأنه لا يملك رقبة الأرض
بالاحياء، وإنما يملك التصرف بشرط أن يؤدي إلى الامام ما يلزمه عليها، وعند المخالف
لا يجوز

لأنه لا يملك بالتحجير قبل الاحياء فكيف يبيع ما لا يملك.) إنتهي
وقد عرفت: أن الأظهر بحسب الجمع بين الاخبار ورعاية الآثار أنه لا يفيد الاحياء ملك
الرقبة،

بل الأحقية بها، وقد عرفت وجه صحة البيع أيضا. (ج ٣ ص ٢٤)

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة فإن كانت العمارة أصلية، فهي مال الامام (١٤) وإن كانت العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عنه وصيرورتها ملكا

لمن عمرها ثانيا، خلاف معروف في كتاب إحياء الموات، منشؤه اختلاف الاخبار (١٥)

(١٤) الآخوند: بلا اشكال ولا كلام إذا لم يملكها غيره بالحيازة، بناء على التملك بها، والا فحالها حال

الأرض المحيية التي عرضها الموت التي قضية الاستصحاب وبعض الاخبار، بقائها على ملك

مالكها، وبعض الاخبار دل على أن الأرض الخربة تركها أهلها وعمرها غيرها فهي لمعمرها (ص ١٠٤)

الأصفهاني: إن كانت العامرة بالأصالة - لم تدخل في ملك مسلم بالحيازة فصارت مواتا -

فلا شبهة في أنها ملك الإمام عليه السلام، لدخولها في الحالتين في عنوان كل أرض لا رب لها.

وأما إذا دخلت في ملك مسلم بالحيازة فماتت فحالها بحسب القاعدة حال سائر الأعيان المملوكة

بالحيازة، لا تخرج عن الملك الا بسبب شرعي، ولا دليل على أن موتانها مزيل لملكية من حازها

حتى يدخل في عنوان ما لا رب له، ليكون ملك الإمام عليه السلام، والاخبار الواردة في باب الاحياء

عند عروض الموات وإحياء غير المحيي الأول - على فرض تماميتها - لا تشمل المقام. - (ج ٣ ص ٢٤)

الإيرواني: ما عرض له الحياة بعد الموت، يعني: بعد الموت الأصلي دون الموت العارض فإنه محل

الاشكال وسيشير اليه المصنف في القسم الأخير، والشروط التي ذكرها لحياء الموات بالأصالة

أربعة، وهي أن لا يكون حريما لعامر، ولا يكون مشعر عبادة، ولا مقطعا من النبي أو الوصي لاحد

من آحاد المسلمين، ولا محجرا شرع في احيائه وإن لم يبلغ مرتبة الاحياء.

ثم إن حصول الملك بالاحياء مقتضى اخبار مستفيضة تقدم ذكر بعضها وجملة من تلك الأخبار وان

اشتملت على حصول الأحقية بها، الا ان جملة أخرى لمكان الاشتمال على قوله: (وهي لهم) ظاهرة

في الاختصاص الملكي فتصلح مبينة للباقي. (ص ١٦٧)

(١٥) الإيرواني: فمما دل على خروجها عن ملك المعمر الأول وصيرورتها للمحيي الثاني عموم

ثم القسم الثالث، إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفار
فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول الا بناقل أو بطرو الخراب على أحد القولين وإن
كان من الكفار، فكذلك إن كان في دار الاسلام وقلنا بعدم اعتبار الاسلام (١٦)

ثم إنه إذا قلنا بأن الاحياء لا يفيد الا الأحقية، وأنها تزول بالامتناع عن القيام بعمارة
الأرض،
فلا إشكال في جواز الاحياء من الغير من دون لزوم رعاية إذن الأول، لعدم الموجب من
ملك أو
حق.

وأما إذا قلنا ببقاء ملك الأول وأن الثاني يكون أحق بعمارته منه، فهل يعتبر إذن المالك في
جواز إحياء الثاني كما هو مقتضى القاعدة الأولية عقلية ونقلية، أو لا كما هو مقتضى
إطلاق
أخبار المسألة؟

فنقول: أما خبر سليمان بن خالد فالمفروض في السؤال هو إحياء الأرض الخربة مع فرض
معرفة

صاحبها من دون فرض رعاية إذنه، والا لو كان الاحياء بإذنه ورعاية كونه مالكا لها لم
يكن

وجه للسؤال عن معرفة صاحبها، وأنه ماذا عليه مع معرفة صاحبها.
وأما صحيحة معاوية بن وهب فالمفروض فيها غيبة مالك الأرض، وأنه جاء بعد ذلك
يطالبها،

فظاهرها الاحياء بدون إذنه لغيبته، وفرض مطالبة الأرض الظاهرة في أنه لم يكن الاحياء
بإذنه

واطلاعه، ومع ذلك حكم الإمام عليه السلام بكونه أحق، وقد عرفت أن الامتناع عن القيام
بعمارة الأرض بناء على الأحقية يوجب زوالها، فكذا هنا بناء على الملكية يوجب سقوط
اعتبار

إذن مالكتها، ولا موجب لقيام إذن غير المالك من ولي الامر أو نائبه مقام إذن المالك حتى
يجب

الاستيذان منهما. (ج ٣ ص ٢٥)

(١٦) الأصفهاني: اعتبار الاسلام في سببية الاحياء للملك وعدمه مورد الخلاف، وقد أفرط
غير

واحد في اعتباره، حتى قال بأنه ليس للإمام عليه السلام أن يأذن للكافر في الاحياء،
والمشهور على
اعتباره

وإن اعتبرنا الاسلام، كان باقيا على ملك الإمام عليه السلام (١٧) وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم (١٨)

والتحقيق: أن الاخبار في المقام طائفتان،
إحديهما: في مقام سببية الاحياء للملك، وهذه لم تتقيد بالمسلم.
ثانيهما: ما دل على بقاء الأرض على ملك الإمام عليه السلام، وأن الخراج على المحيي
كصحيحة

الكابلي، وهي متقيدة صدرا بالمسلمين وذيلا بالشيعة، وكصحيحة عمر بن يزيد، فإنها
متقيدة

بالمؤمنين، وكرواية مسمع بن عبد الملك فإنها متقيدة بالشيعة.
ومنه يتضح أن أدلة الاحياء المفيدة للملك غير متقيدة بالمسلم، بل صحيحة مسلم
وصحيحة أبي

نصر ظاهران في أن الكافر يملك بالاحياء، ويجوز الشراء منه، ففي الأولى سألته عن شراء
الأرضين من أهل الذمة؟ فقال عليه السلام: (لا بأس ان يشتريها منهم إذا عملوها وأحيوها،
فهي

لهم الخ) (ج ٣ ص ٣٨)

(١٧) الإيرواني: وان اعتبرنا الاسلام اخذا بظاهر التقييد في قوله في النبوي المتقدم ثم هي
لكم مني

ايها المسلمون ونحوه صحيحة الكاهلي ومصححة ابن يزيد المتقدمتان وظاهر هذه الأخبار
وان

اقتضي عدم حصول الملك للكفار بالاحياء حتى في دار الكفر لكن ينبغي الخروج عنها بما
لازمه

حصول الملك لهم مثل ما دل على تملك المسلمين ذلك منهم بالقهر وعلى تملك الامام
إذا انجلوا

وتفرقوا عن أراضيهم وانهم يقرؤا على ذلك إذا أسلموا طوعا مع أن الصحيحة والمصححة
لا تعارضان شيئا من ذلك فإنهما مثبتان غير متنافي الظاهر وقد تقدم تحقيق الحال في اعتبار
الاسلام في بعض الحواشي المتقدمة فراجع. (ص ١٦٨)

(١٨) الإيرواني: وبالاغتنام كسائر أموالهم وبانجلائهم عن أراضيهم فتكون الأراضي حينئذ
فيئنا

للإمام وبمصالحتهم مع الإمام على أن تكون الأراضي للمسلمين فان الأراضي في الصور
الثلاث

تنقل عنهم وتكون للمسلمين في صورتين منها وللإمام في صورة واحدة نعم لو صولحوا
على أن

ثم ما ملكه الكافر من الأرض: إما أن يسلم عليه طوعا فيبقي على ملكه كسائر أملاكه
(١٩)

تكون الأراضي باقية على ملكهم لو أسلموا على الأرض طوعا كانت الأرض باقية على
ملكهم.

(ص ١٦٨)

(١٩) الآخوند: كانت محياة أو عامرة بالأصل أو ميتة إذا عرضها الموت، بناء على بقائها
في ملك

مالكها، إذ الظاهر من دليل حكم المفتوحة عنوة صيرورة كل ما كان مملوكا للكفار، ملكا
للمسلمين

فليراجع الأدلة. (ص ١٠٥)

الإيرواني: ينبغي ان يجعل المقسم ما ملكه الكفار ثم استولى عليه المسلمون فإنه لا تخلو
الحال من أن

تكون يدهم غير ثابتة عليه اما بانجلاء أو موت من غير وارث أو بقهر المسلمين واخذهم
للأرض منهم فالأولين للامام والثالث للمسلمين وان تكون يدهم ثابتة عليه اما بصلح مع
المسلمين على أن تكون الأراضي لهم أو تكون للمسلمين ولكن تبقي تحت تصرفهم
ويدفعوا

خراجها للمسلمين واما باسلام منهم على الأرض طوعا والأولان يتبعان الصلح والثالث
يكون باقيا في ملكهم فهذه مجموع الأقسام ولا يخلو مالكها عن أحد ثلاثة الامام
والمسلمون والكفار.

الأصفهاني: كما دلت عليها الاخبار، ومنه يعلم أن المحياة قبل إسلامهم ملك لهم باحيائهم
سابقا،

فلا يشترط في التملك بالاحياء إسلام المحيي، بل ولا إذن الامام خصوصا،
هذا إذا قام أربابها بعمارته. وإذا أهملوها حتى خربت فالمشهور على أن ولي الامر يقبلها
ممن

يقوم بعمارته، فيؤدي أجرة الأرض إلى مالكها، والباقي للمسلمين يصرف في مصالحهم.
أما

تقبيلها ممن يعمرها فهو منصوص عليه، وكذا كون حق القبالة للمسلمين مدلول عليه في
الاخبار.

وأما أداء حق الأرض إلى المالك فلا يدل عليه أخبار هذا الباب، إلا أنه جمع بين مقتضيات
الملكية ومقتضى الولاية العامة لولي الامر، وعدم الرضا ببقاء الأرض عطلة مهمة، مع أن ما
تقدم

من خبر سليمان بن خالد الموافق لصحيح الحلبي من قوله عليه السلام: (فليؤد إليه حقه)
يدل على

أداء حق المالك من الأجرة إلى المالك.

وإما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقي يده عليه كافرا، فهو أيضا كسائر أملاكه تحت يده (٢٠) وإن ارتفعت يده عنها: فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها وتخليتها للمسلمين أو بموت أهلها وعدم الوارث، فيصير ملكا للإمام عليه السلام، ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب (٢١)

نعم إذا كان المراد من الحق نفس الأرض لم يكن دليلا على ما نحن فيه، وتفصيل الكلام موكول

إلى محله. (ج ٣ ص ٣٩)

(٢٠) الإيرواني: ان كان ذلك بعد استيلاء المسلمين كان ذلك ارض الصلح والملك فيها يتبع

الاشتراط كما عرفت. (ص ١٦٨)

الأصفهاني: ومثل هذه الأرض يعبر عنها بأرض الخربة وأرض الذمة وبأرض الصلح، وربما يعبر

عنها بأرض الخراج أيضا، وهي أيضا ملك لمالكها، وعليه مقدار مخصوص مجعول عليه بعنوان

الجزية مضروب على الأرض، وجواز بيعها كسابقها منصوص في الاخبار.

إنما الكلام في أن الحق المضروب على الأرض ينتقل بعد بيعها إلى ذمة الكافر البائع أو يتبع

الأرض، فيكون على المشتري، والمشهور هو الأول، وبعض الاخبار يساعد الثاني الذي قال به

الحلبي، وتحقيقه موكول إلى محله. (ج ٣ ص ٣٩)

(٢١) الأصفهاني: لا يخفى أن الأرض التي فتحت من غير قتال، بل من غير أن يوجف عليها

بخيل ولا ركاب، تارة يسلم أهلها للأرض طوعا وهم فيها، وأخري ينجلي عنها أهلها ويتركون

الأرض، سواء هلكت أو لا، وهذان القسمان مندرجان تحت عنوان المفتوح بغير قتال، أو بغير

إيجاف خيل أو ركاب. وأما الأرض التي باد أهلها فهي من الأنفال مستقلا في قبال العنوان المزبور، ولا فرق بين أن يكون أهلها مسلمين أو كفار، كما أن عنوان إرث الامام لمال لا

وارث

له عنوان آخر، ربما يتفاوت وحكمه مع الأنفال فتدبر. (ج ٣ ص ٤٠)

وإن رفعت يده عنها قهرا وعنوة، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة - كالنخل والأشجار والبنيان - للمسلمين كافة إجماعا، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف والتذكرة وغيرهما، (٢٢)

(٢٢) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه قدس سره بعد ما بين أقسام الأرضين وحكمها إجمالا أراد أن يبين حكم الأرض المفتوحة عنوة، وهي مبينة بحسب المفهوم، وهي عبارة عن أرض فتحت قهرا بالخييل والركاب، أي: رفعت يد الكافر عنها بغلبة من المسلمين، الا أنها مجهولة مصداقا، والمسلم منها - على ما يظهر من التواريخ المستفيضة والاحبار المتظافرة - هي أرض العراق المعروفة بأرض السواد، المشهورة ب (ما بين النهرين) على حدودها المعينة، وهي ملك للمسلمين بشروطها المعروفة التي منها: إذن الامام بالمقاتلة، ولا شبهة في حكمها إذا كانت مشتملة على الشرائط، فإنها لا يجوز بيعها مستقلا على ما يظهر من الاخبار. وما استدل به المصنف من الوجوه وإن لم يخل بعضها عن قصور في الدلالة - كرواية إسماعيل الهاشمي - إلا أن من المجموع يستفاد عدم جواز بيعها على نحو سائر الأراضي. ولكن الذي يهون الخطب أنه لا فائدة في البحث عن حكمها بعد تقييد موضوعها بما إذا كانت عامرة حال الفتح. وأما إذا كانت مواتا فهي للإمام عليه السلام، فيملكها كل من أحيها. يعمرها فهو منصوص عليه، وكذا كون حق القبالة للمسلمين مدلول عليه في الاخبار. وعلي هذا فلا مانع من شراء كل ما احتمال كونه مواتا حال الفتح، فإن يد من عليها أمارة على كونها ملكا له، ولا يبعد أن يكون منشأ سيرة الخلف عن السلف على بيع ما يصنع من تراب أرض العراق من الاجر والكوز والأواني والتربة الحسينية ج على مشرفها آلاف السلام والتحية - عدم إحراز كون هذه الأراضي معمورة حال الفتح، ومجرد العلم الاجمالي بعمارة أغلب أراضي العراق لا أثر له بعد عدم كون جميعها محلا للابتلاء. نعم، لو أحرز عمارة أرض خاصة حال الفتح ولم يحتمل عروض الموت عليها، أو استصحب بقاؤها على عمارتها إلى الآن فيجري فيه الاحتمالات، بل الأقوال الخمسة،

والنصوص به مستفيضة: ففي رواية أبي بردة - المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج - قال عليه السلام: من يبيعها؟! هي أرض المسلمين! قلت: يبيعها الذي في يده قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟! ثم قال: لا بأس، اشتر حقه منها، ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملي بخراجهم منه. (٢٣)

والذي يمكن أن يقال: هو أن المراد بالحق تارة مجرد عدم جواز مزاحمة الغير لمن بيده الأرض، وأخري كونه ذا اعتبار بحيث يكون له نقله إلى غيره بصلح ونحوه، وانتقاله بالإرث إلى وارثه. أما الأول فلا شبهة في ثبوته، لأنه إذا كانت يده على الأرض بوجه صحيح كالتقبل ممن له التقبيل فهو يملك منافعها أو الانتفاع بها، ولا يجوز للغير مزاحمته، لأنه يملك منافعها على الأول، كما لا يجوز على الثاني لان جواز الانتفاع بملك المسلمين يتوقف على إذن ولي الامر، والمفروض حصول الاذن لمن بيده دون غيره. وأما الثاني فلا موجب ولا دليل على ثبوته، إذ غاية ما يقتضيه تقبل الأرض ممن له ذلك ملك منافع الأرض، كما في باب الإجارة، وملك المنافع لا يستدعي الا وجوب تسليم العين مقدمة لاستيفاء المنافع فقط، لا إحداث حق في العين، بحيث يقبل النقل والانتقال، وكون التقبيل بنفسه مقتضيا " لذلك شرعا لا دليل عليه، فما في جملة من الكلمات، كما في المتن من ثبوت حق الأولوية والاختصاص بالأرض بهذا المعنى الثاني بلا وجه، والمعنى الأول ليس صالحا للنقل والانتقال ليحمل عليه اشتراء حق الأرض الوارد في الاخبار. (ج ٣ ص ٤١) (٢٣)

الإيرواني: يعني أقوى على الأرض وعمارتها وتوفير زراعتها وأملي واقدر على دفع خراج المسلمين في أول زمان المطالبة والعبارة لمكان لفظ لعل تقتضي تعميم الحكم وعدم قصر جواز البيع بخصوص صورة الملائة حتى لا يجوز في غيرها. ثم إن بيع الحق في هذه الرواية يحتمل حق الأولوية ويحتمل الآثار التي أحدثها البائع دون ما هو نصيبه من الأرض الذي ربما لا يبلغ مقدار شبر لو أفرزه عن حق سائر المسلمين. (ص ١٦٨)

وفي مرسله حماد الطويلة: (ليس لمن قاتل شئ من الأرضين وما غلبوا عليه، الا ما حوي العسكر إلى أن قال: والأرض التي اخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها، على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج: النصف أو الثلث أو الثلثين، على قدر ما يكون لهم صالحا ولا يضر بهم إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر، فيقسم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها، فيدفع إليهم أنصباؤهم على قدر ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه، من تقوية الاسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير) الخبر (٢٤)

وأما الخامس: فغير صحيح، لان أخذ حصة من الخراج بعوضها مع فرض صحة بيع المجهول غير جائز، بل الخراج يصرف في المصالح العامة للمسلمين، لا في مصلحة الشخص ولو بمقدار حصته.

وأما السادس: فإذا فرض اشتغال الأرض بزرع يعود ثلثه أو نصفه إلى المتقبل صح أن يبيع حصته

بعد تعيينها من غيره، وأما إذا لم يكن هناك زرع له بعضه فلا معني للبيع ولا لناقل آخر بعنوان

الحصة المتكونة من الزرع فيما بعد من المشتري، والأول غير مفروض في الرواية حتى يحمل الحق عليه.

ومن جميع ما ذكرنا تبين: أن أوجه الاحتمالات هو الثاني الموافق لعنوان الاثراء وإضافة الحق

إلى الأرض، إلا أنه لا يجدي لما ذهب إليه المشهور من المتأخرين كما قيل من صحة بيع الأرض

تبعاً للآثار. (ج ٣ ص ٥١)

(٢٤) الإيرواني: لا تصريح في المرسله على أن الأرض للمسلمين نعم دلت على أن خراجها يصرف

في مصالحهم العامة. (ص ١٦٨)

وفي صحيحة الحلبي، قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد فقلنا:

أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين ، فإن شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرد عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل.) (٢٥)

(٢٥) الإيرواني: هذه إشارة إلى أن الأرض لا يتعلق بها الشراء وان الشراء يتعلق بالآثار المحدثه أو بحق الاختصاص وبعد ذلك إذا اخذ ولي امر المسلمين الأرض رد عليه رأس ماله الذي دفعه

بإزاء ما اشتراه من الآثار أو حق الاختصاص فإنه لا يفوت حق أحد. (ص ١٦٨) الأصفهاني: لا يخفى أن ظاهر اللام هي الملكية، وجميع المسلمين بالوجه الذي ذكره عليه السلام ظاهر في الآحاد استغراقيا، إلا أنه للمحاذير المتقدمة مرارا يحمل على ملك الطبيعي، والترتيب الذي ذكره عليه السلام لبيان أنه لا يختص بزمان دون زمان، ويقبل الانطباق على المسلم بالفعل وعلي من يدخل في الاسلام.

وقوله عليه السلام: (لا يصلح) الظاهر في عدم الصلوح وضعاً في باب المعاملات المقصود منها الصلاح من حيث الأثر - مع كون الدهاقين قائمين بعمارتها - يدل على عدم كونها ملكاً لهم بقيامهم بعمارتها، ومع بقائها على ملك المسلمين لا يجوز البيع منهم البتة، إذ لا بيع الا في ملك.

وأما ما استدركه عليه السلام فظاهر في أخذ الأرض من أيدي الدهاقين، وإبقائها على ملك المسلمين، والتعبير بقوله: (تصيرها) الظاهر في جعل الشيء على نحو بعد ما لم يكن كذلك،

باعتبار كونها في أيدي الدهاقين الذين لا يعاملون معاملة ملك المسلمين، بل يرونها كسائر أملاكهم.

ورواية ابن شريح: (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 يستحيي من عيب ذلك.) (٢٦)

والشاهد على بقائها على ملك المسلمين من دون تأثير لنقل الدهاقين، قوله عليه السلام: (فإذا شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها) أي حيث إنها ملك لمن هو ولي أمره، لا أنه إذا شاء أن يتملكه قهرا ملكه، والتعبير بالمشية من حيث إنه له أن يبقياها في يد من اشتراها من الدهاقين بتقبلها منه، وله أن يقلبها من غيره. وعليه فالاشتراء بمعنى أخذ الأرض بعوض صورة لا حقيقة، تحفظا على ملك المسلمين، وأما حمله على الاشرء الحقيقي بأن يصيرها للمسلمين بالالتزام في العقد بخراجها فخلاف الظاهر في نفسه، ومناف لما بعده.

وأما رد رأس ماله إليه فإما هو تفضل من ولي الامر، أو أنه بإزاء ما كان للدهاقين من الآثار المملوكة، أو بإزاء حق الاختصاص لهم بالأرض، وقوله عليه السلام: (وله ما أكل من غلتها بما

عمل أيضا) ظاهر في أن منافع الأرض للمسلمين يتبع عينها، لكنه حيث إنه عمل فيها وقام بعمارته فله ما أكل وانتفع بالأرض بإزاء عمارة الأرض. (ج ٣ ص ٥٦) (٢٦) الإيرواني: فان الملك الذي ارضه غير مملوكة ويؤخذ بإزائها الخراج ملك معيوب. (ص ١٦٨)

الأصفهاني: وهذا الخبر ضعيف، لان بعض رجال السند وهو علي بن الحرث مجهول، لم يذكر في الثقات والحسان والضعفاء - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء أرض الخراج، فكرهه.

قال عليه السلام: (إنما أرض الخراج للمسلمين.) فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها.

فقال عليه السلام: (لا بأس، إلا أن يستحيي من عيب ذلك.) توضيحه: أن صدره يدل على أن أرض الخراج للمسلمين، وظاهره إضافة رقبة الأرض إليهم،

والإضافة المطلقة والاختصاص المطلق بمعنى الملك، وذيله يدل على جواز شراء نفس الأرض، مع الالتزام بخراجها، فلا بد من التصرف

ورواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي، ففيها: (وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبني بها أو لم يبن، غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.) (٢٧)

إما في ظهور صدره بحمل إضافة الأرض إلى المسلمين على أنها لهم من حيث كون خراجها لهم، فتكون الرقبة لمن قام بعمارته، فيجوز بيعها وشرائها، وإن كان خراجها شرعاً للمسلمين فلا

يملكها أحد مطلقاً، بل هكذا. وإما في ظهور ذيله بإرادة شرائها بلحاظ آثارها من العمارة المفروضة، أو نقل حق الأولوية والاختصاص بالأرض الثابت لمن عمرها. فعلى الأول يكون

معارضاً للاخبار المانعة عن بيع أرض الخراج، وعلي الثاني يوافقها. ويمكن حملها على غير الأرض

المفتوحة عنوة كأرض الجزية، المعبر عنها بأرض الذمة وأرض الصلح وأرض الخراج أيضاً، باعتبار أن ما يوضع على أهل الذمة للمسلمين، فيكون البيع صحيحاً بحقيقته، لأنها لهم حقيقة،

ويؤيد ذلك بقريضة الذمة في أداء الجزية.

وربما يحتمل فيه وجه آخر وهو الاستحياء من الجائر بتقبل الأرض الخراجية منه، وكونه عاملاً

وزارعا له، وعلي أي حال فهو مع ضعف سنده وتهافت صدره وذيله وتطرق الاحتمالات فيه لا

يقاوم أدلة المنع. (ج ٣ ص ٥٨)

(٢٧) الإيرواني: لعل مورد توهم الدلالة من هذه الرواية على المدعي أعني كون أرض الخراج

للمسلمين قوله: (يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال) فإنه بمفهومه دل على أنه لولا الشرط

لا يحل أخذ شيء منهم ولا وجه لذلك إلا أن تكون الأرض للمسلمين وهؤلاء قد أدوا جزية رؤوسهم وخرجوا عن الحق الثابت عليهم فلا وجه بعد ذلك لأخذ شيء آخر منهم.

وأما حل الأخذ فيما إذا اشترط فلعله لوقوع ذلك بإزاء إذنه في التصرف بما تعلق به حقه ومع

ذلك فالتمسك بهذه الرواية على إثبات المدعي مشكل جداً مع أن التعبير فيها بالاشتراط يدل على

حصول الملك للمحبي وأنه يجوز له البيع. (ص ١٦٨)

الأصفهاني: هذا الخبر مروى في الكافي والتهديب، ومن الواضح أن إسماعيل بن الفضل ثقة ومن يروي عن الفضل هو أبان بن عثمان وهو أيضا كذلك، وعدم توصيفه بالصحة لاجل أن الكليني والشيخ يرويان عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو أيضا موثق، لكنه يروي عن غير واحد عن أبان بن عثمان، والتعبير بغير واحد يوجب الارسال، مع أنهم ذكروا في الحسن بن محمد بن سماعة أنه نقي الفقه حسن الانتقاد، فيستظهر منه أنه متجنب عن الرواية عن الضعفاء والمجهولين، واقتصره على الرواية عن المقبولين، خصوصا مع روايته عن غير واحد، وعليه فلا تقصر هذه الرواية عن سائر الروايات المعتمدة.

والرواية هكذا بعد سؤاله من الصادق وجوابه عليه السلام قال: وسألته عن الرجل 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 عليه السلام: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.

وتوضيحا: أن صدرها ظاهر في المفروغية عن شراء أرض الخراج من دون إنكار للإمام عليه السلام، بل حكم بمالكية المشتري لمنافعها، فإنها المسوغة لاخذ الأجرة ممن نزل بها بعد الجعل والقرار، ووجه السؤال ج مع فرض الاثراء المقتضي لملك المنافع ج أنها حيث كانت خراجية فمنافعها كخراجها للمسلمين أو لا؟ ولعله لاجل ذلك فرض نزول أهل الذمة دون المسلمين، بتوهم أنهم يستحقون استيفاء منافعها دون غيرهم، وحينئذ فجوابه عليه السلام مطابق للقاعدة من حيث إن شرائها مستلزم لملك منافعها، وكونها خراجية لا يوجب الا استحقاق المسلمين لخراجها لا لرقبتها ولا لمنافعها.

لكن المظنون أن الرواية سؤالها وجوابها مسوقة لامر آخر، وهو أنه قد وردت الروايات في شأن النزول على أهل الذمة، وعلي أهل الخراج كما تعرضوا للأول في كتاب الجهاد وغيره، وعقد للثاني بابا في الوسائل في أواخر كتاب المزارعة،

وفي خبر أبي الربيع: (لا تشتتر من أرض السواد شيئاً، الا من كانت له ذمة فإنما هي فيئ للمسلمين) إلى غير ذلك. (٢٨) وظاهره - كما تري - عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءا من المبيع، فيدخل في ملك المشتري. (٢٩)

فوجه سؤال الراوي أن الذمي إذا أدى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على أهل الخراج،

ومن بيده الأرض الخراجية أم لا؟ فأجاب بأنه له أخذ أجره النزول من أهل الذمة بعد الجعل والقرار، فلم يبق للرواية دلالة على جواز شراء الأرض الخراجية، الا من حيث صدر السؤال الذي

فرض فيه شراء الأرض الخراجية فقط القابل لاحد المحامل المتقدمة.

وأما جعل هذه الرواية من أدلة المنع كما هو ظاهر المصنف قدس سره حيث أفاد بعد ذكر الاخبار

أنها ظاهرة في المنع، فباعتبار التسالم على كونها خراجية حتى بعد الاشتراء، من حيث سؤاله عن

ترتب آثارها عليه من استحقاق النزول على أهل الخراج، فيعلم منه أن الاشتراء ليس باعتبار تملك

الأرض كسائر الاملاك، لا مستقلا ولا تبعا، بل مجرد انتقال حق الاختصاص أو تملك الآثار

الموجودة المحسوبة من الأرض. (ج ٣ ص ٥٩)

(٢٨) الإيرواني: يعني ممن هو له من أهل الذمة ولعل وجه التخصيص بهم احتمال انهم صولحوا

على أن الأرض لهم واليد منهم امارة الملك لكن احتمال الملك الشخصي قد يتطرق في المسلم أيضا

باحتمال اقتطاع الامام له أو اشترائه نصيب أرباب الخمس بناء على تعلق الخمس بالأراضي كتعلقه بالغنائم المنقولة. (ص ١٦٨)

(٢٩) الإيرواني: والاشتراء في صحيحة الحلبي ورواية ابن شريح أريد به الاشتراء للآثار أو الحق

الألوية لقرائن فيها على عدم إرادة شراء رقبة الأرض. (ص ١٦٨)

الآخوند: وعليه يشكل بيع أرض العراق وشرائها، فإنها فتحت عنوة، مع أنه من المتعارف بلا نكير

ويدفع بان المحياة منها حال الفتح كانت ملكا للمسلمين،

نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعني مجرد الأولوية وعدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناء على عموم ولايته لأمر المسلمين ونيابته عن الإمام عليه السلام (٣٠)

وأما الميئة حاله فهي لمحبيها، فكل أرض منها لم يعلم كونها محياة حاله وكانت تحت يد يحكم بكونها ملكا لذئ اليد، فجاز بيعها وشرائها، مع أن ما كانت محياة حاله، يمكن ان يكون الامام قد نقلها.

لا يقال: نعم، ولكن لا يكاد ويكون اليد الامارة الملك في الراء؟؟ العلم الاجمالي البدوي، وذلك لان ما علم تفصيلا من الأراضي الخراجية بالمقدار المعلوم بالاجمال ولو لم يكن بذلك المقدار، فأطرفه غير

محصورة بلا اشكال. (ص ١٠٥)

الأصفهاني: أبي الربيع الشامي ومن روي عنه وهو خالد بن جرير وإن لم يوثقا صريحا، إلا أن

الراوي عن خالد بن جرير هو الحسن بن محبوب وهو من أصحاب الاعماء، فالخبر صحيح - وهو

هكذا عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال عليه السلام: (لا تشتري من أرض

السواد شيئا الا من كانت له ذمة، فإنما هو فئ للمسلمين) وظهوره في عدم جواز الشراء محقق،

والمراد بالاستثناء أرض أهل الذمة، أي الا أرض من كانت له ذمة، فإنها ملك لأربابها، فيعلم منه

أن في أرض السواد بعض القطعات تركت في أيدي أربابها بالجزية. وأما حملة على جواز اشتراء

من كان مليا يتمكن أداء الخراج، فهو مع عدم تعارف الذمة في الملائة، وعدم مناسبتها للخطاب بقوله

عليه السلام: (لا تشتري) لا يجدي في جواز الشراء بحقيقته، فإن مفاده بقاء الأرض على ملك

المسلمين، ولذا يكون خراجها لهم، وأن الاشتراء باعتبار حق الأولوية أو الآثار الموجودة. (ص ٦٠)

(٣٠) الإيرواني: المراد من المشتري، المشتري للآثار فيكون الاشتراء متعلقا بالآثار والأولوية

حاصلة للمشتري بملكه للآثار ويمكن نقل نفس حق الأولوية بصلح ونحوه بل بالبيع إذا قلنا بقبول

الحق للبيع. (ص ١٦٨)

لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها،
قال: يجوز التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح أن يبيني دور أو
منازل ومساجد وسقايات،

ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتي فعل شيئاً من ذلك كان التصرف
باطلاً، وهو على حكم الأصل. ويمكن حمل كلامه على صورة عدم الاذن من الإمام عليه
السلام

حال حضوره ويحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة والتملك وقال في
الدروس: لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة الا بإذن الامام، سواء كان بالبيع أو الوقف
أو غيرهما نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك، وأطلق في المبسوط: أن التصرف فيها لا ينفذ
وقال ابن إدريس: إنما نبيع ونوقف وتحجيرنا وبناءنا وتصرفنا، لا نفس الأرض، انتهى وقد
ينسب إلى الدروس التفصيل بين زماني الغيبة والحضور، فيجوز التصرف في الأول ولو
بالبيع والوقف، لا في الثاني الا بإذن الإمام عليه السلام، وكذا إلى جامع المقاصد وفي
النسبة

نظر، بل الظاهر موافقتهم لفتوى جماعة: من جواز التصرف فيه في زمان الغيبة بإحداث
الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً " للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعني: أنها
مملوكة ما دام الآثار موجودة قال في المسالك - في شرح قول المحقق: ولا يجوز بيعها
ولا هبتها

ولا وقفها - : إن المراد: لا يصح لك في رقبة الأرض مستقلة، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار
التصرف - من بناء وغرس وزرع ونحوها - فجائز على الأقوى قال: فإذا باعها بائع مع
شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع، وكذا الوقف وغيره، ويستمر كذلك
ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما
عنها، هكذا ذكره جمع، وعليه العمل، انتهى
نعم، ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة، حيث
قال:

إن قال قائل: إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدل على
صحة تملكها بالشراء والبيع، ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرع عليها

قلنا: إنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنوة أو يبالغ أهلها عليها، فقد أبحنا شراءها وبيعها، لان لنا في ذلك قسما، لأنها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضا يصح الشراء والبيع فيه على هذا الوجه وأما الأنفال وما يجري مجراها فلا يصح تملكها بالشراء وإنما أبيع لنا التصرف فيها حسب ثم استدل على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض ودليله قرينة على توجيه كلامه. وكيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعا للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. (٣١) نعم، المتيقن هو ثبوت

حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا فالذي ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول: أما في زمان الحضور والتمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الاشكال في توقف التصرف على إذن الإمام عليه السلام، لأنه ولي المسلمين فله نقلها عينا ومنفعة ومن الظاهر أن كلام الشيخ - المطلق في المنع عن التصرف - محمول على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره
(٣٢)

(٣١) الأصفهاني: وأيضا يستدل بسائر الاخبار المستدل بها لجواز البيع فالأغلب منها واردة في أرض الجزية وأرض أهل الذمة، وهي ملك لأربابها، ولو فرض استظهار كون المورد هي الأرض المفتوحة عنوة ففيها تصريح ببقائها على حالها من كونها خراجية، فيعلم منه أن الاشتراء بالإضافة إلى رقبة الأرض ليس بحقيقته، فإن الظاهر أن الخراج من حيث ملاحظة أجره الأرض وكونه عوضا عن منافعها لا حقا تعديا، لئلا ينافي كون الرقبة بمنافعها للمشتري، واحتمال انتقال

رقبة الأرض بذاتها مسلوبة المنافع إلى المشتري بعيد جدا. (ج ٣ ص ٦١)
(٣٢) الإيرواني: لا يخفى ان هنا مقامين ينبغي التكلم فيها وقد اختلطا في كلام المصنف،

وأما في زمان الغيبة، ففي: عدم جواز التصرف الا فيما أعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج والمقاسمة منه أو جوازه مطلقا، نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعه، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، (٣٣)

ومنها: الخمس من تلك الأراضي فإنها على المشهور يملكها من يستحق الخمس، فينتقل بالإرث وغيره إلى غيره.

ومنها: الأراضي التي كانت بيد أهل الذمة، فإنها ملك لهم وعليهم الجزية، فيصح نقلها إلى غيرهم والجزية في ذمتهم على المشهور، وفي قوله عليه السلام الا من كانت له ذمة إشارة إلى

وجود مثل هذه الأراضي في أرض السواد كما قدمناه.

ومنها: الأرض التي باعها الإمام عليه السلام ومن ينفذ منه البيع، لمصلحة راجعة إلى نوع المسلمين ومنها: ما وهبه السلطان فإن حال الأرض كحال خراجها الذي يحل قبوله من السلطان.

فهذه جملة من الموارد القابلة للتملك بالخصوص يدا بيد، وأما الأراضي الخراجية التي يضرب

عليها الخراج من أراضي المزارع فكثيرة إلى الآن وأمرها بيد السلطان والله أعلم. - (٣٣) الآخوند: الظاهر أنه لا اشكال في جواز التصرف فيما أعطاه السلطان وقبله مما كان تحت

سلطانه، لما دل من الاخبار على جواز التقييل منه، واما ما لا يكون بيده وتحت سلطانه. ففيه اشكال لاحتمال ان يكون الفقيه مرجعا في مثله في حال الغيبة أو السلطان كما كان في غيره

مما يكون تحت يده، فلا بد في التصرف فيه من اذنهما لدوران الامر لو أمكن، والا فيما أمكن

للعلم بان الشارع لا يرضى بتعطيله مطلقا، ولا ينافي هذا توقفه على اذن الفقيه أو السلطان لو أمكن، كما لا يخفى.

نعم لا يبعد دعوى كفاية اذن الفقيه فيه مطلقا وعدم الاعتداد باذن السلطان في غير ما نهض عليه

الدليل، لما دل على عدم جواز الركون إلى الظالم. (ص ١٠٥)

وربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجانا أو

عدم جوازه الا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام أو التفصيل بين من يستحق أجرة هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها، لما يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حل الخراج: وإن لك نصيبا في بيت المال، وبين غيره الذي يجب عليه حق الأرض، (٣٤) ولذا أفتي غير واحد - على ما حكى - بأنه لا يجوز حبس الخراج وسرقته عن السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثني بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيية حال الفتح، وبين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول، لعموم أدلة الإحياء وخصوص رواية سليمان بن خالد ونحوها وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس. (٣٥)

(٣٤) الإيرواني: يؤيده جواز قبول الخراج فان اعطاء السلطان غير دخيل في جواز اخذه فيجوز

اخذه ممن عليه الخراج أيضا فإذا جاز ذلك جاز التصرف في الأصل الذي كان الخراج عوضا عنه بلا استيذان من أحد.

واما التصرف باذن السلطان فيدل عليه اخبار تقبل الأرض منه وقد تقدمت في اخر المكاسب

المحرمة. (ص ١٦٩)

(٣٥) الإيرواني: لا يخفى ان رواية سليمان بن خالد دالة على خلاف المطلوب وقد تقدم ذكرها

مع الروايات الدالة على المطلوب فراجع. (ص ١٦٩)

ومما ذكرنا يعلم حال ما يفصل من المفتوح عنوة، كأوراق الأشجار وأثمارها، وأخشاب الأبنية والسقوف الواقعة، والطين المأخوذ من سطح الأرض، والجص والحجارة ونحو ذلك،

فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين، ولذا صرح جماعة، كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم - على ما حكى عنهم - بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض (٣٦) نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل وحينئذ، فمقتضى القاعدة: عدم صحة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لان القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض، لا أجزاءها، إلا أن يكون الاخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات، لعموم من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

(٣٦) الأصفهاني: المنفصل تارة يكون قبل انفصاله مقوما للأرض المعمورة بما هي كذلك، كاجزاء الدار من الأخشاب والأحجار، وأخري يكون معدودا من منافع الأرض عرفا وإن كان بنفسه من الأعيان، كالأشجار النابتة فيها والجص المطبوخ منها والطين والأجر المعمول منها، وثالثة ما يكون مدفونا فيها ونسبة الأرض إليه نسبة الظرف إلى المظروف، كالأشياء المدفونة في الأرض لا المهدومة المدفونة فيها بمرور الأيام. أما القسم الأول: فهو مملوك للمسلمين بنفس ملكية الأرض المعمورة، وبعد انفصاله منها لا يخرج عن ملك المسلمين، لكنه حيث لا ينتفع به بأخذ الأجرة وصرفها في مصالح المسلمين فلا بد من بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم، ولا مجال لتملكه بالحيازة فإن دليلها مخصوص بما إذا لم يكن ملكا لاحد. وأما القسم الثاني: فهو من جملة منافع الأرض المملوكة للمسلمين القابلة للنقل والانتقال، وليست كالأرض بحيث لا يصح نقلها، إلا أن ثمنها لا بد من أن يصرف في مصالح المسلمين،

ويؤيده، بل يدل عليه: استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الاجر والكوز والأواني وما عمل من التربة الحسينية، ويقوي هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الاجزاء من الأرض (٣٧)

ولا وجه لجعلها منزلة المباحات القابلة للتملك بالحيازة، لأنها منافع الأرض المملوكة للمسلمين، فهي أيضا مملوكة لهم.

وأما القسم الثالث: فحيث إنه ليس محسوبا من الأرض المعمورة كالأول، ولا معدودا من منافعها كالثاني، فلا وجه لكونه ملكا للمسلمين بالأصالة أو بالتبع، بل حيث إنه من المنقول

الموجود حال الفتح فهو لخصوص المقاتلين، إذا كان دليل ملكية المنقول للمقاتلين شاملا للمنقول

المدفون الغير البارز، والا فهو بحكم المباحات يملكه من حازه. ومثله الاجزاء المهدومة قبل الفتح

المدفونة تحت التراب، فإنها غير داخلة في القسمين الأولين، فيكون من المنقول الذي عرفت

حكمه، وقيام السيرة على تملك جميع الأقسام بالحيازة لا بد من تطبيقها على القواعد الغير المنافية

لما ذكرنا. (ج ٣ ص ٦٧)

(٣٧) الآخوند: لا يخفى انه لا تأييد فيه، فضلا عن الدلالة لعدم احراز كون الأراضي التي يؤخذ

منها الأمور المعمولة محياة حال الفتح كي يكشف السيرة إذا كانت واجدة لشرائط الاعتبار عن

كونها كالمباحات، وقد عرفت (فيما مر) ان اطلاق (من سبق) انما يكون في مساق بيان أحقية

السابق من اللاحق فتذكر. (ص ١٠٥)

النائيني (المكاسب والبيع): الكلام في تميم حكم الأراضي المفتوحة عنوة يقع في أمور، الأول: الظاهر أن الحكم بكونها ملكا للجهة مختص بالمحياة منها حال الفتح ولا يشمل الموات منها،

بل الموات منها حكم الموات من غيرها فيملكها من يحييها، وذلك لاطلاق أدلة تملك الموات

بالاحياء الشامل للموات من المفتوح عنوة أيضا

القول في شروط العوضين
الطليقة

(١٠٣)

مسألة

من شروط العوضين: كونه طلقاً
واعلم: أنه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية: كونه
طلقاً. (١)

(١٠٥)

وفرعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثني، ولا الرهن الا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد الا في المواضع المستثناة والمراد ب الطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك (٢)

(٢) الأصفهاني: توضيح المقام: أن الطلق تارة يكون وصفا لنفس الملك المعتبر في البيع، وأخري وصفا للسلطنة على البيع، فتوصيف الملك به من باب الوصف بحال نفسه على الأول، ومن باب الوصف بحال متعلقه على الثاني.

وإن شئت قلت: إن الطلق تارة وصف لملك الرقبة، وأخري وصف للملك بمعنى السلطنة على بيع الملك مثلا، فعلي الأول تكون الطلقية شرطا في العوضين، وعلي الثاني شرطا فيما يعتبر في المتعاملين.

وظاهر عناوين القوم هو الأول فلا وجه لتفسيره بكون المالك مطلق العنان، كما أن ظاهر تقييد الملك المعتبر في شروط العوضين بكونه طلقا مفسرا له بكونه تاما، أن ملك الرقبة تارة تام، وأخري ناقص، مع أن التمامية والنقص بمعنى الشدة والضعف غير معقول، وبمعنى الزيادة والنقص غير مربوط بالمقام، وقد مر الوجه فيهما مرارا، وهذا بخلاف الزيادة والنقص في ملك التصرف، فإن المالك ربما يكون له السلطنة على جميع أنحاء التصرفات، وربما لا يكون له السلطنة الا على بعض التصرفات.

والتحقيق: أن عدم ملك التصرف تارة لخلل في المتصرف، وأخري لخلل فيما يتصرف فيه، والأول تارة لعدم المقتضي، كما إذا لم يكن له ملك الرقبة، وأخري لوجود المانع كما إذا كان المالك محجورا لصغر أو سفه أو فلس والثاني أيضا تارة لعدم المقتضي فيه، كما إذا لم يكن متمولا، وأخري للمانع فيه، كما إذا كان وقفا أو رهنا وشبههما مما يخرج عن قابلية ملك التصرف فيه.

وحيث إن عدم ملك التصرف في الأول لامر راجع إلى خصوص المتصرف، فلذا ذكر في شروط المتعاملين،

لكن هذا المعني في الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله ويكون نقله ماضيا

فيه، لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذي الحق، فمرجعه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا، وهذا مما لا محصل له، فالظاهر أن هذا

العنوان ليس في نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأم الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة وغيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك - كالنذر والخيار ونحوهما - وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعني الطلق: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لاحد الحقوق التي ثبت منعها

للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن

التصرف، لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا، بل الامر في الفرعية والأصالة بالعكس. ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق الا الثلاثة المذكورة، ثم عنونوا حق

الجاني واختلفوا في حكم بيعه وظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر - بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر: - النذر المتعلق بالعين قبل البيع، (٣)

وذلك أن اخذ العنوان المنتزع من مقام تأثير انتفاء تلك الحقوق في صحة المعاملة شرطا في صحتها

وحصول الأثر لها باطل ومما لا ينبغي التفوه به فما هذا التوجيه الا ان يراد من لفظ الطلق انتفاء

تلك الحقوق لا تمامية السلطنة التي هي اثره لكن لا مناسبة بين لفظ الطلق وبين انتفاء تلك الحقوق الذي هو امر عديمي. (ص ١٦٩)

(٣) الآخوند: هذا بحسب النظر الجلي العرفي، واما بحسب النظر الدقيق، فالمانع هو الجامع بين الحقوق

فإنه على شتاتها وتفرقتها يكون مجتمعة في المنع عن تأثير البيع، فلا بد ان يكون هذا بما يجمعها يكون

مشتركة فيه، ويكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الذي عبر عنه بكونه طلقا، اي فاقتدا لذلك المانع

والخيار المتعلق به، (٤) والارتداد، (٥) والحلف على عدم بيعه، (٦)

(٤) الإيرواني: لا دليل على أن الخيار من أحد من أحد المتبايعين أو كليهما يمنع الآخر من التصرف بل عموم أدلة المعاملات ودليل سلطنة الناس تقتضي الصحة والجواز وحينئذ فإذا فسخ ذو الخيار وماله منتقل بعقد لازم رجع إلى بدل ماله ويكون في قوة التلف فإنه تلف شرعي والجمع بين تلك المعاملات وأدلة الخيار تقتضي ما ذكرنا بعد أن كان الخيار متعلقا بالعقد ومعناه حل العقد

لا استرجاع العين. (ص ١٦٩)

(٥) الإيرواني: الارتداد سواء كان عن فطرة وحكمه القتل أم عن ملة وحكمه الاستتابة ثم القتل إذا لم يتب هذا في الرجل وفي المرأة مطلقا الحبس والضرب أوقات الصلاة حتى تتوب أو تموت لا دليل على كونه مانعا عن صحة البيع فان دخلت المعاملة في السفه واكل المال بالباطل من جهة كون

المبيع مما لا منفعة فيه لاجل تعين قتله واعدامه بطلت وإلا فلا ومن المعلوم ان هذا العنوان ان

تحقق فإنما هو بملاك فعلية تحقق القتل لا بملاك تحتمه فالمتحتم القتل الذي لم يتصد أحد لقتله غير داخل تحت العنوان كما أن نحرمة القتل الذي أشرف على القتل ظلما وعدوانا داخل في العنوان

فبينه وبين محل البحث عموم من وجه. ودعوى: ان المرتد في حكم الميت شرعا ولذا يقسم ماله

وتبين زوجته والميت لا يباع مدفوعة بعدم ثبوت عموم المنزلة وثبوت التنزيل في احكام خاصة

لا يستلزم التنزيل في مطلق الاحكام والآثار كما أن دعوى عدم القدرة على تسليمه شرعا المعتبرة

في صحة البيع لتوجه الخطاب باعدامه أو استتافته مدفوعة بان العمل بتلك الخطابات لا ينافي فورية

تسليمه بل ربما يكون المرتد في قبضة المشتري من أول الامر فلا يحتاج إلى التسليم. (ص ١٦٩)

(٦) الإيرواني: غاية ما يقتضيه الحلف حرمة البيع لإفساده الا إذا قيل باقتضاء النهي في المعاملة

الفساد لكن في بعض الروايات تصريح بعدم الفساد مثل ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن

أبي عبد الله قال في حديث الكفارة في الذي يحلف على المتاع أن لا يبيعه ولا يشتريه ثم
يبدو له فيكفر
عن يمينه. وفي رواية أخرى يبيع ولا يكفر ولا بد من تأويلها

(١١٤)

وتعيين الهدي للذبح (٧)، واشترط عتق العبد في عقد لازم (٨)، والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه، حيث إن المولي ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الأداء. (٩)

لأنها على خلاف القاعدة وخلاف الرواية الأولى. (ص ١٦٩)

(٧) الإيرواني: التعيين يكون بالاشعار أو التقليد ويدل على الحكم صحيحة الحلبي قال سئلت ابا عبد الله عن الرجل يشتري البدنة ثم تضل قبل أن يشعرها أو يقلدها فلا يجدها حتى يأتي مني ويجد هدية قال عليه السلام: (إن لم يكن أشعرها فهي ماله ان شاء نحرها وان شاء باعها وان كان أشعرها نحرها.) وعن أبي بصير، قال سئلت ابا عبد الله عن رجل اشترى كبشا فهلك منه قال عليه السلام: (يشتري مكانه اخر.) قلت: فان اشترى مكانه اخر ثم وجد الأول قال عليه السلام: (ان كانا جميعا قائمين فليذبح الأول وليبع الأخير وان شاء ذبحه وان كان ذبح الأخير ذبح الأول معه.) وقد حمل الشيخ رواية أبي بصير على صورة الاشعار وعن المختلف حمل الروايتين جميعا على الاستحباب وعدم وجوب نحر الأول بعد نحر بدله. ولا يخفى ظهور الرواية الأولى في فساد البيع في صورة الاشعار بل ظهورها في خروج الهدي عن ملك الشخص بالاشعار فلا وجه لرفع اليد عن ظاهرها بعد تأييدها بالأخيرة. (ص ١٦٩)

(٨) الإيرواني: اشترط العتق كندر العتق غير مانع عن نفوذ التصرفات نعم يحرم ذلك تكليفا ان قيل بوجوب الوفاء بالشرط وأيضا يحدث للمشتري خيار تخلف الشرط عند عدم العتق فإذا فسخ والعبد منتقل عن ملك صاحبه رجع إلى قيمة العبد ومن حكم ببطلان البيع في مندور العتق يلزمه الحكم به هنا أيضا ولعل البطلان من جهة انتفاء القدرة على التسليم شرعا بعد توجه الخطاب بالعتق وقد تقدم بعض الكلام فيما يرجع إلى ذلك عن قريب. (ص ١٧٠)

(٩) الإيرواني: ولو كان ما لم يتحرر هو جميعه لعدم أداء شيء من مال الكتابة والوجه في ذلك

والتدبير المعلق على موت غير المولي، بناء على جواز ذلك، فإذا مات المولي ولم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه، (١٠) وتعلق حق الموصي له بالموصى به بعد موت الموصي وقبل قبوله، بناء على منع الوارث من التصرف قبله، (١١)

ان عقد الكتابة لازم لا يفسخ فيترصد حتى يستوفي مال الكتابة أو يحصل العجز عن أدائه فيرجع العبد قنا ومن ذلك يظهر ان عدم نفوذ البيع هنا حكم شرعي من جهة لزوم عقد الكتابة لا من جهة تعلق حق الغير وان كان حق الغير أيضا متعلقا ". (ص ١٧٠)

(١٠) الإيرواني: اما المعلق على موت المولى فهو غير مانع عن صحة البيع لأنه عقد جاز يجوز الرجوع فيه قولاً وفعلاً ولو بنفس البيع بقصد الرجوع أو مطلقاً ولو لم يقصده على اشكال فيه والجواز المزبور حيث إنه حكم شرعي لا يرثه الوارث لا يكون له فسخ تدبير مورثه ولا دليل على ثبوت هذا الحكم في حقه ابتداء كما كان ثابتاً في حق مورثه. (ص ١٧٠)

(١١) الإيرواني: لا وجه لعدم نفوذ تصرف الورثة حتى بناء على توقف عقد الوصية على القبول وانتقال العين الموصي بها إلى الورثة قبل لحوق القبول وذلك أن المال غير خارج عنهما فاما هو للورثة ان كان لا يحصل القبول فيما بعد واقعا أو هو للموصي له ان كان يحصل بناء على القول بالكشف في القبول كما هو المشهور فيكون بيع الورثة فضولياً موقوفاً على إجازة الموصي له بعد قبوله للوصية.

نعم على القول بالنقل في القبول ثم اعتبار كون المميز لعقد الفضولي مالكا حال العقد بطل عقد الوارث ولم تجده إجازة الموصي له بعد قبوله لعدم كونه مالكا حال العقد والمفروض ان القائل بالنقل لا يقيد ذلك بما إذا لم يتحقق عقد ناقل من الورثة ليقع العقد المزبور للورثة أصالة

وتعلق حق الشفعة بالمال، (١٢) فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الاخذ بالشفعة إبطالها، وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلي فوطأها فأنت بالولد، (١٣) بناء على عدم جواز بيعها،

ثم لا يخفى فساد تعبير المصنف بقوله: (بناء على منع الوارث من التصرف) والصواب ما ذكرنا في صدر العبارة كما في المقاييس أيضا فإنه بعد أن ذكر منع الوارث من

التصرف قال: (وهذا بناء على اشتراط الملك بالموت والقبول وانه بعد الموت قبل القبول ينتقل إلى

الوارث.) (ص ١٧٠)

(١٢) الإيرواني: الكلام كان في الحقوق المانعة عن صحة البيع دون المانعة عن لزومه فعد حق

الشفعة المانع عن اللزوم في عداد تلك الحقوق في غير محله. (ص ١٧٠)

(١٣) الإيرواني: المنع عن البيع هنا تعبد دلت عليه النصوص، ففي الصحيح أو كالصحيح عن إسحاق

بن عمار قال سألت أبا الحسن عن رجل اشترى جارية حاملا وقد استبان حملها فوطأها قال

عليه السلام: (بئسما صنع إلى أن قال إن كان عزل منها فليترك الله ولا يعدو ان كان لم يعزل عنها

فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه قد غداه بنطفته.)

وفي صحيح اخر أو كالصحيح عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله قال: (من جامع أمة حبلي من

غيره فعليه ان يعتق ولده ولا يسترق لأنه شارك فيه الماء تمام الولد.)

وفيما رواه السكوني عن أبي عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دخل على رجل من

الأنصار وإذا وليدة عزيمة البطن تختلف فسئل عنها فقال اشتريتها يا رسول الله وبها هذا الحبل

قال صلى الله عليه وآله وسلم: (اقتربتها) قال: (نعم قال أعتق ما في بطنها.)

قال يا رسول الله بم استحق العتق قال صلى الله عليه وآله وسلم: (لان نطفتك غدت سمعه وبصره

ولحمه ودمه.)

ولا يخفى وضوح دلالة هذه الأخبار على بطلان البيع وعدم جريان حكم المملوك على الولد

وكونه مملوكا ولد (١٤) من حر شريك في أمه حال الوطاء، فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه الا بتقويمه وأخذ قيمته، وتعارض السبب المملك والمزيل للملك، (١٥)

فصار برزخا لاجل التغذي المزبور بين الرق والحر متعينا عتقه غير جازر بيعه ومع ذلك فقد نسب

إلى المعروف بين المتأخرين بل إلى المشهور بقول مطلق كراهة البيع. ولكن الأقوى هو الحرمة لقوة الاخبار سندا ودلالة مؤيدة بالاجماع المنقول على ذلك. (ص ١٧٠)

(١٤) الإيرواني: حال الوطي عطف على قوله وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده وعبارة المقابيس

في المقام هكذا: (العشرون كونه مملوكا ولد من حر شريك في أمه حال الوطي أو كان وطيه

لشبهة نكاح أو ملك وقد حكم بتقويمه عليه فإنه يمنع المالك من التصرف فيه كلا أو بعضا الا

التقويم وهذا مبني على انعقاد الولد رقا وانعاقه بالتقويم أو الأداء وقد أشرنا إلى ذلك في مسألة

الفضولي والتفصيل موكول إلى المحال المناسبة.) انتهى وقد أشار بقوله: (وهذا مبني على انعقاد

الولد رقا") إلى القول الاخر في المسألة وهو انعقاد الولد حرا تبعا للأب ويضمن الواطي للمالك

قيمة ولد رق لاتلافه عليه النماء بايجاد الولد غير قابل للملك فيقوم الولد مفروضا كونه رقا فتؤخذ تلك القيمة وقد تقدم بعض الكلام في ذلك في الفضولي عند الكلام في رواية محمد بن

قيس. (ص ١٧٠)

(١٥) الإيرواني: فان الحربي حاله حال المباحات الأصلية يتملك بالقهر ولو كان القاهر حربيا اخر

مثله وتدل على ذلك رواية عبد الله الفحام قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى

من رجل من اهل الشرك ابنته فيتخذ بها قال (لا بأس).

وفي رواية أخرى منه عن أبي عبد الله عن الرجل يشتري امرأة رجل من اهل الشرك يتخذها قال

فقال: (لا بأس) ومقتضي الخبرين حصول الملك للحربي ولو لم يكن قد قصد التملك بل ظاهر مورد

هما عدم قصد التملك لكن يمكن المناقشة في دلالة الخبرين على جواز الشراء فان الاتخاذ هو

الاسترقاق وذلك يعم ما إذا كان ذلك بالشراء أو بالقهر الابتدائي

كما لو قهر حربي أباه، والغنيمة قبل القسمة، بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة، لاستحالة بقاء الملك بلا مالك وغير ذلك مما سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الرهن، ثم الجناية، إن شاء الله (١٦)

الحاصل من المسلم حين الاخذ من الكافر ويكون دفع العوض لاجل استنقاذ ذلك منه. ثم على تقدير دلالة الخبرين على جواز الا شراء الكاشف بالإن عن ملك الحربي بالقهر يعارضهما اخبار انعتاق العمودين بمجرد الملك بناء على شمولها للكافر إذا ملك عموديه فجاء تعارض السبب المملك والمزيل للملك فالقهر الدائم يقتضي الملك الدائم وعدم زواله والا لم تقيض حدوثه ولم يكن سببا وأيضا كون المقهور عمودا يقتضي حصول الانعتاق والخروج عن الملك فان ترجح أحد الدليلين فهو والا كان الحكم التخيير أو التساقت والرجوع إلى الاستصحاب عدم حصول الملك للكافر بقهره لعموديه لان دليل سببية قهره قد سقط بالمزاحمة لكن الرواية المتقدمة الواردة في البنت دلت على خلاف ذلك وان القهر مملك وكون المقهور عمودا لا يؤثر في حصول الانعتاق لكن الروايتين ضعيفتا السند وقد عرفت ضعف دلالتهما أيضا ولا مرجع الا الاستصحاب المشار اليه. (ص ١٧٠)

(١٦) الإيرواني: والمفروض عدم الانتقال إلى الامام قطعاً فيتعين انتقاله إلى الغانمين لكن لا مدرك لبطلان بيع كل من الغانمين مجتمعين أو متفرقين حصته المشاعة ان كان المغنوم شيئاً معيناً معلوماً كآلف من من الحنطة وكذا لا مدرك لبطلان جزء معين منه فلو باع عينا من أعيان الغنيمة فان وقع ذلك في نصيبه فهو والا احتاج إلى إجازة من وقع في حصته وظاهر عبارة العلامة في المنتهي هوان الشركة بنفسها ليست مانعة هنا كما في سائر المقامات بل المانع الجهالة وعدم العلم يكون المبيع واقعا في نصيبه وذلك أنه بعد نقل القول بصحة البيع في مقدار نصيبه قال: (وليس بصحيح اما أولا فلانه لا يعلم وقوعه في المنحر له لجواز ان يقسمه الامام غيره واما ثانيا فلان نصيبه

مجهول.) انتهى. (ص ١٧٠)

(١١٩)

لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا في الجملة ومحكيا (١)

(١) النائبني (المكاسب والبيع): اعلم: ان الموجب لعدم طلقة الملك اما يكون من جهة عدم المقتضي لطلقيته أو يكون لاجل المانع عن طلقيته وأصول الموانع ثلاثة، الرهن والجنابة وأم الولد وما عداها ملحقه بها فالوقف لا يكون طلقا لاجل عدم المقتضي لا لاجل وجود المانع، والكلام في الوقف انما هو في الوقف الخاص بناء على صيرورته ملكا لطبقات الموقوف عليهم. واما الوقف العام والوقف على الجهات فنخارجان عن محل الكلام، حيث إنه لا يجوز بيعهما لانتفاء الملكية لا لاجل انتفاء الطلقة في مورد الملك الشخصي كما أنه على تقدير القول بعدم الملك في الوقف الخاص أيضا ليس المانع عن بيعه لاجل انتفاء الطلقة، فالوقف انما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقا إذا كان خاصا وقلنا فيه بالملك. فان قلت: الوقف الخاص بناء على صيرورته ملكا للطبقات يكون ممنوعا عن بيعه لاجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقيته لاجل وجود المانع كالرهن ونحوه. قلت: نعم وان كان حق الطبقات المتأخرة متعلقا به، لكن مع ذلك يكون المانع عن بيعه مستندا إلى عدم المقتضي لان عدم المعلول عند عدم المقتضي ووجود المانع يستند إلى عدم الأول لا إلى وجود الثاني، لان عدمه متقدم على وجود الثاني، والمعلول انما يستند إلى أسبق علله.

ولعموم قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها (٢)

وحقيقة الإجارة ليست هي تمليك المنفعة، بل جعل العين في الكراء أو جعل نفسه بالأجرة، فيترتب عليه ملك المنفعة تارة وملك العين أخرى كما في إجارة الشاة للبئها والبئر لمائه والمرضعة للبئها هكذا وعليه فقصر الملكية على الشخص بنفسه يقتضي عدم زوال الملك عن موضوعه، لا بلحاظ الحكم على الملك المتسبب إليه بعدم نفوذ التصرف الناقل له، ولو فرض أن المنشأ في الوقف هي الملكية، فالظاهر - من حيث كون الحبس والقصر ملحوظا للواقف، وأن نظره إلى انشاء الملك المقصور على الشخص - هو التسبب إلى حصة من طبيعي الملكية الملازمة للحكم شرعا بعدم الانتقال إلى غيره. ومع زوال الحكم الشرعي يستحيل أن يكون اعتبار الملكية للموقوف عليه تلك الحصة الملازمة للحكم الزائل المنقلب إلى ضده، فليس هذا الحكم الشرعي كسائر الاحكام الابتدائية المترتبة على الملكية، فإن ثبوتها ونفيها لا يوجب تفاوت الملكية في الحالتين، حيث إنها غير ملحوظة للمتسبب إلى اعتبارها، ليكون الملك حصة خاصة من طبيعي الملك بحسب تسبب المنشئ واعتبار الشارع، بخلاف ما نحن فيه. (ج ٣ ص ٧٣)

(٢) الإيرواني: ففي مكاتبة الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي في الوقف وما روي فيه عن آبائه فوق عليه السلام (الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله). وفي أخرى (الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله). والتمسك بالعموم المذكور على المدعي يتوقف على أن يكون عدم البيع مأخوذا في حقيقة الوقف كما هو الظاهر ولذا عرف بأنه تحييس الأصل وتسبيل الثمرة. ويؤيده اطلاق الوقف عليه فإنه جعل الملك واقفا راكدا لا يتجاوز من ملك إلى شخص كما هو شأن الاملاك وعليه فلا ينبغي الاقتصار في الاستدلال على هذا العموم بل ينبغي التجاوز إلى التمسك بالعمومات الأولية من قبيل (أوفوا بالعقود) و (الناس مسلطون على أموالهم) و (تجارة) عن تراض) بناء على أن قبول الوقف تجارة الا ان المصنف لا يرى دخل عدم البيع في حقيقة

ورواية أبي علي بن راشد، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت أنها وقف فقال: (لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملكك، إضعها إلى من أوقف عليه). قلت: لا أعرف لها ربا، قال: (تصدق بغلتها) (٣)

الوقف فيكون استدلاله بدليل الوقف على المدعي هنا جارياً على مبني الدخل وقد صرح بالدخل أيضاً في عبارة يأتي ذكرها عن قريب على خلاف سائر عباراته المصرحة بالعدم. (ص ١٧١)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن الرواية غير متكفلة بمضمونها لعدم جواز بيع الوقف شرعاً، بل تتضمن إحالة الأمر إلى مقتضى نفس الوقف الذي تسبب إليه الواقف، فإن كانت حقيقة الوقف

مقتضية لعدم نفوذ البيع فهو، وإلا فلا اقتضاء من قبل هذه الرواية، ومع اقتضاء حقيقة الوقف للمنع عن البيع كان نفوذها شرعاً كافياً في عدم نفوذ البيع من دون حاجة إلى هذه الرواية. مع أنه قدس سره لا يمكنه بناء الاستدلال بها على اقتضاء حقيقة الوقف ومفهومه عن البيع، لما

سيصرح قدس سره بخلافه في رد صاحب الجواهر قدس سره، وظاهر استدلاله بالروايات إثبات المنع

عن البيع بها، وأنه من أحكام الوقف الثابتة شرعاً لا من مقتضيات ماهيته انشاءً. ويمكن أن يقال: إن بنائه قدس سره كما سيحجى إن شاء الله تعالى على أن حقيقة الوقف هو التملك

المتعلق بتمام البطون السابقة واللاحقة، وعدم جواز إبطال التملك بالنسبة إلى البطون اللاحقة

بيع البطن السابق من أحكام هذا التملك المؤبد وهذه الرواية متكفلة بعمومها لهذا الحكم، وأنه لا يجوز إبطال الوقف، بل يجب إبقائه على حاله،

ومنه ينتزع تعلق الحق للبطن اللاحق بالعين الموقوفة كما سيأتي إن شاء الله تعالى تحقيق القول فيه.

(ج ٣ ص ٧٥)

(٣) الأصفهاني: لا يخفى أن آخر الرواية وهو قوله: (لا أعرف له ربا) وإن كان موجبا لكون البائع غير الموقوف عليه،

مثل ما عن ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام - في صورة وقف أمير المؤمنين عليه

السلام - : (بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب - وهو حي سوى -

تصدق بداره التي في بني زريق، صدق لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكن فلانا " هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين الخبر) فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، ويعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص، (٤)

الا ان ظاهر صدرها أن وجه المنع هو كونه وقفا لا صدور البيع من غير أهله، خصوصا مع عدم

فرض كون البائع غير الموقوف عليه في صدرها المتضمن للمنع. وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين،

وقوله عليه السلام في صدرها: (ادفعها إلى من أوقفت عليه) لا يدل على أن المفروض كون البائع

غير الموقوف عليه، لان المناسب أن يقول ادفعها إلى البائع، والوجه فيه إرادة العموم، وأن غلة

العين لا تدخل في ملك المشتري، بل يجب دفعها إلى أهلها، سواء كان البائع أو غيره.

(ج ٣ ص ٧٦)

(٤) النائيني (المكاسب والبيع): وذلك لان كلمة (صدقة) في قوله عليه السلام: (صدقة لا تباع

ولا توهب)، مفعول مطلق نوعي لقوله تصدق في قوله: (هذا ما تصدق) فيدل على أن الصدقة على نوعين قسم منها تباع وتوهب وذلك كالصدقات المندوبة وقسم منها لا تباع ولا

توهب وهو الوقف، وجعل الوصف صفة للشخص أعني شخص هذه عنه عليه السلام بعيد في الغاية

مخالف للظاهر، وذلك لان مرجعه حينئذ إلى اشتراطه عليه السلام على الموقوف عليهم بان لا

يباعوا ولا يوهبوا لان مرجع الوصف الشخصي إلى الشرط ومرجع الشرط إلى الوصف، فلا فرق

بين ان يقال بعت العبد بشرط ان يكون كاتباً أو يقال بعت العبد الكاتب

مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد، أعني الموقوف عليهم، خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم (٥)

الحكاية عما أنشأه ومن المعلوم أيضا ان الوقف ان كان منقسما إلى قسمين قسم يباع وقسم لا يباع كان ذلك باعتبار شرط أن لا يباع وعدمه لا باعتبار خصوصيات واقعية اخر ومرتبة الشرط مرتبة الانشاء ويكون في ضمن الانشاء لا في مرتبة سابقة على الانشاء والحال ان عبارة صورة الوقف تعطي بان الانشاء، قد توجه إلى ذلك الواقع لذي لا يباع في واقعه مع قطع النظر عن هذا الانشاء الشخصي، لا ان هذا الحد حصل له بالانشاء والا كان حق العبارة ان يقال: (وقف وشرط أن لا يباع) فيكون في المرتبة المتأخرة وقفا خاصا لا يباع لا في المرتبة السابقة كما هو ظاهر العبارة فالعبارة بظهورها هذا تقتضي ان الوقف من حقيقته أن لا يباع أو من حقيقة قسم منه مع قطع النظر عن الشرط أن لا يباع وحيث إن الأخير باطل كان التعيين هو الأول. ثم إن هذا البحث يختص بما إذا كان المراد من الصدقة في (تصدق بداره التي في بني زريق) هو خصوص الوقف اما إذا كان المراد منه مطلق التصدق الذي من أقسامه الوقف فالصدقة لا محالة تكون صفة للشخص المراد منه قسم من أقسام الصدقة ولا يتعين أيضا ان ذلك القسم هو مطلق الوقف ليثبت به المدعي أيضا فلعل المراد منه قسم خاص من الوقف وحكم ذلك القسم أن لا يباع. (ص ١٧١)

(٥) الإيرواني: اقتضاء سياق الاشتراط تأخر الوصف عن ركن العقد بيتني على أن يكون عليه السلام في مقام الانشاء كما استظهرناه لا في مقام الحكاية عما أنشأه والا لم يكن الشرطية مقتضية لتأخيرها في الذكر عن ذكر الموقوف عليهم. (ص ١٧١)

الأصفهاني: اما قوله قدس سره: مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد.. الخ

مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا، بل مفسدا، لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا " (٦)

فلان الشرط التزام في ضمن التزام، والالتزام الوقفي متقوم بأركانه من الواقف والموقوف والموقوف عليه، فقبل تحقق تمام أركانه لا يتم الالتزام الوقفي، حتى يكون مجال للالتزام بأمر خارج في ضمنه، والمفروض في الرواية ذكر الوصف المحمول على الشرط قبل تعيين الموقوف عليه.

اما قوله قدس سره: خصوصا... الخ فهو بملاحظة أن الالتزام لو كان من الواقف على نفسه لأمكن أن يقال بكفاية تعيين الواقف في التزامه بشئ على نفسه قبل تعيين من يلتزم له. وأما لو كان التزاما على الموقوف عليه - كما في المورد - فقبل تعيينه لا مجال للالتزام بشئ

عليه أصلا. (ج ٣ ص ٧٨)

(٦) الإيرواني: لعل الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء أو الجواز الذي يكون في مطلق

الوقف على القول به حيث يجوز اشتراط عدم البيع على ذلك التقدير قطعا ان الجواز في موارد

الاستثناء جواز عن اقتضاء للجواز فيكون شرط خلافه شرطا مخالفا للسنة بخلاف الجواز في مطلق

الوقف ان قيل به فإنه جواز من جهة عدم ما يقتضي المنع وما هذا شأنه لا ينافيه المنع الثابت

بسبب الاشتراط.

لكن فيه نظر فان الظاهر أن الجواز في كلا المقامين من جهة عدم اقتضاء الوقف مطلقا أو في

خصوص موارد الاستثناء للمنع فينبغي جواز اشتراط الخلاف في كلا المقامين. (ص ١٧١) النائيني (المكاسب والبيع): هذا وجه آخر ذكره صاحب المقاييس لدلالة الخبر الشريف على

بطلان بيع الوقف، وحاصله: ان قوله: (لا تباع ولا توهب) صفة للنوع لا للشخص فإنه لو جعلت

الصفة وصفا للشخص لكان مقتضى اطلاق الاشتراط أي اشتراط عدم بيع هذا الشخص هو عدم

جواز بيعه مطلقا سواء طرء مجوز بيعه أم لا.

إلا أن يقال: إن هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر (٧)، مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا " (٨)

لكن هذا الاطلاق مخالف للكتاب لمكان جواز بيعه عند طرو المجوز والشرط المخالف للكتاب

فاسد لا يليق بان يصدر عن أمير المؤمنين عليه السلام فلا بد من أن يجعل وصفا للنوع حذرا عن

ذاك المحذور فيتم المطلوب. (ج ٢ ص ٣٧٨)

الأصفهاني: لا يخفى أن شرط عدم البيع تارة بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير مناف لجواز فعله، وأخري بنحو شرط النتيجة، فإن كان ثبوتيا كشرطية ملكية شئ له فنفس الشرط

بعموم دليله سبب شرعا لثبوتها، وإن كان عدميا كما في المورد، فإن المراد الالتزام بعدم انتقاله

بيعا، فالعدم لا يحتاج إلى سبب ليكون نفوذ الشرط مقتضيا للثبوت، فلا معني للالتزام به الا إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال، من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب

شرعا التزام بغير المشروع، والظاهر هنا شرط النتيجة، ويؤكداه إضافة عدم الإرث إلى عدم البيع والهبة فتدبر. - (ج ٣ ص ٧٩)

(٧) النائيني (المكاسب والبيع): قد أورد المصنف قدس سره على التقريب الذي ذكره صاحب

المقاييس بوجوه ثلاثة، الأول: ما أشار إليه بقوله: (الا ان يقال الخ) وحاصله: دعوى انصراف

اطلاق اشتراط عدم البيع إلى ما عدا وجود مجوز البيع فيخرج صورة طرو المجوز عن حيز الشرط

فلا يكون الشرط حينئذ مخالفا للكتاب. (ج ٢ ص ٣٧٨)

(٨) النائيني (المكاسب والبيع): حاصله: انه لو جعلنا الوصف صفة للنوع أيضا لاحتاج إلى التقييد

فان الوقف الذي لا يباع يصح بيعه عند طرو المجوز لبيعه فيكون اطلاق قوله: (لاتباع) مخالفا

للكتاب سواء كان وصفا للنوع أو للشخص. (ج ٢ ص ٣٧٨)

مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة، وحينئذ يصح أن يستغني بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا، بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في

النوع، فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى. فظهر: أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا في أصل الوقف - كمصدر عن بعض من عاصرناه - لا يخلو عن نظر، وإن كان الانصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافا للنوع. (٩)

الأصفهاني: إذ لا فرق بين الالتزام بغير المشروع والتسبب إلى أمر غير مشروع، أو التسبب إلى أمر ملزوم للزام غير مشروع، فإن الكل مما لا يمكن صحته ووجوب الوفاء به شرعا، فلا فرق في المحذور بين اشتراط أمر غير مشروع باطلاقه، وانشاء وقف غير مشروع وقف متخصص بعدم البيع لا لعذر، فلا يتعين كون الوصف داخلا في حقيقة الوقف كما حكي توهمه في العبارة

الآتية. - (ج ٣ ص ٧٩)

الإيرواني: ان هذا التقييد مما لا بد منه لمانع منع ذلك مدعيا ان الصفة لو كانت صفة للنوع لما كان المقام مقام بيان تفصيل ذلك بتمييز موارد ثبوت هذه الصفة عن موارد انتقائها والغرض الإشارة

اجمالا إلى أنه تصدق صدقة كذائية حكمها اقتضاء أن لا يباع وهذا بخلاف ما إذا كانت صفة للشخص وثابتة بالشرط فان مقام تحديد الشرط هو هذا المقام فلا ينبغي ترك القيود الواقعية ومنع

كون صورة الوقف في مقام الانشاء بل هي في مقام الحكاية عما أنشأه في الخارج لا يجدي في دفع ما ذكرناه فان المقام مقام الحكاية عما وقع بجميع خصوصياته ليكون محفوظا في الا عقاب ويريه

الواقع كأنهم يرونه وهم لا يرونه. (ص ١٧١)

(٩) النائيني (المكاسب والبيع): حاصله: ان صحة اطلاق الاشتراط في المقام يحتمل ان يكون لاجل

علمه عليه السلام بعدم طرو مجوز بيع وقفه فلا يكون مخالفا مع الكتاب.

ومما ذكرنا ظهر: أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: حق الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها وحق البطون المتأخرة عن بطن البائع والتعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإن الوقف متعلق لحق الله، حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلها، وسيجئ التفصيل. (١٠)

وملخصه: أنه يمكن أن يكون شرطاً منه عليه السلام على الاطلاق لعلمه عليه السلام بعدم طرو

المسوغات المنافية للاشتراط مطلقاً، وهذا العلم لا يوجب توصيف النوع بكونه مما لا يباع ولا

يوهب، بداهة أن علمه عليه السلام بأن شخص هذه الصدقة لا يطرئها مسوغ لا تسوغ توصيف

الطبيعي - المنطبق عليه وعلي غيره - بوصف يختص بهذا الشخص. (ج ٣ ص ٧٩) (١٠) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان الواقف بسبب الوقف الصادر عنه يصير أجنبياً عن

العين التي ورد عليها الوقف وليس له حق بالنسبة إليها أصلاً وكونه صدقة جارية ينتفع بها لا

يثبت للواقف حقاً عليها حتى يكون مانعاً عن بيعه.

وأما حق البطون المتأخرة عن البطن السابق فهو حق ثابت لهم الا انه قد تقدم عدم استناد المنع

عن البيع اليه وذلك لقصور المقتضي عن جواز البيع وعدم المعلول عند عدم المقتضي يستند إلى

عدمه لا إلى وجود المانع وأما حق الله تعالى فليس له حق على الوقف في مقابل الحكم نظير الحق

المتصور في باب الزكوات والأخماس. نعم، المتصور في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم

الشرعي التعبدية بوجوب صرف الوقف فيما عينه الواقف ومن المعلوم ان الحكم مغاير مع الحق

فالتعبير عن الحكم بالحق لا يخلو عن مساهلة. وبالجملة: فالمتصور من هذه الحقوق الثلاثة هو حق

البطون المتأخرة. وأما حق الواقف وحق الله سبحانه فليس لهما معني معقول أصلاً. (ج ٢ ص ٣٨١)

الأصفهاني: لا يخفى أن ما تقدم منه قدس سره ليس إلا الروايات المتكفل بعضها لعدم جواز البيع

ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعني جواز بيع العين الموقوفة: جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغة الوقف وإن اخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه، (١١)

ثم إنه لا يلزم على هذا مخالفة لقاعدة (العقود تابعة للقصد)، فإنه أيضا مفصود، غايته انه ليس بالمقصود الأقصى.

ان قلت: كيف ادراج هذه المرتبة في العقد، مع أنه لا يكاد تدرج في ارادته من مثل (وقفت كذا) مع وضوح تبعية للقصد.

قلت: لا بد في ادراجه فيه وقصده من دلالة أخرى، وهي كون الواقف بصدد جعلها صدقة جارية

ينتفع بها، والعين غالبا بنفسها لا تصلح لذلك، لكونها في معرض الخراب، وغيره مما ينسد به باب

الانتفاع بها، فيكون قرينة على حبسها بنفسها، ما لم يطء مثل ذلك، وببديلها فيما إذا طء، فافهم.

وبالجملة: فالوقف لا ينافي جواز البيع، الا فيما إذا لم يكن هناك طار أصلا، واما مع طروه فلم يظهر

انه ينافيه، ويأتي تفصيل القول فيه، في ذيل كلامه رحمه الله والاجماع أيضا لم يقم الا على عدم

الجواز كذلك، والاخبار الدالة على المنع، وان كانت مطلقة، الا ان اطلاقها ليس بلحاظ الطوارئ،

فلا مجال للتمسك به في الحكم بعدم الجواز مع أحدها عند الشك فيه بلا اشكال، فلم يبق الا أصالة

عدم الجواز الثابت قبل طروها، فلا بد من ابتاعها إلى أن يقوم دليل على الجواز. (ص ١٠٧)

(١١) الإيرواني: لا ثمرة لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع قبل عروض المجوز وعلى جواز

البيع بعد عروضه ثم دوامه بدوام المجوز وارتفاعه نعم لو كان ارتفاع الجواز بارتفاع المجوز من

محل الخلاف وكان مبنيا على كون صفة الوقفية مستمرة إلى زمان البيع لا إلى زمان عروض المجوز

والا لم يعد إلى المنع بارتفاع السبب لان سبب المنع الأولي وهو الوقف قد ارتفع بعروض المجوز ولم

يحدث وقف اخر كان لهذا البحث مجال الا انه لا وجه لارتفاع جواز البيع بارتفاع السبب المجوز

حتى على القول ببقاء صفة الوقف ما لم يتحقق البيع فالقولان لا يختلفان في هذا الأثر

(۱۵۰)

إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء، كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك
المتهب المقتضي لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده، ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع
سلطنته
عنه، فتأمل. (١٢) (١٢)

الأصفهاني: لعل قوله: (فتأمل) إشارة إلى الفرق بين المقامين، فإن السلطنة على الرجوع
في باب الهبة ليست منافية لنفوذ الهبة، لان أثرها الملكية المرسله وقد حصل بمجرد الهبة
بشرائطها،
وإعادة تلك الإضافة المرسله غير منافية لثبوتها، بل مؤكدة له، وإنما ينافي السلطنة على
المال
الثابتة بدليل الناس مسلطون على أموالهم، بخلاف بيع الوقف على هذا المبني فإنه يمنع عن
بقاء
العين على محبوسيتها بالإضافة إلى البطن الموجود، ودافع لمحبوسيتها بالنسبة إلى البطون
الآخر،
ولا نفوذ بالفعل لانشاء الوقف بالنسبة إلى البطون المتأخرة الا بفعلية الملكية المحبوسة
عليهم،
فالسلطنة على البيع سلطنة على إبطال السبب بالإضافة إلى البطون المتأخرة، لا سلطنة على
إعادة
ما وقع صحيحا، فاللزوم في الهبة ينفك عن الصحة، وفي الوقف يلازم الصحة بالإضافة إلى
بعض
مدلول الوقف، فرفعه يلازم عدم النفوذ هنا، إلا أن هذا المقدار من الفرق بناء على مبناه غير
فارق، لان الابطال ليس من التصرفات المحبوسة عنها، فيكون كإعادة الملك، التي لا دخل
لها
بمضمون الهبة، لكنك قد عرفت فساد ما بني قدس سره عليه مفصلا فراجع. - (ج ٣ ص
٩١)
الإيرواني: لعل قوله: (فتأمل) إشارة إلى الفرق بين الهبة والمقام بان الهبة ليس من مفهومها
عدم
الرجوع فيها وليس مفهومها الا أصل التمسك كمفهوم البيع فصح ان الجواز فيه واللزوم
في البيع
حكمان مترتبان عليهما وقد تقدم ذلك في كلام المصنف في المعاطاة وهذا بخلاف الوقف
فان
مفهوم الايقاف فان مفهومه الايقاف والحبس عن الحركة من ملك إلى ملك ومن شخص
إلى
شخص الا حركة جعلها الواقف في البطون فالمنع عن البيع فيه لا يكون من الاحكام بل
من حقيقة
الموقف لكن هذا المعنى غير مرضي للمصنف وان اختلفت فيه عباراته وسنشير اليه. (ص
١٧١)

إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام: أن الذي يقوي في النظر بعد إمعانه: أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد. نعم، إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، (١٣) ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبيعه

(١٣) الأصفهاني: حاصل مراده أولا: أن موضوع الجواز غير موضوع المنع، فيحمل دليل الجواز -

ولو تحفظا على ظهور دليل المنع عن بيع العين الموقوفة - على بطلان الوقف بمجرد وجود أحد

المسوغات، لا أن دليل الجواز مخصص لدليل المنع. نعم يستلزم القول بمبطلية المسوغ للتخصيص

في دليل نفوذ الوقف، فإنه غير مخصوص بصورة عدم طرو أحد المسوغات. وحاصل مراده ثانيا الذي أفاده بنحو الترقى استحالة جواز بيع الوقف بما هو، لان حقيقته متقومة

بالممنوعة من التصرفات، فلا يجمع مع جوازها، لان الممنوعة والترخيص متضادان، وقد عرفت صحته على التفصيل بتبديل الممنوعة إلى المحبوسية، وقصر العين ملكا على أحد

فراجع. - (ج ٣ ص ٩٢)

الإيرواني: المراد عن بطلان الوقف نفاذ ما جعله الواقف اما لتعلق الوقف بعنوان خاص كالدار

والبستان والحمام وقد زال بالخراب أو لاعتبار المنفعة في حقيقته استمرارا كاعتباره حدثا ولذا قيل

في تعريفه تحبب الأصل وتسبيل الثمرة وقد زالت المنفعة فتنتفي حقيقة الوقف وهذان المسلكان

سلكهما صاحب الجواهر لا نفاذ امضاء الشارع له بسبب الحكم بجواز بيعه فلا يكون وقفا شرعا

وبحسب حكم الشارع مع كونه وقفا حقيقة وبحسب الموضوع وهو مسلك بعض الأساطين لیتجه

اشكال المصنف على هذا التعبير بأنه لا محصل له لأنه في قوة ان يقال الوقف ما دام لا يجوز بيعه.

نعم مقتضى بطلان الوقف بحقيقته هو عوده بعد ذلك إلى الواقف وورثته دون الموقوف عليهم

وقد صرح في الجواهر مع سلوكه في البطلان المسلكين المفضيين إلى البطلان بحسب الحقيقة ببقائه

بعد الخراب في ملك الموقوف عليهم وصيرورته ملكا طلقا لهم.

وقد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص والاجماع، بل الضرورة - : بأن البيع وأضرابه ينافي حقيقة الوقف، لاخذ الدوام فيه، وأن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء. وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره - وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع - فهذا لا محصل له، فضلا عن أن يحتاج إلى نظر، فضلا عن إمعانه. (١٤)

ولا يخفى ما بينهما من المنافرة فان هذا ان صح فإنما يصح على مسلك بقاء الوقف بحقيقته ونفاد امضاء الشارع له حيث رخص في البيع على أن يكون جنس التملك ممضي وفصله أعني كونه على سبيل الوقف والجنس غير ممضي فلذا يكون ملكا للموقوف عليهم ملكا طلقا يجوز لهم بيعه ورهنه لكن في تصحيحه على ذلك أيضا اشكالا فإنه مبني على تعدد مجعول الواقف أعني أصل التملك

وكونه على سبيل الوقف حتى يمكن امضاء الأول مع ردع الثاني اما إذا كان المجعول مجعولا واحدا بسيطا منحلا إلى الامرين فلا يمكن ذلك فيه أيضا فان هذا

البيسط ان امضي وقع وقفا ولا يجوز البيع وإن لم يمض لم يحصل الملك أيضا. وبالجملة التملك المطلق غير مجعول والتملك الوقفي المجعول غير ممضي. (ص ١٧١) (١٤) الأصفهاني: لان مفاد إذا بطل حينئذ إذا ارتفع عدم الجواز، مع أن ثبوت النقيض بارتفاع

نقيضه أو الضد بارتفاع ضده بديهى، بل ارتفاع النقيض بعين ثبوت نقيضه، فمعني الشرطية إذا

جاز بيع الوقف جاز بيعه، وهذا لغو لا محصل له، حيث لا ترتب للنقيض على ارتفاع نقيضه،

فضلا عن ترتب الشئ على نفسه، فلا معني للشرطية أصلا، إلا أن احتمال هذا المعني في كلام

صاحب الجواهر قدس سره لا وجه له أصلا. - (ج ٣ ص ٩٢)

وإن أريد به انتفاء أصل الوقف - كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه - مع كونه خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك
الواقف - (١٥)

الإيرواني: كلام بعض الأساطين حق متين وقد عرفت أن استدلال المصنف باخبار الوقف حسب ما يوقفها أهلها على المنع عن بيع الوقف لا يتم الا على أن يكون المنع عن البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف وقد صرح بذلك أيضاً قبل أسطر وان أتى بما ينافية هنا في جواب البعض المشار اليه وكذا عند صور الاستثناء. (ص ١٧٢)

(١٥) الأصفهاني: بيانه: أن مسألة بطلان الوقف وإن كانت غير مسألة حل العقد والرجوع في العين فيوهم أن رجوع العين إلى الواقف لازم الحل والرجوع، لا لازم البطلان مع فرض خروج العين عن ملك الواقف، إلا أن الخروج عن الملك والدخول في ملك الموقوف عليه حيث أنه لازم حبس العين على الموقوف عليه فينتفي الالزام بانتفاء ملزومه، فلا خروج ولا دخول الا في مدة المحبوسية، وحيث إن عدم العود إلى الواقف إجماعي فعدم البطلان بمجرد المسوغ كذلك، وهذا بخلاف البطلان بنفس البيع فإنه يستحيل معه العود إلى الواقف والا لزم من وجوده عدمه. والجواب:

أن المحبوسية إذا كانت مؤقتة محدودة بحسب جعل الواقف وانشائه فلازمها الخروج والدخول المؤقتان، والا كان اعتبار الملك المطلق الغير المحدود على خلاف ما قصده العاقد الواقف، وأما إذا كانت المحبوسية دائمية فالخروج والدخول كذلك، وحينئذ فعدم امضاء خصوص المحبوسية التي هي حقيقة الوقف لا تلازم عدم امضاء لازمها، وانتفاء اعتبار الملكية للموقوف عليه، حتى بناء على أن

الملكية مقومة للمحبوسية، لما مر من أنه لا معني لحبس العين على أحد الا حبسها ملكا أو اختصاصا، فإن عدم اعتبار محبوسية العين لا يلازم عدم اعتبار الملكية، بل مقتضى الجمع بين القول بأن حقيقة الوقف هي المحبوسية والقول بجواز البيع للموقوف عليه - المقتضى لبقاء اعتبار

(١٦٠)

أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه (١٦)، بل هو في غير المساجد وشبهها قسم
من
التملك (١٧)

الملكية - هو القول ببطان الوقف من حيث ذاته، لا من حيث ما يضاف إليه أو ما هو من
لوازمه،

فتدبر. (ج ٣ ص ٩٣)

الإيرواني: قد عرفت: ان صاحب الجواهر وهو البعض الذي أشار اليه اختار انتفاء حقيقة
أصل

الوقف عن مسلكين أشرنا إليهما آنفاً لكن عرفت منافاة ذلك لاختياره بقاء الوقف بعد
الخراب في

ملك الموقوف عليهم وصيرورته ملكاً طلقاً لهم فان مقتضى مبناه عوده إلى الواقف لنفاد
جعله الا

ان يكون له جعلان عرضيان أصل التملك المطلق وحد الوقف فيلتزم بنفاد جعله الأخير
دون أصل

التملك وفيه ما لا يخفى. (ص ١٧٢)

(١٦) الأصفهاني: قد مر أن مفهوم الوقف عرفاً ليس إلا في قبال الجريان، المراد به هنا
الجريان في

انحاء التصرفات، فالوقف يساوق المحبوسية عن التصرفات، وقصر العين على أحد ملكاً أو
اختصاصاً، نعم خصوص المنع مالكياً كان أو شرعياً غير مأخوذ في مفهومه، كما مر الوجه
فيه.

(ج ٣ ص ٩٤)

(١٧) الأصفهاني: لا ريب في أن الوقف له مفهوم واحد في جميع الموارد، نعم ما يكون
محبوسية

العين بلحاظه بحيث يكون كالمعين لهذا المعنى المبهم الملائم لجميع التعينات هو الملك
تارة

والاختصاص آخري، بحسب ما يقتضيه ذلك المقام كما سيأتي إن شاء الله تعالى فيه
الكلام.

(ج ٣ ص ٩٤)

الإيرواني: ليت شعري ما المميز لهذا القسم من التملك على سائر ما عداه فهل هناك مميز
وراء كون التملك المزبور على سبيل الحبس والوقف بحيث لا يسري ويسير عن ملك
الموقوف

عليهم إلى ملك غيرهم. (ص ١٧٢)

ولذا يطلق عليه الصدقة (١٨)، ويجوز إيجابه بلفظ تصدقت، (١٩) إلا أن المالك له بطون متلاحقة، (٢٠)

(١٨) الأصفهاني: لا يخفى عليك أن صدق شئ على شئ لا يقتضي المساوقة مفهوما، لوضوح أن مفاد الحمل الشائع ليس إلا الاتحاد في الوجود، لا الاتحاد في الذات والمفهوم، ولذا ورد كل

معروف صدقة مع أن حملها عليه لا يقتضي اتحادهما مفهوما. (ج ٣ ص ٩٤)
(١٩) الأصفهاني: فيه أولا: أنه من المسلم عندهم أن وقفت من الألفاظ الصريحة وتصدقت

ليس من الألفاظ الصريحة، فلا يكون المفهوم من أحدهما عين المفهوم من الآخر. وثانيا: إن التصديق ليس بمعنى التملك، بل يصدق على الإبراء على ما فسر به قوله تعالى (وان

تصدقوا خيرا لكم)

بل الظاهر أن مطلق ما يكون واقعا في موقعه من تملك أو إبراء أو أداء حق يكون صدقة، وبهذا

الاعتبار ورد كل معروف صدقة

. وثالثا: أن صحة الوقف بلفظ تصدقت - لو كانت بلحاظ أنها مفيدة للملك بمفهومها والوقف

حينئذ هو التملك لصح الوقف بلفظ ملكت العين ولو بضميمة التصريح بتسبيل المنفعة، ومن

عدم الصحة يعلم أن الوقف - وإن كان متضمنا للملك أو ملزوما له - إلا أن مفهومه ليس بمعنى

التملك حتى إيجاد الملكية المقصورة على الشخص، بل حقيقته بعد فرض التضمن للملك هو قصر

العين ملكا وحبسها كذلك، فإنه الموافق لمفهوم الوقف، وصحة الإيجاب بلفظ تصدقت مع

القرينة كقولهم بحيث لا تباع ولا توهب من باب الإيجاب بالمجازات المحفوفة بالقرائن، فإنها في

إفادة المقاصد بحيث لا يكون موردا للنزاع كالألفاظ الصريحة، لا من أجل مساوقة الوقف والصدقة والتملك الخاص مفهوما فافهم جيدا. (ج ٣ ص ٩٤)

(٢٠) الأصفهاني: بعد فرض عدم أخذ المحبوسية في حقيقة الوقف يكون المانع، كما تقدم القول فيه

تعلق حق البطون اللاحقة وكونهم مالكين للعين في مواطنهم، وحينئذ إذا جاز بيع الوقف للكل

فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع وليا عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر، وإذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود - على القول بجوازه - فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل، (٢١)

بحيث يكون الثمن ملكا لهم على نهج ملك المثلث كان عدم الولاية على بيع ملك الغير مانعا، فالترخيص في البيع يفيد الولاية على مال الغير، فهو إبطال للوقف من حيث شخص العين، وابقاء له من حيث ماليتها المنحفظة ببدلها، وسيجئ إن شاء الله تعالى أنه مبني على تعدد المطلوب وإذا جاز بيع الوقف لنفس البائع، بحيث يختص به الثمن فهو إبطال للوقف بالكلية لكنه مبني على جواز بيع مال الغير لنفسه، فتارة بترخيص المالك وأخري بترخيص الشارع الذي له السلطنة على المالك وملكه، وأما بناء على البيع معاوضة حقيقة وإنه لا يعقل بيع مال الغير لغير مالكة، ولو بإذن مالكة فلا يجديه إذن الشارع، وإبطال الوقف بغير البيع بحيث يبطل قبل البيع أنا ما معقول إلا أن إبطاله بنفس البيع غير معقول، لأن الإبطال بغير المعقول غير معقول، فمن جواز البيع لنفسه يستكشف بطلان الوقف بمجرد الإيجاب، فيتمحض في ملك الموجب ويخرج عن ملكه إلى ملك المشتري بتمام القبول، ولا بد من حمل عبارته قدس سره هنا على ما ذكرنا. (ج ٣ ص ٩٥)

(٢١) النائيني (المكاسب والبيع): اعلم أن مجوزات بيع الوقف على قسمين فمنها ما يوجب جواز بيعه مع بقاء ماليته في ضمن ثمنه على الوقف وهذا فيما عدي اضطرار الموقوف عليهم، ومنها ما يوجب بيعه اذهاب الوقف عن عينه وماليته معا. ففي الأول يبطل الوقف في العين ويبقى بالنسبة إلى المالية ولهذا يصير الثمن وقفا قائما مقام المثلث بلا حاجة في وقفه إلى انشاء جديد بل هو وقف بنفس كونه ثمنا للوقف ولا يجوز انعدامه على الطبقة التي صدر منهم البيع. وفي الثاني يصير الثمن ملكا للطبقة المضطرين يدفع به اضطرارهم. إذا تبين هذا فنقول: القول بان طرو المجوز مبطل للوقف باطل في كلا القسمين اما القسم الأول فاما

بالنسبة إلى مالية الوقف فالبيع الطاري بنفسه لا يبطل وقفيتها فضلا عن طرو مجوزه قبل وقوعه

(١٦٣)

ولذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله، ولذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حدا يجوز بيعه، معللا باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن (٢٢)

وأما بالنسبة إلى خصوصية العينية فلا اثر للقول ببطلان الوقف بالنسبة إليها بطرو المجوز بعد بقاء المالية على الوقفية.

وأما القسم الثاني فالقول ببطلان الوقف بطرو المجوز وإن كان له اثر فيه إلا انه بعد القطع ببقاء

الوقف لو لم يتحقق البيع لاجل عدم وجود المشتري مثلا أو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم

بجواز البيع بغير بيعه يستكشف ان محض طرو المجوز مثل ضرورة أرباب الوقف لو قيل بكونها

من مجوزات البيع لا يوجب خروج الوقف عن الوقفية، فالقول بالبطلان بمجرد طرو المجوز لا

يستقيم في شئ من القسمين أصلا كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣٨٣)
(٢٢) الإيرواني: وعلى هذا الاحتمال يكون غير جازي البيع مع أنه يعتبر في العين المرهونة ان

تكون جازي البيع في ذلك الدين لتصح ان تكون وثيقة نعم إذا علم ببقاء المسوغ واستمراره إلى

حلول أجل الدين جاز رهنها. (ص ١٧٢)
الأصفهاني: هذا من الشواهد لعدم بطلان الوقف بنفس جواز البيع، فإنه بعد بطلان الوقف لا

يعود الباطل صحيحا، توضيحه: أن عقد الوقف ليس كالمقتضي العقلي بحيث يؤثر ما دام عدم

المانع حدوثا أو بقاء، لئلا ينافي تأثيره أولا وعدمه ثانيا وعوده إلى التأثير ثالثا، بل لا بد من المقتضي في مقام الاثبات بحيث يشمل جميع الأحوال فنقول: إن وجوب الوفاء بالعقد قابل لأن

يلاحظ حكما وحدانيا مستمرا وبعد انقطاعه لا مجال لبقائه، إذ الواحد لا يتعدد، ولأن يلاحظ

أحكاما متعددة بلحاظ الوفاء في كل حال موضوعا مستقلا، فنخرج بعض افراد الوجوب المتعلق

ببعض افراد الوفاء لا ينافي بقاء سائر أفراد العام تحته، كما يقول بها المصنف قدس سره هنا من أن

عقد الوقف اللازم ينقلب جائزا بمجرد وجود أحد المسوغات، ومع ارتفاعه يعود لازما.

الأقوال في الخروج عن عموم منع بيع الوقف
إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أن لأصحابنا في
الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً: أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر
من
كلام الحلبي، حيث قال في السرائر - بعد نقل كلام المفيد قدس سره -: والذي يقتضيه
مذهبنا
أنه بعد وقفه وتقييده لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسبله، ولا بيعه، سواء
كان بيعه أدر عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان
وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا، أم لا (٢٣)
قال الشهيد رحمه الله - بعد نقل أقوال المجوزين -: وابن إدريس سد الباب، وهو نادر
مع قوته.

(٢٣) الإيرواني: بحيث لا يجدي نفعا يعني يحصل سلطان يقوم بعمارته لكن لا يجدي
عمارته نفعا
كمسجد وقع في بر لا يقصد. (ص ١٧٣)
النائيني (المكاسب والبيع): اعلم أنه قد اختلف في الجواز بيع الوقف وعدم جوازه بعد ما
عرفت
من أن مقتضى طبعه عدم الجواز لكونه عبارة عن إيقاف المال وإقامته في مكان لا ينقل
عنه،
على أقوال منها القول بعدم الجواز مطلقاً، وهذا شاذ جداً ضرورة أنه لا ينبغي الإشكال في
جوازه في الجملة على ما سيظهر، ولعل القائل بالمنع المطلق يريد ما عدا مثل الآلات
والحصر
التي لا ينتفع بها. (ج ٢ ص ٣٨٤)

وقد ادعي في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، وأما إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجوز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى. وفيه نظر يظهر مما سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد (٢٤)

وحكي المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع قال الإسكافي - فيما حكى عنه في المختلف -: إن الموقوف رقيقاً " أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبله من منفعته فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته، أو رد ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح، انتهى

وقال فخر الدين في الايضاح في شرح قول والده قدس سرهما: ولو خلق حصير المسجد، وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق، فالأقرب جواز

بيعه، قال - بعد احتمال المنع، بعموم النص في المنع -: والأصح عندي جواز بيعه

وصرف

ثمنه في المماثل إن أمكن، والاففي غيره، انتهى ونسبة المنع إليهما على الاطلاق لا بد أن تبني على خروج مثل هذا عن محل الخلاف، وسيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي أيضاً، فلاحظ (٢٥)

(٢٤) الأصفهاني: فيه (اي في قول السرائر) نظر للزوم معلومية الثمن - كالمثمن - في مرحلة العقد،

وإلا لكان الاقدام العقدي غريباً، ولو كان تبينه بعده مجدياً لكان مجدياً في الطرفين. (ج ٣ ص ٩٦)

(٢٥) الإيرواني: اما عبارة الإسكافي كالصريح في جواز بيع العين الموقوفة بنفسها

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد (٢٦)، وهو المحكي عن

القاضي، حيث قال في محكي المذهب: إذا كان الشيء وقفا على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالي الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفا على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساده، أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساده، فإنه حينئذ يجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب

استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه ولا يجوز هبة الوقف، ولا الصدقة به أيضا "

واشتمال الفقرة الأخيرة منها على بيع بعض اجزائها وصرف ثمنها في عمارة الباقي لا يفيد الحصر

سيما مع التصريح في الفقرتين السابقتين عليها بتبديل الأصل وجعل ثمنه مكانه وقفا أو صرف ثمنه

في مصارف الأصل مع أنه لا يعقل الفرق بين الا جزاء وبين المجموع في جواز البيع وعدمه.

واما عبارة فخر الدين هذه ساكتة عن المنع عن بيع الأصل فلعل ما نسب اليه مستفاد من بعض

عبائر الاخر ثم بضميمة هذه العبارة نسب اليه المنع الا في الآلات والأجزاء أو عليه كان الا وليفي المقام نقل عبارته المانعة الموافق فيها لابن إدريس. (ص ١٧٣)

(٢٦) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان هذا التفصيل بالنسبة إلى كلا شقيه لا يرجع إلى

محصل اما في الوقف المنقطع، فلانه لا يخلو اما ان نقول فيه بعوده إلى المالك أو ورثته أو ببقائه على

الوقف ووجوب صرفه في وجوه البر أو بصيرورته ملكا للطبقة الأخيرة من الموقوف عليه فينتقل

منهم إلى ورثتهم ممن لا يكونوا من الموقوف عليهم بحق الإرث وعلي جميع التقادير لا يصح فيه

القول بجواز البيع بما هو وقف اما على الأول فلانه يصير حسبنا حينئذ لا وقفا والكلام في بيع الوقف

وحكي عن المختلف وجماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة المحكية عن كافي لا تساعده، بل ربما استظهر منه المنع على الاطلاق، فراجع وحكي التفصيل المذكور عن الصدوق والمحكي عن الفقيه: أنه قال - بعد رواية علي بن مهزيار الآتية - : إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم، ولو كان عليهم وعلي أولادهم ما تناسلوا ومن بعد علي فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالي الأرض ومن عليها، لم يحز بيعه أبدا ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضي، كما لا يخفى.

ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه وصرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم (٢٧)

وقد حكي القول بهذين عن القاضي

وحيث إن كان بايعه المالك أو ورثته فلا اشكال في صحته وان كان الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لكونه أجنبيا عنه حينئذ. واما على الثاني فلانه حينئذ وقف مؤبد غاية الامر تبدل مصرفه عن الموقوف عليهم إلى وجوه البر، وذلك كما إذا لم ينقطع الموقوف عليه ولكن صار

مجهولا حيث إنه يصرف في وجوه البر من غير اشكال . واما على الثالث فيكون كالأول في خروجه عن الوقف بالانتقال إلى ورثة الطبقة الأخيرة. واما في الوقف المؤبد فلجواز بيعه في الجملة لو بالنسبة إلى الحصر والآلات التي لا ينتفع بها على

ما سيأتي برهانه فليس كل مؤبد مما لا يصح بيعه بقول مطلق، (ج ٢ ص ٣٨٤)

(٢٧) الإيرواني: لا يبعد أن لا يكون الوجه في تفصيلهم بين

الوقف المؤبد والمنقطع بعدم جواز البيع

في الأول وجوازه في الثاني استلزام الأول تفويت حق البطون الآتية دون الثاني

إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف حتى يكون حسبا، بل هو وقف حقيقي وتمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، وحينئذ فبيعهم له مع تعلق حق الواقف

نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون في الوقف المؤبد. (٢٨) لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبي، المحكي عنه القول المتقدم، حيث إنه يقول ببقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف.

إذا كان البيع من البطن الأخير لیتجه عليهم اشكال ان ذلك انما يصح إذا قيل ببقاء العين في ملك

الموقوف عليهم وصيرورتها ملكا طلقا لهم اما إذا قيل بعودها إلى الواقف وورثته يلزم تفويت حق

الواقف وورثته في الوقف المنقطع كما يلزم تفويت حق البطون اللاحقة في الواقف المؤبد . وانما يكون الوجه في تفصيلهم ذلك هو ان شرط الواقف وجعله لازم الانفاذ فإذا أبد الوقف

وجعل له مصرفا متدرجا إلى الأبد لزم ابقاء العين عملا بشرطه واعتباره بدليل الوقوف ودليل أو

فوا بالعقود اما إذا لم يؤيده كذلك لم يكن البيع منافيا لجعله (ص ١٧٣) (٢٨) الإيرواني: لا يخفى ان ما ذكره من التوجيه هو بعينه عبارة عن الفرض الذي وجه عليه

الاشكال بحسب ظاهر عبارته فيظهر من هذا ان مراده من الفرض الذي وجه عليه الاشكال أولا

هو فرض القول في الوقف المنقطع ببقاء الملك على ملك واقفه لا عوده اليه بعد انتهاء البطون

وهذا الفرض وان كان توجه الاشكال عليه أشد لكن الاشكال على ذلك يعم ويسري إلى تجويز

البيع في الوقف المؤبد أيضا لان القول بالبقاء على ملك الواقف لا يختص بالوقف المنقطع فلا يكون

هذا اشكالا على التفصيل بل اشكالا على كلية الجمع بين القولين القول بجواز بيع الوقف مطلقا

عند طرو أحدي المسوغات والقول ببقاء العين الموقوفة على ملك واقفها. (ص ١٧٣)

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة، وأما المنقطع فلم ينصوا عليه وإن ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف، كالشيخ وسالار قدس سرهما ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر - كالسيد أبي المكارم ابن زهرة - فلازمه جعله كالمؤبد (٢٩)

(٢٩) النائيني (المكاسب والبيع): هذا التفصيل يكون مبنيًا على رجوعه بعد الانقطاع إلى ورثة

الواقف حيث إنه لا وقف حينئذ حتى يقال بجواز بيعه. (ج ٢ ص ٣٨٤)

(١٧١)

وكيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبائر هؤلاء، فنقول: قال المفيد في المقنعة: الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب إلى الله بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدر عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله ومتي اشترط الواقف في الوقف: أنه متي احتاج إليه في حياته لفقر كان له يبعه وصرف ثمنه في مصالحه، جاز له

فعل ذلك وليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا، فلهم حينئذ يبعه والانتفاع بثمنه وكذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله، ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضرورات

انتهي كلامه رحمه الله. وقد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد جواز بيع الوقف في خمسة مواضع، وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفاء الواقف، فلاحظ وتأمل. ثم إن العلامة ذكر في التحرير: أن قول المفيد بأنه: لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث - إلى قوله: - أنفع لهم من تركه على حاله، متأول ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد وقال في الانتصار - على ما حكى عنه - : ومما انفردت الإمامية به:

القول بأن الوقف متي حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه يبعه والانتفاع بثمنه، وأن أرباب الوقف متي دعته ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم يبعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية، ثم ذكر خلاف ابن الجنيد، ورده

بكونه مسبوqa وملحوقا بالاجماع، وأنه إنما عول في ذلك على ظنون له وحسبان وأخبار

شاذة لا يلتفت إلى مثلها ثم قال: وأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا، أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه، لشدة فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز بيعه، لأنه إنما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم

منه فقد انتقض الغرض منه ولم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذي ذكرناه، انتهى. وقال في المبسوط: وإنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنه إذا خيف على

الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه، انتهى ثم احتج على ذلك بالاخبار. وقال سلالر - فيما حكى عنه - : ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم: من أن يبقى ويقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه وصرف ثمنه

فيما هو أنفع لهم، انتهى

وقال في الغنية - على ما حكى عنه - : ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعا وخيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه،

بدليل إجماع الطائفة، ولأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعة الا على الوجه الذي ذكرنا جاز، انتهى وقال في الوسيلة: ولا يجوز بيعه - يعني الوقف - الا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة

بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى وقال الراوندي في فقه القرآن - على ما حكى عنه - : وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة، انتهى وقال في الجامع - على ما حكى عنه - : فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجة شديدة، أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه،

انتهي وعن النزهة: لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه

إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى. وقال في الشرائع: ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشي خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع، انتهى

ومثل عبارة الشرائع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد في الكتابين. وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يجر بيعها ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشي خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقاً وتنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد ثم قال: ولو قيل بجواز

البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية - كدار انهدمت وعادت مواتا ولم يتمكن من عمارتها - ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً، كان وجهها "، انتهى

وقال في بيع التحرير: ولا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، ولو أدى بقاءه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه مع بقاءه على الوقف، انتهى وعن بيع الارشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأي وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشي به الخراب.

وقال في التذكرة في كتاب الوقف - على ما حكى عنه -: والوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكّن من عمارته، أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى

وقال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه، إذ القصد منه التأييد نعم، لو كان بيعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه وخشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه، انتهى

وقال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف، وإذا كان البيع أعود مع الحاجة وقال في الدروس: لا يجوز بيع الوقف الا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدي إلى فساده وقال في اللمعة: لو أدي بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه، فالمشهور الجواز، انتهى

وقال في تلخيص الخلاف - على ما حكى عنه - : إن لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً متعددة،

أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خلف وفتنة وخشي خرابه ولا يمكن سد الفتنة بدون بيعه، وهو قول الشيخين، واختاره نجم الدين والعلامة، انتهى
وقال في التنقيح - على ما حكى عنه - : إذا آل إلى الخراب لاجل الاختلاف بحيث لا ينتفع

به أصلاً، جاز بيعه وعن تعليق الارشاد: يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس وعن إيضاح النافع: أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً " يخاف معه القتال ونهب الأموال ولم يندفع الا بالبيع قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز، ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه، انتهى ومثله كلامه المحكي عن تعليقه على الشرائع وقال في جامع المقاصد - بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر - : إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع: أحدها: إذا خرب واطمحل بحيث لا ينتفع به، كحصر المسجد إذا اندرست وجدوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، ومستنده صحيحة علي بن مهزيار ويشترى بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان ويتولى ذلك الناظر الخاص إن كان، والا فالحاكم

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة ولم يكن ما يكفيهم من غلة وغيرها، لرواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه، رفع مقامه.
وقال في الروضة: والأقوى في المسألة ما دل عليه صحيحة على ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، وعلله عليه السلام بأنه: ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، وظاهره أن خوف أدائه إليهما وإلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف ولم يكفهم غلته، أو كان أعود، أو غير ذلك مما قيل، لعدم دليل صالح عليه، انتهى. ونحوه ما عن الكفاية هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية.
والظاهر أن المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظن بذلك، الموجب لصدق الخوف،

لا التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان التأدية في بعض تلك العبارات متحدا مع عنوان خوفها وخشيتها في بعضها الآخر، ولذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا، وأخرى بذلك كما

اتفق للفاضلين والشهيد ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة، وإلى الأشهر كما عن إيضاح النافع، وآخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة.

فظهر من ذلك: أن جواز البيع بظن تأدية بقائه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين، لكن المتيقن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه.
اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم - كالنص - كون الاختلاف من باب المقدمة وأن الغاية المجوزة هي مظنة الخراب.
إذا عرفت ما ذكرنا، فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد، وأخرى في المنقطع

الوقف المؤبد

أما الأول: فالذي ينبغي أن يقال فيه: إن الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، فيملكون منفعتهم، فلهم استئجاره وأخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق. (٣٠)

(٣٠) الأصفهاني: توضيح المقام: إن الكلام في موضعين: أحدهما: في أن الوقف يقتضي الخروج

عن ملك الواقف أم لا؟

ثانيهما: أنه على فرض الخروج هل يقتضي الدخول في ملك الموقوف عليه خاصة أو عاما أو لا

يقتضي أصلا أو يفصل بين الخاص والعام؟ فنقول: أما الكلام في الموضع الأول: فما يستند إليه

تارة هو الدليل على دخوله في ملك الموقوف عليه فيلزم الخروج عن ملك الواقف، لاستحالة

ورود الملكين المستقلين على شيء واحد أو لغويته، وأخري ما يدل على الخروج في نفسه وإن لم

نقل بالدخول في ملك الموقوف عليه، والعمدة هو الثاني فلا موجب للتكلم في الأول هنا، وما يستند إليه في الخروج أمور: أحسنها اقتضاء الوقف عرفا، لأن اعتبار الملك للواقف مع الممنوعة عن التصرفات الناقلة في العين ومع رجوع منافعها إلى الموقوف عليه لغو، ولا يقاس

بالحبس والسكنى والرقي والعمرى، لأن المحبوسية لها أمد مخصوص فيها فلا يقاس بالمحبوسية

الدائمة، كما لا يقاس بالرهن الممنوع فيه عن التصرفات، فإنه يجوز بإذن المرتهن، مع أن منفعه

لمالكه، بخلاف العين الموقوفة فإنه لا يجوز التصرف الناقل فيها ولو مع إذن الموقوف عليه، كما

لا ترجع منافعها إليها بوجه

. وأما الاستدلال للخروج بعدم ضمان الغاصب للواقف فلو كان باقيا على ملكه لضمنها له.

فيمكن دفعه بأن للمغصوب حيثية المالية وحيثية الملكية، والأولي مقتضية لضمنانها ببدلها، والثانية

مقتضية لحرمة التصرف بدون إذن من تضاف إليه بإضافة الملكية رعاية لهذه الحيثية، وحيث إن

جميع منافع العين مسبلة وخارجة عن ملك الواقف فليس للعين المضافة إليه على الفرض حيثية

مقتضية لضمنانها له، فإن مالية العين بلحاظ منافعها الخارجة جميعا عن ملك الواقف، فتدبر.

والثاني: ما لا يكون ملكا لاحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد والمدارس والربط، بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة (٣١)
فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجرة المثل.

(٣١) الإيرواني: وأيضا بناء على القول بعدم دخولها وعدم دخولها في ملك الله بالملك الاعتباري والافله ملك السماوات والأرضين. (ص ١٧٢)
النائيني (المكاسب والبيع): (سيأتي حكم القسم الأول وفي ها هنا بين حكم القسم الثاني وهو: ما لا يكون ملكا لاحد بل يكون فك ملك مثل المسجد ونحوه مما يعد محلا للعبادة فان الوقف فيه موجب لتحرير رقبة الأرض عن الملك، لانه تمليك على وجه مخصوص بل هو فك للملك نظير العتق في العبد وحكم هذا القسم هو عدم جواز البيع بقول المطلق ولو خرج عن قابلية الانتفاع بل يبقى على ما كان عليه ولو صار مغمورا في الماء ويلحقه احكامه الثابتة له في تحت الماء مثلا يحرم مكث الجنب والحايض فيه لو علم به واتفق مكثهما فيه.

وينبغي التنبيه على امر ان ما قلنا من عدم جواز بيع الوقف في القسمين الأولين انما يجري بالنسبة إلى نفس الأرض، واما الآلات المعمولة فيها كالأخشاب والطوب والجدوع ونحوها مما يعمل في المساجد والخانات فهي كالوقف على الجهات يصح بيعها عند خروجها عن قابلية صرفها في الجهة التي عينت لصرفها فيها فتكون الآلات المعمولة في القسمين الأولين من القسم الثالث الذي عرفت أن مقتضى الأصل فيه هو جواز البيع عند خروجها عن القابلية فيباع ويصرف ثمنها في ذاك المحل الذي كان من المسجد أو الخان أو في غيره عند عدم التمكن من الصرف فيه (ج ٢ ص ٣٨٥)

والظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول، وأما الثاني فالظاهر عدم الخلاف

في عدم جواز بيعه، لعدم الملك. (٣٢)

وبالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق، لا فيما لم يكن ملكا، وحينئذ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.

النائني (منية الطالب): (سيأتي حكم القسم الأول وفيها هنا بين حكم القسم الثاني وهو: وقف المشاعر، كالمسجد والمشهد، ولا يبعد إلحاق الحسينية بهما، وهذا هو الذي يقال: إنه تحرير وفك ملك، أي: إبطال للملكية، وليس تمليكا للمسلمين، فهو بمنزلة عتق العبد. (ج ٢ ص ٢٨٠)

(٣٢) الإيرواني: بل في عدم معقوليته لأنه اخذ في حقيقته ان يكون متعلقه مالا وملكاً فلا يكون

مفهومه متحصلا في المباحات الأصلية والأوقاف العامة على القول بالتحرير. ويمكن ان يقال ان عنوان تبديل الوقف عنوان مستقل لا دخل له بالبيع الذي هو مبادلة مال بمال

فإنه اسراء صفة الوقف من عين إلى عين فيعود ما ليس بوقف وقفا ويعود الوقف طلقا وليس مفهومه متوقفا على كون المتعلق مالا حتى لا يتحقق في الوقف العام بناء على القول بالتحرير فيه

ثم الدليل على صحة هذه المعاملة أدلة المعاملات العامة مثل أوفوا بالعقود والناس مسلطون على

أموالهم الا ان دليل الوقوف حاكم عليها أو مخصص فلذا لا تجوز هذه المعاملة اختيارا اما مع طرو

الحالات الخاصة فكما يجوز بها البيع في الأوقاف الخاصة كذلك يجوز بها التبديل في الأوقاف

العامة بل والأوقاف الخاصة فيعم التبديل كلا الوقفين ويختص الوقف الخاص بالبيع. ويساعد على ما ذكرنا ما ورد من جواز بيع ثوب الكعبة وفتوى الفقهاء بجواز بيع آلات المسجد

أخشابه وحصره وبواريه فيراد بالبيع ما ذكرناه فان ذلك أولي مما تكلفه المصنف من الالتزام بالفرق

بين وقف نفس المسجد وبين حصره وبواريه

نعم، ذكر بعض الأساطين - بعد ما ذكر: أنه لا يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لا لعدم
تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك، لرجوعها إلى الله ودخولها في مشاعره -: أنه مع
اليأس

عن الانتفاع به في الجهة المقصودة تؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب
اللازمة

لها إن كان مسجداً - مثلاً - وإحكام السجلات، لئلا يغلب اليد فيقضي بالملك، وتصرف
فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض
فالمدار على الراجح، وإن تعذر صرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صرف في
مصالح

المسلمين (٣٣) وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات
وثياب الضرائح ونحوها،

فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أعدت له، كانت على
حالتها،

والا جعلت في المماثل، والاف في غيره، والاف في المصالح، على نحو ما مر،

(٣٣) الأصفهاني: قد مر أنه وجيه بناء على التوسعة التي ذكرناها، لا على مسلكه قدس
سره المانع من

البيع لاجل عدم ملك العين، فإن الإجارة كالبيع في لزوم ملك المؤجر للمنفعة، مع أنه لا
يري إلا ملك

الانتفاع، وقد مر تفصيله، ومنه يتضح ما في اشكال المصنف قدس سره عليه فتدبر. (ج ٢
ص ١٠٦)

الإيرواني: ومع التعارض، يعني مع تعارض كل من الثلاثة بعضها مع بعض بان كان هناك
شيء

أقرب إلى مصرف الوقف وآخر أحوج إلى ذلك وثالث أفضل يقدم الراجح من الجهات
بنسبة

بعضها إلى بعض بان كانت الأحوجية في إحديها تغلب على مقدار ما في الأخرى من
الأقربية وفي

الثالث من الأفضلية ومقتضي ذلك أنه مع التساوي في النسبة يتخير في اختيار ما شاء منها.
ثم إن ما أفاده من التفاصيل كلها مما لم يقم عليه دليل سيما تفصيله بين الأرض والآلات

والفرش

والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها فان البيع إذا جاز في هذه جاز في الأرض كما أنه إن
لم يجز

في الأرض لم يجز في هذه لما سمعت من أن الوقف في الجميع من سنخ واحد فان تحريراً
ففي الجميع

تحرير وان تمليكا ففي الجميع تمليك.

وإن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك

بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة، والعود ملكا للمسلمين لتصرف في مصالحهم، والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك، ويحتمل بقاءه على الوقف وبيع، احترازا عن التلف والضرر ولزوم الحرج، وتصرف مرتبا على النحو السابق وهذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم، انتهى (٣٤)

لكنك عرفت: ان عنوان التبديل عنوان مستقل غير عنوان البيع ولا يناط بالمكلف ان دل دليل

على جواز البيع حملناه على التبديل المذكور. (ص ١٧٢)
(٣٤) الإيرواني: التعبير بلفظ العود لمراعاة المقام الخارج فيه الملك عن ملك مالكة في ابتداء الامر

اما بالدخول في ملك الموقوف عليهم أو بصيرورته حرا. واما العبارة المناسبة لمسألة الاعراض

فهو البقاء على ملك مالكة وعدم الخروج عن ملكه بالاعراض. ثم لا وجه لتخصيص تشبيهها بالملك المعرض عنه بصورة تعذر الانتفاع بها باقية على حالها على

الوجه المقصود أو ما قام مقامه بل ينبغي تعميم التشبيه وكونها كالملك المعرض عنه بمجرد تعذر

الانتفاع بها في خصوص ما أعدت له من غير وجه للصرف ابتداء في المماثل ثم مع التعذر في

غير المماثل ثم مع تعذر ذلك أيضا ففي مصالح المسلمين ومع تعذر الانتفاع بها بجميع الوجوه

باقية على حالها تكون كالملك المعرض عنه. (ص ١٧٢)

وفيه: أن إجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت، والمتيقن خروجه عن ملك مالكة . أما دخوله في ملك المسلمين فمنفي بالأصل.
نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحة، ولا يتعلق عليهم أجره. (٣٥)

ثم إنه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته، مثل رواية مروان بن عبد الملك: قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضي ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، وينتفع به ويطلب بركته.
قلت: أيكفن به الميت؟ قال: لا، قيل: وفي رواية أخرى: يجوز استعماله، ويبيع نفسه وكذلك ما ذكره في بعض حصر المسجد إذا خلقت، وجذوعه إذا خرجت عن الانتفاع، (٣٦)

(٣٥) الإيرواني: استصحاب حرمة التصرف والانتفاع الثابتة عند عدم تعذر الانتفاع بها في الجهة

المعدة لها رافعة لأصالة الإباحة.

نعم الانتفاعات غير المزاحمة للانتفاع في جهة الوقف تجوز عند عدم التعذر أيضا فضلا عن زمان التعذر لكن ذلك لخصوص الموقوف عليهم يملكونها تبعا لملك الأصل فيجوز للمسلمين الانتفاع بالمساجد في غير جهة الصلاة والطلبة الانتفاع بالمدارس في غير السكنى في مدة التحصيل هذا إذا كان الوقف تمليكا اما إذا كان تحريرا أمكن تجويز الانتفاعات المزبورة لكل أحد حتى غير الموقوف

عليهم لأصالة الإباحة بعد عدم جريان دليل لا يحل لعدم وجود مالك للعين. (ص ١٧٢) (٣٦) الإيرواني: اما معني يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، وينتفع به ويطلب بركته يعني يبيع ما أراد

بيعه وما لم يرد بيعه يهبه وينتفع به ويطلب بركته فتكون الجملتان الأخيرتان معطوفتين على جملة (يهب) ويحتمل ان يكون المراد يبيع ما أراد بيعه ويهب مالا يريد الانتفاع به وطلب البركة منه

اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما
مبذولان

للبيت والمسجد، فيكون كسائر أموالهما، ومعلوم أن وقفية أموال المساجد والكعبة من
قبيل القسم الأول وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام
التصرف فيها بالبيع. (٣٧)

فتكون جملتان معطوفتين على مدخول لم مفسرتين له بإرادة عدم الانتفاع به بالمباشرة
وطلب

البركة منه ويحتمل ان يكون مفعول يهب هو مفعول يبيع بعينه أي يبيع ويهب ما أراد بيعه
وهبته

ما دام لم يرده للانتفاع وطلب البركة منه وتكون الجمل على ذلك موافقة لما ذكرناه في
الاحتمال

الثاني غير أن ما هناك موصولة دونها هنا ثم إنه يستفاد من النهي عن التكفين وكذا من
قوله: (ويطلب بركته) عدم جواز جعله سروالا وجوربا وغير ذلك من الملابس المشتملة
على الهتك
والتوهين.

واما بالنسبة إلى بيع ثوب الكعبة فيمكن ان يقال ان ثوب الكعبة ليس عنوانه عنوان الوقف
بل

هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مده معينة ثم يصرف ثمنه في
الخدمة

فالعين باق على ملك مالكه وقد اذن في التصرف كذلك ولعل منشأ شبهة السائل أيضا ليس
هو الوقف وان الوقف مانع عن البيع والا لسأل عن الا شراء الواقع ابتداء. (ص ١٧٢)
(٣٧) الأصفهاني: قد عرفت الحال في حصير المسجد وسائر الأوقاف العامة من أن جواز
بيعها أو

إجارتها لا يدور مدار كونها ملكا للمسلمين، ولا فارق على الظاهر بين المدرسة والحصير
الموقوف

على المدرسة، فكيف يقال بأن الطلبة يملك الحصير عينا ومنفعة ولا يملك المدرسة بوجه،
وإنما يملك

الانتفاع بها، فالظاهر أن حصير المسجد والمدرسة أيضا وقف لمجرد انتفاع المصلين
والمتعبدين أو

الطلبة. وأما ثوب الكعبة فالظاهر أنه ليس وقفا بمعنى الحبس المؤبد، مع وضوح أن في
ثوب الكعبة

تجديده كل عام، وربما يكون هذا التجديد من شخص واحد، فلا قصد له إلا تزيين الكعبة
مدة ثم

يكون لقيم البيت وسدنته أو لعامة المسلمين. (ج ٢ ص ١٠٦)

نعم، فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة ولو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل، وبين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه الا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف (٣٨)

الإيرواني: الالتزام بحصول الملك في الأوقاف العامة مطلقا أهون مما التزمه من التفصيل الذي يكذبه الوجدان فان حصير المسجد حاله حال نفس المسجد وأوضح منه في الاتحاد أخشاب المسجد وآلاته وأحجاره التي تجمعها ونفس الأرض صيغة واحدة في مقام انشاء الوقف فكيف يكون الوقف بالنسبة إلى الآلات والأخشاب تمليكا وبالنسبة إلى الأرض تحريرا. والحق ان الوقف في جميع ذلك تحرير ومع ذلك يجوز البيع بمعنى ما قلناه من المبادلة عند طرو المسوغات إذ قد عرفت أن مفهوم المبادلة لا يتوقف على حصول الملك كمفهوم البيع فلو دل دليل على جواز البيع أو أفتى الفقهاء به لم نضطرب من أجل ذلك وملتجئ إلى الالتزام بالملك بل حملناه على ما قلناه من المبادلة لكمال شباهتها بالبيع. نعم بذل الحصير للمسجد أو الثوب للكعبة لا بعنوان الوقف بل بعنوان الاذن في المصرف الخاص مع بقاءه على ملك مالكة خارج عن محل الكلام وقد تقدم احتمال ذلك في ثوب الكعبة وحينئذ يتبع قصد البازل في محل الصرف وفيما يصنع بعد البلي والخروج عن حيز الانتفاع ولا يبعد ان يكون المقصود نوعا في المثال ذلك الصرف فيما تعارف من المصارف فيصرف الحصير في فرش المسجد ثم بعد البلي في الايقاف في مصالح المسجد من حصه وآجره ان كان والا فبيعه وصرف ثمنه في مصالحه أو في خصوص شراء الحصير وفي ثوب الكعبة بيعه بعد سنة وصرف ثمنه في الخدام القائمين بخدمة البيت. (ص ١٧٣) (٣٨) الإيرواني: فان المنافع العائدة من الأوقات المعدة لمصارف المساجد والقناطر ليست أوقافا

ثم الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد: أن الحصير يتصور فيه كونه وقفاً على المسلمين، لكن يضعه في المسجد، لأنه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبل الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغني عنه جاز الانتفاع به ولو في مسجد آخر، بل يمكن

الانتفاع به في غيره ولو مع حاجته (٣٩) لكن يبقى الكلام في مورد الشك، مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حب ماء فيه، وإن كان الظاهر في الأول الاختصاص - وأوضح من ذلك التراب الموضوعة فيه - وفي الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصلاة في المسجد. (٤٠)

وانما الأوقاف أصولها والمنافع املاك للموقوف عليهم للأوقاف المعدة هذه لمصارفها كالمسلمين في المساجد والطلبة في المدارس ولكن ليس لهم صرفها الا في مصالح تلك الأوقاف لا كمنافع الأوقاف الخاصة يصرفها الموقوف عليهم في مصالحهم الشخصية فتلك تستحق اطلاق لفظ الملك الطلق عليها لا هذه ولعل مراد المصنف من الطلق ما يقابل الوقف لا ما يقابل الحجر عن التصرف وجواز صرف ثمنه في اي مصرف شاء وأراد. (ص ١٧٣)

(٣٩) الإيرواني: يعني الثوب والحصير الموقوفين على الكعبة والمسجد لا المشترين من عائدات

موقوفة الكعبة والمسجد فإنهما ليسا بوقف كما تقدم بل أصولها وقف . ثم ما ذكره من الفرق فهو بلحاظ ما هو المتعارف المعتاد في الخارج والا فيمكن فثوب الكعبة

أيضا ان يكون الوقف لاجل مصالح المسلمين العامة وبذله للكعبة من باب أحد المصاديق. ودعوى أن الثوب بهيئته الخاصة التي لا يكون الا للكعبة لا مصرف له سواه لو سلمناها لا توجب

توجه الوقف اليه فإنه يكون من قبيل الكلبي المنحصر مصداقه في فرد. (ص ١٧٣)

(٤٠) الإيرواني: في أوضحية التراب من الحصير منع بل الحصير أوضح في الاختصاص من التراب

الا ان في الاعتداد بهذه الظهورات الناشئة من غلبة بناء الواقفين فهم على ذلك اشكالا

والحاصل: أن الحصر وشبهها - الموضوعة في المساجد وشبهها - يتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا. (٤١)

والاحتياط أن لا يتعدى عن المصرف المتيقن في جميع ذلك. (ص ١٧٣)

(٤١) الأصفهاني: لا يخفى أن وقف الحصر الموضوع في المسجد وإن كان يختلف من حيث كونه وقفاً على المسجد لينتفع به المتعبد في المسجد، ومن حيث كونه وقفاً لانتفاع المسلمين، وإنما جعل في المسجد لأنه أحد أمكنة الانتفاع به، فيجوز نقله حينئذ إلى غيره دون الأول - إلا أن هذا الاختلاف لا يوجب التفاوت في صيرورته بعينه ملكاً للمسلمين، إلا إذا جاز اختياراً نقل منافعه بالإجارة مثلاً وإلا لانكشف عدم كونه ملكاً كما مر، ومن المعلوم أنه ليس كذلك إلا إذا وقف حصيراً ليؤجر ويبدل بدله للمسلمين، فإنه يمكن فيه دعوى ملك العين عند من يعتبر ملكية المنفعة في الإجارة، وهذا الفرض أجنبي عن حصر المسجد.

ويمكن أن يستفاد مما ذكرنا أن وجه تعرضهم لبيع الحصر وشبهه دون نفس المسجد ما ذكرنا من حيثية المسجدية المانعة عن التصرفات المنافية، دون غيره من الأوقاف العامة فإنه يجوز بيعها وإجارتها في مواقعهما وإن لم تكن ملكاً للمسلمين للتوسعة التي قدمناها في البيع والإجارة، مع خلوها عن الحيثية المنافية والله تعالى أعلم. (ج ٢ ص ١٠٧)

الإيرواني: (نتيجة تصور) الأقسام الكثيرة هو كون الحصر تارة قد اشترى من مال المسجد ومن منافع أوقاف المسجد الجائز تبديله اختياراً ويكون أخرى قد أوقف على المسجد ويكون ثلاثة

قد أوقف لمصالح المسلمين العامة ووضع في المسجد من باب أحد المصاديق.

وقد عرفت: أن وقف الحصر كوقف المسجد فإن كان للحصر مالك فللمسجد مالك وإن لم يكن للمسجد مالك فليس للحصر مالك فالالتزام بالمالك في الجميع وكون الوقف تمليكا في الجميع أهون من الالتزام بما التزم به

نعم، ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء
البنیان، مع
أن المحكي عن العلامة وولده والشهيدین والمحقق الثاني جواز بيعه وإن اختلفوا في تقييد
الحكم وإطلاقه كما سيحیی، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها وجعلها
مسجدا فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنیان كالأخشاب والأحجار، فإنها تصير
ملكا للمسلمين، فتأمل (٤٢)

المصنف من التفصيل والتجاء إلى ذلك لمكان الرواية في جواز بيع ثوب الكعبة وفتوى
الفقهاء
بجواز بيع حصير المسجد وآلاته البالية وقد عرفت عدم الحاجة في تصحيح ذلك إلى
الالتزام بالملك
وان البيع يراد به مبادلة تشبه البيع لا حقيقة البيع فلا تتوقف على الالتزام بالملك لكن الرواية
في ثوب الكعبة صريحة في البيع وصرف الثمن لا تبديل الوقف باخر وقد عرفت احتمال
عدم
كون ثوب الكعبة داخلا تحت عنوان الوقف بل هو ملك مبذول كسوة للكعبة. (ص
١٧٣)

(٤٢) الإيرواني: لعله يشير إلى ما تقدم منا من القطع بعدم الفرق في كيفية الوقف تمليكا
وتحريرا لان أرض المسجد وبنائه وآلاته بل كثيرا ما يكون وقف الجميع بصيغة واحدة
ومعه كيف

يمكن التفكيك بين الأرض والآلات! (ص ١٧٣)
الأصفهاني: قد مر عدم الفرق إلا في البناء المتجدد من حيث احتمال كونه وقفا محضا،
حيث لا
يتصور جعله مسجدا ولا جز المسجد استقلالا، مع أن ترتب أحكام المسجد عليه شرعا
كاشف عن

صيرورته جز المسجد شرعا - ولو لم يكن جعلاً من الواقف العامر للمسجد - .
اللهم إلا أن يحتمل كلية أن القابل للمسجدية وللتعبد فيه بالصلاة ونحوها هو العرصة دون
البنیان
وترتب الاحكام على البنیان لا بعنوان المسجدية جعلاً مالکيا ولا جعلاً إلهيا كالمساجد
الإلهية، بل

احكام شرعية بعنوان التبعية للمسجد، فمع خرابه وانفصاله عنه ليس إلا كسائر الأوقاف
العامّة، وهو مشكل، فإن الظاهر التزامهم بترتيب تلك الأحكام حتى بعد خرابه، فتدبر. (ج
٣ ص ١٠٨)

وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها - كما تقدم عن بعض الأساطين - أو بدونه وأما أجزاءه - كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه فيه تعين، لان مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءا للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤننته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال

وإن لم يكن مصلحة في رده جزءا للمسجد، فبناء على ما تقدم من أن الوقف في المسجد وأضرابه فك ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك وحينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لاجر المسجد ونحو ذلك - كما عن الروضة - والا صرف في مسجد آخر - كما في الدروس - والا صرف

في سائر مصالح المسلمين قيل: بل لكل أحد حيازته وتملكه، وفيه نظر (٤٣) (٤٣)

الأصفهاني: كما هو صريح صاحب المقاييس قدس سره ولعله المراد هنا قال قدس سره في وجهه: (إنها جعلت لله سبحانه، وإنما يجب على أرباب الوقف الانتفاع بها في تلك الجهة الخاصة،

وعدم التعدي عنها مع التمكن، والفرض تعذر ذلك، فجاز لهم الانتفاع بها مطلقا، فصارت حين

زوال المانع كالمباحات الأصلية التي أذن الله لنا في الانتفاع بها... الخ قلت: الوقف يتضمن امرين: أحدهما: حبس العين عن الجري في التصرفات الناقلة للعين. ثانيهما: تسبيل الثمرة، إما بتمليك المنافع أو بالتسليط على الانتفاع. وأثر الأول عدم نقل العين

ولو بحيازتها وتملكها، وأثر الثاني عدم التعدي بالانتفاع بغير الوجه المعين من الواقف، وعدم

التمكن من الانتفاع الخاص يوجب السراية إلى مطلق الانتفاع، لا أنه يوجب بطلان أثر الأول،

فهنا مانعان وزوال أحدهما لا ربط له بزوال الآخر، ولعله وجه نظر المصنف قدس سره.

وقد الحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المشتغلين، والعبد المحبوس في خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المارة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلين، وغير ذلك مما قصد

بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجارة ونحوها وصرفها في مصارفها كما في الحمامات والدكاكين ونحوها، لأن جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة والأسواق (٤٤) وهذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا

ولا يخفى أن كلام صاحب المقاييس رضي الله عنه هنا غير مبني على بطلان الوقف بتعذر الجهة

المقصودة حتى يندفع عنه ما أوردناه، وذلك لأن كلامه صريح في أن جواز التملك والحيازة

لخصوص الموقوف عليهم. ولو كان الوقف باطلا وكانت العين كالمباحات الأصلية لكان الموقوف

عليه وغيره في جواز التملك بالحيازة على حد سواء، بل نظره قدس سره إلى تعميم الانتفاع حتى

بالحيازة فتدبر. (ج ٢ ص ١٠٨)

(٤٤) النائيني (منية الطالب): (هذا هو القسم الأول الذي وعدناه في الصفحة ١٨٣) وهو كوقف

الخانات والقناطر وما يشبه ذلك مما يوقف، لانتفاع كل من سبق إليه، فإنه أيضا تحرير. إذا عرفت ذلك فاعلم: أن مقتضى الأصل عدم جواز بيع القسم الأول والثاني، لخروجهما عن

الملكية وتلف ماليتهما شرعا.

بقي الأقسام الثلاثة من الوقف

القسم الثالث: ما كان وقفا على الجهة، كالوقف على العلماء، وطلاب المدارس والزوار، ونحو ذلك

والفرق بينه وبين القسمين الأولين: أن الوقف في هذا القسم ليس تحريرا وإدخاله له في المباحات،

بل تمليك للجهة، ولذا لو غصبه غاصب يحكم بضمانه دون الأولين.

النائبي (منية الطالب): الامر الأول: أنه لو بيع العين واشتري بثمنها عين أخرى فهل حكمها
حكم العين الأولى في أنه لا يجوز بيعها الا بطرو المسوغ، أو يجوز بيعها وتبديلها إذا رأى
المتولي
المصلحة مطلقاً؟ وجهان، والأقوى الثاني، لان عدم جواز البيع ليس من انشاء الواقف حتى
يقال:
إن حكم البدل حكم المبدل، بل هو من أحكام الوقف شرعاً، والحكم الشرعي إنما ثبت
في نفس
العين التي وقفها الواقف، دون العين الأخرى التي اشترى بثمن العين الأولى.
وبالجملة: وظيفة الواقف ليس إلا إيقاف العين، وليس حكم الوقف من منشآت الواقف،
وليس
له انشاؤه، وليس حكم البدلية الا تعلق حق البطون اللاحقة في الوقف الخاص، أو تعلق حق
الجهة
في الوقف العام بالبدل وتعلق حقهم به لا يقتضي عدم جواز بيعه للمتولي، فله تبديله
واشترائه عين
أخرى.
ثم إن حكم ما يشتري من منافع مثل الدكان الموقوف على المسجد ونحوه حكم العين
التي
تشتري من ثمن العين الموقوفة، في أنه يجوز للمتولي تبديله بلا طرو أحد مسوغات بيع
الوقف إذا
رأى فيه المصلحة، وذلك لعدم قيام دليل على تبعية الحصر الذي يشتريه المتولي من منافع
الدكان أو العقار لنفس الدكان والعقار، بل نفس وجود المصلحة في التبديل كاف في
جواز البيع.
نعم، لو اشترى الحصر مثلاً من غير منافع الموقوفة شخص ثالث ووقفه على المسجد
فحكمه حكم
الأعيان الموقوفة، فيحتاج جواز بيعه إلى مسوغات البيع، والفرق بين القسمين واضح، فإن
الحصر الذي وقفه أجنبي على المسجد هو بنفسه أيضاً من أقسام الوقف، وهذا بخلاف ما
يشترى
المتولي من منافع الأعيان الموقوفة على المسجد والمدرسة، فإنه ليس من الأعيان الموقوفة،
فيجوز
تبديله مطلقاً مع المصلحة.

ولو أتلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان وجهان: من عموم على اليد فيجب صرف قيمته في بدله ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة باجرة منافع هذه لو استوفاهما ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا (٤٥)،

(٤٥) الإيرواني: من أين اتت هذه الملازمة؟! بل مقتضى عموم أدلة الضمان ضمان المنافع

إذا

أتلّفها على أهلها فالغاصب للمدرسة يضمن للطلبة ما يسكنهم فيه مدة الغصب. (ص ١٧٣) الأصفهاني: أما ما ذكره في وجه عدم ضمان العين - من الملازمة بين ضمان العين و ضمان منافعها، وحيث لا يضمن منافعها فلا يضمن

العين - فمدفوع أولاً: بأن المحكي عن الدروس ضمان المنافع في المدرسة والمسجد. وثانياً: أنه لا ملازمة، فإن منافع الحر إذا استوفاهما ظالم مضمونة، مع أن الحر غير مضمون، والمنافع الفائتة تحت اليد على قول المشهور غير مضمونة، مع أن العين التالفة تحت اليد مضمونة،

فلا ملازمة من الطرفين. وأما ما ذكره في وجه الضمان من عموم على اليد فتفصيل القول فيه:

تارة يقع الكلام في مقام الثبوت: وأنه هل يعقل الضمان مع عدم من يملك على الضامن؟ حيث إن

التالف أو المتلف لم يكن ملكاً لآخر، ولا معنى للضمان إلا اشتغال الذمة ببذل التالف، ولا معنى اشتغال الذمة به إلا كون شخص مالكاً للمثل في ذمة شخص آخر، فمع عدم المضمون له

حيث إن البذل لم يكن ملكاً أحد حتى يكون مالكاً لما في ذمة الغير لا يعقل الضمان - المتقوم بما في

الذمة ومن له ومن عليه -، وبناء عليه لا تصل النوبة إلى المناقشة في مقام الإثبات من حيث ظهور التأدية في التأدية إلى مالك المال التالف تحت اليد.

ويمكن أن يقال: إن مفاد قوله صلى الله عليه وآله وسلم (على اليد) كما مر في محله ليس اشتغال

الذمة بالبذل ليرد المحذور، بل دخول نفس العين المأخوذة في العهدة، وللعهدة أثر تكليفي محض

، كوجوب رد العين إلى مالكها وأثر مالي وهو إقامة بدله مقامه،

وأن الظاهر من التأدية في حديث اليد الايصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس، والأول
أحوط، وقواه بعض (٤٦)

فإذا كانت العين المأخوذة باقية كان أدائها إلى مالكيها أو من كان مستحقا لها لحق -
كحق
الاختصاص لمن له الخمر المتخذ للتخليل - أو لكونه مسلطا شرعا على الانتفاع بها -
كما فيما
نحن فيه - فكذا الامر في بدلها طابق النعل بالنعل.
وأما قوله: (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) فيمكن أن يقال: إن العين بعد فرض كونها
مالا
له إضافة بالموقوف عليه بكونها موردا لما يستحقه من الانتفاع بها، وليس مجرد إضافة
العرض
إلى موضوعه كإضافة عمل الحر إليه، حتى يقال إن ظاهر إضافة المال إلى الغير هي الإضافة
الاعتبارية الجعلية ولا موجب للاقتصار على خصوص إضافة الملكية.
نعم يمكن أن يقال: إن الأوقاف العامة - التي لا يملك الموقوف عليه أعيانها ولا منافعها
بل يملك
الانتفاع بها فقط - ليس لضمان منافعها للموقوف عليه معني معقول، فإن ضمان أعيانها
يرجع إلى
إقامة بدلها مقامها لينتفع بها الموقوف عليه، فلو هدم المدرسة فعليه بنائها وعمارتها،
بخلاف ما إذا
سكنها مدة أو جعلها محرزا له فإن أداء بدل منافعها المستوفاة ليس شيئا ينتفع به الموقوف
عليه
فإنه له حق سكنائها لا حق الانتفاع بالمال المأخوذ بدلا عن منافعها، وبهذا يمكن أن يوجه
دعوى
عدم ضمان منافعها، وبه يعرف أنه لا ملازمة بين عدم ضمان منافعها وعدم ضمان عينها
والله
أعلم. (ج ٢ ص ١٠٩)

(٤٦) الإيرواني: فيه منع بل الظاهر منه هو التأدية إلى اهله مالكا كان أم مستحقا للانتفاع
فمتلف

المدرسة والمسجد يضمن للطلبة والمسلمين مدرسة ومسجدا. (ص ١٧٣)

صور جواز بيع الوقف
إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور،
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحیوان المذبوح
والجدع
البالي والحصير الخلق والأقوى جواز بيعه، وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم
جريان أدلة المنع (٤٧)

(٤٧) الإيرواني: الخراب ليس عنوانا دخيلا في جواز البيع بل إن جاز البيع فبملاك عدم
امكان
الانتفاع مع بقاء العين خرب أم لم يخرب كان له منفعة أم لم يكن.
وقد صرح بالتعميم في المقابيس والمصنف هنا في طي الصورة الثانية مع ذكره للخراب
أيضا في
عنوانها وفي عنوان الصورة الثالثة. (ص ١٧٤)
النائني (المكاسب والبيع): تجوز بيع الوقف في الشرائط الخاصة في الصورة الثالثة والرابعة
والخامسة (المذكورة في الصفحة ٢٠٠) وهي عبارة عن:
الثالث: الوقف على الجهات الخاصة مثل الوقف على الطلاب كالمدارس وكالوقف على
المسافرين
كالخانات ونحوها.

أما الاجماع، فواضح
وأما قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. (٤٨)

لأنه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة، فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلا
فكذلك

يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينية التي هي إحدي ركني الوقف. (ج ٢ ص ٢٨٤)
الأصفهاني: ظاهره كما استفيد منه أن المقتضي للجواز موجود والمانع مفقود، لان
المقتضي هو

الملك والمفروض تحققه، فيعمه المقتضي في مقام الاثبات من أدلة نفوذ البيع، والمانع -
كما فصله،

- مفقود، لكنه مبني على عدم كون حقيقة الوقف متقومة بحبس الملك وقصره على نحو
لا يتعدى

إلى غير المقصور عليه، فإنه بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع إلا ببطلان
الوقفية،

إما بانتهاء أمده بحسب جعل من غرضه، أو بحكم الشارع ببطلانها عند عروض هذه
العوارض،

وكلاهما خلف الفرض هنا، إذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديل العين الموقوفة بغيرها،
فتسري

الوقفية إلى بدلها، كما أن المفروض الاكتفاء بعدم المانع لا الاستدلال بوجود المقتضي
للجواز، إلا

أن الذي يسهل الخطب أنه، لا يري تقوم حقيقة الوقف بما ينافي بذاته لجواز البيع، كما أن
الحق على

هذا المبني أيضا عدم منافاة جواز البيع لأصل الوقف، وإن كان ينافيه بمرتبة ينتهي إليها أمد
الوقف

بحسب جعل الواقف كما سيحجى إن شاء الله تعالى تفصيله. (ج ٣ ص ١١٣)
(٤٨) الإيرواني: لكن دليل (أوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) ان شمل الشرط
الابتدائي

و (الناس مسلطون) و (تجارة عن تراض) بناء على صدق التجارة على قبول الوقف غير
منصرف فينحصر الجواب عنها بما سيذكره في دليل (الوقوف) وستعرف ما فيه. (ص
١٧٤)

الأصفهاني: لا يقال: مورده - كما تقدم - هي الأرض الخربة لقوله (فلما عمرتها خبرت
أنها

وقف... الخ) فالمنع عن الشراء في خصوص الخراب، فكيف يدعي الانصراف؟!
لأننا نقول: الملاك عدم امكان الانتفاع بالعين مع بقائها، وأرض الزراعة ليس عدم إمكان
الانتفاع

بخرابها وعدم كونها مشغولة بالزراعة، بل موتانها بانقطاع الماء عنها ونحوه.

وأما قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه، وقد تقدم ذلك وتضعيف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه (٤٩)

نعم دعوى الانصراف - مع أن كل عين موقوفة عادة مآلها إلى الخراب لو لم يعمر غالبا - بعيدة، إذ غلبة كونها مخروبة غير قابلة للانكار، فليست حالة الخراب نادرة بالإضافة إلى حالة العمارة حتى يدعي الانصراف، فتدبر. (ج ٣ ص ١١٤)

(٤٩) الإيرواني: قد عرفت: ان حقيقة الوقف هو تحبيس الأصل وجعله لا ينتقل والا فما معناه ان يكون وهل يسوغ لاحد ان يلتزم بأنه مطلق التمليك كما في الهبة غاية الامر بترتيب خاص جعله

الواقف بين البطون؟

وبالجملة: لا ينبغي ان يرتاب في أن الوقف دائر امره بين التحرير والتمليك الخاص الذي خصوصيته أن لا ينتقل بالنواقل الاختيارية وغير الاختيارية الا ما جعله الواقف من الانتقال إلى البطون حسب ما جعله وحينئذ فدليل الوقوف حسب ما يوقفها أهلها مضافا إلى عموم (أوفوا بالعقود) و (الناس مسلطون على أموالهم) يقرر ذلك ويمضيه شرعا فالحكم بالنفوذ شرعا يحتاج إلى دليل مخصص. والعجب! ان المصنف في أول المسألة استدل بدليل الوقوف على حرمة بيع الوقف وقد اتى هنا مع هذا القرب بما ينافيه صريحا.

اللهم الا ان يقال ان الواقف لم يقصد الوقف والحبس حتى مع خراب العين وسقوطها عن حيز الانتفاع ولا اطلاق لانشائه يشمل صورة الخراب أو يقال ان الوقف قد تعلق بعناوين خاصة كعنوان الدار والبستان والحمام وأمثال ذلك ومع الخراب لا تبقي هذه العناوين ولا تصدق أساميها والوقف يدور مدار صدق الاسم أو يقال ان الوقف الذي حقيقته تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة

نعم يثبت بها الملك الطلق للواقف وورثته. (ص ١٧٤)

الأصفهاني: لا يخفى أن الاستدلال به للمنع بأحد وجهين: إما بجعل الوقف متقوما بالمنع عن البيع، وإما بجعل إبقاء العين الموقوفة على حالها لازم تسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فيكون مدلولا مطابقا للوقف على الأول، ومدلولا التزاميا على الثاني. ومبني استدلاله قدس سره به سابقا للمنع على الثاني، كما أن مبني منعه هنا ابتداء على الأول، وأن حقيقة الوقف غير متقومة بالمنع عن البيع، وأن المنع على الفرض لم يؤخذ في متن العقد ليكون من الكيفيات الناظرة إليها هذه العبارة. وأما بناء على أن حقيقته متقومة بالمنع من البيع أو مستلزمة له على الوجه المذكور. فتحقيق الجواب عنه: أن الوقف يتضمن حبس العين وتسبيل المنفعة، فتارة يجعل تسبيل المنفعة مضيقا لدائرة الحبس، فإذا سقطت العين عن الانتفاع فلا حبس، وهذا وإن كان مساوقا لرفع المانع إلا أن الكلام هنا مبني على بقاء الوقف كلية لا انتهاء أمده رأسا، فالإكتفاء به هنا بخلاف المبني. وأخري يجعل تسبيل المنفعة أبدا موسعا لدائرة الموقوفة، بمعنى أن العين بشخصها محبوسة ما دام إلى الانتفاع بها سبيل، وبما هي مال محبوسة ما إذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها، فالعين وإن سقطت عن الوقفية بنفسها وبشخصها لكنها بما هي مال محبوسة وباقية على الوقفية، فلا يوجب بيعها خلف الفرض لعدم سقوطها عن الوقفية بالكلية، والانتفاع بها بما هي مال يتوقف على تبديلها وحفظ المالية الموقوفة في ضمن البدل. وهذا التقريب أولي مما في بعض كلمات شيخنا الأستاذ: من أن المالية في ضمن البدل موقوفة بجعل الواقف من باب تعدد المطلوب، وذلك لأن المالية التي هي أمر انتزاعي عقلائي تتشخص بمنشئها، فالمالية القائمة بالبدل غير المالية القائمة بالعين الموقوفة حقيقة ودقة، ولا مساس لها بالواقف حتى يجعلها محبوسة في المرتبة الثانية من غرضه، بخلاف المالية القائمة بماله فإنها قابلة له، وإنما الكلام في جواز تبديل هذه المالية بما يماثلها مع أنها مالية محبوسة

ولو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، والمفروض تعذره هنا. (٥٠)
والحاصل: أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو المتولي. (٥١)

(٥٠) الإيرواني: هذا يرجع إلى ما ذكرناه في الحاشية السابقة من دوران الوقف مدار ثبوت الثمرة فيكون قصد الواقف غير شامل لزمان انتفاء الثمرة وقد تقدم فساده وعدم اثباته للمدعي
من جواز البيع للموقوف عليهم الا ان يلتزم بانشاء الواقف امرين على سبيل تعدد المطلوب أصل
التمليك بترتيب البطون ثم التحبيس وهذا الأخير محدود يدور مدار الثمرة فإذا انتفت الثمرة خرجت العين عن مورد انشائه هذا وتبقي تحت انشائه الأول المفيد للملك.
لكن ذلك خلاف الوجدان فان الانشاء انشاء واحد بسيط وهو التمليك على سبيل الحبس، لا

أصل التمليك ثم الحبس على سبيل تعدد المطلوب. (ص ١٧٤)
(٥١) الآخوند: وذلك أنه وان اخذ في حقيقة الوقف بقاء العين الموقوفة، الا انه فيما إذا لم يؤدي إلى انعدامها أصلاً.
واما فيما يؤدي إليه، فإن كان البقاء مما لا بد منه في الوقف، فلا محيص عن أن يكون بماليتها لا بنفسها، كما لا يخفى. غاية الامر لا بد من بقائها بنفسها ما دام يمكن ولا يؤدي إلى التلف، وبماليتها
وبدلها فيما يؤدي، كيف! وليس هذا الحبس، الا لاجل الانتفاع بها، فكيف يوجد فيما يوجب ضياع أصل العين!
وبالجملة: دعوى القطع بان اخذ حبس العين بشخصها في الوقف، انما يكون ما دام لم يؤدي إلى الانعدام، والا فيبدلها ليست مجازفة. (ص ١٠٩)

والحاصل: أن الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكل. (٥٢)

الأصفهاني: قد مر أن المراد إن كان مجرد عدم محبوسية العين لانتهاؤ أمدها بتعذر الانتفاع بها مع بقائها فهذا وإن كان ملائماً لارتفاع المانع، إلا أن ذلك مساوق لارتفاع الوقفية، وهو خلاف

مبناه، وإن كان توسعه دائرة الوقفية إلى حيثية المالية فمجرد ارتفاع الوقفية عن شخص العين بما

هي لا يجدي مع أنها بما هي مال محبوسة، فلا بد في تصحيحه من البيان المتقدم في الحاشية المتقدمة

أنفا. (ج ٣ ص ١١٣)

(٥٢) الإيرواني: هذا أول ما استدل به على جواز البيع وليس حاصلًا لما تقدم إذ لم يتقدم الا دفع

الموانع وابطال شمول الأدلة المانعة ومن المعلوم ان مجرد دفع شمول الأدلة المانعة لا يثبت به المدعي

الا ان يكون غرضه التمسك بعموم أدلة المعاملات مثل أوفوا وأحل بدفع مزاحماتها. (ص ١٧٤)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن ما أفاده قدس سره إلى هنا كان مسوقاً لبيان قصور أدلة المنع،

وبعبارة أخرى: قصور جعل الشارع وجعل الواقف عن المنع عن البيع، وما أفاده قدس سره في هذه

العبارة بيان لمقتضي الجواز بل اللزوم، ومنه يعلم أنه ليس متحصلاً مما أفاده أولاً.

وتحقيق الحال في هذه الشقوق المذكور: أن العين الموقوفة مال على الفرض وابقائه حتى يتلف في

نفسه تضييع للمال، وكون هذا التضييع لاجل المنع عن البيع شرعاً يوجب جواز هذا التضييع، لا

أنه ليس بتضييع بل ضياع كما عن شيخنا الأستاذ في رسالة الوقف فإنه تضييع تشريعاً من الشارع، وتضييع تكويناً من الموقوف عليه، فيكون كالموارد التي حكم الشارع بجواز الاتلاف أو

وجوبه كآلات اللهو وأوراق الدم، فإن حكم الشارع بالجواز أو اللزوم لا يوجب خروج الموضوع عما هو عليه.

غاية الامر وقوع التعارض بين دليل المنع عن بيع الوقف ودليل حرمة التضييع بالعموم من وجه،

فلا بد من موجب لتقديم دليل حرمة التضييع في مورد الاجتماع.

والأول تضييع منافع لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه، وبه يندفع استصحاب المنع (٥٣)، مضافا إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضي الوقف، (٥٤) وهو ارتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه.

وليس لدليل السلطنة هذا الشأن كما هو واضح.

هذا كله مضافاً إلى أن عنوان الوقفية عنوان ثانوي للمال، ودليل الحكم على الشيء بعنوانه الأولى لا يعارض دليل الحكم عليه بعنوانه الثانوي عرفاً، بل السلطنة حكم طبعي للمال بما هو

مال لا للمال بجميع عناوينه. (ج ٢ ص ١١٦)

(٥٣) الإيرواني: جميع الحقوق دائرة مدار المنفعة فإذا سقطت العين عن المنفعة ارتفع دليل الوقوف

حسب ما يوقفها أهلها المثبت لحق الله لعدم بقاء مصرف للعين لتقتضي دليل الوقوف صرفها في

مصرفها والملك المجرد عن كل شيء لا يصح توجه دليل الوقوف وارتفاع حق الواقف وحق

البطون فإن الحقيين باعتبار الانتفاع دنيويًا في الموقوف عليهم أخروياً مترتباً على الدنيوي من باب من

سن سنة حسنة فله مثل اجر من عمل به في الواقف والحاصل لا يتصور الحق في الملك المجرد

عن المنفعة ليجب تبديل العين حفظاً للحقوق.

نعم ان ثبت ان الحق قائم بالأعم من العين والبدل فما دامت العين ذات منفعة كان الحق في العين

وإذا حلت عن المنفعة انتقلت إلى البدل ووجب حفظ هذا الحق بالتبديل لكن ذلك أول البحث.

(ص ١٧٤)

(٥٤) الإيرواني: وجوب العمل بالوقف المستفاد ذلك من دليل الوقوف من المقارنات للمنع عن

البيع لا سيما على مذهب المصنف من كون المنع عن بيع الوقف حكماً تعبدياً غير مأخوذ في حقيقة

الوقف.

نعم ان علم أن علة المنع عن البيع بقاء العين لاجل ارتفاع البطون اقتضي ذلك ارتفاع المنع بارتفاع علته من غير شك يحوج إلى الاستصحاب.

وأما الثاني - فمع منافاته لحق سائر البطون (٥٥) - يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله والثالث هو المطلوب (٥٦)

نعم ان شك في هذه العلية كان المجال مجال الاستصحاب إن لم يكن موضوع المنع عنوان ذي المنفعة

أو احتمال ان يكون موضوع ذلك. (ص ١٧٤)

الأصفهاني: ظاهر مساق كلامه قدس سره يقتضي كون المقام من القسم الثالث من استصحاب

الكلبي، فلذا عبر بقوله فلا يبقى ما كان في ضمنه، مع أن السلطنة على الانتفاع بالعين المقتضية

لابقاء العين وعدم اتلافها ونقلها ليست بالإضافة إلى مقتضاها نسبة الكلبي والفرد، حتى يكون

المنع عن البيع موجودا بوجود ذلك الفرد من السلطنة المرتفعة بعدم قابلية العين للانتفاع، بل من

قبيل اللازم والملزوم وارتفاع الملزوم لا يقتضي ارتفاع اللازم، لامكان قيامه بملزوم آخر.

وأما حمله على إرادة ارتفاع الموضوع - نظرا إلى أن العين المنتفع بها هي الموضوع للمنع السابق

وقد ارتفع - فهو بعيد جدا عن العبارة، مع اندفاعه بأن الموضوع عرفا للمنع عن البيع شخص

العين لا بما هي منتفع بها، وحيثية الانتفاع حيثية تعليلية في نظر العرف لا تقييدية، بل ليست

حيثية تقييدية للموضوع الدليلي أيضا كما يظهر لمن راجع الأدلة المانعة عن بيع الوقف. (ج ٢ ص ١١٨)

(٥٥) الإيرواني: بمنافاته لجميع الحقوق الثلاثة التي ذكرها في الشق الأول. (ص ١٧٤)

(٥٦) الإيرواني فيثبت به المدعي في الجملة مقابل المنع بالكلية نعم يقع البحث في جواز تصرف

البطن الموجود في عين الثمن وا تلافه أو انه يصير وقفا بالتبديل أو يحتاج إلى اجراء صيغة الوقف

لكن ذلك كلام آخر ثم إن ما ذكره المصنف من الاستلزام لعله مختص بخصوص المقام من كون

العين ملكا للبطن الموجود فإذا جاز اتلافه جاز بيعه فإنه مصداق من مصاديق الاتلاف وإلا فلا

ملازمة كلية بين جواز الاتلاف وجواز البيع كما هو واضح فان المباحاة أصلية كانت أو بإباحة

من المالك أو الشارع بجوز اتلافها ولا يجوز بيعها. (ص ١٧٤)

نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون،

فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل. (٥٧) وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

(٥٧) الآخوند: فكان حاله حال ما لا يمكن تبديله، ولا ينافي ذلك الأبدية المعتبرة في الوقف،

ضرورة انها انما يكون في قبال التوقيت، الا ان يدعي اعتبار التأيد ولو بالبدل، فافهم. الأصفهاني: بتقريب: أن ظاهر انشاء الوقف تعلقه بشخص العين لاجل انتفاع جميع الطبقات على

فرض بقائها إلى زمانهم، فإن غيره غير معقول، إذ حسبها لهذا الغرض لا يعقل انفكاكه عن هذا

الغرض فينتهي أمد الوقف بانتهاء الغرض، فكما لا ملك للمعدومين فعلا لا ملك لهم شأننا أيضا،

إذ الملك الشأني مرتب على بقاء العين بحيث ينتفع بها، والمفروض أنه مع بقائها إلى زمانهم لا ينتفع

بها فكيف يكون لهم ملك شأني، وحيث لا ملك فعلا ولا شأننا للمعدومين فلا حق لهم في العين حتى

يجب رعايته على الموجودين، ومن البين أن بيع ما لاحق للمعدومين فيه لا يقتضي اشتراك المعدومين مع الموجودين فيه.

ودعوى: أن ملك الموجودين لم يكن بطلق فثمنه أيضا ليس بطلق، وبعبارة أخرى لا مقتضى

للاختصاص، لا أن حق المعدومين يمنع عن الاختصاص.

مدفوعة: بأن كون الملك طلقا أو غير طلق باعتبار كونه ملكا لسائر الطبقات شأننا، وإذا فرض

عدم معقولية الملك الشأني لهم فلا يكون ملك الموجودين غير طلق، والاستقلال وعدمه ينتزعان

من الاشتراك الملكي وعدمه، فملك من ينتهي إليه العين اختصاصي استقلالي قهرا.

والجواب: ما مر سابقا من أن تسبيل المنفعة إذا كان مضيقا لدائرة الحبس فالامر كما ذكر، وإن

كان موسعا لدائرته فلا كما عرفته مفصلا، فتدبر. (ج ٢ ص ١١٩)

ومما ذكرنا يظهر: أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود، وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك - كالإسكافي والعلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني، وحكي عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك، (٥٨)

الإيرواني: إذا قلنا بوجوب مراعاة الأصل لحال البطون فالواجب مراعاة الأطول عمرا والأدوم
نفعا من افراد ما تيسر من البديل زاد على عمر الأصل أم نقص وليس عمر الأصل معيارا وذلك أن
الحق لم يتقدر بقدر دوام الأصل إذ لم يتقوم به والا لما كان التبديل جائزا بل تقوم بالأعم منه
مع العمران ومن بدله مع الخراب فكان التبديل جائزا بل واجبا حفظا لهذا الحق للبطون اللاحقة
فإذا تيسر بدل طويل العمر كان الحق طويل العمر ووجب تحصيل هذا البديل حفظا للحق الطويل العمر.
نعم إذا كان التبديل في كل طبقة ميسورا وحفظ الحق في الابدال المتتالية ممكنا جاز الاقتصار في
التبديل على قصير العمر بناء على أن حكم الأصل وهو المنع عن البيع اختيارا لا يجري في البديل
فيبدله البطون اللاحقة بديل آخر وهكذا يكون الحق محفوظا في ابدال متتالية.
اما وجه تأمل المصنف فقد تقدم وجهه في الحاشية السابقة وهو انه لا وجه لمراعاة عمر الأصل
وجعله معيارا بل اللازم مراعاة أطول اعمار افراد البديل نقص عن عمر الأصل أم ساواه أم زاد
عليه الا مع تيسر التبديل للبديل في البطون اللاحقة فيجوز التبديل بالنقص عمرا حينئذ كما
يجوز ذلك مطلقا لولا وجوب مراعاة غبطة البطون. (ص ١٧٥)
(٥٨) الآخوند: لا ريب فيه على تقدير كون الوقف مما يتعدد فيه المطلوب، ويكون بحسب حقيقته
ذا مرتبتين، حبس العين بنفسها ما دام ممكنا، وحبسها ببديلها فيما لم يكن.
واما على تقدير كون الوقف ذا مرتبة واحدة، فان قلنا انها تملك العين لخصوص من يبقى إلى
زمانه من البطون، فالثمن للبطن الموجود لعدم دخل للبطون اللاحقة في العين أصلا، كما لا يخفى.

فإن المبيع إذا كان ملكاً " للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك، فإن الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تمليك الواقف وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي، لا الشأني. (٥٩)

(٥٩) الإيرواني: معني بالقوة هو الملكية على تقدير حتى لا يكون فعلاً شيء موجود غير صدق
القضية الشرطية ولو كفي هذا المقدار في وقوع المعاملة لجاز للوارث بيع مال مورثه لصدق
الشرطية ولو نوقش بانتفاء المقتضي للملك هناك وهو موت المورث بخلاف المقام الموجود فيه
المقتضي وهو اجراء صيغة الوقف كان لنا النقص ببيع الموصي له العين الموصي بها حال حياة
الموصي مع أن التفكيك بوجود المقتضي وعدمه مما لا وجه له فلو صحت المعاملة بالملكية التقديرية
صحت مع وجود المقتضي وعدمه ولو لم تصح لم تصح كذلك.
وبالجملة: الملكية الشأنية غير كافية في صحة المعاملة شرعاً وان كان لا تبعد كفايتها عرفاً فان
الاعتبار العرفي يساعد على ذلك حتى في مثل بيع الوارث مال مورثه فتكون نتيجته ان بالموت
ينتقل المال إلى المشتري فحيث لم يكف الملك الشأني في جواز البيع شرعاً دار الامر بين بطلان البيع
رأساً وبين صحته في مقدار استحقاق البطن الموجود ومقدار ملكهم الفعلي حتى يعود المبيع بعد
موتهم إلى البطن اللاحق وحيث إن الأخير باطل فان البيع ان صح ينتقل المبيع رأساً ولا ينقطع
الملك بحسب الأزمنة تعين الأول وهو البطلان رأساً.
لكن الحق كما عرفت غير مرة ان هذه المعاملة مستقلة لا دخل لها بالبيع ونتيجتها اسراء صفة
الوقف من مكان إلى مكان ومن عين إلى عين فيعود الثمن بسبب هذه المعاملة وقفا والمبيع ملكاً
طلقاً ويكون الثمن مشتركاً بين البطون حسب ما جعل الواقف للأصل وممنوعاً عن البيع كالأصل
الا ان المصنف لم يجر عليه تمام احكام الأصل بل جوز تبديله اختياراً مع التزامه بصيرورته وقفا
بالتبديل.

ودعوى: أن الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها انشاء الواقف له كانشائه
لملك

الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك
المعدوم

على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود وإليه أشار
الشهيد قدس سره في الفرع الآتي، حيث قال: إنه - يعني الثمن - صار مملوكاً على حد
الملك

الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حده خلافاً لظاهر بعض العباير المتقدمة، واختاره
المحقق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول

ولعل وجهه: أن الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلق حق البطن اللاحقة به، فإذا
فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، ولا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع
تعلقه بالثمن، ولا دليل عليه ومجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظي
يقتضي البدلية والتنزيل، بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك.

وفيه: أن ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود، لزم
منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً
مستمرًا وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون إلا
بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثلثين. (٦٠)

(٦٠) الأصفهاني: هذا هو الصحيح والحق الصريح، ومرجعه كما ذكرنا إلى عدم المقتضي
للاختصاص لا إلى المانع عنه، كما يوهمه التعبير بأنه حيث كانت العين متعلق حق
المعدومين قام

البدل مقامه في كونه متعلق حق المعدومين، لما عرفت من عدم حق لهم إلا الملك الثاني
الذي ليس

عندنا هو سنخا من الاعتبار المجعول. وأما حديث اقتضاء البدلية لقيام المبدل في جميع ما
له من
الإضافات،

ومما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون في الثمن أولي من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث إنه بدل شرعي يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف، فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه، بخلاف الثمن، فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض. (٦١)

فاعتبار بقاء المال بما هو يقتضي بقاء إضافة الملكية والرهنية، بخلاف حق الموقوف عليه المعدوم

فإنه لو فرض حق فعلي للمعدومين فهو حق في العين المحبوسة، وتدارك المالية يقتضي بقاء المال لا

بقاء العين بما هي عين.

ومنه تبين: أن القول باشتراك المعدوم من حيث الحق الفعلي لهم ممنوع صغري وكبرى، أما

الصغرى فيما مر مرارا، وأما الكبرى فيما عرفت آنفا أن الحق الفعلي لهم إنما هو في العين، واعتبار الضمان اعتبار تدارك المال لا تدارك العين، كما أن اعتبار التبدل البيعي اعتبار المبادلة

في الملكية لا في غيرها، كما أنه تبين اختلاف البدلية المعاملية والقهرية، واختلاف الموارد والحقوق المتعلقة بالعين بما هي وبالمال بما هو فتدبير جيدا. - (ج ٣ ص ١٢٣)

(٦١) الإيرواني: إذا كان الاستحقاق للدية بعنوان البدل ولذا يشترك فيه البطن الموجود مع التعدد لم يعقل فرق بينه وبين المقام فإن ملاك الاشتراك بين البطون هو اقتضاء البدلية ذلك ولا يعقل الفرق بين أن يكون جاعل البدل هو الشارع أو العبد نعم لو كان استحقاق الدية لا بعنوان

البدلية بل كان تمليكا تعبديا ابتدائيا أو بدلا عن ملك البطن الموجود أعني ذلك الملك الموقت الذي

فاتهم بقتل العبد صح اختصاص البدل بهم (ص ١٧٥)

الأصفهاني: وجه الأولوية إما كون البدلية في أحدهما شرعية وفي الآخر معاملة، وإما تأخر صيرورته بدلا للآخر ومقارنته له، وشي منهما لا يقتضي الأولوية. أما البدلية الشرعية والمعاملية فالوجه فيها أن قيام أحدهما مقام الآخر إن كان مقتضيا لتعلق كل إضافة تكون للمبدل

ببدله فكونه بحكم الشرع أو بانشاء المتعاملين لا يوجب التفاوت في حقيقة البدلية،

ومن هنا اتضح أيضا أن هذا أولي بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهنا، لان حق

الرهنية متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكة الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بانشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه في الوجود (٦٢)

مع أنك قد عرفت أن البديل المعاملي ربما لا يقتضي إلا تعلق إضافة خاصة بالبديل، والمبديل الشرعي ربما يقتضي تعلق جميع إضافات المبديل ببده. وأما تأخر البدلية في الحكم بالبدية دون

المعاملة البيعية فهو وإن كان صحيحا من حيث تأخر الحكم عن موضوعه طبعاً، فالاتلاف الذي

هو موضوع للحكم بالبدية متقدم طبعاً على حكمه، بخلاف الخروج والدخول في البيع فإنه بسبب

واحد، فهما معلولان لعلة واحدة، فهما في مرتبة واحدة، إلا أنه لا يجدي في مقتضيات البدلية،

فإن دية العبد المقتول حيث إنها بعنوان قيمته وفرضه باقيا بتدارك ماليته، فلازمه تعلق كل إضافة به بما هو مال، بل الصحيح على مبناه قدس سره أنه فيما نحن فيه لا موجب للاختصاص،

فيكون البديل بدلا في الملك لا في الملك وغيره، بخلاف دية العبد المقتول فإنه قيمة العين المحبوسة بما

هي، فهي لمن تلفت منه العين فعلا لا لمن له شأنية إضافة العين به إذا وصلت النوبة إليه.

(ج ٣ ص ١٢٥)

(٦٢) الأصفهاني: محصله: امكان دعوى كون حق الرهانة متفرعا على ملك الراهن فيزول الحق

بزوال الملك، وحدوثه بحدوث ملك البديل يحتاج إلى دليل، بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فإنه

غير متفرع على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله، بل جميع الملكيات والاختصاصيات في عرض

واحد بحسب مقام الانشاء، وفي طولها بحسب مقام الوجود خارجا، فإذا زالت جميعها بالبيع

حدثت ابدالها وأمثالها بمقتضي المبادلة، ولا معني لحدوث بعض الاختصاصات المماثلة فقط

بالاشتراء،

وقد تبين مما ذكرنا: أن الثمن حكمه حكم الوقف في كونه ملكا " لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان مما يمكن أن يبقى وينتفع به البطون على نحو المبدل وكانت مصلحة البطون في بقاءه أبقى، والا أبدل مكانه ما هو أصلح. (٦٣) ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البدل، بل نفس البدلية تقتضي كونه كالمبدل، ولذا علله الشهيد قدس سره في غاية المراد بقوله: لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حده.
(٦٤)

وأما إذا قلنا بأن العين ملك فعلي مرسل للطبقة الموجودة ومتعلق الحق الفعلي لسائر الطبقات، فلا فارق بين ما نحن فيه ومسألة الرهن. ومنه تعرف أن العمدة عدم كون الطبقة الموجودة ذات ملكية مرسله مطلقة، وإلا فبناء على مجرد الحق للطبقات اللاحقة فالامر بالعكس، لان حق الرهانة حق فعلي دون حق الطبقات اللاحقة، فإنه بلا وجه، نعم تحقيق الحال في الرهن ما عرفت سابقا. (ج ٣ ص ١٢٦) الإيرواني: بل الرهن أولي بالحكم منه فان حق الرهانة إذا كان مترتبا على ملك الراهن للعين فإذا انتقل الملك من العين إلى البدل انتقل الحق القائم به قيام العرض بموضوعه وهذا بخلاف المقام غير القائم حق البطون اللاحقة فيه بعنوان ملك البطن الموجود لينتقل بانتقاله بل ملك الجميع وارد في عرض واحد على العين هذا مضافا إلى فعلية حق الرهانة وعدم فعلية ملك البطون وكونه شيئا موجودا فصح ان يملك البطن الموجود للثمن بإزاء ملكهم الفعلي ولا يملك سائر البطون (ص ١٧٥) (٦٣) الإيرواني: قد تقدم تعيين التبديل بمثل ذلك وانه لا يجوز التبديل بما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالدرهم الا إذا فرض له منفعة من مثل التزيين وشبهه (ص ١٧٥) (٦٤) الإيرواني: بل لو قبل بالاحتياج اتجه سؤال انه لمن يكون البدل قبل اجراء صيغة الوقف وهل يكون بحكم الا صل في الانتقال إلى سائر البطون أولا ثم ما هو الملزم لا جراء الصيغة

ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطون، فلهم أو لوليهم أن ينظر فيه ويتصرف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ولو بالابدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه الا لعذر، لان ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائي، وبدل الوقف إنما هو بدل له في كونه ملكا للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي. (٦٥)

بل المبادلة البيعية وهو جعل شئ بإزاء شئ يختلف باختلاف المقامات، ففي مثل بيع ما انعتق عليه يكون الثمن للمشتري لعدم المانع، وينعتق المبيع بمجرد قطع إضافة البائع عنه، وما قطع اضافته عن البائع ولم يمكن صيرورته ملكا للمشتري يكون منعتقا قهرا، كما أن بيع الدين على من هو عليه يكون ساقطا قهرا، فأثر البيع هو الانعتاق تارة والسقوط أخرى، وإذا كان المبيع وقفا فحيث قطعت إضافاته الخاصة وأضيفت بالمشتري صار ملكا طلقا له. وحيث إن البدل يقوم مقامه في تلك الإضافة الخاصة المتخصصة بالمحبوسية يصير وقفا، فلا حاجة في صيرورية البدل ملكا وقفيا - بل وقفا محضا كما في الأوقاف العامة - إلى أزيد من البيع الذي ليس مقتضاه الملكية المحضة من الطرفين، بل يقتضي الملكية المحضة تارة والملكية الوقفية، بل الوقفية المحضة أخرى، والانعتاق الثالثة، أو السقوط رابعة وهكذا، والجامع جعل شئ بإزاء شئ مما يترقب فيه من الأثر من الطرفين بخصوصيات المقامات. وهذا البيان يناسب جواز البيع لحفظ غرض الواقف، وكونه صدقة جارية له من دون حاجة إلى اجراء صيغة الوقف، وبعد صيرورته وقفا حقيقة بمجرد البيع يترتب عليه جميع لوازمه كعدم التصرفات وما ينافي غرض الواقف. نعم إذا كان هناك أثر شرعي محض صح التكلم في أنه من آثار الوقف الابتدائي أو مطلق الوقف، فتدبر. (ج ٣ ص ١٢٨)

(٦٥) الإيرواني: بل لهم بانضمام الولي عن سائر البطون كما في النظر في الأصل.

ومما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف - كما هو ظاهر التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة - بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصح، لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين فاللازم ملاحظة مصلحتهم، خلافا للعلامة وولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع الامكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف (٦٦)

نعم ولاية ناظر الوقف في ذلك تتوقف على ثبوت امرين الأول ولايته في بيع الأصل الثاني انتقال

هذه الولاية من الأصل إلى البدل.

وعلى كل حال تكون الولاية للحاكم مع عدم ولي خاص منصوب من قبل الواقف ثم إن جواز

تبديل اختيارا بلا طر و شيء من المسوغات محل نظر بل منع لا لان هذا الوقف بحسب الاعتبار

العرفي هو ذلك الوقف الصادر من الواقف غاية الامر تغيير بالتبديل مورده ومحله فيشملة دليل

الوقف حسب ما يوقفها أهلها وذلك أن دليل الوقوف بعد ورود التخصيص عليه عند طر و المسوغات لا وجه للرجوع اليه في الأصل فضلا عن البدل لعدم عموم أزماني فيه وليس البدل

مصدقا مستأنفا للوقف ليشمله دليل الوقوف شمولاً ابتدائياً بل لان البدلية كما اقتضت ملك البدل

على نحو ملك الأصل في استحقاق البطون كذلك اقتضت ملك البدل على نحو ملك الأصل في

كيفية الملك وكونه ملكا خاصا على سبيل الوقف والحبس عن الانتقال بشيء من النواقل وكان ما

ذكره المصنف جار على مبنا من عدم كون المنع عن البيع داخلا في حقيقة الوقف كي يسري إلى

البدل بسراية الوقف بل هو من الأحكام الثابتة بحكم الشرع والمتيقن من ثبوته هو الوقف الابتدائي الصادر من الواقف فالوقف وقف صادر من البائع وحكمه أن لا يباع ووقف

حاصل بتبديل ذلك الوقف وهذا يجوز بيعه (ص ١٧٥)

(٦٦) الإيرواني: لم يسبق منه ما يظهر منه ذلك (فلا وجه لقوله ومما ذكرنا يظهر) وظاهر عبارته

ان كلامه في البدل وانه لا يجب ان يشتري بالبدل ما يماثل الوقف ويحصل به غرض الواقف

وفيه - مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة، وقد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معيناً من دون تعلق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستاناً في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملكاً آخر يصل إليهم أجرة منفعته، فإن الأول وإن كان مماثلاً إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف: أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في

إنشاء الوقف، ليجري الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل: أن الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف

عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم هذا وقال العلامة في محكي التذكرة: كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولي، والا جاز شراء كل ما يصح وقفه، والا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء، لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف، حيث شرط التأيد، فإذا لم يمكن التأيد بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل

تحت الأول الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية الكلية تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه،

مع أنه يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول، ويقدر وجوده حال الوقف وقال بعض علمائنا والشافعية: إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأي، انتهى ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول في كلامه قدس سره (٦٧)

(٦٧) الإيرواني: موقع القبول أصل البيع وشراء عين أخرى مكانه

ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان، لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف، (٦٨)

وموقع الرد وجوب مراعاة المماثلة في العين المشتراة فإنه يجوز شراء كل ما يصح وقفه
ماثل
الأصل أو خالف وأيضا موقع الرد صرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين أخرى
مكانه
فإن الواجب حفظ الثمن حتى يتمكن من شراء ما يصح وقفه كما أن الواجب التأمين
المذكور بمجرد
تعذر المماثل حتى يتمكن منه ان كان شراء المماثل واجبا ولم يكن وجه للتعدي إلى غير
المماثل
بتعذر المماثل. (ص ١٧٦)

(٦٨) الآخوند: لا اشكال فيه أن كان هذا من احكامه ولا يختص الثمن بالبطن الموجود.
اما إذا كان من مراتبه فالمتولي له هو المتولي المنصوب من الواقف، إلا أن لا يكون توليته
بحسب

جعله بحيث يعم المرتبة الثانية من الوقف. (ص ١١٠)
الإيرواني: الحاكم نائب عن صغار الموجودين سواء كانوا من اهل الطبقة الأولى أم من
اللاحقين
وكذا عن المعدومين واما الكبار سواء كانوا من اهل الطبقة الأولى أم من غيرهم فهم
يباشرون
بنفسهم وإن لم يملكوا بالفعل لان العلة التي اقتضت قيام الحاكم مقام الصغار والمعدومين
اقتضت
قيامهم بأنفسهم مع الكبر ومن ذلك يظهر ان الحاكم يستقل بالتصرف مع صغر جميع
الموجودين.

(ص ١٧٦)
الأصفهاني: أما البطن الموجود فلمكان ولايته على نقل الاختصاص الذي يختص به ما دام
موجودا، وأما الحاكم ففي الأوقاف العامة لولايته على ما كان لله فيكون لوليه فيكون لنائبه
وهو

الفقيه، وفي الأوقاف الخاصة لولايته على المعدومين إما من باب كون الحاكم ولي
القاصر، أو
لكونه ولي الممتنع الشامل للامتناع عن اختيار أو عن اضطرار كالعائب.
وفي الكل نظر: أما الوقف العام: فلانه لا دليل على كونه ملكا له تعالي بالملكية الاعتبارية،
وكونه

صدقة له لا يوجب تبديلا معامليا بين الواقف وبينه تعالي، حتى يكون الوقف له تعالي ملكا

إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين
(٦٩)

والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف (٧٠)

وفيه: أن مثله إن كان من الوقف على نفسه فلا فرق بين مباشرة الموقوف عليه أو مباشرة
الناظر
أو الحاكم، لأن المالك للبدل على أي حال هو الموقوف عليه، فالوقف عليه وقف على
مالك العين،

والوقف عليه غير صحيح سواء كان بمباشرة نفسه أو بمباشرة غيره.
وأما تولي الحاكم من أجل ولايته على الواقف لقصوره بموته.
ففيه: أن الواقف - بعد زوال الملك عنه بوقفه - أجنبي عن الموقوف ليتولى الحاكم من
قبله، فلو

كان موجودا أو كان غير قاصر لم يكن له تصدي الوقف ليقوم الحاكم مقامه في حال
قصوره
. وأما حديث الوقف على النفس، فإن كان محذوره عقليا، لاجل أن الوقف يتضمن
التمليك،

وتمليك المالك تحصيل للحاصل.
فهو مندفع: لأن الغرض هنا من إجراء صيغة الوقف ليس حصول الملك لحصوله بنفس
البيع،
فما يترقب من صيغة الوقف عنوان آخر غير حاصل بالبيع، فليس فيه ذلك المحذور العقلي،
وإن كان

الاشكال للمنع منه تعبدا إجماعا فالمتيقن منه صورة الوقف الابتدائي.
(٦٩) الأصفهاني: الموجب لعدم شمول الاطلاق له أن البيع مبطل للوقف، والظاهر من
جعل

النظارة على الوقف جعل القيم على الوقف مع حفظ عنوانه، لا جعل المزيل له ومن يتصدى
ابطاله

وفيه: أن البيع إذا كان حفظا للوقف بعنوان حفظ مالية العين الموقوفة بتبديلها فهو من أهم
الأمر الملحوظة للواقف. (ج ٣ ص ١٣٢)

(٧٠) الأصفهاني: لأنه على فرضه ليس بوقف، وليس له إلا النظارة على الوقف،
وأما من يقول بأن البدل موقوف بانشاء الواقف في المرتبة الثانية فهو من النظارة على
الوقف،

لكن المبني غير سديد

ويحتمل بقاءه، لتعلق حقه بالعين الموقوفة، فيتعلق ببدلها (٧١) ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه - كالتقديين - فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون،

وحينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدة (٧٢)

نعم بناء على أن البيع بعنوان حفظ المالية الموقوفة في بدلها، وأن البدل وقف بنفس البيع يمكن

أن يقال بنظارته على البدل، لأن عنوانه بقاء ذلك الوقف، فليس نظارة الناظر على غير الوقف أو

على غير ذلك الوقف. (ج ٣ ص ١٣٢)

(٧١) الأصفهاني: هذا وجه آخر لبقاء النظارة وهو: انتقال الحق المجعول له إلى البدل على حد

انتقال الملك إليه، ونظيره انتقال حق الوصاية إلى البدل إذا أئلف الموصي به أحد، فإنه لا يكاد

يشك في أن أمره بيد الوصي، لا أن حق وصايته يزول باتلاف الموصي به. ويندفع: بالفرق بين المقامين، فإن حق الوصاية متعلق بالموصى به لا من حيث شخصية العين، بل

من حيث إنه مال الموصي فيتعلق ببدله، فإن اعتبار ضمانه اعتبار بقاءه بما هو مال، بخلاف حق

النظارة فإنه حق في العين بما هي وقف لا بما هو مال، فمع تسليم زوال الوقفية وعدم كون البدل

وقفاً بعنوان بقاء المبدل لا موجب لانتقال الحق من المبدل إلى البدل، فلا مناص من الوجه الذي ذكرناه في الحاشية السابقة. (ج ٣ ص ١٣٢)

(٧٢) الإيرواني: لا يجوز رفعه إلى البطن الموجود ولا تقسيمه بين البطون مع إمكانه بل لا بد من

شراء عين تكون وقفاً مكان الأصل تنتفع بها البطون بل قد عرفت عدم جواز التبديل بالتقديين مع

عدم منفعة فيهما بل تترك العين الموقوفة بنفسها ف يد البطن الموجود حتى يتمكن من بدل ذي

منفعة يصح وقفه.

بل يمكن أن يقال إن لهم تعطيل العين وترك التبديل حتى مع فرض التمكن من التبديل ببدل كذائي إذا فرض استمرار هذا التمكن للبطون اللاحقة لأن الحق لهم فجاز تركه

ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته، (٧٣) ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما

يشتر به من غير خيار. نعم، لو رضي الموجود بالاتجار به وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل (٧٤)

(٧٣) الإيرواني: طلب أم لم يطلب بل كرهه تحب المسارعة إلى التبديل بما هو اصلح الميسور خياريا

أو غير خياري نعم لو قيل بانحصار الحق فيهم جاز لهم ترك التبديل بغير الخياري فضلا عن

الخياري الا إذا فرض عدم تيسر التبديل بعد هذا في البطون اللاحقة (ص ١٧٦) الأصفهاني: لان الانتفاع به في مدة الخيار حق له بالخصوص من غير مزاحم، فله اشتراء ما ينتفع

به بالبيع الخياري، وعند وصول النوبة إلى البطن اللاحق يكون الثمن كما إذا كان باقيا على حاله من دون ضرر على البطون اللاحقة، نعم بناء على أن بدل الوقف وقف بمقتضي انشاء الواقف كما قيل، أو بمقتضي المبادلة البيعية كما ذكرنا لا معني لا اشتراء ما يكون وقفا إلى أمد

مخصوص، بل لا بد من شراء ما لا خيار فيه، فتدبر.

لا يقال: بناء على هذين الوجهين لا بد من بيع العين الموقوفة بالمماثل الذي ينتفع به، ليتصور

فيه معني الوقف، وهو حبس الأصل وتسبيل الثمرة، مع أن النقد الذي يراد كونه وقفا لا ثمرة له

حتى يتصور تسبيلها، وهو يشهد بأن البدل ملك للبطون فقط لا أنه وقف يترتب عليه احكامه.

لأننا نقول: البدل الذي ينتفع به هو الذي يقبل كونه وقفا بانشاء الواقف أو البيع لا مطلق بدل

الوقف، إلا أن حفظ المالية الموقوفة متوقف على البيع بالنقد الذي يجب به حفظ الوقف - بما هو

وقف - في ضمن المماثل الذي يشتري بالنقد، فلا نقض على الوجهين.

(٧٤) الإيرواني: الثمن بالتبديل يكون وقفا فكيف يسوغ الاتجار به نعم التبديل بالأصلح عنوان

اخر غير التجارة قد تقدم تجويزه من الصنف. ثم إنه لا وجه لايراد الخسران على البطون اللاحقة

ان خسرت التجارة فالربح يكون للجميع والخسارة تختص بالموجودين. (ص ١٧٦)

والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون، لأنه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي،
(٧٥)

ثم لا فرق فجميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه، فبياع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفا ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل، (٧٦) لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة (٧٧) ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على

نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجا " إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة،

(٧٥) الإيرواني: والمفروض ان البيع بأجمعه وقع بإزاء الثمن المشترك بين البطون على نحو خاص فالبيع أيضا يكون كذلك على ما هو قضية البدلية لا ان بعضه يختص بالبطن الموجود بعضه الاخر

يشترك بين البطون. (ص ١٧٦)

(٧٦) الإيرواني: الكل يعني الموجودين البالغين من البطون مع ولي غير الموجودين وغير البالغين. (ص ١٧٦)

(٧٧) الإيرواني: قد عرفت أن الثمن يكون وقفا لا يجوز تبديله. نعم يقع الكلام في جواز اعطاء النصف الخراب أجرة لتعمير النصف الاخر وتوفير منافعه.

ثم إن مجرد كون الثمن ملكا للبطون لا يقتضي ان يصرفه في كل ما يرونه صلاحا والمتيقن جواز

تبديله بما يكون وقفا ليستمر الوقف في الابدال المتتالية بعد تعذر استمراره في الأصل ومنه يظهر

عدم جواز صرفه في وقف اخر عليهم كذلك. (ص ١٧٦)

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 البطون اللاحقة إلى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف اخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم. وهنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.
(٧٨)

(٧٨) الإيرواني: بل وان رضي البطن الموجود فان اللازم تحصيل وقف اخر مكانه يبقى مثل اصله وينتفع به البطون لا صرف النصف الخراب في تعمير النصف الاخر بل يبذل الخراب الفعلي بعين ثم إذا خرب النصف الاخر يبذل أيضا بعين تكون وقفًا مكانه ولم يدل دليل على وجوب تعمير الوقف الأصلي لئلا يطراه الخراب ودليل الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها لو اقتضى وجوب حفظ الوقف عن عروض المسوغات لوجب تعمير الوقف ولو بيع الجزء غير الخراب بل ولو من كيس الموقوف عليهم (ص ١٧٦)

الأصفهاني: ومنشأ الوجهين من حيث دوران الامر هنا بين عدم انتفاع البطن اللاحق بالجزء العامر من العين عند وصول النوبة إليه، وعدم انتفاع البطن الموجود بالجزء البائر من حيث إن منفعة بدله كلا راجع إليه ما دام موجودا، وكذا يدور الامر في المسألة الآتية بين عدم انتفاع البطن اللاحق بالعين، وعدم انتفاع البطن الفعلي بالمنفعة التي هي ملك طلق له. ومجرد الفرق - بين كون المنفعة هناك ملكا طلقا للبطن الفعلي وعدم كون بدل الجز البائر لخصوص

البطن الفعلي - غير فارق، بعد ملاحظة أن منفعة بدل البائر كلا للبطن الفعلي أيضا، إلا أن الظاهر عدم لزوم الصرف في عمارة العين بلحاظ زمان الطبقة اللاحقة، إذ ليس هنا ضرران يدور

الامر بينهما، بل الضرر بطبعه متوجه إلى الطبقة اللاحقة، لعدم حاجة العين إلى العمارة فعلا بوجه، وصرف المنفعة أو صرف البديل من باب سد باب الضرر الوارد على الغير، لا من باب

دفع الضرر عن نفسه باضرار الغير، فتدبر. (ج ٣ ص ١٣٤)

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به، بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه، كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدا به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطي به الا ما كان منفعته كمنفعة العرصه، فلا ينبغي الاشكال في عدم الجواز وإن كان يعطي بثمانه ما يكون منفعته أكثر من منفعة العرصه، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان: من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضي للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدي نفعاً، وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه: لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف، ولم يجز بيعها (٧٩)

(٧٩) الإيرواني: لا يخفى ان الجواز في الصورة السابقة مقتضى عمومات نفوذ البيع بعد انصراف الأدلة المانعة عن بيع الوقف عنها وتلك العمومات بعينها قاضية بالجواز هنا أيضا، فان انصراف الأدلة المانعة انصراف عرفي بملاك عدم المنفعة عرفا وهو حاصل في المقام أيضا لا بملاك عدمها حقيقة فلا وجه للتفكيك بين الصورتين والبسط والاطناب هنا.

ولا يخفى ان الوجه الثاني من الوجهين اللذين أشار إليهما المصنف رحمه الله لم يأتي في كلامه رحمه الله بعنوان الوجه الثاني. نعم ما ذكره أخيرا من امكان الانصراف يصلح ان يكون هوذا فهو في قوة ان يقال ومن انصراف الأدلة المانعة عن بيع الوقف عن هذه الصورة.

ثم إن الأدلة المانعة لو كانت منصرفه عن هذه الصورة وصح البيع بمقتضى العمومات لم يعقل فرق

في ذلك بين ان يعطي بإزاء العين الخربة عين أنفع منها أو لا يعطي الا مثلها أو أدون منها فالتفصيل

الذي أشار اليه المصنف في صدر العنوان لم يرقم عليه دليل بل من عدم جواز البيع في الصورتين

الأخيرتين ان كان اجماعيا يمكن استكشاف بطلان الانصراف فلا يجوز في الصورة الأولى أيضا.

(ص ١٧٦)

اللهم إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين، فإن

الحمام الذي يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصة تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي - كجمع الزبائل ونحوه - يصدق عليه أنه لا يجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون بسلب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدم عن التحرير: من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً، ويشمله الاجماع المدعي في الانتصار والغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضي وقف الواقف

الذي هو حبس العين، وعموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف مشكلاً. (٨٠) ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة، بناء على جواز الانتفاع بها في وجوه أخرى، كالتسقيف وجعلها جسراً ونحو ذلك بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلي رحمهما الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به في منفعة أخرى - الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً".

(٨٠) الآخوند: ولو نوقش في عموم تلك الأدلة لهذه الصورة كالصورة السابقة، فلا أقل من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عما هو مقتضى الإصلاح، إلا بالقطع بالجواز كالصورة الأولى، واني لنا دعوية وان كانت غير بعيدة. (ص ١١١) الإيرواني: لا عموم في هذا الرواية بعد قوله بعد هذه الفقرة (ولا تدخل العلة في ملكك) فإنه ظاهر فيما كانت له منفعة معتد بها فلا يشمل محل البحث. (ص ١٧٦) نعم،

لو كان قليلا في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة (٨١) وكذا حبس العين وتسبيل المنفعة،

إنما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتد بها موجودة، والا فمجرد حبس العين وإمساكه ولو من دون منفعة، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى. (٨٢) ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه.

ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض: أن جواز بيع الوقف لا يكون الا مع بطلان الوقف - وعرفت وجه النظر فيه - (٨٣)

(٨١) الإيرواني: هذه الصورة ليست محلا للبحث فعلا كما تشهد به عبارته في عنوان هذه الصورة

وفي عنوان الصورة الآتية. (ص ١٧٦)

(٨٢) الإيرواني: العبارة بظاهرها سقيمة ولا يبعد ان يكون مراده الإشارة إلى (دليل أوفوا) والوقوف وانهما منصرفان عن المقام الا ان استدلاله على ذلك بقوله: (والا فمجرد حبس العين)

إلى اخره باطل الا ان يكون ذلك إشارة إلى ما ذكرناه في الحاشية السابقة من الملازمة بين الصورتين

في الانصراف أو عدمه بحيث لو لم يكن انصراف بالنسبة إلى صورة عدم النفع المعتد به لم يكن

أيضا بالنسبة إلى صورة عدم النفع أصلا، فلا يجوز البيع في الصورة الأولى أيضا. (ص ١٧٦)

(٨٣) الإيرواني: قد عرفت: الوجوه الثلاثة لبطلان الوقف وهي هذان الوجهان اللذان الوجهان

اللذان ذكرهما صاحب الجواهر بضميمة الوجه المتقدم عن بعض الأساطين عند عنوان المسألة هناك

فاقتطاع هذين الوجهين عن محلها هناك وذكرهما هنا من غير مناسبة مما لم أعلم وجهه. (ص ١٧٦)

الأصفهاني: التعرض لهذا الكلام مع عدم مناسبته لهذا المقام مقدمة لذكر وقف العنوان كالبيستان

فإنه المناسب للمقام.

ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعي في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. (٨٤) وفيه: ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا " لا وجه له في الوقف المؤبد، (٨٥)

(٨٤) الإيرواني: حاصل كلام صاحب الجواهر هو: تقوم حقيقة الوقف بأمرين هما، حبس الأصل وتسبيل الثمرة ومن المعلوم ان مفهوم التسبيل لا يكون من غير ثمرة فلا يعقل تحقق حقيقة الوقف الا عند الثمرة للعين الموقوفة من غير فرق في ذلك بين ابتداء الوقف واستدامته فلا يعقل وقف ولا ثمرة للعين الموقوفة وليس اعتبار الاشتمال على الثمرة شرطا خارجيا ليعقل فيه الفرق فيعتبر في الابتداء دون الاستدامة.

ومنه يظهر: ان تعبير المصنف عنه بالشرط مسامحة وكل ما أفاده من الأجوبة قد جري على هذه المسامحة فكل أجوبته باطل. (ص ١٧٧)

(٨٥) الإيرواني: بل لا وجه لعدم بطلانه بعد عدم تعقل حقيقته من كون العين مسبلة الثمرة المتفرع ذلك على وجود الثمرة فليس ذلك من بطلان الوقف وعدم نفوذه شرعا ليكون لهذا الكلام مجال بل من انبطاله بمعنى نفاذ حقيقته، والتأييد في الوقف لا يجعل غير المعقول معقولا فيستمر الوقف ما استمرت حقيقته فإذا نفدت نفاذ والتأييد المعبر فيه يكون بمعنى عدم نفاذ جعله قبل نفاذ حقيقته فيعتبر ان يكون المجعول وقفا مستمرا ما دامت العين ذات منفعة لا مستمرا مطلقا فإنه غير معقول. (ص ١٧٧)

الأصفهاني: لا يخفى عليك ان حقيقة الوقف إن كانت حبس العين لتسبيل ثمرتها فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتفاء الثمرة، إذ الحبس لاجل التوصل إلى غاية لا يعقل بقاءه بعد عدم امكان التوصل إلى الغاية، وإلا لم يكن الباقي حبسا لتسبيل الثمرة، بل وقف بمعنى حدوثا وبمعنى آخر بقاء،

مع أنه لا دليل عليه (٨٦) مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، (٨٧)

بل لو كان الوقف تمليكا لكان تمليكا للعين توصلا إلى ملك المنفعة، ولا يعقل بقاء هذا المعني مع عدم المنفعة رأسا، ومثله لا يحتاج إلى دليل تعدي ليقال بأنه لا دليل عليه، وليس من قبيل انقلاب الشيء عما هو عليه، بل من انتهاء أمد الصحيح، وليس من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف، حيث إن الكلام في احكام الوقف المؤبد، لما مر من أن بطلان الوقف في مرتبة لا يمنع عن بقاءه في العين بما هو مال ولزوم حفظ ماليته في ضمن البدل، بل لو فرض زوال الوقف بالكلية لم يكن من الوقف المنقطع حيث لا توقيت فيه، كما أن زواله بتلف الموقوف طبعا المستلزم لزوال الوقف لا يوجب

كونه من الوقف المنقطع. (ج ٣ ص ١٣٦)

(٨٦) الإيرواني: عد هذا جوابا مستقلا غير الأول لم يعرف وجهه فإنه إن كان على البطلان دليل كان له وجه كما أنه إن لم يكن له وجه لم يعقل ان يكون عليه دليل فان ما لا وجه له لا يقع ويكون. (ص ١٧٧)

(٨٧) الإيرواني: هذا وسابقه واحد قد عرفت اتحاد سابقه وسابق سابقه فبالنتيجة مجموع الأجوبة الثلاثة مآله إلى واحد وقد ظهر لك مما قلناه ان مطالبة الدليل في المقام في غير محله بعد دعوى

الخصم ان تسبيل الثمرة داخل في حقيقة الوقف فمع انتفاء الثمرة تنتفي حقيقة الوقف. ولعل مطالبة الدليل نشأ من التعبير بالشرط فتوهم ان ذلك شرط شرعي خارجي محتاج إلى الدليل وقد عرفت أن التعبير بالشرط مسامحة. واما ما ذكر من قياس ذلك بالمالية المعتبرة في البيع فكما أن الاعتبار من المكية هناك هو المالية حين انشاء النقل ولذا لو ارتفعت المالية بعد البيع لم يبطل به

البيع كذلك الاعتبار من الثمرة هنا هي الثمرة حين الوقف. ففيه: ان المالية معتبرة في البيع بالمعني المصدرية أعني انشاء البيع وجعل المبادلة فإذا كانت حاصلة

عنده اثر البيع اثره ولا ينظر إلى ما بعد ذلك وانها استمرت أو ارتفعت

(۲۵۶)

فإن الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، (٨٨) فإنه قد يخرج المبيع عن المالية

ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري (٨٩) مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدم (٩٠)

وأما تسبيل الثمرة فهو معتبر في الوقف بالمعنى الاسم المصدري أعني ذلك المعنى الحاصل بانشاء

الوقف فما دامت الثمرة موجودة دام ذلك المعنى وإذا ارتفعت ارتفع. (ص ١٧٧) (٨٨) الأصفهاني: ويندفع بأن امكان الانتفاع معتبر في حقيقة الوقف لا من شرائطه التعبدية، ليقال

إن شرائط تأثير العقد الناقل لا يعتبر إلا حال وجوده وترقب نفوذه. ومنه تعرف ما في قوله الآتي: (ان جواز البيع لا يوجب الحكم... الخ) فإن المنع من البيع إذا

كان من احكام الوقف فتبدله لا يوجب انتفاء الحقيقة، وأما إذا كان مقوما لحقيقته ولو من حيث

إن حقيقة الحبس قصر العين ملكا وقصر العين ضد لجريانها في التقلبات والتقلبات، فلا محالة

ينتفي القصر المزبور بطريان ضده، وقد تقدم الكلام في كل ذلك مفصلا فراجع. (ج ٣ ص ١٣٧)

(٨٩) الأصفهاني: لا يخفى أن المالية لا تعتبر في الملكية حدوثا وبقاء، لامكان حيازة حبة من

الحنطة فيملكها مع أنها لا تكون مالا، بل يعتبر في التبدل البيعي فإنه مبادلة مال بمال، بخلاف

صيرورة العين محبوسة إلى الاخر، فإنه لغو لو لم تكن لها منفعة من دون اختصاص بايجاد الوقف

واحداته، فالباقي في البيع هي الملكية التي لا تلازم المالية، وهنا المحبوسية التي تلازم كونها مما

ينتفع بها لتكون صدقة جارية لواقفها. (ج ٣ ص ١٣٧)

(٩٠) الإيرواني: هذا القائل لم يدع اقتضاء جواز البيع بطلان الوقف وانما ادعي اقتضاء ارتفاع

الثمره بطلانه فمقابلته بهذا الكلام لم يكن في محله نعم تقدم ذلك في كلام بعض الأساطين ومنعه

ثم ذكر: أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا - - مثلا - ملاحظا في عنوان وقفه البستانية، فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلا لامكان الانتفاع بها دارا - مثلا - لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضي بطلانه فيه لا يقتضي بطلانه فيها، يدفعه: أن العرصة كانت جزءا من الموقوف من حيث كونه بستانا، لا مطلقا، فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، (٩١)

المصنف هناك فالأجوبة الأربعة التي لفقها المصنف كلها باطلة، بل قد عرفت رجوع ثلاثة منها إلى واحد فمجموع الأجوبة يكون اثنين والاثان باطلان فالعهدة في الجواب هو ان حقيقة الوقف المؤيد هو تسبيل ثمرة العين غير مقصور بزمان خاص من أزمنة وجود الثمرة فلا يضر في التأيد قصر زمان نفس الثمرة وعدم دوامها ما دامت العين كما لا يضر فيه نفاذ العين بنفسها فإذا وقف الشاة لاجل لبنها فلا يضر في تأييده نفاذ اللبن.

نعم لو اخرج بعض أزمنة وجود اللبن عن تحت الوقف نافي ذلك تأييد الواقف وهذا كما في نكاح الدوم ونكاح الانقطاع فان دوام الدائم باعتبار دوامهما دام الزوجان لا مطلقا كما أن الانقطاع

بعكس ذلك والفرق بين ما ذكرناه وما ذكره المصنف يظهر بالتأمل. (ص ١٧٧) (٩١) الإيرواني: يحتمل ان يكون وجه القول بالبطلان بانعدام العنوان كون متعلق الوقف هو

العنوان فينتفي بارتفاعه كسائر ما يتعلق بالعناوين من الاحكام والمجعولات وهذا هو الذي فهمه

المصنف ويحتمل ان يكون وجه انعدام ذاك الانتفاع المقصود للواقف المترتب على العنوان فالحمام الموقوف لاجل الاستحمام إذا خرب وسقط عن هذه الفائدة لم يكن وجه لبقائه موقوفا ينتفع به

بسائر الانتفاعات الا مع دلالة دليل شرعي على ذلك ويشهد لهذا الاحتمال بعض عبائره لكن

انتفاء العنوان يكون ملازما غالبا لانتفاء المقصود من الثمرة لا دائما فان بين العنوانين عموما من وجه فقد ينتفي العنوان والمنفعة المقصودة باقية كما قد ينعكس.

ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. (٩٢)

ثم إن البحث في المقام تارة في مقام الثبوت وان وقف عنوان ذا اثر زائل هل يصح وعلى تقدير الصحة هل يستمر بعد زوال العنوان أو ينفذ بنفاده مقتضى عموم نفوذ المعاملات وخصوص الوقوف الصحة ما دام العنوان فإذا نفذ رجعت العين إلى ملك مالكتها إذ لم تخرج عن ملكه إلا ما دام العنوان إلا ان يكون اجماع على بطلان رجوع العين الموقوفة وعودها ثانيا إلى ملك مالكتها الأصلي نعم لو انحل الوقف إلى جعل امرين عرضيين على سبيل تعدد المطلوب تمليك جرم العين للموقوف عليهم وكونها وقفا عليهم ما دام العنوان فإذا بطل الجعل الثاني بنفاد العنوان كان أصل التمليك محفوظا كانت القاعدة صيرورتها ملكا طلقا لهم بعد كونها ملكا وقفا عليهم. لكن المتعارف في الوقف هو جعل واحد بسيط وهو انشاء الوقف بسيطا وأخرى في مقام الاثبات والدلالة فنقول ان مثل البستان والدار والحمام وسائر العناوين المأخوذة تحت جعل الواقف يحتمل ان يكون لاجل مجرد الإشارة إلى الذات المعنونة بذلك العنوان وكان مورد توجه الجعل هو الذات اما مطلقا أو ما دام العنوان وكان اخذ العنوان لاجل تميز الذات الموقوفة وتعيينها عن غيرها فحينئذ تكون الأشجار في مثل وقفت البستان التي هي مقوم بستانية البستان باقية على ملك مالكتها ونفس رقبة الأرض وقفا اما مطلقا أو ما دام العنوان باقيا والأشجار باقية ويحتمل ان يكون العنوان دخيلا في الوقف وجعل الواقف على أن تكون الذات بعنوانها وعلي عنوانها وقفا وهذا أيضا يكون على ضربين تارة يكون كل من الذات والعنوان وقفا لا بشرط من الاخر فتبقي الذات على وقفيتها وان ارتفع العنوان وأخرى تكون الذات وقفا بشرط العنوان وعلى ما هي عليها من العنوان بحيث لو ارتفع العنوان ارتفع الوقف من جانب الذات ومن جانب العنوان والظاهر من عبارة الوقف هو هذا الأخير وحكمه قد عرفت. (ص ١٧٧)

(٩٢) الإيرواني: ان كان المراد وقف الأرض القفر لاجل الزراعة وجعلها بستانا فهو خارج عن

(۲۵۹)

وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية: من أنه لو أوصي بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن الدارية والبستانية ونحو ذلك - مثلا - عنوانا للوقف وإن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله. ثم ذكر: أن في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. (٩٣)

مفروض الكلام وان كان المراد وقف ارض هي بستان فعلي فإن كان المراد من قوله ليكون بستانا وقفها لان يجعل بستانا فيما بعد على أن يكون جعلها بستانا مصرفا للوقف خرجت الأشجار الفعلية عن الوقف وكانت باقية على ملك مالكةا ووجب على المالك إزالة الأشجار وتخليه الوقف وتسليمه إلى اهله. وان كان المراد من هذه العبارة الوقف لفائدة حمل الأشجار الفعلية كان الوقف باطلا مع بقاء الأشجار على ملك مالكة فإنه من قبيل على نفسه وصحيحا مع وقف الأشجار ووقف الأرض لمصلحة الأشجار، فيعود البحث أيضا في بقاء وقف الأرض بعد خراب الأشجار وزوال المنفعة المعد لها الوقف. (ص ١٧٧) (٩٣) الإيرواني: واختاره ثاني الوجهين ولا وجه له الا إذا تعدد الجعل من الواقف فملك رقبة الأرض للموقوف عليهم ووقف عنوانها عليهم اما إذا كان الجعل جعلًا واحدًا بسيطًا هو الوقف وقد تعلق بالعنوان فإذا زال العنوان ومورد الجعل رجع المال بطبعه الأولى إلى ملك مالكة الأول. (ص ١٧٧)

أقول: يرد على ما قد يقال - بعد الاجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى

. (٩٤) - : أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنه: إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله: وقفت هذا البستان، فلا شك في أنه ليس إلا كقوله: بعث هذا البستان أو وهبته، فإن التملك المعلق بعنوان، لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات. (٩٥)

(٩٤) الإيرواني: والنسبة بين الخراب وتغير العنوان هي العموم من وجه، فمادة افتراق الخراب

عن تغير العنوان الأرض الموقوفة إذا انقطع عنها الماء فإنها تخرب بذلك لكن لا يتغير عنوانها

ومادة افتراق تغير العنوان عن الخراب الإبل والغنم الموقوفة بعنوان خاص حاصل من حدود أسنانها كابن لبون وابن مخاض وجذع ومسنة إذا خرجت عن ذلك الحد. (ص ١٧٧)

(٩٥) الإيرواني: قد مر الكلام في ذلك ثبوتا واثباتا فراجع. (ص ١٧٨)

الأصفهاني: توضيح المقام: أن الملكية حيث إنها اعتبارية كما يتعلق بالأعيان كذلك بالعنوان

مالكا ومملوكا، كطبيعي الفقير والسيد وكطبيعي من من الحنطة في الذمة، والفرق بين الاعتبارات

الوضعية والاحكام التكليفية أن الثانية لا يعقل تعلقها إلا بالعنوان الفاني في المعنون من دون سراية

من العنوان إلى معنونه، كما برهنا عليه في الأصول. بخلاف الأولى فإنها ليس فيه ملاك الامتناع

في الاحكام فيمكن تعلقها بالاشخاص وبالطبيعة والعنوان، وهكذا الامر في الحبس ملكا فإنه

في حد ذاته قابل للتعلق بالعنوان محبوسا ومحبوسا عليه، فكما أن المحبوس عليه يمكن أن يكون عنوان

الطلبة وعنوان العالم كذلك يمكن أن يكون المحبوس عنوان البستان سواء كان بنحو الطبيعي أو

بنحو الحصة الملازمة لمعنون خاص، وإنما لا نقول بالوقف المتعلق بالكلية لا لاقتضاء الملكية

وإن أريد بالعنوان شئ آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بد من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه؟ (٩٦)

وأما الثاني، فالاشتراط على قسمين: أحدهما: 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 الكلام فيه إن شاء الله تعالى.
ثانيهما: أن يشترط عدم كونه وقفاً وملكاً إذا زال العنوان فهو شرط مناف لمقتضي الوقف، لمنافاة الملكية الأبدية في ذات العين وعدم الملكية عند زوال عنوانها، بل لا يعقل القصد الجدي إلى التمليك الأبدى، وعدم كونه ملكاً عند زوال العنوان، وليس كزوال الملكية عند زوال العنوان، فإن الزوال والرجوع لا ينافي إرسال الملكية وأبديتها، بخلاف عدم كونها ملكاً وهو واضح. ومما ذكرنا تعرف أنه يمكن تصحيح كلام صاحب الجواهر بأحد وجهين: إما بالالتزام بانشاء الملكية المقيدة، وإما باشتراط رجوع الملكية المطلقة، إلا أن ظاهر كلامه في باب الوقف هو الأول وأنه كالوقف المنقطع الآخر، غاية الأمر أن المفروض في الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه، وهنا انقضاء أمد الموقوف. (ج ٣ ص ١٣٧)
(٩٦) الآخوند: لا يبعد ان يقال: إنه لو أريد به كون القصد الواقف حبس العين في وقفها ما دامت معنونة بعنوان كذا، وقيل بعدم بطلان مثله لعدم التأيد، لما عرفت من انه ما يقابل التوقيت، ولا توقيتها هنا، لا يبعد ان يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغاية والنهاية. (ص ١١١)

وأما تأييد ما ذكر بالوصية، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصي له (٩٧)، فهل يرضي أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرسة؟
نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر (٩٨)

(٩٧) الأصفهاني: غرض صاحب الجواهر رضي الله عنه من التأييد أن الوقف المتعلق بالعنوان

كالوصية المتعلقة بالعنوان، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية كذلك يبطل الوقف. وما أفاده المصنف قدس سره ينبغي أن يحمل على النقض بما إذا تمت الوصية فزال العنوان.

بتقريب: أن الملكية المنشأة بالوصية إذا كانت ملكية مرتبة على العنوان فما يصير فعليا بالموت

هو المنشأ، فلا بد أن يكون الملك الفعلي الحاصل للموصيلة دائرا مدار العنوان، مع أنه لا يقول به،

فيعلم منه أن الملكية المنشأة بالوصية متعلقة بذات المعنون، والعنوان معرف. وقد مر الجواب عن مثله بأن الشرائط قد تعتبر في نفوذ العقد، فلا بد من وجودها حال ترقب

النفوذ من العقد، وأما بعد فلا يبقى إلا أثره كما في البيع، ومثله الوصية فإنها منوطة قبل نفوذها

بالموت بأمور، منها عدم الرجوع قولاً أو فعلاً أو انقلاب الحقيقة في الموصى به، وبعد تماميتها

بالموت ليس هناك إلا ملك محض متعلق بذات المعنون، فالوصية وإن كانت متعلقة بالعنوان إلا أن

أثرها - وهو الملك بعد نفوذها - يتعلق بذات المعنون فتأمل. (ج ٣ ص ١٤٠)

(٩٨) الإيرواني: ليست للبطلان جهات آخر وإنما هو من جهة عدم صدق الاسم.

نعم ان تغير الاسم بفعل الموصي كما إذا أوصى بالصوف فغزله ونسجه أو بالحنطة فطحنها جاء

احتمال ان يكون ذلك رجوعاً منه في وصيته لكن ذلك لا يعم ما إذا لم يكن بفعله مع أن دلالاته

على الرجوع ممنوع.

فينحصر الوجه في ذلك بعدم صدق الاسم وعليه ينبغي ان يجعل ذلك اشكالا عليهم حيث

لا يلتزمون بالبطلان فيما إذا حصل مثل ذلك بعد الموت والقبول. (ص ١٧٨)

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 أبداً". (٩٩)

الأصفهاني: بل من تلك الجهات انقلاب حقيقة الموصى به إلى حقيقة أخرى كما تعرضوا
لها في
كتاب الوصية، سواء كان بفعل الموصي ليكون رجوعاً أو لا بفعله معللاً ذلك بانتفاء الاسم
وذهاب مورد الوصية، فراجع. (ج ٣ ص ١٤٠)
(٩٩) الأصفهاني: إلا أنه كما صرح به في كتاب الوقف يراه كالوقف المنقطع.
نعم صرح في كتاب البيع بأقوائية رجوعه إلى ورثة الموقوف، وفي كتاب قوي رجوعه إلى
ورثة
الواقف بعين الوجه الذي ذكره في البيع لاحتمال رجوعه إلى ورثة الواقف فتدبر. (ج ٣ ص
١٤٠)

(٢٦٥)

الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث يقل منفعته، لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم (١٠٠) والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه، لان الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجي عوده، (١٠١)

(١٠٠) الإيرواني: هناك صورتان، إحداهما: ان تقل المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها.

الثانية: زوالها بالمرّة مع بقاء غير ما لاحظها أو حدوثه مقارنة لزوال ما لاحظها. والظاهر: ان محل الكلام هي الثانية واما الأولى فلا يجوز فيها البيع بلا بحث. (ص ١٧٨) (١٠١) الإيرواني: الا على هذا الوجه، يعني الا على وجه البيع ويتجه عليه ان البيع والانتفاع بالثمن ليس انتفاعا بالبيع فالمتعين ان يكون مقصود الشيخ هو ان الانتفاع الذي قد قصده البايع لا يحصل الا بالبيع وحينئذ فان أراد أن جنس ذلك الانتفاع لا يكون الا بالبيع اقتضي ذلك أن كلامه

فيما انتفت فائدته بقول مطلق وكان البحث بينه وبين الحلّي لفظيا كما قاله العلامة. وان أراد أن نوعه لا يمكن الا بالبيع اقتضى ذلك ابتناء البحث بينه وبين الحلّي على لزوم مراعاة المنفعة الموقوفة لها فلو زالت في الأصل لزمه تحصيلها في البدل ولا يقتصر على جنس المنفعة

فيه فان الجنس كان حاصلًا في الأصل أيضا ومع ذلك ساغ البيع. ثم إن لازم من أ بطل الوقف بزوال الثمرة هو القول بالبطلان بزوال الثمرة المقصودة للواقف لان علة البطلان هكذا تقتضي، وهي ان التسبيل قد تعلق بنوع مخصوص من الثمرة فإذا زال بطل الوقف بزوال موضعه وحينئذ فإذا قلنا ببقاء العين على ملك الموقوف عليهم كانت ملكا طلقا لهم

جاز لهم كل من البيع وترك البيع. (ص ١٧٨)

ومنعه الحلبي قائلا: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستندا إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لا مكان التسقيف بها ونحوه، وحكي موافقته عن الفاضلين والشهيدين، والمحقق الثاني وأكثر المتأخرين وحكي في الايضاح عن والده قدس سرهما: أن النزاع بين الشيخ والحلي لفظي، واستحسنه، لأن في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها، والحلي فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها. قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل. وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولي منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع الا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجئ تفصيله (١٠٢)

(١٠٢) النائيني (المكاسب والبيع): واستدل للأخير (اي للقول بالمنع) بان زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها ومع إمكان الانتفاع بها ببعض المنافع فلا وجه لجواز بيعها. واستدل الشيخ قدس سره بأن المنفعة التي سلبها الواقف في جهة الوقف بطلت ولا يرجي عودها وتلك المنفعة التي الآن يمكن الانتفاع بها ليست مما عينها الواقف للصرف في جهة الوقف هذا. ولكن يمكن ان يقال بان ما اختاره الشيخ الطائفة هو الأقوى، وذلك لان محض إمكان الانتفاع بالوقف بعد انسلاخ المنفعة المشروطة صرفها في الجهة المعينة لصرفها لا يصيرها ذا منفعة إذا لم يكن شايعا يمكن الانتفاع بها في جميع البطون ومن المعلوم ان مثل التسقيف بالنخلة اليابسة أو جعلها جسرا أو دعامة ليس مما يكون الابتلاء به شايعا ومما ينتفع به جميع البطون فحبس العين لاجل مثل تلك المنافع وعدم بيعه مع إمكان بيعه وجعل ثمنه بدلا ينتفع به جميع البطون على حد سواء مشكل جدا، فما ذهب اليه شيخ الطائفة قوي وان كان الامر بعد لا يخلو عن شوب الاشكال أيضا. (ص ١٧٨)

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدة وجود الموقوف عليه. (١٠٣)

(١٠٣) النائيني (المكاسب والبيع): واعلم: ان الأعودية تارة تلاحظ بالنسبة إلى الموجودين من الموقوف عليهم، وذلك فيما إذا كان صرف ثمن الوقف لهم أعود، وأخرى تلاحظ بالنسبة إلى الطبقات جميعا وذلك فيما إذا اشترى بثمان الوقف ما يكون أنفع لهم فلو كان المراد بها المعني الأول فهو مما لم يقل به أحد ولم يذهب إلى وهم أحد جواز بيع الوقف فيما إذا كان أنفع للموجودين ولا دليل عليه أيضا والمنقول عن المفيد قدس سره لا صراحة له في هذا الاحتمال ولو كان بالمعني الثاني فربما يستدل له بالخبر المروي عن الصادق عليه السلام وفيه: (قلت: ولورثة قرابة الميت ان يبيعوا

الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟) قال: (نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا باعوا)، فإنه يدل على جواز البيع فيما إذا احتاجوا

ولو يكفهم عوائد العين الموقوفة إذا رضي كلهم ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه بظاهره يدل على جواز البيع فيما إذا كان في البيع نفع لهم: وهو بهذا النحو من العموم مما لم يقل به أحد، فالخبر من هذه

الجهة متروك لا يعمل به. (ج ٢ ص ٣٩٦) الإيرواني: ينبغي القطع بإرادة أنفعيته مع بقاء أصله لا أنفعيته بصرف أصله مع تخصيص أنفعيته

بالبطن الموجود والا جاز بيع كل وقف لان كل وقف يبعه أنفع بهذا المعني من ابقائه والانتفاع به

تدريجا فالمراد من الأنفعية زيادة منفعة البدل مع حفظ أصله من منفعة العين الموقوفة اما مطلقا

كما هو ظاهر العبارة أو بالنسبة إلى البطن الموجود أو بعض البطون اللاحقة مع مساواتها بالنسبة

إلى سائر البطون لامع قلتها بمقدار ما زاد لهذا البطن والا لم يصدق الأنفع بقول مطلق. (ص ١٧٨)

وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، وقد تقدم عبارته، فراجع وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

والأقوى المنع مطلقا، وفاقا للأكثر، بل الكل، بناء على ما تقدم: من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، وعلي تقديره فقد تقدم عن التحرير: أن كلام المفيد متأول. (١٠٤) وكيف كان، فلا إشكال في المنع، لوجود مقتضى المنع، وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف، الموقوفة ونقلها. (١٠٥)

(١٠٤) الإيرواني: لم يتعرض فيما تقدم لهذه الجهة (فلا معني لقول المصنف بناء على ما تقدم)

نعم هو غير دال فان صدر عبارته التي نقلها فيما تقدم المربوط بمقامنا هو قوله: (الوقف) في الأصل صدقات، لا يجوز الرجوع فيها الا ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أعود عليهم وانفع لهم من تركه على حاله وإذا اخرج الواقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجز الرجوع في شئ منع ولا تغيير شرائطه

ولا نقله عن وجوهه وسبله إلى آخر عبارته.

ولا يخفى ان ذيل هذه العبارة يشهد بان مورد كلامه في الصدر هو ما قبل الا قباض وأيضا كلامه

صريح في جواز تغيير الشرط في الموقوف إذا كان ذلك أعود للموقوف عليهم لا تبديل نفس

العين. (ص ١٧٨)

(١٠٥) الإيرواني: قد تكرر منه سابقا عدم كون المنع من مقتضيات الوقف المنشأ بانشاءه وان

صرح بما ينافيه أيضا وقد عرفت: انه الحق ومراده من وجوب العمل على طبق انشاء الوقف ما

هو قضية الوقوف حسب ما يوقفها أهلها وعمومات أدلة نفوذ المعاملات، مثل دليل (أوفوا) و

(تجارة عن تراض) و (الناس مسلطون على أموالهم). (ص ١٧٨)

وقوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف، وغير ذلك وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن جعفر بن حنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

وقف غلة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمه، وأوصي لرجل ولعقبه من تلك الغلة - ليس بينه وبينه قرابة - بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، فقال عليه السلام: جائز للذي أوصي له بذلك قلت: رأيت إن لم يخرج من غلة تلك الأرض التي أوقفها الا خمسمائة درهم؟ فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصي له من الغلة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفي الموصي له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك. (١٠٦)

(١٠٦) الأصفهاني: في هذه الرواية جهات من الاشكال ينبغي التعرض لها ولدفعها، منها: الجمع بين الوقف والوصية، فإن الوقف إذا كان قبل الوصية فالوصية باطلة، لعدم كون موردها ملكا للموصي، وإن كان بعد الوصية فالوقف ابطال لها ورجوع عنها، وإن كانا متقارنين

فالجمع بينهما في انشاء واحد - بحيث يكون سبب الوقف والوصية واحدا من حيث الانشاء، مع

أنه في نفسه غير معقول لعدم الجامع بينهما - يوجب نفوذ الوقف وبطلان الوصية، لتوقف الوصية على الموت دون الوقف، فيتم السبب بالإضافة إلى ملكية العين المستلزمة لملكية منافعها،

فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية بالموت، ولا معني لتوقفهما معا على الموت حتى يتقارنا في التأثير،

لان التعليق في الوقف مانع عن نفوذه شرعا.

ويندفع: بأن الوصية بعنوان الشرط في الوقف وحيث إن متعلقه الملكية للمنفعة الخاصة بعد الموت

عبر عنه بالوصية، فقوله: (أوصي) أي ملك بعد الموت بنحو الاشتراط في ضمن الوقف، فلا

يؤثر الوقف إلا في ملكية العين بما زاد على المنفعة المشتركة على الموقوف عليه.

قلت: أرأيت إن مات الذي أوصي له؟ قال: إن مات كانت الثلاث مائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقراة الميت، يرد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة (١٠٧) قلت: فللورثة من قراة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا. والخبر المروي عن الاحتجاج: أن الحميري كتب إلى صاحب الزمان - جعلني الله فداه - أنه:

روي عن الصادق عليه السلام خبر مأثور: أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصح، لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ (١٠٨)

الإيرواني: الظاهر: ان الوصية صدرت بعنوان الشرط على الموقوف عليهم في ضمن عقد الوقف على أن يعطوا من عوائد العين الموقوفة ثلاثمائة درهم للموصي له لا بعنوان الاستثناء من الوقف كما في إجارة العين مسلوقة المنفعة مدة وعليه فيكون متقدرا بقدر حياة الموصي له فإذا مات عاد جميع منافع العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم كما إذا لم يشترط شيئا من ابتداء الامر. (ص ١٧٨)

(١٠٧) الإيرواني: هذا ليس إرثا اصطلاحيا يجري عيه احكامه فيأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين ونحو ذلك. نعم هو يشبه الإرث في أن الاعقاب يحدث لهم استحقاق الموصي به بفقد الاء ولذلك أطلق عليه لفظ التوارث ونظيره في هذا الاطلاق اطلاقه على استحقاق البطون للعين الموقوفة كل بعد بطن سابقه. (ص ١٧٨)

(١٠٨) الإيرواني: لا يبعد ان يكون هذا الخبر هو خبر جعفر بن حنان المتقدم فيكون هذا الخبر ناظرا إلى ذلك مفسرا له بل هو ناظر مفسر له على كل حال وإن لم يكن هو المراد بعينه

فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين، إن شاء الله (١٠٩) دلت على جواز البيع، إما في خصوص ما ذكره الراوي - وهو كون البيع أصلح - وإما مطلقاً،

بناء على عموم الجواب، لكنه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر (١١٠)

وأما الاشكال من حيث الانقطاع والتأييد فحاله حال الرواية المتقدمة، لكن قد مر أنه مع ظهوره

في الانقطاع يكون دليلاً للمسألة، إذ الفرق بين الانقطاع والتأييد إنما هو في بيع الوقف بعد

انقراض الموقوف عليه لا لما عدا الطبقة الأخيرة، فإنه مع بيع الوقف في المؤبد على حد واحد منعا

وجوازا.

وأما من حيث الدلالة على اختصاص الثمن بالبائع المخالف للقاعدة، فليس فيه فرض الحاجة إلى

الثمن حتى يتوهم الاختصاص، بخلاف الرواية المتقدمة، مع أنك قد عرفت أن الحاجة المفروضة

موردا ليست على نحو يوجب الاختصاص، ومن جميع ما ذكرنا تبين ما يرد من الاشكالات

المتقدمة هنا وما لا يرد منها، فتدبر. (ج ٣ ص ١٤٦)

(١٠٩) الإيرواني: لا يبعد ان يكون لفظ الامام سهواً كما يشهد مقابلة ذلك بالوقف على قوم من

المسلمين فيكون الخبر مفصلاً بين الوقف العام والوقف الخاص بعدم جواز البيع في الأول بحال

بخلاف الثاني فيجوز لاجل المسوغات. (ص ١٧٨)

(١١٠) الإيرواني: لا يخفى ان الرواية سؤالاً وجواباً أجنبية عن مقام جواز البيع بل هي بعد الفراغ

عن جوازه متعرضة لحيث الفرق بين بيع الكل وبيع البعض فلا اطلاق لها ليقيد بمفهوم رواية جعفر

بل عرفت أنه لا يبعد ان تكون هذه الرواية شارحة لرواية جعفر مبينة للمراد من قوله فيها رضوا

كلهم نافية للمفهوم عنها فتكون بقية القيود والحدود محفوظة

كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف، لا
اعتباره

في بيع كل واحد، بقرينة رواية الاحتجاج. (١١١) ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار
الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.
والجواب أما عن رواية جعفر:، فبأنها إنما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا
لمجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالامرین كما تقدم عن ظاهر النزهة وسيجيئ
الكلام في هذا القول (١١٢) بل يمكن أن يقال: إن المراد بكون البيع خيرا لهم: مطلق
النفع
الذي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك
تعبداً، (١١٣)

ثم إن ما أشار اليه المصنف من التقييد بمفهوم رواية جعفر مبني على أن يكون المراد من
لفظ خيرا
لهم في رواية جعفر هو الأصلح لهم اما بدعوى ظهوره في نفسه في ذلك أو بقرينة اشتمال
السؤال

على لفظ اصلح لكن سيجيئ المناقشة في ذلك. (ص ١٧٨)
(١١١) الإيرواني: بل لفظ رضوا كلهم بنفسه ظاهر في ذلك فان معناه رضي كل ببيع
حصة نفسه

وهي كناية عن بيعه لحصة نفسه وليس المراد رضا الكل بمطلق البيع الشامل لرضاهم ببيع
واحد

لحصة نفسه فيعتبر رضا الكل في بيع واحد حصة نفسه ويشهد لما ذكرنا أن الحميري فهم
منه ذلك

بناء على أن الرواية التي أشار إليها في كلامه هي رواية جعفر بعينها (ص ١٧٩)
(١١٢) الإيرواني: هذا الجواب نافع لمجرد إلزام الخصم والا يمكن الالتزام بقيد الحاجة
مطابقا لما في

الرواية وليست هذه لحاجة تلك الحاجة الشديدة المعدودة باستقلالها من المسوغات كما
سيعترف

المصنف أيضا بذلك (ص ١٧٩)

(١١٣) الإيرواني: مبني هذا الجواب يخالف مبني الجواب السابق واللاحق فإنهما مبنيان
على كون

جواب الامام منصبا على فرض السؤال وهذا بعكسهما ولا يبعد ان يكون هو الظاهر هنا.

بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعني: إذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع ورأيتَه أصلح من تركه فبع، وهذا مما لا يقول به أحد. ويحتمل أيضا أن يراد من الخير خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل (١١٤) وعن المختلف وجماعة الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد، لاقتصاره على ذكر الاعقاب (١١٥)

وفي كل مورد أتى المجيب بموضوع حكمه بماله من القيود ولم يقتصر على ذكره في السؤال فان إعادة

الموضوع والتصريح به كاشف عن مغايرته لموضوع السؤال لكن الظاهر من خيرا لهم في الجواب سيما بعد سبق لفظ الأصلح في السؤال هو إرادة الأصلح لا مطلق الخير الموجب لتعلق الإرادة

والاختيار الا ان يقال ان هذا ليس أولي من العكس وحمل لفظ اصلح على مطلق الخير المحدث

للاختيار فان الجواب معه أيضا يكون واردا مورد السؤال وهذا هو الظاهر من ذيل عبارة المصنف

الا ان الذي ينافيه اشتمال لفظ (رضوا كلهم) على معني الخير الموجب للاختيار فيكون لفظ خير

لهم حينئذ مستدركا فلا بد صونا للكلام من محذور الاستدراك من حمل (خيرا لهم) على معني

الأصلح لهم هذا مضافا إلى أن حمل الرواية على معني لا يقول به أحد ثم طرحها امر غريب وان كان

ذلك ظاهرها فيتعين ان يكون الاجماع صارفا لها من ظاهرها. (ص ١٧٩)

(١١٤) الإيرواني: ان أراد من الخصوصية الشخصية الواقعة المسؤول عنها فذلك خلاف دأبهم في

خصوصيات موارد الاخبار بل السؤال في المقام فرضية لا خارج لها فعلي. وان أراد منها الحاجة الشديدة، ففيه: ان الحاجة لمفروضة في السؤال هي مطلق الحاجة حسب

اعتراف المصنف فيما يأتي دون خصوص الشديدة المعدودة من المسوغات. (ص ١٧٩)

(١١٥) الإيرواني: لفظ (الاعقاب) في رواية الحميري. واما رواية جعفر ففيها لفظ (قربته من

أبيه) و (قربته من أمه) والمعنى واحد والذي يعد هذا منقطعا يعد ذلك أيضا منقطعا والانتقطاع انما

يكون مع انقطاع العقب ومع دوامه فالوقف مؤبد. (ص ١٧٩)

وفيه نظر، لان الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد: إنه وقف على الأولاد مثلا، وحينئذ فعلي الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم. (١١٦)

وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية - مع ما فيها من الاشكال - على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به، عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة. (١١٧)

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري ثم لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان الثمن

للبن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء. (١١٨)

ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد، فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البتون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصورة والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في اسقاط حق اللاحقين أنا ما قبل البيع - نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لئلا يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصا "

(١١٦) الإيرواني: الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل الا ان ظاهر الحكاية هو حكاية تمام الواقعة

وانها هو الوقف للرجل ولعقبه ليس إلا وبعد هذا الظهور لا محل للاستفصال ليكون تركه دالا على

عموم الجواب. (ص ١٧٩)

(١١٧) الآخوند: حيث لا دلالة فيها على الجواز، الا فيما احتاجوا ورضوا، وكان البيع خيرا لهم.

(ص ١١٢)

الإيرواني: ظاهر عبارة قد عرفت منع الظهور أيضا. (ص ١٧٩)

(١١٨) الإيرواني: كان الثمن للبن الأول البائع يعني ان الظاهر من الروايات المسوغة للبيع عند

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة وقد تقدم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن الانتصار والغنية: الاجماع عليه ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة. (١١٩)

(١١٩) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن الصورة الرابعة (كما ذكرنا في ص ٢٦٩) وهذه الصورة - وهي أن يلحق الموقوف عليه ضرورة شديدة - متحدتان في الحكم، وهو المنع كما أفاده المصنف قدس سره، إذ لا دليل على جواز بيع الوقف بمجرد كون بيعه أنفع وبمجرد لحوق الموقوف عليه ضرورة شديدة. وأما (هذه الصورة يعني: الصورة الخامسة فالقائل بجواز البيع فيها جماعة كثيرة، وادعي الاجماع عليه في الانتصار والغنية. ولكن حيث إن مصطلحهم في الاجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يصح الركون إليه، فلم يبق دليل الا رواية ابن محبوب، وهي تدل بظاهرها على كفاية أصل الحاجة ولو لم تكن شديدة، وهي بهذا المعنى غير معمول بها. وبالجملة: بعد ما ثبت ضرورة من الشرع أن من أحكام الوقف عدم جواز بيعه فلا بد في تخصيصه من مخصص قوي تام الدلالة، وهذان الخبران غير قابلين للتخصيص. هذا، مع أن النسبة بين الجواب المذكور في رواية الاحتجاج والأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف هي التباين، وإذا قيدت الأدلة المانعة بعدم طرو الخراب واخرج عن إطلاقها صورة الخراب تنقلب النسبة، وتصير الأدلة المانعة أخص مطلقا من دليل الجواز، فيخصص بما إذا طرأ الخراب. وبالجملة: على فرض صحة سند هاتين الروايتين وتامة دلالتها فلا بد من تقيدهما بمورد لا يمكن الانتفاع بالعين الموقوفة، والا فمجرد الأنفعية أو الحاجة لا يوجب جواز بيع العين الموقوفة. (ج ٢ ص ٢٨٦)

ويرده: أن ظاهر الرواية أنه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى وهذا أقل مراتب الفقر الشرعي والمأخوذ في عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيرا ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة، لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة سنته، فالرواية بظاهرها غير معمول بها، مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواز البيع بمجرد رضا الكل وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة. وكيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة، وفي الخروج بهما عن قاعدة

عدم جواز البيع وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود - مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين وجماعة من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته

بالاجماع المدعي في السرائر - إشكال. (١٢٠)

(١٢٠) الإيرواني: فلرواية بظاهرها غير معمول بها عدم العمل بظاهر الرواية لا يقتضي تركها
رأسا بل تصرف عن ظاهرها بتقيدها بالحاجة الشديدة الا ان كون صريحة في خلافها أو كان

تقيدها بالحاجة لشديدة تقيدها لها بالفرد النادر. (ص ١٧٩)

(٢٨٩)

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلامة ومن تأخر عنه في ذلك فقال في الارشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر - كالخراج والمؤن من قبل الظالم - وشراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز،
انتهي
(١٢١)

(١٢١) الإيرواني: اشترط جواز البيع عند تحقق شيء من المسوغات مما لا اشكال فيه فان الجواز بنفسه حاصل والشرط مؤكد له الا إذا كان الشرط نفس البيع لا جوازه واشترط جواز البيع لا عند تحقق شيء من المسوغات لا يخلو اما ان يكون مطلقا أو معلقا على تقدير خاص فإن كان الأول فسد اما لمخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد بناء على أن المنع عن البيع مقتضى عقد الوقف فان مآل هذا الشرط إلى عدم القصد إلى الحبس والوقف واما لمخالفته للسنة بناء على أن المنع عن البيع من احكام الوقف شرعا لامن حقيقة المنشأة بانشائه. وان كان الثاني رجع الشرط بناء على أن المنع عن البيع مأخوذ في حقيقة الوقف إلى تضيق دائرة الحبس والوقف وانه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذي علق عليه جواز البيع فإذا تحقق فلا وقف ومقتضى دليل الوقوف وسائر الأدلة العامة الدالة على نفوذ المعاملات عموما وخصوص الصحيحة الآتية في وقف أمير المؤمنين المصراحة بذلك هو صحة مثل هذا الوقف فيكون عند حصول التقدير خارجا عن الوقف وعن تحت دليل لا تشتت الوقف وغيره من الأدلة المانعة عن بيع الوقف ومندرجا تحت عموم (أوفوا) و (أحل). ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا أو الثمن ملكا للموقوف عليهم بل وملكا للواقف وقد تقدم من المفيد تجويزه وليس ذلك من الرجوع في الوقف بل من تماميته ونفاده. (ص ١٧٩)
النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه مع قطع النظر عما رواه في الكافي في صدقة أمير المؤمنين

(۲۹۰)

وفي القواعد: ولو شرط بيعه عند الضرورة - كزيادة خراج وشبهه - وشراء غيره بثمنه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلة نفعه، ففي صحة الشرط إشكال (١٢٢) ومع البطلان، ففي إبطال الوقف نظر، انتهى. وذكر في الايضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولي وفي وجه المنع: أن الوقف للتأييد، والبيع ينافيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى (١٢٣) وقال الشهيد في الدروس: ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولي بالجواز، انتهى.

ولا يصير الوقف بهذا الشرط من الوقف المنقطع آخره وذلك لحفظ الوقف في ابداله على ما هو

المفروض. واما القسم الثاني فهو من قبيل الوقف المنقطع آخره بسبب الشرط الذي قد عرفت

اجمالا صحته وقفا وسيأتي تفصيله، وليعلم ان المنقطع الاخر يمكن ان يكون على نحوين، أحدهما: ان يعلم بانقطاع آخره كما إذا وقف على جماعة آخرهم زيد الذي ذرية له فمن الأول

يدرر الواقف بانقطاع الوقف على زيد للعلم بعقمه.

وثانيهما: ان يشك في انقطاعه كان يقف زيد ثم على ذريته مع الشك في أنه هل يحصل له الذرية

أم لا، والأغلب في الانقطاع هو الأخير، وذلك لندرة العلم بالانقطاع كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣٩٧)

(١٢٢) الإيرواني: لا اشكال في صحته في بعض الفروض التي ذكرها مثل فرض الخراب والعطلة

وفرض الخروج عن حير الانتفاع فإنه من الشرط عند وجود المسوغ الا أن لا يرى الأمور المذكورة

مسوغة في حد نفسها. (ص ١٧٩)

(١٢٣) الإيرواني: لا وجه للتأمل في ابطاله للوقف هنا وان قلنا إن الشرط الفاسد لا يفسد العقد لان

شرط خلاف مقتضى العقد يرجع إلى عدم قصد مضمون العقد. نعم إذا قصد شيئاً من مضمونه

وشملته الأدلة وقع المقدار المتعلق للقصد كما تقدم في الحاشية السابقة. (ص ١٧٩)

ويظهر منه: أن للشرط تأثيرا، وأنه يحتمل المنع من دون الشرط، والتجويز معه.
وعن المحقق الكركي أنه قال: التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط
البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنه شرط مؤكد، وليس بمناف للتأييد المعتبر في
الوقف، لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع (١٢٤)، ومالا، فلا، للمنافاة، فلا
يصح حينئذ حبسا"، لان اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفا مناف لذلك، لاقتضائه
الخروج
عن المالك فلا يكون وقفا ولا حبسا، انتهى (١٢٥)

(١٢٤) الإيرواني: يصح التعبير بعبارة أولى بالجواز حيث يكون ملاك الجواز على تقدير
وجوده
في الأصل مؤكدا في الفرع وان كان على تقدير عدمه في الأصل معدوما في الفرع فما
استظهره
المصنف ليس بظاهر. (ص ١٧٩)
(١٢٥) الإيرواني: مقصوده بيان بطلان الوقف والحبس جميعا اما الوقف فبمنافاة شرط
البيع لحقيقة
الوقف واما الحبس فبمنافاة اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفا للحبس فان العين في الحبس
باقية
على ملك مالکها فإذا بيعت كان ثمنها أيضا له وإذا اشترى بذلك شيئا كان ذلك الشيء
أيضا له
فحيث اشترط ان يكون الثمن وقفا يعلم انه لم يقصد الحبس بل اخرج العين عن ملكه الا
ان يرجع
شرطه ذلك إلى التوكيل في انشاء الوقف أو إلى شرط الوقف وحصوله على سبيل شرط
النتيجة
بعد أن كان الثمن ملكا له كما إذا شرط في عقد لازم ان يكون داره أو بستانه وقفا. (ص
١٧٩)

أقول: يمكن أن يقال - بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها
والمؤمنون عند شروطهم - (١٢٦)

(١٢٦) الإيرواني: لا محل للتمسك بجواز الشرط بعموم الوقوف لخروج الشرط عن
صدق اسم
الوقف وعن حقيقته.

نعم إذا شك في ابطال الشرط المذكور للوقف صح التمسك بدليل الوقوف على عدمه.
(ص ١٧٩)

الأصفهاني: تحقيق المقام: إما أن يكون منافيا لمقتضي العقد ومدلوله، وإما أن يكون
لاطلاقه،

وإما أن يكون منافيا لحكمه الذي هو لازمه، وهو تارة لازم غير مفارق عنه، وأخري
يفارقه،

والأول غير صحيح بل غير معقول أحيانا، والثاني صحيح، والثالث لا يصح إذا كان لازما
غير

مفارق ويصح إذا لم يكن كذلك،

فنقول تطبيقا على المورد: إن الوقف إما بمعنى الحبس والقصر، وإما بمعنى التملك المؤبد
بطنا بعد

بطن. فإن كان الأول: فتارة يكون مرجع اشتراط البيع إلى السلطنة على ابطال الوقف بالبيع

كما التزم قدس سره به في صدر المبحث في معني جواز بيع الوقف - فحينئذ لا يكون
الشرط شرط

ما ينافي العقد، لان ابطال الشيء يؤكد ثبوته، لا أنه ينافيه كشرط جواز الرجوع في الوقف،
وشرط خيار فسخ المعاملة، بل الشرط مناف للزوم العقد الثابت له عند تجرده عن الشرط.
وأخري شرط نفس البيع بعنوانه، وحيث إن الممنوعة عن التصرفات والمحبوسية عنها عين
حقيقة

الوقف فتكون الرخصة في بيع العين الموقوفة منافية لها في بدو النظر، وحينئذ يمكن أن
يقال إن

العين إذا كانت محبوسة بشخصها فلا محالة يكون جواز بيعها منافيا لها بذاتها.

وأما إذا كانت محبوسة بشخصها عند اطلاقها وبمالياتها عند الاشتراط فالشرط مناف
لاطلاق

الوقف لا لذاته، فالاشتراط أن مالية البدل موقوفة بانشاء الواقف لما مر سابقا أن مالية البدل
القائمة به لا إضافة لها إلى الواقف حتى تكون قابلة للوقف بانشائه، بل المراد أن شرط البيع
بناء

على تعلق الوقف بالمال بما هو لا يعد في نظر العرف والعقلاء منافيا لمقتضي الوقف،

بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضي الوقف (١٢٧)، فلعله مناف لاطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته، (١٢٨) فإن التحقيق - كما عرفت سابقا - أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفا " (١٢٩)

(١٢٧) الآخوند: ومع عدم ثبوت المنافات، قد صح التمسك بعموم المؤمنون عند شروطهم بضميمة أصالة عدم كون الشرط مما وقع بينه ومقتضي العقد، المنافات، ومثله باق تحت العموم، لكنه لا يصح معه التمسك بأدلة نفوذ الوقف لاحتمال المنافات، وكون مقتضى العقد ينافيه، فلا عقد أصلا لاجل المناقضة لو قصد الواقف ولو اجمالا أولا عند الوقف، أو قصد ثانيا بسبب الشرط،

فلا يترتب عليه ما يختص من الاحكام بالوقف، كما لا يخفى. (ص ١١٢)
الإيرواني: مجرد عدم ثبوت المنافاة لا يصحح التمسك بدليل المؤمنون الا إذا جوز جوزنا التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية فان عموم المؤمنون قد خصص بالشرط المنافي والثالث هنا في مصداق المنافاة.

نعم لا يبعد ان يكون مقصود من العبارة انكار المنافاة كما هو قضية استدلاله ويكون تعبيره منزلا على ما هو المتعارف في المخاصمات عند المتأدبين من عدم المسارعة إلى الانكار (ص ١٨٠)

(١٢٨) الإيرواني: ولذا يجتمع الوقف لا وجه للاستشهاد بما هو أيضا محل البحث والاشكال الا ان يكون مقصوده هو الاستدلال بما استدل به على عدم دخول المنع عن البيع في حقيقة الوقف ولا

يخفى عدم دليل له على ذلك سوى الوجدان. (ص ١٨٠)
(١٢٩) الآخوند: قد عرفت: ما هو التحقيق في ذلك من التفصيل، وانه لا يبطله لو كان عدم جواز البيع من احكامه لا مما له دخل في قوامه، وانه انما لا يوجب بطلانه أصلا بمعنى انفساخه واضمحلاله، فراجع هناك. (ص ١١٢)

ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبسا: كونه محبوسا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأما حبس شخص الوقف فهو لازم، (١٣٠)

(١٣٠) الآخوند: لا يخفى ان الوقف لو كان ذا مرتبة واحدة فحبس الشخص كان لازم، فإنه لو

لم يكن من ذاتياته وان كان ذا مرتبتين، فحبسه وان كان ما دام تجرد عن المسوغات، ومعها كان

حبس الوقف بماليتها لا بشخصه، الا ان حبس الشخص في الجملة بدونها مقتضى ذاته، ولذا لا

يصح شرط جواز البيع مطلقا بلا شرط المصلحة أو الحاجة قطعا.

نعم لما لم يعلم ان حبس الشخص مع الحاجة أو مصلحة في البيع إذا لم يكونا من المسوغات، كان

للاطلاق أو مقتضى الذات في المرتبة الأولى، كان الحكم بصحة شرط جواز البيع مع أحدهما،

ونفوده مما لا بد فيه من أصالة عدم المنافات، كما عرفت. (ص ١١٢)

الإيرواني: واما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه.

لا يخفى عدم تعدد الحبس متعلقا أحدهما بحبس المال الأعم من العين وبدلها والآخر بشخصه حتى

لا ينافي الأول شرط البيع ويكون المنع عن البيع في الثاني لازما للاطلاق العقد لا مطلقه لينا فيه

شرط التبديل الحبس حبس واحد فاما هو متعلق بالأعم من العين والبدل فلا ينافيه الشرطان ومتعلق بشخص العين وحينئذ فإن كان الحبس مقتضى مطلق العقد نافاه اشتراط البيع وان كان

مقتضى اطلاقه لم ينافه.

والحق ان الحبس متعلق بأعيان ومقتضى مطلق عقد الوقف هو الحبس لكن الحبس حسب ما تقدم

يمكن انشائه مضيقا كما يمكن انشائه موسعا ومال شرط البيع إلى انشائه مضيقا وعند عدم تحقق

تقدير البيع. (ص ١٨٠)

لاطلاقه وتجرده عن مسوغات الابدال، شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالاترابط في متن العقد، فتأمل (١٣١)

(١٣١) الإيرواني: لعل (فتأمل) يشير إلى ما تقدم من عدم تعدد الحبس في الوقف، بل الحبس حبس واحد وقد تعلق بالعين فإن كان الحبس مقتضى اطلاق العقد صح اشتراط البيع حتى مع اكل الثمن وان كان مقتضى مطلقه لم يصح حتى أو شرط كون الثمن وقفًا. (ص ١٨٠) الإيرواني: مقتضى العبارة انه قبلا لم يكن مسلما لهذه المنافاة أيضا مع أن منافاة البيع واكل الثمن لحقيقة الوقف المؤبد من أوضح ما يكون وكيف يكون وقف مؤبد ولا يبقى اثر من الوقف بعد البيع هذا مع ما تقدم منه من أن كون الثمن ملكا للبطن الموجود مع اشتراك الثمن بين البطون ولو اشتراكا شأنيا خلاف حقيقة المبادلة فيكون اشتراط ذلك اشتراط الامر غير معقول ولا مشروع الا ان يلتزم بما تقدم منا من كون الوقف وقفًا ما دام لم يتحقق التقدير فإذا تحقق فلا وقف لكن المصنف لم يلتزم بنفاد الوقف بمجرد تحقق التقدير ما لم يتحقق البيع خارجا. (ص ١٨٠)

ثم إنه روي صحيحا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين

ينبع، وفيه: فإن أراد - يعني الحسن عليه السلام - أن يبيع نصيبا من المال ليقضي به الدين فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سري الملك وإن ولد على ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن علي وإن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء (١٣٢)، ولا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثا في سبيل الله، ويجعل ثلثا في بني هاشم وبني المطلب، وثلثا في آل أبي طالب، وإنه يضعه فيهم حيث يراه الله ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر في بني علي - إلى أن قال: - فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم، وإنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله وينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله ووجهه، وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب والبعيد، لا يباع

شيء منه ولا يوهب ولا يورث الرواية (١٣٣)
وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود، فضلا عن البيع لجميع
البطون وصرح ثمنه فيما ينتفعون به (١٣٤)

(١٣٢) الإيرواني: لعل المراد من (غير دار الصدقة) غير دار الصدقة من الصدقات العامة
مريدا

منه دياره الموقوفة بالوقف الخاص على الذرية. (ص ١٨٠)
(١٣٣) الإيرواني: قوله عليه السلام: (وانه يشترط على الذي يجعله اليه) يعني لا يرخسه
في البيع
في حال من الأحوال كما هو مرخص واخوه فيكون الترخيص في البيع مختصا بهما عليهما
السلام

(ص ١٨٠)
(١٣٤) الإيرواني: قول المصنف: (فضلا عن البيع لجميع البطون) يعني اجتماع جميع
البطون على

البيع ويكون ذلك بقيام ولي البطون اللاحقة بالبيع منضمنا إلى للبطن الموجود

والسند صحيح، والتأويل مشكل، والعمل أشكل. (١٣٥)

وحينئذ من الممكن أن دار الصدقة التي فوض أمرها إليه عليه السلام دار جعل له عليه السلام سكنها ما دامت الحاجة وبعده بعنوان الوصية يفعل ما أمره عليه السلام به، والصدقة كما تطلق على الوقف كذلك على السكني والرقبي والعمرى.

وأما قوله عليه السلام: (فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال... الخ) فحمله على قضاء الدين من

حاصل المال الموقوف لا من أصله بعيد من وجوه، إذ لو أريد ذلك لم يكن حاجة إلى إدراج البيع،

بل بمقتضى ما ذكره قبله من أن الحسن عليه السلام: (يأكل منه بالمعروف) كان المناسب أن

يقول: ويقضي به الدين، وكون المورد من الضياع والمزارع فلا بد من بيع حاصلها ثم أداء الدين

منه منقوض بالأكل منه بالمعروف، فإنه أيضا كذلك، ومع ذلك لم يدرج فيه عنوان البيع، مع أن

قوله عليه السلام: (وإن شاء جعله سري الملك) - أي ملكا نفيسا لنفسه - ظاهر في جعل شرط

من أصل المال ملكا لنفسه لا من حاصله، فلا بد من حمل كل ذلك على الحبس الذي ينقطع بالبيع

ونحوه مما جعله الحابس له بالشرط فيخرج عن محل الكلام. (ج ٣ ص ١٥٤) (١٣٥) الآخوند: لا يخفى على من نظر في الرواية على طولها، من صدرها إلى ذيله، عدم

ابائها

عن الحمل على أنه عليه السلام أوصي بصدقة ما عينه من أمواله ببيع وغيره، كما يدل عليه قوله

عليه السلام في صدرها بعد البسملة، (هذا ما أوصي به في ماله عبد الله على) وان كان في بعض

فقراتها، شهادة على أنه أوقفها مثل قوله: (وان الذي كتب من أموالي هذه صدقة واجبة تبلة ، حيا انا أو ميتا").

لكنه لا يأبى عن الحمل على التأكيد في صدقة ما كتبه بعد موته، وانه لا يكاد يرجع عن هذه

الوصية، لا أنه جعله صدقة في حال حياته، كيف! وإلا فلا بد من حمل قوله: (هذا ما أوصي به

في ماله) على مجرد الاقرار، وهو بعيد جدا، كما يظهر من ملاحظة سائر الفقرات، فراجع فيها.

(ص ١١٣)

(۳۰۵)

الصورة السابعة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا، وهو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبائر المتقدمة (١٣٦) والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، وقد يكون لا له والخراب المعلوم أو المخوف، قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به، (١٣٧) وقد يكون على وجه نقص المنفعة.

ولو لم يباع يبقى على وقفته فيكون حال شرط البيع حال طرو المسوغ كما لا يخفى (ج ٣ ص ٤٠٠)

(١٣٦) الإيرواني: هذه الصور مأخوذة من اختلاف عبارات الفقهاء المتقدمة فاخذ عبارة كل جامدا عليها وجعلها صورة مستقلة ولكن غير بعيد عدم اختلافهم في المعني المقصود وان اختلفت عباراتهم تعميما تخصيصا. (ص ١٨٠)

(١٣٧) الإيرواني: لا يكون منشأ للخراب الا باعتبار ان يكون منشأ لترك اقدام كل على ما يحتاج اليه من التعميرات اللازمة فيؤول الامر إلى الخراب لكن ترك اقدام على التعمير لازم أعم للاختلاف، إذ قد يكون منشأه عدم التمكن من ذلك ونحوه. (ص ١٨٠)

النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن هذه الصورة ملحقة بالصورة الأولى، وهي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به، فإن العلم بتأديته إلى الخراب أو الظن به المعبر عنه بخوف الخراب إنما هو من حيث طريقيته إليه. وبعبارة أخرى: إذا احتمل احتمالا عقلايا تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب ولكن من حيث كونه طريقا، لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا. (ج ٢ ص ٢٨٩)

النائيني (المكاسب والبيع): ان كان عروض الخراب عليه قريبا وكان عدم التمكن من بيعه بعد خرابه قطعيا أو مما يحصل الاطمينان به، فيصح بيعه ومع فقد أحد الامرين - بان لم يكن خرابه سريعا ولم يحصل العلم أو الاطمينان بعدم التمكن من بيعه بعد خرابه - فلا يجوز بيعه وان خيف تعذر بيعه بعد خرابه لعدم الدليل على جواز بيعه بمجرد الخوف من تعذر الانتفاع به ببيعته،

وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا: من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه وقد عرفت ضعفه. (١٣٨)

وقد عرفت من عبائر جماعة تجوز البيع في صورة التأدية إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقيدهم به.

وهذا بخلاف ما إذا علم بتعذر بيعه بعد خرابه أو حصل الاطمينان به، فإنه مع سرعة لحوق الخراب يعد الوقف مسلوب المنفعة عرفا، فكان هذه المنفعة القليلة التي تكون للعين إلى زمان طرو الخراب لقلتها محكومة بالعدم، وذلك كالدابة الموقوفة التي يسرع إليها الموت مع العلم بتعذر بيعها بعد الموت وكما إذا غصب الغاصب ماء القرية الموقوفة ولو يكن الاستنقاذ منه ممكنا ولكنه مقدم في شراء القرية في هذا الزمان مع العلم بأنه إذا انقضي هذا الزمان يعمر الغاصب بماء هذه القرية أرضا غيرها فيصرف شراء القرية فتصير القرية معطلة لا يمكن بيعها ولا الانتفاع بها. (ج ٢ ص ٣٩٩)

(١٣٨) الإيرواني: هذا إذا أوجب الخراب سلب العنوان كما إذا صار الحمام والدار عرصة لاما إذا لم يوجبه كخراب ارض الزراعة بانقطاع الماء عنها أو خراب بعض بيوت الدار مع بقاء صدق اسم الدار عليها.

نعم لو قيل بان مناط المنع عن البيع هو المنفعة التي لاحظها الواقف أوجب الخراب الموجب لسلب تلك المنفعة ارتفاع المنع وان فرض بقاء العنوان ووجود منافع أخر في العين. (ص ١٨٠)

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظن بذلك فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك، خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب. (١٣٩)

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال، فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس.

والأقوى: الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا، سواء كان لاجل الاختلاف أو غيره، والمنع في غيره من جميع الصور. (١٤٠)

(١٣٩) الإيرواني: قد فسر الخوف في صدر الصورة السابقة بالعلم أو الظن وذكر ما يقرب منه

عند نقل عبائر الفقهاء، فاستشهاده بالعبائر المشتملة على لفظ الخوف على إرادته ما تعم العلم

والظن مناف لذلك وإن كان الصواب هو هذا وإن الخوف حالة نفسانية تجتمع مع عدم شئ من العلم والظن. (ص ١٨٠)

(١٤٠) النائيني (المكاسب والبيع): إذا كان الاختلاف بين أرباب الوقف مؤديا إلى خرابه يدخل في

الصورة الأولى التي تقدم حكمها من جواز البيع لو حصل الاطمينان بخراب الوقف مع عدم الراغب في شرائه عند خرابه، إذ لا فرق في الخراب الذي يحصل الاطمينان بحدوثه بين أن يكون

عن اختلاف بين أرباب الوقف أو يكون عن سبب آخر، وإن كان الاختلاف مؤديا إلى تلف

النفوس فيقع التزاحم بين حفظ الوقف وبين حفظ النفس، ومعلوم أنه لا يزاحم مع حفظ النفس

شئ بل يقدم حفظه على ما عداه فيجوز بيعه حينئذ إن كان حفظ النفوس منوطا به، وإن كان

الاختلاف مؤديا إلى غير تلف النفوس من تلف مال أو نحوه فلا يجوز بيع الوقف لاجله لعدم مزاحمة تلف غيره معه.

أما الجواز في الأول، فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثاني أولي، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً". (١٤١) وأما الأدلة الشرعية، فغير ناهضة، لاختصاص الاجماع وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة وأما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، وقيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود.

نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

وأما الباقي من الصور فلا دليل معتد به يدل على جواز بيعه الا الصورة السادسة، وهي صورة

شرط الواقف على ما عرفته من التفصيل والصورة السابعة. (ج ٢ ص ٢٨٩) (١٤١) الآخوند: الظاهر: ان جواز البيع يدور مدار التأدية إلى الخراب، بحيث لو قطع ثم ظهر أنه

أخطأ ظهر انه لم يكن هناك جواز أصلاً، وعليه لا دليل على الحاق الظن به ها هنا، الا ان يقال: إنه

لولا اعتباره لوقع في المخالفة كثيراً، وهو مما يقطع بأنه خلاف غرض الشارع، بل يمكن بذلك ان

يستكشف ان جواز البيع، بناء على كونه من مراتب الوقف وتعلق به قصد الواقف في الجملة،

يكون بمجرد الظن بالتأدية، لا مرتباً على نفسها، فتأمل. (ص ١١٣) الإيرواني: مقصوده دفع الموانع عن التمسك بالعمومات الدالة على حل البيع ووجوب الوفاء

بالعقود فان المانع من التمسك بها اما الأدلة المانعة عن بيع الوقف، واما حق الواقف ومراعاة

غرضه وما قصده من الواقف وهو بقاء العين لاجل ان ينتفع بها الموقوف عليهم، واما حق الموقوف

عليهم والكل غير صالح للمانعية.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه، ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال. (١٤٢) ولو دار الامر بين بيعه والابدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة أو حق الواقف وسائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهان، لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدما على الموقوف عليه. (١٤٣)

(١٤٢) الإيرواني: لا اشكال في التقديم ان كانت الأدلة المانعة منصرفه لمكان عمومات صحة

المعاملات حينئذ، كما لا اشكال في عدم التقديم إن لم تكن منصرفه وصورة الشك في الانصراف

ملحقة حكما بصورة القطع بعدمه. (ص ١٨٠)

الأصفهاني: حيث إن الكلام في بيع ما يؤدي بقاءه إلى الخراب دون بيع الخراب، كما تقدم في

الصورة الثانية، فلا بد من فرض بيع الجائز في آخر أزمنة إمكان البقاء، وحينئذ لا مجال للاشكال

إلا إذا فرض أنه مع الخراب يمكن تبديله ولو بأنقص من ثمن البيع قبل الخراب، فإن الأنقصية لا

تجوز تفويت حق البطن الموجود، وحينئذ فالمراد بفوت الاستبدال فوته بثمانه الفعلي لا فوته من

رأس، فإنه لا مجال للاشكال فيه، مع فرض جواز بيع ما يؤل إلى الخراب. (ج ٣ ص ١٥٧)

(١٤٣) الإيرواني: بل لا وجه للبيع بعد عموم الادلة المانعة، كما لا وجه لوجوب صرف الموقوف

عليهم ما ملكوه من مناف العين في تعميروها ودليل الوقوف حسب ما يوقفها أهلها لو كان قاضيا

بوجوب تعميروها لاقتضي تعميروها مطلقا ولو من أموال الموقوف عليهم الشخصية، بل من غير

أموالهم أيضا فالحق ان الموقوف عليهم ينتفعون بالعين ما دامت قائمة وإذا خربت دخلت تحت

المسوغ الأول. (ص ١٨٠)

الأصفهاني: الكلام تارة في صرف المنفعة الحاصلة في عمارة العين في قبال ابقائها على حالها

إلى أن يخرب ويسقط عن الانتفاع رأسا، وأخري في صرفها في العمارة في قبال ابدال العين.

وقد يستدل على الجواز فيما ذكرنا، بما عن التنقيح: من أن بقاء الوقف على حاله والحال هذه إضاعة وإتلاف للمال، وهو منهي عنه شرعا، فيكون البيع جائزا " (١٤٤)

أما الأول، فالامر دائر بين ضررين، ضرر البطن الموجود من حيث ذهاب المنفعة التي هي ملك

طلق له، وضرر البطن المعدوم والواقف من حيث ذهاب المنفعة منهم حال وجودهم، ولا موجب

لسد ضرر الغير بتحمل الضرر كما قدمناه سابقا.

وأما الثاني، فالامر دائر بين رعاية حقين أو رعاية حقوق الواقف والموجودين والمعدومين جميعا،

والثاني أولي، لان الأول يوجب فوات حق البطن الموجود من دون موجب ولا تدارك، فتدبر جيدا

(ج ٣ ص ١٥٧)

(١٤٤) الأصفهاني: قد تقدم الكلام في تحقق موضوع إضاعة المال في نفسه، وأن تحريم البيع

الذي هو بمنزلة ايجاب التضييع في هذه الصورة لا ينافي تحقق الموضوع، وسلب القدرة لا يوجب

عدم كون المال تحت سلطانه حقيقة، بل مال له السلطنة على ابقائه خارجا وعدمه، غاية الامر

أن ايجاب ابقائه حتى في هذه ايجاب ما هو إضاعة المال في نفسه، ولذا عبر بعنوان التضييع فيما

تقدم حيث قال رضي الله عنه.

وأما النقض بلزوم عمارة الأوقاف المشرفة على الخراب إذا لم يمكن البيع، أو مقدما لها عليه إذا

أمكن.

فيندفع: بأن العمارة حيث إنها تستلزم الضرر على الموقوف عليه الموجود غير لازمة بمقتضي نفي

الضرر الحاكم على سائر الأدلة، فلا يقاس بها البيع الذي ليس كذلك، بل تحفظ على انتفاع

الموجود والمعدوم بالعين، وقد تقدم منا ما يتعلق بالمقام. (ج ٣ ص ١٥٨)

ولعله أراد الجواز بالمعني الأعم، فلا يرد عليه: أنه يدل على وجوب البيع. وفيه: أن المحرم هو إضاعة المال المسلط عليه، لا ترك المال الذي سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، والا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع، أو إذا لم يمكن البيع. (١٤٥) والحاصل: أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير (١٤٦)

(١٤٥) الإيرواني: لم يتضح مقصوده وانه هل هو منع الكبرى وعدم عموم دليل حرمة إضاعة المال لإضاعة المال الذي لا سلطان للشخص عليه وكان ممنوعا عن التصرف وحفظه عن التلف أو منع الصغرى وعدم كون ترك المال الذي لا سلطان للشخص عليه حتى يتلف إضاعة اما من جهة ان الإضاعة ظاهر في الاتيان بعمل وجودي سبب لتلف المال، فلا تصدق على مجرد ترك المال حتى يتلف أو من جهة ان عدم سلطان الشخص بوجب عدم صدق الإضاعة على تركه حتى يتلف، لا ان مطلق الترك يوجب حتى فيما للشخص سلطان عليه فالمانع عن الصدق مجموع الامرين الترك وكون المتروك شيئا خارجا عن السلطان، فدليل المنع عن التصرف في الوقف وبيعه يوجب خروجه عن تحت سلطان الشخص الموجب لعدم صدق الإضاعة بترك بيعه حتى يتلف الموجب لخروجه عن تحت دليل حرمة الإضاعة موضوعا وعلى سبيل التخصص. (ص ١٨١) الأصفهاني: قوله يكون نظرا إلى أن البيع وإن كان رعاية لحق البطن الموجود، إلا أن اختصاص الثمن به مناف لرعاية حق البطون المعدومة. وفيه: أن هذا العنوان لا دخل له بإضاعة المال بابقائه إلى أن يتلف، فمجرد الابدال رافع لهذا المحذور، وليس في اختصاص الثمن تضييع المال ليكون منهيا عنه. نعم هذا المحذور وارد على الدليل الآتي عند تخصيص الثمن بالبائع كما سيأتي الإشارة إليه إن شاء الله تعالى.

ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكرة والمهذب وغاية المرام: من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذرت، فيجوز اخراجه عن حده، تحصيلًا للغرض منه، (١٤٧) والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما أنه لو تعطل الهدي ذبح في الحال وإن اختص بموضع، فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاة الخاص المتعذر.

الإيرواني: لعل وجه الاتضاح ان البيع أيضا إضاعة للمال بالنسبة إلى البطون اللاحقة، فلئن

بيع أو لم يبيع صدقت الإضاعة واكل البطن الموجود للثمن لا يكون مانعا عن صدقه بالنسبة إلى البطون اللاحقة، الا ان يقال ان ترك البيع إضاعة على جميع البطون إضاعة بالنسبة إلى خصوص بطون اللاحقة حيث لا يكون للخربة قيمة.

لكن يتجه عليه ان عنوان إضاعة المال الحرم غير عنوان اكل مال الغير أو تقويت حقه الداخلة

تحت دليل (لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه)، فليس اكل مال الغير إضاعة فالبيع بناء فالبيع

بناء على أن الثمن للبطن الموجود ليس إضاعة للمال. نعم استيلاء على متعلق حق الغير فإذا دل الدليل عليه لم يكن اشكال فيه، بل يكشف ذلك عن

سقوط حق البطون اللاحقة من العين قيل البيع بان ليكون الثمن ملكا طلقا للموجودين لا وقفا

على حد الأصل وحينئذ بدليل حرمة الإضاعة يثبت وجوب البيع وبما دل على أن الثمن على

تقدير البيع للبطن الموجود يقسط الثمن بين الموجودين ان تعددوا. (ص ١٨١) (١٤٧) الإيرواني: الفرق بين هذا الدليل وما تقدم من المصنف ان المصنف كان ينظر في دليله إلى

رفع المانع عن البيع وان البيع لا ينافي غرض الواقف لنفاد غرضه بأول متعلق غرضه إلى الخراب

وهذا ناظر إلى اثبات المقتضي وان البيع موجب لحفظ غرض الواقف. وهذا انما يتم إذا كان للواقف غرضان مترتبان على سبيل تعدد المطلوب أحدهما مترتب على

العين الشخصية وهذا آئل إلى الزوال بخراب العين والاخر نوعي بجنس تلك العين أو بجنس

الانتفاع.

وفيه: أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنه الذي دل عليه صيغة الوقف، والمفروض تعذره فيسقط وقيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص - لكونه أقرب إلى مقصود الواقف - فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض، (١٤٨) فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك مؤيداً "

وهذا يمكن حفظه وإدامته بتبديل العين ويكون الغرض مستمرا في البديل. لكن يمكن منع هذا الغرض فان الوقف قد تعلق بالعين ولا يعقل ان يكون الغرض في الأعم منها.

نعم لو كان الوقف متعلقا بالأعم من العين وبدله صح ان يكون الغرض أيضا أعم لكن الوقف لا

يكاد يتعلق بالأعم لعدم ملك الواقف للبديل فكيف يقف الأعم منه. (ص ١٨١) (١٤٨) الآخوند: هذا انما يتم لو كان مبني كلامهم على أن الوقف هو حبس خصوص العين.

واما إذا كان مبناه على أنه حبسها بنفسها ما دام الانتفاع بها وببديلها، فيما إذا لم يكن لها انتفاع،

فلا ضرورة ان الانتفاع بالبديل عليه يكون من الوجوه المقصود بالوقف، لا الأقرب بمقصود الواقف.

نعم يقع الكلام معهم في الصغرى، وان الانتفاع بالبديل من مراتبه، أو ليس له، الا مرتبة الانتفاع بالشخص، كما مرت الإشارة اليه، فلا تغفل. (ص ١١٣)

الأصفهاني: قد تقدم أن الغرض عقدي مدلول عليه بالالتزام، وأن حبس الأصل لتسبيل الثمرة،

فالحبس مقصود بالتبع والتسبيل مقصود بالأصالة، ولا يزاحم المقصود بالتبع للمقصود بالأصالة،

فمتى دار الامر بين التحفظ على شخصية العين أو على الانتفاع المقصود من الوقف قدم الثاني،

وقد فصلنا القول فيه سابقا. نعم اختصاص الثمن بالبطن الموجود مناف لهذا الغرض، وهو التسبيل

على البطون، فإن البيع لرفع الحاجة بالثمن أو لغير ذلك مناف لكون الثمرة مسبلة من دون انحفاظ مالية العين في ضمن البديل، فراجع ما قدمناه. (ج ٣ ص ١٥٩)

وأما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة وفيما عداها من الصور اللاحقة لها،
فلعموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك، فإن ترك
الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المحوزة وعدمه
الموجب لحمل فعل البائع على الصحة - يدل على أن الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه.
(١٤٩) وكذا قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله، وما دل
على
أنه: يترك حتى يرثها وارث السماوات والأرض. (١٥٠)
هذا كله، مضافا إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور. (١٥١)

(١٤٩) الإيرواني: لو تمت هذه الدلالة كما هو الظاهر اقتضت عدم جواز البيع في الصورة
الأولى إلى
الخراب المخرج للعين عن حيز الانتفاع المعتد به، فان وجود الغلة فعلا وفي هذه السنة لا
ينافي
أول الأرض إلى الخراب وعدم اعطاء الغلة في العام اللاحق. (ص ١٨١)
(١٥٠) الإيرواني: ذكر سابقا عدم دلالة دليل الوقوف ذكر سابقا عدم دلالة دليل الوقوف
على
المنع عن البيع لعدم كون المنع عن البيع مأخوذا في حقيقة الوقف، بل هو من احكامه
اللاحقة له
شرعا وذكرنا هناك منع عدم الدلالة وان المنع عن البيع مأخوذ في حقيقة الوقف ودليل
الوقف
مقرر لما هو مأخوذ حسب ما هو لازم استدلاله هنا. (ص ١٨١)
(١٥١) الإيرواني: لا مجال للاستصحاب بعد فرض انصراف الأدلة المانعة من البيع، فان
المرجع
عموم (أحل) و (أوفوا) بعد أن كان المتيقن من تخصيصه خروج ما قبل زمان عروض ما
يحتمل
مسوغا.
واما البيع بعد عروضه فيحكم بصحة بالعمومات وليس المقام من قبيل ما يبيني فيه الرجوع
إلى
العام على عموميه بحسب الازمان بل يرجع اليه مطلقا، لان الشك هنا في التخصيص الزائد
مطلقا
ولذا لم يرجع المصنف إلى الاستصحاب في شئ من المسوغات السابقة. (ص ١٨١)

وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوزه في هذه

الصور فيها، (١٥٢) وهي مكاتبه ابن مهزيار، قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلى: أعلم فلانا أني أمره ببيع حصتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إلى، إن ذلك رأيي إن شاء الله

تعالى، أو يقومها على نفسه. إن كان ذلك أوفق له. (١٥٣)

(١٥٢) الإيرواني: عدم التمسك في المقام بدليل لا ضرر الحاكم على أدلة الأحكام الواقعية وكذا

عدم التمسك بدليل وجوب حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس، لعله من أجل أن

تلف المال والنفس ليس لازما قهريا لعدم البيع، بل الموقوف عليهم بسوء اختيارهم يتلقون، فلهم

أن لا يبيعوا أو لا يتلقوا شيئا من المال والنفس، ومعلوم أن مثل ذلك لا يوجب رفع التكاليف

الواقعية. (ص ١٨١)

(١٥٣) الإيرواني: يحتمل أن يكون المراد استثناء الخمس من الوقف وجعله للإمام ملكا طلقا له

ويكون قوله بعد ذلك (أو يدعها موقوفة استيذانا منه في وقف حصته منضمنا إلى الأربعة أخماس

الأخر) أو يكون قوله: (موقوفة) بمعنى متروكة دون الوقف الاصطلاحي وعلي فرض ظهوره في

الوقف الاصطلاحي فلا شئ من المسوغات محتمل في المقام إلا الحاجة الشديدة، فتكون الرواية

دليلا على مسوغية الحاجة الشديدة. (ص ١٨١)

الآخوند: لا يخفى أن المكاتبه - مع اشتغالها على ما لا يقول به أحد، وهو جواز البيع بلا طرو

عارض أصلا فيما هو سهم الإمام عليه السلام - غير دالة إلا على جواز البيع في بعض الصور، ولم

يعلم عمل المشهور بما هو ظاهرها، كي يوجب بذلك انجبارها، إلا أن يقال: إنما يكون الانجبار

بتوافقهم على العمل بها، وإن اختلفوا فيها استفادوا عنها،

لكنه إذا علم أن استنادهم فيما صاروا إليه كان إليها، وهو محل تأمل بل منع، فتأمل جيدا.

(ص ١١٤)

النائني (المكاسب والبيع): واما ما ورد من مكاتبة ابن مهزيار فلا دلالة فيها على الجواز في شيء من هذه الصور، فان صدرها المتضمن لبيع الخمس الذي للإمام عليه السلام ليس ظاهرا في جعل

خمس الوقف له عليه السلام بل يحتمل ان يكون خمس المال الموقوفة له عليه السلام بعنوان الخمس فبيعه باذنه من جهة كونه ملكا له عليه السلام من جهة كونه وقفا عليه وذيلها ليس ظاهرا في كون

الوقف مؤبدا. بل يحتمل ان يكون من المنقطع الآخر. ولا في أنه حصل القبض الذي هو شرط صحة الوقف بل الظاهر منه حيث فرض كون الوقف بيد

الواقف، حيث يسأل عن سلب الا من من اتفقهم بعده، كونه قبل القبض واحتمال ان يكون بقاءه

على يد الواقف لاجل كونه بنفسه ناظرا بحسب جعله فيكون تصرفه قبضا في الوقف وإن لم يكن

له ساد، الا انه صرف احتمال لا يصير منشاء لظهور الخبر في كون الوقف بعد القبض، بل يحتمل

ان يكون الحكم بجواز البيع لاجل كونه قبل القبض كما يحتمل ان يكون لاجل كونه من منقطع

الآخر.

وبالجملة: فالرواية قاصرة الدلالة في إفادة جواز بيع الوقف عند خوف تأدي بقاءه إلى تلف النفس

والمال. (ج ٢ ص ٤٠١)

الأصفهاني: الكلام تارة في صدرها، وأخري في ذيلها المعدود مكاتبة أخري.

اما الكلام في صدرها: فالاشكال فيه من جهات،

منها: أن ظاهرها الوقف المنقطع، وليس من باب الحكاية المسوقة لحكم آخر، بل في مقام

الاستيذان من شخص الإمام عليه السلام بما هو مالك، فلو كان له مالك آخر طوليا للزم

الاستفصال، إذ الامر بعد البيع وإيصال البدل إليه عليه السلام موكول إليه لا إلى غيره،

(٣٢٤)

قال: وكتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيقة اختلافا شديدا ، وأنه ليس يأمن أن يتفارق ذلك بينهم بعده، فإن كان تري أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته فكتب بخطه: وأعلمه أن رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبيع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف

الأموال والنفوس حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة (١٥٤)، بناء على أن قوله: فإنه الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد بالمال

هو الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، (١٥٥)

وخصوص تلف نفوس الموقوف عليهم، فمبنى على تقييد اطلاق تلف الأموال وتلف النفوس، إما

بالاجماع على عدم العبرة بغيرهما أو بفهم المشهور، ولا أظن إجماعا صالحا للتقييد، ولا شهرة

صالحة للكشف عن قرينة موجبة لتعين تلف خصوص مال وخصوص نفس، خصوصا بالإضافة

إلى تلف النفوس، فإن الأصحاب ما بين مقتصر على خراب الوقف، وما بين معمم لكل فتنة وفساد ينشأ من الاختلاف، أو مصرح بتلف النفوس من دون تخصيص بنفوس الموقوف عليهم،

فالتخصيص به خلاف المشهور جدا. (ج ٣ ص ١٦٠)

(١٥٤) الإيرواني: وهو خوف الخراب الموجب لنقص المنفعة نقصا يبقى معه مقدار معتد به كان

منشأه هو الاختلاف أو امر آخر. (ص ١٨١)

(١٥٥) الإيرواني: بالواو عطفًا على قوله: (وان المراد) وذلك أن هذا مطلب مستقل وليس في

موضع التعليل السابقة وحاصله ان الدخيل في ترتب الحكم على الاختلاف هو ان الاختلاف ربما

جاء منه تلف الأموال واما تلف النفوس فلا دخل له ولو على سبيل الانضمام والرواية قد دخلت

على هذا الذي هو موجود في الاختلاف ومقررة له بلا دخل له في الحكم.

لا أن المناط في الحكم هو اجتماع الامرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه - المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة ربما كما

لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته - ولا أظن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء

بقائه إلى الخراب، (١٥٦)

لكن لا يخفى ما في ذلك من مخالفته للظاهر فان التعليل اما يدل على علية الاختلاف المؤدي إلى

الامرین جميعاً أو المؤدي إلى أحدهما وهو الأظهر وان كان الواو للجمع. (ص ١٨١) (١٥٦) الإيرواني: ربما في المقام ليس لمجرد الاحتمال المساوي أو المرجوح لان الذي ينشأ من

الاختلاف ليس مجرد ذلك فان ذلك حاصل مع قطع النظر عن الاختلاف وما يحصل من الاختلاف

هو مظنة تلف الأموال والنفوس ولعل تعبير الفقهاء بالخوف نشأ من فهمهم ذلك من لفظة ربما في

المكاتبة فلا يكون مجال لما أشكله المصنف عموماً على المكاتبة مصرأ عليه الا ان يريد أن ظاهر

الرواية كفاية المعرضية المجتمع مع الاحتمال المساوي بل المرجوح مع أن الفقهاء ظاهرهم اعتبار

العلم أو الظن الشخصي دون مجرد الظن ولو نوعاً لكن يتجه عليه منع اعتبار الفقهاء ما يزيد على

وجود الامارات المفيدة نوعاً للمظنة كما يظهر من تعبيرهم بالخوف وعدم الامن ونحو ذلك.

(ص ١٨١)

لان كلمات من عبر بهذا العنوان - كما عرفت ج بين قولهم: أدى بقاؤه إلى خرابه، وبين قولهم: يخشي أو يخاف خرابه والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم ج مثل قولهم: يجب الافطار والتميم مع خوف الضرر، ويحرم السفر مع خوف الهلاك - لا يتحقق الا بعد قيام أمانة الخوف هذا، مع أن مناط الجواز - على ما ذكر - تلف الوقف رأسا، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف (١٥٧) مع أنه لا وجه - بناء على عموم التعليل -

للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف (١٥٨)

(١٥٧) الإيرواني: لماذا يكون مناط الجواز على أن المراد من الأموال هي الأعيان الموقوفة تلف الوقف رأسا أليس بعض الوقف مالا ووقفا ويصدق بتلفه تلف المال والوقف كما صرح بذلك في أواخر المبحث. (ص ١٨٢)

(١٥٨) الإيرواني: ليس منشأ هذا التخصيص عدم الاخذ بعموم التعليل وانما منشأه حمل المال في التعليل على خصوص الوقف، فالصواب ان يقال لا وجه لحمل المال على خصوص الوقف بل اللازم ان يحمل على معناه الذي هو مطلق المال.

ثم إن الاشكال بمثل ما ذكره المصنف هنا على أرباب هذه الأقوال مبني على استفادة الحصر من كلامهم والا فاستثناء صورة خوف تلف الوقف عن المنع ان استفيد من الرواية كانت حجة الخصم تامة ولم يكن مجال للاشكال عليه بدلالة الرواية على جواز أوسع من ذلك فان ذلك لا يضر بالمقصود واثبات شئ لا ينفي ما عداه فلعل الخصم يلتزم بجواز ذلك الأوسع. (ص ١٨٢)

وأما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة - وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال والنفوس - فهو: أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلا أن قوله: فإنه ربما الخ مقيد بالاختلاف الخاص - وهو الذي لا يؤمن معه من التلف -، لان العلة تقيد المعلول، كما في قولك: لا تأكل الرمان لأنه حامض. وفيه: ان اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنفوس. (١٥٩)

وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لاصلاح كل فتنه وإن لم يكن لها دخل في الوقف. (١٦٠)

(١٥٩) الإيرواني: محصل اشكاله هو: ان الفقرة الأخيرة لو كانت للتعليل ولذا أفادت تخصيص

الفقرة الأولى أفادت أيضا التعميم من الجهة الأخرى، فان العلة كما تخصص تعمم والا لم يكن وجه للتخصيص أيضا.

لكن يتجه هذا الاشكال بعينه على المصنف نفسه فإنه فيما يأتي قد خصص ولم يعمم الا ان يوجه

ذلك بان تخصيصه لاجل احتفاف الكلام بما يحتمل كونه علة فيورث الاجمال الموجب للاخذ بالمتقين

لا لاجل احتفافه بالمقطوع كونه علة حتى يلزمه التعميم أيضا، فالتعميم يتوقف على القطع بالعلية

بخلاف التخصيص الكافي فيه احتمالها لكن التعبير بالتخصيص والتقييد حينئذ تسامح وقد عبر

المصنف هناك بقوله لان الذيل مقيد. (ص ١٨٢)

(١٦٠) الإيرواني: اقتضاء التعليل هذا المقدار من التوسعة ممنوع، فان غاية اقتضائه جواز بيع

الوقف لدفع تلف المال والنفوس اللازم من تركه لا لاصلاح كل فتنه سيما عالم تترتب منها على

بقاء الوقف، بل كانت الفتنة حاصلة على كل حال فيباع الوقف لاجل صرف ثمنه في اصلاح الفتنة.

(ص ١٨٢)

اللهم إلا أن يدعي سوق العلة مساق التقريب، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد له لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع وهو الذي فهمه الشهيد رحمه الله في الروضة - كما تقدم كلامه - لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا

يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد، مع ما فيها من ضعف الدلالة، كما سيحجى إليه الإشارة.

ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة ورده. (١٦١)
وأما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة فهو: أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال - مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالبا - يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس، ولا يكفي بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه

تلف المال فقط.

وفيه: أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة، (١٦٢)

(١٦١) الإيرواني: الاستدلال بالمكاتبة على الصورة التاسعة يتوقف مضافا إلى تقييد الفقرة الأولى

بالأخيرة على حمل تلف الأموال والنفوس فيها على المثال لمطلق الضرر العظيم مالا كان أو نفسا أو غيرهما. (ص ١٨٢)

(١٦٢) الإيرواني: قد تقدم ذكر هذا الاشكال على الصورة الثامنة وقد أجبنا عنه بان مفاد الرواية

لا يزيد على جواز البيع لدفع الفتنة الناشئة من تركه. اللهم الا ان يستنبط منها مناط عام يشمل كل فتنة مالا كان أو نفسا ناشئة من ابقاء الوقف أو

غير ناشئة. (ص ١٨٢)

مع أن ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، والمقصود - كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة - هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس

(١٦٣)

والحاصل: أن جميع الفتاوي المتقدمة في جواز بيع الوقف - الرجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علما أو ظنا أو احتمالا إلى مطلق الفساد، أو فساد خاص، أو اعتبار الاختلاف مطلقا،

أو اختلاف خاص - مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتب المذكورة. والأظهر في مدلولها: هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس،

لا مطلق الاختلاف، لان الذيل مقيد، ولا خصوص المؤدي علما أو ظنا، لان موارد استعمال لفظة ربما أعم من ذلك، ولا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص. (١٦٤)

(١٦٣) الإيرواني: الواو للحال يعني: والحال ان المقصور هو ان الاستباحة الواقعية هي المسوغة

دون الاستباحة المحتملة المعبر عنها بلفظ (ربما) فلا يطابق الدليل المدعي والمقصود من هذه

الاعتراضات الخاصة لكل من الأقوال هو طرح الرواية لعدم وقوع العمل عليها بظاها. لكنه ناقض هذا المقصود أخيرا بقوله: (لكن الانصاف ان هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية

وقصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة) إلى اخر العبارة. (ص ١٨٢)

(١٦٤) الإيرواني: بل الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بعدم الامن من تلف الأموال والنفوس

والغاء خصوصية الاختلاف الذي علق الحكم في الصدر لظهور الفقرة الأخيرة في التعليل، فإنها

لا تقصر عن سائر ما ورد في الاخبار من التعليل.

وما ارتكبه المصنف من تقييد الصدر بالاختلاف الذي ربما جاء منه تلف الأموال والنفوس، ومع

ذلك لم يعمه لمطلق ما ربما جاء منه ذلك ولو كان ذلك غير الاختلاف بظاها غير مستقيم

وإن كان فيه إشارة إلى التعليل وعلي ما ذكرنا، فالمكاتبة غير مفتي بها عند المشهور، لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال والأنفس، فيكون النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه. (١٦٥)

لكن الانصاف: أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها للعمومات المانعة، بالشهرة، لأن اختلاف فتاوي المشهور إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز من قوله عليه السلام: إن كان قد علم الاختلاف المنضم إلى قوله: فإنه ربما جاء في الاختلاف. (١٦٦)

لما أشرنا إليه من أن الفقرة الأخيرة ان كانت ظاهرة في التعليل عممت كما خصصت والا لم تخصص
كما لم تعمم بالتفصيل باطل والعجب انه أشكل ره بهذا الاشكال بعينه على الصورة الثامنة ومع

ذلك وقع نفسه فيه وان تقدم منا توجيهه بما لا يساعد عليه ظاهر عبارته. (ص ١٨٢)
(١٦٥) الإيرواني: لاختصاص الأول بتلف خصوص الوقف وعمومه من جهة العلم والظن بالتلف واختصاص الثاني بالعلم وعمومه من جهة تلف الوقف وغيره من الأموال. (ص ١٨٢)

(١٦٦) الإيرواني: يعني ضعف دلالتها على جواز البيع في ما عدا الشق الذي اختار فيه جواز البيع
من شقوق الصورة السابقة وهو الشق الأخير منها مع باقي الصور الثلاث التي تليها تكون مجبورة

بعمل المشهور وان كان بينهم أيضا اختلاف عموماً وخصوصاً وبهذا العمل تقوي على مقاومة
العمومات المانعة.

وفيه: ان الدلالة لو كانت مجبورة بالعمل كان اللازم الاخذ بما اتفقوا على فهمه منها وترك ما
اختلفوا في فهمه.

وأما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي - على تقدير قصورها - منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعي من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق، وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف، كما عن الايضاح، وأوضحه الفاضل المحدث المجلسي، وجزم به

المحدث البحراني، ومال إليه في الرياض قال الأول - في بعض حواشيه على بعض كتب الاخبار - : إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم، ولم يدفعها إليهم، وحاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف ويشتد، لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفة ويدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد ويدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ انتهى موضع الحاجة.

والانصاف: أنه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. والحاصل: أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين

ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين.

نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، وهي: أن مقتضى القاعدة - كما عرفت -

لزوم كون بدل الوقف بنفسه مشتركا " بين جميع البطون،

وظاهر الرواية تقريره عليه السلام للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكليف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم وإما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعني: الحبس الذي لا إشكال في بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف وإن تحقق التوطين عليه وتسميته وقفا بهذا الاعتبار. ويؤيده: تصدي الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظرا، أو يقال: إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبة بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام

من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها - مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف وبدله - أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف، لانقطاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيده: أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو

أيضا " إلا أن يصلح هذا الخلل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، ويقال: إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف، وموجبا لتكليف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين ويبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين الاحتمالات - وهو الاختلاف المؤدي علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم - كان أولي والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع: أن المناط في ذلك القسم: العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا والمناط هنا: خراب الوقف، الذي يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف.

وليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا

يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية، فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة، بل المحكي عن الأكثر: أن الثمن في هذا البيع للبطن

الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة، بل صريح بعضهم - كجامع المقاصد - هو: أنه يشتري

بثمنه ما يكون وقفا " على وجه يندفع به الخلف، تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الامكان

وهذا منه قدس سره مبني على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل، لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما

يباع، للحاجة الشديدة، تمسكا برواية جعفر، فتعين الأول، وهو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

الوقف المنقطع
وأما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض - بناء على صحته كما هو المعروف - فإما أن نقول ببقاءه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم وعلي الثاني: فإما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما أن يقال بصيرورته في سبيل الله فعلي الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع، لعدم الملك وفي جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، (١٦٧)

(١٦٧) الإيرواني: لو قلنا بصحة الوقف المنقطع اما على حسب ما قصده الواقف من انتقاله إلى الموقوف عليهم كما هو مقتضى دليل الوقوف وعموم أدلة المعاملات كأوفوا بالعقود أو بقاءه على ملك الواقف داخل في حقيقة الوقف، فيشملة ما دل على المنع عن بيع الوقف ولا استبعاد في المنع المذكور مع بقاء العين على ملك الواقف ويشمله أيضا الاخبار المرخصة للبيع في صور الاستثناء بل المتقين من هذه الأخبار هو الوقف المنقطع، فلا محل لهذا البسط والاطناب وبناء الحكم على الأقوال في الوقف المنقطع، مع أنه كيف يعقل ان تكون الأدلة في الشمول وعدمه تابعا لآراء الفقهاء في الوقف المنقطع!
اللهم الا ان يدعي ان الأدلة المانعة ظاهرها الوقف المنتقل فيه الموقوف إلى الموقوف عليهم سيما دليل الوقوف بناء على دلالاته على المنع، فان المنع عن البيع المنشأ بانشاء الوقف من خصوصيات ما أنشأ الواقف من الملك للموقوف عليهم بحيث يكون ملكهم ملكا محبوسا راكدا لا يتعدى عنهم غيرهم، فإذا لم يقع أصل الملك بل كان باقيا على ملك مالكة فكيف تقع خصوصيته. (ص ١٨٢)

ولذا منع الأصحاب - كما في الايضاح - بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقرء، لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت.

نعم، المحكي عن جماعة - كالمحقق والشهيد في المسالك والدروس وغيرهم - :
صحة

البيع في السكني الموقته بعمر أحدهما، بل ربما يظهر من محكي التنقيح: الاجماع عليه ولعله

إما لمنع الغرر، (١٦٨) وإما للنص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة - في الصحيح أو الحسن -

عن الحسين بن نعيم، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكني لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده، قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم قلت: فينقض البيع السكني؟ قال: لا ينقض البيع السكني، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكني، ولكن يبيعه

على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكني على ما شرط الخبر. ومع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة وولده والمحقق الثاني ولو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر ويحتمل العدم، لان معرفة المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا توجب معرفة المبيع وكذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه.

(١٦٨) الآخوند: يمكن ان يقال: ان الجهالة انما توجب الغرر المضر فيما إذا كانت في نفس

العوضين لا في منافعهما، حيث إن المنافع ليست موردا للبيع، ولذا لو لم يعلم مقدارها وان منفعة

هذه العين - قليلة أو كثيرة - لم يضر قطعاً.

نعم تفاوت المنفعة توجب تفاوت مالية ذي المنفعة، والجهل بها ربما يوجب الجهل بمقدار ماليته،

لكن الجهل بمقدار المالية مع العلم بالمال لا يوجب الغرر، ولو سلم فلا يكون بمضر بلا اشكال.

(ص ١١٤)

مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح: من أنه لو اتفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدل عليه كلامه المحكي عنه في مسألة السكني، حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم، لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما في السكني على قول - صح ما ذكره، لا مكان سقوط الحق بالاسقاط، بخلاف

المال، فتأمل (١٧٠)

وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السكني والحبس إن شاء الله تعالى وعلى الثاني: فلا يجوز البيع للواقف، لعدم الملك، ولا للموقوف - عليه، لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

وعلى الثالث: فلا يجوز البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف، لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضا للواقف الغير المالك فعلا وإن أجاز الموقوف عليه. (١٧١)

(١٧٠) الأصفهاني: المقابلة بين الملك والحق لا بين المال والحق، بل قد مر أن الملك الخارجي غير

قابل للإبراء المقابل للاسقاط في الحقوق، وإلا فالملك - بما هو ملك - غير آبه عن الإبراء، فإن

الملك الذمي قابل للإبراء، والامر بالتأمل لعله إشارة إلى أن حق الانتفاع ليس إلا السلطنة على

الانتفاع كما في العارية، وهو ليس من الحقوق القابلة للاسقاط، أو لعله إشارة إلى أن المال أي

الملك قابل للإبراء المساوق للاسقاط في الحقوق وإنما لا يقبله هنا لكونه ملكا خارجيا. (ج ٣ ص ١٦٨)

(١٧١) الإيرواني: هذا يناهني ما اصر عليه في الوقف المؤبد من خروج المنع عن البيع عن حقيقة

الوقف وكونه حكما شرعيا في موضوعه، وذلك أن الوقف المؤبد والمنقطع لا يختلفان في هذه الجهة.

ثم إن مقصود المصنف بهذه العبارة الاستدلال بدليل الوقوف وعمومات أدلة المعاملات مشيرا

إليها بذكر صغيرها. (ص ١٨٢)

الا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال (١٧٢)، بناء على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلا ليس له الإجازة، لعدم تسلطه على النقل، فإذا انقرض الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد أورد على القاضي قدس سره حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف. ويمكن دفع التنافي بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة - وهو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف - إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك بمراجعة المسألة في كتاب الوقف (١٧٣)

(١٧٢) الإيرواني: بل وان جوزنا بيع ملك الغير مع عدم من يكون اليه الإجازة حال العقد لم نجوز هذا للأدلة المانعة عن بيع الوقف العامة الشاملة للمالك والموقوف عليه. نعم لو كان المانع من الصحة عدم الملك الفعلي جاز ووقع فضوليا بناء على المبني الذي أشار اليه رحمه الله. (ص ١٨٢)

(١٧٣) الأصفهاني: إلا أن ذلك لا يلائم تعبيره ببقاء الوقف المنقطع، وإن كان كلام القاضي المحكي عنه غير صريح في الابتناء على البقاء، بل صريح في العود كما في المقاييس، إلا أن دعوى التنافي من صاحب المقاييس قدس سره بملاحظة أن الواقف غير مالك فعلا والمالك غيره، فلا وجه لصحة البيع، فلا محالة يبتني صحة البيع على مسألة من باع ثم ملك، وإنما لم يدفع التنافي بذلك - مع أن ذلك قول في المسألة - لتصريحه بصرف الثمن في مصالح الموقوف عليهم على حسب استحقاتهم. فيعلم منه أنه غير مبني على مسألة من باع ثم ملك، إذ لا وجه لصرف ما يستحقه الواقف في ظرف عود الملك إليه، وصحة بيعه منه في مصالح الموقوف عليهم، فالمنافاة على حالها، إلا أن يقال إنه يقول بجواز بيع الوقف المنقطع استنادا إلى مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة،

وعلي الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد - كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه - لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لصرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. (١٧٤)

وهي متضمنة لجواز بيع الواقف للموقوفة وإيصال ثمنها إلى الموقوف عليهم. ويؤيده نسبة التفصيل بين الوقف المؤبد والمنقطع إليه رضي الله عنه، بعدم جواز بيعه في الأول

مطلقاً وبجوازه في الثاني مع الاختلاف المؤبد إلى الفساد، وليس المستند للجواز مع الاختلاف إلا

الرواية المتقدمة فتدبر. (ج ٣ ص ١٦٨)

(١٧٤) الآخوند: هذا إذا كان صرفه في سبيل الله بعد انقطاع الموقوف عليهم بجعل الواقف، بحيث

كان داخلاً بنحو في انشائه، وأما إذا كان تعبداً من دون دخوله في جعله وانشائه، وكان صرفه في

سبيل الله لأنه مال الله حيث خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليهم، ملك طلق

ليرثه ورثتهم، فإذا انقطعوا فيبغى بلا ملك، فيصرف في سبيله تعالى، فافهم. (ص ١١٤)

الأصفهاني: يمكن أن يقال: إن صيرورة الوقف في سبيل الله تارة بانشاء الواقف وجعله، ومقتضاه حبس العين وصراف منافعتها في سبيل الله، وأخري من حيث إن العين بعد خروجها عن

ملك الواقف وانقضاء أمد ملك الموقوف عليه بانقراضه يكون ملكاً لله تعالى، فلا بد من صرفه في

سبيله تعالى، لا أنه محبوس لصراف منافعه فسبيله تعالى، فيجوز لمن يلي أمر ما يكون له تعالى

أن يبيعه ويصرفه في سبيله تعالى. (ج ٣ ص ١٦٩)

ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقي
الملك من الواقف وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم
للمنقطع فهو كما تقدم. (١٧٥)
وأما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون
في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعتنا، وفي الجواز في الصور التي
جوزنا، لاشتراك دليل المنع، ويتشارك أيضا في حكم الثمن بعد البيع.

(١٧٥) الأصفهاني: لا يخفى أن البطون متساوية في حكم المنع والجواز، إذ بناء على عدم
الملك لا
يصح البيع من الجميع، لعدم الملك المنوط به البيع، وبناء على الملك لا يصح البيع من
الجميع،
لاعتبار بقاء الوقف إلى أن ينقرض، أو إلى أن تصل النوبة إلى البطن اللاحق.
نعم يتفاوت الحكم في البطن الأخير وغيره، في اختصاص الثمن به وفي اشتراكه مع غيره،
كما
يتفاوتان في ملاك المنع لا في أصله، لكون المانع في ما عدا البطن الأخير عنده رضي الله
عنه
اجتماع حق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه، وفي البطن الأخير ينحصر المانع في
حق الله
تعالى وحق الواقف، كما يتفاوتان أيضا في نقص الملك بالنسبة إلى البطون المتقدمة، إما
للاشتراك
الطولي أو لانبساطه على الجميع، بخلاف البطن الأخير فإنه لا شريك له طولا، كما لا
موجب
لعدم إرسال ملكه، حيث إنه ينتهي إليه الملك من دون انبساط على من بعده، إلا أن كل
ذلك لا
يوجب تفاوتات في جواز البيع ومنعه كما هو واضح. (ج ٣ ص ١٦٩)

مسألة

ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: كونه مرهوناً فإن الظاهر - بل المقطوع به - :
الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون. (١)
وحكي عن الخلاف: إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك، وقد حكي الإجماع عن غيره
أيضاً.

وعن المختلف - في باب تزويج الأمة المرهونة - أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم:
أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

(١) النائيني (منية الطالب): لا إشكال في أن الرهن يوجب منع المالك عن التصرف في
العين

المرهونة كمنع المرتهن عن التصرف فيها. ولا إشكال أيضاً في أنه لو تصرف المرتهن فيها
يتوقف

نفوذ تصرفه على إجازة الراهن. (ج ٢ ص ٣٢٧)

الأصفهاني: ينبغي تقييده بما إذا كان نفوذ البيع منافياً لحقيقة الرهن، أما إذا لم يكن كذلك
فلا

موجب لبطلان البيع، كما إذا رضي المشتري ببقائه على الرهانة، فإن رهن المال على دين
الغير

جائز، وبيع المال في أداء الدين الذي هو على الغير أيضاً نافذ، سواء باع عن مالكة وأدى
الدين

بثمنه أو باعه لنفسه كما مر تحقيقه مراراً، ففي هذه الصورة لم يكن البيع منافياً للرهانة
حتى

يتوقف على إذن المرتهن أو إجازته أو إبرائه أو إسقاطه أو فك الرهانة،

(٣٥٧)

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ أو يقع موقوفا على الإجازة، أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ (٢)

فالاتفاق على عدم الاستقلال بملاحظة طبع البيع والرهن، لا ما إذا لحقه عناية زائدة وهو رضا

المشتري. (ج ٣ ص ٢٦١)

(٢) الإيرواني: لا وجه للبطلان ولا التوقف على إجازة المرتهن، بل الوجه هو الصحة واللزوم

وانتقال العين إلى المشتري مستحقة للمرتهن فيكون حق المرتهن محفوظا والعين ملكا للمشتري إذ

لا يعتبر في العين المرهونة ان تكون ملكا للراهن فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداء جاز بالأولى

بيع العين المرهونة فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلك بحسب الابتداء.

نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار واما من قبل البائع فهو لازم مطلقا.

وبالجملة: الدوران بين البطلان والتوقف على الإجازة انما يكون مع التنافي بين صحة البيع وتأثيره في النقل وبين بقاء حق المرتهن، فيدور الامر بين بطلان البيع لكان الحق وبين وقوعه مراعي

بسقوط الحق من العين بنحو اما بالإجازة أو بإسقاط الحق أو بفك الرهن أو الإبراء عن الدين على

اشكال في غير الأول. (١٩٠)

النائبي (منية الطالب): إنما الكلام في أن تصرفات الراهن أيضا حكمها حكم تصرف المرتهن في

أنها تنفذ بإجازة المرتهن وبفك الرهانة وإسقاط المرتهن حقه، أو إبرائه الراهن من الدين، أو أنها

تقع باطلة لا تصححها الإجازة ولا غيرها؟ قولان.

البحث فيها من جهات:

الأولى (وستأتي الجهات الاخر): في صحتها بالإجازة، والأقوى هو الصحة، لان غاية ما استدل به

للبطلان هو ما أفاده صاحب المقابس وسيأتي ان أدلتها كلها مردودة. (ج ٢ ص ٣٢٨)

النائبي (المكاسب والبيع): الكلام في بيع الرهن من الراهن يقع من جهات،

الأولى: في أنه هل يقع باطلا أو انه يصح موقوفا على الإجازة؟ فالمشهور المعروف فيها هو الصحة.

فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وجمهور المتأخرين - عدا شاذ منهم - هو كونه موقوفاً، وهو الأقوى، للعمومات

السليمة عن المخصص، لأن معقد الاجماع والاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن، مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً (٣) وعلي تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه.

(٣) الإيرواني: العمومات مؤداها سببية العقد وتأثيره الاستقلالي فيكون المقام مخصصاً منها قطعاً

لدورانه بين البطلان والوقوف على الإجازة وعلى كل حال السببية التامة منتفية منه وليست العمومات شأنها اثبات التأثير الناقص.

وإن شئت قلت: إن بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع والمتيقن وإن كان خروج ما قبل

الإجازة من المرتهن إلا أنه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم أزماني فيها بل عمومها فرادي

فقط بإزاء كل عقد إيجاب واحد لا إيجابات متعددة حتى إذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر.

نعم يمكن أن يقال أن ذلك على القول بالنقل وأما على القول بالكشف فلا يعلم بخروج ما لحقه

الإجازة في شيء من الأزمنة فيحكم بمقتضي خطاب أوفوا بالصحة من أول الأمر. (ص ١٩١)

الأصفهاني: قد تقدم منا بعض الكلام مما يتعلق بالمقام في أوائل مسألة من باع ثم ملك، وأن التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) محل اشكال لعدم التنويع من قبل الرهن الذي هو أحد أفراد العام،

بخلاف التمسك بعموم (أحل الله البيع) المنافي لنفوذ الرهن بدليله.

ونزیدك هنا أن الرهن إذا كانت حقيقته الحبس على الدين وعن التصرفات مطلقاً فنفوذها بسببها

يمنع عن نفوذ البيع عقلاً لا جعلاً شرعاً،

هذا كله، مضافا إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة، معللا ب - أنه لم يعص الله وإنما عصي سيده، (٤) إذ المستفاد منه: أن كل عقد كان النهي عنه لحق 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 هذا كله، (٥)

فلا تنويع أيضا حتى يكون البيع الوارد على الرهن المتعقب بالإجازة أو الفك أو الإبراء أو الاسقاط

داخلا في النوع الباقي تحت عموم البيع بعد خروج الرهن الغير المتعقب بشئ من الأمور المتقدمة،

حيث لا يعق اطلاقه لما ينافيه عقلا، ليتنوع بدليل الرهن المخرج لنوع منه. (ج ٣ ص ٢٦٢)

(٤) الأصفهاني: حيث إن الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق، وبعضها غير

قابل له كحق الاستيلاء، فإنه لا يرتفع باذن أم الولد، فكون المورد من قبيل الأول حتى لا يكون

ممنوعا وضعاً، أو من قبيل الثاني حتى يكون ممنوعاً وضعاً، فلا يجديه إذن ولا إجازة، حيث إنه

غير معلوم، فلا يجوز التمسك بعموم التعليل.

نعم بعد الفراغ عن أن بيع الرهن يجوز باذن المرتهن يعلم أنه ليس من قبيل الثاني، وإذا كان الاذن

مجدياً في نفوذه فالرضا المتأخر بعموم التعليل يكفي أيضا في نفوذه. (ج ٣ ص ٢٦٢)

(٥) الإيرواني: المراد من العصيان في الراوي مطلق ما كان خارجاً عن قانون الشرع دون المخالف

لتكليفه على وجه العمد وهو العصيان الاصطلاحي، فمعني الرواية هو ان العبد غير متخطي في

نكاحه عن قانون الشرع الذي قننه في النكاح من الأمور الراجعة إلى العقد والمتعاقدين حتى يبطل

النكاح وإنما خالف سيده بالتخطي عن وظيفة العبودية بعدم الاستيذان منه، فإذا أجاز جاز. وعليه فإذا احتملنا ان اذن المرتهن من جملة ما اعتبره الشارع في تأثير العقد لم يكن لنا

حق التمسك

بالرواية لاثبات عدم دخله بل في نكاح العبد أيضا لم يكن لنا ذلك مع احتمال الشرطية، الا ان

تطبيق الامام دل على عدم اشتراط اذن المولى في صحة العقد.

مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي. (٦) لكن الظاهر من التذكرة: أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا. وفيه نظر: لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا بيع الا في ملك لا يلزمه البطلان هنا، (٧) بل الأظهر ما سيجيء
عن إيضاح النافع: من أن الظاهر وقوف هذا العقد وإن قلنا ببطلان الفضولي. (٨)

وبالجملة: صغري الكلية الاستفادة من الرواية شرعية لا بد ان تتلقى من الشارع وما لم تتلق لم تحد

الكبرى على انفرادها. (ص ١٩١)

(٦) الأصفهاني: الفحوى بملاحظة أن بيع ملك الغير إذا صح بالإجازة فبيع ما تعلق به حق الغير

أولي بالصحة، لأن الحق أضعف من الملك، إلا أن الفحوى بملاحظة شمول القاعدة المقتضية للصحة

لما نحن فيه بالأولوية، والقاعدة، إنما تعم الحق الذي يكون نقله إلى الغير منوطا برضاه المعتبر في

حل المال ونفوذ النقل والانتقال، كما في الخل المنقلب خمرا مثلا فإنه متعلق حق الاختصاص، فلا

يحل التصرف فيه بدون رضا من له الحق، وسيجيء إن شاء الله تعالى أن رضا المرتهن ليس من سنخ

الرضا المعتبر من رب المال في حل الأموال والنقل والانتقال، فالفحوى غير صحيحة فيما نحن.

(ج ٣ ص ٢٦٢)

الإيرواني: لا فحوى تقضي بصحة المقام لقيام احتمال ان يكون حق المرتهن كحق أم الولد موجبا

لفساد البيع ومجرد الملك هنا دون الفضولي لا يوجب أولوية المقام بالصحة، بل ولا المساواة، فلعل

تعلق حق الغير مانع دون ملكه. (ص ١٩١)

(٧) الأصفهاني: هذا إن أريد بالملك ملك الرقبة، وأما إذا أريد ملك التصرف وأن من لا سلطنة

له على التصرف لا ينفذ منه، فهو يعم ملك الرقبة والحق، لعدم السلطنة على التصرف هنا، لأن

الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف كما في النبوي المرسل. (ج ٣ ص ٢٦٣)

(٨) الأصفهاني: أما إذا استند في البطلان إلى الأدلة الخاصة فالوجه واضح،

وقد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكا بظاهر
الاجتماعات والابخار المحكية على المنع والنهي، (٩)
قال: وهو موجب للبطلان وإن كان لحق الغير، إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد لا الامر خارج
عنه، وهو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وأم الولد وغيرهما، مع
استواء الجميع في كون سبب النهي حق الغير. (١٠)

وأما إذا استند إلى اقتضاء قاعدة تقييد العقد بالرضا المقارن فلان مورد التقييد هو الرضا
المعتبر من

رب المال في النقل والانتقال، وهو هنا مقارن دون مورد الفضولي. (ج ٣ ص ٢٦٣)
(٩) الإيرواني: كلام صاحب المقاييس مشتمل على صغرى وكبرى، اما الصغرى فهو تعلق
النهي
بالمعاملة لامر داخل راجع إلى أحد العوضين حيث استحققه المرتهن لا لامر خارج كما في
البيع وقت
النداء.

واما الكبرى فهو اقتضاء النهي كذلك للفساد، ومراده من النهي في المقام هو النهي عن
التصرف

في مال الغير لاما دل على أن الراهن والمرتهن ممنوعان أو ذلك، لكن بعد ضم دعوى: ان
هذا النهي
أيضا من باب النهي عن التصرف ولذا احتاج إلى دعوى أن بيع الراهن تصرف لوقوعه على
وجه

الاستقلال دون النيابة لأنه ملكه ولا يعقل فيه النيابة والبيع الاستقلالي تصرف عرفا. (ص
١٩١)

(١٠) الأصفهاني: تقريب البطلان بأحد وجهين، الأول: استلزام الحرمة التكليفية المتعلقة
بذات

المعاملة لفسادها، بدعوى أن مبغوضيتها بذاتها لا بعنوان آخر ينافي ترتيب الأثر عليها.
الثاني: أن ظاهر النواهي وإن كان التحريم التكليفي المولوي، الا أنها في باب المعاملات
لها ظهور

ثانوي في الارشاد إلى الفساد وعدم ترتب الأثر، نظير الأوامر الغيرية المتعلقة بالاجزاء
والشرائط،

فإنها لإفادة الجزية والشرطية،

ثم أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلي هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن ، مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع - كما دلت عليه الرواية ،

فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته، فالفرق تحكم قلنا: إن التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم، ولا تحلله الإجازة المتعقبة وإن كان عقدا أو إيقاعا، فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنه كذلك - كما سبق في الفضولي - وإلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي، فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما،

وقد لا يكون كذلك وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقه، أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيًا عنه وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلق به نهي أصلا " وأما المالك، فلما حجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع الا مستندا إلى ملكه لانحصار الملكية فيه ولا معني لقصده النيابة، فهو منهي عنه، لكونه تصرفا مطلقا ومنافيا للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر ومجرد الملك لا يقضي بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أن الملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه، ولذا لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصا، للمنع عن التصرف. (١١)

(١١) النائيني (المكاسب والبيع): المراد بهذا البعض هو المحقق التستري صاحب المقاييس قدس سره

وقد استدل لما قواه من بطلان بيع الراهن بالمنع عن تطابق القاعدة والنص على صحته، وذلك

لعدم موافقة صحته لا مع القاعدة ولا مع النص.

أما الأول، فلوجوه منها ان المعتبر في صحة الفضولي هو ان يكون العقد صادرا عن الفضول

بالقصد عن من له السلطنة على العقد كما في عقد الفضولي عن المالك

ثم قال: وبالجملة، فالذي يظهر بالتتابع في الأدلة: أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته، وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه وكان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم. (١٢)

ولا شبهة في تنقيح المناط القطعي والحزم بعدم الفرق بين تصرف العبد في سلطان المولي، أو

تصرف الرهن في متعلق حق المرتهن، أو تصرف المفلس في متعلق حق الغرماء، أو تزويج الأمة

على الحرية، أو تزويج بنت الأخ أو الأخت على العمة أو الخالة، أو بيع من عليه الزكاة المال الزكوي

، فإن في جميع موارد تصرف من ليس له السلطنة التامة إما لقصور في المقتضي كبيع مال الغير،

أو لوجود المانع كبيع الرهن العين المرهونة إذا أجاز من له الحق ينفذ التصرف، بل لو ارتفع المانع

بفك الرهانة أو إبراء المرتهن صح بيع الرهن، لأنه لم يكن فيه جهة نقص الا كون المبيع متعلقا

لحق الغير، فإذا ارتفع حق الغير يرتفع النقص، بل صحة بيع الرهن بإجازة المرتهن ونحوها أولى من

صحة بيع الفضولي بإجازة المالك.

وبالجملة: ما اعتبره صاحب المقابس في صحة الفضولي من قصد النيابة عن المالك مما لم يقم عليه

دليل. (ج ٢ ص ٣٢٧)

(١٢) النائيني (المكاسب والبيع): الوجه الثالث مما أفاده صاحب المقابس من: ان مورد الفضولي انما

هو فيما إذا أمكن وقوع المعاملة للمجيز بإجازته وهذا مفقود في المقام، إذ لا معني لوقوع البيع

للمرتهن بعد اجازته وهذا بخلاف بيع المرتهن قبل إجازة الرهن فإنه يقع للرهن إذا أجاز. والجواب عنه: عدم الدليل على اعتبار وقوع البيع للمجيز بعد اجازته في مورد جريان الفضولي

بل المعتبر هو ما قدمناه من أن يكون للفعل مسبب توليدي مترتب عليه وكان ترتبه عليه متوقفا

على امضاء الغير وانفاذه سواء وقع بالامضاء لنفس المجيز أو وقع للفاعل نفسه، هذا تمام الكلام فيما أفاده في بطلان بيع الرهن على طبق القاعدة. (ج ٢ ص ٤٥٦)

وأما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: لم يعص الله وإنما عصي سيده إلى آخره، فهو جار في من لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه، وأما المالك المحجور عليه، فهو عاص لله بتصرفه.

ولا يقال: إنه عصي المرتهن، لعدم كونه مالكا، وإنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، وما ذكرناه جار في كل مالك متول لامر نفسه إذا حجر على ماله لعارض - كالفلس وغيره

- فيحكم بفساد الجميع وربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة، فالقول بالبطلان هنا - كما اختاره أساطين الفقهاء - هو الأقوى، انتهى كلامه رفع مقامه. (١٣)

(١٣) الإيرواني: الغرض من الحجر فيما نحن فيه أيضا رعاية مصلحة المرتهن فيلزمه الصحة إذا

أجاز العقد. ولعل الوجه فيما ذكره هو: ان الحق غير خارج عنه فإذا رضي على خلاف حقه فقد

أعرض عن حقه لكن ذلك هدم لما أسسه من كون البيع تصرفا منهيًا عنه، مع كون النهي مقتضيا

للفساد فان رفع اليد عن الحق أخيرا لا يرفع ما كان من النهي متوجها حال ثبوت الحق. (ص ١٩١)

النائني (منية الطالب): وما أفاده من: (أن التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح - وهو

قوله عليه السلام: (لم يعص الله، وإنما عصي سيده) - إنما يجري في من لم يكن مالكا كالعبد وأما

الراهن فهو عاص لله.)

ففيه: ما لا يخفى، فإن المراد من عصيان الله هو مخالفته في ما لم يمضه كالنكاح في العدة، لا مخالفته في

التعدي في حق الغير، فإن هذا هو معصية الغير فإذا أجاز جاز. (ج ٢ ص ٣٣٠)

النائني (المكاسب والبيع): واما المنع عن صحته بالمنع عن دلالة ما ورد في صحة نكاح العبد

من دون اذن مولاه على صحته أيضا، فمحصل ما أفاده ان النص الوارد في نكاح العبد يدل على

صحة نكاحه إذا تعقب بإجازة مولاه. وبعموم التعليل يتعدى عن مورده إلى كل ما يكون نظيره

ويرد عليه - بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة، ومنع اقتضاء مطلق النهي، لا لامر خارج، للفساد - : (١٤)

مما يكون التصرف فيه في سلطان الغير، لان السلطان في مورد النص هو المولي، حيث إن السلطنة
في نكاح العبد تكون للمولي، فمباشرة العبد في نكاحه تصرف في سلطان مولاه، ونظير ذلك هو
تصرف الفضولي في بيع ملك الغير، إذ السلطنة على بيع ملك الغير ثابتة لمالكه لا للفضولي، فبيع
الفضولي لمال المالك، كنكاح العبد في كونه تصرفا في سلطان الغير فبعموم التعليل يتعدى
عن مورد النص اليه، واما بيع الراهن فليس مشابها لنكاح العبد، إذ ليس للمرتهن بيع العين
المرهونة حتى يكون بيع الراهن فعلا لما يسلط عليه المرتهن كما كان نكاح العبد أو بيع الفضولي
فعلا لما

يسلط عليه المولي أو المالك فالنص المذكور لا يكون دليلا على صحة بيع الراهن.
ولا كلما يكون نظيره مما ليس الفعل الصادر عن الفاعل فعل المجيز، وان توقف نفوذه
على اجازته
مثل بيع المفلس والمحجور عليه ونكاح بنت الأخ أو الأخت على العمة والخالة من غير
رضاهما
ونحو ذلك.

والجواب عنه هو: ما تقدم في تقريب دلالة النص المذكور اما بطريق المنصوص العلة أو
على نحو

القياس المستنبط العلة وقد عرفته بما لا مزيد عليه. (ج ٢ ص ٤٥٦)
(١٤) الأصفهاني: بيانه: أن الفرق تارة بلحاظ الحرمة التكليفية، وأخرى بلحاظ الارشاد
إلى
الفساد.

أما الأول: فلان انشاء البيع سواء كان بعنوان الاستقلال أو بعنوان النيابة عن المالك لا
موجب

لحرمة شرعا، إذ لا مساس له بالعين خارجا ليكون تصرفا في مال الغير، حتى يحرم شرعا
أو يقبح

عقلا، وليس الانشاء بعنوان الاستقلال مصداقا للغصب، وكونه بقصد غصب مال الغير -
أي

متعلق حقه - لا يحقق الا قصد الحرام فقط، وهو ليس بحرام، ولا موجبا لانطباق عنوان
محرم،

وإلا لكان قصد النيابة في من لا نيابة ولا ولاية له على مال الغير غير رافع للحرمة.

(۳۷۵)

أولاً: أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمة في شيء من ذلك. (١٥)

هذا، مع أن الحرمة المتصورة في المقام هي تسليم الراهن العين المرهونة إلى المشتري دون مجرد العقد عليها، ولذا اعترف بصحة بيع المرتهن بإجازة الراهن، مع أن كلا منهما ممنوعان من التصرف في العين المرهونة فكيف لا تقتضي حرمة تصرف المرتهن فساد بيعه وتقتضي فساد بيع الراهن؟! الرهن!

ولو أجاب بأن توقع المرتهن إجازة الراهن يخرج تصرفه عن الحرمة. ففيه: أنا نفرض الكلام أيضاً في ما إذا باع الراهن متوقفاً لإجازة المرتهن. (ج ٢ ص ٤٥٥) (١٥) الإيرواني: الجهل بالحكم ليس عذراً فان فعله حينئذ واقع على وجه الاستقلال فيكون

تصرفاً منها عنه واقعا ولعل مراد المصنف من الجهل الجهل الذي يكون لاعن تقصير. (ص ١٩١)

الأصفهاني: توضيحه: أن الراهن حيث إنه مالك وإن كان لا يتصور منه النيابة عن المرتهن لعدم

كونه مالكا، وكذا من حيث تعلق حق المرتهن لا يتصور النيابة عن المرتهن، لأنه ليس حق الرهانة قابلاً للنقل حتى يتصور النيابة في النقل. إلا أن الاستقلال في مثل هذا التصرف عنده قدس

سره بكونه بعنوان العدوان على ذي الحق، وعدم مراعاة اذنه ورضاه وعدم الاستقلال فيه بالبناء

على مراجعة المرتهن وانفاذ المعاملة بإجازته ورضاه، ومثله غير محرم عنده قدس سره، وكذا في

صورة عدم الالتفات للرهن موضوعاً أو حكماً، فإنه لم يصدر منه التصرف حراماً فعلياً حتى يلازم

الفساد عنده قدس سره. (ج ٣ ص ٢٦٥)

وثانيا: أن المتيقن من الاجماع والابخار على منع الرهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والابخار، أعني قولهم: الرهن والمرتهن ممنوعان، (١٦) ومعلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات. (١٧)

(١٦) الإيرواني: صاحب المقاييس لم ينكر ذلك وإنما ادعى ان نهى المرتهن أيضا يوجب الفساد إذا

وقع البيع منه، مثل ما يقع من الرهن أعني على وجه الاستقلال وعدم مراجعة الرهن، كما أن

الرهن أيضا لو أمكن ان يبيع لا على وجه الاستقلال لم يكن بيعه محكوما بالبطلان فهو رحمه الله

فارق بين المقامين في الصغرى مع الاشتراك في الكبرى، فالأولى في الاشكال عليه منع توجه النهي

بعنوان الاستقلال بل النهي مطلق شامل لكل من صورتى الاستقلال وعدمه وليس نهيا تكليفيا

ليبحث في اقتضائه للفساد، بل هو ارشاد إلى الفساد بمعنى عدم الاستقلال في التأثير فلا ينافي الصحة

بعد انضمام الإجازة. (ص ١٩١)

(١٧) الإيرواني: قد عرفت بطلان التمسك بالعمومات بعد وجود الدليل المخصص، وان مراتب

المنع لا توجب ازدياد التخصيص حتى يتمسك، والزائد على المتقين بأصالة عدم التخصيص. (ص ١٩١)

الأصفهاني: الفرق الذي ذكره رضي الله عنه بملاحظة التقابل بين المعصيتين، فيكون مورد النفوذ

بالإجازة ما يتصور فيه معصية الله تعالى ومعصية الغير، مع أنه لا يصح العصيان بالنسبة إلى المرتهن.

والجواب: أن العصيان إذا كان بنحو يعم ما إذا كان هناك تكليف أو وضع، فكما أن العبد يناط

صدوره ووروده في الأمور المهمة باذن مولاه رعاية للمولوية والرقية، فإذا تصرف بدون رضاه

كان عاصيا ولو لم يكن منه نهى ولا عنوان المخالفة، كذلك التصرف في متعلق حق الغير،

وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما،

فلم أتحقق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن.

وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأم الولد، ففيه: أن الحكم فيهما تعبد، ولذا لا يؤثر الاذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله. وبالجملة، فالمستفاد من طريقة الأصحاب، بل الاخبار: أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الابطال رأسا، بل إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذي الحق ويندرج في ذلك: الفضولي وعقد الراهن، والمفلس، والمريض، وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرية وغير ذلك، فإن النهي في جميع ذلك إنما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من

العقد عرفا، وهو صيرورته سببا مستقلا لإثارة من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا، بناء على ما سيحى: من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة، حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن - وهو المشتري - رهنا للبائع. (١٨)

فإن مقتضى رعاية كونه ذا حق رعاية إذنه ورضاه، فعدم رعاية إذنه ورضاه عصيان له بذلك المعني، فلا ينحصر العصيان فيما كان هناك مولوية وعبودية شرعية أو عرفية. (ج ٣ ص ٢٦٥)

(١٨) الأصفهاني: لا يخفى عليك أن رهن مال شخص باذنه على دين غيره معقول، إلا أن المفروض هنا حيث إنه البيع المحض فمقتضاه الجمع بين بقاء الرهن من قبل مالكة على حاله وانتقاله إلى الغير

وهما متبائن من دون لزوم ملاحظة كون اللازم رهن مال الغير، فلذا قال قدس سره: (وبعبارة

أخري.. الخ). (ج ٣ ص ٢٦٦)

وبعبارة أخرى: الرهن والبيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد، أعني: ما قبل الإجازة، وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع. (١٩)

ويدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع (٢٠)، والا لجري ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لان فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين تملك واحد قبل الإجازة. وأما ما يلزم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن، نعم يلزم في مسألة افتكك الرهن، وسيجئ التنبيه عليه، إن شاء الله تعالى (٢١)

الإيرواني: يمكن ان يقال بالبطلان إذا لم يكن المالك متمكنا من فك الرهن لانتفاء ما يعتبر في البيع من القدرة على التسليم فان المعتبر قدرة المالك أو المشتري وكلتا هما منتفيتان في المقام واما قدرة المرتهن فهي كقدرة الأجنبي لا اثر لها مع أنه أيضا غير قادر لان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف. (ص ١٩١)

(١٩) الإيرواني: قد تقدم عدم التنافي وانه لا يعتبر في الرهن ملك العين المرهونة فإذا جاز ابتداء رهن ملك الغير جاز استدامة ذلك. (ص ١٩١)

(٢٠) الآخوند: يعنى يلتزم بالكشف عن زواله أنا " ما قبل البيع، لا عن عدم حدوثه من الأول، ضرورة انه لا وجه له أصلا، كما لا يخفى. (ص ١٢١)

(٢١) النائيني (منية الطالب): نعم، هاهنا إشكالان آخران قد يتوهم اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولي، أحدهما: أنه بناء على الكشف - كما هو مختار جمع من المحققين - يلزم أن يكون ملك غير الراهن رهنا، لان الإجازة تكشف عن كون المبيع ملكا للمشتري، فيلزم أن يكون ملكه من زمان العقد إلى زمان الإجازة وثيقة لدين البائع، فيجب إما الحكم ببطلان البيع، أو ببطلان الرهانة.

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة، هو الكلام في مسألة الفضولي.
(٢٢)

(٢٢) النائبي (المكاسب والبيع): هذا هو الجهة الثانية التي تبحث عنها في المقام وقد وقع الخلاف
في حكم الإجازة هاهنا من حيث الكشف والنقل والمحكي عن جامع المقاصد المتوغل
في القول
بالكشف هو القول بالنقل في المقام.
والمختار هو عدم التفاوت في حكم الإجازة بين المقام وما يلحق به مما يصدر البيع عن
المالك
متوقفا على إجازة غيره كالمفلس ونحوه وبين سائر موارد الإجازة من حيث الكشف
والنقل.
فان قلنا في سائر المقامات بالكشف فنقول به في المقام وما يلحق به أيضا.
وان قلنا بالنقل فنقول به في المقام أيضا وربما يحتمل في المقام تعيين الكشف ولو قلنا في
غيره بالنقل
عكس ما ذهب إليه جامع المقاصد.
وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج إلى مقدمة، وهي ان الشرائط على أقسام فمنها ما يكون
شرطا
للعقد والعقد في عقديته يتوقف عليه بحيث لولاه لم يكن القعد عقدا وذلك كالماضوية بناء
على
اعتبارها وما يشبه بها.
وبعبارة أوضح: يكون شرطا لتحقيق العقد، ومنها ما يكون شرطا في نفوذ العقد بعد تمامية
عقديته
ويكون شرطا لروحه وحياته، ومنها ما يكون شرطا لترتب الأثر على العقد مثل القبض في
الصرف والسلم، حيث إنه لا يكون شرطا لعقدية العقد ولا لنفوضه. بل هو جزء ينضم إلى
العقد
التمام بأجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الأثر.
ولا اشكال في أن الإجازة ليست من قبيل القسم الأول، ضرورة اعتبار مقارنة ما كان من
قبيل
القسم الأول مع القعد فلا يصح تأخره عنه، ولا من قبيل القسم الأخير والا لم تكن مجري
للدوران
بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف في مثل القبض في باب السلم والصرف
إلى وهم،
بل هي من قبيل القسم الثاني. (ج ٢ ص ٤٥٨)

ومحصله: أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف، والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، (٢٣) لان إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، (٢٤)

(٢٣) الإيرواني: محصله ان مقتضى القاعدة النقل مقتضى القاعدة في خصوص بيع الفضولي هو النقل لان العقد بالإجازة يكون عقدا للمالك ومتوجها اليه خطاب أو فوا واما في المقام ونظيره مما كان العقد من ابتداء الامر عقدا لمالك ومع ذلك لم يشمه خطاب أو فوا فمقتضى القاعدة هو الكشف بمقتضى عموم دليل أو فوا بعدم عدم القطع بخروج ما عدا صورة عدم لحوق الإجازة رأسا . (ص ١٩١)

(٢٤) الإيرواني: هذا غير فارق فان المعلول يتوقف على تحقق تمام اجزاء علته من السبب والشرط وعدم المانع، فلا فرق في عدم حصول الأثر بين ان يكون المقتضى غير حاصل وبين ان يكون المانع موجودا، مع أن تطبيق اصطلاحات اهل المعقول على اجزاء العقد وتسميتها بأسمائها مما لم يجر على أصل صحيح فان باب العقود ليس باب الأسباب الحقيقة والتأثير والتأثر. (ص ١٩١)

وهي هنا من قبيل رفع المانع، ومن أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن، مع أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب - ما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن، في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون - مناف لتمسكهم في العتق بعمومات العتق، (٢٥) مع أن العلامة قدس سره في تلك المسألة قد جوز العفو مراعي بفك الرهن (٢٦) هذا إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه أما إذا أسقط حق الرهن، ففي كون الاسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلام يأتي في افتكك الرهن أو إبراء الدين.

(٢٥) الإيرواني: ليس قضية تغلب جانب العتق ان يحكم بالعتق بلا دليل، وانما قضية تقديم أدلة العتق ببناءه على التغليب كتقديم أدلة الحظر على الإباحة بأولوية دفع الضرر على جانب المنفعة فلا ينافي التمسك المذكور كون حكمهم ذلك من جهة بناء العتق على التغليب. (ص ١٩١)

(٢٦) الإيرواني: مع أن العلامة قدس سره في تلك المسألة مقصوده انهم تعدوا عن الحكم بنفوذ العتق بالإجازة إلى نفوذ العفو بالإجازة فيعلم من ذلك أن ذلك ليس لخصوصية في العتق وكون ببناءه على التغليب بل لخصوصية في الإجازة وكونها من قبيل رفع المانع لا جزء المقتضي كما في إجازة المالك. (ص ١٩١)

ثم إنه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة، وهو واضح. (٢٧)
وهل ينفع الإجازة بعد الرد؟ وجهان: من أن الرد في معني عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كرد بيع الفضولي، لان المجيز هناك في معني أحد المتعاقدين،
وقد تقرر أن رد أحد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا، فإن المرتهن أجنبي له حق في العين ومن أن الايجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك والمرتهن، فرضا كل منهما
جزء مقوم للإيجاب المؤثر، فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم،
كذلك رد المرتهن، (٢٨)

(٢٧) الأصفهاني: هذا إذا كانت الإجازة متممة العلة بأي معني كانت، وأما إذا كانت هناك حالة منتظرة للتأثير - كما إذا كانت المعاملة على النقدين المشروطة بالقبض - فللرد مجال كشفا ونقلا،
نعم إذا كانت الإجازة اسقاطا للحق فالساقط لا يعود بالرجوع، وهو مقتضى كلام من يجعل نفس الإجازة رفعا للمانع لا اذنا في رفع المانع. (ج ٣ ص ٢٦٨)
(٢٨) الآخوند: لم ينهض دليل دل على رفع أثر العقد أصلا بذلك، غايته الاجماع على أن رفع الموجب قبل القبول يده عن الايجاب، يوجب بطلانه رأسا، ولا وجه لقياس غيره عليه ممن كان لرضاه دخل، مع أنه مع الفارق، وتأثيره الرد في بيع الفضولي من المالك، قد عرفت أنه لاجل عدم حصول إضافة العقد اليه بعد الرد، ولا بد منها هناك، ولا يكون كذلك ها هنا، كما لا يخفى،
ولو كان هناك اجماع لم يكن بحيث يعم المقام بلا كلام. (ص ١٢١)
الإيرواني: لا وجه لاجبار الحاكم للراهن على فك الرهن على مال اخر إن لم يجب على الراهن ذلك وانما يجبره لو وجب على الراهن الفك من مال اخر بل يجبره حينئذ سائر الناس أيضا من باب النهي عن المنكر فلا يتوارد الوجهان على مبني واحد بل كل وارد على مبني. (ص ١٩٢)

وهذا هو الأظهر من قواعدهم. (٢٩)

الأصفهاني: إن كانت الإجازة شرطا شرعيا تعبديا في نفوذ التصرف فيكون للمرتهن - مع كونه أجنبيا عن المال - الاذن في النقل والانتقال، وله حق ابطال المعاملة وحله، فالامر واضح، إذ بعد رده تنحل المعاملة، فلا معاملة كي يجديها الإجازة. وإن كانت متعلقة بحق الرهانة وأنه له اسقاطه وله ابقائه، فلا شأن للرد الا ابقاء حقه على حاله أو الرضا ببقائه، فلا ينافيه الرجوع واسقاط حقه أو الرضا بسقوطه، والتحقيق هو الثاني، بل مجرد كونه شرطا تعبديا لا يقتضي كون رده موجبا لانحلال العقد، فإن حالها حينئذ حال القبض، فيؤثر العقد إذا حصل القبض، وإنما يوجب الانحلال إذا كان اعتبار رضا المرتهن على حد اعتبار رضا الراهن، بحيث يكون العقد عقدا له بإجازته، فإنه حينئذ يكون الرد ردا للعقد وموجبا لحله على القول بأصله، ومنه عرفت ما في المتن، وأن - مقتضى مبناه قدس سره في الإجازة اختيار الوجه الثاني دون الأول فتأمل.

(ج ٣ ص ٢٦٨)

(٢٩) الإيرواني: لم اعرف تلك القواعد والأظهر بمقتضى كلامه السابق من: (ان إجازة المرتهن من قبيل رفع المانع لا جزء المقتضي)، هو الأول فيكون المؤثر هو انشاء المالك إذا صادف محلا خلي عن الموانع - اما ابتداء أو بعد حين - وانشاء الرد من ذي الحق لا يوجب إلغاء العقد بالمرّة، بل لا يريد مفاده على بقاء الحق فإذا أسقطه بعد ذلك سقط واثر العقد اثره. وبالجملة: لا يعتبر انشاء من ذي الحق في تأثير العقد ليضر انشاء رده، انما المعتبر اسقاط حقه ولو

(٣٩١)

بعد انشائه عدم الاسقاط. (ص ١٩٢) ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة، لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرح به في التذكرة وحكي عن فخر الاسلام والشهيد في الحواشي، وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين. (٣٠)

ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك - كما احتمله في القواعد - بل بمطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الإبراء أو بغيرهما، نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه والفرق بين الإجازة والفك: أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه، وإن لزم من الإجازة سقوط حقه، فيسقط حقه بلزوم البيع. وبالجملة: فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه - أعني

حال العقد - بما يوجب سقوط حقه، نظير إجازة المالك بخلاف الاسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء، فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه، فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة. مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود، بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص وليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقي ما بعد السقوط داخلا في العام. (٣١)

(٣٠) الآخوند: وذلك لارتفاع ما هو المانع عن تأثير العقد، ولم يكن لرضا المرتهن بما هو مرتهن،

الا لاجل رعاية حقه المانع عن نفوذه. نعم لو كان له دخل في تأثيره بما هو، فلم يكن الفك كالإجازة،

بل يمتنع معه التأثير، لامتناع حصول الشرط معه، فتأمل. (ص ١٢١) (٣١) الإيرواني: لا يحكم على العموم فإنه مرجع حين لا عموم واشكال عدم عموم أزماني في

الخطاب يرجع اليه بعد خروج زمان عن تحته يعم صورة الإجازة.

ويؤيد ما ذكرناه - بل يدل عليه - ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد

مع علمه بالنكاح هذا، ولكن الانصاف ضعف الاحتمال المذكور، من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي (٣٢) ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو أوفوا بالعقود والناس مسلطون على أموالهم ونحو ذلك، عامة، وخروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب (٣٣)

لكن بناء على النقل كما أشرنا إليه في صدر المسألة فمقتضى العمومات هو القول بالكشف لكن

لمكان بطلان الكشف في غير صورة الإجازة لا يكون محيص من رفع اليد عن العموم قبل سقوط

الحق فإذا رفع اليد عنه قبله لم يمكن العود عليه بعده حيث لا عموم أزمانى فيه. (ص ١٩١)

(٣٢) الأصفهاني: قد عرفت سابقاً أن مجرد وجود المقتضي ثبوتاً وعدم المانع لا يجدي ما لم يكن له

مقتضى في مقام الإثبات، وقد مر عدم كفاية العمومات، وسائر الأدلة المختصة بالرضا لا تعم الاسقاط والبراء أو الفك. (ج ٣ ص ٢٦٩)

(٣٣) الإيرواني: إذا خرج بدليل الرهن الذي هو مخصص لفظي زمان الرهن لم يكن مجال للعود

على العام.

نعم إذا علم مناط الحكم في العام وان المانع منحصر في حق المرتهن لم يكن اشكال في كون الحكم

مطابقاً لحكم العام ولكن لا بدليل العالم ما إذا احتتمل ان العقد إذا خرج ابدا بمعنى ان خروجه عن

تحت الحكم بوجود الوفاء مانع اخر وهذا المانع بالفرض باق لم يكن مجالاً للحكم بوجود الوفاء

وكان المرجع استصحاب عدم اللزوم. (ص ١٩١)

(٣٩٣)

ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع، للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب

وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم (٣٤)
وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده، فهو قياس مع الفارق، لان المانع
عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة
حق السيد لمقتضي النكاح، إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً، ولأجل ما ذكرنا لو
تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم اعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف
هذا،
فافهم. (٣٥)

(٣٤) الأصفهاني: لا يخفى أن العلم بمناط المستصحب يمنع عن الاستصحاب، ويوجب
لحوق هذا
الفرد بالأفراد الداخلة في العام حكماً، لا أنه يوجب ظهور العام في العموم الأزمانى حتى
يكون من
باب العمل بالعام، ولعله أشار إليه بقوله فافهم. (ج ٣ ص ٢٦٩)
(٣٥) الإيرواني: كان المصنف توهم ان حق السيد منحصر في الخصور لخدماته وانحاء
مقاصده
ولذلك حكم بعدم مزاحمة حق السيد لمقتضي النكاح لكن ذلك باطل فان من حق السيدان
لا يحدث
العبد نكاحاً أو عقداً اخر بلا إذنه ورضاه فنكاحه كذلك يكون منافياً لحقه ولا فرق في
هذه المنافاة
بين ان يوقع العقد لنفسه أو لغيره فما استشهد به لعدم كون عدم نفوذ تصرفات العبد من
باب
المنافات لحق المولى باطل. (ص ١٩١)

(٣٩٤)

ولكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الاسقاط أو البراء أو غير ذلك ناقلا ومؤثرا من حينه، لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه، (٣٦) خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا: من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد، والا لزم في المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما كان يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف

الإجازة للتأثير من حين العقد هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف وقد تقدم عن القواعد - في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون - : أن الفك

يكشف عن صحته. ويدل على الكشف أيضا ما استدلوا به على الكشف في الفضولي: من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره في الروضة وجامع المقاصد

(٣٦) الأصفهاني: قد عرفت الاشكال في كاشفية الإجازة هنا فضلا عن الاسقاط والبراء والفك،

إذ يمكن دعوى اعتبار الإجازة من المرتهن تعبدا من حيث الرضا بالتصرف، فيكون كالإجازة في

الفضولي، دون الاسقاط والبراء والفك فإنه لا يتصور مساسها بالعقد ليكون مقتضيا لنفوذ من

حينه، كما لا يعقل أن يكون الاسقاط الفعلي مقتضيا للسقوط حال العقد، أو البراء الفعلي مقتضيا للبراءة حال العقد وهكذا، حتى يكون العقد مقرونا بعدم المانع حال وجوده. نعم إن قام

اجماع على كاشفية تلك الأمور أمكن تقريب الكشف بأن حكمه المنع عن التصرفات مطلقا، لئلا

يؤدي إلى ابطال حق الغير أو تأخيرها، ومع تعقب التصرف بأحد تلك الأمور لا يؤدي واقعا إلى

تفويت الحق ولا إلى تأخيرها، فلا مانع من نفوذه من حين صدوره، والله اعلم. (ج ٣ ص ٢٦٩)

ثم إن لازم الكشف - كما عرفت في مسألة الفضولي - لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشتري الأصيل، فيجوز له فسخه، بل ولا إبطاله بالأذن للمرتهن في البيع. (٣٧)

(٣٧) الأصفهاني: أما لزوم العقد على الأصيل فقد مر الكلام فيه في الفضولي، وأن مقام الوفاء

بالعقد غير مقام التأثير في الملك بناء على الكشف الانقلابي، فراجع. وأما عدم جواز الاذن للمرتهن في الفك، فالوجه فيه أن الاذن وإن لم يكن فسخا للعقد وضدا

للوفاء، وتصرف المرتهن ليس ضدا للوفاء - إذ لا عقد له حتى يكون مأمورا بالوفاء - إلا أن

التصرف التسببي المتحقق من الراهن باذنه كتصرفه المباشري ضد اللوفاء المأمور به، فلا يجوز منه.

وعليه فهل يجب على الراهن فك الرهن عند حلول الاجل وقبل إجازة المرتهن ورده بمال آخر أو لا

يجب عليه؟ حتى يكون الفك ممتنعا، فيدخل تحت عنوان الامتناع الذي هو أعم من الامتناع

الاختياري والقهري.

وجه الوجوب أن فك الرهن بأداء الدين واجب من دون تعيينه بالذات ببيع العين المرهونة، بل هو

مخير بين بيعها وأداء الدين الموجب للفك، وبين أداء الدين بمال آخر، فإذا امتنع الأول بسبب لزوم

العقد من قبله تعين الفرد الآخر.

ووجه العدم أن الوفاء اللازم هو عدم نقض البيع الوارد منه على العين المرهونة ولو بالأذن في

بيعها للمرتهن، وأما اتمام البيع برفع المانع عن نفوذه بفك الرهن من مال آخر فلا يجب، كما لا

يجب شراء ما باعه من ماله تميما للوفاء بايجاد شرط تأثيره - وهو الملك -، فكما لا يجب

ايجاد شرط النفوذ كذلك لا يجب اعدام المانع عن نفوذه.

ويندفع: بالفرق بين المسألتين، فإن أداء الدين الموجب لفك الرهن واجب، وله فردان، فيتعين

أحدهما بعد تعذر الآخر، وعدم الوجوب من ناحية وجوب الوفاء لا دخل له بعدم الوجوب المطلق،

وحينئذ نقول إذا امتنع من أداء الدين وقلنا بعدم وجوب الفك بمال آخر فلا مجال الا للبيع عليه.

(۳۹۹)

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك، فالوفاء بمقتضي الرهن غير مناف للوفاء بالبيع. (٣٨)

ويمكن أن يقال: إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأما دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب، ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة ويدفعه إليه، بناء على لزوم العقد بذلك

وكيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه، لحق المرتهن، لاقتضاء الرهن ذلك وإن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن، لتقدم حق المرتهن؟ أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر، جمعاً بين حقي المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع؟ وجهان ومع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حق المرتهن.

وأما إذا قلنا بوجوب الفك بمال آخر عليه معينا جاء الوجهان اللذان تعرض لهما المصنف قدس سره

في المتن، فمن حيث وجوب الفك بمال آخر عليه يجب اجباره على هذا الواجب، ومن حيث جواز بيع العين المرهونة عند الامتناع الأعم من الاختياري والقهري جاز بيع خصوص العين المرهونة، لكونها بخصوصها متعلق الحق السابق، من دون لزوم اجباره على الفك بمال آخر، والصحيح هو

الثاني، فتدبر والله اعلم. (ج ٣ ص ٢٧٠)

(٣٨) الإيرواني: نعم يمكن ان يقال بوجوب السنوات؟؟؟ الفظ بل مكان (نعم). (ص ١٩٢)

القول في شروط العوضين
* القدرة على التسليم *

(٤٠٥)

الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم
فإن الظاهر، الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة: أنه
إجماع وفي المبسوط: الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء.
وعن الغنية: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه
ذلك، كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف. (١)

(١) الآخوند: الظاهر أن المراد به أعم من القدرة على التسليم، بل أعم من حصوله في يد
المشتري
كما إذا علم بان العبد الآبق سيحى أو يرجعه الأجنبي من دون قدرة لاحد المتبايعين على
تسليمه،
أو تسلمه لولا ذلك فتأمل.
وكيف كان فظاهر التعبير عن هذا الشرط بالقدرة، ان الشرط امر واقعي من دون دخل
العلم أو
الجهل، فالشرط حاصل مثلا فيما لم يكن العبد آبقا ولو قطع بإبائه، وليس بحاصل فيما
كان آبقا
ولو قطع بعدم إبائه.
ولكن الاستدلال على اعتباره بنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر الذي هو
المضطر كما
سيظهر مما ذكره في تفسيره لا يناسبه، ضرورة ان الخطر لا يدور مدار القدرة واقعا
لتحققه مع
الجهل بها، وعدم الثقة بالحصول للمتبايعين.
نعم كان عدم القدرة غالبا ملازما لغرر وعدم الثقة والخطر، فتدبر.

واستدل في التذكرة على ذلك بأنه: نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، وهذا
غرر، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرح به في موضع من الايضاح،
واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله. (٢)

فظهر صحة جعل القدرة على التسليم شرطاً للصحة تارة مع جعل تعذره موجباً للخيار
أخرى
فحال ما هو شرط للصحة حال امكان حصول المنفعة للمستأجر الذي جعلوه شرطاً
للصحة في باب
الإجارة، بل هو هو بعينه إلا أنه اختلف التعبير ففي باب البيع عبروا باشتراط القدرة على
التسليم
وفي باب الإجارة عبروا باشتراط امكان الحصول والمآل في البابين واحد هذا تمام الكلام
في تطبيق
هذا الشرط على القاعدة. (ج ٢ ص ٤٦٤)
(٢) النائيني (منية الطالب): نعم، استدل العلامة أيضاً على ذلك بالنبوي المشهور بين
الفريقين،
وهو (نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر)، والظاهر أنه من أقضيته صلى الله
عليه وآله
وسلم التي جمعها أحمد بن حنبل في مسنده ورواها عنه عبادة بن الصامت الذي هو من
خيار
الصحابة.
ولكن أصحابنا رضوان الله عليهم فرقوها في الأبواب، وحيث إن الرواية مشهورة وهي
مستند
الأصحاب في الفتوى فلا يضر إرسالها.
وأما دلالتها فأهل اللغة وإن اختلفوا في تفسير الغرر. فبعضهم جعله من الغرة بمعنى: الغفلة.
وبعضهم من التغرير بمعنى: الخدعة والاغفال.
وبعضهم فسره بالخطر إلا أن مرجع الكل واحد، غاية الامر بعضهم أخذ بالمبادي،
وبعضهم أخذ
بالغايات وترك المبادي، ولذا فسره بالخطر الذي هو نتيجة الغفلة والاغفال.
ثم إن كلا من الغرة والغرور والغرر يستلزم الجهل بواقع الامر، لأنه لو كان الشخص عالماً
به
فإقدامه يوجب سلب هذه العناوين عنه.

أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة، حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، (٣)

فهذه احتمالات ثلث وحيث إنه ليس في الكلام قرينة متصلة دالة على تعيين إحديها ولا في البين قرينة منفصلة فيكون اللفظ من جهة دلالة على الفساد مجملا لتردده بين الاحتمال الأول الذي لا يوجب الفساد وبين أحد الأخيرين اللذين يدل اللفظ على أولهما على الفساد مطابقة وعلي ثانيهما بالالتزام لكن الأصحاب حملوه على الفساد. ولا يمكن جعل فهمهم قرينة على تعيين أحد الاحتمال الأخيرين لان فهمهم لا يصير قرينة منفصلة

موجبة لانعقاد ظهور في اللفظ في مقام الدلالة التصديقية. اللهم إلا أن يكون لاجل الدلالة السياقية بمعنى كون مساق الكلام كمنظائره من أفضيته صلى الله

عليه وآله وسلم المنقولة عداد هذه القضية بعيدا عن كونه نهيا نظاميا وحينئذ يتردد بين الاحتمالين

الأخيرين ومع بعد التحريم المولوي حيث يبعد كون البيع الغرري محرما ذاتيا يتعين حمله على

الارشاد إلى الفساد، وهذا الحمل بعد تسالم الأصحاب على دلالة على الفساد ليس بكل البعيد

وليس هذا من جهة صيرورة اللفظ بقرينة فهمهم ظاهرا في الارشاد بالدلالة اللفظية حتى يمنع عن

ذلك بل لمكان ان فهمهم دليل على وجود الدلالة السياقية على ذلك ويكون ذهابهم قرينة على

كون مساق الخبر هو ذلك كما يؤيده كونه في عداد بقية قضاياها صلى الله عليه وآله وسلم المحكية في

رواية عبادة بن صامت.

وبالجملة: فدلالة الخبر بهذا التقريب واضحة لا ينبغي الخدشة فيها كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٤٦٧)

(٣) الأصفهاني: أقول: ما ذكره أهل اللغة في تفسير الغرر راجع إلى الغفلة والخديعة والخطر، وعمل

ما لا يؤمن معه من الضرر، وما كان على غير عهدة وثقة، وما له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

والمظنون قويا أن هذه التفاسير ليست كلها بيانا لمعناه الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه وبعضها

الأخر بيان لازمه الدائمي، وبعضها بيان لازمه الغالبي، وبعضها بيان لمورده،

مع أن معني الغرر - على ما ذكره أكثر أهل اللغة - صادق عليه، والمروي عن أمير المؤمنين

عليه السلام: أنه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر وفي الصحاح: الغرة: الغفلة، والغار: الغافل، وأغره، أي: أتاه على غرة منه، واغتر بالشئ، أي: خدع به، والغرر: الخطر، ونهي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء والطيور في

الهواء - إلى أن قال: - والتغريب: حمل النفس على الغرر، انتهى. وعن القاموس ما ملخصه: غره غرا " وغرورا " وغرة " - بالكسر -، فهو مغرور وغرير

- كأمر - : خدعه وأطمعه في الباطل - إلى أن قال: - غرر بنفسه تغريرا وتغرة "، أي: عرضها للهلكة، والاسم الغرر محركة - إلى أن قال: - والغار: الغافل، واغتر: غفل، والاسم

الغرة بالكسر، انتهى (٤)

(٤) الإيرواني: المتحصل من كلمات أهل اللغة معان ثلاثة للفظ الغرر - بالأعم من المدغم ومنفك

الادغام، - أحدها: الغفلة وهو أجنبي عن المقام.

الثاني: الخدعة وما له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول وهو أيضا أجنبي عن المقام. الثالث: الخطر والعرض للهلكة وما كان على غير عهدة ولا ثقة ويمكن ارجاع المجموع إلى واحد

وهو الخدعة فإنه من مصاديق الغفلة للغفلة عن حقيقة الامر وكذلك من مصاديق الخطر فان باطن الامر خطري، فلذلك فسروا الغرر بهما ويكون التفسير تفسيرا ناقصا بجزء المعنوي وتمامه هو

الباطن المجهول المحذور المكروه والظاهر المأمون، وإليه يرجع المروي عن مولانا أمير المؤمنين و

هو الذي يساعد عليه العرف وقد اعترف الشهيد في كلامه الآتي ان معنى الغرر ما كان له ظاهر

محبوب وباطن مكروه. نعم ادعى معناه شرعا جهل الحصول وفيه ما فيه. ثم لو لم يرجع المعاني إلى

واحد - وهو الخدعة -، فلا يجوز التمسك بالحديث على اشتراط القدرة وكان تعددها لا محالة

مورثا للاجمال المضرب بالاستدلال، الا ان يكون فهم الفقهاء قرينة على المراد. (ص ١٩٢)

وعن النهاية بعد تفسير الغرة - بالكسر - بالغفلة: أنه نهي عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري، وباطن مجهول وقال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول، وقد تكرر في الحديث،

ومنه حديث مطرف: إن لي نفسا واحدة، وإني لأكره أن أغرر بها، أي أحملها على غير ثقة، وبه سمي الشيطان غرورا، لأنه يحمل الانسان على محابه، ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى

وقد حكي أيضا عن الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر، ممثلا

له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء وفي التذكرة: أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، ومراده من التفسير التوضيح بالمثل، وليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

وبالجملة: فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معني الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده،

أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كما وكيفاً. (٥)

(٥) الإيرواني: يحتمل ان يكون المشار إليه لاسم الإشارة في كلامه، هو التفسير الذي نقله التذكرة

من اهل اللغة وهو انهم فسروا بيع الغرر بهذين يعني الطير في السماء والسمك في الماء الذي حملة

المصنف رحمه الله على التوضيح بالمثل ويحتمل ان يكون المحكي عن الأساس والمصباح والمغرب

والجمع والمجمع من تفسيره بالخطر وعدم منافاة تفسير النهاية للغرر بما كان له ظاهر يغر المشتري

وباطن مجهول لما نقله التذكرة لعله من جهة ان اقدام البايع على بيع السمك في الماء والطير في

الهواء أيضا له ظاهر يغر المشتري ويتوهم من اقدامه على البيع انه قادر عليه وهو في الواقع عاجز عنه.

واما عدم منافاته لتفسير الجماعة له بالخطر فواضح فان ما له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول

خطري. (ص ١٩٣)

وربما يقال: إن المنساق من الغرر المنهي عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه، ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصا إذا كان في بحر ونحوه، بل هو أوضح شيء في بيع الثمار والزرع ونحوهما. والحاصل: أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم وعدمه، خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر. (٦) وفيه: أن الخطر من حيث حصول المبيع في

يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين واحتمال إرادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظة اشتها التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات. (٧)

(٦) الإيرواني: بل ومن الواضح لزومها، وبيع الغائب وما في البحر إذا لم يؤمن حصوله في اليد خطري مع أن الجبر بالخيار إنما يكون بعد فرض الغرر في أصل البيع فإذا حصل الغرر في أصل البيع بطل ولم يبق محل للخيار، مع أن الخيار لو كان رافعا للغرر من البيع لكان يرفعه في المبيع

المجهول من حيث الصفات والكم فلا يبقى مورد يبطل البيع لاجل الغرر. (ص ١٩٣) (٧) الآخوند: فيه (أيضا ") انه كثيرا ما يحصل الثقة بحصول المال الغائب بحيث لا يعتنى باحتمال عدمه، ومعه ليس فيه غرر الحصول وخطره، وبيع الثمار والزرع وان كان من أظهر افراد الغرر الحصول، الا ان جوازه كان بالدليل الخاص، مع أنه ليس مطلقا بل مشروطا، فلاحظ. (ص ١٢٣)

الأصفهاني: ربما يقال: إنه ليس من باب تقييد كلام أهل اللغة، بل من باب أن الغرر في البيع الذي هو تبديل مال بمال لا بد أن يكون في الطرفين اللذين يتقوم بهما التبديل المعاملي، وهو لا يكون الا من حيث الجهل بهما ذاتا وصفة كما وكيفاء، والحصول في اليد كالبقاء في اليد أمر خارج عن المعاملة، فالخطر فيه وإن كان مصداقا للغرر، إلا أنه غرر في غير ما يتقوم به البيع،

وأما المجهول المعلوم الحصول ومجهول الصفة فليس غررا وبينهما عموم وخصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن، ووجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر وقد يتوغل في الجهالة، كحجر لا يدري أذهب، أم فضة، أم نحاس، أم صخر، ويوجدان معا في العبد الآبق المجهول الصفة ويتعلق الغرر والجهل تارة بالحصول كالعبد الآبق المجهول الوجود، وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، وبالجنس كحب لا يدري ما هو، وسلعة من سلع مختلفة، وبالنوع كعبد من عبيد، وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع إلى مبلغ السهم،

وبالعين كتوب من ثوبين مختلفين، وبالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب ولو اشترط أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل، كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا والغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعا وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كاس الجدار وقطن الجبة، وهو معفو عنه إجماعا، ونحوه اشتراط الحمل. (٩)

(٩) الإيرواني: أولا: "الغرر هنا بمعنى مطلق الجهل لا جهل الحصول كما في أول عبارته ويكون

عطف الجهل عليه عطف تفسير ولولاه لم يسقم ما ذكر له من الأقسام. ثم إن بعض ما ذكره من الأمثلة لا يخلق عن اشكال فان عبدا من عبيد ليس مما جهل فيه النوع.

نعم يكون مجهول الصنف إذا كان العبد مرددا بين صنفين أو أصناف وكان الأولى ذكر الساعة من السلع مثلا لما جهل فيه الجنس والنوع والصنف والشخص على اختلاف المقامات والسلع المتردد فيها ذلك

. ثانيا: "لعل المراد من أس الجدار القطعة من الأرض التي يكون الجدار مبينا عليها ولعل المراد أسفل

نفس الجدران وهو الأساس الداخلة في الأرض فإنه مجهول من حيث الاستحكام وعدمه.

وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجفاف في مال الإجارة والمضاربة، والثمرة قبل بدو
الصلاح، والآبق بغير ضميمة، انتهى (١٠)

وسيجئ في بيع المجهول مع الضميمة عبارة من العلامة وهي ولو باع الحامل ويشترط للمشتري
الحمل صح لأنه تابع كأساس الحيطان وقطن الجبة ما كان يوضع منه بين ظهارة الجبة وبطانته.
(ص ١٩٣)

(١٠) الإيرواني: من الخلاف في الحكم أراد تعيين محل التسامح والظاهر أن ما ذكره من موارد
الخلاف مما يتسامح فيه قطعاً فان صح البيع فيها أو في شيء منها كان تعبداً محضاً على خلاف
القاعدة.

ولعل هذا الكلام من جملة موارد تأمل المصنف كما أن من جملة موارد بل عمدتها هو تخصيصه
للغرر شرعاً بجهل الحصول مع أنه عممه وجهل الصفة والمقدار كما صرح بذلك في طي كلامه
حيث عممه لصور الجهل من الجهل بالوجود والحصول والصفة والكم لكن الظاهر أنه أراد تعميم

أصل معناه دون معناه الشرعي الذي ادعاه. (ص ١٩٣)

(٤٢٩)

وفي بعض كلامه تأمل، ككلامه الاخر في شرح الارشاد، حيث ذكر في مسألة تعيين الأثمان

بالتعيين عندنا قالوا - يعني المخالفين من العامة - : تعيينها غرر، فيكون منهيًا عنه. أما الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينسخ البيع. (١١) وأما الكبرى، فظاهرة - إلى أن قال: - قلنا: نمنع الصغرى، لان الغرر إجمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه، وما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه، انتهى فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الأبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل، لم يكن غررا، لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير وكذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب ونحاس بقيمة النحاس، بناء على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة وكذا شراء

مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالأولى: أن هذا النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات، وليس منوطا بالنهي من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفةة.

(١١) الإيرواني: الظاهر أن الوجه الأول وجه بطلان التعيين الوصفي والكمي في الكليات والوجه الثاني وجه بطلان التعيين الشخصي عدم تعيين الثمن كليا كان أم جزئيا ولازم ذلك عدم تعيين المثلث أيضا للاشتراك فيما ذكره من الوجه وهو الغرر. وفيه: ان ذلك لو صح اقتضى بطلان البيع المعين فيه الثمن كذلك لكونه غرريا لا بطلان التعيين والا لزوم في كل ما يلزم فيه الغرر بطلان ما حصل منه الغرر دون أصل المعاملة. (ص ١٩٣)

ثم إنه قد حكي عن الصدوق في معاني الاخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية - كبيع المنابذة والملازمة وبيع الحصاة - بكونها غررا، مع أنه لا جهالة في بعضها

كبيع المنابذة، بناء على ما فسره به من أنه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، ولعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر، والله العالم. (١٢) وكيف كان، فلا إشكال في صحة

التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور، (١٣) إلا أنه أخص من المدعي، لان ما

يمنتع تسليمه عادة - كالغريق في بحر يمنتع خروجه منه عادة ونحوه - ليس في بيعه خطر، لان

الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا، (١٤)

(١٢) الإيرواني: قوله: (ولعله كان على وجه خاص) كأن كان قاصدا على أن يكون المنبوذ من

الثياب المتعددة أو ما وقعت عليه الحصاة منها هو المبيع فان المبيع حينئذ يكون مجهولا. (ص ١٩٣)

(١٣) الإيرواني: سيحى في مسألة بيع العبد الآبق عند التعرض لبيع الضال والمجحود والمغصوب

انكار الغرر في شراء الأشياء المذكورة بما يعم سائر البيوع غير المقدور فيها تسليم المبيع فراجع.

وقد تقدم الاشكال منا في معنى الغرر وانه هو الخدعة وتلبيس الامر والمعاني التي ذكرها اهل اللغة

اما راجعة إليها أو أن تعددها يورث الاجمال المبطل للاستدلال بالنبوي مع أن النبوي لو عمل به

اقتضي البطلان فيما إذا لم يوثق بالتسليم وان كان البائع قادرا، مع أنه لا اشكال في الصحة. (١٩٣)

(١٤) الآخوند: بل يكون مباينا له - كما أشرنا اليه - وانما صح الاستدلال به على اعتبار العلم

بالقدرة وان كان أخص، لا القدرة فتدبر جيدا. (ص ١٢٣)

الإيرواني: أو يوثق بعدم خروجه فإنه يخرج بذلك عن الغرر، كما يخرج بالوثوق بالخروج

عنه فالغرر والخطر ما لا يكون فيه وثوق بأحد الطرفين وعليه فلا دليل على بطلان ما يوثق بعدم خروجه وليس اكل المال في مقابله اكلا للمال بالباطل بعد قيام احتمال الخروج ولو ضعيفا

لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل، بل لا يعد مالا عرفا وإن كان ملكا، فيصح عتقه، ويكون لمالكه لو فرض التمكّن منه، إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمّول عنه عرفا، ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور. (١٥)

لاقدام العقلاء لمكان هذا الاحتمال على دفع مال قليل. اللهم الا ان يستند على فحوى البطلان في صورة احتمال الخروج احتمالا معتدا به. (ص ١٩٣)

(١٥) الأصفهاني: لا يخفى أن السفاهة إذا كانت علة لا حكمة - كما في هذا الفرض - فهي

مندفعة بفرض غرض عقلائي، كأن يبذل بإزائه ثمنا قليلا لعتقه في كفارة عليه، ومنه علم أنه ليس أكلا للمال بالباطل. وأما سقوطه عن المالية فلا وجه له، فإن العبد مال سواء كان تحت يد

مالكه أم لا، ولذا لو أتلفه متلف ضمنه، وأما عدم بذل المال بإزائه لإباقه فهو ليس دليلا على

خروجه عن المالية، فإن صحة البذل ربما تتوقف على أمر آخر كما مر مرارا، مع ما عرفت من

صحة البذل لغرض العتق الذي لا يتوقف الا على الملك، وما أفاده قدس سره في كونه باقيا على

ملكه بعد صحة عتقه - من وجوب رد تمام قيمته على الغاصب مع بقائه على ملك مالكه - فهو

كما أنه دليل البقاء على الملكية كذلك دليل البقاء على المالية، إذ ما لا مالية له لا قيمة له، وليس له الا رد عينه لا أداء تمام قيمته. (ج ٣ ص ٢٧٩)

الإيرواني: قول المصنف: (ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته) يعني: لاجل سلب صفة التمّول

عنه يجب على غاصبه قبلا ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة. وفيه: ان وجوب رد تمام القيمة من جهة حصول الحيلولة بين المالك وبين تمام المالية بالحيلولة بينه

وبين العين لا من باب انتفاء المالية عن العين والا لم يكن البذل بدل الحيلولة بل بدل التلف مع أن

ماليته لو كانت منتفية لزم أن لا يضمن من غصبها بعد التعذر لو فرض لها غاصب في هذا الحال وهو باطل قطعاً. (ص ١٩٣)

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر:
منها: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من قوله: (لا تبع ما ليس عندك) بناء
على أن كونه عنده لا يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً، فهي كناية،
لا عن مجرد الملك، لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام، ولا عن مجرد السلطنة عليه
والقدرة

على تسليمه، لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة به على عدم جواز بيع العين
الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها، خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو
من نفسه، فإن السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا، مع أنه مورد الرواية عند
الفقهاء.

فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت
اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً. (١٦)

(١٦) الإيرواني: ما ذكره من الاحتمالات لكلمة (عنده) أربعة، أحدها: هو الحضور عند
الشخص

مقابل الغياب عنه. والأخرى هي الملكية. والثالثة: هي السلطنة على تسليم العين.
ورابع الاحتمالات: السلطنة الفعلية الشرعية العرفية وفيه منطوي اعتبار الملكية والقدرة على
التسليم وهو الذي اختاره بابطال أخواته.
وأنت خبير بان الظاهر من لفظ (عند) هنا هو الملكية وقد تعارف الكناية عنها به والفقهاء
أيضاً

استدلوا على اعتبار الملكية بهذا النبوي.

وأما ما ذكره المصنف لابطاله من: ان المناسب لذلك التعبير باللام المفيدة للملك.
ففيه: ان التعبير بلفظ (عند) حيث إنه من الكنايات لعله أبلغ. (ص ١٩٣)
الأصفهاني: ما ذكره من المحتملات هو كونه عنده بمعنى الحضور، وبمعنى الملك،
وبمعنى السلطنة

الخارجية على التسليم، وبمعنى السلطنة المترتبة على الملك، والسلطنة الفعلية على التسليم،

وعلي أي حال، فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بأدلته، أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك وكيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن وأما الايراد عليه بدعوى: أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة، من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، وليس في الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد نعم، يمكن أن يقال: إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي - بل النبوي الأول أيضا " - : فساد البيع، بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مراعي بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده. (١٧)

(١٧) الإيرواني: قول المصنف (فلا ينافي وقوعه مراعي) يعني: ان حديث نفى الغرر لا يقتضى

البطلان إذا جهل وجود القدرة الذي به يكون قوام الغرر لا بواقع عدم القدرة فانكشف وجود القدرة.

أقول بل وكذلك لا يقتضى البطلان عند عدم القدرة حال البيع مع تحققها بعده ويمكن ادراج

هذا الفرض أيضا في العبارة. (ص ١٩٣)

الأصفهاني: قد مر منا في مبحث الفضولي، وفي مبحث من باع ثم ملك في مقام الجواب عن هذه الأخبار

أن المراد إما هو البيع الانشائي الموصوف بالصحة والفساد أو البيع الحقيقي الموصوف بالوجود والعدم، وأن النهي على الأول إرشاد إلى عدم النفوذ وعدم الأثر المترقب من السبب،

وعلي الثاني إرشاد إلى عدم تحققه.

وقد ذكرنا أن الحكم ببطلانه من رأس أو الحكم بعدم تحققه كذلك مبني على الاطلاق، إما

بلحاظ الآثار من حيث الصحة الفعلية والتأهلية معا على الأول، وإما بلحاظ الأحوال من حيث

تملكه بعد العقد أو دخوله تحت يده ونحو ذلك على الأول والثاني معا.

ولو أبيت إلا عن ظهور النبيين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعي،
دار الامر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، وبين اخراج بيع الرهن، وبيع ما يملكه بعد
البيع وبيع العبد الجاني عمدا وبيع المحجور لرق أو سفه أو فلس، فإن البائع في هذه
الموارد

عاجز شرعا عن التسليم، ولا رجحان لهذه التخصيصات، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع
بيع كل ما يعجز عن تسليمه. (١٨) مع رجاء التمكن منه مراعي بالتمكن منه في زمان لا
يفوت الانتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد في اللعة بجواز بيع الضال والمجحود من غير
إباق مراعي بإمكان التسليم، واحتمله في التذكرة. لكن الانصاف: أن الظاهر من حال
الفقهاء اتفاهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا، كما عرفت من الايضاح.

(١٨) الإيرواني: لا رجحان لهذه التخصيصات، لان التخصيص وان كان أولى من سائر
التصرفات،

الا ان تعدده هنا - سيما وبيع الفضولي - أيضا على القول بصحته خارج عن النبوي يبعد
التخصيص فيتساوى احتمالاه مع احتمال المجاز إن لم يترجح احتمال المجاز فيحصل
الاجمال المضر

بالاستدلال. (ص ١٩٣)

النائني (المكاسب والبيع): محصل ما أفاده قدس سره بعد تسليمه عموم النهي وشموله
بعمومه

لبيع الفضولي وبيع الراهن للعين المرهونة وبيع العبد الجاني عمدا وبيع المحجور لرق أو
سفه أو

فلس يرجع إلى وجهين. (مر الوجه الأول)

(اما الوجه الثاني فتقريره) انه لو سلم ظهور النهي المذكور في فساد العقد رأسا المنافي
لوقوعه

مراعي يدور الامر بين حملة على خلاف هذا الظاهر بحمله على الفساد بالمعني المذكور،
أعني عدم

كونه علة تامة لترتب الأثر وبين اخراج الموارد المذكورة عن عمومه بالتخصيص ولا
رجحان لهذه

التخصيصات على حملة على الفساد بالمعني المذكور، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع كل
ما يعجز

عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعي بالتمكن منه.

ومنها: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدورا، لاستحالة التكليف بالمتنع. (١٩)

ومع اجازته يتحقق المسبب الانشائي لكن من غير تعلق نهى به لتامة القدرة على التسليم حينئذ فحال بيع الرهن في النتيجة كحال بيع الفضولي وان كان مختلفا معه في الطريق، وذلك لكون المعني السببي في بيع الفضولي صادرا عن شخص، والمسببي صادرا عن شخص آخر بخلاف

بيع الراهن فان المعنيين صادران عن شخص واحد لكن في حالتين، فالمعني السببي في حال عدم

إجازة المرتهن والمعني المسبب الانشائي بعد اجازته كلاهما صادران عن الراهن. ولا يخفى ان الصدور عن شخصين أو عن شخص واحد في حالتين غير فارق هذا إذا قلنا بأن

صحة الفضولي تكون على القاعدة، ولو قلنا بأنها على خلاف القاعدة فلا تفاوت بينه وبين بيع

الراهن أيضا، بل يحكم في كلا البابين بالصحة لاجل قيام الدليل عليها الا ان الدليل في الفضولي

هو خبر البارقي وما ورد في نكاح الفضولي، وفي بيع الراهن يكون الدليل هو التعليل الوارد في نكاح

العبد من غير إذن سيده بأنه ما عصي الله سبحانه وانما عصي سيده فإذا أجاز جاز. (ج ٢ ص ٤٧٢)

(١٩) الإيرواني: يمكن ان يوجه هذا الدليل (اي: ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين)

بان لازم وقوع العقد مؤثرا في النقل هو وجوب تسليم العوضين وجوبا تكليفيا فالوضع يلازم

التكليف ومدركه مدركه، وقد انتزع الوضع من خطاب (أوفوا) إذا اشترط التكليف بالقدرة على التسليم، لا جرم لم يكن هناك ما ينتزع عنه الوضع في ظرف عدم القدرة.

والجواب عن الدليل: هو منع الملازمة بين الوضع والتكليف. ودعوى: ان الوضع مستفاد من عمومات اخر خطاب التكليف مثل دليل (أحل الله البيع) و

(تجارة عن تراض) و (سلطنة الناس على أموالهم)، بل دعوى أن خطاب (أوفوا) أيضا مسوق

لبيان الوضع دون التكليف غير بعيدة. ثم لا يخفى ان المدعي في المسألة اشترط العلم بالقدرة

بمعنى البطلان ما لم يحرز فيه القدرة وان كانت القدرة ثابتة واقعا ".

ويضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا، منعنا الملازمة، (٢٠)

(٢٠) الآخوند: بل يمكن منع الملازمة مطلقا، فإنه لا دليل عليها سوى ما ربما توهم من كون

الوجوب مقتضى العقد - كما يأتي منه في مسألة القبض - أو كونه لاجل حرمة الغصب، أو كونه من جهة الوفاء بالعقد.

وفيه أن العقد لا يقتضى سوى حصول ما هو مضمونه من التمليك والتملك، وحرمة الغصب لا

يقتضى الا عدم الامتناع عن تسليمه لو كان تحت يده، لا وجوب تسليمه لو أمكن ولو بتحصيله.

والوفاء بالعقد ليس إلا القيام بمضمونه قبالا لفسخه ونقضه، فيكون (أوفوا بالعقود) ايجابا للوفاء

لو كان الوفاء والفسخ بالاختيار، وارشادا إلى عدم حصول الانفساخ لو لم يكونا كذلك، - كما هو

قضية غالب الأوامر والنواهي في المعاملات -

ولا وجه في هذا الفرض لارجاع إلى وجوب ترتيب الآثار، مع أنه لو سلم فليس التسليم فيما

أمكن من آثار النقل والانتقال، وقد فصلنا المقال في بيان معنى وجوب الوفاء فيما علقناه على

الخيارات، فراجع ثمة. (ص ١٢٨)

النائيني (المكاسب والبيع): ومما ذكرناه (في الوجه الأول في التعليقة السابقة تحت الرقم ١٩) يظهر

ان ترديد المصنف قدس سره في الجواب بأنه ان لازم العقد هو وجوب التسليم وجوبا مطلقا

فالملازمة ممنوعة. وان أريد مطلق الوجوب فلا ينافي كونه غير مستقيم، وذلك لأنه لا محيص عن

التزام اشتراط الوجوب بالقدرة حيث إنها من الشرائط العقلية الثابتة في كل تكليف. (ج ٢ ص ٤٨٥)

الأصفهاني: لا يخفى أن وجوب التسليم إما لازم العقد وباقتضائه بنفسه عند اطلاقه وتجرده،

وإما لازم المعقود عليه وهو الملك، فيكون باقتضاء الملك، وإما حكم العقد المدلول عليه بوجوب

الوفاء أو بغيره، وحيث إن حكم الشيء باقتضائه بوجه عبر عنه باللازم، والكل محل الكلام: أما

كونه باقتضاء نفس العقد عند اطلاقه فمقتضى العقد هو الملك، واطلاقه وتقييده بمعنى عدم توقف

حصوله على شيء أو توقفه عليه، وهو أجنبي عن مرحلة استحقاق التسليم،

وإن أريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد
(٢١)

وقد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب (٢٢)، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع
بهذا الشرط. (٢٣)

فالعمدة في الجواب انكار الملازمة رأسا". (ص ١٩٤)
(٢١) الأصفهاني: حاصله: - بعد تسليم الملازمة - أن الوجوب المطلق وإن كان يكشف
عن

كون القدرة مفروضة الحصول لكونها شرطا في نفوذ العقد، إلا أن ترتبه أول الكلام، إذ لا
موجب له بعد تسليم أصله الا اطلاق الامر بالوفاء مثلا، وهو إنما يكشف عن فرض
الحصول إذا

كان عدم التقييد بها مع عدم فرض حصولها نقضا للغرض، وموجبا للتكليف بالمحال.
وأما إذا كانت القدرة شرطا عقليا في التكليف فعدم التقييد للاتكال على حكم العقل، لا
لفرض

الحصول كما في سائر التكليف، فإنك لا تجد تكليفا مشروطا خطابا بالقدرة العقلية،
وليس ذلك

لفرض حصولها، بل لحكم العقل بإناطته بها، وأما ترتب مطلق الوجوب فلا يجدي لعدم
الكشف

عن فرض الحصول. (ج ٣ ص ٢٨٣)

(٢٢) الإيرواني: أصالة عدم الوجوب، يعني أصالة الاطلاق في الوجوب الذي دل الدليل
على

الملازمة بينه وبين الوضع فيثبت الملازمة بين الوضع وبين التكليف المطلق لا مطلق
التكليف

وقد عرفت: ان المراد من المطلق في المقام ليس هو المطلق من اشتراط القدرة ليمسك
بالاطلاق

لنفي التقييد بالقدرة، فان التكليف مقيد لا محالة بهذا بل المراد بالمطلق ما صار فعليا
لتحقق شرطه،

وأصالة الاطلاق وعدم التقييد الذي هو أصل لفظي غير نافع لاثبات ذلك وان الحكم قد
صار

فعليا لحصول شرطه في الخارج. (ص ١٩٤)

(٢٣) الإيرواني: أصالة عدم تقييد البيع يعني تقييد صحته ونفوذه بوجود تكليف مطلق
والمتيقن

تقييده بوجود التكليف في الجملة.

وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، فافهم. (٢٤)

وفيه: انه لم يدع أحد تقييد الصحة بالتكليف وانما ادعي ملازمتها مع التكليف واستفادتهما من

دليل واحد بحيث يتقيد كل منهما بما يتقيد به الآخر، ومعلوم ان الأصل يقتضي عدم هذه الملازمة. (ص ١٩٤)

(٢٤) الإيرواني: قد عرفت: ما يصلح ان يكون وجها للنظر ومع التنزل عن ذلك نقول إن الأصل الثاني محكوم بالأول، فان التقييد ثابت في الجملة فإذا شك في القيد اطلاقا وتقييدا فأصالة

الاطلاق فيه حاكمة على أصالة عدم التقييد بالمطلق حكومة ظهور القيد والقرينة على ظهور ذي القرينة. (ص ١٩٤)

النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما في هذا الاعتراض فإنه إن كان المراد بالوجوب هو الوجوب الشرعي فاشتراطه بالقدرة قطعي لا شبهة فيه ولا شك يعتريه حتى ينتهي إلى اجراء الأصل في عدم تقيده، وان كان المراد منه هو الوجوب الشرطي أعني شرطية التسليم في صحة

البيع فهو وان أمكن اشتراطه بالقدرة كما أنه يمكن عدم اشتراطه بها ولازم اشتراطه بالقدرة سقوط الشرطية عند عدم القدرة وصحة البيع من دون التسليم.

وبعبارة أخرى: كون التسليم شرطا في حال القدرة عليه لا مطلقا ولازم عدم اشتراطه بالقدرة بقاء

الشرطية عند العجز الموجب لبطلان البيع من دون تسليم لفقد شرطه الذي هو عبارة عن التسليم

ونظير ذلك ما ذكر في شرائط متعلقات الاحكام مثل شرائط الصلاة عدا الطهور، حيث وقع

البحث فيها في أنها شرط مطلقا ولو في حال العجز أو ان شرطيتها مختصة بحال القدرة عليها هذا

لكن لا مجري لأصالة عدم تقييد الشرطية بالقدرة لعدم الحالة لسابقة لها إذ لم تكن هذه الشرطية

موجودة سابقا مطلقة عن القدرة حتى يثبت بقاء عدم تقيدها بالاستصحاب.

ومنه يظهر: ما في دفع هذا الاعتراض بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط حيث إنه ليس

لعدم تقيده أيضا حالة سابقة حتى يجري فيه الاستصحاب.

ومنها: أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، ولا يتم الا بالتسليم.
ويضعفه: منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه الا
الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق. (٢٥)

- ولعل وجه نظره رضي الله عنه في المعارضة أن لازم المعارضة تساقط الاطلاق الكاشف
عن شرطية

القدرة والاطلاق الدال على الصحة بدونها، فالمرجع إلى أصالة الفساد، فينتج حينئذ اشتراط
القدرة من باب القدر المتيقن، وهو خلاف المرام، مضافا إلى أنه لا وجه للمعارضة بعد
كون

الشك في اطلاق وجوب التسليم ناشئا عن شرطية القدرة، فالدال على عدم شرطية القدرة
حجة

حاكمة على اطلاق الوجوب.

وقد يقال: بأن مقتضى عموم العقود وشموله لبيع مالا يقدر عليه مع مقتضى اطلاق وجوب
الوفاء وعدم تقييده بالقدرة متنافيان، والتقييد أولي من التخصيص.

والجواب: أنه إنما يصح فيما إذا كان الاطلاق والعموم متنافيين، فيقدم العام لكون ظهوره
وضعا

على المطلق، لكون ظهوره بمقدمات الحكمة، والعام والمطلق هنا متلائمان، إلا أن العلم
بشرطية

القدرة إما في العقد أو في وجوب الوفاء اقتضي تنافيهما بالعرض، ولا موجب لصرف القيد
إلى

المطلق تحفظا على الظهور العمومي الوضعي كما نبهنا عليه في محله. (ج ٣ ص ٢٨٣)

(٢٥) الآخوند: مع أنه لو سلم، يكون غير مقتض للاشتراط، ضرورة ان كون الغرض من
البيع

نوعا متوقفا على التسليم، لا يقتضى بطلانه لو حصل أحيانا لا لهذا الغرض أو له ولكن لم
يترتب

عليه وتخلف عنه.

وتوهم كونه سفهيا لو لم يكن لهذا الغرض في غاية السقوط، ضرورة ان صرف المال بإزاء
ما

تعذر تسلميه فيما إذا كان هناك غرض آخر عقلائي، كعتق العبد الآبق في الكفارة وغيرها،

ليس بسفهي قطعاً، فتأمل جيدا. (ص ١٢٤)

ومنها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً وأكله أكلاً بالباطل. وفيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم
ثم إن ظاهر معاهد الاجماع - كما عرفت - كون القدرة شرطاً، كما هو كذلك في التكليف،
وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط. (٢٦)

الإيرواني: مضافاً إلى: ان القياس لو تم بمقدمته وسلم عن الخدشة لم ينتج المدعي، لعدم ابطال
تخلف الغرض للبيع، غايته ثبوت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال ولذا لو تعذر التسليم بعد

البيع لم يبطل به البيع. (ص ١٩٤)
(٢٦) النائيني (المكاسب والبيع): اعلم: انه ربما يقال بان الثمرة بين شرطية شئ مثل لبس المأكول
في الصلاة ومانعية ضده مثل لبس غير المأكول فيها هي انه لو كان لبس المأكول مثلاً شرطاً

لوجب احرازه في حال الصلاة ولا يصح الاكتفاء بما يشك في مأكوليته، ولو كان غير المأكول مانعاً

صح الاكتفاء بالمشكوك لأصالة عدم المانع. وهذا الأصل غير الاستصحاب.
وقد استدل له بوجوه مزيفة مثل تغليب جانب عدم على الوجود لاحتياج الوجود إلى علة وجودية دونه، ونحو ذلك مما لا طائل تحته والعمدة في اثباته هو التمسك ببناء العقلاء لو ثبت

بنائهم على عدم الاعتناء باحتمال وجود المانع بل يبنون على عدمه عند الشك فيه ولو ثبت بنائهم على هذا لكان حجة بدليل عدم الردع، لكن الشأن في ثبوت أصل بنائهم على هذا مع قطع النظر عن الاستصحاب.

والتحقيق: عدم ثبوت بنائهم على إلغاء احتمال وجود المانع عند الشك في وجوده مع قطع النظر

عن الاستصحاب فهذا الأصل أعني أصالة عدم وجود المانع لا أساس له أصلاً.

ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة: أن العجز مانع، لا أن القدرة شرط.
(٢٧)

قال: ويظهر الثمرة في موضع الشك. (٢٨)

عدم القدرة بالعدم الأزلي لا يجدي في اثبات العجز - الذي هو بالإضافة إلى القدرة عدم ملكة الا

بنحو الأصل المثبت. (ج ٣ ص ٢٨٥)

(٢٧) الإيرواني: المستظهر هو صاحب الجواهر ولعل المنشأ لذلك تعليل اعتبار القدرة بالتحفظ

والتحرز مما لا يمكن فيه ذلك باطل والتقييد بالقدرة لاجراجه.

نعم لو كان قوله: (فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط) من عبارة الغنية كانت العبارة صريحة في

الشرطية لكن صاحب الجواهر لم ينقل هذا الجزء وكذا المصنف في صدر المسألة فيحتمل ان يكون

ذلك من المصنف ألحقه تبياناً للعبارة بما فهمه ولكن ظاهر عبارته الآتية خلاف ذلك وانه جزء

من عبارة الغنية. (ص ١٩٤)

(٢٨) الإيرواني: تفريع هذه الثمرة ينبئ عن اعتبار قاعدة المقتضي والمانع فعلي القول بشرطية

القدرة في الحكم بالصحة وعلي القول بمانعية العجز يكفي الشك في العجز في الحكم بالصحة لان

العقد يقتضي النقل والعجز مانع ويؤكد ذلك أنه جعل الاختلاف في مسألة الضال والضالة دليلاً

على أن القدر المطلق عليه ما إذا تحقق العجز فإنه يكشف عن أن النسبة بين القولين هو العموم

والخصوص المطلق وذلك لا يكون الا بعد ضم قاعدة المقتضي والمانع أو جعل الشرطية على تقدير

الشرطية هو العلم بالقدرة ونفس القدرة وجعل المانع العلم بالعجز دون نفس العجز فتكون صورة العلم بالعجز هي المتفق على بطلانها لبطلانها سواء كانت القدرة شرطاً أو العجز مانعاً كما أن

صورة العلم بالقدرة هو المتفق على صحتها فتبقي صورة الشك محلاً للخلاف ومنشأ الخلاف

هو الخلاف في شرطية القدرة ومانعية العجز مع الالتزام بقاعدة المقتضي والمانع أو الخلاف في

شرطية العلم بالقدرة ومانعية العلم بالعجز.

ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة، وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز.

وفيه - مع ما عرفت من أن صريح معاهد الاجماع، خصوصا " عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح

بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدرة - : أن العجز أمر عدمي، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر، فكيف يكون مانعا؟! مع أن المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم (٢٩)

عمومات الصحة هو العجز المستمر، أو العجز في الجملة، أو الشك في أن العجز يعم التعسر أو يختص بالتعذر.

وأخرى هو الشبهة الخارجية، فإذا كان من جهة الشك في الحكم فلا شبهة في أن أصالة العموم متبعة، وإذا كان من جهة الشك في المفهوم - كالمثال الثاني - فحيث إن المخصص المنفصل لا

يسري إجماله إلى العام يتمسك بالعام، فلا ثمرة للنزاع بين شرطية القدرة ومانعية العجز. ولو كان من جهة الشبهة الخارجية فإذا كانت الحالة السابقة من العجز أو القدرة معلومة فالمرجع

هو الاستصحاب، ولو لم تكن معلومة يجب الفحص أو الاحتياط كما هو الشأن في جميع موارد

الشك في القدرة، فلا ثمرة للنزاع أيضا. ولا يمكن أن يقال: الأصل عدم العجز، لان العجز حيث

إنه عدمي فمرجع الأصل إلى أن الأصل عدم القدرة، ولهذا لا أساس له بلا إشكال. (٢٩) الإيرواني: ليس المانع هنا هو المانع المصطلح على عند أرباب المعقول ولا الشرط والمقتضي

وسائر ما اصطالحوا عليه من اجزاء العلة جاريا على مصطلحهم، لان باب العقود ليس باب التأثير

والتأثر الحقيقي بل التأثير في مجرد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فأطلق عليه ألفاظه فمعنى كون

العجز مانعا خروج صورة العجز عن حكم (أوفوا) كما أن معنى كون القدرة شرطا خروج ما عدا

صورة القدرة عن حكمه.

وقد عرفت: الثمرة بين الامرين وانها تظهر بضم العلم أو قاعدة المقتضي إلى الجانبين. (ص ١٩٤)

ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه، لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي،

ولا في غيرهما، (٣٠) فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها،

أو لا معه فالأصل عدمها - أعني العجز - سواء جعل القدرة شرطا أو العجز مانعا، وإذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة. (٣١)

أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - أم خصوص التعذر، فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا. (٣٢) والحاصل: أن التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنما يصح ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة، لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل وأما اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز، ومبنيًا على كون القدرة شرطا أو العجز

مانعا - كما يظهر من أدلتهم على الصحة والفساد - بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

(٣٠) الإيرواني: قول المصنف: (ولا في غيرهما) يعني غير صورة الشك ولو من باب السالبة

بانتفاء الموضوع، إذ لا صورة واقعية تكون واسطة بين صورة العجز والقدرة كما في العدالة والفسق

بناء على تفسير العدالة بالملكة، فإن الواسطة بينهما من لم يرتكب ذنبا ولم تحصل له بعد ملكة ذلك

وتكون هذه الواسطة هي مورد ظهور الثمرة بين شرطية العدالة ومانعية الفسق. (ص ١٩٤) (٣١) الإيرواني: قول المصنف: (فالأصل بقائها) يعني على تقدير الشرطية واما على تقدير المانعية

فالأصل عدم العجز والنتيجة واحدة، كما أنه مع سبق العجز يستصحب عدم القدرة على تقدير

الشرطية والعجز على تقدير المانعية والنتيجة أيضا واحدة. لكن قد عرفت ما في اجراء الأصول

في أمثال المقام مما كان الاحراز فيه جزء الموضوع الا على القول بقيام الامارات والأصول مقام

القطع الموضوعي. وعلي وجه الطريقة بناء على أن المقام منه. (ص ١٩٤) (٣٢) الإيرواني: هذا إشارة إلى الشك الحكمي الذي أشار إليه أولا كما أن الأول كان بيانا

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم، كما لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد. (٣٣)

للك موضوعي على سبيل اللف والنشر المرتب. (ص ١٩٤)
(٣٣) النائي (المكاسب والبيع): قد تقدم: ان ما هو شرط في صحة العقد هو امكان حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه بالأعم من تسليم المنتقل عنه أو بتسلم المنتقل اليه إذا كان قادرا على التسليم مع عجز المنتقل عنه، واما تعذر التسليم على المنتقل عنه مع امكان الحصول عند المنتقل اليه فهو موجب للخيار بواسطة تخلف الشرط الضمني فيما إذا كان التعذر طارئاً أو ولو كان ابتداء لكن مع جهل المنتقل اليه بتعذر التسليم على المنتقل عنه لا مع علمه لان اقدمه قوة اسقاط شرط التسليم كما لا يخفى.
وكيف كان، فكل من امكان الحصول الذي هو شرط للصحة والقدرة على التسليم التي هي شرط ضمني يوجب تخلفه الخيار انما هو شرط في زمان استحقاق التسليم لا قبله فلا ينفع وجودهما قبله في صحة البيع أو عدم ثبوت الخيار إذا لم يكن حاصلًا في زمان الاستحقاق كما لا يضر عدمها قبله. ويترتب على ذلك عدم اشتراط التسليم فيما لا مورد لاعتبار القدرة عليه كما إذا كان المال المنتقل عند المنتقل اليه قبل المعاملة بأن كان المثلن في البيع عند المشتري أو كان الثمن عند البائع أو كان مما لا يعتبر فيه التسليم أصلاً كسواء من ينعق عليه الذي لا يترتب عليه الا الانعتاق وفيما إذا لم يستحق التسليم كما في بيع السلم الذي اشترط فيه تأجيل المثلن، أو النسبة التي يشترط فيها تأجيل الثمن فلا يعتبر فيهما امكان حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه قبل زمان الاستحقاق في الصحة ولا قدرة المنتقل عنه على التسليم في نفي الخيار قبله، أو كان عدم استحقاق التسليم بواسطة تزلزل العقد. (ج ٢ ص ٤٨٥)

ويتفرع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، (٣٤) وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنه ينعق بمجرد الشراء ولا سبيل لاحد عليه. (٣٥)

لاتصاف البيع فعلاً بكونه مأمون العاقبة، وكذا مسألة السفاهة وعدم الانتفاع، فإن بيع ما يتمكن من تحصيله في حال الاستحقاق ليس الاقدام عليه سفهياً، كما أنه لا يترقب الانتفاع من

المبيع الا بعد استحقاقه، وهو بعد تمامية العقد ونفوذه. (ج ٣ ص ٢٨٨) (٣٤) الإيرواني: إذا كانت العين في يد المشتري فعليه التسلم حاصلة فضلاً عن القدرة، فان المعتبر

من القدرة قدرة المشتري على التسلم، فلا ينبغي عد هذه الصورة مما لا يعتبر فيها القدرة على

التسلم. (ص ١٩٤)

الأصفهاني: تقريب تفرعه على الاعتبار حال استحقاق التسليم: هو أن القدرة إذا كانت معتبرة

حال الاستحقاق فمع حصول التسلم لا يعقل اعتبار استحقاق التسليم، لان استحقاق الحاصل محال،

بخلاف ما إذا كانت معتبرة حال العقد فإن الحصول في يد المشتري لا ينافي اعتبار قدرة البائع حال

العقد، وإن لم يمكن اعتبار الاستحقاق.

وفيه: كما أن اعتبار القدرة حال الاستحقاق ساقط، لاستحالة اعتبار الاستحقاق الذي هو موضوع اعتبار القدرة، كذلك اعتبار القدرة حال العقد، فإن القدرة على عمل مع حصوله يستحيل بقاءه بالإضافة إلى الحدوث، بداهة أن الامكان الاستعدادي بعد وجود المستعد له يزول،

فعدم اعتبار القدرة على الأول لاستحالة الاستحقاق، وعلي الثاني لاستحالة نفس القدرة، فالقدرة

ليست شرطاً سواء أضيفت إلى حال الاستحقاق أو إلى حال العقد، وسيجىء إن شاء تعالي أن

الشرط في الحقيقة نفس الحصول في يد المشتري، وهو حاصل لا أنه نتيجة الشرط. (ج ٣ ص ٢٨٩)

(٣٥) الآخوند: ربما يشكل بان انعتاق المبيع على المشتري الموجب لعدم استحقاقه التسليم،

وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إما لاشتراط تأخيرته مدة، وإما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا، فإنه لا يستحق التسليم الا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها. (٣٦)

من احكام البيع وآثاره ولا يكاد يترتب عليه آثاره الا إذا كان واجدا لشرايط الصحة، ومنها القدرة على التسليم، فكيف يسقط ما يعتبر في صحته بما يترتب عليها من الآثار؟! اللهم الا ان يقال: بان دليل الاعتبار ما دل إلا على اعتباره في غير مثل هذا البيع، فافهم. (ص ١٢٤)

الأصفهاني: تقريره: كما أنه في الفرع المتقدم يمتنع اعتبار الاستحقاق لحصول التسليم، كذلك في

هذا الفرع يمتنع اعتبار الاستحقاق لامتناع التسليم، فإن الحر لا سلطنة لاحد عليه، فامتناع الاستحقاق تارة لوجوب متعلقه، وأخري لامتناع متعلقه، وهذا بخلاف اعتبار القدرة حال العقد

فإنه ظرف الرقية لا ظرف الحرية.

وفيه: أن القدرة المعتبرة حال العقد هي القدرة على التسليم حال استحقاقه، العقد وعاء نفس

القدرة لا وعاء المقدور، ومن الواضح أنه لا قدرة للبائع في حال العقد على التسليم بعده، لان

موطن المقدور موطن عدم الرقية، فلا يعقل القدرة على مثل هذا التسليم فعلا، فلا فرق بين حال

العقد وحال الاستحقاق، بل القدرة ليست شرطا في مثله. (ج ٣ ص ٢٨٩)

(٣٦) الإيرواني: تزلزل العقد، يعني عدم تماميته وبقاء شئ مما يعتبر في تأثيره وما لم يتم العقد

لا يستحق التسلم كما أنه لو اشترط تأخير التسليم لم يستحق مع تمامية العقد وثالث صور عدم

استحقاق التسليم كون المبيع ممن ينعقد على المشتري والمعتبر هو القدرة على التسليم في ظرف

استحقاق أصلا لا تعتبر القدرة رأسا وفيما تأخر الاستحقاق وتأخر اعتبار القدرة.

ومن ذلك يظهر ما هو الاشكال على القول بالكشف فان العقد تام واستحقاق التسليم قبل الإجازة حاصل، إذ ليس شأن الإجازة الا الكشف ومع ذلك المشتري لا يقدر على التسلم.

لكن يشكل على الكشف، من حيث إنه لازم من طرف الأصيل، فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لا يقدر على تحصيله نعم، هو حسن في الفضولي من الطرفين. (٣٧)

وهو زمان الاستحقاق، فإنه كما لا استحقاق حال التصرف المباشري كذلك حال التصرف الإجازي.

ومما ذكرنا تعرف أنه لا فرق بين الكشف والنقل، فإن الانتساب - على أي حال - بالإجازة، غاية الأمر أن العقد المجاز فعلا تارة يؤثر في هذه الحال، وأخري يؤثر فيما قبله، فالمؤثر المشروط بالقدرة متأخر على أي حال، سواء قارنه أثره أو تقدم عليه. ثم إن هذا كله إذا اعتبرنا القدرة -

بما هي - لا بعنوان الغرر، والا فالعقد إما أن يجاز فلا خطر من حيث تسلم المال، وأما أن لا يجاز فلا يذهب منه شيء بالعقد، حتى يقع في الخطر من حيث عدم وصول بدله إليه. (ج ٣ ص ٢٩٠)

(٣٧) النائي (منية الطالب): إشكال المصنف قدس سره في الفضولي على الكشف غير وارد، لأنه سواء قيل بالكشف أو النقل فما لم تتحقق الإجازة لا يستحق المطالبة وإن كان مالكا حال العقد

بناء على الكشف، إذ لا ملازمة بين الملكية واستحقاق التسليم. وبعبارة أخرى: العاقد الفضولي لا يجب عليه التسليم رأسا، ومن يجب عليه هو المالك، وهو ملزم

به بعد إجازته الموجبة لاستناد البيع حين صدوره إليه، فما لم يحز لا يكون مخاطبا ب (أوفوا)

بالعقود)، ولا ملزما بتسليم ما باعه الفضولي، حتى بناء على الكشف، واللزوم من طرف الأصيل لا يختص بباب الكشف، بل قد تقدم منا: أنه ملزم بالعقد حتى بناء على النقل، فإذا استلزم الغرر

بالنسبة إليه فلا فرق بين الكشف والنقل، ولا بين الفضولي من طرف واحد أو من الطرفين، لأنه لو سبق إجازة أحدهما على الآخر مدة فبين الإجازتين يقع المحيز الأول في الخطر، ولكن قد

عرفت أنه ما لم تتحقق الإجازة لا يستحق التسليم. وبهذا المناط نقول بعدم لزوم التسليم في

الخيارات الزمانية كالمجلس والحيوان ونحو ذلك، فإن لزوم التسليم واشتراط القدرة عليه إنما هو

بعد تمامية أركان العقد واستحقاق المشتري التسلم.

(٤٧٠)

ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه. (٣٨)

وأما إذا كان أحد الطرفين أصيلاً فالعقد منسوب إليه قبل إجازة الآخر، فيجب عليه الوفاء وإن لم يكن العقد مؤثراً في الملك بنحو الانقلاب، لعدم تحقق سبب الانقلاب، ومقتضي وجوب الوفاء عليه بمجرد العقد مع الفضول عدم جواز التصرف المنافي في ماله، لمناقضته مع الوفاء، وعدم جواز التصرف في مقابله لعدم الملك، فيتحقق الغرر بالإضافة إليه، من حيث ذهاب سلطنته على ما انتقل عنه مع عدم سلطنته على ما انتقل إليه، فقد أقدم على معاملة لا يقدر بسببها على تسليم ما انتقل إليه مع حرمانه عما انتقل عنه، هذا على الكشف الانقلابي سواء علم بالإجازة أو علم بعدمها، فإن العقد لا يزول إلا برد الآخر. وأما على الكشف بنحو الشرط المتأخر فيرد المحذور في صورة العلم بإجازة الآخر، فإنه - وإن انتقل إليه ملك الآخر حقيقة - لكنه لا يجب عليه التسليم ما لم يتحقق منه الإجازة الموجبة لإضافة العقد إليه، فلا يتمكن الأصيل حينئذ من تسليم ما ملكه واقعا، لعدم وجوب التسليم عليه مع حرمة تصرفه فيما انتقل عنه حقيقة على الفرض، وحيث إنه قدس سره يرى الكشف الانقلابي وينسبه إلى المشهور فلذا أطلق الاشكال. لكنه لا يخفى عليك أن الاشكال تارة من جهة حرمانه من ماله وانقطاع سلطنته عنه، فهذا لا دخل له بالقدرة على التسليم والتسليم، كما لا دخل له بالغرر، وأخري من جهة عدم سلطنته على ما انتقل إليه وعدم القدرة على تسلمه، لعدم وجوب التسليم على مالكه قبل الإجازة، فهذا مخالف لما بني عليه وفرع عليه هذه الفروع، وهو اعتبار القدرة على التسليم حال استحقاقه لا حال العقد، فعدم القدرة على ما انتقل إليه لعدم استحقاق التسليم قبل الإجازة - ولو مع حصول الملك ووجوب الوفاء - غير ضائر بالقدرة الحاصلة حال استحقاق التسليم، كما أنه لا غرر من هذه الجهة التي هي محل الكلام،

والله اعلم. (ج ٣ ص ٢٩٢)

(٣٨) الإيرواني: ومثله بيع الرهن يعنى مثل بيع الفضولي في عدم القدرة على التسليم بيع

الراهن
قبل إجازة المرتهن وكذلك مثله في الاشكال الوارد على القول بالكشف.

(٤٧٣)

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط، (٣٩)

لكن قوله بعد هذا: (بل وكذا الخ) تنظير في عدم اعتبار القدرة على التسليم قبل القبض فقط

ولا يجري اشكال القول

بالكشف هناك ولذا قال المصنف في اخر العبارة فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل وأولى منها بناء على الكشف.

ووجه الأولوية: ما ذكرناه من عدم جريان الاشكال الوارد على القول بالكشف. (ص ١٩٥)

الأصفهاني: بيع الرهن وإن كان يتفاوت حاله مع بيع الفضول، حيث لا عقد لمن يستحق منه

الإجازة في الفضولي، دون بيع الراهن فإنه منسوب إلى المالك الذي يستحق منه التسليم، فإن إجازة المرتهن ليست لاجل تحقيق الانتساب إلى من له العقد، بل لاجل رعاية حق الغير. لكنه

مثله فيما ذكرنا من أن اعتبار القدرة حال تأثير العقد بإجازة المرتهن كاعتبارها حال العقد المباشري لمالكه، فإن حال الاستحقاق في الجميع بعد تحقق العقد المؤثر وهو بعد صدور العقد

المباشر، وبعد الإجازة فيما يعتبر فيه الإجازة أو غيرها مما يعتبر في تأثير العقد، والفرض أن

شيئا من هذه الفروع ليس من فروع اعتبار القدرة حال الاستحقاق، بل يوافق اعتبارها حال العقد

المؤثر. (ج ٣ ص ٢٩٢)

(٣٩) الأصفهاني: هذا من فروع عدم اعتبار القدرة حال العقد، لا من فروع اعتبارها حال الاستحقاق، فإن نفس شرطية القبض في السلم وفي الصرف يغني عن اعتبار القدرة حال تمامية

العقد أو بعدها، بل قد مر أنه يستحيل شرطية القدرة حال القبض، فضلا عما بعده، لزوال الامكان الاستعدادي بالفعل، وقد مر سابقا أنه لا يلزم غرر من عدم القدرة حال العقد مطلقا،

فضلا عن العقد المنوط تأثيره بنفس التسليم. (ج ٣ ص ٢٩٢)

ومن المعلوم: أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح (٤٠)، بل لا يقدح العلم بتعذره

فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله، فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد. (٤١)

والحاصل: أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره والسرف فيه: أن التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقذور وبعبارة أخرى: الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل، ولهذا لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده، والمفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - وهو القبض - حاصل في يد المشتري، فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل. وأولي منها بناء على الكشف وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه - بناء على اشتراط القبض - إنما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب إحرازه حين الرهن ولا العلم بتحقيقه بعده، فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، وسيجئ الكلام في باب الرهن. (٤٢)

(٤٠) الأصفهاني: بل يستحيل أن يكون قادحا، لان المفروض شرطية القبض بعد العقد لا حاله،

فقدح عدمه حال العقد خلف، وهو محال، كما أن امتناعه حال العقد لو كان قادحا لكان امكانه

شرطا، وهو أيضا خلف، لان المفروض شرطية نفسه بعد العقد لا نفسه حال العقد، ولا امكانه

حاله. (ج ٣ ص ٢٩٣)

(٤١) الأصفهاني: بل يستحيل القدح لشرطية نفسه لا امكانه فيما بعد، فضلا عن العلم به، فقدح

العلم بتعذره شرعا خلف، نعم ربما يكون قادحا عقلا، حيث يستحيل القصد الجدي إلى التسبيب

البيعي الذي يعلم بعدم تأثيره للعلم بتعذره شرطه بعد العقد، وهو كلام آخر. (ج ٣ ص ٢٩٣)

(٤٢) الأصفهاني: (قول المصنف: وأولي منها بناء على الكشف) من جهة إن العقد على الكشف

اللهم إلا أن يقال: إن المنفي في النبوي هو كل معاملة تكون بحسب العرف غررا، فالبيع المشروط فيه القبض - كالصرف والسلم - إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو

غير مقدور، غرر عرفا، (٤٣) لان اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق

الغرر والخطر عرفا وإن لم يتحقق شرعا، إذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر، لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفا ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه - لا عن المالك - ما لا يقدر على تسليمه. (٤٤)

(٤٣) الإيرواني: لكن ظاهر النبوي خلافه وان البيع الذي لولا الغرر كان صحيحا مؤثرا هو الذي نهى النبي ص عنه إذا كان غرريا وهو البيع مع القبض فيما كان مشروطا بالقبض ولا غرر في بيع حصل فيه القبض. (ص ١٩٥)

الأصفهاني: يمكن أن يقال بالفرق بين أدلة نفوذ المعاملات، فإن موضوعها لا بد من أن يكون ما

هو بيع عرفا مثلا، حيث لا معني لانفاذ ما هو بيع شرعا، بخلاف الأدلة المتكفلة للشرائط والموانع

فإنها مقيدة لاطلاق أدلة نفوذ المعاملات، وأنها لا تنفذ إذا كانت غررية، فما كان بمقتضي اطلاق

دليل النفوذ ممضي هو الذي يجب أن لا يكون غرريا، فدليل الغرر وشبهه بمنزلة الاستثناء عن

اطلاقات أدلة الصحة. وعليه فالبيع المشروط بالقبض شرعا هو الذي يتنوع بدليل الغرر إلى الغرري وغير الغرري، وهذا أولي مما أفاده، في الجواب من أنه لا غرر بعد ملاحظة الآثار الشرعية، إلا أن يرجع إلى ما ذكرنا. (ج ٢ ص ٢٩٤)

(٤٤) الإيرواني: لا ينبغي قياس الفضولي بما اشترط بالقبض من البيوع، وذلك أن اشتراط ما

اشترط بالقبض شرعي لا عرفي والبيع العرفي حاصل قبل القبض فيمكن هناك دعوى أن مناط

النهي غررية البيع العرفي والبيع العرفي في الصرف والسلم غرري إذا كان شرط القدرة غير حاصل حال العقد

اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر، فإن العرف إذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلا، وهكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، فتأمل. (٤٥)

وهذا بخلاف الفضولي فان رضا المالك دخيل في تأثير البيع عند العرف أيضا فما لم يحصل رضاه

لم يحصل العقد وإذا حصل رضاه لم يكن غرر لتحقق القدرة على التسليم بقدرة المالك عليه.

نعم الغاصب المستقل بالتصرف يطلق على بيعه البيع عند العرف لمن عدم القدرة على التسليم

غير متصور فيه كي يكون غرريا ويبطل من أجل ذلك ثم لا تنفعه إجازة المالك. (ص ١٩٥)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن إجازة المالك للبيع الوارد على ملكه شرط شرعا وعرفا، سواء باع

غير المالك لنفسه أو للمالك، فالمشتري وإن كان يستحق التسليم على الأول من البائع إلا أنه بعد

إجازة المالك حتى في نظر العرف، فمجرد كون المرجع في الأول لتسليم المبيع هو البائع لا ينافي عدم

استحقاقه حال العقد، بل حال إجازة المالك، وعليه فكما لا غرر عرفا في البيع للمالك كذلك لا

غرر عرفا في البيع لنفسه، فإن العقد مع الإجازة لا خطر فيه

، ومع عدمها أيضا لا خطر فيه، لبقاء ماله على حاله. (ج ٢ ص ٢٩٤)

(٤٥) الإيرواني: ونظيره حرمة اكل المال بالباطل المراد منه الباطل العرفي ومع ذلك يشمل اكل

ثمن الخمر والخنزير بعد ملاحظة نهى الشارع عن الانتفاع بهما، الا ان يقال ان يقال ان ما ليس

باطلا عرفا ابتداء لا يكون باطلا عرفا بسبب حكم الشارع وانما يحكم العرف ببطلانه جريا على

مذاق الشارع وبمثل ذلك يقال في دليل (نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن البيع الغرر) ولذا

امر المصنف بالتأمل. (ص ١٩٥)

ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط،

لا أنها شرط في أصل صحة البيع، فلو قدر على التسلم صح البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضي بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه، ولا يرجع على البائع، لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصح بيع المغصوب ونحوه نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً لم يصح المعاوضة عليه بالبيع، لأنه في معني أكل مال بالباطل، وربما احتتمل إمكان المصالحة عليه. (٤٦)

(٤٦) الأصفهاني: لا يخفى أن بدو كلامه وما رتب عليه أولاً وإن كان يوهم إرادة ما سيأتي، من

أن الغرض الأصلي من اعتبار القدرة على التسليم هو تمكن المشتري من تسلمه، بل مجرد حصوله

في يده، وحينئذ فتسلم المبيع من مصالح المشتري، وتسلم الثمن من مصالح البائع، إلا أن نفي

الشرطية لأصل صحة البيع - مع تفرع الصحة على علمه ورضاه بابتياح ما لا قدرة عليه - يدل

على ما أفاده، من كونه مخالفاً في اشتراط صحة البيع بالقدرة.

وجه عدم الاعتبار مع العلم والرضا تارة شرطية عنوان لا يجامع العلم والرضا كعنوان الخدعة،

فإذا كان الغرر بمعنى الخدعة مانعاً فهو لا يتحقق مع العلم والرضا، فينحصر في صورة الجهل مثلاً،

إلا أنه خلاف ظاهر كلامه، حيث نفي الشرطية لأصل صحة البيع، إلا أن الشرط أمر خاص لا

يجامع العلم والرضا. وأخري جعل اعتبار القدرة من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري، فإذا علم

بعدم القدرة ومع ذلك أقدم راضياً به فلا حق له، بخلاف ما إذا لم يعلم ولم يرض بعدمه فإن العقد

مقتض لحق التسلم ولا مانع منه، وحيث يستحيل انفكاك الحق مع تمامية العلة فلا بد من اعتبار

القدرة، لئلا يلزم انفكاك المعلول عن علته التامة، وهذا البيان أنسب بجعله من مصالح المشتري

الموجب لكون أمره بيده، وبتصريحه بأنه ليس شرطاً في أصل صحة البيع.

ومن هنا يعلم: أن قوله - يعني المحقق في النافع - : لو باع الآبق منفردا لم يصح، إنما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا، ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى (٤٧) وفيه: ما عرفت من الاجماع، ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري، لان الشارع نهى عن الاقدام عليه، إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة، فيبطل في موضع تحققه، وهو عند جهل المشتري وفيه ما فيه. (٤٨)

وما ذكرنا في وجه الاعتبار فهو من باب اللزوم العقلي لا الاشتراط الشرعي. وعلي أي حال فإن أريد الشق الأول فالجواب ما أفاده المصنف قدس سره من عدم كون الغرر بمعنى الخديعة، بل بمعنى الخطر وقد مر الكلام فيه سابقا. وإن أريد الشق الثاني، ففيه أولا: أن حق التسلم ليس حقا اعتباريا مجعولا يسقط بالاسقاط، بل منتزع من وجوب التسليم على كل منها. وثانيا: أنه لو فرض كونه أمرا مجعولا فحاله حال وجوب التسليم، من حيث عدم اقتضاء العقد للوجوب المطلق، فكذا نقول هنا إن العقد لا يقتضي حقا غير مفارق بقول مطلق، بل حقا لتسلمه عند امكانه، فلا يقتضي على هذا اعتبار القدرة عقلا بقول مطلق فتدبر. (ج ٣ ص ٢٩٥) (٤٧) الإيرواني: قوله: (انما هو مع عدم رضا المشتري) مع عدم رضا المشتري لا يتحقق الا شراء الا ان يراى عدم رضاه لا حقا أعني الندم فينتجه عليه حينئذ ان ذلك لا يوجب بطلان المعاملة بعد انعقادها صحيحة كما أن جهل المشتري بانتفاء القدرة لا يوجب البطلان على مذهب القطيفي المنكر لشرطية القدرة غايته ان يوجب الخيار. (ص ١٩٥) (٤٨) الإيرواني: لما تقدم من أن الفقهاء فهموا من الحديث معنى الخطر وبذلك يرتفع اجماله، الا انك عرفت ظهوره في الخدعة وانها الجامعة بين معانيها اللغوية، ومع ذلك يشكل التمسك بالنبوي لاثبات المطلوب وان فهم الفقهاء منه ذلك. (ص ١٩٥)

ثم إن الظاهر - كما اعترف به بعض الأساطين - : أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع، وإنما المقصد الأصلي هو التسلم، ومن هنا لو كان المشتري قادرا دون

البائع كفي في الصحة، كما عن الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز والشهيد والمحقق الثاني.

وعن ظاهر الانتصار: أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الامامية، وهو المتجه، لان ظاهر معاهد الاجماع - بضميمة التبع في كلماتهم وفي استدلالهم

بالغرر وغيره - مختص بغير ذلك.

ومنه يعلم أيضا: أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقا للفاضلين والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم. (٤٩)

(٤٩) الإيرواني: مسألة كفاية الوثوق بالحصول في رفع الغرر عرفا أجنبية عن المسألة السابقة وهي

كون المناط قدرة المشتري على التسلم دون البائع على التسليم، فكيف يعلم منها هذه! (ص ١٩٥)

الأصفهاني: وعليه فلا بد من جعل الحصول في يد المشتري مثلا شرطا، لا القدرة بما هي، وحيث

إنه يوجب كون القبض شرطا في جميع أصناف البيع مع أنه ليس بشرط الا في الصرف والسلف،

مع لزوم كونه شرطا متأخرا، لوضوح أن العقد مع القدرة على التسلم مؤثرا من حين صدوره،

فلو أبدلت القدرة بالحصول في اليد لزم كونه شرطا متأخرا، وهو لا يخلو عن محذور، فلا بد من

جعل العلم بحصوله في اليد أو الوثوق به شرطا، وهو مقارن للعقد، ولازمه أنه لو كان البائع

قادرا على التسليم - لكنه علم المشتري بامتناع البائع بعد العقد عن تسليم المبيع - أن لا ينفذ

البيع، وهو أيضا مشكل، فتدبر جيدا. (ص ١٩٥)

(٤٨٣)

نعم، عن نهاية الاحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم، وأن عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث. وفيه: أن العادة باعثة كالعقل، مع أن الكلام على تقدير الوثوق. ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة وكانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد، ففي بطلان البيع، لظاهر الاجماع المحكية، ولثبوت الغرر، أو صحته، (٥٠)

لان ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا، ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا، والغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة، وجهان ، بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوي الصحة، وتبعه في محكي التحرير والمسالك والكفاية وغيرها. (٥١) نعم، للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة.

(٥٠) الإيرواني: قد عرفت: عدم صدق الغرر مع القطع بعدم حصول المبيع وانما يحكم ببطلانه

بدليل (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وعليه فلو قطع بحصوله بعد مدة معينة أولا معينة لم تعد المعاملة سفهية واكل المال بها اكلا بالباطل، فلم يكن وجه للبطلان وأحرى من ذلك بالصحة لو احتمل الحصول في هذه المدة (ص ١٩٥)

النائيني (منية الطالب): بعدما اعتبرنا القدرة على التسليم حال الاستحقاق فلو تعذر مدة فمقتضاه الفساد، سواء كانت المدة مضبوطة أولا، الا إذا كانت قليلة جدا بحيث لا يعد التعذر في هذه المدة تعذرا، والا فمجرد كون المدة مضبوطة لا يقتضي كون التسليم مقدورا للبائع حال استحقاق المشتري للتسلم. نعم، إذا علم المشتري بعجز البائع في مدة معينة وقدرته بعد ذلك لا يبعد أن يكون شراؤه والحالة هذه متضمنا لاشتراط تأخير التسليم مدة التعذر. (ج ٢ ص ٣٥٤)

(٥١) الإيرواني: اشتراط تأخير التسليم أيضا اشتراط ضمني إذا علمنا ذلك كوصف الصحة في سائر البيوع. (ص ١٩٥)

ولو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة - كالعبد المنفذ إلى الهند لحاجة لا يعلم زمان قضائها - ففي الصحة إشكال: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء،

لجهالة وقت تسليم العين وقد تقدم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع. (٥٢)

* النائيني (المكاسب والبيع): قد عرفت: ان اعتبار القدرة انما هو حال استحقاق التسليم، فلو

تعذر مدة مضبوطة أو غير مضبوطة فاللازم الفساد الا إذا كانت قليلة بحيث يتسامح عرفا، فمجرد كون المدة مضبوطة لا يقتضي كون التسليم مقدورا حال استحقاق التسليم. نعم إذا علم المشتري بعجز البائع في مدة معينة وقدرته بعد ذلك فلا يبعد ان يكون شرائه - والحال

هذه - راجعا إلى اشتراط تأخير التسليم مدة، ومرجع الشرط إلى استحقاق التسليم بعد انقضاء هذه

المدة. (ج ٢ ص ٤٨٩)

(٥٢) الإيرواني: لا فرق بين المدة المضبوطة وغير المضبوطة فان الصورتين صحة وفسادا تحت

ضابط واحد وقد عرفت أن لا غرر مع العلم بالحصول وبعد مضي مدة - مجهولة كانت أو

معلومة - وان صورة احتمال الحصول في هذه المدة أولى بالصحة. (ص ١٩٥) الأصفهاني: وقد عرفت - في أواخر البحث عن الوقف - أن المبيع إذا كان معلوما ذاتا وصفة

وتسليما فلا غرر في البيع، حتى من حيث مقتضاه وهو التسليم، والمنفعة وإن كانت مقومة لمالية

المال إلا أن الجهل بذات المال ووصفه موجب للغرر، لا الجهل بمقدار ماليته، فالجهل بمدة التسليم

وإن كان جهلا بمقدار ما يفوت من منفعته، إلا أنه لا يوجب الغرر، وأن كان البيع على ما تبين

كونه مسلوب المنفعة في مدة موجبا للخيار، لكن مع العلم بفواتها مدة غير مضبوطة مع الاقدام

على شرائه لا خيار أيضا، فتدبر. (ج ٣ ص ٢٩٦)

(٤٨٥)

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، لان الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية (٥٣)

(٥٣) الآخوند: ظاهره كما يشهد به ما فرعه عليه ان الشرط هي القدرة الواقعية المعلومة، فلا

يكفى القدرة الواقعية بدون القطع بها ولا القطع بها بدونها، مع أن الدليل عليه لو كانت حديث

نفى الغرر كان قضيته الاكتفاء بالقطع، ضرورة عدم الغرر والخطر معه وحصول الثقة بكمالها به،

وعليه فلو باع ما لا يتمكن من تسليمه باعتقاد تمكنه منه صح ولو لم يتجدد.

اللهم الا ان يدعي الاجماع على اعتبار القدرة، وحديث نفى الغرر دل على اعتبار العلم بها أيضا،

لكنه كما تري لا يلائم الاستدلال به على اعتبارها، فافهم. (ص ١٢٤)

الأصفهاني: لا يخفى عليك اختلاف الحال بملاحظة اختلاف المباني، فإن كان الوجه في الاعتبار هو

الاجماع فالظاهر اعتبار القدرة الواقعية، وإن كان قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا تبع ما ليس

عندك فالظاهر هي السلطنة الفعلية الواقعية دون المعلومة، وإن كان اقتضاء العقد لوجوب التسليم

مطلقا فمقتضاه القدرة الواقعية على التسليم الواجب مطلقا، وإن كان نهي النبي صلى الله عليه وآله

وسلم عن بيع الغرر فهو مقتض لاعتبار الامن من الخطر، ولا يتحقق الا بالعلم أو الوثوق بالقدرة

على التسليم، لا بنفس القدرة الواقعية، وحيث إن العمدة عنده قدس سره دليل نفى الغرر فالعبرة

بالقدرة الموثوق بها، وحينئذ فلا ينفذ البيع بالقدرة الواقعية، كما أنه يصح مع الوثوق بها وإن لم

تكن موجودة في الواقع. فما أفاده قدس سره من بطلان البيع إذا تبين عدم القدرة الواقعية غير

وجيه على هذا المبني، نعم من يجعل القدرة الواقعية شرطا بتلك المباني وجعل الغرر مانعا صحت

منه هذه الدعوى، فإن نتيجة مجموع الأدلة هي شرطية القدرة الواقعية المعلومة، فالعلم حينئذ جز

الموضوع لا تمامه، مع أن لازمه بطلان البيع بالعجز الواقعي في زمان البيع، وعدم كفاية تجدد

القدرة، وقد التزم في صريح كلامه، بكفاية التجدد، ولا يمكن حمله على انفساخ البيع بعدم

تجددها الموجب لعدم القبض، فإنه لا يفسخ الا بالتلف قبل القبض لا بعد القبض، مع أن
ظاهر

كلامه البطلان لا الانفساخ، فتدبر. (ج ٣ ص ٢٩٧)

(٤٨٦)

ولو باع ما يعتقد التمكّن فتيين عجزه في زمان البيع وتجدها بعد ذلك صح، ولو لم يتجدد

بطل والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين. (٥٤)
ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا، لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد، فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه وأما لو كان وكيلا في البيع ولوازمه بحيث يعد الموكل أجنبيا عن هذه المعاملة فلا إشكال في كفاية قدرته وهل يكفي قدرة الموكل؟
الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. (٥٥)

لان علم المشتري لا يوجب تحقق المالية أو نفي الغرر الا إذا فسر بالخديعة واما على ما هو ظاهر

الحديث من الخطر فعلمه لا يرفعه. (ج ٢ ص ٤٨٩)
(٥٤) الإيرواني: المناط هو اعتقاد التمكّن عند استحقاق التسليم اعتقادا مطابقا للواقع فيكون

القطع جزء الموضوع لاتمامه وجزئه الآخر هو الواقع فلا القطع المجرد يجدي ولا الواقع كذلك

واما التمكّن حال العقد فغير معتبر فضلا عن اعتقاده فإذا اعتقد التمكّن حال العقد ثم ظهر عجزه

لم يضره ذلك فإنه ليس أسوء حالا من القطع بالعجز حاله فإنه لا يضر بالعقد إذا كان متمكنا حال

استحقاق التسليم وقاطعا بتمكّنه ذلك فهذا المثل أجنبي عن مسألة اعتبار العلم بالقدرة دون

واقعها سواء أريد بالمثل اعتقاد التمكّن حال العقد خاصة ثم ظهر عدمه وحدوث التمكّن عند

استحقاق التسليم.

وان أريد اعتقاد التمكّن من حال العقد مستمرا إلى زمان استحقاق التسليم ثم ظهر الخطأ بالنسبة

إلى زمان العقد والإصابة بالنسبة إلى زمان استحقاق التسليم والمناسب المثل بما إذا كانت القدرة

حاصلة في ظرف استحقاق التسليم من غير علم بها. (ص ١٩٥)
(٥٥) الآخوند: قوله: (الظاهر نعم) إذ لا غرر معه أصلا فيما علم به، كما لا يخفى.

وربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل رضي المالك برجوع
المشتري
عليه، (٥٦)

وبالجملة: لا شبهة في أن مع قدرة كل من الموكل والوكيل في تسليم المبيع يصح البيع.
(ج ٢ ص ٣٥٤)
(٥٦) الأصفهاني: قوله: (ربما قيد الحكم بالكفاية) أي كفاية قدرة الموكل، وهذا التقيد
من
العلامة الطباطبائي قدس سره في مصابحه على ما حكى عنه،
حيث أفاد قدس سره أن قدرة أحدهما من الوكيل أو الموكل كافية في صحة البيع مع
تراضي
المشتري مع الموكل، والتزام الموكل بالتسليم. أما كفاية قدرة الوكيل فلأنه المستقل في
أمر البيع
على الفرض، فهو المخاطب بالوفاء والمأمور بالتسليم.
وأما كفاية قدرة الموكل مع التراضي والالتزام فلان الموكل وإن كان أجنبيا عن البيع -
ولذا لا
تكفي قدرته فقط - لكنه مع التراضي والتزام الموكل لا غرر في البيع وإن كان الوكيل
عاجزا،
وعلي هذا بني بطلان الفضولي، إذ لا وكالة حتى يكفي قدرته، ولا تراضي ولا التزام بين
المشتري والمالك حتى يصح من هذه الجهة. ثم أورد قدس سره على نفسه تصحيحا
للفضولي أنه قد
يحصل للفضول الوثوق بارتضاء المالك، فله القدرة على التسليم للقدرة على الإجازة
المحقة لقدرته
على التسليم، والقدرة على السبب قدرة على المسبب.
فأجاب عنه بوجهين: أحدهما: أن فرض الوثوق بإجازة المالك ورضاه بالمعاملة بعد
الالتفات -
بملاحظة أنه لا يخرج عن رأيه - خروج عن فرض الفضولي، فإن الوثوق بإجازته ورضاه
حاصل
لا محالة من شاهد حال أو فحوى، ولا فرق في الرضا بين أن ينكشف بتصريح من المالك
وتسيب
منه أو بشاهد الحال والفحوى، فإن العبرة بنفس الرضا لا بكاشفه حتى يقتصر على كاشف
خاص.
ثانيهما: لو صح الفضولي في مثل هذا الفرض المخصوص لا موجب لتسرية الحكم إلى
غيره، مع
أن القائل بصحة الفضولي لا يقتصر على هذا الفرض.

وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي، لان التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة، وقدرة المالك إنما تؤثر لو بني العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لان بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الاذن مطلقا، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعية باطل (٥٧)، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية - إلى أن قال: - والحاصل: أن القدرة قبل الإجازة لم توجد، وبعدها إن وجدت لم تنفع.

ثم قال: لا يقال: إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك وأنه لا يخرج عن رأيه، فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، لان هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا، لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال، وهما من أنواع الاذن، فلا يكون فضوليا ولا يتوقف صحته على الإجازة، ولو سلمنا بقاءه على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض وفيما ذكره من

مبني

مسألة الفضولي، ثم في تفريع الفضولي
. ثم في الاعتراض الذي ذكره، ثم في الجواب عنه أولا وثانيا، تأمل، بل نظر، فتدبر. (٥٨)

هذا ملخص الكلام في توضيح المبني والتفريع والاعتراض والجواب. (ج ٣ ص ٢٩٨)
(٥٧) الإيرواني: قوله: (والبناء على القدرة الواقعية باطل) هذه العبارة أجنبية عما هو جهة الكلام

في المقام، فان المفروض تحقق ما هو الشرط - كان هي القدرة الواقعية أو القدرة المعلومة - ولم ينتف

الارضاء المالك بالرجوع اليه ورضا المشتري بالرجوع إلى المالك. (ص ١٩٥)
(٥٨) الأصفهاني: أما وجه النظر في المبني فهو أنه مع العلم بقدرة الموكل وانتساب العقد اليه لا

غرر في البيع، ويكون العقد له، ويجب عليه الوفاء، ويكون مأمورا بالتسليم كان هناك تراض

والتزام من الموكل أم لا، فليس حاله حال الأجنبي المحض الذي لا ينسب اليه العقد،