

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: سپهر

الناشر: انتشارات مؤسسة فرهنگي سماء

ردمك: ٩٦٤-٩٢٤٨٨-٣-VOL-٨.٤

ملاحظات: موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب وتعليقات هامة رشيقة  
للعلماء الأعظم ( الآخوند الخراساني ، الطباطبائي اليزدي ، الإيرواني ، النائيني  
، الإصفهاني )

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 سماء  
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 خمسة الشئ 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 يبيع الا في ملك. (٣)

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

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)

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)



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)

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

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)

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)

نعم أبيع التصرف فيها بالاحياء بلا عوض (٣)

(٢٣)

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

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 الامام من أهل بيتي، وله ما  
أكل منها الخبر. (٥)

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 بيوتاً، وغرس فيها نخلاً وشجراً، 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، والـ  
فالظاهر  
عدم الخلاف في عدم وجوب مال للامام في الأراضي في حال الغيبة، (٨)



بل الاخبار متفقة على أنها لمن أحيها، 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)

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  
الأطفال:  
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 الأطفال كل  
أرض ميتة  
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 )

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)

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيي، فيصير ملكا له بالشروط المذكورة  
في باب الاحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب، وإجماع 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)

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)

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)

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

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

(٦٤)



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)

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)

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)

وفي مرسله حماد الطويلة: (ليس لمن قاتل شئ من الأرضين وما غلبوا عليه، الا ما حوي العسكر إلى أن قال: والأرض التي اخذت بنخيل 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)

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)

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)

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 أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.)  
(٢٧)



(۸۷)



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

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)

لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها،  
قال: يجوز التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح أن يئني 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 تحجيرنا وبناءنا وتصرفنا، لا نفس الأرض، انتهى  
وقد

ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمني 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 موافقتها 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  
شئ من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع، وكذا الوقف وغيره، ويستمر  
كذلك

ما دام شئ 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

(٩٠)

قلنا: إنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنوة أو يصالح 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)

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  
للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، (٣٣)

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 الاحياء وخصوص رواية سليمان بن خالد  
ونحوها وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس. (٣٥)

ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة، كأوراق الأشجار وأثمارها،  
وأخشاب  
الأبنية والسقوف الواقعة، والطين المأخوذ من سطح الأرض، والحص 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 حكي 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 الا 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  
الاحذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات،  
لعموم  
من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.



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)

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)

وفرعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، ولا الرهن الا باذن 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)

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، فمرجهه 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)

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

وتعيين الهدي للذبح (٧)، واشتراط 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)

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)



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

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)

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)

مسألة

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

(١٢١)

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

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

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 الخبير) فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، ويعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص، (٤)

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



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

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)

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)

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 فيبقي الباقي، وقد يرتفع

كلها، وسيجئ التفصيل. (١٠)

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 )

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)

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  
ليعه

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)



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

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

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

فإذا جاز بيعه مع الابدال 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)

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،  
معللاً  
باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن (٢٢)

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 وتقيضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسبله، ولا بيعه،  
سواء  
كان يبيعه أدر عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان  
وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً، أم لا (٢٣)  
قال الشهيد رحمه الله - بعد نقل أقوال المجوزين -: وابن إدريس سد الباب، وهو  
نادر  
مع قوته.

وقد ادعي في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا

إنما هو إذا كان الوقف على قوم منخصوصين 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 يجز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

وفيه نظر يظهر مما سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد (٢٤) وحكي المنع مطلقا عن الإسكافي وفخر الاسلام أيضا الا في آلات الموقوف وأجزائه التي

انحصر طريق الانتفاع بها في البيع قال الإسكافي - فيما حكى عنه في المختلف -: إن الموقوف رقيقا " 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 أيضا، فلاحظ (٢٥)

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد (٢٦)، وهو المحكي عن القاضي، حيث قال في محكي المهدب: إذا كان الشيء وقفا على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجوز 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 يجوز بيعه على وجه من الوجوه ولا يجوز هبة الوقف، ولا الصدقة به أيضا "



وحكي عن المختلف وجماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة المحكية عن كافيته 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 يجز 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 مصالحتهم (٢٧)

وقد حكي القول بهذين عن القاضي

إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف حتى يكون حبسا، بل هو وقف حقيقي وتمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، وحينئذ فيبيعهم 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.

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)

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 يجوز له

الرجوع في شيء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله ومتى اشترط الواقف

في الوقف: أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه 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 نفعاً، فلهم حينئذ بيعه 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 تغير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفاة 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 يرض بظاهره للمفيد وقال في الانتصار - على ما حكى عنه -: ومما انفردت الإمامية به:

القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه

والانتفاع بثمنه، وأن أرباب الوقف متى دعته ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية، ثم ذكر خلاف ابن الجنيدي، ورده

بكونه مسبقاً وملحقاً 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 نفعاً، 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 إلا 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 بالاجتهاد. وقال سلالر - فيما حكى عنه - : ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم: من أن يبقى

ويبقوا 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 نفعاً 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 إلا

على الوجه الذي ذكرناه جاز، انتهى وقال

في الوسيلة: ولا يجوز بيعه - يعني الوقف - إلا 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 يجز 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 مواتاً ولم يتمكن من عمارتها - ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً، كان وجهاً"، 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 يبيعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه وخشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا يبيعه، 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 يبيعه، 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 يبيعه وعن تعليق الارشاد: يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس وعن إيضاح النافع: أنه جوز يبيعه 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 يبيعه في ثلاثة مواضع: أحدها: إذا خرب واضمحل 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 خاصا 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 شئ 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، لان اعتبار الملك للواقف مع

المنوعية عن التصرفات الناقلة في العين ومع رجوع منافعها إلى الموقوف عليه لغو، ولا يقاس

بالحبس والسكنى والرقيبي والعمري، لان المحبوسية لها أمد مخصوص فيها فلا يقاس بالمحبوسية

الدائمة، كما لا يقاس بالرهن المنوع 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 لضمانيها بديلها، 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 لضمانها 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.

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 يحز بيعه  
وصرف  
ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به  
غير واحد.

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 حالها،  
والا جعلت في المماثل، والا في غيره، والا ففي المصالح، على نحو ما مر،

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)



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 فممنفي بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحة، ولا يتعلق عليهم أجرة. (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، ويتنفع به ويطلب بركته.

قلت: أيكفن به الميت؟ قال: لا، قيل: وفي رواية أخرى: يجوز استعماله، وبيع نفسه وكذلك ما ذكره في بعض حصر المسجد إذا خلقت، وجدوعه إذا خرجت عن الانتفاع، (٣٦)

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

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)

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 الترب الموضوع في - وفي الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصلاة في المسجد. (٤٠)

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

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

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 -  
كجدوع  
سقفه وأجره من حائطه المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه فيه تعيين، لان مقتضى  
وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءا  
للمسجد،  
لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، 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 يجوز 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)

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،  
لان  
جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق  
العامّة  
والأسواق (٤٤) وهذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا



\* بقي أمور \*

(٢٠١)

ولو أتلّف شيئًا من هذه الموقوفات أو أجزاءها 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 استوفاهها ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو  
محرزا (٤٥)،

وأن الظاهر من التأدية في حديث اليد الايصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس،  
والأول  
أحوط، وقواه بعض (٤٦)

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، كالحيوان المذبوح  
والجدع  
البالي والحصير الخلق والأقوى جواز بيعه، وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم  
لعدم  
جريان أدلة المنع (٤٧)

أما الاجماع، فواضح  
وأما قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. (٤٨)

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 ببطان العقد إذا حكم بجواز  
بيعه (٤٩)

نعم يثبت بها الملك الطلق للواقف وورثته. (ص ١٧٤)

(٢١٦)

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)



والحاصل: أن الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، وبين تبديله بما يبقي وينتفع به الكل. (٥٢)

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 انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطاعا، فلا يبقى ما كان في ضمنه.

وأما الثاني - فمع منافاته لحق سائر البطون (٥٥) - يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله والثالث هو المطلوب (٥٦)

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 أزمدة بقاءه،  
فتأمل. (٥٧) وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص  
الوطن الموجود في إتلافه.

ومما ذكرنا يظهر: أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود، وفاقا لمن  
تقدم  
ممن يظهر منه ذلك - كالإسكافي والعلامة وولده والشهيدين والمحقق الثاني، وحكي  
عن  
التنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك، (٥٨)

فإن المبيع إذا كان ملكاً " للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك،  
فإن الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود  
مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنه بمقتضى تمليك  
الواقف وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي، لا الشأن. (٥٩)

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 البطون 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  
بشوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له، فالثمن لهم على نحو المثلث. (٦٠)

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)



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، مقارنة له بحسب الجعل، متأخر عنه في الوجود (٦٢)

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 بقائه 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)

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)

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 أصلح، لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين فاللازم  
ملاحظة مصلحتهم، خلافا للعلامة وولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع  
الإمكان،  
لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف (٦٦)

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 بستانا لينتفعوا بثمرته فبيع، فدار الامر بين أن يشتري بثمنه بستان في موضع لا يصل إليهم الا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملك 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

انشاء الوقف، ليجري الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل: أن الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه الا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف

عليهم لم يلاحظ فيه الا 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، لان فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه

على الدوام، وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف، حيث شرط التأييد، فإذا لم

يمكن التأييد 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، ولان 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)



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)

إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين  
(٦٩)  
والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف (٧٠)



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،  
وحيث فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدة  
(٧٢)

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 البديل (٧٤)

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 لكه  
أو  
بعضه، فيباع 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  
خراب  
بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجا " إلى عمارة لا يمكن بدونها  
انتفاع  
البطون اللاحقة،

فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان  
آتيان  
فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى  
صرف  
منفعته 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)

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به، بحيث يصدق عرفاً أنه لا

منفعة فيه، كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئاً 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 بثمنه 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)

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 الإجماع 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".

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 وتسييل 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)

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)



مع أنه لا دليل عليه (٨٦) مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في  
الاستدامة، (٨٧)

(٢٥٦)

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)

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 لا مكان 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)

ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب  
عنوان  
الوقف. (٩٢)

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 - مثلاً - عنواناً 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)

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: بعت 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)

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 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 عرصة؟  
نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر (٩٨)



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)

الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث يقل منفعتة، 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)

ومنعه الحلبي قائلًا: 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 الإيضاح 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 إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله (١٠٢)

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه.  
(١٠٣)

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 بثمانه.

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)

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 شيئاً حتى يوفي الموصي له ثلاثمائة درهم،

ثم لهم ما يبقى بعد ذلك. (١٠٦)

قلت: رأيت 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 لقرابة الميت، يرد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة (١٠٧) قلت: فللورثة من قرابة 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 أصلح، 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)

فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرّون 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)



كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف، لا  
اعتباره  
في بيع كل واحد، بقريئة 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 بالامرين كما تقدم عن ظاهر النزهة وسيجيئ  
الكلام في هذا القول (١١٢) بل يمكن أن يقال: إن المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق  
النفع  
الذي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار  
ذلك  
تعبدًا، (١١٣)

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)

وفيه نظر، لان الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد: إنه وقف على الأولاد مثلاً، 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

للطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء. (١١٨)  
ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد، فإن مقتضى كون العين مشتركة بين الباطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون

تجويز البيع في هذه الصورة والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في اسقاط حق

اللاحقين آناً ما قبل البيع - نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لئلا يقع البيع

على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصاً "

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقف عليهم ضرورة شديدة وقد تقدم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن الانتصار والغنية: الاجماع عليه ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة. (١١٩)

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 المحوزين 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 بظاهاها غير معمول بها، مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواب جواز 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)

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 اختلفت كلمات العلامة ومن تأخر عنه في ذلك فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر - كإخراج المؤمن من قبل الظالم - وشراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز،  
انتهي  
(١٢١)

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.

ويظهر منه: أن للشرط تأثيراً، 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 شئ بثمنه يكون وقفا مناف لذلك، لاقتضائه  
الخروج

عن المالك فلا يكون وقفا ولا حبسا، انتهى (١٢٥)



أقول: يمكن أن يقال - بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها  
أهلها  
والمؤمنون عند شروطهم - (١٢٦)

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)

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)

لاطلاقه وتجرده عن مسوغات الابدال، شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل  
الواقف كالاشرط في متن العقد، فتأمل (١٣١)

(٣٠٢)

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 علي 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 وصراف ثمنه فيما ينتفعون به (١٣٤)

والسند صحيح، والتأويل مشكل، والعمل أشكل. (١٣٥)

(٣٠٥)

الصورة السابعة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا، وهو المعبر عنه بخوف الخراب  
في كثير من العبارات 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.

وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كارتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا: من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه وقد عرفت ضعفه. (١٣٨)

وقد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقييدهم به.



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)

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.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمدة 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)

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)

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 يخرّب 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)

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 الهدى ذبح في الحال  
وإن  
اختص بموضع، فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاة الخاص المتعذر.

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 "

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 المجوزة  
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، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور. (١٥١)



وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبة المشهورة التي انحصر تمسك كل من جوزة في هذه

الصور فيها، (١٥٢) وهي مكاتبة 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 أنني أمره ببيع حصتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إلي، إن ذلك رأيي إن شاء الله

تعالى، أو يقومها على نفسه. إن كان ذلك أوفق له. (١٥٣)

لكنه إذا علم أن استنادهم فيما صاروا اليه كان إليها، وهو محل تأمل بل منع، فتأمل  
جيدا.

(٣٢٤)

قال: وكتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا  
شديدا  
، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم 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 يبيع 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)

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)

لان كلمات من عبر بهذا العنوان - كما عرفت ج بين قولهم: أدي بقاؤه إلى خرابه،  
وبين

قولهم: يخشي أو يخاف خرابه والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد  
إطلاقاتهم ج مثل قولهم: يجب الافطار والتيمم مع خوف الضرر، ويحرم السفر مع  
خوف

الهلاك - لا يتحقق الا بعد قيام أمارة 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)

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 -، لأن 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 فتنة وإن لم يكن لها دخل في الوقف. (١٦٠)

اللهم إلا أن يدعي سوق العلة مساق التقريب، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع  
موارده 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 سيحى 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

الشدّة 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)

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 - الراجعة 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 المكاتبة 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)



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)

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 كنفسه 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 الا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف أنا

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 وفقا 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

اشترك 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 لتكلف

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.

(٣٣٨)

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  
لستقوطها  
عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.  
ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة، بل المحكي عن الأكثر: أن الثمن في هذا البيع  
للبن  
الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة، بل صريح بعضهم - كجامع المقاصد - هو: أنه  
يشترى  
بثمنه ما يكون وقفا " على وجه يندفع به الخلف، تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب  
الإمكان  
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 البذل كالمبدل، 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)

ولذا منع الأصحاب - كما في الايضاح - بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء، 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.

مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكي 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، لامكان 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)



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)

وعلي الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد - كما صرح به المحقق الثاني  
علي ما  
حكي عنه - لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لصرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض  
الموقوف  
عليه الخاص. (١٧٤)

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 منعنا، وفي الجواز في الصور التي جوزنا، لاشتراك دليل المنع، ويتشاركان أيضا في حكم الثمن بعد البيع.

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 الاجماع 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.

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ أو يقع موقوفا على الإجازة، أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ (٢)

(٣٥٨)

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 والايخبار 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.

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)

مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي. (٦) لكن الظاهر من التذكرة: أن كل من أبطل  
عقد  
الفضولي أبطل العقد هنا. وفيه نظر: لان 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)



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)

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 نهى أصلا " وأما المالك، فلما حجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع الا مستندا

إلى ملكه لانحصار المالكية 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 )

ثم قال: وبالجملة، فالذي يظهر بالتتبع 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)

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)

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)

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)

وثانيا: أن المتيقن من الاجماع والاخبار على منع الرهن كونه على نحو منع المرتهن  
على  
ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والاخبار، أعني قولهم: الرهن والمرتهن ممنوعان،  
(١٦)  
ومعلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفا، 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)

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 الإبطال 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 الحرة

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 سيجيء: من أن ظاهرهم كون الإجازة

هنا كاشفة، حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن - وهو المشتري - رهنا للبائع.

(١٨)



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 افتكاك الرهن، وسيجئ التنبيه عليه، إن شاء الله تعالى (٢١)

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة، هو الكلام في مسألة  
الفضولي.  
(٢٢)

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 المقتضي،  
(٢٤)

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 بيناء العتق على التغليب - ما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن، في مسألة عفو الراهن عن جنابة 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 افتكاك الرهن أو إبراء الدين.

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)

وهذا هو الأظهر من قواعدهم. (٢٩)

(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 البراء 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 بالبراء 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)

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)



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 انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف  
هذا،

فافهم. (٣٥)

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 افتكك 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

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)

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 مالكه 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.

القول في شروط العوضين  
\* القدرة على التسليم \*

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)

واستدل في التذكرة على ذلك بأنه: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، وهذا غرر، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرح به في موضع من الأيضاح، واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله. (٢)

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)



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 والطير في الهواء - إلى أن قال: - والتغريير: حمل النفس على الغرر، انتهى. وعن القاموس ما ملخصه: غره غرا " وغرورا " وغرة " - بالكسر -، فهو مغرور وغرير - كأمير - : خدعه وأطمعه في الباطل - إلى أن قال: - غرر بنفسه تغريرا وتغرة "، أي: عرضها للهلكة، والاسم الغرر محرقة - إلى أن قال: - والغار: الغافل، واغتر: غفل، والاسم الغرة بالكسر، انتهى (٤)

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 حكى 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 بالمثال، 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)

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 اشتغال التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات. (٧)

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 بالوجود 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 كثوب 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  
صيورة 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)

وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجفاف في مال الإجارة والمضاربة، والثمرة  
قبل بدو  
الصالح، والآبق بغير ضميمة، انتهى (١٠)

وفي بعض كلامه تأمل، ككلامه الاخر في شرح الارشاد، حيث ذكر في مسألة تعين الأثمان

بالتعيين عندنا قالوا - يعني المخالفين من العامة - : تعيينها غرر، فيكون منها عنه.  
أما الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فيفسخ البيع. ( ١١ )  
وأما الكبرى، فظاهرة - إلى أن قال: - قلنا: نمنع الصغرى، لان الغرر إجمال مجتنب عنه

في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه، وما ذكروه لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه، انتهى

فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق 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 المتسفهة.

ثم إنه قد حكي عن الصدوق في معاني الاخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة  
في  
الجاهلية - كبيع المنابذة والملاسة وبيع الحصاة - بكونها غررا، مع أنه لا جهالة في  
بعضها  
كبيع المنابذة، بناء على ما فسر 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،  
لأن ما  
يتمتع تسليمه عادة - كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه - ليس في بيعه  
خطر، لأن  
الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا، (١٤)

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 لمالكة لو  
فرض التمكّن منه، إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا، ولذا يجب على غاصبه  
رد تمام قيمته إلى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.  
(١٥)



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، لان 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 مالكيها، 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)

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)

ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين 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 اللمعة 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.

ومنها: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدورا، لاستحالة التكليف بالمتنع. (١٩)

ويضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا، منعنا الملازمة،  
(٢٠)

(٤٤٦)

وإن أريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً 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)

وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، فافهم. (٢٤)

(٤٤٩)

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)



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 الاجتماعات - كما عرفت - كون القدرة شرطاً، كما هو كذلك في  
التكاليف،

وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه  
التسليم، فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط. (٢٦)

ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة: أن العجز مانع، لا أن القدرة شرط.  
(٢٧)

قال: ويظهر الثمرة في موضع الشك. (٢٨)

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)

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 بقاءها،  
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

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)

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)

وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إما لاشتراط تأخيرته مدة، وإما لتزلزل العقد  
كما  
إذا اشترى فضولا، فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدرة على  
التسليم قبلها. (٣٦)

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)



ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه. (٣٨)

(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)

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 والسر فيه: أن التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور 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)

اللهم إلا أن يقال: إن المنفي في النبوي هو كل معاملة تكون بحسب العرف غرراً،  
فالبيع المشروط فيه القبض - كالصرف والسلم - إذا وقع على عوض مجهول قبل  
القبض أو  
غير مقدور، غرر عرفاً، (٤٣) لان اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي،  
فيصدق  
الغرر والخطر عرفاً وإن لم يتحقق شرعاً، إذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر، لكن  
النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا  
باع  
لنفسه - لا عن المالك - ما لا يقدر على تسليمه. (٤٤)

اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعا على وجه لا  
يلزم  
منه خطر، فإن العرف إذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر  
أصلا،  
وهكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، فتأمل. (٤٥)

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 التسليم 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)

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)

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 والشهيدان 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 والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم. (٤٩)



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  
بوجوب 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.

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)

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، لان الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية  
(٥٣)

ولو باع ما يعتقد التمكن فتبين 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)

وربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل رضي المالك برجوع  
المشتري  
عليه، (٥٦)

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)