

الآراء الفقهية

قِسْمُ الْبَيْعِ (٥)

المَجْمُوعُ الثَّامِنُ

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي البجلي

مشهد مقدس: خیابان دانشگاه، خیابان اسرار، روبروی دانشگاه امام رضا (ع)، پلاک ۵۱

تقريظ الحكيم المتأله المرجع الديني آية الله العظمى المرحوم السيّد عز الدين
الحسيني الزنجاني رحمته الله (١٣٤٠-١٤٣٤) بحظّه الشريف في شهر رجب المرجب ١٤٣١

باسمه تعالی

چه مبارک سحری بود [و] چه فرخنده شبی

آن شب قدر که این تازه براتم دادند
برحسب سیره آباء و اجداد بحمدالله روزهای جمعه تا این جانب به
خاطر دارم مجالس ذکر مولانا اباعبدالله الحسین - ارواحنا وارواح
العالمین لثراب مرقد الفداء - در حسینیه منزل شخصی برقرار است.
برکات و افاضات این عمل نورانی پیوسته ساطع و لامع است به گونه‌ای
که برای معاندی هم جای انکار باقی نمی‌ماند.

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

تقریظ آیة الله العظمی الحسینی الزنجانی رحمته الله علی الكتاب ۵

جلد هدیه فرمودند.

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

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

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

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

مشهد مقدس - محمد عزالدین الحسینی الزنجانی

ترجمة التقريظ بالعربيّة^(١)

باسمه تعالى

يا سحراً مباركة ويا ليلة رائعة / ليلة القدر التي أعطيتُ فيها رخصة النجاة من النار
إنّ مجالس عزاء مولانا أبي عبدالله الحسين -أرواحنا وأرواح العالمين لتراب
مرقدّه الفداء- كانت ولا تزال منعقدة في حسينية بيتي الخاص كل جمعة حسب سيرة
آبائي واجدادي على ما في بالي، ولم تنفك تسطع بركات هذا العمل النوراني وتلمع
آثارها الخير حيث لا يبغي مجالاً للإنكار ولو للمكابرين.

منها أن مجلس هذا العبد قد أشرق وساده رُوح وريحان بورود العالم الجليل
آية الله الحاج الشيخ هادي النجفي -دامت بركاته- في الجمعة الماضية، خاصة أن
سماعته جاء ومعه ثلاثة مجلدات من كتابه القيم المكاسب المحرمة أهداها إليّ.
والحمد لله هو كتاب مفعم بالتحقيق والإبداع. لقد سررت وسأستفيد منه إن شاء
الله. ومن المصادفة الطيبة أنني منشغل بمذاكرة الموضوع وتدريسه مع بعض زملائي من
علماء الدين.

وختاماً أهنيّ العالم الجليل الجهد بهذا العمل الرائع، وأسأل المولى القدير والأئمة
الأطهار -صلوات الله عليهم- له مزيداً من التوفيق، وأطلب جدّاً منه الدعاء.
وأما أنا، فأسعدني التوفيق بأن أسافر إلى إصفهان لأجل الزيارة مضجع المجلسي
-سلام الله عليه- قبل عدة سنوات في أيام حياة رجل الرجال وواحد الآحاد سماحة
السيد أربابنا، واستفدت من مجلسه العلمي. كان سماحته يشدد على إقامة صلاة
الجمعة وقدّر جهودي في إقامتها بزنجان.

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

مشهد المقدسة - محمد عز الدين الحسيني الزنجاني

(١) بقلم الدكتور علي زاهد پور - حفظه الله -

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقريظ العلامة المحقق الأديب الأستاذ الحجة
السيد عبدالستار الحسيني البغدادي - دام ظله -

تاريخ إنهاء المجلد الثامن من كتاب «الآراء الفقهية» لسماحة الفقيه المدقق
النحرير المجتهد المحقق الكبير آية الله الشيخ هادي آل أبي المجد النجفي - دام
ظله الوارف -

الآية النجفي فيض عطائه آل	فكيري متصل بغير نفاذ
فبمرقم التحقيق كم قد خط من	كثي فرائد دوت بسداد
لم يعرها حشو ولم يعلق بها	عاب يثير حفاظ النقاد
بمذاب تبر دبحت صفحاتها آل	غر النفائس لا يسيل مداد

(وَرِثَ) الْفَقَاهَةَ (كَابِرًا عَنْ كَابِرٍ) مَوْصُولَةً إِلَى سَنَادٍ بِالْإِسْنَادِ^(١)
وَقَفَا (أَبَا الْمَجْدِ الرَّضَا) بَنُبُوغِهِ وَأَعْتَامَ^(٢) نَهْجَ أَعَاظِمِ الْأَجْدَادِ
فَعَدَا لَهُ مِيرَاثُهُمْ فِي عَصْرِنَا (فَرَضًا وَرَدًّا) وَهُوَ أَوْفَرُ زَادٍ
وَكَفَاهُ بِـ (الْآرَاءِ) مِنْ فَخْرِ بِهِ خَلَدَ أَسْمُهُ السَّامِي مَدَى الْأَبَادِ
فَلَقَدْ أَقَامَ بِهِ عَلَى اسْتِبَاطِهِ أَلِّ وَافِي شَوَاهِدَ جَمَّةِ الْأَعْدَادِ
وَبِـ (ثَامِنِ الْأَجْزَاءِ) أَتَحَفَ مَعْشَرَ أَلِّ فُقَهَاءِ أَعْلَامِ الْهُدَى الْأَوْتَادِ
أَنْعَمَ بِهِ سِفْرًا تَأَلَّقَ بِالْبَهَا فَمَحَا الدُّجَنَّةَ بِالسَّنَا الْوَقَادِ
وَبِمُنْتَهَى الْقِسْطِ^(٣) قُلْتُ مُؤَرِّخًا: «قَدْ ضَاءَ^(٤) بِـ (الْآرَاءِ) فِقْهُ الْهَادِي»
(٦٠) (١٠٤) (٨٠٢) (٢٦٣) (١٥٨) (٥١)

سنة ١٤٣٨ هـ

الأقل عَبْدُ السَّتَّارِ عَفَا عَنْهُ الْمَلِيكَ الْعَفَّارُ، وَعَنْ وَالِدَيْهِ

النَّجَفُ الْأَشْرَفُ - الْمَدْرَسَةُ الْمَهْدِيَّةُ الْعِلْمِيَّةُ الدِّينِيَّةُ

(١) ما بين الأقواس تضمينٌ مع تَصَرُّفٍ يَسِيرٍ وَهُوَ لِأَخِي الشُّعْرَاءِ مِنْ أَهْلِ الْقَرْنِ الرَّابِعِ الْهَجْرِيِّ عَلَى مَا أَخْفَظْتُ فِي مَدْحِ الْوَزِيرِ الْعَالِمِ الْأَدِيبِ الصَّاحِبِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ عَبَّادٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - .
وَقَدْ اسْتَبَدَلْتُ بِقَوْلِهِ: (وَرِثَ الْوِزَارَةَ): وَرِثَ الْفَقَاهَةَ. لِإِقْتِضَاءِ الْمَقَامِ ذَلِكَ.

(٢) أي اختار.

(٣) فِي عِبَارَةٍ (وَبِمُنْتَهَى الْقِسْطِ) تَوْرِيثُهُ بِإِضَافَةِ قِيَمَةِ السَّنِ وَهِيَ سَتُونٌ إِلَى مَادَّةِ التَّارِيخِ وَبِهَا يَتِمُّ الْمَقْصُودُ.

(٤) يُقَالُ: ضَاءَ، وَأَضَاءَ، كِلَاهُمَا صَحِيحٌ.

فَضْلِكَ:

شَرَايُطُ الْعَوَظِيِّنَ

١- المائيّة

يظهر من العلامّة اعتبارها في البيع حيث يقول: «لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه لأنّه ليس مالاً، فلا يؤخذ في مقابلته المال، كالحبّة والحبتين من الحنطة، ولا نظر إلى ظهور الانتفاع إذا انضمّ إليها أمثالها، ولا إلى أنّها قد توضع في الفخ^(١) أو تُبذر. ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء. ومع هذا فلا يجوز أخذ حبّة من صبرة الغير، فإن أخذت، وجب الردّ، فإن تلفت، فلا ضمان؛ لأنّه لا مائيّة لها. وهذا كلّّه للشافعي أيضاً، وفي وجه آخر له: جواز بيعها وثبوت مثلها في الدّمة. وليس بجيد»^(٢).

وتبعه الشيخ الأعظم وذهب إلى اعتبار المائيّة في كلّ من العوضين وقال: «يشترط في كلّ منهما كونه متموّلاً لأنّ البيع لغةً مبادلة مالٍ بمال^(٣)...^(٤) والأوّل أن يقال: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحدَ العوضين؛ إذ لا بيع إلّا في ملك. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابلة. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة،

(١) الفخ: المصيدة. الصحاح ١/ ٢٨٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/ ٣٥، مسألة ١٤.

(٣) كما في المصباح المنير ٦٩/.

(٤) المكاسب ٩/ ٤.

وخصوص قوله ﷺ في المروي عن تحف العقول: «وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرواية»^(١)، وقد تقدمت في أول الكتاب^(٢) «^(٣)».

يرد عليه: «أولاً: أنه لا دليل على اعتبارها [أي اعتبار المالية العرفية]، سوى المصباح الذي هو على فرض اعتباره ليس إلا من قبيل شرح الاسم، فإذا تعلّق الغرض الشخصي بشيء - كالقرب والخنفساء أو كتابة والده أو صورته - لا مانع من شرائه. وثانياً: لو سلّمنا اعتبار المالية فيه، فغايته أن لا يرتّب على معاوضة غير الأموال الأحكام الخاصة للبيع ولا تعمّها أدلته الخاصة، إلا أنه لا يمنع شمول ما ورد في صحّة مطلق العقود، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فتكون معاوضة صحيحة ولو لم يكن بيعاً؛ ولذا ذكرنا في بعض تنبيهات المعاطاة: أنه إذا بدّل أحد عباءته بعباءة غيره يصحّ وإن لم يكن بيعاً ولم يصدق البائع ولا المشتري على كلّ منهما، بل لو سئل كلّ منهما وقيل له: إنك بعت مالاً؟ أجب بأنّي لم أبع ولكن عاوضت مالي، ومع ذلك فهي معاوضة.

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

[ورابعاً: أن ما ذكره من الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة إذا لم يحرز كونه من أكل المال بالباطل، يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إذ المفروض الشك في مالية المبيع، فتكون الشبهة مصداقية. وخامساً: وأمّا الرجوع إلى رواية تحف العقول حيث جوّز بيع كلّ ما فيه وجه من وجوه

(١) تحف العقول / ٣٣٣.

(٢) المكاسب / ٥/١.

(٣) المكاسب / ٤/١٠.

الصالح، فهو فاسد بعد ما عرفت^(١) من فسادها سنداً ودلالة^(٢).

ما هي المالية؟

قال المحقق النائيني: «ويعتبر في مالية الشيء أمور:

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

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

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

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

(١) راجع الآراء الفقهية ١/ (٢٠-١٦).

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٠٣ و ١٠٤.

والخاصية كالعدم، إذ ما لا يجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كما لا ينتفع به أصلاً، فمثل الخمر ونحوه^(١) لا يكون مالاً لأجل المنع عن ترتب ما هو المالك في مالية المال عليه شرعاً^(٢).

وقال الإيرواني في تعريفها: «ثم إنَّ تعريف المال بأنَّه ما يبذل بإزائه المال في غاية الفساد، فإنَّه من أخذ المعرِّف في التعريف، والظاهر أنَّه لا إشكال في اعتبار أمرين في تحقُّق مفهومه، أحدهما حاجة النَّاس إليه في أمور دنياهم، أو عقابهم، والثاني عدم إمكان الوصول إليه بلا إعمال عمل»^(٣).

وقال الاستاذ المحقِّق -مدظله- بعد المناقشة في التعريفين: «ولعلَّ أسلم التعاريف -وإن لا يخلو عن المناقشة باعتبار شموله للمناصب الاعتبارية التي يتنافس عليها العقلاء، لكنَّها غير معدودة من الأموال- اعتبار المالية شيئاً يتنافس عليه العقلاء، وليس المراد من العقلاء الإنسان الذي يمتلك عقلاً يعبد به الرحمن، بل مَنْ له عقل المعاش، ويسعى لكسب ما ينتفع به، وبالتالي يعدُّ الكنز الذي لا مالك له مالاً، كما يعدُّ الخمر والخريز أيضاً مالاً -لولا الحكومة الشرعية بإلغاء المالية عنهما- لتنافس العقلاء عليهما»^(٤).

أقول: تعريف المال ويتبعه المالية واضح عند العُرف لا غبار عليه وكلُّ هذه التعاريف تردُّ عليها مناقشات لأنَّها لا تكون إلاَّ شرحاً للاسم لإبعادنا عن المعنى العرفي الواضح فلا نحتاج إلى النقض والابرام فيها وإلاَّ لعلَّ أردء التعاريف هي الأخيرة منها. والله العالم.

الدليل على اعتبار المالية في البيوع

الأوَّل: قول الفيومي في المصباح المنير: «الأصلُ في البيع مُبَادَلَةٌ مالٍ بمالٍ لقولهم

(١) كذا وَرَدَ في الأصل، والصَّواب «ونحوها»؛ لأنَّ الخمر مُؤَنَّتَةٌ في كلام العرب بلا خلاف.

(٢) المكاسب والبيع ٢/ ٣٦٤ و ٣٦٥.

(٣) حاشية المكاسب ٢/ ٤١٤.

(٤) العقد النضيد ٤/ ٣٣٨.

بيع رابع وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التملك والتملك^(١).

ويرد عليه: أولاً: قد مرَّ أن هذا التعريف لا يكون إلا شرحاً للإشتم بل لا يكون حتى شرح الاسم.

وثانياً: اعترف الفيومي بأن هذا الإطلاق مجازي.

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

الثاني: قوله ﷺ: لا يبيع إلا في ما يملك^(٢)، يدل على أن المبيع يجب أن يكون مالاً حتى يدخل في الملك.

ويرد عليه: أولاً: الرواية عامية.

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

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

ورابعاً: المالية مفهوم عرفي والرواية نص شرعي ولا يحدد المفهوم العرفي بالنص الشرعي.

الثالث: المبيع إذا لم يكن مالاً يكون أكل المال في مقابله أكلاً له بالباطل، نهى عنه قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣).

يرد عليه: المراد ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ في الآية الشريفة الأسباب الباطلة و«الباء» للسببية فلا يتم الاستدلال لأنها غير ناظرة إلى المبيع وشروطه.

(١) المصباح المنير / ٦٩.

(٢) سنن الترمذي ٤٨٦/٣، ح ١١٨١؛ مسند أحمد ٢٠٧/٢؛ السنن الكبرى ٣١٨/٧؛ سنن الدارقطني ١٤/٤، ح ٤٢؛ المصنف ٤١٧/٦، ح ١١٤٥٦؛ لعبد الرزاق؛ كنز العمال ٦٤١/٩، ح ٢٧٧٧٩؛ مستدرک الحاکم ١٧/٢.

(٣) سورة النساء / ٢٩.

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

أمّا اعتبار المالية في العوضين، فقد ادّعى الشيخ [الأعظم] صراحةً لزوم مالية العوضين و[قال: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين»^(١) وقد أقام أدلة عديدة على ذلك، لكن ثبت ممنوعيتها واندفاعها، وبذلك يسقط أصل الدعوى، وبالتالي فيصحّ معاملة حبة حنطة واحدة بحبة شعير واحدة، بمثل ما تصحّ معاملة منّ من الحنطة بمنّ من الشعير، نعم المعاملة الأولى غير عقلانية، لا يقدم عليها العقلاء دون الثانية، إلّا أنّ عدم معقوليتها لا يخرجها عن عنوان البيع والمعاملة لصدق مفهوم البيع عليها. وهكذا ثبت عدم تقيّد مفهوم البيع لغةً وعرفاً بالمالية.

أمّا بالنسبة إلى الأدلة الشرعية: فقد نُوقش في تقييدها بالمالية وعدمه على قولين: قيل: إنّ الأدلة مطلقة غير مقيّدة بالمالية وعدمها، وهو مختار المحقّق السيّد الخوئي، حيث التزم بأنّ الأدلة الشرعية مطلقة تشمل جميع المعاملات والعقود عدا ما يصدر من السفیه، وأنّ الممنوع بيع السفیه دون البيع السفهي الصادر من العاقل.

وقيل: إنّ الأدلة الشرعية وموضوعاتها مقيدة بالعقلانية، بمعنى أنّ إطلاقات أدلة الحلّ ولزوم الوفاء مقيدة بالمعاملات الصادرة من العقلاء، وهو الصحيح لأنّ الأدلة الشرعية الواردة في باب المعاملات تندرج في الأحكام الإيضائية المنصرفة إلى ارتكازات العقلاء، وإنّ يحتمل أن تكون أوسع وأشمل ممّا عند العقلاء، لكن المتيقن منها ما هو المرتكز عندهم، ومن المعلوم أنّ المرتكز عند العقلاء تصحيح البيوع الصادرة من العقلاء على وجه معقول، لا مطلق ما يتعامل به وإن كان غير معقول.

وبالجملة أولاً: إنّ إطلاق الأدلة الشرعية الواردة في باب المعاملات مقيدة ومضيقة ذاتاً بما عدا المعاملات السفهية.

وثانياً: اعتبار الأدلة الإيضائية أدلة تأسيسية دالة على حكم الشارع بصحة أمر غير عقلائي، بعيد عن روح الشريعة ومقاصدها، ويتوقف ثبوتها على مؤونة زائدة. ومقتضى الدليلين المذكورين انصراف إطلاق آية الحلّ واللزوم عن البيع السفهي، واختصاصهما بالبيوع العرفية العقلانية، واندفاع ما قيل من إطلاقها ولا أقل من الشك في شمولهما للمبيع الفاقد للمالية، فيكون المرجع أصالة الفساد. وخلاصة الكلام: هي أنّه قد ثبت ممّا ذكرنا أنّ النتائج المترتبة على المسالك المختلفة كما يلي:

١- بناءً على مسلك المشهور - وهو مسلك الشيخ [الأعظم] - القائل باعتبار لزوم تحقق المالية في مفهوم البيع، ثبت انتفاء مفهوم البيع عند إحراز عدم المالية.

٢- بناءً على مسلك المحقق السيّد الخوئي، فإنّ مفهوم البيع غير متقوم بالمالية، وبالتالي يكون اقتضاء شمول الأدلة لمطلق البيوع حتّى الفاقدة للمالية تاماً ومأنعه مفقوداً.

٣- وأمّا بناءً على المسلك المختار - بعد ثبوت بطلان المسلكين السابقين - فإنّ مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالمالية، لكنّه مقيد بها شرعاً، وبالتالي فإنّ مبادلة ما لا مالية

فيه بيعٌ لكنَّها غير صحيحة شرعاً»^(١).

أقول: بعد قبول عدم اعتبار دليل المالية، وأنَّ الممنوع هو بيع السفهيه دون البيع السفهيه، وأنَّ أدلة المعاملات إمضائية وليست بتأسيسية، ووجود إطلاق أدلة صحة البيع وغيره من المعاملات فلا بدُّ لنا من الذهاب إلى ما ذهب إليه المحقِّق السيّد الخوئي رحمته الله من صحة البيع مع فقد المالية في العوضين، ولا أدري من أين استَفَادَ الأستاذُ المحقِّق -مدظله- أنَّ «مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالمالية لكنَّه مقيدٌ بها شرعاً»؟ ومن أين جاء هذا التقييد الشرعي بعد قبول الأمور السالفة؟! والله العالم.

٢- الملكية

قال المحقق في شرائط المبيع: «الأول: أن يكون مملوكاً»^(١).
وقال صاحب الجواهر في ذيله: «بلا خلاف»^(٢) بل الإجماع^(٣) بقسميه عليه
والنصوص^(٤) واضحة الدلالة عليه، بل في المرسل: لا بيع إلا في ملك^(٥)»^(٦).
وقال العلامة في القواعد في شرائط العوضين: «وصلاحيته للتملك»^(٧).
وقد حمل السيّد العاملي مقالة العلامة على اعتبار المالية حيث يقول في تعيين
مراده: «يريد أنه يشترط في المبيع كونه ممّا جرت العادة بتملكه بعقد معاوضة لينتفع به
منفعة معتبرة في نظر العقل سائغة في نظر الشارع، فإنّ ما لا منفعة فيه لا يعدّ مالاً وكان
أخذ المال في مقابله حراماً قريباً من أكل المال بالباطل.
ولخلوّ الشيء عن المنفعة سببان: القلّة والخسّية. قالقلّة كالحبّة والحبّتين من
الحنطة والزبيبة الواحدة، لأنّ ذلك لا يعدّ مالاً ولا يبذل في مقابله المال، ولا ينظر إلى

(١) الشرائع ١٠/٢.

(٢) كما في الحدائق ٤٣٢/١٨.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان ١٦٧/٨.

(٤) راجع وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٥) مرّت مصادره.

(٦) الجواهر ٥٥١/٢٣ ٥٥١/٢٢ (٣٤٣).

(٧) القواعد ٢١/٢.

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

وأما ما لا منفعة فيه لخسّته فكالحشار^(١).

ثمّ قال في آخر كلامه: «... بل الإجماع على الملكية ممّا لا ريب فيه»^(٢).

وهكذا حمل الفاضل المامقاني عبارة المحقّق الماضيّة وقال: «وليس مراده [أي المحقّق] بذلك [بكلامه الماضي] أن يكون البائع مالكاً له حتّى يكون مقتضاه عدم صحة بيع الفضولي، بل مراده به الاحتراز عما ليس بمملوك من جهة عدم قابليته للملك...»^(٣).

أقول: لو تمّ حمل الفقهيّين كلام الفاضلين دلّ على الشرط السابق - أي المالية - وإلاّ على هذا الشرط - أي الملكية - وظاهرهما الأخير.

ثمّ فليعلم: أنّ الملك على قسمين: ١- الشخصي كملكية كلّ أحد لأمواله الخاصّة. ٢- النوعي.

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

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

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

وقد لا تكون منافعه قابلة للملك الشخصي الخاص كالأراضي المفتوحة عنوة

(١) مفتاح الكرامة ١٣ / ٨.

(٢) مفتاح الكرامة ١٣ / ١٠.

(٣) غاية الآمال ٧ / ٧.

فأنَّها ملك لعامة المسلمين فلا بدَّ من أن يصرف منافعها في ما يعود نفعه إلى عموم المسلمين.^(١)

الشيخ الأعظم^(٢) كغيره من الفقهاء ذهب إلى اعتبار الملكية في البيع فلا بدَّ من البحث حول دليل اعتبارها وعلى أيِّ حالٍ تفريع الشيخ الأعظم الملكية على المالية لا وجه له، لأنَّهما أمران متغايران بينهما عموم من وجه كما مرَّ.

دليل اعتبار الملكية ونقده

الملكيَّة أمر اعتباري ليست بذاتها وحقيقتها داخلةً في مفهوم البيع ولا علاقة لها بصحته وفساده كما يدلُّ على عدم الدخل بيع السلف وبيع الكلِّي في الذمَّة. وأما التمسك بدخالتها في البيع بالنبوي: لا بيع إلا في ملك، فغير تامٍ لتطرق الاحتمالات الثلاثة في مدلولها وهي:

«١- احتمال أن يكون دالًّا على اعتبار ما يُملك في البيع، بمعنى أنَّه لا مجال لبيع ما ليس فيه قابليَّة الملكيَّة، فيكون مدلول الخبر لا تبع ما ليس يُملك، فيدلُّ على نفي البيع عن مثل الخمر والخنزير.

٢- احتمال أن يكون مدلوله لا تبع ما ليس تملك، أي لا تبع ما لا تملكه، ممَّا يدلُّ على اعتبار الملكيَّة في المبيع.

٣- احتمال أن يدلَّ على اشتراط ملك البيع لا في متعلِّقه، وتكون النتيجة انتفاء البيع عند انتفاء ملك البيع، ولذلك لا بدَّ أن يكون البائع إمَّا مالكاً أو وليًّا أو وكيلًا»^(٣).

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

(١) التقسيم مأخوذ من المحقِّق النائيني في المكاسب والبيع ٢/ ٣٦٦.

(٢) المكاسب ٤/ ١١، قوله: «ثمَّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين...».

(٣) العقد النضيد ٤/ ٣٤٩.

به الحقّ - كحقّ التحجير - ولا في جعله ثمنًا»^(١).

وبالجملة: «اعتبار الملكية لم يدلّ عليه دليل بأن يكون الثمن والمثمن مملوكين قبل البيع ولذا يصحّ بيع الكلّي في الذمّة مع أنّه لا يكون ملكاً له، نعم يعتبر أن يكون البائع مالكاً للبيع بمعنى أن يكون أمر البيع بيده وتحت سلطته وإن لم يكن المبيع ملكاً كما في بيع الكلّي في الذمّة فإنّه يملك بيع ما في ذمّته»^(٢).

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه النَّاس: كالماء، والكلاء، والسموك والوحوش قبل اصطيادها؛ لكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل»^(٣).

أقول: إن كان مراد الشيخ الأعظم من الملكية هي الملكية في المبيع فلا يكون مانعاً من بيع المباحات الأصلية لأنّ ما «يشترك فيه النَّاس - كالماء والكلاء والأسماك والوحوش قبل اصطيادها - فإن لم يكن منع عن بيعها ولو من جهة العجز عن التسليم، فلا مانع من بيعها، فبييع السمك في البحر ثمّ يصيده ويسلّمه إلى المشتري»^(٤).

وإن كان مراده عليه السلام من الملكية هي ملكية البيع وسلطنة البائع عليه - على خلاف ظاهر الشيخ الأعظم - «صحّ الاحتراز به عن بيع المباحات الأصليّة إذ نسبة البائع والمشتري إليها على حدّ سواء ولا يكون للبائع خصوصيّة بحيث يكون أمر بيعها بيده دون المشتري.

ولا وجه للاحتراز عنها باعتبار الماليّة في العوضين كما عن المحقّق^(٥) بدعوى أنّها ليست مالاً عرفاً كما هو واضح.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ١٠٥/٣.

(٢) تعليق العلامة الآية الشيخ علي أصغر الأحمدي الشاهرودي رحمته الله المستشهد في الانتفاضة العراقية في زمن النظام صدام البائد، على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ١٠٤/٣.

(٣) المكاسب ١١/٤.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ١٠٥/٣.

(٥) الشرائع ١٠/٢.

كما إنه ليس الوجه في الاحتراز عنها اعتبار أن لا يكون البيع سفهياً إذ فيه أولاً: أن بيع السفه باطل لا البيع السفه، وثانياً: إذا كان البائع قادراً على أخذ المباحات وتسليمها فتكون ثمرة هذا البيع إلزامه بأخذها وتسليمها^(١). والله العالم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة»^(٢) ثم تعرض لأحكام الأراضي ونحن تابعون له في الترتيب فنقول:

(١) تعليق العلامة الآية الشيخ علي أصغر الأحمدي الشاهرودي رحمته الله على كتاب محاضرات في

الفقه الجعفري ١٠٤/٣.

(٢) المكاسب ١١/٤.

أقسام الأرضين وأحكامها

قال الشهيد: «جمع الأرض على الأراضي غلط»^(١)»^(٢).

قال السيّد العاملي: «في الصحاح»^(٣) والقاموس^(٤) إنه جمع على غير القياس. وقال في المصباح: قال أبو زيد: سمعت العرب تقول في جمع الأرض الأراضي والأروض مثال فُلُوس، وجمع فَعَل فَعَالِي في أرض وأراضي وأهل وأهالي وليالي على غير قياس»^(٥)»^(٦).

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

١- الموات بالأصالة: فلا إشكال ولا خلاف بيننا في كونها من الأنفال وكونها

للإمام عليه السلام.

(١) ومن الملاحظ أنّ الأرض لم يذكر لها جمعٌ في القرآن الكريم بخلاف السماء إذ تكرر جمعها على (سماوات) حتّى إنّ في حالة بيان مُساوِقة الأرض للسماء في عددِ الطبقات قال تعالى: ﴿وَمِنْ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق / ١٢] والقول بمنع جمع أرضٍ على (أراضي) تحجيراً لواسع وهو من جنائيات الاستقراء الناقص لكلام العرب العربا وسما عاً وقياساً وللبسط مقامٌ غير هذا.

(٢) الحاشية النجارية / ٣٤٣؛ ونقل عنه في مفتاح الكرامة ١١/١٩.

(٣) الصحاح ١٠٦٤/٣ مادة «أرض».

(٤) القاموس المحيط ٣٢٣/٢ مادة «أرض».

(٥) المصباح المنير ١٢/١ مادة «أرض».

(٦) مفتاح الكرامة ١١/١٩.

٢- العامرة بالأصالة: وهي مشترك في الحكم مع سابقتها.

٣- الموات بالعرض: قد مرّ حكمها في المسألة الثالثة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة، في خاتمة المكاسب المحرمة^(١) فلا نعيد.

٤- العامرة بالعرض: يأتي حكمها.

فلا بدّ من البحث حول أحكام هذه الثلاثة الباقية:

١- الأرض الموات بالأصالة

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

وتُسمّى مَيْتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتَانًا بفتح الميم وسكون الواو: هو عمى القلب، يقال: رجل مَوَاتَان القلب إذا كان أعمى القلب لا يفهم شيئاً»^(٢).

وهي من الأنفال وللإمام عليه السلام وسواء كانت في بلاد الإسلام أو الكفر يَدُلُّ عليه مضافاً إلى عدم الخلاف في المسألة بين الأصحاب كما يَدُلُّ على أنّها للإمام عليه السلام ظاهر المبسوط^(٣) والتذكرة^(٤) والتنقيح^(٥) والكفاية^(٦)، ودعوى الإجماع عليه في الخلاف^(٧) والغنية^(٨) وجامع المقاصد^(٩) والمسالك^(١٠)، طوائف من النصوص:

(١) راجع الآراء الفقهية ٣/ (٤٧٣-٤٥٣).

(٢) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥١.

(٣) المبسوط ٣/ ٢٧٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥٨.

(٥) التنقيح الرائع ٤/ ٩٨.

(٦) كفاية الأحكام ٢/ ٥٤٤.

(٧) الخلاف ٣/ ٥٢٥ و ٥٢٦، مسألة ١.

(٨) غنية النزوع ٢٩٣.

(٩) جامع المقاصد ٧/ ٩.

(١٠) المسالك ١٢/ ٣٩١.

الطائفة الأولى: النصوص الدالة على أنّها من الأنفال

منها: صحيحة حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم وكل أرض خربة، وبطون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. ^(١)

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

ومنها: موثقة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربة، أو بطون أودية، فهذا كلّ من الفياء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب. ^(٢)

ومنها: موثقة سماعة بن مهران قال: سألته عن الأنفال؟ فقال: كلّ أرض خربة أو شيء يكون للملوك فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم، قال: ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. ^(٣)

ومنها: موثقة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما يقول الله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ ^(٤)؟ وهي كلّ أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل ولا رجال ولا ركاب فهي نفل لله وللرسول. ^(٥)

«كل أرض جلا أهلها» إذا كانت من الأنفال، الأرض التي كانت مواتاً بالأصل وليس لها أهل بالطريق الأولى تكون من الأنفال.

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي

(١) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، ح ١، الباب ١ من أبواب الأنفال.

(٢) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح ٨.

(٤) الأنفال ١/.

(٥) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح ٩.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ٢٧

القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول، وما كان للملوك فهو للإمام، وما كان من الأرض الخبرة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكل أرض لا رب لها، والمعادن منها، ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال.^(١)

وغيرها من الروايات التي ادعى صاحب الجواهر^(٢) إمكان دعوى تواترها ويراهها الشيخ الأعظم «مستفيضة بل قيل: إنها متواترة»^(٣) ولا يبعد بلوغ مجموعها حد التواتر الإجمالي.^(٤)

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

صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك في حديث قال:

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت وليت الغوص فأصبت أربعمائة ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس؟! يا أبا سيار، الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كله؟ فقال لي: يا أبا سيار، قد طيناه لك وحللناك منه فضم إليك مالك، وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون، ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره.^(٥)

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

«إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»^(٦). أنا وأهل بيتي الذين

(١) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح ٢٠.

(٢) الجواهر ١١/٣٩ (١٠/٣٨).

(٣) المكاسب ١٣/٤.

(٤) كما قاله آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - مد ظله - في كتابه: «الأراضي» ٢٣/.

(٥) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

(٦) الأعراف ١٢٨.

أورثنا الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلّها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها، فهو أحقّ به من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلّا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم.^(١)

دلالة فقرة «الأرض كلّها لنا» في الروايتين على ملكيّة الإمام لمطلق الأراضي ومنها الموات تامة ولكن سند الرواية الأخيرة ضعيف بما مرّ منّا^(٢) ولذا عبر عنها العلامة^(٣) بالصحيح عن أبي خالد الكابلي عن الباقر عليه السلام.

ودلالة هذه الطائفة على أنّ الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام إنّما هي بالعموم.^(٤)

الطائفة الثالثة: النويان العاميان

المذكوران في تذكرة الفقهاء^(٥) وهما غير مرويين من طرقنا:

أحدهما: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: موتان الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي.^(٦)

وثانيهما: عن سمرة بن جندب أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: عاديّ الأرض لله ولرسوله ثمّ هي

(١) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٤، ح ٢، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٣/ ٤٧١ و ٤٧٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥٣.

(٤) كما في الأراضي / ٢٧.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥٢.

(٦) المسند للشافعي / ٣٨٢؛ ومعرفه السنن والآثار ٤/ (٥٢٢-٥٢١)، ح ٣٧٣٧؛ وسنن البيهقي

١٤٣/ ٦؛ وتأويل مختلف الحديث / ١٨٤؛ وجواهر العقود ١/ ٢٤٠؛ والتلخيص الحبير

٦٢/ ٣، ح ١٢٩٣، أورده الجويني في نهاية المطلب ٨/ ٢٨١؛ ونحوها في عوالي اللآلي

٣/ ٤٨٠، ح ١ ونقل عنه في المستدرک ١٧/ ١١١، ح ١.

لكم مني أيها المسلمون.^(١)

قال العلامة: «يريد بذلك ديار عاد وشمود»^(٢).

مناقشة المحقق الإصفهاني في دلالة الروايات

قال عليه السلام: «إنّ الموات بالأصالة للإمام عليه السلام، ومن الواضح للمتأمل المراجع إلى الأخبار أنّها وإن كانت مستفيضة أو متواترة، إلّا أنّ كون الأنفال كلّية له عليه السلام كذلك، لا أنّ النصوص في خصوص الموات مستفيضة، فإنّ بعض النصوص^(٣) تضمن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام، وبعضها^(٤) تضمن كون الأرض الخربة التي باد أهلها له عليه السلام، وبعضها^(٥) تضمن كون الأرض التي لا ربّ لها للإمام عليه السلام، وبعضها^(٦) تشتمل على أنّ الأرض الميتة التي لا ربّ لها له عليه السلام، أمّا الأرض الخربة مطلقة كانت أو مقيدة فموردها المسبوقه بالعمارة لا الموات بالأصالة، وأمّا الأرض التي لا ربّ لها فمطلقها ومقيدتها مسوقة لمالكه عليه السلام لما لا مالك له، من باب الغلبة، فلا يكون دليلاً على أنّ الموات بالأصالة - بما هي موات - للإمام عليه السلام، والتبويان المذكوران في المتن^(٧) غير مرويين من طرقنا، نعم في بعض روايات

(١) التلخيص الحبير ٦٢/٣، ح ١٢٩٣؛ المغني لابن قدامة ١٥٠/٦؛ الشرح الكبير ١٥٠/٦؛

نهاية المطلب ٢٨٣/٨؛ والعزيز في شرح الوجيز ٢٠٦/٦ للرافعي؛ عوالي اللآلي ٤٨١/٣،

ح ٥ ونقل عنه في المستدرک ١١٢/١٧، ح ٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٥٢/١٩.

(٣) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، باب ١ من أبواب الأنفال، ح ١ صحيحة حفص بن البختري، وح ٨

موثقة سماعة وح ١٠ موثقة محمد بن مسلم.

(٤) وسائل الشيعة ٥٢٧/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٩ موثقة زرارة

وح ١١ خبر الحلبي.

(٥) وسائل الشيعة ٥٣٣/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٢٨ مرسل

أبي بصير.

(٦) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٤ مرسل حماد

الطويلة.

(٧) المكاسب ١٣/٤.

الكافي «والموات كلّها للإمام عليه السلام»^(١)، والمسألة وإن كانت اتفاقية إلا أنّ الغرض أنّ النصوص بها ليست مستفيضة ولا متواترة.

وأما ما ورد من أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام فيعم الموات فلا بدّ من حمله على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكاً حقيقياً لا اعتبارياً تتزوّج عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعمّ الأملاك والملاك كما قدمناه في مبحث الولاية»^(٢).

وقال في بحث الولايات: «فإنّ الممكنات كما أنّها مملوكة له تعالى حقيقة بإحاطته الوجودية على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطة الحقيقية كذلك النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام، بملاحظة كونهم من وسائط فيض الوجود لهم الجاعلية والإحاطة بذلك الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود لا ما منه الوجود، فأنّه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأن تكون الأملاك وملاكها مملوكة لهم بهذا الوجه، وإن لم تكن هي مملوكة لهم بالملك الاعتباري الذي هو موضوع الأحكام الشرعية»^(٣).

توضيح مقالة المحقّق الإصفهاني وترتيبها كما يلي: هذه المسألة «-وهي كون الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام - وإن كانت اتفاقية إلا أنّه لا يمكن إتمامها بالنصوص الواردة في المقام - وهي الطوائف المتقدمة - حيث قد ناقش في تلك الطوائف بأجمعها. أمّا الطائفة الأولى وهي التي تصنّف إلى مجموعتين:

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

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

فقد ناقش ﷺ في كلتا المجموعتين.

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

(١) التهذيب ٤/ ١٢٦، ح ٥، ولم نجد الرواية في الكافي.

(٢) حاشية المكاسب ٣/ ١٥ و ١٦.

(٣) حاشية المكاسب ٢/ ٣٨١.

وأما المجموعة الثانية فقد قال: فيها بأنها مَسْوُوقَةٌ لبيان ملكية الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا رب لها، لا بما هي موات بالأصالة فلا تدل على ملكيتها من هذه الحيثية. وأما الطائفة الثانية: فقد ذكر عليه السلام أنها وإن كانت تعم الموات بالأصالة، إلا أنه لا بد من حملها على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكاً حقيقياً، لا اعتبارياً يترتب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعم الأملاك، والملاك^(١). أو أصل حلية التصرف في الأرض الموات.^(٢)

وأما الطائفة الثالثة: وهي النويان العاميان فقد ذكر أنهما غير مرويين من طرقنا، و«صريح في التملك عن رضا عليه السلام غاية الأمر لا بد من أن يقيّد بأدلة الإحياء وأن الموات لهم بإحيائها»^(٣).

الجواب عن مناقشة المحقق الإصفهاني

يجاب عن مناقشته من أن «الأرض الخربة مطلقة أو مقيدة فموردها المسبوقة بالعمارة لا الموات بالأصالة»^(٤) عدم تمامية هذا الانصراف المدعى بأن المنصرف من الأرض الخربة هو المسبوقة بالعمارة فلا تشمل الموات بالأصالة فيردّه: أولاً: ما ورد في كلمات اللغويين من أن الخراب ضد العمران أو نقيضه فالنسبة بين العنوانين التضاد أو التناقض ولا ثالث لهما، ولا محالة الأراضي تنقسم إلى القسمين: أ: الخربة، ب: المعمورة ولا ثالث.

فالتقسيم ثنائي وتكون الأرض الموات داخلاً في الخربة.

وإليك نص بعض كلماتهم:

قال الخليل بن أحمد: «وَعَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ يَعْمُرُونَهَا عِمَارَةً، وَنَهَى عَامِرَةً مَعْمُورَةً

(١) الأراضي / ٢٨.

(٢) كما يظهر منه عليه السلام في حاشية المكاسب ١٧/٣.

(٣) حاشيته على المكاسب ١٧/٣.

(٤) حاشية المكاسب ١٦/٣.

ومنها العُمران. واستعمر^(١) الله النَّاسَ لِيَعْمُرُواها. والله أعمر الدُّنيا عمراناً فجعلها تعمر ثمَّ يُخَرَّبُها»^(٢).

وقال أحمد بن فارس: «عمر: العين والميم والراء أصلان صحيحان، أحدهما يدلُّ على بقاء وامتداد زمان، والآخر على شيء يعلو، من صوتٍ أو غيره... ومن الباب عمارة الأرض، يقال عَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ عِمَارَةً، وهم يَعْمُرُونَهَا، وهي عامرة معمورة. وقولهم: عامرة، محمولٌ على عَمَرَتِ الْأَرْضُ، والمعمورة من عُمِرَتْ. والاسم والمصدر العُمران. واستعمر الله تعالى النَّاسَ فِي الْأَرْضِ لِيَعْمُرُواها. والباب كُلُّهُ يؤول إلى هذا»^(٣).
وقال الراغب الإصفهاني: «العمارة نقيضُ الخراب، يقال: عَمَرَ أَرْضَهُ يَعْمُرُهَا عِمَارَةً...»^(٤).

وقال الجوهري: «الموت ضد الحياة... والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد... وقال الفراء: المواتان من الأرض التي لم تحي بعد. وفي الحديث: مواتان الأرض لله ولرسوله فمن أحيى منها شيئاً فهو له»^(٥).

وقال ابن الأثير: «الموات: الأرض التي لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد وإحيائها مباشرة عمارتها وتأثير شيء فيها...»^(٦).
وقال الطريحي: «والموات بالضم وبالفتح يقال لما لا روح فيه ويطلق على

(١) فد (الله) هو (المُسْتَعْمَرُ) لكن أسيئ استعمال هذه الكلمة القرآنية المقدسة في ما يسمَّى بـ(القاموس السياسي) فأصبحت تطلق على الغزاة الطغاة (المحتلِّين) مصاصي دماء الشعوب ومبترزي خيرات أوطانها ومهدمي أرضها.

(٢) ترتيب كتاب العين / ٦٨١.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٤ / ١٤٠ و ١٤١.

(٤) المفردات / ٣٥٩.

(٥) صحاح اللغة ١ / ٢٦٦ و ٢٦٧.

(٦) النهاية ٤ / ٣٧٠.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ٣٣

الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها إمّا لعطالتها أو لاستيجامها أو لبعدها عنها^(١).

وقال أيضاً: «دار خربة بكسر الراء وهي التي باد أهلها، والخراب ضد العمارة»^(٢).
وثانياً: «لا موجب لدعوى مثل هذا الانصراف، ضرورة أنّ المنصرف منها عرفاً ليس هذا المعنى، بل المنصرف منها عند العرف حسب ما هو المرتكز في أذهانهم هو المعنى الذي يكون في مقابل المعنى المنصرف من الأرض العامرة عرفاً بتقابل التضاد كالمعنى المتفاهم من الأرض الميتة في مقابل المعنى المتفاهم من الأرض المحيية، فكما أنّ الأرض العامرة تشمل العامرة طبعياً، والعامرة بشرياً، كذلك الأرض الخربة تشمل الخربة بالأصالة، والخربة بالعرض.

فالتنتيجة أنّه لا منشأ لهذا الاختصاص ولا يوجب لتلك الدعوى، وأنّ الأرض الخربة كالأرض الميتة، فكما انها تشمل الميتة بالأصالة والميتة بالعرض، فكذلك الأرض الخربة»^(٣).

وثالثاً يجاب عن مناقشته في المجموعة الأولى من الطائفة الأولى: إن كان الانصراف المدعى «يقوم على أساس أنّ مورد رواياتها خصوص ما إذا كانت مسبقة بال عمران دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة، فيردّه:
أ: أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ الروايات التي تتضمن الأرض الخربة تصنّف إلى ثلاثة أصناف:

الأوّل: جاء بهذا النص: كلّ أرض خربة للإمام عليه السلام.^(٤)

الثاني: جاء بنص آخر: ما كأن من الأرض بخربة لم يوجف عليها بخيل ولا

(١) مجمع البحرين / ١٤٤.

(٢) مجمع البحرين / ١٠٨.

(٣) الأراضي / ١٦.

(٤) وسائل الشيعة ٥٢٣/٩، ح ١ و ٨ و ١٠ وكلّها معتبرات.

ركاب.^(١)

الثالث: جاء بنص ثالث: كلُّ أرض خربة باد أهلها.^(٢)

وبعد ذلك نقول:

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

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

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

نعم، الأرض الخربة التي يكون لها أهل لا تشملها نظراً إلى أنّ فرض الأصل لها خلف، حيث أنّه لا يمكن إلّا بقيام الفرد بإحيائها وعمارتها... لما أنّه لا يمكن فرض تحقق العلاقة بين الفرد والأرض ابتداءً، سواء أكانت على مستوى الملك أم كانت على مستوى الحقّ إلّا بقيامه باستثمارها وإحيائها، ثمّ بعد ذلك إذا عرض عليها الخراب فهل يوجب خروجها عن نطاق علاقته بها نهائياً أو لا؟! ففيه [ما مرّ]^(٣).

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

(١) وسائل الشريعة ٥٣١/٩، ح ٢٠ موثقة إسحاق بن عمار.

(٢) وسائل الشريعة ٥٣٣/٩، ح ٢٨ مرسلّة أبي بصير.

(٣) راجع الآراء الفقهيّة ٤٧٣/٣ من «أتمها باقية على ملك مالکها ولو طرأ عليه الموات».

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

ب: على تقدير تسليم أن مورد الروايات الأرض الخبرة المسبوقة بالإحياء إلا أن المتفاهم العرفي منها عدم خصوصية للمورد، جزماً وأنه لا فرق بين المسبوقة بالإحياء وغير المسبوقة به»^(١).

ورابعاً: يجاب عن مناقشته في المجموعة الثانية من الطائفة الأولى: «إن هذه الدعوى^(٢) إن كانت تقوم على أساس أنه لا إطلاق لها بالإضافة إلى الموات بالأصالة، وانما هي ناظرة إلى ملكية الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا رب لها فعلاً من ناحية إبادة أهلها أو انجلاته أو ما شاكل ذلك.

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

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

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

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

(١) الأراضي / ١٧ و ١٨.

(٢) «دعوى ان هذه النصوص التي جاءت بهذا العنوان «الأرض التي لا رب لها» مسوقة لبيان ملكية الإمام عليه السلام للأرض بما هي لا رب لها، لا بما هي موات بالأصالة، فحينئذ لا تدل على أن الموات بالأصالة بما هي موات ملك للإمام عليه السلام». [الأراضي / ٢٥].

وإن شئت قلت: أنّ حيثية الموات بالأصالة للأرض لا يتباين حيثية ما لا رب لها بحيث لا يمكن التقائهما في أرض واحدة، ليقال أنّ ما دل على ملكية الأرض من الحيثية الأولى لا يدلّ على ملكيتها من الحيثية الثانية لعدم انطباقها على ما تنطبق عليه الأولى. بل هما متداخلتان تداخل الأخص في الأعم، ومنطقتان في الخارج على أرض واحدة، فالأرض الموات بالأصالة تنطبق عليها حيثية ما لا رب لها، وهي داخلة في نطاق ملكية الإمام عليه السلام.

ومن الطبيعي أنّه لا فرق في دخولها في نطاق ملكيته عليه السلام بين أن يكون من جهة حيثيتها الخاصة وهي الموات بالأصالة، أو من جهة حيثيتها العامة التي تنطبق عليها وعلى غيرها - وهي حيثية ما لا رب لها -^(١).

وخامساً: يجاب عن مناقشته في الطائفة الثانية: أ: «لا موجب لحمل الملك في هذه الطائفة من النصوص على الملك الحقيقي بالمعنى المذكور، لوضوح أن هذا الحمل بحاجة إلى عناية زائدة، فلا يمكن الذهاب إليه من دون قرينة تشهد على ذلك. وبكلمة أخرى: لا شبهة في ظهور النصوص في الملك الاعتباري ولا يمكن رفع اليد عن هذا الظهور إلّا عند توفر قرينة على الخلاف ولا قرينة في المقام لا من الداخل، ولا من الخارج»^(٢).

ب: و«لو أغمضنا النظر عن ظهور النصوص في نفسها في ملكيّة الأرض للإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية الشرعية، إلّا أنّ في ذيلها قرائن تشهد على ذلك، وتؤكد أنّ ملكية الإمام عليه السلام للأرض كلّها حكم شرعي، ومن جهة تلك القرائن لا مناص من الالتزام بذلك. منها: فرض الطسق والأجرة له عليه السلام فيها تفريع على ملكيته لها، وهذا شاهد قطعي على أنّ ملكيته عليه السلام لها حكم شرعي، لا تكويني خارجي، ولا روحي محض. ومنها: تحليله عليه السلام الأرض للشيعة، دون غيرهم تفريعاً على ملكيته لها، فإنّه يدلّ

(١) الأراضي / ٢٥ و ٢٦.

(٢) الأراضي / ٢٩.

على أن الملكية هنا حكم شرعي لا غيره، نظراً إلى ظهور النصوص في التحليل المالكي. ومنها: فرض أن القائم (عج) إذا ظهر أخذ الأرض من أيدي غير الشيعة، وأخرجه^(١) منها صِفراً^(٢)، فإنه يدلّ بوضوح على أن ملكيتها للإمام عليه السلام حكم شرعي، لا تكويني، ولا معنوي، حيث أن شيئاً منهما لا يكون مانعاً عن تملك غيره وتصرفه فيها، ولا يكون محرّماً كما فرض فيها^(٣).
وأما مناقشته في الطائفة الثالثة: فمتينة جداً حيث لا يمكن الاستدلال بالنبيين المذكورين لعدم ثبوتها عندنا.

تنبيهات

الأول: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام

«إن المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام ملكية منصب الإمامة وقد يعبر عنها بملكية الدولة على أساس أن مَرَد ملكية منصب الإمامة إلى ملكية الدولة، وليست ملكاً خاصاً للإمام عليه السلام كسائر أملاكه الخاصة فإنه - مضافاً إلى بُعد ذلك في نفسه - يدلّ عليه أمران:

الأول: نصوص الباب - بمناسبة الحكم والموضوع - فإنها تصنف إلى مجموعتين: إحداهما: جاءت بهذا اللسان «الأرض كلها لنا» كما في صحيحة مسمع بن عبد الملك، وصحيحة الكابلي، فهذه المجموعة تدلّ - بمناسبة الحكم والموضوع - على أنها ملك عام للمنصب يعني - منصب الإمامة -، لا أنها ملك خاص للفرد.

والأخرى: جاءت بلسان: أن الأنفال للإمام عليه السلام، وفي بعضها أنها للرسول ﷺ ومن بعده للإمام عليه السلام فإنها تدلّ بوضوح على أنها ملك لمنصب الرسالة والإمامة.

الثاني: أنها لو كانت ملكاً خاصاً للإمام عليه السلام لكانت من جملة تركته عليه السلام بعده، وتقسم ميراثاً بين ورثته، مع أن الأمر ليس كذلك جزماً. بل هي تنتقل من إمام إلى إمام

(١) وفي المصدر: «ويخرجهم».

(٢) وفي المصدر: «صفرة».

(٣) الأراضي ٣١.

آخر سواء أكان للإمام السابق وارث غيره أم لا.
 فالنتيجة: أنّه لا شبهة في أنّها ملك عام للمنصب، لا للشخص.
 ثمّ ان هذه الملكية بطبيعة الحال تمتد بامتداد الإمامة، وتصرف منافعها في مصالح الدولة ونفقات الحكومة»^(١).

التنبيه الثاني: بماذا يتحقّق إحياء الأرض الميتة؟
 قد ورد في عدّة من الروايات أنّ عملية الإحياء تُوجِبُ ملكيّة الأرض فما هي هذه العمليّة؟

قال الشيخ: «وأما ما به يكون الإحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون غير أنّه إذا قال النبيّ -عليه وآله السلام-: «من أحيا أرضاً فهي له»، ولم يوجد في اللّغة معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العرف والعادة، فما عرفه النّاس إحياء في العادة كان إحياء، وملكت به الموات، كما أنّه لما قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، «وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض»، و«أنّ القطع يجب في قيمة المجنّ»، رجع في جميع ذلك إلى العادة. فإذا ثبت ذلك فجملة ذلك على أنّ الأرض تحيي للدار والحظيرة والزراعة فاحياؤها للدار فهي بأن يحوط عليها حائط ويسقف عليه، فإذا فعل ذلك فقد أحياها وملكها ملكاً مستقراً ولا فرق بين أن يبني الحائط بطين أو بآجر وجصّ أو خشب.
 وأمّا إذا أخذها للحظيرة فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين وهو الرهص أو خشب وليس من شرط الحظيرة أن يجعل لها سقف، وتعليق الأبواب في الدور والحظيرة ليس من شرطه، وفيهم من قال هو شرط والأوّل أقرب.
 وأمّا الإحياء للزراعة فهو أن يجمع حولها تراباً وهو الذي يسمى مرزاً وأن يرتّب لها الماء إمّا بساقية فيحفرها ويسوق الماء فيها، أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها ولا خلاف أنّ هذه الثلاثة شرط في الإحياء للزراعة وفي النّاس من ألحق بها أن يزرعها ويحرثها، والصحيح أنّه ليس من شرطه، كما أنّ سكنى الدار ليس من شرط الإحياء.

(١) الأراضى / ١٨٧.

وأما إذا أحيها للغراس، فإنه يملكها إذا ثبت الغراس فيها ورتب الماء فيها فإذا فعل ذلك فقد أحيها فإذا أحيها وملكها فإنه يملك مرافقها التي لا صلاح للأرض إلا بها»^(١).

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

وقد عرّف أنّه إذا قصد سكنى أرضٍ، فأحاط ولو بخشبٍ أو قصبٍ وسقفٍ، ممّا يمكن سكناه، سمّي إحياءً. وكذا لو قصد الحظيرة، فاقصر على الحائط من دون السقف. وليس تعليق الباب شرطاً.

ولو قصد الزّراعة، كفى في تملكها التحجير بمرزٍ أو مستّاة. وسوق الماء إليها بساقيةٍ أو ماشابهها. ولا يشترط حرارتها ولا زراعتها، لأنّ ذلك انتفاع كالسكنى. ولو غرس أرضاً فنبت فيها الغرس، وساق إليها الماء، تحقّق الإحياء. وكذا لو كانت مستأجمة^(٢)، فعضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة، وهيئها للعمارة، فإنّ العادة قاضيةٌ بتسمية ذلك كلّ إحياءٍ، لأنّه أخرجها بذلك إلى [حدّ] الانتفاع، الذي هو ضدّ الموات. ومن فقهاءنا الآن من يسمّي التحجير إحياءً، وهو بعيدٌ^(٣).

قال العلامة: «وأما الإحياء فإنّ الشرع ورد به مطلقاً، ولم يعيّن له معنى يختصّ به، ومن عادة الشرع في مثل ذلك ردّ الناس إلى المعهود عندهم المتعارف بينهم، كالقبض، فإنّه ورد في الشرع مطلقاً ولم ينصّ له على معنى، فيرجع الفقهاء فيه إلى الاستعمال المتداول بين الناس، وكذا الحرز، ونظائره كثيرة، وكذا الإحياء، وإنّما يظهر معناه بين الناس في عرفهم فيُنزّل عليه، ويكون المراد به في نظر الشرع كلّ ما يُعدّ إحياءً في العرف، وذلك يختلف باختلاف ما يُقصد عمارته من الموات»^(٤).

(١) المبسوط ٢٧١/٣ و ٢٧٢.

(٢) هي الموضع الذي يكثر فيه القصب. وغالباً ما تكون مأسدة؛ أي موضِعاً للأشود.

(٣) الشرائع ٢١٩/٣ و ٢٢٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٥١/١٩.

وقال أيضاً: «من عادة الشرع أنه إذا أطلق لفظاً ولم ينص على مسمى عنده يخالف العرف فإنه يُنزل على معناه في العرف، كالقبض والحرز في السرقة والتفرق، فإن الشرع ورد بذلك في قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١) وأنه نهى عن بيع ما لم يقبض^(٢)، وأن القطع يجب على السارق من الحرز^(٣)، ولم يبين كيفيته.

وإنما يرجع إلى العرف؛ لأنه ﷺ لا يعلق حكماً إلا على ما إليه طريق، فلمّا لم يبيّنه دلّ على أن طريقه العرف، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق؛ إذ لا طريق غيره.

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

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

(١) مسند أحمد ٧٤/٢، ح ٤٥٥٢ و ٤٠٣/٤، ح ١٤٨٩٠ و ٥٨٦/٥، ح ١٩٣١٢ و ٦٣٩/٥، ح ١٩٦٢٩؛ صحيح البخاري ٧٦/٣ و ٧٧ و ٨٤ و ٨٥؛ صحيح مسلم ١١٦٤/٣، ح ١٥٣٢؛ سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢، ح ٢١٨٢ و ٢١٨٣؛ سنن أبي داود ٣/٢٧٤-٢٧٣، ح ٣٤٥٧ و ٣٤٥٩؛ سنن الترمذي ٣/٥٤٧-٥٥٠، ح ١٢٤٥-١٢٤٧؛ سنن النسائي (المجتبى) ٧/٢٤٤-٢٤٥ و (٢٤٩-٢٤٧) و ٢٥١؛ السنن الكبرى (للنسائي) ٥/٤، ح ٦٠٤٩-١؛ سنن الدارقطني ٦/٣، ح ١٤؛ المستدرک (للحاكم) ١٦/٢؛ السنن الكبرى (للبهقي) ٥/٢٦٩-٢٧١؛ المصنّف (لابن أبي شيبة) ٧/١٢٤-١٢٦، ح ٢٦٠٩-٢٦٠٧ و ٢٦١١ و ٢٦١٧، ١٢٧/٧.

(٢) مسند أحمد ٣٥٥/١، ح ١٨٥٠؛ صحيح البخاري ٨٩/٣؛ السنن الكبرى (للنسائي) ٤/٣٦-٣٥، ح ٦١٨٨ و ٢-٦١٩٢؛ السنن الكبرى (للبهقي) ٥/٣١٣؛ المعجم الكبير (للطبري) ١١-١١، ح ١٠٨٧١ و ١٠٨٧٢، و ١٢/١٠٨٧٤ و ١٠٨٧٥؛ المصنّف (لابن أبي شيبة) ٦/٣٦٨، ح ١٣٧٨.

(٣) السنن الكبرى (للبهقي) ٨/٢٦٣.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ٤١

القصب بحسب العادة، ولا يجب تعميم السقف على الحيطان الدائرة على البقعة، بل يكفي فيه ما يمكن السكنى معه، ولأن اسم الدار حينئذ يقع عليه. هذا قول الشيخ ^(١)، وهو قول أكثر الشافعية ^(٢). وبعضهم لم يشترط التسقيف في إحياء الدار ^(٣). وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإنه اكتفى بتحويط الجدار لا غير؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ» ^(٤). ولأن الحائط حاجز منيع، فكان إحياء، كما لو جعلها حظيرة للغنم؛ لأن القصد لا اعتبار به، لأنه لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجصٍّ وأجرٍ وقسمها بيوتاً فإنه يملكها، وهذا لا يعمل للغنم مثله، ولأنه لو بناها للغنم مَلَكَهَا بمجرد الحائط، فإذا مَلَكَهَا جاز له أن يبنها داراً من غير اشتراط تسقيف ^(٥)، ولا بأس بذلك. واشترط أكثر الشافعية في إحياء الدار تعليق الباب؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يُتخذ مسكناً ^(٦). ولم يذكره الشيخ رحمه الله ولا بعض الشافعية؛ لأن نصب الباب للحفظ، والسكنى لا تتوقف عليه.

(١) المبسوط ٢٧١/٣.

(٢) الحاوي الكبير ٤٨٦/٧؛ المهذب (للشيرازي) ٤٣١/١؛ نهاية المطلب ٢٩٢/٨؛ الوجيز ٢٤٤/١؛ الوسيط ٢٢٥/٤؛ حلية العلماء ٤٩٨/٥؛ التهذيب (للبيهقي) ٤٩٣/٧؛ البيان ٤١٥/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

(٣) نهاية المطلب ٢٩٥/٨؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

(٤) المصنف (لابن أبي شيبه) ٧٦/٧، ح ٢٤٣٢؛ مسند أحمد ٦٣٨/٥، ح ١٩٦٢٠ و ٦٥٣/٥، ح ١٩٧٢٦؛ سنن أبي داود ١٧٩/٣، ح ٣٠٧٧؛ المعجم الكبير (للطبراني) ٢٥٢/٧، ح ٦٨٦٦ و ٦٨٦٧؛ السنن الكبرى (للبيهقي) ١٤٨/٦.

(٥) المغني ١٩٨-١٩٧/٦؛ الشرح الكبير ١٧٩-١٧٨/٦.

(٦) المهذب (للشيرازي) ٤٣١/١؛ الوجيز ٢٤٤/١؛ حلية العلماء ٤٩٨/٥؛ البيان ٤١٥/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

مسألة: لو أراد إحياء أرضٍ يتخذها زريبةً للدواب أو حظيرةً تجفف فيها الأثمار أو يجمع الحطب أو الحشيش، اشترط التحويط لا غير، ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً؛ قضاء للعرف فيه، ولا يكفي نصب سعفٍ وأحجار من غير بناء؛ لأنَّ المتملك لا يقتصر عليه في العادة، وإنما يفعل مثله المجتاز المرتفق.

ولو حوَّط بالبناء في طرفٍ واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، [ف]للشافعية قولان، أحدهما: الاكتفاء، والثاني: عدمه.^(١) ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً.

وفي اشتراط تعليق الباب ما سبق من الخلاف.

مسألة: لو قصد الإحياء لا تخذ الموات مزرعةً، اعتُبر في إحيائه أمور: الأول: جمع التراب حواله لينفصل الموحيا عن غيره، ويُسمَّى المرز، وفي معناه نصب قصبٍ وحجرٍ وشوكٍ وشبهه، ولا حاجة إلى التحويط إجماعاً، فإنَّ معظم المزارع بارزة.

الثاني: تسوية الأرض بطم الحُفَر التي فيها، وإزالة الارتفاع من المرتفع، وحراثتها، وتليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماءٍ يساق إليها فلا بدَّ منه لتتهيأ الأرض للزراعة. الثالث: ترتيب مائها إما بشق ساقيةٍ من نهرٍ أو حفر بئرٍ أو قناةٍ وسقيها إن كانت عادتُها أنَّها لا تكتفي في زارعتها بماء السماء، وإن اكتفت به فلا حاجة إلى سقيٍ ولا ترتيب ماءٍ.

وإذا احتاجت في السقي إلى النهر، وجب تهيئة ماءٍ من عينٍ أو نهرٍ أو غيرهما. فإذا هيأة، فإن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى، ولم يشترط إجراء الماء ولا سقي الأرض، وإن لم يحفر بَعْدُ، فللشافعية وجهان.^(٢) وبالجمله، السقي نفسه غير محتاج إليه في تحقُّق الإحياء، إنما الحاجة إلى ترتيب

(١) العزيز شرح الوجيز ٢٤٤/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٢٤٥/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.

ماءٍ يمكن السقي منه.

وأراضي الجبال التي لا يمكن سَوْقُ الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعية: لا مدخل للإحياء فيها، وبني عليه أنا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضي في يد إنسانٍ لم يُحكم بأنّه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته. والوجه: أنّها تُملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود، وكثير من المزارع تستغني عن سوق الماء [إليها] بالمطر.

وهل تشترط الزراعة لحصول الملك في الزراعة؟ الوجه: العدم؛ فإنّ الزراعة استيفاء منفعة الأرض، واستيفاء المنفعة خارج عن حدّ الإحياء، كما أنّه لا يعتبر في إحياء الدار أن يسكنها، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: الاشتراط؛ لأنّ الدار والزريبة لا تصير محياةً إلا إذا حصل فيها عين مال المُحيي، وكذا المزرعة.^(١)

مسألة: لو قصد الإحياء بزرع بستانٍ فلا بدّ من التحويط، ويرجع فيما به يحوِّط إلى العادة، فإن كانت عادة البلد بناء الجدار لزم البناء، وإن كانت عادتهم الحظيرة بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين، اعتُبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفي جمع التراب حوالیه، كالمزرعة.

والقول في سَوْقِ الماء إليه على ما تقدّم في المزرعة.

وهل يعتبر غرس الأشجار أم لا؟ مَنْ اعتبر الزرع في المزرعة اعتبر [الغرس] في البستان بطريق الأولى، ومَنْ لم يعتبره اختلفوا في الغرس على وجهين، ومُعظمهم اعتبره. والفرق: أنّ اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزراعة، واسم البستان لا يقع قبل الغراس، ولأنّ الزرع يسبقه قلب الأرض وحرثها، فجاز أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شيء يقام مقامه، ولأنّ الغرس يدوم، فألحق بأبنية الدار، والزرع بخلافه.^(٢) والوجه: أنّه لا بدّ من أحد أمرين: إمّا الحائط أو الغرس ليتحقّق الاسم.

(١) الوسيط ٤/ ٢٢٥؛ التهذيب (للبغوي) ٤/ ٤٩٤؛ البيان ٧/ ٤١٦؛ العزيز شرح الوجيز

٢٤٥/ ٦؛ روضة الطالبين ٤/ ٣٥٥.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٦/ (٢٤٦-٢٤٥)؛ روضة الطالبين ٤/ ٣٥٥.

وكذا الأرض إذا زُرعت بماءٍ سبق إليها فقد تمّ الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها. تنبيه: لو كانت الأرض مستأجمةً فعُضد شجرها وأصلحها، أو كانت المياه غالبيةً فقطعها عنها وهيأها للعمارة، كان ذلك إحياءً عرفاً^(١).

قال صاحب الجواهر: «(و) لا خلاف بين الأصحاب في أنّ (المرجع فيه إلى العرف؛ لعدم التنصيص شرعاً) على كيفية خاصة له حتى تقدّم عليه (و) لا (لغة) لو قلنا بتقدّمها عليه، وما كان كذلك فلا إشكال في الرجوع فيه إلى العرف»^(٢).

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

ومن الطبيعي أنّ هذه الفرصة لم تكن متاحة قبل إحيائها، وإنّما نتجت عن عملية الإحياء: والعامل على أساس خلقه تلك الفرصة فيها بعمله وجهوده اكتسب حقاً فيها، ومن أجل^(٣) ذلك يكون أولى بها من غيره.

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

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

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

(١) تذكرة الفقهاء ١٩/ (٤٥٦-٤٥١).

(٢) الجواهر ٩٥/ ٣٩ (٦٥/ ٣٨).

(٣) في المصدر: «ومن أجل».

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

وعلى الجملة: فإحياء كل شيء عبارة من إحداث ذلك الشيء في الخارج بعنوانه، ومن الطبيعي أنه يختلف باختلاف أجزائه الرئيسية المقومة له^(١).

بقي هنا أمر؟

وهو هل الإحياء منوط بالقصد ويعتبر في صدقه قصده أم لا؟
«ظاهر ما مرّ من المبسوط والشرائع والتذكرة وكذا المسالك^(٢) أن صدق الإحياء يختلف بحسب ما يقصد من العمارة، فالتحويط على أرض بقصد الحظيرة إحياء لها وبقصد الدار تحجير ولا يصدق عليه الإحياء إلا بعد التسقيف ولو ببعضها. ويظهر من بعض عدم دخل القصد في ذلك وأنه يكتفي بأدنى العمارات في صدق الإحياء مطلقاً.

ويظهر من موضع من التذكرة أيضاً اختيار ذلك.

قال: «لو قصد نوعاً وفعل إحياء يملك به نوعاً آخر، كما إذا حوَّط بقعة بقصد السكنى، وهذا الإحياء إنما يتحقق في تملك حظيرة الغنم وشبهها هل يفيد الملك؟ الوجه عندى ذلك، فإنه ممّا يملك به الحظيرة لو قصدها وهو أحد وجهي الشافعية. والثاني أنه لا يملك به إلا لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً، واستحالة التالي ممنوعة»^(٣).

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

(١) الأراضى / ١٨٣ و ١٨٤.

(٢) المسالك ١٢ / ٤٢٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٩ / ٤٥٧، مسألة ١١٩٨.

عرفاً ولو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأوّل وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات»^(١)»^(٢).

أقول: ولكن الظاهر «إنّ الأمور الخارجية التكوينية ليس قوامها وافتراق بعضها عن بعض بالقصد، وإنّما يتقوم به ويمتاز بسببه الأمور الاعتبارية المحضة. والإحياء والعناوين الحاصلة بسببه أمور خارجية تكوينية فلا تتقوم ولا تمتاز بالقصد. ويؤيد ذلك أنه لو حوّل رجل أرضاً فالعرف إما أن يحكم عليه بأنه إحياء أو لا يحكم، لأنهم يجبلون الأمر إلى السؤال عن المحوّل وعن قصده وأنه هل قصد بالتحوّل الحظيرة أو الدار مثلاً. وعلى هذا فالملك في صدق الإحياء تهوّل الأرض فعلاً لأن ينتفع بها بواحد من الانتفاعات المتعارفة المترتبة، فتدبر»^(٣).

الثالث: الإحياء سببٌ لملكية الأرض للمحيي

هل الإحياء سبب ملكية الأرض لمحييها - كما هو المختار وقد تقدم ممّا البحث في الكتاب^(٤) - أو توجب صلة المحيي بالأرض على مستوى الحقّ فحسب دون الملك^(٥)، وتظهر ثمرة القولين في الموات بالعرض إذا كانت لها سابقة الإحياء الإنساني فعلى الأوّل - وهو المختار - بقاء رقبة الأرض على ملك مالكة المحيي أو ورثته، وعلى الثاني أحقيّة المحيي مُنوطّة ببقاء إحيائه وإذا خربت الأرض وذهبت آثار إحياء المحيي فقد سقطت أحقيّته ويجوز للغير إحيائها وأما على ملكية رقبة الأرض فلا يجوز للغير التصرف فيها ولذا قلنا: «والحاصل ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكية رقبة الأرض للمحيي - بلا فرق بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً - ولا تخرج عن ملكه إلا

(١) جواهر الكلام ٩٧/٣٩.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ١٨٣/٤ و ١٨٤.

(٣) دراسات في ولاية الفقيه ١٨٥/٤.

(٤) الآراء الفقهية ٤٧٢/٣.

(٥) كما اختاره آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - دام ظله - في كتابه الأراضي ١٨٤ وما قبلها.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ٤٧

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

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحيائها ولكن لو علم المحيي أو حضر المالك يجب على المحيي رد رقبة الأرض والأجرة له»^(١).

٢- الأرض العامرة بالأصالة

وهي الأراضي التي كانت عامرة بالأصل أي لا من مُعَمَّرٍ فهي من الأنفال وتكون للإمام عليه السلام.

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

قال العلامة في القواعد: «كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلم فهي للإمام»^(٢).

قال في المفتاح: «كما طفحت بذلك عباراتهم بخلاف من أحد، وفي التذكرة^(٣) الإجماع عليه. وهذا إذا كانت الأرض في بلاد الإسلام كما في التحرير^(٤) وغيره^(٥)، لأن أراضي بلاد الكفر إذا جرى عليها ملك الكافر فهي له، وإن كان بالإحياء ولا تكون للإمام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوة أو صلحاً أو أسلموا عليها طوعاً. ولا فرق في هذه الأرض بين أن تكون مواتاً وأن تكون قابلة للانتفاع بغير إحياء»^(٦).

وقال في الجواهر: «بخلاف أجده فيه»^(٧).

(١) الآراء الفقهية ٣ / (٤٧٣-٤٧٢).

(٢) القواعد ٢ / ٢٦٧؛ ونحوها في الشرائع ٣ / ٢١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات في أراضي بلاد الإسلام ٢ / ٤٠٠، س ٣٠، قال صاحب الآراء

الفقهية: لم أجده في التذكرة مع كثرة تتبعي فيها. والله العالم.

(٤) تحرير الأحكام: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤ / ٤٨٣.

(٥) كإرشاد الأذهان: الجهاد في الأرضين ٢ / ٣٤٨.

(٦) مفتاح الكرامة ١٩ / ٢٧ و ٢٨.

(٧) الجواهر ٣٩ / ٢٣ (١٩ / ٣٨).

وتدلّ عليه عدّة من الروايات:

منها: موثقة إسحاق بن عمار الماضية عن أبي عبد الله عليه السلام: ... وكلّ أرض لا ربّ لها، الحديث^(١).

ومنها: رسالة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكلّ أرض لا ربّ لها، وكلّ أرض باد أهلها فهو لنا^(٢). قال الشيخ الأعظم: «ولا يخصّص^(٣) عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلّ أرض مميّنة لا ربّ لها»؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً^(٤)».

اعتراض النائي على الشيخ الأعظم ونقده

واعترض عليه المحقّق النائي بقوله: «والأولى ان يقال بالمنع عن التقييد من أصله وذلك لأنّ مورد حمل المطلق على المقيّد إنّما هو فيما إذا ثبت وحدة المطلوب من الدليلين، وذلك عند ما إذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما في «اعتق رقبة مؤمنة» إذا استفيد وحدة المطلوب وأنّه ليس إلّا صرف الوجود من العتق، وأمّا إذا كان المطلوب على نحو الطبيعة السارية للمقتضي للعموم فلا موقع معه للحمل كما في مثل «إكرام العالم» و «إكرام العالم العادل» حيث لا يحمل المطلق على المقيّد بل يؤخذ بكل منهما ويقال بمطلوبية إكرام كل عالم من العدول وغير العدول، وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لا تنافي بين كون مطلق الأراضي التي لا ربّ لها للإمام عليه السلام وبين كون الموات منها أيضاً له عليه السلام، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيّد وارداً في مقام بيان حكم الموات

(١) وسائل الشيعة ٥٣١/٩، ح ٢٠.

(٢) وسائل الشيعة ٥٣٣/٩، ح ٢٨.

(٣) الظاهر أنّ المخصّص جمع من الأصحاب ومنهم صاحب الجواهر في كتابي الخمس ٤٦٥/١٦ و ٤٦٨ (١٦/١١٨ و ١٢٠) وإحياء الموات ١١/٣٩ (١١/٣٨).

(٤) المكاسب ١٦/٤.

بالأصل، بل الظاهر بقريضة التقييد بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لا رب لها أنه في مقام بيان حكم ما عرضه الموت وأنه على قسمين، ماله مالك معلوم وما لا يعلم مالكة وأن حكم ما لا رب له أنه للإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ، وحينئذٍ ينبغي أن يقال: إن هذا القيد أعني كونه ممّا لا رب لها وارد مورد الغالب لأن التقييد بالميتة وارد مورد الغالب إذ هو لبيان الموضوع حينئذٍ كما لا يخفى^(١).

ولكن يمكن مناقشة النائني رحمته الله: أولاً: بالمناقشة «في المثال الذي ذكره للقسم الثاني بـ «أكرم هاشمياً» و «أكرم هاشمياً عالماً» حيث إنه من قبيل صرف الوجود»^(٢).

وثانياً: «إنّ عدم حمل المطلق على المقيد في القسم الثاني إنما هو في فرض عدم ثبوت المفهوم للقيد بأن لا يكون احترازياً وإلا فلو فرض ثبوت المفهوم في الكلام فلا إشكال في لزوم حمل المطلق على المقيد، فلو ورد «لا تشرب الخمر» و «لا تشرب الخمر» إن كان من التمر» فلا بدّ من تقييد إطلاق المطلق بواسطة المفهوم المستفاد من الشرط، فالصحيح في الجواب ما أفاده الشيخ»^(٣) الأعظم رحمته الله.

وثالثاً: «إنّ الموضوع التام هو الأرض فقط، وأمّا الميتة فهي خارجة عن الموضوع وقيد له مثل كلمة «لا رب لها» فللأرض قيدان»^(٤).

مناقشة المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم

ناقش المحقق الإصفهاني في حمل الشيخ الأعظم رسالة حماد الطولية^(٥) على الوصف الغالب بقوله: «إنّ الظاهر من قولهم عَلَيْهِ السَّلَامُ «لا رب لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنّ يكون له ربّ وأن لا يكون له ربّ، ومن الواضح أنّ الموات بالأصالة ليست

(١) المكاسب والبيع ٣٦٧/٢ و ٣٦٨.

(٢) تعليقة العلامة الآية الشيخ علي أصغر الأحمد الشاهرودي رحمته الله على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ١١٦/٣.

(٣) تعليقة العلامة الآية الشيخ علي أصغر الأحمد الشاهرودي رحمته الله على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ١١٦/٣.

(٤) المصدر ١١٧/٣.

(٥) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح ٤.

كذلك، إذ لا يمكن أن يكون لها مالك إلا بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً، بخلاف العامة بالأصالة، فإنها مع انحفاظ عنوانها يمكن أن يكون لها ربٌ بالحيازة، وأن لا يكون لها ربٌ بعدم الحيازة.

وعليه فما وصف بأنها لا رب لها ينحصر في الأرض العامة وفي الميتة بالعرض، وحينئذٍ لا يمكن أن يكون الاعتبار في الميتة بالعرض بحيثية مَوْتَانِهَا، فإنَّ لازمه أن تكون العامة التي حازها الشخص فماتت ملكاً للإمام عليه السلام وإن كان لها مالك فعلاً، بناءً على أن النزاع المعروف في باب إحياء الموات مختص بما إذا ماتت بعد الإحياء لا بعد الحيازة، وأنَّ حالها حال سائر ما حازه الانسان من عدم خروجه عن ملكه إلا بناقل شرعي. ومنه يعلم أنَّ التوصيف بكونها^(١) «لا رب لها» في المرسلة وفي الإطلاقات لا يقبل الحمل على الغلبة، ولا يصح تنزيل الإطلاقات على بيان مالكية الإمام عليه السلام للموات بما هي موات، فتدبر جيداً^(٢).

ويرد عليه: أولاً: قوله عليه السلام: «الظاهر من قولهم عليه السلام «لا رب لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنَّ يكون له ربٌّ وأن لا يكون له ربٌّ، ومن الواضح أنَّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا يمكن أن يكون لها مالك إلا بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً^(٣). معارض لقوله عليه السلام السابق: «وأما الأرض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لمالكيته عليه السلام لما لا مالك له وتوصيفها بالميتة... من باب الغلبة»^(٤). وبين المقالتين معارضة واضحة وسبحان من لا يسهو.

وثانياً: قد مرَّ أنَّ النسبة بين الخراب والعُمران، أو الموات والعامة هي ثنائي ولا ثلاثي فيحنئذٍ قوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها» أعمُّ من الأرض الميتة بالأصالة والميتة بالعرض والعامة عندنا وأما بناءً على مقالة المحقق الإصفهاني يختص بالأرض الميتة

(١) الميتة.

(٢) حاشية المكاسب ٢٢/٣.

(٣) حاشية المكاسب ٢٢/٣.

(٤) حاشية المكاسب ١٦/٣.

بالعرض والعامرة فقط دون الأرض الميئة بالأصالة.

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

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

وخامساً: القيود المذكورة في رسالة حماد الطويلة^(١) فاقدة للمفهوم بقريته سياقها «والشاهد على ذلك أنه قد ذكر في رسالة حماد قبل هذه الفقرة المستشهد بها على التقييد قوله: «وكل أرض خربة قد باد أهلها» حيث أدرجت الأراضي الخربة في سياق الأنفال، ولا شك في أنها فاقدة للمفهوم، لأن مطلق الأراضي التي باد أهلها عنها تعد ملكاً للإمام، سواء كانت عامرة أو خربة، لأن الإمام وارث من لا وارث له، فتمام الموضوع هو انقراض الأهل عن الأرض، ولا دخل لخرابها وعدمه في الموضوع، وبرغم ذلك نجد أن الأرض قد وصفت في الرسالة بالخربة، ولذلك لا يمكن عد الأوصاف المذكورة في هذه الرسالة - ومنها وصف الميئة - قيوداً لتحديد الموضوع، بل الأوصاف المذكورة جميعها من باب الغلبة، لا من باب الدلالة على الانتفاء عند الانتفاء ليستفاد من مفهومها في المقام عدم ملكية الإمام للأراضي العامرة. وبالتالي فما ذهب إليه الشيخ من حمل الأوصاف

(١) وسائل الشيعة ٩/ ٥٢٤، ح ٤.

على الغلبة صحيح لكن بهذا التوجيه»^(١).

مناقشة الأستاذ المحقق - مدظله - للشيخ الأعظم

ذهب الأستاذ المحقق - مدظله - أولاً: إلى منع وصف قيد «ميتة» في رسالة حماد الطويلة في قوله عليه السلام: «كل أرض ميتة لا رب لها»^(٢)، غالبياً بقرينة عامة وهي: «أن القيود المذكورة خلال الأحكام الإنشائية أو الإخبارية إنما هي قيود احترازية، ولأجل تحديد الموضوع، وبيان المواصفات الضرورية واللازمة فيها، ولا يمكن عدّها أوصافاً غالبة، ولذلك تثبت لها المفهوم، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن الإمام عليه السلام من خلال قوله: «كل أرض ميتة لا رب لها» يحدّد موضوع الأنفال وبقيد هذه الأراضي بقيدتين: كونها ميتة ولا رب لها، فإذا روية حماد تحدّد ملكية الإمام بالأرض المقيّدة بهذين القيدتين، ومن خلال ذلك يعرف ثبوت المفهوم لها وأن الأرض العامرة التي لا رب لها ليست ملكاً للإمام عليه السلام»^(٣).

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

ودعوى: أن الرسالة منجبرة بعمل الأصحاب بمضمونها.

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

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

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

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

عملاً.

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٠٥.

(٢) وسائل الشيعة ٩ / ٥٢٤، ح ٤.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٤٠٤.

أما الأول: فلا اعتبار به لغير من اعتمد عليها واستند بها، بمعنى أن وثوق فقيه برواية ما حجة عنده لا عند غيره من الفقهاء، فإذا اطمأن الصدوق أو الكليني بصدور رواية عن الإمام فإن وثوقه بذلك حجة له لا لغيره.

أما الثاني: فهو مفيد في المسانيد دون المراسيل، بمعنى أنه إذا كانت الرواية مسندة وجهلنا وثاقة أحد رواتها، فحينئذ يعد عمل الأصحاب بها توثيقاً عملياً لرواتها وتكون حجة للجميع، أما إذا كانت الرواية مُرسلة فإن عمل الأصحاب بها لا ينتهي إلى توثيق الرواة والرواية، وبالتالي فإن مطلق المرسلات غير قابلة للانجبار بعمل الأصحاب. ومرسلة حماد من هذا القبيل ولذلك لا مجال لتصحيحها وتوثيقها بعمل الأصحاب بها^(١).

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

وثانياً: «ثبوت المفهوم للقيد إنما هو من جهة أنه لو لم يكن احترازياً دالاً على المفهوم لزم لغويته، ففي القيد الوارد مورد الغالب لما لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلا فلا فرق بينه وبين غيره من القيود، والأولى أن الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغوية من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم، فإن ذكره قد يكون من جهة كون المقيد مورد السؤال أو من جهة عدم كون غيره مورد الابتلاء كما في الرواية المزبورة حيث إن الأراضي التي هي مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً»^(٢).

وثالثاً: مرسلة حماد الطويلة مُنْجَبَرٌ ضعف إسنادها بعمل الأصحاب عندنا لإفتائهم على مضامينها مع وضوح إرسالها فهي تعد من المعتبرات عندهم - أعلى الله كلمتهم ومقامهم -.

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٠٥ و ٤٠٦.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢ / ٢٣٨.

والمختار في المقام:

أقول: لا معارضة بين الدليلين المثبتين هنا وهما: «كل أرض لا رب لها»^(١) و «وكل أرض ميتة لا رب لها»^(٢) وإن كان الثاني أخص من الأول لعدم إحراز تكليف واحد في المقام، وغالبية القيد في الثاني فلا تنافي بينهما. فثبت أن الأراضي العامة بالأصالة معدودة من أملاك الإمام عليه السلام بالملكية الاعتبارية والله العالم.

فرع: هل تملك الأرض العامة بالأصالة بالحياسة؟

قال الشيخ الأعظم: «وهل تملك هذه بالحياسة؟ وجهان: من كونه مال الإمام، ومن عدم منافاته للتملك بالحياسة، كما يملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل في عموم النبوي: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به»^(٣)»^(٤).
أقول: النبوي المذكور مرسل لا يمكن الوثوق به ولا ينجر ضعفه بعمل الأصحاب، هذا من جهة السند.

وأما الدلالة: ففيها أولاً: اعترض المحقق الخراساني بقوله: «إنما سبق الإطلاق مساق أحقية السابق، وعدم جواز مزاحمة اللاحق، لافي مساق جواز السبق حتى كان عدم جواز السبق إلى أموال الناس بدليل خاص، فلا يجوز التمسك بإطلاقه فيما إذا شك في جوازه، كالأرض العامة التي هي تكون ملكاً للإمام عليه السلام»^(٥).

وأجاب عنه المحقق الإصفهاني بقوله: «أنه بالمطابقة يدل على الترخيص في السبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد، وبالتزام على أنه لا يجوز مزاحمته، حيث إنه مقتضى كونه أحق به ولا يجوز مزاحمة ذي الحق، فيكون كقوله عليه السلام «من أحيى أرضاً ميتة فهو

(١) وسائل الشريعة ٥٣١/٩، ح ٢٠.

(٢) وسائل الشريعة ٥٢٤/٩، ح ٤.

(٣) عوالي اللآلي ٤٨٠/٣، ح ٤؛ ومستدرک الوسائل ١١٢/١٧، ح ٤، الباب الأول من أبواب إحياء الموات.

(٤) المكاسب ١٧/٤.

(٥) حاشية المكاسب ١٠٥.

أحق بها، وهي له»^(١) فإنه يتضمن الترخيص الشرعي في الإحياء، وأنه سبب للأحقية أو الملكية، فذلك هنا يكون دليل السبق دالاً على سببية السبق للأحقية»^(٢).

وفيها ثانياً: «إن مجرد الأحقية لا يقتضي الملكية، وإن كانت لاتنافيها أيضاً، فالاستدلال للملك بالحيازة بمجرد الأحقية هنا وفي المباحات غير وجيه، بل لابد من إقامة دليل آخر على الملكية»^(٣).

ويمكن أن يجاب عنه: «إن الارتكاز العرفي الناشئ من استقرار السيرة العقلانية الثابتة من صدر الإسلام - بل قبله - على إحياء الأراضي التي لا رب لها، وترتيب آثار الملك عليها كما هو بناء الدول أيضاً، والشارع لم يردعهم عن ذلك، بل أمضى طريقتهم. وبالجمله: فالارتكاز المزبور يمنع احتمال غير الملك من الأحقية كالأباحه، بل المراد بها الأحقية في الملكية»^(٤).

وفيها ثالثاً: «إن الموات التي هي مورد الإحياء ودليله مختصة بالإمام عليه السلام، فيكون «من أحيى» ترخيصاً شرعياً ومالكياً منه في الإحياء المملك مثلاً.

وأما مورد دليل السبق فغير مختص بالأراضي ولا بخصوص الإمام عليه السلام، ليكون كدليل الإحياء فيلزمه جواز السبق إلى ملك كل أحد أيضاً، ومع استفادة تقيده بعدم كون المورد متعلقاً لحق الغير بالسبق أو غيره - ويدل بالفحوى على عدم كونه ملكاً للغير - فلا مجال للاستدلال به هنا، لأنه لا يعم ما هو ملك الغير إماماً كان أو غيره، وإلا لجاز السبق إلى سائر أموال الإمام عليه السلام، لو جعل هذا إذنًا مالكياً في السبق إلى ماله»^(٥).

ويمكن أن يجاب عنه: «لا منشأ لاحتمال إرادة معنى عام يشمل غير الأراضي من

(١) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٢، ح ٤ صحيحة محمد بن مسلم: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم».

(٢) حاشية المكاسب ٢٣/ ٣.

(٣) حاشية المكاسب ٢٣/ ٣.

(٤) هدى الطالب ٦/ ٤٣٤.

(٥) حاشية المكاسب ٢٣/ ٣.

سائر أموال الإمام عليه السلام فضلاً عن أموال غيره عليه السلام، وذلك للإتكاّز المزبور، ولكون مورد الإحياء ملك الإمام بالإمامة، لا ملكه الشخصي الذي يرثه الوارث، ولا مال غيره. والسبق إلى مال الإمام عليه السلام لا ينطبق إلّا على الموات من الأرض والمحياة ذاتاً، وعلى ما فيها من الأشجار والنبات»^(١).

وفيها رابعاً: «الحديث يثبت للسابق الحقّ فيما سبق إليه دون المسبوق، ولا شكّ أنّ حقّ الإمام أسبق من حقّ المحيي، بمعنى أنّ ملكيّة الإمام للأرض العامرة أسبق من عمران المحيي، وبالتالي لا يبقى موضوع للحديث لكي يستدلّ به»^(٢). ويمكن أن يجاب عنه: النبي صلى الله عليه وآله الذي كان حقّه مقدّماً على الإمام عليه السلام أجاز السبق والتصرف والملكيّة عليها فلا تنافي بين ملكيّة الإمام للأراضي العامرة بالأصالة وجواز تملكها لمن سبق إليها.

وبالجملة: «لا ينبغي الإشكال في دلالة النبوي على تملك الأرض العامرة بالحيّازة. لكن ضعف السند يمنعه عن الاعتبار»^(٣).

مضافاً إلى ورود روايات التحليل في خصوص شيعتهم عليهم السلام كما في صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك: كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، الحديث^(٤).

وفي خبر يونس بن ظبيان أو المعلّى بن خنيس: وما كان لنا فهو لشيعتنا، الحديث^(٥).

فبالنسبة إلى الشيعي الملكيّة ثابتة بلا ريب. والله العالم.

نعم، يمكن أن يناقش في هذا الارتكاّز العرفي بالنقاش في منشئه وهي السيرة

(١) هدى الطالب ٦ / ٤٣٤.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٠٨.

(٣) هدى الطالب ٦ / ٤٣٥.

(٤) وسائل الشيعة ٩ / ٥٤٨، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

(٥) وسائل الشيعة ٩ / ٥٥٠، ح ١٧.

العقلانية الثابتة في عصر التشريع - بل قبله - على إحياء الأراضي التي لا رب لها، ومنها: الأراضي العامرة بالأصالة، وإحيائها حيازتها، فالسيرة العقلانية قائمة على تملك الأراضي العامرة بالأصالة بالحيازة.

وأما المناقشة في هذه السيرة العقلانية المدعاة

فلم تثبت سيرة من العقلاء على تملك الأراضي العامرة بالأصالة بالحيازة، «بل لا يبعد ثبوتها على خلفه، فإنَّ العقلاء حسب فطرتهم الأولية لا يعترفون بتلك الأسباب التي تكون مظهر من مظاهر القوة والتحكم على الآخرين، فإنَّها أسباب ولَّدتها الظروف الثانوية في المجتمعات التي لا تقوم على أساس العدل والقيم الإنسانية، وإنما تقوم على أساس مظاهر القوة واللاعقلانية. ومن الطبيعي أنَّه لا قيمة لتلك الأسباب، لا لديهم، ولا لدى الإسلام نهائياً.

أو قل: إنَّ الإسلام لم يعترف بحيازة الأرض والسيطرة عليها على أساس القوة والتحكم على الآخرين في ميدان وجود المنافسة عليها من قبل هؤلاء، ولم يرها مصدراً لوجود حق فيها.

نعم، إنَّ كانت السيطرة عليها على أساس إنفاق العمل وبذل الجهد فيها - لخلق الشروط والفرصة للاستفادة منها والانتفاع بها كما إذا كانت الأرض ميتة أو لاستغلالها والانتفاع بها كما إذا كانت حية - فالإسلام وإن كان قد اعترف بها إلا أنَّ اعترافه بذلك في الأولى إنما هو على أساس أنَّها تحمل طابع الإحياء فيها. لا طابع الحيازة والسيطرة. وفي الثانية إنما هو على أساس العمل والانتفاع بها. فالنتيجة أنَّ مصدر الحق فيها لدى الإسلام إنما هو العمل فلا قيمة للسيطرة بدونه أصلاً.

وبكلمة أخرى: إنَّنا قد اكتشفنا اعتراف الإسلام من خلال نصوصه التشريعية، أو البناء من العقلاء بهذا الإطار العام وهو أنَّ كلَّ عاملٍ في المصادر والثروات الطبيعية يملك نتيجة عمله - على اختلاف نوع العمل، ونوع النتيجة - على ضوء الشرائط المبيَّنة في محلّها. ومن هنا تختلف نتيجة عمل العمال في الأرض الميتة عن نتيجة عمله في الأرض الحيّة طبيعياً على أساس اختلاف نوع العمل فيهما.

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

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

وأما نتيجة عمله: في الأرض الحيّة بطبيعتها - فبما أنّها لم تكن خلق الشروط والفرصة للانتفاع بها، لفرض أنّ تلك الشروط متوفرة فيها ذاتاً وبدون بذل جهد بشري وأنّ العامل فيها لم يخلق صفة لها ذات قيمة اقتصادية، وإنّما قام بالانتفاع بزرعها، وغرس أشجارها، أو ما شاكل ذلك - فهي بطبيعة الحال إنّما هي ما نجم عن عمله وجهده فيها وهو الزرع أو الشجر في فرض الكلام فالعامل إنّما يملك ذلك على ضوء الإطار العام المزبور - كلّ عامل يملك نتيجة عمله - ولا يملك صفة في الأرض ما دام أنّه لم يخلق فيها شيئاً. ومن الطبيعي أنّ عمله الانتفاعي بها لا يبرر اختصاص العامل برقبة الأرض. نعم ما دام هو يمارس العمل فيها ويواصل في زراعتها كان أحقّ من غيره بالانتفاع بها، وليس لغيره أن يزاحمه فيه، على أساس أنّه بالبناء القطعي من العقلاء قد اكتسب حقّ الأولوية فيها بقيامه باستغلال الأرض والانتفاع بها، فإنّ من حقّه في هذا الحال الاحتفاظ بها ومنع الآخر من مزاحمته وانتزاع الأرض منه، لأنّ الآخر ليس أولى من الذي ينتفع بها فعلاً.

ولا يحصل على حق أوسع من ذلك بنكتة أنه معلول لانتفاعه بها، ولا يعقل أن تكون دائرة المعلول أوسع من دائرة العلة، وعليه فلا محالة يكون ثبوت هذا الحق له ما دام هو قائم بالانتفاع بها فعلاً وإلا فلا حق له. ومن هنا لو ترك الانتفاع بها لم يبق له حق في الاحتفاظ بها، ويجوز عندئذ لآخرين يقوم باستغلالها واستثمارها. وهذا هو الفارق بين الحق الحاصل للعامل في الأرض الموات على أساس قيامه بعملية إحيائها، والحق الحاصل له في الأرض الحية على أساس قيامه باستغلالها والانتفاع بها.

ومن هذا القبيل: استخدام الأرض لرعي الحيوانات، فإنه وإن كان عملاً من أعمال الانتفاع بالمصادر الطبيعية إلا أنه لا يؤثر في إيجاد حق في الأرض على أساس أنه لم يقيم فيها بعملية ذات قيمة اقتصادية كخلق الحياة فيها أو نحوها، وإنما هو يقوم بعملية تربية حيوانات فيها فتكون نتيجة عمله فيها إنما هي الثروة الحيوانية فيملك العامل على ضوء الإطار العام المتقدم تلك الثروة الحيوانية على أساس أنها نجمت عن جهده وعمله. نعم، يحصل العامل على أثر ذلك على حق الأولوية فيها ما دام يمارس عمله هذا ويواصله فيه، لا مطلقاً فلو ترك ذلك لم يبق له الحق في الاحتفاظ بها، ويجوز لغيره أن يقوم بالانتفاع بها واستثمارها....

وأما ما ذكرناه بالإضافة إلى الأرض الحية بطبيعتها موافق للبناء القطعي من العقلاء الجاري على ذلك الثابت في جميع الأعصار^(١).

إلى هنا ظهر عدم تمامية دليلين من أدلة تملك الأراضي العامة بالأصالة بالحيازة وهما:

١- حديث السبق الذي تمسك به الشيخ الأعظم وقد عرفت ضعف سند ودلالته.

٢- السيرة العقلانية المدعاة على تملك الأراضي العامة بالأصالة بالحيازة وقد

عرفت عدم تماميتها بالتفصيل الذي مرّ.

(١) الأراضي / (٣١٤-٣١٠).

وقد استدلَّ على تملكها بوجوه أخرَ نذكر بعضها في ما يلي:

٣- قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضُ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾^(١)

بتقريب: أنَّ الآية الشريفة تدلُّ على ملكية الأرض للأنام، وإطلاق الأرض يشمل الأراضي العامرة بالأصالة وإطلاق الأنام يشمل المحيز، فالمحيز يملك ما أحازه من الأراضي العامرة بالأصالة.

وفيه: «أولاً: أنَّ اللام المذكورة في الآية الشريفة ليست بلام الملكية بل هي لام الغاية، ووزانها وزان اللام في قوله تعالى: ﴿سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾^(٢)، فلا دلالة فيها على الملكية.

وثانياً: ولو سلّمنا دلالتها على الملكية، فهي تثبتها لمطلق الأنام، والبحث في المقام عن الملكية الشخصية دون النوعية»^(٣).

٤- استدلال المحقق الإصفهاني رحمته الله

قال الإصفهاني رحمته الله: «ويمكن أن يقال: إنَّ كون الأرض عامرة بالمعنى المتقدم لا ينافي الإحياء بغرس الشجر وحفر البئر وأشباه ذلك، فتملكها بعنوان الإحياء»^(٤).
مراده: «أنَّ ملكية الأراضي العامرة تكون بالإحياء أيضاً بمثل ما هو الحال في الأراضي الموات، فإنَّ الآجام والغابات والوديات والأنهار بحاجة إلى الإحياء بإزالة الآجام وتسطيع الوديات وكري الأنهار وشق الطرق في الغابات، وما إلى ذلك ممَّا يؤدي جميعها إلى إمكان الاستفادة منها في الزرع وغيره، وبالتالي فإنَّ المحيي يملكها عن طريق الإحياء، حيث يصدق عليه قوله عليه السلام: «أَيُّمَا قَوْمٍ أَحْيَا شَيْئاً مِنَ الْأَرْضِ أَوْ عَمَرُوهَا فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا»^(٥)»^(٦).

(١) سورة الرحمن / ١٠.

(٢) سورة لقمان / ٢٠.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٤٠٧.

(٤) حاشية المكاسب ٣ / ٢٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤١١، ح ٣، الباب ١ من أبواب إحياء الموات صحيحة محمد بن مسلم.

(٦) العقد النضيد ٤ / ٤٠٩ مع إضافات وإصلاحات.

وفيه: «لا مجال للجمع بين صفتي العمارة والإحياء، بمعنى أنه لا يصح وصف ما يقوم به الإنسان في تنمية الأراضي المحيية بالعمارة، لأن الأخيرة وصف يُطلق بخصوص الأراضي الميّنة المتوقّفة إحيائها على العمران، دون الأراضي العامرة. والشاهد على ذلك أن كلمة «الإحياء» قد أُطلقت في الأخبار على خصوص أراضي الموات، أمّا الصفة التي يصح أن يتّصف بها الأعمال التي يقوم بها الإنسان في الأراضي العامرة، هي دفع الموانع عن نمو الأراضي النامية بالذات أو إيجاد ما يلزم إيجادها من الشرائط»^(١).

٥- معتبرة السكوني

عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله ﷺ: مَنْ غرس شجراً، أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحیی أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله ﷺ^(٢).
بتقريب: أن ظاهر هذه المعتبرة جعل غرس الشجر وحفر البئر «في قبال الإحياء» أنهما يوجبان الملكية بنفسهما، أو من حيث صدق الإحياء أيضاً، لا بمعناه المقابل له في الرواية، لكنّه على أيّ حال غير التملك بالحيازة، إذ لا يعتبر فيها شيء من الغرس والحفر ونحوهما، بل يكفيه مجرد الاستيلاء عليه»^(٣).

وبالجملة: إنّ ألقیام بالعملين المذكورين - الغرس والحفر - في الأراضي الموات أو العامرة يكون في حكم الإحياء بالنسبة إلى الأراضي الموات فيكونان مملّكين.
فالغرس والحفر يكونان مملّكين في الأراضي العامرة بالأصالة.
وفيه: من الواضح في الفقه الإسلامي أنّ الغرس والزرع للغارس والزارع ولو كانا غاصبين فحينئذ «غرس الشجر يفيد ملكيّة الغارس لها بالخصوص دون الأرض المغروسة عليها»^(٤).

ويمكن أن يقال: على منوالهما حفر البئر، فالبئر للحافر ولو كان الأرض لغيره

(١) العقد النضيد ٤/ ٤٠٩ مع اضافات واصلاحات.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٣، ح ١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

(٣) حاشية المكاسب ٣/ ٢٤.

(٤) العقد النضيد ٤/ ٤١٠.

وكثيراً ما نجد في الخارج ملكية الأرض لأحدٍ والبئر الموجودة فيها للآخر. فلا يكون مدلول هذه المعتبرة ملكية الأراضي العامرة بالأصالة بل مدلولها ملكية الغرس للغارس والبئر لحافرها. إلّا أن يكون في الأراضي الموات بالأصالة فيصدق عليهما الإحياء وتوجب الملكية هذا أولاً. وثانياً: على فرض تمامية الاستدلال، فإنّ هذين العَمَلَيْنِ يكونان غير الحيّزة، فلا تدلّ المعتبرة على التملك بالحيّزة كما مرّ من المحقّق الإصفهاني في آخر تقريره.

٦- صحیحنا محمد بن مسلم

عن أبي جعفر عليه السلام، قال: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.^(١)

وعن أبي جعفر عليه السلام قال: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهي لهم.^(٢)

ونحوهما رسالة الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خير، فخارجهم على أن يكون الأرض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشترت منها شيئاً، وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.^(٣)

بتقريب: إنّ الاستدلال يكون بلفظة «عمروها» في سياق الأسباب المملّكة ومن المعلوم «أنّ عمارة كلّ أرض بحسبها، فعمران أرض الموات يختلف عن عمران الأراضي العامرة بالذات، فعمران الأخيرة تكون بإزالة الآجام، وتجفيف مياهها وقلع الأشجار الزائدة من الغابة، وشقّ الطرق فيها وما إلى ذلك من الطرق المؤدّية إلى تنمية ثمرات الأراضي العامرة»^(٤).

ويُردّ عليه: ما مرّ من مقابلة العمران والخراب وأنّ «العمارة قسيمٌ للخراب، فلا

(١) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٧.

(٤) العقد النضيد ٤١٠/٤.

يصح إطلاق صفة العمران على الأراضي العامرة بالذات، ومجرد الشك يسقط الاستدلال بها في المقام»^(١).

٧- صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم

قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس - إلى أن قال: - وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، أو عملوه فهم أحقّ بها، وهي لهم.^(٢)
بتقريب: أن عطف العمل على الأرض على عملية الإحياء يعلمنا بأنه كالأحياء يكون من أسباب التملك فحينئذ «الأراضي العامرة المملوكة للإمام عليه السلام تملك من المسلم العامل عليها بشتى الأعمال»^(٣).

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

فذلكة الكلام

الأراضي العامرة بالأصالة ملك للإمام عليه السلام وتعدّ من الثروات العامة فلا يجوز لأحد تملكها لا بالحيازة ولا بالغرس ولا بالحفر ولا بعمرانها وتنميتها والعمل فيها، نعم كلّ عامل يملك عمله فيها لا أكثر ورقبة أراضيها باقية في ملك الإمام عليه السلام لاستفادة عامة الناس وعملهم فيها ونشاطاتهم عليها لا سيما بالنسبة إلى الشيعة كما مرّ^(٤) آنفاً والله العالم.

(١) العقد النضيد ٤ / ٤١٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤١١، ح ١.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٤١١.

(٤) راجع صفحة ٥٦ من هذا المجلد.

٣- الأرض العامرة بالعرض

قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت: وهو ملك للمحيي، فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب [البارع]^(١)، وإجماع المسلمين كما عن التنقيح^(٢)، وعليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة^(٣)»^(٤).

أقول: إحياء الموات مستحبٌ مرغوبٌ فيه لأنّه من مصاديق السعي في تحصيل الرزق المأمور به في قوله تعالى: ﴿فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ﴾^(٥) ولقوله عز وجل: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾^(٦). ولقوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾^(٧) وقول عزّ من قائل: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾^(٨)

قال العلامة: «تذنيب: الإحياء مستحبٌ؛ لما فيه من السعي في تحصيل الرزق المأمور به في قوله تعالى: ﴿فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ﴾^(٩) ومن إخراج العاقل من حيّز العطلة المشتملة على تضييع المال إلى حيّز العمارة، وقد روي عن النبي صلّى الله عليه وآله أنّه قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَهُ الْعَوَافِي^(١٠) مِنْهَا فَهِيَ لَهُ صَدَقَةٌ»^(١١) ولأنّ

(١) المهذب البارع ٢٨٥/٤.

(٢) التنقيح الرائع ٩٨/٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

(٤) المكاسب ١٧/٤.

(٥) سورة الملك ١٥/.

(٦) سورة هود ٦١/.

(٧) سورة الرحمن ١٠/.

(٨) سورة البقرة ٢٩/.

(٩) سورة الملك ١٥/.

(١٠) العوافي جمع العافية، وهي كلّ طالب رزقٍ من إنسانٍ أو بهيمةٍ أو طائرٍ. النهاية - لابن الأثير - ٢٦٧/٣ «عفا».

(١١) مسند أحمد ٢٣٨/٤، ح ١٣٨٥٩ و ٢٧٥/٤، ح ١٤٠٩١ و ٣٢٦-٣٢٥، ح ١٤٤٢٥؛

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ٦٥

الله تعالى لم يخلق الأرض عبثاً، بل خلقها والأعيان الخارجة منها - كالمعادن - والمنافع المتعلقة برقيبتها لمنافع سكانها»^(١).

أقول: «وفي خراج يحيى بن آدم القرشي بسنده عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع زرعاً أو غرس غرساً فأكل منه إنسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة»^(٢).

وروى الترمذي بسنده عن أنس، عن النبي ﷺ، قال: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو طير أو بهيمة إلا كانت له صدقة»^(٣)»^(٤). ويدل على جواز إحياء الموات وملكية المحيي لها الأخبار المتواترة إجمالاً عند الفريقين:

منها: صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: قال رسول الله ﷺ: من أحبب أرضاً مواتاً فهي له.^(٥)

ومنها: صحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قال رسول الله ﷺ: من أحبب مواتاً فهو له.^(٦)

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.^(٧)

→ السنن الكبرى (للبيهقي) ١٤٨/٦ بتفاوتٍ يسير.

(١) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

(٢) الخراج ٧٨.

(٣) سنن الترمذي ٤٢١/٢، ح ١٤٠٠، أبواب الأحكام، الباب ٤٠ (باب ماجاء في فضل الغرس).

(٤) دراسات في ولاية الفقيه ١٤٩/٤.

(٥) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٥، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

(٦) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٦.

(٧) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح ٣.

ومنها: صحيحته أخرى له قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، وعملوها فهم أحقّ بها، وهي لهم. ^(١)

ومنها: صحيحة أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمّة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم، إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود، خارجهم على (أن يترك) الأرض في أيديهم، يعملونها ويعمرونها. ^(٢)

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل - وأنا حاضر - عن رجل أحيى أرضاً مواتاً، فكرى فيها نهراً، وبنى بيوتاً، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ أو عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب ^(٣) نصف العشر. ^(٤)

ومنها: معتبرة السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من غرس شجراً، أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله. ^(٥)

ومنها: موثقة محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ فقال: ليس به بأس قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها فلا أرى بها بأساً لو أنك اشتريت منها شيئاً وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم. ^(٦)

(١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٦، ح ١، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات.

(٣) الغزب كفلس: الدلو العظيم الذي يتخذ من جلد الثور.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٨.

(٥) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٣، ح ١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

(٦) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦، ح ٢، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

ورواها صاحب الوسائل مختصراً وبسند صحيح في كتاب إحياء الموات.^(١)
ومنها: صحيحة سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها، ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة، الحديث.^(٢)

ومنها: رسالة الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خير، فخارجهم على أن يكون الأرض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشتريت منها شيئاً، وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.^(٣)
﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ من أحاديثنا، وإمّا من طرق العامة:
ففي مؤطأ مالك في كتاب الأفضية، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»^(٤).
ورواه البيهقي بسنده عن مالك.^(٥)

وروى البخاري في كتاب الوكالة عن عروة، عن عائشة، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق». قال عروة قضى به عمر في خلافته.^(٦)
ورواها أبو عبيد بسنده، عن عروة، عن عائشة، عنه عليه السلام بلفظ «من أحيأ» ورواها البيهقي «من عمّر».^(٧)

وروى أبوداود بسنده عن عروة، قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله، ومن أحيأ مواتاً فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وآله الذين

(١) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح ١

(٢) وسائل الشيعة ٤١١/٢٥، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٧.

(٤) مؤطأ مالك ١٢١/٢، القضاء في عمارة الموات.

(٥) سنن البيهقي ١٤٣/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة فهي له...

(٦) صحيح البخاري ٤٨/٢، باب من أحيأ أرضاً مواتاً.

(٧) الأموال ٣٦٣/٦؛ سنن البيهقي ١٤٢/٦، إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد.

جاؤوا بالصلوات عنه.^(١)

ورواه البيهقي أيضاً.^(٢)

وروى البيهقي بسنده، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله، فمن أحيّا من الموات الأرض شيئاً فهو له (بعطية رسول الله خ.ل) وليس لعرق ظالم حق».^(٣)

وروى البيهقي أيضاً بسنده، عن كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيّا مواتاً من الأرض في غير حق مسلم فهو له، وليس لعرق ظالم حق».^(٤)

وروى البيهقي أيضاً بسنده، عن عروة بن الزبير، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيّا أرضاً ميتة لم تكن لأحد قبله فهي له، وليس لعرق ظالم حق».^(٥)

وروى أبوداود بسنده، عن سمرة، عن النبي ﷺ، قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له».^(٦)

ورواه أيضاً في مستدرك الوسائل، عن عوالي اللآلي، عن سمرة.^(٧)

وروى البيهقي بسنده عن سمرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحاط على شيء فهو أحق به، وليس لعرق ظالم حق».^(٨)

(١) سنن أبي داود ١٥٨/٢، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في إحياء الموات.

(٢) سنن البيهقي ١٤٢/٦، كتاب إحياء أرضاً ميتة ليست لأحد....

(٣) سنن البيهقي ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيّا أرضاً ميتة فهي له...

(٤) سنن البيهقي ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيّا أرضاً ميتة ليست لأحد...

(٥) سنن البيهقي ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيّا أرضاً ميتة ليست لأحد...

(٦) سنن أبي داود ١٥٩/٢، كتاب الخراج...، باب في إحياء الموات.

(٧) مستدرك الوسائل ١١١/١٧، ح ٣، الباب ١ من كتاب إحياء الموات؛ عوالي اللآلي،

٣/٤٨٠، ح ٣.

(٨) سنن البيهقي ١٤٢/٦، كتاب إحياء الموات، باب من أحيّا أرضاً ميتة ليست لأحد...

البيهقي بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: «إنَّ عاديَّ الأرض لله ولرسوله ولكم من بعد، فمن أحيا شيئاً من موتان الأرض فهو أحق به»^(١).

وروى نحوه في المستدرک عن عوالي اللآلي^(٢).

البيهقي بسنده عن طاوس، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهي له»^(٣).

ورواه في المستدرک عن عوالي اللآلي^(٤).

قولان رئيسيان في المسألة

وهما:

«القول الأوّل: المشهور من أنَّ الإحياء كبقية الأسباب المملّكة - سواءً الإنشائية منها كالبيع والإجارة أو القهرية كالإرث - يعدّ من أسباب حصول الملك، وقد ادّعوا عليه الإجماع، واعتبروا الإحياء مملّكاً برغم بقاء ملكية الإمام عليه السلام على الأرض. القول الثاني: أنَّ الإحياء لا يعدّ من الأسباب المملّكة، بل هي تفيد الأولوية وحقّ الاختصاص بالأرض»^(٥).

أدلة القول الأوّل

١- الإجماع

الوارد في مقالات العلامة^(٦) وابن فهد الحلّي^(٧) والفاضل المقداد^(٨) كما مرّت^(٩)

(١) سنن البيهقي ١٤٣/٦، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمي....

(٢) مستدرک الوسائل ١١٢/١٧، ح ٥، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، عوالي اللآلي ٤٤/١، ح ٥٨.

(٣) سنن البيهقي ١٤٣/٦، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمي....

(٤) مستدرک الوسائل ١١١/١٧، ح ٢، الباب ١ من كتاب إحياء الموات؛ عوالي اللآلي ٤٨٠/٣، ح ١.

(٥) العقد النضيد ٣٦٣/٤.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

(٧) المهذب البارع ٢٨٥/٤.

(٨) التنقيح الرائع ٩٨/٤.

(٩) راجع هذا المجلد صفحة ٦٤.

في مقالة الشيخ الأعظم^(١) في أوّل البحث.

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

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

٢- استدلال العلامة^(٢)

حيث يقول: «ولأنّ الحاجة تدعوا إلى ذلك، وتشتدّ الضرورة إليه؛ لأنّ الإنسان مدنيٌّ بالطبع، لا يمكنه أن يعيش كغيره من الحيوانات، بل لابدّ من مسكنٍ يأوي إليه هو وعباله، وموضع يختصّ به، فلو لم يشرع الإحياء لزم الحرج العظيم، وهو منفيٌّ إجماعاً»^(٢).

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

٣- الحرج العظيم المنفي

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

ويُردُّ عليه: أوّلاً: قد مرّ مراراً وتكراراً بأنّ دليل رفع الحرج من الأدلة النافية للحكم ولا يمكن اثبات الحكم به.

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

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

(١) المكاسب ١٧/٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٥٤/١٩.

٤- النصوص المتواترة إجمالاً بين الفريقين

التي مرّت عشرون منها آنفاً وظهرها على الملكية ممّا لا ينكر وكذا ظهور «اللام» فيها وغيرها من الظهورات الواردة في النصوص كما مرّت بعضها في المجلد الثالث من المكاسب المحرمة.^(١)

أدلة القول الثاني

«وقد نسب هذا القول إلى جماعة من الأصحاب: منهم شيخ الطائفة الشيخ الطوسي رحمته الله في كتابه المبسوط^(٢).

ومنهم المحقق في كتابه الشرائع^(٣) في بحث الجهاد.

ومنهم الشهيد الثاني رحمته الله في المسالك^(٤)، بل حكى هذا القول فيه عن الأكثر.

ومنهم السيّد محمد من آل بحر العلوم رحمته الله في بلغته^(٥)»^(٦).

وتبعهم المحققون الإصفهاني^(٧) والخوئي^(٨) والمنتظري^(٩) والفيض^(١٠) وآراء

الشهيد السيّد محمد باقر الصدر^(١١) رأياً فقهياً يبدو أكثر انسجاماً مع نصوص الشريعة.

واستدلوا عليه بعدّة من الروايات تدلّ على «عدم خروج الأرض عن ملك

صاحبها بالقيام بعملية الإحياء والعمارة، ودخولاً في ملك من يقوم بهذه العملية.

(١) الآراء الفقهية ٤٦٧/٣ وما بعدها.

(٢) المبسوط ٣/٣٧٠.

(٣) الشرائع ٣/٢١٥ و ٢١٦.

(٤) المسالك ١٢/٤٠١.

(٥) بلغة الفقيه ١/٣٤٧.

(٦) الأراضي ٩٨/١ بترتيب وتخريج ممّا.

(٧) حاشيته على المكاسب ٣/٢٠.

(٨) مصباح الفقاهة ٥/١٣١؛ التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٤٦.

(٩) دراسات في ولاية الفقيه ٤/٢٠٥.

(١٠) الأراضي ١١٣.

(١١) اقتصادنا ٤١٦ (طبعة أخرى ٤٦٣).

منها: صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك - في حديث - قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت وليت الغوص فأصبت أربعمائة ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلّا الخمس؟! يا أبا سيار، الأرض كلّها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كلّ؟ فقال لي: يا أبا سيار، قد طينناه لك وحللناك منه فضمّ إليك مالك، وكلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون، ومحلّل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة.^(١)

«وقد استُفيد من هذه الصحيحة عدّة أمور:

الأوّل: استُفيد من إطلاق قوله: «الأرض كلّها لنا...» أنّ أصل رقبة الأرض وما يتفرّع منها - قبل الإحياء وبعده - للإمام، ومقتضى الجمع بين هذا الخبر وأخبار الإحياء ثبوت الملكية للإمام وحقّ التصرف للمحيي.

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

الثالث: كما يستكشف من قوله: «فيجربهم طسق ما كان في أيدي سواهم» أنّ الإمام يسترجع أجره أرضه من المخالفين دون شيعته، حيث يعطف عليهم بإباحة أجرتها وطسقتها لهم.

الرابع: كما إنّ قوله: «فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم» دليل على [عدم] ملكيّتهم، لعدم إمكان اجتماع حرمة التصرف مع ملكيّة المحيي.

الخامس: كما إنّ قوله: «فيأخذ الأرض من أيديهم» دليل على عدم مملكيّة

(١) وسائل الشيعة ٩/ ٥٤٨، ح ١٢.

الإحياء، وإلا لما جاز سلب الملكية عن المالك وإخراجه من أرضه»^(١).
وبعبارة أخرى: «يستفاد منه كون الأرض مطلقاً ومنها الموات للإمام وأنها مباحة
لشيعتهم ولكن لهم أخذ طسقتها بل استرداد أصلها منهم فيدلّ على عدم انتقال الرقبة إليهم
وبقاء علاقة الإمام بها»^(٢).

منها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال وجدنا في كتاب علي عليه السلام أنّ
الأرض لله يورثها من يشاء من عباده **﴿وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾**^(٣)، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا
الأرض ونحن المتقون والأرض كلّها لنا، فمن أحبى أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤد
خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من
المسلمين من بعده، فعمرها وأحياها، فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى
الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلا ما كان في
أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم.^(٤)

وهذه الرواية تتضمن عدة نقاط:

الأولى: أنّ الأرض بتمامها داخلّة في نطاق ملكية الإمام عليه السلام، وقد تقدم أنّ هذه
الملكية حكم شرعي، لا أمر تكويني، ولا معنوي، وذكرنا أنّه لا مناص من الالتزام بذلك.
الثانية: أنّه قد قيد المحيي فيها بكونه من المسلمين، وسيأتي الكلام من هذه
الناحية في ضمن الأبحاث الآتية.

الثالثة: أنّ الإمام عليه السلام قد فرض الخراج في هذه الرواية على من يقوم بعملية الإحياء
تفريعاً على ملكيته عليه السلام ومن الطبيعي أنّ هذه النقطة تنص على أنّ عملية الإحياء في
أرض الإمام عليه السلام لا توجب تملك المحيي لرقبتها. وإنّما هي توجب كونه أحقّ بالتصرّف بها
من غيره، وإلا فلا مقتضى لفرض الخراج عليه.

(١) العقد النضيد ٤ / ٣٧٠.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ٤ / ٢٠٣.

(٣) سورة الأعراف / ١٢٨.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤١٤، ح ٢، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات.

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

الخامسة: ان القائم من آل محمد عليهم السلام إذا ظهر بالسيف أخذ الأرض التي في أيدي غير الشيعة، وترك الأرض التي في أيديهم. وهذه نص في بقاء علاقة الإمام عليه السلام بالأرض، وعدم انقطاع علاقته عنها بقيام غيره بإحيائها. وبعبارة أخرى: يستفاد من هذه الرواية أمور:

«الأوّل: أن الأرضين كلها للإمام بما هو إمام، يعني أن له الولاية عليها وتكون تحت اختياره.

الثاني: أن كل مسلم مجاز في إحيائها وعمرانها.

الثالث: أنه يجب على من أحيا شيئاً منها أن يؤدّي خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، يعني من له حق الإمامة لأكّل من يدعيها ويتقمصها جوراً. ولازمه عدم تملك المحيي للرقبة وإن صار أحق بها من غيره.

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

الخامس: أن للقائم من آل محمد عليهم السلام الذي صار قادراً مبسوط اليد أن يأخذ الأرض ممن فيها، نعم لا يأخذها من شيعته ولعله لشفقته الخاصة بهم.

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

عنها»^(١).

ومنها: صحيحة عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل، يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً ممّا تركها أهلها، فعمرها وكرى أنهارها، وبني فيها بيوتاً، وغرس فيها نخلاً شجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤديها إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٢).

«المستفاد من مضمون هذه الصحيحة أمران:

الأول: أنّ الأرض عارية بيد المؤمنين زمن الغيبة وإنما عليهم دفع طسقتها، وأمّا إذا ظهر الإمام عليه السلام فعليهم أن يوطنوا أنفسهم على الاسترجاع منهم»^(٣).

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

«الثاني: استدللّ من التزم بأنّ الإحياء من أسباب ملكية الأرض الموات باللام الواردة في بعض الأخبار والظاهرة في الملك، وما ورد في هذه الصحيحة من قوله: «من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له» يعدّ مفسراً للام المذكورة في تلك الأخبار، ونسبتهما نسبة العموم والخصوص المطلق، أي الحاكم والمحكوم والمفسّر والمفسّر دون التعارض، فتدلّ الأخيرة على أنّ المؤمن يملك الأرض بالكيفية المذكورة لا مطلقاً»^(٤).

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

(١) دراسات في ولاية الفقيه ٢٠١/٤.

(٢) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩، ح ١٣، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

(٣) العقد النضيد ٣٧١/٤.

(٤) العقد النضيد ٣٧١/٤.

ولعل المقصود بالإمام في حال الهدنة مطلق من له حق الإمامة شرعاً لا خصوص المعصوم، كما يحتمل بعيداً أن يراد بالقائم فيها كلّ من له حق الإمامة إذا قام بالسيف. ولا يلزم توطين النفس على أخذ الأرض منه أخذ الأرض منه فعلاً بل يراد إيمانه بأنّ الأرض ليست له، فلا ينافي هذا رواية الكابلي الحاكمة بعدم أخذها من الشيعة، فتدبر^(١).

أقول: لا نوافق مع بعض أساتذتنا^(٢) في كلامه الأخير: «لعل المقصود...» الخ ولعلّ أشار إلى ضعفه بالتدبر في آخر كلامه.

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله^(٣) عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: «الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقّه»^(٢).

فإنّ قوله^(٣): «فليؤد إليه حقّه» نص في أنّ علاقة صاحب الأرض لا تنقطع عن أرضه نهائياً بذلك. وإلا لم يبق حقّ له.

وبعد ذلك نقول. ان هذه المجموعة التي هي روايات أُرِبع بما انها نص في أنّ علاقة الإمام^(٤) لا تنقطع عن رقبة الأرض بقيام غيره بعملية إحيائها واستثمارها، فبطبيعة الحال تتقدم على المجموعة السابقة التي هي ظاهرة في أنّ عملية الإحياء توجب تملك المحيي لرقبة الأرض، فإنّ النص يتقدم على الظاهر، بل لو لم تكن نصاً فلا شبهة في أنّها أظهر من تلك المجموعة، والأظهر يتقدم لدى العرف على الظاهر، فلا معارضة بينهما.

وعليه فلا بدّ من رفع اليد عن ظهور تلك المجموعة، وحملها على أنّ العلاقة التي توجبها عملية الإحياء للمحيي بالأرض إنّما هي على مستوى الحقّ فحسب، دون الملك، بقرينة هذه المجموعة^(٣).

(١) دراسات في ولاية الفقيه ٢٠٢/٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٢٥، ح ٣.

(٣) الأراضي / (٩٧-٩٥) مع إضافات وإصلاحات كثيرة.

«وبالجملة، المستفاد من هذه الأخبار الصحيحة التي أفتى بمضمونها الشيخ^(١) وابن البراج^(٢) وابن زهرة^(٣) في كتبهم المعدة لنقل المسائل المأثورة عن الأئمة عليهم السلام: هو أن الأرض الموات للإمام وفقاً لسائر الأخبار الحاكمة بذلك، وأن للمسلمين إحياءها وأداء طسقتها إليه، وأن للقائم عليه السلام إذا قام أخذ الأرض منهم. ومقتضى ذلك كله بقاء علاقة الإمام بها وأن المحيي لا يملك الرقبة بل يملك ما هو أثر فعله من آثار الإحياء ما بقيت ويكون هو أحقّ بها من غيره وأولى بالتصرف فيها. وأفتى في السرائر^(٤) أيضاً بمثل ما أفتوا به، فيكون هذا القول مشهوراً بين قدماء أصحابنا^(٥)».

اشكالات ثلاثة على القول الثاني

الأول: صحيحة عبدالله بن سنان نص في القول الأول

صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سئل - وأنا حاضر - عن رجل أحيى أرضاً مواتاً، فكرى فيها نهراً، وبنى بيوتاً، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر.^(٦)

بتقريب: هذه الصحيحة «نص في أنّ صلة الإمام عليه السلام بالأرض تنقطع عنها نهائياً بقيام غيره بإحيائها والسيطرة عليها. وكذا نص في نفي الخراج بقرينة الاختصار فيها على ذكر الزكاة.

فإذن بطبيعة الحال تقع المعارضة بين هذه الصحيحة، والصحاح المتقدمة، باعتبار

(١) المبسوط ٣ / ٣٧٠.

(٢) المهذب ١ / ١٨٣.

(٣) الغنية ٢٩٣ / ٢٩٣.

(٤) السرائر ١ / ٤٨١.

(٥) دراسات في ولاية الفقيه ٤ / ٢٠٣.

(٦) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤١٢، ح ٨، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

أن هذه الصحيحة نص في أن عملية الإحياء توجب علاقة المحيي بالأرض على مستوى الملك، وانقطاع علاقة الإمام عليه السلام عنها نهائياً، وتلك الصحاح نص في أنها لا توجب إلا علاقة المحيي بها على مستوى الحق، وبما أنه لا مرجح لتلك الصحاح عليها، فلا يمكن الأخذ بها، وطرح صحيحة عبدالله بن سنان، فإذن لا محالة تسقطان معاً، وبعد سقوطهما كذلك لا مانع من الرجوع إلى المجموعة الأولى من الروايات الظاهرة في أن عملية الإحياء توجب الملك، وذلك لأن المانع من الأخذ بظاهر تلك المجموعة إنما هو الصحاح المزبورة، فإذا افترض سقوطها بالمعارضة لم تصلح للمانعية عن الأخذ بظاهرها. ونظير ذلك ما إذا كان في المسألة عام وخاص، وفرضنا أن الخاص قد سقط عن الاعتبار، إما من ناحية ابتلائه بالمعارض: أو من ناحية أخرى، فعندئذ لا مانع من الرجوع إلى العام»^(١).

ويمكن أن يجاب عنه: بأن كبرى هذا الإشكال «وإن كانت في غاية الصحة والمثانة، ولا إشكال عند الأصحاب فيها، لا نظرياً، ولا عملياً في أبواب الفقه إلا أن ما نحن فيه ليس من صغرى تلك الكبرى، وذلك لأن صحيحة عبدالله بن سنان لا تصلح أن تكون طرفاً للمعارضة مع الصحاح المتقدمة، لوضوح أن الصحيحة ليست نصاً في مدلولها، بل ولا أظهر من الروايات المتقدمة، ضرورة أن قوله عليه السلام في الصحيحة: «هي له»، كقوله عليه السلام في تلك الروايات «فهي له» فإن التعبير فيهما على مستوى واحد، ومن المعلوم أن المتفاهم العرفي من مثل هذا التعبير ليس أزيد من الظهور في الاختصاص على مستوى الملك، كما أن دلالة الصحيحة على عدم وجوب الخراج لا تتعدى عن الظهور الإطلاقي الناشيء من السكوت في مقام البيان.

وإن شئت قلت: إن الصحيحة بما أنها كانت في مقام البيان، ومع ذلك قد اقتضت على وجوب الزكاة، وسكتت عن وجوب الخراج، فيحصل لها ظهور عرفي في عدم وجوبه. ومن الواضح أن هذا الظهور ليس بأقوى من سائر الظهورات.

فالنتيجة في نهاية الشوط: إنَّ ظهور هذه الصحيحة في سببية الإحياء للملك، ليس بأقوى من ظهور الروايات المتقدمة في ذلك فضلاً عن كونها نصاً، فلا فرق بينها، وبين تلك الروايات من هذه الناحية»^(١).

الثاني: جواز بيع هذه الأراضي تنافي مع القول الثاني

بتقريب: «ترتب آثار الملك على الأرض المحيية، حيث اتفق الجميع على جواز بيعها بعد الإحياء، ممَّا يتنافي مع القول بثبوت الحق، ويتأكد الإشكال بناءً على اعتبار الملكية في المبيع.

يمكن الإجابة عنه: أولاً: بحسب المباني المختلفة:

أمَّا على المبنى المشهور: من الالتزام بثبوت الحق والحكم بصحة البيع، فالجواب عنه يكون بعين ما أُجيب عن ترتيب آثار الملك على المعاطاة، حيث التزمنا بأن مقتضى الجمع بين دليل «لا بيع إلا في ملك» واستصحاب عدم تحقق الملك من خلال البيع الفعلي، هو تحقق الملكية آنًا مَّا قبيل التصرفات المتوقَّفة على الملك، وكذلك الحال في المقام فإن مقتضى الجمع بين ما دلَّ على أنَّ الإحياء يثبت الحق، وقيام الضرورة القطعية والسيرة الثابتة على صحة التصرفات الصادرة من المحيي على الأرض من البيع والإجارة وغيرهما، هو تحقق الملكية آنًا مَّا وقبل قيام المحيي بالتصرفات المتوقَّفة على الملك.

وأمَّا على المبنى الثاني^(٢) المخالف للمشهور: القائل بأنَّ البيع هو تبديل طرفي الإضافة سواء كانت الإضافة ملكاً أو حقاً، فإنَّ الإشكال مندفع أيضاً لصحة المبادلة في مطلق الإضافة وإن كانت حقاً.

وأمَّا على مبنى المحقق الإصفهاني: القائل بأنَّ حقيقة البيع هو: «جعل الشيء بإزاء شيء آخر» الشامل للملك والحق؛ لأنَّ الشيء الآخر الواقع بإزاء الثمن قد تكون أرضاً

(١) الأراضي / ٩٩ و ١٠٠.

(٢) وهو مختار المحققين: النائيني وتلميذه السيّد الخوئي - رحمهما الله -.

وقد يكون حقاً، ويكون الإشكال أيضاً مندفعاً لأن متعلق الشيء على هذا المبنى أعم من المملوك والحق»^(١)

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

الثالث: ثبوت الخمس في نفس الأرض المحيية يُنافي القول الثاني
عَدَّ السَّيِّدُ الْخَوَّيُّ هَذَا الْإِشْكَالَ مِنَ الْفُرُوعِ الْمُبْتَلَى بِهَا كَثِيراً وَسَلَّمَ بِهِ وَذَهَبَ فِي تَقْرِيرِ بَحْثِهِ بَعْدَ ثَبُوتِ الْخُمْسِ فِيهَا وَقَالَ: «وَقَدْ سُئِلْنَا عَنْهُ مَرَّاراً وَهُوَ ثَبُوتُ الْخُمْسِ فِي نَفْسِ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ بَعْدَ الْإِحْيَاءِ إِذَا كَانَ الْإِحْيَاءُ لِلتَّجَارَةِ دُونَ مَوْنَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ فَإِنَّهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لَا خُمْسَ فِي نَفْسِ الْأَرْضِ لِعَدَمِ كَوْنِهِ مُلْكاً لِلْمُحْيِي لِيَدْخُلَ تَحْتَ الْمَنَافِعِ الْحَاصِلَةِ يَوْماً فَيَوْماً، بَلْ يَثْبُتُ الْخُمْسُ فِي مَنَافِعِهَا بَعْدَ مَضَى الْحَوْلِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ»^(٢).
وَلَكِنَّهُ تَرَاجَعَ عَنْ هَذَا التَّسْلِيمِ وَذَهَبَ إِلَى الْإِلْتِزَامِ بِثَبُوتِ الْخُمْسِ فِي نَفْسِ هَذِهِ الْأَرْضِ فِي كِتَابِ فَتَوَاهِ حَيْثُ يَقُولُ: «... وَأَمَّا إِذَا كَانَ تَعْمِيرُهُ بِقَصْدِ التَّجَارَةِ بِنَفْسِ الْبِسْتَانِ وَجِبَ الْخُمْسُ فِي ارْتِفَاعِ الْقِيَمَةِ الْحَاصِلِ فِي آخِرِ السَّنَةِ، وَإِنْ لَمْ يَبْعَهُ كَمَا عَرَفْتَ»^(٣).
فَهَذَا الْإِشْكَالُ لَا يُمْكِنُ الْإِجَابَةُ عَنْهُ إِلَّا بِالْقَوْلِ بَعْدَ ثَبُوتِ الْخُمْسِ فِي نَفْسِ هَذِهِ الْأَرْضِ وَفَتْوَى الْأَصْحَابِ عَلَى خِلَافِهِ.

فذلِكة الكلام بين القولين والمختار منهما

مستند القولين - القول بالملكية والقول بالأحقية والأولية - طائفتان من الروايات كما مرّتا وهما في بداية الأمر متعارضتان فلا بدّ من الجمع بينهما لو أمكن وإلاّ إعمال قواعد الترجيح لو وُجد وإلاّ قواعد التعارض.
وأما الجمع: فممكّن لوجود روايات شاهد الجمع بينهما وهي: موثقة أو صحيحة

(١) العقد النضيد ٤ / ٣٧٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٥ / ١٣١.

(٣) منهاج الصالحين ١ / ٣٣٣، مسألة ١٢١٥.

محمد بن مسلم الماضية وفي آخرها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم.^(١)

في هذه الموثقة أو الصحيحة فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقّية في إحياء الأرض هي المالكية بقرينة «اللام» الظاهرة في الملكية.^(٢)

ومثلها: معتبرة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم.^(٣)

ونحوها مرسلّة الصدوق وفيها: ... وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض فعملوها فهم أحقّ به وهو لهم.^(٤)

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

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوها فهم أحقّ بها.^(٥)

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

صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقّه.^(٦)

وفي هذه الصحيحة يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالك ولكنّه ترك إحياءها

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦، ح ٢، وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ١.

(٢) كما مرّ ممّا هذا الجمع في هذا الكتاب: الآراء الفقهية ٣/٦٨٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٧.

(٥) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٥، ح ٣.

فصار مواتاً وأحياها الثاني فماذا عليه؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقة - أي الزكاة فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنه إذا عرف صاحبها فليؤدّ إليه حقّه أي أرضه، لأنّه مالك لرقبة الأرض. هذا ما استفدته منها.

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

نحو: صحيحة معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمّرها فإنّ عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله وللمن عمّرها. (١)

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

ولأنه لو لم يعرض المحيي الأوّل عن الأرض فالكبرى تنطبق عليه لا على الثاني، فلا بدّ من حمل كلمة «تركها» فيها على الإعراض حتّى تنطبق الكبرى على الثاني. والأمر هكذا في الصحيحة الآتية، فلا بدّ من حمل كلمة «تركها أهلها» في كلام السائل على إعراض أهلها، وإلا لم تنطبق الكبرى الواردة في كلام الإمام عليه السلام، وهي قوله: «من أحبّ أرضاً من المؤمنين فهي له» على المحيي الثاني، بل تنطبق على المحيي الأوّل، وهو خلاف المطلوب. هذا ما ظهر لي عند التأمل.

ومنها: صحيحة عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرّها وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحبّ أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام في حالة الهدنة، فإذا ظهر القائم

فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه.^(١)

يُحمل بقرينة ما ذكرنا «الترك» الوارد في كلام السائل على الإعراض، ولكن الوارد في جواب الإمام عليه السلام تقييد المحيي بالإيمان، ولا يمكن تقييد المطلقات به لأنهما مثبتان. والظاهر بعد قبول أن عملية الإحياء توجب الملكية لا بد من حمل الطسق الوارد فيها على الزكاة، كما يَظْهَرُ من صحيحتي سليمان بن خالد^(٢) وعبدالله بن سنان^(٣) الماضيتين. ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمة «الطسق» الأجرة، لأن الأرض الموات من الأنفال، والأنفال كلها للإمام عليه السلام، فيمكن له أن يأذن في عملية الإحياء ولكن مع جعل الطسق، أي الأجرة على المحيي، فله أن يجعل الطسق والأجرة. ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره.

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به، أي للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيي أو له أن يجعل عليه الطسق أو الأجرة. كما يمكن دعوى أن المراد بالهدنة زمن حكومة غير الأئمة عليهم السلام، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم، لأنهم كلهم هم القائمون بالحق. ويمكن أن يقال: بأن الضمير المستتر في كلمة «تؤخذ» يرجع إلى الزكاة، فيصير المعنى: أن القائم - بالمعنيين - يأخذ الزكاة في زمن ظهوره أو اقتداره ولكن في غيرها من الزمن على المالك أن يؤديها. هذا ما ظهر لنا بعد التأمل في الرواية.

ومنها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»^(٤)، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها

(١) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩ ح ١٣.

(٢) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥ ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥ ح ٨.

(٤) سورة الأعراف / ١٢٨.

وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله ﷺ ومنعها، إلّا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم.^(١)

عبرنا عن الرواية بالخبر لأنّ أبا خالد الكابلي أثنان:

أحدهما: الكبير اسمه كنكر وقيل وردان، وقد ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين زين العابدين عليه السلام.^(٢) وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا.

ثانيهما: الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ في أصحاب الباقر عليه السلام وقال: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر، روى عنه عليه السلام وعن أبي عبد الله عليه السلام، والكبير اسمه كنكر»^(٣). وكذا ذكره في أصحاب الصادق عليه السلام وقال في شأنه: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر روى عنهما عليه السلام والأكبر كنكر»^(٤). وهذا الأصغر لم يرد توثيقه، ولذا استشكل في سند الرواية بأنّ أبا خالد الكابلي إمّا مشترك أو أنّ الراوي عن أبي جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط - كما هو الصحيح - ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها. بل هي ضعيفة الإسناد لعدم اعتبار أبي خالد الكابلي الأصغر الراوي عن أبي جعفر عليه السلام، ولذا تعجّب الشيخ الحر في حاشية الوسائل^(٥) من الشهيد الثاني في محله.

وأما المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبو خالد القمّاط كوفي»^(٦)، وكذلك عنوانه في الفهرست وقال: «أبو خالد القمّاط له كتاب وقال

(١) وسائل الشيعة ٤١٤/٢٥ ح ٢.

(٢) رجال الشيخ / ١٠٠ الرقم ٢.

(٣) رجال الشيخ / ١٣٩ الرقم ٥.

(٤) رجال الشيخ / ٣٢٨ الرقم ٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ٤١٥/٢٥.

(٦) رجال الشيخ / ٢٧٧ الرقم ٩.

ابن عقدة: اسمه كنكر^(١). فهو غيرهما لأنهما كائليّان وهذا الرجل كوفي بتصريح الشيخ، ويبعد اتحاد الأخير مع أبي خالد الكوفي المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الرضا عليه السلام^(٢) لبعد الزمان.

وأما دلالتها: فيمكن حملها على ما ذكرنا، بأنّ للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضي الأنفال الخراج أو الطسّق أو الأجرة، والمراد بجملة «وله ما أكل منها» أنّه مالّكها، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحياؤها وتملكها مع أداء الخراج. ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين، لأنّهما كما مرّ مثبتتان. والرواية تدلّ على أنّ القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعةه ويأخذ منهم الخراج.

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

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

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحياؤها ولكن لو علم المحيي أو حضر المالك يجب على المحيي ردّ رقبة الأرض والأجرة له.

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضي الأنفال، وأمّا غَيْرُها من الأراضي فلا يختلف أحدٌ بأنّها باقية على ملك مالّكها ولو طرأ عليه الموت. ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأراضي المفتوحة عتوة لو طرأ عليها الخراب، فهي باقية على ملك المسلمين بلا خلاف

(١) الفهرست / ٥٢٢ الرقم ٨٣٠.

(٢) رجال الشيخ / ٣٩٦ الرقم ٢.

عند الأصحاب (قدس الله أسرارهم). هذا ما أدى إليه نظري القاصر بعد التتبع والتأمل في الروايات، والله سبحانه هو العالم»^(١).

وأما الترجيح: فيمكن ترجيح روايات الملكية بوجوه عديدة:
منها: أن روايات الأحقية قد أعرض عنها الأصحاب وهم لا يعملون بها فتسقط عن الحجية والاعتبار.

ومنها: «إن سيرة المسلمين عامة قد جرت عملياً من لدن زمان الأئمة عليهم السلام إلى زماننا هذا على عدم اعطاء الخراج والτσق للإمام عليه السلام ومن الطبيعي أن هذه السيرة كما تكشف عن انقطاع صلة الإمام عليه السلام عن الأرض نهائياً ودخولها في ملك من يقوم بإحيائها. كذلك تكشف عن إعراض الأصحاب جميعاً عن تلك الصحاح وعدم عملهم بها»^(٢).

ومنها: أن الروايات التي تدل على تملك المحيي لرقبة الأرض بالإحياء روايات معروفة مشهورة بين الأصحاب، وهذا بخلاف الروايات التي تدل على عدم تملكه بعملية الإحياء، فإنها بالإضافة إليها روايات شاذة، وحيث أن الشهرة في الرواية من إحدى مرجحات باب المعارضة، فتقدم تلك الروايات المشهورة على هذه الروايات النادرة»^(٣).
ومنها: لو سلم تمامية أسناد روايات الأحقية ودالاتها «فهي مخالفة لارتكاز المتشركة على ثبوت الملك دون مجرد الحق»^(٤).

وهذه المرجحات تكفي في الأخذ بروايات الملكية حتى لو لم يقبل الجمع الذي ذكرته.

وأما التعارض: فلو لم يقبل الجمع والترجيح تصل النوبة إلى معارضة الطائفتين فتسقطان وتصل النوبة إلى السيرة العقلانية الدالة على ملكية أراضي الموات لمحييها - والارتكاز المتشركة الماضية ناشئة منها -، لأنهم في الأعصار والأمصار يعملون بها

(١) الآراء الفقهية ٣/ (٤٧٣-٤٦٩).

(٢) الأراضي ١٠٣.

(٣) الأراضي ١٠٧.

(٤) العقد النضيد ٤/ ٣٨٦.

ويحكمون عليها ويمشون على طبقها.

وعلى فرض انكار هذه السيرة العقلائية، «يرجع إلى الأصل ومقتضى الاستصحاب أيضاً بقاء الحق للمحيي الأول على ما هو الصحيح من جريان الاستصحاب عند الشك في المقتضي بل حتى على مختار الشيخ لأنه من قبيل الشك في الرفع وأنه بعد عروض الخراب يرتفع حق المحيي الأول أم لا، والشبهة في المقام وإن كانت حكمية إلا أن أمثال المورد مما كان الحكم بالأحقية ولو بعد عروض الخراب مورداً لإمضاء العقلاء وليست من الأمور التأسيسية فيجري فيها الاستصحاب»^(١).

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

تنبيه

قال الشيخ الأعظم: «لكن يبالي من المبسوط»^(٢) كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبة، فلا بد من الملاحظة»^(٣).

أقول: قد بحثنا^(٤) عن مقالات شيخ الطائفة الطوسي رحمته الله في التهذيب^(٥) والاستبصار^(٦) والنهاية^(٧) والمبسوط جهاده^(٨) وإحيا مواته^(٩) وقلنا: «والحاصل، أن الشيخ رحمته الله عدل عما ذكره في التهذيبين والنهاية بما ذكره في

(١) تعليقة آية الله الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودي رحمته الله على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ١٢٤/٣.

(٢) المبسوط ٢٩/٢.

(٣) المكاسب ١٧/٤.

(٤) الآراء الفقهية ٣/ (٤٥٨-٤٥٥).

(٥) التهذيب ١٤٦/٤.

(٦) الاستبصار ١٠٨/٣.

(٧) النهاية / (٤٢٠-٤١٨)، و ٤٤٣.

(٨) المبسوط ٢٩/٢.

(٩) المبسوط ٢٦٩/٣ و ٢٧٠.

المبسوط، وفيه ذهب إلى مالكية أراضي الموات إذا كانت عملية الإحياء بإذن الإمام عليه السلام، وذهب أيضاً أن طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملك مالكها بل يبقى في ملكه وملك ورائه»^(١).

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

تذكير: ثمرات البحث بين القولين

أذكر لك بعض الثمرات المترتبة على القولين - الملك أو الحقيقة - وهي:

- ١- «إمكان إسقاط الحقّ والتنازل عنه، بناءً على ثبوت الحقّ دون الملك، لأنّ الإضافة الحقيقية أمرٌ قابل للإسقاط والسقوط، دون الإضافة الملكية غير القابلة لهما.
- ٢- لو قلنا بثبوت الملك، فإنه لا مانع في تصحيح العقود الواقعة على الأرض من البيع والصلح والهبة والوقف وغيرها، أمّا مع الالتزام بالحقّ فإنه لا مجال لتصحيح هذه المعاملات إلّا بناءً على الملكية آنأً ما قبل البيع أو الصلح، وإثبات هذا النوع من الملكية بحاجة إلى مؤونة زائدة، وقد بحثنا عنها في المعاطاة.
- ٣- أنّه تصحّ المعاوضة على الحقّ بناءً على إمكان وقوع الحقّ عوضاً في المعاملات، دون ما إذا التزمنا بثبوت الملك.
- وبعبارة أخرى: أنّ إضافة الحقّ إلى المحيي صالحة للمعاوضة عليها، دون الإضافة الملكية المتوقّفة على تحقّق متعلّق الإضافة.
- ٤- عدم تعلّق الخمس بالأرض المحيية بناءً على الحقّ دون القول بالملك»^(٢).

تكميل: بعض أحكام هذا القسم

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

فإن كان^(٣) من المسلمين فملكهم لا يزول إلّا بناقل أو بطروّ الخراب على أحد

(١) الآراء الفقهية ٣/ ٥٨٨.

(٢) العقد النضيد ٤/ ٣٨٧.

(٣) كذا، والمناسب: كانت.

القولين.

وإن كان من الكفار، فكذا إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم^(١).

تتميمان:

الأول: هل يعتبر كون المحيي مسلماً؟

فيه قولان:

١- اعتبار اسلام المحيي

وهو ظاهر المحقق لأنه قال: «ملكه المحيي له إذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر»^(٢).

وقال ابن اخته وتلميذه العلامة: «إذا أذن الإمام لشخص في إحياء الأرض الموات، ملكها المحيي إذا كان مسلماً، ولا يملكها الكافر بالإحياء ولا بإذن الإمام في الإحياء، فإن أذن الإمام فأحيها، لم يملك عند علمائنا - وبه قال الشافعي^(٣) - لما رواه العامة في قوله عليه السلام: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون»... وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه لا فرق بين المسلم والذمي في التملك بالإحياء؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» ولأن الإحياء جهة من جهات التملك، فاشترك فيها المسلم والذمي، كسائر جهاته من الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد في دار الإسلام^(٤)»^(٥).

(١) المكاسب ٤ / ١٨.

(٢) الشرائع ٣ / ٢١٥.

(٣) الحاوي الكبير ٧ / ٤٧٦؛ المهذب - للشيرازي - ١ / (٤٣١ - ٤٣٠)؛ نهاية المطلب ٨ / ٢٨٥؛ الوجيز ١ / ٢٤١؛ الوسيط ٤ / ٢١٨؛ حلية العلماء ٥ / ٤٩٧؛ التهذيب - للبغوي - ٤ / ٤٩٠؛ البيان ٧ / ٤١٣؛ العزيز شرح الوجيز ٦ / ٢٠٧؛ روضة الطالبين ٤ / ٣٤٤؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢ / ٦٦٨، ح ١١٨٨.

(٤) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢ / ٦٨٨، ح ١١٨٨؛ عيون المجالس ٢ / ١٨١٧،

وتبعهما المحقّق الثاني وقال: «وكذا يشترط كون المحيي مسلماً، فلو أحياء الكافر لم يملك عند علمائنا وإن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام»^(٦).
ثمّ أضاف: «والحقّ: أن الإمام لو أذن له في الإحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له، وإنما البحث في أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك أم لا؟ نظراً إلى أن الكافر أهل له أم لا؟ والذي يُفهم من الأخبار، وكلام الأصحاب العدم. وليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخسه في التملك ثمّ لا يملك قطعاً»^(٧).
أقول: تابع المحقّق الكركيّ الشهيد الأوّل في المقام في كتابه الدروس الشرعية^(٨)

كما يأتي آنفاً. وتبعهما ثاني الشهيد في الروضة^(٩) والمسالك^(١٠).

أدلة اعتبار إسلام المحيي

أ: الإجماع

المدّعى في كلام العلامة^(١١) والكركي^(١٢).

«ويردّه: أولاً: أنّ الإجماع غير ثابت، فإنّ المحكي عن جماعة كثيرة الخلاف في

→ ح ١٢٨١؛ الذخيرة ١٥٨/٦؛ مختصر القدوري، ١٤٠/؛ روضة القضاة ٥٤٤/٢، ح ٣٢٣٠؛
الفقه النافع ١٣٠٨/٣، ح ١٠٦٤؛ الهداية - للمرغيناني - ٩٩/٤؛ الاختيار لتعليل المختار
٩٥/٣؛ المغني والشرح الكبير ١٦٨-١٦٧؛ الحاوي الكبير ٤٧٦/٥؛ نهاية المطلب
٢٨٥/٨؛ حلية العلماء ٩٧/٥؛ البيان ١٣/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢٠٨/٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٦٠/١٩.

(٦) جامع المقاصد ١٠/٧.

(٧) جامع المقاصد ١٠/٧.

(٨) الدروس الشرعية ٥٥/٣.

(٩) الروضة البهية ١٣٥/٧.

(١٠) المسالك ٣٩٢/١٢.

(١١) تذكرة الفقهاء ٣٦٠/١٩.

(١٢) جامع المقاصد ١٠/٧.

المسألة: منهم شيخ الطائفة الشيخ الطوسي في المبسوط^(١) والخلاف^(٢)، وابن إدريس في السرائر^(٣) [ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع^(٤)]. وظاهر القاضي في المذهب^(٥) و[المحقق في النافع^(٦)، والشهيد الثاني في اللمعة^(٧)].

وثانياً: أنه لا أثر لهذا الإجماع على تقدير تحققه، وذلك لأن الإجماع إنما يكون حجة باعتبار كشفه عن قول المعصوم عليه السلام في المسألة، والاجماع المدعى فيها لا تتوفر فيه هذه الصفة جزماً، لاحتمال أن يكون أساسه [خبر أبي خالد] الكابلي المتقدمة، وصحيحة عمر بن يزيد التي مرّت سابقاً بناء على أن يكون المراد من المؤمنين فيها الأعم من الطائفة الخاصة والعامة.

[وثالثاً]: لا دليل على اعتبار الاجماع المنقول في نفسه^(٨).

ولذا قال صاحب الجواهر: «وأما الإجماع المزبور فلم نتحققه بل لعل المحقق خلافه»^(٩).

ب: النبويّان الماضيان

عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «عاديّ الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منّي أيّها المسلمون»^(١٠) يريد بذلك ديار عاد وثمود^(١١).

(١) المبسوط ٣/ ٢٧٠.

(٢) الخلاف ٣/ ٥٢٧، مسألة ٤.

(٣) السرائر ١/ ٤٨١.

(٤) الجامع للشرائع ٣٧٥.

(٥) المذهب ٢/ ٢٩.

(٦) المختصر النافع ٢٥١.

(٧) اللمعة ٢٤١.

(٨) الأراضي ١٢٩ مع إضافات وإصلاحات.

(٩) الجواهر ١٦/ ٣٩ (١٤/ ٣٨).

(١٠) أورده الجويني في نهاية المطلب ٨/ ٢٨٣؛ والرافعي في العزيز شرح الوجيز ٦/ ٢٠٦.

(١١) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥٢.

وروي أنّه عليه السلام قال: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منّي»^(١).
ويرد عليهما أولاً: أنّهما عاميتان ولذا ذهب صاحب الجواهر^(٢) إلى عدم حجية ما رواه العلامة في التذكرة.

وثانياً: إثبات الشيء لا ينفي ما عداه، إذا دلّ الدليل على اثبات غيره، وتثبت العاميتان الملكية للمسلمين ولا ينفيه عن غيرهم.
وثالثاً: ما ورد في تذكرة الفقهاء^(٣) لم نجده في كتب الحديث كما عن بعض مهرة أساتذتنا^(٤).

ورابعاً: لعلّ المخاطب في قوله عليه السلام: «لكم» جميع الناس لا خصوص المسلمين.
 وخامساً: اعترف ابن قدامة الحنبلي بعدم معرفة هذا الحديث [المذكور في تذكرة الفقهاء] في كتابه المغني^(٥) وهم أبصر بأحاديثهم.
ج: خبر أبي خالد الكابلي^(٦)

الذي مرّ سنداً ودلالة وتفسيراً. حيث قيّد المحيي بكونه من المسلمين والقيّد لدى العرف ظاهر في الاحتراز «فيدلّ على أنّ الحكم فيها لم يثبت للطبيعي الجامع بينه وبين غيره، وإلاّ لكان القيد لغواً، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الإحياء لو كان سبباً لعلاقة المحيي بالأرض مطلقاً أي - ولو كان كافراً - لكان تقييده بكونه من المسلمين في موردين من الرواية لغواً صرفاً»^(٧).
وبعبارة أخرى: «أنّ المفاهيم من قبيل ظهور الفعل لا ظهور اللفظ بما هو لفظ

(١) أورده الجويني في نهاية المطلب ٨/ ٢٨١.

(٢) الجواهر ١٦/ ٣٩ (١٤/ ٣٨).

(٣) تذكرة الفقهاء ١٩/ ٣٥٢ و ٣٦٠.

(٤) دراسات في ولاية الفقيه ٤/ ٢٢٢.

(٥) المغني ٦/ ١٥٠.

(٦) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٤، ح ٢.

(٧) الأراضي ١٣٠/.

موضوع، حيث إنَّ الفعل إذا صدر من الفاعل المختار العاقل يحمل عند العقلاء على كونه صادراً عنه باختياره بداعي الغاية العادية المترتبة من هذا الفعل، ومن جملة الأفعال التلطف بالألفاظ الموضوعية ومنها القيود. فيحمل التلطف بالقيود من الوصف أو الشرط أو غيرهما بما أنه فعل اختياري للاقْط على كونه صادراً عنه للغاية الطبيعية المترتبة من القيد عندهم، والغاية المترتبة منه في المحاورات هو الدخول في موضوع الحكم وعدم كون ذات المقيد بدونه تمام الموضوع للحكم. نعم يمكن أن يسدَّ مسدَّ هذا القيد قيد آخر كما هو واضح. وكيف كان فإذا كان ظاهر الرواية التقييد بالإسلام حمل عليها الأخبار المطلقة قهراً، فتدبر^(١).

أقول: إذا عرفت أنَّ دلالة المفهوم هي دلالة فعلية ودلالة الإطلاقات دلالة لفظية فحينئذ في فرض تعارض الدلالة الفعلية والدلالة اللفظية تقدّم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

نعم، الدلالة الفعلية تفيد في فرض عدم الدلالة اللفظية ولكن مع وجودها لا تقدر على تقييدها والتقدّم عليها ولعلَّ إلى ما ذكرنا أشار الأستاذ^(٢) في أمره بالتدبر في آخر كلامه رُفِع في الخلد مقامه.

ولذا ذهب صاحب الجواهر إلى أنَّ الرواية «لا ينافي ما دلَّ على الأعم»^(٢).

د: صحيحة عمر بن يزيد^(٣)

الماضية سنداً ودلالةً. والمؤمن الوارد فيها «إن أُريد به المعنى العام ساق المسلم»^(٤) وإلا كان قيماً آخر أخص من المسلم»^(٥) الذي لم يقل به أحد.

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

(١) دراسات في ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

(٢) جواهر الكلام ١٦/٣٩ (١٤/٣٨).

(٣) وسائل الشيعة ٥٤٩/٩، ح ١٣.

(٤) كما بناء آية الله الفياض - مدظله - في كتابه الأراضى ١٢٩/ ومَرَّت عبارته آنفاً.

(٥) دراسات في ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

على الدلالة الفعلية.

هذه صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك^(١)

الماضية سنداً دلالة وتفسيراً.

«بناءً على عموم الأرض فيها، وأما إذا حمل اللام على العهد وأريد بالأرض فيها خصوص ما لم يوجف عليها كأراضي البحرين فلا مجال للاستدلال بها في المقام»^(٢).
يرد عليها: ما مرّ من خبر أبي خالد الكابلي فلا نعيد.

٢- عدم اعتبار إسلام المحيي وهو القول بالتعميم

استحسنه المحقّق في الشرائع حيث يقول: «ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً»^(٣).

وقال الشهيد في شرائط تملك الأرض بالإحياء: «وثانيها: أن يكون المحيي مسلماً، فلو أحيّاها الذمي بإذن الإمام ففي تملكه نظر، من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين.

والنظر في الحقيقة في صحّة إذن الإمام له في الإحياء للتملك، إذ لو أذن لذلك لم يكن بدّ من القول بملكه، وإليه ذهب الشيخ نجم الدين عليه السلام»^(٤).

وقال ثاني الشهيد تبعاً لثاني المحقّقين^(٥) - كما مرّ -: «وفي ملك الكافر مع الإذن قولان، ولا إشكال فيه لو حصل، إنّما الإشكال في جواز إذهابه عليه السلام له، نظراً إلى أن الكافر هل له أهليّة ذلك أم لا؟»^(٦).

(١) وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح ١٢.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ٢٢١/٤.

(٣) الشرائع ٢١٥/٣.

(٤) الدروس ٥٥/٣.

(٥) جامع المقاصد ١٠/٧.

(٦) الروضة البهية ١٣٥/٧.

ونحوه في المسالك.^(١)

واعترض صاحب الجواهر على الشهيد وتابعيه بقوله: «لا إشكال - بعد عصمة الإمام عليه السلام - في حصول الملك له بالإذن له في التملك؛ ضرورة أنه لو لم يكن أهلاً لذلك لم يأذن له، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع - فضلاً عن النصوص - على عدم اعتبار الإذن بالإحياء من الإمام في التملك، بل يكفي الإذن منه بالإحياء الذي هو سبب حصول الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعبر.

إنما الكلام في اعتبار الإسلام - مع الإذن - وعدمه فهو على تقديره شرط آخر لترتب الملك على الإحياء، ولا مانع عقلاً ولا شرعاً في عدم ترتب الملك على الإحياء للكافر وإن أذن في الإحياء الإمام عليه السلام؛ إذ الإذن في أصل إيجاده غير الإذن في تملكه به، وما أدري من أين أخذ ذلك الشهيد في الدروس! حتى أنه أوقع غيره في الوهم.

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

وإن كان التحقيق خلافه؛ لظهور النص والفتوى في كونه سبباً شرعياً لحصول الملك مع حصول شرائطه - التي منها الإذن أيضاً - سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً^(٢).

أدلة عدم اعتبار إسلام المحيي

أ: الإطلاقات الواردة في روايات الإحياء

التي مرّت بكثرتها «مع كونها في مقام البيان، بل ورد بعضها بلفظ عام كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «أيما قوم أحيوا...»^(٣) فيعمّ المسلم والكافر. والتقييد بالمسلمين أو المؤمنين في كلام أمير المؤمنين عليه السلام على ما في [خبر] الكابلي و [صحيحة] عمر بن يزيد لا يوجب التقييد في الأخبار الكثيرة الصادرة عن النبي صلى الله عليه وآله والصادقين عليه السلام، إذ لا يحمل المطلق على المقيد إلا مع إحراز وحدة الحكم، وهذا إنما

(١) المسالك ١٢/٣٩٢.

(٢) الجواهر ١٤/٣٩ (١٢/٣٨ و ١٣).

(٣) وسائل الشيعة ٤١٢/٢٥، ح ٤.

يجري في الأحكام الإلهية العامة المستمرة، وأما في الأحكام السلطانية فيمكن تعددها واختلافها بحسب الموضوع عموماً وخصوصاً حسب اختلاف شرائط الزمان والمصالح المنظورة ونظر الإمام الآذن.

هذا مضافاً إلى احتمال كون ذكر المسلمين أو المؤمنين لبيان عناية خاصة بهما أو غلبة الابتلاء بهما لا اختصاص الحكم بهما، ويكفي هذا لدفع محذور اللغو في ذكرهما. وإثبات الحكم لموضوع خاص لا ينفي الحكم عما عداه، إذ يكون هذا من قبيل مفهوم اللقب وليس بحجة»^(١).

«اللهم إلّا أن يقال: إنّ ملكية الكفار لرقة الأراضي في البلاد الإسلامية حيث يوجب ذلك سلطتهم بالتدريج على السياسة والاقتصاد والثقافة صار هذا سبباً لمنع الشارع من حصولها.

وبعبارة أخرى المقتضي للملكية وإن كان موجوداً في كليهما ولكن ضرر سلطة الكفار على البلاد الإسلامية وشؤون المسلمين مانع من اعتبار الملكية لهم شرعاً، والمتيقن منها على القول بها إنّما هو في المسلم وأما الكافر فيثبت له الجواز أو الأحقية فقط، فتدبر»^(٢).

ب: النصوص الخاصة

منها: موثقة محمد بن مسلم^(٣) أو صحيحته^(٤).

ومنها: صحيحة أبي بصير^(٥).

ومنها: رسالة الصدوق^(٦)، الماضيات^(٧).

(١) دراسات في ولاية الفقيه ٤/ ٢٢٢ و ٢٢٣.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ٤/ ٢٢٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٥/ ١٥٦، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١١، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٦، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة ٢٥/ ٤١٢، ح ٧.

(٧) راجع صفحة ٦٧ من هذا المجلد.

وهذه النصوص تدلّ بوضوح على سببية الإحياء لتملك الذمي الكافر. فلا بدّ من القول بعدم اعتبار إسلام المحيي فكلّ مَنْ قام بإحياء أرضٍ ميتةٍ يملكها ولذا قال صاحب الجواهر: «فالمتمتجه الملك بالإحياء مطلقاً ولو لحصول الإذن منهم عليهم السلام في ذلك حال الحضور، ولعلّ المصلحة فيه إرادة تعمير الأراضي»^(١). فحينئذ سببية الإحياء للتملك تامة بالنسبة إلى جميع الناس مع اختلاف آرائهم وعقائدهم وأديانهم وبالنسبة إلى جميع أراضي الموات في بلاد الإسلام أو الكفر ولذا قال صاحب الجواهر: «ولا فرق فيما ذكرنا بين الموات في بلاد الإسلام وغيره؛ لإطلاق الأدلّة، خلافاً لما يظهر من بعض. ولا بين الذمي وغيره من أقسام الكفار، وإن كان لنا تملك ما يحييه الحربي كباقي أمواله»^(٢).

الثاني: شرائط الإحياء

قال المحقّق: «يُشترط في التملك بالإحياء شروطٌ خمسة»^(٣):

١- ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلم

قال المحقّق بعد ذكر هذا الشرط: «فإنّ ذلك يمتنع من مباشرة الإحياء لغير المتصرّف»^(٤).

وقال العلامة: «الأوّل: أن لا يكون على الأرض يد مسلم؛ لأنّ ذلك يمنع من إحياء الأرض لغير المتصرّف، ولو اندرست العمارة لم يجز إحيائها؛ لأنّها ملك لمعيّن على خلافٍ تقدّم»^(٥).

(١) الجواهر ١٨/٣٩ (١٦/٣٨).

(٢) الجواهر ٢٠/٣٩ (١٧/٣٨).

(٣) الشرائع ٢١٦/٣.

(٤) الشرائع ٢١٦/٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٤٣١/١٩.

وقال المتتبع العاملي بعد نقل هذا الشرط من القواعد^(١): «كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد^(٢) والمسالك^(٣) والروضة^(٤) وكذا الإرشاد^(٥) واللمعة^(٦) والكفاية^(٧) والمفاتيح^(٨) مع جعل انتفائها شرطاً في التملك بالإحياء في الجميع عدا جامع المقاصد وقد عبّر عن هذا الشرط في التحرير^(٩) والدروس^(١٠) بأن لا يكون مملوكاً لمسلم كما عرفت. ولم يذكر هذا الشرط بمعنييه فيما عدا ما ذكر، وفي حكم المسلم المسالم كما في الإرشاد^(١١) والدروس^(١٢) والمسالك^(١٣) والمفاتيح^(١٤) والكفاية^(١٥) حيث قيل فيها:

(١) القواعد ٢/٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٧. قال فيه: «لأنّ ظاهر اليد يقتضي الملك، وهذا القدر كافٍ في منع الغير من الإحياء وإن لم يُعلم وجود سبب الملك، ولكن يشترط أن لا يُعلم أن إثبات اليد بغير سبب مملك ولا أولوية، فإن عُلم ذلك لم تكن تلك اليد معتبرة، فيجب تقييد إطلاق العبارة».

(٣) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٠٦.

(٤) الروضة البهية: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٥٥.

(٥) إرشاد الأذهان: في شروط التملك بالإحياء ١/٣٤٨.

(٦) اللمعة الدمشقية: في شروط التملك بالإحياء ٢/٢٤٢.

(٧) كفاية الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٠.

(٨) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.

(٩) تحرير الأحكام: في شروط التملك بالإحياء ٤/٤٨٥.

(١٠) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٥٦.

(١١) لم يذكر في الإرشاد إلّا الأرض التي عليها يد المسلم من غير أن يشير إلى يد غير المسلم

مطلقاً، فراجع الإرشاد: ١/٣٤٨.

(١٢) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٥٦.

(١٣) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٠٦.

(١٤) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.

(١٥) كفاية الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٠.

لمسلم أو مسلم وهو معنى قوله في الروضة^(١): يد محترمة^(٢).
 وقال صاحب الجواهر: «بلا خلاف أجده بين مَنْ تعرّض له»^(٣) ثم أضاف: «نعم،
 عن بعضهم ترك هذا الشرط؛ معللاً: بأنّ اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لا أثر لها.
 وفيه: أنّ فائدها تظهر مع اشتباه الحال، فإنّها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها
 وإن لم يعرف خصوص الموجب لها»^(٤) ثم زاد «نعم، ربّما أبدل «اليد» في الشرط المزبور
 بـ«الملك» كما وقع في بعض كتب الفاضل^(٥)، وكأنّه من اقتضاء اليد ذلك مع عدم العلم
 بالفساد، وربّما كان حينئذٍ لبناء الشرط المزبور على المسألة وجه.
 ولكن فيه: أنّ الدليل - كما ستعرف - يقتضي عدم ترتّب الملك بإحياء ما كان في
 اليد المحترمة وإن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتملة له وللحق.
 بل يمكن دعوى ذلك حتّى مع العلم بعدم كونها مالكة ولكن محتملة للحقّية التي
 هي غير الملكية؛ لأصالة احترام اليد، وللشكّ في ترتّب الملك بالإحياء معه إن لم يكن
 ظاهر الأدلّة عدمه، خصوصاً بعد ملاحظة الفتوى ومفهوم المرسل: «من أحيأ ميتة في غير
 حقّ مسلم فهي له» وإن لم يكن موجوداً في طريقنا، ولكنّه منجبر بالعمل، فيمكن أخذه
 دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشكّ به، مضافاً إلى فحوى ما تسمعه في التحجير
 والحمى ونحوهما وصدق الظلم ونحوه، والله العالم»^(٦).
 أقول: ما ذكره في المستند الشرط الأوّل تام إلّا إنجبار ضعف سند النبوي بعمل
 الأصحاب وأخذه دليلاً مستقلاً، لعدم استناد عملهم بالنبوي المذكور كما هو المعلوم والله
 العالم.

(١) الروضة البهية: في شرائط التملك بالإحياء ١٥٥/٧.

(٢) مفتاح الكرامة ٤٣/١٩.

(٣) الجواهر ٤٤/٣٩ (٣٣/٣٨).

(٤) الجواهر ٤٥/٣٩ (٣٣/٣٨).

(٥) نحو تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٥/٤.

(٦) الجواهر ٤٥/٣٩ و ٤٦ (٣٤/٣٨).

٢- أن لا يكون حريماً لعامراً

هكذا عنونه المحقق ومثّل له: «كالطريق والشرب وحريم البئر والعين والحائط»^(١).

ثم عيّن حريم كلّ واحد منهم بالتفصيل.

وقال العلامة: «الثاني: أن لا يكون حريماً للعامر، فإنّ حريم المعمور كنفس المعمور لا يملك بالإحياء، كما لا يملك المعمور؛ لأنّ مالك المعمور استحقّق باستحقاق المواضع التي هي من مرافقه، كالطريق، فإنّه لا يجوز لأحدٍ أخذ طريقٍ يسلك فيه المالك إلى عمارته؛ لما فيه من التضرّر المنفيّ بالإجماع.

وكذا الشّرب وحريم العين وما شابه ذلك من مسيل ماء العامر وطُرقه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته وكلّ ما يتعلّق بمصالحه.

ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنّ كلّ ما يتعلّق بمصالح العامر ممّا تقدّم أو بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطُرقها ومسيل مياهها لا يصحّ لأحدٍ إحياءه، ولا يملك بالإحياء.

وكذا حريم الآبار والأنهار والحائط والعيون وكلّ مملوكٍ لا يجوز إحياء ما يتعلّق بمصالحه؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقٍّ [مسلم] فَهِيَ لَهُ»^(٢) مفهومه أنّ ما يتعلّق به حقٌّ مسلمٍ لا يملك بالإحياء، ولأنّنا لو جَوَزْنَا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله.

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

فقال بعضهم: إنّهُ يملك كما يملك العامر - وهو أصحّ وجهي الشافعيّة^(٣) - لأنّه مكان

(١) الشرائع ٢١٦/٣.

(٢) صحيح البخاري ٣/ (١٣٩-١٤٠)؛ السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ١٤٢؛ المعجم الكبير

للطبراني ١٧/ (١٣-١٤)، ح ٤؛ المغني ٦/ ١٦٨؛ الشرح الكبير ٦/ ١٧٠.

(٣) المحاوي الكبير ٧/ ٤٨٨؛ حلية العلماء ٥/ ٥٠٠؛ التهذيب (للغوي) ٤/ ٤٩٠؛ البيان

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٠١

استحققه بالإحياء فملك^(١) كالمُحيا، ولأن معنى الملك موجود [فيه] لأنه يدخل مع المعمور في بيع المعمور، فإن من باع داراً دخل فيها الطريق وغيره من حقوقها، ولأنه ليس لغيره إحياء ولا الاعتراض فيها، ولأن الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك، وهو يدل على أنه مملوك.

وقال بعضهم: إنه غير مملوكٍ لمالك العامر؛ لأن الملك يحصل بالإحياء ولم يوجد فيها إحياء.^(٢)

وليس بجيدٍ؛ لمنع المقدمتين، فإن عرصة الدار تُملك ببناء الدار وإن لم يوجد في نفس العرصة إحياء، ولأن الإحياء تارة يكون بجعله معموراً، وتارة يكون بجعله تبعاً للمعمور.

وعلى القول بأنه لا يكون مملوكاً لمالك العامر ليس له بيع الحريم منفرداً. على الأول فكذلك أيضاً، قاله أبو حنيفة وبعض الشافعية^(٣)، كما لو باع شرب الأرض وحده.

والأقرب: الجواز^(٤).

وقال المتتبع العاملي بعد نقل هذا الاشتراط من القواعد «وقد عدّ عدمه شرطاً في التملك بالإحياء في الشرائع والنافع^(٥) والتذكرة والتحرير^(٦) والإرشاد^(٧) واللمعة^(٨)

→ ٤١٠/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤؛ المغني ١٦٩/٦؛ الشرح الكبير ١٧٠/٦.

(١) الظاهر: «فملكه».

(٢) البيان ٤١٠/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٢١٢/٦؛ روضة الطالبين ٣٤٨/٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٩/ (٤٣٣-٤٣١).

(٥) المختصر النافع: في شروط التملك بالإحياء ٢٥١.

(٦) تحرير الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٤٨٥/٤.

(٧) إرشاد الأذهان: في شروط التملك بالإحياء ٣٤٨/١.

(٨) اللمعة الدمشقية: في شروط التملك بالإحياء ٢٤٢.

١٠٢..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٥) / ج ٨

والدروس^(١) وسائر ما تأخَّر^(٢). وهو معنى ما في المبسوط^(٣) والمهذَّب^(٤) والجامع^(٥) من أنَّه في حكم العامر. وفي جامع المقاصد^(٦) الإجماع عليه. وفي المسالك^(٧) والمفاتيح^(٨) وكذا الرياض^(٩) والكفاية^(١٠) لا خلاف فيه^(١١).

ويمكن أن يستند لهذا الشرط بحسنة إدريس بن زيد القمي صاحب الرضا^(١٢) عنه^(١٣) قال: سألته وقلت: جعلت فداك إنَّ لنا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب وفيها مراعي، وللرجل مئنا غنم وإبل ويحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه، أيحلَّ له أن يحمي المراعي لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه^(١٤).

والتعبير عنها بـ«صحيح إدريس بن زيد أو خبره»^(١٥) غير تام لأنَّه حسن، اللهمَّ إلا إذا كان المراد به إدريس بن زياد الثقة فتكون الرواية صحيحة الإسناد^(١٦).
وبخبر محمد بن عبدالله قال: سألت الرضا^(١٧) عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون

(١) الدروس الشرعية: في شروط التملُّك بالإحياء ٥٨/٣.

(٢) كظاهر التنقيح ٩٩/٤؛ والمهذَّب البارع ٢٨٣/٤؛ وغاية المرام ١٢٩/٤.

(٣) المبسوط: في أنَّ حرَّيم الحياة من الموات في حكم الحياة ٢٦٨/٣.

(٤) المهذَّب: في أنَّ حرَّيم الحياة في حكم الحياة ٢٨/٢.

(٥) الجامع للشرائع: في أنَّ حرَّيم الحياة في حكم الحياة ٣٧٤/٥.

(٦) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضي ٢١/٧.

(٧) مسالك الأفهام: في شرائط التملُّك بالإحياء ٤٠٦/١٢.

(٨) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط بالإحياء ٢٨/٣.

(٩) رياض المسائل: في شروط التملُّك بالإحياء ٣٤٩/١٢.

(١٠) كفاية الأحكام: في شرائط التملُّك بالإحياء ٥٥١/٢.

(١١) مفتاح الكرامة ٤٤/١٩.

(١٢) وسائل الشيعة ٣٧١/١٧، ح ١، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(١٣) الجواهر ٤٨/٣٩ (٣٥/٣٨).

(١٤) كما نسبَّه عليه الأستاذ^(١٥) في دراسات في ولاية الفقيه ١٦٨/٤.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٠٣

لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً (أو أقل أو أكثر) يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعي ضيعتك، وأعطيك كذا وكذا درهماً، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس.^(١)
والتعبير عنه بـ «صحيح أحمد بن عبدالله على الظاهر»^(٢) غير تام لأنه محمّد بن عبدالله بن عيسى الأشعري القمي وهو إمامي مجهول.
اللهم إلا إذا كان المراد به محمّد بن عبدالله بن زرارة لكثرة رواية البنزطي عنه وهو ثقة فيكون الرواية صحيحة الإسناد.^(٣)

وتقريب الاستدلال بهما هو مقالة صاحب الجواهر^{رحمته} حيث يقول: «بل ربّما كان ظاهرهما الملكية - بناءً على إرادة البيع ونحوه من الإعطاء فيهما - كما عن الشيخ^(٤) وبني البرّاج^(٥) وحمزة^(٦) وإدريس^(٧) وسعيد^(٨) والفاضل^(٩) وولده^(١٠) وغيرهم^(١١)، بل في المسالك: أنّه الأشهر^(١٢).

مضافاً إلى أنّه مكان استحقّقه بالإحياء فملك كالمحيي، ولأنّ معنى الملك موجود فيه؛ لدخوله مع المعمور في بيعه وليس لغيره إحياءه ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي، ولأنّ الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرّح في النصوص المزبورة

(١) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٢، ح ١، الباب ٩ من أبواب كتاب الإحياء.

(٢) الجواهر ٣٩/٤٧ (٣٨/٣٥).

(٣) كما نسبّه عليه الأستاذ^{رحمته} في دراسات في ولاية الفقيه ٤/١٦٨.

(٤) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٢.

(٥) المهذب: باب إحياء الموات ٢/٣٠.

(٦) الوسيلة: الزكاة / إحياء الموات ١٣٥.

(٧) السرائر: المتأجر / بيع المياه والمراعي ٢/٣٨٢.

(٨) الجامع للشرائع: البيع / بيع الماء ٢٧٥.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤/٤٨٩.

(١٠) إيضاح الفوائد: إحياء الموات / في الأراضي ٢/٢٣٣.

(١١) كالسبزواري في الكفاية: إحياء الموات / شرائط التملك ٢/٥٥١.

(١٢) مسالك الأفهام: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤٠٧.

بيعه معها، ولا مكان دعوى كونه محيا؛ باعتبار أن إحياء كل شيء بحسب حاله.
خلافًا لظاهر جماعة أو صريحهم: من عدم الملك، بل هي من الحقوق^(١)؛ لعدم الإحياء الذي يملك به مثلها.

وفيه: ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذي لا يعتبر فيه مباشرته كل جزء جزء، فإن عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، ومنع توقف الملك على الإحياء، بل يكفي فيه التبعية للمحيا، وتظهر الثمرة في بيعها منفردة^(٢).

واستشكل بعض أساتذتنا^(٣) في تقريب الاستدلال وقال: «ولكنه لا يخلو من شوب إشكال، إذ من المحتمل أن يراد بالمراعي فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة بلحاظ علوفتها لا المراتع الطبيعية المجاورة لها بقريته قوله^(٤): «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»، وبقريته تجوز البيع إن أريد به بيع نفس الرقبة.

وقد كان بيع المراعي ونقلها مورداً للشبهة إجمالاً بلحاظ ما ورد من شركة المسلمين في الماء والنار والكلاء، والنهي عن بيع فضل الكلاء. ولذلك سألوا عن بيع حصائد الحنطة والشعير أعني ما بقي منهما بعد الحصاد أيضاً مع وضوح كونهما في الأرض المملوكة كما في خبر إسماعيل بن الفضل، فراجع. هذا^(٥).

أقول: الاستدلال خالٍ عن شوب هذا الإشكال إذ لا يحتل «أن يراد بالمراعي فيهما قسمة من نفس الأرض المحياة» لوضوح حكمها حينئذ من جواز بيع الأرض المحياة ورجوع ضمير «فيها مراعي» إلى كلمة «حدود» كرجوع ضمير «لها حدود» إلى كلمة «ضباعاً» وإلا لا يتم ذكر الضياع وحدودها ومراعي الموجودة في حدودها أي حريمها وسأل إدريس بن زيد أو زياد - على الاحتمال الذي مر من الأستاذ^(٦) - أولاً من حمى تلك المراعي لحاجته إلى جميعها لكثرة دوابه، وأجاب الإمام^(٧): «إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمي» حريمها من المراعي وغيرها ف«يصير ذلك إلى ما يحتاج

(١) الروضة البهية: كتاب إحياء الموات ١٥٦/٧.

(٢) الجواهر ٤٨/٣٩ و ٤٩ (٣٨/٣٥ و ٣٦).

(٣) دراسات في ولاية الفقيه ١٦٩/٤.

إليه» فيرتفع احتياجه بتحمية الحريم الذي فيها المراعي، ثم سأل ثانياً عن بيع تلك المراعي المحميّة الموجودة في حريم أرضه فأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» ببيع مراعيها لأنّها تدخل في ملكه.

وكذا الكلام في خبر محمد بن عبدالله أو صحيحته بتقريب: أنّ المراعي المسؤول عنها إذا كانت داخلة في الضيعة التي تكون للرجل فيصح بيعه بلا ريب وإشكال فلا يحتاج إلى السؤال من الإمام عليه السلام لوضوح حكمها عند الجميع، نعم إذا كانت المراعي في حدود الضيعة وتكون من حريمها - لا من نفس الضيعة - فيسأل حفيد عيسى الأشعري القمي أو زرارة - على الاحتمال الذي مرّ من الأستاذ عليه السلام - عن بيعها أو إجارتها وأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الضيعة له فلا بأس» ببيع أو إجارة مراعيها الموجودة في حدودها التي تكون حريمها. لأنّ حريم كلّ ملك يتبعه في الملكية، هذا ما أفهمه من الروايتين فلا يتم الإشكال.

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

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

٣- «أن لا يُسميه الشرعُ مشعراً للعبادة

كعرفة ومنى والمشرع فإنّ الشرع دلّ على اختصاصها موطناً للعبادة فالتعرض لِمَمْلُكِيَّتها تفويتٌ لتلك المصلحة»^(١).

قال العلامة: «الثالث: أن لا يكون مشعراً للعبادة بوضع الشارع، كعرفة ومنى والمشرع؛ لأنّ الشارع وضعها موطناً للعبادة، وفي تسويغ تملّكها تفويت هذا الغرض، ومنافاة لهذه المصلحة.

وللشافعية قولان في أنّه هل تُملك أراضي عرفة بالإحياء كسائر البقاع، أم لا؟

(١) الشرائع ٢١٨/٣.

لتعلق حق الوقوف بها، وعلى تقدير القول بالملك ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان، وعلى القول ببقائه فهل يبقى مع اتساع الباقي، أم مع ضيقه عن الحجيج؟ وجهان. وذكر [الغزالي] ثلاثة أوجه في المسألة، ثالثها: الفرق بين أن يضيق الموقف فيُمنع، وبين أن لا يضيق فلا يُمنع.

والمنع المطلق أشبه عندهم بالمذهب؛ لأنه كالمواضع التي تعلق بها حق المسلمين عموماً أو خصوصاً، كالمساجد والطرق والرُّبُط في الطرق والمواضع التي يصلّى فيها للعيد خارج الأمصار والبقاع الموقوفة على معيّن أو غير معيّن^(١).

وقال سيّد المفتاح في شرح قول العلامة في القواعد: «(الرابع: أن يكون مشعراً للعبادة كعرفة ومنى وجمّع) عدم جواز إحياء هذه المواضع كلّها أو الكثير منها كأنه من ضروريات الدين وإن لم يذكر ذلك أكثر المتقدّمين.

قوله: (وإن كان يسيراً لا يمنع المتعبدين) كما في التحرير^(٢) والدروس^(٣) والحواشي^(٤) وجامع المقاصد^(٥) والروضة^(٦) وهو قضية إطلاق الباقي من المتأخّرين. وفي المسالك^(٧) والكفاية^(٨) أنه المشهور. ووسمه تارة أخرى في المسالك بأنه الأشهر^(٩). ولا ترجيح في التذكرة^(١٠) والمفاتيح^(١١).

(١) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣٤ و ٤٣٥.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/٤٨٥.

(٣) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٥٧.

(٤) لم نعثر عليه في الحاشية النجارية المنسوبة إلى الشهيد وأما سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٥) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضي ٧/٢٧.

(٦) الروضة البهية: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٥٦.

(٧) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٧.

(٨) كفاية الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٧.

(٩) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٧.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في شرائط التملك بالإحياء ١٩/٤٣٥.

(١١) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.

حجة الكتاب وما وافقه أن الشرع دلّ على اختصاصها موطناً للعبادة، فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة كما في الشرائع^(١) وغيرها^(٢). وهذا التوجيه يقضي بالمنع من إحياء الكثير منها الذي يؤدي إحياءه إلى الضيق على الناسكين ويحتاج إليه غالباً، وأما ما عداه فلا يدلّ على المنع فيه أصلاً.

واستدلّ في الدروس بأنّ في المنع سدّاً لباب مزاحمة الناسكين وأنّ حقوق الخلق كافة متعلّقة به^(٣). ولا بأس به مع إضافة الاستناد إلى الأصل وأنّ المشعرية صادقة على المجموع المؤلّف من الأجزاء، والنهي عن الكلّ ليس من حيث كونه كلاً بل من حيث اشتماله على المعنى الشائع، وهو الاختصاص، وهو حاصل في كلّ جزء، وأنّ المتبادر من أخبار الباب ما عدا هذه الأماكن الشريفة^(٤).

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

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

(فالتعرض لتملكها) حينئذٍ منافٍ للجعل المزبور من ربّ العزّة، بل فيه (تفويت لتلك المصلحة) من غير فرق بين جميع أجزائها في ذلك، وبين زيادة سعتها لذلك وعدمه؛

(١) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٢١٨/٣.

(٢) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضي ٢٧/٧.

(٣) الدروس الشرعية: في شرائط التملك بالإحياء ٥٧/٣.

(٤) مفتاح الكرامة ١٩/ (٧٣-٧١).

ضرورة أن الله (تعالى شأنه) جعل كلَّ جزءٍ جزءٍ منها كذلك.
فمن الغريب ما وقع من المصنّف من قوله: (أمّا لو عمر فيها ما لا يضرّ ولا يؤدّي إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون كاليسير لم أمتنع منه) بل كاد يكون كالمنافي للضروري، بل فتح هذا الباب فيها يؤدّي إلى إخراجها عن وضعها.
وأغرب منه: موافقة بعض من تأخّر عنه^(١) على ذلك؛ بتخيّل: أن المنع من جهة مزاحمة الناسكين، فمع فرض عدمها - كاليسير - يتّجه الجواز حينئذٍ؛ لانتفاء العلة المزبورة.

وفيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.
وأعجب من ذلك: تفريعهم^(٢) على التقدير المزبور - الذي هو معلوم الفساد - أنه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الإذن أو مع النهي، أو لا يجوز مطلقاً أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيق؟! مع أن القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً، إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتّجه التفصيل حينئذٍ.
إلا أن ذلك كله - كما ترى - لا ينبغي أن يسطر، والله العالم.^(٣)
قال بعض أساتذتنا رحمهم الله معلقاً على كلام صاحب الجواهر رحمه الله: «إن كان المقصود تعمير قطعة من المشعر وتملكها بحيث يمنع غيره منها فالظاهر ورود إشكال صاحب الجواهر، وإن كان المقصود تعميرها ليستفاد منها في مواقع الحرّ والبرد من دون أن يمنع غيره منها فالظاهر عدم الإشكال فيه»^(٤).
أقول: من الواضح كلام صاحب الجواهر رحمه الله ناظرٌ إلى الشق الأول في كلام الأستاذ رحمه الله لا الشق الثاني، فالأستاذ يوافق صاحب الجواهر في مقالته.

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤١٧؛ والسبزواري في الكفاية: إحياء الموات / شرائط التملك ٥٥٧/٢.

(٢) الروضة البهية: كتاب إحياء الموات ٧/١٥٧؛ مفتاح الكرامة: إحياء الموات / في الأراضي ٧٣/١٩.

(٣) جواهر الكلام ٣٩/ (٧٨-٧٦) (٥٣/٣٨).

(٤) دراسات في ولاية الفقيه ١٧١/٤.

ولكن اعترض آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض -مدظله- على صاحب الجواهر -رحمة الله- بقوله: «أنه لا يقاس تلك الأماكن المشرفة بالوقف كالمسجد والمدرسة وما شاكل ذلك، فإن الوقوف حسب ما يوقفها أهلها فلا يجوز التصرف فيها بما ينافي جهة وقفها. وأما هذه الأماكن المحترمة فليست بوقف شرعاً، ولذا لا تترتب عليه أحكام الوقف، ومجرد أن الله تعالى جعلها مشعراً للعبادة وموطناً لها في وقت خاص من أيام السنة لا يوجب كونها وقفاً بالمعنى المعهود، وليس لنا دليل آخر يدل على أنها وقف. وعليه فلا مانع من التصرف فيها بما لا يوجب المزاحمة والضيق على المتعبدين، كما إذا كان في غير أوقات النسك، فإن كونها متعلقة لحقوق المسلمين معناه أنه لا تجوز مزاحمتهم في أوقات قيامهم بالنسك والأعمال فيها، وأما في غير تلك الأوقات فلا مقتضى لعدم جوازه.

ومن هنا يظهر أنه لا مانع من الزرع الفصلي فيها يعني -في غير فصل النسك والأعمال- على أساس أنه لا يوجب المزاحمة، بل لا مانع من تأسيس عمارات وبيوت سكن فيها التي تؤثر في تلك الأوقات من الناسكين والمتعبدين نظراً إلى أنها لم تكن مزاحمة لهم.

فالنتيجة في نهاية الشوط: أن المقدار الثابت إنما هو عدم جواز التصرف فيها بما يوجب المزاحمة في أوقات النسك والعبادات وأما إذا لم يكن مزاحماً فلا دليل على عدم جوازه أصلاً، بل لا شبهة في أنه يوجب علاقة المتصرف بها»^(١).

أقول: الحق مع الذين يقولون باشتراط هذا الشرط لا «كأنه من ضروريات الدين»^(٢) كما ذهب إليه سيّد المفتاح أو القول بخلافه -كما أفتى به المحقق في الشرائع^(٣) - «كاد يكون كالمنافي للضروري»^(٤) كما قاله صاحب الجواهر، لأن المحقق

(١) الأراضى / ١٦٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٧٢/١٩.

(٣) الشرائع ٢١٨/٣.

(٤) الجواهر ٧٧/٣٩ (٥٤/٣٨).

وَمَنْ تبعه^(١) من الشهيد الثاني في المسالك^(٢) والسبزواري في الكفاية^(٣) وآية الله الفياض - مدظله - في الأراضي^(٤) لم يفتوا بخلاف ضروري الدين كما هو الواضح. وإن اعترف الشهيد الثاني رحمته في الروضة^(٥) بأنّه قول نادر ووسمه المحقق الثاني^(٦) بأنّه ضعيف وعدّه صاحب الجواهر من الغريب وموافقته من الأغرب والتفريع عليه من الأعجب وكلّها ممّا لا ينبغي أن يسطر كما مرّ.

أدلة القول المختار

[١] بل لما مرّ من صاحب الجواهر بأنّ مشاعر العبادة «في الحقيقة ليست من الموات - الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع»^(٧) بل هي من الأراضي المحيية بالتشريف الإلهي حيث جعلها الله تعالى من الأماكن المشرفة والمواضع المحترمة ومشعراً للعبادة. مضافاً إلى أنّ الحياة ليست منحصرة بجريان الماء وإخراج النبات وإحداث البناء وتأسيس المعمل بل يمكن إحياء الأرض بحضور الزائر والمسافر والمُشاهد والناظر المسمى اليوم بـ «صناعة التوريسم» كما هو الأمر في الآثار والأبنية التاريخية والمُشاهد النادرة من الطبيعة كالأنهار والبحار والجبال والغابات.

وبالجملة: أحياء كل شيء بحسبه.

[٢] الشارع وهو المالك الحقيقي جعل هذه الأراضي موطناً للعبادة وهذا الجعل الشرعي يكون أقوى من وقف المالك الاعتباري، فكما لا يجوز تملك الأراضي الموقوفة، فلا يجوز تملك هذه المشاعر والمُشاهد بالإحياء.

(١) نفى الشهيد الثاني والسبزواري عنه البُعد.

(٢) المسالك ١٢/ ٤١٧.

(٣) الكفاية ٢/ ٥٥٧.

(٤) الأراضي ١٦٥.

(٥) الروضة البهية ٧/ ١٥٧.

(٦) جامع المقاصد ٧/ ٢٧.

(٧) الجواهر ٣٩/ ٧٧ (٣٨/ ٥٣).

[٣] تملك هذه المشاهد المشرفة والمشاعر العبادة بالإحياء يوجب تفويت المصلحة المترتبة عليها وينافي مع الجعل الإلهي من دون فرق بين جميع أجزائها أو بعضها، وبين وسعتها للعبادة أو ضيقها لأن جميع أجزائها جعلت مشعراً للعبادة. ومن هذه المشاعر: ما جعله الله مسجداً كالمسجد الحرام ومسجد الكوفة ومراقد الأئمة المعصومين عليهم السلام وما جعله المسلمون من مصلى البلد ومحل دفن الموتى ونحوها. هذا تمام الكلام في الشرط الثالث والله العالم.

٤- «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل

ولو كان مواتاً خالياً من تحجير، كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله الدور^(١)، وأرضاً بحضرموت^(٢)، وحُضر فرس الزبير^(٣) فإنه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالإحياء»^(٤) كما في الشرائع. وقال العلامة في شرائط الإحياء من التذكرة: «أن لا يكون مُقْطَعاً من الإمام، فإنّ لإقطاع الإمام مدخلاً في الموات، بل عندنا أنّه هو المالك للموات، فيجوز للأمام أن يُقْطَعَ غيره أرضاً من الموات خاليةً من التحجير لمن يُحييها، ويصير المُقْطَعَ أولى. ويفيد الإقطاع التخصيص والأحقية كالتحجير، ويمنع الغير من المزاحمة له، ولا يصح رفع هذا الاختصاص بالإحياء.

وقد أقطع صلى الله عليه وآله وائل بن حجر^(٥) أرضاً بحضرموت^(٦).

(١) المسالك ٤١٨/١٢: لعبدالله بن مسعود، وهي اسم موضع بالمدينة، بين ظهرائي عمارة الأنصار؛ ويُقال: المعنى أنّه أقطعه تلك البقعة ليتخذها دوراً.

(٢) المسالك ٤١٨/١٢: لوائل بن حجر «بتصرف».

(٣) الروضة ١٥٩/٧: بن العوام... وهو مقدار عدو ما جرى، فأجرى فرسه حتى قام، أي عجز عن التقدم، فرمى بسوطه طلباً للزيادة على الحضر، فأعطاء من حيث وقع السوط....

(٤) الشرائع ٢١٨/٣.

(٥) هو الحضرميّ الصحابي المعروف روى عنه ولداه علقمة وعبدالجبار.

(٦) سنن أبي داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٥٨؛ سنن الترمذي ٦٦٥/٣، ح ١٣٨١؛ المعجم الكبير

وروي أنّ النبي ﷺ أقطع الدُّور.^(١)
 وأقطع الزبيرَ حُضْرَ فرسه - يعني عَدُوّه^(٢) - ما جرى، فلمّا قام الفرس رمى بسوطه،
 فقال النبي ﷺ: «أقطعوا له مرمى سوطه»^(٣).
 وروي أنّ رسول الله ﷺ دعا الأنصار ليُقطع لهم بالبحرين، قالوا: يا رسول الله إن
 فعلتْ فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها.^(٤)
 وفائدة الإقطاع مصير المُقْطَع أحقّ بإحيائه، كالمتحرّج.
 وإذا طالت المدّة ولم يحياه المُقْطَع أو أحياه غيره، فعند الشافعيّة يكون الحكم كما
 تقدّم في المتحرّج.^(٥)
 وقال مالك: إن أحياه عالماً بالإقطاع كان ملكاً للمُقْطَع، وإن أحياه غير عالم
 بالإقطاع فالمُقْطَع بالخيار بين أن يأخذه ويغرم للمُحيي ما أنفق عليه في العمارة، وبين أن
 يتركه على المُحيي ويأخذ منه قيمة الموات قبل العمارة.^(٦)
 وقال أبو حنيفة: إن أحياه قبل ثلاث سنين فهو للمُقْطَع، وإن أحياه بعدها
 فللمُحيي.^(٧)

→ - للطبراني- ١٣/٢٢، ح ١٢؛ السنن الكبرى - للبيهقي- ١٤٤/٦.
 (١) سنن أبي داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٦٠؛ المعجم الكبير - للطبراني - ٢٧٤/١٠، ح ١٠٥٣٤؛ السنن
 الكبرى - للبيهقي- ١٤٥/٦؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٦/٦ و ٢١٩.
 (٢) بل عَدُوُّ ذو وثب كما في المعجم الوسيط ١٨١/١. أقول: بالفارسية: دويدن با جهش را گویند
 که در سوارکاری بدان تاخت یا تازاندن اطلاق می شود.
 (٣) سنن أبي داود ١٧٨/٣ (١٧٧-١٧٨)، ح ٣٠٧٢؛ السنن الكبرى - للبيهقي- ١٤٤/٦؛ العزيز شرح
 الوجيز ٢١٩/٦؛ المغني ١٨٢/٦؛ الشرح الكبير ١٨٩/٦.
 (٤) صحيح البخاري ١٥٠/٣ و ١١٩/٤؛ مسند أحمد ٦٤٧/٣، ح ١٢٢٩٥؛ السنن الكبرى
 - للبيهقي- ١٤٥/٦ و ١٣١/١٠؛ المغني ١٨٢/٦؛ الشرح الكبير ١٨٩/٦.
 (٥) العزيز شرح الوجيز ٢١٩/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٤/٤.
 (٦) الحاوي الكبير ٤٨٢/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٩/٦.
 (٧) الحاوي الكبير ٤٨٢/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٢١٩/٦.

ولا ينبغي أن يُقطع الإمام إلا مَنْ يقدر على الإحياء ويقدر ما يقدر عليه»^(١).
وقال العلامة في أسباب الاختصاص من القواعد: «السادس: إقطاع الإمام، وهو متَّبِع في الموات، فلا يجوز إحياءه وإن كان مواتاً خالياً من التحجير كما أقطع النبي ﷺ بلال بن الحارث العقيق^(٢)، فلما ولي عمر قال له: ما أقطعته لتحجبه فأقطعه الناس؛ وأقطع أرضاً بحضرموت^(٣)، وأقطع الزبير حُضْر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه^(٤)، وهو يفيد الاختصاص»^(٥).

وقال السيّد العاملي في شرح عبارة القواعد: «العقيق وادٍ بظاهر المدينة. والحُضْر بالحاء المهملة المضمومة والضاد المعجمة وهو عدوه، وإنما رمى بسوطه طلباً للزيادة. وفي الحديث^(٦) أن النبي ﷺ قال: أقطعوا الزبير من (عن - خ ل) سوطه. وقال في التذكرة^(٧) قد أقطع النبي ﷺ وائل بن حجر أرضاً بحضرموت. وقال في القاموس حُضْر موت بضم الميم بلد يقال: هذا حضرموت^(٨)، أي فتبني الأول على الفتح وتعرب الثاني إعراب ما لا ينصرف، وإن شئت أضفت الأول إلى الثاني فقلت: هذا حضرموت، أعربت حضراً وخفضت موتاً، وهو وادٍ دون اليمن أرسل الله فيه سيلاً على أناس من أهل الفيل أفلتوا من طير أبايل فهلكوا، فسُمِّي حضرموت حين ماتوا فيه، وفيه بئر يقال لها بئر

(١) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٤٠.

(٢) سنن أبي داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٦١ و ٣٠٦٢، باب في قطاع الأرضين؛ وسنن البيهقي ١٤٥/٦؛ ومسند أحمد ١/٣٠٦؛ والعقيق: وادٍ بظاهر المدينة.

(٣) سنن أبي داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٥٨؛ وسنن الترمذي ٣/٦٦٥، ح ١٣٨١.

(٤) مستدرک الوسائل ١٧/١٢٢، ح ٤، باب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات، نقلاً من عوالي اللآلي ١/١٦٤، ح ١٦٨؛ وسنن أبي داود ١٧٧/٣، ح ٣٠٧٢؛ وسنن البيهقي ١٤٤/٦.

(٥) قواعد الأحكام ٢/٢٦٩.

(٦) سنن أبي داود ١٧٧/٣، ح ٣٠٧٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٤٠؛ والرواية في تلخيص الحبير ٣/٦٤، ح ١٣٠٠.

(٨) القاموس المحيط ٢/١٠.

برهوت تردّها^(١) هائم الكفار.

قوله: «وهو يفيد الاختصاص» كما هو صريح الوسيلة^(٢) والشرائع^(٣) والتذكرة^(٤) والتحرير^(٥) والدروس^(٦) وجامع المقاصد^(٧) والمسالك^(٨) والروضة^(٩) وهو قضية كلام الباقيين. وقال في المبسوط: صار أحقّ به بلا خلاف^(١٠) أي بين المسلمين، ثم إن قام بعمارتها وإلا فكما سبق^(١١) في التحجير^(١٢). أقول: يأتي حكم التحجير إن شاء الله.

وقال صاحب الجواهر في شرح عبارة الشرائع: «الشرط (الرابع: أن لا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ولو كان موثّقاً خالياً من تحجير) الذي لا خلاف في أنّ له ذلك كما عن المبسوط^(١٣)، بل ولا إشكال؛ ضرورة كون الموات من ماله الذي هو مسلّط عليه، مع أنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

(كما أقطع النبي ﷺ) عبدالله بن مسعود (الدور)^(١٤) وهي اسم موضع بالمدينة بين ظهرا

(١) معجم البلدان ٢ / ٢٧٠.

(٢) الوسيلة: إحياء الموات ١٣٤.

(٣) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٣ / ٢١٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في شرائط الإحياء ١٩ / ٤٤٠.

(٥) تحرير الأحكام: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤ / ٤٩٠.

(٦) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٣ / ٦١.

(٧) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضي ٧ / ٢٩.

(٨) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢ / ٤١٨.

(٩) الروضة البهية: في شروط الإحياء ٧ / ١٥٩.

(١٠) المبسوط: في إحياء الموات ٣ / ٢٧٣.

(١١) تقدّم في مفتاح الكرامة ١٩ / ٨٤.

(١٢) مفتاح الكرامة ١٩ / ٨٨ و ٨٩.

(١٣) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣ / ٢٧٤.

(١٤) تلخيص الحبير ٣ / ٦٣، ح ١٢٩٩؛ مجمع الزوائد ٤ / ١٩٧؛ المعجم الأوسط (للطبراني) ٥ / ١٦٣.

عمارة الأنصار، ويقال: المعنيّ أنّه أقطعه ذلك ليتّخذها دوراً.^(١)

(و) أقطع وائل بن حجر (أرضاً بحضر موت)^(٢).

(و) أقطع الزبير (حُضْر فرسه) أي عَدُوّه، بل قيل: إنّ (الزبير) أجرى فرسه حتّى قام الفرس رمى بسوطه طلباً للزيادة، فقال ﷺ: (أعطوه من حيث بلغ السوط)^(٣).

وأقطع بلال بن الحارث العقبي.

(فإنّه) إنّ لم يفد الملك فلا ريب بل لا خلاف^(٤) في أنّه (يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء) بل عن المبسوط نفيه كذلك بين المسلمین.^(٥)

وكذا ليس لأحد نقضه، وما عن عمر: من أنّه لمّا تولّى قال لبلال: «ما أقطعت العقبي لتحبّه، فأقطعه النَّاسُ» لا حجّة فيه، وكم له من أخذ فدك ونحوها!

على أنّه يمكن ذلك كما تسمعه في التحجير إذا لم يحيي المحجّر، كما صرّح به في جامع المقاصد^(٦)، وإن كان ذكر المصنّف وغيره^(٧) ذلك في التحجير دونه يشعر بالعدم، بل

(١) البدر المنير ٦٥/٧، ح ١١.

(٢) سنن أبي داود ١٧٣/٣، ح ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩؛ سنن الترمذي ٦٦٥/٣، ح ١٣٨١؛ تلخيص الحبير ٦٤/٣، ح ١٣٠٠؛ المعجم الكبير (للطبراني) ٩/١٢، ح ٤؛ تاريخ المدينة (لابن شبة) ٥٨٠/٢؛ فتوح البلدان ٨٨/١، رقم ٢٣١؛ إمتاع الأسماع ٣٥٨/٩.

(٣) مسند أحمد ١٥٦/٢؛ تلخيص الحبير ٦٤/٣، ح ١٣٠١؛ سنن أبي داود ١٧٧/٣، ح ٣٠٧٢؛ سنن البيهقي ١٤٤/٦؛ المعجم الأوسط (للطبراني) ٣٠٥/٤؛ إمتاع الأسماع ٣٦٢/٩؛ المغني (لابن قدامة) ١٦٤/٦؛ الشرح الكبير ١٧٠/٦.

(٤) ينظر الوسيلة: الزكاة / إحياء الموات / ١٣٤؛ وتحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤٩٠/٤؛ والدروس الشرعية: إحياء الموات ٦١/٣، درس ٢١١؛ والروضة البهيّة: كتاب إحياء الموات ١٥٩/٧.

(٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٣/٣.

(٦) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي ٣١/٧.

(٧) كالعلامة في القواعد: إحياء الموات / في الأراضي ٢٦٩/٢.

لو لا ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلق الحق الذي يقتضي استصحابه عدم الزوال وإن عطل.

وكأن ما ذكر من الاختصاص المزبور مبني على عدم تملك الموات بغير الإحياء، ولكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعاً. وحينئذ فلا بد من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص والأحقية بالإحياء، وإلا فلو فرض كونه على جهة التملك جاز إن لم يكن إجماعاً، وليس لأحد حينئذ الاعتراض عليه بتعطيله وأن تمادى الزمان، على إشكال؛ لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجرة على نحو ما سمعته في الأرض التي ملكت بالإحياء فأهملها حتى ماتت، هذا^(١).

ذهب آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - مد ظله - إلى أن الأرض المقطوعة يملكها المقطع ولكن ليس للإقطاع اليوم ثمرة عملية وقال: «إن عملية الإحياء: - بوصف كونها سبباً لصلة المحيي برقبة الأرض على مستوى الملك أو الحق على الخلاف المتقدم - إنما هي فيما إذا لم تكن رقبة الأرض ممّا أقطعه الإمام عليه السلام وإلا فلا أثر للإحياء أصلاً، فإن الإمام عليه السلام إذا أعطى قطعة من الأرض الموات لشخص فهي تصبح ملكاً له، حيث أن للإمام عليه السلام ذلك من جهتين.

إحدهما: من جهة ولايته عليه السلام العامة.

وثانيتهما: أن الأرض الموات بما أنها داخلية في ملكه عليه السلام كما عرفت فله اختصاص فرد أو طائفة بقطعة منها على مستوى الحق أو الملك، فإن كل ذلك بيده عليه السلام وتحت اختياره. ومن الطبيعي أنه لا يجوز تصرف غيره فيها بعد هذا الاختصاص، لأنه تصرف في ملك غيره أو فيما له حق فيه.

وقد روي أن النبي الأكرم ﷺ أقطع - الدور - لعبد الله ابن مسعود - وهي اسم موضع بالمدينة -، واقطع وائل بن حجر - أرضاً بحضرموت -، واقطع الزبير - عدو فرسه - واقطع بلال بن الحارث - العقيق -.

(١) الجواهر ٣٩ / (٨٠-٧٨) [٣٨ / ٥٥ و ٥٤].

وكيف كان فلا شبهة في أنّ للنبي الأكرم ﷺ ذلك، وكذا للأئمة الأطهار ﷺ، وإنّ ما أقطعه فهو خاص لمن قُطِعَ له، إلّا أنّ الكلام إنّما هو في إثبات ذلك صغرياً وهو لا يمكن، حيث لم يقم لنا دليل معتبر على ذلك، لا في الموارد المذكورة، ولا في غيرها. فالنتيجة: أنّ المسألة وإن كانت ثابتة كبروياً إلّا أنّه لا طريق لنا إلى إحراز صغرى لها في شيء من الموارد. وعليه فلا نتيجة عملية لهذه المسألة خارجاً^(١).

وقال في آخر كتابه: «الإقطاع وهو في المصطلح الفقهي عبارة عن إقطاع النبي الأكرم ﷺ أو الإمام ﷺ قطعة أرض أو معدن لفرد أو أفراد، وعن الشيخ ﷺ في المبسوط تحديده بمنح الإمام ﷺ حق العمل فيها لشخص أو اشخاص على أساس أن الإسلام لا يجوز العمل في المصادر والثروات الطبيعية الخام بدون إذن الإمام ﷺ أو الدولة إذناً خاصاً أو عاماً، فإذا سمح لفرد أو أفراد في استثمار تلك الثروات فهو في المصطلح الفقهي إقطاع.

فالنتيجة أنّ الإقطاع بدوره أسلوب من أساليب الاستثمار والانتاج في الموارد الخام، ويترتب على ذلك أنّه لا يجوز للإمام ﷺ إقطاع الفرد ما يزيد على قدر طاقته ويعجز عن استثماره.

وعلى هذا الأساس فالإسلام لم يعتبر الإقطاع سبباً لتملك الفرد الثروة الطبيعية التي أقطعتها النبي الأكرم ﷺ أو الإمام ﷺ أيّاه، وأنما جعل للفرد المقطع حق الأولوية في استثمار تلك الثروة يعني - لا يجوز لغيره انتزاعها منه والعمل فيها بدلاً عنه - كما عن العلامة ﷺ في القواعد حيث قال: بأنّ الإقطاع يفيد الاختصاص، وعن الشيخ في المبسوط بان السلطان إذا أقطع رجلاً من الرعية قطعة من الموات صار أحق بها من غيره بلا خلاف، وقد صرح بذلك المحقق في الشرائع أيضاً هذا.

أقول: إنّ تفسير الإقطاع بهذا المعنى وإن كان بمكان من الامكان على أساس أن للنبي الأكرم ﷺ ذلك، وكذا للإمام ﷺ إلّا أنّ إثباته بدليل معتبر مشكل جداً. حيث لم يرد

في دليل معتبر أن النبي الأكرم ﷺ أو الإمام علياً أقطع لفرد أو جماعة هذه الأرض أو ذلك المعدن.

نعم نُقل أن النبي الأكرم ﷺ أقطع -عبدالله بن مسعود- الدور، وهي اسم موضع بالمدينة. وأقطع -وابل بن حجر- أرضاً بحضر موت. واقطع -الزبير- حضر فرسه. ولكن كل ذلك: لم يثبت بنص معتبر كما مرّ. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: أنه لا مانع من تفسير الإقطاع بمعنى منح النبي الأكرم ﷺ أو الإمام علياً ملكية هذه الأرض أو هذا المعدن لفرد أو جماعة إذا رأي فيه مصلحة. لما تقدم في ضمن البحوث السالفة من أن أمر الأراضي بيده علياً حتى الأراضي الخراجية، وله أن يتصرف فيها بما يرى ولو كان ذلك التصرف منح ملكيتها لفرد، وعليه فلا وجه لتخصيص الإقطاع بالتفسير الأول.

وعلى الجملة: فلو ثبت الإقطاع في الشرع المقدس بدليل معتبر فلا وجه لتخصيصه بالتفسير الأول، إذ هو كما ينسجم مع هذا التفسير ينسجم مع التفسير الثاني أيضاً.

نعم يمتاز التفسير الأول عن التفسير الثاني في نقطة أخرى، وهي أن الإقطاع بالتفسير الثاني خاص بالنبي الأكرم ﷺ والإمام علياً وليس لأحد غيرهما ذلك وأما الإقطاع بالتفسير الأول فهو غير خاص بهما^(١).

أقول: بناءً على سعة حدود اختيارات الولي الفقيه الجامع لشرائط الحكم، تكون المسألة ذات ثمرّة عملية اللهم إلا إذا قلنا باختصاصها بالنبي ﷺ وأوصيائه الخاصين عليهم السلام كما يلوح من المحقق في الشرائع، فلا تشمل الفقيه حتى بناءً على سعة ولايته وهو الظاهر، والمختار أن الإقطاع يوجب تمليك المقطع للمقطّع له والوجه في ذلك لما ورد في كلام العلامة ﷺ: «أن سبب الملك عندنا تمليك الإمام له ولأنّ الموات قد بينّا أنّه للإمام

(١) الأراضي ٤١٥ و ٤١٦.

خاصة»^(١).

ثُمَّ فَلْيُعْلَمَ أَنَّ الإِقْطَاعَ قِسْمَانِ:

أ: إقْطَاعُ المَوَاتِ لِلتَّمْلِيكِ وَقَدْ مَرَّ.

ب: إقْطَاعُ إِرْفَاقٍ: «وَهُوَ أَنْ يُقْطِعَهُ مَوْضِعًا يَجْلِسُ فِيهِ مِنَ الطَّرِيقِ الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق.

ويجوز ذلك إذا لم يضرَّ بالمآزة والمصلين؛ لأن ذلك لمرافق المسلمين والجالس يرتفق بذلك ببيع وشراء وغير ذلك.

واختلفت الشافعية في أنه هل لإقْطَاعِ الإمام فيه مدخل؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا مدخل له في هذا الارتفاق؛ لأنه ينتفع بها على صفتها من غير عملٍ، فأشبهت المعادن الظاهرة، ولأنه لا مدخل للتملك فيه، ولا معنى للإقْطَاعِ، بخلاف الموات.

والثاني: أن له مدخلًا فيه؛ لأنَّ للإمام نظرًا واجتهادًا في أن الجلوس في المواضع هل هو مُضَرٌّ أم لا، ولهذا يزعم مَنْ جلس إذا رأى جلوسه مُضَرًّا، وإذا كان للاجتهاد فيه مدخل فكذا لإقْطَاعِهِ.^(٢)

إذا عرفت هذا، فقد قال بعض الشافعية: إنَّ للإمام أن يتملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق^(٣) «^(٤)». والله العالم.

٥- «أَلَّا يَسْبِقَ إِلَيْهِ سَابِقٌ بِالتَّحْجِيرِ

فإنَّ التحجير يفيد أولوية، لا ملكًا للرقبة. وإن ملك به التصرف حتى لو هَجَمَ عليه مَنْ يرومُ الإحياء، كان له منعه. ولو قاهرة فأحيائها لم يملك.

(١) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣٥.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٣؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٩.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٣؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٤٢.

والتحجير: هو أن ينصب عليها المروز^(١)، أو يحوطها بحائط. ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة، أجبره الإمام على أحد الأمرين، إما الإحياء وإما التخلية، بينها وبين غيره؛ ولو امتنع أخرجها السلطان من يده، لئلا يُعطلها.

ولو بادَرَ إليها مَنْ أحيّاها لم يصحّ، ما لم يرفع السلطان يده، أو يأذن في الإحياء^(٢). كما في الشرائع وقال بعد صفحة: «ومن فقهاؤنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً وهو بعيد»^(٣).

أقول: هو شيخ المحقق، الفقيه الشيخ نجيب الدين بن نما الحلّي رحمته الله كما صرح به الشهيد في الدروس وقال: «وعن الشيخ نجيب الدين بن نما أن التحجير إحياء. ويمكن حمله على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالباً فإنّ ذلك قد يعدّ إحياء، وخصوصاً عند من لا يشترط الحرث ولا الزرع والغرس؛ لأنّهما انتفاع وهو معلول الملك فلا يكون سبباً له كالسكنى»^(٤).

ومستند الشيخ ابن نما قوله رحمته الله: مَنْ أَحاط حائطاً على أرض فهي له^(٥) والخبر عامي^(٦) كما ترى.

لا الإجماع الظاهر من المبسوط على أنّ الإقطاع مثل التحجير حكماً أو موضوعاً حيث قال الشيخ: «إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعية قطعة من الموات، صار أحقّ به من

(١) المُرُوزُ: جمع المَرْز، وهو الحدّ التراتبيّ المميّز بين موضع وموضع وليس فيه ارتفاعٌ وهو غير عربيّ؛ لذلك لم يُذكر في كثيرٍ من معجمات لغة العرب القديمة.

(٢) الشرائع ٢١٨/٣.

(٣) الشرائع ٢٢٠/٣.

(٤) الدروس الشرعية ٥٦/٣.

(٥) عوالي اللآلي ٤٨٠/٣، ح ٣؛ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١١١/١٧، ح ٣.

(٦) مسند أحمد ١٢/٥ و ٢١؛ المصنّف (لابن أبي شيبة) ٢٨٥/٥، ح ١٢؛ كنز العمال ٨٩٠/٣، ح ٩٠٤٧؛ الجامع الصغير ٥٥٢/٢، ح ٨٣٠٧؛ سنن أبي داود ١٧٩/٣، ح ٣٠٧٧؛ سنن البيهقي ١٤٨/٦؛ مسند الطيالسي ١٢٢/١.

غيره باقطاع السلطان إياه بلا خلاف، وكذلك إذا تحجر أرضاً من الموات، والتحجير أن يؤثر فيها أثراً لم يبلغ به حدّ الأحياء، مثل أن ينصب فيها المروز أو يحوط عليها حائطاً وما أشبه ذلك من آثار الأحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره، فأقطاع السلطان بمنزلة التحجير»^(١).

والعجب من الفقيه العاملي^(٢) حيث نسب إليه أنّه يقول: «أنّ الأحياء مثل التحجير»، وهو كما ترى، نعم، الأحياء مثل التحجير مفهومان عرفيان وليس لهما حدّ خاص لدى الشرع والمرجع في تحقّقهما العرف.

وقال العلامة في شرائط الأحياء: «الرابع: أن لا يكون قد سبق إليه من حجره، فإنّ التحجير عندنا لا يفيد الملك، بل الأولوية والأحقية، لا ملكاً للرقبة وإن ملك به التصرف...».

إذا عرفت هذا، فقد قلنا: إنّ التحجير لا يفيد الملك؛ لأنّ سبب الملك عندنا تمليك الإمام له؛ لأنّ الموات قد بيّنّا أنّه للإمام خاصّة، وعند العامة سبب الملك إنّما هو الأحياء ولم يوجد.^(٣)

وقال بعض الشافعية: إنّ التحجير يفيد التملك.^(٤) والمشهور: أنّه يفيد الأولوية؛ لأنّ الأحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقية، كالاستيلاء مع الشراء، وأيضاً فليأمن من يقصد الأحياء بالشروع في العمارة. ولا ينبغي أن يزيد المحجر على قدر كفايته ويضيّق على الناس، ولا أن يحجر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإن فعل ألزمه الحاكم بالعمارة أو التخلي عن الزيادة فيسلّمها إلى من يقوم بعمارته.

وكذا لو ترك المحجر الأحياء، ألزمه الحاكم بالعمارة أو الترك؛ لما وجد في كتاب

(١) المبسوط ٢٧٣/٣.

(٢) راجع مفتاح الكرامة ٨٠/١٩.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٢١٧/٦.

(٤) العزيز شرح الوجيز ٢١٧/٦؛ روضة الطالبين ٣٥٢/٤.

عليّ عليه السلام قال: «وإن تركها أو أخبر بها فأخذها رجل من المسلمين بعدّه فعمرها وأحيّاها فهو أحقّ بها من الذي تركها»^(١).

وهو قول بعض الشافعيّة^(٢).

وقال آخرون: ليس لأحدٍ أخذ الزيادة؛ لأنّ ذلك القدر غير متعيّن^(٣).

وقال الفقيه المتتبع العاملي: «التحجير» ممّا صرّح فيه أنّ عدم التحجير شرط في التملّك بالإحياء أو أنّه مانع منه أو سبب في الاختصاص المبسوط^(٤) والمهذّب^(٥) والوسيلة^(٦)

بمفهومها والغنية^(٧) والسرائر^(٨) وجامع الشرائع^(٩) والشرائع^(١٠) والنافع^(١١) والتذكرة^(١٢) والتحرير^(١٣) والإرشاد^(١٤) والتبصرة^(١٥)

(١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح ٢ خبر أبي خالد الكابلي.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٢.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٢.

(٤) المبسوط: في إحياء الموات التملّك بالإحياء ٣/٢٧٣.

(٥) المهذّب: في إحياء الموات ٢/٣٢.

(٦) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٣.

(٧) غنية النزوع: في إحياء الموات ٢٩٣.

(٨) السرائر: في شرائط التملّك بالإحياء ١/٤٨٢.

(٩) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥.

(١٠) شرائع الإسلام: في شرائط التملّك بالإحياء ٣/٢١٨.

(١١) المختصر النافع: في إحياء الموات ٢٥١.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في شرائط التملّك بالإحياء ١٩/٤٣٥.

(١٣) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/٤٨٦.

(١٤) إرشاد الأذهان: الجهاد في حكم الأرضين ١/٣٤٨.

(١٥) لم نجد في التبصرة البحث عن الشروط المذكورة ولا ذكراً لما يؤمّي إلى التحجير وما يتعلّق

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٢٣

واللمعة^(١) والحواشي^(٢) وجامع المقاصد^(٣) والمسالك^(٤) والروضة^(٥) والكفاية^(٦) والمفاتيح^(٧) من دون خلاف ولا تأمل^(٨)... «وليس له -أي التحجير- في أخبارنا ذكر، ولعلهم أخذوه من فحوى ما دلّ على الأولوية في السبق إلى مكان من المسجد أو السوق، أو من الخبر النبويّ العامي الذي تداوله أصحابنا واستدلّوا به: من أحيا ميتة في غير حقّ مسلم فهي له.^(٩) ولعلّه إليه استند ابن نما في أنّه يفيد الملك كما يأتي، وقد قالوا كما ستسمع: إنّ التحجير أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط. وفي الرياض أن الظاهر اتّفاقهم على أصل التحجير وأنّ جمعاً منهم ادّعوا الإجماع عليه صريحاً.^(١٠) وقد نسب قبل ذلك دعواه إلى المسالك^(١١) ونحن لم نجد التصريح بالإجماع لا من المسالك ولا غيرها إلّا المفاتيح^(١٢). نعم هو محضّ معلوم وظاهر التذكرة^(١٣) كما عرفت. وفي مجمع

→ به. نعم في قوله «ولا يجوز التصرّف في ملك الغير بغير إذنه ولو فيما فيه صلاحه» نوع إيماء إلى ذلك على نحو العموم، فراجع التبصرة / ١٠٩ وتأمل.

(١) اللعة الدمشقية: في إحياء الموات / ٢٤٢.

(٢) لم نثر عليه في الحاشية النجارية المنسوبة إلى الشهيد وأمّا سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

(٣) جامع المقاصد: في إحياء الموات في أحكام الأراضي / ٢٨٧.

(٤) مسالك الأفهام: في شرائط التملّك بالإحياء ١٢ / ٤١٩.

(٥) الروضة البهية: في شرائط التملّك بالإحياء ٧ / ١٦٠.

(٦) كفاية الأحكام: في شرائط التملّك بالإحياء ٢ / ٥٥٨.

(٧) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣ / ٢٨.

(٨) مفتاح الكرامة ١٩ / ٧٤.

(٩) سنن البيهقي ٦ / ١٤٨.

(١٠) رياض المسائل: في شرائط التملّك بالإحياء ١٤ / ١١٢.

(١١) رياض المسائل: في شرائط التملّك بالإحياء ١٤ / ١١٢.

(١٢) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣ / ٢٨.

(١٣) تذكرة الفقهاء ١٩ / ٤٣٥.

البرهان^(١) كأنّه إجماعي^(٢).

واستدلّ له صاحب الجواهر بقوله: «وكيف كان، فلم نجد في شيء ممّا وصل إلينا من النصوص هذا اللفظ فضلاً عمّا ذكروه في تفسيره، وإنّما الموجود في خبر سمرة بن جندب: «إنّ النبيّ ﷺ قال: من أحاط حائطاً على أرض فهي له». ومقتضاه الملك به كما تسمعه من ابن نما، إلّا أن يحمل على أرض يتحلّق إحياءها بذلك، أو يراد من اللام - ولو بقرينة الشهرة أو الإجماع - الأحقيّة المزبورة لا الملك.

وربّما يستفاد الأحقيّة به من صدق حيازة المباح به وإن كان لا يملك إلّا بالإحياء، ومن أنّه سبق إليه نحو السبق إلى الوقف والسوق والمسجد ونحوها، وفي حديث أبي داود المروي من طرق العامّة - وفي الإِسعاد^(٣): أنّه صحّحه الصابي -: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(٤)، وفي بعض كتب الأصحاب رواية «فهو أحقّ به»^(٥).

ولكن مع ذلك كلّه فالإنصاف أنّ العمدّة الإجماع المزبور، وإلّا فما في التذكرة^(٦) والمسالك^(٧) وبعض الشافعيّة^(٨) - من الاستدلال عليه بأنّه «إذا أفاد الإحياء ملكاً فلا بدّ أن يفيد التحجير - الذي هو الشروع فيه - وألويّة نحو البيع والاستيلاء - كما ترى؛ ضرورة عدم الملازمة، مع احتمال أنّ التحجير أعمّ من الشروع فيه وإن فسّره به في القواعد^(٩)

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط التملّك بالإحياء ٤٩٢/٧.

(٢) مفتاح الكرامة ٧٥/١٩.

(٣) الكتاب غير موجود لدينا.

(٤) سنن أبي داود ١٧٧/٣، ح ٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٦٣/٣، ح ١٢٩٦؛ سنن البيهقي ١٤٢/٦.

(٥) عوالي اللآلي: باب إحياء الموات ٤٨٠/٣، ح ٤؛ مستدرک الوسائل ١١١/١٧، ح ٤، باب ١ من كتاب إحياء الموات.

(٦) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / في شرائطه ٤٣٦/١٩.

(٧) مسالك الأفهام: إحياء الموات / في الأرضين ٤١٩/١٢.

(٨) مغني المحتاج ٣٦٦/٢.

(٩) قواعد الأحكام: إحياء الموات / في الأراضي ٢٦٩/٢.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٢٥

والمسالك^(١) وغيرهما^(٢)»^(٣).

واستدل له آية الله الفياض - مدظله - بقوله: «وإنما الكلام في دليل ذلك.

الموجود في بعض كلمات الأصحاب أن عمدة الدليل عليه الإجماع^(٤) والتسالم^(٥).

وعن العلامة في التذكرة^(٦)، والشهيد الثاني^(٧) في المسالك^(٨) أن التحجير شروع في الأحياء، فإذا أفاد الأحياء الملك أفاد التحجير الذي هو شروع فيه الأولوية لا محالة. وقد يستدل على ذلك بالرواية الدالة على أن «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(٩). وغير خفي: أن كلاً منها لا يصلح أن يكون دليلاً.

أمّا الإجماع: فهو غير متحقق لوجود المخالف في المسألة وعلى تقدير تسليم تحققه فهو إجماع منقول وقد حقق في الأصول أنه لا دليل على اعتباره. وأمّا ما عن العلامة والشهيد الثاني^(١٠) من الملازمة بين كون الأحياء مفيداً للملك وكون التحجير مفيداً للأولوية فلا دليل عليه أصلاً إلا أن يكون نظرها إلى أن بناء العقلاء قائم على ذلك وهو غير بعيد، كما سوف نشير إليه.

وأمّا الرواية فلم نعثر عليها من طرق الخاصة، وإنما هي مروية من طرق العامة، وعليه فلا أثر لها أصلاً. على أنها لو ثبتت لكان حالها حال روايات الأحياء الظاهرة في

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) كالروضة البهية: كتاب إحياء الموات ١٦٠/٧.

(٣) الجواهر ٨٢/٣٩ و ٨٣/٥٧ (٣٨/٥٧).

(٤) كما في مفاتيح الشرائع ٢٨/٣ على أنه يفيد الأولوية تبعاً للعلامة في تذكرة الفقهاء ٤٣٥/١٩؛ وفي مجمع البرهان ٤٩٢/٧ كأنه إجماعي.

(٥) رياض المسائل ١١٢/١٤ (٣٥١/١٢).

(٦) تذكرة الفقهاء ٤٣٦/١٩.

(٧) المسالك ٤١٩/١٢.

(٨) سنن أبي داود ١٧٧/٣، ح ٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٦٣/٣، ح ١٢٩٦؛ وسنن البيهقي ١٤٢/٦.

إفادة الملك، وهي مقطوع البطلان على أساس أن التحجير لدى الأصحاب لا يفيد الملك جزماً.

فالصحيح في المسألة أن يقال: إنّ الدليل على كون عملية التحجير تمنح حقّ الأولوية لمن يقوم بها أنّها هو سيرة العقلاء وحيث لم يرد ردع عنها من قبل الشرع فهي على أساس ذلك لا محالة تكشف عن إمضاء الشارع لها، فيكون دليلاً في المسألة. ثمّ إنّ المتيقن: من تلك السيرة أنّها هو فيما إذا أراد المحجر القيام بعملية الإحياء، وهذا يعني - أن التحجير لدى العرف والعقلاء أنّها يمنح حق الأولوية للمحجر على أساس أنّه شروع في عملية الإحياء وابتداء لها -.

وأما إذا كان قاصداً به السيطرة على مساحة كبيرة من الأرض والاستيلاء عليها - من دون أن يكون بصدد أحيائها واستثمارها والاستفادة من ثرواتها - فالظاهر بل المقطوع به أنه لا أثر لتحجيرها هذا نهائياً، حيث لم يحرز جريان السيرة من العقلاء على أنّه مفيد لحقّ الأولوية مطلقاً حتّى في هذا الفرض، بل لا يبعد دعوى قيام السيرة منهم على عدم ترتيب أثر عليه على أساس أنّهم يرون أن ذلك يضرّ بالعدالة الاجتماعية، ويوجب الضيق على الآخرين وتقويت حقوقهم.

ومن هنا يعتبر في كون عملية التحجير مفيدة لحقّ الأولوية تمكن المحجر من القيام بالإحياء والعمارة وإلاّ لم تكن مفيدة له، وأمّا إذا كان متمكناً من القيام به ثمّ زال عنه التمكن فإن كان موقتاً لم يزل حقّه عنها وإلاّ زال وجاز للآخر أن يقوم بأحيائها، كما أنّ الأمر كذلك إذا امتنع من القيام بعملية الإحياء والاستثمار^(١).

٦- أن لا يكون قد حماه النبي ﷺ

قال الشيخ: «فأما الحمى... وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشي ترعي فيها والناس في ذلك على ثلاثة أضرب: النبيّ محمّد - عليه وآله أفضل الصلاة والسلام والبركات - والأئمّة من بعده - عليهم أفضل الصلاة والسلام والتحّيّات - وآحاد

(١) الأراضي / (١٦١-١٥٩).

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٢٧

المسلمين، فأما النبي ﷺ فكان له أن يحمي لنفسه ولعامة المسلمين لقوله ﷺ لا حمى إلا لله ولرسوله، وروى عنه ﷺ أنه حمى النقيع - بالنون - وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع لخیل المجاهدين ترعى فيه.

فأما آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامة المسلمين لقوله ﷺ لا حمى إلا لله ولرسوله، وهذا خاص في هذا الموضع، وهذا لا خلاف فيهما. وأما الأئمة الذين نذهب إلى إمامتهم المعصومون، فإن حموا كان لهم ذلك، لأن أفعالهم حجة ولا يجوز عليهم الخطأ والقبیح، وفي المخالفين من قال ليس للإمام أن يحمي لنفسه شيئاً، وإن أراد أن يحميه للمسلمين ليس له ذلك، وفيهم من قال له أن يحمي للمسلمين.

فإذا ثبت ذلك فالكلام في فصلين أحدهما بيان ما يحمى له، والثاني قد ما يحمى. فأما الذي يحمى له فإنه يحمى للخیل المعدة لسبيل الله، ونعم الجزية، ونعم الصدقة والضوال.

وأما قدر ما يحمى فهو ما لا يعود بضرر على المسلمين، أو بضيق مراعيهم، لأن الإمام لا يفعل عندنا إلا ما هو من مصالح المسلمين.

فإذا ثبت هذا فإنه يحمى القدر الذي يفضل عنه ما فيه كفاية لمواشي المسلمين فأما ما حماه رسول الله ﷺ فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله، لأن فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياء فإنه يملكه فأما من يحييه بغير إذنه فإنه لا يملك به حسب ما قدمناه^(١).

قال المحقق: «لنبي ﷺ، أن يحمي لنفسه ولغيره من المصالح^(٢) كالحمى لنعم الصدقة. وكذا عندنا لإمام الأصل. وليس لغيرهما من المسلمين، أن يحمي [لنفسه]. فلو

(١) المبسوط ٣/ ٢٧٠ و ٢٧١.

(٢) المسالك ١٢/ ٤٢٠: المراد بالحمي: أن يحمي بقعة من الموات لمواشي بعينها، وينع سائر الناس من الرعي فيها.

أحياء محي لم يملكه، مادام الحمى مستمرّاً.
وما حماه النبي ﷺ، أو الإمام [عليه السلام]، لمصلحة فزالت، جاز نقضه؛ وقيل: ما يحميه النبي ﷺ خاصّة، لا يجوز نقضه لأنّ حماه كالنصّ^(١).
وقال العلامة: «السادس: أن يحمي بقعةً من الموات لمواشي بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعي فيها.
والحمى قد كان لرسول الله ﷺ لخاصّ نفسه وللمسلمين؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنّه قال: «لا حمى إلّا لله ولرسوله»^(٢).
ولكنّه ﷺ لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع - بالنون - لإبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين في سبيل الله^(٣).
وعندنا أنّ للإمام أن يحمي لنفسه ولإبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين على حدّ ما كان للنبي ﷺ، وأمّا غيرهما من آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لغيرهم؛ لقوله ﷺ: «لا حمى إلّا لله ولرسوله».
وأما قصد به النبي ﷺ منع العامّة من الحمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدًا مخصبًا وافي بكلبٍ على جبلٍ إن كان به، أو على نشزٍ إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب ووقف له من كلّ ناحيةٍ من يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه

(١) الشرائع ٢١٩/٣.

(٢) مسند أحمد ٦٢٤/٤، ح ١٥٩٩٠، و ٢١/٥، ح ١٦٢٢١؛ صحيح البخاري ١٤٨/٣؛ سنن أبي داود ١٨٠/٣، ح ٣٠٨٣؛ المعجم الأوسط - للطبراني - ١٣٣/٥، ح ٤٦٦٩؛ المعجم الكبير - له أيضاً - ٨/ (٩٦-٩٧) ح ٧٤٢٨-٧٤٢٦؛ سنن الدارقطني ٢٣٨/٤، ح ١٢٢؛ المستدرک - للحاكم - ٦١/٢؛ السنن الكبرى - للبيهقي - ١٤٦/٦.

(٣) الكافي ٢٧٧/٥، ح ٥؛ التهذيب ٤١٤/٧، ح ٦٢٥؛ الأموال - لأبي عبيد - ٣٠٩؛ مسند أحمد ٣٣٢/٢، ح ٦٤٠٢؛ السنن الكبرى - للبيهقي - ١٤٦/٦؛ صحيح ابن حبان - بترتيب ابن بلبان - ٥٣٨/١٠، ح ٤٦٨٣؛ الطبقات الكبرى - لابن سعد - ١١/٥.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٢٩

من كلّ ناحيةٍ لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك^(١)؛ لما فيه من التضيق على الناس.

وأما الأئمة عليهم السلام فقد قلنا: إنهم عندنا في ذلك بمنزلة النبي ﷺ.

ومنع الشافعي من تجويز الحمى لخاصّ نفسه، فإن حمى لنفسه لم يكن له ذلك.^(٢) وإن أراد أن يحمي للمسلمين فقولان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لقوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله» ولأنّه لا يحمي لنفسه فلا يحمي لغيره، كالعامّة.

ونقول بموجب الحديث، فإن الإمام قائم مقام الرسول ﷺ، والمقدّمة الأولى ممنوعة.

والثاني - وهو الصحيح عندنا وعندهم -: [الجواز]^(٣) وبه قال مالك وأبو حنيفة؛ [الأن]^(٤) عمر بن الخطّاب حمى موضعاً وولّى عليه مولى له يقال له: هُني، فقال: يا هُني اضمم جناحك للناس، واتّق دعوة المظلوم، فإنّ دعوة المظلوم مجابة، وأدخل ربّ الصّريّمة وربّ الغنّيمة^(٥)، إياك ونعم ابن عفّان ونعم ابن عوف، فإنّهما إن تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخلٍ، وزرعٍ، وإن ربّ الصّريّمة والغنّيمة إن تهلك ماشيته يأتني بعياله فيقول: يا

(١) كما في الأم ٤/٤٧؛ ومختصر المزني ١٣١/؛ ونهاية المطلب ٨/٢٨٩؛ والعزیز شرح الوجیز ٦/٢٢٠؛ والمغني ٦/١٨٥؛ والشرح الكبير ٦/٢٠٣-٢٠٢).

(٢) الحاوي الكبير ٧/٤٨٣؛ المهدّب - الشيرازي - ١/٤٣٤؛ نهاية المطلب ٨/٢٨٨؛ الوجیز ١/٢٤٢؛ التهذيب - للبخاري - ٤/٤٩٢؛ البيان ٧/٢٧٤؛ العزیز شرح الوجیز ٦/٢٢٠؛ روضة الطالبين ٤/٣٥٧.

(٣) ما بين المعقوفين أثبتناه من العزیز شرح الوجیز، وفاقاً لما في بقيّة المصادر.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «إنّ». والمثبت يقتضيه السياق.

(٥) الصّريّمة تصغير الصّرمّة، وهى القطيع من الإبل والغنم، والغنّيمة تصغير الغنم، يريد: أدخل صاحب الإبل القليلة والغنم القليلة في الحمى والمرعى. النهاية - لابن الأثير - ٣/٢٧ «صرم».

أمير المؤمنين أفتاركهم [أنا] ^(١) لا أبا لك لا أبا لك ^(٢)، فالماء والكلاء أهون عليّ من الدينار والدرهم، وأيم الله إنهم ليقولون: إنّا لبلادنا التي قاتلنا عليها في الجاهليّة وأسلمنا عليها في الإسلام، ولو لا الخيل التي أحمل عليها في سبيل الله لما حميت من بلاد الإسلام شبراً. ^(٣)

وهو إجماع منهم، ولأنّ ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمّة فيه مقام النبي ﷺ [وقد روي عن النبي ﷺ] ^(٤) أنّه قال: «ما أطعم الله نبياً طعمةً إلّا جعلها طعمةً لمن بعده» ^(٥) وأما الخبر فمخصوص ^(٦) ^(٧).

وقال السيّد العاملي في شرح كلام العلامة في القواعد: «وفي حكم الإقطاع الحمى، وهو منع الإمام التّاس عن رعي كلّ ما حماه في الأرض المباحة ليختصّ به دونهم) قد جعل في التذكرة ^(٨) والتحرير ^(٩) والدروس ^(١٠) عدم الحمى شرطاً في الإحياء

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٢) جملة «لا أبا لك» غير مكرّرة في المصادر.

(٣) الموطأ ٢/ ١٠٠٣، ح ١؛ صحيح البخاري ٤/ ٨٧؛ السنن الكبرى - للبيهقي - ١٤٧/ ٦؛ الأم ٤/ ٤٦ و ٤٨؛ التهذيب - للبغوي - ٤/ ٩٢؛ البيان ٧/ ٢٨؛ العزيز شرح الوجيز ٦/ ٢٢٠.

(٤) ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني ٦/ ١٨٧؛ والشرح الكبير ٦/ ٢٠٤.

(٥) مسند أحمد ١/ ٩، ح ١٥؛ سنن أبي داود ٣/ ١٤٤، ح ٢٩٧٣.

(٦) الحاوي الكبير ٧/ ٤٨٣؛ المهذب - للشيرازي - ١/ ٤٣٤؛ نهاية المطلب ٨/ ٢٨٨؛ التهذيب - للبغوي - ٤/ ٩٢؛ البيان ٧/ (٤٢٨-٤٢٧)؛ العزيز شرح الوجيز ٦/ ٢٢٠؛ روضة الطالبين

٤/ ٣٥٧؛ المغني ٦/ (١٨٧-١٨٦)؛ الشرح الكبير ٦/ (٢٠٤-٢٠٣)؛ الإشراف على نكت

مسائل الخلاف ٢/ ٦٦٨، ح ١١٨٩؛ عيون المجالس ٤/ ١٨١٧، ح ١٢٨٢؛ روضة القضاة

٢/ ٥٥١، ح ٣٢٦٨ و ٣٢٦٩.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٩/ (٤٤٥-٤٤٢).

(٨) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ١٩/ ٤٤٢.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/ ٤٨٦.

(١٠) الدروس الشرعية: في شرائط التملّك بالإحياء ٣/ ٥٧.

المملّك. ومثله جعله في حكم الإقطاع. ومن ذكره مستقلاً وبين أحكامه أفاد كلامه ذلك. وقد عرّفه المصنّف بما سمعت وبمعناه ما في التذكرة^(١) هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشي بعينها ويمنع سائر الناس من الرعي فيها، وكلاهما غير المعنى اللغوي والعرفي وإنّما أراد بهما بيان المراد منه في كلام الفقهاء. والتعريف الموافق للغة والعرف ما في المبسوط قال: وهو أن يحمي قطعة من الأرض للمواشي ترعى فيها، وقد روى أصحابنا والعامّة عن النبي ﷺ أنّه قال: لا حمى إلا لله ولرسوله^(٢). والظاهر أن الخبر عامي، لأنّه ليس موجوداً في الجوامع العظام من كتبنا، ولكنهم أخذوه مسلماً. وفي التذكرة^(٣) وغيرها^(٤) أنّه ﷺ قصد منع العامّة من الحمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلداً مخصباً وافي بكلب على جبل أو على نَشْرٍ إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب، ووقف له من كلّ ناحية من يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية نفسه ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك لما فيه من التضيق على الناس.

وقد تبّه المصنّف بقوله (وهو منع الإمام) على خلاف الشافعي حيث منع على غير النبي ﷺ الحمى لنفسه، واختلف كلامه على قولين^(٥) إذا حمى للمسلمين، لأنّ الأئمّة - صلوات الله عليهم - بمنزلة النبي ﷺ عندنا، وهو من ضروريّات مذهبنا. ونحوه ما في السرائر^(٦) وجامع الشرائع^(٧) والشرائع^(٨)

(١) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ٤٤٢/١٩.

(٢) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ٤٤٣/١٩.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٤٨٩؛ ومسالك الأفهام ١٢/٤٢١.

(٥) الحاوي الكبير: في الحمى من إحياء الموات ٧/٤٨٣.

(٦) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى ٢/٣٨١.

(٧) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥.

(٨) شرائع الإسلام: في شرائط التملّك بالإحياء ٣/٢١٩.

والتحرير^(١) والدروس^(٢) حيث قيل فيها: ولإمام الأصل ذلك عندنا. وكيف كان، فمشروعية الحمى ثابتة بإجماع المسلمين، وستسمع إجماعهم على بعض الخصوصيات. قوله: (كما حمى النبي ﷺ النقيع) كما ذكر ذلك الخاصة والعامة^(٣)، وقد روى في الكافي^(٤) والتهذيب^(٥) بسندٍ ضعيف بجماعة عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن بيع الكلاً والمرعى، فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله ﷺ النقيع لخیل المسلمين. وهذا الخبر يُستشَمُّ منه رائحة النقية، لأنَّ الجواب غير مطابق للسؤال. والنقيع - بالنون - موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء، ومنه أوّل جمعة جُمعت في الإسلام في المدينة في نقيع الخَضَمَات بالمعجمتين. وفي الحواشي^(٦): أنّه بكسر النون.

قوله: (وللإمام أن يحمي لنفسه) لأنَّ الموات ملك له، ومن ملك أرضاً فله حمايتها بلا خلاف كما في الخلاف^(٧) والغنية^(٨). وقد روى العامة النبي ﷺ قال: لا حمى إلا لله ولرسوله ولأئمة المسلمين^(٩). وفي المبسوط أنَّ للنبي ﷺ أن يحمي لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف^(١٠). وفي التذكرة: لكنّه لم يحم نفسه، وإنّما حمى النقيع لأبل الصدقة

(١) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤ / (٤٩٠-٤٨٩).

(٢) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالاحياء ٥٨/٣.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٤٦/٦.

(٤) الكافي: في بيع المراعي ٥/٢٧٧، ح ٥.

(٥) تهذيب الأحكام: باب بيع الماء... ١٤١/٧، ح ١٠؛ ووسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح ٣، باب ٩ من أبواب إحياء الموات.

(٦) لم أجده في الحاشية النجارية بل فيها ٣٤٧: «النقيع بفتح النون موضع يجتمع فيه الماء فيكثر الخصب».

(٧) الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

(٨) غنية النزوع: في إحياء الموات ٢٩٣/٣ و ٢٩٤.

(٩) لم نظفر على عبارة الحديث في كتب حديث العامة ولا الخاصة إلا على قوله ﷺ: لا حمى إلا لله ولرسوله. نعم رواه الشيخ في الخلاف ٥٢٨/٣ وابن زهرة في الغنية ٢٩٤/٣.

(١٠) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧٠/٣.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٣٣

وَنَعَمْ الجزية وخيل المجاهدين.^(١) وغرض المصنّف هنا بيان أنّ الإمام كالنبي ﷺ، وأنّ له وللنبي ﷺ أن يحمي لنفسه ولغيره. ومما ذكر فيه أنّه له أن يحمي لنفسه المبسوط^(٢) والغنية^(٣) والسرائر^(٤) والجامع للشرائع^(٥) والشرائع^(٦) والتحرير^(٧) لكن في المبسوط والسرائر عند بيان ما يحمي له لم يذكر الحمى لنفسه وإثما ذكر الأربعة الآتية، ولم يذكره في الوسيلة^(٨) أصلاً، وظاهره الحصر في الأربعة، ولعلّه لأنّه لم يفعله ﷺ وإلا فالمعصوم قوله وفعله حجة، على أنّه مالك وللمالك أن يفعل في ملكه ما يشاء.

قوله: (ولنعم الصدقة الضوالة) والخيل المعدة لسبيل الله ونعم الجزية كما في المبسوط^(٩) والوسيلة^(١٠) والغنية^(١١) والسرائر^(١٢)

وجامع الشرائع^(١٣) والتذكرة^(١٤) وغيرها^(١٥)، وزاد في التذكرة مواشي الضعفاء.

قوله: (وليس لغيره ذلك) ليس لغير النبي ﷺ أو الإمام عليّ عليه السلام - وهو المراد من

(١) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ٤٤٣/١٩.

(٢) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧٠/٣.

(٣) غنية النزوع: في إحياء الموات ٢٩٣/٢٩٤ و ٢٩٤.

(٤) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى ٣٨١/٢.

(٥) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥/.

(٦) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٢١٩/٣.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤٩٠/٤.

(٨) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٤/.

(٩) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

(١٠) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٤/.

(١١) غنية النزوع: في إحياء الموات ٢٩٣-٢٩٤/.

(١٢) السرائر: في أحكام الحمى ٣٨١/٢.

(١٣) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥/.

(١٤) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ٤٤٣/١٩.

(١٥) الخلاف: في الحمى وأحكامه ٥٢٨/٤، مسألة ٧.

العبارة - من آحاد النَّاس أن يحمي لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف كما في المبسوط^(١) وإجماعاً كما في التحرير^(٢) ولا يجوز لغيرهما الجُمى إجماعاً كما في المسالك^(٣) وهو كذلك، لأنّ عبارات مَنْ تعرّض له قد طفحت بذلك، وهو من العامّة إجماع كما في التذكرة وإن خالف الشافعي في أحد قوليّه، لأنّ عمر بن الخطّاب قد حمى موضعاً ووَلّى عليه هنيئاً وأمره أن يدخل ربّ الصريمة وربّ الغنيمة ونهاه أن يدخل فيه نَعَم ابن عقّان وابن عوف.^(٤)

وهل لولاته في النواحي؟ فيه وجهان عند العامّة، والوجه المنع إلّا بإذنه كما في التذكرة^(٥) ومنه يُعلم حال الفقهاء في زمن الغيبة.

ولم يذكر المصنّف قدر المحي، وقد قدّر في المبسوط^(٦) والوسيلة^(٧) والسرائر^(٨) وجامع الشرائع^(٩) والتذكرة^(١٠)

والتحرير^(١١) بما لا يعود بضرر على المسلمين ولا يضيّق مراعيهم. ولعلّ مَنْ ترك تركه لظهور أنّ المعصوم لا يحمي إلّا الأقلّ الذي لا يبين ضرره على المسلمين.

قوله: (ولا يجوز نقض ما حماه الإمام ولا تغييره) أي اعتباراً من دون إذن منه ولا زوال مصلحة. وهو ممّا لا ريب فيه، وإنّما الخلاف فيما إذا زالت المصلحة كما يأتي، لكنّه

(١) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤٩٠/٤.

(٣) مسالك الأفهام: في شرائط التملّك بالإحياء ٤٢١/١٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ٤٤٤/١٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ٤٤٣/١٩.

(٦) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧٠/٣ و ٢٧١.

(٧) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٤/.

(٨) السرائر: البيع في أقسام النَّاس في الحمى ٣٨١/٢.

(٩) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥/.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ٤٤٣/١٩.

(١١) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤٩٠/٤.

قال في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) فأما ما حماه رسول الله ﷺ فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله، لأن فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياء فإنه يملكه، ولعله إليه أشار المحقق في الشرائع بقوله: «وقيل ما يحويه النبي خاصة لا يجوز نقضه، لأن حماه كالنص»^(٣)، انتهى. وعلى رده نبيه في الدروس بقوله: ولا فرق بين ما حماه النبي ﷺ والإمام، لأن حماهما نص، إذ لا يحكم الإمام بالاجتهاد عندنا.^(٤) والنقض هو الإبطال من رأس، والتغيير قد يكون للبعض، وقد يكون للكل.

قوله: (ومن أحياء منه شيئاً لم يملكه مادام الحمى مستمراً) كما هو صريح جماعة^(٥) وقضية كلام الباقرين^(٦). وهو مما لا ريب فيه أيضاً عندنا وعند العامة.

وقوله: (فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء) وجواز نقضه كما جزم به في الشرائع^(٧) والتذكرة^(٨) والتحرير^(٩)

والحواشي^(١٠) والمسالك^(١١). وفي ترجيح في الإيضاح^(١٢). وفي المسالك: أنه في حمى الإمام موضع وفاق وفي حمى النبي ﷺ وجهان: أحدهما أنه كذلك للاشتراك في

(١) المبسوط: في إحياء الموات ٢٧١/٣.

(٢) الخلاف: في إحياء الموات ٥٢٩/٣، مسألة ٨.

(٣) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٢١٩/٣.

(٤) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٥٨/٣.

(٥) منهم المحقق في الشرائع ٢١٩/٣؛ والشهيد الثاني في المسالك ٤٢١/١٢؛ والسرائر ٣٨٢/٢.

(٦) كما في الغنية ٢٩٤/٣؛ والدروس ٥٨/٣؛ ومجمع الفائدة والبرهان ٥٠٠/٧.

(٧) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٢١٩/٣.

(٨) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ٤٤٦/١٩.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤٩٠/٤.

(١٠) الحاشية التجارية ٣٤٧/٣.

(١١) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٤٢٢/١٢.

(١٢) إيضاح الفوائد: إحياء الموات في المنافع ٢٣٥/٢.

المقتضي، والآخر المنع مطلقاً، لأنّ حماه إنّما كان لمصلحة مقطوعة فكان كالنص لا يجوز تغييره^(١)، انتهى. وقد سمعت ما في المبسوط من أنّ ما يحميه النبي ﷺ خاصة لا يجوز نقضه، وما في الشرائع من نسبته إلى القيل. وهذا لقول لم نجده لأحد من طائفتنا غير الشيخ في ظاهر المبسوط^(٢) وإنّما هو قول للعامة، قالوا: لأنّه نصّ فلا ينقض بحال، ومنهم من قال: إن بقيت الحاجة لم يغيّر، وإن زالت فوجهان: أحدهما وبه قال أبو حنيفة^(٣) الجواز لزوال العلة، وأظهرهما عند الشافعي^(٤) عدم، لأنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد، ونحن نقطع أنّ ما فعله مصلحة فلا يرفع القطع بالظنّ.

ويبقى الكلام في هذا الذي يجوز له الإحياء والنقض والتغيير، فقد فرض في الدروس^(٥) وجامع المقاصد^(٦) وظاهر التحرير^(٧) في غير الوالي من آحاد الناس، وقد فرضه في التذكرة^(٨) في نفسه تارةً بمعنى أنّ الإمام ينقض ما حماه إذا زالت المصلحة وهو الذي ذكره في المسالك^(٩) أخيراً.

وفي احتياج خروجه عن الحمى حيث يكون المحيي آحاد الناس إلى حكم الحاكم نظر من تبعيّة المسبّب، لأنّه شرّع لمصلحة وعلة خاصة، فإذا زالت العلة زال المعلول فيرجع إلى أصله من الإباحة، ومن أنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الإمام ﷺ بالاجتهاد. وهو كما ترى يمنع ذلك على الحاكم أيضاً، وأنّ

(١) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء ١٢/٤٢٢.

(٢) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧١.

(٣) كما في التذكرة ١٩/٤٤٦؛ وانظر روضة الطالبين ٤/٤٥٤.

(٤) المجموع ١٥/٢٣٥.

(٥) الدروس الشرعية: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٣/٥٨.

(٦) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام المنافع ٧/٣٣.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٦.

(٩) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٢١ و ٤٢٢.

المحمي لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الإمام، فلا يزول إلا به، لامتناع مناطية الأحكام بالمصالح بل بالوصف، وهو كما ترى أيضاً وأنه قد تعيّن لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة، فلا يتغيّر إلا بالنصّ. ولا ترجيح في الدروس^(١) والإيضاح^(٢). وربما قيل^(٣): إنّما يجوز الإحياء بإذن الإمام وإذا أذن زال الحمى فلا حاصل لهذا الفرع. وأجيب بأنّه نفرض أنّه أذن بالإطلاق مطلقاً، فيكون شمول الإطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحمى، وعدمه فرع عدمه.

وهل للإمام الثاني إزالة ما حماه السابق لمصلحة زائدة مع بقاء مصلحة المحمي لها؟ وجهان: من أنّها إنّما تعيّنت لجهة مستحقّة، فهي كالمسجد ومن زوال الملك في المسجد بخلاف الحمى، فإنّه تابع للمصلحة، وقد يكون غيرها أصلح منها^(٤). وقال صاحب الجواهر في شرح كلام المحقّق في الشرائع: «واللنبيّ ﷺ الذي هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم (أن يحمي) بقعة من الأرض الموات (لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة) والجزية والضوالّ ونحوها، قال في محكيّ المبسوط: «للنبيّ ﷺ أن يحمي لنفسه ولعامّة المسلمين بلا خلاف»^(٥). (وكذا عندنا لإمام الأصل) الذي هو بمنزلة النبيّ ﷺ في كلّ ما لم يثبت أنّه من خواصّه، بلا خلاف^(٦) ولا إشكال؛ ضرورة كون الموات لهم ﷺ، وفي النبويّ: «لا حمى إلاّ لله ولرسوله»^(٧)، وزاد في آخر:

(١) الدروس الشرعيّة: في شرائط تملّك الموات بالإحياء ٥٨/٣.

(٢) إيضاح الفوائد: إحياء الموات في المنافع ٢٣٥/٢.

(٣) القائل والمجيب هو المحقّق الكركي في جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام المنافع ٣٣/٧.

(٤) مفتاح الكرامة ١٩/ (١٠٢-٩٤).

(٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٢٧٠/٣.

(٦) كما في الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

(٧) سنن أبي داود ٣/ ١٨٠، ح ٣٠٨٣؛ مسند أحمد ٤/ ٣٨؛ صحيح البخاري ٣/ ١٤٨؛ المستدرک

«ولأئمة المسلمين»^(١).

والأصل فيه: أنّ الأعزّاء^(٢) من العرب إذا انتجع أحد منهم بلداً مخصباً وأتى^(٣) بكلب على جبل إن كان به، أو على نشز إن لم يكن به جبل، ثم استعوى الكلب، وأوقف من كلّ ناحية من يسمع صوته بالعوي، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية لنفسه، ويرعى مع العائمة فيما سواه، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك لما فيه من التضيق على الناس^(٥).

ولا ينافي ذلك ما وقع منه إيثالا كما في الخبر عن أبي الحسن إيثالا: «سألته عن بيع الكلا والمرعى؟ فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله ﷺ النقيع^(٦) لخیل المسلمين»^(٧)؛ فإنّه ليس حمى لنفسه.

ولذا قال في التذكرة: «إنّه ﷺ لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم الجزية وخیل المجاهدين»^(٨).

وبالجملة: ذلك وإن كان جائزاً له ولكن لم يفعله لنفسه إيثاراً للغير، وما وقع

→ (للحاكم) ٦١/٢؛ مجمع الزوائد ١٥٨/٤؛ مسند الحميدي ٣٤٤/٢؛ المصنّف (لابن أبي شيبة) ٣٩١/٥، ح ١؛ السنن الكبرى (للنسائي) ٨/٣، ح ٥٧٧٥؛ كنز العمال ٣٨٣/٤، ح ١١٠٢٤؛ الجامع الصغير ٧٤٦/٢، ح ٩٨٧٧.

(١) البحر الزخار ٧٧/٥؛ الخلاف: إحياء الموات ٥٢٨/٣، مسألة ٦.

(٢) الأعزّاء: هم الذين كانت لهم العزّة والهيبة بين القبائل ولا يُجسّروا أحدٌ على ما وقع في حماهم، ومن مشاهيرهم كُليب. وهو من رجال تغلب الأشداء وإليه يُنسب (حمى كُليب).

(٣) في المصادر بدلها: وافي.

(٤) كذا في الأصل، والذي يقتضيه السياق: أتى بكلب، (بجذف الواو).

(٥) تحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤٨٩/٤.

(٦) النقيع: موضع قريب من المدينة. النهاية (لابن الأثير) ١٠٨/٥ (نقع).

(٧) الكافي ٢٧٧/٥، ح ٥، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام ١٤١/٧، ح ١٠، باب بيع الماء؛

وسائل الشيعة ٤٢٣/٢٥، ح ٣، باب ٩ من كتاب إحياء الموات.

(٨) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات / في شرائطه ٤٤٣/١٩.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٣٩

منه ﷺ إنما هو للمسلمين، ولعلّ ذكر المصنّف الإمام عليه السلام تنبيهاً على ما يحكى عن الشافعي: من اختصاص ذلك بالنبي ﷺ ^(١) (و) فيه: أنّه لا دليل على أنّه من خواصّه، بل الخبر المزبور المروي في طرقهم دالّ على خلافه.

نعم (ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمي) ^(٢) بلا خلاف كما عن المبسوط ^(٣)، بل إجماعاً في المسالك ^(٤) ومحكي التحرير ^(٥). وما وقع من عمر بن الخطّاب من أنّه قد حمى موضعاً وولّى عليه رجلاً، ^(٦) لا حجة فيه، بل هو مخالف لما عرفت.

وما في الخبر المزبور - الذي لا مطابقة فيه بين الجواب والسؤال ظاهراً إلا على تكلف - محمول على ما إذا كان المرعى ملكاً للحامي لأنّ الأرض أرضه، كما أومئ إليه في بعض المعتمدة، قال فيه: «إنّ لنا ضياعاً ولها حدود وفيها مراعي، ولرجلٍ منّا غنم وإبل يحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. فقلت: الرجل يبيع المراعي؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» ^(٧).

اللهمّ إلا أن يكون نائباً خاصّاً عنهما في ذلك، بل يقوى جوازه لنائب الغيبة أيضاً إن لم نقل: إنّ من خواصّ الإمامة، أمّا غيره من سائر النّاس فلا إشكال في عدم الجواز؛ لما عرفت، مضافاً إلى مفهوم الخبر المزبور وغيره ممّا دلّ على اعتبار كون الأرض أرضاً له

(١) روضة الطالبين ٤/٥٣؛ الحاوي الكبير ٧/٤٨٣؛ المغني (لابن قدامة) ٦/١٦٧؛ المجموع ١٥/٢٣٤ و ٢٣٦؛ مغني المحتاج ٢/٣٦٩.

(٢) في نسخة الشرائع ٣/٢١٩ بعدها إضافة «لنفسه» مجعولة في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٣) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٠.

(٤) مسالك الأفهام: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤٢١.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.

(٦) مختصر المزني / ١٣١؛ المسند (للشافعي) / ٣٨١؛ سنن البيهقي ٦/ (١٤٧-١٤٦)؛ كنز العمال

٣/ (٩٢٠-٩٢١)، ح ٩١٧٠-٩١٦٨؛ نصب الراية ٤/٢٧٠؛ تاريخ دمشق ٤٤/٣٤١.

(٧) الكافي: المعيشة ٥/٢٧٦، ح ٢، باب بيع المراعي؛ تهذيب الأحكام: التجارات ٧/١٤١، ح ٨،

باب ١٠ بيع الماء؛ وسائل الشيعة ١٧/٣٧١، ح ١.

في جواز الحمى، لا إذا كانت مباحة مندرجة فيما دلّ^(١) على اشتراك الناس في النار والماء والكلأ.

وعلى كلّ حال (ف) لا خلاف أجده^(٢) في أنّه (لو أحياء محي لم يملكه ما دام الحمى مستمرّاً) إذ المراد بالحمى هو منع الناس عن التعرّض لبعض الأراضي التي لا تضيق على المسلمين برعي أو غيره لأجل كلفتها، ولا ريب في اقتضاء ذلك عدم جواز الإحياء وعدم ترتّب الملك لو فعل؛ لعدم الإذن بل النهي، ولعلّه لذا تركه بعضهم في الشرائط، وإن كان من ذكره شرطاً قد لاحظ عدم تملكه بالإحياء، فيكون الجميع متفقين على الحكم المزبور.

بل لا يجوز نقض الحمى ولا تغييره لأحدٍ غيرهم عليه السلام من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحة.

(و) إنّما الكلام في أنّ (ما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحة فزالت) هل يجوز نقضه؟ ففي المتن: (جاز نقضه) كما هو خيرة الفاضل^(٣) والشهيدين^(٤) والكركي^(٥)؛ للأصل وغيره.

(وقيل: ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصّة لا يجوز نقضه؛ لأنّ حماه كالنصّ) الذي لا يجوز الاجتهاد في مقابلته.

ولعلّه أشار بذلك إلى ما في محكي المبسوط^(٦) والخلاف^(٧): «فأمّا ما حماه

(١) انظر: وسائل الشيعة ٤١٧/٢٥، باب ٥ من كتاب إحياء الموات.

(٢) يظهر الإجماع من مفتاح الكرامة: إحياء الموات / في الأراضي ١٩/١٠٠.

(٣) قواعد الأحكام: إحياء الموات / في الأراضي ٢/٢٧٠؛ تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.

(٤) الشهيد الأوّل في الدروس: إحياء الموات / المقدّمة ٣/٥٨؛ والشهيد الثاني في المسالك: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤٢٢.

(٥) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي ٧/٣٣.

(٦) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧١.

(٧) الخلاف: إحياء الموات ٣/٥٢٩، مسألة ٨ و ٩.

رسول الله ﷺ فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله؛ لأن فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن أحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياء فإنه يملكه...» إلى آخره، وإلا فلم نجده لغيره.

نعم، هو قول للعامة^(١) مبني على مذهبهم في الإمام، ولا ريب في بطلانه عندنا؛ ضرورة عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين ولا يحكمان بالاجتهاد.

وهل ينتقض بمجرد زوال المصلحة، أو لابد من التصريح بالنقض؟ وجهان أو قولان، أقواهما الأول؛ لأن أصل وقوعه مبني على المصلحة فيكفي حينئذ زوالها في زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الإمام له لزيادة المصلحة في غيره فضلاً عن زوالها، والله العالم^(٢).

وقال آية الله الفياض -مدظله -: «إن الإسلام لم يعترف بالحمى على أساس أنه مصدر حق في الثروات الطبيعية، حيث أنه عند العرب في زمن الجاهلية عبارة عن الاستيلاء والسيطرة على مساحات كبيرة من الأرض بما فيها من الثروات بالقوة والتحكم على الآخرين بحيث يعتبر المسيطر نفسه مالكة لتلك المساحات الكبيرة بما فيها من المصادر والثروات، وقد تقدم في ضمن الأبحاث السالفة بشكل موسع أن الإسلام لم يعترف بأي حق في تلك الثروات والمواد الخام إلا على أساس العمل وبذل الجهد في سبيل الانتفاع بها والاستفادة منها، ولا قيمة للسيطرة عليها نهائياً بدون اتفاق عمل.

نعم لا شبهة في ثبوت حق الحمى في الإسلام للرسول ﷺ على أساس أن أمر الأراضي بيده ﷺ وله أن يتصرف فيها بما يرى فيجوز له ﷺ أن يحمي مساحة كبيرة من الأرض لمصالح عامة. كما روى أن رسول الله قد حمى النقيع لخیل المسلمين، وكذا لا شبهة في ثبوت هذا الحق للإمام عليه السلام بعده بعين الملاك المزبور، بل لا يبعد ثبوته لنائبه عليه السلام.

(١) المغني (لابن قدامة) ٦/ (١٦٩-١٦٨)؛ الشرح الكبير ٦/ ١٨٤؛ المجموع ١٥/ ٢٣٩.

(٢) المجواهر ٣٩/ (٩٥-٩٠) [٣٨/ (٦٥-٦١)].

وهو الفقيه الجامع للشرائط في عصر الغيبة أيضاً^(١).
أقول: ثبوت حقّ الحمى للفقيه في عصر الغيبة محلّ تأمل بل منع كما يظهر من
العلامة في التذكرة^(٢) وصرح به السيّد العاملي في المفتاح^(٣) وخلافاً لصاحب الجواهر^(٤)
وبعض أساتذتنا^(٥) وآية الله الفياض^(٦) -مدظله -.

(١) الأراضي / ٤١٦ و ٤١٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٩ / ٤٤٦.

(٣) مفتاح الكرامة ١٩ / ٩٨.

(٤) الجواهر ٣٩ / ٩٣ (٣٨ / ٦٣).

(٥) دراسات في ولاية الفقيه ٤ / ١٧٤.

(٦) الأراضي / ٤١٧.

حكم الأراضي المفتوحة عنوة

تعرض الشيخ الأعظم ^(١) رحمه الله «لحكم الأراضي المفتوحة عنوة بمناسبة تعرضه لحكم الأرضين، فذكر مقدمة ما حاصله: أن الأراضي التي تحت يد الكفار - بناءً على المختار من ثبوت الحق لهم أيضاً بالإحياء - يكون لهم إما ملكاً أو حقاً على الخلاف، فإن بقوا على كفرهم كانت الأراضي كبقية أموالهم من النقود وغيرها ^(٢). كما أنهم إذا أسلموا طوعاً كانت الأراضي لهم كما تكون لغيرهم من المسلمين. وإذا انجلوا عنها بدون قهر إما خوفاً أو لغيره أو ماتوا جميعاً ولم يبق لهم وارث، كانت الأراضي من الأنفال ومن الأراضي التي لا رب لها، فتكون للإمام ^(٣). وإذا انجلوا عنها قهراً وغلبةً صارت الأراضي خراجية، ويعبر عنها بـ «المفتوحة عنوة» وهي ملك للمسلمين بالمعنى المتقدم، أي تصرف منافعها في مصالحهم.

وهناك قسم خامس يسمى بـ «الأراضي الصلحية» تارة و«الخراجية» أخرى، وهي التي يصلح الوالي عليها مع الكفار، وهي تكون تابعة لكيفية المصلحة وجعل الوالي، فإن صالحهم على أن تكون الأراضي ملكاً لهم ويؤدون الخراج كانت مملوكة لهم، وإن صالحهم على أن تكون الأراضي ملكاً للمسلمين ويؤدون الخراج فكذلك» ^(٣). ويأتي تفصيل ذلك فانتظر.

(١) المكاسب ٤ / ١٨.

(٢) ويزول ملكه بما يزول به ملك المسلم كما يزول بالاعتناء أيضاً (الأحمدي).

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣ / ١٢٨.

إجماع فقهاءنا في المسألة وخلاف العامة فيها

قال الشيخ في التعريف بها وحكمها: «والضرب الآخر من الأرضين، ما أخذ عنوة بالسيف، [من الكفار] فإنها تكون للمسلمين بأجمعهم. وكان على الإمام أن يقبلها لمن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث أو الربع. وكان على المتقبل إخراج ما قد قبل به من حق الرقبة، وفيما يبقى في يده وخاصه العشر أو نصف العشر. وهذا الضرب من الأرضين لا يصح التصرف فيه بالبيع والشري والتملك والوقف والصدقات. وللاإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره عند انقضاء مدة ضمانه، وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين. وهذه الأرضون للمسلمين قاطبة، وارتفاعها يقسم فيهم كلهم: المقاتلة، وغيرهم. فإن المقاتلة ليس لهم على جهة الخصوص إلا ما تحويه العسكر من الغنائم»^(١).

أقول: قد مرّت عبارة الشيخ في جهاد المبسوط^(٢) في الكتاب^(٣) فلا نعيده. وقال العلامة في جهاد التذكرة: «الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبلها الإمام لمن يقوم بعمارته بما يراه من النصف وغيره، وعلى المتقبل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل في يده إذا كان نصاباً العشر أو نصفه، فلا يصح التصرف في هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك.

وللاإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره إذا انقضت مدة قباليته، وله التصرف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وفي مصالحهم؛ لقول الرضا^(عليه السلام): «وما أخذ بالسيف فذلك للإمام يقبله بالذي يرى، كما صنع رسول الله^(صلى الله عليه وآله) بخيبر، قبل أرضها ونخلها، والناس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله^(صلى الله عليه وآله) خيبر، وعليهم في حصصهم العشر

(١) النهاية / ١٩٤ و ١٩٥.

(٢) المبسوط ٢ / ٣٣ و ٣٤.

(٣) الآراء الفقهية ٣ / ٤٤٠ و ٤٤١.

أو^(١) نصف العشر^(٢).

إذا عرفت هذا، فإنّ هذه الأرض للمسلمين قاطبة إن كانت محياةً وقت الفتح، لا يصحّ بيعها ولا هبتها ولا وقفها، بل يصرف الإمام حاصلها في المصالح، كسدّ الثغور ومعونة الغزاة وبناء القناطر وأرزاق القضاة والوُلاة وصاحب الديوان وغير ذلك من المصالح.

وأما الموات منها وقت الفتح فهي للإمام خاصّة، ولا يجوز لأحد إحياءه إلّا بإذنه إن كان ظاهراً. ولو تصرف فيها أحد من غير إذنه، كان عليه طسقتها، وحال الغيبة يملكها المتصرف من غير إذن؛ لأنّ عمر بن يزيد روى - في الصحيح - أنّه سمع رجلاً يسأل الصادق عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها وأكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: مَنْ أَحْيَى أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤدّيه إلى الإمام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٣).

إذا عرفت هذا، فإذا زرع فيها أحد أو بنى أو غرس، صحّ له بيع ماله فيها من الآثار وحقّ الاختصاص بالتصرف، لا بيع الرقبة؛ لأنّها ملك المسلمين قاطبة^(٤). وقال في المنتهى: «الأرضون على أربعة أقسام:

أحدها: ما يملك بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف، فإنّها تكون للمسلمين قاطبة ولا تختصّ بها المقاتلة، بل يشاركهم غير المقاتلة من المسلمين، وكما لا يختصّون بها، كذلك لا يفضلون، بل هي للمسلمين قاطبة. ذهب إليه علماؤنا أجمع وبه قال مالك^(٥).

(١) في المصدر: «و» بدل «أو».

(٢) التهذيب ٤/ ١١٩، ح ٣٤٢.

(٣) التهذيب ٤/ ١٤٥، ح ٤٠٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٩/ ١٨٦ و ١٨٧.

(٥) المدوّنة الكبرى ٢/ (٢٧-٢٦)؛ بداية المجتهد ١/ ٤٠١؛ المنتقى للباجي ٣/ ٢٢٣؛ الكافي في فقه

أهل المدينة ١٢٩/؛ الأحكام السلطانية ٢/ ١٣٧؛ الحاوي الكبير ١٤/ ٢٦٠.

وقال الشافعي: إنّها تقسّم بين الغانمين، كسائر الأموال.^(١) وبه قال أنس بن مالك، والزبير، وبلال.^(٢)

وقال قوم: إنّ الإمام مخير بين القسمة والوقف على المسلمين. ورواه الجمهور عن عليّ عليه السلام، وعمر. وبه قال الثوري.^(٣)

وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين ثلاثة: بين قسمتها ووقفها وأن يقرّ أهلها [عليها]^(٤) ويضرب عليهم الخراج يصير حقّاً على رقبة الأرض لا يسقط بالإسلام.^(٥) ... مسألة: وهذه الأرض المأخوذة بالسيف عنوة يقبلها الإمام ممّن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث، وعلى المتقبّل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل في يده إذا كان نصاباً، العشر أو نصف الشعر، وهذا الضرب من الأرضين لا يصحّ التصرف فيها بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك، وللإمام أن ينقله من متقبّل إلى غيره إذا انقضت مدّة ضمانه وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وإلى مصالحهم، وليس للمقاتلة خصوصاً، إلّا ما يحويه العسكر»^(٦).

وقال سيّد المفتاح: «الضرب الرابع: الأرض التي فُتحت عنوةً، وهذه للمسلمين قاطبةً بإجماع علمائنا قاطبةً، وقد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف»^(٧)

(١) الأُمّ ١٨١/٤؛ الحاوي الكبير ٢٦٠/١٤؛ حلية العلماء ٦٧٧/٧؛ الميزان الكبرى ١٨٤/٢؛

رحمة الأُمّة بهامش الميزان الكبرى ١٨٣/٢؛ الأحكام السلطانيّة ١٣٧/٢.

(٢) الشرح الكبير بهامش المغني ٥٣٢/١٠؛ الأموال لأبي عبيد ٦٩.

(٣) حلية العلماء ٦٧٨/٧؛ الشرح الكبير بهامش المغني ٥٣٢/١٠.

(٤) أثبتناها من بعض المصادر.

(٥) المبسوط للسرخسيّ ٣٧/١٠؛ بدائع الصنائع ١١٨/٧؛ الهداية للمرغينانيّ ١٤١/٢؛ شرح

فتح القدير ٥/ (٢١٧-٢١٥)؛ تبين الحقائق ٩٦/٤؛ مجمع الأنهر ٦٤٠/١؛ الحاوي الكبير

٢٦٠/١٤؛ حلية العلماء ٦٧٨/٧؛ العزيز شرح الوجيز ٤٤٧/١١.

(٦) منتهى المطلب ١٤/ (٢٥٦-٢٥٣).

(٧) الخلاف: في الزكاة ٥٣٥/٥، مسألة ٢٣.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٤٧

والتذكرة^(١) والمنتهى^(٢)، كسواد العراق وبلاد خراسان والشام ومكة المشرفة على ما عدّة المؤرخون كما في المسالك^(٣) قلت: وقد عدّ ذلك من ذلك جماعة^(٤) من فقهاءنا، وزادوا: هوازن^(٥)، ووافقنا على ذلك جمهور العامة كما ستعرف.

وقد اختلفوا في مكة زادها الله تعالى شرفاً، وكونها مفتوحة عنوة هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ في المبسوط^(٦) وجماعة^(٧). وفي الخلاف^(٨) الإجماع على ذلك.

وعن بعض^(٩) كتب التواريخ المعتمدة أنّ الحيرة من أرض العراق - وهي بلدة قرب الكوفة وأخرى قرب عانة^(١٠) - فتحت صلحاً، وأنّ نيسابور من بلاد خراسان فتحت صلحاً، وقيل: عنوة، وبلغ منها، وهراة وقوشيح والتوابع فتحت صلحاً وبعض عنوة. وأمّا بلاد الشام ونواحيه فحكى أنّ حلب وحماة وطرابلس فتحت صلحاً، وأنّ دمشق فتحت بالدخول من بعض غفلة بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره، وأنّ أهل أصفهان عقدوا أماناً، وأنّ آذربيجان فتحت صلحاً، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام، والري

(١) تذكرة الفقهاء: في إحياء الموات ١٩ / ٣٧٠.

(٢) منتهى المطلب: في الجهاد ١٤ / ٢٥٣.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الأرضين ٣ / ٥٤.

(٤) كالشاهد الثاني في حاشية الإرشاد (غاية المراد) ١ / ٤٨٨؛ والشيخ في المبسوط

٢ / (٣٤-٣٣)؛ والعلامة في التذكرة ٩ / ١٨٤.

(٥) قبيلة من قيس وأرضهم قريبة من الطائف (منه يترى).

(٦) المبسوط: في الجهاد ٢ / ٣٣.

(٧) منهم العلامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد ٩ / ١٨٨.

(٨) الخلاف: في السير ٥ / ٥٢٧، مسألة ١٣.

(٩) الناقل - الذي نقل عنه الشارح هذه العبارة الطويلة - على الظاهر هو البحراني في حقائق:

١٨ / (٣١٠-٣٠٩)، فراجع.

(١٠) هي اليوم تابعة لمحافظة الأنبار، من محافظات العراق الغربية.

فُتِحَ عنوةً، بل قيل^(١): إنَّ أكثر بلاد الإسلام فُتِحَتْ عنوةً.

ويثبت كونها مفتوحة عنوة بنقل مَنْ يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرّخين. وقد جعل بعضهم^(٢) من الأدلّة ضرب الخراج من الحاكم وإن كان جائراً وأخذ المقاسمة من ارتفاعها عملاً بأنَّ الأصل في تصرّفات المسلمين الصّحة، إذ الظاهر أنّ أخذ الخراج من ذلك البلد إذا كان مستمراً في الأعصار لم يكن شيئاً حادثاً من بعض سلاطين الجور بل كان شيئاً مستمراً من الصدر الأوّل من غير تكبر، إذ لو كان حادثاً لنقل في كتب التواريخ والأخبار. وفي نقل من نقل عمّن نقل من علمائنا وغيرهم بلاغ كما عرفت وستعرف.

وفي المبسوط^(٣) أنّ هذه الأرض لا يصحّ التصرّف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة ولا تمليك ولا إجارة ولا إرث، ولا يصحّ أن تبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من أنواع التصرّف، ومتى فعل شيء (شيئاً - خ ل) من ذلك كان التصرّف باطلاً. وفي موضعين^(٤) آخرين منه ذكر نحو ذلك. ومثل ذلك ما في النهاية^(٥) والغنية^(٦) والشرائع^(٧) في موضعين منها والنافع^(٨) والتذكرة^(٩) في موضع منها والكتاب^(١٠) في الجهاد والإرشاد^(١١) وموضع (وموضعين - خ ل) من التحرير^(١٢)

(١) القائل هو الشهيد الثاني في الروضة: في إحياء الموات ١٣٦/٧.

(٢) كالسيد الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الأرضين ١١٩/٨ من طبعة آل البيت.

(٣) المبسوط: في الجهاد ٣٤/٢.

(٤) المبسوط: في الزكاة ٢٣٥/١، وأمّا الموضع الثاني فلم نعثر عليه فراجع لعلّك تجده إن شاء الله.

(٥) النهاية: في الزكاة في أحكام الأرضين / (١٩٥-١٩٤).

(٦) غنية النزوع: في الجهاد ٢٠٤/٢.

(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الأرضين ٢٩٣/١، وفي إحياء الموات ٢١٥/٣.

(٨) المختصر النافع: في الجهاد ١١٤/١.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ٩ / (١٨٧-١٨٦).

(١٠) قواعد الأحكام: في الجهاد ٤٩٣/١.

(١١) إرشاد الأذهان: في الجهاد ٣٤٧/١.

(١٢) تحرير الأحكام الشرعية: في الجهاد ١٧٠/٢، وفي إحياء الموات ٤٨٢/٤.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٤٩

والمنتهى^(١) وهو ظاهر المراسم^(٢) والوسيلة^(٣).
وفي موضع آخر من التذكرة^(٤) والتحرير^(٥) أنه يجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف،
ونحوه ما في السرائر^(٦) في موضع منها

(١) منتهى المطلب: في الجهاد ١٤/٢٥٦.

(٢) المراسم: في ذكر حكم من أسلم ١٤٢/.

(٣) الوسيلة: في أحكام الأرضين ١٣٢/، وفي الجهاد ٢٠٢/.

(٤) تذكر الفقهاء: في العوضين ١٠/٣٩.

(٥) الموجود في التحرير لا يوافق المحكي عنه في الشرح، فإنه قال: ولا يصح بيع الأرض المفتوحة عنوةً بل يجوز بيع آثاره فيها كالبناء والغراس وماء البئر لمن استنبطه، وماء النهر لمن حفره يجوز بيعه على كراهية، انتهى. وهذه العبارة كما ترى صريحة في عدم جواز بيع رقبة الأرض، فراجع تحرير الأحكام الشرعية: في عقد البيع ٢/٢٧٩.

(٦) المذكور في السرائر في موضعين هو المنع من بيع الأرض المفتوحة عنوةً والأرض المحيطة، قال في الجزء الأول في كتاب الزكاة ٤٧٧/ وهذا الضرب من الأرض (أي المفتوحة عنوةً) لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلك - أعني نفس الرقبة - فإن قيل: تراكم تباعون وتشتررون وتفقدون أرض العراق وقد أخذت عنوةً؟! قلنا: إنما نبيع ونقف تصرفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا فأما نفس الأرض لا يجوز ذلك منها، انتهى.

وقال في الجزء الثاني في كتاب البيع ٣٧٥/ في أحكام الأرض المحيطة: قال (أي الشيخ): ومتى أراد المحيبي لأرض من هذا الجنس الذي ذكرناه أن يبيع شيئاً منها لم يكن له أن يبيع رقبة الأرض وجاز له أن يبيع ما له من التصرف منها، انتهى.

فأنت ترى أنه ﷺ يصرح في الموضعين بعدم جواز بيع الأرض، فراجع لعلك تجد عبارة له غير ذلك تدل على الجواز، فإن الكلام الثاني وإن كان محكيّاً عن الشيخ إلا أنه لم يعترض عليه ولم يردّ الحكم المذكور فيه بل أيده فيما يأتي من كلامه فإنه في الجزء المذكور ٣٨٠/ - في الأرض التي ورثها وعلم أنها لغير موثّره وبعد أن فصل في المسألة وروى فيها أخباراً - قال: فسبيله (أي الأرض المعلوم كونها لغير موثّره) سبيل اللقطة، فبعد التعريف المشروع يملك التصرف الذي ذكره في الخبر دون رقبة الأرض إذا كانت في الأرض المفتوحة عنوةً، فهذا وجه تأويل هذا الحديث، انتهى. وكيف كان، فالموضع الذي نسبته الشارح إلى السرائر لم نعرفه.

والمختلف^(١) والمنتهى^(٢) وحواشي الكتاب^(٣) واللمعة^(٤) والروضة^(٥) وقوّاه في موضع من المسالك^(٦) وفي آخر منه^(٧) نسبته إلى جمع من المتأخّرين وأنّ العمل عليه. وفي موضع آخر من السرائر^(٨) عند نقله كلام الشيخ: إنّما نبيع ونقف تصرفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا، فأما نفس الأرض فلا يجوز فيها ذلك. قال في المختلف^(٩) بعد نقل ذلك عنه: هذا يشعر بجواز البناء والتصرّف فيها. قلت: ويشعر بأنّ الأرض ليست جزءاً من المبيع. وما في السرائر هنا موافق لما في الاستبصار^(١٠) والتهذيب^(١١) حيث جوّز فيهما

(١) مختلف الشيعة: في الجهاد ٤/٤٢٩.

(٢) منتهى المطلب: في أحكام الأرضين ١٤/٢٦٢.

(٣) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجود لدينا، وحكاه عن بعض الحواشي المنسوبة للشهيد على القواعد في جامع المقاصد ٧/١١.

(٤) اللمعة الدمشقية: في شرائط المبيع ١١١/١.

(٥) الروضة البهية: في شرائط المبيع ٣/٢٤٧.

(٦) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ٣/١٦٨ وفي الجهاد ٣/٥٦.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ٣/١٦٨ وفي الجهاد ٣/٥٦.

(٨) السرائر: في أحكام الأرضين ١/٤٧٨.

(٩) مختلف الشيعة: في أحكام الأرضين ٤/٤٢٩.

(١٠) الاستبصار: في باب حكم أرض الخراج ٣/١١٠، ذيل ح ٣٨٧.

(١١) لم نعثر في التهذيب على كلام يوافق ما في السرائر وغيره من عدم جواز بيع الأراضي المفتوحة عنوةً وشرائها، بل كلامه متهافت، ففي موضع من زيادات الخمس والأنفال قال: وأما أراضي الخراج وأراضي الأنفال والتي قد انجلى عنها أهلها فإنّنا قد أجبنا التصرّف فيها ما دام الإمام عليه السلام مستتراً، فإذا ظهر يرى هو في ذلك رأيه، فنكون نحن في تصرّفنا غير آثمين، انتهى، التهذيب ٤/ (١٤٤-١٤٣). هذا الكلام أو لأقل مفهومه أنّ الجائز في الأراضي التي انجلى عنها أهلها والمفتوحة عنوةً هو مجرد التصرّف غير المنتهية إلى الملك والتملك.

وفي موضع آخر منه في هذا المقام قال: وأما الأرضون التي تؤخذ عنوةً أو يصالح أهلها عليها فقد أجبنا شراءها وبيعها، لأنّ لنا في ذلك قسماً لأنّها أراضي المسلمين وهذا القسم أيضاً يصحّ

بيع ما له من التصرف دون رقبة الأرض، وحمل الحق في خبر أبي بردة على ذلك أعني ما له من التصرف. ولعل الخبر دليل المشهور بين المتأخرين وستسمعه. وفي حواشي الشهيد^(١) أنها إذا بيعت تبعاً للآثار يجوز أن تكون مجهولة والأولى أنها جزء من المبيع فلا بد من العلم بها أيضاً.

وقضية ما في الدروس^(٢) أنه يصح بيعها منفردة في زمن الغيبة. ونحوه ما في جامع المقاصد^(٣). قال في الدروس: ولا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام عليه السلام سواء كان بالوقف أو بالبيع وغيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك. وأطلق في المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ. وقال ابن إدريس: إنما يباع ويوقف تجيرنا وبنائنا وتصرفنا لا نفس الأرض، انتهى ما في الدروس. وفيه تأمل، لأنها ليست ملكاً له والبيع والوقف موقوفان على الملك، بل قد قيل: إنه في حال الحضور يبعد حصول الإذن بذلك منه عليه السلام إلا أن تقضي المصلحة العامة بذلك كأن يحصل الاحتياج إلى ثمنها أو يجعل قطعة منها مسجداً. وعلى كل حال فقول الدروس ليس بذلك البعيد، إذ قد تكون المصلحة في ذلك مع غيبته عليه السلام أو عدم انبساط يده، وقد يؤول ذلك إلى التصرف في ما له من الغرس والبناء.

→ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه، وأما الأنفال وما يجري مجراها فليس يصح تملكها بالشراء والبيع وإنما أبيع لنا التصرف حسب، انتهى، الجزء المذكور ١٤٦. وهذا الكلام صريح في جواز بيع تلك الأرض وشرائها.

وفي موضع آخر من الجزء السابع باب أحكام الأرضين - بعد أن عقد لها باباً، أعقبه بالأخبار التي إذا قيس بعضها ببعض وجمع بينها يدل مجموعها على عدم جواز البيع، فما في الشرح من نسبة جواز بيعها وشرائها إلى الشيخ في التهذيب لا يمكن المساعدة عليه، فراجع وتأمل.

(١) حكاها عن بعض الحواشي المنسوبة إليه على القواعد في جامع المقاصد ١١/٧ ويظهر أيضاً من الحاشية النجارية (٣٧) المنسوبة إليه حيث قال: فلو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصح أنه يملك لشبهة الاعتقاد كالمقاسمة ويملك الذمي الخمر والخنزير، فحينئذ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلك كله، انتهى موضع الحاجة، فراجع وتأمل.

(٢) الدروس الشرعية: في الجهاد ٤١/٢.

(٣) جامع المقاصد: في إحياء الموات ١١/٧.

ويأتي تنقيح الكلام إن شاء الله تعالى.

وفي موضع آخر من السرائر^(١) نقلاً عن الشيخ أنّه إذا حجر أرضاً ثمّ باعها لم يصحّ بيعها، وفي الناس من قال: إنّّه يصحّ، وهو شاذّ، وأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه، لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء وإنّما يملك التصرف بشرط أن يؤدّي إلى الإمام ما يلزمه عليها. وكأنّ قوله: «وأمّا عندنا» من كلام ابن إدريس لا من الشيخ، لأنّ النسخة التي حضرتني من السرائر غير نقيّة من الغلط.

وفي موضع آخر من الدروس لا يجوز بيع المفتوحة عنوةً ولا بيع ما بها من بناء وشجر وقت الفتح. نعم لو جدّد فيها شيء من ذلك جاز بيعه، وربما قيل: ببيعها تبعاً لآثاره. وروى أبو بريدة جواز بيع أرض الخراج من صاحب اليد والخراج على المشتري، وفي رواية إسماعيل بن الفضل^(٢) إيماء إليه، انتهى^(٣). قلت: قد عرفت وستعرف الحال في خبر أبي بردة وليس هو بأبريدة، وأمّا رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فمنزلة على أنّها^(٤) اشترى منه آثاره كما ستسمع.

وفي موضع آخر من السرائر فأما من قال: لا يجوز بيع رباّع مكّة ولا إيجارها فصحيح إن أراد نفس الأرض، لأنّ مكّة أخذت عنوةً بالسيف، فهي لجميع المسلمين لا تباع ولا توقف ولا تستأجر، فأما التصرف والتجوير والآثار فيجوز بيع ذلك وإيجارته

(١) الموجود في السرائر المطبوع هو النقل عن الشيخ بعدم صحّة البيع في المقام صريحاً، وأنّ قوله «وأمّا عندنا» من كلام الشيخ قال فيه: قال شيخنا أبو جعفر الطوسي عليه السلام: إذا تحجر أرضاً وباعها لم يصحّ بيعها، وفي الناس من قال يصحّ، وهو شاذّ. قال شيخنا: فأما عندنا فلا يصحّ بيعه لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء وإنّما يملك التصرف بشرط أن يؤدّي إلى الإمام ما يلزمه عليها، انتهى. السرائر ١/ ٤٨٣، وهذا يطابق ما في الميسوط ٣/ ٢٧٣ بعين ألفاظه.

(٢) وسائل الشيعة ١١/ ١٢١، ح ٤، باب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

(٣) الدروس الشرعية: في المكاسب ٣/ ١٧٥.

(٤) كذا في نسختين والظاهر: أنّه (مصحّحه).

كما يجوز بيع سواد العراق المفتوحة عنوة^(١)، انتهى.

وقد نزل صاحب المسالك عبارة الشرائع في باب الجهاد حيث قال: لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها، على أن المراد لا يصح ذلك في رقبة الأرض مستقلة، أمّا فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها فجائز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره، وتستمر كذلك مادام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمعٌ وعليه العمل^(٢)، انتهى. وهذا التنزيل ممكن في كثير من العبارات لكن بعض عبارات المبسوط^(٣) لا يمكن ذلك فيها، فليتأمل. وقد نزل المحقق الثاني^(٤) عبارة القواعد في عدم التصرف على حال الحضور.

وفي المفاتيح لو كان للمتصرف فيها بناء أو غرس أو زرع جاز بيعه، لأنه مملوك، وكونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه، ونسبه إلى أصحابنا، ثم قال: وقيل يجوز بيعها تبعاً للآثار المذكورة لا منفردة^(٥)، انتهى.

وسواد العراق - كما ذكره الأصحاب^(٦) وغيرهم من العامة^(٧) في أبواب شتى كباب الزكاة والجهاد والخمس والبيع والرهن - هو ما بين عبّادان والموصل طولاً إلى ساحل البحر. وقيد بعضهم بكونه من شرقي دجلة. قال: وأمّا الغربي الذي يليه البصرة فإنه

(١) السرائر: في زيادات الحجّ ١/٦٤٥.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الأرضين ٣/٥٦.

(٣) المبسوط: في أحكام أراضي الزكاة ١/٢٣٥، وفي الجهاد ٢/٣٤.

(٤) جامع المقاصد: في إحياء الموات ٧/١١.

(٥) مفاتيح الشرائع: في أقسام الأراضي وأحكامها ٣/٢٢.

(٦) كالشيخ في المبسوط: في الجهاد ٢/ (٣٤-٣٣)، والعلامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد ٩/١٨٩،

والبحراني في الحقائق الناضرة: في البيع ١٨/٣١٠ نقلاً عن المنتهى ١٤/٢٧٠، والشيخ في

الخلاف: في الزكاة ٢/٦٨، مسألة ٨٠.

(٧) الحاوي الكبير: في السير باب فتح السواد ١٤/٢٥٦.

إسلامي مثل شطّ عثمان بن أبي العاص فإن أرضه كانت مواتاً فأحياها عثمان بن أبي العاص وما بين طريق القادسية المتصل بَعْدَيْبٍ من أرض العرب ومنقطع جبال حُلوان عرضاً. وسمّيت سواداً لأنّ الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف أشجارها فسمّوها سواداً لذلك.

وأما خراسان فمن أقصاها إلى كرمان و خوزستان وهمدان وقزوين وما حوالها. ولم يذكروا تحديد الشام وكتب التواريخ^(١) كافلة بذلك^(٢).

وقال صاحب الجواهر: «كل أرض فتحت عنوةً» بفتح العين وسكون النون: الخضوع^(٣)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَنْتِ الْوُجُوهُ﴾^(٤)، والمراد هنا: القهر والغلبة بالسيف (وكانت محياةً) حال الفتح (فهي للمسلمين قاطبةً) الحاضرين والغائبين والمتجددين بولادة وغيرها (والغانمون في الجملة) لا اختصاص لأحد منهم بشيء منها.

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا^(٥)، وإن توهّم من عبارة الكافي في تفسير الفياء والأنفال^(٦) - ولعلّه لذا نسب الحكم إلى المشهور في الكفاية^(٧) - لكنّه في غير محلّه، كما لا يخفى على من لاحظها.

بل في الغنية^(٨) والمنتهى^(٩)

(١) منها تاريخ بغداد: في باب الخبر عن السواد ١/ (١٢-١١).

(٢) مفتاح الكرامة ١٣/ (٧٤-٦٦).

(٣) النهاية (لابن الأثير) ٣/ ٣١٥ (عنا).

(٤) سورة طه ١١١.

(٥) انظر المبسوط: الجهاد / حكم ما يغنم وما لا يغنم ١/ ٥٦٨؛ وغنية النزوع: كتاب الجهاد

/ ٢٠٤؛ وقواعد الأحكام: الجهاد / في الاغتنام ١/ ٤٩٣؛ ومعالم الدين (لابن القطّان): الجهاد

/ في الاغتنام ١/ ٢٩٤.

(٦) الكافي ١/ ٥٣٨، كتاب الحجّة، باب الفياء والأنفال وتفسير الخمس.

(٧) كفاية الأحكام: الجهاد / أحكام الأرضين ١/ ٣٧٣.

(٨) غنية النزوع: كتاب الجهاد / ٢٠٤ و ٢٠٥.

(٩) منتهى المطلب: الجهاد / أحكام الأرضين ١٤/ ٢٥٣.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٥٥

وقاطعة اللجاج^(١) للكركي والرياض^(٢) وموضعين من الخلاف^(٣) بل والتذكرة^(٤) على ما حكى عن بعضها: الإجماع عليه.

بل هو محصل، نعم عن بعض العامة: اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم^(٥)»^(٦).

وقال الشيخ الأعظم: «وإن رفعت يده [الكافر] عنها [الأراضي] قهراً وعنوة، فهي كسائر ما لا يُنقل من الغنيمة - كالنخل والأشجار والبنيان - للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف^(٧) والتذكرة^(٨) وغيرهما^(٩)، والنصوص به مستفيضة»^(١٠).

وقال بعض الأساتذة^{رحمهم الله}: «البحث هنا في الأراضي المفتوحة عنوة وقهراً التي هي قسم من غنائم الحرب. وفي حكمها ما صولح عليها على أنها للمسلمين. ولا إشكال عندنا في عدم تقسيمها بين المقاتلين، بل يجب أن تبقى وقفاً على مصالح المسلمين. وقد تطابقت على ذلك فتاوى أصحابنا ورواياتهم، وإن كانت المسألة خلافية بين فقهاء السنة»^(١١).

(١) قاطعة اللجاج (الخراجيات): المقدمة الأولى / ٤٠.

(٢) رياض المسائل: الجهاد / أحكام الأرضين ١١٤/٨.

(٣) الخلاف: الزكاة ٢ / (٦٧-٧٠)، مسألة ٨٠؛ وكتاب السَّيْرِ ٥ / (٥٣٤-٥٣٥)، مسألة ٢٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: الجهاد / في الغنائم ٩ / (١٨٣-١٨٤).

(٥) حلية العلماء ٦٧٧/٧؛ الحاوي الكبير ١٤ / (٢٦٠-٢٥٩)؛ الميزان الكبير: ١٨٤/٢؛ الشرح الكبير ١٠ / ٥٤٠.

(٦) الجواهر ٢٢ / (٢٧٤-٢٧٢) [١٥٧/٢١].

(٧) الخلاف ٢ / (٦٧-٧٠).

(٨) تذكرة الفقهاء ٩ / ١٨٣.

(٩) كالغنية / (٢٠٥-٢٠٤)؛ ومنتهى المطلب ١٤ / ٢٥٣؛ والجواهر ٢١ / ١٥٧.

(١٠) المكاسب ٤ / ١٩.

(١١) دراسات في ولاية الفقيه ٣ / ١٨٢.

مستند فقهاء الطائفة

مستندنا عدّة من الروايات الواردة من طرقنا بالأسانيد الصحيحة وبالدلالة

الواضحة:

منها: صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته، فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالي فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين، وليس فيما كان أقل من خمسة أو ساق^(١) شيء، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخير قبل أرضها ونخلها، والنّاس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خير وعليهم في حصصهم العشر ونصف العشر.^(٢)

ونظيرها: خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن أبي نصر جميعاً قالاً: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته، فقال: من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ممّا سقى بالسما والأنهار، ونصف العشر ممّا كان بالرشاء^(٣) فيما عمروه منها وما لم يعمره منها أخذه الإمام فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين في حصصهم العشر أو نصف العشر وليس في أقل من خمسة أو ساق شيء من الزكاة، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذي يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخير قبّل سوادها وبياضها - يعني: أرضها ونخلها -، والنّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خير، قال: وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر في حصصهم، ثم قال: إنّ أهل الطائف أسلموا وجعلوا عليهم العشر ونصف العشر، وإنّ مكة دخلها رسول الله عنوة وكانوا أسراء في يده فأعتقهم وقال: اذهبوا فأنتم

(١) الوسق: ستون صاعاً كما في موثقة سماعة المروية في وسائل الشيعة ١٨٦/٩، ح ١، الباب ٥ من أبواب زكاة الغلات، يعني الوسق يعادل ١٨٠ كيلو غراماً.

(٢) وسائل الشيعة ١٥٨/١٥، ح ٢، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو.

(٣) الرشاء: الحبّل، يعني ما سقى بالواسطة، أنظر: مجمع البحرين - رشا - ١٨٤/١.

الطلاق^(١).

والرواية ضعيفة الإسناد بعلي بن أحمد بن أشيم لأنه مجهول وإن صحح العلامة المجلسي الرواية في مرآة العقول^(٢) وقبله الوحيد وقال في شأنه: «حكم خالي العلامة^(٣) بحسنه لوجود طريق الصدوق إليه، والرواية عنه كثيرة ويؤيده رواية أحمد بن محمد بن عيسى عنه»^(٤). ولكن الحكم بحسنه مشكل جداً وأما إضمار الرواية فلا بأس به بعد أن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي كليهما من فقهاء أصحاب الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام.

وقال العلامة المجلسي: ««والناس يقولون» يحتمل: أن يكون مع العامة باعتبار المساواة فإن أباحنيفة منع منها، لكن عامتهم خالفوه في ذلك حتى أبي يوسف، أو باعتبار المزارعة وذلك مذهب أبي حنيفة، ومالك، وشافعي وكثيراً منهم. وقد احتج العامة أيضاً على أبي حنيفة في المقامين بخبر خبير»^(٥).

ثم «والأراضي المفتوحة عنوة كانت تسمى أراضي خراجية. والخراج والمقاسمة كانا يطلقان على الطسّق الذي كان يؤخذ منها: فإن كان التقبيل بمال معين بنحو الإجارة سمي خراجاً، وإن كان بسهم مشاع من عائدة الأرض بنحو المزارعة سمي مقاسمة. وربما أطلق على كليهما الخراج....»

والظاهر أن المراد بقوله عليه السلام: «وما لم يعمره منها»، هو الموات من الأراضي»^(٦). «والمتبادر من قوله: «وما أخذ بالسيف»، المحياة من أراضيهم لا مطلق الأراضي وإن توهم. وهل يراد به طبيعة ما أخذ بالسيف بإطلاقها، أو يكون إشارة إلى خصوص ما

(١) وسائل الشيعة ١٥/١٥٧، ح ١.

(٢) مرآة العقول ١٦/٢٦.

(٣) الوجيزة ٢٣٨/، رقم ٢٣٩.

(٤) منهج المقال ٧/٣١٥ تعليقة رقم ١٣٠٨.

(٥) مرآة العقول ١٦/٢٦.

(٦) دراسات في ولاية الفقيه ٣/١٩٣.

أخذ بالسيف من أراضي الكوفة وسواد العراق المذكورة في السؤال؟ لعلّ الأظهر هو الأول.

وقوله: «والناس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل»، إشارة إلى منع أبي حنيفة للمساقاة، ومنع مالك وأبي حنيفة والشافعي للمزارعة أيضاً، والامام عليه السلام استدلل بعمل النبي ﷺ على صحة كلا العقدین.

وقد تعرض في الحديث لفتح مكة عنوة وأن رسول الله ﷺ أعتق أهلها، فهل منّ عليهم بأراضيها أيضاً أو أنه أبقاها للمسلمين؟ قد مرّ من المبسوط قوله: «وإنما لم يقسم الأرضين والدور لأنّها لجميع المسلمين، كما نقوله في كلّ ما يفتح عنوة»^(١).

ولكنّه من المحتمل أنه ﷺ منّ عليهم بها أيضاً. وعليه فلا يتعين إبقاء الأراضي المفتوحة عنوة للمسلمين بل تكون تحت اختيار الإمام كسائر الغنائم كما مرّ، والإبقاء أحد شقوق اختياره، فتدبر»^(٢).

ومنها: رسالة حمّاد الطويلة عن بعض أصحابه عن أبي الحسن عليه السلام - في حديث - قال: يؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله له، ويقسم أربعة أخماس بين من قاتل عليه وولي ذلك، قال: وللإمام صفو المال، أن يأخذ الجارية الفارهة، والدابة الفارهة، والثوب والمتاع ممّا يحب أو يشتهي، فذلك له قبل قسمة المال وقبل إخراج الخمس، قال: وليس لمن قاتل شيء من الأرضين ولا ما غلبوا عليه إلّا ما احتوى عليه العسكر، وليس للأعراب من الغنيمة شيء وإن قاتلوا مع الإمام، لأنّ رسول الله ﷺ صالح الأعراب أن يدعهم في ديارهم ولا يهاجروا على أنه إن دهم رسول الله ﷺ من عدوه دهم أن يستنفرهم فيقاتل بهم، وليس لهم في الغنيمة نصيب، وسنته جارية فيهم وفي غيرهم، والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث

(١) المبسوط ٣٣/٢.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ١٩٤/٣.

أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرّهم - إلى أن قال: - ويؤخذ بعد ما بقي من العشر فيقسم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم على ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير.^(١)

«هذه المرسلة قد عمل بها الأصحاب في الأبواب المختلفة. وحمّاد من أصحاب الإجماع الذين أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنهم. والتعبير عن الشخص المبهم ببعض أصحابنا يشعر بنحو إجلال له، فلعلّ الرواية مع إرسالها لا تنقص عن رواية حسنة. والدلالة على المقصود واضحة.

وقوله عليه السلام: «ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير»، فالظاهر أنه لا يراد به إلا تأكيد كون الأرضين لجميع المسلمين وأنه تصرف عوائدها في مصالحهم، دفعاً لتوهم كون بعضها ملكاً لشخص الإمام. وعلى هذا فلا يدلّ على منع استفادة شخصه منها إذا فرض احتياجه إليها، حيث إن سدّ خلّات الإمام وعائلته من أهمّ مصالح العامة. ويشهد لذلك الروايات المستفيضة الدالة على أن النبي صلى الله عليه وآله صرف من عوائد خيبر في مصارف نفسه وأزواجه. وخير فتحت عنوة»^(٢).

ومنها: صحيحة محمد الحلبي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد.

فقلت: الشراء من الدهاقين قال: لا يصلح إلا أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه قال: يرد عليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل.^(٣)

(١) وسائل الشيعة ١٥/ ١١٠، ح ٢، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو.

(٢) دراسات في ولاية الفقيه ٣/ ١٩٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٦٩، ح ٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

«تحدّث الرواية عن حكم أراضي السواد التي سمّيت سواداً لكثرة النخيل والزرع، أو لأنّ الخضرة تقارب السّواد، وهي الأراضي المفتوحة عنوةً والواقعة في جنوب العراق ووسطه ووالتي فتحها المسلمون بالخيّل والركاب، فقد أجاب الإمام عليه السلام عن حكمها بأنّها «لعامة المسلمين» وكلمة «المسلمين» جمعٌ محلّى بالألف واللام، وعموم افرادي ينحلّ بانحلال العنوان على مصاديقه الخارجيّة المتعدّدة، فالرواية ظاهرة في أنّ هذه الأراضي مملوكة لعامة المسلمين فرداً فرداً، وأنّ كلّ فرد من المسلمين له الإضافة باللام إلى الأرض، وقد سبق أن ذكرنا أنّ اللام ظاهرة في الملكيّة بظهور إطلاقي، وإن كانت موضوعة لغّةً لمطلق الاختصاص، لكنّها ظاهرة في الاختصاص المطلق الذي هي الملكيّة. فإنّ الرواية ظاهرة في ثبوت اقتضاء الملكيّة عليها للمسلمين فرداً فرداً، بعد زوال مالكيّة الكافرين عنها بالغلبة والقهر. هذا فضلاً عن تصريح الإمام عليه السلام بعده بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد»، حيث تفيد هذه الجملة شمول الحكم لجماعةٍ، منهم من هو كافراً الآن ومسلمٌ لاحقاً، ومنهم من هو معدومٌ حين الفتح وسيُخلق ويولد لاحقاً، فظهور الرواية ونصّها يدلّان على ملكيّة جميع أفراد المسلمين لها، والخصوصيّة التي يتضمّنها النصّ هي ثبوت الملكيّة لمن كان كافراً ثمّ أسلم عن فطرة.

كما إنّهُ يستفاد من السؤال عن «الشراء من الدهاقين» وجوابه عليه السلام عنه أمران:

- ١- أنّ الأراضي المفتوحة عنوة غير قابلة للشراء والانتقال بالبيع.
 - ٢- تكرار ما أثبتّه في صدر الخبر من ملكيّة الأرض لعامة المسلمين، وعدم جواز بيعها، والمعاملة عليها إلّا في صورة واحدة، وهي فيما لو كان متعلّق الإشتراء والمعاملة الحقّ الذي منحه له الحاكم، أو بيع البناء الذي عليها.
- وبالجملة: ثبت ممّا ذكرناه أنّ هذه الرواية صحيحة الإسناد والدلالة تفيد ملكيّة المسلمين عامّة للأراضي المفتوحة عنوة، وأنّها بعد الفتح تنتقل من الكفّار إلى المسلمين

بنحو الملك دون الحق»^(١).

ومنها: حسنة أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين.^(٢)

الظاهر أن المراد من استثناء النهي هو عدم جواز شرائها إلا لمن تقبل خراج الأرض على ذمته وأدائها إلى بيت مال المسلمين، لا لمن عمل بها عمل ملكية رقبة الأرض.

ومنها: خبر محمد بن شريح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، وقال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: لا بأس إلا أن يستحيي من عيب ذلك.^(٣)

والمراد بالكراهة الواردة فيها هي الحرمة الوضعية لو اشترى رقبة الأرض لتعليقه بأنّها «للمسلمين» وأنها «أرض الخراج» فلو اشترى رقبة الأرض كانت شرائه باطلة. وأما لو اشترى إحداثات البائع عليها مع تقبل أداء خراجها فحكم الإمام عليه السلام بعدم بأس لهذا الشراء.

وعيب هذه الأراضي خراجها فلو أخفى البائع هذا العيب فللمشتري خياره. وعليه فيكون المراد بالاستحياء هو الاستخفاء لا ما ذكره بعض الأساتذة عليهم السلام من أن شراء هذه الأراضي «كان يعدّ ذلك عيباً في تلك الأعصار»^(٤)، لـ «أنّه لا يناسب اشتراؤه لغير أهل الذمة»^(٥).

والعجب من الاستاذ المحقق^(٦) - مدّ ظله - أنه يرى التنافي بين صدر الرواية من

(١) العقد النضيد ٤ / ٦٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٩، ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٧٠، ح ٩.

(٤) دراسات في ولاية الفقيه ٣ / ١٩٧.

(٥) دراسات في ولاية الفقيه ٣ / ١٩٧.

(٦) العقد النضيد ٤ / ٦٤.

الحكم بفساد البيع وذيولها من الحكم بعدم البأس فحكم بأنها ساقطة عن الدلالة مع إقراره -مدظله- بـ«أن الكراهة لعلها من جهة عدم دفع الخراج»^(١) أي شراء رقبة الأرض، «وأنه لا بأس ولا كراهة لو اشتراها الرجل ودفع خراجها»^(٢) أي اشترى إحداثات البائع والتزم بدفع خراجها إلى بيت مال المسلمين، فمع هذا الجمع الواضح بين الصدر والذيل فكيف حكم بسقوط دلالة الرواية؟!

ومنها: خبر أبي بريدة بن رجا قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك؟! هي أرض المسلمين، قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه.^(٣)

سند الرواية ضعيف بأبي بريدة بن رجا لأنه مهمل وأما دلالتها تامة لأن ورد في صدر الرواية «الاستفهام الإنكاري الصادر من الإمام، ثم تعليقه وجه الاستنكار بأنها أرض المسلمين، لخبر دليل على أن الأراضي المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين، ولا يجوز للبعض منهم تملكها. فالإمام عليه السلام نفى البيع معللاً ذلك بأنها أرض المسلمين، ثم أجاز ذلك في ذيل الخبر من جهة تعلق الشراء بالحق دون العين.

بيان ذلك: أن أمر الأراضي المفتوحة عنوة يعود إلى إمام المسلمين -سواء العادل أو الجائر بناءً على الإمضاء في الأخير- فللوالي حق التصرف فيها، فمن أعطاه الوالي شيئاً من هذه الأراضي، ثبت له الحق فيها، ويجوز له بمقتضى حكم الإمام عليه السلام أن يبيع حقه لغيره.

وبالجملة: فلا منافاة بين صدر الخبر المانع للبيع وذيوله المجيز له، فتكون دلالته على المدعى تامة^(٤).

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٦٤.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٦٤.

(٣) وسائل الشريعة ١٥ / ١٥٥، ح ١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

(٤) العقد النضيد ٤ / ٤٦٦ و ٤٦٧.

ومنها: صحيحة إسماعيل بن فضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون، وإنما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا، وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.^(١)

المراد بالشراء في صدرها التقبل من الإمام كما يظهر من قوله: «وإنما يقبلها من السلطان» وحكم الإمام عليه السلام بجواز التقبل وإعطاء شيئاً لأهل الذمة لئلا يتضرروا بما حدثوا في الأرض، ولعل المراد بالشراء في ذيلها أيضاً كذلك أو الشراء بجهة إحداث البائع والأول أظهر.

الاحتمالات التي يمكن استفادتها من الروايات

الوجوه المحتملة المستفادة من الروايات الماضية متعددة تبلغ إلى أكثر من عشرة احتمال فلا بد من ذكرها وتعيين المختار منها:

«١- إن الأرض المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين بالفعل، وعلى نحو الإطلاق، الشامل لمن هو مسلم حين الفتح أو سيوجد لاحقاً، بل الذي كافر حين الفتح ويسلم لاحقاً، أو ولد كافراً ملبياً ثم أسلم متأخراً، وهذا الاحتمال هو المترائي من صحيحة الحلبي^(٢).

٢- إن الأرض المفتوحة ملك لمن هو موجود حين الفتح بالفعل، دون من هو غير موجود من أبناء المسلمين أو الكفار وأبناءهم، ممن يسلمون لاحقاً، وأن تحصل لهم الملكية لاحقاً بعد وجودهم أو دخولهم في رقبة الإسلام والمسلمين.

(١) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٧٠، ح ١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٦٩، ح ٤.

فبناءً على الاحتمال الأوّل، تكون الملكية ثابتة للمعدومين - فضلاً عن الموجودين - بالفعل، بمعنى أنّ الملكية موجودة بالرغم من أنّ المالك معدوم. أمّا على الاحتمال الثاني فإنّ الملكية الفعلية تكون لخصوص الموجودين، وإن ثبتت للمعدومين عند وجودهم وللكافرين عقب إسلامهم.

٣- إنّ الاراضي المفتوحة ملكٌ لنوع المسلم دون أفرادهم، كما هو الحال في حصّة الفقراء والعلويين من الزكاة وسهم السادة، فليست الأرض ملكاً لأفراد المسلمين، حتى نعتبرها ملكاً فعلياً للموجودين وتقديرًا للمعدومين، بل هي ملك لطبيعي المسلم ونوعه - الأصولي دون المنطقي - كما هو الحال في الحصّتين المذكورتين.

وعليه فإن قلنا بوحدة ملكيّة النوع والجهة، أصبحت الاحتمالات ثلاثة ومع عدم الالتزام بوحدهما تصبح الاحتمالات أربعة [كما] هو [الصحيح].

٤- اعتبار الأراضي المفتوحة ملكاً للجهة، مثل ملكيّة الدولة للأموال العامّة، حيث أنّ ملكيتها لها لم تكن على نحو ملكيّة الفرد أو الطبيعي، بل ملكيّة حيثيّة وهي التي يعبر عنها في عصرنا الحاضر بالشخصيّة الحقوقية في مقابل الشخصية الفرديّة.

أمّا بالنسبة إلى الحقّ: ففيه أيضاً تجري الاحتمالات الثلاثة - بناءً على وحدة الجهة والطبيعة أو الأربعة بناءً على تعددهما -، فتصير الاحتمالات إلى هنا بناءً على تعددهما ثمانية.

٩- هو الاحتمال الذي تحدّث عنه الشهيدان^(١) والمحقّق الكركي^(٢) - رحمهما الله - من اعتبار الملك أو الحقّ بتبع الآثار، بمعنى أنّه تحصل الملكية - أو الحقّ - عليها تبعاً لوجود آثارها، وتزول بتبع زوالها، فالفرد من المسلمين يملك [ما يأخذه من] الولاية [قبالة] فيما لو شرع في البناء عليها، وتبقى ملكيته لها ببقاء البناء عليها، وتزول بزواله. وفيه: هذا الوجه لا دليل عليه، فضلاً عن مخالفته مع القواعد والنصوص الخاصّة

(١) الدروس الشرعية ٢ / ٤١؛ والمسالك ٣ / ٥٦.

(٢) جامع المقاصد ٤ / ٩٧.

المذكورة سابقاً، حيث لا إشارة في واحدٍ منها على تحقّق الملكية بالآثار وزوالها بزوالها.
١٠- إنّه ليس هناك للمسلمين حقّ أو ملك على مطلق الأراضي المفتوحة عنوة، بل إنّ رقة هذه الأراضي موقوفة، وتنفكّ بالفتح عن مطلق الملكية الشخصية والفردية، فتصبح متحرّرة، وينبغي صرفها في مصالح المسلمين.
وفي هذا الاحتمال صُورَتان:

١٠/١- إحداهما: أنّ ما يتحقّق بعد الفتح هو مجرد فكّ رقة الأرض عن الملكية، وعدم تقبّلها للمالك كما في المساجد، وبالتالي يجب صرفها في مصالح المسلمين، كما وردت الإشارة إليه في رواية حمّاد^(١)، وقال به الفقهاء في خصوص منافع هذه الأراضي.
١٠/٢- ثانيتهما: أنّ ما يتحقّق من خلال الفتح زوال ملكية الكفار عنها، وصيرورتها وقفاً على المسلمين، كما هو الحال في الأوقاف العامة فإنّ من أوقف أرضه على فقراء المسلمين، يكون قد أوقفها على جميعهم.

وهذا الوجه أيضاً لا دليل عليه، سوى رسالة حمّاد الوارد فيها قوله «فهي موقوفة متروكة»^(٢) الدالّة على أنّ هذه الأراضي موقوفة، لكن لا ينبغي التردد في أنّه ليس المقصود من الوقف المذكور فيها، الوقف المصطلح عليه بين الفقهاء في كتاب الوقف، لأنّ المراد من [الوقف] المصطلح، المنع عن التقلّبات الإنشائية كالبيع والصلح فيها، ولزوم السكون فيه، فالسكون المطلوب في كتاب الوقف سكون إنشائي، والمطلوب في الأراضي سكون غير إنشائي.

وبالتالي فالدافع لهذا الوجه أمران:

أ: إنّ الرواية المبتنية عليها هذا الوجه رواية رسالة ضعيفة لا اعتبار بها.
ب: ولو سلّمنا صحّتها، فلا بدّ من الجمع بينها وبين سائر الأخبار الدالّة على أنّ الأرض «هي لمن اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»^(٣) فهي

(١) وسائل الشريعة ١٥/١١٠، ح ٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدو.

(٢) وسائل الشريعة ١٥/١١٠، ح ٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدو.

(٣) وسائل الشريعة ١٧/٣٦٩، ح ٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.

تفيد ثبوت الملكية، والمرسلة تفيد أنّها ملّك ساكن غير قابل للنقل»^(١).
ولكن الظاهر من صحيحة محمد الحلبي^(٢) هو الاحتمال الأوّل لأنّ الاستفادة منها
ثلاثة أمور وهي:

أ: الملكية.

ب: وأنّ الملاك هم الأفراد على نحو العموم الاستغرافي.

ج: وأنّ الملكية الثابتة لهم ملكيّة فعليّة لا استقباليّة.

أمّا الملكية، فهي مستفادة من الظهور الإطلاقي في اللام الدال عرفاً على
الاختصاص المطلق.

أمّا المالك فهو مستفاد من كلمة «المسلمين»، فهي جمع محلي بالأل، فضلاً عن
أنّها عنوان مشيرٌ فسّره الإمام عليه السلام بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم،
ولمن لم يخلق بعد».

أمّا الملكية الفعلية، فهي مستفادة من قول الإمام عليه السلام: «لمن يدخل في الإسلام بعد
اليوم» حيث يدلّ على أنّ الملكية ثابتة له بالفعل، وإن لم يكن داخلياً في الإسلام بعد
ومعدوداً منهم»^(٣).

الموانع التي تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبي

قد ادعى وجود موانع لا يمكن معها الأخذ بظهور صحيحة الحلبي ومنها:

١- الاشكال العقلي

تقريره: كيف يمكن تحقّق الملكية الفعلية للمسلمين المعدومين مع أنّ الملكية
- ولو كانت من الأمور الاعتبارية - من الأمور ذات الاضافة التي تحتاج إلى طرفيها من
المملوك والمالك ثم اعتبار الملكية بينهما ومع فرض معدومية المالك كيف يمكن تحقّق
هذه الإضافة؟!

(١) العقد النضيد ٤ / (٤٧٠-٤٦٨)، مع اصلاحات و اضافات.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٩، ح ٤.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٤٧١.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٦٧

نعم، الملكية ليست من الأمور الإضافية الحقيقية نحو: الفوقية والتحتية أو أبوة والبُتوة بل تعدّ من الأمور الإضافية الاعتبارية ولكن يستحيل أن تحقّق أمر إضافي من دون تحقّق طرفي الإضافة حتّى لو كانت اعتبارية، والمعدوم يستحيل أن يكون طرفاً للموجود في الإضافة بلافق بين إضافتي الحقيقية والاعتبارية.

جوابه: أولاً: بالنقض في بحث الزمان - بناءً على أنّه من الأمور التكوينية - حيث تصح نسبة الزمان إلى طرف معدوم بل طرفي المعدوم نحو صحة استعمال هذه الجملة عرفاً وعقلاً وهي: «إنّ اليوم بعد الأمس وقبل الغد» أو ما ورد من قوله ﷺ: «قم فاغتنم الفرصة بين العدمين» فتنسب اليوم الموجود أو الفرصة الحالية الموجودة إلى القبلية والبعدية المعدومتين.

وثانياً: الأمور الاعتبارية تابعة لاعتبار مُعْتَبَرها فإذا اعتبرها من دون تحقّق الأمرين الإضافيتين فلا إشكال في صحة اعتباره إذا ترتب عليه أثر ونحوها وارد في الشريعة وغيرها بل وارد في سيرة العقلاء في حياتهم الاجتماعية من سالف الزمان إلى زماننا هذا أذكر لك أمثلة لها:

أ: عقد الإجارة لأنّ منافع الآتية للدار مثلاً معدومة بالفعل ولكن صحّ تملكها للمستأجر من الآن.

ب: أو جواز بيع الثمرة الموجودة في هذه السنة مع الثمرة التي تحصل في السنة القادمة مع أنّ الأخيرة معدومة الآن بالفعل ولكن حصلت الملكية والتملّك لهما من الآن بعد بيعها.

ج: صحة الوصية لتمليك منافع داره لأولاده وأولاد أولاده من نسله المعدومين فعلياً الذين يراهم في عالم الوجود في الأزمنة الآتية.

فحينئذ فلا مانع عقليّ أو شرعيّ من تملك المعدوم للموجود كالأجارة أو تملّك الموجود للمعدوم كملكية الأرضي المفتوحة عنوة للمسلمين المعدومين أو تملك المعدوم للمعدوم كالوصية الماضية.

وحلّها وجود الفارق الرئيسي بين عالمي الاعتبار والتكوين كما مرّ مراراً في

أبحاثنا الاصولية والفقهية.

٢- كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟!

تقرير الإشكال: إذا كانت ملكية الأراضي المفتوحة عنوة لعامة المسلمين على نحو الانحلال، بحيث يكون كلّ فردٍ فردٍ منهم مالكاً فكيف يجوز لهم قبالة هذه الأراضي وإيجارها بالخراج والمقاسمة مع إمام المسلمين؟
بعبارة أخرى: الإجارة هي تملك المنفعة، فكيف يجوز تملك المنفعة مع فرض مالكية العين للمستأجر وبتبع العين مالكية المنفعة له باعتبار أنّه فرد من أفراد المسلمين، فكيف يمكن تملك المنفعة له بالإجارة مرّة أخرى؟!
فاستيجار المسلمين لها باطل وممنوع عقلاً وعرفاً وشرعاً مع أن سيرة حكام المسلمين وولاتهم في زمني الحضور والغيبة إجارة هذه الأراضي الخراجية للمسلمين من دون نكير!

جوابه: الأراضي المفتوحة عنوة ملك لعامة المسلمين على نحو الإشاعة، فيجوز لأحدهم استيجارها من إمام المسلمين وتعدية حقوق المسلمين مع قبالة التي كتبها مع إمامهم والتصرف فيها بحيث يشاء كما هو الأمر في غيرها من الأملاك المشاعة بين عدّة أفراد. فلا مانع من الجمع بين الملكية المشاعة واستيجار العين أو بعضها كما لا يخفى.

٣- كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟

تقرير الاشكال: الصحيحة تدلّ على ثبوت الملكية لكلّ فرد من أفراد المسلمين، وهذه الملكية كيف تثبت لهم مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية لهم كالبيع والصلح والإجارة والوقف ونحوها، أو التصرفات الخارجية نحو: الزرع والبناء والسكنى وغيرها إلّا من خلال إذن إمام المسلمين ومع كتابة القبالة معه، فمثل هذه الملكية التي لا يتمكن المالك معها من جميع التصرفات المالكية لغو محض.

فكيف يمكن القول بملكيتهم للأراضي الخراجية مع أنّهم ممنوعون عن التصرف فيها مطلقاً إلّا مع إذن إمام المسلمين؟!

جوابه: الملكية هنا ليست الملكية الشخصية التي يجوز معها التصرفات

الاعتبارية والخارجية، بل الملكية هنا قسم خاص منها وكيفية معينة منها وهي لزوم صرف منافعتها في سدّ خلات مجتمع المسلمين ومصالحهم، فحينئذ فالملكية الخاصة ثابتة للمسلمين في الأراضي الخراجية ولكن جواز التصرف فيها مشروط بإذن إمام المسلمين رعاية لحفظ مصالحهم وحقوق جميعهم.

٤- كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟

تقرير الإشكال: قانون التوارث يقتضي انتقال ما يملكه الميت من مال أو حق إلى وارثه، فلو كانت الأراضي الخراجية لعامة المسلمين لزم انتقالها إلى ورثتهم ويستلزم منه اختلاف حصصهم الموروثة قلّة وكثرة بالضرورة وبالتالي الاختلاف في مقدار مالكتهم! مع أن الفقهاء ينفون التوارث فيها فكيف يجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث؟ جوابه: قد مرّت الملكية هنا قسم خاص منها وليست الملكية الشخصية بحيث يرث بعد موت المالك إلى ورثته، وعدم التوارث لا يجتمع مع الملكية الشخصية ولكنها يجتمع مع الملكية الخاصة التي يأتي تفصيلها فانتظر.

والحاصل: بهذه الإشكالات الأربعة ونحوها التزم جمع من محققي أصحابنا إلى ملكية الجهة أو النوع، لا إلى ملكية كل فرد من أفراد المسلمين على نحو الملكية الفعلية. كما ذهب المحقق النائيني^(١) إلى أنها ملك للجهة - وقد مرّ تعريفها في الاحتمال الرابع من المحتملات العشرة الواردة في الروايات فراجع.

وذهب المحقق الإصفهاني^(٢) إلى أنها ملك للطبيعي - كما مرّ تعريفه في الاحتمال الثالث من المحتملات العشرة - وقال: «الأنسب بالجمع بين الأخبار ورعاية الآثار ما ذكرناه في أوائل البحث^(٢) عن الأراضي من كونها ملكاً للطبيعي على وجه خاص... أن

(١) المكاسب والبيع ٣٧١/٢.

(٢) قال في حاشية على المكاسب ١٤/٣: «وعليه فيمكن أن يقال: بملاحظة الجمع بين الأخبار ورعاية الآثار أن الأرض ملك للطبيعي المسلمين ونوعهم لا لأحاديهم، وما ورد - من أنه ملك لجميع المسلمين ممن وجد ومن لم يخلق بعد - يراد به عدم اختصاص ملك الطبيعي بزمان دون

الأرض ليست ملكاً لآحاد المسلمين استغراقياً حتّى يرد المناقشة من الوجهين وغيرهما ممّا قدمناه بل ملك للطبيعي، فالشخص بما هو غير مالك حتّى لا يجوز الإجارة منه أو يجوز نقل حصته، مع أنّ عدم جواز نقل الحصة كما يمكن أن يكون لعدم الملك كذلك يمكن أن يكون لحبس الملك على وجه خاص»^(١).

ثمّ تعرض لمحاولة ما ورد في صحيحة محمد الحلبي من قوله عليه السلام: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد.^(٢) من أنّ ظاهرها ملكية آحاد المسلمين استغراقياً «إلاّ أنّه للمحاذير المتقدمة مراراً يحمل على ملك الطبيعي والترتيب الذي ذكره عليه السلام لبيان أنّه لا يختص بزمان دون زمان، ويقبل الانطباق على المسلم بالفعل وعلى من يدخل في الإسلام»^(٣). ويمكن تأييده بأنّ «ل» الواردة في كلمة «للمسلمين» غير آبية عن الملكية النوعية نحو الوقف على العماء وآيتي الزكاة والخمس وظهورهما في الملكية النوعية للأصناف الواردة في الآيتين وأنّهما لم تكن ملكاً لأفرادهم على نحو الاستغراق. ولكن يمكن أن يناقش عليه:

أولاً: «أنّ قوله عليه السلام: «لمن هو اليوم...» لم يقصد بها تعميم النوع، لكفاية العنوان بنفسه لشمول نوع من ينطبق عليه العنوان، دون الحاجة إلى التنصيص على التعميم بإضافة

→ زمان، وإن كان كلّ واحدٍ من المسلمين قابل لانطباق الطبيعي عليه، لكنّه ليس كالحمس والزكاة بحيث يجب على المتوليّ لأمرها إقباضها إلى من شاء، بل جعل أمرها عيناً ومنفعةً إلى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع، فتارة تقتضي المصلحة إقباض رقبة الأرض إلى واحد، وأخرى تقتضي إبقاء الأرض وصرف حاصلها في مصلحة النوع. وأمّا بذل ولي الأمر بعنوان العطية والجائزة فإنّما هو من باب حق التولية، أو لأنّ قيامه بأمر مصلحة النوع، ولوازم الرياسة مرعية في الرئيس القائم بالأمر، فبالأخرة تكون العطية والجائزة مصلحة النوع».

(١) حاشية المكاسب ٥١/٣.

(٢) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح ٤.

(٣) حاشية المكاسب ٥٧/٣.

كَلِمَتِي «اليوم» و«بعد اليوم»، والشاهد عليه الخطابات التَكْلِيفِيَّة، فإنَّ مجرَّد التصريح بلفظة العلماء في «أكرم العلماء» إنّما هو لتعميم الحكم، ولا حاجة لإبراز التعمّم بإضافة اليوم والغد للدلالة على عدم الاختصاص بزمان معيّن. وبالتالي فدعواه أنّ الجملة المذكورة إنّما هي لإفادة عدم محدوديّة المِلْكِيَّة بزمان دون زمان ممنوع»^(١).

وثانيّاً: «أنّ قوله ﷺ: «لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» مصداق للفرد، ولا يصحّ إسناده إلى الطبيعة، كما هو الحال في كلمة «الجميع» المضافة إلى المسلمين، فإنّ المراد منها الأفراد دون الطبيعة، لأنّ الذي يدخل في الإسلام أو قد يولد هو الفرد بعينه دون النوع أو الجهة»^(٢).

وثالثاً: «يمكن تصوير ملكيّة النوع في الشرع، كما هو الحال في باب الأوقاف والوصايا، لكن هذه الملكية النوعيّة تنطبق في النهاية على الفرد، أمّا الملكية النوعيّة التي تبقى منحصرة بالنوع، دون أن تتعدّى إلى الفرد، ودون أن تصبح ملكاً للأفراد لا عيناً ولا منفعة - كما التزم بها المحقّقان النائيّني والإصفهاني - فهي ممّا لا يمكن فرضها أو تعقلها»^(٣).

وبالجملة: يمكن القول بملكيّة الأراضى المفتوحة عنوة لآحاد المسلمين على نحو الاستغراق، فعلية من دون اختصاص بزمان دون زمان، بل هذه الملكية التشريعية ثابتة على مرّ الدهور إلى يوم القيامة ولكن ملكيّة خاصة غير ملكيتهم الحرّة المطلقة لأموالهم الشخصية الفرديّة، وهي ملكيّة محبوسة غير حرّة، ومقيدة غير مطلقة بحيث لا يتمكنوا من التصرف فيها إلّا بإذن إمام المسلمين ولا بدّ من أداء الخراج إليه ولا يجوز بيعها ولا إيجارها ولا يرث إلى أولادهم وعلى هذا الأساس الملكية الفعلية الخاصة وهي محبوسة ومقيّدة ثابتة لآحاد المسلمين على طول الزمان من دون إشكال والحمد لله العالم بأحكامه.

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٧٨.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٧٨.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٤٧٩.

بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوة

١- هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنّها ملك خاص للمسلمين ولا يحتاج إلى أداء الخمس؟

فيه قولان:

أ: المشهور بين الأصحاب شمول أدلة الخمس لها بل يظهر من صاحب المدارك^(١) إجماع المسلمين عليه. والوجه فيه إطلاق أدلة الخمس من الآية الشريفة^(٢) والروايات الواردة^(٣) في وجوبه يشمل الأراضي المفتوحة عنوة.

ب: ما اختاره صاحب الحقائق من عدم وجوب الخمس فيها وقصر الخمس في الغنائم المنقولة دون غيرها كالأراضي والمساكن وقال: «ولا أعرف على هذا التعميم دليلاً سوى ظاهر الآية^(٤)... وقد تتبعْتُ ما حضرنى من كتب الأخبار كالوافي والوسائل المشتمل على أخبار الكتب الأربعة وغيرها فلم أقف فيها على ما يدلّ على دخول الأرض ونحوها من ما قدمناه في الغنيمة التي يتعلق بها الخمس، ولم أقف في شيء منها على وجوب إخراج الخمس منها عينا أو قيمة حتّى الأخبار الواردة في تفسير الآية المشار إليها فإنّها ما بين صريح أو ظاهر في تخصيصها بما ينقل ويحول.

وحينئذ فيمكن تخصيص الآية بما دلت عليه هذه الأخبار...»^(٥). ثمّ أضاف: «وبالجملة فما ذكره لا وجود له في شيء من الأخبار، بل ظواهرها من حيث عدم التعرض لذكره ولو إشارة سيما في مقام البيان هو العدم»^(٦).

القول المختار: هو ما ذهب إليه صاحب الحقائق؛ لأنّ عنوان الغنيمة في الآية

(١) مدارك الأحكام ٥ / ٣٦٠.

(٢) سورة الأنفال / ٤١.

(٣) وسائل الشيعة ٩ / ٤٨٥، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، وغيرها من الروايات.

(٤) الحقائق ١٢ / ٣٢٤.

(٥) الحقائق ١٢ / ٣٢٥.

(٦) الحقائق ١٢ / ٣٢٧.

شرائط العوضين / الملكية / أقسام الأرضين وأحكامها ١٧٣

الشريعة ونصوص الروايات فُسِّرَتْ في صحيحة علي بن مهزيار بـ«الفائدة يفيدها»^(١) المرء. فعلى هذا يكون موضوع الخمس الفوائد المالية الشخصية وقد عرفت أنَّ ملكية آحاد المسلمين للأراضي الخراجية ملكية خاصة مقيّدة محبوسة غير حرّة لم يصدق عليها عنوان «الفائدة» عرفاً.

مُضافاً: إلى أنَّ الروايات الواردة لبيان أحكام الأراضي الخراجية لم يتعرض في شيء منها وجوب الخمس وسكوتها دليل على عدم وجوبها كما قال صاحب الحقائق: «ويؤيد ما قلناه الأخبار الواردة في حكم الأرض المفتوحة عنوة ومنها خير وعدم التعرض فيها لذكر الخمس بالكلية مع ذكر الزكاة فيها، ولو كان ثابتاً فيها لكانت أولى بالذكر لتعلقه برقبة الأرض»^(٢).

وثالثة: على فرض وجوب الخمس فيها على مَنْ يجب إخراجها؟ على آحاد المسلمين حيث لم يتمكنوا من التصرف فيها مطلقاً، أو على إمام المسلمين حيث لم يملك من الأراضي الخراجية إلا نصيبه بما أنّه أحد من المسلمين وليس له التصرف فيها إلا في إدارتها وقبالتها وأخذ الخراج منها وصرفه في مصالح المسلمين ولم يأذنوا في الروايات في إخراج خمس هذه الأراضي بتوسطه، فعلى مَنْ يجب إخراج الخمس؟! وهذه عويضة لا بدّ المشهور من حلّها.

فالمختار عدم وجوب الخمس فيها كما مرّ من الحقائق وعليه الأستاذ المحقّق^(٣)

ـ مدّ ظله ـ.

٢- المتصدي للأراضي الخراجية

المتصدي لها أولاً هو الإمام المعصوم عليه السلام الذي يخلف عن النبي صلى الله عليه وآله وكان وصياً له ثمّ نائبه بدلاً منه وفي عصر الغيبة المتصدي لها هو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء مع تحقق الولاية له، ومع عدمه أو عدم ولايته يتصدى لها عدول المؤمنين حِسْبَةً كما مرّ في بحث

(١) وسائل الشيعة ٥٠٢/٩، ح ٥، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

(٢) الحقائق ٣٢٦/١٢.

(٣) العقد النضيد ٤٨٣/٤.

الولايات.

وأما لو قام جائر وتصرف في هذه الأراضي وبلت الشيعة بالمعاملة معه، أجاز الأئمة عليهم السلام في الروايات المعاملة معهم تسهلاً لشيعتهم وتوسعة عليهم وأفتى بها فقهاء الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

وقد ذكرت لك نصوص الروايات وكلمات الأصحاب في المقام في المسألة الثالثة من مسائل خاتمة المكاسب المحرمة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمة والزكاة في بحثي «تطور البحث»^(١) و «أدلة القائلين بالجواز»^(٢) فراجعهما إن شئت ولا نعيد.

٣- لا يجوز بيع الأراضي الخراجية

عدم جواز بيع هذه الأراضي كأنه إجماعي وتدلّ عليه النصوص المتعددة الماضية^(٣) ولكن هذه الأراضي قد طالتها أيادي المسلمين بالبيع والشراء والإجارة والصلح وغيرها قديماً وحديثاً ولذلك قد تصدى الفقهاء محاولة هذه المعاملات وتبريرها بوجوه:

أ: يجوز بيعها وشارئها بلحاظ «الآثار والأبنية المحدثّة فيها بعد الاغتنام بل والحقّ المتعلق بها للمتصرف. فتصير الأرض للمشتري على وجه كانت للبائع من ثبوت حقّ الأولوية وعدم جواز المزاحمة إذا فرض كون التصرف وإحداث الآثار بإذن الإمام، أو بإجازته العامة للشيعة على القول بها؛ أو بإذن نائبه الخاص أو العام، أو بتقبيل السلطان الجائر بناء على إمضاءهم عليهم السلام لذلك»^(٤).

كما مرّ في خبر أبي بُردة بن رجا^(٥) وصحيفة إسماعيل بن فضل الهاشمي^(٦) وخبر محمد

(١) الآراء الفقهية ٣ / (٣٨٣-٣٧١).

(٢) الآراء الفقهية ٣ / (٤٠٧-٣٨٤).

(٣) راجع بحث مستند فقهاء الطائفة صفحة ١٥٦ من هذا المجلد.

(٤) دراسات في ولاية الفقيه ٣ / ٢١٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٥ / ١٥٥، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٧٠، ح ١٠.

بن شريح^(١) وحسنة أبي الربيع الشامي^(٢)، وهذه المحاولة هي المختار في شرائها.
ب: «قيام السيرة القطعية على التعامل بها، حيث أنّ الثابت قيام السيرة القطعية عند المتسرعة على التعامل بهذه الأراضي، بل إنّ أراضي الكوفة التي تعدّ القدر المتيقّن ممّا فتحت عنوة، فقد ثبتت السيرة القطعية على التعامل بها، وهي تعدّ مخصصة للأدلة الدالة على عدم جواز التصرف فيها.

ولا يخفى أنّه لا يكفي مجرد احتمال استناد هذه السيرة إلى فتاوى الفقهاء، لعدم اعتبارها إلّا إذا ثبت اتّصالها بالأئمة عليهم السلام أو بأصحابهم وتلقّيها منهم، وهو أمرٌ لا نستبعد تحقّقه، وقد شاع أيام تشرّفنا في النجف الأشرف أنّه عُثر على صندوق يتضمّن وثيقة تشير إلى قيام عمّار ابن ياسر ببيع داره في الكوفة وعليها ختم أمير المؤمنين عليه السلام^(٣)، ولكن لا مجال للاعتماد على مجرد هذه الوثيقة لأنّها قضية في واقعة.

ج: الحكم على المعاملات الواقعة عليها بالصحة من خلال الأمانة والدليل:
أمّا الامارة: فباعتبار أنّ كلّ ما يتعامل عليها من هذه الأراضي سبقتها يدٌ عليها تعدّ أمانة على الملكية، إلّا إذا ثبت خلافها، وبالتالي فكلّ دار أو عرصة في الكوفة أو النجف أو نهاوند كانت عليها يدٌ قبل إجراء المعاملات عليها، وهذه الأيدي أمانة على الملكية. نعم، لا شك أنّ الأراضي لم تكن في تلك الأيام جميعها عامرة، بل كانت بعضها مبيّنة ممّا يدخلها في ملك الإمام دون المسلمين، وأمّا العامرة فهي تبقى ملكاً للمسلمين

(١) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٦٩، ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٦٩، ح ٥.

(٣) سمعت من العلامة الشهيد السيّد عزّ الدين بحر العلوم رحمته الله أنّه ممّن شاهد الوثيقة المذكورة، وقد كانت موضوعة في صندوق عثر عليه حينما أقدم العمّال على حفر الأساس في إحدى العرصات الواقعة بحجّي الكندة، القريبة من الجامع الأعظم بالكوفة، وقد جاء فيها أنّ عمّاراً باع داره لفلان وشهد بذلك عليّ بن أبي طالب عليه السلام وشمر بن ذي الجوشن وثالث نسيت اسمه، وقد بقيت الوثيقة فترة غير قليلة في النجف تتداولها الأيدي، وشاهدها العديد من أهل العلم ومنهم المحقّق الخوئي رحمته الله إلى أن اختفت.

إلى يوم القيامة، وعليه فلا بد من إحراز أن المفتوحة كانت عامرة حين فتحها أو ميّنة، ومجرد احتمال كون الأرض عامرة حين الفتح يوجب الشك في العقد، كما أن مجرد احتمال كونها مواتاً في تلك الأزمنة وأنها بقيت بأيدي الكفار من أهل الذمة مقابل الجزية أو المصالحة عليها مع المسلمين، أو احتمال أن تكون الأرض من قطائع الإمام، أو أذن الإمام بالتصرف فيها، يقتضي الحكم بصحة التعامل بها، وصحة تداول الأيدي المتعاملة عليها.

أمّا الأصل: فباعتبار أن البحث يدور حول الأراضي العامرة التي فتحها المسلمون، حيث يشك في دخول الأرض المبتلى بها فيما فتحت عنوة وعدمه، لأنّ الفتح أمرٌ حادثٌ مسبوقٌ بالعدم، وهناك عمومات - كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيرها - تدلّ على لزوم الوفاء والالتزام بمطلق العقود، عدا العقد الواقع على الأرض المفتوحة عنوة، وعند الشك في المعاملة الواقعة على الأرض المشكوكة، فإنّ الشك يعود إلى العنوان المخصّص وبالتالي يجري الأصل فيها، ويثبت صحة الموضوع، ولزوم الوفاء به.

فإن قيل: إنّ الاستصحاب المذكور معارض بمثله، باعتبار أن الأصل عدم بقاء الأرض في يد ملاكها بالمصالحة عليها أو بدفع الجزية، وعدم كونها من قطائع الإمام، لأنّها أمور مستحدثة، وعند الشك فيها يجري استصحاب عدمها.

قلنا: من الثابت أنّه لا اعتبار لجريان الاستصحاب إلّا فيما إذا كان ذا أثر، والاستصحاب المذكور لا أثر له بنفسه، وإنّما الأثر للآزمه وهو أيضاً لا اعتبار به لأنّه مفتوحة عنوة، وبالتالي يجري الاستصحاب الأوّل دون معارض.

د: عند الشك في عامريّة الأرض المتعامل عليها حين الفتح وعدمها، تجري أصالة عدمها؛ لأنّ العمران أمرٌ حادث، ومن خلالها يثبت صحة جميع التصرفات الواقعة عليها^(١).

(١) العقد النضيد ٤ / (٤٨٥-٤٨٣) مع تصحيحات.

حكم الأراضي الصلحية

وقد تسمى «الأراضي الخراجية» أيضاً، و«هي الأرض التي فتحت من قبل المسلمين من دون أن يسلم أهلها ولا قاوموا الدعوة الإسلامية بشكل مسلح، بل ظلّوا على دينهم في ذمة الإسلام بعقد الصلح فتصبح الأرض أرض الصلح»^(١). ولم يتعرض الشيخ الأعظم من البحث حولها ولكن نبحت عنها في مقامين:

المقام الأول: مقتضى عقد الصلح

هذه الأرض تابعة لبنود عقد الصلح فإن نص فيه على أن الأرض كانت ملكاً لهم تبقى في ملكيتهم، وإن نص فيه على أنها ملكاً للمسلمين فهي لهم وتصير كالأراضي المفتوحة عنوة الماضية آنفاً، وإن نص فيه على أنها للإمام تدخل في ملكه وتكون من الأنفال ويجرى عليها حكمه، هذه كلّها في الأراضي التي كانت عامرة في أيديهم. وأمّا الأراضي الموات أو العامرة بالأصالة منها فتدخل في ملك الإمام عليه السلام كنظائرها وله أن يتصرف فيها بما يرى من المصلحة.

«نعم، إذا أدرجها في عقد الصلح لزم أن يطبق عليها ما هو مقتضى هذا العقد، ولا يجوز الخروج عن مقرراته ومقتضياته.

فالتنتيجة: إن مقتضيات عقد الصلح تختلف باختلاف الموارد والمصالح على أساس أن أمره بيد ولي الأمر فله أن يعقد الصلح معهم على حسب ما يراه من المصلحة للدولة أو الأمة وهي بطبيعة الحال تختلف باختلاف المقامات»^(٢).

المقام الثاني: مقتضى الروايات

أ: مجموعة من الروايات تدلّ على أن أرض الصلح تكون من الأنفال وهي التي اقتضى عقد الصلح ملكيتها للإمام عليه السلام، لا ما يقتضي عقد الصلح أنها باقية في ملكيتهم أو ما يقتضي أنها للمسلمين فتدخل في حكم الأراضي المفتوحة عنوة، فحينئذ ما يدلّ عليها

(١) الأراضي / ٣٢٥.

(٢) الأراضي / ٣٢٦.

هذه المجموعة هو قسم خاص من الأراضي الصلحية وهي ما يدلّ عقد الصلح على أنّها للإمام عليه السلام.

ومن هذه المجموعة: صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض خربة، ويطون الأودية، فهو لرسول الله ﷺ، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. (١)

وأنت ترى بأنّ الإمام عليه السلام جعل عنوان الصلح في مقابل عنوان الإعطاء الظاهر في تغايرهما ولعلّ المراد من الإعطاء هو إعطاء الأرض وتسليمها للإمام تسليماً ابتدائياً من دون أي شرط مسبق، بحيث لم يكن هناك عقد صلح كما فعله يهود فدك بالنسبة إلى أرضهم وإعطائها لرسول الله ﷺ. والمراد من الصلح ما مضى من إعطاء الأراضي للإمام عليه السلام في عقد صلح ودخولها في ملكيته عليه السلام.

ويمكن أن يقال: باتحاد عنواني الصلح والإعطاء كما يظهر من الروايتين التاليتين. ومنها: رسالة حماد الطويلة عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح - في حديث - قال: وله (أي للإمام عليه السلام) بعد الخمس الأنفال، والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال، الحديث. (٢)

ظاهر الرسالة إتحاد عنواني الصلح والإعطاء وأنّهما عطف تفسير وإن يمكن القول بتغايرهما كما مرّ.

ومنها: موثقة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربة، أو بطون أودية، فهذا كلّ من الفياء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول

(١) وسائل الشيعة ٩/ ٥٢٣، ح ١، الباب ١ من أبواب الأنفال.

(٢) وسائل الشيعة ٩/ ٥٢٤، ح ٤.

يضعه حيث يحب^(١).

وظاهرها كماضيها في الدالة.

ب: ولكن هناك مجموعة أخرى من الروايات تدلّ أنّ الأراضي الصلحية باقية على ملك أصحابها ومن المعلوم أنّ هذه المجموعة أيضاً تدلّ على قسم خاص من الأراضي الصلحية وهي التي تبقى على ملكية أصحابها في عقد الصلح وعلى بنودها الممضاة من الطرفين.

فمنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أرض أهل الذمة، فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون... الحديث^(٢). ومنها: حسنة أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين^(٣).

ومنها: حسنة زرارة قال: قال: لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمة إذا عملوها وأحيوها فهي لهم^(٤).

معلي بن محمد البصري حسن أقلاً كما عليه المامقاني وهو يروي عن الحسن بن علي بن زياد البجلي إمامي ثقة فالسند لا بأس به أو حسن وإما الإضرار فلا يضرّ بالرواية مع أنّ مضمرها زرارة وهو لا يروي من غير الإمام عليه السلام.

وبالجملة: الظاهر من المجموعة الأخيرة هو شراء رقبة الأرض «وحملها على شراء الحقّ المتعلّق بها كما كان الأمر في شراء الأرض المفتوحة عنوة بمكان من الإمكان إلا أنّه خلاف الظاهر فيكون بحاجة إلى قرينة»^(٥).

والحاصل: «أنّ أرض الصلح تختلف باختلاف ما تم عليه عقد الصلح بشأنها،

(١) وسائل الشيعة ٥٢٦/٩، ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح ٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة ٣٦٩/١٧، ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٣٦٨/١٧، ح ٢.

(٥) الأراضي ٣٢٨.

١٨٠.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٥) / ج ٨

وليس لها ضابط كلي في جميع الموارد»^(١).

هذا مجمل البحث حول الأراضي وللتفصيل راجع كتاب «الأراضي» للفقهاء
البحاث آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - دام ظله - فإنَّه مشحون بالتحقيقات
والحمد لله العالم بأحكامه.

(١) الأراضي / ٣٢٨.

٣- الطَّلَاقُ (التمامية)

ذهب جمع من أصحابنا إلى اشتراط الطلقة في شروط العوضين:
منهم: المحقق قال: «الثاني: أن يكون طلقاً فلا يصح بيع الوقف...»^(١).
ومنهم: العلامة قال: «ويشترط في الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف...»^(٢).
ونحوه في الإرشاد^(٣).
ومنهم: الشهيدان في اللمعة وشرحها^(٤) والمحققون الكركي في جامع المقاصد^(٥)
وابن القطن في معالم الدين^(٦) والفيض الكاشاني في المفاتيح^(٧) والسبزواري في
الكفاية^(٨) والمحدث البحراني في الحدائق^(٩) والفاضل النراقي في المستند^(١٠).
ولكن قال صاحب الجواهر: «الثاني: أن يكون الملك (طلقاً) أي تاماً، كما أبدله به
في القواعد^(١١).
إلا أنه لم نجد شيئاً منهما في شيء مما وصل إلينا من النصوص، واستفادته مما

(١) الشرائع ١١/٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢٣/٢.

(٣) إرشاد الأذهان ٣٦١/١.

(٤) الروضة الهيبة ٢٥٣/٣.

(٥) جامع المقاصد ٩٧/٤.

(٦) معالم الدين ٣٤٢/١.

(٧) مفاتيح الشرائع ٥١/٣، مفتاح ٨٩٩.

(٨) الكفاية ٤٥٤/١.

(٩) الحدائق ٤٣٨/١٨.

(١٠) مستند الشيعة ٣٠٧/١٤.

(١١) قواعد الأحكام: المتأجر / في العوضين ٢٣/٢.

ورد في الأماكن المخصوصة - كالوقف^(١) وأمّ الولد^(٢) ونحوهما - على وجه يتعدّى منه إلى غيره لا يخلو من إشكال؛ ضرورة كونه:

إن كان المراد به: عدم تعلّق حقّ للغير به، فهو منقوض بما ثبت جواز بيعه ممّا هو كذلك؛ من بيع العبد الجاني، والمبيع في زمن الخيار على أحد الوجوه، وتركه المديون كذلك أيضاً... وغيرها.

وإن أُريد به: ما جاز لمالكه جميع أنواع التصرفات به، فهو أوضح من الأوّل فساداً؛ فإنّ منذور عدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعاً.

وإن جعل مرجعه: إلى كلّ ما ثبت عدم جواز بيعه ممّا تعلّق به حقّ الغير، لم يوافق ذكره بعنوان الشرطيّة العامّة، وكذا إن أُريد به عدم تزلزل الملك؛ فإنّ من المعلوم جواز بيع الموهوب ونحوه.

ومثل ذلك قد وقع لهم في شرائط الزكاة، وذكرنا فيه هناك نحواً من ذلك. فلاحظ وتأمل، فإنّ المقام متقارب خصوصاً بعد ذكرهم بعد ذلك اشتراط القدرة على التسليم - نحو ذكرهم هناك اشتراط التمكن من التصرف - مع اشتراط التمام، وإن كان هما غير متلازمين؛ فإنّ المغصوب والمفقود والآبق ونحوها مملوكة ملكاً تامّاً إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرف فيها ولا مقدورة على تسليمها.

والأمر في هذا سهل بعد معلوميّة كون مقتضى العمومات جواز البيع لكلّ عين مملوكة، إلاّ ما خرج بالدليل ممّا تعلّق به حقّ للغير على وجه ينافيه البيع مثلاً.

وعلى الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقة بالنسبة إلى المنافاة المزبورة وعدمها، ولا دليل على أنّ مطلق تعلّق حقّ الغير منافٍ، بل لعلّ الدليل على خلافه^(٣).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والمراد بـ«الطلق» تمام السلطنة على الملك بحيث

(١) وسائل الشيعة: أنظر ١٩/ ١٨٢، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) وسائل الشيعة: أنظر ١٨/ ٢٧٨، باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان؛ و ٢٣/ ١٧٥، باب ٦ من أبواب الاستيلاء.

(٣) الجواهر ٢٣/ (٥٧٥-٥٧٣) [٢٢/ ٣٥٦ و ٣٥٧].

يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله ويكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلّق حقّ به مانع عن نقله بدون إذن الحقّ، فمرجعه إلى: من شرط البيع أن يكون متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له. فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك - كالنذر والخيار ونحوهما - وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرّف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعة عن التصرّف، لا تأسيساً لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس.

ثم إن أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجاني^(١) واختلفوا في حكم بيعه.

وظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر - بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر -: [٥] النذر المتعلّق بالعين قبل البيع، [٦] والخيار المتعلّق به، [٧] والارتداد، [٨] والحلف على عدم بيعه، [٩] وتعيين الهدى للذبح، [١٠] واشترائط عتق العبد في عقد لازم، [١١] والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرّر منه؛ حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرّف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، [١٢] والتدبير المعلّق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علّق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرّف فيه، [١٣] وتعلّق حقّ الموصى له بالموصى به بعد موت الموصي

(١) أي الحقّ المتعلّق بالعبد الجاني، وقد أضيف الحقّ إلى من عليه الحقّ.

وقبل قبوله بناءً على منع الوارث من التصرف قبله، [١٤] وتعلق حق الشفعة بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، [١٥] وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمةً حُبلى فوطأها فأنت بالولد، بناءً على عدم^(١) جواز بيعها. [١٦] وكونه مملوكاً وُلد من حرٍّ شريكٍ في أمه حال الوطء، فإنه مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته. [١٧] وتعارض السبب المملك والمزيل للملك، كما لو قهرَ حربى أباه، [١٨] والغنيمة قبل القسمة، بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة؛ لاستحالة بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك مما سيقف عليه المتتبع^(٢).

أقول: وقد بحث الفاضل المامقاني رحمته الله عن هذه الفروع بالتفصيل راجع كتابه غاية الآمال^(٣).

وهاهنا جهات من البحث:

الأولى: ما معنى الطلقة والتامة؟

لم يظهر معني واضح للطلقة والتامة من كلمات القوم فقد عرفت بتعاريف لا يخلو من مناقشة:

منها: عدم تعلق حق الغير بالملك.

ويرد عليه: جواز المعاملة على المبيع في زمن الخيار وتركه المديون قبل إخراج الدين وبيع العبد الجاني ونحوه.

ومنها: الطلقة والتامة هي ما جاز لمالك الملك جميع أنواع التصرفات فيه.

ويرد عليه: المنذور بعدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعاً.

ومنها: الطلقة هي كل ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به.

(١) كلمة «عدم» ورد في نسخة، ولم ترد في سائر النسخ، ولم يشبها الفاضل المامقاني في شرحه غاية الآمال: أنظر غاية الآمال / ٤٣٠.

(٢) المكاسب ٤ / (٣٢-٢٩).

(٣) غاية الآمال ٧ / (٥٩-٢٩).

ويرد عليه: ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به صحيح في الموارد الخاصة التي ثبتت وأما استفادة الشرطية العامة من هذه الموارد الخاصة مشكلة جداً. ومنها: الطلقة هي عدم تزلزل الملك.

ويرد عليه: بعد غمض العين عن وجود التزلزل في الملك فهو منقوض بجواز بيع الموهوب والمهرية قبل الدخول ونحوهما.^(١) ومنها: الطلقة هي تمامية السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان في ذلك.

ويرد عليه: مآل هذا الشرط إلى اشتراط صحة البيع بأن يكون متعلقه ممّا يصح للمالك بيعه مستقلاً فحينئذ يشترط في جواز البيع جواز بيع المبيع. بعبارة أخرى: «إنّ الطلقة تعني تمامية سلطنة المتعاقدين على التعامل والبيع، وهي ليس غير الصحة وجواز البيع ونفوذه، وبالتالي فلو اعتبرنا الطلقة من شروط السلطنة، أصبح جواز البيع مشروطاً بجواز البيع، وهو محال، لما ثبت من لزوم تغاير الشرط والمشروط»^(٢). هذا أولاً.

وثانياً: «الظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرف المالك - كالنذر والخيار ونحوهما - وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق»^(٣).

ومنها: الطلقة هي أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه.

ويرد عليه: لو كانت الطلقة بهذا المعنى أي «ينبغي أن يكون المبيع طلقاً بعيداً عن تعلق حق من الحقوق المذكورة به ليصحّ التعامل عليه، وفي الحقيقة يعدّ الأمور

(١) التّعريفُ الأربعة والایرادات مذکوراتُ فی کلام صاحب الجواهر كما مرّت عبارته.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٨٦.

(٣) المكاسب ٤ / ٣٠.

المذكورة من موانع صحة البيع، أمّا الطلقة فهي تعدّ من الأمور الانتزاعية المنتزعة عند انتفاء الموانع المذكورة، فما يعدّ شرطاً لصحة العقد إنّما هو عدم الوقفية وعدم الرهنية وغيرهما، ولا تردّد أنّ تحقّق كلّ ممنوع متوقّف على انتفاء مانعه، فالرطوبة مانع والاحتراق هو الممنوع المشروط بتحقيقه بعدم المانع، وكذلك صحة البيع ونفوذه مشروطان بعدم هذه الموانع، ومن المعلوم أنّ عدم المانع شرطٌ عديمي والأصل الأوّلي انتفاء هذه الموانع إلّا ما ثبت بالدليل، ولذلك فلا يعدّ الطلقة شرطاً يتوقّف صحّت العقد عليها، وإنّما هي مفهوم انتزاعي، وتام المناط يدور مدار منشأ الانتزاع الذي هو عدم هذه الأمور، فثبت من خلال ما ذكرناه أنّ الشرط عدم هذه الأمور دون الطلقة»^(١).^(٢)

ومنها: الطلقة هي مرسلية الملك بالنسبة إلى مالكة.

قال المحقّق النائيني في توضيح هذا التعريف وردّ مقالة الشيخ الأعظم: «بأنّ يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميع تقلباته، وليس مرجعه إلى جواز البيع حتّى يردّ بأنّه لا معنى في اشتراط جواز البيع بأن يكون المبيع جازي البيع، لصيرورته من قبيل جعل الشيء مشروطاً بنفسه كما استشكل به المصنف [الشيخ الأعظم] بل مرجعه إلى اشتراط كون الملك مطلق العنان للمالك وكانت سلطنته عليه تاماً في مقابل السلطنة الناقصة الناشئة نقصانها عن تعلق حقّ الغير بالملك، فكما أنّ مرجع أصل السلطنة ليس إلى الحكم التكليفي أعني جواز التصرف في الملك أو الوضعي أعني مضي تصرفه فيه ونفوذه بل هي ممّا يترتب عليها الحكم التكليفي والوضعي، كذلك ليس مرجع تمامية السلطنة في مقابل نقصانها إلى الحكم التكليفي أو الوضعي. بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تمامية السلطنة الناشئة عن كون الملكية مرسلّة عن حقّ الغير ومطلقة العنان بالنسبة إلى المالك ومن المعلوم أنّ هذا المعنى أساس جواز التصرف في الملك ونفوذه من المالك كسائر شرائط المتعاقدين والعوضين.

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٨٧.

(٢) التعريفان الأخيران والمناقشة عليهما للشيخ الأعظم كما مرّت عبارته.

ثُمَّ مَنَشَأُ عَتَبَارِ الطَّلْقِيَّةِ فِي الْمَلِكِ وَإِنْ كَانَ هُوَ انْتِفَاءً تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ بِهِ مِنْ حَقِّ الْبَطُونِ الْمَتَأَخَّرَةِ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فِي الْوَقْفِ وَحَقِّ الْمَرْتَهَنِ فِي الرِّهْنِ وَالِاسْتِيلَادِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَحَقِّ الْمَجْنَى عَلَيْهِ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي، لَكِنْ ذَلِكَ أَيْ عَتَبَارَهَا عَنْ انْتِفَاءٍ تَعَلَّقَ الْحَقُوقُ الْمَذْكُورَةُ أَمَّا هُوَ فِي مَرَحَلَةِ الْإِثْبَاتِ وَأَمَّا فِي عَالَمِ الثَّبُوتِ فَالْأَمْرُ بِالْعَكْسِ بِمَعْنَى أَنَّ الطَّلْقِيَّةَ مَنَشَأُ لَانْتِفَاءِ الْحَقُوقِ الْمَذْكُورَةِ فَانْتِفَاءٌ تَعَلَّقَ الْحَقُوقُ بِالْمَلِكِ مُسَبَّبٌ عَنْ طَلْقِيَّتِهِ وَاقِعًا وَفِي عَالَمِ الثَّبُوتِ، لَكِنَّهُ سَبَبٌ لِإِثْبَاتِ طَلْقِيَّتِهِ فِي عَالَمِ الْإِثْبَاتِ. فَلَا يَرِدُ مَا أَوْرَدَهُ الْمُصَنِّفُ [الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ] رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ: «فَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْعُنْوَانَ لَيْسَ فِي نَفْسِهِ شَرْطًا (النخ)»^(١) لَمَّا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ الشَّرْطَ فِي مَرَحَلَةِ الثَّبُوتِ هُوَ الطَّلُقُ وَيَتَرْتَبُ عَلَيْهِ انْتِفَاءُ الْحَقُوقِ فَالطَّلُقُ هُوَ الْأَصْلُ وَانْتِفَاءُ الْحَقُوقِ الْمَتَرْتَبُ عَلَيْهِ هُوَ الْفَرْعُ وَلَا يَكُونُ الْأَمْرُ فِي الْفَرْعِيَّةِ وَالْأَصَالَةِ بِالْعَكْسِ ثُبُوتًا وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فِي مَرَحَلَةِ الْإِثْبَاتِ.

ثُمَّ إِنْ انْتِفَاءُ الطَّلْقِيَّةِ عِنْدَ تَعَلُّقِ أَحَدِي الْحَقُوقِ إِمَّا يَكُونُ لِأَجْلِ قُصُورِ الْمَلِكِ فِي اقْتِضَاءِ السُّلْطَنَةِ التَّامَةِ، وَكَذَا كَمَا فِي الْوَقْفِ الْخَاصِّ بِنَاءً عَلَى أَنْ يَكُونَ مُلْكًا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فَإِنْ مَلَكَتِهِ قَاصِرَةٌ عَنْ اقْتِضَاءِ السُّلْطَنَةِ التَّامَةِ وَإِمَّا لِأَجْلِ وَجُودِ الْمَانِعِ، وَكَذَا كَمَا فِي مِثْلِ الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ، وَالْأَمَةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ وَالْعَبْدِ الْجَانِي فَإِنَّ مَقْتَضَى الْمَلَكَتِيَّةِ فِيهَا تَامَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى السُّلْطَنَةِ التَّامَةِ، لَكِنْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ يَمْنَعُ عَنْ اقْتِضَائِهِ»^(٢).

«وَيَرِدُ عَلَيْهِ: أَوَّلًا: بِأَنَّهُ لَا مَجَالَ لِمَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي مَقَامِ الثَّبُوتِ إِلَّا عَنْ طَرِيقِ مِلَاحَظَةِ الْمَدْلُولِ فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ، إِذْ لَا سَبِيلَ لِمَعْرِفَةِ الْوَاقِعِ إِلَّا مِنْ خِلَالِ مِلَاحَظَةِ ظُهُورِ الْأَدَلَّةِ، وَلِذَلِكَ فَمَا صَرَّحَ بِهِ مِنْ أَنَّ «انْتِفَاءً تَعَلَّقَ الْحَقُوقُ بِالْمَلِكِ مُسَبَّبٌ عَنْ طَلْقِيَّتِهِ وَاقِعًا وَفِي عَالَمِ الثَّبُوتِ، لَكِنَّهُ سَبَبٌ لِإِثْبَاتِ طَلْقِيَّتِهِ فِي عَالَمِ الْإِثْبَاتِ»، مَمْنُوعٌ، بَلْ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ، فَإِنَّ مَقَامَ الثَّبُوتِ لَيْسَ لَهُ كَاشِفٌ إِلَّا مِنْ خِلَالِ مَقَامِ الْإِثْبَاتِ، وَلِذَلِكَ فَمَا التَزَمَ بِهِ الشَّيْخُ مِنْ أَنَّ مَقْتَضَى مِلَاحَظَةِ الْأَدَلَّةِ أَنَّ الْمَانِعَ عَنْ صَحَّةِ الْبَيْعِ هُوَ الْوَقْفُ وَالرِّهْنُ، وَأَمَّا

(١) الْمَكَاسِبُ ٤ / ٣٠.

(٢) الْمَكَاسِبُ وَالْبَيْعُ ٢ / ٣٧٣ وَ ٣٧٤.

الطلقية فهي منتزعة ومتفرّعة عنهما هو الصحيح.
 وثانياً: لا يعقل أن يكون عدم الوقفية وعدم الرهنية متفرّعين على تمامية السلطنة، لأنّ المايز بين الفرع والأصل هو تخلّل الفاء بينهما، فيكون ما قبل الفاء أصلاً وما بعده فرعاً، وما التزم به الشيخ يتطابق مع هذه القاعدة، حيث يعتبر عدم الموانع المذكورة أصلاً وتامية السلطنة فرعاً، أي (هذا المال ليس بوقف ولا رهن فسلطنته عليه تامة)، ولذلك فإنّ الأصل عدمهما، وما التزم به المحقّق النائي من أنّ الأصل هي الطلقة ويتفرّع عنها عدم الوقف والرهن ممنوع^(١).

الثانية: فوارق القولين

ثمّ ألفارق بين القولين - أي قول الفاضلين ومن تبعهما، وأصحاب المقابس والجواهر والمكاسب - أمور:

«الأوّل: أنّ الأصل على رأي المحقّق والعلامة هي الطلقة، والفرع عدم الوقف والرهن والاستيلاء، أمّا على رأي الشيخ [الأعظم] - وكذلك صاحب المقابس حيث جعل الموانع عشرين - فإنّ الأصل عدم هذه الموانع، أمّا الطلقة فهي عنوان منتزع من هذه الموانع.

الثاني: أنّ رأي الفاضلين يستلزم لازماً لا يمكن تعقّله، وهو توقّف صحة العقد بالسلطنة على البيع التي هي في حدّ نفسها عبارة عن الصحة، فتكون السلطنة التي هي الصحة مشروطة بالصحة، وهو محالّ لاستلزامه اتّحاد الشرط والمشروط.

الثالث: بناءً على رأي الفاضلين فإنّ الشرط يصبح أمراً وجودياً وهو الطلقة، خلافاً لرأي الشيخ [الأعظم] حيث أصبح الشرط أمراً عدمياً وهو عدم الوقفية والرهنية وغيرهما^(٢).

(١) العقد النضيد ٤ / ٤٩٢.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٨٧.

الثالثة: اعتراض المحقق الخراساني على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقق الإصفهاني عن الشيخ الأعظم

قال المحقق الخراساني: «المانع هو الجامع بين الحقوق، فإنّه على شتاتها، وتفرقها، يكون مجتمعة في المنع عن تأثير البيع، فلا بدّ ان يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركة فيه، ويكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الذي عبّر عنه بكونه طلقاً، أي فاقداً لذاك المانع، فليس الأمر في الاصاله والفرعة في هذا الشرط، وفروعه على العكس»^(١). مراده عليه السلام: إنّ الأصل عند الخراساني عليه السلام في المانع «هو الجامع بين هذه الأمور، والشرط عبارة عن انتفاء هذا الجامع، فإذا أصبح الشرط انتفاء الجامع دون الخصوصيات، من الطبيعي أن يصبح الجامع أصلاً والأعدام المذكورة - عدم الرهنية وعدم الوقفية وعدم الاستيلاء - فروعاً، وبذلك يبطل ما التزم به الشيخ من أنّ الأصل هو انتفاء الأمور الخاصة، وأنّ الجامع متفرّع عليه، ويتبيّن صحّة ما التزم به الفاضلان.

ثمّ إنّ ما التزم به المحقق الآخوند مبنياً على قاعدة أسسها واعتمد عليها في المقام وغيره، ومفادها أنّ الأمور المتنوّعة في الوجود والمشاركة في الأثر لا بدّ وأن ينتهي بمقتضى [قاعدة] «عدم إمكان صدور الواحد عن الكثير» إلى جامع واحد يكون علّة لحدوث الأثر الواحد، وبناءً عليها فإنّ الوقف في الرهن والاستيلاء أمور متنوّعة، ولكنّها متّفقة في الأثر، وهو المنع عن صحّة البيع ونفوذه، وبما أنّه لا يعقل أن ينشأ الأثر الواحد من الخصوصيات المتنوّعة، فلا سبيل إلّا أن يكون المؤثّر هو الجامع بين هذه الأمور، فيصبح الجامع أصلاً والخصوصيات المذكورة فروعاً له»^(٢).

أقول: يمكن أن تعد مقالة المحقق النائيني تقريراً وتوضيحاً وتبييناً لبيان المحقق الخراساني - قدس سرهما -.

واعترض المحقق الإصفهاني على استاذة الخراساني وقال: «لا دليل نقلاً

(١) حاشية المكاسب / ١٠٦ و ١٠٧.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٤٨٨.

ولاعقلاً على إندراج تلك الخصوصيات تحت جامع واقعي، أمّا نقلاً فواضح؛ إذ الثابت بالأدلة اللفظية نفس عدم جواز بيع الوقف، وعدم جواز تصرف الراهن بدون إذن المرتهن. وأمّا عقلاً فلأنّ ما هو المبرهن عليه من اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثر، إنّما هو في المقتضي ومقتضاه، لا في شرائط التأثير وجودية كانت أو عدمية، فإنّ الأثر يترشح من ذات المؤثر فقط، لا من شرائطه، فوحدته يقتضي وحدة المترشح منه.

بخلاف الشرائط التي هي دخيلة في فعالية الأثر عن مؤثره، فإنّه يمكن أن يكون هناك جهات مصححة لفاعلية الفاعل أو لقابلية القابل، فيتعدد بلحاظها الشرائط، ولذا لم يذهب وهم أحد إلى رجوع جميع شرائط الصلاة من الطهارة والاستقبال والتستر ونحوها إلى شرط واحد، وكذا في غيرها، ومنه تعرف النظر فيما أفاده شيخنا الاستاذ في تعليقه الأنيفة هنا فراجع^(١).

قال الاستاذ المحقق - مدظله -: «إنّ مناقشة الإصفهاني مركّبة من النقض والحلّ: أمّا النقض: إنّ الالتزام باشتراط الجامع منقوض بباب الصلاة، إذ لا شك أنّ الصلاة - وغيرها من المركّبات العباديّة كالحجّ والصوم - متقوّمة بشروط عديدة كالطهارة والاستقبال والتستر ونحوها، وإدراج هذه الأمور تحت عنوان واحد هو الجامع بين هذه الشروط المعتبرة ممّا لا يمكن قبوله.

أمّا الحلّ: فإنّه لا شك في لزوم التفريق بين المقتضي والشرط والمانع. أمّا المقتضي: فإنّ نسبته إلى المقتضى تقتضي جريان القاعدة المذكورة، وهي «اقتضاء وحدة الأثر لوحدة المؤثر» لأنّ المقتضى هو الأثر والمقتضي هو المؤثر ولا يعقل وحدة الأثر وتعدد المؤثر.

أمّا الشرط: فإنّ القاعدة المذكورة غير جارية فيه لأنّ أثر الشروط أثر للمقتضي دون الشرط.

أمّا ثبوتاً: فإنّ الشروط على قسمين: قسم منها مكملّ لفاعلية الفاعل، وقسم آخر

(١) حاشية المكاسب ٣/ ٧٠ و ٧١.

منها متمم لقابلية القابل، فالجفاف يعدّ متمماً لقابلية الشيء للاحتراق، والمماسّة تتمم وتكمل فاعليته له، والفائدة المترتبة على وجود الشروط كونها مؤثرة في ارتقاء أثر المقتضي من القوة إلى الفعلية.

أمّا إثباتاً: فإنّه لا يخفى لزوم متابعة الدليل في الفتوى، فكما في الصلاة حيث قامت الأدلة على اشتراطها بأمر من الطهارة والاستقبال والتستر وغيرها، كذلك في المقام حيث أفادت الأدلة بمانعية الوقف والرهن وغيرها، فالموانع مختلفة بحسب الأدلة، ولا مانع عقلاً بحسب مقام الإثبات لاعتبار جميعها والحكم بمقتضاها، وبالتالي فمختار الشيخ هو الصحيح دون المحقق الآخوند.

[و] كلام المحقق الإصفهاني ودفاعه عن الشيخ تامّ حلاًّ ونقضاً، وفي مقامي الثبوت والإثبات»^(١).

الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم

لم تنم مقالة الشيخ الأعظم حول تفسير الطلّقية بأنّها «تمام السلطنة على الملك»^(٢). وأخرى بـ«أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه»^(٣). وترد عليها عدّة إشكالات:

منها: «فسّر الشيخ الطلّقيّة بأنّها «تمام السلطنة على الملك»، ولا علاقة لهذا التفسير بما نحن فيه من البحث عن شروط العوضين، فإنّ الفاضلان بعد ما فرغا عن شروط المتبايعين وأوصافهما، دخلا في البحث عن شروط العوضين، وجعلا من شروطهما الطلّقيّة، ومن ثمّ فإنّ تفسير الطلّقيّة بتماميّة السلطنة يقلب الأمر من البحث عن شرطية العوضين إلى البحث عن أوصاف المتبايعين، وهذا خلط ممنوعٌ بين أوصاف المالك والمملوك وشروطهما.

(١) العقد النضيد ٤/ ٤٨٩ و ٤٩٠.

(٢) المكاسب ٤/ ٢٩.

(٣) المكاسب ٤/ ٣٠.

ومنها: اعتباره الطلقة أمراً منتزعا من انتفاء هذه الأمور أيضاً ممنوع، لأنه فسر الطلقة بتمامية السلطنة التي هي أمر وجودي، وانتفاء الأمور المذكورة أمر عديمي، ويستحيل انتزاع الوجودي من العدمي، لما ثبت من ضرورة اتحاد الأمر الانتزاعي مع منشأ انتزاعه، ولذلك يستحيل اتحاد الأمر الوجودي مع العدم والعدمي.

ومنها: نسب الشيخ الطلقة إلى المالكين، واعتبرها وصفاً لهما، وفسرها بسلطنتهما على مطلق التصرفات، وقد ثبت أنها تحصل من انتفاء القيود المذكورة، مما يستلزم أن يكون وصف المالك منتزعا من وصف العين، وهو ممنوع.

ومنها: جمع الشيخ بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما، حيث اعتبر الوقف والرهن من الموانع، ثم قال بشرطية عدم هذه الأمور، وهو ممنوع.

[لأن] اعتباره عدم هذه الموانع شرطاً ممنوعاً برهاناً، لما ثبت من أنه لا يعقل أن يصبح عدم المانع شرطاً، لأن عدم لا يستطيع أن يكون مكتملاً لفاعلية الفاعل أو متمماً لقابلية القابل - كما هو معنى الشرط عند الأصوليين - فليس لهذا العدم أثر وجودي، ولذلك يستحيل أن يتحقق من خلاله الشرطية، نعم يصح اعتبار هذه الموانع من جهة مزاحمة وجودها مع مقتضى الشيء المطلوب، ولكنه لا يجعل عدمها شرطاً.

ومنها: الثابت أن الأحكام الشرعية وما يترتب عليها من الشرطية والمانعية أمور اعتبارية، يتوقف على اعتبار الشارع لهما بالخصوص، كقوله: «لا صلاة إلا بطهور»، وقوله: «لا تصل فيما لا يؤكل لحمه» وغيرهما، والمستفاد من ظاهر الأدلة الواردة المنع عن بيع الوقف والتصرف في العين المرهونة، وأن المعتبر مانعتهما، وبالتالي لا يصح اعتبار عدمهما، حيث يعد اعتبار شرطية عدمهما لغواً.

ولو سلمنا إمكان اعتبار الشارع عدمهما شرطاً مسامحةً، فإنه لا اعتبار به ويعد باطلاً وفاقداً للأثر، ولهذا السبب وغيره نرى أن جمعه ﷺ بين شرطية انتفاء هذه الأمور ومانعيتها الشرعية مستلزم للغوية الجعل^(١).

الخامسة: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطية
اثبات الطلقة بعنوان الشرطية العامة في شرائط العوضين مشكل جداً فلا يتم مقالة الفاضلان ومن تبعهما.

نعم هاهنا حقوق تعلقت بالملك تمنع من بيعه ولكن استفادة الطلقة على نحو الشرطية العامة من هذه الحقوق أيضاً «لا يخلو من إشكال»^(١) كما يراه صاحب الجواهر. والمختار: ثبوت هذه الحقوق المانعة عن البيع بالملك فلا بد من ملاحظة هذه الحقوق فرداً فرداً وإثباتها صغرياً ولا تنتج منها كبرى الطلقة ولذا قال صاحب الجواهر: «على الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقة بالنسبة إلى المنافاة المزبورة وعدمها ولا دليل على أن مطلق تعلّق حق الغير منافٍ بل لعلّ الدليل على خلافه»^(٢).

ثم أكثر من تعرّض لهذه الحقوق بحثوا عن ثلاث مسائل «ثمّ عنونوا حق الجاني واختلفوا في حكم بيعه» كما قاله الشيخ الأعظم.^(٣) ولكن الشيخ أسدالله التستري^(٤) أنهاها إلى أزيد من عشرين مسألة كما مرت بعضها من الشيخ الأعظم.^(٥)

قال المحقّق النائيني: «قد عرفت ان أكثر المتعرضين لهذا الشرط فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وأم الولد والعين المرهونة، وزاد بعض في التفريع عدم جواز بيع العبد الجاني. واورد عليهم في المقابس بطلان حصر التفريع في الثلاثة أو الأربعة بل ينبغي التعميم إلى مطلق ما خرج عن تحت تمامية سلطنة المالك بواسطة تعلق حقّ به ثمّ أنهاها إلى تمام العشرين، وذلك مثل النذر المتعلق بالعين قبل البيع والخيار المتعلق بها إلى آخر ما نقله المصنف [الشيخ الأعظم]»^(٥) عنه - قدس سرهما - في الكتاب.

ولكن التحقيق هو الاكتفاء بالموارد الأربعة لأنّ ما عدّه^(٦) من الموارد إمّا يكون

(١) الجواهر ٢٣/ ٥٧٣ (٢٢/ ٣٥٦).

(٢) الجواهر ٢٣/ ٥٧٤ (٢٢/ ٣٥٧).

(٣) المكاسب ٤/ ٣٠.

(٤) المكاسب ٤/ ٣١.

(٥) المكاسب ٤/ ٣١.

من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض آخر مما ذكره وإمّا يكون ممّا ذهب المشهور فيه إلى عدم مانعيته عن البيع.

وإمّا يكون مردداً بين أن يكون من قبيل حقّ الرهانة أو من قبيل حقّ الجناية والفرق بينهما على ما سيأتي هو كون حقّ الرهانة علقه خاصة متعلقة من المرتهن إلى العين المرهونة الموجب لكونها مخرجاً لدينه، ويلزمه أن يكون في ظرف قابليتها للمخرجة والنقل والانتقال وحقّ الجناية حقّ يتعلق من المجنى عليه على رقبة الجاني الموجب لاسترقاقه أينما وجدته ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجاني على أيّ صفة كان الجاني عليها.

وعلى هذا فأمّهات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الأربعة المذكورة في كلام الأكثر فيجب أن يعقد لكلّ منها مسألة فهنا أربع مسائل^(١).

أقول: وأنت ترى كون المسألة من المسائل الخلافية لا يستلزم خروجها عن دائرة البحث، بل الأمر بالعكس، وأنّ الاختلاف يستدعي البحث والوصول إلى حقيقة الأمر المختلف فيه، والشاهد على ذلك أنّ الأصحاب قد اختلفوا في حكم العين المرهونة، وبرغم ذلك فقد بحث عنها الشيخ في المقام.

والحكم في المورد الثاني والثالث أيضاً كذلك، فإنّ مخالفة التستري مع بعض ما ذهب المشهور إلى عدم مانعيته، أو التردد في أنّه في قبيل حقّ الرهانة أو حقّ الجناية، لا يستلزم إخراجها عن دائرة البحث.

نعم، الأربعة المذكورات تعدّ من أهمّ الموارد، إلّا أنّ أهمّيتها لا تنافي ضرورة البحث عن باقي الموارد، لكن نترك البحث عنها تبعاً للمشهور وفراراً عن التطويل، وقد تعرّض الشيخ لها من خلال أربع مسائل^(٢). ونحن نتبع أثره في ثلاث منها دون العبد الجاني، وإليك سردها:

(١) المكاسب والبيع ٣٧٥/٢.

(٢) العقد النضيد ٤٩٥/٤.

المسألة الأولى: عدم جواز بيع الوقف

تمهيد: ما هي حقيقة الوقف؟

ما هي حقيقة الوقف وهل هي بحيث يوجب المنع عن بيعه؟ وهل المانعية ذاتية مع البيع أم أنّ منعه يكون مستنداً إلى فقد الشرط أو وجود المانع؟

القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأول لبطلان بيع

الوقف

اختلفوا في جهة المانعية ومرجع الخلاف يرجع إلى الاختلاف في حقيقة الوقف،

وهاهنا قولان:

القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات كما

نسب^(١) إلى ظاهر الجواهر^(٢) تبعاً لأستاذه كاشف الغطاء في شرح القواعد^(٣) وصهره الشيخ أسد الله التستري صاحب المقابس^(٤) ونجمله الشيخ حسن صاحب أنوار الفقاهة^(٥).

القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة وهو

(١) كما في المكاسب ٣٥/٤ ونسبه إلى «بعض من عاصرناه» وحاشية المكاسب ٧٣/٣ للمحقق

الإصفهاني والعقد النضيد ٥١٣/٤.

(٢) الجواهر ٥٧٦/٢٣ (٢٢/٣٥٨).

(٣) شرح القواعد ٢٢٣/٢.

(٤) المقابس / ١٤٤ الطبعة الحجرية.

(٥) أنوار الفقاهة ٢٨٤/٥.

مختار المحقق الإصفهاني رحمته الله.

قال المحقق الإصفهاني في اثبات قوله ونفي القول الآخر: «الوقف: هو الحبس المساوق والإسكان، في قبال الجريان في أنحاء التقليات والتقلبات.

والمراد بالحبس إمّا هو الممنوعة عن التصرفات، كما هو ظاهر الجواهر^(١) تبعاً لما في شرح القواعد^(٢) لكاشف الغطاء رحمته الله، فجواز المعاوضات مضاد لحقيقة الوقف حينئذٍ، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف لا بالتصرف.

وإمّا قصر الملك على شخص أو جهة مثلاً، بحيث لا يتعداهما، وحيث إنّ الملكية حقيقة واحدة لا تتفاوت في الوقف وغيره، فحيثية عدم التعدي من موضوعها راجعة إلى عدم نفوذ التصرف شرعاً، فيكون تفاوت الملك في الوقف مع غيره بكونه محكوماً شرعاً بعدم الانتقال من موضوعه، وحينئذٍ بنفس التصرف مزيل للوقف لا حكمه، بل حكمه مضاد لتلك الحيثية التي هي حكم شرعي للملك الوقفي، فينقلب الوقف بعد وجود مسوّغ التصرف الناقل من اللزوم إلى الجواز، كما هو ظاهر [الشيخ الأعظم رحمته الله] فيما سيأتي^(٣) إن شاء الله تعالى.

والتحقيق: أنّ حقيقة الوقف الموافقة لمفهومه ليست بمعنى الممنوعة من التصرفات؛ فإنّ المنع الذي ينشأ بصيغة الوقف ويتسبب إليه ليس هو المنع المالك، ولا المنع الشرعي ولا ثالث.

أمّا عدم كونه منعاً مالكيّاً فلأنّ منع الغير عن التصرف في العين وإن كان قابلاً للانشاء كإنشاء الإباحة، إلّا أنّه لا يعقل أن يكون موقوفاً على القبول، مع أنّ حقيقة الوقف

(١) جواهر الكلام ٥٧٦/٢٣ (٢٢/٣٥٨).

(٢) شرح القواعد ٢٢٠/٢ ولكنّه ذهب في الوقف العام إلى عدم جواز بيعه «لعدم أصل الملكية» وفي الوقف الخاص لأنّ البيع يناهض حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكية لثبوتها فيه على المشهور، أو لأنّ نفي المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً كالتهريب للمملوك ولأنّ حقوق الأعقاب متعلّقة به ولظهوره بين الناس... شرح القواعد ٢٢٣/٢ و ٢٢٤.

(٣) المكاسب ٣٧/٤.

مما لا شبهة في قابليتها للقبول، بل المعروف أنها موقوفة عليه خصوصاً في الوقف الخاص، مع أن المنع المالك لا يتصور إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع، وإلا فلا معنى لمنعه عما لا مساس له به.

والحال أن خروج العين عن ملك الواقف مما لا كلام فيه، وأما منع نفسه عن التصرفات فلا معنى له إلا بالالتزام بعد تصرفه في العين، فما المانع عن تصرف الغير، إذ نفوذ الوقف لا يقتضي إلا تحقق ما أنشأه الواقف شرعاً دون غيره.

وأما عدم كونه منعاً شرعياً تكليفاً أو وضعياً: فلأن المنع التكليفي - وإن كان مجعولاً شرعاً - لكنه ليس من الاعتبارات التي يتسبب إليها بأسبابها، بل تنبعث من مبادئه في نفس المولى، والمنع الوضعي ليس إلا عدم إنفاذ السبب، والنفوذ وعدمه ليسا بمجولين شرعاً، بل ينتزعان من ترتب اعتبار الشارع للملكية أو للزوجية على أسبابه الداعية إلى اعتباره وعدمه، فلا معنى للتسبب إلى إيجاد المنع الشرعي بسبب معاملي عقدي أو إيقاعي، فتدبر جيداً»^(١).

«بيان مراده: يستعرض المحقق الإصفهاني رحمته الله أولاً ما يترتب على دعوى كاشف الغطاء من قيام المضادة بين الوقف والحكم بجواز البيع؛ لأنه لو حملنا حقيقة الوقف على المنع عن التصرف فإن حكم الشارع بجواز بيع العين الموقوفة بعد خرابها وسقوطها عن قابلية الانتفاع، يعد اجتماعاً للضدين، مما يقتضي أن نحكم - تصحيحاً لحكم الشارع - بطلان وقفية العين الموقوفة وزوالها قبل البيع، وهو ما لا يمكن توجيهه، وهذا بخلاف ما لو قلنا إن حقيقته ليس إلا حبس العين، أو اختصاصها بأشخاص معلومة - كالوقف على الأولاد - أو جهات معينة - كالوقف على العلماء والفقراء - بحيث تكون ملكيتها مقتصرة على هذه الطائفة من الأشخاص أو الجهات، ومن المعلوم أن لازم قصر الملك هو الحكم بعدم جواز البيع، وبالتالي فلا تحصل مضادة بين الوقف والحكم بجواز البيع، لما ثبت أن حقيقته هو الحبس على هذه المجموعة، لا منعها من البيع، نعم لازم هذا الأمر ممنوعية

(١) حاشية المكاسب ٧٣/٣ و ٧٤.

بيعها، فيحصل التنافي بين جواز البيع وحكم الوقف، لا بين الجواز وأصل الوقف كما في الدعوى الأولى.

ثمّ يقول المحقّق الإصفهاني من خلال تحقيقه: بأنّ الدعوى الأولى مبتنيّة على المنع عن التصرف، والمنع لا يخلو إمّا أن يُراد به المنع الشرعي أو المالك، كما هو الحال في الإباحة التي تنقسم إلى الإباحة الشرعيّة أو الإباحة المالكية.

أمّا المنع المالك فواضح، وأمّا المنع الشرعي، فهو على قسمين:

١- المنع التكليفي، والمراد منه الحرمة في مقابل الإباحة.

٢- المنع الوضعي، والمراد منه الفساد في مقابل الصحّة ونفوذ المعاملة.

وفي كلّ الأحوال، سواء قصد كاشف الغطاء أو صاحب «الجواهر» من المنع المالك منه أو الشرعي، فإنّ دعاوهما مدفوعة؛ لأنّ الأوّل يتضمّن محذورين والثاني محذور واحد، وعلى كلّ تقدير فالحكم بأنّ الوقف يفيد المنع عن التصرف باطل.

أمّا المنع المالك: ففيه محذوران:

١- قيام الضرورة الفقهيّة عند المشهور^(١) على اعتبار القبول في مطلق الوقف، وعلى الخصوص في الوقف الخاصّ، لأنّ الوقف معدود من المنشآت الشرعيّة التي فيها قابليّة القبول، فإذا اعتبرنا الوقف أمراً يعود حكمه بالمنع إلى المالك فإنّ الضرورة قائمة على عدم تقبّل المنع المالك للقبول، كإباحة المالكية التي قامت الضرورة على أنّ ما يبيحه المالك لا يحتاج إلى قبول المباح له، بل الشيء مباح له سواء قبل أم لم يقبل، وكذلك الحال في المنع المالك، فإنّ ما يمنعه المالك ممنوع سواء قبله الممنوع له أم لم يقبله، وقد ثبت أنّ الوقف حقيقة تقبل القبول.

٢- إنّ المنع عن التصرف لو كان منعاً مالكيّاً، لاستلزم تفرّعه عن المالكية بمثل تفرّع الإباحة المالكية عن الملكية، ولا يعقل بقاء الفرع بعد زوال الأصل، ولا شبهة أنّ

(١) وإن اختلف أصحابنا في حكمه على ثلاثة أقوال: قولٌ بأنه يلزم وجود القبول مطلقاً، وقولٌ بعدم لزومه مطلقاً، وقولٌ بالتفصيل بين ما كان وقفاً على الأشخاص فإنّه بحاجة إلى القبول وبين ما إذا كان وقفاً على الجهات فلا يحتاج إلى القبول.

المالكيَّة تزول بحدوث الوقف، ومع زوالها كيف يتسنى له أن يمنع عنه بعد ما صار أجنبيًّا عن العين الموقوفة؟!

وأما محذور المنع الشرعي: فقد ثبت أنه إمَّا تكليفي كحرمة التصرف في مال الغير، وأما وضي كبطلان البيع. وعلى كلِّ تقدير فإنَّ المنع الشرعي يعدُّ من الاعتباريَّات الشرعيَّة، وأما الوقف فإنه معدود من الأمور التسيبيَّة التي يتحقَّق من خلال انشاء المالك، والحرمة الشرعيَّة والوضعيَّة غير قابلتان للتحقُّق والوجود من خلال انشاء المالك.

وبالجملة: أثبت المحقِّق الإصفهاني من خلال هذا التحقيق، بطلان ما التزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، من أنَّ المراد من الوقف هو المنع، ودلَّ على أنَّ الوقف لا يتضمَّن منعاً مالكيًّا ولا شرعيًّا، بل الصحيح أنَّ المراد من الوقف هو قصر المِلْك على الأشخاص أو الجهات، وهذا المعنى - فضلاً عن بُعدِه عن الإشكال - يتفق مع ما ارتكز عليه سيرة العقلاء وتصرفاتهم منذ القدم، حيث لا يختصُّ ظاهرة الوقف بالمسلمين، ولا يعدُّ من مبتدعاتهم، بل كانت شائعة بين الأمم السابقة كاليهود والنصارى والمجوس، حيث نجد أنَّهم يقومون بعملية الوقف ويحصرون الأموال غير المنقولة والأُملاك على الكنائس والبيع ودور عبادتهم، وغيرها من العناوين والجهات العامَّة أو الأشخاص^(١).

اشكالات السيّد الخميني على المحقِّق الإصفهاني عليه السلام

الإشكال الأوَّل وجوابه

ذهب الإصفهاني إلى أنَّ الحبس في الوقف لا يكون بمعنى ممنوعية التصرف لأنَّها إمَّا مالكيَّة أو شرعيَّة:

فلا تكون المالكيَّة لأنَّ المنع المالكِي لا يحتاج إلى القبول ولكن الوقف يحتاج إلى القبول على القول المشهور.

واستشكل السيّد الخميني عليه بقوله: «أنَّ موقوفية الوقف على القبول أوَّل الكلام،

بل الظاهر عدمها وأن الوقف من الإيقاعات»^(١).

ويمكن أن يدافع عن المحقق الإصفهاني أنه يرى الوقف سنياً له قابلية القبول والاقتضاء له، ويمكن أن يكون متعلقاً للقبول بخلاف المنع المالكى لعدم اعتبار القبول فيه أو عدم قابليته للقبول فلا يتم الإشكال.

الإشكال الثاني ونقده

ذهب الإصفهاني إلى أن الحبس بمعنى ممنوعية التصرف إذا كانت مالكية لا يحتاج إلى القبول.

واعترض السيد الخميني عليه بقوله: «أن جعل الممنوعة على فرضه، ليس ممنوعة لا مساس لها بالقابل؛ فإن الحبس عليه على هذا الفرض، قرار كونه ممنوعاً عنه، نظير شرط النتيجة، وهو يحتاج إلى القبول»^(٢).

مراده: إن المنع المالكى إذا كان بنحو الشرط النتيجة يحتاج إلى القبول فلا فرق بين وبين الوقف الذي يحتاج إلى القبول.

ويمكن أن يجاب عنه: إنه لا بد أن يلاحظ اعتبار المنع المالكى لأنه يعتبر على قسمين:

أ: يمكن أن يعتبره المالك على المعنى العقدي فحينئذ يحتاج إلى قبول بلا فرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

ب: ويمكن أن يعتبره على المعنى الإيقاعي فلا يحتاج إلى قبول مطلقاً أي بلا فرق بين شرطي الفعل والنتيجة.

والوجه في ذلك: أن المنع المالكى اعتبار من المالك وأمره بيده ويمكن أن يعتبره تارة على المعنى العقدي فيحتاج إلى القبول وأخرى على المعنى الإيقاعي فلا يحتاج إليه أصلاً.

(١) كتاب البيع ٣/ ١٢٢.

(٢) كتاب البيع ٣/ ١٢٢.

فظهر ممّا ذكرنا: أ: المدار في احتياجه إلى القبول لا يكون على شرط النتيجة بل يدور على المعنى العقدي فلا يتم الاعتراض.

ب: المنع المالكى يمكن أن يحتاج إلى القبول إذا أنشئ على المعنى العقدي فلا يتم مقالة الإصفهاني: «لا يعقل أن يكون [المنع المالكى] موقوفاً على القبول»^(١).

الإشكال الثالث ورده

ذهب الإصفهاني إلى «أنّ المنع المالكى لا يُتَصَوَّرُ إلّا في ظرف بقاء العين على ملك المانع وإلّا فلا معنى لمنعه عمّا لا مساس له به»^(٢) والحال أن خروج العين عن ملك الواقف ممّا لا كلام فيه.

وأورد السيّد الخميني عليه بقوله: «إنّ إيقاع المنع إنّما هو في زمان مالكيته، فلو كان الحبس هو الممنوعة، لكان حصول الممنوعة وخروج العين عن ملكه، بإنشائها في زمان مالكيته، ولا يعتبر في جعل المالك وتصرفه في ملكه إلّا كونه ملكاً له حال التصرف، نظير الشرائط في ضمن العقد، فلو شرط على المشتري عدم بيعه، أو شرط إيجاره في رأس السنة الآتية، صحّ وإن لم يكن ملكاً له في رأسها، وهو واضح»^(٣).
أجاب الاستاذ المحقق - مدّ ظله - عن هذا اليراد بقوله: «إذا لا حظنا تصرفات الملاك نجد أنّها على قسمين:

١- بعضها يتوقّف حدوثها على الملك، لكنّها بقاءً مستغني عنه، فإنّ قيام المالك بتمليك ماله للغير، يعدّ تصرفاً متوقفاً على الملكية حدوثاً، لكن يستغني عنها المتصرف بقاءً.

٢- وبعضها الآخر يحتاج إلى الملك حدوثاً وبقاءً، فإذا انتفت الملكية بقاءً لزم الانقلاب، كالإباحة المالكية التي تعني في ذاتها ترخيص المالك بالتصرف المطلق، وبالتالي لا بدّ من بقاء الملكية لتبقى الإباحة مستمرة، إذ مع انتفاءها لا تبقى الرخصة

(١) حاشية المكاسب ٣/ ٧٤.

(٢) حاشية المكاسب ٣/ ٧٤.

(٣) كتاب البيع ٣/ ١٢٢.

المالكيَّة الممنوحة من المبيع للمباح له.

ومما ذكرنا يتبيَّن أنَّ المنع المالكي على وزن الإباحة المالكيَّة، فلا يشمل بقاء المنع مع زوال الملك، لا تَّحاد الإباحة والمنع من جهة المصدر واسم المصدر، مع فارق الاسم والاعتبار، من جهة إضافد الإباحة إلى المبيع، كما أنَّ المنع المالكي وممنوعِيَّة الملك كلاهما أيضاً بمعنى واحد، أي إذا لا حظنا الممنوعِيَّة دون الاستناد إلى المالك عُدَّ وصفاً للملك، وإذا لا حظناها مستندة إلى المالك عُدَّ فعلاً صادراً منه، وبالتالي فليس المنع والممنوعِيَّة وصفان مختلفان يمكن فرض بقاء أحدهما وزوال الآخر، بل هما باقيان ببقاء الملك، وزائلان بزواله. وبذلك يندفع الإيراد المذكور»^(١).

الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ

اعترض السيّد الخميني على مختار الإصفهاني في معنى الحبس وهو «قصر العين على شخص أو جهة بمعنى عدم تعديها عنهما»^(٢) بقوله: «إنَّ ماهيَّة الحبس إذا كانت قصر الملك على شخص أو جهة، وأنَّ تفاوت الملك الحاصل بالبيع ونحوه مع الحاصل بالوقف إنّما هو بامر خارج؛ هو عدم نفوذ التصرّف شرعاً، ففي كلّ مورد لم يحصل قصر الملك بهذا المعنى، لا بدّ من الالتزام بأحد أمرين فاسدين بالضرورة:

إمّا الالتزام: بأنّ الوقف على غير ما يصلح للمالكيَّة - نظير الوقف على الحيوانات، أو على معنّى مصدرِيّ نظير الإحجاج والإرسال إلى المشاهد، ووقف المسجد والمشعر - خارجٌ عن ماهيَّة الوقف.

أو الالتزام: بأنّ الحيوان والحديقة والمعاني المصدرِيَّة، تصير بالوقف مالكة، فلو وقف شيء على الإحجاج، يصير الإحجاج مالكاً، أو على حديقة الحيوانات تصير الحديقة أو الحيوانات مالكة، وهو كما ترى.

والالتزام: بأنّ حقيقة الوقف تختلف باختلاف الموارد، له في كلّ مورد معنّى، لا

(١) العقد النصيد ٤ / ٥٠٤.

(٢) حاشية المكاسب ٣ / ٧٤.

يقصر عن الالتزامين المتقدمين، وفي كلامه مورد نظر، بل تناقض، لا يهَمُّنا البحث عنها»^(١).

ولكن يمكن أن يمنع من هذا الاعتراض بأن الإصفهاني قال: «فمن البين أن العين بما هي لا إضافة لها إلى شخص أو جهة إلا بلحاظ الاختصاص الملكي أو مطلق الاختصاص، فالمراد قصرها على الشخص ملكاً أو اختصاصاً، فالملك أو الاختصاص مقوم القصر ومعينه، ومرجع قصر العين ملكاً مثلاً قصر ملكيتها على شخص المساوق لعدم زوالها عنه، لأنَّ المُنشَأ والمتسبب إليه نفس اعتبار الملكية، فإنَّه غير مناسب لمفهوم الوقف»^(٢).

ومع هذا التبيين منه رحمته يصير «معنى الوقف هو قصر الملك أو قصر الاختصاص متى لم تكن الجهة المقصودة قابلة لقبول الملكية، فوقف المال على الإحجاج والإرسال إلى المشاهد وتعليف الحيوانات يعدّ تخصيصاً للمال لهذه الجهات لا تملكاً لهم كما زعمه المُستَشْكِل»^(٣).

وظهر ممَّا ذكرنا عدم تمامية الاشكالات الأربعة الواردة على المحقق الإصفهاني، والحمد لله.

مقالة النائيني في حقيقة الوقف

قال المحقق النائيني: «إعلم أن الموجب لعدم طلقية الملك إمَّا يكون من جهة عدم المقتضي لطلقته أو يكون لأجل المانع عن طلقته وأصول الموانع ثلاثة الرهن والجنابة وأم الولد وما عداها ملحق بها فالوقف لا يكون طلقاً لأجل عدم المقتضي لا لأجل وجود المانع، والكلام في الوقف إمَّا هو في الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً لطبقات الموقوف عليهم. وأمَّا الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام، حيث أنَّه لا يجوز بيعهما لانتفاء الملكية لا لأجل انتفاء الطلقية في مورد الملك الشخصي كما أنَّه

(١) البيع ١٢٣/٣ و ١٢٤.

(٢) حاشية المكاسب ٧٤/٣.

(٣) العقد النضيد ٥٠٥/٤.

على تقدير القول بعدم الملك في الوقف الخاص أيضاً ليس المنع عن بيعه لأجل انتفاء الطلقة، فالوقف إنما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقاً إذا كان خاصاً وقلنا فيه بالملك.

فإن قلت: الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً للطبقات يكون ممنوعاً عن بيعه لأجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقاته لأجل وجود المانع كالرهن ونحوه.

قلت: نعم وإن كان حق الطبقات المتأخرة متعلقاً به، لكن مع ذلك يكون المنع عن بيعه مستنداً إلى عدم المقتضي لأنَّ عَدَمَ المعلول عند عدم المقتضي ووجود المانع يستند إلى عدم الأول لا إلى وجود الثاني، لأنَّ عدمه متقدم على وجود الثاني، والمعلول إنما يستند إلى أسبق علله.

ثم [إنَّ] الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملك الحاصل به قاصراً عن قابلية النقل والانتقال.

وتوضيحه: إنَّ ماهية الوقف عبارة عن إيقاف المال وبالفارسية «واداشتن آن در محلی» بحيث لا يمكن أن يتحرك عن محلِّ وقوفه إلى محلٍّ آخر فكأنَّه صار مقطوع الرجلين، وهذا المعنى هو المنشأ بإنشاء الواقف وقد تعلق به الإمضاء، وإذا كان بماهيته غير قابلة للنقل والتبديل من مكان إلى مكان آخر وصار بما له من الماهية ممضاة عند الشارع فلا يقبل النقل والانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقاً مع القاعدة لو لم يكن إجماع على عدم جوازه فضلاً عن كونه إجماعياً أيضاً ودلَّ عليه الأخبار^(١). أقول: أنت ترى أنَّ المحقِّق النائيني أيضاً يرى ماهية الوقف هي إيقاف المال وتكون غير قابلة للنقل والانتقال فلا يجوز بيعه، ولأنَّ البيع والوقف يتنافيان ذاتاً وماهية، البيع هو النقل والانتقال، والوقف إيقاف المال وعدم النقل والانتقال.

وذهب إلى هذا المقال صاحب الجواهر حيث يقول: «والذي يقوى في النظر - بعد

(١) المكاسب والبيع ٢/ ٣٨٦ و ٣٧٧.

إمعانه - أنَّ الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلَّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتَّجه حينئذ جواز البيع»^(١).

ظهور الايراد على السيّد الخميني رحمته الله

وبما ذكرنا ظهر مواقع النظر في كلام السيّد الخميني رحمته الله حيث يقول في تعريف الوقف: «والذي يمكن أن يقال: إنَّ اعتبار الوقف في جميع الموارد إيقاف الشيء على جهة، أو شخص، أو غيرها؛ لتدرّ المنافع منه عليها، فبقوله: «وقفت عليه» مع التعدية بـ«على» المقتضية للعلوّ، كأنّه جعل العين - في الاعتبار - على رأس الموقوف عليه لا تتعدّاه، لتدرّ منافعها عليه، ولا تتعدّى المنافع عنه؛ تبعاً لعدم تعدّي نفس العين عن رأسه اعتباراً.

وهذا المعنى مع كونه موافقاً للاعتبار العقلائي، صادق في جميع الموارد»^(٢)... «ولو قيل: إنَّ الوقف مقابل الحركة واللاسكون، فلا بدّ من لحاظ عدم الحركة، وعدمها ليس في المكان، بل في الاعتبار، وهو عدم النقل، كالبيع وغيره، فيرجع الوقف إلى جعل الشيء ساكناً عن الانتقال، وممتنعاً عن التصرفات الناقلة والمعدّمة، كما هو المنقول عن «الجواهر»^(٣).

قلنا: الوقف على الشخص أو الجهة، مقابل التجاوز عنه، فإذا وقف على شخص، صار هو الموقوف عليه؛ أي وقف عليه، ولم يتعدّ عنه إلى غيره. هذا لو سلّم لحاظ عدم الحركة الوقوف عن الحركة في الوقف، ولكنّ الظاهر عدم لحاظها في الوقف، فلا ينقدح في ذهن الواقف إلاّ عنوان «الوقف على فلان» أو «على كذا».

وعلى ما ذكرناه، ليس بين ماهيّة الوقف وجواز النقل أو نفس النقل، مضادّة

(١) الجواهر ٢٣/ ٥٧٦ (٢٢/ ٣٥٨).

(٢) كتاب البيع ٣/ ١٢٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٣/ ٥٧٦ (٢٢/ ٣٥٨)؛ أنظر المكاسب ٤/ ٣٥؛ حاشية المكاسب المحقّق

الإصفهاني ٣/ ٧٣.

ومنافرة.

وتوهم، كون الوقف الدائم و المؤبد منافياً للنقل؛ من أجل أن النقل ولو سلّم عدم منافاته لنفس الوقف، لكنّه منافٍ لدوامه غير وجيه؛ لأنّ الدوام والانتقطاع فيه كالدوام والانتقطاع في باب النكاح، فكما أنّ النكاح الدائم لا ينافي جواز الطلاق أو نفسه، فمعنى دوامه أنّه لا أمد له حتّى ينقضي في رأسه، وإن أمكن وصحّ قطعه بالطلاق، فكذلك الدوام في الوقف، معناه أنّه غير منقطع حتّى ينقضي في رأس أمدّه، فما لم يكن سبب لفسخه فهو باقٍ، بخلاف المنقطع الذي يكون اقتضاؤه قصيراً وإلى وقت محدود.

فتحصّل ممّا ذكر: أنّ الوقف بنفسه غير مانع عن النقل، فلا بدّ من إقامة دليل على المنع»^(١).

وأنت ترى المضادة بين كلامه الأوّل ومقاله الآخر أي بين تعريف الوقف بأنّه «إيقاف الشيء على جهة أو شخص أو غيرهما لتدرّ المنافع منه عليها...» وبين قوله ﷺ: «ليس بين ماهية الوقف وجواز النقل أو نفس النقل مضادة ومنافرة» وسبحان من لا يسهو.

وبالجملة: الوقف بذاته وماهيته لا يقبل البيع وبين الماهيتين معارضة ومنافرة واضحة وهذا هو الدليل الأوّل لبطلان بيع الوقف. والله العالم.

الدليل الثاني: الإجماع

الإجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف محصّلاً محكيّاً بل هذا الحكم من القطعيات وكاد يكون من الضروريات.

قال المتتبع العاملي في ذيل قول العلامة (ولا يصحّ بيع الوقف ولا هبته ولا نقله): «كما نصّته بذلك رواياتهم^(٢) وبأنّه لا يحلّ ذلك لأحد. وأفصحت به عباراتهم في مطاوي كلماتهم خصوصاً عند كلامهم على جواز بيعه عند خرابه لخلف بين أربابه أو نحوه كما

(١) كتاب البيع ١٢٦/٣.

(٢) راجع وسائل الشيعة ١٨٥/١٩، باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

سَتَسْمَعُ، وَانْعَقَدَتْ عَلَيْهِ إِجْمَاعَاتُهُمْ. فَفِي السَّرَائِرِ أَنَّ الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنَّهُ بَعْدَ وَقْفِهِ وَتَقْبِيضِهِ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ وَلَا تَغْيِيرُهُ عَنْ وَجْهِهِ وَسَبْلِهِ وَلَا بَيْعُهُ -إِلَى أَنْ قَالَ: -لَا نَأْجُمَاعُ مَنَّا عَلَى ذَلِكَ.^(١) وَفِي الْغَنِيَّةِ أَيْضًا الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الْوَقْفِ وَلَا تَغْيِيرُهُ عَنْ وَجْهِهِ وَلَا سَبْلِهِ.^(٢) وَالْحَاصِلُ: أَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْقَطْعِيَّاتِ بَلْ كَادَ يَكُونُ مِنَ الضَّرُورِيَّاتِ»^(٣).

أَقُولُ: هَذَا الْحُكْمُ إِذَا كَانَ عَلَى حَدِّ الْإِجْمَاعِ لَا يَفِيدُ فِي الْمَقَامِ شَيْئًا لِأَنَّهُ مَدْرَكِيٌّ وَأَمَّا إِذَا وَصَلَ إِلَى حَدِّ الْقَطْعِيَّاتِ وَالضَّرُورِيَّاتِ كَمَا حَصَّلَهُ الْفَقِيهَ الْمُتَتَبِعَ الْعَامِلِيَّ فَلَا بَدَّ مِنْ قَبُولِهِ وَالْمَشْيِ عَلَى طَبَقِهِ وَالظَّاهِرِ أَنَّهُ كَذَلِكَ وَاللَّهُ الْعَالِمُ.

الدَّلِيلُ الثَّلَاثُ: الْإِطْلَاقَاتُ

أ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)

الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ تَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ بَلَا فَرْقٍ بَيْنَ أَنْ نَفْهَمُ مِنْهَا الْحُكْمَ التَّكْلِيفِيَّ بِوَجُوبِ الْوَفَاءِ بِهَا أَوْ الْحُكْمَ الْوَضْعِيَّ بِصَحَّتِهَا وَلِزُومِهَا أَوْ كِلَا الْحُكْمَيْنِ فَعَلَى أَيِّ حَالٍ الْآيَةُ تَدُلُّ عَلَى نَفُوذِ كُلِّ عَقْدٍ وَصَحَّتْهُ. فَإِذَا اعْتَبَرْنَا الْوَقْفَ مِنَ الْعُقُودِ يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بِالْآيَةِ وَإِذَا اعْتَبَرْنَا أَنَّهُ مِنَ الْإِيقَاعَاتِ فَكَذَلِكَ يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بِهَا لِأَنَّ «الْعُقُودَ» فُسِّرَ بِالْعُهُودِ وَالْوَقْفُ حِينَئِذٍ مَعْدُودٌ مِنَ الْعُهُودِ فَلَا بَدَّ مِنَ الْوَفَاءِ بِهِ وَالْحُكْمِ بِلِزُومِهِ.

ب: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ﴾^(٥)

عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التِّجَارَةَ هِيَ «مَطْلَقُ الْاِكْتِسَابِ وَالْإِتِّجَارِ بِالْمَالِ، فَحِينَئِذٍ يَشْتَرِطُ فِي صَدَقِ الْعُنْوَانِ أَمْرَانِ: لِزُومِ وَصُولِ الْمَالِ إِلَى الْقَابِلِ، وَلِزُومِ قَبُولِ الْقَابِلِ، وَلَوْلَاهُمَا لَمَا تَحَقَّقَتِ التِّجَارَةُ، وَعَلَيْهِ فَلَوْ التَّزَمْنَا بِتَحَقُّقِ نَقْلِ الْمِلْكِ وَالْمَالِ عِنْدَ الْوَقْفِ، فَإِنَّ لِّلْاِسْتِدْلَالِ

(١) السَّرَائِرُ: فِي أَحْكَامِ الْوَقْفِ ٣/ ١٥٣.

(٢) غَنِيَّةُ الزُّوْعِ: فِي الْوَقْفِ ٢٩٨/.

(٣) مِفْتَاحُ الْكِرَامَةِ ٢١/ ٦٧٩.

(٤) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ١/.

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٩/.

بالآية مجال، وأمّا مع إنكار ذلك - كما هو الحقّ - واعتبار عنوان الوقف الشامل لوقف المسجد أيضاً - وأنّ وقفه يعدّ فكاً للملك ويشترط فيه القبول - أمراً منافياً مع التجارة والاكتساب المادّي، فلا مجال للاستدلال بها، ولعلّ عدم استدلال الشيخ بها لهذه الجهة»^(١).

ج: قوله ﷺ: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ

المستفاد منه قاعدة السلطنة «فقد اختلف أصحابنا في تفسيرها، وفيها مَبَانٍ متعدّدة:

أما الشيخ رحمه الله فقد التزم بأنّها تُشرّع جواز أنواع التصرفات في المال، وإن ناقش فيها في بحث المعاطاة قائلاً: بأنّ القاعدة تثبت أصل السلطنة دون أسبابها في موارد الشكّ، وبالتالي فإنّه على مسلك الشيخ يصحّ الاستدلال بها في الوقف، لأنّه تفعيل لنوع من أنواع السلطنة الجائزة، ومع صحّته لا يجوز البيع.

أما على مبنى المحقّق الآخوند ومن تبعه - وهو الحقّ عندنا - من أنّ القاعدة لا تُشرّع السلطنة في البيع والصلح وغيرهما، وإنّما تثبت السلطنة للمالك في مقابل من هو محجورٌ وممنوع عن التصرف، وبعبارة أخرى القاعدة تدلّ على أنّه ليس لأحدٍ منع الملاك عن التصرف في ما يخصّهم من الأموال والأموال، فعلى هذا المبنى لا مجال للاستدلال بها.

والنتيجة: إنّ ثبت ممّا ذكرنا جواز الاستدلال ببعض الأدلّة العامّة، وذلك بمقتضى بعض المباني لا جميعها»^(٢).

الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة في باب الوقف

هناك طائفة من الروايات العامة استدلتّ بها على بطلان بيع الوقف:

منها: صحيح الصفار أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن علي عليه السلام في الوقف وما

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٠٦ و ٥٠٧.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥٠٧.

روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوق عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. ^(١)
بتقريب: أنَّ الوقف يكون بحسب ما يوقفه أهله فيكون البيع منافياً مع ما قام به
المالك من وقف ماله على جميع المباني.

اعتراض المحقق الإيرواني ونقده

قال المحقق الإيرواني في ذيل هذه الصحيحة: «والتمسك بالعموم المذكور على
المدعى يتوقف على أن يكون عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف، كما هو الظاهر، ولذا
عرّف بأنه تحبّيس الأصل، وتسهيل الثمرة، ويؤيده إطلاق الوقف عليه؛ فأنه جعل الملك
واقفاً راکداً يتجاوز عن ملك إلى ملك، وعن شخص إلى شخص، كما هو شأن
الأُملاك» ^(٢).

ويرد عليه: «بالرغم من أن الشيخ [الأعظم] لا يرى بدواً مدخلية عدم البيع في
حقيقة الوقف، لكنّه يصرّح أخيراً بأن المانع عن البيع أمور ثلاثة ^(٣):

١- منافاة البيع مع حقّ الواقف.

٢- منافاته مع حقّ الموقوف عليهم من البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

٣- ومنافاته مع التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

ومن خلال هذه الموانع الثلاثة، يثبت الشيخ ممنوعية دخول البيع على الوقف،
وبالتالي فيصحّ استدلاله بالرواية ^(٤).

ومنها: صحيحة أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك
اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف،
فقال: لا يجوز شراء الوقوف ^(٥) ولا تدخل الغلّة في ملكك ^(٦)، ادفعها إلى من أوقفت عليه،

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ١٧٥، ح ١، الباب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) حاشية المكاسب ٢/ ٤٣٧.

(٣) المكاسب ٤/ ٣٥ و ٣٦.

(٤) العقد النضيد ٤/ ٥٠٨.

(٥) في التهذيب: الوقف ٩/ ١٣٠، ح ٥٥٦.

(٦) في الكافي: مالك ٧/ ٣٧، ح ٣٥.

قلت: لا أعرف لها ربّاً، قال: تصدق بغلّتها.^(١)

بتقريب: أنّ الصحيحة تدلّ على بطلان شراء ابن راشد الأرض الموقوفة «وعدم تملكه لغلّتها، وإنّ عليه إعادة الأرض إلى أصحابها الموقوف عليهم إن كان يعرفهم؛ لأنّ يده عليها عادية، فإذا جهلهم عليه أن يتصدّق بغلّتها، لأنّ الغلّة إذا كانت موقوفة تكون ملكاً للبطون، ومع الجهل بهم يصبح من الأموال المجهولة مالِكها، فيجب أن يتصدّق بها لأنّها مورد صرفها»^(٢).

قال الإمام الخميني رحمته الله في تعليقه على متن هذه الصحيحة: «متن الحديث هنا موافق للتهذيب والوسائل في كتاب الوقف.

وقد اختلفت كتب الحديث في ألفاظه، ففي بعضها: «وفيت»^(٣) بدل: «وفرت» وفي بعضها: «وزنت»^(٤).

وفي بعضها «الوقف»^(٥) بدل: «الوقوف».

وفي بعضها: «إلى جنبي»^(٦) بدل: «إلى جنب ضيعتي».

وفي بعضها: «ألف»^(٧) بدل: «ألفي».

وفي بعضها «مالك»^(٨) بدل: «ملكك»... إلى غير ذلك.

لكن لم أجد في شيء من الكتب بدل قوله: «ولمّا وفرت المال» «ولمّا عمّرتها» كما

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٥، ح ١، الباب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) العقد النضيد ٤/ ٥٠٩.

(٣) الكافي ٧/ ٣٧، ح ٣٥.

(٤) الواقي ١٠/ ٥٥٥.

(٥) الكافي ٧/ ٣٧، ح ٣٥؛ الفقيه ٤/ ١٧٩، ح ٦٢٩؛ الاستبصار ٤/ ٩٧، ح ٣٧٧.

(٦) الفقيه ٤/ ٢٤٢، ح ٥٥٧٦.

(٧) نفس المصدر.

(٨) الكافي ٧/ ٣٧، ح ٣٥؛ الفقيه ٤/ ١٧٩، ح ٦٢٩؛ الاستبصار ٤/ ٩٧، ح ٣٧٧.

هو الموجود في تجارة الشيخ الأعظم^(١) عليه السلام.
والمظنون: أنه اشتباه، منشؤه الاتِّكَالُ على الحافظة حال التحرير، فإنَّ الاشتباه من
النِّسَاحِ في مثل ذلك بعيد.

والعجب: أنَّ بعض المحشِّين^(٢) اتَّكَل على نقل الشيخ الأعظم^{عليه السلام} ولم يراجع كتب
الحديث، فاستشكل في الانصراف: بأنَّ مورد الرواية هو تعمير الخراب، وأجاب عنه.
فعلى العلماء الأعلام والمحصِّلين عدم الاتِّكَال على الحافظة في نقل الأحاديث،
ولا على كتب الاستدلال، ولا سيَّما مثل كتاب الجواهر وما بعده.

ومع الأسف الشديد، فالتنا قراءَة كتب الأحاديث على المشايخ وقراء تهم علينا
بعد توسعة الفقه وأصوله بهذه التوسعة، ولذلك وقعنا في اشتباهات كثيرة، منشؤها اختلاف
النسخ، واختلاف قراءة كلمة واحدة تختلف معها الأحكام، كما هو ظاهر للمراجع^(٣).

ومنها: صحيحة ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام
بدار له في المدينة في بني زُرَيْق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن
أبي طالب وهو حي سوي، تصدَّق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتَّى
يرثها الله الذي يرث السموات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش
عقبهنَّ، فإذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين.^(٤)

سند الشيخ ضعيف بالأسود بن أبي الأسود لأنَّه مجهولٌ ولكن الصدوق رواها
بسنده الصحيح عن ربعي بن عبدالله فالرواية صحيحة الإسناد بسند الصدوق.

وقد قرَّب الشيخ الأعظم دلالة الصحيحة بتقاريب ثلاثة:

التقريب الأوَّل:

قال الشيخ الأعظم: «فإنَّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

(١) المكاسب ٤/ ٣٤.

(٢) حاشية المكاسب، للمحقِّق الإصفهاني ٣/ ٧٦.

(٣) كتاب البيع ٣/ ١٥١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٧، ح ٤.

ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص»^(١).

مراده: «إنّ ظاهر الرواية دالٌّ على أنّ الواقع صدقة، فلا يتحمّل البيع والهبة باقتضاء ظهورها الذاتي، فالوصفان المذكوران ناشئان من ذات الموصوف لا من خلال الشرط والجعل، كما هو الحال في قول القائل: «عاملتُ معاملةً غبنيةً» الظاهر في أنّ الغبن صفة للمعاملة، وأنّها غبنية بنفسها لا بجعل المتعامل»^(٢).

التقريب الثاني:

قال: «مع أنّ سياق الاشتراط يقتضي تأخّره عن ركن العقد، أعني الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم»^(٣).

مراده: «إنّ حقيقة الشرط هي الالتزام في ضمن الالتزام الآخر، فإذا لا بدّ أن يتمّ الالتزام الأوّل بجميع مستلزماته وشرائطه، ليصل الدور إلى الشرط الذي هو الالتزام في ضمن الالتزام الآخر، وفيما نحن فيه فإنّ الالتزام الوقفي يجب أن يتمّ أولاً ليصل الدور إلى الشرط الذي هو التزام في ضمن الالتزام الوقفي، وهذا الالتزام الوقفي متوقّف على الموقوف عليه من البطون أو الجهات، فتكون الأخيرة مقوّماً للالتزام الوقفي، وعليه فإذا قصد الإمام عليه السلام بقوله: «لا تُباع ولا تُوهب» الشرط والالتزام، فإنّ لازمه كون الشرط المذكوراً قبل حصول المشروط، وهو خلاف القاعدة القاضية بلزوم تحقّق الوقف أولاً ثمّ إدراج الشروط المذكورة فيه، وبالتالي لا يمكن عدّ قول الإمام عليه السلام شرطاً، لأنّه لو كان شرطاً لاستلزم ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم»^(٤).

ولكن يرد على هذه التقريب: «لو سلّمنا حقيقة الشرط والقاعدة المذكورة، إلّا أنّ حقيقة الشرط ليست سياقية لتقتضي بالضرورة ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم، بل هي سنخ حقيقة يصحّ صدورها من الواقف قبل ذكر الموقوف عليهم وبعده، والشاهد على

(١) المكاسب ٤ / ٣٤.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥١٠.

(٣) المكاسب ٤ / ٣٤.

(٤) العقد النضيد ٤ / ٥١٠ و ٥١١.

ذلك رواية أيوب بن عطية، حيث ورد فيها ذكر الشرط بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك قاعدة ثابتة متّبعة، تفيد لزوم ذكر الشرط بعد ذكر متعلّقات الموقوف عليهم، بل يمكن أن يتقدّم أو يتأخّر، والرواية هي [صحيحة أيوب بن عطية]: «قال: سمعتُ أبا عبد الله عليه السلام يقول: قَسَمَ رسول الله ﷺ الفيء، فأصاب عليّاً عليه السلام أرضٌ فاحتفر فيها عينا فخرج منها ماءٌ ينبع في السماء كهيئة عنق البعير، فسماها عين يَنْبُع، فجاء البشير يُبشّره، فقال: بَشِّر الوارث بَشِّر الوارث، وهي صدقةٌ بَتْلًا^(١) في حجيج بيت الله وعابر سبيله، لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صَرْفاً ولا عدلاً»^(٢).

وبالجملة: فاستدلال الشيخ بسياق الجملة الشرطيّة، اعتماداً على الرواية الأولى، والحكم بأنّ ورود الشرط قبل الموقوف عليهم يعتبر وصفاً منوعاً للصدقة ولازماً للوقف، دون ما إذا كان وارداً بعده حيث يعدّ شرطاً، ممنوعاً بدلالة [صحيحة أيوب بن عطية] حيث ورد الشرط فيها بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك ضابطة يمكن أن يعتمد عليها في تصنيف القيود المذكورة إلى الوصف أو الشرط»^(٣).

التقريب الثالث:

وهو الذي ذكره صاحب المقابس من «أنّه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً»^(٤).

(١) بَتْلَه يَبْتُلُهُ بَتْلًا إذا قطعه، ومنه الحديث: بَتَلَ رسول الله ﷺ الهُزْي، أي أَوْجَبَهَا وَمَلَكَهَا مِلْكًا لا يتطرّق إليه نقض. [النهاية الأثرية ١/ ٩٤].

(٢) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٦، ح ٢.

(٣) العقد النضيد ٤/ ٥١١ و ٥١٢.

(٤) المقابس ١٤٤/ ونقل عنه في المكاسب ٣٤ و ٣٥.

واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات:
 أولاً: «إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر»^(١).
 مراده: «أنّ اشتراط عدم جواز البيع منصرف إلى الحالة المتعارفة، ولا يشمل الظروف الطارئة التي يجوز فيها بيع الوقف»^(٢).
 وثانياً: «إنّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً»^(٣).
 مراده: «لا سبيل لنا إلّا أن نرفع اليد عن الإطلاق، سواء اعتبرنا الصفة فصلاً منوعاً أو شرطاً خارجياً، لأنّه ليس لنا صدقة لا تباع ولا تورث مطلقاً، بل كلّ صدقة قابلة للبيع في ظروف طارئة محدّدة شرعاً، وبالتالي فالإطلاق ساقط»^(٤).
 وثالثاً: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذٍ يصحّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإنّ العلم بعدم طروء مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى»^(٥).
 مراده: «لعلّ علم الإمام عليه السلام بعدم طرؤ الحالات المبيحة للبيع في الوقف الأخير، جعله يُبقي الإطلاق على حاله، ويستغني عن التقييد بذكر الشرط»^(٦). بخلاف لو جعل وصفاً داخلياً في النوع كما مرّ في كلامه عليه السلام.
 ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم:
 أولاً: الإطلاق كما يشمل الحالات المتعارفة كذلك يشمل الحالات الطارئة ما لم

(١) المكاسب ٣٥/٤.

(٢) العقد النضيد ٥١٢/٤.

(٣) المكاسب ٣٥/٤.

(٤) العقد النضيد ٥١٢/٤.

(٥) المكاسب ٣٥/٤.

(٦) العقد النضيد ٥١٢/٤.

يثبت تقييد.

وثانياً: نعم، كل إطلاق إذا ثبت المقيّد له يقيد، وهذا ممّا لا شبهة فيه.
وثالثاً: حمل الإطلاق على علم الإمام يحتاج إلى قرينة مفقودة في المقام لأنّه خلاف ظاهر الكلام.
فلا يتم اعتراضات الشيخ الأعظم على الشيخ أسدالله التستري -قدس سرهما- عندنا.

وبالجملة: صفتا «لاتباع ولا توهب» خصوصيتان لذات الصدقة لا أنّهما عارضتان عليها من خلال الشرطين المذكورين.

تهافت في كلام الشيخ الأعظم

قال: «فظهر أنّ التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف -كما صدر عن بعض من عاصرناه^(١)- لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع»^(٢).

وأنت ترى أنّه عليه السلام ردّ على ما «صدر عن بعض من عاصر»ه وهو الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس عليه السلام من أنّ عدم جواز بيع الوقف وبطلانه يعدّ من ذاتيات الوقف والتنافي بين البيع والوقف يكون ذاتياً ردّه بقوله: «لا يخلو عن نظر». فالشيخ الأعظم لا يعدّ بطلان بيع الوقف من الخصوصيات الذاتية للوقف ولذا استدّل على البطلان بالاجماع والروايات العامة.

ولكنه صرح في ذيل صحيحة ربعي بن عبدالله من أنّ وصفي «لاتباع ولا توهب» تعدّ «صفة لنوع الصدقة»^(٣) و«أوصافاً للنوع»^(٤) أي تعدّ فضلاً منوعاً للوقف. ومن المعلوم «أنّه لو كان عدم جواز البيع حكماً شرعياً مستقلاً خارجاً عن ذات

(١) هو المحقق التستري في مقابس الأنوار / ١٤٤.

(٢) المكاسب / ٤ / ٣٥.

(٣) المكاسب / ٤ / ٣٤.

(٤) المكاسب / ٤ / ٣٥.

الوقف، متعلقاً به في ظروف معينة، لما صحَّ عدّه فصلاً منوعاً لنوع الوقف، باعتبار أن الفصل مقومٌ للشيء، فإذا ثبت أن عدم جواز البيع فصلٌ لنوع الوقف، عدُّ من مقوماته لا أحكامه»^(١).

محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهاافت ونقدها

حاول المحقق الإصفهاني رفع هذا التهاافت بقوله: «وبالجملة: بعد جعل الوصف مقوماً لنوع من الصدقة، يكون هذا النوع الخاص وقفاً، وأما أن حقيقة الوقف منحصرة في هذا النوع فلا دليل عليها، فلعله جنس له أنواع، منها الصدقة المتقومة بحيثية عدم الانتقال بيعاً وهبة وإراثاً، ومنها ما لا يكون كذلك.

مع أن جعل الوصف مقوماً وفصلاً لنوع الوقف - كما صرح بعنوان الفصلية^(٢) فيما بعد - منافٍ لما في كلامه عليه السلام^(٣) فيما^(٣) بعد، من عدم كون المنع الانتقال مأخوذاً في حقيقة الوقف، وأنه من أحكامه.

بخلاف ما إذا جعل الوصف وصفاً خارجياً لازماً للوقف، فيكون المتسبب إليه حصة من طبعي التملك الملزوم شرعاً للمنع عن أنحاء الانتقالات، فإنه خالٍ عن محذور التنافي بين كلمته عليه السلام^(٤)، ويصح الترديد بين كونه وصفاً لازماً لحقيقة الوقف شرعاً أو كونه شرطاً إلزاماً به الواقف في ضمن عقد الوقف والتصدق بماله على البطون، وعليه ينبغي حمل كلامه (زيد في علو مقامه)^(٤).

نقدها: المحاولة عقيمة «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنه: «على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً»^(٥) فصيورة»^(٦). الصفة فصلاً تمنعها أن تكون

(١) العقد النضيد ٤ / ٥١٣.

(٢) المكاسب ٤ / ٣٥.

(٣) المكاسب ٤ / ٣٧.

(٤) حاشية المكاسب ٣ / ٧٧.

(٥) المكاسب ٤ / ٣٥.

(٦) العقد النضيد ٤ / ٥١٣.

شرطاً خارجياً أي لا يمكن الجمع بين الفصلية والشرطية فلا تفيد محاولة المحقق الإصفهاني رحمته.

والحاصل: لو لم نقل بالتهافت فلا أقل من وجود الاضطراب في كلمات الشيخ الأعظم لا يمكن رفعه بهذه المحاولة ونحوها وسبحان من لا يسهو.

تعليقة المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس

أيد وعلق المحقق الإصفهاني على التبرير الثالث الذي مرَّ ^(١) من الشيخ أسدالله التستري في المقابس - واعترض عليه الشيخ الأعظم بثلاثة اعتراضات وأجبتنا عن اعتراضاته -، بقوله: «لا يخفى أن شرط عدم البيع تارة بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله، وأخرى بنحو شرط النتيجة، فإن كان ثبوتياً كشرطية ملكية شيء له فنفس الشرط بعموم دليله سبب شرعاً لثبوتها، وإن كان عدمياً كما في المورد، فإن المراد الالتزام بعدم انتقاله بيعاً، فالعدم لا يحتاج إلى سبب ليكون نفوذ الشرط مقتضياً للثبوت، فلا معنى للالتزام به إلا إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال، من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعاً إلزام بغير المشروع، والظاهر هنا شرط النتيجة، ويؤكداه إضافة عدم الارث إلى عدم البيع والهبة فتدبر» ^(٢).

مراده: يحتاج إلى مقدمة وهي: «أن هناك فرقاً بين شرط النتيجة وشرط الفعل، ففي الأوّل يكون متعلّق الشرط نفس الملكية أو الزوجية، أمّا المتعلّق في الثاني فهو التمليك أو التزويج، فإنّه لا مانع من اشتراطهما خلال العقد، لأنّهما فعلاً يتوقّف تحقّقهما على اختيار الفاعل، فله أن يبيع داره لزيد ويشترط عليه أن يملكه كذا، فالشرط يعدّ من شروط الفعل، وعلى المشروط عليه الالتزام بذلك، وإلا ثبت للمشروط له الخيار. وأمّا شرط النتيجة فهو أن يُقدّم الرجل على بيع داره لزيد، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب ملكه بحيث يصبح الكتاب ملكاً له بنفس الشرط.

(١) مرّ في صفحة ٢١٣ من هذا المجلد.

(٢) حاشية المكاسب ٧٩/٣.

أمّا شرط الفعل: فلا شكّ في نفوذه بمقتضى قوله **إلا**: «المؤمنون عند شروطهم» إلا إذا كان شرطاً محرّماً.

وأمّا شرط النتيجة: فقد اختلف أصحابنا في حكمه:

[حيث] ذهب جماعة إلى أنّ مثل هذا الشرط لا يمكن أن يكون بنفسه سبباً، وإنّما يجب قيام السبب الخاصّ المترتب عليه المسبّب الخاصّ، فلا تتحقّق الزوجيّة أو الملكيّة بمجرد الشرط في ضمن العقد؛ لأنّ لازمه حصول الملكيّة والزوجيّة بلا سبب، بل لابدّ من صيغة النكاح أو البيع والهبة ليتحقّق من خلال هذه الأسباب الزوجيّة أو الملكيّة. والتزم آخرون بإمكان قيام الشرط مقام السبب، وترتب النتيجة عليه، لكن لا مطلقاً، بل بالتفصيل بين أقسام النتيجة، واستدلّوا على ذلك بأنّ النتائج على قسمين: القسم الأوّل: النتائج المتوقّفة تحقّقها على سبب خاصّ شرعاً كالطلاق، فإنّه لا يتحقّق الطلاق من خلال شرط الطلاق في ضمن البيع، لأنّ الطلاق له صيغة خاصّة وضعها الشارع هي السبب في وقوعه، ولا مجال لتحقّقه بأيّ سبب آخر حتّى ولو كان شرطاً في ضمن عقد لازم.

القسم الثاني: النتائج التي لم يتوقّف تحقّقها على سبب خاصّ شرعاً، فمثل هذه النتائج تحصل بكلّ سبب عرفي كالملكيّة، حيث لم يعيّن لها الشارع صيغة خاصّة وسبباً معيّناً، بل فيها القابليّة للوجود بمطلق الأسباب العرفيّة كالبيع والمعاطاة والصلح، ومنها الشرط في ضمن العقد.

ثمّ بعد بيان هذه المقدّمة نقول: فضّل المحقّق الإصفهاني في المقام بين النتائج الثبوتية التي يمكن تحقّقها من خلال الشرط - كالملكيّة وغيرها من الأمور الخارجيّة أو الاعتباريّة - وبين النتائج العدمية التي لا تتوقّف عدميّتها على سبب، ولذلك لا يمكن إيجاده بالشرط. وما نحن فيه من القسم الأخير، لأنّ متعلّق الشرط في قوله: «لا تُباع ولا تُوهب» عديمي، أي عدم النتيجة وهي عدم المبيعيّة وعدم الموهوبيّة، وهما أمران يستحيل أن يكون لهما سبب، وبالتالي لا مجال لتحقّقهما من خلال شرط النتيجة.

نعم، يمكن أن يتصوّر تعلّق [الشرط]، وذلك فيما لو كان متعلّقه ممّا يمنع عن

السبب الشرعي، فيصبح معنى الشرط في هذه الحالة هو أنني تصدّقت بالمال، مع الالتزام بعدم تأثير [سببه من] البيع والهبة، لكن مثل هذا الشرط يعدّ باطلاً لمخالفته مع المشروط الذي [يبين عدم شرطيته الشرع والالتزام بتأثيره التزام بغير المشروع].

وبالجملة: استنتج المحقّق الإصفهاني من خلال تحقيقه بصحة شرط الفعل دون النتيجة، لمخالفة الأخيرة مع الشرع دون السابق، والمستفاد من سياق الرواية الأخيرة [صحيحة ربعي بن عبدالله] أنّ الشرط المذكور فيها لو لم يكن وصفاً للصدقة، فلا بدّ وأن يكون شرط النتيجة لجهتين: لأنّه شرط عديمي قد شرط فيه عدم البيع والهبة، ولتضمّن الرواية كلمة «لا تُورث» والذي لا يمكن حملها على شرط الفعل، لأنّ الإرث أمرٌ لا يمكن تحقّقه إلّا من خلال حكم الشرع دون الشرط، فليس أمره بيد المكلّف ليجده من خلال الشرط، بل هو أمرٌ مقيدٌ بأحكام الشريعة، وشرطه في ضمن العقد يعدّ شرطاً للنتيجة دون الفعل^(١).

ويرد عليه: «أولاً: إنّ إطلاق قوله ﷺ: «إنّ شرط عدم البيع تارةً بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله» - لكونه داخلاً في موارد مسوّغات بيع الوقف، وبالتالي لا يكون جواز بيعه منافياً مع عدم البيع، كما هو الحال في كلّ شرط مباح - الدالّ على أنّ مطلق موارد بيع الوقف جائزة.

ممنوع، لمنافاته مع ما ورد من وجوب بيع الوقف في موارد أخرى، وهي:

- ١- قيام الضرورة الملحّة كحاجة الموقوف عليهم لثمن العين الموقوفة.
- ٢- قيام ما يهدّد سلامة الوقف أو الموقوف عليهم، كما لو تنازع أرباب الوقف وخيف انتهاء الأمر إلى تلف النفوس والأموال، أو حدث ما أذى إلى خراب العين الموقوفة - وسواء كان المراد من الخراب قلة المنافع أو زوالها - فإنّ الشارع أجاز فيه بيع الوقف.
- وعليه، فما التزم به المحقّق الإصفهاني - وتبعه على ذلك بعض أعلام تلامذته - من أنّه لا مانع من إطلاق شرط الفعل؛ ممنوعٌ لمنافاته مع وجوب البيع في بعض الموارد.

(١) العقد النضيد ٤ / (٥١٦-٥١٤).

وثانياً: إنّ دعواه أخيراً بأنّ «الظاهر هنا شرط النتيجة» والاستدلال عليها بأنّ شرطاً «لا تُباع ولا تُوهب» قد تعقبهما قوله: «ولا تورث» المعدود من شروط النتيجة، ممّا يوجب اندراج الشرطين السابقين فيها لوحدة السياق.

ممنوعة، إذ لا بدّ من التفريق بين متعلّق الشرط والتوصيف، فقد يقع المتعلّق تارةً وصفاً كقوله ﷺ: «صدقة لا تُباع ولا تُوهب» فيندرج في شرط النتيجة، لعدم قابليّته لشرط الفعل، وقد تقع الجملة متعلّق الالتزام، وحينئذٍ لا يبقى لها وجه لظهورها في شرط النتيجة، [بل تقع في شرط الفعل] والشاهد على ذلك:

١- وقوع هذه الجملة في النصوص والأخبار تارةً شرطاً فعلياً وأخرى على نحو شرط النتيجة:

أمّا على نحو شرط النتيجة: فقد جاء في رواية في باب اللقيط أنّ «اللقيط لا يُباع ولا يُوهب»^(١) أي ليس في اللقيط قابليّة البيع والهبة و [الشراء].

وأمّا على نحو شرط الفعل: فقد جاء في رواية صحيحة رواها الشيخ الطوسي بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن ابن سنان، ورواها الكليني بسنده الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله ﷺ: قال: «سألته عن الشرط في الإماء، لا تُباع ولا تورث ولا تُوهب؟ فقال ﷺ: يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ»^(٢).

ولو كانت الجملة على نحو شرط النتيجة - كما ادّعاه المحقّق الإصفهاني - كان الشرط إبداءً للمانع في مقابل تأثير السبب الشرعي، ولا شكّ في بطلانه، برغم ذلك نجد أنّ الإمام ﷺ قد حكم بصحّته، وبالتالي لا يخلو حال الشرط المذكور:

(١) مراده صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر ﷺ عن اللقيط، فقال: حرٌّ لا يُباع ولا يُوهب. [وسائل الشيعة ٢٥/ ٤٦٨، ح ٥، الباب ٢٢ من أبواب بيع اللقطة]. ونحوها صحيحة أخرى محمد بن مسلم عن أحدهما ﷺ: قال: سألته عن اللقيط، قال: لا يُباع ولا يُشترى. [وسائل الشيعة ٢٣/ ٩٧، ح ١، الباب ٦٢ من أبواب كتاب العتق].

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٦٧، ح ١، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

فأما شرط النتيجة وهو ما أبطله الإصفهاني وصححه الإمام عليه السلام، وأما شرط الفعل فهو أيضاً يعدّ إبطالاً لدعوى الإصفهاني القائل بعدم إمكان وقوع الجملة شرطاً للفعل. وهناك رواية أخرى يمكن عدّها مؤيّدة لدعوانا، وهي [خبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام] : «في رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب؟ قال: يفي بذلك إذا شرط لهم»^(١).

وفي رواية الشيخ بإسناده عن الميثمي زيادة قوله: «يفي بذلك إذا شرط لهم إلا الميراث» حيث أجاز الإمام الشرط عدا الميراث.

٢- موافقة دعوانا مع ما استنتجه الفقهاء والمحدثين من هذه الأخبار، فضلاً عن صاحب «الوسائل» الخبير المتضلع بمضامين الأخبار ومدلولاتها، حيث عنون الباب الذي أدرج فيه الأخبار المذكورة بـ «باب حكم اشتراط عدم البيع والهبة والميراث في بيع الجارية»^(٢)، وللمزيد عن ذلك راجع ما ذكره صاحب «الجواهر»^(٣) في المقام. وثالثاً: إنّ تأكيد دعواه أخيراً بـ (إضافة عدم الإرث إلى عدم البيع والهبة) أيضاً ممنوعة:

١- لما ذكرناه آنفاً من أنّ إضافة الإرث إلى عدمهما لا توجب اندراج الجميع في شرط النتيجة.

٢- ولو سلّمنا أنّ ضمّ الإرث إليهما يوجب ذلك، لكن معظم الأخبار الصحيحة - عدا الصحيحة الواردة في قضية عين يُنبع^(٤) - لا تتضمّن سوى العدمين دون إضافة الإرث إليهما، كما هو الحال في صحيحة ربعي بن عبدالله^(٥) حسبما رواها الشيخ

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٦٨، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٦٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٤/ ٣٧٦ (٢٣/ ٢٠١).

(٤) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٦، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٧، ح ٤.

الطوسي^(١) بإسناده الصحيح، نعم رواها الشيخ الصدوق في «الفقيه»^(٢) بنفس الإسناد مع ضمّ (لا تُورث) إليهما، فيدور الأمر بين الزيادة والنقيصة، وتقتضي القاعدة ترجيح عدم السهو في الزيادة، وخاصّةً فيما نحن فيه حيث أنّ الزيادة حادثة في نقل الصدوق عليه السلام الذي يعدّ أضبّط وأتقن من الشيخ في نقل الأخبار، لانهصار اهتماماته بخصوص الأخبار والأحاديث دون الشيخ الذي تنوّعت اشتغالاته وتفرّقت اهتماماته، لكن برغم ذلك فإنّ هذا الترجيح لا ينفع المحقّق الإصفهاني في دعواه للأسباب التالية:

أ: هناك مبدآن في كفيّة معالجة دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة وكلاهما غير مُفَيّدَيْن لدعوى الإصفهاني، إذ اختلف أصحابنا:

[١] بين مرجّح لأحدهما على الآخر

[٢] وبين من التزم بعدم الترجيح والتساقط.

أمّا نتيجة الثاني فواضحة حيث يستلزم سقوط النقلين، وبذلك يسقط مستند دعوى المحقّق الإصفهاني. وأمّا الأوّل فإنّه لو تمّ لأفاد ثبوت الدعوى في المقام؛ لأنّ الترجيح مبنيٌّ على قاعدة ارتكازيّة عليها سيرة العقلاء وهي أنّ مؤونة الإضافة أكثر من مؤونة النقيصة، بمعنى أنّ من الطبيعي أن يسهو الكاتب حين الكتابة فتسقط منه كلمة حين كتابة النصّ، بخلاف زيادة الكلمة التي تحتاج إلى أن يتنبّه الكاتب إليها فيحشرها بين الكلمات، ولهذا السبب فإنّ الأصل عند الدوران عدم السهو في الزيادة، وأنّ الزيادة جاءت محسوبة ومرادة وليست باعتماديّة، فلها الاعتبار ولا بدّ من ترتيب الأثر عليها.

لكن هذه القاعدة الكلّية غير جارية في المقام؛ لأنّ الشيخ لو كان قد نقل الخبر مع النقيصة مرّة واحدة، لقدّمنا نقل الصدوق عليه، إلّا أنّ الملاحظ أنّ الشيخ كرّر النقل في «التهذيب» و «الاستبصار» وبالتالي يضعف احتمال خطأه.

ب: صرّح صاحب «الوسائل»^(٣) بتطابق نقل الصدوق في «الفقيه» مع نقل الشيخ

(١) التهذيب ١٣١/٩، ح ٥٦٠؛ الاستبصار ٩٧/٤، ح ٣٧٨.

(٢) الفقيه ٢٤٨/٤، ح ٥٥٨٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩ ذيل ح ٤ قال: ورواه الصدوق عن ربعي بن عبد الله نحوه.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٢٢٣

الطوسي واتّحادهما في ضبط الكلمات، ووثاقة الحرّ العاملي تقتضي الحكم بموافقة نسخته من «الفقيه» مع النقيصة.

ج: روى الفيض الكاشاني الخبر في «الوافي»^(١) نقلاً عن «الفقيه» خالياً من الزيادة المذكورة.

وعليه فلأسباب المذكورة يسقط النقل الوارد في «الفقيه» المطبوع، ويتقدّم عليه نقل الشيخ مع النقصان، بل يتفق نقل الشيخ مع نقل الصدوق، ولو تنزّلنا وسلّمنا تردّد الأمر بينهما فالأسباب المذكورة تمنع عن جريان القاعدة.

[الحاصل]: ثبت ممّا ذكرنا عدم ثبوت انضمام الإرث إلى العدمين المذكورين، وبالتالي تَسْقُطُ دعوى المحقّق الإصفهاني المبنية على ضمّ «لا يُورث» إلى «لا يُباع ولا يُوهب».

ورابعاً: لو سلّمنا دعوى المحقّق الإصفهاني والتزمنا بأنّ الوضعين المذكورين يعدّان من شروط النتيجة دون الفعل، إلّا أنّ دعواه بأنّه «لا معنى للالتزام به إلّا إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعاً التزام بغير المشروع» ممنوعة، لأنّ المشروعية وعدمها من أوصاف الفعل الاختياري، بمعنى أنّ الفعل الصادر عن المكلف باختياره إن وافق الكتاب والسنة عدّ مشروعاً، وإن خالفهما أصبح مخالفاً للشرع، ومع الالتزام بأنّ الشرط شرط النتيجة، فإنّه ليس لمثل هذا الشرط إبداء المانع مقابل السبب الشرعي؛ لأنّ الإبداء أمرٌ غير اختياري وقد ثبت أنّ المشروع وغير المشروع متفرّعان عن الاختياري الموافق والمخالف، أمّا غير المقدور فلا يوصف بذلك.

هذا تمام الكلام في تعليقه المحقّق الإصفهاني على كلام المحقّق التستري صاحب المقابس^(٢).

(١) الوافي ١٠/٥٦٨، ح ١٠١١٥.

(٢) العقد النضيد ٤/ (٥٢١-٥١٦) مع إصلاحات وذكر المنابع والمصادر.

موانع بيع الوقف في رأي الشيخ الأعظم

قال: «مما ذكرنا ظهر: أنَّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها.

وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع.

والتعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات؛ فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله؛ حيث يعتبر

فيه التقربّ ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلّها، وسيجيء التفصيل»^(١).

أقول: يمكن النقاش في هذه الموانع الثلاث كلّها:

١- أمّا حقّ الواقف

«فإنّه لا شك أنّ الحقّ والمِلْك نحو إضافة بين المالك والمملوك، وبين ذو الحقّ

ومتعلّق الحقّ، ومن المعلوم أنّه لا يمكن فرض الإضافة في مطلق الأمور المرتبطة

والمعلّقة إلّا مع وجود طرفيها، كما هو الحال في الوقف، فإنّ الواقف يقطع من خلال

الصيغة العلّقة الاعتباريّة والإضافة الملكيّة الموجودة بينه وبين المال، ومن ثمّ لا يبقى

حقّ ليضاف إليه، إلّا ما ذكره الشيخ من عنوان الصدقة الجارية التي ينتفع منها الواقف، فإنّ

كلامه صحيح لا غبار عليه، فالبيع بما أنّه يعدّ مقوّتاً لهذه الصدقة، يعتبر قاطعاً للوقف

ومانعاً من موانع دوام الصدقة الجارية.

وأما دعواه: من أنّ حبس العين وتسبيل المنفعة يجعل للواقف حقّاً في المال

الموقوف، بمثل حقّ الرهانة بين الراهن والمرتهن وحقّ التحجير.

فهي دعوى ممنوعة، واضحة البطلان، لانقطاع العلاقة الحقيقيّة والملكيّة بين المالك

والعين الموقوفة بعد تحقّق الوقف.

٢- وأمّا حقّ الله - سبحانه وتعالى -

فإنّه أيضاً أمرٌ لا يمكن تصوّره في المقام؛ لأنّ المراد من قيام العلاقة معه سبحانه لا

يخلو:

إمّا أن يُراد منها قيام العلقّة الإضافيّة الاعتباريّة بين الله سبحانه وبين المال، فهو ممنوع إلّا في موارد خاصّة قام الدليل عليها، كما في الخمس، حيث دلّ قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾^(١) على مثل تلك العلقّة، أمّا في الوقف فلا دليل عليها.

وأما أن يراد منها أن الوقف يقلب المال المملوك إلى صدقة، ومن هذه الجهة يعدّ متعلّقاً لحقّ الله سبحانه، فهو أيضاً ممنوع، لأنّ الواقف لا يملك ماله الله سبحانه وتعالى من خلال الصيغة، بل تمليك بالله وفي سبيل الله ولأجل التقرب إليه سبحانه، وإلّا فإنّه لو حصلت إضافة مالكيّة بين المال الموقوف وبين الله سبحانه وتعالى، لاستحال التعامل على أموال الفقراء والصدقات من بيع وشراء وإجارة، وهذا ما لا تريد في بطلانه. فإذاً هناك فرق بين التملك لله والتمليك بالله وفي سبيل الله.

ولعلّ أدقّ ما قيل في بطلان هذا الحقّ المزعوم، ما صرّح به المحقّق النائيني بقوله: «وأما حقّ الله تعالى فليس له حقّ على الواقف في مقابل الحكم، نظير الحقّ المتصوّر في باب الزكوات والأخماس، نعم المتصوّر في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم الشرعيّ التبعديّ بوجوب صرف الوقف فيما عيّنه الواقف، ومن المعلوم أنّ الحكم مغاير مع الحقّ فالتعبير عن الحكم بالحقّ لا يخلو عن مساهلة»^(٢) «(٣)».

وبالجملة: لا دليل على ثبوت الحقّ للواقف ولله سبحانه في العين الموقوفة ومن المعلوم توقف ثبوت الحقّ على الاثبات وليس هناك ما يثبت لهما ذلك.

٣- وأما حقّ البطون المتأخّرة

فناقشه المحقّق الخراساني بقوله: «وأما البطون اللاحقة، فلو سلّم كون العين فعلاً متعلّقة لحقّها، فإنّما يكون مانعاً عن بيعها على أن يكون الثمن ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم، لا على أن يكون الثمن كالثمن متعلّقاً لحقوقها، إذا كان البيع صلاحاً

(١) سورة الأنفال ٤١.

(٢) المكاسب والبيع للأملي ٣٨١/٢.

(٣) العقد النضيد ٤/ (٥٢٣-٥٢١).

للووقف»^(١).

مراده: يمكن توضيح مراده بتمثيله بباب الرهن، «حيث التزم المشهور بعدم جواز بيعه، في قبال من ذهب إلى جوازه، وإن لم يأذن به المرتهن، لعدم منافاة البيع مع حق المرتهن، لانتقال حقه إلى ذمة المشتري، وله استنقاذ حقه من العين. وكذلك الحال في باب الوقف، فإن بيع الوقف إذا كان سبباً لزوال حق البطون اللاحقة كان منافياً له، وأما إذا قلنا بجواز بيعه فيما لو خربت العين الموقوفة، فإن الحق يبقى ثابتاً دون أن يبطل بل ينتقل من المثلث إلى الثمن»^(٢).

ويرد عليه: «أن الحق الثابت لهم من خلال الوقف حقان: حق متعلق بخصوص العين، وحق متعلق بمالية العين، وبالرغم من أن البيع لا يتعرض لحقهم الثاني المتعلق بمالية العين الموقوفة، إلا أنه يزيل حقهم الأول المتعلق بذات العين، ومن هذه الجهة يعد البيع مضيئاً لحقوق البطون اللاحقة، فيكون باطلاً»^(٣).

وتبع المحقق الإصفهاني أستاذ الخراساني في النقاش وقال: «إن مالكية البطون اللاحقة ليست مالكية فعلية في عرض مالكية البطن السابق، لا استقلالاً ولا اشتراكاً، لاستحالة ملكيتين فعليتين لتمام العين في زمان واحد، ولعدم استحقاق البطون اللاحقة لبعض منافع العين في غير زمانهم، وليست مالكية فعلية طويلة، لاستحالة المالكية الفعلية للبطن اللاحق للعين في زمانه، بداهة أنه اعتبار لغو لا يصدر من عاقل فضلاً عن الشارع إذ ليس الملك الاعتباري إلا ما يتقوم به الاعتبار، فالاعتبار الفعلي للمالكية في زمانه غير معقول.

فلا محالة تكون مالكية البطون اللاحقة شأنية، وليس الملك الشأني سنخاً من الملك في قبال الملك الفعلي؛ ليكون أمراً محققاً يمنع عن تصرف البطن السابق، بل ليس له إلا شأنية الوجود، لتامة سببه الشرعي، وعدم الفعلية مستند إلى عدم البطن اللاحق

(١) حاشية المكاسب / ١٠٧.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥٢٣.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٥٢٨.

الذي يقوم به الملك، والملك الانشائي وإن كان محققاً، إلا أنه لا ربط له بالملك الاعتباري الذي يتسبب إليه بالوجود الانشائي كما مرّ مراراً....
وعليه فليس بالنسبة إلى البطون اللاحقة ملك فعلي يمنع عن تصرف المالك بالفعل، ولا حقّ اعتباري مجعول من قبل الواقف، ولا من قبل الشارع، بل الموجود سبب إنشائي تام غير مؤثر في مالكية البطون اللاحقة»^(١).
أقول: بالنسبة إلى حق البطون المتأخرة لا بدّ أن نبحت عنه في مقامي الثبوت والإثبات.

وأما مقام الثبوت

فالبحت فيه يتوقف على إمكان ملكية المعلوم وعدمه وفيه قولان: «١- ذهب المشهور إلى أنه لا يمكن تصوير الملكية الفعلية للمعلوم من جميع النواحي، وقد صرح بذلك [الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) والقاضي في المذهب^(٤) وابن إدريس في السرائر^(٥) والمحقق في الشرائع^(٦) و] العلامة في عدد من كتبه^(٧)، والمحقق الثاني في جامع المقاصد^(٨)، وكذلك الشهيد الثاني^(٩)... ومنهم صاحب الجواهر، ولعلّ تصريح المحقق الإصفهاني [بما معناه]: «أن مالكية البطون اللاحقة ليست مالكية فعلية ولا يمكن تصوّرها، بل هي مالكية شأنية، وهي ليست إلا إنشاء الواقف وتسبب الوقف للبطن

(١) حاشية المكاسب ٨٢/٣.

(٢) النهاية ٦١٥.

(٣) المبسوط ١٤/٤.

(٤) المذهب ١٠٩/٢.

(٥) السرائر ٢١٢/٣.

(٦) الشرائع ١٩٩/٢.

(٧) منها: تذكرة الفقهاء ٧٣/٢١، قواعد الأحكام ٤٤٨/٢.

(٨) جامع المقاصد ٤١/١٠.

(٩) المسالك ٢١٥/٦.

المتأخّر من خلال الصيغة» ليس إلّا صدق لما صرح به [صاحب الجواهر] في كتاب الوصيّة، حيث قال في الفصل المتعلّق بالموصى له: إنّ «المعدوم ليس له أهليّة التملّك ولا قابليّته، ضرورة كون الملك من الصفات الوجوديّة التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصور قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، وما ثبت في الوقف من صحّته على المعدوم تبعاً للموجود، إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلّة التامّة في ثبوت الملك له، لأنّه مالك حال عدمه، وإلّا كان وجوده كاشفاً عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر وهو معلوم البطلان»^(١).

٢- ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه لا محذور ثبوتاً لفرض الملكيّة للمعدوم، واستندوا في ذلك إلى موارد فقهيّة أثبت فيها الشارع ملكيّة المعدوم، ولعلّ بعضها معدومة من ضروريّات الفقه، كبيع الثمرة الموجودة مع ثمرة السنة القادمة المعدومة خلال صفقة واحدة، وكذلك إجارة المنافع الحاصلة مستقبلاً والمعدومة فعلاً، فإنّ الملكيّة المفروضة في هذه الموارد إنّما هي ملكيّة معدومة يقوم أحد الأطراف بالتعامل عليها وبيعها وتمليكها للمشتري، ومن المعلوم أنّ الأحكام العقليّة آتية عن التخصيص، فإنّ الملكيّة التي هي إضافة إلى طرفي المعاملة من المالك والمملوك، لو أمكن تحقّقها بمعناها المفعولي بالنسبة إلى المعدوم، لأمكن تحقّقها بمعناها الفاعلي بالنسبة إلى المالك، للملازمة العقليّة القائمة بين ملكيّة المعدوم والمالك.

وبعبارة أخرى: بعد ما ثبت شرعاً إمكان ملكيّة الأعيان والمنافع المعدومة، فإنّه يثبت بالنسبة إلى المالك أيضاً بحكم البرهان والضرورة.

مستند الشهور في حكمهم بعدم إمكان وقوع المعدوم طرفاً للإضافة، إلى أنّ المعدوم لا يمكن الإشارة إليه، وما لا يمكن الإشارة إليه لا مجال لتخصيص الشيء به وتمليكه إيّاه.

(١) الجواهر ٢٩/ ٧٥٩ (٢٨/ ٣٦٣).

والجواب، أمّا كبرورياً: فإنّ ما استند إليه في نفي الإضافة عن المعدوم، إنّما هو مختصّ بالمعدوم المطلق دون المعدوم بالإضافة، وهو المعدوم بالفعل الذي سيوجد لاحقاً، وذلك لأنّ المعدوم المطلق لا وجه له ولا عنوان: أمّا المعدوم الإضافي فإنّ له عنوان يمكن من خلاله الإشارة إليه، وقابلاً لأن يصبح موضوعاً يتعلّق به الأحكام. وأمّا صغورياً: فإنّه لا شكّ في صحّة الحكم على العنوان الذي يتحقّق معنونه لاحقاً، كصدور الحكم فعلاً في هذا اليوم على المعنون الذي يتحقّق غداً، وهو معدوم الآن لكنّه موجودٌ غداً، وما نحن فيه من تعلّق الوقف بالبطون اللاحقة من هذا القبيل، وكذلك الحال بالنسبة إلى بيع الثمرة وإجارة المنافع المستحدثة.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا نقضاً وحلاً ومن جهة الثبوت، إمكان جعل الأمر الاعتباري للمعدوم عقلاً، بل نفس التعبد الشرعي بذلك كاشفٌ عن إمكان تعلّق الإضافة بالمعدوم عقلاً وصحّته، لأنّ التعبد فرع على معقوليّة الشيء وصحّته^(١).

وأما مقام الاثبات

«فهو متوقّف على قيام الدليل، بمعنى أنّه في أيّ مورد قام الدليل على توجيه الخطاب إلى المعدوم، نحكم بصحّته وصحّة المعاملة عليه، كما في بيع الثمار وتمليك المنافع المستقبلية، وكذلك الحال بالنسبة إلى ملكيّة البطون المتأخّرة، فبعد عدم المانع ثبوتاً يكفي للحكم بصحّتها نفس الأدلّة على صحّة الوقف، فإنّ قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ [في صحّحة ربعي بن عبد الله]: «تصدّق بداره التي في بني زُرَيْق صدقةً لا تُباع ولا تُوهب... لخالاته ما عِشْنَ وعاش عقِبهنَّ»^(٢) دليلٌ إثباتي يدلّ على أنّه عَلَيْهِ السَّلَامُ لا حظّ المعدومين من أعقابهنّ من خلال عنوان حالاته الموجودات، فأوقف لهم وملّكهم وخصّهم بهذه الدار التي في بني زُرَيْق. بالتالي ثبت أنّه لا مانع من الحكم بتحقيق هذه الملكيّة. إنّما الكلام في أنّه هل يثبت للموقوف عليهم الحقّ من خلال هذه الملكيّة العنوانيّة

(١) العقد النضيد ٥٢٥/٤ و ٥٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨٧/١٩، ح ٤.

الشأنية أم لا؟

يمكن أن يقال: الحق يعني الاختصاص والإضافة الخاصة الحاصلة بين الطرفين، كالاختصاص والإضافة الحاصلة للمرتهن بالعين المرهونة، أو للسابق بمكان الصلاة [في المسجد]، ولا شك أن مثل هذا الاختصاص لا يتحقق إلا من خلال السبب، أمّا الملكية الحاصلة للبطلون اللاحقة من خلال إنشاء صيغة الوقف، لا يخلو حال المتصرف فيها بإزالة عنوان الوقف:

أمّا أن تصرفه لا يعدّ عند العقلاء تضيقاً عليهم، واعتداءً على أموالهم وحقوقهم، فلا ذم ولا مؤاخذه، لعدم تصرفه في حق يلام عليه.

وأمّا أن ذلك يعدّ عند العقلاء عملاً عدوانياً يؤخذ به ويدمّ لأجله، كما هو الحق، فإن موافقة الطبقة الحالية بالتصرف الذي يزيل ملكية البطلون اللاحقة، يعدّ عند العقلاء - من كلّ مسلكٍ وملةٍ وقومٍ - عملاً مذموماً ومؤاخذاً عليه، وكاشفاً عن ثبوت حق فعلي لم يرد عنه الشارع للبطلون اللاحقة، وبذلك تتم دعوى الشيخ من ثبوت الحق، ويبطل ما ذهب إليه المحقق الإصفهاني^(١) وغيره من إنكار ثبوت الحق^(٢).

فذلكة القول

ثبت مما ذكرنا أن المانع عن صحة بيع الوقف هو تعلّق حق الموقوف عليهم من البطلون المتأخرة بالعين الموقوفة، مضافاً إلى ورود الروايات المانعة عن بيع الوقف التي مرّ بعضها. والله العالم.

مقالة المحقق الإصفهاني في تصحيح بطلان بيع الوقف وتاماميتها

قال: «نعم يمكن القول بالمانع من التصرف الناقل لعدم مقتضى تام للمتصرف، لا لمانعية حق البطن اللاحق، توضيحه:

إنّ ملكية كلّ بطنٍ إن كانت ملكية فعلية مرسلّة مطلقة كانت مصححة للبيع الذي

(١) حاشية المكاسب ٨٢/٣.

(٢) العقد النضيد ٥٢٧/٤.

هو تمليك مرسل مطلق، وإن كانت ملكية محدودة مؤقتة فهي غير مصححة للتمليك المطلق المرسل، إذ ليس للبائع ما لا بد منه في تحقق البيع منه...»^(١).

مراده: «أن حقيقة البيع هي التملك المرسل المطلق، وهو يتم فيما لو كان المملك قادراً عليه، وذلك إذا كانت ملكيته مطلقة، وأما إذا كانت محدودة مؤقتة فهو عاجز عن تحققه، وما نحن فيه من قبيل الثاني إذا أن ملكية كل بطن محدودة بفترة معينة، فالمالك الأول مالك إلى حين انقراضه، وحينذاك يملكه البطن الثاني وهكذا، وبالتالي فبطان البيع إنما هو من جهة عدم الاقتضاء لا قيام المانع»^(٢).

أورد عليه: «أولاً: بأنه كما أن الوقف تمليك محدود، فما المانع أن يقع البيع على نحو التملك المحدود.

وثانياً: لو سلمنا عدم صدق البيع على التملك المحدود، فإن المشكلة ترتفع فيما لو قام البطن الموجود بتمليك العين تملياً مرسلاً مطلقاً، لكن بشرط انفساخ البيع عند انقراض البطن الموجود.

وثالثاً: لو سلمنا وتنزلنا عنهما، فإن غاية ما يتحقق من خلال تصرف البطن الموجود، هو وقوع البيع الفضولي؛ لأن الطبقة الموجودة قد باع ما لا يملك، فيتوقف صحة البيع وتحقق الملكية المرسل على إجازة الطبقة اللاحقة»^(٣).

ويمكن أن يجاب عن الإيراد الأول: «أن توجيه مثل هذه المناقشة إلى كلام المحقق الإصفهاني لا يخلو عن الغرابة، لأن المحقق الإصفهاني حينما استعرض الأدلة الواردة في بابي الوقوف والصدقات على الطبقات والبطون، لاحظ أن جميعها تفيد ثبوت الملكية المحدودة، ومن ثم يناقش مناقشة إثباتية وليس بثبوتية، ويقول مع قيام هذه الأدلة الدالة على التملك المحدود، كيف يمكن فرض تحقق البيع غير المحدود، بمعنى أن من يملك ملكية محدودة كيف يتسنى له القيام بالبيع المطلق، وتمليك المال الموقوفة

(١) حاشية المكاسب ٨٣/٣.

(٢) العقد النضيد ٥٢٨/٤.

(٣) العقد النضيد ٥٢٩/٤.

للمشتري تملكاً مطلقاً؟! وعليه فقياس البيع المحدود بالوقف قياس مع الفارق، وباطل ثبوتاً وإثباتاً؛ لأن ملكية الواقف على العين ملكية مطلقة غير مقيدة لكن ملكية الموقوف عليه محدودة ومقيدة، حيث يملك الواقف الطبقة الأولى جزءاً من الملكية، ويعطي الطبقة الثانية جزءها الآخر، وهكذا بالنسبة إلى بقية البطون، وبالتالي ليس في استطاعة المالك المحدود ملكيته القيام بالبيع المطلق المرسل، فضلاً عن أن عمله فاقد لدليل الاعتبار.

عن الإيراد الثاني: إن الحكم فيه يتوقف على ملاحظة النتيجة الحاصلة من البحث عن أمرين: أ: هل يجوز البيع بشرط الانفساخ، ب: وهل يعد مثل هذا الشرط في ضمن العقد سائغاً؟

أ: لا شك في قيام الأدلة على صحة البيع بشرط الخيار، وأما بيع المال مشروطاً بأن ينفسخ البيع بنفسه في فترة معينة، فهذا ما نبحت عن حكمه في بحث الشروط، ونبحث خلاله عن مدى تأثير الشرط في فسخ المعاملة، ومختارنا أنه لا مجال للحكم بصحة هذا الشرط، لأنه شرط النتيجة وليس بشرط الفعل، وبالتالي فشرط انفساخ العقد في الوقت المعين باطل.

ب: ولو سلمنا صحة البيع بشرط الانفساخ، فإن من ضروريات الفقه توقف صحة كل شرط على صحة المشروط، أي يجب أولاً صحة العقد بتمامية اقتضائه وارتفاع موانعه، ليصل الدور ثانياً إلى البحث عن حكم الشرط في ضمنه، وفي المقام فإن المشروط بنفسه ممنوع، لأنه تملك مطلق ممن له الملكية المحدودة، وبالتالي فأصل العقد فاقد لاقتضاء الصحة، ولا يبقى بعده شرط البحث عن حكمه.

ج: هذا فضلاً عن أن الإشكال المذكور دوري، لأن المستشكل يحاول تصحيح البيع الصادر من المالك المحدود بشرط الانفساخ، فصحة المشروط متوقفة على صحة الشرط وبالعكس، وهذا دور واضح.

وعن الإيراد الثالث: ثبت في بحث الفضولي أن الإجازة تكون مصححة فيما لو صدرت ممن له حق إصدارها، وفي قضية الوقف فإن ملكية جميع الطبقات تكون

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٢٣٣

محدودة غير مطلقة، وبالتالي فلا يصحّ صدور الإجازة المطلقة ممّن له الملكيّة المحدودة»^(١).

فذلكة الكلام إلى هنا

فقد ظهر ممّا سردناه عليك تمامية أدلة حرمة بيع الوقف بالوجه التالية:

١- الوقف يتنافى ذاتاً مع البيع فالجمع بينهما جمعاً بين المتنافيين.

٢- النصوص الخاصة الدالة على بطلان بيع الوقف.

٣- بيع الوقف يتنافى مع حق بطون الموقوف عليهم المتأخرين.

٤- ما أفاده المحقّق الإصفهاني رحمته الله في تصحيح بيع الوقف. والله العالم.

هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع

الخارجي فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟

ذهب الشيخ الأعظم ^(٢) إلى الثاني «حيث ذكر أنّ مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه

الدوام والمنع عن المعاوضة، إلّا أنّه قد يعرض ما يجوّز مخالفة الإنشاء، ثمّ تنظره بالرجوع في الهبة الجائزة المنافي لمقتضى العقد وسلطنة الموهوب له على العين الموهوبة»^(٣).

ولكن ذهب جدي الشيخ جعفر رحمته الله إلى الأوّل وقال ما نصه: «أنّ البيع واشباهه

ينافي حقة الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكية، لثبوتها فيه على المشهور أو لأنّ نفي المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً فيكون كالإبطال للمملوك»^(٤).

وتبعه نجله خالي الشيخ حسن رحمته الله وقال: «لمنافاة النقل لحقيقة الوقف المتلقّى عن

الشارع لأخذ الدوام فيه وكونه حبساً للعين المنافي لنقلها فيكون كالإبطال للمملوك...»^(٥).

(١) العقد النضيد ٥٢٩/٤ و ٥٣٠.

(٢) المكاسب ٣٦/٤.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١٣٩/٣.

(٤) شرح القواعد ٢٢٣/٢ و ٢٢٤.

(٥) أنوار الفقهاء ٢٨٤/٥.

وتابعهما صاحب الجواهر^(١) وقال: «والذي يقوى في النظر - بعد إمعانه - أن الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضادّ، نعم إذ بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع»^(٢).

اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده

واعترض عليهم الشيخ الأعظم^(٣) بما حاصله: «إن أرادوا من بطلان الوقف انتفاء بعض آثاره، وهو عدم جواز البيع، فيثبت الجواز، لأنّ نفي النفي إثبات، فيكون جواز البيع مشروطاً بجوازه، وهو ممّا لا محصل له، لرجوعه إلى اتّحاد الشرط والجزاء، فضلاً عن احتياجه إلى النظر أو إلى إمعانه.

وإن أرادوا انتفاء أصل الوقف ورجوعه إلى ملك الواقف أو الموقوف عليه، فهو مخالف للإجماع؛ إذ لم يقل أحد من مجوّزي بيع الوقف بعوده ملكاً عند طرؤ أحد المسوّغات، ولم يجوز أحد التصرف فيه حينئذٍ كالتصرف في بقيّة الأموال بأن يهبه إلى أحد أو يرهنه، وقد صرح المحقّق [الثاني] في جامع المقاصد^(٤) بالمنع عن رهنه وإن بلغ حدّاً يجوز بيعه معللاً باحتمال زوال مسوّغ البيع عند إرادة بيعه في استيفاء الدين، وكذا لم يقل أحد بانتقاله إلى الوارث بعنوان الإرث إذا لم يبع إلى أن زال المسوّغ بل يحكم بوقفيّته، مع أنّ طرؤ المسوّغ لو كان موجباً لبطلان الوقفيّة احتاج رجوعه إلى الوقفيّة ثانياً إلى إنشاء ثان.

ثم اختار بعد ذلك أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهوم الوقف، فمعنى جواز بيعه ثبوت الولاية للبائع على تبادل أموال البطلون اللاحقة أو جعل الشارع له حقّ إبطال الوقف»^(٥).

(١) الجواهر ٢٣/ ٥٧٦ (٢٢/ ٣٥٨).

(٢) المكاسب ٣٧/ ٤.

(٣) جامع المقاصد ٥١/ ٥.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٣٩ و ١٤٠.

وتبعه المحقق النائيني.^(١)

أقول في النزاع بين المشايخ الثلاثة والشيخين الجليلين: «إن أرادوا بطلان الوقف أحد المعنيين المذكورين، أعني انتفاء بعض آثاره وهو عدم جواز بيعه، أو بطلان الوقف رأساً، فالأمر كما أفاده [الشيخ الأعظم]، لا يمكن الالتزام بشيء منهما. إلا أنه من المحتمل أن يرادوا به معنى آخر، وهو بطلان الوقف من حيث إيقافه عن البيع، فإن الوقف - كما عرفت - عبارة عن سكون العين الموقوفة وإسقاطها عن قابلية الانتقال بكل نحو من أنحاءه، وقد أمضاه الشارع إلا من جهة البيع عند طرؤ المسوّغ ما دام باقياً، فمعنى بطلان الوقف عدم إمضاء الشارع لما أنشأه الواقف، لكن لا مطلقاً ليبطل الوقف رأساً، بل من تلك الحيثية فقط. وعدم امضاءه من بعض الحيثيات لا يستلزم عدم امضاء ما أنشأه الواقف رأساً كما هو واضح.

والالتزام بالبطلان بهذا المعنى لا بد منه؛ فإن إمضاء الشارع لحبس الوقف من جميع الجهات منافٍ لتجوز الانتقال بالبيع أحياناً، فما ذكروا من أن بقاء الوقف وجواز البيع من التضاد أمر تام، إلا أن بطلان الوقف ليس من جميع الجهات لتلزم المحاذير المتقدمة، بل يكون البطلان من جهة البيع مادام المسوّغ موجوداً. وعليه لا يلزم عود الوقف ملكاً ولا انتقاله بالارث ولا جواز التصرف فيه بغير البيع من أنحاء التصرفات، ولا يجوز رهنه ولا غير ذلك»^(٢).

مقالة المحقق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها قال: «لا ثمة لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع قبل عروض المجوّز، وعلى جواز البيع بعد عروضه ثم دوامه بدوام المجوّز وارتفاعه بارتفاعه.

نعم: لو كان ارتفاع الجواز بارتفاع المجوّز من محل الخلاف، وكان مبنياً على كون صفة الوقفية مستمرة إلى زمان البيع، لا إلى زمان عروض المجوّز، وإلا لم يعد إلى المنع

(١) منية الطالب ٢/ ٢٧٨.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٤/ ١٤٠ و ١٤١.

بارتفاع السبب؛ لأنَّ سبب المنع الأوَّلِيَّ - وهو الوقف - قد ارتفع بعروض المجوَّز، ولم يحدث وقف آخر كان لهذا البحث مجال، إلَّا أنَّه لا وجه لارتفاع جواز البيع بارتفاع السبب المجوَّز حتَّى على القول ببقاء صفة الوقف ما لم يتحقَّق البيع، فالقولان لا يختلف في هذا الأثر.

والوجه في ذلك أمَّا على القول بالخروج عن صفة الوقف بمجرد جواز البيع فواضح، وقد أشرنا إليه، وأنَّه لا مقتضى للدخول فيها ثانياً، وأمَّا على القول بعدم الخروج إلَّا بالبيع فعلاً فلأنَّ صفة الوقف وإن كانت محفوظة ما لم يتحقَّق البيع إلَّا أنَّ دليل حرمة البيع - أعني: دليل الوقف - لا عموم فيه أزمانى كدليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، فإذا انقطع استمراره الأزمانى الناشي من الإطلاق بدليل جواز البيع عند الأسباب الخاصَّة بطل التمسك به، ولا يرجع إليه حتَّى بعد زمان ارتفاع تلك الأسباب، وكان المحكَّم استصحاب حكم المخصَّص، أعني، جواز البيع»^(٢).

مراده: «جواز البيع بعد زوال المسوَّغ على التقديرين، سواء قلنا بطلان الوقف أم لم نقل به، أمَّا على الثاني فلأنَّ إطلاق دليل المنع عن بيع الوقف قد خصَّص في زمان تحقُّق المسوَّغ، وبعد زواله لا يمكن الرجوع إلى عموم المنع، لأنَّه حكم مستمرٌّ وقد انقطع، وعوده يحتاج إلى دليل آخر، فيستصحب بقاء حكم المخصَّص، وهو جواز البيع، فمن هذه الجهة لا يترتَّب أثر عملي على القول بطلان الوقف بطرؤ المسوَّغ وعدمه»^(٣).

ولكن يرد عليه: «الحق عدم جواز البيع بعد زوال مسوَّغ البيع. أمَّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المورد من موارد التمسك بالعام دون المخصَّص، وذلك لأنَّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً لما قبل طرؤ مسوَّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقي من المتقدِّم على طرؤ المجوَّز والمتأخَّر منه تحت العام، وقد ذكرنا في بحث الأصول أنَّ الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية في كونها مشمولة لعموم العام وقد ذكرنا

(١) سورة المائدة ١/.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٤٤٠.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١٤١/٣.

في ذلك البحث أنه لا فرق بين العموم الأفرادي الاستغراقي كما في المقام وبين العموم المجموعي من حيث التمسك بالعام دون المخصّص، وبديهي أنّ المقام من قبيل العام الاستغراقي لأنّ كلّ فرد من أفراد البيع محكوم بالبطلان سواء الأفراد الواقعة قبل طرؤ المسوّغ أو بعد ارتفاعه، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام نتبعه وأمّا غيره فيكون مشمولاً لعموم العام، وليس هذا كلّهُ إلّا من جهة حجّة الظهور وكونه مطابقاً للارادة الجدّية، وكذا الكلام لو قلنا ببطلان الوقف لأنّ المراد ببطلان الوقف ليس هو خروج الشيء عن الوقفية وعوده إلى ملك الواقف، وليس مرادنا أيضاً كونه طلقاً للموقوف عليهم، بل مرادنا من البطلان ما ذكرناه من مقالة عدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف أي جهة المنع عن بيعه فقط، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثمّ شككنا بعد زوال العذر في جواز بيعه وعدمه نتمسك بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه في الأوّل، وليس المورد من موارد التمسك بالمخصّص لما ذكرناه من أنّه لا فرق بين العموم الاستغراقي والمجموعي، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقاً للارادة الجدّية للمتكلّم إلّا بالمقدار المعلوم، وليس المقدار المعلوم إلّا حالة وجود المسوّغ ومجوّز البيع، وأمّا بعد زواله فلا.

مضافاً إلى أنّه لو سلّمنا بطلان الوقف وكونه ملكاً طلقاً للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسك بالمخصّص بل لا بدّ من التمسك بعموم أدلّة الامضاء، لأنّ ما أنشأه الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضى كذلك، وقد خرجنا عنه في صورة عروض المسوّغ وأمّا بعده أو قبله فنتمسك بدليل الامضاء ولو كان مجموعياً متكفلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذي ذكرناه فيما تقدّم، فما ذكره وادّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشيء على وقفيته إذا لم يبيع بعد عروض المجوّز حتّى زال هو مقتضى القاعدة^(١).

ثمّ بعد ما ظهر من بطلان بيع الوقف وأنّ الأصل الأولي فيه عدم جواز بيعه فيقع

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٦٠ و ٢٦١.

الكلام في الجهتين:

الجهة الأولى: الخروج الموضوعي عن هذا الأصل الأولي وهو عدم جواز بيع الوقف

بمعنى أي وقف يجوز بيعه عند طرؤ المسموغ وأي وقف لا يجوز بيعه؟
وقع الخلاف بين الأصحاب في ذلك على أقوال:

القول الأوّل: ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقاً وعدم الخروج من عموم المنع أصلاً وهو الظاهر من الحلبي^(١) وإدريس^(٢) وقواه الشهيد^(٣) ولكنّه لم يذهب إليه لكونه نادراً.

القول الثاني: جواز البيع مطلقاً، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنّما يقول في غير المساجد والمشاهد.

القول الثالث: جواز البيع في الوقف المنقطع وعدم جوازه في الوقف المؤبّد وهو المحكي عن القاضي^(٤).

والمراد بالوقف المنقطع: هو الوقف «على طائفة خاصة من غير تقييد بزمان خاص وإلا فيكون حبساً الذي عبارة عن حبس العين مع كونها باقية على الملك وتسبيل المنفعة، ولكن حيث أنّه لطائفة خاصة ينقرض كثيراً بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الآخر»^(٥).

والمراد بالوقف المؤبّد: هو «الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة في النجف مثلاً ومع عدمهم لمطلق أهل العلم ومع عدمهم - وَالْعِيَاذُ بِاللّهِ - لفقراء الشيعة ومع عدمهم لأغنياء الشيعة وهكذا، فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم إلى الأبد ويبقى

(١) الكافي في الفقه / ٣٢٤ و ٣٢٥.

(٢) السرائر ٣ / ١٥٣.

(٣) الدروس ٢ / ٢٧٩.

(٤) المهذب ٢ / ٩٢.

(٥) مصباح الفقاهة ٥ / ١٦٤.

طبقة بعد طبقة وجيلاً بعد جيل»^(١).

القول الرابع: جواز البيع في الوقف المؤبد وعدم جوازه في الوقف المنقطع على عكس القول الثالث كما عليه الشيخ^(٢) وسالار^(٣).

ولعل من يقول بهذا القول يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف في المنقطع يعني أن المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

القول الخامس: جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه في نفس العين الموقوفة، مثلاً يجوز بيع حصر المسجد وفرشه وجدوعه وغيرها من الأجزاء والآلات التي سقطت عن الانتفاع في هذا المسجد بنحو من الانحاء وهو المحكي عن الاسكافي^(٤) وفخر المحققين^(٥).

القول السادس: عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز في غيرهما من أفراد الوقف.

ولكن هذا القول ليس تفصيلاً في الحقيقة لأنه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد فهذا القول يرجع إلى القول الثاني وهو الجواز مطلقاً ولكنّه في غير المساجد والمشاهد.

وبالجملة: بعد ارجاع القول السادس إلى القول الثاني تصير الأقوال في الجهة الأولى وهي الخروج الموضوعي عن الأصل الأولي عدم جواز بيع الوقف إلى خمسة والله العالم.

(١) مصباح الفقاهة ٥ / ١٦٤.

(٢) النهاية / ٥٩٩.

(٣) المراسم / ١٩٧.

(٤) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة ٦ / ٢٨٧.

(٥) إيضاح الفوائد ٢ / ٤٠٧.

ثم يقع الكلام في هذه الجهة الأولى في الوقف المؤبد
الوقف المؤبد:

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أنه على قسمين:

١- الوقف التمليكى: «ما يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم استتجاره وأخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق»^(٢).
وهو على أقسام:

أ: وقف وتمليك على البطون والأشخاص، وهذا تمليك للعين على نحو خاص.

ب: وقف على العناوين الكلية كالطلاب والعلماء والفقهاء أو بني هاشم، وهذا تمليك المنفعة.

ج: وقف على الجهات كان يوقف المال لعمل معين نحو طبع ونشر الكتب الدينية أو إقامة مجالس تعزية الحسين^(٣)، وهذا وقف للانتفاع به في الجهة الخاصة المنظورة عند الواقف.

٢- الوقف التحريري: «ما لا يكون ملكاً لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير كما في المساجد والمدارس والرُّبُط؛ بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة^(٤)، فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل»^(٥).

ولأن «المالك يقوم بفك العلاقة التي تربطه بالمال، ويحرره عن قيد الملكية والمملوكية، بمثل ما يحرر المالك عبده، ويعدّ المسجد وكذلك المشاعر من منى وعرفات

(١) المكاسب ٥٣/ ٤.

(٢) المكاسب ٥٣/ ٤.

(٣) منهم العلامة في القواعد ٢٦٩/ ١؛ والشهيد في الدروس ٢٧٧/ ٢؛ والفاضل المقداد في التنقيح

الرائع ٣١١/ ٢؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٦٢/ ٩؛ والشهيد الثاني في المسالك ٣٧٧/ ٥؛

والسيد الطباطبائي في الرياض ١٠٤/ ١٠.

(٤) المكاسب ٥٤/ ٤.

المتيقن من هذا النوع من الوقف، حيث يرفع الواقف قيد الملكية عن الأرض، فتتحرر من قيد ملكية البشر، غاية ما هناك أنه يثبت للمصلي حق الانتفاع من هذه الأرض بالصلاة عليها، ولذلك لو زالت قابلية المسجد عن الصلاة فيها لسبب من الأسباب، من الهدم أو وقوعه في الشارع العام فإنه لا تزول عن الأرض أحكام المسجديّة، بل تبقى مسجداً لا يحقّ للحائض الجنب المكث فيها.

أمّا بيعها وشراء مسجد آخر بثلثها، فإنه أيضاً غير جائز، لما سبق وإن ذكرنا أنّ حقيقة البيع إمّا «تمليك عين بمال» - كما التزم به الشيخ الأعظم - وإمّا «تبديل جهة الإضافة» - كما عليه المحقق النائي - وأمّا «جعل شيء بإزاء شيء» - كما عليه المحقق الإصفهاني - وعلى جميع التقادير يجب أن تكون العين فيها القابلية على تحمّل الإضافة الملكية أو ال حقبة أو طرفيتها للعلاقة، والمسجد فاقد لتحمّل هذه الأمور وبالتالي لا مجال لبيعه»^(١).

وهاهنا فروع لابدّ من البحث حولها:

الأوّل: حكم بيع المساجد

قال الفقيه المتتبع العاملي: «(ولو وقف مسجداً فخربت القرية أو المحلّة لم يجز بيعه) بلا خلاف من أحد إلّا من أحمد^(٢)، لأنّ وقفه بمنزلة تحرير العبد، ولبقاء الغرض المقصود منه من إعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلاة مسافر يمرّ به، مضافاً إلى الاستصحاب. وفي المبسوط^(٣) والشرائع^(٤) والتذكرة^(٥) والتحرير^(٦) والإرشاد^(٧)

(١) العقد النضيد ٥٤٧/٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة: في الوقف ٢٢٥/٦.

(٣) المبسوط: في الوقف ٣٠٠/٣.

(٤) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف ١٧٤/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوقف ٢٧٥/٢٠.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الوقف ٣١٦/٣.

(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف ٤٥٥/١.

والدروس^(١) والروض^(٢) وكذا المسالك^(٣) والكفاية^(٤) أنّ العرصة لم تخرج عن الوقف. وقيدته في الأخيرين بما إذا لم يكن في الأرض الخراجية. قال في المسالك^(٥) فإنّه ينبغي بطلان الوقف حينئذٍ بزوال الآثار بالكلية. نعم يتمّ هذا في المملوكة بالأصل لا تبعاً لآثار التصرف. ومن الغريب قوله في المفاتيح^(٦) كذا قالوه، وإنّما قاله قبله صاحب المسالك، وقد بيّنا في محلّه أنّه إذا بنى وتصرف بإذن الإمام أو نائبه ولو جائراً عموماً أو خصوصاً ملكاً ملكاً حقيقياً لا يزول ملكه ولو زالت الآثار، ولا فرق في ذلك بين المسجد والدار. وكذلك الحال فيما إذا باعه الإمام أو الجائر لمصلحة الجند، بل وكذا ما أقطعه وبنى فيه وتصرف. ولهذا أطلق هنا الأصحاب. ووافقهم على ذلك في الروضة^(٧). وفي قولهم صلوات الله عليهم^(٨) «إلى أن يرث الأرض ومن عليها» ما يدلّ على ذلك. ومن المملوك بالأصل ما صولح أهلها عليها وما ملكت بالأحياء، وهاتان حالهما حال أرض الخراج، فليتأمل.

قوله: (ولم يعد إلى الواقف) كما في الكتب المذكورة مع زيادة الخلاف^(٩) والسرائر^(١٠) واللمعة^(١١)

(١) الدروس الشرعية: في عدم جواز الرجوع في الوقف ٢٧٨/٢.

(٢) لا يوجد لدينا كتابه.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف ٣٩٧/٥.

(٤) كفاية الأحكام: في أحكام الوقف ١٩/٢.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف ٣٩٧/٥.

(٦) مفاتيح الشرائع: في انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه ٢١٣/٣.

(٧) الروضة البهية: في الوقف ١٨٦/٣.

(٨) وسائل الشيعة ٢٠٢/١٩، ح ٤، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات وفيه:

«حتى» بدل «إلى».

(٩) الخلاف: في أحكام الوقف ٥٥٠/٣، المسألة ٢١.

(١٠) السرائر: في أحكام الوقف ١٦٧/٣.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الوقف ١٠٥/.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٢٤٣

وجامع المقاصد^(١) والروضة^(٢). وفي الخلاف والسرائر لأن ملكه قد زال بلا خلاف فلا يعود إلّا بدليل.

ولم يخالف في ذلك إلّا محمّد بن الحسن^(٣)، قال: إنّ المسجد يرجع إلى ملك الواقف إذا خربت القرية قياساً على كفن الميّت فإنّه يعود إلى الورثة، والجامع استغناء المسجد على المصلّين كاستغناء الميّت عن الكفن وتعذر المصرف في الموضعين^(٤). وفيه: أنّا نمنع القياس والجامع، أمّا الأوّل فلأنّ الكفن ملك لهم في الأصل لأنّ التركة تنتقل إلى الورثة بالموت وإنّ وجب صرف بعضها في التكفين، وأمّا الثاني فلأنّ الفارق موجود وهو عدم رجاء عود الميّت بخلاف المسجد لجواز عمارة القرية وصلاة مسافر^(٥).

وأجاب في الجواهر بعد الاعتراف في عدم وجدان الخلاف في عدم خروج عرصة المسجد عن المسجدية عن مقالة الشهيد الثاني حيث فصل بين الأراضي المفتوحة عنوة وغيرها وحكم بخروجها عن الأوّل دون الثاني بقوله: «قد أشرنا في كتاب البيع^(٦) إلى خروج ذلك بالسيرة القطعية على اتّخاذ المساجد فيها وإجراء حكمها عليها من غير مدخلية للآثار في ذلك؛ ضرورة اقتضاء المسجدية الدوام والتأبيد، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديّتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجداً حينئذٍ أولى، وإن كان هو مردوداً بالسيرة القطعية بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوقف ٨٢/٩.

(٢) الروضة البهية: في الوقف ١٨٦/٣.

(٣) هو محمّد بن الحسن بن فرقد الشّيباني مولا هم الحنفي، أحد صاحبي أي حنيفة اللّذين نشرّا مذهبه في الآفاق وربّما خالفاه في جملة من المسائل، والآخر أبو يوسف القاضي.

(٤) راجع المغني لابن قدامة: في الوقف ٢٢٦/٦.

(٥) مفتاح الكرامة ٢١/ (٧٢٨-٧٣٠).

(٦) انظر ما ذكره في الجواهر ٥٦٢/٢٣ ٣٤٩/٢٢.

مساجد العراق ونحوه، وغيرها من المفتوحة عنوة»^(١).

وقال الشيخ الأعظم: «... فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارّة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجدٍ آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد»^(٢).

مقالة الجدّ الشيخ جعفر^{عليه السلام}

ذهب الجدّ الشيخ جعفر كاشف الغطاء^{عليه السلام} إلى عدم صحة بيع عرصة المسجد والاقواف العامة مطلقاً لا لعدم تمامية الملك بل لعدم أصل الملك، بدهاة أنّه بعد جعله محرّراً لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أعتق وصار حرّاً ولكنّه^{عليه السلام} قال: «... ومع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجّر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجداً مثلاً، وإحكام السجلات لئلا تغلب اليد فتقضي^(٣) بالملك دون الوقف المؤبد. وتُصرف فائدها فيما يُماثلها من الأوقاف، مقدّماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً. ومع التعارض فالمدار على الترجيح^(٤). وإن تعذّر صُرفت إلى غير المماثل كذلك. فإن تعذّر صُرفت في مصالح المسلمين. هذا حيث لا تكون من المفتوحة عنوة. وأمّا ما كانت منها؛ فقد سبق أنّها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين»^(٥).

وتبعه نجله الفقيه الشيخ حسن وقال: «فإن كان الموقوف أرضاً، وجب إبقاؤها بحالها مهما أمكن الانتفاع بها على تلك الحال الموقوفة عليها من دار أو حَمّام أو مسجد. وإن عرض لها عدم الإمكان بحيث حصل اليأس من الانتفاع بها بتلك الجهة، أجرها المتولّي في جهةٍ أخرى، متحرّياً للأقرب فالأقرب، كالانتقال من الدار إلى الخان ومنه إلى الحَمّام ومنه إلى الزراعة، محافظاً على الآداب اللازمة للمسجديّة لو كانت

(١) الجواهر ٢٩/ ٢٣٢ (٢٨/ ١٠٧).

(٢) المكاسب ٥٤/ ٤.

(٣) المكاسب ٥٥/ ٤ - عند حكاية العبارة -: (فَيُقْضَى).

(٤) في: المكاسب ٥٥/ ٤ - عند نقل العبارة -: (الراجع).

(٥) شرح القواعد ٢/ ٢٢٠ و ٢٢١.

مسجداً، فينتقل منه إلى إيجارها للأعمال المشابهة للعبادة الخالية عن تلويثها بالنجاسة، وتُصرف أُجرتها ونماؤها فيما ماثلها من الأوقاف، فإن تعذر المماثل صُرفت في غيره، فإن تعذر غيره من الموقوفات العامة صُرفت في مصالح المسلمين. هذا إن كانت الأرض من غير المفتوحة عنوةً أو منها وبقيت آثار التصرف، وإلا عادت عند خرابها للمسلمين كافة»^(١).

وقال الشيخ الأعظم: «وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها - كما تقدّم عن بعض الأساطين - أو بدونه»^(٢).

المحقق الإصفهاني أيّد مقالة الشيخ جعفر عليه السلام وقال: «وأما المسجد فمختصر القول فيه: إن للمسجد حيثيتين:

حيثية المسجدية وجعل الأرض، أو مع بنائه مسجداً قولاً أو فعلاً، بحيث يترتب عليه أحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب إزالة النجاسة عنه إلى غير ذلك من الواجبات والمستحبات، وحيثية كونه وقفاً عاماً وأنه حبس يتضمن فك الملك، ويجوز للمسلمين الانتفاع به في الصلاة ونحوها.

وقد عرفت سابقاً القول بانفكاك إحدى الجهتين عن الأخرى فيما إذا وقف أرضاً للصلاة فيها، فأئنه وقف لا يترتب حكم المسجد عليه، بل حكم الوقف العام.

ومن البين أن حيثية المسجدية وكون شخص الأرض بيتاً لله تعالى متقومة بشخص هذه الأرض عينها، وأحكام المسجدية أحكام عين هذه الأرض لا أحكام لها بما هي مال محفوظ في ضمن أرض أخرى، فلذا لا ينفك أحكام المسجد عنه، ولا يجوز بيع المسجد بما هو مسجد.

وأما بعض الأحكام الأخر الثابت للوقف العام الذي لا يكون منافياً للمسجدية

(١) أنوار الفقاهة ٥/ ٢٨٥.

(٢) المكاسب ٤/ ٥٨.

فالمقتضي له موجود والمانع عنه مفقود، كاجارته للزراعة ونحوها متحفظاً على الآداب المخصوص بها المسجد، كما في كلام كاشف الغطاء رحمته الله المنقول في المتن، فإنه حيث يتوقف حفظ هذا الوقف على إجارته لصرف الأجرة في تعميره مثلاً أو في إحداث مسجد آخر، والمفروض عدم منافاته للمسجدية حيث إن المفروض عدم التمكن من الانتفاع به في الصلاة أو عبادة أخرى فلا منافي للانتفاع به في الزراعة ونحوها، فالمقتضي للاجارة - وهو حفظ الوقف - موجود، والمانع - من حيثية المسجدية - مفقود»^(١).

ولكن اعترض السيد الخوئي رحمته الله على الجدّ

وقال: «وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه لأنّه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكاً لأحد، والاجارة تقع في ملك من؟ بعد ما فرضنا أنّه لا مالك له، بل يمكن أن يقال إنّ بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنّه يجوز لكلّ أحد أن يتصرّف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكا له بالاحياء»^(٢).

واعترض الأستاذ المحقق - مدّ ظله - على الإصفهاني والخوئي رحمتهما الله

بقوله: «يقتضي المقام البحث عن أمرين، وهما: عنوان المسجد، وملكيّة الانتفاع بمنافعه وعدمها:

الأمر الأوّل: ليس المراد من عنوان المسجد ما يقوم به بعض الثّاس من جعل جزء من الدار أو البناء مصلّى إذ لا يترتب عليه أحكام المسجد^(٣)، بل المراد المساحة المعيّنة من الأرض التي اوقفت بعنوان المسجد، وتحرّرت عن قيد الملكية، وأصبحت من بيوت

(١) حاشية المكاسب ١٠٤/٣ و ١٠٥.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢٦٣/٢.

(٣) كما ورد في صحيحة الحلبي أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسجد يكون في الدار، فيبيدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفة منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا بأس بذلك، الحديث. [وسائل الشيعة ٢٠٨/٥، ح ١، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد].

الله، فصدق عليها قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾^(١) فإنَّ مثل هذه الأراضي لا شك أنَّ متعلِّق الجعل فيها ليس الأرض وترابها، إذ قد يتبدَّل ترابها بتراب آخر، وبرغم ذلك يبقى موصوفاً بأنَّه بيت الله، ولذلك اعتبر البعض أنَّ متعلِّق الجعل هو البُعد المكاني الذي اختلف الفلاسفة في تفسيره، وناقشوا عن حقيقته:

فقال بعضهم: إنَّ البُعد الخالي عن الهواء والتراب هو الذي يمكن أن يتعلَّق به عنوان المسجدية، أمَّا التراب وغيره فمعدود من لواحق المسجد لا ذاته.

ولا يخفى بطلان مثل هذه التحديدات الفلسفية، وبعدها عن فهم العرف العام، فإنَّ الوقف عنوان يتعلَّق بمساحة معينة من الأرض، يعرفه عامَّة النَّاس من جميع الملل والشعوب، فلليهود والنصارى والمجوس بيعهم وكنائسهم وأديرتهم وبيوت نارهم الموقوفة، كما للمسلمين مساجدهم، فالوقف معنى عرفي معلوم للجميع، ولا حاجة لتعريفه من الاستعانة بالمعاني الفلسفية الدقيقة التي لا يعرفها ولا يلتفت إليها إلاَّ بعض الخواص من العلماء والحكماء والفلاسفة. فالحقُّ أنَّ المسجد هي الأرض الموقوفة لعبادة المسلمين لا ذاك البُعد الفلسفي المجهول.

الأمر الثاني: تارةً تصبح العين مملوكة كما في موارد البيع والهبة، وأخرى تصبح المنفعة مملوكة كما في موارد الإجارة، وثالثة يصبح الانتفاع مملوكاً كما في العارية حيث أنَّ للمستعير له الانتفاع بالعين المعارة.

أمَّا المساجد فلا بدَّ فيها من البحث عن دائرة ما يمكن الانتفاع بها، إذ شكَّ في جواز الانتفاع بها، فيما إذا لم يكن الانتفاع مزاحماً مع حيثية المسجد، كما لو نام في جانبٍ منه دون أن يزاحم المصلين، لما ثبت من سيرة المسلمين جواز ذلك، أمَّا زراعة أرض المسجد، أو اتِّخاذ جانبٍ منه للسكن، فإنَّهما مخالفتان للسيرة المرتكزة، ويعدّان من الأمور المستنكرة عند المتشرعة، وبذلك يبطل ما جاء في تقارير بعض الأعلام من أنَّه

(١) سورة النور / ٣٦.

لا مانع من زراعة أرض المسجد والسكنى فيه^(١)، لما ثبت من قيام السيرة الاستنكارية عند أهل الشرع في مثل هذه التصرفات، وبالتالي لا يجوز بيع المساجد أو إيجارها، حتّى ولو خربت وصارت أرضها شارعاً، وكذلك لا يصحّ الانتفاعات المنافية مع الحيثيّة المسجديّة لقيام السيرة الاستنكاريّة عليها^(٢).

اعتراض صاحب العروة على الشيخ الأعظم ونقده

قال المحقّق السيّد اليزدي؛ في مسألة ٢٧ من كتاب الوقف: «إذا خرب المسجد أو القرية التي هو فيها لم تخرج عرصته عن المسجديّة، ولا يجوز بيعها، ويجري عليها أحكام المسجد من الاحترام وعدم جواز التنجيس ونحوهما، مع إمكان الصلاة فيها للمارّة وغيرهم، إذ العمدة فيه العرصة وهي باقية خصوصاً مع احتمال عوده أو عود القرية إلى العمارة. نعم لو شرط الواقف في وقفه مادام لم يخرب، أو مادامت القرية معمورة، أو جعل داره مسجداً ما دامت على هيئتها أو نحو ذلك، يمكن الحكم بخروجه.

ودعوى: أنّ المسجد لا يخرج عن المسجديّة أبداً، محلّ منع، ولذا لو كان في الأرض المفتوحة عنوة -التي هي للمسلمين- فخرّب ولم يبق من آثاره شيء خرج عن كونه مسجداً، وكذا لو كان في أرض مستأجرة فانقضت مدّة الإجارة.

ودعوى: عدم صدق المسجد عليه حينئذٍ، ممنوع. فإنّه يصدق إذا استأجر أرضاً مائة سنة مثلاً فجعلها مسجداً، بل لو لا الإجماع على بطلان الوقف إلى مدّة أمكن أن يقال بجواز جعل مكان مسجداً إلى مدّة، فيخرج عن ملك المالك في تلك المدّة ثمّ يعود إليه بعد انقضائها.

هذا، ولو فرض في صورة الإطلاق وعدم الشرط خرابه على وجه لا يمكن الصلاة

(١) أقول: جاء في تقارير المحقّق الخوئي [مصباح الفقاهة ٥/ ١٦٨] قوله: «نعم يصحّ الزرع والغرس فيه والانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح».

ولا يخفى أنّ كلامه جاء تعليقاً على كلام كاشف الغطاء عن مسجد القرية التي خربت وانقطعت المارّة عنها وخرب، لا مطلق أرض المساجد حتّى لو كانت عامرة يرتادها المصلّون.

(٢) العقد النضيد ٤/ (٥٥١-٥٤٩).

فيه أبداً ولا يرجى عوده، أو عرض مانع من الصلاة فيه أبداً مع عدم خرابه، أمكن دعوى خروجه عن المسجدية أيضاً، ولكن الأحوط إجراء أحكامه عليه، وكذا لو غصبه غاصب لا يمكن الانتزاع منه أبداً.

بل يمكن أن يقال بجواز بيعه وإخراجه عن المسجدية، إذا غلب الكفار عليه وجعلوه خاناً أو داراً أو دكاناً.

بل الأولى أن يُباع إذا جعلوه محلاً للكثافات أو جعلوه بيت خمر مثلاً، صوناً لحرمة بيت الله عن الانتهاك. والحاصل: أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبداً^(١).

ثم أورد على صاحب العروة في مسألته السابعة والعشرين: أن دعوى زوال عنوان المسجدية عن المسجد في الموارد المذكورة ممنوعة، «لأن عنوان المسجدية يدور مدار جعل الواقف، الذي يقوم من خلال صيغة الوقف بتحرير مساحة معينة من الأرض وجعلها مسجداً، فيدور أمر الواقف بين كونه مهملاً أو مطلقاً، أما الإهمال فلا شك في بطلانه إذ لا يعقل صدوره عمّن يقوم بالأعمال القصدية، فإذا لا بد أن يكون وقفه مطلقاً بأن يجعل الأرض المذكورة مسجداً إلى أبد الآبدين، وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ولا يمكن فرض تعدد المطلوب في وقف المساجد - كما هو الحال في غير المسجد من سائر الموقوفات، حيث يوقفها الواقف مع تعدد المطلوب، بأن يجعل الدار صدقة ما دام ينتفع بها، ومع زوال الانتفاع للمتوليّ تبديلها إلى ما يمكن الانتفاع منها الأقرب فالأقرب - لأنه وقف تحريري يقوم الواقف من خلال وقفه بفك الرقبة عن الملكية وتحريرها، ومعه لا مجال للتبديل، بل لا قابلية لها لذلك، بل يستحيل فرض القابلية في الوقف التحريري، لأنه تحرير عن الملكية، وفك رقبة الأرض عنها، وجعلها حرّة غير مملوكة إلى أبد الآبدين، وما لا يملك فإنه يستحيل تبديله إلى شيء آخر»^(٢).

(١) العروة الوثقى ٦ / ٣٦٨.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥٥٣.

ثم قال صاحب العروة في مسألة ٣٨: «لا فرق في موارد جواز بيع الوقف بين مثل الوقف على الأولاد والفقراء والفقهاء ونحوهم، وبين مثل المساجد والربط والمدارس والخانات ونحوها، ولا بين القول بأن العين الموقوفة ملك للواقف أو الموقوف عليه أو ملك لله تعالى مطلقاً أو على التفصيل.

لكن ذكر المحقق الأنصاري رحمته الله أن الوقف على قسمين^(١) - ثم ذكر كلام الشيخ الأعظم^(٢) بطوله واعترض عليه: -

«أولاً: نمنع كون وقف المذكورات تحريراً وكونها بمنزلة المباحات الأصلية، خصوصاً في غير المسجد، بل هي على القول بعدم البقاء على ملك الواقف وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه ملك لله تعالى، لا على نحو المباحات الأصلية بل على نحو ملكه تعالى لسدس الخمس في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ إِلَى آخِرِهِ﴾^(٣) فلا مانع من بيعها مع المسوخ وأمره راجع إلى الحاكم الشرعي.

وثانياً: يلزم مما ذكره عدم جواز البيع أيضاً في الوقف على الأولاد ونحوهم، على القول بخروجه عن ملك الواقف وعدم انتقاله إلى الموقوف عليه كما عليه بعضهم، مع أنهم لم يفضّلوا بين الأقوال، وأيضاً على القول بالبقاء على ملك الواقف يلزم الالتزام بلزوم كون البيع في موارد جوازه من الواقف أو ورثته ولا يقولون به.

وثالثاً: ما ذكره في الفرق بين المذكورات وبين حصير المسجد وجذعه المكسور مجرد دعوى بلا شاهد.

ورابعاً: لا نسلم عدم صحة البيع مع عدم الملك، بل يكفي في صحته كون المبيع مالاً وإن لم يكن مملوكاً كما في بيع الكلّي في الذمة، فإنه يصحّ مع عدم كونه مالاً كذلك الكلّي في ذمة نفسه، لأنّه مال في حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكاً له فعلاً، فنقول: المذكورات أموال وإن لم تكن مملوكة لأحد، والبيع مبادلة مال بمال، وفرق واضح بينها وبين

(١) العروة الوثقى ٦/ ٣٨٣.

(٢) المكاسب ٤/ (٦٠-٥٣).

(٣) سورة الأنفال ٤١.

المباحات الأصلية. وقوله: «لا بيع إلا في ملك» يحتمل أن يكون المراد منه لا بيع إلا في ملك للبيع، ولذا يشمل بيع الولي والوكيل لا أنه لا بيع إلا في ملك للمبيع»^(١).
 واورد على اعتراضه الأول على الشيخ الأعظم: «بأن الملكية أمرٌ يتوقف ثبوتها لجهة من الجهات على قيام دليل عليه، لأن الملك والحق أمران اعتباريان وضعيان، وتحققهما مخالف للأصل، ويتوقف على قيام دليل عليهما، أما الباري تعالى فإن ملكيته لجميع ما في عالم الإمكان ملكية حقيقية، أما الملكية الاعتبارية التي نبحث عنها وادعى السيد ثبوتها لله سبحانه وتعالى في قضية المسجد، فإنه لا دليل عليها، ولا يقاس المسجد بملكته تعالى لسدس الخمس، لقيام الدليل على ثبوتها فيه دون المسجد، وبالتالي فدعواه بأنه «على القول بعدم البقاء على ملك الواقف، وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه، ملك لله تعالى» ممنوعة.

فإن قيل: إن اللام في قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾^(٢) تفيد ثبوت الملكية الاعتبارية للباري تعالى على المساجد.

قلنا: اتفقت كلمة المفسرين على أن اللام فيها هي لام الغاية، والآية تفيد أن المساجد موضوعة لغاية عبادته تعالى دون سواه، وأنه لا دلالة في اللام على ثبوت الملكية الاعتبارية له تعالى، ولا أقل أن اللام تصبح جملة مرددة بين لام الملك أو الغاية، وإطلاقها يفيد الاختصاص دون الملك، نعم أعلى مراتب الاختصاص هي الملكية، والآية تفيد اختصاص المسجد به تعالى في مقابل غيره»^(٣).

واورد على اعتراضه الأخير على الشيخ الأعظم: «أولاً: بأنه لو سلمنا تفسيركم لقوله: «لا بيع إلا في ملك»، فإن هناك تباين في تعريف البيع، حيث التزمتم بأن البيع هو مبادلة مال بمال، وأما الشيخ فقد التزم بأن البيع «تمليك عين بعوض»، ولذلك لا يصح الإشكال عليه.

(١) العروة الوثقى ٦ / ٣٨٥.

(٢) سورة الجن ١٨ / ١٨.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٥٥٤.

وثانياً: لو سلمنا أن البيع مبادلة مال بمال، لكن ما هي الجهة التي تتحقق المبادلة معها فإن المبادلة تعدّ من الأمور الإضافية، وهي لا تخلو إما الإضافة في الملكية - كما هو المعروف - أو أعمّ منها ومن الحقيقة، أمّا الأوّل فقد اعترفتم بخروج المسجد عنها بالوقف، والأخير لا دليل عليه، وبالتالي تبقى الإضافة فاقداً للجهة.

ونتيجة البحث: ثبت من خلال ما ذكرناه صحة ما ذهب إليه الشيخ، من أن الوقف تحريراً للمسجد، وأنه لا مجال لزوال المسجديّة مطلقاً، وبالتالي فلا يصحّ بيعه وشراؤه مطلقاً خلافاً لما التزم به السيّد بالله [هنا ووفقاً لما]. أفتى السيّد بالله في الجزء الأوّل من «العروة الوثقى» [بعدم جواز تنجيس المسجد الذي صار خراباً وإن لم يصل فيه أحد^(١)، وعدم جواز تنجيس بل وجوب تطهير المسجد الذي تغيّر عنوانه بأن غصب وجعل داراً أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره ولا الصلاة فيه^(٢) والله العالم^(٣)].

فظهر ممّا ذكرنا «من عدم زوال عنوان المسجديّة باندراس الآثار يظهر بقاء جميع الأحكام الثابتة لعنوان المسجد حين وجود الأبنية، وعدم إرتفاعها باندراس الآثار، لما مرّ من أن عنوان المسجديّة من الاعتباريات التي لا تزول بزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض، من دون دخلٍ للآثار في مسجديتها. بل المسجد إمّا معمر وإمّا مغمور، بلا مساس للعمارة في طروء المسجديّة للأرض، فليس العمران مقوّمّاً لعنوان المسجديّة ولا شرطاً له.

ومن هنا يظهر أن نظر العرف في ذهاب عنوان المسجديّة العرفية بذهاب الآثار ليس متّبِعاً في ترتيب الأحكام الشرعية الثابتة للمسجد، إذ الموضوع هو ما عرفت ممّا استفيد من السيرة القطعية القائمة على بقاء أحكام المسجديّة على نفس الأرض ولو بعد زوال جميع الآثار والأبنية، إذ السيرة تكشف عن عدم إحالة الشارع تمييز مفهوم المسجد

(١) العروة الوثقى ١/ ١٨٣، مسألة ١٠، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.

(٢) العروة الوثقى ١/ ١٨٤، مسألة ١٣، كتاب الطهارة، شروط صحة الصلاة.

(٣) العقد النضيد ٤/ ٥٥٥.

إلى العرف حتّى يكون نظرهم في ذلك متّبِعاً شرعاً»^(١).

والحاصل: «أنّ المسجديّة الموضوعيّة للأحكام الخاصّة الشرعيّة المستفادة من السيرة المتقدمة لا يعتبر فيها الإعداد للصلاة أو غيرها، وإنّ حكم العرف باعتبار إعداد الأرض للصلاة في المسجديّة العرفيّة.

لكن الرجوع إلى العرف في تشخيص موضوع الحكم الشرعي على ما هو قضية الإطلاق المقامي منوط بعدم بيان الشارع صريحاً أو التزاماً لتحديد موضوع حكمه كما في المقام، إذ السيرة القائمة على ترتب أحكام المسجد على المعمورة والمغمورة تدلّ التزاماً على كون المسجديّة التي جعلت موضوعاً لأحكام خاصّة عبارة عمّا لا ينفكّ عن الأرض ولو بعد الخراب، ولذا تكون المسجديّة من قبيل التحرير»^(٢).

وعلى ما ذكرنا: «أنّ الأقوى ترتب أحكام المسجد على المساجد الواقعة في الشوارع، سواء أكانت في الأراضي المفتوحة عنوةً أم غيرها، وسواء وقعت في المعمورة حال الفتح أم في مواتها.

نعم الذي يُسهّل الخطب في كثيرٍ ممّا يقع من المساجد في الشوارع: أنّ نفس أرض المسجد تقع تحت التراب والتبليط غالباً، بحيث لا تؤثر النجاسة في نفس الأرض، فالمتنجس غير أجزاء المسجد، كما إذا تنجّس آجرٌ من خارج المسجد، ثمّ أدخل إلى المسجد، أو العكس. وإن كان الفضاء أيضاً من المسجد. إلّا أنّ معروض النجاسة هو الأرض، إذ لا معنى لنجاسة الفضاء»^(٣).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش في هذا الأخير لأنّه إذا كانت المسجديّة قائمةً بنفس الأرض دون الأبنية والآثار وعدم ارتفاعها بتخريب البناء وزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض من دون دخل للآثار في مسجديتها، فحينئذ يكون المسجد الذي أدخل في الشارع من قبل البلدية والدولة مسجداً ويبقى على مسجديته ويترتب عليه أحكام

(١) هدى الطالب ٦ / ٥٨٧.

(٢) هدى الطالب ٦ / ٥٨٨.

(٣) هدى الطالب ٦ / ٥٩١.

المسجدية من عدم تنجيسه ووجوب تطهيره إذا تنجس وعدم مكث الحائض والجنب فيه ونحوها لمن يعلم أنّها مسجد.

نعم، لا يجب إعلام الغير بكون الأرض مسجداً، فيمحو ذكره على مضي الأيام والسنين ولا يجب الالتزام بحفظه والله العالم.

هذا كله بالنسبة إلى أرض المسجد.

الثاني: وأمّا أجزاءه وآلاته وأثاثه

قال جدي الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته الله: «وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها: فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحلّ الذي أعدت له؛ كانت على حالها، وإلاّ جعلت في المماثل، وإلاّ ففي غيره، وإلاّ ففي المصالح على نحو ما مرّ. وإن تعذّر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه؛ أشبهت في أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة، والعود ملكاً للمسلمين تُصرف في مصالحهم، والعود إلى المالك. ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك. ويُحتمل بقاؤها على الوقف وتباع احترازاً عن التلف والضرر ولزوم الحرج، ويُصرف مرتّباً^(١) على النحو السابق. ولعلّ هذا هو الأقوى، كما صرّح به بعضهم^(٢)»^(٣).

وقال نجله الشيخ حسن: «وإن كان الموقوف غير أرض، فإن بقي على حاله وأمكن الانتفاع به في خصوص المحلّ الذي أعدّ له لزم الانتفاع به كذلك، وإن لم يبقَ على حاله بحيث لم يمكن الانتفاع به بوجه، كرضااص الحصير والبارية الموقوفين في المساجد وغيرها وبعض أجزاء الخشب والفراش، جاز نقله بعوضٍ وشراء ما ينتفع به في ذلك المحلّ الموقوف، وإن لم يمكن ففي غيره مقدّماً للأقرب فالأقرب؛ لأنّ المنع من بيعه

(١) في بعض النسخ: (مرتّباً).

(٢) إيضاح الفوائد ٢/ ٤٠٧؛ جامع المقاصد ٤/ ٩٧؛ مسالك الإفهام ٣/ ١٧٠؛ مجمع الفائدة

والبرهان ٨/ ١٦٩-١٦٨؛ الحدائق الناضرة ١٨/ ٤٤٤.

(٣) شرح القواعد ٢/ ٢٢١.

هنا مع اضمحلاله يوجب العبث والسفه، مع احتمال الرجوع في ذلك إلى حكم الإباحة، كالمالك بعد إعراض المالك عنه، أو الرجوع إلى ملك المسلمين كافة تُصرف في مصالحهم، أو الرجوع إلى المالك الأول، ومع عدم معرفته يكون مجهول المالك. وما ذكرناه أولاً أقوى، إلا مع عدم إمكان البيع أيضاً، فاحتمال الرجوع إلى المسلمين كافة هو الأقوى.

وإن بقي على حاله أو على حالة ينتفع به إلا أنه لا يمكن الانتفاع به في الجهة المعد لها، فهناك يلزم الانتفاع بها في المماثل مقدماً الأقرب فالأقرب، وإلا فغير المماثل، وإلا ففي منافع المسلمين كافة.

فإن تعطل نفعها بجميع الجهات، فإن خشي عليها من التلف جاز بيعها وشراء وقف آخر عوضها مقدماً الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن الشراء صُرفت في وجوه البرّ عيناً أو قيمةً.

وإن لم يخش عليها، قوي القول بجواز بيعها أيضاً كذلك، إلا أن القول ببقائها في مكانها وعدم التعرض لها إلى أن يحكم ولي الأمر فيها بحكمه هو الأسلم^(١).

واعترض عليهما الشيخ الأعظم بقوله: «وفيه: أن إجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكاً للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت، والمتيقن خروجه عن ملك مالكة، أمّا دخوله في ملك المسلمين فممنفي بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين؛ لأصالة الإباحة، ولا يتعلّق عليهم أجره^(٢).

وقال أيضاً: «وأما أجزاؤه [أي المسجد] -كجذوع سقفه وآجره من حائطه

(١) أنوار الفقاهة ٥/ ٢٨٥ و ٢٨٦.

(٢) المكاسب ٤/ ٥٥.

المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه^(١) فيه تعيّن^(٢)؛ لأنّ مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها^(٣) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤنّته بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحة في ردّه جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعيّن صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك - كما عن الروضة^(٤) - وإلاّ صُرِف في مسجدٍ آخر - كما في الدروس - وإلاّ صُرِف في سائر مصالح المسلمين. قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملكه^(٥)، وفيه نظر^(٦).

أقول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه تارةً يمكن الانتفاع بها وأخرى لا يمكن:

أمّا الأوّل: فإذا أمكن الانتفاع بها بنفس أعيانها فله صور:

«الأولى: الانتفاع بها في المحلّ الذي أعدّت له، ويجب إبقاؤها فيه لينتفع بها في الجهة المقصودة، كافتراش البساط الموقوف في مسجدٍ أنهدم.

الثانية: الانتفاع بأعيانها في مكان آخر مماثل لما أعدّت له، كوضع الفرش في مسجدٍ آخر، أو جعل ثوب ضريح ثوباً لضريح آخر، ويجب النقل مع مراعاة الأمور الثلاثة، وهي كون المنتقل إليه أقرب وأحوج وأفضل.

الثالثة: الانتفاع بأعيانها في مكانٍ آخر غير مماثل، كافتراش بساط المسجد في مشهدٍ أو حسينية، ويجب النقل مع مراعاة المراتب الثلاثة المتقدمة.

(١) كذا في النسخ، والمناسب تأنيث الضمير، وهكذا حال الضمائر الآتية الراجعة إلى كلمة «أجزاؤه».

(٢) العبارة في كثير من النسخ هكذا: فمع المصلحة في صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

(٣) في نسخة: وإجرائها.

(٤) الروضة البهيّة ٣/ ٢٥٤.

(٥) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار ١٥٦/.

(٦) المكاسب ٥٩/ ٤.

الرابعة: الانتفاع بأعيانها في مصالح المسلمين العامة بعد تعذر الانتفاع بها في الصور الثلاث المتقدمة، وهي الاستفادة منها في موضعها المعد لها أولاً، وكذا في المماثل، وفي غير المماثل»^(١).

وأما الثاني: فإذا لا يمكن الانتفاع بها يجري في حكمها احتمالات:

«الأول: تكون كالمباحات الأصلية، تُملك بالحيازة.

الثاني: تصير ملكاً للمسلمين، وتُصرف في مصالحهم.

الثالث: تعود إلى ملك الواقف، فإن عُرِف شخصه أو وارثه فهو، وإن لم يُعرف كانت من مجهول المالك، يتصدّق به.

الرابع: تبقى وقفاً، كما أن أرض المسجد لم تخرج عن الوقفية بطرء الخراب، فتُبَاع الآلات، ويُصرف ثمنها في المماثل مقدماً للأقرب فالأحوج فالأفضل.

وإن لم يوجد المماثل صُرِف في غير المماثل مع رعاية الأمور الثلاثة. وإن لم يوجد ففي مصالح المسلمين»^(٢).

ويمكن القول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه ففيها صور ثلاث:

«الأولى: أن يرى المتولّي والناظر المصلحة في صرف أعيان الأجزاء في نفس المسجد، بأن يستفاد منها في إعمار البناء مرّة أخرى، فيتعيّن ذلك، لأن مقصود الواقف الانتفاع بالعين الموقوفة مهما أمكن، والمفروض وجوب العمل بالوقف شرعاً على حسب ما أوقفه. فإن توقف إبقاؤها على بذل مالٍ صُرِف من مال المسجد إن كان له مال، وإلا فمن بيت المال، وإلا لم يجب على المتولّي صرف شيءٍ من أموال نفسه لإبقاء تلك الأجزاء.

الثانية: أن لا يرى المتولّي المصلحة في ردّ مثل الجذع المنكسر جزءاً للمسجد، وحينئذٍ فإن قلنا بجواز بيعها كما حكى عن العلامة وجمع فلا كلام، وإن قلنا بعدم الجواز - كما هو المختار - ففيه صورتان:

(١) هدى الطالب ٦ / ٥٨١.

(٢) هدى الطالب ٦ / ٥٨٢.

الأولى: القول بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف، فيجب صرفه في مصالح نفس هذا المسجد، كإحراقه لطبخ آجره.

الثانية: القول بعدم وجوب مراعاة الأقرب إلى نظر الواقف، ويجب حينئذ صرفه في سائر مصالح المسلمين»^(١).

والحاصل: «الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد والحسينيات فهي تارة لا تكون إلّا لأجل الزينة وتعظيم شعائر المساجد و المشاهد مثل القناديل المعلقة في المشاهد الشريفة وغير القناديل من الآلات الموضوعة فيها لأجل التزيين، ومن الظاهر أنّ هذه الأمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس في هذه الأمور ملاحظة تمليك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهي من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجيء الكلام عن قريب إن شاء الله تعالى أنّه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوي الشعور بعد ما كانت الملكية أمراً اعتبارياً يعتبره العقلاء في هذه الموارد.

وأخرى تكون الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد مثلاً وفقاً للمسلمين المصلّين في المسجد أو زوّار المشهد ولكّنه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعة في المشاهد المشرفة والمساجد المكّرمة لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعبادة منها.

وثالثة يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع الناس والظاهر في هذا القسم أيضاً أنّه وقف على نفس المسجد والمشهد لا على الزوّار والمصلّين، ويؤكد ذلك ما هو المتعارف في إنشاء وقفه فإنّه يعبر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا على المصلّين والزائرين، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه في القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين في القسم الثاني.

وأما الكلام بالنسبة إلى الأجزاء المحدثّة للمسجد كما إذا سقّف أحد سقف المسجد

(١) هدى الطالب ٦/٦٠٣.

فالظاهر أنه ليس مثل نفس مكان المسجد الذي قلنا إنه تحرير ملك لا يجوز بيعه، بل هو من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوز ولا ينافي ذلك إجراء أحكام المسجد فيه.

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثه، فإذن لا مانع من جواز بيعه عند عروض المجوز لأنه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو بابه.

ومن هنا يظهر حكم الأجزاء غير المحدثه كما إذا فرضنا أن أحداً بنى لنفسه داراً وبنى فيها سقفاً وأبواباً ونحوها ثم وقفها مسجداً، فالظاهر أن وقف المجموع ينحل إلى جعل الأرض مسجداً وجعل غيره وقفاً على المسجد، وذلك لأن المسجد إنما هو اسم للفضاء والمكان وأما غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد، ولذا لو انتزع وجعل في مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبة والصفاء والمروة ونحوها مما هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ بالله انهدام الكعبة وجب الطواف حول ذاك الفضاء والتوجه إليه في الصلاة والكون في ذلك الفضاء الخاص في الحج مثلاً، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا النائيني^(١) ونعم ما أفاد من أن المناسب للمسجدية التي هي تحرير للملك دائماً أن يتعلّق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره، فإذن يجوز بيع حيطان المسجد وجذوعه وبابه إلى غير ذلك مما يتعلّق به عند طرو المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنها مملوكة له من غير فرق بين الصورتين^(٢).

الثالث: ما الحقّ بالمساجد

قال المحقق التستري في المقابس: «إن كل وقف عام كان الغرض من وقفه تمليك الانتفاع للموقوف عليهم - دون العين أو منافعها - فلا يصح بيعه مادام وقفاً بوجه من الوجوه. وقد أجمع الأصحاب على ذلك في المسجد... وكذلك المشهد والمقابر المبنية إذا خربت، والمدارس والخانات والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة

(١) منية الطالب ٢/ ٢٨٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ (٢٦٨-٢٦٦).

على المنتفعين، والعبد المحبوس على خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المأزّة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلّين، وغير ذلك ممّا قُصد بوقفه الانتفاع العام لجميع النَّاس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا تحصيل المنافع بالاجارة»^(١).

ذكر هذا المقال الشيخ الأعظم وعَلَّله بقوله: «لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامّة والأسواق. وهذا كلّ حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تملكاً»^(٢).

أقول: الإلحاق بالنسبة إلى المشاهد المشرفة والحسينيات والمهديات وما شابهها تامٌّ لأنّ بعد أن يجعل الوقف أرضاً لتكون مزاراً أو حسينية تصير محرّرة مثل المساجد من جهة عدم تملك أحد أو جهة من الجهات فلا يجوز بيعها أبداً.

وأما: المدارس والخانات والقناطر والكتب والأشجار والبواري والعبد المحبوس ونحوها فلا يتم فيها الإلحاق بل هذه الأمور تكون من قبيل الوقف العام وهو على قسمين: «القسم الأوّل: ما يكون وقفاً لجهة عامّة مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمّامات والدكاكين بأن تكون منفعة هذه الأمور راجعة إليهم ومملوكة لهم فإنّ معنى وقف هذه الأمور لهؤلاء الجماعة رجوع منفعة هذه الأمور إليهم وكونها مملوكة لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشرة كما يجوز لهم إجارتها والانتفاع بأجرتها.

والظاهر أنّ هذه الأمور أيضاً ملك لهم... من دلالة نفس «على» في قول الوقف وقفت عليهم، كما أنّ الظاهر أنّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوّغ والمجوّز له، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنّه في الوقف الخاص يكون الشيء الموقوف ملكاً للأشخاص بنحو الاشاعة بخلافه في المقام بداهة أنّ الشيء الموقوف ليس ملكاً للعلماء بالاشاعة بأن يكون كلّ واحد من العلماء مثلاً مالكاً لمقدار من الوقف بنحو الاشاعة بل

(١) مقابيس الأنوار / ١٥٦.

(٢) المكاسب ٦٠ / ٤.

هو ملك للجهة. وبعبارة أخرى أنَّ دائرة الملك سعة وضيقاً تختلف بكثرة الموقوف عليهم وقلَّتْهم في الوقف الخاص بخلافه في هذا القسم بل هو باق على حاله على أي حال، وكيف كان فلا فرق في جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوِّز البيع.

والقسم الثاني من الوقف العام: ما يكون وقفاً على لعلماء أو على جميع الناس مثلاً ولكنَّه على نحو ليس لهم إجارته ونحوها بأن لا تكون المنفعة راجعة إليهم مثل القسم الأوَّل، بل وقف عليهم لأنَّ ينتفعوا منه مباشرة لا لأنَّ يؤجَّر وتصرف منافعهم فيهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعة في الطرق والقناطر، وقد يعبَّر عن هذا القسم في لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعة... أنَّ مرجع هذا أيضاً إلى ملك المنفعة غاية الأمر المنفعة بالمباشرة لأنَّ الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالِكاً لفعل نفسه، فهو مالِك للمنفعة لكن في جهة خاصَّة ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحة من باب ضيق العبارة.

وكيف كان الظاهر كون الشيء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضاً ملكاً للجهة غاية الأمر يكون ملكاً مضيّقاً والمنفعة أيضاً مملوكة ملكاً مضيّقاً، فالفرق بين هذا القسم والقسم السابق أنَّه في القسم الأوَّل تكون العين ملكاً للجهة لكن محبوسة لا طلقاً والمنفعة تكون ملكاً لهم طلقاً فيجوز لهم المعاوضة عليها والانتفاع بثمنها وفي القسم الثاني كما لا تكون العين مملوكة للجهة طلقاً كذلك المنفعة لا تكون طليقة بل هي أيضاً محبوسة بمعنى اشتراط صرفها في جهة خاصَّة وهي الانتفاع بها مباشرة، وليس لهم إجارته ونحوها من التصرفات الواقعة من الملاك بل لهم أن يجلسوا في المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوّار أو المسافرين^(١).

وبالجملة: في الوقف العام بكلا قسميه لا مانع من جواز البيع عند عروض المجوِّز فلا يتم القول بالحاقه بالمساجد والمشاهد والحسينيات خلافاً للمحقّقين الشيخ أسدالله

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢ / (٢٦٦-٢٦٤).

التستري والشيخ الأعظم والنائيني^(١).

الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟

استشكل المحقق التستري في مطالبة المتلف بالقيمة أو المثل «من أن ما يطلب بقيمة عينه يُطلب بمنافعها. ومن المعلوم أنه لو منع شخصُ الناس من الانتفاع إلى أن فاتت جملةُ من منافعها، أو إنتفع بها في غير الجهة الموضوعة له - كما لو جعل المسجد مسكناً له - أئتم، ولكن لم يطلب بها، فكذا لو أتلف العين. ولعدم وضوح الدليل على الضمان إلا في الأملاك المنسوبة إلى الناس، وهذه صارت ملكاً لله، وإنما للناس الانتفاع خاصة»^(٢). وقال الشيخ الأعظم: «ولو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلفاً، ففي الضمان وجهان:

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

ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنفعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرراً، وأن الظاهر من التأدية في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس، والأوّل أحوط، وقوّاه بعض»^(٣).

أقول: بعد ما عرفت أن الوقف العام ملكٌ للموقوف عليهم وتدلّ عليه كلمة «على» لأنّها في صورة عدم الملك لم يكن وجه للتعبير بهذه الكلمة الدالة على الضيق والضرر وليس هذا إلا من جهة تضييق دائرة الملكية عليهم ولا يكون في البين ضرراً يتوجّه إليهم بل لهم منفعة تعود إليهم من الوقف فحينئذٍ إتلاف الملك على المالك يوجب ضمان المتلف.

مضافاً إلى وجود السيرة المستمرة العقلائية على الضمان في الوقف العام بكلا قسميه لمن أتلف شيئاً من منفعه على الموقوف عليهم حيث يعتبره العقلاء ضامناً للجهة

(١) منية الطالب ٢ / ٢٨٠.

(٢) المقابس / ١٥٦.

(٣) المكاسب ٤ / ٦٠.

أو لهم، فلا يتم القول بعدم الضمان والأقوى هو الضمان والله العالم.

الخامس: الوقف على الموقوفات

هل يَصِحُّ وقف الأموال المنقولة وغير المنقولة على الموقوفات كما في وقف المصاحف والمنابر والفرش والمصابيح على المشاهد المشرفة والمساجد والمدارس، أو وقف الأراضي والدكاكين والخانات عليها أم لا؟
قولان: الأول: البطلان: لأنَّ عناوين المشاهد والمساجد والمدارس قاصرة أن تصبح طرفاً لإضافة الملكية لفقدان الشعور فيها.

الثاني: الصحة: إذ لا دليل على أنه ينبغي أن يكون المالك ذي شعور بل الثابت عند العقل والعقلاء إمكان اعتبار الملكية لفقدان الشعور كالجمادات والحيوانات، ولأنَّ الملكية من الأمور الاعتبارية ويعتبرها العقلاء لفقدان الشعور أيضاً.

«والشاهد على ذلك ما عليه سيرة الأمم والشعوب في البلدان المختلفة، حيث أنَّ لكلِّ أمةٍ وملةٍ معتقداً ودين تدين بها، ومقدّسات تقدّسها، وتقَدِّم لها القرابين والنذور وتوقف عليها الأموال المنقولة وغير المنقولة، فلعبدة الأوثان هياكلهم المقدّسة، وللمجوس بيوت النار التي يقدّسونها، ولليهود والنصارى كنائسهم ومعابدهم وأديرتهم فيوقفون لها الأموال، ويعتبرون هذه الأماكن المقدّسة طرفاً لإضافة الملكية، وما عليه المسلمون من وقف الأموال على المساجد والمشاهد والمزارات المقدّسة أوضح من أن يخفى»^(١).

«ويترتب عليه أنَّ المنافع التي تحصل من تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة ونحوهما نظير ما يكون وقفاً على الكلّي أو الذرّي كما إذا فرضنا أن دكاناً كان وقفاً على العلماء أو الذرّي فكذا أنَّ منافع تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً لهؤلاء الجماعة كذلك تكون منافع هذه الأمور ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة وللمتولّي أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحاً بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشتري بمنافع هذه الأمور شيئاً ويجعله وقفاً على نفس المسجد مثلاً، نعم لا بدّ في جواز بيع نفس الموقوف على

(١) العقد النضيد ٥٥٩/٤.

الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم»^(١).

ولا ينقضي تعجبي من الأستاذ المحقق - مدّ ظله - حيث يقبل الأمر في مقام الثبوت واستشكل في مقام الإثبات وتوقف فيه وقال: «إنّ الملكية لها اعتبار عقلائي، فلا مانع في مقام الثبوت عقلاً وعقلاً من ملكية الأوقاف للمساجد والمشاهد، وهو ما التزم به جماعة.

إلا أنّنا برغم اعتقادنا ذلك وأنّ المرتكز عند العقلاء اعتبار المسجد أو الكنيسة طرفاً لإضافة المال، لكن ما يختلج بالبال أنّ هذه الطرفية والإضافة هل هي على نحو الملكية المعهودة أو على نحو الاختصاص كما في (الجلّ للفرس) من جهة اختصاصه به، أمّا أصل الاختصاص فهو ثابت لا غبار عليه، أمّا الملكية فإنّ أدلّة الإثبات قاصرة عن إثباتها، ولذلك فلا نحكم على هذه الموقوفات إلا باختصاصها بالأمكنة المذكورة»^(٢).

وجه التعجب: الملكية أمرٌ اعتباريٌّ إمّا اعتبرها العقلاء أو لم يعتبرها؟ فالتفصيل بين مقامي الثبوت والإثبات بلا وجه بعد الاقرار باعتبارهم والاختصاص الوارد في آخر كلامه يمكن أن يسمّى بالملكية ولا نرى الفرق بينهما، والله العالم.

السادس: حكم كسوة الكعبة

تتجدد كسوة الكعبة في يوم التاسع من ذي الحجة الحرام كلّ عام وتُقَسَّمُ بين الدول الإسلامية وشخصياتها يتبركون بها وحيث لم يكن وقفاً فيجوز بيعها لأنّ الوقف لا بدّ أن يلاحظ فيه التأييد وهذا القيد لم يكن في كسوة الكعبة وإذا لم تكن وقفاً يجوز بيعها ويستفاد للتبرك ولا يجوز التكفين به لأجل احترام الكعبة^(٣) أو لكونها من الحرير الخاص^(٤) ولذا ورد في الروايات^(٥) عدم جواز تكفين الميت في كسوة الكعبة:

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٦٩.

(٢) العقد النضيد ٤/ ٥٥٩.

(٣) كما احتمله السيّد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٦٨.

(٤) كما احتمله العلامة المجلسي في ملاذ الأخيار ٣/ ٢٣٤.

(٥) راجع وسائل الشيعة ٣/ ٤٤، الباب ٢٢ من أبواب التكفين.

ومنها: رسالة عبد الملك قال: سألت أبا الحسن عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئاً فقضى بيعه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح بيعه؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، ويستنفع به، ويطلب بركته، قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا.^(١)

والرواية دالة على جواز بيع كسوة الكعبة وهبتها وطلب البركة منها والانتفاع بها. كما يدل عليه صحيحة عبد الملك بن عتبة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يصل إلينا من ثياب الكعبة، هل يصلح لنا أن نلبس منها شيئاً؟ قال: يصلح للصبيان والمصاحف والمخدة يبتغي بذلك البركة إن شاء الله.^(٢)

بتقريب: إذا كانت تصلح للصبيان والمصاحف والمخدة بطلب البركة فيجوز الانتفاع بها وإذا جاز الانتفاع فيجوز البيع بالملازمة ولذا حكى^(٣) عن الكليني^(٤): وفي رواية أخرى أنه يجوز استعماله وبيع بقيته.

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى من البحث.

الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف

الصورة الأولى:

«أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيطان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق»^(٥).

تدور هذه الصورة حول الأمرين الرئيسيين خراب العين وسقوطها عن قابلية الانتفاع فمجرد الخراب لا يسوّغ البيع «بل لا بدّ أن ينتهي الخراب إلى حالة ينتفي الانتفاع بها، وعليه فإنّ المسوّغ الحقيقي ليس مجرد الخراب، بل عدم الانتفاع؛ وهو تارةً يسقط العين بالمرّة عن قابلية الانتفاع، وأخرى لا يسقطها.

(١) وسائل الشيعة ٤٤/٣، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٣، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطواف.

(٣) الحاكي صاحب وسائل الشيعة ٢٥٧/١٣.

(٤) لم أظفر بها في الكافي المطبوع ويظهر منها اختلاف نسخ الكافي الشريف.

(٥) المكاسب ٦١/٤.

وقلة الانتفاع: تارة: يكون بحيث يلحق بالمعدوم.
وأخرى: غير ملحق به، بل يمكن استثمار هذا القليل والانتفاع به عرفاً بحيث لو ترك هذا القليل لعدّ تضييعاً للمال عرفاً وعُقلاء^(١).
والكلام في هذه الصورة في سقوط العين عن الانتفاع بها بالمرّة بحيث لا يمكن الانتفاع بها كما مرّ.

كلمات الفقهاء في المقام

ذهب جماعة إلى جواز بيع الوقف إذا خرب وجماعة إلى جواز بيعه إذا خاف خرابه وأما:

«فمّا جوّز بيعه فيه إذا خرب المقنعة^(٢) والانتصار^(٣) والمراسم^(٤) والخلاف^(٥) على الظاهر منه والتذكرة^(٦) والتحرير^(٧) والإرشاد^(٨) والمختلف^(٩) و[القواعد]^(١٠) وتعليق الإرشاد^(١١) ومجمع البرهان^(١٢) وكذا جامع المقاصد^(١٣). وفي الانتصار^(١٤) الإجماع عليه.

(١) العقد النضيد ٥٦٢/٤.

(٢) المقنعة: في الوقوف والصدقات ٦٥٢/.

(٣) الانتصار: في بيع الوقف ٤٦٨/.

(٤) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.

(٥) الخلاف: في الوقف ٥٥١/٣، المسألة ٢٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: ٢٠/٢٤٩، مسألة ١٤٧.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية: في أحكام الوقف ٣١٦/٣.

(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف ٤٥٥/١.

(٩) مختلف الشيعة: في الوقف ٢٨٨/٦.

(١٠) قواعد الأحكام ٤٠١/٢.

(١١) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٣٩/٩.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط العوضين ١٦٩/٨-١٦٨.

(١٣) جامع المقاصد: في أحكام الوقف ٧١/٩-٧٠.

(١٤) الانتصار: في بيع الوقف ٤٦٩/.

وقد قيّد فيه الخراب بما إذا لم يجد نفعاً، فينطبق عليه معقد إجماع الغنية كما ستسمع. وفي المقنعة^(١) بما إذا لم يوجد له عامر، وفي الكتاب بما إذا خرج عن الانتفاع. وفي الخلاف^(٢) بما إذا لم يرج عوده. وفي التذكرة^(٣) والمختلف^(٤) بعدم التمكن من عمارته. وجمع بين هذين في التحرير^(٥) وقد يكون المراد من الجميع معنى واحداً. وجوّز في الكافي^(٦) بيع الوقف المنقطع عند خرابه.

ولعلّ مراد من قيّده بما إذا خرج عن الانتفاع ما إذا لم يمكن الانتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً كحصير يبلى وجذع ينكسر، إذ قد جوّز في التذكرة^(٧) و[القواعد]^(٨) والإيضاح^(٩) والدروس^(١٠) وجامع المقاصد^(١١) بيع حصر المسجد وجذوعه حيث لا ينتفع بها فيه ولا في غيره وإنّما ينتفع بها في الإحراق، قالوا: فإنّها تباع فيه. وهو ممّا لا ريب في جوازه وإن خالف فيه بعض الشافعية^(١٢). وفي المبسوط^(١٣) إن انقطعت نخلة من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنّه قد تعذّر الانتفاع بها على الوجه الذي شرطه وهو أخذ ثمرتها، وقيل: لا يجوز، والأوّل أقوى، انتهى فتأمّل جيّداً.

(١) المقنعة: في الوقوف والصدقات ٦٥٢.

(٢) الخلاف: ٣/ ٥٥١، المسألة ٢٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٠/ ٢٤٩، مسألة ١٤٧.

(٤) مختلف الشيعة: في الوقف ٦/ ٢٨٨.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية: في أحكام الوقف ٣/ ٣١٦.

(٦) الكافي في الفقه: في الصدقة ٣٢٥.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢٠/ ٢٤٧، مسألة ١٤٥.

(٨) قواعد الأحكام ٢/ ٤٠١.

(٩) إيضاح الفوائد: في لواحق الوقف ٢/ ٤٠٧.

(١٠) الدروس الشرعية: في بيع الوقف ٢/ ٢٨٠-٢٧٩.

(١١) جامع المقاصد: في لواحق الوقف ٩/ ١١٦ وفي البيع ٤/ ٩٧.

(١٢) راجع المجموع: في الوقف ١٥/ ٣٦٠.

(١٣) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/ ٣٠٠.

ومما جَوَّز فيه بيعه عند خوف خرابه النهاية^(١) والمبسوط^(٢) والمهذب^(٣) وفقه الراوندي^(٤) والوسيلة^(٥) والواسطة^(٦) والغنية^(٧) والجامع^(٨) وكشف الرموز^(٩) والدروس^(١٠) والمقتصر^(١١). ونقله كاشف الرموز عن شيخه^(١٢). وفي فقه الراوندي^(١٣) الإجماع على ذلك، قالاً معاً: وإنما يملك بيعه على وجهٍ عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به. وزيد في فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم^(١٤). وقد عبّر في النهاية^(١٥) والمهذب^(١٦) بخوف هلاكه وفساده، والظاهر أنه بمعنى خوف خرابه ولهذا نظمناه في هذا السلك. وزاد في المقتصر إذا تعطل^(١٧)، فإن أرجعنا هذا إلى ما قبله توافق إجماعات «الانتصار والغنية والمبسوط

(١) النهاية: في الوقوف والصدقات ٦٠٠-٥٩٩.

(٢) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

(٣) المهذب: في الوقف ٩٢/٢.

(٤) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

(٥) الوسيلة: في الوقف ٣٧٠/.

(٦) حكاة عنه البحراني في الحدائق الناضرة: في البيع ١٨/٤٤٠.

(٧) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

(٨) الجامع للشرائع: في الوقف ٣٧٢/.

(٩) كشف الرموز: في الوقف ٥٤/٢.

(١٠) الدروس الشرعية: في بيع الوقف ٢٧٩/٢.

(١١) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات ٢١٢/.

(١٢) كشف الرموز: في الوقف ٥٤/٢.

(١٣) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

(١٤) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

(١٥) النهاية: في الوقوف والصدقات ٦٠٠-٥٩٩.

(١٦) المهذب: في الوقف ٩٢/٢.

(١٧) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات ٢١٢/.

والفقه»^(١).

ثم يقع الكلام في المقامين:

المقام الأول: تحقق المقتضي للبيع

المقتضي لجواز البيع في هذه الصورة موجودٌ لأنَّ «طبيعة الوقف بنفسها يقتضي جواز البيع بعد سقوط العين عن قابليَّة الانتفاع بها، لأنَّ غرض الواقف وارتكازه الذي دعاه إلى إنشاء الوقف كان حبس العين وتسبيل منافعها بقاءً، والرواية النبويَّة - برغم ضعف سندها - (حبس الأصل وسبيل الثمرة)^(٢) إنما هي مبينة وشارحة لهذا الارتكاز العقلائي، ويثبت أنَّ غرض الواقف هو ديمومة الثمرة وبقائها، فتكون تبعيَّة الإنشاءات للأغراض كتبعيَّة المعلول للعلَّة الممنوع تخلفه عنها، بل لا بدَّ من تطابق الإنشاء مع الغرض، بمعنى أنَّه يجب أن تكون دائرة الإنشاء بقدر الغرض لا أوسع منه، لأنَّ الإنشاءات على قسمين:

تارة: صادرة بنحو التقنين وليبيان قانونيَّة الحكم المُنشأ، ونسبة الغرض إليه تارة يكون بنحو الحكمة، وأخرى بنحو العلَّة. فقولُه: (لا تشرب الخمر لأنَّه مسكّر) حكم قانوني اعتبر الإسكار فيه علَّة لتمام موضوع الحكم، أمَّا عدَّة المرأة فهي حكم قانوني، واختلاط المياه إنما هي حكمة وليست بعلَّة.

وأخرى: صادرة على نحو إنشاءات العرف والعقلاء، وفي هذه الصورة يجب أن تكون دائرة الإنشاء متطابقة مع الغرض وبقدره لا أوسع منه.

وإنشاء الواقف يعدُّ من القسم الأخير، فيجب حمل إنشاءه على ما يتطابق مع غرضه من حبس العين وتسبيل الثمرة بقاءً، فإذا انتفت جاز بيع الموقوفة، ولهذا السبب نحكم بأنَّ نفس إنشاء الوقف فيه اقتضاء البيع، وإن لم يقدِّم دليلٌ شرعي على جوازه.

(١) مفتاح الكرامة ٢١/ (٦٨٥-٦٨٢).

(٢) عوالي اللآلي: باب الديون ٢/ ٢٦٠، ح ١٤؛ المسند (للشافعي) ٣٠٨؛ مسند الحميدي ٢٩٠/؛ تلخيص الحبير ٣/ ٦٧، ح ١٣١٠؛ سنن البيهقي ٦/ ١٦٢؛ سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠١،

توضيح ذلك: لا يخفى أن الفقهاء قسموا الشروط إلى:

الشروط المصرحة في ضمن العقد، والشروط المضمرة المبنية على الارتكاز، والتي يعبر عنها بالشروط البنائية، كشرط تساوي الثمن والمثمن في المعاملة، فإنه من الشروط التي لا يصرح بها عادة في العقد، إلا أن العقلاء يبنون معاملاتهم عليه بناءً ارتكازياً، ويجعلون خيار الغبن لمن تضرر نتيجة لتخلّفه عن الشرط المذكور، وفيما نحن فيه فإن ديمومة منفعة العين الموقوفة تعدّ من هذا القبيل، بمعنى أن إنشاء الوقف يقع مع هذا الشرط الارتكازي غير المصرح به، ومفاده أنه يجب أن تبقى العين وثمرتها مسيلة إلى حين إمكان الانتفاع، فإذا انتفت منافعها في يوم من الأيام، جاز بيعها وتبديل ثمنها بعين أخرى يمكن الانتفاع بها بما يتوافق مع غرض الواقف الأقرب فالأقرب، وتأسيساً عليه فباعثادي أن دليل الوقف بنفسه يقتضي جواز البيع، ولا حاجة للإستعانة بأدلة أخرى لإثبات الجواز، كما أن حكم الشارع بجواز البيع عند انتفاء منافعها ليس حكماً تعديداً، وإنما هو حكم إرشادي إلى هذا الشرط الارتكازي المضمّر، أو بيان لحكم واعتبار على وفق الشرط الارتكازي الذي شرطه الواقف»^(١).

بعبارة أخرى: «أن الوقف المؤبد عبارة عن تحبّيس العين وتسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض، ولا فرق بين تصريح الواقف في صيغة الوقف بكلمة إلى أن يرث الله الأرض وبين عدم تصريحه بذلك، لأن معنى الوقف عبارة عن هذا، فعليه لما كان الواقف واحداً من العقلاء ويعلم أن الأشياء كلّها فانية فلا بد وأن يكون نظره من تحبّيس العين وتسبيل المنفعة أعم من نفس العين ومن بدلها.

وبعبارة [ثالثة]: أن نظر الواقف من تحبّيس العين وتسبيل منفعتها أولاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعني يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانياً وبالعرض إلى بدلها، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحبّيس العين وتسبيل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى، فليس للبطون الموجودة إتلاف نفس العين لأنفسهم بل

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٦٣ و ٥٦٤.

لابد من تبديل العين إلى شيء يبقى وينتفع به الكل إلى أن يرث الله الأرض»^(١). ومما ذكرنا يَظْهَرُ ما في مقالة الشيخ الأعظم من قوله: «نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداد العادي إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه، فتأمل»^(٢). وجه الظهور: أن «المستفاد من كلامه ﷺ هذا كون العين الموقوفة ملكاً طلقاً للبطون الموجودة التي تسقط العين عن الانتفاع بها في زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهة أن الوقف لم ينشأ بالوقف ملكيتين: ملكية غير طلقة للبطون السابقة وملكية طلقة لمن أدرك آخر أزمته بقاء الوقف، بل الوقف بعد التفاته إلى أن العين الموقوفة غير قابلة للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقية وبمايتها بعد التلف، لا بمعنى أن الوقف أوقف البدل بشخصه ليقال إنه لم يكن ملكاً له لا حدوثاً كما هو واضح ولا بقاءً لأنه حين المبادلة لم يكن المبدل ملكاً للوقف ولا بمعنى أنه وقف كلي المالية السارية بين العين الموقوفة وبدلها، بل بمعنى أنه وقف العين الشخصية بشخصها وبمايتها غاية الأمر حبس شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقاءها وبدونه تكون المالية وقفاً في ضمن أي شيء كانت وليست العين حينئذ محبوسة فيجوز تبديلها، وهذا هو السرّ في عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ ماليتها موقوفة في ضمن أي عين كانت ولا يجوز إتلاف المالية الموقوفة»^(٣).

وكذا لا يتم ما قاله: «وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه»^(٤).

لو كان مراده ﷺ من الحق هو الملكية الشأنية لعدم إمكان تعقلها حتّى تكون منشأة

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٧٢.

(٢) المكاسب ٤/ ٦٢.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٧٣.

(٤) المكاسب ٤/ ٦٣.

من قبل الواقف.

المقام الثاني: عدم المانع

الموانع المتصورة عن بيع الوقف في هذه الصورة تتشكل من أمور لابدّ من دفعها:

أ: دعوى الإجماع

الإجماع حاصل على عدم جواز بيع العين الموقوفة كما مرّ^(١).

ويرد عليه: أولاً: أنّه مدركيُّ هنا.

وثانياً: «إنّ الإجماع الذي كان موجوداً في أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف

ليس موجوداً في المقام لو لم يكن موجوداً على جواز البيع، ولا أقل من كون جواز البيع في المقام من المعروف والمشهور»^(٢).

وثالثاً: الإجماع دليل لبيّ فاقد للإطلاق فيجب الاختصار فيه على القدر المتيقن

وهو هنا إذا لم تكن العين قد سقطت عن الانتفاع.^(٣)

ب: صحيحة أبي علي بن راشد

الماضية^(٤) عن أبي الحسن عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك

ادفعها إلى من أوقفت عليه، الحديث.^(٥)

حيث تعلّق فيها النهي ببيع الوقف وشراءه.

ويرد عليه: «أولاً: لا إطلاق للنهي ليشمل المورد، لإحتفافه بقرينة صارفة تمنع

عن انعقاد الإطلاق للنهي، وهي الغلة والثمرة المشار إليهما في الرواية، حيث تدلّان على

اختصاص النهي بما إذا كانت العين الموقوفة مثمرة، فلا تشمل صورة فقدها.

وثانياً: أنّ إطلاق أدلّة النهي منزلة على مقتضى إنشاء الوقف المقيّد بصورة الانتفاع

(١) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٦.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٧٠.

(٣) كما في العقد النضيد ٤/ ٥٦٤.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٩.

(٥) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٥، ح ١.

ووجود الثمرة، لا مؤبداً حتّى عند فقدهما كما مرّ تفصيله آنفاً، وحكم هذه الرواية حكم غيرها من الأدلّة، حيث تدلّ على عدم الجواز ما دام ينتفع بها، وبالتالي لا إطلاق فيها لتشمل ما إذا كانت العين فاقدة للمنافع»^(١).

ج: صحيحة الصّغار

الماضية^(٢) عن أبي محمّد الحسن بن علي عليه السلام: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله.^(٣)

قد يقال: أنّها دالة على عدم جواز بيع الوقف.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «فلا يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»^(٤).

المناقشة على ردّ الشيخ الأعظم

يرد على الشيخ الأعظم: أولاً: إنّ هذه المقالة الأخيرة متهافئة مع ما مرّ منه في أوّل البحث بعد الحكم على عدم جواز بيع الوقف إجماعاً «لعموم قوله عليه السلام الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٥).

ثانياً: لا وجه لتخصيص الصحيحة بما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها مسوقة لبيان كيفية المصرف في الوقف من أنّ الواقف لو وقفه على جهة لا بدّ من صرف منافعها في تلك الجهة، بل أنّها عامة تشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع معاً، نعم هذه الصورة من صور جواز بيع الوقف خارجة عن دائرة شمولها.

وثالثاً: قد مرّ أنّ عدم جواز بيع الوقف ليس من أحكام الوقف - كما ذكره الشيخ

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٦٥.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ١٧٥، ح ١.

(٤) المكاسب ٤ / ٦١.

(٥) المكاسب ٤ / ٣٣.

الأعظم - بل هو مقوم للوقف وداخل في انشائه، لأن الوقف عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة على نحو التأييد، لأن محل كلامنا في الوقف المؤبد.

ورابعاً: لاحتاج إلى تخصيص الصحيحة كما فعله الشيخ الأعظم بل أنها «أدل على جواز البيع من المنع خلافاً لما استدلل به المانعين، فإنه بعد ما ثبت أن غرض الواقف الإنشاء التوأم مع الانتفاع الدائم، فإن الرواية بنفسها تقتضي البيع عند الخراب وانتفاء المنافع، لأن الشارع قد أمضى الوقف بحسب أغراض الواقف المشروطة ببقاء المنفعة، وبالتالي فإن نفس إمضاء الوقف شرعاً يقتضي جواز البيع عند الخراب، بل لزومه، خاصة إذا لا حظنا أن إبقاء العين المخروبة يعدّ تضييعاً للمال، ومخالفاً مع غرض الواقف والشارع، وعليه فدليل نفوذ الوقف ما دامت المنفعة باقية يسقط بعد زوالها، وحينئذ يكون اقتضاء إطلاق دليل «أحل الله البيع»^(١) نافذاً دون مانع يمنع عن ذلك»^(٢).

فذلك القول في المقام

والحاصل: إن «العمومات الدالة على صحة المعاملات من «أوفوا بالعقود»^(٣) و «أحل الله البيع» و «تجارة عن تراض»^(٤) فإنها تقتضي صحة بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإن المانع عنها إنما كانت هي الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانعية فتكون هي محكمة ومقتضية لجواز البيع كما لا يخفى. وبالجملة: إن أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفة باقية على حالها وأمكن الانتفاع بها في الجهة التي وقفها الواقف لأجلها وإذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشمولة لها.

وبعبارة أخرى: أن ما دل على المنع عن بيع الوقف ليس وارداً على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكناً وغير متحرك بالبيع والهبة وجعله مهراً للزوجة

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥٦٥.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) سورة النساء / ٢٩.

وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضاً وإذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة وجاز بيعها كما لا يخفى»^(١).

ثم إنَّ هاهنا إشكالاً لا بدَّ من الجواب عنه الإشكال

«ثمَّ أنَّه يقع الإشكال في أنَّه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج به عن الانتفاع بها وبَدَل شيء آخر فكيف يصير ذلك وفقاً كمبدله مع عدم تعلُّق الإنشاء من الواقف عليه.

وعلى تقدير تعلُّق الإنشاء به فلا فائدة فيه فإنَّه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لأنَّه لا وقف إلا في ملك وبعد تبديله بالثمن فليس ملكاً للواقف وعلى تقدير رجوعه إلى ملكه لا يكون وفقاً إلا بإنشاء جديد فهو منفي، بل مقتضى القاعدة حينئذ أي مع الرجوع إلى ملكه إمَّا كونه ملكاً للواقف على تقدير حياته وللورثة مع موته»^(٢).

وبعبارة أخرى: «بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج به عن الانتفاع بها، وتبديل ثمنه بوقف آخر، فكيف يصبح هذا الثمن وفقاً كمبدله مع عدم تعلُّق إنشاء الوقف به.

[ثمَّ] على تقدير تعلُّق الإنشاء به، فإنَّه لا يكون مفيداً لصدور الوقف عمَّن لا يعدُّ مالكاً والثابت أنَّه (لا وقف إلا في ملك).

[توضيح] ذلك: لا شك أنَّ الوقف من الأمور الإنشائية، ولا يتحقَّق إلا بإنشاء صادرٍ من المالك، فمع خراب الوقف وإن جاز بيع العين الموقوفة شرعاً، لكن ما الدليل على صحَّة وقف الثمن الذي هو بدل للمبدل ولم يكن البائع مالكاً له، حيث لا مجال

(١) مصباح الفقاهة ١٨١/٥ و ١٨٢.

(٢) مصباح الفقاهة ١٨٢/٥.

لتوجيه وقف من ليس بمالك، فإنّ متعلّق الإنشاء كان وقف المثلّث، ولم يكن الثمن متعلّقاً للإنشاء، فما أوقفه الواقف هي الدار التي انتهت وقفيتها بالخراب، وما نحاول إثبات وقفيتها بعد البيع هو الثمن الذي لم يكن قد تعلّق به الإنشاء، وبالتالي تكون وقفية الثمن غير ممكنة بل ضرورة البطلان لصدورها عمّن ليس بمالك»^(١).

قد تعرّض الأعلام لحلّ هذا الاشكال:

محاولة المحقّق الخراساني

قال: «لا ريب فيه على تقدير كون الوقف ممّا يتعدّد فيه المطلوب، ويكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها مادام ممكناً، وحبسها ببدلها فيما لم يمكن»^(٢).
توضيح محاولته: «أنّ للواقف مطلوبان طوليان؛ أوّلي وثانوي، أمّا المطلوب الأوّلي الذي هو متعلّق إنشاء الواقف، ليس إلّا حبس العين وتسهيل الثمرة، ما دام يمكن الانتفاع بالعين بنفسها وبخصوصياتها الشخصية، أمّا المطلوب الثانوي فهو الانتفاع ببدلها فيما لو سقط الانتفاع بها، وعليه فإنّ وقفية البدل تكون متحقّقة من خلال الإنشاء المتعلّق بالعين»^(٣).

نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثمّ توجيهها

اعتراض المحقّق الإصفهاني على استاذ به نصه: «أنّ المالية التي هي أمر انتزاعي عقلائي تتشخص بمنشائها، فالمالية القائمة بالبدل غير المالية القائمة بالعين الموقوفة حقيقة ودقّة، ولا مساس لها بالواقف حتى يجعلها محبوسة في المرتبة الثانية من غرضه، بخلاف المالية القائمة بماله فإنّها قابلة له، وإنّما الكلام في جواز تبديل هذه المالية بما يماثلها مع أنّها مالية العين بشخصها لا بمالية أخرى، وبيع العين كما يوجب نقل العين كذلك نقل المال، وأيّ دليل على لزوم اتباع غرض الواقف حتّى يقال بأنّ الانتفاع بالمال متوقف على تبديله؛ مع أنّ تبديله مساوق لازالة المحبوسية عنه، فكيف يمكن تعلّق

(١) العقد النضيد ٥٦٥/ و ٥٦٦.

(٢) حاشية المكاسب / ١١٠.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٥٦٨.

غرضه بالمحبوسية على وجه مزيل للمحبوسية»^(١)؟!

مراده: «أنّ بدل العين الموقوفة لم يكن من مراتب ملكيّة الواقف، بل أجنبي عنه، لأنّ ما يضاف إلى المالك إنّما هو العين بجميع خصوصيّاته، وأمّا بدلها، فلم يكن طرفاً لعلقة الإضافة، ولذلك لا تأثير لإنشاء الواقف للعين بالنسبة إلى بدلها لانحصار تأثير إنشاءه بما هو تحت سلطنته واختياره دون ما هو خارج عنهما، فحدود صلاحية الواقف منحصرة بنفس العين، وليست متعدّدة لتشمل العين وبدلها طولاً»^(٢).

ثمّ بعد هذا الاعتراض قام الإصفهاني^(٣) بتوجيه كلام الخراساني بما توضّحه: «أنّ كلّ مال يتضمّن ثلاث جهات:

الأولى: الجهة الخاصّة المتعلّقة بالمال المعيّن كالكتاب، فإنّه مالٌ مع خصوصيّة كونه كتاباً.

الثانية: الجهة الماليّة الخاصّة المضافة إلى الشيء، وهي القيمة التي يختصّ هذا الكتاب الخاصّ بها.

الثالثة: الجهة الماليّة العامّة التي تشترك الكتاب وغيره فيها، وهي التي يُعبّر عنها بالفارسيّة بـ(أرزش).

فإنّه عند إتلاف المال تزول الخاصيّة الأولى والثانية، وليس في استطاعة التالف أو المالك استيفاءهما. أمّا الجهة الثالثة فهي باقية وقابلة للردّ والاستيفاء وقوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» بيان لهذه الخاصيّة.

وفيما نحن فيه فإنّ الواقف حينما يقدم على إنشاء الوقف، فإنّه لم يوقف العين وبدلها معاً - كما التزم به الآخوند - بل يتعلّق وقفه بالجهة الأولى والثالثة، فليس يقصد وقف الكتاب بما هو كتاب، بل يوقفه بما هو مالٌ، ولهذا السبب تتوسّع دائرة الموقوف من خلال إنشاء الواقف، وتشمل الكتاب وما يتضمّنه من الماليّة، فإذا انتفى الأوّل وأصبح

(١) حاشية المكاسب ١١٥/٣.

(٢) العقد النضيد ٥٦٨/٤.

(٣) حاشية المكاسب ١١٦/٣ - (١١٤).

عديم الفائدة، فإن أصل المالية تكون باقية وتبقى موقوفة إلى الأبد بنفس إنشاء الوقف الأول.

والنتيجة: أنه ما دام يمكن الانتفاع من العين بالمالية القائمة بها، فإنه يجب الاحتفاظ بها، ومع سقوطهما يصل الدور إلى الجهة الثالثة، حيث يقتضي أصل الوقف لزوم المحافظة عليها، مما يستلزم بيع العين الخربة أو عديمة الفائدة لأجل إبقاء أصل المالية الموقوفة أساساً بأصل الوقف، فيصبح البدل أيضاً وقفاً بتبع وقفية أصل المالية التي كانت موقوفة إلى الأبد من حين الإنشاء»^(١).

محاولة السيد اليزدي

قال في ملحقات العروة الوثقى: «إذا وقف مالية عين أبداً يمكن أن يقال: إنه وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلا أن مقتضى العمومات العامة صحته، ونمنع حصر المعاملات في المتداولات، بل الأقوى صحة كل معاملة عقلائية لم يمنع عنها الشارع، فكما تصح الوصية بإبقاء مقدار من ماله أبداً وصرف منافعه في مصارف معينة مع الرخصة في تبديله بما هو أصلح، فكذا لا مانع منه في المنجز بمثل الوقف على النحو المذكور وإن لم يكن من الوقف المصطلح»^(٢).

ويناقش عليه: «أولاً: لا يخفى أن الوقف إذا تعلّق بالعين يعني حبس العين عن جميع التصرفات، أما الخصوصيات المتعلقة بذات العين فهي غير داخلة تحت الوقف، وأما إذا تعلّق الوقف بالخصوصية المالية دون العين، فإن الأمر يقتضي أن نعدّ خصوصيات هذا النوع من الوقف جواز تبديلها، لتعلّق الوقف بأصل المالية لا بخصوصياتها، وبالتالي ينبغي أن نلتزم بجواز بيع المالية وتبديلها، وإن لم تطرأ عليها مسوغات بيع الوقف، وهذا ما لا أظنّ بفقهاء يلتزم به»^(٣).

وثانياً: إطلاق أدلة الوقف لا يشمل ما ليس بمتداول عند العقلاء بيان ذلك: «إنّ

(١) العقد النضيد ٥٦٨/٤ و ٥٦٩.

(٢) العروة الوثقى ٣٩٣/٦، مسألة ٤٦.

(٣) العقد النضيد ٥٧٠/٤.

المَجْعُولَات الشرعيَّة على قسمين: تأسيسيَّة وإمضائيَّة.

أمَّا المَجْعُولَات التأسيسيَّة: فإنَّ الشارع لم يلاحظ حين الجعل خصوصيَّة معيَّنة في حكمه، وبالتالي تكون أصالة الإطلاق محكَّمة، وهذا بخلاف الأدلَّة الإمضائيَّة حيث يلاحظ الشارع عند جعلها الخصوصيَّات العرفيَّة والارتكازات المتداولة عند العقلاء، فقوله: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يعدُّ من الأحكام الإمضائيَّة، ويختصُّ بالبيع العقلائيَّة المتعارفة في الأسواق، أمَّا البيع غير العقلائيَّة فبرغم صدق عنوان البيع عليها - سواءً اعتبرناه تبديل عين بمال، أو تبديل طرفي الإضافة، أو جعل شيء بإزاء شيء - فإنَّ إطلاق الدليل المذكور قاصرٌ عن شمولها، ولا أقلَّ من أنَّه مشكوك، لأنَّ الخطابات الشرعيَّة ملقاة إلى العرف العام، وتفسيرها موكل إلى فهم العرف الذي يستعين عادةً بمخزونه الذهني، وبالتالي تعدُّ الارتكازات العرفيَّة المرتكزة في أذهان العقلاء قرائن حافَّة بالكلام، توجب صرف ظهور الخطاب الشرعي عن الموارد غير العقلائيَّة أو المشكوكة.

وما ذكره السيّد بالله من وقف المائيَّة مندرج في القسم الثاني، لأنَّ المتداول والمتعارف عند جميع العقلاء من كلّ ملَّة وديانة، القيام بوقف الأعيان القابلة للبقاء لفترات غير محدودة، أمَّا وقف المائيَّة فهو غير معهود في سيرتهم كما اعترف بذلك السيّد بنفسه، وصرَّح بأنَّ هذا النوع من الوقف «لم يكن من الوقف المصطلح»، ولهذا السبب فإنَّ إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» المعدود من الأدلَّة الإمضائيَّة قاصرٌ عن شمول مثل هذا الوقف الغير المعهود والبعيد عن سيرة العقلاء، وعليه فإنَّ استدلال السيّد بهذا الدليل ممنوع»^(١).

لا يقال: «إنَّ اعتبار المائيَّة أمراً زائلاً غير باق بعد زوال خصوصيَّاتها الخارجيَّة، ولذلك لا يمكن أن يتعلَّق بها الوقف، ممنوعٌ، بل الأمر عند العرف والعقلاء عكس ذلك، حيث يعتبرون المائيَّة باقية برغم تبدل الخصوصيَّات الفرديَّة المتعلِّقة بها وزوالها، والشاهد على ذلك ما هو ثابت في باب الضمانات من بقاء مائيَّة المال التالف، واشتغال

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٧١.

ذمة التالف بها، برغم زوال الخصوصية، وكذلك الحال في مطلق باب التجارات حيث نجد أنَّ التجار يتعاملون طوال السنة بمطلق البضاعات وبمواصفات متنوعة، لكن الذي يبقى للتاجر آخر السنة هي المالية التي ينتسب إليه، ومع بقاءها فيمكن أن تقع متعلقاً للوقف، ومصادقاً لقوله ﷺ: «لا وقف إلا في ملك»^(١).

لأننا نقول: «لا شك أنَّ المسامحات العرفية لا غية لا اعتبار بها، ولا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الأحكام الشرعية، بل الاعتبار للدقة العقلية العرفية، ولهذا السبب ينبغي أن نلاحظ حقيقة عنوان بقاء المالية فيما نحن فيه، ففي باب الضمان فإن المتلف يعدّ بتصرفه متلفاً لأمرين: المال التالف بخصوصياته الفردية، والمالية المتعلقة بها، فالتلف يعدّ حقيقة - لا مسامحة - تلفاً للعين ولمايتها، وما يدفعه الضامن إنما هو بدل مالية العين المفقودة، فالمالية المدفوعة تسدّ مسدّ المالية الحقيقية والأصلية التالفة لا نفسها، وإن يتسامح العرف في ذلك ويعتبرها نفس المالية الأصلية، ويرى ماليتها باقية بعد قبضه بدل التالف من المتلف، وكذلك الحال في باب المكاسب والتجارات، فإن التاجر من خلال معاملاته وبيعوه في تبدل مستمر للعين والمالية، وإنما الأموال المتجددة تجبر الماليات المعدومة خلال المعاملات السابقة، وبالتالي فلا مجال فرض بقاء المالية الأصلية، بل هي زائلة حقيقة بزوال عينها، وإنما تحلّ مالية جديدة محلّ المفقودة، ولذلك لا تعدّ المالية الجديدة الحادثة بعد زوال المالية الأصلية مصادقاً لقوله: «لا وقف إلا في ملك»، لأنّ تعلّق الوقف بالبدل يعدّ [من تعلّق الوقف] بغير الملك»^(٢).

ولكن يمكن تصحيح وقف المالية بطرق أخرى:

أ: «التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ باعتبار أنَّ الموضوع في الآية الشريفة عنوان العقد، فيشمل مطلق العقود حتّى وإن لم تكن عقلائية، لكن الاستدلال بها يتوقّف على اعتبار الوقف عقداً من العقود، وهو ما لم يتبنّاه السيّد بالله حيث التزم بعدم

(١) العقد النضيد ٥٧٢/ ٤.

(٢) العقد النضيد ٥٧٣/ ٤.

عقدَيْتَه لعدم اعتبار القبول فيه.

ب: اعتبار الأدلة الإيضائية مطلقة تشمل جميع العقود حتّى الغير المتعارف عند العقلاء.

ج: اعتبار أنّ الموضوع في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مطلق العهد وإن لم يكن متضمناً للإيجاب والقبول، ليشمل وقف المأليّة باعتبار أنّه عهدٌ من العهود^(١). هذا.

جواب السيّد الخوئي

قال في جواب الاشكال: «والذي ينبغي أن يقال: أنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصية الموجودة في الخارج ولكن لا خصوصية للخصوصية الخارجية في العين الموقوفة وإنّما هي هذه العين الخارجية مع لحاظ المأليّة العارية عن الخصوصية الشخصية فهذه المأليّة في هذه العين الموقوفة الخارجية ما دامت موجودة وبعدها تكون باقية في العين الآخر مع التبديل وإذن فالمأليّة المحفوظة مع الإمكان متعلّق الوقف فلا فرق في كونها وقفاً بإنشاء الواقف وهذا ولا خدشة فيه في مقام الثبوت.

وأما في مقام الإثبات فالقرينة على ذلك كون الوقف مؤبداً إلى أن يرث الله الأرض ومنّ فيها وعدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أنّ الوقف إنّما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غاية الأمر ما دامت العين الموقوفة بشخصها باقية فخصوصياتها أيضاً متعلّق الوقف حين الإنشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز إذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنّه لو كان ملكاً للبطن الموجود تنقل حق كلّ منهم بمجرد موته إلى وارثه مع أنّه ليس كذلك»^(٢).

مراده: أنّه مدفوع ثبوتاً وإثباتاً:

«أما في مقام الثبوت: فإنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصية، ولكن لا خصوصية للخصوصية الخارجية فيها، بل الاعتبار لها مع لحاظ مألّيّتها العارية عن الخصوصية

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٧٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٥ / ١٨٣.

الشخصية، بمعنى أن الموقوف هذه العين ما دامت موجودة وثمرتها بعد زوال العين، وبالتالي فإن المالية تكون متعلقة للوقف بمثل العين، فيصبح الثمن وقفاً بعد خراب العين. أمّا في مقام الإثبات: فإن القرينة على صحة وقف الثمن قيام الواقف بوقف العين دائماً مع علمه باستحالة بقاءها إلى الأبد، فيعلم من ذلك أن الوقف إنما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان، ما دامت العين موجودة بشخصها، فإذا زالت بالخراب تكون الخصوصيات المتعلقة بها - وهو الثمن - أيضاً متعلّق الوقف حين الإنشاء، فبخراب الدار تبطل وقفية الدار، لكن لا تبطل وقفية ماليته العارية عن الخصوصيات»^(١).

اعتراض الاستاذ المحقق - مدظله - على الأعلام الثلاثة

«إن متعلق ملكية المالك هي المالية القائمة بالمال المعين من الدار أو الكتاب، فمملوكة المالية الخاصة لا العارية عن الخصوصيات، فإن الأخيرة لا تكون طرف إضافته الملكية الإنشائية»^(٢).

وثانياً: إضافة كل مال إلى مالكة لها جهتان: «جهة الإضافة الخصوصية كخصوصية الدار والكتاب مثلاً، وجهة الإضافة المالية فالدار والكتاب بما لهما من المالية والقيمة مضافان إلى المالك. كما أن متعلق الإضافة [المالية] المذكورة يستحيل فيه الإهمال أو الإطلاق، أمّا الإهمال فواضح، وأمّا الإطلاق فإنّ عدم معقولية المالية المطلقة من جهة أنّها تستلزم أن تكون المالية عارية عن جميع الخصوصيات، فتكون قابلة للانطباق على مال زيد وعمر وغيرهما، ولا شك أنّ مثل هذه المالية المطلقة لا يمكن أن تصبح طرفاً مضافاً إلى المالك، إلّا أن يدعى أنّ الإطلاق المذكور في المقام يباين الإطلاق في بقية الموارد، وهي ممنوعة، لما ثبت أنّ الإطلاق لا يخلو: إمّا أنّه جمع الخصوصيات، أو أنّه رفض الخصوصيات، وكلاهما ممنوعان في المقام؛ أمّا الأوّل فبطلانه أوضح من أن يخفى، لاستلزامه أن تكون المالية المضافة إلى مطلق الأفراد طرفاً مضافاً إلى المالك، وهو قطعيّ

(١) العقد النضيد ٥٥٦/٤.

(٢) العقد النضيد ٥٦٧/٤.

البطلان. وبالتالي فلا بد أن يكون الإطلاق بالمعنى الثاني، وأن المراد منه المائتة العارية عن جميع الخصوصيات، ومثل هذه المائتة قابلة للانطباق على جميع الأفراد»^(١).
«وبالجملة: ثبت أن ملكية المالك ليس إلا المائتة المقيّدة دون المطلقة أو المهملة، وعليه فدعوى السيد الخوئي بأن الاعتبار يكون «المائتة العارية عن الخصوصية الشخصية»^(٢) ممنوعة»^(٣).

واعترض على المحقق الإصفهاني أيضاً بمثل ذلك وقال: «إن الوقف من الأمور الإنشائية الإضافية، ولا يعقل الإهمال في طرف الإضافة الواقعية، لأن المضاف إليه من الحق أو الملك أمر واقعي، بالرغم من أن الإضافة بنفسها اعتباري، ولذلك لا مجال لفرض الإهمال في الأمر الواقعي المتحقق، بل لا يخلو الاعتبار إما كونه مائتة هذه العين، أو مطلق المائتة الملغى عنها الخصوصيات، أمّا الأولى فتزول بزوال الانتفاع، ولا مجال لبقاء شيء سوى المائتة المطلقة العارية عنها الخصوصيات، وبقاءها أيضاً ممنوعة بمقتضى ما ذكرناه خلال الرد على دعوى السيد الخوئي فلا نعيده»^(٤).

كما اعترض على السيد اليزدي ثالثة بمثل ذلك وقال: «لا يعقل الإهمال في وقف المائتة، لعدم إمكان تصوّره في فعل الفاعل القاصد المختار، وعليه فلو أوقف الرجل مائتة داره، فلا يخلو الأمر كون الموقوفة هي مائتة هذا الدار أو مائتته مع إلغاء الخصوصية ولا ثالث.

أمّا الأولى: غير باقية لكي يوقفها مؤبداً، بل هي تنتقل من خلال البيع إلى المشتري لو وقعت المعاملة عليه، وإن لم تقع عليها المعاملة، فبقيت إلى أن خرب، فحينئذ تزول مائتها ولا يبقى شيء بعده لكي يوقفه مؤبداً، وبالتالي لا يصح الوقف مع فرض عدم إمكان تحقق موضوعه.

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٦٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٥ / ١٨٣.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٥٦٧.

(٤) العقد النضيد ٤ / ٥٦٩.

أمّا الثانية: فإنّ اعتبار الموقوفة هي الماليّة الملغى عنها الخصوصيّة المضافة، ممنوعة أيضاً للإشكالين اللّذين سبق وذكرناهما آنفاً في الردّ على مختار المحقّق الإصفهاني والخوئي^(١).

ولكن يمكن أن يجاب عن الاستاذ المحقّق - مدّظله - والإشكال

بأنّ الماليّة الواردة في كلام السيّد اليزدي هي «ماليّة عين» أعني الماليّة المضافة إلى عينٍ ووردت في محاولة المحقّق الإصفهاني أيضاً «ماليّة العين بشخصها» أو «الماليّة القائمة بماله» أي بمال الواقف، ووردت في جواب السيّد الخوئي «الماليّة في هذه العين الموقوفة الخارجية»، فحينئذ الماليّة الواردة في كلماتهم ماليّة مقيدة بالعين الموقوفة، فأين هذه الماليّة المقيدة ممّا ذكره الاستاذ المحقّق - مدّظله - من الماليّة المهملة التي هي مستحيلة والماليّة المطلقة - بالمعنيين الراضة والجامعة - التي قابلة للانطباق على جميع الأفراد [الراضة]، أو التي تضاف إلى مطلق الأفراد [الجامعة]، فلا تصح أن تضاف إلى المالك الواقف، فما أثبتته القوم شيئاً وما ردّه الأستاذ المحقّق - مدّظله - شيئاً آخر، الماليّة التي تصير وفقاً عندهم هي الماليّة المقيدة بالعين، ولكن الماليّة لها خصوصيّة ذاتية سيالة وهي امكان تبديلها وتعويضها من عين إلى عين أخرى، وجواز هذا التبديل تكون من خصوصيتها الذاتية.

فحينئذ تكون العين وفقاً بعينيتها وماليتها، وإذا لم يمكن الانتفاع من عينيتها، يمكن الانتفاع بماليتها وتبديل ماليّة هذه العين بالعين الأخرى، وحيث أنّ العين موقوفة، فماليتها أيضاً موقوفة، وهذه الماليّة الموقوفة موجودة في العين الأخرى بعد التبديل فهي أيضاً موقوفة فتثبتت موقوفية البدل.

وهذا هو جوابنا لحلّ المشكلة، جواب بسيط ومختصر وواضح يرفع الإشكال من أساسه فلا نحتاج إلى جواب آخر ولكن مع ذلك نذكر لك جواب الاستاذ المحقّق - مدّظله - احتراماً له بما له من التفصيل وتبديد المسافة في حل الإشكال والحمد لله على

كل حال.

جواب الاستاذ المحقق - مدظله - عن الاشكال

قال: «وَحَلَّ المشكّلة: إنّما يتحقّق من خلال القول بأنّ موقوفيّة البدل تكون من الواقف نفسه، ولكن بشرط النتيجة، بحيث يكون شرط النتيجة هو المحقّق للوقفيّة، واعتماداً على هذا الوجه، فقد خالفنا جماعة من أعظم فقهاءنا المتأخّرين كالآخوند والإصفهاني والخوئي، وحكمنا بوقفيّة البدل وفقاً دائماً كالمبدل. لكن بيان ذلك يتوقّف على ثلاث مقدّمات:

المقدّمة الأولى: ثبت في باب الشروط أنّها على قسمين: الشروط المصرّحة بها في صيغة العقد، والشروط الضمنيّة الارتكازيّة. ومعلوم أنّ الشرط عنوان إيقاعي إنشائي كالعقد، فهو الإيقاع المرتبط أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، كما هو الحال في العقود الإنشائيّة، لكن مع فارق واحد وهو سعة دائرة الشروط عن سائر العقود الإنشائيّة المبنيّة على اللفظ المحدّد لمراد المتعاقدين، لأنّها تشمل الشروط المصرّحة والضمنيّة الارتكازيّة، ولهذا السبب يمكن الإيقاع دون التصريح بالشرط اعتماداً على الشرط الارتكازي، كما في خيار الغبن حيث حكم الفقهاء بثبوته للمغبون اعتماداً على الشرط المرتكز عند العقلاء من لزوم التساوي في الماليّة.

المقدّمة الثانية: ثبت في باب الشروط أيضاً أنّها تنقسم إلى: شرط الفعل وشرط النتيجة، والأخيرة لا تتحقّق إلّا بعد قيام المقتضي وفقد الموانع، إذ قد يعتبر في تحقّقها لفظ خاصّ ممّا يمنع عن تحقّق النتيجة من خلال الشرط كما في الطلاق، حيث لا مجال لتحقّقها إلّا من خلال صيغة معيّنة وضعها الشارع، وبالتالي لا يمكن إيجاد البينة بين الزوجين من خلال الشرط، وهذا بخلاف الملكيّة حيث يمكن تحقّقها من خلال شرط النتيجة، بأن يقول: (بعتك بشرط أن أملك كتابك) لأنّ الملكيّة غير مقيّدة بصيغة خاصّة ويمكن تحقّقها بالقول والفعل.

المقدّمة الثالثة: التزم المشهور بأنّ التعليق من موجبات بطلان العقد، واستدلّوا عليه بدليلين:

١- الدليل العقلي، وهو أن التعليق يستلزم تفكيك الإنشاء عن المنشأ، وهو محال. لكن ثبت في محله اندفاع هذا الدليل.

٢- الإجماع على أن التعليق في العقود والإيقاعات مبطل للعقد. لكن لا يخفى أن الإجماع دليل لبي لا إطلاق فيه، أو أنه مشكوك على أقل تقدير، فيجب الاختصار في دلالته على المتيقن.

أقول: أثبتنا من خلال الأبحاث السابقة أن غرض الواقف من الوقف المؤبد إنما هي الاستفادة الأبدية من الموقوف مؤبداً، ما دام يمكن الاستفادة منها، وبديلها عند زوال الفوائد المرجوة منها، وقلنا إن جواز بيع العين مستفادة من نفس صيغة الوقف لتضمينها شرطاً ارتكازياً يفيد جواز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع منه، وعليه فإن وقفية البدل إنما تكون بشرط ارتكازي على نحو شرط النتيجة، بمعنى أن الواقف حينما يوقف ماله يلتزم بأمرين:

أحدهما بمقتضى صيغة الوقف، والآخر بمقتضى الشرط الضمني المعلق الذي ثبت من خلال المقدمة الأولى عدم كونه مضرراً بصحة العقد، وهما:

[١] الالتزام بحبس المال الموقوفة ما دام يُنتفع بها.

[٢] والآخر أن يكون بدلها أيضاً وقفاً.

وبالنتيجة فلا مجال للإشكالات السابقة لتحقيق وقفية البدل وقفاً نهائياً مؤبداً، وذلك من خلال الشرط المبناي الضمني الارتكازي الذي يشمل قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و«المؤمنون عند شروطهم».

بيان ذلك: أن الواقف قبل أن يقدم على إنشاء صيغة الوقف وقبل أن يصبح أجنبياً عن العين الموقوفة، يتحقق منه شرطٌ ضمنيٌ يعد شرطاً في ظرف الوقف لا في ظرف البيع اللاحق، حيث يلتزم من خلال هذا الشرط الضمني بوقفية بدل العين الموقوفة عند زوال منافعها، فالالتزام الحاصل منه فعلي، إلا أن ظرف الملتزم به متأخر، ولا يعد مثل هذا الالتزام مضرراً بالعقد وبالشرط...، فوقفية بدل العين ووقفية معلقة، إلا أن الالتزام بها فعلي غير مشروط في ضمن صيغة الوقف، وقد ثبت خلال المقدمات المذكورة صحة [مثل]

هذا الشرط والاشتراط فعلاً واستقبلاً على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، ومثل هذه الشروط سارية وجارية في أبواب عديدة من أبواب المعاملات، كما في البيع المشروط برد الثمن، وفي الشركة على نحو المفاوضة والوجوه، بأن يشارك غيره في التجارة ثم يشترط عليه أن تكون جميع المنافع الحاصلة له دون شريكه بمقتضى الشرط خلافاً لمقتضى قواعد الشركة، وهكذا في المضاربة وغيرها من العقود والمعاملات والعقود الجائزة، حيث يمكن أن يشترط في ضمن العقد فيكون متعلق التزامه فعلياً أو معلقاً، وأن يكون التعليق في متعلق الشرط، فإنه لا محذور في جميع ذلك، لأن الشرط في هذه الموارد ليس من قبيل الواجب المشروط، بل من قبيل الواجب المعلق. وهكذا في المقام فإن التزام الواقف بوقفية البدل لم يكن معلقاً على خراب العين الموقوفة ومن ثم بيعها، لكي يناقش في أن البطن البائع لم يكن مالكا للعين ليصح منه وقف البدل، بل الواقف بنفسه يلتزم بوقفية البدل من حين الوقف وفي ظرفه، لكن معلقاً على البيع، فقيام البطن البائع ببيع العين بعد خرابها وسقوط منافعها، ومن ثم وقفية البدل، فجميعها يتم من خلال شرط الواقف بنفسه حين الوقف، والمراد من هذا الشرط كون الواقف يلتزم فعلياً، لكن المتعلق والملتزم به استقبالي، وقد ثبت خلال المقدمات السابقة صحة مثل هذا الشرط والالتزام، واندراجه في إطلاق قوله: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

المناقشة في جواب الاستاذ المحقق - مدظله -

يمكن أن يناقش في جوابه - دام ظله -:

أولاً: بعد ما مر من الجواب المختار مع وضوحه وبساطته واختصاره فهذا الجواب من الاستاذ - مدظله - يكون تبعيداً للمسافة وأكلاً بالقفي.

وثانياً: بعد عدم الانتفاع بالعين الموقوفة، عدّ جواز بيعها ووقفية البدل من الشروط الارتكازية في الوقف على نحو شرط الفعل أو النتيجة محل تأمل بل منع لغفلة كثير من

(١) العقد النضيد ٤ / (٥٧٦-٥٧٣).

الواقفين عن هذا الشرط الارتكازي بل لم يتوجهوا إليه حتّى لو تذكروا وتنبهوا إليه، فعّد وقفية البديل من الشروط الارتكازي محلّ منع فلا تتم المقدمة الأولى من بيان الاستاذ -مدظله-.

وثالثاً: قد مرّ ممّا في بحث التنجيز في العقود^(١)، الأدلة العاشرة في بطلان العقود بالتعليق واستفدنا منها بطلان العقود المعلّقة تبعاً للمشهور، فحينئذ وقفية البديل معلّقة على بيع العين تكون من العقود أو الايقاعات المعلّقة فتكون باطلة فلا تتم المقدمة الثالثة من بيان الاستاذ -دام ظله- وحفظه الله لحفظ المذهب والشريعة بجاه محمّد وآله الطاهرين عليهم صلوات ربّ العالمين.

ثمّ بعد الحكم بجواز البيع في هذه الصورة.

إنّ هاهنا فروعاً لأبدّ من البحث حولها

الفرع الأوّل: البديل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟

قد ظهر ممّا ذكرنا في جواب الإشكال وقفية البديل وتوضيح ذلك: «أنّ مقتضى البدلية وقانون المبادلة يقتضي أن يكون البديل أيضاً وقفاً على نحو المبدل، لما ذكرناه مراراً من أنّ الثمن يقوم مقام المثلن فعليه كما كان المثلن ملكاً غير طلق للبطن الموجودة يكون البديل أيضاً كذلك، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادلة أولى ممّا ذكره الشيخ [الأعظم] عليه السلام من أنّ البطن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنه، لأنّه لم نعرف معنى محصّلاً لما ذكره من كون المعدوم مالكاً له شأنه لأنّ معنى هذه الكلمة أنّه لو بقيت العين يكونوا مالكيين وأمّا لو لم تبق فتكون ملكيتهم سالبة بانتفاء الموضوع.

وكيف كان، مقتضى قانون البدلية والمبادلة هو أن يكون البديل مثل المبدل في كيفية الملكية للموجودين والمعدومين وكما أنّ المبدل والمثلن كان ملكاً غير طلق

(١) راجع الآراء الفقهية ٤ / (٢٦٥-٢٤٣).

(٢) المكاسب ٤ / ٦٣.

للموجودين بل كان ملكاً لهم وللمعدومين من باب حبس العين وتسهيل المنفعة يكون البديل أيضاً هكذا، والذي يوضح هذا المعنى أن أحداً لو أُلِفَ الموقوفة وصار ضامناً لبديلها يكون البديل ملكاً لهم على نحو كانت الموقوفة ملكاً لهم، وأولى منه ما ذكره الشيخ [الأعظم] ^(١) من أن اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، لأن الدية حكم شرعي متأخر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حق البطون اللاحقة عن الدية بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأن الثمن يكون مثل المثل في كونه قائماً مقام المثل عند البيع. وأيضاً المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً، مع أنه يمكن أن يقال بعدم كون البديل قائماً مقام المبدل في الرهنية من جهة أن ^(٢) «حقّ الرهنية متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكه الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائماً بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص مؤقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه في الوجود» ^(٣).

ثم فليعلم: «وجه كون المقام أولى مما حكموا به في الرهن هو: أن إنشاء الرهن قد تعلق بالمبدل بما أنه ملك للمديون، والمفروض زوال ملكه عنه بسبب التلف، فيمكن زوال حق الرهانة عنه، وأن لا يتعلق ببذله الذي هو ملك حادث، وإنما أقيم مقامه حفظاً لحق المرتهن. وهذا بخلاف الوقف، ضرورة إستناد اختصاصه بكل واحد من البطون إلى الواقف، فهو المملك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأنًا، ولم يتفرّع حق الطبقات اللاحقة على ملكية الموجودين ليكون نظيراً للرهن، بل منشأ إستحقاق الموقوف عليهم - الموجودين والمعدومين - هو جعل الواقف. وحينئذٍ فثبوت حق الطبقات بالثمن على نهج تعلقه بالمبيع أولى من تعلق حق الرهانة بالبذل» ^(٤).

(١) المكاسب ٦٥/٤.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢٧٣/٢ و ٢٧٤.

(٣) المكاسب ٦٥/٤.

(٤) هدى الطالب ٦٤٠/٦.

و «نسبة البطن المعدوم إلى الوقف كنسبة البطن الموجود إليه في أن كلاً منهما يتلقّى الملك من الواقف في رتبة واحدة وإنشاءً واحد. فإذا تبدّلت العين الموقوفة بعين أخرى كانت الثانية مثل الأولى في تعلّق حقوق جميع البطون من الموجودة والمعدومة بها»^(١).

والحاصل: ذكر الشيخ الأعظم تنظيرين لكلامه هنا:

«أحدهما: قتل العبد الموقوف، فإنّه إذا قُتل العبد المملوك، فللمالك أن يرجع إلى القاتل بقيمة العبد إذا كانت أكثر من دينه، وله أن يأخذ منه الدية أيضاً وقفاً كنفس العبد، مع أنّ الدية بدل عن العبد بعد تلفه بحكم الشارع، فإذا كان البدل الحكمي وقفاً فالبديل الحقيقي يكون وقفاً بالأولوية.

ثانيهما: بدل العين المرهونة، فإنّهم حكموا بكونه رهناً، مع أنّ حقّ المرتهن إنّما تعلّق بالمبدل بما أنّه مملوك للراهن، فإذا كان البدل بحكمه حتّى من هذه الجهة، ففى المقام يثبت قيام البدل مقام المبدل بطريق أولى، لأنّ حقّ البطون اللاحقة قد تعلّق بالمبدل بما هو، لا بما أنّه مختصّ بالبطون السابقة، فإنّهم يتلقّون الملك من الواقف لا منهم»^(٢).

الفرع الثاني: هل يحتاج البدل في كونه وقفاً إلى صيغة الوقف؟

«الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغة، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجباً لأن يكون البدل وقفاً أيضاً، وبعبارة واضحة أنّ الأمر دائر بين أن يكون البدل وقفاً بلا احتياج إلى صيغة الوقف جديداً بل يكفي في وقفته بيع المبدل لما ذكرناه من أنّ قانون المبادلة والبيع يقتضي هذا المعنى، وبين أن يكون ملكاً طلقاً للموجودين من البطون، ولا يجب عليهم جعله وقفاً بداهة أنّه لو كان البدل ملكاً لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفاً بل يتصرفون فيه كتصرف الملاك في أموالهم، ولما لم يكن الأمر على الوجه الثاني لما ذكرناه من أنّه مخالف ومنافٍ لعنوان البدلية ولقانون المبادلة والبيع فلا محالة يكون على الوجه الأوّل

(١) هدى الطالب ٦/ ٦٤٠.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٥٩ و ١٦٠.

يعني يكون وقفاً من دون احتياج إلى صيغة جديدة للوقف لاقتضاء قانون البدلية والمبادلة ذلك كما هو الواضح»^(١).

الفرع الثالث: هل يجوز بيع البدل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟
«هل يجوز تبديل البدل مطلقاً من دون حصول أحد المسوغات أو يكون بحكم المبدل من هذه الجهة أيضاً؟

الظاهر هو الأول، وذلك لأن المنشأ من الواقف إنما هو وقف العين ما دام يمكن الانتفاع بها والبدل بالمعنى المتقدم - أي البدل في المالية - إذا لم يمكن ذلك، وأما البدل الأول فلا خصوصية له، بل لابد من بقاء المالية في ضمن أي بدل كانت، فالبدل بحكم المبدل من جميع الجهات إلا من هذه الجهة، فإن إنشاء الواقف لا يقتضي المنع عن تبديل البدل، والبدلية إنما تقتضي قيام البدل مقام المبدل في الخصوصيات المترتبة على ماليته، لا في الأحكام المترتبة على خصوصية نفسه وشخصه، ومن الظاهر أن عدم جواز البيع كان من الأحكام المترتبة على شخصه لا ماليته.

وإن شئت قلت: إن البدل صار بدلاً عن الوقف في زمان جواز بيعه، فهو بحكمه من حيث جواز البيع، فتأمل.

وبالجملة: نفس ما أنشأ الواقف - وهو حبس العين وتسبيل منفعتها ما دام الانتفاع بها مع بقائها ممكناً، وحبس ماليته في ضمن البدل إذا لم يمكن ذلك - يقتضي جواز تبديل البدل مطلقاً ولو من غير مسوغ، فليس البدل بحكم المبدل من هذه الجهة.

وتوهم المنع عن بيع البدل تمسكاً بإطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»^(٢)، مدفوع بما تقدم من أنه إمضاء لفعل الواقف وما أنشأه، وليس حكماً تعبدياً، فلا يعم البدل بعد ما فرضنا أن الواقف لم يحبس عن النقل، فإذن لا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع بعينه كالدرهم أو الدينار ثم تبديله بما ينتفع به»^(٣).

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٧٤ و ٢٧٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٩/ ١٨٥، ح ١، صحيحة أبي علي ابن راشد.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٦١.

الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟

اختلف فتوى الأصحاب في وجوب شراء المماثل بعد بيع الوقف وهذا مرور على آرائهم، «صريح كلام المفيد^(١) وعلم الهدى^(٢) وأبي يعلى^(٣) والشيخ في النهاية^(٤) وكذا القاضي في المهذب^(٥) أن الثمن حيث يباع ينتفع به الموقوف عليهم وإجماع الانتصار^(٦) محكي على ذلك. وهو والظاهر من المبسوط^(٧) وغيره من جميع ما تقدّم^(٨)، بل إجماع الغنية^(٩) ينطبق عليه عدا التذكرة والمختلف والتنقيح والمقتصر وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح فإن في التذكرة^(١٠) والمختلف^(١١) أنه إن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وقفاً على أربابه كان أولى، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى وإلا جاز شراء مهما أمكن ممّا يصحّ وقفه وإلا يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون به ما شاؤوا. ونحو ذلك ما في المفاتيح^(١٢)، قال في المختلف: إن فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النصّ الدالّ على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأبيد، وإذا لم يمكن تأبيده بحسب الشخص وأمكن بحسب

(١) المقنعة: في الوقوف والصدقات ٦٥٢/.

(٢) الانتصار: في بيع الوقف / (٤٦٩-٤٦٨).

(٣) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.

(٤) النهاية: في الوقوف والصدقات ٦٠٠/.

(٥) المهذب: في الوقف ٩٢/٢.

(٦) الانتصار: في بيع الوقف / (٤٦٩-٤٦٨).

(٧) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

(٨) منها الوسيلة: في أحكام الوقف ٣٧٠/، وشرائع الإسلام: في لواحق الوقف ٢٢٠/٢ وكشف

الرموز: في الوقف ٥٢/٢.

(٩) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٥٤، مسألة ١٤٨.

(١١) مختلف الشيعة: في الواقف ٢٨٩/٦.

(١٢) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين ٥٢/٣.

النوع وجب^(١). وفي التنقيح إذا أمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب، وإذا أمكن شراء مثله يكون أولى، فقد حكم في الأوّل بالوجوب دون الثاني^(٢). وفي جامع المقاصد الحكم بالوجوب في المقامين^(٣). ونحوها في الحواشي^(٤) وتعليق الإرشاد^(٥) والمسالك^(٦) والروضة^(٧). وفي المقتصر^(٨) يصرف ثمنه في ملكٍ يستعمله أرباب الوقف، ومهما أمكن المماثلة كان أولى. وفي مجمع البرهان إذا أمكن شراء شيءٍ آخر خالٍ عن المفسدة يمكن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما أمكن^(٩). وفي إيضاح النافع لا يجب ابتياع غيره يكون وقفاً. نعم هو أحوط إن زال الاختلاف معه. وفي الكفاية لا أعلم على ذلك حجة والنص غير دالّ عليه^(١٠).

ثم لا بدّ من ملاحظة أدلة القائلين بوجوب شراء المماثل وهي:

أدلة القول بوجوب شراء المماثل

الدليل الأوّل: قياس المسألة بباب الضمان

ذهب الفقهاء في باب ضمان المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد إلى وجوب ردّ العين بحسب مراتبها فإذا كان المثل موجوداً لا بدّ من أدائه ومع عدمه تصل النوبة إلى ماليتها وهي القيمة. وقد أجرى هذا البيان في الوقف أيضاً، لأنّ المماثل أقرب إلى العين الموقوفة وإلى

(١) مختلف الشيعة: في الوقف ٢٨٩/٦.

(٢) التنقيح الرائع: في الوقف ٣٣٠/٢.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوقف ٧١/٩.

(٤) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٥) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٣٣٩/٩ و ٤٨٣.

(٦) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ١٧٠/٣.

(٧) الروضة البهية: في شرائط المبيع ٢٥٥/٣.

(٨) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات ٢١٢/.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر في شرائط العوضين ١٦٩/٨.

(١٠) مفتاح الكرامة ٦٩٥/٢١ و ٦٩٦.

غرض الواقف فيتعين تبديلها به مع الإمكان.

نقده: «قياس المقام بباب الضمان قياس مع الفارق، لأن الحكم بلزوم رعاية المثل في باب الضمان - بناءً على جميع الأدلة من قاعدة اليد أو السيرة العقلانية - إنما هو لأجل اشتغال ذمة الضامن بالعين بجميع خصوصياتها الشخصية، مما يقتضي الفراغ عنها، فدفع القيمة مع التمكن من المثل، لا يعد مسقطاً للذمة المشغولة بالمثل، وبالتالي فلا بد فيه - أصلاً ودليلاً - من مراعاة المراتب، أما الأمر في باب الوقف فهو مختلف، ويعدّ إسراء هذا الحكم إلى باب الوقف إسراءً للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وقياساً ظنيّاً ممنوعاً»^(١).

ومضافاً إلى أنه قابل للمناقشة صغرى وكبرى

أما الصغرى: فقال الشيخ الأعظم: «وفيه: مع عدم انصباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فيبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستان في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجرة منفعته، فإن الأول وإن كان مماثلاً إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف»^(٢). وبالتالي فالمهم هو مراعاة غرض الواقف لا المماثلة، لأنّ ربما ترفض المماثلة غرض الواقف.

وأما الكبرى: فقال الشيخ الأعظم: «لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف؛ ليجري الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٣).

مراده: فقدان الدليل على وجوب مراعاة غرض الواقف إلا إذا دخل في شرائط وقفه بحيث صرح في وثيقة الوقف بأنّ لو خربت العين فلا بدّ من شراء مماثلها فحينئذ لا بدّ

(١) العقد النضيد ٤ / ٥٩٦.

(٢) المكاسب ٤ / ٦٧.

(٣) المكاسب ٤ / ٦٨.

أنْ يشتري بثمانها المماثل لأنَّ الوقف شرط في وقفه وشرطه سائغ وجائز أي نافذ. وأخيراً استنتج الشيخ الأعظم وقال: «فالحاصل: أنَّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الوقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم»^(١).

الدليل الثاني: إهمال أدلة جواز بيع الوقف

«أدلة جواز البيع ونفوذه مهملة، فيجب فيها الأخذ بالمتيقن وهو لزوم شراء خصوص المماثل لأنَّه المتيقن»^(٢).

ويرد عليه: نعم، المستند هو دليل جواز بيع الوقف في هذه الصورة فلا بد من ملاحظة سعة هذه الأدلة وضيقها وليس في البين إهمال حتى يؤخذ بالقدر المتيقن فيه.

الدليل الثالث: لزوم مراعاة حق الوقف وغرضه

«بيع العين الموقوفة ينافي مع حق الوقف المتعلق بها، فإذا جاز بيعها بعد سقوط الانتفاع، لزم مراعاة حقّه وهو لا يتحقق إلا من خلال البديل المماثل»^(٣).

ويرد عليه: أنه لا دليل على مراعاة المماثلة، نعم لا بد من مراعاة حقّه وهو يتحقق في وقفية البديل فلا يدل على اعتبار المماثلة بينهما - أي بين المبدل والبديل -.

الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضي المماثلة

ذهب الفقيه البيهقي^(٤) في مقابل الشيخ الأعظم إلى أن شراء المماثل يكون من الأحوط كما أن عدم تبديل البديل يكون من الأحوط واستند في احتياطه إلى قاعدة البدلية وهي تقتضي المماثلة وكذا عدم التبديل.

ويرد عليه: أولاً: قاعدة البدلية لا تقتضي عدم التبديل ولا المماثلة لأنها تدل على تبديل إضافة المثلن والثمن من البائع والمشتري، فالمثلن يضاف إلى المشتري

(١) المكاسب ٤ / ٦٨.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٥٩٧.

(٣) العقد النضيد ٤ / ٥٩٧.

(٤) العروة الوثقى ٦ / ٣٨٩، ذيل مسألة ٤٢.

والثمن إلى البائع بعد البيع وتحقق التبادل بينهما، وأمّا أنّها [قاعدة البدلية] تدلّ على عدم جواز تبديل البدل أو لزوم المماثلة فلا.

وثانياً: حكمه عليه السلام بالاحتياط في غير محلّه، لأنّه ربما الاحتياط يقتضي عدم مراعاة المماثلة، نحو: إذا كان تحقّق غرض الواقف في عدم مراعاة المماثلة فيحنّذ الاحتياط يقتضي تركها، فالنسبة بين الاحتياط والمماثلة عموم وخصوص من وجه فلا يكون أحدهما دليلاً للآخر.

والحاصل: حيث لم يثبت أدلة القول بوجوب شراء المماثل لا بدّ أن نقول: إذا أحرزناه غرض الواقف في لزوم المماثلة من أنّ مراده تسبيل خاص فلا بدّ من مراعاة المماثلة في بيع البدل، وإذا أحرزنا أنّ غرضه في التعميم فلا شك في عدم لزوم مراعاة المماثلة في البدل.

وإذا شكنا في غرض الواقف فلا دليل على اعتبار المماثلة كما مرّ وعليه الشيخ الأعظم عليه السلام، ولا وجه في التعيين بالقرعة خلافاً للمحقّق الخراساني (١)، لعدم جريانها في الشبهات الحكمية والله العالم.

الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟

المباشر لبيع الوقف هل هو: [١] المتولي والناظر للوقف أو [٢] البطن الموجود من الموقوف عليهم أو [٣] البطن الموجود مع الحاكم الذي هو الفقيه العادل أو [٤] الحاكم منحصراً أو [٥] الكل معاً أو [٦] المتولي والحاكم معاً.

ذهب الشيخ الأعظم إلى القول الثالث وقال: «ثم إنّ المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون» (٢).

هذا الاختيار منه عليه السلام صحيح على «مبناء القائم على أنّ الموقوفة ملك فعلي للبطن الموجود، وشأنني للبطون اللاحقة: أحدهما البطن الموجود باعتبار ملكيّته الفعلية للعين،

(١) حاشية المكاسب / ١١١.

(٢) المكاسب / ٤ / ٦٩.

وبمقتضى قاعدة السلطنة فإنَّ للمالك الولاية الفعلية على البيع، لكن من جهة أخرى يجب ضمَّ الحاكم الشرعي إليه باعتبار أنَّ العين في نفس الوقت ملك شأني للمعدومين وله الولاية على أموالهم»^(١).

ولكن قد مرَّ منّا عدم تمامية هذا المبنى من جهة استحالة اعتبار الملكية الشأنية للمعدومين أو من جهة أنَّ الملكية الشأنية - لو لم تستحل - تجري في فرض الانتفاع، ومع عدم إمكان انتفاع المعدومين منها فلا يعقل فرضها وبالتالي تبطل الملكية الشأنية ومع إبطالها تسقط ولاية الحاكم على البيع لأنَّه قام مقام المعدومين.

وتبعه الاستاذ المحقِّق - مدظله - مع المناقشة في مبنى الشيخ الأعظم، وقال: «مختارنا: هو أنَّ حقيقة الوقف إنشاء حبس العين، وبالرغم من أنَّها في الوقف المؤبد ملازمٌ لخروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، لكن هذا اللازم ليس له مثبتٌ عقلي أو شرعي يقتضي دخولها في ملك الموقوف عليه، نعم اختصاصها بالموقوف عليهم قطعي، لكن المدعى هو الاختصاص المطلق.

وبعبارة أخرى: الثابت مطلق الاختصاص، أمّا المدعى فهو الاختصاص المطلق، والأدلة القائمة تفيد أصل الاختصاص بهم، وهو لا يتجاوز مجرّد الحق، أمّا الاختصاص المطلق فلا دليل عليه.

وخلاصة الكلام: ثبت منّا ذكرنا أنَّه بحسب الأدلة يجب أن يتولّى البيع الحاكم الشرعي والبطن الموجود»^(٢).

وذهب السيّد الخوئي رحمته الله إلى القول الأوّل ثمَّ إلى القول الثاني أعني أنَّ المباشر للوقف هو المتولي والناظر المنسوب من قبل الواقف إلّا إذا علّم أنَّ نظارته لم يشمل بيع العين الموقوفة فحينئذٍ المباشر هو البطن الموجود من الموقوف عليهم لأنَّه قال: «الظاهر أنَّ المباشر له هو الناظر المنسوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شاملة لهذا أيضاً

(١) العقد النضيد ٤ / ٦٠٢.

(٢) العقد النضيد ٤ / ٦١٠.

بأن يسلب الواقف سلطنة الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهة ويجعل السلطنة بيد الناظر من هذه الجهة، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنه لم تكن نظارته شاملة لهذه الموارد بل كان منصوباً من قبل الواقف لإصلاح الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم، لأنّ الوقف ملك لهم والناس مسلّطون على أموالهم، ولا وجه لأن يكون منوطاً بنظر الحاكم أيضاً^(١).

وذهب شيخنا الاستاذ^(٢) في الوقف الخاص الملكي إلى القول الثاني وفي الوقف الصرفي والانتفاعي إلى القول الأوّل أي المتولي لو كان ومع عدمه إلى القول الرابع وهو الحاكم وقال: «بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفة ملك البطن الموجودة فعلاً ولهم نفى التقدير الذي تصير معه العين في المستقبل ملكاً للبطن اللاحقة فلا معنى لدخالة الناظر في نفى ذلك التقدير من البطن الموجودة، سواء كان ذلك النفي بإتلاف العين حقيقة أو حكماً بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت في الوقف قرينة ولو كانت عامة على إبقاء الوقف بأيّ وجه أمكن ولو ببيع الموقوفة وإبدالها، كما في الوقف الصرفي أو الانتفاعي، يكون ذلك للمتولي من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعي، حيث إن إبدال العين الموقوفة في الوقف الصرفي أو الانتفاعي من الأمور الحسبية الراجعة إليه كما لا يخفى^(٣).

وذهب المحقّق النائيني^(٤) إلى أنّ الأقوى هو القول الرابع أي الحاكم ولكن ذهب إلى أن الأحوط مراعاة نظر المتولي والحاكم معاً^(٥) وهو القول السادس، ونقل عنه السيّد الخوئي^(٦) أنّ الأحوط عنده القول الخامس أي مراعاة نظر كل من الموقوف عليهم والمتولي والحاكم.

ولكنه لم يرد في تقرير بحثه ولعله^(٧) سمع منه في مجلس الدرس أو أنّه - القول

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٧٨؛ محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٦٤.

(٢) ارشاد الطالب ٤/ ٣٧٠.

(٣) منية الطالب ٢/ ٢٨٤.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٦٤.

الخامس - هو الأحوط التام.

وتبعه السيّد الخميني رحمته الله في ما يراه الأقوى وذهب إلى «أنّ المتصدي في جميع موارد بيع الوقف، هو الحاكم بحسب القاعدة إلّا أن يدلّ دليل على خلافه»^(١).
أقول: منشأ الخلاف هو ثبوت الملكية للموقوف عليهم وعدمها وكذلك سعة دائرة اختيارات المتولي والناظر على الوقف وعدمها، وحيث نذهب إلى عدم ثبوت ملكية الطلقة التامة للموقوف عليهم حتّى في الوقف الخاص لأنّ الوقف «تحبيس العين وتسبيل المنفعة» وسعة دائرة تصرفات المتولي والناظر في الوقف فالمباشر لبيع الوقف عندنا هو المتولي والناظر للوقف - القول الأوّل - ومع عدمه أو تصريح من الواقف بعدم صلاحيته للبيع يصير المباشر حاكماً - القول الرابع - والموقوف عليهم مع انتفاء مالكيّتهم ليس لهم اختيار في ذلك لا منفرداً ولا مجتمعاً فتنتفي الأقال الأربعة الآخر، والحمد لله العالم بالأحكام والأسرار.

الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولي عن بدل الوقف؟

قال الشيخ الأعظم: «الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاءه لتعلّق حقّه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببديلها»^(٢).

وأنت ترى أنّ الظاهر عند الشيخ الأعظم سقوط نظارة المتولي عن بدل الوقف واحتمل بقاء نظارته ولم يذكر تقريباً لاستظهاره ولا دليلاً لاحتماله فلا بدّ من ذكرهما:
وأما تقريب سقوط نظارة المتولي عن بدل الوقف: فالتولية والنظارة قائمة بجعل الواقف الذي وقف عين الموقوفة وحيث أنّ بدل الوقف لم يوقف بوقف الواقف فلا اعتبار بجعل المتولي عنه بالنسبة إلى البدل.

وأما دليل احتمال بقاء نظارة المتولي المنصوب من قبيل الواقف على بدل الوقف: فهو قاعدة البدلية، وهي تقتضي وقفية البدل كالمبدل فتنتقل التولية من المبدل

(١) كتاب البيع ٣/ ٢٢٣.

(٢) المكاسب ٤/ ٦٩.

إلى البذل لأنَّها حقٌّ وليس حكماً، والحقُّ ينتقل من المبدل إلى البذل فالتولية كذلك.
هذان مستندان لاستظهار واحتمال الشيخ الأعظم رحمته.
وكلاهما غير تامٍّ:

أما الأول: فبذل الوقف لم يوقف بصيغة وقف الواقف ولكنَّه بدل من العين الموقوفة ويجري فيها أحكامها بقاعدة البدلية فلا بدُّ من لحاظ الموقوف عليهم والمتولي وغيرهما من شرائط الوقف وأحكامها وحقوقها.

وأما الثاني: فقاعدة البدلية لا تقتضي التساوي التام بين أحكام البذل والمبدل، بل هي تقتضي وقفية البذل وأما جريان جميع أحكام وحقوق المبدل على البذل محلُّ تأمل بل منع واضح ومنها: التولية.

ولكن يمكن أن يقال: أنَّ قاعدة البدلية كما تقتضي صرف البذل على الموقوف عليهم فكذلك تقتضي ثبوت نظارة المتولي على البذل كما كانت على المبدل لكن بشرط وجود الإطلاق في كلام الواقف ووثيقة الوقف، لأنَّه لو لم يكن في الوقف متولي، تقع المخاصمة والمشاجرة بين الموقوف عليهم في كلِّ طبقة وصار عدم وجود المتولي موجباً لحدوث النزاع والاختلاف بينهم، فلا بدُّ من وجوده لحفظ الوقف وإذا كان في كلام الواقف إطلاقاً نأخذ به لإثباتها.

فنحن نستفيد من قاعدة البدلية بانضمام الإطلاق الوارد في كلام الواقف لاثبات التولية على البذل.

نعم، إذا جعل الواقف شخصاً متولياً من أجل خصوصية في العين الموقوفة فلا يمكن اثبات توليته على البذل لعدم وجود الإطلاق في كلام الواقف حينئذ، والله العالم.
الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالمبدل مع بقاء عينه كالنقدين ماذا يُفعلُ بهما؟
قال الشيخ الأعظم: «ثمَّ إنَّه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن ممَّا ينتفع به مع بقاء عينه - كالنقدين - فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطن، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتَّى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدَّة. ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته، ولا يعطل الثمن

حتَّى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لورضي الموجود بالتَّجَار به وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل.

والريح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون؛ لأنَّه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي^(١).

حاصل كلامه: «أنَّه إذا لم يمكن تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه فبدل بالدرهم أو الدينير، لم يجز دفعها إلى البطن الموجود، وليس في حكم المبدل من هذه الجهة، فإنَّه كان يجب دفعه إليهم من جهة توقّف انتفاعهم به على ذلك، وأمّا الثمن فالمفروض عدم إمكان الانتفاع به، ولذا منعنا وقفه إلّا فيما أمكن استعماله في التزيين، فلا وجه لدفعه إليهم مع كونه ملكاً شأنيّاً للبطن اللاحقة وتعلّق حقّهم به، فيوضع عند أمين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به مع بقاء عينه، ولو لم يمكن أن يشتري به ما ينتفع به إلّا مع الخيار فلهم المطالبة بذلك، ولا يعطّل الثمن إلى أن يوجد ما يشتري به غير خيار. ولو رضي الموجود بالتَّجَار وكانت فيه المصلحة جاز، والريح تابع للأصل»^(٢).

ثمّ في هذا الفرع لابدّ من البحث حول جهات:

«الجهة الأولى: في جواز^(٣) تبديل الوقف بالدرهم والدينار مع عدم إمكان الانتفاع بهما مع بقاء العين، والوقف تتقوّم بذلك مفهوماً، فإنَّه عبارة عن حبس العين وتسبيل المنفعة، ومن هنا منعنا عن وقفهما ابتداءً، فإنَّه كوقف الخبز ونحوه ممّا يكون الانتفاع به باتلافه، إلّا إذا كان ممّا ينتفع بهما مع بقاء العين ولو بالتزيين، وبما أنّ بدل الوقف كالمبدل وقفٌ، لا يمكن تبديل الوقف بهما.

وفيه، أوّلاً: أنّ لازم ذلك عدم جواز تبديل الوقف بالثمن، مع أن الغالب في المبادلات هو تبديل العين بالثمن، وتبديل العين بالعين نادراً جداً، فيلزم تضييع الوقف

(١) المكاسب ٦٩/٤ و ٧٠.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ١٦٦/٣.

(٣) وقد ذهب إلى عدم الجواز المحقّق الإيرواني في حاشية المكاسب ٤٥٩/٢.

وعدم بيعه إلى أن يتلف، وهو مناف للغرض من تجويز البيع، فكأن التبدل بالدرهم والدينار يقع في طريق تبدل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه، فتأمل.

وثانياً: الواقف بعد التفاته إلى عدم قابلية العين الموقوفة للبقاء وطرو الفساد عليها واحتياجها إلى التبدل وأنه غالباً يكون بالثمن، لا مناص له من جعل العين محبوسة من جميع الجهات ما لم تخرب، وعند الخراب محبوسة إلا من جهة التبدل، والبدل بماليته محبوساً مع تسبيل المنفعة، إلا إذا كان ثمناً فإنه حينئذ محبوس من تسبيل المنفعة، فتأمل.

فكأن الوقف من هذه الجهة يكون على قسمين، فلا مانع من تبدل الوقف بما لا ينتفع به مع بقاءه ثم تبدله بما هو كذلك، فيكون التبدل الأول واقعاً في طريق تبدل الوقف بما هو كالمبدل من حيث الانتفاع به مع بقاء العين، ولا مانع من ذلك بجعل الواقف، فتأمل.

الجهة الثانية: في لزوم دفع الثمن إلى البطن الموجود إذا طالبوا به، وذلك لأنه ملكهم.

ودعوى كونه ملكاً للبطن اللاحقة شأنها أو كونه متعلق حقهم، فاسدة؛ لما عرفت من اختصاص الوقف بالبطن الموجود، وأما البطن اللاحقة فهم يملكونه بعد انقراض البطن الموجود، وهذا ليس ملكاً ولا حقاً، بل قضية تقديرية لا توجب حقاً.

نعم إذا كان هناك متول أو ناظر على الوقف تعم نظارته حفظ الوقف وبدله، كان رأيهم المتبع في ذلك، وليس للبطن الموجود المطالبة بالثمن، لأن ملكيتهم له قاصرة على الفرض.

الجهة الثالثة: في شراء ما ينتفع به مع الخيار. والكلام فيها يقع من جهتين: الأولى: ربما يستشكل في ذلك من حيث إن الوقف يعتبر فيه التأييد والاستمرار، وهو ينافي الملك المتزلزل، فلا يجري فيه الوقف، وكذا بدله فإنه في حكمه، فلا يجوز تبدله بشيء مع الخيار، لأنه مناف للوقف.

وفيه: ما عرفت من أن البدل وقف بنوعيته أو ماليته لا بشخصه فلا يترتب عليه الحكم المترتب على العين بشخصيته من [جواز تبدل الوقف اختياراً، وأنه ليس كالمبدل من هذه الجهة، وعليه لا مانع من تزلزل الملك فيه، ولا يقاس بتزلزل الملك في

أصل الوقف.

الثانية: أنَّ الظاهر وجوب شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار ولو لم يطالب الموجودون بذلك، لأنَّ نفس جعل الواقف يقتضي ذلك؛ فإنَّ الوقف عبارة عن حبس العين وتسبيل المنفعة، فلا بدَّ أن يكون الوقف بنفسه أو ببذله قابلاً لأنَّ ينتفع به متى أمكن، طالب به الموقوف عليه أو لم يطالب، فيجب تبديل الثمن بما ينتفع به ولو خيارياً، وغالباً يكون المبيع بالبيع الخياري أرخص من غيره، فإذا لم يفسخ البائع بعد ذلك كان الشراء لجميع البطون أنفع، وإن فسخ انتفع به البطون الموجودة، فتشترى بالثمن عيناً أخرى قابلة للانتفاع بها.

الجهة الرابعة: في الاتِّجار بالثمن. ولا بأس باتِّجار البطن الموجود به مع المصلحة إلى أن توجد عينٌ تشتري به لتكون بدلاً للوقف، لأنَّه ملك لهم. والريح يكون تابعاً للعين لأنَّه جزء البدل، وليس من قبيل المنافع بل من قبيل انتفاع الوقف، فإذا اشترى بالثمن صوفٌ مثلاً صار هو بدل الوقف، فإذا بيع بثمانٍ أعلى صار مجموع الثمن بدل الوقف، ولا وجه لعود الريح إلى البطن الموجود. فهو نظير أن تبدل الدار الموقوفة الضيقة بدار أوسع منها، فإنَّ الدار الواسعة حينئذٍ بأجمعها تكون وقفاً، لا أنَّ المقدار الزائد يكون ملكاً طلقاً للبطن الموجود كالمنافع^(١).

الجهة الخامسة: أمَّا «الوضع عند الامين فإذا فرضنا أنَّ المال، مال الموجودين والفرض أنَّ التَّقد، ملك الموجودين ولكن اشتراك اللاحقين، ليس اشتراكاً عرضياً فمالكيَّة اللاحقين، مالكيَّة شائيَّة ولهم نوع حقٍّ في المال. فاخذ المال عن المالكين الموجودين فعلاً قهراً عليهم ووضعه عند الأُمْناء بملاحظة اشتراك المعدومين في المال، أمرٌ مشكَّل لأنَّ الواقف نفسه وضع المال الموقوف في يد الموجودين ولم يلاحظ أخذه ووضعه عند الأُمْناء.... نعم: إذا احتملت خيانة الطبقة الموجودة للبدل، يلزم الاحتياطُ في هذه الصَّورة

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣ / (١٦٩-١٦٧).

ولكن لا يختص هذا للبدل بل يمكن أن يُعرض للعين الموقوفة أيضاً.
ومن الواضح أن لازم إعمال الاحتياط، ليس اخذ المال من الطبقات الموجودة
ووضعه عند الغير بل يلزم حينئذ ضم أمين وغير ذلك كما أن الوصي إذا خان في مورد
الوصية، يضم معه أمين....

وبالجملة: الحكم في المسألة خلاف القواعد التي قال الفقهاء بها في أشباه المسائل
من خيانة الجد والأب والوصي وغير ذلك حيث يضم أمين لهم عند بروز الخيانة أو
احتمالها، احتمالاً عقلياً^(١).

الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه
قال الشيخ الأعظم: «ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف
بين عروض الخراب لكّله أو بعضه، فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً.
ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من
كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة.
ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف
ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم»^(٢).

مراده: «إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بيعه وجعل بدله وقفاً
بعين ما ذكرناه في مورد جواز بيع جميع الوقف، كما يجوز صرف ثمنه في جزئه الآخر لو
كان موجباً لزيادة المنفعة فيه، ويجوز أيضاً صرف الثمن في وقف آخر للموقوف عليهم إذا
كان ذلك لوقف محتاجاً إلى تعمير، والمناطق في جميع هذه الأمور (أي جواز بيع بعض
الوقف عند عروض المجوز وجعل بدله وقفاً أو صرف ثمنه في بقية الوقف أو صرفه في
وقف آخر لهم) واحد وهو عبارة عما ذكرناه آنفاً من أن نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم
من نفس العين الموقوفة مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوز بأي نحو من الانتفاع،

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤ / ٤١٩.

(٢) المكاسب ٤ / ٧٠.

ولا فرق في البدل بين أن يكون عيناً قائمة برأسها وبين أن يكون خشباً أو حديداً داخلاً في بناء البعض الباقي أو بناء وقف آخر لأنّها أيضاً أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بدلت بغيرها»^(١).

أقول: ما ذكره الشيخ الأعظم تام إذا قلنا بعدم وجوب شراء المماثل كما ذهب إليه جماعة وتابعهم الشيخ الأعظم فحينئذ ينبغي أن يذكر الفرع بعنوان القول المختار. مضافاً إلى حكمه رحمته بجواز صرف ثمن بعض العين الموقوفة المخروبة في باقيها بحيث يوجب زيادة المنفعة جاز مع رضا الكل مبني على كون الثمن ملكاً للبطن الموجودة، وقد عرفت^(٢) عدم تمامية هذا المبنى أي مالكيتهم للعين لمنافاتها مع الوقفية التي هي «تحييس العين وتسبيل المنفعة»، فلا نحتاج إلى رضاية البطون والأمر موكول إلى تشخيص المتولي، يعمل بما هو مصلحة الوقف والله العالم.

وثالثة: إلى أن حكمه رحمته بجواز صرف ثمنه في الوقف الآخر ولو كان واقفه شخصاً آخرًا مشكل حتّى في ما إذا كان الموقوف عليهم واحداً لإمكان اختلاف شرائط الوقف في نظر الواقفين، ومن تضييع حق الواقف الأول حينئذ مع أن الشيخ الأعظم مُصِرٌّ على حفظ الحقوق الثلاثة: حق الواقف وحق الموقوف عليهم وحق الله كما مرّ منه.^(٣)

الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة

«أنّه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق للموجودين من البطون في تعمير الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا يمكن انتفاع البطن اللاحق من الوقف، هل يجب صرفها في عمارة الوقف حفظاً للوقف عن خروجه عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة به أم لا يجب؟

الظاهر أنّه إذا لم يشترط الواقف في ضمن وقفه إخراج مؤونة الوقف وما يحتاج إليه من جهة العمارة من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٨٢.

(٢) راجع صفحة ٢٩٩ من هذا المجلد.

(٣) راجع في هذا المجال تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٢٢.

المنافع الموجودة في تعمير الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة، لأن المنفعة ملك طلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين، فلا وجه لأن يصرف الإنسان مال نفسه في حفظ مال شخص آخر، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع، وهل يتوهم أحد أنه يجب على الجار أن يصرف ماله في وقف جاره لئلا يكون وقف الجار ساقطاً عن الانتفاع به؟!

نعم لا يبعد دعوى الارتكاز في المصارف الجزئية كما إذا فرضنا أن الوقف احتاج في العمارة إلى صرف منفعة قليلة بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إن صرف المنفعة في هذه الموارد ارتكازي لجميع الناس.

وبعبارة واضحة: تارة يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إن الموجودات في هذا العالم لا تبقى بحسب طبعها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا موجب لأن يصرف الموجودون المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق لهم في تعمير الوقف لئلا يكون الوقف ساقطاً عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة، وأخرى يستند الخراب إلى الأمور الجزئية كما إذا سقط الميزاب من سطح الدار أو حصل ثقب في سقفها بحيث لو لم يعمر ذلك لخربت الدار بنزول المطر ولم ينتفع منها الموجودون أيضاً، فحينئذ لا مانع من القول بوجوب التعمير لأجل ما ذكرناه من الارتكاز^(١).

وبعبارة أخرى: «أن الوقف إذا احتاج بقاؤه للبطون اللاحقة إلى صرف ثمن منفعته على تعميره بحيث لا يزيد التعمير في منفعة الوقف لينتفع به البطن الموجود فعلاً، وإنما يوجب دوامه للبطون اللاحقة، لأنه إذا لم يعمر يخرّب ويضيع بعد مدة، فهل يجب صرف المنفعة في تعميره أم لا؟

ربما يقال بوجوب ذلك تحفظاً على حق البطون اللاحقة. ولكن الظاهر عدم وجوبه؛ لأن المنفعة ملك طلق للبطن الموجود، ولا ملزم لهم أن يصرفوا ملكهم لمنفعة

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢ / ٢٨٣.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٠٧

البطون اللاحقة، إذ لا فرق بين إلزامهم بصرف منفعة الوقف أو صرف مالٍ آخر من سائر أملاكهم»^(١).

الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة قال الشيخ الأعظم: «ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع 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 إخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم»^(٢).

مراده: «إذا احتاج البعض الباقي إلى عمارة لا تزيد بها منفعته، وإنما يتفرّع انتفاع البطون اللاحقة على ذلك، فهل يجب صرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض به البطون الفعلية أم لا؟ فإنه بناءً على وجوب صرف المنفعة في ذلك، فثمن الوقف يصرف فيه بالأولوية»^(٣).

قد يقال: «ولكن التحقيق عدم وجوب ذلك، لأنّ البطن الموجود لهم حقّ الالتزام بتبديل الثمن بما ينتفعون به فعلاً ويكون قابلاً للبقاء للبطون اللاحقة أيضاً، وليس لأحد إلزامهم برفع اليد عن حقّهم، فتأمل. وقد عرفت أنّ البطون اللاحقة ليس لهم أيّ حقّ في الوقف فعلاً»^(٤).

ولكن ينبغي أن يقال: لا بدّ من إيكال «حكم هذه المسألة إلى العرف والعادة والقول بأنّ العين الموقوفة، كانت مثل ساير الاملاك فكلّ موردٍ كان تعمير الملك لازمٌ بحيث إذا لم

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٧٠.

(٢) المكاسب ٤/ ٧٠.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٧٠.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ ١٧١.

يقدم على تعميره يقال: أنه ضاع ماله فيلزم صرف بعض الثمن العائد عن العين الموقوفة وربحه في حفظها، وأما في موارد يكون الخراب يعرض لها بعد مدة كثيرة كالخمسين والمائة سنوات فالعرف والعادة، لا يحكم بلزوم صرف الربح الموجود في حفظ بعض مورد الوقف ففرق بين قصر الزمان وطوله ففي خرابه في قصر الزمان يلزم صرفه في تعميرها دون خرابها في طول الزمان وبهذا قالوا في أشباه المسألة ونظائرها كما إذا وكل أحد أحداً في بيع دار له والموكل لم يتوجه إلى بعض المخارج للبيع من مخارج الدلال والكاتب و....

ومن المعلوم: أن الوكالة أيضاً ينزل على هو المتعارف وهكذا في الأوصياء والأولياء من الحكم الحاكم والوصي والولي وغير ذلك يجوز لهم الخرج في صورة المصلحة وحفظ مورد الوصية والوكالة و....

على هذا، ليست المسألة من قبيل تعارض الضررين ولا من باب الضرر المتوجه إلى شخص لا يجب تحمّل الآخر عنه بل إطلاقات الوقف من وجوب العمل بالوقف وحفظه، أو غيرهما من الموارد اللازمة في حفظه، عملها على عهدة العرف والعادة. بناءً عليه، التعميرات المعمولة وغير المعمولة، كانت معلومة عند العرف فهي موكولة على عهدة العرف وقضائه فكل مورد يلزم تعميره، يلزم عليه الاقدام وكل مورد ليس لازماً للتعمير، لا يلزم الاقدام عليه»^(١).

ثم قال الشيخ الأعظم: «وهنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل»^(٢) ومنها:

الفرع الحادي عشر: إذا لا يمكن الانتفاع في حق الموقوف عليهم

«إذا فرضنا أن العين الموقوفة لم تسقط عن الانتفاع بها إلا أن الانتفاع بها لا يمكن في حق الموقوف عليهم لأنهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكا له. وبعبارة واضحة إن العين الموقوفة إذا فرضنا أنها قد وقعت في

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٢٥.

(٢) المكاسب ٤/ ٧٠.

مكان لا يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائدة أو يملكها السلطان، وبديهي أنّ المناط الذي ذكرناه في جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام»^(١).

الفرع الثاني عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّة
«إذا فرضنا أنّ الوقف ممّا يمكن الانتفاع به فعلاً إلّا أنّه لو لم يُبّع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّة قليلة بالمرّة ولا يشترطه شخص آخر في ذلك الظرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر في الجادّة، فحينئذ أيضاً لا إشكال في جواز بيعه لأنّ تعطيله يؤدّي إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمّل»^(٢).
ثم إنّ هاهنا فروعاً آخر يعلم حكمها ممّا ذكرناه والحمد لله العالم بأحكامه.
هذا تمام الكلام في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف والحمد لله أولاً وآخراً.

الصورة الثانية

«أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدارٍ انهدمت فصارَت عَرَصَةً تؤجّر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتدّاً به...»^(٣).
توضيح مراده: قسّم الشيخ الأعظم هذه الصورة إلى قسمين:
«القسم الأوّل: فيما لو بلغت المنفعة حدّاً عدّها العرف معدومة بحسب فهمه، ففي هذه الحالة اختار الشيخ الأعظم جواز بيع العين وذلك استناداً إلى انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف»^(٤) عن مثل هذه الصورة، لأنّ العين الموقوفة برغم وجود المنفعة فيها بحسب الدقّة العقلية، وعدم كونها معدومة عقلاً، لكنّها في حكم العدم، ويترتب عليه حكمه، لأنّ الأدلّة الشرعيّة ملقاة إلى العرف العام، والمناط في وجود المنفعة وعدمها رأي

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٨٤.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٨٤.

(٣) المكاسب ٤/ ٧١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٥، ح ١، صحيحة أبي علي ابن راشد.

العرف، ولذلك فإن أدلة المنع عن بيع الوقف منصرفة عن هذا القسم عرفاً.

القسم الثاني: فيما إذا لم يبلغ انعدام المنفعة إلى ما بلغت إليه في القسم الأول: «كدار انهدمت فصارت عرصة تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به»^(١)، أو «الحمام الذي يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصة تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي كمجمع الزبائل ونحوه»^(٢)، ففي هذا القسم:

١- تارة: يكون الثمن الحاصل من بيع العرصة أقل من المنفعة الحاصلة من إيجارها، فلا يجوز بيعها لإندراجها في إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف».

٢- وأخرى: تكون المنفعة الحاصلة من بيعها مساوية لمنفعة الدار أو قريباً منها في البذل، فهنا يدور الأمر بين حفظ العين والاكتفاء بالمنفعة القليلة، أو بيعها وتحصيل المنفعة الكثيرة. يقول الشيخ الأعظم إن في المسألة وجهان:

أ: الحكم بجواز البيع باعتبار ما جاء في كلمات الفقهاء من جواز بيع العين الموقوفة متى سقطت عن قابلية انتفاع البطون بها، فإن المنفعة إن قصد بها مطلق المنفعة فهي موجودة بالفعل، فلا يجوز بيعها بمقتضى وجودها، وإن كان المقصود منها المنفعة المعتدة بها فهي مفقودة ولذلك يجوز البيع.

ب: الحكم بعدم جواز البيع لوجود اقتضاء الوقف وعدم ما يمنع عنه.

أمّا المقتضي فهو أن الدار أو الحمام برغم خرابهما، لكن تبقى عرصتهما موقوفة ومشمولة لعموم عدم جواز البيع من دون أن يمنع عنه مانع.

ودعوى انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عن مثل هذه العين الموقوفة ممنوعة، لصعوبة إثباتها.

وبالتالي فإن المقتضي للمنع عن بيعها متحقق، والمانع عن تأثيره مفقود، ولا أقل من كونه مشكوكاً، والقاعدة تقتضي لزوم التمسك بالأدلة الدالة على المنع من بيع

(١) المكاسب ٧١/٤.

(٢) المكاسب ٧١/٤.

الوقف»^(١).

وأيد المحقق الخراساني عدم خروجها عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى الوقف الذي قاله الشيخ الأعظم بقوله: «ولو نوقش في عموم تلك الأدلة لهذه الصورة كالصورة السابقة، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلّا بالقطع بالجواز كالصورة الأولى، وأنّى لنا دعواه وإن كانت غير بعيدة»^(٢).

والحاصل: حكم المسألة مشكّل عند الشيخ الأعظم من جهة قيام المقتضي على منع البيع وتبعه المحقق الخراساني في أدلة منع البيع مضافاً إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب.

مقالة السيّد الخوئي في توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم

استثنى الشيخ الأعظم صوراً من عدم جواز بيع الوقف:

استثنى أولاً: «ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع رأساً، واختار فيه جواز البيع.

ثم استثنى هذا الفرض الذي هو محلّ الكلام، وهو ما إذا خرب بحيث سقط عن الانتفاع المعتقد به بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه.

ثم تعرّض للصورة الثالثة، وهي ما إذا خرب بحيث قلّت منفعته إلى حدّ لا يلحق بالمعدوم، وقوى فيها المنع عن البيع.

وفي الفرض الوسط فصلّ على ما يظهر من آخر كلامه بين ما إذا كان النفع الباقي قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم، وبين ما إذا لم يكن كذلك، فاختار جواز البيع في الأوّل لا نصرف دليل المنع، كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عنه، والمنع في الثاني. إلّا أنّه لم نفهم مراده عليه السلام من «النفع المعتقد به» حتّى قسّم فرض عدم بقائه إلى

(١) العقد النضيد ٥/ ٦ و ٧.

(٢) حاشية المكاسب / ١١١.

قسمين، فإنه إذا كانت للوقف بعد الخراب منفعة عرفية ولو قليلة، فهو داخل في الصورة الثالثة، فلا وجه لجعله قسماً لها، فتأمل.

وبعبارة أخرى: الأقسام المتصورة في المقام ثلاثة لا أربعة، الأول: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً وعقلاً كما في الحيوان المذبوح، الثاني: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً فقط مع بقاء الانتفاع به عقلاً، الثالث: أن تقلّ منفعة العرفية، ولا رابع، فلا معنى لتقسيم الصورة الثانية - وهي سقوط الوقف عن المنفعة العرفية - إلى ما تقلّ منفعته بحيث يلحق بالمعدوم وإلى ما لا تقلّ منفعته كذلك.

وبالجملة: الظاهر أن المراد بسقوط الوقف عن الانتفاع المعتدّ به أن لا يترتب عليه ما يعدّ منفعة له بنظر العرف، كما إذا خرب السريّر الموقوف ولم ينتفع بأجزائه، كالحديد الموجود فيه، إلا بجعله وراء الباب لئلا يفتح، فإنه ليس من منافع ذلك الحديد، وإن كان ذلك منفعة عقلاً وأمكن إذا بته وجعله شيئاً آخر.

فتفصيل المصنّف في هذا القسم لا وجه له، بل الصحيح فيه جواز البيع؛ وذلك لأنّ متعلّق غرض الواقف إنّما هو تسبيل المنفعة العرفية لا العقلية، فإذا لم يمكن الانتفاع به بما يعدّ منفعة عرفية له، جاز تبديله بمقتضى غرض الواقف^(١) وإنشائه، على ما اخترناه من أن الواقف في الوقف المؤبد يحبس العين الموقوفة ما دام الانتفاع العرفي بها ممكناً مع بقائها، وبدلها إذا لم يمكن ذلك، والأدلة الواردة كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» تكون امضاءً لما أنشأه الواقف، فالمنفعة العقلية أجنبية عن غرض الواقف ولا تكون مانعاً عن البيع^(٢).

أقول: العقلاء في أفعالهم وتصرفاتهم يلاحظون الأغراض وتَدَوَّرُ أفعالهم مدار الغرض وجوداً وعدماً بمعنى أن الغرض يكون هو المقصود بالذات فيصح أن يكون الغرض قرينة على كيفية العمل الصادر منهم، فيكون الوقف حينئذٍ من أفعال العقلاء وغرضهم منه تحبّيس العين وتسبيل المنفعة على الموقوف عليهم فمع انتفاء المنفعة من

(١) هو الشيخ محمد حسين في حاشية المكاسب ٣/ ١٣٥.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ (١٧٤-١٧١).

الأساس - كما في الصورة الأولى - أو مع انتفائها عرفاً بحيث لا يعدّ المنفعة الموجودة العقلية منفعة عرفية لهذا العين - كما في الصورة الثانية - الغرض من الوقف - وهو تسبيل منفعة عين الموقوفة - منتف وبانتفائه سقط الحكم بعدم جواز بيعها، لأنّ بقاء الوقف وعدم جواز بيعه تابع لبقاء غرض الواقف^(١) ومع عدمه يحكم بجواز بيعها، فالحكم في صورتين واحد.

ثم، بعد تخصيص قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف» بغرض الواقف، تصل النوبة إلى اطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢)، وحتى لو ترددنا بين تخصيص وعدمه يكون المخصص مجملاً ومردداً بين الأقل والأكثر فلا بدّ من الأخذ فيه بالقدر المتيقن والتمسك بالإطلاق في غيره فيكون الاطلاق محكماً في هذه الصورة. هذا كلّ في الدليل اللفظي. وأما الأصل الْعَمَلِيُّ في المقام: فلا يجري استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب خلافاً للمحقّق الخراساني لأنّ زوال المنفعة العرفية معدودة من مقومات المستصحب ولا تعدّ من حالاته فلا يجري الاستصحاب، وحتى مع الشك في أنّ زوالها يعدّ من المقومات أو الحالات فلا يجري الاستصحاب لأنّ مع الشك فيه التمسك بدليل الاستصحاب يعدّ تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية ذاك الدليل وهو مردودٌ. وبعد سقوط الاستصحاب تصل النوبة إلى جَرَيَانِ الْبَرَاءَةِ من الحرمة في بيع الوقف. وبالجملّة: حكم الصورة الثانية من صور جواز بيع الوقف هو الجواز بالدليل اللفظي والأصل العملي والحمد لله.

تنبيه:

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه»^(٣).
مراده: جواز بيع الوقف «لو قلّت المنفعة مع قابلية الموقوفة للإنتفاع بها، كما إذا

(١) كما عليه المحقّق الإصفهاني في حاشيته على المكاسب ١٣٥/٣.

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٣) المكاسب ٧٣/٤.

وقف بعيراً للسقي فاستغني عنه بعد وضع أنابيب الماء، أو وقف خاناً لنزول الزوّار والمسافرين فيه، فتعطلّ بعد قطع المسافات البعيدة بالطائرات والسيارات، وكذا لو وقف داراً على ذريّته ليسكنوها بأنفسهم، ولم يمكنهم ذلك لوقوعها في محلّة لا يقيم فيها - فعلاً - ذوو المروّات، ونحو ذلك ممّا تكون العين فيه عامرة، ولكن لا ينتفع بها في الجهة المقصودة للواقف.

فما تقدّم من وجه جواز البيع ومنعه يجري هنا أيضاً، وبعد ترجيح جانب الجواز هناك - من جهة أن حبس العين مقدّمة لتسبيل الثمرة المعينة، وبإتفائها ينتفي حقيقة التسبيل المأخوذ في الوقف، ولا يبقى مجال لحفظ خصوصية العين المسلوبة منفعتها - نقول بجواز البيع هنا، لوحدة المناط»^(١).

إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر

صاحب الجواهر رحمته الله تبعاً لأستاذه وصهره ونجل أستاذه قائل بأنّ ذات الوقف تنافي مع البيع - كما هو مختارنا - وقد مرّ الكلام حول ذلك في أوّل البحث.^(٢) فلا بدّ أولاً من نقل مقالة صاحب الجواهر ثمّ طرح إشكال الشيخ الأعظم عليه.

مقالة صاحب الجواهر

قال رحمته الله: «والذي يقوى في النظر - بعد إمعانه -: أنّ الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضادّ، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع. والظاهر تحقّق البطالان فيما لو خرب الوقف على وجهٍ تنحصر منفعته المعتدّ بها منه في إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما ممّا لا منفعة معتدّ بها فيه إلّا بإحراقه مثلاً، وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً... وغير ذلك.

ووجه البطالان حينئذٍ: فقدان شرط الصحّة في الابتداء، المراعى في الاستدامة بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها.

(١) هدى الطالب ٢٢/٧.

(٢) راجع صفحة ٧١ من هذا المجلد: القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع.

كما إنَّه قد يقال: بالبطان أيضاً في انعدام عنوان الوقف فيما لو وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه «البستانيَّة» فخربت حتَّى خرجت عن قابليَّة ذلك، فإنَّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف. واحتمال: بقاء نفس العرْصَةِ على الوقف؛ باعتبار أنَّها جزء الموقوف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه^(١) لا يقتضي بطلانه فيها.

يدفعه: أنَّ العرْصَةَ كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذي قد فرض فواته. ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستاناً أو غيرها لم يكن إشكال في بقاء وقفها؛ لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنَّه خلاف الفرض. وكذا لو وقف نخلة للانتفاع بثمرتها فانكسرت، فإنَّه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنَّه ليس من عنوان الوقف.

وربَّما يؤيِّد ذلك في الجملة: ما ذكره في باب الوصِيَّة^(٢) من أنَّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصِيَّة؛ لانتفاء موضوعها.

نعم، لو لم تكن الداريَّة والبستانيَّة مثلاً عنواناً للوقف - وإن قارنت وقفه - بل كان المراد الانتفاع به في كلِّ وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغيُّر أحواله. ثمَّ على فرض بطلان الوقف بذلك، فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع، أو للموقوف عليه وورثته؟ وجهان، ينشآن:

من الخروج عن ملك الواقف ودخوله في ملك الموقوف عليه بالوقف، وإنَّما منعه من التصرُّف بغير الانتفاع المنافي^(٣) لبقاء العين في الملك ما دام قابلاً لتلك المنفعة، فمع فرض ذهابها وبطلان الوقف بذلك يبقى مملوكاً له من غير منع، يتصرَّف به كيف يشاء. ومن أنَّ خروجه عن ملكه كان على الوجه المذكور لا مطلقاً، فمع فرض بطلان

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: لكن.

(٢) المبسوط: كتاب الوصايا ٤ / ٣٨.

(٣) حسب السياق كلمة «المنافي» صفة لـ «التصرُّف» وإذا كانت صفة لـ «الانتفاع» فينبغي حذف «غير».

ذلك الوجه يعود إلى ملك المالك.

ولعلَّ الأوَّل لا يخلو من قوَّة، بل يشهد له ما تسمعه من النصِّ والفتوى المجوِّزة لبيعه للموقوف عليهم^(١).

توضيح كلام صاحب الجواهر

ذهب صاحب الجواهر إلى أنَّ الوقف يبطل بعروض مجوزات بيع الوقف لأنَّه يرى التنافي الذاتي بين عنواني الوقف والبيع ولذا التزم بفساد الوقف في موردين: أحدهما: خراب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتقد بها في إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما مما يكون الانتفاع به باتلاف العين كالاحراق.

لأنَّ «الوقف مؤلَّف من أمرين أحدهما حبس العين، والآخر تسبيل المنفعة، ومن المعلوم تفرع التسبيل على وجود الثمرة خارجاً، ولا فرق في إناطة صحة الوقف بوجود كلٍّ من العين ومنفعتها بين الإبتداء والاستدامة، فكما يعتبر وجودهما حدوثاً كذلك يعتبر بقاءً، فلو خربت الموقوفة ولم ينتفع بها بطل وقفيتها، ضرورة إنتفاء المركَّب بانتفاء أحد أجزائه كانتفائه بانعدام تمام الأجزاء.

والحاصل: أنَّ الشرط الدخيل في صحة الوقف - وهو كون العين ذات ثمرَةٍ مسبَّلة - يقتضي إنتهاء أمد الوقف بانتفاء الثمرة^(٢).

ثانيهما: أنعدام عنوان الوقف كما إذا وقف بستاناً - مع أخذ عنوان «البستان» في صيغة الوقف - فخرّب وسقط عن كونه بستاناً.

ففي هذا المورد «إنَّ غرض الواقف من قوله: «وقفْتُ البستان على أولادي» إن كان [على نحو موضوعية العنوان المأخوذ في صيغة الوقف بنحو تمام الموضوع] أي كان حبس البستان على الموقوف عليهم حبساً محدوداً وموقَّتاً ببقاء عنوان «البستان» - لكونه ملحوظاً جهةً تقييدية تدور الوقفية مداره - كان لازمه البطْلان بالإنهدام، ويتجه

(١) الجواهر ٢٣/ (٥٧٨-٥٧٦) [٢٢/ ٣٥٨ و ٣٥٩].

(٢) هدى الطالب ٢٣/ ٧.

البحث حيثئذٍ عن رجوعها إلى الواقف أو صيرورتها ملكاً طلقاً للموقوف عليهم.
فإن قلت: لا وجه لخروج العرصة عن الوقفية بعد زوال عنوان «البستان» لكونها جزءاً من الموقوفة، إذ «البستان» مركَّب من العرصة والأشجار، ومن المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفية - لتبدلها بأخشاب - لا يوجب إنتفاء وقفية العين.
قلت: إنَّ العَرَصَةَ وإن كانت جزءاً من الموقوفة، إلَّا أنَّ الواقف لم يجعلها وقفاً لا بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان «البستان» وأنتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفية العَرَصَةِ من جهة فقد الشرط.

وإن كان غرضُ الواقف حبسَ العرصة على الموقوف عليهم على [نحو العنوان مشيراً إلى وقفية الذات، أو على نحو تعدد المطلوب]. لم يقدح ذهاب عنوان «البستان» في استمرار وقف العرصة، هذا»^(١).

ثمَّ ذَكَرَ صاحب الجواهر بعد حكمه ببطان الوقف أنَّ العين ترجع إلى ملك مالکها وواقفها وورثته أو ترجع إلى ملك الموقوف عليهم؟ ويرى رجوعها إلى ملك الموقوف عليهم لا يخلو من قوة لوجود الشاهد عليه من النص والفتوى لبيعها للموقوف عليهم.

إشكال الشيخ الأعظم

اعتراض أولاً على مبنى صاحب الجواهر وهو فساد الوقف في موارد جواز البيع بالوجوه الأربعة:

الأوَّل: «أنَّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف الموبد»^(٢).
مراده: لا وجه لبطلان الوقف المؤبَّد بمجرد انتفاء المنفعة، لأنَّه يستلزم انقلاب الشيء عما هو عليه إذ مع وقوع الوقف المؤبَّد صحيحاً يمتنع انقلابه وصيرورته باطلاً بنفاد المنفعة، وهذا في مقام الثبوت.
الثاني: «مع أنَّه لا دليل عليه»^(٣).

(١) هدى الطالب ٣١/٧ و ٣٢.

(٢) المكاسب ٧٤/٤.

(٣) المكاسب ٧٤/٤.

مراده: عدم الدليل على مبناه في مقام الإثبات بمعنى لو سلّمنا امكان انقلاب الوقف المؤبّد إلى الوقف المنقطع كان الانقلاب منوطاً بوفاء الدليل عليه والدليل مفقود بل يدلّ على خلافه وهو قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(١).

الثالث: «مضافاً إلى أنّه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنّ الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المائيّة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري»^(٢).

مراده: الشرط المذكور «-وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها- وأن كان دخيلاً في الوقف، لوضوح كون الغاية من حبس العين تسبيل ثمرتها، إلّا أنّه يكفي في إنعقاد الوقف صحيحاً وجود المنفعة حال حدوث الوقفية وإنشائها، وأمّا اعتبار إستمرارها فلم يقيم عليه دليل.

والشاهد على كفاية وجود هذا الشرط ابتداءً هو ملاحظة شروط سائر العقود الناقلة، كمالية العوضين في باب البيع، فهي معتبرة حين الإنشاء، لكون البيع مبادلة مال بمال. ولا يقدح في صحته وترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المائيّة بيد المشتري»^(٣).
الرابع: «مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم»^(٤).

مراده: «أنّ جواز بيع الوقف في مورد طروء المسوّغ له لا يوجب إنتهاء أمد الوقف، وبطلانه، بل يتبدّل لزوم الوقف بالجواز والتزلزل، فإنّ بيع بطل، وإن لم يُبع بقي وقفاً، لما تقدّم في أوائل المسألة من أنّ مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، ومن المعلوم أنّ جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف.

وعليه فتجوز بيع شرعاً تخصيص في دليل لزوم الوقف، وصيرورته جائزاً بعد

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ١٧٥، ح ١، صحيحة الصفار.

(٢) المكاسب ٤/ ٧٤.

(٣) هدى الطالب ٧/ ٢٥.

(٤) المكاسب ٤/ ٧٤.

عروض المسوّغ»^(١).

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم ثانياً على مقالة صاحب الجواهر في المورد الثاني من مورد جواز بيع الوقف في كلامه - وهو بطلان الوقف بزوال العنوان - بوجهين:

الأوّل: «الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغبّر العنوان كما لا يخفى»^(٢).

مراده: زوال العنوان لا يوجب بطلان الوقف إجماعاً كما اعترف به صاحب الجواهر في مسألة بقاء وقفية عرصة الدار المنهدمة حيث يقول: «(إذا انهدمت الدار) ولم يبق من آثارها شيء (لم تخرج العرصة) بذلك (عن الوقف، ولم يجز بيعها) بلا خلاف أجده بين من تعرّض له؛ كالفاضل^(٣) والشهيد^(٤) وغيرهم^(٥)؛ لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأييد وعلى عدم جواز بيعه، ولأنّ العرصة من جملة الموقوف وهي باقية.

بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلّا عن بعض العامّة: فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم يمكن عمارتها، كالمسجد.^(٦)

وفي المسالك: تقييده في غير الأرض الخراجيّة، على نحو ما سمعته في

(١) هدى الطالب ٢٥/٧.

(٢) المكاسب ٧٥/٤.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية: الوقف / في الأحكام ٣١٦/٣؛ قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ٣٥٩/٢.

(٤) الدروس الشرعيّة: الوقف ٢٧٩/٢، درس ١٧١؛ مسالك الأفهام: الوقف / في اللوائح ٣٩٨/٥.

(٥) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ٣٠٠/٣؛ والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ٦٨/٩؛ والكاشاني في المفاتيح: ٢١٣/٣، مفتاح ١١١٥؛ والسبزواري في الكفاية: الوقف / في الأحكام ١٩/٢.

(٦) حلية العلماء ٣٨/٦؛ المغني (لابن قدامة) ٢٢٦/٦.

المسجد»^(١).

وبالجملة: «إنّ الفقهاء وإن اختلفوا في حكم بيع الوقف إذا خرب أو خُشي خرابه، فمنهم من جوّز البيع، ومنهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح في إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمة بينهما، لكون النسبة بين الخراب وسقوط العنوان عموماً من وجه، لصدق «تغيّر العنوان» دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفة حيواناً بسنّ خاص كبنت لبون أو بنت مخاض مثلاً، فإذا تجاوز سنُّهما عن هذا الحد، فقد تغيّر العنوان مع عدم صدق الخراب.

ولصدق «الخراب» بدون «تبدل العنوان» في الأرض الموقوفة للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنّه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها. ولتصادقهما في الدار المنهدمة والبستان الذي خرب، وزال عنوان بستانيته. فَالْتَّيَجَةُ: أنّ استمرار الوقف بعد نفاذ العنوان مُجْمَعٌ عليه. ومعه لا وجه للإلتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر^(٢).

الثاني: «إن أريد بـ«العنوان» ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا شكّ في أنّه ليس إلّا كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التملك المعلق بعنوان، لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزءٍ خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان «البستان»، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعليّة المتعلقة بالعنوانات.

وإن أريد بـ«العنوان» شيء آخر، فهو خارجٌ عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه؟»^(٣).

مراده: «أنّ منشأ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوانٍ خاصّ في

(١) الجواهر ٢٩/ ٢٣٣ (٢٨/ ١٠٩).

(٢) هدى الطالب ٧/ ٣٩.

(٣) المكاسب ٤/ ٧٥.

صيغة الوقف، كقوله: «وقفْتُ البستان على أولادي». ولكن يُسأل من صاحب الجواهر^(١) عما أراده من كلمة «العنوان» [١] فإما أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به في مقام الجعل كالمثال المزبور، و [٢] إما أن يكون مراده به أمراً آخر كالشرط المبني عليه الإنشاء أو المصرّح به فيه، بأن يقول: «وقفْتُ هذا البستان على ذريتي مادام بستاناً». والمفروض عدم إقتضاء شيءٍ منهما بطلان الوقف بنفاد العنوان.

أما الأول فلأنّ وقفية البستان لا تكون مقصورةً على هذا العنوان، بل تسري إلى كلّ جزءٍ منه، و [من المعلوم] سريّة الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوياتها بلا فرق بين الملكية الحاصلة بالوقف أو بالبيع أو بالهبة.

والشاهد على تعلّق الملكية بالمعنون أنّه لو قال: «بعْتُك هذا البستان» وتغيّرت صورته البستانية بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصّة والأجزاء ملكاً للمشتري. فكذا الحال في الوقف الذي يكون حقيقته إيقافاً للعين عن النقل الاعتباري أو تملكاً أو قصرّاً، سواءً استمرّ العنوان أم تغيّر^(١).

وأما الثاني فإنّ «إرادة الشرط من العنوان غير معهودة عند العرف وأهل العلم. مع أنّ اشتراط التوقيت لا يُجدي فيما رامه^(٢) من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواء أكان الشرط مصرّحاً به كما لو قال: «وقفْتُ هذا على أن يكون بستاناً أو: مادام بستاناً» أم منوياً - من غير دلالة عليه في الإنشاء - كما لو إقتصر على جملة: «وقفْتُ في البستان» بانياً على كونه موقّتاً ببقاء البستان.

وجه عدم الإجداء: منافاة جعل الملكية المحدودة - للموقوف عليه - للتأييد الذي اعتبروه في الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدلة الشروط وبخصوص «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم ثالثاً على صاحب الجواهر في تأييد مقالته بفرع في

(١) هدى الطالب ٤١/٧ و ٤٢.

(٢) هدى الطالب ٤٣/٧ و ٤٤.

الوصية بقوله: «وأما تأييد ما ذكر بالوصيّة، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيّة بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيّة بصيرورة البستان عرصة؟

نعم، الوصيّة قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات أخر^(١). حاصل اعتراضه: «كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كلّ منهما بعنوان الدار مثلاً، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. ومقصود [الشيخ الأعظم] رحمته إبطال التأييد، ثمّ التنظير بفرع آخر. أمّا بطلان التأييد فللفرق بين المسألتين، وهو: إقتضاء الوقف على العنوان صيرورة الموقوفة ملكاً فعلياً للعنوان، بخلاف مسألة الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصي شأنيّاً لا فعلياً.

مضافاً إلى: أنّ الموصى به هو عنوان «البستان» حال موت الموصي، بشهادة حكمهم بعدم إعتبار وجود الموصى به حال الوصية. فلو تغيّر عنوان البستان لم يكن الموصى به موجوداً حال الموت، والموجود حاله - وهو العرصة - مغايرٌ للموصى به، فتبطل الوصية من هذه الجهة، لا من جهة إعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية. وأمّا التنظير فتقريبه: أنّ الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التي صارت بعنوانها ملكاً فعلياً للموصى له بقبوله وبموت الموصي، ثمّ زال العنوان، فإنّهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، وبعوده إلى ورثة الموصي. وهذا كاشف عن عدم موضوعية العنوان، وكونه معرّفاً. فليكن الوقف مستمراً بعد ذهاب العنوان، لوحدة المناط^(٢).

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم رابعاً على وجهي صاحب الجواهر من رجوع عين الموقوفة إلى ملك الواقف وورثته أو الموقوف عليهم بقوله: «ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا

(١) المكاسب ٧٦/٤.

(٢) هدى الطالب ٤٥/٧.

لا يعرف له وجه بعد إطباق كلٍّ من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً»^(١).

ولبّ كلامه يرجع إلى أنّه بعد قبول صاحب الجواهر أنّ الوقف هنا يعدّ من الوقف المؤبد لا يمكن إبداء احتمال رجوعه إلى الواقف لإطباق «الفقهاء - القائلين بخروج العين عن ملك الواقف - على عدم عودها إليه أو إلى ورثته. ويستفاد هذا الإجماع من غير موضع من السرائر، كقوله في عدم جواز إنتفاع الواقف بما وقفه: «لما بيناه وأجمعنا عليه من أنه لا يصح وقفه على نفسه، وأنّه بالوقف قد خرج عن ملكه ولا يجوز عوده إليه بحال»^(٢) فعدم دخوله في ملك الواقف متفق عليه»^(٣).

هذه كلّها اعتراضات الشيخ الأعظم وتوضيحها على مقالة صاحب الجواهر - أعلى الله مقامهما وجعل الجنة مثواهما -.

الحكمية بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب رحمهما

أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأوّل: للشيخ الأعظم قد مرّ كلامنا في بحث «هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلّا بالبيع الخارجي...»^(٤) في ذيل مقالنا «في النزاع بين المشايخ الثلاث والشيخين الجليلين»^(٥) فلا نعيده فراجع ما حررناه هناك.

وحاصله: نحن مع المشايخ الأربعة - الشيخ جعفر وصهره الشيخ أسد الله التستري ونجله الشيخ حسن وصاحب الجواهر رحمهم - في وجود التنافي الذاتي بين الوقف والبيع. ولكنّا مع الشيخ الأعظم في أنّ الوقف لا يبطل إلّا بالبيع الخارجي في موارد جواز بيع الوقف فلا يكون باطلاً قبل بيعه.

(١) المكاسب ٤ / ٧٦.

(٢) السرائر ٣ / ١٥٥.

(٣) هدى الطالب ٧ / ٤٧.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٣.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٥.

وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول:

تبع المحقّق الخراسانيّ صاحب الجواهر وقال: «لا يبعد أن يقال، أنّه لو أُريد به كون قصد الواقف حبس العين في وقفها مادامت معنونة بعنوان كذا، وقيل بعدم بطلان مثله لعدم التّأبيد، لما عرفت من أنّه [التأبيد] ما يقابل التّوقيف، ولا توقيت هيهنا، لا يبعد أن يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغاية والنّهاية»^(١).

كما وافقهما السيّد اليزديّ وقال: «..إذا وقف بستاناً ملاحظاً في وقفها البستانية أو الدار ملاحظاً فيها الدارية فإنّها إذا خرجت عن العنوان بطل كونها وقفاً...»^(٢).

وحاول المحقّق الإصفهانيّ تصحيح مقالة صاحب الجواهر بقوله: «... فمرجع وقف البستان بما هو إلى أحد أمرين: [١] إمّا وقف العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية، [٢] وإمّا وقف العين بشرط ستعرف^(٣) إن شاء الله تعالى حقيقته.

أما الأوّل: فمبني على أنّ الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان؛ بحيث يعتبر الشارع ملكية العين إلى زمان زوال العنوان عنها، وربما يؤيد ذلك بأنّ ملكية الخل مرتبة على كونه خلاً، فإذا زال العنوان وانقلب خمرّاً زالت الملكية بل المالية، وبذهاب بعضهم إلى أنّ ملكية الأرض المحيطة باقية ببقاء الإحياء، بل الملكية في الأعيان دائرة مدار قابليتها للانتفاع بها فإذا سقطت عن القابلية زالت الملكية، وقد عرفت^(٤) سابقاً معقولة الملكية المحدودة بالعرض، وإن لم يعقل محدوديتها بالذات؛ لكونها من حيث ذاتها عرضاً قارراً غير قابل للتحديد بالزمان.

إلا أنّ المؤيدات قابلة للمناقشة بجعل الانقلاب إلى الخمرية الراجع إلى إسقاط المالية شرعاً مزيلاً للملكية، وزوال الملك بمزيل لا دخل له بالتحديد، وكذا خراب الأرض مزيل للملك الحاصل بالإحياء، وكذا السقوط عن قابلية الانتفاع مع أنّ المالية

(١) حاشية المكاسب / ١١١.

(٢) العروة الوثقى ٦ / ٣٧٧، مسألة ٣٧.

(٣) في نفس التعليقة عند قوله (وأما الثاني...) .

(٤) حاشية المكاسب ٣ / ٨٤.

قائمة بالخل، وكون مائع تارة مندرجاً تحت هذا العنوان وأخرى خارجاً عن تحته لا دخل له بانقلاب العنوان وزواله.

وأما الثاني: فالاشتراط على قسمين:

أحدهما: أن يشترط الواقف الرجوع إلى الملك بعد زوال العنوان، فالعين مملوكة بملكية مرسلّة وللواقف الرجوع إلى ملكه إذا زال عنوان الملك، فيدخل تحت مسألة جواز شرط الرجوع في الوقف وسيأتي^(١) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ثانيهما: أن يشترط عدم كونه وقفاً وملكاً إذا زال العنوان فهو شرط منافي لمقتضى الوقف، لمنافاة الملكية الأبدية في ذات العين وعدم الملكية عند زوال عنوانها، بل لا يعقل القصد الجدي إلى التملك الأبدى، وعدم كونه ملكاً عند زوال العنوان، وليس كزوال الملكية عند زوال العنوان، فإن الزوال والرجوع لا ينافي إرسال الملكية وأبديتها، بخلاف عدم كونها ملكاً وهو واضح.

ومما ذكرنا تعرف أنه يمكن تصحيح كلام صاحب الجواهر بأحد وجهين: إمّا بالالتزام بانشاء الملكية المقيدة، وإمّا باشتراط رجوع الملكية المطلقة، إلا أن ظاهر كلامه في باب الوقف^(٢) هو الأول وأنه كالوقف المنقطع الآخر، غاية الأمر أن المفروض في الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه، وهنا انقضاء أمد الموقوف^(٣).

أقول: قد عرفت من نقل هذه الكلمات عدم تمامية ادعاء الاجماع الوارد في كلام الشيخ الأعظم، وإن يمكن المناقشة في محاولة المحقق الإصفهاني وآليراد عليه: «أولاً: أن الوقف المؤبد ينافي ويناقض مع تحديد الملكية، ولا مجال لقياس الوقف المشروط بباب الملكية المحدودة.

هذا فضلاً عن منافاته مع شرط الرجوع، سواء كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، فالوقف المؤبد لم ينحصر مناقضته باشتراط عدم الوقفية عند زوال العنوان، بل

(١) حاشية المكاسب ٣/ ١٥٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٢/ ٣٥٨، وفي باب الوقف ٢٨/ ١٠٩ من الطبعة الاسلامية.

(٣) حاشية المكاسب ٣/ ١٣٨ و ١٣٩.

يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّ حقيقة الشرط هي الالتزام بالرجوع، وهو يتقابل مع الالتزام بالتأييد والأبدية.

وثانياً: كما أنّ محاولته تصحيح انتفاء الوقف بزوال العنوان، من خلال مقارنته مع الملكية المحدودة الموقّعة التي تزول الملكية عند حلول الأمد، ممنوعٌ أيضاً، لأنّ الواقف حين وقفه للعين الموقوفة - كالبيستان - يعلم أنّ هذا العنوان كبقية العناوين لا يكون أبدياً، بل يزول عاجلاً أم آجلاً، وبرغم ذلك يحبسه ويوقفه وفقاً أبدياً، ولذلك لا يمكن فرض بقاء الوقف المؤبد محدوداً ومقيّداً بقاء العنوان وعدمه، لمناقضة المؤبد مع المحدود. وبالتالي؛ فإنّ محاولة المحقّق الإصفهاني في توجيه كلام الجواهر لا يُسمن ولا يُغني من جوع»^(١).

ولكن مع ذلك كلّ يمكن تصحيح مقالة صاحب الجواهر لما عرفت من عدم وجود الاجماع على خلافه، نعم بين عنواني «الخراب» و «تغيّر العنوان» عموم وخصوص من وجه كما مرّ، ولكن مراد صاحب الجواهر تقييد الوقف بالعنوان فيكون العنوان مأخوذاً في الوقف على نحو الحيثية التقيديّة ويؤيده قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

فيكون الوقف مقيداً بهذه الحيثية التقيدية ويكون صحيحاً ويلزم منها بطلان الوقف بزوال القيد والعنوان كما عليه صاحب الجواهر.

نعم، هذا الوقف المقيد بالعنوان الزائل عنه في فترة لاحقة يتنافي مع الوقف المؤبد، وهذا التنافي يعدّ من مشاكل كتاب الوقوف وسوف نبحث عن حلّ هذه العويضة تبعاً للقوم في بحث الوقف المنقطع الآخر لاحقاً إن شاء الله تعالى.

ثمّ لا بدّ من التنبيه على تفصيل المحقّق النائيني وردّ السيّد الخوئي رحمه الله ودفاعه عن الشيخ الأعظم رحمه الله والملاحظات حوله.

(١) العقد النضيد ١٩/٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٧٥، ح ١.

تنبيه: حول تفصيل المحقق النائيني ونقده وملاحظات النقد

قال المحقق النائيني رحمته الله: «ثم إنَّ ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة إذا لم يلحق قلَّة الانتفاع بها بالعدم إنَّما هو إذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة. وأمَّا إذا تبدَّلت بصورة أخرى فيجوز بيعها وإن لم تلحق بالعدم. ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ [الطائفة] ^(١) ناظرًا إلى هذا المعنى، فإنَّ النخلة الموقوفة إذا قلعت تعدَّ عرفاً مباينةً للنخلة؛ لأنَّها عبارة عن الشجرة، لا المادَّة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب.

وبطلان الصورة النوعية عبارة أخرى عن خراب الوقف. وسيجيء - إن شاء الله تعالى - في باب الخيار: أنَّ مناط مالِيَّة الأموال إنَّما هو بالصورة النوعية، لا المادَّة المشتركة.

ثمَّ المدار في الصورة النوعية على الصورة النوعية العرفية لا العقلية، فإذا تبدَّلت الصورة النوعية التي تعلَّق الوقف بها يبطل الوقف، ويبقى ذات الجسم فيباع. ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة، فإنَّ الدار مركَّبة من البناء والأرض، وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأساً لبقاء العرصه.

وبالجملة: حيث إنَّ قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفة، وكونها ذات منفعةٍ لأنَّه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة، فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلاً فكذلك يجوز بيعها إذا لم تبْق صورتها العينية التي هي إحدى ركني الوقف» ^(٢).

واعترض عليه السيّد الخوئي ودافع عن الشيخ الأعظم بقوله: «أنَّ العناوين والصور النوعية عرفية كانت أو عقلية وإن كانت موجبة لشيئية الأشياء في نظر العرف والعقل، إلَّا أنَّها لا تقابل بالمال بوجه وإنَّما هي دخلية في زيادة المالية للمادة ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك وقد مرَّ في بعض المباحث في المكاسب

(١) كما في الخلاف ٣/ ٥٥١، مسألة ٢٣.

(٢) منية الطالب ٢/ ٢٨٥؛ وراجع توضيح الأكثر لهذا التفصيل في المكاسب والبيع ٢/ ٣٩٤ و

المحرمة وسيأتي في باب الخيارات إن شاء الله، أنّ الأوصاف التي لها دخل في زيادة المالية وتعد في نظر العرف من الصورة النوعية إذا وقعت عليها المعاملة وظهرت خلافها فتكون المعاملة فساداً فإن وقع عليها المعاملة يعد في نظر العرف مغائراً لما ظهر وإن كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضة على الفراش المنسوج بنسج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغائر في نظر العرف أو باع عبداً فظهر أمة أو باع كأساً وظهر قدراً أو باع سكيناً وظهر مسماراً أو باع ساعة وظهر قطعة حديد، أو باع صندوقاً وظهر طبلاناً فإن في جميع ذلك يبطل البيع لأنّ ما وقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليه البيع وإن كانا في الحقيقة من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما شيئين متباينين فإنّ الرجولة والأنوثة وإن كانتا من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما متباينين كما هو واضح. وليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين المادة والصورة، بل المعاملة واقعة على المادة، والصورة موجبة لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلك المادة أي الجسم لا المادة الهيولانيّة المحفوظة في جميع الأشياء وتبدلت بصورة أخرى مغائرة للأولى لم تبطل البيع، فإنّ نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع وتعنون الأشياء بتلك الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فإنّها أعراض لا تقبل الانفكاك ولا يكون كونها عناوين للأشياء موجباً لكونها محطاً لجميع الأحكام تكليفية أو وضعية بحيث تكون مملوكة وقابلة للتملك كما هو واضح، وبالجمله الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سبباً لماليتها لا أنّ نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضاً كذلك فإنّه إذا وقف عبداً أو كأساً أو داراً أو دكاناً فالظاهر من ذلك أنّ نفس تلك الأشياء بموادها موقوفة وإن كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية، ولا تدور الوقفية مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة والصلح والبيع كما هو واضح، وعليه فإذا زالت الصورة النوعية لم تزل الوقفية بل تكون المادة التي معنونة بعنوان أيضاً وفقاً وإن لم ينتفع عنها نفعاً كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة.

نعم، تزول الوقفية بزوال الصورة والمادة كليهما إذ ليس المراد من المادة هي الهيولى لتكون محفوظة في ضمن شيء من الأشياء وإن كان في ضمن التراب، بل المراد منها هنا هي المادة العرفية أعني الجسم الذي كان معنونا بعنوان ولا شبهة أنه ينتفي كانتفاء صورته.

وعلى هذا فإذا وقف شيئاً وكان مفعول قوله عنوان ذلك الشيء بأن قال وقفْتُ البستان الفلاني أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أن الوقف هي ذات هذه العناوين المعنونه بها وإنما تلك العناوين معرّفات إليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها مالية تكون وقفاً منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفية مدار نفس العنوان فإذا زال الوقف وإذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخلة كانت عرصة البستان وعرصة الدار والنخلة المقلوعة غير وقف، بل باقياً في ملك الواقف. بل العنوان في المركبات الاعتبارية لا ينتزع إلا من أمور متعددة فينحل إلى أمور عديدة كعنوان الدار فإن الدار ليست إلا مركبة من العرصة والقبب والجدران وهكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا وقف الأرض وتلك القبب ومعنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار والعرصة فلا يعقل لو وقف العنوان فقط معنى محصل.

وبالجملة: لا نعقل معنى محصلاً لو وقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذي العنوان فكما أن في المركبات الحقيقية لا تنفك الصورة النوعية عن المادة لكونها متحدة في الخارج حقيقة وكذلك في المركبات الاعتبارية كالدار والبستان فإن العنوان في ذلك كله أيضاً ليس موضوعاً للحكم بمعنى كونه وقفاً خالياً عن المواد.

وبعبارة أخرى: إذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنه هل بقي في ملك الواقف منها شيء أم لا؟ فإن بقي ذات النخلة في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض وإن لم يبق في ملك الواقف شيء فبعد زوال عنوان النخلة وصيرورتها خشبة فلماذا صار ملكاً للواقف؟!^(١).

(١) مصباح الفقاهة ٥ / (٢١٢-٢١٠).

ثم إنّ لنا ثلاث ملاحظات في كلام المحقّق الخوئي رحمته:

«الملاحظة الأولى: تعرّض السيّد الخوئي لقضيّة خراب العين الموقوفة وبيعها في كتابين من أبواب كتابه (منهاج الصالحين):

١- قال رحمته في المسألة ٩٥ من مسائل كتاب التجارة، في شروط العوضين: «لا يجوز بيع الوقف إلّا في موارد...:

ومنها: ما لو علم أنّ الواقف لاحظ في قوام الوقف عنواناً خاصّاً في العين الموقوفة، مثل كونها بستاناً، أو حمّاماً فيزول ذلك العنوان، فإنّه يجوز البيع حينئذٍ، وإن كانت الفائدة باقية بحالها أو أكثر»^(١).

٢- قال رحمته في المسألة ١١٩٣ في كتاب الوقف - أحكام الوقف:

«إذا أوقف^(٢) بستاناً لصرف نماءها في جهة خاصّة، فانقطع عنها الماء حتّى يبس شجرها، أو انقلع شجرها، وبقيت عرصة، فإن أمكن إيجارها وجب ذلك، وصُرفت الأجرة في الجهة الموقوف عليها.

نعم، إذا فهم من القرائن أنّ الوقفيّة قائمة بعنوان البستان، كما إذا وقفها للتنزّه أو للاستغلال، فإن أمكن بيعها وشراء بستان أخرى، تعيّن ذلك، وإلّا بطلت الوقفيّة بذهاب عنوان البستان، وترجع ملكاً للواقف»^(٣).

فإذا لاحظنا المسألتين، نجد أنّ الأخيرة شارحة للأولى، لأنّه عدّ زوال العنوان في كتاب التجارة موجباً لبطلان الوقف ومن مسوّغات البيع، ولكنّه التزم في كتاب الوقف بأنّه إذا أمكن تحصيل الغرض وجب ذلك من خلال بدله، ومع التعذّر أو انحصاره فإنّه يبطل الوقف وتعود العين إلى ملكيّة الواقف - بمثل ما التزم به صاحب الجواهر - وهذا بناءً يناقض مع مبناه المصرّح به في مصباح الفقاهة.

(١) منهاج الصالحين ٢٥/٢.

(٢) كذا ورد في كلامه رحمته. وهو ليس من لغة العرب الفصحاء في شيء، بل تلك لغة رديئة معدول عنها، والفصيح أنّه ثلاثي: وَقَفَ.

(٣) منهاج الصالحين ٢٤٩/٢.

الملاحظة الثانية: حول ممنوعية ما يدّعيه من «أنّ العناوين والصور النوعية -عرفية كانت أو عقلية- وإن كانت موجبة لشيئية الأشياء في نظر العرف والعقل، إلّا أنّها لا تقابل بالمال بوجه، وإنّما هي دخيلة في زيادة المالية للمادة، ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك»^(١).

أقول: والتحقيق حولها يتوقّف على ملاحظة حقيقة الصّور في المعاملات، وهل حيثيتها تقييدية أو تعليلية؟ ولا مجال لإثباتها إلّا من خلال ملاحظة إنشاء العقلاء وارتكازاتهم، والتحقيق في ذلك يستلزم التفصيل بين الأوصاف والصور النوعية العقلية. أمّا الأوصاف: فإنّ حيثيتها في المعاملات تعليلية، وما التزم به المحقّق الخوئي من مدخلية الوصف في مالية المبيع -كما في العبد الكاتب- تامّ لا نقاش فيه. وأمّا ما التزم به في الصّور النوعية العرفية.

فممنوع لمخالفته مع ما هو المرتكز عند العقلاء من تقييد المعاملة بالصور النوعية دون المواد، فالبائع يبيع الفرس والفراش دون اللحم والقطن، وكذلك الحال في الصور النوعية العقلية، فإنّه بالأولوية العرفية والعقلية والعقلانية حينما يُقدّم البائع على بيع الشاة أو الفرس، فإنّ مورد المعاملة ليس المادة بل هو الفرس بصورته النوعية، بحيث تكون للفرسية دخل في المعاملة.

الملاحظة الثالثة: ما يرد على قوله أخيراً حول النخلة الموقوفة بعد زوال عنوانها، وصيرورتها خشبة، وأنّه لو بقيت النخلة: «في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها، فلا معنى لكون النخلة للموقوف عليهم، وإن لم يبق في ملك الواقف شيء، فبعد زوال عنوان النخلة وصيرورتها خشبة فلماذا صار ملكاً للواقف؟»^(٢).

حيث ينتقض بالوقف المنقطع الآخر عند انقراض الموقوف عليهم، من الحكم بخروجه عن ملك الواقف، وانتقاله إلى الموقوف عليهم، ثمّ عوده بعد زوالهم إلى ملكية

(١) مصباح الفقاهة ٥ / ٢١٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٥ / ٢١٢.

الواقف، وهكذا الأمر في المقام مع الفرق بين أن الانقطاع في الأوّل يكون من جهة الموقوف عليهم، وفيما نحن فيه يكون في الموقوف، لكن هذا الفرق لا يمنع من اتّحادهما في تحقّق الخروج أوّلاً ثمّ الرجوع ثانياً ثبوتاً وإثباتاً»^(١).

أقول: وفي الختام نترك الاعتراض الثالث والرابع للشيخ الأعظم لتمايئتهما، غفر الله أيّانا وإيّاكم ورحمهما الله تعالى.

الصورة الثالثة

قال الشيخ الأعظم: «أن يخرب بحيث يقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم. والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوّز الشيخ رحمته في محكيّ الخلاف بيعها، محتجّاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يُرجى عوده،^(٢) ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه،^(٣) وحكي موافقته عن الفاضلين^(٤) والشهيدين^(٥)، والمحقّق الثاني^(٦) وأكثر المتأخّرين^(٧). وحكى في الإيضاح عن والده - قدّس سرهما -: أن النزاع بين الشيخ والحلّي لفظي، واستحسنه^(٨)؛ لأنّ في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، والحلّي فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها.

(١) العقد النضيد ٥ / (٢٤-٢١).

(٢) الخلاف ٣ / (٥٥٢-٥٥١)، كتاب الوقف، مسألة ٢٣.

(٣) السرائر ٣ / ١٦٧.

(٤) الشرائع ٢ / ٢٢١؛ والقواعد ١ / ٢٦٩؛ والتحرير ١ / ٢٩٠.

(٥) الدروس ٢ / ٢٧٩؛ والمسالك ٥ / ٤٠٠.

(٦) جامع المقاصد ٩ / ٧٢.

(٧) حكاة عنهم وعن قبلهم جميعاً المحقّق التستري في المقابس / ١٥٥.

(٨) إيضاح الفوائد ٢ / ٣٩٣.

قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ^(١)، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلّا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله^(٢)»^(٣).
توضيح مقالة الشيخ الأعظم: «صرّح [الشيخ الأعظم] بأنّ الأقوى هنا، المنع لأنّ الأصل في الوقف، المنع عن البيع والأدلة التي كانت موجودة في عدم جواز البيع، تجري هنا ومن جملتها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يؤقّفها أهلها» قوله عليه السلام: «صدقة لا تباع ولا توهب».

فهذه الأدلة، يشمل إطلاقها هذا المورد من دون انصرافٍ فيها، المدعى في صورة عدم المنفعة بالمرّة أو المدعى في صورة عدم الانتفاع المعتقد به.

ثم: إنّ الشيخ [الأعظم] رحمته الله صرّح بعدم جواز البيع في هذه الصّورة، يظهر من المشهور أيضاً حيث أنّ الشيخ الطوسي؛ في باب النخلة الموقوفة المنقلعة ذهب إلى جواز بيعها لأنّها لم تكن لها ثمرة في المنفعة التي كانت مقصودة للواقف لأنّه لا تحصل إلّا بالبيع. اعترض ابن إدريس على هذه الفتوى من الشيخ الطوسي رحمته الله واستبعده بأنّ النخلة وإن زالت منفعتها الخاصّة ولكن كانت لها منافع أخرى لأنّها يمكن التسقيف بها وجعلها جسراً.

أيّد هذا الاعتراض، العلامة الحليّ وفخر المحقّقين والشّهيدان والمحقّق الثاني رحمته الله ولذا جاؤا في مقام توجيه كلام الشيخ الطوسي رحمته الله بأنّ مقصود الشيخ رحمته الله، غير الصّورة التي فرضها ابن إدريس رحمته الله لأنّه ورد في تعليل الشيخ الطوسي رحمته الله أنّه إذا لم يبيعها، ليست لها منفعة أصلاً ومن هذا يعلم أنّ فرض الشيخ الطوسي رحمته الله في النخلة، المنفعة في مورد لا يمكن لها التسقيف أو لا يمكن استعمالها في الجسر أو ليس مورداً للزّوم.

(١) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار / ١٥٥، ذيل الصورة الخامسة.

(٢) يجيء في الصورة الرابعة - الآتية -.

(٣) المكاسب ٧٦/ ٤ و ٧٧.

بالجملة، لو كان في فرض الشيخ رحمته الله امكانُ التسقيف أو امكانُ جعلها جسراً لكان هذا، انتفاعاً مع أن الشيخ الطوسي رحمته الله فرضه، سلب جميع الانتفاعات عنها وبهذا يصير نزاعُ الشيخ رحمته الله مع ابن إدريس رحمته الله نزاعاً لفظياً كما نقله فخر المحققين عن العلامة رحمته الله فقول العَلَمَين، ليس متواردين على موردٍ واحدٍ فالموردُ الذي جَوَّزه الشيخ الطوسي رحمته الله غير المورد الذي جَوَّزه ابن إدريس رحمته الله فالحقُّ مع كليهما فالشيخ الطوسي رحمته الله جَوَّز البيع في صورة عدم الانتفاع للتخلة بالمرّة وهو ممّا لا كلام فيه.

وابن إدريس؛ منع في موردٍ كانت للتخلة، منفعةٌ أخرى غير منفعتها الخاصة بالنزاع بين الشيخ الطوسي؛ وابن إدريس رحمته الله ليس نزاعاً في الكبرى بل اختلافٌ بينهما في الصغرى وفرض المسألة.

وبملاحظة هذه الكلمات افتنى الشيخ الأنصاري رحمته الله في مورد الفرض وهو ما عرض الخرابُ للعين الموقوفة وقلّت المنفعة ولكن بحيث يلحق بالمعدوم، بأنّ الأقوى والأشهر هو المنع أمّا كونه أقوى لوجود المُقتضي وعدم المانع والمُقتضي هو الأدلّة والمانع ليس هنا موجوداً وأمّا كونه أشهر فهو المستفاد من كلمات الفقهاء من أنّ كلّ موردٍ كانت فيه منفعة، لا يجوز بيعه»^(١).

نقد مقالات الأعلام الثلاثة

«كل واحد من كلمات الشيخ الطوسي رحمته الله وابن إدريس رحمته الله والشيخ الأنصاري رحمته الله لا يخلو من نظري ومناقشة:

وأما ما قال به الشيخ الطوسي فهو؛ وإن أصاب في أصل الفتوى وهو جواز البيع في هذه الصورة ولكنّ التعليل المنقول عنه رحمته الله، لا يستوى بظاهره إلّا أن يأوّل. توضيحه: أنّ قول الشيخ، أنّ المنفعة التي عيّنها الواقف، زالت وليست للعين منفعةً أخرى.

يعلم من هذه الكلمات: أنّ الكبرى كانت مُسلّمةً عند الشيخ رحمته الله وهي أنّ كلّما

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٤٢ و ٤٤٣.

شرائط العوضين / الطَلْقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٣٥

تترتب المنفعة على العين ولو كانت المنفعة غير المنفعة المذكورة في الوقف، لا يجوز بيعها.

وهذا هو الذي أوجب للعلامة أن يقول: أن النزاع بين العلمين، نزاع لفظي ولكن هذا، ليس بصحيح لأن ظاهر فتوى الشيخ الطوسي رحمته الله أن الكبرى، مسلمة عنده وجعل المدار في المنفعة، مطلق المنفعة لا المنفعة التي صرح بها الواقف ولكن بناءً على ما قلناه سابقاً تبعاً عن صاحب الجواهر رحمته الله، أن المدار في بطلان الوقف، على تعذر المنفعة التي عينها الواقف فالظاهر منه أن المراد من انتفاع الثمرة الموجب للبطلان، ليس مطلق الثمرة بل المراد منه، الثمرة التي عينها الواقف.

هذا مضافاً إلى أنه صرح بهذا، صاحب الجواهر رحمته الله يقتضيه الدليل الذي نقله صاحب الجواهر رحمته الله والدليل أن حقيقة الوقف، حقيقة مركبة وهو حبس العين وتسبيل الثمرة.

ومن المعلوم: أن مقصود الواقف من الثمرة وجعلها تحت انشائه، ثمرة العين فالمراد من انتفاع الثمرة الذي يوجب بطلان الوقف، إنما هو انتفاع الثمرة التي عينها الواقف لا مطلق الثمرة.

نكتة أخرى هنا وهي أن صاحب الجواهر رحمته الله صرح في مورد زوال العنوان بأن العنوان إذا كان موقوفاً فزواله موجب للبطلان وإذا كان المعنون موقوفاً فزوال العنوان، ليس موجباً للبطلان.

فهنا بحث من حيث الإثبات وهو أنه من أين يعلم أن مقصود الواقف، العنوان أو المعنون؟

من المعلوم: أن في مقام الإثبات، ظاهر اللفظ كان محكماً فإذا صرح الواقف: «بأني وقفت الدار» وهكذا إذا صرح: «بأني وقفت الحمام» فظاهر الانشاء المعلق على العناوين، أن مورد الوقف، هو العنوان.

التنبيه على الأمرين [مقدمة على نقد كلام ابن إدريس]

بعد ما بينا أن انتفاع الثمرة، موجب لبطلان الوقف وزوال العنوان موجب لبطلان

الوقف يجب التنبيه على الأمرين:

التنبيه الأول: أنه لو شكنا في أن مورد الوقف هل هو العنوان أو المعنونة فقلنا إن المحكم، ظاهر اللفظ وهو كون العنوان مورداً للوقف كما في الإنشاءات كلها.

التنبيه الثاني: أن المناط في بطلان الوقف بانتفاع الثمرة، لسقوط الثمرة أي ثمرة؟ هل هي مطلق الثمرة أو الثمرة التي وقعت مورداً للإنشاء؟

قلنا سابقاً: أن المناط، الثمرة التي وقعت مورداً للإنشاء لأن دليل بطلان الوقف عند انتفاع الثمرة، فقدان المنشأ وإذا فرضنا أن المنشأ، ثمرة خاصة ففقدانها، موجب لبطلان الوقف فإذا فرضنا أن الابتداء والاستمرار كان لهما حكم واحد ففقدان الثمرة المنظورة للواقف ابتداءً أو استدامةً، موجب للبطلان.

إذا عرفت هذين الأمرين فنحن نسئل عن ابن إدريس رحمته الله ما المراد من قولكم: يحفظ وقف الواقف على أي حال؟

من المعلوم: أن الذي وقفه الواقف هو التخلية لا الحطب، والتخلية المنقلعة كانت حطباً والواقف، لم يوقف الحطب بل التخلية.

قوله: «أن حفظ الوقف مهما أمكن لازم» صحيح ولكن ليس هذا من الوقف بشيء لأن مورد الوقف، عنوان التخلية فقد زال ذلك العنوان وبقي حطباً فحينئذ في مورد مثال التخلية المنقلعة، كان موجباً لبطلان الوقف:

الأول: قاعدة انتفاع الثمرة.

والثاني: قاعدة زوال العنوان.

فان قلت: من أين يعلم أن التخلية، كانت عنواناً ولعل مراد الوقف، المعنونة.

قلنا: إن الظاهر أن التخلية هو العنوان.

وهكذا إن قلت: من أين يعلم أن مورد نظر الواقف، ليس مطلق الانتفاع.

قلنا: إن الفرض أن الواقف، وقف التخلية لانتفاع الثمرة منها نسلأ بعد نسل وما سئل

كل الانتفاع من الجسر والتسقيف.

والقول بأن: حفظ غرض الواقف، واجب مهما أمكن ولو بطل الوقف والغرض

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٣٧

فيلزم العمل بالوقف، الأقربُ فالأقرب.

مدفوعٌ كما أجاب الشيخ عنه بأنَّ حفظ دواعي الواقف وأغراضه لا يلزم بل ما يجب العمل به، الغرض الذي دخل تحت الإنشاء.

على هذا، إيراد ابن إدريس رحمته الله على الشيخ الطوسي رحمته الله لا يرد ولا دليل على حمل كلام الشيخ الطوسي رحمته الله على صورةٍ أخرى غير فرض ابن إدريس رحمته الله.

نعم، إن كان يرد على الشيخ رحمته الله شيء فهو أنه إن كان مقصود الشيخ رحمته الله من قوله: «إنَّ الانتفاع بغير هذا الوجه، لا يمكن» أنه لو أمكن انتفاع آخر غير انتفاع مورد نظر الواقف، كان يجب أن ينتفع ذلك الانتفاع.

يرد على الشيخ الطوسي رحمته الله هذا الإيراد الذي ذكرناه من أنَّ عدم إمكان الانتفاع بما أوقفه الواقف أو زال عنوان الوقف، يوجب البطالان سواء أمكنت المنفعة الأخرى أم لا؟ فمجرد إمكان الانتفاع الآخر، ليس دليلاً على منع البيع.

الاشكالُ الوارد على شيخنا الأنصاري

أما الذي يُردُّ على شيخنا الأنصاري في هذه المسألة فهو أصل الفتوى وهو «الأقوى، المنع» على ما قلناه، محلُّ اشكالٍ وكذلك الاستظهار والاستفادة، ليس بصحيح. أما بطلان أصل الفتوى فنقول فيه:

هل الشيخ رحمته الله جعل فرض النخلة المنقلعة، من مصاديق هذه الصورة أم كانت غير محلِّ البحث ولكن الشيخ رحمته الله نظره من ذكر فرض النخلة المنقلعة الموقوفة هنا، الاستفادة لمسألة محلِّ البحث.

بعبارة أخرى، مقصود الشيخ من كون العين الموقوفة تخرب بحيث تقلُّ منفعتها بحيث تكون العين الموقوفة مخروبة لا على نحوٍ يوجب زوال العنوان، وكانت المنفعة تقلُّ، لا على الخراب بحثٌ سنتعرّض له في المباحث الآتية.

وان كان المقصود من الخراب، الخراب الذي لا يُزيلُ عنوان الوقف، والمقصود من قلّة المنفعة، قلّة المنفعة التي كانت مورداً لنظر الواقف يعنى كان نظر الواقف، النخلة لا المنفعة.

فقولُ الشيخ؛ في عدم جواز البيع في هذا الفرض فله وجهٌ لبقاء العنوان والثمره غاية الأمر، صارت الثمرة إلى القلة. ولكن الظاهر من الشيخ، ليس مقصوده هذا الفرض. وأما ان كان فرض الشيخ، فرض ما إذا عرض للعين الموقوفة، الخراب بحيث زال العنوان وانتفت الثمرة المنظورة ولكن تمكن المنفعة الأخرى غاية الأمر تكون المنفعة الأخرى قليلة لا على حدٍّ يلحق بالمعدوم.

فالظاهر من كلام الشيخ رحمته الله أن مراده، هذا الفرض لأنَّ الشيخ رحمته الله قال في الصورة الثانية، ما إذا عرض الخراب للدار الموقوفة بحيث لا ينتفع بها إلا أن يجار لمنفعة أخرى كالمزبلة ولكن هذه المنفعة في مقابل المنفعة التي كان نظر الواقف بها كلا منفعةٍ وأما فيما نحن فيه فتقلَّ المنفعة بحيث لا تلحق بالمعدوم.

وبالجملة، يُعلم من كلام الشيخ رحمته الله أن فرض الشيخ، ليس الفرض الأول يعني بقاء العنوان والثمره غاية الأمر عرض له الخراب وعُرِضَت للمنفعة القلة فإن كان مقصود الشيخ رحمته الله هذا الفرض ففتوى الشيخ كانت حقاً ولا يحتاج استنباطها من صورة التخلية المنقلعة لأنَّ هنا، كانت المنفعة، محفوظةً فيعلم منه أن مقصود الشيخ رحمته الله فرض التخلية المنقلعة وكلَّ فرضٍ يشابهها من أن المنفعة الخاصة للواقف لا يمكن ولكن تمكن المنفعة الأخرى ولو كانت قليلةً ولكن لا إلى حدٍّ يلحقها على المعدوم.

ومقصوده من الخراب، لأقلَّ من كونه أعمَّ من زوال العنوان فإن كان مقصود الشيخ رحمته الله هذا الفرض كما هو الظاهر من كلامه رحمته الله فيرد عليه ما اوردناه من أن هنا، مُوجِبِينَ للبطلان.

أولهما، زوال العنوان والآخر انتفاع الثمرة وأما امكان الثمرة الأخرى فهو لا يجعل الوقف الباطل صحيحاً وملاحظة الأقرب إلى غرض الواقف، لا يلزم.

مُضافاً إلى ذلك، يمكن أن يرد على شيخنا الأنصاري رحمته الله، إشكالاً آخر وهو أن القلة والكثرة، من الأمور التَّبَيُّيَّة فالمنفعة القليلة، كانت مالا في حدِّ نفسه وتترتب عليه أحكام المال وقولنا أنه كالعدم، إنما هو بالمقايضة إلى المنفعة الكثيرة منها ولكن مجرد وجود المنفعة في حدِّ نفسها، لا يكفي بل يمكن القول بأنَّ القلة إنَّ انتهى إلى حدٍّ فهي ولو كانت

شروط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٣٩

مالاً في حدّ نفسها ومعتدّاً بها ولكن إذا كانت القلّة بالنسبة إلى وضع الموقوفة، تعدّ من تضييع المال، كان مجوّزاً لبيع الوقف.

فبناءً عليه في مثل النّحلة الموقوفة المنقلعة، الاستفادة منها في التّسقيف والتّسجير ولو كانت هذه المنفعة، منفعةً معتدّاً بها في حدّ نفسها ولكن بالنسبة إلى المنفعة التي يمكن تحصيلها، تُعدّ في حكم تضييع المال مع قطع النّظر عن تطبيق الموردين المجوّزين لبيع الوقف، من زوال العنوان وانتفاع الثّمرة.

فبناءً على هذا، الأقوى جواز البيع كما في الصّورتين المذكورتين»^(١).

الصورة الرابعة

قال الشيخ الأعظم: «أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدّة وجود الموقوف عليه»^(٢).

جوّز الشيخ المفيد^(٣) بيع الوقف في هذه الصورة أي إذا كان بيعه أعود وتبعه صاحبا الشرائع^(٤) والقواعد^(٥).

وقد نسب الشهيد^(٦) والمحقّق الثاني^(٧) هذا القول إلى المفيد.

نعم حكى كاشف الرموز القول بعدم الجواز من أستاذه المحقّق ويقول: «وكان شيخنا يذهب إلى أن البيع لو كان خوف الخراب جائز وإن كان البيع أنفع لهم غير جائز

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤ / (٤٤٩-٤٤٤).

(٢) المكاسب ٤ / ٧٨.

(٣) المقنعة ٦٥٢.

(٤) الشرائع ١١ / ٢، وعبارته: ويكون البيع أعود على الأظهر.

(٥) القواعد ٢٣ / ٢، وعبارته: ويكون البيع أعود.

(٦) الدروس ٢٧٩ / ٢.

(٧) جامع المقاصد ٦٨ / ٩.

وهذا وجه حسنٌ قريب^(١).

وأولّ العلامة في التحرير^(٢) كلام المفيد.

وعلى أيّ حال المتسالم عليه بين الفقهاء عدم الجواز في هذه الصورة كما قال الفخر: «عليه أكثر العلماء»^(٣) وقال ابن فهد: «أنّ باقي الأصحاب على خلاف المفيد في هذا الفرع»^(٤).

وقال الشيخ الأعظم: «وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه. والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكل»^(٥).

العمومات والقاعدة تقتضي عدم جواز بيع الوقف ولكن قد استُدلّ للمفيد في جواز البيع بروايتين:

الأولى: خبر جعفر بن حيان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ وقف غلّةً له على قرابةٍ من أبيه، وقرابةٍ من أمّه، وأوصى لرجلٍ ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابةٌ بثلاثمائة درهمٍ في كلّ سنةٍ، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه؟ قال: جائزٌ للذي أوصى له بذلك.

قلت: أ رأيت، إن لم يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهمٍ؟ فقال: أ ليس في وصيّته أن يعطى الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهمٍ، ويقسم الباقي على قرابته من أمّه وقرابته من أبيه؟ قلت: نعم.

قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يوفّى الموصى له بثلاثمائة درهمٍ،

(١) كشف الرموز ٢ / ٥٤.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣ / ٢٩٠، مسألة ٤٦٤٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٢ / ٣٩٢.

(٤) المهذب البارع ٣ / ٦٤.

(٥) المكاسب ٤ / ٧٨.

ثمَّ لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: أ رأيت إن مات الذي أوصي له؟

قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهمٍ لورثته يتوارثونها ما بقي أحد، فإذا انقطع ورثته، ولم يبق منهم أحد، كانت الثلاثمائة درهمٍ لقربة الميِّت تردَّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمَّ يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا، وبقيت الغلَّة.

قلت: فللورثة من قربة الميِّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلَّة؟

قال: نعم، إذا رضوا كلَّهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا.^(١)

ورواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن جعفر بن حيان أو جعفر بن حنان أو حسان. وفي سنده مناقشة واضحة لأنَّ جعفر بن حيان الصيرفي الكوفي امامي مجهول وجعفر بن حنان أو حسان مهملان فالسند ضعيف بجعفر الراوي الأخير الذي يروى عن الصادق عليه السلام.

وأما دلالته: قد ورد في ذيله في جواب سؤال: «فللورثة من قربة الميِّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلَّة؟» أجاب الإمام عليه السلام: «نعم، إذا رضوا كلَّهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا».

فحينئذ جواز البيع مشروط بأمر ثلاثة: ١- الحاجة ٢- رضا الجميع ٣- أن يكون خيراً لهم. ولكن المدعى أن يكون البيع أعود لهم وهو الاشتراط الأخير فقط فيكون الدليل أخص من المدعى هذا أولاً.

وثانياً: الأصحاب - قدس الله أسرارهم - أعرضوا عن هذا الخبر وإعراض المشهور موهن لا اعتبار الخبر بل إن لم يتم النسبة إلى المفيد بالتأويل الوارد في كلام العلامة يكون مجمعاً على اعراضه فيصير ساقطاً عن الاعتبار كلياً.

(١) الكافي ١٣/ ٤١٠، ح ٢٩ (٣٥/ ٧) ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٩/ ١٩٠، ح ٨، الباب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) الفقيه ٤/ ٢٤٢، ح ٥٥٧٧؛ التهذيب ٩/ ١٣٣، ح ٥٦٥؛ الاستبصار ٤/ ٩٩، ح ٣٨٢.

وثالثاً: الخبر مشتمل على أشياء تصير موجبة لوهنه ومن جملتها: «كيف تجتمع الوصية مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهة أن الوصية لو كانت قبل الوقف تكون باطلة بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصي الشيء الموصى به، ولو كانت بعده فهي باطلة أيضاً لأن الموصى به خارج عن ملكه، ولا بد من أن يقال: إن المراد من الوصية الشرط يعني أن الواقف شرط في وقفه هكذا، وقد تطلق الوصية لغة وفي القرآن على الشرط مثل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾^(١).

وأيضاً ما الوجه لمنع الإمام عليه السلام عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به في صورة عدم خروج الغلة من الأرض إلا بمقدار خمسمائة درهم، بداهة أنه لا مانع من التصرف في الغلة وإخراجه بعد هذا، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرفهم في الغلة حراماً لأن اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتب عليه إلا حكم تكليفي ولا يكون شريكاً معهم في الغلة.

وأيضاً أن ما حكم به الإمام عليه السلام بقوله: «إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته - إلى أن قال - ما بقي أحد منهم» لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنه لا بد من أن يراد من الوصية الشرط، بداهة أنه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطاً بوجود من شرط الاعطاء له، فإذا لا وجه لاعطائه لورثة المشروط له.

وأيضاً أن ما حكم به بعد ذلك بقوله «فإن انقطع ورثته» الخ لم نفهم له وجهاً بداهة أنه ولو فرضنا صحة الوصية أيضاً لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثة الموصى له راجعاً إلى قرابة الميت الواقف، بداهة أنه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعليه يكون مالاً للإمام عليه السلام لأنه عليه السلام وارث من لا وارث له^(٢).

ولكن يمكن أن يجاب في جواب الإشكال الأخير: أن المراد من الوصية في الخبر ليست الوصية المصطلحة الفقهية بل المراد بها معناها اللغوي وهو العهد والتوصية

(١) سورة النساء ١١/.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٩٠ و ٢٩١.

والتأكيد نحو قوله تعالى: ﴿وَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾^(٢) و ﴿أَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا﴾^(٣) وكما ورد في وصية أمير المؤمنين عليه السلام بسند صحيح: ثم إني أوصيك يا حسن وجميع أهل بيتي ووُلدي ومن بلغه كتابي بتقوى الله ربكم ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون... أوصيكم بالضعيفين: النساء وما ملكت إيمانكم، الوصية.^(٤)

ولو حملنا الوصية على معناها اللغوي يتم جميع ما ورد في الخبر من دون أن يرد عليه الإشكال الأخير فتأمل في المقام لأنه حقيق بالتأمل.

الاحتمالات الواردة في خبر جعفر بن حيان

الاحتمالات الواردة متعددة أذكر لكم ستة منها على ما يلي:

«إنَّ في الرواية المذكورة عبارتين: إحداهما في متن السؤال والأخرى في جوابه. وما يكون في السؤال من العبارة هكذا: «فللورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟».

وجوابه: «نعم: إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا».

إن قلت: لم يأت في الجواب ما كان مذكوراً في السؤال؟

قلت: تكتفي وتقتضي ما في السؤال، كلمة «نعم» حيث ان معنى: «نعم» في الحقيقة، تكرار الجملة السابقة يعنى: نعم: «إن احتاجوا وكان البيع خيراً لهم باعوا».

احتمال آخر في «نعم» وهو ان «نعم» لا تكون تكراراً لجملة السؤال بل تكراراً للمحمول فقط فمعنى «نعم» على هذا الاحتمال: أنه يجوز إذا كان البيع خيراً فبناءً عليه، كان في قوله عليه السلام: «نعم»، احتمالان:

(١) سورة البقرة / ١٣٢.

(٢) سورة الاحقاف / ١٥.

(٣) سورة مريم / ٣١.

(٤) الكافي ١٣ / ٤٥٣ و ٤٥٥، ح ٧ (٥١ / ٥٢ و ٥٢).

الأوّل: أنّه يجوز لبّيع إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة.
الثاني: الذي كان على خلاف الظاهر هو أنّ «نعم» ليس بمعنى تكرار الجملة بل تكرارٌ للمحمول فقط.

وفي معنى: «كان خيراً لهم» أيضاً احتمالات ثلاثة:
الأوّل: أنّ قوله ﷺ: «كان خيراً لهم» يعني أنفع لهم من بقائه.
الثاني: أنّ المراد من الخير، مصلحة كانت داعيةً لفعل الفاعل المختار.
الثالث: أنّ المراد من الخير، الاحتياج يعني «لو احتاجوا باعوا» الاحتمالان الأخيران ذكرهما الشيخ رحمه الله.

فإذا لا حظنا هذه الاحتمالات الثلاثة مع الاحتمالين المذكورين في كلمة «نعم»، تصير الاحتمالاتُ الحاصلة، ستّةً.

ومن المعلوم: أنّ هذه الاحتمالات الستّة، لا تدلّ على المطلوب إلّا احتمال واحد وهو كون معنى الخير، الأنفعيّة لا مصلحة الفاعل ولا بمعنى رفع الاحتياج وعدم ورود الاحتياج في كون معنى الخير، الأنفعيّة.

فإذا قلنا: أنّ معنى الخير، الأنفعيّة لم يرد قيد: «ان احتاجوا» الذي كان موجوداً في السؤال في الجواب وكان كلمة «نعم» بمعنى أصل التجويز لا بمعنى تكرار عبارة السؤال وجملته بل تكرار محمول الجملة وهو «يجوز» ويشهد على القول بأنّ المراد من الخير، الأنفع مضافاً إلى ظاهر كلمة: «الخير» في الرواية، رواية الحميري التي تأتي تفصيلها فيما بعدُ ووردت فيها عبارة: «كان ذلك أصلح» فمعنى الأصلح هو الخير والأنفع.

ولكن ليس لنا دليل على عدم ورود الاحتياج الذي ورد في السؤال، في الجواب لأنّ ظاهر «نعم» تكرار جملة السؤال بالمرّة لا المحمول فقط وهو «يجوز» عليها، لا تدلّ الرواية على المطلوب^(١).

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٥٥ و ٤٥٦.

اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان

اعترض الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان بِخَمْسَةِ إشكالات.

الأوّل: ما مرّ من أنّ الدليل أخص من المدعى بتقريب: «أنّ الغرض من الاستدلال بخبر جعفر بن حيان إثبات جواز بيع الوقف لمجرّد كونه أنفع، سواء إنضمت جهة أخرى - من حاجة أو ضرورة شديدة - إليه، أم لا. مع أنّ الخبر يدلّ على إناطة الجواز بحاجة الموقوف عليهم أيضاً، لأنّ قوله عليه السلام: «نعم» ناظر إلى الجواز في مفروض السؤال وهو الحاجة، لكنه عليه السلام قيّده بكونه أصلح لهم. ومقتضاه توقف نفوذ البيع على إجماع الأمرين، وبهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجة والأعوديّة كابن سعيد^(١) والشهيد^(٢) - قدس سرهما -.

هذا مع الغصّ عن الشرط الآخر المذكور في جوابه عليه السلام من اعتبار رضی الجميع، وإلاّ فيكون جواز البيع دائراً مدار أمور ثلاثة: الاحتياج ورضا الجميع والأعوديّة. وعلى كلّ حال فلا تدلّ الرواية على كون المناط في جواز البيع الأعوديّة بالاستقلال. فإن قلت: يمكن إلغاء قيد «الحاجة» لكونه مأخوذاً في السؤال، لا في جواب الإمام عليه السلام... وأما قيد «رضی الكل» فهو إمّا ظاهر في بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحدٍ ببيع نصيبه، فلا دلالة فيه على اعتبار الاجتماع حتّى بالنسبة إلى بيع بعض الوقف.... قلت: لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور «نعم» في الجواز في موضوع الحاجة، غايته زيادة الشرطين، لا تخطئة السائل في أصل دخل الحاجة في نفوذ البيع^(٣).

الثاني: ما مرّ من «أنّه يمكن إرادة مطلق النفع من «الخير» في قوله عليه السلام: «وكان البيع خيراً لهم» فالمراد حينئذٍ: كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يُقدّمون غالباً على فعلٍ إلاّ إذا كان أرجح من تركه. ومن المعلوم أنّ الأعوديّة بهذا المعنى

(١) الجامع للشرائع / ٣٧٢.

(٢) نزهة الناظر / ٧٤.

(٣) هدى الطالب ٧٥/٧ و ٧٦.

ممّا لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذٍ شرطاً تعدياً، بل أمراً ارتكازياً عقلاً. وبعبارة أخرى: المقصود من هذا الوجه إسقاط خبر جعفر عن الاعتبار بإبداء احتمال آخر في كلام الإمام عليه السلام لم يقل به أحد، فيشكل العمل به من جهة مخالفته للإجماع.

وتوضيحه: أنه عليه السلام عدل عمّا فرضه السائل - من الحاجة إلى البيع - إلى قوله عليه السلام: «إذا كان خيراً لهم». وهذه الجملة يحتمل كونها قيداً لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطية على انتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الاستدلال. ويحتمل كونها مبينة للموضوع بمعنى أنه عليه السلام جوّز بيع الوقف، ولم يعلّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، وإنّما أتى بجملة «إذا كان خيراً» تمهيداً لذكر الجواب، وهو «باعوا في مورد حاجتهم» وتنبهياً على أن رعاية الخير والصلاح يكون من قبيل الداعي الذي يلاحظه العقلاء في معاملاتهم وأفعالهم الاختيارية، حيث إن إقدامهم على المعاملة مطلقاً - سواء أكان المبيع وقفاً أو ملكاً طلقاً - وترجيح الفعل على الترك منوط عادةً برعاية النفع والمصلحة، ومن المعلوم أنّ هذا الأمر الارتكازي العقلائي لا يتوقف على بيان الشارع.

وعليه تكون هذه الشرطية «إذا كان خيراً باعوا» نظير الجمل الشرطية المسوقة لبيان الموضوع، وقد تقرر عدم انعقاد المفهوم لها، لكون السلب فيها بانتفاء الموضوع، لا المحمول، فكأنّه عليه السلام قال: «إذا كان في بيع الوقف نفعٌ ليس في عدمه، فليبيعوا، لأنّهم لا يُقدّمون على فعل اختياري إلا أن يكون فيه الصلاح والخير». ومعناه عدم كون النفع شرطاً تعدياً لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمر ارتكازي.

وبناءً على هذا الاحتمال يجوز بيع الوقف بمجرد إقترانه بالمنفعة. وهذا مخالف للإجماع، لعدم التزامهم بكفاية مطلق النفع في البيع، وإنّما يقع البحث في جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فهي وعدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع احتمال إرادة مطلق الخير والنفع من قوله عليه السلام: «خيراً لهم» وذلك بقرينة سبق السؤال عمّا إذا كان البيع أصلح، فالمتحصل من الجواب إناطة الجواز بكون البيع أنفع من تركه، وعدم كفاية مطلق الخير الموجب لحدوث إرادة البيع وإختياره

على تركه.

وعليه ينطبق جوابه عليه السلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع. قلت: لا سبيل لمنع الإحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمة «الأصلح» قرينة على المراد من الخير، فكذا العكس أي قرينة «الخير ومطلق النفع» على ما يراد من «الأصلح» ويكون الجواب حينئذٍ وارداً مورد السؤال، وليس أجنبياً عنه. وعليه فلا شاهد لسد باب الإحتمال المزبور، وهو موجب لطرح الخبر، لمخالفته للإجماع^(١).

الثالث: أن المراد من «الخير» - بقرينة السؤال - يمكن أن يراد به رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، فيكون المسوَّغ للبيع حينئذٍ رفع حاجة الموقوف عليهم، لا كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الرواية غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الاستدلال بها عليه.

وبعبارة أخرى: يحتمل في قوله عليه السلام: «وكان خيراً باعوا» - من جهة كونه مسبوقاً بالسؤال عن حكم حاجة الموقوف عليهم وعدم كفاية غلة الموقوفة لمؤوتهم - إرادة رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، لا زيادة المنفعة. فكأنه عليه السلام قال: «وكان البيع وافياً بالحاجة باعوا» وهذه الحاجة محتملة لأمرين:

أحد هما: أن يكون احتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفة ليصرف في شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظراً إلى كون التصرف في نفس الثمن أنفع - في رفع الحاجة - من إبقاء العين والانتفاع بالغلة غير الوافية لهم. بناءً على هذا الإحتمال تصلح الرواية للاستدلال بها في الصورة الخامسة الآتية، وهي البيع لرفع الحاجة.

ثانيهما: أن يكون احتياجهم إلى نفع زائد لتفي الغلة بمؤوتهم، بأن يكون الباعث على البيع تكميل النفع حتى يفي بها، وهذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الانتفاع به أزيد.

(١) هدى الطالب ٧ / (٧٦-٧٨).

وليس الخبر ظاهراً في الإحتمال الثاني ليكون دليلاً على جواز البيع في الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الإحتمال الأوّل، فيصير مدلوله أجنبياً عمّا نحن فيه، هذا»^(١).

الرابع: إنّ الأصحاب أعرضوا عن خبر جعفر بن حيان لعدم الظفر على القائل بمضمونها فلا يمكن الاستناد إليه بجهة إعراض الأصحاب ويصير موهوناً.

الخامس: الخبر محمول على الوقف المنقطع الآخر لا الوقف المؤبد - الذي نحن بصدد جواز بيعه هنا - «وذلك لإقتصار الواقف - كما ذكره السائل - على قرابة الأب والأمّ ممّا ظاهره إنقطاع الوقف، وعدم تعرض الواقف لمثل قوله: «فإن انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين». فالإقتصار على ذكر الأعقاب يدل على كون الوقف منقطعاً مؤبداً فلا تكون الرواية دليلاً على المدعى، وهو بيع الوقف المؤبد.

قال العلامة في التذكرة والمختلف بعد نقل الخبر: «فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأييد»^(٢) «(٣).

ثمّ أجاب الشيخ لأعظم عن هذا الاشكال الأخير بأنّ «إقتصار السائل - في مقام حكاية فعل الواقف - على ذكر خصوص قرابة الأب وقرابة الأم، وعدم تعقيبه بمثل «فإن أنقرضوا... لا يشهد بانقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يقتصر في المؤبد على ذكر صنفٍ من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو إنقرضوا.

وحيث كان الإقتصار متعارفاً في كلا قسمي الوقف، أمكن التمسك بالإطلاق الناشي من ترك الإستفصال، إذ لو اختلف حكم الوقف المنقطع - في جواز البيع عند

(١) هدى الطالب ٧/ ٧٩ و ٨٠.

(٢) مختلف الشيعة ٦/ ٢٨٩؛ تذكرة الفقهاء ٢٠/ ٢٥٣؛ ونسبه صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد وأبي العباس ابن فهد والصيمري أيضاً، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ٥٠؛ التنقيح الرائع ٢/ ٣٢٩؛ المذهب البارع ٣/ ٦٧؛ غاية المرام ١/ ٤٨٧؛ واستظهره صاحب الجواهر أيضاً وإن عبّر عن الرواية بالمكاتبة، فراجع جواهر الكلام ٢٣/ ٥٩٩ (٢٢/ ٣٧٢ و ٣٧٣).

(٣) هدى الطالب ٧/ ٨٠.

الحاجة - عن المؤبد كان المناسب أن يُكَلَّفَ السائل تعيين كون الوقف المزبور مؤقتاً أو مؤبداً. ولما لم يستفصل الإمام عليه السلام وبين الحكم بقوله: «نعم إذا رضوا كلهم وكان خيراً لهم باعوا» كشف عن اتحاد قسمي الوقف في جواز البيع إن كان خيراً للموقوف عليهم. وهذا الجواب أفاده المحقق الثاني، وإرضاء جمع منهم صاحب المقابس، فقال: «ويحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرض في أول السؤال بذكرها. ومثل ذلك شائع في الاستعمال. ولما كانت حكاية الحال محتملة، وترك الاستفصال في الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدّم عن المحقق الكركي^(١). وليس ببعيد وإن كان ظاهر اللفظ يساعد الأول، وهو الإنقطاع»^(٢)»^(٣).

ولذا قال الشيخ الأعظم في آخر كلامه: «وكيف كان ففي الاستدلال بالرواية - خبر جعفر بن حيان - مع ما فيها من الاشكال - على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال»^(٤).

الثانية: مكاتبة الحميري في التوقيع المروي عن صاحب الزمان - عجل الله تعالى فرجه الشريف - أنه كتب إليه: روي عن الفقيه^(٥) في بيع الوقف خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك لصالح لهم أن يبيعوه، فهل يجوز إن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟

فأجاب: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإن كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله^(٦).

(١) جامع المقاصد ٧٠ / ٩.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٥٠.

(٣) هدى الطالب ٨١ / ٧ و ٨٢.

(٤) المكاسب ٨٢ / ٤.

(٥) في وسائل الشيعة: عن الصادق عليه السلام.

(٦) الاحتجاج ٤٩٠ / ٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٩١ / ١٩، ح ١٩، الباب ٦ من .بواب كتاب

هذه المكاتبة مرسلّة سنداً لأنّ أبا منصور الطبرسي لم يذكر سنده إلى الحميري.
وأما تقريب دلالتها:

إنّ قوله -عجل الله تعالى فرجه الشريف-: «فليبيع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين إن شاء الله» يحتمل ثلاثة وجوه:

«أحدها: أن يكون تجويز بيع البعض لحصته من الوقف مشروطاً بكونه أعود وأنفع للموقوف عليه. ومنشأ هذا الإحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ناظراً للسؤال، وصدوره في مورد فرض السائل أصلحية البيع، لقوله: «وكان ذلك أصلح».

وعليه فلا منافاة بين هذه المكاتبة وبين رواية جعفر المجوّزة للبيع إذا كان أنفع وأصلح، فهما متوافقتان في الحكم.

ثانيها: أن يكون تجويز بيع البعض مطلقاً وغير مقيّد بكونه أنفع، لعدم ورود قيد «الأصلح» في جواب الإمام عليه السلام، وإنّما ورد في سؤال السائل، والعبرة بإطلاق الجواب، لإحتمال عدم دخل «الأصلح» في جواز بيع كل واحدٍ من أهل الوقف حصّته.

وبناءً على هذا الوجه يقع التنافي بين جواز البيع مطلقاً - سواء أكان أنفع أم لا - وبين مفهوم الجملة الشرطية في قوله عليه السلام في خبر جعفر «إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم» لظهوره في إنتفاء الجواز بإنتفاء رضا الكل، أو بإنتفاء خيرية البيع.

ويرتفع التنافي بتقييد إطلاق البيع - في المكاتبة - بمفهوم رواية جعفر، ونتيجة التقييد إختصاص جواز البيع بكونه أنفع^(١).

ثالثها: الحميري بعد فرض جواز بيع الوقف إذا كان أصلح للموقوف عليهم يسأل جواز الشراء منهم إن لم يجتمعوا كلّهم، أي جواز شراء حصة بعضهم أو أنّ الشراء لا بدّ أن يكون من كلّهم دفعة واحدة؟

وأجابه الإمام عليه السلام بجواز الشراء منهم مجتمعين أم متفرّقين، وبهذه الإجابة قرّره ما

ذكره الحميري من جواز البيع إذا كان أصلح للموقوف عليهم.
وهذا الوجه أحسن من سابقه وبهذا التقريب تمت دلالة مكاتبة الحميري على
الصورة الرابعة.

الاشكال على دلالة مكاتبة الحميري

قال الشيخ الأعظم: «ومما ذكرنا [من الاشكال على خبر جعفر بن حيان] يظهر
الجواب عن رواية الحميري»^(١).

مراده: جريان الاشكال الثاني - وهو إرادة مطلق النفع من كلمة «الأصلح» الواردة
في رواية الحميري - والاشكال الرابع - وهو اعراض الأصحاب - فيها.

الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروائتين

الأول: «أن مقتضى عنوان المسألة والدليل عليه اختصاص الثمن بالبطن الموجود.
وهذا مخالف لما تقدم في الصورة الأولى من أن الموقوفة ملك فعلي للموجود وشأنه
للمعدوم، ومقتضى المعاوضة الشركة وتعلق حقّ المعدومين بالثمن على حدّ تعلقه
بالثمن. وبهذا يظهر مخالفة الخبرين للقواعد المسلّمة، هذا»^(٢).

الثاني: لو سلّم دلالة الروائتين على جواز البيع وصرف الثمن في مؤونة
الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم في إسقاط حقّ الطبقات
المتأخرة آنأ قبل البيع، وبطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصة بالموجودين،
ولازمه إختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركة المعدومين فيه حينئذٍ.

ونظير إسقاط حقّ اللاحقين ما ذكره في التملك الآني في تصرف ذي الخيار
والواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإن مقتضى توقف
البيع على الملك عود المال إلى ملكه آنأ - وتحقق الرجوع عن الهبة - ليقع البيع في
ملكه»^(٣).

(١) المكاسب ٤ / ٨٢.

(٢) هدى الطالب ٧ / ٨٦.

(٣) هدى الطالب ٧ / ٨٧.

وهذا مستحيل لأن البيع على المال المشترك يقتضي أن يكون الثمن مشتركاً بينهم لا مختصاً بالبطن الموجود.

فذلكة الكلام في نقد دلالة المكاتبة

إن المكاتبة «ليست في مقام بيان ما هو المجوز لبيع الوقف بل في مقام بيان أن أي وقف يصح بيعه بعد عروض المسوّغ وهي ساكتة من بيان ما هو المجوز والمسوّغ. وبعبارة واضحة أن الرواية في مقام بيان أن بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصح من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر في جوازه اجتماعهم عليه، وأمّا ما يكون مجوّزاً أو مسوّغاً فليست في مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقاً لأن الأصلية إنّما ذكرت في كلام السائل فلا توجب تقييداً.

سلمنا كونها قيداً للحكم إلا أن المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون، وبيع الوقف وتملك ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائماً، فالمستفاد من الرواية على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجودة في جميع الموارد، فيحتمل أن تكون أخص من أدلة منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتتعارضان، وبديهي أن تلك الروايات المانعة عن بيع الوقف متقدمة على رواية الحميري لضعفها سنداً.

مضافاً إلى أن انقلاب النسبة يجعل تلك الروايات المانعة أخص من رواية الحميري، وذلك لأن الروايات المانعة بعد ما خصصت بما يدلّ على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقاءه تختص بغير صورة خراب الوقف فتكون أخص فتقيّد بها رواية الحميري.

ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلك أن الرواية تدلّ على شيء لم يفت به أحد ويقطع بخلافه وهي عبارة عمّا ذكر الشيخ ^(١) من أن الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرفوا فيه كيف شاؤوا، فعليه لا يمكن الاستدلال

بها في المقام كما لا يخفى فافهم»^(١).

وهذا تمام الكلام في الصورة الرابعة والحمد لله.

الصورة الخامسة

«أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة»^(٢). أي حاجة ضرورية.

وقد أفتى بجواز بيع الوقف في هذه الصورة أرباب الكتب التالية: «المقنعة»^(٣) والانتصار^(٤) والمراسم^(٥) والنهاية^(٦) والمبسوط^(٧) وفقه الراوندي^(٨) والوسيلة^(٩) والواسطة^(١٠) على ما حكى^(١١) عنها والغنية^(١٢) وفي الانتصار^(١٣) والغنية^(١٤) وظاهر المبسوط^(١٥) وفقه القرآن^(١٦) الإجماع على ذلك. وفي النهاية^(١٧) وجامع الشرائع^(١٨) وتعليق

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٩٢.

(٢) المكاسب ٤/ ٨٣.

(٣) المقنعة: في الوقوف والصدقات ٦٥٢/.

(٤) الانتصار: في بيع الوقف ٤٦٨/ و ٤٦٩.

(٥) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.

(٦) النهاية: في الوقوف والصدقات ٦٠٠/.

(٧) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/ ٢٨٧.

(٨) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه ٢/ ٢٩٣.

(٩) الوسيلة: في أحكام الوقف ٣٧٠/.

(١٠) لأبي جعفر محمد بن علي بن حمزة المشهدي الطوسي، ولا يوجد كتابه لدينا.

(١١) نقله عنه الشهيد في غاية المراد: في شرائط العوضين ٢/ ٢٥.

(١٢) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

(١٣) الانتصار: في بيع الوقف ٤٦٨/ و ٤٦٩.

(١٤) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

(١٥) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/ ٢٨٧.

(١٦) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه ٢/ ٢٩٣.

(١٧) النهاية: في الوقوف والصدقات ٦٠٠/.

(١٨) لم نجد هذه العبارة في الجامع للشرائع لا في باب البيع ولا في الوقف، فراجع.

الإرشاد^(١) زيادة كون البيع أعود، وفي المبسوط^(٢) وفقه القرآن^(٣) والوسيلة^(٤) تقييد الحاجة بكونها شديدة لا يمكن القيام معها به. وظاهر الأولين الإجماع عليه كما عرفت. ونفى عن هذه القول البعد في جامع المقاصد^(٥). وفي مجمع البرهان أنه يدل عليه الأخبار والاعتبار^(٦)، لكنّه بعد ذلك تأمل فيه. وقد استجوده في غاية المراد^(٧) لأنّه استجود العمل بالرواية^(٨) الدالة عليه وعوّل في الدروس^(٩) على ما رجّحه في غاية المراد^(١٠).

ولكن المسألة ذات قولين وجماعة من الأصحاب لم يستثن هذه الصورة من أدلة منع بيع الوقف كالإسكافي والصدوق والقاضي وابن إدريس الحلبي والمحقق والعلامة والصميري وغيرهم.

دليل القائلين بالجواز

١- الإجماع الوارد في كلمات الشريف المرتضى والسيد ابن زهرة وظاهر الشيخ والراوندي كما مرّ.

ويرد عليه: أولاً: «أنّ الخروج عن قاعدة عدم جواز بيع الوقف منوط بحجة شرعية كما تحققت في الصورة الأولى. ولكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى «لا يجوز بيع الوقف» ولا أقلّ من شبهة كونهما مدركيين، لإحتمال إستناد المجمعين - لو سلّم إتفاق الفقهاء على الجواز - إلى مثل رواية جعفر [بن حيان] القاصرة دلالةً.

(١) لم نعثر عليه في حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٣٩/٩ و ٤٨٦، فراجع.

(٢) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

(٣) فقه القرآن للراوندي: في الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.

(٤) الوسيلة: في أحكام الوقف ٣٧٠/.

(٥) جامع المقاصد: في الوقف ٧٠/٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط العوضين ١٦٩/٨.

(٧) غاية المراد: في شرائط العوضين ٣٠/٢.

(٨) وسائل الشريعة ١٩٠/١٩، ح ٨، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٩) الدروس الشرعية: في الوقف ٢٧٩/٢.

(١٠) مفتاح الكرامة ٦٩٠/٢١.

وثانياً: أنَّ مجوّزي البيع للضرورة الشديدة يخصّون الثمن بالبطن البائع، مع إقتضاء المعاوضة إشتراكه بين الموجود واللاحق. فالخروج عمّا يقتضيه المبادلة -بالإجماعين المزبورين - مشكل.

وثالثاً: منع صغرى الإجماع، لعدم إتفاق الأصحاب على الجواز، ومعه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه؟ وهذا المنع مذهب جماعة من القدماء كالاسكافي، ونسب إلى الصدوق والقاضي والحلي، وكذا المتأخرين كالمحقق والعلامة وغيرهم.

ورابعاً: أنَّ المنع ليس فتوى جماعة معدودة حتّى لا تقدر في إجماع السيّدين عليه السلام، بل هو فتوى الكلّ، على ما ادّعاه الحلّي، وحينئذٍ يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، وحيث لا مرجّح لأحدهما فيتساقطان، ولا يبقى حجة على جواز البيع^(١).

وخامساً: «ما ثبت في محلّه من أنّه لا يمكن الاعتماد على إجماعات السيّد المرتضى وابن زهرة -رحمهما الله تعالى -.

وسادساً: إنّ هذا الإجماع إجماع منقول، ولا يمكن من خلاله إثبات السبب، فضلاً عن أنّه إذا كان مثبتاً للمسبّب عدّاً إخباراً حدسيّاً عن رأي الإمام عليه السلام، وقد ثبت في مبحث حجّية الخبر أنّ أدلّة حجّية الخبر لا تشمل الأخبار الحدسيّة^(٢).

٢- خبر جعفر بن حيان^(٣)

المتقدم آنفاً^(٤) ومّرّ ضعف إسناده والاحتمالات الستة فيه متّاً والاشكالات السبعة عليه من الشيخ الأعظم في دلّالته فلا نعيدها.

ومضافاً عليها قال الشيخ الأعظم في الرد عليه: «أنّ ظاهر الرواية أنّه يكفي في البيع عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعي. والمأخوذ في عبائر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضرورة والحاجة

(١) هدى الطالب ٩٤/٧ و ٩٥.

(٢) العقد النضيد ٢٩/٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٩٠/١٩، ح ٨.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٠.

الشديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقاف لمن يقدر على مؤونة سنته، فالرواية بظاهرها غير معمول بها.

مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة^(١). ولم يقل به أحد.

دليل القائلين بالمنع

استدلوا بدليلين:

«الدليل الأوّل: اقتضاء الدليل العام والنصّ الخاصّ عدم جواز بيع الوقف، بإطلاق عموم قوله: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»، ونصّ قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» يدلّان على ممنوعيّة بيع الوقف، سواءً عرض للموقوف عليهم الحاجة الشديدة أم لا.

الدليل الثاني: المتفق عليه أنّ العين الموقوفة - سواءً التزمنا بأن حقيقة الوقف التملك على البطون مرتّباً، أو الحبس على البطون - تعدّ ملكاً غير طلق، ممّا يعني أنّ الملكيّة لم تختصّ بها الطبقة الموجودة، بل هي ملكيّة فعليّة للموجودين وشأنية للطبقات اللاحقة، أو أنّ للجميع الحقّ فيها، فبيع العين الموقوفة لعروض الحاجة الشديدة للبطن الموجود، يعدّ سبباً لتضييع حقّ البطون المتأخّرة، ولذلك يعدّ بيعها باطلاً.

وخلاصة الكلام: ثبت أنّ الحكم الصحيح في هذه الصورة، هي حرمة بيع الوقف لحاجة الموقوف عليهم وضعاً وتكليفاً^(٢) والحمد لله العالم بأحكامه.

الصورة السادسة

«أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو

(١) المكاسب ٤ / ٨٣.

(٢) العقد النضيد ٥ / ٣٠ و ٣١.

جميع البطون، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط»^(١).
و«هذه الصورة من الصور الصعبة والمهمة، ولذلك يقتضي المقام أولاً تحديد المسألة، وشرح ما يتعلّق بموضوع النزاع فيها.
أمّا المسألة فهي ما إذا قام الواقف حين وقف العين بإدخال شرط ضمن الإنشاء، يجيز بذلك بيع العين إذا عرضت حاجة شديدة للموقوف عليهم، أو حصلت مصلحة أخرى».

وأمّا النزاع فيدور حول تصحيح هذا الشرط، وعن أنّه هل يعدّ ذلك مسوّغاً لبيع العين الموقوفة أم لا؟»^(٢).

الظاهر «أنّ المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف في صيغة الوقف سلطنة الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديدة إلى ثمنه، أو إذا إقتضته مصلحة البطن الموجود خاصة أو مصلحة البطون، كأن يقول: «وقفْتُ الدار على ذريتي وشرطتُ عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو إحتاجوا إلى ذلك، أو إقتضت مصلحتهم تبديل الوقف بعين أخرى. أو إذا آلت إلى الخراب» أو نحو ذلك ممّا يكون بنفسه - ومع الغض عن الشرط - مجوّزاً للبيع.

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

الثاني: الظاهر عدم تعرّض من سبق العلامة لحكم هذه الصورة، بشهادة عدم ورودها في الأقوال المنقولة أوائل المسألة، ولم ينسبها السيّد العاملي^(٣) إلى من تقدّم على العلامة. نعم، نسب صاحبُ المقابس^(٤) إلى الحلبي^(٥) جواز إشتراطه في الوقف

(١) المكاسب ٤ / ٨٤.

(٢) العقد النضيد ٥ / ٣٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٢١ / ٧٠٧.

(٤) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٦٣.

(٥) الكافي في الفقه ٣٢٥.

المنقطع لا المؤبد، فراجع»^(١).

الأقوال في المسألة

الأقوال في المسألة خمسة ابتداءً.

«الأوّل: نفوذ الشرط وجواز البيع، ذهب إليه العلامة في الإرشاد^(٢)، والشهيدان^(٣)، وهو مختار الشيخ الأعظم^(٤) وجماعة كأصحاب مفتاح الكرامة^(٥) والمقابس^(٦) والجواهر^(٧).

الثاني: الإشكال في صحة هذا الشرط كما هو صريح القواعد.^(٨)

الثالث: تفصيل المحقق الثاني بين كون الشرط عروض المسوّغ للبيع فيجوز، وبين مطلق المصلحة فلا يجوز.^(٩)

الرابع: فساد الشرط، وعدم جواز البيع بحالٍ، كما هو مذهب المانع عن بيع الوقف مطلقاً أو في خصوص المقام، بزعم منافاة هذا الشرط لمقتضى الوقف وحقيقته، أو مخالفته للكتاب والسنة»^(١٠).

والخامس: فساد الشرط مع كونه مفسداً للوقف أيضاً أعني سراية الفساد من الشرط إلى العقد.

ولكن أنت ترى بأنّ التفصيل ليس بتفصيل حقيقة لأنّ «حاصل التفصيل جواز

(١) هدى الطالب ٩٦/٧.

(٢) إرشاد الأذهان ٤٥٥/١.

(٣) الدروس الشرعية ٢٧٩/٢؛ غاية المراد ٤٥٢/٢.

(٤) المكاسب ٨٦/٤.

(٥) مفتاح الكرامة ٧٠٨/٢١.

(٦) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٦٣.

(٧) الجواهر ٢٩٠/٢٩ (٢٨/١١٣).

(٨) القواعد ٣٩٥/٢.

(٩) جامع المقاصد ٧٣/٩.

(١٠) هدى الطالب ٩٧/٧.

البيع عند الشرط في الموارد التي يجوز بيعه فيها لأن الشرط على هذا يكون مؤكِّداً لجواز البيع، وعدم الجواز في الموارد التي لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً، وهو كما ترى ليس تفصيلاً في المقام، لأن مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى^(١).

وبعد نفى استقلال القول الثالث ترجع الأقوال إلى أربعة.

ما المراد من الشرط هنا؟

المقصود من الشرط في المقام «معنى أعم من الشرط المصطلح؛ أي مطلق القرار والجعل، فإن الوقف [إن كان من] ممن الإيقاعات لا يحتاج إلى القبول، وإن كان مع نفوذ قراره لا يجوز للموقوف عليهم التخطي عنه، وليس دليل نفوذه أدلة نفوذ الشرط إلا على بعض الوجوه، بل الدليل هو قاعدة تسلط الناس على أموالهم^(٢) وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٣).

نعم، قد يقف على شخص أو أشخاص، ويشترط عليهم أن يبيعوه عند عروض عارض، ويعملوا في ثمنه بما اشترط، فلا بد في نفوذه عليهم من القبول إن قلنا: بخروج الشرط في مثله عن كونه من الشروط الابتدائية كما لا يبعد، وحينئذ يكون دليل النفوذ أدلة الشروط^(٤).

هذه الصورة على اختلاف المباني

مبنى المختار

بناءً على مبنى المختار من المخالفة الذاتية والاختلاف الماهوي بين البيع والوقف، هل اشتراط بيع الوقف عند الحاجة يكون منافياً لمقتضى العقد فيحكم بطلانه؟

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٩٤.

(٢) عوالي اللآلي ١/ ٢٢٢، ح ٩٩ و ١/ ٤٥٧، ١٩٨؛ بحار الأنوار ٢/ ٢٧٢، ح ٧.

(٣) الفقيه ٤/ ١٧٦، ح ٦٢٠؛ تهذيب الأحكام ٩/ ١٢٩، ح ٥٥٥؛ وسائل الشيعة

١٩/ (١٧٦-١٧٥)؛ كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٢، ح ١ و ٢.

(٤) كتاب البيع ٣/ ٢٤٥ للسيد الخميني رحمه الله.

يمكن أن يقال: «إنَّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضاً كالمبدل وقفاً فهذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيداً لإطلاق الوقف من جهة أن مقتضى إطلاقه تحبيس العين عن الحركة بالأسباب الاختيارية، والشرط أيضاً موافق لهذا المقتضى إلا من جهة خاصّة وهي عبارة عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كالمبدل وقفاً، وهذا أيضاً لا مانع منه كما ذكرناه مراراً وفي خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر رحمته. وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفة بعد بيعها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا فهو فاسد لأنّه مخالف لمفهوم المبادلة المعوّض من جميع الجهات، ولما كان المعوّض ملكاً غير طلق فلا بد أن يكون العوض أيضاً هكذا، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكاً طلقاً للموجودين منهم ثم يبيعونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفاً لمقتضى الوقف إلا من حيث التأييد، ولكن الظاهر أن التأييد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع، فحينئذ إن كان الشرط شرطاً في الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنة وبعبارة أخرى أن يوقف عشرين سنة فهذا هو القدر المتيقّن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع، وإن كان الشرط راجعاً إلى تضيق دائرة الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليهم أي يكون موضوع الوقف ممّا ينقطع لا محالة بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبة الخامسة مثلاً، وهذا هو محلّ الخلاف بين الأعلام رحمته والمشهور ذهبوا إلى بطلانه.

ولكن الميرزا [النائيني] ^(١) قد اختار في المقام صحّة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفاً دائماً ولكنّه جعل للموقوفات عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز، وليس مخالفاً لمقتضى العقد أيضاً بل مقتضى عموم قوله عليه السلام «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» نفوذ هذا الشرط، فلم يثبت كون شرط

(١) منية الطالب ٢ / (٢٨٩-٢٨٨).

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٦١

البيع عند الحاجة مخالفاً لمقتضى عقد الوقف سواء أريد به تبديله وجعل بدله وفقاً أو بيعه وأكل ثمنه»^(١).

ويمكن تصحيح هذا الاشتراط على مبنى المختار بتقسيم الشروط المجعولة على قسمين:

١- القسم الأول: الشرط المخالف لحقيقة الشروط «فهو شرط باطل، والحاكم به هو العقل؛ لأنَّ القصد الجدِّي للإنشاء - عقداً أو إيقاعاً - يتعارض مع الشرط والالتزام بما ينافي مع الشروط، لأنَّه التزامٌ بالمتناقضين.

وبعبارة أخرى: إنَّ الشرط المجعول يُتَصَوَّرُ على قسمين:

فتارةً: يكون الشارط ملتفتاً إلى منافاة الشرط مع الشروط.

وأخرى: غير ملتفت إلى ذلك.

وعلى الأول: فإنَّه يستحيل تحقُّق الشرط مع الإنشاء المتضمَّن له، لأنَّ الإنشاء أمرٌ قصديٌّ وبدونه لا يتحقَّق الإنشاء، ولا يترتب على المنشأ آثاره الشرعية والقانونية.

وأما على الثاني: فإنَّه يمكن أن يتحقَّق من المنشأ القصد الجدِّي بدوً، لإمكان قصده العقد والشرط لغفلته عن المنافاة، لكن يستحيل تأثير هذا المنشأ خارجاً لقيام التقابل بين الشروط والشرط. ولذلك يستحيل على الشارع الحكم بتحققهما ومن ثمَّ إمضاءهما، لاستحالة تحقُّق المتناقضين، فضلاً عن عدم شمول أدلة الصحة لهذا المنشأ، إمَّا لأحدهما على التعيين فإنَّه ترجيح بلا مرجح، أو لأحدهما مردداً لا على التعيين فإنَّه باطل، إذ لا صغرى له، فيبطل العقد والشرط معاً.

وبالجملة: إنَّ العقد والشرط باطلان في حالتي الالتفات وعدمها، مع فارق أنَّه في الأولى يبطلان بالذات وفي الثانية بالعرض»^(٢).

٢- القسم الثاني: الشرط الذي لم يخالف لحقيقة الشروط بل مخالف لإطلاقه

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ ٢٩٥ و ٢٩٦.

(٢) العقد النضيد ٥/ ٣٤ و ٣٥.

فلا دليل عقلي يمنع عن صحة هذا الشرط، بل إذا كان على نحو تقييد العموم الأزمانى في الوقف المؤبد أو على نحو تقييد حكم عدم جواز بيعه فيه أو على نحو جواز إبطال الوقف المؤبد بالبيع إذا شرطه الواقف، وإبطال الشيء يوكد ثبوته - على ما ذهب إليه المحقق الإصفهاني^(١) -، ففي جميع هذه الفروض يمكن الحكم بصحة الشرط.

نعم، إذا استلزم هذا الشرط المخالف لإطلاق المشروط مخالفة حكم شرعي لزومي يصير باطلاً لمخالفة الشرط حينئذ مع الكتاب والسنة، ومن المعلوم بطلان كل شرط مخالف لهما و«لكنه ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنه فاسد ومفسد للعقد لكونه مناقضاً له، بل يبتني فساد العقد بالشرط المخالف للسنة على ما سيأتي في باب الشروط من أن الشرط الفاسد هل يكون مفسداً للعقد أم لا؟ فعلى الأول يكون مفسداً للوقف في المقام، وأما على المختار من عدم كون الشرط الفاسد مفسداً لأن الشرط التزام آخر فلا يكون مفسداً للوقف. والعجب من الميرزا النائيني^(٢) حيث لم يتعرض لكون الشرط مخالفاً للسنة واكتفى بالجهة الأولى أي عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد، اللهم إلا أن يقال كما قلناه آنفاً إن قوله^(٣) «لا يجوز شراء الوقف» إلخ ليس حكماً تعدياً بل امضاءً لما أنشأه الواقف، فعليه يكون الوقف الكذائي مشمولاً لقوله^(٤) «الوقوف» إلخ وغير ذلك من أدلة الامضاء»^(٥).

ويؤيد مقالتنا في المقام صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج قال: بعث إلي أبو الحسن موسى^(٦) بوصية أمير المؤمنين^(٧)، وهي: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به وقضى به في ماله عبدالله علي - ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة، ويصرفني به عن النار، ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه - أن ما كان لي من مالٍ يبيع يعرف لي فيها وما حولها صدقة، ورقيقها، غير أن رباً حاً وأباً نيزراً وجُبيراً عتقاً، ليس لأحدٍ عليهم سبيلٌ، فهم موالٍ يعملون في المال خمس حجج^(٨)، وفيه نفقتهم ورزقهم وأرزاق أهاليهم،

(١) حاشية المكاسب ١٥٠/٣.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٢٩٦/٢.

(٣) الحجج بكسر الحاء المهملة: جمع حجة، وهي السنة.

ومع ذلك ما كان لي بوادي القرى كُله من مال بني فاطمة، ورقيقها صدقة، وما كان لي بديمة وأهلها صدقة، غير أن زُرَيْقاً له مثل ما كتبت لأصحابه، وما كان لي بأذينة وأهلها صدقة، والفُقَيْرَيْنِ كما قد علمتم صدقة في سبيل الله.

وإن الذي كتبت من أموال هذه صدقة واجبة بثلثة، حيّاً أنا أو ميتاً، يُنفَقُ في كل نفقة يُتَنَغى بها وجه الله في سبيل الله ووجهه، وذوي الرّحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب والبعيد؛ فإنّه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يراه الله - عزّ وجلّ - في حلٍّ مُحَلَّلٍ لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدّين، فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرّي المَلِكِ، وإن وُلِدَ عليّ ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن علي، وإن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها، فليبيع إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنّه يَفْقِسُ ثَمَنَهَا ثَلَاثَةَ أَثْلَاثٍ، فيجعل ثُلثاً في سبيل الله، ويجعل ثُلثاً في بني هاشم وبني المطلب، ويجعل الثُلث في آل أبي طالب، وإنّه يضعه فيهم حيث يراه الله.

وإن حدث بحسن حدثٌ وحسينٌ حيٌّ، فإنّه إلى الحسين بن عليّ، وإنّ حسيناً يفعل فيه مثل الذي أمرتُ به حَسَنًا، له مثل الذي كتبتُ للحسن، وعليه مثل الذي على حسن، الحديث. (١)

وسندها صحيح ودلالاتها واضحة لأنّ الأموال «هذه صدقة واجبة بثلثة» أي منقطعة عن صاحبها - كما في القاموس (٢) - ولكن أمير المؤمنين (عليه السلام) جعل لولده الإمام الحسن المجتبي (عليه السلام) الخيار في أن يبيع الوقف ويؤدّي منه ديونه أو أن يبيع الموقوفة ثمّ تقسيم ثمنها أثلاثاً وصرفه في الموارد المذكورة.

ولكن الشيخ الأعظم علّق عليها بقوله: «والسند صحيح والتأويل مشكل والعمل

(١) الكافي ٤٤٨/١٣، ح ٧ (٤٩/٧)، ورواها في وسائل الشيعة ١٩/١١٩، ح ٣، الباب ١٠ من

أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) القاموس المحيط ١٢٧٦/٢ مادة بتل.

أشكل»^(١).

ولكن يرد عليه: بعدم الاشكال في العمل بالصحيحة لأنّها كما عرفت موافقة للقواعد وقد ذهب إليه جمع من الأعلام من زمن العلامة إلى العصر الحاضر، فلا يثبت إعراض المشهور عنها حتّى يوجب وهنها، فلا بدّ من الأخذ بها والعمل طبقها.

هذا كله على مبنى المختار.

وأما على مبنى عدم المخالفة الذاتية بين البيع والوقف

فالأمر واضح وتصحيح الاشتراط ظاهر - كما أنّ المشهور على هذا المبنى وتبعهم الشيخ الأعظم - وقد استدللّ بصحة هذا الاشتراط بالوجوه الثلاثة:

١- عمومات أدلة الوقف:

نحو: «عموم قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» يدلّ على أنّ إمضاء الشارع تابعٌ لكيفيّة إنشاء الواقف إطلاقاً وتقييداً ومشروطاً، فهذا النصّ بمفرده كافٍ لإثبات صحّة الوقف المشروط بشرط البيع ونفوذه»^(٢).

٢- عمومات أدلة الشرط:

نحو: عموم «قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» لما ثبت أنّ حقيقة الشرط هي الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، فتدلّ الرواية على أنّ المؤمن لا ينفكّ عن شرطه، وأنّ هناك ملازمة قائمة بين المؤمن وشرطه، وأنّه إذا شرط المؤمن فليس عليه أن ينفكّ عنه. والنتيجة الحاصلة من ذلك تحقّق الوجوب التكليفي والوضعي، بمعنى أنّ هنا حكمان:

حكم تكليفي يدلّ على حرمة مخالفة الشرط.

وحكم وضعي دالّ على صحّة شرطه ونفوذه»^(٣).

٣- صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج الماضية.

(١) المكاسب ٤ / ٨٨.

(٢) العقد النضيد ٥ / ٣٢.

(٣) العقد النضيد ٥ / ٣٢ و ٣٣.

وبالجملة: على هذا المبنى صحة الاشتراط مقبولةً والله العالم.

الصورة السابعة

قال الشيخ الأعظم: «أن يؤدِّي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً وهو المعبر عنه بـ«خوف الخراب»»^(١).

وهي على قسمين:

الأوّل: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية.

الثاني: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية.

ذهب الشيخ الأعظم في الأوّل إلى جواز بيع الوقف وفي الثاني إلى عدمه.

الدليل على جواز البيع في القسم الأوّل من هذه الصورة

١- لزوم متابعة غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة، والمفروض أنّ غرض الواقف لا يتحقّق إلّا ببيع الوقف وتبديله بعين أخرى في المقام.

يرد عليه: يجب العمل على طبق غرض الواقف إذا دخل في انشاء الوقف بدلالة كلام الواقف، وأمّا الفرض الذي لا يدلّ عليه كلام الواقف الداخل في انشاءه نحو دواعي الواقف وتمنياته وآماله وعلله الغائية لا يجب العمل على طبقها، بل فرق بين الوقف وغيره من العقود والایقاعات، ولا يدخل في الالتزام والالتزام.

والحاصل: لا دليل على وجوب العمل على طبق غرض الواقف كغيره من العقود والایقاعات.

نعم، في باب أوامر المولى تجب التبعية عن غرض المولى.

«والفرق بين باب الأوامر وبين العقود الإيقاعات أنّ العقود والإيقاعات من الأمور التّعهدية وقيل كلّ واحدٍ من الطرفين، المسؤولية وهو الميزان، وأمّا في باب أوامر المولى فمولوية المولى كانت داعيةً لمراعاة ميول المولى وأغراضه سواء علم ذلك بالأمر أو

بالغرض»^(١).

٢- يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده: العين الموقوفة في هذه الصورة إذا لم تبع يلزم منه إضاعة المال وفساده، لأنّ عدم تبديلها بالأحسن يوجب خرابها وفسادها ومن المعلوم أنّ تضييع المال وإفساده يكون منهيّاً عنه في الشريعة المقدسة.

كما قال العلامة: «أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو عطب الهدى ذبح في الحال وإن اختصّ بموضع، فلمّا تعذّر المحل ترك مراعاة الخاص لتعذّره»^(٢).

وتبعه ابن فهد الحلبي^(٣) رحمه الله.

ويرد عليه: حرمة تضييع المال وإفساده في الشريعة المقدسة من الواضحات، ولكونها على من له التسلط على المال بالبيع والشراء والصلح والهبة ونحوها وليست على الجيران والأقرباء والأقوام، والتسلط على بيع مال الوقف هنا أوّل الكلام فلا يمكن اثبات السلطة على بيع مال الوقف بهذا الدليل.

٣- الحقوق الثلاثة: المذكورة في كلام الشيخ الأعظم^(٤) وهي:

أ: حق الله تعالى، ب: حق الواقف، ج: حق البطون المتأخّرة من الموقوف عليهم. وبيع العين الموقوفة في هذا القسم من الصورة السابعة لا يوجب التضييق هذه الحقوق الثلاثة:

«أمّا عدم ذهاب حقّ الواقف بالبيع فهو أنّ نظر الواقف، بقاء الملك منه أبد الدّهر من باب: «الباقيات الصّالحات».

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٨٨.

(٢) مختلف الشيعة ٦/ ٢٨٨.

(٣) المذهب البارع ٣/ ٦٦.

(٤) المكاسب ٤/ ٣٥.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٦٧

ومن المعلوم: أنَّ نظر الوقف بقاء شخص العين إذا كانت باقية فإذا لم يمكن حفظ شخص المال الموقوف فالأمر دائر بين ذهاب شخص المال والتَّوَع إذا لم يبيع الموقوف عليهم، أو يبيعه وحفظ التَّوَع. فمن المعلوم: أنَّ الأمر الثاني كان مُتَعَيِّناً فبيع العين ليس موجِباً لذهاب حقِّ الوقف ولا يَنَازَعُه حقُّ الوقف. وأما بقاء الموقوف عليهم فالفرض أنَّ الموقوف عليهم أنما هي الطَّبَقَةُ الموجودة من التَّسْلِ واللاحقة.

وأما كون حقِّ الله محفوظاً فلأنَّ حقَّ الله هو عدم جواز بيع الوقف كما صرَّحت به الأدلَّة من قوله ﷻ: «لا يجوزُ بيعُ الوقفِ وشِرائهُ...» والمتبادر من هذه الأدلَّة أنَّ المراد من عدم جواز بيع الوقف، الوقف الَّذي لم يكن في معرض الخراب وينصرف فرض خراب الوقف من أدلَّة عدم جواز شراء الوقف وليس له إطلاقٌ حتَّى يشمل الصَّورة المفروضة»^(١).

ولكن يرد عليه: أولاً: ليس للحقوق الثلاثة حقيقة «يعني ليست حقوقٌ متعدِّدة في قبال الحكم مثل حقِّ الخيار وحقِّ الشَّفَعَة وحقِّ التَّحْجِير الَّذي كان هو مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملكية الاعتبارية فلا تكون لله ملكيةً اعتباريةً بل هو مالكٌ حقيقةً ومالكُ الملوك فالملكية الاعتبارية، غير المالكية التكوينية وكذلك ليس الموقوف عليهم اللاحقة، مالكين لأنهم لم يكونوا موجوداً بعد.

نعم: ما يكون هنا موجوداً أنما هو إنشاء الوقف وكان ممضاه لقوله ﷻ: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«الوقوفُ على حسب ما يوقفها أهلها» يعني ما أنشأه الواقف، لازم الوفاء ولازمُ العمل مثل كلِّ عقدٍ وإيقاعٍ وليس أزيد من هذا شيءٌ هنا حتَّى يقال: «لله حقٌّ وللموقوف عليهم حقٌّ وللواقف حقٌّ» وكان هو مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملك.

(١) تحقيق و تقريرات في باب البيع والخيارات ٤ / ٤٨٩.

وثانيّاً: قوله ﷺ: انصراف قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسألة^(١) فلا يصحّ لعدم منشأ للانصراف لأنّ الانصراف الذي كان مانعاً من الاطلاق، كان له موردان: الأوّل: في موردٍ كانت فيه كثرة الاستعمال، يوجب الانصراف عن الاطلاق إلى الغالب فيه الاستعمال وهذا هو المترائي كثيراً في كلمات الفقهاء.

الثاني: للانصراف، ما يكون مبناه على القرائن الحالية سواء كانت القرائن، قرائن قطعيّة أو كان محتمل القرينيّة وبعبارة أخرى كان قدر متيقّن في مقام التّخاطب وبهذا النوع من الانصراف، ينصرف الاطلاق إلى مورد السّؤال ولو لم يكن المورد مخصّصاً في أكثر الموارد ولكن في بعض الموارد، خصوصيّاتٍ يحتمل دخلها بحيث يمنع عن الاطلاق.

وهذا النوع من الانصراف، يصحّ في الصورة الأولى ما إذا خرب الوقف فعلاً فينصرف قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف» كما صرّح به الشّيخ ﷺ لا لأجل كثرة الاستعمال لأنّه ليست في الخراب كثرة بل لما كان مورد الكلام، ما يكون مورد الوقف عامراً وكانت فيه الغلّة وليس هو إلّا الوقف المعمور وأمّا الوقف المخروبة فلا غلّة فيه ولا يصحّ قوله ﷺ: «لا تدخل الغلّة في ملكك».

ولكن هذا الانصراف، لا يجري فيما نحن فيه لأنّ ما نحن فيه، يكون معموراً بعدُ وكانت فيه الغلّة ولكن ستخرب فلا يجرى منشأ الانصراف الذي قلناه في الصورة الأولى في هذا الفرض.

وثالثاً: بعد تسليم انصراف قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسألة فنقول:

إنّ دليل عدم جواز بيع الوقف لا ينحصر في قوله ﷺ: «لا يجوز شراء الوقف» بل أدلّة نفوذ الوقف مثل: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» من جملة تلك الأدلّة بل من أقوالها ودليل: «لا يجوز شراء الوقف» ممّا يتفرّع عليه حيث قلنا سابقاً: إنّ هذا

النَّهْي، ليس نهياً استقلالياً بل يدخل تحت مفهوم العقد أو من لوازمه؟
فمجرد انصراف: «لا يجوز شراء الوقف» مع أنه ليس فيه إطلاق، لا يكفي في جواز البيع بل تلزم ملاحظة أدلة نفوذ بيع الوقف فكفاية الشيخ الأعظم رحمته في الجواز بمجرد قوله عليه: «لا يجوز شراء الوقف» وعدم التعرض بأدلة نفوذ الوقف، لا يخلو عن اشكال»^(١).

٤- ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق:

بتقريب: «ليس لدليل نفوذ الوقف وقوله عليه: «لا يُباع ولا يُوهب» إطلاق في جميع الأحوال حتى في ما إذا خرب وفي ما إذا كان مُشْرِفاً للخراب وحتى، إذا كان بقاءه سفهياً غير عقلائي وكان اضاعةً للمال وذلك لأن عدم جواز البيع أي «لا يباع ولا يوهب» إنما هو لبقاء العين وكونه ذا المنافع أبداً.

فالمراد من قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» وقول الشارع في إمضائه: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» وقوله عليه: «لا يجوز شراء الوقف» كان تفرعاً عليه ولها معنى واحد يعني ينفذ الشارع، ما أنشأ الواقف وما أنشأ الواقف على حدّ القضايا الطبيعيتة فالمراد من قوله عليه: «لا يباع ولا يوهب» بقاء العين لاستفادة الموقوف عليهم وهذا في مقابل الصدقة المنتقلة ولكن ليس له إطلاق بحيث لو بقي، يلزم له اضاعة المال. فهذا القول على حدّ قول القائل: «السيف قاطع والسهم قاتل» فحينئذ لا يبعد أن يكون مراد من قال: بعدم جواز البيع، عدم اضاعة مال الوقف شرعاً يعني ليس في قول الواقف، الإطلاق حتى بحيث لو استلزم من بقاء العين، الاضاعة أيضاً، لا يُباع ولا يُوهب. فبناءً عليه، قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» الدال على بقاء العين للاستفادة، إنما تصريحٌ لغرضه الأصل له، الانتفاع وبقاء العين مقدّمةً لبقاء المنفعة وتبع لها. هذا كما في باب تعارض الوصف والاشارة حيث صرحوا بتقديم الأصل لغيره، وكما في باب الخطاء في التطبيق في باب العبادات من تقديم الأصل على الفرع وعين

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٩٠ و ٤٩١.

هذا قد يقال في باب تعدد المطلوب يعني كان شيء في باب العقد هو الأصل وشيء آخر كان بعنوان الفرع ويلزم حفظ الفرع مع حفظ الأصل.
فبناءً عليه، إذا عقدنا عقداً ذا شرط ولم يعمل بشرطه، وقع العقد صحيحاً لأن الأصل هو العقد كان محفوظاً.

فلو عقد عقداً على الموصوف وتخلّف وصفه، مثلاً قلنا: «بعتُ الفرس العربي» فبان أنّه ليس بعربيّ قالوا بصحّته لأنّه من باب تعدد المطلوب وكان الأصل وهو بيع الفرس، كان محفوظاً وأنما تخلّف فرعه وهو وصفه غاية الأمر كان هنا إختيار الفسخ.
وفي باب الوقف كذلك يعني فيما إذا لم يكن للواقف، النظر الأصليّ إلى العين وأنما عمدة نظره إلى بقاء المنفعة المستمرة للموقوف فالأصل، هو حفظ المنفعة وحفظ العين، طريق لها في مثل هذه الموارد قال الفقهاء بتعدد المطلوب حتّى قالوا في باب الأوامر أيضاً في مثل قوله عليه السلام: «إذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم...» ونحوه من الموارد.
كلّ ذلك، دليل تعدد المطلوب وكذلك في باب العقود أيضاً مثل باب تخلّف الشرط والوصف وتخلّف الأجل، كان تعدد المطلوب أي كانت العقود صحيحة غاية الأمر، كان لها خيار التخلّف وذلك لأنّه من باب تعدد المطلوب وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل يعني فيما إذا كان غرض الواقف من حبس العين ووقفه، حفظ المنافع للطبقات، كان هذا من قبيل تعدد المطلوب.

ولا يخفى عليك أنّ هذا الغرض، ليس خارجاً من مدلول العقد حتّى يقال بأنّ حفظ هذا الغرض لا يلزم بل يكون من قبيل تعدد المطلوب وكانت له نظائر متعدّدة كما ذكر بعضها سابقاً.

بالجملة، تلزم ملاحظة ماهيّة الوقف وملاحظة أنّ تعدد المطلوب هل يُستفاد منه أم لا؟ وهو حينئذٍ، دليل حفظ غرض الواقف وليس المراد منه أنّ كلّ غرض الواقف يلزم حفظه بل يلزم حفظ غرض «يكون من باب تعدد المطلوب»^(١).

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤ / (٤٩٣-٤٩١).

وهذا الدليل الأخير تام فنحكم به على جواز بيع الوقف في القسم الأول من الصورة السابعة تبعاً للشيخ الأعظم حيث صرح بجواز بيعه وقال: «القسم الأول من الصورة السابعة الذي جَوَّزنا فيه البيع»^(١). والله سبحانه هو العالم.

القسم الثاني من الصورة السابعة

وهو إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه تقليل المنفعة ونقصها لا سقوط العين من المنفعة رأساً.

ذهب الشيخ الأعظم رحمته في هذا القسم إلى عدم جواز البيع واستدل بالأدلة التالية:

١- عموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف

قال الشيخ الأعظم: «وأما المنع... فلعموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك^(٢)، 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 مادام له غلة لا يجوز بيعه»^(٣).

مراده: أن الإمام عليه السلام لم يستفصل من السائل عن كونه عالمًا بأنَّ البائع أقدم على بيعها مع حصول المجوز للبيع أو عدمه، ومقتضى ترك الاستفصال تمامية الإطلاق في النهي عن شراء الوقف مادام له غلة ينتفع الموقوف عليهم بها.

نقده: ليس مورد صحيحة ابن راشد «مورد الاستفصال والسؤال والجواب لأنَّ على ظاهر الرواية، علِّم وضع الحال على المشتري والإمام عليه السلام فليس هذا، محتمل الوجهين حتَّى يقال: بأنَّ الإمام عليه السلام ترك الاستفصال....

[وظهر من جملة] «لا أعرف لها ربّاً» فعلم من هذا أنَّ البائع، لم يكن الموقوف عليهم بل كان شخصاً ثالثاً ومسألة الاختلاف إنما هو بين الموقوف عليهم فعليه، ليس هذا مورد ترك الاستفصال بين كون العلم باختلاف الموقوف عليهم أو الشك فيه؟ [أو هل

(١) المكاسب ٩٥/٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٨٥، ح ١، صحيحة أبي علي ابن راشد.

(٣) المكاسب ٩٢/٤.

يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

بالجملة: يُعلم من هذه الرواية أنّ هذا، ملكٌ غصبيٌّ والبائع غير الموقوف عليهم فليس مورداً لاستفصال الإمام والسؤال عن السائل بأن الموقوف عليهم الذين باعوا عليك هل كان بينهم اختلاف أم لا؟ [أو هل يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

تأييد للشيخ الأعظم

يمكن تأييد مقالة الشيخ الأعظم بما ذكره السيّد اليزدي إلى عدم جريان أصالة الصحة في بيع الوقف وقال: «إذا باع الموقوف عليه أو الناظر العين الموقوفة ولم يعلم أنّ بيعه كان مع وجود المسوّغ أو لا، فالظاهر عدم جريان قاعدة الحمل على الصحة...»^(١). والوجه: في عدم جريان أصالة الصحة في بيع الوقف بخلاف نظائره من بيع الوكيل والوصي والولي، أنّ أيادهم كانت مستقلة لأنهم متصرفون في الملك مستقلاً وقول المتصرف معتبر «بخلاف يد المتولّي على الوقف حيث أنّ يده، يدُ فرعيّ بل تثبت يد المتولّي أنّ هذا الملك، كان وقفاً ومن حكم الوقف أنّه لا يجوز بيعه إلّا بمجوزٍ ولم يجعل المتولّي لأجل البيع بل لأجل حفظ الوقف والتّعمير وتقسيم الوجوه وغير ذلك. بالجملة، اليد في الوقف بمعنى اثبات الوقفيّة ومن حكم الوقف عدم جواز بيعه إلّا بمجوزٍ واليد، لا تثبت كون بيعها جازياً له لأنّ يد المتصرّف مبنية على حفظ الوقف لا على إتلاف الوقف والثقل والانتقال بخلاف الولي والوكيل والوصي. ولذا صرح السيّد^(٢) أنّ: يد المتولّي كيد الودعيّ في الحفظ وكانت يده، يد استيمانٍ فكما أنّ دعوى الودعيّ في إجازة البيع في مورد الودعة يحتاج إلى دليلٍ فكذلك في الوقف.

ثم ذكر السيّد^(٣) في ذيل هذه المسألة، مسألة: لا تخلو بينهما عن تهافتٍ وهي أنّ أحداً كان متصرفاً للملك ثمّ بان أنّ هذا الملك، كان وقفاً قبل خمسين عاماً ووقع البيع

(١) العروة الوثقى ٦/ ٤٠٠، مسألة ٦٣.

(٢) العروة الوثقى ٦/ ٤٠١.

(٣) العروة الوثقى ٦/ ٤٠١، مسألة ٦٤.

على هذا الملك الموقوف.

صرَّح السيّد بالله بانّ هذا، ملك المتصرّف لتعارض اليد الفعلية واستصحاب الحال في ما مضى والمعلوم في أشباهه ونظائره أنّ اليد الفعلية في الملكية، مقدّمة على استصحاب الحال القبلي.

نعم: لو اقرّر ذو اليد، ينقلب المنكر ويكون مدّعيّاً فلا تقدّم اليد على الاستصحاب»^(١).

تأييدُ التأييد: نعم، «كل معاملة كانت مقسماً للحلال والحرام أو مقسماً للصحيح والفساد وكان قسمٌ منه فاسداً وقسمٌ منه صحيحاً لو دار الأمر بينه وبين الصحيح والفساد، يحمل على الصحة وأما المعاملة التي كانت محرّمة وباطلة لو خُلي وطبعها فلا يجوز الحمل على الصحة كما إذا شرب أحدٌ ما يعلو ونحن شككنا في أنّ هذا المايح هل هو خمّر أو فقّاعٌ محرّم أم لا؟ يحمل فعله على الصحة وأما إذا علمنا أنّه شرب الخمر ولكن نحمل ان يكون المورد من موارد جواز شرب الخمر كما إذا كان مريضاً وكان في معرض التلف وعلاجه ينحصر في شراب الخمر فلا يحمل فعله على الصحة كما إذا علمنا انّ أحدًا زنى مع ذات البعل أو غير ذات البعل ولكن ادّعى الزاني أنّي كنت مجبوراً مكرهاً على الزنا فلا يحمل فعله على الصحة وهو يضرّ في عدالته.

وبيع الوقف أيضاً من هذا القبيل لأنّ بيع الوقف، لا يجوز لو خُلي وطبعه والمجوزُ لبيعه ليس على نحو ينقسم على الفاسد والصحيح بل أُستثنى منه موارد.

فالحمل على الحلّة كما في قوله عليه السلام: «كلّ شيء لك حلال» والأشياء كلّها على هذا حتّى تستبين لك غيره أو تقوم به البيّنة، أنّما هو في الكلّيات [لا]^(٢) التي كانت طبعها الأولى، الحرمة وأُستثنيت منها الصّورة التّادئة والدليل على ذلك أنّ أصالة الصّحة من الاصول العقلائية وبناء العقلاء كان دليلاً لبيّاً ويجب الاقتصار في الدليل اللّبي على القدر

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٤٩٩.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

المتيقّن.

ولذا لم يثبت ولم يحرز هذا الأصل في شيء من ذلك الوقف وشرب الخمر والزنا وغيرها لو لم يثبت العدم^(١).

نعم يمكن أن يناقش على السيّد اليزدي بوجود التهافت بين المسألتين كما مرّ. والحاصل: ناقشنا استدلال الشيخ الأعظم بعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» لعدم جواز البيع ولكن في طيّ استدلاله مقال تام لا بدّ من قبوله وهو عدم جريان أصالة الصحة في بيع الوقف والله سبحانه هو العالم.

٢- عموم قوله عليه السلام: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها^(٢)

بتقريب: الواقف يحبس ماله مؤبداً ولم يتعرّض لصورة تقليل منفعة العين ونقصها، فالعين تكون وفقاً على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز بيعها.

ردّه: ذهب الشيخ الأعظم هنا^(٣) إلى دلالة «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» على منع البيع في هذا القسم من الصورة السابعة، ولكن منع في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف دلالته على المنع «لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»^(٤).

ومراد هناك أنّه يدلّ على مراعاة كيفية وقف الواقف من الشرائط والخصوصيات والقيود ولا يدلّ على عدم جواز بيع الوقف لأنّ عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف وشرائطه وخصوصياته وقيوده، فهو خارج عن مدلول قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها». وكأنّ هذا تهافت في كلامه عليه السلام.

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/ ٩٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/ ١٧٥، ح ١، صحيحة الصفار.

(٣) المكاسب ٤/ ٩٢.

(٤) المكاسب ٤/ ٦١.

٣- عموم قوله ﷺ: صدقة لاتباع ولا توهب حتّى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض^(١)

بتقريب: أنّ أمير المؤمنين عليه السلام ذكر في وقف داره في المدينة في بني زريق هذه الجملة وأخذها في صيغة وقفه عليه السلام، ويستفاد من عموم هذه الجملة أنّ الوقف وجب أن يبقى حتّى يرثه وارث السموات والأرض فلا يجوز بيعه في هذا القسم من الصورة السابعة.

ويرد عليه: قد عرفت^(٢) وجود التهاافت في كلام الشيخ الأعظم^(٣) ذيل هذه الصحيحة في الأدلة المانعة عن جواز بيع الوقف ولكن تمسك بها هنا^(٤) للمنع من البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة. هذا أولاً.

وثانياً: هذه الجملة مذكورة في صيغة وقف أمير المؤمنين عليه السلام ولا تدلّ على أنّ كلّ وقف كان له هذا الحكم.

وثالثاً: لم يرد في الصحيحة كلمة «يترك» الواردة في كلام الشيخ الأعظم^(٥) المستدلّ بها، اللهم إلا أن يقال أنّه عليه السلام نقلها بالمعنى لا باللفظ كما هو الظاهر.

ورابعاً: الجواب من عموم هذه الصحيحة هو ما ذكره الشيخ الأعظم عليه السلام عن عموم قوله ﷺ: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» في الصورة الاولى من أنّ عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف، «وإن ذكر في متن العقد، للإتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»^(٦).

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٧، ح ٤، صحيحة ربعي بن عبدالله.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٥.

(٣) راجع المكاسب ٤/ ٣٤.

(٤) المكاسب ٤/ ٩٢.

(٥) المكاسب ٤/ ٩٢.

(٦) المكاسب ٤/ ٦١.

٤- الاستصحاب^(١)

بتقريب: أنَّ استصحاب عدم جواز بيع الوقف يجرى في هذا القسم الثاني إذا شكنا جواز بيعه، حيث أنَّه قبل طروقة المنفعة لا يجوز بيع عين الموقوفة وبعدها نشك في جواز البيع فنستصحب عدم جواز بيعها.
ومن المعلوم أنَّ جريان الاستصحاب هنا مبنيٌّ على جريانه في الشبهات الحكمية كما يجري في الشبهات الموضوعية، وإن منعه بعض.
وقد وجَّه هذا الاستصحاب بتوجيهات ثلاثة^(٢) قد اغمضنا عن ذكرها لما يلي من الردِّ عليه.

ويرد عليه: مع الشك في أنَّ الأدلة المانعة من جواز بيع الوقف هل يجري في هذا القسم من الصورة السابعة أم لا، لا يصل النوبة إلى جريان استصحاب عدم المنع، بل يجري العمومات الواردة في المعاملات نحو قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقوله عزَّ وجلَّ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، لأنَّ مع فرض عدم دخول المنع من البيع في الوقف كما عليه الشيخ الأعظم^(٣) - كما مرَّ - أو الشك فيه، تصل النوبة إلى جريان العمومات من غير رادعٍ، ومع جريانها لا تصل النوبة إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف.
تَوَهُّمٌ وَدَفْعُهُ

«ولا يتوهم أنَّ هذا، يدخل في المسألة المعروفة وهي ما إذا خصَّص عامٌّ بمُخصَّصٍ في زمانٍ هل يرجع بعد انقضاء هذا الزمان إلى استصحاب هذا المُخصَّص أو يرجع إلى عموم العامِّ؟ فقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عامٌّ خرج عنه خيارُ الغبن أو خيار العيب في الآن الأوَّل ويُسَّك في بقاء الخيار في الآن الثاني، بناءً على أنَّ الخيار هل هو فوريٌّ أو يستمرُّ؟ قال بعضُ: القدر المتيقن من الخيار، الآن الأوَّل وفي الآن الثاني يرجع إلى عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولكن الشيخ الأعظم، لم يقبل إطلاق هذا وأسس

(١) المكاسب ٩٣/ ٤.

(٢) راجع إن شئت العقد النضيد ٥ / (٧٢-٦٦).

(٣) المكاسب ٦١/ ٤.

قاعدةً على هذا، في تنبيهات الاستصحاب^(١) [و موضوع الكلام فيه: ما إذا ورد عام مطلق من حيث الزمان، بأن دلّ على استمرار الحكم في جميع الأزمنة إلى الأبد، ثم خصص ببعض أفرادهِ في زمان معين، وشك بعد انقضاء زمان الخاص في حكم الفرد الخاص في أنّه محكوم بحكم الخاص أم لا؟ فهل يستصحب حكم الخاص أو يتمسك بالعموم؟]

وقد حكم الشيخ رحمته الله بالتفصيل بين ما إذا لوحظ الزمان في العام أفراداً وحصصاً متعددة، بحيث يكون كلّ فرد من أفراد العام محكوماً بأحكام متعددة بتعدد آتات الزمان وقِطعه. وبين ما إذا لوحظ الزمان قطعة واحدة لاستمرار الحكم، ولا عموم إلاّ بلحاظ الأفراد دون الأزمان. فقال بجريان الاستصحاب في نفسه في الثاني وعدم كونه مورداً لاصالة العموم. بخلاف الأوّل، فانه مورد لأصالة العموم دون الاستصحاب^(٢).

ولعلّ مقصودُ الشيخ الأعظم رحمته الله هذا المطلب بان يكون عامٌ مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، خرج منه بيع الوقف في زمانٍ حيث قال عليه السلام: «لا يجوزُ شراءُ الوقف» فكان ذلك تخصيصاً في قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا شكّ في الزمان حين عروض [قلة المنفعة] فالمورد، موردُ الرجوع إلى استصحاب حكم المُخصَّصِ فليس موردُ الرجوع إلى حكم العام.

بالجملة، قد يتوهم أنّ استصحاب الشيخ الأعظم في عدم جواز بيع الوقف، مبنيٌّ على التحقيق الذي ذكره رحمته الله في الفرائد^(٣) من كون الزمان إن كان مُكثراً أو قيداً، يرجع إلى عموم العام في صورة الشك وإن كان ظرفاً فيرجع إلى إطلاق المُخصَّص.

ولكنّه مدفوعٌ بأنّ هذا، شكٌّ في أصل التخصيص، لا شكٌّ في دوام التخصيص وذلك لأنّ قوله عليه السلام: «لا يجوزُ شراءُ الوقف»، ليس تخصيصاً في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مؤيّدٌ له إذ الوقف عقدٌ من العقود وقد شرط فيه: «ان لا يباع و...» فليس عدم جواز بيع

(١) فرائد الاصول ٣/ ٢٧٤.

(٢) منتقى الاصول ٦/ ٣٠٣.

(٣) فرائد الاصول ٣/ ٢٧٤.

الوقف، تخصيص في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مُؤَيَّد له لأنَّ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيضاً يدلُّ على عدم الجواز، إذ الوقف حبسٌ أبديٌّ «فَأَوْفِ» بهذا العقد الذي كان حبساً مؤبداً، لا ينافي الحبس.

فقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» ليس تخصيصاً في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حتَّى يقال: أنَّ حالة عروض الاختلاف بين الموقوف عليهم، شكٌّ في استمرار التخصيص^(١) [ويجوز الرجوع فيه إلى الاستصحاب].

القول المختار في القسم الثاني من الصورة السابعة

أقول: بعد ما مرَّ منَّا في القسم الأوَّل من الصورة السابعة من جواز بيع الوقف، لأنَّ نظر ألقاف في الوقف إلى استمرار المنفعة وجريانها ودَّرها لا إلى بقاء العين ولو لم تكن لها منفعة، وعلى هذا الأساس إذا كان بقاء العين مؤدياً إلى تقليل المنفعة ونقصها بحيث هذه المنفعة القليلة لا تعدُّ منفعة هذه العين عرفاً فيأتي الدليل السابق ونحكم بجواز البيع حينئذٍ.

وأما إذا كان بقاء العين يؤدي إلى قلة المنفعة بحيث هذه المنفعة تعدُّ منفعة هذه العين في العرف وأهله يعدونها منفعة العين ولكن المنفعة قد تقلَّ وقد تكثر، فالمنفعة جارية مستمرة فلا يجوز بيع العين الموقوفة.

فالجواز يدور مدار جريان المنفعة واستمرارها عرفاً لا عقلاً، بحيث لا يحكم العرف بتضييع المال الوقف والله سبحانه هو العالم. وسيأتي آنفاً^(٢) الاستدلال بصحيفة علي بن مهزيار^(٣) للحكم بالجواز في هذا القسم فانتظر.

صور الثامنة والتاسعة والعاشر

«الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلافٌ لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظنَّ بذلك.

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥٠٦/٤ و ٥٠٧.

(٢) راجع صفحة ٣٨٢ من هذا المجلد.

(٣) وسائل الشيعة ١٨٨/١٩، ح ٦.

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

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييدٍ بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس»^(١).

وفي الواقع هذه الصور الثلاثُ ترجع إلى صورة واحدة وهي اختلاف الموقوف عليهم في مال الوقف بحيث يؤدي إلى الضرر وقد خرجت الصور الثلاث من بيان كيفية الضرر وتحديدده أو التعبير عنه إذ قد ينتهي الضررُ إلى حدِّ تلف المال أو النفس - وهي الصورة الثامنة - وقد ينتهي إلى ضرر عظيم - وهي الصورة التاسعة - وقد ينتهي إلى حدِّ يستباح به النفوس - وهي الصورة العاشرة -، والحكم بالجواز في الصور الثلاث هو فتوى المشهور.

قال السيّد العاملي رحمته الله: «وممّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه لخلف بين أربابه الشرائع^(٢) في موضع منها والكتاب [القواعد]^(٣) والتحرير^(٤) والإرشاد^(٥). وممّا جوّز فيه إذا أدى بقاءه إلى خرابه التحرير^(٦) وقد قيّد في التلخيص^(٧) كالكتاب [القواعد] لخلف بين أربابه. وقال في اللمعة: إذا أدّى إلى خرابه لخلف بين أربابه فالمشهور الجواز^(٨). فليلاحظ هذا فإنّ المصرّح بذلك قبله إنّما المصنّف، فليكن معناه إذا

(١) المكاسب ٤/ ٨٨ و ٨٩.

(٢) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف ٢/ ٢٢٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢/ ٣٩٥.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية: في أحكام الوقف ٣/ ٣١٦.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف ١/ ٤٥٥.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية: في عقد البيع ٢/ ٢٧٩.

(٧) تلخيص المرام: في الوقف ١٥٢/.

(٨) اللمعة الدمشقية: في عقد البيع وآدابه ١١٢/.

خيف خرابه لخلف أربابه فيرجع إلى ما قبله، وقد زيد في الكتاب^(١) والتهذيب^(٢) والاستبصار^(٣) والشرائع^(٤) كون البيع أعود. ونحو ذلك ما في موضع من المفاتيح^(٥). وفي التنقيح إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا تنتفع به أصلاً جاز بيعه^(٦). وقد يكون قضية ما في الشرائع^(٧) حيث استشكل فيما إذا لم يقع خلف ولا خشي خراب بل كان البيع أعود ثم اختار المنع، أنه يجوز بيعه عند أحدهما. وقد جوّز في المبسوط بيعه إذا وقع خلف بين أربابه^(٨). وفي فقه الراوندي إذا خيف وقوع خلاف بينهم^(٩). وفي الإرشاد لا يجوز بيعه إلا أن يخرب أو يؤدّي إلى الخلف بين أربابه^(١٠). وظاهر الأردبيلي الموافقة على ذلك^(١١). وتردّد في النافع فيما إذا وقع خلف مؤدّاً إلى الفساد^(١٢) وجوّز بيعه في المسالك^(١٣) والروضة^(١٤) والكفاية^(١٥) والمفاتيح^(١٦) إذا وقع

-
- (١) قواعد الأحكام: في شرائط العوضين ٢/ ٢٣.
 (٢) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٣١، ذيل ح ٥٥٧، باب ٣ في الوقوف والصدقات.
 (٣) الاستبصار ٤/ ٩٩، ح ٣٨١، باب ٦١ في الوقف.
 (٤) شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه ٢/ ١٧.
 (٥) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين ٣/ ٥٢.
 (٦) التنقيح الرائع: في الوقف ٢/ ٣٣٠.
 (٧) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف ٢/ ٢٢٠.
 (٨) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/ ٣٠٠.
 (٩) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه ٢/ ٢٩٣.
 (١٠) إرشاد الأذهان: المتأجر في العوضين ١/ ٣٦١.
 (١١) مجمع الفائدة والبرهان: المتأجر في العوضين ٨/ (١٦٩-١٦٨).
 (١٢) المختصر النافع: في الوقف ١٥٨/
 (١٣) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ٣/ ١٦٩ وفي أحكام الوقف ٥/ ٣٩٨.
 (١٤) الروضة البهية: في شرائط المبيع ٣/ ٢٥٥.
 (١٥) كفاية الأحكام: في أحكام الوقف ولواحقه ٢/ ٢٠.
 (١٦) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين ٣/ ٥٢ وفي انتقال الموقوف عن

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٣٨١

خُلف شديد. قال في الروضة: وقد علَّله عليه السلام بأنَّه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. وظاهره أنَّ خوف الأداء إليهما ليس بشرط كما فهمه المشهور.^(١)

وممَّا جَوَّز فيه بيعه إذا خيف وقوع فتنة وخُلف بين أربابه يحصل باعتبارهما فساد النهاية^(٢) والمهذَّب^(٣) وفقه الراوندي^(٤) والتذكرة^(٥) والتحريير^(٦) والمختلف^(٧) والدروس^(٨) وغاية المراد^(٩) وجامع المقاصد^(١٠) وإيضاح النافع للقطيفي وتعليقه على الشرائع لكنَّ القاضي في المهذَّب ذكر ذلك في المنقطع والراوندي لم يعتبر الفساد. وليعلم أنَّه في الدروس نسب قول ابن إدريس بالمنع إلى الندرة^(١١)، فظاهره أنَّ الجواز في الجملة مجمع عليه. وفي جامع الشرائع^(١٢) وتعليق الإرشاد^(١٣) أنَّه يجوز بيعه إذا كان فساد يجتاح فيه الأنفس. وهذا كله قد يوافق ما قبله. ويرشد إلى ذلك ما حكيناه عن اللمعة من حكاية الشهرة كما سمعت^(١٤).

→ الواقف وعدمه / ٢١٢.

- (١) الروضة البهية: في شرائط المبيع ٢٥٥/٣.
- (٢) النهاية: في الوقوف والصدقات / (٦٠٠-٥٥٩).
- (٣) المهذَّب: في الوقف ٩٢/٢.
- (٤) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه ٢٩٣/٢.
- (٥) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٤٩، مسألة ١٤٧.
- (٦) تحرير الأحكام: في عقد البيع ٢٧٩/٢.
- (٧) مختلف الشيعة: في الواقف ٢٨٨/٦.
- (٨) الدروس الشرعية: في بيع الوقف ٢٧٩/٢.
- (٩) غاية المراد: في شرائط العوضين ٢/ (٣٠-٢٣).
- (١٠) جامع المقاصد: في أحكام الوقف ٧٠/٩.
- (١١) الدروس الشرعية: في بيع الوقف ٢٧٩/٢.
- (١٢) الجامع للشرائع: في الوقف ٣٧٢.
- (١٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقِّق الكركي وآثاره: ٣٣٩/٩).
- (١٤) مفتاح الكرامة ٢١/ (٦٨٧-٦٨٥).

مستند جواز البيع في هذه الصور الثلاث

والمستند في الجواز صحيحة علي بن مهزيار قال: كتبتُ إلى أبي جعفر عليه السلام: أنَّ فلاناً ابتاع ضيعةً، فوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو يقوّمها على نفسه بما اشتراها به، أو يدعها موقوفة؟ فكتب عليه السلام إليّ: أعلم فلاناً أنَّي أمره ببيع حقّي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإنّ ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك أوفق له. وكتبتُ إليه: أنَّ الرّجل ذكر أنَّ بين من وقف بقيّة هذه الضيعة عليهم اختلافاً شديداً، وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإنّ كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسانٍ منهم ما كان وقف له من ذلك، أمّرتُه. فكتب بخطّه إليّ: وأعلمه أنَّ رأيي له - إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف - أن يبيع الوقف أمثلاً؛ فإنّه ربّما جاء في الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس.^(١) عودُ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة

استدلّ الشيخ الأعظم للجواز في هذا القسم بعد تصرفات ثلاثة في الصحيحة حتّى تم الاستدلال بها وهي:

١- أنَّ قوله عليه السلام: «فإنّه ربّما جاء في الاختلاف ما فيه من تلف الأموال والنفوس»، «تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف»^(٢) والعلة تعمّم وتخصّص وهي هنا معرضة الوقف للخراب.

٢- «المراد بالمال هو الوقف»^(٣) يعني الأموال الموقوفة.

٣- «ضم النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط

(١) الكافي ١٣/ ٤١٢، ح ٣٠ (٣٦/ ٧)؛ وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٧ و ١٨٨، ح ٥ و ٦.

(٢) المكاسب ٤/ ٩٤.

(٣) المكاسب ٤/ ٩٤.

في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى»^(١).
واستفاد من هذه التصرفات الثلاثة: «فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه»^(٢).

ثم ناقش في هذا المقال بثلاثة إشكالات:

الأول: «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 استعماله - ولا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب؛ لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان -كما عرفت - بين قولهم: «أدّى بقاءه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه»^(٣).

الثاني: «الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم -مثل قولهم: «يجب الإفطار والتميم مع خوف الضرر»، و«ويحرم السفر مع خوف الهلاك» - لا يتحقق إلا بعد قيام أمانة الخوف»^(٤).

الثالث: «أنّ مناط الجواز -على ما ذكر - تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف. مع أنه لا وجه -بناءً على عموم التعليل - للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»^(٥).

جواب إشكالات الشيخ الأعظم

يمكن أن يجاب عن الاشكال الأول: «أنّ كلمة «ربما» في كلمات العرب، ليست بمعنى التشكيك وابداع الاحتمال كما أنّ «ربما» الواردة في قوله تعالى: ﴿رُبَّمَا يَوَدُّ

(١) المكاسب ٩٤/٤.

(٢) المكاسب ٩٤/٤.

(٣) المكاسب ٩٤/٤.

(٤) المكاسب ٩٥/٤.

(٥) المكاسب ٩٥/٤.

الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ كَانُوا مُسْلِمِينَ^(١) ليس بمعنى المشكوك بل المراد منه، اليقين خصوصاً في الموارد التي كانت فيها، المظنة فتفيد «ربما» الظن وذلك مثل المقام حيث فرض في الرواية، ظن الاختلاف حيث وردت فيها عبارة: «وأنه ليس يأمن أن يتفاقم^(٢) ذلك بينهم بعده»^(٣) «(٤)».

وعن الإشكال الثاني: لا يلزم في تحقق الخوف قيام أمارته - أي الظن وهو الاحتمال الراجح - بل يكفي الشك والاحتمال العقلائي في صدق الخوف كما صرح به صاحب العروة^(٥).

نعم، قد لا يصدق الخوف من دون الظن، كما قد يصدق الخوف من دون الظن أيضاً.

وعن الإشكال الثالث: ظهر مما ذكرنا في القسم الأول من الصورة السابعة من أن المدار في الوقف جريان منافعه فإذا خيف عقلاً ثباتاً تقليل المنفعة بل سقوطها عرفاً يصدق تلف الوقف فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم: «فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف»^(٦).

وأما عموم التعليق فجارٍ ولكن في الأموال الموقوفة فقط لا في غيرها فلا يتم مقالته^(٧): «... بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»^(٧).

(١) سورة الحجر / ٢.

(٢) تفاقم الأمر، أي عظم.

(٣) وسائل الشيعة ١٩/ ١٨٨، ح ٦.

(٤) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ١٤/ ٥١٢.

(٥) راجع العروة الوثقى ٢/ ١٧٠؛ طبعة جماعة المدرسين - فصل في التيمم - «الثالث: الخوف من استعماله على نفسه أو عضو من أعضائه... ويكفي الظن بالمذكورات أو الاحتمال الموجب للخوف سواء حصل له من نفسه أو قول طبيب أو غيره...».

(٦) المكاسب ٤/ ٩٥.

(٧) المكاسب ٤/ ٩٥.

وبما ذكرنا ظهر تمامية الاستدلال بالصحيحة للحكم بالجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة فتأمل.

كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحة

وأما تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها: فمبني على العدول عن التعليل - بالمعنى السابق - بالتخصيص والحكم بأنَّ مطلق الاختلاف بين الموقوف عليهم يوجب جواز بيع العين الموقوفة ولكن حيث علَّله الإمام عليه السلام بقوله: «فإنَّه ربَّما جاء في الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس»، مطلق الاختلاف تخصَّص بتلف المال والنفوس على نحو كفاية الاكتفاء بأحدهما من تلف المال أو النفس.

وبعبارة أخرى: جواب الإمام عليه السلام متضمن لفقرتين:

«إحدهما: تجويز البيع عند ظهور الخُلف والمنازعة بين الموقوف عليهم، وكونه خيراً من إبقاء الوقف على حاله. ومقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالاختلاف، سواء خيف من بقاءه تلفُ المال وإراقَةُ الدماء أم لا.

ثانيتهما: تعليل الحكم بقوله عليه السلام: «فإنَّه ربما» وظاهره موضوعية إختلافٍ خاصٍّ لجواز البيع، وهو النزاع الذي لا يؤمن معه من ضياع الأموال وهلاك النفوس.

ومقتضى تقديم ظهور العلة على المعلول تقييد الإختلاف المجوِّز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلفُ المال والنفوس، وبهذا يتم الحكم في الصورة الثامنة»^(١).

اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال

اعتراض الشيخ الأعظم عليه السلام (٢) على هذا التقريب بما توضيحه: «تقديم العلة على المعلول كما يوجب تقييد الإختلاف بما خيف منه تلف المال والنفوس، كذلك يقتضي رفع اليد عن خصوصية الإختلاف، وتعميم جواز البيع لما إذا لم يكن خلفٌ بين أرباب الوقف، ولكن عُلِمَ إفضاء بقاءه إلى تلفها من جهةٍ أخرى، وتوقَّف سدُّ الفتنة على بيع الوقف، فإنَّ

(١) هدى الطالب ١٦٧/٧.

(٢) المكاسب ٩٥/٤، السطر الأخير.

العلّة كما تخصّص تعمّم. ومن المعلوم عدم إلزام أحدٍ بجواز بيع الوقف مقدّمة لعلاج مفسدة أخرى أجنبيّة عنه. وهذا المحذور يوهن العمل بظاهر [الصحيحة]، وتسقط حينئذٍ عن الدلالة على حكم الصورة الثامنة.

فإن قلت: يمكن الأخذ بموضوعية مطلق الاختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله «إلا»: «فإنه ربما» وذلك لورود مثله في الأخبار مما يكون علّة للحكم تارةً، وحكمةً أخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلّة لا الحكمة.

[كما] قال المحقّق الشوشترى «وأمّا التعليل فبناؤه على الشكف عن الحكمة في جواز البيع، والغرض منه كون الاختلاف عُرضةً لذلك المحذور، لأنّ أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلك نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفاية والمفاتيح، ويشهد له التعليل بـ«ربما»»^(١).

وعليه فلا مانع من الأخذ بموضوعية الاختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعة أرباب الوقف.

قلت: إن حمل «ربما» على الحكمة وإسقاطه عن العلية - ليبقى عموم الاختلاف على حاله - يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإنّ الحكمة كما لا تعمّم لا تخصّص، مع أن مفروض الصورة الثامنة هو الجواز لو أدّى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقاً.

والحاصل: إن كانت جملة «فإنه ربما» علّةً لزم تعميم الجواز لغير موارد الاختلاف، ولا سبيل للقول به.

وإن كانت حكمةً لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدّ البقاء إلى التلف، وهو غير الصورة الثامنة»^(٢).

وأما تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة: فمبني على حصول ضرر

(١) مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ٥٩/.

(٢) هدى الطالب ١٦٨/٧.

عظيم أي ضرر معتدبه يصدق عليه تلف الأموال وتلف النفوس وغيرهما فكل واحد منها ضرر عظيم وكاف في جواز البيع.

وبعبارة أخرى: مقتضى العليّة في قوله ﷺ: «فإنه ربما جاء في الاختلاف مافية تلف الأموال والنفوس»، هي وصول الاختلاف إلى حدّ الضرر العظيم من دون تقييده بتلف المال أو النفس نحو تلف العِرض وهذه هي الصورة التاسعة.

ويناقش على هذا التقريب: أولاً: مقتضى العلية في كلام الإمام ﷺ هو جواز البيع لكل فتنة وإن لم يرتبط بالوقف وهو ممّا لا يلتزم به أحد.

وثانياً: حمل «تلف المال والنفوس» في كلام الإمام ﷺ على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوع، لأنّ الحمل متوقف على القطع بعدم خصوصيتهما، ودون إثبات هذا القطع خرط القتاد.

وأما تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة: فمبني على اعتبار تلف النفوس فقط لأنّ تلف النفوس يلزم تلف الأموال غالباً، فذكر تلف الأموال مبني على الغالب ولا اعتبار بالقيد الغالبي فالمجوز للبيع هو خصوص تلف النفوس واستباحتها وهذه هي الصورة العاشرة.

اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب

اعتراض الشيخ الأعظم^(١) عليه بإشكالين:

الأوّل: مقتضى العليّة التعدي من «تلف الأموال والنفوس» إلى مطلق احتمال وقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، وغيرهم مع أنّه لا يمكن الالتزام بهذا الإطلاق.

الثاني: ظاهر الصحيحة لاسيّما بملاحظة لفظة «ربما» كفاية مجرد الاحتمال في استباحة النفوس ولكن ظاهر المشهور أخذ العلم أو الظن في استباحة النفوس لجواز البيع وبينهما المباينة الواضحة.

استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة

استظهر الشيخ الأعظم^(١) من الصحيحة أمراً مغايراً لما ذهب إليه المشهور ولاحظ فيه جهات ثلاث:

«الأولى: أن يكون موجباً لتلف الأموال والنفوس، فلا عبرة بمطلق الخلف والنزاع وإن لم يؤدَّ إلى تلفها. وليس منشأ هذا التقييد حمل جملة «فإنه ربّما» على التعليل ليكون مقيداً لدائرة الاختلاف الوارد في السؤال، لفرض عدم كون «فإنه» علةً حقيقية لتعمّم أو تقيّد. بل منشؤه قرينية الذيل بحسب المتفاهم العرفي على ما يراد من السؤال.

الثانية: أن يحصل الخوف من أداء بقاء الوقف إلى هلاك النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الإحتمال الموهوم.

والوجه في ضمّ الأخير إلى العلم والظن ورود كلمة «ربّما» في الجواب، وقد مرّ صدقه على الإحتمال عند الشيخ الأعظم.

الثالثة: أن يكون محذور تلف النفس والمال مترتباً على نزاع أرباب الوقف فيما يتعلق بحفظه وبالإنتفاع به، وتوقف حسم مادة الفساد على البيع.

فلو كان المحذور ناشئاً من غير اختلاف الموقوف عليهم لم يجز البيع.

فإن قلت: مقتضى ظهور التعليل التعدي من الاختلاف إلى موجب آخر يؤدّي إلى هلاك المال والنفس، إذ العلة كما تُضَيِّقُ توسّع أيضاً.

قلت: نعم لو استقرّ ظهور «فإنه ربّما» في التعليل حتّى يتعدى عن مورد السؤال إلى غيره، ولكن المفروض منع الظهور المزبور»^(٢).

ثم استنتج^(٣) أنّ الصحيحة غير مفتى بها عند المشهور لأنّ الظاهر اعتبارهم جهتين وهما غير مذكوران فيها:

«إحداهما: إعتبار العلم أن الظن بأداء بقائه إلى الخراب، وعدم كفاية الإحتمال

(١) المكاسب ٩٧/ ٤.

(٢) هدى الطالب ١٧٥/ ٧.

(٣) المكاسب ٩٧/ ٤.

عندهم.

ثانيتهما: أنَّ المؤدِّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس»^(١).

ولذا ذهب إلى أنَّ «النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه»^(٢).

توضيحه: فتوى المشهور أعم من الصحيحة من جهتين وأخص منها من جهة، كما إنَّ الصحيحة أعمُّ من فتاواهم من جهة وأخص منها من جهة أخرى.
«أما أعمية الفتاوى من جهتين:

فالأولى منهما: شمول «تلف المال» لكلِّ من الخراب وقلة المنفعة، بشهادة تجويز البيع في قسمي الصورة السابعة.

والثانية: أنَّ المؤدِّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لإستباحة الأموال والأنفس، بشهادة تجويز البيع للضرر العظيم كما في الصورة التاسعة.
وأما أخصية الفتاوى من الصحيحة، فلا اعتبارهم حصول العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهادة تعبيرهم بالخوف والخشية، مع أنَّ الصحيحة تعمُّ الإحتمال الموهوم، بشهادة كلمة «ربّما».

وأما أعمية الصحيحة من فتوى المشهور، فلعدم اعتبار العلم والظن، والإكتفاء بمجرد الإحتمال.

وأما أخصيتها منها فلاختصاص الجواز بالفتنة المبيحة للأموال والأنفس.
ومادة الاجتماع - بمعنى جواز البيع بمقتضى الصحيحة وفتوى المشهور - هي العلم أو الظن بأداء بقاءه إلى الخراب مع الفتنة المبيحة للمال والنفس.
ومادّة الافتراق من طرف الرواية هو احتمال وقوع الفتنة المبيحة لهما، فيجوز البيع

(١) هدى الطالب ١٧٧/٧.

(٢) المكاسب ٩٧/٤.

فيها، خلافاً للمشهور.

ومن طرف فتوى المشهور مردان:

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجبة لإستباحة المال والنفس.

وثانيهما: خوف الخراب بمعنى قلة المنفعة. ففي هذين الموردين لا دلالة للرواية

على الجواز.

وبالجملة: فمع هذه النسبة بين الصحيحة والفتاوى كيف يصحّ الإستدلال بها؟ فما

دلّت عليه لم يُعمل به، وما عُمل به لم تدلّ الصحيحة عليه»^(١).

ولكن رجع عن مقالته أخيراً وذهب إلى عدم اعراض المشهور عن الصحيحة

وقال: «لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها

للعومومات المانعة، بالشهرة؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور أنّما هو من حيث الاختلاف في

فهم المناط الذي أُنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف...» المنضمّ إلى

قوله: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف»^(٢).

وحاصل كلامه عليه السلام: «أنّهم تسالموا على جواز البيع في الجملة، واختلفوا في

خصوصيته ومناطه. وهذا المقدار كافٍ في إحراز عملهم بالرواية وجبر ضعف الدلالة

بالنسبة إلى المتفق عليه»^(٣).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش عليه في مقالته الأخيرة فقط.

أولاً: عدم ضعف الدلالة بالشهرة كما حقّقه عليه السلام في الاصول.

وثانياً: بعد تسليم الجبر بها لا بدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من الرواية وإن كان ما

فهموه غير ظاهر الرواية، إذ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

وثالثاً: المشهور لم يتفقوا على مناط الجواز حتّى يقال بجبران ضعف الدلالة

بالشهرة، لاختلاف فتاواهم في مناط الجواز واختلاف أنظارهم في استفادة مناط الجواز

(١) هدى الطالب ١٧٧/٧ و ١٧٨.

(٢) المكاسب ٩٧/٤.

(٣) هدى الطالب ١٧٨/٧.

من الصحيحة، فلم يكن هناك شهرة تجبر بها ضعف الدلالة.^(١)

فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها

ذهب الشيخ الأعظم رحمته الله إلى «أنَّ المستفاد من المكاتب بقرينة كلمة «ربما» كفاية الاختلاف الذي يوجب احتمال تلف الأموال والنفوس لا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور وإن كان سببه الخراب لعدم ظهور الذيل في التعليل والمشهور اعتبروا العلم أو الظنَّ بأداء بقائه إلى الخراب وبين الأمرين عموم من وجه فالمكاتب بظاهرها غير مفتى بها، وأجاب عن ذلك بأنَّ الأصحاب استدلُّوا بها ولم يعرضوا عنها غير أنَّه اختلفوا في فهم المناط الذي يستفاد من الحديث.

وفيه: أن الرواية بقرينة لفظ «فإنَّه» ظاهرة في التعليل ولذلك نلتزم بالتعدي إلى خوف تلف كلِّ مال ونفس يتسبَّب من بقاء الوقف وإن كان راجعاً إلى غير الموقف عليهم بل وإن كان سببه غير الاختلاف أيضاً»^(٢).

مقالة المحقِّق السيِّد الخوئي حول الصحيحة ونقدها

قال رحمته الله: «وعلى أيِّ حال، هذه الرواية ضعيفة السند، ولم ينجبر ضعفها بعمل المشهور، حتَّى لو قلنا بانجبار ضعف السند بعمل الأصحاب، كما هو ظاهر. كما أنَّها ضعيفة الدلالة، بل الظاهر بملاحظة جملة من القرائن كونها أجنبيَّة عن بيع الوقف رأساً، وهي:

أولاً: أنَّ أمره عليه السلام ببيع حصَّته من الوقف - وهو الخمس - أو أن يقوِّمها على نفسه، لا ينطبق على شيء من القواعد لعدم طرؤ مجوِّز لبيعه أصلاً. ولم يكن وجه لإحالة البيع إليه إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبيّاً. والظاهر أنَّ حكمه عليه السلام لم يكن إذناً منه ولاية، وإنَّما كان بياناً للحكم الشرعي، فلا بدَّ من حمله على ما قبل القبض وعدم تمامية الوقف. وثانياً: أنَّه عليه السلام جوِّز البيع للواقف، ولو كان الوقف تامّاً لكان الواقف أجنبيّاً عن

(١) كما في هدى الطالب ١٧٩/٧.

(٢) تعليقة المحاضرات ٢٠٣/٣.

الوقف، فبأيّ وجهٍ يبيع مال الغير؟

وثالثاً، إنّه عليه السلام حكم بتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم، مع أنّ بدل الوقف لا بدّ وأن يكون وقفاً كالمبدل.

ورابعاً: أنّه عليه السلام علّق جواز البيع على أن لا يأمن الواقف من الخلاف وعلمه بتلف الأموال والنفوس، فحكم عليه السلام حينئذٍ بأنّ البيع أمثل، مع أنّه لا عبرة بعلم الواقف أصلاً. وتوهم كون الجملة بصيغة المجهول منافٍ للسياق. وكل هذه الأمور شاهد على أنّ مورد سؤال الواقف وجواب الإمام عليه السلام هو الوقف قبل القبض.

هذا، مضافاً إلى أنّه لا يمكن العمل بالرواية لو أريد بها البيع بعد تمام الوقف، فيكون مقطوع البطلان على كلّ تقدير؛ وذلك لأنّه إن كان قوله عليه السلام في ذيل الرواية: (فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس) حكماً لجواز البيع، فلا بدّ من الأخذ بمورد السؤال والجواب، وهو جواز البيع بمجرد وقوع الاختلاف بين أرباب الوقف وإن لم يخف أدائه إلى تلف الأموال والنفوس، وهذا ممّا لم يقل به أحد ظاهراً. وإن كان علّة له - كما هو ظاهر كلمة «فإنّه» - لزّم جواز البيع فيما إذا لزم من تركه تلف الأموال والنفوس ولو من غير جهة اختلاف الموقوف عليهم، كاختلاف عمّال الواقف أو الواقف أو المتولي وغير ذلك ممّا لم يقل أحد بكونه مجوّزاً للبيع.

كما إنّه لو حملناها على ما بعد القبض يلزم تعميم الجواز لما إذا استلزم بقاؤه تلف الأموال ولو غير العين الموقوفة؛ فإنّ المذكور في العلّة تلف الأموال بصيغة الجمع، لا خصوص العين الموقوفة. كما يلزم تعميمه أيضاً من حيث كون منشأ تلف الأموال هو الاختلاف أو غيره فيجوز بيع الوقف لإصلاح كلّ فتنة، ومن حيث العلم بذلك أو الظنّ أو مجرد الاحتمال أيضاً - فتأمّل - على ما هو ظاهر قوله عليه السلام: «ربما جاء في الاختلاف».

مضافاً إلى أنّ التلف غير الخراب، فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين، بخلاف الخراب، ومورد كلامنا هو الخراب دون التلف، وفي التلف لا معنى للبيع والتبديل بعد فعليّته.

على أنّ مقتضى القاعدة عند خراب الوقف هو تبديله بما يبقى للبطون اللاحقة

أيضاً لينتفعوا به، لا يبيعه ودفع الثمن إلى الموجودين كما هو صريح هذه الرواية. فظاهر الرواية غير مفتى به، فلا بدّ من ردّ علمها إلى أهلها. وعلى كلّ لا يمكن الاعتماد عليها سنداً ودلالة»^(١).

ولكن يمكن أن يناقش عليها: أولاً: الرواية لم تكن ضعيفة السند بل هي صحيحة الإسناد فلا تحتاج إلى جبران الضعف بعمل المشهور.

وثانياً: «إنّ الخمس الذي جعل للإمام عليه السلام لم يكن من الوقف بل الوقف كان في بقيّته وبالنسبة إلى حصّة الإمام عليه السلام كان هبة أو هدية ونحو ذلك لمكان قول السائل: «وجعل لك في الوقف الخمس» ولو كان حصّة الإمام عليه السلام أيضاً وقفاً لقال: وجعل من الوقف الخمس لك، وأمّا قوله عليه السلام في ذيل السؤال: «أو يدعها موقوفة» فمعناه أن يدعها متروكة، من الإيقاف بمعنى الترك والثبات أي ثابتة على حالها»^(٢).

وثالثاً: «من الممكن أن يكون الإمام عليه السلام محتاجاً إلى ثمن الوقف ومن المحتمل أن تكون الحاجة من المجوّزات للبيع وإن لم يمكن إثبات ذلك من هذه الرواية لإجمالها ولم يثبت لنا ذلك أيضاً من طريق آخر، فلا طريق لنا إلى ردّه أيضاً والاحتمال موجب لعدم طرح الحديث»^(٣).

ورابعاً: «إنّ الغالب في الأوقاف أن يجعل الواقف التولية أو النظارة لنفسه أو لمن ينتم إليه بنسب أو سبب، مع أنّه يمكن أن يكون سؤاله عن رأي الإمام عليه السلام استيذاناً منه ببيع حصّته فأذن في ذلك بقوله «أعلم فلاناً»، وأمّا بالنسبة إلى غير حصّة الإمام عليه السلام فمن إطلاق الوقف عليه يمكن استكشاف كون بيعه بعد القبض، ولا أقلّ من استفادة ذلك من ترك استفصال الإمام عليه السلام بين قبل القبض وبعده فيستفاد جواز البيع بعد القبض أيضاً»^(٤).

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣ / ٢٠٤-٢٠٠.

(٢) تعليقة الشهيد آية الله الشيخ علي أصغر الأحمدي الشاهرودي على كتاب محاضرات في الفقه

الجعفري ٣ / ٢٠٠.

(٣) المصدر ٣ / ٢٠١.

(٤) المصدر.

وخامساً: بالنسبة إلى تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم «لأنه مورد السؤال وقد أمضاه الإمام عليه السلام، ويمكن الجواب عنه بطرح هذه الفقرة من الحديث فقط أو فرض مورد السؤال ما إذا لم يمكن اشتراء شيء وجعله وقفاً من دون أن ينجز إلى الاختلاف السابق كما لا يبعد في مورد الرواية وعليه فاشتراء شيء وجعله وقفاً يكون لغواً لأنه لا بد من بيعه أيضاً»^(١).

وسادساً: قوله عليه السلام: «لا عبرة بعلم الواقف أصلاً»^(٢)، لعل منشأ اعتباره أن الواقف جعل التولية لنفسه مادام حياً أو أن هذا إذن ابتدائي للواقف من قبل الإمام عليه السلام لحل الاختلاف.^(٣)

وسابعاً: ظاهر الصحيحة «هو التعليل لكن العلة ليس هو خوف تلف النفوس والأموال مطلقاً بل العلة بقريته قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف» هي خوف تلف الأموال والنفوس الناشئ من بقاء الوقف لا مطلقاً والالتزام به لا محذور فيه فيتعدى عموم التعليل من اختلاف الموقوف عليهم إلى اختلاف المتولين للوقف ونحوه من كل ضرر ناشئ عن بقاء الوقف»^(٤).

وثامناً: «أن المشهور لم يلتزموا بالجواز إلا في صورة المظنة. والمناقشة فيه بأن كلمة «ربما» وإن شملت مجرد الاحتمال أيضاً إلا أنه بقريته قوله «لا يؤمن أن يتفاقم»^(٥) يراد به صورة مظنة الضرر إذ إن كلمة «لا يؤمن» أمانة على وجود الضرر العظيم فيما بعد.

مدفوعة بأنه لا يوجد في جواب الإمام عليه السلام إلا مجرد الاختلاف، نعم المشهور قيدوا الجواز بصورة خوف تلف مال الوقف ولكن يمكن أن يكون منشؤه خطأهم في كون

(١) المصدر.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢٠٢/٣.

(٣) تعليقة المحاضرات ٢٠٢/٣.

(٤) تعليقة المحاضرات ٢٠٢/٣.

(٥) تفاقم الأمر، أي عظم. لسان العرب ٤٥٧/١٢.

المراد من تلف الأموال خصوص تلف مال الوقف فلا يثبت إعراضهم عن الحديث»^(١).

فذلكة الكلام في صحيحة علي بن مهزيار

أمّا من حيث السند فهي من الصحاح وقد مرّت^(٢) دلالتها على القسم الثاني من الصورة السابعة.

«وأمّا الاستدلال بها لبقية الصور فوجهه في الصورة الثامنة هو الاختصار على مضمون الحديث من احتمال تلف خصوص الأموال والنفوس.

وفي الصورة التاسعة دعوى أنّ ذكر الأمرين من باب المثال وأنّ الملاك هو احتمال ورود ضرر عظيم كهتك عرض أو هتك بعض محارم الله من أجل الاختلاف.

وأمّا في الصورة العاشرة فلدعوى أنّ الملاك هو احتمال تحقق فساد من الاختلاف ينجزّ إلى تلف النفوس وذكر تلف المال توطئة لذكر تلف النفوس معه من باب ملازمته له غالباً.

والذي يظهر من الحديث اختصاص مورد السؤال بما إذا علم أنّ ظنّ تلف الأموال والنفوس إذ فرض في المورد الاختلاف الشديد الذي لا يؤمن أن يتفاقم ذلك ففي مثله تكون مظنة التلف إلّا أنّ في جواب الإمام عليه السلام لم يؤخذ إلّا مجرد الاختلاف الذي يحتمل معه التلف فإنّ كلمة «ربما» وإن لم يستعمل في مجرد الاحتمال إذا لم يتحقّق له سبب إلّا أنّه يشمل الاحتمال الناشئ عن السبب مطلقاً ولا يختصّ بالعلم أو الظن والمدار على إطلاق الجواب، كما أنّ المستفاد منه مجرد الاختلاف المعرّض لتلف الأموال والنفوس سواء كان من أموال الوقف ونفوس الموقوف عليهم، أو غير ذلك ووجه عدم الحكم بجعل الثمن وقفاً لعلّه من جهة عدم العلاج وعدم ارتفاع الاختلاف إلّا بزوال الوقف كليّة وبالجملة الرواية صحيحة جدّاً ولا بأس بالعمل بمضمونها... وقد عرفت أنّ مضمونها يشمل جميع الصور عدا التاسعة فإنّ إلغاء خصوصيّة تلف الأموال والنفوس يحتاج إلى

(١) تعليقة المحاضرات ٢٠٣/٣.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٣٨٢.

ألف قريحة وليس بعيداً بنظر العرف من اللفظ في مثل هذه المقامات، على أن غرض الواقف من الوقف التقرب إلى الله تعالى وانتفاع الموقوف عليهم، وبقاء الوقف على حاله مع ترتب ضرر عظيم عليه ينافي غرضه قطعاً^(١).

وأما الاشكال في الصحيحة «بأن الوقف ظاهراً كان من الوقف الخاص وهو من العقود على الظاهر فيحتاج في تماميته إلى القبول والقبض فكيف أمر الإمام عليه السلام ببيعه مع عدم تحققهما، ففيه أن الأمر بالبيع يكشف عن القبول أو هو قبول إذ هو لازم الأمر ببيع حصته من الوقف وإيصال ثمنه إليه، وأما بالنسبة إلى القبض فيمكن أن يكون الواقف قبض عن الإمام عليه السلام فضولياً ويكون الأمر ببيعه إجازة للقبض، هذا على تقدير صحة قبض الفضولي إذا لحقته الإجازة وإلا فيمكن أن يجعل الأمر بالبيع كاشفاً عن جعل الواقف وكيلاً في القبض أو يكون هو بنفسه إذناً في القبض ويكون قبض المأذون بمنزلة قبض الآذن فيتّم الوقف بذلك، على أنه تقدّم سابقاً أن حصة الإمام عليه السلام لم يكن من الوقف فراجع^(٢).

هذا تمام الكلام في كيفية الاستدلال للصور الثلاثة الأخيرة بالصحيحة والله سبحانه هو العالم.

الاستدلال للصور الثلاث الأخيرة بالقواعد العامة

استدلوا بقاعدتي التزاحم ولا ضرر بتقريب:

١- قاعدة التزاحم: «حيث قيل بدلالاتها في المقام من جهة أن الأمر دائر بين رفع اليد عن بيع الموقوفة، وأمر أهم وهو حفظ النفوس، ولا شك أنه عند دوران الأمر بين المهم والأهم فإنه يُقدّم الأهم.

بيان ذلك: ثبت في مبحث التزاحم أنه لو دار الأمر بين حكّمين أحدهما مهم والآخر أهم محتمل الأهمية، فإن إطلاق دليل المهم يسقط، ويجب تقديم دليل الأهم،

(١) تعليقة المحاضرات ٢٠٥/٣.

(٢) تعليقة المحاضرات ٢٠٤/٣.

وفيما نحن فيه فإنَّ قوله: «لا يجوز شراء الوقف» نصُّ مهمٌّ يقابله ما هو أهمُّ منه، وهو لزوم حفظ [العين] الموقوفة وحياة الموقوف عليهم، فإذا دار الأمر بينهما فإنَّ حفظ الأخيرين أولى من الأوَّل.

وأورد عليه أوَّلًا: إنَّ التزاماً يتحقَّق عادةً بين تكليفين ليس للمكلَّف قدرة عليهما عقلاً لعجزه عن صرف القدرة الواحدة فيهما، فيدور الأمر بين تركهما أو صرفهما في أحدهما، وحينئذٍ فإنَّ العقل يحكم المكلَّف، ومن ثمَّ عَجَز عن الجمع بينهما، فإنَّه حينئذٍ لا مجال لجريان قاعدة التزام، كما هو الحال في المقام حيث لو لا الاختلاف بين أرباب الوقف، لأمكن حفظ الأموال والنفوس مع حفظ العين الموقوفة عن البيع، لعدم قيام التمانع في القدرة على الجمع بينهما بما لا يؤدِّي إلى التزام.

وفيه نقضاً: الالتزام بهذه الدعوى يستلزم لازماً باطلاً ليس لفقهاء الالتزام به، وهو لزوم الحكم ببقاء حرمة التصرف في مال الغير لو استلزم نجات الغريق الذي غرق بسوء اختياره، أي لزوم صرف القدرة في حفظ المهمِّ دون الأهمِّ، وهذا ما لا أظنَّ أنَّ القائل يلتزم به فضلاً عن غيره.

وحلًّا: أنَّ قاعدة التزام قاعدة عقلية لا مجال فيها للمناقشات المختصة بالأدلة النقلية، وبالتالي فلا يصحَّ البحث عن أنَّها مطلقة تشمل جميع موارد التزام، أو أنَّها مختصة بما إذا كان حاصلًا لا بسوء الاختيار، ومادام المستند في المقام هو الدليل العقلي يبقى المكلَّف مقيداً بدائرة مدركاته، سواءً في جانب التقييد أو المطلق.

وفي المقام فإنَّ مستند حكم العقل مبنيٌّ على أنَّ كلَّ خطاب وحكم مشمول بالقدرة، فإذا كانت وافية بالخطابين وجب امتثالهما، وإن كانت غير وافية فإنَّ العقل حاكم بلزوم مراعاة الأهمِّ وترك المهمِّ؛ لأنَّ حفظ إطلاق المهمِّ في مقابل الأهمِّ يستلزم تفويت الغرض الأهمِّ، وهو ممَّا يقبح صدورُه عن الحكيم بحسب مبنى العدلية الفائلين بالمصالح والأغراض العقلية، وهذا الحكم العقلي - أي لزوم تقديم الأهمِّ - حكمٌ عامٌّ غير قابل للتخصيص، يدلُّ على لزومه مطلقاً، سواءً كان حصول التزام بسوء اختياره أم باختياره. وأورد ثانياً: أنَّ التزام رافع للحكم التكليفي، لكنَّه غير مثبت للحكم الوضعي، أي

إذا عجزنا عن امتثال الأمرين من المهم والأهم معاً وحفظ ملاكهما، فإنه ترتفع الحرمة حينئذٍ من جهة التكليف دون الوضع الذي هو صحة بيع العين الموقوفة، حيث لا يترتب على التزامهم، وما نقصده في المقام تحصيل صحة بيع العين الموقوفة دون الجواز التكليفي.

وفيه: لا شك أن مجرد رفع الحرمة التكليفية دون ترتب الأثر الوضعي من الصحة لا يحقق الغرض من [جريان قاعدة] التزامهم، بل يتحقق فيما لو جاز بيعه تكليفاً وصحّ وضعاً، وانتهى الأمر إلى تقسيم الثمن بينهم، فلو حكم من جهة بجواز بيع الوقف تكليفاً للاختلاف المذكور، وببطلانه وضعاً للدليل المانع، فإن المال يبقى ممنوعاً من التصرف فيه، ويبقى الاختلاف مستمراً، وبالتالي فمادام لا مجال لحفظ الأهم إلا بصحة البيع ونفوذه من خلال الأمر الوضعي، فإنه لا سبيل لرفع التزامهم إلا من خلال الحلية التكليفية والصحة الوضعية.

ثم قال الاستاذ المحقق -مدظله-: إن مستند قاعدة التزامهم لم يكن دليلاً لفظياً لكي نبحت عن إطلاقه وعدمه، وإنما هو حكم عقلي عام لا مجال لتخصيصه أو سريانه إليه، بل هناك ملازمة بين وجود موضوعه وترتب الحكم عليه مطلقاً، ولذلك فمتى كان المعتمد عند تسوية البيع هذه القاعدة، فلا مجال للتفريق في حكمها بين اختلاف أرباب الوقف وغيرهم، بل الاختلاف مطلقاً يعدّ صغرى هذه القاعدة، وإن كان مؤدياً إلى تلف غير الموقوف عليهم، وعليه فلا بد من الحكم بأن مطلق الاختلاف يعدّ مسوّغاً للبيع.

لكن المشكلة أن التعميم لا يتوافق مع مسلك الفقهاء من عدم ترخيص بيع الموقوفة في مطلق الاختلاف المؤدي إلى تلف الأموال والنفوس، بل يخصصونها بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، فينحصر الحكم حينئذٍ بملاحظة المبنى المختار، من رعاية مسلك الفقهاء وعدمها.

[وأما القول المختار هنا] فإنه بمقتضى الصناعة لابد على الفقيه الحكم بجواز البيع باعتبار أن الوقف من الأمور الحسبية التي يعود أمرها إلى الحاكم الشرعي والفقيه الجامع للشرائط، فإذا واجه اختلافاً وفتنة تزهق فيها النفوس، وتلف فيها الأموال، ولا سبيل

لإخمادها إلا بيع الموقوفة، كان عليه ذلك حتّى وإن كان الوقف مؤبّداً، لأهميّة مصلحة حفظ النفوس والأموال عند الشارع - وهو المختار عندنا - إلا إذا قام إجماعٌ على اختصاص ذلك بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، حيث يكشف عن أنّ مصلحة حفظ الوقف أهمّ عند الشارع من حفظ النفوس والأموال. [وفيه: ما لا يخفى على المتفقه البصير].

٢- قاعدة لا ضرر، حيث استدلّ بها باعتبار أنّ الاختلاف المذكور يؤدّي إلى الضرر على المسلمين، وهو منفيٌّ بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ومفاده أنّه متى أصبح الحكم الشرعي سبباً لحدوث الضرر، فإنّه مرفوع بل غير مجعول شرعاً. وفيه: برغم تماميّة الكبرى المذكورة، إلا أنّ المقام لا يعدّ من صغرياتها، فإنّ حكم الشارع بحرمة بيع الوقف لم يكن موجباً للضرر ولا سبباً إليه، وإنّ يعدّ رفعه للحكم سبباً لارتفاع الضرر، لكن حدّ دلالة القاعدة المذكورة هو أنّ الأحكام الشرعيّة الضرريّة مرفوعة، لا أنّ كلّ حكم مرفوع لأجل الضرر، وبينهما فرقٌ كبيرٌ^(١).

الاستدلال للصور الثّلاث بالشرط الضمني للوقف

كما يكون من شروط الوقف بل من أركانه وجود العين الموقوفة، فكذلك وجود الموقوف عليهم، بل الموقوف عليهم أهميته عند الواقف أكثر من العين الموقوفة لأنّه وقف العين لهم، فإذا دار الأمر بين بقاء عين الموقوفة أو أصل الوقف والموقوف عليهم يقدّم الثاني بهذا الشرط الضمني الارتكازي للوقف.

هذا تمام الكلام في ألَوْقِفِ المؤبّد والله هو العالم والحمد له تعالى.

الوقف المنقطع

يطلق الوقف المنقطع:

تارة: على الوقف المقترن بمدة كأربعين سنة مثلاً والظاهر أنّ الإجماع قائم على بطلان هذا القسم.

قال العلامة في وقف القواعد: «... فلو علّقه بصفة أو بشرط أو قرنه بمدة لم يقع»^(١). وقال الفقيه المتتبع العاملي في شرحه: «كما في الغنية^(٢) والسرائر^(٣) والسرائر^(٤) وكذا الاستبصار^(٥) وهو معنى إجماع الخلاف^(٦) والغنية^(٧) والسرائر^(٨) وغيرها^(٩)، إذ هو تفريع على اشتراط الدوام. وفي النهاية^(١٠) والسرائر^(١١) أيضاً لا يصحّ إلا أن يجعله سكنى

(١) القواعد ٣٨٨/٢.

(٢) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

(٣) السرائر: في شروط صحّة الوقف ١٥٦/٣.

(٤) سرائع الإسلام: في شرائط الوقف ١٧٠/٢.

(٥) الاستبصار ٩٩/٤، ذيل ح ١.

(٦) الخلاف: في الوقف ٥٤٨/٣، مسألة ١٦.

(٧) غنية النزوع في الوقف ٢٩٨/.

(٨) السرائر: في شروط صحّة الوقف ١٥٧/٣.

(٩) كالحقائق الناضرة: في اشتراط الدوام في عقد الوقف ١٣٤/٢٢.

(١٠) النهاية: في الوقوف والصدقات ... ٥٩٦/.

(١١) السرائر: في شروط صحّة الوقف ١٥٩/٣.

دار. وزاد في السرائر أو عمرى أو رقبى. وهو معنى قوله في الجامع^(١) يصحّ أعماراً. وفي النافع^(٢) والتحرير^(٣) والدروس^(٤) والمسالك^(٥) والروضة^(٦) والكفاية^(٧) والمفاتيح^(٨) أنّه يصحّ حبساً، وهو معنى قوله في التبصرة: إنّهُ يرجع إلى ورثة الواقف.^(٩) وفي جامع المقاصد أنّ في صحّته حبساً قوّة.^(١٠) وقال في التذكرة^(١١): لو قال وقفت هذا سنة احتمل البطلان، وهل يبطل أصلاً فلا يعتدّ به أو يكون حبساً؟ إشكال. ويحتمل الصحّة ويكون حبساً، انتهى. أمّا البطلان فوجه ظاهر، ولعلّه يرجع في غير كلام التذكرة إلى القول الآخر كما يرشد إليه كلام السرائر وقد سمعته، وتعليه لهم له بأنّ شرط الوقف الدوام فيبطل لعدم حصول الشرط، إذ لو كانوا قائلين ببطلان الحبس لا حتاجوا في بطلانه إلى شيء آخر زائد على ما ذكره، مع أنّه غير مذكور، إذ من المعلوم أنّ بطلانه وفقاً لا يستلزم بطلانه حبساً. وأمّا الصحّة حبساً فلو جود المقتضي، وهو الصيغة الصالحة للحبس، لاشتراك الوقف والحبس في المعنى فيمكن إقامة كلّ واحدٍ مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قرينة على الحبس، وهذا المجاز شائع كما ستسمع في المسائل الآتية، كما لو اقترن الحبس بالتأييد كان قرينة على الوقف»^(١٢).

(١) الجامع الشرائع: في الوقف / ٣٧٠.

(٢) المختصر النافع: في الوقوف والصدقات / ١٥٦.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية: في شرائط الوقف ٢٩٢/٣.

(٤) الدروس الشرعية: في الوقف ٢٦٤/٣.

(٥) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف ٣٥٣/٥.

(٦) الروضة البهية: في الوقف ١٦٩/٣.

(٧) كفاية الأحكام: في شرائط الواقف ١٠/٢.

(٨) مفاتيح الشرائع: في حكم الوقف على الواقف... ٢٠٧/٣.

(٩) تبصرة المتعلّمين: في الوقف / ١٢٣.

(١٠) جامع المقاصد: في أركان الوقف ١٦/٩.

(١١) تذكرة الفقهاء ١٦٨/٢٠، مسألة ٩٦.

(١٢) مفتاح الكرامة ٤٦١/٢١ و ٤٦٢.

والمقصود بالوقف المنقطع ليس هذا القسم.
 وأخرى: يطلق الوقف المنقطع على ما إذا جعل المال على من ينقرض سواء أكان
 شخصاً معيناً كزيد أم جمعاً معينين كأولاده والسكوت عما يصنع به بعد الانقراض.
 وهذا القسم الأخير هو المراد هنا بالوقف المنقطع الآخر.
 ويقع الكلام فيه عن جهات ثلاث:
 وقبل الورود في البحث لابد من التذكار بأن الوقف المنقطع يقسم على ثلاثة
 أقسام:

أ: الوقف المنقطع الأول: إما بجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس السنة الكذائية،
 وإما بحكم الشرع بأن وقف أولاً على ما لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممّا يصح
 والظاهر بطلانه رأساً.^(١)

ب: الوقف المنقطع الوسط: كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف
 عليه بخلافه في المبدأ والمنتهى، فهو بالنسبة إلى شطره الأول كالمنقطع الآخر فيصح وقفاً
 وبالنسبة إلى شطره الآخر كالمنقطع الأول يبطل رأساً.^(٢)

ج: الوقف المنقطع الآخر وهذا هو محل البحث.
 الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟
 هل يصح وقف العين منقطعاً أم لا؟ وعلى فرض صحتها فهل يعدّ وقفاً أو حبساً
 وأخواتها من السكنى والعمرى والرّقبي.^(٣)

(١) كما في وسيلة النجاة ١٩٨/٢ لآية الله السيّد أبو الحسن الإصفهاني رحمته الله، طبعة عام ١٣٨٨ ش،
 اعداد: الشيخ أحمد زادهوش.

(٢) كما في وسيلة النجاة ١٩٨/٢ لآية الله السيّد أبو الحسن الإصفهاني رحمته الله.

(٣) قال العلامة: «السكنى عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتها التسليط على
 استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه، ويختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا
 قرنت بعمر أحدهما قيل: عمرى، وبالإسكان قيل: سكنى، وبالمدة قيل: رقبى». [تذكرة الفقهاء
 ٢٠/٢٨٥].

أ: الأقوال في المسألة

قال الفقيه العاملي: «قد قرَّب كونه حبساً كما هو صريح الوسيلة^(١) وجامع الشرائع^(٢) والإرشاد^(٣) والمختلف^(٤) والتنقيح^(٥) والمقتصر^(٦) وإيضاح النافع وجامع المقاصد^(٧) والمسالك^(٨) والروضة^(٩) وكذا الروض^(١٠) وهو ظاهر المراسم^(١١) والنهاية^(١٢) والخلاف^(١٣) والمبسوط^(١٤) والمهذب^(١٥) والشرائع^(١٦) والنافع^(١٧) والتذكرة^(١٨) التبصرة^(١٩) والإيضاح^(٢٠)

-
- (١) الوسيلة: في الوقوف والصدقات والوصايا / ٣٧٠.
 - (٢) الجامع للشرائع: في الوقف / ٣٧٠.
 - (٣) إرشاد الأذهان: في شرائط الوقف ١/ ٤٥٢.
 - (٤) مختلف الشيعة: في الوقف ٦/ ٣٠٥.
 - (٥) التنقيح الرائع: في الوقوف والصدقات والهبات ٢/ ٣٠٣.
 - (٦) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات / ٢٠٩.
 - (٧) جامع المقاصد: في أركان الوقف ٩/ (١٩-١٨).
 - (٨) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف ٥/ ٣٥٦.
 - (٩) الروضة البهية: وفي الوقف ٣/ (١٧٠-١٦٩).
 - (١٠) لم نعثر عليه في الروض، وراجع حاشية الإرشاد (غاية المراد): في الوقف ٢/ (٤٢٩-٤٢٨).
 - (١١) المراسم: في أحكام الوقوف والصدقات / ١٩٨.
 - (١٢) النهاية: في الوقوف والصدقات / ٥٩٩.
 - (١٣) الخلاف: في الوقف ٣/ ٥٤٣، مسألة ٩.
 - (١٤) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/ (٢٩٣-٢٩٢).
 - (١٥) المهذب: في الوقوف والصدقات ٢/ ٩١.
 - (١٦) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف ٢/ (٢١٧-٢١٦).
 - (١٧) المختصر النافع: في الوقوف والصدقات والهبات / ١٥٦.
 - (١٨) تذكرة الفقهاء ٢٠/ ١٦٨، مسألة ٩٦.
 - (١٩) تبصرة المتعلمين: في الوقف / ١٢٣.
 - (٢٠) إيضاح الفوائد: في صيغة الوقف ٢/ ٣٧٩.

وشرح الإرشاد^(١) للفخر وغاية المراد^(٢) والمهذب البارع^(٣) والكفاية^(٤) وأبي علي فيما حكى^(٥) عنه، لأنهم قالوا جميعاً بأنه يرجع عند انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته كما ستسمع فإنه لوازم الحبس.

وظاهر المقنعة^(٦) والسرائر^(٧) أنه يصح وقفاً؛ لأنهما قالاً بأنه يرجع إلى ورثة الموقوف عليه ولا يرجع إلى الواقف ولا إلى ورثته. وإليه مال أو قال به في التحرير^(٨) وكذا الغنية لأنه قال: الأحوط أنه يصرف في وجوه البر^(٩). ونفى عنه البأس في المختلف^(١٠). وقد نسب كاشف الرموز^(١١) إلى سائر موافقة المفيد وهو غلط. وفي المسالك ممّا يحتمل موافقته للمفيد كلام الشرائع فإنه قال: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون^(١٢)، لكن الظاهر منها ما نسبناه إليها، لأنه^(١٣) استظهر رجوعه إلى ورثة الواقف ولا ترجيح في كشف الرموز^(١٤) ولا في الدروس^(١٥) أصلاً. وقد فهم من الدروس صاحب

(١) حاشية الإرشاد للنيلي: في الوقف ٦٨/، س ٥ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٢) غاية المراد: في الوقف ٢/ (٤٢٨-٤٢٩).

(٣) المهذب البارع: في الوقف ٣/ (٥٣-٥٠).

(٤) كفاية الأحكام: في شرائط الوقف ٢/ ١٠.

(٥) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوقف ٦/ ٣٠٤..

(٦) المقنعة: في الوقوف والصدقات ٦٥٥/.

(٧) السرائر: في أحكام الوقف ٣/ ١٦٥.

(٨) تحرير الأحكام: في شرائط الوقف ٣/ ٢٩٢.

(٩) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٩/.

(١٠) مختلف الشيعة: في الوقف ٦/ (٣٠٥-٣٠٦).

(١١) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات ٢/ ٤٥.

(١٢) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف ٥/ ٣٥٦.

(١٣) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف ٢/ ٢١٧.

(١٤) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات ٢/ ٤٥.

(١٥) الدروس الشرعية: في الوقف ٢/ ٢٦٥.

جامع المقاصد أنه يكون حبساً^(١). وعبارته محتملة لذلك.

وأما ما نسب إلى القدماء من هؤلاء فلم يصادف محلّه. ففي المختلف^(٢) والإيضاح^(٣) أنه قال الشيخان وابن الجنيّد يصحّ الوقف. وبه قال سَلَّار وابن البرّاج وابن إدريس. وقال ابن حمزة: يكون حبساً بلفظ الوقف، انتهى كلامهما.

وفيه خطأ من وجوه إن أراد بالوقف معناه أو الحبس، لأنّ هؤلاء ليسوا على كلمة واحدة كما عرفت، وقد اقتفاهما المتأخرون في ذلك. ففي المهذّب البارع^(٤) مثل ما في الإيضاح. ونسب صحّة الوقف في التنقيح^(٥) إلى النافع والشيخ وابن حمزة وابن إدريس والعلامة. وفي جامع المقاصد^(٦) أنّ القول بالصحّة مختار الشيخ وأكثر الأصحاب و[العلامة] في المختلف والتذكرة. وقال في المقتصر^(٧): إنه يكون سكنى أو عمرى أو حبساً بلفظ الوقف، ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما وأبي عليّ وابن إدريس والمحقّق في النافع، والكلّ فيما يظهر خلاف الصواب، لأنّك قد عرفت من نسبنا وقوعه حبساً أو وقفاً إلى ظاهره وصريحه، نعم حكى عن الصيمري^(٨) أنّه قال: إنّ الأكثر من القدماء وعامة من تأخّر على الصحّة حبساً، وهو جيّد في الجملة. وقال في المفاتيح^(٩): إنهم قالوا صحّ، ولو حمل على الحبس زال الإشكال، انتهى. وفيه: أنّه لا يتمّ بالنسبة إلى المفيد ومن وافقه.

وأما القول بالبطلان فقد حكاه في الخلاف^(١٠)

(١) جامع المقاصد: في أركان الوقف ١٦/٩.

(٢) مختلف الشيعة: في الوقف ٣٠٤/٦.

(٣) إيضاح الفوائد: في صيغة الوقف ٣٧٩/٢.

(٤) المهذّب البارع، في الوقف ٣/٥٣-٥٠.

(٥) التنقيح الرائع: في الوقوف والصدقات ٣٠٣/٢.

(٦) جامع المقاصد: في أركان الوقف ١٧/٩ وفيه «الشيخين» بدل «الشيخ».

(٧) المقتصر: في الوقوف والصدقات والهبات ٢٠٩/.

(٨) غاية المرام: في شرائط الوقف ٣٧٥-٣٧٤/٢.

(٩) مفاتيح الشرائع: في حقيقة الوقف ٢٠٨/٣.

(١٠) الخلاف: في الوقف ٥٤٣/٣، مسألة ٩.

والمبسوط^(١) عن بعض أصحابنا ولم نجده. ويظهر من التذكرة^(٢) أنه لم يظفر به أيضاً. وليعلم أن جماعة قالوا: إن في المسألة قولين: الصحة والبطالان، وجماعة قالوا: ثلاثة أقوال^(٣).

أقول: الظاهر أن الأقوال في المسألة ثلاثة:

- ١- البطلان: قد مر من العاملي أنه حكى عن الخلاف والمبسوط القول بالبطالان عن بعض أصحابنا ولكنه لم يجده كما إن العلامة في التذكرة لم يظفر به.
- ٢- الصحة وفقاً: وهو المحكي عن ابن الجنيّد كما هو ظاهر المفيد في المقنعة وسلار وابن البراج وابن إدريس في السرائر ومال إليه العلامة في التحرير وابن زهرة في الغنية.

٣- الصحة حبساً: وهو قول أكثر القدماء وعامة والمتأخرين.

ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر

١- الأدلة العامة

١/١- قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤).

تارة يعدّ الوقف من العقود وأخرى من الايقاعات.

وتارة «العُقُود» في الآية الشريفة تحمل على العقد المصطلح المركب من الايجاب والقبول، وأخرى تحمل على مطلق العهد.

فإذا عدنا الوقف من العقود يشمل الآية الشريفة على مبنى العهدة.

ولذا قالوا: «إنّ التمسك بالآية الشريفة في الوقف المنقطع متوقّف على عقدية الوقف أو عهدة العقد في الآية»^(٥).

(١) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٢٩٢/٣ و ٢٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦٣/٢٠.

(٣) مفتاح الكرامة ٢١/ (٤٦٨-٤٦٥).

(٤) سورة المائدة ١/.

(٥) العقد النضيد ٩٠/ ٥.

١/٢- قوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم.

تقريب الاستدلال بهذا الحديث الشريف مبني على عمومية الشرط بحيث يشمل الشروط الابتدائية وقد مرَّ عدم تمامية هذا المبنى.
وأما إذا قلنا على أنَّ الشرط هو عبارة عن الالتزام في ضمن الالتزام - كما هو المختار - فلا يمكن الاستدلال لصحة وقف المنقطع الآخر بهذا الحديث الشريف.

١/٣- قوله ﷺ: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

تقريب الاستدلال: أنَّ الشارع قد حكم بمقتضى الجمع المحلِّي بـ«ال» بمراعاة كلِّ وقف، فيحكم من ذلك صحة مطلق الوقف، إذ لو لا صحة الجميع لما صح حكمه العام بلزوم المراعاة فيصح التمسك بعموم هذا الحديث لصحة الوقف المنقطع الآخر.
لا يقال: «أنَّ الحديث في مقام حثِّ النَّاس على وجوب العمل بمضمون الوقف والالتزام بمقتضاه، وهما متفرعان على صحَّة الوقف، بمعنى أنَّه يجب أولاً أن يكون الوقف صحيحاً ليرتَّب عليه وجوب العمل بمقتضاه، وبالتالي فإنَّ التمسك بعموم الحديث لإثبات صحَّة ما نشكَّ في وقفيته ممنوع»^(١).

لأننا نقول: يصحُّ التمسك بهذا الحديث كما يصحُّ التمسك عند الشك في صحة العقد بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لإثبات الصحة مع أنَّ الدليل المذكور دليل على اللزوم الذي هو فرع الصحة، وكذلك التمسك بهذا الحديث.

إن قلت: لو كان التأييد مأخوذاً في حقيقة الوقف ومفهومه لا يتم الاستدلال بهذا الحديث، لأنَّه مع احتمال مدخلية التأييد في حقيقة الوقف يكون التمسك بالحديث تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية لذاك الدليل.

قلت: حقيقة الوقف ليست إلّا إيقاف العين الموقوفة والمنع عن مطلق التقلُّبات فيها، وهذه الحقيقة جارية في الوقف المنقطع الآخر لأنَّ العين موقوفة عليهم ولا يجوز انتقالها فيشمِّله قوله ﷺ: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها.

نعم، لو كانت حقيقة الوقف تملك العين للموقوفة عليهم فلا مجال «لإدراج المنقطع في الوقف إلا بعد إمكان فرض إنشاء الملكية المحدودة، وأمّا مع إنكار فرض مثل هذه الملكية المؤقتة والمحدودة بكذا سنة، بحيث تخرج العين عن الملكية فترة محدودة ثم تعود إليها بعد انقضاءها، فإنه يبطل الاستدلال بعموم الحديث المذكور. وسوف نبحت لاحقاً عن أنه هل يمكن فرض الملكية المحدودة والموقتة عقلاً وعدمه؟

وفي كل الأحوال، فإنّ الثابت عقلاً أو عقلاً عدم إمكان فرض الملكية المؤقتة في الأعيان، بأن يسلب زيد ملكيته على العين كذا سنة وبعدها تعود الملكية إليه مرة أخرى، وإن صحّ ذلك في المنافع»^(١).

ولكن العدة عدم تمامية هذا المبنى في حقيقة الوقف.

٢- الأدلة الخاصة

٢/١- صحيحة علي بن مهزيار

صحيحة علي بن مهزيار قال: قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليه السلام: «أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليه السلام، فكتب عليه السلام: «هكذا هو عندي»^(٢). بتقريب: قوله عليه السلام: «أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة» بإطلاقه يدلّ على صحة الوقف المعلوم وقته وبطلان الوقف المجهول وقته.

«وبعبارة أخرى: تدلّ الفقرة المذكورة أنّ الوقف - سواء كان مؤبّداً أو موقتاً - يتحقّق متى ما كان وقته معلوماً، ولا تعود العين الموقوفة حينئذٍ إلى الواقع.

نعم، قام الإجماع على بطلان الوقف لمدة معينة معلومة كعشر سنوات أو أكثر أو أقلّ [كما مرّ في أوّل البحث] وعدا ذلك فإنّ جميع أقسام الوقف المؤقتة داخله في إطلاق

(١) العقد النضيد ٩٠/٥ و ٩١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩/١٩٢، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

هذه الرواية، ومنه الوقف المنقطع كالوقف على زيدٍ مدّة حياته، فإنّه وإن نجعل مدّة حياته، إلّا أنّ مدّة الوقفية معلومة وهي فترة حياته.

وبالجملة: فهذه الرواية دالّة بظهورها على صحّة الوقف المنقطع [الآخر]»^(١).

٢/٢- صحيحة محمد بن الحسن الصفار

قال الصفار: كتبتُ إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير مؤقّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان مؤقّتاً فهو صحيح ممضي.

قال قوم: إنّ المؤقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وقال آخرون: هذا مؤقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير مؤقّت أن يقول: هذا وقف، ولم يذكر أحداً، فما الذي يصحّ من ذلك؟ وما الذي يبطل؟

فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله.^(٢)

هذه المكاتبة صحيحة الإسناد دالّة «على أنّ المعهود من عنوان «الوقف الموقت» في عُرف المكاتب - وهو الصفار - ما يُذكر فيه الموقوف عليه، إمّا مع قرينة التأييد كالوقف على أشخاصٍ أو جهةٍ، ثمّ تعقيبه بكونه للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، كما هو رأي قوم. وإمّا بالإقتصار على شخصٍ وعقبه ما بقوا، وعدم تعيين مآل الوقف بعد إنقراضهم. والأوّل مؤبّد، والثاني منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. ويقابلهما غير الموقت أي ما لم يُذكر الموقوف عليه أصلاً، وهو باطل.

وبالجملة: فالقرينة الداخلية - وهي قول الصفار: «قال قوم... وقال آخرون - تشهد بأنّ المراد بالموقت ليس هو المقترن بمدّة وأجل، وإن كان المتبادر منه هو المحدود

(١) العقد النضيد ٩٢/٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٩٢، ح ٢.

بزمان، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

ومنه تَظْهَرُ متانة ما أفاده شيخ الطائفة رحمته من تفسير إجمال صحيحة ابن مهزيار بصحيحة الصفار، حيث قال: «ومعنى هذا الذي رواه علي بن مهزيار من قوله: كل وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه: أنه إذا كان الموقوف عليه مذكوراً، لأنه إن لم يُذكر في الوقف موقوف عليه بطل الوقف. ولم يرد بالوقت الأجل، وكان هذا تعارفاً بينهم. والذي يدل على ذلك ما رواه محمد بن الحسن الصفار...»^(١).

لكن قد يُشكل هذا التفسير بذكر «الورثة» في كلتا الكليتين في صحيحة ابن مهزيار من قوله: «واجب على الورثة... باطل مردود علي الورثة» مع عدم الدخول في الصحة والبطالان.

ولعله قد يوجّه تارة بما ذهب إليه جمع من المحدثين والفقهاء من إبقاء «الوقت» على ظاهره وهو المدة، وإرادة الحبس من الوقف.

قال [المحقق] المجلسي الأول رحمته: «إعلم أن ظاهر الجواب: أن الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤبداً بأي وجه كان سواء ضم الفقراء والمساكين... أو لم يضم فهو وقف مؤبد. وإن كان مؤقتاً بأن يكون إلى مدة معلومة أو على شخص معين - والغالب إنقراضه - فليس بوقف بالمعنى الأخص، ولكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه مادام المحبوس عليه حياً، وبعده يرجع إلى ورثة الواقف، وهذا معنى قوله رحمته: «باطل مردود على الورثة»، أي يبطل بعد المدة، لأنه باطل عند الصيغة...»^(٢).

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازاً فيه منوط بقرينة مفقودة. ومجرد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قرينة على إرادة الحبس، لتوقفها على المنافاة عرفاً بين مفهوم الوقف والتقييد المزبور حتى يكون التقييد قرينة على إرادة

(١) تهذيب الأحكام ١٣٢/٩؛ الاستبصار ١٠٠/٤.

(٢) روضة المتقين ١٥٠/١١، وأفاد نحوه نجله العلامة المجلسي الثاني في ملاذ الأخيار ٤٠٣/١٤ وغيرهما، فلاحظ الوسائل ١٩٣/١٩؛ الحقائق الناطرة ١٣٥/٢٢؛ رياض المسائل ١٠٦/١٠؛ مفتاح الكرامة ٤٧٤/٢١.

خلاف الظاهر، والمفروض عدم دخل التأييد - بهذا المعنى - في مفهوم الوقف. ومنافاة ظهور صدر صحيحة ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف الموقت بمدة، لا توجب الحمل على الحبس ما لم تنهض قرينة عليه.

وأخرى بما أختاره صاحب الجواهر^(١) بعد إبقاء «الوقف» على معناه المقابل للحبس، من أن الصحة تكون بإعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، والفساد بلحاظ إنقراضه. قال^(٢): «ففي مثل المفروض هو موقت مادام الموقوف عليه موجوداً، وغير موقت إذا انقرضوا، فيثبت له حكم كل منهما من الصحة والفساد، ضرورة أن قوله^(٣) في الصحيح الأول [علي بن مهزيار]: - هو كذلك عندي - تقرير للكليتين المفسرين بالصحيح الآخر - أي صحيح الصفار - الذي هو كالصريح في صحة الوقف بالتفسير الثاني منهما، وهو مفروض مسألتنا^(٤)» وإستشهد على ذلك بما ورد في [ذيل صحيحة الصفار] من كونه مردوداً على الورثة، إذ لو كان باطلاً من أول الأمر لكان مردوداً على الواقف الذي لم ينتقل المال عنه حتى يرد عليه مرة أخرى.

ولكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر مكاتبة [الصفار] التفصيل بين الموقت وغير الموقت، بالصحة في الأول والبطلان في الثاني، لا أن الموقت يصح في مدة بقاء الموقوف عليه، ويبطل بعده، حتى يكون إنشاء وقف متصفاً بالصحة في زمان حياة الموقوف عليه وبالفساد بإنقضائه.

وبعبارة أخرى: إن توصيف «الوقف» بالصحة والفساد [١] تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنه يحكم على فرد واحد من طبعي الوقف بالصحة في مدة، وبالبطلان في مدة أخرى.

[٢] وأخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعي بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصحة من أول الأمر، ومادام عنوان «الوقف» وبعضها محكوم بالبطلان كذلك، لفقد شرط أو إقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلاً. والظاهر من الصحيحة هو الثاني، فالموقت

(١) جواهر الكلام ٢٩ / ١٢٧ (٢٨ / ٥٧ و ٥٨).

صحيح، سواء أكان الموقوف عليه دائماً أو منقوضاً، وغير الموقّت باطل.
وإنهاء الوقف في المنقطع بإنقراض الموقوف عليه لا يوجب توصيفه بالبطل، إذ
البطلان بإنقضاء الموقوف عليه نظير إنتفاء الوقف بإنقضاء الموقوفة في كونه من إنتفاء
العارض بإنقضاء موضوعه، وهو ضروري.

وقوله عليه السلام: «مردود على الورثة» لا يكون قرينة على إرادة الوقف المنقطع، كما لا
يكون قرينة على إرادة الحبس، فلعلّ ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه [وهو أنّ الغالب
ظهور البطلان بعد موت الواقف] وإلا فالوقف إن كان صحيحاً فقد وجب على الواقف، وإن
كان باطلاً فقد رُدَّ إليه.

[غاية الأمر] أنّ إبهام جملة «مردود على الورثة» والردّ عليهم لا يقدر في
الاستدلال بالمكاتبة على مشروعية الوقف المنقطع ومُضيّه على الواقف، وعدم دلالتها
على صحة الحبس كما ورد في كلمات من أشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثاني (١) فلا يُمكن
بكون الوقف مجازاً فيه، وعدم ما يصلح للقرينية عليه.

فلو كان تبادر المدّة من «الوقف» مانعاً عن إرادة الموقوف عليهم، كان تبادر
«الوقف» المصطلح مانعاً عن الحمل على الحبس، وليست قرينة التعارف المستفادة من
مكاتبة الصفار أضعف من قرينة إنقراض الموقوف عليهم حتّى نلتجئ إلى إرادة الحبس.
والمتحصل: وفاء [صحيحة الصفار] بإثبات صحة الوقف المنقطع (٢).

٢/٣- صحيحة أحمد بن محمد

صحيحة أحمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام، قال: سألته عن الحيّطان
السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة عليها السلام؟
فقال: لا، إنّما كانت وقفاً، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه،
والتابعة تلزمه فيها، فلمّا قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها، فشهد علي عليه السلام وغيره

(١) المسالك ٣٥٦/٥.

(٢) هدى الطالب ٧/ (٢٠٧-٢٠٤).

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / عدم جواز بيع الوقف ٤١٣

أَنَّهَا وَقَفَتْ عَلَى فاطمة عليها السلام، وهي: الدَّلال، والعَوَاف، والحُسْنَى، والصَّافِيَّة، وما لأمِّ إبراهيم، والمَيْتَب، والبُرْقَةُ.^(١)

بتقريب: أنَّ رسول الله ﷺ وقف الحيطان السبعة على بنته سيِّدة نساء العالمين فاطمة الزهراء -سلام الله عليها-، وشهد أمير المؤمنين عليه السلام وغيره أَنَّهَا وَقَفَ عَلَيْهَا وَنَفَى علي بن موسى الرضا عليه السلام كونها إرثاً وقال: «إِنَّمَا كَانَتْ وَقَفًا».

ومن المعلوم أنَّ الوقف على الصديقة الشهيدة -سلام الله عليها- يكون من مصاديق الوقف المنقطع الآخر، وقف لها والدها رسول الله ﷺ، فيمكن القول بصحة الوقف المنقطع الآخر بلا ريب.

والحاصل: أنَّ المراد بالدوام في الوقف واشتراط صحته به هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلو:

١- الدوام مادامت العين باقية.

٢- الدوام مادام الموقوف عليهم مَوْجُودِينَ، وليس المراد به الأبدية إلى يوم القيامة فحينئذ لا مانع من صحة الوقف المنقطع.

والمختار: هو صحة الوقف المنقطع وفقاً كما هو المحكي عن ابن الجنيد، وهو ظاهر المفيد وسلار وابن البراج وابن إدريس ومال إليه العلامة وابن زهرة والله العالم.

ج: ملكية العين الموقوفة

بعد القول بصحة الوقف المنقطع الآخر وبعد انقطاع الموقوف عليهم لِمَنْ ترجع ملكية العين الموقوفة؟

في المسألة أقوال ثلاثة^(٢)

١- الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقاً، و«هو خيرة ما يزيد على عشرين كتاباً»^(٣).

(١) الكافي ١٣/ ٤٤٤، ح ١ (٤٧/ ٧)؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٩/ ١١٩، ذيل ح ٢.

(٢) كما ورد في كلام المحقق والشهيد الثانيين فراجع جامع المقاصد ٩/ ١٦، والمسالك ٥/ ٣٥٦.

(٣) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٢١/ ٤٦٨.

- ٢- الرجوع إلى ورثة الموقوف عليهم بعد وفاتهم كما في المقنعة^(١) والسرائر^(٢) والمراسم^(٣) ومال إليه أو قال به في التحرير^(٤).
- ٣- الرجوع إلى وجوه البرّ فتدخل في عنوان «سبيل الله» وهو اختيار ابن زهرة^(٥) وجعلها الأحوط، ونفى العلامة عنه البأس في المختلف^(٦).
- أدلة القول الأول:**

وهو الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقاً بل يمكن القول ببقاء الملكية للواقف في الوقف المنقطع خصوصاً للوجوه التالية:

«أ: عدم قيام دليل يدلّ على الخروج؛ لأنّ مجرد إنشاء الوقف المنقطع لا يقتضي ذلك.

- ب: عدم قيام الملازمة بين إنشاء الوقف المنقطع وخروج العين عن ملك الواقف.
- ج: عدم قيام دليل يفيد دخول العين في ملك الموقوف عليهم في الوقف المنقطع.
- د: إنّ القواعد العامة تقتضي بقاء الملك في ملكيّة مالكه إلى أن يقوم السبب المزيل لها - سواء القهرية منه أو الاختيارية - وقد ثبت قيامه في الوقف الدائم دون المنقطع، وبالتالي فإنّ نفس دليل ملكيّة المالك يقتضي بقاء العين في ملكيّته في الوقف المنقطع.
- هـ: وأخيراً - بعد الفراغ عن استعراض الأدلة - فإنّ الأصل العملي أيضاً يقتضي بقاء العين على ملكيّة مالكه، بمعنى أنّه عند الشكّ في خروجها بعد إنشاء الوقف المنقطع، فإنّ الاستصحاب يقتضي بقاءها»^(٧).

(١) المقنعة / ٦٥٥.

(٢) السرائر / ٣ / ١٦٥.

(٣) المراسم / ١٩٨.

(٤) التحرير / ٣ / ٢٩٢.

(٥) غنية النزوع / ٢٩٩.

(٦) مختلف الشيعة / ٦ / ٣٠٥ و ٣٠٦.

(٧) العقد النضيد / ٥ / ٩٨.

ويمكن تأييد هذه الأدلة بصحيفة الحسين بن نعيم الصحاف عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ جعل داراً سكنى لرجلٍ إبان حياته، أو جعلها له ولعقبه من بعده؟

قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط.

قلت: فإن احتاج، يبيعها؟ قال: نعم.

قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟

قال: لا ينقض البيع السكنى كذلك، سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضي السكنى على ما شرط والإجارة. قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من التفقة والعمارة فيما استأجره؟

قال: على طيبة النفس، ويرضى المستأجر بذلك لا بأس.^(١)

بناءً على أن المراد بالجعل هنا الوقف ولا الحبس، فتدلّ على جواز بيع الوقف المنقطع الآخر من الواقف وإذا جاز بيعها فالعين كانت باقية على ملكه ولم تخرج عن ملكيته حتى ترجع إليه وأما لو كان المراد من الجعل فيها الحبس فلا تنفي بالمقصود ولذا يمكن تأييد الأدلة بهذه الصحيحة فقط.

«وعن المحقق القمي رحمته الله ^(٢) أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبساً، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعة منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقاً يلزم مادامت حياة الحابس. ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وقفاً لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف،

(١) الكافي ١٣/ ٤٢٠، ح ٣٨ (٣٨/ ٧)، ونقلها في وسائل الشيعة ١٩/ ١٣٥، ح ٣، الباب ٢٤ من أبواب كتاب الإجارة عن المشايخ الثلاث في الكتب الأربعة.

(٢) جامع الشتات ٨١/ ٤.

والمراد بتأييد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.
وأما وقوعه حبساً فأستشهد بصحيفة عمر بن أذينة قال: «كنت شاهداً ابن
أبي ليلى ف قضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يؤقت وقتاً، فمات الرجل
فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى
أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمد بن مسلم الثقفى: أما إن علي بن أبي طالب
قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟

فقال: سمعت أبا جعفر بن محمد بن علي عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام برد الحبس
وإنفاذ المواريث.

فقال له ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتني به.
قال له محمد بن مسلم: على أن لا تنتظر من الكتاب إلا في ذلك الحديث، قال: لك
ذاك. قال: فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فردّ قضيته»^(١).

أقول: كان في نسخته عليه السلام «ولم يوقف وقفاً»^(٢)، وفهم منه أن الجعل إذا لم يكن وقفاً
يكون حبساً، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد
ومع عدمه أي بإرادة تمليك العين - كما هو الفرض - لا يتحقق الحبس، والرواية ظاهرة
في إرادة الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.
لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف
وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أن ما كان لله لا يرد؟

فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقريب،
وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل في مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق
بمنفعة داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدة لا يكون استرجاع الدار منافياً له، وبهذا يظهر

(١) الكافي ١٣/ ٤٠٨، ح ٢٧ (٣٤/ ٧)؛ وسائل الشيعة ١٩/ ٢٢٣، ح ١، الباب ٥ من كتاب

السكنى والحبيس.

(٢) بدل «ولم يؤقت وقتاً».

الحال في الحبس بقصد القربة، فتدبر جيداً»^(١).

وبالجملة: لم يثبت خروج العين عن ملك الواقف في الوقف المنقطع الآخر.

دليل القول الثاني:

استدل للقول الثاني «بأن للوقف حقيقة واحدة يشترك فيها الوقف المؤبد والمنقطع، فهما متفقان في اندراجهما تحت هذه الحقيقة الواحدة، التي هي انتقال العين الموقوفة بعد إنشاء الوقف إلى ملكية البطن الموجود من الموقوف عليهم ملكية فعلية، وإلى ملكية البطن اللاحقة ملكية شأئية، ولذلك لا يمكن فرض المنقطع وقفاً ثم سلب الحقيقة المذكورة عنه، بل بالضرورة لا بد فيه من انتقال الملكية إليهم فعلاً وشأناً. أقول: ويرد عليه نقضاً وحلاً:

أما النقض: فإن اعتبار كون الوقف له حقيقة واحدة دعوى لا غبار عليها، لكن هناك موارد تشمل عنوان الوقف مع فقدانها للحقيقة المذكورة، كما في وقف المساجد، حيث أن وقفها يشابه تحرير العبيد في فكها عن رقبة الملكية والإضافة، فكما أن وقف المسجد لا يتضمن ملكية الموقوف عليهم له، فيمكن الأمر في المقام كذلك. أما الحل: [فأولاً: لا نقبل انتقال العين الموقوفة إلى موقوف عليهم ولم يدل دليل عليه.

وثانياً: لا بد من التفريق بين الوقف الدائم والوقف المنقطع برغم اشتراكهما في الحقيقة المذكورة، لأن الإنشاء في الوقف الدائم عند العامة والخاصة ليس إلا حبس العين وتسبيل الثمرة، وهم يقتضيان سلب الملكية وآثارها عن الواقف، ونقلهما إلى الموقوف عليهم أبداً إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ولذلك لا يصح فرض تحقق الوقف الدائم واعتبار بقاء ملكية العين للواقف، بل بمجرد إنشاء الوقف تنتقل ملكية العين وآثارها عن الواقف إلى الموقوف عليهم، ويعدّ الواقف - عرفاً وعقلاً - وعند جميع الملل والنحل - أجنبياً بالمرّة عن العين ومنافعها.

(١) إرشاد الطالب ٤/٤١٤ و ٤١٥.

وهذا بخلاف ما عليه الحال في الوقف المنقطع، حيث أنَّ الوقف قد سلب عن نفسه من خلال إنشاء المذكور الملكيّة لمُدّة محدودة لا دائمة، وبالتالي فلا مانع من اعتبار الملكيّة له بعد انقضاء الفترة المذكورة، وهذا ما قام عليه الارتكاز العقلائي، ولا أقلّ من أنّ الأصل عند الشكّ في ثبوت هذا الارتكاز والترديد في سعة الدليل وضيقه، هو الاقتصار على القدر المتيقّن من انتقال الملك عنه في الفترة المذكورة، ومن ثمّ عوده إليه. وهكذا - نقضاً وحلاً - ثبت بطلان دعوى القائلين بانتقال الملك من الوقف في الوقف المنقطع»^(١).

وأما دليل القول الثالث:

فالظاهر أنّ دليل السيّد ابن زُهْرَةَ عدم تمامية دليل القولين فذهب إلى أنّ الرجوع إلى وجوه البرّ أحوط.

ويرد عليه: مع تمامية أدلة القول الأوّل أنّ الرجوع أو البقاء على ملك الوقف تام.

د: بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر

بناءً على القول الأوّل في ملكية العين

أعني رجوعها إلى الوقف أو ورثته طلقاً، بل يمكن القول بعدم خروجها من ملك الوقف في هذا القسم.

فحينئذ يمكن القول بصحة بيعها، لأنّ العين باقية في ملك الوقف أو ترجع إليه فيجوز بيعه لأنّه باع ما يملكه.

المناقشة في صحة هذا البيع بالغرر

قد جاءت المناقشة في صحته بوجود الضرر في هذا البيع وقد نهى النبي ﷺ عن

بيع الغرر وأوّل مَنْ تعرض لهذا النقاش الشيخ أسد الله التستري^(٢) وتبعه الشيخ الأعظم^(٣) - قدس سرهما - ويمكن طرحها بتقريبين:

(١) العقد النضيد ٥ / (٩٦-٩٨).

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٦٥.

(٣) المكاسب ٤ / ١٠٢.

«الأول: أنَّ العين الموقوفة على مَنْ ينقرض وإن كانت ملكاً للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلووبة المنفعة، لكونها مستحقةً للموقوف عليه مدّة حياته. ولَمَّا لم يكن أمدٌ إستحقاق المنفعة مضبوطاً بالأعوام لم يعلم المشتري أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعتَه سنّةً أو مسلوبها عشر سنين؟ فيصدق «البيع الغرري» عليه، لدخل قِصر المدّة وطولها في مالية المبيع زيادةً ونقصاً.

والشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعة يوجب غررية البيع ما ذكره في بطلان بيع مسكن المطلقة بالأقراء، لجهالة وقت إنتفاع المشتري بذلك المسكن، لدوران زمان عدّتها بين ستة وعشرين يوماً ولحظتين^(١)، وتسعة أشهر، وسنة، وخمسة عشر شهراً.^(٢) فلو باع المالكُ هذا المسكن فلا بدّ أن يبيعه مسلوب المنفعة، فإن عُلِمَ أمدُ العدة - كما إذا كانت بالأشهر - صحّ البيع، فهو نظير بيع دارٍ مؤجّرة سنّةً. وإن لم يعلم لزم الجهل بوقت تسليم المنفعة - وهي السكنى - للمشتري، فيبطل البيع.

قال المحقّق رحمته: «لو طلقها ثمّ باع المنزل، فإن كانت معتدّةً بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومة، فيتحقّق الجهالة... ولو كانت معتدّة بالشهور صحّ، لإرتفاع الجهالة»^(٣).

والمقام أوّلُى بالبطلان، لإمكان إستثناء البائع - لمسكن المعتدّة - أطول مدّة يقطع بعدم زيادة العدة عليها، وهي خمسة عشر شهراً، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدّة حياة الموقوف عليه حتّى يستثنى الواقف.

الثاني: أنّه لا فرق في مانعية الغرر في البيع بين الجهل بذات العوضين وبين الجهل بشأّتهما من وصفٍ أو خصوصيّةٍ كما في المقام، لكون وقت القدرة على تسليم المنفعة للمشتري مجهولاً^(٤).

(١) راجع شرائع الإسلام ٢٣/٣.

(٢) راجع شرائع الإسلام ٢٦/٣.

(٣) شرائع الإسلام ٣٢/٣.

(٤) هدى الطالب ٢١١/٧.

وتبعهما المحقق السيّد الخوئي وذهب إلى غررية هذا البيع وقال: «نعم، يكون البيع باطلاً من جهة الجهالة فيكون غررياً فهو منهي عنه لأنّ مدّة انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهولة ومن هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقة المتعددة بالإقراء لجهالة مدّة العدة.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وإن لم يكن فيه مانع من الأخبار مع وجود المقتضى له ولكن جهالة مدّة مانعة عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى»^(١).

مقالة المحققين الخراساني والإصفهاني في صحة المعاملة

ولكن في مقابلهم ذهب المحقق الخراساني إلى عدم غررية هذه المعاملة وقال: «يمكن أن يقال: إنّ الجهالة إنّما توجب الغرر المضّرّ فيما إذا كانت في نفس العوضين، لا في منافعهما، حيث أنّ المنافع ليست مورداً للبيع، ولذا لو لم يعلم مقدارها، وإنّ منفعة هذه العين، قليلة أو كثيرة، لم يضرّ قطعاً. نعم تفاوت المنفعة، توجب تفاوت ماليتها ذي المنفعة، والجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار ماليتها، لكن الجهل بمقدار الماليتها مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، ولو سلّم فلا يكون بمضّرّ بلا إشكال»^(٢).

مراده: «أنّ الغرريّة وصف متعلّق للبيع، والقواعد تقتضي لزوم عدم غرريّة البيع، لكن غرريّته تكون بغرريّة متعلّقه الذي هو العين دون المنافع؛ أي لو كانت الجهالة في ذات العين وأوصافها كانت السبب في تحقّق الغرر المبطل للمعاملة، وأمّا إذا لم تكن العين مجهولة بل كانت الجهالة في المنافع من جهة مدّة التسليم وكيفية ذلك، فإنّ مثل هذه الجهالة لا تكون مضرة، لعدم سرايتها إلى ذات العين وصفاتها، فإذا كانت العين معلومة الذات والصفات وتحقّقت القدرة على تسليمها - وإن جهل تاريخ التسليم - فإنّ مثل هذه العين لا مجال لا تصاف ببيعها بالغرور، ومن ثمّ البطلان»^(٣).

(١) مصباح الفقاهة ٥ / ٢٣٦.

(٢) حاشية المكاسب / ١١٤.

(٣) العقد النضيد ٥ / ١٠٤.

وتبع المحقق الإصفهاني أستاذ الخراساني وذهب إلى صحة المعاملة وأن الجهالة المدعاة لا تضر بصحتها للوجوه التالية وقال: «إنَّ المقتضي لصحة البيع وهي الملكية موجود فلا بد من مانع عنه شرعاً، وما يكون مانعاً [١] إمَّا الجهالة بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه؛ للجهل بأمد انقضاءها بانقراض الموقوف عليه، [٢] وإمَّا الغرر. والأول: وإن كان مانعاً بعنوانه؛ ولكنه على فرض مانعيته فإنما يمنع إذا كان متعلقاً بمورد البيع وهي العين ذاتاً وصفةً، وكلتاها معلومة، والمنفعة أجنبية عن مورد المعاملة - وإن كانت كثرتها وقتلتها موجبة لزيادة ماليتها وقتلتها - إلا أنَّ اللازم معرفة المال لا معرفة المالية قلة وكثرة.

والثاني: هو الغرر فتوهمه باعتبار أنه تارة من حيث الجهل بذات المبيع، وأخرى بوصفه، وثالثة من حيث الجهل بالتمكن من التسليم والتسلم؛ مع أن أصل القدرة على التسليم معلوم؛ وإنَّما المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتاً وصفةً وتسليماً غررياً للجهل بوقت التسليم غير معلوم، ولو فرض كونها غررية فكون مطلق الغرر مانعاً - مع أنَّ العمدية في مانعيته الإجماع - غير معلوم، مضافاً إلى النص الوارد في الحبس؛^(١) فإنه يُفهم منه أنَّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر»^(٢).

وحاصل كلامه: أنَّ المعاملة صحيحة للوجوه الثلاثة:

١- «بعد فرض أن أصل القدرة على التسليم معلوم، وإنَّما المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعة، وعليه فكون المعاملة المعلوم فيها ذاتاً وصفةً وتسليماً، غررياً للجهل بوقت التسليم، غير معلوم.

٢- ولو فرض كونها غرريةً، فكون مطلق الغرر مانعاً - مع أنَّ العمدية في مانعيته الإجماع - غير معلوم.

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٣٥، ح ٣، الباب ٢٤ من أبواب الاجارة، صحيحة حسين بن نعيم الصحاف.

(٢) حاشية المكاسب ٣/١٦٥ و ١٦٦.

٣- مضافاً إلى النصِّ الوارد في الحبس، فإنَّه يفهم منه أنَّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحَّة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر^(١).

نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقِّق

حيث أنَّ مقالة الخراساني مطوية في ضمن مقالة الإصفهاني يظهر نقد الأوَّل من الثاني.

ويمكن أن يناقش في الوجوه المذكورة في كلام الإصفهاني: «أمَّا الوجه الأوَّل: دعواه الله (بعدم غرريَّة المعاملة المعلوم فيها ذاتاً وصفة، وتسليماً وإن كان وقت التسليم مجهولاً).

فممنوعة [أولاً]: لأنَّ مسلوبيَّة المنفعة عن العين تعدّ من الأمور المتعلقة بذات العين ووصفها، وبالتالي فإنَّ الجهل بها يؤدِّي إلى الجهل بهما، وبذلك يبطل دعواه بمعلوميَّة المعاملة ذاتاً وصفة.

وثانياً: لو سلّمنا معلوميَّتهما، فإنَّ البحث في المقام عن الغرر الذي يعدّ من المواضع الشرعيَّة المجعولة والمترتب عليها الآثار، ومثل هذه المفاهيم يعدّ العرف مرجعاً في معرفة سعتها وضيقها، فإنَّ العرف يرى غرريَّة المعاملة التي يجهل المشتري الفترة التي يجب عليه فيها الانتظار لكي يقبض المبيع.

وبعبارة أخرى: إنَّ العرف يرى هذه المعاملة غرريّاً، فمانعيَّة الغرر لأجل أنَّ المشتري جاهل بما يقبضه في مقابل ما دفعه من الثمن، ولا يخفى أنَّ ماليَّة الأشياء مرتبطة بمنافع الأعيان، بحيث لو انتفت المنفعة انتفت الماليَّة بتبعها، وكذلك تقلّ الماليَّة أو تزيد بتبع قلَّة المنفعة وزيادتها، فالمال الذي نجهل حالها مسلوبة المنفعة لعشر سنوات أو لمئة سنة، فإنَّ ماليَّتها أيضاً تكون مجهولة، ولا شكَّ أنَّ دفع الثمن في مقابل ما تكون ماليَّتها مجهولة غرري، لجهل الدافع بمقدار المنافع التي تعود إليه في مقابل ثمنه المدفوع. وبالجملّة: أنَّ الغرر صادق في المقام لجهتين:

(١) العقد النضيد ٥ / ١٠٥.

أولاً: من جهة الوصف.

وثانياً: لو سلّمنا عدم صدقه من جهة الوصف، فإنّه صادق من جهة الجهل بالماليّة. أمّا الوجه الثاني: أنّ دعواه بعدم مانعيّة مطلق الغرر صحيحة، فيما لو اعتبرنا الإجماع دليلاً ومستنداً على مانعيّة الغرر، أمّا إذا التزمنا بأنّ المستند هو قوله صلى الله عليه وآله: «نهى النبي عن بيع الغرر» فإنّ الدعوى مدفوعة، لأنّ الغرر المنهي عنه في الخبر المذكور قد أسند إلى البيع دون المبيع، ولذلك ينبغي أن نلاحظ أصل المعاملة وكيفيّة وقوعها، وعن أنّها غرريّة أم لا دون المبيع، ولذلك لا يؤثّر معلوميّة المبيع في صحّة المعاملة الغرريّة.

نعم، لو كان المستند هو الإجماع صحّ البحث عن أنّ الغرر المنهيّ بالإجماع هل يختصّ بالمبيع أو يعمّه؟ ممّا يقتضي في الأدلّة اللبّيّة الاكتفاء بالمتيقّن منه، وهو النهي عن الغرر في البيع.

ولكن بعد ما ثبت أنّ المستند دليلٌ لفظي فلا مجال للمناقشة المذكورة؛ لأنّ البحث يدور حول الوقف المنقطع الذي نجعل أمدّه، حيث تكون الجهالة من جهة المنافع فيصدق الغرر عرفاً ويشمله عموم دليل النهي.

أمّا الوجه الثالث: فإنّ استشهاده أخيراً بالنصّ أيضاً عليل؛ لأنّ الوارد في صحيحة حسين بن نعيم أنّه.

«سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أتيّام حياته، وجعلها له ولعقبه من بعده...»^(١) فإنّ المستفاد من ظاهرها السؤال عمّن قام بحبس الدار لسكنى الرجل طيلة حياته ولعقبه بعد وفاته، ولا علاقة لها بالوقف حيث لم يرد فيها ذكر لعنوان الوقف، بل ليس فيها دلالة - لا مطابقيّة ولا التزاميّة - على الوقف، فتتّحصر دلالتها بالحبس أو لا أقلّ من أنّ الوقف يصبح مشكوكاً لتردّها بينه وبين الحبس، فتصبح الرواية مجملة وتسقط عن قابليّة الاستدلال بها.

وخلاصة الكلام: أنّ غاية ما يستفاد من هذا الخبر أنّه لو قام من حبس داره لسكنى

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ١٣٥، ح ٣.

الرجل وعقبه، ببيع الدار، فإن بيعه صحيح برغم أن سكنى الرجل فيه ثابت ما دام حياً. وبالتالي، فما ذهب إليه الشيخ [الأعظم] ^(١) والمحقق الإصفهاني من الاستدلال بهذا الخبر ممنوع. بل غاية ما يمكن دعواه أن الخبر إما ظاهر في الحبس للسكنى، أو أنه مجمل، وعند الإجمال يصبح الغرر مانعاً عن صحة البيع، فإذا ثبت غررية المعاملة عرفاً، فإن مقتضى القواعد الدالة على بطلان المعاملات الغررية بطلان هذه المعاملة ^(٢).

المختار في بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر

صحيحة حسين بن نعيم الصّحّاف ^(٣) تدلّ على صحة بيعها، لأنّ المستفاد منها أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يضرّ بصحة البيع لا بعنوان الجهل ولا بعنوان الضرر ولذا حكم الإمام عليه السلام فيها بصحة البيع.

فحينئذ الجهل بانقضاء أمد الوقف المنقطع الآخر أيضاً لا يضرّ بصحة البيع. وأمّا ادعاء وجود الغرر في هذه المعاملة للجهل بمدة مسلووية المنفعة وهو يؤدي إلى الجهل بذات العين ووصفها، مضافاً إلى أنّ العرف يرى هذه المعاملة غررياً فغير تام. ولظهور عدم تمامية هذا الادعاء نبحت عن معنى الغرر في كلمات اللغويين: قال الخليل: «الغَرُّ كالخطر، وغَرَّرَ بماله أي: حَمَلَهُ عَلَى الْخَطَرِ. والغُرُورُ مَنْ غَرَّ يَغُرُّ فَيَغْتَرُّ بِهِ الْمَغْرُورُ. والغُرُورُ: الشَّيْطَانُ. والغَارُّ: الغافل» ^(٤). وقال ابن دُرَيْد: «... وغَرَّ الرجلُ الرجلَ يَغُرُّ غَرّاً إذا أوطأه عِشْوَةً أو خَبَّرَهُ بكذب... والغَرَرُ معروف... وفعلتُ هذا الأمر على غَرَّةٍ، إذا فَعَلْتُهُ وَأَنْتَ غَيْرُ عَالِمٍ بِهِ» ^(٥). وقال ابن فارس: «غر... ومن الباب بيع الغَرَر، وهو الخطر الذي لا يُدْرَى أيكون أم لا، كبيع العبد الآبق، والطائر في الهواء. فهذا ناقض لا يتمُّ البيع فيه أبداً. غَرَّ الطائرُ فرخه،

(١) المكاسب ٤/ ١٠٣.

(٢) العقد النضيد ٥/ (١٠٨-١٠٥).

(٣) وسائل الشيعة ١٩/ ١٣٥، ح ٣.

(٤) ترتيب كتاب العين ٧٠٨.

(٥) ترتيب جمهرة اللغة ٢/ ٦٤٣.

إِذَا زَقَّه، وَذَلِكَ لِقَلَّتْهُ وَنُقْصَانِ مَا مَعَهُ»^(١).

وَقَالَ الرَّاعِبُ الْإِصْفَهَانِي: «غَرَّ: يُقَالُ غَرَزْتُ فَلَانًا أَصَبْتُ غِرَّتَهُ وَنَلْتُ مِنْهُ مَا أُرِيدُهُ، وَالْغِرَّةُ غَفْلَةٌ فِي الْيَقِظَةِ، وَالْغَرَارُ غَفْلَةٌ مَعَ غَفْوَةٍ، وَأَصْلُ ذَلِكَ مِنَ الْغُرِّ وَهُوَ الْأَثَرُ الظَّاهِرُ مِنَ الشَّيْءِ وَمِنْهُ غُرَّةُ الْفَرَسِ. وَغِرَارُ السَّيْفِ أَيُّ حَدِّهِ، وَغُرُّ الثُّوبِ أَثَرُ كَسَرِهِ، وَقِيلَ اطْوَاهُ عَلَى غَرِّهِ، وَغُرَّةٌ كَذَا غُرُورًا كَأَنَّمَا طَوَاهُ عَلَى غَرِّهِ»^(٢).

وَقَالَ الزَّمَخْشَرِيُّ: «غ ر ر: تَغَرَّرَ الْفَرَسُ وَتَحَجَّلَ، وَهُمْ غُرَّرَ فَرَسُكَ؟ وَصَبَّحَهُمُ الْجَيْشُ وَهُمْ غَارُّونَ أَيُّ غَافِلُونَ. وَيُقَالُ: «أَغَرُّ مِنْ ظُلْمِي مُقْمِرٌ» لِأَنَّهُ يَخْرُجُ فِي اللَّيْلَةِ الْمَقْمَرَةَ يَرَى أَنَّهُ النَّهَارُ فَتَأْكُلُهُ السَّبَاعُ، وَاغْتَرَّه الْأَمْرُ: أَتَاهُ عَلَى غِرَّةٍ»^(٣).
وَقَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغُرْرِ هُوَ مَا كَانَ لَهُ ظَاهِرٌ يَغُرُّ الْمُشْتَرِيَّ، وَبَاطِنٌ مَجْهُولٌ.

وَقَالَ الْأَزْهَرِيُّ: بَيْعُ الْغُرْرِ: مَا كَانَ عَلَى غَيْرِ عَهْدَةٍ وَلَا ثِقَةٍ، وَتَدَخَّلَ فِيهِ الْبَيْعُ الَّتِي لَا يَحِيطُ بِكُنْهَمَا الْمُتَبَايَعَانِ، مِنْ كُلِّ مَجْهُولٍ. وَقَدْ تَكَرَّرَ فِي الْحَدِيثِ»^(٤).
وَقَالَ أَبُو مَنْصُورٍ: «غُرر: ... خَدَعَهُ وَأَطْمَعَهُ بِالْبَاطِلِ»^(٥).
وَقَالَ الْفَيُّومِيُّ: «الْغِرَّةُ: بِالْكَسْرِ الْغَفْلَةُ...»^(٦).

وَأَنْتَ تَرَى أَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ فِي الْغُرْرِ الْخَدْعَةَ وَالْغَفْلَةَ وَالْحِيلَةَ وَالْاِحْتِيَالَ وَقَدْ اسْتَعْمَلْتَ مُشْتَقَاتَ هَذِهِ الْمَادَّةِ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ فِي مَا يَقْرُبُ مِنْ ثَلَاثِينَ آيَةٍ وَفِي الْجَمِيعِ يَرْجِعُ مَعْنَاهَا إِلَى الْاِحْتِيَالَ وَالْخَدْعَةِ.

(١) معجم مقاييس اللغة ٤ / ٣٨١.

(٢) المفردات ٣٧١.

(٣) أساس البلاغة ٣٢٢.

(٤) النهاية ٣ / ٣٥٥.

(٥) لسان العرب ٥ / ١١ ونقل عنه السيّد محمد حسين الحسيني الجلاّلي في تلخيص الذهب من

لسان العرب ٣ / ١٤.

(٦) المصباح المنير ٤٤٤.

كما أنَّ استعمالها في السنة كذلك كقوله ﷺ: المغرور يرجع على من غرّه، ونحوها.
وحيث أنَّ الاحتيال والخدعة مُتَنَفٍّ في هذه المعاملة لأنَّ ذات العين ووصفها
وتسليمها معلوم والجهل بالنسبة إلى وقت تسليم العين مع علم المشتري بالوقفية لا
يدخلها في الغرر ولا يضر بصحة البيع المستفاد من صحيحة الصَّحَّاف فالحكم بصحة هذا
البيع تام عندنا والحمد لله الْعَالِمُ بِأحكامه.

المسألة الثانية: بيع أمّ الولد

قال الشيخ الأعظم: «ومن أسباب خروج الملك عن كونه طليقاً: صيرورة المملوكة أمّ ولدٍ لسيدها، فإنّ ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلافٍ بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة^(١)»^(٢).

هذا البحث القسم الثاني من الأملاك الخارجة عن الطليقية ونبحث عنه مع عدم وجود الموضوع لأم ولد في هذه الأعصار لعدم اندارس أحكام الله تعالى ولما فيه فوائد ونتائج.

المسألة إجماعية بين المسلمين

قال السيّد العاملي: «عدم جواز بيع أمّ الولد مع وجوده وإيفاء ثمنها أو القدرة عليه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين كما في مجمع البرهان^(٣) والحدائق^(٤). وفي الغنية^(٥) الإجماع عليه. وهو ظاهر المبسوط^(٦) ولم نجد الخلاف إلّا من الشيخ ميثم البحراني ذكره في شرح نهج البلاغة^(٧) على ما هو ببالي.

(١) مجمع الفائدة ١٦٩/٨.

(٢) المكاسب ١٠٧/٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أمّ الولد ١٦٩/٨.

(٤) الحدائق الناضرة: في بيع أمّ الولد ٤٤٨/١٨.

(٥) غنية النزوع: في البيع ٢٠٨/٨.

(٦) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٢٨٧/٣.

(٧) لم نعثر عليه حسب ما تفحصنا.

ويتحقق الاستيلاء بعلوقها به في ملكه وإن لم تلجه الروح. والتقيد بحياة ولدها وقع في كثير من عبارات الأصحاب. وهو مبني على الغالب أو التجوز، لأنه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة.

وقد ألحق جماعة^(١) بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك في العلة. ولأنه لو جوز غيره لانتفى فائدة منعه وهي بقاءها على الملك لتعتق، إذ تخرج عن الملك بوجه آخر مثل الصلح والهبة وغيرهما.

ولا خلاف عندنا أنه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما في مجمع البرهان^(٢) والإجماع ظاهر الروضة^(٣) «(٤)».

تبيين المسألة

ثم بعد وضوح خروج أم ولد عن الطلقة وأنه «من الأمور المسلمة بين المسلمين، فلا وقع للبحث عن دلالة الأدلة التي أقيمت عليه، وعدم دلالتها كما في حاشية المحقق الخراساني^(٥)». كما أنه لا وقع للبحث عن أن خروجها عن الطلقة هل هو لحق من الله سبحانه عليها، أو لحق الولد، أو لحق نفسها؟ لأن هذه كلها من علل التشريع، لا من علة الحكم حتى تكون وظيفة الفقيه تنقيحها فلا يهمننا البحث عنها، إنما المهم أمور آخر ينبغي إيضاها:

الأول: هل يختص المنع عن التصرف فيها بخصوص البيع، أو يعم مطلق المعاوضة، أو مطلق النقل ولو لم يكن معاوضة كالهبة؟ وجوه، بل أقوال، والأقوى هو الأخير.

وتوضيح ذلك: أن الأحكام المترتبة على العقود تارة يستفاد من نفس أدلتها أو من

(١) منهم الأردبيلي في المجمع: في البيع ١٧٠/٨، والبحراني في الحقائق: في البيع ٤٤٨/١٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أم الولد ١٧٠/٨.

(٣) الروضة البهية: في التجارة ٢٥٧/٣.

(٤) مفتاح الكرامة ١٣/١٣٤.

(٥) حاشية المكاسب ١١٥.

مناسبة الحكم والموضوع: أنها مختصة بالبيع، ولا تجري في غيره، كخيار المجلس والحيوان.

وأخرى يستفاد: أنها جارية في مطلق المعاوضة، بيعاً كانت أو صلحاً أو إجارة، كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجيء: من أن قاعدة الانفساخ قبل التلف تجري في عوض الخلع والمهر ونحو ذلك؛ لأن المدار فيها على الضمان المعاوضي. وثالثة يستفاد: أنها جارية في مطلق النقل والانتقال ولو لم يكن معاوضة؛ كالهبة ونقل أم الولد فإنه لا يجوز نقلها عن ملك سيدها ولو بالهبة، فإن من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد أن الاستيلاد مانع عن التصرفات الناقلة.

بل ادعى بعضهم المنع عن كل تصرف كان في معرض النقل كالرهن. ولكن الحق: أن المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهة المنع عن مطلق التصرف فيها، فإن التصرفات الغير المزاحمة لعتقها من نصيب ولدها لا دليل على المنع عنها، ولذا لا ينبغي الإشكال في جواز عتقها، بل المنشأ في المنع عن الرهن قصور أدلة الرهن؛ لأن الغرض منه كون المرهون وثيقة للدين، فيباع ويؤخذ الدين من ثمنه، وحيث إن أم الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها.

إلا أن يقال: إن مرجع ذلك إلى امتناع رهنها؛ لأن الرهن يقتضي - طبعاً - أن تكون العين المرهونة مخرجاً للدين، وحيث إنها غير قابلة لذلك فلا يصح رهنها، فالمانع ليس مجرد قصور الأدلة، بل لامتناع تحقق حقيقة الرهن في أم الولد.

الثاني: أنه لا إشكال في أن عدم جواز التصرفات الناقلة فيها يدور حدوثاً وبقاءً مدار حياة الولد، فلو مات ولم يخلف ولداً تصير طلقاً. إنما الإشكال في أنه لو مات وخلف ولداً فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقاً لصدق كونها أم ولد، أو تخرج مطلقاً لكون الولد حقيقة في ولد الصلب، ولا أقل من كونه ظاهراً فيه، أو يفصل بين كون ولد الولد وارثاً للمولى فتبقى على المنع وعدم كونه وارثاً له فتخرج عنه؟ وجوه، [بل

أقوال^(١) والأقوى هو الأخير؛ لأنها وإن كان يصدق عليها أم الولد إلا أنها إذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع من جواز بيعها.

الثالث: يكفي الحمل في المقام وإن قلنا بأن الولد لا يصدق عليه حقيقة، بل يعتبر فيه الانفصال؛ وذلك لقوله عليه السلام: «هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل»^(٢).

ثم إنه لا يعتبر في الحمل ولوج الروح، بل يكفي استقرار النطفة في الرحم إذا كان منشأ نشوء الأدمي. ولا يدل على خلاف ذلك قول الإمام الصادق عليه السلام في مكاتبة يطؤها مولاهما فتحبل حيث قال عليه السلام: «يرد عليها مهر مثلها، وتسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد»^(٣)؛ لعدم الملازمة بين زمان السعي والعجز، وبين ولوج الروح غالباً، فإن السعي في أداء مال الكتابة لا يحتاج إلى زمانٍ طويل، ولا سيما أن الغالب انكشاف الأمر في العجز والقدرة.

الرابع: يعتبر في الحمل أن يكون ملحقاً بالمولى، فإذا زوج أمتها ثم وطئها زناً واستولدها فهي ليست بأُمٍّ وكَلِدٍ شرعاً؛^(٤) لأنَّ للعاهر الحجر، إنما الكلام في أنه هل يعتبر الوطء من المولى، أو يكفي كون النطفة منه وإن حصل الحمل بالمساحقة مع من وطئها المولى؟ وجهان: من دعوى الانصراف، ومن أن المدار كون الولد ملحقاً بالمولى شرعاً ولو كان الوطء محرماً كما في حال الحيض، والأقوى هو الأخير؛ لأنه إذا كان الولد ملحقاً به

(١) ذهب صاحب الحقائق ٤٥٦/١٨ إلى أنه ولد فلا يجوز بيعها، وإطلاق كلام ثاني الشهيدين في الروضة ٢٥٧/٣ والسبزواري في الكفاية ٤٧٤/٢ إلى جواز بيعها واختار صاحب المدارك في نهاية المرام ٣١٨/٢ القول الأخير وهو التفصيل.

(٢) وسائل الشيعة ١٧٢/٢٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الاستيلاد، صحيحة محمد بن مارد.

(٣) وسائل الشيعة ١٥٨/٢٣، ح ٢، الباب ١٤ من أبواب المكاتبة، معتبرة السكوني، مع اختلافٍ يسير.

(٤) ليست لأُمٍّ الولد حقيقة شرعية فإذا استولدها من الزنا وكان الولد من المولى تكون الأمة أمٍّ ولد كما اعترف به الماتن من كفاية كون النطفة من المولى ولو كان الوطئ محرماً. [المؤلف]

فيصدق عليها كونها أم الولد، ولا وجه للانصراف»^(١).

الخامس: «لا يخفى أنَّ استفادة القاعدة الكلّية من الأخبار أو انعقاد الإجماع عليها لا ينافي وقوع الخلاف في بعض صغرياتها والاتّفاق على خروج بعض آخر؛ لأنَّ جميع القواعد العامّة قابلة للتخصيص، ففي الموارد التي انعقد الإجماع على الخروج لا كلام فيها، وأمّا في مورد الخلاف فيتمسك بعموم القاعدة، ويمنع جواز نقلها، لا من باب قاعدة المقتضي والمانع فإنّها لا أساس لها أصلاً، مضافاً إلى المنع عن وجود المقتضي للمنع حتّى يرد عليه: أنَّ مع إحراز المقتضي والشكّ في المانع يجب الحكم بترتب المقتضى - بالفتح - بل من باب أنَّ هذه القاعدة الكلّية من قبيل العناوين الأولى التي لا ينافيها طرؤ عنوان ثانويّ، فإذا أحرز العنوان الأوّل وشكّ في طرؤ العنوان الثانويّ الراجع لعموم المنع يتمسك بالعموم حتّى يثبت التخصيص، كما يتمسك به في الشكّ في رافعيّة الموجود لشبهة حكميّة أو مفهوميّة.

وبالجملة: يُستفاد من الإجماع والأخبار: أنَّ نفس عنوان كون الأمة أم الولد من العناوين الموجبة لخروج الملك عن الطلّقيّة، فإذا ثبت بدليل قطعيّ جواز نقلها في مورد فهو، وإلاّ يحكم بالعدم»^(٢).

صور جواز بيع أم الولد

الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبته الذي وقع في عقد المعاوضة:

[١] إذا كان للمولى دين

[٢] ولم يكن له ما يؤديه

[٣] وكان الدين ثمن رقبته بعد موت المولى.

«فإنّ جواز بيعها حينئذٍ موضع وفاق كما في الروضة^(٣) ولا خلاف فيه كما في

(١) منية الطالب ٢ / (٢٩٧-٢٩٥).

(٢) منية الطالب ٢ / ٢٩٧.

(٣) الروضة البهية: في التجارة ٣ / ٢٥٧.

نهاية المرام^(١) لصاحب المدارك والكفاية^(٢) والرياض^(٣)»^(٤).

«وأما إذا كان حياً أو كان له مال آخر أو لم يكن الدين في ثمن رقبته فخروجها عن عموم المنع ممنوع، لا سيما إذا كان له مال آخر، وإن كان الدين مستغرقاً فإن صاحب العين وإن كان أحق بماله في الدين المستغرق فيما إذا كان المديون حياً ولا يضرب مع الغرماء إلا أن هذا الحكم مخصوص بالمفلس، وأما الميت الذي لا ذمة له فصاحب العين أيضاً كسائر الغرماء، فإذا كان بعض أمواله متعلقاً لحق إلهي أو حق آخر لا يمكن تعلق الدين به ككونه أم الولد - مثلاً - لا يصح أخذه للدين.

وبالجملة: المتيقن من الخروج عن القاعدة هو المشتمل على القيود الثلاثة. ويدل عليه: صحيحة «عمر بن يزيد قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدى ثمنها، قلت: فيبيع فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا»^(٥). ولا يخفى أن هذه الصحيحة صريحة في القيد منها، وهما: كون الدين في ثمن رقبته، وعدم مال آخر لمولاه. وظاهرة في القيد الآخر، وهو: موت المولى، فإن ظاهر سؤاله عن أنه «لم باع أمير المؤمنين» أن البيع وقع منه عليه السلام بعد موت المولى، وإلا كان المناسب أن يقول: لم أمر أمير المؤمنين عليه السلام ببيع أمهات الأولاد. وهكذا ظاهر قوله عليه السلام: «ولم يدع من المال» أن هذه القضية كانت بعد موت المولى»^(٦).

(١) نهاية المرام: في الاستيلاء ٣١٥/٢.

(٢) كفاية الأحكام: في الاستيلاء ٤٧٣/٢.

(٣) رياض المسائل: في الاستيلاء ٣٩٥/١١.

(٤) مفتاح الكرامة ١٣٥/١٣.

(٥) من لا يحضره الفقيه ١٣٩/٣، ح ٣٥١٢؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧٠/٢٣، ح ١، الباب

٢ من أبواب الاستيلاء و ٢٧٨/١٨، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٦) منية الطالب ٢٩٨/٢ و ٢٩٩.

الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياة مولاهما

قد نص على الجواز في هذه الصورة في «الوسيلة»^(١) والغنية^(٢) والسرائر^(٣) والمختلف^(٤) والإيضاح^(٥) والدروس^(٦) واللمعة^(٧) وحواشي الشهيد^(٨) وتعليق الإرشاد^(٩) وجامع المقاصد^(١٠) والروضة^(١١) والمسالك^(١٢) وهو المنقول عن أبي علي^(١٣). ونسبه الشهيد^(١٤) في حواشيه إلى الشيخين، وستسمع أنه ظاهرهما. وظاهر الغنية^(١٥) أو صريحها الإجماع عليه. وقد أطلق جماعة^(١٦) فقالوا: تباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها مع إعسار مولاهما. وقضية كلامهم الجواز مع حياة المولى. وعبرة المقنعة^(١٧) والنهاية هي هذه: ولا يجوز بيعهنّ ولهنّ أولاد أحياء إلا أن يفلس السيّد ويكون أئمانهنّ ديناً فيبعن في

(١) الوسيلة: في العتق والتدبير والمكاتبة ٣٤٣.

(٢) غنية النزوع: في البيع ٢٠٨.

(٣) السرائر: في العتق والتدبير والمكاتبة ٢٣/٣.

(٤) مختلف الشيعة: في الاستيلاء ١٢٩/٨.

(٥) إيضاح الفوائد: في البيع ٤٢٨/١.

(٦) الدروس الشرعية: كتاب أمّ الولد ٢٢٢/٢.

(٧) اللمعة: في البيع ١١٢.

(٨) لم نعثر عليه في الحاشية التجارية المنسوبة إليه وأما غيرها من الحواشي فلا يوجد لدينا.

(٩) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٤٠/٩.

(١٠) جامع المقاصد: في البيع ٩٨/٤.

(١١) الروضة البهية: في بيع أمّ الولد ٢٥٧/٣.

(١٢) مسالك الأفهام: في بيع أمّ الولد ١٧٠/٣.

(١٣) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الاستيلاء ١٣٠/٨.

(١٤) لم نعثر عليه في الحاشية التجارية المنسوبة إليه وأما غيرها من الحواشي فلا يوجد لدينا.

(١٥) غنية النزوع: في البيع ٢٠٨.

(١٦) منهم البحراني في الحقائق ٤٥٠/١٨، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: في البيع ٩٨/٤،

والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط البيع ١٧٠/٣.

(١٧) المقنعة: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٦٠١.

قضاء الدين وإن كان أولادهنَّ أحياء^(١)، انتهى.

وهو - أي القول بالجواز مع حياة المولى - مذهب الأكثر كما في نهاية المرام لصاحب المدارك^(٢) والكفاية^(٣) والمشهور كما في المفاتيح^(٤) والأشهر كما في الرياض^(٥).

قلت: لم يُعرَفِ الخِلافُ إلَّا من السيّد المرتضى^(٦). وقد تردّد المحقّق^(٧) والمصنّف [العلامة] هنا [في القواعد^(٨)] وفي التحرير^(٩) والتذكرة^(١٠) وكأنّه مال إلى المنع في مجمع البرهان^(١١).

وقال صاحب المدارك في نهايته^(١٢) وصاحب الكفاية^(١٣) أنّ القول بالمنع نادر لكّنه لا يخلو من قوة^(١٤).

تدلّ عليها حسنة عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألتُه عن أمّ الولد تباع

(١) النهاية: في العتق والتدبير والمكاتبة / (٥٤٧-٥٤٦).

(٢) نهاية المرام: في الاستيلاء ٢ / ٣١٦.

(٣) كفاية الأحكام: في الاستيلاء ٢ / ٤٧٣.

(٤) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكية وتامها في العوضين ٣ / ٥٢.

(٥) رياض المسائل: في الاستيلاء ١١ / ٣٩٥.

(٦) الانتصار: في بيع أمّهات الأولاد ٣٨٣ / ٣.

(٧) شرائع الإسلام: في بيع أمّ الولد ٢ / ١٧.

(٨) القواعد ٢ / ٢٣.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية: في بيع أمّ الولد ٢ / ٢٨٠.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في بيع أمّ الولد ١٠ / ٤١.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أمّ الولد ٨ / ١٧١.

(١٢) نهاية المرام: في الاستيلاء ٢ / ٣١٦.

(١٣) كفاية الأحكام: في الاستيلاء ٢ / ٤٧٣.

(١٤) مفتاح الكرامة ١٣ / ١٣٦ و ١٣٧.

في الدَّيْنِ؟ قال: نعم في ثمن رقبتها.^(١)

وبهذه الحسنة تمسك الشهيد والمحقق الثانيان^(٢).

كما تدل عليها صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن أمّ الولد؟ قال: أمة تباع وتورث وتوهب، وحدها حدّ الأمة.^(٣)

المحمول إطلاقها على روايتي ابن يزيد فتباع في ثمن رقبتها.

ومن المعلوم أنّ موت المولى وعدمه لا يؤثر في صحة بيع أمّ الولد وعدمها لأنّ ثمن رقبة الأمة لا بدّ أن يؤدي بلا فرق بين حياة المولى وموته، فتقييد حسنة ابن يزيد بصحيحته الظاهرة في موت المولى وبقرينة أنّ لفظة «تباع» يستعمل في ما بعد الموت، كما يظهر من المحقق النائيني^(٤) غير تام.

فيظهر مما ذكرناه: «أنّ استيلاد الأمة يُحدث لها حقّاً مانعاً عن نقلها، إلّا إذا كان هناك حقٌّ أولى منه بالمراعاة»^(٥).

الصورة الثالثة: بيع أمّ الولد في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الأمة.

ولم يتمكن من أدائه، فيصح أن يطلق على هذا البيع أنّه «في ثمن رقبتها»^(٦) أو «في فكاه رقابهنّ»^(٧). فيكون البيع صحيحاً.

الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذي استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذي كان في

ذمة المولى

والدليل على ذلك صحة إطلاق هذا البيع من أنّه في ثمن رقبتها.

(١) وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح ٢.

(٢) راجع الروضة البهية ٢٥٧/٣؛ وجامع المقاصد ٩٨/٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧٩/١٨، ح ٣.

(٤) منية الطالب ٢٩٩/٢.

(٥) المكاسب ١٢١/٤.

(٦) وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح ٢، حسند عمر بن يزيد.

(٧) وسائل الشيعة ٢٧٨/١٨، ح ١، صحيحة عمر بن يزيد.

الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة

«كما إذا اشترط البائع على المشتري أن ينفق عليه مدَّة ولم يتمكَّن من الإنفاق إلَّا ببيع الجارية، أو اشترط عليه أن يخيِّط له ثوباً، أو يعمل عملاً يتوقَّف الوفاء به على بيع الأمة، فإنَّ بيعها للوفاء بالشرط بمنزلة بيعها لأداء بعض ما عليه من الثمن؛ لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن»^(١).

ولكن الصحيح أنَّه لا يصدق عليها أنَّها تباع في ثمن رقبته لأنَّ «قسطاً من الثمن وإن كان في اللبِّ واقعاً بإزاء الشرط إلَّا أنَّ في عقد المعاوضة لم يجعل بإزائه شيء فكيف يصدق أنَّها تباع في ثمن رقبته؟»^(٢).

الصورة السادسة: تعلُّق ضمان اليد بها

«بيعها لأداء قيمتها إذا تعلَّق بها ضمان اليد، كما إذا كان للبائع حقُّ الفسخ وفسخ بعد الاستيلاد، بناءً على جواز تصرُّف المشتري في زمان خيار البائع، وبناءً على أنَّ الاستيلاد، اللاحق مانع عن الحقِّ السابق، فحيث لا يمكن ردُّ نفس الرقبة فهي بمنزلة التلف، فلا بدَّ من ردِّ قيمتها، وإذا لم يتمكَّن منه فتباع لأداء القيمة التي يضمنها للمشتري»^(٣).

ولكن بيعها في هذه الصورة «بمنزلة بيعها في دينٍ آخر؛ لأنَّ المفروض أنَّه أدَّى ثمن رقبته، والبذل الذي يجب عليه الردُّ بعد الفسخ لا ربط له بثمن رقبته، مع أنَّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثمن وصحَّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصلي الذي باعها»^(٤).

الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها

«فيدفع ثمنها في الجناية، أو رقبته إن رضي المجني عليه، ولو كانت الجناية على

(١) منية الطالب ٢/ ٣٠٢.

(٢) منية الطالب ٢/ ٣٠٣.

(٣) منية الطالب ٢/ ٣٠٣.

(٤) منية الطالب ٢/ ٣٠٣.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / بيع أمّ الولد ٤٣٧

مولاهما لم يجز، لأنّه لا يثبت له على ماله مال»^(١).

الصورة الثامنة: إذا عجز مولاهما عن نفقتها

«ولو أمكن تأديها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه، وقوفاً فيما خالف الأصل»^(٢)
على موضع الضرورة^(٣)»^(٤).

الصورة التاسعة: إذا مات قريبها

«ولا وارث له سواها لتعتق وترثه وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق
بعد وفاة مولاهما»^(٥).

الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان

«فيقدم حقّ المرتهن لسبقه، وقيل: يقدم حقّ الاستيلاد، لبناء العتق على التغليب،
ولعموم النهي عن بيعها»^(٦).

الصورة الحادية عشرة: إذا كان علوقها بعد الإفلاس

«أي بعد الحجر على المفلس، فإنّ مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلّق حقّ
الدّيّان بالمال والخلاف هنا كالرهن»^(٧).

الصورة الثانية عشرة: بيعها عن من تنعتق عليه

«فإنّه في قوة العتق فيكون تعجيل خيرٍ يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إنّ المنع
من البيع لأجل العتق»^(٨).

(١) الروضة البهية ٢٥٧/٣.

(٢) المراد من الإصل هنا «الاستصحاب» أي استصحاب عدم جواز بيع الامة المستولدة.

(٣) المراد من الضرورة هو «امكان بيع بعضها»، فإنه إذا امكن ذلك يقتصر عليه.

(٤) الروضة البهية ٢٥٧/٣.

(٥) الروضة البهية ٢٥٨/٣.

(٦) الروضة البهية ٢٥٨/٣.

(٧) الروضة البهية ٢٥٨/٣.

(٨) الروضة البهية ٢٥٩/٣.

الصورة الثالثة عَشْرَة: جواز بيعها بشرط العتق

لما مرَّ من أنَّ المنع لأجل العتق «فإن لم يفِ المشتري بالشرط فسخ البيع وجوباً، فإن لم يفسخه المولى احتتمل انفساخه بنفسه، وفسخُ الحاكم إن اتفق»^(١).

الصورة الرابعة عَشْرَة: بيعها في كفن سيدها

«إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه»^(٢).

الصورة الخامسة عَشْرَة: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها

إذا أسلمت قبل مولاه الكافر أو أسلم أبوها أو جدها «وهي مجنونة، أو صغيرة، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه وهذه في حكم إسلامها عنده»^(٣).

الصورة السادسة عَشْرَة: إذا كان ولدها غير وارث

«لكونه قاتلاً، أو كافراً، لأنها لا تتعتق بموت مولاه حينئذ، إذ لا نصيب لولدها»^(٤).

الصورة السابعة عَشْرَة: إذا خرج مولاه عن الذمة

ومُلِكَتْ أمواله التي هي منها.

الصورة الثامنة عَشْرَة: إذا لحقت أم الولد

بدار الحرب ثم استرقت.

الصورة التاسعة عَشْرَة: إذا كانت لمكاتب

مشروط ثم فسخ كتابته.

الصورة أَلْعَشْرُون: بيعها في حق المضمون للمولى

«إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاد ثم أولدها، فإنَّ حقَّ المضمون له أسبق من حقَّ الاستيلاد كالرهن والفلس السابقين»^(٥).

(١) الروضة البهية ٣ / ٢٦٠.

(٢) الروضة البهية ٣ / ٢٦٠.

(٣) الروضة البهية ٣ / ٢٦١.

(٤) الروضة البهية ٣ / ٢٦٠.

(٥) الروضة البهية ٣ / ٢٦١.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / بيع أمّ الولد ٤٣٩

لا يخفى أنّ جلّ هذه الصور غير منصوطة وللنظر فيه مجال واسع كما اعترف به الشهيد الثاني وقال رحمته الله: «في كثير من هذه المواضع نظر»^(١).
وقد بحث الشيخ الأعظم^(٢) حول هذه الصور تفصيلاً وتبعه المحقق النائيني^(٣)
ولكن نظوي الكلام فيها لعدم وجود الموضوع في هذا الزمان ونكتفى بهذا المقدار
والحمد لله ربّ الأحرار.

(١) الروضة البهية ٢٦١/٣.

(٢) المكاسب ١٠٧/٤ وما بعدها.

(٣) المكاسب والبيع ٤٠٧/٢ وما بعدها.

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة

العين إذا تعلّق بها حقّ الرهن تكون المرهونة وهي ملك للراهن ولكن تعلّق عليها حقّ المرتهن فليست ملكاً طلقاً لتعلّق حقّ الغير بها وهذا الحقّ عُدّ مانعاً من التصرفات المالكي نحو البيع.

ثم إنّ هاهنا ثلاث نُكاتٍ لا بدّ من توضيحها في خلال البحث:
الأولى: اتفق الفقهاء على أنّ المالك الراهن «لا يستقلّ بالتّصرف يعني ليست للمالك حالة التّسلط على عينه بحيث كان جاز له قبل الرّهن أن يبيع ويؤجر ويهب ولكن ليست له هذه الحالة بعد الرّهن»^(١).

وقد حُكي^(٢) عن الشيخ^(٣) إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك.
الثانية: بيع المالك الراهن وعقده هل يقع باطلاً كليّاً؟ أم يكون موقوفاً فإذا يتبعه إذن المرتهن وإجازته يصير صحيحاً؟
ذهب إلى البطلان كلّ من أصحاب المقنعة^(٤) والمبسوط^(٥) والخلاف^(٦)

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ١٤/٥.

(٢) الحاكي هو الشيخ أسدالله التستري في المقابس ١٨٨/.

(٣) الخلاف ٢٥٣/٣، مسألة ٥٩.

(٤) المقنعة ٦٢٢/.

(٥) المبسوط ٢٠٩/٢.

(٦) الخلاف ٢٢٧/٣، مسألة ١٤.

شروط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / بين العين المرهونة ٤٤١

والمراسم^(١) والغنية^(٢) والسرائر^(٣) والمقابس^(٤). وظاهر الغنية^(٥) أو صريحها دعوى الإجماع على ذلك.

وذهب إلى أنَّ العقد الراهن موقوف على إجازة المرتهن كلَّ من أصحاب النهاية^(٦) والوسيلة^(٧) والشرائع^(٨) وإرشاد الأذهان^(٩) وتذكرة الفقهاء^(١٠) وإيضاح النافع^(١١) ومجمع الفائدة^(١٢) والحدائق^(١٣) والمكاسب^(١٤).

الثالثة: على فرض صحة عقد الراهن وتوقفه على إجازة المرتهن هل يجري هنا ما جرى في بيع الفضولي من الأقوال في الإجازة نقلاً وكشفاً أو لا؟ وأنَّ إجازة المرتهن هنا ليست إلَّا ناقلاً.

المانع من صحة بيع العين المرهونة

نعلم أنَّ الرهن لا يوجب زوال ملكية الراهن عن العين فيجوز له بيع ملكه لقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقوله ﷺ: لا يبيع إلَّا في ملك.

(١) المراسم / ١٩٢.

(٢) غنية النزوع / ٢٤٣.

(٣) السرائر ٢ / ٤١٧.

(٤) مقابس الأنوار / ١٩٠.

(٥) غنية النزوع / ٢٤٤.

(٦) النهاية / ٤٣٣.

(٧) الوسيلة / ٢٦٦.

(٨) الشرائع ٢ / ١٧.

(٩) إرشاد الأذهان ١ / ٣٦١.

(١٠) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٤٢.

(١١) إيضاح النافع، نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٣ / ١٤٢.

(١٢) مجمع الفائدة ٨ / ١٧١.

(١٣) الحدائق ١٨ / ٤٥٨.

(١٤) المكاسب ٤ / ١٥٤.

ولكن قد يقال بوجود المانع عن صحة هذا البيع. والمانع على أقسام:

١- الإجماع

الإجماع الوارد في الخلاف والغنية كما مرّ على عدم صحة بيع العين المرهونة. ولكن يرد عليه: أوّلاً: عدم تمامية هذا الإجماع لأنّ جماعة من الأصحاب يقولون بصحة هذا البيع ولكنّه موقوف على إجازة المرتّهن كما عليه الشيخ نفسه في النهاية كما مرّ.

وثانياً: وجود أخبار على ما ادعاه الشيخ في ذلك ومن المحتمل أنّها كانت مدرك هذا الإجماع.

وثالثاً: قد ادعي في المقام وجود مانع عقلي عن صحة هذا البيع ويمكن استناد المجمعين إلى هذا المانع العقلي في الحكم بعدم صحة هذا البيع.

فلا عبره بهذا الإجماع في المقام ولا بدّ من البحث حول الأخبار والمانع العقلي المدّعى.

٢- الأخبار

منها: قوله ﷺ: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.^(١)

وأرسلها العلامة عنه عليه السلام في المختلف^(٢).

وأما من حيث الدلالة فتقريب الاستدلال: أنّها تمنع طرفي الرهن عن التصرف في العين المرهونة:

«أما من جهة الموضوع، فلا يخفى أنّ التصرف قد يكون خارجياً كالأكل واللبس، وقد يكون اعتبارياً كالبيع والصلح والهبة.

وأما من جهة الحكم المحمول، فإنّ العنوان المأخوذ في المرسلة هو كونهما ممنوعان من التصرف، وإطلاق المنع عن التصرف يقتضي المنع بقول مطلق، ومعلوم أنّ

(١) درر اللآلي ٣٦٨/١ لابن أبي جمهور الأحسائي ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٤٢٦/١٣،

ح ٦.

(٢) مختلف الشيعة ٤٢١/٥.

هناك فرقٌ جوهري بين مطلق المنع والمنع المطلق، فلو كان مدلول المرسلة مطلق المنع كانت عاجزة عن الدلالة على بطلان البيع، بخلاف ما إذا أفادت المنع المطلق؛ لأنَّ مثل هذا المنع يدلُّ على الممنوعيّة بقول مطلق، الشامل المنع عن التصرف تكليفاً ووضعا، وتكون النتيجة بطلان بيع العين المرهونة»^(١).

قد يناقش على هذا التقريب بوجهين:

١- المنع من التصرف: مختص بالتصرفات الخارجية دون التصرفات الاعتبارية، لعدم صدق التصرف عرفاً في الاعتبارية منها، فلا يصدق على مجرد البيع أو الإتهاب عنوان التصرف ولا أقلُّ أنَّه مشكوك الصدق فلا تعمها المرسلة. ويجب عنه أولاً: التصرف صادق عرفاً على التصرفات الاعتبارية من المالك الأصيل الذي عُدَّ ذو الحق فيها. وثانياً: قد اعتبر الفقهاء التصرفات الاعتبارية الصادرة من طرفي الرهن تصرفاً في المال.

٢- المنع من التصرف هل هو حكم تكليفي أم يعمُّ الوضعي؟ والظاهر أنه تكليفي محض فلا يدلُّ على بطلان البيع. ويرد عليه: حيث ثبت أنَّ المراد من التصرف أعمُّ من الخارجي والاعتباري فكذلك المنع عنه بمقتضى إطلاقه يكون منعاً للراهن والمرتهن التصرف في العين تكليفاً ووضعا.

لا يقال: فيلزم من حمل المنع على التكليف والوضع استعمال اللفظ الواحد في المعنيين والمشهور لا يجوزونه.

لأنَّنا نقول: نحن لا نمنع من استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما مرَّ في أبحاثنا الأصولية، مضافاً إلى أنَّ المنع من استعمال اللفظ في المعنيين لا تسري إلى موادَّ الجُلِّ والمنع والرخصة ونظائرها، لأنَّ هذه المواد قادرة على تحمُّل كلا المعنيين

(١) العقد النضيد ٥ / ١١٩.

«والشاهد على ذلك أنّ الفقهاء استفادوا من إطلاق الحليّة في قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حليّة البيع وحرمة الرّبا وضعاً وتكليفاً، أي حليّة البيع ونفوذه وحرمة الرّبا وبطلانه، والمرسلة من هذا القبيل، فإطلاق المنع فيها يفيد ممنوعيّة مطلقاً، الشاملة لجهتي الوضع والتكليف، لا أحدهما بالخصوص، لاستلزامه المنع من جهة لا مطلقاً»^(١). لا يقال: «إنّ دعوى عموميّة المنع للجهتين، تصحّ فيما إذا كان إسناد الحِلِّ والحرمة إلى ذات الفعل، كما في الآية الشريفة، وأمّا إذا كان إسنادهما إلى الفاعل فإنّ إطلاق المنع اختصاصه بالتكليف دون الوضع.

وبعبارة أخرى: هناك فرقٌ بين إسناد الحكم إلى الفعل وإلى الفاعل، أمّا في الأوّل فإنّ الحرمان من الفعل بقول مطلق يقتضي الوضع والتكليف معاً، أمّا في الثاني فإنّ نسبة الحرمان إلى الفاعل يقتضي التكليف دون الوضع»^(٢).

لأنّا نقول: «أنّ دعوى التفصيل المذكور ممنوعة، بل إنّ دلالة نسبة الحكم إلى كليهما على حدّ سواء، فكما أنّ ممنوعيّة الفعل بقولٍ مطلق، حيث تقتضي الوضع والتكليف، كذلك الحال في ممنوعيّة الفاعل بقولٍ مطلق، حيث تقتضي عدم الرخصة، وعدم الصحّة معاً، وإلاّ لو انحصرت بخصوص التكليف دون الوضع لما صدق عليها الممنوعيّة بقولٍ مطلق»^(٣).

«وبالجملة: ثبت اندفاع ما نُوقش في دلالة المرسلة موضوعاً وحكماً. فمن جهة الموضوع، ثبت بطلان ما قيل من اختصاصها بالتصرّفات الخارجيّة دون الاعتباريّة.

ومن جهة الحكم أيضاً ثبت إطلاقها الشامل للحكم الوضعي والتكليفي، ولذلك فإنّها دالّة على المنع مطلقاً»^(٤).

(١) العقد النضيد ٥ / ١٢٢.

(٢) العقد النضيد ٥ / ١٢٢.

(٣) العقد النضيد ٥ / ١٢٣.

(٤) العقد النضيد ٥ / ١٢٣.

٣- المانع العقلي وهو التنافي بين البيع والرهن

قد مرَّ أنَّ حقيقة البيع إمَّا تبديل «طرفي الاضافة - على مسلك المحقِّق النائي- أو تمليك عين بعوض، بحسب مسلك الشيخ رحمته الله.

أما حقيقة الرهن:

أ: في كلمات اللغويين: فقد استعمل الرهن في كلمات اللغويين:

تارة: في الثبات والدوام، كقولهم: (نعمة راهنة) أي ثابتة ودائمة.

وأخرى: في معنى الحبس.

وعليه فاللفظ مشترك بينهما.

ولكن من الصعب الالتزام بالاشتراك اللفظي؛ لأنَّ اللغويين غالباً ما يستعملون المفهوم بدل المصداق أو بالعكس، أي يُدخلون خصوصيات المصداق وآثاره في ضَمْنِ معنى اللفظ ومفهومه، وكذلك بالعكس، ومن هنا يمكن القول بأنَّ التحقيق في معنى الرهن يرشدنا إلى أنَّ له معنى واحد وهو الحبس، نعم الثبات والدوام متلازمان له....

ب: في كلمات الفقهاء: فقد عرّفه الفقهاء بأمرين:

(١) الحبس، (٢) وكونه استيثاقاً للدَّين.

أما الأمر الثاني: فلا اعتبار به، لأنَّ الاستيثاق يعدُّ غرض الراهن لا حقيقة الرهن

وواقعه.

أما الأمر الأول: فبالرغم من مساعدة اللغة له، لكن لو دقّقنا في حقيقة الأمر لوجدنا أنَّ الرهن ليس عين الحبس ظاهراً، وإنَّ يتضمَّن الأول بعض خصائص الأخير، والشاهد على ذلك صحّة إنشاء كلّ واحد منهما مستقلاً دون أن يتبادر معنى الآخر إلى ذهن المنشئ والسامع، فيصحّ القول: (حبستُ هذه العين) و (رهنْتُ هذه العين)، وهذا شاهد على أنَّ الحبس لا يعدُّ عين الرهن ولا حقيقته، بل إنَّ الرهن سنخ معنًى يكون لازمه الحبس، وإدخال الحبس في حقيقة الرهن يعدُّ خلطاً بين اللازم والملزوم....

بعد وضوح هذه المقدّمة، الحقُّ أنَّه لا تنافي بين الإِستيثاق للدَّين والبيع عقلاً، فيما لو قلنا ببقاء حقّه على العين، وإمكان استنقاذ ماله حتّى ولو انتقلت بالبيع إلى الغير؛ لأنَّ

مجرد الانتقال لا ينافي مع قدرة الدائن على استنقاذ حقه من العين الثابتة في يد المشتري.

نعم، لو قيل إن الانتقال يؤدي إلى عجز المرتهن عن استرجاع ماله لو امتنع الراهن، فإن البيع يعد منافياً للاستيثاق، ولكنه ممنوع والحق هو الأول. والحاصل أن مجرد الانتقال من خلال البيع لا ينافي الرهن، والشاهد على ذلك أنه لو مات الراهن، فإن دليل الإرث لا يتخصص، بل تنتقل ملكية العين المرهونة من الراهن إلى الورثة متعلقاً بها حق الرهانة، ولا يخفى وحدة البيع والإرث، لأن الأول انتقال اختياري، والآخر انتقال قهري، والفرق بينهما كالفرق بين المصدر واسمه، فجهة المصدرية لا تأثير لها في حقيقة الأمر، فإذا وجدت المنافاة تكون في جهة اسم المصدر؛ أي في انتقال العين من الراهن، وإلا فإن مجرد إنشاء النقل لا يعقل كونه منافياً مع الرهن وحقيقته، فالمعنى الاسم المصدري موجود في الإرث من دون أن ينافي الرهن بالضرورة.

وعليه، فلا مانع من وقوع البيع أو الصلح على العين المرهونة.

أمّا في صورة الشك: أي إذا تردد الفقيه في معرفة حقيقة الرهن، ووصل الدور إلى الشك فيها، فإن الشبهة الحاصلة حينئذ تكون شبهة مفهومية، ومقتضى القاعدة لزوم التمسك بعموم دليل الحل وإطلاقه، حيث يشملان بيع الرهن، وعلى مدعى البطلان إبداع المانع عقلاً أو شرعاً، فيعود الشك حينئذ إلى تحقق المانع العقلي بالنسبة إلى البيع، والقاعدة الثابتة هي أنه متى تمّ مقام إثبات الإطلاق، وعاد الشك إلى قيام المانع العقلي وعدمه، فإن حجّية الإطلاق والعموم - من جهة حجّية مثبتات الأصول اللفظية - تدفع الشك من جهة احتمال قيام المانع العقلي.

والنتيجة: هي صحة البيع إلا فيما إذا ثبت قيام المانع العقلي عنها.

وخلاصة البحث: ثبت ممّا ذكر أنّه لا دليل على المنع من بيع العين المرهونة، كما أنّه لو وصل الدور إلى الشك في جواز البيع وعدمه، فإنّ إطلاقات أدلة جواز البيع ونفوذها وعموماتها تدفعان مثل هذا الشك، إذ ليس مقابل عموم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ» من مانع يمنع عن نفوذهما إلا أن المانع، وقد بحثنا عن الموانع العقلية والنقلية المدعاة، وثبت أنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً^(١).

القولان في بيع العين المرهونة

قد مرّ^(٢) القولان في بيع العين المرهونة وهما:

١- البطلان

٢- الصحة إذا لحقه إذن المرتهن.

وأما أدلتهما:

١- أدلة القول بالبطلان

مضافاً إلى ما مرّ، ذهب صاحب المقابس إلى البطلان مستدلاً له: أن النهي المتعلق بالمعاملة على قسمين:

«تارة: يكون النهي متوجّهاً إلى أمر خارج عن ذات المعاملة، ومثله لا يستلزم بطلان المعاملة، كالنهي عن البيع وقت النداء، فإن النهي برغم تعلّقه بعنوان البيع، لكنّه قد تعلّق به من جهة أمر خارج عن البيع وهو مزاحمة البيع لصلاة الجمعة، فإذا لاحظنا الآية الشريفة^(٣) نجد أن الأمر لبّاً قد توجّه إلى لزوم القيام بصلاة الجمعة فوراً، أمّا النهي فلم يتوجّه إلى البيع بما هو بيع، بل توجّه إليه باعتباره يزاحم الجمعة، ولذلك يعمّ كلّ ما يمنع الإنسان عنها سواء كان بيعاً أم غيره، وعليه فلا يُعَدُّ البيع - ولو وقع - فاسداً ومفسداً إذ لم يتوجّه إليه النهي بخصوصه، بل النهي توجّه إلى مطلق المزاحم الذي انطبق على البيع. وأخرى: يكون النهي متوجّهاً إلى ذات المعاملة لا لأمر خارج عنها، ومثله يستلزم بطلان العقد وفساده.

أمّا الصغرى: أن النهي المتوجّه إلى بيع الراهن يعدّ من مصاديق القسم الثاني دون الأوّل، لأنّ النهي توجّه إلى بيع الراهن بذاته، مثل النهي المتوجّه إلى بيع الوقف وأمّ الولد

(١) العقد النضيد ٥ / (١٢٧-١٢٤) باختصار وتلخيص.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٤٤٠.

(٣) سورة الجمعة / ٩.

ممّا يوجب بطلانه وفساده.

ثمّ قال المحقّق التستري: معترضاً على نفسه بقوله:

فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع - كما دلّت عليه الرواية - فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.^(١)

وأجاب عنه بما خلاصته: أنّ التصرف المنهي عنه على قسمين:

تارة: يعدّ تصرفه في مال الغير تصرفاً تكوينياً وانتفاعاً منه، فهو محرّم ولا تحلّله الإجازة اللاحقة، وذلك بمقتضى إطلاق قوله: «لا يحقّ لأحد أن يتصرّف في مال الغير إلّا بإذنه».

وأخرى: يعدّ تصرفه تصرفاً اعتبارياً كالعقد والإيقاع، وهو على قسمين:

١- تارة: يقعان نيابة عن المالك أو عمّن بيده الأمر من الإيقاعات كالطلاق والعتق.

٢- وأخرى: يقعان مُستقلّين عن الغير.

أمّا التصرف الاعتباري على النحو الأوّل: فإنّه يمكن تصحيحه من خلال الإجازة؛ لعدم تعلّق النهي به فضلاً عن أنّ العقد والإيقاع الواقعان نيابة لا يصدق عليهما التصرف في مال الغير. والعقد الفضولي من هذا القبيل.

أمّا التصرف على النحو الثاني: كبيع الغاصب عن نفسه، فإنّه يعدّ تصرفاً في مال الغير الذي توجّه إليه النهي بذاته.

فإذا اعتبرنا بيع الفضول من هذا القبيل عدّاً باطلاً، وأمّا إذا اعتبرناه من القسم الأوّل فليس يبطل.

وبالجملة: دَفَع المحقّق التستري عمّا قد يرد عليه من النقص ببيع الفضولي بقوله: «العقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً وقد لا يكون كذلك».

(١) كما نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٤/ ١٥٦.

ثمَّ يقول في مجال تطبيقه على البيع المرهون: إنَّه تارةً يلاحظ من جهة بيع المرتهن، وأخرى المالك [الراهن].

أمَّا الأوَّل: الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقِّه، أو إلى زعم التسلُّط عليه بمجرد الارتهان، كان منهيًّا عنه. وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرَّد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلَّق به النهي أصلاً.

أمَّا الثاني: وهو البيع الصادر من المالك [الراهن]، فإنَّه باطلٌ «لما حُجِّر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلَّا مستنداً إلى ملكه، لانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصده النيابة، فهو منهيٌّ عنه، لكونه تصرفاً مطلقاً ومنافياً للحجْر الثابت عليه»^(١) «^(٢).

مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها

ناقش الشيخ الأعظم في كلام صاحب المقابس من خلال ستة مناقشات: «المناقشة الأولى: «منع الفرق في الحكم بين ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة»^(٣).

بيان ذلك: إنَّ ما يتحقَّق من خلال البيع أمرٌ واحد وهو تمليك عين بمال - حسب تفسير الشيخ -، سواء صدر ممَّن أوقعه نيابةً عن الغير أو مستقلاً؛ لأنَّ الحقيقة الحاصلة من خلال البيع هي وقوع المعاملة بين المالكين، وأمَّا طرفي المعاملة فهما أجنبيَّان عن حقيقته، ولذلك فإنَّ صدوره عن المالك أو عن الغير مستقلاً أو غير مستقلٍّ لا تأثير لها في الحقيقة الحاصلة، وعليه فإنَّ بيع الغاصب - مستقلاً أو نيابةً عن المالك - لا مدخلية له في المبادلة الحاصلة بين المالكين من خلال الإنشاء.

نعم، المعاملة الحاصلة إذا لحقتها الإجازة تكون نافذة وإلا فلا، وإجازة المالك وتوقُّع صدورها خارجان عن حقيقة البيع المنشأ.

(١) كما نقل عنه في المكاسب ١٥٧/٤.

(٢) العقد النضيد ٥ / (١٤٠-١٣٨).

(٣) المكاسب ١٥٨/٤.

المناقشة الثانية: (منع اقتضاء مطلق النهي لا لأمر خارج، للفساد)^(١).
أي لو تنزّلنا وسلّمنا بأنّ الإنشاء الصادر من الغاصب والفضول يعدّ تصرفاً منهياً عنه، إلّا أنّ مثل هذا النهي لا يستلزم الفساد، فضلاً عن أنّ مجرد الإنشاء لا يعدّ تصرفاً في مال الغير ولا غصباً له.

ردّ المناقشة الثانية

يقتضي المقام البحث عن أمرين:

(١) عن حقيقة التصرف.

(٢) وعن أنّ النهي لا لأمر خارج لا يقتضي الفساد:

الأمر الأوّل: أنّ حقيقة التصرف لغة هي التغيير، وصرف الشيء من حالٍ إلى حالٍ آخر، ولا يخفى أنّ الشارع عدّ فهم العرف معياراً لمعرفة مداليل الأحكام الشرعية وحدودها، فإذا كان معنى التصرف عندهم منصرفاً إلى التبدلات والتحوّلات الخارجية، ثبت كلام الشيخ، لكن الصحيح أنّ العرف يرى مفهوم التصرف أعمّاً منهما، بمعنى أنّ ما يصدر من المالك من إنشاء البيع لأمواله يعدّ تصرفاً عرفاً، حتّى قبل تحقّق تسلّط المشتري على المال، وأمّا الإنشاء الصادر ممّن ليس له الأهلية العرفية والعقلانية كالفضول لا يعدّ تصرفاً يترتّب عليه الأثر.

نعم، تسلّط الغاصب على المال وقيامه بالإنشاء الذي يعدّ موضوعاً للأثر عند العقلاء، موجبٌ لصدق عنوان التصرف عرفاً، ومن مصاديقه قيام السلطان الجائر ببيع أموال التّاس لصدق التصرف عرفاً على الإنشاء الصادر منه.

وبناءً عليه، فإنّ للتستري أن يرد على الشيخ موجبة جزئية بقوله: إنّ الفعل الاعتباري الصادر ممّن له كلمة نافذة وجهة استقلالية عرفاً - كالمالك والغاصب والسلطان - يصدق فيه عنوان التصرف.

الأمر الثاني: يدّعي الشيخ أنّ النهي وإن تعلّق بنفس عنوان المعاملة والبيع، إلّا أنّنا

لا نعتقد بأنَّ كلَّ نهْيٍ متعلِّق بعنوان غير خارجٍ عن المعاملة يقتضي الفساد، لأنَّ هناك فرقاً بين باب التكاليف وباب الوضعيات، فما يجري في الأوَّل لا يجري في الثاني بالضرورة، وكذلك العكس.

هذا فضلاً عن أنَّه يجب ملاحظة متعلِّق النهي المولوي، حيث يعتبر في المتعلِّق: الإضافة إليه سبحانه وتعالى تارةً؛ وأخرى لا يعتبر فيه الإضافة إليه سبحانه.

والنهي في الأوَّل يستلزم فساد المتعلِّق؛ لأنَّ العمل المنهي عنه لا يجتمع مع الإضافة إليه سبحانه، ولذلك نحكم بأنَّ النهي التكليفي في العبادات يستلزم الفساد، لمنافاته مع عنوان العبادة.

وأما النهي في النوع الثاني - كالنهي عن البيع - فإنَّه لا يستلزم فساد متعلِّقه، إذ لا ملازمة عقلية ولا شرعية ولا عرفية بين النهي وحقيقة البيع، فيصحَّ البيع ويشمله عموم دليل الحلِّ.

وبعبارة أخرى: يدَّعي الشيخ أنَّه يصدق على هذا التبادل عنوان البيع، فيندرج في موضوع دليل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» حيث أنَّ مقتضيه تامٌّ، وممانعه الحرمة التكليفية المنحصرة [وهي لا تدلُّ على بطلان البيع فـ] يثبت صحة العقد برهاناً لوجود المقتضي وفقد الموانع. وقد تابع الشيخ في دعواه المذكورة جماعة، وحكموا بأنَّ النهي التكليفي لا يوجب الفساد إلَّا إذا كان إرشادياً، وبالتالي فقولُه ﷺ: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف» نهْيٌ متوجّه إلى مثل هذه المعاملة، لكنَّه نهْيٌ تكليفي لا يستلزم الفساد؛ أي بالرغم من أنَّ النهي المتعلِّق في المقام لم يكن متعلِّقاً لأمْرٍ خارج عن العقد، لكنَّه لا يقتضي فساد المعاملة، ولا يوجب منع صحتِّها ونفوذها.

قال الأستاذ المحقِّق - مدَّ ظله -: إنَّ دليل صحة إمضاء هذا العقد لا يخلو: إمَّا دليل الحلِّ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» أو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وفي كليهما فإنَّ السَّؤال المُثار حينئذٍ هو أنَّه:

هل يعقل أن يأمر الشارع بحلِّية البيع وبوجوب الوفاء به مطلقاً حتَّى وإن كان العقد

مبغوضاً شرعاً ومتعلّقاً لنهيهِ؟

ولا شكَّ أنَّ إطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط والعقد والوعد منصرفٌ عرفاً عن العقد والشرط والوعد المبغوض، وعليه فإنَّ إطلاق الدليلين إمّا منصرفٌ عن مثل هذا العقد المبغوض شرعاً، أو أنّه مشكوك الصدق.

أقول: الحقُّ مع الشيخ الأعظم من أنَّ النهي التكليفي لا يستلزم بطلان المعاملة، بل يدلُّ على صحتها لما مرَّ مفصلاً في باب النواهي في علم الأصول فراجع هناك.

المناقشة الثالثة: دعوى المحقّق التسري في التفريق بين بيع الراهن وبيع المرتهن ممنوعة ولا وجه له.

بيان ذلك: التزم المحقّق التسري بالتفصيل، وأنّه لو باع المرتهن متوقّعاً الإجازة صحّ، وإن باع مستقلاً بطل، لكنّه حَكَمَ على بيع الراهن بالبطلان مطلقاً.

أمّا الشيخ فقد التزم بالتفصيل في بيع الراهن وحَكَمَ في المرتهن بالبطلان مطلقاً، رادّاً بذلك على التسري بأنَّ حكم الراهن كالمرتهن، فكما يبيع تارةً متوقّعاً الإجازة ممّا يقتضي الحكم عليه بالصحة التأهليّة، كذلك قد يبيع مستقلاً غير متوقّع للإجازة، فإنّه لا بدّ من الحكم عليه بالبطلان، لصدق عنوان التصرف الممنوع عليه فعله ممّا يقتضي البطلان. وعليه فتفصيل التسري ممنوعٌ.

أقول: مناقشة الشيخ له تامّة لا غبار عليها، إذ لا دليل على أنَّ بيع المرتهن المتوقّع للإجازة صحيح دون بيع الراهن المتوقّع لها، وبالتالي فالتفصيل ممنوع ولا بدّ من تسوية الحكم بينهما.

المناقشة الرابعة: إنَّ اقتضاء العمومات والإطلاقات تامّ الدلالة على صحة بيع الراهن باعتبار كونه مالاً وما صدر منه مضداً للبيع، والمانع عن صحّته لا يخلو: إمّا أنّه الإجماع أو المرسلة.

أمّا الإجماع: فهو دليلٌ لبّي ينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو خصوص ما إذا باع ولم يترقّب الإجازة، فضلاً عن أنَّ المجمعين التزموا بصحة بيع الراهن بالإجازة، ممّا يوجب إجمال وسقوطه في مقابل عموم العام الدالّ على الصحة.

أمَّا المرسلة: فإنَّه وإن حمل المنع فيها على تصرّف الراهن والمرتهن معاً، لكن قيام القرينة القطعية على أنَّ تصرّف المرتهن ليس ممنوعاً مطلقاً، بل المرسلة تمنع عنه فيما إذا لم يلحقه إجازة الراهن، فهذه القرينة مع ملاحظة وحدة السياق بينهما تفيد وحدة حكم الراهن والمرتهن، وأنَّ بيع الراهن يعدّ باطلاً فيما إذا لم تلحقه الإجازة، ولا أقلَّ أنَّ المرسلة تصبح مجعولة، والقاعدة تقتضي رفع اليد عن عموم العام بمقدار المتيقّن عند تعارض العموم والإطلاق مع المقيّد والمخصّص المجمل المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، وما نحن فيه يعدّ من صغريات هذه القاعدة، فإنَّ المرسلة المخصّصة مرّددة ومجعولة بين مطلق بيع الراهن أو خصوص ما لا تلحقه الإجازة، ويقتضي ذلك حجّة العام إلّا في المتيقّن.

المناقشة الخامسة: «ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد^(١) فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحقّق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كلّ منهما لحقّ الغير، فإنَّ منع الله جلّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النهي عنه لحقّ الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن»^(٢).

بيان ردّ الشيخ: يقول عليه السلام في هذه المناقشة الصحيحة التي لا غبار عليها، أنّه بالرغم من أنَّ مورد التعليل في روايات العبد عمّن تصرّف في حقّ الغير، وهو المولى، إلّا أنَّ المدار على الوارد وهو التعليل الدال على أنّه متى كان العصيان من جهة حقّ الخلق، أمكن تصحيحه من خلال الإجازة، ومتى كان من جهة حقّ الخالق فإنّه باطل لعدم إمكان تصحيحه، والعلة المذكورة جارية فيما نحن فيه، والنهي المذكور في المرسلة إنّما هو بلحاظ حقّ المرتهن، وهذا الحقّ مشترك في تصرّف الفضولي والراهن بالبيع، والعبد بالنكاح.

المناقشة السادسة: «ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأمّ الولد، ففيه أنَّ الحكم فيهما تعبّد، ولذا يؤثّر الإذن السابق في صحّة البيع، فقياس الرهن عليه في

(١) المراد منه التعليل المذكور في روايات نكاح العبد بقوله عليه السلام: «إنّه لم يعص الله وإنما عصي سيّده». راجع وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١ صحيحة زرارة و ١١٥/٢١، ح ٢ موثقة.

(٢) المكاسب ١٥٩/٤.

غير محلّه»^(١).

بيان الفرق: بالرغم من أنّ الفقهاء حكموا ببطان جميع هذه البيوع الأربعة - بيع الراهن والمرتهن والوقف وأمّ الولد - لأجل فقدان الطلقة فيها، لكن يجب أن نفرّق بين الأولين والآخرين، ففي الآخرين لا تأثير للإذن في صحّة بيعهما؛ بخلاف الأولين حيث أنّ إذن المرتهن يؤثر في صحّة بيع المرهونة، وعليه فإنّ تأثير إذن المرتهن وعدم تأثير إذن الموقوف عليهم، دليل على أنّ المنع في الآخرين تعبدي لا يرفعه الإذن، دون المنع في بيع الراهن، فإنّه قابل للرفع من خلال الإذن.

وخلاصة الكلام: ثبت من خلال هذه المناقشات اندفاع دعوى المحقّق

التستري»^(٢).

٢- أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن

استدلّ الشيخ الأعظم^(٣) بالأدلة التالية:

١- الاستدلال بالأدلة العامة

نحو إطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وعموم قوله - عزّ وجلّ -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإطلاق قوله سبحانه: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تِزَاضٍ﴾ وغيرها من الاطلاقات والعمومات.

وهذه الأدلة العامة تدلّ على صحّة بيع الراهن لو لحقه إذن المرتهن بعد البيع ولا تدلّ على مقارنة إذنه مع عقد البيع.

ويرد عليه: إنّ الأدلة العامة خُصّصت بعقد الرهن فلا يجب الوفاء بعقد البيع مادامت العين المرهونة في الرهن فلا تشمل الأدلة العامة، يعني مادام لم تأت الإجازة لم يصح البيع.

وأما بعد صدور الإجازة من المرتهن، يدخل في أنّ خروج فرد من تحت العام في

(١) المكاسب ٤/ ١٥٩.

(٢) العقد النضيد ٥/ (١٤٦-١٤٠).

(٣) المكاسب ٤/ ١٥٤ وما بعده.

زمان بتخصيص عقلي يمنع من التمسك بالعام بعد مُضيِّ ذلك الزمان، ومنعه الشيخ الأعظم إلا أن يكون تخصيصاً عنوانياً، وليس الأمر كذلك فلا تشمل الأدلة العامة بيع الراهن ولو بعد صدور الإجازة من المرتهن. فتأمل.

٢- التعليل الوارد في صحة نكاح العبد

ورد التعليل في موثقة زرارة: «إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنما عصى سيده ولم يعص الله، الحديث^(١)».

وورد في صحيحته: «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز له فهو له جائز^(٢)» بتقريب: «أنَّ كلَّ عقد كان النهي عنه لحقَّ 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^(٣)».

وبعبارة أخرى: «تفيد العلة المذكورة أنَّ المانع هي مخالفة حقِّ الخالق دون الخلق، وأنَّ مخالفة الأخيرة لا تضرّ، فإذا أجاز جاز وإلا فلا، وأنه برضا الخلق يرتفع المنع، كما هو الحال في المقام، فإنه برغم قيام الدليل على أنَّ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» لكن هذا المنع لم يكن بمثل المنع في الوقف أو البيع الغرري، بل منعٌ بلحاظ حقِّ المرتهن، فإذا أجاز جاز مثل صحة نكاح العبد بعد الإجازة^(٤)».

وقد يناقش عليه: لا يمكن استفادة الصحة في بيع الرهن من التعليل الوارد في نكاح العبيد «لأنَّ حقَّ المرتهن هنا، ليس من قبيل حقِّ السيّد بل الرّهن، عقدٌ ومعاملةٌ وقوله عليه السلام: «إنه لم يعص الله بل إنما عصى سيده...» لم يكن راجعاً إلى العقود بل يمكن أن يقال: «إنَّ الرّاهن، إذا باع العين المرهونة إنما عصى الله» لأنَّ عقد الرّهن، ممّا أمضاه الشّارعُ وأنه أقدم على خلاف ما أمضاه الشّارعُ فليس معلوماً أنَّ المراد من عصيان الله،

(١) وسائل الشيعة ١١٥/٢١، ح ٢، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١.

(٣) المكاسب ١٥٤/٤.

(٤) العقد النضيد ١٢٩/٥.

عصيانُ الحكم التّكليفيّ [فقط] بل [يمكن أن يكون] المراد منه العصيان على ما امضاه الشارعُ من عقد الرّهن [فيشمل عصيان الحكم الوضعي أيضاً]»^(١).
وبالجملة: تحقق عقد [وهو الرهن] والشارع لم يمتض ضدّ هذا العقد.

٣- فحوى أدلة صحّة الفضولي

«الأدلة الواردة في المنع عن بيع العين المرهونة، إنّما تفيد عدم استقلالهما في التصرف، لأنّ البيع الواقع عليها باطلٌ من أساسه، ولا يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة أو الإذن السابق.

بيان ذلك: إنّهُ لا شكّ أنّ الحقّ أهون من الملك، لأنّ الملك يتضمّن الحقّ بمعناه اللغوي - أي الثبوت - وزيادة، فالملكيّة تتضمّن حقّاً أكد وأقوى من الحقّ المجرد، وعليه فإذا اعتبرنا الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك، فلا نقاش في أنّ الملكيّة تعدّ مرتبة أقوى من الحقّ، وإن لم نقل بذلك، فلا نقاش في أنّ ارتباط المالك بالمملوك أقوى وأكّد من ارتباط الحقّ بصاحبه.

وبناءً على هذه المقدّمة، إذا أفاد النّهي عن العقد الفضولي، مجرد عدم استقلال البائع في التصرف دون بطلان أصل المعاملة، فإنّ ذلك يكون في الحقّ بطريق أولى، ومن المعلوم أنّ هذه الأولويّة عرفيّة وليس من باب تنقيح المناط، بمعنى أنّه إذا لاحظ العرف أنّ الدليل لا يفيد بطلان بيع مال الغير من أصله، بل يعلّق صحّته على إجازة المالك، عرّف أنّ بيع متعلّق حقّ الغير يكون أولى بالصّحة بالإجازة من بيع ملك الغير»^(٢).

وقد تأمّل في هذا الفحوى بـ «أنّه يلزم احتساب الفحوى بالنسبة إلى لسان الأدلّة لا بالنسبة إلى المناسبات والاستحسانات وأشياء خارجة عن مضمون الأدلّة وما يكون في باب الفضوليّ، أنّ [بإجازة المالك] صار العقد، عقده بحيث تشملته العمومات من: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره كما صرح به السيّد بالله في العروة.

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٢٥/ ٥.

(٢) العقد النضيد ١٢٩/ ٥.

وهذا، دليل صحة الفضولي وإلا قبل الإجازة، لا تشمل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقد المالك فمعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يعني «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيها المالكون». ومن المعلوم: إن هذه الحالة، ليست في بيع الرّاهن لأنّ في بيع الرّاهن كان العقد، عقد المالك فالإجازة اللاحقة، لا تؤثر فيما قبل من حيث الأدلة حتى يقال بالفحوى فليس هنا مناط حتى يقال بأنّه جارٍ فيما نحن فيه بالطريق الأولى.

بالجملة: في باب الفحوى، يلزم أن يكون شمول الأدلة أو المناط الذي يُستفاد من الأدلة، أخفى في الرفع مع أنّه ليس الأمر كذلك هنا لأنّ المناط، كان أقوى في الفرع حيث كان عقد الرّاهن، عقد المالك دون عقد الفضولي حيث أنّ بعد الإجازة، يصير عقد المالك. فبناءً عليه، تمكن دعوى العكس بأن يقال بإمكان القول بصحة بيع الفضولي واختيار البطلان في باب بيع الرّاهن ووجهه أنّ الفحوى، أنّما تلاحظ باعتبار مدلول الأدلة واعتبار إطلاق الأدلة وعمومها لا باعتبار الاستحسانات الخارجية والمناسبات.

وتوضيحه: إنّ الرّاهن، أنّما باع ماله وعقده عقد [المالك] من الأوّل ومع ذلك لا تشمل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقده لحصول التخصيص فيه وبعد الإجازة، لم تحصل في شمول: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عامٌ خرج من تحته فردٌ في زمانٍ، هل يجوز أن يرجع إلى العموم فيما بعد هذا الزّمان؟ فالشيخ صرح بشكلٍ أن يرجع إلى العام في هذا الفرد المشكوك بالمناط، وليس هنا مناط في البين»^(١).

مقالة المحقّق الإيرواني في المقام ومتابعة المحقّق الإصفهاني له

ذهب المحقّق الإيرواني رحمته الله إلى أنّ بيع الرّاهن العين المرهونة صحيح من دون حاجة إلى إجازة المرتهن، ولكن تنتقل العين المرهونة مرهونة إلى المشتري، لأنّ حق الرهن يتعلّق بالعين وكان باقياً على العين حين انتقالها إلى المشتري وهو إن كان عالماً يلزم العقد وإن كان جاهلاً فله خيار الفسخ للغيب الموجود في العين المسلوقة المنفعة مدّة من الزمان.

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥ / ٢١.

قال مانصه: «لا وجه للبطلان ولا التوقف على إجازة المرتهن، بل الوجه هو الصحة وال لزوم وانتقال العين إلى المشتري مستحقة للمرتهن، فيكون حق المرتهن محفوظاً، والعين ملكاً للمشتري؛ إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكاً للراهن، فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداءً جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلك بحسب الابتداء، نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار، وأما من قبل البائع فهو لازم مطلقاً.

وبالجملة: الدوران بين البطلان والتوقف على الإجازة إنما يكون التنافي بين صحة البيع وتأثيره في النقل وبين بقاء حق المرتهن، فيدور الأمر بين بطلان البيع لمكان الحق وبين وقوعه مراعى بسقوط الحق من العين بنحو، إما بالإجازة أو بإسقاط الحق، أو بفك الرهن، أو الإبراء عن الدين على إشكال في غير الأول»^(١).

وتبعه المحقق الإصفهاني رحمته الله في الجملة حيث قال: «ينبغي تقييده بأي تقييد» [الاتفاق على عدم استقلال المالك...]^(٢) بما إذا كان نفوذ البيع منافياً لحقيقة الرهن، أما إذا لم يكن كذلك فلا موجب لبطلان البيع؛ كما إذا رضي المشتري ببقائه على الرهانة، فإن رهن المال على دين الغير جائز؛ وبيع المال في أداء الدين الذي هو على الغير أيضاً نافذ، سواء باع عن مالكة وأدّى الدين بثمنه أو باعه لنفسه كما مرّ تحقيقه مراراً، ففي هذه الصورة لم يكن البيع منافياً للرهانة حتى يتوقف على إذن المرتهن أو إجازته أو إبرائه أو إسقاطه أو فك الرهانة، فالاتفاق على عدم الاستقلال بملاحظة طبع البيع والرهن؛ لا ما إذا لحقه عناية زائدة وهو رضا المشتري»^(٣).

ومال إلى هذا القول المؤسس الحائري رحمته الله كما ستأتي مقالاته ونقده تفصيلاً.

وتبعهم الأستاذ المحقق - مدظله - في بحثه الشريف.^(٤)

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٥٢٦.

(٢) المكاسب ٤/ ١٥١.

(٣) حاشية المكاسب ٣/ ٢٦١.

(٤) العقد النضيد ٥/ ١٤٧.

ويرد عليه: إنَّه لم يدلَّ دليلٌ على أنَّ للمرتهن حقَّ على العين المرهونة والصحيح «أنَّ الرهن عقدٌ من العقود كسائر العقود له إيجابٌ وقبولٌ ومن خاصيَّة ذلك العقد أنَّه لازمٌ من طرف الرَّاهن وجائزٌ من طرف المرتهن وليس هنا شيءٌ إلَّا مفهوم الرَّهن وهو اعتبار القبض والإقباض في الخارج على نحو خاصٍّ كما يكون كذلك في سائر العقود فالعقد كَلَّها لها أصلٌ في التكوين يعنى الحاجة التَّكوينيَّة، تقضى القبض والإقباض على نحو الوثيقة ثمَّ يأتي بنحو القانون وهو الإيجاب والقبول لحصول التَّفَّة.

فمفهوم الرَّهن، بقاء العين المرهونة عند المرتهن حتَّى يكون داعياً للرَّاهن لردِّ دين المرتهن ولازمٌ تحقُّق هذا المفهوم؛ بقاء العين عند المرتهن دائماً وكان الرَّاهن ممنوعاً من التَّصرف في العين، ليست ماله. وأمَّا ممنوعيَّة الرَّاهن فلكون العين وثيقةً عند المرتهن وممنوعيَّة تصرُّف الرَّاهن والمرتهن، أمَّا هو لاجل كون التَّصرف مخالفاً لمفهوم العقد ونحوه فعدم جواز التَّصرف في العين المرهونة ومن قبل الرَّاهن والمرتهن داخلٌ جزء العقد لا أنَّه تعلَّق على العين، حقُّ الغير.

فلذا نقول: إنَّ عدم جواز التَّصرف في العين المرهونة من قبل الرَّاهن والمرتهن، تخصيصٌ عقليٌّ محضٌ في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وليس هو بتخصيص شرعيٍّ وعنوانيٍّ.

فلهذا، إنَّ قلنا: إنَّ للمرتهن، حقًّا في العين المرهونة، أمَّا هو بذلك المعنى لا أنَّ له حقًّا في مقابل الحكم يعني الحقَّ بمعنى سنخٍ من الأحكام الوضعيَّة بالمعنى الفقهيِّ الاصطلاحيِّ المجعول من الشَّارع»^(١).

ثمَّ لو تنزلنا وفرضنا «أنَّ الرَّهن، حقٌّ راجعٌ إلى العين، فللباحث من أنَّه هل تعلَّق على ذات العين أو تعلَّق عليها بما أنَّها مملوكٌ، مجالٌ كما يُبحثُ في باب الشَّفعة والخيار. ولكن بعد ما قلناه من أنَّ الرَّهن، ليس من قبيل الحقِّ بذلك المعنى الاصطلاحيِّ المجعول من الشَّارع على العين بل العقد، معاوضةٌ ومعاقدةٌ والمعاقدة على نفس العين

(١) تحقيق وتقريرات في البيع والخيارات ٢٤/ ٥.

فإذا كانت نفس العين رهناً يعني تعلقت المعاقدة على العين التي كانت ملكاً للبائع ليست المعاقدة مع المشتري، فلا معنى للقول بانتقال الحق على المشتري، متعلقاً لرهن الراهن»^(١).

وبعبارة أخرى: «لم يثبت في باب الرهن، أصلٌ وحقٌّ للمرتهن على العين ولو كان هنا أصلٌ فيمكن القول بأنه من باب التوسع في التعبير ومن المعلوم: أنه ليس المراد من الحق هنا، المعنى الاصطلاحي الفقهي مثل الحقوق حيث لم يكن هذا الحق مثل الحقوق في الفقه الاسلامي ولم يرد تعرض في الروايات بمثل هذا النوع من الحق فليس هنا شيء زائد غير كونها رهناً بل لا يحتاج إلى جعل حق غير كونها رهناً.

والقول بالحق هنا، مطلبٌ انتزاعي لا أنه أمرٌ أصيلٌ والأصيل المجعل، إنما هو نفس الرهن واعتباره فليس هنا حقٌ زائدٌ غير كونها رهناً حتى يبحث عنه بأنه حقٌ متقومٌ على ذات العين أو متقومٌ بما أنها مملوكٌ للبائع ومعنى عقد الرهن بقاء العين وعدم انتقالها إلى الغير وعدم كونها ملكاً للغير، فليس هنا حقٌ يتكلم عنه بأنه هل قائمٌ بالعين أو بما أنه مملوكٌ للبائع؟»^(٢).

مقالة المؤسس الحائري في المقام

قال شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته الله ما نصه: «قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: الجمع العرفي بين إطلاقات وعمومات صحة البيع، وخصوص النهي عن بيع الراهن ليس إلا ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم بطلانه رأساً كما هو الحال في الجمع في تلك الإطلاقات والعمومات، والنهي عن بيع الوقف وبيع أم الولد وبيع الغرر وغير ذلك، ولو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحة التأهلية لكان اللازم ذلك في تلك المقامات أيضاً.

فنقول: مفاد النهي مع ذينك الإطلاق والعموم قابلية أصل العقد للتأثير والحالة

(١) تحقيق وتقريرات في البيع والخيارات ٢٦/ ٥.

(٢) تحقيق وتقريرات في البيع والخيارات ٢٨/ ٥.

الكذائية مانعة عن استقلاله فيه، فلا ينافي تأثيره الضمني. بضميمة زوال تلك الحالة، فمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أم الولدية أو الوقفية أو الجهالة، والحال أن أحداً لا يقول بذلك بل من المسلم احتياج المعاملة بعد زوال تلك الحالة إلى صيغة جديدة، وعدم فائدة في الصيغة الأولى رأساً، وإذن فما الفرق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهي عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلا مثل تلك النواهي.

فالأسد في إثبات القول المزبور هو اختيار طريقة أخرى اخترناها في تصحيح عقد الفضولي بعد رد الطريق المذكور فيه أيضاً بمثل ما ذكرنا وهي أن يقال - بعد أن قوله: «أحلَّ الله البيع» ظاهر في البيع المسببي، أعني: النقل والانتقال، دون السببي، أعني: الإنشاء المظهر باللفظ، وهذا المعنى محمول على مصاديقه العرفية، فكلما حكم فيه العرف بتحقيق المبادلة والنقل والانتقال يحكم عليه الشرع بحكم «أحلَّ» -: أن الشارع ربما يخطئ العرف في تشخيص بعض المصاديق ويقول: ما حكمتكم بمصادقية ليس بمصدق واقعاً، وهذا هو الحال في بيع الغرر وأمثاله مما انفكَّ نظر العرف فيه عن نظر الشرع، وربما يقرره في تشخيص بعض آخر ويقول: قد أصبتم في حكمكم بالمصادقية أو بعدمها في مورد فلاني.

ومن هذا القبيل مقامنا وبيع الفضولي، فإنَّ العرف كما لا يرى المبادلة متحققة بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لا يراها حاصلة بمجرد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، وكما لا يفرق في حصولها بين حصول إجازة المالك في الفضولي قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك في المقام أيضاً لا يفرق بين الصور المذكورة بالنسبة إلى إجازة المرتهن في الحكم بالحصول في جميعها، فإذا قال الشارع: الراهن ممنوع من التصرف البيعي فمعناه عند العرف أن حقيقة المبايع والمبادلة لا يتحقق منه إلا بعد لحوق إجازة المرتهن وليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنه حينئذ يصير من باب التعبد والتخطئة المصادقية وقد فرضناه ليس بهذا الصدد، وإنما هو بصدد التقرير والمشى على طبق ارتكازهم وطريقتهم، والمفروض أن طريقتهم إنما هو المنع قبل الإجازة لا بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور وارداً في هذا المقام لا في مقام التعبد

والتخطفة.

هذا مضافاً إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى رحمته الله من أنه على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً يمكن التمسك بأدلة الفضولي بعد الأولوية القطعية، فإنه إذا كان بيع الأجنبي للعين المرهونة سواء كان لترقب الإجازة أو باعتقاد المالكية أم بالبناء الغصبي العدواني صحيحاً نافذاً عند إجازة الراهن والمرتهن بواسطة تلك الأدلة، فمن المقطوع أن حال الراهن الذي هو المالك ليس بأدون من ذلك الأجنبي، ولازمه صحة البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، وبالجمله يمكن التصرف في الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظة تلك الأدلة بضميمة هذه الأولوية القطعية.

ثم قال شيخنا - دامت أيام إفاداته الشريفة -: وهنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، وهو أن يقال: ليس المقام كعقد الفضولي؛ فإن العرف كما عرفت لا يرون المبادلة هناك حاصلة إلا بعد إجازة المالك، وأما هنا فمصادق المبادلة والبيع المسببي محقق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأن حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقق البيع - بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشتري - كذلك هنا أيضاً الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة وكونها وثيقة لدين المرتهن تصير منتقلة إلى المشتري.

وكما أن سلب المنافع هناك لا يوجب عدم صحة اعتبار الملكية والمبادلة وذلك لوجود ما يصح انتزاع ذلك عنه وهو المنافع المتجددة بعد انقضاء المدة كذلك هنا أيضاً ليس الممنوعة عن التصرفات موجبة لعدم اعتبار الملكية والبيع، إذ يكفي في صحة انتزاعهما كون العين جائز التصرف من البيع والإجازة وغيرهما من المشروطة بالملك عند إجازة المرتهن وكون نماءاتها لملك.

وإذن فنقول: مقتضى عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» صحة هذا البيع ولو لم يلحقه إجازة المرتهن، غاية الأمر كون المشتري مع جهله بالحال مختاراً في الفسخ والإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر وبيع أم الولد مما يرى فيها العرف حقيقة المبادلة، ومقتضى العموم المذكور فيها أيضاً هو الوقوع. ولكن الفرق بين المقامين أن النهي الخاص المتعلق

بخصوص البيعين تخصيص ذلك العموم ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة والاستيلاد بعد ذلك وعدمه.

وأما المقام فالنهي الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنَّ بإجازة الراهن، فالأمر دائر في الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعة الرأسيّة المنافية للصحة التأهليّة أيضاً، غاية الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن، ولكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعة الاستقلال في التصرف الغير المنافية مع الصحة التأهليّة.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء وعلم بأنَّ زَيْدًا الْعَالِمَ يُسْتَحَبُّ إِكْرَامُهُ فَإِنَّ الْأَمْرَ دَائِرَ بَيْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَادَةِ بِتَخْصِيصِ الْعُلَمَاءِ بِمَا سِوَى زَيْدٍ، وَبَيْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْهَيْئَةِ بِحَمْلِهَا عَلَى مَطْلُوقِ الطَّلَبِ، وَحِينَئِذٍ فَلَوْ لَمْ نَقْلُ بِأَظْهَرِيَّةِ الْمَادَةِ فِي الْمَقَامِ الْمَقْتَضِيَةِ لِحَمْلِ الْهَيْئَةِ عَلَى مَمْنُونِيَّةِ الْإِسْتِقْلَالِ فَلَا أَقْلَ مِنَ الْإِجْمَالِ، فَيَكُونُ إِطْلَاقُ ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَ لِحُوقِ الْإِجَازَةِ سَلِيمًا عَنِ الْمَعَارِضِ وَالْمَقْيَدِ، وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى يَكُونُ الْقَدْرُ الْمُتَيَقَّنُ الْخُرُوجُ هُوَ الْبَيْعُ الْغَيْرُ الْمَرْضِيَّ بِهِ فَيَبْقَى الْبَيْعُ الْمَرْضِيَّ بِهِ دَاخِلًا تَحْتَ الْإِطْلَاقِ.

فلا وجه للقول بالبطلان وإنَّ قَوَاهُ بَعْضُ الْأَسَاطِينِ - قُدَّسَتْ أَسْرَارُهُمْ -^(١).
وقد يناقش عليه: أَوَّلًا: أَنَّ دَعْوَاهُ: «إِذْنُ فَمَا الْفَارِقُ بَيْنَ تِلْكَ الْمَقَامَاتِ وَمَقَامِنَا، وَهَلِ النَّهْيُ عَنِ بَيْعِ الرَّاهِنِ الْوَاقِعِ بِإِجَازَةِ الْمَرْتَهَنِ إِلَّا مِثْلَ تِلْكَ النَّوَاهِي»^(٢) لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهَا رَدًّا عَلَى الشَّيْخِ [الْأَعْظَمِ]؛ لِأَنَّ الشَّيْخَ الْأَعْظَمَ اسْتَنْتَجَ مِنَ الْمُرْسَلَةِ أَنَّ النَّوَاهِيَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْمَعَامَلَاتِ تَارَةً نَوَاهِي خَلْقِيَّةٍ - كَعَصِيَانِ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ - يُمْكِنُ دَفْعُهَا بِالْإِجَازَةِ اللَّاحِقَةِ، وَأُخْرَى خَالِقِيَّةٍ لَا يَزُولُ بِالْإِجَازَةِ كَمَا فِي بَيْعِ الْوَقْفِ وَالْغُرْرِ، ثُمَّ أُثْبِتَ بِأَنَّهُ فَرْقٌ بَيْنَ بَابِ الْغُرْرِ وَبَابِ الرَّهْنِ، وَأَنَّ النَّهْيَ فِي الْآخِرِ نَهْيُ خَلْقِيٍّ بِلِحَاطِ حَقِّ الْمَرْتَهَنِ وَلَا عِلَاقَةَ لَهُ

(١) كتاب البيع ٢ / (٢٠٦-٢٠٢) والأستاذ المحقق - مد ظله -

(٢) كتاب البيع ٢ / ٢٠٣.

بباب الغرر الذي هو نهْي خالقي، وممنوع بحد ذاته للجهاالة المتحققة فيه.

فدعوى وحدة الملاك فيهما وتساويهما في الحكم جوازاً ومنعاً ممنوعة.

وثانياً: أن دعواه بالتفريق بين المرهونة والفضول، باعتبار أن المتحقق من خلال بيع المرهونة هو الأمر المسببي الناشئ في ظرف الإنشاء لصدوره من المالك وقبل الإجازة، بخلاف بيع الفضول حيث يكون تحقق الأمر المسببي فيه متأخراً عن ظرف الإنشاء وحاصلاً بعد الإجازة.

ممنوعة، فإنه حتى لو سلمنا المبني والتزمنا بأن إنشاء المعاملات يعد أسباباً والمنشآت مسببات، فإن تاليه الفاسد وجوب الالتزام بالنقل دون الكشف، أي أن من يلتزم بتحقيق النقل بعد الإجازة لابد وأن يقول بناقليّة الإجازة، مع أنه ﷻ التزم فيها بالكشف على مبني الشرط المتأخر.

وبالجملة: فالالتزام بتحقيق البيع المسببي بعد الإجازة يستحيل اجتماعه مع القول بالكشف.

وثالثاً: إن دعواه أخيراً بالجمع بين دليل الوجوب والاستحباب، من خلال التصرف في هيئة الوجوب، وحملها على مطلق الطلب الذي يصلح أن يجتمع مع دليل الاستحباب، وتطبيقه على المقام، يعد محاولة ينبغي البحث عنها لمعرفة مركز التنافي بين العام والخاص وحده، وأخيراً الطريقة التي يمكن بها علاج التنافي.

فنقول: لا يخفى أن البحث يدور حول العام والخاص المتخالفان -دون المتوافقان- ومعلوم أن المخالفة تنشأ دائماً من ناحية الحكم دون الموضوع، حيث ينافي ظهور (أكرم زيدا) مع ظهور (يستحب إكرام زيد)، فإذا كان مركز التنافي هو الحكم دون الموضوع.

أما حد التنافي: أن القاعدة تقتضي انحلال دليل الوجوب إلى أحكام متعددة فتحصل من خلالها إطلاعات وعصيانات متعددة، ويتحقق التنافي في المصادق الذي يدلّ الدليل المنحل على وجوب إكرامه، والدليل الآخر الدال على عدمه، وحينئذٍ يعد إسقاط ظهور الهيئة في جميع موارد الحكم، وحملها على الطلب في الجملة لتشمل الطلب

الاستحبابي، يعدّ رفع اليد عن الحجّة باللاحجّة، وهو ممنوع.
وهكذا بطلت الدعاوى المذكورة، والمحاولة التي قام بها [المؤسس] الحائري
لرفع التنافي بين الدليلين.
أقول: إنّ الطريقة الوحيدة التي يمكن بها رفع التنافي هي ملاحظة العام والخاص
والنسبة الحاصلة بينهما.

فإنّه لا شك أنّ نسبة كلّ خاص إلى العام هي نسبة القرينة إلى ذي القرينة، فتكون
أصالة الظهور في القرينة - بالنسبة إلى ذيلها - تنجيزي وفي ذي القرينة تعليلي، أي أنّ
ظهور العام مشروط دون الخاص، حيث أنّ ظهور الخاص بالنسبة إلى العام غير مشروط.
وبعبارة أخرى: إنّ ظهور العام معلق بعدم وجود الخاص والمقيّد، أمّا ظهور الخاص
فغير مقيّد و [غير] معلق بشيء، ولذلك يعدّ الخاص مقدّمًا على العام، ولهذا السبب
فالتصرّف في هيئة الوجوب بحملها على الطلب في الجملة بالنسبة إلى بعض المصاديق
- كما ادّعاء [المؤسس] الحائري - يعدّ أمرًا مستحيلًا بحسب القواعد الأصوليّة دون
الفلسفيّة، لاستلزام ذلك إسقاط دلالة الهيئة على الوجوب، ولا يتمّ الإسقاط إلّا بعد
إسقاط ظهور دليل الخاص الدالّ على الاستحباب، واعتباره غير مخصّص للعام،
فالسقوط يتوقّف على عدم التخصيص، وهذا عدم متوقّف على سقوط ظهور الخاص؛
لأنّ قرينيّة الخاص تامّ الاقتضاء، ولا يمنع عن تأثير اقتضائه وتخصيصه للعام إلّا قيام
المانع، ولا مانع في المقام إلّا حمل ظهور (أكرم) على الطلب في الجملة دون الوجوب،
ولا يتحقّق هذا الظهور إلّا بعد زوال قرينيّة الخاص، وعدم قدرته على تخصيص العام،
وهو ممنوعٌ.

فثبت أنّ مثل هذا التصرّف في هيئة الوجوب يعدّ محالاً.
وبالجملة: أنّ هيئة «أكرم» ظاهرة في الوجوب، إمّا بالإطلاق، أو بحكم العقل، وأمّا
هيئة «يستحبّ» نصّ في الاستحباب، فيدور الأمر بين الالتزام برفع اليد عن ظهور الأوّل
بنصّ الثاني، أو اعتبار مفاد الوجوب عامّاً ونصّ الاستحباب خاصّاً، فيتقدّم الخاصّ على
العام.

وعلى جميع المباني، فإن النتيجة هي لزوم حمل مفاد «أكرم» على الطلب المطلق - وهو الوجوب الذي يسقط في خصوص زيد - لا الطلب في الجملة، ومقتضى القاعدة حصراً هو التخصيص^(١).

ثُمَّ إِنَّ هَذَا قَوْلًا آخِرٌ وَهُوَ انْتِقَالُ حَقِّ الرِّهَانَةِ مِنَ الْعَيْنِ إِلَى الثَّمَنِ

وهذا منقول من «الشيخ في المبسوط والعلامة رحمهما الله في التحرير والشهيد رحمهما الله في الدروس من نقل حق الرهن من العين إلى الثمن، [و] ليس بصحيح.

وجه هذا القول، أنه قيس ما نحن فيه أي باب الرهن مع سائر الحقوق المتقومة بالعين بضميمة قاعدة المعاوضات مثلاً قلنا سابقاً في باب الوقف في بيع العين الموقوفة في موارد جوازه أن حق البطون اللاحقة يُنتقل من العين الموقوفة إلى بدلها فكما أن العين الموقوفة، كانت مشتركة بين الطبقات فكذلك يكون الثمن مشتركاً بين الطبقات فتنتقل حالة الوقف من العين إلى بدلها أخذاً بمقتضى المعاوضة.

وقيس ما نحن فيه وهو باب الرهن بباب الوقف فينتقل حق الرهن من العين المرهونة المباعة إلى ثمنها لأن الراهن والمرتهن فكأنهما يشتركان في المبيع نوعاً من الشركة.

وان كان مبناه ما قلناه سابقاً فالجواب هو الجواب عنه لما قلنا من أن الرهن، ليس من العقود [التي] قائماً بالعين [و] لا قائماً بذات العين ولا قائماً بما أنها مملوك.

والفرق بين الوجهين لا يخفى على المتأمل حيث أن الوجه الثالث [وهو قول الإيرواني ومن تبعه] مبني على أن حق الرهن، يتعلق على ذات العين فيذهب هذا الحق حيث تذهب هذه العين ومبنى الوجه الرابع أن حق الراهن يتعلق على العين بما أنها مملوك فيتعلق الحق بالعوضين فالمملوك صار عوضاً بمملوك آخر فينتقل إلى الثمن.

وأما ما قال به الشيخ الطوسي في المبسوط والعلامة في التحرير والشهيد رحمهما الله في الدروس فلا يبعد عدم تطبيق هذا القول مع القول الرابع فيحتمل أن يكون قولهم بجواز بيع

(١) العقد النضيد ٥ / (١٣٦-١٣٣).

الرَّهْن، أَنَّمَا هُوَ مِنْ أَجْلِ رَدِّ دَيْنِهِ مِنْ ثَمَنِ الْبَيْعِ وَالْإِجَازَةِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى ذَلِكَ لَا أَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ وَعَدَمِ أَدَاءِ دَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ مَرَادُهُمْ ﷺ هَذَا فَهَذَا مَطْلَبٌ اسْتَظْهَارِيٌّ مِنْ كَلِمَةِ الْإِجَازَةِ فِي بَابِ الرَّهْنِ وَلَيْسَ مِنْ جُمْلَةِ تِلْكَ الْأَقْوَالِ.

نعم، إِذَا قَامَتِ الْقَرِينَةُ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ يَعْنِي قَامَتِ الْقَرِينَةُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَرْتَهَنِ، الْبَيْعِ لَا مِنْ أَجْلِ رَدِّ دَيْنِهِ فَهُوَ مِمَّا لَا كَلَامَ فِيهِ وَلَكِنَّ الْكَلَامَ فِي طَبَعِ الْإِجَازَةِ وَإِنْ طَبَعِ الْإِجَازَةِ مَاذَا يَقْتَضِي؟

وَلَعَلَّ كَلَامَ الشَّيْخِ ﷺ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْعَلَامَةِ فِي التَّحْرِيرِ وَالشَّهِيدِ ﷺ فِي الدَّرُوسِ مَبْنِيٌّ عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مَبْنَاهُ هَذَا فَيَصِحُّ كَلَامُهُمْ وَلَيْسَ مَرْبُوطٌ بِالْقَوْلِ بَلْ هُوَ اسْتَظْهَارٌ مِنَ الْإِجَازَةِ فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ وَرَاجِعٌ إِلَى تَشْخِصِ مَرَادِ الْمَرْتَهَنِ مِنْ إِجَازَتِهِ. وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَرَادُ أَنَّ الرَّهْنَ، حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ عَلَى الْعَيْنِ بِمَا أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ وَلَا زَمَ الْحَقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ عَلَى الْمَلِكِ أَنَّهَا يَصِحُّ بَيْعُهُ مُنْقَلَقًا حَقَّ الرَّهْنِ عَلَى عَوْضِهِ، فَلَا يَصِحُّ^(١).

القول المختار في المسألة

أقول: القول المختار من الأقوال الأربعة الماضية في بيع الراهن العين المرهونة بإذن المرتتهن وهن:

- أ: البطلان: وهو مختار جماعة منهم الشيخ أسد الله التستري صاحب المقابس.
- ب: الصحة مع إذن المرتتهن: وهو مختار جماعة منهم الشيخ الأعظم الأنصاري.
- ج: الصحة مطلقاً أي من دون إذن المرتتهن: وهو ابداع المحقق الإيرواني ومال إليه المؤسس الحائري وتبع المحقق الإصفهاني الإيرواني والاستاذ المحقق - مدظله -.
- د: الصحة مطلقاً من دون إذن المرتتهن وانتقال حق الرهنة من العين إلى ثمنها وهو منسوب إلى الأعلام الثلاثة.

القول المختار هو القول الثاني أي الصحة مع إذن المرتتهن لا بالأدلة التي أقامها الشيخ الأعظم الأنصاري لأنه قد عرفت عدم تماميتها بل لما مرَّ من أن تخصيص

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥ / (٣٠-٢٨).

الوارد في بيع العين المرهونة عقلياً ولا شرعيّ وما ورد في الشريعة المقدسة من المرسلة النبوية إرشاد إلى ذاك الحكم العقلي.

والتخصيص العقلي من أوّل الأمر ليس بمطلق بل منوط بعدم جواز التصرفات الخارجية والناقلة في العين المرهونة من دون إذن ورضاية الطرف الآخر ولكن إذا تصرف كل منهما -الراهن والمرتهن- مع إذن أو رضاية الآخر فتصرفاته نافذة وبيع العين المرهونة داخل في هذا الكلي فإذا باعها الراهن مع إذن المرتهن كان صحيحاً والله سبحانه هو العالم.

ثم إن هاهنا فروع لابدّ أن نبحث حولها:

١- الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟

آراء الفقهاء في باب الإجازة في مسألتنا متضاربة تظهر لك بعضها في ما يأتي:

قول الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أنّ حكم الإجازة «في المقام بحسب القواعد يجب أن تكون ناقلة كحكمها في باب الفضولي، لكن فبالرغم من أنّ القاعدة تقتضي النقل من حين الإجازة في باب الفضولي، إلّا أنّ النصّ الوارد في هذا الباب -في قضية قيام الولد ببيع جارية أبيه وولدها، حيث قال عليه السلام: أنّه لو أجاز جاز-^(٢) يقتضي مخالفة القاعدة والالتزام بالكشف الحكمي بالأولوية، بمعنى ترتّب أحكام الملكية من حين وقوع البيع تعبدّاً وحكماً.

بيان الأولوية: أنّ الإجازة تؤثر في بيع الفضولي من جهتين:

١- إنّ الإجازة تحقّق الاستناد للبيع الفضولي الذي صدر دون استناد إلى المالك.

٢- إنّ الإجازة تحقّق شرط النقل الذي هو إجازة المالك.

فشأن الإجازة في هذه المعاملة كونها جزء الموضوع الذي لولاه لم يتحقّق

(١) المكاسب ٤/ ١٦٠.

(٢) وسائل الشريعة ٢١/ ٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء. صحيحة محمد بن

قيس.

موضوع الصحة؛ لأنَّ الموضوع في قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بيع المالك، ولزوم الوفاء بالعقد الصادر ممَّن له أهليَّة انتساب العقد والعهد إليه، والإجازة تحقِّق الاستناد للعقد الصادر من الفضولي، ويوجب تماميَّة الموضوع، ممَّا يوجب انطباق عنوان الرضا المذكور في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) وقوله ﷺ: «لا يحلُّ مال امرئٍ مسلم إلا بطيبة نفسه» على العقد.

وبالتالي: فإنَّ الإجازة يتحقَّق أولاً الانتساب، وثانياً الرضا. وهكذا تعدَّ الإجازة في البيع الفضولي متمماً للموضوع وجزءاً للسبب ومحققاً لشرط صحة العقد.

أمَّا بيع الراهن فهو بيعٌ صادر من المالك، وعليه فلا مشكلة فيه من جهة الاستناد، إنّما المشكلة من جهة تعلُّق حقِّ المرتهن حيث يعدّ مانعاً، والإجازة ترفع المانع. وعليه، فإذا دلَّ النصُّ الوارد في باب الفضولي -الذي فيه مانعان: عدم الانتساب وعدم الرضا - على صحته وكاشفيته، دلَّ على صحة بيع الراهن وكاشفيته بالأولويَّة، لما في الأخيرة من وجود مانع واحد وهو حقُّ المرتهن دون الانتساب الثابت تحقُّقه»^(٢).

اعتراض المحقِّق الإيرواني على الشيخ الأعظم

قال في تعليقه على قول الشيخ الأعظم: «لأنَّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، وهي هنا من قبيل رفع المانع»^(٣). بما نصه: «هذا غير فارق [١] فإنَّ المعلول يتوقَّف على تحقُّق تمام أجزاء علته من السبب والشرط وعدم المانع، فلا فرق في عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضي غير حاصل وبين أن يكون المانع موجوداً، [٢] مع أنَّ تطبيق اصطلاحات أهل المعقول على أجزاء العقد وتسميتها بأسمائها ممَّا لم يجر على أصل صحيح؛ فإنَّ باب العقود ليس باب الأسباب الحقيقيَّة والتأثير والتأثر»^(٤).

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) العقد النضيد ١٤٨/ ٥ و ١٤٩.

(٣) المكاسب ١٦١/ ٤.

(٤) حاشية المكاسب ٥٣٠/ ٢.

جوابه

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأن «موضوع الصّحة في البيع الفضولي، هو العقد المستند الذي يتحقّق من خلال الإجازة، أمّا بيع الراهن فإنّ موضوع الصّحة فيه متحقّق منذ البداية، لصدوره ممّن له أهليّة ذلك، وإتّما المانع عن نفوذه هو حقّ المرتهن ليس إلّا، وتأكيّد الشيخ [الأعظم] رحمته الله على أنّ هناك فرقاً عرفاً بين الإجازة المتحقّقة للموضوع والتي ترفع المانع.

فدعوى المحقّق الإيرواني في مناقشته الأولى من أنّه «لا فرق في عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضي غير حاصل، وبين أن يكون المانع موجوداً». ممنوعة ومدفوعة.

كما إنّ مناقشته الثانية أيضاً مدفوعة، لأنّ مصطلح المقتضي المستعمل في كلام الشيخ [الأعظم] لم يكن يقصد به إلّا موضوع الحكم الشرعي دون المصطلح الفلسفي المعهود، كما أنّ مراده من المانع هو قيد الموضوع أيضاً، وقد استعمل الفقهاء هذين المصطلحين للتعبير عن الموضوع وقيوده والشروط [التي لا بدّ أن يترك]، لا ما يترشّح منه الوجود، أو ما يوجب متّمم فاعليّة الفاعل أو مكملّ قابليّة القابل بحسب ما هو مصطلح عند الفلاسفة^(١).

اعتراض المؤسس الحائري على الشيخ الأعظم

قال رحمته الله: «ومّا ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه الشريف - من أنّ القول بالكشف في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، وهي هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه.

لأنّ الفحوى المذكورة ممنوعة غاية المنع بناءً على ما هو قضيّة القواعد من النقل كما هو مختاره رحمته الله أيضاً، فإذا ورد التعبّد بالكشف الحكمي في ما هو من قبيل جزء المقتضي لا يمكن التعدّي منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، وهل هو إلّا القياس الممنوع؟

نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيداً بناءً على جعل قضية القواعد هو الكشف»^(١).

القول المختار هو كاشفية الإجازة

كاشفية الإجازة في بيع الفضولي «بمقتضى القاعدة وذلك لجهة عقلانية، وهي أن المنشئ حينما يقوم بتملك العين لا يعقل إهماله للزمان، بل لابد أن يلاحظ الفترة الزمنية التي تدخل العين في ملك المشتري، والشاهد على ذلك أنه إذا سُئل الفضول عن ذلك، أجاب بانتقال الملكية حين التلقُّظ بـ (بعث) أو من حين دفعها إليه. فالتفات البائع دليل على تحقق الملكية أو قصده بتحقيقها من حين البيع، وعليه فالإجازة المتأخرة لابد وأن تتعلق بمثل هذا العقد ومن حين وقوعه، فمقتضى الإجازة ثبوتاً كونها إنفاذاً للملكية من حين الإنشاء، كما أن مقام الإثبات - مقتضى ظهور الصحيحة الدالة على أنه متى أجاز مالك الوليدة صحَّ البيع - أيضاً دالٌّ على تعلُّق الإجازة بالعقد من حين وقوعه، وإلا لو اعتبرنا الملكية متحققة من زمان متأخر عن الإجازة لاستلزم تخلف الممضى شرعاً عما أنشأه البائع، بأن تكون الملكية المقصودة بالعقد متحققة من زمان العقد وقبل الإجازة، بخلاف الملكية الشرعية حيث تكون متحققة من حين تعلُّق الإجازة، ممَّا يستلزم أن يكون الواقع غير ممضى، والممضى غير واقع، أي ما تعلَّقت به الإجازة والعقد لم يكن نافذاً شرعاً، وما هو نافذ شرعاً لم يتعلَّق به العقد والإجازة، وهو ممنوع لمخالفته مع ظهور أدلة صحَّة الإجازة الدالة على إمضاء ما تعلَّقت به الإجازة، وهي الملكية من زمان العقد لا زمان الإجازة.

نعم يشير القول بكاشفية الإجازة عدَّة مشاكل أجبنا عن بعضها آنفاً.

منها: استلزام ثبوت ملكية مالكين على مال واحد. وقد أجبنا عنه بإمكان الانقلاب في الاعتباريات ثبوتاً وإثباتاً.

منها: كيفية تصوير انقلاب الملكية في الفترة الواقعة بين العقد والإجازة من المالك إلى المشتري.

والجواب: إنَّ الشارعَ يعتبر العين ملكاً للمالك في المدة المذكورة، لكن بمجرد صدور الإجازة منه يعتبر الشارع العين ملكاً للمشتري، وهكذا يتعدّد اعتبار الشارع بمقتضى الإجازة، ولا مانع لتعدّده، حيث لا يستلزم الانقلاب في الواقعيّات ليكون ممنوعاً، بل الانقلاب حاصلٌ فيما يعدّ من الأمور الاعتباريّة، ولا مانع من وقوعه فيها. أمّا إجازة المرتهن: فهي على نقيض من إجازة المالك في العقد الفضولي، حيث لا تأثير لها في تحقّق الاستناد، ولا تدلّ على رضا المالك بالبيع، لتحقّق كليهما قبل لحوقها إذا البيع صادر من نفس المالك وهو الراهن، وبالتالي فلا تأثير لمثل هذه الإجازة في الأمرين المذكورين، إنّما تؤثر حصراً في إسقاط الحقّ الثابت لذي الحقّ.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا أنّه لا مجال لقياس المقام بالعقد الفضولي، ولا ملازمة بين ثبوت كاشفيّة الإجازة في الأخيرة وثبوتها في الأوّل، لأنّ الملازمة تتمّ في ما إذا كانا من باب واحد، أمّا بعد ما ثبت تعدّد ملاكهما، فلا مجال لإثبات الكاشفيّة لإجازة المرتهن بمقتضى ثبوتها في إجازة الفضولي، بل يتوقّف إثباتها فيه على دليلٍ مثبتٍ لذلك في المقام، دون الأدلّة الدالّة على كاشفيّة الإجازة في العقد الفضولي»^(١).

٢- إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه:

مقالة المحقّق النائيني ونقده

قال النائيني رحمته الله: «وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج إلى مقدمة وهي أنّ الشرائط على أقسام:

فمنها: ما يكون شرطاً للعقد والعقد في عقديته يتوقف عليه بحيث لو لاه لم يكن العقد عقداً وذلك كالماضوية بناء على اعتبارها وما يشبه بها، وبعبارة أوضح يكون شرطاً لتحقّق العقد.

ومنها: ما يكون شرطاً في نفوذ العقد بعد تمامية عقديته ويكون شرطاً لروحه وحياته.

(١) العقد النضيد ٥ / ١٥٦ و ١٥٧.

ومنها: ما يكون شرطاً لترتب الأثر على العقد مثل القبض في الصرف والسلم، حيث أنه لا يكون شرطاً لعقدية العقد ولا لنفذه. بل هو جزء ينضم إلى العقد التام بأجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الأثر.

ولا إشكال في أن الإجازة ليست من قبيل القسم الأول، ضرورة اعتبار مقارنة ما كان من قبيل القسم الأول مع العقد فلا يصح تأخره عنه، ولا من قبيل القسم الأخير وإلا لم تكن مجرى للدوران بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف في مثل القبض في باب السلم والصرف إلى وهم، بل هي من قبيل القسم الثاني، إذا عرفت هذا فنقول هنا أمور ينبغي البحث عنها.

الأول: إن إجازة المرتهن هل هي شرط لنفوذ عقد الرهن وتنفيذ له ويترتب عليه سقوط حقه أو أنها إسقاط لحقه وجهان:

ربما يقال بأنها إسقاط للحق لا تنفيذ للعقد، وذلك لأن تنفيذ العقد لا بد وأن يكون ممن له السلطنة عليه بحيث له ان يفعل لكي يصح منه أن يجيز وهو منحصر بما إذا باع الفضولي مال المالك إذ المالك له البيع فله الإجازة، وأما المرتهن فليس له بيع مال الرهن فليس له إجازة بيع الرهن أيضاً، وإذا لم تكن له الإجازة فليس له الرد أيضاً: بل لو ردّ لا يؤثر رده في إسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقه، بل العقد يؤثر في النقل بعد ذلك الرد وسقوط حق المرتهن بفك الرهن مثلاً ولو كان الفك بعد رد المرتهن للبيع.

والسرفي ذلك كله ان خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذي مدلوله حكم وضعي لا تكليفي ومرجعه إلى الأخبار بلزوم العقد لا يشمل غير المالك فالمرتهن لا يخاطب بالوفاء بعقد الرهن وإذا أجاز لا يصير عقد الرهن عقده لكي يشمل الخطاب فمرجع إجازته حينئذ إلى إسقاط حقه.

لكن التحقيق هو الأول أعني كون إجازة المرتهن تنفيذاً لعقد الرهن وان ترتب عليها سقوط حقه وأنه مشمول لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلك لأن ملك الرهن وإن كان للرهن لكن للمرتهن حق على العين المرهونة بما هي ملك الرهن فإن شئت فقل بأن ملكية الرهن مركب لحق المرتهن وحقه راكب على ملكيته وإن شئت فقل بأن حصة من

الملكية وهي المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن وحصة منها للراهن ولذا يعبر عن ملك الراهن بأنه لا يكون طلقاً ومنشأ نفي الطلقة عنه هو قصوره عما هو عليه بثبوت حصة أو مرتبة منه أو ما شئت فعبّر عنه للمرتهن فالمرتتهن مخاطب بخطاب «أَوْفُوا» لكن بمقدار ماله من الملكية أعني هذا القدر الذي عبرنا عنه بالمركبية لحقه أو بالمرتبة أو بالحصة فله تنفيذ البيع كما أن له رده»^(١).

ويمكن أن يناقش عليه: أولاً: دعواه: «أن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذي مدلوله حكم وضعي لا تكليفي»^(٢) ممنوعة بما مرّ في أول الكتاب^(٣) من أن الآية الشريفة تدلّ على حكم تكليفي بوجوب وفاء كلّ عقد ومن ثمّ استفاد منها صحة العقود لأنّ الله لا يحكم بوجوب الوفاء بالنسبة إلى العقود الفاسدة ثمّ يظهر منها أن الأصل في العقود اللزوم لدلالة وجوب الوفاء عليه.

والحقّ في دلالة الآية ما اختاره الشيخ الأعظم من حمل مدلول الهيئته على وجوب الوفاء بالعقود الملازم للزومها.

وثانياً: قوله ﷺ: «حصة من الملكية وهي المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن...»^(٤)، لم يتم عقلاً لأنّ:

أ: «الإضافة المتحققة بين المالك والعين المرهونة، إنّما هي إضافة شخصيّة، ولا مجال للتفكيك والتخصّص فيها لتنتقل جزءاً منها إلى المرتهن.

ب: إنّ الملكية تعدّ من الأمور الاعتباريّة التي لا تقبل التشكيك ليصل مرتبة منها إلى المرتهن، هذا فضلاً عن أنّ عدم الطلقة لا يعني تخصّص الإضافة وانقسامها.

ج: ولو تنزّلنا وسلّمنا جميع ما ذكر، فإنّ إضافة المالك إلى العين تكون على نحو الإضافة الملكية كما بحثنا عنه في محله، أمّا إضافة المرتهن فهي على نحو الإضافة

(١) المكاسب والبيع ٢ / (٤٦٠-٤٥٨).

(٢) المكاسب والبيع ٢ / ٤٥٩.

(٣) راجع الآراء الفقهية ١ / (١٦-١٤).

(٤) المكاسب والبيع ٢ / ٤٦٠.

الحَقِّيَّة، والحقَّ قسيمٌ للملك لا حصَّة منه.

وبالتالي، لا يعقل انتقال الحصَّة أوَّلاً، كما لا يعقل انقلاب الملكِيَّة المضافة إلى إضافة الحقَّ ثانياً^(١).

د: مضافاً إلى ما مرَّ^(٢) منّا من عدم ثبوت حق للمرتهن على العين المرهونة بل الشارع حكم بصحة عقد الرهن ولزومه من طرف الراهن وجوازه من طرف المرتهن، فراجع ما حررناه هناك.

وثالثاً: المخاطب بالآية ليس هو إلَّا العاقد بشروطه لأنَّ من يكون العقد عقده فهو مأمور بوجوب الوفاء وأمَّا المرتهن لم يصدر منه عقد ليتوجَّه إليه خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فلا يتم ما ذكره^(٣) من قوله: «المرتهن مخاطب بخطاب ﴿أَوْفُوا﴾ لكن بمقدار ما له من الملكية...»^(٣).

والحاصل: ليست للمرتهن الملكية على العين المرهونة، ولا حتَّى حقَّ عليها على ما اختارناه، نعم حكم الشارع بأنَّ العقد من جانبه جائز فليس له إلَّا مجرد انحلال العقد في بيع الراهن.

وأما بناءً على ثبوت حقَّ المرتهن على العين المرهونة أيضاً فليس له إلَّا إسقاط هذا الحقَّ وبعد إسقاط حقه يحكم بنفوذ عقد الراهن من حينه والله العالم.

٣- حكم الإجازة بعد الردّ

هل تنفع الإجازة بعد الردّ؟ قال الشيخ الأعظم^(٤) وجهان: من أنَّ المرتهن أجنبي عن العقد وليس من المتعاقدين فردّه لا يؤثر، ومن أنَّ الإيجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فردّ المرتهن يبطل العقد «وهذا هو الأظهر من قواعدهم»^(٥).

(١) العقد النضيد ١٦٠/٥.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٤٥٩ في المناقشة على مقالة المحقّق الإيرواني^{رحمته الله}.

(٣) المكاسب والبيع ٤٦٠/٢.

(٤) المكاسب ١٦١/٤.

(٥) المكاسب ١٦٢/٤.

أقول: بناءً على مبنى المشهور من ثبوت الحق للمرتهن على العين المرهونة، ردّ المرتهن لا يؤثر على العقد لأنّه قائم بطرفيه وهو البائع الراهن والمشتري والمرتهن أجنبي بالنسبة إلى العقد فلا يستطيع ردّه، نعم لو أجاز البيع حتّى بعد الردود المكررة تم العقد. وبناءً على المختار من عدم ثبوت الحق للمرتهن فإنّ عدم تأثير ردّه واضح. ولكن نحن ذهبنا في بيع الفضولي^(١) أيضاً من أن ردود المالك لا يوجب سقوط العقد وإذا أجاز بعد الرد يصح انتساب العقد إليه، فعدم تأثير ردود المرتهن هنا واضح بلا ريب والله العالم.

٤- فك الرهن بعد البيع

يسقط حقّ الرهانة بالوجوه التالية:

أ: قيام الراهن بفك الرهن وأداء الدين.

ب: إسقاط المرتهن حقّه مطلقاً أو بالمصالحة عليه.

ج: إبراء الدائن ذمّة المديون.

د: تبرأ شخص ثالث بأداء الدين، ونحوها.

ثم هل هذه الأمور بمنزلة الإجازة بعد البيع وتكون مصححة للعقد أو أنّها لا تقاس بالإجازة ولا تكون مصححة للعقد الراهن؟ قولان:

ذهب إلى الأوّل العلامة في التذكرة^(٢) وولده^(٣) والشهيد في الحواشي^(٤) وهو الظاهر من المحقّق^(٥) والشهيد^(٦) الثانيين.

وذهب إلى الثاني العلامة نفسه في القواعد وقال: «فلو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود

(١) راجع الآراء الفقهيّة ٥ / (٥١٤-٥٠٥).

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٤٢ واحتمل الصحة في كتاب الرهن من التذكرة ١٣ / ٣٨٦.

(٣) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩.

(٤) لم أجده في الحاشية النجارية؛ ونقل عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ١٥ / ٣٦٤.

(٥) جامع المقاصد ٥ / ٧٥.

(٦) المسالك ٤ / ٤٨، الروضة البهية ٤ / ٨٤.

شرائط العوضين / الطَّلَقِيَّةُ / بين العين المرهونة ٤٧٧

نظر^(١). واستشكل عليه في التحرير^(٢) وقال الشهيد: «لو انفك لا ينفذ العتق لأنَّه لا يقع معلَّقاً»^(٣).

الاستدلال على القول الثاني

استدلَّ الشيخ الأعظم^(٤) عليه بالوجه الثلاثة:

الوجه الأوَّل: «بيع الراهن - حال حصوله - لم يكن مشمولاً لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، وحلَّ البيع، لكونه تصرفاً في متعلق حقِّ المرتهن، والمفروض عدم لحوق إجازته به حتَّى تنفَّذه، ويصير سبباً تامّاً للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع، والذي حصل بعده هو سقوط حقِّ الرهانة بسبب الفك أو بموجب آخر، ولكن لا دليل على كفاية السقوط....

ونتيجة ذلك: أن بيع الراهن حين صدوره كان مقترباً بالمانع، وخارجاً عن أدلة الإمضاء، وفي زمان إنتفاء المانع - بسقوط حق الرهانة - لا عقد حتَّى يعمّه خطاب ﴿أَوْفُوا﴾»^(٥).

الوجه الثاني: «إستصحاب ما كان قبل فك الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعقبه بالإجازة قبل الفك، ولا سلطنة للمرتهن بعد الفك حتَّى تنفعه الإجازة، فيبطل. فإن قلت: إن المقتضي لصحة بيع الراهن - وهو صدوره من المالك - موجود، والمانع من اللزوم هو حقُّ المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد في عموم الأمر بالوفاء، ويلزم.

قلت: لا مجال للرجوع إلى العموم في المقام، لحكومة الإستصحاب عليه. وجه الحكومة: إنَّ الإستصحاب منقَّح للموضوع، ويحرز الخاص، كما إذا شك في

(١) القواعد ١١٣/٢.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٤٨٩/٢.

(٣) الدروس ٣٩٨/٣.

(٤) المكاسب ١٦٣/٤.

(٥) هدى الطالب ٥٢٨/٧.

فاسقية زيد بعد سبقها، فتستصحب، ويحرز بالإستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوماً بحكم العام كـ «أكرم العدول أو صلّ خلفهم»، فعدم جريان العموم في مثل المقام إنّما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شك في التخصيص حتّى يتمسك بالعام. وعليه، فلا وجه للإشكال على حكومة الإستصحاب على العام كما في بعض الحواشي. نعم هذه الحكومة ظاهريّة لا واقعيّة كما هو واضح»^(١).

الوجه الثالث: «ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح»^(٢).

منها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوّجت امرأة حرة بغير إذن مواليّ ثمّ أعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، وسكنوا عني ولم يغيروا عليّ، قال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل^(٣).

ومنها: موثقة الحسن بن زياد الطائيّ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد فأجدّد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكنوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك^(٤).

جعل الشيخ الأعظم^(٥) النصوص مؤيداً ثمّ دليلاً:

وجه التأييد: احتمال «دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم

(١) هدى الطالب ٥٣١/٧.

(٢) المكاسب ١٦٣/٤.

(٣) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح ٣.

(٥) المكاسب ١٦٣/٤.

المقتضي، وكون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإنَّ العبد لا مقتضي لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة ولا يقدر على شيء. بخلاف الراهن السلطان على التصرف في ماله، غاية الأمر أنَّ حق المرتهن صار مانعاً عن نفوذ تصرفاته، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضي في المقتضى.

وهذا ألاحتمال يوجب سقوط الإستدلال [بالنصوص] على نفوذ بيع الراهن بسقوط حق المرتهن، فتكون [النصوص] مؤيدة^(١).

و«وجه الدلالة: ظهور الرواية في أن عقد النكاح لمَّا لم يجب الوفاء به حال حدوثه - لكونه تصرفاً في ملك السيّد بغير إذنه - كان كذلك بقاءً، ولا يقتضي العتق دخول هذا العقد في عموم وجوب الوفاء بالعقود. والظاهر عدم الفرق في هذه الجهة بين نكاح العبد وبين بيع الراهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فكُّ الرهن في ترتب الأثر على البيع السابق»^(٢).

ثم ناقش هذه الوجوه:

المناقشة في الوجه الأوّل: قال الشيخ الأعظم: «أنَّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمة حق المرتهن المتقدّم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي، وإنّما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي»^(٣).
توضيح كلامه: «أدلة الإمضاء مقتضية لتأثير بيع الراهن في النقل، وعدم فعلية التأثير إنّما هو لوجود المزاحم وهو حق المرتهن المفروض سبقه على البيع، ولكن لا ريب في أن مزاحمة المانع ما دامية لا مطلقة، فمع سقوط حقه بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثر»^(٤).

المناقشة في الوجه الثاني: قال الشيخ الأعظم: «لا مجال لاستصحاب عدم

(١) هدى الطالب ٥٣٣/٧.

(٢) هدى الطالب ٥٣٣/٧.

(٣) المكاسب ١٦٤/٤.

(٤) هدى الطالب ٥٣٤/٧.

تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم»^(١).

توضيح مقاله: «أن الاستصحاب يجري فيما لو احتملنا بقاء مناط المتيقن السابق، لكن مع القطع بزواله، لا يبقى موضوع للاستصحاب حينئذٍ، بل يعدّ جريانه نقضاً لليقين باليقين لا بالشك، والمناط سابقاً كان مزاحمة حق المرتهن، وبعد سقوط الحق من خلال المسقطات المذكورة، فإنّ المناط قطعيّ الزوال، ولا يعقل استصحاب حكم لا مناط فيه. وبعبارة أخرى: يمكن دعوى تبدل الموضوع في المقام، لأنّ الموضوع قبل السقوط المال المتعلّق به حقّ الرهانة، وهذا المال الذي لم يكن متعلّقاً لحقّ الرهانة، وبالتالي فلا مجال لاستصحاب الحكم السابق.

وأمره بالتفهم أخيراً لعلّه يقصد به الإشارة إلى أن مجرد سقوط استصحاب عدم الصحة، غير كافٍ لإثبات الصحة، بل يتوقّف على قيام دليل عليها، فالبرغم من زوال مناط المنع - كما هو الحق - وعدم جريان استصحاب عدم الصحة، إلا أن العقد المتحقّق بحاجة إلى ما يدلّ على صحّته، حيث لا عموم أزمانى في آية الحلّ بحسب المدعى، وبالتالي لا يبقى دليل على صحّة عقد الراهن»^(٢).

ولكن المحقّق الإصفهاني رحمته الله حمل أمر الشيخ الأعظم بالتأمل على «أن العلم بـ [انتفاء] مناط المستصحب يمنع عن الاستصحاب ويوجب لحوق هذا الفرد بالأفراد الداخلة في العام حكماً، لأنّه يوجب ظهور العام في العموم الأزمانى حتّى يكون من باب العمل بالعام، ولعلّه أشار إليه بقوله فافهم»^(٣).

مراد الإصفهاني: أن فقد مناط الاستصحاب يقتضي تحقّق حكم العام، لا ظهور العام بالنسبة إلى الفرد، إذ فرق بين جريان حكم العام في المورد، مع جريان عموم العام في المورد المذكور، فإنّ العلم بعدم تحقّق مناط الاستصحاب - وهو حقّ المرتهن الزائل

(١) المكاسب ٤ / ١٦٤.

(٢) العقد النضيد ٥ / ١٦٨.

(٣) حاشية المكاسب ٣ / ٢٦٩.

بعد السقوط بالوجوه الخمسة - المستلزم لعدم جريانه، يقتضي جريان حكم صحة العقد دون ظهور العموم في المورد.

وبالتالي، فإنّ قوله: «فافهم» ناظرٌ إلى بطلان مرجعية العموم بعد سقوط الاستصحاب»^(١).

ويمكن حمل الأمر بالتفهم على مقالة المحقّق الإيرواني حيث يقول: «إذا خرج بدليل الرهن الذي هو مخصّص لفظي زمان الرهن لم يكن مجال للعود على العام، نعم إذا علم مناط الحكم في العام، وأنّ المانع منحصر في حقّ المرتهن لم يكن إشكال في كون الحكم مطابقاً لحكم العام، ولكن لا بدليل العام.

أمّا إذا احتل أن العقد إذا خرج، خرج أبداً بمعنى أنّ خروجه عن تحت الحكم بوجوب الوفاء مانع آخر وهذا المانع بالفرض باقٍ لم يكن مجال للحكم بوجوب الوفاء، وكان المرجع استصحاب عدم اللزوم»^(٢).

المناقشة في الوجه الثالث: قال الشيخ الأعظم: «وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببيّة نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاتّه عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة حقّ السيّد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً»^(٣).

توضيح كلامه: «إنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحة. فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضي، لا لأجل المزاحمة مع حق السيّد ليكون من قبيل المانع، كحقّ الرهن الذي هو مانع عن نفوذ عقد الراهن»^(٤).

والحاصل: بعد ورود مناقشات الشيخ الأعظم على الأدلة التي اقيمت للقول الثاني، ظهر عدم تماميتها وثبوت القول الأوّل في المقام وهو أنّ مسقطات الرهن بعد البيع

(١) العقد النضيد ١٦٩/٥.

(٢) حاشية المكاسب ٥٣١/٢.

(٣) المكاسب ١٦٤/٤.

(٤) هدى الطالب ٥٣٧/٧.

تكون بمنزلة إجازة الراهن بالنسبة إلى البيع، والله العالم.

٥- مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أنّ «مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمة حقّ المرتهن - وإنّاطة تأثيره بسقوط حقه - هو ناقلية سقوط حق الرهانة لا كاشفيته، لأنّ المزاحم وهو حق المرتهن مانع عن تأثير، فما دام موجوداً يمتنع تأثير المقتضي، فلا محالة يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

وغرضه^(٢) من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرهن ناقلاً، وهو منافاته لم اذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفاً عن صحة عقد الراهن. فحالُ الفكّ عندهم حال الإجازة في البيع الفضولي، مع أنّ مقتضى الصناعة الإلتزام بالنقل، لئلا يلزم تعلق حقّ الرهانة بمالٍ ينتقل إلى المشتري، كما تقدم....

وقرب كون الفك ناقلاً، ونظّره بالإجازة الكاشفة في مسألة «من باع ثم ملك» ثم قال بتعين القول بالكشف للإجماع»^(٣).

لأنّ الفقهاء على القولين الماضيين:

١- صحة بيع الراهن واستكشافه بالفك كما يظهر من العلامة في رهن القواعد في قوله: «فإن انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا»^(٣).

مراده: «أنّه لو جُني على عبدٍ مرهون، فعفا المولى - وهو الراهن - عن الجناية في الخطاء، أو عفا عن الجناية وعن المال - في العمد - الذي هو بدل عنها وعن الإلتاف، فهل يصحّ عفوه، أي إسقاط حقه، أم لا يصحّ رعايةً لحقّ المرتهن، مع أنّ العفو مسقط لحقه؟ ذهب العلامة في القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجناية، ثمّ العفو، فإنّ إفتك الرهن بعد ذلك كشف عن صحة العفو، وإن استمرّ الرهن - لبقاء الدين في ذمة الرهن - لم يصحّ العفو»^(٤).

(١) المكاسب ٤/ ١٦٤.

(٢) هدى الطالب ٧/ ٥٣٨.

(٣) القواعد ٢/ ١٢٦.

(٤) هدى الطالب ٧/ ٥٢١.

٢- بطلان عقد الرهن وعدم تصحيحه بالفك كما مرَّ^(١) آنفاً من الشهيد^(٢) وتتنظر العلامة^(٣) في صحة العقد واستشكاله^(٤) عليه.

وأما القول بصحة عقد الرهن وكون الفك ناقلاً فمما لا قائل به.

المناقشه في كلام الشيخ الأعظم

يمكن أن يناقش عليه: أولاً: ليس هناك فرق بين إجازة المرتهن في بيع الرهن وفك الرهن، بناءً على أن إجازة المرتهن ليست شيئاً غير إبطال الرهن.

وثانياً: ليس بين إجازة المرتهن وفك الرهن فرق ماهوي لأنهما من قبيل رفع المانع فلا فرق بينهما من حيث الناقلية والكاشفية.

فظهر ممّا ذكرنا أن مسقطات حقّ الرهانة كاشفة لصحة بيع الرهن كما أن إجازة المرتهن كذلك ولا فرق ماهوي بينهما من هذه الحيثية.

والعجب من صاحب العقد النضيد^(٥) حيث ذهب إلى كاشفية إجازة المرتهن وناقلية مسقطات الرهن مع أنّهما من قبيل رفع المانع وعدم الفرق الماهوي بينهما والله العالم.

٦- هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟

ذكر الشيخ الأعظم فيه الوجهين:

الأوّل: «وجوب فكّه من مال آخر...»^(٦).

توضيحه: يجب على الراهن البائع وجوب فك العين المرهونة من مال آخر لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على هذا الفك، فوجوب ألفك يكون مقدماً.

(١) في صفحة ٤٧٦ من هذا المجلد.

(٢) الدروس ٣/ ٣٩٨.

(٣) القواعد ٢/ ١١٣.

(٤) التحرير ٢/ ٤٨٩.

(٥) راجع العقد النضيد ٥/ ١٧٣.

(٦) المكاسب ٤/ ١٦٦.

الثاني: «إنما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأما دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب»^(١).

مراده: وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضي رفع سلطنة الغير بل مقتضاه عدم نقض البيع لو كان المبيع خالياً عن حق الغير. واستشهد الشيخ الأعظم بفرع وهو: «لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك»^(٢).
وجه الاستشهاد: «أن الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه احتمالان:

أحدهما: كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن من بيده أمر العقد إن إجاز، وقَعَ العقد له، ووجب عليه الوفاء به، ولا شأن للفضولي أصلاً. وإن ردّه كان إنشاء الفضولي عقداً صورياً، لا عبرة به.

وثانيهما: كون هذا البيع لازماً على الفضولي، ويجب الوفاء به، ولكن لا يجب عليه شراء المال من مالكه مقدماً لإيجاد الشرط - وهو الملك - وتسليم المبيع للمشتري، بل إن اتفق دخوله في ملك الفضولي وجب الوفاء بعقده، وإن لم يتفق ذلك لم يجب.
وما أفاده المصنف رحمه الله - من جعل هذا الفرع شاهداً للمقام - مبني على الإحتمال الثاني، فيقال: كما لا يجب على الأجنبي إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حق الرهانة، هذا»^(٣).
والظاهر من الشيخ الأعظم أنه اختار الوجه الثاني؛ لأنه قال: «إنما يلزم الوفاء بالبيع...»^(٤) الخ.

ولكن المحقق الإصفهاني اختار الوجه الأول وقال: «وجه الوجوب أن فك الرهن بأداء الدين واجب من دون تعيينه بالذات ببيع العين المرهونة، بل هو مخير بين بيعها وأداء

(١) المكاسب ٤ / ١٦٦.

(٢) المكاسب ٤ / ١٦٦.

(٣) هدى الطالب ٧ / ٥٤٤.

(٤) المكاسب ٤ / ١٦٦.

الدين الموجب للفق؛ وبين أداء الدين بمال آخر، فإذا امتنع الأول بسبب لزوم العقد من قبله تعيين الفرد الآخر»^(١).

توضيح كلامه: «أنَّ الراهن مديونٌ وجب عليه أداء دينه تخييراً، فهو مخيَّرٌ وجوباً بأداء دينه إمّا من العين المرهونة، وإمّا من غيرها:

أما الأول: فمتعدّدٌ شرعاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء، حيث باع العين، فلا يحقّ له شرعاً التصرف فيها، وقد ثبت في محلّه أنّه إذا تعدّد عدل الواجب التخييري عقلاً أو شرعاً، تعيّن العدل الآخر. [وهو الثاني] فيجب على الراهن أن يفكّ العين المرهونة بمال آخر لكي يستطيع تسليمها إلى المشتري»^(٢).

ولكن يرد عليه: «أنّ توجيه المحقّق الإصفهاني مبنيٌّ على أنّ العين المرهونة لا تتحرّر إلا بعد قيام الراهن بفكّ رهنه من خلال الوفاء بالدين، ولولاه لكان من حقّ المرتهن أن يستوفي حقّه من نفس العين ولو ببيعها، لكن لا يتمّ البيع إلا بعد إذن الراهن وإجازته، وصدور مثل هذه الإجازة منه ممنوعٌ، لمنافاتها مع عقده عليها مع المشتري، فمقتضى البيع الصادر من الراهن أنّه لا يحقّ له أن يأذن ببيعها حتّى للمرتهن.

ومن جهة أخرى: يدلّ دليل وجوب الوفاء على ضرورة أن يوفّى دينه من مال سواها، فتوجيه المحقّق الإصفهاني يتمّ، فيما لو اعتبرنا الراهن مخيَّراً بالأداء تخييراً وجوبياً، بين أن يؤدّي من نفس العين المرهونة، أو من مال آخر متعلّق به، أمّا لو ثبت أنّ الأدلّة لا تفيد سوى أنّه متى امتنع الراهن عن فكّ الرهن بأداء الدين، فإنّ المرتهن حرٌّ في بيع [العين] المرهونة، واستيفاء الثمن منها، دون الرجوع إليه والاستئذان منه.

وبذلك يبطل التوجيه المذكور، ويثبت صحّة اختيار الشيخ [الأعظم] من أنّه لا دليل على ضرورة وجوب فكّ الرهن بمال آخر عدا المرهونة.

ولو وصل الدور إلى الشكّ في حدود دليل وجوب الوفاء وسعته، وأنّ على البائع

(١) حاشية المكاسب ٣/ ٢٧٠.

(٢) العقد النضيد ٥/ ١٧٥.

الراهن أن لا ينقض عقده، مما يستلزم وجوب فك رهنه بمال آخر، فإن الشبهة تكون حينئذٍ مفهومية ومرددة بين الأقل - وهو أن عليه فقط أن لا ينقض عهده - وبين الأكثر الشامل لعدم وجوب النقض، وللزوم فك الرهن بمال آخر، والقاعدة هي البراءة ولزوم الاقتصار على الأقل^(١).

أقول: الظاهر عدم وجود الدليل على وجوب فك الرهن على الراهن البائع والله العالم.

٧- لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟

لو امتنع الراهن البائع من فك الرهن وله مال آخر، سواء ذهبنا إلى وجوب فك الرهن عليه أو عدم وجوبه ففيه وجهان:

أ: أمّا بناء على وجوب فك الرهن على الراهن البائع:

١- فيجوز للمرتهن بيع العين المرهونة لاستيفاء الدين ولازم ذلك إبطال العقد الصادر من الراهن.

والوجه في ذلك: إذا امتنع الراهن من أداء دينه وفك الرهن يجوز للمرتهن بيع العين المرهونة - وامتناع الراهن هنا أعم من الاختياري والقهري^(٢) الناشئ من بيع الراهن العين المرهونة - لتعلق حقه - أي حق المرتهن - سابقاً على بيع الراهن، ولا يلزم الراهن بفك الرهن من مال آخر حينئذٍ.

وبعد بيع المرتهن ألغيت المرهونة يترتب عليه بطلان عقد الراهن من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

٢- وأمّا إجبار الراهن على فك الرهن بمال آخر فلأن الواجب على الراهن البائع أن يفك العين المرهونة ويُسَلِّمها إلى المشتري وحيث إنه يمتنع عن الفك جاز للحاكم أن يجبره عليه، لكونه ولياً على الممتنع.

(١) العقد النضيد ١٧٦/٥.

(٢) كما عليه المحقق الإصفهاني رحمته الله في حاشيته على المكاسب ٢٧١/٣.

ب: وأمّا بناءً على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كما أختَرناه:

١- فيجوز للمرتهن أيضاً بيع العين المرهونة استيفاءً للدين، بلا فرق بين هذا القسم وبين وجوب فك الرهن.

٢- وأمّا إجبار الراهن على فك الراهن من مال آخر فللجمع «بين حقي المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع»^(١) يُجَبَّرُ على فكّ الرهن كما أَسْتَفَادَ الفاضلُ المامقاني^(٢) دليل الاجبار في هذا القسم من كلام الشيخ الأعظم^(٣) الماضي. أقول: يمكن أن يناقش على هذا القسم الأخير:

أولاً: بعد البناء على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كيف يُجبر الراهن عليه؟! وهل يُجبر أحد على ما لم يجب عليه فلا تتم استفادة الفاضل المامقاني^(٤) من كلام الشيخ الأعظم.

وثانياً: إنّ ثبوت الحقّ للمشتري أوّل الكلام لأنّه اشترى شيئاً عليه حقّ الغير -وهو المرتهن- فيكون البيع بالنسبة إليه كالمشتري من الفضول في بيع الفضولي لا حقّ له أصلاً حتّى يجمع بين الحقين: حق المرتهن وحق المشتري فلا يتم مقالة الشيخ الأعظم: «جمعاً بين حقي المشتري والمرتهن»^(٥).

فهذا القسم الأخير يَبْقَى بلا دليل كما صرّح بهما الفقيه الشرعي^(٤) والعلامة^(٥) وبالأوّل منهما المحقق المروج^(٥).

وهذا آخر الكلام حول بيع العين المرهونة وبه تم البحث حول الشرط الثالث من شرائط العوضين -وهو اشتراط طلقية المبيع- وبه تمّ الجزء الثامن من الآراء الفقهية -قسم البيع (٥)- على يد مؤلّفه العبد الجاني هادي النجفي في يوم الإثنين التاسع عشر

(١) المكاسب ٤/ ١٦٦.

(٢) غاية الآمال ٧/ ١٩٨.

(٣) المكاسب ٤/ ١٦٦.

(٤) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥/ ٥٢.

(٥) راجع هدى الطالب ٧/ ٥٤٨.

٤٨٨.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٥) / ج ٨

من شهر ذي القعدة الحرام سنة ١٤٣٧ في مدينة إصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان
وسائر بلاد أهل الإيمان.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد خاتم الأنبياء
والمرسلين وعلى آله الأئمة الطاهرين المعصومين.^(١)

(١) اشتغلتُ بتصحيح هذه الأوراق في أيام عيد النيروز عام ١٣٩٦ بمدينة إصفهان وقد فرغتُ
عنها في زوال يوم الجمعة ١١ فروردين ١٣٩٦ المطابق للثاني من شهر رجب المرجب سنة
١٤٣٨ يوم ولادة سيدي ومولاي الإمام علي بن محمد الهادي عليه السلام على قول، والحمد لله أولاً
وآخراً.

الفهرس

- ٣ تقریظ المرجع الديني آية الله العظمى السيد عز الدين الحسيني الزنجاني رحمته الله
- ٦ ترجمة التقریظ بالعربية
- ٧ تاريخ إنهاء المجلد الثامن من الكتاب من نظم السيد عبدالستار الحسيني البغدادي

فصل شرائط العوضين ٩/

- ١١ ١- المالیة
- ١٩ ٢- الملكية
- ٢١ دليل اعتبار الملكية ونقده

أقسام الأرضين وأحكامها ٢٤/

- ٢٥ ١- الأرض الموات بالأصالة
- ٢٦ الطائفة الأولى: النصوص الدالة على أنها من الأنفال
- ٢٧ الطائفة الثانية: النصوص الدالة على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام
- ٢٨ الطائفة الثالثة: النبويان العاميان
- ٢٩ مناقشة المحقق الإصفهاني في دلالة الروايات
- ٣١ الجواب عن مناقشة المحقق الإصفهاني
- ٣٧ تنبيهات
- ٣٧ الأول: ما المراد من ملكية الأنفال للإمام عليه السلام
- ٣٨ التنبيه الثاني: بماذا يتحقق إحياء الأرض الميتة؟
- ٤٦ الثالث: الإحياء سبب لملكية الأرض للمحيي
- ٤٧ ٢- الأرض العامرة بالأصالة
- ٤٨ اعتراض النائبني على الشيخ الأعظم ونقده
- ٤٩ مناقشة المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم
- ٥٢ مناقشة الأستاذ المحقق - مدظله - للشيخ الأعظم

٤٩٠..... الآراء الفقهيّة - البيع (٥) / ج ٨

- والمختار في المقام ٥٤
- فرع: هل تملك الأرض العامرة بالأصالة بالحيازة؟ ٥٤
- فذلكة الكلام ٦٣
- المناقشة في هذه السيرة العقلائية المدعاة ٥٧
- ٣- الأرض العامرة بالعرض ٦٤
- قولان رئيسيان في المسألة ٦٩
- أدلة القول الأوّل ٦٩
- أدلة القول الثاني ٧١
- اشكالات ثلاثة على القول الثاني ٧٧
- فذلكة الكلام بين القولين والمختار منهما ٨٠
- تنبيه ٨٧
- تذكير: ثمرات البحث بين القولين ٨٨
- تكميل: بعض أحكام هذا القسم ٨٨
- تتميمان ٨٩
- الأوّل: هل يعتبر كون المحيي مسلماً؟ ٨٩
- ١- اعتبار اسلام المحيي ٨٩
- أدلة اعتبار اسلام المحيي ٩٠
- ٢- عدم اعتبار اسلام المحيي وهو القول بالتعميم ٩٤
- أدلة عدم اعتبار اسلام المحيي ٩٥
- الثاني: شرائط الإحياء ٩٧
- ١- ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلم ٩٧
- ٢- أن لا يكون حريماً لعامراً ١٠٠
- ٣- «أن لا يُسمّيه الشرعُ مشعراً للعبادة ١٠٥
- ٤- «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ١١١

الفهرس ٤٩١

- ٥- «ألا يسبق إليه سابق بالتحجير ١١٩
- ٦- أن لا يكون قد حماه النبي ﷺ ١٢٦
- حكم الأراضي المفتوحة عنوةً ١٤٣
- إجماع فقهاءنا في المسألة وخلاف العامة فيها ١٤٤
- مستند فقهاء الطائفة ١٥٦
- الاحتمالات التي يمكن استفادتها من الروايات ١٦٣
- الموانع التي تمنع من الأخذ بظهور صحيحة الحلبي ١٦٦
- ١- الاشكال العقلي ١٦٦
- ٢- كيف تكون ملكيتها لعامة المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟! ١٦٨
- ٣- كيف تجتمع الملكية مع عدم جواز التصرفات الاعتبارية والخارجية؟ ... ١٦٨
- ٤- كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟ ١٦٩
- بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوة ١٧٢
- ١- هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوة أو أنها ملك خاص ١٧٢
- ٢- المتصدي للأراضي الخراجية ١٧٣
- ٣- لا يجوز بيع الأراضي الخراجية ١٧٤
- حكم الأراضي الصلحية ١٧٧
- المقام الأول: مقتضى عقد الصلح ١٧٧
- المقام الثاني: مقتضى الروايات ١٧٧
- ٣- الطَّلِقَةُ (التمامية) ١٨١
- الأولى: ما معنى الطلقية والتمامية؟ ١٨٤
- الثانية: فوارق القولين ١٨٨
- الثالثة: اعتراض المحقق الخراساني على مقالة الشيخ الأعظم ودفاع المحقق ... ١٨٩
- الرابعة: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم ١٩١
- الخامسة: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطية ١٩٣

المسألة الاولى: عدم جواز بيع الوقف / ١٩٥

- ١٩٥ تمهيد: ما هي حقيقة الوقف؟
- ١٩٥ القائلون بذاتية مانعية الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأوّل...
- ١٩٥ القول الأوّل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعة عن التصرفات...
- ١٩٥ القول الثاني: الوقف عبارة عن قصر الملك على شخص أو جهة خاصة و...
- ١٩٩ اشكالات السيّد الخميني على المحقّق الإصفهاني رحمتهما...
- ١٩٩ الإشكال الأوّل وجوابه
- ٢٠٠ الإشكال الثاني ونقده
- ٢٠١ الإشكال الثالث ورّدّه
- ٢٠٢ الإشكال الرابع ومنعّه
- ٢٠٣ مقالة النائيني في حقيقة الوقف
- ٢٠٥ ظهور الايراد على السيّد الخميني رحمته...
- ٢٠٦ الدليل الثاني: الإجماع
- ٢٠٧ الدليل الثالث: الاطلاقات
- ٢٠٨ الدليل الرابع: الروايات العامة الواردة في باب الوقف
- ٢٠٩ اعترض المحقّق الإيرواني ونقده
- ٢٠٩ ومنها: صحيحة أبي علي بن راشد
- ٢١١ التقريب الأوّل
- ٢١٢ التقريب الثاني
- ٢١٣ التقريب الثالث
- ٢١٤ واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات
- ٢١٤ ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم:
- ٢١٥ تهافت في كلام الشيخ الأعظم
- ٢١٦ محاولة المحقّق الإصفهاني لرفع التهافت ونقدها

الفهرس ٤٩٣

- ٢١٦ نقدها: المحاولة عقيمة
- ٢١٧ تعلية المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس
- ٢٢٤ موانع بيع الوقف في رأي الشيخ الأعظم
- ٢٢٤ ١- أمّا حقّ الواقف
- ٢٢٥ ٢- وأمّا حقّ الله - سبحانه وتعالى -
- ٢٢٥ ٣- وأمّا حقّ البطون المتأخرة
- ٢٣٠ فذلكة القول
- ٢٣٠ مقالة المحقق الإصفهاني في تصحيح بطلان بيع الوقف وتمايمتها
- ٢٣٣ فذلكة الكلام إلى هنا
- ٢٣٣ هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع ...
- ٢٣٤ اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده
- ٢٣٥ مقالة المحقق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها
- ٢٣٨ الجهة الاولى: الخروج الموضوعي عن هذا الأصل الأولي وهو عدم جواز بيع الوقف ...
- ٢٣٨ الأقوال
- ٢٣٨ القول الأوّل: ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقاً وعدم الخروج من
- ٢٣٨ القول الثاني: جواز البيع مطلقاً، ومن الواضح أنّ من يقول بجواز البيع إنّما يقول
- ٢٣٨ القول الثالث: جواز البيع في الوقف المنقطع وعدم جوازه في الوقف المؤبّد وهو
- ٢٣٩ القول الرابع: جواز البيع في الوقف المؤبّد وعدم جوازه في الوقف المنقطع على
- ٢٣٩ القول الخامس: جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه في نفس العين
- ٢٣٩ القول السادس: عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز في غيرهما
- ٢٤٠ الجهة الأولى في الوقف المؤبّد
- ٢٤٠ ١- الوقف التمليكى: «ما يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم
- ٢٤٠ ٢- الوقف التحريري: «ما لا يكون ملكاً لأحدٍ بل يكون فك ملكٍ نظير التحرير
- ٢٤١ وهاهنا فروع لا بدّ من البحث حولها

٢٤١	 الأول: حكم بيع المساجد
٢٥٤	 الثاني: وأمّا أجزاءه وآلاته وأثاثه
٢٥٩	 الثالث: ما الحقّ بالمساجد
٢٦٢	 الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟
٢٦٣	 الخامس: الوقف على الموقوفات
٢٦٤	 السادس: حكم كسوة الكعبة
٢٦٥	 الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف
٢٦٥	 الصورة الأولى
٢٦٦	 كلمات الفقهاء في المقام
٢٦٩	 المقام الأول: تحقق المقتضي للبيع
٢٧٢	 المقام الثاني: عدم المانع
٢٧٤	 فذلكة القول في المقام
٢٧٥	 ثمّ إنّ هاهنا إشكالاً لا بدّ من الجواب عنه
٢٧٥	 الإشكال
٢٧٦	 قد تعرّض الأعلام لحلّ هذا الاشكال
٢٧٦	 محاولة المحقّق الخراساني
٢٧٦	 نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثمّ توجيهها
٢٧٨	 محاولة السيّد البيزدي
٢٧٨	 ويناقش عليه
٢٨١	 جواب السيّد الخوئي
٢٨٢	 اعتراض الاستاذ المحقّق -مدظله- على الأعلام الثلاثة
٢٨٥	 جواب الاستاذ المحقّق -مدظله- عن الاشكال
٢٨٧	 المناقشة في جواب الاستاذ المحقّق -مدظله-
٢٨٨	 إنّ هاهنا فروعاً لا بدّ من البحث حولها

الفهرس ٤٩٥

- الفرع الأول: البدل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟ ٢٨٨
- الفرع الثاني: هل يحتاج البدل في كونه وقفاً إلى صيغة الوقف؟ ٢٩٠
- الفرع الثالث: هل يجوز بيع البدل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟ ٢٩١
- الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟ ٢٩٢
- ادلة القول بوجوب شراء المماثل ٢٩٣
- الدليل الأول: قياس المسألة بباب الضمان ٢٩٣
- الدليل الثاني: اهمال أدلة جواز بيع الوقف ٢٩٥
- الدليل الثالث: لزوم مراعاة حق الواقف وغرضه ٢٩٥
- الدليل الرابع: قاعدة البدلية تقتضي المماثلة ٢٩٥
- الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟ ٢٩٦
- الفرع السادس: هل تسقط تولية المتولي عن بدل الوقف؟ ٢٩٩
- الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالنقدين ماذا يُفعل بهما؟ ... ٣٠٠
- الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه ٣٠٤
- الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة ٣٠٥
- الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة ٣٠٧
- الفرع الحادي عشر: إذا لا يمكن الانتفاع في حق الموقوف عليهم ٣٠٨
- الفرع الثاني عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدة ٣٠٩
- الصورة الثانية ٣٠٩**
- مقالة السيّد الخوئي في توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم ٣١١
- تنبيه ٣١٣
- إشكالات الشيخ الأعظم على مقالة صاحب الجواهر ٣١٤
- مقالة صاحب الجواهر ٣١٤
- توضيح كلام صاحب الجواهر ٣١٦
- إشكال الشيخ الأعظم ٣١٧

٤٩٦ الآراء الفقهيّة - البيع (٥) / ج ٨

الحكمية بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب	٣٢٣
أقول: بالنسبة إلى الاعتراض الأوّل للشيخ الأعظم	٣٢٣
وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول	٣٢٤
تنبيه: حول تفصيل المحقّق النائيّني ونقده وملاحظات النقد	٣٢٧
الصورة الثالثة	٣٣٢
نقد مقالات الأعلام الثلاثة	٣٣٤
التّنبية على الأمرين [مقدمة على نقد كلام ابن إدريس]	٣٣٥
الاشكال الوارد على شيخنا الأنصاريّ	٣٣٧
الصورة الرابعة	٣٣٩
الاحتمالات الواردة في خبر جعفر بن حيان	٣٤٣
اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان	٣٤٥
وأما تقريب دلالتها	٣٥٠
الاشكال على دلالة مكاتبة الحميري	٣٥١
الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايّتين	٣٥١
فذلكة الكلام في نقد دلالة المكاتبة	٣٥٢
الصورة الخامسة	٣٥٣
دليل القائلين بالجواز	٣٥٤
دليل القائلين بالمنع	٣٥٦
الصورة السادسة	٣٥٦
الأقوال في المسألة	٣٥٨
ما المراد من الشرط هنا؟	٣٥٩
هذه الصورة على اختلاف المباني	٣٥٩
مبنى المختار	٣٥٩
الصورة السابعة	٣٦٥

الفهرس ٤٩٧

الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية ٣٦٥

الثاني: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية ٣٦٥

الدليل على جواز البيع في القسم الأول من هذه الصورة ٣٦٥

١- لزوم متابعة غرض الوقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة ٣٦٥

٢- يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده ٣٦٦

٣- الحقوق الثلاثة: المذكورة في كلام الشيخ الأعظم ٣٦٦

٤- ليس لأدلة نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق ٣٦٩

القسم الثاني من الصورة السابعة ٣٧١

١- عموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف ٣٧١

٢- عموم قوله عليه السلام: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ٣٧٤

٣- عموم قوله عليه السلام: صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث ٣٧٥

٤- الاستصحاب ٣٧٦

تَوْهُمٌ وَدَفْعُهُ ٣٧٦

القول المختار في القسم الثاني من الصورة السابعة ٣٧٨

صور الثامنة والتاسعة والعاشرة ٣٧٨

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال ٣٧٨

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييدٍ بتلف ٣٧٩

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس ٣٧٩

مستند جواز البيع في هذه الصور الثلاث ٣٨٢

عودٌ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحة للحكم بالجواز ٣٨٢

اشكالات الشيخ الأعظم ٣٨٣

جواب اشكالات الشيخ الأعظم ٣٨٣

كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحة ٣٨٥

تقريب الاستدلال للصورة الثامنة بها ٣٨٥

- ٣٨٥ اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال
- ٣٨٦ تقريب الاستدلال للصورة التاسعة بالصحيحة
- ٣٨٧ تقريب الاستدلال بالصحيحة للصورة العاشرة
- ٣٨٧ اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب
- ٣٨٨ استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحة
- ٣٩١ فذلكة كلام الشيخ الأعظم ونقدها
- ٣٩١ مقالة المحقّق السيّد الخوئي حول الصحيحة ونقدها
- ٣٩٥ فذلكة الكلام في صحيحة علي بن مهزيار
- ٣٩٦ الاستدلال للصُورِ الثَّلاثِ الأخيرة بالقواعد العامة
- ٣٩٦ ١- قاعدة التزاحم
- ٣٩٩ ٢- قاعدة لا ضرر
- ٣٩٩ الاستدلال للصور الثَّلاثِ بالشرط الضمني للوقف
- ٤٠٠ الوقف المنقطع
- ٤٠٢ الجهة الاولى: صحة وقف المنقطع الآخر وعدمها؟
- ٤٠٣ أ: الأقوال في المسألة
- ٤٠٦ ب: أدلة صحة الوقف المنقطع الآخر
- ٤١٣ ج: ملكية العين الموقوفة
- ٤١٣ في المسألة أقوال ثلاثة
- ٤١٨ د: بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر
- ٤١٨ المناقشة في صحة هذا البيع بالغرر
- ٤٢٠ مقالة المحقّقين الخراساني والإصفهاني في صحة المعاملة
- ٤٢٢ نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقّق
- ٤٢٤ المختار في بيع العين الموقوفة في الوقف المنقطع الآخر
- المسألة الثانية: بيع أمِّ الوَلَدِ / ٤٢٧

الفهرس ٤٩٩

- المسألة إجماعية بين المسلمين ٤٢٧
- تبيين المسألة ٤٢٨
- صور جواز بيع أم الولد ٤٣١
- الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضة ٤٣١
- الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياة مولاه ٤٣٣
- الصورة الثالثة: بيع أم الولد في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الأمة ٤٣٥
- الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذي استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذي كان ٤٣٥
- الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة ٤٣٦
- الصورة السادسة: تعلّق ضمان اليد بها ٤٣٦
- الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاه ٤٣٦
- الصورة الثامنة: إذا عجز مولاه عن نفقتها ٤٣٧
- الصورة التاسعة: إذا مات قريبها ٤٣٧
- الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان ٤٣٧
- الصورة الحادية عشرة: إذا كان علوقها بعد الإفلاس ٤٣٧
- الصورة الثانية عشرة: بيعها عن من تتعتق عليه ٤٣٧
- الصورة الثالثة عشرة: جواز بيعها بشرط العتق ٤٣٨
- الصورة الرابعة عشرة: بيعها في كفن سيدها ٤٣٨
- الصورة الخامسة عشرة: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها ٤٣٨
- الصورة السادسة عشرة: إذا كان ولدها غير وارث ٤٣٨
- الصورة السابعة عشرة: إذا خرج مولاه عن الذمة ٤٣٨
- الصورة الثامنة عشرة: إذا لحقت أم الولد ٤٣٨
- الصورة التاسعة عشرة: إذا كانت لمكاتب ٤٣٨
- الصورة العشرون: بيعها في حقّ المضمون للمولى ٤٣٨

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونة / ٤٤٠

٥٠٠..... الآراء الفقهية - البيع (٥) / ج ٨

- المانع من صحة بيع العين المرهونة ٤٤١
- ١- الإجماع ٤٤٢
- ٢- الأخبار ٤٤٢
- ٣- المانع العقلي وهو التنافي بين البيع والرهن ٤٤٥
- القولان في بيع العين المرهونة ٤٤٧
- ١- أدلة القول بالبطلان ٤٤٧
- مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها ٤٤٩
- ٢- أدلة القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن ٤٥٤
- ١- الاستدلال بالأدلة العامة ٤٥٤
- ٢- التعليل الوارد في صحة نكاح العبد ٤٥٥
- ٣- فحوى أدلة صحة الفضولي ٤٥٦
- مقالة المحقق الإيرواني في المقام ومتابعة المحقق الإصفهاني له ٤٥٧
- مقالة المؤسس الحائري في المقام ٤٦٠
- ثم إن هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانة من العين إلى الثمن ٤٦٦
- القول المختار في المسألة ٤٦٧
- ثم إن هاهنا فروع لابد أن نبحث حولها ٤٦٨
- ١- الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة؟ ٤٦٨
- ٢- إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقه أو أنها إسقاط لحقه ٤٧٢
- ٣- حكم الإجازة بعد الرد ٤٧٥
- ٤- فك الرهن بعد البيع ٤٧٦
- ٥- مسقطات حق الرهانة كاشفة أو ناقلة؟ ٤٨٢
- ٦- هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونة أم لا يجب؟ ٤٨٣
- ٧- لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟ ٤٨٦
- الفهرس ٤٨٩