

مسأله يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مئنا أن يكون مسلما

اشاره

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا كما فى التذكرة بل عن الغنيه عليه الإجماع خلافا للمحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا و سياتى عبارته الإسكافى فى المصحف.

[الاستدلال على عدم الصحه]

و استدلال للمشهور تاره بأن الكافر يمنع من استدامته لأنه لو ملكه قهرا بإرث أو أسلم فى ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه كالنكاح و أخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن فيتنفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و بالنبوى المرسل فى كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به فى موارد متعدده حتى فى عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم بل عدم جواز مساواته و هو قوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و من المعلوم أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضده بالشهره و اشتهار التمسك بالآيه حتى أسند فى كنز العرفان إلى الفقهاء و فى غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكره من الأدله خاليا عن الإشكال فى الدلاله. أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامه فغايه توجيهه أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا و بقاء من غير مدخله لخصوص البقاء كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسه عن المسجد فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال لكن يرد عليه أن هذا إنما يقتضى عدم كون الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد. و الحاصل أن دلاله النهى عن الإدخال فى

الملك تابعه لدلاله النهى عن الإبقاء فى الدلاله على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه و المفروض انتفاء الدلاله فى المتبوع. و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد فى عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين ع: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقروه عنده بناء على أن تخصيص البيع بالمسلمين فى مقام البيان و الاحتراز يدل على المنع من بيعه من الكافر فيفسد. توضيح الاندفاع أن التخصيص بالمسلمين إنما هو من جهه أن الداعى على الأمر بالبيع هى إزاله ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنده و هى لا تحصل بنقله إلى كافر آخر فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به فافهم. و أما الآية فباب الخدشه فيها واسع تاره من جهه دلالتها فى نفسها و لو بقريته سياقها الآبى عن التخصيص فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص أو بقريته ما قبلها الداله على إرادته نفى الجعل فى الآخره. و أخرى من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحججه للكفار على المؤمنين و هو ما روى فى العيون عن أبى الحسن ع ردا على من زعم أن المراد بها

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٩

نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه تسلط الكفار على المؤمنين حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهمه ذو مسكه أن الحسين بن على ع لم يقتل بل شبه لهم و رفع كعيسى على نبينا و آله و عليهم السلام و تعميم الحججه على معنى يشمل الملكيه و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف. و ثالثه من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دل على صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجاره و تسلط الناس على أموالهم و حكومه الآية عليها غير معلومه و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستدامه و فى كثير من الفروع فى الابتداء يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكيه بأن يراد من السبيل السلطنه فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقق السلطنه بل يكون محجورا عليه مجبورا على بيعه و هذا و إن اقتضى

التقييد فى إطلاق ما دل على استقلال الناس فى أموالهم و عدم حجرهم بها لكنه مع ملاحظه وقوع مثله كثيرا فى موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص فى الآيه المسوقه لبيان أن جعل شىء لم يكن و لن يكون و إن نفى الجعل ناش عن احترام المؤمن الذى لا يقيد بحال دون حال هذا مضافا إلى أن استصحاب الصحه فى بعض المقامات- يقتضى الصحه كما إذا كان الكفر مسبقا بالإسلام بناء على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبقا بالكفر فيثبت فى غيره بعدم الفصل و لا يعارضه أصاله الفساد فى غير هذه الموارد لأن استصحاب الصحه مقدم عليها فتأمل

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصيه. و أما تمليك المنافع فى الجواز مطلقا كما يظهر من التذكرة و مقرب النهايه بل ظاهر المحكى عن الخلاف أو مع وقوع الإجاره على الذمه كما عن الحواشى و جامع المقاصد و المسالك أو مع كون المسلم الأجير حرا كما عن ظاهر الدروس أو المنع مطلقا كما هو ظاهر القواعد و محكى الإيضاح أقوال أظهرها الثانى فإنه كالدين ليس ذلك سبيلا فيجوز. و لا فرق بين الحر و العبد كما هو ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة و حواشى الشهيد و جامع المقاصد بل ظاهر المحكى عن الخلاف نفى الخلاف فيه حيث قال فيه إذا استأجر كافر مسلما بعمل فى الذمه صح بلا خلاف و إذا استأجره مده من الزمان شهرا أو سنه ليعمل عملا صح أيضا عندنا انتهى. و ادعى فى الإيضاح أنه لم ينقل من الأمه فرق بين الدين و بين الثابت فى الذمه بالاستيجار خلافا للقواعد و ظاهر الإيضاح فالمنع مطلقا لكونه سبيلا و ظاهر الدروس التفصيل بين العبد و الحر فيجوز فى الثانى دون الأول حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم للكافر مطلقا قال و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجاره الحر المسلم انتهى. و فيه نظر لأن ظاهر الفاضل فى التذكرة جواز إجاره العبد المسلم مطلقا و لو كانت على العين. نعم يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك- الذى ملك منفعتة بخلاف

الحر فإنه لا تثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعتة خصوصا لو قلنا بأن إجاره الحر تملك الانتفاع لا المنفعة فتأمل

و أما الارتهان عند الكافر

ففى جوازه مطلقا كما عن ظاهر نهايه الأحكام أو المنع كما فى القواعد و الإيضاح أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعناه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح فى كتاب الرهن و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أو التردد كما فى التذكرة و جوه أقواها الثالث لأن استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه

و أما إعارته من كافر

فلا يبعد المنع وفاقا لعاريه القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشى الشهيد رحمه الله أن الإعارة و الإيداع أقوى من الارتهان و هو حسن فى العاريه لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا و علوا و محل نظر فى الوديعة لأن التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة مع زياده فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع و هى التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطه على إلزام المالك ببيعه. و قد صرح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. و مما ذكرنا يظهر عدم صحه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته

[المقصود من الكافر]

ثم إن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتد غايه الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآيه و لذا استدل الحنفية بالآيه على ما حكى عنهم بحصول بينونه بارتداد الزوج و هل يلحق بذلك أطفال الكفار فيه

إشكال و يعم المسلم المخالف لأنه مسلم فيعلو و لا يعلى عليه و المؤمن فى زمان نزول آيه نفى السبيل لم يرد به إلا المقر بالشهادتين و نفيه عن الأعراب الذين قالوا آمنا بقوله تعالى و لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ إِنَّمَا كَانَ لِعَدَمِ اعْتِقَادِهِمْ بِمَا أَقْرَأُوا بِهِ فَالْمُرَادُ بِالْإِسْلَامِ هُنَا أَنْ يَسْلَمَ نَفْسَهُ لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ فِي الظاهر لا الباطن بل قوله تعالى و لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على أن ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيمانا فى خارج القلب. و الحاصل أن الإسلام و الإيمان فى زمان الآيه كانا بمعنى واحد و أما ما دل على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية فهو لا يقاوم بظاهرة لما دل على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح و التوارث و حقن الدماء و عصمه الأموال و أن الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففى روايه حمران بن أعين قال: سمعت أبا جعفر ع يقول الإيمان ما استقر فى القلب و أفضى به إلى الله عز و جل و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لأمره و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت الموارث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان إلى أن قال فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك قال لا بل هما يجريان فى ذلك مجرى واحد و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما و ما يتقربان به إلى الله عز و جل.

[بيع العبد المؤمن من المخالف

و من جميع ما ذكرنا ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جاريه إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنه من المخالف لأنخبار دلت على ذلك فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجاريه المؤمنه لكن الأقوى عدم التحريم

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع

منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعقاد

بأن يكون ممن ينعقد على الكافر قهرا واقعا كالأقارب أو ظاهرا كمن أقر بحريه مسلم ثم اشتراه أو بأن يقول الكافر للمسلم أعتق عبدك عنى بكذا فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة و تبعه جامع المقاصد و المسالك و الوجه فى الأول واضح وفاقا للمحكى عن الفقيه و النهايه و السرائر مدعيا عليه الإجماع و المتأخرين كافة فإن مجرد الملكيه غير المستقره لا يعد سبيلا بل لم تعتبر الملكيه إلا مقدمه للانعقاد خلافا للمحكى عن المبسوط

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٠

و القاضى فمعناه لأن الكافر لا يملك حتى ينعقد لأن التملك بمجرد سبيل و السيادة علو إلا أن الإنصاف أن السلطنه غير متحققه فى الخارج و مجرد الإقدام على شرائه لينعقد منه من الكافر على المسلم لكنها غير منفيه. و أما الثانى فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب لثبوت الخلل أما فى المبيع لكونه حرا أو فى المشتري لكونه كافرا فلا تتصور صورته صحيحه لشراء من أقر بانعاقه إلا أن تمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل. و أما الثالث فالمحكى عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع لما ذكر فى الأول.

و منها ما لو اشترط البائع عتقه

فإن الجواز هنا محكى عن الدروس و الروضه و فيه نظر فإن ملكيته قبل الإعقاد سبيل و علو بل التحقيق أنه لا فرق بين هذا و بين إجباره على بيعه فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك. و الحاصل أن السبيل فيه ثلاثه احتمالات كما عن حواشى الشهيد مجرد الملك و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحريه و بالملك المستقر و لو بالقابليه كشروط العتق و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته اشتراط العتق و المستقر فعلا و يترتب عليه استثناء الجميع و خير الأمور أوسطها

[حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا. أما التملك القهري فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر - أجبر على البيع فمات قبله - فإنه لا ينعق عليه ولا على الكافر الميت لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدله الإرث لكن لا يثبت بها أصل تملك الكافر فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام ع بل هو مقتضى الجمع بين الأدله ضروره أنه إذا نفى إرث الكافر بآيه نفى السبيل كان الميت بالنسبه إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام ع و بهذا التقرير يندفع ما يقال إن إرث الإمام مناف لعموم أدله ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع أنه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر فيتحقق نفى الوارث الذى هو مورد إرث الإمام ع فإن الممنوع من الإرث لغير الوارث. فالعمده فى المسأله ظهور الاتفاق المدعى صريحا فى جامع المقاصد ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره وجوه خيرها أو سطها ثم أخيرها

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف فى أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر بل يجب بيعه عليه: لقوله ع فى عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقروه عنده. و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقا - لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال غايه الأمر أنه دل النص و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها أنه يباع عليه بل صرح فخر الدين رحمه الله فى الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه و هو مخالف لظاهر النص و الفتوى كما عرفت و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه - فالظاهر أنه لا خيار له و لا عليه - وفاقا للمحكى فى الحواشى فى خيار المجلس و الشرط لأنه إحداث ملك فينتفى لعموم نفى السبيل لتقديمه على أدله الخيار كما يقدم على أدله البيع و يمكن أن يبتنى على أن الزائل العائد كالذى

لم يزل أو كالذى لم يعد. فإن قلنا بالأول ثبت الخيار و لأن فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكيه الحاصله غير السابقه فإن الشارع لم يمضها لكن هذا المبنى ليس بشىء لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفي السبيل على المتيقن نعم يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيبا و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر من جهة قوه أدله نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابليه تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع فى العقد الجائز كالهبة و خالف فى ذلك كله جامع المقاصد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لا انتفاء المقتضى لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان المبيع معاطاه فهى على حكمها و لو أخرجها عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إزماءه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و لم يلزم منه تخسير للمال انتهى. و فيما ذكره نظر لأن نفي السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائى و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ. و استلزام البيع للخيارات ليس عقليا بل تابع لدليله الذى هو أضعف من دليل صحه العقد الذى خص بنفى السبيل فهذا أولى بالتخصيص به مع أنه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصاله الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع فتأمل. و أما ما ذكره أخيرا بقوله لا يبعد ففيه أن إزماءه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزله التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره فى القواعد من قوله رحمه الله و لو باعه لمسلم بثوب ثم وجد فى الثمن عيبا جاز رد الثمن و هل يسترد العبد أو قيمه فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم اختيارا و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث انتهى محل تأمل إلا أن يقال إن مقتضى الجمع بين أدله الخيار و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمه فيكون نفي السبيل مانعا

شرعياً من استرداد المثلث كمنقل المبيع فى زمن الخيار و كالتلف الذى هو مانع عقلى و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله و لذا حكموا بسقوط الخيار فى من ينعق على المشتري فتأمل.

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

ذكره الشيخ و المحقق فى الجهاد و العلامة فى كتبه و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسكافى أنه قال و لا اختار أن يرهن الكافر مصحفاً أو ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيراً من الأطفال انتهى. و استدلووا عليه بوجوب احترام المصحف و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر و ما ذكره حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. و فى إلحاق الأحاديث النبويه بالمصحف كما صرح به فى المبسوط أو الكراهه كما هو صريح الشرائع و نسبه الصيمرى إلى المشهور قولان تردد بينهما العلامة فى التذكرة و لا يبعد أن تكون الأحاديث المنسوبة إلى النبى ص من طرق الآحاد حكمها حكم ما علم صدوره منه ص و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبى المعلوم

المكاسب، ج ٢، ص ١٦١

صدورها عنه ص و كيف كان فحكم أحاديث الأئمة ص حكم أحاديث النبى ص

القول فى شرائط العوضين

يشترط فى كل منهما كونه متمولاً

إشاره

لأن البيع لغه مبادله مال بمال

و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء محلله فى الشرع

لأن الأول ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها و نفى الفائده عنها و الثانى ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسه الشىء كالحشرات و إلى ما يستند إلى قلته كحبه حنطه و ذكروا أنه ليس مالا و إن كان يصدق عليه الملك و لذا يحرم غصبه إجماعا. و عن التذكرة أنه لو تلف لم يضمن أصلا و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. و الأولى أن يقال إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفا فلا إشكال و لا خلاف فى عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا بيع إلا فى ملك و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال فى مقابله أكلا بالباطل عرفا فالظاهر فساد المعامله و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو و إلا فلا يخفى و جوب الرجوع إلى عمومات صحه البيع و التجاره. و خصوص قوله ع فى المروى عن تحف العقول: و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه إلى آخر الروايه و قد تقدمت فى أول الكتاب

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس

كالماء و الكلاء و السماك و الوحوش قبل اصطيادها بكون هذه كلها غير مملوكه بالفعل

و احترزوا أيضا به عن الأرض المفتوحه عنوه

و وجه الاحتراز عنها أنها غير مملوكه لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل و لذا لا تورث بل و لا من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعه مشاعا و لا كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنيين و لا من قبيل تملك الفقراء الزكاه و الساده الخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم منافعه بالقبض لأن مصرفه منحصر فى مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظه مصالحهم فهذه الملكيه نحو مستقل من الملكيه قد دل عليها الدليل و

معناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع و دل عليه النص كمرسلة حماد الطويله و غيرها.

[أقسام الأرضين و أحكامها]

اشاره

و حيث جرى في الكلام ذكر بعض أقسام الأرضين فلا بأس بالإشاره إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها فنقول و من الله الاستعانه الأرض إما موات و إما عامره- و كل منهما إما أن يكون كذلك أصليه أو عرض لها ذلك فالأقسام أربعة لا خامس لها

الأول ما يكون مواتاً بالأصله بأن لم تكن مسبوقة بالعماره

و لا إشكال و لا خلاف منافي كونها للإمام ع و الإجماع عليه محكى عن الخلاف و الغنيه و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر جماعه أخرى و النصوص بذلك مستفيضه بل قيل إنها متواتره و هي من الأنفال. نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض و عليه يحمل ما في النبويين: موتان الأرض لله و لرسوله ص ثم هي لكم منى أيها المسلمون و نحوه الآخر: عادى الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى. و ربما يكون في بعض الأخبار و جوب أداء خواجه إلى الإمام ع كما في صحيحه الكابلي قال: وجدنا في كتاب على ع إنَّ الأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثَنَا اللهُ الأَرْضَ وَ نحن المتقون و الأرض كلها لنا فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها الخبر و مصححه عمر بن زيد: أنه سأل رجل أبا عبد الله ع عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلاً و شجراً فقال أبو عبد الله ع كان أمير المؤمنين ع يقول من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له و عليه طسقتها يؤديه إلى الإمام ع في حال الهدنه فإذا ظهر القائم عجل الله تعالى فرجه فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و جوب إيصال

الطسق إذا طلب الإمام ع لكن الأئمة ع بعد أمير المؤمنين ص حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم كما يدل عليه قوله ع: ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع فى روايه مسمع بن عبد الملك: كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان فى أيديهم و يترك الأرض فى أيديهم و أما ما كان أيدى سواهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره الخبر. نعم ذكر فى التذكرة أنه لو تصرف فى الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكوره على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال للإمام فى الأراضى فى حال الغيبه بل الأخبار متفقه على أنها لمن أحيها و ستأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالإحياء.

الثانى ما كانت عامره بالأصالة

أى لا من معمر و الظاهر أنه أيضا للإمام ع و كونها من الأنفال و هو ظاهر إطلاق قولهم و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام ع و عن التذكرة الإجماع عليه و فى غيرها نفى الخلاف عنه لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكيه عن تفسير على ابن إبراهيم عن الصادق ع حيث عد من الأنفال كل أرض لا رب لها و نحوها المحكى عن تفسير العياشى عن أبى بصير عن أبى جعفر ع. و لا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لأن الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتا و هل تملك هذه بالحيازه و جهان من كونها مال الإمام و من عدم منافاته للتملك بالحيازه كما تملك الموات بالإحياء مع كونها مال الإمام فدخل فى عموم النبوى: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

الثالث ما عرضت له الحياه بعد الموت

و هو ملك للمحيى فيصير ملكا له بالشروط المذكوره فى باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المذهب و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكرة لكن يبالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبه فلا بد من الملاحظه.

الرابع ما عرض له الموت بعد العماره

فإن كانت العماره أصلية فهى مال الإمام ع و إن كانت العماره من معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٢

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف معروف فى كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار.

ثم القسم الثالث إما أن تكون العماره فيه من المسلمين أو من الكفار فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرود الخراب على أحد القولين و إن كانت من الكفار فكذلك إن كانت فى دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام و إن اعتبرنا الإسلام كانت باقيه على ملك الإمام ع و إن كانت فى دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر أموالهم. ثم ما ملكه الكفار من الأرض إما أن يسلم عليه طوعا- فيبقى على ملكه كسائر أملاكه و إما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقيت يده عليه كافرا فهى أيضا كسائر أملاكه تحت يده و إن ارتفعت يده عنها فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها تخليتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام ع و يكون من الأنفال التى لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و إن رفعت يده عنها قهرا و عنوه فهى كسائر ما لا

ينقل من الغنيمه كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافه إجماعا على ما حكاه غير واحد كالخلاف و التذكره و غيرهما و النصوص به مستفيضه: ففي روايه أبى برده المسئول فيها عن بيع أرض الخراج قال ع و من يبيع ذلك و هى أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذى هى فى يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا ثم قال لا بأس اشترى حقه منها- و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه. و فى مرسله حماد الطويله: ليس لمن قاتل شىء من الأرضين و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر إلى أن قال و الأرض التى أخذت بخيل و ركاب فهى موقوفه متروكه فى يدي من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضربهم فإذا أخرج منها ما أخرجه بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقى سيحا و نصف العشر مما سقى بالدوالى و النواضح إلى أن قال فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم و هم على قدر ما صالحهم عليه و يؤخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانهم على دين الله و فى مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحه العامه ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. و فى صحيحه الحلبي قال: سئل أبو عبد الله ع عن السواد ما منزلته قال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا نشتره من الدهاقين قال لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل و روايه ابن شريح قال:

سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك و روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها: و سألته عن رجل اشترى أرضا من

أراضى الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمه نزلوها أله أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا جزية رء وسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و فى خبر أبى الربيع قال: لا تشتتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمه فإنما هى فى ء للمسلمين إلى غير ذلك و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل فى ملك المشتري. نعم يكون للمشتري على وجه كان للبائع أعنى مجرد الأولويه و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعى بناء على عموم ولايته لأموال المسلمين و نيابته عن الإمام ع و لكن ظاهر عبارته المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها قال لا يجوز التصرف فيها ببيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضه و لا يصح أن تبنى فيها دور أو منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذى يتبع الملك و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا و هو على حكم الأصل و يمكن حمل كلامه على صورته عدم الإذن من الإمام ع حال حضوره و يحتمل إرادته التصرف بالبناء على وجه الحيازه و التملك و قال فى الدروس لا يجوز التصرف فى المفتوحه عنوه إلا بإذن الإمام سواء كان بالبيع أم بالوقف أم بغيرهما. نعم فى حال الغيبه ينفذ ذلك و أطلق فى المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ و قال ابن إدريس إنما نبيع و نوقف تحجيرنا و بناءنا و تصرفنا لا نفس الأرض انتهى. و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبه و الحضور فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف لا فى الثانى إلا بإذن الإمام و كذا إلى جامع المقاصد و فى النسبه نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعه من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبه بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار و المعنى أنها مملوكة ما دامت الآثار موجوده. قال فى المسالك فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها إلى آخرها إن المراد أنه لا يصح ذلك فى رقبه الأرض مستقله أما لو فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى قال فإذا باعها بائع

مع شىء من هذه الآثار دخلت فى المبيع على سبيل التبوع و كذا الوقف و غيره و يستمر كذلك ما دام شىء من الآثار باقيا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين و عليه العمل انتهى. نعم ربما يظهر من عبارته الشيخ فى التهذيب جواز البيع و الشراء فى نفس الرقبه حيث قال إن قال قائل إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحه التصرف فى هذه الأرضين و لا يدل صحه تملكها بالشراء و البيع و مع عدم صحته لا يصح ما يتفرع عليهما. قلنا إنا قد قسمنا الأرضين ثلاثه أقسام أرض أسلم عليها أهلها فهى ملك لهم يتصرفون فيها و أرض تؤخذ عنه أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها و بيعها لأن لنا فى ذلك قسما لأنها أراضى المسلمين و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و إنما أبيع لنا التصرف فيها حسب ثم استدل على أراضى الخراج بروايه أبى برده السابقه الداله على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٣

الأرض و دليله قرينه على توجيه كلامه و كيف كان فما ذكره من حصول الملك تبعا للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شىء من الآثار موجودا فالذى ينبغى أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص فنقول أما فى زمان الحضور و التمكن من الاستئذان فلا ينبغى الإشكال فى توقف التصرف على إذن الإمام لأنه ولى المسلمين فله نقلها عينا و منفعه. و من الظاهر أن كلام الشيخ المطلق فى المنع عن التصرف محمول على صورته عدم إذن الإمام مع حضوره. و أما فى زمان الغيبه ففى عدم جواز التصرف إلا فيما أعطاه السلطان الذى حل قبول الخراج و المقاسمه منه أو جوازه مطلقا نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة لا خصوص الموات التى هى مال الإمام ع و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذى هو كأجره الأرض فيجوز التصرف فى عينها مجانا أو عدم

جوازه إلا بإذن الحاكم الذى هو نائب الإمام أو التفصيل بين من يستحق أجره هذه الأرض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله ع للمخاطب فى بعض أخبار حل الخراج و أن لك نصيبا فى بيت المال و بين غيره الذى يجب عليه حق الأرض و لذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقة عن السلطان الجائر و الامتناع عنه. و استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام ع أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح و بين الباقيه على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول لعموم أدله الإحياء و خصوص روايه سليمان بن خالد و نحوها و جوه أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس. و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوه كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنيه و السقوف الواقعه و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجاره و نحو ذلك فإن مقتضى القاعده كون ما يحدث بعد الفتح- من الأمور المنقوله ملكا للمسلمين و لذا صرح جماعه كالعلامه و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنيه الأرض المفتوحه عنوه بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجوده فيها حال الفتح للمقاتلين لأنها مما ينقل و حينئذ مقتضى القاعده عدم صحه أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور لأن القدر المأذون فى تناوله منه منفعه الأرض لا أجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيره خلفا عن سلف على بيع الأمور المعموله من ترابه أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما يعمل من التربه الحسينيه و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض

[مسأله من شروط العوضين كونه طلقا]

إشاره

و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكيه كونه
طلقا- . و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى و لا الرهن إلا بإذن المرتهن أو
إجازته و لا أم الولد إلا فى المواضع المستثناه. و المراد بالطلق تمام السلطنه على الملك
بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان فى ذلك لكن هذا المعنى
فى الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضيا فيه لعدم
تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجهه إلى أن من شرط البيع أن يكون
متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى
نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد بل الشرط فى الحقيقة
انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه و غيرهما مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر
و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى الطلق أن يكون
المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منها للمالك عن
التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعه عن التصرف
لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر فى الفرعيه و الأصاله بالعكس ثم إن أكثر
من تعرض لهذا الشرط- لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثه المذكوره ثم عنونوا حق الجانى
و اختلفوا فى حكم بيعه و الظاهر أن الحقوق المانعه أكثر من هذه الثلاثه أو الأربعة و قد
أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين فذكر بعد الأربعة المذكوره فى عبارته الأكثر
النذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و الحلف على عدم بيعها و
تعيين الهدى للذبح و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم و الكتابه المشروطه أو المطلقه بالنسبه
إلى ما لم يتحرر منه حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء و
التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك فإذا مات المولى و لم يمت من
علق عليه العتق كان مملوكا للورثه ممنوعا من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له
بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف فيه قبله و
تعلق حق الشفعه بالمال فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعه من المالك فللشفيع بعد الأخذ

بالشفعة إبطالها و تغذية الولد المملوك بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حبلى فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك فى أمه حال الوطء فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه و أخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك كما لو قهر حربى أباه و الغنيمه قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحاله بقاء الملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتتبع لكنا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجنايه إن شاء الله.

مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكيا

اشاره

و لعموم قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و روايه أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن ع قلت جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى مالك و ادفعها إلى من أوقفت عليه قلت لا أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين ع و غيره من الأئمة ص مثل ما عن ربعى بن عبد الله

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٤

عن أبى عبد الله ع فى صورته وقف أمير المؤمنين ع: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقه لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات و الأرض و أسكن هذه صدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقضوا فهى لذى الحاجه من المسلمين. فإن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقه لا لشخصها و يبعد كونه شرطا خارجا عن النوع مأخوذا فى الشخص مع

أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه شرطا عليهم مع أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم- فى رواية ابن راشد فى انصرافه إلى البيع لا لعذر مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع كما لا يخفى. فظهر أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا فى أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف فى كونها أوصافا للنوع.

و مما ذكرناه ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغته الوقف صدقه جاريه ينتفع بها و حق البطون المتأخره عن بطن البائع و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها و سيجىء التفصيل

[أهل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه

ثم إن جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه- فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه فإن مدلول صيغته الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضه عليه إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفه

هذا الإنشاء كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه فتأمل إلا أنه ذكر بعض فى هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه. ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغه لبيعه و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع بل الضروره بأن البيع و أضرابه ينافى حقيقه الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء و فيه أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محصل له فضلا عن أن يحتاج إلى نظر فضلا عن إمعانه و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من المبيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف إن المنع عن البيع ليس مأخوذاً فى مفهومه بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك و لذا يطلق عليه الصدقه و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت إلا أن المالك له بطون متلاحقه فإذا جاز بيعه مع الإبدال - كان البائع ولياً عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضروره البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم فإذا لم يبيعه لم يبطل و لذا لو فرض اندفاع الضروره بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله و لذا صرح فى جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حداً يجوز بيعه معللاً باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادته بيعه فى دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم

أن لأصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالا

أحدها عدم الخروج عنه أصلا

و هو الظاهر من كلام الحلّى حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و قبضه لا يجوز الرجوع فيه و لا تغييره عن وجهه و سبله و لا بيعه سواء كان بيعه أعود عليهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارته من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا أم لا قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزين و ابن إدريس سد الباب و هو نادر مع قوته و قد ادعى فى السرائر عدم الخلاف فى المؤبد قال إن الخلاف الذى حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم و أما إذا كان الوقف على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا انتهى. و فيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور أقوال كثير من المجوزين فى المؤبد و حكى المنع مطلقا عن الإسكافى و فخر الإسلام أيضا إلا فى الآلات الموقوفة و أجزاءها التى انحصر طريق الانتفاع بها فى البيع. قال الإسكافى فى ما حكى عنه فى المختلف إن الموقوف رقيقا أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبله من منفعة فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمانه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعة أو رد ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان فى ذلك صلاح انتهى. و قال فخر الدين فى الإيضاح فى شرح قول والده قدس سرهما و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٥

به أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الإحراق فالأقرب جواز بيعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص فى المنع و الأصح عندى جواز بيعه و صرف ثمنه فى المماثل إن أمكن

وإلا ففي غيره انتهى. ونسبه المنع إليهما على الإطلاق لا بد أن يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف وسيظهر هذا من عبارته الحلبي في الكافي أيضا فلاحظ.

الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد

وهو المحكى عن القاضي حيث قال في محكى المهذب إذا كان الشيء وقفًا على قوم وبعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فإن كان وقفًا على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه وحصل الخوف من هلاكه أو فساده أو كانت بأربابه حاجه ضروريه يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساده فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه ولا يجوز هبه الوقف ولا الصدقه به أيضا. وحكى عن المختلف وجماعه نسبه التفصيل إلى الحلبي لكن عبارته المحكيه عن كافي لا تساعد بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع. وحكى التفصيل المذكور عن الصدوق. والمحكى عن الفقيه أنه قال بعد روايه على بن مهزيار الآتيه إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم ولو كان عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لم يجز بيعه أبدا ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيره في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضي كما لا يخفى ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقولون برجوع الوقف المنقطع إلى ورثه الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم وقد حكى القول بهذين عن القاضي إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقاءه على ملك الواقف حتى يكون حسبا بل هو وقف حقيقى و تملك للموقوف عليهم مده وجودهم و حينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول

مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي المحكى عنه القول المتقدم حيث إنه يقول [إن المحكى عنه بقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف] و جواز بيع الوقف حينئذ مع عدم مزاحمه حق الموقوف عليه مما لا إشكال فيه.

الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة

إشارة

و أما المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر عن بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثه الواقف كالشيخ و سائر قدس سرهما و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم بن زهره فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان

فالمناسب أولا نقل عبارة هؤلاء

[كلام الشيخ المفيد]

فنقول قال المفيد فى المقنعه الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أعود عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجز له الرجوع فى شىء منه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله. و فى اشتراط الواقف فى الوقف أنه متى احتاج إليه فى حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاه الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع و لا هبه و لا أن يغيروا شيئا من شروطه إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً لهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه و كذلك إن حصلت لهم ضروره إلى ثمنه كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات انتهى كلامه. و قد استفاد من هذا الكلام

فى غايه المراد جواز بيع الوقف فى خمسـه مواضع و ضم صورـه جواز الرجوع و جواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثـه المذكوره بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم و وفاه الواقف فلاحظ و تأمل. ثم إن العلامه ذكر فى التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع فى الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول و لعله من شـده مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى]

و قال فى الانتصار على ما حكى عنه و مما انفردت الإماميه به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه و أن أرباب الوقف متى دعتهم ضروره شديده إلى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضروره ثم احتج باتفاق الإماميه ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبوqa ملحقا بالإجماع و أنه إنما عول فى ذلك على ظنون له و حسان و أخبار شاذه لا يلتفت إلى مثلها انتهى ثم قال و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعا أو دعت أربابه الضروره إلى ثمنه لشده فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه و لو لم تبق منفعتـه فيه إلا من الوجه الذى ذكرناه انتهى.

[كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]

و قال فى المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجه شديده و لا يقدرـون على القيام فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى ثم احتج على ذلك بالأخبار.

[كلام سـلار قدس سره]

وقال سيار فيما حكى عنه و لا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها أو تغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغير شىء من أحواله و إن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان أو لحقت الموقوف عليهم حاجة شديده جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

[كلام ابن زهره قدس سره

وقال فى الغنيه على ما حكى عنه و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعا و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديده دعتهم الضروره إلى بيعه بدليل إجماع الطائفه و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم تبق له منفعة إلا على الوجه الذى ذكرنا

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٦

جاز انتهى.

[كلام ابن حمزه قدس سره

وقال فى الوسيله و لا يجوز بيعه يعنى الوقف إلا بأحد شرطين الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديده لا يمكنه معها القيام به انتهى.

[كلام الراوندى قدس سره

وقال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه و إنما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كانت بأربابه حاجة شديده

[كلمات ابن سعيد فى الجامع و النزاهه]

وقال فى الجامع على ما حكى عنه فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجه شديده أو خيف وقوع فتنه لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه انتهى و عن النزاهه لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه أو تؤدى المنازعه فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم أو يكون فيهم حاجه عظيمه شديده و يكون بيع الوقف أصلح لهم انتهى

[كلام المحقق قدس سره

وقال فى الشرائع و لا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود و قال فى كتاب الوقف و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم قيل يجوز بيعه و الوجه المنع انتهى. و مثل عباره الشرائع فى كتاب البيع و الوقف عباره القواعد فى الكتابين.

[كلام العلامة فى التحرير و الإرشاد و التذكرة]

وقال فى التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقا و تنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع و نفيه الخلاف على المنع فى المؤبد ثم قال و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها و يشتري بثمنه ما يكون وقفا كان وجهها انتهى و قال فى بيع التحرير و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا و لو أدى بقاءه إلى خرابه جاز و كذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين أربابه مع بقاءه على الوقف انتهى و عن الإرشاد لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدى إلى الخلف بين أربابه على رأى و عنه فى باب الوقف لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب و قال فى التذكرة فى كتاب الوقف على ما حكى

عنه و الوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمکن من عمارته أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد انتهى .

[كلمات الشهيد قدس سره فى غاية المراد و الدروس و اللمعه]

و قال فى كتاب البيع لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأييد نعم لو كان يبعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوز أكثر علمائنا يبعه انتهى و قال فى غاية المراد يجوز بيعه فى موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجه و قال فى الدروس لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساد و قال فى اللمعه لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز انتهى

[كلام الصيمرى قدس سره]

و قال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه إن لأصحابنا فى بيع الوقف أقوالاً متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنه و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين و اختاره نجم الدين و العلامة انتهى

[كلام الفاضل المقداد قدس سره]

و قال فى التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الوقف إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تستباح فيه الأنفس .

[كلام الفاضل القطيفى قدس سره]

و عن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشيته الخراب و عدمه انتهى و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع .

[كلام المحقق الثاني قدس سره

و قال فى جامع المقاصد بعد نسبه ما فى عباره القواعد إلى موافقه الأكثر إن المعتمد جواز بيعه فى ثلاثه مواضع أحدها إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذعه إذا انكسر. ثانيها إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحه على بن مهزيار و يشتري بثمنه فى الموضوعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و يتولى ذلك الناظر الخاص إن كان و إلا فالحاكم. ثالثها إذا لحقت بالموقوف عليه حاجه شديده و لم يكن ما يكفيهم من غله و غيرها لروايه جعفر بن حنان عن الصادق ع انتهى كلامه رفع مقامه

[كلام الشهيد الثاني قدس سره

و قال فى الروضه و الأقوى فى المسأله ما دلت عليه صحيحه على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد ع من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد و علله ع بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنه لذلك قال و لا يجوز بيعه فى غير ما ذكرنا و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته أو كان أعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى. و نحوه ما عن الكفايه

هذه جمله من كلماتهم المرئيه أو المحكيه و الظاهر أن المراد بتأديه بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأديه على وجه القطع فيكون عنوان التأديه فى بعض تلك العبارات متحداً مع عنوان خوفها و خشيتها فى بعضها الآخر و لذلك عبر فقيه واحد تاره بهذا و أخرى بذاك كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان

الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرو و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع و آخر عنوان التأديه إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعه فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأديه بقاءه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهره بين المجوزين لكن المتيقن من فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنص كون الاختلاف من باب المقدمه و أن الغايه المجوزه هي مظنه الخراب

إذا عرفت ما ذكرنا

فيقع الكلام تاره في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع

أما الأول [أى الوقف المؤبد]

أشاره

فالذى ينبغى أن يقال فيه

إن الوقف على قسمين

أحدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم

فيملكون منفعتة فلهم استئجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثانى ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير

كما فى المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعه فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل

[محل الكلام فى القسم الأول]

و الظاهر أن محل الكلام فى بيع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٧

الوقف إنما هو القسم الأول و أما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك. و بالجمله فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا و حينئذ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت الماره عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى إحداث مسجد آخر أو تعميره و الظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

[كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامه مع اليأس عن الانتفاع بها فى الجبهه المقصوده]

اشاره

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الأرض الوقف العام مطلقا لا لعدم التماميه بل لعدم أصيل الملكيه لرجوعها إلى الله و دخولها فى مشاعره أمكن الانتفاع بها فى الوجه الذى وضعت له أولا و مع اليأس من الانتفاع بالجبهه المقصوده تؤجر للزراعه و نحوها مع المحافظه على الآداب اللازمه لها إن كانت مسجدا مثلا و إحكام السجلات لئلا تغلب اليد فتفضى بالملك دون الوقف المؤبد و تصرف فائدها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأحوج و الأفضل احتياطا و مع التعارض فالمدار على الراجح [فالبواقي على الترجيح و إن تعذر صرفت إلى غير المماثل كذلك فإن تعذر صرفت فى مصالح المسلمين] هذا حيث لا تكون الأرض من المفتوحه عنوه و أما ما كانت منها فقد سبق أنها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى أعدت له كانت على حالها و إلا جعلت فى المماثل و إلا ففى غيره و إلا ففى المصالح على ما نحو ما مر و إن تعذر الانتفاع بها باقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو

ما قام مقامه أشبهت في أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة و العود ملكا للمسلمين تصرف في مصالحهم و العود إلى المالك الأول و مع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك و يحتمل بقاؤها على الوقف و تباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و يصرف مرتبا على النحو السابق و لعل هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم انتهى

[المناقشه فيما أفاده كاشف الغطاء]

و فيه أن إجاره الأرض و بيع الآلات - حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحة عنوه لكنه غير ثابت و المتيقن خروجها عن ملك مالكها أما دخولها في ملك المسلمين فمنفى بالأصل. نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة و لا يتعلق عليهم أجره

[ما ورد في بيع ثوب الكعبه و هبته]

ثم إنه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبه و هبته مثل روايه مروان بن عبد الملك قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل اشترى من كسوه الكعبه شيئا فاقضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح له أن يبيع ما أراد قال يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركنه قلت أ يكفن به الميت قال لا.

[الفرق بين ثوب الكعبه و حصر المسجد و بين نفس المسجد]

قيل و في روايه أخرى: يجوز استعماله و بيع بقيته و كذلك ما ذكره في بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع اللهم إلا أن يقال إن ثوب الكعبه و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبذولان للبيت و المسجد فيكون كسائر أموالهما و

معلوم أن وقفه أموال المساجد و الكعبه من قبيل القسم الأول و ليست من قبيل نفس المسجد فهي ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحه و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد كالحصير الذى يشتريه الرجل و يضعه فى المسجد و الثوب الذى يلبس به البيت فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا فى مواضع يسوغ فيها بيع الوقف

[الفرق بين ثوب الكعبه و حصير المسجد]

ثم الفرق بين ثوب الكعبه و حصير المسجد أن الحصير يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين و لكن يضعه فى المسجد لأنه أحد و جوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع فى المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو فى مسجد آخر بل يمكن الانتفاع به فى غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام فى مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا فى المسجد أو وضع حب ماء فيه و إن كان الظاهر فى الأول الاختصاص و أوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه و فى الثانى العموم فيجوز التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاه فى المسجد. و الحاصل أن الحصير و شبهها الموضوعه فى المساجد و شبهها تتصور فيها أقسام كثيره يكون الملك فيها للمسلمين و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافى ما ذكرناه.

[الجذع المنكسر من جذوع المسجد]

نعم ما ذكرناه لا يجرى فى الجذع المنكسر من جذوع المسجد التى هى من أجزاء البنيان مع أن المحكى عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى جواز بيعه و إن اختلفوا فى تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجى ء إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد فإن وقفها و

جعلها مسجدا فك ملك بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار فإنها
تصير ملكا للمسلمين فتأمل.

[حكم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]

و كيف كان فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع
التصرف فى منافعها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه- و أما أجزاءه كجدوع سقفه
و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحه فى صرف عينها يجب صرف عينها فيه لأن
مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و إجراءاتها على حسب ما يوقفها أهلها و وجوب إبقائها جزء
للمسجد لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمثونتها بل يصرف من مال المسجد أو
بيت المال و إن لم تكن مصلحه فى رده جزء للمسجد فبناء على ما تقدم من أن الوقف فى
المسجد و أضرابه فك ملك لم يجر بيعه لفرض عدم الملك. و حينئذ فإن قلنا بوجوب
مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه فى مصالح ذلك كإحراقه لآجر
المسجد و نحو ذلك كما عن الروضه و إلا صرف فى مسجد آخر كما فى الدروس و إلا
صرف فى سائر مصالح المسلمين قيل بل لكل أحد حيازته و تملكه و فيه نظر. و قد ألحقت
بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقه
المعروفه و الكتب الموقوفه على المشتغلين و العبد المحبوس فى خدمه الكعبه و نحوها و
الأشجار الموقوفه لانتفاع الماره و البوارى الموضوعه لصلاه المصلين و غير ذلك مما
قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو المسلمين و نحوهم من غير المحصورين لا
لتحصيل المنافع بالإجاره و نحوها و صرفها فى مصارفها كما فى الحمامات و الدكاكين و
نحوها لأن جميع ذلك صارت بالوقف كالمباحات بالأصل اللزوم إبقاؤها على الإباحه
كالطرق العامه و الأسواق و هذا كله حسن على تقدير كون

الوقف فيها فك ملك لا تمليكا

[إتلاف الموقوفات العامه]

و لو أتلف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف. ففي الضمان وجهان- من عموم على اليد فيجب صرف قيمته في بدله و من أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه و المفروض عدم المطالبة بأجره منافع هذه لو استوفاهما ظالم كما لو جعلت المدرسه بيت المسكن أو محرزا. و أن الظاهر من التأديه في حديث اليد الإيصال إلى المالك فيختص بأملك الناس و الأول أحوط و قواه بعض.

إذا عرفت جميع ما ذكرناه فاعلم

أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور

الأولى أن يخرّب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه

كالحيوان المذبوح و الجذع البالي و الحصر الخلق و الأقوى جواز بيعه وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم جريان أدله المنع- أما الإجماع فواضح. و أما قوله ع: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. و أما قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومه في إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه و تركه و قد تقدم ذلك و يضعف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه و لو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا. و الحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون و هو الحاكم أو

المتولى. و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل. و الأول تضييع منافع لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه و به يندفع استصحاب المنع مضافا إلى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه و قد ارتفع قطعاً فلا يبقى ما كان فى ضمنه. و أما الثانى فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين إتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب. نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه فتأمل. و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقه فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى إتلافه. و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالإسكافى و العلامه و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى. و حكى عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البديله ذلك فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوه كان الثمن كذلك فإن الملكيه اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأننا بمقتضى تمليك الواقف و عدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو فى الملك الفعلى لا الشأنى. و دعوى أن الملك الشأنى ليس شيئا محققا موجودا يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه للملك الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه إلى ملك الغير بعوض لا يدخل فى ملك المعدوم على نهج دخول المعوض جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجود و إليه أشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى حيث قال إنه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حده خلافا لظاهر بعض العباثر المتقدمه - . و اختاره المحقق فى الشرائع فى ديه العبد الموقوف المقتول و لعل وجهه أن الوقف ملك للبطن الموجود غايه الأمر تعلق حق البطون اللاحقه به فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلا و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع

تعلقه بالثمن و لا دليل عليه و مجرد البدليه لا يوجب ترتب جميع اللوازم إذ لا عموم لفظي يقتضى البدليه و التنزيل بل هو بدل فى الملكيه و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه أن النقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا و إن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول إلا بالناقل فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصله للبطن له فالثمن لهم على نحو المثل. و مما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون فى الثمن أولى من اشتراكهم فى ديه العبد المقتول حيث إنها بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقت فجاز عقلا منع سرايه حق البطون اللاحقه إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض و من هنا اتضح أيضا أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنيه متعلق بالعين من حيث إنها ملك لمالكها الأول فجاز أن يرتفع لا إلى بدل بارتفاع ملكيه المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنها ملك للبطن الموجود بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخرا عنه فى الوجود. و قد تبين مما ذكرنا أن الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم فإن كان مما يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل و كانت مصلحه البطون فى بقاءه أبقي و إلا أبدل مكانه ما هو أصلح و من هنا ظهر عدم الحاجه إلى صيغه الوقف فى البدل بل نفس البدليه تقتضى كونه كالمبدل و لذا علله الشهيد رحمه الله فى غايه المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول إذ استحيل أن يملك لا على حده ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطن فلهم أو لوليهم أن ينظر فيها و يتصرف فيها بحسب مصلحه جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الأصل ممنوعا عن

بيعه إلا لعذر لأن ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائي و بدل الوقف إنما هو بدل له في كونه ملكا للبطون فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي. و مما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصح لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٩

فاللزام ملاحظه مصلحتهم خلافا للعلامه و ولده و الشهيد و جماعه فأوجبوا المماثلة مع الإمكان لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصه و قد يتعلق بكون منفعه الوقف مقدارا معيناً من دون تعلق غرض بالعين و قد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمانه بستانا في موضع لا يصل إليهم إلا قيمه الثمره و بين أن يشتري ملكا آخر يصل إليهم أجره منفعتة فإن الأول و إن كان مماثلا إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف أنه لا دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى مقصوده إنما اللزام ملاحظه مدلول كلامه في إنشاء الوقف لتجرى الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل أن الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف و إذا بيع و انتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم هذا. قال العلامه في محكى التذكرة كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النص الدال على عدم جواز مخالفه الواقف حيث شرط التأييد فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأول الذي وقع عليه العقد و مراعاة الخصوصية الكليه

تفضى إلى فوات الغرض بأجمعه و لأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع أنهم يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف و قال بعض علمائنا و الشافعيه إن ثمن الوقف كقيمته الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأى انتهى. و لا يخفى عليك مواقع الرد و القبول فى كلامه رحمه الله ثم إن المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر البطون و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان لأنه المنسوب لمعظم الأمور الراجعه إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجمعوله من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقاؤها لتعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق بدلها ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مده و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار. نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره جازت مع المصلحه إلى أن يوجد البدل و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع و ليس كالنماء الحقيقى. ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه فيباع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفاً و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظن المصلحه و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقى و إن لم يرض البطن الموجود و جهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعته الحاضره التى يستحقها

البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونه الوقف عن منفعة قبل قسمته في الموقوف عليهم و هنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل .

الصورة الثانية أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه كدار تهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتداً به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعه العرصه فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز و إن كان يعطى بثمنه ما تكون منفعته أكثر من منفعة العرصه بل ساوت منفعة الدار ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً. و قد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف و لم يجز بيعها اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين فإن الحمام الذي يستأجر كل سنه مائه دينار إذا صار عرصه تؤجر كل سنه خمسه دراهم أو عشره لغرض جزئى كجمع الزبائل فيها و نحوه يصدق عليه أنه لا يجدى نفعاً و كذا القرية الموقوفه فإن خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها و لا يكون بسلب منافع أراضيها رأساً و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمه مواتاً لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئيه فالظاهر دخول الصورة المذكوره في إطلاق كلام من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً و يشمله الإجماع المدعى في الانتصار و الغنيه لكن الخروج بذلك عن عموم أدله وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله ع لا يجوز شراء الوقف مشكلاً. و يؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخله المنقلعه بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه آخر كالتسقيف و جعلها جسراً و نحو ذلك بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلّى رحمهما الله لفظياً حيث نزل تجويز الشيخ على صورته عدم إمكان الانتفاع به فى منفعة أخرى الإنفاق على المنع إذا حصل فيه

انتفاع و لو قليلا كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز لانصراف

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٠

قوله ع لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحاله و كذا حبس العين و تسبيل المنفعه إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعه المعتد بها موجوده و إلا فمجرد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعه لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصوره الأولى ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعه الموقوف قليله لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرناه فيه ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه ثم وجه بطلان الوقف فى الصوره الأولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء و الاستدامه و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. و فيه ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد مع أنه لا دليل عليه مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامه فإن الشرط فى العقود الناقله يكفى وجوده حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالىه و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابليه ذلك فإنه و إن لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس من عنوان الوقف و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصه كانت جزء من الوقف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى قد فرض خرابه و لو فرض إرادته وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف و ربما يؤيد ذلك فى الجمله ما ذكره فى باب الوصيه من أنه لو

أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها. نعم لو لم تكن الداريه و البستانيه و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و إن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير أحواله ثم ذكر أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه إن أريد العنوان ما جعل مفعولا فى قوله و قفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و إن لم يكن فى ضمن عنوان البستان و ليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات و إن أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زياده على عنوانه. و أما تأييد ما ذكر بالوصيه فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه. نعم الوصيه قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات آخر ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا.

الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم

و الأقوى هنا المنع و هو الظاهر من الأكثر فى مسأله النخله المنقلعه حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده و منعه الحلى قائلا و لا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا إلى وجوب بقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع و زوال بعض المنافع

لا يستلزم زوال جميعها لإمكان التسقيف بها و نحوه. و حكي موافقته عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و أكثر المتأخرين. و حكي في الإيضاح عن والده قدس سرهما أن النزاع بين الشيخ و الحلبي لفظي و استحسنة لأن في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها و الحلبي فرض وجود منفعة لها و منع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعايه المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ و لا يخلو عن تأمل. و كيف كان فالأقوى هنا المنع و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود و سيجي ء تفصيله.

الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف

و الظاهر أن المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مده وجود الموقوف عليه و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد و قد تقدمت عبارته فراجع. و زياده النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه و الأقوى المنع مطلقا وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك و على تقديره فقد تقدم عن التحرير أن كلام المفيد متأول و كيف كان فلا إشكال في المنع لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف. و قوله ع: لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا روايه ابن محبوب عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم في كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه فقال جائز للذي أوصى له بذلك قلت أ رأيت إن لم يخرج من غله تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائه درهم فقال أ ليس في وصيته أن يعطى الذي أوصى له من تلك الغله ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه

و أمه قلت نعم قال ليس لقربته أن يأخذوا من الغله شيئاً حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك قلت أ رأيت إن مات الذى أوصى له قال إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرباه الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغله قلت فللورثه من قرباه الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا إليها و لم يكفهم ما يخرج من الغله قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا. و الخبر المروى عن الاحتجاج: إن الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه أنه روى عن الصادق ع خبر مأثور إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب ع إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و مفترقين إن شاء الله دلت على جواز البيع إما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إما مطلقاً بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم روايه جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل فى روايه جعفر على صورته بيع تمام الوقف لا اعتباره بما فى بيع كل واحد بقرينه روايه الاحتجاج. و يؤيد المطلب صدر روايه ابن مهزيار الآتية لبيع حصه ضيعه الإمام ع من الوقف. و الجواب عن روايه جعفر فإنها إنما تدل على الجواز مع حاجه الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع أنفع فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدم عن ظاهر النزاهه و سيجىء الكلام فى هذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيراً لهم مطلق النفع الذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته فليس مراد الإمام ع بيان اعتبار ذلك تعبداً بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل يعنى إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحه فى بيعه جاز كما يقال إذا أردت البيع و رأيت أنه أصلح من تركه فبع و هذا مما لا يقول به أحد و يحتمل أيضاً أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجه التى فرضها السائل. و عن

المختلف و جماعه الجواب عنها بعدم ظهورها فى المؤبد لاقتصارها على ذكر الأعقاب و فيه نظر لأن الاقتصار فى مقام الحكايه لا يدل على الاختصاص إذ يصح أن يقال فى الوقف المؤبد إنه وقف على الأولاد مثلا و حينئذ فعلى الإمام ع أن يستفصل إذا كان بين المؤبد و غيره فرق فى الحكم فافهم و كيف كان ففى الاستدلال بالروايه مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيه إشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارته المفيد المتقدمه. و مما ذكرنا يظهر الجواب عن روايه الحميرى ثم لو قلنا فى هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد فإن مقتضى كون العين مشتركه بين البطون كون بدلها كذلك كما تقدم من استحاله كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع فى هذه الصوره و التصرف فى الثمن رخصه من الشارع للبائع فى إسقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع نظير الرجوع فى الهبه المتحقق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

الصوره الخامسه أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده

و قد تقدم عن جماعه تجويز البيع فى هذه الصوره بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه و تدل عليه روايه جعفر المتقدمه و يردده أن ظاهر الروايه أنه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمئونه سنه الموقوف عليهم كما لا يخفى و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى. و المأخوذ من عبارته من تقدم من المجوزين اعتبار الضروره و الحاجه الشديده و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجه شديده بل مطلق الحاجه لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه و قد يتفق الحاجه و الضروره الشديده فى بعض الأوقات لمن يقدر على مئونه سنته فالروايه بظاهرها غير معمول بها مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجه و كيف كان فلا يبقى للجواز عند الضروره الشديده إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعه

و فى الخروج بهما عن قاعده عدم جواز البيع و عن قاعده وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنهما بمصير جمهور المتأخرين و جماعه من القدماء إلى الخلاف بل معارضتهما بالإجماع المدعى فى السرائر إشكال.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة

للبطن الموجود أو جميع البطون أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلفت كلمات العلامة و من تأخر عنه فى ذلك فقال فى الإرشاد لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه فالوجه الجواز انتهى و فى القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قله نفعه ففى صحة الشرط إشكال و مع البطلان ففى إبطال الوقف نظر انتهى و ذكر فى الإيضاح فى وجه الجواز روايه جعفر بن حنان المتقدمه قال فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى و فى وجه المنع أن الوقف للتأيد و البيع ينافيه قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال انتهى قال الشهيد فى الدروس و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز انتهى و يظهر منه أن للشرط تأثيراً و أنه يحتمل المنع من دون الشرط و التجويز معه. و عن المحقق الكركى أنه قال التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأيد المعتبر فى الوقف لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع و إلا فلا للمنافاه فلا يصح حينئذ حسبها لأن اشتراط شراء شىء

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٢

بثمانه يكون وقفا مناف لذلك لاقتضائه الخروج عن الملك فلا يكون وقفا و لا حسباً انتهى. أقول و يمكن أن يقال بعد التمسك فى الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و المؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف فلعله

مناف لإطلاقه و لذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته فإن التحقيق كما عرفت سابقا أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فإذا بيع خرج عن كونه وقفا ثم إنه لو سلم المنافاه فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و أما تبديله بوقف آخر فلا تنافى بينه و بين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبسا كونه محبوسا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشترط فى متن العقد فتأمل. ثم إنه روى صحيحا فى الكافى: ما ذكره أمير المؤمنين ع فى كيفية وقف ماله فى عين ينبع و فيه فإن أراد الحسن أن يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه و إن شاء جعله شروى الملك و إن ولد على و أموالهم إلى الحسن بن على و إن كان دار الحسن بن على غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء و لا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثا فى سبيل الله و يجعل ثلثا فى بنى هاشم و بنى المطلب و يجعل ثلثا فى آل أبى طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله ثم قال و إن حدث بحسن بن على حدث و حسين حى فإن الآخر منهما ينظر فى بنى على إلى أن قال فإنه يجعله فى رجل يرضاه من بنى هاشم و إنه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك المال على أصوله و ينفق الثمره حيث أمره به من سبيل الله و وجوهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى عبد المطلب و القريب و البعيد لا يباع شىء منه و لا يوهب و لا يورث الروايه و ظاهرها جواز اشترط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به و السند صحيح و التأويل مشكل و العمل أشكل.

الصورة السابعة أن يؤدى بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا

و هو المعبر عنه بخوف الخراب فى كثير من العبائر المتقدمه و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا له و الخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حد

سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به و قد يكون على وجه نقص المنفعة و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبائر جماعه تجويز البيع فى صوره التأديه إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و من أخرى تقييدهم به.

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

و إن لم يعلم أو يظن بذلك فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس

و الأقوى الجواز مع تأديه البقاء إلى الخراب - على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا

سواء كان لأجل الاختلاف أم غيره و المنع فى غيره من جميع الصور أما الجواز فى الأول فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثانى أولى فليس فيه منافاه لغرض الواقف أصلا. و أما الأدله الشرعيه فغير ناهضه لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل

الانتفاع إلى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي. و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه- و مع فوته ففي تقديم البيع إشكال و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة مده من الزمان لتعميره ففي ترجيح حق البطن الذي تفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخره المتعلق بشخص الوقف و جهان لا يخلو أولهما عن قوه إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعه مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعه و إتلاف للمال و هو منهي عنه شرعا فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع. و فيه أن المحرم هو إضاعه المال المسلط عليه لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلا لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير و يتلوه في الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المذهب و غايه المرام من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذرت فيجوز إخراجه عن حده تحصيلًا للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض كما أنه لو تعطل الهدى ذبح في الحال و إن اختص بموضع فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المعتذر. و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذي دلت عليه صيغه الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض فالأولى منع جريان أدله المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعه رأسا و جعل ذلك مؤيدا.

[الدليل على المنع في غير ما ذكرنا]

إشاره

و أما المنع فى غير هذا القسم من الصوره السابعه و فيما عداها من الصور اللاحقه لها فلعوم قوله ع لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك فإن ترك الاستفصال فيه بين علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٣

بعض الوجوه المجوزه و بين عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحه يدل على أن الوقف ما دامت له غله لا يجوز بيعه و كذا قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و ما دل على أنه يترك حتى يرثها وارث السماوات و الأرض

[التمسك بالاستصحاب على المنع]

هذا كله مضافا إلى الاستصحاب فى جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه

[الاستدلال بمكاتبه ابن مهزيار على الجواز فى غير ما ذكرنا]

عدا المكاتبه المشهوره التى انحصرت تمسك كل من جوزه فى هذه الصور فيها و هى مكاتبه ابن مهزيار قال: كتبت إلى أبى جعفر الثانى ع أن فلانا ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها به أو يدعها موقوفه. فكتب إلى أعلم فلانا أنى أمره أن يبيع حصتى من الضيعه و إيصال ثمن ذلك إلى و أن ذلك رأى إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له قال و كتبت إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما [كان وقف له من ذلك أمرته. فكتب بخطه إلى أعلمه أن

رأى له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس

[الاستدلال بالمكاتبه على الجواز فيما لو كان الخراب على وجه نقص المنفعه]

حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها فى القسم الثانى من الصورة السابعة بناء على أن قوله فإنه إلى آخره تعليل لجواز البيع فى صورته الاختلاف و أن المراد بالمال هو الوقف فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف لا أن المناط فى الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى فىكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه و فيه أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علما أو ظنا لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه المعامع للاحتمال المساوى أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظه ربما كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاتها و لا أظن أن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاءه إلى خرابه و بين قولهم يخشى أو يخاف خرابه.

و الخوف عند المشهور كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم يجب الإفطار و التيمم مع خوف الضرر و يحرم السفر مع خوف الهلاك و لا يتحقق إلا بعد قيام أماره الخوف هذا مع أن مناط الجواز على ذكر تلف الوقف رأسا و هو القسم الأول من الصورة السابعة التى جوزنا فيها البيع فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف مع أنه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع فى الصورة الثامنة

و هى صورته وقوع الاختلاف الذى ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف إلا أن قوله ع فإنه ربما إلى آخره مقيد بالاختلاف الخاص و

هو الذى لا يؤمن معه من التلف لأن العله تقيد المعلول كما فى قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض. و فيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز فى كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل فى الوقف اللهم إلا أن يدعى سوق العله مساق التقريب لا التعليل الحقيقى حتى يتعدى إلى جميع موارد له لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع و هو الذى فهمه الشهيد الثانى رحمه الله فى الروضه كما تقدم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد مع ما فيها من ضعف الدلاله كما سيجى ء إليه الإشاره.

[الاستدلال بالمكاتبه على الصوره التاسعه و رده].

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

و أما تقريب الاستدلال على الصوره العاشره

فهو أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالبا يدل على اعتبار بلوغ الفتنه فى الشده إلى حيث يخاف منه تلف النفس و لا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنه بين الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنه مع أن ظاهر الروايه كفايه كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و المقصود كما يظهر من عباره الجامع المتقدمه هو اعتبار الفتنه التى تستباح بها الأنفس.

[استناد الفتاوى بجواز بيع الوقف إلى ما فهم من المكاتبه المذكوره]

و الحاصل أن جميع الفتاوى المتقدمه فى جواز بيع الوقف الراجعه إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علما أو ظنا أو احتمالا إلى مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقا أو اختلاف خاص مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره

و الأظهر فى مدلولها هو إناطه الجواز

بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لأن الدليل مقيد و لا خصوص المؤدى علما أو ظنا لأن موارد استعمال لفظه ربما أعم من ذلك و لا مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور لعدم ظهور الدليل فى التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشاره إلى التعليل.

[الإيراد على المكاتبه بإعراض المشهور عنها]

و على ما ذكرنا فالمكاتبه غير معنى بها عند المشهور لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير اللازم للفتنه الموجبه لاستباحه الأموال و الأنفس فتكون النسبه بين فتوى المشهور و مضمون الروايه عموما من وجه لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه و قصور مقاومتها للعمومات المانع بالشهره لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف فى فهم المناط الذى أنيط به الجواز من قوله ع إن كان قد علم الاختلاف المنضم إلى قوله فإنه ربما جاء فى الاختلاف.

[الإيراد على المكاتبه بعدم ظهورها فى الوقف المؤبد أو ظهورها فى عدم إقباض الموقوف عليهم]

و أما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام فهى على تقدير قصورها منجبره بالشهره فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها فى المؤبد لعدم ذكر البطن اللاحق و ظهورها فى عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف كما عن الإيضاح و أوضحه الفاضل المحدث المجلسى و جزم به المحدث

البحراني و مال إليه في الرياض. قال الأول في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوف

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٤

عليهم و لم يدفعها إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر فهل يدعها موقوفه و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها أيهما أفضل انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. و الحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام المؤبد لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهة أخرى و هي أن مقتضى القاعده كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون و ظاهر الروايه تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلا بتكلف سقوط حتى سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع لتقع المعاوضه في مالهم و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعني الحبس الذي لا إشكال في بقاءه على ملك الواقف أو على الوقف غير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغه الوقف و إن تحقق التوطين عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدى الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا أو يقال إنه أجنبي استأذن الإمام ع في بيعه عليهم

حسبه بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام ع من جعل السائل قسمه الثمن بين الموجودين مفروغا عنها مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام هو هذا النحو أيضا إلا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام و يقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهره مخصصا لقاعده المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكليف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادته البيع أو بمنع تقرير الإمام ع للسائل في قسمه الثمن إلى الموجودين.

[القدر المتيقن من المكاتبه]

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع و قد عرفت الأظهر منها لكن في النفس شىء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصوره السابغه الذى جوزنا فيه البيع أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الذى يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف

[المراد من التلف فى المكاتبه]

و ليس المراد من التلف فى الروايه تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم إذ لا يتناسب هذا ما هو الغالب فى تلف الضيعه التى هى مورد الروايه فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعه المطلوبه منها بحسب شأنها

[هل الثمن للبطن الموجود أو يشتري به ما يكون وقفا]

ثم إن الظاهر من بعض العبارات المتقدمة بل المحكى عن الأكثر أن الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعه بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و هذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الروايه فى تقرير السائل فى قسمه الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفه مقتضى قاعده المعاوضه من اشتراك جميع البطون فى البديل كالمبدل لكن الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجه الشديده تمسكا بروايه جعفر فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الروايه.

و أما الوقف المنقطع

اشاره

و هو ما إذا وقف على من ينقرض - بناء على صحته كما هو المعروف - فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف و إما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و على الثانى فإما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم و إما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف و إما أن يقال بصيرورته فى سبيل الله

[هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]

فعلى الأول لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك و فى جوازه للواقف مع جهاله مده استحقاق الموقوف عليهم إشكال - من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به و لذا منع الأصحاب كما فى الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقه المعتده بالأقراء لجهاله مده العده مع عدم كثره التفاوت. نعم المحكى عن جماعه كالمحقق و الشهيدين فى المسالك و الدروس و غيرهم صحه البيع فى السكنى الموقته بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه و لعله إما لمنع الغرر و إما

للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال هى له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فإن احتاج إلى بيعها أ يبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبى يقول قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط إلى آخر الخبر. و مع ذلك فقد توقف فى المسأله العلامه و ولده و المحقق الثانى و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعه الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر و يحتمل العدم لأن معرفه المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا توجب معرفه البيع و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صح جزما و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبى لأن المنفعه مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا عوض اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو تكون المعامله مركبه من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعه من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعا عليهما و لا بد أن يكون

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٥

ذلك على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعه كليهما خصوصا مع جهاله المنفعه و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أم بيع الموقوف عليه كما يدل كلامه عليه المحكى عنه فى مسأله السكنى - حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعه. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعه كما فى السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل. و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس إن شاء الله.

[حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم]

و على الثانى فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاؤه فى يدهم إلى انقراضهم .

[حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف

و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف فى الوقف بقاء العين كما لا يجوز أيضا للواقف لغير المالك فعلا و إن أجاز الموقوف عليه إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال على أن الموقوف عليه الذى هو المالك فعلا ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقضت الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز الموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف و يمكن رفع التنافى بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمه و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام فى ثبوت هذا القول بين من اختلف فى مالك الموقوف فى الوقف المنقطع و يتضح ذلك بمراجعته المسأله فى كتاب الوقف .

[حكم البيع بناء على صيرورته فى سبيل الله

و على الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثانى على ما حكى عنه لأنه حقيقه وقف مؤبد كما لو صرح بكونه فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص ثم إن ما ذكرنا فى حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبه إلى البطن الذى لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد فيشترك معه فى المنع فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصوره التى جوزنا لاشتراك دليل المنع و يتشارك أيضا فى حكم الثمن بعد المبيع .

و أما الوقف المنقطع

مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدها

اشاره

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائده. و فى بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الإسلام مثل ما: روى عن قول أمير المؤمنين لمن سأله عن بيع أمه أرضعت ولده قال له خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدى.

و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن كما يظهر من تضاعيف كلماتهم فى جملة من الموارد منها جعل أم ولد ملكا غير طلق كالوقف و الرهن و قد عرفت أن المراد من الطلق تماميه الملك و الاستقلال فى التصرف فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها كما أن المجهول الذى يصلح الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه لا يخرج عن كونه طلقا. و منها كلماتهم فى رهن أم الولد فلاحظها. و منها كلماتهم فى استيلاد المشتري فى زمان خيار البائع فإن المصرح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن أن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة لامتناع انتقال أم الولد و كذا فى كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضا فى زمان مطلق الخيار. و منها كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ردا و قبولا فإنها كالصريحه فى أن الممنوع مطلق نقلها لا خصوص البيع. و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك فى ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و مع ذلك كله فقد جزم بعض ساده مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل للأصول و خلو كلام المعظم عن حكم غير البيع و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم فى الموارد المختلفه و مع ذلك فهو الظاهر من المبسوط و السرائر حيث قالوا إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر

أنواع التصرف. و قد ادعى فى الإيضاح الإجماع صريحا على المنع عن كل ناقل و أرسله بعضهم كصاحب الرياض و جماعه إرسال المسلمات بل عباره بعضهم ظاهره فى دعوى الاتفاق حيث قال إن الاستيلاء مانع من صحه التصرفات الناقله من ملك المولى إلى ملك غيره أو المعرضه لها للدخول فى ملك غيره كالرهن على خلاف فى ذلك ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين و الوجه فيه ظهور أدله المنع المعنونه بالبيع فى إرادته مطلق النقل فإن مثل قول أمير المؤمنين ع فى الروايه السابقه: خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدى يدل على كون مطلق نقل أم الولد إلى الغير كان من المنكرات و هو مقتضى التأمل فيما سيجى ء من أخبار بيع أم الولد فى ثمن رقبتها و عدم جوازه فيما سوى ذلك هذا مضافا إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصا عليه من أن الوجه فى المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها. و الحاصل أنه لا إشكال فى عموم المنع لجميع النواقل ثم إن المنع مختص بعدم هلاك الولد فلو هلك جاز اتفاقا فتوى و نصا و لو مات الولد و خلف ولدا فى إجراء حكم الولد عليه لأصالة بقاء المنع و لصدق الاسم فيندرج فى إطلاق الأدله و تغليباً للحريه أو العدم لكونه حقيقه فى ولد الصلب و ظهور إرادته من جمله الأخبار و إطلاق ما دل من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولى و عدمه لمساواه الأول مع ولد الصلب فى الجهه المقتضيه للمنع وجوه حكى أولها عن الإيضاح و ثالثها عن المهذب البارع و نهايه المرام و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردد.

بقى الكلام فى معنى أم الولد

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل إذ لا يصدق الولد إلا بالولاده لكن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشارفه و يحتمل أن يراد الولاده من الوالد دون الوالده و كيف كان فلا إشكال بل لا خلاف فى تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و يدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد: عن أبى عبد الله ع

فى رجل يتزوج الجارية فتلد منه أولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها قال هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و إن شاء أعتق و فى روايه السكونى عن جعفر بن محمد قال: قال على بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين فى مكاتبه يطأها مولاهما فتحمل فقال يرد عليها مهر مثلها و تسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر لأن زمان الحكم بعد تحقق السعى و العجز عقيب الحمل و الغالب ولوج الروح حينئذ ثم الحمل يصدق بالمضغه اتفاقا على ما صرح فى الرياض و استظهره بعض آخر و حكاه عن جماعه هنا و فى باب انقضاء عده الحامل و فى صحيحه ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع عن الحبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطا تم أو لم يتم أو وضعته مضغه أ تنقضى بذلك عدتها فقال ع كل شىء وضعته يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت به عدتها و إن كانت مضغه ثم الظاهر صدق الحمل على العلقه و قوله ع و إن كانت مضغه تقرير لكلام السائل لا بيان لأقل مراتب الحمل كما عن الإسكافى و حينئذ يتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض بل عن الإيضاح و المذهب البارع الإجماع عليه. و فى المبسوط فيما إذا ألقى جسدا ليس فيه تخطيط لا ظاهر و لا خفى لكن قالت القوابل إنه مبدأ خلق آدمى و إنه لو بقى لخلق و تصور قال قوم إنها لا تصير أم ولد بذلك و قال بعضهم تصير أم ولد و هو مذهبنا انتهى و لا يخلو عن قوه لصدق الحمل. و أما النطفه فهى بمجرد لا عبره بها ما لم تستقر فى الرحم لعدم صدق كونها حاملا و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد- على عدم العبره بها فى العده و أما مع استقرارها فى الرحم فالمحكى عن نهايه الشيخ تحقق الاستيلاد بها و هو الذى قواه فى المبسوط فى باب العده بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العده به مستدلا بعموم الآيه و الأخبار و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى أن إطلاق الحامل حينئذ مجاز بالمشارفه يكذبها التأمل

فى الاستعمالات و ربما يحكى عن التحرير موافقه الشيخ مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم فى بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك نعم قوى فى السرائر موافقته فيما تقدم عن الشيخ فى مسأله الجسد الذى ليس فيه التخطيط و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضا. و اعلم أن ثمره تحقق الموضوع فيما إذا ألت المملوكه ما فى بطنها إنما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى حملا و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال و حينئذ فلو وطئها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك فذكر صور الإلقاء المضغه و العلقه و النطفه فى باب العده إنما هو لبيان انقضاء العده بالإلقاء. و فى باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أن المملوكه بعد الوطء صارت أم ولد لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفه علقه و لذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلق الذى هو اللقاح. نعم لو فرض عدم علقها بعد الوطء إلى زمان صح البيع قبل العلق ثم إن المصرح به فى كلام بعض حاكيا له عن غيره أنه لا يعتبر فى العلق أن يكون بالوطء فيتحقق بالمساحقه لأن المناط هو الحمل و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا فلا عبره بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم يشترط فى العلق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطى و إن كان محرما كما إذا كانت فى حيض أو ممنوعه الوطء شرعا لعارض آخر أما الأمه المزوجه فوطؤها زناء لا يوجب لحقوق الولد ثم إن المشهور اعتبار الحمل فى زمان الملك فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن حمزه فاكتميا بكونها أم ولد قبل الملك و لعله لإطلاق العنوان و وجود العله و هى كونها فى معرض الانعتاق من نصيب ولدها و يرد الأول منع إطلاق يقتضى ذلك فإن المتبادر من أم الولد صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضه لها بوصف المملوكيه كالمدبر و المكاتب. و العله المذكوره غير مطرده و لا منعكسه كما لا يخفى مضافا

إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدمه ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعده كليه مستفاده من الأخبار كروايتي السكوني و محمد بن مارد المتقدمين و صحيحه عمر بن يزيد الآتيه و غيرها. و من الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظه الحق الحاصل منها باستيلاء أعنى تشبثها بالحريه و لذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز إلا بعد إقامه الدليل الخاص فلا بد من التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظه فى نظر الشارع من الحق المذكور فلا يصغى إذا إلى منع الدليل على المنع كليه و التمسك بأصالة صحه البيع من حيث قاعده تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره فى الجملة لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء و هو غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف يردده مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار قوله ع فى صحيحه زراره: و قد سأله عن أم ولد تباع و تورث و حدها حد الأمه بناء على حملها على أنها قد تعرض لها ما يجوز ذلك.

و أما المواضع القابله للاستثناء

إشاره

و إن وقع التكلم فى استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظه من الحق و هى صور يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاء أو عدم تحقق الحكمه المانعه عن النقل.

[موارد القسم الأول

فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين

و الكلام فى هذا المورد قد يقع فىما إذا كان الدين ثمن رقبته و يقع فىما إذا كان غير
ثمنها و على الأول يقع الكلام تاره بعد موت المولى و أخرى فى حال حياهه أما بعد الموت
فالمشهور الجواز بل عن الروضه أنه موضع وفاق و عن جماعه أنه لا خلاف فىه و لا ینافى
ذلك مخالفه السید فى أصل المسأله لأنهم یریدون نفى الخلاف بین القائلین بالاستثناء فى
بیع أم الولد أو القائلین باستثناء بیعها فى ثمن رقبته فى مقابل صوره حياه

المکاسب، ج ٢، ص ١٧٧

المولى المختلف فىها. و کیف كان فلا إشکال فى الجواز فى هذه الصوره- لا لما قیل من
قاعده تسلط الناس على أموالهم لما عرفت من انقلاب القاعده إلى المنع فى خصوص هذا
المال بل لما رواه المشایخ الثلاثه فى الصحیح عن عمر بن یزید قال: قلت لأبى إبراهیم ع
أسألك عن مسأله فقال سل قلت لم باع أمير المؤمنین ص أمهات الأولاد قال فى فکاک
رقبهن قلت فکیف ذلك قال أیما رجل اشترى جاریه فأولدها ثم لم یؤد ثمنها و لم یدع
من المال ما یؤدى عنه أخذ ولدها منها و بیعت و أدى ثمنها قلت فتباع فىما سوى ذلك
عن دین قال لا و فى روایه أخرى لعمر بن یزید عن أبى الحسن ع قال: سألته عن بیع أم
الولد تباع فى الدین قال نعم فى ثمن رقبته. و مقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحیحه كما
قیل ثبوت الجواز مع حياه المولى كما هو مذهب الأكثر بل لم یعرف الخلاف فىه صریحا
نعم تردد فىه الفاضلان. و عن نهائیه المرام و الکفایه أن المنع نادر لکنه لا یخلو عن قوه و
ربما یتوهم القوه من حیث توهم تقييدها بالصحیحه السابقه بناء على اختصاص الجواز فىها
بصوره موت المولى كما یشهد به قوله فىها و لم یدع من المال إلى آخر الروایه فیدل على
نفى الجواز عما سوى هذا الفرد إما لورودها فى جواب السؤال عن موارد بیع أمهات الأولاد
فیدل على الحصر و إما لأن نفى الجواز فى ذیلها فىما سوى هذه الصوره یشمل بیعها فى
الدین مع حياه المولى. و اندفاع التوهم بكلا وجهیه واضح. نعم یمکن أن یقال فى وجه
القوه بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع الظاهر فى الدین فى كون البائع غیر المولى

فيما بعد الموت أن النسبه بينها و بين روايه ابن مارد المتقدمه عموم من وجه فيرجع إلى أصله المنع الثابته بما تقدم من القاعده المنصوصه المجمع عليها. نعم ربما يمنع عموم القاعده على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصص فيقال يمنع الإجماع في محل الخلاف و لا سيما مع كون المخالف جل المجمعين بل كلهم إلا نادرا و حينئذ فالمرجع إلى قاعده سلطنه الناس على أموالهم لكن التحقيق خلافه و إن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد من النصوص و الفتاوى أن استيلاء الأمه يحدث لها حقا مانعا عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة و ربما توهم معارضه هذه القاعده بوجوب أداء الدين فتبقى قاعده السلطنه و أصله بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء و لا يعارضها أصله بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها لأن بيعها قبل العجز ليس بيعا في الدين كما لا يخفى. و يندفع أصل المعارضه بأن أدله وجوب أداء الدين مقيده بالقدرة العقليه و الشرعيه و قاعده المنع تنفي القدرة الشرعيه كما في المرهون و الموقوف فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق روايه عمر بن يزيد على إطلاق روايه ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته كما يشهد به قوله فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها مع أن ظاهر البدء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها. و بالجمله فبعد منع ظهور سياق الروايه فيما بعد الموت لا إشكال في رجحان دلالتها- على دلالة روايه ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل مضافا إلى اعتضاها بالشهره المحققه و المسأله محل إشكال ثم على المشهور من الجواز- فهل يعتبر فيه عدم ما يفى به الدين و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير أو مما عداها كما عن جماعه الأقوى هو الثاني بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق لأن الحكم بالجواز في هذه الصوره في النص و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهه الاستيلاء فتكون ملكا طلقا كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات. فحاصل السؤال في روايه عمر بن يزيد أنه هل تباع أم الولد في الدين على

حد سائر الأموال التي تباع فيه. و حاصل الجواب تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبه فيكون ثمن الرقبه بالنسبه إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبه إلى سائر الأموال.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمه فلا تباع في ثمن رقبته لأن غايه الأمر كونها بالنسبه إلى الثمن كجاريه أخرى يحتاج إليها. و مما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مثونه التجهيز فإذا كان للميت كفن و أم ولد بيعت أم الولد في الدين دون الكفن إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدي عنه الدين عداها لأن الكفن لا يؤدي عن الدين ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع - أو استدان الثمن و اشترى به أما لو اشترى في الذمه ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها في ثمن رقبته بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل. و لا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمه أو بعضها و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليها. نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غايه المراد التصريح به و لو كان الثمن مؤجلا لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأبوسا عن الأداء عند الأجل. و في اشتراط مطالبه البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبه فيجوز في الأول دون الثاني وجوه أحوطها الأول و مقتضى الإطلاق الثاني و لو تبرع متبرع بالأداء فإن سلم إلى البائع برئت ذمه المشتري و لا يجوز بيعها و إن سلم إلى المولى أو الورثه ففي وجوب القبول نظر و كذا لو رضى البائع باستسعائها في الأداء و لو دار الأمر بين بيعها ممن تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره ففي وجوب تقديم الأول وجهان و لو أدى الولد ثمن نصيبه انعتقت عليه و حكم الباقي يعلم من مسائل السرايه و لو أدى ثمن جميعها فإن أقبضه البائع فكالمتبرع و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثه نظر من الإطلاق و من الجمع بين حقي الاستيلاء و الدين و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر فلجواز بيع البائع لها مقاصه مطلقا أو مع إذن الحاكم وجه و ربما يستوجه خلافه لأن المنع لحق أم الولد فلا يسقط بامتناع المولى و لظاهر

الفتاوى و تغليب جانب الحريه و فى الجميع نظر. و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها فى عقد مساومتها و إن كان صلحا و فى إلحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن - كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مده معينه إشكال و على العدم لو فسخ البائع فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت و إن قلنا

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٨

بمنعه عنه فتنقل إلى القيمه و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ فى أداء القيمه أمكن القول بجواز استردادها لأن المانع عنه هو عدم انتقالها فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمه لم يمنع عن ردها إلى البائع كما لو بيعت على البائع فى ثمن رقبته هذا مجمل القول فى بيعها فى ثمنها. و أما بيعها فى دين آخر - فإن كان مولاها حيا لم يجز إجماعا على الظاهر المصرح به فى كلام بعض و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضا لأصالة بقاء المنع فى حال الحياه و لإطلاق روايتى عمر بن يزيد المتقدمين منطوقا و مفهوما و بهما يخصص ما دل بعمومه على الجواز مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعده المنع عن بيع أم الولد كمفهوم مقطوعه يونس: فى أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها قال لا هى أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعثق من الورثه و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى فى بقيه ثمنها خلافا للمحكى عن المبسوط فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر للمعتين و كثر العرفان و الصيمرى و لعل وجه تفصيل الشيخ أن الورثه لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل إلى انعقاد أم الولد الذى هو الغرض من المنع عن بيعها و عن نكاح المسالك - أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فينعقد نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و لزمه أداء قيمه النصيب من ماله و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولا بأن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهه

استحقاقه لذلك النصيب من غير أن يقوم عليه أصلا و إنما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة لقيمه أمه هل تقوم عليه أو تسعى هى فى أداء قيمتها. و ثانيا بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث- فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل المقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له تفصيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثا أن ما ادعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب و لا دل عليه دليل معتبر و ما توهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه بناء على صحه الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه. و رابعا أنه يلزم على كلامه- أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوى قيمه أمه يقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت فى الباقى بعد الديون و نحوها يساوى قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من قيمه نصيبه الباقى الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقى هذا مما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغى القطع بطلانه.

و يمكن دفع الأول بأن المستفاد من ظاهر الأدله انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمه الولد قهرا بقيمه نصيبه أو وجوب بيعها فى قيمه جمعا بين ما دل على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها و بين ما دل على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان غايه الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التى يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين. و الحاصل أن مقتضى النهى عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على أخذها

و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمه و عدم تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين أبيه و لازم ذلك انعقادها على الولد فيتردد الأمر حينئذ بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين فتكون أم الولد نظير مثونه التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من يتلف في ملكه و تنعتق عليه و هو الولد و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته فتسعى فيها و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها فلمهم أن يؤجروها مده طويله نفى أجرتها بدينهم كما قيل بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس. و لا إشكال في عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين فتعنتق على كل حال و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل. و مما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني- فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا أو في دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث- إذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعقادها و لا جامع بينها و بين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق. و أما ما ذكره رابعا فهو إنما ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلقا بالولد أما إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شيء. فالضابط حينئذ أنها تنعتق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك في رقبته. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه لو كان غير ولدها أيضا مستحقا لشيء منها بالارث لم يملك نصيبه مجانا بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينعتق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمه حصتها التي فكها من الديان و إما أن يخلى بينها و بين الديان فتنتعق أيضا عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم و أما حرمان الديان عنها عينا و قيمه و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمه حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدله ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أم الولد لذلك. و مما

ذكرنا يظهر ما فى قول بعض من أورد على ما فى المسالك بما ذكرناه أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جدا حيث

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٩

إنهم قيدوا الدين بكونه ثمنا و حكموا بأنها تعتق على ولدها من نصيبه و أن ما فضل عن نصيبه تعتق بالسرايه و تسعى فى أداء قيمتها و لو قصدوا أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملا بالنصوص المزبوره فله وجه إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات و لا ذكر فى النصوص صريحا انتهى. و أنت خير بأن النصوص المزبوره لا تقتضى سقوط حق الديان كما لا يخفى.

و منها تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاه فى الروضه بشرط عدم كفايه بعضها له بناء على ما تقدم نظيره فى الدين من أن المنع لغايه الإرث و هو مفقود مع الحاجه إلى الكفن و قد عرفت أن هذه حكمه غير مطرده و لا منعكسه. و أما بناء على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فبيعها له أولى بل اللازم ذلك أيضا بناء على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاء و إلا لصرف مقابله فى ثمنها و لم تبع و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب و توضيحه أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت و حق بائع أم الولد و حق أم الولد فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن و إهمال حق أم الولد ببيعها فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناء على ما تقدم فى المسأله السابقه كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين و انحصار الحق فى

الميت و أم الولد اللهم إلا أن يقال لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها و ثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها- بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولاها الميت فلا دليل على تقديم حق مولاها ليخصص به قاعده المنع عن بيع أم الولد عدا ما يدعى من قاعده تعلق حق الكفن بمال الميت لكن الظاهر اختصاص تلك القاعده بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه و الاستيلاء من ذلك الحق و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصاله فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل. نعم يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين- من أن الولد يرث نصيبه و ينعق عليه و تتعلق بدمته مؤونه التجهيز أو تستسعى أمه و لو بايجار نفسها في مده و أخذ الأجره قبل العمل و صرفها في التجهيز و المسأله محل إشكال.

و منها ما إذا جنت على غير مولاها في حياته

أما بعد موته فلا إشكال في حكمها لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية إما إلى الحرية الخالصة أو الرقيه الخالصة و حكم جنائتها عمدا أنه إن كان في مورد ثبت القصاص فللمجنى عليه القصاص نفسا كان أو طرفا و له استرقاقها كلا أو بعضا على حسب جنائتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا و ربما تخيل بعض أنه يمكن أن يقال إن رقيتها للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدله المنع خصوصا صحيحه عمر بن يزيد المتقدمه في عدم بيع أم الولد مطلقا. و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق الظاهر في صيروره الجانى رقا خالصا و ما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجنى عليه على حسب ما

كانت عند الأول ففيه أنه ليس فى النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقالة كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال إنه إنما كان على النحو الذى كان للمولى الأول. و الحاصل أن المستفاد بالضرورة من النص و الفتوى أن الاستيلاء يحدث للأمة حقا على مستولدها يمنع من مباشره بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفته على خلاف فى ذلك و إن كانت الجنايه خطأ فالمشهور أنها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنى عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين على المشهور أو بالأرش على ما عن الشيخ و غيره. و عن الخلاف و السرائر و استيلاء المبسوط أنه لا خلاف فى أن جنايتها تتعلق برقبته لكن عن ديات المبسوط أن جنايتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبى ثور فإنه جعلها فى ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو المخالف لما فى الاستيلاء من المبسوط و ربما يوجه بإرادته نفي الخلاف بين العامه و ربما نسب إليه الغفله كما عن المختلف و الأظهر أن المراد بكونها على سيدها عود خساره جنايتها على السيد فى مقابل عدم خساره المولى لا من عين الجانى و لا من مال آخر و كونها فى ذمه نفسها تتبع بها بعد العتق و ليس المراد وجوب فدائها. و على هذا أيضا يحمل ما فى روايه مسمع عن أبى عبد الله ع قال: أم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها و ما كان من حقوق الله فى الحدود فإن ذلك فى بدنها فمعنى كونها على سيدها أن الأمه بنفسها لا تتحمل من الجنايه شيئا. و مثلها ما أرسل عن على ع فى قوله: المعتق على دبر فهو من الثلث و ما جنى هو و المكاتب و أم الولد فالمولى ضامن لجنايتهم. و المراد من جميع ذلك خروج ديه الجنايه من مال المولى المردد بين ملكه الجانى أو ملك آخر و كيف كان فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك سليمه عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائها و التخليه بينها و بين المجنى عليه ليس نقلها خلافا للمحكى عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف من تعيين الفداء على السيد. و لعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر بناء على أنه لا فرق بين إبطال طرفى التخيير بعد الجنايه كما لو قتل أو باع عبده

الجانى و بين إبطاله قبلها كالأستيلاد الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها و قد عرفت معنى الروايتين و المؤيد مصادره لا يبطل به إطلاق النصوص

و منها ما إذا جنت على مولاها - بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى

فهل تعود ملكا طلقا بجنايتها

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٠

على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هي المحكى فى الروضه عن بعض و عدها السيورى من صور الجواز أو لا كما هو المشهور إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل. و ما يقال فى توجيهه من أن الأسباب الشرعيه تؤثر بقدر الإمكان فإذا لم تؤثر الجنايه الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد فى التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذى أنيط به الجواز فى صحيحه ابن يزيد المتقدمه و مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانى عمدا فيندفع بما لا يخفى و أما الجنايه على مولاها خطأ فلا إشكال فى أنها لا يجوز التصرف فيها كما لا يخفى. و روى الشيخ فى الموثق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن على ع قال: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهى حره ليس عليها سعايه و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه ص: إن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهى حره لا تبعه عليها و إن قتلت عمدا قتلت به. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ سعت فى قيمتها و يمكن حملها على سعيها فى بقيه قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ فى التهذيب و الاستبصار الجمع بينهما بغير ذلك فراجع.

و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها

فإنها لو لم تكن مستولده كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها و بين إمساكها و لا شىء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ففي المستولده يحتمل ذلك و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبه و أما احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الديه منه فلا وجه له لأن الاستيلاء يمنع عن المعاوضه أو ما فى حكمها لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع و المسأله من أصلها موضع إشكال لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوض لأن الديه عوض شرعى عما فات بالجنايه لا عن رقبه العبد و تمام الكلام فى محله.

و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت

حكاها فى الروضه و كذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها و لم يثبت كونها أمه المولى إلا بعد القسمه و قلنا إن القسمه لا تنقص و يغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر و المنصوص أنها ترد على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتله.

و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمه

و ملكت أمواله التى هى منها.

و منها ما إذا كان مولاها ذميا و قتل مسلما

فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء

فمن موارد ما إذا أسلمت و هى أمه ذمى

فإنها تباع عليه بناء على أن حق إسلامها المقتضى لعدم سلطنه الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحة البيع دون قاعده سلطنه الناس مسلطون على أموالهم المقتضيه لعدم جواز بيعها عليه لأن المفروض أن قاعده السلطنه قد ارتفعت بحكومه أدله نفى سلطنه الكافر على المسلم فالمالك ليس مسلطا قطعاً و لا حق له فى عين الملك جزماً إنما الكلام فى تعارض حقى أم الولد من حيث كونها مسلمه فلا يجوز كونها مقهوره بيد الكافر و من حيث كونها فى معرض العتق فلا يجوز إخراجها عن هذه العرصه و الظاهر أن الأول أولى للاعتبار و حكومه قاعده نفى السبيل على جل القواعد و لقوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و مما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها لأن الشك إنما هو فى طرو ما مقدم على حق الاستيلاء و الأصل عدمه مع إمكان معارضه الأصل بمثله لو فرض فى بعض الصور تقدم الإسلام على المنع عن البيع و مع إمكان دعوى ظهور قاعده المنع فى عدم سلطنه المالك و تقديم حق الاستيلاء على حق الملك فلا ينافى تقديم حق آخر لها على هذا الحق.

و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو فى كسبها

فتباع على من ينفق عليها على ما حكى عن اللمعه و كنز العرفان و أبى العباس و الصيمرى و المحقق الثانى. و قال فى القواعد لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال و لا يجب عتقها و لو كانت الكفايه بالتزويج و جبت و لو تعذر الجميع ففى البيع إشكال انتهى. و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى أو كسبه أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من يؤخذ بنفقتها أو بيت المال و هو حسن و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً و فرضها كالحر فى وجوب سد رمقها كفايه على جميع من اطلع عليها و لو فرض عدم ذلك أيضاً أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها فلا يبعد الجواز لحكومه أدله نفى الضرر و لأن رفع هذا عنها أولى من تحملها

ذلك رجاء أن تنتعق من نصيب ولدها مع جريان ما ذكرناه أخيرا فى الصورة السابقة من احتمال ظهور أدله المنع فى ترجيح حق الاستيلاء على حق مالکها لا على حقها الآخر فتدبر.

و منها بيعها على من تنتعق عليه

على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشاره لأن فيه تعجيل حقها و هو حسن لو علم أن العله حصول العتق فلعل الحكمه انعتاق خاص اللهم إلا أن يستند إلى ما ذكرناه أخيرا فى ظهور أدله المنع أو يقال إن هذا عتق فى الحقيقه. و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق- فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها كما عن الشهيد الثانى و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول المشتري على الإعتراف إذ إعترافها عليه قهرا و كذلك بيعها ممن أقر بحريتها و يشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن فى مقابل الحر و إن علم بكذبه لم يجز أيضا لعدم جواز بيع أم الولد و مجرد صيرورتها حره على المشتري فى ظاهر الشرع مع كونها ملكا له فى الواقع و بقائها فى الواقع على صفه الرقيه للمشتري لا يجوز البيع بل الحريه الواقعيه و إن تأخرت- أولى من الظاهريه و إن تعجلت.

و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها

فتشتري من مولاها للعتق و ترث قريبها و هو مختار الجماعة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨١

السابقه و ابن سعيد فى النزاهه و حكى عن العماني و عن المهذب إجماع الأصحاب عليه و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث على قاعده المنع مضافا إلى ظهورها فى رفع سلطنه المالك و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل تباع عليه لو امتنع

و أما القسم الثالث- و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء

فمن موارد ما إذا كان علوقها بعد الرهن

فإن المحكى عن الشيخ و الحلّى و ابن زهره و المختلف و التذكره و اللمعه و المسالك و المحقق الثانى و السيورى و أبى العباس و الصيمرى جواز بيعها حينئذ و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدله حكم الرهن و أدله المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير فالمنع مطلقا. و عن الشهيد فى بعض تحقیقاته الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن و وقوعه بدونه و عن الإرشاد و القواعد التردد و تمام الكلام فى باب الرهن.

و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

و كانت فاضله عن المستثنيات فى أداء الدين فتباع حينئذ كما فى القواعد و اللمعه و جامع المقاصد.

و عن المهذب و كنز العرفان و غايه المرام لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها و لا دليل على بطلانه بالاستيلاء و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه فتأمل و تمام الكلام فى باب الحجر إن شاء الله.

و منها ما إذا كان علوقها بعد جنائتها

و هذا فى الجنايه التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقه بل تلزم المولى بالفداء و أما لو قلنا بأن الجنايه اللاحقه أيضا ترفع المنع لم يكن فائده فى فرض تقديمها.

و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها

فإن المحكى عن الحلّى جواز استردادها مع كونها ملكا للمشتري و لعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء خلافا للعلامه و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمه أم الولد و لعله لصيرورتها منزله التالف و الفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن و أما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو لم يمنع عقلا أو شرعا و المانع الشرعى كالعقلى. نعم لو قيل إن الممنوع إنما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه أما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره فلم يثبت فلا مانع شرعا من استرداد عينها. و الحاصل أن منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود اللهم إلا أن يدعى أن الاستيلاء حق لأم الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضى انتقالها و المفروض أن حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعا و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعا كالعق و البيع على القول بصحتهما فى زمان الخيار فتأمل.

و منها ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها

بناء على ما استظهر الاتفاق عليه من جواز اشتراط الأداء من مال معين فيتعلق به حق المضمون له و حيث فرض سابقا على الاستيلاء فلا يزاحم به على قول محكى فى الروضه.

و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه

إذا كان النذر مشروطا بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده بناء على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقه عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق بعد حصول الشرط فى المعلق كما حكاه صاحب المدارك عنهم فى باب الزكاه و يحتمل كون استيلاءها كإتلافها فيحصل الحنث و تستقر قيمه جمعا بين حقى أم الولد و المنذور له و لو نذر التصديق بها فإن كان مطلقا قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض

فلا حكم للعلوق و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه احتمال تقديم حق المنذور له فى العين و تقديم حق الاستيلاء و الجمع بينهما بالقيمة و لو كان معلقا فوطئها قبل حصول الشرط صارت أم ولد فإذا حصل الشرط و جب التصديق بها لتقدم سببه و يحتمل انحلال النذر لصيروره التصديق مرجوحا بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمة أو بدونه و تمام الكلام يحتاج إلى بسط تمام لا يسعه الوقت.

و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته فللمولى أن يبيعهها

على ما حكاه فى الروضه عن بعض الأصحاب بناء على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و [أما] القسم الرابع – فهو ما كان إبقاؤها فى ملك المولى غير معرض لها للعتق

لعدم توريث الولد من أبيه لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعا لفجور أو ظاهرا باعتراف ثم إننا لم نذكر فى كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلا من كثير ما يحتمله من الكلام فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا

أشاره

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون. و حكى عن الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم على ذلك و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا. و عن المختلف فى باب تزويج الأمه المرهونه أنه أرسل عن النبى ص: إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن.

و إنما الكلام فى أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك. فظاهر عبار جماعه من القدماء و غيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفا و هو الأقوى للعمومات السليمه عن المخصص لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهره فى المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا. و على تسليم الظهور فى بطلان التصرف رأسا فهى موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحه نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الأدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و ليست تلك كمعصيه الله أصاله فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٢

هذا كله مضافا إلى فحوى أدله صحه الفضولى لكن الظاهر من التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا و فيه نظر لأن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله ص: لا بيع إلا فى ملك لا يلزمه البطلان هنا بل الأظهر ما سيجىء عن إيضاح النافع من أن الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولى. و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه - من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكيه على المنع و النهى قال و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير إذ العبره بتعلق النهى بالعقد لا لأمر خارج منه و هو كاف فى اقتضاء الفساد كما اقتضاء فى بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما فى كون سبب النهى حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولى و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن فى المنع كما دلت عليه الروايه فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم. قلنا إن التصرف المنهى عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة

المتعقبه و إن كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك كما سبق فى الفضولى و إلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرما و قد لا يكون كذلك و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيًا عنه و إن كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرد إجراء الصيغته فلا يزيد عن عقد الفضولى فلا يتعلق به نهى أصلا. و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه لانحصار المالكه فيه و لا معنى لقصده النيابة فهو منهى عنه لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه فتخصص العمومات بما ذكر و مجرد الملك لا يقضى بالصحة إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه و لذلك لم يصح البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنع عن التصرف. ثم قال و بالجملة فالذى يظهر من تتبع الأدله أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته و أما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم و أما التعليل المستفاد من الروايه المرويه فى النكاح و هو قوله ع: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملك أمر نفسه و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه و لا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و إنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار فى كل مالك متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع و ربما تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعايه مصلحه كالشفعه فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه. و يرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة و منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج الفساد. أولا أن نظير ذلك يتصور فى بيع الراهن فإنه قد يبيع رجاء لإجازته المرتهن و لا ينوى

الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمه فى شىء من ذلك. و ثانيا أن المتيقن من الإجماع و الأخبار على منع الرهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارته معقد الإجماع و الأخبار أعنى قولهم الرهن و المرتهن ممنوعان و معلوم أن المنع فى المرتهن إنما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفا و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعته صاحبه فى ذلك و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل و مع عدمه يرجع إلى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير فإن منع الله جل ذكره من

تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الرهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الرهن و بيع الوقف و أم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد و لذا لا يؤثر الإذن السابق فى صحة البيع فقياس الرهن عليهما فى غير محله. و بالجمله فالمستفاد من طريقه الأصحاب بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأسا بل إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعته ذى الحق و يندرج فى ذلك الفضولى و عقد الرهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمم على الحره و غير ذلك فإن النهى فى جميع ذلك إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا و هو صيرورته سببا مستقلا لآثاره من دون مدخله رضا غير المتعاقدين و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناء على ما سيجىء من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفه حيث إنه يلزم منه كون مال غير الرهن و هو المشتري رهنا للبائع و بعبارته أخرى الرهن و البيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد أعنى ما قبل الإجازة و هذا نظير ما تقدم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحته البيع يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع و يدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن

عدم الرهن فى الواقع و إلا لجرى ذلك فى العقد الفضولى أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و أما ما يلزم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسأله إجازة المرتهن. نعم يلزم فى مسأله فك الرهن و سيجىء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

[هل إجازة المرتهن كاشفه أو ناقله]

ثم إن الكلام فى كون الإجازة من المرتهن كاشفه أو ناقله هو الكلام فى مسأله الفضولى و محصله أن مقتضى القاعده النقل إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن إجازة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٣

المالك أشبهه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسأله عفو الراهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق مع أن العلامة قدس سره فى تلك المسأله قد جوز العفو مراعى بفك الرهن هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و إجازة أما إذا أسقط حق الرهن ففى كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلا كلام يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثم إنه لا إشكال فى أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح و هل ينفع الإجازة بعد الرد وجهان من أن الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد

المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فإن المرتهن أجنبي له حق فى العين و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم

[فك الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة]

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به فى التذكرة.

و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد بل بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو غيرهما نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه

و الفرق بين الإجازة و الفك

أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحه إمضائه للبيع الواقع فى زمان حقه و إن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع. و بالجمله فالإجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الإشكال فيه عن جماعه مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام إذ ليس فى اللفظ عموم زمانى حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى

ما بعد السقوط داخلا فى العام. و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحه نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهه أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى و إنما هو من جهه المانع فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذكرنا إلى أن أدله سببيه البيع المستفاده من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و من: الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك عامه و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهه مزاحمه حق المرتهن الذى هو أسبق فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم. و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببيه نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمه حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاه بين كونه عبدا و كونه زوجا. و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم عتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف-

[أهل سقوط حق الرهانه كاشف أو ناقل

هذا و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانه بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعه ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه فإن هذا غير متحقق فى فك الرهن فهو نظير بيع الفضولى ثم تملكه للمبيع حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد و إلا لزم فى المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما يلزم فى

تلک المسأله كون المبيع لمالكين فى زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. و قد تقدم عن القواعد فى مسأله عفو الرهن عن الجانى على المرهون أن الفك يكشف عن صحته و يدل على الكشف أيضا ما استدلووا به على الكشف فى الفضولى من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره فى الروضه و جامع المقاصد ثم إن لازم الكشف كما عرفت فى مسأله الفضولى لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الرهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فى البيع.

[لو باع الرهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب

نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلا بذلك فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالمبيع و يمكن أن يقال إنه إنما يلزم الوفاء بالمبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الرهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الرهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشترى و المرتهن اللازمين على الرهن البائع و جهان و مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن

مسأله إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه

فالأقوى صحه بيعه وفاقا للمحكى عن العلامه و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل فى شرح الصيمرى أنه المشهور لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٤

عن ملك مولاه على ما هو المعروف عن عدا الشيخ فى الخلاف كما سيجى ء و تعلق حق المجنى عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابليه الانتفاع به و مجرد إمكان مطالبه أولياء المجنى عليه له فى كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته. و على تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق فإن افتكك لزم و إلا بطل البيع من أصله و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل فيكون تلفه من المشتري فى غير زمن الخيار لوقوعه فى ملكه غايه الأمر أن كون المبيع عرضه لذلك يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الأرمد إذا عمى و المريض إذا مات بمرضه و يردده أن المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما لأدائه إلى سقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل و إما أن يقع مراعى. و قد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله و مدخليه الغير فيه وقوع بيعه مراعى لا باطلا و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت و الأرمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد فإن الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنه المالك مانعا عن نفوذ تملكه منجزا بخلاف تعلق حق الغير اللهم إلا أن يقال إن تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزا لأن للبائع سلطنه مطلقه عليه و كذا للمشتري و لذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعه ذى الحق غايه الأمر أن له التسلط على إزاله ملكهما و رفعه بالإتلاف أو التملك و هذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من تصرف الغير و حق المجنى عليه غير المانع فعلا غايه الأمر أنه مانع شأنًا و كيف كان فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف البطلان فإنه قال فيما حكى عنه إذا كان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه فإن كانت جنايته

توجب القصاص فلا يصح البيع و إن كانت جنيته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه بالأرش ثم استدل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه لأنه قد باع منه ما لا يملكه فإنه حق للمجنى عليه و أما إذا وجب عليه الأرش صح لأن رقبته سليمة و الجنايه أرشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع انتهى و قد حكى عن المختلف أنه حكى عنه في كتاب الظهار التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمدا حيث قال إذا كان عبد قد جنى جنايه فإنه لا يجزى عتقه عن الكفاره و إن كانت خطأ جاز ذلك و استدل بإجماع الفرقه فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنيته عمدا ينتقل ملكه إلى المجنى عليه و إن كانت خطأ فديه ما جناه على مولاه انتهى و ربما يستظهر ذلك من عباره الإسكافي في المحكى عنه في الرهن و هى أن من شرط الرهن أن يكون رهن الراهن مثبتا لملكه إياه غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبه بجنايته عن ملكه انتهى و ربما يستظهر البطلان من عباره الشرائع أيضا في كتاب القصاص حيث قال إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صح و لم يسقط القود و لو قيل لا يصح لئلا يبطل حق الولي من الاسترقاق كان حسنا و كذا بيعه و هبته انتهى. لكن يحتمل قويا أن يكون مراده بالصحة وقوعه لازما غير متزلزل كوقوع العتق لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق و كيف كان فالظاهر من عباره الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك و هو ممنوع لأصالة بقاء ملكه و ظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الأخبار فى بقاء الملك. نعم فى بعض الأخبار ما يدل على الخلاف و يمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه فإنه ينتقل إلى المجنى عليه و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبني على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير تنافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما فى الرهن.

مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور

بل فى شرح الصيمرى أنه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجنايه خطأ أو شبه عمد و يضمن المولى أقل الأمرين من قيمته و ديه الجنايه و لو امتنع كان للمجنى عليه أولويه انتزاعه فيبطل البيع و كذا لو كان المولى معسرا فللمشترى الفسخ مع الجهاله لتزلزل ملكه ما لم يفد به المولى انتهى. و ظاهره أنه أراد نفى الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد إلا أن المحكى عن السرائر و الخلاف أنه لا يجوز إلا إذا أفداه المولى أو التزم بالفداء إلا أنه إذا باع ضمن. و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع لكونه ملكا للمولى و تعلق حق الغير لا يمنع عن ذلك لأن كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأسا فضلا عن تعلق حق الغير و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنى على أصلهما من بطلان الفصولى و ما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير كما يومئ إليه استدلال الحلى عن بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه بأنه قد تعلق برقبه العبد الجانى فلا يجوز إبطاله و مرجع هذا المذهب إلى أنه لا واسطه بين لزوم البيع و بطلانه فإذا صح البيع أبطل حق الغير. و قد تقدم غير مره أنه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجاره ذى الحق أو سقوط حقه فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الديه أو أقل الأمرين على الخلاف وقع مراعى فإن فداه المولى أو رضى المجنى عليه بضمانه فذاك و إلا انتزعه المجنى عليه من المشترى و على هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه. قال فى كتاب الرهن من القواعد و لا يجبر السيد على فداء الجانى و إن رهنه أو باعه بل يتسلط المجنى عليه فإن استوعبت الجنايه القيمه بطل الرهن و إلا ففى المقابل انتهى لكن ظاهر العلامه فى غير هذا المقام و غيره هو أن البيع بنفسه التزام بالفداء و لعل وجهه أنه يجب على المولى حيث تعلق بالعبد و هو مال من أمواله و فى يده حق يتخير المولى فى نقله عنه إلى ذمته بأن يوفى حق المجنى عليه إما من العين أو من ذمته فيجب عليه إما تخليص العبد من المشترى بفسخ أو غيره و إما أن يفديه من ماله فإذا امتنع المشترى من رده و المفروض عدم سلطنه البائع على أخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد و جب عليه دفع الفداء. و يرد عليه أن فداء العبد غير لازم قبل البيع و بيعه ليس إتلافا له حتى يتعين عليه الفداء و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلا رفع يده لا

رفع يد الغير بل هذا أولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر المسأله
الخدشه فى وجوب الفك على الراهن بعد بيعه لتعلق الدين هناك بالذمه و تعلق الحق هنا
بالعين فتأمل. ثم إن المصرح به فى التذكره و المحكى عن غيرها أن للمشتري فك العبد
و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٥