

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### شروط العوضين

پنج شرط داریم؛

۱- مالیت

۲- طلق بودن

مالیت

به علت تعریف بیع که عبارت بود از «مبادله مال بمال» اگر چیزی در خارج، **نفع مقصود** عقلایی و شرعی نداشته باشد، **مال** نیست، حال یا عرفاً یا شرعاً.

[در این مورد دو مبنا وجود دارد؛

**مرحوم نائینی و خوئی:** نهی شارع از استفاده از چیزی، موجب الغای مالیت آن خواهد شد.

**مرحوم امام و من تبعه:** نهی شارع خللی در ماهیت و مفهوم مال وارد نخواهد کرد، بلکه نهی شارع موجب لغو آثار مالیت می‌داند؛ یعنی در صورت تعلق نهی شارع به چیزی، آن شیء حکماً مال نیست.

كفاية المالية العرفية

ثم على فرض اعتبار المالية في ماهية البيع، فالمعتبر هو المالية العرفية، فلو فرض كون شيء غير مال بنظر الشارع الأقدس، ومالاً بنظر العرف، لا يضّر ذلك بصدق «البيع» عليه، وليس في وسع الشارع إسقاط المالية العرفية، بل ما هو في وسعه سلب الآثار مطلقاً أو في الجملة، لا سلب اعتبار العرف، فالخمر و الخنزير مال عرفاً، أسقط الشارع المقدّس آثار ماليتهما، فلا ضمان في إتلافهما، ولا يصحّ بيعهما... إلى غير ذلك.<sup>۱</sup>

**منشأ عدم انتفاع؛**

۱- **خِسْت**، مثل خنابس، حشرات و... (ذاتاً ارزش ندارد)

۲- **قَلَّت**، مثل یک دانه برنج، یک دانه گندم (ذاتاً ارزش دارد، اما به خاطر اندک بودن آن ارزش ندارد)

۱. خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران. محقق موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) - دفتر قم. ، ۱۳۹۲ ه. ش.، کتاب البيع (امام)، تهران - ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني (قدس سره)، جلد: ۳، صفحه: ۱۰

نکته: **غصب** دائر مدار **ملکیت** است، لذا باتوجه به این که یک دانه گندم اگرچه مال نیست، اما ملک به شمار می آید و غصب آن نیز حرام است.

عده‌ای گفته‌اند: در صورت تلف گندم (یک دانه گندم)، تالف غاصب، ضامن مثل آن است.

علامه: چیزی که مالیت ندارد، ضمان هم ندارد.

شیخ انصاری:

در موارد **مشکوک‌المالیه**؛ باید ببینیم مورد مشکوک، اکل مال به باطل به شمار می آید یا خیر، اگر اکل مال به باطل به شمار می آید، باطل است، وگرنه صحیح است.

اگر اکل مال به باطل بودن نیز محرز نشد، رجوع به **ادله** می شود؛

- اگر نص و اجماعی بر عدم جواز داشتیم، بیع باطل است.

- اگر **نص و اجماعی** دال بر عدم جواز نداشتیم، محکوم به **صحت** است.

[نظر مرحوم امام: اگر مالیت داشتن محقق نبود، جای تمسک به عمومات نیست و باید به اصالة الفساد رجوع کرد.]

## رابطه مال و ملک

عام و خاص **من وجه**: مثال ماهی در دریا مال هست، اما ملک نیست. یک دانه گندم ملک هست، اما مالیت ندارد.

دلیل ایشان (لا بیع الا فی ملک) چه ارتباطی به مالیت دارد؟ در مورد چیزی که مورد معامله قرار گرفته است یا می خواهد مورد معامله واقع بشود، ملک و مال بودن هر دو با یکدیگر در آن وجود دارند.

## اعتبار ملکیت در عوضین

علاوه بر این که عوضین باید مالیت داشته باشد، باید **ملک فرد خاصی** هم باشد، مثل ماهی در دست نباشد که ملک هیچ کس نیست، یا مثل زمین مفتوح العنوة نباید که برای فرد خاصی نیست.

عنوة: یعنی سرزمین به صورت قهر و غلبه به دست مسلمین برسد، که این از اموال عامه مسلمین به شمار می آید و فقط به صلاح دید حاکم در مصارف و مصالح مسلمین مصرف می شود (مسلمین هیچ یک مالک آن زمین ها نیستند)، بر خلاف جایی که سرزمینی از طریق صلح به حکومت اسلامی اهدا شود که در این صورت آن سرزمین جزء انفال به شمار می آید.

این سرزمین ها از قبیل وقف خاص برای افراد معین نیز نیست، زیرا ملکیت منفعت مشاع در آن وجود ندارد.

از قبیل وقف عام و محصل مصرف خمس نیز نیست. زیرا حتی پس از قبض، نسبت به منافع این اراضی، کسی نمی تواند مالک بشود.

ملکیت این اراضی به این معناست که منافع آن باید در راستای مصالح مسلمین صرف شود و در این باره اجماع وجود دارد.

[باتوجه به ذکر مرسله حماد پس از اجماع، ظاهر این است که این اجماع، اجماع مدرکی است.

نکته: اجماع زمانی مدرکی است که معظم فقها به آن عمل کرده باشند و روایتی هم دال بر آن وجود داشته باشد.]

### تقسیم عقلی اراضی

۱- **موات بالاصالة**: لا اشکال و لا خلاف که این اراضی متعلق به **امام** است (**ملکیت** آن برای الله و رسول و امام است)، اما به واسطه احیا، **اباحه تصرف** بلا عوض ایجاد می شود.

### مالکیت این اراضی در زمان غیبت

#### ۲- موات بالعرض

#### ۳- آباد بالاصالة

#### ۴- آباد بالعرض

بدون هیچ اشکال و اختلافی، اراضی **موات بالاصالة** متعلق به **امام** است.

البته آباد کردن این اراضی و آماده و انتفاع از آن **اشکالی** ندارد.

در مورد لزوم پرداخت خراج در مورد این اراضی، میان روایات تعارضی وجود دارد که باید آن را برطرف کرد.

ص ۱۴-۱۷

### دو راه برای رفع تعارض روایات وجوب و عدم وجوب پرداخت خراج؛

۱- روایات وجوب پرداخت **خراج** مربوط به جایی است که امام خراج را **مطالبه** کنند، روایات **عدم وجوب** مربوط به این است که **پس از امیرالمومنین، ائمه علیهم السلام** خراج را برای شیعیان شان **تحلیل** فرمودند. مثل روایت «ما کان لنا لشیعتنا».

ظاهراً **علامه** این روایات تحلیل را نپذیرفته اند و گفته اند در هر صورت متصرف (چه شیعه در این اراضی تصرف کند و چه غیر شیعه) باید خراج آن را بپردازد.

۲-روایات وجوب پرداخت خراج حمل بر زمان حضور امام و روایات عدم وجوب حمل بر زمان غیبت شود.

برخی حتی ادعای ملکیت به واسطه احیا، در زمان غیبت، کرده‌اند.

زمین های عامر بالاصالة؛ زمین هایی که از ابتدا آباد بوده است. این زمین ها نیز برای امام است و از انفال به شمار می آید. پاسخ اشکال مقدر؛ روایاتی وجود دارد که در آن، ارض مقید به میتة بودن شده است، بنابراین باید روایت «كُلُّ أَرْضٍ لَا رَبَّ لَهَا» تخصیص بخورد.

پاسخ؛

دو نوع وصف داریم: احترازی و غالبی

اگر وصف برای احتراز از غیر باشد، تخصیص عام لازم است (باید مفهوم بگیریم).

اما اگر وصف به جهت تغلیب باشد (غالب اراضی بی صاحب، میتة است)، تخصیص لازم نمی آید.

در مورد ملکیت در اثر حیازت ارض عامر بالاصالة، دو احتمال است؛

۱- ملکیت؛ ملکیت دیگری به واسطه حیازت، با ملکیت امام منافاتی ندارد، دلیل ملکیت هم روایت «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به» است.

۲- عدم ملکیت؛ زیرا ملک امام است و ملکیت دیگری نیازمند دلیل است.

عامر بالعرض

با شرایطی ملک محیی به شمار می آید

تحجیر نشده باشد

مثل مشعر و منا، محل عبادت نباشد

امام آن را قطع بندی برای واگذاری نکرده باشد و...

ص ۱۷-۲۰

ما عرض له الموت بعد العمارة:

عمارت اصلیه؛ عامر بالاصالة بوده و سپس موات شده است. این اراضی متعلق به امام است.

عمارت عرضیه؛ عامر بالعرض بوده و سپس موات شده است.

اختلاف است که آیا زمین مواتی که عامر بالعرض بوده، به ملکیت معمر اول باقی می ماند یا بعد از احیاء آن برای عامر

ثانی است؟

منشأ این اختلاف، اختلاف در روایات است.

روایت سلیمان بن خالد موید قول اول

روایت معاویه بن وهب موید قول دوم

تفاوت محیی مسلمان و محیی کافر

ملکیت محیی مسلمان باطل نمی شود مگر به دو چیز؛

– ناقلی صورت بگیرد، مثل بیع

– طرو خراب، البته مشروط بر اینکه طرو خراب موجب خروج از ملک گردد.

ملکیت محیی کافر در دار اسلام؛

– اگر در محیی، اسلام شرط باشد، ارض عامر ملک امام است.

– اگر در محیی، اسلام شرط نباشد، ارض عامر ملک محیی اوست.

ملکیت محیی کافر در بلاد کفر بوده و سپس این بلاد به دست مسلمین افتاده است؛

– اگر ملکیت کافر به خاطر صلح مسلمین با او زایل نشده باشد، ملکیت کافر باقی است.

– اگر ملکیت کافر به خاطر اسلام اختیاری او، زایل نشود، ملکیت کافر باقی است.

– اگر ملکیت کافر به خاطر عدم اسلام اختیاری او، زایل شود، ملکیت کافر از بین می رود.

– اگر زایل شده باشد؛

توضیح «اسلم علیه»:

قوله قدس سره ثم ما ملكه الكفار من الأرض ينبغي أن يجعل المقسم ما ملكه الكفار ثم استولى عليه المسلمون فإنه لا تخلو الحال من أن تكون يدهم غير ثابتة عليه إما بانجلاء أو موت من غير وارث أو بقهر المسلمين و أخذهم للأرض منهم فالأولين للإمام و الثالث للمسلمين و أن تكون يدهم ثابتة عليه إما بصلح مع المسلمين على أن تكون الأراضي لهم أو تكون للمسلمين و لكن تبقى تحت تصرفهم و يدفعوا خراجها للمسلمين و إما بإسلام منهم على الأرض طوعا و الأعلان يتبعان الصلح و الثالث يكون باقيا في ملكهم فهذه مجموع الأقسام و لا يخلو مالها عن أحد ثلاثة الإمام و المسلمون و الكفار<sup>١</sup>

١. ابروانی، علی. نویسنده مرتضی بن محمد امین انصاری. ، ١٣٧٩ ه.ق.، حاشیة المكاسب (ايروانی)، قم - ايران، کتبی نجفی، جلد: ١، صفحه: ١٦٨

مضمون **مرسلة حماد**؛ ارضین که به غنیمت به دست آمده برای **مجاهدین** نیست، زمین‌هایی که با جنگ به دست آمده، دست **محبی** و... می‌ماند ولی **محبی خراج** آن را باید بپردازد.

مفاد روایات از نظر **شیخ انصاری**؛

اگر کسی بخواهد اراضی خراجیه را بفروشد و **ملکیت زمین** را به مشتری منتقل کند، این **جایز** نیست؛ عدم جواز بیع عین زمین مفتوح العنوة (به تملک درآوردن زمین) حتی تبعاً للآثار

اما اگر مراد، حق **اولویت** مشتری باشد نه ملکیت او بر زمین، این **اشکالی** ندارد.

[نکته: مالکیت انتفاع، بالاتر از حق اختصاص است.]

اگر تصرف بایع به **اذن عام یا خاص امام** باشد، فرد دیگر حق **مزاحمت** در آن ملک را ندارد (از باب این که ملک متعلق به همه مسلمین است).

شیخ **طوسی**: **مطلقاً** (چه سلطان و فقیه اجازه بدهد و چه ندهد، چه در زمان حضور و چه در زمان غیبت) تصرف در این اراضی **جایز** نیست. با توجه به این که ملکیت جایز نیست و باطل است، تصرفات به تبع ملک نیز باطل است و جایز نیست.

اما این سخن شیخ **طوسی** با بعضی از **روایات** سازگار نیست، لذا می‌توان کلام شیخ طوسی را بر صورت **عدم اذن امام** در حال **حضور**، حمل کرد.

نیز می‌توان بر صورتی حمل کرد که مراد فرد از تصرف، **حیازت و تملک** باشد (یعنی تصرف علی وجه الحیازة و التملک باطل است).

**شهید** در دروس: **هیچ نوع تصرفی** در اراضی مفتوح عنوة **جایز** نیست، چه بالبیع و چه غیر آن، **مگر به اذن امام**. استدراک از منع شیخ **طوسی**؛ ایشان در **تهذیب**، قائل به جواز تصرف شده‌اند.

مفاد روایات؛ اراضی مفتوحه عنوة متعلق به **مسلمین** است.

استظهار شیخ **انصاری**؛ بیع اراضی به معنای **انتقال ملک** ولو به تبع آثار **صحیح** نیست.

عبارت **شهید** اول در دروس: **تصرف** در اراضی مفتوحه عنوة در **حال حضور جایز** نیست مگر به **اذن امام** یا حال **غیبت** امام.

**ابن ادریس** و شیخ **طوسی** نیز تصرف را **جایز** نمی‌دانند.

شیخ **انصاری**: به **شهید اول** و **محقق ثانی** نسبت داده شده که میان زمان **حضور** و **غیبت** تفصیل قائل شده‌اند و در زمان **غیبت** ولو بالبیع و والوقف **جایز** است اما در زمان **حضور** بدون **اذن امام جایز** نیست.

از عبارت **شهید اول** معلوم نیست مراد ایشان اصلاً **انتقال** ملک ارض هست یا خیر، بلکه ظاهر عبارت ایشان موافقت با فتوای **مشهور** است که جواز تصرف را تکلیفاً و به احداث **آثار** و بیع به تبع آثار می‌دانند نه انتقال مالکیت خود زمین.

سخن شهید ثانی در شرح عبارت **محقق حلی** در شرایع: بیع، هبه و وقف اراضی مفتوحه عنوة **جایز** نیست. مراد **محقق حلی** این است که اگر این اراضی **مستقلاً** معامله شود جایز نیست، اما اگر بیع به **تبع آثار** باشد **جایز** است و در صورت بیع به تبع آثار خود زمین نیز به ملک مشتری منتقل می‌شود.

مطالب قبلی دال بر **منع** و عدم جواز **تصرف** در خود زمین بود بتفصیلاتهم **استدراک** از این منع؛ شیخ **طوسی** در تهذیب، قائل به **جواز** شده است.

عبارت تهذیب: **نفس زمین** قابلیت خرید و فروش دارد.

اشکالی که خود شیخ **طوسی** مطرح فرموده؛ ادله دال بر **اباحه** تصرف است نه **ملکیت**.

پاسخ ایشان به اشکال خود

اراضی سه نوع است؛

۱- زمینی که مالکین کافر آن **اسلام** می‌آورند. این اراضی **ملک آنان** باقی می‌ماند.

۲- زمینی که **عنوة** یا **بالمصالحه** (مصالحه در در صورتی است که کافر بر کفر خود باقی بماند) به دست مسلمین رسیده است. **بیع** و **شراء** این اراضی **جایز** است. زیرا این اراضی متعلق به مسلمین است و هر مسلمی در آن حق دارد.

۳- **انفال** و مایجری مجراها: زمین‌هایی که متعلق به امام است و **بیع** و **شراء** آن **جایز** نیست.

شیخ **انصاری**: دلیل شیخ **طوسی** بر این قول، روایت **ابی بُرّده** است که **ظاهر** آن دلالت بر عدم **جواز** نقل و انتقال نفس زمین بود مگر **خراج** آن پرداخت شود. لذا از این استدلال شیخ **طوسی** فهمیده می‌شود مراد ایشان بیع و شراء **آثار** است نه

**نفس زمین**.

**نظر شیخ انصاری**

در هر صورت نظر شیخ طوسی هر چه که باشد، از نظر ما بیع و شراء **نفس اراضی** مفتوحه عنوة و انتقال ملکیت ولو تبعاً للآثار جایز نیست. آری مادامی که آثار موجود است، حق **اختصاص** برای فرد وجود دارد و با از بین رفتن آثار، حق اختصاص نیز از میان می‌رود.

در زمان **حضور** امام و امکان **استیذان**، **تصرف** در این اراضی بدون **اذن** جایز نیست.

اقوال در مورد تصرف اراضی مفتوحه عنوة در زمان **غیبت**؛

۱- **تصرف** در این اراضی جایز نیست مگر در صورتی که **سلطان جائز** اجازه تصرف بدهد، البته سلطانی که قبول خراج و مقاسمه او جایز است، به دلیل وجود روایاتی خاص.

۲- **جواز تصرف مطلقاً** (چه حاکم شرع یا سلطان اذن بدهند یا ندهند) به دلیل **عموم روایاتی** که اراضی متعلق به امام را متعلق به شیعیان نیز می‌داند (مثل روایت مسمع).

۳- عدم **جواز** تصرف مگر در صورتی که حاکم شرع **اذن** بدهد (اولی از نظر شیخ **انصاری**).

قواعد: هو حرمة التصرف في أموال الغير، و عدم ثبوت دلیل يدل على الجواز<sup>۱</sup>

۱. همدانی، رضا بن محمد هادی. مصحح محمدرضا انصاری قمی. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری. ، ۱۴۲۰ ه.ق.، حاشیة المکاسب (أقا رضا)، قم - ایران، محمد رضا انصاری قمی، صفحه: ۳۳۲

۴- اگر فرد **استحقاق** اخذ اجرت را دارد، **تصرف** در زمین هم برای او **جایز** است.

اگر فرد **استحقاق** اخذ اجرت را ندارد، **تصرف** در زمین هم برای او **جایز** نیست.

۵- اگر ارض مفتوح العنوة هنگام فتح **موات** بوده باشد (اصل این است که عامر باشد)، حال **عامر** شده، تصرف در آن **جایز** است. این اراضی جزء **اراضی خراجیه** نیست، بلکه از **انفال** و متعلق به امام است.

در صورتی که قول سوم را کنار بگذاریم، پس از آن قول چهارم و سپس قول پنجم اوفق به قواعد است.

### توضیح حاج آقا رضا همدانی بر این عبارت اخیر مکاسب

الرابع: هو التفصیل بین من يستحق أجره الأرض و من لا يستحقها.

أما دليل نفي الجواز على غير المستحق، فلما ذكرنا من كونه مطابقا للأصل.

و أما دليل الجواز للمستحق، فلما ذكره المصنّف من ظهور بعض الأخبار في ذلك:

منها: رواية أبي بكر الحضرمي: قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام و عنده ابنه إسماعيل فقال ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج ثبات الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس و يعطيهم ما يعطي الناس. ثم قال: لم تركت عطائك؟ قلت: مخافة على ديني. قال: ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أما علم أنّ لك في بيت المال نصيباً!»<sup>۱</sup>.

الخامس: و وجه التفصیل:

أما دليل المنع فقد مرّ غير مرّة.

و أما الجواز فقد ذكر المصنّف أنه لعموم أدلة الإحياء، و لا يخفى عليك أنه إنّما ينفع لو قلنا باستفادة الاذن منها، حتّى بالنسبة إلى الأراضي التي ليست رقبته للإمام عليه السلام، بل كان ولياً على مالكة.<sup>۳</sup>

۱. وسائل الشيعة: ج ۱۷ باب ۵۱ ص ۲۱۴.

۲. همدانی، رضا بن محمد هادی. مصحح محمدرضا انصاری قمی. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری. ، ۱۴۲۰ ه.ق.، حاشیة المكاسب (آقا رضا)، قم - ایران، محمدرضا انصاری قمی، صفحه: ۳۳۴

۳. همدانی، رضا بن محمد هادی. مصحح محمدرضا انصاری قمی. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری. ، ۱۴۲۰ ه.ق.، حاشیة المكاسب (آقا رضا)، قم - ایران، محمدرضا انصاری قمی، صفحه: ۳۳۶



در صورتی که آباد بوده و سپس موات شده و فرد بخواهد احیا کند، تصرف در آن جایز است به خاطر عمومات جواز تصرف در بحث احیا موات و روایت روایة سلیمان بن خالد (سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي الْأَرْضَ الْخَرِبَةَ فَيَسْتَخْرِجُهَا وَ يُجْرِي أَنْهَارَهَا وَ يَعْمُرُهَا وَ يَزْرَعُهَا مَا ذَا عَلَيْهِ قَالَ الصَّدَقَةُ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا قَالَ فَلْيُؤَدِّ إِلَيْهِ حَقَّهُ<sup>(۱)</sup>).

اما اگر هنگام فتح آباد بوده و الان هم آباد است، تصرف در آن جایز نیست (اگر فرد بخواهد در ارض عامر تصرف کند جایز نیست. شیخ می فرماید بهترین وجه، وجه سوم است.

### حکم ما ینفصل عن المفتوح عنوة

مواردی که از غیر منقولات منفصل می شود، مثل چوب درختان و... همه این موارد **ملک مسلمین** به شمار می آید.

مقتضای قاعده (ملکیت تبعی): **تصرف** در این اشیا صحیح نیست، مگر به **اذن امام** یا **سلطان جائر**.

البته ممکن است بگوییم **سلطان جائر** در این جا اختیار ندارد، زیرا طبق **روایات** موارد اختیار سلطان مربوط به جایی بود که سلطان **منفعت** را در اختیار **مسلمین** قرار بدهد و این موارد **منفعت** نیست.

نیز احتمال دارد این اشیا منفصله را به کلی در حکم **مباحات** در نظر بگیریم. لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به

+موید و بلکه دلیل؛ سیره بر بیع امور معموره از ارض عراق

احتمال این که **اشیاء منفصله**، بعد از این که این اشیاء از زمین **منفصل** شدند، از **مباحات** باشد تقویت می شود، زیرا انفصال سبب می شود **عرفاً** دیگر به این اشیاء، ارض **مفتوح العنوة** نمی گویند.

۱. الوسائل ۱۷: ۳۲۶، الباب الأول من أبواب إحياء الموات، الحديث ۲.

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین. مجمع الفكر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ه. ق.، المکاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ۴، صفحه: ۲۷

شرط **طلاق بودن** ثمن و مثنی؛ در نقل و انتقال آن ها **منعی** وجود نداشته باشد، مثلاً مال وقفی، ام ولد و مال مرهونه قابل فروش نیست.

آیا عدم جواز بیع مال وقفی، فرع بر طلاق بودن و طلاق بودن اصل است؟

معنای طلاق؛ مالک باید نسبت به ملک سلطنت تام داشته باشد. خلاصه این که؛ طلاق بودن یعنی حقی به ملک تعلق نگرفته باشد که مالک را از بیع منع کند.

شیخ می‌فرماید: ذکر شرط طلاق بودن نیاز نیست و واضح است که برای بیع نباید مانعی باشد. در واقع طلاق بودن فرع مثال های فوق است، نه اصل، یعنی چون نمی‌توان مال مرهونه را فروخت فلذا چنین مالی طلاق نیست.

نکته: حقوقی که مانع از بیع مال مالک است، منحصر در چهار مورد (سه مورد فوق + بیع عبد جانی) مذکور در کتاب نیست، بیش از ۲۰ مورد است.

موارد غیرقابل فروش؛

نذری که متعلق به عین است قبل از بیع

خیار متعلق به عین

ارتداد عقد مملوک که سبب می‌شود حد شارع به قتل او تعلق بگیرد.

مورد سوم؛ ارتداد عبد مملوک در صورتی که واجب القتل بشود، به محض این که مرتد شود از ملک خارج نمی‌شود، اما بیع آن جایز نیست.

قسم بر عدم بیع

تعیین هدیه برای ذبح (تعیین به اشعار و تقلید)

فروش عبد به شرط عتق او در عقد لازم

عقد کتابت مشروطه یا مطلقه مولا با عبد خود نسبت به قسمی از عبد که هنوز ملک اوست.

عقد تدبیر مولا با عبد خود، بعد از مرگ مولا (زیرا حین حیات او عقد تدبیر جایز است)

تعلق حق موصی له به موصی به، بعد از مرگ موصی، البته بنابراین که قبل از قبول موصی له، ورثه حق تصرف را ندارند.

تعلق حق شفعه به مال

مورد پنجم؛ اگر حیوان جهت قربانی علامت زده شده باشد، قابل فروش نیست، اگرچه از ملک مالک خارج نمی‌شود.

مورد هفتم؛ مولا با عبد شرط کرده تا تمام پولی را که در عقد مکاتبه شرط کرده است ندهد، هیچ مقدار او آزاد نمی‌شود.

مولا نسبت به مقدار آزاد نشده، حق بیع ندارد، به خاطر عقد کتابت

مورد هشتم؛ انت حر دبر وفاتی یا انت حر دبر زوجتی، اگر مولا قبل از زوجه بمیرد، عبد به وراثت می‌رسد، اما ورثه حق بیع او را ندارند.

مورد یازدهم

اگر شخصی کنیز حامله‌ای را با حملش بخرد (همسر او نیز عبد بوده، لذا حمل او نیز عبد است)، اگر مولای جدید پیش از گذشت چهار ماه از حمل، با کنیز مواجهه کند، به دلیل احتمال اختلاط میاه و تاثیر در حمل، مولای جدید نمی‌تواند ولد را بفروشد و فقط می‌تواند او را آزاد کند، گرچه کنیز، ام ولد به شمار نمی‌آید.

مورد دوازدهم

اگر زید و عمرو در یک کنیز شریک باشند، اگر زید بدون اذن عمرو با کنیز جماع کند و بچه‌ای حاصل شود، ولد حر به شمار می‌آید، اما به جهت سهم عمرو، ملک او به شمار می‌آید، اما عمرو حق فروش او را ندارد و فقط می‌تواند پول آن را از شریکش بگیرد.

مورد سیزدهم

تعارض سبب مملک و سبب مزیل ملک، مثل تعارض قرابت (ملکیت بر پدر و مادر) و استیلاء بر کافر حربی، نه ذمیدر مورد استیلاهی کافر حربی اختلافی وجود دارد که ایشان در آن نیز معتقد هستند استیلاء سبب ملک و قرابت نیز مزیل ملک است، لذا در عین مالک بودن حق بیع وجود ندارد.

مورد چهاردهم

کتاب الجهاد لمعه‌غنائیم منقول میان مجاهدین تقسیم می‌شود، قبل از تقسیم، مجاهدین ملک هستند اما حق بیع آن غنائیم را ندارند.

کفار مالک نیستند، اگر قبل از قسمت، مسلمین هم مالک نباشند، ملک بدون مالک می‌شود که محال است. لذا می‌گوییم مسلمین قبل از تقسیم مالک هستند، اما حق بیع ندارند.

### عدم جواز بیع وقف فی الجملة، به دلیل؛

- اجماع محصل و محکی داریم که **بیع وقف** جز در موارد استثنا جایز نیست.

- و **لعموم** قوله علیه السلام: «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها»<sup>۱</sup>.

[شهبیدی: این روایت ناظر به قصد واقف نیست، بلکه ناظر به شرایطی است که او در وقف خود ذکر کرده‌است. أقول فی دلالتہ علی المنع تأمل لأنّ الظاهر ورودها مورد بیان حکم آخر و هو إمضاء ما یعتبره الواقف فی الوقف حین الإنشاء من کیفیات و الشّروط و تعیین الجهات فی الموقوف علیه عموماً و خصوصاً و مصرفاً إلى غیر ذلك من الخصوصیات و لیس وارداً فی مقام المنع عن البیع و نحوه فإنّ مانعیّة الوقف عن البیع مجعول شرعیّ سابق علی وقوع الوقف و لیس من مجعولات الواقف کی یندرج تحت العموم المذكور فالاستدلال به علی المنع فی غیر محلّه بل یناقض ما یدکره بعد ذلك عند التّعرض للصورّ الّتی یجوز البیع فیها من منع دلالتہ علی المنع هذا لکن التّحقیق صحّة الاستدلال به بیانه أنّ الظّاهر أنّ حقیقة الوقف حبس الواقف العین فی ملکہ لأجل انتفاع الموقوف علیه إذ الظّاهر أنّ الوقف لیس له حقیقة شرعیّة و لا متشرعیّة بل هو باق علی معناه اللّغوی و أنّ إطلاقه علی الوقف المصطلح من باب إطلاق الکلّی علی الفرد و هو مصدر وقف متعدّياً بمعنی منع لا لازماً بمعنی سکن لأنّ مصدره الوقف ینکون وقف العین منعها عن الخروج عمّا کان لها من الوصف و هو إضافتها إلى الواقف و ملکہا و یلزمه الحبس فی ملکہ كما أنّ الحبس فیہ یلزمه الخروج عن الملک و لذا عرفه جماعة من الأصحاب بتحییس العین و لمّا کان الدّاعی إلى المنع و الحبس هو انتفاع الموقوف علیهم بمنافعها عطفوا علیه قولهم تسبیل المنفعة و تقدیمه إلى الموقوف علیه بکلمة علی

۱الوسائل ۱۳: ۲۹۵، الباب ۲ من أبواب أحكام الوقوف، الحدیث ۲، بتفاوت یسیر.

۲انصاری، مرتضی بن محمدامین. مجمع فکر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ه.ق.، المکاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری. الأمانة العامة، جلد: ۴، صفحہ: ۳۳

إنّما هي بلحاظ ما ذكر من الدّاعي إذ الظّاهر أنّها بمعنى اللّام كما في قوله ص من حفظ على أمّتي الحديث كما في بعض النسخ أي لأجل انتفاعهم فتأمّل فحقيقة الوقف المنع عن خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وإبقائها فيه من حيث البناء و الالتزام و لازمه الالتزام بأنّها لا تباع و لا توهب و لا تورث فعلى هذا يكون عدم جواز بيعها بالمعنى الاسم المصدري ممّا جعله الواقف و التزم به و بنى عليه فيدلّ الحديث على إمضاءه و أنّ التزامه به نافذ و نتيجته عدم الجواز في الشّرع أيضا و ممّا ذكرنا يعلم أنّ الوقف ليس ملكا للموقوف عليهم و إلّا لزم التّقل و التّجوّز ضرورة أنّ الوقف لغة ليس بمعنى التّملك و لزم عليهم زيادة التّملك في تعريفه و عدم الاقتصار على التّحبيس و التّسبيل و يؤيّد عدم حصول الملك في بعض أقسام الوقف مثل المسجد و ليس للوقف إلا معنى واحد فتدبر [1]

ص ۳۴-۳۶

سه دلیل بر این که «لاتباع و لاتوهب» قید نوع است؛

### دلیل اول

ظهور سیاقی (نحوه چینش کلمات) دال بر قید نوعی وقف است؛ حضرت از «اقف» استفاده فرمودند، بلکه از صدقه که کلمه‌ای عام هست استفاده کردند، بنابراین این قید هم باید ویژگی عمومی همه وقف‌ها باشد.

### دلیل دوم

اگر این قید شخصی باشد، می‌بایست ابتدا ارکان عقد ذکر می‌شد، سپس قید می‌آمد.

### دلیل سوم

«لاتباع و لاتوهب» مطلق است و حال آن‌که ما می‌دانیم در برخی موارد جواز بیع و هبه وقف ثابت است. اگر قید شخصی باشد، تالی فاسد دارد؛ شرط خلاف شریعت است، زیرا شارع بیع وقف را در مواردی استثنا جایز می‌داند، حال آن‌که که امیرالمومنین علیه‌السلام قید را به صورت مطلق ذکر فرمودند، یعنی قید شخصی ایشان باید در همه جا باشد، حال آن‌که شارع مواردی را اجازه داده است.

### استدراک از دلیل سوم

این دلیل سوم را شیخ قبول ندارد؛ اطلاق این قید شخصی، منافاتی با موارد استثنا ندارد. بدین نحو که این اطلاق امام، مقید به موارد استثنایی است، مثل روایت ابن راشد. در واقع این اطلاق، انصراف به بیع لالعذر دارد.

«لاتباع و لاتوهب» علی‌ایّ حال (چه قید نوع باشد چه قید شخصی) مطلق نیست، بلکه مقید به موارد استثنایی است. ممکن است امام به دلیل علم به غیب، می‌دانستند که برای وقف ایشان موارد استثناء بیع وقف پیش نمی‌آید، اما این نکته در جایی که قید برای نوع باشد، جاری نیست.

نکته: باتوجه به مطالب مذکور درمی‌یابیم حقوق متعدده‌ی مانع از وقف سه دسته است؛ حقوق واقف، موقوف علیهم (البته نسبت به بطون متأخره) و خداوند.

۱. شهیدی تبریزی، میر فتاح. خطاط طاهر خوشنویس. مصحح احمد میرزا آقا. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب (هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب: في تعريف البيع و بیان حقیقتة)، قم - ایران، دارالکتاب، جلد: ۲، صفحه: ۳۴۶

ص ۳۶-۳۸

سخن **صاحب جواهر**: واقف وقتی وقف می‌کند، شارع وقف او را **امضا** می‌کند و مورد نظر واقف **عدم معاوضه** و عدم بیع بوده‌است و امضای شارع بر همین **عدم جواز بیع** و حبس مال است. از طرفی شارع جواز بیع را در مواردی اجازه فرموده‌است و این دو با یکدیگر تنافی دارد.

سخن **کاشف الغطاء**: استدلال ما بر منع **بیع وقف** این است که بیع و امثال آن با **حقیقت وقف تنافی** دارد، زیرا حقیقت وقف مساوی با **دوام و منع از بیع** است.

سخن ایشان نیز همانند سخن صاحب جواهر است؛ **جواز بیع= بطلان وقف**

**پاسخ شیخ**

مراد از بطلان وقف چیست؟

\_ **انتفاء بعض آثار** وقف، مثل حرمت بیع، این معنا واضح است و گفتن ندارد چه رسد به دقت نظر؛ بطلان= انتفاء بعض آثار وقف، بعض آثار هم حرمت بیع است، لذا جواز بیع= انتفاء حرمت بیع!

\_ **انتفاء اصل وقف**؛ انگار وقف از ابتدا نبوده‌است، احدی این را نگفته و این غلط است. بنابراین اگر مراد ایشان چنین باشد، **خلاف اجماع** است. زیرا در صورت انتفاء اصل وقف، مال موقوفه باید برگردد به واقف چراکه ملک بدون مالک باقی نمی‌ماند و هیچ یک از فقها رجوع مال موقوفه به واقف را قائل نشده‌اند.

**انواع وقف**

**عام**؛ حقیقت آن **فکّ ملک** است و به **ملک دیگری** در نمی‌آید.

**خاص**؛ گاهی وقف بر **موقوف علیهم خاص** است (وقف بر این سه طلبه ممتاز). گاهی وقف بر **جهت** است (وقف برای طلاب، دانشجویان و...).

نکته: عده‌ای معتقدند چنین وقفی **حبس العین** است، **شیخ** معتقد است چنین وقفی **تملیک** است.

**صاحب جواهر** وقف خاص را **حبس العین** می‌دانند، لذا ملک **منتقل** نمی‌شود و امکان **بیع** آن وجود ندارد.

شیخ **انصاری** وقف خاص را **تملیک** می‌دانند.

شیخ؛ در وقف **خاص**، **منع از بیع ماخوذ در مفهوم وصف** نیست (زیرا وقتی می‌گوییم وقف قسمی از تملیک است، یعنی مملکه بودن). لذا به وقف **صدقه** نیز می‌گویند و صیغه آن را می‌توان با **تصدقت** خواند.

نکته: بیع وقف گاهی **مع الابدال** و گاهی **بلا ابدال** جایز می‌شود.

**ثمره اختلاف نظر صاحب جواهر و شیخ انصاری**

صاحب جواهر به محض اثبات جواز البیع، وقف را باطل می‌دانند.

ص ۳۸-۴۱

اقوال درباره مستثنیات بیع وقف از عموم منع؛

۱. بیع وقف **مطلقاً** (چه منقطع و چه مؤبد) **جایز** نیست.

۲. عدم جواز بیع وقف الا در آلاتی که انتفاع آن منحصر در بیع آن است.

۳. جواز بیع وقف در مؤبد فقط، آن هم با شرایطی.

جواز بیع وقف در مؤبد فی الجمله (با شرایطی خاص) و نه در وقف منقطع، زیرا در وقف منقطع، مال موقوفه به واقف یا ورثه او بازمی‌گردد.

اسکافی: وقفی که هیچ منفعتی ندارد، ثمن بیع آن را در سه مورد می‌توان مصرف کرد؛

۱- خرید چیزی دیگر و جایگزین وقف کردن

۲- صرف هزینه آن در همان چیزی که منفعت وقف برای آن مصرف می‌شده است.

۳- صرف وقف دیگر

نظر فخرالدین: جواز بیع و صرف ثمن در مماثل، اگر ممکن نبود در غیر آن

### ص ۴۱-۴۳

در جایی که وقف منقطع بر چند طبقه محدود و معین واقع شده باشد، در این صورت جواز بیع فقط در طبقه آخر است.

زیرا مطابق عبارت «دون من بعدهم» قول فوق ظاهر است.

بنابراین اگر وقف منقطع چند طبقه داشته باشد، جواز بیع آن فقط در طبقه آخر ثابت است.

در وقف منقطع بعد از انقطاع وقف، مال موقوفه به چه کسی می‌رسد؟

دو مبنا وجود دارد؛

۱- انتقال به ورثه موقوف علیهم در بطن آخر، در این صورت وجهی برای جواز بیع وجود دارد.

۲- برمی‌گردد به ملک واقف یا وارث او، در این صورت وجهی برای جواز بیع وقف حتی در بطن آخر، وجود ندارد.

اشکال

قاضی ابن براج با وجود این که بیع وقف منقطع را جایز می‌داند، معتقد است اگر مال موقوفه در دست طبقه آخر باشد و آنان

بمیرند، مال به واقف و یا ورثه او می‌رسد!

جواب

اگرچه بعد از انقراض موقوف علیهم، مال موقوفه به وقف یا ورثه او می‌رسد، اما تا قبل از انقراض ملک موقوف علیهم است و لذا

این اشکالی ندارد.

رد جواب

اگر این جواب را از قاضی بپذیریم، از حلبی پذیرفته نیست، زیرا وی قبل از انقراض موقوف علیهم و در طول وقف نیز، مال

موقوفه را ملک واقف می‌داند.

قول سوم

جواز بیع وقف در مؤبد فی الجمله (با شرایطی خاص) و نه در وقف منقطع، زیرا در وقف منقطع، مال موقوفه به واقف یا ورثه او

بازمی‌گردد.

در دو صورت رجوع در وقف جایز است (این عبارت مربوط به زمانی است که هنوز قبض توسط موقوف علیهم صورت نگرفته است):

۱- مانعی از وقف پیش بیاید. مثل موقوف علیهم مرتد شود و...

۲- تغییر شرطی از شرایط وقف انفع باشد.

اگر مال موقوفه به دست موقوف علیهم برسد؛

رجوع جایز نیست، مگر وقف را به شرط عدم فقر و نیاز خود، وقف کند.

ورثه در سه صورت فقط می‌توانند وقف را برگردانند؛

ضرورت، خراب شدن وقف، از دست رفتن منافع وقف

اشکال دو صورت استثنای اول؛

قبض وقف یکی از شرایط صحت وقف یا یکی از شرایط لزوم وقف است، لذا قبل القبض، یا وقفی صورت نگرفته و یا وقف جایز صورت گرفته است. لذا لایجوز الرجوع... معنا ندارد.

علامه: شاید مراد شیخ مفید، کراهت باشد.

مرحوم شیخ در ادامه تا صفحه ۵۲ اقوالی دیگر را مطرح فرمودند که به ذکر آن را ذکر نمی‌پردازیم.

ظاهر این است که مراد از «تأدیة بقاء وقف الی الخراب»، **حصول ظنی** است که در دل انسان **خوف** ایجاد کند و **قطع به خراب**

نیاز نیست. قریب بر این مطلب این است که خود فقها گاهی تعبیر به تأدیة و گاهی تعبیر به خشیت و خوف کرده اند. از طرفی

دیگر نیز بعضی عنوان تأدیة و بعضی عنوان خوف را به فقها نسبت داده اند.

نکته: منشأ این ظن باید به خاطر اختلاف بین موقوف علیهم باشد، نه ظنی که منشأ امر دیگری باشد چراکه عبارات برخی از

فقها صریح در این نوع اختلاف است.

### دو قسم کلی وقف: مؤبد و منقطع

#### اقسام وقف مؤبد

وقف **تملیکی**: وقتی واقف مال را وقف می کند، مال موقوفه به ملک موقوف علیه در می آید.

اثر آن؛ مالک عین، مالک منفعت هم هست، لذا موقوف علیه می‌تواند آن را اجاره بدهد یا اگر کسی بدون اذن از منفعت آن

استفاده کرد، اجرت آن را بگیرد.

وقف **تحریری** یا **فکّی**: به ملک فردی در نمی‌آید. مثل مساجد، مدارس، کاروانسراهای عمومی و...

اثر آن؛ منفعت آن نیز ملک کسی نیست، لذا نمی‌توان آن را اجاره داد و اگر کسی بدون اذن از منفعت آن بهره برد نمی‌توان از او

اجرت گرفت (اگرچه فردی که بدون اذن از وقف منفعت برده، معصیت کرده است).

نکته: همه اقوالی که در صفحات قبل گفته شد مربوط به وقف **تملیکی** است (وقف تملیکی ملک هست اما طلق نیست). بر خلاف وقف **تحریری** که ملک هم نیست و قابلیت خرید و فروش ندارد.

ص ۵۴-۵۷

استدراک از سخن قبلی

سخن **کاشف الغطاء**؛ بیع وقف عام و تحریری مطلقاً **جایز** نیست، زیرا اصلاً **ملک** نیست، نه آن که ملک آن تام نباشد، اما در مواردی می‌توان مسجد را اجاره داد؛

- اگر ملک وقفی از **حیز انتفاع** خارج گردد، **اجاره آن جایز** است.

البته باید در مورد اجاره محکم‌کاری لازم انجام شود و **احکام مسجد** نیز رعایت شود.

[سوال استاد صادقان: آیا خداوند علاوه بر مالکیت حقیقی، مالکیت اعتباری نیز دارد؟ آیا عناوین نیز می‌توانند مالک بشوند؟] اجرت اجاره باید در **مماثل** خرج شود، اگر مماثل نبود در **منافع و مصالح مومنین** و... **احوج و افضل و اقرب** نیز باید رعایت شود.

**موقوفات غیر ارض:**

- اگر امکان انتفاع در **خصوص منفعتی** که واقف وقف کرده، باید در **همان جا** استفاده می‌شود.

- اگر **امکان** انتفاع در خصوص آن محل را ندارد، در **مماثل یا غیر مماثل یا مصالح** و منافع مومنین باید استفاده شود.

- اگر این **امکان** نیز نبود، چهار احتمال وجود دارد؛

۱- حکم **مباحات** را داشته باشد.

۲- **ملک مسلمین** باشد در **مصالح** آنان صرف شود.

۳- **رجوع** به ملک **واقف** و اگر واقف معلوم نبود مجهول المالک می‌شود.

۴- **بقاء** بر **وقف** و بیع آن احترازاً عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و...

نقد سخن **کاشف الغطاء**

سخن ایشان به شرطی حسن است که مال موقوفه **ملک** اجاره دهنده و بایع آن باشد (زیرا بیع و اجاره فرع بر ملکیت است)، اما چنین شرطی **ثابت** نیست. البته به دلیل **اصالة الاباحه** جواز **انتفاع** مسلمین از چنین مالی وجود دارد، اما **ملک** آنان نیست و **استصحاب** دخول در ملک مسلمین نیز دلیل می‌خواهد.

علت حسن بودن؛ بیع مالی که در معرض **تلف** است و مصرف آن در جهت **مصالح** مومنین و...، به **مقصود** واقف نزدیک تر است.

**اشکال**

دو امر متنافی با حکم به عدم جواز وقف تحریری

۱- **روایاتی** داریم که می‌فرماید **ثوب کعبه** قابلیت خرید، فروش و هبه دارد و حال آن که ثوب کعبه وقف تحریری است.

۲- فقها در مورد **حصیرهای** مندرس و **جدوع** مسجد فتوا به جواز بیع داده‌اند.

**پاسخ**



اللهم الا ان يقال ثوب كعبه و حصير از قبيل **وقف تحريري** اموال كعبه و مسجد نيست، بلكه از قبيل مال **مبذوله** است. نکته: اموالی كه از طريق درآمدهای مسجد خريداري شده ولو از حيز انتفاع خارج نشده باشد، بيع آن **جايز** است، زيرا مال **موقوفه** به شمار نمی آيد.

ص ۵۷-۶۱

الفرق بين ثوب الكعبه...

اشكال

سابقا مرحوم شيخ فرموده بود آلات ملك مسلمين نيست، اما در اين جا می فرمايد ثوب كعبه و جذوع ملك مسلمين است

پاسخ

مراد شيخ از آلات، اجزا ساختمان ﷻ است و جذوع مسجد و ثوب كعبه را شامل نمی شود. مراد از جذوع، جذوعی كه در ساختمان به كار رفته، نيست، غير اين موارد است.

تفاوت میان ثوب كعبه و حصير مسجد

در **حصير** امكان تصور اين كه وقف مسجد نشده باشد، بلكه **وقف عامه** مسلمانان باشد، وجود دارد، اما **ثوب كعبه** وقف خصوص **كعبه** شده است و احتمال ديگري تصور نمی شود. زيرا ثوب كعبه كاربردی برای جای ديگري ندارد. لذا ثوب كعبه منحصر در وقف برای كعبه است.

موارد مشکوكه

به نسبت مورد مشکوك، ملحق به يکی از دو مورد فوق می شود.

جواز بيع مثل حصير كه در صورت مندرس شدن، قابليت خريد و فروش را دارد با جذوع منكسره ای كه در ساختمان مسجد به كار رفته متفاوت است، اگرچه برخی بيع آن را جايز می دانند و البته در تقيد و اطلاق آن نيز بين قائلين به جواز اختلاف است. مگر اين كه ملتزم به فرق بين زمين مسجد و بناء مسجد بشويم كه ما اين را قبول نداريم و اين فرق گذاری محل تامل است.

جمع بندی شيخ انصاری

-نسبت به ارض مسجد؛ حتی اگر از **انتفاع** به طور کلی خارج شده باشد، بيع آن **جايز** نيست.

-نسبت به اجزاء مسجد؛

\_ اگر به **مصلحت** مسجد باشد كه در همان مسجد از آن اجزاء مندرس استفاده كرد، استفاده آن در **مسجد** جايز است.

\_ اگر در خود **مسجد** نيز **مصلحت** نباشد، اگر قائل به وقف **تحريري** باشيم، بيع آن **جايز** نيست و اگر؛

-اصل **الاقرب** را لازم بدانيم، بايد بر اساس اصل الاقرب فالاقرب آن را در خود **مسجد** صرف كنيم.

-اصل الاقرب را لازم ندانيم، بايد در **مساجد ديگر** و يا **مصالح مسلمين** استفاده كرد.

و قيل لكل احد حيازته و تملكه و فيه نظر.

مواردی كه به مساجد ملحق می شود و نمی شود

هر آن چه كه مقصود از آن **انتفاع عموم** مسلمين يا مردم باشد، حكم وقف برای **مسجد** را دارد و وقف **تحريري** به شمار می آيد.

هر آن چه كه مقصود از آن، **انتفاع** عده ای **خاص** باشد، وقف **تحريري** به شمار نمی آيد و چنين مواردی **ملك موقوف عليهم** به شمار می آيد.

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

## ضمان یا عدم ضمان آسیب به اموال موقوفه به وقف تحریری

وجه ضمان به دلیل عموم علی الید

وجه عدم ضمان به دلیل آن که همان گونه که برای استفاده بدون اذن از منافع ملک موقوفه نمی توان **اجاره** گرفت، در صورت تلف نیز نمی توان **خسارت** گرفت (ما لا یطلب بمنافعه لا یطلب بقیمته). تادیه در قاعده علی الید نیز ایصال خسارت به **مالک** است و حال آن که در وقف **تحریری مالکی** وجود ندارد. احوط وجه اول است.

ص ۶۱-۶۲

اذا عرفت جمیع...

صور جواز بیع وقف مؤبد تملیکی (۱۰ صورت)

۱- **خراب** وقف به نحوی که **انتفاع** از آن ممکن نیست. مثل ذبح حیوان آب کش؛ الاقوی جواز بیعه که ادله آن در صفحات ۴۳ تا ۵۲ کتاب ذکر شد (اقوال علما).

معیار جواز بیع وقف از نظر مرحوم شیخ، عدم الانتفاع است. مرحوم خوبی نیز در مصباح الفقاهة به این نکته اشاره فرمودند.<sup>۱</sup>

ادله مانعین و رد آن

۱- **اجماع**. بطلان اجماع واضح است، زیرا بر خلاف آن اقوال زیادی است.

- **روایت** ابی علی بن راشد، عبارت «لایجوز شراء الوقف». این عبارت مربوط به زمانی است که برای وقف **منفعتی** باقی باشد.

- **روایت** «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»، این روایت دال بر این است که شرایطی که **واقف** گذاشته لازم العمل است و

واقف در مورد احکام وقف که در حیطه دخالت شارع است، حق دخالت ندارد. ضمن این که بقای وقفی که منفعت ندارد، با

**غرض واقف** منافات دارد.

دلیل شیخ بر جواز

سه حالت در مورد صورت اول؛

۱. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص

رها کردن وقف و تعطیل و تلف آن، این حالت باطل است، زیرا با حق واقف، موقوف علیهم و حق الله منافات دارد و سبب تضییع مال می شود. ضمن این که منع سابق از بیع وقف، قابلیت استصحاب ندارد، زیرا منع از بیع در ضمن عمل به مقتضای عقد وقف بود و حال این وجوب عمل ساقط شده است.

مصرف توسط بطن موجود و تعطیل وقف نسبت به بطون بعدی. این حالت نیز باطل است، زیرا اولاً این حالت با حق بطون بعدی منافات دارد و ثانیاً فرقی میان اتلاف و بیع وجود ندارد و باید به کلی بیع برای بطن اول جایز باشد.

فروش مال موقوفه و صرف آن به نحوی که منفعت آن عاید بطن موجود و بطون بعدی بشود. این حالت صحیح است.

اشکال

قبل از خراب شدن وقف، بیع آن جایز نبود، حال که خراب شده شک می کنیم جایز است یا خیر، استصحاب منع می کنیم.

پاسخ

این استصحاب صحیح نیست، زیرا؛

- با وجود ادله اجتهادی، جای رجوع به اصل نیست.

- شکی در جواز بیع نداریم. اصلاً قابلیت استصحاب را وجود ندارد، زیرا منع جواز بیع در ضمن وجوب عمل به مقتضای وقف بود، الان که امکان انتفاع وجود ندارد، وجوب عمل هم وجود ندارد. به عبارتی موضوع تغییر کرده است و ملاک حرمت بیع وقف از بین رفته است.

ص ۶۲-۶۴

نعم یمکن أن یقال...

ممکن است گفته شود بعد از عمری عادی مال موقوفه، بطون بعدی اصلاً حقی در این مال موقوفه ندارند. ثمنی که در قبال بیع وقف در صورت اول گرفته می شود، اختصاص به بطن موجود ندارد، زیرا اگر بنا بود اختصاص به آنان داشته باشد، خود مال موقوفه نیز باید اختصاص به آنان داده می شد. البته در این مسئله اختلاف است. - مستفاد از اقوال برخی از فقها، عدم اختصاص به بطن موجود است؛

ابدال؛ شاهد بر این که ثمن اختصاص به بطن موجود ندارد (اقتضاء بدلیت عدم اختصاص است).<sup>۱</sup>  
نکته: در معامله و بیع ثمن از ملک هر کسی خارج شود، مثنی هم باید در ملک او داخل گردد.  
لذا اگر وقف ملک هم بطن موجود باشد و هم بطون بعدی، ثمن آن هم باید برای هر دو باشد.

۱. مکاسب، ج ۴، ص ۳۹ و ۴۰ و ۴۱

فنامل؛ اگر وقف روی عینی که برای آینده استعداد ندارد، برود، سخن خوبی است، اما اگر وقف به حسب مالیت عین باشد، آینده را نیز شامل می شود و وقتی از حیث مالیت نیفتاده، می توان آن را تبدیل چیزی کرد که سایر بطون نیز بتوانند از آن استفاده کنند (اشکالات دیگری نیز مطرح است).

سخن شهیدی: أقول لعلّه إشارة إلى أنه يكفي في مراعاة البطون المتأخرة عن استعداد العين الموقوفة للبقاء استعداد له من حيث الماليتة فتأمل<sup>۱</sup>

- مستفاد از اقوال برخی دیگر از فقها اختصاص ثمن وقف به بطن موجود است؛

بعضی از عبارات<sup>۲</sup> ظاهر در اختصاص است.

محقق حلی در شرائع در ذیل بحث دیگری همین اختصاص را فرموده است (اختصاص دیه عبدی که وقف شده به بطن موجود).  
دلیل قائلین به اختصاص

وقف ملک بطن موجود است، اگرچه بطون متاخره نیز حقی دارند، اما ملک آنان نیست و حق آنان تنها در صورتی است که وقف باقی بماند. ملکیت بطن معدوم به نحو ملکیت شائیه است، نه ملکیت فعلیه.

در مورد ملکیت شائیه نیز، واقف آن را لحاظ کرده (وقف برای بطون بعدی) و این که بگوییم ملکیت شائیه تحقق خارجی ندارد، سخن صحیحی نیست.

مجرد بدلیت نیز موجب ترتب جمیع لوازم وقف نیست، زیرا عموم لفظی که اقتضای بدلیت و تنزیل کند، نداریم. بدل تنها از جهت ملکیت تابع مبدل منه است.

شیخ انصاری: ثمن متعلق به بطون متاخره نیز هست و اختصاص به بطن موجود ندارد.

ص ۶۴-۶۷

و فیه...

در بیع وقف آن چه به مشتری منتقل می شود خصوص همان ملکیتی است که به صورت موقت برای بطن موجود ثابت بود.

اگر ملکیت موقت به مشتری منتقل شود، تالی فاسد دارد و آن این است که لازمه اش این است که پس از انقراض بطن

۱. شهیدی تبریزی، میر فتاح. خطاط طاهر خوشنویس. مصحح احمد میرزا آقا. نویسنده مرتضی بن محمد امین انصاری. . . هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب (هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب: فی تعریف البیع و بیان حقیقتة)، قم - ایران، دار الکتب، جلد: ۲، صفحه: ۳۵۰

۲. همان، ص ۴۴ و ۴۵

موجود، مشتری باید مال را به **بطن بعدی** بدهد.

حال آن که ملکیت مشتری **موقت** نیست. ملکیتی که به مشتری منتقل شده، دائم و مستمر است و چنین ملکیتی متعلق به تمام بطون است، لذا ثمن نیز باید به همه آنان منتقل گردد.  
دو نکته؛

-یکی از ادعاهای مخالفین؛ قیاس ما نحن فیه به دیه عبد وقفی که دیه او به بطن موجود می‌رسد.

پاسخ شیخ انصاری

این قیاس مع الفارق است؛ دیه مبلغی **شرعی** است و مانعی وجود ندارد که حق بطون لاحق به آن سرایت نکند بر خلاف **معاوضه و ثمن بیع وقف** که اقتضای آن این است که ثمن از ملک هر کسی خارج شد مضمن در ملک همو داخل شود.

-در باب رهن نیز برخی گفته‌اند ممکن است بدل رهن را به بطن موجود بدهیم. لذا در این صورت قیاس مسئله رهن با ثمن بیع وقف غلط است. زیرا ثمن بیع وقف در حکم معاوضه حقیقیه است و بدل قرار دادن به جای رهن معاوضه حقیقیه نیست.

به نظر شیخ حق رهن به عین مال رهنی که ملک راهن بوده تعلق می‌گیرد نه به بدل.

در معاوضه حقیقیه، عوض و معوض باید جای یکدیگر بنشینند.

### مماذکرنا...

-حکم ثمن مثل حکم خود وقف متعلق همه بطون است.

اگر وقف فروخته شد و می‌شد بطون بعدی نیز از آن عوض آن استفاده کنند که مشکلی نیست، اما اگر در ازایی بیع وقف، ثمن اخذ شد که قابل استفاده برای بطون بعدی نیست، باید با ثمن آن مبیعی خریدار شود که قابل استفاده برای بطون بعدی هم باشد و تبدیل به احسن شود.

-بدل نیاز به تجدید صیغه وقف ندارد، زیرا این بدل جایگزین وقف قبلی شده است.

مطابق نظر شیخ انصاری بدل وقف ملک تمام بطون است. در مورد بطن موجودی که کامل نیست یا موجود نیست، مراعات وقف بر عهده ولی موجود غیرکامل و بر عهده حاکم شرع در مورد بطن غیر موجود است. رعایت مصلحت جمیع بطون لازم است و در صورت نیاز باید تبدیل به احسن شود و لذا خرید مماثل لازم نیست و بلکه در صورتی که مماثل اصلح نباشد، لازم است که مماثل خریداری نشود، اگرچه علامه فرموده به دلیل اقربیت به مقصود واقف، باید مماثل خریداری شود.

ص ۶۷-۶۹

وفیه...

## اشکال در حکم به وجوب مماثل

شیخ انصاری دو اشکال را به علامه، ولد علامه، شهید و... وارد می‌داند؛

- ۱- غرض واقف قابل انضباط نیست تا ما اقرب به غرض واقف را تعیین کنیم و بگوییم مماثل اقرب به مقصود واقف است.
- ۲- بر فرض که از اشکال نخست چشم‌پوشی کنیم، این که در شراء بدل، شراء چیزی که اقرب به مقصود واقف باشد واجب است، هیچ دلیلی ندارد.

وقف مادامی که خودش بعینه موجود است، باید مراعات آن چه را که در عقد وقف آمده شود. اما اگر بعینه موجود نباشد، باید مراعات بطون متعدده را نمود.

## تفصیل علامه در تذکره

قائل به تفصیل شده‌اند؛

- اگر شراء مماثل امکان دارد، باید مماثل تهیه شود

- اگر امکان ندارد، باید وقفی تهیه شود که امکان بقای عین باشد و منفعت آن به بطون دیگر نیز برسد.

- اگر این هم امکان ندارد، ثمن مال موقوفه فقط به بطن موجود می‌رسد.

دلیل علامه بر این تفصیل؛

- جمع میان نیل به غرض واقف (دوام وقف) و عمل به روایاتی که دلالت می‌کند بر عدم جواز مخالفت با وقف. مراعات همه ویژگی‌های شخص وقف نیز منجر به فوات وقف می‌شود، لذا به مراعات بعضی آن بسنده می‌کنیم.

- منحصر کردن ثمن بر بطن موجود، مقتضی خروج باقی بطون از وقف خواهد بود و حال آن که وقف به آنان نیز تعلق دارد و در قصد واقف نیز بوده‌اند.

قول بعضی علمای ما و شافعیه

ثمن وقف در حکم قیمت موقوف در هنگام تلف است. لذا ثمن نیز متعلق به بطن موجود است.

شیخ انصاری و علامه این قول اخیر را قبول ندارند.

شیخ انصاری موارد زیر از کلام علامه را نیز قبول ندارند؛

- لزوم شراء مماثل

- صرف ثمن برای بطن موجود، در صورت عدم امکان تهیه وقفی که منفعت آن به بطون بعدی نیز برسد.

موردی که شیخ می پذیرند؛

-در فرضی که امکان خرید وقف وجود دارد، نمی شود ثمن را منحصر در بطن موجود کرد.

متولی شراء وقف جایگزین

دو احتمال وجود دارد؛

-بطن موجود و ولی بطون آینده(حاکم شرع)، زیرا همه بطون در وقف حق دارند.

-اگر وقف متولی خاص داشته باشد، فقط او می تواند شراء وقف را بر عهده بگیرد.

برخی گفته اند احتمال دوم صحیح نیست، زیرا متولی وقف صرفاً در حیطة خود وقف و نگهداری آن وظیفه تصرف دارد، لذا در مورد شراء وقف حق دخالت ندارد و این بر عهده اولیاء وقف است. و ظاهر سقوط حق متولی در مورد بدل وقف است.

البته اگر کسی قائل شود آن که متولی وقف است، متولی بدل وقف نیز هست، طبیعتاً حق شراء بدل را نیز برای او جایز می داند.

ص ۶۹-۷۱

ثم إنّه لو...

شیخ انصاری: ما سخن علامه را قبول نداریم. اگر امکان شراء بدل وقف وجود نداشته باشد، اعطای ثمن به بطن موجود، با وقف منافات دارد و باید رعایت مصلحت همه بطون لحاظ بشود. باید تا وقتی که بتوان بدل خرید، ثمن وقف نگه داشته شود. ولو بیع خیاری باشد، البته اگر چنین بیعی مصلحت باشد.

اگر بطن موجود تقاضای ثمن کند برای این که با آن تجارت کنند(در فرضی که مصلحت در تجارت باشد)، مانعی ندارد تا زمانی که بدل پیدا شود.

نکته: سود حاصل از این تجارت متعلق به همه بطون است. زیرا این نظیر ثمره باغ نیست بلکه آن چه با تمام ثمن وقف خرید شده، متعلق به تمام بطون است، حال سود حاصل از آن نیز مثل خود وقف متعلق به همه بطون است.

خرابی بعض ملک موقوفه به نحوی که لایمکن الانتفاع به، در حکم خراب کل است.

-اگر خرج بعض خراب کردن موجب زیاده منفعت شود(نسبت به این که با ثمن آن وقف دیگری بخریم) و موقوف علیهم (بطن موجود)+حاکم شرع از طرق بطون متاخره) راضی باشند، اشکالی ندارد.

-اگر ثمن وقف خراب(که بعض از کل وقف بود) را خرج آباد کردن بعض دیگر وقف کنیم، اما این موجب زیادت منفعت برای بطون بعدی نشود، آیا می توان بدون اذن بطن موجود، بعض خراب را تعمیر کنیم تا به بطون بعدی نیز منفعتی عاید شود؟  
وجهان.

وقف، غالباً نیاز به مجموعه‌ای از هزینه‌ها دارد، گاهی واقف هزینه‌ها را ابتدا از ثمره کسر می‌کند، گاهی در مورد هزینه‌ها سخنی نمی‌گوید. در این فرض نیز در مورد استفاده از ثمن ثمره و منفعت موجود که متعلق به بطن موجود است، برای هزینه‌های وقف دو وجه وجود دارد.

## الصورة الثانية

خرابی وقف به نحوی است که عرفاً بدون منفعت به شمار می‌آید، اگرچه کامل منفعت آن از دست نرفته است، اما منفعت آن، به قدری کم است که عرف آن را منفعت به شمار نمی‌آورد. دو صورت دارد:

-فروش ملک موقوفه موجب خرید ملک ذی منفعت دیگر نیست. این قسم بدون اشکال، جایز نیست زیرا مسوغی برای بیع نداریم.

-فروش ملک موقوفه و خرید ملک ذی منفعت کوچک‌تر، در این قسم دو قول است.

دلیل عدم جواز؛ عدم الدلیل بر جواز بیع و دلیل بر منع (الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها)، ظاهر قول مشهور. زیرا مشهور خراب مسوغ بیع را مقید کرده اند به خراب به نحوی که انتفاعی نداشته باشد.

ص ۷۱-۷۴

## اللهم الا ان یحمل...

دلیل جواز؛

وجه جواز بیع این صورت از وقف؛ منفعت به شمار نمی‌آید و مراد مشهور منفعت معتد به است و این صورت منفعت معتد به به شمار نمی‌آید.

مؤید: سخن علامه در تحریر که در صفحه ۴۸ کتاب مکاسب ذکر شد؛ جعل عرصه الدار المنهدمة مواتاً لا ینتفع بها

علامه برای موردی که منافع آن به طور کلی از بین رفته، به عرصه دار منهدمه مثال می‌زنند، با این که این عرصه برای غرایض جزئی کاربرد دارد.

## لکن الخروج...

نظر شیخ انصاری

بیع چنین وقفی جایز نیست. شاهد و مؤید منع از جواز، عدم جواز بیع نخله منقلعه (که صرفاً کاربرد در ساخت پل و سقف و... دارد) است. زیرا منفعت اندک مثل ساخت پل و سقف و... دارد. با صرف اندک بودن منفعت نمی‌توان آن را از حکم عمومات عدم جواز بیع وقف خارج کرد.



شیخ طوسی قائل به جواز بیع نخله منقلعه است.

ابن ادریس حلی قائل به عدم جواز بیع نخله منقلعه است.

علامه: نزاع میان این بزرگوار لفظی است. مراد شیخ جایی است که نخله منقلعه منفعت جزئی هم نداشته باشد.

**نعم...**

اگر منفعت به حدی کم باشد که ملحق به معدوم باشد، برای جواز بیع وجهی وجود دارد و ممکن است کسی بتواند قائل به جواز شود.

باتوجه به روایات و عموماً و ماهیت وقف (حبس العین و تسبیل المنفعة)، حتی در صورت اندک بودن منفعت به حدی که عرفاً منفعت به شمار نیاید، اما معدوم نیز به شمار نیاید، بیع وقف جایز نیست.

اگر وقف خراب نشده باشد، اما منفعت آن پایین آمده باشد (قلت منفعت به جهتی غیر خراب وقف باشد)، حکم وقف را دارد.

شرط وقف که ابتداء و استدامةً باید رعایت بشود، این است که عین قابل انتفاع باشد.

**ص ۷۴-۷۶**

**وفیه...**

سخن صاحب جواهر: حکم به جواز بیع وقف مساوی با بطلان وقف است، زیرا در وقف یک شرط لازم المراجعة هست (ابتدائاً و استدامتاً) و آن قابلیت انتفاع مع بقاء العین است و با از بین رفتن این شرط، وقف باطل می‌شود.

اشکال شیخ بر سخن صاحب جواهر

۱- اشکالی در مقام ثبوت

انقلاب الشئ عمّا وقع علیه محال است؛ قید موبد بودن وقف با بطلان آن در وسط راه ناسازگار است. در واقع صاحب جواهر معتقدند که وقف مؤبد امدپذیر است و به محض از انتفاع افتادن همانند وقف منقطع می‌گردد.

۲- اشکالی در مقام اثبات

بطلان وقف با زوال منفعت آن دلیل می‌خواهد که ندارد.

۳- امکان انتفاع از وقف در استدامة ضرورت ندارد و تنها در ابتدا شرط است.

۴- جواز بیع وقف موجب حکم به بطلان نیست، به بیانی که سابقاً در صفحه ۳۶ توضیح داده شد. آن چه موجب حکم به بطلان است خود بیع است.

## ثم ذکر...

مرحوم صاحب جواهر: برخی گفته‌اند همین که عنوان وقف منعدم بشود، این موجب بطلان وقف است. البته در صورتی که عنوان برای واقف موضوعیت داشته باشد.

بطلان وقف در غیر عرصه (درختان) اقتضاء بطلان وقف در خود درختان را دارد، اما اقتضاء بطلان وقف در عرصه را ندارد.

مؤید بطلان وقف در عرصه

در باب وصیت علما گفته‌اند اگر زید وصیت کرد خانه اش را پس از مرگ او به عمرو بدهند و پیش از مرگ او (موصی) به واسطه زلزله و... خانه خراب شود، وصیت باطل می‌شود و عرصه آن خانه نیز علی‌رغم بقا به موصی له تعلق نمی‌گیرد.

نکته دیگر از صاحب جواهر

## ثم ذکر آن فی عود...

در مورد عود وقف پس از بطلان دو قول وجود دارد؛ عود وقف به واقف و وارث او و یا موقوف علیهم

## أقول...

شیخ انصاری

- اجماع داریم انعدام عنوان موجب بطلان وقف نیست، بلکه حتی انعدام سبب جواز بیع هم نیست. اگرچه خراب وقف به نحوی که لایمکن الانتفاع به بیع آن جایز است.

- مراد از انعدام عنوان چیست؟

اگر مراد همان چیزی است که در مثل وقف هذا البستان مفعول قول واقف قرار گرفته است، در این صورت شکی نیست که این عنوان درست مثل عنوان بعث هذا البستان است و در بیع به واسطه بطلان عنوان، بیع را باطل نمی‌دانند (از جمله خود صاحب جواهر).

آری در یک صورت عنوان در حکم تأثیر دارد و آن در صورتی است که مجعول، مجعول شرعی باشد. مثل المسافر یجب علیه قصر الصلاة که حکم روی عنوان مسافر رفته است. اما مانحن فیه این گونه نیست.

اگر مراد ایشان چیز دیگری باشد نیز باید بیان می‌کردند.

مثال وصیت نیز قیاس آن با مانحن فیه صحیح نیست، زیرا وصیت وقتی تمام است که مرگ موصی محقق شود، اما در مثال این بود که قبل از مرگ موصی، دار از ملک او خارج شده بود و بحث ما در وقف مربوط به بعد از تمام شدن وقف است.

اما در صورت تمام شدن وقف (تحقق مرگ موصی)، اگر دار منهدم شود وصیت باطل نمی شود و احدی به چنین قولی قائل نشده است.

در مورد عود وقف مؤبد به واقف نیز اجماع داریم که وقف مؤبد بعد از خروج از ملک واقف، ابداً به ملک واقف باز نمی گردد.

ص ۷۶-۷۹

### الصورة الثالثة...

صورت سوم

منفعت کاهش یافته است، اما به حدی است که عرف آن را منفعت به حساب می آورد، منفعت معتد به به حساب می آید. اقوی این است که بیع این قسم جایز نیست. این فتوا ظاهر قول فقهاست درباره نخله منقلعه که منفعت آن نسبت به قبل از قلع، تفاوت زیادی ندارد، لذا عرف آن را منفعت به شمار می آورد و فتوا به عدم جواز داده شده است.

مگر این که در صورت چهارم قائل بشویم صرف اعود بودن برای جواز بیع کافی است که در این صورت صورت سوم نیز در صورت اعود بودن، بیع آن جایز است.

### الصورة الرابعة

صورت چهارم

وقف خراب نشده، منفعت آن هم کم نشده، اما بیع آن اعود به حال موقوف علیهم است.

معنای اعود بودن بیع وقف؛ بیشتر بودن ثمن وقف از جمیع منفعت وقف در تمام مدتی که متعلق به موقوف علیهم است.

جواز بیع این صورت به شیخ مفید نسبت داده شده است.<sup>۱</sup>

نکته: زیاده نفع به دو گونه قابل تصویر است؛

۱\_ نسبت به بطن موجود، زیاده نفع را باید نسبت به بطن موجود سنجید.

۲\_ نسبت به همه بطن، باید لحاظ منفعت تمام بطن بشود.

نظر شیخ انصاری؛ اقوی منع بیع مطلقاً است. نظر اکثر بلکه کل علما - اگر کلام شیخ مفید قابل تاویل باشد که هست -.

دلیل منع

۱. مکاسب، ج ۴، ص ۴۴

-مقتضی برای منع وجود دارد؛ عمومات منع از بیع وقف

-عدم الدلیل بر جواز بیع چنین وقفی.

-فرمایش امام هادی علیه السلام: لا يجوز شراء الوقف

فقط دو روایت وجود دارد که ممکن است کسی این دو را دال بر جواز گمان کند؛

-روایت ابن محبوب؛...قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم، باعوا<sup>۱</sup> ۲.

ظاهر عبارت انتهایی روایت فوق، جواز بیع وقف در صورت اعود بودن است.

ص ۸۳-۷۹

## و الخبر المروى...

صورت چهارم جایی بود که وقف خراب نشده، اما بیع آن اعود و انفع از حفظ آن است و خلاصه نظر شیخ منع از چنین بیعی بود. تنها مانع منع بیع؛ دو روایت که شیخ از این دو می خواهند پاسخ بدهند.

محل شاهد روایت «فهل يجوز» عبارت حمیری است، او محتوای روایت را مسلم و بیع را جایز فرض گرفته است، سپس سوال می کند اگر تنها بعض موقوف علیهم بخواهند سهم خود را بفروشند، شراء آن جایز است؟

امام در جواب می فرمایند اگر وقف بر امام مسلمین باشد، بیع آن جایز نیست. اما اگر وقف بر گروهی از مسلمین باشد هر کس می تواند سهم خود را بفروشد.

ظاهر اولیه این عبارت نیز دال بر جواز بیع وقف است.

ویژگی روایت احتجاج

کلمه اصلح در روایت در نیامده بود، بلکه در عبارت راوی بود و پاسخ امام سخنی از اصلح بودن دربرداشت.

۱. الوسائل ۱۳:۳۰۶، الباب ۶ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ۸.

۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین. مجمع الفكر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ه.ق.، المكاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ۴، صفحه: ۷۹

این روایت دلالت بر جواز دارد؛ یا در خصوص سوال راوی و یا به صورت مطلق (چه اصلح باشد یا نباشد).

## جمع روایات

- جواب امام در روایت دوم را حمل بر صورت انفعیت کنیم.

- روایت اول را حمل بر صورتی کنیم که همگی قصد بیع وقف را داشته باشند که در این صورت رضایت کل شرط است.

موید عدم اعتبار رضایت کل

صدر روایت ابن مهزیار<sup>۱</sup> که دال بر این بود که بیع مقداری از وقف که متعلق به بایع داشته باشد، جایز است و رضایت دیگری شرط نیست.

[استاد هاشمیان: ظاهراً ذهنیت مرحوم شیخ این بوده که خمسی که در روایت بیان شده، معلوم نیست از باب وقف بوده باشد، لذا فرموده صدر این روایت موید است.]

چهار اشکال بر روایت جعفر

۱- این روایت بر اساس سوال سائل دلالت دارد بر فرض بیع بنا بر احتیاج و بحث بر سر انفعیت نیست.

۲- ممکن است مراد امام از «کان البیع خیراً لهم» همان منفعتی باشد که در هر معامله در نظر گرفته میشود و ارشاد به امری باشد که عقلاً آن را در معاملات خود لحاظ می کنند.

۳- ممکن است مراد از خیر، همان رفع حاجت باشد.

۴- عمل به این روایت مطابق برداشتی که ذکر شد، قائلی ندارد.

اشکال دوم و چهارم به روایت حمیری نیز وارد است.

اشکال دیگر بر این دو روایت و فتاوی مبتنی بر آن

ظاهر این دو روایت و فتاوی این است که ثمن بیع وقف اختصاص به بطن موجود پیدا می کند و حال آن که وقتی وقف مؤبد است، باید مصلحت بطون بعدی نیز رعایت بشود.

## فیکون...

اگر کسی بخواهد به این دو روایت عمل کند، می توان این گونه توجیه کرد؛

۱. مکاسب، ج ۴، ص ۹۳؛ مکاتبه ابن مهزیار، قال: «کتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلي: أعلم فلاناً أني أمره ببيع حصتي من الضيعة، و إيصال ثمن ذلك إلي، إن ذلك رأيت إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له.

یک لحظه قبل از بیع، شارع حق بطون لاحقہ را ساقط می‌کند و وقف منحصر در بطن موجود می‌گردد و این رخصتی از ناحیه شارع است.

ص ۸۳-۸۶

### الصورة الخامسة...

برای موقوف علیهم ضرورت شدید پیش بیاید.

سابقاً جواز بیع چنین وقفی را ذکر کردیم<sup>۱</sup>. در انتصار و غنیه، ادعای اجماع بر جواز بیع این وقف شده است.

اشکال بر روایت جعفر

در بیع، عدم کفایت غله برای موقوف علیهم کفایت می‌کند. زیرا «و» در عبارت «و لم یکفهم...» تفسیر است که عبارت قبل آن «اذا احتاجوا» را تفسیر می‌کند. یعنی احتیاج آنان به این است که غله برای آنان کافی نیست.

اشکالی که متوجه استنباط جواز از این روایت است؛ ضرورت شدید با عدم کفایت غله از حیث منطقی رابطه عام و خاص من وجه است، نه تساوی تا هر جا عدم کفایت غله بود حکم به جواز بیع، به دلیل ضرورت شدید شود.

باتوجه به قاعده عدم جواز بیع وقف و عمومات آن، به اجماع منقول از انتصار و غنیه نیز نمی‌توان تکیه کرد.

در نتیجه در صورت پنجم نیز بیع وقف جایز نیست.

### الصورة السادسة

واقف از ابتدا شرط کند که در مواردی موقوف علیهم یا خود او بتوانند وقف را بفروشند.

کلمات علما در مورد این صورت مختلف است.

علامه در ارشاد؛ جواز

علامه در قواعد؛ در صورت اشتراط بیع عند خراب الوقف، قلت منفعت و خروج از حد انتفاع، در صحت شرط اشکال است. اگر قائل به بطلان چنین شرطی باشیم، در مبطل عقد بودن آن دو وجه است.

فخرالمحققین در ایضاح؛ جواز، به دلیل روایت حنان. منع، به دلیل تنافی بیع وقف با تأیید آن. اما حق این است که بیع وقف جایز نیست.

۱. مکاسب، ج ۴، ص ۴۳-۵۲، مثل ص ۴۴ و ۴۵ و ۴۶

شهید اول در دروس؛ در صورت اشتراط بیع در هنگام نیاز و وقوع فتنه، اولی به جواز است.

ظاهر عبارت دروس؛ شرط اثری دارد و آن این که بدون شرط نیز بیع وقف جایز باشد. اما احتمال منع بیع در صورت عدم شرط نیز وجود دارد.

محقق ثانی؛ هر جا قائل به جواز بیع وقف بشویم، اشتراط واقف برای بیع وقف نیز جایز خواهد بود، چراکه شرط واقف، شرط تأکیدی است و این منافاتی با تأیید وقف ندارد، زیرا تأیید مقید به عدم حصول اسباب بیع است. آن چه بیع آن در شرایط عادی جایز نباشد، بیع آن در صورت شرط واقف نیز جایز نیست، زیرا شرط او با وقف منافات پیدا خواهد کرد.

اشکال شیخ انصاری بر عبارت «ما لا فلا» در کلام محقق ثانی

اولاً می توان برای جواز بیع تمسک کرد به الوقوف علی ما یوقفها اهلها و المومنون عند شروطهم.

ثانیاً منافات بیع وقف با مقتضای وقف و تأیید آن ثابت نیست.

ص ۸۶-۸۸

ثم إنه...

ثالثاً

اشکال سوم به محقق ثانی (که به اشکال دوم باز می گردد)؛ ولو منافات میان وقف و اشتراط بیع وقف را بپذیریم، این منافات پذیرفته شده فقط مربوط به جایی است که موقوف علیهم که بطن باشند بخواهند وقف را بفروشند؛

- اگر ثمن صرف بطن موجود بشود، این با مؤبد بودن وقف منافات دارد.

- اگر با ثمن آن بدل خریداری شود و برای بطون لاحق نیز باقی بماند، این با مؤبد بودن وقف منافاتی ندارد.

بنابراین اشتراط بیع وقف جایز است، حتی در صورتی که بیع وقف به خودی خود جایز نباشد.

مؤید؛ روایتی از امیرالمؤمنین به امام حسن علیهما السلام که دال بر جواز بیع وقف حتی در شرایط عادی می باشد.

### الصورة السابعة

وقف خراب نشده است، اما اگر باقی بماند یقیناً یا ظناً خراب می شود.

منشأ این خراب شدن؛

- گاهی اختلاف موقوف علیهم موجب خراب است.

- گاهی خود وقف.

نوع خرابی؛

-گاهی به نحوی است که از منفعت معتد به می افتد.

-گاهی نقص منفعت ایجاد می شود. منفعت معتد به از بین نمی رود.

اگر با تغییر کاربری وقف، بتوان از آن استفاده کرد، بیع آن جایز نیست. مگر بر اساس مبنای صاحب جواهر که قائل بود با تغییر عنوان، وقف باطل می شود.

ص ۸۸-۹۰

### الصورة الثامنة

میان موقوف علیهم اختلافی رخ دهد که ایمن از تلف مال یا تلف نفس نباشیم، ظناً او شکاً ظاهر بعضی از عبارات صفحه ۴۲-۵۳ جواز بیع در چنین صورتی است.

### الصورة التاسعة

اختلاف منجر به ضرر عظیم بشود، حال چه تلف مال و نفس در آن باشد یا نباشد، مثل ضرر آبرویی

### الصورة العاشرة

فسادی لازم بیاید که نفس انسانها مباح شمرده شود.

سابقاً در صورت هفتم ذکر شد؛

دو نوع خرابی وجود دارد:

-گاهی به نحوی است که از منفعت معتد به می افتد. بیع این صورت جایز است.

-گاهی نقص منفعت ایجاد می شود. اما منفعت معتد به از بین نمی رود.

بیع این قسم دوم از صورت هفتم و صورت هشتم، نهم و دهم بیع آن جایز نیست.

۳ دلیل بر جواز قسم اول از صورت هفتم

-غرض از عدم بیع منقطع نشدن شخص وقف است، در این صورت شخص وقف در صورت عدم بیع نیز ظناً یا قطعاً از بین می رود، اما بیع آن می تواند موجب بقاء نوع وقف شود. لذا بیع آن و ابقاء نوع وقف ارجح است.



مراد مرحوم شیخ از این قسم از بین رفتن کل منفعت است.

اشکال

جواز مخالف اجماع و عمومات است.

پاسخ

این مورد به جهت این که شخص وقف در معرض تلف است و راهی جز بیع وجود ندارد، مورد این اجماع و عمومات نیست.

نکته اول: جواز بیع در این جا مشکل دارد، زیرا در برخی مواضع نمی توان فتوا به جواز داد، مثلاً گاهی جواز بیع موجب ضرر به بطن موجود می شود (در صورتی که بقاء وقف منجر به خراب شود، اما فعلاً خراب نشده است). اما اگر از وقف استفاده شود، اگرچه در آینده خراب می شود، ولی بطن موجود می تواند از آن منفعت ببرد. امر دائر است میان منفعت بطن موجود و بطون لاحق.

نکته دوم: وقف گاهی هزینه هایی دارد که اگر این هزینه ها انجام بشود، وقف قوت می گیرد و گذر زمان منجر به خراب آن نمی شود. می توان بعضی وقف را فروخت و ثمن آن را هزینه بازسازی وقف کرد که در این صورت به نفع وقف موجود است و نیز می توان چند سال منفعت وقف را به منفعت بطن موجود پرداخت نکرد و هزینه بازسازی آن نمود که در این صورت به نفع بطون لاحق و به ضرر بطن موجود است. امر دائر بین این دو امر است، وجهان.

شیخ انصاری: راه اول خالی از قوت نیست، البته در صورتی که واقف اصلاح وقف را شرط نکرده باشد.

ص ۹۰-۹۳

وقد یستدل...

دلیل دوم بر جواز بیع وقف در قسم اول صورت هفتم

فاضل مقداد: حفظ این قسم از وقف موجب اضعاف و اتلاف مال و منهی عنه است، لذا بیع وقف جایز است (شاید مراد ایشان جایز بالمعنی الاعم باشد که شامل وجوب هم هست).

اشکال شیخ

اضاعه و اتلاف مالی حرام است که موقوف علیهم بر آن مال تسلط دارند، نه آن مالی که بر آن تسلط ندارند و تسلط موقوف علیهم بر مال موقوفه اول البحث. اگر ترک مالی که تسلط بر آن ندارند واجب باشد، باید تعمیر وقفی که مشرف به خراب است واجب باشد، حال آن که کسی چنین فتوایی نداده است. اوضح بودن این مطلب در جایی است که قایل بشویم ثمن برای بطن موجود باشد، زیرا سابقاً گفته شد مالی که برای یک جمعی هست باید بدل آن به ملکیت همان ها در بیاید، دلیل ندارد فقط به ملکیت بطن موجود در بیاید.

دلیل سوم

غرض از وقف استیفاء منفعت است، در قسم اول صورت هفتم استیفاء منفعت متعذر است، لذا بیع آن جایز است.  
اشکال شیخ

مطابق صیغه وقف، غرض از وقف این است که استیفاء منفعت از عین مال موقوفه باشد. این که انتفاع به نوع به جهت این که اقرب الی غرض الواقف است، بخواهد جایگزین انتفاع به شخص باشد، این فرع بر دلیل اعتبار ما هو اقرب الی غرض الواقف است. چراکه سابقاً این دلیل را نفی کردیم.<sup>۱</sup>

بنابراین اگرچه دلیل دوم و سوم مورد قبول نیست، اما اولی جریان ادله جواز در قسم اول صورت هفتم است.

عدم جواز بیع در قسم دوم صورت هفتم و صورت هشتم، نهم و دهم

دلیل اول؛ ترک استفصال امام

امام میان ضرر عظیم داشتن و نداشتن (صورت نهم)، اختلاف و عدم اختلاف (صورت هشتم) و فسادی که یستباح منه الوقف و عدمه (دهم) تفاوتی نگذاشته‌اند و بیع وقف را منوط کرده‌اند به این که غله نداشته باشد و مادام که وقف غله دارد بیع آن جایز نیست.

دلیل دوم

الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلهما؛ عدم بیع یکی از این موارد است.

دلیل سوم

روایتی از امیرالمومنین علیه السلام که دال بر ترک بیع وقف است.<sup>۲</sup>

دلیل چهارم

استصحاب عدم جواز بیع وقف قبل از اختلاف و ضرر عظیم، البته اگر کسی در دلایل قبل خدشه وارد کند.

اشکال

روایتی از علی بن مهزیار هست که مانع این استصحاب است.

ص ۹۳-۹۶

و هی مکاتبه...

قال: «کتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلاناً ابتاع ضیعة فأوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصتي من الضیعة، و إيصال ثمن ذلك إليّ، إن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له.

۱. مکاسب، ج ۴، ص ۶۷ و ۶۸

۲. همان، ص ۳۴: «... صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات و الأرض...».

قال: و كتبت إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيّة هذه الضيعة اختلافاً شديداً، و أنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، و يدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته.

فكتب بخطّه: و أعلمه أنّ رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبيع، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس»<sup>١</sup>،<sup>٢</sup>

## تقريب استدلال

از عبارت اخیر در میابیم نفس اختلاف خصوصیت ندارد و تلف مال و نفس اهمیت دارد. کلمه نفوس نیز اشاره بر این دارد که یکی از دو مورد تلف یا نفس برای جواز بیع وقف کافیست و هر دو مورد لازم نیست. لذا قسم دوم صورت هفتم نیز بیع آن جایز است.

اشکالات شیخ انصاری بر این استدلال

۱- این سخن خلاف اجماع است. در روایت کلمه ربما آمده و ظاهر آن معنای احتمال است و احدی از علما جواز بیع را منوط به احتمال نکردند، بلکه همگی حکم جواز را منوط ظن یا قطع به تلف مال و نفس کرده اند.

۲- ظاهر تلف اموال، تلف کل است، نه نقص و تلف بعض

۳- اگر مراد از تلف اموال خصوص مال موقوفه نباشد، وجهی ندارد که به خوف خراب مال موقوفه اکتفا کنیم و بلکه هر جا خوف خراب بود باید حکم به جواز بیع کنیم.

استدلال به مکاتبه برای جواز بیع در صورت هشتم

اختلافی که احتمال تلف اموال و نفوس در آن برود، بیع آن جایز است. به دلیل این که ربما جاء... که تعلیل عبارت قبل از آن است.

اشکالات شیخ انصاری بر این استدلال

۱- اگر ربما جاء علت ماقبل باشد، همان طور که علت مخصوص است، معمم نیز می باشد، بنابراین باید بگوییم ملاک تلف اموال و نفوس است و لذا اگر هیچ اختلافی نیز میان موقوف علیهم نباشد، اما وقف رو به تلف رود، بیع آن جایز است و حال آن که مستدل قید اختلاف را در فتوای خویش ذکر کرده است.

۲- اگر ربما جاء حکمت برای تقریب به ذهن باشد و نه علت، در این صورت نه معمم است و نه مخصوص. اختلاف خصوصیتی ندارد و تلف اموال و نفوس را باید مجوز بیع دانست و حال آن که این خلاف فتوای مستدل است.

١. فی غیر «ص» زیاده: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه لها؛ فإنّ الحدیث مذکور بتمامه، انظر الوسائل ١٣: ٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحدیث ٦، و انظر الكافي ٣٦: ٧، الحدیث ٣.

٢. انصاری، مرتضی بن محمدامین. مجمع الفکر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ١٤١٥ ه.ق.، المکاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ٤، صفحه: ٩٣

استدلال به مکاتبه برای جواز بیع در صورت نهم نیز صحیح نیست، زیرا؛

روایت در صورتی شامل این صورت می شود که بگوییم فانه ربما جاء... حمل بشود بر تعلیل حقیقی و ذکر تلف الاموال و النفوس نیز حمل بر مثال بشود.

رد این استدلال؛ به همان نحوی که در اشکال بر جواز بیع در صورت هشتم آمد. بالاخره مستدل ردع را حقیقی می داند یا خیر؟

ص ۹۶-۹۹

### و اما تقریب الاستدلال...

استدلال به مکاتبه بر جواز بیع در صورت دهم

انتهای روایت آمده بود فانه ربما جاء...، تلف نفوس عطف بر تلف اموال شده و باتوجه به این که غالباً هر جا نفس در خطر باشد، مال هم در خطر است و تلف مال به دنبال تلف نفس است، لذا تلف نفس برای جواز بیع کفایت می کند، اما تلف مال به تنهایی کافی نیست. بنابراین بیع در صورت دهم نیز جایز است.

نقد شیخ انصاری

۱- اگر ملاک خوف تلف نفس باشد، لازم می آید که موجب فساد اختصاص به وقوع فتنه میان موقوف علیهم نداشته باشد، بلکه باید گفت هر فتنه‌ای که خوف تلف نفس در آن باشد، ولو در غیر موقوف علیهم واقع شود، موجب جواز بیع است.

۲- ظاهر روایت، کفایت اختلافی است که به احتمال عقلایی موجب تلف اموال و نفوس باشد، ولو علم و ظنی در کار نباشد و حال آن که مقصود فقها از صورت دهم اعتبار فتنه به صورت قطعی یا ظنی است.

### مدلول مکاتبه

جواز بیع وقف منوط است به؛

۱- اختلاف

۲- احتمال

۳- تلف اموال و نفوس

بنابراین مکاتبه مورد افتاء مشهور نیست، زیرا اولاً مشهور علم و ظن را معتبر می دانند. ثانیاً اداء بقاء وقف الی الخراب را به فتنه‌ای که موجب استباحه اموال و انفس باشد، مقید نمی کنند.

## لكن الانصاف

سابقاً ذکر شد مستند اقوال صفحه ۴۳-۵۲، مکاتبه ابن مهزیار است و حال می گویند مشهور بر اساس این روایت عمل نکرده اند.

مشهور بر اساس فهمی که خود از مدلولی این روایت داشته اند به آن عمل کرده اند و شاید مدلول مورد نظر آنان، با مدلولی که ما فهمیدیم متفاوت باشد.

## الایراد علی المکاتبه

برخی گفته‌اند این روایت مربوط است به وقف منقطع نه مؤبد، زیرا اولاً در روایت سخنی از بطون متاخره موقوف علیهم ذکر نشده است. ثانیاً این وقف در روایت وقف تام نیست، زیرا ظاهر و صریح روایت این است که در آن صورت قبض نگرفته بود.

پاسخ

بر فرض که قصور دلالت روایت بر وقف مؤبد تام را بپذیریم، با شهرت می توان قصور آن را جبران کرد. زیرا مشهور از این روایت وقف مؤبد تام را فهمیده‌اند.

ضمن این که اگر ما برای قبض در روایت دلیلی نداریم، برای عدم قبض نیز دلیلی نداریم، نیز همین گونه است در رابطه با وقف تام و غیر تام بودن. سکوت روایت در مورد بطون متاخره موقوف علیهم نیز دلالت بر منقطع بودن وقف ندارد. لذا معنای وقف تام مؤبد باتوجه به انجبار به شهرت، ترجیح دارد.

ص ۹۹-۱۰۱

نعم یحتاج...

سابقاً ذکر شد تعیین مجوز بیع نیاز به انجبار به شهرت ندارد و چه بسا اصلاً امکان ندارد. انجبار به شهرت در مورد تقسیم ثمن میان موقوف علیهم موجود، نیاز است. زیرا مطابق قاعده، ثمن وقف باید صرف بدل شود تا منفعت وقف به همه بطون برسد، نه تقسیم ثمن آن میان موقوف علیهم موجود. راه‌های حل اشکال فوق؛

رفع ید از مقتضای قاعده. مگر این که به تکلف بگوییم یک لحظه قبل از بیع، شارع به حکم قهری خود، حق بطون متاخره را ساقط و وقف را منحصر در بطن موجود کرده، لذا ثمن آن نیز متعلق به بطن موجود است.

حمل سوال سائل بر وقف منقطع

حمل سوال سائل بر وقف غیر تام و حال آن که سابقاً گفتیم روایت باید حمل بر وقف تام مؤبد بشود.

مؤید

تصدی واقف بر بیع که در روایت به آن اشاره شده بود. مگر این که روایت را حمل کنیم بر این که واقف، ناظر وقف بوده یا از باب امور حسبیه از امام اجازه و بیع را عهده گرفته است.

وقتی سائل تقسیم ثمن بین بطن موجود را مفروغ عنه قرار داده، انگار امام علیه السلام دریافته‌اند که مورد سوال او خصوص وقف باقی بر ملک واقف است. مطابق یک نظر در وقف منقطع، مال بر ملک خود واقف باقی می ماند.

مؤید

ظاهر صدر روایت متضمن این معناست که خمس وقف برای امام قرار داده شده و ظاهر این مطلب این بود که وقف بر ملک واقف باقی بوده زیرا آن خمس هنوز تحویل امام نشده بود.

مگر این که بگوییم این اشکال با فهم مشهور از این روایت، وثق مؤید تام بوده است و دلالت خبر معتضد به شهرت شود.

سابقاً مناطی را که بر جواز بیع وقف از روایت استظهار کردیم، این بود که الاختلاف الذی ربما جاء فیه تلف الاموال و النفوس. اما حال اشکالی به نظر می رسد که اجازه نمی دهد به این مناط جزم پیدا کنیم. لذا در بین احتمالات مختلف باید به قدرمتیقن اکتفاء کنیم.

قدرمتیقن: اختلافی که علماً یا ظناً موذی به تلف خصوص مال وقف یا تلف نفس موقوف علیهم باشد.

تفاوت این قدر متیقن با بخش اول صورت هفتم؛

در آن جا مناط، علم یا ظن به تلف کل وقف بود.

در این جا مناط، علم یا ظن به خراب وقف است که تلف مال در ضمن آن اتفاق بیفتد (نقص منفعت است).

ما در هر جا بر اساس مکاتبه ابن مهزیار قائل به جواز شدیم، آیا ثمن آن اختصاص به موجودین پیدا می کند؟

ظاهر برخی عبارات مثل عبارت مرحوم مفید، اختصاص ثمن آن به بطن موجود است. اما بسیاری دیگر از فقها مثل محقق ثانی قائلند که باید با ثمن آن، بدل خریده شود تا منفعت به بطون متاخره نیز برسد.

سخن شیخ انصاری

این فتوای شراء بدل از محقق ثانی مبنی بر این است که؛

- منع ظهور روایت در این که امام سائل را در تقسیم ثمن بر موجودین تقریر نکرده باشند.

- یا بگوییم اگرچه روایت ظاهر در تقریر سائل توسط امام است، اما ما نمی توان به واسطه چنین تقریری دست از قواعد برداریم.

وجه دوم با قول خود محقق ثانی منافات دارد، زیرا ایشان در مورد حاجت شدید موقوف علیهم، فرموده اگر موقوف علیهم حاجت شدید پیدا کنند، می توانند وقف را بفروشند و ثمن آن را خرج خود کنند. وقتی ایشان در بحث حاجت شدید قائل به جواز

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

صرف ثمن برای بطن موجود شدند، نمی توانند در مانحن فیه قائل به مخالف آن شوند، زیرا مناط یکی است. فتعین الاول، ولی وجه اول نیز بر خلاف مقتضای روایت است، چراکه ظاهر روایت این است که امام تقریر فرموده‌اند.

ص ۱۰۱-۱۰۴

## و أما الوقف المنقطع

وقف منقطع: وقفی است که واقف به موقوف علیهمی آن را وقف می کند که آنان منقرض می شوند و وقف ادامه دار نیست.

احتمالات مختلف درباره ملکیت چنین مالی:

۱- وقتی واقف مال را وقف می کند، مال در ملکیت واقف باقی می ماند.

آیا در این صورت کسی حق بیع این مال را دارد؟

موقوف علیهم حق بیع ندارند، زیرا لا بیع الا فی ملک.

بیع واقف در زمان عدم انقراض موقوف علیهم و تحویل آن بعد از انقراض، محل اشکال است. زیرا چنین بیعی غرری است

چراکه زمان استحقاق تسلیم تام مجهول است.

نعم...

آری برخی گفته‌اند در سُکنی (عقدی که فایده‌اش تسلیط بر انتفاع منفعت سکونت است، مع بقاء ملكية المسکن علی مالک، فإذا اقترن بالمر یسمى عُمری) بیع ملک صحیح است. بلکه در تنقیح ادعای اجماع شده است و حال آن که در چنین بیعی نیز غرر لازم می آید، زیرا زمان استحقاق معلوم نیست. شاید دلیل صحت در این بیع، این باشد که چنین بیعی را غرری نمی دانند و یا به دلیل وجود روایت خاص در این مورد باشد.

روایت: قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجلٍ جعل داره سكنی لرجلٍ زمانَ حیاته و لعقبه من بعده، قال: هی له و لعقبه من بعده كما شرط. قلت: فإن احتاج إلى بیعها؟ قال: نعم. قلت: فینقض البیع السکنی؟ قال: لا ینقض البیع السکنی، كذلك سمعت أبا یقول:

قال أبو جعفر علیه السلام: لا ینقض البیع الإجارة و لا السکنی، و لكن بیعه علی أن الذي یشریه لا یملك ما اشتره حتی ینقضی السکنی علی ما شرط... الخبر»<sup>۱</sup>.

۱. الكافي ۷: ۳۸، الحديث ۳۸، و الفقيه ۴: ۲۵۱، الحديث ۵۵۹۵، و التهذيب ۹: ۱۴۱، الحديث ۵۹۳، و عنها الوسائل ۱۳: ۲۶۷، الباب ۲۴ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ۳.

اگر واقف ملکیت وقف را به خود موقوف علیهم در بیاورد و بخواهد مال موقوفه را به آنان بفروشد، آیا چنین بیعی صحیح است؟  
-چنین بیعی صحیح است، زیرا در این صورت غرر معنا ندارد.

-چنین بیعی باطل است، زیرا معرفت مجموع (منافع حال و پس از انقراض که متعلق به واقف است) حاصل نمی شود.  
همین دو احتمال در صورتی که واقف وقف منقطع را به کسی بفروشد که حق موقوف علیهم به او منتقل شده نیز مطرح است.  
اگر حق موقوف علیهم به خود واقف منتقل شده باشد، در این صورت بیع واقف جزماً صحیح است.

اگر موقوف علیهم منفعت را به کسی منتقل نکند و به بیع واقف راضی شود، باز هم واقف نمی تواند وقف را به شخص اجنبی بفروشد، زیرا منفعت وقف متعلق به موقوف علیهم است و نمی توان آن را بلاعوض و بدون انتقال خود آنان به مشتری منتقل کرد.

مگر این که رضایت آنان علی وجه اسقاط الحق باشد، البته در صورتی که اسقاط را صحیح بدانیم.  
و یا این که بگوییم صرف رضایت موجب شراکت موقوف علیهم در بیع می شود.

بنابراین آن چه فاضل مقداد در تنقیح ذکر کرده صحیح نیست. ایشان فرموده اگر واقف و موقوف علیهم در وقف منقطع توافق بر بیع کنند، چنین بیعی جایز است.

آری اگر حق انتفاع برای موقوف علیهم باشد، بدون تملک منفعت علی قول، بیع با رضایت صحیح است.  
فتأمل؛ اگر حق موقوف علیهم، حق انتفاع باشد نیز قابل اسقاط نیست، زیرا وقف است.

۲-وقتی واقف مال را وقف می کند، مال به ملکیت موقوف علیهم منتقل می شود و این خود سه احتمال دارد؛  
\_موقوف علیهم ملک مستقر دارند و بعد از انقراض موقوف علیهم مال به ورثه به ارث می رسد.

\_ملکیت موقوف علیهم موقت است و پس از انقراض آنان، به واقف یا ورثه او بازمی گردد.

\_بعد از انقراض موقوف علیهم باید مال فی سبیل الله صرف بشود.

ص ۱۰۴-۱۰۶

و علی الثانی...

صورت دوم؛ مال به ملکیت موقوف علیهم منتقل می شود و ملکیت او نیز مستقر است و به واقف بازمی گردد.



در این صورت واقف که نمی تواند بفروشد، زیرا مالک نیست.

موقوف علیهم نیز حق بیع ندارد، زیرا واقف شرط بقاء تا انقراض موقوف علیهم کرده است.

صورت سوم؛ مادامی که موقوف علیهم باقی ست ملک آنان باشد، بعد از انقراض آنان به واقف یا ورثه او بازگردد.

در این صورت اگرچه موقوف علیهم مالک هستند اما حق بیع ندارند، زیرا ملک طلق نیست و واقف اگر اجازه بدهد نیز بیع برای آنان جایز نیست، زیرا با عقد وقف منافات دارد.

واقف نیز حق بیع ندارد، زیرا واقف اکنون بالفعل مالک نیست، ولو موقوف علیهم اجازه بدهند نیز بیع جایز نیست. مگر در یک صورت و آن این که بیع ملک غیر را جایز بدانیم با این که فی الحال مجیزی برای آن وجود ندارد. بدین صورت که واقف اکنون مال را بفروشد و بعد از انقراض موقوف علیهم مال فروخته شده را تحویل دهد. البته در صورتی که این مورد را بیع غرری ندانیم.

سخن قاضی ابن براج

اولاً موقوف علیهم مجاز هستند که وقف منقطع را بفروشد و ثانیاً ملک منقطع به ملک واقف باقی می ماند.

سخن تستری

چگونه موقوف علیهم جایز به بیع هستند و در عین حال وقف به ملک واقف باقی می ماند.

شیخ انصاری

شاید مراد قاضی همین صورت سوم باشد. یعنی مقصود این باشد که بعد از انقراض موقوف علیهم، وقف به ملک واقف باقی می ماند. این احتمال سوم قائل نیز دارد، مثل شهید ثانی در مسالک و صاحب جواهر.

احتمال چهارم؛ وقف مادام که موقوف علیهم باقی ست، ملک آنان به شمار می آید و بعد از انقراض آنان فی سبیل الله باید مصرف شود.

ظاهر این است که این صورت حکم وقف مؤبد را دارد.

اشکال منهج الفقهة آقای روحانی و آقای اصفهانی و... به شیخ انصاری

فی سبیل الله دو قسم است:

- مال وقف می شود و منافع آن باید فی سبیل مصرف شود. این صورت حکم وقف مؤبد را دارد.

- اصل مال فی سبیل الله باید مصرف شود. صورت چهارم این چنین است.

ثم إن ما ذكرناه...

در وقف منقطع بطنی که بعد از او بطنی وجود دارد، بیع وقف چه حکمی دارد؟

اگر قائل به عدم تملک موقوف علیهم باشیم، همان حکم صورت اول را دارد.

اما اگر طب صورت دوم تا چهارم قائل به مالک شدن موقوف علیهم شدیم، حکم بیع غیر بطن آخر، حکم وقف مؤبد را دارد. به دلیل اشتراک دلیل این دو مورد در جواز و منع و اشتراک در حکم ثمن مبیع بعد از بیع.

از صفحه ۱۰۷-۱۵۲ از موارد حذفی است.

ص ۱۵۳-۱۵۵

### مسئله و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً

اگر راهن مال خود را به عنوان رهن به دیگری بدهد، با این که این مال از ملک راهن خارج نمی شود، ظاهر و بلکه مقطوع به اتفاق بر این است که راهن استقلال در بیع مال مرهونه را ندارد. اجماع نیز بر این حکم نقل شده است.

حال اگر راهن مال مرهونه را بفروشد، سه نظر وجود دارد؛

-بیع اساساً باطل است.

-بیع مال مرهونه متوقف بر اذن مرتهن است.

-بیع صحیح اما معلق است تا این که فک رهن صورت گیرد یا مرتهن حق خود را اسقاط کند.

ظاهر جماعتی از قدما قول اول است.

صریح شیخ طوسی، ابن حمزه و جمهور متأخرین، قول دوم است.

شیخ انصاری: اقوی قول دوم است. به دلیل؛

-عمومات، مثل اوفوا بالعقود و... بیع راهن مخصوص این عمومات نمی تواند باشد. معقد اجماعات این است که راهن ممنوع من التصرف و ظاهر این معقد اجماع و اخبار، منع راهن از تصرف استقلالی است نه منع متوقف بر اجازه. بنابراین بیع با اجازه اشکالی ندارد. شاهد؛ در روایتی که مختلف نقل شد آمده بود راهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و مراد از منع از تصرف مرتهن، تصرف استقلالی اوست، وگرنه بیع فضولی او جایز است. بنابراین وقتی مرتهن منع از تصرف استقلالی است، در مورد راهن نیز تصرف استقلالی او مراد و ممنوع است. ضمن این که متأخرین از اصحاب نیز همین منع از تصرف استقلالی را فهمیده اند.

-روایتی درباره بعدی است که بدون اجازه مولا ازدواج می کند و امام در این باره می فرمایند با رضایت بعدی مولا، نکاح او صحیح است، چراکه این حقی برای مالک عبد است و عبد معصیت خدا را نکرده، لذا با تحصیل رضایت مولا، نکاح او صحیح است.

از این روایت بر می آید هرگاه حق آدمی مانع از معامله باشد، اگر آن حق استیفاء شد یا رضایت حاصل شد، معامله تصحیح خواهد شد.

-فحوای ادله صحت بیع فضولی

هر کسی بیع فضولی را صحیح می داند، بیع راهن را نیز باید به طریق اولی صحیح بداند، چراکه در بیع فضولی بیع غیر مالک است و حکم به صحت با اجازه بعدی می شود، در اینجا که راهن مالک است، قطعا با رضایت مرتهن بیع باید صحیح باشد.

اشکال

ظاهر عبارت تذکره این است که هر کس عقد فضولی را باطل بداند، بیع راهن را نیز باطل می داند، و این نشانه این است که اولویتی در کار نیست.

پاسخ

اگر کسی برای بطلان بیع فضولی به «لا بیع الا فی ملک» تمسک بکند، می تواند بیع فضولی را باطل، اما بیع راهن را صحیح بداند، زیرا بیع راهن بیع ملک خویش است. اظهر کلامی است که در ایضاح النافع آمده که ولو بیع فضولی را باطل بدانیم، بیع راهن باطل نیست.

ص ۱۵۵-۱۵۸

و قد ظهر...

مرحوم تستری معتقد است بیع راهن مطلقا باطل است، اما باتوجه به سه دلیلی که ما گفتیم سخن ایشان صحیح نیست.

ایشان برای بطلان به ظاهر اجماعات و اخبار تمسک کرده اند.

اشکال تستری بر خود

بنابراین که تعلق نهی به عقد موجب بطلان عقد بشود، لازمه اش این است که عقد فضولی و مرتهن نیز باطل باشد و حال آن که اکثر فقها این دو بیع را با اجازه بعدی صحیح می دانند.

پاسخ

تصرف منهی عنه به دو نحو است؛

۱- تصرف خارجی، این نوع تصرف حرام است و اجازه لاحقه موجب حلال شدن آن نمی شود. لَأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ، اگرچه با رضایت مالک جنبه حق الناس بودن آن رفع می گردد.

۲- تصرف اعتباری، مثل عقد و ایقاع (عتق) نسبت به مال دیگری:

\_ اگر به نحو استقلالی باشد، ظاهر این است که حرام است و اجازه متعقبه آن را تصحیح نمی کند. عقد صادر از مرتهن اگر به نحو استقلال باشد همین گونه است.

\_ اگر به نحو استقلالی باشد (به نیابت از مالک نباشد)، این اشکالی ندارد.

عقد مرتهن به نحو استقلال به دو نحو است؛

- مرتهن می داند حق بیع ندارد و به قصد غصب حق راهن می فروشد.

- مرتهن قصد ظلم ندارد و گمان می کند بیع برای خود و برداشتن حق خود جایز است.

اما اگر مرتهن به نیابت از راهن مال مرهون را بفروشد، این اشکالی ندارد.

اما مالک (راهن) به واسطه رهنی که داده است، نسبت به مال خود محجور است و بیع او صرفاً با استناد به ملک خود امکان وقوع دارد، اما به خاطر حجر، مطلقاً تصرف او منهی عنه است و عموماً در این مورد تخصیص می خورد و مجرد مالک بودن موجب صحت نمی شود. زیرا ظاهر این است که ملک مسوِّغ بیع، ملک اصل مال و ملک تصرف هر دو است.

خلاصه

عقود مادامی این که به مالک منتهی نشده باشد، با اجازه لاحقه امکان صحت دارد. اما اگر به اذن و اجازه مالک منتهی شده یا عقد از خود مالک صادر شده باشد و تصرف مالک به نحو استقلالی بوده، دیگر دو وجه برای آن متصور نیست تا بگوییم با اجازه صحیح و بدون اجازه فاسد است. بلکه از ابتدا یا حکم به صحت و یا حکم به فساد چنین عقدی می شود.

تعلیل مستفاد از روایت «لَمْ يَعْصِ اللَّهُ وَ انْما عَصَى سَيِّدَهُ» مربوط به صورتی است که فرد مالک نبوده و سپس با اجازه لاحقه حکم به صحت آن می کنیم. مثل بیع راهن که عصیان خدا را کرده است نه عصیان مرتهن چرا که ملک خود را فروخته است نه ملک مرتهن را.

در صورتی که غرض از حجری که شارع بر مالک زده، حفظ حق غیر نباشد، بلکه رعایت مصلحت او باشد، در این صورت چه بسا بیع با اجازه لاحقه صحیح باشد. مثل بیع ملک مشاعی به غیر شریک و سپس اجازه شریک و اعمال نکردن حق شفعه خود.

## و یرد علیه...

نقد سخن مرحوم تستری

شش اشکال به سخن ایشان وارد است؛

- این اشکال بازمی‌گردد به ص ۱۵۶ «فإن وقع بطریق الاستقلال...»؛ فرقی میان استقلال و نیابت نیست و اگر انشاء عقد بیع مورد نهی است، تفاوتی میان علی وجه الاستقلال و علی وجه النیابة نیست.

- این اشکال بازمی‌گردد به ص ۱۵۵ و ۱۵۶ «اذ العبرة بتعلق النهی بالعقد...» ایشان ملاک بطلان را تعلق نهی به عقد دانستند؛ این مورد قبول شیخ نیست. اگر نهی ارشاد به فساد باشد، آری عقد فاسد و باطل است. اما اگر نهی مولوی باشد، موجب بطلان عقد نیست و در اینجا ظاهراً امر مولوی است.

- این اشکال بازمی‌گردد به وسط ص ۱۵۶ «و کذا الصادر...» ایشان گفتند در بیع فضولی و مرتهن اگر بیع علی وجه الاستقلال باشد باطل و اگر علی وجه النیابة و با اجازه بعدی باشد صحیح است، اما در مورد بیع راهن چنین سخنی را نگفتند. اما میان این نیز تفاوتی نیست و بیع راهن نیز مانند بیع فضولی و مرتهن است. راهن گاهی می‌داند که حق بیع ندارد و از ابتدا استقلالاً بیع انجام نمی‌دهد، در این صورت با اجازه بعدی صاحب حق، بیع صحیح است. اگر راهن به عدم جواز بیع خود جهل داشته باشد و استقلالاً بیع کند نیز با اجازه بعدی صحیح است و اشکالی پیش نمی‌آید.

- مرحوم تستری بیع راهن را از اصل باطل دانستند. حال آن که آن چه از اخبار و مقعد اجماع بر می‌آید بطلان بیع راهن علی وجه الاستقلال و بدون اجازه بعدی صاحب حق است. منع راهن بیش از این مقدار نیازمند دلیل است و نبود دلیل، به عمومات جواز چنین بیعی رجوع می‌کنیم.

- این اشکال بازمی‌گردد به ص ۱۵۷ «فهو جارٍ فیمن لم یکن...»؛ میان نکاح عبد و بیع راهن از این جهت تفاوتی نیست و در هر دو عدم جواز عقد و نهی از عقد، حق غیر است.

- این اشکال بازمی‌گردد به ابتدا ص ۱۵۶ «کما اقتضاه فی بیع...»؛ وقف و ام ولد ارتباطی با بیع راهن ندارد و وقف و ام ولد دلیل خاص دارد.

بالجمله هر جا نهی از عقد به خاطر حق غیر بود و اجازه بعدی می‌توانست موجب صحت عقد شود، در این صورت عقد صحیح است.

دلیل دوم بر بطلان بیع راهن

ظاهر فتوای فقها این است که اجازه مرتهن بعد از بیع راهن، کاشفه است. در این صورت اشکالی پیش می آید و آن این است که اجازه روز پنجشنبه کشف می کند که از روز سهشنبه مال برای مشتری بوده و حال آن که از روز سهشنبه تا پنجشنبه در دست مرتهن به عنوان رهن بوده و حصول رهن و ملکیت مشتری در زمان واحد با یکدیگر ناسازگار است.

پاسخ

معنای کاشفه بودن اجازه این است که در روز سهشنبه آنی قبل از بیع مال مرهونه از رهن بودن خارج شده است و اگر این را نگوییم همه بیع فضولی دارای اشکال می شود.

اشکالی که در من باع شیء ثم ملکه وجود داشت (مالک نبودن در زمان اجازه) در بیع راهن پیش نمی آید، زیرا اگر فضولی مال زید را سه شنبه بفروشد و سپس پنج شنبه مال او را از او بخرد، نمی تواند الآن مالک نباشد و بگوییم بیع او کشف می کند که او از روز سه شنبه مالک نبوده است، بر خلاف بیع راهن که اجازه مرتهن نیاز به ملکیت فعلی او ندارد و او صرفاً از حق خود می گذرد. آری در فک رهن این اشکال ممکن است پیش بیاید، یعنی در جایی که راهن مال مرهونه را بفروشد و به جای اجازه گرفتن از مرتهن، طلب مرتهن را پس بدهد و فک رهن کند. تفصیل این اشکال خواهد آمد.

ص ۱۶۰-۱۶۲

ثم إن الكلام...

درباره کاشفه بودن یا ناقله بودن اجازه مرتهن، هر چه در فضولی ذکر شد در اینجا نیز جاری است.

مقتضای قاعده ناقله بودن است، اما روایات ظهور در کشف دارند.

قول به کشف در بیع فضولی، مستلزم قول به کشف در باب بیع رهن به طریق اولی است. زیرا در باب بیع فضولی، اجازه مالک اشبه به جزء مقتضی است (تا قبل از اجازه مالک مقتضی تمام نیست، زیرا یک رکن عقد مالک است)، بر خلاف مرتهن که عدم اجازه او صرفاً مانع است و مقتضی از ابتدا موجود بوده است.

بر همین اساس که اجازه مرتهن رفع مانع است نه جزء مقتضی، فقها عتق راهن را با اجازه بعدی مرتهن، جایز دانسته اند، با این که ایقاعات نمی تواند معلق باشد و در این جا به ظاهر عتق معلق بر اجازه شده است. علت این است که فقها چنین عتقی را در حقیقت معلق ندانسته اند، چراکه مقتضی از ابتدا موجود بوده و اجازه مرتهن فقط رفع مانع است.

والاعتذار...

برخی گفته اند علت قبول عتق، از باب این است که بناء شارع مقدس در باب عتق تغلیب است و شارع قصد دارد در مورد عتق سهل بگیرد تا عتق انجام شود.

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

این سخن درست نیست، زیرا فقها دلیل صحت عتق را در این جا عمومات عتق بیان کرده‌اند، نه تغلیب.

اگر راهن عبد خود نزد مرتهن به رهن بگذارد و شخص دیگری عبد را بکشد، طبیعتاً مرتهن می رود سراغ جانی تا از او دیه بگیرد، اما راهن می تواند جانی را ببخشد البته در صورتی که حق مرتهن را بدهد و فک رهن کند تا حق او ضایع نشود.

علامه جواز عفو جانی را مراعی به فک رهن دانسته‌اند و این نشان دهنده این است که دلیلی که سابقاً ذکر شد که ایقاعات معلق بر امری نمی تواند باشد، در این جا اثر ندارد و دلیل دیگری وجود دارد و آن دلیل دیگر در مورد عفو، نمی تواند بناء عتق بر تغلیب باشد، زیرا بحث بر سر عتق دیگر نیست و آن دلیل همان وجود مقتضی از ابتداست.

### ثم إنّه...

اگر رد بعد از اجازه اتفاق بیفتد، بی شک اثر ندارد، زیرا عقد با اجازه کامل شده است.

اما در مورد اجازه بعد از رد، دو وجه وجود دارد؛

- نافذ است. رد به معنای دست برداشتن از حق خود و اجازه به معنای دست برداشتن از حق خود است و مانعی از این وجود ندارد. علت این که در بیع فضولی اجازه بعد از رد اثر نداشت، این بود که مالک مجیز رکنی از ارکان عقد بود، بر خلاف بیع رهن.

- نافذ نیست. اگر ایجاب بخواهد موثر باشد، جزئی از ایجاب همین رضایت مرتهن است و رد او موجب می شود عقد از ریشه از بین برود.

اظهار از قواعد وجه دوم است. زیرا در هر حال اجازه مرتهن جزء یا شرط علت تامه است.

ص ۱۶۲-۱۶۴

### ثم إنَّ الظاهر...

اگر راهن رهن را بدون اذن مرتهن فروخت و سپس فک رهن کرد (حال چه به اسقاط مرتهن یا به اداء دین)، بیع راهن صحیح است یا خیر؟

-دلیل صحت

ظاهر این است که فک رهن بعد از بیع، حکم اجازه را دارد و مرتهن پس از فک رهن دیگر حقی ندارد.

-دلیل بطلان

۱- بیع در زمانی محقق شده که مرتهن در زمان بیع، بر رهن حق داشت، لذا اگرچه اکنون فک رهن شده، اما حق مرتهن ثابت است، زیرا رهن در مالی تصرف کرده که مرتهن در آن حق داشته است و سقوط حق مرتهن، موجب سقوط حق قبلی او نمی‌شود.

## و الفرق بين الاجازة و الفک

فرق میان اجازة و فک این است که در مورد اجازة، مقتضای ثبوت حق برای مرتهن این است که امضاء او را موثر بدانیم. اجازة تصرف مرتهن در حق خود است، مثل اجازة در بیع فضولی. بر خلاف جایی که اسقاط حق توسط مرتهن یا سقوط آن به واسطه اداء دین و در نتیجه فک رهن حاصل شود. این دلالت بر امضاء بیع در حال وقوع آن بیع ندارد و این نظیر من باع شیئاً ثم ملکه است.

۲- استصحاب عدم لزوم؛ قبل از فک رهن و سقوط حق مرتهن، بیع رهن لازم نبود، حال شک می‌کنیم که بیع لازم است یا خیر، استصحاب عدم لزوم می‌کنیم.

تمسک به اوفوا بالعقود نیز نمی‌تواند مشکل رفع کند، زیرا استصحاب عدم لزوم بر اوفوا بالعقود مقدم است.

اشکال

اوفوا بالعقود دلیل لفظی و استصحاب عدم لزوم اصل عملی است، چگونه اصل بر دلیل مقدم است؟

پاسخ

در واقع در اصل جریان اوفوا بالعقود در اینجا شبهه وجود دارد، زیرا در زمانی که رهن را فروخت، اوفوا بالعقود جریان نداشت، الان شک داریم جاری هست یا خیر، استصحاب عدم جریان آن را می‌کنیم. چراکه اوفوا بالعقود عمومیت افرادی دارد، اما عمومیت ازمانی ندارد.

۳- استظهار از برخی روایات؛ مثل روایاتی که می‌فرماید نکاح عبد بدون اذن مولا به مجرد عتق عبد، صحیح نیست و نیازمند اجازة مولا است. ولو تحقق اجازة به رضایتی باشد که مستکشف از سکوت مولا باشد.

## لکن الانصاف...

رد دلیل اول

اگر بیع رهن در زمان رهن صحیح نیست، علتش مزاحمت با حق مرتهن است. در واقع بیع رهن قصور مقتضی ندارد، بلکه وجود مانع اشکال بیع اوست. ادله سببیت بیع مثل اوفوا بالعقود عام است و عمومیت آن چنین بیعی را نیز در برمی‌گیرد. لذا با رفع مانع بیع لازم می‌شود.

رد دلیل دوم



استصحاب در اینجا وجهی ندارد، زیرا عدم لزوم بیع، وجود مانع بود که اکنون (بعد از فک رهن) مانع رفع شده است و اساساً شکی در لزوم و صحت بیع نداریم تا تمسک به استصحاب کنیم.

رد دلیل سوم

قیاس بیع رهن به نکاح عبد نیز صحیح نیست. در نکاح عبد، علت عدم صحت نکاح، قصور مقتضی بود نه وجود مانع، بر خلاف بیع رهن که قصور مقتضی ندارد.

ص ۱۶۴-۱۶۶

**هذا و لکن مقتضی...**

اگر به واسطه فک رهن، ابراء و اسقاط، حق مرتهن از بین برود، اثر بیع از چه زمانی است؟

مطابق قاعده علت و معلول، از همان زمانی که مانع برطرف شود، اثر بیع و نقل حاصل خواهد شد و بنابراین کشف در این جا جاری نیست، خصوصاً این که بعضی از قائلین به کشف برای قول خود استدلالی ذکر کرده‌اند که در مانحن فیه جاری نیست.

آنان گفته‌اند مقتضای مفهوم اجازه کشف است، زیرا مجیز همان عقد سابق را دارد اجازه می‌دهد. این بیان در اجازه جاری است، اما در فک رهن جاری نیست، زیرا بیع رهن به اضافه فک رهن نظیر بیع من باع شیئاً ثم ملکه است. وجه شباهت بیع رهن و بیع من باع شیئاً ثم ملکه، جمع دو مالک در یک ملک است، در صورتی که قائل به کشف بشویم.

اگرچه مقتضای قاعده، نقل است، اما ظاهر قول تمام کسانی که قائل به لزوم عقد رهن شده‌اند، کشف است.

اگر عبد به رهن گذاشته شود و شخص ثالثی عبد را بکشد، آیا رهن می‌تواند جانی را عفو کند؟

فک رهن کشف از صحت عفو جانی می‌کند. این نشانه کاشف بودن فک رهن است.

عقد یعنی ایجاب و قبولی و فقها ایجاب و قبول را سبب تام و عدم اجازه را صرفاً مانع می‌دانند. این نیز نشانه کاشف بودن فک رهن است.

اگر قائل به کشف بشویم، لازمه آن این است که بگوییم رهن حق بهم زدن معامله را ندارد.

مثال: اگر فضولی میبعی را به مشتری بفروشد و مشتری با علم به فضولی بودن معامله، وارد معامله شود، بنابر قول به کشف، مشتری حق برهم زدن مشتری را ندارد، زیرا اگر مالک بیع را اجازه بدهد، بیع دلالت بر نقل و انتقال از زمان عقد را دارد. در مسئله بیع رهن نیز حکم به همین نحو است. بیع از طرف رهن لازم است و او قبل از اجازه مرتهن حق فسخ و ابطال بیع را ندارد.

نکته ۱: اگر رهن حق فسخ بیع را ندارد، تکلیف حق مرتهن چیست؟

کانال سُدَا @soda96

www.soda96.ir

دو احتمال وجود دارد؛

-وقتی راهن بیع انجام داده، باید ملتزم به بیع بماند و برای رعایت حق مرتهن باید از دیگر اموال خود فک رهن کند تا هم حق مرتهن و هم حق مشتری رعایت شود.

-التزام به بیع لازم است، اما پرداخت حق مرتهن و فک رهن واجب نیست. لذا اگر کسی مال غیر را فضولت برای خودش بفروشد، معامله را نمی توان برهم زد، اما خرید آن نیز واجب نیست و اگر مالک اجازه ندهد، خودبه خود بیع برهم می خورد.

نکته ۲: اگر راهن بعد از بیع رهن، فک رهن نکند چه باید کرد؟

-ممکن است بگوییم باید رهن را علیه راهن بفروشیم و حق مرتهن را پرداخت کنیم ولو موجب برهم خوردن بیع رهن شود، زیرا حق مرتهن مقدم بر حق مشتری است.

-ممکن است بگوییم حاکم باید راهن را مجبور کند تا او از دیگر اموالش فک رهن کند و بیع رهن علیه راهن نیاز نیست، تا هم حق مشتری و هم حق راهن رعایت شود. اگر راهن مال دیگری برای فک رهن نداشت، حق مرتهن مقدم است.

**پایان محدوده ترم دوم**