

الفَيْقَمُ

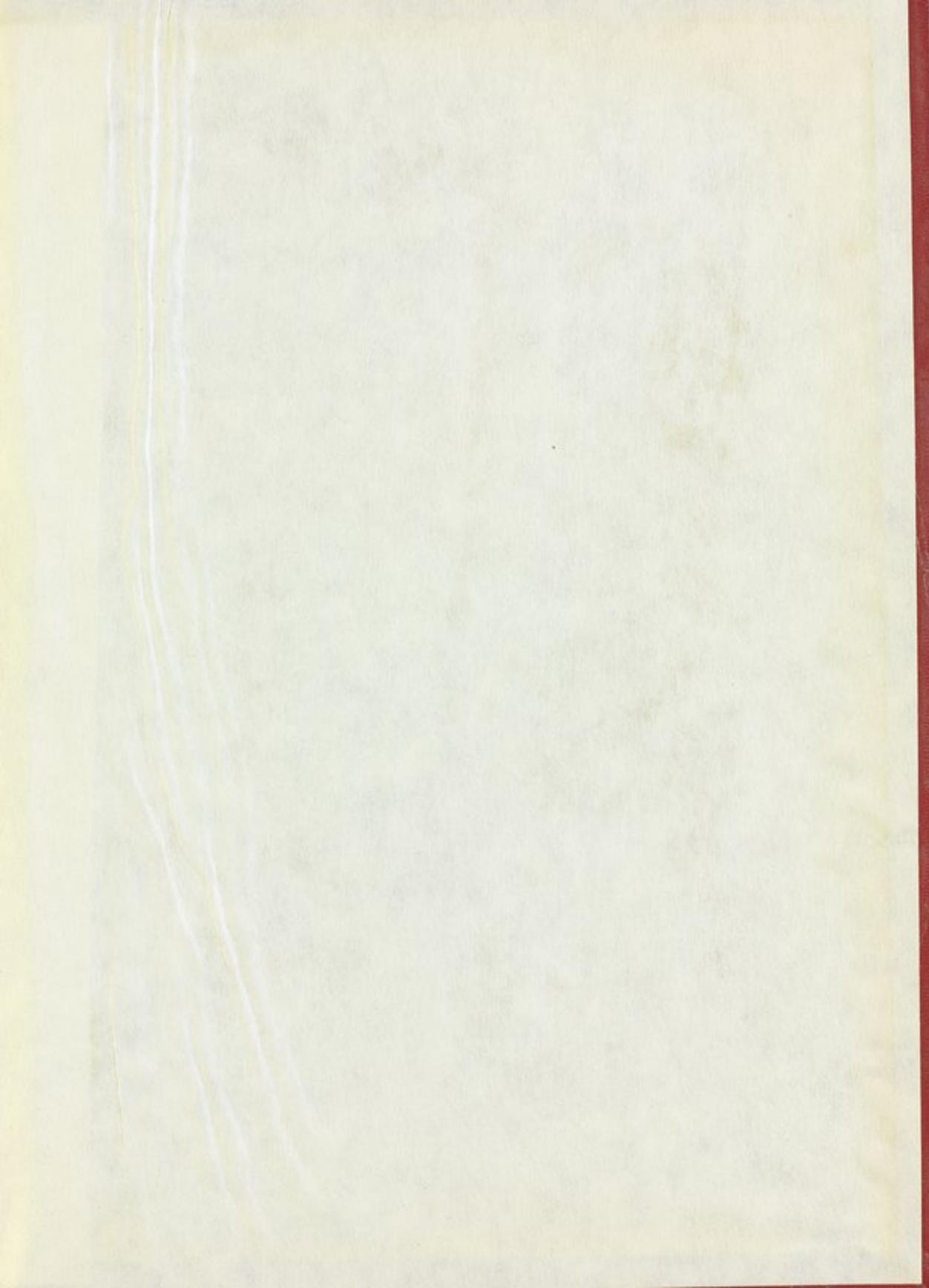
كتاب

الوقوف ، والصدقات ، الهيئة

آية الله العظمى
احتجاج السيد محمد الحسيني الشيرازي
ام ظله



کتابخانه و اسنادخانه ملی



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 007372186

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

Shirāzī, Muḥammad al-Mahdī al-Husaynī

الفِئْمَةُ

كِتَابٌ

الْوُقُوفُ، وَالصَّدَقَاتُ، الْهَبَةُ

بحوث فقهية استدلالية

آية الله المجاهد

أستاذ الرشيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظلّه

(Arab)

BP194

.2

.T454

1970ع

« wt. 33 »

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام
على محمد وآله الطاهرين .

كتاب الوقوف والصدقات

الوقف ما اقره العقلاء بالاجماع وصوبته الشريعة ، وجعل له من الاجر والثواب الشيء الكثير ، وقد اوقف الرسول صلى الله عليه وآله وعلی وفاطمة وبعض الائمة عليهم الصلاة والسلام ، واليك جملة من الروايات في فضله ، فعن هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الا ثلاث خصال ، صدقة اجراها في حياته فهي تجرى بعد موته ، و سنة هدى سنها فهي يعمل بها بعد موته ، و ولد صالح يدعو له ، و في حديث الحلبي عن الصادق عليه السلام مثله ، الا انه قال : و لد صالح يستغفر له ، و عن معاوية بن عمار ، قال : قلت له ، ما يلحق الرجل بعد موته ، فقال سنة يعمل بها بعد موته ، فيكون له مثل اجر من عمل بها من غير ان ينقص من اجورهم شيء ، و الصدقة الجارية تجرى بعده ، و الولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتها ، و يحج و يتصدق و يعتق عنهما ، و يصلى و يصوم عنهما فقلت : اشركهما في حجتي ؟ قال : نعم .

و عن ابا كههمس عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال : ستة تلحق المؤمن بعد موته ، و لد يستغفر له ، و مصحف يخلفه ، و غرس يغرسه ، و قلب يحفره و صدقة يجريها ، و سنة يؤخذ بها من بعده .

و عن الحلبي ، و محمد بن مسلم ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، قالوا سئلناه عن صدقة رسول الله صلى الله عليه وآله و اله و سلم ، و صدقة فاطمة ؟ فقال : صدقتهما لبنى هاشم و بنى المطلب .

و عن ابي مريم قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن صدقة رسول

اللّه صلى الله عليه واله ، و صدقة على عليه السلام ، فقال : هى لنا حلال
وقال : ان فاطمه جعلت صدقتها لبنى هاشم و بنى المطلب .

وعن محمد بن مهران قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام اوصى
ان يباح عليه سبعة مواسم ، فوقف لكل موسم مالا ينفق .

وعن الصفار انه كتب الى ابي محمد الحسن بن على عليهما السلام فى
الوقف و ما روى فيه عن ابائه فوق : لوقف تكون على حسب ما يوقفها اهلها
انشاء الله . و فى رواية اخرى عنه عليه السلام : الوقوف على حسبما يقفها
اهلها ان شاء الله .

وعن الدعائم عن امير المؤمنين عليه السلام قال : الصدقة و الحبس
ذخيرتان فدعوهما ليومهما .

وعن ابي عبد الله عليه السلام انه ذكر امير المؤمنين عليه السلام عليا
فقال عبد الله قد اوجب الله له الجنة عمد الى ماله فجعله صدقة مقبولة
تجرى بعده للفقراء ، فقال : اللهم انى جعلت هذا لتصرف النار عن وجهى
و لتصرف وجهى عن النار .

وعن ابي عبد الله عليه السلام انه قال : تصدق رسول الله صلى الله
عليه واله باموال جعلها وقفا ، و كان ينفق منها على اضيافه .

وعن ضريس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام عن آباء عليهم السلام ، ان
رسول الله صلى الله عليه واله مرّ برجل يغرس غرسا فى حائط له ، فوقف
عليه فقال : الا ادلك على غرس اثبت اصلا الى ان قال ، فقال الرجل :
اشهدك يا رسول الله ان حائطى هذا صدقة مخصوصه على فقراء المسلمين
من اهل الصفة ، فانزل الله تبارك و تعالى ((فاما من اعطى واتقى و صدق
بالحسنى فسنيسره لليسرى)) . و عن الغوالى ، روى عن جابر انه قال : لم

يكن من الصحابة ذو مقدرة ، الا وقف وقفا ،

وروى ابن جمهور عن النبي صلى الله عليه واله انه قال : حبس الاصل
وسبب الثمرة .

وفى درر اللثالى انه صلى الله عليه واله قال : ان شئت حبست اصله
وسببت ثمرتها . الى غيرها من الروايات ، وسيأتى بعضها الاخر انشاء
الله تعالى .

مسئله : ١- قال فى الشرائع : الوقف عقد ثمرته تحييس الاصل واطلاق
المنفعة .

اقول : هل الوقف عقد او ايقاع ، او يكون تارة هذا وتارة ذاك ، ففى
مثل الوقف على الذرية عقد ، وفى مثل وقف المسجد وما اشبهه ايقاع
احتمالات : استدل لكونه عقدا مطلقا ، باطباق الاصحاب على انه من قسم
العقود ، كما عن المسالك وجامع المقاصد ، وبانه يحتاج الى القبول ، وكلما
يحتاج الى القبول فهو عقد اما الكبرى فواضح ، واما الصغرى فلان الاصل
عدم دخول شىء فى ملك انسان بدون رضاه ، وفيها نظر واضح ، اذ
الاطباق مناقش فيه كبرى وصغرى ، والكلية فى الوجه الثانى ، منظور فيه
اذ يرد عليهما اولا ، ان الوقف يحتاج الى القبول مطلقا محل اشكال ، بل
الظاهر عدم الاحتياج حتى فى الاوقاف الخاصة ، بل العامة ، لعدم الدليل
على ذلك ، وثانيا ان عدم دخول شىء فى ملك انسان بلا رضاه كثير فى
الشرع كالارث وحيازة المباحات ، على قول من لا يرى القصد ، خصوصا فيما
اذا نبع فى ملك الانسان ماء او معدن او نحوه ذلك وهكذا بالنسبة الى البطون
اللاحقه ، فانه لم يقل احد احتياجه الى قبولهم ، واستدل لكونه ليس بعقد
مطلقا بالاوقاف المرويه عن النبي والزهراء وعلي والصادق والكاظم

عليهم الصلاة والسلام فانها لم يذكر فيها القبول اطلاقاً ، ولو كان القول شرطاً ، كان من تأخير البيان عن وقت الحاجة بالاضافة الى اصاله عدم اشتراط القبول ، بل الظاهر انه نوع من الاخراج عن الملك ، او ربط فائدته بانسان او شئاً او جماعة خاصة ، واستدل للتفصيل ، بان مثل وقف المسجد تحرير للملك ، فلذا لا احتياج الى القبول ، اما مثل وقف الذرية فهو تعامل بين الواقف والموقف له ، او المتولى فهو عقد .

اقول الظاهر الاول و لو شك فاصالة عدم الاحتياج الى القبول محكم ثم ان ظاهر ما دل على ان الوقف تحبب الاصل ايضاً ، يؤيد كونه ايقاعاً لا عقداً ، ثم لعل ثمرة العقد تحبب الاصل ، ام انه نفس العقد ، الظاهر الثانى ، فان الوقف عبارة عن تحبب الاصل ، وقد عرف بعض الفقهاء الوقف بانه تحبب الاصل و تسهيل المنفعة اخذاً من النبوى حبس الاصل و سبب المنفعة والظاهر ان المناقشة — فى التعاريف اشبه بكونها لفظية ، اذ المراد من هذه التعاريف الاشارة الى الحقيقة المعلومة فى الازهان ، وهى المرجع لى النزاع والشك لا الالفاظ المذكورة فى التعاريف ، وان أصر جماعة على اعتبار المانع والجامعية فى التعاريف ، واشكلوا على الجواهر والكفاية للاخوند الذين يريان غير ذلك .

ثم هل يصح وقف اصل لا منفعة فيه ، او منفعة لا اصل لها ، ظاهر التعاريف عدم ويؤيده النبوى ، و ظاهر اوقاف المعصومين ، فلو اجر المالك داره ، التى لا تبقى اكثر من مائة عام ، لمدة مائة عام ، ثم وقفها لم يصح الوقف ، لانه اصل بلا منفعة ، ولو وقف المستأجر الاجرة ، لم تصح ايضاً ، لانها منفعة لا لاصل لها ، وبذلك قال غير واحد من الفقهاء ، و يحتمل الصحة فيهما ، اذ الوقف امر عرفى ، ولم يعلم زيادة الشارع على الامر

العرفى ، الا فيما تيقن من ذلك ، والمنفعة تقبل التسبيل عرفا ، فيشملها الاطلاقات ، مثل الوقوف حسب ما وقفها اهلها ، والاصل الفاقد للمنفعة حاله حال الملك ، فكما يقال بصحة كونه ملكا ، كذلك يلزم ان يقال بصحة كونه وقف ، اذ الوقف عبارة عن التحديد للملك او التحرير له .

نعم اذ اثبت ان الشارع فى مورد خاص جعل كيفية خاصة كالمسجد حيث ان المستفاد عرفا من الادلة عدم معنى لمسجد لا منفعة فيه ، لا يصح وقفه اذا كان مسلوب المنفعة ، اما فى ما عدا ذلك ، فحاله حال الملك المسلوب المنفعة بايجار او نحوه ، وعلى هذا فلو وقف المالك الاصل والمستاجر المنفعة صح فتأمل .

مسئله : ٢- هل الوقف يحتاج الى اللفظ ام يصح فيه المعاطاة المظهرة للقصود ، كما اذا تعارف بناء المسجد ثم فتح بابا للمصلين ، او شراء الفرش وفرشه فى المسجد ، او اعطاء الدار الى الولد الاكبر ، فى وقت خاص علامة لكونها وقفا للذرية ، احتمالان : من قوله عليه السلام : انما يحلل الكلام ، و يحرم الكلام ومن ان الاعمال بالنيات واصالة عدم الاحتياج الى اللفظ ، و يؤيده ظاهر بعض الادلة الدالة على اوقافهم عليهم السلام ، حيث ان الظاهر انهم اکتفوا بالكتابة ، بل يشمله اطلاق ادلة الوقف ، وما قالوه من انه لا اعتبار بالكتابة ، يراد به الكتابه التى لم يعلم هل انها صدرت مقترنه بالنية ام لا ، والا فالعرف يرى الاعتبار بالكتابة ، فيما اذا تورنت بالنية فيشمله اطلاقات الادلة ، كما يؤيد عدم الاحتياج الى اللفظ ايضا كون الوقف كسائر العقود التى لا تحتاج الى اللفظ على قول المشهور ، بل يجرى فيها المعاطاة ، والحاصل كفاية النية والمظهر ، وعلى هذا فالتكلم حول الالفاظ الصريحة وغيرها انما ينفع لأجل ما اذا شك فى انه هل اراد

الوقفام لا ، اما اذا علمنا انه اراد الوقف وشكنا في صراحة المظهر ، و
عدم صراحته ، كان اللازم القول لصحته وقفا ، قالوا والالفاظ الصريحة وقفت
وحبست وسبلت ، اوردها في الروايات وفهم العرف منها ذلك ، وقيل
بان اللفظ الصريح هو الاول ، اما اللفظان الاخران ، مثل حرقت ونحوه
فهى مجازات ، والثانى اظهر .

ثم ان قلنا بالاحتياج الى اللفظ ، فهل يحتاج الى العربية ، قيل نعم
لانه الذى ورد في الروايات ، فانعقاد الوقف بما عداه مشكوك فيه ، والاصل
العدم ، وقيل لا ، لان الائمة كانوا يتكلمون بالعربية ، فلم يدل الدليل
على الخصوصية ، فالاطلاقات محكمة ، والاصل عدم الاحتياج الى العربية
بل هو القاعدة مطلقا ، فيما لم يعرف الخصوصية ، ولذا ذهب المشهور الى
كفاية سائر اللغات فى العقود ، الا ما يحتاط فيه ، كالنكاح ونحوه ، بل فى
النكاح وغيره ايضا ، محل اشكال للاطلاق من غير مقيد وربما يؤيده استبعاد
ان الشارع الزم الناس الذين لهم لغات مختلفة ، باتباع لفظ خاص فى
معاملاتهم الجارية ، كل ان بل هو ضرب من التحمل .

نعم فى مثل الاذان والصلاة والتلبية ونحوها ، لا شك فى لزوم العربية
ولا يعتنى بما رواه العامة ، من ان النبى صلى الله عليه وآله اجاز لسلمان
الفارسى ان يصلى قومه باللغة الفارسية ، لعدم ثبوته من طرفنا ، ولو ثبت
لا يمكن التعدى عنه ، الا فيما اذا كان حاله حال صلاة الاخرس او لمصلحة
اهم من باب الاهم والمهم ، وكيف كان فموضع المسئلة غيرما نحن فيه ، فتأمل .
مسئلة : ٣- هل يشترط قصد القرية فى الوقف ام لا ؟ قيل نعم بل نسب
الى غير واحد من الاصحاب ، وقيل لا ، وذهب اليه جماعة ، استدل
للالو باصالة عدم انعقاده ، فيما لو شك فى انعقاده ، بدون قصد القرية

و بدعوى الغنية الاجماع عليه و بذكر القرية فى روايات ووقوفهم عليهم السلام و باطلاق الصدقة عليه فى غير واحد من الروايات و الصدقة تحتاج الى القرية لما ورد من الصحيح لا صدقة ولا عتق ، الا ما اريد به وجه الله عزوجل و ناقش القائل بعدم الاحتياج فى الكل اذ الاصل محجوج باصالة عدم الاشتراط ، بعد شمول الاطلاقات ، لما اذا لم يقصد القرية ، كقوله عليه السلام حبس الاصل ، وسبيل الثمرة ، و قوله صلى الله عليه و اله الوقوف على حسب ما وقفها اهلها و غيرها ، و دعوى الاجماع محل نظر صغرى و كبرى خصوصا اجماعات امثال الغنية ، بل فى الجواهر خلوكثير من عبارات الاصحاب المشتملة على بيان الشرائط عنه و ذكر القرية فى ووقوفهم عليهم السلام لا يدل على الاشتراط ، ان هو اعم من الاشتراط ، او استحباب .

نعم عدم ذكر شىء دليل كما تقدم فى مسئلة القبول ، و كون الوقف صدقة ان اريد الصدقة بالمعنى الاعم فلا اشكال فيه ، لكن كل صدقة تحتاج الى القرية اول الكلام ، فان الصدقة قد اطلقت فى الاخبار على الاشياء كثيرة كقولهم عليهم السلام تنحية الاذى عن الطريق صدقة ، و الكلمة الطيبة صدقة و هكذا و ان اريد الصدقة بالمعنى الاخص المحتاجة الى القرية ، فهو اول الكلام ، و الرواية ظاهرة فى نفي الكمال او خاصة ببعض الاقسام ، و يؤيد ذلك ما ذكره ، من صحة وقوف اهل الكتاب و من اشبه ، مع انه لا يتمش من بعضهم القرية او لا يقصدونها .

نعم لا اشكال فى توقف الثواب الكامل على القرية .

و الحاصل ان الوقف حاله حال البيع او الطلاق فى عدم الاحتياج الى القرية .

مسئلة : ٤ - هل يشترط صحة الوقف بالقبض فاذا لم يقبض قبضا صحيحا ، بان

كان باجازه المالك لم يصح الوقف، او القبض شرط لزوم الوقف، فاذا لم يقبض لم يكن لازما، وان كان صحيحا ولا يشترط الوقف بالقبض اصلا احتمالات: ذهب غير واحد الى الاول، بل ادعى عليه الاجماع، واخرون الى الثانى، وظاهرهم الاجماع على الاحتياج، الى القبض فى الجملة اما شرطا فى اصل الصحة، او شرطا فى اللزوم والنتيجة بين القول تظهر فى ما اذا لم يقبض فله الرجوع، اذا كان القبض شرط اللزوم، اما اذا كان شرط، الصحة، فلم يقع شئ فحاله حال الايجاب بدون القبول، وفيما اذا قبض بعد مدة فان النماء المتخلل للواقف بناء على كون القبض شرط الصحة، و للموقوف عليه، بناء على كونه شرط اللزوم، والاحتمال الثالث، هو عدم الاحتياج الى القبض وهذا هو الاظهر عندنا، ان لم يكن اجماع حجة وذلك لاطلاقات ادلة الوقف، كقوله عليه السلام: حسب الاصل وسبل الثمرة وقوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما وقفها اهلها، ولانه لو كان عقدا شمله دليل ((اوفوا بالعقود)) . ولو كان ايقاعا شمله، انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - على بعض التفاسير - فحاله حال الطلاق والعتق ونحوها فى اللزوم بمجرد اجراء اللفظ، ولظاهر وقوفهم عليهم السلام، حيث لم يذكر فى شئ منها القبض، مع انها غالبا، فى صدق ذكر جميع الخصوصيات، ولاطلاقات ادله، من بنى مسجدا بنى الله له بيتا فى الجنة، وصدقة جارية وما اشبه ذلك، بل يشمله فيما اذا قصد القرابة دليل ما كان لله فلا رجعة فيه، بل القول بان فى الاوقاف العامة كالمسجد يكون قبضه بصلاة المصلين، او بتسليم المتولى فيما اذا جعل له متول خاص او الحاكم الشرعى اذا لم يكن له متول خاص شبه التحمل، لعدم استفادته من النص وبعده عن اذهان المتشعبة، فهل يأتى فى ذهنبهم ان المسجد

إذا بنى وكمل وقصد به القرية ، كان للباني الرجوع إذا لم يصل فيها حد فإذا
صلو فيه لم يكن له الرجوع ، وإذا شك في اشتراط القبض كان الاصل
العدم .

استدل لاشتراط القبض في الصحة أو اللزوم ببعض الروايات ، كصحيح
صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام قال : سئلته عن الرجل يقف
الضيعة ، ثم يبدو له ان يحدث في ذلك شيئاً ؟ فقال : ان كان وقفها لولده
ولغيرهم ، ثم جعل لها قيميا لم يكن له ان يرجع فيها ، وان كانوا صغاراً
وقد شرط ولا قيميا لهم حتى بلغوا فيجوزها لهم ، لم يكن له ان يرجع
فيها ، وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ، ولم يخاصموها حتى يحوزوها
عنه وقد بلغوا وعن الاسدي ، فيما ورد عليه من جواب مسأله ، عن محمد
بن عثمان التمرى ، عن صاحب الزمان عليه السلام واما ما سئلت عنه من
الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه ، فكل ما لم يسلم
فصاحبه فيه بالخيار . وكما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج ، او لم يحتج
اقترا اليه او استغنى عنه ، الى ان قال : واما ما سئلت عنه ، من امر
الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعه ، ويسلمها من قيم يقوم فيها ويعمرها
ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقي من الدخل
لناحيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة ، فيما عليها انما لا
يجوز غير ذلك ، وفي كلا الحدين نظر . اما الاول فلانه يشتمل على فقر
ثلاث : فلاول تدل على ان المعيار جعل القيم وعدمه لا القبض وعدمه .

والثانية : مجملة لمكان حتى ولمكان المقابلة بالفقرة الثالثة .

والثالثة ظاهرها ان الاولاد لهم حق المخاصمة في الاستيلاء على ما
وقف ، ومن المعلوم انه لو كان له الرجوع لم يكن لهم حق المخاصمة و اذا

خاصوا لم يكن لهم ، وقد رجع .

نعم في الحديث اشعار لكنه لا يصل الى حد الدلالة ، واما الحديث الثانى فهو ضعيف السند ، فلا يتمكن ان يقاوم القاعدة المتقدمة والاصل مضافا الى معارضته بما عن الدعائم عن الصادق عليه السلام ، انه سئل عن الصدقة قبل ان يقبض ؟ فقال : اذا قبلها المتصدق عليه ، او قبلت له ان كان طفلا جاز قبضت او لم تقبض ، وان لم يقبل فليس بشئ حتى يقبل .

ثم انه على تقدير التسليم فالموضوع خاص بما كان مثل التملك ، لا مثل التحرير ، كالمسجد ونحوه ، وعدم القول بالفصل لا ينفع بعد معلومية الاستناد ، كما ان الاستدلال لاشتراط القبض فى الصحة او اللزوم باخبار بطلان الصدقة بالموت قبل القبض متوقف على وحده المناط فى الوقف و الصدقة ، او القول بان الصدقة فى الروايات يراد بها خصوص الوقف ، والاعم منهما وكل ذلك محل اشكال ، هذا ولكن الانصاف ان رفع اليد عن اشعار الروايتين ، بعد فهم المشهور مشكل جدا ، وان كان رفع اليد عن القواعد اشكل ، وهناك جملة من الروايات ذكرها الوسائل والمستدرک فى هذا الباب ، وفى الباب الذى تلاه ، لكن دلالتها على احد طرفى المسئلة مشكلة ، ولذلك لم نذكرها ، كما لم يذكرها الجواهر ،

ثم انه اذا كان لا بد من الالتزام بقول المشهور ، فالظاهر ان القبض شرط اللزوم لا شرط الصحة لظهور لفظ الخيار ونحوه فى عدم اللزوم لا فى عدم الصحة .

مسئلة : ٥- يشترط فى الوقف التنجيز بلا اشكال ولا خلاف ، وذلك لانه الكيفية المتلقاة من الشارع ، والا فالعرف لا يرى باس بالتعليق ، ولو

لا الدليل المتقدم ، كان القول بالصحة في المتعلق ، سواء كان تعليقا على امر قطعى الوقوع كطلوع الشمس او محتمل الوقوع كقدوم زيد ، متعينا لان العرف لا يرى مانعا من ذلك ، فيشمله عموم دليل الوقف ، فحال الوقف حال الطلاق ، والعتق والابراء في عدم صحة التعليق ، ويكفى في وقف الاخرس الاشاره ، ان قلنا باشتراط اللفظ ، والا فالخرس وغيره سواء من هذه الجبهه ، ولو شك في حصول الوقف وعدمه ، كان الاصل العدم ولو اجراه مسلم ، ثم شكنا في صحته ، كان اصالة حمل الفعل على الصحة محكمة وهل يشترط في الوقف التأييد ، قال جماعة نعم ، لانه الكيفية المتلقاة من الشرع ، وللتصريح بذلك في اوقاف الائمة الطاهرين عليهم السلام ، وقال آخرون لا بل يكفي المقدار الذى جعله ، كما لو وقف مكانا لان يكون مسجدا لمدة ثلاثين سنة ، او مائة سنة ، لاطلاق الادلة ، وما فى كلام الائمة مورد والمورد لا يخص ومال صاحب العروة ، وبعض المعلقين الى الصحة فيصح ان يوقف ما استاجر مائة سنة مثلا مسجدا ، ويكون له حكم المسجد فى هذه المدة .

ثم ان الذى استظهرناه فى بعض المسائل فى شرح العروة ، ان الوقف لا يبقى وقفا الى الابد ، لان الملك لا يمتد كذلك ، بل ما دام يصدق الملكية ، عرفا فى طول الزمن ، فكما انه اذا ملك الانسان دارا ، ثم خربت القرية وابتداهلها ، يسقط اعتبار الملكية عرفا ، لان العرف يرى المالكية الى تلك المدة ، وبعدها لا ملكية ، كذلك بالنسبة الى طورى الملكية كالاجارة والوقف والوصية ، وغيرها ، وما ذكر من لفظ الابد فى الفاظ الروايات ، يراد بها المدة الطويلة ، كقوله سبحانه ((خالدن فيها مادامت السماوات والارض)) وكيف كان فحل المسئلة غيرما نحن فيه ، وعليه

فلا دليل على بقاء اثار المسجد او المدرسة او سائر الموقوفات ، بعد ان صارت جزء الشارع ، او سقط المحل عن الانتفاع ، كمسجد ابي دلف ، ومسجد الملوية فى سامراء وغيرها ،

مسئلة : ٦- اذا تم الوقف بشرائطه لا يصح الرجوع فيه ، بلا اشكال ولا خلاف ، الا عن بعض العامة ، ويدل عليه مضافا الى اطلاق ادلة الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، والى وقوف الائمة الطاهرين الظاهرة فى عدم جواز البيع ، وما ذكره الامام امير المؤمنين عليه السلام فى اجازته ببيع الوقف ، للحسن عليه السلام ، فانه خاص بصورة الشرط ، ولا مانع من ذلك كما سيأتى فى مسئلة من شرط بيع الوقف ، لبعض الروايات ، كخبر ابن راشد قال : سئلت ابا الحسن عليه السلام ، قلت : جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف ؟ فقال : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الغلة فى ملكك ، ادفعها الى من اوقفت عليه . قلت : لا اعرف لها ربا . قال : تصدق بغلتها ، الى بعض الروايات الاخر ، هذا ولكن الانصاف لولا دعوى الاجماع ، بل الضرورة كما فى الجواهر ، كان القول بجواز البيع ، فى صورة كون الوقف ، من قبيل وقف الذرية ، لا من قبيل الوقف المطلق كالمسجد والحسينية ، كما ذهب الى ذلك ابن ادريس فيما يحكى عنه ، موجهها لورود جملة من الروايات بذلك كخبر بن مهزيار ، قال : كتبت الى ابي جعفر الثانى عليه السلام ان فلانا ابتاع ضيعة فاقفها وجعل لك فى الوقف الخمس ويسئل عن رايك فى بيع حصتك من الارض او تقويمها على نفسه بما اشتراها ، او يدعها موقوفه؟ فكتب الى اعلم فلانا انى امره ان يبيع حقى من الضيعة وايصال ثمن ذلك ، الى وان ذلك رأى انشاء الله او يقدمها على نفسه ، ان كان

ذلك اوفق له ، و الرواية صحيحة ، و بعض التأويلات و التوجيهات ، فيها خلاف الظاهر .

و فى خبر جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام قلت : فلورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض (اى ارض الوقف) ان احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا كلهم ، و كان البيع خيرا لهم باعوا .

و فى خبر الحميرى عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه ، اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه ، و اذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين انشاء الله . الى بعض الظواهر الاخر ، و ما فى جملة من صدقات الائمة عليهم السلام من قوله عليه السلام : صدقة لا تباع و لا توهب . فالظاهر من اللفظ انه على نحو التقييد لا على نحو المبهية ، و لو شك كان ما ذكرناه من الروايات محكمة ، و يؤيد ما ذكرناه من انه ليس على سبيل المبهية صحة الاشتراط لبيعه ، كما سيأتى هذا و لكن لا محيد عن المشهور ، و الله العالم .

مسئلة : ٧- لو وقف فى مرض الموت ، فالظاهر الذى عليه المتأخرون انه يخرج من الاصل لا من الثلث ، كما قال بذلك غير واحد ، لما حققناه فى محله من ان منجزات المريض من الاصل ، فراجع كتاب الحجر لتجد تفصيله نصا و فتوى ، و بعد ذلك لا حاجة الى ما ذكره الشرائع و الجواهر من التفصيلات فى المسئلة ، بناء على انه من الثلث ، و قد ذكر الجواهر هنا بالمناسبة كيفية القرعة و لها كيفيات ، فلو و كل ثلاثة ، لان يوصى كل واحد عنه و صايا - ان قلنا بان الوصية تقبل الوكالة - ثم مات و كانت الوصايا اكثر من الثلث ، و شككنا فى التقدم و التقارن و المعية ، و اردنا تعيين الامر بالقرعة

فلها صور، منها ان يطرح ثلاث رقايع في احدهما المتقدم، وفي الثانية المتقارن، وفي الثالثة الامران - اى تقدم بعض على بعض و تقارن بعض لبعضه معا - فان خرج المتقدم، اقرع في المقدم مثلاً كانت الوصية بالعتق والوقف والصدقة، فكتب اسم كل واحد في رقعة فايها خرج اولاً قدم، ثم ما خرج ثانياً، وان خرج التقارن عمل بحكم التقارن من تقسيم المال بينها بالنسبة او غير ذلك، وان خرج معا، اقرع ثانياً بثلاث رقايع يكتب فى احدها العتق والوقف، وفي الثانية العتق والصدقة وفي الثالثة الوقف والصدقة، فايها خرج تدل على المعية فى الخارج، ويبقى فى ان المنفرد الباقي كان مقدماً على الزوج او مؤخرًا فيقرع ثالثاً على رقتين فى احدهما يجعل الزوج، وفي الثانية يجعل الفرد، فايها خرج مقدماً، كان الحكم له، وصور المسئلة كثيرة خصوصاً، اذا انضمت اليها بعض الفروض مثلاً، اذا خرج فى المثال الفرد اولاً، ثم كان الشك اكثر من الفرد، فهل يقرع ثانياً بين الزوج او يقسم باقى الثلث بينهما ام غير ذلك، ولا يخفى على الذكى استخراج المسئلة بكل شقوقها و صورها .

مسئلة : ٨ - يدخل فى الموقوف كلما جرت العادة بدخوله، اذا قال اللفظ، ولم يقصد الا ما يقصده العرف من اللفظ، ولو قصد شيئاً خاصاً حصر الوقف فيه، سواء كان ازيد من المتفاهم عرفاً، او انقص، فلو وقف شاه فالمتعارف دخول الصوف واللبن فى الضرع فى الوقف، ولو اوقف دجاجة فالمتعارف دخول البيضة فيه، ولو اوقف شاة حاملة، فهل يدخل الحمل ام لا ؟ الظاهر الرجوع الى عرف الواقف او قصد الواقف، ولو شك كان الاصل العدم، ولو وقف الشجرة وكانت فيها ثمرة، فهل تدخل فى الوقف ام لا ؟ قيل لا تدخل، لان الثمرة لا بقاء لعينها، وقيل تدخل

كالثمرة المتجددة ، والظاهر انه لا مانع من دخولها ، وانما الكلام فى الرجوع الى عرف الواقف او قصده ، ولو وقف بئرا كان مائها الموجود فعلا وقفا ، وكذلك لو وقف نهرا ، ولو وقف اجمة فهل ان السمك داخل فيه احتمالا ن : والظاهر الدخول الا ان يقصد خلافه ، ولو وقف شجرة فالاعصان الزائدة داخله ، ولو وقف دارا فيها التلفون والكهرباء وانايب الماء والغاز ، دخل الكل ، الا اذا كان عرف بخلافه او قصد خلافه ، وهل تدخل المراوح السقفية والمبردات والثلاجات وما اشبه ، احتمالا ن و يحتمل الفرق بين الثلاجة فانها تعد منفصلة بخلاف المروحة فانها تعد متصلة ومن التوابع ، ولو وقف سيارة فيها نפט و بانزين كان حالهما حال الحمل ولو وقف حاملا من جده ، مثلا فالكلام فى الحمل كالكلام فى حمل الدابة ولا فرق فى الحمل بين ان يكون واحدا او اكثر ، ولو تنازع المتولى او الموقوف عليه ، والواقف فى الدخول وعدمه فاحتمالا ن : الرجوع الى العرف فى اخذ ظاهر اللفظ منه ، و سماع دعوى الواقف فيما اذا قال انه لم يقصد الحمل وما اشبه ، لانه لا يعرف الا من قبله .

مسئلة : ٩- لا يشترط علم الواقف بخصوصيات ما وقفه ، ولا علم الموقوف له ، ولا المتولى ، كل ذلك لاصالة عدم الاشتراط ، خصوصا فى الموقوف له ، والمتولى ، فانه لم يتعارف علمهم ، بل المتعارف ، عدم علمهم خصوصا فى البطون اللاحقة .

نعم يحتمل الاشتراط بالنسبة الى الواقف لقوله عليه السلام ، نهى النبى صلى الله عليه واله عن الغرر . لكنه فى غير موضعه كما لا يشترط القبض للواقف فلو اشترى شيئا ، ولم يقبضه صح وقفه ، لاصالة عدم الاشتراط ، الا اذا كان القبض من مقومات الملك ، فانه لا يصح الوقف حينئذ ، لانه لا وقف الا فى ملك

ولو ظنه الواقف اقل او اخص ، فظهر اكثر او احسن ، كما لو وقف داره ظانا انها تسوى بالف فظهر انها تسوى بعشره الاف ، فان كان من باب التقييد ، لم يصح الوقف ، لانه فى الحقيقة لم يقف هذا ، وان كان من باب الداعى ، صح على نحو ما ذكره فى شراء شىء للضيف ، فانه ان قيد الشراء بوجود الضيف ، كان له الابطال لفقدان الشرط ، وان كان داعيه وجود الضيف ، لم يصح الابطال ، ولو وقف على زيد وعقبه بظن انه صديقه فظهر كونه عدواً كان من مسألة اختلاف الوصف والاشارة •

نعم لو صار عدواً بعد ان كان صديقا لم يكن وجه لبطلان الوقف ، ولو خرج الموقوف عليه عن الصلاحية ، كما لو ارتد سقط هو عن كونه مصرفا ، وانقل الوقف الى عقبه ، ولو لم يحصل له عقب بعد صار من مسألة منقطع الوسط ولو وقف على عنوان وتكرر دخول انسان فى ذلك العنوان وخروجه منه ، لم يضر ، كما لو وقف على سكنى الزائر : فانه كلما جاء زيد للزيارة حق له السكنى ، او كلما خرج عن عنوان الزائر •

مسئلة : ١٠ - الدين والمنفعة والكلى والمبهم والمردد ، قال المشهور بعدم صحة وقفها ، فلو كان له فى ذمة عمرو دارا او جارية او شيئا مثليا ، لم يصح وقفه ، كذلك اذا اجر دارا مائة سنة لم يصح وقف الدار ، او اراد وقف منافع بستانه الى الابد لاعينها ، وكذلك اذا قال وقفت عبدا صفته كذا وكذا ، وكذا الوقال وقفت شيئا او قال وقفت احد العبدين او احد الدارين مثلا و استدلو لذلك ، بانصراف الاطلاقات ، وبان اوقاف الائمة لم تكن احداها و بالاجماع الذى نقله الرياض عن الغنية فى الدين والمنفعة والمبهم ، وكذلك دعوى جامع المقاصد ، الاتفاق على عدم الصحة فى الدين وفى المطلق كغرس غير المعين ، وبان المنفعة ، ليست داخلة فى ادلة الوقف القائلة

حبس الاصل و سبب الثمرة ، و بان الكلى و المردد و المبهم لا تهىء فيها فعلا للمنفعة و التهىء الفعلى شرط لظاهر لفظ الثمرة الوارد فى دليل الوقف ، و بان حال هذه الخمسة حال ما لم يملكه بعد ، كما لو اوقف الابن ما يرثه فى المستقبل من الاب ، و بانه غرر فى مثل المبهم ، و قد نهى النبى صلى الله عليه و اله عن الغرر ، هذا و لكن فى الكل ما لا يخفى ، اذ الانصراف لو كان فهو بدوى خصوصا بعد روية العقلاء صحة هذه الاوقاف ، اذ الوقف كما تقدم عقلاى ، قد امضاه الشارع ، فكلما لم نحقق شرطا زائدا من الشارع كان اللزوم الرجوع الى المقدار العقلاى و اوقاف الائمة عليهم السلام لم تكن حاصرة بل من باب المصداق ، فاذا شمل الدليل لمثل هذه الاوقاف لم تكن بذلك بأس ، و الاجماع محل نظر صغرى و كبرى ، و عدم دخول المنفعة على تقدير تماميته انما ينفع فى المنع عن وقف المنفعة فقط ، بالاضافة الى عدم تمامية الدليل اذ المقصود من الوقف الانتفاع ، كما هو عقلاى فاذا حصل الانتفاع كفى ، و يشمله دليل الوقف نحو الوقوف ، حسب ما يقفها اهلها ، فعدم شمول مثل حبس الاصل ، و سبب الثمرة غير ضار ، و عدم تهىء الثلاثة الكلى و المردد ، و المبهم للمنفعة الفعلية يرد عليه ، بالاضافة النقض بالمشاع الذى لا تهىء له فعلا ، مع انه يصح وقفه اجماعا كما حكاه غير واحد ان التهىء الفعلى لا دليل عليه ، فكما تصح اجارة الكلى و بيعه و ما اشبهه ، يصح وقفه و لفظ الثمرة لا يدل على التهىء الفعلى ، و اى دليل على ان حال الخمسة ، حال ما لم يملك و الحال ان صاحب الخمسة مالك بالاضافة الى ما ذكره جمع من الفقهاء ، من صحة بيع ما لم يملك فضولا فراجع مكاسب الشيخ (ره) و غيره ، و لا دليل على تمتش الغرر ، فى مثل يكون كالمجانى فحال الوقف حال الاقرار ، كما اذا قال له على شىء ، حيث

يستفسر ويؤخذ بتفسيره ، وكذلك فى المقام ، يلزم عليه التعيين ان قلنا بان القبض غير شرط فى اللزوم والاجاز لما لتعيين، و جاز له الابطال •
 وكيف كان ففى ما ذكر من الادلة مناقشة واضحة خصوصا ، بعد ان كان الوقف عقلاييا ، وشمله الاطلاق ، لكن مخالفة المشهور مشكلة ، خصوصا بعد ان لم تكن هذه الاقسام متعارفة ، مما يسبب الشك فى شمول الاطلاق لاحتمال الانصراف ، ثم الظاهر بناء على ما تقدم من صحة اوقاف الاقسام الخمسة ، صحة وقف الحقوق ، كحق التحجير وحق الترجمة والطبع والنشر ، وحق الصوت ، وحق الاختراع وغيرها من الحقوق المستحدثة ، ان قلنا باصل هذه الحقوق فاذا الف انسان كتابا وجعل حق طبع لنفسه ، جاز له ان يقف ذلك فى امر خيرى ، حتى اذا حصل ربح ، صرف فى ذلك الامر الخيرى ، وكذلك اذا قرء انسان فى مسجلة ، ثم اوقف حق الانتفاع منه او حق الاخذ منه الى مسجلة اخرى ، وهكذا •

مسئلة : ١١ - لاشكال فى صحة وقف المشاع ، قال فى الجواهر : بلاخلاف اجده فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه . ويدل عليه بالاضافة الى الاطلاقات جملة من النصوص الواردة فى الصدقة ان قلنا بشمولها له ، والا فالمناط كاف فى المقام فعن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن دار لم تقسم فتصدق بعض اهل الدار بنصيبه من الدار؟ فقال : يجوز • قلت : ارايت ان كان هبة؟ قال : يجوز •

وعن ابي بصير قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن صدقة ما لم يقسم ولم يقبض؟ فقال جائزة انما اراد الناس المنحل فاطفاء •
 وعن عبد الملك عن ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل يتصدق بنصيب له فى دار على رجل؟ قال : جائز وان لم يعلم ما هو وهاتان السروايتان

تنفعان في مسئلتى عدم القبض وعدم لزوم الخور بالجهالة .
وعن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام ، فى الرجل يتصدق بالصدقة
المشتركة ؟ قال : جائز . الى غيرها من الروايات المذكورة . فى الوسائل و
المستدرک فى هذا الباب .

ثم الظاهر ان الكلى فى المعين من باب المشاع لا من باب الكلى الذى
منعوا عن الوقف فيه ، فانه نوع من الاشاعة ايضا ، فلا فرق فى صحة الوقف ،
ان يكون له نصف الدار مشاعا فيوقفها ، ثم يفرز حق الوقف من غيره ، وان يكون
له نصف الدار كليا فى المعين فيوقفها ، والفرق ان الاول منتشر فى جميع
اجزاء الدار ، حتى اذا تلف جزء كان من الشريكين و هذا يمكن فى باب
الارث و نحوه فاذا ورث ابنان دارا او اشترياها كان كل جزء جزء مشتركاً
بينهما .

والثانى : يمكن فى باب البيع للبعض عن المالك و نحوه ، فلو اشترى زيد
من عمرو نصف داره كان له نصف الدار على نحو الكلى فى المعين فاذا تلف
بعض اجزاء الدار ، ذهب من كيس البائع لا المشتري ، وتوضيح المسئلة فى باب
المكاسب ، فراجع .

مسئلة : ١٢ - يصح وقف العقار و الثياب و الدراهم و الدنا نيرة ، اذا فرض
لها نفع كوضعها فى الحانوت للاعتبار و سائر ما يمكن الانتفاع به ، كما يصح
وقف السنور و الاسماك و الطيور و السباع مما له نفع ، ولو للزينة ، وجعلها
فى حديقة الحيوانات ، و يصح وقف الكلب للانتفاع به ، سواء كلب صيد او
ماشية ، او حائط او اجرام او غيرها .

نعم لا يصح وقف كلب الهراش لعدم الانتفاع به ، ولا فرق فى ذلك بين
ان نقول بملك الانسان للكلب اوله حق الاختصاص فقط ، ان قد تقدم ان حق

الاختصاص كاف في صحة الوقف وهذا مما يؤيد ما ذكرناه في المسئلة السابقة من عموم ادلة الوقف لامثاله ، وهل يصح وقف الخنزير اذا فرض له نفعاً عقلائى كالزينة و الانتفاع بشعره في صنع الحبل و بجلده بعد الموت في الاستقاء ، وبلحمه في اطعام الكلاب و بشحمه في التدهين ، او فرض امكان ترويضه للحراسة ، قيل : لا لانه لا يملكه المسلم ، وفيه نظر ، اذ عدم الملك لا يلزم عدم صحة الوقف ، كما ذكروا في وقف الكلب وعدم صاحب الجواهر عدم الخلاف منظور فيها اذ حتى لو كان اجماعاً ، كان مستنده مذكوراً في كلامهم فكيف ولا اجماع ، كما لا يخفى ، واذلا مانع من ذلك ، فدليل الوقف ، يشمل مع ذلك فالمسئلة تحتاج الى التأمل و يصح وقف العبد الكافر ، لانه يملك ولما فيه من النفع وكذلك الامة الكافرة ، وهل يصح وقف السمك في الماء والطيور في الهواء الظاهر التفصيل بين احتمال التمكّن منه احتمالاً عقلائياً ، فيما كان مملوكاً للواقف ، وبين عدمه ، اذ لا ملك و لاحق عرفاً حينئذ ، والوقف يتوقف على ملكية الواقف للموقوف ، او حقه فيه ، ونحوه العبد الابق ، واحتمال انه يصح وقفه مطلقاً ، لانه لا يخرج عن ملكه بالاباق ، كاحتمال عدم صحة وقفه مطلقاً ، لانه لا يقدر على تسليمه ، منظور فيهما ، اذ الملكية و الحقيقة امر عرفى فاذا ابق بما لا يرجى رجوعه ، فلانك عرفاً و لاحق ، والقدرة على التسليم فعلا في الوقف لا دليل عليه ، وان دلّ الدليل على ذلك في البيع فتأمل ، ولو وقف مالا يملكه ، فهل يصح الوقف فضولياً ، فان اجاز المالك جاز والالم ينفذ كما ذهب اليه محكى التحرير و اللمعة و الحواشى و شرح الارشاد و الروض و المفاتيح و المسالك و حسنه الشرائع وغيره ، او لا يصح احتمالان : ذهب الاولون الى اطلاق ادلة الوقف ، فاذا اجاز المالك صار كالوقف المستأنف ، كسائر العقود الفضولية ، ولا فرق بين العقد و الايقاع عرفاً فانهما يحتاجان

الى الكون والاستناد فكونهما من الفضول واستنادهما يحصل اذا اجازته المالك فاذا كان عقلائيا ، دخل تحت الادلة مضافا الى انه قسم من الصدقة التي دلت الادلة على صحتها من غير المالك ، في باب مجهول المالك ، و ذهب المانع ، الى ان الاصل عدم تمشى الفضولى فى الايقاع ، وانما دل ، الدليل عليه فى العقد ، بقياس الايقاع عليه مع الفارق بالاضافة الى اشتراط ، الوقف بقصد القرية ، ولا يمكن فى الفضول ، واذا قصدها المالك ، لم يكن متصلا بالوقف ، وفيه نظرا ان الاصل تمشى الفضولى لما ذكرناه فى دليل المجوز وقصد القرية ليس بشرط فى الوقف ، كما سبق ، وعلى تقدير كونه شرط ، فلان مانع من قصد الواقف والمالك ، حال الاجازة وعلى هذا فالقول بالجواز اقرب والنقض بالطلاق والعق ، وانه لا يتمشى فيهما الفضولى وكذلك الابراء فى غير مورده ، اذ لولا الدليل الخارج ، كالاحتياط فى الفروج ، لزم القول بذلك فى الكل .

مسئلة : ١٣ - الظاهر عدم صحة وقف من ينعقد عليه ، لان العتق يحصل بمجرد الملك ، فلا ملك يرد عليه الوقف ، والقول بالصحة ، لان المقصود من الانعتاق ان لا يبقى تحت ملك القريب ، لا وجه له ، اذ لم يعرف ان الحكمة ذلك ، كما ان الظاهر صحة وقف الكافر للعبد المسلم ، لوضوح استقرار ملكه له ، وانما يجبر على البيع لعدم السلطة ، والوقف قسم من الاخراج من السلطة .

نعم لا يصح وقفه للكافر للمناط ، وهل يصح وقف ام الولد ، احتمالا ان : من انها متشبهة بالحرية فلا يحق له ان يتصرف فيها الا بالتحريم ، ومن ما ربما يقال ، من ان الوقف لا يخرج عن ملك الواقف ، فاذا مات السيد اعتقت ، واذا مات الولد قبل موت السيد تأبدت ، لكن لا يخفى ما فى ذلك ، اذ الوقف ،

يخرج الشيء عن ملك المالك .

واما المدبر فلاشكال في صحة وقفه و ذلك لانه بعد في ملك المالك ،

فوقه ابطال لتدبيره ، ولذا ادعى الاجماع ، في محكى التذكرة على ذلك .

واما المكاتب ، فلايصح وقفه ، لانقطاع سلطنة المولى عنه خصوصا ، اذا

اعتق بعضه بالنسبة الى ذلك المقدار الذى اعتق ، ولو اوصى بماله صح وقفه

لان الوقف يبطل الوصية ، ولو تعلق حق الغير بالملك كالرهن و المفلس و

نحوهما لم يصح الوقف لعدم حق المالك في التصرف ، ومثله منذور الصدقة و

العبد الجانى لتعلق حق الغير به ولايصح ورود وقف اخر على الوقف وان كان

الواقف هو الموقوف عليه لانه لايمك التصرف فيه ، وتنقيح هذه

المباحث في كتاب المكاسب ، لوحدة الادلة في مسئلتى البيع والوقف غالبا .

مسئلة : ١٤ - يعتبر في الواقف البلوغ ، فلايصح وقف الصبي ، وان بلغ

عشرا على المشهور ، وقال جمع بصحة وقفه ، استدلالا بالطلاق الادلة

الدالة على الحجر على الغلام و الجارية قبل البلوغ ، التى منها قوله صلى الله

عليه وآله رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، بل وقوله تعالى ((وابتلوا اليتامى

حتى اذا بلغوا النكاح . فان آنستم منهم رشدا ، فادفعوا اليهم اموالهم)) فانه

قبل البلوغ و الرشد لايدفع اليه ماله ، اى انه محجور عن التصرف فيه فكيف

يمكنه الوقف ، و استدلال الاخرون ، بجملة من الروايات ، كرواية زرارة ، عن ابي

جعفر عليه السلام ، قال : اذا اتى على الغلام عشر سنين ، فانه يجوز في ماله

ما اعتق او تصدق او اوصى ، على حد معروف و حق ، فهو جائز .

وعن جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال : يجوز طلاق

الغلام ، اذا كان قد عقل و صدقته و وصيته وان لم يحتلم .

وعن الحلبي و ابن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن

• صدقة الغلام ما لم يحتلم ؟ قال : نعم اذا وضعها فى موضع الصدقة .

وعن الحسن بن راشد عن العسكرى عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام ثمان سنين ، فجاز امره فى ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك ، هذا واجاب الاولون عن هذه الروايات بعد سقوط الرواية الاخيرة ، لعدم عامل بها اطلاقا ، بالاضافة الى عدم حجية سندها ، بما عن جامع المقاصد ، بانها لا تصلح معارضا للمتواتر ، بل عن المسالك ، ان مثل هذه الاخبار الشاذة المخالفة ، لاصول المذهب ، بل لاجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس مثل هذا الحكم ، والانصاف ، ان هذا الجواب ، مخدوش فيه ، لكون هذه الروايات اخص من الادلة الدالة على اعتبار البلوغ وليست مخالفة لاصول المذهب ، كيف وقد عمل بها كثير من الاعاظم ، وقالوا بمثل ذلك فى الوصية ، بل ذهب معظم الاصحاب الى صحة وصيته ، حتى بالوقف ، واجاب اخرون بان المذكور فى هذه الروايات الصدقة ، ولا يعلم شمولها للوقف ، وهذا الجواب وان كان وجيها فى الجملة ، الا ان الظاهر من الصدقة الاعم ، الا اذا كانت هناك تريئة ولو الانصراف ، لكن الانصاف ان الاغماص عن هذه الروايات ، مشكل ومخالفة المشهور ، اشكل خصوصا ، وان روايات البلوغ ، مضطربة كثيرا ، فكل طائفة عينت حدا ، وان كان المشهور رواية وفتوى الاحتلام ، او بلوغ خمس عشرة سنة او الانبات ، فمن الممكن ان تكون هذه الروايات من طائفة الدالة على عشر سنين ، هذا بالاضافة الى انه اذا قيل بمقتضى هذه الروايات ، لزم تقييد روايتى جميل وابن مسلم برواية زرارة ، مع ان بين قد عقل ، فى روايتى جميل ، وبين اذا اتى على الغلام عشر سنين ، فى رواية زرارة عموما من وجه فيجب الجمع بين الامرين وهذا ما لم يقل به احد فتأمل .

ثم لو قلنا بضمون رواية العشر فالظاهر انه خاص بالغلام ، اذ المرءة عند العشر تكون بالغة ، وقبل العشر لا دليل على صحة وقفها ، الا رواية ابن واسد ، وهي شاذة كما لا يخفى .

ثم ان الظاهر تمام التسع والدخول في العاشرة لاتمام العاشرة و الدخول في الحادية عشر ، باحتمال ان قوله عليه السلام ((انا اتي)) بمعنى ((اذ اكمل)) .

مسئلة : ١٥ - يعتبر في الواقف العقل بلاخلاف ولا اشكال عقلا وشرعا ، وفي الحديث المتواتر المسلم رفع القلم عن المجنون حتى يستفيق ، واذا كان ادواريا صح وقفه في حال الافاقة ، كما انما اذا وقفه وهو عاقل ثم جن ، جاز للولى التسليم ولو وقفه وكيه في حال جنونه ، بطل لسقوطه عن الوكالة ، وانتقال الولاية الى الولى ، و لو وقفه الفضولى في حال جنونه فافاق و اجاز - بناء على جريان الفضولية في الوقف - فهل يصح بالنظر الى حال الاجازة ، ام يبطل بالنظر الى حال الوقف ، لان الامر راجع الى وليه ، الظاهر الصحة ، الا ان يكون الولى قد رد الوقف ، لما تحقق في مسئلة الفضولى ، من ان الاجازة بعد الرد لا ينفع ، وكذلك يشترط في الوقف الاختيار فلو اكره لم يصح ، ولو اضطر ، او فعل الوقف لمصلحة ، صح كما انه علم انما اذا لم يوقفها خذها لجائر فوقف اضطرارا ، او وقف لئلا يأخذون منه الضريبة ، بان كان الوقف للمصلحة ، وكذلك يشترط في الواقف الرشد ، فان الحجر انما يرفع بالرشد نصا واجماعا ، كما فصل في كتاب الحجر ، والسكران وشارب المرقد والمخدر ان وقف في حال ذهاب العقل لم يصح ، وان كانوا كاملى العقل صح ولو شك استصحب الحالة السابقة ، اذا لم يتبدل الموضوع ، والسفيه والمعتوه والانوك ان خرجوا عن الموازين العقلية لم يصح وقفهم ، والاصح ، والمرجع في التعيين العرف

مسئلة: ١٦- الواقف قد يجعل النظر لنفسه ، وقد يجعله لغيره وقد يجعله لهما ، او لمتعدد غيره ، وقد لا يجعل النظر لاحد ، و اذا جعل النظر لمتعدد ، فقد يجعله على نحو التشريك ، بان يقول ما اجتمعا فييه نفذاه ، وقد يجعله على نحو الترتيب ، بان يقول مادام زيد حاضرا فالنظر له ، و مادام غائبا فالنظر لعمرو ، وهكذا ، كل ذلك جائز ، وهنا فروع :

الاول : اذا لم يجعل النظر لاحد ، ففي الناظر احتمالات :

الاول : ان يكون للحاكم الشرعى لانه ولى مالولى له .

الثانى : ان يكون لنفسه ، لانه كان له الملك و النظر فاذا قطع الملك بقى النظر ، فله ان يزاو بنفسه ، او يعين اخر مكانه ، واستدل لذلك بالتوقيع اما ما سئلت عن امر الرجل ، الذى يجعل لناحيتنا ضيعة فيسلمها من يقوم بها السخ . و فيه انه من هذا الحديث ، مجمل فلا يمكن التمسك به .

الثالث : ان يكون للموقوف عليه فى الوقف الخاص لان الامر عائد اليه ،

و لعل الاقرب من الاحتمالات :

الاول : اذ قطع الملك ، يوجب قطع العلامة ببقاء النظر بلا دليل ، ولا وجه لكون النظر الى الموقوف عليه ، لانه لم يكن يملكه قبلا ، ولا انتقل اليه من المالك فكيف حازه بدون سبب ، لكن الاظهر ان القولية للموقوف عليه ، باعتبار انه له ، وللحاكم باعتبار انه ولى البطون والله العالم .

الثانى : اذا جعل النظر لمن انقطع ، كما لو جعل النظر لنفسه او غيره ثم مات ، مثلا انتقل النظر الى الحاكم ، لانه ولى مالولى له ولا دليل على ارث وارث المتولى ، واحتمال انه مشمول لما تركه الميت فهو لوارثه مردد بان الميت لم يترك هذا ، لانه كان يملكه بنفسه ملكا مقيدا به ، لا ملكا مطلقا .

الثالث : لا اشكال فى انه يصح ان يجعل النظر لنفسه و ان كان فاسقا

فان عمل بمقتضى الوقف فهو والا فهل يضم الحاكم اليه احدا ، او يستبد الحاكم بالوقف قولان ، من انه متولى ولا دليل على انه يعزل ، وانما للحاكم الضم ، لانه المولى و المأمور بعدم ضياع الحقوق ، وعدم مخالفة الشرع ، و من ان النظر انما هو للصالح ، فاذا لم يكن صلاح لم يكن نظر ، فواجه لبقائه ، لكن الاول اقرب ، بل هو المشهور على ما استفاد من كلماتهم .

الرابع: هل للواقف الحق في ان يجعل متوليا فاسقا ام لا ؟ قيل نعم لانه المالك ، لان يقف ، ولان يجعل الناظر ، فكما ان له الحق في ان يجعل لنفسه وكيفا فاسقا ، كذلك له الحق في ان يجعل متولى وقفه و القيم على اولاده والوصى لنفسه انسانا فاسقا ، وقيل لا للفرق بين الملك و الوقف ، فان الانسان له الحق في ان يهب ماله و يحلله .

اما الوقف فلا فاذا اراد الوقف لم يكن له ان يجعل الوقف في معرض التلف والضياع ، وكذلك بالنسبة الى القيم ، اذ لا يحق له ان يجعلهم فى معرض الضياع والفساد ، وهذا القول اقرب .

الخامس: هل يحق للواقف ان يجعل غير المسلم متوليا على الوقف ، احتمالا ان : فمن انه مالك فهو اولى بان يجعل من يريد ، واصالة عدم المانع في الكافر ، ومن انه سبيل للكافر على المؤمن ، سواء كان ، وقفا خاصا ام عاما ، ويحتمل التفصيل بين مثل الوقف الخاص ، كالوقف على الذرية ، ومثل الوقف العام كالمسجد و المدرسة ، بعدم الجواز في الثانى فقط ، اذ هو سبيل على المسلم عرفا ، بخلاف الاول لانه من قبيل الوكالة ، ولعل هذا الاحتمال اقرب .
السادس: المراد بالفسق المانع في المسئلة ، عدم القيام بشئون الوقف لاسائر انواع الفسق ، اذ لا دليل على اعتبار العدالة ، وانما اللازم عدم الضياع في الوقف ، وعليه فلو كان المتولى خمارا مثلا ، لكنه يراعى شئون الوقف

لم يكن فسقه موجبا لعزله او ضم آخر اليه الى سائر الفروع المتعلقة بهذه المسئلة ، وما عن المرحوم الشيخ ميرزا محمد تقى الشيرازى قائد ثورة العشرين من ان الله سبحانه لم يرد انفتاح باب بيت الفاسق ، اراد بذلك فى الاحكام التى دل الدليل على اعتبار العدالة فيها ، كالشهادة والقضاء و امامة الجماعة وما اشبه ذلك .

السابع : لو فسق المتولى هل ينعزل بنفسه ، او بعزل الحاكم له ، احتمالان : من ان المقوم للولاية العدالة ، فاذا فسق سقطت صلاحيته ، فينعزل بنفسه ، فاذا تصرف فى الوقف بعد الفسق كان فضوليا ومن اصالة بقاء الولاية الظاهر الثانى .

نعم الظاهر ان التصرف غير الصحيح ، ليس بنافذ ، لانه لم يكن له الحق فى ذلك ، فاذا باع مثلا ربح الوقف ، باقل من قيمته لم يكن البيع صحيحا . الثامن : لو عادت العدالة الى المتولى ، فالظاهر عود الولاية ، وليس ذلك من قبيل عزل الموكل ، اذا المناط فى العزل ، قد ذهب .

نعم لو ضم الحاكم اليه احدا ، فالظاهر البقاء للمنضم ، الى ان يعزله الحاكم لاصالة بقاءه ، ويحتمل الانعزال بمجرد عدالة المتولى ، لفقدان مناط الانظام .

التاسع : اذا عين الواقف المتولى خرج من تحت اختياره ، فليس له ان يعزله ، لان الوقوف على حسب ما يقفها اهلها .

نعم اذا عين الحاكم متوليا ، كان له عزله لعدم الدليل على جبره فى البقاء .

العاشر : اذا عين الواقف متوليا فهل يجب عليه القبول ام لا ؟ احتمالان : قيل بوجوب القبول لقاعدة الوقوف ، على حسب ما يقفها اهلها ، فهذا حكم

.....
 شرعى ، وقيل بالعدم ، لان الناس مسلطون على انفسهم ، وهذا اقرب ، سواء
 كان المتولى فى الطبقة الاولى ، ام فى سائر الطبقات ، والبطون ، و لوقيل
 المتولى ، ثم اراد الرد ، فهل له ذلك قيل لالانه من قبيل العقد ، فيشمله
 دليل الوفاء بالعقد ، ويحتمل ان يكون له الرد ، لقاعدة تسلط الناس ، وهذا
 ليس بعقد ، فاذا رد عين الحاكم له متوليا .

ثم انه اذا اراد القبول بعد الرد ابتداء ، او الرد بعد مدة من مزاوله
 التولية فهل له ذلك مشكل ، حيث لا دليل على صحة رجوعه خصوصا ، فيما
 اذا رد اولاً .

الحادى عشر: لو جعل النظارة لاثنين على نحو التشريك ، فمات
 احدهما او فسق ، فهل يبقى الحق للاخر فقط او للحاكم فقط ، اولهما احتمالات
 من انه المتولى عن الواقف ، فالحق له ، ومن انه كان بشرط الانظام ، فاذا
 ذهب الشرط ذهب المشروط ، فيبقى الوقف بلا متولى ، فيكون النظر للحاكم
 فقط ، ولكن الاقرب الثالث ، لمعلومية ان مراد الواقف التعاون لا اشتراط
 التولية للباقي بوجود الذاهب .

نعم اذا علمنا ذلك من الواقف لم يكن وجه الالحاكم فقط .

الثانى عشر: وظيفة الناظر مع الاطلاق ما يتعارف فى حفظ الوقف ، و
 استثماره ، وتقسيم وارده و ما اشبه ، ومع التعيين ما عين له ، الا ان يسقط
 المعين عن الاعتبار ، كما لو اوقف ربح الدار ، لان يصرف فى اطعام الفقراء ،
 كل فقير فلسا واحدا ، لاجل اطعامه ، ثم ان الفليس لم يكف لغلاء المعيشة كان
 اللازم الصرف المتعارف ، لوضوح ان التعيين ، انما كان للكفاية ، فالمقصود
 مقدم على المذكور .

اما اذا تعذر فلا اشكال فى الصرف حسب المتعارف ، كما اذا قال اصرفوا

حاصل الوقف في ايجار الصلاة لى كل سنة بعشرة دنانير، فلم يوجد من يأخذ القضاء الابعشرين دينارا .

نعم لوعين احد المصرفين ، على سبيل البدل وكفى الوارد لمصرف دون مصرف، وجب اتباع المصرف الكافى ، كما اذا قال اعطوا عشرة دنانير، لقضاء سنة صلاة اوقضاء شهر صياما ، فكفى للصيام ، اما الصلاة ، فلم يوجد من يأخذها الا بعشرين دينارا ، لزم صرفه فى الصيام و هنا فروع كثيرة اخرنكتفى منه بهذا القدر .

مسئلة : ١٧ - الواقف اما ان يعين اجرة للمتولى املا ، فان عين فقد يكون بقدر الحق ، وقد يكون ازيد وقد يكون انقص وان لم يعين فقد يكون الوقف مما يمكن اخذ المنفعة منه كالبستان ، واما ان لايمكن كالمسجد ، فان عين وكان بقدر الحق فلاشكال ، كما انه ان عين وكان ازيد من الحق وان كان انقص من الحق ، فاحتملان :

الاول : ان لا يكون للمتولى ازيد من ذلك ، فان شاء قبل التولية بذلك القدر ، والا رفض فيعين الحاكم من يقبل القدر المعين .

الثانى : ان يكون له ان يأخذ بقدر الحق ، لان عمل المسلم محترم خصوصا اذا قلنا ان التولية جبرية ، لكن الاول اقرب لقاعدة الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، وان لم يعين ، فالظاهر انه ليس له شئ فان اراد القبول قبل وان لم يرد لم يقبل على المختار ، من اختيار المتولى ، اما على القول بالاضطرار فيحتمل ان يكون له الحق فى الأخذ من ماله ربح فى مقابل عمله جمعا بين الحقين .

اما ما لاربح له فله الحق فى بيت المال ، لانه المعد لمصالح المسلمين و طرف المسئلة مشكل ، وان كان القول بوجوب قيامه بالنظارة ، بدون الاجرة

اشكل ، ولوعين الواقف اجرة خاصة ، فتغير الزمان ، وصار اكثر اوقـل ، فالظاهر ان الامر يرجع الى المتعارف ، كما ذكرنا فى الفرع الاخير من المسئلة السابقة ، فاذا عين للمتولى عشرة دنانير كل سنة ، فى حال ان وارد ه كان مائة دينار ، فصار واردة عشرة آلاف دينار ، كان له بالنسبة الى اتعابه عرفا ، كما انه لو عين له النصف ، فيما اذا كان النصف خمسين ، وكان متعارفا ذلك الخمسون اجرة لمثل عمله ، ثم صار عشرة آلاف ، لم يكن له الا المتعارف ، لانه المرتكز فى اذهان العرف من هكذا اوقاف ، وقد جرى الواقف على العرف كما ذكروا فى مسئلة التبديل بالاحسن و نحوه .

مسئلة : ١٨ - ذكر الفقهاء فى شرائط الموقوف عليه امور اربعة :

الاول : ان يكون موجودا .

الثانى : ان يكون ممن يصح تملكه .

الثالث : ان يكون معيناً .

الرابع : ان لا يكون الوقف عليه محرماً ، ونذكر الامور الاربعة فى ضمن

مسائل :

فالشرط الاول : استدل له بالاجماع ونفى الخلاف و بانصراف الاطلاقات عن المعدوم و باوقافهم عليهم السلام ، حيث انما كانتا للموجودين و بان الوقف قسم من الملك و المعدوم ، لا يصح للملكية ، والكل منظور فيه ، اذ الاجماع غير مسلم كبرى ولا صغرى ، والانصراف ، لو كان فهو بدوى و اوقافهم مورد فقط ، والمورد لا يخصص ، والملك اعتبار ، فاذا اعتبر العقلاء ذلك ، لم يكن به بأس ، وما الفرق بين البطون الذين يقال ان لهم حقاً فى الوقف ، و الحال انهم غير موجودين ، وبين الموقوف على المعدوم ابتداءً ، بل اطلاق الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، و صدقة جارية و ما شبه ، شاملة للوقف على المعدوم خصوصا ، بعد ان ترى ان العقلاء يقررون ذلك ، ولم نعلم

بتغيب الشارع له ، ولكن لا محيد عن المشهور ، قالوا : ولا يصح الوقف على الحمل ، لانه بحكم المعدوم ، اولانه غير قابل للملك ، وفيهما نظر واضح ، كيف وتصح الوصية له ، ويعزل الميراث لاجله والجنانية عليه توجب الدية ويمنع عن بيع امه بل لا يبعد صحة تملكه ، فيقبله الولي بناء على ثبوت الولاية ، قبل الولادة ، ولا مانع من ذلك بعد شمول الاطلاقات ، بل لا يبعد صحة الهبة والبيع وما اشبه له مع الولي .

وان شئت قلت : ان الاعتبار العرفي حاصل ، ولا وجه للقول بالعدم الاحتمال الانصراف وهو بدوى ان كان .

اما لو وقف على معدوم تبعا لموجود ، فلا اشكال فيه ولا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر ، ويشمله اطلاقات الادلة ، وخصوصا وقافهم عليهم السلام ، ولا فرق فى التبعية ، بين الارتباط وعدم الارتباط ، كما لو قال : وقفت على اولادى واولاد اولادى ، او قال : وقفت على اولادى وبعدهم لاولاد زيد ، والحال انه لم يولد لزيد ولد ، وذلك لاطلاق .

اما لو جعله وقف تشريك بين الموجود والمعدوم كما لو قال : وقفته لولدى الموجود ، وولد زيد الذى لم يولد بعد ، بان يكون الحاصل مناصفة بينهما فمقتضى كلامهم عدم الصحة بالنسبة الى المعدوم ، ومقتضى ما ذكرناه الصحة ، وعلى كلامهم ، فلو وقف هكذا ، كان النصف باطلا ، كبيع ما يملك ، وما لا يملك ، او الكل باطلا ، لانه الوقف بسيط ، فلا يمكن فيه التجزئة ، او الكل لولده ، لانه حصل الوقف ، فعدم الانتقال الى ولد زيد ، مثل ان يموت بعض الشركاء ، والظاهر هو الاول ، وقد تقدم شبيهه المسئلة فى بعض المباحث السابقة .

ولو بدء بالمعدوم ثم الموجود ، كما لو قال : وقفت على ابني المعدوم ، ثم

اخى الموجود ، فهل يبطل الوقف رأسا ، كما قال به جمع ، اويصح بالنسبة الى الموجود ، كما عن الشيخ فى محكى الخلاف و المبسوط ، احتمالا ان :

استدل للاول بانه ان صح الوقف حالا للمعدوم ، لزم الملك بلا مالك وان صح بعد وجود المعدوم لزم تخلف قصد الواقف عن مقصده ، انقصده ، الوقف الان وان صح حالا للموجود ، لزم خلاف نية الواقف ، لانه وقفه للمعدوم ، لا للموجود ، ويرد عليه انه يصح حالا للمعدوم ، ولا مانع منه بعد اعتبار العقلاء ، وشمول الادلة ، كصحته للمعدوم تبعا ، ولذا لا يجوز الموجود ان يتصرف فيه ، الا بقدر نفسه ، فيقولون انه متعلق حق البطون .

واستدل للثانى : تارة بالاطلاقات ، واخرى بانه لا مانع من ملك المعدوم و الثالثة بانه حيث يبطل ملك المعدوم ، يصرف الى الموجود صرفا حالا لانه ، من قبيل قصد الواقف ، الذى يقولون به فى باب التبديل بالاحسن او الصرف الى مصرف آخر مشابه فيما اذا تعذر الصرف الى الذى عينه الواقف ، والظاهر لدى كما تقدم الصرف الى المعدوم حالا .

نعم لو وقف على حمار ، ثم على انسان ، مما لا معنى للوقف عليه ، كان اللازم القول بصرفه الى الانسان الموجود حالا ، لانه كمتعذر المصرف ، الذى يصرف فى الاقرب الى ذهن الواقف .

وان شئت قلت : ان قاعدة الوقوف على حسب ما وقفها اهلها مطلق ، فاذا تعذر شئ من جزئياته عقلا او شرعا ، صرف الى سائر جزئياته ، ولا ينافى ذلك قصد الواقف ، بعد ان عرف المرتكز فى اذهانهم ، كما قالوا فى الاقرب فالاقرب فيما اذا تعذر مصرف الوقف ، ومما ذكرنا يعرف وقف منقطع الوسط و انه صحيح ايضا ، والمنقطع الاول ، فان حال كل ذلك حال ماذا لم يوجد فى الاول او الوسط المصرف فى الوقف العام ، كما اذا وقف لاحجاج نفر كل

عام ، فلم يوجد فى هذا العام ، او بعد اعوام حاج لمنع طريق الحج مثلا ،
فاى فرق بين ذلك وما نحن فيه .

مسئلة : ١٩ - يشترط فى الموقوف عليه ان يكون ممن يصح تملكه ، فلو وقف
على الجماد او الحيوان او العبد على القول ، بانه لا يملك او المعدوم مطلقا
او الكافر الحربى لم يصح ، وذلك لعدم شمول الاطلاقات له و لعدم كونه
عقائيا ، فى جملة من ذلك ، فان الوقف على الجماد و الحيوان ، ان كان بمعنى
الصرف عليهما ، كالوقف لاجل تعمير المسجد و الحسينية و الروضات المقدسة
كان ذلك صحيحا لانه بمعنى الوقف لاجل الناس المنتفعين بهذه المرافق ، او
بهذه الحيوانات التى يركبها المسلمون مثلا للجهاد او السفر او ما اشبهه ،
وما ورد فى بعض الروايات من بطلان الوقف على المسجد ، كخبر الصحارى ،
عن ابي عبد الله عليه السلام ، قلت له : الرجل اشترى دارا ، فبقيت عرصته
فبناها بيت غلة اتوقفه على المسجد ؟ فقال : ان المجوس وقفوا على بيوت النار
و فى رواية اخرى ، انه سئل عن الوقف على المساجد ؟ فقال : لا يجوز لان
المجوس وقفوا على بيوت النار ، فهو غير تام لضغف السند ، وعدم العامل و
الشذوذ ، واحتمال بيان الاولوية ، فاذا وقف المجوس كان وقف المسلم اولى
واحتمال ارادة الوقف بمعنى الملكية الذى سبق الاشكال فيه و ان كان
بمعنى ان يملك المسجد او الحيوان الموقوف ، كما تملكه الذرية ، فان ذلك
غير صحيح اذ الحيوان و الجماد لا يقبلان الملك عرفا ، فلا يصح عرفا ، ان ،
يملك حمار دارا ، او مسجد بستانا ، وليس ذلك بمعنى الاستحالة العقلية
اذا الامور الاعتيادية ، انما هى باعتبار المعبر ، فمن الممكن ان يعتبر العقلاء
اضافا لدارو البستان الى الحمار و المسجد كاضافتهما الى زيد و عمرو ، بل بمعنى عدم
اعتبار العقلاء ، وان كان ربما تكلف لبيان الاستحالة ، بان الملك واجدية و الدابة ،
و الجماد لا واجدية لهما ، اذ الواجدية صرف لفظ ، لا يخرج فى حقيقته عن الاضافة

العرفية وكذلك العبد ان احلنا ملكه ، كان كالجماد لكنا فى تلك المسئلة ،
بنينا على صحة ملك العبد ، وكذلك المعدوم المطلق ، كما اذا لم يكن لزيد
ابن اصلا ، فقال : وقفت على اولاد زيد بطن بعد بطن ، فانه لامعنى لملكية
المعدوم المطلق ، الذى لم يجد ولا يوجد .

اما الوقف على الكافر ، فهو قد يكون ذميا ، وقد يكون معاهدا وقد يكون
غير مصادم بلاذمة ولا عهد ، كما اذا لم يكن بين المسلمين ، وبينه ربط اصلا ،
لا حربا ولا عهدا ولا ذمة ، وقد يكون حربيا اما الوقف على غير الحربى ففیه
اقوال اربعة :

الاول : الجواز مطلقا ، لاطلاق الادلة والعمومات ، قوله سبحانه : ((لا
ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من ديارهم ان
تبروا اليهم و تقسطوا ان الله يحب المقسطين)) وان لكل كبد حراء اجر ،
وادلة جواز الصدقة على الكافر ، فان الوقف نوع من الصدقة .

والثانى : العدم مطلقا لقوله تعالى ((لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم
الآخر يوادون من حاد الله ورسوله)) وقوله : ((لا تتخذوا اليهود والنصارى
اولياء)) والوقف نوع من اتخاذهم اولياء ، واية النهى عن الاستغفار ، فاذا
لم يجز الاستغفار ، الذى هو لفظ ، فعدم الوقف اولى ، ولانه تقوية لهم و
معونة الظالم حرام و الشرك فضلا عن الكفر اكبر انواع الظلم قال تعالى ((لا
تشرك بالله فان الشرك لظلم عظيم)) ولان الوقف يحتاج الى القرية ، ولا قرية
فى الوقف على الكافر ، وفيه ان الكافر غير الحربى ليس مصداقا لمن حاد الله
واتخاذ الولى غير الوقف عليه ، فهل يصح ان يقال : ان زيدا اتخذ اهل بلد
فلان وليا ، لانه وقف لهم مرحاضا مثلا ، والاستغفار لا يرتبط بالوقف ، لانه
طلب الغفران لمن لا يكون قابلا له ، واعانة الظالم فى ظلمة حرام ، لا فى كل

شئ ، ولو صح الاستدلال المذكور لنزمتناقض بين هذه الايات ، وبين آية ((ان تبروا اليهم)) والوقف لا يحتاج الى القرية ، ويتحقق القرية في الوقف على الكافر ايضا كما لا يخفى .

الثالث: اختصاص الجواز بالارحام ، كما عن الشيخين و ابي الصلاح وبنى زهرة و حمزة وسعيد و ادريس ، واستدلوا لذلك ، بان صفة زوجة رسول الله صلى الله عليه وآلهموقفت على اخ لها يهودى فآقرها النبي صلى الله عليه وآله ، وفيه ان اثبات الشئ لاينفى ما عداه ، بعد شمول الاطلاقات شرعا وعقلا له .

الرابع: اختصاص الجواز بما اذا كان الموقوف عليه احد الابوين ، وليس لهذا دليل الا بالمرسل فى محكى المراسم ، اذا كان الكافر احد ابوى الكافر كان جائزا ، وفيه ما فى الثالث مع ان المرسل غير حجة ، بل لفظه يدل على انه نقل بالمعنى فيزيد ضعفا هذا .

اما لو كان الواقف منهم فلاشكال ولاخلاف فى الصحة ، لانه قاعـدة اقرارهم فى الذمى ، والمعاهد ، وللاطلاق فى غيرهما .

مسئلة : ٢٠- هل يصح الوقف على الكافر الحربى ام لا ؟ احتمالا ان يظهر من كلام جماعة منهم الجواز لاطلاقهم الوقف على الكافر بدون تخصيص ذلك بالذمى ، بل عن مجمع البيان الاجماع على جواز ان يبرالرجل على من شاء من اهل الحرب ، قرابة كان اوغير قرابة ، وصرح آخرون بالمنع .

استدل للاول ، باطلاق ادلة الوقوف على حسب وقفها اهلها ، وبان الرسول صلى الله عليه وآله ابرّ جماعة من الكفار كابنه حاتم و صفوان بن امية و اب العاص بن الربيع وغيرهم ، وكذلك الامام ابرّ اصحاب معاوية و هم محاربون ، بان ترك الماء لهم ، وكذلك الامام الحسين عليه السلام فى اصحاب

حرّ، بل قال القرآن الحكيم ((وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما و صاحبهما معروفا)) ولا شبهة ان كل معروف جائز الا ما خرج بالدليل ، والوقف من جملة البر و المعروف ، فالمناط و الاطلاق يشملانه ، هذا بالاضافة الى مثل قوله عليه السلام اكرم الضيف ولو كان كافرا . وقوله عليه السلام : لكل كبد حراً اجر الى غيرها من الاطلاقات و العمومات .

و استدل الثاني بانه تقوية لهم ، وذلك غير جائز ، و بانه خلاف من اظهر مصاديق الموادة ، قال تعالى : ((لا تجد قوما يؤمنون بالله و اليوم الاخر يوادون من حاد الله و رسوله)) وقوله : ((انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين او اخرجوكم من دياركم)) وقوله : ((اشداء على الكفار)) الى غيرها من الايات ، وان الوقف يحتاج الى القرية ، ولا قرية في الوقف على المحارب فالادلة منصرفه عن مثله ، فليس من قبيل البيع وقت الفداء بان لا ينافى التحريم الانعقاد .

اقول : وهذا هو الظاهر ، كما عليه المشهور ان ادلة الجواز لا تكفى ردا لهذه الادلة ، اما اجماع مجمع البيان فلوضوح ان العرف يرى الفرق بين البرالوقتي و بين الوقف ، ولذا رأينا مسلما وقف على كافر استهجنه عرف المسلمين ، اما لو رأينا ان مسلما اعطى ماء الى كافر لم يستهجنوه ، بل عدوه مكرمه ، ولذا نرى حسن ما فعله الرسول و على و الحسين ، عليهم الصلاة و السلام ، بالكفار ، و المصاحبة بالمعروف و اكرام الضيف ، و اجر السقى ، كله منصرف عن مثل الوقف الا ترى انه لو وقف انسان محلا لتزويد المحاربين بالماء و الطعام ، كان ذلك من اظهر مصاديق موادة من حاد الله و رسوله و اظهر مصاديق تقوية الكفار ضد المسلمين

و الحاصل ان ادلة المنع بلا مانع ، و ادلة المجوزين غير تامة .

ثم لو قلنا بصحة الوقف عليهم ، او كانوا ذميين فوقفنا عليهم ، ثم صاروا محاربين ، او كان الامر من موقوفاتهم ، فغلبنا عليهم ، فالظاهر جواز استملاك اوقافهم ، اولا لقاعدة المقابلة بالمثل . قال تعالى : ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)) .

و ثانيا : لشمول اطلاقات ادلة اخذ ارضهم واموالهم للاوقاف ، كما تشمل الادلة ، لاموال ايتامهم وصغارهم ، مع ان الدليل فى مقامى الوقف ، واموال الايتام ، واحد اى ان ادلة اخذ اموال الحربى حاكمة عرفا على الادلة الاولية ، فكما ان قوله سبحانه ((ان الذين يأكلون اموال اليتامى)) وقوله : ((لا تأكلوا الربا اضعافا)) وقوله تعالى : ((السارق والسارقة)) الى غيرها و غيرها محكومة بقوله تعالى ((جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم)) وقوله تعالى ((قتلوا مما غنتم حلالا)) وقوله : ((واعلموا انما غنمتم)) الى غيرها كذلك هى حاكمة على دليل الوقف ، وسائر ادلة العقود والايقاعات ، ولذا جرت سيرة المسلمين على تبديل كنائسهم الى مساجد ، مثل ابا صوفيا فى تركيا ، والجامع الاموى فى سوريا وغيرها .

نعم لو اسلم الحربى قبل اغتنامنا لوقفه ، كان مقرا عليه ، لانه صار كوقف المسلم ، كما انه لو وقف الحربى على المسلم لم يجز اغتنامه لانه مال المسلم كما انه لو وقف مسجدا ، او مدرسة ، او حسينية للمسلمين ، كان الوقف نافذا لاطلاق الادلة بدون معارض .

ثم ان ما تقدم من جواز الوقف على الذمى ، انما هو فيما اذا لم يكن وجه اخر للمنع ، ككونه تقوية لدين الكفار ، كوقف مدرسة دينية لهم او كنيسة لعبادتهم ، والالام يجز لانه اعلاء لكلمة الكفر ، والاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، كما ان ما ذكرناه من عدم الوقف على الحربى ، يشمل بالمناط مساعدى الحرب

— بل عرفا المساعد حربى ايضا — كما اذا وقف على يهود الغرب الذين يساعدون اسرائيل بالمال والسلاح — مثلا .

مسئلة : ٢١ — لا يصح الوقف على البيع، والكنائس، وبيوت النيران ، ومحلات الاصنام والصلبان ، كما لا يجوز الوقف على الكتب المنحرفة كالعهدين والارستا وكتب المذاهب والاديان والمبادئ الباطلة ، وكذلك لا يجوز الوقف على معونة الزناة واللاطئين ، وشاربى الخمر ومحلات هذه الامور ومن اشبههم ، وذلك لانه اعانة على الحرام ، فينصرف عنه اطلاق ادلة الوقف ، ولا خلاف ولا اشكال فى شئ من ذلك ، بل دعوى ، الاجماع فى بعضها والاشكال فى عدم جواز الوقف على الاولين ، بانه يجوز لهم لاقرار الشارع للكنائس، والكتب المنحرفة غير وارد ، اذ اقرار الشارع لهم لمصلحة ، لا ينافى الحرمة الواقعية ، لان الكفار مكلفون بالفروع ومعاقبهم عليها كما انهم مكلفون بالاصول ومعاقبون عليها ، قال تعالى ((ما سلكتكم فى سقر ، قالوا لم لكن من المصلين ، ولم تكن نطعم المسكين ، وكنا نخوض مع الخائضين وكنا نكذب بيوم الدين)) فانهم مع كونهم كفارا يكذبون بيوم الدين مع ذلك دخوا النار لاجل عدم اقامتهم للصلاة وعدم ايتائهم للزكاة .

نعم اذا وقف على طبع الكتب الباطلة لاعطائها لمن يرد ها ، ويطلع عليها لاجل المقارنة بينها وبين الكتب الاسلامية الصحيحة ، جاز بل استحباب ، فانه من افضل القرب .

وفى الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله رأى عمر ينظر فى صحيفه فيها شئ من التوراة فزجره وغضب ، وقال صلى الله عليه وآله افى شك انت يا ابن خطاب الم أت بها بيضاء نقيه ، ولو كان اخى موسى حيا لما وسعه الا اتباعى . ولو وقف وهو كافر صح بلا خلاف الوقف فيما يقر عليه

لانه مقتضى الاقرار على دينه ، ولو اسلم بعد ذلك لم يبطل الوقف للاستصحاب ، وقد تقدم انه لو فتح المسلمون ، جاز لهم استملاك الاوقاف وافناء كتب الضلال .

ثم انه لا فرق في عدم جواز وقف المسلم على الكنائس بين ان قلنا بجواز بنائها واحداثها ام لا ، كما لا فرق بين الوقف للترميم او الاحداث لما تقدم من العلة ، ولو وقف الكافر على ما لا يعتقد به كما لو وقف اليهودى على الكنيسة ، لم يصح لانه انما يقر على دينه ، لا على غير دينه ، فاصالة عدم صحة الوقف المحرم محكمة ، لو وقف على المسجد ، لانه صحيح واقعا ، و ان لم يكن يعترف به في دينه ، ولو وقف الكافر على الخمر والخنزير ، او زواج المحارم ، فمقتضى القاعدة الصحة لانه يقر بكل ذلك في دينه ، اللهم الا ان يقال ان عدم الجواز اظهر ذلك يوجب عدم صحة الوقف ، او يقال ان من شرائط الذمة عدم مثل زواج المحارم ، ولو وقف المسلم على الفرق المحكوم بكفرهم من المسلمين كالخوارج والنواصب ، فحاله حال الوقف للكافر غير الحربى ، ومنه يعلم صحة الوقف على الفساق .

ثم ان المحكى عن المقنعة والمهذب والكافى والوسيلة والسرائر و الدروس والمقتصر و ظاهر غيرها ، صحة الوقف على قرابين الشمس والكواكب والظاهر ان مرادهم فيمن يقر على ذلك فممنع المختلف وغيره لا وجه له ، ولو وقف المسلم على ما لا يجوز ، ثم ارتد مليا لم يصح ، بل ماله ارث ، كما قرر فى محله ، الوقف على مساعدة الباطل من اهله صحيح ان اقروا ، كما لو وقف الزيدى على طبع كتب الزيدية ، اما الوقف من صحيح المذهب لها فلا يصح ، و مثل الوقف على الزناة ، الوقف على الآت اللهو ومحلاتها والعاملين بها ، و ما اشبه من سائر المعاصى .

ثم ان الوقف غير نافذ لا انه محرم ، اذا لم يصرف فى المصارف المذكوره
فليس مثل بيع الربا بل مثل بيع المجهول .

مسئلة : ٢٢- لو وقف على طائفة معنونة بعنوان خاص ، كالفقهاء و
الفقراء ، او على انتساب الى انسان خاص كبنى هاشم وبنى تميم ، او على
انتساب الى بلد ، كالكريلائى او العراقى ، او على فئة خاصة كجمعية الكتاب
و هيئة الشعراء فان كان هناك انصراف خاص حسب عرف الواقف صرف
الوقف الى الافراد المنصرف عنه ، والآ كان الوقف لكل فرد داخل فى ذلك
العنوان ، مثلا الفقهاء فى عرف المسلمين هم العلماء بفقہ شريعة الاسلام
فاذا وقف عليهم صرف الى هؤلاء خاصة ، بينما الفقه فى اللغة كل اقسام
الفهم حتى فهم الفلك ، والتاريخ ، وهنا فروع :

الاول : لو وقف المسلم على الفقراء ، انصرف الى فقراء المسلمين ، و
كذلك اذا وقف الكافر ، انصرف الى فقراء نحلته لانه المنصرف عرفا من هذه
اللفظ ، وان كان اللفظ اعم لغه ، اللهم الا اذا كان الواقف له نزعة انسانية
عامة ، وان كان مسلما او كافرا ، كما اذا كان مثلا فى جمعية الدفاع عن
حقوق الانسان ، او كان عضوا فى الهلال الاحمر ، او الصليب الاحمر ، مثلا
ممن عرفنا منه انه ذو نزعة عامة ، فان ذلك يمنع عن الانصراف المزبور ، بل يكون
لكل فقير ، و هل ينصرف عرفا الى فقراء مذهب خاص من المذاهب ، و هو
الذى يعتنقه صاحب الوقف الظاهر ذلك ، اذا عرف بهذه النزعة ، فمن الظاهر
ان الشيعى لا يوقف على الخوارج والنواصب ، كما ان من الواضح انهما لا
يوقفان على الشيعى ، وهكذا سائر المذاهب ، الا فيما اذا كان ذا نزعة
عامة كما ذكرنا .

نعم اذا كان هناك قرينة على ارادة العموم ، لم يؤخذ الا به ، مثلا وقف

الشيعى على فقراء بلده ، وكان البلد كله لغير الشيعة ، فانه مع علمه بذلك يظهر منه انه اراد الاعم ، ولولم يعلم بذلك ، فهل يبطل الوقف ، لانه لا مورد له ، او يبقى حتى يوجد فى البلد من القسم الموقوف عليه ، او يصرف فى سائر الموارد ، احتمالات : من تعذر المصرف ، فيبطل ، ومن ان الكل ينتظر به ، حتى يجد له مصداق ، ومن المكون فى اذهان الواقفين ، كما ذكروا فى التبديل الاحسن والاقرب الاخير .

ثم ان المراد بالفقير هو الذى يقال له فى العرف فقير سواء كان فقير شرعا ام لا ، اذ بين المفهومين عموم مطلق ، او عموم من وجه ، وذلك لانه المنصرف فى الاوقاف العرفية ، الا اذا علمنا ارتكاز المعنى الشرعى فى ذهن الواقف ، واذا شككنا فى مراد الواقف عموما او خصوصا ، فى هذه المسئلة او سائر المسائل كان اللازم الاخذ بعموم اللفظ ، الا اذا كان هناك قرينة للانصراف ، ولو علمنا بالانصراف وشككنا فى انه الى هذا او ذاك ، كما اذا علمنا ان الواقف اما شيعى او خارجى ، ولم نعلم انه ايهما كان اللازم تقسيم الوارد الى نصفين ، كما ذكرنا فى كتاب الخمس ، لقاعدة العدل و الانصاف ، ولكن لو دار الامر بين العام والخاص ، اخذ بالخاص لانه المتيقن .

الثانى : لو وقف على المسلمين ، فاذا كان ذا نزعة خاصه انصرف الى ذوى نزعته ، والا كان عاما لكل من صلو الى القبلة عادلا كان او فاسقا ذكرا او انثى ، وقيل بخروج الفرق المحكوم بكفرهم لانهم كفار ، لكن الظاهر انه لا وجه له .

نعم من هو كافر حقيقة كالذى يعتقد بالوهية على عليه السلام منفردا او مع الله سبحانه كان خارجا بلا شبهة لانه ليس بمسلم ، وقيل ان الواقف

ان كان محق انصرف الى المحقين ، لانه لا يجوز الوقف على غيرهم ، اولاً لانه يشترط القرية في التوقف ، ولا قرية في الوقف ، على غير الحق وفي كلا الامرين نظر واضح ، ولو كان المسلم منكراً لبعض الضروريات ، فالظاهر عدم خروجه عن كونه مسلماً ، الا اذا رجع ذلك الى تكذيب الرسول صلى الله عليه واله فهو ليس بمسلم من حيث انه لا يعترف بالرسالة .

الثالث : لو وقف على المؤمنين ، فان كان سنياً ، كان مراده مطلق المسلم لان المؤمن من يطلق على المسلم كما يطلق احياناً على كامل الايمان ، كما قال سبحانه ((قالت الاعراب آئنا ، قل لن تؤمنوا ، ولكن قولوا اسلمنا)) وقال ((انما المؤمنون الذين اذا ذكر الله وجلت قلوبهم)) الآية . وقال : ((يا ايها الذين امنوا بالله ورسوله)) وان كان شيعياً انصرف الى الاثنى عشرية ، لانه المعروف بينهم المطلق في عرفهم ، والظاهر انه يدخل في كل عنوان ذكرناه اطفالهم ومجانينهم ، بل والمستضعف منهم الذي لا يعرف شيئاً الا انه داخل في هؤلاء ، ولو وقف على الشيعة ، فالمراد به في عرفنا الامامية الاثنى عشرية ، وان كان يطلق في عرف الزيدية والكيسانية الاسماعيلية والفضحية والواقفية واشباههم على كل من قوم علياً عليه السلام وان لم يعترف بامامة الاثنى عشر ، فلو كان الواقف احدهم ، كان العرف الخاص لديه موجبا للانصراف الى طائفة ، و ما ذكرناه ونذكره في هذه المسائل جارية ، في السكنى والعمرى والرقبي والنذر والوصية وما اشبه لوحدة المناط في الجميع .

الرابع : لو وقف على الهاشمي ، دخل فيه كل من ينتسب بالاب الى هاشم جد النبي صلى الله عليه واله دون الام لما حقق في كتاب الخمس من عدم اطلاق هذه اللفظة على المنتسب بالام ، وكذا المطلبي والعلوي

والفاطمى والتميمى والكلابى وغيرها ، ولو شك فى الانتساب كان الاصل
العدم كما حققه الفقيه الهمدانى فى باب الحيض فى مسألة من شك انه قرشى
ام لا ، وكذا فى المشكوك من كل قبيلة ، ولا اشكال فى دخول اناهم وذكورهم
والصبيان والمجانين وولد الشبهة ، اما ولد زنا فقد احتمل عدم الدخول
لقاعدة على العاهر الحجر ، لكن الظاهر الدخول للصدق عرفا ، وقد ذكروا
فى مسألة عدم جواز نكاح القريب لقريبه ، الذى هو من الزنا ، كالزانى بنته
من الزنا ، والاخ اخته من الزنا ، ان مقتضى القاعدة الاخذ بالعرف فى
آية ((حرمت عليكم امهاتكم)) وفى سائر المقامات ، الا ما خرج بالدليل
كالارث ونحوه ، والسرّان الالفاظ تحمل على معانيها العرفية الا بالقدر
الخارج شرعا وقاعدة للعاهر الحجر لا تفيد الاخراج فى كل الابواب ، كما
لا يخفى ولو اشتبه هاشمى بين زيد وعمرو ، قسم بينهما لقاعدة العدل .

الخامس: لو وقف للجيران فان كان هناك انصراف او عرف او قصد من
الواقف ، خاص عمل به لان العقود وتوابعها ، كالايقاعات تتبع القصد ، وان
لم يكن وانما اطلق اللفظ ، فان اراد به الجار شرعا ، كان اللازم صرفه الى
اربعين دارا من كل جانب للروايات المستفيضة كما سيأتى ، وان
اراد به المعنى المتفاهم عرفا اخذ بالمعنى العرفى وان اطلق ، فقد اختلفوا
فيه ، قال المشهور بانه يرجع فيه الى العرف ، وهو المحكى عن القواعد والتذكرة
وكشف الرموز ، والنافع والتحرير والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والروض
والكفاية وغيرها ، واستدلوا لذلك بانه المدار فى الالفاظ الصادرة من
اهله ، وقيل لمن يلى داره الى اربعين ذراعا ، واستحسنه الشرائع ، بل
نسب الى الاكثر بل عن المسالك نسبتها الى المشهور ، بل عن الغنية والتنقيح
الاجماع عليه ، بل عن الخلاف نسبتها الى روايات اصحابنا واجماعهم ، وافتى

به من لا يعمل الا بالقطيعات، كالتقى وابن زهرة وابن ادريس ، وذكره من يعبر بمتون الروايات كالمقنعة والنهية والغريب فى الامرانا لم نجد حتى رواية واحدة ، تدل على ذلك .

نعم فى باب حريم المسجد ، رواية تفيد بانه الى الاربعين ذراعا من كل جانب ، وقيل الى اربعين دارا ويدل عليه مستفيض الروايات ، فعن جميل بن دراج عن ابي جعفر عليه السلام قال : حد الجوار اربعين دارا من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله . وعن عمر بن عكرمه ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كل اربعين دارا جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله .

وعن معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قلت له جعلت فداك ما حد الجار ؟ قال : اربعين دارا من كل جانب .

وعن الصادق عليه السلام عن آباءه قال امير المؤمنين عليه السلام : حريم المسجد اربعون ذراعا والجوار اربعون دارا من اربعة جوانبها . الى غير ذلك من الاحاديث المذكورة فى الوسائل والمستدرک فى باب حد الجوار من كتاب العشرة الموجود فى كتاب الحج ، فراجع .

والانصاف انه لولا اعراض المشهور لكان هذا القول اقرب من القول باربعين ذراعا .

اما حمل هذه الروايات على التقية ، او ارادة جوار الشرف ، كما صنعه الجواهر ، ففيه ان ورود رواية عن العامة ، بهذا التحديد ، لا يوجب حمل

الروايات على التقية ، كما ان الحمل على جوار الشرف ، كساكنى النجف وكربلاء وغيرهما ، فذلك مشكل بعد ان كان جوار الشرف اكثر ، ولذا يقول من كان دارا بعد عن الاربعين وهو فى النجف او فى كربلاء ، انى جار علي او الحسين عليهم السلام ، اما الذين حدوا باربعين ذراعا ، فهل ارادوا مطلقا ، حتى فى الدور الكبار او الصغار او المتعارف ، وما هو ميزان المتعارف اذ لكل بلد عادة فذلك غير معلوم ، اما اربعون دارا فالظاهر ان المراد الاعم من الدور الطينية او الخشبية كالصرائف او القماشية كالخيام .

ثم ان العرف يفرق بين الشريف والوضيع ، فجوار الشريف اكثر من جوار الوضيع عندهم ، كما لا يخفى ، ولو شك فى دخول دار الانسان او كان الاصل العدم ، والذين يعيشون فى البساتين ، فالظاهر ان لا اعتبار بالاربعين ولا بالاذرع لقله هذا وكثرة ذاك وكلام من قال بهما منصرف عن ذلك ، كما ان الذين يعيشون بلا دور اصلا كالمساجين ، والذين يعيشون جماعات فى الغابات او الكهوف او الصحارى فالمرجع فيهم الى العرف ايضا .

ثم انه لا اشكال فى صدق الجار لمن كان جارا فعليا للانسان ، سواء كان مالكا او مستأجرا او مستعيرا ، بل وان كان غاصبا ، لانه جار ، وان فعل حراما ، اما المالك الذى لا يسكن بجوار الانسان فليس بجار عرفا ، وان صدق عليه الجار ببعض الاعتبارات ، ولو تناوب اثنان دارا فالساكن حالا جار اما غيره ففى تسميته جارا اشكال ، ولو غاب غيبة بقصد الرجوع ، فالظاهر بقاء اسم الجار ، اذا كانت الغيبة قليلة خصوصا ، اذا كان اهله باقين ، ولو كان للانسان داران او ثلاثة يسكن فيها ، فجار كل واحدة جار له .

نعم لا يصدق الجوار لكل ملك له وان لم يسكن فيه ، والظاهر ان الجيران

يصدق على الجهات الست، كالفوق والتحت أيضا في العمارات ذات طبقات
وفي المسئلة مباحث و فروع كثيرة نكتفى منها بهذا القدر والله العالم .
مسئلة : ٢٣- لو وقف على شيء فبطل و سم ذلك الشيء ، كان وقف
على مسجد ، فبطل المسجد بخراب القرية ، او وقف على عشيرة فاييدت تلك
العشيرة ، ففي الوقف احتمالات :

الاول : ان يرجع ارثا .

الثاني ان يبقى وقفا .

الثالث : ان يفصل بين ما اذا كان الوقف في مصلحة ما شأنه الدوام
فالثاني اولا كالوقف على مسجد في قرية صغيرة مما لا يبقى غالبا ، بل يخرب
بهجران اهل القرية فالاول .

ثم ان القائلين بالقول الثاني ، اختلفوا في انه بعد ذهاب رسم الوقف
هل يصرف في كل وجوه البر ، او يصرف في الاقرب ، فالاقرب الى الموقوف
عليه ، استدل لرجوع الوقف ارثا ، بان الواقف انما اخرج الوقف عن ملكه على
كيفية خاصة ، فاذا بطلت الكيفية كان الملك بحاله ، وذلك مثل فقدان الشرط
الذي يبقى المشروط بحاله الاولى .

والحاصل ان الخروج عن الملك محدود بحد الموقوف عليه ، فاذا زال
الحد زال المحدود .

واستدل للقول الثاني : باصالة بقاء الوقف ، وباطلاقات الادلة ، فانه
اذا لم يشمل الدليل شيئا في الوقف ، وهو الخصوصية ، لامانع من شمول
الدليل للشيء الاخر الذي هو العموم ، يعنى ان الدليل ، كان يقول ان
هذه الدار وقف وانها وقف على المسجد الفلاني ، فاذا لم يشمل الدليل
كونها وقف على المسجد الفلاني لبطلان ذلك المسجد ، فلا مانع عن

شمول الدليل لكونها وقفا ، و بان الواقف اخرج الوقف عن ملكه ، فكيف يعاد الى ملكه بلا دليل ، و بالمستفاد من بعض النصوص الواردة فى الوصية وفى النذر ، مما دل على انه ان تعذر المصرف فى الوصية ، صرف فى وجوه البر و اذا لم يكن وجه لصرف النذر فى المنذور عليه ، صرف فى باب آخر من ابواب الخير بدعوى وحدة المناط فى البابين ، و باب الوقف ، و بقصد الواقف ، فانه من باب تعدد المطلوب فى نظر العرف ، فاذا وقف الانسان داره لمسجد رآى العرف ، انه اراد شيئين اصل الوقف و كونه للمسجد .

ثم ان الذين ذهبوا الى صرفه فى مطلق وجوه البر ، قالوا بان الاقرب فالاقرب لا دليل عليه ، فالادلة السابقة ، تكفى لجواز صرفه فى مطلق وجوه البر ، خصوصا مناط باب الوصية ، فان الامام عليه السلام لم يقل ، يصرف المال فى الاقرب الى الوصية ، و لم يقل فى باب النذر ، انه يصرفه فى الاقرب الى الكعبة ، بل قال فى الاول يصرفه فى وجوه البر ، وفى الثانى يعطى للسادة .

اما الذين قالوا بصرفه فى الاقرب فالاقرب الى الوقف ، فاذا كان وقفا على مسجد فى القرية ، فخرّب صرفه فى مسجد اخر ، و اذا خرب المسجد الاخر ، او كل المساجد الممكنة صرفه فى الحسينية و المدرسة مثلا ، وهكذا فاستدلوا بارتكاز ذهن الواقف ، قالوا لان الظاهر ان الواقف يريد خيرا و مسجدا ، و هذا المسجد بالذات ، فاذا بطل المسجد الخاص ، يصرف فى مسجد ، فاذا بطل كل مسجد ، ممكن صرف فى بنائة ، لا ان يعطى لفقير مثلا ، فانه من باب تعدد المطلوب ، و لقاعدة ما لا يدرك كله ، لا يترك كله ، و الانصاف ان قول المشهور اقرب ، لانه اذا لم نقل برجوعه ارتا ، فلا دليل على الاقرب من النص ، و لا من ارتكاز ذهن الواقف ، ان الارتكاز

غير معلوم ، ولو فرض انه معلوم ، فهل الارتكاز يكون من قبيل ما يجب العمل به ، و باى دليل يجب العمل به ، و لا مكان لقاعدة العقود تتبع القصد ، اذا زال القيد زال المقيد ، فهو مثل ان يقال : اذا بطل البيع كان المال منتقلا الى المشتري بالهبة ، لان قصد البائع النقل ، و النقل فى مقابل الثمن ، فاذا تعذر الثانى كان ارتكاز ذهنه الاول .

نعم لا اشكال فى ان الاحتياط يقتضى الاقرب ، فالاقرب .

اما القول الثالث : و هو للشهيد (ره) جزما او احتمالا ، فلان مالا يبقى غالبا ، حاله مثل منقطع الاخر فى الرجوع الى الواقف ، و فيه وجود الفرق بين ما نحن فيه ، و بين منقطع الاخر ، اذ قصد الواقف فيما نحن فيه التأييد ، فقد خرج عن ملكه بخلاف منقطع الاخر ، الذى لم يقصد التأييد بل اخرجه موقتا ، فحاله حال العمرى ، و السكنى و الرقبى و المسئلة طويلة استدلالا و ردا نكتفى منها بهذا القدر .

مسئلة : ٢٤ - لو وقف على وجوه البر ، كان مصرفه كل خير من فقراء و مساكين

و مدارس و مساجد و معونة الحجاج و المجاهدين ، و غيرها ، لان ذلك كله وجوه البر ، و لا يلزم الصرف فى الاكمل ، فالاكمل لاطلاق الواقف ، و لو قال فى سبيل الله ، كان كذلك ايضا ، و احتمال لزوم صرفه فى الجهاد او فى الحج ، باعتبارهما افضل السبل ، لا وجه له بعد الاطلاق ، و لو وقف على عشيرة ، كما لو قال وقف على بنى هاشم ، صرف الى من انتسب بالاب اليهم و لو زنا ذكرا كان او انثى ، لشمول اللفظ له ، ثم لا يشترط الاستيعاب و لا التساوى ، الا اذا فهم من اللفظ ، او قصده الواقف و علمنا ذلك ، لان المتعارف فى مثل هذه الاوقاف ، ارادة الجنس لشمول للفرد ايضا ، فلا يلزم اعطاء اقل الجمع ، و لو قصد اعطاء جميعهم ، فالظاهر انه لا يبطل ، بل يصح

ففى القدر المقدور يعطى و فى غيره يصرف فى وجوه البر لا تحاد الدليل فى هذه المسئلة ، و المسئلة السابقة ، و سياتى للمسئلة زياده توضيح انشاء الله تعالى . و لو وقف و لم يعين ا لمصرف ، كما لو قال هذا وقف واقفته قريسة الى الله تعالى ، فالظاهر الصحة ، و يصرف فى سبيل الخير لا لطلاق الادلة فالقول بالبطلان ، كما ينقل عن المشهور لوجه له الا دعوى انصراف الادلة و ان اوقفهم عليهم السلام ، كانت خاصة ، و كلاهما لا يصلحان رافعا للاطلاقات كما لا يخفى .

اما الاستدلال ، بان الوقف قسم من الملك ، و الملك بلا مالك محال ، فلا يخفى ما فيه كبرى و صغرى ، و مثله النذر المطلق ، و الوصية المطلقة ، و لو وقف على احد هذين ، فقد تقدم ان مقتضى القاعدة الصحة ، و ان قال المشهور ببطلانه لا شتراطهم التعيين و على الصحة ، فهل يفرع بينهما لقاعدة القرعة لكل امر مشكل ، او يقسم بينهما لقاعدة العدل و الانصاف ، او يكون تعيينه بيده اريد و ليه ، احتمالات : و ان كان الاول لا يخلو من قرب و لو وقف على اولاده او اقربائه ، اشترك الكل بالتساوى ، الا اذا قال كالارث او نحو ذلك ، فانه يأتى فيه الذكر و الانثى و طبقات الارث ، و الظاهر ان اخراج الاناث ، يحتاج الى القرينة ، و الا فاللفظ ، اذا لم يكن صريحا فى الرجال ، كان اللازم دخول الاناث تبعا فهما عرفيا ، فاذا قال على رجال عشيرتى ، لم يدخل النساء ، اما اذا قال على صبيانى ، دخلت البنات ، و لو شك فى دخولهن ، فالاصل العدم ، و لو قال وقف على اقرب الناس الى اعطوا حسب مراتب الارث ، و ان تساوا فى الحصة ذكورا و اناثا ، لان الارث وضع على الاقرب فالاقرب ، قال تعالى : ((و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله)) و كل لفظ له معنى شرعى ، و معنى عرفى ، كالفقير و المسافر

صرف الى العرفى ، الا اذا علمنا ارادته المعنى الشرعى ، فاذا كان بين الفقير شرعا ، وبين الفقير عرفا ، عموم من وجه ، اعطى للفقير العرفى ، ولم يعطى لمن كان شرعا فقيرا لاعرفا وهكذا فى سائر الالفاظ ، لانه الظاهر من قصد الواقف .

مسئله : ٢٥ - المشهور انه يشترط فى الوقف الدوام فلو وقفه وقرنه بمدة كما لو قال وقف مائة سنة مثلا ، بطل ، واستدل للبطلان بالاجماع المدعى فى كلام غير واحد و لانه معنى الوقف ، ولان الوقف اخراج عن الملك ، فلا معنى لادخاله فى الملك ثانيا ، ولا وقافهم عليهم السلام ، والكل لا يخفى ما فيه ، اما الاجماع فلاحتمال الاستناد ، بل ظاهر كلامهم ذلك ومثله ليس بحجة كما قرر فى الاصول ، وليس معنى الوقف التأييد ، ولذا جعله الشرائع من شرائط الوقف لا مقوماته و الاخراج عن الملك كما يمكن ابدا يمكن موقتا ، وواقفهم عليهم السلام مورد ، والمورد لا يخص على انه سيأتى دلالتها على نذهب اليه .

اما ما يدل على عدم لزوم التأييد فهى اطلاقات افوا بالعقود ، فان العقد قسم من العقد بل يجب الوفاء ، اذا كان ايقاعا ، ان لافرق فى العقد و الايقاع فى وجوب الوفاء للمناط فى العقود ، ولذا يلزم الوقف ، و الابراء والعنتق والاعراض ، وما اشبه فتأمل ، واطلاقات ادلة الوقوف نحو الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ، وان الوقف عقلاى ، والعقلاء لا يبرون لزوم التأييد ، والشارع لم يردعهم عن ذلك ، وما دل على صحة الاشتراط فى الوقف كواقفهم عليهم السلام ، فانه يؤيد صحة الوقف الموقت لوحدة المناط بل و محتمل صحيح ابن مهزيار ، قلت : له عليه السلام روى بعض مواليك عن اباك عليهم السلام ، ان كل وقف الى وقت معلوم ، فهو واجب على الورثة ، وكل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على

الورثة وانت اعلم بقول ابائك عليهم السلام ؟ فكتب (ع) : هو كذلك عندى صحيح . فان احتملات صدر الرواية ثلاثة :

الاول : ان الوقف الذى علم اخره ، سواء ابدا ، او الى وقت خاص — فان

كليهما الى وقت معلوم — صحيح .

الثانى : ان الوقف الى وقت خاص كمائة سنة ، مثل صحيح ، اما اذا كان

مجهول الاخر ، كما اذا قال وقفته الى مدة فهو باطل .

الثالث : ان يراد بالوقت المعلوم ، ما ذكر فى صحيح الصغار من قول

الواقف ، وقف على فلان وعقبه ، فاذا انقرضوا فهو للفقراء .

ثم ان قوله عليه السلام : هو كذلك عندى ، يحتمل ان يكون المراد

تصديق الامام عليه السلام ، لما عن ابائه بصحة القسم الاول فى سؤال

السائل و بطلان القسم الثانى ، ويحتمل ان يكون المراد ان القسم الثانى

ايضا صحيح ، بل هذا هو الاقرب لفظا لرجوع الضمير الى الاقرب ، ومعنى

لقوله عليه السلام صحيح ، فانه لا يلائم تصديقه كون القسم الثانى باطلا و

بهذه القرينة لا بد وان يسقط الاحتمال الثانى ، وهو ان الوقف سواء كان

الى مائة سنة ، او الى وقت مجهول ، صحيح ، اذ نهى النبى صلى الله عليه

واله عن الخمر وهو حاكم على اوفوا بالعقود ، والوقف على حسب ما يقفها

اهلها ، والاحتمال الثالث ايضا لا وجه له لانه لا يربط بين الحد يثين حتى

يحمل احد هما على اخر بقى الاحتمال الاول : وحاصله ان الاقسام الثلاثة

للووقف ، وهو الى الابد ، و الى وقت خاص و بدون التوقيت كلها صحيحة

فسواء قال وقف الى الابد ، او قال وقف الى مائة سنة ، او قال وقف ولم

يعين الانتهاء ، وعلى هذا فالوقف المحدد صحيح ، وقد ذهب اليه بعض

الفقهاء ، كما ذكرناه سابقا ، لكن الفتوى بذلك مشكل جدا بعد عدم ذهاب

المشهور ، ثم على القول بالبطلان ، لو وقف وقوفه بمدّة فيه احتمالات :

الاول : البطلان .

الثاني : الصحة حيسا لان الحبس صحيح ، والفرق بينه وبين الوقف ان الوقف اخراج عن الملك بخلاف الحبس بانواعه الثلاثة : الرقبى ، والعمرى والسكنى ، فانه وقف المنفعة مدّة معينة ، كالفرق بين البيع والعارية مثلا والوقف عام شامل للكل .

الثالث : انه ان قصد الحبس من لفظ الوقف صح والا لم يصح لان العقود تتبع القصد ، والظاهر الثالث على تقدير القول ببطلان الوقف الموقت .

مسئلة : ٢٦ _ الوقف على اربعة اقسام :

الاول الوقف المستمر اولا ووسطا واخيرا ، ولا اشكال فيه .

الثاني : الوقف المنقطع ، الاول ، كما اذا وقف زيد دارا على اولاده ، والحال انه لم يحصل له بعد ولد ، وانما يحصل بعد ذلك .

الثالث : المنقطع الوسط ، سواء كان بلا وسط اصلا ، او مع وسط ، لم يتحقق ، فالاول كما اذا قال وقف على اولادى ثم اخوانى ثم الفقراء ، ولكن لم يكن هناك له اخوة اصلا ، وانما قال ذلك برجاء ان يوجد له اخ ، او قال ذلك ، وكان له اخ حال الوقف ، لكن حال موت الاولاد لم يكن له اخ لان اخاه مات قبل موت الولد ، وسواء كانت الطبقة الثالثة بعد الوسط موجودين حال انعدام الوسط كالفقراء الذين هم موجودون حال عدم الاخوة او لم يكونوا موجودين ، وانما سيوجدون كما اذا قال وقف لا اولادى ثم لاخوانى ثم لاخواتى ولما مات الاولاد لم يكن له لا اخ ولا اخت وانما ولدت له اخت بعد سنة من موت ولده مثلا .

الرابع : المنقطع الاخر ، كما اذا قال وقف لا اولادى ولم يزد على ذلك

وانقطع الاولاد .

اما القسم الثانى : و هو المنقطع الاول فالمشهور بين الفقهاء بطلانه ، و استدلوا لذلك بالاجماع و ببقاء الملك بلا مالك و بانه خلاف وقوف الائمة عليهم السلام ، و الكل كما ترى ، ان لاجماع ، و قد خالف فيه الشيخ ، مضافا الى انه محتمل الاستناد ، و الملك امر اعتبارى ، و العقلاء يعتبرون ذلك كما يعتبرون ملكية الوقف للبطون المستقبلية ، و وقوف الائمة من باب المورد كما عرفت .

ثم ان وارد الوقف الى مدة حصول الموقوف عليه ، هل يصرف فى الواقف للاستصحاب ام يجمع للموقوف عليه المستقبل ، الظاهر الثانى ، كما اذا لم يكن فقير حالا فى الوقف على الفقراء ، فان الوارد يجعل لهم حينما وجدوا . و اما القسم الثالث : و هو المنقطع الوسط ففيه قولان : البطلان للزوم الاستمرار فى الوقف ، و الصحة لاطلاقات ادله العقود و الوقوف ، ثم المشهور الذين قالوا بالصحة قالوا بها الى الانقطاع ، و بعد الانقطاع اختلفوا فى ان المال يرجع الى المالك او ورثه الموقوف عليه ، او وجوه البر و الاول هو المشهور لان الملك لم يخرج ، الا الى حدّ فلاوجه للقول بخروجه مطلقا ، و استدل من قال بانه يرجع الى ورثة الموقوف عليه بانه كان حق ابائهم ، و ما يتركه الميت فلوارثه ، كما ان من قال انه يصرف فى وجوه البر استدل بارتكاز ذهن الواقف كما اذا بطل رسم الموقوف عليه .

اما على ما اخترناه ، فالظاهر ان الوقف يبقى وقفا و وارده للطبقة الثالثة اى طبقة بعد انقطاع الموقوف عليه فى الوسط ، فاذا قال لابنائى ثم لاخوانى فانقطع الابناء ، و لم يأت الاخوان بعد فى الحياة ، ثم جاءوا بعد عشرين سنة مثلا فالوارد لهذه السنوات العشر يصرف فيهم ، كما مثلنا فيما اذا لم يكن فقير ، ثم

وجد في الوقف على الفقراء .

و اما القسم الرابع: وهو الوقف على منقطع الاخر، فهناك قولان: قول
بانه يبطل الاشتراط الدوام في الوقف، وقول بانه يصح ويبقى وقفا السي
حين الانقراض، ثم يصرف لورثه الواقف او ورثة الموقوف عليه او وجوه البر
لاطلاقات ادلة العقود وادلة الوقف وكونه عقلائيا لم يردع عنه الشارع، وقد عرفت
في القسم الثالث وجه هذه الاقوال و الاحتمالات .

ثم اللازم ان نخصص قول من يقول بالبطلان، بما اذا كان ظاهرا من
اول الامر الانقراض، كما اذا قال وقفته على زيد، اما اذا قال على اولادى
نسلا بعد نسل فمن المستبعد جدا، وجود قول بالبطلان من اول الامر اذا
تبين ولو بعد الف سنة انه من المنقطع الاخر بان انقرضت الذرية اتفاقا، ولو
فرض ان هناك قولاً بذلك، فاللازم ان يكون الوارد المصروف في الموقوف عليه
حاله حال من تصرف في مال الغير غروا، ويمكن ان يستدل لصحة المنقطع
الاخر بالاضافة الى ما تقدم من الاطلاقات، صحيح ابن الصغار قال: كتبت
الى ابي محمد عليه السلام، اسئله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان
الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، واذا كان موقتا فهو
صحيح محض وقال قوم ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فسلان و
عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله عزوجل الارض
و من عليها، وقال آخرون: هو موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا و لم
يذكر فى اخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها، و
الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف ولم يذكر احدا، فما الذى يصح من
ذلك، وما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: الموقوف بحسب ما يوقفها اهلها
انشاء الله تعالى، فان اطلاق كلام السائل ((وقال آخرون الخ ٠٠)) بطل

ظاهره انه للمنقطع الاخر ، والا ما اقره ولم يردده ، وقد اعترف بذلك الجواهر
الا انه حمله على الحبس جمعا بينه وبين ما دل على اشتراط التأييد فى الوقف
وحيث انك عرفت انه لا دليل على لزوم التأييد ، فالدلالة تبقى خالية عن
المعارض .

وكيف كان ، فالذى يظهر من الادلة صحة كل اقسام الوقف الدائم و
المنقطع باقسامه الثلاثة ، وان كان المشهور اشترطوا التأييد مطلقا ، او فى
الجملة ، والله العالم .

مسئلة : ٢٧ - لو وقف سنة لاولاده وسنة للفقراء ، او قال مدة عمرو لى فلولى
وبعدده للفقراء او ما شبه ذلك صح ، لاطلاقات ادلة الوقف ، ولو وقف على
ولديه ثم على الفقراء ، فمات احد الولدين ، ففي المسئلة احتمالات واقوال :
بطلان الوقف ، لانه من المنقطع الوسط او بطلانه بعد موت الولد والصحة
ثم صرف حصة الابن الميت فى الابن الحى ، او صرفها فى الفقراء ، او فى وجوه
البر ، او لورثة الواقف ، ووجه الكل يتبين من خلال ما ذكرناه فى المسائل
السابقة ، ولا يبعد صرفها فى الفقراء ، لان الظاهر ان الفقير يأتى دوره بعد
دور الابن سواء كان الابن الاخر موجودا ام لا ، والمتعارف عدم موت الابنين
معا ، فليس المراد اذا مات الابنان ، ويحتمل صرف الجميع فى الابن الاخر
لان العرف يرى ان المراد بهكذا وقف الشفقة على الاولاد اولا ثم الفقراء
وانما قال الابنان ، لوجود الاثنين ، واذا كان له ابن واحد جعله له وحده
ثم على الفقراء ، ولو شك فى ذلك كان اللازم الصرف عليهما ، اى الابن الباقي
والفقراء ، لقاعدة العدل والانصاف ، واحتمل القرعة لانها لكل امر مشكل
ولو وقف على اولاده و شرط صرف الغلة على الفقراء ، قيل يبطل لانه لا معنى
لكون الوقف لانسان و صرف الغلة لآخر ، وقيل يصح كما يصح فى البعض

اتفاقا ، كما اذا قال وقفته على اولادى و يصرف ثلث الغلة للفقراء ، لانه لا فرق بين الكل والبعض ، ولانه كالمك الذى هو لانسان و وارده لانسان آخر بالايجار او نحوه ، ولاطلاقات ادلة الوقف و ادلة الشرط .

اما لو شرط بعض الغلة للفقراء صح ، بلا اشكال لاطلاقات الادلة فسى الوقف والشرط ، وخصوصا خير جعفر بن حيان قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابة له من ابيه و قرابة من امه و اوصى لرجل و عقبه من تلك الغلة ، ليس بينه و بينه قرابة بثلاثمائة درهم كل سنة و يقسم الباقى على قرابته من ابيه و امه ؟ قال عليه السلام : جائز للذى اوصى له بذلك . قلت : ارايت ان مات الذى اوصى له . قال : ان مات كان الثلثمائة درهم لورثته يتوارثونها مابقى واحد منهم ، فاذا انقطع ورثته و لم يبق منهم احد ، كانت الثلثمائة دراهم لقرابة الميت ترد الى ما يخرج من الوقف ، وكذا يصح ان شرط صرف الغلة سنة للفقراء و سنة لا ولاده للاطلاقات ، و لو وقف على اولاده فهل يدخل فيهم اولاد الاولاد ام لا ؟ قولان : قيل بالدخول بقوله سبحانه ((يوصىكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين)) فان ولد الولد ولد و قيل بعدم الدخول ، لان المنصرف من الاولاد هم الطبقة الاولى ، وهذا هو الاظهر .

ثم الظاهر اشتراك البنت مع الولد فى الحصة على نحو التساوى ، و لو وقف على اولاده سنة ثم على الفقراء الى الابد ، قيل يصح لاطلاقات الوقف و عن العلامة دعوى الاجماع عليه و قيل يبطل لانه يناهى التأييد ، و خلاف الوقف المتلقى من الشارع ، و الظاهر الاول لانه لا يناهى التأييد ، اذ لا فرق بين جهالة مدق الموقوف عليه الاول ، كان يقول لولدى ثم الفقراء فمات الولد راس السنة بين معلومية المدة ، و الاطلاقات محكمة بعد معلومية ان اوقفهم عليهم

السلام من باب المصداق فكونه خلاف الوقف المتلقى غير ضار ، ولو قال وقف على ولدى ثم الفقراء ، فمات الولد بعد ظهور الثمرة ، كانت الثمرة لورثته لانها صارت ملكا له بالظهور فترجع الى ورثته ، ويحتمل انها تنتقل الى الفقراء لانه جعل الوارد للفقراء ، ان لم يكن الولد فاطلاقه شامل لموته قبل ظهور الثمرة او بعده ، لكن الاول اقرب ،

مسئله : ٢٨ - المشهور بين الفقهاء ، اشتراط التنجيز فى الوقف ، فلو علقه على وصف محقق الوقوع ، كما لو قال وقفته ان طلعت الشمس ، او على شرط غير محقق الوقوع ، كما لو قال وقفته اذا جاء زيد بطل ، واستدلوا لذلك بالادلة الاربعه :

فمن الكتاب قوله تعالى : ((اوفوا بالعقود)) بعد ان المراد بالعقد الاعم من العقد والايقاع ، ان قلنا ان الوقف ايقاع ، وان كان عقدا فالامرا واضح ، ووجه الدليل انه لا يقصد العقد على ما لم يبرم والتعليق ضد الابرام . ومن السنة : ان الكيفية المتلقاة من الشرع فى الوقف ، هى التنجيز .

اذ ان اوقاف الائمة عليهم السلام ، كانت بصيغة التنجيز .

اما الاجماع فقد ادعاه فى الجواهر وغيره بصورة قاطعة . واما العقد قالوا ، انه كما لا يمكن الانفكاك بين العلة والمعلول فى الامور التكوينية ، لا يمكن الانفكاك فى الامور الاعتبارية ، والصيغة سبب ، فلا يمكن ان تنشأ الصيغة فى هذا اليوم ، ويقع الوقف غدا مثلا ، هذا بالاضافة الى ان التعليق ينافى الانشاء ، اذ الانشاء ايجاد ، والتعليق معناه عدم اليجاد ، وفى الكل ما لا يخفى .

اما عدم صدق العقد ، ففيه ان العرف يرى انه عقد ، كما يصدق العقد فى الاجار المتأخر .

و اما كون الكيفية المتلقة من الشارع التنجيز ، ففيه ان الشارع لم يعين الكيفية ، و انما وردت صور لا وقافهم عليهم السلام ، و هى من باب المورد كما لا يخفى ، و المورد لا يخص بعد شمول الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها للمقام ، و الاجماع بعد الاشكال فيه ، بان المسالك اشكل فى المسئلة ، و ان مقتضى كلام الشيخ الذى يصحح المنقطع الاول الملازم لصحة تأخير اول الوقف يرد عليه انه محتمل الاستناد ، و مثله ليس بحجة ، اذ المشترطين ذكروا بعض ما تقدم من الادله .

و اما العقل فيرد عليه و لا امكان تأخر المعلول عن بعض العلة ، كما لو سبب النار المشتعلة فى الغرفة صباحا ، حرارة الغرفة ظهرا ، و ما نحن فيه من هذا القبيل ، لان علة الوقف اللفظ و تحقق الشرط ، فكما انه لا يلزم اقتران المسبب ب ((و)) و قفت ، مع ان ((الواو)) جزء العلة لا يلزم اقترانه ب ((تاء)) و قفت بل يجوز اقترانه بمجرد زيد او طلوع الشمس .

و ثانيا : ان الامور الاعتبارية ، لا تقاس بالامور التكوينية ، فمن الممكن اعتبار المعبر حالا لشيء مستقبل ، كما ورد فى الشريعة مثله فى باب الوصية و فى باب النذر و العهد و اليمين ، و فى باب شرط ان يحلّه حيث حبسه فى باب الاحرام .

اما ان التعليق يناهى الانشاء ففيه ما لا يخفى ، فان الانشاء خفيف المؤنة ، اذ يصح عرفا ، ان ينشئ الانسان الامر الاعتبارى حالا لتكون النتيجة حالا ، كما يصح ان الانشاء حالا لتكون النتيجة مستقبلا فيصح ان يقول زيد لولده ، هذه الدارك من هذا اليوم ، ويصح ان يقول هى لك من بعد ستة اشهر ، و على هذا فلا دليل على عدم صحة التعليق ، لكن مخالفة المشهور ، مشكلة جدا ، و اما صورقا لتعليق كان يقول ، ان كان اليوم جمعة ، فهو وقف ، فالظاهر الصحة - ان كان اليوم جمعة - حتى بناء على بطلان التعليق ، لانه ليس بتعليق

حقيقة ، وان اشكل فيه غير واحد ،

مسئله : ٢٩- على المشهور من اشتراط القبض فى لزوم او انعقاد الوقف

فالكلام يقع فى فروع:

الاول : لو مات الواقف قبل ان يقبض الموقوف الى الموقوف عليه او ولية بطل الوقف ، ولم ينفع قبض الورثة له للموقوف عليه ، لان الظاهر من ادلة الاسباب الشرعية ، انها انما تلزم ان اتمت ، فاذا نحدث المانع فى اثنائها لم تكن اسبابا ، فذلك مثل ان يجرى البائع الصيغة ، ثم يموت ، فانه لا يقوم واد له مقامه ، فى صحة قبول المشتري الموجب لا انتقال الملك .

وان شئت قلت : ان ظاهر الادلة قيام العقد بالطرفين ، فى حال كما لهما الى تمام الأركان والشرائط ، فاذا سقط احد الطرفين عن الاهلية قبل التمام لم يحصل العقد ، ولولا هذا الظهور لكان للقول بقيام الوارث مقام المورث ان شاء الاتمام للعقد وجه ، اذ العرف لا يرون فى قيامه معه محذورا والحاصل ان قيام الوارث صحيح عرفا ، فلولا الانصراف فى الادلة الشرعية ، لكان القول بذلك وجيها .

نعم ربما يحتفل صحة القيام من باب الفضولى فكما ان المالك ، اذ اجاز بيع الفضول كان صحيحا ، كذلك اذا قال البائع بعت ومات ثم قام وارثه مقامه ، فقال المشتري قبلت كان ذلك مثل ان يقول الفضول بعت ، ويكون البائع حاضرا ، ويمضى قول الفضولى فيقول المشتري : قبلت ، وقد تقدم انه لا مانع من جريان الفضولية فى الوقف ، خصوصا اذا قلنا بان القبض يفيد اللزوم ، لان انعقاد الوقف ، وان نوقش فى الانصراف المذكور ، كان عموم دليل الوقف قاضيا بصحة الوقف ، اذ الوارث لما قام مقام المورث ، وقبل الوقف شمله قوله عليه السلام : حسب ما يوقفها اهلها .

الثاني : لو مات الموقوف عليه قبل القبض لم ينفع قبض الوارث ، لان الوارث لا شأن له في الوقف ، بل الوقف ينتقل الى الموقوف عليه الثاني ان صح الوقف وان لم يصح لم يكن هناك انتقال ، وسيأتي حكم ما لو قبضه البطن الثاني ، ومنه يظهر انه لا مجال للاستدلال بقوله ما تركه الميت فلوارثه بتقريب ان حق القبض مما تركه الميت ، ان الحق خاص به كحقوق المضاجعة وما اشبه فلا يشمل دليل ما تركه الميت و هل ينفع قبض الموقوف عليه الثاني كما اذا قال : وقفته لولدي ، واولاده بعده ، فمات الولد قبل القبض ، فهل ينفع قبض الحفيد ام لا ؟ احتمالان :

الاحتمال الاول : انه ينفع لاطلاق ادله الوقوف .

الاحتمال الثاني : انه لا ينفع ، بل يبطل الوقف لانه من منقطع الاول على المشهور من بطلان المنقطع الاول ان الوقف لم يمر على الموقوف عليه الاول ولا فرق في المنقطع الاول بين المنقطع الزماني كما تقدم في مسألة المنقطع الاول ، او الرقبي ، كما فيما نحن فيه ، وان لم يكن فصل زماني كما ذكرنا في مسألة التقدم الرقبي ، فان رقبة تحرك الراكب ، بعد رقبة تحرك المركب ، وان حدث التحركان في زمان واحد ، ومعنى الرقبي ان العقل يرى استناد المعلول الى العلة دون العكس ، ودون استنادهما معا الى علة ثالثة ، هذا ولكن حيث انه لا دليل لفظي لبطلان المنقطع الاول الا الانصراف وما اشبه فشموله لما نحن فيه مشكل ، وعليه فاطلاقات الوقف محكمة ، اما على ما استظهرناه من صحة المنقطع الاول ، فالامر هنا اظهر والاشكال في الصحة ، بان ظرف العقد ، كان البطن الذي مات ، فكانه عقد بطرف واحد ، وان الظاهر القبض ممن له قبول العقد ، قبول البطن الثاني حاله حال قبول الاجنبي ، لا يخفى ما فيهما ، ان الطرف كل البطنين ولذا قالوا بان كل بطن يتلقى الوقف من الواقف ، والبطن الثاني ليس

اجنبيا ، بل طرف لقبول العقد ، ولذا ذكرنا في ما سبق ان له القبول و الرد .

الثالث: لو تلف الموقوف عليه قبل القبض ، فلا اشكال في بطلان العقد ، اما لو انعقد المصروف بما له بدل ، كما لو وقف على مسجد فزال المسجد قبل القبض ، مما لو زال بعد القبض كان اللازم صرفه في مسجد اخر ، او سائر وجوه البر — على الاختلاف في مسألة الاقرب فالاقرب او سائر المبررات — فهل يبطل الوقف ام لا ؟ احتمالان : من ان ظاهرا دلة صرف الوقف في غيره ، انما هو فيما اذا تم الوقف ، وفي المقام لم يتم الوقف ، ومن اطلاق الادلة ، والثاني اقرب ، ولو تلف الوقف انسان بماله بدل الحيلولة كما اذا القى الميتة الموقوفة في البحر ، او اعطاه لسلطان جائر ، فالظاهر انه مكلف باعطاء بدل الحيلولة للوقف ، والبدل وقف بدون الصيغة لروءيه العرف ان ذلك نفس الموقوف عليه ، كما ذكروا في باب بدل الحيلولة — في الاملاك ، واذا كان الشئ قيميا واعطى القيمة ، فاللازم صرف القيمة في المثل او الاقرب ، فالاقرب ، واذا رجع الاصل ففي كونه وقفا فقط او البدل فقط او كليهما احتمالات : وان كان لا يبعد الاول استحبابا ، فان خروج الشئ عن كونه ملك انسان او قلنا بالوقوع في البحر ، او غضب غاصب له او الحيلولة بينه وبين الانتفاع به كجعل الجائر المسجد طريقا ، او جعله متحفا مثلا في كمال الاشكال .

نعم وردت بعض الروايات في باب ما لو وقع شئ في البحر ثم اخذه انسان غير المالك ، وانه يكون ملكا للآخذ ، لكن لا بد من الاقتصار على موضعه لانه مخالف للاصل ، اللهم الا ان قيل بفهم عدم الخصوصية ، وكيف كان فموضع الكلام في مسألة بدل الحيلولة ، فراجع .

الرايح: لو وقف على اثنين ، او اكثر ، فان قصد التشريك فى كل شئ حتى فى القبض كبيع الاثمان لنفرين فى عقد واحد ، كان اللازم قبضهما ، و ان قصد الجنس كوقف المسجد الذى يكفى فيه صلاة انسان واحد ، كفى قبض احدهما وفى الاول لو قبض احدهما ، فمات الآخر قبل القبض ، او تعذر قبضه او ما اشبهه ، فهل يبطل الوقف اطلاقا ، لعدم القبض المعتبر وهو قبضهما ، او يكفى قبض احدهما ، لحصول القبض ، ولا دليل على اشتراط قبض جميع الموقوف عليهم ، او يصح الوقف بالنسبة الى المقبوض دون غيره ، فان كان الوقف على اثنين ، صح الوقف فى النصف ، وان كان على ثلاثة ، صح الوقف بالنسبة الى الثلث ، وهكذا احتمالات ، والثالث اقرب .
مسئلة : ٣٠ - الظاهر عدم اشتراط الفورية فى القبض لعدم الدليل على الفورية .

نعم التأخير الى حيث لا يرى العرف ، انه قبض لذلك الوقف ، كعشرين سنة ، مثلا يوجب الشك فى صدق القبض المعتبر الموجب لنفوذ الوقف - على المشهور من اشتراط القبض فى الوقف - و اذا شك كان اصالة عدم الانعقاد محكمة ، اللهم الا ان يقال ان الاصل عدم لزوم لصدق القبض بالوقف وادعى الجواهر عدم الخلاف فى عدم اشتراط الفورية ، وحكى عن العلامة فى القواعد الاستشكال ، باحتمال ان القبض كالتقبول فى العقود الذى يشترط فيه الفور ثم ان قبض كل شئ بحسبه ، كما ذكروا فى باب القبض فراجع .

ثم هل يشترط القصد فى القبض قيل نعم ، وقيل لا ، وقيل يشترط عدم قصد الخلاف ، فانه قد يقبضه باعتبار انه وقف ، وقد يقبضه باعتبار انه هدية ، او هبة ، او عارية ، وقد يقبضه ذاهلا عن الاثنين ، استدلالا ، بان القبض من الامور المشتركة ، فللازم ان يعين بالتعيين ، فانه ان اعارك

انسان شيئا ، وانت اردت غضبه ضاربا عن الاعارة ، كان قبضك حراما، الا ترى ان الغاصب حينما يريد الغصب، فقال صاحب المال اعرتك المال ، فلم يعتن الغاصب، او لم يعلم بذلك عدّ غاصبا عرفا لامستعيرا ، والاحكام تابعه للصدق العرفى .

واستدل الثانى : بالاطلاق ، وانه لا دليل على القصد ، بل اللازم

القول بانه من الامور التوصيلية كالطهارة الخبيثية .

واستدل الثالث: بان قصد الخلاف يوجب صرف القبض عن كونه ، قبض الوقف، اما عدم القصد فلا يكون صادقا ، واستدل فى الجواهر ببعض روايات الصدقة ، لكن دلالتها على الوقف مشكل ، بل الظاهر منه ان الصدقة على الكبير لا تتحقق قبل القبض وعلى الصغير تتحقق بقبض الولي ، وقد عرفت سابقا الاشكال فى تساوى احكام الوقف والصدقة ، وان ادعاه بعض كما ان ارادة الاعم من الوقف من اخبار الصدقة خالية عن الشاهد ، والكلام فى قصد الموقوف عليه ، حين الاخذ كالكلام فى قصد الواقف عند الاقباض ، وانه هل يحتاج الى قصد الوقف، او يكفى عدم قصد الخلاف، او يصح حتى مع قصد الخلاف فان اخذه بقصد انه ملكه او هبة له ، او ما اشبهه ، كفى فى تحقق القبض ، و هل يشترط اذن الواقف فى القبض ، ام يكفى قبض الموقوف عليه ، ولو مع نهييه ، قولان : قيل بالاول لظاهر دليل القبض ، وعليه فلا يكفى اكره الواقف على القبض ، لان ظاهر الفعل الاختيار فاذا قيل شرب زيد الماء كان منصرفا الى شربه الاختيارى دون الاكراهى والاظطرارى وقيل بالثانى ، اذ لا دليل على الاذن وانما الدليل دل على القبض الحاصل باى نوع كان واذا شك فى صحة القبض بدون الاذن ، كان عموم ادلة الوقف محكمة ، لكن الاول اقرب ، اذ الانصراف كاف فى الدلالة

بالإضافة الى ان الظاهر من الادلة اقباض الواقف، لا قبض الموقوف عليه ومع الاكراه لا يصدق لانه مرفوع فكيف الاخذ بدون اذنه، ولا اشكال فى عدم كفايه قبض المجنون والنائم ومن اشبهه، ممن لا بعد قبضه فى العرف قبضا اما قبض الطفل المميز فى صحته اشكال من صدق القبض عرفا، ومن ان عمل الصبي خطأ، و حديث الرفع خصوصا وان اقباضه لا ينفع، فكذا قبضه وهل هذا هو الاظهر، وفى المسئلة فروع كثيرة نكتفى منها بهذا القدر .
مسئله : ٣١- لو وقف على اولاده الصغار، فلا اشكال فى ان قبضه قبضهم، وكذلك اذا جعل للوقف قيما فان قبضه قبضهم، وكذلك بالنسبة الى قبض الجد الابى، لان الاب والجد وليا شرعيان وكذلك اذا وقف غيرهما ثم قبضاهما الوقف، واستدل فى الجواهر بجملة من روايات باب الصدقة، لكن دلالتها مشكلة لذكر لفظ الصدقة فيها، وقد عرفت ان الصدقة ليست مرادفة للوقف، حتى يأتى فيه جميع احكامها .

ثم هل يشترط فى قبض الاب والجد، قصد هما القبض ام يكفى قبضهما ولو بدون قصد منهما، احتملان : من تحقق الفعل، ولادليل على احتياجه الى الانشاء، بل يصدق الفعل حتى مع الذهول والغفلة والسكر والاعماء والنوم، ولذا اذا اطلق الرصاص فى النوم، وقتل انسانا، صدق انه قتله، ومن ان ظاهر الادلة الاخذ مختارا متفقا وقيل بالكفاية هنا، و ان لم يكن فى سائر المقدمات لاطلاق ادلة قبض الصدقة او الانصاف ان الروايات الذى استدلل بها هنا لو تم دلالتها ولم نقل بانها فى الصدقة، وليست فى الوقف، فلا دلالة فيها على ما ذكره القائل، ان ليست هى فى مقام الاطلاق من هذا الحيث كما لا يخفى، وقد تقدم الكلام فى القبض فى المسئلة السابقة .

ثم ان الظاهر عدم حاجة قبض الولي ، فيما لو كان الوقوف تحت يده اذ القبض حاصل بالفعل ولا دليل على لزوم انشائه ، فان ظاهرا دلة القبض وقوع الشيء تحت يد المتولى فلا يستشكل بانه يجب التجدد ، كما ذكروا في باب تطهير ما يحتاج الى التعدد بانه لا يكفي صب الماء مستمرا بقدر مرتين وكذلك في باب من كان ساجدا ثم سمع آية السجدة حيث ذكروا انه لا يكفي الاستمرار بقصد سجدة التلاوة الى غير ذلك من الابواب ، مع انه اشكل هناك ايضا بالكفاية ، وانه يكفي استمرار الصب ، واستمرار البقاء ساجدا .

وكيف كان فلكل باب دليله وحكمه ، اما احالة المسئلة الى مسئلة تجدد الاكوان الاربعة وعدم تجدد ها بالكفاية على الاول ، لان الاستمرار فعل جديد ، وعدم الكفاية على الثاني ، لان الاستمرار نفس الفعل السابق ففيه ما لا يخفى بان الحكم تابع للعرف ولل فلسفة ، فان كان العرف يرى الصدق كفى ، وان لم نقل بالتجدد ، وان كان العرف يرى عدم الصدق ، لم يكف وان قلنا بالتجدد .

ثم ان بعض القائلين بصحة البقاء في صدق القبض ، قالوا بوجوب مضي زمان يمكن فيه القبض ، وقال آخرون بعدم الاحتياج ، فلو وقف الاب وبمجرد انتهاء الصيغة مات كان يعد من المقبوض ، والثاني اقرب ، لما ذكرنا من الصدق الذي لا يحتاج معه الى مضي الزمان ، والظاهر ان الموقوف لو كان تحت الاب والجد ، او المتولى بالغصب او البيع الفاسد ، او نحوهما كفى لتحقق القبض ، خلافا لمن شرط ان يكون موضوعا تحت يده وصفا مشروعا صحيحا ، قال لان الشارع الغى يد غير المشروع ، وفيه ما لا يخفى للصدق العرفي الذي هو الميزان ، لان الشارع لم يحدث اصطلاحا جديدا

فالقول بعدم الكفاية من قبيل القول ، لعدم كفاية التطهير بالماء المغصوب

لان دليل التطهير منصرف الى المباح .

ثم هل الوصى يقوم مقام الاب والجد ، في اتمه لو وقف على الموصى اليه ، وكان الشيء تحت يده كفى ذلك ، ام يحتاج الى قبض جديد ، قيل بالاول لمثل الدليل المتقدم في باب الاب والجد واحتمل الثاني لانه يتحد الموجب والقابل ، وذلك خلاف ظاهر الادلة الواردة في الموجب والقابل ، فاللازم تعدد هما في كل الابواب البيع والنكاح والقبض وغيرها وانما خرج الاب والجد في باب الوقف وغيره ، لوجود الدليل الدال على كفاية كون المال تحت يد الاب في حصول القبض والدليل هو ما تقدمت الاشارة اليه من بعض روايات باب الصدقة ، لكن الظاهر الكفاية مطلقا حتى في باب النكاح ، اذ لا دليل على لزوم التعدد ، وان ادعى الانصراف فهو بدوى ، كما لا يخفى .

مسئلة : ٣٢ - لو وقف على نفسه لم يصح على المشهور ، واستدلوا لذلك بالاجماع ، وبيان الاوقاف المتلقاة منهم عليهم السلام كلها وقف للغير ، وبيان الوقف نقل ، ولا معنى لنقل الانسان الشيء من نفسه الى نفسه ، وفي الثلاثة ما لا يخفى ، اذا الاجماع محتمل الاستناد والاقاف المتلقاة منهم عليهم السلام من باب المورد ، وكون الوقف نقلا مطلقا لا دليل عليه ، فعموم الوقوف ، حسب ما يوقفها اهلها محكمة ، وفائدة الوقف حينئذ حصر الملك بعد ان كان مطلقا ، لكن لا يخفى ان الظاهر منهم عدم الخلاف في المسئلة فلقول بالصحة مشكل جدا ، ولو وقف على نفسه وعلى غيره ، فقد يكون تشريكا ، وقد يكون ترتيبيا ، فان كان الاول ففيه احتمالات : الصحة مطلقا والبطلان مطلق ، والصحة في حصة الغير فقط ، وعلى الصحة مطلقا ، فالكل

.....
 للغير، لكن هذا في غاية البعد، إذ لم يقصده الواقف، ولم يدل عليه دليل شرعي، كما أن القول بالبطلان مطلقاً أيضاً لا يخفى مافيه، إذ لا وجه له بعد وقوع الوقف المشمول للدلالة، فالاشكال في ذلك بان الوقف لا يتبعض لانه بسيط غير صحيح، بل حاله حال البيع، فيأتي فيه ما يأتي في مسألة تبعض الصفقة، أما إذا كان ترتيباً، فإن قدم نفسه، فإنه من المنقطع الأول وأن قدم غيره، فإنه من المنقطع الآخر، وأن جعل نفسه وسطاً، كما لو قال على زيد ثم علي، ثم على اولادي، كان من منقطع الوسط، وقد عرفت كلام المشهور في الكل وعرفت أيضاً اشكالنا في كلام المشهور، إذ حسب اطلاقات الأدلة، لزم القول بالصحة:

مسئلة: ٣٣- لو وقف العين المستأجرة مدة صح الوقف لاطلاق الأدلة ولا ينافي ذلك كون الوقف مسلوب المنفعة مدة الايجار، إذ حال الوقف حال بيع المستأجرة، ولا يلزم في الوقف الانتفاع بمجرد الوقف، فحاله حال ما إذا وقف الفسيل الذي يأتي بالثمر بعد مدة، فاحتمال عدم الصحة لا وجه له .
 نعم إذا كان في المستأجرة بحيث يرى العرف انه لا ثمرة فيها، كما إذا كانت مستأجرة مدة مائة سنة مثلاً، اشكل الوقف لعدم صدق تعريف الوقف عليه، وهو حبس العين، وتسبيل المنفعة، إذ لا منفعة حتى تسبيل .

ثم لو رجعت العين الى المالك قبل انقضاء مدة الايجار فيها صح الوقف فهل تكون المنفعة له، او للوقف احتمالان: من ان المنفعة مدة الاجارة كانت خارجة، فلا وجه لدخولها في الوقف، ومن ان المانع عن كون المنفعة للوقف هو الايجار، فاذا زالت الاجارة زال المانع فتكون المنفعة للوقف والاول اوجه، كما لا يخفى، ولو وقف العين المودعة او المعارة صح الوقف وبطلت الوديعة والعارية، لان المال انتقل منه، والوديعة والعارية

فرع كون المال له ، كما اذا باع العين المودعة او المعارة ،
نعم لا يصح وقف العين المقروضة ، اذ لاشئ للمقرض ، الا فى ذممة
المقترض ، وقد سبق قول المشهور لزوم كون متعلق الوقف عيننا .
نعم اذا استشكلنا فى ذلك ، صح و كان عليه التعيين كتعيين الكل فى
المعين او الكل المطلق ، وقد قال المشهور بصحة وقف نصف الدار المشاع
ولو وقف العين التى له خيار فيها صح الوقف ، وبطل الخيار ، لانه لا مجال
له بعد الوقف ، كما لو باع الشئ الذى له فيه الخيار ، ولو وقف على انسان
او جهة ، فهل يجوز له ان يسكن فى ذلك الوقف ، اما فى الوقف على الجهة
المنطبقة عليه فلا اشكال فيه ، كما اذا وقف على سكنى الطلاب او الفقراء ، و
كان منهم اذ اطلاق الموضوع يشمله ، ولا دليل على اخراجه و ليس هذا من
الوقف على النفس ، ايبطل على القول بالبطلان ، وان كان الموضوع منحصرا
فيه ، كما اذا وقف على شعراء اهل البيت عليهم السلام ، و لم يكن فى الحال
الحاضر الا هو فقط ، و اما فى الوقف على انسان ، فقيل مطلقا يجوز سكناه
كما اذا وقف على اولاد زيد ، فجازوا ان يسكن فيه معهم ، و ذلك لانه
كالضيف لهم ، فكما انه يجوز ان يضيفوا انسانا او الواقف يوما او ساعة ، كذلك
يجوز ان يضيفوه عمرا ، فحاله حال سائر من يسكن معهم باجازتهم ، و قيل
لا يجوز مطلقا ، لانه وقف عليهم ، فلا يحق لهم ان يجوزوا سكنى غيرهم ، و
الضيف منصرف عنه فى المنع ، اى ان الدليل المخصص للوقف باولاد زيد ، لا
يطارد الضيافة ، و انما يطارد السكنى من غير ضيافة عرفية ، كسكنى العمر
و لذا لا يحق لمتولى الوقف على الطلبة ان يسكن الواقف فى المدرسة ، و لو
باجازة الطلبة ، و ربما احتمل التفصيل بين الوقف على الجهة ، كالطلاب فيما
لم يكن الواقف منهم فلا يجوز ، و بين الوقف على اولاد زيد مثلا ، فيجوز ، و
ذلك لانه ينافى ، دليل الموقوف على حسب ما يوقفها اهلها مع سكنى غير

الطالب، وان كان باجازه المتولى او الطالب منافاة عرفية بخلاف سكنى غير اولاد زيد، فانه لا ينافى دليل الوقوف عرفا، ولذا فاذا رأى العرف، ان كاسبا سكن المدرسة قالوا انه خلاف الوقف، اما اذا رأوا، ان اولاد زيد سكن معهم فى الدار الموقوفه لهم لم يروا انه خلاف الوقف، ولعل هذا التفصيل اقرب الى الادلة ويؤيده فى الجملة خبر ابى الجارود عن الباقر عليه السلام: لا يشتري الرجل ما تصدق، وان تصدق بمسكن على ذى قرابة فان شاء سكن معهم، وان تصدق بخادم على ذى قرابة خدمته انشاء الله .
ولو وقف شجرة واستثنى ثمرتها المتجددة عاما او اوعاما لنفسه او غيره كما لو قال هذه الشجرة وقف على الفقراء وثمرتها فى العام الاول لى او لا قربائى، فالظاهر جواز ذلك لاطلاق ادلة الوقف على حسب ما يوقف، واحتمل عدم الجواز، لانه خلاف خروجها بسبب الوقف عن ملكه، لكن فيه ما لا يخفى، اذ الوقف خاص بغير هذه الثمرة، واى فرق بين ان يستثنى الثمرة الموجودة او المتجددة .

نعم اذا كان الاستثناء بحيث يرى العرف، انه لافائدة فى الوقف، كما لو استثنى كل انواع فوائد الشجرة الى مائة سنة، لم يصح الوقف لمنافات ذلك مع كونه تسبيل الثمرة، ولو وقف لقسم من الثمرة، كما لو قال وقفست هذا البستان لان يصرف نصف ثمرتها فى سبيل الخير، والنصف الاخر لى بان كان المراد ان الشرط يخرج نصف الثمرة له، او ان الوقف يكون خاصا بنصف الثمرة مع كون الوقف لكل الاصل لالنصف البستان، قيل جاز لقاعدة الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها، وقاعدة المومنون عند شروطهم، وقيل لا يصح لمناقضة ذلك للوقف، فهو كبيع المتاع بدون ان يكون نصفه ملكا للمشتري، ولا يبعد الاول، لانه مثل المسئلة السابقة واى فرق بين

استثناء ثمرة عام او نصف الثمرة كل عام ومع ذلك فالمسئلة محتاجة الى التأمل خصوصا بعض صورها ومثلها ، وقف بعض المنافع للعبد او الحيوان ، كوقف حرث البقرة دون حليبها ونتاجها حتى يكون النتاج والحليب لنفسه .
مسئلة : ٣٤ - لو وقف على غيره ، و شرط قضاء ديونه من ارباحه او ادارة نفقته منها ، او ان يصرف مقدار كذا منها ، ثلث له بعد موته ، او يعطى عنه الحج مثلا ، ففي المسئلة اقوال :

الاول : عدم الصحة ، ذهب اليه المشهور وعللوا ذلك بان الوقف يقتضى نقل الملك ، والمنافع عن نفسه ، فاذا شرط ذلك ونحوه ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه ، فيبطل الوقف والشرط معا .

ومكاتبه على بن سليمان عن ابي الحسن عليه السلام ، جعلت فداك : ليس لى ولد لى ضياع ورثتها عن ابي و بعضها استفدتها ولا آمن الحدثنان فان لم يكن لى ولد ، و حدث بى حدث فما ترى ، جعلت فداك لى ان اقف بعضها على فقراء اخوانى والمستضعفين او ابيعها واتصدق بثمانها عليهم فى حياتى ، فانى اتخوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتى ، فان وقفتها فى حياتى ، فلى ان اكل منها ايام حياتى ام لا ؟ فكتب عليه السلام : فهمست كتابك فى امر ضياعك ، فليس لك ان تأكل منها من الصدقة ، فان انت اكلت منها ، لم تنفذ ، ان كان لك ورثة ، فبيع و تصدق ببعض منها فى حياتك ، و ان تصدقت امسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع امير المؤمنين عليه السلام .
وخبر طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام ، ان رجلا تصدق بدار له و هو ساكن فيها ؟ فقال عليه السلام : الحين اخرج منها .

الثانى : الصحة لما بعد الموت لا ما قبله ، فان تصدق بشىء و شرط ان يصرف من نمائه فى حج له بعد موته او ما اشبه ، صح وان شرط ذلك

.....
 فى حياته لم يصح ، واستند للصحة بعد الموت ، بأنه ليس صرفا للوقف
 على نفسه ، اذ هو قد فنى وذهب بخلاف حال الحياة .
 الثالث: الصحة مطلقا ، أما على احتمال تقدم من صحة الوقف على النفس
 مطلقا ، فالامر واضح ، واما على صحة الوقف على النفس ، فلأنه من باب
 الشرط ، فيشمله المؤمنون عند شروطهم ، وما ذكره القائل بالفساد غير تام
 اذ استدلاله ، بان الوقف يقتضى نقل الملك الخ ، ففيه انه اول الكلام ، اذ
 لا دليل على ان مثل هذا الشرط ، مناف لنقل الملك والمنافع المعتبر فى
 الوقف فلماذا لا يكون حاله حال البيع المشروط فيه الانتفاع ببعض المنافع
 اذ الدليل انما دّل على ان الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ، وان
 الوقف تحييس الاصل ، و تسبيل الثمرة وكلاهما صادقان مع اشتراطه الانتفاع
 ببعض المنافع ، واستدلاله بالرواية مخدوش فيه ، اذ الرواية الثانية غير
 مربوطة بمقامنا ، اذ لم يذكر فى الرواية اشتراط ان يسكن هو او نحو ذلك
 بالاضافة الى ان خبر ابى الجارود المتقدم فى المسئلة السابقة ، يدّل على
 الجواز ، فمنتهى الامر حمل الخبر الناهى على الكراهة .
 واما المكاتبه فالظاهر منها اكله من الصدقة من غير شرط ، ومعنى لم
 تنفذ ، عدم انجازه مقتضى الوقف ، لا ان الوقف باطل لوضوح انه اذا اكل من
 الوقف حراما لم يبطل الوقف ، والامام سكت عن الاشتراط ، كما هو العادة فى
 الاجابة عن المسائل بصورة اولية ، بدون التعرض للاحكام الثانوية التابعة
 للشرط والنذر والاضطرار وما اشبه ، فاذا سئل الفقيه سائل هل لى ان
 اتصرف فيما بعته لزيد ؟ يقول الفقيه له : لا ، مع انه لو سئل هل لى اتصرف
 اذا شرطت ذلك على المشتري ؟ اجابه الفقيه : بنعم ، وعلى هذا فالقول
 بالصحة مطلقا اقرب .

مسئلة : ٣٥- لو وقف على اولاده الاصغر ، ثم بدا له ان يشرك معهم من يتجدد له من الاولاد ، ففي المسئلة ثلاثة اقوال :

الاول : انه يجوز ذلك استنادا الى جملة من الروايات ، ذهب اليه الشيخ في بعض كتبه ، ونسب الى غيره لصحيح ابن يقطين ، سئلت ابا الحسن عليه السلام ، عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده ؟ قال : لا بأس بذلك وعن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبتته لهم اله ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعد ان ابانهم بصدقة ؟ قال : ليس له ذلك الا ان يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له .

و خبر سهل : سئلت ابا الحسن الرضا عليه السلام ، عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده ؟ قال : لا بأس به .

وصحيح ابن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام ، في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدو له ان يجعل معهم غيره من ولده ؟ قال : لا بأس .

و خبر على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام ، سئله عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بداله ان يدخل غيره فيه مع ولده ايصلح ذلك ؟ قال نعم يصنع الوالد بمال ولده ما احب والهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره .

الثاني : انه لا يجوز ذلك ، ذهب اليه المشهور ، واستدلوا لعدم الجواز باصالة كون الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها واجابوا عن الروايات اولاباعراض المشهور . وثانيا بضعف السند في بعضها ، وثالثا بالتهافت

في الصحيحة الاولى مما يسقطها عن الحجية ، و رابعا باحتمال ارادة الوقف قبل القبض خصوصا هو ظاهر قوله عليه السلام : يصنع الوالد بمال ولده ما احب . وخامسا باحتمال ان ذلك في باب الصدقة لا الوقف فان كل وقف صدقة وليست كل صدقة وقفا . و سادسا بان الرواية اشتملت على ما لا يقول به احد فانه عليه السلام قال : ((ان يدخل غيره فيه)) مع انه لا يصح ادخال غير الولد ، و سابعا بضعف الدلالة في بعضها ، كصحيح ابن الحجاج حيث قال : ((يجعل لولده شيئا)) و الجعل اعم من الوقف ، بل ظاهره غير الوقف الى غيرها من الاشكالات .

الثالث: ما ذهب اليه القاضى من صحة التشريك ، اذ لم يصرح بارادة الاختصاص ، فان اراد انه وقف مطلقا ، و طبق على ولده من باب المورث فلا اشكال في ذلك الا انه خارج عن محل الكلام ، ويرد عليه انه لا اختصاص له ، بالحق ولده المتجدد ، بل يصح حتى بالنسبة الى الولد السابق ، و ان اراد انه في صورة الاختصاص في الوقف ، اذا لم يصرح بارادة الاختصاص يصح التشريك ، ففيه انه تفصيل من غير دليل ، اذ لو كان الدليل الروايات فهي مطلقة .

وكيف كان فالمسئلة ، و ان كانت محل مناقشة لمكان هذه الروايات الخاصة ، الا ان الاقرب ، ما ذهب اليه المشهور ، و لو قيل بمقاله الشيخ فهل يفرق في ذلك الوالد والوالدة والجد احتمالا : من ظاهر الادلة الخاصة بالوالد ، و من اتحاد المناط في الثلاثة .

نعم لا يتعدى الى الاخوة قطعا ، اما التعدى الى البنات ، فالظاهر ذلك ، لان المنصرف عن الولد هو الاعم من الابن والبنات ، كما ان الظاهر انه لو شرك غيره لم يحق له ارجاع الوقف الى الاولين فقط لعدم الدليل على

• صحة الارجاع •

ثم ان بعض الروايات وان كانت مطلقة، لكن تخصيص بعضها الاخر بالصغار يوجب التقييد من باب انه لا قائل بالاطلاق ، و الا فالمشبتان لا يقيد احدهما الاخر ، كما ان الظاهر انه لا فرق بين ان يكون الوقف للسكنى او الانتفاع كوقف البستان للانتفاع بثمره لاطلاق الدليل •

مسئله : ٣٦- قال المفيد في محكى المقنعة : لو حدث في الموقوف عليهم حدث ، يمنع الشرع عن معونته ، والصدقة عليه والتقرب الى الله بصلته ، جاز التغيير ، وعليه فاذا كفر الموقوف عليه ، اوفسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز للواقف التغيير •

وعن المختلف انه قال : هذا مع حدوث المانع ، اما لو كان حاصل حال الوقف ، فلا اقول قد يسقط الموقوف عليه من الصلاحية لمانع شرعى ، وان كان قصد الواقف يشمل ، كما اذا صار كافرا حربيا يستعين بالوقف لمحاربة المسلمين ، وقد يسقط لمانع موضوعى ، بمعنى تبدل الموضوع ، كما اذا كان مقصود الواقف التقرب الى الله فسقط ، الموقوف عليه عن كون البديل له بالوقف او غيره قربة ، والظاهر فى كلا الفرصتين ، ان الموقوف عليه لا يستحق لكن الكلام فى انه هل يسقط الوقف عن كونه وقفا حينئذ ، فيرجع الى الواقف او يبقى وقفا ، و يصرف فى وجوه البر ، احتمالا ان : من انتفاء الموضوع ، فينتفى الحكم و من ان وجوه البر اقرب الى نظر الواقف ، و لو رجع الموقوف عليه فهل يرجع الوقف ام لا ؟ احتمالا ان : ايضا من الاستصحاب ، فلا و من ان الخروج كان لعدم الموضوع ، فاذا تحقق الموضوع رجع الحكم ، اما لو بقى الموقوف عليه ، و لكن صرف عن وجهه ، كما اذا وقفه على مسجد ، فجعله الكفار كنيسة ، فالظاهر ان الوقف يبقى وقفا و يصرف فى الاقرب فالاقرب على

ما ذكره، فراجع.

مسئلة: ٣٧— لو وقف وقال حسب ما يقفه الواقفون ، او قال مشروط بكل شرط، اشترطه الواقفون ، مثلا لو وقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية ، وقال حسب سائر المدارس ، او قال اشترط لنفسى ، ان اتمكن من تقييده بما يشترط الواقفون لانفسهم ، فهل يصح ذلك ام لا ؟ احتمالات:

الاول : الصحة مطلقا لقاعدة الوقف على حسب ما يوقفها اهلها .

الثانى : البطلان للجهالة ، والمنصرف من الادلة معلومية الوقف، ولذا

يبطل انه لو قال اوقف شيئا او على شىء .

الثالث: الصحة اذا لم تكن مناقضة فى اقسام وقف الواقفين او شرائطهم و الا فالبطلان ، فاذا كان هناك واقف للمدرسة وقفها لسكنى دارسى الفقه و اخر لدارسى النحو، او شارط شرط لنفسه ، ان يخرج الطلاب الى الجامع الاعظم يوم العيد ، و اخر ان يخرج الطلاب الى الصحراء ذلك اليوم لم يصح الوقف او الشرط، و الاصح ، و الظاهر الصحة اذا لم تكن جهالة تضر بالدليل ، بحيث لا يشمل الدليل ، او مناقضة ، توجب انصراف الدليل عن مثله ، و ذلك لاطلاق ادلة الوقف، الا ما خرج قطعا .

مسئلة: ٣٨— لو وقف وشرط عوده اليه عند حاجته اليه ، ففى المسئلة

ثلاثة اقوال :

الاول : بطلان الوقف ، لانه رجوع فى الصدقة ، و قد ورد ان ما كان لله فلا رجعة فيه ، فاذا لم تصح الرجعة ، و كانت الصدقة مقيدة بها بطلت كما اذا قيد المبيع، بان لا يصير ملكا للمشتري ، لانه خلاف حقيقة البيع ، و لانه من قبيل ادخال النفس فى الوقف، الذى تقدم عن المشهور بطلانه ، و لانه تعليق ، لانه يقول ان احتجت يعوده الىّ ، و التعليق مبطل للعقود و

.....
 الايقاعات، اذ ينافى العقد والايقاع، ولانه من شرط الخيار فى الوقف
 الذى ذهب المشهور الى بطلانه، فانه مثل اشتراط الخيار فى الطلاق والعتق
 الابراء، والكل كما ترى، اذ ليس كل وقف لله سبحانه، لما تقدم من عدم
 اشتراط القرية، وفيما اذا قصد القرية ليس رجوعا، بل الصدقة محدودة
 بوقت خاص، كما اذا اعاره مدة فى سبيل الله سبحانه، وليس ذلك
 ادخالا للنفس، اذ بعد الاحتياج ليس بوقف، كما انه ليس بتعليق، بل
 وقف جزمى و تحديد له بحد خاص، ومن الواضح بانه ليس من قبيل شرط
 الخيار بالاضافه الى انه لا دليل على ابطال شرط الخيار، وان رماه الجواهر
 بالشذوذ .

الثانى : صحة الوقف، و الشرط لاطلاق دليل الوقف و دليل الشرط، و
 لخصوص خبر اسماعيل بن الفضل، قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام، عن
 الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، وقال :
 ان احتجت الى شىء من المال فانا احق به، ترى ذلك وقد جعله لله
 يكون له فى حياته، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا او يمضى صدقة؟ قال :
 يرجع ميراثا الى اهله .

والموثق من اوقف ارضا، ثم قال : ان احتجت اليها فانا احق بها
 ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث .

وما فى صدقة امير المؤمنين عليه السلام حيث قال عليه السلام: فان اراد بيع
 نصيب من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء، ولا حرج عليه فيه .

والاشكال فى الروايات بان ظاهر الاولين : خلاف الشرط لان
 الشرط الرجوع حال الاحتياج و هما تقولان بالرجوع حال الموت، و ظاهر
 الثالث: اطلاق ارادة البيع اذا شاء غير مقيد بالاحتياج ففيه ما لا يخفى، اذ
 السؤال عن انه هل يصح كونه ملكا حال الاحتياج و الامام اجاب بصحة

ذلك ، وزيادة انه اذا مات الواقف لا يرجع الملك وقفا ، بتوهم ان الملك كان مقيدا بالاحتياج ، فاذا مات الانسان زال احتياجه فاللازم ان يرجع الملك وقفا ، والرواية الثالثة اظهر دلالة لانها اجاز البيع اذا شرط ارادة ذلك ، ويمكن ان يستفاد من قضاء الدين ، الاحتياج ايضا ، فتنتطبق على الاوليين ، وكيف كان فدلالة الروايات لاشكال فيها .

الثالث: القول بصحة الوقف حبسا ، فما دام العمر هو حبس واذا مات رجع ميراثا ، واستدل لذلك ، بان الرواية ذكرت انه يرجع ميراثا بدون ذكر الاحتياج وهذا يناسب الحبس ، وقد اشكل القائل على نفسه بان ذلك خلاف قصد الواقف ، ان قصده وقفا لا حبسا ، والحال ان العقود تتبع القصد ، وخلاف حكم الشارع ان قال : ان الوقف حسب ما يوقفها اهلها واجاب بانه ليس كذلك ، اذ لما دار امر الوقف بين البطلان لمكان الشرط وبين كونه حبسا ، فالاقرب الى قصد الواقف الحبس لاصالة الصحة فى اعمال الانسان ، والشارع هو الذى استثنى من اطلاق الوقوف .

اقول : قد عرفت ظهور الادلة فى كونه وقفا فجعله حبسا خال عن الدليل ، ولا يخفى ما فى كلا الجوابين من التكليف الظاهر ، وكيف كان فالقول بالصحة هو المتعين ، ثم انه لافرق بين ان يشترط الاحتياج او غيره لاطلاق دليل الشرط ، كما انه لافرق بين ان يشترط بيع جميع المال او بعضه ، وان يكون الشرط لنفسه او لغيره من الطبقات او غيرهم .

ثم انه قد يشترط على نحو شرط النتيجة بان يرجع ملكا بمجرد الاحتياج وقد يشترط على نحو شرط الفعل بان يرجعه ملكا حتى ان الارجاع يحتج الى الانشاء ، والظاهر انه لو شرط التبديل للوقف جاز ايضا ، كما اذا وقفه على الفقراء بشرط انه اذا اراد جعله للطلاب مثلا ، او وقفه لسكنى الطلاب بشرط انه اذا اراد جعله للاستثمار لاجلهم ، وهكذا .

مسئلة : ٣٩- لو شرط اخراج من يريد ، فهل يصح الوقف والشرط ، او يبطلان ، او يبطل الشرط دون الوقف ؟ احتمالات ، المشهور على بطلانها واستدلوا لذلك بالاجماع ، وبانه مثل شرط الخيار الذي هو فاسد قطعاً اذ لا لزوم للوقف حينئذ ، وبانه كالمنقطع الاخر ، والكل مناقش فيه ، اذ الاجماع محتمل الاستناد ، وليس هذا الشرط كاشتراط الخيار ، مع انه قد عرفت عدم الدليل على فساد ، كما انه ليس من قبيل منقطع الاخر مع انك قد عرفت عدم الدليل على فساد منقطع الآخر ، بل ليس هذا بعد من اشتراط العود اليه وقد عرفت صحته ، بل يبقى على المشهور سؤال الفرق بين قولهم ببطلان هذا وبصحة اشتراط ادخال من يريد .

اما احتمال بطلان الشرط دون الوقف ، فلقاعدة ان الشرط الفاسد ليس بمفسد مما ذكره مفصلاً في كتاب البيع ، والاظهر هو صحتهما لا طلاق دليل الوقف ودليل الشرط وللمناط في اشتراط العود اليه ، والقول بان الارادة لا تصلح وصفا للموقوف عليه فيه انه لا وجه لعدم صلاحيتها ، الا اذا ثبت اجماع حجة وهو اول الكلام .

ثم انه لا فرق بين ارادته او ارادة غيره ، كما انه يصح ان يجعل المخرج الارادة او الفعل ، ففي الاول : يخرج بمجرد الارادة وفي الثاني : بعمل الاخراج ، او قول الاخراج بان يأخذ بيد زيد ويخرجه عن الدار الموقوفة او يقول له اخرج ، ولو اخرج لم يكن له ارجاعه الا اذا شرط اخراج وادخال من يريد ، ثم انه لو شرط ادخال من يريد فهل يصح هذا الشرط او يبطل ويبطل او يبطل الشرط دون الوقف ؟ احتمالات ، وقد اختلف المشهور في هذه المسئلة مع انهم ذهبوا الى البطلان في المسئلة السابقة ، والقائل بالبطلان استدل بما تقدم في اشتراط الاخراج .

اما القائل بالصحة فقد استدل بالاضافة الى اطلاق ادلة الوقف و الشرط بخبر طاهر السلالى المرورى عن اكمال الدين ، قال : كتب جعفر بن حمدان ، استهللت بجارية الى ان قال : ولى ضيعة قد كنت قبل ان تصير الى هذه المرثة سبلتها على وصاياى ، وعلى سائر ولى على ان الامر فى الزيادة والنقصان فيه الى ايام حياتى ، وقد اتت بهذا الولد فلم الحقه بالوقف المتقدم المؤبد ، واوصيت ان حدث بى حدث الموت ان يجرى عليه ما دام صغيرا فان كبر اعطى من هذه الضيعة جملة مأتى دينار غير مؤبد ولا يكون له ولا لعقبه بعد اعطائه ذلك فى الوقف شىء ، فرأيت اعزك الله تعالى ، فورد جوابها يعنى من صاحب الزمان عليه السلام : اما الرجل الذى استحل بالجارية الى ان قال : واما اعطاء المأتى دينارا واخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما اراد .

والظاهر بقريضة الصدر من قوله : فالمال ماله ، ان الاختيار بيده ، و الصحة اقرب لما عرفت ، وعليه فلا فرق بين اشتراط ادخال من يريد دائما او موقتا او زيادة من يريد فى حصته على شركائه او نقصه او تساويه ، مثلا وقف بان يعطى كل ولد له جزءا مساويا ثم يقول الاولاد الذكور يعطون ضعف الاناث ، او وقف على التفاضل ثم يقول الاناث يعطين مثل الذكور ، و قد عرفت عدم صحة ما اورد على ذلك من الاشكالات ، بل هو من قبيل الوقف على الفقراء ، حيث ان الغنى اذا صار فقيرا دخل فيه ، والفقير اذا صار غنيا خرج منه ، وكذلك من قبيل ما لو قال للكربلايى ضعف البغدادى حيث انه لو كان بغداديا ثم صار كربلاييا اخذ ضعفا ، ولو انعكس اخذ نصفا و هكذا فان التعليق على وصف الارادة مثل التعليق على سائر الاوصاف ، و مما تقدم تعرف انه لو شرط نقله كلا او بعضا من الموقوف عليه الى من سيولد

او يوصف بوصف كذا صح وان نسب الى المشهور البطلان ، مع ان جمعا منهم قالوا فى مسألة ما لوقال : وقف على الفقراء الى سنه ، ثم لاولادى او قال : بالعكس ، او ما اشبه ذلك صح والله العالم .

مسئلة : ٤٠ - بناء على شرطية القبض فى الوقف الذرى يصح فيه قبض الطبقة الاولى ، ولا يشترط فيه قبض سائر الطبقات ، اما عدم اشتراط قبض سائر الطبقات لان الدليل على شرطية القبض اما الروايات او الاجماع فالاجماع قام هنا على عدم الاشتراط ، والروايات ظاهرها قبض الطبقة الاولى دون من سواهم .

واما قبض الطبقة الاولى فالظاهر ان اللازم قبض كلهم لا بعضهم ، لان الدليل عام ولا دليل على ان قبض البعض يقوم مقام قبض الكل ، وعليه فاذا كان بعضهم غير قابل للقبض قام الولى مقامه ، هذا اذا لم ينصب ناظرا و الا كفى قبضه ، لان الناظر هو القائم مقام الموقوف عليه فى التصرف فى الوقف وادارة شئونه ، فيكون قبضه بمنزلة قبضهم ، وقد ورد فى صحيح صفوان : و التوقيع ذكر القيم ، مما يدل على تعارف جعل القيم فى زمانهم ، ومعنى القيم القائم بالشئون ، و من الشئون القبض كما لا يخفى .

و الوقف على الفقهاء او الفقراء او سائر العنوانين العامة لا يكفى فى قبضه قبض بعضهم ، لعدم الدليل على ان البعض يقوم مقام الكل .

نعم اذا انحصر فى ذلك البعض كفى ، لانه هو المتلقى للوقف ، ولا دليل على لزوم قبض سائر من سيوجد ، بل ظاهر ادلها لقبض قبض من هو كائن الان ، و حيث لا يصح قبض البعض و الحاكم الشرعى مجعول للمصالح صح قبضه عنهم ، و لو كان الوقف على مصلحة كأن وقف دارا ليصرف نمائها فى قنطرة او مسجد او مدرسة او ما اشبه ، فمن اعتبار القبول وعدمه قولان :

قيل بالاعتبار لان الوقف طبيعة واحدة ، فالشرط فى بعضه شرط فى
الآخر ايضا ، ولان الوقف عقد والعقد يحتاج الى الايجاب والقبول ، و
قيل لا يشترط لان الموقوف عليه غير قابل للقبول ، والدليل انما دل على
اشتراط القبول فى المورد القابل ، ولو قيل بالاشتراط فاللازم قبول الناظر
او الحاكم ان لم يكن له ناظر خاص ، وربما يقال بانه لا يكفى قبول الناظر
بل اللازم قبول الحاكم على كل حال ، لان الطرف للواقف هم المسلمون و
وليهم الحاكم ، لالناظر لكن يرد عليه ان الواقف يصح ان يجعل وليا
للمسلمين فى هذا الشأن ، والا فماذا هو عمل الناظر ، واذا صح جعله
ناظرا لهم فى هذا الشأن صح قبوله ، ومنه يعلم ان قبضه ايضا كاف فلا
حاجة الى قبض الحاكم ، والقول بعدم اشتراط القبض هنا لان الدليل
انما دل على قبض مثل وقف الذرية لامطلقا مخدوش بان الوقف طبيعة
واحدة فما يشترط فى بعضه يشترط فى كله ، وعليه فلامجال لان يقال : ان
المسجد لا يكون له قبض فلا يشترط القبض اصلا .

اما ما ذكره من كفاية ان يصلى فى المسجد انسان واحد او يدفن فى
المقبرة ميت واحد ، وانه قبض بالنسبة اليهما ، فيرد عليه انه لا دليل على
ذلك ، وان قيل باشعار كلام العلامة وغيره الاجماع على ذلك اذ الوقف
لعموم المسلمين ، ولا دليل على ان قبض احد هم قبض لهم ، بل لا بد من
قبض الحاكم او قبض المتولى ، وقد اطال بعض الفقهاء فى تحقق القبض
بالصلاة والدفن بدون الاذن او مع الاذن بدون العلم ، ويكون الميـت
مجنونا او طفلا و يكون الدفن على غير الوجه الشرعى كالدفن قبل الصلاة عليه
اختيارا ، او الدفن بحيث لا يحفظ بدنه عن السباع ورائحته عن الانتشار ، و
كذلك فيما اذ صلى فى المسجد غير بالغ او مخالف او منافق ، مما هو مستغنى

عنه ، خصوصا على ما ذكرناه سابقا من عدم الدليل على اعتبار القبض فراجع .
مسئلة : ٤١- اذا تم الوقف ، فهل يبقى الوقف على ملك الواقف ، ام
يكون ملكا للموقوف عليه ، او يفصل ، او يخرج عن الملك ؟ احتمالات ، واقوال
وان كان الاول لبعض العامة .

استدل للاول : باصل البقاء على ملك الواقف ، وفائدة الملك الوجدية
وان لم يتمكن من التصرف فيه كالمال المرهون والمؤجر مائة سنة او ماشبه
اذ الملك اعتبار عقلاى وان لم يكن له ثمرة ، وبقوله عليه السلام : حبس
الاصل وسبل الثمرة ، فان الظاهر منه ان الاصل محبوس ، لا انه خارج
عن ملك الواقف . وبقوله عليه السلام : بشر الوارث الظاهر منه انه مال
له يرثه ، وارثه وان كان قد وقفه بعد هذا الكلام مباشرة . وبقوله عليه
السلام : المال ماله ، بعد ان كان وقفه الى شواهد واشعارات اخر فى
بعض الروايات ، ويرد على الجميع ، اما الاصل : فبانه منقطع بالدليل
الآتى ، ومن المعلوم ان الوجدية ليست ثمرة ، وانما هى الملكية ، ولا ثمرة
هنا فى الوقف حتى مثل ثمرة المال المرهون ، والمؤجر مائة سنة ، وحبس
الاصل يدل على انه حبس ، ولا يدل على انه ملك اولا ، واذا كان ملكا
فهو ملك حق .

والمراد بالوارث الموقوف عليه الذى ورث الوقف ، فان الوارث يطلق لمن
استولى على شىء بعد اخر ، قال تعالى : ((ولله ميراث السماوات و
الارض)) وقال : ((ونجعلهم الوارثين)) وقال : ((واورثنا القوم
الذى كانوا يستضعفون)) الى غيرها ، والمال ماله ، قد عرفت المناقشة فيه ، وانه
لا يحق التصرف فى الوقف بعد تمام الوقف .

واستدل للثانى : بان اثار الملك موجودة فى الوقف بالنسبة الى

الموقوف عليه ، فان له فوائده وعلى المتلف ضمانه له .

نعم ليست له كل اثار الملك لمكان الوقف فهو كما اذا ملكه شيئا و شرط فى ضمن التملك ان لا يبيعه ولا يفعل به ما يخرج عن ملكه مثلا ، كما ان كونه صدقة للموقوف عليه ، كما يستفاد من وقف على عليه السلام و موسى بن جعفر عليه السلام ظاهر فى انه انتقل الى ملكه ، فحاله حال الصدقة على الفقير .

واستدل للثالث: بان فى وقف الذرية اثار الملك ، اما فى وقف مثل المسجد والمدرسة والحسينية لا توجد اثار الملك لاعرفا ولا شرعا ، اما عرفا فواضح ، اذ ليس المسجد ملكا لاحد فى نظر العرف ، واما شرعا : فلانته اخرج المال عن ملك نفسه ولم يدخله فى ملك غيره ، والاسباب المملكة فى الشرع اما قهرى كالارث ، واما اختيارى قصدى ، فاذا لم يكن هنا احدهما فكيف يمكن القول بذلك ، والاشكال فى ذلك بان الوقف طبيعة واحدة غير تام ، اذ وحدة الطبيعة فى جانب لا يستلزم وحدة الطبيعة فى كل جانب .

واستدل للرابع: بان الواقف يخرج المال عن ملك نفسه فى كل اقسام الوقف ، ولا يدخله فى ملك احد ، ولا دليل شرعا ولا عرفا بانه يلزم لكل ملك مالك خاص بل الملك قد يكون له مالك ، وقد يكون له منتفع ، ولعل الاقرب من هذه الاقوال هو القول الثالث الذى ذهب اليه المشهور ، والظاهر ان المسئلة علمية لا يترتب عليها ثمره ، وان كان ربما قيل بذلك .

ثم الظاهر ان الوقف اذا تحقق ، تعلق به حق الله الذى امر بابقائه وعدم التصرف فيه ، وحق الموقوف عليه ، لانه المنقطع منه ، او الداخل فى ملكه وحق الواقف ، وذلك لان العرف يرى حقه فيه ، فاذا تحقق الموضوع صدق عليه لا يقوى حق امرء مسلم ، وكيف كان فبعد تمامية الوقف لا يحق للواقف ولا الموقوف عليه ان يعتق العبد ، او يوقفه وقفا ثانيا فى نفس

المصرف او غيره ، كان يوقف المسجد حسينية او بالعكس ، لان المال قد
 جمد ، كما يستفاد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الوقوف حسب ما
 يوقفها اهلها : وقوله عليه السلام : لا تباع ولا توهب الخ .

مسئلة : ٢٢ - لو وقف بعض العبد ، ثم اعتق القدر المملوك منه ، فهل

يسوى العتق الى القسم الموقوف ام لا ؟ احتمالان :

الاول : السراية لقوله عليه السلام : من اعتق شغصا من عبد وله مال قوم
 عليه . والعموم شامل للوقف وغيره ، والثاني عدم السراية ، لان الوقف لا
 يبدل ، ولان العتق يحتاج الى الملك لقوله عليه السلام : لا عتق الا فى
 ملك . ومن المعلوم ان الوقف لا يملك ، واجيب عن دليل الاولين ، بان
 دليل الوقف رافع لدليل السراية ، لكن ربما يقال : ان الادلة الثانوية ، لا
 تتمكن ان ترفع الاحكام الاولية فى اماكنها ، فلو نذر ان يقرأ القرآن من اول
 الظهر الى الغروب او نذرت المرثة غير المتزوجة ، ان تذهب كل يوم من
 الصباح الى الليل الى حرم الحسين ، او نذر ان يأكل كل يوم قدرا من
 الخبز لان ينشطه على العبادة ، لم يوثر النذر فى رفع حكم الصلاة ، واطاعة
 الزوج ، ووجوب الصيام ، ولذا ذكرنا فى كتاب الحج من شرح العروة ان
 نذر ان يكون كل عرفة فى كربلاء ، لا يرفع حكم الحج ان استطاع ، وكذلك
 الوقف ، حيث انه حكم طارى لا يتمكن من رفع حكم اولى ، ومن الاحكام الاولية
 السراية ، وليس ذلك من باب الالهم والمهم ، بل من باب ان حريم الاحكام
 الاولية محظورة على الاحكام الطارئه حسب فهم العرف الجمع بينهما ، ومنه
 يظهر ان استدلالهم ، بان الوقف لا يبدل فى غير مورد ، اذ الوقف لا
 يتمكن ان يأخذ مكان الحكم الاولى ، كما ان العتق مسبوق بالملك ، يرد
 عليه لو لان الوقف الخاص مملوك على رأس جماعة ، بالاضافة انه لا مانع من

.....

الجمع بين الدليلين بالملك الآفى ، كما ذكروا مثله فى اشتراء العمودين
الموجب لعتقهما ، مع انه لا عتق الا فى ملك .
وكيف كان فالقول بالسراية اقرب ، وان كانت المسئلة تحتاج الى مزيد
من التأمل ، وربما اشكل على السراية اولاً بان عتق الوقف اذا لم يمكن
مباشرة ، لم يمكن بسبب السراية ، بطريق اولى . وثانياً بانه متعلق بحق
البطون ، فلا يمكن سلب هذا الحق ، وفى كليهما نظر واضح اذ لا يخرجان
عن كونها دعوى تحتاج الى الدليل ، بعد ان تقدم ، تقدم حق السراية على حق
الوقف ، ولو اعتق البعض الموجب للسراية ، فالمعتق ضامن لحق الوقف ، و
الظاهر ان البدل يكون وقفاً ، يجب ان يشتري به عبد اخر ، وسياًتسى
تفصيل الكلام فى ذلك فى المسئلة الآتية ، اى مسئلة من قتل العبد الموقوف
ثم اوداه .

مسئلة : ٤٣ - اذا وقف مملوكاً ، فهل نفقته على الموقوف عليه ، او فى
كسبه ، او على بيت المال ، الظاهر انها على الموقوف عليه ، سواء كان خاصاً
كالوقف الذرى او عاماً كالوقف على الفقهاء او المساجد ، وذلك لان النفقة
من مصارف الموقوف عليه فى الوقف العام ، والوقف على المساجد ولان
العبد مملوك للذرية فى الوقف الخاص ،

اما لو قلنا بمقالة الجواهر ، من ان الموقوف ملك للموقوف عليه ، فى
اقسام الوقف كلها ، فالامر واضح ، فاذا كان الموقوف عليه انساناً او كلياً ، او
جهة مالكا صرف عليه من ملكه ، وان لم يملك شيئاً ، فالظاهر ان نفقته فى
كسبه ، لان الامر دائر بين ان يبقى بلا نفقه ، او ان يكون فى بيت المال ، او
على الناس عامة ، والاول ساقط لانه موجب لتلفه ، والثانى لوجه له ، لان
بيت المال معد لمصالح المسلمين التى لا قوام لها الا به ، والثالث غير

وارد اطلاقا ، لان من له مورد خاص لا يكلف المسلمون به ، وان لم يكن له كسب ، ففي بيت المال ، لانه المكلف باعالة الفقراء والعاجزين ، وان لم يكن بيت مال فعلى المسلمين كفاية ، وكذلك الحال فى مؤنة تجهيزه ، ومصارف مرضه ، وقد اختلف الفقهاء فى المسئلة اختلافا كثيرا ، لكن الاقرب الى الأدلة ما ذكرناه .

اما العقار والحيوان فالنفقة لهما اذا لم تكن لهما نفقة من واردهما لوضوح ان الواقف اراد بقاء العين سالمة ، فحال ذلك حال ما ذكروا فى باب التبديل بالاحسن ، من العمل بمركز ذهن الواقف ، وعلى هذا فلو استلزم اجازة الوقف الذرى الموقوف لسكناهم ، او بيع الثمر الموقوف لاكلهم لاجل عمارة الدار والبستان جاز ، بل ربما يقال بصحة اجازة المدرسة والحسينية بل والمسجد اذا توقف عمارتها على ذلك ، لقاعدة الاهم والمهم وقاعدة المركز فى ذلك الواقف ، بل وكذا الحال فى مسئلة بيع البعض لاجل سلامة الباقي ، وهذا القول غير بعيد بالنظر الى الأدلة ، ان كان بحاجه الى مزيد التأمل ، خصوصا بالنسبة الى الوقف العام ، فيما اذا كان هناك بيت المال المعد لمصالح المسلمين فان من اهم المصالح ، تعمير المساجد والمدارس ونحوهما .

نعم يبقى الكلام فيما اذا لم يكن بيت المال كالحال الحاضر ثم ان كون نفقة العبد على الموقوف عليه لافرق بين ان يكون الموقوف عليه عاما كالفقراء او خاصا كالذرية ، فاذا لم يكن للفقراء مال امكن ان يؤخذ من الزكاة من حصتهم للانفاق عليه ، ولكن باجازه الحاكم الشرعى ، ولو امتنع الموقوف عليه من الانفاق عليه ، اجبر مع تمكنه ، ولو ترك الموقوف عليه عمارة البستان والبستان ونحوهما ، اجبر لانملايجوز الاسراف والخراب يؤدى اليه ولذا

لا يجوز ترك سقى الاشجار المؤدى الى يبسها فيما اذا كان اليبس اسرافا وكذلك بالنسبة الى الحيوان المحترم ، سواء كان فى ترك علفه هلاكاً له الموجب للاسراف ، او الموجب لموت حيوان محترم ، وان لم يكن اسرافاً ، و محل البحث كتاب النفقات .

مسئلة : ٢٤ - لو جنى العبد الموقوف جناية بالقتل فلا اشكال فى انه لو كان عمداً حق لولى المجنى عليه ان يقتله ، لاطلاق دليل النفس بالنفس ولا يمنع الوقف ذلك ، لان حق القصاص سابق رقبته كما تقدم ، ولانه اهم من الابقاء على الوقف ، وادعى فى الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وهى يحق له استرقاقه ؟ قيل لا ، لانه ينافى التأييد فى الوقف ، وقيل نعم لما تقدم فى القتل ، وهذا اقوى خصوصاً وان القتل الذى هو اصعب جازئ ، فكيف بالاسهل ، والحاصل ان الاولوية موجودة فى الاسترقاق والعمدة ، وحدة الدليل فى جواز الامرين ، ولو اراد الولى العفو جازء فالوقف يبقى بحاله ، لاصالة عدم المانع عنه بعد العفو ، ولو استرقه ثم اعتقه او باعه او ما اشبهه ، لم يرجع وقفاً ، ولو جنى العبد الموقوف جناية دون القتل ، او قتل خطأ جرى احكام الجناية المذكورة فى كتاب القصاص ، لما عرفت من تقدم الحقوق رقبه على الموقف ، والظاهر ان العبد الجانى الذى هو فى معرض القتل او الاسترقاق ، يصح وقفه ، لان كونه فى معرض الزوال لا يوجب عدم شمول ادلة الوقف له ، كما اذا كان فى معرض الموت ، لكونه مريضاً ، ومما تقدم تعرف انه لو جنى جناية خطأ مما اوجب الدية ، جاز للمولى ان يؤديه ، كما جاز استرقاقه بقدر الجناية ، فيما كان هناك استرقاق ، فالقول بانه متعلق بما لى المولى ، كالقول بانه فى كسبه منظور فيهما ، كما ان احتمال تعلق حق الجناية ببيت المال لا وجه له ، واذا عصى

العبد الموقوف بما يوجب حداً او تعزيراً جرى عليه الحد ، ولا يعطل الحد لانه وقفا ، سواء كان الحد القتل كالارتداد وقطع الطريق ، او دون ذلك كسرب الخمر ، والسرقه ، وذلك لما عرفت من ان الاحكام الاولية الاقتضائية لا ترفع بمثل الوقف ، والنذر والشرط ، ولكون الحد اهم ، فيكون من باب الاهم والمهم ، وهاتان القاعدتان جاريتان فى كل باب من ابواب الفقه ، الا اذا دلّ الدليل على خلاف ذلك ، فيجوز للعبد الموقوف الزواج والطلاق وغيرهما كسائر العبيد ، اللهم الا ان يضر ذلك بالوقف ، وذلك امر خارج ، عما نحن فيه كما لا يخفى .

مسئلة : ٢٥ - لو جنى جان على العبد الموقوف ، فان كانت الجنائية توجب ارشاً او دية اخذ الموقوف عليه كالذرية ، او الولي ، كمتولى المسجد او الحاكم الشرعى الدية ، وفى الصورة الاولى ، هل ان الدية لهم او لجميع البطون ، احتمالان : من انهما كالعبد الموقوف فاللازم ان تكفيون لجميعهم ، فيقدر مثلاً ان عمر العبد خمسون سنة ، فيوزع المال على البطون الى خمسين سنة ، ومن انها كمنافع العبد الفعلية فهى خاصة بالبطن الموجود ، والاحتمال الثانى اقرب الى النظر ، وان كان الاحتمال الاول اقرب الى الادلة ، ويصرف المال فى الوقف على الجهة فى مصارف تلك الجهة ، وان كانت الجناية توجب تخييراً بين القتل والعفو والدية فى سائر المقامات ، كما لو قتله قاتل عمداً ، فالظاهر انه يحق للذرية القتل لمقتضى الادلة الاولية ، كما يحق لهم اخذ الدية ، وهل يحق لهم العفو ام لا ، احتمالان : من انه تفويت لحق الوقف ، ومن انه من الحكم الاولى الذى لا يمكن للوقف ان يحول دونه ، فان اخذ الدية صنوا القتل ، فكما يجوز القتل يجوز اخذ الدية ، ولو اخذوا الدية فهل الواجب اشتراء عبد

آخر يقوم مقامه في كونه موقوفاً ، او يجوز لهم اكل المال كلا ، او انه حـق
البطون جميعاً ، احتمالات : والاول اقرب ، كما في بدل سائر الاوقاف ، مثل
ان يتلف متلف الدار الموقوفة ، او يهدم المسجد ، او ما اشبه ذلك ، و
الظاهر انه لا يحتاج الى صيغة جديدة ، لانه بدل عرفي ، كما ان الظاهر
انه لا يجوز تبديله بشيء آخر ، كان يشتري بالدية داراً او ما اشبهه ، وهل
يشترط المماثلة في الذكورة والانوثة ؟ قيل نعم لانه اقرب الى مركز الواقف
وقيل لا لعدم الدليل ، وقيل بالتفصيل ، بين ما اذا علمنا عدم خصوصية
في نظر الواقف فيجوز المخالفة ، والاوجب الموافقة ، والاول اقرب كما ذكرنا
مثله في باب تبديل الوقف وبعض المسائل المتقدمة تأتي في الحيوان
الموقوف ايضاً ، كما لا يخفى .

مسئلة : ٤٦- اذا وقف في سبيل الله ، فقد يكون السكنى او الاستفادة
في سبيل الله ، كما اذا وقف داراً للسكنى فيها في سبيل الله ، او دابة
لان يركب عليها في سبيل الله ، بمعنى ان يكون السكنى والركوب في سبيل
الله ، وهذا لا اشكال في انه يصرف فيما عند عرف المتشعبة سبيل الله
كاسكان اهل العلم والفقراء واهل العبادة وما اشبهه ، او يركب على الدابة
في طريق الزيارة والحج ، وقضاء حاجة المؤمن ونحو ذلك ، فلا يصح
اسكان الكفار المعتدين ، واركاب الظلمة في طريق ظلمهم ، ونحو ذلك
لان سبيل الله ، من المواضيع العرفية ، فاللازم الاخذ بمعناه عند عرف
المتشعبة ، كما هو الشأن في كل موضوع لحكم الشرع ، فيما اذا لم يبين
الشارع حدود ذلك الموضوع ، واذا وقف الدار والدابة ونحوها ليكون
ربحها في سبيل الله ، فقد قيل بانه يصرف في الجهاد ، لان الجهاد الفرد
الاكمل ، واطلاق المطلق ، ينصرف الى اكل الافراد ، قال تعالى ((وقاتلوا

فى سبيل الله)) وعن الرسول صلى الله عليه واله ما مضمونه : ان فوق كل بربر حتى يراق دم الانسان فى سبيل الله ، فليس فوجه بربر . وقيل يقسم اثلاثا فى الحج وفى العمرة وفى الجهاد ، وذلك لان الحج والجهاد يدل عن الجهاد ، و لما فيها من المشقة ، ولا يخفى ما فى القولين ، ولذا حكى عن ابي زهرة ، وابن اديس ، الاجتماع على الصرف فى مطلق سبيل الله تعالى ، و ذهب الى ذلك المشهور ، ومثله اذا قال سبيل الثواب ، او سبيل الخير ، او سبيل الاخرة ، او نحوه ذلك ، ولو قال فى سبيل الله بالجمع ، فهل يجب التعدد من باب ظاهر لفظ الجمع ، او يكفى الوحدة من باب ان الغالب ، ان الجمع فى هذه المقامات يستعمل مرادا به الجنس ، احتمالا : والاول اقرب لفظا والثانى اعتبارا عرفيا .

ثم الظاهر انه يصح ان يعرف هو بنفسه ، الوارد لانطباق الكل عليه ، وقد قالوا بان الوقف لو انطبق على الواقف ، صح الاستفادة منه ، وليس ذلك من الوقف على النفس .

مسئلة : ٤٧ - لو وقف على موضوع كان مشتركا بين معين ، ولم يعلم المراد ، كما اذا وقف بريح الدار لاصلاح العيون القايرة ، ولم يعلم ان المراد عيون الرأس المحتاجة الى العملية والاصلاح ، او عيون الماء المحتاجة الى الكرى والاصلاح ، ففى المسئلة احتمالات : البطلان لجهالة المصرف ، والقرعة والتخيير والتقسيم لوجه للاول ، الا اذا كان الواقف قصد الموضوع المجهول ، فانه يبطل لعدم تمامية اركان الوقف ، والقرعة وان كانت حسنة الا انها تحتاج الى العمل والتخيير لوجه له ، لعدم الدليل عليه ، فالذى يبقى هو الوجه الرابع ، لقاعدة العدل والانصاف ، وقد ذكرنا دليله فى كتاب الخمس ، من شرح العروة فراجع ، هذا كله فيما

اذا لم نعلم بانه استعمل اللفظ فى كل معانيه ، من باب اخذ الجامع ، او من باب جواز استعمال المشترك فى معنييه و لو غلطا ، و الا قسم المال بين الامرين ،

ثم اذا علمنا ان مراده التساوى ، وجب التساوى ، و اذا علمنا ان مراده بيان المصرف فحسب ، جاز التفاضل و اذا لم نعلم المراد فالمصرف عرفا بيان المصرف لا التساوى و قريب من هذه المسئلة ما ذكره ، من انه لو وقف على موال له ، وكان له موال من اعلاه ، و هم المعتقون له ، و موال من اسفله ، و هم من اعتقهم ، فان علم التشريك شرك بينهما ، و ان علم ارادة احد الطرفين يعينه ، كان حاله حال المسئلة السابقة ، و ان لم يعلم المراد و لم يمكن عنك انصراف ، قيل بانه يصرف فى اسياده ، لانهم محسنون اليه فهو مكافات لهم ، و قيل يصرف فى عبيده لانهم اكثر احتياجا ، و قيل بالاقوال السابقة فى الفرع الاول و المشهور كما حكاه الجواهر عن الدرر انه يصرف فيهما ، و الظاهر ان وجهه ، ان لفظ الموالى كلى يشمل الجميع و هذا القول هو الاقرب ، و لا يخفى الفرق بين لفظ العين و لفظ المولى فان العين مشترك لفظى ، و المولى مشترك معنوى .

مسئلة : ٤٨ - لو قال وقف على اولادى ، فهل تشترك البنات مع البنين ام لا ؟ قال المشهور بالاول ، لاطلاق الاولاد على الصنفين قال تعالى : ((يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين)) و قال بعض الثانى لان الولد هو الذكر ، قال تعالى : ((ولا تقتلوا اولادكم من املاني)) بناءً على ما ورد من انهم كانوا يقتلون الذكور خشية الفقر ، و الاناث للعار ، وربما قيل بالفرق ، بين ما لو قال ، لولدى فانه منصرف الى الذكر ، و ما لو قال لاولادى ، فانه اعم عرفا ، و يمكن اختلاف المفرد و الجمع فى الانصراف ، لكن

الظاهر ما ذهب اليه المشهور لعدم الانصراف ، والولد لغة اعم ، لانه من ولد من الانسان ، قال تعالى : ((ووالد وما ولد)) فبمجرد ان يخرج المنى الذى ينشأ منه انسان فيما بعد عن الرجل يكون والدا سواء كان ذكرا وانثى ، وكذلك عند خروج الجنين من الانثى ، تكون والدة ، وما انتجاه ولد ذكرا كان او انثى او خنثى .

ثم انه لوقال اللفظ واطلق شرك الذكور والاناث بالتساوى ، اللهم الا اذا علمنا ارادة الواقف الجنس لاكل فرد ، فان استيفاء الواحد منهم ، فيه الكفايه ، كما اذا قال : وقف على السادة ، و اراد الجنس تصريحاً ، او انصرافاً ، فان صرفه فى هاشمى واحد كاف ، ان اذا نصب علامة على التفاضل باعطاء الذكور اكثر ، او اعطاء الاناث اكثر ، وذلك لان التساوى هو المنصرف عرفاً ، ويدخل الخنثى المشكل ايضا فى الاولاد ، وان قال : كالارث كان للخنثى ثلاثة الارباع ، وولد الشبهة داخل ايضا .

اما ولد الزنا ، فان كان فى عرف الواقف ولداً ، كما اذا وقف غير المسلم دخل ايضا لانه ولد عرفاً ، والالم يدخل لنى الشرع لمولديته فى غالب الابواب ، وان قال الفقهاء ، بانه ولد فى باب حرمة النكاح ، لقوله تعالى : ((حرمت عليكم امهاتكم)) الاية .

ثم انه لا يلزم حفظ نصيب لمن سيولد ، بل يقسم بين الموجودين ، فاذا جاء ولد اخر بعد التقسيم ، فلا حصة له استصحاباً لصحة ما عملوه ، وان جاء قبل التقسيم اشرك معهم ، كما انه ان مات ولد قبل التقسيم ، لم يكن له حصة ، وان مات بعده كانت حصته ارثاً ، هذا فيما اذا كان التقسيم معيار الملك ، والا فالنماء يكون مملوكاً ، فالحياة والموت يعتبران بالنسبة اليه .

مسئلة : ٤٩ - لاشكال فى دخول اولاد الاولاد فى الوقف فى الجملة

لكن الكلام فى موردين :

الاول : هل ان اولاد البنات ايضا داخلون ، لانهم اولاد ، كما ان الحسن والحسين عليهما السلام اولاد رسول الله صلى الله عليه واله ، وكذلك داخلون فى آية النكاح والارث وغير ذلك ام لا ، لانهن اولاد الرجال الاباعد ، كما قال الشاعر ، فانه نظم معنى عرفيا ، وكل مورد كان خلاف ذلك فانما ثبت بالدليل ، ولذا فالمشهور عدم اعطائهم الخمس ، فيما كانت امهاتهم سادة دون ابائهم ، احتمالان : والمنصرف عرفا عدا الدخول ، وان صح دخولهم بالقصد ونحو ذلك ، فاذا سئل ، ان زيدا ابن من ، اولد من اشاروا الى والده ، وجده الابى ، لاجده الامى ، وقد ذكرنا تفصيلا المسئلة فى كتاب الخمس وان كان هناك دليل خاص ايضا على اعتبار المنتسب بالاب فقط ، وهذه المسئلة سيالة جارية فى باب الحيض ، والياس والخمس ، والزكاة ، والوقف ، والوصية ، وغيرها ، ولو قال وقف على من انتسب الى ، كان كذلك ، لان اولاد البنات لا ينتسبون الى جدهم ، واذا وقف على اولاده ، وذكر التشريك او الترتيب ، او كان انصراف ، فلا اشكال وان لم يذكر ولا كان انصراف ، فهل يشرك الحفيد الولد ام لا ، احتمالان : من دخول الكل فى لفظ الاولاد ، ومن الانصراف العرفى ، فى تقدم الطبقة الاول على الطبقة الثانية ، لكن الظاهر الاول ، فان الانصراف لو سلم فهو بدوى ، ومنه يعلم انه لافرق بين موت الاباء ، وعدم موتهم ، فاذا كان للواقف ولدان ، لاحدهما ولد شرك عمه ، وان مات ابوه .

نعم ان قال كمراتب الارث اتبع الوجه الشرعى فى ذلك .

مسئلة : ٥٠ - المشهور بين الفقهاء ، انما اذا وقف مسجدا ثم خرب المسجد و

خربت القرية ، و باد ، او ذهب اهلها ، بقى المسجد فى حكم المسجدية الى الابد ، بل ادعى عليه عدم الخلاف ، وذلك لاستصحاب وان الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، وفصل فى المسالك بين ما اذا كان فى المفتوحة عنوة ، فانه يذهب المسجد تبعا لذهاب الاثار ، اذ لاحق للواقف فى اكثر من ذلك ، و بين ما اذا كان فى سائر الاراضى ، فانه تبقى المسجدية ، واشكل عليه بانه خلاف سيرة العلماء فى مساجد العراق و غيرها ، مما ثبت كونها مفتوحة عنوة ، و اورد على الاشكال اولا بانه لم يعلم ان المسجد فى الارض الجامعة لشرائط الفتح عنوة ، و ثانيا بانه لم يعلم اتصال السيرة بزمان المعصوم ، حتى تكون حجة ، لكن يرد على المسالك بانه لا يصح وقف الارض فى المفتوحة عنوة اصلا ، بناء على مذهب المشهور الذين يرون التأييد فى الوقف .

نعم على ما اخترناه من صحة الوقف الموقت ، يجوز وقف المفتوحة عنوة

لمدة .

والقول الثالث فى مسألة خراب المسجد ، ما حكى عن بعض العامة بانه يرجع الى ملك الواقف ، وكأنه نظر الى ان الوقف كان فى موضوع المسجدية عرفا ، فاذا ذهب الموضوع ، ذهب الحكم ، فاستصحاب الملك ، يقتضى بقاء الملك بعد ذهاب المسجدية ، و الذى تقتضيه القواعد ، ان حكم المسجدية يزول بخراب المسجد ، وعدم الاستفادة منه بخراب القرية ، او صيرته فى الشارع او ما اشبه ذلك ، كاستيلاء البحر عليه ، او خروج البركان فيه او نحو ذلك ، و ذلك لان الملك المحكوم بالاحكام الشرعية كسائر المواضع المناطة بنظر العرف محدود بالحدود العرفية ، فان العرف يرى ان الملكية محدودة ، بحدود بقاء القرية و نحوها ، اما بعد الخراب ، و

هلاك الاهداء ، واستيلاء البحر ، فلا يرون صحة اطلاق الملك على الارض والاثار ، فلا حق للمالك من اول الامر فى اكثر من ذلك زمانا ، كما لاحق له فى تخوم الارض او افاق السماء الخارجة عرفا عن ملكه ، فلا يسوى الوقف الى فرسخ مثلا ، فى عمق الارض ، او فى جو السماء ، كما لا يحق للمالك ان يمنع الطائرات المورور على سماء داره البعيدة والتي لاتعد جزءا من ملكه عرفا ، وعدم الخلاف على تقدير تماميته ليس من الادلة ، والاستصحاب غير جار بعد انتفاء الموضوع ، وما ذكر فى المسجد جار فى سائر الموقوفات العامة ، كالحسينية والمدرسة ، والرباط ، وغيرها .

مسئلة : ٥١- لو وقف الكفن للاموات ، وكفن به الميت ، ثم جاء السيل وذهب بالميت ، او احترق او ما اشبهه ، فالظاهر ان الكفن يرجع وقفيا ، و كذلك اذا كان الكفن من الزكاة ، او كان ملكا له ، فانه يرجع الى حالة الزكاة او ملك الورثة ، لان الخروج عن العناوين الاولية ، كان منوط بالبقاء على الميت ، فاذا ذهب الميت ذهب الموضوع ، وهذا هو المشهور ، واحتمل رجوع الكفن مباحا ، لانه خرج عن الوقف ، والزكاة ، والملك ، فعوده اليها يحتاج الى دليل مفقود ، لكن الاقرب الاول ، لما عرفت ولا بأس باستطراد مسئلة الاعراض فيها او ركبوها البحر ، فنقلت السفينة ، فالقوا متاعهم فى البحر ، فانه مباح لكل من اخذه ، لان الاعراض مخرج عن الملك ، بخلاف ما اذا غرقوا فان متاعهم راجع الى الورثة ، فى غير ما تحقق فى موضعه ، من مسئلة ما اذا انكسرت السفينة مما قد ورد ان المتاع لمن وجده وقد ذكرنا المسئلة فى بعض مجلدات الفقه فراجع .

نعم الظاهر ان الاعراض محدود بحدوده فاذا اراد منه الغاصب ان يأخذ المال ، فالقاه فى البحر ، تخلصا من وقوعه فى يد الغاصب ، لم يجز للغاصب حيازته لان الاعراض لم يكن مطلقا ، بل خاصا ، فلا دليل على خروجه عن الملك

اطلاقا فتأمل ، ولو وقف الشيء في هيئة خاصة ، كما لو وقف دارا بهيئة الدارية ، كما لو اراد سكنى اولاده فيها ، فخربت الدار ، وخرجت عن الدارية ، بطل الوقف ، لانه لم يوقف الهيئة المركبة ، وقد زالت . اما اذا كان الوقف مطلقا لاعلى الموضوع الخاص ، كما هو المتعارف فصارت الموقوف عرصة ، بقى الوقفية لبقاء الموضوع ، ولو وقف الشيء في هيئة خاصة ، بان ارادها دارا مثلا ، لم يجز تغييرها الى الحمام ، والدكان مثلا ، لانه خلاف الوقف ، اما لو وقف مطلقا ، بمعنى تسبيل المنفعة كائنة ما كانت جازالتغيير ، لانه ليس مخالفا للوقف ، كما انه لو وقف الدابة للركوب لم يجز الحمل عليها ، وان وقفها مطلقا ، جاز الركوب والحمل ، وكذلك ان وقف البقرة للحرث ، لم يجز السقى بها ، وان وقفها مطلقا ، جاز كل انتفاع ، ولو شك في مراد الواقف هل هو اطلاق او خصوصيته ، رجح الى المتعارف ، لانه المنصرف من الوقف ، وان لم يكن متعارف ، عمل بالاصول كالتخيير في دوران الامر بين جهتين متقابلتين .

مسئلة : ٥٢ - لو انقلعت نخلة موقوفة ، والممكن اثباتها وجب ، لان الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، ولو لم يمكن اثباتها ، وامكن شراء نخلة بها وجب ايضا ، على ما ذكرنا من اقربية شرط الواقف ، فان امكن نخلة وجب وان لم يكن الاشجرة مطلقة وجب ان كانت اقرب الى نظر الواقف ، والا فهل يجوز بيعهما والانتفاع بثمنهما في مصلحة موقوفة اخرى او ما اشبهه ، او لا يجوز الا الانتفاع بها في الاجازة للتسقيف ونحوه ، قولان : اولهما للشيخ و ثانيهما لابن ادريس ، استدلل للاول بانها خرجت عن الموقوفة ، فلا اشكال في بيعها او انها تباع ، ليصرف ثمنها في مصلحة الموقوف عليه ، و للثاني بان العين اقرب الى نظر الواقف من البدل ، والظاهر انه لو كان

الوقف مطلق بمعنى تسبيل المنفعة كانت ما كانت، كان اللازم الانتفاع بالجدع في الاجارة ونحوها، لان الوقف باق، فيكون حاله حال البقرة الموقوفة مطلقا، فتعذر استخدامها في الزرع، فانه تستخدم في السقى مثلا، اذ تعذر بعض المنافع، لايسقط الوقف عن الانتفاع المطلق، ولو كان الوقف متعلق بالشجرة بما هي شجرة كما هو المتعارف جاز بيعه، كما جاز ايجاره وسائر انحاء التصرف، والظاهر ان البدل حاله حال اصل الوقف، فلا يصح التصرف في البدل تصرفا متلفا كسائر الاموال، الا اذا سقط عن الانتفاع اطلاقا، ولو شرط بيع الوقف عند حادث كالخراب، او زيادة الضريبة، او قلة المنفعة، ففي المسئلة احتمالات: الصحة مطلقا لان الوقف على حسب ما وقفها اهلها، والمؤمنون عند شروطهم.

وقف الامام امير المؤمنين عليه السلام حيث شرط ان للحسن عليه السلام بيع الوقف، وما تقدم من اشتراط عود الشيء اليه عند الحاجة، وعدم صحة الشرط مطلقا، لان الوقف يقتضى التأييد، وهذا الشرط خلاف ذلك والتفصيل بين ما اذا كان الوقف من قبيل المسجد، فلا يصح، او ما اذا كان من قبيل وقف الذرية فيصح، لان المسجد تحرير، وبعد الحرية لا يرجع الشيء الى الملك، كحرية الانسان بخلاف ما كان من قبيل الملك الخاص المقيد، كوقف الذرية، ولان ملكية المسجد خلاف السيرة المتلقة من الشارع، والمركز في اذهان المسلمين، واختار القول الاول الجواهر والثاني الايضاح، والثالث محتمل بعض والظاهر الاول لان كون الوقف يقتضى التأييد اول الكلام، وقياس المسجد بحرية الانسان بدون دليل.

مسئلة: ٥٣- لو خلق فراش المسجد، بحيث سقط عن الانتفاع به في المسجد فالمشهور جواز بيعه و صرفه في مصالح المسجد لانه اقرب الى

المركز في ذهن الواقف، ويقع الكلام في موضعين :

الاول : انه لو لم يصلح لهذا المسجد الموقوف له و صلح لغيره او غير المسجد كالحسينية مثلا ، فهل يقدم المبيع ، او يقدم النقل الى مسجد اخر او يخير المتولى بين الامرين الظاهر الثالث ، لان كل واحد من البيع والنقل له جهة مرجحة ، فالتنقل يرجح لبقاء عينه ، والتبديل يرجح للتحفظ على الموقوف له ، اللهم الا اذا علمنا بالقرائن الخارجية اقربية احد الامرين الى نظر الواقف ، حيث يشمله دليل الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، لان المستفاد عرفا من هذه الجملة ، ان الامر بالتدرج وان الواقف وقوفه ليصرف اولا في المعين ، و بعد ذلك في الاقرب اليه ، فالاقرب وهكذا .

الثاني : انه اذا بيع وامكن ان يشتري بثمنه فرش او سراج فهل يقدم الاول او يخير ، احتمالا ان : من ان الفرش اقرب عرفا الى نظر الواقف ، ومن انه لم يعلم ذلك في البديل ، وان علم في الاصل ، فاللازم ملاحظة الاغبط او التخيير المطلق ، ومثله لو وقف دارا ، ثم غصبها الظالم و دفع ثمنها فهل تبني به دار أو مطلق بنائية ، ولو كانت دكانا او حماما ، كما انه علم مما تقدم حال ما لو تعذر المصرف الخاص ، كما لو وقف دارا لاجل انارة مرقد الحسين عليه السلام ، فلم يحتج المرقد الى الانارة ، لتحمل دائرة الاوقاف لها ، بما لامجال لانارة زائدة ، فهل يصرف مال الاجارة في تعمير المرقد او يصرف في انارة مسجد او مرقد او حسينية مثلا ، ومما تقدم ظاهرا انه لومكن تبديل الفراش بفراش اخر مثلا - قدم على تبديله بالمصباح مثلا .

نعم الظاهر انه لافرق بين ان يباع ثم يشتري بثمنه فراش اخر ، ويبذل بفراش آخر لوحدة المناط ، واحتمال ان الاول تصرف زائد وكل تصرف في الوقف محظور غير المتيقن خال عن الصحة ، كما انه لافرق بين البيع والصلح

والهبة المعوضة، ونحوها للمناط المذكور، ولو دار الامر بين ان يشري بثمن الفرش، الخلق نصف مثل ذلك الفرش او فرش كامل من جنس احسّ، فالظاهر التخيير لعدم وجود معين لاحد الامرين و تساويهما بالنسبة الى مرتكز ذهن الواقف، الا اذا كانت مرجحات خارجية لاحدهما على الاخر ثم انه لاشكال في جواز بيع وشراء الوقف الذي جاز بيعه واذا اشترى سقط عن كونه وقفا، فيصح اجراء حكم الملك فيه، كما ان ثمنه محجوز، لا يصح ان يصرّف الا في البدل، واذا اشترى به شيء، لم يحتج الى اجراء صيغة الوقف عليه لظهور الادلة في ذلك، ولو باعه المتولى فمات قبل ان يشتري ببذله، لم يبطل البيع وان اكل الثمن، فلا يتوقف صحة البيع على الاشتراء لاطلاق ما دل على جواز البيع.

مسئلة : ٥٤- لو اتلف العين الموقوفة متلف، كان ضامنا لبذله مثلاً في المثلى، وقيمة في القيمي، لقاعدة على اليد ما اخذت، ولا يقوى حق امرء مسلم، وبعدها يعين البدل ويقبضه المتولى لاحتاج الى اجراء الصيغة بل يكون وقفا بنفسه لتعيينه بالقبض بدلا، والبدل وقف فلا يصح تبديله بعد الاقتباس، ولو غصبه الغاصب واعطى بذله، فالظاهر ان حكم البدل حكم المبدل منه، وان لم يسقط المبدل منه من الوقفية لوجوده بلا مانع شرعى مسقط له عن الوقفية، اذ الوقف لا يسقط بالغصب عن الوقفية، واحتمال ان البدل لا يكون وقفا للزومه الجمع بين البدل والمبدل منه في الوقفية غير تام اذ بعد روية العرفان المعطى بدل والبدل مشمول لقوله الوقوف، ولو بضميمة روية العرف، انه امتداد للاصل الموقوف، لا يبقى للاحتمال المذكور مجال، وان كان مقتضى الادلة الاولية بقاء الاصل على الوقفية، ومنه يظهر حال ما لو القاه الملقى في البحر او نحوه، اما لورده الغاصب او

أخرج من البحر فهل كلاهما وقف أو الأول فقط أو الثاني فقط أو يفصل بين الغصب، فالأول أو كلاهما، وبين الوقوع في البحر، فالثاني أو كلاهما احتمالات، بل في بعضها قول، وقد حقت المسئلة في باب بدل الحيلولة من المكاسب، لوحدة البابين في المناط، وفي العمومات، ولو جعل الغاصب المسجد أو نحوه شارعا فلا يبعد سقوطه عن الوقفية بعد ذهاب العنوان العرفي عنه لما تقدم، من عدم امتداد الملك إلى ما بعد هذه الحالة، والوقف محدود بالملكية، وكانه لهذا جرت عادة المؤمنين على المرور في الشوارع المسبوق بالوقفية من دون اظطرار لوجود طرق أخرى.

مسئلة : ٥٥- لو كانت دار أو ما أشبه وقفا على أناس، ثم جهلوا صرف واردة في وجوه البر على قول جماعة، و صرف في مصرف مجهول المالك على قول آخرين، استدل الأول بأنه من صغيريات ما ذكروا من العرف في وجوه البر لأنه أقرب إلى ذهن الواقف، واستدل الثاني، بأن الأجرة مال مجهول المالك، فاللزم صرفه في مصرف المجهول المالك، وبخبر أبي علي بن راشد، قال : اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بالفى درهم، فلما وفرت المال خبرت بأن الأرض وقف؟ فقال عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك، أدفعها إلى من أوقفت عليه؟ قلت : لا أعرف لها ربا. قال : تصدق بغلتها. قال الأولون : بأن المراد بالصدقة مطلق وجوه البر، لأن كل وجوه البر صدقة، وهذا وإن لم يكن بعيدا لكن الاحتياط يقتضى القول الثاني، ولو نسي المصرف كلياً أو حيل بينه وبين الصرف في المصرف، كما إذا كانت الدار موقوفة لذرية زيد، وهم في بلاد لا تصل إليهم إطلاقاً، كان الحال كذلك، وإن كان الصرف في مصرف مجهول المالك، هنا أقرب، ولو علم الوقوف عليه، ولم يعلم سهامهم، أو أنه على نحو الترتيب، أو التشريك أو شك في الموقوف عليه أنه زيد أو عمرو

او ان المصرف زيد او انارة مرقد امام مثلا ، او سكنى زيد او طلاب العلوم الدينية او سكنى زيد او الاحجاج به ، او نحو ذلك من سائر صور الجهل مع العلم الاجمالى ، فالظاهر التقسيم والتساوى لقاعدة العدل ، وقد حققناها فى كتاب الخمس من شرح العروة ، وبه افتى الجواهر وغيره قال : فالظاهر تساويهم فى القسمة الذى هو الاصل فى نظائره ، ومنه يعلم الحال فيما لو تنازع اثنان على الوقف ، ولم يكن مرجح شرعى لاحد الطرفين ، سواء كان النزاع بين متماثلين ، كما لو ادعى كل واحد انه موقوف عليه للسكنى فى الدار ام لا كما لو ادعى احدهما السكنى فيه والاخر انه وقف ليتولى صرف وارده فى امر خيرى مثلا ، وذلك لوحدة المناط فى جميع الصور ، ولو علمنا بالتفاضل او بالترتيب ولكن جهلنا ان الفاضل زيد او عمرو او ان المقدم زيد او عمرو ، قيل بالقرعة ، وقيل بالوقف حتى يصطلحوا ، وقيل بالرجوع الى الواقف ، ان كان حيا ، ويحتمل التشريك والتساوى لانه كدرهمى الودعى ، فان الدرهم الباقي ، اما لزيد واما لعمرو ، ومع ذلك يقسم بينهما نصفين ، وكذلك هذا الدينار الموقوف ، اما لزيد او لعمرو - فى صورة الشك فى انه لا يههما مع العلم بانه لاحدهما فقط ، لان الوقف ترتيبى - وهكذا فيما علمنا بان الثلاثة الدنانير لهما ، لكننا لم نعلم ان دينارين لزيد ، ودينار لعمرو او بالعكس ، ولعل الاقرب هو هذا الاحتمال لقاعدة العدل والانصاف ، والله العالم .

مسئلة : ٥٦ - اذا اجر البطن السابق الوقف لمدة تزيد من عمره

فلمسئلة صورتان :

الاولى : ان يكون الواقف جعل له ذلك ، بحيث كان حاله حال الملاك وهذا لا اشكال فى صحة الاجارة ، وانه لاحق للبطن اللاحق فى ابطالها

فان الوقف على حسب ما وقفها اهلها .

الثانية: ان لا يكون الواقف جعل له ذلك كما هو المتعارف في الاوقاف
ففي المسئلة اقوال ثلاثة :

الاول : صحة الاجارة ونفاذها مطلقا ، قالوا لان حال الوقف حال الملك
لان المنفعة ملك الموقوف عليه ملكا مطلقا ، والناس مسلطون على اموالهم ، و
يرد عليه ان المنفعة ليست ملكهم مطلقا ، بل ملكهم ماداموا احياء ، لانه
مفروض كونه للبطن ، والا كان لبعض البطن دون بعض ، وهو خلف .

الثاني : بطلان الاجارة مطلقا ، اذ لا تصح الاجارة المالكية ، لان الموجر
ليس مالكا لكل هذه المنفعة ، ولا الفضولية لعدم وجود المميز الاجارة ، وقد
شرط جمع لزوم وجود المميز حال العقد ، وفيه انه على تقدير الاستدلال
لم يكن وجه للبطلان مطلقا ، بل يبطل بقدر الفضولية ، ويكون حاله حال بيع
ما يملك ، وما لا يملك ، كالخل و الخمر .

الثالث : الصحة ، وان المقدار الزائد على عمر البطن الموجر ، يتوقف
على الاجارة ، وهذا هو المشهور لاطلاق ادلة العقد ، وادلة الفضولى و
احتياج الفضولى الى المميز في حال العقد خال عن الدليل كما حقق في
محله .

ثم الظاهر انه لا فرق في الصحة بين ان تكون المدة المؤجرة معلومة
الزيادة على عمر البطن ، كما لو اجره من عمره سبعون ، لمدة مائة سنة ام لا
كما اذا اجره لمدة سنة ، فمات قبل تمام السنة لوحدة الدليل في المسئلتين .
نعم الفرق انه اذا علم المستأجر ، بعدم وفاء عمر البطن بالمدة ، كما هو
الغالب في الايجارات الطويلة ، لم يكن له حق الاخذ ، بخيار تبعض الصفقة
والا كان له ذلك الحق ، وان لم يعلم المستأجر بعدم وفاء المدة فمات

البطن، كان له حق الأخذ، بخيار تبعض الصفقة ان لم يجز البطن الثانى وان اجاز فلا خيار له حق تبعض الصفقة . ثم ان البطن اللاحق لمحق الفسخ بالنسبة الى مدته وله حق الاجارة فان اجاز كان لما اخذ الاجرة من كل من تركه البطن السابق والمستأجر لان الاجرة ما له وقد جرت عليه يدان والاصل فى ذلك استحقاقه اخذها من تركه البطن السابق ان كانت الاجرة شخصية، ومن المستأجر ان كانت كلية لان فى الاجرة الشخصية، تتعين الاجرة فى المال الخاص، بخلاف الكلى، واذا اخذها من المستأجر كان له ان يرجع الى تركه البطن الاول بأخذ مقابلها، وان فسخ بمعنى لم يجز رجوع الى العين، ويجوز لبعض الطبقات الفسخ ولبعضها الاجارة كما اذا اجرها البطن الاول لمدة مائة سنة وكانت المدة لخمس بطون مثلا، فانه يحق للثانى الاجارة وللثالث الفسخ، وبالعكس ولا مانع من الاجارة بعد الفسخ لان لكل واحد من البطنين الحق المستقل، فلا يقال ان الاجارة بعد الفسخ لا معنى لها، كما انه اذا كان البطن متعدد اجاز لبعضهم الفسخ ولبعضهم الاجارة .

ثم الظاهر ان المتولى يحق له الاجارة، اكثر من مدة بطن اذا كان متوليا مطلق اى غير محدود ببطن لاننا لناظر فى امر الوقف، واذا اجر لم يكن للبطن اللاحق الفسخ، لفرض انه متولى مطلق، حتى ولو كانت القيمة اقل من قيمة زمان البطن الثانى، كما اذا اجر الدار كل سنة مائة، فارتفعت الاجرة لكل سنة مائة وخمسين، اذا الاعتبار بحال الايجار، مثل ما اذا اجر ملكه كذلك، فارتفعت الاجرة .

نعم اذا تبين انه كان خلاف المصلحة، كان الايجار فضوليا، واحتاج الى اجازة البطن الثانى او المتولى الثانى فيما اذا كان لهم الايجار المخالف للمصلحة، والالم يجز لهم الاجازة، لان صلاحيتهم محدودة بالمصلحة المفروض فقدها فى المقام، كما انه اذا اجر بالاكثر لم يكن للمستأجر للفسخ مثل ما اذا اجره كل عام مائة، فتنزل الايجار الى كل عام خمسين فانه لا يحق

.....
 للمستأجر الفسخ لقاعدة الوفاء بالعقود ، اللهم الا اذا كان المستأجر ايضا
 مقيدا بالمصلحة ، كما اذا اجرها للصغار او ما شبهه .

ثم ان الرجوع الى تركة الميت انما هو بالنسبة ، فلو اجر البطن الاول
 سنة بمائة ، فمات بعد ستة اشهر ورجع البطن الثاني كان للمستأجر ان
 يسترجع نصف ما اعطاه ، لاما يسوى الان ، فلو رجع في المثال ، رجع بخمسين
 لا باكثر ، فيما اذا كانت الاجرة الان لستة اشهر ثمانين مثلا ، ولا باقل
 فيما اذا كانت الاجرة الان لستة اشهر اربعين مثلا اذا الاجرة توزع على
 المدة ، بالنسبة المتساوية ، لا المتفاوتة ، كما هو المتعارف في الايجارات ، و
 هنا فروع اخرى نكتفي منها بهذا القدر .

مسئلة : ٥٧- لو وقف على الفقهاء او الفقراء او ما اشبهه ، ففي انه
 ينصرف الى ذوى الوصف فهم الموجودين في البلد ، سواء كانوا اهلها او
 غرباء ، كما ذهب اليه جمع ، او الى ثلاثة فما فوق ، كما ذهب اليه آخرون او
 الى واحد ، واكثر كما ذهب اليه ثالث اقوال استدل للاول اما لعدم وجوب
 الاستيعاب فلانه غير منصرف اليه من كلام الواقف ، بالاضافة الى لزومه العسر
 والحرج ، واما لو جوب الصرف الى فقراء البلد فلانه المنصرف من كلام
 الواقف ، واستدل للقول الثاني بان اقل الجمع ثلاثة وقال بكفاية الاثني
 من قال بان اقل الجمع اثنان ، واستدل للقول الثالث بان الجمع يراد به
 الجنس كما اذا قال الخطيب يقول المفسرون كذا ، او قال المريض اطباء
 منعوني عن كذا ، فان الظاهر من كلامهما ، ان هذا الجنس لا الجمع ، و
 الظاهر ان المعيار الانصراف الملائم للضروف الخاصة ، فلو كان حاصل الوقف
 كل عام دينارا كفى اعطائه فقيرا واحدا و لو كان الحاصل مليون دينار ، وكان
 فقراء البلد عشرة ، لم يكن له اعطائه لهم فقط ، بل يجب التعدى منهم الى
 غير البلد ايضا ، اذا المنصرف من الوقف الذى وارده مليون ، ان المراد

اعطاء كل فقير بقدر يتعارف اعطاء الفقير، ولو زاد فقراء البلد على عشرة الاف مثلا، كان له الاعطاء لهم فقط، بل لا دليل في انصراف كلام الواقف الى فقراء البلد، فيجوز صرف الوارد في غيرهم، الا اذا كان انصراف خاص كما هو في كثير من الاحيان، لقرينية ان الواقف الموجود في بلد انما يريد فقراء بلده، فيما اذا كان الوقف على الفقراء، كما انه بالعكس، فيما اذا خلى بلده عن الموصوفين، كما ان اوقفه على الفقهاء، ولم يكن بلده بلد الفقهاء، بل كانت الحوزة العلمية في مكان اخر، وعلى ما ذكرنا من الانصراف الخاص يحمل خبر على بن سليمان النوفلى عن ابي جعفر الثانى عليه السلام، قال: كتبت اليه اسئله عن ارض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان، وهم متفرقون في البلاد؟ فاجاب عليه السلام: ذكرت الارض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان، هي لمن حضر البلد الذى فيها الوقف، وليس لك ان تتبع من كان غائبا، كما ان الظاهر اختلاف الحال بالنسبة الى الكثرة والقلة، فاذا كان ولد فلان منحصرا في ثلاثة، وجنب الاستيعاب، اما اذا كانوا الوفا لم يجب، ومنه يعلم انه اذا وقف الدار لسكنى اولاد زيد فصاروا الوفا جازان يسكن منهم القدر المتعارف السكنى فيها ولا يحتاجون الى اجازة الاخرين او ارضائهم، لان المسئلة من واد واحد .

ثم ان الظاهر عدم وجوب التسوية، فيجوز اعطاء احد هم من الوارد ضعف الاخر، اللهم الا اذا كان تنصيب او انصراف خاص .

مسئلة : ٥٨- الامة الموقوفة، قد تكون وقف لمصلحة كخدمة المسجد وقد تكون وقفا للبطون فان كانت وقفا لمصلحة لم يجز للمتولى على ملك المصلحة وطئها، ولا النظر اليها، ولا الاستمتاع بها بلا اشكال ولا خلاف، لانها ليست زوجة، ولا ملك يمين، كما لا يحق للواقف لانها خرجت بالوقف عن ملكه، واما

.....
 اذا كانت وقفا للبطون فقد يكون الموقوف عليه فى البطن واحدا ، وقد يكون
 متعددا .

اما اذا كان متعددا ، فلاشكال ولاخلاف ايضا فى عدم جواز وطئها
 لانها كالامة المملوكة بالاشترار ، فانها وان كانت ملكا لهما الا ان المعلوم
 بالضرورة من الشرع ، انه لم يجز وطئ اثنين لامرئة واحدة فى حالة واحدة
 واجازة احدهما دون الاخر ، ترجيح بالمرجح ، واذا لم يجز فى المملوكة لم
 يجز فى الموقوفة بطريق اولى ، ولا يصح ذلك تحليل احدهما للاخر ، لان
 الثابت فى الشريعة ، ان الوطئ يجب ان يتحقق بسبب واحد لانصاف سببين
 لظاهر المقابلة فى قوله سبحانه : ((الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايماهم))
 فاذا كان هناك شريكان فى امة ، لم يصح ان يعقد احدهما على النصف
 المرتبط بالاخر ، كما لا يصح وطئها تحليل احدهما ، نصفها للاخر ، وفى الوقف
 اولى واذا لم يجز وطئ امة الموقوفة المشتركة لاحد الموقوف عليهما لم يجز
 نظرها ولمسهما لها للتلازم بين الوطئ و جواز النظر واللمس فى غير
 المحارم الا ما خرج بالدليل ، كما استفيد من الاستقراء بل و العمومات .
 واما اذا كان البطن منحصر فى واحد ، فالمشهور بين الفقهاء ، بل
 ادعى بعضهم عدم الخلاف بل الاجماع على عدم جواز الوطئ ، واستدل
 لذلك بامرئين :

الاول : انها ملك للبطون ، فحالتها حال امة المشتركة والقول بانها
 ليست ملكا الا للبطن الموجود اذ الملك فرع المالك ، ولا وجود للبطن .
 الثانى : مردود بان الملك اعتبار عرفى فلا حاجة الى وجود الموصوف الا
 فى عالم الاعتبار .

الثانى : ان الوطئ معرض للحمل الموجب لحريتها و ذلك مناف لبقائها

وقفا وحيث ان حق الوقف سابق يمنع تكون حق لاحق و اذا ثبت حرمة لوطى فى ما اذا كانت معرضا ثبتت فيما اذا لم تكن معرض لئیس او عقم ، او دخول فقط بلا انزال ، او انزال فى الخارج او لوطى فى الدبر او ما اشبه ، بـعدم القول بالفصل ، وقد يشکل على هذا الامر بان الحمل لا يوجب حرمتها ان حق الوقف سابق فلا يوجب لوطى طرد حق الوقف ، والظاهر ان فى الدليل الاول المقتضى بالشهرة كفاية .

ثم الظاهر انه لو وطئها وعلقت فالولد حر لغلبة الحرية ، و لعدم صحة القياس بالحيوان ، و لو شك فاصالة الحرية محكمة ، و لوجه للقول بوجوب اعطاء البطون قيمة الولد لاصالة العدم ، ثم هو عاص بهذا العمل ، فاحتمال ان يكون الولد لهم ، او لهم قيمة الولد كاحتمال ان الام تتحرر من حصة الولد لوجه له ، و هل ان العمل زنا ، الظاهر لالعدم صدقه عليه ، و من المعلوم ان الزنا كسائر المواضع العرفية الا ما خرج بالدليل ، و لو شك لم يكن وجه لاجراء الحد عليه ، لان الحدود تدرء بالشبهات ، وقد حقق فى محله ان الشبهة الدائرة للحد اعم من شبهة الحاكم و شبهة الفاعل ، كما اذا لم يعرف ان عمله زنا ، بل ظنه حلالا و شبهة الفعل كما اذا لم نعلم هل زيد الزانى ام عمرو مع علمنا بزنا احدهما ، كما ان الظاهر وجوب المهر عليه ان لم تكن عارفة بالحرمة ، اذا بضع له اجر ما عدا الحرام الذى لامهر له ، لانه لا مهر لبغى ، و ربما يقال بانه اذا كان للبطن شريك ، و لو طولا كان عليه حد الزنا بالنسبة و قيمة البضع لهم ، وكلاهما منظور فيه ، اما حد الزنا فلما عرفت من الشبهة ، و اما القيمة فلاصالة العدم .

نعم لا اشكال فى تعزيره ، كما فى كل معصية كالوطى فى حال الحيض و الاحرام و الصيام و الاعتكاف ثم الظاهر تعزير المرءة ايضا اذا كانت عالمة و

ان فوت التعزير منافع الوقف لاهمية الحكم كما يعزز العبد الجانى و ان فوت على مولاه المنافع .

مسئلة : ٥٩ - بناء على ان وطى الموقوف عليه للامة الموقوفة يوجب عتقها من نصيب ولدها ، فهل ان الواطى يغرم قيمتها عند العلق او بعد الموت بان توخذ من تركته او يفصل بين ما اذا كان للموقوف له شريك فى كونها وقفا لهما ، و بين ما اذا لم يكن له شريك ، ففى الاول يغرم الواطى القيمة حال الوقف و فى الثانى يغرم بعد الموت احتمالات ، بل اقوال استدلالا لانه عند الوطى سبب حريرتها ، فهو وقت اتلاف و قفيتها فاللزام ان يدفع الثمن فى هذا الوقف ، و ان كان الاعطاء مراعى ببقائها الى بعد الموت ، اذ لو انها ماتت قبل الواطى بطل الوقف ، و لم يكن على الواطى شىء ، و استدلال للثانى بان وقت خروجها عن الوقف هو بعد موت الواطى ، فتوخذ القيمة من تركته ، و استدلال للثالث بانه اذا كان له شريك ، فحالتها حال ما اذا كانت مملوكة للشريكين ، فوطائها احد هما حيث دل الدليل على ان الواطى يغرم للشريك القيمة ، بخلاف ما اذا لم يكن للموقوف له شريك ، فاللزام العمل بمقتضى قاعدة الاتلاف ، وهى انه متى ما تحقق الاتلاف ، غرم المتلف ، والظاهر من الاقوال هو القول الثانى ، فان العلق ، و ان جعل المرثة فى سبيل التحرر ، لكن تحقق الاتلاف ، انما هو بعد الموت ، كما ان قياس ما نحن فيه بما اذا وطئها احد الشريكين مع الفارق خصوصا فيما اذا قلنا بان الوقف الخاص ، يبقى على ملك الواقف ، و لا ينتقل الى الموقوف عليه ، و لو شك فى وجوب القيمة حال العلق مطلقا ، او فى حال وجود الشريك ، فالاصل العدم كما لا يخفى ثم ان القيمة التى يغرمها الواقف يجب ان يشتري بها امة اخرى و تكون موقوفة مكان الاولى ، و لا يحتاج الى اجراء وقف جديد لما تقدم .

ثم انه لا فرق في وجوب اعطاء الواطى القيمة بين ان يكون الواطى اخبر
سلسلة الموقوف عليه بان ينقطع الموقوف عليه كما لو وقفها على زيد وعلى اولاد
الذكور، وكان العلوق بنتا، ولم يكن للواطى ولا لغيره من اولاد زيد ولدا ذكرا ام لا يكون
اخر السلسلة اذ بانقطاع الموقوف عليه، يرجع الوقف الى الواقف وذريته، اذ رية
الموقوف عليه، وعلى اى حال لا يكون من المباحات، حتى لا يكون اتلافه موجبا
للبدل، ولو ماتت الامة قبل موت الواطى فالظاهر انه لاشىء عليه، اذ لم
يوجب لها تلتفا، فان التلتف موقوف على موته حتى تعتق من حصاة الولد، و
كذلك لو مات ولدها، لانها خرجت عن التحرر المتلف الموجب للمغرامة، هذا
كله فى وطى الموقوف عليه .

اما وطى البطن اللاحق فلا يحكم له بهذا الحكم اذ هو كوطى الاجنبى
فى الاحكام، الا اذا كان شبيهة، وقلنا بان الشبهة ايضا توجب تحرير ام
الولد، وهل يجوز وطى الواقف؟ قيل نعم، لانها لا تخرج عن ملكه بالوقف
واذا شككنا بان الوقف منع الوطى كان مقتضى الاستصحاب الجواز، وقيل لا
لانها تخرج عن ملكه، وحتى على القول ببقائها فى ملكه لم يصح له التصرف
فيها لحظرها عليه بالوقف، والظاهر الثانى، وان افتى الجواهر بالاول فيه
ولو وطئها الواقف، وعلق بها كان حالها حال وطى الموقوف له بها كما لا يخفى
وفى المقام فروع كثيرة نكتفى منها بهذا القدر .

مسئلة : ٦٠ - هل يجوز تزويج الامة الموقوفة ام لا؟ قولان : المشهور بين
الفقهاء الجواز لاطلاقات الادلة، و دليل الوقف لا يمنع عن ذلك، و ذهب
بعض الفقهاء الى عدم الجواز، لان التزويج تعريض للحبل المعطل لها او
لبعض خدماتها، ولانه معرض لها للخطر عند الطلق، ويرد عليهما بعد
كونهما اخص من المدعى، لامكان الزواج بلا حبل فى الصغيرة واليائسة و

العقيمة وكون خدمتها غير مناف للحبل ككونها مدرسة للاطفال مثلا وغير ذلك، ان خطر الطلق مما لا يعتنى به العقلاء، فهل يصح ان يقال ان الزوج عرض زوجته للخطر، لانه وطئها، ومانعية الحبل القليلة ليس بحيث يصدق عرفا انها تنافى الوقف، ثم على تقدير وجود الامرين ليس الزواج مخطورا، واما المخطور الاحبال .

ثم ان الولي في التزويج الواقف، او الموقوف عليه على القولين، بان الوقف يبقى ملكا للوقف او ينتقل الى الموقوف عليه، اذا لم يكن للوقف متولى خاص والا توقف على اجازة المتولى، والظاهر ان الموقوف عليه والواقف ايضا يحق له الزواج منها بناء على عدم ملكه لها .

اما الوقف العام فالمتولى هل هو الحاكم، كما قال به بعض، او هي مختارة في امر نفسها، كما قاله الشيخ، احتمالا، من انها امة، فلا اختيار لها، وحيث لا احد يتولى شأنها فالامر راجع الى الحاكم، ومن انها تخلصت عن اشراف السادة، فيشملمها دليل تسلط الناس على اموالهم وانفسهم، و الاحتياط رضائتها والحاكم معا، وان لم يبعد ما اختاره الشيخ لانصراف ادلة العبد المملوك الذي لا يقدر على شىء عن مثلها .

نعم اذا قلنا بانها تبقى على ملك الواقف حتى في الوقف على المسجد ونحوه كان اللازم اجازة المالك .

مسئلة : ٦١ - المشهور بين الفقهاء، ان مهر الامة الموقوفة للموقوف عليه لانه فائدة لها كسائر فوائدها من الاتجار والفاقة وغيرها، بل في الجواهر انه لا خلاف في ذلك، وهناك احتمالات اخرى :

الاول : انه للواقف بناء على بقاءها على ملكه .

الثاني : انه لها لقوله سبحانه ((واتوا النساء صدقاتهن نحلة)) وغيرها

من العمومات، ومن المعلوم ان العام يجب الاخذ به، فى ما عدا المستثنى
والمقطوع من المستثنى المملوكة البحتة .

الثالث: انه للمبطون كافة، كما انها للبطن كافة، فلا يختص البط—

الاول بالمهر .

الرابع: التفصيل بين الموقوفة لأبس، فلهم او لمصلحة فلنفسها، لكن
الاقوى الاول، لما عرفت، وادلة الاحتمالات الاخر، لا تقاوم ما ذكر فى دليل
القول المشهور، كما لا يخفى .

نعم لا بد وان يقال بان ملكية المهر لهم مراعى بعدم الفسخ الموجب
لرجوع كل المهر، كما ان ملكيتهم لتماهه مراعى بعدم الطلاق قبل الدخول، و
حيث ان المهر ليس لها، فلا تتمكن هى من الخلع الا اذا تبرع الموقوف عليه
بذلك او نحو ذلك، ثم ان الولد ان كان من الزنا او من نكاح العبد لها
فهو مملوك للموقوف عليه، لان نتاج الحيوان تابع للام، وليس ولد الزانى
حرًا، وان كان هو حرا بعد تبعيته للام، وكون العاهر له الحجر، وقال
الشيخ ومن تبعه، انه وقف كالام لانه جزء منها، وفيه نظر واضح، لان الولد
نماء وليس جزءًا، وان كان من النكاح الصحيح، وكان الاب حرًا كان الولد
حرًا لبناء الحرية على التغليب، الا ان يشترط عبوديته على ما ذكره فى باب
نكاح العبيد والاماء، بناءً على تمامية هذا الشرط، وان كان من وطى
الشبهة كان حرًا ايضا، لانه كالوطى الصحيح .

نعم ذكروا ان على الواطى قيمة الولد لانه فوت المنفعة، كما ذكره فى
باب وطى الامة، ثم هل الولد الذى هو للموقوف عليه يختص بمن نكحت فى
زمانه، او بمن علق او بمن ولد، او ملك لجميعهم، احتمالات: لا وجه لـ
اذ لا ثمر فى ذلك الوقف، ولا للاخير لانه قد عرفت عدم اشتراك من كان

النكاح فى زمانه فى الولد ، بالاضافة الى ان البطن المتوسط الذى لم يكن فى زمانه علقوق ولا ولادة لم يكن فى زمانه ثمر حتى يكون له ، اما الاحتمالان الاوسطان ، فالظاهر منهما الاول ، لان الثمر حصل فى زمانه ، وتنقيح هذه المباحث فى باب النكاح .

الصدقة

مسئلة : ٦٢ - الصدقة لها اطلاقا .

الاولى : الصدقة العقدية التى تتحقق بالايجاب والقبول .

الثانية : الصدقة المعاطية .

الثالثة : الاعم من الامرين حتى مثل وضع الخبز والمال تحت رأس الفقير

لاجل ان يأخذه ، بل مثل تقطير الماء فى حلق المغشى عليه ، مما ليس له قبول اصلا .

الرابعة : الاعم حتى من مثل الهبة ، والابراء والوقف ، والزكاة ، والنحلة

والهدية ، ونحوها .

الخامسة : الاعم حتى من مثل قوله صلى الله عليه واله عون الضيف

صدقة ، وتنحية الاذى عن الطريق صدقة ، والكلمة الطيبة صدقة .

وان شئت قلت : ان الصدقة تطلق سواء كان هناك ايجاب وقبول

لفظى ام لا ، وسواء كان هناك قبول ام لا ، وسواء كان هناك طرف قابل ام لا

وسواء كان هناك مال او ما اشبه ام لا ، ولا خلاف ولا اشكال فى فضـ

الصدقة بمختلف انواعها ، وقد ورد فى الاحاديث المتواترة التى اوجبت قيام

ضرورة الدين على استحبابها ، استحبابها والحث عليها وادابها ومواردها ، مع كثرة

المال وقلته ، وانه يستحب للانسان ان يعول اهل بيت من المسلمين ، وانها

تدفع البلاء وتنزل الرزق، وان المستحب اعطائها الانسان بيده، لانها تقع في يد الرب سبحانه، وان المستحب ان يجعل الانسان يده تحت يد الفقير، لان تكون يد الله الاخذة العليا، وان المستحب الاكثر منها بقدر الجهد، وانها مستحبة على الفقير، كما انها مستحبة على الغنى، واستحباب التبكير بها، واستحبابها عند توقع البلاء، الى غيرها من الابواب الكثيرة الواجبة والمستحبة والمحرمة والمكروهة المذكورة في الوسائل والمستدرک في كتاب الزكاة .

ثم ان الصدقة بالمعنى اعم، لاشكال في انها كانت منذ زمن الرسول صلى الله عليه وآله، وفي القرآن الحكيم آيات بهذا الشأن، قال تعالى: ((الم يعلموا ان الله يقبل التوبة عن عبادة و يأخذ الصدقات)) وقال تعالى: ((انما الصدقات للفقراء)) الى غيرها، وهناك احاديث متواترة عن النبي صلى الله عليه وآله وقولا، وفعلا، وتقريراً حول الصدقة اما الصدقة بالمعنى الاخص فالظاهر انها ايضا كانت، في زمن الرسول صلى الله عليه وآله ومما يظهر من بعض الروايات من انها محدثة يجب تأويلها، ففي خبر زرارة عن الصادق عليه السلام: انما الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله ينحلون ويهبون وفي خبر اخر، عنه عليه السلام، قال الراوى: سئلته عن الرجل يتصدق بالصدقة اله ان يرجع في صدقته؟ فقال: ان الصدقة محدثة انما كان النحل والهبة .

وقد قيل في توجيه الرواية، ان المراد اطلاق الصدقة في الايات و الروايات النبوية على الزكاة والوقف، اما اطلاقها على صدقة الناس بعضهم لبعض فهو شىء محدث، وقيل ان المراد ان الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله، لا يتصدق بعضهم على بعض، اذا ارادوا معروفًا

كفاية المعاطاة في الصدقة بالمعنى الاخص: الفرق بين الصدقة والهبة ١١٦

فيما بينهم سوى الزكاة، وما يعطى لاهل المسكنة، بل كانوا يهبون وينحلون وانما صدقة بعضهم على بعض، في غير الزكاة والترحم على المساكين امر محدث.

مسئلة: ٦٣- الظاهر عدم احتياج الصدقة بالمعنى الاخص الى الايجاب والقبول اللفظيين، بل يكفي المعاطات كسائر العقود حتى القسم الايقاعى من الصدقة لا يحتاج الى اللفظ، لما ذكره في باب المعاطاة من دخولها في كل شىء باستثناء مثل النكاح والطلاق وتحتاج الى القصد لانها من الاعمال القصدية، وليست مثل التطهير، فان القاعدة العامة، ان الافعال ذات الوجوه المتعددة، لا ياتى وجه منها الا بالقصد، فبذل المال الممكن كونه صدقة او هدية او خمسا او زكاة او كفارة او غير ذلك، لا يتعين لاحدها الا بالقصد، وهل الصدقة بالمعنى الاخص عقد، وانها اعم منه حتى انها لا تحتاج الى الايجاب والقبول الفعليين ايضا، بمعنى انها تأتى باللفظ، وبالفعل وبدونها، قيل: نعم، لاشتهار ذلك بين الفقهاء، فانهم قالوا الصدقة عقد تفتقر الى الايجاب والقبول، وقيل لالصدقها على الابرء والوقف وبذل الطعام والماء على الفقراء، والظاهر الثانى.

نعم لعل هناك فرق بين الهبة والصدقة المشهور ذلك، بل لم اجد من صرح بعدم الفرق، ولذا افرد الفقهاء لكل واحد منهما كتابا، وفي الفرق بينهما اقوال:

الاول: ان الصدقة تحتاج الى القرية دون الهبة.

الثانى: وهو محتمل كلام بعض، ان الفارق بينهما القصد، فلو قصد

الهبة كانت هبة، سواء قصد القرية ام لا، ولو قصد الصدقة لم يكن هبة، وان لم يقصد القرية، وقلنا بعدم احتياج الصدقة الى القرية، وهذا الفرق هو

الظاهر عندى .

نعم الظاهر انه لا مبرر لجعلهما كتابين اذ كان من الممكن عقد كتاب واحد يبحث تارة عن هذا وتارة عن ذاك لتشابههما فى كثير من الاحكام فتأمل .

ثم المشهور بين الفقهاء ، بل لم اجد مخالفا ، ان الصدقة مشروطة بالقرية بل احتمال انها من مقومات الصدقة ، حتى قال فى الجواهر ، بلاخلاف اجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ويدل عليه قبل الاجماع بعض الاخبار كخبر الحكم : انما الصدقة لله ، فما جعل لله ، فلا رجعة له ، لكن الانصاف انه لولا الاجماع امكن ان يقال ، بان اطلاقات الصدقة شاملة لما لم تكن هناك القرية بل هو الظاهر من صحيح ابن مسلم الا ترى .

نعم لو قلنا بان الاصل فى الاعمال القرية ، كما قال بذلك بعض مستدلا بقوله تعالى ((وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين)) كانت الصدقة ايضا داخلية فى العموم ، والخبر المتقدم لادلالة فيه ، لانه يدل على ان الصدقة لله ولم يدل على ان كل ما يكون لله يحتاج الى قصد القرية ، والمشهور انها تحتاج الى القبض والقبض ، بل ادعى الجواهر عدم الخلاف فيه ، وعن التذكرة الاجماع عليه ، واستدل له بانه لا يسمى صدقة قبل القبض وان عقدا بان قال تصدقت عليك بكذا ، فقال قبلت ، فان المفهوم عرفا من الصدقة الاعطاء ، وبحسنة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام ، فى رجل يتصدق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا حتى يموت ، فهو ميراث ، بناء على انه مطلق الصدقة لخصوص الوقف ، وان الحكم فى الوقف وغيره واحد ، وبالصحة عدم الصحة ، ولكن لا يخفى ما فى الكل ، فان تحقق الاجماع ، فهو والا ففى الاشتراط اشكال ، ثم ان فى جواز الرجوع فى الصدقة اقوالا :

الاول: عدم الجواز مطلق، كما عن النهاية والمقنعة حتى بعنوان الاشتراء وغيره، الا الميراث، واستدل لذلك بصحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام اذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له ان يشتريها، ولا يستوهبها، ولا يستردها، الا في ميراث، ونحوه خبر الدعائم .

الثاني: ما عن الراوندي من ان حالها حال الهبة، فكلما جاز الرجوع هناك جاز هنا، والعكس بالعكس، فلا يجوز في صدقة الرحم، والزوجين والمعوضة، والمشروطة، والمتصرف فيها، ولعل دليله انها نوع من الهبة فيشمها دليل الهبة .

الثالث: وهو المشهور عدم الرجوع المجرد عن البيع وما اشبهه، اما الاشتراء ونحوه، فلا بأس به لخبر الحكم المتقدم، وصحيح ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام، لا يرجع في الصدقة اذا ابتغى وجه الله عز وجل، والنبوي المروي عن طرق الخاصة والعامة مثل الراجح في صدقته، مثل الراجح في قيئه، ولانه بعد ان صار ملكا للطرف يكون الاصل عدم رجوعه بالارجاع ولانه كالرجوع في الهبة المعوضة، اذ قد حصل الثواب في قبال اعطائه .

وكيف كان فقد نقل الاجماع على ذلك، من الغنية والسرائر والتذكرة وظاهر المفاتيح، لكن الظاهر انه فيما اذا لم يرد السائل بنفسه والافلا بأس بذلك، سواء لم يقبله اصلا، او قبله ورده من طيب خاطره للعمومات، وخصوص ما دل على ان علي بن الحسين عليه السلام، كان اذا اعطى السائل شيئا فيسخره انتزعه منه واعطاه غيره، وما دل على ان الباقر عليه السلام اذا وقف به السائل اعطاه الرأس، فان قبله، قال دعه، واعطاه من اللحم، وان لم يقبله تركه ولم يعطه شيئا، والخبران المذكوران في المستدرک في باب استحباب قناعة السائل، وما دل على ان الصادق عليه السلام، استرجع

العنب الذى اعطاه لفقير، فلم يأخذه الى غير ذلك .

ثم ان الصدقة المستحبة جائزة من غير الهاشمى للهاشمى ، لاطلاقات
الادلة ، وخصوص ما دل على ان المحرم ، انما هى الزكاة الواجبة .

نعم الظاهر حرمتها على الرسول والائمة واهلهم ، فقد قال على عليه
السلام : اصله ام زكاة ، ام صدقة فان ذلك محرم علينا اهل البيت . وكانت ام
كلثوم تأخذ التمر والجوز من ايدى اولاد الحسين عليه السلام و صغار اهل
البيت عليهم السلام و ترميها فى الكوفة وتقول : ان الصدقة محرمة
علينا اهل البيت ، ومن المستبعد جدا ، انها لم تكن عالمة بالحكم خصوصا
و الظاهر وجود تقرير الامام زين العابدين عليه السلام ، بل الظاهر ان
كلامها فى حكم الرواية عن المعصومين عليهم السلام .

اما صدقة الهاشمى للهاشمى ، فذلك جائز ، وان كانت زكاة واجبة ، وقد
تعرضنا لشطر من الكلام فى ذلك فى كتاب الفقه من شرح العروة باب الزكاة
فراجع .

مسئلة : ٦٤ - المتصدق قد يقصد القرية ، وقد يقصد الرياء وما اشبهه
وقد يتصدق بدون هذا ولا ذاك اما اذا قصد القرية فقد تقدم انه لا خلاف
ولا اشكال فى انه لا يجوز الرجوع فيها ، واما اذا قصد الرياء ، فالصدقة
باطلة ، وحيث بطلت الصدقة ، فان اعرض عن الشئ المتصدق به ، او تصرف
الفقير فى الصدقة تصرفا متلفا ، وهو لا يعلم بقصد المتصدق ، لم يكن له
رجوع فيها اما فى صورة الاعراض ، فلان الاعراض من المخرجات عن الملك
كما حقق فى محله ، ولا دليل على ان الانسان يملك ما دخل فى ملك غيره
فانه بالاعراض اخرج الشئ عن ملكه ، والاخذ تملك الشئ ، كما يملك
المباحات :

الصدقة مع القصد المخصوص ريد ون اى قصد جواز الصدقة على المنافق وشبهه . ١٢ .

واما فى صورة التصرف ، فلان المال قد فنى ، وكان المتصدق هو السبب فى ذلك ، فكان كمن قدم طعامه الى غيره فاكله ثم اراد منه ان يعطى بدله فانه لاحق له فى البديل ، واما اذا لم يكن لاهذا ولا ذاك فله حق الرجوع اذ الاعطاء لم يكن مخرجا والعين باقية ، فلوجه لخروج المال عن ملك المتصدق .

واما الصورة الثالثة : وهى الاعطاء لابقصد القرية ولا الرياء ، فالظاهر انه لا يحق له الرجوع لانه اخرج المال عن ملكه ، فحاله حال الاعراض ، واحتمال انه بمنزلة الهبة فيجرى فيها ما يجرى فى الهبة ، من انه قد يجوز الارجاع ، وقد لا يجوز الارجاع فيما اذا كان رحما او زوجا او مشروطا او معوضة او متلفة لوجه له ، بعد ان عرفت ان مفهوم الهبة غير مفهوم الصدقة . ثم انه لو علم الاخذ بالفساد وعدم الاعراض ومع ذلك ، تصرف كان ضامنا لشمول على اليد ما اخذت له ، وهو قسم من اكل المال بالباطل ، ولا يشمل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ، اذ ذلك فى مورد خروج المال عن ملك المالك ، والمفروض ان المال لم يخرج فى المقام عن ملكه .

مسئلة : ٦٥ - لاشكال فى جواز الصدقة على الفاسق والمنافق والكافر غير الحربى لعمومات الصدقة ، وقوله (ع) : ((لكل كبد حراء اجر)) وقوله تعالى : ((لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم)) اما فى الصدقة على الحربى ، فالمشهور بين العلماء عدم الجواز ، لانه تقوية للكفر المعلوم نفرة الشارع منه ، ولمفهوم الاية المتقدمة ومنطوق ما بعدها وهو ((انما ينهاكم الله)) ويحتمل الجواز لما روى من ان جيش ابى سفيان اصابتهم مجاعة ، فامر الرسول صلى الله عليه واله ان يجمع لهم الطعام واعطاه لهم ، ولا باحة على امير

المؤمنين عليه السلام الماء على اهل الشام فى صفين ، واعطاء الحسين عليه السلام الماء للحر واصحابه بعد ان قالوا انهم على الامام الحسين عليه السلام ، لكن الانصاف ان الفتوى بذلك مشكل اذ النهى فى الاية السابقة صريح ، والمرسلة غير معلومة ، وعلى تقدير المعلومية تحمل على الصلاح الالاهم ، ولعل اعطاء الماء ، لان الناس كلهم شرح ، سواء فى الماء ، كما ورد فى الاحاديث ، وللمصلحة الالاهم فتأمل .

اما الناصب ، فظاهر الروايات عدم اعطائه الصدقة ، فراجع .

مسئلة : ٦٦ - صدقة السر افضل بخمس و سبعين فى الصدقة المستحبة والعلن افضل بخمسن وعشرين فى الواجبة ، كما وردت الرواية بذلك فى المستدرك ، الا اذا كانت جهة راجحة فى العكس ، كما اذا كان اعطاء الصدقة المستحبة علنا ، يوجب الترغيب اود فع التهمة ، او كان اعطاء الواجبة علنا يوجب التهمة او التنفير او ما اشبه ، ويستحب تقديم الرحم لقوله عليه السلام : لا صدقة و ذو رحم كاشح .

واما احتمال التحريم لظاهر كلمة ((لا)) فهو فى غاية البعد ، اذ

المفهوم عرفا فى المقام ، نفي الكمال مثل لاصلاة لجار المسجد .

ثم انه اختلف فى جواز التصدق بكل المال ، قيل لا يجوز لظاهر قوله تعالى : ((والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقثروا)) وقوله : ((ولا تبسطها كل البسط)) وقوله : ((قل العفو)) الظاهر منه الزائد من المال ، وقيل يجوز فيما اذا لم يكن هناك محذور خارجى ، لما فعله الامام الحسن عليه السلام ، و الظاهر من الايات الادب ، ولذا لم يقل احد بان الاقتار حرام وغلّ اليد فى العنق الذى هو كناية عن عدم الانفاق او قلته حرام ، وهذا القول اقرب ، بل الايثار من افضل الفضائل ، قال سبحانه : ((ويؤثرون على

انفسهم ولو كان بهم خصاصة)) وقد وردت به روايات كثيرة وان كان بين الايثار وبين انفاق جميع المال، عموما من وجه، واشكال صاحب العروة فى جزئها الثانى فى الايثار لوجه له، فراجع، وفى الصدقة مسائل كثيرة نكتفى منها القدر .

السكنى

مسئلة : ٦٧- من ملحقات الوقف السكنى و العمرى و الرقىى ، و السكنى عبارة عن ان يسكن انسان اخر فى دار او نحوها مدة غير معينة ، و العمرى ان يسكنه اياها ما دام عمر الساكن ، او عمر البازل ، و الرقىى ان يسكنها مدة معينة ، و الظاهر ان بينهما عموم من وجه ، فالسكنى يتحقق بالاسكان ، سواء مدة معينة او غير معينة ، و المعين محدد بالعمرا و بمدة خاصة ، لكنه خاص بالاسكان بخلاف العمرى و الرقىى فهما خاصان بالمدة المعينة ، عمرا كانت او زمانا محدودا ، بينما هما اعم من الاسكان او غيره ، فيصح عمرى و رقىى الدابة او الرحى او الدكان او الحمام او نحوها ، و ربما يقال ان السكنى اعم مطلقا ، لكنه ليس بشىء .

ثم الظاهر ان الالفاظ الثلاثة صفة لمحدوف اى معاملة عمرى او ما اشبه كما ان قولهم فى الرهن وثيقة الدين صفة لمحدوف اى عين وثيقة الى غير ذلك من الكلمات المستعملة مذكرا وصفا لمؤنث فى اللفظ او بالعكس .

ثم ان السكنى و اخريه ليست اباحة ، بل انما هى عقود بين البازل و الساكن ، و تأتى بالمعاطات ايضا كسائر العقود لشمول ادلتها للمعاطات كشمول ادلة البيع و الاجازة و غيرهما للمعاطات ، و الاصل فى هذه المعاملات بالاضافة الى انها عقلانية فيشملها ادلة افوا بالعقود ، و الى انها قسم من الوقف فيشملها الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها روايات

خاصة ،وردت فى الوسائل والمستدرک فى كتاب الوقوف و سنذكر جملة منها .
 ثم ان البازل يحق له الرجوع فى السكنى متى شاء لعدم تعيين المدة
 بخلاف العمرى والرقيى ،فلا يحق له الرجوع ،الابعد انقضاء المدة المعينة
 وانما سمي الثلاثة بهذه الاسامى ،لان السكنى اسكان ،والعمرى مقيدة
 بالعمر ،والرقيى مقيدة برقبة الدار او نحوها ،وانما قلنا بان الثلاثة عقد ،و
 ليست ايقاعا لصالحة كون الامر الذى يكون بين نفرين ،ان يكون عقدا ،فان
 محكومة انسان بشئ لم يقبله خلاف ،الناس مسلطون على انفسهم ،فكون
 دار حقا لزيد يسكنها مطلق ،او مدة معينة زمانا او عمرا الزام له بشئ ،ولا
 يكون ذلك الا بالتزامه بنفسه .

نعم اذا ثبت بالدليل كون شئ ايقاعا ،قلنا به حسب الدليل كالابراء
 والاباحة ،لانسان بشئ ،والطلاق والعتق ونحوها ،والكلام فى
 الاستيجاب ،والايجاب كما فى باب البيع ،وهكذا فى سائر المسائل المتعلقة
 بالعقود المذكورة فى كتاب المكاسب .

مسئلة : ٤٨ _ الظاهر ان العمرى والرقيى لازمات ،فليس لاحدهما
 الفسخ ،لصالحة لزوم كل عقد قال تعالى ((اوفوا بالعقود)) ثم ان الحق فى
 الازجاع والفسخ خلاف مقتضى العقد ،فلا يكون الا بدليل ،واحتمال اصالحة
 الجواز ،لان الناس مسلطون على اموالهم ،وقد حقق فى كتاب البيع خلافه
 لانهم ليسوا مسلطين على احكامهم ،كما ان الاشكال فى ((اوفوا بالعقود))
 بان المراد العقد بين الله وبين البشر ،بالاطاعة له سبحانه بدليل قوله
 سبحانه بعد ذلك ((احلت لكم بهيمة الانعام)) والالم يكن رباط بين
 الجملتين ،لاوجه له بعد كون الظاهر ،الاطلاق الشامل للعقدين بين
 الانسان وبين الله وبين سائر افراد الانسان ،قال سبحانه : ((ان الله

اشترى من المؤمنین انفسهم و اموالهم)) فهو ايضا عقد ، و ليس من استعمال اللفظ فى معينين ، و كذلك لا وجه للاشكال ، بان الوفاء بالعقد ، لا يتعرض لكونه لازما او جائزا ، بل معناه الوفاء حسب ما جعلوا من لزوم او جواز ، فان الظاهر ان اللزوم جاء من ((اوفوا بالعقود)) فان اللزوم و الجواز حكمان شرعيان ، اثبت احدهما اوفوا بالعقود فكون العقد جائزا يحتاج الى الدليل ، فهو من قبيل المؤمنون عند شروطهم حيث ان جواز مخالفة شرط ، يحتاج الى الدليل المخرج ، ثم ان كون العقدين لازمات هو المشهور بين الفقهاء ، بل عن الخلاف ادعاء الاجماع على اللزوم فى الجملة ، ويدل على اللزوم فى العقدين جملة منها كخبر ابى الصباح الكنانى عن ابى عبد الله عليه السلام سئل عن السكنى والعمرى ؟ فقال : ان كان جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له ولعقبه بعد موته حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوا ولا يرثوا ، ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول .

و مضر حرمان ، سئلته عن السكنى و العمرى ؟ فقال : ان الناس فيه عند شروطهم ، ان كان شرط حياته سكن حياته ، وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم ترد الى صاحب الدار .

و صحيح الحسين بن نعيم ، عن الكاظم عليه السلام ، عن رجل جعل سكنى داره لرجل ايام حياته له ولعقبه من بعده هل هى له ولعقبه كما شرط ؟ قال : نعم . قلت : فان احتاج يبيعها ؟ قال : نعم . قلت : ينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى كما سمعت ابى يقول قال ابو جعفر عليه السلام : لا ينقض البيع الاجارة ولا سكنى ، ولكنه يبيعه على ان الذى يشتريه ، لا يملك ما اشترى حتى تنقض السكنى على ما شرط ، وكذلك الاجارة

الى غيرها من الاخبار التي تأتي في مسئلة ان الشرط في السكنى نافذ و
هناك اقوال اخر:

الاول: انها غير لازمة مطلقا، وهذا هو المحكى عن الشيخ، والظاهر
انه تمسك باصالة عدم اللزوم، لان العين تبقى ملكا للمالك، فكون اختيارها
خرج من يده بالعقد خلاف اصالة التصرف في الملك، بدليل الناس مسلطون
وبما ورد عن ابي البختري عن جعفر عن علي عليه السلام: ان السكنى بمنزلة
العارية ان احب صاحبها ان يأخذها اخذها، وان احب ان يدعها فعل
اي ذلك شاء، وقد عرفت ان السكنى شاملة للثلاثة، ويرد عليه اما الاصل
فقد عرفت ان الاصل خلافه، واما الرواية فانها مع ضعفها سندا انها خاصة
بالسكنى واطلاقها على الرقبى والعمرى يحتاج الى دليل مفقود، بل ربما
يقال ان السكنى ايضا لازمة لما تقدم من دليل وجوب الوفاء بالعقد والاصل
ولا تنافي بين لزوم السكنى وبين اختيار صاحبها ارجاعها، اذ ذلك كسائر
العقود الجائزة، فما دامت لم يبطل المالك العقد حق المسكن بالفسخ، و
انما له حق الابطال كمالك الخيار في البيع، فان العقد في نفسه لازم وان
كان له حق الخيار.

والحاصل فرق بين الاباحة وبين العقد الجائر، فان الاباحة لا تحتاج
الى الابطال في تصرف المبيع، بخلاف العقد الجائر، فان العاقد لا يحق
له التصرف الا بالابطال، لكن لا يخفى ما في هذا الكلام من الاشكال، و
اطلاق دليل لزوم العقد، واستصحاب عدم جواز الارجاع، يرد عليهما ما تقدم
من خبر ابي البختري وصحيح الحلبي او حسنه عن ابي عبد الله عليه
السلام، في الرجل يسكن الرجل داره و لعقبه من بعده؟ قال: يجوز وليس
لهم ان يبيعوا ولا يرثوا. قلت: فرجل اسكن رجلا في حياته؟ قال: يجوز ذلك

قلت: فرجل اسكن رجلا داره و لم يوقت؟ قال: جائز و يخرجها اذا شاء .
 و خبر احمد بن عمر الحلبي، عن ابيه، عن ابي عبد الله عليه السلام
 سئلته عن رجل اسكن داره رجلا حياته؟ قال: يجوز له، و ليس له ان يخرجها
 قال قلت: فله و لعقبه؟ قال: يجوز له . و سئلته عن رجل اسكن رجلا و لم
 يوقت شيئا؟ قال: يخرجها صاحب الدار اذا شاء .

و على هذا فالقول بان الثلاثة جائزات، كالقول بان الثلاثة لازمات
 منظور فيه، و كذلك القول الرابع المحكى عن ابي الصلاح و المقنعة و الغنية
 و جامع الشرائع، من انه ان قصد القرية فى الثلاثة لزم و الا فلا، و استدل
 لذلك بالجمع بين اصالة عدم اللزوم المتقدم فى دليل القائل بعدم اللزوم
 مطلقا، و بين ما ورد من ان ما كان لله فلا رجعة فيه، و قد عرفت الاشكال فى
 اصالة عدم اللزوم، كما عرفت انه لا حاجة الى التمسك (بما كان لله) فى اللزوم
 و الحاصل ان مقتضى الادلة، ان العمرى و الرقبى لازمتان، و ان السكنى
 ان لم تقيد بمدة، كانت جائزة، و ان قيدت بمدة رجعت الى العمرى و الرقبى
 اللازمتين .

ثم ان الكلام فى احتياج الثلاثة الى القبض فى صحتها او لزومها كما
 تقدم فى الوقف، و لم نجد دليل للاشتراط كما سبق .

مسئلة: ٩٦ - لو جعل دارا سكنى، او عمرى، او رقبى، و قال انها بعد
 المدة المقررة راجعه الى، فلا اشكال و لا خلاف فى انها ترجع اليه بعد الموت
 لان الوقف و منه الثلاثة، كما جعله الواقف، بل عن المبسوط و الخلاف دعوى
 اجماع الفرقة عليه، و عن ثانيهما زيادة و اخبارهم، و لو لم يقل ان الدار ترجع
 اليه بعد المدة، رجعت اليه ايضا بلا خلاف و لا اشكال، كما فى الجواهر، لان
 هذا مثل الاول، فى ان المسكن و اخويه لم يخرجوا الدار عن ملكهم، فلا

وجه لان لا ترجع اليهم ، فان عدم الرجوع اما لقصد المالك ، حيث ان العقود وما اشبهها تتبع القصد ، والمفروض انه لم يقصد ، واما لوجه شرعى ، ولا دليل خاص فى الشريعة لذلك ، وقول الشرائع انما ترجع الى المسكن بعد موت الساكن على الاشبه ، انتهى . كانه اشارة الى خلاف العامة ، ثم انه لافرق بين ان يجعل الدار له فقط ، اوله ولعقبه ، بصيغة السكنى او العمرى او الرقبى لوحدة الدليل فى الجميع ، وربما احتمل انه لو جعلها له ولعقبه صارت لورثة الساكن بعد انقطاع العقب ، وذلك فيما اذا لم يقل المالك (فاذا انقرضوا رجعت الى) وذلك لان العرف يرى انه لا ثمرة للملك المسلوب الانتفاع ما دام العقب ، خصوصا اذا استمر عقبه ، ولما روى ان النبى صلى الله عليه واله قال : ايما رجل امر عمرى له ولعقبه ، فانما هى للذى يعطاها لا ترجع للذى اعطاها فانه اعطى عطاء وقعت فيه الموارث .

وعن الراوندى انه افتى بمتن الخبر ، بل عن المبسوط ظهور ذلك من كلامه ، حيث قال فى محكى كلامه ، اذا قال لك عمرى ولعقبك من بعدك ، فانه جائز لما رواه جابر - ثم ذكر الحديث - .

ثم ان الخبر وان كان فى العمرى ، لكن مقتضى القاعدة وحدة الكل ، اذ السكنى المطلقة ، او المقيدة بما قيدت بها العمرى كالعمرى ، كما ان الرقبى كالعمرى ، لما روى عن على عليه السلام انه قال : الرقبى والعمرى سواء ، لكن يرد على ذلك ، اما الوجه العقلى فانه من الممكن جعل الاصل لانسان و النماء لآخر ، كالاجارة ، خصوصا اذا كانت طويلة ، الامد كمائة سنة ، وحيث ان المالك لم يخرج الاصل عن ملكه ، بقى فى ملكه ، وان اخرج الانتفاع الى الابد وفائده ، تمكن تصرف المالك فى الاصل ، دون الساكن وعقبه بالبيع ونحوه ، و الرواية ضعيفة ، فلا يمكن العمل بها فى مقابل القاعدة ، والدليل

خصوصا والشيخ نفسه لم يفت بذلك في سائر كتبه ، بل عن التذكرة وجامع المقاصد دعوى الاجماع على قول المشهور .

نعم عبارة الشرائع حيث قال الاشبه تشعر بوجود الخلاف .

مسئلة : ٧٠ - لا اشكال ولا خلاف في انه لا يصح الرجوع في السكنى المدة المقررة ، اذا جعل لها مدة ، وكذا في العمري والرقبي مدة العمر للساكنو المسكن - حيث الاعمار - ومدة الرقبة لاصالة الوفاء بالعقد وماشبهه بالاضافة الى الادلة الخاصة ، انما الكلام في صورتين :

الاول : اذا مات الساكن ، وقد جعل المسكن العمري مدة عمر نفسه ، كما لو قال اعمرتك مدة عمري ، ثم مات الساكن ، والمشهور انها تنتقل الى الورثة للساكن لعقبه المدة ، لما دل على ان ما تركه الميت من حق لوارثه ، فانه كالاجارة ، فيما اذا مات المستأجر والمدة باقيه بعد ، فانها راجعة الى ورثة المستاجر ، لانها ترجع الى الموجر ، بل عن المسالك دعوى عدم الخلاف فيه وعن الشيخ دعوى اجماع الفرقة و اخبارهم عليه ، وذلك لانه مقتضى لزوم الاعمار مدة عمر المالك ، لكن عن نكت النهاية ، انها لا تكون للعقب اذا مات الساكن ، الا اذا صرح المسكن بذلك مستعدلا له ، بان المالك انما اراد سكنى الساكن لاهو وعقبه ، فانه وان قال مدة عمري ، لكنه اراد سكناه لا سكنى الساكن وعقبه وكونه كالاجارة ، يحتاج الى الدليل .

اما الاستدلال لذلك بخبر محمد بن عيسى ، انه عليه السلام قضى في العمري انها جائزه لمن اعمرها ، فمن اعمر شيئا ما دام حيا ، فانه لورثته ، اذا توفى بان ظاهرها ان المسكن لورثة الساكن اذا توفى الساكن ، ففيه ما لا يخفى ان ظاهرها ان المسكن اذا توفى ، كان الشيء لورثته ، لانه يكون للساكن . وفي الجواهر ، بعد نقل كلام النكت ، قال : لكن الانصاف عدم خلو كلامه

من قوة ، بناءً على ما تسمعه من ظهور اطلاق السكنى فى سكناه خاصة ومن يتبعه فى العادة ، وانه ليس له اسكان غيره ولا اجارته ، انتهى .
 ولعل الاقرب التفصيل بين ما اذا كان قصده سكنى الساكن نفسه ، فانه حينئذ يكون خاصا به ، فاذا مات انتقل الى المسكن ، لان المسكن قيد عمر نفسه لوجود الساكن ، فاذا مات الساكن انتهى مقصد المسكن ، ولا دليل شرعى على انه ينتقل الى الورثة للساكن بدون قصد المسكن ، وبين ما اذا لم يكن قصده ذلك ، بل كان ذكره للساكن من باب انه يريد انتفاع الساكن هو وعائلته بالدار ، كما هو الغالب ، وكانه اعتمد على مثل هذه الغلبة الذين قالوا بالارث والآن ، فصدق (ما تركه الميت) على الشئ المقيد بوجوده خلاف الواقع .

ثم انه لو شك فى ارادة اى الامرين ، فالظاهر استصحاب عدم خروج الدار عن انتفاع المسكن بالمقدار الازيد من المتيقن .
 الصورة الثانية : اذا مات المسكن وقد جعل العمرى مدة عمر الساكن فالظاهر المشهور ان الساكن يسكن فى الدار الى حين وفاته ، وليس للورثة ازعاجه .

وفى الجواهر بلاخلاف معتد به اجده .

نعم عن الاسكافى ، ومحتمل عبارة الشيخ ، وشبهة الخراسانى من المتأخرين العمل بمضمون خبر خالد بن نافع العجلبي المتضمن لتقويم الدار من الثلث ، فان وفى الثلث بها كانت للساكن والابطل السكنى . فقد روى عن ابي عبد الله عليه السلام سئلته عن رجل جعل لرجل سكنى دارا مدة حياته يعنى صاحب الدار ، فمات الذى جعل السكنى ، وبقي الذى جعل له السكنى ، ارايت ان اراد الورثة ان يخرجوه بهم ذلك ، فقال ارى ان يقوم

فيما يتعلق بعد مجواز الرجوع قبل انتهاء المدة جعل العمري مقيدة بعمر من اراد ١٣٠.....

الدار بقيمة عادلة ، وينظر الى ثلث الميت ، فان كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار ، فليس للورثة ان يخرجوه ، وان كان الثلث لا يفي بثمن الدار فلهم ان يخرجوه ، قيل له رأيت ان مات الرجل الذي له السكنى بعد موت صاحب الدار ، تكون السكنى لورثته الذي جعلت له السكنى ؟ قال : لا ، وهذا الرواية وصفها الشيخ بان فيها غلط ، وهو قوله ، يعنى صاحب الدار ، كما ان غيره وصفها بالاضطراب ، وذلك لانه اذا مات صاحب الدار ، وقد كانت السكنى مقيدا بحياة صاحب الدار لا وجه لبقاء الساكن ، لامن الثلث ، ولامن غير الثلث .

ثم لماذا تقوم الدار مع العلم ، ان الساكن انما يريد السكنى بقية عمره فاللزم تقويم اجرة الدار ، اذا كانت هناك وصية او ما اشبه ، ثم اذا اخرج الساكن بنفسه ، فهل هناك توهم ان يكون السكنى لورثته بعده حتى يسئس (تكون السكنى لورثته الذي جعلت له السكنى) وعليه فالانصاف ان الرواية لا يمكن العمل بها مع مخالفتها للقواعد العامة ، وخصوص اخبار السكنى فى الجملة ، واعراض المشهور عنها ، كقول ابى جعفر عليه السلام ، حين سئل عن العمري والسكنى ، قال : الناس فى ذلك عند شروطهم . الى غيرها .

ثم لا يخفى انه ان شرط المسكين بالكسر شرط نفذ الشرط ، وكذلك الساكن ان قلنا بانه عقد ، فاذا انتفى الشرط ، انتفى المشروط ، وذلك لاطلاقاً ادلة الشرط ، وخصوص الرواية المتقدمة .

وما عن الدعائم عن الصادق عليه السلام ، قال : لا بأس ان يحبس الرجل على بناته ، ويشترط انه من تزوجت منه فلاحق له فى الحبس ، وان تأيمنت رجعت الى حقها .

مسئلة : ٧١ - الظاهر انه يصح ان يجعل العمري مقيدة بعمر المالك

او الساكن ، او كليهما بحيث اذا مات احدهما رجع الى المالك او ورثته ، او اجنبى او عمر حيوان او جماد ، كل ذلك لاطلاق بعض الادلة والمناط فى بعضها الاخر ، ولقاعدة اوفوا بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم ، وقد افتى بصحة العمرى المعلقة بعمر حيوان او جماد المسالك وغيره ، وان استشكل فيه بعض بانه خلاف المشهور ، اى ما اقتصر عليه المشهور من عمر احدهما . ثم انه هل يصح ان يجعله لبعض عقب الساكن ، كان يقول اسكنت فلان وعقبه الاول ، او اسكنت فلان وعقبه الذكور ، الظاهر ذلك لاطلاق الادلة و المناط ، والادلة العامة ، ولو جعله له مدة عمره ولعقبه مدة مخصوصة صح ولا يستشكل بانه من استعمال اللفظ فى اكثر من معنى ، لان احدهما عمرى والاخرى رقبى ، كما ان الاشكال ، فيما اذا اشتمل العقد على العمرى و الرقبى والسكنى بانه جمع بين الجائز ، واللازم ايضا غير وارد ، اذ لا دليل على عدم جواز او استحالة ، استعمال المشترك فى اكثر من معنى ، كما حققناه فى الاصول ، بالاضافة الى وجود الجامع ، كما ان اللزوم والجواز من احكام العقد ، لامن مقوماته ، ولذا يصح ان يقول لنفرين احدهما ، ذو رحم والاخر اجنبى ، وهبت لكما هذه الدار ، مع ان الهبة لذى الرحم لازم ولغيره جائز . ثم الظاهر انه يصح ان يقول لك مدة عمرك ، ولعقب زيد بعدك او بعد عقبك ، لما تقدم من الدليل ، ويأتى فى الثلاثة كل احكام الوقف ، الا ما خرج بالدليل لاطلاق دليلها ، بل لايبعد ان تكون الاربعة والحبس الاتى تفصيل الكلام فيه ، كلها شيئا واحدا ، وانما الاختلاف فى المتعلق او ما اشبه ، لانها امور متعددة ، فهى من قبيل اقسام الهبة او البيع ، لامن قبيل البيع والهبة ، حتى تكون حقائق متعددة ، والله العالم .

ثم الظاهر انه يصح ان يستعمل كل من السكنى والعمرى والرقبى ، فى الاخرى ، بان يقول اسكنت الدار عمرك او عمرى ، او يقول امرتك الدار ما

دامت رقبته موجودة او ارقبتك عمرك ، او يقول عمرك او ارقبتك الدار لمدة ما ، وذلك لصدق كل واحدة على اختيها حقيقة ، وانما الفارق القرائن او مجازا ، وقد حققنا فى كتاب البيع ، صحة الاستعمال المجازى ، فى باب العقود والايقاعات الا ما خرج ، كما قالوا فى الطلاق انه لا يصح فيه المجازى ، كان يقول انت حرّة ، ويريد به الطلاق .

اما هل انه يصح العمرى المفيدة ، فائدة الرقبى او السكنى ، وكذلك الرقبى المفيدة فائدة العمرى والسكنى ، ففيه خلاف ، قيل : لا يصح لان كل واحدة عقد مستقل ، فلا يصح وقوعه مفيدا فائدة اخرى ، غير الاثر المترتب على نفسه فيكون ذلك ، كما لو باع بقصد وقوع النكاح ، او نكح بقصد وقوع الهبة . والحاصل انه قد يستعمل لفظ النكاح فى معنى الهبة ، وقد يستعمل فى معنى نفسه ، ويراد به فائدة الهبة ، فالاول : من قبيل استعمال لفظ فى مكان لفظ ، والثانى : من قبيل اراد الاثر من المؤثر الذى لا يؤثر هذا الاثر ، وذلك غير صحيح فى عالم التشريح ، كما انه غير معقول فى عالم التكوين كان يوثر الثلج فى الحرارة ، او النار فى البرودة ، وقيل يصح لان كل واحدة من الثلاثة عمرى باعتبار كل العمر او بعضه ورقبى باعتبار رقبه الملك وارتقاب احد الطرفين الاخر ومسكن - فيما يسكن فيه - باعتبار سكنى المسكن - بالفتح - فيه ويؤيد ذلك ان السكنى شامل لهما وهما قسمان منه ، فاطلاق كل واحد منه ومنهما على الاخر كما طلاق الانسان على الحيوان والعكس - فى الجملة - وما ورد من ان العمرى والرقبى سواء ، وهذا القول قريب جدا .

مسئلة : ٢٢ - هل يصح انفصال الثلاثة ، عن وقت اجراء عقودها ، كان يقول اسكنتك الدار من السنة الاتية ، كما يصح فى الاجارة ، او لا يصح ، كما لا يصح فى النكاح ، الظاهر الاول ، لانه عقد او ايقاع عقلاى ، ولم يدل دليل على منعه ، بعد شمول الاطلاق له ، وكون المتعارف الاتصال ، لا يوجب

الانصراف، ولو قال: اسكنتك بعد موتى كانت وصية تنفذ من الثلث، والظاهر انه يصح اشتراط كل شرط سائغ، لان المؤمنين عند شروطهم، وكذلك يصح التعليق في الثلاثة على عنوان، او زمان خاص دون زمان، كان يقول: اسكنت بنتى ما دامت غير متزوجة او ترملت، او يقول: اسكنتها في اشهر الحج، و ذلك لاطلاق الادلة، و خصوص الرواية المتقدمة عن ابي جعفر عليه السلام حيث سئل عن العمري والسكنى؟ قال: الناس في ذلك عند شروطهم.

والمروى عن ابي عبد الله عليه السلام، انه قال: لا بأس ان يحبس الرجل على بناته، و يشترط ان من تزوجت منهن، فلاحق له في الحبس، و ان تأييمت رجعت الى حنبا، و الظاهر انه يصح ان يكون المسكن و اخويه كليا كان يقول اعمرت زوار الحسين عليه السلام دارى ما دامت حيا للاطلاق.

اما اعمار الدار المرددة او الكلية، فالظاهر عدم صحته، كان يقول: اعمرتك احدى دارى او دارا كلية، و كذلك بالنسبة الى الرقبى و السكنى لانه منصرف من الادلة، و لو لا الانصراف لكان للقول بالصحة وجه، و مثله فى الانصراف المسكن - بالفتح - المردد، كان يقول اسكنت احدكما الدار، و ليس ذلك لان المفرد المردد لا وجود له، بل للانصراف، و الظاهر اعمار المشاع، كما يصح وقفه، و يفرز بعد ذلك و كذلك بالنسبة الى الاسكان و الارقاب.

مسئلة: ٢٣ - كلما صح وقفه صح اعمارها و ارقابه من العقار و الحيوان و الالاث و الاشجار و المياه و غيرها، بل فى الجواهر عدم وجود الخلاف فيه. و عن التذكرة الاجماع عليه، و ان ذكر العقار و الحيوان و الالاث، و انما يصح ذلك للاطلاقات، و خصوص محمد بن قيس المتقدم، و صحيح بن مسلم سئلت ابا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريتها حياتها؟ قال

هى لها على النحو الذى قال .

وخبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام ، سئلته عن الرجل تكون له الخادمة تخدمه ، فيقول هى لفلان تخدمه ما عاش ، فاذا مات فهى حرة ، فتايق الامة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين او ست ، ثم يجدها ورثته ، اللهم ان يستخدموها بمقدار ما ابرت ؟ قال : اذا مات الرجل ، فقد اعتقت .

نعم لا تصح فى الحر وان كان مولى عليه فلا يصح للولى ان يعمر او يرقب ولده مدة صغره لاصالة العدم ، وليس حال ذلك حال الاجارة ، حتى يقال فكما تصح هى تصح الثلاثة ، هل تجرى الثلاثة فى مطلق الحقوق ، كحق التحجير ، وحق الطبع الشائع فى هذه الازمنة ، احتملان : من الاطلاق ، ومن الانصراف ، ولا يبعد الاول .

مسئلة : ٧٤ - هل يصح بيع ما جعله المالك عمرى او سكنى او رقبى ، فيه اقوال : الصحة مطلقا لعمومات ادلة البيع واطلاقاتها ، ولخصوص صحيح الحسين بن نعيم المتقدم قال فيه فان احتاج يبيعها ؟ قال عليه السلام : نعم قلت ينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت ابي عليه السلام ، يقول : قال ابو جعفر عليه السلام : لا ينقض البيع الاجارة ، ولا السكنى ، الحديث ، والخبر وان كان فى السكنى ، الا ان المناط موجود فى العمرى والرقبى ايضا ، بل الظاهر منه ان فى العمرى ، كما يدل عليه صدر الخبر ، ولذا ذهب المشهور الى عدم بطلان عقد العمرى بالبيع بل فى الجواهر دعوى تحصيل الاجماع عليه ، وقيل لا يصح مطلقا لامرين :

الاول : جهالة المدة ، وذلك فى المجهول المدة كالعمرى والرقبى و

السكنى المجهولات الامد .

الثانى : ان البيع انما يكون للانتفاع ، ولا منفعة فى مسلوبه المنفعة ، ولو

كان السلب باعتبار مدة مجهولة، والحاصل ان مناط الجهالة موجود ففى المقام، لانه من الغرر المنهى عنه فى قوله عليه الصلاة والسلام نهى النبى عن الغرر، وقوله عليه الصلاة والسلام ايضا نهى النبى (ص) عن بيع الغرر وقد نقل هذا القول جزما، او احتمالا او استشكالا عن التحرير، وايضاح النافع، والقواعد والمختلف والتذكرة والايضاح والتنقيح، وقيل بالتفصيل بين ما اذا كان العقد مطلقا غير موقت مما هو جائز كالسكنى المطلقة، و العمرى والرقيقى ان قلنا بجواز الاطلاق فيهما، فانه يصح البيع فيها ان قصد البائع فسخ العقد بسبب البيع، وان كان بنحو قصد تسليط المشتري على العين والمنفعة، كما هو شأن سائر العقود الجائزة، ان اوقع من له الخيار البيع على متعلقها، وبين ما اذا لم يكن كذلك، فالبيع باطل ونقل هذا القول عن الدروس وغيره، والانصاف انه لولا صحة الحسين، كان اللازم الجزى حسب القواعد من البطلان فى مورد الجهالة، وعدم المنفعة عرفا، اما مع وجود الصحة المعمول بها قديما وحديثا، بل هو المشهور فلا وجه للتمسك بالقواعد الاولية، وحيث ان المناطق فى البيع وغيره واحد، فلا فرق بينه وبين الرهن والاجارة وغيرها .

نعم لا اشكال فى انه لو لم يكن المشتري عالما بالسكنى واختيها، كان له الفسخ، اما اذا كان عالما، فليس له ذلك، لانه هو الذى اقدم على الضرر كما انه اذا لم تكن له اية منفعة اطلاق كان البيع باطلا، للقواعد العامة بعد عدم شمول الدليل الخاص، اذ المنصرف منه وجود المنفعة فى الجملة ومثال ذلك ما لو باع الامة التى لا تعمر اكثر من مقدار العمرى، ومما تقدم ظهر انه لا فرق فى المسئلة بين ان يباع الشئ المتعلق للثلاثة للساكن او غيره لاتحاد الدليل فيهما، فالفرق بين الامرين كما عن بعض لوجه له .

نعم اذا قلنا بانه لا يصح البيع ونحوه، لا يلزم ذلك عدم صحة الصلح والهبة وامثالهما، مما لا يضر فيهما الجهالة، كما انه لا فرق في البطلان مع الجهالة على القول به، بين ان تطول المدة، او تقصر، كما اذا باع العمري ثم مات المعمار - بالفتح - بعد ساعات من البيع، وفي المقام فروع وتفصيل نكتفي منها بهذا القدر، والله العالم .

مسئلة : ٧٥ - اطلاق السكنى يقتضى ان يسكن بنفسه هو واهله واولاده حسب المتعارف، حتى اذا كان ذا ازواج واهالى كثيرين لم يجز اسكان جميعهم، وذلك لانصراف الاسكان اليهم فقط .

نعم لاشكال فى اسكان من جرت العادة بسكانه، معه كالخادم والضيف المتعارف، بلاخلاف ولا اشكال كما ادعاه بعض، وكذا لا ينبغي الاشكال فى وضع الامتعة المتعارفة، والدابة والسيارة، فيما كان متعارفاً، وهكذا لا اشكال فى التصرف فى المسكن حسب المتعارف، مثل جر الكهرباء والماء، و دق المسمار، وحفر البئر وما اشبهه، ولو ذكر ما يخالف المتعارف فى عقد السكن او سمح له المالك بذلك جاز، ان ليس المقام كالوقف الذى لا يكون للمالك اختياره بعد اجراء الوقف، ولو تصرف الساكن بما لا يجوز له كان ضامناً وعليه اجرة المثل ان كان لتصرفه اجرة، ولو كان الشئ ذا منافع متعددة كالدابة المعمرة مثلاً، تصرف المعمار له فى المنفعة المنصرفة اليها عند العرف، ويجوز للمالك ان يتصرف فيها بالنسبة الى سائر المنافع، اذا لم يضر تصرفه بتصرف المعمار لاجله مثلاً اذا كانت منفعة الدابة المتعارفة الركوب جاز للمالك ان يجعلها فحل الضراب، فى ما اذا لم يزاحم انتفاع المعمار له ولم يوجب ذلك ضعف الدابة عن الركوب، ولا يحق للساكن ونحوه اجارة الشئ واعارته، وسائر ما لا ينصرف العقد عليه، لما عرفت من ان المباح له

بالسكنى ، هو المقدار المنصرف اليه عرفا ، ومنه يظهر ان قول ابن ادریس بجواز كل ذلك ، كما حكى عن السرائر ، مستدلا بانه مالك للمنفعة ، فله ان يتصرف فيها كيف يشاء لا وجه له ، كما ان الملاحظ لكلمات الفقهاء لا يجد فيها تشويشا ، فقول صاحب الجواهر ، ان كلمات المتأخرين فى غاية التشويش محل تأمل .

ثم انه لو شك فى تصرفه ان يجوز ام لا ، فالاصل العدم ، للزوم الاقتصار على المتعارف ، وليس فى خبر الحلبي ، و ابى الصباح ، دلالة على الجواز الا ما خرج ، كما زعم بتقريب انها منعا عن البيع والارث ، ومعنى ذلك عدم جواز هذين الامرين فقط ، فكل تصرف جائز الا ما خرج بالدليل ، وذلك لان الخبرين فى مقام النفى للامرين لا اثبات ما عداهما ، فهما كما يذكر فى الوقف انه لا يباع ولا يوهب ، حيث لا يدل ذلك على جواز سائر التصرفات المنافية للمنصرف من الوقف .

ثم الظاهر صحة ادخال الخيار فى الثلاثة ، لان المؤمنين عند شروطهم وليس ذلك منافيا لمقتضى العقد او الايقاع ، ولا دليل على ان حالها حال النكاح والطلاق ، مما لا يدخل فيه الخيار لاصالة دخول الخيار فى كل شئ الا ما خرج بدليل ولم يدل على عدم دخوله فى الثلاثة دليل كما لا يخفى .
مسئلة : ٧٦ . لو خربت الدار المسكنة ، فالظاهر انها ان سقطت عن الانتفاع اطلاقا ، بطلت السكنى ، والا كان للساكن الانتفاع بها ولو بكسوخ او نحوه ، اما الانتقاض فانها للمالك ، ولو امكن الانتفاع بها فى السكنى ، كان حقا للساكن ، ولو عمرها المالك فهل يقدم حق الساكن باعتبار الارض ، ام حق المالك باعتبار التعمير ، ام يشترك الحق احتمالات ، وان كان الثالث اقرب ، ولو غصبها الغاصب كان ضامنا للساكن للمالك ، لان الحق للساكن

كما انه لو حال المالك بين الدار والساكن كان ضامنا ، سواء سكن هو بنفسه او اسكن غيره ، او لم يسكن فيها احدا ، ولو حال بعض الساكنين دون سكنى غيره ممن له الحق ، كان ضامنا له ، ولو هدمها هادم كان ضامنا للمنافع للساكن و للعين للمالك ، ولو غضبها غاصب ، و اعطى بدلها ، فالظاهر تعلق حق الساكن بالمال ، فاللازم بناء دار اخرى به و اسكان الساكن فيه ، لانه بدل عرفا ، كما قالوا في الوقف •

ثم الظاهر ان السكنى يصح بالذات و بالعنوان ، كان يقول : اسكنتك او يقول : اسكنت زوار الحسين عليه السلام ، لاطلاق الادلة و المناط ، و لو انطبق العنوان على نفسه ، جاز له السكنى ، كما لو قال لطلاب العلوم الدينية فصار هو من الطلبة •

و قد تقدم رواية السكنى لبناته الايمآت مما يدل على صحة السكنى للعنوان ، و الظاهر ان العقب لا يشمل اولاد البنات ، خصوصا البعيدين كبنت بنت البنت ، المهم اذا كان هناك عرف خاص ، وفي السكنى فروع كثيرة جدا يعرف جملة منها من مسائل باب الوقف ، فراجع •

مسئلة : ٧٧ - قال في الشرائع : و اذا حبس فرسه في سبيل الله ، او غلامه في خدمة البيت او المسجد لزم ذلك و لم يجوز تغييره ما دامت العين باقية اما لو حبس شيئا على رجل و لم يعين وقتا ، ثم مات الحابس كان ميراثا ، و كذا لو عين مدة و انقضت كان ميراثا لورثته الحابس ، انتهى •

و ادعى الجواهر في المسئلتين عدم الخلاف ، و ظاهرها بل ظاهريهما ، ان الحبس عنوان خاص غير الوقف و غير السكنى و العمرى و الرقبى ، لكنى لم اجد فارقا ظاهرا ، فانه اى فرق بين الوقف و بين الحبس ، اما في المسئلة الاولى ، فلان الوقف و الحبس واحد من جميع الجهات ، و اما في المسئلة

الثانية ، فلانه من قبيل الوقف المنقطع الاخر .

ثم اى فرق بين الحبس على الانسان ، او سبيل الله و المسجد ، فان الحبس يكون على ما حسب ، ما حبس بمقتضى الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ، و بعد ذلك يأتى الكلام فى الفارق بين الحبس و بين السكنى و اختيها ، و الانصاف انى حسب تتبعى فى كلماتهم لم اجد وجهها للفرق و جعل الحبس امرا مستقلا .

وكيف كان فالظاهر ان الحبس ايقاع و ليس عقدا ، كما ذهب اليه جمع خلافا لاخرين ، حيث ذهبوا الى انه عقد ، لكن لم يدل على ذلك دليل ، كما ان الظاهر من النص و الفتوى ، انه لازم حسب جعل الحابس ، و انه لا يحتاج الى اللفظ كسائر المعاملات التى تجرى فيها المعاطات ، و كذلك الكلام فى القبض و القرية ، فالظاهر عدم احتياجه اليهما ، كما ذهب اليه غير واحد لاصالة العدم بعد عدم الدليل على احتياجه اليهما ، ثم انه قد يكون الحبس مطلقا ، فلا يرجع الى ملك الحابس مثل ما اذا حبس فرسه فى سبيل الله ، او غلامه لخدمة البيت ، او حبس ثوبا للكعبة ، او فرشاً لروضة طاهرة ، و جواز تقسيم ثوب الكعبة و استملاكه بعد مدة ، اما لاجل النص الخاص كما ورد ، او لاجل ان الحابس لم يقصد الا زمانا خاصا فيكون حاله حال جواز الانتفاع بحصير المسجد اذا خلق و بدّل بغيره ، و كذلك فى انقاض الموقوفة التى لا فائدة فيها للموقوفة ، و قد يكون الحبس موقتا ، فانه يرجع الى ملك الحابس لان الوقوف على حسب ما وقفها اهلها .

نعم لا اشكال و لا خلاف عندنا ، فى انه اذا حبس و اطلق الكلام ، اى لم يقيد الحبس بالاطلاق و لا بالوقت ، انه يرجع ميراثا لجملة من النصوص ، التى فيها الصحيح الصريح المعمول به ، كصحيح ابن اذينه قال :

كنت مشاهد ابن ابى ليلى فضى لرجل جعل لبعض قرابته نحلة داره ، و لم يوقت و قتا فمات الرجل ، فحضر ورثته عند ابن ابى ليلى و حضر قرابته التى جعل لها نحلة الدار فقال ابن ابى ليلى : ارى ان ادعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفى : اما ان على بن ابى طالب قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : و ما اعلمك ؟ فقال : سمعت ابا جعفر عليه السلام محمد بن على يقول : قضى على بن ابى طالب برد الحبس و انقاذ المواريث فقال : ابن ابى ليلى : هذا عندك فى كتاب قال : نعم . قال : فارسل اليه و ائتنى به ، فقال محمد بن مسلم : على ان لا تنظر فى الكتاب الا فى ذلك الحديث فقال : لك ذلك فاحظر الكتاب فاراه الحديث عن ابى جعفر عليه السلام فرد قضيته .

و خبر عبد الرحمان الجعفى قال : كنت اختلف الى ابن ابى ليلى فى مواريث لنا لنقسّمها ، و كان فيها حبس فكان يدافعنى فلما طال شكوته الى عبد الله عليه السلام فقال : او ما علم ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم امر برد الحبس و انقاذ المواريث قال : فاتيته ففعل مثل ما كان يفعل فقلت شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال : كيت و كيت قال فحلفنى ابن ابى ليلى انه قال ذلك فحلف له فضى لى بذلك .

و المكاتبه عن على بن معبد قال : كتب اليه عليه السلام محمد بن احمد بن ابراهيم سنة ثلاث و ستين و مائتين يسئله عن رجل مات ، و خلف امرئة و بنين و بنات ، و خلف لهم غلاما اوقفه عليهم عشر سنين ، ثم هو جري بعد العشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام و هم مضطرون اذا كان على ما وصفته لك جعلنى الله فداك ؟ فكتب لا يبيعه الى ميقات شرطه ، الا ان يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جائز لهم ، و لعل جواز البيع لان الحرية من باب الوصية ، و الاضطرار يمنع نفوذ الوصية او المراد - بعيدا - بيع مدتهم اى ما بقى من عشرين سنين .

وخير محمد بن مسلم سألت ابا جعفر عليه السلام: عن رجل جعل لذات
 محرم جاريته حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال .
 وخبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام: سألت عن الرجل
 له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش، فاذا مات فهي حرة
 فتأبى الامة قبل ان يموت بخمس سنين اوست ثم يجدها ورثته، الهيم ان
 يستخدموها قدر ما اوقت؟ قال: اذا مات الرجل فقد عتقت ثم انه لو شك في
 انه حبس لمدة او وقف الى الابد، فهل تجرى اصالة عدم الزائد فيؤخذ
 بالمتيقن، ام لا بد من اعمال سائر القواعد لانه من دوران الامر بين
 المتباينين، اذ الحبس لمدة نوع والى الابد نوع اخر، ام يرجع الى اصالة
 عدم القيد فاللزم القول بالابدية؟ احتمالات، والظاهر ان الشك في الابدية
 ناش عن الشك في القيد فاصالة عدم القيد محكمة فيما اذا كان المشكوك
 فيهما من جنس واحد والا كان اللزم اعمال سائر القواعد، ومنه يعلم انه
 لو اختلفا في الامر فمن خالف قوله الاصل كان مدعيا وعليه البينة، والله
 العالم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الهبة

الهبة : مصدر وهب ، مثل عدة مصدر وعد ايدك الواو بالتاء في اخر الكلمة يسمى بها الفعل والموهوب مجازا ، والفرق بين الهبة والهدية والنحلة والصدقة والابراء والعطية ، ان الهدية عبارة عما فيه انتقال يقال : اهديت كتابي لزيد ، ولا يقال : اهديت دارى الا مجازا ، والنحلة هي الهدية سميت بها باعتبار انال الواهب الشيء للموهوب ، وقد تستعمل النحلة بالمعنى الاعم يقال : نحلته اسمى اذا سمى الوليد باسمه - مثلا - والفرق بين الهبة والصدقة بالقصد ، والافى كلتيهما يمكن قصد القرية ، ويمكن عدمه ، فلاوجه لما ربما يتوهم من ان الهبة خاصة بما لا قصد للقرية فيه ، بالعكس من الصدقة المشروطة بقصد القرية .

اما الابراء فان قلنا بان اسقاط ما فى الذمة لا يصدق عليه الهدية - كما سيأتى الكلام فيه - فالفرق بينهما ان ما فى الذمة ابراء ومافى الخارج هدية ، والا كانت الهبة اعم ، وبين الهبة والعطية عموم من وجه لتحقق الاول فقط فيما لو نذر الهبة ، والثانى فقط فى الوقف لان العطية ظاهرها المجانية ، فتأمل .

ثم ان مقتضى القاعدة ان الهبة عقد وليست ايقاعا ، وذلك لاصالة كون الادخال فى ملك الغير ، والاخراج عن ملكه لا يكون الا بموافقة لقاعدة الناس مسلطون على انفسهم واموالهم ، اللهم الا اذا دلّ الدليل على كون شئ

المعاطاة في الهبة . لاتصح الهدية الا من البالغ العاقل غير المحجور ١٤٤
.....

ايقاعا مثل الابراء على المشهور، والطلاق، والعتق، وهـل تحتاج
الهبة الى العقد القولي ام يكفي الفعلى اى المعاطاة ؟ فيه اربعة اقوال :
الاول : انه يورث الملك القطعى ، وهذا هو الظاهر من كلام غير واحد
لما حقق فى محله من ان المعاطاة تقوم مقام العقد، وهذا ما نختاره .
الثانى : انه يفيد الملك المتزلزل ، كما ذهب اليه غير واحد فى مطلق
المعاطاة .

و الثالث : انه يفيد الاباحة ، ذهب اليه بعض ، وذلك لان الهبة تحتاج
الى العقد القولى ، فاذا لم يكن عقد لم يكن الاباحة من المالك للموهوب له .
الرابع : انه باطل ، ذهب اليه بعض ، حيث ان الهبة تحتاج الى العقد
القولى ، فحيث لا لفظ والرضاية من المالك مقيدة بالهبة ، فلارضاية وهذا هو
معنى البطلان ، وحيث ان الكلام فى الهبة المعاطاتية كالكلام فى كل معاطاة
نكله الى بابه ، ويزيد هنا ان الرسول والائمة عليهم السلام كانوا يتصرفون
فى الهدايا بدون لفظ كهدية مارية وغيرها للرسول صلى الله عليه وآله و
سلم ، وكان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم احيانا يهدى ما يهدى الى الهبة
الى بعض اصحابه ، وكذلك جرت سيرة المسلمين المتدينين منذ ذلك العهد
فكثيرا ما يأتى بالهدية طفل او ما اشبهه ، ولا ايجاب ولا قبول ، ومع ذلك كانوا
يتصرفون فيها تصرف الملاك .

اما ما عن الرياض من عدم المشروعية فى الهبة و مشروعيتها فى الهدية غير
ظاهر الوجه ، اللهم الا ان يستدل له بثبوت المعاطاة فى الهدايا ، وتبقى
الهبات على اصالة عدم المشروعية .

مسئلة : ١ - لاتصح الهدية الا من البالغ العاقل غير المحجور ، فانه رفع
القلم عن الصبى وعن المجنون ، كما ان المحجور ممنوع عن التصرف فى ماله .
نعم يجوز اخذ الهدية من غير البالغ اذا علمنا ان اباه راض بتصرف

المعطى له ، وهذا من هبة الولي لا المولى عليه ، اما الاخذ الصبى او المجنون فانه ليس اخذا فعليا لان اعمالهما غير معتبرة ، نعم اذا اعطاهما الواهب فقد اهدر بنفسه ماله ولاحق له عليهما ولاعلى وليهما ، واما المحجور فيصح اخذه وتكون هبته مشروعة كما لا يخفى .

مسئلة : ٢- هل تصح هبة ما فى الذمة لغير من عليه الحق كان يطلب

زيد من عمرو ديناراً فيهبه لمحمد ؟ احتمالان ، ذهب المشهور الى العدم كما حكى عنهم الجواهر ، وفى الشرائع لم يصح على الاشبه ، واستدلوا لذلك بامور :
الاول : اصالة عدم الانتقال .

الثانى : ان الهبة تحتاج الى القبض ، وما فى الذمة كلى ، والكلى لا يمكن

قبضه .

الثالث : ان ما فى الذمة ليس خارجياً ، وما ليس خارجياً لم يمكن قبضه والحال ان الهبة تحتاج الى القبض وفى الكل ما لا يخفى اذ الاصل لا مجال له بعد اطلاق الادلة وكون الكلى لا يمكن قبضه ان اريد به فى حال الكلية فمسلم فى غير الكلى الطبيعى ، لكن لاجابة الى قبض الكلى ، بل يكفى قبض فرد منه وان اريد به فى حال التشخص فعدم الامكان خلاف الواقع بالاضافة الى ان اصل احتياج الهبة الى القبض محل كلام سيأتى .

وكما يقال فى بيع الكلى وهبة المشاع ونحوهما يقال فى المقام ، وبذلك تعرف الاشكال فى دليلهم الثالث ، اذ الاحتياج الى القبض ليس معناه القبض ، وهو فى الذمة ، هذا بالاضافة الى صحيح صفوان ، سئلت الرضا عليه السلام ، عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذى له عليه فقال له ليس عليك فيه شىء فى الدنيا والاخرة يطيب ذلك له ، وقد كان وهبه لولد له ، قال عليه السلام : نعم يكون وهبه له ، ثم نزعته

فجعله لهذا .

ومن الظاهر ان جواز النزاع لان الهبة جائزة والخبر صحيح صريح معمول به في الجملة فلما جال لعدم العمل به ، ولذا كان المحكى عن السرائر والمختلف والمسالك وغيرها صحة الهبة ، بل عن المبسوط انه الذي يقتضيه مذهبا ، والمحكى عن التذكرة والايضاح والدروس التوقف ، بل لم تتحقق الشهرة عندنا على عدم الصحة ، هذا بعض الكلام في هبة الدين لغير من هو عليه ، وان وهبه لمن عليه الدين صح على المشهور .

بل في الجواهر بلا خلاف اجد فيه ، بل في بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الاتفاق عليه ، وذلك للاصل والاطلاقات بلا مانع وكفى بهما دليلا بالاضافة الى صحيحة معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام : سئلته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له أله ان يرجع فيها؟ قال : لا . واحتمال عدم الصحة لعدم التمكن من القبض والاقباض ، وصحيحة معاوية عن الصادق عليه السلام ، سئل عن رجل كانت عليه دراهم لانسان فوهبها له ثم رجع فيها ، ثم وهبها له ، ثم هلك؟ قال : هي للذي وهب له . لا يخفى ما فيهما ان الموهوب هنا مقبوض للموهوب له ، باعتبار كونه في ذمته ، ولا دليل على اشتراط ابتداء القبض بعد الهبة ، ولذا تصح هبة ما في يد الموهوب له بل يبيده في الجملة خبر داود الاتي في مسألة القبض ، حيث دل على ان الهبة اذا كانت لصبي في حجر الواهب صحت الهبة وان لم تقبض .

واما الصحيحة فقد ذكر الرد فيها في كلام السائل ولم يظهر من الامام عليه السلام تقرير لكلام ، فلا دلالة فيها على عدم الصحة ، ثم الظاهر ان هذه الهبة لا يمكن الرجوع فيها لانها تفيد فائدة البراءة الموجب للسقوط فهي كالتصرف الموجب للزوم الهبة ، ولو ابرء المطالب المديون ، فهل يتم الامر

ام يحتاج الى قبول المديون؟ احتمالان: الاكثر كما حكى عنهم، ويظهر من كلماتهم عدم الاحتياج للاصل، ولقوله سبحانه: ((الا ان يعفون)) حيث لم يقيد به بقبول الازواج، وللنصوص المثبتة في ابراء المديون حياً مع عدم حضوره وميتاً:

خلاف لبعض بل هو الذي اختاره جماعة من فقهاء القانون، كما يظهر من المجلة العثمانية المعتمدة في قانون جملة من الدول الاسلامية الآن، من الاحتياج الى القبول، لاصالة عدم امكان التصرف في الاخر بالاثبات و الاسقاط، فان البراء تصرف في ذمة الغير، والناس مسلطون على انفسهم و به تبين ان لاصل للاسقاط، كما ان الا ان يعفون، لا اطلاق له، اذ هو في مقام اخر، ومنه يظهر عدم الاطلاق فيما دل على ابراء الغائب، لكن الظاهر قول المشهور، ان البراء ليس تصرفاً في الطرف، بل هو اسقاطاً لحق الانسان نفسه فهو من قبيل اسقاط الزوجة حقها، فهل يحتمل الاحتياج الى قبول الزوج، فالبراء قسم من الاعراض غير المتوقف على قبول احد، والله العالم.

مسئلة : ٣- الكلام في القبض، وفيه ثلاثة اقوال :

الاول: اشتراط الملك بالقبض فاذا وهب و لم يقبض لم يحصل الملك ذهب اليه المشهور كما يظهر من كلماتهم، بل ادعى عليه الاجماع.

الثاني: اشتراط اللزوم بالقبض فاذا وهب ملك المتهب لكن لا يلزم الا اذا قبض ذهب اليه جماعة .

الثالث: ان القبض ليس شرطاً مطلقاً لافى الملك و لافى اللزوم ذهب اليه الشيخان و ابن البراج و ابن حمزة و ابن ادريس و غيره واحد من المتأخرين كما حكى عنهم و قد اطلت الكلام في الجواهر و غيره حول نقل الاقوال و

الاضطرابات الحاصلة بينهم ، بل بين كلامي فقيه واحد و الذي تقتضيه القواعد .

القول الثالث: و ذلك للاصل ، و اطلاق ادلة الهبة ، و خصوص بعض النصوص ، كخبر عبد الرحمان بن سيابة عن ابي عبد الله عليه السلام : اذا تصدق الرجل بصدقة او هبة قبضها صاحبها او لم يقبضها علمت او لم تعلم فهي جائزة . فان ظاهرها النفوذ و لا وجه لحمله على التقية اذ لا معارض لها . يوجب ذلك كما ان الظاهر ان المراد من صاحبها المتهب لا الواهب لانه خلاف السياق .

و صحيح ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال ابو عبد الله عليه السلام : الهبة جائزة قبضت او لم تقبض ، قسمت او لم تقسم و النحل لا يجوز حتى تقبض و انما اراد الناس ذلك فاخطاوا . و نحوه المروى عن ابي المغيرة عن الباقر عليه السلام ، و اجمال اخر الحديث لا يضر بدلالة صدره الظاهر في ان الهبة نافذة سواء قبضها المتهب ام لا و سواء كانت هبة مقسمة كان قسم الدار الشريكان فوهب احدهما حصته ام كانت مشاعا فوهب احدهما حصته المشاعة .

و عن التهذيب عن ابي مريم مرسلا و عن الكافي عن ابي مريم ، عن الباقر عليه السلام ، قال : اذا تصدق الرجل بصدقة او هبة قبضها صاحبها او لم يقبضها علمت او لم تعلم فهي جائزة ، و المراد علمت الهبة ما هي او كانت مجهولة فالغرر في الهبة بالنسبة الى المتهب غير ضار فليست الهبة كالبيع تضره الجهالة و الغرر ، بل و ظاهر خبر ابراهيم عن الصادق عليه السلام : انت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت احدهما فليس لك ان ترجع فيها .

و خبر محمد بن عيسى ، قال ، كتبت الى على بن محمد ، رجل جعل لك شيئا من ماله ثم احتاج اليه يأخذه لنفسه ام يبعث به اليك؟ فقال : هو بالخيار فى ذلك ما لم يخرججه عن يده . فان الظاهر تحقق الهبة الا انه مختار فى الفسخ و ذيل الحديث الاول محمول على صورة عدم جواز الرجوع فى الهبة كالهبة الى الاقرباء ، ونحوها ، بل ويدل عليه خبر عبيد بن زرارة قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ، الهه ان يرجع فى صدقته؟ فقال : ان الصدقة محدثة انما كان النحل والهبة و لمن وهب او نحل ان يرجع فى هبته حيزا ولم يحز . ان الظاهر ان الهبة وان لم يخرجهما المتهب صحيحة الا ان الواهب يحق له الرجوع فيها ، الى غيرها من الروايات الدالة على ان الهبة محققة قبل القبض مما يجدها المتبع فى الوسائل والمستدرك .

اما القول الاول : وهو عدم حصول الملك قبل القبض المنسوب الى المشهور فقد استدلوا لذلك بالاجماع المدعى وفيه نظر ظاهر صغرى وكبرى لاحتماله الاستناد المسقط له عن الحجية و باصالة عدم الانتقال الى المتهب قبل القبض وفيه ان الاصل لايقاوم الدليل بالاضافة الى ان اصالة عدم اشتراط القبض حاكم على اصالة عدم الانتقال ، و بجملة من الروايات ، كخبر ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام : الهبة لا تكون ابدا هبة حتى يقبضها و الصدقة جائزة عليه . وفيه مع الغض عن ضعف السند و ضعف الدلالة لعدم الفرق بين الصدقة والهبة ، ان مقتضى الجمع بينهما و بين ما تقدم حملها على نفي الكمال لانفى الصحة و الالم يكن لتلك الروايات محملا .

و موثق داود عن ابي عبد الله عليه السلام : قال الهبة والنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها ، قال : هو ميراث فان كانت لصبي فى حجره فاشهد عليه

فهو جائز فان الجمع بينه وبين ما تقدم انها كانت عقدا جائزا انفسخ بالموت وصار ميراثا كما التزم به العلامة في المختلف وغيره، ومثله بل اخفى دلالة منه على مذهب المشهور، قول الصادق عليه السلام في مرسل ابيان النحلة والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: بمنزلة الميراث. فيان لفظ المنزلة يشير عرفا الى انه ليس من الميراث المملوك للميت.

اما القول الثاني: وهو ان القبض يوجب اللزوم وقبله يكون ملكا متزلزلا فقد جمع بين روايات القول الاول وروايات القول الثالث بهذا الجمع بان ما دل على انه ميراث اذا لم يقبض يدل على انه ملك متزلزل ينفسخ بالموت وان القبض يوجب اللزوم، وما دل على حصول الملك بالهبة يدل على الملك المتزلزل، ثم انه اشكل على هذا القول بانه كيف يقول باللزوم مع ان الهبة جائزة وليست بلازمة فاجابوا، اما بالنسبة الى الموارد التي تكون الهبة لازمة كالاقرباء والمعوضة والمقصود بها القرية وما اشبه فواضح، ان قبيل القبض للزوم وانها تكون لازمة بعد القبض واما بالنسبة الى سائر الموارد فالهبة قبل القبض اذا ارجعها صاحبها يكون كان لم تكن هبة، اما بعد القبض فليس فسخا للهبة - حتى ينافي اللزوم - وانما هو نقل للمال من جديد فيكون حال الفسخ بعد القبض حال اشتراء البائع المال من المشتري حيث ان هذا الاشتراء ليس موجبا لكون البيع الاول جائزا، والحاصل ان الهبة قبل القبض يمكن نقضها حتى كانها لم تكن ابدا - وهذا معنى الجواز قبل القبض - اما بعد القبض فيمكن ارجاع المال كارجاعه بالاشتراء او الارث لانه فسخ للهبة السابقة، ولا يخفى ما في هذا القول من التحصل الواضح، ومنه يعلم ان احتمال ان القبض شرط للزوم في موارد لزوم الهبة كالهبة لذى القرية وشرط الملك في سائر الموارد عار عن الدليل، فالاقرب في

النظر هو القول الثالث وان كان مخالفة المشهور مشكلة والله العالم .

مسئلة : ٤- لو اقر الواهب بالهبة وكان ممن يصح منه الاقرار مع تمامية الهبة في نفسها اخذ باقراره فلو انكر بعد ذلك لم يسمع لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم .

نعم يصح له الرجوع فيما يصح الرجوع فيه سواء قبل القبض او بعده لان الاقرار لا ينافي ذلك و لو اقر بالهبة المشروطة او المعوضة وانكر المتهب الشرط او العوض ، فهل المقام من التحالف والاقبل والاكثر احتمالاً لان الظاهر الاول لان الاقرار ليس مطلقاً بل مقيداً فانكار القيد يستلزم عدم الهبة فلو قال وهبته الفا بشرط ان يبني دارى وانكر المتهب هذا الشرط تحالفاً ، و لو قال الواهب ان هبتي لم تكن صحيحة لم يسمع لاصالة صحة فعل العقلاء الا اذا اثبت ذلك بالبينة او ما اشبهه ، و لو ادعى الواهب المواطاة في الاقرار بان قال : وافقت مع المتهب في ان اعترف له امام الظالم مثلاً لثلاً يستولى عليه الظالم خوفاً من المتهب ، فهل تقبل دعواه بمعنى توجيه اليمين الى المنكرام لا ؟ احتمالان : قيل نعم لشيوع المواطاة في غالب المعاملات فلو لم تسمع الدعوى بهذا الشأن لزم ابطال الحقوق ، وقيل لا لاصالة الاخذ باقرار العقلاء والظاهر الاول لان الدعوى دائماً واردة على الاصول الاولية فاطلاقات ادلة استماع الدعوى تشمل المقام ، بل اختار جماعة سماع الدعوى في ما اذا ادعى المواطاة في كتابته ان لزيد دينا عليه او ما اشبه ذلك ، ولو اقر بالهبة ثم الحقه بما ينافي اطلاقه كما لو قال : وهبت له دارى في قبال ان يهب لى داره فان كان فاصل التعقيب بالمقدار المتعارف من لحوق الاستثناء بالكلام قبله لانه لم يتحقق الاقرار قبل مضي الزمان المتعارف والالم يسمع لتحقق الاقرار ، و لو انكر الواهب القبض باذنه بل قال : انه قبض بدون اذنه

فله الفسخ - بناءً على شرط القبض - وقال المتأهب: اقبضنيه فالقول - قول الواهب لاصالة عدم القبض وسيأتى ان القبض بدون الاذن كلاقبض:

مسئلة : ٥ - لو مات الواهب قبل القبض فهل تبطل الهبة كما ذهب اليه بعض او لا تبطل بل تبقى مراعى على اذن وارث الواهب كما ذهب اليه آخرون او تصح الهبة و للوارث الفسخ فيما كان للواهب احتمالات بناءً على ما اخترنا من عدم اشتراط القبض يلزم القول بصحة الهبة نعم للوارث الفسخ لقاعدة ما تركه الميت فلوارثه و الروايتان السابقتان الدالتان على ان المال ارث تتصرفان الى صورة عدم اذن الوارث و اجازته بقرينة قوله عليه السلام : بمنزلة الميراث و هذه الجملة قرينة لصرف الرواية الاخرى الى نفس المعنى فهو من قبيل المطلقة الرجعية زوجة .

اما القول الاول : فقد استدل بما تقدم من عدم تحقق الهبة بدون القبض بالاضافة الى الروايتين .

و القول الثانى : استدل بان الهبة عقد و لا دليل على بطلانه بالموت بل حال الوارث حال المورث فى الاقباض فتثبت و عدمه فتبطل فحالها حال البيع الخيارى اذا مات ذ و الخيار و من ذلك كله تعلم عدم الفرق عند الجميع بين ان يكون الواهب اذن فى القبض ثم مات قبل قبض الموهوب له ام لم يأذن كما لافرق بين ان يكون الشئ هبة او هدية لان الدليل فيهما واحد فاذا ارسل الهدية و مات قبل ان تصل الهدية الى المهدى اليه بطلت الهدية على قول المشهور و مثل الموت اذا خرج الواهب عن القابلية بجنون او اغماء او ما اشبهه لان الشرط ان يكون القبض باجازته .

نعم الهبة لا تبطل حينئذ لعدم الدليل على البطلان و الاصل البقاء بل تبقى كحالها الا اذا اقبضها الولي كالحاكم الشرعى فى باب الجنون

او فسخها فان طاب ولم تبطل الهبة ولم تنفذ كان له الفسخ ، ولو شك فى ان القبض كان قبل الموت او بعده كان من مسئلة الحادثين المجهولى التاريخ ، و مما تقدم يعرف حال ما اذا مات الموهوب له لوحدة الادلة فى المقامين باستثناء الروايات التى كانت خاصة بموت الواهب .

مسئلة : ٦- يشترط فى صحة القبض الذى هو شرط فى صحة الهبة - على قول من يشترط ذلك - اذن الواهب واستدلوا لذلك بالاجماع المدعى ، وقوله عليه السلام : حتى يقبضها على باب الافعال او التفصيل ، و اصالة عدم صحة القبض بدون الاذن لكن الاجماع محتمل الاستناد ، بالاضافة الى انه لا اجماع بعد ما عرفت من الاشكال فى اصل المسئلة ، و الرواية مجملة لاحتمال قرائتها مجردا لامزيديا ، و الاصل لامجال له بعد الاطلاق ، بل لعل اصالة عدم الاذن محكمة و المسئلة مشككة و ان كانت مخالفة المشهود اشكل خصوصا بعد احتمال انصراف القبض الى المأذون فيه ثم لوقبض بدون الاذن ثم اذن فالظاهر الكفاية لاصالة صحة الفضولية ، والقول بانها خاصة بالعقود لوجه له بعد صدق القبض المأذون فيه وقد تقدم اصالة جريان الفضولية فى كل شىء عدا ما استثنى ، و لو اجاز ثم رجع فان كان قبل القبض بطل الاذن ، اما اذا كان بعد القبض بان اذن نقبض ثم رجع او قبض فاذا ثم رجع لم ينفع الرجوع لتحقق الشرط ، و لو شك فى القبض او فى اذن الواهب كان الاصل العدم ، ثم الاذن قد يكون مطلقا ينطبق على القبض الهبى وقد يكون خاصا بالقبض الهبى وقد يكون خاصا بالقبض غير الهبى كما اذا اذن له فى ان يقبضه عارية او ودیعة مثلا مع عدم قصده بطلان الهبة ، اما لعدم التفاته انه وهبه او عدم التفاته الى ان العارية و الودیعة تنافيان الهبة ، لا اشكال فى صحة القبض فى الاولين ، المطلق و المقيد بالهبة كما لا ينبغى الاشكال فى عدم صحة القبض فى القسم الثالث اذ المنصرف من الاقباض كونه

لاجل الهبة، لا لامر آخر ولو قبضه بدون الاذن ثم لم يأذن له وبعد ذلك اذن كفى الاذن لتحقيق شرط القبض ولا دليل على ان الكره المتوسط بين القبض والاذن يوجب بطلان القبض رأسا حتى يحتاج الى قبض جديد، ولو قبض كرها او اضطرارا لم ينفع لان الكره مرفوع بالاضافة الى انصراف الأدلة الى الاختيار، وهل يحتاج الموهوب له الى القصد في القبض بان لا يقصد الخلاف حتى اذا قصد باخذه انه ليس بهبة بل عارية مثلا؟ اما جهلا بكونه هبة او لعدم تقبل القبض حالا وان قبل اصل الهبة، او لا يحتاج الى القصد، احتمالا: من ان الاعمال بالنيات والعقود تتبع القصد ومن اصالة عدم اشتراط قصده، فاطلاق دليل القبض محكم ولا يبعد الثاني ثم انه لو وهب ما هو في يد الموهوب له لم يحتج الى اذن الواهب في القبض ولا الى ان يمضي زمان يمكن فيه القبض، قال في الجواهر: بخلاف اجده بين من تأخر عن المصنف ولا اشكال، ثم نقل خلاف الشيخ ويحيى بن سعيد حيث اعتبروا الاذن في القبض ولو من اقراره له ومضى زمان يمكن فيه القبض، انتهى.

استدل للمشهور بان القبض حاصل والادلة الموجبة للقبض منصرفا الى صورة عدم كون المال في يد الموهوب له، ولا دليل على احتياج القبض الحاصل الى الاذن او مضى زمان يمكن فيه القبض فالاصل عدم اشتراطهما ومنه يعلم انه لا فرق بين كون يد المتهب عليه يدا امانية او عدوانية كما لو غصبه غاصب ثم وهبه له المغصوب منه، واحتمال الفرق كما عن بعض لوجه له وان استدل له بانه لا يد للغاصب شرعا، اذ عدم كون يده مشروعة لا يوجب عدم صدق القبض لان الامر توصلى، فهو من قبيل التطهير بالماء المغصوب ثم انه على ما تقدم من اشتراط قصد الواهب القبض الهبي اما خاصا او

مطلقا فلوا دعى انه لم يقبضه كذلك بل قصد القبض الوديعى مثلا فالظاهر انه يقبل لان القصد يعرف من قبل القاصد الا اذا انكر المتهب واقام بينة على الانكار كما لو كان صرح الواهب بقصده عند الاقباض، وكذلك اذا قلنا باشتراط قصد المتهب حين القبض بانه قبض هبى لا غيره، ولذا قال فى الجواهر: ويقبل قول كل من الواهب والمتهب فى تشخيص القصد فلو خالفه الاخر قدم بيمينه لانه اعلم بقصده، انتهى *

مسئلة: ٧- اذا وهب الاب والجد او الوصى او الحاكم شيئا للصغير ذكرا كان او انثى فالمشهور عدم الاحتياج الى القبض، لان المال فى قبضته وادلة القبض منصرفة عن مثل ذلك كانصرافها عما اذا كان الموهوب فى يد المتهب كما عرفت، بل ادعى الجواهر عدم الخلاف فى ذلك، هذا مضافا الى ما تقدم فى موثق داود قال (ع): فان كانت لصبى فى حجره واشهد عليه فهو جائز *

اما الاستدلال بفحوى ادلة الوقف فمتوقف على وحدة المناط، وذلك محل مناقشة اللهم الا ان نقول ان اعتبار القبض فى كل من الهبة والوقف يجعلهما من باب واحد حتى اذ ادل دليل على حصول القبض فى شئ منهما دل على حصوله فى الاخر، ثم هل يشترط قصد الاب للقبض عن الطفل ام لا يحتاج الى القصد؟ قيل: نعم، لما تقدم فى هبة مال كان عند الموهوب فان المال الموجود عند الولي له فلا ينصرف الى الطفل الا بالقصد، وقيل لا، لان بقاء المال عند الولي قبض له ولا تطلق الادلة والظاهر الثانى، و مما تقدم ظهر انه لو وهب الاب والجد للكبير لم ينفع قبضهما عن قبضه لعدم ولاية لهما عليه، كما ان احتمال كفاية قبضهما عن البنت ولو كانت رشيدة لفحوى اعتبار انهما فى نكاحها كما عن الاسكافى لا وجه له، اذ اصل

ولا يتهدم على الرشيدة محل اشكال و اذا تحققت فقياس هذا الباب على ذلك الباب مع اصاله تسلط الناس على اموالهم و انفسهم ، غير تام .
ثم انك قد عرفت قيام الوصى مقامها لما دل على ذلك الا فيما استثنى كالولاية على الرشيدة اذا قلنا بها في باب النكاح ، فاشكال المبسوط وغيره في الوصى و ان الحاكم مقدم عليه لا وجه ان الحاكم ولي من لاولى له و في حكم الحاكم من ينوب عنه لانه امتداد للحاكم كما ان الوصى امتداد للاب و الجد و لو لم يكن حاكم و نائبه فعدول المؤمنين لما ذكروه من الدليل في وصول النوبة اليهم ، ثم الظاهر انه لا فرق بين ان يكون الحاكم هو الواهب او غيره ، فاحتمال قبول حاكم آخر اذا كان الحاكم هو الواهب لا وجه له ، ثم الظاهر اشتراط صدق القبض و ان لم نشترط نية القبض النائم و السكران وما اشبهه ، لا اعتبار به ، فلا يقال : انه ان كان من الامور التوصيلية كفي تحققه كتحقق الطهارة عن النائم اذا وقع ثوبه النجس في الماء و ان كان من الامور القصدية احتاج الى قصد القبض ، اذ عدم كونه من الامور القصدية لا يلزم كونه توصليا بالمعنى المذكور حتى يتحقق و لو بدون صدق القبض ، ثم الظاهر ان قبض الوكيل كقبض الاصيل ، كما ان كون مال الاب و الجد تحت يد الوكيل كاف في عدم الاحتياج الى القبض منهما للصغير اذ يد الوكيل يد الاصيل اما لو كان المال مستأجرا او مغصوبا او مستعارا او مودعا ، فهل يحتاج الى قبض الاب و الجد ، لانه ليس تحت قبضهم حتى يقال ان قبضهم قبضه او لا يحتاج تنظيرا بالمال الموجود تحت يد الوكيل ، او يفصل بين الغصب فلا يحتاج الى القبض لان يد الغاصب كلا يد فيستصحب بقاء يدهما ، و بين غيره فيحتاج الى القبض احتمالات : و لو شك في حصول القبض كان الاصل عدم .

نعم اذا كان مقبوضا للولى ثم شك فى خروجه عن قبضه بالايدياع او نحوه
كان الاصل البقاء تحت يده والله العالم .

مسئلة : ٨- لاشكال فى جواز هبة المشاع والكلى فى المعين لاطلاقات
ادلة الهبة بل دعوى عدم الخلاف والاجماع على المشاع مستفيض ويدل عليه
مضافا الى ذلك خصوص موثق احمد بن عمر الحلبي سئلت ابا عبد الله
عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض اهل الدار بنصيبه من الدار ؟
قال عليه السلام : يجوز قلت : رأيت ان كان هبة ؟ قال : يجوز ونحوه صحيح
ابى بصير المتقدم بالاضافة الى الروايات السابقة الناصة على الصحة قسمت
او لم تقسم ، ولا مجال لادلة الشفعة فى المقام فلا يحق للشريك الاخذ
بالشفعة فهو من طرق الفرار عن الشفعة فيما اذا اراد البيع فوهبه مشروطا
باخذه منه كذا مقدارا من المال بما يعادل ثمن البيع وتسليم المشترك
الكلى كتسليمهما فى باب البيع فيصح تسليمه مشاعا و كليا برضاية الشريك كما
يصح تسليمه بعد الافراز ، ومنه يعلم صحة هبة المشاع والكلى فيما اذا وهب
مالك الكل بعض ماله مشاعا او كليا ، كما اذا قال وهبت لك نصف دارى او
عشرة فى المائة من الدار ، اما هبة الكل فى الذمة كما اذا قال وهبت لك
دينارا كليا ثم اعطاه له - على القول باشتراط الهبة صحة او لزوما بالقبض -
ففى صحته احتمالان : من اطلاق اادلة الهبة ، ومن انه خلاف الظاهر من
الادلة ، والفتاوى وان كان لم يبعد الاول لان الانصراف لو كان فهو بدوى
فحاله حال اادلة البيع الشاملة للكلى فى الذمة ، خصوصا وقد تقدم صحة
هبة ما فى الذمة لنفس المطلوب او لغيره ، ثم اذا قبض الواهب بدون اذن
الشريك لم يكن القبض باطلا لما تقدم فى بعض المسائل السابقة من انه
توصلى فلا يضره الحرمة التكليفية ، و تصح هبة المغصوب سواء قدر على الانتزاع

ام لا ، اما على ما اخترناه من عدم اشتراط القبض فواضح واما على ما اختاروه فان صورة عدم تمكنه من الانتزاع ، اذ امكان الاقباض كاف وعدم الامكان غير عدم القدرة فادلة الهبة شاملة له ، خلافا للشيخ وغيره حيث ابطالوا الهبة فتأمل •

نعم لاشكال فى صحة هبة المغضوب للغاصب كما تصح هبة المرهون و العبد الجانى والمستأجر والمستعار والمودع وما اشبه فان حدث ما ينافى الهبة بطلت كما اذا قتل العبد الجانى ، او بيع الرهن ، والابقى على الصحة وقد اطال الفقهاء الكلام فى فروع المسئلة مما يظهر من ما ذكرناه من القواعد العامة فلاحاجة الى الاطالة ثم انه يصح التعدد فى الموهوب كما لو وهبه دارين واذا لم يصح فى البعض لانه غير قابل للملك كخمر وخل او غير مملوك للواهب و لم يجز المالك كدار لنفسه و دار لغيره بطلت الهبة فى الجزء وصحت فى جزء ، ولا يقال ان الهبة بسيطة فاللازم الصحة فى الكل او البطلان لان البساطة الصعودية لاتضر التجزء الواقعى كما فى باب بيع ما يملك وما لا يملك او لا يملك ، ومنه يعلم مسئلة تعذر القبض عند من يشترطه كما ان من ما ذكرنا يعلم مسئلة لو وهب اثنان شيئا مشتركا لواحد ثم ابطال احدهما او لم يقبضه ، ومسئلة ما لو وهب شيئا لغيرين ثم لم يقبض احدهما او لم يقبض احدهما حصته ، وغير ذلك ، الفروع التى لا يخفى حكمها بعد الاحاطه بما ذكرناه والله العالم الموفق •

مسئلة : ٩ - يجوز تفضيل بعض الاولاد على بعض فى الهبة وكذلك

تفضيل بعض الاقرباء وان تساوا فى القرابة ، بل وان كان احد الاولاد افضل او احد الاقرباء اقرب نسا واجماعا وللدالة العامة فما حكى عن ابن الجنيد من الحرمة لوجه له ، بل فى بعض الروايات ان الائمة عليهم السلام

فعلوا ذلك، قال الصادق عليه السلام: إذا وهب الرجل لولده وفضل بعضه على بعض بما اعطاه واخرجه من ملكه الى من اعطاه اياه من ولده وهو صحيح جائز الامر فلا بأس بذلك وله ما يصنعه حيث احب. وقد صنع ذلك امير المؤمنين عليه السلام بابنه الحسن عليه السلام وفضل ذلك الحسين عليه السلام بابنه علي، وفضل ذلك ابي، وفضلته انا، لكن هذا الحديث انما يدل على بعض المطلوب كما لا يخفى.

وقال محمد بن قيس: سئلت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض؟ فقال: نعم ونسائه.

وقال محمد بن مسلم: سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الولد من غير ام يفضل بعضهم على بعض؟ قال: لا بأس. الى غيرها من الروايات وقد عقد لها في الوسائل والمستدرک باباً.

اما الكراهة لذلك ففي مسعدة بن صدقة قال جعفر بن محمد عليهما السلام: والله انى لاصانع بعض ولدى واجلسته على فخذى وافكر له فى الملح واكثر له الشكر وان الحق لغيره من ولدى، ولكن مخافة عليه منه و من غيره لئلا يصنعوا به ما فعلوا بيوسف اخوته، الحديث.

ثم هل الكراهة فى صورة العلم والتحاسد ام مطلق ظاهر بعض النصوص الاطلاق لكن لا يبعد التخصيص بصورة العلم والتحاسد فاذا كان اب له ولد كبير منعزل عنه فاعطى ولده الصغير دينارا لا يلزم اعطاء الكبير ذلك وكذلك اذا كان له ولد رضيع لا يشعر لا يلزم تساويه لولده الكبير الذى يشعر، لكن ذهب النهاية فى محكى كلامه الى الكراهة فى حال المرض اذا كان الواهب معسرا وان كان موسرا، وقد سئله له يكن به بأس.

وعن المختلف قصر الكراهة على حال المرض والاعسار وكانهما لبعض

الروايات كخبر ابي بصير عن الصادق عليه السلام عن الرجل يحضر بعض ولده
 بالعطية؟ قال: ان كان موسرا فنعم، وان كان معسرا فلا .
 و موثق سماعة، سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟
 فقال: ان كان صحيحا فهو ما له يصنع به ما شاء فاما في مرضه فلا يصلح، لكن
 ظاهر الخبر الاول التخصيص لا التفضيل وان كان المناط واحدا و ظاهر
 الخبر الثاني مطلق الاعطاء في مرضه فلا دلالة في الخبرين على القولين .
 مسألة: ١٠- اذا وهب الانسان لقريبه لم يجز الرجوع سواء كان ابا او
 اما او اولادا او احفادا او سائر الاقرباء على المشهور، بل دعوى الاجماع
 على ذلك في الجملة متواترة .

نعم في الابوين خالف المرتضى وفي الاولاد خالف بعض وفصل في
 الدروس بين الصغار والكبار فلا يجوز الرجوع في الصغار، اما الكبار فلا بأس،
 وفي سائر الارحام خالف جمع لكن النصوص ظاهرها عدم جواز الرجوع مطلقا
 لصحيح ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: الهبة والنحلة يرجع فيها
 صاحبها ان شاء حيزت او لم تحز الا لذي رحم فانه لا يرجع فيها .
 وصحيح عبد الرحمان بن ابي عبد الله، وعبد الله بن سليمان قالوا:
 سئلنا ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها انشأ أم
 لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوي القرابة والذى يثاب عن هبة ويرجع في غير ذلك
 وخبر الدعائم عن ابي عبد الله عليه السلام عن ابائه عن امير المؤمنين انه
 قال: من وهب هبة يريد بها وجه الله والدار الآخرة او صلة الرحم فلا رجعة
 له فيها .

وعن ابي عبد الله عليه السلام انه قال: والهبة يرجع فيها حيزت او لم
 تحز الا لذي القرابة .

نعم ظاهر جملة من الروايات جواز الرجوع كموثق داود عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: واما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها او لم يحزها وان كانت لذى قرابة، ونحوه صحيح المعلى ومرسل ابان وقد طرحها الجواهر لعدم الكفاية وحملها الكفاية على جواز الرجوع مع كراهة لتلك الاخبار المتقدمة، وحمل الشيخ وغيره قوله عليه السلام: وان كانت لذى قرابة، قيذا لقوله عليه السلام او لم يحزها، لكن الانصاف انه لزوم رد علمها الى اهلها بعد تلك الاخبار المعمول بها والصحيحة سنداً.

نعم لولا ذلك لكان كلام الكفاية وجيهاً لانه مقتضى الجمع الدلالى بعد حجية السند فى بعض الاخبار المجوزة؟ قال: فى الجواهر والمراد بالقرىب فى هذا الباب وفى الصلة وغيرها مطلق القرىب المعروف بالنسب وان بعدت لحمته وراز نكاحه، وفى المسالك انه موضع نص ووافق مضافا الى اية اولى الارحام والصدق العرفى وغير ذلك فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه محجوج بما عرفت، انتهى.

اقول: وبذلك يخرج عن ما دل على ان الرحم الى اربعين، فانه محمول على ضرب من الندب او فيما اذا سمي قريبا عرفا فانه قد يحفظ النسب فى العرف فيقال له قريب ورحم ولو بعد الاربعين، وقد لا يحفظ النسب فلا يقال قريب ورحم ولو بعد خمسة ظهور كما لا يخفى، والحاصل ان الموضوع ملقى الى العرف كسائر الموضوعات فالمعيار فهمه لاعداد الظهور والفواصل ولد الشبهة قريب، اما ولد الزنا فلا وان كان قريبا عرفا ولغة، لكن الشارع قطع رحمه لكن لا يخفى ان هذا يناهى ما ذكره فى باب حرمة نكاح الام و الاخت ومن اشبه من الزنا استدلالا بقوله تعالى ((حرمت عليكم امهاتكم)) فانهم قالوا هناك ان عدم الارث مستثنى لان النكاح مستثنى اى ان الزنا

الرجوع في هبة القريب . الرجوع في هبة الاجنبي ما دامت العين باقية ١٦٢

لا يوجب قطع النسب الا فيما خرج لانه يوجب قطع النسب الا ما خرج ، و
الحاصل ان الامر دائر بين ان تمتسك بظاهر و للعاهر الحجر و نقول به
مطلقا الا في النكاح ، و يكون دليل حرمة النكاح حينئذ الاجماع فقط ، او ان
نقول بانه رحم مطلقا و يكون عدم ارثه لدليل خاص استثناء لكن الظاهر ان
بنائهم في مختلف ابواب الفقه :

الاول : وان ذكروا في باب النكاح عكس ذلك فتأمل ، و لو شك في القرية
و الغربة كان الاصل الغربة لما ذكره فيما لو شك في كون المرثة قرشية فسي
بابي الحيض و اليأس و كذلك لو شك في ان الشخص سيدا ام لافي بابي
الزكوة و الخمس و قد فصله بما لا مزيد عليه الفقيه الهمداني في باب الحيض
من ان الاصل عدم الانتساب الى قبيلة خاصة الا اذا كان هناك دليل
فراجع .

ثم الظاهر ان القريب الرضاعي ليس قريبا في هذا الباب لانصراف
الادلة عنه فلا يمتسك لذلك بقوله عليه السلام : الرضاع لحمة كلحمه النسب . ولو
علم اجمالا بالقريب عمل بقواعده ، كما لو علم ان احد هذين قريبه فانه لا يتمكن
من الاسترجاع عن ايهما .

نعم جاز لكل واحد منهما الاسترجاع منه لانه شك بدوى بالنسبة الى
كل واحد منهما على ما ذكروا من مسألة و اجدى المنى لكن لنا في ذلك
كلام ذكرناه في الاصول .

مسئلة : ١١ - ان كان الموهوب له اجنيا فللواهب الرجوع ما دامت
العين باقية فان تلفت فلارجوع ، قال في الجواهر : بلا خلاف معتد به في شئ
من ذلك بل عن الغنية و السرائر و كشف الهموز و التذكرة و ظاهر التنقيح
الاجماع عليه .

نعم حكى عن السيد المرتضى القول بالرجوع به على كل حال و ظاهره حتى بعد التلف لكن كلامه مؤل وكيف كان فيدل على عدم الرجوع بعد التلف مضافا الى الاجماع اصالة لزوم الهبة كاصالة لزوم كل عقد الا ما خرج وعلى صحة الرجوع قبل ذلك صحيح ، جميل والحلبى او حسنهما عن ابى عبد الله عليه السلام قال : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها و الا فليس له . و فى رواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام : و لمن وهب او نحل ان يرجع فى هبة حيزا و لم يحز .

و خبر ابن بزيع قال : سئلت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من ام ولده شيئا وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم او متاع ايجوز ذلك له ؟ فقال : نعم اذا كانت ام ولده .

و خبر معانى الاخبار عن ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام قال : الهبة جائزة قبضت او لم تقبض وغيرها مما تقدم بعضها و بذلك يحمل ما دل على اطلاق الرجوع المؤيد للمرتضى على التقييد بها اذا كانت قائمة بعينها كما يحمل ما دل على عدم الرجوع مطلقا ، كخبر ابراهيم بن عبيد الحميد عن ابى عبد الله عليه السلام قال : انت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها قال رسول الله صلى الله عليه و اله من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه .

اما على الكراهة او على التقييد المذكور ، ثم ان عدم قيام العين يتحقق بتلف الكل او البعض الذى لا يصدق معه عرفا قيام العين كما اذا وهب دارا ثم انهدمت بحيث بقى منها اطلال كما انه لا يضر بصدق قيام العين تلف البعض الذى لا يضر بذلك عرفا كما اذا تلف اظفر العبد الموهوب اما تلف البعض فى الجملة مما ليس من قبيل ما ذكرنا كما اذا وهب منا من

الحنطة فتلف ربعه مثلا ففي كونه مانعا عن الرجوع احتمالا ن، و قولان ، وان كان لا يبعد صدق عدم القيام كما اختاره المسالك و جامع المقاصد و الكفاية في المحكى عنهم و اذا شك في صدق القيام كان الاصل القيام و مثل طحن الحنطة و فصل القماش و طبخ الطين كوزا ينافى صدق قيام العين كما ان مثل القصرة و التلوين للقماش لا يضر بصدق القيام ، و لو تلف احد الامريين الموهوبين هبة واحدة فهل ذلك يضر بالنسبة الى الباقي احتمالا ن: من ان الملحوظ وحدة الهبة و هى ليست باقية ، و من ان العرف يرى كانها هبتان و لذا يرى بقاء البيع بالنسبة الى الباقي فيما اذا باع اثنين فتلف احد هما قبل القبض:

ثم انه لافرق بين كون التلف باقة سماوية او من الموهوب له او من اجنبى و منه تلف الواهب له لانه بالهبة صار اجنبيا ، اللهم الا اذا قصد بذلك الارجاع فياتى فيه الكلام الذى يقولونه بالنسبة الى بيعه الموهوب هل انه فسخ ام لا؟ و هل بيع الموهوب له الهبة يعد عدم قيام اليه؟ الظاهر ذلك لانه لا يصدق عرفا قيام العين بعد البيع، فان قيام العين يصدق اذا لم تتلف و لم تنتقل سواء كان انتقالا قهريا كالارث او اختياريا ابديا كالبيع، او مؤقتا كالرهن ، و الامتزاج ايضا يسلب صدق قيام العين كما اذا وهبه لبنا فمزجه بالدبس اما اذا مزجه بالماء القليل او لبن آخر فهل يصدق عدم قيام العين ام لا؟ احتمالا ن: و لعل موارد ذلك مختلفة ، ثم ان عدم قيام العين قد يكون بالزيادة كاضافة الدبس على اللبن و قد يكون بالنقص و قد يكون بالتبديل كصنع اللبن جبنا و قد يكون بالتصرف كنجارة الخشب بابا و قد يكون بالتفريق كقطع الخشب عدة قطع، اما اثمار الشجرة و حمل الدابة و سمنها و نبت الصوف عليها و كبرها فالظاهر انها لا تضر بصدق قيام العين

الا فى بعض الموارد كما اذا كبرت النعجة الصغيرة كبرا زائدا او هزلت
هزالا كثيرا او ما اشبه ذلك .

مسئلة : ١٢- الهبة المعوضة لا يجوز الرجوع فيها ، وقد اختلفوا فى
المراد بالعض فبعضهم ذهبوا الى ان المراد مطلق العوض ذكر فى
الهبة ام لا فاذا اعطى المتهب عوضا على انه عوض وقبل الواهب لم يكن له
الرجوع فى هبته ، وذهب آخرون الى عدم اشتراط قصد العوض ، بل اعطاء
المتهب للواهب شيئا مما يعد عرفا انه عوض عن هبته ، والظاهر الاول لان
الموضوع هو العوض و ذلك لا يصدق بدون القصد ، وروية العرف لا تكفى اذ
لو اطلعوا على حقيقة الامر لم يروه عوضا ، الا ترى انه لو اعطى زيد لعمرو
شيئا ثم ان عمروا ذهل عن ذلك و انما اهدى الى زيد هدية باعتبار انه
رجع من الحج لم يكن ذلك عوض عرفا ، فان عنوان العوضيه ، لا يتحقق الا
بالقصد .

وكيف كان فلا خلاف و لا اشكال فى ان العوض يوجب سقوط حق الواهب
والظاهر انه لا يشترط اخذ الواهب للعوض على انه عوض ، لان قصد المتهب
كاف فى جعل المعطى عوضا ، فهو كاخذ الفقير للزكاة فانه لا يشترط فى كونه
زكاة قصد الفقير ، بل يكفى قصد المعطى ، وقد ادعى عدم الخلاف بـ
الاجماع المتواتر على عدم ان الهبة المعوض عنها لارجعة فيها ، ويدل عليه
صحيح عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال : اذا عوض
صاحب الهبة فليس له ان يرجع .

وصحيح عبد الله بن سليمان وعبد الرحمان بن ابي عبد الله عليه
السلام عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال : تجوز الهبة لذوى القرابة والذى
يثاب عن هبته و يرجع فى غير ذلك انشاء .

وعن دعائم الاسلام ، عن امير المؤمنين عليه السلام قال : من وهب هبة يريد بها عوضا كان له الرجوع فيها ان لم يعوض .

وعن ابي عبد الله عليه السلام ، انه قال : والهبة جائزة حيزت او لم تحز الا لذوى القرابة وللذى يثاب في هبته .

وعن ابن ابي جمهور في درر اللئالي عن النبي صلى الله عليه وآله ، انه قال : الواهب احق بهبته ما لم يثب .

ثم الظاهر انه لافرق بين كون الثواب قليلا او كثيرا ، وهل يشمل العمل ام خاص بالعين ، فاذا وهب زيد محمدا هبة ثم ان محمدا اثابه بطبخ طعامه او وساطة له عند شخص او ما اشبه ذلك ، فهل لزيد الرجوع ام لا ؟ احتمالا ان : من اطلاق الثواب ، ومن الانصراف واذا شك ولم يكن هناك مرجح كان الاصل جواز الرجوع . وهل اعطاء بعض الموهوب يسمى ثوبا وعوضا اذا كان بقصد ذلك احتمالا ان : وان كان الظاهر عدم الصدق .

مسئلة : ١٣ - هل التصرف في الموهوب مسقط لحق الواهب في الرجوع ام لا ؟ قولان :

الاول انه مسقط لحق الرجوع ، اختاره الشيخ والقاضي و ابو الصلاح و صاحب الرابع و ابن حمزة و ابن ادريس و سعيد و الابى وغيرهم .

والثاني انه ليس مسقطا ، واختاره جمع منهم المفيد و المحقق وغيرهما و ربما نسب التفصيل الى الدروس وغيره بين الخروج عن الملك او تغيير الصورة كنجارة الخشب ، فانه يوجب اللزوم ، و بين غيره كسكنى الدار و ركوب الدابة فانه لا يوجب اللزوم .

وكيف كان فالظاهر ان المعيار في اللزوم التصرف الموجب لعدم صدق قيام العين لان المدرك في ذلك صحيح الحلبي المشترط جواز الرجوع ببقاء

الهبة بعينها قائمة .

اما سائر الادلة التي استدلت بها القائلون باللزوم من الاجماع، واطلاق ما دل على اللزوم بالقبض وان خرج ما خرج، ونحوهما فلا يخفى ما فيها وقد اطلال في الجواهر الكلام حول المسئلة .

نعم ان مصاديق التصرف تختلف فبعضها يوجب صدق عدم قيام العين كنجارة الخشب، وبعضها لا ينافي صدق قيام العين كسكنى الدار، وبعضها مشكوك فيه كهبة الموهوب لغيره، خصوصا بعد رجوعها الى الموهب — وبـ بالاسترجاع . وفي مورد الشك يلزم الرجوع الى العرف ان كان والا فالاصل بقاء حق الواهب في الاسترجاع، ثم ان الظاهر ان نقل العين نقلا لازما كالبيع او جائزا بدون الرجوع، او موت المتهب يسقط صدق بقاء العين قائمة لان الظاهر من الصحيح المزبور ولو بالاستينار العرفي ان حق الرجوع بالهبة انما هو الرجوع بها نفسها حتى حيث كونها ملكا له بالهبة، فالرجوع الى الوارث او الى المتهب بعد ان اخرجها عن ملكه ثم عادت اليه بسبب جديد او ما اشبه ذلك ليس رجوعا الى العين القائمة، وللمسئلة — فروى كثيرة يعلم احوالها مما ذكرناه ولو اختلفوا في قيام العين كان الاصل مع مدعى القيام، والظاهر ان التقسيم الذي لا يضر بالعين لا يسقط الرجوع، وقد روى دعائم الاسلام عن الصادق عليه السلام انه قال: الهبة جائزة قبضت او لم تقبض وقسمت او لم تقسم، ومثله ما رواه الصدوق عن الباقر عليه السلام .

مسئلة: ١٤ — حيث ان صلة الرحم واجبة وقطع الرحم حرام فاذا احتاج الرحم الى المال بحيث كان اعطائه اياه صلة وعدم اعطائه قطعاً وجب على رحمه المتمكن بذل المال له مجانا ان لم يكن للرحم مجال اخر، كما ذهب اليه بعض الفقهاء، اما بدون تحقق الشروط التي ذكرناها فالصلة مستحبة

بان يهب له المال ، قال تعالى : ((واولى الارحام بعضهم اولى ببعض فسى كتاب الله)) والمستفاد من الآية نصا و مناطا ان الرحم اولى من غيره ، و الاقرب منهم اولى من الابدع و ذو الرحم الكاشح اولى من غيره ، كما ورد : لا صدقة و ذو رحم كاشح . الى غيرها من الاحكام الكثيرة المذكورة فى باب الصدقة ، فان المتفاهم عرفا بالمناطق ان كثيرا من احكام الصدقة آتية فى الهبة ايضا ، كما ان التساوى بين الاولاد فى الهبة مستحب ، خلافا لبعض حيث جعل للذكر مثل حظ الانثيين لمناطق الارث و كون الانثى ناقص الحظ كما فى نهج البلاغة .

مسئلة : ١٥ - لو وهب الزوج لزوجته او وهبت الزوجة لزوجها فهل

تلزم الهبة ام لا ؟ قولان :

الاول : عدم اللزوم ، ذهب اليه جماعة من الفقهاء منهم الشيخ و ابن زهرة

و المحقق ، بل عن المفاتيح انه عند الاكثرو عن الخلاف والغنية الاجماع عليه .

والثانى : اللزوم ، ذهب اليه آخرون كالعلامة وولده و المقداد و ثانى المحققين

والشهيد بن و عن التذكرة حكايته عن جماعة ، استدلال الاولون باصالة عدم اللزوم

و باطلاقات مادّل على عدم لزوم الهبة و بالاجماع المتقدم نقله و بخصوص

صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام ، انه

سئل عن رجل كانت له جارية فاذا ته امرته فيها فقال : هى عليك صدقة ، فقال

ان كان قال ذلك لله فليمضها و ان لم يقل فله ان يرجع ان شاء فيها

بتقريب انه ان لم يقصد القرية كانت هبة ، و مع ذلك جاز الرجوع ، و يرد على

الاصل بانه لا مجال له مع الدليل العام ، و هو اوفوا بالعقود ، و الادلة

الخاصة الآتية .

نعم هناك خلاف فى ان الاصل فى الهبة اللزوم الا ما خرج او الجواز

الا ما خرج وان كان الظاهر من الاكثر الثانى ، لكننا نرجح الاول لقاعدة الوفاء بالعقد ، كما يرد على اطلاقات ادلة عدم لزوم الهبة بان الاطلاق محكوم بالادلة الخاصة الآتية ، والاجماع مرهون صغرى ، كيف وقد نقل عن الشيخ نفسه الفتوى باللزوم فى بعض كتبه وكبرى بانه محتمل الاستناد ، و الرواية ظاهرها انه صدقة على كل حال اما بقصد القرية ، او بدون قصد القرية ، ومن المعلوم ان مفهوم الصدقة غير مفهوم الهبة وان كان قد تطلق الصدقة على الهبة ايضا كما قد تطلق على الوقف و الزكاة وغيرهما ، بل قد ورد ان تنحية الاذى عن الطريق صدقة ، والكلمة الطيبة صدقة ، وقد المعنا الى ذلك فى كتاب الوقف ، استدل للقول الثانى وهو المختار بصالة لزوم العقد و بالادلة الخاصة ، كصحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام : لا ينبغي لمن اعطى لله ان يرجع فيه و ما لم يعطه لله و فى الله فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت او لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرءة فيما تهب لزوجها حيزا و لم تحز اليس الله تعالى يقول : ((ولا تأخذوا مما اتيتموهن شيئا)) وقال : ((فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) وهذا يدخل فيه الصداق والهبة ثم ان اشتغال الحديث على قوله عليه السلام حيزا و لم تحز لا يضر اذ على المختار تلزم الهبة حتى قبل القبض كما تقدم وعلى المشهور لا يضر عدم العمل بجملة من الرواية بالاستدلال بسائر جملتها كما قرر فى محله ، ثم هل الاية الكريمة دليل مستقل على الموضوع ام لا ؟ احتملان ، رجع بعض الاول للاطلاق و آخر العدم للانصراف كما انه يستدل للزوم الهبة بين الزوجين بصحيح ابن بزيع ، سئلت الرضا عليه السلام ، عن الرجل يأخذ من ام ولده شيئا وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم او متاع ايجوز ذلك له ؟ قال : نعم ، اذا كانت ام ولده . فان الظاهر من مفهوم الشرط عدم جواز الاخذ ان

كانت زوجة ، وفي الحقيقة شرعا وعرفا ان ام الولد ليست زوجة ولذا قال سبحانه : ((الا على ازواجهم او ما ملكت ايماهم)) ولعل شرط الامام مع ان موضوع السؤال هو ام الولد دفع توهم ان مراد السائل من ام الولد مطلق الزوجة ذات الولد حتى تشمل المعقودة •

وروى العياشى عن زرارة ، قال : لا ترجع المرءة فيما تهب لزوجها حيزت او لم تحز ، اليس الله يقول ((فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) وعن زرارة عن ابى جعفر عليه السلام انه قال : فى حديث : ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرءة فيما تهب لزوجها حيزت او لم تحز اليس الله يقول ((ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا وان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) •

وكيف كان فالظاهر ان المطلقة رجعية زوجة لا طلاق الادلة فهبته لها او هبتها له ، مثل غير المطلقة ، وان لم يرجع اليها ، كما ان الظاهر ان المتعة حالها حال الدائمة لانها زوجة ولذا دخلت فى اطلاق الا على ازواجهم ، اما المحلله فهى قسم من ما ملكت ايماكم فان الملك بالادلة اعم من ملك العين او ملك الوطى ، نعم لا اشكال فى عدم لحوق الموطوءة شبهة لانها ليست بزوجة •

مسئلة : ١٦ - لو وهب ثم باعه من آخر او باع من نفس المتهب فان كانت الهبة فاسدة فلا اشكال فى صحة البيع وان كانت الهبة صحيحة فقد تكون الهبة لازمة كالهبة لرحم او هبة معوضة او ما اشبه ، وقد لا تكون الهبة لازمة فان كانت الهبة لازمة فالمعاملة فضولية ان اجاز الموهوب له صحت والا بطلت ثم ان الخلاف فى صحة الفضولى فى بيع الغاصب لنفسه يأتى لنفسه اذ قد يبيع الواهب لنفسه وقد يبيع عن المالك ، ومن الواضح ان الامر لا يخص البيع بل كل معادلة وقعت على الموهوب له كان حكمها ذلك ، اما اذا لم تكن

الهبة لازمة، ففي صحة البيع و بطلان الهبة او بطلان الهبة و البيع او صحة الهبة و بطلان البيع احتمالات و اقوال .

اما القول الاول : فقد استدل له بعموم اوفوا بالعقود بعد تمامية ان البائع له البيع اذ له استرجاع الهبة فلا فرق بين ان يسترجع الهبة اولا ثم يبيع او ينحقق الاسترجاع بنفس البيع كما يحقق المطلق رجعة الاسترجاع بنفس التقبيل او الملامسة او ما اشبههما . و مثله ما لو دخل بالجارية الموهوبة ، فان الدخول يبطل الهبة فهو جائز من اوله لان اوله حرام و آخره حلال ، و بعد هذا لاحاجة الى الاستدلال لهذا القول بان القصد السابق على البيع هو المحقق للفسخ حتى يستشكل بانه لا دليل على ابطال القصد للمعاملة لان اللزوم ترتيب الاثر على العقود لا القصد و ان كان ربما يرتب الاثر على القصد في مسألة الرضا بالتصرف لكن ذلك القصد لا يحقق عقدا و لا يبطل عقدا و الحاصل ان باب الرضا غير باب العقد و الفسخ ، اذ الدليل هنا يدل على لزوم اللفظ حتى يسمى عقدا او عملا حتى يسمى معطاة و كذلك في باب الفسخ و في باب الاجازة ، كما لاحاجة الى الاستدلال لهذا القول بان البيع يحقق الفسخ فينتقل الى ملك الواهب فيكون حاله حال الفضولى فيما لو باع ثم ملك فكما يصح هناك يصح هنا حتى يستشكل بصحة مثل هذا الفضولى بالاضافة الى ان هذا الاستدلال يناقض الاستدلال الاول ، لان الاول مبنى على كون العقد واقعا في ملك الواهب و هذا مبنى على كون العقد وقع في ملك الموهوب له ، كما انه لا يصح الاستدلال على الصحة بانه بمجرد التلفظ باول لفظ العقد بطلت الهبة و باقى الفاظ العقد كافى فى تحقق العقد اذ لا تحتاج صحة العقد الى صحة جميع الفاظه ، بل المعتبر ان يكون هناك لفظ دال و قصد و كلاهما حاصلان ، حتى يستشكل بان العقد

قوامه جميع اجزائه ومع فقد الجزء ينتفى الكل ، ومثله الاستدلال على الصحة بان العقد يبطل الهبة والمعاطاة الحاصلة بعده تصح المعاملة ، اذ يستشكل عليه اولا بالحالة قبل المعاطاة بعد العقد ، وثانيا بان المعاطاة ليست كالبيع على مذهب المشهور القائلين بانها تفيد الاباحة ، وان كنا نحن نرى انها تفيد اللزوم كاللفظ ، اما القائل ببطلان البيع والهبة معا فقد استدل لبطلان البيع بما سيأتى فى دليل القول الثالث . ولبطلان الهبة بانه ابطالها البائع حيث كان البيع مصداقا للاسترجاع فحاله حال الاسترجاع لفظا ، واستدل القائل ببطلان البيع وصحة الهبة فقد استدل لصحة الهبة بانه مقتضى الاستصحاب بعد عدم ورود ما يوجب بطلانها عليه ، لان ما يكون ان يكون مبطلا لها ، اما القصد واما البيع ، والقصد لا يوجب ابطالا ولا عقدا - كما تقدم - و البيع باطل بنفسه لانه وقع على ملك الغير والباطل فى نفسه لا يكون مبطلا ، اذ معنى البطلان كونه كالعدم فكما لا يؤثر العدم الحقيقى لا يؤثر العدم الحكيم .

اما بطلان البيع فلاجل ان الموهوب ملك للموهوب له ولا بيع الا فى ملك فيكون حال البيع حال التكبير الثانية التى لا تكون عقدا للصلاة وابطالا للصلاة التى شرع فيها بالتكبير الاولى ، بل هى باطلة ومبطله ، كما ربما يستدل لبطلان البيع بان صحته مستلزم للرد وبتقريب ان البيع موقوف على الملك والملك موقوف على الفسخ والفسخ موقوف على البيع لان البيع هو سبب الفسخ ، و ذلك يستلزم توقف صحة البيع على صحة البيع ، والجواب ان البيع يتحقق بمصداق الفسخ ولا دليل على لزوم تحقق الملك قبل البيع بل يكفى تقارنهما كما لا دليل على لزوم تقدم الرجوع على الاستمتاع بالمطلقة . بل يتحقق الرجوع بمجرد الاستمتاع ، اما المثال بتكبير الاحرام الثانية فى المثال والتمثيل نظر

اذ استشكل بعض الفقهاء في كونها باطلة ، بل قالوا بانها تبطل الاولى و لكن هي تعقد الصلاة ، اذا فرض تحقق كونها باطلة مبطله فلاوجه لقياس ما نحن فيه بذلك ، اللهم الا ان يراد انهما من واد واحد فكما تكون الثانيه باطلة و مبطله فكذلك في المقام ، و من هذا الجواب يظهر الجواب عن اشكال الدور بان البيع مقارن للملك المقارن للفسخ فلا توقف و انما هو من الدور المعنى الذى لا اشكال في صحته فهو من قبيل الظرف و المظروف لا العلة و المعلول .

مسئلة : ١٧ - اذا تراخى القبض عن عقد الهبة ثم اقبضه فهل يصح العقد كما قاله المشهور او يبطل او يفصل بين القول بان القبض شرط الصحة فيبطل او شرط اللزوم فيصح احتمالات ، استدلال الاول بالاطلاقات الدالة على صحة الهبة بالعقد ، و لا دليل على لزوم فورىة القبض فحال القبض هنا حاله في الوقف و الصرف و غيرها مما لا دليل على الفورىة ، و ادلة القبض لم تدل على لزوم الفورىة ، و لذا ادعى الجواهر عدم وجدان الخلاف في الصحة و استدلال للثانى بان القبض من المقومات فحاله حال اجزاء العقد فكما يبطل العقد اذا لم تتصل اجزائه على يبطل اذا لم يتصل القبض بالعقد ، و فيه نظر واضح فانه ليس كل مقوم يشترط اتصاله بالعقد و انما نقول ببطلان العقد فيما اذا لم تتصل اجزائه لعدم صدق العقد مع الفصل المضرب بالصدق عرفا ، و من المعلوم ان القبض ليس داخلا في مفهوم الهبة كعدم دخوله في مفهوم الوقف و الصرف و نحوهما ، فلا يقال ان الهبة شىء واحد و هذا الشىء لا يتحقق الا باجتماع جميع اجزائه التى منها القبض في زمان واحد فاذا تأخر القبض لم يصدق ذلك الشىء الواحد ، اما احتمال التفصيل فالبطلان في صورة كون القبض شرط الصحة فلاجل ان معنى كونه شرط الصحة انه لا

تامة للاجزاء قبل القبض فيكشف آنيًا ان القبض جزءٌ فعدم التصاق بعض الاجزاء ببعض يوجب عدم صدق المفهوم فلا تحقق للهبة ، والصحة في صورة كون القبض شرط للزوم فلان المفروض ان الهبة قد تحققت بدون القبض و انما فيكشف ذلك عن عدم مدخلية القبض في الصدق و اذا صدقت الهبة صحت و للزوم خارج عن مفهوم الهبة ، ولا يخفى ما في هذا القول ايضا اذ شرطية الصحة لا تلازم مدخليته في المفهوم بل المفهوم هو العقد و انما هو شرط خارج له مدخلية في الصحة فكلما تحقق الشرط تحققت الصحة و ان تراخي الشرط عن المشروط .

مسئلة : ١٨ - لو قال وهبت و لم اقبضه فالظاهر ان القول قوله ، بل ادعى عدم الخلاف فيه لان قوله لم اقبضه ليس مناقضا لقوله وهبت فحاله حال الاستثناء المعقول ، و عليه ف دليل اقرار العقلاء شامل لاقراره ، و لا يقال ان قوله الثاني مناف لاقراره فيطرح ، و لذا له الحق في ان لا يقبضه حتى لا تكون الهبة ملزمة فيما اذا اقتضت الهبة للزوم كالهبة لذوى الارحام و لافرق في ذلك بين ان نقول بان القبض شرط الصحة او شرط للزوم لما عرفت في المسئلة السابقة من ان القبض خارج عن مفهوم الهبة ، فليس حال اقراره حال ما اذا قال وهبت لكني لم آت بكل اجزاء الايجاب او لم يأت المتبب بالقبول الكامل مثلا ان الاستثناء هنا مناف للاقرار فلا يسمع ، و لو قال الوارث وهبت مورثي و لكن لم يقبض ، فهل يسمع دعواه عدم القبض الموجب لفساد الهبة بالموت ام لا ، لانه مناف لاقراره احتمالان : من انه قائم مقام المورث فيكون حاله في استثناء القبض حال المورث ، و من ان استثناء الوارث يوجب الفساد المنافى للاقرار بخلاف استثناء المورث ، و الظاهر قبول استثناءه لما تقدم من ان القبض ليس داخلا في مفهوم الهبة ، و احتمال ان الظاهر من فعل المسلم الاتيان بالشيء كاملا ، و لذا لو شك في انه صلى كاملا ام لا يحمل على الكمال ، فلا شيء على الوارث الولد الاكبر مثلا ، منظور فيه لانه لا اصل كذلك

وانما الموجود اصل براءة ذمة الوارث وعدم تعلق تكليف من المورث عليه، كما انه ليس باصل الصحة كما لا يخفى، ثم ان للمتهب ادعاء القبض فتجرى فيه قاعدة المدعى والمنكر والبنية على المدعى واليمين على الواهب، ولا فرق في الحكم المذكور بين كون الشيء في يد الواهب او المتهب اذ كونه في يد الواهب لا يلزم كونه باقباض صحيح .

مسئلة : ١٩- اذا وهب هبة غير لازمة ثم تعيبت الهبة فاسترجعها لم يكن للواهب الارش من المتهب بلاخلاف كما في الجواهر لان العيب انما حدث في ملك المتهب والفسخ انما هو من حين الفسخ فليس المال في زمان العيب للواهب، حتى اذا قلنا ان المال للواهب لان الفسخ من اصله لم يكن له الارش، لأن الواهب سلط المتهب على ماله مجانا، فلم يكن مضمونة ولا فرق في ذلك بين ان يكون العيب بفعله او بفعل غيره، بشرط ان ذلك الغيرام لا، لما عرفت من القاعدة، وان زادت الموهوب فالزيادة قد تكون متصله وقد تكون منفصلة وقد تكون قيمية، فان كان الزيادة قيمية فالظاهر انه لا ينبغي الاشكال في انها للواهب، لان الزيادة في القيمة لا تغير صدق العين على الموهوب والمفروض ان للواهب استرجاعها، وان كانت الزيادة متصله فقد تكون متصله لافي حكمه المنفصل كالسمن، وقد تكون في حكم المنفصل كالصوف، ففي السمن قال الجواهر تبعا للشرائع، انها للواهب قال بلاخلاف ولا اشكال لانها من العين المفروض جواز الرجوع بها .

اقول: لكن للنظر فيه مجال اذ الزيادة حصلت في ملك المتهب فلا وجه لاختذ الواهب لها والعين لا تصدق عرفا الا بضرب من التسامح ودعوى عدم الخلاف منظور فيها صغرى وكبرى، فاللازم القول باشتراك الواهب للمتهب بالنسبة خصوصا اذا كانت الزيادة بفعل المتهب وماله كما لو علف

الشاة او نحوها ، وفي المتصل الذى هو فى حكم المنفصل كالصوف والشعر فالمشهور انه للواهب ، وقال فى محكى المسالك : ان الصوف والشعر اذا لم يبلغ او ان جزه كان تابعا للعين .

اقول : اللازم التفصيل بين ما اذا صدق انه جزء بلا تسامح عرفى فهو للمالك والاك ان للمتهب لانه حدث فى ملكه لما تقدم من الدليل ، ومثله اوراق الشجرة ونحوها ، اما فى المنفصل كالحمل والثمرة فهما للمتهب اذا حدثا فى ملكه لانهما ليسا من العين .

نعم لو حدثا فى ملك الواهب واشتدا فى ملك المتهب كان مقتضى القاعدة الاشتراك كما تقدم ، وبذلك يظهر ان ما ذكره محكى الوسيلة بان الواهب يرجع الى الحيوان الحامل وحمله فكانه اعتبره جزءا .

وكيف كان ففيه نظر ثم ان اقسام التغيير هى الزيادة والنقيصة والامران كالزيادة من وجه والنقيصة من وجه وكل واحدا ما سوقية او عينية او كلتاهما ، وقد يكون التغيير بالامتزاج بالاحسن او الاردء او المساوى وقد تكون الزيادة او النقيصة بسبب العمل كالنجارة والطحن والقصارة والصبغ وقد تكون بسبب تعليم العبد او نسيان الصنعة الى غيرها من الاقسام ويعرف حكم الكل مما تقدم ، ولو تضرر الموهوب برجوع الواهب فهل الضرر على الواهب لانه الموجب للضرر او على الموهوب لانه هو الذى اقدم على ضرر نفسه حيث عمل عملا بما لا يعلم مصيره من جهة كونه فى معرض الزوال فيكون حاله حال من اقدم على وضع اللوح المشتري بالخيار فى السفينة ، حيث ان البائع لو اخذ بالخيار تضرر صاحب السفينة ، لكن ضرره على نفسه حيث ان الوضع اقدم على الضرر ولا ضرر لا ينفى الضرر المقدم عليه ، احتمالا ان : وان كان الثانى اقرب ، والمسئلة مذكورة فى كتاب الغصب وكتاب التجارة باب الخيار فراجع .

مسئلة : ٢٠- اذا وهب فقد يشترط عدم الثواب وقد يشترط الثواب وقد يطلق ، فان اشترط عدم الثواب فالامر واضح وان اطلق كان كذلك من غير فرق بين ان تكون الهبة من الادنى او الاعلى او المساوى ، خلافا لما عن ابي الصلاح من ان هدية الادنى الى الاعلى تقتضى الثواب بمثلها ، ولا يجوز التصرف فيها قبل الانابة او العزم عليها ، وهذا الكلام على ظاهره لا دليل عليه بل الاجماع المدعى على خلافه ، اللهم الا ان يريد الاستحباب من باب اذا حييتم بتحية فحيوا بمثلها ، وانه فهم منه الوجوب مطلقا فى كل تحية ولو عملية لكن ذلك مما لا يقول به احد لما ورد من النص على ان المراد به السلام فقط فضلا عن ان القول بذلك مطلقا خلاف ضرورة المتشعبة ، فان احداً لم يقل بوجوب رد مثل كل هدية وعارية واحترام قولى او فعلى او كتبى ، فاذا مدحك انسان فى لفظه او كتابة لم يلزم عليك رد مثله اليه بالضرورة .

وكيف كان فاذا اثاب فى صورة اشتراط العدم او فى صورة الاطلاق لم يلزم رد الثواب اذ الشرط لا يوجب تقييد الواهب ولا المتهيب .
نعم فى الهبة اللازمة خلاف الشرط يوجب جواز الفسخ ، وفى الهبة غير اللازمة سيأتى الكلام فى انه هل يوجب لزومها ام لا ؟ والظاهر من شرط عدم الاثابة ليس مع قبول الواهب فان اثاب ولم يقبل الواهب الهبة عمل المتهيب خلاف الشرط اذ ليس قبول الواهب داخلا فى مفهوم الاثابة كما لا يخفى ، ولو اثاب فى صورة الاطلاق لم يجعل ذلك هبة الواهب من اقسام الهبة المشروطة او اقسام الهبة المعوضة ، وقد تقدم الكلام فى ذلك .
ثم انه لو شرط الواهب الثواب فقد يقيد الثواب بشىء خاص ، وقد يطلق مقيدا بالاطلاق ، وقد يطلق اطلاقا ليس بنحو القيد ، فان قيد كان

له ما قيد ، ولو خالف الموهوب كان له الزامه بذلك ، فان المومنين عند شروطهم ، وان قيد بالاطلاق فلاشكال فى انه يكفى فى الثواب كل ما صدق عليه انه ثواب من قول او عمل ان كان الاطلاق يشمل ذلك عرفا ، كما اذا اتاه على هديته بمدحه امام كبير او بتزويج بضاعه دعاية لها وان اطلق صح بلاشكال ، لان الهبة موضوعة على المغابنة ولم يقيدھا الشارع ، ونهى النبى عن الغرر لا يصلح تقييدا لها خلافا للمحكى عن يحيى بن سعيد فى الجامع ولذا كان ظاهر المسالك و صريح غيره الاجماع على صحة الاطلاق ، كما لافرق فى ذلك بين ان يقول على ان تثيبنى بشئ ، او ان يقول على ان تثيبنى ، ويطلق وربما يستدل لجواز الاطلاق بخبر القاسم بن سليمان ، سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الجارية على ان يثاب فلا يثاب الھ ان يرجع فيها قال : نعم اذا كان شرط له عليه . قلت : ارايت ان وهبها له ولم يثبھ ايطاءها ام لا ؟ قال : نعم اذا كان لم يشترط عليه .

وخبر اسحاق بن عمار ، قال قلت : الرجل و ذكر مثله ، لكن فى دلالتھما نظرا ذ سوق الكلام فيھما لغير محل البحث فاطلاقيھما لما نحن فيه منظور فيه . ثم ان الظاهر من الخبر عدم جواز الوطى وسائر التصرفات قبل الاثابة لكن ذلك محل مناقشة ، بل اللازم القول بانه مراعى بالاثابة خارجا وعدمھا فيما اذا فسخ الواهب فى صورة عدم الاثابة وفسخ الواهب كان التصرف غير جائز فتأمل . وكيف كان فقد اختلف فى مقدار الثواب فى صورة الاطلاق الى اربعة اقوال بين العامة والخاصة .

الاول : لزوم كون الثواب بقدر الهبة قيمة او مثلا ، لانه ثواب الشئ الذى هو عبارة عن العوض ، وفيه انه اذا لم يكن عرف يوجب الانصراف الى مقدار الهبة كان اطلاق الاثابة شاملا للتعليل والكثير الذى قال به المشهور و

هو الذى نختاره .

الثانى : لزوم كونه اكثر تمسكا بالمتعارف فيمن يعطى الهبة برجاء الثواب وفيه انه خلاف الاطلاق ايضا بالاضافة الى اختلاف الواهبين من هذا الحيث .

الثالث : انه يثبته حتى يرضى ، ذهب اليه ابو على ولم نجد دليلا واضحا الا ما استدل به بعض العامة الذاهب الى ما ذهب اليه ابو على فقد روى ابو هريرة ان اعرابيا وهب للنبي (ص) ناقته فاعطاه ثلاثا فابى فزاده ثلاثا فابى فزاده ثلاثا فلما استكمل تسعا قال : رضيت . والسند واضح الضعف بالاضافة الى عدم الدلالة .

الرابع : ما شاء الواهب من قليل او كثير كما ذهب اليه المشهور و ذلك لاطلاق الاثابة على كل ذلك ، اللهم الا اذا كان انصراف على ما سواه فيؤخذ بالمنصرف اليه كما لا يخفى .

ثم انه لا اشكال فى ان للواهب للرجوع اذ ابى الموهوب له الاثابة لكن هل له وقت محدود ام لا فاذا لم يثبه الى مدة شهر او اسبوع او سنة ، كان له الابطال ام يلزم صبر مدة خاصة ، الظاهر ان ذلك موكول الى العرف الذى يستفيد المدة من اطلاق الكلام بعد ملاحظته خصوصيات الهبة زمانا ومكانا وواهبا ومتهبا وهبة .

مسئلة : ٢١ - هل يجبر المتهب على الوفاء بالشرط ام يخير بين بطلان الهبة وعدم الوفاء وبين الوفاء ، ذهب الشرائع الى الثانى قال : ولا يجبر الموهوب له على دفع الشرط بل يكون بالخيار ، وعلق عليه فى الجواهر بقوله : بين رد العين وبين دفع الشرط . وذهب آخرون الى الاول ، استدلالا لاولون

بانه مقتضى كونه عقدا لازما، فيشمله اوفوا بالعقود، والمؤمنون عند شروطهم واستدل للثانى باطلاقات كون الهبة جائزة خرج منها صورة وفاء المتهيب بالشرط فيبقى الباقي تحت الاطلاق لكن الظاهر الاول لانه لا وجه للتمسك بالاطلاق بعد ورود الدليل، وقد تقدم الدليل على لزوم الهبة بالشرط.

نعم اذا لم يف المتهيب ولم يمكن اجباره كان للواهب استرداد ماله وابطال الهبة، كما هو مقتضى كل عقد لازم لم يف الطرف بشرطه. وما ذكرنا يعلم انه لا وجه لاحتمال كون كل عقد لازم كذلك اى للمشروط عليه ان لا يفى بالشرط فينفسخ العقد او ان يفى كما احتمله المسالك وبنى فتوى الشرائع على ذلك فى كل عقد لازم مشروط، ففائدة الشرط جعل العقد اللازم جائزا والحاصل ان عموم الوفاء بالعقد والمؤمنون عند شروطهم محكمان.

ثم انه بناءً على جبر المتهيب لافرق بين ان يكون قد اخذ الموهوب ام لا فانه يجب على اخذ الموهوب والوفاء بالشرط لانه مقتضى كونه عقدا لازما كسائر العقود اللازمة التى يجبر الطرفان فيها على الاخذ والعطاء، هذا اما الواهب فهل يجبر على الوفاء ام لا؟ له صورتان.

الاولى: ما اذا اقبض الموهوب ثم اراد استرجاعه والظاهر انه يجبر لانه مقتضى كونه عقدا لازما فاذا اقبض الهبة ثم اراد الاسترجاع والحال ان المتهيب مستعد للوفاء بالشرط لم يكن له ذلك.

الثانية: ما اذا لم يقبض بعد وفيه خلاف ذهب بعضهم الى ان للواهب حق ابطال الهبة لان الهبة لا تلزم الا بالقبض على المشهور فاذا لم يقبض لم تكن واجبة فللواهب الحق فى الابطال. وقال آخرون: بانه ليس للواهب ذلك لان الهبة المشروطة واجبة فهو مشمول لقوله تعالى ((اوفوا بالعقود)) ولقول الصادق عليه السلام تجوز الهبة لذى القربى والذى يثاب عن هبته.

لكن الانصاف انه لو قلنا بان القبض شرط فى الهبة يكون دليل القبض واردا فكل هبة لازمة لم يتحقق شرطها الذى هو القبض لم يكن لازمة فعلا .
 والحاصل ان هنادليلين ، الاول يقول : الهبة مشروطة بالقبض والثانى يقول : الهبة الفلانية جائزة و الهبة الفلانية واجبة والعرف يرى تقديم الدليل الاول على الثانى اذ المفهوم من الدليل الاول انه كاجزاء العقد فكما لو لم يتحقق الجزء لم يتحقق العقد كذلك القبض و اللزوم و الجواز فرع تحقق العقد لكن على ما اخترناه من عدم اشتراط القبض لا يكون لهذا النزاع محلاً .

ثم ان الواهب اذا لم يرض باليسير او بالشئ الذى اراد المتتهب اعطائه له فان كان هناك انصراف الى شئ خاص اجبر الممتنع منهما على ذلك ، مثلا كان انصراف الى دفع مائة دينار فاراد المتتهب اعطائه و لم يقبله الواهب اجبر الواهب ، وكذلك العكس و لو لم يكن انصراف كان اللازم جبر الواهب على القبول لاقتضاء اطلاق الشرط ذلك .

ثم الظاهر ان الشرط يمكن ان يكون شرط فعل كان يقول اهيك هذا الثوب لتتهبنى شيئاً او تبيعنى الكتاب الفلانى او تنكح بنت زيد ، كما يمكن ان يكون شرط نتيجة كان يقول بشرط ان يكون كتابك لى .

نعم فيما جعل الشارع سببا خاصا للمسبب لم يصح شرط النتيجة فلا يصح ان يقول : بشرط ان تكون بنتك زوجة لى ، او زوجتك طالقا او عبدك حرّاً — كما حقق فى باب شرط النتيجة — .

مسئلة : ٢٢ — لو وهب هبة معوضة واخذ العوض لم يحق لاحدهم الاسترجاع لما عرفت من لزوم الهبة المعوضة من جانب الواهب ، وكذلك يلزم من جانب المتتهب قبل اعطاء العوض و بعده بطريق اولى والظاهر — ان

اشترط الخيار صحيح لعموم المؤمنون عند شروطهم و ليس الشرط مخالفا لمقتضى العقد و لاله محذور خارجي .

ثم انه قد يظهر احد العوضين مستحقا ، و قد يظهر بعضه مستحقا ، و قد يظهر معيبا ، فان ظهر الموهوب مستحقا كانت هبة فضولية و توقفت على اجازة المالك ، و ان ظهر العوض مستحقا فقد يكون العوض كليا و انما دفع المتهمب هذا الشيء الخاص من باب تطبيق الكلي ، و هنا يستحق الواهب بدله و الهبة باقية على اللزوم ، اما فرض ذلك في الموهوب فانه متوقف على صحة هبة الكلي كما لو وهب زيدا دينارا معوضا عنه بكتاب ثم ظهر الدينار لغير الواهب ، فان قلنا بصحة هبة الكلي كما ليس بالبعيد للاطلاقات التي يستأنس لها بصحة الكلي في غالب العقود كان حال ظهور استحقاقه كحال ظهور استحقاق العوض ، اما ان قلنا بعدم صحة هبة الكلي كانت الهبة باطلة من الاصل ، فلامجال للمتكلم في مثلها ، و قد يكون العوض جزئيا كما لو قال الواهب اهبك هذا الكتاب في مقابل هذا الدينار ثم ظهر الدينار لغير المتهمب و هنا احتملان :

الاول : بطلان الهبة لفقد احد الركنين فيه .

والثاني : صحة الهبة لان العوض ليس مقوماً في الهبة فتكون هبة جائزة للواهب استرجاعها و يحتمل التفصيل بين ما اذا كان العوض على نحو التقييد فتبطل الهبة و بين ما اذا كان على نحو الشرط فيصح ، و للواهب الخيار في الفسخ .

اما احتمال الصحة و التوقف على اجازة مالك العوض ، فذلك انما يصح اذا قلنا ان الهبة كالبيع الملحوظ فيها العوضان فقط ، و لا مدخلة للواهب و المتهمب و الا كان لهما مدخلة — كما في باب النكاح — كان اللازم القول

بالبطلان على ما تقدم .

واما اذا ظهر بعض المعوض مستحقا لم تكن الهبة فاسدة وانما هي صحيحة في جزئها وفضولية في جزئها الاخر، فاذا اجاز المالك للجزء الفضولى لم يكن للموهوب له الا الوفاء بالشرط باعطاء العوض ويكون حينئذ العوض بين المالكين بالنسبة، وذلك لان الموهوب له قد حصل على الهبة كاملة، وان لم يجز المالك الثانى كان الموهوب له بالخيار بين قبول البعض والوفاء بالشرط بالنسبة وبين فسخ الهبة لتبعض الصفقة، هذا بالنسبة الى الهبة .

اما بالنسبة الى ما لو كان بعض العوض مستحقا فان كان الشرط الكلى كما لو قال وهبتك هذا الكتاب على ان تعطينى دينارا فظهر نصف الدينار لشخص آخر فاللازم تبديل الموهوب له للنصف لاستحقاق الواهب دينارا كليا فلا يتعين فى هذا الدينار الذى اعطاه المتهب له، وان كان الشرط الجزئى كما لو كان الشرط اعطاء هذا الدينار الخاص وظهر بعضه لمالك آخر، فان اجاز ذلك المالك لم يكن للواهب الفسخ لانه حصل على شرطه، وان لم يجز ذلك المالك كان للواهب الفسخ لتبعض الصفقة بالنسبة اليه .

اما العيب فان ظهر الموهوب معيبا، كان للمتهب الفسخ ولا دليل على لزوم اخذه الارش فان الارش خلاف القاعدة ثبت فى البيع بالدليل، كما ان له الرضا بالمعيب والظاهر انه ليس للواهب الا العوض بالنسبة اذ العوض فى مقابل المعوض فالنقص فى المعوض بوجوب النقص فى العوض، فاذا وهبه كتابا يسوى بدينار لانه معيب بينما صحيحه يسوى باربعة دنانير كان له ربح العوض المشروط، وان ظهر العوض معيبا ففى الكلى كان المتهب ملزماً بدفع البدل وفى المعين اختار الواهب بين الامضاء والفسخ ولا يجبر

الواهب على اخذه مع الارش لما عرفت من ان الارش خلاف الاصل وفسى المقام فروع واستدلالات وردود نكتفي منها بهذا القدر والله العالم

مسئلة ٣: لو وهب بالشرط فلم يتمكن الموهوب له الوفاء بالشرط كان للواهب صرف النظر عن شرطه كما كان له الاخذ بالشرط، وحينئذ يتخير بين اخذ المثل او القيمة او الاسترجاع اما اخذ المثل او القيمة فلان الواهب يملك ذلك على الموهوب له، فاذا تعذر الاصل انتقل الى البديل كما في كل دين، واما الاسترجاع فلان الشارط اذا لم يتمكن من قبض شرطه كان له الفسخ كما حقق في باب الشرط من المكاسب، فاذا وهبه كتابا على شرط ان يعطيه هذه الحنطة فتلفت كان له ان يأخذ بدلها وان كان على شرط ان يعطيه هذه الشاة فتلفت كان له اخذ قيمتها، وان اراد الواهب الاسترجاع فالعين الموهوبة قد تكون باقية او تالفة او منتقلة او ناقصة او زائدة او مغيرة ففي الاول يسترجعها بلا اشكال ولا خلاف، وفي الثاني يسترجع مثلها او قيمتها بلا اشكال ولا خلاف ايضا، وفي الثالث احتمالا ان ابطال الانتقال و استرجاع العين لان حق الواهب سابق، وصحة الانتقال و استرجاع المثل او القيمة لان الموهوب له نقل ملكه نقلا لازما فالاسترجاع الطارى لا يبطل النقل السابق، وعليه يتخير الموهوب له في صورة النقل الجائز بين الفسخ واعطاء الواهب ما له وبين الابقاء واعطاء الواهب المثل او القيمة والذي يقتضيه الدليل الاول له حقه في استرجاع عينه، وفي الرابع هل للواهب حق النقص كالارش ام لا؟ احتمالا ان: من انه نقص ماله فله الارش، ومن انه حال النقص كان مال الموهوب له فلا حق له في الارش، لكن الاول اقوى لانه لم يعطه ماله مجانا حتى يكون النقص غير مضمون بل النقص مضمون بالمثل او الشرط، فاذا تعذر وفاء المتهب بالشرط كان عليه ان يدفع عوض النقص، و

في الخامس فالزيادة ان كانت في القيمة السوقية كانت للواهب لانها عين ماله وقد ارتفعت فلان ترتبط بالمتهب، وان كانت في العين كالحمل والسمن والبيضة واللبن والثمره، ففيه احتمالان من انه حصل في ملك المتهب فهو له، ومن انه انما يكون للمتهب اذا كان الاصل له والحال ان لا اصل فلا فرع الثاني اقرب وفي السادس كالقصاره والنجاره وتلوين الثوب وما اشبه قيل بالشركه فاذا كانت قيمة الخشب خمسا ثم صارت بسبب النجاره ستا اشترك المتهب مع الواهب في السدس، لكن الاقرب ان يكون للمتهب قيمة عمله اذ العين هي العين فلا وجه لاشترك غير المالك للمالك فيها وحيث ان عمله لم يكن فضوليا ولا مجانيا كان له ما عمله اذ لا يستوى حق امرء مسلم، وفي المقام فروع كثيرة واقوال مضطربة نكتفي منها بهذا القدر والله الموفق المستعان .

والحمد لله اولا واخرا وظاهرا وباطنا وصل الله على محمد واله الطيبين الطاهرين .

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

الكويت

١٤ / محرم / ٩٣ هـ

الفهرست

رقم الصفحة	الموضوع
٣	كتاب الوقوف والصدقات
٣	الروايات الواردة في فضل الوقف
٥	مسئلة-١- هل الوقف عقداً او يقاع او يكون تارة هذا وتارة ذلك ؟
٦	هل يصح وقف اصل لا منفعتيه او منفعة لا اصل لها ؟
٧	مسئلة-٢- المعاطاة في الوقف . الفاظ الوقف . الاحتياج الى العربية
٨	مسئلة-٣- اشتراط قصد القرية في الوقف
٩	مسئلة-٤- القبض في الوقف
١٢	مسئلة-٥- التنجيز في الوقف
١٣	عدم بقاء الوقف وقفا الى الابد
١٤	مسئلة-٦- عدم صحق الرجوع في الوقف
١٥	مسئلة-٧- الوقف في مرض الموت
١٦	مسئلة-٨- دائرة الوقف سعة وضيقا
١٧	مسئلة-٩- لا يشترط علم الواقف بخصوصيات ما وقفه، ولا علم الموقوف له، ولا المتولى، وفروع اخرى
١٨	مسئلة-١٠- متعلق الوقف
٢٠	مسئلة-١١- وقف المشاع، والكلى في المعين

رقم الصفحة	الموضوع
٢١	مسئلة-١٢- متعلق الوقف ايضا
٢٣	مسئلة-١٣- متعلق الوقف ايضا
٢٤	مسئلة-١٤- اعتبار البلوغ في الواقف
٢٦	مسئلة-١٥- اعتبار العقل في الواقف
٢٧	مسئلة-١٦- في الناظروا المتولى
٣١	مسئلة-١٧- اجرة المتولى
٣٢	مسئلة-١٨- شرائط الموقوف عليه
٣٥	مسئلة-١٩- شرائط الموقوف عليه ايضا
٣٧	مسئلة-٢٠- شرائط الموقوف عليه ايضا
٤٠	مسئلة-٢١- شرائط الموقوف عليه ايضا
٤٢	مسئلة-٢٢- الوقف على طائفة معنونة بعنوان خاص
٤٨	مسئلة-٢٣- لوبطل الشئ الموقوف
٥٠	مسئلة-٢٤- مصرف الوقف على وجوه البر
٥٢	مسئلة-٢٥- الدوام في الوقف
٥٤	مسئلة-٢٦- اقسام الوقف
٥٧	مسئلة-٢٧- لووقف سنة لاولاده وسنة للفقراء ، و فروع اخرى
٥٩	مسئلة-٢٨- التنجيز في الوقف
٦١	مسئلة-٢٩- فروع اشتراط القبض في الوقف
٦٤	مسئلة-٣٠- فروع اشتراط القبض في الوقف ايضا
٦٦	مسئلة-٣١- فروع اشتراط القبض في الوقف ايضا

رقم الصفحة	الموضوع
٦٨	مسئلة-٣٢- الوقف على النفس، والوقف على النفس وعلى الغير
٦٩	مسئلة-٣٣- وقف العين المستأجرة مدة، و فروع اخرى
٧٢	مسئلة-٣٤- الوقف على الغير مع الشرط
٧٤	مسئلة-٣٥- الوقف على الاولاد الصغار ثم ارادة تشريك المتجدد معهم
٧٦	مسئلة-٣٦- لو حدث في الموقوف عليهم حدث يمنع الشرع عن معونته
٧٧	مسئلة-٣٧- لو وقف وقال: حسب ما يقفه الواقفون
٧٧	مسئلة-٣٨- لو وقف و شرط عوده اليه عند حاجته اليه
٨٠	مسئلة-٣٩- لو شرط اخراج من يريد
٨٢	مسئلة-٤٠- قبض الطبقة الاولى في الوقف الذرى
٨٤	مسئلة-٤١- لمن تكون ملكية الوقف؟
٨٦	مسئلة-٤٢- فيما يتعلق بوقف بعض العبد
٨٧	مسئلة-٤٣- على من تكون نفقة الموقوف؟
٨٩	مسئلة-٤٤- جناية العبد الموقوف
٩٠	مسئلة-٤٥- الجناية على العبد الموقوف
٩١	مسئلة-٤٦- الوقف فى سبيل الله
٩٢	مسئلة-٤٧- الوقف على الموضوع المشترك

رقم الصفحة	الموضوع
٩٣	مسئلة-٤٨- لوقال :وقف على اولادى
٩٥	مسئلة -٤٩- فرعان حول دخول اولاد الاولا دنى الوقف
٩٥	مسئلة -٥٠- لو وقف مسجدا ثم حزب مع اطرافه
٩٧	مسئلة-٥١- وقف الكفن للأموات
٩٨	مسئلة-٥٢- لو انقلعت نخلة موقوفة
٩٩	مسئلة-٥٣- لو خلق فراش المسجد
١٠١	مسئلة-٥٤- لو اتلف العين الموقوفة متلف
١٠٢	مسئلة-٥٥- لو جهل الموقوف عليهم
١٠٣	مسئلة-٥٦- اذا اجر البطن السابق الوقف لمدة تزيد من عمره
١٠٦	مسئلة-٥٧- فيما يتعلق بالوقف على الفقهاء و من اشبه
١٠٧	مسئلة-٥٨- الامة الموقوفة
١١٠	مسئلة-٥٩- الامة الموقوفة ايضا
١١١	مسئلة-٦٠- الامة الموقوفة ايضا
١١٢	مسئلة-٦١- الامة الموقوفة ايضا
١١٤	الصدقة
١١٤	مسئلة -٦٢- اقسام الصدقة، فضل الصدقة، تاريخ نشوء الصدقة
١١٦	مسئلة-٦٣- كفاية المعاطاة فى الصدقة بالمعنى الاحض، الفرق بين الصدقة والهبة

رقم الصفحة	الموضوع
١١٧	قصد القرية في الصدقة، القبض والاقباض في الصدقة
١١٨	جواز الرجوع في الصدقة
١١٩	الصدقة والهاشمي، الصدقة والرسول والائمة واهلهم
١١٩	مسئلة-٦٤- الصدقة مع قصد القرية، الصدقة مع قصد الريا وما اشبه الصدقة بدون اي قصد
١٢٠	مسئلة-٦٥- الصدقة على الفاسق والمنافق والكافر
١٢٢	السكنى والعمرى والرقيى
١٢٢	مسئلة-٦٧- معانى الثلاثة، الثلاثة عقود، وتجاوز فيها المعاطاة
١٢٣	يحق للباذل الرجوع في السكنى متى شاء بخلاف الاخرين
١٢٣	مسئلة-٦٨- لزوم عقد العمرى و الرقيى فلا يكون لاحد الطرفين الفسخ بموت الاخر
١٢٤	لزوم عقد العمرى والرقيى
١٢٦	مسئلة-٦٩- رجوع الثلاثة الى الثلاثة
١٢٨	مسئلة-٧٠- فيما يتعلق بعدم جواز الرجوع قبل انتهاء المدة
١٣٠	مسئلة-٧١- صحة جعل العمرى مقيدة بعمر من اراد وفروع اخرى

الموضوع رقم الصفحة

- مسئلة-٧٢- هل يصح انفصال الثلاثة عن وقت
١٣٢ اجراء عقودها
- مسئلة-٧٣- كلما صح وقفه صح اعماراه وارقاباه
١٣٣
- مسئلة-٧٤- هل يصح بيع ما جعله المالك عمرى او
١٣٤ سكنى او رقبى
- مسئلة-٧٥- ما يقتضيه اطلاق السكنى، صحة ادخال
١٣٦ الخيار فى الثلاثة
- مسئلة-٧٦- فيما يتعلق بخراب الدار المسكنة، و
١٣٧ فروع اخرى
- ١٤٣ كتاب الهبة
- معنى الهبة، الفرق بين الهبة وبين اخواتها الخمس،
١٤٣ الهبة عقد لا يقاع
- المعاطاة فى الهبة
١٤٤
- مسئلة-١- لا تصح الهدية الا من البالغ العاقل
١٤٤ غير المحجور
- مسئلة-٢- هبة ما فى الذمة لغير من عليه الحق
١٤٦
- مسئلة-٣- القبض فى الهبة
١٤٧
- مسئلة-٤- الانكار بعد الاقرار، وفروع اخرى
١٥١
- مسئلة-٥- بطلان الهبة بموت الواهب قبل القبض
١٥٢
- مسئلة-٦- اشتراط اذن الواهب فى صحة القبض
١٥٣
- مسئلة-٧- عدم الاحتياج الى القبض فى هبة
١٥٥ الولى للمولى عليه

رقم الصفحة	الموضوع
١٥٧	مسئلة-٨- هبة المشاع والكلى فى المعين
١٥٨	مسئلة-٩- التفضيل فى الهبة
١٦٠	مسئلة-١٠- الرجوع فى هبة القريب
١٦٢	مسئلة-١١- الرجوع فى هبة الاجنبى مادامت العين باقية
١٦٥	مسئلة-١٢- الرجوع فى الهبة المعوضة
١٦٦	مسئلة-١٣- سقوط الحق بالتصرف
١٦٧	مسئلة-١٤- صلة الرحم الواجبة وصلة الرحم المستحبة
١٦٨	مسئلة-١٥- الهبة بين الزوجين
١٧٠	مسئلة-١٦- البيع بعد الهبة
١٧٣	مسئلة-١٧- تراخى القبض عن عقد الهبة
١٧٤	مسئلة-١٨- الاختلاف فى الاقباض
١٧٥	مسئلة-١٩- اذا وهب هبة غير لازمة ثم تعيبت الهبة فاسترجعها لم يكن للواهب الارش من المتهب
١٧٧	مسئلة-٢٠- اذا وهب فقد يشترط عدم الثواب وقد يشترط الثواب وقد يطلق
١٧٩	مسئلة-٢١- جبر المتهب على الوفاء والتخير
١٨١	مسئلة-٢٢- لزوم الهبة المعوضة
١٨٤	مسئلة-٢٣- عدم تمكن الموهوب له من الوفاء بالشرط
١٨٧	الفهرست

