



مركز
للبحوث والتحریرات الكمبيوترية

اصبهان

الغمامة



عليه السلام
الربيع

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الحمد لله الذي جعل
العلم نوراً والدين
هدى

ومن بحضرة أبي بكر الصديق
الذي هو من الأئمة
العليين

ترجمة
عبدالله بن محمد

أبو بكر الصديق

العلي



الحمد لله الذي جعل
العلم نوراً والدين
هدى





بحوث فقهيه



کاتب:

حسين حلی

مکتبۃ ترجمۃ
Translation Movement

نشرت فی الطباعة:

مؤسسة المنار

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٨	بحوث فقهييه
١٨	اشاره
١٨	مقدمه الطبعة الثانية
١٨	مقدمه الطبعة الأولى
١٩	التأمين
١٩	اشاره
٢٠	حقيقه التأمين و حاجة المجتمع اليه:
٢٠	اشاره
٢٠	ما هو التأمين
٢٠	تاريخ التأمين:
٢١	عقود التأمين
٢١	أنواع التأمين
٢٢	الشروط الأولية و الأركان المطلوبة في عقد التأمين:
٢٢	اشاره
٢٢	[الأركان]
٢٢	١- الإيجاب و القبول:
٢٣	المؤمن عليه:
٢٣	٣- مبلغ التأمين:
٢٣	[الشروط]
٢٤	٤- بيان الخطر:
٢٤	٥- اقساط التأمين:
٢٤	٦- مدة العقد، تاريخ ابتدائه، و انتهائه:

٢٤	التأمين عقد رضائي:
٢٤	وثيقة التأمين (البوليصة):
٢٥	ثانيا- طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية:
٢٥	اشارة
٢٥	عرض التأمين على المعاملات الشرعية:
٢٥	اشارة
٢٦	ما هو الضمان؟
٢٦	اشارة
٢٦	الضمان في اللغة:
٢٧	في اصطلاح الفقهاء:
٢٧	أقسام الضمان:
٢٧	اشارة
٢٨	ضمان اليد:
٢٨	ضمان التلف:
٢٩	ضمان الديون:
٢٩	ضمان الأعيان المغصوبة:
٣١	ضمان الأمانة:
٣٣	ضمان الأعيان الشخصية:
٣٣	الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية:
٣٥	الخلاصة:
٣٥	الهبة بشرط تحمل الخسارة:
٣٥	الصلح بشرط تحمل الخسارة:
٣٦	عرض التأمين على القواعد:
٣٧	عرض التأمين على الأصول العملية:

٣٧	تنبيهات:
٣٧	اشارة
٣٧	١- التأمين بالتقابل:
٣٨	٢- التأمين المختلط مع الاشتراك فى الأرباح:
٣٩	٣- موقف الشريعة من الفوائد الربوية فى التأمين:
٤٠	٤- اعادة التأمين:
٤٠	اليانصيب
٤٠	اشارة
٤١	اليانصيب حقيقته:
٤١	اشارة
٤١	١- اليانصيب غير المعوض:
٤١	اليانصيب المعوض:
٤٢	بذل المال بإزاء البطاقة:
٤٢	اشارة
٤٢	الوجه الأول
٤٢	الوجه الثانى
٤٣	الوجه الثالث
٤٣	الوجه الرابع
٤٣	الوجه الخامس
٤٣	صلاحية أخذ الأموال المجموعة:
٤٣	اشارة
٤٤	و يتصور البحث فى هذه الجهة على وجوه:
٤٤	الوجه الأول: ان نقول بمالكية الجهة و أن الجهات، تملك
٤٤	الوجه الثانى: أن يكون المبلغ المدفوع لهم كأمانة بأيديهم للتصرف به

٤٤	الوجه الثالث: أن يكون استلامهم للمال كصدقة بأيديهم
٤٤	حلية الجوائز في عملية اليانصيب:
٤٥	الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات:
٤٥	إشارة
٤٥	الوجه الأول الآيات الكريمة:
٤٦	الوجه الثاني الروايات الشريفة:
٤٧	الوجه الثالث اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهيا:
٤٧	الوجه الرابع اعتبار هذا النوع معاملة غررية:
٤٨	الوجه الخامس كون هذه المعاملة قمارية:
٤٨	الوجه السادس اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام:
٤٩	إشارة
٤٩	أما الكتاب
٤٩	و اما السنة:
٤٩	إشارة
٥٠	التكلم في مرحلتين:
٥٠	إشارة
٥٠	المرحلة الأولى: اختلفت كلمة أئمة التفسير في الأزام
٥٠	إشارة
٥٢	النتيجة:
٥٢	المرحلة الثانية:
٥٤	الخلاصة:
٥٤	الأوراق النقدية
٥٤	إشارة
٥٤	تمهيد.

- الربا: ٥٥
- اشارة ٥٥
- مالية المال: ٥٥
- اشارة ٥٥
- النحو الأول: ما كانت ماليته ذاتية: ٥٦
- النحو الثاني: ما كانت ماليته بالجعل: ٥٦
- [الوجوه المتصورة لغطاء العملة] ٥٦
- اشارة ٥٧
- الوجه الأول من وجوه التغطية: ٥٧
- اشارة ٥٧
- الصورة الأولى: ٥٧
- الصورة الثانية: ٥٧
- الوجه الثاني من وجوه التغطية: ٥٨
- الوجه الثالث من وجوه التغطية: ٥٨
- هل يتحقق الربا فى هذه الأوراق؟ ٥٩
- الأوراق النقدية و ما مثلها بعد سقوط اعتبارها المالى: ٥٩
- اشارة ٥٩
- و لضمان الأعيان المغصوبة أو التالفه، مراتب ثلاث: ٦٠
- التقاط الأوراق النقدية: ٦١
- ما هو المال المجهول المالك: ٦١
- اشارة ٦١
- القسم الأول: ٦١
- القسم الثانى: ٦٢
- القسم الثالث: ٦٢

٦٢	القسم الرابع
٦٣	و يقف شيخنا الأستاذ- دام ظله- ليختار القسم الرابع لكونه مقدما على بقية الأخبار المذكورة،
٦٤	تنبيه:
٦٤	الخلاصة:
٦٥	اعمال البنوك و المصارف
٦٥	اشارة
٦٥	كلمة لا بد منها:
٦٥	أقسام البنوك و المصارف:
٦٥	اشارة
٦٦	البنوك الحكومية:
٦٦	البنوك الأهلية:
٦٧	البنوك المشتركة:
٦٧	أعمال البنوك:
٦٨	١- الأمانات
٦٨	اشارة
٦٨	الصورة الاولى:
٦٨	الصورة الثانية:
٦٩	[طرق التملك]
٦٩	اشارة
٦٩	الأول- التملك المجاني
٦٩	الثاني- ان يكون تملك المال من قبل البنك تملكا ضمانيا
٧١	٢- التوفير
٧١	٣- الكفالات
٧١	اشارة

٧٢	أخذ الكفيل العمولة من المكفول:-----
٧٢	إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له:-----
٧٤	رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه:-----
٧٥	٤- الحوالات-----
٧٦	٥- تحصيل الشيكات-----
٧٦	٦- تحصيل الأوراق التجارية-----
٧٧	٧- الحسابات الجارية-----
٧٧	٨- بيع و شراء الأسهم و السندات-----
٧٧	٩- خصم الأوراق التجارية-----
٧٧	إشارة-----
٧٨	أما النوع الأول: و هي المعبرة عن وجود قرض حقيقى-----
٧٩	الكمبيالات الصورية:-----
٧٩	إشارة-----
٧٩	أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع-----
٧٩	إشارة-----
٧٩	الأولى- أن يكون توقيع- الكمبيالة- من قبل المدين الصورى-----
٨٠	الصورة الثانية من التنزيل على البيع:-----
٨٠	و ثانية من جهتين:-----
٨٠	و الخلاصة:-----
٨١	رجوع الشخص الثالث على المجير-----
٨٢	تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة:-----
٨٢	الفوائد التأخيرية-----
٨٣	١٠- الاعتمادات المستندية-----
٨٣	إشارة-----

- ٨٤ العمولة المأخوذة على المبالغ المتبقية:
- ٨٥ و الخلاصة:
- ٨٦ بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسلمها:
- ٨٧ ١١- خطاب الاعتماد
- ٨٧ ١٢- معاملات مصارف الرهون- و العقار- و الصناعي
- ٨٧ اشارة
- ٨٧ الوجه في أخذ المال من المصرف:
- ٨٨ ثانيا: إعطاء الفوائد إلى المصرف:
- ٨٨ ثالثا: بيع العين المرهونة:
- ٩١ رابعا: شراء العين المرهونة:
- ٩١ الخلاصة:
- ٩٢ السرقة (الخلو)
- ٩٢ اشارة
- ٩٢ ما هي السرقة؟
- ٩٢ اشارة
- ٩٢ النوع الأول من السرقة:
- ٩٢ اشارة
- ٩٢ أخذ المال بإزاء السرقة:
- ٩٤ موقف المالك من السرقة:
- ٩٤ و الخلاصة:
- ٩٤ النوع الثاني من السرقة:
- ٩٥ المستأجر و السرقة:
- ٩٦ تصفية الوقف الذرى
- ٩٦ اشارة

٩٦	عرض و حديث:
٩٧	[أوجه البحث]
٩٧	التصفيه و المذاهب الخمسة:
٩٧	اشارة
١٠٠	و الخلاصة:
١٠٠	المدار فى جواز تصفيه الوقف
١٠٠	اشارة
١٠١	استملاك الدور و البساتين:
١٠٢	نهاية المطاف:
١٠٢	البيع القهرى أو ازالة الشيوع
١٠٢	اشارة
١٠٢	موضوع البحث:
١٠٣	كلمات الأعلام:
١٠٥	موارد البيع الإجبارى:
١٠٧	الاستدلال بقاعدة نفى الضرر و الضرر:
١٠٨	الحقوق الزوجية و آثارها الوضعية
١٠٨	اشارة
١٠٨	الرباط المقدس:
١٠٨	حقوق الزوج:
١٠٩	أما حقوق الزوجة:
١٠٩	أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة:
١١٢	الروايات:
١١٣	اشارة
١١٣	فمنها- ما تتطرق الى التقصير بالنفقة و بيان ما يلزم على ذلك من الأحكام

١١٤	القسم الثاني من الاخبار:
١١٥	القسم الثالث من الأخبار:
١١٨	مبدأ الأربعة أشهر:
١١٨	حديث نفى الضرر و الضرار:
١١٨	اشارة
١١٨	ما هو الضرر و الضرار؟
١١٩	المراد من النفي في الحديث:
١٢٠	الفرق بين الضرر و الضرار:
١٢١	الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه:
١٢٣	الاستشهاد بسيرة السلف الصالح:
١٢٥	مدى إمكانيات الحاكم الشرعي:
١٢٥	الزوج معلوم المحل:
١٢٥	لو كان الزوج مجهول المحل:
١٢٥	طرق التبليغ الحديثة:
١٢٧	الشوارع المفتوحة من قبل الدولة
١٢٧	اشارة
١٢٧	موضوع البحث:
١٢٧	الأرض المفتوحة عنوة:
١٢٧	اشارة
١٢٨	و أما ما كان عامرا منها:
١٢٨	اشارة
١٣٠	التصرفات غير الناقلة:
١٣٠	التصرفات الناقلة:
١٣٢	تعقيب:

- ١٣٢ الخلاصة:
- ١٣٣ معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي:
- ١٣٣ التصرفات الناقلة:
- ١٣٥ الأنفال:
- ١٣٥ اشارة
- ١٣٧ الخلاصة:
- ١٣٩ خلاصة شاملة و عود الى الموضوع الأصلي:
- ١٤٢ المساجد الواقعة في الشوارع
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٢ ما هي المسجدية؟
- ١٤٣ الفرق بين وقف المساجد و الوقف على المسلمين:
- ١٤٤ الآثار المرتبة على بقاء عنوان المسجدية:
- ١٤٧ البيع و الكنائس و ما يتبعها
- ١٤٧ اشارة
- ١٤٧ البيع و الكنائس قبل الإسلام:
- ١٤٨ البيع و الكنائس قبل الإسلام:
- ١٤٩ اشارة
- ١٤٩ الجهة الأولى: و يتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم
- ١٤٩ الجهة الثانية: إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة
- ١٤٩ الجهة الثالثة: إن الوقف محتاج إلى قصد القرية لأن من العبادة،
- ١٥٢ مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع
- ١٥٣ قاعدة الإلزام
- ١٥٣ اشارة
- ١٥٣ تعريف القاعدة:

١٥٣	أدلة القاعدة:
١٥٤	ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة:
١٥٤	أما القول بالإباحة:
١٥٨	تنبيه:
١٥٩	بقى فى البين شىء:
١٥٩	موارد قاعدة الإلزام:
١٥٩	إشارة
١٦٠	المورد الأول - النكاح:
١٦٠	إشارة
١٦٠	الفرع الأول - الإشهاد على النكاح:
١٦١	الفرع الثانى - الجمع بين العمه و الخاله و بنت الأخ أو الأخت:
١٦٢	الفرع الثالث - العده على اليائسه:
١٦٣	المورد الثانى - الطلاق الفاسد:
١٦٣	إشارة
١٦٣	الفرع الأول: طلاق الثلاث من غير رجعه
١٦٥	الفرعان الثانى و الثالث: الطلاق فى حالة الحيض، و طلاقها فى طهر واقعها فيه:
١٦٦	الفرع الرابع - طلاق السكران:
١٦٧	الفرع الخامس - طلاق المكره:
١٦٨	الفرع السادس - الطلاق المعلق:
١٦٩	الفرع السابع - الحلف بالطلاق:
١٦٩	الفرع الثامن - الطلاق بالكتابة:
١٧٠	الفرع التاسع - طلاق من كان جاهلا بالحكم:
١٧١	المورد الثالث - البيع:
١٧١	الفرع الأول - الشراء بالوصف:

١٧١	الفرع الثانى - الزيادة المتميزة:
١٧٢	المورد الرابع - الخيار:
١٧٢	الفرع الأول - خيار الشرط:
١٧٣	الفرع الثانى - خيار الغبن:
١٧٤	الفرع الثالث - خيار التصريه:
١٧٥	المورد الخامس - الميراث:
١٧٥	الفرع الأول - التعصيب:
١٧٧	الفرع الثانى - إرث الزوجه:
١٧٨	المورد السادس - الوصية لوارث:
١٨٠	المورد السابع - السلم:
١٨٠	المورد الثامن - الوديعة عند عيال الشخص:
١٨١	المورد التاسع - فى الحج:
١٨١	الفرع الأول - طواف النساء:
١٨٣	الفرع الثانى - العقد فى حال الإحرام:
١٨٣	المورد العاشر - الشفعة بالجوار:
١٨٤	تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

بحوث فقهيه

إشارة

سرشناسه : حلى، حسين، ١٩٧٤ - ١٨٩٢
 عنوان و نام پديد آور : بحوث فقهيه/ من محاضرات حسين الحلي؛ المؤلف [صحيح: گردآورنده] عزالدين بحر العلوم
 مشخصات نشر : [قم]: مؤسسه المنار، ١٣٧٣.
 مشخصات ظاهري : ٣٣٦ ص.نمونه، عكس (رنگي)
 يادداشت : كتابنامه: ص. [٣٢٥] - ٣٢٦
 موضوع : فقه -- قواعد
 شناسه افزوده : بحر العلوم، عزالدين، گردآورنده
 رده بندي كنكره : BP١٦٩/٥/ح٨ب ٣ ١٣٧٣
 رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٢٤
 شماره كتابشناسي ملي : م ٧٤-١٣١

مقدمة الطبعة الثانية

ما كنت متوقعا يوم قدر لهذا الكتاب ان يرى النور في عام ١٣٨٣ هجرية أن ينال مثل هذا الإقبال الذي حصل عليه فقد نفذت كافة نسخه في فترة قصيرة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مزيد عناية أولائها طلاب الفضيلة، و رواد العلم لمثل هذه البحوث التي فرضتها حاجة العصر، و طبيعة المجتمع المتطور.

و كان على الفقيه- و الحالة هذه- أن يضع لها أحكاما نتيجة إعمال ملكته الاجتهادية، و حسبما لديه من القواعد، و الأدلة الفقهية. و لقد أضفت للكتاب بحثا جديدا يتناول عملية الانصياب حيث أصبح هذا الموضوع في الوقت الحاضر مثار نقاش لدى علماء المسلمين في تصحيح حكمه الشرعي نظرا لأنه من الأمور التي شاع استعمالها في المجتمع الإسلامي إلى درجة اضطرت الفقيه ان يتوجه لها بمنظاره الفقهي و يستخرج حكمها الشرعي.

و لم يكن هذا البحث بالجديد على أخواته من البحوث التي ضمها الكتاب إنما كان تأخره نتيجة احتمال ان يكون نواة للجزء الثاني منه و لكن ظروف استأذنا معظم الصحبة من الاستمرار بالبحث لذا قررت إضافته إلى الكتاب عند اعادة طبعه.

كما و سوف يرى القارئ الكريم بعض الزيادات و الايضاحات و الشروح المقتضية، و أرجو أن لا أكون أثقلت الكتاب بها بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠

و ختاماً: املي و طيد بأن أكون قد أدت واجبا جديرا بعناية و اهتمام القراء.

و من الله وحده أطلب التوفيق النجف الأشرف في ٢٧/ رجب/ ١٣٩٣ عز الدين السيد علي بحر العلومي

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١

مقدمة الطبعة الأولى

لم تكن الشريعة الإسلامية كبقية الشرائع السماوية السابقة محددة من حيث الزمن، أو هي مختصة بأمة من الناس. بل هي خاتمة

الرسالات الإلهية إلى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقدرة، و لهذا فهي كفيلة باسعاد المجتمع، و معالجة مشاكله، و إكمال نواقصه. فهي في حقيقتها قانون إلهي للإنسان، فلا بد من تطبيق أحكامها، و رعاية مفرداتها، و هي في الوقت نفسه أحكام توقيفية لا تخضع للتبدل الطارئ من تعاقب القرون فحلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة، و حرامه حرام الى يوم القيامة.

و لما كانت مقتضيات العصر المتخيلة لبعض المشرعين قد استدعت تشريع أحكام حسب ما استحدثت من الوقائع كان من اللازم عرض هذه الأحكام على واقع الدين الإسلامي، و أحكامه الكلية المتسعة لكل زمان، و مكان و معرفة ما إذا كانت ملائمة لها أم لا؟ و بيان أوجه المفارقة فيها ان كانت و الشريعة المقدسة- كما أسلفنا- لم تكن مختصة بطبقه خاصه، أو بأجيال معينه، بل هي رساله السماء إلى أبناء الأرض في جميع الأزمنه مهما امتد عمر الأيام، و لذا لا بد من معالجة ما يحدث و يجد من أمثال هذه المواضيع. و تقع مهمه المعالجة على عاتق رجال الفقه فهم السلطة التشريعيه، و لهم الكلمه الفصل فيها.

و شعورا بهذه الحاجه تقدمت مع عدد من إخواني طلاب العلم و المعرفة إلى سماحه شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلبي - دام ظله - نلتمس

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٢

منه التفضل بإبداء رأيه في البحوث في اطار البحث و التدريس ليقول كلمته فيها على ضوء ما تقرره الشريعة المقدسة. و استجاب شيخنا الكبير لهذه الرغبة الملحة، و ألقى في شهر رمضان ١٣٨١ محاضراته في هذه المواد التي أبسطها بين يدي القارئ: و رغبه مني في تعميم هذه المواضيع، و نشرها بين يدي الناس رأيت من اللازم على أن أدمم هذه البحوث بشيء من النظريات الحديثه من مصادرها العصريه و آراء أهل الخبرة من الفنين فيها. ثم رأيت أن بعض المواضيع - و هي من مواضيع الساعة أيضا و حاجه المجتمع إليها كبيره - لم يبحثها - دام ظله - باعتبار أن الوقت المحدد لأمثال هذه الدروس قد انتهى، و حرصا على الاستفادة منه تتبعت آراءه عن طريق المذاكرة و الاستفتاء. و أخرجتها بعد هذا كله للقراء حيث أضعها بين أيديهم عساني أن أكون قمت بخدمة دينية لإخواني ممن يهمهم الوقوف على هذه الحقائق.

و الله من وراء القصد النجف الأشرف:

في ٨ ذي الحجة ١٣٨٣ عز الدين السيد علي بحر العلومي

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣

التأمين

إشارة

حقيقة التأمين و حاجه المجتمع اليه، ما هو التأمين؟

تاريخ التأمين، عقود التأمين، الشروط الأولية و الأركان المطلوبة في عقود التأمين، الإيجاب و القبول، المؤمن عليه، مبلغ التأمين، بيان الخطر. أقساط التأمين، مدة العقد تاريخ ابتدائه و انتهائه، التأمين عقد رضائي، وثيقة التأمين «البوليصة»، طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية، عرض التأمين على المعاملات الشرعية، ما هو الضمان؟ الضمان في اللغة، في اصطلاح الفقهاء، أقسام الضمان، ضمان اليد، ضمان التلف، ضمان الديون، ضمان الأعيان المغصوبة، ضمان الامانة، ضمان الأعيان الشخصية، الضمان الإنشائي في الأعيان، الخارجي، الخلاصة، الهبة بشرط تحمل الخسارة. عرض التأمين على القواعد العامة، عرض التأمين على الأصول العملية، تنبيهات التأمين بالتقابل، التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح. موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين، إعادة التأمين.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٥

من المعاملات المستحدثة و التي لم تكن في معرض التداول على عهد المشرع الإسلامي عملية التأمين (البيمه) و البحث عن هذا الموضوع من ناحيتين:

- ١- حقيقة التأمين و حاجة المجتمع اليه.
- ٢- طبيعته من الناحية الدينية و رأى شيخنا الحلبي - دام ظله - فيه.

حقيقة التأمين و حاجة المجتمع اليه:

إشارة

كل شيء في هذه الحياة معرض الى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة - كل شيء - من الأموال، و النفوس، و غيرهما. و الإنسان مدفوع بدافع خفي من غريزته الى تحاشي الخطر و بذل أقصى ما يمكن في سبيل تباعد الاخطار عنه و عن ممتلكاته. و لذا كانت فكره التأمين من جملة الأشياء التي تبعد شبح الأخطار عن الإنسان - سواء في نفسه، أو ممتلكاته - من غرق، أو حريق، أو سرقة، أو وفاة، و ما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له، أو لأفراد عائلته قسطا وافرًا من المال، و الراحة بحيث تكون بمثابة التعويض عما يلحق الفرد من الخسائر و الإضرار في تلك المناسبات.

ما هو التأمين

؟ لا- يخرج التأمين في حقيقته عن كونه تعويضا للإنسان عن نتائج ما يقع عليه، أو على الغير بواسطة حادثة من حوادث القضاء، و القدر، و ذلك بمقتضى

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦

نظام تعاوني يقوم على القوانين، و الاحصائيات الحديثة. و لهذا عرف: بأنه اتفاق بين المؤمن - الشركة - من جهة و بين شخص، أو عدة اشخاص يعبر عنهم بالمؤمن له، أو لهم - طالب التأمين - من ناحية أخرى، و بمقتضى هذا الاتفاق يتعهد المؤمن - الطرف الأول - بأن يدفع له - الطرف الثاني - مبلغا معينًا من المال، أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين في وثيقة العقد في مقابل أن يدفع المؤمن له، أو يتعهد يدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان يسمى بقسط التأمين. «١»

تاريخ التأمين:

و التأمين بنظره البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة بل هو موجود من زمن بعيد و إن لم يكن معروفا لدى العامة كفكرة لها قوانينها و نظمها الخاصة و لتأخذ لذلك مثلا، فان هذه المساعدات التي تصل إلى الإنسان من أقاربه و أصدقائه عند مرضه، أو حلول كوارثه به لهى نفسها فكره التأمين بشكلها البدائي.

و كذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الديه لذوى القتل لو صدر اعتداء من أحد أفراد العشيرة على الغير هى نفسها فكره التأمين أيضا، و ضمان حياة القاتل من القتل الذى يكون بمثابة الاقتصاص منه. هذا، و أمثاله أنواع آخر من أمثلة التأمين بشكله البدائي.

(١) نظم هذا التعريف على ضوء التعاريف الواردة في القوانين المدنية لعملية التأمين فقد نصت المادة (٩٨٣) من القانون المدني العراقي على ما يلي: (التأمين عقد به يلتزم المؤمن ان يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أى عوض

مالى آخر فى حالة وقوع الحادث المؤمن ضده و ذلك فى مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) التأمين علما و عملا، لأحمد بديع سيفى، ص ٣٧.

و هذا التعريف يقابل نص المادة (٧٤٧) مدنى مصرى كما جاء فى: التأمين نظرية و تطبيقا لجليل قسطو، ص ١٦.
بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧

و الى غير ذلك من الالتزامات التى يلتزم بها الناس المؤدية لنفس النتائج التى تؤديها فكره التأمين من دون أن يطلق عليها هذا الاسم، أو تجعلها خاضعة لقوانين منظمة كما هى عليه اليوم كافة شركات التأمين.

و قد ذهب المتتبعون من الذين و أصلوا البحث عن تأريخ هذه الفكرة إلى دعوى وجودها من أيام الاغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطا معينة عن عبيدهم إلى الجمعيات التى كانت قد أنشئت لهذا الغرض فى مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده.

«و فى بلاد الاغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطا عن عبيدهم فاذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى، و الغرض من تأسيس هذه الجمعيات هى أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها فى مقابل أن يدفع كل عضو مبلغا ضئيلا من المال كل أسبوع و هذه الجمعيات لم تزل موجودة إلى الآن فى إنجلترا» (١).

عقود التأمين

. و من ناحية عقود التأمين فإن قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل يخضع الى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت.
و أقدم عقد ايطالى للتأمين صدر فى سنة ١٣٤٧ ميلادية. و محتمل أن يكون هناك أقدم منه.

(١) محاضرات ألقاها الأستاذ محمود عزمى مدير شركة التأمين المصرى على طلبة الصف الثانى فى كلية التجارة و الاقتصاد العراقىة.
و قالت بعض المصادر «ان البابليين فى العراق القديم أول من عرف عقد التأمين بشكله الابتدائى، و كان عندهم عبارة عن عقد قرض ساعد على ازدهار التجارة ما بين (٤٠٠٠ - ٣٠٠٠) قبل الميلاد» جليل قسطو فى التأمين نظرية و تطبيقا، ص ١١.
بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٨

و أقدم قضية للتأمين البحرى يرجع تاريخها إلى سنة ١٣٦١ م.
و أول شركة لتأمين الحريق تأسست فى لندن سنة ١٦٦٦ م.
أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهدا و أول صورة من صوره كان ضد الحوادث الشخصية سنة ١٨٤٥ م «١».

أنواع التأمين

. ليس من الممكن حصر التأمين فى أنواع معينة ما دام الإنسان عرضة للاخطار فهى تزداد مع مرور الزمن، و كلما دعت الحاجة الى أنواع جديدة منه و يمكننا أن نذكر قسما منها و التى توفرت لدينا أسماؤها:
التأمين - على الحياة.

التأمين - على الحريق، السرقة، و ما شاكل.

التأمين - على النقل البحرى، البرى، الجوى.

التأمين - على حوادث السيارات، الطائرات، المراكب، و غيرها.

و هناك أنواع كثيرة منه تتشابه، و لكن بالإمكان إرجاع بعضها الى البعض الآخر فلا داعى إلى التطويل «٢».

الشروط الأولية والأركان المطلوبة في عقد التأمين:

إشارة

عملية التأمين تشمل على أركان و شروط لا بد من استكمالها في هذه المعاملة.

(١) نفس المصدر السابق، و قيل أن تأمين الحريق جاء في أعقاب الحريق الهائل الذي وقع في لندن يوم الجمعة الثاني من أيلول عام ١٦٦٦ م و الذي استمر أربعة أيام بلياليها، و أتى على ٨٥٪ من مباني المدينة كما دمر ممتلكات هائلة، لا حظ التأمين علما و عملا لأحمد سيفي ص ٧.

(٢) بعض المصادر المختصة بالموضوع تقسيم التأمين إلى قسمين: تأمين خاص، و تأمين اجتماعي. و لدى التحقيق وجدنا هذه الأقسام المذكورة كلها داخله تحت عنوان التأمين الخاص، أما التأمين الاجتماعي فيقصد به: «التأمين الذي فرضته الحاجة الاجتماعية لحماية مستقبل الطبقة العاملة و هو الذي تمارسه الدول و تجعله إلزاميا»، جليل قسطو في: التأمين نظريه و تطبيقا، ص ٣٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٩

أركانها:

١- الإيجاب و القبول.

٢- المؤمن عليه: شخص، ثروة مرض، و ما شاكل.

٣- مبلغ التأمين: الذي تدفعه الشركة عند حدوث الخطر و ما يدفعه طالب التأمين إلى الشركة من المال «١». شروطها:

١- بيان الخطر المؤمن ضده: حريق، وفاة سرقة، عجز، مرض.

٢- القسط الذي يدفعه طالب التأمين إلى الشركة لو أراد التقييط و كيفية تسديد الأقساط المرتبة على المؤمن له.

٣- مدة العقد: تاريخ ابتدائه، و انتهائه.

هذه هي أهم الشروط المطلوبة في عقد التأمين بين الطرفين.

و لا بد لنا من دراسة لهذه الأركان و الشروط توضيحا لها عما يكتنفها من الغموض.

[الأركان]

١- الإيجاب و القبول:

و هما ركن في عملية التأمين.

الإيجاب: و يتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له استمارة

(١) ذكرت بعض المصادر الحديثة للتأمين هذه الأركان الثلاثة و لكن بشكل آخر من التسمية يعبر عن معنى الإيجاب، و القبول

(بركن التراضي) فقالت «و أما وجود التراضي فيتحقق بالتعبير عن الإرادتين بالإيجاب و القبول.

و عن المؤمن عليه: عبرت (بركن المحل) حيث جاء «و محل التأمين في القانون العراقي هو ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة ٩٨٤ من القانون المدني إذ قالت: يجوز أن يكون محلا للتأمين كل شيء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين».

و عن الركن الثالث (مبلغ التأمين) عبرت (بركن السبب) فجاء «و السبب هو الدافع أو الباعث الذي يدفع كلا من طرفي العقد على إبرامه و على الالتزام بالآثار التي تترتب عليه. و لقد نص القانون على ركن السبب و قضى بأن يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام أو للأداب»، لاحظ التأمين علما و عملا ص ٣٢-٣٣

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠

تحتوى على بيان النوع الذى يؤمن الشخص عليه: ثروة أو نفسا أو ما شابه و على القسط الذى يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمن له مرتبا، و على مبلغ التأمين الذى يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمن عليه إضافة إلى بقاء الشروط المتفق عليها بين الشركة و بين طالب التأمين. و يكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين إيجابا منه بذلك.

القبول: و يكون بتصدير الوثيقة التى تؤدى وجود التعاقد بين الجانبين و مصدر هذه الوثيقة- عادة- الشركة لتدفعها الى طالب التأمين. و بهذا يتم الركن الأول من الأركان المطلوبة فى عملية التأمين «١».

المؤمن عليه:

و بيان المؤمن عليه من أساسيات التأمين حيث تتوقف عليه المعاملة التأمينية إذ يختلف المؤمن عليه: فمرة- يكون حياة طالب التأمين، و ثانية- بعض الطوارئ العارضة عليه، و ثانية- أموال الشخص، و ممتلكاته و لكل من هذه خصوصياته، و أوضاعه و لا بد للشركة من تقدير ظروف كل من هذه الخصوصيات و ملاحظة ما تدفعه إزاء ما يؤمن عليه و عند عدم ذكره لا تتحقق عملية التأمين إذ تقف شركة التأمين مكتوفة اليد فعلى أى شيء ترتب دفع الأموال.

٣- مبلغ التأمين:

و هذا أيضا من أركان عملية التأمين فاننا لو أغضينا النظر عنه لما تمت العملية المذكورة، إذ لا يكون فى البين داع لأن يؤمن الشخص على حياته أو ماله بعد ما أغفل هذا الركن من البين، فلا بد من وجود هذا الركن، و بيان ما

(١) يراجع بصورة موضحة لعملية الإيجاب و القبول المذكورة هنا جليل قسطو فى التأمين نظريه و تطبيقا (ص ٣٩-٤٠) حيث يتم الإيجاب من قبل طالب التأمين، و القبول من الشركة، أو الجمعية.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١

تدفعه الشركة إلى الذى يريد التأمين على حياته أو ممتلكاته. و من الجهة الثانية لا بد من حصول بيان ما يدفعه الشخص تأمين الشركة بالمبلغ الفلانى على نفسه، أو أمواله لئلا تكون المعاملة خالية من الاعتبار فبإزاء أى شيء تقدم الشركة لو لم يؤخذ بنظر الاعتبار هذا الموضوع من جهته: ما تعوضه الشركة عند حدوث الخطر المتفق على التعويض بإزائه و ما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون بإزاء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين «١».

[الشروط]

٤- بيان الخطر:

و بيان الخطر من شروط معاملتنا التأمينية لاختلاف أنواع الخطر من حيث تقدير المبالغ التي تعوضها الشركة لطالب التأمين، فإن التأمين له شروطه الخاصة، و تختلف الخصوصيات المترتبة عليه عن خصوصيات حلول المرض أو العجز أو الشيخوخة. و هذا كله يختلف اختلافا كليا عن حوادث السرقة فلكل من هذه الجوانب خصوصية تنفرد بها عملية التأمين.

٥- اقساط التأمين:

و يختلف الحال في أقساط التأمين باختلاف النسب، و المبالغ: فتارة- يدفع ما عليه مرة واحدة إلى الشركة، و ثانية- يرغب في تقسيط المبلغ و لا بد من حصول الاتفاق بين الطرفين على كيفية تسديد المبالغ.

٦- مدة العقد، تاريخ ابتدائه، و انتهائه:

و من الشروط المطلوبة أن يذكر الجانبان مدة التأمين، و هل انها تبقى

(١) مما تقدم يبدو أن المصلحة أو الفائدة المؤمن عليها هي ركن من أركان أى نوع من أنواع التأمين فكل عقد لا يتوفر فيه هذا الركن يصبح لا قيمة له قانونا و لأطراف العقد التمسك بانعدام الفائدة. أو المصلحة في عقد التأمين لإبطال العقد. كما أن هذا الركن يفرضه القانون فرضا، فللمحكمة عند استعراض القضية إن وجدت انعدام الفائدة أو المصلحة في عقد التأمين فمن واجبها أن تعتبر العقد باطلا» التأمين نظرية و تطبيقا، ص ٥١-٥٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢

نافذة المفعول إلى الأخير أو يرغب طالب التأمين بإجراء عقد لمدة معينة؟ و لا يجوز ان يبقى هذا الشرط مجهولا إذ على بيان هذا الشرط يتوقف مبلغ التأمين من الجانبين ما تدفعه الشركة و ما يدفعه طالب التأمين من الاقساط.

التأمين عقد رضائي:

تعتبر أنظمة التأمين هذه العملية من عقود المعاوضة «١» و التي يتم فيها الإيجاب و القبول بينما أخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة، ذلك لأن كلا طرفي المعاملة مأخوذ بنظره ما يعطى.

فالشركة تتعهد بدفع المبلغ المؤمن عليه في مقابل الحصول على مقدار من المال يتفق الطرفان على طريقة استحصاله. و طالب التأمين يدفع الاقساط المعينة عليه في قبال الحصول على المبلغ المؤمن عليه، سواء في وقت معين كأن يفرض التأمين إلى وقت يحدده الطرفان أو يكون لورثته عند حدوث الوفاة أو ما يتلف من ممتلكاته.

وثيقة التأمين (البوليصة):

أما الوثيقة التي تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فإنها تعتبر رصيذا ضخما لصاحبها تبعا لضخامة المبلغ المؤمن عليه، و لهذه الوثيقة

اهميتها التجارية في

(١) لدى إعادة النظر فيما كتبناه عن شيخنا تحت هذا العنوان لم نجد مطابقا لما يرمز اليه و لم يكن تطابق بين العنوان و المعنون موجودا، فالعنوان يرمز الى كون التأمين لا- بد فيه من توفر عنصر الرضا من الطرفين، بينما الشرح يوضح كون هذه العملية عملية معاوضة و فرق بين المصطلحين و لذلك لا بد لنا من الفصل بين هذين الموضوعين فنقول: عملية التأمين لا بد لها كعقد من العقود الجارية بين الطرفين من حصول كافة الشروط التي لا بد منها في المعاملات العقدية، و من تلك الشروط الرضا بما يقدم عليه كل طرف من الأطراف المعنية في هذه المعاملة، و أن لا- يكون أحدهما مكرها على إجراء مثل ذلك العقد، هذا ما يعود الى العنوان المذكور من كون التأمين عقدا رضائيا. و أما الشرح فلا بد لنا أن نعنونه بما يلي: التأمين عقد معاوضي فإنه من العقود التي يتم إلخ. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣

نظر العرف التجاري، فان الدائن لا يجد الحرج في إقراض صاحبها المال حيث يجد من الشركة خير معوض لدينه لو مات الغريم. و كذا التاجر ينظر إلى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التي ينظر بها إلى البضاعة غير المؤمنة مكفولة من قبل الشركة و هي ملزمة بإيصال المال اليه، و عند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الإضرار التي حلت ببضاعة.

ثانيا- طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية:

إشارة

أن شيخنا الأستاذ- دام ظله- يرى التأمين: «اتفاق بين الطرفين المؤمن- الشركة- أو من يقوم مقامها، و بين المؤمن له- طالب التأمين أو المأذون من قبله- نتيجته ان المال إذا تلف تكون خسارته على المؤمن في قبال أن يدفع المؤمن له مبلغا من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر، و التسديد». و حيث كانت هذه المعاملة مستحدثة لعدم وجود لها على عهد المشرع الإسلامي كما هي عليه اليوم، فلا بد لمعرفة حكمها الشرعي من اتباع الطرق الآتية: أولا- عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت لعلنا نجد من بين تلك ما يماثل ما نحن فيه من معاملة التأمين.

ثانيا- تطبيق إحدى القواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها في عهد المشرع الأعظم. و بعد العجز عن هذين الطريقتين فلا بد من الانتقال.

ثالثا- إلى الأصول العملية.

و سندكر موجزا لتعريف الأصول العملية و متى نحتاج إليها.

عرض التأمين على المعاملات الشرعية:

إشارة

إذا عرضنا عملية التأمين على باب الضمان نرى انه يستفاد من ملاحظة

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤

التأمين، و تعاريفه وجود ما يشبه الضامن، و المضمون و على هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية، و كيفية تصوير الضمان

بالنسبة الى كل من النفوس و الأعيان الخارجية، و مدى التقائه مع معاملتنا هذه، و بتمامية ذلك يكون التأمين من صغريات باب الضمان و يجرى على التأمين ما يجرى على الضمان.

و مما سبق عرفت: أن الأركان التي تتألف منها عملية التأمين هي:

الإيجاب و القبول.

المؤمن عليه.

مبلغ التأمين.

فإن كانت معاملات الضمان تشمل على مثل هذه الأركان تمكنا من إدراج التأمين في باب الضمان.

ما هو الضمان؟

إشارة

و لا بد أن نبحت مصطلح الضمان من الناحيتين اللغوية، و الفقهية.

الضمان في اللغة:

اختلفت كلمات اللغويين في الضمان:

فذهب البعض: إلى أنه مأخوذ من ضمم، و معناه ضم شيء إلى آخر بينما ذهب آخرون الى أن الضمان مأخوذ من ضمن، و معناه إدخال الشيء في العهدة، و الحيازة فإذا قال: ضمنت ثوبك، فمعناه أني أدخلت الثوب في عهدي و حيازتي، و ضمنى.

و الى هذا الرأي الثانى ذهب صاحب القاموس حيث قال: «ما جعلته في و عاء فقد ضمته إياه» (١). و قال ضمن الشيء و به كعلم ضمانا، و ضمنا فهو ضمين كفله.

(١) القاموس: مادة ضمن.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥

و فى تاج العروس قال: «و يقال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، و منه قولهم:

مضمون الكتاب كذا و كذا- الى قوله- و ناقه ضامن و مضمان حامل» (١).

و فى لسان العرب قال: «و ضمن الشيء إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع و الميت القبر و قد تضمنه هو قال ابن الرقاع يصف نافه حاملا.

أوكت عليه مضيقا من عواهنها كما تضمن كشح الحره الجبلا» (٢).

و من هذا العرض لآراء اللغويين نعرف ان الضمان مأخوذ من الضمن لا من الضم. فإذا قال: ضمنت مالك، فمعناه أني أدخلت في حيازتي، و عهدي لا- أننى ضمنت مالك إلى مالى لما يرد على هذا الرأي من أنه لو كان أصل ضمن هو ضم باليمين فلا وجه لتجريده من أحد ميميه و إبدالها بالنون فالمتعين ان ضمن أصل برأسه.

في اصطلاح الفقهاء:

فان الضمان هو إدخال المضمون في عهدة الضامن، و القيام من جانبه بكافه ما يترتب على هذا الإدخال، و الجعل من أحكام. و بهذا يكون قريبا من مفهومه اللغوى «٣».

(١) تاج العروس: مادة ضمن.

(٢) لسان العرب: مادة ضمن.

(٣) الاصطلاح المذكور للضمان ذهب إليه الشيعة الإمامية. قال الشهيد في المسالك: «الضمان عندنا مشتق من الضمن لأنه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه أصيلة بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة» كتاب الضمان.

و أما فقهاء العامة: فالغالبية منهم لا يرون هذا الرأى، بل يرون الضمان مأخوذاً من الضم و النون فيه زائدة، و يتحصل من ذلك الفرق بين المصطلحين كالآتى:

أن فقهاء الشيعة: يرون الضمان ناقلاً للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بحيث تفرغ ذمة المضمون عنه من المال، و الى مثل هذا ذهب بعض المذاهب المهجورة منهم. كأبى ليلى، و أبى ثور، و داود حسبما جاء فى كتاب رحمة الأئمة بهامش الميزان للشعرانى ١/ ١٩٤.

أما بقية المذاهب: فحيث أخذوا الضمان مشتقاً من الضم فإنهم لا يرونه ناقلاً بل إنما يفيد اشتراك الذمتين الضامن و المضمون عنه فى المطالبة أمام المضمون له لا- النقل فالدين باق على ذمة المضمون عنه و إنما للمضمون له المطالبة لأى منهما شاء الضامن و المضمون عنه، قال فى رحمة الأئمة: «اتفق الأئمة على جواز الضمان و أنه لا ينتقل الحق عن المضمون عنه الحى بنفس الضمان بل الدين باق فى ذمة المضمون عنه لا يسقط عن ذمته بالأداء. رحمة الأئمة بهامش الميزان: ١/ ١٩٤ نعم، ذهب الحنفية إلى التردد بين التشريك فى أصل الدين، أو المطالبة و لكنهم رجحوا التشريك فى المطالبة. قال عالمگیر بادشاه الحنفى فى الكفالة: «قيل هى ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة، و قيل فى الدين، و الأول أصح» الفتاوى الهندية ٣/ ٢٥٢، طبعه ديار بكر تركيا.

و معنى القول الثانى هو أن الضامن يكون شريكاً فى المضمون فى تحمل الدين، و لكنه كما فى بقية مصادر الفقه الحنفى رجح القول الأول، و هو التشريك فى المطالبة بمعنى إعطاء الصلاحية للمضمون له فى مطالبة أى من هذين شاء الضامن و المضمون عنه. أما الدين فهو باق على ذمة المضمون عنه.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦

أقسام الضمان:

إشارة

ينقسم الضمان بحسب النظر الأولى الى قسمين:

الأول- ما كان تحققه متوقفاً على فعل خارجى. كضمان اليد، و التلف.

الثانى- ما كان محتاجاً فى حصوله على الإنشاء. كضمان الديون.

ضمان اليد:

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شيء، فإن على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) كفيضة بلزوم إرجاع ذلك الشيء إلى صاحبه لو كانت العين باقية أو أداء بدله من المثل، أو القيمة (٢) لو تلفت العين قبل إرجاعها، و يكون

(١) راجع الحديث النبوي في كتب الشيعة المستدرک: کتاب الغصب - باب ١-، و من كتب السنة السنن للبيهقي: ج ٦، ص ٩.
(٢) التدرج المذكور من أداء العين أولاً، أو المثل عند تعذرهما، أو القيمة عند انتفاء المثل أمر يوحى به العقل و العرف ذلك: لأن من استولى على شيء مخاطب برد ذلك الشيء إلى مالكه و التخلي عنه. و في صورة تلف العين، أو عدم إمكان ردها لا بد من الانتقال إلى أداء الشيء الذي يماثل العين المذكورة لو كان لها مثلاً. أما لو تعذرت المثلية فإن الانتقال يكون حتماً إلى أداء المألي و هو المعبر عنه في لسان الفقهاء بالقيمة.

و من الواضح أن التمكن من أداء المثل لا يفقد من الشيء إلا الجهات الشخصية الكامنة في العين و في هذه الصورة لا معنى لأداء المألي لتمكن الشخص من أداء ما يحافظ على الجهات النوعية الكامنة في المثل - نعم - لو تعذر الحصول على الجهتين الشخصية و النوعية كانت المألي هي التي توجب تفريغ ذمة المكلف بعد انشغالها بواسطة الاستيلاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧

و جوب الأداء من آثار كون العين في عهده من وضع يده عليها من دون توقف إلى إنشاء من أحد الطرفين. و يلحق بذلك:

ضمان التلف:

فإن قاعدة من ألتف مال غيره فهو له ضامن (١). قاضية بأداء البديل لو كان لذلك التالف بدل أو القيمة لو كان قيمياً (٢)، و لا حاجة في هذا النوع من الضمان إلى إنشاء من أحد الطرفين بل نفس الفعل الخارجي من ضع و اليد أو الإتلاف، و ما شاكل يكون موجبا لتحقيق الضمان.

و هذا كله من النوع الأول الذي يتوقف تحقيقه على فعل خارجي.

و إذا انتقلنا إلى النوع الذي يحتاج في حصوله إلى الإنشاء نرى ما يكون أحد الطرفين موجبا، و الطرف الآخر قابلاً بذلك الإيجاب، و هذا القسم لو لا لاحظناه لرأينا منه ما هو مسلم بتحقيق الضمان فيه عند الفقهاء بينما وقع الخلاف في القسم الآخر.

أما ما كان مسلم بتحقيق الضمان فيه عند الفقهاء فهو:

(١) هذه القاعدة بهذا النص تستفاد من خلال كلمات الفقهاء، و قد اتفقت كلماتهم عليها و استدلت عليها بآيات من الكتاب الكريم من قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ»، و قوله تعالى «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا».

و من الأخبار فقد وردت بهذا المضمون أحاديث كثيرة في كثير من الأبواب الفقهية من طرق الطرفين فراجعها.

(٢) تصدى الفقهاء لتعريف كل من البدلين المثل و القيمي فعرفوا المثل: «بأنه ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة، و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعض من حيث المقدار» المكاسب ص ١٠٥، طبع إيران.

و يمثل لذلك بالحنطة- مثلاً- فإن نصف الكيلو منها تساوى من حيث القيمة النصف الثانى من الكيلو الواحد من الحنطة المعينة. و يقابل هذا القيمى: فإن أجزاءه لا- تتساوى من حيث القيمة فإن نصف الشاة لا يمكن اعتبار قيمته مساوية لنصفها الآخر كما هو واضح. و قد عرفوا المثل و القيمة بتعاريف عديدة كلها تحوم حول هذا المعنى. بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٨

ضمان الديون:

و يتحقق هذا بضمان ما فى الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون دينارا فيأتى شخص ثالث ليضمن لزيد مسألة بذمة عمرو فيقبل الدائن بذلك الضمان، و يكون تصوير ذلك بقوله: ضمنت مالک بذمة عمرو، و بقبول الدائن بهذا العرض ينتقل الدين من المضمون عنه الذى هو عمرو إلى ذمة الضامن و بهذا المقدار لم يخالف أحد من فقهاءنا. إلا- أن البعض منهم حصر الضمان الإنشائي فى هذا النوع و هو ضمان الديون و لم يجر الضمان الإنشائي فى غيره من الأعيان، و النفوس.

قال المحقق- رحمه الله- فى الشرائع: «الثانى فى الحق المضمون و هو كل مال ثابت فى الذمة» (١). و عقب الشيخ صاحب الجواهر- رحمه الله- على ذلك بقوله: «و مرجعه الى ما فى القواعد من أن شرطه المالية و الثبوت فى الذمة و ان كان مترلزلا كالثمن فى مدة الخيار، و المهر قبل الدخول. بل قيل أن على الأول الإجماع معلوم و محكى فى ظاهر الغنية و غيرها. بل منها، و غيرها أيضا الإجماع صريحا على الثانى. و فى محكى التذكرة: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعا» (٢). و إنما لم تصح هذه الصورة الأخيرة بالإجماع لأن الذمة حين الإنشاء لم تكن مشغولة بشيء ليتحقق الضمان. و أما ما اختلفت كلمة الفقهاء فيه بالنسبة إلى الضمان، فهو:

(١) الشرائع ص ١٢٧، كتاب الضمان.

(٢) الجواهر ص ٤٠٨، كتاب الضمان.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٩

ضمان الأعيان المغصوبة:

و تصويره بأن يغصب شخص ثوب آخر فيأتى شخص آخر ليضمن ذلك الثوب من الغاصب. و قد وقع الخلاف فى هذا النوع من الضمان، فأجازه جماعة، و منهم المحقق فى الشرائع حيث قال: «و الأشبه الجواز» (١). و منعه آخرون: و منهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله: «للعومات و لأنه مال مضمون على المضمون عنه» (٢) ثم أشكل عليه بما حاصله: إنكار العموم (٣) و ما يروى عن النبى -ص- من (أن الزعيم غارم) ليس من أخبارنا (٤)، فلا يكون حجه عندنا و أن (عموم الوفاء بالعقد) لا- يمكن انطباقه على ما نحن فيه على مذهبنا من كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون، منه، الى ذمة الضامن إذ ليست العين من المال فى ذمة الغاصب فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة إلى أخرى و نحن لا نقول به (٥).

(١) الشرائع ص ١٦٧، كتاب الضمان، ونقل الجواز عن علمائنا المتقدمين كالشيخ المفيد و الشيخ الطوسي و العلامة الحلي. راجع مفتاح الكرامة: ٣٧٢ / ٥. أما فقهاء السنة فقد أجاز الأحناف ضمان الأعيان المغصوبة حيث قال عالمغير بادشاه الحنفى: تجوز الكفالة بتسليم المبيع و بالديون و بالأعيان المضمونة كالمغصوب و المهور فى يد الزوج. الفتاوى الهندية: ٢٥٤ / ٣.

و قال ابن قدامة الحنبلى: «و يصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب، و العارية، و به قال أبو حنيفة و الشافعى فى أحد القولين» المغنى لابن قدامة: ٤ / ٤٨٤.

(٢) نفس المصدر ص ٤٠٩.

(٣) الذى استند اليه المحقق فى قوله و الأشبه الجواز.

(٤) ذكره ابن قدامة فى المغنى: ٤ / ٤٨٠ و قال عنه: «رواه أبو داود و الترمذى و قال:

حديث حسن».

(٥) و قد منع الشافعى ضمان الأعيان المغصوبة فى أحد قوليه معللا ذلك «بان الأعيان غير ثابتة فى الذمة، و إنما يضمن ما يثبت فى الذمة، و وصفنا له بالضمان إنما معناه: انه يلزمه قيمتها إن تلفت و القيمة مجهولة» المغنى لابن قدامة: ٤ / ٤٨٤.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٠

و حاصل ما أفاده شيخنا- دام ظله- فى هذا المقام هو: إمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة يوجب انتقال ضمانها من الغاصب الى الضامن- و حينئذ فلو انتقل الضمان فيكون بقاؤها بيد الغاصب من قبيل الأمانة، غاية أنه يجب على الغاصب إعادة العين الى مالكها فوراً، و فى هذه الأثناء لو تلفت العين يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على الغاصب. نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يد ضمان و عليه فيكون ضامناً من جديد و لو تلفت فى هذا الدور كان عليه بدلها.

و قد يعترض على المانع من جريان الضمان فى الأعيان المغصوبة بأنه ما الفرق بين ضمان الدين فأجيز و كان موجبا لانتقال الضمان من ذمه المديون إلى ذمه الضامن، و بين ضمان العين المغصوبة فممنوع، و لم يكن موجبا لانتقال الضمان من ذمه الغاصب إلى ذمه الضامن.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ- دام ظله- عن ذلك: بأن الدينار الكلى الذى لزيد فى ذمه عمرو يكون من قبيل الكلى فى المعين، فاذا جاء الضامن ليضمن ذلك الدينار كان محصل ضمانه هو: أن يكون الدينار الكلى فى عهده الضامن، و ذمته، و لا بد أن يكون وجوده فى ذمه الضامن من قبيل الكلى فى المعين كالأصل حيث كان فى ذمه المدين. و حينئذ- فيكون المضمون الذى فى ذمه المدين غير الذى فى ذمه الضامن. و إذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن الدائن يملكهما معا، الدينار الذى فى ذمه المدين، و الذى هو فى ذمه الضامن.

و لا مخرج لنا إلا القول بأن ذلك الدينار الكلى الذى كان لزيد فى ذمه عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمه عمرو إلى ذمه الضامن. هذا فى ضمان الدين، و أما فى ضمان العين المغصوبة فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان و ذلك لأن ضمان المغصوب لا يخرج عن أن تلك العين فى عهده الضامن كما هى فى عهده الغاصب، و المالك لم يتبدل ملكة من عين إلى أخرى، كما تبدل مملوكة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣١

الكلى من كلى إلى كلى آخر. و أقصى ما فى البين: أن هذه البين التى هى ملكه كانت فى عهده الغاصب فصارت فى عهده الضامن فكان المملوك له شيئا واحداً و توارد عليه الضمانان بخلاف ضمان الكلى فى الذمة، فكان المملوك الكلى الذى هو فى ذمه المديون قد انطبق على هذا الكلى الذى هو فى ذمه الضامن و يكون المملوك للدائن هو ما فى ذمه الضامن، و سقط ماله فى ذمه

المديون.

و إن شئت فقل: أن الضامن يسحب الكلى الذى فى ذمة المديون الى ذمته و ضامن العين و ان سحب العين الى ذمته إلا أن ذلك لا ينافى بقاء نفس العين التى هى فى يد الغاصب على ملك مالكةا، و إن صارت أيضا بعهد الضامن فكان الضامن، و الغاصب من قبيل توارد الأيدى.

و لو تنزلنا و قلنا: أن ضمان الكلى فى ذمة المديون لا يزيد على ضمان العين الشخصية التى هى فى عهد الغاصب فلا يكون موجبا لكون الضامن الثانى مسقطا للضامن عن الأول سواء كان ضمان الثانى باليد. أو بالجعل أن جوزناه إلا أن الإجماع، و الأخبار الشريفة قضت بالانتقال فى خصوص ضمان الدين دون ضمان العين، فلا بد لنا من التفرقة بين الضمانين، و جعل ضمان الدين موجبا للانتقال دون ضمان العين المضمونة.

و على أى حال نعود الى القول: بأن ممن أجاز ضمان الأعيان المغصوبة هو السيد الفقيه الطباطبائى - قدس سره - حيث قال: «اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغضب، و المقبوض بالعقد الفاسد، و نحوهما على قولين ذهب الى كل منها جماعة و الأقوى الجواز» (١).

و مما وقع الاختلاف فيه من حيث الضمان هو:

ضمان الأمانة:

حيث يضمن الشخص الوديعه التى عند الشخص الآخر. و قد منعه كثير

(١) ضمان العروة الوثقى مسألة: ٣٨.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٢

من الفقهاء متمسكين على ذلك بالإجماع، و قد نسبته فى التذكرة إلى علمائنا أجمع (١).

و قال المحقق - رحمه الله - فى الشرائع: «و لو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة، و الوديعه لم يصح لأنها ليست مضمونة بالأصل» (٢).

و هكذا نرى العلامة - قدس سره - يمنع منه فى قواعده (٣) أو كذا جامع المقاصد، و المسالك و غيرهم.

أما السيد الطباطبائى فقد قال فى عروته ما يلى: «و أما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة، و الرهن، و الوديعه قبل تحقق

سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم فى عدم صحته (٤)، و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا» (٥).

و ربما كان الوجه فى منع الضمان فى الأمانة هو عدم وجود المضمون عنه فى هذه الصورة، و حيث لا بد من وجوده كما فى ضمان الدين، فان فيه أركانا أربعة و هى:

(١) و بذلك قال الأحناف معللين عدم ضمان الأمانة بأنها غير مضمونة لا عينها، و لا تسليمها الفتاوى الهندية: ٢٥٤ / ٣. و أما الحنابلة

فقد فصل فيها فى المغنى: بأن الأخذ ان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هى فى يده فكذلك على

ضامنه و ان ضمنها إن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد يدل على صحة ضمانها، المغنى: ٤ / ٤٨٤.

(٢) شرائع الأحكام. كتاب الضمان فى الحق المضمون.

(٣) حيث يقول: «و لا ضمان الأمانة كالوديعه، و المضاربة». و علق عليه فى مفتاح الكرامة قائلا: كما فى الشرائع، و التحرير، و الإرشاد،

و جامع القاصر، و المسالك، و مجمع البرهان و الكفاية» مفتاح الكرامة / كتاب الضمان ص ٣٧١.

(٤) استند المانعون من فقهاء المسلمين الى أن الأمانة غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وإنما الواجب على الأمين التخليه فقط، و عليه فحيث لم تكن العين مضمونة على ذى اليد فكذا ليست مضمونة على الضامن.

(٥) العروة الوثقى: كتاب الضمان مسألة (٣٨)، وإنما قوى السيد هذا النوع من الضمان فى الودائع لنفس ما استند اليه فى الجواز فى ما تقدم منه فى المسألة (٣٧) من جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل لقوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» سورة يوسف الآية ٧٢.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٣

المضمون له، و هو الدائن.

و المضمون عنه، و هو المدين.

و المضمون، و هو الدين.

و الضامن، و هو الشخص الجديد.

و من أجاز الضمان فى الأعيان المغصوبة ربما كان نظره الى أن الضمان فى الأعيان المغصوبة توجد فيه نفس هذه الأركان الأربعة، و هى:

المضمون له، و هو صاحب العين.

و مضمون عنه، و هو الغاصب.

و مضمون، و هو نفس المغصوب.

و ضامن، و هو الشخص الجديد.

و لذلك يقال: لا بد فيه من انتقال الضمان من الغاصب الى الشخص الجديد اما ضمان الأمانة فيفتقر الى أحد هذه الأركان حيث لا يوجد فيه المضمون عنه، بل يشتمل على أركان ثلاثة، و هى:

مضمون له، صاحب الأمانة.

و مضمون، و هو نفس الأمانة.

و ضامن، و هو الشخص الجديد.

أما المضمون عنه: فليس بموجود لأن من ييده العين أمين و لا علاقة له بالعين ليكون شخص ضامنا عنه، و حيث لم توجد الأركان الأربعة بكاملها لم يكن الضمان فى الأمانة جاريا.

و قال شيخنا الأستاذ- دام ظله- معقبا على هذا الوجه بأن: وجود الركن الرابع و هو المضمون عنه غير ضرورى فى حقيقة الضمان، بل المدار فى الضمان و تحقيقه هو وجود الأركان الثلاثة، و هى: الضامن، و المضمون له و المضمون عنه، على أنه- دام ظله- عقب على الموضوع بقوله

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٤

«على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان المغصوبة لا يشتمل على وجود المضمون عنه، لإمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة لا يكون ضمانا عن الغاصب بل هو ضمان ابتدائي لا عن الغاصب بل عن المالك، و ما هو إلا من قبيل ضمانك للعين التى هى فى قعر البحر لصاحبها بأن تتعهد بها، إما بإخراجها أو بأداء بدلها فى عدم الاحتياج الى المضمون عنه. و لأجل ذلك لو أقدم شخص و غصب العين فى يد الغاصب يكون ضامنا لنفس العين لكنه ضمان ابتدائي منه لا عن الغاصب، و- حينئذ- يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقا لا يدخل فى حقيقة الضمان عن ضامن، و ان ذلك انما هو فى ضمان الدين فقط فان الضامن يضمن الدين الذى فى ذمة الدائن بخلاف ضمان العين التى هى فى ضمان الغصب، فان ضمانها لا يكون عن الغاصب فلا يكون موجبا لانتقال الضمان من الغاصب الى

الضامن».

ضمان الأعيان الشخصية:

و المقصود من الأعيان الشخصية هي الأعيان التي بيد أصحابها من دون أن تكون أمانة أو مغصوبة، أو مقبوضة بالعقد الفاسد، و منها- أموال الناس في متاجرهم و لم يتعرضوا لهذا النوع لا نفيا، و لا إثباتا. و لا بد لنا من ملاحظة هذا النوع، و هل هناك مانع من جريان الضمان فيه أو لا؟

و على توسعه باب الضمان إلى أمثال هذا النوع يتوقف اندراج مبحث التأمين في باب الضمان و إلا فلو اقتصر الضمان على ما في الذمم، أو الأعيان المضمونة كالغصب و العقد الفاسد فلا مجال لكون التأمين من أفراد الضمان. و قد عرفت أن عد التأمين من صغريات الضمان يتوقف على توسعه الضمان و شموله لكل فرد سواء كان المضمون ديناً أو عينا بيد الغاصب، أو أمانة أو عينا شخصية خارجية بيد صاحبها، أو نفساً سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٥

الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية:

و هذا النوع من الضمان على نحوين:
الأول: ان لا يكون في مقابل الضمان من الضامن تعويض بشيء، بل يقدم الشخص على الضمان لغرض من الأغراض فيقبل المضمون له بذلك العرض و تنتهي المشكلة.
الثاني: أن يكون في البين شيء يكون عوضاً عن هذا الضمان، يدفعه المضمون له الى الضامن.
و تصوير ذلك: بأن يقول الضامن لصاحب العين ضمنت مالك لمدة عشرة سنين على أن تعوضني دينارا عن كل شهر، فيقبل المضمون له أو يكون الأمر بالعكس كأن يقول المضمون له: ادفع لك كل شهر دينارا على أن تضمن مالي لمدة عشرة سنوات، و يقبل الضامن بهذا العرض.
و بتصحيح هذا النحو الثاني من الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية يتم لنا ما نريده من إدراج عملية التأمين في باب الضمان حيث توجد في هذا النحو نفس الأركان الموجودة في التأمين و هي:
الإيجاب و القبول.

و المؤمن عليه- و هو معبر عنه هنا بالمضمون، و الذي هو العين الخارجية أو النفس.
و مبلغ التأمين- و هو موجود هنا حيث يجعل المضمون له تعويضاً يدفعه الى الضامن- كما بيناه في المثال المتقدم.
و بحصول هذه الأركان في عملية الضمان أمكننا إدراج التأمين في معاملة الضمان من هذه الجهة، و يبقى علينا البحث عن تصحيح الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية، و النظر الى أن الضمان مقتصر على موارد خاصة كالضمان على الديون و بعض ما اختلف فيه كالمغصوب و غيره، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك، بل يشمل جميع الأفراد؟.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٦

قال شيخنا- دام ظله- أن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون آخر، فكما يجري في الديون كذلك يجري في الأعيان الخارجية من الأموال، و العقارات، و غيرها من النفوس مملوكة و غير مملوكة. فيمكن للشركة- حينئذ- أن تضمن هذه الأشياء

لأن الضمان - كما بيناه - ليس إلا التعهد وإدخال الشيء في العهدة، وهو اعتبار يقره العقلاء، حيث يدخل الضامن المضمون في عهده، وحيازته.

ولإكمال ما ندعيه من هذه التوسعة لا بد من ملاحظة أمرين:

الأول: الإجماع المدعى على أن يكون الحق المضمون مالا ثابتا في الذمة أما الإجماع فقد تقدم تفصيل الكلام فيه فيما نقلناه عن العروة وغيرها.

الثاني: أن لا تكون في البين سفاهة ليكون ممنوعا عنها.

ومن الواضح أنه لا سفاهة في معاملة التأمين، لأن القائمين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلا بعد حساب الاستفادة من التجارب، واستفادة النتائج الناشئة من الحسابات الدقيقة التي تجريها تلك الشركات، وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته فلا يكون الإقدام من جانب الشركات سفهيا، وفي الوقت نفسه لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر فيه شيء من السفاهة، ذلك لأن إقدامه على تأمين نفسه، أو ممتلكاته يبعث في النفس الاطمئنان على أن هناك من يعوضه عند حصول قدر يؤدي إلى تلف بضاعته أو يعوض الأسرة المنكوبة لو حدث به ما يؤدي إلى موته، وهذا المقدار من الطرفين (طالب التأمين) من جهة (و الشركة) من جهة ثانية يعتبر عملا عقلانيا.

وبذلك تتم معاملة التأمين، وانها من جملة ما يندرج في باب الضمان لما بيناه من أن الضمان لا يخرج عن كونه تحمل للمسؤولية، وإدخال الشيء في حيازة الضامن من غير فرق بين الديون والأعيان الخارجية، والنفوس الحرة والمملوكة فيمكن الشركة أن تضمن أموال الشخص، أو نفسه أو عبده على نحو ما بيناه في الضمان، وأن الأركان واحدة في كلتا المعاملتين الضمان والتأمين.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٧

وقد يعترض على ذلك بأن هذا النحو من المعاملات لا يخرج عن كونه معاملة إيقاعية لحصولها من طرف واحد، وهو الضامن «الشركة» لإقدامه على تحمل المسؤولية، وإلقائها على عاتقه.

وقد تصدى شيخنا الأستاذ - حفظه الله - للإجابة عن ذلك بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة إيقاعية. بل انها معاملة واقعة من الطرفين لأنها حاوية على الإيجاب من طرف، والقبول من الطرف الآخر.

إذ أن توقيع (طالب التأمين) على ورقة العقد المقدمة له من قبل الشركة لإملائها والتوقيع عليها هو عبارة عن القبول منه للمعاملة، وتصدير الشركة لوثيقة التأمين، وتوقيعها هو عبارة عن إيجاب تلك المعاملة وحيث يكون محصل هذه المعاملة هو الضمان العقدي بشروط، ومنها دفع المضمون له الاقساط وحيث تكون الشركة بتوقيعها الورقة، وتسليمها للمضمون له هي الموجبة ويكون المضمون له بأخذ الورقة، وتوقيعها هو القابل على خلاف ما تقدم سابقا من كون الشركة هي القابلة و طالب التأمين هو الموجب لنستريح بذلك من كون شرط طالب التأمين الضمان على الشركة هل هو من قبيل شرط النتيجة أو شرط السبب «١»، وبذلك تخرج عن الإيقاعات فلا يكون الشرط في ضمنها من قبيل الشرط في الإيقاع الذي هو محل الاشكال، بل تكون من العقود مؤلفة من الإيجاب من ناحية الشركة، والقبول من ناحية المضمون له إذ لو نزلناها على مجرد الإيقاع لكان الموقع لها هو الشركة، ولا وجه على كل حال لكون الابتداء من ناحية المضمون له لأن المنشأ هو الضمان، وانما ينشئ الضامن دون المضمون له، ولو قلنا: بتحمل الإيقاع الاشتراط لأمكننا القول به هنا، ويكون المجعول هو ضمان الشركة بالشروط فان قام المضمون له بالشروط

(١) سيمر علينا تعريف موجز لهذين المصطلحين: شرط النتيجة، و شرط السبب، عند التعرض للبحث عن اعمال البنوك، والمصارف في البحث عن بيع العين المرهونة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٨

كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذي أخذته على عاتقها، و ان لم يقيم المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان و لكنه لا يخلو عن اشكال لانحلاله الى تعليق الضمان على الشروط، و التعليق باطل في المعاملة، فلا بد من تنزيل هذه المعاملة على ما عرفت من الضمان العقدى ليكون الاشتراط فيها من قبيل الالتزام فى ضمن الالتزام، كما هو الشأن فى الشروط المأخوذة فى المعاملة بين الطرفين من أحدهما على الآخر نعم لا نحتاج الى لفظ مخصوص بكل يكفى فيها كل ما هو موجد لها.

و من المعلوم ان الإنشائيات من الأمور الاعتبارية التى لها تحقق فى وعاء الاعتبار و معنى إنشائها هو جعلها و إيجادها فى عالم الاعتبار و بأى سبب و أى لفظ أراد أن يوجد الإنسان توجد، و لا تتوقف على لفظ خاص كبعث و ما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدى هذا المؤدى.

الخلاصة:

إذا مما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلةً للاندراج فى باب الضمان ليجرى عليها ما يجرى على الضمان من أحكام و لكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانيةً لشبهه أن الضمان لا يكون إلا على ما فى الذمم، و قد وقع الخلاف فى بعض الموارد الأخرى، و ليس منها ضمان الأعيان الخارجية، فإن علينا عرض ما نحن فيه - أعنى التأمين - على بقية المعاملات التى كان لها وجود على عهد المشرع الإسلامى، لنرى مدى انطباقها عليها، حتى يمكن تجويزها لنا.

الهبة بشرط تحمل الخسارة:

لا الهبة بشرط الضمان و إلا جاء الاشكال السابق فى صحة ضمان الأعيان بل ان الشرط هو تحمل الخسارة التى تعرض للمضمون له الذى هو الواهب.

و يتصور هذا الوجه بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو مما يجتمع

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٩

عندها بحيث تتكفل بالخسارة إن حدث حادث بالمال أو النفس فيقول طالب التأمين:

و هبتك كذا مقدارا من المال شهريا على أن تتحمل كذا مقدارا من المال خسارة لمدة عشر سنوات - مثلا - لو حدث حادث بمالى، أو نفسى، و يأتى دور الشركة لتقبل بهذه الهبة، و تسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة فتكون الهبة من طالب التأمين إيجابا منه، و موافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة، و ليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليطل الشرط، و تقع الهبة غير مشروطة، بل هو شرط سائغ لا مانع فيه، و لو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيناها حاوية على نفس أركان التأمين لاشتمالها على الإيجاب و القبول، و المؤمن عليه: و هو النفس أو المال و مقدار الخسارة، و هو مبلغ؟ التأمين. و عليه فينزل التأمين على الهبة و يكون من صغريات هذه المعاملة و يجرى عليه ما يجرى عليها من الأحكام.

الصلح بشرط تحمل الخسارة:

و من جملة ما نعرض عليه معاملة التأمين هو باب الصلح حيث يتصلح الطرفان على أن يتحمل أحدهما، و هو الشركة الخسارة التى تحل بالطرف الآخر بشرط ان يدفع الطرف الآخر المقدار المعين من المال، و من الممكن أن يكون الصلح واقعا على أن يدفع طالب التأمين إلى الشركة مقدارا معينا من المال فى كل شهر مثلا على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله، أو كذا مقدارا من المال لو حل به موت أو تلف لعضو من أعضائه.

و بهذه الطريقة أمكننا أن نهرب من الضمان و إشكالاته فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية.

و ليس هذا بجديد فقد ذكر السيد الطباطبائي (قدس سره) لتصحيح

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٤٠

ما لو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمل الخسارة، و منعوا من تصحيح ذلك بالضمان فقد قال: «العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعيبها، إلا بالتعدي أو التفريط، و لو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها، فالمشهور عدم الصحة لكن الأقوى صحته، و أولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب لا بعنوان الضمان» (١).

و من الواضح أن هذه الطرق المذكورة من الهبة أو الصلح لا يفرق فيها بين أن يكون الموضوع ديناً أو عينا خارجية أو نفساً لعدم وجود ضمان في البين لتأتي الإشكالات السابقة فيه هذا كله في الطريق الأول.

و هو عرض المعاملة التأمينية على المعاملات التي كانت موجودة في الزمن السابق ليؤخذ حكمها من تلك المعاملات.

عرض التأمين على القواعد:

و هل هناك وجه يصحح لنا ما نحن فيه؟ و ذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقداً مستقلاً مؤلفاً من إيجاب و قبول، كما هو الحال في باقي المعاملات الإنشائية فتكون حينئذ مشمولاً للعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالعقد. كقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢). أو قوله عز و جل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (٣). بناءً على أن أوفوا بالعقود لا يكون مختصاً بالعقود الموجودة سابقاً، بل هو جار في كل ما يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا، و نحوه مما منعه الشارع

(١) العروة الوثقى، كتاب الإجارة، في العين المستأجرة بيد المستأجر.

(٢) المائدة: آية ١

(٣) النساء: آية ٢٩

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٤١

المقدس، لأن القاعدة في كل عقد لزومه، و وجوب الوفاء، و ان لم يكن راجعاً الى العقود الموجودة.

و لا- يفرق في البين بالنسبة إلى الالتزام بألفاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء في الإيجاب أو القبول و لا داعي الى ذلك لأنك قد عرفت مما تقدم عدم اشتراط ذلك، و لا داعي للاقتصار على لفظ خاص بعد أن كان للمنشئ أن يبرز ما في نفسه بأي مبرز كان. و لعل هذا الوجه هو أصح الوجوه المتقدمة، و الذي يعتبر من قبيل المعاملة الشخصية لأننا نرى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله، و يوقع وثائق عديدة في هذا الصدد، و تنظم. الشركة له كشوفاً على المال لو كان المؤمن عليه ما لا و يمكن مشاهدته أو على النفس لو كان نفساً و يقر الطرفان و يعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض، و تذكر فيها جميع الشروط المطلوبة فتشتمل المعاملة حينئذ على الإيجاب و القبول و الرضا من الطرفين، و في الوقت نفسه تخرج المعاملة عن كونها معاملة سفهية لأن كلا من الطرفين لا يقدم إلا بعد أن يضمن النفع لنفسه.

كما إنها ليست بمعاملة غررية لو قلنا أن قوله (ع) نهى النبي عن بيع الغرر (١) شامل لهذا النوع من المعاملات لعدم وجود أي خطر فيها على المتعاملين.

(١) روى هذا الحديث بلسانين: أحدهما- بلسان النهى عن بيع الغرر و ثانيهما النهى عن الغرر اما الأول: فجاء من طرف الشيعة فى الوسائل باب / ٤٠ من أبواب آداب التجارة/ حديث- ٣-، و فى المستدرک: باب / ٣١ من نفس الأبواب حديث- ١-، و أرسله العلامة فى التذكرة فى القسم الثالث من أقسام البيوع المنهى عنها، و من طرق السنة فقد قال عنه فى منتقى الاخبار بهامش نيل الأوطار للشوكانى / ٥ / ١٦٦: رواه الجماعة إلا البخارى و كذلك فى صحيح الترمذى / ٥ / ٢٣٧، و كنز العمال / ٢ / ٢٢٩ حديث ٤٩٢٠- و ٤٩٢٣، و أما الثانى فقد روته الشيعة جاء فى التذكرة فى المسألة الثانية من الركن الثالث من الفصل الثانى من الإجارة، و من طرق العامة ذكره ابن الأثير فى نهايته مادة- غرر- بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٤٢

عرض التأمين على الأصول العملية:

حيث يكون عرض معاملة التأمين عليها و طبعى أن البحث فى هذه المرحلة لا يتعدى كونه تشقيق المسألة من الوجهة العلمية لأن الأصول العملية ليست إلا وظائف مقررّة يرجع إليها الشاك عند العجز عن تحصيل الدليل الاجتهادى و نحن قد صححنا هذا النوع من المعاملات بالوجوه السابقة فلا تصل النوبة حينئذ إلى التماس الحكم من الأصل العملى إلا أنا- كما بينا- لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العلمية لرأينا الأصل العملى لا يصحح لنا هذا النوع من المعاملات لأن أصالة الفساد ههنا تقتضى عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة لأننا لو بقينا نحن و المعاملة مع عدم وجود ما يصححها فلا ندرى أنها صحيحة ليرتب الأثر عليها، أو باطله فلا يترتب عليها الأثر المطلوب، و فى مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة.

تنبيهات:

إشارة

و لا بد لنا و نحن على أبواب الختام من التعرض لملاحظات توضيحية تبين لنا بعض الملابسات فى هذا المقام، لذلك لا بد من التنبيه على أمور:

١- التأمين بالتقابل:

عرفنا مما مر علينا أن عملية التأمين من الأعمال التجارية و التى تكون مشموله لعمومات الوفاء بالعقد، شأنها فى ذلك شأن المعاملات الأخرى مما ينطبق عليها التجارة عن تراض على نحو ما مر من الأعمال التى يقوم بها الطرفان الشركة من جهة، و طالب التأمين من الجهة الثانية.

و الى ذلك أشار الأستاذ صالح حمود علوش بعد ما ذكر تعريفا للتأمين قائلاً:

«و التعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين فى مقابل أجره معينة و بعبارة أخرى مقابل جعل يدفعه طالب التأمين للمؤمن، و غالباً ما يدفع الجعل على

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٤٣

هيئة أقساط، و يقع التأمين عادة لدى إحدى الشركات، و هو من جانب الشركة عمل تجارى، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملاً تجارياً أو مدنياً على حسب الأحوال» (١).

و قد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين و لا غموض فيه و لكن هناك نوعاً آخر من التأمين أشار إليه المؤلف المذكور بقوله:

«و قد يكون التأمين بالتقابل تفاديا لكارثة قد تلم بأحد أطراف التأمين و صورة ذلك أن تتفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض ما يحيق بأحدهم من الخسارة، و ظاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجاريا أيضا لأنه يؤدي الى تجنب الخسائر» (٢). و نحن مع هذا النوع من التأمين الذى يذكره المؤلف للفرق بينه و بين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقا لأن ما سبق بيانه هو أن تتحمل الشركة الخسارة بإزاء أن يدفع طالب التأمين مبلغا معيناً من المال يتفق عليه الطرفان، أو يخرج ذلك على الصلح، أو العقد المستقل المشمول للعمومات الكتابية فى الوقت الذى لا تكون هناك علاقة بين طالب التأمين و الشركة غاية ما فى البين أن طالب التأمين عميل جديد، أمن عند الشركة على ماله أو نفسه بمبلغ متفق عليه بينهما ففى الحقيقة طالب التأمين أجنبى عن الشركة و أعضائها، و أما هذا النوع الجديد و الذى يكون التأمين فيه بالتقابل فإنه لا يتعدى عن كونه تضامن من أعضاء الشركة فيما بينهم على توزيع الخطر الذى عرض لمال أحدهم، أو نفسه فيما بينهم بنسبة خاصة تابعة لمقدار مال كل منهم و مقدار الرسم الذى يدفعه إلى الجمعية.

أما وجهه نظر شيخنا الأستاذ - دام ظله - فى تصحيح هذا التأمين فتتخصر بتخريجه على الصلح الجارى فى كل تعاقد و تعاقد، أو يكون تصحيحه مبنيًا

(١) التأمين لصالح حمود علوش ص ١١

(٢) التأمين لصالح حمود علوش ص ١١

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٤٤

على أساس كون ذلك التعاقد منهم داخلا- فى عمومات الوفاء بالعقود و العهود و يكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعا بين الجمعية، و يكون ريعه للجميع سواء كان ما يتلافى به الخطر الطارئ على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم، أو كان من أموالهم الخاصة.

٢- التأمين المختلط مع الاشتراك فى الأرباح:

و يتضمن بيان نوع آخر من التأمين على الحياة، و هو الاشتراك فى الأرباح التى تحصل عليها الشركة من الاستفادة بتلك المبالغ المتجمعة من المشتركين كما جاء فى كتاب التأمين على الحياة الصادر من شركة مصر للتأمين تعريفه ٣ ما يلى: «التأمين المختلط مع الاشتراك فى الأرباح يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه، أو عند انتهاء مدة التأمين، و تدفع الأقساط لغاية الوفاء، و على الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين، و للمؤمن الحق فى الاشتراك و الاشتراط فى الأرباح بناء على نتيجة عملية تقدير الأرباح، و يضاف نصيب كل وثيقة فى الأرباح إلى مبلغ التأمين، و يدفع مع مبلغ التأمين عند استحقاقه سواء بالوفاء أو عند انتهاء التأمين».

و قد قرر شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن دفع المال فى هذه الصورة من من قبل طالب التأمين إلى الشركة لم يكن الظاهر منه أنه على نحو القرض منه لها ليكون ما تدفعه الشركة له فوائد ربوية بل هو نحو من المضاربة و التى هى عبارة عن أن صاحب المال يدفع الى الآخر مقدارا من المال ليعمل فيه بالبيع و الشراء، و الربح على حساب ما شرطاه على تفصيل، و شروط مبينة فى محلها.

و على هذا التنزيل يكون هذا النوع من التأمين باطلا لعدم توفر الشروط المطلوبة فى المضاربة فيه إذ من جملة الشروط المطلوبة فيها أن يكون المدفوع من الذهب أو الفضة المسكوكين و طبعى أن ذلك لا يتوفر غالبا فى هذا النوع من المعاملات.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٤٥

نعم يمكن تصحيح ذلك بما قدمناه فى تأمين البضائع من القول بكون المدفوع من قبل - طالب التأمين - هبة منه لهم إزاء قيامهم بهذه الشروط المذكورة و التى يملئها الطرفان فى وثيقة العقد فيصح ذلك، و يكون من قبيل الهبة المشروطة، و عند تخلف الشرط للواهب

فسخ الهبة و استرجاع ما دفعه إليهم.

٣- موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين:

تقدم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر أنواع التأمين في أفراد معينة و المهم هنا بيان أننا نتمكن أن نتخلص من ملاحظة تلك الأنواع ان كثيرا منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين فمثلا في التأمين على الأموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده، كالحريق، و الغرق، أو السرقة، و ما شابه و لكن هناك في بعض الأنواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية اضافة الى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه الى طالب التأمين عند حدوث الخطر. و على سبيل التوضيح: نمثل لذلك مثلا فنقول:

رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره الف دينار فإن الشركة تستوفى منه أقساطا شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفعها المبلغ المذكورة عند حدوث قدر عليه في ضمن المدّة إلى ورثته أو دفعه له عند انتهاء المدّة المذكورة و بهذا المقدار لا تختلف شركات التأمين.

و انما الاختلاف في أن بعض الشركات ترغيبا منها لما تقوم به من التأمين تلتزم بدفع بعض المبالغ اضافة الى مبلغ التأمين، و حينئذ فلا بد من معرفة حكم هذه الزيادة، و هل انها فائدة ربوية أو لا؟

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٤٦

و يؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم «١» لدفع الفوائد «١».

«تدفع فائدة سنويا أو نصف سنوي، أو ربع سنوي أو شهريا بمعدل ٣٪ بالنسبة على المبلغ الذي تحتفظ به الشركة، و يكون أول دفعة من الفائدة في نهاية السنة أو نصف السنة، أو ربع السنة، أو ربع الشهر حسب طريقة دفع الفوائد المختارة، و عند وفاة المستحق يدفع المبلغ الذي تحتفظ به الشركة مع ما يكون قد تجمع عليه من فائدة إلى القيمين على تركته، أو منفذى وصيته ما لم ينص إشعار الاختيار على خلاف ذلك».

و كثير من مصادر التأمين صرحت بوجود أمثال هذا النوع من التأمين.

و يرى شيخنا الأستاذ- دام ظله- أن هذه الزيادات المدفوعة ما هي إلا فوائد ربوية، لأن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوي حيث يكون دفع المال من قبل المؤمن له، و الذي هو طالب التأمين قرضا إلى الشركة و تكون دفع الفوائد إنما هي في قبال المال الذي أقرضه إلى الشركة.

و طبعي أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلا من الوجهة الشرعية و لا يمكن توجيهه ما دام ان المعاملة نزلت على صورة القرض، و أخذ الفائدة في قبال ذلك فان هذه المعاملة ربوية، و لا طريق الى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية و التي تسوغ مثل هذه المعاملات فرارا من الربوية. «٢»

(١) من نموذج لبوليصة صادرة من الشركة الاميركية للتأمين على الحياة

(٢) و طبعي أن هذا انما يكون بالنسبة إلى الشركات الأهلية حيث يكون أخذ الفائدة ربا.

و أما لو كانت الشركات حكومية فالمسألة تبنى على القول بمالكية الدولة. فمن لا يرى من الفقهاء مالكيته لما تحت يدها من الأموال فإن المأخوذ منها بعنوان الفوائد انما هو من المال المجهول المالك، و يعود أمر التصرف به الى الحاكم الشرعي، و بالإمكان تصحيحه بأخذ الإجازة منه للتصرف بذلك المال أما من يرى مالكية الدولة فان الشركات الأهلية، و غيرها من هذه الجهة على حد سواء، و يكون أخذ الفوائد منها من مصاديق الفوائد الربوية.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٤٧

٤ - إعادة التأمين:

و يتضمن هذا التنبيه البحث عن موضوع إعادة التأمين فقد أخذت بعض شركات التأمين تقوم بإعادة التأمين لدى شركات أوسع منها، و إنما تلجأ شركات التأمين الى هذا النوع من الإعادة لتوزيع الخطر على عدة أشخاص دون الاقتصار على جماعة معينة و لتوزيع الخسارة فيما لو حدث الخطر المؤمن ضده.

و لم ير شيخنا الأستاذ- دام ظله- بأساً في هذه الإعادة لأن ما بيناه من الوجوه السابقة لتصحيح معاملته التأمين تجري هنا أيضاً فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين و الشركة الجديدة هي المؤمن الجديد في هذه المعاملة الجديدة و هكذا الحال فيما لو تعددت الشركات في الإعادة فكل معاملة يشملها (الوفاء بالعقود) و تصحح ما تعاقدت عليه جديداً، أو أنها تكون من تحمل الخسارة بالطرق التي تقدم ذكرها، راجع ص ٣٣. «١»

(١) عملية إعادة التأمين لم تكن جديدة، و مستحدثة بل قد تحدثت بعض المصادر التأمينية بأن أقدم وثيقة لإعادة التأمين ترجع الى عام (١٣٧٠) ميلادية و في أوائل القرن التاسع عشر بدأت إعادة التأمين تمارس بطريقة منظمة مستندة على تأسيس؟، و قواعد فنية، و قد ظهرت اتفاقات إعادة التأمين و كان أول اتفاق عقد صدر في (سنة ١٨٢١) ميلادية، و من ثم توسع نطاق التعامل بالاتفاقات و في عام (١٨٥٣) تكونت أول شركة مستقلة متخصصة في إعادة التأمين، و كانت شركة المانية هي شركة (كولونيا) لإعادة التأمين. راجع لذلك التأمين علماً، و عملاً: ٥٢٣ و تسمى هذه العملية بالاصطلاح الذي تنظمه المصادر التأمينية (إعادة التأمين)، أو (التأمين المضاعف).

و في الحقيقة لا- تختلف هذه العملية عن عملية التأمين في كافة مراحلها و على نفس المبادئ التي قامت عليها شركات التأمين من الأخذ بمبدأ توزيع الخسائر و تحمل الأخطار تقوم فكره إعادة التأمين حيث تتسع رقعة المسؤولية فتشمل أكبر عدد في هذا المضمار، و يكون ذلك عاملاً مهماً في زيادة عدد الشركات التأمينية حيث تخف نسبة الخسارة عن المجموع. فكما أن الفرد يجد من يقف بجانبه عند حلول الخطر لو تعاقد مع شركة تأمينية، فكذلك شركة التأمين تجد من يأخذ بيدها لو حصلت المخاطر، و الكوارث لتوزع الخسارة على أكثر عدد ممكن. و لا يختلف عقد إعادة التأمين من الناحية الفقهية عن نفس عملية التأمين و من جهة كل الأخطار أو جزئها لا يختلف الحكم لو حصل التعاقد بين الشركتين بعد أن صححت بشمول الوفاء بالعقود لها أو الهبة بشرط تحمل الخسارة فان حجم المعقود عليه سعة و ضيقاً لا يؤثر في المعاملة بعد القول بصحتها.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٤٩

اليانصيب

إشارة

اليانصيب حقيقة، اليانصيب غير المعوض، اليانصيب المعوض، بذل المال بإزاء البطاقة، صلاحية أخذ الأموال المجموعة، حلية الجوائز في عملية اليانصيب الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات الوجه الأول الآيات الكريمة، الوجه الثاني الروايات الشريفة، الوجه الثالث اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهياً، الوجه الرابع اعتبار هذا النوع معاملة غريبة الوجه الخامس كون هذه المعاملة قمارية، الوجه السادس اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام، النتيجة الخلاصة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٥١

اليانصيب حقيقته:

إشارة

- اليانصيب - عملية يتوخى من ورائها جمع المال أو تفريقه لغرض ما عن طريق بيع أو توزيع رقاع تحمل بعضها، أو يحصل على جائزة معينة بطريقة خاصة تعين بمواضعه أو عرف خاص.

و هو على نوعين:

غير معوض.

و معوض.

١- اليانصيب غير المعوض:

فهو ما كان يصنعه بعض الناس في المناسبات حيث تكتب أوراق صغار تحمل أسماء بعض الجوائز، و توضع بين الأوراق الخالية البيضاء أو تكون الأوراق كلها قد كتب عليها جوائز تختلف في حد ذاتها و يقام لذلك حفل خاص يعقد لأجل تلك المناسبة من زفاف أو ميلاد أو ما شاكل من مناسبات الأفراح و تنثر الأوراق على الجالسين ليأخذ كل نصيبه. و قد ذكر المؤرخون لذلك قضايا عديدة:

منها- ما صنعه المأمون حينما عقد ولاية العهد للإمام على بن موسى الرضا (ع).

و منها- ما حصل في عصر الدولة الفاطمية سنة (٥٠٠) و ما حولها من نثر الفستق الملبس بالذهب، أو مقدار من المال، و يسمى (بافطن له) لان بعض الخدم أشار الى بعض الحاضرين بالأخذ منه بقوله: (افطن له) أى التفت

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٥٢

اليه، و خذ منه فان فيه من الذهب و المال و من الواضح أن هذا النوع من اليانصيب لا يقابله شيء يدفعه الطرف الآخر بل هو تبرع من الشخص بما يملكه لآخرين.

و النظر فيه من الوجهة الشرعية تتوقف على معرفة حقيقة القمار، و هل أن هذا النوع من التبرع يكون مشمولاً له أو لا؟ و سيظهر لنا ذلك من ثانياً ابحاثنا الآتية إن شاء الله.

اليانصيب المعوض:

و اليانصيب المعوض: قد شاع أخيراً في هذه العصور و تصويره: أن تتألف لجنة خاصة تأخذ على عاتقها طبع عدد معين من (البطاقات) تحمل كل بطاقة رقماً خاصاً، و يحدد سعر البطاقة و تعرض في الأسواق فيقبل الناس على شرائها بعد أن تضع اللجنة جوائز خاصة لمن يخرج السحب الأول، و الثاني و الثالث، أو أكثر على رقمه.

و طبيعي أن اللجنة تحدد تاريخ السحب و موعده، و بقيه ما يتعلق بهذه العملية من شؤون.

و لا تقتصر الجوائز على النقد بل قد تكون بضاعة فهناك بعض من يجري عملية اليانصيب على سيارة، أو حاجة أخرى عينية فيجعلها جائزة لمن يربحها بعد أن يحدد البطاقات التي يبيعها لهذا الغرض.

و المهم: في هذا البحث هو معرفة الوجهة الشرعية لهذا النوع من المعاملات المستحدثة، و هل أن الشارع المقدس يصحح ذلك أم

لا؟ فنقول أما الإشكال الذى يدور فى الأذهان حول عدم شرعية هذا النوع من المعاملات فيقع فى جهات اربع، و هى:
الاولى- فى بذل المال بإزاء البطاقة، و ما يقابل المدفوع.

الثانية- فى صلاحية اللجنة لأخذ الأموال المجتمعة من ثمن البطاقات.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٥٣

الثالثة- فى حلية المال لمن يخرج السحب على رقمه، و جواز تصرفه فيه الرابعة- فى الوجوه المذكورة لفساد هذا النوع من المعاملات.

بذل المال بإزاء البطاقة:

إشارة

الجهة الاولى: و التى هى بذل المال بإزاء البطاقة و ما يحصله الدافع للمال فى مقابل هذا الدفع و الإعطاء ففيه وجوه.

الوجه الأول

- أن يكون بذل المال بإزاء نفس البطاقة و يكون البيع و الشراء واقعا على هذه الأوراق، و لكنه مشروط بالسحب أى اجراء عملية السحب و يكون كل من الطرفين قد دفع شيئا فى قبال ما أخذ فصاحب المال قد دفع المال بإزاء هذه الورقة، و التى يترتب عليها حق الدخول فى جملة من يجرى السحب على أرقامهم.

و البطاقة و ان كانت فى حد نفسها لا قيمة لها الا انها مما يترتب عليها شىء له أهميته عند العقلاء، و هو ما يبناه من حق الدخول فى عملية السحب و نفس ترتب هذا الأثر على هذه الأوراق يكسبها قابلية لمبادلتها بالمال بنحو الصلح أو البيع أو غيرهما من أنواع المعاوضات. و ليس هذا بغريب فرب شىء لا- يكون بنفسه قابلاً للمبادلة الا ان قابليته لذلك انما تكون نظرا الى ما يترتب عليه من الآثار المعتد بها عند العقلاء، و ان كان ذلك يجعل من ظالم- و مثال ذلك- (طابع البريد) و (طابع المالية) فإن هذه من حيث هى أوراق لا أهمية لها إلا أن أهميتها بالنظر الى الأثر المترتب عليها من إيصال رسائل أو إعطاء الصفة الرسمية للأوراق التى تلصق عليها. و هكذا إجازات الاستيراد التى تمنحها الحكومة إلى التجار حيث تخول حاملها من استيراد البضاعات المختلفة من الخارج. و يأخذ الشخص الممنوح له تلك الإجازة لبيعها الى الآخرين، و تكون تلك الورقة قابلة للمعاوضة عليها بالمال نظرا لما يترتب عليها من الأثر المرغوب لدى

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٥٤

العقلاء فيستورد هذا الشخص الكميات المسموح له بنقلها من خارج البلاد بينما يحرم غيره من هذا النفع.

و لهذا لو تخلف البائع أو اللجنة فى مقامنا هذا من اجراء السحب كان للمشتري سلوك أحد طريقين:

الأول- إلزام اللجنة بالسحب بأى صورة كانت.

الثانى- فسخ تلك المعاملة البيعية، أو الصلحية، و استرجاع ماله من المال و هذا الشرط و أعنى به الدخول فى السحب، و ان لم يصرح به فى متن العقد إلا انه من قبيل الشروط الضمنية المستفادة من القرائن الحالية، أو من تبانى العقلاء المتعاملين على ذلك بدرجة توجب المفروغية عن اعتباره و عند التخلف يكون حاله حال تخلف المشروط عليه عن الشرط.

الوجه الثانى

- أن يكون نفس الأثر المذكور طرفا للمعاوضة لا البطاقة المترتب عليها الأثر فيبذل الإنسان المال بإزاء ذلك الحق الذى يخوله من

الدخول في عداد من يجرى السحب على أرقامهم.

و لا- منافاة في ذلك فان هذا المقدار من الحق جهة اعتبارية قابلة لبذل المال بإزائها- كما عرفته- في الوجه الأول، و تكون الورقة بمثابة الرمز المادى لهذا الحق لمن يخرج السحب على رقمه.

الوجه الثالث

- و يتصور ذلك فيما لو كان هدف الجمعية مشروعاً خيرياً كبناء مستشفى، أو دار للأيتام، أو مكتبة عامة، أو ما شاكل هذه من المشاريع التي تعود على أبناء المجتمع بالنفع.

و في هذه الصورة يمكن تصور ان الباذل يجعل المال امانة بيد الجمعية تتصرف فيه لصالح ذلك المشروع مع بقاءه على ملكه حتى يطرئه الاستهلاك إذ لم يكن هم الباذل في هذه الصورة إلا- المساعدة الصرفة لتلك الجمعية من دون ان ينتظر من وراء ذلك الحصول على الجائزة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٥٥

و في الوقت نفسه لا يمتنع عن قبولها لو خرج السحب على رقمه.

الوجه الرابع

- نفس الوجه الثالث إلا أن المال يدفعه الباذل الى اللجنة كصدقة منه بأيديهم يتصرفون بها لصالح المشروع الخيري و هناك بعض الآثار المترتبة على هذين الوجهين الثالث، و الرابع نتعرض لهما في الجهة الثانية- إن شاء الله.

الوجه الخامس

- و يتصور في اليا نصيب الذي يجريه البعض على بضاعته كداره، أو سيارته حيث يريد بيعها بطريقة اليا نصيب ففي هذه الصورة من الممكن ان لا- تكون في البين معاوضة بين المال و البطاقة بل يمكن تنزيله على أن الشخص يقدر القيمة التي يريد لها ثمناً لحاجته فيعتبر (السيارة) ألف حصّة و بسعر الحصّة ديناراً واحداً فتكون كل بطاقة معبرة عن حصّة واحدة بنسبة الواحد إلى الألف و بعد بيع تمام (البطاقات) تكون السيارة مشاعة بين الجميع و هم أولئك الألف و تكون البطاقة بيد كل منهم كسهم يعبر عن مالكية حاملها لحصّة واحدة من ألف حصّة من هذه السيارة و تكون اعمال اليا نصيب بالكيفية الخاصة كشرط من الدافعين على صاحب السيارة حينئذ فتكون تلك البضاعة بتمامها بعد الشرط المذكور ملكاً لمن يخرج السحب على رقمه و تسقط حصص الباقيين بنحو التبانى من الجميع على ذلك بما فيهم أصحاب البطاقات و صاحب السيارة.

و هذه الوجوه الخمسة، و ربما تصورنا غيرها هي التي تصحح لنا بذل المال بإزاء البطاقة و لعل أهمها الوجهان الأولان و عليهما ينزل نوع بناء المتعاملين في معاملات اليا نصيب المتداولة، و الوجوه الأخر فروض يمكن تنزيل بعض معاملاته عليها و هي نادرة نسبياً.

صلاحية أخذ الأموال المجموعة:

إشارة

الجهة الثانية: و قد عرفت ان البحث فيها يكون في صلاحية أخذ تلك

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٥٦

الأموال المجموعه من ثمن البطاقات، و ما هي الصفه التي تخول الآخرين باستلام تلك المبالغ؟:
و الكلام في هذا البحث انما يتأتى إذا كان طرف المعامله فى اليانصيب جهه أو هيئه، اما إذا كان الطرف الثانى فردا كما فى مثال
السياره المتقدم الذكر فالأمر فيها هين لان الفرد بعد صحه المعامله لا شبهه فى صحه تسلمه المال المذكور، و تملكه إياه.

و يتصور البحث فى هذه الجهه على وجوه:

الوجه الأول: ان نقول بمالكية الجهه و أن الجهات، تملك

كما يملك الفرد فالجهه حينئذ تتصرف فى ذلك المال كيف تشاء حسبما تقتضيه المصلحه المأخوذه بنظرها و هذا انما يتم مع فرض
أن المتولى منصوب من قبل الحاكم الشرعى نظير الوقف كما هو التحقيق فى ذلك.

الوجه الثانى: أن يكون المبلغ المدفوع لهم كأمانه بأيديهم للتصرف به

لو كان المشروع خيرا- كما مثلنا به سابقا- فيبقى الدينار المدفوع الى اللجنه امانه بيد الجمعيه و تتصرف فيه حسب و كالتها عنه فهو
ملكه و هم مأذنون عنه فى التصرف لصرفه فى تلك الجهه الخيره فيبقى الدينار، أو ما تشتريه اللجنه من المواد بذلك الدينار ملكا
لدافعه الى ان يطرأ الاستهلاك عليه كما يستهلك المأكول.
و ينتقل هذا الحق إلى الورثه لو مات الدافع قبل تحقق الاستهلاك، و لكل من الدافع، أو الورثه الحق فى الرجوع لغرض كون المال
امانه بيد الجمعيه أو اللجنه.

الوجه الثالث: أن يكون استلامهم للمال كصدقه بأيديهم

فيتصدق الإنسان بدينار لهذه الجهه الخيره، و لا يكون من قبل الوقف بل للجمعيه التسلط على تبديله بما تشاء على أن يحافظ الدينار،
أو ما يقابله من المثل من المثل على عنوان الصدقه الى ان يطرأ الاستهلاك.
بحوث فقهيه (للحلى)، ص: ٥٧

و يحتاج القبض من اللجنه لمثل هذه الصدقات الى الاذن من الحاكم الشرعى بحيث يخولهم باستلام هذا النوع من الصدقات.
و حيث صححنا دفع المال بإزاء البطاقه، و صححنا استلام اللجنه المشرفه على اليانصيب لتلك الأموال فلا بد من البحث عن:

حليه الجوائز فى عمليه اليانصيب:

و الجهه الثالثه: و هى حليه المال الموضوع جائزه لمن يخرج السحب على رقمه. و الظاهر انه لا مانع فيه لان حال هذا يكون حال من
قرر على نفسه ان يجعل مقدارا من المال فى ظرف، و يخلطه بين عشرين من الظروف الخاليه و يدفع لكل شخص ظرفا فمن خرج
عنده الظرف الذى فيه المال فهو له، و يكون هذا من قبيل الوعد، أو الشرط الابتدائى حيث يخرج من خالص ما له كذا مقدار ليهبه
لواحد من هؤلاء العشرين على أن تكون الهبه بهذا النحو الخاص، و لا اشكال فيها لأنها هبه معاطيه بمعنى انه عند خروج الجائزه
على رقمه يدفع المال له و يعطيه إياه مجانا.

و ليس المراد انه يهبه الجائزه قبل السحب ليقال بطلان هذه الهبه لعدم تعيين المتهب فيها كما انه ليس المراد من هذه الجائزه الماليه
أن تكون ملكا لمن يخرج رقمه أولا على نحو شرط النتيجة بحيث يكون الشخص مالكا لتلك الجائزه بمجرد خروجها على رقمه من

دون حاجة الى تملكك جديد ليقال: انه قمار لكونه من قبيل «ان عرفت ما في يدى زوجا أو فردا فهو لك»، أو من قبيل اعمال اداة اليانصيب المسماة (بالقراة) فى انها ان وقفت على الحاجة الفلانية يكون أحد الطرفين مالكا على الآخر تلك الحاجة، بل المراد انه يملكه هذه الجائزة ان خرج السحب على رقمه بنحو شرط السبب و انه قبل السحب ليس له الا الوعد الابتدائى بالهبة على نحو الكيفية الخاصة، و ان

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٥٨

وقوع الهبة خارجا إنما يكون عند خروج الورقة المرسوم عليها نفس الرقم الموجود عنده.

و اعلم ان هذا المعنى الذى سميناه وعدا، أو شرطا ابتدائيا لا إشكال فى صحته لو أخذناه شرطا فى ضمن عقد البيع للورقة بالدينار ان نزلنا دفع الدينار عند أخذ الورقة على ذلك، أو جعله شرطا فى ضمن العقد للهبة ان نزلنا دفع الدينار على الهبة المشروط بأن يملكه الجائزة ان خرج رقمه فى السحب الأول.

و لا يضر ذلك فى الاشتراط كون البيع، أو الهبة من قبيل المعاطاة لأن ذلك الشرط مما قرره الملتزم على نفسه بالسحب عند إعلانه بذلك بأن يكون محصل ذلك الإعلان انه من اشترى منى ورقة بدينار، أو وهبنى الدينار فله على أن أدخله فى جملة من يجرى السحب على ارقامهم، و أملكه الجائزة لو خرجت على رقمه.

و لنا أن لا نلتزم بكون هذه المعاملة من قبيل الصلح أو غير ذلك و لو من جهة أن الداخلين فى هذه المعاملات لا يتصورون و لو إجمالا عند أخذ الورقة و دفع المال ما ذكرناه من التسالم.

بل نقول ان دفع المال بإزاء ذلك الحق على التفصيل الذى ذكرناه و بهذا يمكننا تصحيح هذه المعاملة و اعتبارها معاملة بيعية بنحو جديد، و ان لم تكن من المعاملات المعروفة فى البيع لاشتمالها على الإيجاب و القبول. إيجابها نفس الإعلان المذكور.

و قبولها أخذ الدينار و دفع البطاقة بالشرط المذكور و هو تقرير الملتزم على نفسه بإدخال المشتري فى عملية السحب.

و يمكن التمسك على صحتها بعمومات الوفاء بالعقود و التجارة عن تراض إذ لا يعتبر فى التجارة عن تراض تحقق معاوضة من ناحية الملكية كالباع بل

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٥٩

هى معاملة قائمة بين الطرفين الواقعة برضاها كما انه ليست هذه المعاملة من قبيل الأكل بالباطل. كل ذلك سيتضح لنا فى البحث عن الجهة الرابعة الآتية:

الوجه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات:

إشارة

و الجهة الرابعة كانت تتمحض لبيان الوجه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات و هى:

الوجه الأول الآيات الكريمة:

و منها قوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ «١».

بدعوى: ان هذا الأكل ليس بداخل فى التجارة عن تراض فان المراد بالتجارة هى الأسباب الشرعية التى جعلها الشارع المقدس و اعتبر

من جملة تلك الأسباب (التراضى) و من الواضح أن هذه الطريقة ليست من تلك الأسباب المقررة فتكون داخله فى القسم الأول أعنى الأكل بالباطل لأن الآية الكريمة اشتملت على مقطعين النهى عن الأكل للمال بالباطل والاستثناء لكون المأكول يصح إذا كان من طريق التجارة عن تراض.

و الجواب: عن الاستدلال بهذه الآية المباركة:

أولاً- بالمنع من عدم دخول ما نحن فيه فى التجارة عن تراض فإن الظاهر بقرينة المقابلة فى الآية الشريفة بين أكل المال بالباطل و أكله بالتجارة كما فى صريح الآية، و التى هى معاملة حاصله برضاء الطرفين هو ان المراد بأكل

(١) النساء: آية ٢٩.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٠

المال بالباطل هو اكله بغير طريق المعاملة الواقعة برضاء الطرفين فكل معاملة واقعة برضاء الطرفين هى داخله فى القسم الثانى.

و ثانياً- أنا لو سلمنا أن المراد بالأكل بالباطل هو الأكل بدون سبب من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل:

الا- ان هذه المعاملة من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل فهى خارجة عنها تخصصاً لكونها من العقود التى يجب الوفاء بها أخذاً بالآيات الكريمة من قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١).

و قد سبق توفر أركان العقد فيها من الإيجاب، و القبول.

و من جملة الآيات التى استدلت بها لبطان هذه المعاملة آية الاستقسام بالأزلام و نظراً لطول البحث عنها فقد عقد لها شيخنا- دام ظله- فصلاً خاصاً بعنوان خاص سيتعرض له فيما سيأتى - إن شاء الله.

الوجه الثانى الروايات الشريفة:

و من جملة ما استدلت به على فساد معاملة اليانصيب الروايات الشريفة، و التى منها قوله عليه السلام.

«لا يحل مال إلا من وجه أحله الله تعالى» بتصوير:

ان هذه المعاملة لم يكن لها وجود فى زمن النبى (ص) و لا فى زمن خلفائه الطاهرين - سلام الله عليهم - و طبعى أنه ما لم تثبت سببية المعاملة، و صحتها من جانب الشارع المقدس لم يكن المال المتحصل منها داخلاً فى الاستثناء و هو قوله - عليه السلام - «من وجه أحله لله تعالى»

(١) المائدة: آية ١.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦١

و عليه فهذه المعاملة باقية تحت عموم المستثنى منه، و هو قوله «لا يحل مال» فهى باطلة و ليست بحلال.

و الجواب عن هذه الرواية: هو ان دخول هذا النحو من المعاملات تحت عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و عموم (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) كاف فى دخول المال المتحصل منها تحت كونه من (وجه أحله الله تعالى) لكونهما محققين لموضوع الحل و رافعين لموضوع حرمة الأكل.

و فى الحقيقة أن هذا الخبر لا ينفعنا فيما نحن فيه بعد تطبيق العمومات المذكورة على معاملتنا و تحقيق موضوعها.

نعم: ينفع الخبر المذكور فى مقام الشك فى حلية المال من دون أن يكون فى البين عموم حاكم بالحلية و يكون ذلك عبارة أخرى عن أصالة الحرمة فى الأموال بناء على ان تعليق الحلية و التى هى حكم ترخيصى على عنوان وجودى أعنى كون المال (مما أحله تعالى) يعطى اعتبار إحراز ذلك العنوان الوجودى فى ذلك الحكم الترخيص فما لم يكن ذلك العنوان محرزاً لا يكون الترخيص

محققا- كما حقق في محله- من أصالة الحرمة في الأموال، و الدماء، و الفروج بل في اللحوم أيضا. و قد كان لنا رأى حول هذا المبنى تعرضنا له في مظانه من دروس الفقه و الأصول. الرواية الثانية: قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه «١». بدعوى: أن هذا المال الذى يعطى جائزة لمن خرج السحب على رقمه لم يكن خارجا بطيب نفس مالكة فلذلك يبقى مشمولا لصدر الرواية من عدم الحلية.

(١) لاحظ لتخريج الحديث تعليقه السيد المقرم فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ١٥٢ / ٢.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٢

و الجواب عنه: انا بعد أن صححنا هذه المعاملة من بذل المال بإزاء البطاقة و تصحيح أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات، و اعتبرنا ان ذلك كله حاصل برضا الطرفين و طيب نفسيهما فلم يكن أخذ المال بعد ذلك كله جائزة باقيا تحت عموم المستثنى منه بل هو داخل فى المستثنى. و فى الوقت نفسه ليس عدم رضا المالك بعد تمامية المعاملة لو سلمنا انه فعلا ليس براض الا من قبيل عدم رضا البائع بتسليم المبيع للمشتري بعد تمامية المعاملة.

الوجه الثالث اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهيا:

و قد ادعى ان هذا النوع من المعاملة سفهية لأنه من قبيل بذل المال بوجه لا يعتبره العقلاء و لا يقرونه فان دفع المال لاحتمال تحصيل الجائزة بنسبة واحد إلى الألف أو أكثر حسب ما يطبع من البطاقات خصوصا فى هذه الأيام حيث يضخم عدد البطاقات أمر سفهية لا يرتضيه العقلاء و لا يقرون التعامل عليه و ليس لهم لاعتباره وجه من الوجوه. و الجواب عنه: بالمنع صغريا فان العقلاء لا يسفهون من يبذل المال بإزاء احتمال تحصيل مال كثير و لو كانت نسبة الربح كما ذكر واحدا بالألف أو أكثر. و لو تأملنا لرأينا ذلك جاريا فى جميع معاملاتهم اليومية فالإنسان دائما لا ينفك يبحث عن المال يقدم لذلك مقدمات طويلة قد لا ترجع كلها بالنتائج المطلوبة، و ربما استلزم طلبه صرف الأموال الكثيرة فى هذا السبيل و حسبنا ما نشاهده من إقبالهم على هذا النوع من المعاملات دون ان يسفه بعضهم بعضا.

الوجه الرابع اعتبار هذا النوع معاملة غررية:

و يعتمد هذا الوجه على اعتبار معاملة اليانصيب من المعاملات الفورية

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٣

و قد نهى النبى - صلى الله عليه و آله- عن بيع الغرر بناء على أن الغرر هو خصوص الخطر دون الجهالة. و هذه الرواية و ان كانت فى خصوص البيع «١» الا- أن الحكم فيها جار فى كل معاملة لا يؤمن فيها من الخطر و عدم الحصول على المطلوب.

و الجواب عن ذلك: أن الخطر الممنوع عنه فى الشريعة المقدسة إنما هو المخاطرة فى عدم حصول أحد العوضين و ليس الأمر كذلك فيما نحن فيه فان أحد العوضين إنما هو الدينار المدفوع عند أخذ الورقة و هى البطاقة و العوض الآخر هو تقرير صاحب البطاقة، و التزامه على نفسه بأن حامل هذه البطاقة ذو حق شخصى فى الدخول فى جملة من يجرى السحب على أرقامهم، و كل من

هذين العوضين حاصل لصاحبه غاية ما فى البين هناك احتمال بأن لا يحصل حامل البطاقة شيئاً من المال لو خرج السحب على غير رقمه، و لم يصادفه الحظ بأن يكون هو صاحب الجائزة. و لكن أين هذا من الغرر الذى نهى النبى صلى الله عليه إله عنه، و الذى هو- كما عرفت- المخاطرة فى عدم الحصول على أحد العوضين.

الوجه الخامس كون هذه المعاملة قمارية:

بدعوى أن عنوان القمار شامل لهذا النوع من المعاملات، و النهى عن القمار واضح لا يحتاج الى بيان للأدلة الناهية عنه. و الجواب عنه: ان القمار لغةً و كما عن بعض الفقهاء مأخوذ من المقامرة و هى الرهن على اللعب بشيء من الآلات المخصصة أو اللعب بتلك الآلات من دون رهن كما هو رأى جماعة:

(١) سبق ان بينا فى مبحث التأمين من هذا الكتاب تحت عنوان «عرض التأمين على القواعد العامة» ان هذا الحديث روى بلسانين: أحدهما- «نهى النبى عن بيع الغرر»، و الثانى «نهى النبى عن الغرر» و كلا الحديثين روى من طرق الشيعة، و السنة. بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٤

قال الشيخ الأنصارى- قدس سره- «الخامس عشر: القمار حرام إجماعاً و يدل عليه الكتاب، و السنة المتواترة و هو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة، و حكى عن جماعة انه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً و لو من دون رهن، و به صرح فى جامع المقاصد و عن بعض أن أصل المقامرة المغالبة». و من الواضح انه ليس فى هذه المعانى ما يشمل ما نحن فيه من اليانصيب لعدم وجود رهن فى هذه العملية، و ليس فى البين لعب بآلات القمار المخصصة.

و ما تقرره اللجنة على نفسها من أن تهب أو تملك من مالها بناء على مالكية الجهة المقدار الفلانى من المال لمن خرج السحب على رقمه فإنما هو لأجل التزامها بما اشترطته على نفسها من الهبة أو التملك، و ليس لأجل الرهن و قد قدمنا صحة مثل هذا الشرط. نعم فى البين دعوى اخرى: عهدها على مدعيها و هى:

ان المستفاد من حرمة القرض الربوى، و حرمة القمار و ما شاكل هذا النوع من المعاملات المنهى عنها فى الشريعة المقدسة، و لو بتنقيح المناط أو استكشاف مذاق الشارع المقدس هو فساد هذا النوع من المعاملة أيضاً لاستلزام سد باب التجارة، و التعاوض على الأموال، بل سد باب الكتب بالأعمال، و الضائع.

الا أن الإنصاف: يقتضى عدم الالتفات الى هذه الدعوى للمناقشة فيها صغرى، و كبرى.

أما الصغرى: فلعدم استلزام اليانصيب لشيء من ذلك، و ما نراه من شيوع هذه العملية، و انتشارها و عدم تأثيرها على شئون الكسب، و التجارة لأكبر شاهد على ذلك.

و أما الكبرى: فلعدم قولنا: بتنقيح المناط، و الخوض فى تلك الشرائع.

و مما ذكره فى تعريف القمار من انه: اللعب مع الرهن أو مطلق اللعب

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٥

بالآلات المخصصة يتضح لنا حال النوع الأول من اليانصيب، و هو اليانصيب غير المعوض، فإنه لا يدخل فى شيء من أنواع القمار، بل هو هبة من المالك الى الحاضرين كل، و نصيبه.

الوجه السادس اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام:

إشارة

و هذا الوجه يتلخص فى اعتبار هذه المعاملة مما يشمله عنوان الاستقسام بالأزلام المنهى عنه بالكتاب، و السنة.

أما الكتاب

- فقد وردت فى حرمة الاستقسام بالأزلام آيتان:

الأولى: قوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ «١».

الثانية: قوله عز وجل حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَُمْ فِشَقٌ «٢».

و دلالتهما واضحة على التحريم فقد طبقت عليه الآية الأولى عنوان الرجس و حرمة الثانية صريحا.

و اما السنة:

إشارة

فقد وردت فى الأزلام روايات ثلاث.

الأولى: ما عن على بن إبراهيم فى تفسيره عن ابى الجارود عن ابى جعفر (ع) فى قول الله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ، وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ قال: الخمر فكل مسكر من الشراب- الى ان قال- و أما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كل قمار ميسر، و اما الأنصاب فالأوثان التى كانت تعبد بها المشركون، و اما الأزلام فالأفداح التى كانت تستقسم بها المشركون من العرب فى الجاهلية كل هذا بيعه و شرائه و الانتفاع به بشيء من هذا حرام من الله محرم، و هو رجس من عمل الشيطان «٣».

(١) المائدة: آية ٩٠.

(٢) المائدة: آية ٣.

(٣) الوسائل: باب ١٠٢ من أبواب ما يكتب به حديث ١٢.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٦٦

الرواية الثانية: ما عن محمد بن يعقوب، عن ابى على الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار عن أحمد بن النظر، عن عمر بن شحر عن جابر، عن ابى جعفر (ع) قال: لما انزل الله تعالى على رسوله (ص) انما الخمر و الميسر، و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه قيل يا رسول الله: ما لميسر؟ قال كلما تقوم به، حتى الكعاب، و الجوز. قيل ما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لإلهتهم قيل: فما الأزلام؟ قال: قداهم التى يستقسمون بها «١».

الرواية الثالثة: ما عن سهل بن عبد العظيم الحسين عن محمد بن على الرضا (ع) فى حديث قال قلت له: قوله عز وجل، وَالْمُنْخَنِقَةُ، وَالْمَوْقُوذَةُ، وَالْمُتَرَدِّيَةُ، وَالنَّطِيحَةُ، وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ- الى ان يقول- قلت.

وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ قال: كانوا فى الجاهلية يشتركون بغيرا فيما بين عشرة أنفس و يستقسمون عليه بالقداح، و كانت عشرة، سبعة لها

أنصباء، و ثلاثة لا أنصباء لها- الى أن يقول- فلما جاء الإسلام حرم الله تعالى، وقال عز وجل وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ يعني حراما (٢)».

و بعد بيان هذه الآيات، و الروايات المتعرضة للاستقسام بالأزلام لا بد لنا من

التكلم في مرحلتين:

إشارة

الاولى: فيما ورد من التفاسير للاستقسام بالأزلام، و التعرف على هذه العملية التي حرمت الإتيان لحرمتها مضافا الى الأخبار.
الثانية: ملاحظة عملية الانصيب هل هي من الاستقسام بالأزلام أم لا؟
بل هي بعيدة عنها.

المرحلة الأولى: اختلفت كلمة أئمة التفسير في الأزلام

إشارة

فقال الشيخ الطبرسي عنها ما يلي: «و معناه طلب قسم الأرزاق بالقداح التي كانوا يتفائلون بها في أسفارهم، و ابتداء أمورهم و هي سهام كانت للجاهلية مكتوب على بعضها (نهاني

(١) الوسائل: الباب / ٣٥ / من أبواب تحريم التكسب بالقمار حديث / ٤.

(٢) الوسائل: الباب / ٢٧ / من أبواب الأطعمة، و الأشربة حديث / ١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٦٧

ربي) و بعضها (أمرني ربي) و بعضها (غفل) لم يكتب عليه شيء فإذا أرادوا سفرا أو أمرا يهتمون به ضربوا على تلك الأقداح فإن خرج السهم الذي عليه (أمرني ربي) مضى الرجل لحاجته، و ان خرج الذي (نهاني ربي) لم يمض، و ان خرج الذي ليس عليه شيء أعادوها فين الله تعالى أن العمل بذلك حرام عن الحسن، و جماعة من المفسرين، و روى على بن إبراهيم في تفسيره عن الصادق (ع) أن الأزلام عشر، سبعة لها أنصباء، و ثلاثة لا أنصباء لها فالتى لها أنصباء الفذ و التوأم و المسبل، و النفاس، و الحاس، و الرقيب، و المعلى، فالفذل سهم، و التوأم له سهمان، و المسبل له ثلاثة أسهم، و النفاس له أربعة، و المعلى له سبعة أسهم و الأنصباء لا أنصباء لها: السفيح، و المنيح، و الوغد، و كانوا يعمدون الى الجزور فيجزؤنه اجزاء، ثم يجتمعون عليه فيخرجون السهام، و يدفعونها الى رجل، و ثمن الجزور على من تخرج له التي لا- أنصباء لها، و هو القمار فحرمه الله تعالى، و قيل هي كعاب فارس، و الروم التي كانوا يتقمارون بها بل عن مجاهد و قيل الشطرنج عن ابي سفيان بن وكيع (١)».

و قال في الكشف في تفسير الآية «كان أحدهم إذا أراد سفرا، أو غزوا أو تجارة، أو نكاحا، أو أمرا من معازم الأمور ضرب بالقداح، و هي مكتوب على بعضهما (أمرني ربي) و على بعضهما (نهاني ربي) و بعضهما (غفل) فان خرج الآمن مضى لطيه، و ان خرج الناهي أمسك، و ان خرج الغفل أحالها عودا فمعنى الاستقسام بالأزلام طلب معرفته ما قسم له مما لم يقسم بالأزلام، و قيل هي: الميسر، و قسمتهم الجزور على الأنصباء المعلومه».

و تعرض في تفسير الصافي عند وصوله لهذه الآية قائلا، «كانوا يعمدون الى الجزور فيجزؤنه عشرة- إلى قوله- و هو القمار فحرمه الله».

و في الصحاح مادة (يسرة) قال: و الميسر قمار العرب بالأزلام.

(١) مجمع البيان: في تفسيره لهذه الآية.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٦٨

و عن الأزهري في لسان العرب - مادة زلم - ان الأزلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها، أمر ونهى، و افعل و لا تفعل.
أما المقدس الأردبيلي فقد ذكر في آيات الأحكام عند تفسيره لهذه الآية المعنيين الاستخارة و التقسيم على الجزور - الى ان قال: «و قيل على الأول سبب التحريم انه دخول في علم الغيب، و ضلال، و اعتقاد ان ذلك طريق اليه و افتراء على الله تعالى، و على هذا يفهم تحريم الاستخارة المشهورة التي قال الأكثرون: بجوازها بل باستحبابها، و يدل عليه الروايات فهو دليل بطلان الأول إذ لا يكون سبب التحريم ما ذكره بل مجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص، و الوجه الخاص أو تكون الاستخارة خارجة عنه بالنص» (١) و من كلام المقدس المذكور يفهم أن الآية فسرت بالمعنيين الاستخارة و التقسيم على الجزور و في كثر العرفان بعد ان تعرض للآية، و ذكر بأن المفسرين اختلفوا فيها فبعض جعلها أدوات للقرعة و الاستخارة و البعض الآخر جعلها لتقسيم الجزور قال: «إذا عرفت ذلك فاعلم ان الله تعالى حرم العمل بهذه الأزلام أما على الأول فلأنه نوع من التكهن من غير اذن الله، و أما القرعة الشرعية كما قيل انه (صلى الله عليه و آله) كان إذا أراد سفرا يقرع بين نسائه في استصحاب إحداهن فليس هذا من القسم لكون الرسول (ص) أخذ ذلك ياذن الله تعالى فالقرعة

(١) علق شيخنا - دام ظله - على ما ذهب اليه المقدس الأردبيلي قائلاً: أقول: قوله - قدس سره - (فهو دليل بطلان الأول) لا سبيل الى بطلان الأول لما تقدم من الرواية الظاهرة فيه، و هي المتضمنة لتفسير الأزلام بأنها هي التي يستقسمون بها في أمورهم في الجاهلية قوله: بل بوجود النص المخصوص بذلك الفعل الخاص الظاهر في أن مراده أن القاعدة تقتضي جواز ما ذكر من التفاؤل بالأزلام، و ان الاستخارة من قبيل التفاؤل بالأزلام لخصوصية تقتضي تحريمه، و هي كونها من فروع عبادة الأصنام بخلاف الاستخارة فإنها مباحة للتفاؤل بالأزلام كما سيأتي توضيحه.

و من ذلك تظهر لك الخدشة فيما أفاده أخيراً من كون الاستخارة خارجة بالنص فإنه مبني على دخول الاستخارة في التفاؤل الممنوع عنه لكن الدليل الدال على جوازها يكون مخصصاً للدليل المنع، و هو في غاية البعد.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٦٩

كاشفة عن معلوم الله تعالى، و كذا ما يتداول بين الأصحاب من الاستخارة في الرقاع، و الحصى، و السبحة، و ما يستعمله الفقهاء في الأمور المشككة كما نقل عن أهل البيت (ع) كل أمر مشكل فيه القرعة، و كل أمر متلقى من الشارع فلا يطعن فيه «و أما على الثاني فلأنه قمار منهى عنه».

قال ابن قتيبة الذي هو من مشاهير القرن الثالث، و كانوا إذا أرادوا أن يقتسموا شيئاً مختلفاً بين قوم تساهموا عليه فما خرج لكل امرء جعلوه خطأ له فليل: الاستقسام أي طلب القسم و هو النصيب، و إذا تشاحوا في أمر من الأمور تساهموا عليه ثم جعلوه لمن خرج قدحه ثم استشهد على ذلك بقوله تعالى في قصة مريم ^ع إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ، و بقوله تعالى في قصة يونس ^ع فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ثم قال: و كانوا إذا أرادوا الخروج الى وجه ضربوا بالقدح فان خرج القدح الأمر نفذ الرجل لوجهه راجياً للسلام و إذا خرج القدح الناهي أمسك عن الخروج خائفاً للنكبة، و الجانحة. ثم قال: و الاستقسام بها أشبه شئ بالقرعة التي أطلقها لنا رسول الله - ص - و جعلها باباً من الحكم، و لتقاربهما في الشبه قال ابن سيرين: حين بلغه أن عمر بن عبد العزيز أقرع بين أطفال المسلمين في العطاء فأنكر ذلك ابن سيرين و شبهه بالاستقسام بالأزلام، و انما يفرقان فإن استقسام العرب في الجاهلية كان يكون عند انصابهم، و

فى بيوت أضافهم و كانوا يظنون انها هى التى تخرج فى القدح ما يشملونه فاما مساهمة يونس و زكريا عليهما السلام- فعلى سبيل القرعة الا انها بقداح، و القرعة بغير قداح ثم قال فى قوله تعالى:

يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ، و أما نفع الميسر فان العرب كانوا فى الشتاء عند شدة البرد و جذب الزمان و تعذر الأقوات على أهل الضر و المسكنة يتقافرون بالقداح على الإبل، ثم يجعلون لحومها لذوى الحاجة منهم و الفقراء فاذا فعلوا ذلك اعتدلت أحوال الناس فاخصبوا و عاشوا، و استراشوا، و قال و إنما يكون ضربهم على الميسر بالقداح فى الشتاء عند جذب و تعذر الأقوات بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٧٠

و كلب الزمان لينعشوا بذلك الفقير و الضير، و لا يسرون بالصيف «١».

النتيجة:

من هذا العرض الذى مر من التفاسير لمعنى الاستقسام بالأزلام يمكننا أن نلخص ما يلى:

أن الاستقسام بالأزلام كان على نحوين حسب اختلاف المفسرين:

النحو الأول: ان الأزلام قداح كانوا يتفائلون بها عند الحاجة أو الاستخارة و قد كتب على بعضها (أمرنى ربى)، و على البعض (نهانى ربى) و لم يكتب على البعض الآخر شيئاً.

النحو الثانى: انها أدوات يستقسم بها على الجزور، و لكل منها اسمه الخاص و من مجموع هذه التفاسير نعلم أن هذه الأدوات على أى نحو كانت فهى مقدسة عندهم، و كانوا يعتقدون انها ترشدهم الى الخير و الصلاح فهى من فروع عبادة الأصنام، و قد عرفت أن العمل بها، و بيعها و شرائها و جميع ما يمت إليها بصله محرم من غير فرق بين ان تكون آلات قمار فحرمت أو انها من فروع عبادة الأصنام فهى عنها، إذ لا اثر لهذا الاختلاف بعد أن كان الحكم الشرعى هو وجوب الاجتناب عنها مطلقاً إذا فهذه العملية الاستقسامية بكلا قسميها محرمة.

و الان و بعد ان عرفنا حقيقة الاستقسام بالأزلام لا بد لنا من البحث فى.

المرحلة الثانية:

و هى البحث عن عملية اليانصيب بما فيها من شراء البطاقات و استلام الجائزة هل انها من صغريات الاستقسام بالأزلام أم لا؟ لتكون محرمة لو كانت منها، و على العكس لو لم تنطبق عليها.

أما شراء البطاقات: فمن المعلوم أن البطاقات ليست من آلات القمار

(١) رسالة فى الميسر و القداح: ٣٨ و ٣٩ و ٤٣ و ١٠٦.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٧١

ليكون العمل بها محرماً يضاف الى ذلك ان هذه البطاقات ليست من الآلات المقدسة ليكون العمل بها من فروع عبادة الأصنام فيكون النهى متوجهاً عليها.

و أما استلام الجائزة: فلا يخفى أن المتصور فى عملية الجزور.

تارة: ان صاحب البعير يأخذ ثمن بعيره ممن خسر بعد إجراء عملية الاستقسام فيكون هذا غرامه من الخاسرين لمن ربح.

و ثانية: يكون البعير على نحو الإشاعة بحيث يشتري الجميع بعيراً، و بعد ان يكون مشاعاً بينهما يجرون عليه عملية الاستقسام- و حينئذ- يأخذ الراجحون ذلك البعير.

و في كلتا هاتين الصورتين يكون اجراء الاستقسام موجبا لأن يأخذ البعض أكثر من نصيبه، و حيث تكون هذه الزيادة من حصّة الباقيين فهي من صغريات القمار، و لذا نهى عنه. مضافا الى الخصوصية في الاستقسام بتلك الأزام المقدسة عندهم. و هذا بخلاف معاملة اليانصيب فإنك عرفت تمامية مقدمات هذه المعاملة من بذل المال بإزاء البطاقة، و استلام اللجنة للأموال المجموعة من ثمن البطاقات فلم يبق لها مشابهة بعملية الاستقسام إلا في موضوع أخذ الجائزة من قبل الفائزين. و هذا المعنى المذكور يتم لو نزلنا دفع المال الى الفائز على كونه غرامة من الباقيين له ليكون ذلك من قبيل الإشاعة، و اما لو لم ننزله على ذلك فالظاهر انه لا مانع منه فانا بعد ان فرضنا ان إعطاء المال لشراء البطاقة كان شراء للحق المترتب على البطاقة أو انه شراء للبطاقة باعتبار ما يترتب عليها من الحق كما صورناه في الوجهين الأول و الثاني، و بعد أن صححنا أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات.

و هكذا الحال في اليانصيب على البضائع فإنا لو نزلناه على ذلك يكون بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٧٢

دفع المال للفائز من قبيل ما يدفعه المالك من ماله الى من يخرج السحب على رقمه على نحو ما بيناه من الشرط أو الوعد الابتدائي، و لا شبهة فيه - كما عرفت.

و بتعبير آخر - نقول:

أن عملية الاستقسام لا تشمل ما نحن فيه من اليانصيب فإنه يمكن القول بحرمة الاستقسام للخصوصية الموجودة في الأزام، إما لكونها مقدسة عندهم و أن العمل بها افتراء على الله كما في التفائل بها، و اما لكونها من آلات القمار كما في الاستقسام بها على الجزور. و ان شئت قلت: أن المحرم هو الاستقسام بالأزام لا مطلق الاستقسام و بذلك أخرجنا القرعة، و الاستخارة عن اعمال تلك الأزام المنهى عنها لان هذه الأزام - كما عرفت - انها كانت مقدسة عندهم و يرون انها تهديهم الى ما فيه الخير و الصلاح، و على هذا فتكون فرعا من فروع عبادة الأصنام فيجب الاجتناب عنها في جميع الأعمال، و لا يفرق الحال فيها من هذه الجهة عن الأصنام نفسها، و يدل على ذلك أمور:

الأول: ما نقله لسان العرب عن الأزهري: من أن الأزام كانت توضع في الكعبة، و يتولى شئونها سادن الكعبة.

حلي، حسين، بحوث فقهية (للحلي)، در يك جلد، مؤسسه المنار، قم - ايران، چهارم، ١٤١٥ ه ق

بحوث فقهية (للحلي)؛ ص: ٧٢

و هكذا ما نقله الطبري «١» من ان محل هذه الأزام كان هو الكعبة و يقوم سدنه البيت بأعمالها.

و ثانيا: ما احتمله الكشف من ذلك، و استشهد بما روى انهم كانوا يجلبونها عند أصنامهم.

و ثالثا: ما حكى عن أبي الفرج الأصفهاني من انهم كانوا يستقسمون عند ذى الخليفة، و هو صنم لهم الى أن جاء امرؤ القيس فاستقسم عنده للطلب بثأر أبيه فخرج النهي فحينئذ غضب، و رماه بالحجارة و انشد يقول.

(١) تفسير الطبري: ١٧٣/٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٧٣

لو كنت يا ذا الخلصة الموفورا لم تنه عن قتل العداة زورا

فلم يتقسم عنده أحد حتى جاء الإسلام.

كل هذا يثبتنا أن لهذه الأزمات خصوصية في تحريمها لكونها مقدسة عندهم أو لكونها من آلات القمار، و لهذا قلنا لا يفرق من هذه الجهة ان قلنا بأنها قداح يستقسم بها على الجزور أو انها أدوات كانت تستعمل للاستخارة أو القرعة، و ما شاكل فهي محرمة على كل حال.

الخلاصة:

إذا فعلية اليانصيب بعد بيان ما قدمناه من سلامتها من الوجود التي ذكرت لفساد هذا النوع من المعاملات، و من بينها القمار. و بعد أن صححنا بذل المال بإزاء البطاقة بما ذكرناه من الوجوه المصححة لذلك البذل، و بعد تصحيح أخذ اللجنة، و تسلمها للأموال المجموعة من البطاقات.

و بعد تصحيح استلام الجائزة من قبل الفائز.

بعد كل هذا، و ذاك لم يبق إمامنا ما يدعو الى القول ببطلان عملية اليانصيب، و تحريمها.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٧٥

الأوراق النقدية

إشارة

مالية المال، وجوه ثلاثة للتغطية النقدية، هل يتحقق الربا أو الزكاة في هذه الأوراق، ما هو اعتبارها المالي بعد سقوطها من التعامل، التقاط الأوراق النقدية، تحديد مفهوم مجهول المالك.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٧٧

تمهيد.

و توطئة للبحث عن الأوراق النقدية و أحكامها يحسن بنا أن نتحدث «١»

(١) يحدثنا التأريخ عن المجتمعات البدائية، و كيف كان الفرد فيها يعتمد على الاستهلاك الذاتي حيث يبحث عما يحتاج اليه من غذاء، و كساء فله من الصيد ما يؤمن له المأكل، و من أوراق الأشجار، و أثمارها ما يتستر به، و يعيش عليه.

و لم يكن للإنسان في هذه الصورة من الفائض عما يحتاجه ليفكر في الطريقة التي يسير عليها لتصريف هذا الفائض.

و تطور الوضع و حصل التنوع في الإنتاج فتفتحت الآفاق أمامه ليزرع و يستفيد من حاصل إنتاجه، و التفت الى الفوائد التي تحصل من الصيد في بقية مجالاته من الصوف، و العظم الذي يوجد في بعض الحيوانات فأخذ يتخصص في الإنتاج، ثم بدأ يتطور في عمله فأخذ يواجه مشكلة جديدة هي مشكلة فائض الإنتاج عما يحتاج اليه.

و التفت من جهة أخرى الى انه مدفوع بحسب الغريزة الى الإنتاج الذي يحصل عند الآخرين مما عجز هو عن إنتاجه أو لم يتخصص فيه.

لذلك فكر في الخروج من هذا المأزق، و الخلاص من هذه المشكلة فوجد في قانون التبادل بفائض الإنتاج ما يؤمن له ما يحتاج اليه مما يعرضه الآخرون، و إذا بمبدأ المقياضة ينظم حياة المجموعة البشرية من الناحية الاقتصادية ردحا من الزمن فكان الفرد يقدم

للآخرين فائض ما يحتاج اليه من إنتاجه بإزاء أن يأخذ من الآخرين ما يؤمن له حياته المعاشية.

و على مرور الزمن و تضخم العدد الذى يزداد كل يوم، و تطلع الإنسان، و تطوره لم يكن مبدأ المقايضة محققا للفرد و غباته الحياتية لإدارة معاشه- فمثلا- قد لا يجد البائع من يشتري منه ما ينتجه فى مقابل ما يرغب هو باقتنائه من الآخرين و حينئذ فقد لا تبقى السلعة عنده محافظة على وضعها الطبيعى نتيجة عدم قابليتها للبقاء أكثر من المدة المحدودة لها، و فى هذه الحالة قد تصاب بالتلف خصوصا، و ان وسائل التخزين كانت مفقودة لديه، و لربما لا يكون الإقبال على سلعة بنحو يؤمن لصاحبها المقايضة عليها. هذه العوامل كانت سببا لأن يفكر الإنسان فيما ينظم له حياته بشكل يؤمن له إزالة هذه المشاكل من طريقه.

و كما تغلب الإنسان فيما سبق على مشاكله بمبدأ المقايضة نراه يتجه بعد ذلك الى التفكير بمبدأ النقود ليتخذ من تلك السلع وحدة نقدية يحصل بها التعاوض بين الأفراد فكان مما اتخذه الإنسان نقودا سلعية كما تقول المصادر النقدية: الحديد، الرصاص، النحاس، الذهب، الفضة، البرنز الحيوان فى كثير من أنواعه من الماعز، و الأغنام، و غيرهما و الصوف، و الجلد، و العظام الثمينة و غير هذه من السلع.

و الملاحظ ان اختيار السلعة فى مجتمع كنقد يتداول فيه كان يعتمد على مراعاة الظروف التى تحيط بذلك المجتمع، و المناخ الذى يعيشه من تكاليفات الجوفية، و قابلية السلعة للبقاء، و التداول مضافا الى توفر تلك السلعة فى تلك المنطقة، و الإقبال الذى يحصل من المجموع عليها فكانت هذه العوامل العديدة تشترك لاختيار السلعة كنقد.

و أخيرا لم يجد الإنسان فى هذه السلع ما ينقذه و متطلبات الظروف التى تحيط به، و التى تتبع بمرور الزمن، و إذا بفكرة النقود الغير السلعية تنبثق لديه سواء من المسكوكات، أو العملات الورقية، أو النقود المصرفية. يراجع بغية التوسع فى البحث محاضرات فى اقتصاديات النقود و البنوك لمحمد سلطان أبو على: ٨- ٩.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٧٨

أولاً- عن الربا على نحو الإيجاز لأن الغرض من هذا البحث هو معرفته ما لو كان فى التعامل بهذه الأوراق النقدية- كالدينار و ما شاكل- ربا أولا.

ثانيا- بيان حقيقة أصل مالية الأشياء.

ثالثا- عن الوجوه المتصورة لغطاء العملة.

الربا:

إشارة

قسم الفقهاء الربا الى قسمين:

ربا فى المعاملة، و ربا فى القرض.

و اشترطوا فى ربا المعاملة اتحاد الجنس، و كون مورد المعاملة من المكيل أو الموزون، كما فى بيع وزن من الحنطة بوزنه، و كيلو من الحنطة.

و أما ربا القرض فلم يشترطوا ذلك فيه، بل ذكروا أن كل قرض جر نفعا للمقرض فهو من الربا.

مالية المال:

إشارة

مالية المال: إنما تتقوم بتوفر جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه و استنادا الى هذا فانا نتمكن أن نتصور المال على نحوين بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٧٩

النحو الأول: ما كانت ماله ذاتية:

و هو كلما يحتاجه الإنسان بحسب فطرته الأولية من المأكول، و المشروب، و الملبوس، و ما شاكل هذا. و هذا النوع من المال لا تتوقف ماله على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه، و ان لم يكن في البين جعل من أحد، أو جهة، و يلحق بما ذكرناه من المأكول و الملبوس، ما كان كالحديد، و الخشب، و ما شابه.

النحو الثاني: ما كانت ماله بالجعل:

و هذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين. القسم الأول- ما كان فيه الجعل عاما يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم و بيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثله، و هذا يتصور في الأحجار الكريمة النادرة، كالذهب، و الفضة، و الماس، و غيرها. القسم الثاني- ما كان اعتباره خاصا. و هذا تارة: يكون اعتباره من قبل دولة، أو بنك ليقوم مقام القسم الأول كالأوراق النقدية- مثلا- و كثيرا ما حصلت لها تغطية مما له قيمة ذاتية أو مجعولة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي. و أخرى: ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد، و تذاكر القطار، و بطاقات الياصيب، و تذاكر مصالح نقل الركاب، و غير هذه مما كانت الورقة فيه فاقدة للاعتبار المالي لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة، أو البنك. فمثلا ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالتها بأن توصل الرسالة أو الرزمة الى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع. و كذا الطوابع المالية فإن السند الذي يحمل هذه الورقة يعتبر ذا أهمية في نظر الدولة و العرف، و هكذا الحال في بقية ما كان من هذا القبيل.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٨٠

و هذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيبدلون بارائها الأموال و طبعي أن قوام ماله الشيء- كما قلنا- أن يكون موضوعا لغرض يبعث على تنافس العقلاء عليه.

و قد عرفت: أن هذا التنافس منوط بهذا الأثر الذي رتب عليها و إلا فلا قيمة لتلك الأوراق لو خليت و نفسها مجردة عن تلك الآثار. اما الفرق بين هذين النحويين من القسم الثاني هو:

أن ماله ما كان على شاكله طوابع البريد- مثلا- إنما كانت بالاعتبار للأثر المترتب عليها، و هي في نفس الوقت غيره معتبرة من جانب العقلاء مالا بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها.

و أما ماله النحو الأول كالدينار- مثلا- فان هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالا بواسطة الجعل، و الاعتبار فلا فرق بينها و بين المعادن، و الأحجار الكريمة، بل قد يرجح العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية و يفضلها على المعادن، و ما شاكلها. لأن الورق أخف للنقل، و التعامل به من الذهب و الفضة و غيرهما.

إشارة

و إذا تم هذا التمهيد عدنا إلى الأوراق النقدية لنلتمس أحكامها الشرعية:
وبما أن مالية هذه الأوراق منحصرة بالجهة التي يمنحها الاعتبار تبعاً لكيفية تغطيتها ان كانت من قبل تلك الجهة كما سبق بيان ذلك- فمن الجدير أن نبحت عن حقيقة هذه التغطية، والمعبر عنها ب (غطاء العملة) لترتب الحكم على أساسها، وهي لا تخلو من أحد وجوه ثلاث:

الوجه الأول من وجوه التغطية:

إشارة

و تطالعنا فيه صورتان:

الصورة الأولى:

أن تكون الدولة قد أودعت في خزانها نقوداً مسكوكة من ذهب أو فضة في قبال هذه الأوراق بالقدر الذي طبعت منه و خولت كل بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٨١
شخص يحمل تلك الأوراق أن يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متى شاء ذلك، و على هذا الوجه تكون المعاملة على تلك النقود المودعة، و التي كانت مصدر الاعتبار لهذه الأوراق فمن اشترى حاجته، و دفع للبائع ديناراً- مثلاً- فهو قد ملكه مقداراً معيناً من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي تعتمد عليه، و تكون هذه الورقة كسند خاص لملكه.
و هل يتحقق الربا في مثل ذلك، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة أوراق في مقابل أحد عشر؟
الجواب عنه: أن الربا يتحقق في ذلك: لأننا فرضنا أن هذه الورقة تعبر عن تلك المقادير الفضية، أو الذهبية فتكون المعاملة واقعة في الحقيقة على ما تعبر عنه تلك الأوراق من النقود المسكوكة المودعة في خزينة الدولة.
أما الزكاة: فلا تتحقق لأن المناط في وجوب الزكاة في النقود هو وجودها تحت التصرف، و في متناول اليد طول الحول، و لعل هذا لا يكون متحققاً بالنسبة إلى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم إمكان التصرف في أعيان تلك النقود الموجودة في خزانة الدولة، و لكن لا- ينافي هذا أن يكون لحامل النقد الحق في المطالبة بما يقابلها من النقود إلا أن ذلك حيث يستدعي عملية من طلب و تأخير، و أعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلاً.

الصورة الثانية:

هي نفس الصورة الأولى، و لكن المودع إنما هو سبائك و قوالب ذهبيّة أو فضيّة فبمقدار الورقة تتعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب و الفضة من تلك القوالب الموجودة عندها.
أما الربا: فيتحقق في هذا النوع لأن الأوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبية، أو الفضية فإذا بيع مقدار منها بأزيد كان الزائد

فائدة ربوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكا فى صيرورة الزيادة من الربا.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٨٢

و أما الزكاة- فإن الظاهر عدم تحققها فيه لأن الزكاة فى ذلك إنما تحصل لو كان نقدا، وقد عرفت أن فرض المسألة هو أن هذه الأوراق تعبر عن الكميات الذهبية، أو الفضية لا النقود الذهبية أو الفضية.

و الفرق بين هاتين الصورتين ظاهر من ناحية الزكاة فانا و إن قلنا بعدم تحققها فى كلتا الصورتين الأولى و الثانية، إلا أن منشأ عدم تحققها فى الأولى لعدم كونها فى متناول اليد، و تحت التصرف بقول مطلق، و ان كان ما يقابل الأوراق نقودا ذهبية أو فضية. أما فى الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع الى عدم كون المودوع فى قبال الأوراق من المسكوكات. و عدم كونه فى متناول اليد أيضا.

الوجه الثانى من وجوه التغطية:

أن تكون فى قبال هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال فى ذمة من منحها ذلك الاعتبار، و هى الدولة أو البنك، و يكون حال الدينار- مثلا- كحال سند الكمبيالة، فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئا من الأجناس فقد دفع للبائع ورقة تفيد أن له بذمة الحكومة ما يقابلها من المال، و تكون الدولة التى منحت تلك الأوراق الاعتبار المالى هى المدينة للبائع بذلك المقدار من المال. و فى الحقيقة أن التعامل فى هذه الصورة يكون على ما فى الذمم و الأوراق النقدية اسناد بيد الأفراد تثبت وجود الدين فى ذمة الحكومة.

و هل تتحقق الزكاة لو كانت مالىة الدينار من هذا القبيل؟.

الظاهر العدم: لأن الزكاة إنما تتحقق فى العين النقدية الموجودة تحت التصرف، و فى متناول اليد- كما بيناه- لا على ما فى الذمم. أما الربا- فالصحيح تحققه: لأن ما يقابل هذا مما هو فى ذمة الحكومة أما ذهب أو فضة، و هما من الموزون فيتحقق الربا فيه فان الشخص لو باع

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٨٣

عشرة أوراق فى قبال أحد عشر فهو فى الحقيقة قد باع مقدارا معيناً من الذهب أو الفضة بأكثر و يكون ذلك من قبيل ما لو كان لك فى ذمة زيد عشرة أطنان من الحنطة فبعته الى عمرو بأحد عشر طنا هى له فى ذمة زيد أيضا فيتحقق الربا فيه.

الوجه الثالث من وجوه التغطية:

أن تكون مالىة هذه الأوراق متقومة بالجهة الاعتبارية الصرفه بأن تقرر الدولة بأن كل ورقة تحمل ذلك الشعار الخاص، و هذه الألوان و التقاطيع المخصوصة فإنها تعتبر بكذا مقدار من المال، و من الواضح أن الدولة تلتف الى أن ذلك الاعتبار وحده ليس بكاف لمنح هذه الأوراق السمة المالىة، لذلك تأخذ على عاتقها موضوع دعم الورق بالتعهد الشخصى، و التقرير على نفسها بدفع ما يقابله من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات الأجنبية. و حيث كان هذا المقدار أيضا ليس بكاف لمنح الورق السمة المالىة الدولية، بل يقتصر اعتباره على الداخل، لذلك تضطر الدولة إلى الدخول فى (منطقة الاسترليني) مثلا فتجتمع عدة دول لتودع فى أحد البنوك العالمية المقادير اللازمة من الذهب، و يكون هذا الإيداع هو الرصيد للورق النقدى فى مجموعة تلك الدول المشتركة، و قد تنسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني فتسحب ما لديها من الاحتياطى و تودعه فى البنك الحكومى المؤسس فى المملكة و تعلن هذا المعنى الى الجميع، و تدعم هذا الإيداع من جهة أخرى بما تمتاز به تلك الدولة من معادن و ثروات طبيعية، كالنفط، و الكبريت و الفحم و ما شاكل ذلك من الثروات الطبيعية.

و بعد كل هذا يعزز ما ذكرناه نفس مركز الدولة بين بقية الدول وهذه وإن لم تكن عوامل أساسية لتغطية النقد الورقي، إلا أن لها قيمتها الاعتبارية في أنظار الناس فتعطى الورقة رصيذاً سوقياً في الداخل والخارج.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٨٤

و الظاهر: أن دينارنا الورقي في هذه الأيام من هذا القبيل فماليتها ناشئة من الجعل والاعتبار و تكون قيمة هذه الأوراق منوطة بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها، و بما يدعمه من المعادن والثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل والخارج، و إن لم تكن الدولة مستعدة فعلاً بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها، إلا أن وجود ذلك - و لو بعيداً عن تناول اليد و معرض التصرف - و صيد يدعم تلك الأوراق.

هل يتحقق الربا في هذه الأوراق؟.

و الآن و بعد أن عرفنا حقيقة الأوراق النقدية، و أنها لا تحمل إلا جهة الاعتبار الصرف من الدولة التي فرضت التعامل بها فهل يتحقق الربا في صورة بيعها بأكثر؟ كأن يبيعه عشرة أوراق باثنتي عشرة ورقة. الظاهر عدم تحقق ذلك فلا تكون المعاملة ربوية لأن شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس الثمن و المثلن - أولاً - و كونه من المكيل و الموزون ثانياً، و ليست الدينار من أى من هذين، و هما المكيل أو الموزون، و إن كانت وحدة الجنس متحققة فيها إلا أن الشرط الآخر، و هو الكيل أو الوزن لم يتحقق فيها فلا يجري في بيعه بأزيد منه حكم الربا. هذا إذا كانت المعاملة بيعية صرفاً لا أجل فيها بل حصل التسليم.

و أما لو حصلت الزيادة مع أجل كأن دفع له عشرة دنانير بإزاء أحد عشر ديناراً يسلمه إياها بعد شهرين فهل يكون ذلك من صغريات المعاملة الربوية أولاً؟.

و الإجابة على هذا السؤال:

هو أنا نتصور لهذه المعاملة وجهين: تكون صحيحة بالنظر لوجه و باطله على الوجه الثاني.

فإننا لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبيل البيع إلى أجل كانت المعاملة صحيحة

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٨٥

بخلاف ما لو اعتبرناها من قبيل القرض إلى أجل فإنها حينئذ تكون من ربا القرض، و يتم فيها البطان. بيان ذلك مفصلاً:

إن الشخص مرةً يبيع هذه العشرة دنانير إلى الآخر بأحد عشر ديناراً لمدة شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع، و تتم المعاملة و لا بأس فيها لأنها معاملة بيعية غاية ما في البين أن أحد العوضين فيها مؤجل إلى شهرين، و هذا نظير ما لو باعه داره على أن يدفع ثمنها بعد شهرين و لا مانع في ذلك. هذا لو كانت المعاملة بيعية.

و مرةً ثانية تكون المعاملة قرضية، كأن يقرضه فعلاً عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً، و لا شبهة في ربوية هذه المعاملة القرضية لاشتمالها على القرض مع الزيادة فتجرى عليها أحكام الربا، و إن لم يكن في البين مكيل أو موزون.

إذا في مقام الإنشاء لا بد من الالتفات إلى الفرق بين هاتين المعاملتين:

البيع إلى أجل، و القرض إلى أجل حيث يتحقق الربا في الثاني دون الأول.

الأوراق النقدية و ما مائلها بعد سقوط اعتبارها المالي:

إشارة

مما سبق عرفت أن بعض الأشياء لا تكون ماليتها ذاتية بل تكون ماليتها تابعة للجعل، كالأوراق النقدية، و طوابع البريد و ما شاكلها.

و بحثنا فى هذا الفرع يتضمن بيان ضمانها لو سقطت العين عن المالىة- فمثلا- لو غصب شخص من آخر دينارا، و جاء بعد ذلك ليرده إليه أخذ من أحد طواع بريديء، و بعد ذلك ألغت الدولة اعتبارها.

و يلحق بذلك ما لو غصب من شخص ما كان فى وقته ذا قيمة و سقطت قيمته حين الأداء كما لو غصب من شخص ماء فى فصل الصيف و كان المكان فى الصحراء حيث لا يوجد ماء و أراد بعد ذلك تسليم ما غصبه من الماء فى المدينة إذ يكون الماء عادة مبدولا فى المدن.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٨٦

فيما هو الحكم لأمثال ذلك؟ بعد أن جاء الغاصب ليرد العين مع أنها فى وقت الرد غيرها فى وقت الغصب أو الأخذ.

و لضمان الأعيان المغصوبة أو التالفئة، مراتب ثلاث:

أولا- ضمان الخصوصية الشخصية، و التى تتكون بنفس تلك العين فان فقدت العين أو سقطت عن الاعتبار فلا بد من الانتقال.

ثانيا- الى ضمان النوع، و هو المثل.

فان فقد أو سقط الاعتبار فيه فلا بد من الرجوع.

ثالثا- الى ضمان الجنس، و هو المالىة.

و لا يكون الانتقال من مرتبة إلى لاحقها إلا بعد تعذر السابقة.

و القيمة المالية أيضا تختلف.

فهل هى قيمة يوم الغصب؟

أو أنها قيمة يوم التلف؟

أو أنها قيمة يوم التسليم؟

أو أنها قيمة الأيام المتوسطة بين يوم الغصب أو التلف أو التسليم؟

أقوال عديدة ذكرت فى محلها، و لا مجال لبحثها مفصلا بهذه العجالة و المهم هو أن شيخنا- دام ظله- يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب.

و الآن- فالورق النقدى و ما شاكله- بعد انعدام اعتباره المالى.

من البين أنه لا ينفع فيه ضمان الخصوصية الشخصية لفرض انعدام قيمته.

و لا قيمته النوعية المنحصرة فى إرجاع مماثلة إذ لا قيمة لمماثلة بعد أن ألغى الاعتبار المالى لهذا الورق أو لهذا الطابع البريدى- إذا-

فلا بد من اعتبار كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالىة.

فالدینار- مثلا- لا- بد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره و طابع البريد أو تذاكر القطار لا بد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالى.

و كذا الماء المأخوذ فى الصحراء تقدر قيمته فى ذلك الموضع مع ملاحظة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٨٧

بقية الخصوصيات الموجبة لارتفاع قيمته فى ذلك الوقت. نعم يبقى علينا أن نتصور و نبين المقياس فى المالىة فهل يكون الذهب أو الفضة هما المقياس لتقدير المالىة أو هناك شىء غيرهما، و يستظهر شيخنا- دام ظله- أن الذهب و الفضة هما المقياس بالدرجة الأولى. فلو غصب أو أخذ من آخر دينارا، و أراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين فلا بد من تقدير قيمته يوم كان معتبرا و مجعولا و ما كان يساوى من الذهب أو الفضة فى ذلك اليوم فلو كانت قيمته تساوى مثقالا من الذهب كان عليه أن يؤدى مثقالا فى هذا اليوم

و هكذا.

أما لو فرضنا إلغاء اعتبار نفس الذهب و الفضة من قبل العقلاء أو فرضنا انعدامه من الوجود أو ندرته على حد يصعب على الضامن تحصيله فحينئذ ينتقل إلى الأجناس الموجودة فيدفع له من الحنطة أو غيرها من بقية الحبوب - مثلا - ما كان يدفع بإزاء الدينار في ذلك الوقت يوم كان للدينار أو لطابع البريد و أمثالهما الاعتبار المالى.

التقاط الأوراق النقدية:

و حيث كانت الأوراق النقدية، و الطوابع البريدية، و أمثالهما مما لم تكن له علامة فارقة، و لا تميز لبعضها على الآخر فما ذا يصنع من يجدها فى عرض الطريق، و كيف يتوصل إلى معرفة صاحبها مع أنها معدومة الميزات بعضها مع الآخر. و ترقيم الدنانير، و أن كان موجودا إلا أن الإنسان كثيرا ما لا يلتفت الى هذه الأرقام ليضبطها لتكون من العلامات الفارقة. إذا فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية و غيرها.

و يرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن هذه الأوراق من فروع المال المجهول مالكة و لا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى ليقول كلمته فيه، و لا يسوغ للملتقط التصرف فيه بعد تعريفه، و قبل مراجعته الحاكم الشرعى لأن تلك بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٨٨

الأحكام مختصة باللقطة التى يكون لها علامة، و يمكن التعريف بها، و لا أقل من الشك فى شمولها لما لا يمكن التعريف و الاحتياط يقتضى الرجوع فيها الى الحاكم الشرعى ان لم يكن ذلك هو الأقوى. و من المستحسن نحن فى هذا الصدد من بيان حقيقة المال المجهول مالكة و لمن يكون رجوعه.

ما هو المال المجهول المالك:

إشارة

و الجواب على هذا السؤال.

أنه كل مال يعرف صاحبه فعلا، و لا طريق الى تعيينه، وجدانا أو تعبدا و الأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام فى النوع من المال يمكننا تصنيفها إلى أقسام أربعة:

القسم الأول:

و يشتمل على ما يفيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهرا، و يدخل فيه ما ورد فيمن كان له حق ففقد و لا يدري أ حى هو أم ميت، و لا نعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا.

كما روى عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقد و لا يدري أ حى هو أم ميت، و لا يعرف له وارث و لا نسب و لا بلد، فقال عليه السلام: أطلبه، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به، قال: أطلبه «١». و من هذا التكرار فى الأمر من الامام عليه السلام باطلب يظهر لنا أن من بيده ذلك المال لا بد له من طلب صاحبه، و ليس ببعيد أن المنظور فى هذه الرواية هو الحث على عدم اليأس، و العثور على صاحبه فيلزمه حينئذ الطلب و إبقاء العين مع المحافظة عليها.

(١) الوسائل، كتاب الدين، باب من كان عليه دين وجب عليه نيء القضاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٨٩

القسم الثاني:

و مؤداه اعتبار المال أمانة في يد من وجده بعد الطلب و اليأس و ينتظم فيه ما ورد في أجير مفقود، كما ورد عن هشام بن سالم قال: سأل أبو خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل بالأجر ففقدناه و بقي له شيء من أجره و لا نعرف له وارثا، قال فأطلبه، قال: قد طلبناه و لم نجده، قال فقال: مساكين و حرك يديه «١» قال: فأعاد عليه، قال: اطلب و اجهد فإن قدرت عليه و إلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع اليه «٢».

و من هذا القسم نفهم الأمانة، و ان هذا المال كسبيل مال الواجد من ناحية المحافظة عليه، و أنه أمانة شرعية يلزمك حفظها لصاحبها.

القسم الثالث:

و يفيدنا لزوم التصديق بذلك المال المجهول مالكة.

و يدخل فيه ما ورد فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه، و لا- يعرف صاحبه كما روى عن يونس قال: سألت عبدا صالحا عليه السلام فقلت: جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة، و ارتحلنا عنهم، و حملنا بعض متاعهم بغير علم، و قد ذهب القوم، و لا نعرفهم، و لا نعرف أوطانهم، و قد بقي المتاع عندنا فما نصنع به؟ قال فقال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة، قال يونس فقلت له: لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم، قال فقال: بعه و أعط ثمنه أصحابك، قال فقلت: جعلت فداك أهل الولاية؟ قال: نعم «٣».

و من هذه الرواية يظهر لنا التصديق بالمال بعد حصول اليأس من صاحبه

(١) علق في الوافي على قول الامام عليه السلام- مساكين- بقوله: بيان يعنى أنتم مساكين حيث ابتليتكم أو حيث لم تعرفوا لمن هو.

(٢) الوافي، المجلد الثالث، ص ٥١، باب المال المفقود صاحبه.

(٣) الوافي، المجلد الثالث، ص ٥١، باب المال المفقود صاحبه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٩٠

و من العثور عليه فيأمر الإمام عليه السلام بالتصدق ليكون التصديق بالمال هو الطريق للوصول الى صاحبه.

القسم الرابع

- و يتضمن الاذن بالتصدق بذلك المال، و لكنه مشروط بأخذ الرخصة من الامام (ع) بذلك التصديق، و يظهر ذلك جليا في رواية داود بن يزيد عن أبي عبد الله (ع) قال له رجل: انى أصبت مالا، و انى خفت فيه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته اليه، و تخلصت منه، فقال أبو عبد الله:

لو أصبته كنت تدفعه اليه؟ فقال: إي و الله، فقال (ع): فأنا و الله ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره، قال: فحلفت قال: فاذهب فقسمه في إخوانك، و لك الأمن مما خفت منه، قال: فقسّمته بين إخواني «١».

فمن قول الامام (ع) (و الله ماله صاحب غيري) يتضح لنا جليا حكم هذا المال المجهول مالكة الأصلي، و أنه لا بد فيه من إرجاعه الى الامام لأنه صاحبه ليقول كلمته في ذلك.

و من هذا العرض لهذه الأخبار تلخص لدينا أن:

القسم الأول من الاخبار، يحث على طلب صاحب المال فقط.

و القسم الثاني من الاخبار، يدل على كون المال أمانة بيد الواجد.
و القسم الثالث من الاخبار، يدل على جواز التصديق من دون استئذان.
و القسم الرابع من الاخبار، يدل على التصديق بعد الاستئذان، لأنه مال الامام (ع).

و يقف شيخنا الأستاذ - دام ظله - ليختار القسم الرابع لكونه مقدما على بقية الأخبار المذكورة،

إذ أن أمر الإمام (ع) في القسم الثاني بالمحافظة على المال و إبقائه أمانة أو أمره في القسم الثالث بالتصدق به يمكن أن يكون

(١) الوسائل، الباب ٧ من أبواب اللقطة، حديث ١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٩١

ليبان الحكم الواقع، و يمكن أن يكون إذا خاصا من الامام في إبقائه أمانة أو في التصديق، به و قوله في هذه الرواية الرابعة: «و الله ما له صاحب غيري» ثم امره بالتصدق يكون شارحا لذلك الإجمال في ذينك الخيرين، و مبينا أن المراد به هو المعنى الثاني و بذلك يكون هذا الخبر الرابع حاكما على الخبرين المذكورين بمعنى أنه يكون شارحا لهما، و مبينا للإجمال فيهما فتكون الحكومة حكومة شرح و إيضاح، و بتعبير آخر إن الامام (ع) ارجع ذلك اليه فيهما و قد أمر في ذينك الروايتين بالتصدق، و الأمانة، و يكون ذلك إذا خاصا منه في التصديق أو الحفظ عنده، و إلا فإنه مال يرجع أمره اليه، و ليس التصديق لولاية من بيده المال شرعا فلا ولاية له على ذلك، بل الولاية للإمام (ع)، و قد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الإمام (ع) بالتصدق.

و قد يعترض: بأن مجهول المالك كاللقطة لا بد فيه من التعريف سنة فان حصل صاحبه، و إلا فهو لقطة يجرى عليه ما يجرى عليها، و ليس الحكم فيه هو إرجاعه الى الامام - عليه السلام.

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد في لص أودع متاعا مسروقا عند آخر فجاء الأمين ليسأل الامام الصادق - عليه السلام - عن حكم هذه الوديعة و الرواية عن حفص بن غياث، قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم و متاعا، و اللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال (ع): لا يرده فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا - فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فان اختار الأجر فله الأجر، و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له «١».

و الجواب عن هذا الاعتراض.

(١) الوسائل، الباب ١٨ من أبواب اللقطة، حديث ١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٩٢

إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات اللصوص لخصوصية في البين تقتضي التعريف بذلك المال سنة، و من ثم التصديق به. مضافا إلى أن مجهول المالك لا بد فيه من التعريف إلى حد يحصل اليأس عن العثور على صاحبه و هذا الخبر أيضا من موارد مجهول المالك، و قد جاء السائل يعرض الموضوع على الامام (ع) فأمره بعد مرور السنة بالتصدق، أما التحديد بالسنة فلأنه بها يحصل اليأس على العثور غالبا.

بقي عندنا القسم الأول: و هو الخبر الوارد فيمن كان له حق، و لا ندري أين يطلب صاحبه، و هذه الرواية عرفت انها تختلف عن بقية الروايات لأن بقية الروايات إنما تضمنت الحكم بعد اليأس عن حصول صاحب المال، و هذا المعنى لم يظهر في القسم الأول، بل أقصى ما فيها أنه لم يعرف صاحبه أو نسبه، أو وارثه فأمره الإمام - عليه السلام - بطلب صاحبه و لم يعرض السائل بخدمته انه قد حصل

له اليأس، بل أقصى ما في البين أن السائل قد أخبر الإمام (ع) بأن البحث عن صاحب المال قد طال مدته، وهو لا يدل على اليأس، وإلا لألحق قوله إن ذلك قد طال، وقد أيسر من صاحبه، ولهذا نرى الإمام (ع) يكرر عليه الأمر بالطلب، ولا معنى لهذا التكرار مع فرض أن الإمام (ع) فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه. إذا فلا تكون هذه الرواية دليلاً على التوقف في مجهول المالك، ويتحتم علينا الأخذ بالطائفة الرابعة، والتي عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال راجع إلى الإمام حسبما جاء من قوله (ع): «والله ما له صاحب غيري».

غايته: أنه أمره أمراً شخصياً بأن يتصدق به لا أن حكمه الشرعي هو ولاية التصديق به لمن هو في يده من دون مراجعة الإمام (ع). وحيث عرفت بعد تقديم الأخبار الدالة على التصديق بمجهول المالك بعد مراجعة الإمام فيه يظهر لنا بوضوح حال الأوراق النقدية، وما شاكلها كطوابع البريد، وتذاكر القطار السارية المفعول فإنها أموال لا يعرف صاحبها، ولا بد بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٩٣

فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها، وهذه وإن كانت غير معلمة، ومميزة إلا أن بعض القرائن الخارجية قد توجب اطمئنان النفس بصدق لهجة من يدعي أنه صاحبها، وعلى أي حال فبعد حصول اليأس من غير نظر إلى مرور السنة أو أكثر، ولم يحصل صاحبها لا بد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي ليأذن بالتصدق بها عن صاحبها أو يأمر بها في صرفها في جهة أخرى حسب نظره. بعد هذا فلو التفت شخص شيئاً من هذه الأوراق النقدية، وما كان على شاكلتها فقد عرفت أنه لا يجوز تملكها ابتداءً، بل لا بد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس من مجيء مالكيها ليقول كلمته فيها من التصديق أو التملك أو غيرهما. فلو عمل الملتقط كل ذلك، وتصديق بالمال عن صاحبه بعد الرجوع إلى الحاكم الشرعي، وبعد هذا حضر صاحب المال فهل له المطالبة بالمال أو لا؟.

الظاهر عدم ذلك لأن الإمام - عليه السلام - أو الحاكم الشرعي إنما فعل ذلك بحسب ولايته الشرعية عليه فلا حق له بمطالبته، وهذا بخلاف ما لو كان الملتقط قد تصدق بالمال من دون مراجعة إلى الحاكم الشرعي ليستأذن منه لو قلنا: بولاية الملتقط أو من يده مجهول المالك على التصرف بالمال فإن صاحب المال يتمكن حينئذ من مطالبة ذلك الشخص بماله. ربما يقال بذلك. ولكن الصحيح أن مجهول المالك حتى لو قلنا بأن ولايته بيد من كان المال عنده فإن هذا المقدار بنفسه كاف في نفوذ التصرف، وإن لم تكن له الولاية على نفس المالك كما هي للإمام - عليه السلام - أو الحاكم الشرعي.

تنبيه:

من مطاوى البحث عرفنا أن مجهول المالك هو المالك الذي لا يعرف صاحبه، ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - أراد أن ينبه على توسعه هذا التعريف وشموله للمال معلوم المالك، ومجهول محل الإقامة، بحيث لا بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٩٤

يشترط في المال أن يكون صاحبه مجهولاً من الابتداء ليكون منطبقاً على مثل الأمانة التي أودعها اللص عند آخر فجاء الأمين يسأل الإمام - عليه السلام - عن حال هذه الوديعة التي لا يعلم صاحبها الحقيقي بل يكون المال مجهولاً حتى ولو عرف صاحبه، ولكنه جهل محل الإقامة، وبحث عنه فلم يعثر عليه - كما تضمنته الرواية المتقدمة - فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه فإن ذلك المال معلوم مالكة لأنه متاع إلى رفيقه، ولكنه جهل محل إقامة ذلك الرفيق فكان في عداد المال مجهول المالك.

الخلاصة:

وبعد هذه التوسعة في المال مجهول المالك نرى:

ان كلما كان له اعتبار مالى، و لم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة لو التقطه الشخص أو وصل بيده من دون التقاط، و لم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك، و لا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى بعد حصول اليأس عن مجيء مالكة ليقول كلمته فيه. بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٩٥

اعمال البنوك و المصارف

إشارة

كلمة لا- بد منها، أقسام البنوك و المصارف الأمانات، التوفير، الكفالات، الحوالات، تحصيل الشيكات، تحصيل الأوراق التجارية، الحسابات الجارية، بيع و شراء الأسهم و السندات، خصم الأوراق التجارية (الكمبيالات) الاعتمادات المستندية خطاب الاعتماد، معاملات مصارف الرهون و العقار و الصناعى. بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٩٧

كلمة لا بد منها:

لم يكن التعامل السائد الآن فى العالم محافظا على طابعه القديم، بل أخذ- نتيجة للتطور- يخضع الى النظم الاقتصادية الحديثة. و قد اعتمد واضعوا تلك النظم على تركيز الأسس الربوية لبناء التعامل السوقى،- و بطبيعة الحال- ان هذا يبتنى على نظام الفوائد. و هذا مما لا تقره الشريعة الإسلامية المقدسة بل و قد كافحته بشتى الوسائل. و فى الوقت نفسه لا- بد من الاعتراف، بأن الحياة الاقتصادية أخذت تحتّم على الأفراد- بما فيهم تجار و غير تجار- من التعامل مع المصارف أو البنوك سواء بالمباشرة أو بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير الانفكاك عنها بعد ان أصبح التعامل السوقى مرتبطا ارتباطا كلياً بالمؤسسات المصرفية، و بين هذين يقف الشخص، و الحيرة تأخذ عليه مسالك التفكير فما يصنع؟ إن ضروريات الحياة تلجئه إلى التعامل المذكور. و الشريعة المقدسة تأمره بالابتعاد عن الربا، و التعامل فيه، فهل بالإمكان أن ينزل الشخص و يترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه، و من ثم الابتعاد عن الربا و آثامه؟. أو يترك الباب مفتوحا على مصراعيه فلا يبالي بما تمليه عليه الشريعة المقدسة من التنديد، بأكل المال بالباطل، و ليكن بعد ذلك ما يكون لكل من هذين المسلكين محاذيره و مشاكله.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٩٨

و لا بد و الحالة هذه من ملاحظة جميع الأعمال التى تجرى عليها البنوك و المصارف فى يومنا الحاضر، لنرى مدى تقائها مع الطرق الشرعية الصحيحة و التى تكون بعيدة عن الربا و الربوات، فقد- أحل الله البيع و حرم الربا. و الى جانب ذلك، فتح لنا الشارع المقدس طرفا عديدة لاستحصال الربح من الطرف الآخر، تكون بعيدة عن- أكل المال بالباطل- كالهبة و الجعالة و ما شاكل.

أقسام البنوك و المصارف:

إشارة

إذا صنفنا البنوك و المصارف لرأيناها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- ١- حكومية: و يكون رأس مالها مكونا من أموال الدولة، و لا حق لشخص معين فيه، بل هو مصلحة حكومية.
 - ٢- أهلية: و يتكون رأس مال البنك الأهلي من اشتراك عدد من ذوى المال، و تكون الأرباح مقسمة على نسبة الحصص التى يملكها كل مشترك منهم.
 - ٣- مشتركة بين الحكومة و الأهالى: و تكون مجموع الحصص مشتركة بينهم على نسبة معينة بين الطرفين.
- و نتيجة لهذا التقسيم تكون أموال البنوك الحكومية مجهولة المالك، بينما تكون البنوك الأهلية معلومة المالك. أما البنوك المشتركة فإن أموال الدولة فيها تكون مجهولة المالك، و قد اختلطت بأموال معلومة المالك، و هى أموال الأهلى الذين كانت لهم سهام فيه.

البنوك الحكومية:

و طبعى أن أفراد البحث، و الكلام فيها كقسم مستقل إنما هو بناء على بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٩٩

أن الدولة لا تملك ما تحت يدها من الأموال فيكون ذلك المال من أفراد المال المجهول مالكة، و أما من يرى من الفقهاء بأن الدولة - و ان كانت جائرة - مالكة - فحينئذ - لا يفرق الحال من الوجهة العلمية بين بنوك الدولة، أو الأهالى و لا يكون أثر لهذا التقسيم (١).

و على اعتبار أن أموال البنوك و المصارف الحكومية مجهولة المالك تختلف طبيعة المعاملة المصرفية، لأن فى بعضها يكون الشخص هو الذى يدفع المال إلى البنك ابتداء، ليسترجه منه بعد مدة، و هذا كما فى الودائع و الحوالات و التوفير، و أمثالها. و يكون إعطاء المال فى هذه الصور من قبل الشخص الى البنك بمنزلة من أتلّف ماله، و عند الاسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يضاف اليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكة، و يحتاج - حينئذ - إلى إجازة الحاكم الشرعى للتصرف بتلك الأموال المأخوذة، و لا يتحقق فى البين قرض، و لا يكون ما يأخذه من الفرع المستحق من الفوائد الربوية. و هناك و فى بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافع الابتدائى للمال و يستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القابض، و يتحقق ذلك فى جميع صور الإقراض من جانب البنك، و بعض صور التحويل. و من الواضح، أن المال المأخوذ من البنك ابتداء يكون من المال المجهول مالكة، و لا بد للتصرف فيه من إجازة الحاكم الشرعى - كما تقدم.

و أما حين الاستحقاق، و مطالبه البنك للمدين بما دفعه إليه فإن ما يدفعه

(١) لا يسع المقام البحث عن مالكية الدولة أو عدم المالكية. فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك - و المهم فى البين - هو ان شيخنا الأستاذ دام ظله - لا يرى مالكية الدولة، و للبحث أدلته و لا مجال للتطرق إليها.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٠٠

المدين من الأصل و الفروق المستحقة يكون مأخوذاً منه على نحو القهر و الإيجاب حيث لا يسعه التخلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال و لا بد من الالتفات إلى أن الشخص - سواء فى حالة القبض للمال، أو فى حالة الدفع إليهم - لا يصح له نية الاقتراض و القرض، و أخذ الفوائد و دفعها، فان الطرف المقابل لا يملك ما تحت يده من المال، فالمعاملة من الأصل باطلة، و لا يتحقق فيها من ذلك شيء.

البنوك الأهلية:

و تتكون من الأموال التي جمعت من قبل المساهمين، و بعد العمل بها يكون المجموع من الأموال الحلال المختلطة بالحرام. ذلك لأن هؤلاء لم يجرؤوا في معاملاتهم المذكورة على أصول الشركة من التجارة المحللة بتلك الأموال، بل أخذوا يجرؤونها في المعاملات التي يتحقق فيها الربا، كالأمانة و بعض صور التحويل و التنزيل، مع عدم الالتفات منهم الى الطرق التي يمكن التخلص فيها عن الربا و آثامه.

- و حينئذ- فتكون معاملات القرص كلها باطلة و فاسدة.

و عليه فلا يخرج المال المقبوض منهم عن واحد من محتملات ثلاثة:

١- انه مال حلال لاحتمال ان يكون ذلك المقبوض مما أجريت عليه معاملته صحيحة، أو أنه مال للبنك أرجعه المستقرض عند استحقاقه. و إن كان أصل القرض فاسدا، أو أنه مال دفعه إليهم شخص يريد تحويل مبالغ من النقود إلى بلد آخر، و دفع لهم فرقا- حيث ينزل ذلك على القرض من المحول للبنك- و يكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض، و لا مانع منه- كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل.

٢- و يحتمل أن يكون ذلك المال من الحرام، لأنه مأخوذ من الفوائد الربوية.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠١

٣- و يحتمل أن يكون مالا حلالا قد اختلط بالحرام.

ففي هذه الصور لو أحرز القابض ان ما بيده من المال من أي من هذه المحتملات الثلاثة، لانتهت المشكلة، لأنه بالنسبة الى ما يعلم حليته فقد ملكه و بالنسبة الى ما علم حرمة، أو كونه من المختلط فلا بد فيه من إجازة الحاكم الشرعي للتصرف فيه. و لو لم يحرز، و كان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجودا، فان يد المعطى كافية لاعتبار ذلك المال حلالا، لأن اليد إماره على ملكية صاحب اليد على ما تحت يده، و يكون هذا كافيا لجواز الأخذ منه و ان كان احتمال كون ذلك المال من الحرام، أو كونه من المختلط موجودا. كما هو مضمون رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع ببيع قهرا، أو امرأة تحتك و هي أختك، أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة (١).

البنوك المشتركة:

فان احتياج العميل معهم إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال لازمة له، و ذلك لأن. الصورة الأولى من الصور الثلاث المذكورة في الأموال الموجودة في البنوك الأهلية الصرفة لم تتحقق هنا لانتفاء احتمال كون ما قبضه من المال من الحلال الخالص لأن هذا المال قسم منه يعود إلى الدولة و هو مجهول المالك، و يضاف إليه الإشكال في أصل الخلط للمالين: أموال الدولة و أموال

(١) الوسائل - كتاب التجارة- أبواب ما يكتسب به- الباب ٤، حديث ٤.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠٢

الأهالي فإنه من الخلط بين معلوم المالك و مجهولة، و ذلك موجب لعدم صحة المعاملة و المعاوضة عليه.

أعمال البنوك:

١- الأمانات

إشارة

و هي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك و المصارف، حفظا لها من التلف. و قد شجعت البنوك هذا النوع من الإيداع سواء كان لمدة محدودة أو غير محدودة إذ في مثل هذه الحالة يستطيع البنك استثمار هذه الأموال في موارد النفع بين فترتي الإيداع و السحب، و بإزاء هذا الإيداع يعطى البنك فائدة للمودع تختلف باختلاف المدة التي يكون المال فيها مودعا.

و لا توقف في نفس الإيداع من الجهة الشرعية لو تخلى عن أخذ الفائدة عليه، و لمعرفة حال هذه الفائدة لا بد لنا من ملاحظة حال الأمانة من الناحية الشرعية.

و قد أبدى شيخنا الأستاذ- دام ظله- رأيه في الموضوع بما يلي:

الأمانة الشرعية حكمها ان لا يتصرف الأمين بما أودع لديه من المال، و أما لو أذن صاحب المال بأن يتصرف الأمين بالمال المؤمن- كما هو الحال في الودائع لدى البنوك و المصارف- سواء كان الاذن حين الإيداع، أو بعده، فلا بد من تحليل هذا الاذن بالتصرف، و ما هو المقصود منه؟

و يتصور الاذن بالتصرف على صورتين:

الصورة الاولى:

ان يكون مفاد الاذن المذكور هو بقاء المال على ملك صاحبه، و للبنك حق التصرف فيه- و حينئذ- يكون العوض المأخوذ بتلك الأموال ملكا لصاحب المال، لأنه دخل في ملك من خرج المال من ملكه،

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠٣

و لا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأنها لا تستغل هذه الأموال على أن ما تشتره بإزائها لأصحاب تلك الأموال، بل هي أعواض راجعة للبنك و البنك يحتسب فوائد معينة يعطيها لصاحب المال.

الصورة الثانية:

ان يكون مفاد الإذن بالتصرف راجعا إلى كون العوض المأخوذ بإزاء تلك الأموال راجعا إلى المتصرف، و الذي هو البنك فيكون المال لأحدهما، و هو صاحبه، و العوض للآخر، و هو البنك. و هذا غير معقول، إذ كيف تجتمع اباحة التصرفات الناقلة مع كون العوض ملكا للمتصرف، لأنه لا بد أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه، إذ أن طبيعة المعاوضة تقتضى ذلك فان من يأخذ العوض لا- بد، و أن يكون المال المدفوع بإزاء ذلك العوض خارجا من ملكه. أما لو خرج من ملك شخص آخر- كما في مفروض هذه الصورة- فلم يحصل في البين تعاوض، بل يكون الخارج خارجا بلا عوض، و الداخل داخلا بلا عوض، فلا تتحقق في البين معاوضة.

و قد حقق شيخنا الأستاذ- دام ظله- ذلك في باب المعاواة تحقيقا.

كاملا «١». إذا فبقاء المال على ملك صاحبه، و اعتبار كون العوض المأخوذ بإزائه

(١) اعلم ان المعاطاة- تارة: تنزل على البيع، و يكون الدافع بائعا و القابض مشتريا.

و لا- يعوزهما إلا- التلفظ. فمن دفع دينارا إلى صاحب الطعام، و أخذ صاحب الطعام الدينار، و أعطاه المقدار من ذلك كان الأول مشتريا، و الثانى بائعا- و حينئذ- تجرى على ذلك أحكام البيع ما عدى اللزوم، فان اللزوم إنما يكون بالعقد، اما الفعل المعطاتي فلا اثر له إلا- التمليك و التملك، و يكون لكل منهما حق الرجوع و استرجاع ما دفعه و إرجاع ما قبضه إلا- أن تطرأ أحد الملزمات المذكورة فى باب المعاطاة كالتصرف فى أحدهما- على تفصيل مذكور فى محله- و ثانياً تنزل على ان الدافع للدينار- مثلاً- إنما يدفعه لا بعنوان التمليك، بل بعنوان الإباحة فيكون كل منهما قد أباح لصاحبه التصرف فيما دفعه اليه، مع بقاءه على ملكه ما لم يطرأ أحد التصرفات الناقلة- على أشكال و تفصيل- فى ذلك.

أما شيخنا- دام ظله- فقد اختار الوجه الأول. و لا مجال لذكر الأدلة على ذلك.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٠٤

للمتصرف فيه لا يكون معقولا- و حينئذ- لا مجال لنا إلا اعتبار كون إباحة التصرفات بالمال المودع من قبل صاحبه إنما هى إباحة فى تملك المال فإذا أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال تصرفا ناقلا كان ذلك عبارة أخرى عن الاذن فى تملك المال، ثم إيقاع المعاوضة عليه من قبل المأذون و يكون المال خارجا عن ملك المأذون و عوضه داخلا فى ملكه.

[طرق التملك]

إشارة

و إذا وصلت النوبة إلى التملك لاحظنا أن الطريق هنا إلى التملك منحصر فى موردين:

الأول- التملك المجانى

كأن يقول صاحب المال للبنك: أنت مأذون فى تملك هذا المال و التصرف به بما شئت بعد ذلك، و لكن لا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأن لا يزمه أن صاحب المال لا يستحق شيئا على البنك بعد ذلك لإذنه له بالتملك و دخول العوض فى ملك البنك، مع أن صاحب المال لا تسمح نفسه بذلك قطعا.

الثانى- ان يكون تملك المال من قبل البنك تملكا ضمانيا

لا مجانيا، بمعنى أن المالك يقول للبنك: «تملك هذا المال عنى مضمونا عليك، و تصرف به لنفسك» و لا يخرج هذا عن القرض لأن القرض لا يخرج عن كونه تمليك المال الى الغير مضمونا عليه، و يكون إعطاء الفائدة بإزاء ذلك القرض المذكور من المدين، و الذى هو البنك لصالح الدائن، و هو صاحب المال- و هو من الربا- و إنما سمي أمانة بلحاظ أن هذا الإقراض ليس لمصلحة المستقرض، و هو البنك فقط، و إنما هو لمصلحة المقرض- المودع- أيضا لأن البنك يحافظ بهذا الإيداع على المال من السرقة و التلف، و لأجل هذه الجهة يسمى إيداعا، و قد قرروا الفائدة عليه شيئا معينا لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤٪. بينما قرروا الفائدة على (الكيميالات) ٥٪ أو أكثر حسب اختلاف البنوك.

و هذا التفاوت هو الذى يثبت لنا أن الإقراض فى باب الودائع ليس لمصلحة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٠٥

المستقرض فقط بل هو لمصلحة المقرض أيضا، و الذى هو صاحب المال. أما بقية الأبواب - كالكميالات - أو ما شاكل فان الإقراض فيه يكون لمصلحة المستقرض.

و فى الحقيقة أن هذا القرض لا يتعدى بقية القروض لكنه بحيلة اقتصادية ترغيبا من البنوك إلى الناس فى إيداع أموالهم حفظا لها من التلف، و تعويذا لهم على الادخار.

فهو قرض حقيقة بعنوان الإيداع، و إلا فهو أجنبى عن الأمانة الشرعية نعم هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الإيداع، و لو كانت نتيجة القرض و تصويرها: أن لا يكون إعطاء الفائدة من قبل الأمين مأخوذا كشرط فى عقد القرض من طرف المقرض بل أن صاحب المال يقرض البنك المبلغ الذى عنده من دون شرط إلا أن البنك تفضلا منه يخصص مقدارا من الأرباح التى تحصل لديه ليضيفها إلى أصل المال، و ليس ذلك من الربا كما قال المحقق:

«القرض إذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراما، و أما لو لم يشترط الفائدة بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا» (١). و بناء على هذا فتصح هذه المعاملة، و لا تكون من الربا. إلا أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع فى البنوك عليه، إذ أن دفع الفرق بإزاء إيداع المال و أن لم يصرح فيه بين المتعاقدين إلا أنه مما تبانى عليه الطرفان فهو منظور أساسى لكلا الطرفين المودع و المودع عنده فيكون شرطا ضمينا و مع ذلك لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتمالها على الربا. و هل يخرج هذا النوع من الإيداع على العارية الشرعية؟

(١) الشرائع - البحث عن الديوان ص ١٢٧ و لدى مراجعتى لعبارة المحقق المذكورة لم أجدها فى الشرائع بهذا النص بل وجدت ذلك كما يلى «فلو شرط النفع حرم و لم يفد الملك نعم لو تبرع المقترض بزيادة فى العين أو الصفة جاز» كتاب التجارة - المقصد الخامس فى القرض؟

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٠٦

فلم لم يكن هذا المال المودع عند البنك من قبيل العارية الشرعية، و التى يجوز التصرف بها من قبل المستعير و يكون إعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة، أو ما شاكل من الوجوه التى يصحح بها إعطاء الفروق - كما تقدم.

و يجاب عن ذلك: بأن العارية و أن كان يجوز للمستعير التصرف بها إلا أن ذلك مشروط ببقاء العين، و تكون التصرفات مختصة بغير التصرفات الناقلة (١) و إلا فلو كانت التصرفات موجبة لعدم بقاء العين فلا تكون عارية شرعية - كما نحن فيه - من الأموال فإن التصرف بها يوجب عدم المحافظة على العين، و لذلك فهى ليست بعارية كما لا يخفى.

إذا فإيداع المال عند البنك و أخذ الفائدة عليه لا يكون صحيحا من الوجه الشرعية - لما عرفت - من أن هذه المعاملة منزلة على القرض و أخذ الفائدة عليه.

و لكن يمكن تصحيح هذه المعاملة بنحو إذا قصد الدافع بدل اجراء المعاملة قرضا إجرائها على نحو البيع بينه و بين البنك فيبيع له الأقل النقدي بإزاء الأكثر المؤجل - مثاله - أن يبيع للبنك مائة دينار نقدي - بمائة و ثلاثة دنانير - مؤجلة لسنة واحدة فتكون المعاملة صحيحة بناء على ما ذكرناه فى البحث عن الأوراق النقدية، و انها ليست من الجنس الربوى حيث لم تكن مكيلة و لا موزونة فلا مانع من التفاضل فيها كما أنها ليست من النقدين المسكوكين كى يعتبر التقابض فيها فى المجلس لتجرى عليها أحكام الصرف، و حيث تمت المعاملة البيعية بين الطرفين للمدة المحدودة بينهما فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة.

(١) راجع في هذا الشرط جميع المصادر الفقهية

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠٧

٢- التوفير

و لو لاحظنا التوفير، لما وجدناه شيئاً خاصاً يختلف عن الأمانات التي - سبق البحث عنها - إلا- أن التوفير انشئ من قبل البنوك و المصارف لتشجيع صغار المدخرين، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لا يداعها باسم أصحابها.

و لذلك يجري عليه كلما بيناه- في البحث السابق.

إلا- ان هناك فرقاً بين الأمانات، و التوفير فالأمانة لا- يتمكن صاحبها من استرجاعها قبل المدة، و لكن في التوفير لصاحب المال استرجاع ما أودعه في أي وقت كان، و تحسب له الفوائد على المدة التي كان المال فيها تحت تصرف الأمين- و هو البنك.

فلو أردنا تصحيح التوفير بتنزيله على المعاملة البيعية بين الطرفين لما كان بالنظر الاولى لصاحب المال استرجاعه في أي وقت شاء، و لكنه يمكن أن تنزل هذه المعاملة على أن يشترط صاحب المال الخيار لنفسه على البنك في أن له أن يسترجع ماله في أي وقت شاء لكنه مشروط بأن يدفع البنك الفرق على المدة التي يبقى فيها المال عنده بالنسبة فلو كان الفرق لتمام السنة هو أربعة دنانير و أرد الفسخ في نصف السنة كان نفوذ فسخه مشروطاً بأن يدفع البنك له دينارين.

إلا أن معاملات التوفير جارية على القرض و الفائدة لا على البيع بالأكثر فتكون باطلة من هذه الجهة.

٣- الكفالات

إشارة

و يراد بالكفالة:

أن يتعهد طرف لطرف آخر بالقيام بعمل معين يتفق عليه الجانبان فيسمى الطرف الأول (متعهداً) بينما يكون الطرف الثاني (متعهداً له) و في هذه

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٠٨

الحالة قد يطلب الطرف الثاني من الطرف الأول ضمانات مالية تعوضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو انسحب الطرف الأول دون أن يتم ما تعهد بالقيام به، لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون الى البنوك و المصارف لتكفلهم و تضمن قيامهم بالعمل الذي اتفقا عليه، و في هذه الحالة يصدر البنك خطاباً الى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول و ضمانه بأن يدفع عنه مبلغاً من المال إذا طُلب بدفعه و فرض عدم قيام الطرف الأول بما اتفق عليه مع الطرف الثاني.

و تشترك الجهات الثلاث و هي المتعهد و المتعهد له و الكفيل في الفائدة.

فالمتعهد: يستفيد من هذه الكفالة بأنه لا يقدم ضماناً مالياً الى الطرف الآخر بل يمكنه الاستفادة منه في نواحي أخرى من أعماله التجارية.

و المتعهد له: تكون فائدته من هذه الكفالة هي ضمان حقه و حصوله من يعوضه عما قد يصيبه من الخسائر لو انسحب الطرف الأول و لم يتم ما تعهد به.

و الكفيل: يستفيد من كفالاته لأنه يتقاضى ممن يكفله عموله يتفق عليها بإزاء كفالاته له.

و من هذا العرض نعرف أن الأركان في هذه المعاملة ثلاثة:

المكفول له: و هو المتعهد له.

و المكفول: و هو المتعهد.

و الكفيل: و هو البنك أو المصرف.

و لتوضيح بيان الحكم الشرعى لهذه الكفالة يحسن بنا أن نوسع البحث فيها إلى جهات ثلاث:

الاولى- فى وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول بإزاء كفالته له أمام المكفول له.

الثانية- فى وجه أخذ المكفول له المبلغ الذى يتعهد به الكفيل لو تأخر المكفول عن القيام بما حصل الاتفاق عليه مع المكفول له.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٠٩

الثالثة- فى رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه، و هل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل عنه أو لا؟

أخذ الكفيل العمولة من المكفول:

و تخريج ذلك يكون على واحد من الطرق الآتية:

الأول: أن نجعل ذلك المال من الوعد الصرف الذى لا يجب الوفاء به الثانى: أن ينزل ذلك على الجعالة بإزاء كفالته له ليكون ملزما بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه.

الثالث: أن ينزل ذلك على التصالح بين الطرفين.

الرابع: أن ينزل ذلك على العقد بين المكفول و الكفيل ليكون المكفول ملزما بدفع المبلغ المقرر و يكون الكفيل ملزما بدفع الكفالة بناء على ما حققناه فى محله من عدم اختصاص العقود بالمأمور بالوفاء بها فى الآية الكريمة ^١ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالعقود المعهودة بل هى شاملة للعقود الحادثة التى جرى عليها العقلاء فى الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملة على ما دلت الأدلة على فساد كالربا و نحوه من مفسدات المعاملة. إما شيخنا الأستاذ- دام ظله- فقد رجح الوجه الرابع على بقیة الوجوه لكون ما نحن فيه من المعاملات المستحدثة التى لا- يمنع من نفوذها مانع شرعى و فى الوقت نفسه فإن إطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» كاف فى لزوم الوفاء بها. و تنزيلها على إحدى الصور السابقة لا يخلو من بعد.

أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث و لم يكن له وجود على عهد المشرع الإسلامى فذلك لأن الكفالة التى يذكرها الفقهاء و التى كانت فى الصدر الأول هى:

أن يتعهد الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له و بهذا المقدار

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١١٠

لا يستوجب الضمان بحال من الأحوال، و مما سیأتى يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة فى نظر الفقهاء «١».

فاذا اعتبرنا هذا النوع الجديد من الكفالة من جملة العقود التى ينطبق عليها لزوم الوفاء بالعقد بضميمة ما حققناه فى محله من عدم اختصاص العقود بالمأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة بل هى شاملة لكل عقد ما لم يكن فاسدا فلا مانع إذا من أخذ المبلغ من المكفول لصالح الكفيل سواء كان المكفول فردا أو مؤسسة تجارية.

إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له:

فلو تخلف المكفول عن القيام بما اتفق عليه الطرفان فهل يلزم الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له.

و للتوضيح نقول: لو تعهد شخص ببناء - مدرسة - لآخر و اتفق الطرفان على أنه لو تخلف المتعهد بما اتفقا عليه فعليه ان يخسر كذا مقدار من المال الى

(١) عرف فقهاء الشيعة الكفالة: بأنها «عقد شرع للتعهد بالنفس» و لم يخالف في ذلك منهم إلا النادر حيث جاء في جامع المقاصد «انه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة» كما عن مفتاح الكرامة: الفصل الثاني من كتاب الكفالة، و طبعي ان الأعيان المضمونة تشمل النفس و غيرها من الأموال، أما الضمان عندهم: فهو «عقد شرع للتعهد بالمال» و بهذا يفترق الضمان عن الكفالة. و قد صرحت جميع المصادر للفقهاء الإمامية بهذا الفرق أما بقاء المذاهب الإسلامية - فان الأحناف منهم يخلطون بين هذين المصطلحين فيطلقون الكفالة على التعهدين المالى و النفسى و مصادرهم الفقهية طافحة بهذا المعنى.

فعالم كير بادشاه الحنفى أطلق تعريف الضمان على الكفالة حيث قال: «أما تعريفها - أى الكفالة - فقيل هى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة و قيل فى الدين» الفتاوى الهندية بحث الكفالة.

و الحال إن هذا تعريف للضمان فى بقاء المذاهب السنية. و نقل عن الشافعى عن أنه قال فى أحد قوله. بأن كفالة البدن ضعيفة، و لكنه فى القول الآخر يذهب الى جواز كفالة البدن كما يصحح الضمان فى الحال. لا حظ بذلك المذهب للشيرازى: بحث الكفالة.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١١١

المتعهد له و استعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أخل المكفول بما اتفق عليه مع المكفول له، فهنا لو اتفق ان المكفول تخلف عن القيام بما هو ملزم بالقيام به فان الكفيل ملزم بدفع المبلغ إلى المكفول له بحسب العرف التجارى، و فى هذه الجهة الثانية نريد ان نرى ان الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة إلى المكفول له أولاً؟ بل له ان يتخلف عن ذلك فنقول: إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا فى الشريعة الإسلامية لا تقتضى ضمان الكفيل و خسارته لما على المكفول من حق الى المكفول له - كما سبق بيانه.

و لكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب الى الضمان فقد قال فقيه عصره السيد أبو الحسن الأصفهاني - قدس الله روحه - ما يلى: «و إن كان - يعنى المكفول - غائباً غيبة منقطعة لا يعرف موضعه و انقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره، و هل يلزم ما عليه الأقرب ذلك خصوصاً إذا كان ذلك بتفريط من الكفيل - الى ان قال -: مسألة - إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال فان لم يأذن له المكفول لا - فى الكفالة، و لا فى الأداء فليس له الرجوع عليه بما أداه، و إذا أذن له فى الأداء كان له أن يرجع به عليه سواء أذن له فى الكفالة أيضاً أم لا، و أما إذا أذن له فى الكفالة دون الأداء فهل يرجع عليه أم لا؟ لا يبعد أن يفصل بين ما إذا أمكن له مراجعته و إحضاره للمكفول له فالثانى و بين ما إذا تعذر له فالأول » (١).

فمن ظاهر كلمات السيد - رحمه الله نفهم ان المكفول إذا أذن للكفيل بالأداء كان للكفيل الرجوع على المكفول فيما أداه عنه، و من الواضح ان المكفول فى يومنا هذا يأذن للكفيل بأن يؤدى عنه ما يتفق على الخسارة لو أخل هو بما التزم به الى المكفول له، و لا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذى يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل.

(١) وسيلة النجاة ج ٢ ص ٢٤٦. الطبعة السابعة.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١١٢

و قد نبه شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن هذه التفريعات التى ذكرها الفقيه السيد الأصفهاني - رحمه الله - لعل الأصل فيها ما ذكره

صاحب الجواهر رحمه الله «١».

حيث قال: «نعم في المسالك و محكى التذكرة و مجمع البرهان انما يجب عليه الإحضار عند إمكانه أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا- يعرف له موضع و لا- خبر لم يكلف بإحضاره لعدم الإمكان و لا- شيء عليه لأنه لم يكلف المال، بل قيل انه ظاهر الباقيين أيضا، لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته و يحتمل الصبر (و عن جامع المقاصد) أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، و الأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرئ و هو المسقط للحق أو موت المكفول و أن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة»- انتهى.

و قال العلامة الحلي - رحمه الله :-

«و على الكافل دفع المكفول أو ما عليه» «٢».

و نحوه عبارة المحقق الحلي صاحب الشرائع - رحمه الله - «٣».

و الآن فهل أداء المال في عرض الإحضار أو في طوله أو أن أداء المال أجنبي عن الكفالة بالمرء، و إنما يلتجى اليه الكفيل لو حبس على إحضار المكفول فله ان يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول، و الظاهر هو الأخير فإن الكفالة كما تجرى في الأموال فكذلك تجرى في غيرها كما في كفالة المدعى عليه للحضور للمرافعة و كما في كفالة أحد الزوجين للحضور إلى الآخر.

(١) الجواهر كتاب الضمان باب الكفالة ص ٤٢٥.

(٢) تبصرة المتعلمين - كتاب الكفالة ص ٧٣.

(٣) حيث قال. «و ان أقنع كان له حبسه أو يؤدي ما عليه» ص ١٢٤ طبعة إيران.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١٣

هذا و غيره من كلمات الأعلام يعطينا بالنظر الأولى أن الغرض من الكفالة هو إحضار نفس الشخص المكفول إلا أن الجماعة بنوا على أحد الاحتمالين الأولين أعني كون أداء المال من مقتضيات الكفالة لكن:

إما مطلقا فتكون الكفالة قاضية بالتخير، أو في طوله بحيث أنه إنما يجب عليه من الحق - كما يشعر به تعليل جامع المقاصد - لأن الكفيل وثيقه على الحق، لكن كل ذلك لم يرق عليه دليل، نعم إذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحثة المشمولة لعموم «أَوْفُوا بِعُقُودِ» فلا مانع حينئذ من تحمل الخسارة، على أنه يمكن توجيهها بما يوجه به الأمر المعاملي الموجب لضمان الأمر كما لو قال الأمر: ألق متاعك في البحر و على ضمانه، فيكون الأمر حينئذ بمنزلة الإيجاب و امتثال الطرف الآخر بمنزلة القبول. و هذا التوجيه إنما يتم فيما لو قال الكفيل للمكفول له: «بعه أو استأجره و أنا ضامن لحقك».

رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه:

و تتضمن هذه الجهة الثالثة البحث في رجوع الكفيل على المكفول، و هل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل أو لا؟ و قد ذكروا في رجوع الكفيل على المكفول فيما أداه عنه من أنه إنما يرجع إليه إذا أذن له بأداء الخسارة لو تخلف عن القيام بما تعهد به الى الطرف الآخر أما إذا لم يأذن بذلك بل أذن له في أصل الكفالة فقط فلا معنى لرجوعه عليه فيما أداه عنه، و من هذا يظهر أن الكفالة لها مرحلة خاصة و الإذن بالأداء مرحلة أخرى، و لكن هذا الذي ذكروه من أن الكفيل يرجع على المكفول في صورة تحقق الإذن من المكفول فيما أداه عنه يتنافى مع ما تقدم ذكره من كون الكفالة تقتضى التخيير بين إحضار الشخص المكفول أو أداء ما عليه

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١٤

نعم لعله يلتزم مع كون أداء الكفيل من باب كون الكفيل وثيقة على الحق لا من جهة اقتضاء نفس الكفالة، أما إذا لم يكن في البين إلا مجرد الوثيقة لم يكن للمكفول له أخذ المال من الكفيل حتى مع تعذر إحضار المكفول إذا أقصى ما في البين هو كون الكفيل بمتزلة الرهن، و الرهن بمجرد لا- يوجب السلطنة على أخذ الدين من العين المرهونة كما حقق في محله، بل يحتاج الى الاذن من الحاكم الشرعي ليتصرف في تلك العين أو يكون التصرف بالعين من قبيل المقاصة.

(و بالجملة) الكلمات في المقام مشوشة و في كتب أهل السنة ما هو أكثر من هذا التشويش كما في بدايه المجتهد لابن رشد فلاحظ ذلك من ص ٢٩١ الى ص ٢٩٤.

قال شيخنا الأستاذ- دام ظله- معقبا ذلك:

بأن الذي يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا- معاشر الإمامية- مقصورة على إحضار شخص المكفول، و لا يدخل فيها أداء ما عليه بوجه من الوجوه (١).

نعم لو أرجعنا هذه الكفالة الى الأمر المعاملي من الكفيل الى المكفول له كانت المعاملة صحيحة- كما ذكرناه.

٤- العوالات

و التحويل الذي تجرى عليه المصارف و البنوك على صورتين:

(١) دعوى شيخنا- دام ظله- بأن الكفالة عند الإمامية مقصورة على إحضار شخص المكفول فقط، لا يلتزم مع ما تقدم من عبارة جامع المقاصد «من التزام الكفيل بالمال معللا بأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال» و كذا ما ذهب إليه العلامة في تبصرته من انه «على الكافل دفع المكفول، أو ما عليه»، و كذلك عبارة الشرائع المتقدمة من قوله: «و ان امتنع كان له حبسه، أو يؤدي ما عليه» فان هؤلاء لا يقتصرون في الكفالة على النفس بل يجرونها الى المال خصوصا عبارة العلامة المذكورة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١٥

الصورة الأولى: أن يدفع الشخص الى البنك في النجف- مثلا- مبلغا قدره مائة دينار و يأخذ بالمبلغ المذكور تحويلا على البنك في بغداد و بإزاء هذا التحويل يأخذ البنك من المحول عمولة معينة.

الصورة الثانية: أن يأخذ ذلك الشخص المبلغ المعين من آخر في النجف و يحوله على تسليم المبلغ من شخص ثالث أو بنك أو مصرف في بغداد فيدفع البنك المبلغ ليتسلمه من المحول عليه و يأخذ بإزاء ذلك عمولة معينة.

أما التحويل في الصورة الأولى: فالظاهر أن الحكم فيه خال من الإشكال لأن ذلك التحويل لا يخرج عن واحدة من اثنتين:

فإما أن يكون منزلا على بيع العشرة دنائير المدفوعة في النجف أو المائة دينار بمبلغ أقل في بغداد و لا مانع من هذا البيع لأن الدينار ليس من المكيل أو الموزون ليتحقق الربا في هذه المعاملة البيعية.

أو يكون ذلك التحويل منزلا على القرض كأن يقرض البنك المبلغ المدفوع في النجف كاملا ليتسلم وفاء عنه المبلغ بنقيصه معينة، و هذا أيضا لا- اشكال فيه لعدم تحقق الربوية في ذلك لأن الربا هو الزيادة التي يأخذها الدائن من المديون لا الزيادة التي يأخذها المديون من الدائن، و في هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين و المكلف بإيصال المبلغ الى بغداد أما الذي دفع الزيادة فهو الدائن و قد استوفاه المدين فلا يكون هذا القرض ربويا، و قد قلنا فيما تقدم ان الفقهاء اشترطوا في تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جر نفعا الى المقرض و القرض المذكور في صورتنا قد جر نفعا للمقرض له، و هو المديون و لا شبهة فيه.

و أما التحويل في الصورة الثانية: فيختلف حكمه حيث يأخذ الشخص في النجف من البنك المائة دينار، و يدفع له تحويلا بالمبلغ

المذكور، و زيادة و حينئذ فإن نزلنا هذه المعاملة على البيع، فلا مانع فيها حيث يبيع العشرة

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١٦

الحاضرة أو المائة الموجودة بمائة و زيادة أو يبيع المائة بمائة مع اشتراط دفع الزيادة المذكورة، و السبب في عدم المنع هو ان الدينار ليس من المكيل و لا الموزون فلا ربوية في هذا البيع.

و أما لو نزلنا هذا التحويل على القرض جاءت شبهة الربا لأن الزيادة خرجت في الصورة من المدين و هو الشخص المتسلم إلى الدائن و هو البنك أو المصرف لأن المفروض أن البنك قد أقرضه المبلغ فكان دافع الفرق هو القابض للمبلغ و هو مدين فكان هذا القرض مما جر نفعا إلى الدائن و لذلك فهي معاملة ربوية.

٥- تحصيل الشيكات

الشيك أو الصك لا يخرج عن كونه ورقة تحويلية على بنك أو مصرف يأمره بموجبه دفع مبلغ معين لحامله، و لذلك فهو يعتبر من الأوراق التجارية القابلة للتظهير، و معنى التظهير هو ان يوقع حامل الصك خلف الصك ليكون مختصا بمن يكون في حوزته، و يعنى تحصيل الصك هو قبض قيمة الصك لحساب حامله، و مثال ذلك:

ما لو أمر شخص بموجب الصك البنك الفلاني بدفع مائة دينار مثلا لحامل ذلك الصك، ففي هذه الحالة قد لا يرغب حامل الصك تسلم المال بنفسه من الجهة المحول عليها فيتولى أحد الطرفين أو البنوك بتحصيل ذلك المبلغ لحامله و ربما كان المحول عليه في بلد آخر و لم يتمكن حامله من السفر إليها، و لهذا التحويل فوائد كثيرة، و بإزاء هذا التحصيل يتقاضى البنك أو الصراف عمولة معينة في قبال تحصيله المال إلى حامل الصك.

و قد اعتبر شيخنا الأستاذ- دام ظله- هذا النوع من التحصيل من فروع مسألة الحوالة لأن حامل الصك بجول من يشتريه بتسلم المبلغ المذكور من البنك

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١١٧

المسحوب عليه فتجرى على ذلك أحكام الحوالة- و قد تقدم البحث عنها- فلا داعى إلى التكرار و اعاده ما سبق.

٦- تحصيل الأوراق التجارية

و نعنى بذلك أن يقوم البنك بمطالبة المدينين بالأموال المستحقة عليهم لصالح الدائنين، فلو كانت لشخص على آخر ورقة تثبت بأنه مدين له بمائة دينار ففي هذه الحالة ينوب البنك بتحصيل هذا المبلغ من المدين ليوفر على الدائن ما قد يترتب على المطالبة من مصاريف و تحصيل.

و بإزاء هذه العملية من المطالبة و التعقيب يتقاضى المصرف عمولة من الدائن نظرا لما قدمه من خدمة.

و يرى شيخنا- دام ظله- ان مرجع هذه العملية إلى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين و إيصاله إلى الدائن و له على ذلك جعالة أو إجارة معينة و ليس في ذلك أى منع شرعى، فإن البنك يكون وكيلا من قبل الدائن لمطالبة المدين فان توقيع السند و تسليمه الى البنك توكيل له بالمطالبة و تحصيل ما للدائن بذمة المدين.

و تختلف حال هذه العمولة التى تؤخذ من الدائن فان خرجناها على الجعالة (١) فلا بد من تحصيل الوكيل المال من المدين، و أما لو لم يحصل الوكيل المبلغ من المدين فليس له أخذ تلك العمولة و يكون ذلك من قبيل ما لو قال الشخص

(١) الجعالة: لا تخرج في المصطلحين: اللغوى، و الشرعى عن كونها: عوض معلوم على عمل، و دليل صحتها كما يقرره الفقهاء: قوله

تعالى «وَلَمَنْ لَّجَأَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» يوسف، الآية ٧٣، ثم إجماع علماء الشيعة عليها.

و تصح على كل عمل محلل مقصود.

و اختلف الفقهاء فى كونها من الإيقاعات فلا تتوقف على القبول، أو انها من العقود فلا بد لها من تعقب القبول.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١١٨

«من وجد ضالتي فله على دنانير) فإن أخذ هذه العشرة من صاحب الضالة يتوقف على تحصيل الضالة و تسليمها إلى صاحبها، أما لو لم يحصل الضالة فليس له أخذ الجعالة، و أما لو خرجناها على الإجارة فإن للبنك أو أى جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن لأن الإجارة كانت على نفس العمل و الذى هو المطالبة و قد حصل، و ليس ذلك موقوف على النظر الى أن المدين دفع المبلغ أو لا. لأن الوكيل قد قام بعمل استؤجر عليه.

٧- الحسابات الجارية

لا شك أن لكل عميل فى بنك معين الحق فى ان يسحب أى مبلغ على ذلك البنك، و لكن يشترط أن لا تزيد قيمة المسحوب عما هو له من الرصيد إلا أنه عند وجود الثقة فى العميل قد يسمح البنك له بان يسحب مبالغ يعين البنك مقدارها (تبعاً لوجود الثقة) و يسمى ذلك (بالسحب على المكشوف) على أن تحتسب فائدة على المبالغ التى تزيد عن رصيد حسابه. و يرى شيخنا الأستاذ (مد ظله) أن هذه المعاملة لا تخرج عن كونها معاملة قرضية تكون من البنك الى ذلك الشخص، و يكون معنى الحساب المكشوف هو أن البنك يقرض عملية نظراً لوجود الثقة فيه مبلغاً معيناً من المال و يكون ما يتقاضاه البنك من الفائدة على هذه الأموال من الفوائد الربوية كما لا يخفى.

٨- بيع و شراء الأسهم و السندات

كثيراً ما يحدث أن توسط إحدى الشركات المساهمة البنك فى بيع الأسهم و السندات التى تملكها لما للبنك من اتصال مباشر مع عملائه فاذا و أفق البنك على ذلك فيتفق على العمولة و يتولى بعدها عملية البيع. و قد صحح شيخنا الأستاذ - دام ظله - أخذ العمولة باعتبارها جعالة من الشركة إلى البنك على بيع تلك الأسهم و السندات أو أنها إجارة على ذلك فيكون البنك

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١١٩

أجيراً على تصريف تلك الأسهم و بيعها و يكون أخذه للعمولة أجره له على عمله أو أنها هبة من الشركة إلى البنك مشروط فيها بيع هذه الأسهم و السندات لها و يكون تخريج هذه العمولة و تصحيحها حينئذ على واحد من هذه الوجوه الثلاثة المتقدمة:

أما الجعالة على البيع:

أو الإجارة على البيع:

أو الهبة المشروطة بالبيع: كل ذلك فيما لو باع البنك شيئاً منها أما لو لم يبيع فلا يستحق العمولة و لا شىء له.

٩- خصم الأوراق التجارية

إشارة

(الكبيالات) و يراد بالخصم هو أن يدفع البنك للمقترض قبل الموعد المحدد قيمة الكبيالة مقابل استقطاع مبلغ معين يسمى -

بمصاريف القطع- و الكمبيالات التي هي في معرض التعامل على نوعين:

أولاً- كمبيالات تعبر عن وجود قرض حقيقى ثانياً- كمبيالات تعبر عن وجود قرض صوري- و يسمى بالمجاملة-

أما النوع الأول: و هي المعبرة عن وجود قرض حقيقى

بين الدائن و المدين فيمثل لها بما لو كان لزيد في ذمة شخص آخر مبلغ قدره مائة دينار و موعد استحقاق هذا القرض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ حصول المداينة بين الطرفين. و في هذه الحالة، يأخذ زيد الورقة المذكورة لينزلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية و تسعين ديناراً و لا بد لحامل الورقة و الشخص الثالث من اعتبار هذه المعاملة بيعية لا قرضية.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢٠

و يتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور و هو- المائة دينار- في الموعد المحدد.

و من الواضح عدم تحقيق الربا في هذه الصورة، و إن تحققت الزيادة لأن هذه العملية تكون من صغريات- مسألة بيع الدين بأقل منه- مع أن الدين لم يكن من جنس ربوى، بل هو من الأوراق غير المكيلة و لا الموازنة «١».

و في الوقت نفسه لا- قرض في البين ليتحقق الربا، ليقال: إن وجود القرض مع الفرق يحقق الزيادة حتى و لو لم يكن الموضوع مكيلاً أو موزوناً.

بل هو بيع لما له بذمة الآخر إلى أجل. و بتعبير أوضح:

إن الدين لو كان ربوياً كما لو كان لشخص بذمة آخر وزنه من الحنطة أو مائة مثقال من الذهب، أو الفضة، و ما شاكل هذا. مما هو مكيل أو موزون فإنه لا- يجوز بيعه بشيء من جنس ذلك سواء كان بأقل، أو بأكثر. لأن الزيادة في أحد المتجانسين المكيلين، أو الموزونين. في البيع تكون موجبة لتحقيق الربوى و أن لم يكن أحدهما ديناً. أما لو كان بيع الدين بغير جنسه كما في

(١) مسألة بيع الدين بأقل منه يمثل لها: بما لو كان لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال فجاء ثالث ليشتري هذا الدين من الدائن بأقل مما في ذمة المدين، و نتيجة هذه المعاملة يكون الشخص الثالث المشتري هو الدائن الجديد و يستفيد منها أنه دفع الى الدائن القديم أقل مما في ذمة المدين بينما استحق المبلغ كله على المدين.

و قد أجاز فقهاء الشيعة هذا النوع من البيع بل أدعى الشيخ صاحب الجواهر- رحمه الله- على ذلك الشهرة و أنه من أصول المذهب و قواعده و في الوقت نفسه فان الروايات المروية في هذا الباب تخالف هذا المعنى. ففي رواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام «رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له أدفع الى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال يدفع إليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين و برىء الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه» و مثلها رواية أخرى عن الباقر عليه السلام و فيها رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل و اشترى منه بعرض إلخ. راجع الوسائل: ١٥/ من أبواب الدين / حديث ١٤- ١٥ و لكن الشيخ صاحب الجواهر رد الروايتين «بأنهما ضعيفتان و لا جابر لهما بل شهرة الأصحاب بقسيمها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب و قواعده» الجواهر- ٢٩٩- التجارة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢١

بيع وزنه من الحنطة بوزنتين من الثمن، أو كانت المجانسة محفوظة و لكن لم يكونا من المكيل، أو الموزون- كما في الأوراق النقدية- فلا مانع من بيع هذا الدين بأقل منه، أو بالأكثر. إذ لا يكون البيع ربوياً- حينئذ.

و الذى يظهر لنا في هذه الصورة هو وجود الدين الحقيقى بين الطرفين لأن ذمة المدين حقيقة مشغولة بالمبلغ المذكور إلى الدائن فيبيع الدائن ما له بذمة المدين إلى الشخص الثالث.

الكمبيالات الصورية:

إشارة

حيث لا- يكون لأحد الطرفين قرض بذمة الآخر، بل قد تعارف أن يكتب أحد الطرفين إلى الآخر ورقة- كمبيالة- تفيد بأن أحد الطرفين مدين الى الآخر بمبلغ مائة دينار و أن المدين مستعد للدفع في الموعد المحدد. و لذا أطلقوا عليها (كمبيالة المجاملة) لذلك كانت المدايئة صورية بينهما.

و بعد تمامية هذه المدايئة الصورية، يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها إلى البنك فيستقطع البنك مبلغا معيناً و يدفع البنك اليه ما تبقى اليه. و عند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملاً.

و قد يخفى الفرق بين الصورتين- كمبيالة الدين الحقيقي و كمبيالة المجاملة- في بادئ الأمر، و لكنه واضح لدى التدقيق. فان الدين في الصورة الأولى موجود فيبيع أحد الطرفين- و الذي هو الدائن- ماله بذمة المدين الى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً.

و لكن الدين في الصورة الثانية منتف و لا حقيقة له لأن ذمة المدين ليست بمشغولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله الى الآخر، و على هذا فبإزاء أى شيء يدفع البنك المال؟ مع عدم اشتغال ذمة أحدهما و لأجل هذه الجهة-

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٢٢

و هي عدم وجود دين حقيقى في هذه المعاملة قد يقال: ببطالان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام.

و في مقام تصحيح هذا النوع من- الكمبيالات- يمكن تصوير تنزيلها عند الشخص الثالث على نحوين:

تارة- تكون على نحو البيع و الشراء.

و أخرى- تكون على نحو القرض.

أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع

إشارة

فالمتصور هنا صورتان:

الأولى- أن يكون توقيع- الكمبيالة- من قبل المدين الصورى

و الاعتراف منه بأنه مدين الى الآخر بالمبلغ لينزلها عند الشخص الثالث راجعاً الى أن المدين بهذه العملية قد وكل الدائن المجير- بأن يوقع المعاوضة مع الشخص الثالث على مبلغ قدره ثمانية و تسعون ديناراً من ذلك الشخص فى قبال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر فى ذمة المدين و يدفع الكمبيالة الى الشخص الثالث ليقبض المائة دينار من المدين عند الاستحقاق و يستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه الى المدين. و بذلك تنتهى المعاملة البيعية و يكون المدين الصورى مشغول الذمة الى ذلك الشخص الثالث بالمائة دينار و لا يكون فى البين شيء من الربا.

و فى هذه الصورة لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ و ان كان ملكاً للمدين فعليه أن يجرى معاملة جديدة مع المدين فيشتري منه

المبلغ المذكور و هو ثمانية و تسعون دينارا نقديّة بمائة دينار مؤجلّة لثلاثة أشهر- مثلا و بذلك تتم هذه المعاملة و يكون المدين الصورى مدينا للبنك أو الشخص الثالث بمائة دينار و الدائن مدينا للمدين بمائة دينار و لا ربوية فى البين.

الصورة الثانية من التنزيل على البيع:

هى أن يجرى الدائن الصورى فى الكمبيالة- معاملة لنفسه مع الشخص بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢٣

الثالث فيشتري هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغا قدره مائة دينار مؤجلّة لثلاثة أشهر بثمانية و تسعين نقديّة و حيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحول الدائن الشخص الثالث بتسلم المائة دينار عند الاستحقاق من المدين و لا يمكن للمدين التخلف عن هذه الحوالة لأن المفروض قبوله لها لتوقيعه- الكمبيالة- و الاعتراف بأنه مدين الى الآخر بهذا المبلغ و هو مائة دينار. و هذا المبلغ لو أراد الدائن أن يتصرف فيه فهو ملكه و يكون مشغول الذمة بمائة دينار إلى المدين حيث يدفع عنه الى الشخص الثالث ما حول عليه و أما لو أراد المدين أن يتصرف بالمبلغ كان عليه أن يجرى معاملة بيعية جديدة مع الدائن فيشتري منه ثمانية و تسعين دينارا نقديّة بمائة دينار مؤجلّة.

هذا لو نزلنا هذه العملية المؤلفة من توقيع المدين و الدائن و تنزيلها عند شخص ثالث على المعاملة البيعية بين الطرفين الدائن و المدين من جهة، و الشخص الثالث من جهة أخرى. و أما لو نزلت المعاملة على القرض لم تسلم من الربا. ولكنه يختلف فمرة يكون ربا من جهة واحدة.

و ثانية من جهتين:

أما لو استقرض الدائن لنفسه من الشخص الثالث مبلغا قدره ثمانية و تسعون نقدا بمائة دينار مؤجلّة و بعد اكتمال المعاملة القرضية حول الشخص الثالث على المدين ليقبض منه المبلغ عند الاستحقاق. فهنا يتحقق الربا من جهة واحدة و هى دفع الدائن إلى الشخص الثالث مائة دينار عوض ثمانية و تسعين و ان كان الدافع هو المدين المحول عليه إذ المحول عليه يرجع عليه بهذه الحوالة فيكون الربا من جهة واحدة. و أما لو وكل المدين الدائن بان يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية و تسعين دينارا نقديّة بمائة دينار مؤجلّة لثلاثة أشهر. و بعد هذا استقرض

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢٤

الدائن الثمانية و التسعين دينارا على ان يدفع له بعد ثلاثة أشهر مائة دينار فهنا يتحقق الربا من جهتين: الأولى: بين الشخص الثالث و المدين لأنه يدفع له مائة دينار فى قبال ثمانية و تسعين.

الثانى: بين الدائن و المدين الصوريين لأنه استقرض منه ثمانية و تسعين دينارا مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعا للشخص الثالث زيادة ربوية و أخذها من المدين زيادة ربوية.

و الخلاصة:

أن تصحيح هذا النوع من- كمبيالات المجاملة- يتوقف على أن ينزل هؤلاء الثلاثة الدائن الصورى و المدين الصورى و الشخص الثالث معاملتهم على البيع و الشراء على النحو المتقدم. أما لو نزلت على الاستقراض لكان البطلان فيها محققا فلا بد من الالتفات فى مقام تنزيل الكمبيالة و التوجه الى الابتعاد عن القرض و إجراء المعاملات على نحو البيع.

رجوع الشخص الثالث على المجير

يجرى التعامل فى البنوك و المصارف على أن المجير الأخير و الذى هو الدائن غالبا مسؤول عن المبلغ لو تخلف المدين عن دفعه عند الاستحقاق فللشخص الثالث أن يطالبه بتسديد المبلغ بكامله.

فما هو الوجه الشرعى لذلك؟

و قد عرفت أن تنزيل - الكمبالة - على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين فتارة تجرى على ذمة المدين و الدائن و كيل فى إجراء هذه المعاملة على ذمته و أخرى - يجريها الدائن لنفسه و بجول الشخص الثالث بالتسلم على المدين فلو لم يدفع المدين فى كلتا الصورتين المبلغ سواء كان قد ملكه أو محولا عليه فهل

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢٥

فى البين ما يلزم الدائن بالتسديد؟ و للجواب على ذلك نقول:

إن القواعد الفقهية لا تلزم الدائن بالتسديد فى كلتا الصورتين لأنه و كيل فى المعاملة الأولى و محول فى الثانية مع فرض أن المحول عليه و هو المدين قد قبل الحوالة و بهذا القبول فقد فرغت ذمة المحول و الذى هو الدائن كما صرحت به المصادر الفقهية «١».

و لكن يمكن إلزام الدائن بدفع المبلغ عند تخلف المدين عن دفعه بتخريج ذلك على الشرط الضمنى و لكن تصحيحه يتوقف على ملاحظة هذا النوع من الشرط لو صرح فهل يصح أو لا و بعد ذلك نتقل الى الشرط الضمنى.

ففى الصورة الأولى لو كانت المعاملة جارية على ذمة المدين و الدائن و كيل عنه فإنه يصح له القول الى الشخص الثالث: بع زيدا مبلغا قدره ثمانية و تسعون دينارا نقدا بمائة دينار مؤجلة يدفعها لك المدين عند الأجل و لو لم يدفع عند الأجل فانا ملزوم لك بدفعه عنه و يقبل الآخر بهذه المعاملة و يكون الوكيل ملزما. و فى الصورة الثانية لو قال: بعنى ثمانية و تسعين دينارا نقدا بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحولك بالمبلغ على المدين و لو تخلف المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فانا متعهد لك بدفع المائة دينار عنه من خالص مالى و يقبل الشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة.

و بعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحا به نلتزم بتصحيحه حتى

(١) كافة سواء مصادر الفقه الشيعى أو السنى قال المحقق الحوالة «عقد شرع لتحويل المال إلى ذمة مشغولة بمثله و يشترط فيها رضا المحيل، و المحال عليه و المحتال و مع تحققها يتحول المال الى المحال عليه، و يبرء المحيل». و علق فى الجواهر على هذه العبارة بقوله:

«خصوصا بعد العلم باستفاضه هذه العبارة حتى حكى عليها الإجماع غير واحد» و قال ابن قدامة الحنبلى «إذا اجتمعت شروط الحوالة، و صحت برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء الا ما يروى عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة برأيه إلا ان يبرئه، و عن ذمن انه قال لا تنقل الحق».

يراجع الشرائع، و الجواهر. كتاب الغفران ص ٤١٥، و المغنى: ٤ - ٤٧١

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٢٦

لو لم يصرح به و كانت المعاملة مبتنية عليه بحيث كان معروفا و متعارفا عندهم فان هذا النحو من المعاملات مبنى على هذا الاشتراط فيكون من قبيل الشروط الضمنية التى ينصرف إليها إطلاق العقد نظير الانصراف الى نقد البلد كما لو اشترى سلعة من بلد - بدينار - فان المنصرف من ذلك هو كون الدينار حالا غير مؤجل و كونه دينارا عراقيا لو كان البيع قد وقع فى العراق - مثلا - و هذا هو الحال

في سائر الشروط الضمنية. و بهذا يكون المجير ملزما بدفع المبلغ لو تخلف المدين عن التسديد.

تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة:

و هل يصح تصحيح هذا النوع من الكمبيالات بتخريجها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض، فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة و يدفع منه هبة دينارا للمقرض و الجواب عنه. بأن هذه القروض الجارية في البنوك و المصارف أو الأشخاص الآخرين إنما تبتنى على أخذ الفرق على التأخير و مع وجود هذا التبانى لا- يمكن ان يقصد الإنسان دفع الهبة منه الى الشخص الثالث على نحو الاستقلال، نعم لو استقرض من شخص مبلغا و بعد مضي مدة سلمه المبلغ بنفسه، و بعد ذلك تفضل المستقرض فأعطى شيئا من المال الى المقرض فان هذا حلال لأن المعاملة قرضية صرفة لا تفاوت فيها و قد تمت و جاء موعد الاستحقاق فسلمه نفس المبلغ من دون تفاضل في البين و بعد هذا منحه شيئا هبة و هذا بخلاف ما لو كان تباينهم الدائن و المدين و الشخص الثالث على أخذ الفائدة.

الفوائد التأخيرية

و نقطة أخرى لا بد من معالجتها و تلك هي الفروق التي يأخذها البنك عند تأخر الدفع بعد حلول الموعد و عدم تسليم المبلغ من قبل المدين الصوري، و هذا بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٢٧ بالنظره الأولى لا يصح أخذه لأنه من قبيل أخذ شيء بإزاء التأجيل و هو ربا واضح، و لأنه من قبيل السكوت عن المطالبة بالدين بإزاء أخذ الفائدة و ربوية هذا ظاهرة.

و قد تعرض الشيخ الأنصاري (قده) في كتاب المكاسب لذلك و حققه تحت عنوان- عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و قد بين هناك أن الزيادة في قبال الأجل تكون محققة للربا، بل ذكر الرواية الدالة على أن سبب نزول الآية الشريفة في حرمة الربا الزيادة المذكورة و التي هي في قبال تأجيل الدين الحال فراجع المكاسب ص ٣٠٦ طبع إيران على أنه قد وردت روايات في استعمال بعض الطرق الشرعية للتخلص من الربا في الزيادة في قبال الأجل و ذلك في البيع المحاباتي بأن يبيع الدائن على الشخص الثالث حبة من اللؤلؤ قيمتها الشرعية عشرة دراهم- مثلا- بمائة درهم و يجعل التأجيل شرطا من المديون على الدائن و قد ذكر صاحب الجواهر- قدس سره- هذه الروايات في كتاب الدين شارحا قول المصنف و هو: و لو أخره بزيادة فيه لم تثبت الزيادة و لا الأجل.

قال في الجواهر معلقا «١» «بل هو للربا المحرم بلا خلاف أو اشكال»، نعم قد يحتال لذلك يجعل الزيادة في ثمن المبيع مثلا و ان لم يساوه قد اشترط في عقد تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن البيع كما نطقت به النصوص، ففي موقوف ابن عمار، قلت للرضا- عليه السلام: الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت، قال: لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك، و زعم أنه سأل أبا الحسن- عليه السلام- عنها فقال له مثل ذلك، و في موثقة الآخر قلت لأبي الحسن- عليه السلام- يكون لي

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٢٨

على الرجل دراهم فيقول أخرني و أنا أربحك فأبيعه حبة تقوم على ألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال بعشرين و أخره المال، قال: لا بأس، و في مضمر عبد الملك بن عتبة سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال، و يكون لى عليه مال، قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيده على مالى الذى عليه، أ يستقيم أن أزيده مالا و أبيع له لؤلؤة تساوى مائة درهم بألف درهم، فأقول: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أخر ثمنها و ما لى عليك كذا و كذا شهرا؟ قال: لا بأس به».

و بناء على ذلك فيمكن التخلص من الربوية فيما نحن فيه بطريق الهبة بأن يهب المدين مائة درهم الى الدائن و يشترط عليه عدم المطالبة بالدين الحال إلى مدة سنة.

بل لعله يمكن جعل الشرط فى الهبة نفس تأجيل ذلك الدين الحال إلى سنة بنحو شرط النتيجة كأن يقول له- و هبتك هذا المال بشرط أن يكون دينك الذى على مؤجلا إلى سنة أخرى- أو بنحو شرط السبب كأن يقول له و هبتك هذا المال بشرط ان تؤجلنى فى دينك المذكور إلى سنة.

و الأولى- من ذلك ان يكون الشرط هو عدم المطالبة بالدين إلى مدة معينة فإنه أسلم من اشكال التأجيل، سواء كان على نحو شرط النتيجة أو شرط السبب.

و لكن هل يمكن لنا أن نتخلص من اشكال الربا؟

بالنسبة إلى أخذ الفروق المستحقة بطريق الجعالة و صورتها بأن يجعل المدين للدائن مبلغا معيناً يتفق عليه الطرفان فى قبال تأجيل الدين أو فى قبال عدم المطالبة إلى سنة.

و قد توقف شيخنا الأستاذ- دام ظله- فى ذلك إلا أنه فصل فيه.

- فمثلا- يقال بالمنع فيما لو كانت الجعالة فى قبالة نفس التأجيل و هو عين ما يراد الفرار منه

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٢٩

نعم- قد يقال بالصحة فى الصورة الثانية أعنى كون مقابل الجعالة هو عدم المالية إلى سنة فان عدم المطالبة- مثلا- قابل لأخذ الجعل فى قبالة إذ لا يشترط فيما يكون فى قبال الجعالة عمل خارجى خاص من المجعول له، بل يكفى الترك و عدم المطالبة كما لو جعل جعلا معيناً لمن يريد مزاحمته فى شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغاً من المال بإزاء عدم الزيادة و عدم الدخول بينهما- و ان كان قد يتأمل فى هذا التنظير الأخير.

١٠- الاعتمادات المستندية

إشارة

و يقصد بذلك: هو ان يتم العقد بين التاجر و الشركة فى خارج البلاد أو و كيلها الموجود فى البلد على نوع من البضاعة. و بعد ان يتفق الطرفان على الشروط و المواصفات. يتقدم التاجر إلى البنك بطلب- فتح اعتماد- و فى هذه الفترة يرسل الوكيل القوائم التى تبين نوعية البضاعة و مقدارها، و الأسعار التى اتفق عليها الطرفان. إلى الشركة يعلمها بذلك أن الاتفاق قد تم بينهما على هذه المعاملة، أو يقوم التاجر بهذه العملية لو لم يكن للشركة و كيل فى البلاد.

و عند ما يطلب التاجر من البنك فتح اعتماد له لا بد له من أن يدفع للبنك قسماً من قيمة البضاعة- و يتبع هذا الاتفاق بين الطرفين- و يقوم البنك بعد ذلك بدفع المبلغ بكامله إلى الشركة و بإزاء ذلك لا بد من تسجيل البضاعة باسم البنك من حين التصدير. و عند

وصولها الى المحل يشعر البنك صاحبها بالوصول و يتم تحويل البضاعة من اسم البنك إلى اسم صاحبها بعد أن يدفع ما دفعه البنك إلى الشركة مما تبقى من مبلغ البضاعة.

و يتقاضى البنك عن هذه العملية عمولة مقطوعة إزاء خدماته من تسجيل البضاعة باسمه و اعتباره طرفا آخر في قبال الشركة المصدرة، و فائدة تستقطع لقاء دفع المال المتبقى من يوم تسليمه إلى الشركة إلى يوم تسلمه المال من صاحب البضاعة. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٠

و يحفظ الاعتماد- عادة- حقوق كل من المصدرين و المستوردين.

أما المصدر- فلأنه يستلم قيمة البضاعة حين تصديرها. فهو بذلك يضمن حقه.

و أما المستورد- فلأنه يستفيد بالمبلغ المتبقى في بقية مجالاته التجارية الأخرى.

يضاف إلى ذلك. أن التاجر مجبور على جعل البنك وسيطا في تمامية المعاملة لأن الحكومات تمنع تحويل الأموال و إخراجها إلى خارج البلاد ما لم يكن ذلك تحت نظرها و أشرفها- و ترتيبا على ذلك- ان الاستيراد مغلق في وجه التجار ما لم تكن البنوك هي الواسطة في تمامية هذه المعاملة بين الطرفين.

و يكون البحث في هذه المعاملة في موردين:

الأول: في حلية ما يأخذه البنك من صاحب البضاعة عمولة و فائدة على المبلغ المتبقى طيلة الفترة الواقعة بين يوم تسليم المال من قبل البنك و تسلمه من صاحب البضاعة.

الثاني- في جواز شراء تلك البضاعة لو أعلن البنك عن بيعها و تخلف صاحبها عن تسلمها و دفع ما عليه من المال.

العمولة المأخوذة على المبالغ المتبقية:

و معاملة الاعتماد يمكن تنزيلها على صورتين تكون صحيحة في واحدة و باطله بالنسبة إلى الأخرى.

الصورة الأولى: أن يكون دفع المبالغ من جهة البنك كقرضه منه لصاحب البضاعة فيكون صاحب البضاعة مدينا للبنك بالمبلغ المدفوع إلى الشركة و يكون حينئذ أخذه للعمولة و الفائدة باطلا لأنه أجرى معاملة قرضية مشتملة على فوائد ربوية فالمعاملة باطله و لا يسوغ له حتى أخذ العمولة و يكون تسجيله للبضاعة باسمه من حين التصدير إلى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده بإزاء ماله على صاحب البضاعة من الدين و لا شك في فساد هذه المعاملة.

الصورة الثانية: أن تكون المعاملة المذكورة جارية على النحو الآتي

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣١

و هو أن يتم العقد و الاتفاق بين التاجر، و الشركة، أو وكيلها على نوعيه البضاعة، و أوصافها فتتم المعاملة البيعية بين الطرفين إلا أنها معاملة بيعية مشروطة بأن يتدخل البنك بتسليم المال وفاء عما في ذمة صاحب البضاعة للشركة فيقوم البنك بأداء ما على التاجر من الديون إلى الشركة، و وفاء الدين من شخص لآخر يمكن أن يكون حاصلا على نحو التبرع من دون أن يكون المدين ضامنا للموفى، كما لو كنت مشغول الذمة لزيد بمائة دينار و أقدم صديق لك على تسليم هذه المائة من ماله إلى الدائن من دون أن تملكها أنت و بذلك تبرأ ذمتك أيها المدين من الدين المذكور- نعم- لو وقعت مقالة بين المدين و بين الموفى بأن يقول المدين إلى الموفى- أدّ عني ديني الذي على لزيد و أنا ضامن لك مقدار ذلك المال الذي تدفعه للدائن وفاء عن ذمتي.

و الظاهر أن معاملات الاعتماد الجارية بين التاجر و البنك من هذا القبيل فإن العقد يتم بين الطرفين و لا يكون للبنك تدخل في ذلك «١» و حيث يكون التاجر مدينا للبنك بالمال و الشركة عليها تصديره إلى المحل تتوقف هذه العملية على تسليم المال من قبل البنك لأن المصدر لا يمكنه أن يتسلم المال إلا من هذه الجهة لأن الطرق مسدودة في وجهه و كذلك المستورد فإنه لا يمكنه

تحويل الثمن إلا بواسطة البنوك فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية بل هي من باب الجعالة على أنه إذا أدى عنى دينى أن أدفع له أصل المال و الزيادة المقررة.

(١) الظاهر من التعاريف التى ذكرت للاعتمادات السندية هو ان البنك يكون أجنبيا عن العقد بين التاجر و الشركة لا أنه هو الذى يكون و كيلا عن المشتري فى إجراء معاملة البيع و الشراء قال الأستاذ حسن محمد ربيع فى كتابه المصارف ص ٨٣ «و يلاحظ أنه قبل فتح الاعتماد المستندى يجب ان يكون العقد قد تم بين البائع و المشتري و خاصة فيما يتعلق بالكمية فالسعر و شروط الدفع و التسليم. و يتقدم المشتري بعد ذلك الى مصرفه و يملأ الطلب الخاص بفتح الاعتماد و يمكن القول بان الاعتماد المستندى هو اعتماد يفتحه مصرف لمشتري لبضائع من الخارج بضمان مستندات الشحن البحرى».

من هذا و غيره نفهم ان هذه العملية البيعية لا بد من تمامها فى الخارج قبل مراجعة البنك و لا تكون سمة البنك إلا أنه يتكفل بوفاء ديون التاجر إلى الشركة.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٣٢

و حينئذ فيكون التاجر ضامنا للبنك ما دفعه عنه إلى الشركة و ضامنا له الزيادة المقررة المأخوذة بإزاء هذه العملية من تسجيل البضاعة باسم البنك و تسجيلها بعد تسليم المبلغ باسم التاجر و ما يتخلل ذلك من عمليات توفر على التاجر وقته حيث لا يكون مكلفا بمراقبة البضاعة و تصديرها و شحنها و ما شاكل ذلك بل تكون هذه بعهدة البنك و حيث يصل المال يبلغ التاجر بتسلمه.

فتكون هذه المقاوله بين التاجر و البنك مؤلفة من عمليات أربع يقوم البنك باثنين و يقوم التاجر باثنين أيضا.

أما ما يقوم به البنك فهو:

أداء ما على التاجر من الدين أو لا.

و تسجيل البضاعة باسمه ثانيا.

و أما ما يقوم به التاجر فهو:

الضمان للبنك بذلك المقدار الذى دفعه عنه إلى الشركة أولا و إعطاء الفرق المقرر على عملية التسجيل المذكورة ثانيا.

و الخلاصة:

أن هذه المعاملة تكون منزلة على أن يكون دفع البنك دين التاجر إلى الشركة من قبيل وفاء دين التاجر من مال نفس البنك مع ضمان التاجر لذلك المقدار الذى يدفعه عنه إلى الشركة لا- أن ذلك الدفع يكون إقراضا من البنك للتاجر و أما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد فهو إنما يكون مستحقا للبنك على التاجر بإزاء قيامه بتلك الأعمال أعنى جعل البضاعة باسم البنك الى حين ورودها، و تسلمها لا أن ذلك القدر يكون فرقا على الدين الذى للبنك على التاجر و تكون هذه المقررات بمنزلة تعاقد بين التاجر، و البنك على القيام بها كل بحسب المقرر عليه و حينئذ فتصح المعاملة. إذا فيكون أخذ العمولة من طرف البنك فى قبال قيامه بتسجيل البضاعة باسمه، و نقلها الى اسم صاحبها

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٣٣

عند الوصول، و دفع بقیة المبلغ و ما يتخلل بين هذه من عمليات. و لعل تسميتهم لذلك المقدار الذى يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من أشعار بأنه بإزاء العمل الذى عمله قال فى المنجد «العمالة و العمالة و العمالة أجره العامل و رزقه و العامة تقول العمولة» إلخ، و ربما يقال:

بأن تسجيل البضاعة باسم البنك لا يستدعى إعطاء الفائدة عليه لأن المال يكون كوثيقة بيده و تسجيلها باسمه يكون للتأكيد على

حقوقه ولا معنى لدفع الفائدة على ذلك الجواب عنه.

بان الأمر و أن كان كذلك إلا أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير الى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجبا للاهتمام بها و عدم التفريط بها من الجميع لأن أهمية البنك لدى الجميع و سمعته أكثر ما للتاجر من عنوان و اعتبار أضف الى ذلك ما يجر ذلك من عمليات النقل و الانتقال و التعرض للأخطار و مطالبه البنك لشركات التأمين لو حل بالبضاعة حادث في الطريق و كل هذه العمليات مما تكون في صلاح التاجر و عدم تكليفه بصرف الوقت و تعقيب المعاملة من حين التصدير الى حين الوصول. نعم عليه ان يسلم المال حيث يشعره البنك بالوصول و لا بأس بأخذ المال على هذه الأعمال التي يقدمها البنك كمساعدة منه الى التجار و في الوقت نفسه يستفيد من ورائها بذلك المال الذي يأخذه.

و لكن لا بد من الالتفات الى هذه الخصوصية و هي أن يكون التباين بين التاجر و الشركة على دفع الفرق كعمولة على خدماته لا كفرق على المال إذا كان مدفوعا من قبل البنك بنحو القرض فان وجود القرض و دفع الزيادة بزائه يوجب بطلان المعاملة و عدم صحتها.

و من ذلك كله يظهر لك أن ما نحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بأن يجعل له جعلا على تسجيل البضاعة باسمه. لما عرفت أن ما يدفعه البنك إلى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضا

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٤

منه للتاجر بل هو أداء لدين التاجر من مال البنك نفسه و ان كان مضمونا على التاجر فلو كان التسجيل و النقل شرطا في ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للمقرض في ضمن القرض.

و هذه الجهة أعني إخراج المسألة عن إقراض البنك للتاجر بإزاء هذه المنفعة هي العمد في تصحيح هذه المقاول و المعاملة المقررة بين الطرفين البنك من جهة و التاجر من الجهة الثانية سواء قلنا أنها من باب الصلح، أو من قبيل العقد المستقل أو قلنا بأنها من مجرد وعد كل منهما لصاحبه بما يقوم به و قد و في كل منهما لصاحبه بوعده و لا بأس بذلك و إن لم يكن في البين عقد و معاملة ملزمة لكل منهما للآخر.

بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسليمها:

فلو تخلف صاحب البضاعة عن تسليمها بعد إنذاره من قبل البنك فهل يجوز و الحالة هذه شراء تلك الأموال لو باعها البنك لاستيفاء ما دفعه من المبالغ إلى الشركة؟ الظاهر جواز ذلك.

لأن البنك و كيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ما عليه من بقية ثمنها و قد جاء ذلك صريحا في العقد الذي يوقع عليه التاجر الحاصل بينه و بين البنك فقد جاء في الشرط الثالث من شروط ذلك العقد ما يلي:

و عند تخلفي عن دفع المبالغ المستحقة لكم أو إبراء ذمتي نحوكم فلكم مطلق الحرية و بدون أشعارى مقدما ببيع البضائع المذكورة «١».

و بمقتضى هذا التصريح يكون البنك و كيلا عن صاحب البضاعة ببيعها و استيفاء حصته من أثمانها كما يتضح ذلك جليا لمن يراجع المصدر المذكور و يقف على ورقة العقد.

(١) كتاب المصارف: حسن محمد ربيع ص ٨٨.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٥

١١- خطاب الاعتماد

و قد اعتادت المصارف و البنوك تسهيلا منها لعملائها المسافرين إلى خارج البلاد أن تزودهم بخطاب تخول فيها البنوك و المصارف، بتزويد؟ حامل ذلك الخطاب ما يحتاجونه من المال بالمقدار الذى تخول فيه الدفع. و الغاية من ذلك هو التسهيل على المسافر من حمل النقود معه إلى البلاد التى يريد الإقامة فيها أو المرور عليها حفظا لها من التلف و الضياع. فإذا رغب المسافر إلى الخارج بأن يأخذ من مصرفه مثل هذا الخطاب فعليه أن يدفع المبلغ بكامله إلى البنك مع دفع عمولة على ذلك يتفق عليها مع البنك و حينئذ فيزوده البنك بالخطاب المذكور و هو يوجه إلى بنك معين أو البنوك العالمية بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد- و كما بينا- بشرط أن لا يتجاوز ذلك القيمة المنصوص عليها فى ذلك الخطاب. أما الحكم الشرعى لهذه المعاملة من حيث دفع العمولة إلى البنك و أخذها من قبله من المسافر فلم ير شيخنا الأستاذ- دام ظله- بأسا فى ذلك.

لأننا سبق و إن بينا فى البحث عن الحواله أنها تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما كان الدفع فيه من المراجع إلى البنك فيدفع له المبلغ كاملا ليحوله إلى بلدة أخرى و قد ذكرنا هناك عدم الوقفه فى أخذ هذه العمولة التى يتقاضاها البنك لأن الفائدة قد خرجت من الدائن إلى المدين، و قد عرفت أن الفائدة الربوية هى ما خرجت من المدين و قد جرت نفعا إلى الدائن و خطاب الاعتماد من هذا القبيل فان المسافر بإعطائه المبلغ إلى البنك فقد أقرضه ذلك المبلغ و البنك يحوله بالمبلغ على البلدان الأخرى و العمولة التى يتقاضاها قد جرت نفعا إلى المدين و خرجت من الدائن فلا ربوية فى البين بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٣٦

١٢- معاملات مصارف الرهون - و العقار - و الصناعى

إشارة

و تختلف الأعمال الجارية فى هذه البنوك عن بقية البنوك حيث يكون تسليم المال فيها بإزاء رهن يوضع لديها من عقار أو ذهب، أو فرش، أو مكائن علما بأن بحثنا الآتى يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الغرار. أما المصارف الحكومية فان حكمها عرف مما تقدم حيث يكون تسليم المال منهم ابتداء بعنوان المال مجهول المالك و يتوقف التصرف فيه على إجازة الحكم الشرعى و حين الدفع يكون أصل المال مع ما يترتب عليه من الفوائد من المال المقبوض من الشخص بالقهر، و الإيجاب و لا وجه لبيع العين المرهونة و لا لشرائها من المصارف لأنها ليست مجازة من قبل الحاكم الشرعى. و البحث فى هذه الموارد الآتية يتناول البنوك الأهلية و التى تجرى على هذا النحو من الرهن و البيع عند التخلف عن تسليم المال.

و طبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعى التكلم فى جهات أربع:

الأولى: فى الوجه فى تسليم المستلف المال من البنك أو المصرف.

الثانية: المسوغ لإعطاء الفائدة للمصرف بإزاء ما يستلفه الراهن منه من المال.

الثالثة: فى المصحح لبيع العين المرهونة من قبل البنك لو تخلف المستلف عن أداء ما قبضه من المال عند الاستحقاق.

الرابعة: فى الوجه فى شراء العين المرهونة من قبل المرتهن لو تخلف الراهن عن أداء ما عليه من المال المقبوض.

الوجه فى أخذ المال من المصرف:

و قد تقدم أن شرحنا هذه الجهة في التمهيد الذي ذكرناه في المقدمة لإعمال البنوك و المصارف.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٧

و بينا هناك أن المصرف لو كان حكوميا و كان رأى المستلف، أو من يرجع إليه في التقليد هو عدم مالكية الدولة للأموال التي تستحصلها فإن هذا المقبوض يكون من فروع المال مجهول المالك و يكون التصرف فيه متوقفا على إجازة الحاكم الشرعي و أما لو كان البنك حكوميا و كان الشخص أو مرجعه التقليدي يرى مالكية الدولة فإن هذا المال يكون من فروع الأموال المقبوضة من الجمعيات الخيرية و ما شاكلها حيث تكون الجهة مالكة عن من يرى مالكية الجهة.

و أما لو كان دافع المال من البنوك الأهلية، أو الصيارفة فحينئذ لا بد من أعمال عناية بملاحظة الطرق المسموحة بحسب الشريعة المقدسة للتخلص من الربوية و يكون الحال في ذلك كما هو الحال في الأموال المقبوضة بواسطة الكمبيالات فراجع البحث عن الكمبيالات.

ثانيا: إعطاء الفوائد إلى المصرف:

و لا بد من رعاية الطرق الموجبة لحلية الفرق للمصرف و أسهلها هو جعل المعاملة خارجة عن القرض بأن يكون المنشأ هو المصلحة، أو بيع هذا المقبوض من أوراق العملة و يكون عوضه عند رأس المدّة هو المجموع من ذلك المقدار و الفرق المقرر.

ثالثا: بيع العين المرهونة:

و لم يبق علينا إلا- أن نعرف ما لو كان للمصرف الحق في بيع العين المرهونة عند تخلف المستلف عن دفع ما عليه من المال إلى البنك أم لا؟

و من الواضح أنه بالنظر الأولى لا يجوز للمرتهن بيع ما بيده من الرهن إلا بإجازة الراهن نفسه و ذلك لأن الرهن أمانة بيد المرتهن و لا يجوز له التصرف بها ما لم يشترط المرتهن على الراهن أنه إذا حل الأجل و لم يدفع له المال يكون المرتهن مسلطا على بيع ما بيده من الرهن استيفاء لحقه. و عند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحا؟

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٨

و يجيب شيخنا الأستاذ- دام ظله- على هذا السؤال: بأن الظاهر صحة مثل هذه الشروط سواء كان هذا الشرط مخرجا على نحو شرط النتيجة، أو على نحو شرط السبب «١».

و ذلك فانا لو نزلنا الشرط على نحو شرط النتيجة فحينئذ لا يتوقف المرتهن إلى إجراء صيغة الوكالة بل نفس الشرط يكون كافيا لإثبات وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند تخلف الراهن عن دفع ما تسلمه من المال.

و أما لو نزلنا الشرط على نحو شرط السبب فيحتاج المرتهن إلى الحصول على الوكالة من قبل الراهن على البيع. فلو امتنع الراهن من توكيل المرتهن على بيع العين المرهونة و المفروض أنه متخلف عن أداء ما عليه من المال إلى المرتهن فيكون هذا من قبيل تخلف الشرط.

و عليه فما هو المخرج لإنقاذ أموال المرتهن في مثل هذه الصورة؟ لا- طريق للمرتهن إلا- إجبار الراهن على أن يوكله في بيع العين المرهونة و استحصال ما دفعه إليه من المال و لو لم يستفد من الإجبار المذكور أو لم يتمكن منه فحينئذ ينحل الشرط. و من الواضح أن انحلال الشروط في المعاملات إنما يكون لصالح المشروط له ليفسخ المجال أمامه لفسخ المعاملة. و من البديهي أن فسخ المعاملة في هذه الصورة لا- يكون لصالح المرتهن (البنك) ليستفيد من البطالان. مضافا إلى أن الرهن من قبله في حد نفسه يكون جائزا من

دون تخلف بشرط و ان كان عند الرهن لازما من قبل الراهن. و من مجموع ذلك يظهر لنا السؤال التالي:
إن عدم التوكيل في صورة ما لو خرجنا الشرط على نحو شرط السبب لا يفتح الباب للمرتهن ببيع ما تحت يده من الرهن.

(١) شرط النتيجة، و شرط السبب اصطلاحان يراد بهما:

شرط النتيجة: ان المرتهن يشترط على الراهن بأنه و كيل عنه في بيع العين المرهونة إذا تأخر عن دفع المبلغ الذي أخذه منه.
شرط السبب: معناه ان المرتهن يشترط على الراهن ان يوكله بعد ذلك على البيع.
بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٣٩

إذا فما يصنع و الراهن متهرب من دفع المال أولا و من توكيله على بيع العين المرهونة ثانيا؟
و يرجعنا شيخنا- دام ظله- إلى الحاكم الشرعي في مثل هذه الأحوال كما هو الحال لو لم يكن في البين اشتراط للوكالة أصلا فإنه عند عدم الوفاء و حلول الأجل يكون الحاكم الشرعي هو المرجع في مثل هذه القضايا.
و نقطة دقيقة تواجهنا و نحن في صدد تصحيح هذا النوع من الشرط حيث يشترط المرتهن على الراهن ببيع العين المرهونة عند تخلف الأخير عن دفع ما بذمته من المال و هي موقف الراهن من هذا الشرط بعد حصوله، فهل يجب الوفاء به أو لا؟ و أجاب شيخنا «دام ظله» بأنه لا إشكال في وجوب الوفاء لأنه مقتضى الشرط و وجوب الوفاء به مضافا إلى الإجماعات المنقولة في صحة هذا النوع من الشرط قال المحقق في الشرائع (١):
(إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم و لم يكن للراهن فسخ الوكالة).

حلي، حسين، بحوث فقهية (للحلي)، در يك جلد، مؤسسه المنار، قم - ايران، چهارم، ١٤١٥ ه ق

بحوث فقهية (للحلي)؛ ص: ١٣٩

و حيث يصل صاحب الجواهر (٢)- رحمه الله- الى هذه الفقرة في يد عدل معين يعلق عليها قائلاً «بلا خلاف بل عن الغنية الإجماع عليه لعموم المؤمنون عند شروطهم و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و خصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد» و قال معلقا على قوله: «و لزم و لم يكن للراهن فسخ الوكالة» و فاقا للمشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى الخلاف مشعر بعدمه بيننا و لعله كذلك فاني لم أجده إلا من الشهيد في اللعة بناء منه على ما سمعته من مذهبه» و قال صاحب الرياض (٣):

(١) كتاب الرهن الفصل الخامس.

(٢) جواهر الكلام كتاب الرهن الفصل الخامس في البحث عن المرتهن.

(٣) الرياض جزء ١ (كتاب الرهن) الرابع في بيان المرتهن.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٠

معلقا على قول المصنف: «و يجوز اشتراط الوكالة في الرهن» عن حلول الدين له و لوارثه و غيره في عقد الرهن و غيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف بل عليه الإجماع في الغنية و هو الحجة مضافا إلى الأصل و عمومات الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط السائغة غير المخالفة للكتاب و السنة و ما نحن فيه منها بالبدئية».

و إذا عرفنا صحة هذا النوع من الشروط و تمامية الوكالة من قبل الراهن إما بنفس الشرط ليكون على نحو شرط النتيجة أو بالتوكيل بعد ذلك ليكون على نحو شرط السبب فهل بإمكان الراهن الرجوع عن هذا الشرط و عزل المرتهن عن وكالته ببيع العين المرهونة

عند التخلف عن أداء ما قبضه من المرتهن من المال كما هو الحال في جميع الوكالات أو أن لهذا النوع من الوكالة خصوصية تمنع الموكل من العزل بعد صدور التوكيل منه؟

أما صاحب الشرائع رحمه الله فقد تردد في إعطاء هذه الصلاحية إلى الراهن حيث قال: «وإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين و لم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد» (١).

ولكن صاحب الجواهر - قده - أوضح أنه لا مجال للتردد وقال فمن الغريب قول المصنف على تردد ثم أوضح ذلك بما لا مزيد عليه فراجع (٢) و جرى على ذلك المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني كما سيأتي ان شاء الله نقل عباراته و المرحوم السيد الطباطبائي اليزدي (٣).

و يرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - ان هذا النوع من التوكيل لا يقبل العزل ببيان أن طبع الوكالة و ان كانت تنحل بالعزل إلا أن محصل هذا النوع من

(١) كتاب الرهن. الفصل الخامس.

(٢) الجواهر. كتاب الرهن. الفصل الخامس في المرتهن ص ٣٢٦.

(٣) المسألة ١٣ من كتاب الوكالة من ملحقات العروة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤١

الشرط بين الطرفين حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل في واقعة إلى أمرين:
الأول: التوكيل من الراهن للمرتهن.

الثاني: الإبقاء على تلك الوكالة إلى حين صدور الموكل فيه و الذي هو بيع العين المرهونة و ليس له عزله قبل ذلك بل يمكننا القول ببقاء الوكالة حتى لو مات الراهن بل لو مات المرتهن لانتقال حق هذا الشرط إلى ورثته.

وقد أشبع الموضوع بحثا المرحوم صاحب الجواهر «قده» و أوضحه بما لا مزيد عليه المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني «قده» حيث تعرض إلى ان هذا النوع من الوكالة غير قابل للعزل فقال: «و كيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط العقد أو كونه وكيلا فالظاهر أنه لا- ينزل بالعزل إذ الظاهر من حال المتعاقدين أن ليس مقصودهم مجرد إيجاد وصف الوكالة في الخارج حتى لا ينافيه عزله بعد الإيجاد بل غرضهم تحقق الوصف في الخارج مستمرا إلى زمان البيع فالعزل ينافي المقصود و الذي بنوا عليه الأمر» الى أن يقول: «فالمقصود من الشرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائما إلى أن يتحقق البيع و هو أمر مقدور و سائغ في ذاته فيجب بمقتضى الشرط إلخ» (١).

وقد ذهب إلى ذلك أيضا أستاذ المحققين الشيخ النائيني قدس سره حيث قال: «و لو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينزل» (٢).
إذا فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافذا لإبطال وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند التخلف من دفع ما بذمته.
هذا من الوجهة العلمية:

أما تطبيق ذلك على ما في الخارج، فإن أغلب البنوك تصرح بهذا الشرط

(١) كتاب الرهن ص ٢٢٣.

(٢) الوسيلة ص ٢٣٦ مطبعة العرفان.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٢

و هو أن يكون البنك وكيلا- عن جانب الراهن في بيعها و استيفاء ما له من المال منها، و حتى لو لم يحصل التصريح بذلك الشرط

فإن تباين المتعاملين الراهن والمرتهن في البنوك على هذا الأساس. فإن الراهن حيث يقدم على وضع العين البنك وإنشاء تلك المعاملة يكون قد أنشأ في ضمنها هذا الشرط فيصح رهننا عند البيع حينئذ.

رابعاً: شراء العين المرهونة:

و بعد أن عرفت صحة بيع العين المرهونة من قبل المرتهن فلا- مانع للأجنبي أن يشتريها منه و لا يتوقف ذلك على رضا الراهن و إمضائه.

الخلاصة:

ان الأعمال الجارية في البنوك و المصارف كثيرة، و بالإمكان أن تحصل معاملات جديدة في المستقبل تبعاً لتطور أنظمة البنوك، و هي لو كانت منزلة على القرض و الإقراض و أخذ الفائدة و دفعها بإزاء تلك القروض فإن ذلك من الربا المحرم و لا شبهة في تحريره.

نعم لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع و التباعد- بالنحو الذي ذكرناه في البحوث المتقدمة- لكان ذلك صحيحاً فراراً من الربا و الربويات و على الأخص بعد أن تقدم في البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيان جهة تغطية الدينار في هذه الأيام و أنه لا يعبر عن الذهب و الفضة ليحصل الربا من التباعد فيه بالأكثر.

و لا يعترض: بأن النتيجة تكون واحدة حيث تبدل المعاملة القرضية بالمعاملة البيعية، فيكون هذا من التحايل على الشرع- كما يسمى في العرف الجارى بأنه من- التحايل على القانون- فإن الغرض في المعاملتين واحد و هو ابتزاز الفائدة من الطرف الآخر بأى نحو كان. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٣

لأننا نقول: أن الشارع المقدس حيث حرم القرض و الاستقراض بالفائدة فتح لنا طرقاً كثيرة. أساسها أخذ الفائدة و الزيادة- و منها- البيع فإن المعاملة البيعية لا تخلو من أخذ الفائدة و الفضل و لكنه بالطريق الذي رسمه لنا الشارع المقدس. و هكذا دفع الزيادة بنحو الهبة. و أمثال ذلك من الطرق المقررة للفرار من الربا فإن الحكمة في تحريم الربا و إن كانت هي انسداد باب التجارة و المعاملات لاتكالمرايين على سلوك هذا الطريق المؤمن لهم من الخسارة إلا أن هذه الحكمة «١» و ان كانت جارية في هذه الطرق المذكورة للتخلص من الربا لكنه قد تقرر في محله أنها ليست من قبيل العلة التي يدور الحكم مدارها وجوداً و عدماً.

فنحن- إذا- لا بد لنا من اتباع النصوص الشرعية فيما أباحه الشارع و فيما حرمه و قد (أحل الله البيع و حرم الربا) من دون نظر في هذه الآية الكريمة إلى أن المعاملة يجب أن لا تكون مبتنية على الفرار من الربا. فكل معاملة يحصل فيها الانتفاع و لم تكن من أقسام الربا، تكون مباحة شرعاً.

(١) كثيراً ما يرد على ألسنة الفقهاء ان هذا التعليل من باب الحكمة و ليس من العلة أو العكس.

و قد مثلوا لما كان التعليل في القضية من باب الحكمة بتعليل تشريع العدة بأنها لدفع اختلاط المياه، و بتعليل وجوب الصلاة بأنها ناهية عن الفحشاء و المنكر و مثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للإسكار، فجعلوا اختلاط المياه من قبيل الحكمة التي دعت الشارع المقدس لأن يشرع العدة في الموارد المنصوصة. فإن هذا النحو من التعليل لا يكون الحكم دائراً مداره وجوداً و عدماً، بل يكفي فيه الغلبة. بخلاف الثاني، فإن الإسكار يكون علة للحرمة و يكون الحكم دائراً مداره وجوداً و عدماً.

و في الحقيقة يكون الحكم هو التحريم وارداً على عنوان المسكر، و حيث كان الخمر من جملة المسكرات المنطبق عليه الحكم

المذكور. والضابط في كون التعليل من باب العلة هو ما أمكن ان يؤخذ منه كبرى كلية موجهة إلى المكلف و ان تعددت مصاديقها بخلاف الحكمة فإنه لا يصح أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة إلى المكلف إذ لا يصح أن يقول الشارع المقدس يجب على المرأة عدم اختلاط المياه أو يجب على المكلف كلما هو ناه عن الفحشاء والمنكر. و تفصيل هذا المطلب موكول الى محله من مباحث الأصول. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٥

السرقفلية (الخلو)

إشارة

ما هي السرقفلية، النوع الأول أخذ المال بإزاء السرقفلية، موقف المالك من السرقفلية، النوع الثاني المستأجر و السرقفلية. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٧

ما هي السرقفلية؟

إشارة

ليست كلمة- السرقفلية- عربية بل هي كلمة- فارسية- ترمز الى ما تعارف في أيامنا الأخيرة بأن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يشغله الى الآخر، و يتقاضى إزاء هذه العملية مقدارا من المال يتفق عليه الطرفان و ربما سمي ذلك في اللغة الدارجة- الخلو- و هو مأخوذ من تخلية ما تحت اليد الى الغير. و هي على أنواع:

النوع الأول من السرقفلية:

إشارة

ما يكون الاتفاق فيه واقعا بين المستأجر القديم و الجديد فيتنازل الأول عما تحت تصرفه الى الثاني و في قبال هذا التنازل يدفع المستأجر الجديد المبلغ المتفق عليه إلى المستأجر القديم. و بهذا يكون المالك في مجنب عن المعاملة و الاستفادة منها. و لا بد لنا- و الحالة هذه- من معرفة الوجه الشرعي في أخذ المال و التصرف به من قبل من كان المحل تحت تصرفه أولا، و كيفية إعطاء المال من قبل المستأجر الجديد. و أخيرا لا- بد لنا من تحديد موقف المالك من هذا التنازل من شخص قد استأجر ما هو ملك له و قبول المستأجر الجديد و هل بإمكانه الوقوف في طريق هذه المعاملة أو لا؟

أخذ المال بإزاء السرقفلية:

و في صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين و المالك في معزل بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٤٨

يرى البعض بأن هذا المقدار من التنازل من المستأجر القديم إلى غيره حق من حقوقه لأن تصرف المحل بيده طيلة مدة العقد. و هو في الوقت نفسه من الشروط الضمنية و لا مجال للمالك أن يمنعه من استعمال حقه و عدم الوفاء بذلك الشرط الضمني.

و يمثلون للشروط الضمنية و التي لا- يجوز التخلف فيها- مثلا- بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع و احتساب المبلغ دينا بدمته، ذلك لأن نقديته الثمن بإزاء المثلث شرط ضمنى لجريان العرف على التسليم، و لأن إطلاق العقد يقتضى ذلك على وجه يكون الانصراف إليه كقرينة نوعية على أخذه فى متن العقد و يكون ذلك التعارف مغنيا عن إدخاله فى صريح الإنشاء العقدى، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن إلى البائع بل لا بد من تسليمه نقدا، و فيما نحن فيه كذلك فقد جرى العرف فى أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلا- من آخر لا يخرج المالك إلا برضائه و لا يتخلف المالك عن عقد الإيجار معه بعد انتهاء مدة الإيجار مراعاة لأحقية فى الإيجار عرفا، و هذا المقدار من الحق العرفى يكون صالحا للنقل الى الغير بصلح و نحوه، بل يكون نفس هذا الحق مالا من الأموال يقبل المعاوضة عليه و يكون من آثاره تحقيق الاستطاعة و الانتقال إلى الورثة كبقية الأموال التى تورث.

و لكن هذا رأى غير صحيح.

باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن المالك يكون ملزما بإجابته على الإجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة- أمر يتوقف على الدليل ما دام لم يثبت عند العرف أن ذلك من قبيل الحقوق العائدة إلى المستأجر و لا بد للمالك عندها من الإجابة و عدم التخلف، و أقصى ما فى البين أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه و طبعه مراعاة لأسبقية طالما لم يخل بشروط العقد و لكن عدم تصديه لإخراجه لا يكون بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٤٩

موجبا لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التى يجب الوفاء بها من قبل المالك.

و من البعيد جدا أن يكون المؤجر حين عقد الإيجار يقصد إنشاء هذا الحق للمستأجر.

و على فرض أن العرف يرى أن ذلك حقا فإنما هو من الحقوق و الأحكام الثانوية التابعة لحصول الإجارة بحيث تتحقق بعد حصولها فى الخارج فتكون فى مرتبة متأخرة عن العقد و إنشائه. و هذا لا يتم للنقض الذى يرد عليه فإننا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التبانى العرفى بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال فى موضوع تسليم نقد البلد فى المعاملة الواقعة بين الطرفين، أو التسليم و التسلم فلا بد من أن نعتبر خدمة الزوجة فى بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز- حينئذ- التخلف عن ذلك و لا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك فى حين أن الزوجة حرة فى خدمة بيتها و الشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما فضل منها فى ترتيب بيتها. و لو فتحنا باب النقض لجأنا بكثير من الأمثلة إليه.

هذا لو خرجنا الشرط المذكور على نحو شرط النتيجة بحيث يكون للمستأجر البقاء فى المحل بالأجرة المقررة من دون أن يؤجره المالك من جديد.

و هكذا الحال لو قلنا: بأن الاستفادة من هذا الشرط الضمنى هو أن المالك يؤجر المحل على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه و يخرج الشرط على نحو شرط السبب فهذا المقدار أيضا ليس بكاف لتصحيح المعاملة. لأننا نقول:

إن هذا لو كان فإنه لا يتعدى أن يكون شرطا من الشروط و للمستأجر قابلية إسقاطه بأن لا يستأجر المحل منه فى السنة الثانية، أما نقله إلى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجانا، أو بعوض. من صلح و نحوه فهذا مما لا دليل عليه، و لو فرضنا أن المستأجر القديم اشترط بنحو الشرط الصريح على المالك بأن له الحق فى تجديد عقد الإيجار معه عند حلول الموعد و انتهاء مدة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٠

الإيجار فإن هذا الشرط يلزم على المالك إجابته فى هذه الجهة، أما أن المستأجر يتنازل عن المحل الى غيره بأن يأخذ فى قبال تنازله مبلغا من المال فهذا مما لم يكن مستفادا من ذلك الشرط الصريح فكيف به لو كان ضمينا و على فرض تسليمه.

إذا فلا مجال لتصحيح أخذ المال و إعطائه إلا أن ينزل الأخذ المذكور على الهبة بنحو يشترط الواهب- و الذى هو المستأجر الجديد-

على المستأجر القديم أن لا يزاحمه في استيجار المحل في المستقبل و هذا أمر سائع لا بأس فيه فان للإنسان أن يهب لآخر مقداراً من المال و يشترط عليه أن لا يزاحمه في شراء الدار الفلانية، أو الحاجة الفلانية و ما شاكل. أو نجعل ذلك من قبيل الهبة المعوضة و العوض هو مجرد عدم المزاحمة و التخلي عن الاقدام على استيجار المحل. و بهذا المضمون وردت الرواية عن الإمام الصادق عليه السلام.

حيث دلت على صحة أخذ المال عوضاً عن انتقال الشخص عن المنزل فيسأله الراوى عن الرجل يرشو الرشوة على أن يتحول عن منزله فيسكنه قال- عليه السلام- لا بأس به. (١)

و ربما نزلنا ذلك على الجعالة بأن يدفع المستأجر الجديد مقداراً من المال كجعالة إلى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه في هذا الاستيجار. و يكفي في الجعالة أن لا يعمل شيئاً و لا يشترط أن يكون بإزائها عمل من الأعمال بل نفس عدم الاقدام على الإيجار هو أمر معتبر عندهم و يدفع بإزائها الجعل.

و هناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال و هو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد و القديم على الصلح بأن يتصالح الطرفان على أن يدفع المستأجر الجديد إلى المستأجر القديم مبلغاً من المال بشرط عدم مزاحمة هذا الطرف للمستأجر الجديد في استيجار المحل.

(١) الوسائل جزء ١٢ من الطبعة الجديدة بطهران ص ٢٠٧ حديث ٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٥١

موقف المالك من السرقة:

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد و القديم، و كيفية دفع الأول المال إلى الثاني، و صلاحية أخذ الثاني منه. أما حال المالك في وسط هذه المعاملة التي عقدت بغير إذنه فهل له المنع منها، أو لا بد من الرضوخ و القبول؟ أما ما تقدم من الرواية الواردة: فيمن يرشو المال ليتحول عن المنزل و التي تصرح بنفي البائس، فإنها لا تدل إلا على نفي البائس بإعطاء المال بإزاء أن يتحول الآخر عن الدار، و أما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك فلا دلالة للأخبار عليه.

و الخلاصة:

أن قبض المال على سبيل (السرقة) و ان كان صحيحاً للمستأجر القديم إلا أن هذه المعاملة لا تنفذ على المالك بل للمالك تمام الحق في التصرف بأمواله إن شاء أجاز الإجارة الجديدة و ان شاء منع، فان الناس مسلطون على أموالهم و المفروض عدم ما يحد من هذه السلطة.

أما الوجوه المذكورة فإنما هي لتصحيح لنا أخذ المال من المستأجر الجديد إلى القديم و عدم المانع منه فقط. أما المالك فهو حر.

النوع الثاني من السرقة:

و من أقسام السرقة ما شاع أخيراً في أيامنا الحاضرة من أن المالك هو الذي يستلم هذه السرقة من المستأجر بعد أن تنبه كثير من الملاك إلى أن موضوع السرقة أمر عرفى شائع في الأسواق، فبدلاً من ان يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به- فمثلاً- يأخذ المالك مائتي دينار كسرقة، و خمسين دينار كإيجار سنوى، و الفرق بين هذا النوع و النوع الأول واضح. ذلك لأن

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٥٢

المالك في النوع الأول بعيد عن المعاملة الجديدة بين المستأجر الجديد و القديم أما في هذا النوع فهو قد قبض مبلغا من المال حين إيجاره للمحل من أول الأمر.

فما هو الحكم في هذا المبلغ المأخوذ من المستأجر الأول؟

و هل للمالك المنع من إيجار المحل لمستأجر جديد من قبل المستأجر القديم الذي قبض منه السرقفلية أو ليس له ذلك؟

المستأجر و السرقفلية:

و يختلف حال المستأجر «فمرة» يؤجر المحل على غيره مع أخذ زيادة على ما دفعه إلى المالك «و ثانية» يأخذ نفس المبلغ المدفوع و هو في مفروض المثال مائتا دينار.

أما لو أخذ زيادة على ما دفعه كأن يأخذ المستأجر القديم ثلاثمائة دينار من المستأجر الجديد فتجرى في المائة دينار الإضافية جميع الوجوه المتقدمة في القسم الأول من السرقفلية من الهبة، أو الجعالة، أو الصلح. فراجع ص ١٢٢.

و أما نفس المبلغ المدفوع لو أخذه من المستأجر الجديد فلا طريق لنا لتصحيح هذا الأخذ إلا على الحوالة، لأن للمستأجر القديم هذا المبلغ في ذمة المالك و هو مائتا دينار و حيث يأخذ المستأجر القديم المبلغ من المستأجر الجديد فهو يحوله بالمبلغ على المالك، و هكذا يفعل كل مستأجر سابق مع المستأجر اللاحق. و في الحقيقة أن لكل مستأجر يشغل المحل مبلغا قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين خروجه من المحل مخير بين الرجوع فيه إلى المالك ليتسلمه منه، أو ليتسلمه من المستأجر الجديد و يحوله على المالك لأخذ ما له بذمته.

كل هذا و للمالك كامل الحرية في ملكه لو شاء أجاز الإجارة و بقي المبلغ بذمته للمستأجر الجديد و إلا- دفع المبلغ و أخرج المستأجر الجديد لأن الناس مسلطون على أموالهم.

و قد يقال: بأن مالك المحل لا يمكنه من الوقوف في طريق هذه المعاملة

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٥٣

الجديدة بين المستأجرين الجديد و القديم و ذلك لأن أخذه للمال من المستأجر الأول هو في الحقيقة تخويل له بالإيجار لمن يريد عند تركه للمحل و يكون هذا شرطا ضمينا في أثناء العقد و لا- وجه لمنع المالك بتقريب: أن الناس مسلطون على أموالهم، لأن السلطنة في مفروض هذا العقد محدودة طبقا للشرط الضمني الذي قبل به و سجله على نفسه في ضمن عقد الإيجار.

و الجواب عن هذا الاعتراض- بأننا سبق و أن أغلقنا باب هذا النوع من الشروط الضمنية كما عرفت تفصيله في بيان القسم الأول من السرقفلية لأن المالك قد أخذ المال من المستأجر قرضة بذمته و إزاء هذه القرضه منحه حق الأسبقية و الجلوس في المحل، حيث يتنافس عليه المستأجرون، و أما بعد ذلك فيكون للمستأجر الحق بإيجار المحل لمن يشاء فهذا غير مستفاد من العقد بحيث يسجل المالك على نفسه أن لا يخرج من يؤجر عليه المحل بعد تركه للمحل.

نعم لو كان العرف في بلدة يرون ذلك بحيث يكون قبض المالك للسرقفلية في الحقيقة إذنا منه للمستأجر بإعطائه الحرية في الإيجار لمن يريد كأن يكون هذا المعنى شرطا ضمينا في نظرهم فإن المؤمنين عند شروطهم و لا بد من الإمضاء.

و هناك طريقة تصحح هذا النوع من السرقفلية بحيث يكون المالك ملزما بإمضاء الإجارة الجديدة من المستأجر القديم لو أراد ترك المحل تلك الطريقة تنحصر في الالتفات بإبراز الشرط في ضمن العقد كأن يصرح به و ان كان التصريح به يكون على نحوين: في أحدهما يكون باطلا، و في الآخر يكون صحيحا.

أما صورة البطلان فهي:

فيما لو أخذ منحه هذا الحق من صلاحيات الإيجار للغير شرطاً للقرض و الذى هو شرط فى نفس العقد، لأن المالك حين إيجاره للمحل إلى المستأجر الأول اشترط عليه باقراضه المبلغ المذكور و هو مائتا دينار، و هنا لو التفت المستأجر و أخذ شرط منحه صلاحية الإيجار لمن يريد فى ضمن عقد القرض كان هذا الشرط باطلاً كأن يقول المالك للمستأجر: أجرتك المحل بخمسين ديناراً سنوياً و اشترط

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٤

عليك إقراضى مائتى دينار ما دمت جالسا فى المحل - فيقبل المستأجر الإجارة المذكورة بقوله. قبلت. و وفاء بالشرط المذكور يقرضه المبلغ و يشترط عليه فى ضمن عقد القرض الجديد بأن له كامل الحرية فى إيجار المحل لمن يشاء فلو قبل المالك هذا الشرط لكان باطلاً لأنه شرط يجر نفعاً للمقرض و هو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا.

و أما صورة الصحة فهى كما لو أوقع المستأجرون الإيجار على النحو التالى:

كأن يقول المالك للمستأجر - أجرتك المحل بخمسين دينار سنوياً و شرطت عليك أن تقرضنى مائتى دينار و فى الوقت نفسه فقد شرطت على نفسى بأن لا - أمتنعك من إيجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها - فيكون هذا الشرط الذى يعود نفعه إلى المستأجر شرطاً فى عقد الإجارة لا فى عقد القرض و إنما أخذ هذا الشرط و نفس القرض شرطاً فى عقد الإجارة فلا مانع منه من هذه الجهة.

و لكن هذا كما عرفت مخرج على التصريح بهذا الشرط، أما لو لم يصرح به و بقى الموضوع موكولاً إلى كونه من شروط التبانى - كما لا يبعد كون السرقفلية فى هذه الأيام المخرجة على هذا القسم الثانى من هذا النوع من الشروط حيث لم يصرح بمنح صلاحية إيجار المحل للمستأجر بل يوكل إلى التبانى - فقد تقدم الإشكال فيه، و ان المالك يبقى مسلطاً على ماله و له الحق فى فسخ الإجارة الجديدة و دفع ما بذمته إلى من أخذت منه السرقفلية.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٥

تصفية الوقف الذرى

إشارة

عرض و حديث، التصفية و المذاهب الخمسة، المدار فى تصفية الوقف، استملاك الدور و البساتين، نهاية المطاف.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٧

عرض و حديث:

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل و نقاش فى الآونة الأخيرة فيتصدى الكثير ممن لم يهمهم أمر الدين الإسلامى الحنيف للمطالبة بالغاية و تحويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه، و قائم بين الناس، متذرعين بحجج و أهمية لا أساس لها و لا اعتبار. و من ذلك ما يصرحون به من أن الوقف أصبح منشأ لوجود الخصومات بين الأسر و الجماعات. أو أنه إسقاط للعين الموقوفة عن معرض الازدهار و الترقى إذ لا تكون قابلة للانتقال من ملك شخص لآخر، و من ثم اجراء ما يقتضيه هذا من إدخال التحسينات على العين الموقوفة. و ما الى ذلك من الاعذار غافلين عن جهة دقيقة، هى أن ما يدعونه يعود بالنتيجة إلى سوء تصرف المتولين، و الإهمال منهم بشؤون الوقف، و كان الأحرى بهؤلاء أن يطالبوا بتشديد العقوبات و الضرب على أيدي العابثين بالوقف ليكون ذلك أجدر بهم كمسلمين ينظرون إلى الشريعة المقدسة نظر اعتبار و تفهم، فان ديننا الإسلامى الحنيف لم يكن وليد تفكير سطحى عادى

بعث رسوله (ص) الى جماعة من البشر يوم لم يكن للحضارة ما لها اليوم من الترقى و الازدهار بل إنها رسالة السماء إلى الأرض بعد ما شاءت الحكمة الإلهية أن تكون هذه الرسالة خاتمة الرسالات الإلهية و آخر قانون يبقى ليتحدى الزمن فينشر لهم كل يوم من الأسرار ما عجزت عن فهمه القرون السالفة فلا غرو إن كانت الرسالة الإسلامية المحمدية تكفل للبشر حياة هائلة و سعادة أفضل إلى اليوم الذى يختار الله عز و جل للبشرية النهاية المحتومة.

و ما ساقنا لهذا الكلام إلا أن نبين لهؤلاء الذين طالبوا بإلغاء الوقف الذرى

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٨

بان سوء التصرف الذى يصدر من القائمين بشؤون الوقف لا يكون منشأ لتصفية الوقف و تشويه حقيقته و لا إخفاء ما قصده المشرع الأعظم من وراء تشريعه من المنافع التى تعود الى الصنف البشرى.

فحلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة، كما و أن حرام محمد (ص) حرام الى يوم القيامة.

أما الآن و قد انصاعت بعض الحكومات الإسلامية إلى سن القوانين الخاصة التى تخول بتصفية الأوقاف الذرية، فقد تفضل شيخنا الأستاذ- دام ظله- برأيه فى هذه التصفية، و كيفية ملائمتها مع المذاهب الإسلامية الخمسة، و ما يتعلق بذلك من المباحث التى لها تمام الصلة بالموضوع.

و لسنا- و نحن فى هذه العجالة- فى صدد بيان تعريف الوقف و ذكر ما يتعلق به من الأحكام- خشية أن يجرنا الكلام الى التطويل. إنما نحن فى صدد بيان لمحمة عن تصفية الأوقاف الذرية، و محاولة تلمس وجه شرعى يصحح لنا هذه التصفية- لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على ذلك- و لهذا يقع البحث فى جهتين:

[وجوه البحث]

الاولى: فى أن هذه التصفية المذكورة هل تلتئم مع المذاهب الإسلامية الخمسة أو لا؟
الثانية: فى أن المدار فى الجواز على مذهب الوارث أو الواقف.

التصفية و المذاهب الخمسة:

إشارة

و لا بد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند المذاهب الإسلامية، و متى يكون لازماً بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه. أما الجعفرية- فقد ذهبوا الى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول الإقباض فلو لم يحصل ذلك الإقباض جاز للواقف أو الوارث الرجوع فيه، و لا يكفى

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٥٩

فيه مجرد صدور اللفظ من الواقف ما لم يتحقق القبض «١».

و أما بقية المذاهب من:

الحنفية و الشافعية و الحنابلة و المالكية.

فمصادرهم الفقهية تحدثنا بأن:

«الوقف قرينة جائزة بالاتفاق، و هل يلزم أم لا؟ قال: مالك و الشافعى و أحمد يلزم باللفظ، و إن لم يحكم به حاكم و إن لم يخرج مخرج الوصية بعد موته و هو قول أبى يوسف فيصح عنده و يزول ملك الواقف عنه و إن لم يخرج الواقف عن يده. و قال محمد

يصح إذا أخرجه عن يده بأن يجعل للوقف وليا و يسلمه اليه، و هي رواية عن مالك. و قال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة و لكنه غير لازم و لا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت دارى على كذا» ٢». إذا فلزوم الوقف على رأى كل من الشافعى و المالكى و الحنبلى يكون بصدور اللفظ. أما أبو حنيفة فبالعبارة المذكورة لا تعطينا رأيه واضحا فى بادئ الأمر فمن قوله «و قال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة و لكنه غير لازم» فهمنا أنه - كهبة غير الرحم - يجوز له الرجوع فيها مع بقائها فيكون لزومه متوقفا على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلا. و من قوله (و لا- يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم) نفهم أن الوقف - كالصرف - حيث يتوقف أصل التمليك فيه على حصول القبض و الذى يفهم من رأى أبى حنيفة أنه إما أن يقول ببطلان الوقف ما لم يحكم به الحاكم أو

(١) نقل السيد العاملى آراء فقهاء المذهب الجعفرى كاملة حيث منعوا فى تحقق لزوم الوقف قبل الإقباض راجع: مفتاح الكرامة: ٧/٩. (٢) رحمه الأئمة فى اختلاف الأئمة: ص ١٨٥. و الميزان للشعرانى: ج ٢ ص ١٠٦ بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٦٠

بصحته و عدم لزومه ما لم يحكم به الحاكم «١». و على أى حال فلزوم الوقف عند أبى حنيفة يتوقف على حكم الحاكم و قد نقل ذلك عن أبى حنيفة كل من الشيخ الطوسى و العلامة الحلى رحمهما الله قال الشيخ فى الخلاف: «و قال أبو حنيفة إن حكم الحاكم بالوقف لزوم و ان لم يحكم لم يلزم و كان الواقف بالخيار إن شاء باعه و إن شاء وهبه» ٢». و قال العلامة فى التذكرة: «و قال أبو حنيفة الوقف لا يلزم بمجرد و للواقف الرجوع فيه و إذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم» ٣». و إذا أتضح رأى المذاهب الإسلامية فى لزوم الوقف فتقول: إذا كملت عملية الوقف من حصول الصيغة و القبض و حكم الحاكم بذلك ففى هذا الحال لا يجوز تصفية ذلك الوقف طبقا لجميع المذاهب الإسلامية و لا وجه - بعد هذا - للتصفية المذكورة بمجرد طلب بعض الموقوف عليهم لها. و أما لو لم تكمل عملية الوقف كما لو وقف شخص دارا أو بستانا و حصل القبض و لكن لم يحكم به حاكم فهنا نرى الآراء مختلفة، فلا تجوز التصفية على مذهب الجعفرية و الشافعية و المالكية و الحنابلة: لعدم توقف اللزوم عند هؤلاء على حكم الحاكم. أما الحنفية فحيث اشترطوا فى لزومه أن يحكم الحاكم بذلك و المفروض عدم حصوله فتجوز و الحالة هذه تصفية الوقف على مذهبه من غير فرق على الظاهر بين الوقفين الذرى و الخيرى

(١) راجع كتاب: شرح أحكام تصفية الاحباس: ٢٣- ٢٤ فقد ذكر هذين الوجهين و قال عالمغير الحنفى و لا يلزم - أى الوقف - الا بطريقتين: أحدهما: قضاء القاضى بلزومه. و الثانى: أن يخرج مخرج الوصية فيقول «أوصيت بغلسه دارى هذه» فحينئذ يلزم الوقف. يراجع الفتاوى الندية: ٢/ ٣٥٠. (٢) الخلاف ج ٢ ط إيران مبحث الوقف. (٣) التذكرة. كتاب الوقف. المسألة الأولى من المقدمة. بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٦١ و من هذا يظهر لنا، أن فكره تصفية الوقف اعتمدت على المذهب الحنفى فقط بشرط: أن لم يكن الوقف قد حكم به الحاكم، أو لم

يكن بطريق الوصية.

أما الأباضية فقد توقفوا فادعوا أن الوقف منسوخ بما روى عن النبي - صلى الله عليه وآله - بعد نزول آيات المواريث في سورة النساء حيث قال:

(لا حبس عن فرائض الله) أي لا منع عن المواريث التي فرضها الله تعالى (١) والجواب عن هذه الدعوى من وجوه:

الأول: أنه لو صح هذا الحديث، فهو إنما يدل على نفى حبس حرمان بعض ذوى الفرض كالبنات، وحينئذ فيكون اللازم حملته على الكراهة.

والأولى: هو الأخذ بظاهره من الحبس. ومن الواضح أن الحبس لا يتضمن الخروج عن الملك ليكون من قبيل الوقف، بل للحبس أحكامه الخاصة. ومن تلك الأحكام أنه لو كان مطلقاً يبطل بموت الحابس ويعود ميراثاً عينا ومنفعة قال المحقق الحلبي (أما لو حبس شيئاً على رجل معين ولم يعين وقتاً ثم مات الحابس كان ميراثاً، وكذا لو عين مدة وانقضت كان ميراثاً لورثة الحابس) (٢) ولا مجال لنا في هذه اللمحة العابرة من بيان أحكام الحبس تفصيلاً.

الجواب الثاني: أنه لا عبرة بقول الأباضية في قبال بقاء المسلمين. مضافاً إلى أن المؤلف المذكور نقل أوقافاً وقعت من الصحابة في عهد النبي الأكرم (ص) (٣).

والظاهر أنها وقعت بعد نزول آيات المواريث، على أن من يراجع الكتب التاريخية والفقهية يجدها مشحونة بذكر صور الأوقاف الصادرة من الصحابة لا في عهد النبي (ص) فحسب بل وحتى بعد وفاته (ص).

(١) شرح أحكام تصفية الاحباس ص ٢٣.

(٢) الشرائع آخر كتاب السكنى والحبس.

(٣) شرح أحكام تصفية الاحباس ٧-١٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٢

نقل صاحب كتاب التاج ما يلي (١) «قال: كتب معقيب وشهد عبد الله ابن الأرقم.

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا (٢) و صرمه بن الأكوع و العبد الذي فيه و المائة سهم التي بخير و رقيقة الذي فيه و المائة التي أطعمه محمد (ص) بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها إلا- يباع ولا- يشتري ينفعه حيث رأى من السائل والمحروم و ذى القربى ولا- حرج على من وليه إن أكل أو أكل أو أشتري رقيقاً منه رواه أبو داود الى أن يقول في الهامش: و فضلاً عما هنا من وقف عثمان و ابى طلحة و سعد أمام النبي (ص) و إرشاده لهم فيما سلكوا قد ثبت الوقف عن ابى بكر و على و الزبير و سعيد و أنس و حكيم بن حزام و عمرو بن العاص و زيد بن ثابت (رض) كما رواه البيهقي عنهم و الله أعلم.

و قد أورد المؤلف في ص ١٣ من كتابه المذكور عن ابن عباس سمعت رسول الله (ص) بعد ما نزلت سورة النساء في المواريث نهى عن الحبس.

و الجواب عنه: أن هذا المقدار من النهي لا- يضر بما نحن فيه من الوقف لما بيناه من أن الحبس شيء و الوقف شيء آخر و لكل أحكامه الخاصة و لم يعلم إرادة الوقف من نهى رسول الله (ص) بمجرد نهيه عن الحبس.

و أما ما جاء في نفس الكتاب المذكور (٣) عن شريح القاضي من إبطال الوقف - فيقول شيخنا دام ظله في رده - أنه لا عبرة بشريح و لا بفتواه في قبال المذاهب

(١) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) ثمغ كفلس و صرمه كنعمة ضيعتان كانتا لعمر في خلافته، أو المراد بالصرمة هنا القطعة الخفيفة من النخل و الإبل.

(٣) راجع كتاب شرح أحكام تصفية الاحباس ص ١٥-٢٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٣

الخمسة و بقية فقهاء الأمة الإسلامية.

و قد تعرض المؤلف أيضا تأييدا لما يبتغيه من سداد باب الوقف الى الفتوى الصادرة من مفتي الإسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائرى المصدرة الى محمد على باشا و قد قال فى آخرها «١».

«و قد ذكر جمع أرباب المعتربات و منهم صاحب الدر المختار أن أمر الأمير متى صادف فعلا مجتهدا فيه نفذ أمره أى و جب امتثاله و الامتناع عن مخالفته و إذا عرف، هذا فاذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من إيقاف أملاكهم أو تحييسها فيما يستقبلها من الزمان سدا لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك لأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية» و يجاب عن هذه الفتوى.

بان نفوذ أمر الأمير إذا طابق فتوى بعض المجتهدين- لو سلم أنه من باب إطاعة أولى الأمر- فإنما هو لو كان ذلك المجتهد جائز التقليد دون من لم يكن له هذه الأهلية، على أن نقل الفتوى المذكورة لا علاقة لها بما نحن فيه فنحن بصدد البحث عن جواز تصفية ما صار وقفا و إبطال ما لزم منه أو عدم جواز ذلك و الفتوى المذكورة إنما تمنع الوقف و الحبس مجددا، و لهذا بحثه الخاص به. و لا علاقة لذلك بما نحن فيه.

و الخلاصة:

هى ان الاقدام على التصفية متوقف على متابعة المذهب الحنفى فيما لم يحكم الحاكم بذلك الوقف و ما لم يكن بطريق الوصية، و فى الحقيقة أن الوقف الذى لم يحكم به الحاكم إنما ساءت تصفيته على رأى أبى حنيفة لأنه لم يستجمع شرائط لزومه و منها الحكم و الا فلو حكم الحاكم به كان لازما و لا تجوز تصفيته على جميع المذاهب.

(١) لاحظ ص ٢٣-٢٤ من المصدر نفسه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٤

المدار فى جواز تصفية الوقف

إشارة

و هل انه على مذهب الواقف أو الوارث أو المشتري؟

الظاهر أن المدار فى الجواز على مذهب الوارث و المشتري لا- الواقف. فلو كان الواقف غير حنفى لكن الوارث كان حنفيا جاز للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف.

بل يمكن أن يقال أن الوارث لو كان غير حنفى فإنه يجوز له أن يطلب تصفية الوقف لو كان مقلدا لأحد المذاهب الثلاثة الشافعى أو المالكى أو الحنبلى بأن يقلد أبا حنيفة فى خصوص هذه المسألة كما نصوا على ذلك لأن الظاهر منهم أنهم لا يعتبرون الأعلمية فى التقليد أو أن المذاهب الأربعة عندهم سواء فى الفضيلة «١» و حينئذ فلو كان غير حنفى و قلد أحد المذاهب الثلاثة جاز له طلب التصفية تقليدا لأبى حنيفة فى خصوص هذه المسألة- كما تقدم.

و هكذا الحال في المشتري فإنه و ان لم يكن حنفيا بل كان من أحد المذاهب الثلاثة فإنه يجوز له الأقدام على الشراء مقلدا أبا حنيفة في خصوص هذه المسألة كما ذهبوا اليه- كل ذلك فيما لو كان الوارث أو المشتري غير جعفري بل من أحد المذاهب الثلاثة لأنهم أجازوا تقليد الحنفي في خصوص هذه المسألة أما لو كان جعفريا فلا يسوغ له ذلك و لا مورد لقاعدة الإلزام بأن يقوم الجعفري على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف اعتمادا منه على (قاعدة إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم) كما هو الحال في نكاح المطلقة على مذهبهم فان ذلك ليس إلا للأدلة الخاصة على نفوذ طلاقهم الموافق لمذهبهم لقوله (ع) (لزمته إذا كان معتقدا للثلاث).

(١) راجع في خصوص هذا البحث كتاب (دليل القضاء الشرعي لمؤلفه العلامة الجليل السيد محمد صادق بحر العلوم: جزء ٢ ص ٦٨٢-٦٩٠ فقد نقل رأى المذاهب في هذه المسألة بما يغني المتتبع عن الالتجاء إلى بقية الكتب.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٥

و توضيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الإلزام هو أن المستفاد من قاعدة الإلزام أنه لو كان مذهب العامي يقتضي ثبوت حق عليه للجعفري و مذهب الجعفري لا- يقتضي ثبوت ذلك الحق، فقاعدة الإلزام تقول إن للجعفري إلزامه بما لزم به نفسه و أخذ منه الحق الذي يعتقد هو و ان كان الجعفري لا يعتقد به كما في مسألة العصبه بالنسبة إلى العم و بنت أخيه لو كان العم جعفريا و بنت أخيه من العامة فإن العامة يرون أن للعم حق أرث العصبه و العم و أن كان لا يعتقد ذلك الا أنه طبقا لقاعدة الإلزام يجوز له أخذ الحق منها و أما إذا كان العامي معتقدا لجواز البيع للعين الموقوفة مثلا فلا يجوز للجعفري الاقدام عليه من ناحية الشراء تمسكا منه بهذه القاعدة إذ لا معنى للإلزام في هذه الموارد.

و لذلك لا يجوز لنا أن نشترى النبيذ من الحنفي «١» و لا الحيوان المذبوح الذي لم يذكر اسم الله عليه من الشافعي «٢».

نعم لو أقدم الجعفري و اشترى و لم يكن عالما بالوقفية ثم بعد ذلك أدعاها للبائع لم تسمع دعواه.

و لو ثبتت بالقطع أو بالطرق الشرعية أشكال الأمر على المشتري و ان لم يكن للبائع حق الدعوى لأنها منافية لمذهبه فلا يلتفت إليها و لكن يبقى الاشكال على المشتري و كيف يصح له تملك الوقف إذا كان من الأوقاف العامة و كذا إذا كان من الأوقاف الخاصة على الذرية لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع

(١) حيث يرى الحنفية بيعه. جائزا قال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء ٣/ ٤٥٦: و أما بيع هذه الأشربة، و تملكها فجائز عند أبي حنيفة و عند أبي يوسف و ممن لا يجوز ذلك الى أن قال يعدل: و أبو حنيفة يقول:

«ان الاخبار تعارضت في هذه الاشربة- و يقصد بها ينقع الزبيب و التمر و غيرهما في الأنبذة- في الحلل و الحرمة فقلنا بحرمة الشرب احتياط و لا تبطل الحالية في الحالة الأولى احتياط لان الاحتياط لا يجري في إبطال حقوق الناس» راجع تحفة الفقهاء: ٣/ ٤٥٦.

(٢) لم ير الشافعي التسمية من شرائط التذكية فقد قال السمرقندي الحنفي: و منها- أى من شرائط الحل- التسمية حتى لو تركها عامدا: لا يحل عندنا و عند الشافعي يحل.

راجع تحفة الفقهاء في شرائط الحل: ٣/ ٧٧

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٦

العامي لا توجب حلية الشراء للجعفري و لا مورد فيه لقاعدة الإلزام- كما عرفت- لأن مفادها كما بيناه أخذ الحق منه على مذهبه لا جواز الشراء على مذهبه.

و ربما تخيل البعض أن استملاك الحكومة للدور و البساتين الموقوفة بالوقف العام أو الخاص و توزيعها عرصات على الأهلين بعد دفع شيء من المال إلى أصحابها من هذا القبيل إذ أن هذا الأخذ من قبل الدولة للأعيان الموقوفة خاصة كانت أو عامة يكون حاله كحال الأراضي التي تكون مملوكة لأهلها بالملك الصرف و تأخذها الحكومة لتفتح منها الشوارع و ما شاكل ذلك «١» و هو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف إذ لو صحت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه لم يصح شراء أمثال هذه الدور و البساتين إلا بإرضاء أصحاب تلك الأراضي أو الموقوف عليهم و أشكل من الجميع ما لو كان المستملك من الأراضي الموقوفة على الجهات أو كانت وقفا عاما.

نهاية المطاف:

إن الطريق المصحح لتصفية الوقف عند غير الإمامية بطبيعة الحال ليس إلا- فتوى (أبي حنيفة) في خصوص ما لم يصدر به حكم الحاكم و في غير الوصية بالوقف، أما لو كان قد صدر به حكم الحاكم و قد تصرف به الورثة بوجه يصدق عليه القبض و الإقباض فلا يجوز تصفية ذلك الوقف على جميع المذاهب الإسلامية الخمسة و أنه بدعة ممنوعة عندنا بل عند جميع المذاهب- كما عرفت- و ما جوزوه من موارد بيع الوقف لا دخل له بتشريع القانون المخول لتصفية الوقف و حله فإنه تشريع صرف و لم يقل به أحد حتى القائلين بالقياس و الاستحسان. فان فتح باب القياس و الاستحسان إنما يقول به صاحبه فيما لم يكن حكمه الشرعي معلوما من الشارع المقدس لا ما كان حكمه معلوما و ثابتا عند الجميع.

(١) تعرض شيخنا الأستاذ دام ظله الى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٧

البيع القهري أو إزالة الشيوع

إشارة

موضوع البحث، كلمات الأعلام، موارد البيع الإجباري، الاستدلال بقاعدة نفى الضرر و الضرار. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٦٩

موضوع البحث:

و الغرض من بحثنا هذا هو ملاحظة الأدلة لفتح باب البيع القهري في كثير من الموارد و منها (موضوع البحث) فيما لو وقع النزاع و التخاصم بين الشركاء في شيء تمتنع قسمته (كجوهرة) مثلا و قد خلفها مالکها لجماعة يكثر عددهم فتخاصموا الى الحاكم الشرعي و كل يريد حقه، أو دار ورثتها جماعة من مورثهم و لا يمكن قسمتها بينهم و الاستفادة بكل حصّة منها، فهل نتمكن و الحالة هذه من فتح باب البيع القهري و جعل هذه السلطة بيد الحاكم الشرعي فيتصدى لبيع ما وقع النزاع فيه و تقسيم ثمنه عليهم إن لم يكن هناك طريق آخر يستفيدون بواسطته، و هذا هو المسمى في يومنا هذا (بإزالة الشيوع) و قد أفاد شيخنا الأستاذ «دام ظله» في ذلك:

بأن فتح باب الإجبار على البيع للحاكم الشرعي. أو تولية الحاكم لذلك عند عدم التمكن من الإجبار ليس فيه دليل بالخصوص يصرح بذلك بل لا بد من التماس هذا المعنى من الموارد الخاصة، و الروايات الواردة في تلك الموارد حيث نستفيد منها كون الإمام- عليه السلام- في صدد بيان كبرى كلية لمثل هذه الموارد، و لو بتطبيق حديث- نفى الضرر و الضرار- على الموارد الذي يريد أحد

الأطراف إيصال الضرر إلى غيره من غير وجه معتبر، وإن كان ذلك الغير شريكه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٧٠

كلمات الأعلام:

و من تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر «قدس سره» حيث قال: «لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة انه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر و يؤجره عليهما إن كانت له أجره جمعا بين الحقين و صونا للمال عن التلف و جبرا للضرر، كما صرح به في الدروس، و لعل ذلك من السياسيات بناء على أن للحاكم ذلك و نحوه و حينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك فله حينئذ أن يبيعه عليهم مع كونه مقتضاها كما عن بعض العامة (١) من كون ذلك وجهها أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع و عدم إمكان القسمة و انتفاء المهايأة لأصالة عدم الوجوب و عدم صحة البيع عليهم» (٢) أما ما ذكره في الدروس «حيث أشار إليه صاحب الجواهر» في كلامه الآنف الذكر فقد قال الشهيد رحمه الله عند تعرضه لقسمة المهايأة ما يلي: «و المهايأة بالزمان و المكان كسكني أحدهما بيتا و الآخر أخر جائزة و ليست لازمة و إن استوفى أحدهما فيغرم الأجره و لا يجبر الممتنع عليها و ان كانت القسمة ممتنعة نعم ينتزعه الحاكم و يؤجره إن كان له أجره» (٣).

(١) قال ابن رشد في الشركة في الحيوان و العروض ما يلي:

«و اختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما و لم يتراضيا بالانتفاع بها على الشيع و أراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه، فقال مالك و أصحابه يجبر على ذلك فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه، و قال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع، و حجة مالك ان في ترك الإيجاب ضررا و هذا من باب القياس المرسل و قد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك و لكنه كالضروري في بعض الأشياء» بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢٦٤.

(٢) الجواهر كتاب الشركة ص ٤٥٣.

(٣) الدروس في أواخر القسمة من كتاب القضاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٧١

و لم يتعرض «رحمه الله» لحكم ما لم تكن له أجره كما في مثال الجوهره التي لا يمكن تقسيمها.

و أما إشارة صاحب الجواهر الى البعض في قوله المتقدم «فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع» فهذا البعض صاحب كتاب كشف اللثام فإنه شرح العبارة الآتية للعلامة في القواعد «و القناة و الحمام مما لا يقبل القسمة يجرى فيها المهايأة بقوله: «و لا يجب أن يباع المشترك مع التنازع و عدم إمكان القسمة و انتفاء المهايأة بل يترك حتى يصطلح الشركاء لأصلى عدم الوجوب و عدم صحة البيع عليهم و للعامه وجه بالبيع عليهم و آخر بالإجارة و توزيع الأجره عليهم» (١).

و من عبارة الدروس السابقة نعرف أن القول بالإجارة لم يكن مختصا بالعامه بل الشهيد «عليه الرحمة» يقول به.

مضافا إلى أن القائل بالبيع أيضا منا و هو القاضي ابن البراج، و سيأتى نقل كلامه.

و لكننا مع كاشف اللثام في رأيه حيث ناقشه شيخنا دام ظله، فما معنى الترك حتى يصطلح الشركاء؟ و هل يصح للحاكم الذي ترافعوا اليه أن يتركهم و شأنهم إلى أن يأتى الفرج فيصطلحوا؟ و كيف يقع الصلح بينهم؟ و لو فرض تصالحهم مما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعي حينئذ كلها أسئلة و استفهامات دون جواب. أما العلامة الحلي «رحمه الله» فقد قال (و لو تضمنت القسمة إتلاف العين و اتفقا عليها منعهما الحاكم لما فيه من إضاعة المال. (٢)

و قال قبيل العبارة السابقة في مورد آخر ما يلي (و إن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر و العضائد الضيقة و السيف و السكين و شبهه لم تجز قسمته و لو

(١) كشف اللثام كتاب القسمة من توابع القضاء.

(٢) التحرير: فصل القسمة من القضاء ص ٢٠٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٧٢

اتفق الشركاء عليها) «١» و الذي يظهر من قوله في التحرير (منعهما الحاكم) أن المنع المذكور إنما هو من باب الحكومة و رفع الخصومة و هو ما نبتغيه في هذا البحث لا من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و إلا فلم يكن له اختصاص بالحاكم لو كان من باب الأمر بالمعروف لو سلمنا كون إقدام الشخص على إتلاف ماله منكراً، و إذا فلو كانت للحاكم الشرعية صلاحية منع الشركاء من القسمة كان يبعه عليهم عند التخاصم كذلك من صلاحيته الممنوحة له بل لعله أولى لإمكان كونه - كما هو غير بعيد - داخلاً في موارد القضاء أو في موارد الصلح القهرى.

قال الفاضل المقداد - رحمه الله - في التنقيح «هل تدخل القسمة في كل شيء مما لا ضرر فيه قال الشيخ في المبسوط الزرع إن كان قصيلاً تصح قسمته أما قبل أن يصير قصيلاً أو بعد أن يشتد فلا يصلح و لم يفرق العلامة في الجواز بين الأحوال الثلاثة، و قال القاضى ابن البراج: لا تصح قسمة البقل بل يباع و يقسم ثمنه أو يقسم مجزواً إما بالوزن أو غيره، و هذا أحسن لأنه أبعد من الغبن». قال شيخنا - دام ظله - و لعل المراد من قوله (و هذا أحسن) هو أن يجز و يقسم و يبقى الإشكال في إلزامهم بجزه و لعله مثل إلزامهم ببيعه.

و في مختلف العلامة الحلى - بعد نقل كلام الشيخ - قال «و الوجه عندى الجواز فى الجميع و تعديل الزرع ممكن بالتقويم و كذا إذا اشتد حبه». ثم نقل قول ابن البراج ثم قال (و هو جيد) و فى كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع (تعم لو طلب قسمة الزرع خاصة) أنه قال: (قال الشيخ لم يجبر الآخر لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن) و قد تعرض إلى ما ذكر عن ابن البراج فقال: إذا كان القصيل بين قوم و أرادوا قسمته لم يصح ذلك إلا ببيعه و قسمه

(١) القواعد: البحث عن القسمة من كتاب القضاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٧٣

ثمنه فيما بينهم، أو بأن يقطع من الأرض و يقسمونه كما يقسمون الغلة مثله، أو يكون مما يمكن قسمته مع بقاءه زرعاً لصعوبة تعديله حينئذ لعدم معرفة قوة استعداده، و بالجملة يكون نزاعاً فى موضوع (إلى آخر ما ذكره هنا) أما المرحوم الحاج على كنى فقد قال: «و فى المفتاح ربما قيل كما فى الدروس و غيرها بأن الحاكم ينتزعه و يؤجره لهما إن كان له أجره و حيث جاء الجبر جاء الوجوب - لما علم سابقاً من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه و أن ولايته للحاكم و بعده للعدول، و بالجملة الوجوب لعروض خارجة من توقف واجب أو الخلو من محرم عليهما لا يمكن إنكاره فيجىء الإيجاب مع الامتناع و من الأخير مهياً البعض - إلى أن قال: «و قد علم مما فصل أن الحكم بأن المهياة لا - تلزم فلا - تجب فلا - يجبر عليها و لا - على الإجارة إنما هو مع قطع النظر عن عروض العوارض الخارجية و إلا - فيجبر عليها لو وقع النزاع فى بعض الصور و لتوقف واجب عليها فى آخر - إلى آخر ما بينه «١» و من هذا العرض لكلمات الأعلام - رحمهم الله - تبين لنا أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعى فى مجنب عن قضايا الناس و مشاكلهم و حل خصوصياتهم فصاحب الجواهر - كما تبين لنا من كلماته السابقة - أنه يسوغ تدخل الحاكم الشرعى و يرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع و عدم اختلال الوحدة الاجتماعية، و يؤيد ما ذهب إليه من تدخل الحاكم الشرعى لا يجار ما كانت قسمته ممتنعة ما ورد عن

الشهيد في الدروس وقد عرفته، أما القاضى ابن البراج فقد صرح بأن للحاكم الشرعى بيع ذلك المتنازع عليه، أما العلامة الحلى فقد مر عليك أنه يخول الحاكم الشرعى هذه السلطة فيما لو اتفق الطرفان على إتلاف المال و حيث كانت للحاكم الشرعى سلطة حل الخصومات و الإيجار و المنع

(١) كتاب القضاء ص ٤٠٣.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٤

من التلف و غير ذلك (فلا بد و الحالة هذه) من توسعة سلطاته الى البيع القهرى فى الأشياء التى لا يمكن قسمتها، إذ لو لم نفسخ للحاكم الشرعى هذا المجال للزم الهرج و المرج من جانب الشركاء المرغوب عنه من جانب الشارع المقدس و لا أقل من أن يكون تدخل الحاكم الشرعى و فرض سيطرته عليهم من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر حال فى هذه الجهة كبقية الناس الذين يأمنون الضرر فى تدخلهم.

و فى الوقت نفسه يمكن تخريج هذه المسألة على اعتبار تدخل الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء من صغريات شئون القضاء و توابعه و لوازمه فتكون له السلطة على بيع ما تنازعوا عليه لا من باب الولاية العامة للفقيه و يكون البيع المذكور من لوازم السلطة التى تمنح للقاضى التصدى لأموال المسلمين و شئونهم و يكون دخول الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء و أمره بالتبايع عند امتناع بعضهم من البيع و فرض حصول المحذور الاجتماعى من باب انه ولى الممتنع، و لا يفرق الحال بين أن يكون الحاكم الشرعى هو المباشر أو وكيله، أو أنه يأذن لطالب البيع بأن يتوصل الى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية. و لا ندرى لماذا يظنون على الحاكم الشرعى بتحويله هذه الصلاحية من فتح باب البيع القهرى أمامه مع أنهم فتحوا أمامه باب الصلح القهرى و الذى يكون من موارده تنصيف العين المرددة بين شخصين.

موارد البيع الإجبارى:

و ها نحن نراهم يفتحون باب البيع الإجبارى للحاكم الشرعى فى موارد عديدة.

١- فيما لو لم يقيم المولى بنفقة المملوك كالعبد و الأمة و الحيوان فقد صرحوا هناك بإجبار المالك على البيع. قال المحقق الحلى فى البحث عن النفقات «تجب النفقة على ما يملكه الإنسان من رقيق و بهيمة- إلى قوله- و لو امتنع عن الإنفاق

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٥

أجبر على بيعه أو الإنفاق».

و حيث يصل الى التكلم عن الحيوان لو لم يقيم المالك بنفقته يقول:

«فان امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها» ١.

و بمثل ذلك صرح الشهيد الثانى و غيره من الفقهاء- رحمهم الله- ٢.

٢- طلاق الزوجة لو لم يقيم الزوج بنفقتها فقد صرحوا بإجبار الزوج على الطلاق أو الإنفاق ٣.

٣- مسألة اشتباه الثوبين.

قال المحقق الحلى فى كتاب الشرائع فى بحث الصلح ما يلى:

«و لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما و للآخر نوب بثلاثين ثم اشتبها فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه و ان تعاسرا بيعا و قسم ثمنهما بينهما فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة و الآخر ثلاثة ٤».

و قد شرح صاحب الجواهر هذه العبارة بقوله:

«قد أفتى المشهور فيها بذلك لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل بيعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن و الآخر خمسى الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت، قال قد أنصفه المنجبر بالشهرة

(١) الشرائع. كتاب النكاح البحث عن النفقات في نفقة البهائم.

(٢) للمعة. كتاب النكاح البحث عن النفقات في نفقة البهائم.

(٣) راجع في خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية. لدى المراجعة و اعادة النظر لم أجد علاقة لهذا الفرع بموارد البيع الإجبارى فالفرع يبحث عن طلاق الزوجة عند اقتناع الزوج عن النفقة و لربما كان ذكره من سهو القلم.

(٤) الشرائع ص ١٣٠.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٦

مع احتمال صحة سندها» (١).

أما العلامة الحلى فقد صرح بذلك في كتاب الصلح فقال (و لو اشتبه الثوبان بيعا و قسم الثمن على نسبة رأس مالهما) «٢».

إذا فلم يقف الفقهاء مكتوفى الأيدى إزاء هذه القضية التى حصل فيها الاشتباه بين الشريكين فى مورد التعاسر بينهما بل خولوا الحاكم الشرعى بالبيع و تقسيم مجموع المال إلى خمسة أخماس لأن نسبة رأس المال تقتضى ذلك إذ مجموع قيمة الثوبين تكون خمسين فتقسم إلى خمسة أخماس يأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة منها و صاحب العشرين اثنين، و ليس المهم من ذلك كيفية التقسيم، بل المهم هو أن المال لا يبقى بينهما مشاعا بل لا بد من بيعه بعد أن عسر تصادقهما على التخيير و يكون ذلك من صغريات مسألتنا و هى (إزالة الشيوع) و مثل هذا ما لو خلط وزن من الحنطة رديئة قيمتها عشرون بوزنه أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون فقد حدثت الإشاعة فى البين، فقبل بيع المجموع و تقسيم الثمن على نحو ما مر فى الثوبين، نقول أو لا: لو اتفق الشريكان على قسمة العين الخارجية لم تكن القسمة بينهما على نحو المناصفة بل على نحو يكون لصاحب الرديئة خمسان و لصاحب الجيدة ثلاثة أخماس لأن الشركة فى العين بعد هذا الخلط تكون بحسب المالىة لا بحسب العين الخارجية، و قد عرفت أن الروايات عنهم عليهم السلام نصت على أخذ نسبة الأخماس فى هذا النوع من الخلط و الاشتباه فكما أن لصاحب الرديئة خمسين من الثمن فكذلك له خمسان من المثلث و هو العين المختلطة، هذا إذا كانت القسمة ممكنة، و أما لو لم يتفق الشريكان على القسمة فى العين الخارجية فلا بد من بيع المجموع و توزيع الثمن بينهما أخماسا على ما مر فى الثوبين.

(١) الجواهر كتاب الصلح ص ٤٣١ طبعة إيران سنة ١٣١٢.

(٢) التبصرة مبحث الصلح ص ٧٣.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٧

٤- ما ذكره فى قضية ما لو اشترى شخص بعيرا و اشترك الآخر مع المشتري بالرأس و الجلد و تفصيل هذه المسألة ما جاء فى كتاب الشرائع و الجواهر فى أوائل بيع الحيوان كما يلى «١» فلو باع و استثنى الرأس و الجلد صح و يكون شريكا مع المشتري فى الحيوان بقدر قيمة ثنيه على رواية السكونى عن الصادق عليه السلام قال اختصم رجلان الى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما بعيرا و استثنى البيع الرأس و الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال عليه السلام للمشتري هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد، و ما رواه الصدوق فى المحكى عن العيون بسنده إلى الرضا عليه السلام عن آبائه عن الحسين بن على عليه السلام أنه قال اختصم الى على عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا فاستثنى الرأس و الجلد، ثم بدا له أن ينحره قال عليه السلام هو شريكك

فى البعير على قدر الرأس و الجلد، بناء على أن المراد البداية له فى أن لا- ينحره بقرينة الخبر السابق ثم أن صاحب الجواهر أطال الكلام فى هذه المسألة و نقل كلمات الأصحاب فيها ثم قال بعد ذلك: «و كذا لو اشترى اثنان أو جماعة حيوانا و شرط أحدهما لنفسه الرأس و الجلد كان شريكا بنسبة ما له لصحيح الغنوى عن الصادق عليه السلام فى رجل شهد بعيرا مريضا و هو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد فقضى أن البعير برىء، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال فقال عليه السلام لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فان قال: أريد الرأس و الجلد فليس له ذلك، هذا هو الضرر و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس» (٢).

ثم عقب صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك بقوله:

(قلت لا يخفى عدم الفرق فى الحكم المزبور بين مورد الصحيح و غيره) و قد نبه شيخنا الأستاذ- دام ظله- على نقطة دقيقة هنا و هى أن فقهاءنا رحمهم الله و ان اختلفوا فى شرح مفاد الخبر فى المسألة الثانية فى أن دفع الدرهمين هل هو من قبيل شراء الرأس و الجلد؟

(١) الجواهر كتاب التجارة ص ٢٣٧ طبعة إيران سنة ١٣١٢.

(٢) نفس المصدر ص ٢٣٨.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٨

أو أنه من قبيل الاشتراك فى ثمن البعير مع اشتراط كون حصصه صاحب الدرهمين هى الرأس و الجلد إلى غير تلك الوجوه التى نقلها عنهم صاحب الجواهر رحمه الله.

إلا أن ذلك لا يخرج كون إصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس و الجلد من قبيل الإصرار الذى حكم الامام عليه السلام بأنه مضار فى ذلك فيكون ذلك موجبا لسقوط حقه المذكور و أنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير يكون ذلك إعطاء لحقه و ان حولته قاعدة نفى الإضرار من عين الرأس و الجلد الى خمس قيمة البعير، و حينئذ يكون ما تضمنه الخبر المذكور من الحكم الأنف الذكر مما يستأنس به لما نحن فيه من كون الركون إلى البيع و قسمة الثمن فيما نحن فيه دفعا للضرر المتوجه إلى من طلب أخذ حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة و لا للمهاياة و أن حديث نفى الضرر و الإضرار حاكم على حديث السلطنة القاضى بعدم نفوذ بيع حصص الشركاء بغير إذنه كما سيأتى الاستدلال بحديث نفى الضرر لما نحن فيه.

الاستدلال بقاعدة نفى الضرر و الضرر:

و أخيرا أفاد شيخنا الأستاذ- دام ظله- أنه بالإمكان أن يستدل لما نحن فيه من حصول التعاسر و عدم إمكان القسمة و المهاياة و الإجارة بقاعدة نفى الضرر و الضرر حيث ورد فى موثقة زرارة عن الإمام أبى جعفر عليه السلام. أن سمره بن جندب كان له عذق فى حائط «١» لرجل من الأنصار و كان منزل الأنصارى بباب البستان فكان سمره يمر إلى نخلته و لا يستأذن فكلمه الأنصارى أن يستأذن إذا جاء فأبى سمره فجاء الأنصارى إلى النبى (ص) فشكا اليه و خبره الخبر فأرسل إليه رسول الله (ص) بقول الأنصارى و ما شكاه فقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى

(١) العذق النخلة بحملها.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٧٩

أن يبيعه، فقال لك بها عذق فى الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله (ص) للأنصارى اذهب فاقبلها و ارم بها إليه فإنه لا ضرر و لا ضرار- و فى بعض الروايات ما أراك يا سمره إلا مضارا» (١) و طريق الاستدلال بهذه الرواية هو أن نفى الضرر ليس إلا نفى الحكم

مع تعمد من صاحبه و الإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر و لأجل ذلك عقب (ص) لا ضرر. بلا ضرر.

و حينئذ فيكون الإصرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع من قبيل الإصرار على إضرار الغير - و عليه - فتكون سلطنته على ذلك متنفية بالحديث المذكور في نفى الضرر و الإضرار. «٢»

(١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ١٢.

(٢) ذكر شيخنا دام ظله حديث نفى الضرر و الإضرار و استدلل به في البحث عن حقوق الزوجية و آثارها الوضعية و تجد الحديث و الاستدلال به مفصلاً في موضعه من هذا الكتاب.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨١

الحقوق الزوجية و آثارها الوضعية

إشارة

الرباط المقدس، حقوق الزوج، حقوق الزوجة الآثار المترتبة على تخلف الزوجة، الآثار المترتبة على تخلف الزوج، حديث نفى الضرر و الضرار، الفرق بين الضرر و الضرار، الاستشهاد بسيرة السلف، مدى امكانيات الحاكم الشرعي، لو كان الزوج مجهول المحل، طرق التبليغ الحديث.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨٣

الرباط المقدس:

الزواج: رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنظيم به الحياة البشرية و هو في الوقت نفسه ميثاق و شركة بين طرفين، و لكل شركة مقررات و التزامات تفرضها طبيعة ذلك العهد الخارجي، لذلك كان لزاماً على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق، و تمليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة، فإن تم و التزم كل طرف بما فرض عليه فمعنى ذلك أنهما سينعمان بحياة سعيدة رغيدة، هائلة و خيالية من المتاعب، و بعيدة عن الصعوبات.

أما الإخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فمعناه الإيذان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب و الضجيج و تحوطها المشاكل الاجتماعية.

و الزواج و ان كان بالنظر الأولى - كما أسلفنا - علقه جديدة بين زوجين.

إلا أن نتائجه في جميع الأحوال لا تقتصر عليها فحسب بل تتعداهما إلى حلقات أخرى كالبيت و الأسرة و المجتمع، و ما إلى ذلك. لذلك كان من الواجب أن يحترم كل طرف ما تفرضه عليه حياته الجديدة من عهود لا بد لكل من الطرفين الالتزام بها، و قد تعرض الفقهاء لحقوق الزوجين كل منهما إزاء صاحبه و هي كما يلي:

حقوق الزوج:

١- الإطاعة من جانب الزوجة و عدم عصيانه في الأمور التي تتعلق به كما في:

١- الخروج من بيته بغير إذنه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨٤

٢- التصدق بالأموال العائدة له و هبتها و نذرهما.

٣- العبادات التي تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعا و ما شاكل ذلك.

٤- أن تمنعه نفسها من الوطء و ما يلحق به مما يعود إلى رغباته الجنسية.

أما حقوق الزوجة:

١- النفقة بما فيها الطعام و الكساء بما يتفق و شئون الزوجة.

٢- الوطء مرة واحدة في كل أربعة أشهر.

٣- المضاجعة ليلة في كل أربع ليال.

٤- عدم المشاكسة معها بدون مبرر شرعي.

هذه هي أظهر الحقوق التي لا- بد لكل من الطرفين أن يتقيد بها إزاء شريكه، و قد ذكروا في المقام أمورا أخرى ترجع إلى هذه المذكورات فراجعها في أمكانها.

و الآن فإذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه اتجاه صاحبه فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة و ما هي؟ و يقع البحث- و نحن في صدد الإجابة عن السؤال المتقدم- في مرحلتين.

الأولى: في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة إلى تخلف الزوجة.

الثانية: في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة إلى تخلف الزوج.

أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة:

و لا- بد لنا من فرض الزوج في هذه الصورة مؤديا جميع الحقوق التي لزوجته عليه و فعلا- فقد حصل منه القيام بكامل حقوقها، فلو تخلفت عن أداء حقوقه المفروضة عليها فما للزوج حينئذ و ما يصنع؟ و قد أفاد شيخنا الأستاذ- دام

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨٥

ظله- في تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها.

بأن للزوج في هذه الصورة لو لم يرد الطلاق أن يهجرها و يضربها عملا بمنطوق الآية الكريمة.

«وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا». (١)

و لسنا الآن في صدد بيان مقدار الضرب و صفته و هل أن الوعظ و الهجران و الضرب ترتبي أو أنها جميعا وسائل تأديبية بأيها شاء بدأ فإن هذا موكول إلى محله، و لسنا في صدد بحثه بهذه العجالة.

و أما الآثار المترتبة على تخلف الزوج فيمكن حصرها في نقطتين:

الأولى: فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق.

الثانية: في مقابلته بسلب حقوقه عليها في قبال تخلفه عن حقوقها أما البحث عن النقطة الأولى.

فلا بد لنا: قبل الدخول في صلب الموضوع و ملاحظته من جميع أطرافه من بيان جهة لها صلتها بما نحن في صدد بيانه، و هي أنا نريد من هذا البحث أن نرى هل للحاكم الشرعي صلاحية تولى إجراء الطلاق جبرا على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه؟ من غير فرق بين.

١- من لم ينفق على زوجته.

٢- أو من أصيب بعن بعد الوطء و لو مرة واحدة.

٣- أو من ترك زوجته و لم يباشرها و لم يضاجعها مما ينطبق عليه عنوان الهجران بلا تقصير صادر منها أو غير ذلك من الموارد التي يعسر معها بقاء للزوجة بدون زوج، و بعد بيان هذه الملاحظة نعود إلى شيخنا الأستاذ- دام

(١) النساء آية: ٣٤.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨٦

ظله- ليعطى رأيه في هذه المسألة.

حيث يرى التوسعة في صلاحيات الحاكم الشرعي، و شمولها لهذه السلطة و إجراء الطلاق جبرا على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه، و قد أفاد- دام ظله- في وجه ذلك مستدلا عليه بالكتاب المجيد و بالسنة الشريفة أما الآيات الكريمة فهي:

أولا: ما جاء في قوله تعالى:

الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ، وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ. (١)

و ثانيا: ما جاء في قوله تعالى أيضا:

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (٢).

و الذى يظهر من هذه الآيات الكريمة هو أنها فى صدد بيان حكم كبروى و هو أن كل شخص بالنسبة إلى حياته الزوجية لا بد له من سلوك أحد طريقين:

إما أن يقوم بكامل حقوق الزوجة بما فى ذلك النفقة و الوطء و المضاجعة و المباشرة و ما إلى ذلك مما يكفل حق المرأة من الوجهة الشرعية، و هو المعبر

(١) سورة البقرة آية: ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١

(٢) سورة الطلاق آية: ٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٨٧

عنه بقوله تعالى فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ.

أو يقوم بفك رباط الزوجية لتأخذ الزوجة طريقها فى هذه الحياة فتختار من يقوم بشؤونها و يكفل لها حياة سعيدة بعد أن عجز الزوج عن القيام بذلك و يكون إخلاء سبيل هذه الزوجة هو المعبر عنه بقوله تعالى أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.

و لا ثالث لهذين الأمرين بل الأمر دائر بينهما.

و يؤيد ما ندعيه- من استفادة هذا الحكم الكبروى- ما جاء فى نفس الآية الكريمة من قوله تعالى وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا فَإِنْ هَذِهِ الْفَقْرَةُ مِنَ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ لَعَلَّهَا تَكُونُ مَسْوَقةً لتأكيد الحكم السابق و هو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان و هو ما نبتغيه.

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد، و هو عدم مشروعية الإمساك الضرارى و الذى يكون موجبا للإلحاق الضرر بالزوجة بأى لون كان الضرر، سواء كان بتقصير ناشئ عن اختيار من الزوج كعدم قيامه بحقوقها الواجبة عليه مع فرض قدرته على أدائها، أو كان قهريا عليه

و بلا اختيار كالعنن الطارى مثلا بعد الوطء و لو مرة واحدة.

أو لعجز عن أداء النفقة و القيام بما تتطلبه حياته المعاشية، و لا يضر بهذه التوسعة ما ورد في الآية الكريمة من قوله تعالى لَتَعْتَدُوا بدعوى ظهورها في أن الغرض من الإمساك المنهى عنه إنما هو الإضرار الذى يكون من قبيل التعدى على الغير أو هو من قبيل التعدى عن الحقوق الشرعية، أما الإضرار الذى يكون من قبيل العنن و ما شاكله فإنه خارج عن ذلك لأنه من الأمور غير الاختيارية فلا يكون مشمولاً للنهى المذكور.

و الجواب: أن التعليل المذكور كما يلائم الأمور الاختيارية كذلك يلائم غير الاختيارية فإن الإمساك للزوجة مع عدم قدرته على القيام بحقوقها ينطبق عليه أنه إضرار بها و أنه تعد صريح على حقوقها المرتبة من قبل الشارع المقدس بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٨٨

و يتبين لنا هذا المعنى بوضوح إذا لاحظنا ما أكدت به هذه الآيات الكريمة من تكرار كلمة الحدود فقد قال عز و جل في الآيات

المتقدمة:

إِلَّا أَنْ يَخَافَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ.

فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ - تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا.

وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ - إِنَّ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ - وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا فَا نَ الْمَرَادُ مِنَ الْخَمْرِ وَ مَا شَاكَلَ بَلْ الْمَرَادُ مِنْهَا الْقَوَانِينُ الْمَجْعُولَةُ لِكُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبِهِ حَيْثُ تَدُلُّ كُلُّهَا عَلَى اهْتِمَامِ الشَّارِعِ الْمَقْدَسِ بِالْمَحَافَظَةِ عَلَى تَطْبِيقِ تِلْكَ الْحُدُودِ لِإِنْشَاءِ حَيَاةٍ سَعِيدَةٍ بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ وَ قَدْ يَدْعَى بِأَنَّ التَّسْرِيحَ بِالْإِحْسَانِ هُوَ تَرْكُ الْمَرْأَةِ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا وَ الْإِمْسَاكُ هُوَ الرَّجُوعُ بِهَا فِي الْعِدَّةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ قَوْلُهُ تَعَالَى: فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ.

و قد ظهرت الدعوى صريحة في كلام صاحب الجواهر رحمه الله عند ذكره لاستدلال البعض على فسخ الحاكم فيما لو تجدد العجز عن النفقة بقوله تعالى:

فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُكُمْ بِإِحْسَانٍ وَ أَجَابَ عَنْهُ بِالْمَنْعِ مِنْ كَوْنِ الْإِمْسَاكِ مَعَ عَدَمِ التَّمَكُّنِ مِنَ النِّفْقَةِ إِمْسَاكًا بِغَيْرِ الْمَعْرُوفِ، ثُمَّ قَالَ: «عَلَى أَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ فِي تَفْسِيرِ الْآيَةِ مِنَ النُّصُوصِ مَا يَنَافِي ذَلِكَ» وَ يُشِيرُ بِقَوْلِهِ - قَدْ تَقَدَّمَ - إِلَى مَا نَقَلَهُ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ الثَّالِثِ مِنَ النُّصُوصِ الدَّالَّةِ عَلَى أَنَّ الْمَرَادَ بِالتَّسْرِيحِ فِيهِ هُوَ الطَّلَاقُ الثَّالِثُ أَوْ هُوَ تَرْكُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا.

و هنا دعوى ثانية: مفادها أن هذه المقابلة بين التسريح و الفراق إنما هي في موارد المطلقة مرتين كما هو ظاهر موثق الحسن بن فضال المروى عن الإمام

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٨٩

الرضا عليه السلام، إن الله عز و جل أذن في الطلاق مرتين فقال الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُكُمْ بِإِحْسَانٍ يَعْنِي فِي التَّطْلِيقِ الثَّلَاثَةَ «١».

و رواية أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام، إن الله تعالى يقول الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُكُمْ بِإِحْسَانٍ وَ التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ هِيَ التَّطْلِيقُ الثَّلَاثَةُ «٢».

كل هذه الادعاءات و غيرها لا توجب اختصاص الآيات الكريمة في الموارد المذكورة بل هي لبيان المورد، و من الواضح لمن المورد لا يخصص الوارد و الذى هو ما استفدناه من الحكم الكبروى حيث لا بد للزوج من اختيار أحد المسلكين المذكورين فاما القيام بشؤون الزوجية كاملاً أو التخلّى و فك ذلك الرباط الزوجى المقدس. مضافاً إلى أن الامام الباقر عليه السلام طبق هذه الكبرى الكلية على مورد آخر لا علاقة له بالعدة و لا التطلّيق الثانية و هو مورد الإيلاء فقد ورد عنه عليه السلام أنه قال: «المولى يوقف بعد الأربعة

أشهر فإن شاء (إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإن عزم الطلاق فهي واحدة و هو أملك برجعته «٣». فان هذا إيماء من الإمام عليه السلام الى الآية الكريمة و تطبيق الحكم الكبرى فيها على حكم الإيلاء و أنه بعد الأربعة أشهر يجبر على اختيار أحد الأمرين إما الفئدة و إما الطلاق، و قد جعل الامام عليه السلام (الفئدة) إمساكا بالمعروف و جعل الطلاق تسريحا بإحسان، و فى هذا التطبيق المذكور من الإمام عليه السلام خير شاهد على عدم اختصاص الآيات الشريفة بموارد العدة أو الإمساك بالرجعة بعد التطليقة الثانية و التسريح بعد الطلاق الثالث. و مما يشهد

(١) الوسائل الباب الرابع من أبواب الطلاق، الحديث ٧

(٢) الوسائل من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٣) الوسائل الباب العاشر من أبواب الإيلاء، الحديث ٣.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩٠

بذلك أيضا ما رواه محمد بن على ابن الحسين بإسناده عن داود بن الحصين بإسناده عن عمر بن حنظلة عن أبى عبد الله عليه السلام «قال سألت عن رجل قال لآخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضا و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه و سألوه فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال: يغرم «١» لها نصف الصداق عنه و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له حل لها أن تتزوج و لا- يحل للأول فيما بينه و بين الله عز و جل إلا أن يطلقها لأن الله تعالى يقول فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فان لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام و قد أباح الله عز و جل لها أن تتزوج» «٢». و من هذه الرواية يظهر لنا ما بيناه من أن التريديد بين الإمساك و التسريح حكم كبرى لا يختص بموارد المطلقة اثنتين، لأن الإمام عليه السلام طبق هذه الآية الكريمة على هذا الشخص مع أنه لم يصدر منه طلاق واحد فضلا عن الاثنتين بل كان كل ما فى البين أنه أنكر و كالتة لذلك الخاطب مع كونه فى الواقع قد و كله لأن يخطب له و أنها زوجته بمقتضى ذلك التوكيل. و على أى حال- مما سبق- عرفت أننا استفدنا من الآيات المتقدمة حكما كبرويا و هو وجوب أحد الأمرين على الزوج ابتداء و لا يجوز له التخلف عن ذلك.

إلا أن ذلك لا يفتح لنا بمفرده باب إجراء الطلاق من قبل الحاكم الشرعى جبرا على الزوج.

لذلك يرى شيخنا الأستاذ دام ظله أنه فى هذا المورد الذى يتمادى الزوج

(١) أى الوكيل.

(٢) الوسائل: كتاب الوكالة باب ٤ حديث ١.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩١

فى امتناعه من القيام بشؤون الزوجية أن يجبر الزوج أولا بأن يوقع الزوج الطلاق بنفسه فان امتنع أجرى الحاكم بنفسه الطلاق جبرا عليه لان الحاكم الشرعى لا يقف مكتوف اليد فى مثل هذه الموارد. و قد سبق لشيخنا دام ظله (ان حقق فى بحث خاص) ان الحاكم الشرعى ولى الممتنع، لذلك كان عليه ان يجرى الطلاق بنفسه. يضاف اليه ما صرحت به صحيحة أبى بصير من قوله عليه السلام:

«من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما» «١».

إشارة

و أما الأخبار الواردة في المقام فهي على أقسام عديدة

فمنها - ما تنطرق الى التقصير بالنفقة و بيان ما يلزم على ذلك من الأحكام

و هي:

- ١- صحيح الفضيل بن يسار و ربيع عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ قَالَ إِنْ مِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسِهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَ يَطْعَمَهَا مَا يَقِيمُ صُلْبَهَا أَقَامَتْ مَعَهُ وَ إِلَّا طَلَّقَهَا «٢».
 - ٢- رواية ابن أبي عمير: «إِذَا كَسَاها مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَ يَطْعَمَهَا مَا يَقِيمُ صُلْبَهَا أَقَامَتْ مَعَهُ وَ إِلَّا طَلَّقَهَا» «٣».
- و من هذين الخبرين يتبين لنا ان تأخر الزوج عن النفقة يكون موجبا لفتح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي محافظة منه على حقوق الزوجة عند الإخلال بنفقتها.

(١) الوسائل الباب الأول من أبواب النفقة حديث ٢.

(٢) نفس المصدر و الموضوع السابق.

(٣) الوسائل الباب الأول من أبواب النفقة حديث ٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٩٢

و لكن هناك من يستدل لإخراج من كان معسرا عن شمول مثل هذا الطلاق الإجباري له و اختصاصه بما إذا كان متمكنا من الإنفاق بما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام حيث قال: إِنْ امْرَأَةٌ اسْتَعْدَتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَ كَانَ زَوْجُهَا مَعْسُورًا فَأَبَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنْ يَحْبِسَهُ وَ قَالَ «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» «١».

و قد أجاب شيخنا الأستاذ- دام ظله- عن هذا الاستدلال بأن الرواية المذكورة- كما يظهر لمن لاحظها- لم تكن في مقام طلبت الزوجة فيه من الامام عليه السلام الطلاق من زوجها و ان يجري ذلك جبرا عليه فأبى أمير المؤمنين عليه السلام عن ذلك، بل أنها جاءت تطلب الإنفاق منه و كان زوجها معسرا فهي في الحقيقة دائن جاء الى الحاكم الشرعي يطالب بدينه من غريمه مع أن الغريم معسر لا- يتمكن من الوفاء، و بطبيعة الحال أن الغريم لو تمادى عن إيفاء ما بذمته فلا بد من حبسه إذ لا طريق لإخراج الحق منه الا بذلك، فكأن الزوجة جاءت الى أمير المؤمنين عليه السلام تطالب بحبس زوجها و التضيق عليه و نحو ذلك مما يلجئه- بحسب اعتقادها- الى التكسب و الإنفاق عليها و لذلك فرع الراوي عليه بقوله (فأبى أن يحبسه) بالفاء، و قال «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» فهي لم تطلب من الامام عليه السلام الطلاق بل طلبت إخضاع الزوج بأى صورة كانت للإنفاق عليها.

و قد يعترض بأنه أما كان اللازم على الامام عليه السلام أن يعلمها بأن لك في مثل هذه الحالة إن تطلبى الطلاق منه؟ فلو كان المقام من صغريات باب الطلاق الإجباري لكان على الامام أن يعلمها بذلك.

و يجاب عن هذا الاعتراض بأنه ليس من الوجوب و الإلزام على الامام أن يتصدى لإعلامها بما لها من الحقوق.

(١) التهذيب. كتاب القضاء. باب زيادات القضاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٩٣

مضافا الى إمكان استظهاره عليه السلام بأنها لا تطلب الطلاق و أنها راضية ببقاء الزوجية إلا أنها جاءت تطلب منه حبسه ليكون ذلك

داعيا الى تكسيه و بحثه وراء العمل و الإنفاق من جزاء ذلك عليها.

و على هذا فيكون مجرد عدم الإنفاق و الإصرار عليه موجبا لفتح باب الطلاق الإجبارى امام الحاكم الشرعى من غير نظر الى حالة الزوج و أنه موسر أو معسر.

القسم الثانى من الاخبار:

ما تعرض لحكم المولى، و المظاهر، فالأول هو الذى يحلف بعدم مقاربه زوجته فيقول (و الله لا أقارب زوجتى) مأخوذا من الآية حيث يقال فلان آلى أى حلف، و الثانى هو الذى يقول لزوجته (أنت على كظهر أمى).

و الاخبار فى هذين كثيره و فى كليهما نجد الصراحه فى دور ان الأمر بين الكفاره أو الطلاق، إلا أنها فى الظهار بعد مرور ثلاثه أشهر، و فى الإيلاء بعد أربعة أشهر.

أخبار الإيلاء:

- ١- ما تضمن قوله عليه السلام (و ان لم يفىء أجبر على أن يطلق) «١».
- ٢- ما تضمن قوله عليه السلام (و ينبغى للإمام ان يجبر على أن يفىء أو يطلق) «٢».
- ٣- ما تضمن قوله (كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيره من قصب و يجعله فيها و يمنعه عن الطعام و الشراب حتى يطلق) «٣».

(١) الوسائل الباب التاسع من أبواب الإيلاء حديث ١

(٢) الوسائل الباب التاسع من أبواب الإيلاء حديث ٣

(٣) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٢

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩٤

٤- قوله عليه السلام إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيره من قصب و أعطاه ربع قوته حتى يطلق) «١».

٥- ما جاء فى قوله عليه السلام (إن فاء- و هو ان راجع الى الجماع- و إلا- حبس فى حظيره من قصب و شدد عليه فى المأكّل و المشرب حتى يطلق) «٢».

٦- ما جاء فى بعض الروايات من أنه (إن كان بعد الأربعة أشهر فان ابى فرق بينهما الامام) «٣».

٧- ما روى من أنه (متى أمره الإمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه لامتناعه على أمام المسلمين) «٤».

٨- و قد ورد فى بعضها السؤال عن رجل آلى من امرأته:

«متى يفرق بينهما؟ قال عليه السلام: إذا مضت أربعة أشهر و وقف.

قلت: من يوقفه؟ قال عليه السلام: الامام، قلت: و إن لم يوقفه عشر سنين قال عليه السلام، هي امرأته» «٥».

و يظهر ما ندعيه من أن للإمام إيقاع الطلاق جبرا و اضحا من الخبرين السادس و الثامن حيث يقول الامام عليه السلام فيها (فان ابى فرق بينهما) و قول السائل: متى يفرق بينهما.

و قد يعترض: بأن بقيه الاخبار لم يظهر منها ذلك بل غاية ما فى البين أنها ذكرت ما يلزم اتخاذه معه حتى يطلق.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ- دام ظله- عن هذا الاعتراض بان الفقيه يستنبط من هذه التشديدات و من ذلك التصريح فى الخبرين المذكورين.

(١) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٣

(٢) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٤

(٣) الوسائل الباب التاسع من أبواب الإيلاء حديث ٤

(٤) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٥

(٥) الوسائل الباب الثامن من أبواب الإيلاء حديث ٤.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩٥

أنه لا بد للحاكم الشرعى هذه السلطة محافظة منه على الحق الزوجى بدرجة أننا نرى أحد الأخبار السابقة يصرح بأنه لو أمتنع الزوج من الطلاق ضرب عنقه، فراجع الخبر السابع.

وقد يعترض ثانيا: بأن هذه الأخبار المذكورة إنما هي فى مورد الإيلاء وهو مورد خاص يتضمن فتح باب الطلاق على من حلف بأن لا يواقع زوجته ونحن نريد تسريه ذلك الحكم إلى بقية الموارد التى منها يكون الزوج متعندا و تاركا لزوجته من دون تقصير صادر منها.

وقد رد شيخنا- دام ظله- هذا الاعتراض باننا نتعدى من مورد الإيلاء إلى غيره بقرينه ما فى الأخبار المذكورة من أن الامام عليه السلام فى صدد بيان الحكم الكبرى وهو المحافظة الشديدة على حقوق كل من الزوجين توخيا من وراء ذلك المحافظة على المصلحتين العامة والخاصة هذا أولا، و ثانيا أن المورد لا يكون مخصصا للوارد فلا يلزم الاختصاص من هذه الأخبار السالفة الذكر كما هو واضح.

و مثل أخبار الإيلاء أخبار الظهار، فراجع الوافى وغيره من كتب الأخبار و لا داعى للإطالة.

القسم الثالث من الأخبار:

ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لأكثر من أربعة أشهر و فيها تصريح بأن للزوجة الاستعداد على زوجها إما أن يقوم بالواجب أو يطلق و من هذا القسم.

١- «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فأما أن يفىء و إما أن يطلق فان تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمولى» (١).

(١) الوسائل الباب الأول من أبواب الإيلاء حديث ٢.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩٦

وقد تعرض كاشف اللثام- رحمه الله- فاستثنى من عدم الجواز المذكور لترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ثلاثة و هم المسافر و العاجز و المعذور.

و صاحب الجواهر- رحمه الله- وافقه فى العاجز و ناقشه فى المسافر و لكنه تأمل أخيرا من جهة السيرة.

و لكن شيخنا الأستاذ- دام ظله- ناقش صاحب الجواهر فى هذا التأمل المذكور بأن السيرة إنما تجرى حيث أن الغالب هو رضا الزوجة أما مع مطالبتها فلم يعلم جريان السيرة عليه كما هو واضح.

وقد علق فى الوافى على الخبر المتقدم بقوله:

(بيان) استعدت: استعانت و استنصرت، فاما أن يفىء و إما أن يطلق: يعنى يجبر على أحد الأمرين لأن حكمه حكم المولى فى ذلك و إن لم تجب عليه الكفارة بخلاف ما إذا تركها من غير مغاضبة و لا يمين فإنه ليس بمولى (١).

و الجماعة جروا على ذلك فقال في الجواهر في رد الاستدلال بالخبر المذكور لوجوب الوطء لأكثر من أربعة أشهر ما يلي: «فإن فيه أنه ظاهر في إلحاق المغاضبة بالإيلاء وهو غير ما نحن فيه»، «٢» فحملوا الترك مع المغاضبة على الإيلاء في الحكم وهو الاستعداد و إجبار الحاكم له على أحد الأمرين وأن لم تكن عليه كفارة لعدم اليمين، ولكن لا أشكال عندهم في أنه لا يجوز تركها أكثر من أربعة أشهر وإن لم يكن عن مغاضبة بل كان تشهيا منه لانشغاله عن زوجته حاضرا كان أو مسافرا، وفي الحقيقة أن صاحب الجواهر - رحمه الله - وإن

(١) الوافي باب حق المرأة على زوجها جزء ١٢ مجلد ٣ ص ١١٩ طبعة إيران.

(٢) الجواهر كتاب النكاح مسأله ترك الوطئ لأكثر من أربعة أشهر ص ٣٥

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٩٧

ناقش في الخبر من جهة دلالة إلا أنه ملتزم بحرمة ترك الوطء في الأربعة استنادا الى الخبر الآخر، و الى الإجماع المدعى في المقام و عبر عن القول بجواز الترك في غير الشابة (بأنه لا يستأهل أن يسطر).

و حينئذ فهل للزوجة الاستعداد أو أنه ليس لها ذلك؟ لا سبيل الى الثاني.

و عليه فما يكون تكليف الحاكم الشرعي لو استعدت عنده المرأة؟ فهل هو مجرد قوله للزوج (باشر زوجتك)؟ وإن لم يطع - سيما فيما إذا لم يتمكن من حبسه و التنكيل به و التضيق عليه - أو أنه لا بد له من إجباره على اختيار أحد الأمرين و يكون الأمر بالآخر راجعا الى أن الحاكم بحسب ولايته على فصل الخصومات - يجرى عليه حكم المولى و أن لم يكن مولى و لا مغاضبا و قد عقب أخيرا شيخنا الأستاذ على ما تقدم بأنه بإمكاننا القول بأن المغاضبة لا تتوقف على إظهارها من الزوج للزوجة بل يكفي فيها مجرد الترك أى ترك وطئها مع طلبها ذلك منه فإنه يكون بتركه لها مع طلبها مغاضبا لها، و الرواية ناظرة إلى الترك العادى المجرد عن كل شيء سوى الترك.

و لكن قد يستدل على عدم فتح باب الطلاق الإجماعى في غير النفقة و ما هو منصوص عليه بالروايات الآتية:

١- صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام:

المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب إلى الناحية التى هو غائب فيها فإن لم يجد له أثرا أمر الوالى وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهى امرأته قلت فإنها تقول: فإنى أريد ما تريده النساء قال: ليس لها ذلك و لا كرامة فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره بأن يطلقها «١».

٢- خبر أبى الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام فى امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين و لم ينفق عليها و لم تدر أ حى هو أم

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ١٩٨

ميت أ يجبر وليه على أن يطلقها؟ قال: نعم، و أن لم يكن لها ولى يطلقها السلطان، قلت: فأنا قال الولي أنا أنفق عليها قال: فلا يجبر على طلاقها قلت: أ رأيت إن قالت أنا أريد ما تريد النساء و لا أصبر و لا أقعد كما أنا؟ قال ليس لها ذلك و لا كرامة إذا أنفق عليها «١».

٣- خبر يزيد بن معاوية عن أبى عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته (إلى قوله): دعا ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال قيل للولى أنفق عليها فان فعل فلا سبيل

لها أن تتزوج ما أنفق عليها «٢».

و خبر يزيد و أن لم يكن كالخبرين الأولين فى الصراحة على عدم الاعتناء بما تريده من الطلاق لأنها لا تقعد كما هى إلا ان قوله عليه السلام (فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها) يعطى ذلك بعموم قوله لا سبيل لها أن تتزوج ما دام الإنفاق حاصلًا لها و ان كانت تريد ما تريده النساء.

و الخلاصة ان من مجموع هذه الاخبار الثلاثة نستفيد ما ادعيناه من انه لا مجال لفتح باب الطلاق الإجبارى فى غير موارد النفقة و ما هو منصوص عليه.

و قد رد شيخنا الأستاذ - دام ظله - هذا الاستدلال من وجهين:

الأول:- إن هذه الأخبار غير ناطرة إلى الصورة التى يجرى عليها المتعبدون من هجر الزوجة و تركها لا لتقصير صادر منها بل هى ناطرة إلى صورة ما لو كان الزوج مسافرا و قد انقطعت أخباره.

الثانى:- إنا نقول ان الإجبار على الطلاق و ان لم يكن من حقوقها إلا أنه من حقوق الحاكم الشرعى الذى يكون ملزما بسد الخلل فى الانتظام و فى الحقيقة هو من حقوق النوع البشرى، و من البين أن الحاكم الشرعى هو ولى النوع كما حقق فى محله.

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ١٩٩

و قد أفاد شيخنا - دام ظله - بأننا لو أغضينا النظر عن هذين الجوابين فلا بد لنا من طرح هذه الاخبار المذكورة المانعة من الطلاق نظرا لما ورد فى أخبار عدم جواز ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر، و كذا ما ورد فى أخبار الإيلاء و الظهار مما يستنبط منه أنه لا بد للحاكم الشرعى أن يحافظ على الحقوق الشرعية و عدم فسح المجال لكل من الزوجين فى التقصير بحقوق الطرف الآخر لأن ملاحظة تلك الأخبار تعطينا صورة واضحة عن مدى اهتمام الشارع المقدس بذلك و أنه لا يرضى بالتسامح فيه، و قد رأينا ما فى بعضها من العقاب الصارم لو لم يطلق بحيث يكون أمر الزوج دائرا بين اثنين لا ثالث لهما.

فاما أن يفىء و حينئذ فيجد الله توابا رحيمًا، أو يطلق و عليه فإن الله سميع عليم.

بهذا المضمون صرحت الآية الكريمة فى قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ «١».

و قد عرفت من بعض الأخبار السابقة أن التشديد يصل الى درجة يجوز الامام فيه ضرب عنق ذلك الرجل كما عن خلف بن حماد رفعه الى الامام الصادق عليه السلام فى المولى:

(فاما أن يفىء أو يطلق فان فعل و الا ضرب عنقه) «٢». و بالآخر ما تضمنته بقية الأخبار من أن الامام يطلق عنه و لعل ضرب الرقبة فى خصوص ما لو أمره الإمام عليه السلام بالطلاق فعصى كما فى المرسله المتقدمه.

و على هذا فيدور الأمر بين تخييره بالمباشرة و الطلاق بعد الأربعة أشهر و لا يقتصر على مولى و غيره بل يعم كل تارك، و حينئذ فيمكننا تصحيح ضرب

(١) البقرة: آية ٢٢٦

(٢) الوافى باب الإيلاء ص ١٤١.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٠٠

الأجل للغائب فإن حضر فهو وإلا كان علينا أن نطلقها منه قهراً عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلًا لإجراء الطلاق منه و أنها لا تبقى على هذه الحالة. و لا بد للرجل من كونه على طبق ما تشير إليه الآية الكريمة من الأربعة أشهر.

مبدأ الأربعة أشهر:

و هذا محل خلاف بينهم فهل هو بعد رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي حيث دلت عليه جملة من الأخبار أو أنه من حين إيلائه كما هو ظاهر الآية الكريمة إذا كان في البين إيلاء؟ أو أنه من حين تركه الوطء و ان لم يكن في البين إيلاء أو ظهار ربما قيل بالأول و هو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي من باب السير الحكيم و المسامحة مع الزوج إذ لعل سكوتها قبل رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي كاف في إمضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة و لكن شيخنا الأستاذ دام ظله استظهر الوجه الثاني.

حديث نفى الضرر و الضرار:

إشارة

مما تقدم - عرفت - الأدلة من الآيات و الروايات على القول بانفتاح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي. و مما يؤيد ذلك ما استدلل به للموضوع نفسه من حديث - نفى الضرر و الضرار - كما جاء عن زرارة عن أبي جعفر الباقر - عليه السلام - قال: إن سمره بن جندب كان له عذق، و كان طريقه إليه في جوف منزل رجل من الأنصار فكان يجيء و يدخل الى عذقه بغير إذن من الأنصاري فقال الأنصاري: يا سمره لا تزال تفاجئنا على حال لا نحب أن تفاجئنا عليه، فإذا أردت الدخول فاستأذن. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠١

فقال: لا أستأذن في طريق، و هو طريق إلى عذقي. قال: فشكاه الأنصاري إلى رسول الله (ص) فأرسل إليه (ص) فأتاه فقال: ان فلانا قد شكاك و زعم انك تمر عليه و على أهله بغير إذن، فاستأذن عليه إذا أردت أن تدخل فقال يا رسول الله استأذن في طريقى إلى عذقي؟ فقال رسول الله (ص) خل عنه و لك مكانه عذق في مكان كذا، فقال: لا، قال: فلك اثنان قال: لا أريد، فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعذق فقال: لا قال: فلك عشرة في مكان كذا و كذا فأبى فقال: خل عنه و لك مكانه عذق في الجنة قال: لا أريد، فقال له رسول الله (ص) انك رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار على مؤمن ثم أمر بها رسول الله (ص) فقلعت و رمى بها اليه و قال له رسول الله (ص) انطلق و أغرسها حيث شئت «١» و الروايات الواردة في - لا ضرر - كثيرة و في موارد متعددة، و تتجسم كاملة في قضية سمره و في أغلبها يكون التصريح عنهم عليهم السلام بلفظ (لا ضرر و لا ضرار) و لا مجال للتعرض لجميعها بل نكتفي بالحديث المتقدم الوارد عن زرارة في قضية سمره و قبل التطرق إلى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن في صدد إثباته لا بد لنا من بيان لمحّة عن الحديث المذكور و المراد من النفي المتوجه على كل من - الضرر و الضرار.

ما هو الضرر و الضرار؟

الضرر: مصدر (ضر) و هو النقص في الحال، أو النفس، أو العرض كما تنص عليه كتب اللغة. الضرار: مصدر ضار، و هو إيصال الضرر من كل طرف الى الآخر لكونه من باب المفاعلة، و المفاعلة قاضية بالمشاركة من الطرفين نظير المضاربة و المقاتلة و بناء على اعتبار كون الضرار من باب المفاعلة، كيف يتم توجيه الضرار في قضية سمره مع الأنصاري؟ فان

إيصال الضرر كان صادرا من جهة واحدة

(١) الوسائل كتاب احياء الموات الباب ١٢

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠٢

و هو سمره حيث كان يريد الضرر بصاحبه في الدخول عليه بلا استئذان و في مقام الجواب عن ذلك نقول: أنه ربما وردت صيغة المفاعلة على خلاف ما يقتضيه وضعها من المشاركة من الطرفين كما في مثل - سافر و هاجر - بمعنى سفر و هجر و يتم بذلك توجيه قضية سمره بعد ما صار استعمال صيغة المفاعلة فيه مجازا و طبعي أن الالتجاء الى ذلك يفقدنا روعة المعنى الحقيقي و هو المشاركة من الطرفين و لم يحصل لنا ذلك المعنى الذي تفيد صيغة المفاعلة، و للمحافظة على المعنى الحقيقي في هذه القضية يمكننا أن نعتبر القضية المذكورة في مسألة سمره أيضا مما حصلت فيها المشاركة من الطرفين و المحافظة على هذا المعنى الحقيقي يستدعي أعمال عناية في البين، ليطلق على سمره عنوان المضار و تلك العناية، هي أن إصرار سمره على الإضرار بالأنصاري مع أنه لم يشترك معه في إيصال الضرر اليه يجعل الأنصاري في نظر سمره كأنه يقابله بالضرر حيث يمنعه من الدخول الى نخلته فيكون إيصال الضرر من سمره مكافأ منه بإيصال الضرر إليه في قال ذلك الضرر الذي يتخيل سمره حصوله من الأنصاري كل ذلك بعد امتناع سمره عما أمره النبي (ص) أولا من الاستئذان من الأنصاري بدخوله عليه، فكان مصرا على الإضرار و كان إصراره على الإضرار مصححا لاستعمال المضارة في حقه باعتبار هذه العناية المذكورة.

المراد من النفي في الحديث:

من الواضح أن جملة - لا ضرر و لا ضرار - الواردة في كلامه (ص) قد اشتملت على فقرتين - الضرر و الضرار - و قد دخل النفي عليهما معا فما هو المراد به؟

أما نفي الضرر. فمن البين أن النفي الوارد على الطبيعة، تارة: يكون نفيا حقيقيا، و ثانية: يكون نفيا تنزيليا. و يمثل للأول: بقولنا لا رجل في الدار.

أما الثاني: فلا بد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠٣

بواسطتها معتبرا، و هذه الجهة تختلف. فقد يكون نفي الصحة مصححا و هذا كما في قوله عليه السلام «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل». أو تكون نفيا للكمال و ذلك كما في قوله عليه السلام «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد».

أو تكون الجهة المصححة هي نفي الحكم و سيتضح مثالها عند التعرض لرأى صاحب الكفاية - رحمه الله - أو تكون الجهة هي التحريم كما في مثل نفي الضرار و سيأتي مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

و قد ذهب صاحب الكفاية - رحمه الله - الى اعتبار النفي المتوجه على الضرر في الحديث الشريف انما هو من النفي التنزيلى، و المنفى فيها هو الحكم لكنه بلسان نفي الموضوع، بمعنى أن النفي يكون مسلطا على الفعل الخارجى الذى يوقع فى الضرر، و لنفرض ذلك الفعل الخارجى هو الموضوع بالنسبة إلى المريض الذى يضره استعمال الماء، و يكون معنى نفيه هو نفي حكمه، و على هذا فيكون هذا النوع من النفي من قبيل نفي الحكم بلسان نفي الموضوع.

و الرد على هذا المسلك يكون من وجوه:

أولا- أن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضررى على ما يقوله صاحب الكفاية - قدس سره - يستلزم أن لا يكون النفي فى هذه الفقرة نفيا حقيقيا بل يكون نفيا تنزيليا باعتبار نفي ذلك الموضوع و مع إمكان اعتبار النفي نفيا حقيقة - كما سنبينه - فلا مجال لاعتبار

النفي نفيا تنزيليا تصححه جهة من الجهات.

و ثانيا- أنه- رحمه الله- قد نفى الموضوع بنفيه لحكمه فصار نفى الحكم عنده مصححا لنفى الموضوع، و لا يمكن الأخذ بإطلاق هذا، لأن الحكم الذى يكون مصححا لنفى الموضوع هو الحكم الذى يكون انعدامه موجبا لانعدام الموضوع تنزيلا كما فى مثل الوجوب بالنسبة إلى الوضوء فان نفيه يمكن أن يقال بكون مصححا لنفى الموضوع بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة- مثلا- فأن نفى حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفى ذلك الشيء، بل هى على العكس

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٠٤

تكون موجبة لفتح باب وجوده لا انها توجب انعدامه.

و يختار شيخنا الأستاذ دام ظله- بأن النفي المتوجه على الضرر فى هذه الفقرة هو النفي الحقيقى لا التنزيلى إذ الوجوب فى مفروض المثال المتقدم، لما كان باعنا للمكلف على الوضوء فيكون الضرر معلولا للوضوء، و الوضوء- فى نفس الوقت- معلول للوجوب الوارد عليه، فيكون الوجوب علما للضرر و يكون الضرر مسببا توليديا عنه، فيصح أن نعبّر عن الوجوب بعنوانه الثانوى الذى هو المسبب التوليدى عنه، و هو الضرر فيكون الضرر عبارة عن نفس الحكم الموقع فى الضرر. و بهذا يكون النفي نفيا للحكم ابتداء.

و أما نفى الضرر. فإن النفي فيه تنزيلى و الجهة المصححة لهذا التنزيل هى كونه كناية عن التحريم و نظير ذلك ما ورد فى الآية الكريمة:

الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ «١».

فإن الشيء لو كان محرما كانت حرمة موجبة لصحة انتفائه ليكون كناية عن نفى مشروعيته على حد قوله: لا رهبانية فى الإسلام.

الفرق بين الضرر و الضرار:

و بناء على ما تقدم يكون حاصل الفرق بين الضرر و الضرار:

هو أن الضرر: مسوق لنفى الحكم الموجب للضرر، و إن لم يكن ذلك مقرونا بتقصّد و إصرار من صاحب ذلك الحكم. و أما الضرار: فإنه مسوق لنفى الحكم، مع تعمد من صاحبه و الإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم الى الطرف الآخر، و لأجل ذلك عقب- ص:- لا ضرر بلا ضرار- و هذا من قبيل الانتقال من الأدنى إلى الأعلى

(١) البقرة: آية ١٩٧.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٠٥

كما يشهد به قوله- ص- قبل ذلك بعد إسداء النصح لسمره (انك رجل مضار) و اليه الاشارة فى قوله تعالى وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا و فى قضيه سمره و ما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقلع النخلة و إلقتها فإنه- ص- لم يأمر بالقلع، إلا بعد أن حكم على سمره بالاستئذان عند إرادة الدخول، و أمتنع سمره من الرضوخ لذلك الحكم الشريف، و حينئذ فيكون استحقاقه لبقاء نخلته- ضارا- لكونه سببا لإصرار سمره على الضرر فيكون منتفيا، إذا ففى المرتبة الأولى كان جواز الدخول لسمره بلا أستئذان سببا للضرر فيكون منتفيا- بلا ضرر- و تكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان، و حيث لم يقبل سمره بذلك الحكم فقد انتقل المورد من الضرر الى الضرار- و صار استحقاق بقاء النخلة موجبا للضرار لذلك نفاه- ص- و كانت نتيجة ذلك هو جواز قلع النخلة، إذ لا يمكن نفيه إلا بهذا الطريق حيث أن ذلك الضرار و ان أمكن نفيه بإقامه شخص يمنع سمره من الدخول بلا أستئذان إلا أن ذلك لما لم يكن متيسرا له فى ذلك العصر فقد انحصر رفع ذلك الضرر الناشى عن إصراره على الدخول بلا أستئذان برفع ذلك الإضرار و هو استحقاقه لبقاء نخلته فنفاه- ص- بنفى الضرار الذى يكون متولدا عنه.

الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه:

و ينحصر الاستدلال بهذا الحديث الشريف بأحد وجهين:

الأول- إجراؤه فى لزوم النكاح فتكون النتيجة هى ثبوت خيار الفسخ للزوجة.

الثانى- الاستدلال به لإثبات الإيجابار على الطلاق.

أما الوجه الأول: فيقال فى تصويره: أن لزوم النكاح على الزوجة، و عدم الإخلال من جانبها بحقوق الزوج فى حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضررا منفيًا بالحديث المذكور، و حينئذ فيكون للزوجة فسخ بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٠٦

النكاح، و نظير هذا ما ذهبوا إليه فى مسألة عدم لزوم البيع على المغبون و الاستدلال له بحديث نفى الضرر.

و بهذا ينتج لنا إمكان الفسخ من جانب الزوجة، حيث يخل الزوج بحقوقها لأن الإخلال بالحقوق التى لها عليه- ضرر- و هو منفي بالحديث الشريف. و قد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال.

بأن إعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار، و ثبوته فى عقد النكاح، مع أن الإجماع قائم على عدم دخول الخيار فى عقد النكاح إلا من الطرق الخاصة المنصوص عليها فى عيوب الرجل و المرأة.

و قد تعرض صاحب الجواهر- رحمه الله- لهذا المعنى حيث تطرق الى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار فى النكاح، معللا إياه بأن فيه شائبة العبادة التى لا يدخلها الخيار- الى أن قال- بل فى قوله: فى خبر ابان كقوله فى غيره تزويج البتة، و نحو ذلك منافاته لعقد النكاح من ضروريات التقيّة. و حيث يصل المحقق الحلى- قدس سره- فى شرائعه إلى المسألة الثانية عشرة من المسائل التى ذكرها فى باب المهور يقول صاحب الجواهر فى الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار و لحصر فسخه بغيره، و لذا لا يجرى فيه إلا ما قاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات.

و على أى حال فهل يثبت للزوجة الفسخ فى النكاح بعد حصول الضرر أولا؟

و يجيب شيخنا- دام ظله:-

لقد سبق أن بينا فى دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجعول ابتداء أو الناشئ عن تخلف الشرط المصرح بها فى العقد أو التى تكون ضمنية، و هناك ذكرنا أن لزوم النكاح حكمى، لا أنه مجعول للمتعاقدين

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٠٧

و مع قطع النظر عن ذلك نقول «١»:

ان الضرر المتوجه على الزوجة فى حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسببا توليدا عن نفس لزوم النكاح لينتفى بالحديث المذكور، إذ من المعلوم أن اختيار الزوج دخيل فى البين، و سيأتى مزيد توضيح لذلك.

الوجه الثانى: من الاستدلال بحديث نفى الضرر:

(١) المعاملة بالنظر الى اللزوم و عدمه تكون على أقسام:

الأول- ما يكون اللزوم فيها ذاتيا: حيث تقتضيه ذات المعاملة كما فى لزوم الرهن على الراهن، فان عدم لزومه عليه ينافى حقيقة الرهن الذى هو جعل الوثيقة عند الطرف الآخر الموجب لوثوق المرتهن بعدم تلف دينه، فهذا النحو من العقود و الذى يكون اللزوم فيه ذاتيا لا يجوز فيه اشتراط الخيار لأن اشتراط الخيار فيه مناف لحقيقة المعاملة.

الثانى- ما يكون اللزوم فيه حقيقيا. و هذا كما فى معاملة البيع إذا وقعت بقالب العقد و التعاهد فان كلا من المتعاقدين بواسطة وقوع

ذلك العقد له الحق على صاحبه بإلزامه بمقتضى ذلك العقد ومنعه من الفسخ.

وهذه الحقيقة إنما جاءت من العقد والتعاقد من كل منهما على ما أوقعاه، ومن الواضح أن اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتيا! لأن مبادلة الكتاب بالدينار - مثلا - على نحو المعاطاة من دون عقد، لا يكون لزومها من مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما أوقعه و يكون إبراز تلك المعاملة بقالب العقد مانعا عن الرجوع، وفي هذا النحو من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها، لأن هذا الشرط لا يكون منافيا لذات المعاملة، كما أنه لا يكون منافيا للتعاقد عليها وأقصى ما فيه أنه يكون منافيا لإطلاق التعاقد، وهذا جار في كل شرط، فإن الشرطية إنما تكون منافية للإطلاق لا لذات المشروط.

الثالث - أن يكون اللزوم حكما! حيث يكون بجعل من الشارع المقدس ومعنى ذلك أن الشارع يحكم على خصوص معاملة بأنها لا خيار فيها لأحد المتعاقدين فيكون اشتراط الخيار في مثل هذه المعاملة مخالفا للحكم الشرعي، فلا يكون نافذا. وهذا كما في باب النكاح فإن عقده وأن تضمن حقيقة اللزوم، وهو غير مانع من اشتراط الخيار - كما عرفت في البيع - إلا أن فيه مانعا آخر وهو الحكم الشرعي التعبدى القاضى بأن النكاح لا يدخله الفسخ والخيار إلا في موارد خاصة، وهذا الحكم الشرعي يكون مانعا من اشتراط الخيار لأحدهما على الآخر.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠٨

وهو الاستدلال بالحديث المذكور لإثبات الإيجاب على الطلاق وعلى سلطنة الحاكم الشرعي عليه وتقريبه.

هو أن المستفاد من قوله (ص) «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (١) أن الزوج هو المسلط على إيقاع الطلاق، وعلى عدمه وهذا الحكم، وهو سلطنته على عدم الطلاق ضررى على الزوجة فينفى بحديث - نفى الضرر - وتكون النتيجة أن الزوج لا يكون مسلطا على عدم الطلاق، بل يكون الطلاق لازما عليه.

وقد يعترض أيضا: بأن الضرر المتوجه على الزوجة لم يأت من ناحية سلطنة الزوج على عدم الطلاق ليتنفى عند حصول الضرر، بل جاء من جهة عدم قيامه بحقوق الزوجة - لما عرفت - في تقريب الاستدلال في إثبات الخيار من أن سلطنته على عدم الطلاق في حال عدم قيام الزوج بحقوق الزوجة ضرر عليها، فتكون السلطنة منتفية.

والجواب عنه: بأن المستفاد من قوله عليه السلام «الطلاق بيد من أخذ بالساق» ليس جعل السلطنة للزوج على كل من الوجود والعدم بل لا يتعدى ذلك عن كون إيجاد الطلاق من حقوق الزوج الخاصة وأنه لو أوجده لكان ولا مانع له فيه حتى لو تضررت الزوجة بطلاقها منه بواسطة بعض الطوارئ، أما عدم الطلاق فليس هو إلا أنه ليس بواجب عليه، فتدخل المسألة حينئذ في أنه لو كان عدم جعل الحكم موجبا للضرر يكون مفاد حديث - نفى الضرر - مشرعا لما يكون رافعا للضرر، ولازم ذلك أنها لو تضررت من عدم الطلاق

(١) هذا الخبر نبوى وقد تعرض إليه الحجة النورى في المستدرک باب ٣٥ وذكره صاحب الجواهر فى أوائل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من بلغ عشا، وأنه لو طلق وليه عنه لم يصح وكذلك ذكره فى الحقائق فى مسألة عدم طلاق الولي عن الصبي. وذكره الشيخ فى الخلاف فى المسألة المفروضة ج ٢ ص ٢٢٣. وعندنا اخبار تدل على مضمونه وأردة فيمن شرط لزوجه ان يبدها الطلاق كقوله عليه السلام «إن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق»

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٠٩

من ناحية أخرى لا من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها يكون الطلاق واجبا.

لذلك كان الأولى فى الجواب أن يقال:

أن حديث نفى الضرر إنما يجرى فى نفى الحكم الذى يكون بقاءه مولدا للضرر، بحيث كان الضرر مسببا لتوليد الحكم، أما مع

فرض كون الضرر آتيا من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسببا الا عن الزوج لا من الحكم الشرعى، كما حقق فى محله، من انه يشترط فى الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر، و حينئذ فلا مورد فيما نحن فيه لحديث (نفى الضرر و الضرار).

و ربما يعترض: بأن ما ذكرتموه من اعتبار كون الضرر مسببا توليديا عن الحكم الشرعى، و انه لو توسط فى اليبين، الاختيار من المكلف لا- يكون (حديث نفى الضرر) جاريا لعدم استناد الضرر الى نفس الحكم بل الى اختيار المكلف، فينبغى أن لا- يجرى الحديث المذكور فى الوضوء أو الصوم إذا كان مضرا لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف.

و يجاب عن هذا الاعتراض: بأن هذا الاختيار من المكلف- أعنى أرادته الوضوء، أو الصوم- لما كان ناشئا عن ذلك الوجوب كان الضرر مستندا الى الوجوب، فكان هو الموقع للمكلف فى الضرر فكان الوجوب سببا توليديا للضرر و كان الضرر مسببا توليديا عن ذلك الوجوب، فكان حينئذ يصح أن يقال:

أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف، و بذلك يكون مرتفعا. و هذا بخلاف ما نحن فيه مما لا يكون الحكم الشرعى فيه الا محض عدم وجوب الطلاق عليه كى يكون الإضرار بالزوجة امثالاً له ليكون هو سببا توليديا للإضرار بها.

و على أى حال فان التحقيق يقتضى لنا أن نقول بإمكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من انفتاح باب الطلاق الإجبارى أمام الحاكم الشرعى حيث يتمسك بنفى الضرر على ذلك. لأن الزوج لو لم يحم بحقوق زوجته و أمره الحاكم الشرعى بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك و لم يتمكن

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢١٠

الحاكم الشرعى من إجباره، كان إصراره على ذلك من قبيل إصرار سمره على الدخول لبنت الأنصارى، و حينئذ يكون مضارا للزوجة و يدخل تحت كبرى قوله (ص) لا ضرار. و يفتح بهذا باب الطلاق الإجبارى و يكون الأمر دائرا بين اثنين.

إما أن يجبره الحاكم الشرعى على الطلاق ليخلى سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعى بنفسه ذلك و يجرى الطلاق جبرا عليه لو امتنع عن فك رباط الزوجية و لم يطلقها لكونه ولى الممتنع.

الاستشهاد بسيرة السلف الصالح:

لم يقتصر الفقهاء- رحمهم الله- على إلزام الزوج بالطلاق على موارد النفقة فقط. بل تعدوا من ذلك إلى كثير مما ادعيانه من توسعة الإلزام المذكور إلى بقاء الحقوق التى هى للزوجة على زوجها.

و من ذلك ما صرح به المحقق القمى- قدس سره- باللغة الفارسية فى كتابه جامع الشتات ما ترجمته:

ان حقوق الزوجة هى: أن يؤمن الزوج نفقتها، و كسوتها. طبقا لما تنص عليه الشريعة المقدسة، و أن لا يتشاكس معها بدون وجه شرعى، و أن لا- يؤذيها. و لو تخلف الزوج عن حقوق زوجته و طالبت الزوجة فلم تر نفعا رجعت إلى الحاكم الشرعى، و يلزمه بعد ثبوت ذلك عنده و يجبره على الوفاء بحقوق زوجته و يعززه ان تخلف، و إذا لم ترض الزوجة بالبقاء على تحمل نشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعى ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق، أو بالطلاق. و هذا الإجماع لا ينافى صحة الطلاق.

و أما صاحب الجواهر- رحمه الله- فقد ذكر فى مسألة الجمع بين الأختين فيما لو اشتبه عقد المقدم منهما ما يلى

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢١١

«و لو اشتبه السابق و لم يكن ثمة ما يشخصه- و لو علم التأريخ بناء على الحكم بتأخر المجهول عن المعلوم- أفرع فى وجه قوى، و إن لم أجد من ذكره هنا نعم فى القواعد الأقرب إلزامه بطلاقهما لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان. و إن لم يتمكن من الأول فيتعين عليه الثانى، فإذا امتنع ألزمه الحاكم به كما فى كل من وجب عليه أمر فامتنع منه و للزم الحرج على المرأتين، و لعل غير الأقرب احتمال عدم، و احتمال فسحها و فسخ الحاكم و بطلانها». «١»

و مثل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائي - قده - في عروته حيث قال:

«لو تزوج بالأختين و لم يعلم السابق و اللاحق، فان علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول، و إن جهل تاريخهما حرم عليه و طؤهما و كذا و طء إحداهما إلا بعد طلاقهما، أو طلاق الزوجة الرابعة منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما، و هل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى فَإِذَا مَكَاتُ بِمَعْرُوفٍ، أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ و ربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه و عدم إجباره و أنه يعين بالقرعة، و قد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما (٢)».

مما تقدم عرفت أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يقتصروا في الإيجاب على التقصير بالنفقة بل توسعوا فقالوا بذلك في كثير من الموارد كما مر عليك.

و أما بيان تكليف الحاكم الشرعي بعد الرجوع اليه و عدم فائدة إجباره للزوج المقصر على الطلاق فهذا - كما تقدم - يستفاد من ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع، حيث يكون له إجراء مثل هذا الطلاق و لما تقدم بيانه من الأدلة التي استفاد منها شيخنا الأستاذ - دام ظله - توسعه صلاحيات الحاكم الشرعي إلى

(١) الجواهر - كتاب النكاح - مسألة تحريم الجمع بين الأختين.

(٢) العروة الوثقى - كتاب النكاح - مسألة ٤٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١٢

مثل هذه الموارد - مضافا إلى أنه لا خصوصية للإنفاق ليقصر إجراء الطلاق جبرا عليه بل إن الحكم في الآية الشريفة جار في جميع حقوق الزوجية و التي منها المضاجعة و الوطء بعد الأربعة أشهر، فيدخل فيه العنين الذي وطأ امرأته مرة واحدة ثم طراه العنن فان مثل هذه المرأة و إن ورد فيها «من أنها متى ابتليت فلتصبر» إلا أن المراد بذلك هو الصبر عن الفسخ، و ذلك لا ينافي وجوب الطلاق على الزوج لأنه بعد فرض عدم تمكنه من الإمساك بمعروف الذي هو القيام بحقوقها كاملة و التي منها الوطء في الأربعة أشهر مرة فلا بد من أن يكون الطرف الآخر واجبا عليه و هو التسريح بإحسان، و على فرض تخريج من ابتلى زوجها بالعنن بعد الوطء و تحكيم «انها متى ابتليت فلتصبر» فيها فان ما نحن فيه غير ذلك المورد للفرق بينهما، فان من ابتلى زوجها بالعنن يقوم زوجها بجميع شئون الزوجية من المضاجعة و غيرها و لكنه لا - يقدر على الإيلاج لما ابتلى به من مرض العنن الطارئ، أما هذه المجهورة فقد حرمت حتى من المضاجعة و تركت إلى غير مأوى، فالفرق بينهما واضح إذا فسد أمر الزوج بالنسبة إلى زوجته بين أمرين:

فاما القيام بالشق الأول - و هو الإمساك بمعروف.

أو اختيار الطرف الآخر - و هو التسريح بإحسان.

من غير فرق بين مورد الإنفاق و غيره إذ لا - خصوصية للأول لنوجب تقديمه على غيره و عند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسلكين؟ يتدخل الحاكم الشرعي ليجري الطلاق بنفسه و لو لاحظنا صاحب الجواهر - رحمه الله - في موارد العديدة لما رأيته يقف مكتوف اليد بل قد توسع و وسع سلطة الحاكم الشرعي في موارد منها: مورد المهياة من كتاب القسمة من باب التجارة حيث تكون قسمة الشيء ممتنعة كالجوهرة و السيف و ما شاكل فإنه قال فيه بلزوم إيجار ذلك الشيء إن كانت له أجرة جمعا بين الحقين و صونا للمال عن التلف و جبرا للضرر و أخيرا يقول «و لعل ذلك من السياسات» إذا فقد فتح صاحب الجواهر و كثير

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١٣

من الفقهاء باب البيع القهري في قبال قاعدة السلطنة على المال و بذلك يمكننا فتح باب الطلاق الإجباري في قبال قوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» في صورة هجر الزوجة و عدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته و ليعتبر هذا من السياسات أيضا، و في

قضية تحريم التبناك من قبل السيد الشيرازي- قدس سره- خير شاهد على ما نقول.

مدى إمكانيات الحاكم الشرعي:

و لا بد لنا من معرفة مدى إمكانيات الحاكم الشرعي في سلطته بالنسبة إلى إجراء الطلاق جبرا على الزوج و هل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة و التي منها موضوع ضرب الأجل للزوج؟ إذ لعله يثوب إلى رشفه فيعود إلى حياته الزوجية، و على تقدير الأجل فما مقداره؟

الزوج معلوم المحل:

و في هذه الصورة فلا بد للحاكم الشرعي من التريث و عدم التسرع بإجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوج تقصير زوجها بالنسبة لحقوقها المفروضة عليه، بل لا بد من تبليغه بدعوى زوجته عليه، و حينئذ فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوى التي تعرض عليه، و عند حضوره و عجزه عن إبطال دعوى زوجته لا بد للحاكم من إعمال صلاحياته في هذا المورد من إجراء الطلاق جبرا عليه هذا فيما لو امتثل و حضر مجلس الدعوى و كان طرفا آخر يفند ما تدعيه زوجته أو يعجز عن ذلك. و أما لو لم يحضر فلا بد من ضرب الأجل له، و ليس لذلك أمد معين بل هو موكول إلى نظر الحاكم الشرعي فهو الذي يقدر ذلك و يلاحظ ظروف القضية آخذا بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١٤

لو كان الزوج مجهول المحل:

حلي، حسين، بحوث فقهية (للحلي)، در يك جلد، مؤسسه المنار، قم - ايران، چهارم، ١٤١٥ ه ق

بحوث فقهية (للحلي)؛ ص: ٢١٤

أما لو انقطعت أخبار الزوج و جهل محله فيدخل هذا تحت عنوان المفقود فيشملة أخباره التي تصرح بالانتظار لمدة أربع سنين كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي في قوله عليه السلام: «المفقود إذا مضى له أربع سنين». و في خبر أبي الصباح «في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين» و هكذا الحال في بقية الأخبار المتعرضة لحكم المفقود، و بناء على ذلك فيكون الانتظار ضمن هذه المدة من الأحكام التعبدية في خصوص الغائب الذي لم يعثر عليه.

طرق التبليغ الحديثة:

و الآن و حيث عرفنا أن الزوج لا بد من تبليغه و إحضاره ليدافع عن نفسه فهل تكفي الطرق الحديثة في التبليغ كالإذاعة و الصحف و المجلات و ما شاكلها لإيصال الخبر اليه أو لا يكفي ذلك، بل لا بد من تحرير الرسائل اليه، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه الخبر ما دام أنه معروفا محل الإقامة و العنوان.

و لا يرى شيخنا الأستاذ- دام ظله- فرقا بين كيفية الفحص و طرق الإيصال و بين ضرب الأجل فكلاهما موكول الى الحاكم الشرعي لاختلاف الغائبين في نظره من جهة وصول التبليغ إليهم، فرب شخص له مركزته المرموقة و هو ممن يتصدى لاستماع الأخبار و مطالعة الصحف اليومية، و هكذا المجالات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافيا، و رب شخص نراه بعيدا عن هذه

العالم، و لذلك فلا- بد من تحرير الرسائل اليه، أو إرسال شخص يتكفل بإيصال الخبر اليه، و حينئذ فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة إلى هذا الشخص، إذا فالموضوع موكول إلى الحاكم الشرعى من حيث تقدير الظروف التى تخص الزوج فى مثل هذه المقامات.

هذا كله فى النقطة الأولى من الآثار المترتبة على تخلف الزوج. و قد عرفت أن شيخنا- دام ظله- فسح المجال أمام الحاكم الشرعى لإجراء الطلاق جبراً

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢١٥

على الزوج.

و لكن الزوجة لو لم ترغب فى هذا الإجراء بأن قبلت البقاء مع ذلك الزوج على مثل هذه الحالة فهل لها فى الإخلال بحقوقه عليها مقابلة له بالمثل كالسفر بدون إذنه أو الخروج من داره بدون رخصة منه أو عدم مطاوعته فى تلبية شىء مما يفرضه عليها و ما شاكل ذلك مما يعتبر خرقاً منها لحقوقه عليها؟

و لم يجد شيخنا الأستاذ- دام ظله- من تعرض لهذه الجهة بالصراحة و كان الأنسب ذكرها فى نشوز الزوج إلا أنهم اقتصروا على مجرد ذكر ما لو نشز الزوج فليس لها هجره و لا ضربه كما كان الحال على العكس لو نشزت هى.

نعم فى الجواهر ذكر- رحمه الله- فى باب النفقة عند تعرضه لبيان أن تمكين الزوجة شرط فيها أو أن النشوز مانع منها تعرض لمثل هذا فقال:

«بل ربما يشم قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ما يشبه معاوضة الاستمتاع بالإِنْفَاقِ على نحو ما ورد من الإِنْفَاقِ على الدابة عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها كما أنه يشم من نصوص بيان حق كل منهما على الآخر مقابلة كل منهما لصاحبه»- انتهى.

و عليه فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع و الإِنْفَاقِ فحينئذ يفهم منه أنه لو تخلف عن تأدية حقوقها عليه كان لها التخلف عن تأدية حقوقه عليها للمقابلة المذكورة.

إلا أن الصحيح أن قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ «١».

لا صراحة فيه على أن ما يقابل الاستمتاع هو بذل النفقة بل لعل المراد منه هو المهر الذى بذله الزوج لزوجته لكن فى آيات الأحكام للجزائرى ذكر

(١) سورة النساء آية: ٣٣

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢١٦

رواية تدل على أنه المهر، و أخرى تدل على أنه النفقة و ليس ببعيد أن يكون المراد هو الأعم، إلا أن الأعمية لا تدل على المعاوضة و أن بذل المال عوض القوامية بل لا يبعد القول بكونه أعنى بذل المال حكمه فى القوامية و الولاية لا علة.

و أما أخبار الحقوق و التى تفيد المقابلة بين الحقين كما يدعيه فليس فيها ما يدل على ذلك على وجه لو أخل أحدهما كان للآخر الإخلال بحقوق صاحبه.

و لكن يمكن القول بأن استفادة العلية القاضية بالمقابلة الموجبة لسقوط حقه عند عدم قيامه ببذل النفقة غير بعيدة، إلا أنها إنما تؤثر فى ناحية الاستمتاع و التمكين دون القوامية التى هى من سنح الولاية الموجبة لعدم جواز خروجها بلا إذن منه فلا يكون بذل النفقة إلا من قبيل الحكمة فى جعل هذه الولاية لأن الولاية حكم شرعى غير قابل للمعاوضة.

إذا فبين أن الآية الشريفة و المصرحة بالقوامية لا دلالة فيها على كون القوامية بعوض المال المبذول من قبل الزوج نفقة كان أو مهرًا بل أقصى ما فيها هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته و حكمه هذا الجعل و التشريع لا علة هو أنه قد بذل المال، و

من المعلوم أن الحكمة لا تكون موجبة لتقييد السلطنة بالبذل المذكور، بل هي سنح ولأية خاصة عليها، و حتى لو قلنا بثبوت المعاوضة كما يقوله في الجواهر لما كان ذلك دالا- على أنه إذا قصر في نفقتها أو في أداء مهرها فلها الامتناع من التمكين في الاستمتاع أو الوطاء، و عليه فلا- حق للزوجة في تقصيرها بحقوقه إذا قصر بحقوقها بل يجب على كلا- الطرفين القيام بوظيفته التي قررهما الشارع المقدس عليه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١٧

الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

إشارة

موضوع البحث، الأرض المفتوحة عنوة، العامر من الأرض تعقيب، الخلاصة، معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي التصرفات الناقلة. الأنفال، خلاصة شاملة و عود الى الموضوع الأصلي، الوجوه المذكورة لتصحيح العبور، المساجد الواقعة في الشوارع، ما هي المسجدية، الفرق بين المساجد و الوقف على المسلمين البيع و الكنائس و ما يتبعها، البيع و الكنائس بعد الإسلام، مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢١٩

موضوع البحث:

و ينحصر فيما تملكه الحكومة جبرا من الدور و المحلات العائدة لأصحابها و تهدمها لتجعلها شوارع لعبور الناس و مرورهم. و عليه فما يكون حال هذا العبور في مثل هذه الشوارع المستحدثة و كذا بقاء الانتفاعات الممكنة من فضلات الدور أو الحوانيت التي استملكت لهذا الغرض.

و بما أن لبحثنا هذا الصلة القوية بالبحث عن حقيقة الأرض من حيث كونها من الأراضي الخراجية المفتوحة عنوة أو من الأنفال، فلا بد- و الحالة هذه- من التطرق، و على سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضي لنعرف الحكم في عامة الانتفاعات من موضوعنا الأصلي و هو الشوارع المستحدثة من قبل الدولة.

الأرض المفتوحة عنوة:

إشارة

و هي الأراضي التي فتحها الجيش الإسلامي و قد عرفت في بلغه الفقيه بما يلي: (و هي المأخوذة بالقهر و الغلبة المستلزمة للذل و الخضوع و منه قوله تعالى:

وَعَنْتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ «١».

و بطبيعة الحال أن ما فتحه الجيش الإسلامي ينقسم الى قسمين: قسم منه يكون عامرا يوم الفتح.

(١) بلغه الفقيه للمرحوم الحجة السيد محمد بحر العلوم ص ٤٧.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٠

و القسم الآخر يكون خرابا.

أما القسم الثاني فهذا يدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة مما يشمله عنوان الأنفال، و سيأتى البحث عنه.

و أما ما كان عامرا منها:

إشارة

فقد اختار السيد- رحمه الله- فى بلغته بأنها ملك للمسلمين قاطبة و لمن يدخل فى الإسلام و لمن يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تفاضل بينهم فضلا عن التخصيص بمن قاتل منهم و على هذا جرى غير واحد من فقهاءنا- رحمهم الله. و من اختار هذا الرأى فقد استدل عليه بأمرين:

الأول: الإجماع:

الثانى: الأخبار.

أما الأخبار فهى كما يلى:

١- صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد، فقلنا الشراء من الدهاقين قال: لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يجعلها للمسلمين فان شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها. قلنا: فإن أخذها منه؟ قال يرد إليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل». «١».

٢- صحيحه ابن ربيع الشامي: لا تشتروا من أرض السواد شيئا- إلى أن قال:- فإنما هو فىء للمسلمين» «٢».

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب التجارة حديث ٤،

(٢) نفس المصدر حديث ٥.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢١

٣- خبر محمد بن شريح: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال: إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحى من عيب ذلك» «١».

و لا يخفى أن وجه الاستيحاء هو التكفل بالخراج كما يفعله أهل الذمة.

٤- صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى بردة بن رجا «قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟ قال: و من يبيع ذلك و هى أرض للمسلمين؟ قال: قلت: يبيعها الذى هى فى يده قال: و يصنع بخراج المسلمين ماذا، ثم قال: لا بأس أن يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملاً بخراجهم منه» «٢».

٥- مرسله حماد الطويلة عن أبى الحسن الأول عليه السلام «الأرضون التى أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على مصالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثان على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضرهم فإذا خرج منها نمائها فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقى سيحا و نصف العشر فيما سقى بالدوالى و النواضح فأخذته الوالى فوجهه فى الوجه الذى وجهه الله له على ثمانية أسهم يقسم بينهم فى مواضعهم بقدر ما يستغنون فى سنتهم بلا- ضيق و لا- تقتير فان فضل شئ فى ذلك رد إلى الوالى و ان نقص شئ من ذلك و لم يكتفوا به كان على الوالى أن يمونها من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا، و يأخذ بعد ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالى و شركائه الذين هم عمال الأرض و

أكرتها فیدفع إلیهم أنصباثهم على ما صالحهم علیه، و يأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله و في مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام و تقوية الدين

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب التجارة حديث ٩،

(٢) الوسائل الباب ٧١ من أبواب الجهاد حديث ١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٢

و في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة، و ليس لنفسه من ذلك القليل و الكثير» (١).

و أخيرا عقب السيد- رحمه الله- في بلغته بعد هذه الأخبار بقوله: «و الظاهر أنها لهم على جهة الملكية كما عن صريح بعض لمكان اللام و الإضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص» (٢).

إذا فعلى هذا الرأي تكون الأراضي العامرة يوم الفتح ملكا للمسلمين الموجودين في ذلك الوقت و لمن يدخل و يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تخصيص بمن شهد القتال أو لم يقاتل معهم.

و لكن شيخنا الأستاذ- دام ظله- لم يوافق هؤلاء في ما ذهبوا إليه من الملكية الصرفة لذلك ناقش الأخبار المتقدمة بأنها و ان اشتملت على ما يكون في حد نفسه للملك و الاختصاص كما في التعبير عن ذلك (باللام) أو الإضافة إلى المسلمين إلا أن ما جاء في مرسله حماد الطويلة المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله عليه السلام فيها- فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها.

و علينا ملاحظة هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين:

الأول- ما تفيد الرواية و ما تدل عليه.

الثاني- إرسال الرواية.

الثالث- معارضتها للأخبار المصرحة بالملكية للمسلمين.

اما دلالتها- فان من التعبير السابق نتمكن أن نستفيد أن المسألة ليست من باب الملكية الصرفة و لا من باب الاختصاص بل و لا من باب الوقف المصطلح الشرعي، بل أن الأمر على خلاف هذه الأمور و ليس في البين إلا أن هذه الأرض تبقى على حالها و يكون ريعها للمسلمين. أما نفس الرقبة فيمكننا

(١) الوسائل الباب ٤١ من أبواب الجهاد حديث ٢.

(٢) بلغه الفقيه ص ٤٧.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٣

القول بأنها ليست بوقف و لا- ملك و لا- غيرهما بل لا يكون حالها إلا كحال الأعيان الشخصية كالدار إذا كان الميت قد أوصى بانحصار ثلثه فيها و إبقائها ليصرف واردها في جهات قد عينها، غير أن مثل هذه الأرض و الدار نقول أنها باقية على ملك الميت. و الأراضي الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها كانت باقية بحالها بلا مالك. و لا ضير في بقاء العين إذا كانت منافعتها ترجع إلى أناس معينين و ذلك هو المتحصل من مجموع الأخبار الواردة و السيرة على التصرفات في الأرض من الخلفاء الذين أجرى أئمتنا عليهم السلام الأمور على طبق جملة من تصرفاتهم فيها و هناك رأى لشيخنا الأستاذ- دام ظله- بأن مثل هذه الأراضي تكون مملوكة للجهة المذكورة و هي الجهة الإسلامية بناء على ما حرره في ملكية الجهات الخير للأعيان الراجعة إليها.

و أما إرسال الرواية- فلم ير شيخنا- دام ظله- بأسا في ذلك و تعبيرهم بمرسلة لأن عمل الأصحاب بها يكون جابرا لها و لا يكون الإرسال المذكور موجبا لتوحيدها و إلى ذلك أشار السيد في بلغته بقوله: (و هي إن كانت مرسلة إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهي

منجبرة).

و أما معارضتها مع بقیة الأخبار- و التي تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرحت به الأخبار المذكورة فالصحيح عدم المعارضة.

و يوجه شيخنا عدم المعارضة: بأن المقصود من ملكية المسلمين في لسان الروايات الشريفة هو ما بينه من بقاء الأرض على حالها و أن ريعها للمسلمين لا- أن رقبه الأرض تعود لهم على نحو الإشاعة بينهم ما كان منهم موجودا و معدوما فان ذلك لو سلمنا معقوليته بالنسبة إلى الطبقات المعدومة فعلا حيث تأتي، و لو بعد آلاف السنين، إلا أنا لا نتمكن من الالتزام به من لزوم الإشاعة بينهم القاضي بكون المنافع كذلك بأن تكون المنافع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبه و هكذا الحال في دعوى كونها موقوفه على المسلمين بالمعنى الاصطلاحي للوقف

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٤

و الآن، و بعد أن عرفت معنى الملكية للمسلمين بالنسبة إلى هذه الأراضي المفتوحة أو للجهة الإسلامية- كما بيناه- فلا بد من النظر إلى التصرفات التي تطرأ من المسلمين أنفسهم على رقبه الأرض بعد أن كان الجميع مشتركين فيها و أن الجهة هي المسؤولة عن ذلك أما ما يرجع إلى:

التصرفات غير الناقلة:

كالبناء و الزرع و شق الأنهار و تعميرها و ما شاكل ذلك مما لا يكون محققا للنقل و الانتقال فالصحيح أنه لا يجوز إلا بإذن من له الإذن في أمثال ذلك و من البين أنه هو الإمام عليه السلام في زمن الحضور و الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة كما سيتضح ذلك إن شاء الله، و أما:

التصرفات الناقلة:

كالبيع و ما شاكله مما يكون محققا للنقل و الانتقال فقد اختار السيد في بلغته المنع منه إلا إذا كانت هناك آثار قد أحدثها من يده الأرض من بناء أو غرس أو شبههما و حيثئذ فيتوقف البيع على تحقيق جهة واحدة و هي أن مالك الآثار يكون مالكا لنفس الأرض بالتبع أو لا؟

فان قلنا بالملكية التبعية صح البيع ممن يده الأرض.

و أما لو لم نقل بالملكية التبعية فلا بد من التوقف في ذلك و الاقتصار على النوع الأول من التصرفات و هي التصرفات غير الناقلة أما من قال بالملكية التبعية فقد استدل على ذلك بدليلين:

الأول: أن القول بالملكية التبعية هو مقتضى الجمع بين الأخبار حيث دلت طائفة على المنع من البيع، بينما دلت الأخرى على الجواز الجمع بين هاتين الطائفتين يقتضى حمل الأخبار المانعة على البيع المجرد عن الآثار أما الأخبار المجوزة فتحمل على البيع تبعا للآثار.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٥

الدليل الثاني: السيرة العقلائية القائمة بين الناس على البيع و الشراء و وقفها مساجد و مدارس و ما شاكل و ما ذلك إلا لأن الأرض تكون مملوكة لمن أحدث فيها آثارا.

و لكن السيد بحر العلوم- قدس سره- أشكل على هذا الدليل في بلغته بأن السيرة العقلائية على عهدة مدعيها- أو لا- سيما في غير الدور و العقارات كالمزارع و نحوها، و ثانيا- إن السيرة المذكورة لا تفيد أكثر من حق الاختصاص و الأولوية بالتصرف في الأرض

لمن له الآثار فيها فاذا بيعت الآثار المملوكة لبائعها لحق المشتري ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف ولأجل هذه النقطة الدقيقة نرى السيد - رحمه الله - استشكل في الأوقاف العامة كالمدارس والمساجد لأن الغرض الأصلي من وقفيتها متعلق بالأرض ولذا ذكر أن ما ينقذنا من هذا الإشكال المذكور أحد أمرين: فأما أن يقال ببقاء الملكية التبعية بعد زوال الآثار، وحينئذ فيصح القول ببقاء ذلك على مسجديته ووقفيته، وأما بناء على زوالها بزوال الآثار حيث لا بد من رجوعها بعد زوال الآثار إلى ملكية المسلمين العامة فيوجه ذلك على أحد طرق ثلاثة بينها السيد في بلغه ص ٥٩.

الأول: أن المساجد والأوقاف الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة مما يشك بالخصوص أن أراضيها كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقتضى عدمه.

ويرد على هذا الوجه - أن الشك المذكور لا يدفع الإشكال فيما علمنا أنه كان عامرا يوم الفتح من المساجد والأوقاف. الوجه الثاني: أن اليد النوعية - كاليدين الشخصية فيكون عنوان المسجدية - مخرجا للأرض عن ملكية المسلمين العامة كما إذا رأينا شخصا بيده أرض خراجية مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين بأمرهم فان يده تكون إمارة على الملكية له وإن لم يعلم السبب في كيفية ملكه لها.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٦

والرد على هذا الوجه: أن ذلك يتم فيما لو فتحنا الطريق لتملك الأرض الخراجية التي كانت عامرة حين الفتح ولم يبين ذلك فيما ذكره.

الوجه الثالث: أن هذه الأرض لو كانت من العامر حين الفتح فهذا الشخص يملكها ولكنه لا دائما بل إذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه. وأما لو كانت مواتا حين الفتح فهو قد ملكها بالإحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار والآن وحيث ذهبت الآثار نشك في بقاء الملكية فنستصحب الملكية المرددة بين الملكيتين فيثبت أنها الآن ملكك ولو زالت آثاره عنه. وقد أشكل السيد نفسه على هذا الوجه الثالث:

بأنه موقوف على إمكان تملك الأرض الخراجية ولو تبعاً، مع أنه لم تثبت الملكية حتى التبعية وأقصى ما في البين أنه على تقدير كونها عامرة حين الفتح يكون لمن هي بيده حق الاختصاص في تلك الأرض لا الملكية حيث قال: «إن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اخترناه من عدم ثبوت غير حق الاختصاص».

وأشكل شيخنا - دام ظله على هذا الوجه أيضا:

بأنه لو تم لكان استصحاب الملكية من قبيل استصحاب الكلي المردد بين مقطوع البقاء والارتفاع وهو ليس بحجة كما تعرض إليه شيخنا في مباحث الاستصحاب (١).

(١) الاستصحاب: مأخوذ من المصاحبة لغه.

وقد عرفه الأصوليون بتعاريف عديدة لعلها ترجع و ترمز إلى معنى واحد وهو إبقاء ما كان - كما صرح به الشيخ الأنصاري رحمه الله - أو هو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقاءه.

وحجية الاستصحاب ثابتة من العقل والنقل في الجملة.

وقد قسم إلى تقسيمات عديدة: منها - تقسيم المستصحب إلى كلي وشخصي وتفصيل ذلك أن المتيقن تارة - يكون الشك في بقاءه من جهة حصول الشك في بقاء ذلك الفرد ومثال ذلك ما لو علمنا بوجود زيد في هذه الدار صباحا وفي المساء حصل لنا الشك في بقاءه وعدمه وفي هذه الصورة يجري الاستصحاب للكلي وهو كلي الإنسان الذي كان موجودا في ضمن زيد كما يجري استصحاب نفس الفرد الذي هو زيد فلك أن ترتب آثار الكلي وهو الإنسان أو آثار الفرد وهو زيد.

و ثانية: يكون الشك في تعيين الفرد لتردده بين فردين: أحدهما مقطوع البقاء و الثاني مقطوع الارتفاع و يمثل لذلك بالحشرة الصغيرة التي لا طاقة لها على البقاء لأيام عديدة و بالحيوان الكبير - كالفيل - مثلا حيث يتحمل البقاء لأيام عديدة في محل خال من معدات الحياة.

فبعد مضي الأيام لو حصل لنا الشك في البقاء لما أمكننا استصحاب الفرد لعدم القطع بما كان لنستصحب بقاءه أو عدمه فلو كان الحيوان الكبير لاستصحبنا بقاءه و لو كان الموجود سابقا هو الحشرة الصغيرة لقطعنا بعدم بقاءه.

أما استصحاب الكلي و هو كلي الحيوان لو كانت هناك آثار خاصة تترتب عليه فقد وقع الخلاف فيه فالبعض من العلماء أجازه بينما منعه آخرون و ثالثة - يكون الشك من جهة الشك في قيام فرد آخر مقام ما كان موجود سابقا مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق و هذا - كما في المثال المتقدم - بعد العلم بموت الحيوان الصغير و لكننا نشك أنه عند موته هل حصل بمكانه الحيوان الكبير أو لا؟ و في هذه الصورة لا يجوز استصحاب كلي الحيوان و لا الفرد الخاص من الحيوان الصغير أو الكبير. أما الفرد فللقطع بارتفاع الأول و الشك في حدوث الثاني و منه يظهر عدم جواز استصحاب الكلي لأن الكلي قد ارتفع يقينا بارتفاع الفرد الأول و يشك في حدوثه في ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه. و ما نحن فيه - من قبيل القسم الثاني. و ذلك لأن هذه الأرض التي تحت يد هذا الشخص إن كانت عامرة حين الفتح كان مالكا لها، تبعا لمملكته للآثار التي أحدثها فإذا زالت الآثار زالت الملكية. و ان كانت خرابا حين الفتح و قد أحيها هذا الذي تكون بيده فهي من الأنفال و هي تملك بالأحياء فتكون الملكية على هذا مرددة بين مقطوع البقاء - لو كانت الأرض أمواتا و قد أحيها - أو مقطوع الارتفاع - لو كانت الأرض عامرة على التبعية - و لذلك لم يجز الاستصحاب كما تقدم بيانه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٧

تعقيب:

لا يخفى أن القول بالملكية التبعية متفرع - على ما ذكره السيد في البلغة - في الجهة الأولى و هي عدم جواز التصرف في هذه الأرض من العمارة و نحوها من البناء و المغروسات إلا بالإذن فإن لازم الإذن في تعمير هذه العرصه دارا هو كون

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٨

المعمر مالكا لنفس الأرض عند ما يحدث التعمير فيها و في الحقيقة يكون الإذن بتعميرها دارا منحلا إلى تملكها بالعمارة فيها فإذا ملك نفس العين بما لها من الآثار و لو تبعا صح له بيعها و يكون الحاصل أن الإذن بالعمارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الإذن بالتملك و لو تبعا لآثاره التي أحدثها فيها من البناء و المغروسات و حينئذ يكون مالكا للعين فيصح له البيع. نعم الإذن في تعمير هذه الأرض بجعلها صالحه للزراعة مثلا بحرثها و كرى أنهارها لا تكون لازمة الإذن في الملك لأن هذا النحو من العمارة ليس من الأعيان المملوكة كي تكون الأرض تابعة له في الملكية.

هذا تمام البحث في الأراضي العامرة يوم الفتح.

و أما ما كان من الأراضي خرابا يوم الفتح و قد فتح عنوة فسيأتي البحث عنه كاملا عند التعرض لحال الأنفال و أن مرجع ذلك كله الى الامام عليه السلام.

الخلاصة:

أن هذه الأرض العامرة يوم الفتح يكون مرجعها إلى الإمام من جهة التصرف بها سواء قلنا بأنها ملك للمسلمين أو أنها وقف عليهم أو اعتبرناها ملكا للجهة الإسلامية فإن ولاية التصرف في جميع ذلك تكون إلى الإمام عليه السلام في زمن الحضور و الى الفقيه الجامع

للشرايط في زمن الغيبة.

معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي:

و يكون هذا السؤال نتيجة ذكر الخلاصة المتقدمة فكيف تكون معاملة الإمام أو نائبه للناس في هذه الأراضي التي استولى عليها و مقتضى القاعدة الأولية هو أن يعامل الإمام عليه السلام من يعمل في هذه الأرض معاملة الملاك مع فلاحهم، و لناخذ على سبيل المثال الأرض الزراعية موضوعا لبحثنا فنقول:

إن الإمام يكون حكمه حكم المالك لهذه الأرض و هو بدوره يقوم بمزارعة
بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٢٩

الشخص الذي أقدم على هذه الأرض فيزارعه على حصه خاصة كما تضمنته مرسله حماد المتقدمة في قوله عليه السلام: «و يأخذ ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي و شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصاءهم على ما صالحهم عليه و يأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله و في مصلحه ما ينويه من تقوية الإسلام إلى آخر المرسله».

و مثل هذا ما جاء في صحيحة البرنطى من قوله عليه السلام:

«و ما أخذ بالسيف فذلك للإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله (ص) بخير قبل أرضها و نخلها» الحديث.

إذا فالموضوع يناط الى نظر الإمام في زمان حضوره و إلى الفقيه في زمان غيبته فهو الذي يتعاقد مع الشخص تبعا للمصلحة إلا أن هناك طريقة أخرى جرى عليها المتغلبون فأخذوا يقدررون مقدارا معيناً أطلقوا عليه اسم (الخراج) فيأخذون ذلك و يكون الباقي لمن بيده الأرض و قد أمضى أئمتنا (ع) ذلك.

و لكن هذا الإمضاء لا يتعدى كونه تقياً أو محافظة على كيان الإسلام أو لأجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا و ذاك.

و ليس الكلام في هذه الخصوصيات فقد مضى الأمر بما فيه و علينا ملاحظة الحال فعلاً لتصحيح أعمالنا و تعيين تكليفنا اليوم و نحن في غير زمان الحضور.

و حيث كان المرجع في هذا الزمان هو الفقيه الجامع للشرايط فلا بد من مراجعته لأنه ولي التصرفات في مثل هذه الأمور و لا بد لمن بيده أرض و لم يكن بمالك لها بل استولى عليها جديداً بواسطة الحكومات السابقة أو الجديدة من مراجعة الفقيه ليرى تكليفه في تلك الأرض.

هذا كله في التصرفات غير الناقلة كالزراع و كرى الأنهار و كلما يعود إلى تلك الأرض من التعمير و الإنشاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٠

التصرفات الناقلة:

كالبيع و ما شاكلة فقد أجازهم بعضهم، قال في بلغه الفقيه في هذا الصدد:

«القول بجواز بيعها مطلقاً عن ظاهر السبزواري في الكفاية و عن ظاهر مفتاح الكرامة» «١».

و قال في الجهاد من الكفاية في الأمر السابع قبل قوله القسم الثاني من الأرضين:

«السابع قال في المبسوط: لا يصح بيع شيء من هذه الأرضين» ثم أطال الكلام إلى أن قال:

«و الأقرب القول بالجواز ثم استدلل له بالعمل المستمر من المسلمين من غير نكير و بالأخبار الخاصة منها صحيحة الحلبي و غيرها».

و قال في مفتاح الكرامة «٢» «الظاهر جواز التصرف في أرض الخراج بالبناء و الغرس و المساجد و جواز بيعها تبعا للآثار بل الظاهر

جوازه في رقيتها كما في ظاهر الدروس و جامع المقاصد أو صريحها».

و قيل بجواز بيعها في خصوص زمان الغيبة و نسب إلى الدروس و استظهر منه في مفتاح الكرامة جواز بيعها مجردة عن الآثار. و قيل بجواز بيعها تبعاً للآثار مع بقاء الملكية بعد زوال الآثار و نقله السيد في البلغة عن المستند فراجع.

و على كل حال فالذى ينبغى أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول بجواز البيع فعلى من بيده الأرض منا المقلد لذلك المجتهد العمل بما يفتيه فيها حتى لو رأى أن يبيعها منه كان له ذلك و إن لم يجزه المجتهد الآخر.

(١) بلغة الفقيه ص ٥٧.

(٢) مفتاح الكرامة للسيد محمد جواد العاملى كتاب التجارة ص ٣٤٣.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٣١

إلا أننا نتمكن أن نقول إن اللازم يحتم على ذلك المجتهد الآخر الذى لا يرى جواز البيع فى مثل هذه الأراضى إمضاء ما صنعه غيره من البيع لأنه عمل صادر من مجتهد فلا بد من إمضائه لأنه من سنخ الأحكام الواجب إمضاؤها لا من مجرد الفتوى ليكون بإمكان المجتهد الآخر التخلف عن المتابعة فى الفتوى من حيث الإمضاء بل هو كما قلنا عمل صادر من مجتهد و هو من سنخ الأحكام التى لا بد فيها من المتابعة لأن الراد عليه راد على الله. و حينئذ فيكون هذا البيع و الجرى على طبقه أحد الطرق لتحكيم قاعدة اليد فى أمارية الملكية و يحكم بمقتضاها أن الأرض مملوكة لصاحب اليد فمن كانت فى يده أرض مما هو مفتوح عنه و كانت من قسم العامر يوم الفتح أمكننا الحكم بمقتضى يده بأنها ملك له لاحتمال كون هذه اليد منتقلة اليه و لو بوسائط عن شخص اشتراها عن مجتهد فى ذلك العصر بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلاً بجواز بيع مثل هذه الأرض الخراجية فإننا و ان خالفناه فى الفتوى لكنه لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يجز لنا نقض ذلك الحكم و كما لا يجوز لنا نقض حكمه لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع و نحوه فان نقض ذلك البيع و افتاناً بفساده يكون داخلاً فى الرد عليه إذ ليس ذلك البيع من قبيل الفتوى بجواز البيع لنقول إن فتوانا على خلاف فتواه فلا مانع من النقض بل هو عمل خارجى فلا بد من إمضائه و هذا نظير ما لو وقع ذلك المجتهد قسمة ميراث على طبق فتواه أو حكم فى مقام المنازعة فى الشبهة الحكمية على طبق فتواه فانا لا يجوز لنا نقض ذلك الحكم إلا إذا علمنا علماً وجدانياً قطعياً على خلاف مستنده فى ذلك الحكم أو فى ذلك العمل.

و ربما يقال: إن إلحاق العمل بالحكم فى عدم جواز نقضه، و إن سلمنا به إلا أن أقصى ما فى البين هو تحريم نقض عمل الغير و الإجهار بذلك. أما لزوم

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٣٢

ترتيب ذلك الأثر من المجتهد الآخر على وجه يصح له شراء تلك الأرض ممن اشتراها من ذلك المجتهد الذى يقول بصحة البيع فهو محل تأمل.

و من هذا العرض الذى بيناه عرفنا طريقاً لتحكيم قاعدة اليد فى الأمارية على الملكية، و هو يشمل مطلق الأرض المعمورة فى حال الفتح زراعية كانت أو غير زراعية.

و هناك طريق آخر يختص بغير الأراضى الزراعية من الدور و الخانات الحادثة بعد الفتح، بل حتى ما يكون موجوداً حين الفتح فلا يبعد القول بصحة بيعها استناداً إلى السيرة على تملكها دوراً و حوانيت و خانات و وقفها للذرية و مساجد و مدارس و ما شاكل ذلك، و هذه السيرة متصلة بزمان المعصومين عليهم السلام و يستظهر شيخنا - دام ظله - إمضاء هذه السيرة من قبلهم كما نشاهد ذلك فى معاملاتهم، و معاملات غيرهم من أصحابهم فى هذه البلدان كبغداد و الكوفة و سامراء بل و البصرة و الشام و غيرها من البلدان حيث كان أصحابها يسكنونها من دون ردع من الأئمة عليهم السلام على تلك التملكات، و لا على هاتيك المساجد و الأوقاف بل و ربما

باشروها- صلوات الله عليهم- و سكنوها أيضا من غير فرق في إحداث البناء بين أن يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها، أو يكون من مجرد الإذن في بنائها دارا، والذي بينا أنه ينحل إلى الإذن بالتملك إذ لو بقيت الأرض على حالها من كونها خراجية لكان اللازم ضرب ضريبة سنوية على معمرها ليكون ذلك من قبيل الإجارة، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دل على أنهم ملكوا الباني المعمر لها على حد إذنتهم في تعمير الأرض المباحة، و عليه فلو صححنا هذا البيع و هذا الإذن و لو من مجرد السكوت و عدم الردع منهم عليهم السلام صحح تملك الباني لتلك العرصه.

هذا كله فيما علمناه من أنه قد بنى في الأرض العامرة حين الفتح و أما لو لم يكن عامرا حين الفتح، بل كان من الموات فلا إشكال في كون مالك البناء مالكا للعرصة لكونه قد ملكها بالاحياء على ما هو مفصل في كيفية الإحياء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٣

هذا كله فيما بنى في زمن الأئمة عليهم السلام كبغداد و سامراء أو ما كان مبينا قبل الفتح كالشام و نحوها.

و أما ما بنى بعد ذلك كما في عصر الغيبة- كالحلة- مثلا فالأمر فيه سهل جدا، لأن المرجع في ذلك- كما تقدم بيانه- هو الفقيه الجامع للشرائط، و لا شك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك بل جروا عليه في دورهم و مدارسهم و غيرها.

و أما لو لم نعلم بالبناء سواء في حال الفتح، أو قبله أو بعده بل وصلت النبوة إلى الشك في العمارة حين الفتح أو شك في كونه مما فتح عنوة، أو علمت عمارته حين الفتح، و لكن احتملنا كونه عامرا بذاته نظير الآجام (١) و بطون الأودية و رؤس الجبال، بل كلما كان على حافتي نهر دجلة و الفرات و نحوهما من الأنهار حتى ما يكون حوالى عيون الماء في إيران في أكثر أراضيها، و نحو ذلك مما يكون صالحا للزراعة بنفسه إلا أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار، و عدم حيازته منهم إلى أن جاء الفتح- و هذا هو المقصود من قولنا عامرا بذاته فدخل فيما هو المفتوح عنوة و هو في حد نفسه ملك للإمام لكونه من الأنفال- كما سيأتى تفصيله إن شاء الله، فيكون هذا النحو خارجا عما دل على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين فإنه مختص بخصوص ما كان ملكا للكفار حين الفتح.

و لعل الموقع الذى بنيت فيه- بغداد- بل و- الحلة- أيضا من هذا القبيل فتكون أرضهما من جملة الأنفال، و حينئذ فتدخلهما الملكية و تكون اليد فيما كان من هذا القبيل محكمة فيه.

بل لو حصل لنا الشك في كونها كذلك لتكون من الأنفال القابلة للتملك أو كونها من جملة ما ملكه الكفار قبل الفتح فتكون غير قابلة لذلك، و تكون ملكا للمسلمين كان الشك المذكور كافيا في تحكيم اليد بل قد عد جماعة من

(١) الآجام جمع أجمه و هى الشجر الكثير الملتف.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٤

جملة الأنفال ما عمره الكفار. هذا حكم الأرض العامرة المفتوحة عنوة.

و أما القسم الثانى من الأرض، و هو ما عدى العامر من المفتوح عنوة و غيره مما يشمل عنوان الأنفال فنقول فيه:

الأنفال:

إشارة

و نقصد بهذا العنوان ما كان راجعا إلى الإمام عليه السلام و قد تعرض السيد- رحمه الله- فى بلغته فعددها «١».

الا أن الذى يهمنى التطرق اليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب سواء كانت مما فتح عنوة، أو كانت مواتا مما لم يفتح عنوة كما عليه

الإجماع، و دلت عليه النصوص الكثيرة.

و من تلك النصوص ما جاء فى صحيحه محمد بن يعقوب عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الأنفال ما لم يوجف عليها بخل و لا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، و كل أرض خربة أو بطون الأودية فهو لرسول الله (ص) و هو للإمام عليه السلام من بعده يضعه حيث يشاء» (٢).

و منها- ما تضمنته مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها عليه السلام: «و الأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها- إلى قوله- و كل أرض ميتة لا رب لها» (٣) و منها- ما جاء فى خبر أبى بصير: «لنا الأنفال قلت: و ما الأنفال؟ قال عليه السلام: منها المعادن و الآجام، و كل أرض لا رب لها و كل أرض باد أهلها

(١) بلغة الفقيه ص ٧٥.

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الأنفال حديث ١

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الأنفال حديث ٣

بحوث فقيهية (للحلى)، ص: ٢٣٥

فهو لنا» (١) و منها- ما جاء فى خبر إسحاق بن عمار من قوله عليه السلام: فى تعريف الأنفال: «و كل أرض لا رب لها» (٢). و منها- ما فى خبر محمد بن مسلم: «و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهذا كله من الفىء» (٣) و الأنفال لله و للرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يجب» (٤) إلى غير هذه من الروايات التى تعرض لها السيد فى بلغته حيث قال فى هذا الصدد (٥):

«هذا تمام الكلام فى عامرة المفتوحة عنوة، و أما مواتها فهى للإمام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة، بل الإجماع عليه مستفيض النقل مضافا إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الأرض من الأنفال للإمام عليه السلام و عمومها الشامل لموات العنوة و غيرها و إن كان معارضا بالعموم من وجه لعموم أخبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للمسلمين عامرة كانت أو مواتا إلا أنه مرجح على على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة و الإجماعات المستفيضة».

و قال فى أثناء كلام له (٦):

«إنه لم يقم دليل فى خصوص موات المفتوح عنوة أنها منتقلة من الكفار الى الامام عليه السلام بالعنوة كالمحياء المنقولة منهم إلى المسلمين بها بل الحكم

(١) نفس المصدر و الموضع حديث ٢٨

(٢) نفس المصدر و الموضع حديث ٢٠

(٣) الفىء مصدر فاء، و هو الغنيمة و الخراج

(٤) نفس المصدر و الموضع حديث ١٠

(٥) بلغة الفقيه ص ٦٧

(٦) بلغة الفقيه ص ٦٩

بحوث فقيهية (للحلى)، ص: ٢٣٦

بكونها للإمام عليه السلام مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له عليه السلام بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجه و مقتضاه بعد الترجيح أن ما كان للكفار من الأراضى، و ليس إلا المعمورة منها

منتقلة بالعبوة الى المسلمين، و أما الموات فمن أصلها للإمام عليه السلام و إلا كانت الأرض المفتوحة بقسميها محياتها و مواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العبوة، و احتجنا في إخراج الموات منها الى دليل خاص بالنسبة إليها بالخصوص» انتهى.

و عقب شيخنا الأستاذ- دام ظله- على هذا الموضوع:

بأننا نتمكن من القول بأن ما دل على أن المفتوح عبوة للمسلمين ظاهر فيما يكون مملوكا للكفار فيكون ذلك مختصا بما عمره الكفار فلا يشمل ما كان باقيا على الخراب الى ان جاء الفتح، و حينئذ يكون تقديم أدلة الأنفال على تلك الأدلة الدالة على كونها للمسلمين من قبيل الورد أو التخصيص فهي خارجة موضوعا فلا يحتاج تقديمها إلى عملية تعارض العموم من وجه، و توجيه التقديم بالإجماع، أو الشهرة أو نحو ذلك، و هذا أمر سهل و لعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم- رحمه الله- في قوله:

«و لعل إطلاق بعض الأدلة يقضى بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الامام عليه السلام و ان كانت محياة بنفسها، بل و ما كان منها في المفتوح عبوة تحكيما للإطلاق المزبور على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها، و لو بترجيحه عليه بناء على تعارض العموم من وجه بينهما بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما فضلا عن الترجيح بناء على أن إطلاقات المفتوحة عبوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكا للكفار و ليس بشيء من ذلك للأدلة المزبورة داخلا في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام- كما تقدم- نظير ذلك في موات المفتوحة عبوة» انتهى (١).

(١) بلغه الفقيه ص ٧٩

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٧

الخلاصة:

هي أن موات الأرض المفتوحة عبوة كسائر الأراضي الموات هي ملك للإمام عليه السلام و مقتضى هذه الملكية أنه لا يجوز التصرف فيها و لا تملكها إلا بعد حصول الأذن من الامام عليه السلام في حال الحضور أو بالأذن من الفقيه الجامع للشرائط.

و قد يعترض بأن التصرف في هذه الأراضي الموات لا يحتاج الى الأذن من الامام عليه السلام أو من الفقيه في زمن الغيبة لأمرين:

الأول- الأخبار المصرحة بأن ما كان للأئمة عليهم السلام فهو لشيعتهم و من البين أن ما كان بهذا اللسان من الأخبار يكون ظاهرا في تملك شيعتهم لتلك الأراضي. من دون توقف على الأذن الخاصة.

الأمر الثاني- الأخبار الدالة على التملك بالأحياء، حيث صرحت بأن من أحيى أرضا فهي له.

و أجاب شيخنا- دام ظله- عن هاتين الطائفتين بإمكان التصرف بها بالحمل على الأذن العامة في التملك بالأحياء، و معه لا حاجة الى الأذن الخاصة منه عليه السلام في حال الحضور، أو من نائبه في حال الغيبة. و لعله لأجل ذلك صرح المحقق القمي- رحمه الله- في أجوبة مسائله في باب إحياء الموات في السؤال عن أحيى قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الأنفال.

و لكن الذي يظهر من الشيخ كاشف الغطاء- قدس سره- أن للمجتهد الولاية عليها.

و لغرض إصلاح هاتين الطائفتين من الأخبار، لا بد لنا من التوجيه بما تقتضيه قواعد التعارض. فإن أخبار الإحياء تفيد الأذن العامة للشيعة و غيرهم و الطائفة الأولى تفيد الأذن لشيعتهم فقط لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٨

و الجواب عن ذلك: أن هذه الطائفة التي تفيد الإباحة لشيعتهم تكون حاكمة على تلك الأخبار، حكومة المخصص بالنسبة الى ما تقدمه من العموم.

فقد جاء في رواية مسمع بن عبد الملك قول الإمام أبي عبد الله عليه السلام:

كلما كان في أيدي شيعةنا من الأرض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طبق ما كان في أيديهم، و يترك الأرض في أيديهم، و أما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من الأرض حرام عليهم، حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم عنها صفره» (١) و أمثال هذه الروايات كثيرة فراجع.

و من ملاحظة هذه الرواية انفتح علينا باب جديد، و هو أنا ما نصنع مع هؤلاء الذين تملكوا الأرض و تصرفوا فيها، مع أنه عليه السلام يصرح بأن كسبهم في الأرض حرام عليهم.

و يجب شيخنا- دام ظله- عن ذلك:

بأنه لا- مانع من القول بأن اللازم علينا قبل ظهوره عليه السلام أن نعاملهم معاملة الملاك في أملا-كهم، و إجراء الأحكام على مساجدهم و سائر موقوفاتهم مما شاء معهم، فأنما مأمورون بذلك في زمان الغيبة.

قال السيد بحر العلوم في بلغته: «هذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا، و أما ما كان منه في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم عليهم السلام و في جواز انتزاعه من أيديهم مع الأمن من الضرر وجهان: من أنه مال الإمام عليه السلام في يد من لا يستحقه، و ظالم له في تصرفه و غاصب في قبضه و من أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره» (٢).

و الظاهر بحسب القواعد هو الوجه الأول و هو: كونه مالا للإمام إلا أن الانتزاع حتى مع الأمن من الضرر مرغوب عنه، بل أنا في عصر الغيبة مأمورون

(١) الوافي جزء ٦ مجلد ٢ باب ٣٣

(٢) بلغه الفقيه ص ٨٠

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٣٩

بالمعاملة معهم معاملة الملاك في أملاكهم- كما تقدمت الإشارة اليه- و هو الذي بنى عليه في البلغة فإنه- رحمه الله- بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال:

«و غيرهم لا يملكونها بالاحياء، لفقدان الشرط و هو الإذن بالنسبة إليهم و ان وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ما هي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوها من أمواله عجل الله تعالى فرجه» (١) نعم قد ذكر وجها آخر لآخبار التحليل بحمل التحليل فيه على أجره المثل للأرض، و استشهد على ذلك برواية الكابلي، عن الامام الباقر عليه السلام قال:

وجدنا في كتاب علي عليه السلام أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده إلى قوله:- فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي و له ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي- إلى قوله:- إلا ما كان في أيدي شيعةنا، فيقاطعونهم على ما في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم» الحديث (٢) و هكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام.

و فيها يقول: و كل ما كان في أيدي شيعةنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا، فيجيبهم طبق ما كان في أيديهم، و يترك الأرض في أيديهم، و أما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صفره (٣) و رواية يونس أو المعلى:

ما لكم في هذه الأرض فتبسم- الى قوله:- فما سقت أو أستقت فهو لنا و ما كان لنا فهو لشيعةنا (٤)

(١) نفس المصدر ص ٧٠

(٢) الوافي جزء ٦ مجلد ٢ باب ٢٣ ص ٢٣٨

(٣) تقدم ذكر هذه الرواية عن مسمع بن عبد الملك ص ٢٣٤

(٤) الوسائل جزء ٦ كتاب الخمس ص ٣٨٤ الطبعة الحديثة

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٠

و لا- يخفى أن هذه الروايات- خصوصا رواية يونس المتضمنة لقوله عليه السلام: فما سقت، أو أستقت فهو لنا، و ما كان لنا فهو لشيعتنا- ظاهرة في ملكية الشيعة لنفس العين غايته أنه عليه السلام عند ظهوره يأخذ الطسق منهم بخلاف غير الشيعة فإنهم يعتبرون غاصبين لا يملكون شيئا إذا فلا مناص إلا عن الأخذ بالوجه الأول.

خلاصة شاملة و عود الى الموضوع الأصلي:

بعد هذا العرض الذي مر علينا من بيان حكم الأرض المفتوحة عنوة و غيرها مما يشمله عنوان الأنفال أمكننا أن نستفيد الخلاصة التالية: إن الأرض سواء كانت خراجية، أو كانت من الأنفال فهي مما يقبل التملك بالطرق التي ذكرناها في كل من البابين. و يفتح عندنا باب تحكيم اليد في موارد الشك، و ان من كانت بيده ارض تكون يده حاكمة بأنها مملوكة له، و حينئذ يترتب عليها صحة تصرفاته في تلك الأرض من البيع و الوقف بأنواعه حتى ما كان من قبيل الأوقاف العامة: كالمساجد و المدارس و نحوها فيكون الحال في تلك الأراضي التي تحت اليد حال المملوكات الشخصية فإذا طرأ عليها الاستملاك من قبل الدولة، و أصبحت شوارع لعبور الناس و مرورهم فقد ذكروا لتصحيح هذا العبور وجوها: الأول- التخرج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها بناء على أن الأعراض عن الشيء من قبل مالكة يكون موجبا لانسلاخ الملكية عن مالك ذلك المعرض عنه.

و قد رد شيخنا- دام ظله- هذا القول بجوابين: أولا- إنه لم يعلم تحقق الأعراض من أصحاب الدور و المحلات بل غاية ما في البين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء و اليأس لا يعبر عن الأعراض بل هو غير الأعراض كما هو واضح.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤١

و ثانيا- إن الأعراض على تقديره لا يكون موجبا لانسلاخ الملكية حتى و لو صرح المالك بذلك و قال: «نفيت ملكيتي عنها» أو قوله: «أعرضت عنها» فان هذا التصريح لا يكون موجبا لزوال الملكية فكيف لو علمنا من حالة عدم الإعراض.

فان زوال الملكية له طرقه الخاصة المقررة من قبل الشارع المقدس كالباع و الهبة و نحوهما. و المفروض أن واحدا من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها. و لا دليل على أن مجرد الأعراض موجب لزوال الملكية.

الوجه الثاني- أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك و لو بشاهد الحال من أن صاحب الملك بعد ما رأى ما ابتلى به الناس من جهة العبور على ملكه فإنه يبيح لهم التصرف فيها و لا ينافي ذلك أنه يحقد على من غصبه ملكه و كان السبب في تهديم بيته و جعله في عرض الشارع.

و الجواب عنه:

إن هذا المقدار من شاهد الحال لا يصحح لنا العبور في الشوارع إذ ربما كان في البين صغيرا، أو وقف فكيف نحرز رضاء هؤلاء و هل يسرى شاهد الحال على هؤلاء؟

الوجه الثالث: أن يدعى لجواز العبور في الشوارع أن تغطي الأرض فرشاً من الآجر، أو السمنت أو القير و ما شابه ذلك، مما يعد تبليطا للأرض و حينئذ فإن ما توضع عليه القدم في أثناء العبور ليس هو نفس الأرض و إنما هو ما وضع عليها من أحجار التبليط، فلم يبق إلا العبور في الفضاء و ليس هو بتصريف في المملوك و ينظر لذلك بعبور الطائرات في الفضاء في المملوك للناس، و هكذا في رمي الحجارة من أحد الجانبين الى الآخر.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٢

و لكن شيخنا- دام ظله- ناقش هذه الدعوى من وجوه:

أولاً- إن العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يخلو من كونه تصرفاً في نفس الأرض.

و ثانياً- إن عدم عد العبور في الفضاء تصرفاً في ملك الغير لا يخلو عن تأمل و لعل ما يرى بحسب الارتكاز في الطائفة من عدم كونه تصوراً فلعله من جهة علوها الخارق على وجه يخرج الفضاء عن كونه مملوكاً، نظير العبور تحت الأرض مما يعد خارجاً عن المملوك المتعارف و أن حدوده بكونه من تخوم الأرض إلى عنان السماء فإنه لا يخلو عن تسامح، و المدار على الصدق العرفي، و هو متحقق في الفضاء الذي يكون داخل الدار و قريباً من سطحها الأعلى.

و ثالثاً- إنه لعل منشأ التسامح في مثال الطائفة، و رمى الحجر هو عدم اهتمامهم بذلك التصرف إذ لا يقدر بالمالية لقلته و حقارته، لا أنه ليس بتصرف و لأجل ذلك يمنعونه أشد المنع لو كان بقائياً كما لو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر جسراً من أحدهما إلى الأخرى و بنى عليه طابقاً. بل لو عبر بالطائفة لكن عند الوصول إلى فضاء الغير سكن حركة الطائفة، بنحو تبقى معلقة في الفضاء، أو تهبط و تعلو و على أي حال إن هذا الذي يتسامحون فيه هو التصرف العبوري السريع سواء كان لأجل المسامحة فيه، أو كان لأجل أنه لا يعد تصرفاً في نظرهم أما لو جلس في ذلك الطريق أياماً أو بنى فيه محلاً، أو صلى فيه كل ذلك غير داخل في العبور المذكور.

الوجه الرابع: من وجوه تصحيح العبور أن يقال: إن هذه أموال لا يمكن إرجاعها إلى أصحابها، و حينئذ يجري عليها ما ذكر الشيخ الأنصاري في مكاسبه حيث قال «١»: «ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلاً حكم جهالة

(١) المكاسب المجرمة ص ٧١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٣

المالك، و تردده بين غير محصورين في التصديق استقلالاً أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة و منهم المحقق في الشرائع و غيره». أما المحقق- رحمه الله- فقد قال في هذا الصدد حسبما يشير إليه الشيخ في عبارته المذكورة «جوائز السلطان إن علمت حراماً بعينها فهي حرام و إلا فهي حلال فان قبضها أعادها على المالك، و أن جهله أو تعذر الوصول إليه تصدق بها» «١». و الذي يظهر من عبارة الشيخ في مكاسبه- حسبما تقدمت- أن المال الذي لا يمكن إرجاعه إلى صاحبه المعلوم يكون بحكم مجهول المالك و حينئذ فلا بد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي.

و لكن شيخنا الأستاذ- دام ظله- رد هذا الوجه بأن ما ذكره الشيخ الأنصاري إنما هو في المال الذي يكون تحت يد الإنسان في الوقت الذي يكون صاحبه معلوماً، و لا يمكن إرجاعه إليه دون ما لم يكن تحت يده بل كان تحت يد الغاصب الجائر كما فيما نحن فيه من الشوارع المفتوحة من قبل الحكومة.

خامساً- أن يقال: بإباحة العبور في هذه الأراضي، لأنها أرض غير مسورة و ليست بمحجبة ليمتنع العبور فيها، و يستشهد لذلك بما في العبور في بساتين الناس و أراضيهم الواقعة فيما بين النجف و كربلاء- مثلاً- بل و في كل مكان فإن السيرة جرت على الاستطراق في تلك الأراضي مع عدم مراجعة المستطرقين لمالكها لتحصيل الأذن لهم بذلك.

و يحدثنا شيخنا- دام ظله- أنه كان قد سمع ذلك من المرحوم السيد أبو الحسن الأصفهاني- في معرض الحديث عن العبور في الشوارع المستحدثة من قبل الدولة، و كان تعبيره باللفظ الفارسي كما يلي: (زمينهايكه در و ديوار

(١) الشرائع- كتاب التجارة ص ٩٧ المسألة السادسة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٤

ندارد عبور و مرور از او جائز است) أى إن الأراضى التى ليست مسورة و موبوءة لا مانع من العبور فيها.

و الجواب عن هذا الوجه الخامس:

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للإنكار، و لكن الكلام فى منشأ هذه السيرة و هو على نحوين:

فمرة- نقول: إن المنشأ لذلك إنما هو إحراز العابرين لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال، و لو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلانية على رضا المالكين بمبور الناس فى أرضهم إلا أن هذا ليس بنافع، لأن لازمه الامتناع عن العبور فى الصورة التالية. لو صرح المالك بعدم الرضا فى الاستطراق بأرضه و لو كان فى البين وقف، أو لو كان فى البين قاصر. فكيف يسوغ للإنسان العبور فى هذه الصور؟ و ثانية: يكون منشأ السيرة وجها آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المتعين فى البين و هو:

أن الشارع المقدس- تلطفا منه، و رعاية للمنة على عبيده- قد جعل حقا للغير بهذا النحو من الملكيات المتسعة الحاصلة بالحيازة، أو الأحياء و لا حق للمالك أن يمنع الناس من هذه التصرفات الخفيفة، كالعبور فى أراضيه، أو الشرب من النهر الذى كراه لإيصال الماء إليه، أو الوضوء و الغسل، و الغسل من ذلك الماء حيث لا تضر هذه التصرفات بمالكية المالك لتلك الأراضى و الأنهار. و ان الشارع المقدس- حيث أنعم على هؤلاء بهذه الأراضى و ما شاكلها- لم يكن ليغبط حق الضعيف، و حق النوع البشرى من الاستفادة بهذه الأرض بهذا المقدار من الاستفادة الخفيفة، و لا أقل من اتصال هذه السيرة بالأئمة المعصومين من أهل البيت عليهم السلام و عدم ردعهم عنها.

و فى مكان آخر: نرى الشارع المقدس راعى حق الغير فأباح للمارة أكل

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٥

الثمرة الواقعة فى عرض الطريق- كما صرحت به الاخبار- و من تلك الاخبار ما ورد عن الامام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام فى جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول: «أمر بالثمره فأكل منها قال: كل و لا تحمل» (١).

و زاد فى أحد طرقه (قلت: جعلت فداك أن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم. قال: اشتروا ما ليس لهم).

و من التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق فى منع المارة من الأكل من تلك الثمار، و ليس له أن يمنعهم من حقهم الذى جعله الله لهم فيها.

و فى مكان آخر يسأل السائل الامام الصادق عليه السلام أيضا (إن الرجل يمر بالبستان، و قد حيط عليه، أو لم يحيط عليه هل يجوز أن يأكل ثماره؟- الى قوله- قال عليه السلام: لا بأس أن يأكل و لا يحمله و لا يفسده» (٢).

و رواية ابن أبى عمير سأله عن الرجل: «يمر بالنخل أو السنبل أو التمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة قال: لا بأس» (٣).

و فى رواية عبد الله بن سنان يقول الامام الصادق عليه السلام: (لا بأس بالرجل يمر بالثمره و يأكل منها، و لا يفسد قد نهى رسول الله- ص- من أن تبنى الحيطان فى المدينة لمكان المارة. قال: و كان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخربت لمكان المارة» (٤).

كل هذه الاخبار، و غيرها ظاهرة بعد ضم بعضها الى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس فى هذا النوع من الأملاك بدرجته أنه يجوز الأكل حتى و لو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان و من هذا المجموع نفهم

(١) الوافى مجلد ٣ جزء ١٠ ص ١٤٤

(٢) نفس المصدر ص ١٤٥

(٣) نفس المصدر ص ١٤٥

(٤) الوافي - مجلد ٣ - جزء ١٠ ص ٤٤

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٦

نقطة أخرى، و هي أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة، و التي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة، و ليست بمطلقة فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها، و يملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح و مسلم. و لكنه لا ينفعا للعبور فيما نحن في صدد بحثه من الشوارع، و الطرق المستملكة من دور الناس و محلاتهم، فإن الملكية لهذه الدور و المحلات لم تكن مقيدة بالاستطراق فيها لأن المسوخ لذلك فيما لو كانت الملكية طارئاً على وجود حق الاستطراق و الاقتطاف، و حينئذ فتكون ملكيته من أول الأمر مقيدة بوجود هذا الحق.

و حينئذ فلا تكون السيرة شاملة لما نحن فيه من الشوارع الجديدة المستحدثة من قبل الدولة:

و سادساً- ما ذهب اليه بعض الأجلة من الماضين، و يعتقد شيخنا- دام ظله- أنه المرحوم الميرزا محمد تقى الشيرازى من إجازة العبور في هذه الشوارع نظراً إلى المصلحة العامة، و يتولى الحاكم الشرعى باعتباره ناظراً في تلك المصلحة إجازة الأرض عن أصحابها لأجل عبور الناس و مرورهم، و هي منفعة ضئيلة لا تقابل إلا بشيء قليل من المال و يصرف ذلك المال في سبيل الله عن أصحاب تلك الأرض سواء كان المالك لها قاصراً أو موقوفاً عليه.

و إن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشيء قليل من المال عن أصحاب تلك الأرض، و ذلك يكون كافياً لعبوره و مروره إلى الأخير.

و لكن بإجازة من الحاكم الشرعى. و قال شيخنا الأستاذ دام ظله- إن هذا الوجه هو الأحوط بعد انسداد تلك الطرق الخمسة نعم أنه يحتاج إلى إثبات ولاية الحاكم الشرعى و عمومها لما يتوقف عليه النظام و قد حققنا في محله عدم قصور أدلة ولاية الحاكم عن مثل ذلك و إن منعنا منها فيما لا يتوقف عليه الانتظام كالحدود و نحوه مما هو من خصائص الإمام- عليه السلام.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٤٧

المساجد الواقعة في الشوارع

إشارة

«١» بعد ما عرفنا حال الفضلات الباقية من الدور و الحوانيت، و الخانات فلا بد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التي تقع كبقية الدور في الشوارع و ما يجرى عليها من الأحكام.

ما هي المسجدية؟

و لمعرفة ما نحن بصدد بحثه لا بد لنا من النظر الى حال المسجدية- و أن زوال عنوان المسجدية- بحسب النظر العرفي- هل يكون موجبا لانسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعى أيضاً؟.

أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة، بل هي باقية على حالها و ان انسلخت المسجدية بحسب النظر العرفي؟.

و طبعي أن القول بتبعية الانسلاخ الشرعى، إلى الانسلاخ العرفي يستلزم سقوط جميع الأحكام التي كانت مترتبة على هذه الأرض حال كونها مسجداً و حينئذ يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية كالأراضي الخرابية فتعود ملكاً لمن أحيها، و عليه فلا مانع من تملكها لكل أحد من دون احتياج لمراجعة الحاكم الشرعى و لا أقل من الاستئجار منه، أو الشراء لأن الجميع في جهة التملك على حد سواء، فان من أحيى أرضاً فهي له.

و من هذا يتضح لنا الفرق بين المساجد و الموقوفات التى تؤول إلى التلف بحيث يزول عنها العنوان، فان انسلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهه وقفيتها و إذا

(١) هذا البحث و ما يليه من البيع، و الكنائس، و مقابر المسلمين مقتبس مما كتبناه فى درس الفقه على العروة الوثقى من محاضرات شيخنا الأستاذ- دام ظله- عند التعرض لحال المساجد و المشاهد المشرفة.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٤٨

بطلت جهه الوقفية فيها فلا بد من رجوعها إلى مالکها الأصلی.

و هذا بخلاف المساجد فان مجرد طرو الوقف عليها يكون موجبا لتحريرها و انفكاكها عن ملك مالکها الأصلی فتكون مباحة لو طرء عليها ما يزيل عنها جهه مسجديتها، و يشترك جميع المسلمين بهذه الإباحة من غير خصوصية للمالك الأصلی لخروجها عنه و عن ملكيته بمجرد الوقف.

هذا الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للانسلاخ بحسب النظر العرفی.

و أما القول بعدم الانسلاخ- بحسب النظر الشرعى- تبعاً لزوال المسجدية- بحسب نظر العرف- فيترتب عليه بقاء جميع الأحكام الشرعية التى كانت مترتبة على عنوان المسجدية، و ان لم يكن ذلك الموضع مسجداً عند العرف لاندراست آثاره.

أما شيخنا الأستاذ- دام ظله- فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع فى هذا المورد، بل تكون آثار المسجدية شرعاً باقية حتى و لو زالت عنه بحسب النظر العرفی. بتحقيق أن المسجد لا- يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية و التى اعتبرها العقلاء و أمضاء الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلانية الممضأة من قبل الشارع المقدس، و التى لا يطرئها الجعل مرة ثانية، و هذا المقدار لا ينعدم بمجرد خرابه، و زوال مظهره الخارجى. ذلك لان العناوين المجعولة:

منها- ما يطرئها الجعل مرة ثانية فيزول ما جعل أولاً ليحل محله العنوان الجديد، و هذا كما فى- الزوجية و الرقية- فإن الرقية يمكن أن يطرئها الجعل فتزول بجعل الحرية، و قول المالك- أنت حر- و كذا الزوجية فإنه يمكن زوالها بجعل الطلاق ممن أخذ بالساق.

و منها- ما لا يطرئها الجعل مرة ثانية. و هذا كما فى الحرية الطارئة بعد الرقية

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٤٩

لأن الحر لا يعود رقاً بعد صيرورته حراً.

و من هذا القبيل عنوان المسجدية فإن المسجد بعد جعله و اعتباره مسجداً لا يمكن أن يعود إلى حاله الأول قبل صيرورته مسجداً و إن زالت آثاره بحسب النظر العرفی. إذا فتكون نتيجة هذا رأى هو بقاء جميع الأحكام السابقة و التى كانت مترتبة على المسجد قبل انهدامه من غير فرق بين السابق و اللاحق.

الفرق بين وقف المساجد و الوقف على المسلمين:

و مما تقدم يعلم أن وقف المساجد ليس من قبيل الوقف على المسلمين ليصلوا فيه ليكون عدم الصلاة، و عدم المصلين و فقدانهم من قبيل تعذر الجهة الموقوف لأجلها.

كما أنه ليس من قبيل الإخراج عن الملك- كالإعراض- ليبقى جائز التملك و فى الوقت نفسه ليس من قبيل التحرير لأجل صلاة المسلمين فيه، ليكون أيضاً من موارد تعذر الجهة الموقوف لأجلها عند فقدان المصلين فيه، بل أن المسجدية- كما قلنا- ليست إلا عنوان اعتبارى عقلائى، و قد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان، و ذلك الاعتبار و لا يرتفع هذا النوع من الاعتبار و الإمضاء، بل يكون باقياً حتى و لو زالت الآثار الخارجية.

الآثار المرتبة على بقاء عنوان المسجدية:

و حيث اختار شيخنا- دام ظله- بقاء المسجدية الشرعية فإن آثار المسجد تكون باقية بأجمعها، و أشخص تلك الآثار هو عدم جواز التنجيس لتلك الفضلات التي تقع في الشوارع، و يجب تطهير ما تنجس منها. أما بقية الآثار: كالانتفاع بما بقى من المسجد من جعله دارا، أو محلا للسكنى، أو الكسب، أو الزرع و ما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥٠

و لكن الميزان الاولى فيها- أن لا- يكون ذلك الانتفاع منافيا للمسجدية و إن لم يكن بعمله ذلك مزاحما للمصلين. أما لو نافي ما عمله لعنوان المسجدية فهو غير جائز، و لكن لا يترتب عليه آثار الغصب، بل و لا أى ضمان للمنافع لما تبين من عدم المضمون له فى البين، و إن المنفعة غير مملوكة له. و لذلك لا يجوز إيجاره على الغير لأن هذا المتصرف لا يملك ما تصرف به، و لا يملك منفعته بل غاية الأمر أن لا الانتفاع بما لا ينافى المسجدية، و هذا وحده لا يكون مصححا للإجارة.

و تظهر ثمره القول بالغصب فى هذه الصورة و عدمه فى موارد منها الصلاة فى ذلك المحل فإنه لو كان غاصبا لكانت صلاته قد وقعت فى محل مغضوب، أما على القول بعدم الغصب فتكون صلاته قد وقعت مع فعل محرم قد صدر منه.

و الآن و حيث اختار شيخنا الأستاذ- دام ظله بقاء عنوان المسجدية الشرعية، فلا بد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد و عدم جواز تنجيسها- كما عرفته.

و لكن السيد الطباطبائي- فى عروته- ذهب إلى التفكيك بين هذين الحكمين فقال: «إذا تغير عنوان المسجد بان غصب، أو جعل دارا، أو صار خرابا بحيث لا يمكن تعميره، و لا الصلاة فيه ففى جواز تنجيسه و عدم وجوب تطهيره كما قيل اشكال، و الأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثانى» (١).

و هذه العبارة تعطينا بالنظر الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس و وجوب التطهير إلا أنه (قدس سره) بهذا الإضراب المتمثل فى قوله «بل وجوب الثانى» يختار إلحاق عدم جواز التنجيس بوجوب التطهير. و من المعلوم أنه لا وجه للتفكيك بين هذين الحكمين: حرمة التنجيس، و وجوب

(١) العروة الوثقى بحث المساجد و المشاهد المشرفة مسألة ١٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥١

التطهير فمن يقول: بانسلاخ المسجدية الشرعية إضافة إلى الانسلاخ العرفى فلا بد له من القول بارتفاع كلا هذين الحكمين. فلا يجب التطهير و لا يحرم التنجيس.

و أما لو قلنا: ببقاء المسجدية الشرعية- كما هو رأى شيخنا- دام ظله- حتى و لا زالت المسجدية العرفية فإنه لا وجه للتفكيك أيضا لأن هذه البقعة من الأرض لا تزال مسجدا، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها، أو على الأخص لو استفدنا من الأدلة القائلة (جنبوا مساجدكم النجاسة) (١) و ما مائلها لهذا النوع مما ذهب مسجديته العرفية، و بقيت مسجديته الشرعية فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها لأن هذه القطعة من الأرض مشمولة لهذه الأدلة الآمرة بتنجيب المساجد عن النجاسة.

هذا لو علمنا شمول الأدلة لتلك أو عدم الشمول. و حتى لو حصل لنا الشك و لم نعلم بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للمسجدية العرفية فأیضا لا- يجوز التفكيك بل لا- بد من وجوب التطهير، و عدم جواز التنجيس تمسكا بالاستصحاب القاضى بذلك ببيان الاستصحاب: أن هذه الأرض كانت قبل أن يطرئها الخراب محطا لكلا هذين الحكمين: عدم جواز التنجيس، و وجوب التطهير. و الآن نشك فى بقاء هذين الحكمين، و بمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الأرض بعينها الآن أيضا لا يجوز تنجيسها، و يجب تطهيرها

إذا فعلى جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين بل الحال فيهما واحد، فاما أن يرتفعا معا أو يتحققا معا. ولم يكن السيد الطباطبائي - رحمه الله - الوحيد الذى يفتح باب التفكيك بل أن شيخنا الأستاذ المرحوم النائنى أيضا ذهب إلى القول بالتفكيك لذا قال

(١) الوسائل كتاب الصلاة، أحكام المساجد باب ٢٤ حديث ٢.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٥٢

فى حاشيته على عبارة العروة المتقدمة.

«إذا خرج عنوان المسجديّة، و بطل رسمه بالكلية، فالأظهر عدم وجوب تطهيره، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن اشكال». و لا شيء على المرحوم النائنى - قدس سره - فى هذا التفكيك حيث استظهر عدم وجوب التطهير خلافا للاستصحاب القاضى بوجوبه ذلك لأنه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليقى، لأن وجوب التطهير فى السابق كان معلقا على تحقق النجاسة - بمعنى أنه إذا تنجس يجب تطهيره - و مما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائنى - قدس سره - لا يرى صحة الاستصحاب إذا كان تعليقا، و لا مجال لنا فى هذه العجالة لبيان الوجه الذى يستند عليه الشيخ المحقق النائنى - رحمه الله - لعدم حجية الاستصحاب التعليقى «١» و على أى حال فحيث كان المرحوم النائنى يرى عدم حجية الاستصحاب التعليقى فلم يقل هنا بوجوب التطهير. و لكن الذى ظهر من عبارته المتقدمة هو إجراء الاستصحاب، و التمسك به بالنسبة إلى الحكم الثانى، و هو عدم جواز التنجيس على إشكال فى ذلك. و لعل منشأ الأشكال فى حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب قاضيا بذلك هو عدم معرفته موضوع هذا الحكم - و هو عدم جواز التنجيس - فهل الموضوع فيه هو المسجديّة العرفية؟ و من البين أنها قد زالت لأن العرف لا يرون هذا الطريق مسجدا الآن، و إن كان فى السابق مسجدا و بزوال المسجديّة عندهم تزول جميع الآثار المترتبة عليها كما فى - إكرام الشخص العادل - فان عدم

(١) لقد تعرض شيخنا الأستاذ - دام ظله - لبيان وجهة نظر أستاذه المرحوم الشيخ النائنى فى عدم حجية الاستصحاب التعليقى فى دروس الفقه على العروة الوثقى و لا مجال لنا هنا للتعرض الى ذلك و قد تعرض لهذا البحث فى الجزء الأول من دليل العروة الوثقى ص ٥٠٢ تقريرات شيخنا الأستاذ لمؤلفه العلامة الشيخ حسن سعيد الطهرانى بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٥٣

الإكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقا.

أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو ذات المسجديّة و عنوان المسجديّة حالة من الحالات الطارئة على الذات. و حينئذ فزوال الحالة لا- يكون موجبا لزوال تلك الأحكام الواردة عليها المفروض بقاؤها، و تبعا لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها- كما هو الحال- فى الماء الذى تنجس بالتغير فان زوال هذه الحالة لا يكون موجبا لزوال الحكم، و هو النجاسة لذلك الماء. هذا هو منشأ الاشكال.

إلا أن الوجه فى جريان الاستصحاب، هو أن هذا الحكم و هو حرمة التنجيس كان ثابتا قبل هذا الحال، و عند الشك فى بقاءه الآن نستصحب فيثبت لنا عدم جواز التنجيس.

إلا- أن الاشكال فى هذا النوع من الاستصحاب واضح لاند الشك كان فى بقاء الموضوع، و مع الشك فى بقاء الموضوع لا يجرى الاستصحاب.

على أنا نتمكن من القول بان الاستصحاب فى طرف وجوب التطهير تنجيزى و ليس بتعليقى - كما يراه المحقق النائنى - رحمه الله - و تقريبا ذلك- يظهر لنا مما بيناه سابقا- من أن حرمة تنجيس المسجد، و وجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه

رأى شيخنا الأستاذ- دام ظله- أخيراً و هو «المنع من تقريب النجاسة إلى المسجد حدوثاً و بقاء».

و إن شئت فقل: أن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائماً، و عصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين. الأول- أن يعمد المكلف إلى تنجيسه.

الثاني- أن يترك المكلف تطهيره.

إذا فليس التكليف إلا واحداً، و إنما الاختلاف في طرق عصيانه و عليه

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥٤

فليس البين تكليف شرعي بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقاً، و يتبين منه أن وجوب التطهير كحرمة التنجيس تنجزى، و حينئذ فيجرب الاستصحاب في الطرفين.

و لجريان الاستصحاب، و عدم جريانه، و معرفة إمكان التفكيك بين هذين الحكمين: وجوب التطهير، و عدم جواز التنجيس لا بد من ملاحظة المسجدية في نظر العرف، و معرفة حقيقتها و هي لا تخرج عن واحد من ثلاث.

فأما أن تكون موضوعاً.

و أما أن تكون حالة.

و إما أن تكون علّة.

أما لو كانت موضوعاً- فلا معنى لبقاء الحكم لأنه ذاهب بزوال موضوعه فلا معنى لجريان الاستصحاب حينئذ.

و أما لو كانت حالة- فلا إشكال في بقاء الحكمين، و لو حصل الشك كان الاستصحاب جارياً.

و أما لو كانت علّة- بحيث كان العرف يرى بأن المسجدية علّة لطرو الحكم على الذات فيحينئذ يفتح علينا مورد جديد للبحث فيه و النظر إلى هذه العلّة فهل هي علّة محدثة، أو مبقية؟ بمعنى أن العلّة تارة: تكون بنحو إذا حصلت فالحكم لا يكون وجوده منوطاً ببقائها، بل يكون باقياً حتى و لو زالت العلّة التي كانت سبباً في حصوله، و تكون العلّة حينئذ محدثة و مبقية.

و ثانياً: تكون علّة ما دامية و تسمى علّة محدثة فقط و معنى ذلك أنه لا بد لبقاء الحكم من وجودها و إلا فزوالها يزول الحكم، و يكون وجود الحكم في هذه الصورة دائراً حول وجود العلّة في الحدوث و البقاء.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥٥

و العرف مع هذه العلّة، و هي المسجدية فإن عرف نوعيّة هذه العلّة، و أنها من أى قسم من المحدثّة، أو المبقية فقد انتهت المشكلة و على ذلك يرتب الحكم الشرعي.

و أما لو حصل الشك من نوعيّة هذه العلّة، و هل أنها محدثة أو مبقية؟

و التمس علينا الأمر جاء دور الاستصحاب ليكون هو المرجع- في هذه الحالة- فيقال: إن هذه الذات كانت محكومة بحرمة التنجيس و وجوب التطهير عند ما كانت مسجداً قائماً معموراً و الآن و بعد طرو الخراب عليها نشك في بقاء ذلك الحكم بعد زوال العلّة، و التي هي معموريته فنستصحب وجود الحكم و يثبت لنا بفضل ذلك تحريم التنجيس و وجوب التطهير.

و الآن و بعد هذه الجولة عرفت أنه لا مجال للتفكيك بين الحكمين المذكورين فلا وجه لما ذهب إليه المحقق النائيني- قدس الله سره- بل وجوب التطهير و عدم جواز التنجيس محكوماً بحكم واحد، فاما الارتفاع معاً، أو البقاء معاً.

و لكن بعض الأجلة من الأعلام ذهب إلى التفكيك بين الحكمين مستندلاً عليه بوجه آخر. و بيانه:

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع، و دليل عدم جواز التنجيس لفظي، و إذا وصلت النوبة إلى أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع فإن القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه عامراً، و أما شموله لما نحن فيه حيث زالت الآثار و المعالم الدالة على المسجدية، فهو محل توقف و لأجله ثبت التفكيك بين الحكمين، وجوب التطهير، و حرمة التنجيس.

و يجب شيخنا الأستاذ- دام ظله- عن هذا الدليل:

بأن دليل كلا هذين الحكمين لفظي، وليس وجوب التطهير قد استفيد من دليل لبي- كما تقدم من ثانيا البحث.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥٦

وقد يعترض بأن دليل كلا هذين الحكمين لبي مستفاد من الإجماع إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى إِنَّما الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ «١» و غير هذه الآية مختص بالمسجد الحرام، لأن هذه أحكام مختصة بذلك المسجد فلا يقربوه، و أما بقية المساجد فأحكامها مستفادة من الإجماع، و من الواضح أن القدر المتيقن من الإجماع ما كان المسجد فيه معمورا. أما ما طراه الخراب، و التغيير فالجاري فيه هو الأصول و لكن الجواب عن هذه الدعوى واضح- لما تقدم بيانه- من أن دليل كل من هذين وجوب التطهير و حرمة التنجيس مستفاد من الأدلة اللفظية و الأدلة اللفظية لا تفرق بين ما كان عامرا أو خرابا.

البيع و الكنائس و ما يتبعها

إشارة

و يتضمن البحث في هذه الجهة عن البيع، و الكنائس، و ما جرى على شاكلتها من معابد اليهود و النصارى، من حيث إلحاقها بالمساجد و النظر من وراء ذلك فيما إذا وقعت في الشوارع، أو بقيت منها فضلات يمكن الاستفادة منها كحوانيت و ما شابه. و طبيعة هذا البحث تقتضى تقسيم الموضوع إلى قسمين: مرة: نتكلم عن البيع و الكنائس الموجودة قبل وجود الدين الإسلامي الحنيف. و ثانية: فيما استحدث من ذلك بعد الإسلام.

البيع و الكنائس قبل الإسلام:

و لا بد لنا من معرفة حقيقة هذه البيع، و هل أنها تشترك مع المساجد في حقيقة واحدة لتجرى عليها ما تحكم به المساجد، أم أنهما حقيقتان مختلفتان

(١) التوبة آية ٢٩.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٥٧

فتكون الأحكام الواردة على كل منهما مخالفة لما تقيدت به الطائفة الثانية؟

و يختار شيخنا الأستاذ- دام ظله- الرأي القائل باختلاف حقيقة كل من هذين البيع و الكنائس من جهة، و المساجد من جهة أخرى فليس المسجد هو عين حقيقة البيعة أو الكنيسة، بل هذه و أمثالها اتخذت محلا للعبادة لهم و مجرد هذا المقدار لا يكفي لإجراء أحكام المسجدية على معابدهم، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلا خاصا للعبادة لأمكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجدا، و لا- ينافية أخذهم له مكانا للعبادة إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية و اعتبار كون ذلك مسجدا بل مجرد معبد فلا تجرى الأحكام الواردة على المسجد عليها. فلا يجب تطهير ما تنجس منها، و لا يحرم تنجيس ما كان طاهرا و لا يتقيد بالانتفاع بما بقى منها بما ينافي العنوان الذي كانت عليه قبل أن يحصل الخراب لأن هذه الأرض ليست بمسجد و لا تجرى عليها أحكام المسجدية.

هذا ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ- دام ظله- من كونهما من الحقائق المختلفة.

و لذلك يتخرج من يرى اتفاقهما في الحقيقة، و ان حقيقة البيعة هي عين حقيقة المسجد حيث يدعم هذا القول بأن الشائع التعبير عن

البيع و الكنائس بمساجد اليهود و النصارى، و إن ما حصل من الاختلاف فإنما هو فى الاسم لا أكثر، و الحراجة فى ذلك انه من المعلوم أن للمساجد أحكاما مترتبة عليها و ليست هى بمقتصرة على حرمة التنجيس، و وجوب التطهير، بل هناك جملة الأحكام الأخر فهل يشترك الجميع فى هذه الأحكام؟ و طبعى أن الاشتراك المذكور يتوقف على العموم المتكفل لسراية الأحكام، أو وجود إطلاق يدل على الشمول.

أما فى صورة عدم وجود ما يدل على الشمول من إطلاق، أو عموم فلا بد من التزل إلى الإجماع، و لا بد لنا من الأخذ بالقدر المتيقن منه و لا يتعدى القدر

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٥٨

المتيقن عن الاختصار على مساجد المسلمين لا غير و ربما كان هذا التردد فى أن البيع و الكنائس هل تتفق حقيقة مع المساجد أولا؟ و على فرض كونهما من حقيقة واحدة فهل فى البين ما يدل على الشمول من عموم أو إطلاق أولا؟ هو الذى دعا السيد الفقيه الطباطبائى - قدس سره - أن يتوقف بالنسبة إلى تنجيس مساجد اليهود و النصارى حيث قال «فى جواز تنجيس مساجد اليهود و النصارى إشكال» (١).

و ربما يشكل علينا بالمساجد الثلاثة (المسجد الحرام) و (المسجد الأقصى) و (مسجد الكوفة) فيقال: بأن هذه المساجد و خصوصا المسجد الحرام و الأقصى ليست من المساجد المستحدثة فى عهد الإسلام بل هى مساجد قديمة و ثابتة من عهد إبراهيم الخليل - عليه السلام - إذا فهى ثابتة قديما و ليست من مستحدثات شريعتنا الإسلامية و عليه فما هو الموجب للتفكيك بينها و بين البيع، و الكنائس التى أوجدت قبل الإسلام و لا بد من توحيدها فى الحكم من جميع الجهات. و يجب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن ذلك:

بأن هذه المساجد الثلاثة كانت، و لا تزال مساجد من القديم من يوم خلق الله عز و جل هذه الأرض، و أوجدتها، و لم يكن بناء سعد بن أبى وقاص إلا من المصادفة حيث أوقع البناء على تلك القطعة التى اختارها مسجدا للعبادة من الأزل، و مع ذلك فلا ملازمة بين هذا و بين إجراء أحكام المساجد على البيع و الكنائس لاختلاف الحقيقتين كما عرفته، و لا ينافيه اشتراك الجميع فى المعبدية. و ربما يعترض بأن هذه المساجد كيف بقيت محافظة على مسجديتها مع عدم خضوعها للشرائع المقدسة السابقة، كشرية موسى - عليه السلام - و عيسى

(١) العروة الوثقى، البحث عن المساجد و المشاهد المشرفة مسألة ١٥.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٥٩

- عليه السلام - مع أنها لا بد لها من الخضوع إليها فتتحول إلى بيع و كنائس بطبيعة الحال. و يجاب عن ذلك:

أنه لا موجب للخضوع إلى الأديان السابقة، بل تبقى هذه المساجد محافظة على صيغتها الأولية من المجدية، لأن الله شاء لها ذلك بل نترقى لنقول. إن هذا سار بالنسبة إلى نفس نبينا الكريم محمد (ص) و آبائه و أجداده الطاهرين حيث لم يخضعوا ليهودية و لا نصرانية، و لا لبقية الأديان التى مرت عليهم.

بل كانوا متمسكين بالدين الحنيف دين إبراهيم - عليه السلام - كما صرح بذلك دستور الإسلام الخالد القرآن الكريم فى قوله تعالى: فَاتَّبِعُوا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا.

فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التى شرفها الله على جميع البشر.

البيع و الكنائس قبل الإسلام:

إشارة

و يشمل البحث البيع و الكنائس المستحدثة بعد الإسلام - أى فى أيام كفرهم - و عدم متابعتهم للدين الإسلامى المجيد. علما بأن البحث لا يتناول ما يستحدثه الكفار فى بلاد المسلمين من البيع و الكنائس الآن، لأن هذه البيع و الكنائس باطله لمخالفتها لشرائط الذمة فيختص بحثنا بالبيع و الكنائس التى يستحدثها الكفار فى غير بلاد المسلمين و هذه لو لاحظناها لرأيناها خارجة عن طبيعة بحثنا و لم تتعلق بموضوعنا مباشرة و هو ملاحظة حال الشوارع التى تستحدثها الدولة، لأنها خارجة عن بلاد المسلمين. إلا أنا نتكلم فيها من الوجهة العلمية، و البحث عن إمكان قصد التقرب من هؤلاء مع أن القربة لم تتوفر منهم، و التى هى الأساس فى الوقف بالنسبة إلى المساجد و المدارس و نحوها.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦٠

و يقع الكلام عن مثل هذه الأوقاف فى جهات ثلاث:

الجهة الأولى: و يتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم

و عباداتهم لا شك فى بطلانها - لما تحقق فى محله - من بطلان عبادة هؤلاء الفرق فيكون هذا من قبيل ما لو وقف الإنسان محلا لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلا بالضرورة.

الجهة الثانية: إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة

لأن اليهود أو النصارى يوقفون بيعهم و كنائسهم على أهل نحلته، و كذا بعض فرق المسلمين حيث يوقفون مساجدهم على من يتبعهم، و حتى بعض الإمامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية و بضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة. فهل مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أو لا؟

الجهة الثالثة: إن الوقف محتاج إلى قصد القربة لأن من العبادة،

و قد قلنا بطلان عبادة هذه الفرق و الركيزة الأولى فى الوقف هو حصول التقرب بذلك العمل إلى الله عز و جل، و كيف يحصل التقرب من هؤلاء؟.

جهات ثلاث لا بد من الالتفات إليها.

أما البحث عن الجهة الأولى:

و هى أنهم أوقفوا هذه المحلات لعبادتهم، و عباداتهم باطله فنقول فيه:

إنه مما لا شك فيه أن الغاية من وقفهم إنما هى عباداتهم، و هذه العبادة تتصور على نحوين فى نظر الواقف.

فمرة: يجعلها الواقف شرطا فى الوقف بحيث يقول

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦١

وقفت هذه الكنيسة أو هذه البيعة، و شرطت أن تكون للعبادة الفلانية.

و ثانية: يجعلها ركنا فى الوقف فيقول:

وقفت هذه البيعة أو الكنيسة للعبادة الفلانية.

و على النحو الأول: فتكون المسألة من صغريات البحث عن أن الشرط الفاسد هل يوجب فساد المشروط أولاً؟ بطبيعة الحال تكون المسألة مبنائية فمن يرى الفساد يقول بالبطلان، و من لا يكون مثل هذا الشرط عنده مخلاً لم يقل بالبطلان.

و على النحو الثاني: فلا شك في بطلان هذا النوع من الوقف لكونه مخصصاً بشيء محرم، و هو كما لو أوقف المحل لجهة محرمه.

و أما البحث عن الجهة الثانية: و هي الوقف على جهة مخصوصة.

فإن المحذور الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير المطلق فالتقييد بفرقة دون أخرى مناف لهذا التحرير. و بتعبير أوضح. وقف المساجد يكون من قبيل الإيقاعات، و هي لا تقتضى التقييد و نحوه- و ان قلنا- فيما تقدم. إن الوقف ليس من قبيل التحرير، و لكننا مع هذا نتكلم هنا لحل الاشكال من الوجهة العلمية لنقول: أنه بناء على كون الوقفية في مثل هذه الأمور إنما هي من التحرير فما هو الحل لإشكال الاختصاص بفرقة دون أخرى المنافي للتحرير، و بهذه المناسبة نتمكن أن نتصور صوراً لمثل هذا الوقف.

الصورة الأولى- أن يقول المالك حيث يريد الوقف: وقفت هذا المكان لخصوص طائفتنا. و لا شبهة في بطلان مثل هذا الوقف في هذه الصورة لأن ذلك من أكمل مصاديق التضييق المخالف للتحرير و لا يختلف حال هذا الوقف عن قول المالك أعتقت عدى لخصوص الجهة الفلانية فالتحرير ليس بمقيد لجهة دون أخرى، و الوقف في مثل هذه المحلات لا يختص بطائفة دون غيرها، و إنما بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٦٢

يشترك الكل بها.

الصورة الثانية- أن يقول المالك: وقفت هذا المكان بيعاً لعباد الله إذا كانوا يهوداً، أو مسجداً للمسلمين إذا كانوا مسلمين معتقداً، في المثال الأول اليهودي أن عباد الله إنما هم جماعتهم، و كذا المسيحي، و في المثال الثاني يعتقد الواقف المسلم أن المسلمين إنما هم جماعتهم لا غير.

و في هذه الصورة يقع الوقف صحيحاً لأن هذا الوقف في الحقيقة لنا نحن المسلمين لأننا عباد الله الحقيقيون، و أما أولئك فعباداتهم باطله و هم كفره فليسوا بعباد الله، و إنما اعتقده اليهودي مثلاً و لم يصرح به من أن عباد الله إنما هم جماعتهم لا يخلو عن كونه من قبيل الاعتقاد المقارن المخالف للواقع فهو خيال محض لا واقع له.

الصورة الثالثة- أن يقول اليهودي- مثلاً:- وقفت هذا المكان على عباد الله، و هم نحن أو يقول المسلم من بقية الفرق: وقفت هذا المكان على المسلمين و هم نحن الفرقة الفلانية فإن هذه الصورة تكون من صغريات مسألة الخطأ في التطبيق لأن الواقف وقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقداً أنهم جماعته و حينئذ فحيث يتبين خطأه يكون الوقف صحيحاً كصورة الاعتقاد المقارن.

نعم لو كان قصد الواقف في مثل ذلك من قبيل التقييد في أصل الإنشاء فيكون انكشاف الخلاف فيها موجبا للبطلان.

و على أى حال ففي صورتين الثانية و الأولى يقع الوقف صحيحاً لأنه اما من قبيل الاعتقاد المقارن، أو الخطأ في التطبيق.

و قد صحح لنا مثل هذا الوقف كل من كاشف الغطاء و صاحب الجواهر- رحمهما الله- فقد قال المرحوم كاشف الغطاء: «و لو كانت العبادة داخله في المعاملات من وقف، أو عتق و نحوهما حكماً بصحتها، فمساجدهم كمساجدنا و مدارسهم، و كتبهم الموقوفة، و نحوها حالنا كحالهم أو هي خاصة لأن

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٦٣

الغرض من الوقف الأعمال الصحيحة و لا تقع إلا بنا» ١.

و أما صاحب الجواهر فقد قال: «لكن هو فاسد من جهة أخرى، و هي قصدهم المسجد لأجل صلاة أهل مذهبهم، و هو ما عرفت من منافاة التخصيص للمسجدي القاضى بالفساد لأن لا صلاة لأحد منهم من أهل مذهبهم كى يصح الوقف لها مسجداً، (و فيه) أن مجرد

زعمه ذلك، وان لم يكن صرح به بعد أن جعل وقفا للمصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه لا يقتضى الفساد بل الوقف فى نفس الأمر لهم لا لغيرهم فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم».

و أما البحث عن الجهة الثالثة:

و هى احتياج الوقف لكونه من العبادات إلى قصد التقرب و كيف تحصل القربة من هؤلاء؟

فمن المعلوم أن من يريد خوض هذا البحث لا بد له من مواجهة أمرين أساسيين:

الأمر الأول- توقف الوقف على قصد القربة لكونه عبادة.

الأمر الثانى- بطلان عباداتهم للمفروغية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم، و جميع وقوفهم باطله بما فيها من كتب، و مدارس و معاهد و هل هناك من يחדش فى واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم خلاف و نزاع بين الأساطين؟ مثل كاشف الغطاء، و صاحب الجواهر، و المحقق الآخوند،- رحمهم الله جميعا- و لهذا لا بد من عرض كلماتهم لتسير على ضوئها فربما وصلنا إلى نتيجة.

إما كاشف الغطاء: فقد صحح وقفه مساجدهم و ما يتبعها من المدارس و الكتب و ما شاكلها حيث جعل محط نظره بأن الوقف من العبادات فقال:

(١) كشف الغطاء المقصد الثالث الايمان.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦٤

«حيث بينا أن اعتبارها لا يمنع من صحته من الكافر بناء على كون المراد بالقربة ههنا قصدها و إن امتنع حصولها كما فى العتق لعدم الدليل على اعتبار أزيد من ذلك كما فى العبادات بالمعنى الأخص و لذا ذهب الكل، أو الجمل إلى اشتراط الوقف بالقربة، و صحته من الكافر فإن الجمع لا يتسنى إلا على تقدير كون المراد بالقربة ما ذكر لا حصول التقرب فعلا، لأن الكفر يمنع من التقرب».

و الذى يظهر من كلامه- رحمه الله- أن المعتبر من القربة هنا ليس إلا قصد التقرب إليه تعالى، لا نفس القرب الحقيقى، لأنه ليس من شئونه، و أعماله و أن الذى يحصل من الكافر هو قصده لذلك التقرب لا أكثر، و عليه فلا مانع من الوقف فى نظره- رحمه الله.

و شيخنا الأستاذ- دام ظله- رد ما جاء به كاشف الغطاء:

بان لازم ذلك هو تصحيح جميع عباداته، و عدم الاقتصار على موقوفاته لأن التقرب الواقعى المعبر عن نفس القرب لا يتمكن حصوله حتى و لو كان الواقف إماميا، لأن القرب الحقيقى ليس من شئون الواقف الإمامى أيضا و غاية ما فى البين هو قصده التقرب، و هذا أيضا حاصل فى المخالف، و هذا لا يمكن الالتزام به و هو تصحيح جملة عباداته أما صاحب الكفاية- قدس سره- فقد أجاب عن ذلك قائلا:

«و بصحة الوقف على الكافر حتى الذمى على البيع و الكنائس، و من المخالف المعلوم عدم صحة عبادتهما لفقد إيمانهما. و لا يخفى ما فيه لعدم إحراز كون الوقف عقدا- إلى أن قال: و أما صحة الوقف من الذمى أو العامى فغاياته الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الايمان من غير دلالة أصلا على عدم اعتبار قصد القربة فى صحته أصلا كما لا يخفى- إلى قوله: و بالجملة اعتبار الايمان فى صحة سائر العبادات لدليل يخصها دون الوقف لا يوجب عدم اعتبار قصد القربة فيه أيضا، و قد عرفت أنه قضية الأصل، و قد ادعى الإجماع كما أنه لا ريب فى عدم اعتبار الايمان منه إجماعا».

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦٥

و الآن فقد ظهر لنا أن الايمان الذى يكون ركيزة فى عدم حصول التقرب من الكافر ليس هو فى الوقف، بل هو جار فى غير الوقف من العبادات لتصريح الأدلة بجريانه و حصوله من الكافر؟ من غير تقييد بإيمان أولا، و حينئذ سيكون وقف مساجدهم صحيحا لا مانع منه و يؤيده قيام الإجماع عليه.

و الذى يرد على هذا:

أن التفصيل بين الوقف، وغيره و اعتبار الإيمان فى صحة التقرب إنما هو فى غير موارد الوقف، و أما فى الوقف فلا حاجة إلى الإيمان كل ذلك لا دليل عليه.

و أما الإجماع المذكور: فربما نوقش فيه من جميع جهاته إلا أن ذلك قد يجبر بما ينه عليه من اعتضاده بالأخبار الدالة على هذا المعنى فإن ما أوجب صحة وقفه غير الإمامية الأخبار الواردة عن الأئمة -عليهم السلام- المتعرضة لأحكام المساجد فى ذلك الوقت، و من أن الإمامية لم تكن لهم مساجد فى ذلك الوقت لنحمل تلك الأخبار عليها فاذا حملناها على ذلك لزم أن لا يكون لها مورد فلا بد و أن تكون واردة فى مساجد غير الإماميين.

و من تلك الأخبار ما ورد عن الامام الصادق -عليه السلام.

حيث يسأله السائل «ما تقول فى هذه المساجد التى بنتها الحاج فى طريق مكة فقال عليه السلام: بخ بخ تيك أفضل المساجد. إذا فترتيب الأثر على تلك المساجد لدليل على صحة الوقف فيها مع أنها مساجد لغير الإمامية لكونهم فى ذلك الوقت يعتبرون أقلية و من صحة الوقف فى مساجدهم يمكننا القول بصحة بقاء موقوفاتهم من مدارس و كتب، و ما شاكل. أما بقاء أفعالهم العبادية كالصلاة، و الصوم، و بقاء العبادات فحق لنا أن نتوقف عن القول بصحتها بل هى باطلة لفقدانها لشرط أساسى له أهميته فى عالم الوقف و هو القرية مع أنها لا تتحقق منهم.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦٦

مقابر المسلمين الواقعة فى الشوارع

و كثيرا ما تقع المقابر فى الطرق، و الجواد، و تبقى منها فضلات يستولى عليها البعض للاستفادة منها كدور، و حوانيت، و ما شاكل و قد أخذ الناس يستولون أخيرا على المقابر ليجعلوا منها دورا لهم و يمنعوا فيها الدفن فما حكم ذلك؟.

و قد استظهر شيخنا -دام ظله- بأن حال هذه المدافن العامة التى يتخذها المسلمون كمقبرة لهم كحال المساجد، و لا شىء على من استغلها إلا -العصيان لأنه منع المسلمين من الدفن فيها، و لا يتحقق الغضب منه لها، بل غاية ما فى البين أنه منع حقا ثبت لهم و هو الدفن فعلى من أقدم على جعلها طرقا و جواد يثبت العصيان، و كذلك على من استغل الفضلات الباقية منها أو من تجاوز عليها و جعلها دورا لا فرق فى الجميع من جهة العصيان، و لا شىء على من يسير فيها لعدم تحقق الغضب فى البين ليكون السير فيها موجبا لتحقيق التصرف فى مال الغير.

نعم: على رأى المرحوم كاشف الغطاء -قده- يتحقق الغضب حيث ذهب إلى أن لكل بلدة توابع، و مرافق، و منتزهات، و مقابر، و مزابل، و ما شاكل هذه، و تكون كل هذه ملكا لأهل تلك البلدة و حينئذ فتكون حيازة المقابر و بنائها موجبا لغضب ملك المسلمين، و هم أهل تلك البلدة، و تترتب على ذلك جميع الأحكام المترتبة على المحل المغصوب.

و لكن شيخنا الأستاذ -دام ظله.

رد نظرية كاشف الغطاء بأن هذه الأمور تبعيتها ليست من تبعية المملوك لملكه؟ بل هو من سنخ الحق فإن لأهل كل بلدة أن يتنزهوا فى هذه الحدائق و يدفنوا موتاهم فى تلك المقابر، و يلقوا بالقاذورات فى تلك المزابل و بحيازة هذه الأماكن يكون الشخص مانعا لهم من استعمال ذلك الحق المذكور لا أنه غاصب

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٦٧

لما تحت أيديهم من الملك.

نعم القبر الذى دفن فيه الميت لا يصح تملكه، لأنه ملك للميت باعتبار حيازة الدفن ذلك المقدار للمدفون فلا يصح أخذه، و أما ما

فوق القبر و كذا بقية الأماكن الأخرى الخالية، فلا محذور في البناء عليها إلا- ما تقدم أن بيناه- من المنع من حق المسلمين و الحيلولة دون استعمال حقهم. هذا فيما لو كان بدن الميت و أجزائه باقية و أما لو تلاشى و اندرس فللغير أخذ ذلك المكان، أو الدفن فيه لأنه لم يعد هناك من يملك هذا المقدار من الأرض.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٦٩

قاعدة الإلزام

إشارة

تعريف القاعدة. أدلة القاعدة.

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة، تنبيه، بقى فى البين شىء، موارد قاعدة الإلزام.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧١

تعريف القاعدة:

تطلق قاعدة الإلزام و يراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه، و يدينون به متى كان ذلك فى غير صالحهم و كان مخالفا لمذهب أهل البيت- عليهم السلام- كإلزامهم بأحكام الشفعة، و الميراث و الطلاق مما ينفردون به عنا.

أدلة القاعدة:

و تنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة عليهم السلام و هى كما يلى:

١- مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني قال: «كُتِبَ الى أبى جعفر الثانى مع بعض أصحابنا فأتانى الجواب بخطه: فهِمْتُ ما ذَكَرْتُ من أمر ابنتك، و زوجها أصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه فأما ما ذَكَرْتُ من حنثه بطلاقها غير مرة، فانظر رحمك الله فان كان ممن يتولانا و يقول بقولنا، فلا- طلاق عليه لأنه لم يأت أمراً جهله، و إن كان ممن لا يتولانا، و لا يقول بقولنا، فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه» (١).

٢- ما عن الهيثم ابن أبى مسروق عن بعض أصحابنا، قال ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين، ممن كان ينتقصه، فقال عليه السلام: أما أنه مقيم على حرام، قلت جعلت فداك و كيف و هى امرأته؟ قال عليه السلام: لأنه قد

(١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠، الاستبصار ج ٣ ص ٢٩١.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٢

طلقها، قلت: كيف طلقها؟ قال: طلقها، و ذلك دينه فحرمت عليه (١).

٣- ما عن عبد الرحمن البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: قلت له امرأة طلقت على غير السنة، فقال عليه السلام: تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج (٢).

٤- و ما عن عبد الله بن سنان، قال: سألته عن رجل طلق امرأته لغير عده ثم أمسك عنها، حتى انقضت عدتها هل يصلح لى أن أتزوجها؟ قال عليه السلام: نعم لا تترك المرأة بغير زوج (٣).

٥- و ما عن على بن حمزة، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أ يتزوجها الرجل، فقال عليه السلام: «ألزموهم

من ذلك ما ألزموا أنفسهم و تزوجوهن فلا بأس بذلك» (٤).

٦- و ما جاء عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فقال عليه السلام: إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك» (٥).

٧- و ما عن محمد بن عبد الله العلوي، عن أبيه قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثا، فقال لي: ان طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم، و طلاقهم يحل لكم، لأنكم لا ترون الثلاث شيئا، و هم يوجونها» (٦).

(١) نفس المصدر حديث ٢، الاستبصار نفس الموضع.

(٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ حديث ٣، الاستبصار جزء ٣ ص ٢٩٢.

(٣) الوسائل نفس الموضع حديث ٤، الاستبصار نفس الموضع.

(٤) الوسائل نفس الموضع حديث ٥ الاستبصار نفس الموضع و في الجزء ٤ منه ص ١٤٨ عن نسخة ألزموهم ما ألزموا به أنفسهم.

(٥) الوسائل نفس الموضع حديث ٦ الاستبصار نفس الموضع.

(٦) الوسائل نفس الموضع حديث ٨، الاستبصار نفس الموضع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٣

٨- و رواية عبد الله بن طاوس قال: «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام إن لي ابن أخ زوجته ابنتي و هو يشرب الشراب، و يكثر من ذكر الطلاق فقال عليه السلام: إن كان من إخوانك فلا شيء عليه، و ان كان من هؤلاء فأبنيها منه، فإنه عنى الفراق. قال: قلت أليس قد روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إياكم و المطلقات ثلاثا في مجلس واحد فإنهن ذوات أزواج؟ فقال عليه السلام: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، أنه من دان بدين لزمته أحكامهم» (١).

٩- و ما عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن الأحكام قال: يجوز على أهل كل ذي دين بما يستحلون» (٢).

١٠- و ما عن عبد الله بن محرز قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ترك رجل ابنته، و أخته لأبيه و أمه، فقال عليه السلام: المال كله لابنته، ليس للأخت من الأب و الأم، شيء فقلت: و إنا قد احتجنا إلى هذا و الرجل الميت من هؤلاء الناس، و أخته مؤمنة عارفة قال: فخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم و قضايهم و أحكامهم» (٣).

١١- ما عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت الرضا عليه السلام، عن ميت ترك أمه، و أخوه و أخوات فقسم هؤلاء ميراثه، فأعطوا الأم السدس و أعطوا الأخوة و الأخوات ما بقي، فمات الأخوات فأصابني من ميراثه فأحببت أن أسألك هل يجوز لي أخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال عليه السلام: بلى، فقلت إن أم الميت فيما بلغني - قد دخلت في هذا الأمر - أعني

(١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣ حديث ١٢.

(٢) التهذيب جزء ٩ ص ٣٢٢ الطبعة الحديثة، الاستبصار جزء ٤ ص ١٤٨.

(٣) نفس المصدر ص ٣٢١ الاستبصار نفس الموضع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٤

الدين - فسكت قليلا، ثم قال: خذه» (١).

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة:

هذه الأخبار و ان اختلف التعبير فيها إلا أنها تشترك جميعا في ضابط واحد و هو جواز الأخذ ممن دان بدين بمقتضى ما التزم به في

دينه.

و صراحة هذه الأخبار في هذا المقدار من جواز الأخذ لا غبار عليها، و لا توقف فيها. و لكن الخلاف في أن ما تدل عليه هذه الأخبار الشريفة هل هو الحكم الواقعي أو الإباحة الصرفة؟ و الفرق بين هذين واضح فان القول بأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي معناه التصويب فمثلا: لو طلق السني زوجته طلاقا صحيحا عندهم باطلا عندنا فان اعتقاده بصحة الطلاق يكون موجبا لجعل الصحة واقعا في حقه، و يكون هذا العنوان عنوانا ثانويا موجبا لانقلاب الحكم الواقعي في حقه نظير الانقلاب في موارد الاضطراب فلو اضطر الإنسان إلى شرب الخمر - مثلا - فان الاضطراب المذكور يوجب حليته له واقعا.

و أما القول بالإباحة فإن الواقع لا يتبدل في حق - الشخص السني - بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقعه من ذلك الطلاق بل يكون الطلاق فاسدا بالنسبة اليه و تكون الزوجة باقية بعد طلاقه المذكور على الزوجية و أقصى ما في البين أن الشارع المقدس أباح لنا الترويج بتلك المرأة التي وقع عليها ذلك الطلاق - كما سيأتي توضيح ذلك - فيما بعد - و الاشكال عليه.

و يستظهر شيخنا - دام ظله - بأن ما تفيده هذه الأخبار، هو الحكم الواقعي الثانوي، و يظهر ذلك جليا من الأخبار المتقدمة. ففي مكاتبة الهمداني نرى الإمام الجواد أبا جعفر الثاني عليه السلام يقول: «و ان كان ممن لا يتولانا، و لا يقول بقولنا، فاختلعها منه فإنه إنما نوى الفراق» و في رواية عبد الله بن طائوس

(١) التهذيب: جزء ٩ ص ٣٢٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٥

يقول الإمام الرضا عليه السلام مثل ذلك و في رواية ابن الهيثم قال عليه السلام:

«إما أنه مقيم على حرام». و هكذا الحال في رواية عبد الرحمن البصري يقول الإمام أبو عبد الله عليه السلام «هذه المرأة لا تترك بغير زوج» هذه الفقرات المذكورة دلتنا بصراحة على أن الطلاق الذي وقع من الشخص المخالف يكون صحيحا، واقعا لأن تعبير الإمام عليه السلام بالاختلاع و الإبانة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها، و أن الطلاق منها غير واقع، و كل ما في البين هو إباحة التزوج بها و هكذا قوله عليه السلام - فإنه إنما عني الفراق - أو نوى الفراق - فإن نية الفراق ليست إلا قصده، و اعتقاده بصحة طلاقه، و حينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق منه كافيا بإلزامه به و اختلاع الزوجة و إبانته منه.

و لو لاحظنا قول الإمام عليه السلام لا تترك بغير زوج لرأينا ما ذكرناه واضحا، فان ذوق المتشرع لا يقبل أن يكون حكمهم عليهم السلام بجواز الترويج بتلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحالها الزوج الأول ليكون ذلك من قبيل الإباحة الصرفة.

و لو تأملنا مليا قوله عليه السلام: - أما أنه مقيم على حرام - لرأيناه واضحا في الدلالة على المقصود فإن الإقامة على الحرام، إنما تتم لو كان الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلا، فالمرأة إذا أجنبية عنه و هو مع ذلك يقيم معها و حينئذ فيصح التعبير بأنه يقيم على حرام و الا فلو كانت الزوجية باقية، و الطلاق غير صحيح، فإنه لا يقيم على حرام بل يقيم مع امرأته.

و ربما توجه الحرمة في قوله عليه السلام: «فإنه مقيم على حرام» بأن هذه الحرمة حاصلة بالتجري الصادر منه لأنه مقيم معها، مع كونه معتقدا لكونها مطلقة.

و الجواب عن هذا التوجيه: بأن صرف التحريم إلى التجري تأباه طبيعة التعبير المذكور في الروايات الآنف الذكر، و كان الأنسب التصريح به، لا القول «بأنه مقيم على حرام» الظاهر في إقامته على الزنى. و هذا المعنى هو

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٦

الذي يظهر من الشيخ الطوسي - رحمه الله - في الاستبصار، و التهذيب، و من صاحب السرائر أيضا، و ربما ترقى صاحب السرائر

فادعى الإجماع عليه حيث قال:

«و قد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم، متناصرة، و أجمعوا عليها قولاً، و عملاً أنه إن كان المطلق مخالفاً، و كان ممن يعتقد لزوم الثلث لزمه ذلك و وقعت الفرقة، و إنما لا تقع إذا كان الرجل معتقداً للحق».

و من هذا و أمثاله يظهر لنا جلياً، إنهم كانوا يخرجون المسألة على إفادتها للحكم الواقعي الثانوي، بل قد ترقى كما عرفت، و نقول: أننا نستفيد الإجماع على ذلك، حسبما تبين لنا من عبارة السرائر في قوله روى أصحابنا و أجمعوا عليها قولاً و عملاً».

هذا و لو تنزلنا عن القول، بأن محصل القاعدة المذكورة هو الحكم الواقعي الثانوي، و أن أقصى ما تفيده هو إلزامه بما يدين به، فبالإمكان ان نستدل على صحة هذا النوع من الطلاق الفاقد للشروط عندنا مثلاً، بما نتصيده من كلمات الأئمة عليهم السلام، حيث نرى الامام الرضا عليه السلام يأمر السائل بالزواج من تلك تركها لسبيلها المرأة، و أن لم تكن في البين ممانعة من طرف الزوج بل كان قد و مضى - كما في رواية على بن حمزة - أنه: سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المطلقة، على غير السنّة أ يتزوجها الرجل؟ فقال عليه السلام:

«ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم، و تزوجوهن فلا بأس».

فإن أمره عليه السلام بزواجهن، مع عدم فرض الممانعة في كلام السائل و ترك الاستفصال من جهة الإمام، لم يكن متزلاً على مجرد قاعدة الإلزام، إذ لا ممانعة في البين من طرف الزوج لما هو مفروض ليلزم بما صدر منه، بل لم يكن أمره بالزواج فيما يظهر إلا لأن الطلاق قد حصل، فيجوز حينئذ للغير التزوج بهذه المرأة.

و الرواية و ان ذكرت الإلزام بظاهرها إلا أنه ليس من باب مطالبة الزوج

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٧

بحق و إرجاع زوجته اليه، بل من باب أنها مطلقة، و أن الطلاق نافذ في حقها.

فيسأل الإمام عليه السلام عن حال تلك المطلقة، هل يتزوجها الرجل أو لا؟

فالجواب: من الامام عليه السلام بعدم البأس بزواجها لدليل على نفوذ ذلك الطلاق الصادر من الزوج الأول.

هذا ما يمكن الاستدلال به للقول بصحة الطلاق، أو غيره مما هو مورد لقاعدة الإلزام، و أن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي الثانوي.

أما القول بالإباحة:

و ان غاية ما تدل عليه قاعدة الإلزام هو مشروعية الإلزام بما ألزموا به أنفسهم، فربما ظهر ذلك من صاحب الجواهر، في مورد ذكره لجملة من النصوص حيث قال «و غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في أمرهم و أمر غيرهم من أهل الأديان».

و من هذه العبارة نستفيد أن صاحب الجواهر ينظر إلى المسألة بنظر التوسعة فيكون من قبيل الإباحة لنا، لا من باب الحكم الواقعي الثانوي و لكن ورود عبارة «و أمر غيرهم من أهل الأديان» في كلامه ربما شعرنا بأنه من قبيل الحكم الواقعي، إذ الظاهر أن باقى الأديان يكون جرياننا على طبقها معهم من قبيل الحكم الواقعي.

و هناك وجه آخر: و هو أن تكون التوسعة في كلام صاحب الجواهر من قبيل علّة التشريع: بمعنى أن الطلاق منهم - مثلاً - الواقع على مذهبهم و ان كان مقتضى الدليل الأول فساده، و لكن الشارع منه و توسعة علينا حكم بصحته فيكون حال هذه الجملة حال قوله عليه السلام في باب الغنائم: «و أحل ذلك لشيعتنا لتطيب بذلك موالدهم» و ممن اختار القول بالإباحة المرحوم الشيخ حسن آل كاشف الغطاء في كتابه أنوار الفقاهة - حسبما نقل عنه المرحوم الشيخ محمد جواد البلاغي في رسالته - فقال

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٨

«فظهر مما ذكرنا أن طلاق المخالفين يمضى عليهم، وإن كان فاسدا عندنا وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة سواء تعلق بمؤمنة، أو بمخالفة فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة إلينا، وإن كان فاسدا في الواقع، وكذا بالنسبة إليهم، ولا منافاة بين البطلان وبين اجراء حكم الصحة بالنسبة إلينا لطفنا منه فهي وإن كانت زوجة لهم ولكنه حلال لنا، وحرام عليهم، أو يقال هو صحيح من وجه، وفاسد من وجه آخر ولو استبصر جرت عليه الأحكام الماضية، كما تجرى علينا، ولا يلزم إعادة ما نقله من العقود والإيقاعات الباطلة بالنسبة إلينا» إلخ.

و عبارته هذه تعطينا بصراحة رأى الشيخ، وأنه القول بالإباحة ولكن لنا أن نتساءل عن معنى عبارته السابقة.
«و لو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجرى علينا» ومعنى ذلك أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذا عليه بعد استبصاره كما أنه نافذ علينا أيضا فيجوز لنا تزوج تلك المرأة، وإن استبصر زوجها- إلا- أن ذلك مناف لكون ذلك من قبيل الإباحة فإن مقتضى الإباحة، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار.

و أحسن ما يقال في توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء، أو توجيهها على القول بالإباحة ما قيل «من أن الأمر بالتزويج والاختلاع والإبانة، والأخذ. لا يدل على الصحة، بل من الجائر تشريع تزويج زوجة المخالف فتخرج عن الزوجية بذلك».
وقد تأمل شيخنا- دام ظله- فيما دلت عليه هذه العبارة متوقفاً فإن خروج المرأة عن الزوجية إن كان قبل التزويج، فهو ما ذكرناه من أنها قد بانت منه قبل الزوجية الجديدة، أى بمجرد طلاقه لها وإن كان بعد التزويج فهذا مما يحتاج إلى دليل لأن عقد التزويج إذا ورد عليها، وهي في حباله زوجها الأول لا يكون تزويجها موجبا لانسلاخ زوجيتها، فكيف يصح له أن يقول:
بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٧٩

«فتخرج عن الزوجية بذلك». فإنا إذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجبا لخروجها عن الزوجية الأولى.
- بل- ينبغي لنا أن نقول: إن زوجيتها الأولى باقية، وإن كنا قد تزوجناها، فتكون زوجة للأول حقيقة، وتكون زوجة للثاني بمقتضى الإلزام وهذا لا يخلو عن غرابة.

وفي موضع آخر قال مستدلا على الإباحة:
«و من المعلوم أن ارتكاب ذلك في مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط، بل هو مقتضى الجمع العرفي بين الأدلة الأولية وبين هذه النصوص».

و يعلق شيخنا- دام ظله- على ذلك بأنه لم كان ذلك أهون؟ ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق، باعتبار كونه معتقدا لصحته يكون من قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذي لا تخلو روايات الباب من الاشعار به- كما مر عليك-؟

و مما يستدل به على القول بالإباحة، وعدم استفادة الحكم الواقعي الثانوي ما ورد في رواية محمد بن عبد الله العلوي:
قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام: «عن تزويج المطلقات ثلاثا» فقال عليه السلام: «إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم، و طلاقهم يحل لغيرهم».

و محل الشاهد في هذه الرواية هو قوله عليه السلام: «إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم».
فيقال: بأن المستفاد من قاعدة الإلزام هو البينونة، و صحة الطلاق فإن طلاق الشيعة الثلاث بنحو ما يعملونه، وإن لم يكن صحيحا عندنا- أى عند الشيعة- إلا أنه صحيح عند السنة، لأنه موافق لمذهبه فعلى هذا لا بد أن يكون حلالا لغيرنا.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨٠
و من عدم الحلية نستفيد أن الموضوع لا يخرج عن كون الزوجية باقية، و أن الطلاق لا يقع صحيحا ولهذا لا يحل لمخالفينا.
إما أن طلاقهم يحل للشيعة، فهو كذلك لعدم حصول الطلاق. إلا أنه توسعة من الشارع المقدس، وإباحة لذلك فقد أجاز لنا التزويج بنسائهم، ويكون حال هذا كحال من لم ير العقد بالفارسية صحيحا، مع أنه عقد بذلك، فإن من يرى صحة ذلك العقد يصح له أن

يرتب الآثار، وإن كان الذي صدر منه العقد لا يرى صحة ذلك.

وأجاب شيخنا- دام ظله- عن هذا الاستدلال- بأننا حيث نقول: بأن الطلاق يكون موجبا للبينونة، ويكون حكما واقعيا ثانويا، فإنما هو في خصوص ما لو كان المطلق يعتقد صحة الطلاق، فهذا غير داخل فيما ذكرناه وليس هو من قبيل العقد بالفارسية، لأن العقد بالفارسية يكون موجبا لتحقيق النقل والانتقال عند كل من يرى أن العقد بالفارسية صحيح، وإن كان موقع العقد لا يعتقد بذلك.

والآن- وبعد أن عرفت أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي- فلا بد من الانتقال الى بحث جديد ذلك هو: أن هذا الحكم الثانوي هل هو محدود بما دام الشخص باقيا على خلافه؟ لتكون العلة- ما دامية- أو أنه لا يكون محدودا بذلك، بل يبقى الحكم المذكور ملزما به، وإن ارتفع الوصف عنه بأن كان قد تشيع بعد ذلك. و- كما عرفت- أن ثمره هذا البحث تظهر فيما لو تشيع المخالف فيما بعد، فهل تكون الزوجة مبائة منه أو لا؟

اختر شيخنا: الثاني، وإن الحكم لا يكون محدودا لأن الخلاف على محدثه في ومبقيه الوقت نفسه، ولا ينفع فيه زوال الاعتقاد بعد ذلك بالاستبصار.

ويستدل على ذلك برواية عبد الأعلى، عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا قال عليه السلام: إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨١

بناء على أن ظاهر قوله عليه السلام: «إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك» حين صدوره منه، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في الحينية. وكذلك الحال في مكاتبة الهمداني، وعبد الله بن طاوس في قوله عليه السلام فإن كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلعها منه، فإنه إنما عني الفراق» وقد عرفت أن المراد من نية الفراق في مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق مذهبه كافيا في إلزامه به، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثرا في دفع ذلك الحكم عنه. مضافا إلى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة، ومبقيه لا أنها ما دامية.

هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق، والبينونة لا يقبل التقييد بالدوام- ما دام القيد الفلاني موجودا بل يكون صدور مثل هذه الأحكام موجبا لدوامه ويكون حاله حال العتق والإبراء، ونحوه مما لا يقبل التقييد بالدوام، فلا يصح القول للعبد العادل، أو الأمين (أنت حر ما دمت عادلا) أو (أنت حر ما دمت آمينا) أو (أنت حر ما دمت حيا).

تنبيه:

لا بد لنا من بيان أن من يقول بأن العلة ما دامية، فيكون الحكم دائرا مدار وجود العلة، لا يقول بذلك على الإطلاق. وإنما يقول به فيما إذا لم يترتب أثر على تلك الأشياء، التي صدرت منه حال وجود الوصف عنده، أما لو ترتب الأثر فلا.

ومثال ذلك: ما لو طلق السني زوجته بطلاق باطل عندنا صحيح عندهم كأن قال لها- أنت طالق ثلاثا- ولزمت الزوجة عدة لذلك الطلاق، وانقضت العدة، وتزوجت بعد كل ذلك بشخص آخر، فهنا لو تشيع الزوج، فلا يمكن له الرجوع بزوجه إذ لا شك في صحة العقد الجديد، سواء قلنا ببقاء الإلزام أو لم نقل. نعم لو كان العقد الجديد واقعا في أثناء عدتها، أمكن القول بالبطلان.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨٢

ويشهد له ما ورد في صحيحة- محمد بن إسماعيل بن بزيع- المتقدمة: سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك أمه وأخوه وأخوات فتقسم هؤلاء ميراثه فأعطوا الأم السدس، وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقي، فمات بعض الأخوات فأصابني من ميراثه، فأحببت أن أسألك، هل يجوز لي أن آخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى. فقلت: إن أم الميت فيما بلغني قد دخلت في هذا الأمر- أعني الدين- فسكت قليلا، ثم قال عليه السلام:

خذه.

و طريق الاستشهاد بهذه الرواية، هو أن التشيع لم ينفع في إلغاء الآثار السابقة لوجود الأثر، و هو التملك فإن الورثة تملكوا ما وصل إليهم من التعصيب بناء على مذهبهم و مذهب الميته، و حيث كان التملك أثراً، فلا ينفع التشيع بعد ذلك، و على الأخص في فرض مسألتنا فإن التملك كان بدرجتين:

الأول: تملك الطبقة الأولى من الأخوة و الأخوات من الميته.

الثانية: تملك - ابن بزيع - نفسه من أحد المالكين بواسطة الإرث منها بلا فصل، و هي والدته، و هذه الآثار توجب عدم فائدة التشيع، و يكون حال التملك حال حصول الزواج من المرأة المطلقة.

بقي في البين شيء:

و هو أنك بعد أن عرفت أن رأى شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي، و أن العلة محدثة و مبقية، فحينئذ لا يمكن لمن تشيع من السنة أن ينقض ما أبرمه سابقاً في حال التزامه بأحد المذاهب الأربعة من طلاق، أو ميراث أو غير ذلك من صغريات القاعدة. هذا ما تم إلى الآن. و لكن هل لنا طريق تتمكن بواسطته من تصحيح رجوع الشخص الذي كان سنياً فتشيع بزوجه و إن قلنا بصحة الطلاق السابق في موارد من طلق في حال السنن أو غير مورد الطلاق من الموارد؟

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨٣

و يجاب عن ذلك بالإيجاب:

فإن لنفس التشيع خصوصية فيكون رافعا لتمام الآثار التي حصلت في السابق حينما كان سنياً.

و يستدل له بما تضمنته مكاتبة علي بن سويد عن أبي الحسن موسى عليه السلام ذكرها في الوسائل في باب من طلق مرتين، أو ثلاثاً، أو أكثر مرسله من غير رجعة - إلى أن قال - فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله، و يقينه شكه، و يكون موضع الاستشهاد في هذه الرواية قوله - عليه السلام: «و أما من دخل في دعوتنا» فهو شامل لجميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها، لو طلقها طلاقاً فاقدا لبعض الشروط عندنا جامعاً لكل الشروط عندهم.

إلا أن الصحيح خلاف ذلك لعدم استفادة الإطلاق في مثل هذه الرواية المذكورة، حتى بالنسبة إلى ما نحن فيه من هذه الآثار.

و يؤيده فرض ما لو تزوج بمن هي حلال عندهم حرام عندنا كمن زنى بذات البعل، ثم تزوج بها، و دخل فإنهم لا يقولون بحرمتها على الزاني و عليه فلو تزوجها، و تشيع بعد ذلك، فالظاهر حرمتها عليه و إن قلنا بصحة نكاحه ما دام سنياً.

و كذا لو تزوج بغير هذه ممن كانت حراماً عندنا، و حالاً عندهم فإن تشيعه يحتم عليه تركها، و إن كان عمله السابق صحيحاً، و أولاده يلحقون به.

و هذا يؤيد أن التشيع لا يكون موجبا لرفع جميع الآثار التي كانت مترتبة في السابق.

و قد تطرق لمثل ذلك في الجواهر في مواضع منها عند شرح قول المصنف - قدس سره -

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨٤

«و إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع».

و منها في كتاب الحدود فراجع هناك.

موارد قاعدة الإلزام:

موارد قاعدة الإلزام كثيرة فكما سبق أن للشيعة إلزام غير من العامة بما يدين به و تطبيق ذلك عليه ما دام ملتزما به و ليس من السهل أن تحصى جميع تلك الموارد على سبيل الضبط و لكننا نتطرق إلى البعض منها على سبيل التوضيح:

المورد الأول - النكاح:

إشارة

و يشتمل على فروع عديدة:

الفرع الأول - الإشهاد على النكاح:

من المعلوم أن الشيعة الإمامية لا ترى وجود الشهادة مما يتوقف عليه عقد النكاح، بعكسه في الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين «١».

(١) الاشهاد في النكاح: من المسائل التي وقع الخلاف فيها بين الشيعة و السنة فالشيعة لا يرونه لازما في العقد بل هو مستحب بينما يرى السنة لزومه.

و يستدل الشيعة على ما ذهبوا إليه بالإجماع من الفقهاء، و الآيات الكريمة في قوله تعالى: **فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** و قوله عز و جل **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ** و لم يقيد ذلك بشهود بل أطلق. و كذلك الروايات التي نقلت عن النبي - صلى الله عليه و آله - في تزويجه لبعض النساء بما مع الزوج من القرآن من غير أن يشترط في البين شهودا.

حلي، حسين، بحوث فقهية (للحلي)، در يك جلد، مؤسسه المنار، قم - ايران، چهارم، ١٤١٥ هـ ق

بحوث فقهية (للحلي)؛ ص: ٢٨٤

و أخيرا يضيف العلامة الحلي في مختلفه مستدلا على عدم هذا الشرط بأن الأصل يقتضى عدم الاشتراط، و لأنه ليس بشرط في بقاء العقود فلا يكون شرطا هنا راجع لذلك الخلاف للشيخ الطوسي، و الانتصار للسيد المرتضى، و المختلف للعلامة و كافة مصادر الفقه الشيعة، بحث الإشهاد في النكاح.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٨٥

و أما العامة فقد ذهبوا إلى ضرورة وجود الشاهدين في عقد النكاح و إلا لما كان العقد صحيحا قال في الفقه على المذاهب الأربعة جزء ٤ ص ٢١: «الشرط الرابع من من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين» «١».

و بناء على هذا فإن قاعدة الإلزام تجرى في حق كل سني تزوج امرأة شيعية و لم يحضر العقد شاهدان فان هذه المرأة ليست بزوجة على مذهبه - و حينئذ - فيلزم هذا الشخص بتطبيق تمام الآثار المترتبة على بطلان كل نكاح لم تحصل فيه الشهود لأن من دان بدين لزمته أحكامه، و من تلك الأحكام أنه لا يرثها، و لا

(١) بنفوذ المذهب المالكي عن بقاء المذاهب القائلة بلزوم الاشهاد بان الشرط هو الإعلان دون الشهادة، حتى انه لو تزوجها بحضرة

الشهود و شرط الكتمان لا يجوز و لو تزوجها بغير شهود و شرط الإعلان جاز، و يعتمد القائلون بضرورة الإشهاد على أحاديث مروية عن النبي - ص - حتى قال عنها السمرقندي الحنفى.

ان ما روى فى موضوع شاهدى النكاح أحاديث مختلفة الألفاظ عن أحد عشر صحابيا ثم شرع فى مناقشتها. و قد ذكر الشوكانى بعضا منها و ناقشها.

و ان أهم حديث منها ما روى من بعض رواة الشيعة، و كثير من رواة السنة و قد جاء بلفظ (لا نكاح الا بولى و شاهدى عدل) و قد قال عنه ابن رشد بأنه لا مخالف له من الصحابة، و انه روى مرفوعا ذكره الدارقطنى، و ذكر ان فى سنده مجاهيل، و كذلك طعن فيه من قبل فقهاء الشيعة.

و قد ناقشه السيد المرتضى فى الانتصار: بأنه محمول على الاستحباب لجريانه مجرى قوله - عليه السلام - «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد» (و لا صدقة و ذو رحم محتاج) حيث يكون المنفى فى جميع ذلك الفضل، و الكمال. أما الشيخ الطوسى فقد ذكر بأن النفى لعدم ثبوت النكاح عند الحاكم إلا بشهادة شاهدى عدل دون انعقاد العقد فى حال التزويج فإنه ينعقد و لا يتوقف على الشهود.

يراجع تحفة الفقهاء ١٨١ / ٢ و نيل الأوطار و بداية المجتهد بحث الاشهاد على النكاح و الانتصار ١١٩ طبعه النجف الحديثه و الخلاف مسألة ١٣ من بحث عدم احتياج النكاح إلى شهود.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٨٦

تستحقه المطاوعة، و كذلك يحكم بعدم إرثها منه و بعدم استحقاقها بنفقة بناء على ما فسرناه من كون قاعدة الإلزام حكما واقعا ثانويا بلحاظ الحكم الوضعى فإن هذا يعنى هدم الزوجية من طرف السننى إلزاما، و حيث انها لا تتبعض فتهدم الزوجية رأسا.

الفرع الثانى - الجمع بين العمه و الخاله و بنت الأخ أو الأخت:

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمه و بنت الأخ، و الخاله، و بنت الأخت و ان نزلت البنت. و قالوا ببطالان العقد على المتأخرة قال فى الفقه جزء ٦٨ / ٤:

يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منهما ذكرا حرم النكاح بينهما فيحرم الجمع بين الأختين - إلى قوله - و كذلك الجمع بين البنت، و عمتها، أو خالتها فاننا لو فرضنا واحدة منهما ذكرا لم يحل له أن ينكح الأخرى. و أما الشيعة فلم يروا فى ذلك بأسا إذا حصل الرضا من الزوج.

قال المحقق الحلى فى شرائعه فى الفصل الرابع من كتاب النكاح «و من توابع المصاهرة تحريم أخت الزوجه جمعا لا عينا و بنت أخت الزوجه، و بنت أخيها إلا برضاء الزوجه». «١»

(١) بالإمكان القول: بان مما انفردت الشيعة به هو جواز أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها و خالتها إذا حصل الاذن من العمه، و الخاله، و يجوزون إدخال العمه و الخاله على بنت الأخ و الأخت و ان لم ترضى المدخول عليها بذلك بينما أجمع أهل السنة على منع ذلك مطلقا كما تصرح بذلك مصادر فقه الطرفين و لبيان وجهه نظر فقهاء الشيعة فى هذه المسألة يقع البحث فى مرحلتين: الأولى - فى أصل جواز ذلك فى قبال العامة المانعين منه.

الثانية - فى احتياج إدخال بنت الأخ أو الأخت على العمه أو الخاله إلى رضاهما دون العكس.

أما أصل الجواز: فيستدل عليه بالكتاب، و السنة، و الإجماع.

فمن الكتاب: قوله تعالى وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ بِمَنْعٍ لَكُمْ مِنْكُمْ بَعْدَ أَنْ عَدَدَ الْمُحْرَمَاتِ جَمِيعًا وَ عَيْنَا وَ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِهَذَا النَّوعِ رَاجِعَ الْآيَةِ.

و من الاخبار: ما جاء في خبر على بن جعفر قال: «سألت أخى موسى بن جعفر - عليه السلام - عن رجل يتزوج المرأة على عمتها، أو خالتها قال: لا بأس لأن الله عز وجل قال وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» وسائل الشيعة باب ٢٠ مما يحرم بالمصاهرة حديث / ١١ و أما رضا العمه و الخالة: فهناك أخبار كثيرة بهذا المضمون يأتي في مقدمتها ما عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر - عليه السلام - : «سألته عن امرأة تزوج على عمتها و خالتها قال لا بأس، و قال: تزوج العمه و الخالة على ابنه الأخ و ابنه الأخت و لا تزوج بنت الأخ، و الأخت على العمه، و الخالة إلا برضاء منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل» نفس المصدر حديث ٣ و ما جاء في بعضها من قصور السنه أجاب عنه في الرياض بقوله:

«و قصور السنه منجر بالأصل و موافقه الكتاب، و السنه، و الشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعا خلافا للمقنع فأطلق المنع هنا و هو ضعيف جدا» و يلاحظ للموضوع نفسه مختلف الشيعة و المسالك، و الرياض، و المبسوط، و الانتصار و كافة مصادر الفقه الشيعي بحث ما يحرم من النكاح بالجمع.

و أما ما ذهب إليه أهل السنه من المنع للجمع بين هؤلاء مطلقا فقد عبرت مصادرهم الفقهية عن هذا المنع يقول: «عن عامة أهل العلم»، (أو لا- نعلم بينهم خلافا في ذلك) (أو الإجماع عليه) «أو ليس فيه بحجة الله اختلاف إلا- أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفتهم خلافا و هم الرافضة، و الخوارج لم يحرموا ذلك» المغني ٣٦ / ٧ و يستدلون مضافا إلى إجماعهم على المنع بالأخبار العديدة: منها ما ذكره ابن قدامة الحنبلي في المغني: ٣٦ / ٧ بقوله «و في رواية أبي داود لا تنكح المرأة على عمتها و لا العمه على بنت أخيها، و لا- المرأة على خالتها، و لا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى، و لا الصغرى على الكبرى، و لأن العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب، و إفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم و هو موجود فيما ذكرنا».

و يناقش هذا التعليل الذي ذكره ابن قدامة: بأن مجرد مخافة قطيعة الرحم لا تستلزم حرمة النكاح و الإلزام حرمة الجمع بين بنات عمين، و خالين لوجود علة النهي في ذلك علله السوكانى في نيل الأوطار ١٦٧ / ٦ - ١٦٨ بقوله:

«و أوجب بأن قطيعة الرحم من الكبائر بالاتفاق فما كان مفضيا إليها من الأسباب يكون محرما».

و هذا غريب من السوكانى إذ ليس الكلام في حرمة هذا الفعل تكليفا، أو جوازه بالحرمة المفضية إلى بطلان النكاح و عدمه، و مجرد كون الفعل كبيرة لا يوجب بطلان النكاح كما هو واضح.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٨٧

و حينئذ فلو كانت للسنى زوجة و أدخل عليها بنت أخيها، أو أختها برضاها فهي زوجة عند الشيعة و ليست بزوجة عند السنه لأن عقد هذه متأخر عن الزوجة، و عليه فلا بد من إلزامهم بجميع الآثار المترتبة على فساد المتأخرة

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٨٨

و تحريم ذلك العقد، و لهذا الفساد آثار كثيرة للشيعة تطبيقها إلزاما لهم بما يدينون به.

الفرع الثالث - العدة على اليائسة:

قال العلامة الحلى - رحمه الله - في تبصرته، كتاب الطلاق عند التعرض للبحث عن العدد «لا عدة في الطلاق على الصغيرة و اليائسة، و غير المدخول».

و في الفقه على المذاهب الأربع: ٥٤٩ / ٤ قال:

«تعدد المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تأريخ طلاقها و قد عرفت ان المطلقات الآيسات من المحيض نوعان: أحدهما الصغيرة التي دون تسع سنين - إلى قوله - ثانيتهما: الكبيرة في السن و في سن إياسها التفصيل المتقدم» - و حينئذ - فقاعدة الإلزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة على هاتين الآئسة، و الصغيرة ان لا يعقد في عدتهن على الأخت، و سائر من يحرم عندهم الجمع

بينها و كذلك لا يجوز عقده على الخامسة ما دامت فى العدة، و هكذا بقية أحكام العدة «١»

(١) استدلل الشيعة على مذهبهم المذكور بما اشتهر بينهم، بل ربما كان مجمعا عليه ان لم تضر مخالفة بعض معروفى النسب كالسيد المرتضى.

يضاف إلى ذلك وجود اخبار عن أئمة أهل البيت (ع) صرحت بعدم وجود العدة عليها حتى عبر عنها السيد الطباطبائى فى الرياض بأنها: «المستفيضة التى كادت تكون متواترة، منها الصحيح عن التى قد يئست من المحيض و التى لا تحيض مثلها قال ليس عليها عدة» و فى بعضها يصرح عن هاتين بالصبيّة و المرأة التى قد يئست من المحيض راجع لها الوسائل: باب ٢/ من أبواب العدد.

و أما السنة: فمصادرهم الفقهية تطبق على لزوم العدة للصغيرة و اليائسة راجع لذلك: جميع مصادرهم فى هذا الخصوص. و قد استندوا فيما ذهبوا اليه لظاهر الآية الكريمة و اللّائى يئسن من المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللّائى لَمْ يَحْضُنَّ وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» سورة الطلاق أية ٤ فيقال: إن اليائسة، و الصغيرة إن ارتبتم فلا تدرون حكمهن فى فعدتهن ثلاثة أشهر. و يستدل السيد المرتضى على هذا الرأى حيث ذهب اليه بوجهين:

الأول: سبب النزول، و ذلك حيث سأل أبى بن كعب فقال يا رسول الله ان عددا من عدد النساء لم تذكر فى الكتاب: الصغار، و الكبار و أولات الأحمال فنزلت هذه الآية.

الثانى: انه تعالى لو أراد ما يقوله المتمسكون بعدم العدم عليهما من الشك فى ارتفاع المحيض لكبر أم لعارض لقال الله تعالى: ان ارتبتن لان المرجع فى المحيض إليهن.

و الجواب: ان الآية وردت فى الأيسّة و من لم تحض للشك فى كبر أم لعارض منع من الحيض لا- فى الأيس و مثلها لا تحيض، و كذلك الصغيرة. و اما ما ذكر من الأدلة فمردود:

اما الدليل الأول: للسيد المرتضى فيرد عليه أن الآية لو كانت كما ادعى من سؤال أبى بن كعب لقلت (ان جهلتم) لا (إِنْ ارْتَبْتُمْ) لأن أبى بن كعب لم يشك فى حكم هاتين بل كان جاهلا و لذا سأل فالتعليل بقوله إِنْ ارْتَبْتُمْ لا يتم مع المورد و اما الدليل الثانى: فإن تذكير الضمير لا تأنيثه لأجل ان الخطاب مع الرجل كما يشعر به صدر الآية من قوله. (وَ اللّائى يئسن من المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ) فما هو وجه الانتقال من خطابهم إلى خطابهن؟

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٨٩

المورد الثانى - الطلاق الفاسد:

إشارة

فيه فروع:

الفرع الأول: طلاق الثلاث من غير رجعة

فلو طلق السنى زوجته بقوله: (أنت طالق ثلاثا) كان عندهم صحيحا

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٩٠

و عند الشيعة باطلا، و تجرى فيه قاعدة الإلزام قال فى الفقه على المذاهب الأربعة: ٣٤١/ ٤ ما يلى:

فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعة واحدة بأن قال لها (أنت طالق ثلاثا) لزمه ما نطق به من العدد فى المذاهب الأربعة و هو رأى

الجمهور قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه كتاب الطلاق عند التعرض لأقسام الطلاق «فالبدعة ثلاث طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها و مع غيبته دون المدة المشترطة، و كذا النفساء، أو في طهر قربها فيه و طلاق الثلاث من غير رجعة بينهما، و الكل عندنا باطل (١) لا يقع معه طلاق» (٢).

(١) قوله المحقق (و الكل عندنا باطل) و منه طلاق الثلاث يقصد به أن مجموع هذه الطلقات البدعية باطلة من هي مجموع، و إلا فهو من القائلين بوقوع الطلاق الثلاث طلقه واحدة لو قال (أنت طالق ثلاثا).

(٢) مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد من غير رجعة متخللة بين الطلقات من المسائل الخلافية بين الشيعة، و السنة من جهة. و بين الشيعة أنفسهم من جهة ثانية.

فالسنة: يرون وقوع الطلقات الثلاث به و تبين زوجته منه و لا تحل له حتى تنكح زوجا آخر على الشروط التي يقيد بها الزوج الجديد من جانب الشريعة ذهب إلى ذلك جمهور العامة من «التابعين و كثير من الصحابة، و أئمة المذاهب الأربعة» على حد تعبير الشوكاني في نيل الأوطار:

٢٦٠ / ٦، أما الشيعة: فلا يرون وقوع الطلاق به لعدم تخلل الرجعة به و لكنهم اختلفوا فالأكثر أنه يقع طلقه واحدة و نقل الشوكاني في الموضوع السابق ذهاب جماعة إليه كابن عباس، و طاوس و عطاء و جابر بن زيد، و الهادي عن أبي موسى، و القاسم، و الباقر، و الناصر، و أحمد بن عيسى و من المتأخرين كابن تيمية، و ابن القيم، و جماعة من المحققين.

و البعض الآخر من الشيعة ذهب إلى عدم وقوع شيء من الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة و لا أكثر و قد حكى هذا الرأي عن بعض التابعين، و روى أيضا عن ابن علي و هشام بن الحكم و أبو عبيدة، و بعض أهل الظاهر.

و نقل الشوكاني قولاً رابعاً: يفصل فيه بين كون المطلقة مدخولاً بها فتقع الثلاث و غير مدخول بها فواحدة و لكن من هؤلاء دليله. استدل من قال بوقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ من السنة بالقرآن الكريم: حيث قال تعالى الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.

بدعوى: ان قوله (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ) يدل على جواز جمع الثنتين، و إذا جاز جمع الثنتين دفعةً جاز جمع الثلاثة.

و أجيب عنه، بأنه قياس مع الفارق لأن جمع الثنتين لا يستلزم البيئونة الكبرى بخلاف الثلاث.

و نقل الشوكاني عن الكرمانى فى نيل الأوطار: ١٦٠ / ٦ مستدلاً على ذلك بقوله: ان التسريح بإحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعةً واحدة.

و الجواب عنه: بأن التسريح فى الآية إنما هو بعد إيقاع الثنتين فلا يتناول إيقاع الثلاث دفعةً واحدة.

و قد استدل بأخبار دلت على وقوع الطلاق ثلاثاً رويت من الطرفين و لكنها لم تسلم من المناقشة:

أما الشيعة: فالقول بوقوع الطلق الواحدة بهذا التعبير هو المشهور عندهم يضاف إلى هذه الشهرة أن الواحدة مقتضى الصيغة المشتملة على شرائط الصحة عدا اشتماله على الزائد و هذا غير صالح للمانعة لأنه مؤكد لكثرة الطلاق و إيقاعه و هناك أخبار صحيحة استند لها هؤلاء القائلون.

منها ما جاء عن زرارة عن أحدهما - عليه السلام - قال: «سألت عن الذى يطلق فى حال الطهر فى مجلس ثلاثاً قال هى واحدة» الوسائل باب / ٢٠ من مقدمات الطلاق حديث / ٣.

و أمثال هذا الخبر توجد أخبار يرويها الشيعة من عبر عنها فى الرياض:

(بالصحيح المستفيضة).

أما من قال من الشيعة: بعدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة و لا أكثر فقد استدل على دعواه بأخبار كانت مورد هجوم من قبل

غالبية الفقهاء، و رميها بضعف الدلالة، أو السند.

راجع لها الرياضى، الجواهر، مختلف الشيعة، نيل الأوطار، فى البحث فى صيغة الطلاق.

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٩١

و يقع البحث فى هذا الفرع فى صورتين:

الأولى- فيما لو أراد أحد الشيعة الزواج بتلك المطلقة الثانية- لو تشيع الزوج بعد ان كان سنيا، و كان قد طلق زوجته على النحو المذكور و أراد التزويج من تلك المرأة بعد ذلك فهل يجوز ذلك.

و يسوغ له الاقدام عليها حاله فيها كحال بقية الشيعة أم لا بد لها من زوج يحللها

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٩٢

عليه عملا بمقتضى الآية الكريمة الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ- إلى قوله- فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

و المفروض أن هذه المرأة مطلقة ثلاثا على مذهبه حين كان سنيا فيكون ملزما بما يقتضيه مذهبه السابق.

أما الصورة الأولى: فلا إشكال فى جواز التزوج بهذه المرأة لغير الزوج لأن هذا الأثر هو مورد النصوص المتقدمة، و الدالة على أن الزوجة تبين منه واقعا طبقا للمصلحة الثانوية، و لا يقف شىء فى طريق هذا الزوج.

الصورة الثانية- و حيث عرفت ان محل الإلزام هو الحكم الواقعى الثانوى فهذا يقع الطلاق صحيحا منه و بما أن هذا الحكم لا يكون محدودا بما دام سنيا، بل أن تسننه يكون علته فى تحقق الحكم بالانفصال، و بقاءه- فحينئذ- لا فائدة فى تشيعه بعد ذلك، و لا يتمكن من الرجوع إليها بدون محلل يجتمع فيه الشروط الشرعية.

الفرعان الثانى و الثالث: الطلاق فى حالة الحيض، و طلاقها فى طهر واقعها فيه:

قال فى كتاب المغنى لابن قدامة ٧/ ٢٩٩ ما يلى:

«فصل فان طلق للبدعة و هو أن يطلقها حائضا، أو فى طهر أصابها فيه إثم، و وقع طلاقه فى قول عامة أهل العلم» «١».

(١) و عبر ابن رشد عن ذلك بقوله: «أن الجمهور قالوا يمضى طلاقه، و قالت فرقة لا ينفذ و لا يقع» البداية: ٢/ ٧٠- طبعة مكتبة الكليات و قال ابن عبد البر: لا يخالف فى ذلك إلا أهل البدع و الضلال: نيل الأوطار ٦/ ٢٥٢ و استدلل القائلون بالوقوع: بالإجماع المنقول عنهم- كما عرفت التعبير عنه- بأنه قول عامة أهل العلم، و بالأخبار المروية من طرقهم.

منها: ما عن عبد الله ابن عمر «أنه طلق امرأته و هى حائض فذكر ذلك عمر للنبي (ص) فقال مره فليرجعها» و قال الشوكانى عن هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخارى، و بهذا المضمون رويت روايات أخرى راجع نيل الأوطار الموضع السابق.

و وجه الاستدلال بها هو أن الأمر بالمراجعة لابن عمر لا يكون الا بعد تحقق الطلاق.

و عورض هذا الحديث بما أخرجه أحمد و أبو داود و النسائى عن ابن عمر بلفظ:

«طلق ابن عمر امرأته و هى حائض قال عبد الله: فردها على رسول الله- ص- و لم يراها شيئا» و صحح هذا الحديث من قبل جماعة كثيرين، و فى رواية أخرى ان رسول الله- ص- قال: (ليس ذلك بشىء)، و فى أخرى: (لا يعتد بذلك) و قال الشوكانى عن هاتين الطائفتين: «و لا شك أن رواية عدم الاعتداد بتلك الطلقة أرجح من رواية الاعتداد المتقدمة فاذا صرنا الى الترجيح بناء على تعذر الجمع فرواية عدم الاعتداد أرجح لما سلف» و قد تقدم انه بين أسباب الترجيح فراجع فى نيل الأوطار ٦/ ٢٥٤ يضاف الى ذلك ما روته العامة من قول النبي- ص- «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد أو كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد بداية المجتهد: ٢/

٧٠ وقيل تعليقا على هذا الحديث «و هو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله (ص) و مسألة النزاع من هذا القبيل فان الله لم يشرع هذا الطلاق و لا أذن فيه فليس من شرعه، و أمره» راجع الشوكاني: المصدر السابق.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٣

و قد تقدم في الفرع الأول نص كلام المحقق الحلي في بطلان الطلاق في هاتين الحالتين فراجع - فحيث - فيجوز للشيعي أن يتزوج بتلك المطلقة إلزاما لهم بما يدينون به من صحة الطلاق، و وقوعه «١».

(١) يستدل الشيعة على عدم وقوع الطلاق في حالتى الحيض و الطهر الذى واقع فيه بالإجماع من فقهاءهم على ذلك كما صرح بذلك فى الجواهر و الرياضى و بالأخبار الكثيرة و التى ورد فيها أن الطلاق على غير السنه باطل، و حيث يتصدى السائل السؤال عن طلاق السنه يجيبه الامام (ع) بأن تكون المرأة نقيّة عن الحيض و فى طهر لم يقاربها فيه ففى خبر محمد بن أبى نصر عن الرضا (عليه السلام) «قال سألت عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشاهدين عدلين قال ليس هذا طلاقا فقلت له: فكيف طلاق السنه؟ فقال يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين، فان خالف ذلك رد إلى كتاب الله عز و جل». وسائل الشيعة: ٢٧٦ / ٧ طبعه حديثه. و لأدلة المسألة بشكل أوسع راجع الجواهر، و الرياض، و المسالك: بحث من يصح الطلاق.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٤

الفرع الرابع - طلاق السكران:

قال ابن قدامة فى المغنى ١١٤ / ٧.

«مسألة» قال (و عن أبى عبد الله رحمه الله فى السكران روايات رواية يقع الطلاق و رواية لا يقع و رواية يتوقف عن الجواب و يقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله - ص -).

و فى شرحه للمسألة يقول: و أما التوقف فليس بقول فى المسألة - إلى قوله - و يبقى فى المسألة روايتان: إحداهما: يقع طلاقه اختارها: أبو بكر الخلال و القاضى، و هو مذهب سعيد بن المسيب، و عطاء، و مجاهد، و الحسن، و ابن سيرين و الشعبى و النخعى - إلى قوله - و الشافعى فى أحد قوليه، و شبرمه و أبى حنيفة.

راجع أيضا بداية المجتهد لابن رشد: ٨١ / ٢ «١»

(١) اختلفت كلمات العامة فى وقوع الطلاق من السكران فعن خصوص أئمة المذاهب الأربعة قال صاحب كتاب رحمه الأمة: ٥٦ / ٢ على هامش الميزان فقال أبو حنيفة، و مالك يقع و عن الشافعى قولان: أصحابها يقع، و عن أحمد روايتان: أظهرهما يقع. و فى الوقت نفسه فقد ذهب كثير من فقهاء العامة ممن تقدم أصحاب المذاهب، و ممن تأخر عنهم إلى القول بعدم الوقوع كما جاء فى المغنى، و نيل الأوطار نفس الموضع السابق.

و سبب القائلين بالوقوع و عدمه هو:

ان السكران كالمجنون من حيث التكليف أم أن بينهما فرقا؟

فمن فرق بينهما اعتبر الطلاق صحيحا منه و لو فى حالة السكر لأن السكران فى نظر الصحابة كالصاحي فى الحد بالقذف لما روى عندهم عن أمير المؤمنين على - عليه السلام - من أن السكران إذا سكر هذى، و إذا هذى افتري - و على المفترى ثمانون. و لأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادق ملكه فوجب أن الطلاق منه و يدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل و يقطع بالسرقه و بهذا فارق المجنون. أما من لم يفرق بينهما فقد ذهب إلى عدم وقوع الطلاق منه مستدلا على ذلك: بأن العقل شرط فى التكليف و السكران لا

عقل له فلا- يتوجه التكليف لمن لا يفهمه. و اعترض على هؤلاء بالفرق بين المجنون، و السكران من ناحية زوال العقل فان المجنون ابتلى بمرض خارج عن قدرته و السكران أزال عقله بيده بالشراب و الجواب عن ذلك:

بأن زوال شرط التكليف موجب لعدم توجه التكليف إلى العبد من غير فرق بين أن يكون زواله بيد الإنسان، و اختياره أم لا، أو بمعصية أم غير معصية و المهم أنه الآن غير حائز على شرط التكليف، و هو العقد فلا يكون قاصدا لعمله و فعله. و استدل على ذلك بمن كسر ساقه فتعذر عليه أن يصلى قائماً فان حكمه ينتقل إلى الصلاة جالسا، و هكذا من ضربت بطنها فنفس في الصلاة تسقط عنها، و كذا لو استعملت دواء فحاضت فإن أحكام الحيض تجرى عليها، و هكذا في كل مورد يكون التكليف فيه ساقطا و أن كان ذلك السقوط ناشئا من مقدمات أوجدها بنفسه فأدت بالحثم إلى تلك النتائج فإن تحقق الحكم يتبع صدق الموضوع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٥

قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه: «الشرط الثاني: العقل: فلا يصح طلاق المجنون، و لا السكران، و لا من أزال عقله بإغماء، أو شرب مرقد لعدم القصد» كتاب الطلاق «١».

و على هذا فإن قاعدة الإلزام تقضى بالزواج لمطلقه السكران، و ترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه، و تزوجها بغيره.

(١) إنما لا يرى الشيعة طلاق السكران معتبرا لعدم حصول القصد فيه، و من الواضح أن الحكم بالتفريق متوقف على قصده و ما لم يتحقق الموضوع لا مجال لتحقيق الحكم يضاف إلى ذلك وجود الأخبار الصحيحة المستفيضة المصرحة بذلك كما جاء ذلك عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق السكران و عتقه فقال لا يجوز الوسائل: ٣٢٨ / ٧ الطبعة الحديثه و قد تكرر هذا السؤال في روايات عديدة كان الجواب فيها بعدم الجواز و في مقام تحديد السكر الذي لا ينفع معه الطلاق يقول فقهاء الشيعة إذا اختلط كلامه المنظوم و انكشف سره المكتوم و بحيث لا- تنتظم أموره و لا- يتوجه إلى أفعاله. راجع الحقائق الناضرة، و الجواهر، و الرياض. البحث عن المطلق، و شروطه و قال ابن قدامة في المغني ٣١٤ / ٧ و حد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه و لا يعرف ردائه من رداء غيره و نعله من نعل غيره.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٦

الفرع الخامس - طلاق المكره:

قال المحقق في شرائعه من كتاب الطلاق ما يلي:

الشرط الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المكره «١».

(١) إجماعا كما عن الخلاف، و الانتصار، و الجواهر، و المسالك، و الحقائق، و غير هذه من مصادر الفقه الشيعي، مضافا إلى ما روى عن النبي - صلى الله عليه و آله - من الفريقين صحيح عندنا خلافا للشافعي.

و قد اعتمد من قال بوقوع الطلاق من المكره من العامة على انه طلاق من مكلف في محل يملكه فيقع منه، و لأنه و إن كان مكرها في الواقع و لكنه بتلفظه ليس بمكره فيقع منه.

أما من قال بعدم الوقوع فقد استدل بالحديث النبوي المتقدم (رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه) و قد رواه ابن قدامة عن ابن ماجه راجع المغني: ٣١٦ / ٧، و قد روى أيضا حديثا عن عائشة و فيه قول النبي - ص - (لا طلاق في إغلاق) و قد فسر الأغلاق بالإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه.

أما تحديد الإكراه الذي يرتفع منه أثر الطلاق فقد اتفقت كلمة الفقهاء من الفريقين انه لا بد فيه من تحقق أمور:

منها- أن يكون المكره قادرا على إيجاد ما توعده به لغلبة، أو سلطان، أو تغلب.

و منها- عجز المكره (بافتح) عن دفع ما توعده به.

و منها- ان يعلم أو يظن غالبا انه لو لم يفعل أو أقنع أوقع المكره ما توعده به لا انه هازل، و ممازح، أو غير ذلك من الدواعي.

قوله «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه» و طبعي أن المرفوع من هذه هو الحكم إذ لا يعقل فيها رفع ما وقع منها و يسمى بالاصطلاح الأصولي رفع للحكم بلسان رفع الموضوع.

و هكذا جاءت الأخبار الصحيحة تؤكد رفع عدم وقوع الطلاق الكره كما عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: «سألته عن طلاق المكره و عتقه فقال ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق» الوسائل الجديدة ٣٣١ / ٧.

و قد استفاضت الأحاديث بهذا المعنى من عدم وقوع الطلاق من المكره لعدم قصده إلى المعنى الذي لا بد للمطلاق من تحققه راجع الوسائل نفس الموضوع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٧

و جاء في المعنى لابن قدامة: ١١٨ / ٧ ما يلي:

لا تختلف الرواية عن أحمد ان طلاق المكره لا يقع- إلى قوله-، و أجازه أبو حنيفة قدامة، و الشعبي، و النخعي، و الزهري، و الثوري، و أبو حنيفة و صاحبه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه كطلاق غير المكره. «١»
و مورد الإلزام في ذلك ان المطلق لو كان تابعا لأبى حنيفة، و غيره ممن يصحح طلاق المكره للشيعة إلزامه بذلك، و اعتبار زوجته منفصلة عنه و إجراء كافة الأحكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين.

الفرع السادس - الطلاق المعلق:

قال ابن رشد في بدايته: ٧٩ / ٢ «و أما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها: ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار، و قدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف» «٢». إلى آخر ما ذكره هنا من وقوع الطلاق المعلق بأنواع.

(١) قال في رحمة الأمة على هامش الميزان: ٥٦ / ٢ «و اختلفوا في طلاق المكره و أعتقه فقال أبو حنيفة يقع الطلاق، و يحصل الإعتاق، و قال مالك، و أحمد و الشافعي لا يقع إذا نطق دافعا به عن نفسه».

و قال السمرقندي الحنفى في تحفة الفقهاء: ٢٦٨ / ٢ «طلاق المكره و منها- ان يكون ما توعده به مضرا بالمكره في نفسه أو متعلقه من قتل أو جرح أو مال على تفصيل بين الفقهاء في مقدار الجرح و نوعه، و الحال أيضا.

(٢) تعليق الطلاق تارة: يكون على مشيئة الله، و اخرى على غير مشيئته أما على المشيئة: كما لو قال لزوجته: (أنت طالق إن شاء الله) فقد قال مالك، و أحمد يقع الطلاق، و قال أبو حنيفة، و الشافعي لا يقع» رحمة الأمة على هامش الميزان: ٥٦ / ٢.

و أما بالنسبة إلى غير المشيئة: فقد قسم تقييد الطلاق إلى قسمين: تقييد اشتراط أو تقييد استثناء و قد ذكر ابن رشد تفصيلا في الفرق بين هذين البدأية: ٨٥ / ٢.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٢٩٨

و أما الجعفرية: فقد قال في الجواهر تعليقا على قول صاحب الشرائع في هذا الخصوص في كتاب الطلاق الركن الثالث في البحث عن الصيغة.

«و يشترط في الصيغة تجردها «١» عن التعليق على الشرط المتحمل وقوعه نحو ان جاء زيد و على الصفة المعلوم حصولها نحو إذا

طلعت الشمس في قول مشهور بل لم أقف فيه على مخالف منا بل في الانتصار، والإيضاح، والتنقيح، والروضة ومحكى السرائر، و غيرها الإجماع عليه وهو الحجة» (٢).
و من البديهي ان العامة تقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه و بناء على هذا فان لغيرهم إلزامهم بذلك و ترتيب جميع الآثار على ذلك.

الفرع السابع - الحلف بالطلاق:

قال ابن رشد في بدايته: ٣٩٧/١ «و اتفق الجمهور في الايمان التى ليست أقساما بشىء و انما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل: فإن فعلت كذا فعلى مشى إلى بيت الله، أو ان فعلت كذا، و كذا فغلامى حر، أو امرأتى طالق. انها تلزم في القرب، و فيما إذا التزمه الإنسان لزمه

(١) هذه العبارة ذكرناها مؤلفه من عبارتى الشرائع، و شرحها فى الجواهر مندمجة
(٢) العمدة فى الدليل على عدم تعليق الطلاق عند الشيعة هو الإجماع المدعى على لزوم تجرد الصيغة من التعليق على الشرط المحتمل، و الصفة المعلوم حصولها و يستفيد الشهيد الثانى فى مسالكة من قول صاحب الشرائع فى المتن (فى قول مشهور) نكتة ذكرها بقوله «نه بقوله على قول مشهور على ضعف مستنده فإنه ليس عليه نص، و انما أوردوا عليه أدلة ظاهريه كقولهم: أن النكاح أمر ثابت متحقق فلا يزول الا بسبب متحقق و وقوعه مع الشرط مشكول فيه و قولهم انه مع عدم الشرط إجماعى لا دليل على صحته بالشرط و نحو ذلك فان هذا كله يندفع بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع أعم من كونه معلقا على شرط، أو منجزا، و قوله (لم أقف فيه على مخالف) يخرج به عن دعوى الإجماع عليه فان عدم الوقوع على المخالف لا- يكفى فى تحقق الإجماع».

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٢٩٩

بالشرع مثل الطلاق، و العتق و اختلفوا هل فيها كفارة أم لا؟» (١).

و قال المحقق الحلى:- رحمه الله- فى شرائعه، فى البحث عما تنعقد به اليمين من كتاب الايمان. «و لا- ينعقد اليمين بالطلاق و لا بالعناق و لا بالتحريم و لا بالظهار» (٢).

و حينئذ فلو حلف العامى أن لا يفعل شيئا و إلا فامرأته طالق و صادف أن فعل ذلك الشىء فإن امرأته طالقة منه طبقا لما يدين به و يرتب الشيعة عليها جميع الآثار التى تترتب على الفرقة و الطلاق».

الفرع الثامن - الطلاق بالكتابة:

قال المحقق فى شرائعه فى البحث عن صيغة الطلاق: «و لا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر و هو قادر على التلفظ. نعم لو عجز عن النطق فكتب ناويا الطلاق صح، و قيل يقع بالكتابة إذا كان غائبا عن الزوجة و ليس بمعتد» (٣).

(١) و لزيادة التوضيح فى هذه المسألة راجع المغنى لابن قدامة: ٣٢٩ / ٧ مطبعة الامام.

(٢) و قال معلقا عليه فى الرياض بقوله «على الأظهر الأشهر بين الطائفة بل عليه الإجماع فى الانتصار».

و قد استدلل له بالأخبار الصحيحة حيث جاء:

«انى حلفت بالطلاق و العتاق و النذر فقال ان هذا من خطوات الشيطان».

(٣) يفرق الشيعة في الطلاق بالكتابة بين كونه صادرا من مطلق حاضر قادر على النطق أو مطلق غائب قادر على التلفظ.

أما الزوج الحاضر القادر: فيعبر فقهاء الشيعة: بأنه لا خلاف بين أصحاب في عدم وقوع الطلاق منه بالكتابة.

و أما بالنسبة إلى الغائب فذهب الأكثر و منهم الشيخ في المبسوط إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة منه مدعيا عليه الإجماع.

يضاف إلى ذلك استصحاب حكم الزوجية إلى أن يثبت المزيل مع الشك في كون الطلاق بالكتابة مزيلا لما ثبت من عقد النكاح نعم التلفظ به ثبت انه مزيل له و لذلك لم يحصل الاختلاف به و من وراء كل ذلك الأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام المصرحة بعدم الوقوع فقد جاء في الخبر عن زرارة قال قلت لأبي جعفر - عليه السلام -: رجل كتب بطلاق امرأته، أو بعث غلامه ثم بدا له فمحاها قال ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به» الوسائل ٧ / ٢٩١ الطبعة الحديثة.

و في مقابل هذا الرأي ما ذهب اليه الشيخ نفسه في كتاب النهاية، و بعض من تبعه من وقوع الفرقة بهذا النوع من الطلاق الكتبي مستنديين إلى رواية عن أبي حمزة الثمالي عن ابي عبد الله - عليه السلام - و قد سأله فيها عن ذلك فأجاب: «لا يكون طلاقا و لا عتاقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده و يريد به الطلاق أو العتق و يكون ذلك بالأهله و الشهور و يكون غائبا عن أهله» الوسائل نفس الموضع.

و حمل البعض هذه الرواية على حالة الاضطرار إلى الكتابة.

و لكن الشهيد الثاني في المسالك رد هذا الحمل و رجح هذه الرواية على سابقتها المانعة من وقوع الطلاق بالكتابة.

لاحظ البحث مفصلا في المسالك في البحث عن وقوع الطلاق بالكتابة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٠

و في الفقه على المذاهب الأربعة بين رأى المذهب الأربعة بالنسبة إلى كتابة الطلاق و وقوع الفرقة به. راجع / ٤ - ٢٨٩ - ٢٩٥ منه «١»

(١) يقول ابن قدامة في المغنى: ٤ / ٤٢٣ «الموضع الثاني: إذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته و بهذا قال الشعبي و النخعي و الزهري و الحكم و أبو حنيفة و مالك و هو المنصوص عن الشافعي، و ذكر بعض أصحابه قولاً آخر انه لا يقع لأنه فعل من قادر على التطبيق فلم يقع به الطلاق كالإشارة» و لكن من ذهب إلى وقوع الطلاق به قال: «ان الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا اتى منها بالطلاق، و فهم فيها، و نواه وقع كاللفظ، و لأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي - ص - كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول و في حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف». راجع المصدر السابق نفس الموضع.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠١

و الإلزام يتحقق أيضا لو طلق العامى زوجته بان كتب ذلك لها و لم يتلفظ به مع قدرته على ذلك فهي مطلقة على مذهبه، و زوجة على مذهب الشيعي و لكن قاعدة الإلزام تفرض وقوع الطلاق إلزاما لهم بما ذهبوا اليه

الفرع التاسع - طلاق من كان جاهلا بالحكم:

تصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الجعفرية زوجة سنية فطلقها بغير شهود جاهلا ببطلان هذا الطلاق عندنا أو كان ملجئا من قبلها على إيقاع الطلاق فان هذا الطلاق يكون صحيحا عندهم باطلا عندنا إذ الإشهاد واجب في النكاح لا في الطلاق على العكس عند الجعفرية فإنما هو واجب الاشهاد حين الطلاق لا النكاح و حينئذ فالزوج و ان كان مذهبه يقتضى عدم وقوع مثل هذا الطلاق إلا أن جريان قاعدة الإلزام في الزوجة يكون موجبا لانفصام عرى الزوجية و بينونة كل منهما عن الآخر كحكم واقعي ثانوى فلا يتوارثان و لا نفقة لها عليه بل يترتب جميع الآثار المترتبة على الطلاق.

هذه هي فروع الطلاق: و لو تأملنا لرأينا للطلاق فروعاً كثيرة و لكن الضابط هنا هو إلزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا صحيح عندهم و ترتيب جميع الآثار على ذلك لأن من دان بدين لزمته أحكامه.

المورد الثالث - البيع:

الفرع الأول - الشراء بالوصف:

قالت الشافعية: بان من يشتري شيئاً بالوصف فله الخيار عند رؤيته و ان كان المبيع حاوياً على الوصف المذكور.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة: ٢١٤ / ٢

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٢

«الشافعية قالوا: لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدین أو أحدهما سواء كان المبيع غائباً عن مجلس العقد رأساً أو موجوداً به و لكنه مستتر لم يظهر لهما إلى قوله - فإنه ما دام غائباً عن رؤيتهما فان بيعه لا يصح على أي حال. » (١) و على هذا فيلزم من كان شافعيًا بهذه الصورة، و ثبت لنا الخيار عليه لو اشترينا من أحدهم بالوصف، و عدم الرؤية و ان كان حاوياً على الوصف المذكور لان ذلك هو مورد الإلزام لهم بما يدينون به.

(١) لا يجوز الشوافع بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها مستنديين في ذلك إلى الحديث المشهور عن النبي - صلى الله عليه و آله - من النهي عن بيع الغرر و أما لو علم الجنس أو النوع فللشافعي قولان في ذلك:

في القديم: صحة مثل هذا البيع، و يثبت له الخيار لو كان قد راه معللاً بأنه: بيع على عين فجاز مع الجهل كالنكاح. و في الجديد: عدم صحة هذا البيع لأنه غرر و قد نهى النبي - صلى الله عليه و آله - عن بيع الغرر. راجع لهذا التفصيل: المهذب للشيروازي: ١ / ٢٧٠ / مطبعة البابي و لان قوله الجديد هو عدم الصحة لذا نقلت المصادر الفقهية السنية عدم الصحة عنه تاركاً قوله القديم لذلك جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي الحنفى قوله: «قال أصحابنا رحمهم الله: ان خيار الرؤية مشروع في شراء ما لم يره المشتري فيجوز الشراء و يثبت الخيار، و قال الشافعي شراء ما لم يره المشتري لا يصح فلا يكون الخيار فيه مشروعاً» تحفة الفقهاء: ٢ / ١٠٢ / دار الفكر.

و اما الشيعة: فقد أجمع فقهاؤهم على ان صحة بيع العين الغائبة انما هو وصفها بما يرفع عنها الجهالة كما نقل ذلك عنهم السيد العاملي في مفتاح الكرامة: صفحة ٢٩٠ من كتاب المتاجر.

و حينئذ فإن خرج المبيع موافقاً للوصف فقد لزم البيع كتاباً و سنةً و إجماعاً كما عبر به صاحب الجواهر في البحث عن خيار الرؤية في كتاب التجارة و الا - فإن نقص تخير المشتري بين الرد، و الإبقاء دون البائع بلا خلاف بينهم في ذلك و لأخبار صحيحة مروية من طرقهم دلت على ذلك.

يضاف إلى ذلك حديث نفى الضرر و من الواضح ان عدم فسخ المجال أمام المشتري للخيار ضرر عليه، و هكذا الحال لو لم يره البائع، و باعه. و اشترى المشتري منه ذلك بعد وصفه له و تبين بعد ذلك الزيادة على ما تخيله البائع أو وصفه ثالث و باعه على الوصف في كل ذلك للبائع الخيار لعين ما ذكرنا في خيار المشتري لو وصفه البائع له و اشتراه فتبينت المخالفة.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٣

الفرع الثاني - الزيادة المتميزة:

لو اشترى الشخص امه فحملت منه و ولدت عنده ثم وجد بها عيبا سابقا على العقد فقد قالت المالكية أنه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها أما الحنفية فقد قالوا: بعدم الرد، و عليه الأرش.

قال في كتاب رحمه الأمة على هامش الميزان: ٢٠٥ / ٢.

«فصل إذا زاد المبيع زيادة متميرة كالولد و الثمرة أمسك الزيادة و رد الأصل عند الشافعي، و أحمد، و قال مالك ان كانت الزيادة ولدا رد مع الأصل أو ثمره أمسكها و رد الأصل، و قال أبو حنيفة حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد بالعيب بكل حال» (١).

أما الجعفرية فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها قال الشيخ الأنصاري - قد سره - في مكاسبه: ٢٥٥ / الطبعة الحديثة إيران الحديثه.

«فرع لا خلاف نصا و فتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية بالعيب» إذا فوطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية، و أما لو ولدت منه فإنها تنعتق عليه لأنها تكون أم ولده و لا معنى للرد - حينئذ - (٢).

(١) لاحظ لذلك أيضا بداية المجتهد ١٩٩ / ٢ و كذلك تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٢٦ / ٢ أما الشيرازي الشافعي فقد ذكر في المذهب: ٢٩٢ / ١ قائلا: «و إن كان المبيع حارية فحملت عنده و ولدت ثم علم بالعيب ردها و أمسك الولد لما ذكرناه» و يقصد بما ذكرناه أن الولد نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه و يرد الأصل كفلته العبد.

(٢) الوطئ يمنع رد الأمة المعيبة بالإجماع و الصحاح المستفيضة كما عبر بذلك في الرياض في البحث عن العيوب المجوزة للرد.

نعم لو كان ما وجده من العيب فيها هو الحمل فله ردها على خلاف في ذلك بين كونه يرد مطلقا سواء كان ذلك الحمل من المولى أو غيره، أو أنه يرد لو كان حملها من مولاه الذي اشتراها منه. لاحظ لذلك الرياض، و الانتصار و الغنية. الموضع المذكور نفسه.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٤

و الإلزام في هذا الفرع يتحقق بالنسبة إلى المالكي، فإنه لو اشترى جارية و وطئها فحملت منه، و ولدت له ولدا، و وجد بعد ذلك بها عيبا سابقا فإن الإلزام له يقضى بإجباره برد الاثنين الأم، و الولد لأنه يدين بذلك فيلزم به.

المورد الرابع - الخيار:

الفرع الأول - خيار الشرط:

قالت المالكية: ان خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة، و قال أبو حنيفة الشافعي: لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام.

قال في الفقه على المذاهب الأربعة ١٧٨ / ٢:

المالكية قالوا: تنقسم مدة خيار الشرط بالنسبة إلى المبيع إلى أربعة أقسام الأول: في بيع العقار، و الخيار في هذا يمتد إلى ستة و ثلاثين يوما و ثمانية و ثلاثين (و بقية الأقسام من هذا القبيل) و الشافعية، و الحنفية يشترطون ثلاثة أيام، و الحنابلة يشترطون في مدة الخيار أن تكون معلومة و لا حد لها و إنما الذي لا يصح هو أن يشترطه مدة مجهولة كبعثتك بالخيار متى شئت (١).

(١) راجع رأى أبي المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٨ / ٣ طبعة بولاق فقد نقل رأيهم مفصلا، و أما بقية المذاهب فقد قال السمرقندي الحنفى في تحفته: ٨١ - ٨٢ «و أما الخيار المشروع فنوع واحد. و هو أن يذكر وقتا معلوما و لم يجاوز عن الثلاثة بأن قال على أنى بالخيار يوما، أو يومين، أو ثلاثة أيام، و هذا قول عامة العلماء سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري».

و في مقام الاستدلال عليه يذهب إلى أن الخيار بطبعه مناف لما يقتضيه العقد و إنما ثبت جوازه بدليل خاص، و هو حديث حيان بن منقذ و فيه ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فأمسك و ان سخطت فأرددها على صاحبها.

هذا هو أصل الخيار الشرط عند الأحناف. و أما لو شرطه فقد قال السمرقندى الحنفى فيه:

«و أما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهرا فقال أبو حنيفة و زفر رحمهما الله بأن البيع فاسد و قال أبو يوسف، و محمد، و الشافعى رحمهم الله: بأنه جائز». التحفة نفس الموضع السابق.

و يستدل السمرقندى على صحة رأى أبى حنيفة فى عدم الجواز لأكثر من ثلاثة أيام بأن الخيار مناف فى نفسه لمقتضى العقد، و ما ورد من الشرع بجوازه فهو لثلاثة أيام فيبقى الزائد على المنع و لا يخفى ان ما تضمنته عبارة التحفة عن رأى الشافعى بالجواز لأكثر من ثلاثة أيام الظاهر بأنه يرجع إلى البيع فى قبال قول أبى حنيفة حيث يقول بفساد البيع لأن فساد الشرط يوجب فساد المشروط كما قال السمرقندى فى عبارته المذكورة: (فقال أبو حنيفة و زفر بأن البيع فاسد) أما الشافعى فيرى جواز البيع إذ أن رأيه فى التحديد لا يتجاوز الثلاثة كما جاء ذلك فى المذهب للشيرازى ١/ ٢٦٥ حيث قال:

«يجوز شرط خيار ثلاثة أيام فى البيوع التى لا ربا فيها- إلى قوله- و لا يجوز أكثر من ثلاثة لأنه غرر و إنما جوز فى الثلاثة لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد».

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٠٥

أما الشيعة فلا تقيده بوقت قال المحقق الحلى- قدس سره- فى شرائعه بحث الخيارات من كتاب التجارة ما يلى:

الثالث خيار الشرط و هو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة، و لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة، و النقصان كقدوم الحاج، و حينئذ فللجعفرى إلزام غيره من اتباع هؤلاء بتحديد مدة الشرط و عدم التجاوز عن ذلك «١».

(١) لا يحدد فقهاء الشيعة خيار الشرط بمدة، و لكنهم يلتزمون بضبط المدة و لذا لا يجيزون اناطة ذلك بما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج مثلا لوجود الغرر فى ذلك و قد نهى النبى (ص) عن الغرر، و حينئذ فهذا النوع من الاشتراط الغير المضبوط مخالف للسنّة و لذلك لا يؤخذ به.

و وافق الشيعة على ما ذهبوا إليه من عدم التحديد الحنابلة و غيرهم حيث قال ابن قدامة فى المغنى ٣/ ٥٢٤ «و يجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت، أو كثرت و بذلك قال أبو يوسف، و محمد، و ابن المنذر، و حكى ذلك عن الحسن بن صالح، و العبرى، و ابن أبى ليلى، و إسحاق، و ابى ثور».

بحوث فقهية (للحلى)، ص: ٣٠٦

الفرع الثانى - خيار الغبن:

قال فى المغنى لابن قدامة ٣/ ٥٨٤: «فصل و يثبت الخيار فى البيع للغبن فى مواضع إلى قوله: الثالث: المسترسل إذا غبن غبنا فاحشا تخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ و الإمضاء، و بهذا قال مالك، و قال ابن ابى موسى: و قد قيل: و ليس له فسخه و هذا مذهب أبى حنيفة، و الشافعى لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل، و كالغنى اليسير».

أما الشيعة فقد قال المحقق- رحمه الله- فى شرائعه:

«الرابع: من اشترى شيئا و لم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد إذا شاء و لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده كاستيلاء من الأمانة و العتق و لا يثبت به أرش» «١» أما الإلزام فى ذلك فان المغبون لو كان حنفيا، أو شافعيا لزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار فيسقط خياره لو تبين انه مغبون فى معاملته و ذلك تطبيقا للقاعدة عليهم.

(١) الغبن: بسكون الباء و أصله الخديعة و يراد به في هذا الباب: البيع و الشراء بغير القيمة مع الجهالة، و يقيده الفقهاء بما لو كان الغبن بما لا يتسامح بمثله في العادة، و مستند هذا الخيار عند الشيعة هو إجماعهم عليه و هو العمدة في المسألة و إلا فبقية الأدلة المذكورة ناقش فيها الشيخ في الجواهر فقد استدلل له بالنهي عن أكل مال الغير الا أن تكون تجارة عن تراض و أن الغبن ضرر على المغبون سواء كان بائعا، أو مشتريا، و لا ضرر و لا ضرار شامل له يضاف الى جميع الأخبار الواردة في الباب و فيها (غبن المسترسل سحت) (و غبن المؤمن حرام) (و لا ضرر و لا ضرار على مؤمن) (و خبر تلقى الركبان و انهم مخيرون إذا غبنوا) لاحظ الوسائل ٦- ٣٦٣- ٣٦٤- و كما قلنا- ناقش في جميع هذه الأدلة صاحب الجواهر و اعتمد على الإجماع حيث قال بعد المناقشة: (و الأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع المزبور).

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٧

الفرع الثالث - خيار التصرية:

التصرية: هي جمع اللبن، و حبسه في الضرع يفعل البائع لتكبير ضرع الشاة فيغتر المشتري بذلك، و يشتريها ظنا منها ان عظم الضرع طبعي لها قال في الفقه ج ٢ / ٢٠٢ الحنفية قالوا: إذا اشترى المصراة فليس له ردها بذلك مطلقا، و انما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب «١».

و أما الجعفرية: فقد قالوا: بأن للمشتري الخيار في ذلك. ففي كتاب اللعنة حيث تعرض الى التدليس و انه به الخيار للمشتري قال: و كذا التصرية، و هي جمع لبن الشاة و ما في حكمها في ضرعها يتوكها بغير حلب و لا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه فيرغب في شرائها بزيادة و هو تدليس محرم و حكمه ثابت «٢».

(١) يمتاز الأحناف من بين بقية المذاهب بالقول بعدم الخيار لمن اشترى المصراة و لم يكن يعلم بذلك سابقا و الا فبقية المذاهب يقولون بالخيار فقد ذكر آرائهم ابن قدامة الحنبلي في المغنى / ٤ / ١٣٣:

«ان من اشترى مصراة من بهيمة الانعام و لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد و الإمساك روى ذلك عن ابن مسعود، و ابن عمر، و ابي هريرة، و انس و اليه ذهب مالك، ابن ابي ليلى و الشافعي، و إسحاق، و أبو يوسف و عامة أهل العلم» و يقرب الأحناف وجهة نظرهم لعدم الخيار ان التصرية ليست بعيب، بدليل انه لو لم تكن مصراة فوجدناها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها و التدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري انها حامل. لاحظ المغنى نفس الموضوع السابق.

(٢) مستند هذا الخيار عند الشيعة هو إجماعهم عليه كما جاء ذلك في الجواهر و المسالك، و غيرهما من مصادر الفقه الشيعي مضافا الى أنه تدليس فتشمله جميع الأدلة التي ترى الخيار في المعاملة التي يكون فيها تدليس.

و ليس للشيعة أخبار خاصة في هذه المسألة و لكنهم وافقوا العامة فيما روه من قوله (ص) (لا تصروا الإبل و الغنم فإنها خداع) و جاء في منتقى الأخبار عن أبي هريرة ان النبي (ص) قال «لا تصروا الإبل و الغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها، و ان سخطها ردها و صاعا من تمر»: قال عنه: (متفق عليه). نيل الأوطار / ٥ / ٣٤١ و قال في المسالك عن هذه الأخبار «و الأصل في تحريمه- و هو جمع الحليب- مع الإجماع النص عن النبي (ص) و هو من طرق العامة و ليس من أخبارنا تصريح به لكونه في الجملة موضع وفاق».

و قال في الحقائق الناطرة بعد نقله لهذا الخبر «و الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور لعدم وجوده في كتب الأخبار حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره».

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٨

و ترتيبا على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة «١» و كانت مصراة فلبائع الامتناع من ردها لسقوط خيار المشتري إذا كان من العامة و على حسب ما يدينون به.

المورد الخامس – الميراث:

الفرع الأول – التعصيب:

التعصيب: هو توريث ما فضل من السهام المقررة في الشريعة الإسلامية إلى عصبه الميت «٢» و هم على حسب تقسيم العامة العصبه بالنفس «٣» و العصبه

(١) المقصود من العامة هنا هم الأحناف لأنهم القائلون بعدم الخيار. بين بقية المذاهب.

(٢) العصبه: في اللغة قوم الرجل الذين يتعصبون له، و بنوه، و قرابته لأبيه و كأنها جمع عاصب و ان لم يسمع به ثم سمي بها الواحد، و الجمع، و المذكر، و المؤنث و قالوا في مصدرها:

العصوبة جمع «عصوبات» كذا في أقرب الموارد مادة عصب و في اصطلاح المتشرعة: (هو الوارث بغير تقدير) كما عن ابن قدامة في المغني: ٣٣٦ / ٦.

و التعصيب: هو توريث ما فضل من سهام ذى الفروض لمن كان من العصبه كما لو خلف بنتا واحدة أو ابنتين فصاعدا مع أخ، أو أخت فصاعدا مع عم فلبنت النصف بالفرض، و للأخ الباقي بالتعصيب، و كذلك النصف فرضا للأخت و الباقي للعم تعصيبا.

(٣) «و هو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت أنثى و هم أربعة أصناف: جزء الميت و أصله، و جزء أبيه، و جزء جده» كذا جاء في الفتاوى الهندية لعالمكير: ٦ / ٤٥١ طبعه المكتبة الإسلامية.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٠٩

بالغير «١» و العصبه مع الغير «٢» و لزيادة التوضيح و بيان معرفه هؤلاء تفصيلا راجع كتب العامة «٣».

و مسأله التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل فتوريث العصبه قالت العامة و هي من أظهر موارد قاعدة الإلزام- فمثلا- لو مات الشخص و خلف أبا و بنتا فقد ذهبت الجعفرية إلى إعطاء البنت نصف تركه الميت فرضا و إعطائها النصف الآخر ردا و عدم إعطاء الأخ و الذى هو العم شيئا لأنه يأتي في الطبقة المتأخرة عن الأبناء و ان نزلوا.

أما العامة: فقد ذهبوا الى إعطاء البنت نصفها، و إعطاء العم ما فضل من التركة لأنه من عصبه الميت و هو يمنع البنت ما يزيد على سهمها المقرر لها.

و الآن فلو كان المتوفى سنيا- في المثال المذكور- و البنت أيضا سنية و العم جعفرى فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصيبا، و ان كان لا يستحقه بحسب مذهبه لأنه حق البنت ردا الا ان إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم يعطيه هذا الحق و الأخذ منهم ما يورثونه.

و على هذا يكون الحال في جميع العصبه لو كانوا من الشيعة فهم يأخذون

(١) و هي كل أنثى تصير عصبه بذكر يوازيها و هي أربعة: البنت بالابن، و بنت الابن بابن الابن، و الأخت لأب، و أم بأخيها، و الأخت لأب بأخيها.

و باقى العصبات ينفرد بالميراث ذكورهم دون أخواتهم و هم أربعة أيضا: العم، و بن العم و ابن الأخ، و ابن المعتق. المصدر السابق نفس الصفحة.

(٢) و هي كل أنثى تصير عصبه مع أنثى اخرى كالأخوات لأب و أم أو لأب يصون عصبه مع البنات أو بنات الابن هكذا نفس المصدر.

(٣) هذه المراحل الثلاث: العصبه بالنفس، و بالغير، و مع الغير كلها تطلق عليها مصادر الفقه السنن العصبه النسبيه، و هناك نوع آخر و هو العصبه السبيه، و هو المعتقد ثم عصبته على الترتيب الذى ذكر فى العصبات السبيه ذكر ذلك عالمغير الحنفى فى الفتاوى الهندية: ٤٥٣ / ٦.

بحوث فقهيه (للحلى)، ص: ٣١٠
منهم ما يورثونه طبقا لما تقتضيه قاعدة الإلزام «١».

(١) مسألة الميراث بالتعصيب: من المسائل التى كانت مسرحا للنقاش و الجدل بين الشيعة و السنه حتى أصبح عدم توريث العصبه من ضروريات مذهبهم كما أن توريثهم صار من ضروريات مذهبهم و من الأمور المفروغ عنها فى نظر كلا الطرفين قال السيد العامل فى مفتاح الكرامه من كتاب الإرث «فعدم الإرث بالتعصيب من ضروريات مذهبنا فلا حاجة بنا الى الاستدلال عليه و اطالة الكلام فى ذلك». و فى قبال ذلك ما عبر به ابن قدامه الحنبلى فى المغنى: ٣٣٧ / ٦ من قوله: (و هذا قول عامه أهل العلم) أو قوله: (و اليه ذهب عامة الفقهاء). و يعتمد الطرفان على ما يذهب اليه على أدلة يسوقها لإثبات ما يدعيه و العمده فى الدليل هو دعوى الإجماع التى يتمسك بها كل طرف، و الأخبار الخاصة المرويه من طرقهم الخاصة.

و لكن الشيعة يطعنون فى إجماع أهل السنه لتخلف ابن عباس و من تبعه عن موافقتهم فى القول بالتعصيب حيث ذهب الى القول بعدم التعصيب كما نقل ذلك عنه المقدسى فى المغنى:

٣٣٧ / ٦ فى قوله «و اليه - أى الى القول بالتعصيب - ذهب عامة الفقهاء الا- ابن عباس و من تابعه فإنه يروى عنه انه كان لا- يجعل الأخوات مع البنات عصبه فقال فى بنت و أخت: للبنت النصف و لا شيء للأخت فقل له: ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للأخت النصف فقال ابن عباس: أنتم أعلم أم الله يريد قول الله سبحانه (إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ) فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد».

و تخلف مثل حبر الأمه و من تابعه يחדش فى الإجماع المدعى على القول بالتوريث المذكور للعصبه.

أما الأخبار الخاصة: فقد رووا أخبارا عديده فى هذا الموضوع نوقش الكثير منها و لكن البعض منها متفق عليه فيما بينهم، و منها ما عن النبى - ص - «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر»: نيل الأوطار / ٦ / ٦٣ و قد اختلف الروايات فى بعض عبارات هذا الحديث.

و لم يسلم هذا الحديث من مناقشات الشيعة له، و لغيره مما كان بهذا المضمون لا حظ لتلك المناقشات الشهيد الثانى فى مسالكة كتاب الإرث فى البحث عن أدلة التعصيب و فيه ذكر بقيه الأدله التى ساقها القائلون بالتعصيب و من جملتها بعض الآيات القرآنيه.

و أما الشيعة فأخبارهم الخاصة شديده اللهجه بالنسبه إلى المنع من توريث العصبه فعن حسين الرزاز قال: «أمرت من يسأل أبا عبد الله - عليه السلام - المال لمن هو للأقرب، أو العصبه؟ فقال: المال للأقرب، و العصبه فيه التراب».

و فى حديث زراره عن الامام الباقر - عليه السلام -: أيهم أولى بالميت و أقربهم إليه أمه أو أخوه؟ أليس الأم أقرب الى الميت من اخوته و أخواته؟ راجع لهذه الأحاديث الوسائل:

٤٣٣ - ٤٣٤ / ١٧

و فى المسالك فى الموضع السابق تعرض لأغلب هذه الأخبار فلاحظ تفصيلها هناك.

و أخيرا ففقهاء الشيعة يصرحون بان التعصيب باطل عندهم بضرورة المذهب و بالروايات التى يعبرون عنها بالمستفيضه بل المتواتره،

مضافا الى آية أولوا الأرحام حيث قيل عنها انها نص في المورد. راجع الرياض: بحث التعصيب من كتاب الإرث.
بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١١

الفرع الثاني - إرث الزوجة:

التزمت العامة بتوريث الزوجة مما تركه الزوج و في هذا الصدد يقول حسين علي الأعظمي في مواريثه/ ١٨٩:
وارث الزوجة يكون من جميع تركه زوجها نقودا أو عروضاً أو أراضى مملوكة أو بساتين، أو غيرها.
أما عند الشيعة فإنها لو لم يكن لها ولد من الزوج فلا ترث لا عينا ولا قيمة و أما من البناء و الأشجار و النخيل و سائر ما هو ثابت في الأرض فإنها ترث القيمة لا العين و لو كان لها ولد من الزوج فبعضهم ألحقها بغير ذات الولد في عدم التوريث الا من القيمة و البعض الآخر لم يلحقها بل أعطاها من الميراث ما تشترك به مع الغير عينا، و قيمة.
قال في الشرائع في المقصد الثاني من كتاب المواريث:
«الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك و لو لم يكن لم ترث من الأرض شيئا و أعطيت حقها من قيمة الآلات و الأبنية» أما الإلزام في البين فإنه يكون بالنسبة إلى الزوجة التي لم يكن لها ولد فإن العامة - كما عرفت - تورثها و الشيعة لا يورثونها من العين فلو كانت الزوجة منا و مات زوجها المفروض كونه من العامة، و أعطيت الزوجة الميراث فلها أخذه منهم نظرا إلى إلزامهم بما يدينون به، و كذا الحال في ذات الولد لو كانت تقلد
بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٢
مجتهدا شيعيا يرى إلحاقها بمن لم يكن لها ولد من حيث الميراث فإنها أيضا تلزمهم بالأخذ من الميراث «١».

(١) مسألة إرث الزوجة من مختصات الفقه الإمامي ذلك لأن الفقه السني لا يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل الذي يذهب اليه علماء الشيعة بل يرونها وارثة كبقية الورثة من جميع ما تركه الزوج.
و قد تضاربت أقوال الشيعة فيما ترث منه الزوجة مما تركه زوجها و في الوقت نفسه لهم تفصيل آخر في الزوجة نفسها و تشخيص من تحرم من الزوجات لذلك لا بد لنا من البحث في كلا هذين التفصيلين.
الزوجة المحرومة:

المشهور بين الإمامية أن الزوجة - محل البحث - هي غير ذات الولد، و بذلك صرحت عبارات كثيرة من متقدميهم و متأخريهم أما لو كانت ذات ولد فإنها لا تكون مشمولة للحكم و ان نسب الى مثل الشيخ المفيد و السيد المرتضى و الشيخ الطوسي في الاستبصار و غيرهم القول بحرمان كل زوجة ذات ولد كانت أم غير ذات ولد حيث تشترك كلاهما في الحرمان، و لكن هذه النسبة نوقشت من قبل السيد العاملي في مفتاح الكرامة بما بعد هذه النسبة عن هؤلاء المذكورين حتى قال فنسبة الخلاف إليهم على البت لعلها لم تصادف محلها فالأولى ان ينسب الى ظاهرهم كما صنع في السرائر، و الإيضاح.
و لكن مع كل ذلك فقد اعترف السيد المذكور أخيرا بأن عبارة الشيخ المفيد في الرسالة صويحة في عدم الفرق بين الزوجتين، و انه ادعى الإجماع على ذلك، و قد تصدى الى الجمع بين هذه الدعوى للإجماع، و دعوى غيره للإجماع على الفرق بالتفصيل بين رأى المتقدمين و المتأخرين فينظر من قال بعدم الفرق الى اتفاق كلمة المتقدمين على ذلك، و يذهب من قال بالفرق الى اتفاق كلمة المتأخرين على الفرق.
الأقوال فيما تحرم منه الزوجة:
القول الأول: حرمانها من نفس الأرض عينا و قيمة و مما شيد عليها عينا لا قيمة و حينئذ فتعطي قيمة الآلات، و الخشب، و الأبنية على

تفصيل في تقدير القيمة يذكر في محله. ذهب الى ذلك جمع من الفقهاء كالشيخ والقاضي وابن حمزة و هو المشهور بين فقهاء الإمامية.

القول الثاني: نفس الحرمان المذكور في القول الأول بإضافة الأشجار إلى الآلات في الحرمان من العين دون القيمة، و ذهب اليه جمع آخر من الفقهاء كالعلامة في قواعده، و الشهيد في دروسه و لكن السيد في مفتاح الكرامة ناقش في هذا القول متميزا من بين بقية الأقوال بل اعتبره في عداد القول الأول.

القول الثالث: حرمانها من الرباع لا مطلق الأرض - و الرباع مصطلح لغوي - يطلق على الدور، و المساكن، أو المنازل بتعبير آخر، و بناء على هذا فتحرم الزوجة من الدور دون مطلق الأرض و البساتين و الضياع، و حرمانها من الرباع انما هو من أرضها عينا و قيمة دون ما شيد عليها فان ما شيد عليها تعطى قيمته لا عينه و في غير ذلك ترث من جميع ذلك، و ممن ذهب الى هذا القول الشيخ المفيد و ابن إدريس و المحقق في النافع، و غيرهم.

القول الرابع: حرمانها من عين أرض الرباع، و تعطى قيمتها و بناء على هذا القول فهي تعطى من كل شيء عدا عين أرض الرباع و ما شيد عليها من بناء و تعوض فيهما قيمتها و اليه ذهب السيد المرتضى.

القول الخامس: عدم حرمانها من كل شيء بل ترث من كل ما تركه زوجها منقولا و غير منقول من الرباع أم غيره ذهب الى ذلك ابن الجنيدي.

أما هذا القول الأخير فقد تمسك ابن الجنيدي على مذهبه فيه بالآيات القرآنية تاركا جميع الأخبار الواردة في باب حرمان الزوجة من ميراث زوجها و أما بقية الأقوال الأربعة فسبب تشعبها هو الأخبار المروية عن أهل البيت - عليهم السلام - في هذا الخصوص و تجنبنا للإطالة في البحث مما يستلزم عرضها و بيان وجهه نظر كل طرف فيما ذهب اليه و تفنيده لما يعتمد عليه الآخرون نحيل القارئ الكريم الى مصادر الفقه الشيعي المفصلة في هذا البحث لاحظ مفتاح الكرامة، و الجواهر، و الحقائق، و المسالك بحث ميراث الأزواج. بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٣

المورد السادس - الوصية لوارث:

قال في الموطأ / ٣ / ٣٣:

«و سمعت مالكا يقول: السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثة الميت و انه ان أجاز له بعضهم و أبى بعض جاز له حق من اجازة منهم و من ابى أخذ حقه من ذلك» راجع الفقه على المذاهب الأربعة / ٣ / ٤٣٥ و ٤٦٣، و مواريث الأعظمي و وصاياه / ٩٣ «١».

(١) للمذاهب في مسألة الإيصاء للوارث قولان:

القول الأول: عدم جواز ذلك و الوصية بذلك باطله و اليه ذهب ابن حزم الظاهري في المحلى / ٩ / ٣٨٦ من غير توقف على اجازة الورثة و عدمها مستندا في ذلك الى ما روى من طرق العامة عن النبي - ص - (لا وصية لوارث) و هذا هو أحد قول الشافعي حيث منع النوع من الوصية كما جاء في المذهب للشيرازي / ١ / ٤٥٨.

القول الثاني: صحة الوصية و لكنها تقف على اجازة الورثة في ذلك ذهب اليه الأحناف كله في تحفة الفقهاء للسمرقندي / ٣ / ٣٩٠. و كذلك المالكية كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد / ٢ / ٣٦٤ و به قالت الحنابلة حيث صرح بذلك المغني لابن قدامة / ٦ / ٨٠ و هو أحد قول الشافعي كما جاء في المذهب للشيرازي الشافعي / ١ / ٤٥٨.

و يستند هؤلاء فيما ذهبوا اليه من الصحة بشرط اجازة الورثة على ما روى عن النبي من طرقهم من قوله لا وصية لوارث الا ان يجيز

الورثة و في رواية أخرى الا- أن يشاء الورثة لاحظ لتخريج هذه الأحاديث تحفة الفقهاء الموضع السابق و يمكن الانتصار لهؤلاء القائلين بالجواز إذا أجاز الورثة في قبال المانع منها بأنه لا منافاة بين الخبر المروى عنه (لا وصية لوارث) حتى بناء على القول بان متنه متواتر كما نقل ذلك عن الشافعي و بين الخبر القائل (لا وصية لوارث الا ان يشاء الورثة، أو يجيز الورثة) فإن الأول مطلق، و الثاني مقيد و يحمل المطلق على المقيد خصوصا و الشهرة تعضد فعاد التقييد لذلك يقدم القول بالجواز عند اجازة الورثة و يسقط القول بالمنع على الإطلاق.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٤

أما الشيعة فقد قال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه في بحث الوصايا:

«الرابع في الموصى له - الى قوله - و تصح الوصية للأجنبي و للوارث» (١).

و حينئذ فلو كان الوارث الموصى له، أو المقر له من تابعي أحد المذاهب الأربعة الزم ببطلان الوصية، و يأخذ ببقية الورثة ذلك المال إلزاما لهم بما دانوا به.

(١) مسألة الوصية للوارث في نظر الشيعة لا تفرق عن الوصية للأجنبي فكلاهما جائز حتى عبر الشهيد في المسالك عن ذلك بقوله: «اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما يجوز لغيره من الأقارب، و الأجانب» المسالك بحث الوصية للأجنبي و الوارث. و قد نقلت كثير من مصادر الفقه الشيعي الإجماع على عدم الفرق بين الوارث، و الأجنبي في صحة الوصية اليه و حتى عبر عنه السيد في مفتاح الكرامة في كتاب الوصية / ٩ / ٤١٠ بقوله: «و الحاصل كأنه من ضروريات المذهب» و قد استدلل هؤلاء المجوزون مطلقا من غير فرق بين اجازة الورثة لذلك و عدمها بالآية الكريمة في قوله تعالى:

كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ.

و الوالدان لا بد و أن يكونا وارثين الا أن يكونا ممنوعين من الإرث بكفرهما و لكن العبارة أعم من ذلك.

و قد رد كثير من العامة هذه الآية الكريمة بأنها منسوخة، و ان اختلفوا فيما نسخها فقل:

آية الفرائض، و قيل: حديث لا وصية لوارث، و قيل: الإجماع.

و قيل: ان الوالدين في الآية هما الممنوعان بالكفر، و الأقارب محمول على غير الوارث منهم و أوجب عن النسخ أولا: بأن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز و الشيعة لا يقولون بأكثر من الجواز لأن الثابت عندهم بان (كتب) في الآية الكريمة المذكورة مسوق للحث و الترغيب لا الفرض.

و ثانيا: كما عن المسالك: أن الشيء إنما ينسخ غيره إذا لم يكن الجمع بينهما و هو ههنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد على الوصية أو ما زاد على الثلث كغيرها من الوصايا و به يبطل الباقي.

و أوجب عن حديث (لا وصية لوارث) بأنه على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفى وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض، أو على نفى الوصية مطلقا بمعنى إقضائها و ان زادت على الثلث كما يقتضيه إطلاق الآية. لاحظ لهذين الجوابين: المسالك بحث الوصية لوارث.

و أوجب عن الإجماع: بأنه ليس بتمام مع مخالفة أكثر الفقهاء من العامة حيث لا يقولون بمنع الوصية لوارث كما يدعيه المانع مطلقا.

و أما حمل الوالدين على كونهما ممنوعين بالكفر، أو الأقارب على غير الوارث فيرده انه تحكم في الآية و حمل بلا دليل، و اللفظ أعم.

و يعتمد الشيعة بعد كل هذا على أخبار صحيحة وردت من طرقهم تجيز الوصية للوارث و لا تفرق بينه، و بين الأجنبي، ففي صحيحة وردت عن أبي بصير «قال: قلت: لأبي عبد الله - عليه السلام - تجوز للوارث وصية قال: نعم».

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٥

المورد السابع – السلم:

«١» قال أبو حنيفة: لا يجوز السلم الا ان يكون جنس المسلم فيه موجودا حال العقد و وقت التسليم.

(١) السلم: بفتح السين المهملة، و اللام كالسلف وزنا و معنى، و حكى فى الفتح عن الماوردى أن السلف لغه أهل العراق و السلم لغه أهل الحجاز كذا فى نيل الأوطار للشوكانى ٣٥٥/٥.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٦

قال صاحب كتاب رحمه الأمة على هامش الميزان / ٦٣:

«فصل يجوز السلم فى المعدوم حين عقد السلم عند مالك، و الشافعى و أحمد إذا أغلب وجوده عند المحل، و قال أبو حنيفة: لا يجوز الا ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل» و مثل هذا ما جاء فى الميزان / ٣ / ٨٠، و فى بداية المجتهد لابن رشد / ٣ / ٣٠٣، و فى الفقه على المذاهب / ٣ / ٣٠٦ - ٣٠٧ «١».

و أما الجعفرية و بقیة المذاهب «٢» فإنهم لم يشترطوا ذلك بل يصح عقد السلم و لو كان جنس المسلم فيه حين العقد معدوما.

قال المحقق الحلي: «الشرط السادس: أن يكون وجوده غالبا وقت حلوله و لو كان معدوما حين العقد» «٣».

(١) وافق أبا حنيفة فيما ذهب إليه الثورى و الأوزاعى، و استدلوا له فيما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن رجلا أسلف رجلا فى نخل فلم يخرج تلك السنة شيئا فاخصما إلى النبى - ص - فقال: بم تستحل ماله اردد عليه ماله ثم قال: «لا تسلفوا فى النخل حتى يبدو صلاحه» و قالوا: هذا نص فى التمر و غيره قياس عليه.

و لكن الشوكانى رد هذا الحديث بان فى إسناده رجل مجهول فإن أبا داود رواه عن محمد عن سفيان عن كثير أبى إسحاق عن رجل نجرانى عن ابن عمر، و أخيرا قال «و مثل هذا لا تقوم به حجة» نيل الأوطار / ٥ / ٣٥٨.

و قد اعتمد القائلون بجواز السلم و ان لم يكن موجودا حال العقد و هم غير الأحناف من المذاهب على ما رووه من أن النبى - ص - قدم المدينة، و الناس يسلفون فى الثمار السنة و الستين فقال: «من أسلف فليسلف فى كيل أو وزن معلوم أو أجل معلوم» و لم يتطرق الى ذكر الوجود للمسلم فيه حال العقد و لو كان شرطا لذكره و لنهاهم عن السلف ستين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة.

لاحظ المغنى / ٤ / ٣٦٣، و الشوكانى المصدر السابق

(٢) سبق أن عرفنا رأى بقیة المذاهب فيما تقدم.

(٣) شرائع الإسلام كتاب التجارة الشرط السادس من شروط السلم.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٧

و على هذا فيلزم الحنفية كلهم بفساد البيع فى غير هذه الصورة و هى فيما لو لم يكن جنس السلم موجودا حال العقد.

المورد الثامن – الوديعة عند عيال الشخص:

الوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها من غير فرق بين أن يحفظها الإنسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة.

قال العلامة الحلي فى تبصرته فى البحث عن الوديعة:

«و يضمن المستودع مع التفريط لا بدونه» وقال المحقق في شرائعه في المورد نفسه:

«و إذا استودع وجب عليه الحفظ، و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً» (١).

أما أبو حنيفة: فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال قال في الفقه على المذاهب / ٣ / ٣٤٤:

«الحنفية قالوا على أن اللوديع ان يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله- الى قوله- فاذا دفع الوديعة لولده و نحوه ممن يساكنه من عياله فهلك عند الثاني فإن الأول لا يضمن لأنه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله» (٢).

(١) الوديعة في الأمر الأول في العقد من كتاب التجارة.

(٢) أما بقية المذاهب فإنهم يرون ضمان من استودع لو استودع هو ذلك الشيء عند آخر و يعللون ذلك بعدم رضا المالك فان المالك انما أودع ماله عند ذلك الشخص دون غيره و حينئذ فلو تلفت عند الثاني ضمن لاحظ لذلك بداية المجتهد - ٣ - ٣٤٠، و تحفة الفقهاء للسمرقندي الحنفي - ٣ - ٣٤٠، و المغنى لابن قدامة - ٦ - ٤٣٣.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٨

و بناء على هذا فلو أودع حنفي وديعة عند شيعي و أودعها الشيعي عند زوجته أو من يساكنه من عياله و تلفت فليس للحنفي ان يطالبه بتلك الوديعة و لا بضمانها لأن الشيعي قد أودعها عند من تصح الوديعة عنده، و لا شيء عليه إلزاما له بما يدين به من عدم الضمان في هذه الصورة.

المورد التاسع - في الحج:

الفرع الأول - طواف النساء:

من الفروع التي وقع الاختلاف فيها بين الفريقين الشيعة و السنة هو- طواف النساء- فبينما السنة لا- يوجبونه في الحج ترى الشيعة يقولون بوجوبه و ان لم يكن ركنا من أركان الحج عندهم، و فرعوا على ذلك ان عدم الإتيان به يكون موجبا لعدم حلية النساء عليه. قال الشهيد الثاني- رحمه الله- في شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء:

«و لا تحل النساء بدونه مطلقا حتى العقد».

و معنى ذلك ان من حج و لم يأت بطواف النساء فإن الشيعة ترى زوجة ذلك الحاج محرمة عليه بحيث لا يجوز وطؤها كما لا يجوز له العقد على غيرها لكونه بعد لا يزال محرما من هذه الجهة.

و طبعي ان يكون نكاحه باطلا و ترتباً على ذلك فلو حج سني و كانت له زوجة شيعية أو حجت السنية و كان لها زوج شيعي فإن هذا الزوج و تلك الزوجة لا يحل لهما الطرف المقابل.

و هكذا الحال في الحاج السني بعد حجه فان الشيعة يرون النساء عليه محرمات فلا يسوغ له التزوج بهن و هي مشكلة يتبلى بها كثير من الناس و لحل هذه المشكلة يمكننا ذكر الطرق الآتية

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣١٩

١- جريان قاعدة الإلزام في حق السني سواء كان رجلاً أو امرأة و بطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة في حقه موجبا لصحة النكاح في حقه و إذا صح النكاح في حقه بواسطة الإلزام المذكور كانت المرأة التي عقد عليها بعد حجه زوجة له بحكم الواقع الثانوي فتترتب عليه جميع آثار الزوجية في البين.

٢- دعوى إمضاء عملية الازدواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة عليهم السلام- لابتلاء الشيعة بذلك و اختلاطهم معهم مع العلم انه

لم يصدر من الأئمة- عليهم السلام- ما فيه أدنى إشارة إلى بطلان الازدواج مع من حج منهم سواء كان الازدواج بعد حجه، أو قبله، بل لم يصدر من أحد من أصحاب الأئمة- عليهم السلام- السؤال عن ذلك مع اختلاط الكثير من الأصحاب معهم في هذه الجهة فسكوتهم- عليهم السلام- و سكوت أصحابهم عن السؤال من أئمتهم- عليهم السلام- دليل على إمضاء عملية الزواج و صحتها فيكون ذلك من قبيل السيرة من الأصحاب و عدم الردع منهم- عليهم السلام- مع انها بمنظر، و بمسمع، و ذلك دليل الإمضاء و الرضا به و حينئذ فتكون النساء غير محرمات عليهم بعد حجهم.

٣- اعتبار طواف الوداع في التأثير كطواف النساء، فقد اعتبرت العامة في الحج طواف الوداع و الأغلب منهم يرون انه واجب و لا بد من الإتيان به قال في الفقه على المذاهب الأربعة / ١ / ٥٣١.

«أما الطواف فأنواعه ثلاثة ركن و هو طواف الزيارة و يسمى طواف الإفاضة و قد تقدم الكلام على وقته، و واجب و هو طواف الوداع و يسمى طواف

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٢٠

الصدر، و سنة و هو طواف القدوم» (١).

و في مقام ما لو نسي الشيعي طواف النساء فماذا يترتب عليه؟ يقول صاحب الجواهر- رحمه الله:-

و على كل حال فظاهر ما سمعته من النص و الفتوى و جوب قضائه و ان كان قد طاف طواف الوداع مضافا إلى كونه مستحبا فلا يجزى عن الواجب لكن قال الصادق- عليه السلام- في خبر إسحاق «لولا- ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا الى منازلهم و لا ينبغي ان يمسوا نسائهم» بل مع إمكان اختصاصه بالعامة الذين لا يعرفون طواف النساء و ارادة المنه على المؤمنين بالنسبة إلى نسائهم غير العارفات و كون المراد ان الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكن الشيعة من طاف النساء إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالبا» (٢).

(١) سمي بطواف الوداع لأنه لتوزيع البيت، و بطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة، و وقته بعد فراغ المرء من جميع أموره ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت العادة به في توديع المسافرين أخواته، و أهله.

و هو عند العامة واجب و ليس بركن و يلزمه عندهم على من تركه دم و لكن الشافعي لم ير عليه شيئا لو تركه في أحد قوله معللا ذلك بأنه يسقط عن الحائض فلم يكن واجبا كطواف القدوم و لأنه كتحيه البيت أشبه طواف القدوم.

و أوجب عن ذلك: بان سقوطه عن الحائض انما هو لدليل خاص و هذا هو دليل على عدم سقوطه عن غيرها و الا لما كان للدليل الذي روى عن النبي- ص- طرق العامة أى مزية حيث قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا- انه خفت عن المرأة الحائض». لاحظ المغني لابن قدامة ٣- ٤١١.

(٢) جواهر الكلام كتاب الحج المسألة الرابعة من المقصد الثالث.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٢١

من هذه العبارة عرفنا ان على بن بابويه- رحمه الله- يقول: بالاكْتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسبة الشخص منا.

و لكن الذي ظهر من صاحب الجواهر- رحمه الله- المفروغية عن ان طواف الوداع يكون قائماً مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامة لا منا و لأجل ذلك حمل الرواية عليه لا على ما استفاده على بن بابويه- رحمه الله- من كون ذلك مطلقا حتى بالنسبة إلى الشيعة لو نسي أحدهم طواف النساء.

و ليس ببعيد أن يكون المراد من تعبير الامام- عليه السلام- في الرواية (لولا ما من الله به على الناس) هم السنة حيث يعبر الأئمة- عليهم السلام- عنهم بالناس في كثير من الموارد و حينئذ فيكون ذلك من قبيل الحكمة في الاكتفاء بطوافهم الوداعي عن طوافهم

النسائي، و على هذا فان طواف الوداع يقوم مقام طواف النساء بالنسبة إلى العامة، و حينئذ فيجوز لنا الزواج منهم و كذا فسخ المجال للشيعه للأخذ منهم.

الفرع الثاني - العقد في حال الإحرام:

إذا أحرم الشخص حرمت عليه أمور عديدة و منها النساء حتى العقد عليهن قال المحقق الحلبي - رحمه الله - في شرائعه عند التعرض لتروك الإحرام من كتاب الحج «و النساء وطأ، و لمسا، و عقدا لنفسه، و لغيره، و شهادة على العقد» (١).

(١) كما يدل عليه الإجماع الذي يعتمد عليه علماء الشيعة حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي كلها عند تعرضها لتروك الإحرام و التي منها المذكورات. مضافا الى وجود أخبار صحيحة يعتمدون عليها و فيها «ليس للمحرم ان يتزوج و لا يزوج فان تزوج أو زوج محلا فتزويج باطل» و في البعض الآخر «المحرم لا ينكح و لا ينكح و لا يخطب و لا يشهد النكاح و ان فنكاحه باطل» لاحظ الجواهر عند التعرض للنساء من تروك الإحرام.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٢٢

أما ابن رشد فيحدثنا عن الحنفية بجواز ذلك حيث قال في بدايته ٣٢ / ١ «و اختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك، و الشافعي، و الليث، و الأوزاعي: لا ينكح المحرم و لا ينكح فان نكح فالنكاح باطل و هو قول عمر و علي بن ابي طالب و ابن عمر و زيد بن ثابت: و قال أبو حنيفة، و الثوري: لا بأس بأن ينكح المحرم أو ان ينكح».

و بناء على هذا فيلزم من كان حنفيا بترتيب جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الإحرام إلزاما له بما دان به و لا يمكنه التخلف عنه.

المورد العاشر - الشفعة بالجوار:

لم تشفع جميع العامة الجار في بيع ما يجاوره من العقار بل اختلفت كلمتهم في ذلك.

قال ابن رشد في بدايته ٢ / ٢٥٣ «الركن الأول و هو الشافع، ذهب مالك، و الشافعي، و أهل المدينة الى ان لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم و قال أهل العراق: الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثم الجار الملاصق و قال أهل المدينة لا شفعة للجار، و لا للشريك المقاسم».

و قال في الشرائع في كتاب الشفعة:

الثاني في الشفع: و هو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن و يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلما فلا تثبت الشفعة بالجوار و لا فيما قسم، و غير

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٢٣

الا مع الشركة في طريقه أو نهريه (١).

إذا فالشفعة عند الإمامية لا تكون الا بين شريكين بعد الخضوع لشروط مبينة هناك (٢) فلا- يتمكن الجار من الشفعة بالجوار إلا إذا اشتركا في طريق خاص على خلاف في هذا أيضا (٣).

فبناء على هذا لو كان لسني جار شيعي و أراد السني بيع داره فللشيعي أن يشفع بذلك البيع و أخذ ذلك العقار منه إلزاما له بما يدين به و ان كان في الوقت نفسه لا تكون هذه العملية مما يقرها مذهب الشيعي و لكن الإلزام قد جعلها حكما واقعا ثانويا.

(١) الشفعة: بضم المعجمة و سكون الفاء، و هي لغة مأخوذة من الزوج كأن الشفع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه، و أصلها التقوية

و الإعانة و من ذلك الشفاعة.

أما شرعا: فهي استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته، أو: انتقال حصة شريك الى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى. و لا تكون الشفعة إلا قبل التقسيم أما إذا قسم المشترك فيه فلا يرى فقهاء الشيعة مجالا للتقسيم للإجماع على ذلك حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي و الأخبار الصحيحة المروية عن أئمة أهل البيت - عليهم السلام - في ذلك حتى عبر عنها بالمتواترة و في بعضها لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما أو لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم.

(٢) من قدرة الشفيع على الثمن، و بذله للمشتري فلا شفعة للعاجز و الممتنع و إسلامه إذا كان المشتري مسلما فلا شفعة للكافر مطلقا و في اشتراط إمكان قسمه ما يشفع فيه قولان اختار الشهيد الثاني ذلك لاحظ الروضة البهية في شرح اللمعة ٤ - ٣٩٨ - الطبعة الحديثة.

(٣) لما جاء في الخبر الصحيح «عن دار فيها دور و طريقهم واحد في عرصه الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال ان كان باع الدار و حول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم و ان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة» لا حظ للموضوع مفصلا الجواهر و الرياض و غيرهما من مصادر الفقه الشيعي.

بحوث فقهية (للحلي)، ص: ٣٢٤

هذه هي أهم موارد قاعدة الإلزام - و كما أسلفت - من العسير ان يحيط الإنسان بتمام موارد القاعدة بل الضابط هو ان للشيعي أن يلزم غيره من بقية المذاهب بما يدينون به إذا كان ذلك الإلزام في صالحه.

هذا ما تسنى لي جمعه - بهذه العجالة - من محاضرات شيخنا الأستاذ - دام ظله - سائلا المولى عز و جل ان يوفقني لنشر بقية محاضراته القيمة انه ولي التوفيق.

حلي، حسين، بحوث فقهية (للحلي)، در يك جلد، مؤسسه المنار، قم - ايران، چهارم، ١٤١٥ ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبَحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رَحِمَهُ اللَّهُ" - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلمية و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشبّاب و عموم الناس إلى التحرّى الأدقّ للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيته واسعة جامعة ثقافته على أساس معارف القرآن و أهل البيت

-عليهم السّلام - يباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلاب، توسعه ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هُوَ إِبْرَامِج العلوم الإسلاميّة، إنالهُ المنايع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعيّة: التي يُمكن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدهً، على أنّه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلاميّة و الإيرانيّة - في أنحاء العالم - من جهةٍ أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريّه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيّة و مكتبيّة، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيّة الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدّة مواقع أُخرى

(ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخريّ مع عشراتِ مراكز طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السّنة

المكتب الرّئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد / " ما بين شارع " پنج رَمضان " و مُفترق " وفائي / " بنايه " القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجريّة الشمسيّة (= ١٤٢٧ الهجريّة القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويّة الوطنيّة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣٥٧٠٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التّجاريّة و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفّي الحجم المتزايد و المتسعّ للأمور الدينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركز صاحب هذا البيت (المُسمّى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَل الله تعالى فرجه الشريف) أن يُوفّق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.



مركز القائمية
Translation Movement

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
أصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩